

본 번역서는 국제노동기구(ILO, 제네바)에 의해 출판된 *Labour Legislation Guidelines Prototype Version* (판권 소유(원본): Copyright © 2002 International Labour Organization)의 내용을 한국노동연구원이 국제노동기구로부터 공식 번역출판 허가(판권 소유(한글 번역본): Copyright © 2003 Korea Labor Institute)를 받아 번역한 것이다.

국제노동기구의 출판물들에 사용되는 명칭이나 호칭들은 국제연합(UN)에서 일반적으로 통용되는 관행을 따르고 있는바, 이와 관련하여 게재된 내용들은 어떤 국가나 영토의 주권 및 법적 지위 혹은 통치의 경계와 관련하여 국제노동기구 차원에서의 어떤 의견도 반영하고 있지 않음을 여기에 밝힌다. 국제노동기구에서 출판된 저작물들이나 연구보고서 등에 나타난 의견이나 주장들은 전적으로 저작자 개인의 의견이나 주장이며, 출판 행위 자체가 해당 출판물에 표현된 의견이나 주장을 지지하는 것은 아니며, 따라서 그러한 의견이나 주장과 관련하여 국제노동기구는 어떠한 책임도 없음을 밝힌다. 특정 기업이나 그 생산물 혹은 생산 과정이 출판물의 내용에 언급되어 있더라도 이는 국제노동기구에 의한 어떤 형태의 지지 의견을 나타내는 것이 아니며, 거꾸로 특정 기업이나 그 생산물 혹은 생산 과정이 언급되어 있지 않더라도 이 또한 그에 대한 국제노동기구의 반대 의견을 나타내는 것은 아님을 밝힌다.

국제노동기구는 한글 번역의 타당성이나 완전성, 혹은 부정확 또는 잘못 번역되었거나 빠진 부분에 대해, 혹은 그로 인해 발생하는 결과에 대해 책임을 지지 않는다.

책머리에

우리나라의 노동관계법·제도는 1953년 노동조합법, 근로기준법 등의 제정으로 근대적 틀이 마련된 이후 여러 차례의 제·개정을 거쳐 현재의 모습에 이르렀다. 이러한 과정을 통하여 근로자의 노동환경 및 노동삼권이 개선·신장되어 왔으나 사업장 단위 복수노조, 노조전임자 급여문제, 직권중재 등 핵심 쟁점에 대해 노사간 이견이 커 논란이 지속되고 있다. 또한 지식정보화, 세계화의 진전 등 외부 환경이 급변하는 속에서 산별체제의 진전과 고용형태의 다양화 등 노동을 둘러싼 제반 환경도 변화하고 있으나, 지금의 노동관계법제는 변화된 노동환경에 부분적으로 맞지 않는 등 탄력적인 대응에 한계를 보이고 있다.

따라서 변화하는 환경에 적응하고 보편화된 국제노동기준(Global Standards)에 부합하는 현실정합적(現實整合的)이고 공정한 규범으로서의 노동관계법과 제도의 마련이 시급히 요청되고 있다.

주지하다시피 우리나라는 1991년 12월 9일 152번째 ILO 가입국이 되었다. ILO에의 가입은 국제노동 분야에서 우리나라의 발언권을 신장시켰을 뿐 아니라 우리의 노동시장이나 노조활동에도 적지 않은 영향을 미친 바 있다. ILO의 활동을 비롯한 국제노동 분야에 대한 인식도 초보적인 수준을 벗어나 방대한 양의 협약 및 권고에 대한 소개도 이루어지고 있다. 본원이 1993년에 발간한 『ILO 기본협약집』 역시 그러한 작업의 일환으로 이루어진 것이다.

그러나 현재까지 우리나라가 비준한 20개의 협약 중에는 8개의 기본 협약 가운데 결사의 자유(제87호 및 제98호) 및 강제근로(제29호 및 제

105호) 분야에 속하는 4개 협약이 포함되지 못하고 있다. 이러한 협약들은 ILO 제86차 총회에서 채택된 ‘노동에서의 기본적 원칙과 권리에 관한 선언(ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)’이 모든 회원국들에게 ILO에 가입하고 있는 사실 자체로부터 ILO 헌장에 따라 기본적 권리에 관한 원칙을 성실하게 존중하고 증진·실현해야 할 의무를 부과하고 있는 점에서도 매우 중요한 의미를 지니고 있다. 동시에 ILO는 각 회원국이 기본협약을 비준하고 노동기본권을 신장시킬 수 있도록 기술적인 협력과 자문서비스를 제공해야 할 책임을 지고 있다. 따라서 우리의 상황과 관련하여 본원이 번역·발간하는 이 가이드라인은 ILO가 제시하는 노동입법의 기본원칙과 구체적인 방향을 살펴볼 수 있는 기회를 제공할 뿐 아니라, 우리 노동관계법·제도가 바람직한 모습으로 개선될 수 있도록 하기 위한 연구·제안에 유의미한 기초자료로 활용될 수 있을 것으로 기대된다.

한 가지 아쉬운 것은, 각 장 본문에 실려 있는 노동입법의 주요 조항에 대한 각국의 ‘사례’들은 지면관계상 직접 실지 못하고 본원의 홈페이지에 링크시켜 온라인으로만 접속할 수 있게 하였다는 점이다. 이에 대해 독자 제위에게 이 자리를 빌려 양해를 구하고자 한다. 각국의 입법사례들도 비록 원문으로 볼 수밖에 없지만, 보다 구체적인 내용에 관심이 있는 전문가들에게 많은 도움이 될 것이다.

끝으로, 방대한 양의 번역물을 노동관련 전문용어로 바로잡는 감수작업을 맡아 준 문무기 전문위원과 강현주 책임연구원 그리고 건국대학교 법과대학 조용만 교수의 노고를 치하한다. 아울러 이 가이드라인의 번역·발간을 주관하여 행정업무에 만전을 기해 준 국제협력실의 양윤정 연구원과 편집·교열을 담당한 박찬영 팀장을 비롯한 출판팀의 수고에 대해서도 감사의 뜻을 전한다.

아무쪼록 국제노동관계 및 노동법제에 관심을 가진 모든 사람들에게 이 가이드라인이 조그마한 도움이 되기를 바라는 마음 간절하다.

2003. 7.

한국노동연구원

원장 이 원 덕

서 문

본 ‘노동입법 가이드라인(이하 ‘가이드라인’이라 칭함)’은 국제노동기구(ILO) 산하 정부, 노동법 및 행정국(GLLAD: Government, Labour Law and Administration Department)이 주도하고, 국제노동기준국(International Labour Standards Department) 및 ILO 선언 촉진 프로그램(InFocus Programme on Promoting the Declaration), 아동노동 프로그램(InFocus Programme on Child Labour), 사회적 대화 강화 프로그램(InFocus Programme on Strengthening Social Dialogue) 등과의 공동 작업으로 이루어졌다.

본 가이드라인의 목적은 1998년 6월 제네바에서 개최된 제86차 ILO 회의에서 채택된 ILO 선언(ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)을 촉진하고자 함이다. 또한 이에는 아래의 8개 ILO 기본협약에 관련되는 각 국가의 노동법 문안이 포함되어 있다.

- 제87호 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 협약 (Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948, No. 87)
- 제98호 단결권 및 단체교섭에 대한 원칙의 적용에 관한 협약 (Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949, No. 98)
- 제29호 강제근로에 관한 협약 (Forced Labour Convention, 1930, No. 29)
- 제105호 강제근로 폐지에 관한 협약 Abolition of Forced Labour Convention, 1957, No. 105)

- 제138호 취업의 최저연령에 관한 협약 Minimum Age Convention, 1973, No. 138)
- 제182호 가혹한 형태의 아동노동 철폐에 관한 협약 (Worst Forms of Child Labour Convention, 1999, No. 182)
- 제100호 동일가치 근로에 대한 남녀근로자 동일보수에 관한 협약 (Equal Remuneration Convention, 1951, No. 100)
- 제111호 고용 및 직업상 차별대우에 관한 협약 Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958, No. 111).

본 가이드라인의 내용 정리에는 Patric Bashand, Adelle Blackett, Geoff Davenport, Vladislav Egorov, Colin Fenwick, Jane Hodges and Sarah Noetzli 등이 수고해 주셨으며, 영문본 편집은 Edward Yemin이 맡았다.

본 가이드라인을 위한 작업의 총책임은 Arturo Bronstein, 부책임은 Vladislav Egorov가 각각 맡았으며, 온라인 작업은 GLLAD의 Matthew Banta가 담당하였다.

목 차

책머리에	i
서 문	iii
서 론	1
제1 장 현 시대의 노동입법	9
제2 장 노동입법의 주요 조항: 결사의 자유	16
제3 장 노동입법의 주요 조항: 단체교섭권에 대한 실효적 승인 · 39	
제4 장 노동입법의 주요 조항: 노동쟁의의 해결	53
제5 장 노동입법의 주요 조항: 파업권	75
제6 장 노동입법의 주요 조항: 모든 형태의 강요 또는 강제근로의 폐지	84
제7 장 노동입법의 주요 조항: 고용과 직업에 대한 차별 철폐 · 117	
제8 장 노동입법의 주요 조항: 아동노동 근절	165
제9 장 입법 절차	194
제10장 법안 작성에 관한 규칙	213
제11장 법안 작성의 실제	239

서론

◆ 목적과 논리

ILO 사무국은 ILO 헌장에 따라 노동입법과 관련된 자문을 할 수 있는 특별한 권한을 가지고 있다. ILO 헌장 제10조 제2항은, ILO 사무국은 “정부의 요청이 있을 경우 협의회 결정을 바탕으로 법률 및 규정의 틀을 잡는 것과 관련하여, 사무국의 권한이 허락하는 한, 가능한 한 최선의 지원을 제공하여야 한다”고 규정하고 있다.

ILO 사무국이 제공하는 노동입법에 대한 자문서비스는 ILO 회원국의 기본적인 인권을 강화하며, 노동과 고용관계를 사회평등, 경제효율 및 성장을 증진하는 방향으로 규제·조정하며, 사회적 파트너의 역량을 높여 사회 문제에 관한 대화에 참여할 수 있도록 하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 각 회원국은 관련 ILO 기술위원회(technical unit)에 요청함으로써 ILO의 노동입법에 관한 서비스를 지원받을 수 있다.

◆ 1998년 ILO 선언

노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 1998년 ILO 선언(1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)은 — ILO 내부 및 외부에서 기본적인 것으로 인식되고 있는 여러 ILO 협약(ILO Conventions)¹⁾을 비준하지 않았더라도 — ILO 회원국 모두는,

1) 기본적인 ILO 협약: 제29호 강제근로에 관한 협약(Forced Labour Convention,

ILO의 회원으로서 선량한 의지를 가지고 또한 ILO 헌장에 따라 헌장이 정한 기본적인 권리에 관한 원칙을 존중하고 홍보하며, 실현해야 할 책임을 진다고 규정하였다. 그 원칙이란 다음과 같다.

- 결사의 자유, 단체교섭권의 실효적 승인
- 모든 형태의 강제 또는 강요에 의한 노동의 폐지
- 아동노동의 완전 폐지
- 고용 및 직업에 관한 차별 폐지.

또한 ILO 선언(paragraph 3)에 따라 ILO는 다음과 같은 책임을 진다. ILO 헌장 제12조에 준하여, 회원국의 필요에 따라 외적인 재원과 지원을 최대한 활용하며, ILO와 관계를 맺고 있는 국제기구 회원국의 도움을 얻는 등의 방법을 통해 ILO 헌장, 운영, 예산자원을 최대한 활용할 수 있도록 함으로써 위에서 언급된 목적을 달성할 수 있도록 한다. ILO는 다음과 같은 방법으로 이를 지원한다.

- 기술적인 협력, 자문 서비스를 제공하여 기본적인 협약이 비준, 채택될 수 있도록 한다.
- 이 협약의 일부 또는 전체를 비준할 위치에 있지 않은 회원들과 본 협약이 정한 기본권에 관한 원칙을 홍보하고 인식하도록 한다.

1930, No. 29)

제87호 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948, No. 87)

제98호 단결권 및 단체교섭에 대한 원칙의 적용에 관한 협약(Right to Organize and Collective Bargaining Convention, 1949, No. 98)

제100호 동일가치근로에 대한 남녀근로자 동일보수에 관한 협약(Equal Remuneration Convention, 1951, No. 100)

제105호 강제근로의 폐지에 관한 협약(Abolition of Forced Labour Convention, 1957, No. 105)

제111호 고용 및 직업상 차별대우에 관한 협약(Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958, No. 111)

제138호 취업 최저연령에 관한 협약(Minimum Age Convention, 1973, No. 138)

제182호 가혹한 형태의 아동노동 폐지에 관한 협약(Worst Forms of Child Labour Convention, 1999, No. 182)

- 회원국을 도와 경제·사회적인 발전을 이루어 가는 분위기를 조성하도록 한다.

노동입법의 채택은 ILO 선언에 명시된 것과 같이 노동에서의 기본 원칙과 권한을 정하고 이를 활성화하기 위한 주요 — 이외에도 방법은 있지만 — 메커니즘이었다.

본 가이드라인은 ILO 사무국이 노동에서의 기본원칙과 권리를 정하고 이를 활성화하는 책임을 완수하기 위한 한 가지 방법이다. 여기에 명시된 가이드라인은 ILO 임원, 회원국에 조언을 하는 전문가 및 노동법 개정을 원하는 회원국이 사용하도록 만들어진 것이다.

본 가이드라인은 노동법 개혁에 대한 ILO의 분명한 입장을 반영하고 있다. 즉 삼자 접근방법, 대화, 노동에서 기본원칙 및 권리와 비준된 ILO 협약을 이행할 필요성, 노동법안을 개정할 때 각국의 노동법 및 사회·경제·법적인 배경을 비교하여 이를 반영할 것 등을 강조하고 있다.

◆ 기본원칙의 강조

본 가이드라인은 1988년 ILO 선언에 들어 있는 노동에서의 권리와 기본원칙, 즉 결사의 자유, 단체교섭권의 실효적 승인, 어떤 형태로든 강제 또는 강요에 의한 노동의 폐지, 아동노동의 완전 폐지, 고용과 직업에 관한 차별철폐를 완전하게 실시하는 데 필요한 입법적인 접근방법에 주안점을 두고 있다. 이 원칙과 권리는 위에서 언급한 주요 국제노동협약(International Labour Conventions)에 보다 자세히 명시되어 있다.

ILO 회원국들이 이 원칙과 권리를 구체적으로 어떻게 실현할 것인가에 대한 지원을 원하는 경우가 점차 늘고 있다. 이번에 간행되는 가이드라인은 노동에서 원칙 및 권리 실현에 관해 현실적이고 문제 해결 지향적인, 또한 구체적인 접근방법을 제공함으로써 회원국의 문제를 돕고자 마련되었다. 이러한 접근방법이 전체 그림에서 제자리를 잡도

록 하기 위해 본 가이드라인은 노동입법의 기능과 목적이 무엇인가를 다시 한번 생각하고자 하였다.

다음에 간행되는 가이드라인에서는 점진적으로 그 주요 내용을 ILO 회원국이 ILO에 자문을 요청하는 노동에서의 기타 원칙과 권리까지 확대하고자 한다.

노동에서 권리와 기본원칙을 유효하게 하는 노동입법이 실질적인 내용과 효과를 낼 수 있기 위해서는 삼자간 협상, 대화를 수용하는 제도적인 기본구조가 수반되어야 할 필요가 있다. 그렇게 해야 고용관계에 있는 당사자들과 대표가 법안의 내용에 대해 발언권을 가질 수 있고 법의 강제에 관여할 수 있다. 여기서 제도적인 기본구조란 노동조합, 사용자 단체, 단체교섭 시스템, 노동쟁의 해결 과정, 근로감독 서비스, 사법부의 검토 등 노동법의 강제를 위한 다양한 접근방법 등으로 구성된다.

◆ 주의사항

본 가이드라인에 포함된 법안은 모델로 또는 가장 좋은 예로 든 것은 아니다. 또 완전한 것도 아니다. 오히려 여러 회원국들이 노동에서 권리와 기본원칙을 증진하기 위한 다양한 예를 보여주기 위해서이다. 때로 회원국의 요청을 받아들여 관련 국가의 필요와 상황에 따라 ILO가 작성한 텍스트를 포함시키기도 했다. 가이드라인은 이러한 법률의 초안을 만드는 데 참고할 사항, 그것을 성취하는 방법에 초점을 맞추었다. 여기에 예로 든 내용은 관련 국가의 정치적·문화적·경제적 상황에 비추어 이해하는 것이 중요하다. 어떤 나라의 노동에서 특별한 권리를 보호하려는 방법이 다른 나라에서는 가장 적절한 방법이 아닐 수 있다. 따라서 여기 소개한 입법례들은 새로운 노동법을 마련하는 사람들이 각 장에 포함되고 그와 연계된 권리와 기본원칙에 관한 설명과 관련하여 비교 검토하는 참고자료로 사용되어야 한다.

더욱이, 여기에서 예로 든 입법의 내용이 모든 면에서 ILO의 기준을 충실히 따른 것이라고 보장할 수는 없음을 강조하고자 한다. 여기에서

제시된 입법례들은 국가들이 여러 가지 노동관련 문제에 대해 어떻게 입법하였는가를 보여주는 흥미있는 사례를 든 것이며, 그 예를 참고자료로 사용하여 법안을 마련할 경우 국가들의 법률이 ILO의 기준을 충실히 실현하고 있는가에 세심한 주의를 기울여야 한다. ILO의 상담자와 임원은 회원국이 ILO의 기준을 충실하게 따른 법을 만들 수 있도록 자문해야 한다. 그러나 이 문제에 대해서는 국제사법재판소(International Court of Justice), ILO 협약 및 권고의 적용에 관한 전문가 위원회(ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations)가 최종적인 분석을 행할 권한을 갖는다.

◆ 전체적인 상황하에서의 법률 검토

이와 마찬가지로, 본 가이드라인이 노동법에 초점을 둔 것은 입법만이 노동에서 권리와 기본원칙을 촉진하는 유일한 방법이라는 뜻은 아니다. 물론 법적인 기본권의 확립에 있어서 법률의 제정이 필요하고 기본권의 본질상 노동인구 전체를 보호하기 위해서 법률이라는 접근방법이 법적인 교정수단으로서 중요하다. 그러나 많은 나라의 경우(특히 서유럽, 북미 국가) 기본권과 관련 있는 문제를 포함해 노동 문제는 대부분 기본적인 입법에 대한 보조수단으로, 때로는 법률의 제정 없이 단체협약에 의해 조정되어 왔다. 그러나 모든 근로자에게 이 기본권을 보장할 필요가 있고, 대부분의 나라에서 단체협약이 개인에게 적용되는 것은 제한적임을 감안하건대, 근로자를 보호하기 위한 기본법의 제정은 당연한 것으로 보인다. 대부분의 경우 입법이 근로자를 적절하게 보호하는 데 필요한 조건이지만 그것이 충분조건이 되지 못하는 경우가 흔하므로, 근로자 보호를 위한 경제, 사회, 조직적인 접근방법이 중요한 역할을 수행한다. 특히 법적인 조치와 경제적인 요소 간의 상호작용은 진지하게 살펴볼 필요가 있다.

노동법은 상당한 정도로 법적인 원칙과 기본구조에 초점을 두고 있다. 노동법은 노동시장의 주요 사회적·경제적 행위자 간의 관계라는 구조물을 세울 기초를 제공한다. 또한 궁극적으로 노동시장의 행위자

들이 단체교섭 및 국가의 경제·사회적인 정책 수립과 관련된 폭 넓은 대화를 통해 노동시장의 규제에 참여할 수 있도록 한다. 또한 직능별 조합, 사용자 단체를 구성하는 사회·경제적인 행위자들이 국가적인 수준과 산업 및 회사 수준의 정책 수립과 노동법 제정에 목소리를 낼 수 있도록 함으로써, 이러한 법률 아래서 노동시장을 구성하는 행위자가 만들어 낸 산업별 노동관계 제도가 민주주의적인 기능을 발휘할 수 있도록 돕는다. 노동에서 권리와 기본원칙은 이러한 민주주의적인 기능을 적극 지지하며 그 정신을 반영하고 있다. 이 때문에 노동시장에 대한 법적인 규제에 초점을 둔 이 가이드라인은 민주주의의 발전, 사회적인 응집력, 경제성장에도 기여할 것으로 기대된다.

◆ 접근 가능한 법률의 제정

본 가이드라인은 초안 작성 과정과 초안 작성 방법에 관심을 기울였다. 노동법은 이를 사용하는 남녀 모두가 접근할 수 있는 것이라야 한다는 믿음 때문이다. 노동법은 근로자와 사용자가 단체교섭을 통해, 또한 기업수준의 산업관계를 통해 스스로 문제를 해결해 나갈 수 있도록 격려해야 한다. 노동법은 기본권과 고용조건에 관한 법률 조항에 따라 노동에서 근로자의 존엄성을 보호하는 것이 그 본령이므로, 근로자가 자신의 존엄성과 권리를 행사할 수 있도록 그 법률이 접근 가능하고 이해하기 쉬워야 한다.

본 가이드라인은 ILO 회원국이 노동법 초안을 작성하는 과정에서 참고자료로 활용하도록 만들어진 것이다. 이를 사용할 사람들은 ILO의 임원과 ILO 회원국에 자문을 제공하는 자문위원, 정부관료, 정책 입안자, 노동조합과 사용자 단체, 노동법 개혁 과정에 참여하고 있는 관계자 등이 될 것이다.

본 가이드라인이 ILO가 최우선으로 생각하는 노동법 분야에 유용한 도구가 될 수 있기를 기대한다. 이 가이드라인은 각국의 상황과 의도하는 바 목적에 맞추어 현명하게 활용해야 할 것이다.

◆ 범위

본 가이드라인은 11개 장으로 구성되어 있다. 제1장은 오늘날 세계적으로 관심의 대상이 되고 있는 노동입법의 주제에 관하여 논의하였다. 우선 노동법의 한계에 대해 간략하게 논하고 노동법 개혁 과정에서 특별한 관심을 기울여야 할 중요한 사항에 대해 언급하였다. 이러한 중요한 사항이란 노동시장 구성의 변화, 노동시장의 유연성, 법적 규제의 폐지, 새로운 형태의 노사관계 등이 포함된다.

제2장부터 제8장까지는 ILO 선언과 ILO 기본협약에서 다룬 분야와 관련된 주요 노동입법에 대하여 논의하였다. 첫번째 법칙으로 결사의 자유, 단체교섭권의 실효적 승인 등을 제2장부터 제5장에 걸쳐 논의하였다. 제2장에서는 근로자 단체, 사용자 단체를 조직하고 참여할 권리, 이들 단체가 국가법에 따라 보호받을 권리에 대해 논의하였다. 제3장에서는 단체교섭에 참여할 권리에 대하여 논의하고 어떻게 이 권리를 행사할 것인가에 대해 구체적인 예를 들어 설명하였다. 제4장과 제5장에서는 노동분쟁의 조정, 파업권에 대해 각각 논의하였다. 그 다음 제6, 7, 8장에서는 어떤 형태로든 강제 또는 강요에 의한 노동의 완전한 폐지(제6장), 아동노동의 폐지(제7장), 고용과 직업에 대한 차별철폐(제8장)에 대해 논의하였다. 제9장과 제10장에서는 노동입법과 가장 밀접한 관계가 있는 법률 초안의 작성 과정과 방법에 대해 논의하였다. 제9장은 노동법 개혁 과정에 초점을 두었다. 이 장에서는 어떤 법률 개혁 과정이든 삼자주의(tripartism) 및 사회적인 대화를 중시하는 ILO의 접근 방식을 예로 들어 설명하였다. 또한 다양한 법률 제정 형태의 장점과 단점에 초점을 두었다. 제10장에서는 노동법 제정에 특히 중요한 법안 초안 작성에 관한 특수한 원칙을 다루었다. 여기서는 이해하기 쉬운 용어, 남녀평등에 중점을 두었다. 제11장에서는 기본적인 법안 작성의 기법을 제시하였다. 법안 초안 과정에 관여하고 있는 사람들에게 법안 초안의 작성 방법에 대해 실질적인 지침을 제공하는 것이 그 기본 목표이다.

부록 1에는 본 가이드라인을 마련하는 데 참고로 삼은 법률 조항 목

록이 나와 있다.

본 가이드라인은 여러 나라의 법적인 전통을 기초로 하여 만들어진 입법례를 소개하면서, 어떤 구체적인 법조항이든 노동관련 제도, 한 국가의 법적인 틀이라는 넓은 맥락에서 놓고 보는 것이 중요함을 강조하였다. 여기서 예로 든 경우는 유명한 노동관계 및 노동법 학자들이 지적인 비교주의의 한계, 사회적·경제적·정치적 상황이 비교 가능한가에 대한 중요한 경고를 충분히 참고하여 선택한 것이다.

◆ 형태

본 가이드라인은 최신 정보를 계속 수정해 넣을 수 있도록 하기 위해 온라인 형태로 간행하였고 CD-ROM으로도 간행하였다. 어느 곳이든 가능하다면 ILO, 노동법 및 산업간의 관계, 법안 작성 사이트 등과 링크되어 있어서 자료에 대해 효율적이고 조직적인 접근이 가능하도록 하였다. 온라인 형태의 가이드라인은 온라인이라는 시각적이며 상호 영향을 미치는 매체수단의 접근성을 이용하여 더 많은 양의 정보를 제공하고자 노력하였다.

본 가이드라인은 원래는 영어로 되어 있지만, 노동법 초안 작성을 할 때 법적인 전통의 다양함을 강조하기 위해 번역되어 있는 각종 자료에서 폭 넓고 다양한 예를 참조하였다(ILO's Natlex 참조). 이 가이드라인은 영어뿐 아니라 다른 언어로도 번역될 계획이다.

ILO가 본 가이드라인에 계속해서 최신 정보를 넣고 또 이 가이드라인을 더 나은 것으로 만들 수 있도록, 가이드라인을 활용하는 이들이 원안에 대해 의견을 제시해 줄 것이 기대된다(email: egorov@ilo.org).

제 1 장

현 시대의 노동입법¹⁾

◆ 노동법의 규율 목적

노동입법은 오늘날 경제·사회적인 변화에 부응하여 다음과 같은 세 가지 중요한 지배적 역할을 수행하고자 하는 목적을 지니고 있다.

- 노동입법은 생산 주체인 근로자 개인과 집단적 고용관계를 용이하게 하고, 이러한 관계로부터 일관되고 신속하며 신뢰할 만한 성과를 도출할 수 있도록 하는 법적 기틀을 마련할 수 있게 한다.
- 사용자, 근로자 각 대표가 작업장에서 상호교류의 기틀을 통해 직장내 민주주의를 실현할 중요한 수단이 될 수 있다.
- 노동입법은 국가법의 수립 절차를 통해서 사회적으로 널리 인정된 노동에서의 권리와 기본원칙이 무엇인가를 계속 잊지 않도록 하는 역할을 하며, 이를 보장하고 강화할 수 있는 절차를 만들 수 있게 한다.

노동법의 개혁 과정에 관여하면서, ILO 사무국은 노동입법이 위에서 언급한 목적을 달성할 수 있도록 적절하게 만들어진 곳에는, 노동법이 사회정의를 증진할 뿐 아니라 경제적인 성과에 긍정적인 영향을 끼치며 사회적 안정과 사회갈등을 해소하는 데 공헌한다는 기본적인 믿음

1) 이 장에서는 이 주제에 대한 포괄적인 검토가 아니라, 노동법을 제정할 때 그 작업에 참여한 사람들이 고려해야 할 여러 가지 중요한 문제에 대해 주의를 환기시키고자 하였다.

을 가지고 있다.

◆ 노동입법의 주요 과제

노동입법은 개인적인 고용관계를 규율하며, 노동조합과 사용자 또는 사용자 단체와 기업체내 근로자 참여제도 간의 단체교섭을 포함한 집단적인 상호교류를 통해 근로자와 사용자 사이의 관계에 관한 기본구조를 마련하고 그들의 관계를 규율하기 위해 널리 사용된다.

개인적인 고용관계를 규율하는 법률은 관계의 형성 및 종료를 규율하는 법조항(고용계약의 체결, 고용계약의 정지, 고용계약의 종료에 관한)과 이러한 관계 여러 면에 관련된 권리와 의무에 관한(고용을 위한 최저연령, 연소근로자 보호, 작업장에서 평등, 노동시간, 유급휴일, 임금의 지급, 직업상 안전과 건강, 모성보호 등) 법조항의 제정을 수반하는 것이 일반적이다. 개인의 고용관계에 관해서는 법을 강제할 절차와 법강제를 지원하는 기관(예를 들어 근로감독관, 법원, 노동심판위원회 등)에 관한 조항이 필요하다.

근로자와 사용자 간의 집단적인 상호교류에 관한 규정은 대체로 근로자의 권리를 보장하며 사용자가 직능별 노동관련 단체를 조직할 수 있는 권리의 보장, 단체교섭, 파업할 수 있는 권리, 기업내에서 근로자 참여를 위한 제도, 이러한 과정에 관한 기관 및 절차 등에 관한 법조항이 포함된다.

◆ 노동법의 전통

대부분의 국가에 노동 문제에 관한 법률이 있지만 법적 규율의 범위, 규율의 내용, 문제 어느 면의 어느 정도를 근로자에게, 또는 어느 정도를 사용자에게 맡길 것인가, 단체협약 또는 개별 고용계약에 따라 노동 문제를 규율하기 위한 기관 등은 나라마다 큰 차이가 있다.

관습법(common law)적 배경을 가진 나라에서는 고용관계의 기본요소는 관습법에 의해 규율되고 나머지 문제는 계약에 따라 당사자 사이

에서 해결하는 것이 전통이다. 지난 세기 동안 그리고 그 이전에도 입법기관이 노동법 분야에 점점 더 깊이 관여해 왔으므로 이들 국가에서 대부분의 실질적인 문제의 일부는 상세하게 때로는 포괄적으로 입법에 의한 규제를 받아 왔고 아직도 입법은 단편적으로 구성되어 있다. 따라서 완전히 법률로 명문화되지 않은 관습법의 배경에 비추어 사건을 파악하고, 이해하고, 해석할 필요가 있는 경우가 많다. 더구나 이들 국가 중에는 법적 권리와 책임에 관한 분쟁 또는 주장은 그것이 관습법 또는 노동법에 관한 것인가에 따라 법원의 관할이 달라지는 곳도 있다.

시민법적 전통을 가진 나라에서, 항상 그런 것은 아니지만, 노동법은 제도적이고 포괄적인 노동법전(labor codes)에 의해서 규율되는 경우가 많다. 대부분의 경우 노동 문제는 계약에 명시된 조항에 따라 기본적인 민법전에 의한 규율을 받았다. 그러나 시간이 지나면서 관련 조항이 더 많아졌고 여러 가지 다양한 주제에 대한 법률도 마련되었는데 이들 중 상당 부분이 노동법전에 흡수되었거나 또는 노동법전에 맞추어 수정되었다. 기본적인 시민법적 개념, 때로는 민법전의 조항이 노동 분야에서 일어나는 문제에 계속 적용되었으므로 법률의 해석에 있어서는 기본적인 시민법과 민법전 조항 두 가지 모두를 참고해야 하는 경우가 빈번하다.

그러나 노동법전과 그 보조 법률에 포괄적으로 명시되어 있듯이, 노동법은 점차 그 법률이 제시하는 개념에 따라 적용·해석되며, 보다 개인적인 시민법의 배경과는 다른 자율적인 법률 제도로 인식되게 되었다. 시민법적 전통을 가진 나라에서 노동법의 성문화(partial codification)는 관련 자료가 법률이 대상으로 하는 사람들에게 쉽게 접근할 수 있게 하였고, 전체 시스템에 일관성을 제공하는 통합적이고 포괄적인 개념을 가진 완전한 법을 이끌어 낼 수 있는 포괄적인 텍스트를 만들어 내게 되었다.

개발도상국 대부분이 시민법 또는 관습법적 전통의 영향을 받았는데, 노동입법의 상당 부분은 독립 이전 식민국가의 법률에 약간의 수정을 가하여 그대로 옮겨온 것이었다. 이들 대부분의 국가에서 노동입법은 독립 이후 놀라운 발전을 이루었다. 관습법적 전통을 따르는 나라에서 노동입법의 발전은 독립 이전과 이후 수년간에 걸쳐 일부 성문화

와 함께 노동에 관한 문제를 하나씩하나씩 노동법에 포함시키는 방식으로 발전하였다. 그러나 전반적인 방향은 이전에 완전히 법의 지배 아래 있지 않았던 여러 가지 문제를 한 덩어리로 묶어 포괄적·제도적으로 해결하려는 것이었다. 여기서 문제란 고용관계(근로조건을 포함하여), 노동 또는 산업별 관계, 안전, 건강 등이 포함된다. 대부분의 경우 하위법을 만드는 권한은 노동 문제에 대해 책임있는 장관에게 위임되었다.

제2차 세계대전 이후 독립국가가 되었고 시민법이 발달한 나라에서는 포괄적인 노동법전이 발전하였는데, 최근 경제·사회적인 현실을 감안하여 개정해야 할 필요가 생겨났다. 이들 국가에서도 역시 노동부장관이 노동 문제에 관한 상당한 위임입법권을 가지게 되었다. 이러한 양자의 경우에 있어서, 최근 이들이 당면한 노동 개혁이라는 도전은 이중적인 측면을 가지고 있다. 그 첫째는 근로자의 기본권을 확대하여 그들의 노동조합의 권리 및 본질적인 보호를 보다 확실하게 보장하는 것이고, 둘째는 사용자(social partners)에게 생산성과 경제적인 성장에 도움이 되는 방법으로서 고용관계를 규율할 수 있도록 보다 많은 유연성을 부여하는 것이다.

종전에 계획경제 국가였다가 이제 시장중심경제로 바뀌어 가고 있는 나라의 경우 법제 개혁에 있어서 가장 어려운 과제는, 극도로 국가 중심적이던 형태의 법률을 독립적이고 자주적으로 단체교섭에 참여할 수 있고 기업에 일정한 책임을 부과하는 규범을 채택할 수 있는 대표기관을 가지는 법률로 수정할 것인가 여부이다. 그러한 문제는 통치 구조와 규율의 부담에 있어서도 전반적으로 많은 영향을 미칠 것이기 때문이다.

◆ 노동입법이 당면한 문제

사회적인 보호와 형평 그리고 경제적 효율이라는 목적 사이의 균형 모색

어느 나라 어느 시대이든지 현 시대의 사회·경제적인 가치, 당시의 경제적인 현실을 고려하면서, 노동입법을 통한 사회적인 보호 및 형평성과 경제적인 효율성을 고려하면서 합리적이고 실행 가능한 균형점을 찾아야 할 필요가 있다. 입법적 개혁은 겉으로 완전히 드러나는 일은 없지만 이러한 여러 가지 고려와 판단이 그 속에 들어 있는 경우가 많다. 현행법과 개정되는 법의 효과를 계산하는 일반적으로 용인할 수 있고 분명하게 규정된 방법이 없으므로, 대부분의 경우 판단은 거칠고 상식적인 경우가 많다.

노동법 개혁에 관여하고 있는 사람들은 그들이 정부 관료이든, 노동조합 사람이든, 사용자 기관에서 왔든, ILO 임원 또는 전문가인지 여부와 관계없이, 제시된 노동법의 수정이 어떤 결과를 가져올 것인가에 대해 합리적으로 가능한 한 명료하게 밝혀야 한다. 그렇게 하기 위해서는 현행법과 제안된 개혁법이 근로자, 사용자에게 미치는 영향(비용 및 이익 모두), 더 넓게는 장·단기적인 면에서 보았을 때 사회 전반의 이해에 어떤 영향을 미치는지를 평가하는 노력을 수반하게 된다. 이러한 평가가 완전하게 객관적이고 정확한 경우는 매우 드물다. 필요한 정보가 일부만 있는 경우가 많고 또 그 제한된 정보조차 그것을 어떻게 해석하는가에 따라 많은 차이가 생기기 때문이다. 따라서 현행법 및 개혁법에 대한 영향 평가는 어느 정도 당사자의 주관적인 견해를 기준으로 이루어지는 것이 일반적이다.

ILO가 어떤 나라의 노동법 개혁을 도울 경우 그 법이 기본적인 인권을 존중하며, 노동에서 권리와 기본원칙을 보장하고, 또한 관련 국가에서 권리와 기본원칙이 충실히 존중되는지 확인하는 책임을 지며, 그들이 비준한 ILO 협약을 준수하는 것이 되도록 한다.

그러나 ILO와 기타 노동법의 개혁 과정에 관여하고 있는 이들이 국가의 노동법을 검토·개정할 때 사회적인 보호와 평등이라는 관점과 경제적인 효율성이라는 관점 두 가지 모두를 고려하는 것이 중요하다. 실제로 ILO 전문가 또는 임원이 그 회원국에게 노동법 개혁에 대해 조언을 할 때는 항상, 반드시 명백하게 드러내 놓고는 아니더라도 이 두 가지 관점 간에 균형을 잃지 않는 평가를 하고자 노력한다. 노동법 개

혁에 삼자 참여(tripartite participation)를 넣은 것은 어떤 특정한 법조항의 개정을 놓고 여러 가지 가능한 선택에 대한 토의를 할 때, 반드시 두 가지 관점 사이에 균형이 유지되는가를 확인하기 위해서이다. 그러나 노동법의 개혁을 경제성장과 효율성을 높이기 위해 채택한 구조조정, 민영화, 무역자유화, 기타 폭 넓은 규제 폐지의 정책적 맥락에서 취해진 노동법 개혁을 추진하는 나라에 조언을 할 경우에는, 두 가지 관점에 균형을 유지하는 접근방법이 보다 분명하게 드러나는 경향이 있다.

노동입법의 어떤 특정 조항이 갖는 여러 가지 효과를 평가할 때 평가 기준의 어떤 부분이 왜곡된 시장구조를 바로잡고 ‘공공을 위한 선’을 제공하는 역할을 할 수 있음을 인식할 필요가 있다. 또한 노동시장의 유연성에도 민감한 관심을 기울여 개정되는 노동법이 지구촌경제에서 경쟁력을 제고하면서 효율성을 갖도록 해야 한다.

대표성에 있어서의 격차, 비전형적 또는 특수한 고용관계와 성: 총체적 규율

1999년 국제노동회의에서 있었던 “괜찮은 일자리(decent work)”에 관한 보고서에서 ILO 사무총장은 ILO가 모든 근로자를 대표한다는 사실을 강조하였다. 그러나 근로자도 노동조합이 대표하는 근로자와 그렇지 않은 근로자(See “Your Voice at Work” (Global Report), ILC, 88th session, Report I(B)), 노동법의 보호를 받는 근로자와 그렇지 못한 근로자 사이에는 분명한 격차가 있다. 이러한 경향은 남성과 여성 간에 특히 두드러지는 경우가 많다.

이와 같은 상황에서, 비록 법률이 이러한 격차를 교정하는 데 제한적인, 중요성은 크지만 역할만을 수행할 수밖에 없음을 인식하는 것이 필요하지만, 노동법의 개혁은 소외된 근로자 계층의 수요에 민감할 필요가 있다. 첫번째 문제, 즉 대표성에 존재하는 격차와 관련하여 각 국가의 특수한 법적 상황에서 기인하는 특별한 어려움, 즉 노동조합원으로서의 자격 및 사용자의 단체교섭을 위한 조합 인증의 문제에서 유발

되는 일정한 법적 장애물을 이해하는 것이 중요하다. 반대로, 모든 이에게 노동조합을 만들 수 있는 권리를 보장하는 법률 조항, 모든 종류의 차별로부터 보호받을 수 있는 권리, 단체교섭을 위해 노동조합을 인정받을 수 있는 권리 등 대표성과 단체교섭권을 확대하는 데 우호적인 분위기를 조성함에 있어서 도움이 될 수 있는 창조적인 입법적 접근방법이 무엇인가에 대해서도 관심을 기울여야 한다.

불이익을 당하는 그룹에 속하는 사람들에게 공평한 기회가 주어지도록 특별한 관심을 기울여야 한다. 특히 개혁의 전 과정을 통해 남성과 여성 간의 격차, 대표성에 있어서의 격차에 대해 관심을 기울일 필요가 있다. 여성의 경우 비공식적 분야(informal sector)에서 일하는 여성, 또는 가내근로와 같이 불규칙적이고 불안정한 각종 형태의 계약노동에 종사하는 여성의 비율이 높다. 공식적 분야(formal sector)에서 일하는 여성도 작업장에서의 참여 기회가 적고, 직업적인 차별(전통적으로 여성의 것이라고 인식되는 직업의 슬럼화), 남성에 비해 불리한 노동계약 조건 등 각종 불이익에 노출되어 있는 경우가 허다하다. 남성과 여성 간의 불평등을 극복하기 위해서는 법률적 개혁을 넘어서는 폭 넓은 정책적 배려가 요구되며, 법적 영역 역시 중요하다. 차별철폐를 다룬 가이드라인 제4장에서는 이 점을 보다 자세히 다루었다. 그러나 남성과 여성 간의 차별에 관한 문제는 ILO 선언에 포함되어 있는 노동에서의 권리와 기본원칙 네 가지 카테고리와의 관련이 있다.

제 2 장

노동입법의 주요 조항:결사의 자유¹⁾

◆ 서론

결사의 자유의 기본적 중요성

결사의 자유는 ILO에게는 필수적인 원칙이다. ILO는 여러 ILO 협약

1) In addition to legislative texts and ILO instruments, the sources used in the preparation of this text include: ILO, Freedom of Association and Procedures for Determining Conditions of Employment in the Public Service, International Labour Conference, 63rd Session 1977, Report VII (1) (Geneva, ILO, 1976), ILO, Freedom of Association and Collective Bargaining, General Survey of the Committee of Experts (Geneva, ILO, 1994), ILO, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO 4th (revised) ed. (ILO, Geneva, 1996), ILO, Guide to International Labour Standards on Industrial Relations (Budapest, ILO, 1998), ILO, Labour Relations in Industrialized Market Economy Countries - An Introduction (ILO, Geneva), Bartolomei de la Cruz, von Potobsky and Swepston, The international Labor Organization - The International Standards System and Basic Human Rights, (Westview, Colorado, USA, 1996), Swepston, "Human Rights Law and Freedom of association: Development through ILO Supervision", International Labour Review, Vol. 137 (1998), No. 2, p. 169, Pankert, "Freedom of Association", in Blanpain (ed.) Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 3rd ed., (Kluwer, 1987), Lawyers Committee for Human Rights, The Neglected Right: Freedom of Association in International Human Rights Law, (Lawyers Committee for Human Rights, New York, 1997), Lawyers

및 권고에서 이 권리를 보호할 것을 주장했고 또 그 필요성을 널리 홍보하였다. 결사의 자유의 권리는 여러 국제기구와 1998년 ILO 선언에서도 언급되었다. 결사의 자유는 사용자, 근로자가 자신들의 직업적이고 산업적인 이익을 지키기 위하여 사전 허락을 받지 않고도 자기가 원하는 단체를 설립할 수 있는 권리를 뜻한다. 또한 이들 단체가 그들이 원하는 대로 내부 조직을 구성할 수 있는 권리도 포함된다. 이 밖에도 결사의 자유에는 사용자와 근로자 사이의 단체교섭권 및 파업할 권리도 포함된다.

결사의 자유 원칙을 존중하는 일은 노동관계 제도가 제기능을 하는데, 더 넓게는 민주적인 통치 제도를 유지하는 데 필수적인 요소이다. 따라서 결사의 자유는 민주주의 제도 아래서 효율적인 기능을 발휘하는 시장경제의 발전과 운영에 중요한 역할을 수행한다.

결사의 자유 보장에 관한 국제협약

단결권에 관한 ILO의 기본문서에는 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약 (Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948, No. 87)과 단결권 및 단체교섭에 대한 원칙의 적용에 관한 협약 (Right to Organize and Collective Bargaining Convention, No. 98)이 있다. 다음과 같은 ILO 협약도 이와 관계가 있다.

1975년의 제141호 농업근로자 단체에 관한 협약 및 제149호 권고 (Rural Workers' Organizations Convention, No. 141 and Recommendation, No. 149 (1975)).

1978년의 제151호 노사관계(공익사업)에 관한 협약 및 제159호 권고 (Labour Relations (Public Service) Convention, No. 151 and Recommendation, No. 159).

Committee for Human Rights, The World Bank, NGOs, and Freedom of Association: A Critique of the World Bank's Draft "Handbook on Good Practices for Law Relating to Non-Governmental Organizations", (Lawyers Committee for Human Rights, New York, 1997).

1971년의 제135호 근로자 대표에 관한 협약 및 제143호 권고 (The Workers' Representatives Convention, No. 135 and Recommendation, No. 143, 1971).

결사의 자유 원칙의 중요함 때문에 ILO는 상설 감독기관 이외에 필요할 경우 결사의 자유를 강제할 특별기관을 설립하였다.²⁾

위에서 언급한 대로 노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 ILO 선언 (Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)은 ILO 회원국에 대해 이 협약의 비준 여부에 관계없이 결사의 자유 원칙과 단체교섭권에 대한 완전한 인식을 높이고 실현할 의무를 부여하고 있다. 이 의무는 ILO의 회원국이라는 사실에서 자연적으로 발생하는 의무이다.

결사의 자유는 근로자와 조합에 대하여 일반적으로, 또는 구체적으로 UN과 지역 인권기구의 보호를 받는다.³⁾

2) 이러한 것들로는

- 결사의 자유에 관한 사실조사 및 조정위원회(Fact-Finding and Conciliation Commission on Freedom of Association, 관련 회원국의 동의가 있어야 위원회 활동이 개시될 수 있음)
- 결사의 자유에 관한 ILO 이사회 위원회(Governing Body Committee on Freedom of Association) : 결사의 자유 위반으로 진정된 사건을 검토한다. 두 기관은 회원국이 관련 협약을 비준하였는지 여부와 관계없이 진정된 사건을 처리한다.

3) 이러한 것들에는 다음과 같은 사항들이 포함된다.

- 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)
- 시민적·정치적 권리에 관한 국제인권 규약(International Covenant on Civil and Political Rights)
- 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제인권 규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)
- 모든 형태의 인종차별 폐지에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)
- 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)
- 유럽사회헌장(European Social Charter)
- 인간의 권리와 의무에 관한 미국선언(American Declaration of the Rights and Duties of Man)
- 인권에 관한 미국협약(American Convention on Human Rights)
- 인권에 관한 아프리카헌장(African Charter on Human and People's Rights)
- 2000년 기본권에 관한 유럽헌장(EU Charter of Fundamental Rights, 2000.)

결사의 자유 보장에 관한 정부의 역할

제87호, 제98호 협약은 결사의 자유라는 기본원칙을 실현하기 위해 무엇이 필요한가를 구체적으로 명시하고 있다.

- 근로자, 고용주가 사전 허락없이 자기가 선택하는 단체에 가입할 수 있는 법적인 권리를 갖는다.
- 결사의 자유 권리의 행사를 방해하지 않는다.
- 국가법이 결사의 자유 행사를 손상하지 않도록 보장한다(그러나 결사의 자유 권리를 행사할 때 근로자, 사용자 각 기관은 각국의 법률을 존중하여야 한다).
- 근로자, 사용자가 단결권을 자유롭게 행사하는 데 필요한 적절한 모든 조치를 취한다.
- 근로자가 반노동조합적 차별 행위로부터 보호받을 수 있도록 보장한다.
- 근로자, 사용자 단체의 설립, 활동, 운영에 서로가 방해하는 일이 없어야 한다.

‘자유’란 결사의 자유 권리의 행사를 허용하지 않는 간섭으로부터의 자유를 의미한다. 이 권리는 물론 절대적인 것은 아니다. 결사의 자유와 모순되지 않는 일정한 한계와 제한이 있을 수 있다. 이 때의 제한과 한계는 엄격하게 정의되고 한정되어야 한다.

법률의 제정은 국가가 위에서 언급된 원칙을 실행하기 위해 채택하는 제1차적인 방법이다.

◆ 결사의 자유에 관한 입법

결사의 자유를 보장하기 위한 일반적인 조항

여러 나라의 헌법, 법률에는 모든 사람에게 또는 특별히 근로자와 고용주에게 결사의 자유를 보장하는 일반적인 원칙이 명시되어 있다.

이러한 조항의 문장이 길거나 상세할 필요는 없다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

그러나 정부가 법률을 제정할 때 상세한 법률을 만드는 것이 타당하다고 생각할 수 있다. 특히 국가가 어떤 상황에 있는가에 따라 상세한 법률 조항이 결사의 자유를 행사하는 데 중요한 틀을 제공할 수 있다.

근로자, 사용자 단체의 설립과 조합원 자격

근로자 또는 사용자 단체를 구성할 수 있는 권리를 보호하기 위한 법안에는 대체로 다음과 같은 사항이 포함된다. 이 때 근로자와 사용자 사이에 어떠한 형태의 차별도 없다.

- 자신이 선택하는 단체를 만들 수 있다.
- 단체의 규약에 따라서만 이들 단체에 참여한다.
- 사전 허락을 받지 않고 이러한 권리를 행사할 수 있다(제87호 협약 제2조(Convention No. 87, Article 2)).

단결권 및 단결체에 참여할 수 있는 권리

모든 근로자와 사용자는 본인의 선택에 따라 단체를 설립하거나 이에 참여할 권리를 갖는다. 이 권리는 중앙·지역·지방 공무원, 중요한 공공서비스를 제공하는 기관의 직원, 정부 소유 경제관련 기관의 직원에게도 해당된다. 1948년 제87호 결사의 자유 및 단결권 보호에 대한 협약(General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention, No. 87, 1948), 1948년 제98호 단결권 및 단체교섭에 대한 원칙의 적용에 관한 협약(Right to Organize and Collective Bargaining Convention, No. 98, 1948, (“General Survey”) paras. 48, 49). 이 권리는 ILO 감독기관이 인정한 대로 제87호 ILO 협약에 명시된 제한된 경우에 한해 예외가 인정된다(General Survey, para. 55). 예외가 인정되는 경우는 경찰, 무장 군인, 임원급 직원 등이다.

일부 국가에서는 법률을 통해 고용인, 고용주의 결사의 자유라는 기본적인 권리에 대해 포괄적이고 구체적으로 열거하고, 단체를 설립하거나 이에 참여할 권리를 인정하고 있다. ILO 임원과 자문위원은 여러 나라의 경우를 참조하여 몇 가지 구체적인 사안에 대한 법률 초안을 작성하였다.

사례 1 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

공무원 또는 공공부문 종사자

여러 나라에서 공무원 또는 공공부문 종사자가 단체를 결성할 수 있는 권리가 인정되고 있다. 그러나 이 권리는 대부분의 경우 암묵적으로 인정되며, 일부 노동조합에 적용할 수 있는 법률에 명시된 경우도 있다(General Survey, para. 51).

사례 1 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

다른 나라에서는 공무원이 노동조합을 결성할 수 있는 권리는 공공 서비스에 관한 특별한 법률의 범위 안에서만 인정된다(General Survey, para. 51 and notes).

사례 2 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

무장 군인과 경찰

ILO 협약에 따라, 회원국은 무장한 군인과 경찰에게 어느 수준까지 단결권을 인정할 것인가를 결정한 권한을 가지고 있다(Convention No. 87, Article 9). 때때로 일정한 제한사항을 두거나 제한사항 없이 자신의 직업적인 이익을 보호하기 위해 군인에게 단결권을 인정하는 경우도 있기는 하지만, 대부분의 국가에서 군인에게 단결권을 인정하지 않고 있다. 일부 국가의 경우, 경찰은 조합을 결성하거나 이에 참여할 권리에 제한을 받는다. 다만, 공무원에 관한 법률 또는 특별법 조항에

의거하여 단결권을 행사할 수도 있다(General Survey).

임원급 직원

ILO 회원국은 민간(General Survey, para. 66) 또는 공공부문(General Survey, para. 57)의 임원급 직원 또는 의사결정권자의 단결권을 제한할 수 있다. 그러나 이들이 실질적으로 임원의 지위에 있어야 하며, 그들 자신의 단체를 설립하고 참여할 수 있도록 허락되는 경우라야 이러한 권리 제한이 정당한 것으로 인정될 수 있다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

노동조합의 보호를 위한 조치 및 노동조합에 참여하지 않을 권리

노동관계 제도에 노동조합의 보호를 위한 조항이 포함되어 있는 경우도 있다. 자세한 내용은 다음과 같다.

- 노동조합이 적대적인 환경에 처한 경우 조합의 위치를 강화할 수 있다.
- 노동관계 제도 안에서 직접적인 대화 또는 협상을 통해 노동조합이 자신의 역할을 충실히 다할 수 있도록 도울 수 있다.

노동조합의 보호를 위한 장치는 다음과 같은 세 가지 형태가 있다 (용어에 대한 정의는 나라마다 차이가 있다).

- 클로즈드숍(closed shop): 고용주는 노동조합원인 사람들 중에서만 직원을 고용하여야 한다.
- 유니온숍(union shop): 고용될 당시 조합원이 아니었더라도 고용된 후 일정 기간 내에 조합에 가입해야 한다.
- 에이전시숍(agency shop): 노동조합 가입자가 아니더라도 조합비를 내야 하는 노동조합 형태. 이렇게 모금한 조합비를 노동조합을 위해서가 아니라 자선기관에 기부하는 경우도 있다.

이러한 세 가지 형태의 노동조합 보호를 위한 장치는 근로자가 이와

같은 조합 보호장치를 채택하고 있는 회사에 취직하고자 할 때, 노동조합에 가입하도록 강요를 받게 될 가능성이 있다는 문제를 제기한다. 전문가위원회의 의견에 따라 제87호 협약 제2조(General Survey para. 100)는 ILO 회원국에 대해 다음과 같은 것들을 허용하고 있다.

- 근로자에게 직장 조합에 참여하지 않을 수 있는 권리를 보장할 수 있다.
- 노동조합 보호에 관한 조항의 실행을 허가하고, 필요한 경우 통제할 수 있다.

노동조합에 대한 보호장치가 허락된 곳이라도 근로자 단체와 사용자 단체 사이의 자유로운 합의에 의해 결정된 경우에만 유효하다. 즉 법으로 강제해서는 안 된다(General Survey, paras. 102-103).

일부 국가에서는 법으로, 직접적 또는 간접적으로, 노동조합에 가입하지 않을 권리를 보장하며, 어떤 개인에게 노동조합에 가입 또는 지원하도록 강제하는 것을 금지하고 있다(General Survey, para. 101).

사례 1 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

일부 국가에서는 노동조합에 대한 보호장치 조항을 단체협약 또는 중재·조정 범위 안에서 법으로 허용하고 있다.

사례 2 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

비차별의 중요성

누구든지 성별, 인종, 피부색, 출생, 사회적인 신분, 결혼 여부, 정치적인 견해 등을 이유로 차별해서는 안 된다는 원칙, 특히 결사의 자유는 인권을 보호하는 대부분의 국제적인 법률 문헌이 중요하게 생각하는 원칙이다. 비차별에 관해서는 제87호 ILO 협약에서 ‘어떠한 차별도 없이(without distinction whatsoever)’라는 표현을 사용하여 구체적으로 언급되어 있다(Convention No. 87, Article 2). 대부분 국가의 법률

에 포함된 근로자와 고용기회에 대한 차별 금지를 보장하는 조항은 노동조합에 관한 권리에도 적용된다. 그러나 일부 국가에서는 노동조합의 권리에 관한 조항에 차별 금지를 명시한 경우도 있다.

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

ILO 감독기관은 각 국의 법률 및 현실적으로 일어나고 있는 차별이 제87호 ILO 협약과 모순됨을 거듭 발견하였다. 인종, 국적, 결혼 여부, 성, 나이, 정치적인 연합 또는 활동을 이유로 차별하는 것은, 폭력을 옹호하는 정치적인 연합 또는 활동에 관여하는 경우를 제외하고는 ILO 협약과 양립될 수 없다(General Survey, paras. 61-65).

조합 설립을 위한 공식적 요건

ILO 회원국은 노동조합 기구의 정상적인 활동을 보장하는 데 적절하다고 생각되는 노동조합 설립을 위한 공식적인 요건을 법률에 포함시킬 수 있다. 다만, 이러한 공식 요건이 제87호 ILO 협약이 보장하는 권리를 제한하는 것이어서는 안 된다. 법률 제정자는 한 국가의 노동조합 설립 요건이 다음과 같은지 확인해야 한다.

- 제87호 ILO 협약(Convention No. 87, Article 2)과 모순되게 사전 허가를 요구하지 않을 것.
- 쉽게 충족시킬 수 있는 요건이어야 한다. 국가가 요구하는 요건이 조합 설립을 거의 금지하는 것과 같이 어려워서는 안 된다.

특정한 절차를 요구하지 않는 국가도 있지만, 대부분 이 경우 구체적인 요건에 따라 정관 및 세칙을 만들고, 담당 기관에 등록할 것 등과 같은 일정한 형식을 준수해야 한다(General Survey, paras. 68-69). 대부분의 국가에서 근로자 및 사용자 단체는 이러한 형식 절차를 거치지 않고도 활동을 할 수 있으나, 등록기관에 제출한 정관에 규정된 권리가 아닌 권리는 주장할 수 없다.

조합 설립을 위한 특정한 절차가 적절한지 아니면 강제적인지 여부는 상당 부분 회원국의 노동관계 제도 및 관계기관에 등록을 하는 것이 조합에 이로운가에 달려 있다. 그러나 일반적인 원칙은 있다. 관계기관에 조합을 등록하는 일과 관련된 공식 절차는,

- 법에 분명히 명시되어 있어야 한다.
- 누구에게든지 등록을 거부할 수 있는 자유재량이 주어져서는 안 된다.
- 타당성이 있어야 한다.
- 복잡하지 않고 신속해야 한다.
- 즉시 처리되어야 한다.

이러한 원칙을 존중하지 않는 법률은 사전허가를 요구하는 것과 마찬가지로 받아들여질 수 있다(General Survey, paras. 71-75 및 결사의 자유에 관한 위원회의 결정 요약(Digest of Decisions of the Committee on Freedom of Association, paras. 251, 260, 266).

조합 설립에 적절한 절차를 만들 때, “근로자와 사용자의 권리를 증진하고 보호하는 기관만이” 제87호 협약이 뜻하는 기관이다. 공식 절차는 다음을 확인하는 데 사용될 수 있다.

- 등록을 신청하는 기관이 실제로 존재하는지
- 등록을 신청하는 기관이 실제로 노동조합 또는 사용자 단체인지
- 등록을 신청하는 기관이 명시한 목적이 그 기관의 직업적인 위상에 비추어 일관성이 있는지.

기관의 등록; 정관·규약의 제출

등록, 정관·규약의 제출이 선택사항인 국가도 있지만 대부분의 국가에서는 조합 설립을 위한 공식 절차 중의 한 가지로 보고 있다. 정관·규약의 제출은 설립되는 기관을 위해 다음과 같은 법적 또는 실제적인 이익을 보장한다.

- 법적 지위
- 예외적인 책임의 면제(예를 들어, 쟁의행위 중 생긴 경제적인 손

실에 대한 민사책임으로부터의 면제)

- 각종 세금의 면제
- 분쟁조정 절차를 활용할 수 있는 권리
- 근로자 단체의 유일한 협상대리인으로서 인정될 수 있는 권리
- 또는 위에서 열거한 내용 한 가지 이상을 합친 것(General Survey, para. 72).

등록을 위한 공식 절차가 용이하게 충족된다면 어떠한 접근방법도 제 87호 협약에 모순되지 않는다(General Survey, paras. 69, and 73 to 75).

대부분의 경우 근로자와 사용자 단체는 해당 정부 부처에 등록하고 정관 또는 규약을 제출함으로써 법적 지위를 획득한다. 이를 통하여 조합원 개인 또는 선출된 지도자가 단체의 합법적인 행위에 대해 개인적인 책임을 지는 일에 노출시키지 않을 수 있고, 재산을 소유할 수 있으며, 기관의 이름으로 법적인 행동을 수행할 수 있다. 법인격(legal personality)을 획득하기 위해 별도의 공식 절차가 필요하다면 그 절차는 어렵지 않아야 한다. 그 공식 절차가 복잡하고 성가신 것이어서 협약 제87호 협약 제2, 3조에 보장한 내용을 훼손해서는 안 된다.

노동입법은 행정당국에 다음과 같은 사항을 결정할 임의재량권을 부여해서는 안 된다.

- 등록 신청을 받아들일 것인지 여부
- 등록을 신청하는 기관이 진술한 목적과 기능의 이행 여부를 판단할 권한.

등록제도에 행정적인 재량권이 주어질 경우 그 재량권의 행사는 공식적이고 명확한 법령에 의하여 행해져야 한다.

등록이 거부된 단체는 등록 거부 사실에 대하여 독립적인 법원에 제소할 권한을 가지는 것이 특히 중요하며, 제소된 내용에 대해서는 즉각적인 조사가 실시되어야 한다(General Survey, paras. 77, 78).

근로자와 사용자 단체에 관한 대부분의 법률에는 다음에 관한 조항이 포함된다.

- 등록 신청을 할 때 단체의 이름, 임원, 구성원, 헌장·정관·규약, 그 밖에 단체가 정한 규정에 따라야 할 문제 등을 첨부하여야 한다.
- 등록 담당자(registrar)는 추가적인 정보를 요구할 수 있다.
- 등록 담당자의 결정에 관한 규칙
- 등록 결정까지의 시간적 제한
- 등록 거부 결정에 대하여 법원에 제소할 권리.

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

등록의 취소

근로자 또는 사용자 단체의 등록 취소에 관한 법률 조항은 타당한 기준, 예를 들어 관련기관이 더 이상 등록 요건을 충족하는 자격을 갖추지 못하고 있다는 증거를 바탕으로 한 것이라야 한다. 그러한 등록 취소 결정은 법적인 권한을 갖는 기관에 등록 신청을 한 후 즉시 내려져야 하며, 등록 담당자에게 등록 취소의 권한이 주어졌다 하더라도 취소 결정에 대해 사법기관에 이의신청을 할 수 있어야 한다.

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

근로자 및 사용자 단체의 조직 및 운영

근로자 및 사용자 단체는 자유롭게 활동할 수 있어야 한다. 특히 행정기관은 이들 단체에 대해 다음과 같은 사항에 대해 간섭해서는 안 된다.

- 각 단체의 정관과 규약의 작성
- 단체의 자유로운 대표 선출
- 단체의 운영과 활동의 조직
- 행사계획의 작성(Convention No. 87, Article 3; General Survey, para. 108).

근로자 및 사용자 단체의 조직과 구성

노동조합 운동의 조직과 구성은 노동조합의 역사와 전통에 따라, 또한 입법이 어느 정도까지 조합의 조직과 구성에 영향을 주는 기준을 마련하였는가에 따라 나라마다 큰 차이가 있다.

노동조합은 업종별·산업별·기업별 또는 일반회원 기준에 따라 조직된다. 노동조합은 대체로 지방·지역·전국적 조직을 갖는다. 사용자 단체는 경제 또는 노동에 관련된 문제를 중심으로 조직되며, 때때로 이러한 두 가지가 합쳐진 경우도 있다. 중앙조직은 산업별로 조직된 일차적인 사용자 단체로 구성되는 경우가 대부분이다.

최소 회원수 규정

노동입법을 통하여 공식적으로 근로자 및 사용자 단체를 조직하는데 필요한 최소 회원수 규정을 두는 경우가 많다. 최소 회원수 규정이 구체적으로 정한 회원수를 확보하는 것이 정상적인 상황에서 현실적으로 가능하다면 결사의 자유와 모순되지 않는다. 최소 회원수 규정을 근로자 및 사용자 단체의 설립을 방해하려는 목적으로 사용해서는 안 된다. 예를 들어, 결사의 자유 위원회(Committee on Freedom of Association)는 노동조합의 구성에 있어서 최소 20명(분야별 노동조합의 경우는 30명)이 필요하다는 규정은 결사의 자유에 모순되지 않는다고 보았다. 한편 동 위원회는 사용자 단체의 조직을 위한 최소 회원수를 10명으로 규정한 것은 이 규정이 단순히 형식적인 것이 아니라면, 지나치게 높은 기준이라고 보았다(General Survey, paras. 81 to 83; Digest, paras. 257, 258).

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

일차적인 수준의 단체 구성에 관한 제한

노동입법은 때로 일차적인 수준의 단체 구성에 관해 일정한 제한을 두는 경우가 있다. 다만, 제한에 상응하는 보상이 전제되어야 한다. 법률은 다음 사항을 요구할 수 있다.

- 일차적인 수준의 단체의 회원은 동일한(또는 비슷한) 직업을 가져야 한다.
- 일차적인 수준의 단체의 회원은 같은 직장에 있어야 한다.
- 공무원의 일차적인 수준의 단체는 공무원으로만 구성될 수 있다.

이와 같이 일차적 수준의 단체 조직에 제한을 두는 것은 결사의 자유 원칙에 모순되지 않는다. 다만, 다음과 같은 사항이 전제되어야 한다.

- 일차적 수준의 단체는 2차적인 또는 전국 수준의 다른 직업 조직에 자유롭게 참여할 수 있거나 동맹체제를 구성할 수 있다.
- 공무원의 일차적 수준의 단체는 2차적인 또는 전국 수준의 조직에 자유롭게 참여하거나 동맹체제를 구성할 수 있다(General Survey, para. 84).

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

단일 노동조합과 복수 노동조합

근로자와 사용자는 ‘그들의 선택에 따라’ 자신들의 단체를 구성하고 이에 참여할 수 있다. 이를 위해서는 근로자와 사용자가 원하면, 그리고 원하는 때에 언제든지 새로운 단체를 만들 수 있어야 한다(Convention No. 87, Article 2).

복수의 노동조합 조직도 가능하지만, 이는 강제되는 것은 아니다. 일반적으로 서로 경쟁하는 조직의 지나친 급증을 피하는 것이 근로자, 사용자 모두에게 이롭다. 조직이 너무 많아지면 각자의 활동을 약화시킬 수 있고, 그들의 이익에 손실을 끼치게 되고, 결국 각 조직의 지속적인 독립을 위협하기 때문이다. 또한, 근로자 또는 사용자 집단이 하나로 합쳐 그 한 단체가 배타적인 지위를 갖도록 하는 것도 그 구조를 법으로 강제하지 않는 한, 또한 그 조직 이외에 새로운 조직을 설립하는 일이 법적으로 가능하다면 결사의 자유에 아무런 문제가 되지 않는다(General Survey, para. 91).

일부 노동관련 제도에는 ‘가장 대표적인 단체’에게만 일정한 권리를 부여함으로써 단수, 복수노조 문제를 해결하고 있다(ILO Constitution, Article 3, paragraph 5). 이러한 접근방법은 다음을 전제로 할 경우 결사의 자유 원칙에 모순되지 않는다.

- 대표를 결정하는 표준이 객관적이며, 명확하며, 미리 제정되었을 것.
- 보다 큰 대표권을 갖는 단체에 부여된 권리는 우선권(preferential rights)에 그치며, 각 단체가 회원의 직업적인 이해를 효과적으로 보호하는 일을 방해해서는 안 된다. 우선권의 예는 다음과 같다.
 - 단체교섭에서 근로자를 대표할 권리
 - 정부에 자문할 권리
 - 국제기구에 대표를 파견할 권리

일부 노동단체에서는 배타적인 단체교섭 권한을 하나의 단체에 위임하는 경우도 있다. 이 경우 단체교섭의 대리자는 노동조합 조합원 여부와 관계 없이 단체교섭에 관련된 근로자 모두를 공정하고 동등하게 대표할 법적인 또는 실제적인 책임을 진다(General Survey, paras 97 to 99).

이러한 제도에 대해서는 제3장 단체교섭에 관한 내용에 상세하게 기술되어 있다.

근로자 및 사용자 단체의 연합체와 총연합체

근로자 및 사용자 단체는 전국적인 또는 직업별 연합체 또는 총연합체를 구성하는 것이 상례이다. ILO 제87호 협약은 구체적으로 근로자 및 사용자 단체가 이러한 단체를 결성할 수 있는 권리가 있음을 명시하고 있다(Convention No. 87, Article 5).

근로자 단체는 대체로,

- 조합원들의 직종에 따라 수직적인 조직을 갖는다.
- 또는 조합원들이 일하는 지역에 따라 수평적인 조직을 갖는다.

연합체와 총연합체는 그 하부 조직과 동일한 권리와 자유를 행사할 수 있어야 한다(Convention No. 87). 일차적인 수준의 단체와 관련하여 ILO 감독기관이 만든 원칙, 그리고 이 가이드라인에 제시된 원칙은 연합체와 총연합체에도 적용된다(General Survey, para. 195).

정부는 근로자와 사용자 단체가 국제적인 활동을 할 권리를 존중해야 한다. 특히,

- 근로자와 사용자 단체가 국제조직에 가입할 수 있는 권리
- 근로자와 사용자 단체의 조합원이 원하는 대로 또한 원할 때 국제조직에 참여할 수 있는 권리
- 국제기구의 정치적·사상적인 성향과 관계 없이, 국가적 조직을 만드는 데 국제조직의 재정적인 지원과 도움을 받을 수 있는 권리.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

단체의 내부 운영

노동조합법에는 근로자와 사용자 단체가 조합원에 의해 민주적으로 운영될 수 있도록 하기 위해 이들 단체의 내부 운영에 관한 조항을 두는 경우가 흔히 있다. 그러나 이러한 조항은 제87호 협약 제3조의 정신을 존중하여 근로자와 사용자 단체가 그들의 집행기구를 관리하고 임원을 선출하는 규칙을 스스로 만들 수 있도록 허락되어야 한다(Digest, para. 417). 이와 관련하여 정부의 주요 역할은 근로자와 사용자가 그들 단체의 내부적인 견해 차이를 민주적으로 해결할 수 있는 여건을 촉진하는 데 있다.

근로자 및 사용자 단체의 내부적인 운영을 위한 노동입법은 조합원의 이익을 보호하고 그들 조직 안에서 민주적인 원칙을 증진할 목적으로 만들어진 것이면 결사의 자유에 모순되지 않는다. 노동입법 대신 근로자 및 사용자 단체의 정관·규약이 의사결정 및 관리에 관한 민주적인 원칙을 포함하고 있는지를 확인하는 작업을 근로자와 사용자에게 맡길 수도 있다.

노동에 관한 국가법은 근로자와 사용자 단체가 그들의 헌장과 규약을 제정하는 데 최대한 자율권을 갖도록 전반적인 틀을 마련하여야 한다. 다음은 법안 초안자가 참고해야 할 원칙이다.

- 공식적인 요구조건을 용이하게 충족할 수 있어서 결사의 자유 원칙에 모순됨이 없어야 한다.
- 어떤 단체의 정관·규약을 승인하는 공공기관에 부여된 재량권은 법적인 요구조건에 따라 제한을 받아야 한다. 이 때 법적인 요구조건은 결사의 자유 원칙에 위배됨이 없어야 한다.
- 근로자와 사용자 단체 내부에서 차별철폐를 촉진하도록 설계된 법 조항은 결사의 자유 원칙과 모순되어서는 안 된다(General Survey, paras. 109 to 111).

일부 국가의 경우 국가법으로 근로자 및 사용자 단체의 헌장, 정관·규약의 내용을 존중하거나 승인을 받아야 한다는 조항이 없고, 관할기관에 사본만 제출하면 되는 경우도 있다.

정관 또는 규약

일부 국가의 노동입법에는 근로자 및 사용자 단체에게 그들 단체의 국제적인 운영에 대한 권리를 부여하는 원칙에 관한 일반적인 기술을 포함하고 있다.

사례 1 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

국가적인 노동입법을 통하여 근로자 및 사용자 단체의 건전한 운영을 도모하고, 충분한 세부 규정이 없어서 생길 수 있는 어려움을 피할 수 있기 위해 이들 단체의 헌장·정관·규약에 반드시 포함되어야 하는 사항을 구체적으로 명시한 경우가 많이 있다. 제한 사항이 적절하다면 이러한 법률은 가이드라인용으로 활용하도록 만들어진 모델 텍스트와 마찬가지로, 결사의 자유 원칙에 모순되지 않는다(General Survey, para. 110).

사례 2 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

단체 내부에서의 선거

일부 국가의 노동법에는 근로자 및 사용자 단체 내부의 선거에 대해 해당 기관의 규약에 적절한 조항이 포함되어 있어야 한다는 내용 외에 구체적인 규정을 두지 않는 경우도 있다. 그러나 대부분의 국가의 노동법에는 공정한 선거를 보장하는 조항이 포함되어 있다. 그러나 이러한 규정이 관련기관의 자유를 필요 이상으로 간섭해서는 안 된다.

특히 노동법은,

- 모든 임원이 해당 기관의 조합원일 것을 요구할 수 없다. 노동조합 임원 중 합리적이라고 생각되는 수의 임원은 이러한 자격요건에서 면제되어야 한다(General Survey, para. 117 and the Report of the Committee of Experts, 1994, Individual Observation concerning Bangladesh).
- 모든 임원이 같은 단체의 조합원이고 같은 직종에 종사해야 한다고 요구할 수 없다(General Survey, para. 117).
- 특정한 정치적인 신념을 가졌다는 이유로 임원에서 제외시킬 수 없다(General Survey, para. 119).
- 임원의 재선을 막거나 노동조합의 최대 존속기간을 명문으로 규정해서는 안 된다(General Survey, para. 121).
- 정부에게 근로자 및 사용자 단체 내부의 선거에 관여하도록 하거나 선거가 실시되는 동안 이를 참관할 공식적인 권한을 갖도록(정부는 혹시 민주적인 선거를 위해 필요한 경우 참관이 허용될 때에도 독립적이고 공정해야 한다) 하거나 또는 선출된 임원을 물러나게 할 권한을 부여해서는 안 된다(General Survey, para. 115).

그러나 단체 내부의 선거에 관한 법률은,

- 보통선거권(universal suffrage)에 따라 비밀선거, 직접선거를 요구할 수 있다(Digest, para. 360).
- 후보자가 다음과 같은 사항을 의심하게 하는 전과가 있을 경우

피선거권을 제한할 수 있다.

- 성실성
- 어떤 기관을 운영할 수 있는 능력
- 어떤 임원이 해고 또는 정직을 받을 이유가 있다고 생각되는 경우, 구체적이고 분명한 기준을 근거로 사법기관에 그 임원이 해고 또는 정직당할 행위를 하였는지를 조사, 결정할 권한을 부여할 수 있다(General Survey, paras. 122, 123).

이러한 법률 조항은 때로는 기본원칙만 세우는 데 그치기도 하고, 때로는 보다 상세한 내용을 담고 있기도 하다.

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

근로자 및 사용자 단체의 재정

재정적인 독립은 근로자 및 사용자 단체의 운영 및 활동에 있어서 가장 중요한 요소이다. 따라서 근로자 및 사용자 단체의 재산 획득, 사용, 처분, 재정에 관해서는 그들이 선출한 대표에게 자율권이 주어져야 한다(General Survey, para. 124).

조합원의 권리를 보호하기 위해 노동입법을 채택할 수도 있다. 노동입법은 이들 단체가 조합원에게 다음 사항에 대해 투명성, 신뢰성을 유지하도록 요구할 수 있다.

- 자금의 출처와 용도
- 내부 자금 관리
- 단체가 해산, 합병, 청산될 경우의 재산 분배.

이를 위해, 국가법은 근로자 및 사용자 단체가 재정적인 투명성을 유지할 수 있도록 회계장부 및 연간 재무제표의 정리, 회계감사, 회원의 회계감사 장부의 열람, 감사받은 회계장부의 등록담당자에 대한 제출 등을 요구하는 경우가 많다.

사례 1 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

재정 문제에 관한 관여권한

어떤 법률이든 행정기관으로 하여금 근로자 및 사용자 단체의 재정적인 문제에 관여할 수 있는 권한을 부여하는 경우 이는 최소한에 그쳐야 하며, 그 목적이 이들 단체의 건전한 재무운영을 위해서라야 한다. 행정기관이 근로자 및 사용자 단체의 재정 문제에 관여할 수 있는 권한을 갖는 경우는 다음에 한한다.

- 조합원이 납부한 기금의 운영 등 조합원의 이익과 권리를 보호하는 데 필요한 경우. 예를 들어, 위 단체가 법률 또는 해당 단체의 규약을 위반하였다는 주장이 있을 때
- 이미 법으로 제정되어 있는 기준에 따라
- 근로자 및 사용자 단체의 재정 문제에 관여하는 행정기관의 권한행사에 대해 이의가 있을 때는 이를 독립적인 사법기관에 제소할 수 있어야 한다(General Survey, paras. 125, 126).

사례 2 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

단체의 해산 및 활동정지

근로자 및 사용자 단체의 해산에 관한 법률 조항은 헌장·정관·규약에 단체의 해산과 재산 처분에 관한 조항을 명시하도록 요구하는 하나의 조항만을 두는 경우가 흔하다(위의 예 참조).

이들 단체의 해산 또는 활동정지를 공공기관에 위임할 필요가 있다고 생각되는 경우 그 권한은 사법기관에게만 위임할 수 있다. 행정기관은 이러한 종류의 권한을 위임받을 수 없다(Convention No. 87, Articles 4, 6; General Survey, paras. 182). 이러한 보호조항은 대단히 중요하다. 행정기관이 근로자 및 사용자 단체를 해산 또는 활동정지시킬 권한을 가지게 되면 이는 결사의 자유를 심각하게 위협하는 간섭이며, 노동조합의 활동을 중지시킬 수도 있기 때문이다. 정부 역시 근로

자 및 사용자 단체의 해산 또는 활동정지에 대해 법적인 조치를 취하는 행위를 삼가야 한다(General Survey, paras. 180, 181, 183).

근로자 및 사용자 단체는 특히 독단적인 등록 취소 또는 활동정지, 법적인 지위의 실효 또는 중지로부터 보호받아야 한다(General Survey, para. 184).

행정기관에게 근로자 및 사용자 단체를 해산 또는 활동정지시킬 수 있는 권한을 부여하는 법률은,

- 관련단체가 그 규약에 따라 그 스스로 단체의 해산을 신청할 경우에만 적용된다.
- 어떤 경우든지 독립적인 사법기관에 해산 또는 활동정지 결정에 대한 이의신청을 할 수 있는 권리 등 모든 필요한 보호조치가 수반되어야 한다. 사법기관의 결정은 행정기관의 결정을 중지시키는 효과를 갖는다.
- 해산되는 단체의 자산은 해당 단체의 정관·규약에 따라, 정관·규약에 이에 대한 세부사항이 없을 경우 자산을 획득한 목적에 따라 조합원에게 분배하도록 요구되고 있다.

(단체의 규정에 따른 자발적인 해산이 아니면) 관련 법률에 근로자 및 사용자 단체의 해산 또는 활동정지에 관한 구체적인 조항이 없는 경우가 많으나, 일정한 상황이 이루어졌을 경우 정해진 절차에 따라 등록을 취소할 수 있도록 되어 있다(위 등록에 관한 내용 참조). 등록이 취소되었더라도 대부분의 경우 민간 단체에 관한 일반 법률에 따라 그 단체의 존재 및 활동은 지속할 수 있다(다만, 등록된 단체가 누릴 수 있는 권한은 부여되지 않는다. 그러한 해산의 가능성은 관련 법률에 의하여 규율되어야 한다).

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

근로자 및 사용자 단체가 책임과 의무를 완전히 면제받는 것은 아니다. 이들도 국가법을 존중해야 한다(Convention No. 87, Article 8(1)).

그러나 국가법이 제87호 협약(Convention No. 87. (Convention No. 87, Article 8(2) and General Survey, para. 181))에서 보장하고 있는 권리와 자유를 침해하여서는 안 된다.

근로자 및 사용자 단체의 활동

근로자 및 사용자 단체는 조합원의 직업적인 이익을 보호하기 위한 활동, 프로그램을 스스로 만들 수 있는 완전한 자유를 향유하여야 한다(Convention No. 87, Article 3(1)). 이에 관한 법률 조항이 주의깊게 만들어졌다면 결사의 자유 원칙에 모순될 수 없다. 특히 정치활동 및 파업할 수 있는 권리에 관한 조항에 특별한 주의를 기울여야 한다(General Survey, para. 129).

근로자 및 사용자 단체의 활동은 정치활동과 완전히 분리될 수는 없다. 정부의 경제·사회적 정책은 필연적으로 근로자 및 사용자에게 영향을 끼치게 되므로 이들 단체는 정부정책에 대해 적절한 방법을 통해 조합원의 의견을 자유롭게 표현할 수 있어야 한다. 정부는 필요할 경우 적절한 법적 조치를 통해 근로자와 사용자가 이러한 권리를 행사할 자유를 보장해야 한다(General Survey, para. 133).

그러나 제87호 협약(Convention No. 87(Article 10))은 근로자 및 사용자의 이익을 증진하고 보호하는 단체에만 적용된다. 따라서 근로자 및 사용자 단체는 노동조합 운동의 독립에 중요성을 두는 이유를 잊어서는 안 된다. 근로자 및 사용자 단체 모두는 자신의 독립성, 사회적 또는 경제적인 역할을 대가로 정당과 협정을 맺는 일이 있어서는 안 된다.

일부 국가의 법률은 노동조합을 정당으로부터 독립을 유지하도록 정한 경우도 있다.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

노동조합의 조합원, 노조활동, 간섭에의 반대를 이유로 한 차별 또는 희생자가 되지 않도록 하기 위한 보호

노동조합의 조합원 또는 노동조합 활동 때문에 차별 또는 간섭을 받는다면, 이러한 차별 내지 간섭을 받는 사람은 단결권을 효율적으로 행사할 수 없고 법적으로 타당한 노조활동에 참여할 수가 없다. 여러 나라에서는 제98호 협약 제1~3조(Articles 1-3 of Convention No. 98)⁴⁾에 따라 이러한 행위를 금지하는 법률 조항이 마련되어 있다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

노동조합에 대한 차별을 방지하기 위한 예방책에는 노동조합 임원을 해고할 경우 반드시 독립된 기관으로부터 사전 허가를 받도록 하는 법적 절차,⁵⁾ 복직 및 충분한 보상을 허용하는 사후 조치⁶⁾도 포함될 수 있다. 이러한 법적 조치가 효율적이기 위해서는 다음과 같은 사항이 중요하다.

- 신속하고
- 비용이 저렴하여야 하며
- 공정⁷⁾할 것.

4) Articles 4 and 5 of Convention No. 151 and Paragraph 2 of Recommendation No. 163 참조.

5) Section L425-1 of Act No. 82-915 (France) 참조.

6) Gernigon, B., "ILO Convention No. 98: An Instrument still topical 50 years after its adoption", in *Collective Bargaining: a Fundamental Principle, a Right, a Convention*, op. cit. p. 27.

7) 위의 문헌 참조.

제 3 장

노동입법의 주요 조항: 단체교섭권에 대한 실효적 승인

◆ 서론

단체교섭의 증진은 ILO가 가장 중요하게 생각하고 관심을 기울이는 문제이다.¹⁾ 필라델피아 선언에서 명시된 바와 같이, ILO는 “세계 여러 나라에서 단체교섭권이 실제로 인정될 수 있도록 할 엄숙한 책임을 지고 있다.”²⁾

단체교섭의 중요성은 최근 노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 1998년 ILO 선언(1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)에서 재확인되었다.

노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 1998년 ILO 선언에 따라 모든 회원국은 관련 협약의 비준 여부와 관계없이 ILO의 회원이라는 사실만으로 “단체교섭권을 실질적으로 인정해야 한다는 원칙을 증진하고 실현시킬” 책임이 있다(Paragraph 2 (a) of the Declaration).

단체교섭권은 여러 ILO 협약과 권고, 특히 1949년의 제98호 단결권 및 단체교섭에 대한 원칙의 적용에 관한 협약(Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949, No. 98)³⁾과 1981년의 제154호

1) Promotion of Collective Bargaining, International Labour Conference, 66th Session, 1980, p. 62 참조.

2) Declaration of Philadelphia 1944, Article III (e).

3) 이 협약은 대단히 중요한 것으로 141개 회원국이 비준하였다. 이는 ILO 협약

단체교섭 촉진에 관한 협약(Collective Bargaining Convention, 1981, No. 154)⁴⁾이 이를 인정하고 보호하고 있다.

단체교섭에 참여할 수 있는 권리는 1948년의 사회보장에 관한 전미헌장(Inter-American Charter on Social Guarantees, 1948), 1961년 유럽 사회헌장(European Social Charter, 1961), 1989년 근로자의 기본적인 사회적 권리에 관한 유럽공동체 헌장(European Communities Charter on Fundamental Social Rights of Workers, 1989) 등 ILO 이외의 국제적인 문헌에서도 인정되었다.

위에서 언급된 기본적 인권에 관한 여러 국제 문헌과 여러 나라의 법과 실천도, 단체교섭에 중요성을 두는 것이, 여러 나라와 국제적인 사회정책이, 근로자가 그들의 이익을 보호하기 위한 단결권을 향유함으로써 근로자 각자가 개별적으로 협상하여 얻을 수 있는 것보다 더 나은 고용조건을 협상할 수 있어야 한다는 원칙을 얼마나 중요하게 생각하는지를 증명하는 예이다. 이는 근로자 단체에 개별적인 계약을 넘어서는 단체협약을 체결할 수 있는 권한을 부여함으로써 개인이 고용 계약을 협상할 때 근로자 개인 대 사용자 간에 존재하는 불공평한 교섭권을 극복하기 위한 한 가지 방법이다. 그 대신 사용자는 보다 좋은 작업조건이 부여되고 그러한 조건을 결정함에 있어서 참여할 수 있다는 인식을 통하여 보다 높은 생산성을 기대할 수 있다.

이들 문헌에 명시된 단체교섭권에 관한 책임은 오늘날과 같이 경제·사회적인 여건으로 인하여 단체교섭권을 가진 단체가 점차 더 큰 압력을 받고 있는 때에는 특히 중요하다.⁵⁾

중 두 번째로 많은 비준을 받은 협약이다.

4) 그 밖에 관련 있는 협약. 권고는 다음과 같다: Convention No. 87; Recommendation No. 91; Recommendation No. 113; Convention No. 135 and Recommendation No. 143; Convention No. 141 and Recommendation No. 149; Convention No. 151 and Recommendation No. 159; and Recommendation No. 163 (which complements Convention No. 154). 단체교섭과 관련 있는 협약 및 권고에 대해서는 Collective bargaining: a fundamental principle, a right, a Convention (International Labour Office, Labour Education 1999/1-2, Nos. 114-115), p. 125.

5) Gernigon, B, op. cit., p. 29.

국가정책의 우선 목표는 관련 당사자들에게 최대한의 자율권을 허용함으로써 자유롭고 자발적인 단체교섭을 촉진·장려하며, 다른 한편으로는 자발적이고 상호 협정에 따라 근로자 및 사용자 단체가 의지할 수 있는 법적인 틀과 행정조직을 만들어 단체협약의 체결을 촉진하는데 있다.⁶⁾

제98호 협약은 이를 비준한 국가에게 다음과 같은 사항을 요구하고 있다.

“필요한 경우, 단체교섭에 의해 고용조건을 통제할 수 있도록 자발적인 협상을 위한 기구를 활용하고 이를 최대한 발전시키도록 장려할 수 있는 국가 상황에 적절한 조치를 취해야 한다(Article 4).”

제154호 협약은 더욱 직접적으로 이 협약을 비준한 국가는 “단체교섭을 증진할 수 있도록 국가 상황에 맞는 조치를 취해야 한다”고 규정하고 있다(Article 5(1)).

회원국이 이 책임을 준수하기 위해 취할 수 있는 중요한 방법 중의 하나는 노동법의 제정이다. 다른 방법으로는 단체협약, 중재재정(arbitration award), 행정법 및 규칙, 법령, 시행규칙(ministerial orders), 법적인 책임을 이행하는지 여부를 감독할 행정기관의 설립, 당사자들을 위한 화해 또는 조정서비스 등이 있다.

어떻게 하는 것이 단체교섭을 증진하고 발전시키기 위해 법률을 적절히 사용하는 것인가, 위에서 언급된 방법을 어느 정도까지 법률에 자세하게 명시하는 것이 적절한가는 각국의 상황에 따라 다를 수 있다.⁷⁾⁸⁾ 예를 들어, 상황에 따라 어떤 정부는 단체교섭에 관해 상세한 절차와 장치를 법제화하는 것이 좋다고 생각할 수도 있고, 반대로 사용자 및 근로자, 사용자 단체와 노동조합이 단체교섭을 행할 권리가

6) General Survey, para. 247.

7) 예를 들면, References in Convention No. 154, Article 4 참조.

8) 각국이 단체교섭을 장려하기 위해 어느 정도까지 법률을 사용하는가에 대한 최근의 논의: Casale, G., “Collective Bargaining and the Law in Central and Eastern Europe: Some Comparative Issues” (ILO-CEET Report No. 20, 1997) 참조.

있음을 법률에 간단히 언급하는 데 그칠 수도 있다. 각국의 상황에 따라 적절한 수준의 법률을 정하는 일은 매우 중요하다. 명확한 법적 틀이 없어 단체교섭이 손상되는 경우도 있고, 그 반대로 법률이 너무 자세해서 단체교섭에 걸림돌이 되는 경우도 있기 때문이다.⁹⁾¹⁰⁾

‘단체교섭에 의해 고용조건을 통제할 수 있도록 자발적인 협상을 증진할’ 책임이라는 것은, 단체교섭에 참가할 수 있는 권리를 향유하는 관련 당사자들에게 국가의 상황에 따라 필요한 경우 또는 일정한 상황에서 관련기관의 단체교섭권을 인정해야 한다거나 또는 선의를 가지고 협상하여야 한다는 등 일정한 수의 부수적인 책임에 관한 조항을 만들어 단체교섭이 효과적으로 이루어질 수 있도록 할 책임이 국가에게 있음을 뜻한다.

◆ 누구에게 단체교섭권이 있는가, 어느 수준에서 단체교섭이 이루어지는가?¹¹⁾

단체교섭의 당사자

관련 ILO 협약에 따르면 단체교섭권은 모든 근로자 및 사용자 단체에 허용된다.¹²⁾ 다만, 단체가 누구를 대표하는가라는 성격에 따라 일정한 예외 조항 또는 제한이 있을 수 있다.

첫째, 군인과 경찰의 경우 제98호, 제151호 및 제154호 협약을 어느 정도까지 적용할 것인가는 국내법, 규정, 관례에 따라 정해질 수 있

9) Bronstein, A., “Collective Bargaining: A Comparative Analysis”, in *Collective Bargaining: a Fundamental Principle, a Right, a Convention*, op. cit. p. 35 참조.

10) Rueda-Catry, M. et al., in *Collective Bargaining: a Fundamental Principle, a Right, a Convention*, op. cit. p. 53 참조.

11) 단체교섭권은 단결권, 파업권과 밀접하게 연결되어 있다(Chapter II, Freedom of Association and Chapter V, the Right to Strike) 참조.

12) Convention No. 135 and Recommendation No. 143 on Workers’ Representatives에 언급된 바와 같이 근로자 대표와도(근로자 단체보다는) 협상을 할 수 있다.

다.¹³⁾ 이는 국내법 또는 규정이 군인과 경찰 및 그들의 단체 전체에게 또는 일부에게 단체교섭권을 허용할 수도 또는 전혀 인정하지 않을 수도 있음을 뜻한다.

또한 제98호 협약은 국가 행정에 종사하고 있는 공무원은 예외로 한다고 명시하고 있다. 이는 제87호 협약에 따라 공무원도 단결권을 가져야 하지만, 이후에 언급한 문서에 의하여 규정된 보장은 그들에게 반드시 단결권이 보장되는 것은 아니라는 뜻이다.¹⁴⁾

그러나 ILO 감독기관은 이러한 예외 조항은 엄격하게 적용되어야 한다고 결정하였다. 전문가 위원회는 공무원을 그들의 기능에 따라 정부 운영에 직접 관여하고 있는 공무원, 즉 제98호 협약의 범위에 들지 않는 사람들과 정부, 공공기업, 자치적인 공공기관에 고용된 사람들을 구분하였다.¹⁵⁾

군인과 경찰을 단체교섭권에서 제외시키는 것도 엄격한 기준에 따라야 한다. 예를 들어, 결사의 자유에 관한 위원회는 군대의 관할하에 있는 민항기 기술자는 군대에 소속된다고 보아서 안 되며, 따라서 제98호 협약에 언급된 보장에서 제외시켜서는 안 된다고 보았다.¹⁶⁾

근로자 단체가 단체교섭을 할 수 있는 권리는 대부분 국가의 법에서 실제로 인정되지만, 위에서 언급한 예외 조항에 지배를 받는 경우가 많다.

때로는 국내법에 단체교섭권을 갖는 당사자와 어느 수준에서 단체교섭이 이루어지는가가 분명하게 정의된 경우도 있다. 단체교섭의 당사자가 누구인가는 한편에서는 근로자 단체(또는 노동조합), 다른 한편에는 개별 사용자, 또는 여러 사용자가 함께, 또는 사용자 단체가 있어 협상을 하는 경우가 전형적이다.

13) Convention No. 98, Article 5(1); Convention No. 151, Article 1(3) and Convention No. 154, Article 1(2).

14) (Freedom of Association section dealing with the right of public servants to organise).

15) General Survey, para. 200.

16) Digest, para. 805. 일부 국가에서는 군인과 경찰도 단체교섭을 행할 권리가 있다. Discussion of the Czech Republic in Casale, op. cit. p. 14 참조.

단체교섭이 이루어질 수 있는 수준

단체교섭이 이루어질 수 있는 수준(단체, 기업, 지사 등)에 대해서는 양자간 협상이 이루어질 수 있는 일반적으로 인정되는 ‘최선’의 수준이라는 것은 없다. 단체교섭이 이루어지는 데 적절한 수준은 힘, 이해관계, 목적, 관련 당사자의 우선순위, 노동조합, 사용자 단체의 조직, 산업관계의 전통적인 모형 등에 따라 달라진다.¹⁷⁾

제163호 권고의 제4문(Paragraph 4 of Recommendation No. 163)은 다음과 같이 규정하고 있다.

“필요한 경우 기업별, 프로젝트별, 지사별, 산업별, 지역별 또는 전국적 수준 등 어떤 수준에서든 단체교섭이 이루어질 수 있도록 조치를 취해야 한다.”

이러한 점에 있어서 당사자의 선택을 제한하는 입법은 제98호 협약¹⁸⁾ 및 근로자 및 사용자 단체가 그들의 행위와 그들의 행사계획을 결정할 권리와 완전한 자유를 가져야 한다는 원칙¹⁹⁾에 모순된다. 그러나 근로자 및 사용자 단체가 원할 경우에는 단체교섭을 어떤 당사자에 대해서 행할 것인가를 입법하여 이를 기준으로 삼을 수도 있다.

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

승인 절차와 대표성

단체교섭은 당사자가 서로 이를 인정하지 않을 때는 이루어질 수가 없다.²⁰⁾ 일부 국가에서는 협약에 정해진 바에 따라 또는 관행에 따라 자발적으로 단체교섭을 인정하도록 되어 있다. 그러나 여러 나라에서는, 특히 사용자가 해당 근로자들을 대표하는 노동조합과의 교섭을

17) As Bamber notes, both centralised and decentralised bargaining may have advantages and disadvantages, depending on the context. Bamber, op. cit. p. 434 참조

18) General Survey, para. 249.

19) Digest, para. 782.

20) Promotion of Collective Bargaining, op. cit. p. 15.

거부할 경우 등 일정한 상황에서는 사용자가 노동조합의 단체교섭을 인정할 의무가 있음을 법으로 제정해 두고 있다.²¹⁾ 일반적으로 사용자가 노동조합을 단체교섭의 상대방으로 승인할 의무를 갖는가는 노동조합의 대표성을 어떻게 정의하는가에 달려 있다.

가장 간단하게는, 법률 조항에 누가 단체교섭을 진행할 책임이 있는가를 정해 둬으로써 단체교섭에 관련된 기관이 서로를 인정하도록 도울 수 있다.

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

노동조합의 ‘대표성’이 무엇인가는 특히 복수노조가 있는 나라, 단체교섭이 주로 기업 수준에서 이루어지는 나라 — 단체교섭이 산업별, 전국적 수준에서 이루어지는 나라에서도 마찬가지이다 — 에서는 매우 어려운 문제이다.²²⁾

여러 나라들이 단체교섭을 위해 일방의 대표성을 인정하는 법적 절차에 관하여 법률을 제정하였다. ILO 기관에서 대표권을 갖는 가장 대표적인 단체라는 개념은 ILO 헌장 제3조(5)에서 인정되고 있다. 그러나 ILO 전문가 위원회가 지적하는 바와 같이, 이러한 종류의 승인 절차는 객관적이며 이미 통용되고 있는 표준을 기준으로 해야 한다.²³⁾

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

노동조합의 대표적인 지위에 관해 두 가지 사항에 대해 언급할 필요

21) General Survey, para. 240; Promotion of Collective Bargaining, op. cit. p. 16.

22) 이와 같은 주제는 이 가이드라인에서 충분하게 다루기에는 너무 복잡하다. 따라서 여기서는 몇 가지 중요한 문제에 대해서만 언급하고자 한다. For further consideration of the issues involved, see e.g., Bamber, G, et al, “Collective Bargaining” in Blanpain eds., Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economies, 6th and rev. ed., (Kluwer, Boston, 1998) p. 414; Casale, G. Union Representativeness in a Comparative Perspective (ILO/CEET Report No. 18, 1996).

23) General Survey, para. 240. Article 3(b) of Recommendation No. 163 참조.

가 있다. 대표성에 관한 법률 조항에 양적인 표준(객관성을 위해)이 포함되어 있는 경우가 많은데, 이러한 조항에는 신뢰성, 독립성, 지역적인 범위(territorial scope)가 포함될 수 있을 것이다.

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 배타적 교섭 담당자의 승인

일부 국가에서는 노동조합에 대해 단체교섭을 위한 배타적인 교섭 담당자로 인정하는 법률 조항을 제정하여, 노동조합이 단체교섭 중인 근로자 모두를 대표하도록 허용하고 있다. 단체교섭 중인 노조의 조합원 중에 다른 노동조합의 조합원이 있더라도 배타적 교섭 담당자만이 대표권을 갖는다. 이러한 법률은 단체교섭이 대체로 기업별, 기관 수준에서 이루어지는 나라에서, 그리고 노동조합이 복수로 존재하고 있어서 교섭이 복잡하고 어려운 나라에서 흔히 찾아볼 수 있다. ILO 감독 기관은 배타적 단체교섭 담당자의 자격과 임명에 관한 법률이 있을 경우 반드시 다음 사항이 포함되어 있어야 한다고 보았다.

- 독립적 기관에 의한 자격 인정
- 해당 단위노조 근로자의 과반수 이상의 득표로 선출되는 대표 단체
- 충분한 득표를 얻지 못한 경우에는 법정 기일 이후 재선거를 요구할 수 있는 권리
- 지난번 선거 이후 충분한 기간이 경과한 뒤 자격이 인정된 기관 외에 다른 기관이 재선거를 요구할 권리.²⁴⁾²⁵⁾

위에서 열거한 것과 같은 안전장치가 필요하기 때문에 배타적 단체교섭권에 관한 법률은 다음의 사례에서 볼 수 있듯이 대체로 상세하며,

24) Gérard Lyon-Caen and Jean Pélissier, *Droit du Travail*, 16 edition, 1992, pp. 557-58 (par. 623) 참조.

25) General Survey, para. 240.

다음과 같은 사항에 대한 조항이 포함되어 있다.

- 배타적 교섭 담당자가 되기 위해 요구되는 조건
- 단체교섭 단위를 결정하기 위한 기준과 승인 절차
- 어떤 단체가 교섭단위에 소속된 근로자를 충분히 대표하는 배타적인 교섭 담당자로서의 자격이 있는지를 판단할 기준과 승인 절차
- 배타적 교섭 담당자로서의 자격을 갖는 법적인 효과
- 배타적 교섭 담당자로서의 지위를 취소하도록 요구하거나 이에 대해 이의를 신청할 수 있는 조건과, 이를 위한 과정(교섭관계에 안정을 주기 위해 적어도 12개월 동안 대기 기간을 두는 것이 상례이다)
- 이러한 절차를 관리할 책임있는 기관(대체로 독립적인 행정기관 또는 노동부)
- 교섭 담당자인 단체의 조합원인지 여부와 관계없이 교섭단위에 참여하고 있는 모든 근로자를 공정하게 대표할 의무
- 결정이 된 사항에 대해 반대하거나 의무를 이행하지 않은 데 대하여 항소할 수 있는 권리.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

배타적 교섭 담당자의 공정대표 의무

단체교섭에서 배타적 교섭 담당자로서 모든 근로자를 대표하는 권리와 함께 관련 법률은 교섭 담당자에게 노동조합원이든 아니든 상관없이 모든 근로자를 공정하게 대표할 책임을 부여하고 있다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 산별단위 단체교섭의 기본구조

때때로, 특히 산별단위 단체교섭을 증진하려는 공공정책을 채택한 나라들은 단체교섭의 기본구조가 되는 법률 조항을 제정하였다. 단체

교섭권 승인 절차를 기본구조로 삼을 수도 있고, 산별단위에서 교섭하기를 원하는 당사자가 활용할 수 있는 조직을 만들 수도 있다.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

성실교섭을 위한 법적 의무

효과적인 단체교섭을 위해서는 활발한 대화와 의견의 일치가 필요하다.²⁶⁾ 여러 나라들은 협상 테이블에 나오는 당사자가 충분한 정보를 가지고 협상에 임할 수 있도록 해야 한다는 법률을 제정하여 효과적인 단체교섭을 도모하고자 노력하였다. 이와 같은 의무조항을 법률로 제정한 궁극적인 목적은 협상 당사자에게 합의에 도달할 수 있는 모든 기회가 주어졌는가를 확인하기 위해서이다. 이러한 의무는 협상할 의무에 한하여 적용되기도 하지만, 다른 경우에는 신의성실의 의지를 가지고 협상할 의무, 즉 성실교섭의무라고 표현된다.

특히 ILO 결사의 자유 위원회(ILO Freedom of Association Committee)는 사용자와 노동조합은 특히 노동조합에게 파업할 수 있는 권리가 주어지지 않은 경우 신의성실의 의지를 가지고 교섭해야 하며, 합의에 도달하기 위해 노력해야 한다는 원칙의 중요성을 다시 한번 강조하였다.²⁷⁾

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 단체교섭을 위한 정보제공 의무

신의성실의 의지를 가지고 교섭해야 한다는 법적인 책임의 부수적인 의무 중 하나는 교섭에 임하는 사용자측은 의미있는 협상이 진행되는 데 필요한 정보를 노동조합에 제공해야 한다는 것이다(Recommendation No. 163, Article 7(1) 참조).²⁸⁾

26) Bronstein, op. cit. p. 34.

27) Digest, para. 243.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 단체교섭의 주요 과제

ILO는 자발적인 교섭 및 교섭단체를 자유롭게 선정할 수 있을 것을 강조하고 있다. 이에 비추어 보면 국제노동기준에 단체교섭의 정의가 무엇이어서 하는가는 대단히 그 범위가 넓은 문제이다. 제154호 협약 제2조는 단체교섭의 개념을 한편으로 사용자, 사용자 집단, 하나 또는 그 이상의 사용자 단체, 다른 한편으로 하나 또는 그 이상 근로자 단체 간에 이루어지는 근로조건, 고용조건, 사용자 및 근로자 사이의 관계규정, 사용자 또는 사용자 단체와 근로자 또는 근로자 단체 사이의 관계 규정 등에 관한 모든 협상에 적용된다고 정의하고 있다.

법률로 단체교섭의 정의를 분명히 해둘 필요가 있다고 생각될 경우 단체교섭권의 범위는 제154호 협약에 준하여 폭 넓게 정의하여야 한다. 일부 국가의 판례법(jurisprudence)은 교섭 당사자 일방의 요구가 있으면 교섭할 의무가 있는 사안(issues)과 교섭 당사자가 동의하면 자발적으로 교섭할 수 있는 사안을 구별하고 있다. 때때로, ‘합의사항에 대한 해석과 적용에 관해 분쟁이 있을 경우 이를 해결하기 위하여’ 등 구체적인 사안을 단체협약 조항에 명시하도록 법률로 정한 경우도 있다.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 단체협약

단체협약에 대한 법률에는 단체협약 자체에 대한 조항이 포함된 경우가 많다. 예를 들어,

- 단체협약의 형태와 내용에 관한 조항
- 단체협약의 법적 효력 및 적용대상

28) 다른 국제기구도 이와 비슷한 의무조항을 두고 있다: OECD Guidelines for Multinational Enterprises 1976 ; EU Directive on European Works Councils 1994.

- 공공기관에 대한 단체협약의 신고
- 단체협약의 협약 적용 근로자에 대한 고지
- 일정 종류 단체협약의 범위

단체협약의 형태와 내용

단체협약의 형태와 내용에 관한 법률 조항에는 서면 합의, 합의 당사자에 대한 언급, 대표자의 서명, 단체협약의 법적 효력을 갖게 되는 날짜가 명시되어 있어야 한다. 해당 합의에 관하여 분쟁이 발생할 경우 이를 해결하는 절차 등 중요한 사안에 대한 조항이 반드시 포함되어야 한다는 규정을 두는 경우도 있다.

합의의 법적 효력

제91호 권고 제3문(1)(Recommendation No. 91, Par. 3(1))에 따라, “단체교섭은 그 합의에 서명한 당사자와 그 합의의 대상자에 대해 법적 효력을 갖는다. 단체협약에 구속을 받는 사용자와 근로자는 그들의 고용계약에서 단체협약에 포함된 내용에 반하는 조항을 포함시킬 수 없다.”²⁹⁾

단체협약의 법적 효력에 대한 법률 조항은, 단체협약은 협약 당사자와 협약에 참여한 단체의 조합원에 대해 구속력을 갖는다고 기술되어 있다. 단체협약의 법적 효력에 대한 법률 조항을 두는 목적은 현재 유효한 또는 나중에 협약 당사자간에 체결된 협약 또는 계약 내용에 단체협약의 내용을 포함시키기 위해 또는 이를 수정하기 위해서, 협약 또는 계약조건을 수정하기 위한 것이다.

일부 지역에서는 단체협약의 내용을 공공기관에 제출하여 승인을 받아야 법적인 효력을 갖도록 되어 있는 곳도 있다. 이런 절차가 단순히 ‘단체협약이 절차상 문제가 있거나 적용 가능한 법률에 명시된 최저기

29) Digest, para. 818.

준과 모순되는 경우 단체협약의 승인이 거부될 수 있다'는 경우에 해당되는 것이라면 제98호 협약에 모순되지 않는다.³⁰⁾ 그러나 공공기관에게 협약을 거부할 전적인 재량권을 부여하는 조항은 자발적인 협상, 당사자 자율권 원칙에 위배된다.

공공기관에 대한 단체협약의 신고

법률을 통하여 단체협약을 공공기관에 신고하도록 요구하는 경우가 많은데, 이는 관련 공공기관이 단체협약의 진전 상황을 자세히 살피고, 협약 내용에 법적인 하자가 없는지를 검토하고, 당사자에게 통보하며, 그 협약에 대해 또는 협약 당사자 사이에 후일 이루어질 협상에 대해 분쟁이 일어날 경우 협약 당사자가 이를 잘 해결할 수 있도록 돕기 위해서이다.

단체협약의 협약 적용 근로자에 대한 고지

때때로 국내법이 사용자에게 단체협약의 내용을 그 협약의 적용을 받는 근로자에게 통보하도록 요구하는 경우가 있다(Recommendation No. 91, Par. 8(1)).

단체협약의 확장

단체협약의 내용의 적용을 받는 사람들 이외의 사용자 및 그 근로자에게 단체협약의 법적 효과를 확대 적용하는 법률 조항은 대체로 산업단위별 수준에서 단체협약이 이루어지는 경우가 많은 나라에서 발견된다. 이러한 권한의 행사는 협약 당사자가 협약 내용의 확대 적용을 받게 될 이들에 대해 대표성을 갖는가와 관련된 여러 조건, 예를 들어 협약 당사자 일방 또는 쌍방의 사전 요청이 있을 것, 협약 내용의 확대 적용 대상인 사람들의 대표자와 협의할 것 등이 선행되어야 한다. 제91

30) General Survey, para. 251.

호 권고 제5문 (2)에는 다음과 같이 규정되어 있다.

국내법 또는 규정은 다음과 같은 조건 등을 전제로 단체협약의 효력을 확장할 수 있다.

- 행정기관의 입장에서 볼 때 단체협약이 충분한 대표성을 갖는 관련 사용자와 근로자에게 적용된다.
- 단체협약의 확대 적용은 대체로 협약 당사자인 근로자 또는 사용자 단체, 하나 또는 그 이상의 요청이 있을 때 이루어진다.
- 단체협약의 확대 이전에 그 대상이 되는 사용자와 근로자들이 자신의 견해를 제출할 기회가 주어져야 한다.

아래의 예는 위에서 열거한 여러 문제와 관련된 것이다. 서로 밀접하게 관계가 있는 경우 사례를 한 곳에 묶어 두었다. 쉽게 분리할 수 있는 경우는 한 가지 문제에 관한 법률 조항과 관련된 예를 들었다.

사례(일반) ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

사례(법적 효력) ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

사례(단체협약 신고) ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

사례(단체협약 고지) ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

사례(단체협약 확장) ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

제 4 장

노동입법의 주요 조항: 노동쟁의의 해결¹⁾

◆ 서론

노동쟁의와 갈등은 모든 노동관계에서 존재하는 문제이다. 따라서 노동쟁의를 방지하고 이를 해결하는 체제를 갖추는 것은 건전한 노동관계정책을 위한 기초이다.

효과적인 노동쟁의 해결제도는 노동관계에 갈등이 생기더라도 그 갈등이 경제적으로 사회적으로 용인되는 범위 밖으로 확산되지 않도록 하고, 산업분야에 평화로운 분위기를 조성하는 데 도움을 줄 것이다. 이는 다시 경제성장, 발전, 생산성, 사회 평등에 공헌하는 분위기를 만

1) In addition to legislative texts and ILO instruments, the sources used in the preparation of this text include: ILO, Date, place and agenda of the 89th Session (2001) of the Conference, Governing Body Document (GB.274/3), (ILO, Geneva, March 1999), paras. 123 to 189; Blanpain and Engels (eds.) Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 6th and revised edition, 1998, Kluwer International, ILO, Labour Relations in Industrialized Market Economy Countries - An Introduction (ILO, Geneva), ILO, Conciliation and Arbitration Procedures in Labour Disputes - A comparative study, ILO, Geneva 1980, Annie de Roos and Rob Jagtenberg, Settling Labour Disputes in Europe, Kluwer, 1994, ILO, Guide to International Labour Standards on Industrial Relations (Budapest, ILO, 1998). Other useful references include: ILO, Grievance Arbitration - a practical guide, (ILO, Geneva, 1989), ILO, Voluntary Arbitration of Interest Disputes - a practical guide, (ILO, Geneva, 1984) and ILO, Conciliation in Industrial Disputes - a practical guide, (ILO, Geneva, 1988).

들고 또 이를 유지하는 데 기여한다.

노동쟁의의 효과적인 해결은 단체교섭권의 증진과 밀접하게 연관되어 있다. 노동쟁의의 해결을 위한 태도 및 기술은 곧 단체교섭을 위한 태도와 기술이다. 따라서 효과적인 분쟁해결 방법을 찾다 보면 자연스럽게 근로자와 사용자 사이의 자율적인 단체교섭을 장려하는 산업별 정책을 강화하게 된다.

일반적으로 사용되고 있는 분쟁해결 방법 외에, 단체교섭을 장려하는 분쟁해결 시스템을 만들 수도 있다. 분쟁 당사자는 문제해결을 국가에 의뢰하기 전에 협상에 도달할 수 있는 모든 가능한 방법, 단체협약에 명시된 분쟁해결 과정을 남김없이 시도해 보아야 한다. 국가의 분쟁해결 방법도 그 중심은 당사자를 도와 협상에 이르도록 하는 것을 목적으로 한 알선·조정에 있고, 알선·조정은 협상과 관련된 사람들에게 가능한 한 익숙한 환경에서 이루어질 수 있다. 분쟁해결 과정에서 얻은 합의(agreement)에 대해 단체교섭으로 얻어진 해결책과 동일한 법적 지위를 부여하여 분쟁해결제도(disputes settlement systems)를 단체교섭을 돕는 방법으로 사용할 수 있다.

단체교섭을 효율적으로 장려하는 일과 관련된 여러 ILO 문헌은 다음과 같은 원칙을 제시하였다.

- 노동쟁의의 해결을 위한 기구 및 과정은 단체교섭을 증진하는 데 기여하도록 만들어져야 한다(Convention No. 154).
- 노동분쟁의 해결을 위한 과정은 당사자로 하여금 문제에 대한 해결점을 찾는 데 도움을 줄 수 있어야 한다(Recommendation No. 163, Para. 8).
- 공공서비스 부문에서 발생한 분쟁은 당사자간에 또는 중재, 알선, 조정 등 독립적이고 공정한 기구를 통해 해결되어야 한다(Convention No. 151, Article 8).

ILO 협약 및 권고는 다음과 같은 일반 원칙에 따라 회원국 스스로가 분쟁해결을 위한 시스템을 개발하도록 충분한 여지를 남겨 놓고 있다.

- 정부는 무료이고 신속하며 자발적인 분쟁조정기구를 마련하여

산업분야에서 발생하는 분쟁을 막거나 해결할 수 있도록 지원해야 한다(Recommendation No. 92, Paras. 1 and 3).

- 분쟁 당사자는 알선 또는 중재가 진행 중일 때는 파업 또는 직장폐쇄를 자제해야 한다(Recommendation No. 92, Paras. 4 and 6).
- 분쟁조정 과정 중에 또는 그 결과로 이루어진 합의는 문서로 작성되어야 하며, 이는 통상적인 방법으로 이루어진 합의와 동일한 지위를 갖는다(Recommendation No. 92, Para. 5).

여러 나라에서 실제로 사용되고 있으며 분쟁해결과 관련 있는 ILO 문헌에서 추천하는 주요 분쟁해결 방법은 다음과 같다.

- 알선(conciliation) · 조정(mediation)(알선과 조정은 같은 것일 수도 다른 것을 수도 있다).
- 중재(arbitration)
- 판결(adjudication)

위와 같은 분쟁해결 방법은 법적인 기초 위에 세워진 것이므로 분쟁 해결을 위해서는 독립적이고 공정한 제3자의 개입이 필요하다. 알선 · 조정 및 중재의 절차는 단체협약에서 만들어지는 경우도 있다.

◆ 노동쟁의의 정의 및 분류

개념

노동쟁의는 여러 가지 종류가 있고, 각각 마지막 단계에서는 어떤 특정한 형태의 분쟁해결 과정이 가장 효과적일 수가 있다. 대부분의 국가는 노동분쟁을 여러 가지 형태로 구분하고 각각에 따라 다른 해결 절차를 마련하였다. 물론 한 국가가 노동쟁의의 형태를 어떻게 구분하고 어떤 해결 과정을 선택하고 있는가는 그 나라 노동관계 제도의 역사적 발전을 반영하고 있다.

가장 일반적으로 적용되는 구분은,

- 개인과 단체의 분쟁
- 권리분쟁과 이익분쟁(경제적인 분쟁이라고도 함). 이 구분이 여러 나라 분쟁해결기구의 특징을 결정짓는다.

권리분쟁(rights dispute)은 법률, 단체협약 또는 개별적인 고용계약에 명시된 권리(또는 의무)에 대한 해석 또는 이를 위반한 것에 대한 분쟁이다. 이러한 분쟁의 핵심은 근로자 개인 또는 여러 근로자에게 타당한 권리가 주어지지 않았다는 주장이다.

이익분쟁(interests dispute)은 미래의 권리와 의무가 무엇이어야 하는가에 관한 견해 차이에서 발생하며, 대체로 단체교섭이 결렬되었을 때 일어난다. 이는 현재 향유하는 권리에 대한 논쟁이 아니라 한쪽에서는 어떠한 권리를 만들어 단체협약에 포함시키려 하고, 다른 한쪽에서는 이를 원하지 않을 경우에 일어나는 분쟁이다.

개인과 단체의 분쟁은 이를 구분하기가 쉽지 않다. 그 이유는, 특히 원칙에 관한 문제일 경우 원칙에 관한 분쟁이므로 노동조합이 나설 경우 개인의 분쟁이 곧 집단적 분쟁으로 발전될 수 있기 때문이다. 그러나 일반적으로는 근로자 개인 또는 근로자가 다수이더라도 근로자 개인의 문제일 경우는 개별적 분쟁으로 본다. 그러나 근로자 단체(즉 근로자 전체에 관한 문제)에 관한 문제라면 이는 집단적 분쟁이다.

개별적 분쟁, 집단적 분쟁 모두 권리에 관한 것일 수 있다. 예로 한 근로자가 계약에 명시된 바와 같은 처우를 받지 못한 데 대해 불만을 가질 수 있다. 또 노동조합이 그 조합원이 당해 노조가 협약 당사자로서 작성한 단체협약상의 조건에 따른 대우를 받지 못한 데 대해 불만을 가질 수 있다. 권리분쟁은 그 성격상 집단적 분쟁일 수밖에 없다.

노동쟁의의 형태를 나누는 다른 구분 방법도 있는데, 그 중 가장 흔한 형태가 구체적으로 어떤 조건이 분쟁의 주제인가에 따라 구분하는 방법이다. 여러 나라에서는 일정한 형태의 노동분쟁은 그 해결을 위해 반드시 특별한 절차를 따르도록 규정하고 있다. 예를 들어 노동조합 승인에 관한 분쟁, 교섭권·교섭의무, 노동조합의 조합원이라는 이유 또는 노조활동을 이유로 근로자를 차별하는 행위 등은 분쟁해결을 위

해 반드시 일정한 절차를 밟아야 한다. 또 한 가지 흔한 예는 인종·성적 차별을 주장하는 분쟁을 다루기 위해 특별심판위원회(tribunal)를 운영하는 경우이다.

입법적 정의

때때로, 법률이 노동쟁의의 개념에 대해 명백한 정의를 내리지 못하고, 이에 대한 지원을 요청하는 분쟁 당사자와 지원을 제공하는 관련 기관에 맡겨, 상황이 어떤 구체적인 절차를 필요로 하는가를 판단하도록 하는 경우도 있다. 그러나 대부분은, 법률은 노동쟁의에 대해 개략적으로 또는 포괄적으로 분명한 정의를 내리고, 분쟁을 여러 형태로 구분하고 있다. 노동쟁의에 대한 정의나 구분이 충분히 명확하지 못한 경우도 자주 있으나, 관련 법률 조항에 비추어 분쟁의 종류에 따라 특별한 절차를 따르도록 하고 있다.

때때로, 모든 종류의 분쟁을 한 가지 절차, 즉 조정을 반드시 거치도록 하고, 조정 노력이 실패했을 때에만 분쟁의 종류에 따라 분쟁해결 절차가 적용되고, 근로자가 쟁의행위를 할 권리가 있는가가 결정되는 경우도 있다.

노동쟁의의 일반적인 정의는 대체로 분쟁 당사자와 분쟁의 대상 사항을 의미한다. 노동쟁의는 근로자와 근로자 사이 또는 고용관계에 있지 않은 당사자 사이의 분쟁까지 포함할 수도 있다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 노동분쟁 해결 절차의 목적

대체로 노동분쟁 해결제도가 목적하는 바는 가능한 한 분쟁 당사자 자신의 노력에 의해 평화롭고 질서있게 분쟁을 해결하고, 그렇게 함으로써 파업 또는 직장폐쇄를 불필요하게 만드는 데 있다. 분쟁해결제도 중에는 이러한 목적을 법률적인 표현을 사용하여 명시한 경우도 있다.

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

위협을 할 수도 있고, 필요할 경우 파업도 할 수 있지만, 자유로운 단체교섭 제도에서 이익분쟁(interests disputes) 해결 과정의 기본원칙은 당사자가 협상을 통해 분쟁을 해결하는 것이다. 제3자는 교섭이 결렬되었을 때 개입할 수 있고, 그것도 분쟁 당사자가 서로의 차이에 대해 양측에서 다 받아들일 수 있는 해결책을 찾는 데 도움을 주는 데 그치도록 되어 있다. 그러나 쟁의행위로 위협하는 것이 협상의 실마리가 되는 분쟁해결 방법도 있다. 이러한 경우 단체교섭은 다른 방법에 호소하기 전 분쟁해결을 위한 첫번째 방법으로 보는 경향이 있다.

모든 분쟁해결 과정에는 자발적인 요소와 강제적인 요소를 모두 가지고 있다. 당사자의 자유로운 협상을 장려하고 또한 자유롭게 타협안을 찾아 분쟁을 해결하도록 설계가 된 제도일수록 보다 자발적인 절차가 우세하다. 그러나 조업 중단을 피하는 데 초점을 둔 제도는 대체로 강제적인 요소가 지배적이다.

한편, 권리분쟁(rights disputes) 해결 절차의 기본원칙은 분쟁을 협상에 의해 해결하지 못할 경우 쟁의행위(파업)가 아니라 법원 또는 노동심판위원회(일부 국가에서는 조정인에 의해)에 의해 해결하는 것이다. 왜냐하면 그러한 과정을 통해 양측 당사자 모두가 존중해야 하는 현재의 권리, 의무, 책임이 무엇인가가 분명하게 드러나게 되기 때문이다. 즉 권리, 의무에 대한 판결이 가능하기 때문에 파업이 불필요해지고 파업은 오히려 역기능을 초래할 수 있다. 그러나 어떤 법률은 중대하고 지속적인 권리 침해에 대해 이를 합법적이라고 인정하지는 않지만, 불만이 있는 측이 저항의 표시로 쟁의행위를 할 수밖에 없다고 보고, 이를 처벌하지 않는 경우도 있다.

◆ 분쟁의 신고와 해결 절차의 개시

노동분쟁에 관한 법률은 노동쟁의를 관련 행정기관에 신고하도록 규정하거나 요구할 수 있다. 분쟁의 신고는 노동분쟁 해결 절차의 개시

를 위한 일반적인 방법이다. 때때로 분쟁이 발생한 후 일정 시간 안에 일정한 상세 내용과 함께 신고를 하도록 규정하는 경우도 있다.

일부 법률에서는 알선 또는 조정의 개시를 위해서는 분쟁 당사자 일방의 요청 또는 신고로 충분한 경우도 있으나, 당사자 쌍방이 모두 분쟁조정 절차를 요청하기로 동의하여야 알선·조정이 개시될 수 있도록 규정한 법률도 있다(특히 이익분쟁의 경우). 당사자 일방의 요청으로 충분하다고 보는 견해는 파업을 피하기 위해 가능한 한 모든 방법을 동원해야 한다는 입장이고, 양측이 알선·조정을 요청할 것을 요구하는 것은 쌍방이 이를 받아들이지 않는 한 알선·조정이 성공하기가 매우 어렵다고 보기 때문이다. 실제로 노동분쟁 당사자들이 파업이 일어나기 전에 분쟁을 해결하기 위해 권한 있는 제3자의 지원을 받기를 원하기 때문에 일방의 신고 또는 쌍방의 신고를 요구하는 조항은 결과면에서는 거의 차이가 없다.

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 알선과 조정

알선과 조정의 구분

일부 국가에서는 알선(conciliation)과 조정(mediation)이 동일한 절차를 나타내는 말이지만, 또 다른 나라에서는 이 두 단어가 서로 다른 절차를 나타내는 말이기도 하다. 그러나 둘 다 중립적인 제3자의 조정을 통해 상호 동의에 의한 갈등 해결에 도달할 수 있도록 분쟁 당사자를 지원하는 방법이다. 알선자 또는 조정인은 협상이 결렬되었을 때 또는 협상이 난국에 봉착했을 때 당사자 스스로 분쟁을 해결할 수 있도록 지원한다. 알선자 또는 조정인은 분쟁 당사자에게 특별한 해결책을 강제할 권한은 없다. 알선·조정은 최소 간섭주의의 형태로 정부의 후원 아래 분쟁을 해결하는 데 가장 널리 이용되는 방법이다. 알선·조정은 대부분의 산업화된 시장경제 국가에서 집단적 이익을 둘러싼

분쟁이 일어났을 때 이를 해결하기 위해 사용되는 가장 중요한 절차이다. 임의적인 중재(voluntary arbitration)가 사용되는 경우는 극히 드물다.

알선·조정이 노동 분야에서 일어나는 이익분쟁 또는 집단적 분쟁(interests or collective disputes)의 해결을 위해 사용되는 중요한 방법이지만, 권리분쟁 또는 개별적 분쟁(rights or individual dispute)의 경우는 판결 이전에 반드시 거쳐야 하는 예비절차인 경우가 많다.

조정(mediation)은 때때로 알선과는 다른 분쟁해결 방법을 뜻하기도 한다. 알선과 마찬가지로 조정도 당사자 사이의 합의에 의한 분쟁해결이 원칙이지만, 알선에 의한 분쟁해결보다 제3자의 역할이 크고 분쟁해결을 위한 공식적인 제안을 제출할 권한(때로는 의무)을 가질 수 있다는 점이 다르다. 그것이 항상 법률적인 의미의 ‘중재’를 뜻하는 것은 아니지만 노동법이 알선과 조정을 구별하여 언급한 경우가 있다.

임의적·강제적 알선·조정

알선·조정은 임의적일 수도 있고 강제적일 수도 있다. 분쟁 당사자가 알선·조정을 택하거나 채택하지 않을 수 있는 자유를 가진 경우는 임의적(voluntary)이다. 또한 쌍방이 법률 또는 정부가 마련한 기구 밖에서 선택한 제3자가 제안한 알선도 임의적인 알선이다. 때때로 법률에 의하여 분쟁 당사자 쌍방이 알선의 이용을 동의 또는 개시하도록 요구하는 경우도 있다.

분쟁 당사자 쌍방에 의한 알선·조정의 요청이 요구되는 경우 알선·조정은 강제적이다. 강제적인 알선·조정은 노동분쟁을 놓고 적대적인 양측을 협상 테이블에 나오도록 하는 방법으로 사용될 수 있다. 따라서 노동관계 제도가 잘 발달되어 있지 않은 나라 또는 분쟁 당사자들이 서로 협상하는 데 익숙치 못한 경우 강제적인 알선·조정을 선호하는 경향이 있다. 노동관계법이 강제중재(compulsory arbitration)를 포함하고 있는 경우 조정제도는 강제성을 띠는 것이 보통이다(compulsory arbitration below 참조).

이익분쟁에서 알선·조정을 요구하는 또 다른 중요한 이유는 쟁의행위를 제한하고, 가능하면 이를 막기 위해서이다. 분쟁 당사자에게 분쟁조정기관에 쟁의행위를 사전에 통보하도록 요구하는 방법으로, 또는 먼저 조정이라는 수단을 통해 분쟁을 해결하려는 노력 없이 쟁의행위에 들어가는 것을 불법으로 규정하는 방법을 통해 알선·조정과 쟁의행위 사이의 연결고리를 만들 수 있다.

권리분쟁에서 알선·조정을 요구하는 이유는 분쟁조정기관으로 하여금 양측의 입장이 지나치게 경직되어 있어서 지속적인 고용관계가 어려워지기 전에 분쟁해결을 위해 노력할 수 있도록 하기 위해서, 또한 법정 또는 노동심판위원회의 부담을 덜어 주기 위해서이다.

알선·조정과 관련된 강제는 다음과 같은 경우, 또는 다음의 경우를 두 가지 이상 합친 경우에 생길 수 있다.

- 관련기관에 분쟁을 신고할 의무
- 알선·조정 과정을 개시할 권한을 가지거나 분쟁 당사자의 출석을 요구할 수 있는 기관에 분쟁을 신고할 의무
- 알선·조정을 실행할 제3자 선택에 대한 제한
- 알선·조정에 참여할 의무
- 알선·조정 절차를 요청하지 않거나 알선·조정 절차가 끝나지 않은 상태에서 파업 또는 직장폐쇄 금지
- 알선·조정 기간 중 체결된 합의사항을 준수할 의무
- 권리분쟁의 경우 법원 또는 노동심판위원회에 분쟁해결을 의뢰하기 전에 반드시 알선 절차를 거쳐야 함.

분쟁조정 절차에 참여하도록 강제하기 위한 제도에는 조정에 참여하지 않았을 경우에 대한 제재 규정이 설치되어 있다. 타당한 이유 없이 조정 절차에 불참한 경우 벌금형을 선고할 수 있다. 분쟁 당사자가 조정 절차에 참여하지 않는 것은 분쟁이 해결되지 못했음을 선언할 수 있게 하고, 상대방에게 쟁의행위를 시작할 수 있는 근거를 제공할 위험이 있다. 분쟁해결기구는 조정 절차에 참여하지 않는 측에게 손실을 부담하게 하는 결정을 할 권한을 가질 수도 있다. 조정 절차에 불참하

는 행동은 조정 절차를 노동분쟁 해결을 위한 하나의 방법으로 사용하고 있는 노동관계 제도에서 불공정한 노동행위로 간주될 수 있다.

일부에서는 당사자 어느 한쪽이라도 원하지 않는 경우 합의에 도달할 수 있는 가능성이 거의 없기 때문에 조정 절차를 강제하는 것은 의미가 없다고 보는 이들도 있다. 반면 노동쟁의를 피하기 위해서 모든 노력을 기울여야 하므로 합의는 결국 자발적일 수밖에 없지만, 분쟁 당사자에게 조정 과정을 따르게 해야 한다고 생각하는 이들도 있다.

법정조정과 사적조정

조정은 일반적으로 정부에 의해, 드물게는 근로감독관에 의해 행해진다. 일부 국가에서는 정부로부터 독립적이기 때문에 분쟁 당사자 쌍방이 그 중립성을 신뢰할 수 있는 기관을 조정인으로 법률로써 정해둔 곳도 있다. 예를 들어 덴마크의 조정위원회(Conciliation Board), 아일랜드의 노동관계위원회(Labour Relations Commission), 남아프리카의 알선·조정·중재위원회(Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration), 영국의 알선·조정·중재국(Advisory, Conciliation and Arbitration Service), 미국의 연방알선조정청(Federal Mediation and Conciliation Service) 등이 있다. 때때로, 중재 관리기관 또는 알선 서비스기관을 3자 또는 양자 구도로 만들어 그 기관의 독립성을 강화하는 경우도 있다. 중재기관이 제공하는 서비스에 관한 법률 조항을 이 장의 마지막 부분에 첨부하였다(establishment and functions of disputes settlement institutions below 참조).

분쟁의 사안에 따라 임명된 개인 또는 중재위원회 등 임시 단체에 의해 조정 절차가 이루어질 수도 있다. 일부 노동관계 제도에서는 개인 중재자, 중재위원회 모두를 임명하도록 하는 경우도 있고, 이러한 방법으로 당사자 스스로 분쟁을 해결하도록 장려하기만 하는 경우도 있다. 개인이 단체보다 훨씬 융통성을 발휘할 수 있기 때문에 중재자를 활용하는 것이 유리할 수도 있다. 개인은 자신의 전문적인 능력을 발휘할 수도 있기 때문에 개인을 활용하는 편이 중재를 일정 수준 이

상으로 효율적으로 진행하는 데 도움이 될 수도 있다. 물론 개인 중재자에게 조정 절차를 맡기려면 그 사람이 그 일을 해내는 데 충분한 자격을 갖춘 사람인지를 검증할 방법이 필요하다.

알선 · 조정의 과정

조정 과정에 대한 법안 자체는 대체로 짧고 상당 부분을 조정기구 또는 조정인 개인에게 맡김으로써 매우 다양한 상황을 다루는 데 융통성을 발휘할 수 있도록 하는 경향이 있다. 조정 과정에 관한 입법에는 다음 사항 등이 포함될 수 있다.

- 조정 과정을 시작하기 전에 적용 가능한 단체협약에 따라 모든 가능한 해결방법을 시도해 보아야 한다.
- 조정인의 선정(또는 조정위원회의 구성)
- 조정 과정에 참여하기
- 조정을 위한 시간 제한
- 조정 과정에서 도달한 해결책을 어떻게 처리할 것인가
- 분쟁이 해결되지 못했을 때 어떻게 할 것인가, 어느 시점에서 분쟁해결이 실패했다고 판단할 것인가
- 당사자에게 가능한 선택: 분쟁의 종류에 따라 조정 이외의 분쟁 해결 과정, 파업 또는 직장폐쇄 등 여러 가지 선택이 있을 수 있다. 파업 또는 직장폐쇄와 관련된 규칙은 다음 장에서 다루어질 것이다(제5장 파업과 직장폐쇄)

알선 · 조정은 한 단계 또는 두 단계의 과정일 수 있다. 개인 조정인과 중재자 또는 알선 · 조정위원회에 대한 규정을 둔 일부 노동관계 제도에서는 첫번째 단계인 조정이 실패했을 경우 분쟁을 중재위원회 또는 중재자에게 가지고 오도록 규정하고 있다. 때때로 일정한 종류의 분쟁은 개인적인 조정 과정을 거치지 않고 바로 조정 · 중재위원회가 문제를 검토하도록 하고 있는 경우도 있다.

어느 시점에서 분쟁해결 과정이 종료되었는가, 분쟁해결이 성공했는

가 실패했는가를 정확하게 파악하는 것은 중요하다. 예를 들어, 분쟁 당사자가 분쟁을 해결한 때는 곧 단체교섭을 개시하는 시점일 수 있기 때문이다. 이 경우 분쟁해결 과정을 종결하는 공식적인 방법에 대한 법조항을 만들어 두고, 그 결과를 기록으로 남기는 것이 좋다.

당사자가 분쟁을 해결하지 못했을 경우 알선(또는 조정)의 종결 시점을 분명히 하는 것이 분쟁해결을 위한 다음 단계에서의 노력 측면에서 볼 때 중요하다. 종결 시점이 분명해야 당사자가 분쟁을 다른 해결 방법에 맡기는 데 동의할 것이기 때문이다. 노동입법은 미해결된 분쟁을 구속력을 갖는 중재에 맡기도록 분쟁 당사자를 격려 또는 요구해야 한다고 규정할 수도 있고, 알선(중재)기관에게 당해 문제를 중재에 회부할 것을 요구할 수도 있다. 쟁의행위를 선택할 권리가 알선·조정 과정을 거친 후에만 가능한 경우 알선·조정 과정의 종결은 쟁의행위를 시작하는 시점이 된다.

분쟁해결 과정의 결과를 기록해 두는 것은, 특히 분쟁해결을 위해 더 많은 노력을 기울여야 할 경우 유용하고 또 중요하다. 법률로써 조정인 또는 조정기관에 대해 그 결과를 서면으로 보고할 것을 요구하는 경우도 있다.

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 중재

중재는 독립적이고 중립적인 제3자에게 최종적이고 구속력 있는 결정을 내리도록 분쟁해결을 의뢰하는 과정으로서 ‘판정’ 또는 ‘결정’이라고 부르기도 한다. 중재는 정부가 후원하는 대부분의 노동분쟁 해결제도에 어떤 형태로든지 존재하며, 분쟁 당사자가 자유의사에 따라 이를 사용하기도 한다. 중재는 미국과 캐나다에서처럼 권리분쟁을 다루는 단체협약의 조건에 규정되어 있기도 하고, 다른 나라의 경우와 같이 이익분쟁을 다루는 과정에 들어 있기도 하다.

알선·조정 절차와 마찬가지로 분쟁을 중재에 회부하는 일 역시 임

의적일 수도 있고 강제적일 수도 있다. 중재가 당사자간의 협의를 근거로 할 경우에는 임의적이며, 당사자 일방 또는 정부가 중재를 시도하는 경우에는 강제적이다. 이익분쟁에 대한 강제중재는 기본적인 필수서비스의 영역 이외에는 그다지 널리 사용되지 않는다. 강제중재는 기본적인 필수서비스 또는 예외적인 긴급상황이 아닌 경우 ILO 결사의 자유 기준에 타당하다고 인정되지 않는다.

권리분쟁의 해결은 대부분의 국가에서 법원 또는 노동심판위원회의 판결에 맡겨지고 있다. 다만, 단체협약의 적용과 관련하여 발생한 분쟁을 해결하기 위해 단체협약에서 합의된 절차에 따른 중재제도인 경우는 예외이다. 이 때의 중재는 중재라기보다는 판결과 같은 기능을 갖는 경우도 있다(아래 ‘분쟁해결 과정과 파업권’ 및 제2장 결사의 자유 참조).

중재는 일시적으로 사용되는 경우가 대부분이다. 특별한 분쟁을 취급하기 위해 개인 중재자를 선정하거나 중재위원회가 구성된다. 중재위원회가 중재를 맡을 경우 대체로 근로자 및 사용자 대표가 위원이 된다. 개인이 중재를 맡든 위원회가 중재를 맡든 중재는 노동분쟁이 일어났을 때 사안별로 그에 적당한 중재자를 찾는 일이 가장 중요한 문제이다(아래 ‘분쟁해결기관의 설립, 기능, 구성, 운영’ 참조).

정부가 노동분쟁의 중재를 위해 중재심판위원회, 법원 또는 기타 상설기구를 설립할 수도 있다. 이런 기관은 대체로 조정기구를 지원하는 기관의 행정적인 지원을 받는다. 그러나 자체적인 행정서비스를 가질 수도 있다.

임의중재

법에 규정된 분쟁해결제도는 자발적으로 분쟁을 법적 구속력 있는 중재에 회부하도록 규정하고 있고, 이것이 가장 널리 사용되는 형태의 중재이다. 임의중재를 격려하고 촉진하기 위한 방법은 여러 가지가 있다.

- 임의중재 관련 법률 조항의 제정
- 당사자에게 법적 구속력 있는 중재제정

- 중재를 위한 제도와 시설의 제공
- 조정이 성립되지 않았을 경우 조정인은 분쟁 당사자에게 분쟁을 중재에 회부하도록 설득하는 노력을 하여야 한다는 규정을 정하거나
- 조정인이 분쟁 당사자의 동의를 얻어 조정인으로 하여금 중재하는 권한의 부여.

임의중재를 규정한 법률에는 분쟁 당사자가 분쟁을 중재에 회부하는데 동의하여야 한다고 규정되어 있다. 관계 기관이 노동분쟁에 대해 알고 있거나 조정이 결렬되었을 경우 분쟁이 어느 단계에 있든지 중재에 회부할 수 있다. 문제를 분쟁 당사자에게 맡겨 임의중재를 협약 내용에 포함시킬 수도 있다.

일부 국가에서는 법률로 조정인 또는 관계기관이 분쟁을 중재에 회부하도록 법률로 정하고 있다 (즉 중재를 분쟁 초기단계에서 강제사항으로 만들). 그러나 분쟁 당사자에게 일정 기간 안에 중재제정 또는 결정을 거부할 권리를 부여하여, 중재제정 또는 결정의 구속력에 자발적인 성격을 부여하였다.

임의중재에 관한 법률에 노동분쟁을 중재기관에 의뢰할 수 있다고 규정할 수도 있다.

- 분쟁 당사자 쌍방의 요청에 의해
- 당사자의 동의 또는 요청에 의한 조정기구에 의해
- 조정기구 또는 권한 있는 기관이, 다만 판정 결과를 거부할 권한은 분쟁 당사자에게 주어지 있다.

강제중재

분쟁을 분쟁 당사자 모두의 동의 없이 중재에 회부하는 것(분쟁 당사자 일방이, 정부가, 독립적인 대리인의 발의에 따라)은 강제중재이며, 분쟁은 법적으로 구속력을 갖는 판정에 의해 해결된다. 이익분쟁에 대한 강제중재는 논쟁의 여지가 있다. 강제중재는 대체로 파업권, 단체협

약의 자유를 제한하는 경향이 있다. 또한 단체협약을 압도하는 경향이 있어, 단체교섭이 효과적인 분쟁해결 방법이 되기 위해 필요한 태도, 즉 분쟁 당사자 각각이 요구하던 사항 또는 기존 입장에서 한 걸음 물러난 타협안을 받아들이고자 하는 의지를 감소시키는 것으로 일반적으로 인식되고 있다.

따라서 정부는 강제중재를 채택하는 정책적인 이유가 단체협약이라는 명백한 정책적 이익을 무시할 여지가 있는지를 주의깊게 살펴보아야 한다. 또한 강제중재의 성공은 당사자가 이를 지지하는지 여부에 달려 있으므로 정부는 강제중재제도를 만들기 전에 사회적인 파트너와의 협의를 거쳐야 한다.

산업화된 국가의 경우 이익분쟁에 대한 강제중재는 공공서비스 부문에서는 가끔 있지만 민간 부문에서는 드물다. 그러나 개발도상국가에서는 강제중재를 필수적인 서비스에 대해 또는 공공의 비상사태에 적용하는 경우가 많다. 일부 개발도상국가에서는, 노동조합이 성공적인 단체교섭을 수행할 만큼 충분하고 튼튼하지 못하다는 이유로, 또한 이들 국가가 생각하기에 감당할 수 없다고 보는 업무중단(work stoppage)을 막기 위해 보다 일반적인 강제중재 시스템을 적용하는 경우도 있다.

강제중재제도의 제한 적용

여러 국가가 강제중재제도를 제한적으로 적용하고 있다. 예를 들어, 강제중재는 필수서비스 부문에서 발생한 노동분쟁 또는 공공 비상사태의 상황에만 적용될 수 있으며, 이 때 관계기관이 분쟁을 강제중재에 회부할 수 있는 권한을 갖는다(제2장 참조).

사례 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

일부의 강제중재제도는 일반적으로 적용(general application)되는 경우도 있다. 즉 조정이 성립되지 못한 경우 또는 다른 임의적 분쟁해결 방법에 의해서 해결되지 못한 경우에 자동적으로 중재에 회부하도록 규정한 입법례도 있다. 선택적으로 관계기관의 명령에 따라 또는 분쟁

당사자 일방의 요청이 있을 경우에 분쟁을 반드시 강제중재에 회부하도록 법률로 규정할 수도 있다. 그러나 이러한 강제중재 조항은 대체로 파업을 허용하지 않고 또한 자발적인 단체교섭의 원칙에 부합되지 않는 것이기 때문에 ILO 감독기관은 강제중재 조항이 결사의 자유원칙에 모순된다고 볼 수 있음을 상기할 필요가 있다(General Survey 1994, paras. 254-259).

중재 절차

임의중재(voluntary arbitration)의 경우 법률은 분쟁 당사자에게 분쟁을 중재에 회부하는 데 동의할 것을 요구하는 경우가 대부분이다. 그러나 일부 국가에서는 조정인 또는 조정기관이 분쟁을 중재에 의뢰할 수도 있거나 반드시 의뢰하도록 되어 있고, 분쟁 당사자는 중재재정을 거부할 권리가 있다. 일정 기간 안에 중재재정을 거부하지 않는 경우 중재재정은 법적인 구속력을 갖는다.

중재는 대부분의 경우 조정 절차보다 공식적인 성격을 지닌다. 그러나 중재 절차에 관한 규칙은 문제를 신속하게 처리할 것, 판정 절차의 간소화, 사법 절차의 형식주의 내지 관료주의를 회피함으로써 판정 절차를 간소화할 것 등을 강조하는 것이 일반적이다.

이익분쟁에 있어서 중재위원회, 중재기구 또는 중재자가 정의, 평등, 공정, 선량한 양심, 문제의 주요 쟁점(en équité)에 따라 판단하도록 법률에 규정된 경우가 많다.

중재에 관한 법률은 대부분의 경우 중재기구에 대하여 문제에 관해 조사할 수 있는 다음과 같은 권한을 부여한다.

- 서면으로 된 증거를 요구할 권한
- 증거 제출을 목적으로 하는 증인의 참석을 강제할 권한
- 책자, 기록을 작성하도록 강제할 권한
- 재정 또는 기타 문제에 관한 전문가의 서비스를 요구할 권한

실제로 이러한 권한이 부여되는 것은 분쟁 당사자 일방의 신청이 있

기 때문이지만, 중재기구가 스스로 이러한 권한을 행사할 수도 있다.

중재기관이 어떤 판정을 내렸을 경우 왜 그러한 결정에 도달했는가의 이유를 설명해 주도록 정하는 것이 바람직할 수도 있다. 중재재정이 법적으로 구속력을 가질 경우 판정에 대한 설명은 분쟁 당사자가 그러한 결정을 더 잘 받아들이는 데 도움이 될 수 있고 또한 보다 만족한 분쟁해결을 위한 초석이 될 수 있다. 중재재정에 대해 고소 또는 법적인 재검토를 요구할 수 있도록 허용하는 노동관계 제도에서는 어떤 판정에 대한 이유를 설명하도록 규정하는 것이 특히 중요하다. 법률에 중재재정에 대한 기준이 정해져 있는 경우 특히, 중재기관에게 판정에 대한 이유를 설명하도록 요구하는 것은, 그렇게 함으로써 법률이 정한 기준을 충실히 참고했는가를 알 수 있기 때문이다. 중재재정에 대한 설명 여부를 중재기관에게 맡기는 것 또한 적절한 방법일 수 있다.

중재를 활용하는 주요한 이유, 특히 강제중재를 활용하는 이유는 재판 절차상 흔히 있는 지연을 피하기 위해서이다. 재판 절차가 지연되는 주요 이유 중의 하나는 항소의 제기이다. 따라서 상당수의 국가에서는 이를 피하기 위해 이익분쟁에 대한 중재재정(적어도 분쟁의 핵심 사항에 대한 결정)은 최종적이며 재항소할 수 없도록 하고 있다. 반대로, 분쟁 당사자가 법률에 대해서 또는 중재기관의 권위와 관련된 문제에 대해 중재재정에 반대하여 항소할 수 있는 특별한 법률 조항이 있을 수도 있다. 문제에 대한 또 다른 접근방법은 중재기관이 스스로 법적인 문제에 대해 의견을 구할 수 있도록 허용하는 방법이다.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 분쟁해결기관의 설립, 기능, 구성 및 운영

분쟁해결기관을 구성하는 방법, 이러한 기관을 위해 일할 적절한 자격을 갖춘 사람들을 찾는 방법, 분쟁의 조정 또는 중재를 담당할 사람(한 명 또는 여러 명)을 선정하고 임명하는 방법은 다양하다. 이렇게

다양한 방법은 각국의 전통과 관행을 반영하고 있다. 그러나 분쟁해결 체도를 만들기 위한 법률을 제정함에 있어서 염두에 두어야 할 몇 가지 중요한 문제가 있다.

가장 기본적인 문제는 분쟁해결기관을 3자 구도로 할 것인가 여부, 임의단체로 할 것인가, 상설기관으로 할 것인가의 여부이다. 그 선택은 그 기관이 알선, 조정, 중재, 심판 중 어느 것을 위한 기관인가에 따라 다를 수 있다. 조정에 대한 책임을 지는 사람이 독립적인 개인일 수도 있고, 정부 부처의 공직자일 수도(몇 명은 노동조합 또는 회사 경영자일 수 있다) 있는가 하면, 조정·중재기관은 3자 구도를 가질 수도 있고, 노동심판위원회는 독립적인 지위를 가진 판사로 구성될 수도 있다. 알선·조정·중재를 관리하는 기관은 3자 구도에 온갖 배경을 가진 사람들로 구성될 수 있다. 나라마다 수없이 다양한 형태의 분쟁해결방식을 발견할 수 있다.

분쟁해결기구를 3자 구도로 구성하면 여러 가지 이점이 있다. 첫째, 분쟁 당사자로 하여금 분쟁해결기구를 신뢰하도록 하는 데 도움이 된다. 둘째, 분쟁해결 과정에 근로자 및 사용자 대표자가 참여하면 노동 분쟁의 해결에 근로자 및 사용자의 구체적인 지식과 경험의 도움을 얻을 수 있게 된다.

분쟁해결기관의 설립과 기능

상설 분쟁해결기관에게는 한 가지 종류 또는 여러 가지 종류의 분쟁 해결 기능이 부여될 수 있다. 일부 기관은 보다 폭 넓게 교육 및 자문의 역할을 수행하는 경우도 있다.

일부 국가에서는 노동 문제에 책임이 있는 정부 부처의 관리 또는 독립적인 중재서비스 기관이 제공하는 조정(conciliation)서비스와 노동 법원, 노동심판위원회, 일반법원의 판결을 구분하며, 중재는 개인 또는 임시로 구성된 기관에 의해 진행된다. 이러한 나라에서는 중재와 판결의 기능이 분명하게 구별되어 있다. 그러나 권리분쟁의 경우 분쟁이 법원에 회부되기 전에 조정을 담당하게 된 정부 부처의 관리가 자문

역할을 할 수도 있다.

알선·조정·중재의 기능을 모두 가진 독립적인 분쟁해결기관이 설립되어 있는 나라도 있다. 그러나 이 경우에도 중재자를 스스로 선택하고 그 중재자에게 문제 해결을 의뢰할 권리는 분쟁 당사자에게 있다. 또 다른 나라에서는 조정은 노동부 관리에게 맡기지만 노동분쟁의 중재·심판은 산업체 관련기관 또는 중재심판위원회 또는 법원이 맡도록 한 경우도 있다.

분쟁해결기관의 위원 임명

임시로 선정되는 조정인(conciliator) 및 중재자를 포함하여 분쟁해결 기구를 관리하는 기관의 임원과 직원을 임명하는 방법은 대체로 세 가지가 있다. 그 중 두 가지 방법은 선정 과정에 근로자와 사용자가 참여하도록 되어 있다.

- 나이, 자격, 노동관계 분야의 경험 등 법이 정한 기준에 따라 정부가 임명할 수 있다 (예를 들어, 관계기관, 장관, 근로감독관 또는 대통령 등).
- 근로자, 사용자가 후보를 추천할 수 있다. 근로자 및 사용자 단체가 직접 할 수도 있고 근로자 및 사용자 단체 중 가장 대표적인 단체 또는 관계기관, 또는 노동부 장관이 대표로 정한 기관이, 또는 3자 구도를 가진 국가기관에서 일하면서 근로자 및 사용자의 이익을 대변하는 대표자가 추천할 수도 있다.
- 가장 대표적인 단체들을 통해, 또는 관계기관이나 장관이 대표로 결정한 단체를 통해 근로자와 사용자가 후보로 추천한 사람들 중에서 정부가 임명할 수 있다.

특정한 분쟁의 해결을 위한 위원 선정

분쟁해결을 어떤 기관의 위원이 담당할 것인가, 아니면 어느 특별한 분쟁을 알선·조정할 목적으로 임시로 선정한 사람들이 할 것인가를

결정하는 문제도 역시 크게 세 가지 방법이 있으며, 그 중 두 가지는 분쟁 당사자가 참여하도록 되어 있다.

- 미리 마련된 인명 목록 또는 패널에서 분쟁 당사자가 분쟁해결을 위한 위원을 선정할 수 있다. 목록은 한 개일 수도 있고 근로자와 사용자를 대표하는 사람들에 관한 여러 개의 목록일 수도 있고, 근로자, 사용자가 아닌 사람들의 목록일 수도 있다. 한 사람을 선정해야 하는 데 합의가 이루어지지 않을 경우 해당기관의 최고책임자 또는 공공기관이 선정하는 등의 해결방법이 필요하다.
- 정부가 분쟁해결을 위한 위원을 지명할 수도 있다. 이 때 정부관 분쟁해결기구, 근로감독관, 조사자, 또는 노동심판위원회 등 관계기관을 뜻한다.
- 분쟁 당사자가 지정한 사람들 중에서 관계기관이 위원을 선정할 수도 있다. 당사자는 미리 만들어진 목록 또는 패널 중에서 후보를 선정할 수 있다. 기존의 조정 또는 중재기관 안에 패널이 이미 구성되어 있는 경우도 있다.

분쟁해결위원의 지위

분쟁해결기관이 독립적일 수 있도록 하기 위해서, 또한 그 기관의 위원이 타당한 신분, 도덕적인 권위를 가진 사람인지를 확인하기 위해 적절한 조치를 취하는 것이 중요하다. 이는 그 기관의 분쟁해결 기능이 적절한 공식적 인정을 받게 하는 측면에 있어서도 도움이 된다. 분쟁해결기관의 위원을 임명하는 것은 그 기관에 독립성 및 힘을 부여하는 한 가지 방법이다. 이는 또한 그 기관의 독립성과 공정성에 대한 사회적 파트너(social partners)의 인식을 높이는 점에도 도움이 될 수 있다.

분쟁해결기관과 그 위원—적어도 특별한 분쟁의 해결을 목적으로 한 임시위원이 아닌 위원—들에게 독립성을 부여하는 일반적인 방법은 공무원의 경우와 같이 위원들에게 직위를 주어 그들의 고용을 보호하는 방법이다.

분쟁해결기관의 내부구조 역시 그들에게 독립성과 궁극적으로 그들로 하여금 분쟁해결에 관여할 수 있는 도덕적인 권위를 부여하는 중요한 방법일 수 있다. 이들 기관의 위원에게 회장 또는 부회장 등 임원의 지위를 주는 것이 그 한 예일 수 있다. 이들 임원에게 위원별로 사건을 할당하는 등 관련기관의 운영 책임을 맡길 수도 있고, 특별히 중요하거나 어려운 분쟁의 조정 또는 중재를 진행하는 책임을 맡길 수도 있다.

마지막으로, 분쟁해결기관에 독립성과 권위를 부여하는 점에 있어서 고려해야 할 사항은 필요한 자격을 갖춘 사람들이 이들 단체의 임원이 되도록 하는 것이다. 예를 들어, 강제중재기구의 대표 또는 선임 임원들은 대부분 법관에 준하는 지위를 가진 사람들이며, 이에 상응하는 경험과 자격을 갖추어야 임원으로 임명될 수 있다. 이러한 자격요건을 갖추면 임원과 그들이 일하는 기관이 도덕적인 권위를 갖는 데에도 도움이 된다.

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 분쟁해결 절차와 파업권

노동쟁의의 당사자에게 분쟁해결기구를 이용하도록 강제하는 일의 정당성 중의 하나는 쟁의행위, 특히 쟁의행위가 보다 넓은 공동체에 미칠 수 있는 사회·경제적 역효과를 막기 위해서이다. 상업 분야에서 조화를 유지하고 폭 넓은 사회공동체를 쟁의행위의 역효과로부터 보호하여 얻을 수 있는 이익이 ‘평화의무’이며 이것이 법률에 반영되어 있는 경우도 있다.

그러나 쟁의행위, 특히 파업권은 단결권의 당연한 결과임을 명심해야 한다(제2장 결사의 자유). 따라서 분쟁을 평화스럽게 해결함으로써 얻게 되는 이익과 경제·사회적인 이익을 위해 쟁의행위를 할 수 있는 기본권리, 즉 분쟁 당사자가 스스로 협상할 수 있는 자치권을 존중하며 얻을 수 있는 이익 사이에 적절한 균형을 찾는 일은 매우 중요하다.

노동쟁의의 해결장치는 여러 가지 측면에서 쟁의행위권의 제한과 연계되어 있을 수 있다. 어떤 쟁의행위를 계획하고 있을 경우 분쟁 당사자는 반드시 조정기관에 사전 통보를 하도록 법률로 규정할 수 있다. 또는 분쟁 당사자가 직접적인 행동을 취하는 권리를 행사하기 전에 반드시 조정을 통해 분쟁을 해결하고자 노력할 것을 선결조건으로 규정할 수 있다. 결국 쟁의행위의 적법성은 분쟁 당사자가 조정의 단계를 거쳤는가에 달려 있다.

노동분쟁과 쟁의행위 사이의 경계점은 어떤 노동분쟁이 직접적인 행위를 취할 수 있는 권리의 실행에 대해 타당성을 부여할 수 있는가이다. 필요한 경우 쟁의행위를 사용하여 스스로 해결하도록 하는 것은 당사자에게 남겨져 있는 이익분쟁에 국한된다. 그러나 판결로 해결되어야 하는 권리분쟁의 경우에는 직접행동이 대체로 허용되지 않는다. 그러나 이익분쟁에 대해 연대파업 또는 경제·사회적인 문제에 관련된 파업을 금지하는 것으로 좁게 개념정의해서는 안 된다(제2장, 결사의 자유 참조).

다음 장에서는 파업, 직장폐쇄, 쟁의행위와 노동분쟁 해결 절차 과정 사이의 관계에 대한 법률 조항의 예를 들었다.

제 5 장

노동입법의 주요 조항 : 파업권

◆ 서론

파업은 근로자와 그 단체가 자신의 사회적·경제적 이익을 보호하기 위한 기본적인 수단이다. 파업행위를 할 권리는 ILO 감독기관도 근로자 단체는 근로자의 경제적·사회적 이익을 보호하기 위한 활동을 할 권리가 있다는 규정에 따라, 즉 ‘제87호 협약의 보호를 받는 단결권의 당연한 귀결’이라고 인정하고 있다. 그러나 파업권은 절대적인 권리가 아니며 이를 행사함에 있어서는 일정한 법적인 요건을 따라야 하고 또는 제한을 받을 수도 있고, 특별한 상황에서는 금지될 수도 있다 (Convention No. 87, Article 3; General Survey, para. 151).

파업권은 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제인권 규약(Article 8(1)(d)), 1948년 사회적 보장에 관한 전미헌장(Inter-American Charter of Social Guarantees of 1948 (Article 27), 1961년 유럽 사회헌장(Article 6(4), the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (1988) (Article 8(1)(b)) 등 여러 국제 문헌 및 지역 문헌에 의해 분명하게 인정되고 있다.

◆ 헌법 및 성문법상의 파업권

파업권은 오늘날 대부분의 국가에서 헌법과 성문법으로 명백하게 인정되고 있다. 이는 근로자 개인에게 부여된 개인적인 권리로 인정될 수도 있고, 여러 근로자 단체의 권리로 인정될 수도 있다. 파업권을 단체권으로 볼 경우 노동조합이 공식적으로 요구한 파업일 경우에 한해 파업에 참여하는 행위에 대해 근로자 개인이 법적 보호를 받을 수 있다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 법적 보호를 받는 파업행위의 정의

근로자의 이익을 보호하기 위한 쟁의행위는 법적 보호를 받는 파업(protected strike) 또는 이와 비슷한 행위 속에 포함되어야 한다. 폭력적인 행위 또는 업무방해 등과 같이 보호받는 파업 또는 행위의 정의에 속하지 않은 행위는 보호받지 못한다. 대부분의 경우 작업중지는 파업으로 간주된다. 그 밖에 기업의 경제적 활동을 마비시키거나 감소시키는 행위, 예를 들어 태업(go-slow), 준법투쟁(work-to-rule)은 파업과 같은 행위로 간주될 수도 그렇지 않을 수도 있으며, 법의 보호를 받는다. ILO의 여러 감독기관은 그와 같은 형태의 행위에 대한 법적 제재는 이런 행위가 평화적이지 않을 때만 정당성을 갖는다고 보고 있다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 파업권에서 제외될 수 있는 경우: 공무원, 필수서비스, 최소 서비스, 권리분쟁

일부 국가에서는 근로자가 공공기관에 고용되어 있든, 개인 기업에

고용되어 있든, 또한 근로자의 작업장에서 작업중지가 일어날 때 공공의 이익에 미치는 영향 여부에 관계없이 모든 근로자에게 파업권이 허용되고 있다. 그러나 일부 국가에서는 공무원 및 필수서비스 부문에 종사하는 사람에게는 파업권이 인정되지 않으며, 긴급한 상황일 경우 파업을 금지하는 나라도 있다.

공무원

공무원도 다른 근로자와 마찬가지로 단결권을 갖지만 ‘국가의 명의로 권한을 행사하는’ 공무원의 경우 ILO 결사의 자유 원칙에 따라 파업권이 인정되지 않을 수도 있다(General Survey, para. 158). 여기서 공무원이란 사법부 직원, 법무부에서 일하는 공무원도 포함될 수 있다. 그러나 정부가 소유하고 있는 상업적 기관 또는 산업체에서 근무하는 공무원은 해당되지 않는다(Digest, paras. 537, 532).

어떤 법률이든 파업권이 제한되는 공무원의 범위를 가능한 한 명백하고 좁게 정의하여야 한다. 파업권에 대한 제한 결정은 다음을 근거로 한다.

- 근로자가 수행하는 업무의 성격
- 파업이 일어났을 경우 그로 인한 혼란이 업무에 미칠 수 있는 영향.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

필수서비스와 긴급사태

국내법은 필수서비스로 정의되는 활동에 대해서는 여러 가지 방법으로 파업권을 제한하는 경우가 많다. ILO가 말하는 결사의 자유를 필수적인 서비스 부문에 적용하여 해석하면서, ILO의 여러 감독기관은 당해 서비스에 혼란이 일어났을 경우 국민 전체 또는 일부의 안전, 건강, 생명을 위협할 수 있는 공공서비스에서는 파업권을 제한 또는 금지할

수 있다는 입장을 취하고 있다(General Survey, para. 159). 법률을 통해 필수서비스 부문에 대한 파업권 제한의 일반적인 정의를 수립하고, 구체적인 상황에서 이를 어떻게 해석할 것인가는 공공기관 또는 법원에 맡길 수 있다. 또는 어떤 활동을 필수적인 서비스라고 볼 것인지를 결정하는 과정을 법률로 규정할 수 있다. 이 때 근로자와 사용자 단체의 참여도 가능하다. 때때로 작업중지가 허락되지 않는 필수서비스로 간주되는 활동 목록을 법률에 포함시킬 수도 있다.

여러 ILO 감독기관은 파업권이 제한 또는 금지된 곳에서는 그 대신 알선·조정 절차가 보장되어 있어야 하며, 이 절차가 막다른 길에 봉착했을 경우 분쟁은 당사자가 신뢰하는 중재기구에 회부하게 된다. 분쟁 당사자는 중재 절차를 수립, 결정하는 데 참여할 수 있어야 하며 그 절차가 공정할 것, 신속할 것, 당사자 쌍방 모두에게 구속력을 가질 것, 이를 신속·완벽하게 실행할 것 등이 충분히 보장되어 있어야 한다.

대부분의 국가에서는 그 활동에 혼란이 생길 경우 국민 또는 그 외 사람들 전체 또는 일부의 생명, 안전, 건강을 위협할 수 있다고 보지 않는 경우에도 특수한 여건 때문에 긴급사태로 간주되기도 한다. 식량 등 기본적인 물품의 공급 거의 대부분을 항구 또는 항만 교통서비스에 의지하는 섬이 그 예이다. 위험의 정도는 대체로 작업중지 기간에 달려 있다. 며칠간의 파업은 거의 문제가 안 될 수도 있지만 여러 주 또는 여러 달 동안 파업이 계속될 경우 국민에게 심각한 손해를 줄 수도 있다. 따라서 일부 국가에서는 관계기관에게 이 서비스는 필수적이라고 선언하거나, 파업이 오래 지속될 경우 국민에게 긴급사태와 비슷한 상황을 가져올 수 있는 서비스 또는 활동에서 파업을 금지할 권한이 주어진다.

필수적인 서비스에서 파업권을 금지 또는 제한하는 법률은 분쟁을 강제중재에 회부하도록 규정하고 있다. 이는 파업권의 상실에 대신하여 주어지는 분쟁해결 절차이다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

최소서비스

서비스의 중지가 파업의 전면적인 금지를 정당화할 만큼 일반 국민의 이익을 침해하지 않는 공익사업의 경우 일부 국가에서는 파업을 금지하는 대신 파업이 진행되고 있는 동안 국민의 기본적인 필요에 대한 최소서비스를 유지하도록 규정하고 있다. ILO 감독기관은 이러한 분야에 적용되는 최소서비스는 그것이 근로자 대부분의 파업권을 문제삼지 않는 한 적절한 대안일 수도 있다고 보았다. 다만, 다음과 같은 두 가지 요건을 충족해야 한다.

- ① 진정한 의미에서의 최소서비스라야 한다. 즉 서비스를 국민의 절대 기본적인 필요를 충족시키는 데 필요한 최소한의 가동, 최소서비스로 제한하여 파업이 무력해지지 않도록 해야 한다.
- ② 관련 사용자 단체도 사용자, 공공기관과 함께 최소서비스를 적용해야 하는 분야가 무엇인지 결정하는 데 참여할 수 있어야 한다.

최소서비스를 필요로 하는 조건은 :

- 명확해야 한다.
- 엄격하게 적용되어야 한다.
- 최소서비스 결정에 영향을 받게 될 사람들에게 미리 알려주어야 한다.

다음과 같은 조항이 바람직하다.

- ① 분쟁 당사자들이 문제를 객관성을 가지고 공평하게 검토할 수 있도록 최소서비스의 정의, 최소서비스기관에 관한 협상을 노동쟁의 기간 중에는 하지 않는다.
- ② 분쟁 당사자들이 최소서비스의 정의와 적용 때문에 생긴 어려움을 신속하게 검토할 공동기관 또는 독립기관의 설립을 구상한다. 이 기관은 구속력 있는 결정을 할 수 있는 권한을 가져야 한다.

- 최소서비스는 파업금지가 사용자의 필요를 충족시키는 데, 혹은 관련시설을 안전하게 운영되는지 확인할 수 없는 상황에서는 적절한 조치일 수 있다. 또한 필수서비스 부문에서 전면적인 파업 금지 대신 사용될 수 있다(General Survey, paras. 160-162).

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

권리분쟁

단체협약 또는 고용계약 등 권리에 관한 분쟁에 있어서는 파업행위가 정당하다고 인정되지 않는다. 분쟁 당사자가 적용 가능한 조정 절차에 따라 분쟁을 최종적으로 해결하기 위해 관련기관에 결정을 의뢰할 것이 기대되기 때문이다.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 파업권을 행사할 수 있는 조건

국내법으로 근로자 또는 근로자 단체가 파업권을 행사할 수 있는 여러 가지 조건을 명시해 둔 경우가 많다. 그러나 이러한 조건이 근로자의 이익을 지키기 위해 파업을 감행하는 일을 부당하게 막아서는 안 된다. 다음은 노동입법에서 흔히 발견할 수 있는 파업권 행사의 선행 조건이다.

- 파업에 들어가기 전 알선 또는 조정 절차를 거쳤을 것
- 파업을 시작하기 전에 파업 찬반투표 및 과반수 지지를 얻을 것
- 파업을 시작하기 전에 사전 통보기간을 둘 것.

알선 및 조정 절차의 종료

여러 나라의 법률은 파업을 시작하기 전에 반드시 알선과 조정 절차

를 거치도록 요구하고 있다. 이러한 요구는 결사의 자유, 파업할 수 있는 권리에 관한 제110호 협약의 원칙에 비추어 합법적이다. 서로간의 의견 차이에 대한 협상을 독려하기 때문이다. 그러나 이러한 절차에 너무 시간이 걸리고 복잡해서 합법적인 파업행위가 불가능하게 되거나 파업의 효과를 잃게 해서는 안 된다(General Survey, para. 171).

일부 국가에서는 법률을 통해 알선 또는 조정 절차를 거치지 않고는 파업할 수 없다고 직접적으로 기술하고 있는 경우도 있다. 다른 나라에서는 조정(중재)서비스기관에 분쟁을 통지해야 하며 조정 절차에서 분쟁이 해결되지 않았을 때에만 파업할 수 있도록 되어 있다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

파업 찬반투표

일부 국가에서 파업권은 단체권이고 노동조합의 결정에 종속되며, 파업을 시작하기 전에 노동조합이 파업 찬반투표를 실시해야 하며, 과반수 이상의 근로자가 파업에 찬성해야 한다는 의무조항이 법률에 포함되어 있다. 이는 특히 쟁의행위의 경우 노동관계가 질서를 잃지 않고 실행되도록 하기 위해서, 또한 비노조파업(wild-cat strike)의 가능성을 줄이고, 관련 근로자를 위한 중요한 결정에 대해 민주적인 통제가 이루어지도록 하기 위해서이다. 파업 찬반투표 의무조항이 법률에 포함되어 있기도 하고 포함되어 있지 않을 수도 있으나, 노동조합 규약에는 대체로 들어 있다.

파업 찬반투표에 관한 법률 조항이 있는 경우

- 의결에 필요한 정족수, 과반수가 타당할 것, 그리하여 파업권의 행사가 현실적으로 지나치게 어렵거나 또는 불가능하지 않을 것
- 과반수가 파업에 찬성하는지를 결정할 때 투표수의 계산은 실제 투표수만을 가지고 계산한다(General Survey, para. 170; Digest, paras. 506, 507, 508, 511).

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

파업 통고기간

정부는 근로자가 파업권을 행사하기 전에 일정한 통고기간을 주도록 요구할 수 있다. 단, 요구되는 통고기간이 너무 길어서 파업권을 부당하게 제한하지 않아야 한다. 앞에서 알선·조정기간이 충분히 길었고 노동분쟁에서 아직은 문제가 되고 있는 것이 무엇인지 분명해졌을 경우 통고기간을 짧게 줄이는 것도 생각해 볼 수 있다(General Survey, para. 172). 일반적으로 적용 가능한 통고기간은 짧아야 하지만 필수서비스 또는 사회적, 공공의 이익과 관련된 서비스의 경우 통고기간이 길어질 수도 있다. 결사의 자유 위원회는 각 서비스별 통고기간이 다음과 같으면 결사의 자유 원칙에 모순되지 않는다고 본다.

- 사회적, 공공의 이익과 관련된 서비스의 경우 20일의 통고기간 (Digest, para. 504)
- 필수서비스의 경우 통고기간 40일, 이렇게 긴 통고기간을 두는 것은 분쟁 당사자들에게 생각할 시간을 더 주기 위해서이다 (Digest, para. 505).

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 평화적인 피케팅

현실에서는 대체로 용인이 되지만, 국내법에 피케팅을 파업 또는 직장폐쇄와 관련지어 통제하는 조항이 포함된 경우도 있다. 국내법은 대부분 피케팅을 몇 가지 조건을 전제로 허용하고 있다. 피케팅에 대한 제한은 피케팅 행위가 평화롭지 않게 진행될 때에 한정해야 한다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

파업 참가자의 해고와 일시적 대체근로로부터의 보호

대부분 국가의 법률에, 때로는 노동입법을 통해 분명하게 합법적인 파업에 참여하는 근로자를 사용자가 파업에의 참여하였음을 이유로 해고할 수 없도록 되어 있다. 일반적으로 파업기간 동안 개인적인 고용계약은 일시 정지되는 것으로 본다. 합법적인 파업과 관련하여 고용관계의 종료 또는 기타의 제재조치로부터 근로자를 보호할 수 있는 진정한 보호책이 없는 경우 파업권은 의미가 없다(General Survey, para. 139).

일부 국가에서는 사용자가 파업 중인 근로자를 일시적으로 대체하여 근로자를 고용할 수 있도록 법률로 허용하고 있다. 그러나 원칙적으로는 파업이 종료되었을 때 그 근로자는 원래의 위치로 복직될 권리가 있다.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

제 6 장

노동입법의 주요 조항 : 모든 형태의 강요 또는 강제근로의 폐지

◆ 서론

강요 또는 강제에 의한 노동은 오랜 옛날부터 있던 것으로 1920년대에는 식민지 영토와 관련하여, 1950년대에는 이와 다른 상황에서 큰 관심을 불러 일으켰고, 최근에 다시 국제적인 관심의 초점이 되고 있다. 강제에 의한 노동은 식민국가에서 생산을 위해 거의 노예와 같은 의사에 반하는 노동을 획득하는 수단으로, 그 후에는 경제발전 또는 형벌의 수단으로 사용되었으며, 보다 최근에는 가정과 농업분야에서 행해지는 강제근로, 성매매로 귀결되는 불법적인 인신매매가 많은 사람들의 관심을 끌고 있다. 부채의 굴레에서 벗어날 수 없어 계속되는 성매매 또는 농업을 위한 강제근로 등을 근절하려는 노력이 다시 일어나고 있다. 2001년 6월 ILO 회의에 제출된 강제근로 금지(Stopping Forced Labour)¹⁾에 관한 ILO 세계보고서(ILO Global Report)는 강제근로의 여러 가지 형태와, 이를 퇴치하기 위한 방법, 앞으로 필요한 활동이 무엇인가에 대해 검토하였다.

1) ILO, Stopping forced labour, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 89th Session 2001, Report I(B), (ILO, Geneva, 2001).

강요 또는 강제에 의한 노동에 관한 국제 문헌

1930년의 제29호 강제근로에 관한 협약(Forced Labour Convention, 1930, No. 29)과 1957년의 제105호 강제근로 폐지에 관한 협약(Abolition of Forced Labour Convention, 1957, No. 105)은 강요에 대한 노동 및 강제근로를 금지하고 근절할 목적을 지닌 중요한 ILO 협약이다. 1927년 노예에 관한 유엔협약(United Nations Slavery Convention, 1927), 1956년의 노예, 노예무역, 노예제도와 유사한 제도를 가진 기관 및 행위의 근절에 관한 UN 추가협약(UN Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, 1956) 또한 노예제도에 해당하는 강제근로와 근로할 것을 조건으로 한 금전대차(debt bondage), 농노제도 및 아동노동 착취 등 노예제도와 유사한 형태의 강제근로 문제를 다루고 있다.²⁾

노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 1998년 ILO 선언에 따라 ILO 회원국은 강제근로와 관련된 ILO 협약을 비준했는지 여부에 관계없이 모든 형태의 강요에 의한 노동, 강제근로 폐지 원칙을 존중하고 촉진하며 실현할 의무가 있다. 위 선언은 ILO 또는 회원국이 이러한 노력을 기울이도록 지원할 의무가 있다고 규정하고 있다.

강요 또는 강제에 의한 노동 폐지에 대한 노동입법의 역할

한 가지 또는 그 이상의 형태로 강요 또는 강제에 의한 노동이 행해지고 있는 나라에서 강제근로를 근절시키려면 법률에 의한 금지, 강제근로를 부과하는 일에 자신이 사용되도록 두는 활동에 대한 규제, 정

2) 1926년 UN 노예협약(United Nations Slavery Convention, 1926)은 노예제도를 “어떤 이에 대해 소유자가 일부 또는 전체의 권한을 행사할 수 있는 지위 또는 상황”(Art. 1(1))이라고 정의하였다. 노예제도도 일종의 강제근로이지만 강제근로는 강요에 의한 또는 강제로 부과된 노동 등 여러 가지 형태의 노동을 포괄하는 넓은 개념으로서 근로자에 대한 소유권의 행사가 없고, 노예제도라고 볼 수 없으며 노예제도에서 일어나는 것과 비슷한 관행이 없다.

부 또는 시민사회가 강제근로에 대항해 싸우기 위해 취한 조치 등과 같은 복합적인 노력이 필요하다.

이 장에서는 노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 1998년 ILO 선언과 관련하여 강제근로 폐지를 위한 정부의 책임에 대해 논의하고자 한다. 강제근로를 금지하는 개괄적인 법률 및 결과적으로 강제근로가 되는 일정한 형태의 노동 또는 행위를 구체적으로 금지 또는 규제하는 법률에 대해 살펴보고자 한다. 여기에서 말하는 강제근로이란,

- 노예 상태의 노동
- 불법적인 인신매매, 이주노동자 및 노동자에 대한 착취
- 강제에 의한 상업적인 성착취
- 강요적인 요소를 포함하고 있는 가사노동

이 장에서는 또한 훈련 및 수습제도를 위한 가이드라인도 자세히 기술하였다. 이는 훈련 및 수습제도가 자칫 강제근로의 상황으로 발전되는 일이 없도록 하기 위해서이다.

이러한 점에서 제29호 협약(Convention No. 29)은 강제근로를 다음과 같이 정의하고 있다.

“이 협약에서 ‘강요 또는 강제에 의한 노동’이란 당사자의 자발적인 동의없이 벌을 주겠다고 위협하면서 어떤 사람에게 강요한 노동 또는 봉사를 뜻한다고 밝혔다”(Art. 2, para. 1).

그러나 제29호 협약은 여러 나라에서 정상적인 의무로 인정되는 몇 가지 형태의 강제근로는 이 정의에서 제외시켰다.

- 순전히 군사적인 성격의 일을 위해 강제적인 군복무 관련법에 따라 강요된 노동 또는 서비스
 - 완전한 자치식민지 시민의 통상적인 시민으로서의 의무를 구성하는 업무 또는 서비스
 - 법정에서 유죄 판결을 받아 그 결과로 강요된 노동 또는 서비스.
- 다만, 이 경우 노동 또는 서비스는 공공기관의 감독 또는 통제를

받아 수행되어야 하며 개인, 기업, 또는 협회 마음대로 고용하거나 배치할 수 없다.

- 긴급상황에서 강요된 노동 또는 서비스. 예를 들어 전쟁, 재앙, 화재, 홍수, 기근, 지진, 맹렬한 전염병, 동물, 곤충, 식물에 기생하는 기생충에 의한 가축전염병 및 국민 전체 또는 일부의 생존 또는 복지를 위협하는 상황에서 강요된 노동 또는 서비스
- 공동체의 직접적인 이익을 위해 공동체 일원이 수행하는 공동체 서비스는 공동체 일원에게 부과되는 정상적인 시민의 의무로 간주된다. 다만, 이러한 서비스가 필요한지에 대해 공동체의 일원 또는 그들의 직접적인 대표와 사전에 협의하여야 한다(Art. 2, para. 2).

강제근로에 관한 법률 조항을 제정함에 있어서는 다음과 같은 사항을 반드시 고려해야 한다.

- 결과적으로 강제근로를 초래하는 학대에 자신을 내어주는 어떤 종류의 행위가 국가에서 일어나고 있는지를 검토해야 한다.
- 강제근로로부터 국민을 보호하는 현행법의 원칙들 및 법적인 장치가 국가의 문제를 효율적으로 해결하는 데 어느 정도까지 도움이 되는가.
- 그 자체는 강제근로가 아니지만 근로자를 강제근로로 착취하려는 사람들에게 악용될 수 있는 어떤 형태의 노동 또는 행위를 법적으로 금지 또는 규제할 필요가 있는가.
- 적절한 처벌을 부과하여 법적인 금지, 규제를 강화할 필요가 있는가.

◆ 강요 또는 강제에 의한 노동의 일반적인 입법적 금지

여러 나라에서 강제근로는 헌법 조항 또는 헌법의 기본원칙에 따라 금지되어 있을 것이다. 헌법을 직접적으로 집행할 수 있는 일부 국가에서는, 특히 역사상 강제근로에 해당되는 행위가 없던 나라일 경우

헌법만으로도 강제근로로부터 충분한 보호가 될 수 있다. 그러나 일부 국가의 경우 강제근로에 대한 법적인 금지를 채택하는 것이 필요할 수 있다. 이러한 법률은 강제근로에 대한 구체적인 정의와 함께 또는 구체적인 정의 없이 일반적인 금지형태로 만들 수도 있다.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

강제근로에 대한 법률 조항의 시행에 대해서는 다음 여러 절(section)과 강요 또는 강제에 의한 노동의 끝 부분에서 따로 다루었다(아래 강제근로금지법의 집행을 위한 조항(6.6) 참조).

법률은 강제근로에 대한 일반적인 금지 외에 부채 때문에 지속되는 강제근로, 불법적인 인신매매, 상업적인 성착취 등의 문제에 대해 특별한 관심을 기울여야 한다는 내용을 아래에서 논의하였다.

◆ 부채로 인한 강제근로 : 방지 및 근절

노예노동자(bonded labourers)란 사용자에게 진 빚을 갚기 위해 일하도록 강요를 당하는 처지에 있는 사람들이다. 이러한 상황은 지주 또는 사용자가 근로자에게 돈을 빌려 주거나 음식, 숙소, 씨앗, 도구, 또는 기타 목적으로 선금을 지불하고 이를 일로 또는 일에서 얻는 수입으로 갚아야 하는 경제적인 의존 상태에서 발생할 수 있다. 대부분의 경우 근로자가 대부금 또는 선금을 지주 또는 사용자로부터 받는 외에 대안이 없을 때 대부금 또는 선금에 대한 이자, 근로자의 노동, 서비스 또는 생산물(또는 근로자가 부채를 상환하기 위해 일해야 하는 무한정의 기간)에 대해 산정되는 가치는 아주 낮아서, 근로자가 빚을 갚는 데 엄청난 어려움이 있고 이 때문에 부채에 의한 구속이 여러 세대에 걸쳐 계속될 수도 있다.³⁾ 부채를 상환하기는커녕 심지어는 기본적인 생계를 유지할 수도 없을 정도로 낮은 수입 때문에 노예노동자들

3) UN Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, Art. 1(a) 참조.

은 사용자에게 돈을 더 빌리게 되고 결국 더 큰 빚을 지게 된다. 노예 노동자 중에는 전 세대에 진 빚을 갚기 위해 일하는 사람들도 있다. 부모가 빚 대신 아이를 저당잡히는 일도 적지 않게 있다.⁴⁾ 노예노동은 주로 농업분야에서 있는 일이지만 광산, 벽돌공장, 가죽, 생선가공, 카펫공장 등에서도 발견된다. 또한 불법적으로 인신매매가 된 사람들, 성매매에 관련된 사람들, 하인·하녀로 일하는 사람들도 노예노동의 희생자인 경우가 많다(ILO Global Report: Stopping Forced Labour, Chapter 6: “Bonded labour and its eradication”).

다음은 부채로 인한 강제근로를 금지하고 근절하기 위기 위해 제정하는 법률을 위한 가이드라인이다. 이와 같은 형태의 강제근로에 대한 법률은,

- 모든 형태의 노예노동을 금지해야 한다.
- 처벌조항 등 노예노동의 근절을 강제할 수 있는 효과적인 장치를 마련해야 한다.

노예노동의 사용을 금지하는 입법

노예노동이 존재하는 경우 정부는 노예노동제도를 폐지하는 효과적인 법률을 채택·공표·시행하고, 모든 노예노동자를 의무와 빚으로부터 해방시켜야 한다. 이러한 법률은 그 국가에 존재하는 노예노동의 실재에 대해 철저한 연구를 기초로 하여야 하며 효과적인 강제가 가능할 것을 염두에 두고 만들어야 한다. 노예노동을 금지하는 법률은,

- 노예노동자로 일하는 사람이 그들을 노예 상태로 만든 부채를 더 이상 상환해야 할 의무가 없음을 밝혀야 한다.
- 근로자를 노예노동의 상황으로부터 해방시켜야 한다.
- 부채의 노예가 되는 일이 없도록 사용자가 근로자에게 지불할 수 있는 선금 액수를 제한하여야 한다.⁵⁾

4) Anti-slavery international, This Menace of Bonded Labour, Debt Bondage in Pakistan, London, 1996, p. 14.

5) 1962년 사회정책의 기본 목표와 기준에 관한 ILO 협약(ILO Convention

- 사용자는 고용인에게 지불한 선금에 대한 기록을 가지고 있도록 명시해야 한다.
- 최저임금의 지급을 분명히 해야 한다.⁶⁾

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

노예노동금지법의 집행

노예노동의 금지를 집행하기 위해 법률은,

- 사용자 또는 근로자를 부채의 굴레에 있도록 하는 사람에 대한 행정적 또는 형법상의 제재를 마련해야 한다.
- 특히 근로자 모집의 경우 계약노동 중개자의 활용을 통제하는 규정을 채택해야 한다(아래 불법적인 인신매매와 이주노동자 착취에 관한 법률의 집행(6.4.5) 참조).

그 밖에도 법률에,

- 각 지방의 노예노동 상황에 대해 정부기관에 자문할 지방위원회를 설립할 수 있다.
- 노예노동에 대한 법을 집행하지 못한 공공대리인에 대해 행정적 또는 형법상 제재를 가할 수 있는 규정을 마련할 수 있다.
- 노예노동을 사용한 것이 적발된 사용자에게 대해서는 장려금, 정부로부터의 신용대출 자격을 박탈한다.⁷⁾

concerning Basic Aims and Standards of Social Policy, 1962, No. 117)은 결과적으로 부채를 지게 만드는 형태의 임금지급 형태를 다루고 있다. 이 협약은 임금을 일정 간격으로 지급할 것을 요구하고 임금을 반드시 법정 통화(legal tender)로 지급해야 한다고 명시하였다(See also the Convention concerning the Protection of Wages, 1949 (No. 95) and its accompanying recommendation (No. 85)).

6) See ILO Convention concerning Minimum Wage Fixing with Special Reference to Developing Countries, 1970 (No. 131).

7) Committee of Experts 1993 (India) and (Pakistan). See also a programme presented by Anti-slavery international, Slavery in Brazil, A Link in the

- 부채로 인한 노예노동의 희생자에게 무료 법률서비스를 제공한다.⁸⁾
- 노예노동자에게 사회 복귀의 기회와 상담서비스를 제공하도록 규정할 수 있다.⁹⁾

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

■ 노예노동과 토지분배

부채의 굴레 문제를 다루기 위한 노동법 외에 생각해 볼 수 있는 것이 토지의 분배이다. 인권과수대(Human Rights Watch/Asia:HRW)에 따르면 토지재분배와 토지권 재편이 노예노동제도를 바로잡는 데 효과가 있는 것으로 보인다. HRW는 개인의 토지 소유에 상한선을 둔 파키스탄의 1977년 제3토지개혁령(Third Reform Act of 1977)을 그 예로 들면서 다음과 같이 말했다. “토지개혁이 노예노동에 영향력이 있음은 분명하다. 토지개혁이 효율적으로 실시된 곳에서는 농업 노예노동을 거의 찾아볼 수 없다. 그러나 토지보유제도가 불공평한 지역에서는 부채의 굴레 문제가 널리 퍼져 있다”(Human Rights Watch).

◆ 불법적 인신매매와 강제근로: 불법적 인신매매와 이주노동자에 대한 착취 방지와 근절

불법적인 인신매매는 그 자체가 강제근로는 아니지만 강제근로의 대상이 될 수 있는 근로자를 획득하는 수단이거나 근로자가 부채를 상환하기 위해 강제근로를 강요당하는 결과를 가져오는 경우가 흔하다. 한 연구는 “사람을 팔거나 불법적인 목적을 위해 교환 또는 이용하려고 납치, 취득, 모집, 국내 또는 국경을 넘어서 수송하는 등의 모든 행위”가 불법적인 인신매매에 포함된다고 정의하였다.¹⁰⁾ 불법적인 인신매

Chain of Modernisation, London, 1994, p. 145.

8) A. Bequele and W. Myers, First things first in Child Labour: Eliminating work detrimental to children, United Nations Children's Fund and ILO, Geneva, 1995, p. 109.

9) Ibid.

10) Lin Lean Lim, The sex sector, The economic and social bases of

매를 당한 사람들은 부채로 인한 강제근로, 열악한 환경에서의 가내근로(domestic work), 강제적인 성착취의 상황에 몰리기 쉽다. 강제근로에 관한 ILO 세계보고서(ILO Global Report)는 “현실적으로 보면 불법적인 인신매매자들은 불법적으로 인신매매된 사람들에게 강제근로를 강요하여 수입을 올리는 데 이용한다”고 진술하였다(Global Report: Stopping Forced Labour, p. 48).

불법적인 인신매매는 이제 국제적으로 합의된 정의를 필요로 하는 주제가 되었다. 조직화된 초국적 행위에 대항하는 UN 협약을 보충하는 불법 인신매매(특히 여성 및 아동)의 방지·억제·처벌을 위한 UN 의 정서(The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime)가 2000년 12월 서명을 위해 공개되었는데 ‘불법적인 인신매매’를 다음과 같이 정의하였다.

“협박을 통해, 완력을 사용하여 기타 형태의 강요에 의하여 납치, 사기, 속임수, 권력을 남용하여, 약점을 이용하여, 다른 사람에 대해 통제력을 갖는 사람의 동의를 얻고자 금전 또는 혜택을 주거나 받고 사람을 모집, 수송, 이동, 데리고 있거나, 수령하는 행위”(Art. 3(a)).

불법적인 노동매매와 관련된 ILO 협약에는 제29호 및 제105호 강제노동에 관한 협약(Forced Labour Conventions, Nos. 29 and 105), 1975년

prostitution in Southeast Asia, ILO, Geneva, 1998, p. 179. For other attempts at defining trafficking, see the Global Alliance Against Traffic in Women, Human Rights Standards for the Treatment of Trafficked Persons, 1999 and the Draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime 참조. 불법적인 인신매매는 국내에서 또한 점차 국경을 넘어서도 일어나고 있으며, 이주노동 희망자의 동의없이 자행되고 있음을 파악하고 있는 사람들이 늘고 있다.

제143호 이주노동자의 기회 및 대우균등 증진에 관한 협약 보충조항 (Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975, No. 143), 1949년 제97호 이민 근로자에 관한 협약(개정: Migration for Employment Convention (Revised), 1949, No. 97), 1997년 제181호 민간 직업소개업체에 관한 협약(Private Employment Agencies Convention, 1997, No. 181) 등이 있다. 위에서 언급한 의정서(protocol) 외에도 1949년의 불법적인 인신매매 및 매춘착취 방지를 위한 UN 협약(United Nations Convention for the Suppression of the Traffic in persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, 1949)¹¹⁾ 및 1990년 모든 이주근로자와 그 가족 보호에 관한 UN 협약(Convention on the Protection of All Migrant Workers and their Families, 1990) 등이 있다.

불법적인 노동매매(labor trafficking)를 근절하기 위해 법률은 먼저 불법적인 인신매매를 금지하고 형벌을 부과해야 한다. 또한 해외취업자 모집 또는 이주노동자의 이주 문제도 역점을 두어 다루어야 한다. 그들을 고용한 사람 또는 모집자에 비해 특히 그들이 외국에 불법체류하고 있는 경우 이주노동자의 지위가 취약하기 때문이다. 그들은 자신의 취약점 때문에 강제근로 또는 강제근로 상황에 이르게 되는 불법적인 인신매매의 울가미에 걸려드는 등 육체적으로 혹사를 당하는 일에 노출되기 쉽다. 노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 ILO 선언의 서문은 이주노동자에 대해 특별한 관심을 기울일 필요성에 관하여 언급하였다. 전문가위원회 역시 일부 국가는 불법 노동매매 문제를 다루려면 이주노동자 문제를 해결할 것을 요구하였다.¹²⁾ 불법적인 인신매매 및 매춘착취 방지를 위한 UN 협약 또한 불법적인 인신매매의 위협에 직

11) This Convention has been criticized for being limited to trafficking for the purposes of sexual exploitation.

12) See, e.g., Individual Observation Concerning Convention No. 105, Dominican Republic, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 1991; Individual Observation Concerning Convention No. 29, Thailand, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 1990.

면하고 있는 이주노동자를 보호할 필요성을 강조하였다.

전문가위원회는 고용을 위한 이주노동자, 특히 불법적인 인신매매의 상황에 처한 이주노동자에 대한 보호를 논의하면서 이주노동자의 보호는 불법적 노동매매와 맞서 싸우는데, 또한 1988년 ILO 선언에 담겨 있는 기본권을 보호하는 중요한 방법이라고 지적하였다.¹³⁾ 1975년 제143호 이주노동자의 기회 및 대우균등 증진에 관한 협약 서문(보충조항: Preamble of the Convention on Migrant Workers (Supplementary Provisions, 1975, No. 143)은 불법적인 인신매매를 근절하기 위해서 이주노동자 보호에 관한 기준이 필요하다고 진술하였다. 이 협약은 흡사당하는 처지에 놓인 이주노동의 문제를 주로 다루었고, 그 중에도 특히 불법적인 인신매매를 가장 심각한 형태로 보았다.¹⁴⁾

입법은 매춘을 위한 불법적인 인신매매, 농업, 건설, 가사노동 등 결과적으로 강제근로를 초래하는 모든 형태의 노동매매의 문제에 대해 역점을 두어 다루어야 한다. 입법이 결과적으로 강제근로에 이르는 모든 형태의 노동매매의 문제를 다루어야 하는 한편, 법률 제정자는 이들 근로자가 처한 특별한 상황을 해결하는 데 관심을 기울여야 한다.

결국 불법적인 인신매매 또는 이주노동자에 대한 착취를 근절하려면, 입법이 불법적인 인신매매를 금지하고 처벌하여야 하며, 사람을 흡사시키는 상황으로의 이주를 근절하기 위해 노력하여야 한다. 이주민을 내보내는 나라의 경우 이주노동자 모집자의 활동에 대한 규정은 불법적인 인신매매에 관한 법률의 중요한 부분이어야 한다. 입법은 또한 국내법이 이주 국가의 이주노동자에게도 적용되도록 확인하고 이주노동자에게 기본적인 인권 등 최소한의 보호가 주어지도록 보호해야 한다. 입법의 목적이 강제근로 근절에 있으므로 인신매매, 이주노동자에 대한 착취와 싸울 효과적인 강제장치가 필요하다.

다음은 이 문제에 대한 상세한 가이드라인이다.

13) Migrant Workers, General Survey, Report III (Part 4B), ILC, 66th Session, Geneva, 1980, Chapter 4 참조.

14) Migrant Workers, General Survey, para. 289 참조.

불법적인 인신매매 금지입법

법률은 불법적인 인신매매를 금지하고 처벌해야 한다.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)¹⁵⁾

가혹한 여건의 이주와 싸우기 위한 입법

제143호 협약 제2조에 따르면 ‘가혹한 여건에 처한 이주(migration in abusive conditions)’는 고용을 위한 이주노동자가 그들이 이주하는 동안, 도착해서, 도착지에 살면서, 일할 때 국제기구, 국제법 또는 규정이 금지하는 여건에 처한 경우를 뜻한다. 노동매매는 가혹한 여건에 처한 이주의 주요 형태이고, 따라서 제143호 협약 제1부는 주로 불법적인 노동력 매매자를 목표로 삼고 있다.¹⁶⁾

근로자를 혹사시키는 이주노동과 싸우기 위해 다음과 같은 일이 일어나고 있는지를 감시할 단체의 설립을 입법으로 규정해야 한다.

- 해당 국가의 영토에서 불법적이고 가혹한 이주노동자 고용의 존재 여부
- 고용을 위한 이주노동자가 국가 영토 내에서 존재하는지 여부, 그들이 여행하는 동안, 도착해서, 살면서 또한 일하면서 다국적 또는 두 나라로 구성된 국제기구 또는 협약, 국내법 또는 규정에 어긋나는 상황에 처해 있는지 여부.¹⁷⁾

근로자를 혹사시키는 이주를 탐지하기 위해 다음과 같은 조치를 취할 수도 있다.

- 국경지대에서 경찰에 의한 철저한 검문검색

15) 여기에 제시된 형법의 예는 훌륭한 형법이어서라기보다는 일부 국가가 강제근로 금지를 집행할 필요성을 어떻게 취급하고 있는가에 관한 사례를 소개하기 위해서라고 보아야 한다.

16) Migrant Workers, General Survey, Report III (Part 4B), ILC, 66th Session, Geneva, 1980, para. 187.

17) Convention No. 143, Arts. 2(1).

- 수송업체에게 승객의 여행서류, 거주 허가를 확인하도록 하는 책임의 부여
- 공항에 특별카운터를 만들어 ‘고용을 위한 비밀 출발’의 검사
- 이주노동자의 입국, 거주, 착취와 관련된 불법행위를 단속할 특별팀의 구성
- 고용서비스기관의 협조를 얻어 외국인노동자의 거주허가, 취업허가가 유효한지, 근로자가 소속된 기관, 호텔, 하숙집’ 등에 대한 확인.¹⁸⁾

■ 이주와 관련된 혹사

이주노동자 및 그들의 가족을 위법하게 대우하는 행위는 국내법, 규정, 비준이 된 국제기준에 위반되며, 이러한 행위는 곳곳에서 계속 일어나고 있으며 또한 고의적이다. 착취는 심각한 금전적 손실 또는 기타 결과를 초래하는 행위를 말한다. 예를 들어, 이주노동자가 용납하기 어려운 열악한 노동 및 생활환경에 처해 있고 개인적인 안전·생명의 위협에 직면하고 있는 경우 근로자의 자발적인 동의 없이 그들의 수입을 양도하게 하는 일, 속임수를 써서 이주민을 고용관계로 끌어들이는 경우, 근로자가 열악한 대우를 받으며 고통을 당하거나 여자(또는 아이들)를 혹사하거나 또는 성매매를 강요하는 경우, 고용관계가 시작되는 즉시 계약 내용이 지켜지지 않을 것을 알고 있는 중개자(go-betweens)가 근로자로 하여금 고용계약에 서명하게 한 경우, 이주노동자의 여권 또는 기타 서류를 압수한 경우, 근로자가 근로자 단체를 설립하거나 가입했을 때 이들을 해고하거나 요시찰 인물로 주목하는 행위, 근로자의 자발적인 동의 없이 임금의 일부를 떼어 그들이 본국으로 돌아가야만 그 돈을 돌려 받을 수 있게 하는 경우, 과거의 고용관계, 있던 곳, 지위에서 얻어진 권리를 박탈하기 위해 즉시 추방하는 행위 등이 그것이다(Report of the Tripartite Meeting of Experts on Future ILO Activities in the Field of Migration, Annex III, para. 1. 2.).

해당 국가의 사법부 안에 또한 다른 나라와 협조하여 고용을 위한 이주민의 불법 이동과 이주노동자의 불법 고용을 금지하거나 억제할 제도적인 장치를 마련한다.¹⁹⁾

18) Migrant Workers, General Survey, para. 324 참조.

19) Convention No. 143, Art. 3(a).

근로자를 혹사시키는 은밀한 이주를 금지·억제하기 위한 조치에는 다음과 같은 사항이 포함될 수 있다.

- 이주노동자 모집에 관한 조치를 철저히 준수하도록 한다.²⁰⁾
- 고용허가제도를 설정하여, 이주노동을 신청하는 사람들이(이주 노동자를 보내는 나라의) 공공기관이 제정한 해외모집제도를 이용하도록 하거나, 고용기회를 찾아 이주할 허가를 받도록 한다.²¹⁾

■가사노동에 종사하는 이주노동자의 사례

개인 가정에서 애기 보는 사람, 요리사, 가옥 관리인, 정원사, 운전사 등으로 일하는 사람들은 같은 나라의 시골 또는 경제적으로 어려운 지역에서 또는 외국에서 온 여자와 아동이 대부분이다. 그들은 불법적인 인신매매 또는 혹사당하는 이주노동의 희생자인 경우가 많다. 또한 상당수가 이주에 따른 부채 또는 가족에게 준 선수금을 갚아야 하는 부채의 노예로서의 처지에 있다. 이런 가사노동자들은 열악한 생활환경, 낮은 임금(임금이 전혀 없는 경우도 있다), 오랜 근로시간 등 전반적으로 기본적인 권리를 인정받지 못하는 경우가 대부분이다. 근로자가 폭행을 당해서 또는 폭행의 위협 때문에, 간혀 있어서 또는 서류를 빼앗겨서 그 집을 떠날 수 없는 경우도 흔히 있다. 이런 상황에서 가사노동은 일종의 강제근로이다. 그럼에도 불구하고 가사노동은 기본적인 노동입법에서 제외되는 경우가 많다. 정부가 법률을 개인 가정에까지 확대하기를 조심스러워하기 때문이다. 그러나 이러한 형태의 가사노동은 강제근로이므로 법률이 이 문제를 규율하는 것이 마땅하다. 다음의 제안(recommendations)은 열악한 상황에 있는 근로자들이 강제근로의 상황으로 내몰리는 사태를 막기 위한 것이다.

이주노동자를 보내는 나라에서의 모집자의 활동에 관한 규정

사람을 혹사시키는 노동에 노출시키는 이주를 방지하기 위해 입법은 고용(개인 또는 공공기관에)을 위한 이주노동자 모집회사 또는 이를 추천하는 사람들에 대하여 다음과 같은 사항을 규정하여야 한다.

- 공공기관의 통제, 허가, 감독을 받는다.²²⁾

20) Migrant Workers, General Survey, paras. 325-326.

21) Migrant Workers, General Survey, para. 328.

- 아동의 노동은 제공, 이용할 수 없다.²³⁾
- 실제로 존재하지 않는 작업장에 신청서를 내도록 유혹하는 등 잘못된 정보 또는 거짓 정보를 제공하는 행위 또는 불공정한 광고 행위를 할 수 없다.²⁴⁾
- 남녀 근로자를, 알면서도 어떤 종류의 근로자를 흡사시키거나 차별대우를 받게 될 수 있는 곳에, 또는 용납할 수 없는 위험이 존재하는 업무에 모집, 배치, 고용해서는 안 된다.²⁵⁾
- 근로조건, 보수 등이 기재된 고용계약서의 사본을 이주노동자에게 제공해야 한다.²⁶⁾
- 이주노동자에게 모집비용을 부과할 수 없다.²⁷⁾
- 행정절차를 간소화하고 통역서비스를 제공해야 하며, 이주민이 목적지로 여행하는 동안 후생복지를 보장하고, 이주노동자와 그의 가족이 정착하는 초기 기간 동안 필요한 지원을 제공해야 한다.²⁸⁾
- 적절하다고 판단되는 경우 다른 나라에서 이와 유사한 서비스를 제공하는 업체와 협조하여야 한다.²⁹⁾
- 이주노동자의 여권, 여행서류를 일시적으로라도 보관하거나 압수해서는 안 된다. 또한 가짜 여행서류 또는 근로자의 신상내용을 허위로 기재해서는 안 된다.³⁰⁾

22) Private Employment Agencies Convention, 1997 (No. 181); Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (No. 97). For a more detailed discussion on public and private recruitment bodies, see Migrant Workers, General Survey, paras. 161-189.

23) Convention No. 181., Art. 9.

24) Convention No. 97., Arts. 2 and 3.

25) W. R. Böhning, Workshop on Overseas Employment Institutions (Preparatory text), 1998.

26) Convention No. 97., Annex I, Art. 5 and Annex II, Art. 6.

27) Convention No. 181., Art. 7; Convention No. 97., Art. 7, Annex I, Art. 4 and Annex II, Art. 4.

28) Convention No. 97., Annex I, Art. 6 and Annex II, Art. 7.

29) Convention No. 97., Art. 7, and Recommendation on the Protection of Migrant Workers (Underdeveloped Countries), 1995 (No. 100), part II, para. 15(2)(b).

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

**이주노동자에 대한 최소한의 보호기준과 이주노동자를 보내는 나라
와 받는 나라에서의 노동법 적용**

이민할 때의 지위에 상관없이 이주노동자에 대한 보호를 위한 최소기준이 실제로 적용될 수 있도록 하기 위해 이민국(country of immigration)의 입법은,

- 이민국에서 법적인 지위에 상관없이 모든 이주노동자의 기본인권이³¹⁾ 존중될 것을 요구해야 한다.³²⁾
- 이주 및 고용에 관한 법률 및 규정이 준수되지 않는 경우 이주노동자와 그의 가족은 보수, 사회보장, 기타 혜택 면에서 과거의 고용에서와 같은 권리를 누릴 수 있도록 해야 한다.³³⁾
- 과거 고용에서 누리던 권리에 대해 분쟁이 있을 경우 이주노동자가 관련단체에 그 문제 해결을 의뢰할 수 있도록 허락해야 한다.³⁴⁾
- 불법적인 이민상의 지위를 가지고 있는 근로자 또는 그의 가족을 추방할 경우 그 비용을 그들에게 부과하지 않도록 보장해야

30) W. R. Böning, 1998.

31) 여기에서 말하는 기본인권이란 1948년 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 1948), 1966년 시민적·정치적 권리에 관한 국제인권규약(1966), 1966년 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제인권규약(1966), 1988년 노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 ILO 선언 등 UN이 채택한 여러 국제협약에 명시되어 있는 권리를 말한다.

32) Convention No. 143, Art 1. See also Migrant Workers, paras. 295-297, and the UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, 1990. 일부 국가는 헌법에 그들 영토 내에 있는 모든 사람의 기본권, 인권에 대한 존중을 보장하도록 명시되어 있다. 예를 들면 영국헌법(지브롤터) The Constitutions of some countries guarantee respect for the basic freedoms and human rights of all persons within their territory. See e.g., the Constitution of the United Kingdom (Gibraltar).

33) Convention No. 143, Art. 9(1).

34) Convention No. 143, Art. 9(2).

한다.³⁵⁾

- 불법으로 입국한 이주노동자라고 하더라도 이후 이민상의 지위가 조정된 경우 합법적인 이주노동자가 누릴 수 있는 모든 권리 혜택을 보장해야 한다.³⁶⁾
- 본인의 잘못 없이 고용을 위한 이주노동자가 직업을 얻지 못하거나 얻은 일자리가 적당치 못할 경우 적절한 일자리를 찾을 수 있도록 도움을 제공해야 하며, 이주노동자가 본국으로 돌아가기를 선택할 경우 목적지에 도착할 때까지의 일체의 비용을 지급받을 수 있도록 보장해야 한다.³⁷⁾
- 불법근로자의 지위를 합법적으로 인정할 것인지를 신속하게 결정해야 하며, 합법적인 지위를 부여받은 근로자에게는 합법적인 이주노동자에게 허용되는 모든 혜택을 누릴 수 있도록 보장해야 한다.³⁸⁾
- 이주노동자가 법률과 규정의 중요 요소와 근로자 보호 및 산재 사고방지에 관한 단체협약의 내용, 안전에 관한 규정 및 작업 절차에 대해 충분한 정보를 제공받을 수 있도록 보장해야 한다.³⁹⁾
- 사용자는 이주노동자의 여권 또는 여행에 관한 서류를 잠깐 동안이라도 보관하고 있거나 압수해서는 안 된다. 또한 여행서류 또는 근로자의 신상 내용을 허위로 기재해서는 안 됨을 분명히 해야 한다.⁴⁰⁾
- 불법적인 인신매매의 희생자에게 심리적·의학적인 지원을 제공하도록 규정해야 한다.⁴¹⁾

35) Convention No. 143, Art. 9(3). 이주노동자, General Survey, para. 310, 이주민에게 책임을 물을 수 없는 이유로 이주민이 불법체류 상황에 처하게 된 경우, 본국으로 돌아가는 데 드는 비용을 본인에게 부담시켜서는 안 된다. 그러나 이주민이 불법체류 상황의 원인일 경우에는 추방비용만 면제된다.

36) Migrant Workers, para. 8.

37) Convention No. 97, Annex II, Arts. 9 and 10.

38) Recommendation No. 151

39) Recommendation No. 151

40) W. R. Böhning, 1998.

이주가 근로자를 흡사시키는 결과가 되지 않도록 하기 위해 ILO 회원국 내에서 노동법을 합법적 이민자에게 차별없이 적용해야 하며, 자국민에 대한 대우에 못지않은 대우를 해야 한다. 특히 다음의 사항에 관하여,⁴²⁾

- 보수
- 가족수당(가족수당이 보수의 일부일 경우)
- 총 근로시간에 대한 보수
- 시간외수당
- 유급휴가
- 가사노동에 대한 공정한 보수
- 수습 및 훈련
- 여성에 대해 정당한 보수
- 연소자 노동에 대한 정당한 보수
- 근로자에게 지급할 수 있는 선불을 월급의 일부로 한정하고 그 금액을 초과하는 액수를 선불로 지급했을 경우 되찾을 수 없도록 규정하여 부채의 노예가 되는 상황을 방지⁴³⁾
- 최소 취업연령(제8장, 아동노동근절: 일할 수 있는 최저연령에 관한 법률(8.2.1) 참조)
- 노동조합의 조합원, 단체협약의 혜택 향유
- 숙박시설
- 직업안내, 직업소개서비스 등 고용에 관한 서비스
- 고용기간 중 입은 산업재해, 출산, 질병, 취업불능상태, 퇴직, 사망, 실직, 가족부양의 책임, 기타 국가 사회보장법과 규정에 따라

41) See, e.g., the Draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.

42) Unless otherwise indicated, these recommendations derive from Convention No. 97, Art. 6. See also Convention No. 143, Part II; Recommendation No. 151, Part I, para. 2; Recommendation No. 100, Part IV, paras. 20-56. See also UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families, 1990.

43) Recommendation No. 100, part IV, para. 33 and 34.

보호를 받는 돌발적인 사고에 대한 사회보장제도상의 혜택

- 이주 및 노동에 관련된 문제에 관한 법적 절차.

이주민을 내보내는 나라의 법률에 다음과 같은 사항을 규정할 수 있다.

- 모집자는 인권이 존중되는 나라에 이주노동자를 보내야 한다.
- 이주노동자를 받는 나라의 대사관과 영사관이 이주노동자의 상황에 대해 파악하고 있어야 하며, 이들에게 지원을 제공할 준비가 되어 있어야 한다.

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

불법적인 인신매매와 이주노동자 착취에 관한 법률의 집행

불법적인 인신매매와 이주노동자에 대한 착취 문제를 해결하기 위한 법률의 집행을 위해,

- (a) 불법적인 인신매매 및 흡사당하는 이주에 관한 법률은,
- 노동매매를 주선하는 사람, 이익을 위해서 또는 기타 목적으로 알면서도 이러한 행위를 지원하는 사람들에 대한 행정적, 민사상, 형사상 제재조치(구속 수감도 포함됨)을 규정해야 한다.⁴⁴⁾
 - 행정적 제재에는 행정적인 벌과금, 이민 대행업자로 활동할 수 있는 허가의 취소 또는 정지, 범법자의 사무실 또는 회사에 대한 일시적 또는 영구적인 폐쇄, 국제운송업 허가의 한시적 또는 영구적인 취소, 불법적인 인신매매자 또는 사용자의 블랙리스트에의 등재 등이 포함될 수 있다.⁴⁵⁾
 - 노동매매를 주선한 사람은 어느 나라에서 활동하든지 그곳에서

44) Convention No. 143, Arts. 3(b) and 6(1), and the UN Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, Art. 1.

45) Migrant Workers, General Survey, para 342.

기소될 수 있도록 규정해야 한다.⁴⁶⁾

- 불법적인 인신매매를 당한 사람이 불법적인 인신매매자에게 보상을 청구할 법적인 권리를 가지며, 보상 청구를 위한 지원을 받을 수 있도록 보장해야 한다.⁴⁷⁾
- 법적 절차 내에서 인신매매 피해자의 사생활을 보호해야 한다.⁴⁸⁾
- 적어도 법적인 절차가 진행되는 동안에는 불법적인 인신매매의 희생자가 해당 영토에 머물 수 있도록 허용하는 이민법이 마련되어야 한다.⁴⁹⁾
- 노동자를 혹사시키는 이주 문제와 싸우기 위해 사용자 및 근로자 단체의 자문을 구하도록 한다.⁵⁰⁾
- 노동자를 혹사시키는 이주 문제에 관해 전국적 또는 국제적인 수준에서 정보를 교환하는 시스템을 수립한다.⁵¹⁾
- 이주노동자를 보내는 나라, 받는 나라가 이주노동자의 모집을 통제하는 기본 조항이 들어 있는 표준계약을 체결하도록 한다 (Recommendation No. 86, Annex: “Model agreement on temporary and permanent migration for employment, including migration of refugees and displaced persons”, ILOLEX 참조).⁵²⁾
- 도착 장소, 출발 장소에서, 여행 중에 이주노동자를 보호할 규정을 마련한다.⁵³⁾

46) Convention No. 143, Art. 5.

47) Global Alliance Against Traffic in Women, Human Rights Standards for the Treatment of Trafficked Persons.

48) See, e.g., the Draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.

49) See, e.g., Draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.

50) Convention No. 143, Arts. 2, 4, and 7.

51) Convention No. 143, Art. 4.

52) Migrant Workers, para. 160.

53) Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the

- 불법적인 인신매매의 위험을 일반에게 알리도록 한다.⁵⁴⁾
- 기차역, 공항, 항구, 도로, 기타 공공장소에서 국제적인 불법적 인신매매가 행해지고 있지 않은지 감시한다.⁵⁵⁾
- 언뜻 보기에 불법적인 인신매매의 주범, 공범, 피해자로 보이는 사람의 도착을 적절한 기관에 알릴 수 있는 기구를 만들도록 한다.⁵⁶⁾

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

- (b) 노동에 관한 국내법과 근로자 보호를 위한 최저기준의 적용에 관한 법률은 다음의 사항을 보장해야 한다.
- 기회평등, 평등대우정책을 수용하고 이를 준수하도록 하기 위해, 또한 합법적인 이주노동자들이 국내법에 정해진 그들의 권리에 대해 숙지하도록 교육프로그램을 장려한다.
 - 이주노동자들이 기회평등, 동등한 대우를 보장하는 정책에 대해서 그들의 권리 및 권리의 행사를 지원하고 그들을 보호하기 위한 활동에 대해 자세히 숙지하게 하는 프로그램을 개발한다.⁵⁷⁾
 - 최저기준이 지켜지지 않는다는 고충사항이 있을 경우 이를 검토하고, 알선 또는 기타의 방법으로 이를 조정할 메커니즘을 수립한다.⁵⁸⁾
 - 사용자 또는 다른 사람들이 노동관련 국내법과 이주노동자 보호

Exploitation of the Prostitution of Others, Art. 17(1).

54) Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, Art. 17(2).

55) Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, Art. 17(3). This provision relates specifically to trafficking for purposes of prostitution, however, it can be applied to all types of trafficking.

56) Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, Art. 17(4).

57) Convention No. 143, Part II, Art. 12(c).

58) Recommendation No. 151, para. 4(b).

를 위한 최저기준 적용에 관한 법률 및 규정을 준수하지 않았을 경우 행정적, 민사상, 형사상의 제재를 가하도록 법률을 규정해야 한다.⁵⁹⁾

- 사용자 및 근로자 단체와 협력하여 가능한 한 모든 조치를 취해야 한다.

◆ 가사노동자 : 혹사 방지

가사노동은 그 자체는 강제근로가 아니지만 가사노동자가 혹사당할 수 있는 가능성에 노출되어 있다. 격리된 곳에서 일하고, 노동법의 보호에서 제외되는 경우가 많기 때문이다. 결과적으로 특정 상황에서 가사노동이 강제근로으로 전락할 수 있다.⁶⁰⁾

가사노동자에 대한 입법

가사노동자에 대한 법률은 다음의 사항을 보장해야 한다.

- 가사노동자에게 결사의 자유를 보장해야 한다(제2장 결사의 자유 참조).
- 아동의 가사노동을 금지하고 이를 근절할 조치를 취해야 한다(제8장 아동노동근절: 특수 그룹 및 공개되지 않은 작업환경(8.8) 참조)
- 가사노동자의 근로시간에 대해 다음과 같은 제한을 두어야 한다.
 - 1주 40시간⁶¹⁾, 시간외노동⁶²⁾에 대해서 적절한 보수를 별도로

59) Recommendation No. 151, para 22(3).

60) See ILO, Global Report: Stopping Forced Labour, Chapter 5 and A. Blackett, Making domestic work visible. The case for specific regulation, Labour Law and Labour Relations Branch (ILO, Geneva, 1998), p.5.

61) Convention concerning the Reduction of Hours of Work to Forty a Week, 1935, (No. 47), Art. 1.

62) Recommendation concerning Reduction of Hours of Work, 1962, (No. 116), part II, para. 11.

지급하도록 해야 한다.

- 하루 최대 근로시간을 구체적으로 설정하여야 한다.⁶³⁾
- 고정적으로 하루 8시간 방해받지 않고 계속해서 휴식할 수 있는 시간이 있어야 한다.⁶⁴⁾
- 이른바 ‘대기상태(on call)’는 제한된 시간에 한하며, ‘대기상태’의 근로시간에 대해서는 별도로 적절한 보수를 지급해야 한다.⁶⁵⁾
- 관련국가의 일반적인 임금수준, 생활비, 사회보장 혜택, 다른 사회집단에 속하는 사람들의 생활수준, 경제적인 요소 등을 충분히 고려하여 최저임금관련법 및 규정을 가사노동자에게 적용하고, 가사노동자도 최저임금제도의 적용범위에 포함시켜야 한다.⁶⁶⁾
- 고용관계의 해지에 대해 다음과 같은 사항을 포함한 적절한 절차를 수립해야 한다.
 - 사용자는 근로자의 능력, 행동과 관련된 사유가 없거나 사용자의 기업 운영상의 필요성을 기준으로 가사노동자를 해고할 수 없다.⁶⁷⁾
 - 사용자가 사전 예고기간 동안 고용을 지속하는 것이 불합리하다고 생각되는 종류의 부정행위를 근로자가 저지른 경우가 아닌 한 고용관계가 종료될 가사노동자는 납득할 만한 사전 예고기간 또는 고용관계 종료와 관련된 보수를 받을 수 있다.⁶⁸⁾
- 가사노동자도 산휴, 연차휴가 등 폭 넓은 고용상의 혜택을 받을

63) A. Blackett, 1998, p. 18.

64) A. Blackett, 1998, p. 18.

65) A. Blackett, 1998, p. 18. In her text, the author shows three examples of good legislation on that matter.

66) Convention concerning Minimum Wages Fixing ,1970, (No. 131); Recommendation concerning Minimum Wage Fixing, with Special Reference to Developing Countries, 1970, (No. 135).

67) Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, 1982, (No. 158), Art. 4.

68) Convention No. 158, Art. 11.

자격이 있다.

가사노동에 관한 법률의 집행

가사노동에 관한 법률을 집행할 장치에는 불법적인 인신매매, 이주 노동자에 대한 착취(불법적인 인신매매와 강제근로: 불법적 인신매매와 이주노동자의 착취 방지와 근절 참조), 강제근로(아래 강제근로금지법의 집행을 위한 조항(6.6) 참조) 문제를 해결하기 위해 제정된 조치, 아동 가사노동자의 경우 최악의 형태의 아동노동에 관한 법률 조항 및 아동노동 근절을 위한 일반법(제8장, 아동노동근절: 법의 시행(8.9) 참조) 등이 포함된다.

성인과 아동에 대한 상업적인 성적 착취

본 가이드라인에서 상업적인 성적 착취란 사람을 완력으로, 강요에 의해, 재정적인 또는 물질적인 이익을 대가로 성매매 또는 포르노그래피 제작에 사용, 획득, 공급하는 행위를 의미한다. 일부 성인 중에는 매춘부로 일하거나 포르노그래피에 출연하기를 자의로 선택했다고 말할 수 있는 사람도 있지만 강요에 의해 또는 속임수, 폭력, 부채 때문에 이러한 행위를 하게 된 경우도 많다.⁶⁹⁾ 여기에 소개되는 일차적인 논의와 가이드라인은 상당부분 Lin Lean Lim's의 연구에서 도출된 것이다. Lin의 연구는 동남아시아 지역의 매춘에 제한되어 있지만 여기서 발견된 사실과 제안은 세계 모든 나라에서 행해지는 온갖 형태의 성적 착취에도 적용될 수 있다. 성적 착취의 대상이 되고 있는 이들은 불법적인 인신매매의 희생자이고, 노예와 같은 상황에서 종사하도록 강요를 당하고 있으며, 실제로는 사용자 소유이며, 어떤 고객, 몇 명을,

69) Lin Lean Lim, The Sex Sector: 동남아시아에서 매춘의 경제적·사회적 기반(ILO, Geneva, 1998, p. 3.), 모든 형태의 매춘이 강요에 의한 것이다. 자유로운 선택에 의해 이런 형태의 행위를 시작하는 경우는 결코 없다고 주장하는 이들도 있다.

어떤 행동으로 서비스해야 하는지, 근로시간에 대해서 선택권이 없는 경우가 흔히 있다. 이러한 근로조건은 분명히 착취적이고, 이와 같은 노동의 희생자는 온갖 형태의 신체적·심리적 학대를 당한다. 본 가이드라인은 자발적인 매춘과 포르노그래피보다는 온갖 형태의 강제적인 성적 착취에 초점을 두었다.

아동 매춘과 포르노그래피는 강제근로이며 현대판 노예제도라고 이해되고 있고⁷⁰⁾ 이는 가혹한 형태의 아동노동 중의 한 가지이다⁷¹⁾(제8장, 아동노동 근절: 가혹한 형태의 아동노동에 관한 조항의 시행을 위한 기타조치(8.11) 참조). 아동은 이러한 행위에 종사하기를 자발적으로 결정할 능력이 있다고 보이지 않는다. 이들이 어리기 때문에 또는 어른에 비해 무력하기 때문에 그들은 종종 불법적인 인신매매, 폭력, 강요의 표적이 된다. 부모가 자신들의 아이를 노예적 매춘행위에 파는 경우도 있다. 아동 매춘의 근로조건은 같은 업무에 종사하고 있는 성인들의 근로조건보다 훨씬 열악한 것으로 알려져 있다. 이러한 상황에 처한 아이들은 질병, 심리적인 상처, 발육부진이 되기 쉽다.⁷²⁾ 결국 아동에 대한 상업적인 성적 착취는 강제근로이고, 가혹한 형태의 아동노동이므로 법률에서 특별히 엄중하게 다루어야 한다.

상업적인 성적 착취는 가난, 경제개발, 기타 경제적인 요소, 남녀관계, 부모, 자식관계를 지배하는 사회적인 관습의 산물인 것으로 밝혀졌다.⁷³⁾ 따라서 법률은 상업적인 성적 착취를 저지르는 사람만 금지하고 처벌하는 것이 아니라 앞으로 상업적인 성적 착취를 방지하고 희생자의 재화를 도울 수 있는 사회적·경제적인 프로그램을 설정할 필요가 있음도 인식해야 한다.

다음은 성인과 아동의 상업적인 성적 착취와 관련된 문제를 다룬 입법을 위한 지침이다.

70) Lim, p.170, Citing the World Congress Against the Commercial Exploitation of Children, Draft Declaration and Agenda for Action, 1996, Stockholm.

71) Convention No. 182, Art. 3(b).

72) For a more detailed discussion on how the sexual exploitation of children differs from that of adults, see Lim, pp. 173-178.

73) Lim, pp. 12-13.

성인과 아동의 상업적 성적 착취에 관한 입법과 법률 규정의 집행

성인과 아동의 상업적 성적 착취에 관한 법률은,

- 상업적인 성적 착취의 희생자에 대한 보호를 위한 조항은 여자·남자, 소년·소녀를 대상으로 해야 한다.
- 다른 사람의 성적 욕구를 만족시키기 위해 사람을 주선하거나, 유인하거나, 매춘을 목적으로 다른 사람을 — 그 사람의 동의가 있더라도 — 끌어들이는 자, 또는 다음과 같은 자는 본인의 동의가 있었더라도 처벌해야 한다.⁷⁴⁾
 - 사람을 매춘에 이용하는 자 — 본인의 동의가 있더라도⁷⁵⁾
 - 매춘굴을 유지, 관리 또는 알면서 재정지원을 행하는 자⁷⁶⁾
 - 매춘 의도를 알고 있으면서 건물 또는 기타 장소를 매춘의 목적으로 빌려 주는 자⁷⁷⁾
 - 이러한 범죄행위를 시도하는 자, 또는 이러한 범죄를 위한 준비행위에 관여한 자⁷⁸⁾
 - 이러한 범죄에 의도적으로 참여하는 자⁷⁹⁾
 - 해외에서 이러한 범죄행위를 저지른 뒤 자기 나라로 돌아간 자
- 부패한 법률 집행기관에 대해 형사처벌을 규정해야 한다.⁸⁰⁾
- 성적인 만족을 목적으로 불법적인 인신매매, 다른 사람을 착취, 학대하는 자에 대해 엄정한 형사상의 제재를 가해야 한다.⁸¹⁾
- 불법적인 인신매매, 매춘 착취와 관련된 범죄는 범죄인의 인도가 가능해야 한다.⁸²⁾

74) UN Convention on Trafficking and Prostitution, Art. 1(1).

75) UN Convention on Trafficking and Prostitution, Art. 1(2).

76) UN Convention on Trafficking and Prostitution, Art. 2(1).

77) UN Convention on Trafficking and Prostitution, Art. 2(2).

78) UN Convention on Trafficking and Prostitution, Art. 3.

79) UN Convention on Trafficking and Prostitution, Art. 4.

80) Lim, p. 215.

81) Lim, p. 215.

82) UN Convention on Trafficking and Prostitution, Art. 8.

- 국제적으로 또는 양국간 협력, 협조를 보장해야 한다.⁸³⁾

성적 착취에 대항하는 강제조치로는 다음의 사항도 포함된다.⁸⁴⁾

- 법률의 치외법권적 적용 조항을 두어 외국인 범죄자도 재판하여 처벌할 수 있도록 한다.
- 법률 집행관들에 대한 훈련을 강화하고, 성적 착취 문제에 대한 관심을 제고한다.
- 경찰 내부에 특별팀을 만들어 상업적인 성적 착취 문제를 다루도록 한다.
- 경찰, 이민국, 사회복지국, 교육 및 보건부가 모두 성적 착취에 대항하는 전략 수립에 참여하도록 한다.
- 상업적 성적 착취와 폭력 문제에 대해 언론매체가 폭 넓은 관심을 기울이도록 한다.

기타 일반적인 강제근로에 관한 집행수단 추가(아래 강제근로금지법의 집행을 위한 조항(6.6) 참조)

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

상업적 성적 착취의 아동 희생자를 위한 특별규정

입법은 상업적인 성적 착취로부터 아동을 보호하는 특별규정을 마련해야 한다. 무엇보다도,

- 모든 형태의 아동 매춘, 포르노그래피를 법률로 금지해야 한다.⁸⁵⁾

83) Convention on the Rights of the Child, Art. 35.

84) These suggestions draw on recommendations proposed by Lim, pp. 216-217.

85) Recommendation No. 190, para. 12.

또한 다음과 같은 사항을 입법에 포함시킬 수 있다.

- 희생자가 어릴수록 무거운 처벌을 부과하도록 하는 규정⁸⁶⁾
- 부모, 후견인, 공공시설관리인, 법률 집행관도 아동에 대한 상업적인 성적 착취에 책임을 지도록 한다.⁸⁷⁾
- 아동 섹스 여행을 주선하는 사람에게 형벌을 가해야 한다. 법률에서 성관계, 매춘, 결혼 승낙 연령이 일치하지 않는 점을 시정해야 한다.⁸⁸⁾
- 증거를 확보하는 법적 절차가 아동을 보호하도록 보장해야 한다.⁸⁹⁾
- 때때로 아동에 대한 변태성욕자와 중개자가 상업적 성적 착취를 목적으로 가난한 가정에서 아동을 ‘입양’하는 경우가 있으므로, 아동입양법을 재검토하도록 규정한다.⁹⁰⁾
- 연령 검증을 위한 효과적인 절차를 보장한다.⁹¹⁾
- 공동체 지도자, 교사, 보건근로자, 종교지도자 등을 훈련하고, 공동체 감시그룹을 만들어 아동 성적 착취가 일어나는지를 감시하고, 아동에 대한 범죄를 신고하고, 성매매로 끌려들어갈 위험이 큰 아동을 위한 지원을 요청할 수 있는 정책을 수립한다.⁹²⁾

아동을 상업적 성적 착취에서 보호하는 또 다른 방법은 가혹한 형태의 아동노동을 해결하는 조치이다(제8장 아동노동 근절: 가혹한 형태의 아동노동에 관한 조항의 시행을 위한 기타 조치(8.11) 참조).

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

86) Lim, p. 216.

87) Id.

88) Id.

89) Id.

90) Id.

91) Lim, p. 193.

92) Lim, p. 217.

성인과 아동에 대한 성적 착취를 근절하기 위한 사회·경제적 프로그램

법률의 집행을 보충하기 위해 상업적인 성적 착취를 금지하고 성인, 아동 성적 착취 희생자의 재활을 위한 사회·경제적 프로그램이 필요하다. 이러한 프로그램은 상업적 성적 착취의 근절을 위한 다면적인 접근방법, 그 중에도 특히 경제발전, 보건서비스, 교육, 법적 지원을 증진하는 조치를 반영해야 한다.⁹³⁾

입법은 다음과 같은 사회·경제적인 프로그램 및 정책을 지원해야 한다.

- 여성, 아동 및 그들 가족이 대체적인 수입원을 찾을 수 있도록, 또한 가난, 사회·문화적인 전통, 기타 성적 착취의 근본 원인을 제거할 수 있는 능력을 개발하도록 지원한다.⁹⁴⁾
- 가난한 가정, 특히 성적 착취의 위험에 노출될 가능성이 있는 여성 및 아동, 법률 집행자, 정부 관료, 공동체 지도자, 교사, 종교 지도자 등의 교육, 성적 착취 문제에 대한 의식의 고취 노력⁹⁵⁾
- 성으로 인한 건강상의 위험에 대해 정보 및 조언을 제공하도록 한 규정을 준수하는 보건프로그램⁹⁶⁾
- 재활프로그램의 예 :
 - 전직 매춘부였던 이들이 다른 직업을 가질 수 있도록 하기 위한 기술훈련
 - 매춘부였던 이들이 겪는 심리적인 고통을 해결할 수 있도록 지원하는 상담기관이 제공하는 재활프로그램⁹⁷⁾
 - 가족 및 공동체로부터의 지원을 증진시키기 위한 프로그램⁹⁸⁾

93) Lim, pp. 23-25, 211-214, 218-222.

94) Lim, p. 218.

95) Id.

96) Id.

97) Lim, p. 220. 아동의 권리에 관한 협약 제39조(The Convention on the Rights of the Child, Art. 39)는 정부가 아동착취 희생자의 신체적·심리적 회복을 지원해야 한다고 규정하고 있다.

98) Lim, p. 221.

- 상업적 성적 착취에 의한 희생자에 대한 법적 지원⁹⁹⁾

정부기관, 비정부기구, 여성, 청년, 아동, 진직 매춘부, 신문, 방송매체, 그 밖에 상업적 성착취의 근절에 관심을 가진 단체가 긴밀하게 협조, 협력할 수 있는 효과적인 프로그램.¹⁰⁰⁾

상업적 성착취 문제의 해결을 위한 사회·경제적 프로그램의 사례는 Lin Lean Lim의 『섹스산업: 동남아시아 매춘의 경제·사회적 기반 (The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia)』 참조. 인도네시아에서 실시한 프로그램은 pp. 61-65, 말레이시아 pp. 93-98, 필리핀 pp. 124-128, 태국 pp. 165-169 참조.

특히 아동에 대한 상업적인 성착취 및 기타 가혹한 형태의 아동노동 근절을 목표로 한 사회·경제적인 프로그램에 대해서는 아동노동 섹션을 참조(제8장 가혹한 형태의 아동노동에 관한 조항의 시행을 위한 기타 조치(8.11)).

◆ 강제근로금지법의 집행을 위한 조항

강제근로금지법의 시행규칙은 강요에 의한, 또는 강제로 부과되는 노동은 형법상의 범죄로 처벌될 수 있음을 분명히 해야 한다.¹⁰¹⁾

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

여러 가지 형태의 강제근로 문제를 해결하기 위해 가장 일반적으로 사용되는 방법은 다음과 같다.

- 직장에서 일어나는 강제근로를 감시할 특별팀의 구성
- 강제근로에 관한 법률의 집행을 담당하고 있는 기관에 대한 감독

99) Id.

100) Lim, p. 219.

101) Convention No. 29, Art. 25.

- 적절한 고충사항 접수 절차
- 강제근로에 관한 정보 및 의식제고 캠페인

부채의 노예, 불법적인 인신매매, 이주노동자에 대한 착취, 상업적인 성적 착취 등의 명목으로 이루어지는 강제근로라는 구체적인 제목에 대해 상술한 방법 이외에 위에서 제시한 방법도 활용해야 한다.

작업장에서의 감시

현재 근로감독관의 임무를 확대하여 강요에 의한 또는 강제로 부과되는 노동에 대해서도 감시하도록 입법으로 명시할 필요가 있다.¹⁰²⁾ 이는 1947년 ILO 근로감독 협약의 요구에 따른 것이라야 한다. 이와 관련하여 다음의 사항이 법률에 명시되어야 한다.

- 강제근로 감독팀은 고용 측면에서 그 지위와 근로조건이 안정적이고, 정부의 지시로부터 또한 부당한 외부의 영향력으로부터 독립적인 사람들로 구성되어야 한다.¹⁰³⁾
- 감독자는 그들의 감독하에 있는 문제에 대해 직접 또는 간접적인 이해관계가 있어서는 안 된다.
- 감독자는 고충사항의 출처를 밝히거나, 사용자 또는 사용자 대표에게 그의 방문이 고충사항을 접수한 결과임을 암시해서도 안 된다.¹⁰⁴⁾
- 감독관은 업무수행을 위한 자격만을 기준으로 고용하며, 그들에게 적절한 훈련을 제공해야 한다.¹⁰⁵⁾
- 감독대상인 작업장의 수, 성격, 규모, 상황, 고용된 근로자수, 종류, 감독관의 재량에 맡겨진 실질적인 수단, 작업여건 등을 고려하여 임무를 효과적으로 수행할 수 있기에 충분한 수의 감독관

102) Convention No. 29. Art. 24.

103) Convention No. 81, Art. 6.

104) Convention No. 81, Art. 15.

105) Convention No. 81, Art. 7.

을 배치해야 한다.¹⁰⁶⁾

- 감독관에게 사무실, 교통수단을 제공해야 한다.¹⁰⁷⁾
- 감독관에게 조사권을 부여해야 한다. 조사대상인 작업장에 주야간 어떤 시간에도 사전통보 없이 자유롭게 방문할 수 있는 권한. 주간에 조사할 필요가 있다고 믿을 만한 이유가 있는 곳이면 어느 곳이든 들어가 강제근로금지법이 철저히 준수되고 있는지를 확인하는 데 필요하다면 근로자에게 직접 질문할 수 있는 권한. 사용자 또는 직원을 심문하고, 국내법에 규정된 서류, 기록, 기타 서류를 만들도록 하거나 복사본을 요구하거나, 공고를 게시하도록 강제하는 일, 분석을 위해 사용했거나 취급하고 있는 재료 또는 물질 샘플을 가져갈 수 있는 권한¹⁰⁸⁾
- 작업장에서 관찰된 흠결을 시정하기 위한(강제근로금지) 조치를 취할 수 있는 권한을 부여하여야 한다.¹⁰⁹⁾
- 그들의 조사활동의 결과에 관하여 조사관에게 정기적인 보고서를 제출하도록 한다.¹¹⁰⁾
- 근로자 및 사용자 단체가 조사를 위한 메커니즘을 설립하는 데 참여하도록 하여야 한다.

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

강제근로금지법 집행기관의 활동에 관한 감독

입법은 강제근로금지법의 집행에 대한 책임을 진 관계기관의 활동을 감독할 수 있는 제도를 마련하도록 지원해야 한다. 이러한 제도는,

- 경찰, 치안관사, 강제근로와 관련된 업무를 담당하는 공무원들

106) Convention No. 81, Art. 10.

107) Convention No. 81, Art. 11.

108) Convention No. 81, Art. 12.

109) Convention No. 81, Art. 13.

110) Convention No. 81, Art. 19.

교육하도록 해야 한다.

- 개인 또는 비정부기관이, 강제근로를 당하는 사람이 제기한 고충사항에 대한 조사를 거부하거나 강제근로를 이용하는 사용자와 협력하는 경찰, 국가기관, 또는 치안판사에 대해 고소를 제기할 수 있는 독립적인 메커니즘을 수립해야 한다.¹¹¹⁾
- 강제근로금지법의 집행에 실패한 정부 관료와 경찰관, 근로자를 노예와 같은 상태로 묶어 두는 데 협조한 사람, 강제근로의 상황에 묶어 두는 사용자에 대해 소송을 제기한 근로자를 처벌한 사용자를 기소할 수 있어야 한다.¹¹²⁾

고충사항 처리절차

입법은 강제근로의 희생자가 관계 당국에 고충사항을 제출할 수 있고, 그들이 제기한 고충사항이 조사되도록 보장해야 한다.¹¹³⁾

정보제공 및 인식제고 캠페인

입법은 근로자 대표, 언론매체, 비정부기관, 인권기관, 종교단체, 공동체 집단이 근로자에게 그들의 권리에 대해 알려주고 강제근로에 관해 일반대중의 인식을 제고하기 위한 캠페인을 펼치도록 지원해야 한다.¹¹⁴⁾

111) Human Rights Watch/Asia (1995), p. 68.

112) Human Rights Watch/Asia (1995), p. 4.

113) Convention No. 29, Art. 23.

114) Anti-slavery international, 1994, Brazil, p. 145.

제 7 장

노동법의 주요 조항 : 고용과 직업에 대한 차별 철폐

◆ 직업에서 평등의 중요성

고용과 직업에 대한 차별철폐는 ILO가 가장 관심을 갖는 문제 중의 하나이다.¹⁾ 이 문제에 대한 ILO의 입장은 ILO 헌장에 부속된 필라델피아 선언에 분명하게 나타나 있다.

- (a) 모든 인간은 인종, 신조, 성별에 관계없이 자유와 존엄, 경제적 안정, 평등한 기회가 부여된 가운데 물질적인 복지와 정신적인 발전을 추구할 권리가 있다.[...]

1950년, 1960년, 1970년대에 채택된 여러 국제노동기준은 이 기본원칙에 대해 독특한 지위를 부여하였다. 1998년 노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 선언(1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)도 고용과 직업에 관한 차별철폐를 ILO 회원국이라는 사실만으로도 모든 회원국이 존중하고, 권장하고 실현해야 할 기본원칙 중의 하나로 꼽았다.

국제적으로 차별금지에 관심을 가진 UN 및 기타 국제기구의 여러 협약이 있는데 특히 1965년 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(1965 International Convention on the Elimination of All Forms of

1) 관심 있는 독자는 이 장에서 얻을 수 있는 정보 외에 남성·여성의 고용평등에 관한 ILO 데이터베이스를 참조할 수 있다. 이 데이터베이스는 CD-ROM과 온라인상에서 볼 수 있다(<http://www.ilo.org/public/english/employment/gems/intro/eo/>).

Racial Discrimination), 1966년 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제인권 규약, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약, 1979년 모든 형태의 여성차별철폐에 관한 국제협약 등이 그 대표적인 예이다. 위 여러 협약은 직장에서의 평등에 관련된 조항을 담고 있지만 보다 일반적인 성격을 띠고 있다.

ILO 협약 및 권고

고용과 직업에서의 차별철폐와 평등보장은 동전의 양면과 같다고 인식되고 있다. 차별철폐와 평등보장은 여러 ILO 협약과 권고에 언급되어 있고, 그 중 가장 중요한 것은 다음 두 협약과 이에 관련된 권고이다.²⁾

- 고용 및 직업상 차별대우에 관한 협약(Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958, No. 111)
- 동일가치 근로에 대한 남녀근로자 동일보수에 관한 협약 (Equal Remuneration Convention, 1951, No. 100).

위 두 협약을 ILO 이사회는 ILO 회원국 모두가 비준해야 하는 8개 핵심적인 협약의 일부로 지정하였다. 그 밖에 여러 ILO 협약과 권고도 차별철폐, 평등보장과 직접적인 관련이 있다.³⁾

2) 2001년 2월 1일 현재, 145개 ILO 회원국들이 제111호 협약을 비준하였고, 149개 회원국이 제100호 협약을 비준하였다(Governing Body document GB.280/LILS/7, para. 19 참조).

3) 다음 협약에는 각 협약에 제시된 원칙을 실현할 방법을 제시하는 권고가 붙어 있다.

- 남녀근로자에 대한 기회 및 대우 평등에 관한 협약(Workers with Family Responsibilities Convention, 1981, No. 156) : 남성·여성 근로자는 직장 과 가정생활을 조화시킬 수 있는 시설과 지위를 가져야 한다고 규정되어 있다.
- 단결권 및 단체교섭에 대한 원칙의 적용에 관한 협약(Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949, No. 98) : 노동조합 회원 또는 노동조합 활동을 이유로 차별해서는 안 된다는 규정.
- 이주노동자의 기회 및 균등대우에 관한 협약(개정판)과 이주노동자에 관한

협약 (추가조항) Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975, No. 143)/Migration for Employment Convention (Revised), 1949, No. 97 : 이들 협약은 이주노동자를 해당 국가의 근로자와 똑같이 대우하도록 규정하였고, 국가정책이 한 나라의 영토에 합법적으로 거주하고 있는 이주노동자 또는 그들 가족이 고용, 사회보장, 노동조합, 문화적인 권리, 개인적인 또는 집단적인 자유라는 점에서 평등한 기회와 대우를 받을 수 있도록 이를 보장할 것을 요구하고 있다).

- 장애인 직업재활과 고용에 관한 협약(Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention, 1983, No. 159) : 장애가 있는 사람들을 평등하게 대우하고 이들을 수용하는 데 적절한 시설을 갖추 것을 요구하고 있다.
- 토착민과 부족민에 관한 협약(Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989, No. 169) : 원주민, 부족민이 방해 또는 차별을 받지 않고 인권과 기본적인 자유를 완전히 누릴 수 있어야 한다고 기술하였다.
- 단시간근로에 관한 협약(Part-Time Work Convention, 1994, No. 175) : 파트타임으로 일하는 근로자도 특히 고용 및 직업 면에서, 전일근무를 하는 근로자와 똑같은 보호를 — 방해 또는 차별 없이 — 받아야 함을 분명히 하였다.
- 가내근로에 관한 협약(Home Work Convention, 1996, No. 177) : 조직 안에서의 권리, 고용 및 보상에서 차별을 받지 않도록 보호받을 것 등 평등대우에 관한 내용이 구체적으로 나열되어 있다).
- 고용 종료에 관한 협약(Termination of Employment Convention, 1982, No. 158) : 해고를 위한 타당한 이유가 되지 않는 근거를 나열하였다. 인종, 성별, 결혼 유무, 가족에 대한 책임, 임신, 종교, 정치적인 견해, 출신국가 또는 사회적인 배경.
- 고용정책에 관한 협약(Employment Policy Convention, 1964, No. 122) : 근로자가 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적인 견해, 출신국가 또는 사회적인 배경과 무관하게 자신에게 잘 맞는 완전하고 생산적인 직업을 선택하도록 하는 적극적인 정책을 요구하고 있다.

교육과 관련하여 차별을 금지하는 두 개 기본적인 협약은 다음과 같다.

- 인적자원개발에 관한 협약(Human Resources Development Convention, 1975, No. 142) : 직업 안내, 직업교육정책과 프로그램이 차별 없이 모든 사람의 능력을 개발하고 그 능력을 일을 위해 사용할 수 있도록 할 것을 요구하였다.
- 유급 교육휴가에 관한 협약(Paid Educational Leave Convention, 1974, No. 140) : 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적인 견해, 출신국가 및 사회적인 배경을 이유로 유급 교육휴가를 거절할 수 없음을 분명히 하였다.

그 밖에 비차별을 전반적인 정책 목적으로 명시한 일반적인 협약을 소개하면 다음과 같다.

또 하나 이 장에서 다루는 주제와 특별한 연관이 있는 국제협약이 1966년 교사의 지위에 관한 ILO/UNESCO 권고(1966 ILO/UNESCO Recommendation Concerning the Status of Teachers)이다. 이 권고는 “교사 고용은 어떤 면에서든 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적인 견해, 국적, 출신 배경, 경제적인 여건을 이유로 행해지는 어떤 형태의 차별로부터도 자유로워야 한다”고 규정하였다.

◆ 고용과 직업에서의 평등과 관련하여 ILO회원국과 노동입법의 역할

ILO 선언에 따라 모든 회원국은 고용과 직업에서 차별철폐 원칙을 존중하고 장려하며 실현할 책임이 있다. 이 원칙은 제100호, 제111호 협약에 상세히 설명되어 있고, 이를 비준하는 회원국에게 다음 사항을

-
- 사회정책의 기본 목적 및 기준에 관한 협약(Social Policy (Basic Aims and Standards) Convention, 1962, No. 117) : 경제발전계획의 주요목표는 생활수준 향상에 있으며, 사회정책은 노동법, 협약, 고용, 근로조건, 임금, 교육, 단체협약 협상과 관련하여 근로자 사이에 어떤 차별도 폐지할 것을 목표로 해야 한다고 규정하고 있다.

ILO 이사회 위원회가 채택한 The 1977 Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy에 대해서도 언급할 필요가 있다. 이 선언은 앞에서 소개한 협약과 같은 법적인 지위를 갖지 않지만 회원국 사이에 상당히 큰 도덕적인 무게를 가지고 있다. 이 선언은 22-23문에서 다국적기업도 기회와 대우의 평등원칙을 준수할 것을 명시하였다.

기회 및 대우의 평등(Equality of Opportunity and Treatment) : 모든 국가는 고용 면에서 기회 및 대우의 평등을 장려하도록, 즉 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적인 견해, 출신국가 또는 사회적인 배경을 이유로 한 어떤 차별도 없앨 것을 목표로 설계한 정책을 추구해야 한다.

다국적 기업은 제18문이 구상하고 있는 정책 또는 역사적인 차별 행태를 바로잡고자 마련된 정부정책을 손상시키는 일 없이 기회 및 대우의 평등 원칙을 준수해야 한다. 그렇게 함으로써 고용 면에서 기회와 대우의 평등의 질적 확장을 실현하여야 한다. 다국적기업에서는 자격, 기술, 경험이 모집, 직책 부여, 교육, 승진의 근거라야 한다.

정부는 다국적기업에게 제21문에 언급된 이유를 근거로 차별할 것을 요구하거나 장려해서는 안 되며, 적절하다고 생각되는 경우 이러한 차별을 피하도록 지속적으로 지도할 것이 요구된다.

요구하고 있다.

- 동일가치 노동에 대해 남녀근로자에게 동일임금을 지불하는 원칙을 모든 근로자에게 적용하도록 장려하고 또 이를 보장한다 (Article 2(1) of Convention No. 100).
- 수행해야 할 작업에 대한 평가가 동일임금 원칙을 실행하는 데 도움이 될 경우 그 작업에 대해 객관적인 평가를 하도록 장려한다 (Article 3).
- 고용과 직업에서의 평등 원칙을 실행하고자 하는 사용자 및 근로자 단체와 협력한다.
- 고용과 직업에서 어떤 형태의 차별도 폐지할 것을 목표로, 고용과 직업에서 기회와 대우의 평등을 장려하는 국가정책을 선언하고 이를 추구한다(제111호 협약 제2조).
- 정부의 힘이 닿는 곳에서 정부가 할 수 있는 구체적인 조치를 취한다. 예를 들어 기회평등 정책을 받아들이고 이를 준수하도록 하기 위해 법률을 제정하고 교육프로그램을 마련한다(Article 3(b)). 고용과 직장에서 직·간접적인 차별적 법률 조항을 없애고 행정지시, 관행을 바로잡는다(Article 3(c)). 특히 공공서비스 및 공기업 등 정부기관(Article 3(d)), 정부가 운영하는 직업안내와 직업훈련기관 및 소개서비스에서의 고용(Article 3(e))에 기회평등 정책이 적용되도록 한다.
- 근로자 및 사용자 단체 대표와 협의하여, 평등을 이루는 데 도움이 될 수 있을 경우 고용과 직업에서 전통적으로 차별을 받아오던 그룹의 특별한 요구사항을 만족시킬 수 있는 특별조치를 시행한다(제111호 협약 제5조).

고용과 직업에서 평등이라는 궁극적인 목적을 성취하는 데 노동입법의 역할은 제111호 협약 제3조 (b), (c)에 구체적인 언어로 명시되어 있고, 제100호 협약 제2조 (2)는 평등 원칙을 수행하는 한 가지 방법으로 국가법과 규칙의 역할을 열거하였다. 평등 원칙은 그 밖에도 임금결정기관, 사회적인 파트너간에 협의된 단체협약, 기타 여러 조치에 의

해 수행될 수 있다.

여러 나라에서 평등, 차별철폐 원칙의 실행이 가장 먼저 또는 가장 중요한 원칙으로 헌법에 보장되어 있으며, 모든 시민은 평등한 대우를 받아야 한다는 보편적인 평등 조항이 거의 모든 국가의 헌법에 포함되어 있다. 그리고 현대적인 헌법에는 직장에서의 평등 조항을 담는 경우도 점차 늘고 있다. 더욱이 새로 마련되는 포괄적인 노동법 첫 장에 기본원칙에 관한 내용을 다루고 있으며 고용과 직업에서 기회 및 대우의 평등에 관한 일반적인 진술과 동일임금에 관한 원칙 등 구체적인 조항을 담고 있다. 동시에 베이징에서 개최된 제4차 유엔 여성총회 및 그 후속조치(Beijing +5 Conference, New York, June 2000)가 남녀평등 문제에 진지한 관심을 기울인 데 힘입어 여러 나라들이 남녀평등, 사회·경제 분야에서 성차별을 근절할 목적을 가지고 기본적인 평등법 이외에 여러 가지 규칙을 채택하고 있다.

◆ 국가법에 담긴 차별금지의 기본원칙

다음은 평등원칙을 구체적으로 명시하고자 하는 국가헌법의 예이다.

사례 1 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

일부 노동규약은 제100호, 제111호 ILO 협약 내용을 거의 그대로 옮겨 놓은 정도로 차별금지 원칙의 전체 내용을 담고 있다.

사례 2 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 차별의 정의

제111호 협약에서 차별은 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 국적, 사회적 배경을 이유로 고용과 직업에서 기회와 대우의 평등을 무가치하게 만들거나 손상시키는 결과를 초래하는 구분(distinction), 배

제 (exclusion), 선호(preference)라고 정의하였다.

“……을 무효화(nullifying) 또는 약화시키는(impairing) 효과를 갖는 다 ……”라는 표현을 사용하는 것은 법안 작성의 한 기술로 직접 또는 간접적인 차별 모두를 겨냥한 것이다. 국가 차원의 입법 기초자도 이 두 가지 형태의 차별을 포괄하는 입법의 중요성에 대해 잘 알고 있어야 한다. 직접 차별이란 불평등 대우의 직접적 원인이 법률, 규칙, 실제 관행 중 어느 하나의 특별한 이유를 근거로 한 노골적 차별에서 유래되는 경우이다. 예를 들어 법률에 여자는 계약에 서명할 수 없다고 규정되어 있다면 이는 직접적인 성차별이다. 간접 차별이란 법률과 규칙, 실제 관행은 중립적인 듯이 보이지만 실제로는 위에 열거한 이유 때문에 고통을 당하는 사람들에게 불이익을 가져오는 경우이다. 신장, 체중 등 일과 무관하며 일부 사람에게만 가능한 자격요건을 내놓는 것도 간접적인 성차별의 예이다. 요컨대, 차별하려는 의도가 있느냐는 별 문제가 되지 않는다. 그 그룹에 속하는 사람들을 직접적으로 차별하지는 않지만 나머지 많은 사람들에게 영향을 끼치는 다른 기준을 언급하는 것, 즉 일정그룹 사람들을 차별적으로 대우하는 조건을 내세우는 것이 가장 흔한 형태의 여성 차별이고, 특히 동일임금 면에서 이러한 차별이 많다. 사회에서 일반적으로 통용되는 역할 분업 때문에 남성보다 여성이 시간제근로자가 많은 것, 특별한 이유 없이 다른 근로자에게는 지급되는 임금을 시간제근로자에게는 주지 않는 것 등이 그 예이다. 이런 형태의 차별은 표면적으로는 관련근로자가 여자인기 때문이 아니라 시간제근로자이기 때문에 적용된다.

자격요건 제한을 ‘직접’, ‘간접’ 차별로 보는 개념을 법률에 포함시키려는 움직임이 여러 나라에서 일기 시작한 것은 여러 국제협약, 선언이 이 문제에 특별한 관심을 기울였기 때문이다. 예를 들어 유럽공동체에 속하는 국가들이 평등에 관해 법률에서 일반적으로 기술하고 있고 구체적인 노동법에도 직접·간접 차별에 관한 내용을 담고 있다. 이는 고용, 직업훈련, 승진, 작업여건 등에서 남녀평등 대우 원칙을 실현하기로 한 유럽공동체 입법지침(EEC Directive)을 따른 것이다.⁴⁾ 유럽공동체 입법지침 제2.1조는 “다음 법률 조항에서 평등 대우의 원칙

이란 성별을 이유로 특히 결혼 여부 또는 가족관계를 이유로 어떠한 직접·간접 차별도 없음을 뜻한다”고 명시하였다.

차별적인 대우로 여겨질 수 있는 것에 예외가 있다. 제111호 협약은 다음 네 가지를 예외로 인정하였다.

- 제1조 (2): 본래 특별한 자격요건을 필요로 하는 일과 관련된 구별, 배제, 우선권을 주는 일은 차별로 간주되지 않는다.
- 제4조: 국가안보에 해가 된다고 판단되는 의심스러운 행동에 대해 취한 조치는 차별로 보지 않는다. 단, 이 경우 문제를 관계 기관에 제소할 수 있다.
- 제5조 (1): 국제노동단체가 채택한 협약과 권고에 규정된 보호 또는 지원에 관한 특별조치는 차별로 간주되지 않는다.
- 제5조 (2): 어떤 이유, 예를 들어 (성별, 나이, 장애, 가족에 대한 책임, 사회·문화적인 지위) 때문에 적극적인 조치가 필요하다고 일반적으로 인정되는 그룹 또는 개인의 특별한 필요를 만족시키기 위해 취한 특별조치는 차별로 간주되지 않는다.

특정한 직무에 고유한 자격요건

특정한 일에 고유한 자격요건 제한을 차별로 간주하지 않는 예외 조항과 관련하여 법률 입안자는 이 예외 조항이 특별한 직무, 직책, 지위와 관련하여 진정 필요한 것인지를 조심스럽게 확인해야 한다. 이에 관해 어떤 법률은 특정한 직무에 고유한 자격요건을 설정하는 것을 차별로 보지 않는다는 일반적 진술만을 담고 있다. 그러나 고유한 자격요건에 대한 일반적 진술에서 나아가, 고용차별에 대한 일반적 규정에도 불구하고 진정 어떤 직업이 필요로 하는 자격요건이 허용될 수 있는 구체적 상황에 대해 자세히 언급하고 있는 법률들도 있다. 다음은 그 사례이다.

4) EEC Text of 9 Feb. 1976 (No. 76/207).

사례 1 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

위의 사례에서 보듯이 분명한 것은, 법은 구체적인 직업, 기능, 직무 등 특정 직무에 고유한 자격요건에 대해 상당히 세부적인 내용까지 다룰 수 있다. 직무를 수행하는 환경 역시 고유한 자격요건을 요구할 수 있는 예외를 설정하는 데 있어 분명한 역할이 있다. 문화적인 민감성 역시 한 몫을 할 수 있는 분야이다(아래 참조). 위 예는 고용에서의 차별금지라는 전반적 중요성에서 자격요건이 차지하는 비중도 설명하고 있다. 법률 전문을 해석하는 이들은 특정 직무가 법률적으로 자격요건 제한이라는 예외 조항에 해당되는지를 사안별로 검토하는 편을 선호할 것이다. 그러나 분명한 것은 예외를 지나치게 많이 인정하여, 폭 넓게 표현된 여러 직업 그룹과 직무를 고용에서의 평등을 증진하고자 취한 여러 조치에서 제외시키는 것은 차별철폐에 관한 ILO 선언과 조화를 이루지 못한다는 점이다.

위 예는 성별을 이유로 한 차별을 다룬 것이고, 특히 남녀평등 문제에 관한 여러 법률이 특별한 자격요건에 관하여 특히 관심을 기울이고 있다. 위에서 보았듯이 행위예술 또는 육체적인 친밀성과 관련된 일 등이 가장 일반적인 예이다. 남녀평등 분야에서 일하고 있는 법률 입안자를 향한 일반적인 경고는 명시된 예외 조항이 직무의 고유한 자격요건을 기준으로 한 것인지 아니면 자의적인 차별인지가 객관적인 기준과 개인적인 역량을 고려하여 판단되어야 한다는 것이다.

직무가 필요로 하는 고유한 자격요건을 요구하는 경우는 종교와 정치적인 견해 분야에서도 흔히 볼 수 있다. 정치적인 견해는 일부 제한된 상황, 예를 들어 정부정책 개발 등 특별한 책임과 관련된 고위직 특히 민감한 직책을 맡을 사람들의 경우 진정으로 고유한 자격요건에 해당된다고 볼 수 있다. 그러나 예외 조항이 일정 한계를 넘어서는 안 되며, 예외 조항으로 인정할 수 있는지를 사안별로 판단할 것, 정치적인 이유를 근거로 한 총괄적인 심사이어서는 아니 된다는 점 등은 매우 중요하다. 당시 독일연방공화국이 정치적인 차별을 조사하기 위해 설립한 ILO 조사단은 다음과 같이 지적하였다.

(.....) 어떤 나라에서 ‘공식적’인이라는 범주가 제14호 협약의 ‘특별한 직무’ 개념에 해당된다는 논쟁을 받아들이게 되면 일의 성격이나 기능이 아니라 특정한 활동이 공공부문과 연관이 있는가 또한 ‘공직자’로 고용된 사람들에 맡겨진 일인가에 따라 나라마다 서로 다른 예외를 인정하게 되는 결과를 초래할 것이다. 시장경제를 채택하고 있는 국가에서는 어떤 경제활동이 공공부문에 속하는지, 사적인 부문에 속하는지 그 범위가 매우 다양하다. 또한 이러한 상황은 시간이 지나면서 변화한다. 특정 경제활동은 국유화되기도 하고 민영화되기도 한다. 이렇듯 변화무쌍한 상황에서 직업에 따라 특정 자격요건을 요구해도 된다고 허용한다면 이는 국제적인 기준을 파괴하는 결과를 초래할 것이다.⁵⁾

종교를 근거로 예외를 인정하는 경우는 종교적인 교육기관의 고용에서 흔히 찾아볼 수 있다.

사례 2 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

이러한 조항을 적용하는 데 주요한 어려움 중 하나는 입증책임(burden of proof)이다. 일반적으로 사용자는 차별적인 기준과 무관한 객관적인 이유이거나 또는 이 기준이 관련 업무를 위해 필수불가결한 또는 진정 합법적인 자격요건임을 증명하여야 한다. 입증책임에 대해서는 다음에 상세하게 다루고자 한다.

고유한 자격요건으로 예외 조항을 적용하는 것이 정당화될 수 있는 작업환경 문제와 관련하여, 재미있는 것은 일부 법률은 인간 존엄(decency), 사생활 보호(privacy)를 예외 조항의 타당한 기준으로 삼는다는 점이다.

사례 3 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

5) ILO: Official Bulletin, Supplement 1, Vol. LXX, 1987, Series B, para. 535.

이와 마찬가지로, 일부 법률의 본문에는 예외 조항 판단의 기준은 활동이나 직무가 아니라 작업이 수행되는 기관의 성격이라고 분명히 밝힌 경우도 있다.

사례 4 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

일부 지역에서는 고유한 자격요건을 예외 조항으로 허용하되 구체적인 내용은 시행령에서 정하도록 한 경우도 있다.

사례 5 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

국가안보와 관련된 조치

국가안보에 해가 된다고 의심이 되는 행동에 대해 취한 조치는 차별로 간주하지 않는다는 예외 조항(Article 4 of Convention No. 111)과 관련하여, 국제사회는 이 같은 상황에 대한 법률 조항을 매우 엄격히 적용하여 왔음에 주목할 필요가 있다. 이는 제111호 협약 및 여러 법률의 본문이 추구하는 평등과 차별금지를 과도하게 제한하는 일이 없도록 하기 위함이다.

국가안보를 차별금지 원칙의 예외를 인정하는 근거로 사용하고자 하는 법률은 폭 넓은 원칙과 갈등을 일으킬 수 있는 위험을 피할 수 있도록 범위를 좁게 줄여서 기술하여야 한다. 그러한 법률을 기초할 때에는 국가안보 예외를 실제로 적용할 때 그것이 관련자의 일, 직무, 또는 직업에서 실제 업무수행에 끼칠 수 있는 영향을 고려하면 도움을 얻을 수 있다. 제111호 협약을 비준한 국가들이 실제 그들 법률에 협약이 제시한 원칙을 적용하고 있는지를 감독할 책임이 있는 ILO 감독기관들은 제4조에서 반테러리즘에 대해 언급하였다. 예를 들어 ILO 협약 및 권고의 적용에 관한 전문가위원회는 테러리즘을 한 사람 또는 그 이상 사람들이 국가의 성격, 정치적, 법적, 세속적 또는 경제적 질서를 바꾸고자 선동하여 일어난 모든 행위를 포함한다고 정의한 법률을 비

관하였다. 전문가위원회는 이 법률이 부여한 폭 넓은 권한은 국가안보에 해가 된다고 판단되는 활동에 대해 평등원칙의 예외를 인정한다는 제4조의 범주를 벗어난다고 보았다.

국가안보를 차별원칙의 예외로 인정하는 것과 관련하여 위에서 열거한 여러 가지 중요한 문제 외에도, 국가안보를 위한 예외 조항을 국가제도에 도입하고자 하는 경우 필요한 절차를 존중하는 것이 매우 중요하다. 제4조에 따라 예외 조항 인정에 이의가 있을 경우 국가가 설립한 관계기관에 이의를 제기할 수 있어야 한다. 이의 제기를 할 수 있는 가능성은 예외 조항 인정에 중요하지만 그것만으로는 충분하지 못할 수 있다. 국가 실무에 관한 법률과 절차에 따라 이 문제를 다룰 유능한 ‘관할권(competent)’ 기관이 있어야 한다. 이의 제기 권리를 행사할 수 있기 위해서는 다양한 상소 제도가 있을 수 있다. 사법재판소 또는 행정재판소의 일반적인 절차법에 따라 상소할 수도 있고, 사안에 맞는 특별법에 특별한 절차를 제정하는 경우도 흔히 있다. 타당한 기준은 문제가 되고 있는 사람에게 불리하게 취해진 조치에 대한 이유를 청취할 수 있는 바르게 적용된 권리를 보장하며, 관계기관에게 신속한 처리, 구체적인 상소 내용에 대해 알고 반박할 기회, 대리자 선임 과정, 이유 있는 결정을 보장하도록 요구할 수 있다.⁶⁾

특별보호 조치

이와 같은 성격의 법률 조항을 담고 있는 대부분의 ILO 협약 및 권고는 여성의 재생산기능(출산)을 보호할 목적으로 여성에게도 적용된다. 이 같은 범주에 속하는 ILO 협약 및 권고는 다음과 같다.

모성보호(maternity protection)

제3호 여성의 산전산후 고용에 관한 협약(1919년)

제103호 모성보호에 관한 협약(1952년 개정) 및 제95호 모성보호

6) International Labour Conference, 89th Session (2001), Report III(1A), p. 500 (English version 참조).

에 관한 권고

제183호 모성보호에 관한 협약(2000년 개정) 및 제191호 모성보호에 관한 권고

직업안전과 건강(occupational safety and health)

제4호 납중독에 대한 여성 및 아동보호에 관한 권고(1919년)

제13호 페인트칠에 있어서 백연의 사용에 관한 협약(1921년)

제114호 방사선으로부터 근로자 보호에 관한 권고(1960년)

제127호 근로자 1인이 운반할 수 있는 최고 중량에 관한 협약(1967년) 및 제128호 근로자 1인당 허용가능한 최대운반중량에 관한 권고

제136호 벤젠의 유독유해로부터 보호에 관한 협약(1971년) 및 제144호 벤젠에서 발생하는 중독위험으로부터 보호에 관한 권고

제170호 작업장에서의 화학물질 사용상 안전에 관한 협약(1990년) 및 제177호 작업시 화학물질 사용의 안전에 관한 권고

야간근무(Night work)

제89호 공업에 고용되는 여성의 야간근로에 관한 협약(1948년 개정) 및 의정서(1990년)

제171호 야간근로에 관한 협약(1990년) 및 제178호 야간근로에 관한 권고

근로조건(Conditions of work)

제45호 모든 종류의 광산의 갱내작업에 있어서 여성의 고용에 관한 협약(1935년)

제102호 노동자 복지시설에 관한 권고(1956년)

제116호 노동시간 단축에 관한 권고(1962년)

제140호 유급교육휴가에 관한 협약(1974년)

국가노동법에 이 같은 보호조항을 초안하는 일을 돕는 것이 이 가이드라인의 목적은 아니지만, 차별금지에 관한 본장 내용에 비추어 보호조항을 두고 일고 있는 국제적인 논쟁에 대해 언급하는 것은 중요하다.

차별금지에 대한 국제사회의 논쟁은 여성근로자를 특별 대우하는 것이 남자도 누려야 하는 ‘혜택’에 불이익을 주지 않는가(출산휴가가 한 예일 수 있다. 남자는 임신·출산을 하지 않으므로)보다는 이러한 보호정책이 노동시장에서 여성의 평등을 누리는 데 장애물이 되지 않을까에 그 초점이 주어지고 있다. 사용자가 부가적인 작업여건을 적용해야 하는(임신에 위협할 수 있는 화학물질을 다루는 작업에 여성을 배치하지 않은 일 등) 근로자를 고용하고 그 고용을 유지하기를 꺼릴 수 있기 때문이다. 결국 1990년 야간작업에 관한 협약에서 볼 수 있듯이 최초 ILO 회원국들은 평등에 대해 보다 현대적인 접근방법을 담고 있는 협약 및 권고를 채택하게 되었다 — 예를 들어 남녀 모두에게 적용 가능한 원칙을 담은 — 여성에게 어떤 직업 또는 일을 금지하는 것이 진실로 여성의 임신·출산을 보호할 필요 때문일 경우 위에 언급된 기준에 포함된 규정(norms)을 국가노동법에 포함시킬 것을 권할 수 있다. 그러나 어떤 위험으로부터 건강을 보호하는 일은 성별에 관계없이 모든 근로자에게 적용되어야 한다. 여성에게 혜택을 주는 특별조치는 임신·출산에 해가 될 가능성이 있다고 판명된 일에 한하며, 이러한 조치는 과학 지식의 진보에 비추어 정기적으로 재검토되어야 한다.

차별철폐 조치

과거 고용 면에서 차별을 받았던 일정 그룹에게 기회의 평등을 보장하기 위해 취한 차별철폐 조치(affirmative action measures)와 관련하여, ILO는 이 분야의 정책 입안자, 정책결정자에게 지침이 될 상당히 많은 자료를 출판하였다.

여러 국가들이 불이익을 당했던 다양한 그룹에 속한 사람들을 위해 차별철폐 조치를 취하도록 명령하는 특별조치를 실행하고 있다. 이러한 특별조치를 법률 조항으로 명시하게 된 것은 법으로 차별을 금지하는 것만으로는 실제 행해지고 있는 차별을 폐지하는 데 불충분하다는 것을 관찰한 데서 비롯되었다. 따라서 이 같은 적극적인 차별철폐 정책은 과거의 불평등을 폐지하고 바로잡기 위해 마련된 조치로 인정될

수 있을 것이다. 그러나 차별철폐 조치는 한시적인 조치이다. 불공정함이 바로잡아지면 정당성을 잃게 되기 때문이다. 그러나 미국의 인종차별 폐지를 위한 차별철폐 명령(affirmative action executive orders)의 예가 증명하듯이 불공정함이 수습되기까지는 수십 년이 걸릴 수도 있다.

최근 여러 나라들이 사기업 또는 공기업 고용에서 차별철폐 문제에 관한 구체적인 법률을 채택했거나 노동법안의 수정안에 차별철폐 조항을 포함시켰다. 차별철폐를 법률에 포함시키는 선택은 철저한 토론을 필요로 하는 정책결정 사항이다. 사용자 중에는 차별철폐 조치를 노동시장에 대한 불필요한 간섭으로 느끼는 사람도 있을 수 있기 때문이다. 일부 국가의 헌법에는 사회적·경제적 행동 전반에 걸쳐 적극적인 차별철폐 조치를 취하도록 요구하거나 허락하는 조항이 들어 있다. 아르헨티나, 피지, 인디아, 말레이시아, 나미비아, 남아프리카공화국 등이 그 예이다. 차별철폐 조치 개념이 그 성격상 논쟁의 여지가 있음을 감안하건대, 여러 나라의 경우 국가기본법에 이 조항을 포함시키는 것이 현명한 일일 수 있다. 차별철폐를 헌법에 포함시키는 접근방법이 차별철폐 개념의 전폭적인 수용을 보장할 수 없지만, 차별철폐 조치의 합법성을 높이는 데 기여한다는 것은 의심할 여지가 없다. 이제 막 고용을 포함하여 사회 전체에 걸쳐 일어나고 있던 제도적인 차별 관행에서 막 벗어나고 있는 나라의 경우(예를 들어 남아프리카공화국의 흑백차별 정책) 과거 잘못을 바로잡기 위해 헌법에 차별철폐의 필요성을 명시하는 것은 새로운 민주주의 전파의 초석이라는 평가를 받을 수 있을 것이다. 이것이 바로 나미비아 헌법의 배경이 되는 생각이다.

사례 1 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

고용 면에서 차별철폐 조치에 관한 법률은 대체로 그 조치로부터 혜택을 받을 구체적인 그룹을 대상으로 하고 있다. 일반적으로 차별철폐의 대상이 되는 그룹은 여성, 소수민족(언어, 인종 등에서), 장애인 등이다. 캐나다 연방정부는 4개 그룹, 즉 여성, 원주민, 장애인, 인종 또는

피부색 때문에 캐나다에서 소수민족 사람들이 경험하는 고용에서의 불이익을 바로잡고자 고용평등법을 채택한 첫번째 국가 중의 하나이다. 비교적 짧은 전문에서 법률 입안자는 고용평등의 원칙을 적용하는 방법에 대해 근로자 대표와 의논할 의무가 사용자에게 있음을 명시하였다. 다음에 예시한 캐나다 법률 초록은 차별철폐 조치의 목적과 그 목적을 이루기 위한 조치를 분명히 밝힌 좋은 예이다.

사례 2 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

여러 유럽공동체 국가들 역시 고용과 관련된, 특히 여성에 대한 차별철폐 조치 법률을 가지고 있다. 위에서 언급한 대로, 이러한 경향은 직업 등 여러 영역에서 남성과 여성 간의 평등에 관한 유럽공동체 입법지침(European directives)과 일치한다. 다음 이탈리아의 예는 차별철폐 입법의 목표가 남성과 여성 간에 실질적인 평등 실현임을 분명히 하지만, 동시에 차별철폐 조치 역시 가정과 일이라는 책임간에 균형을 이루도록 하는 것이 그 목적임을 분명히 기술하였고, 이를 통해 가족에 대한 책임을 가진 근로자의 평등을 증진하는 보다 폭 넓은 정책 목표를 제시하였다. 다음은 고용에서 차별철폐 조치를 실행하는 데 도움이 될 구체적인 조치, 예를 들어 차별철폐 조치 프로젝트에 유럽공동체 기금을 사용할 수 있도록 허락하고 관계 부처에 비용보상 청구를 할 수 있도록 허락하는 등 내용을 입법한 한 나라의 예이다.

사례 3 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

개발도상국 역시 구체적인 적극적인 차별철폐 조치를 채택하여 고용에서 차별을 없애고자 하는 정책결정을 행하였다. 나미비아의 차별철폐법(Namibian Affirmative Action (Employment) Act) 서문에서 그 목적을 다음과 같이 서술하였다: “나미비아 헌법 제10조와 제23조에 따라 고용에서의 평등을 이루기 위하여; 고용평등위원단(Employment Equity Commission)을 설립하기 위하여; 적절한 차별철폐 조치를 통

해 과거 차별적인 법률과 관행 때문에 차별을 당하던 그룹의 사람들이 경험한 고용에서의 불이익을 해소하기 위하여; 고용에서의 차별철폐에 도움이 될 소송 절차를 제정하기 위하여; 그 밖에 일어날 수 있는 문제에 대비하기 위하여.” 위에서 예로 든 캐나다와 이탈리아 법률의 서문보다 장문의 글에서 나미비아법은 ‘차별철폐 조치’에 대해 정의를 내리고, 차별철폐에 속하는 몇 가지 조치를 소개하고, 어느 그룹이 그 법의 보호를 받는지와 사용자가 법의 요구를 반드시 따라야 하는(규칙을 시행할 때) 복잡한 소송 절차에 대하여 기술하였다.

사례 4 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

나미비아 법률은 고용에서 차별철폐 정책 개념을 실제로 시행하는데 도움이 되는 구체적인 내용을 담고 있는 좋은 예이다. 나미비아 법률에는 사용자가 어떻게 차별철폐 조치 계획을 세우고 실행하였는가를 설명한 여러 법률 조항이 담겨 있으며, 이 계획을 실현하기 위해 기업 고위직 임원의 헌신이 있어야 함을 강조하고 있다. 이 법은 사적·공적 분야 모두를 위한 것이며, 다음 인용문은 법률 입안자가 공공서비스 분야에서 통용되는 방식을 어떻게 적용할지를 구체적으로 기술하고자 주의를 기울였음을 보여주고 있다. 나미비아법은 또한 사용자가 근로자 대표와 의논하는 것이 중요함을 보여주는 좋은 예이다.

사례 5 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 고용과 직업에 대한 개념

고용과 직업

제111호 협약 제1조(3)은 ‘고용과 직업’의 정의에 직업훈련을 받을 수 있는 권리, 고용 및 특별한 직업에 대한 권리, 고용조건에 대한 권리를 포함시켰다. 협약에 첨부된 제111호 권고 제2문은 차별금지 정책

은 법률이라는 방법을 통해 적용되어야 하며(단체협약 및 기타 각국 여건과 현실에 맞게) 다음 내용이 들어 있어야 한다고 기술하였다.

- 직업에 대한 안내 및 직업소개를 받을 수 있는 권리
- 근로자 자신의 선택에 따른 훈련과 고용에 관한 권리. 단, 개인의 능력과 성향이 훈련과 고용에 적합해야 한다.
- 근로자 개인의 성격, 경험, 능력, 근면 정도에 따라 승진할 권리
- 고용기간 보장
- 동일가치 노동에 대한 동일임금
- 근로여건, 근로시간, 휴식기간, 유급과 공휴일, 직장에서의 안전 및 건강에 대한 조치, 사회보장제도, 고용과 관련하여 제공되는 시설 및 혜택
- 정부기관 및 공공기관에의 고용
- 정부기관이 관리하는 직업안내, 훈련, 직업소개 활동

최근 여러 나라에서 채택된 평등에 관한 법률은 고용 전반에 걸쳐 직접 또는 간접적으로 행해지는 차별을 금지하는 상세한 조항을 담고 있다. 다음에 소개하는 남아프리카공화국의 고용평등법은 ‘고용정책 및 실제’에 대한 폭 넓은 정의를 구체적인 목록을 기준으로 차별을 금지하는 데 연결시키면 그 법률의 대상자인 사람들, 즉 근로자 및 사용자에게 법률의 내용을 분명히 알릴 수 있음을 보여주고 있다.

사례 1 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

다른 나라에서는 법률의 다른 항에서 다른 내용의 보장이 기술되어 있다. 같은 이야기를 반복하는 것이 그리 우아하지는 않지만, 고용에 관한 권리를 다루는 장에서 고용에 관한 원칙을 이야기하는 것은 더욱 중요하다. 예를 들어, 러시아 노동법은 섹션 3에서 기본적인 원칙에 대해 기술하고 이를 고용에 관한 구체적인 내용에 추가시켰다.

사례 2 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

지금까지 살펴본 바와 같이 차별금지 원칙은 직장과 관련된 폭 넓은 문제, 즉 고용, 훈련, 승진, 고용유지, 고용조건 결정 등에서 존중되어야 한다. 이 원칙을 고용의 모든 면에 통합시킬 수 있기를 원하는 입법자는 ‘고용’, ‘직장’이라는 용어의 정의를 분명히 하여 본래 목적이 좌절되는 일이 없도록 주의해야 한다.

‘직업’이라는 용어는 소속하고 있는 경제행위 분야 또는 개인의 전문 분야에서의 지위와 상관없이 상업, 전문 직업, 또는 개인이 수행하는 어떤 형태의 일이라고 정의된다. 이런 범주에 속하는 노동력은 농부, 변호사, 기술자 등 다양하다. 직업이 이렇듯 다양하기 때문에 차별과 관련하여 직업활동과 자격요건에 관한 구체적인 조건도 매우 다양하게 되었다.

이러한 상황에서 평등원칙을 준수하려면 노동법을 넘어서게 될 수도 있다. 가족법, 재산법·상법 등을 재조명할 필요가 있을 수 있다. 적절하다고 생각되는 경우 노동법은 직업활동을 계속하기 위해 필요한 물질과 서비스를 받는 데 또한 개인의 법적인 지위 면에서 차별을 금지하는 조항을 포함시켜야 한다(예를 들어 결혼한 여자가 직업활동을 하려면, 또는 일과 관련된 행사를 위해 여행을 하거나 여권을 받으려면 남편의 동의를 얻어야 한다는 등의 조건을 요구할 수 없다). 직업을 갖는 일, 또는 직장에서 일할 가능성과 관련해 법률 조항이 겉으로는 중립적인 자격요건으로 보이지만 실제로는 위에서 열거한 이유 중의 한 가지를 이유로 간접적인 차별을 허용하는 일이 없도록 주의해야 한다. 독립적인 활동, 자유직업은 국가기관 또는 자치적인 전문기관이 발행한 자격증 또는 직함을 가지고 있는 것이 기본조건인데, 이 때 국가기관 또는 전문기관은 각자의 전문적인 자격을 심사하는 데 완전히 객관적이어야 하고 중립적인 법조항을 평등의 원칙에 준하여 적용해야 한다.

공공기관의 고용

공공기관의 고용과 관련하여 사용자인 국가는 개인 분야에 기대되는 것과 같이 차별금지 원칙을 준수하여야 한다. 1990년대 대규모 직원

감축과 민영화에도 불구하고 대부분 국가의 공무원 규모를 감안하건대, 공공부문은 고용에서 기회 및 평등 대우의 원칙을 증진시키는 국가정책을 실천하는 데 있어 모범적인 사용자로서 매우 중요한 역할을 한다. 공무원법(civil service statutes)에서 가장 흔히 (그리고 대부분의 경우 유일하게 차별금지를 명시한 근거) 볼 수 있는 것이 성차별 금지이다. 그러나 지난 20년간 여러 압제적인 정권이 민주화되어서 정치적인 견해도 차별금지의 이유로 언급되는 경우도 많다. 공무원법은 공무원이 될 권리, 공무원을 직업으로 선택할 권리는 모든 또는 일부 직책의 경우 개인의 우수성, 자격, 소질을 근거로 하며 이는 시험이라는 과정을 통해 판단한다. 시험은 최고의 자격을 가진 사람들의 서비스를 얻고자 하는 정부의 관심과 일치하며 궁극적으로 정부는 공공행정에 필수불가결한 채점제도를 마련해야 한다. 따라서 채점제도가 채 마련되지 않은 경우 특히 시험 및 검증 절차와 관련하여 법률 조항에 비차별 원칙이 모든 직책에 포괄적으로 적용됨을 분명히 명시하는 것이 바람직하다.

ILO 연구에 따르면 국가공무원법이 구체적인 비차별 조항을 담고 있는 경우는 많지 않다.⁷⁾⁸⁾ 다음은 최근 공무원법에서 발췌한 것으로 공무원 지원서에 흔히 사용되는 용어를 보여주고 있다. 이는 예전에는 공산주의 블록에 속해 있다가 1990년대에 민주화된 나라에서 전 정부

7) J. Faundez, "Affirmation action - International perspectives", Geneva, 1984; J. Hodges-Aeberhard and C. Raskin, Affirmative action in the employment of ethnic minorities and persons with disabilities, Geneva, 1994; J. Hodges-Aeberhard, Affirmative action in employment: Recent court approaches to a difficult concept, Geneva, 1997; *International Labour Review*, Vol. 138, No.3, p. 247 (1999); "Equality in Employment and Occupation", Special Survey, International Labour Conference, 83rd Session (1996), Report III(4B), paras. 134-141 참조. 위에 열거한 글에는 'affirmative action'과 'positive action'이 번갈아 사용되고 있다. 두 용어 모두 고용평등의 폭넓은 목표를 이루기 위한 도구이다. 일부 국가에서는 'managing diversity in the workplace'라는 말을 사용하기도 하는데 이는 제 111호 협약에서 사용된 용어와는 강조하는 점이 약간 다르다.

8) GLLAD, Working Document Series, A comparative study of the contents of civil service statutes, by J. Hodges-Aeberhard 참조.

와 관련있는 사람들을 걸러 내기 위한 노력을 보여주는 예이기도 한다. 이런 ‘걸러내기’ 조항은 정책 입안자에게 매우 어려운 과제이다. 걸러내기가 정치적인 차별이 되어서는 안 되며(제111호 협약 제4조 참조) 모든 직책으로부터 용단배제(blanket exclusion)가 되어서도 안 되기 때문이다(특정 직업이 필요로 하는 진정으로 고유한 자격요건에 관한 위의 논의 참조). 다만, 전 정권과 어떤 관련이 있는 사람이 공무원이 될 자격이 상실하는가를 판단하는 역할은 법원의 것임을 분명히 하는 것이 중요하다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

교육 및 운영에 관한 조언

교육에 대한 평등권과 관련하여 평등을 주장하는 사람들은 법률에 비차별적인 교육을 구체적으로 명시하는 것이 매우 중요하다고 보고 있다. 그것이 실제로 직업을 얻을 수 있는 가능성 또는 어떤 특정 직업에 응모할 수 있는 가능성을 결정짓는 기반이기 때문이며, 또한 직업 교육의 불평등 때문에 기회와 평등 대우의 원칙이 손상되거나 무효가 되는 경우가 너무도 흔하기 때문이다. 제111호 협약에 나온 ‘직업교육’이라는 말은 모든 형태의 고용과 직업에 적용된다. 이 말을 법률에서 도제(apprenticeship) 또는 기술교육이라는 좁은 의미로 사용하여서는 아니 된다. 고용을 위해, 또는 직업을 얻기 위해, 또는 특수한 형태의 직업교육을 받기 위해서는 일정한 교육을 마치는 것이 필요하므로 입법 내용에 교육기회에 관한 비차별을 명시할 때 이와 관련하여 일어날 수 있는 문제를 과시해서는 아니 된다. 일부 사람들이 그들의 이해관계에 반하는 차별적인 관행 때문에 일반교육의 혜택을 받을 수 없는 경우 더욱 심각한 문제가 생길 수 있다. 따라서 여러 나라에서는 평등 원칙을 문명퇴치를 목표로 한 교육법과 법령에 포함시켰다. 실제로 거의 모든 현대적인 헌법이 그들 영토에 살고 있는 사람들에게 기본교육에 대한 자유롭고 평등한 기회를 보장하고 있다. 위에서 언급한 대로

이 원칙을 어떤 형태의 법률에 명시할 것인가는 정책 입안자의 선택에 달려 있다. 어떤 나라에서는 교육기회의 평등을 특별법을 만들어 명시하기도 하고, 어떤 나라에서는 일반적인 교육법 또는 노동법에 구체적인 비차별 조항을 포함시켜 같은 내용의 보호를 다른 문맥에서 하기도 한다. 때로 평등법에 교육과 직업소개에 관해 차별이 없을 것을 구체적으로 기술한 경우도 있다.

법률을 입안하는 사람들은 어떤 개인이 생도로 학생 또는 피교육자가 되고자 신청할 때(입학자격 요건이 금지된 이유를 근거로 교육 신청자를 간접적으로 배제할 가능성이 있음을 언급할 수도 있다) 또는 교육기간 중(때로 급료를 받으면서 공부하기 위해 근무시간을 할애하는 경우) 또는 야간에 교육을 받는 사람들 또는 집을 떠나 받는 현장 실습에 관한 조항 등 교육에 관한 법률 조문에서 일부 부류의 학생 또는 피교육자가 차별을 받는 일이 없도록 주의해야 한다. 야간에 또는 집에서 떨어진 곳에서 교육이 이루어지는 경우, 가족에 대한 책임을 지고 있는 여성의 경우 문제가 생길 수 있다. 연구 결과에 따르면 가정 을 돌볼 책임이 있는 여성의 경우 정부가 운영하는 기관의 도움 또는 가족을 지원하는 폭 넓은 비공식 네트워크의 도움이 있어야 어려움을 견디면서 간신히 저녁시간 교육 또는 주말 교육을 받을 수 있는 것으로 나타났다.⁹⁾

다음은 남아프리카공화국 기술개발법의 발췌문으로서 평등법 또는 일반적인 노동법 외에 법률에 구체적인 내용을 명시하여 교육과 직업에 대한 소개를 받을 권리에 관한 차별 문제를 해결할 수 있음을 보여 주고 있다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

비차별 원칙을 직업가이드 본문에 반영하는 데는 특별한 주의가 필요

9) International Labour Conference, 80th Session (1993), Report III(Part 4B), General Survey on the Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156), and Recommendation (No. 165), 1981, paras. 96-127 참조.

하다. 그렇게 하는 것이 이른바 ‘여성의 직업’이라는 틀에 박힌 또는 고루한 태도, 특히 여성이 할 수 있고 하기를 원한다고 믿는 신화를 바탕으로 한 편견으로부터 자유로워지고 폭 넓은 종류의 직업을 개방하는데 절대 필요한 역할을 하기 때문이다. 잘 작성된 법안은 이 분야에서 공정한 게임이 이루어질 수 있는 바탕을 마련할 수 있다. 앞에서 이미 언급한 ILO 인적자원개발 기준(ILO Human Resources Development Standards)은 모든 사람을 대상으로 하며 평등한 기준을 바탕으로 어떠한 차별도 없는 직업안내와 직업소개 정책 및 프로그램의 채택과 개발에 관한 내용을 담고 있어, 법안 작성에 좋은 참고가 될 수 있을 것이다.

여러 나라들이 성을 이유로 한 차별 문제를 해결하기 위해 신속하게 법률을 마련하였다. 그러나 역사적·문화적 또는 기타 이유로 직접 또는 간접적으로 직업안내 프로그램에서 제외된 소수인종을 위한 평등보장도 또한 중요하다. 전통적인 활동을 강조하는 토착민의 필요에 맞고 또한 그들에게 새로운 고용 분야에 대한 기회를 열어 주는 프로그램이 마련되어야 한다. 직업안내, 적절한 시험이라고 정의된 것, 능력, 심적·신체적 성격을 포함한 소질, 기타 직업안내를 받는 젊은이들을 검토하는 방법에 있어서 차별적인 관행이 지속되는 일이 없어야 한다. 소수민족을 위한 프로그램은 사회·문화적 또는 언어 특성에 민감해야 하며, 어떤 특정 직업에 진정으로 필요한 것이 무엇인가를 알아내는데 특별한 관심을 두어야 한다. 직업안내에 대한 내용은 고용 후보자가 앞으로 하게 될 일, 활동과 관련된 교육간에 타당한 연관성이 있어야 한다.

고용조건

고용조건의 비차별과 관련하여 수많은 노동법이 (i) 고용기간 보장과 해고 (ii) 보상에 관한 평등 문제를 다루었다.

고용기간 보장

1982년 고용 종료에 관한 협약을 비준한 국가는 개인 해고 또는 단

해고를 진행할 때 차별이 없도록 할 의무가 있다. 근로자의 성을 이유로 해고하는 일뿐 아니라 얼굴, 피부색 등 그 밖에 여러 가지 국제적으로 금지된 차별적인 이유를 근거로 한 해고와 관련하여 최근 수년간 팔목할 만한 진전이 있었다. 일부 국가에서는 차별적인 해고는 자동적으로 부당한 것으로 간주된다. 법률 조항은 이를 ‘부당한 노동관행’으로 규정하였다. 다음은 남아프리카공화국의 노동법 발췌문으로 해고의 사유로 부당하다고 간주되는 여러 가지 사유와 사용자가 이를 근거로 근로자를 해고했을 경우 그 해고가 무효임을 분명히 하였다. 어떤 일에 필요한 고유한 자격요건에 관한 단서 조항이 있음은 재미있는 일이다(위 참조).

사례 1 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

일부 국가에서는 고용관계와 관련하여 노동법의 여러 장에서 해고 문제를 다루고, 비합법적인 해고에 관한 구체적인 조항은 나중에 근로자에 관한 장에 추가하였다. 다음은 베트남 노동법(Vietnamese Labour Code)의 예이다.

사례 2 (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

평등보수의 원칙

남자와 여자의 보수에 관한 원칙은 ILO 헌장뿐 아니라 평등보수에 관한 협약(Equal Remuneration Convention, 1951, No.100)에도 명시되어 있다. 같은 일 또는 같은 값어치의 일에 대해 여자에게 남자보다 적게 보수를 지급하는 것은 오늘날 직장 세계에서 아직도 일어나고 있는 전형적인 차별이다. 제100호 협약의 기초를 이루고 있는 원칙은 남녀 평등을 위한 초석을 마련하고 서비스와 제공된 작업에 대한 보상이라는 구체적인 고용평등에 절대 중요한 분야에 대한 지침을 제공함으로써 고용평등을 향상시키는 데 도움이 될 수 있을 것이다. 서로 비교 가

능한 자격을 가진 여성과 남성 간에 수입에 차이가 나는 것은 여성이 동등한 가치를 갖지만 보수는 적은 활동과 직업 분야에 고용되는 경우가 많기 때문이다. 또한 여성이 겪는 어려움, 즉 직장과 어머니로서의 역할, 기타 가족에 대한 책임 간의 갈등 해결에 어려움이 있음을 반영하고 있다. 직장에서 행해지고 있는 차별을 종식시키는 일, 이른바 ‘여성의 일’에 대한 저평가 문제를 해결하는 일, 가족에 대한 책임을 가진 근로자를 위한 평등을 노동법안에 포함시켜 고용에서 평등의 원칙을 최대한 증진할 수 있을 것이다.

여러 나라의 현대적인 헌법에 동일임금 개념이 구체적으로 언급되어 있다. 그러나 동등가치 근로에 대해 남성과 여성 간의 동등임금을 구체적으로 언급한 경우는 많지 않다. 예를 들어 1998 브라질 헌법은 제2장 ‘사회적 권리(section 7)’에서 성별, 나이, 피부색, 결혼 여부를 이유로 급여 또는 고용에 차별을 두어서는 아니 된다고 선언하였다. 또한 평등임금에 대한 ILO 협약을 비준하지 않은 국가도 그 국가의 헌법 원칙이 평등임금 원칙을 존중하도록 요구하고 있다고 해석될 수 있다. 나미비아의 1990년 헌법 제95조(subsection (d))는 국가는 “특히 다음을 목적으로 한 정책을 채택함으로써 국민의 복지를 증진하고 유지하여야 한다. 즉 국제노동기구의 회원으로서 ILO 국제협약 및 권고를 준수하여야 한다”고 규정하였다. 일부 국가에서는 헌법 조항에서 일반적인 평등을 명시하고 보다 구체적인 법령에서 동일근로 또는 동일가치 근로에 대한 동일임금 개념을 기술한 경우도 있다. 말타의 1978년 헌법 제15조는 국가는 여성근로자가 동일노동에 대해 남성과 이 같은 평등권과 동일임금을 누릴 수 있도록 해야 한다고 규정하였다. 또한 최저 주급에 관한 국가기준령(Minimum Weekly National Standard Order of 1976)은 “어떤 경우라도 동일근로 또는 동일가치 근로에 대해 여성직원에게 남성보다 적은 임금을 주어서는 아니 된다”고 명시하였다.

그러나 일부 국가의 헌법의 경우 동일임금 개념을 ‘동일노동(equal work)’이라는 좁은 상황에만 적용하도록 분명하게 한정한 경우도 있다. 1949년 코스타리카 헌법(the Costa Rican Constitution of 1949) 제57조

는 “모든 근로자는 그들의 안녕과 품위 있는 삶을 제공할 최저임금을 정기적으로 정상 근무한 날에 대해 받을 권리가 있다. 작업 효율이 같은 경우 동일노동에 대해 항상 동일임금을 지급해야 한다”고 규정하였다.

대부분의 국가가 헌법에 있는 평등조항 외에 동일임금 원칙의 일반적인 적용을 위한 법령을 채택하였다. 인디아는 일찍이 1976년에 남녀 근로자에게 동일임금을 지급하고 고용 문제에서 성별을 이유로 여성에 대한 차별을 금지하도록 규정한 법령을 제정하였다. 일부 국가는 노동법 중 부당한 차별에 대한 조항에 동일임금 조항을 포함시킨 경우도 있지만 다른 여러 나라들은 임금에 대한 법률에 동일임금 조항을 두고 있다.

임금에 대한 보다 최근의 법령 중 임금차별로부터의 보호를 기술한 좋은 예가 있다. 에스토니아 임금법(Estonian Wage Act of 26 January 1994), 제5항은 “고용인의 성, 국적, 피부색, 인종, 모국어, 출신 배경 또는 지위, 과거 활동, 종교, 정치적 또는 기타 신념, 병역의무에 관한 입장을 이유로 임금을 올리거나 삭감하는 것을 금지한다”고 규정하였다.

임금에 대해 포괄적인 내용을 담고 있는 여러 나라의 현대적인 노동법은 동등임금에 대해 구체적인 조항을 포함하고 있다.

사례 1 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

위의 예로 볼 때 법률입안자들은 제100호 협약이 요구하는 동일가치 노동 동일임금 원칙의 범위를 요약한 법률 본문을 작성하는 데 어려움을 겪는 경우가 많음을 알 수 있다. 국가법에서는 남성의 일과 여성의 일을 ‘동일노동’, ‘동등한 일’ 또는 ‘같은 질(quality), 성격 또는 지위를 가진 일’로 비교한다. 제100호 ILO 협약은 동등가치(equal value)라는 개념이 국가적인 분류를 일으킬 수 있다고 예견하고, 제3조에서 동등가치 개념의 폭을 넓히는 데 도움이 된다면 수행되어야 할 일과 그 가치를 객관적으로 평가하는 조치를 취할 것을 제안하여 임금을 지급하는 이들이 평등원칙을 준수할 수 있게 할 것을 제안하였다. 법적인 정

의 또한 동일가치 개념의 폭을 넓히는 데 도움이 될 수 있다. 예를 들어 여러 나라의 법률은 작업시간, 선임자, 책임의 수준, 환경적인 여건 등 추가적인 요소를 사용하여 동일가치 개념을 정의할 수 있다. 법률 본문을 구체적으로 작성할 것인가 아니면 제100호 협약 제1조에 따라 원칙을 통지하는 정도에서 그칠 것인가는 법률 입안자의 선택에 달려 있다.

동일가치 노동에 대한 원칙을 국가 법률에 반영할 때 또 한 가지 주의해야 할 사항이 ‘보수’의 정의이다. 제100호 협약 제1조는 ‘보수’라는 말이 사용자가 근로자에게 현금 또는 물건으로 “직접 또는 간접적으로 지불해야 할 또한 근로자 고용에서 발생하는 통상적 임금 또는 기본급 또는 최저임금 또는 봉급과 추가수당을 포함한다”고 기술하고 있다. 베네수엘라 노동법은 ‘임금’과 ‘봉급’을 다음 사례와 같이 정의하였다.

사례 2 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

위 차별에 대한 일반적인 정의에 관한 항목에서 논의한 대로, 유럽 연합 회원국가들은 EC 조약의 평등조항(Article 141, exArticle 119)과 관련 법률에 따라 국가법을 제정할 의무를 갖는다. 1983년 7월 법 85635호에 따라 개정된 프랑스의 노동법이 그 한 예이다.

사례 3 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

여러 나라의 국가법이 평등한 보수를 규정할 때 추가 요소를 덧붙인 것에 주목할 필요가 있다: 이들 법률은 사용자가 차별적인 관행을 폐지하기 위해 또는 법을 준수하기 위해 임금 또는 시간당 임금(wage rate)을 삭감해서는 안 되며 ‘상향 조정하여 평등하게’ 만들어야 한다고 규정하고 있다. 예를 들어 프랑스 노동법은 남녀에 대한 평등보수를 존중하는 프랑스 조례(French Act: Act No. 72-1143)를 1972년 12월 22일 채택한 이후 L.140-4(2)항에 이 같은 법률 조항을 추가하였다.

◆ 차별금지의 근거

고용과 직업에서 발견되는 차별에 관한 ILO의 주요 협약과 권고는 다음 7가지 차별의 근거를 분명하게 언급하고 있다: 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적인 견해, 출생 국가 및 사회적인 배경(제 111호 협약 Article 1, paragraph 1(a)). 이 협약을 비준한 국가는 근로자 단체 및 사용자 단체와 협의를 거쳐 적절하다고 생각되는 차별금지의 근거를 법적인 금지 내용에 추가할 수도 있다고 규정하고 있다. 따라서 이 협약이 채택되었을 1958년 당시에는 가장 흔히 일어나고 있고 또한 평화와 질서를 어지럽히는 차별을 열거하는 것이 바람직하다고 생각되었지만, 위에 열거한 차별이 실제 일어나고 있는 차별을 모두 열거하지 못했을 수도 있다. 위에서 열거한 차별 외에 또 다른 근거를 선언하려면 일에 필요한 자격요건 또는 개인적인 능력과 무관한 요소를 고려하고자 하는 노력에서 비롯된 비합법적인 차별일 경우에만 가능하다. ILO 감독기관 및 정책결정기구는 최근 제111호 협약에 나열된 7가지 차별 이유 외에 나이, 장애, 가족에 대한 책임, 언어, 성적인 취향, 건강¹⁰⁾ 등 다른 요소까지도 포함하도록 확대하는 것이 바람직한가를 검토하였다. 노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 ILO 선언의 후속 조치에 따라 여러 국가가 노동조합과 AIDS 등 다양한 이유를 근거로 차별할 수 없음을 법률에 명시하였다.

인종, 피부색, 출생 또는 사회적인 배경

위에서 열거한 이유를 근거로 한 차별은 대체로 한 국가 안에 존재하는 소수민족 또는 공동체와 연관되어 있다. 같은 피부색을 가진 사람들 사이에서 행해지는 인종적인 차별이 아니라면 인종과 피부색이라는 기준은 거의 차이가 없음을 알게 되었다. ‘인종’이라는 용어에 대해서는 정확한 과학적인 ‘정의’가 없고, 중요한 점은 이 범주에 속하는 사

10) See Special Survey, 1996, op. cit., para. 297, and GB.279/3 of Nov. 2000, para. 15 and appendix, where the adoption of a protocol is discussed.

람들이 자신들의 차이점을 어떻게 인식하는가, 특히 고용과 관련하여 자신에 대한 인식에서 파생되는 타인과의 관계에 대한 태도이다. 언어 또는 출생지 또는 종족(기타 소수민족 또는 문화적으로 다른 배경을 가진 사람들)을 기초로 정의한 그룹의 경우에도 비슷한 문제가 발생한다. 후자의 경우는 1962년 사회정책(기본 목표와 기준)에 관한 협약(Social Policy (Basic Aims and Standards) Convention, 1962, No.117)에 명백하게 기술되어 있다. 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)은 인종, 피부색, 혈통, 출생지, 종족에 대해 포괄적으로 언급하고 있다. 사회적인 배경을 근거로 한 차별은 계급 또는 ‘카스트’라는 비교적 엄격한 구분이 있는 사회에서 일어날 수 있으며, 계층적인 구조를 중시하는 전통, 가족 또는 교육방법을 근거로 한 구분에서도 같은 문제가 발생한다. 인종 또는 민족적인 배경¹¹⁾에 상관없이 모든 사람을 평등하게 대우한다는 원칙을 실현하고 있는 유럽공동체 입법지침(European Community Directive)에는 ‘인종 또는 민족적인 배경’이란 용어를 정의하지 않았다.

남아프리카의 흑백차별 정책과 같은 명백한 차별정책 또는 개인적인 편견 이외에 어떤 사회적·인종적 또는 민족 배경을 가진 그룹이 지리적인 이유로 다른 그룹처럼 교육, 경제, 직업적인 발전의 기회를 향유하지 못하여 문제가 생기는 경우가 흔하다. 이러한 문제는 인종차별, 기타 직장에서의 차별을 분명하게 금지하는 법률을 만들어 일부 해결할 수 있다.

ILO 협약 및 권고에 사용된 ‘출생 국가’라는 용어에 대한 설명이 필요하다. 이 말을 흔히 ‘국적’으로 잘못 이해하는 경우가 많다. 그러나 ‘출생 국가’라는 말은 한 국가의 국민에 대해 가능한 구분을 위한 것이지(예를 들어 출신이 외국인 사람 또는 다른 국가의 문화와 인연이 있는 공동체를 구분하기 위해서) 그 국가의 시민과 외국인을 구분하기 위한 것은 아니다. 외국인 근로자의 지위 또한 문제가 되며 이주노동

11) Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000.

자에 관한 ILO 협약 및 권고에서 특별 조항을 두어 이 문제에 대해 언급하였다(아래 참조).

스위스는 직업과 관련하여 소수민족을 불평등하게 차별하는 데 대해 특별법을 제정한 좋은 예이다.

사례 1 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

기타 법률에 차별없는 고용 평가가 이루어질 수 있도록 특별조치를 요구할 법적인 권한이 있는 다른 인종 또는 소수민족 그룹의 존재를 간접적으로 완곡하게 언급할 수도 있다.

사례 2 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

성별

성별을 근거로 한 차별은 아마도 가장 광범위하게 행해지고 있는 차별일 것이며, 대부분 여성이 차별을 당한다. 이 때문에 ILO는 설립 초기인 1951년에 일찍이 동일가치 노동에 대해 남녀 근로자가 동일한 임금을 받아야 한다는 1951년 협약(제100)을 발표하였고, 제111호 협약에서도 이를 7가지 차별 중 한 가지로 다루었다. 여성의 임신·출산에 관련된 차별은 대부분 모성보호법에서 다루고 있다. 고용기회와 유지 면에서 결혼한 여성의 지위에 관해 특별한 문제가 생겨났고, 일부 지역에서는 성차별은 시민의 지위에 관한 문제이기도 하다고 보고 있다. ILO 감독기관은 결혼을 이유로 여성을 제외시키거나 자격을 박탈하는 것을 성을 근거로 한 차별(차별이 남성이 아닌 여성에게 영향을 미칠 때)로 보았다. 다음에서 볼 수 있듯이, 배우자의 유무 또는 가족 상황에 대해서는 후에 발표된 ILO 협약 및 권고에서 다루었다.

정책 입안자와 구체적 입법 내용을 입안하는 사람들은 Sex와 Gender라는 두 용어 사이의 구분을 주의깊게 살펴볼 필요가 있다. Gender라는 표현이 영어에서 일반적으로 사용되기 시작한 것은 수십년 전 사회관습

의 가치에 대한 사회학적 연구 결과 ‘Sex’라는 용어는 보다 과학적이어서 사회학적으로 사용되기에 적절하지 못함을 인식한 때부터였다. ILO는 Sex와 Gender를 다음과 같이 구별하였다. 남자와 여자 사이에 존재하는 차이는 본질적으로 생물학적 사회적 차이이다. ‘Sex’라는 용어는 생물학적인 차이이고, ‘Gender’란 사회적 역할과 성행위에 관한 개념을 포함한 남녀 관계에서의 차이를 뜻한다. Gender 역할은 나이, 계층, 인종, 민족성, 종교, 지리적, 경제적, 정치적 환경에 영향을 받는다.

성희롱

성차별의 특별한 형태의 하나인 이른바 성희롱에 대해 특별히 관심을 기울일 필요가 있다. 성희롱을 구체적으로 금지한 국제노동협약은 토착민 및 부족민에 관한 협약(제169호)이 유일하다. 이 협약은 특히 원주민과 부족 여성에 대한 성희롱을 금지하였다. 그러나 여러 국제회의와 그리고 조약을 모니터하는 기관들이 동의하듯이 이 주제에 관해 어떤 조치가 필요하다는 생각이 점차 강해지고 있다. 제111호 협약이 제대로 적용되고 있는가를 조사한 1996년 특별조사에서 ILO 협약 및 권고의 적용에 관한 전문가위원회는 남녀 모두에게 적용되는 직장에서 일어나는 성희롱의 여러 가지 예를 구체적으로 열거하였다. 전문가위원회는 다음과 같은 경우를 성희롱이라고 지적하였다: 모욕, 적절하지 못한 말, 농담, 넌지시 빗댄, 옷·신체·나이·가족 상황에 대한 언급, 존엄성을 손상시키는 성적인 암시가 내포된 짐짓 겸손한 척하는 태도 또는 간접적인 태도, 협박을 동반하거나 협박 없이 은밀히 또는 노골적으로 하는 달갑지 않은 초대 또는 요구, 성적인 관심을 나타내는 호색적인 눈짓 또는 기타 제스처, 만지거나 애무, 꼬집기 또는 폭행 등 불필요한 신체접촉 등.

인권에 관한 세계회의(World Conference on Human Rights)에서 채택된 1993년 비엔나 선언 및 행동계획과 위에서 언급했던 1995년 세계여성총회(베이징)에서 채택된 행동강령은 모두 여성을 성희롱으로부터 보호하는 법적인 조치가 필요하다는 생각을 가지고 있다. 성희롱이 무

엇인가를 정의하려는 노력은 여러 곳에서 이루어지고 있지만 거기에는 공통적인 요소가 있다. 예를 들어, 모든 형태의 여성차별철폐에 관한 협약(Convention for the Elimination of All Discrimination Against Women : CEDAW)을 감독하는 위원회의 제12호 일반 권고(1989년) (1989 General Recommendation No.12)는 성희롱은 여성에 대한 폭력이라고 보았다. 그러나 1992년 CEDAW의 제19호 일반 권고(General Recommendation No.19)는 “신체 접촉, 유혹, 성적으로 색깔 있는 말, 포르노그래피를 보여주는 행위, 말 또는 행동으로 하는 성적인 요구 등 달갑지 않은 성적인 행동”도 성희롱에 포함시켰다. “이러한 행위가 상대방에게 모욕감을 느끼게 하고 건강과 안전에 문제를 일으킬 수 있기” 때문이다.¹²⁾

이러한 형태의 차별로부터 법적 보호를 보장하는 법률을 제정할 때 두 종류의 행동을 포괄적으로 다루는 법률이 되도록 주의해야 한다. 첫째, 성희롱 희생자가 거절한 경우 고용 모집 또는 승진과 관련하여 불이익을 당할 수 있다고 믿을 만한 근거가 있을 경우 성희롱에 해당된다. 둘째, 성희롱이 적대적인 직장환경을 만들 때 성희롱으로 간주된다. 두 가지 특징짓기(characterizations)를 각각 보복이론(quid pro quo theory), 적대적인 직장환경이론(hostile working environment theory)이라고 부른다. 이러한 이론의 발전은 최근 세계 모든 지역의 국가에서 성희롱이란 무엇인가에 대한 토론에 진전이 있음을 보여주는 것이다. 성희롱에 대한 토론은 성희롱을 직장에서의 문제로 인식하였다. 희생자는 심각한 스트레스, 근심, 피로감, 우울 등 생산성, 작업의 질에 직접적인 영향을 주는 신체적·심리적 고통을 당하고 있고, 사용자도 이직률 증가, 생산성 저하, 병가, 건강유지비, 희생자에게 지불하는 배상금 때문에 생기는 금전적인 손실, 소송비용 등으로 고통을 당하게 된다. 오늘날 성희롱에 대한 각국의 법적인 발전 단계로 눈을 돌려 보면 호주, 캐나다, 뉴질랜드, 스위스, 영국, 미국 등 제한적인 숫자의 국가들이 법으로 또는 판결로 성희롱에 대한 보복이론과 적대적 환경이

12) “Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies”, *ibid.*, p. 115.

론을 인정하였다. 프랑스는 전통적인 의미에서 ‘보복’의 정의만 받아들였지만, 고용 분야에서 일어나고 있는 권위의 남용과 성 문제에 관해 법률이 제정된 것 그리고 성희롱을 형사상 범죄로 분류한 것은 유럽에서 가장 중요한 발전이었다.

성희롱은 평등고용기회 및 인권에 관한 법률, 노동법, 불법행위와 태만 등에 관한 민법, 한 개 국가에서는 형법에서 다루고 있다. 라틴아메리카 법률은 성희롱 또는 성희롱에 해당하는 불미스러운 행위에 대해 구체적으로 언급하고 있으며, 위 두 이론을 모두 인정하는 1997년 페루법(1997 Peruvian Law)을 기초로 하고 있고, 특히 부당해고에 초점을 두고 있다. 그 밖에 아르헨티나, 오스트리아, 벨기에, 벨리즈(Belize), 브라질, 칠레, 코스타리카, 도미니카공화국, 핀란드, 독일, 아일랜드, 뉴질랜드, 페루, 필리핀, 스위스 등 여러 나라가 성희롱을 금지된 노동 관행으로 선언한 법률을 채택하였다. 카리브해 국가들은 연방사무국(Commonwealth Secretariat)의 도움을 받아 성희롱 금지를 포함하여 여성에 관한 폭력 문제를 다룬 모범적인 법안을 마련하였다.

고용에서 성차별을 금지하고 일부 성희롱 문제도 구체적으로 언급한 평등기회법은 호주, 캐나다, 덴마크, 독일(베를린), 아일랜드, 뉴질랜드, 푸에르토리코, 스웨덴, 영국, 미국 등 여러 나라가 갖고 있는 성희롱에 대한 가장 중요한 보호장치이다. 평등보호법은 성희롱(법에 저촉된다고 판단될 경우) 등 차별로부터 남녀 모두를 보호한다. 미국 연방법원과 영국은 같은 성 사이에서 일어나는 성희롱도 성차별 문제로 다루고 있다(어떤 한 사람이 그가 남자 또는 여자인지 때문에 차별대상이 되었다면 성차별이 일어났다고 본다).

노동법이 성희롱에 대해 중요한 보호장치이지만(예를 들어 벨기에, 도미니카공화국), 실제로 그 영향력은 보복의 경우에만 한정되는 것이 대부분이다. 다음 짚막한 본문은 필리핀 법률 발췌문으로 희롱 금지의 정의, 희롱이 금지된 직장에서 취할 수 있는 여러 가지 조치를 구체적으로 기술하고, 사용자가 이 같은 조치를 취할 책임이 있음을 분명히 밝히고 있다.

사례 1 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

ILO가 회원국을 위해 마련한 법률안은 다음 사례와 같다.

사례 2 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

정치적 견해와 종교

이 두 가지 종류의 차별은 이들이 모두 지적인 선택이고 고용과 관련하여 양심의 자유 보호와 연결되어 있어 서로 비교가 가능하다고 생각될 수도 있다. 그러나 이 둘은 서로 크게 다른 현상을 포함하기도 한다. 서로 다른 종교를 가진 공동체간의 관계에는 인종 또는 민족적으로 다른 공동체 사이에 있는 것과 비슷한 문제가 일어날 수 있다(위 참조). 이와 달리, 정치적 견해와 종교를 근거로 한 차별은 개인적인 또는 국가측의 불관용의 문제일 수 있다. 국교가 있는 나라 또는 반종교적인 나라 또는 공적인 활동이 한 개 정당 또는 우월한 정당의 명령에 지나치게 종속된 나라 등에서 일어나는 문제가 그 예이다.

일부 평등법은 종교기관의 고용에 관해 예외를 인정하는 것을 넘어 개인적인 분야의 고용에서도 예외를 인정하고 있다. 예를 들어 일의 성격이 종교적으로 민감하여 일반대중을 다루기 위해서는 특정 종교를 가진 사람이라야 하는 경우이다. 2000년 10월에 발표된 트리니다드 토바고 평등기회법(Trinidad and Tobago Equal Opportunity Act, No. 69)이 그 예이다.

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

ILO의 여러 감독기관들은 정치적인 이유를 근거로 한 차별로부터의 보호는 반드시 정치적인 견해의 표현에 적용되어야 한다고 지적하였다. 차별로부터의 보호는 의견에 대해서만 주어지는 것이므로 표현 또는 증명되지 않은 정치적인 견해는 보호의 대상이 될 수 없기 때문이

다. 같은 논리가 종교와 종교 행위에도 적용될 수 있다. 그러나 특정 분야의 고용(공무원 또는 종교기관) 또는 국가안보와 관련된 기관(정치 활동의 경우)의 고용처럼 자격요건 제한이 합법적인 것으로 인정되는 경우에도, 위에서 언급된 일정 직업에 고유한 자격요건의 경우 평등 원칙에서 예외를 인정할 때와 마찬가지로 어려움이 생긴다.

기타 이유를 근거로 한 차별

기타 고용에서 일어나는 차별 중 가장 흔한 것이 노동조합 조합원이기 때문에, 또는 노동조합 활동을 하기 때문에 당하는 차별이다. 이 문제는 제2장 결사의 자유 제2조 단결권 및 단체교섭에 관한 협약 1949(No. 98)에서 자세히 다루었다.

이주노동자 상황

대부분 국가가 외국인 고용에 관해 특별 규정을 두고 있기 때문에 이주노동자에 대한 차별 문제도 외국인 고용에 관한 법률에서 다루어지고 있다. 이주노동자에 관한 협약(Migration for Employment Convention (Revised), 1949, No. 97) (Article 6)은 그 특별 조항에서 노동법 및 사회보장법의 적용에서 평등대우원칙을 천명하였다. 그 후 1975년 이주노동자의 기회 및 균등대우에 관한 협약(추가조항)(Migrant Workers Convention, No. 143)과 1975년 이주노동자에 관한 권고(Migrant Workers Recommendation, No. 151)등 이주노동자에 대한 보다 폭 넓은 보호조항이 채택되었다. 승진 기회 및 일반적인 대우에 관한 이 같은 기준은 1958년에 발표된 협약과 권고의 개념에 그 기초를 두고 있다. 1958년 협약과 권고에는 외국인 노동자의 특징과 필요(언어, 문화, 기타 여러 가지 문제에 관해)를 고려하여 외국인 노동자들이 단순히 형식적인 평등이 아니라 실제로 평등을 누릴 수 있도록 보장하는 구체적인 조항도 포함되어 있다. 이주노동자에 관한 법률 조항은 외국인 고용에 관해 일정한 제한을 허용하고 있다(특히 국가 이익과 관련된 직책에 고용되는 경우). 그러나 고용을 선택할 자유를 제한하는 것

은 원칙적으로 2년에 한하도록 되어 있다(이런 원칙이 서유럽 국가 등 여러 나라의 법률에 언급되어 있다). 이들 기준에 들어 있는 또 한 가지 중요한 특징은 불규칙적인 고용 상태에 있는 이주노동자도 최소한의 평등권을 누릴 수 있어야 한다고 명시한 점이다(이주노동자에 관한 협약은 이주노동자에 대해 불법적이고 비밀리에 행해지는 억압 문제도 다루고 있다). 협약의 목표가 현재로서는 너무 높아서인지 제143호 이주노동자의 기회 및 균등대우에 관한 협약을 비준한 나라는 많지 않다(13개 국). 그러나 제151호 권고와 함께 이 협약은 이주노동자에 관한 일반적인 사고, 요구, 실천에 중대한 영향을 끼쳤다.

나이

나이를 근거로 한 차별은 최근 수십년간 여러 나라에서 점차 큰 근심거리가 되고 있다. 국제노동회의는 1980년 노인 근로자에 관한 권고(Older Workers Recommendation, 1980, No. 162)에서 이 주제를 다루었다. 이 권고는 같은 문제를 다루었던 1958년 협약을 보충한 것이다. 1980년에 발표된 이 권고는 “나이가 많기 때문에 고용 및 직업 면에서 어려움을 겪기 쉬운 모든 근로자”에게 적용된다. 1958년 협약에서와 마찬가지로 이 권고에서도 직장에서 나이 때문에 작업여건을 조절할 필요성, 정년퇴직 문제 등 특수한 상황에 처한 노인 근로자들에 대한 차별을 방지할 조치를 취해야 한다고 규정하였다. 강제 퇴직연령을 정하는 것은 나이를 근거로 한 차별인가? 제162 권고가 이 문제에 대해 조심스럽게 언급한 것은 흥미롭다. 위 권고는 자발적인 퇴직 원칙을 적용할 것과 노령수당을 받게 되는 나이는 융통성 있게 정하도록 권고하였다. 이 권고는 또한 일정한 나이가 되면 강제로 퇴직하게 하는 법률 조항은 비차별 원칙에 비추어 검토되어야 한다고 권고하였다.

결혼, 가정형편, 가족에 대한 책임

결혼, 가정형편, 가족에 대한 책임을 근거로 한 차별은 직장에서 여성이 부당치게 되는 장애와 밀접하게 연결된 문제로 1981년 채택된 가족부양의 의무가 있는 남녀근로자에 관한 제156호 협약과 제165호 권

고의 내용이다. 국제노동회의는 일찍이 1965년에 가족부양의 책임을 가진 여성의 고용에 관한 권고를 채택하였다. 여기서 가족부양의 책임을 분담한다는 현대적인 사고방식에 따라 남녀 모두를 대상으로 한다는 새로운 기준을 바탕으로 제165호 권고가 나오게 되었다. 이 새로운 기준에 따라, 남녀 근로자는 가족에 대한 책임 때문에 차별당하는 일 없이, 그리고 가능한 한 최대한 ‘가족부양의 책임과 고용 간에 갈등 없이’ 직장을 가지고 또 일할 수 있는 권리를 행사할 수 있어야 한다. 결혼 여부, 가족상황 또는 가족에 대한 책임을 이유로 교육 및 고용에서 ‘직접적 또는 간접적인’ 차별을 당하는 일이 없도록 하기 위해, 또한 직업여건(근무시간 조정, 육아휴가), 가족수당을 장려하기 위해 다양한 조치가 마련되었다.

1982년 고용 종료에 관한 협약에는 제111호 협약(Article 5, paragraphs (d) and (e))이 언급한 결혼 여부, 가족에 대한 책임, 임신, 출산휴가 동안 결근 외에 고용 종료를 위해 타당한 이유가 되지 못하는 여러 가지 이유를 열거하였다.

장애

신체적 또는 정신적인 핸디캡을 가진 사람들이 그 핸디캡이 일을 적절히 수행하는 데 전혀 지장이 없음에도 차별을 당하는 일이 흔히 있다. 이들 역시 그들의 특별한 상황에 맞추어 직장에서 기회평등 권리를 누릴 수 있도록 특별한 도움이 필요하다. 장애인 직업재활 및 고용에 관한 협약(159호)과 1983년에 발표된 제68호 권고는 장애를 이유로 한 직접적·간접적인 차별에 대해 특별히 언급하고, 성별에 관계없이 이들에게 실제적인 기회평등과 평등한 대우를 보장할 다양한 조치를 제안하였다. 장애자에 대한 교육, 고용, 근로조건 등의 면에서 장애자에게 필요한 지원과 조정을 다루었고, 사용자에게는 평등원칙을 적용하도록 격려했다. 그러나 사용자에게 장애가 있는 근로자를 고용할 의무를 노골적으로 언급하지 않고 — 일부 국가에서는 장애자 고용을 의무로 규정한 경우도 있고, 이는 성별 또는 출신을 기준으로 일정 비율 고용을 의무화한 제도보다 나은 것으로 보인다 — 다만, “장애근로자와 일반근로

자 간에 실제적인 기회평등 및 평등한 대우를 목적으로 한 특별 조치는 일반근로자에 대한 차별로 간주되지 않는다”고 기술하였다.

그 밖에 보다 최근에 발표되었고 고용과 직업에서 평등대우를 위한 일반적인 구조를 세운 유럽공동체 입법지침(European Community Directive establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation)¹³⁾은 남녀 평등에 관한 1976년 입법지침을 상기하면서 특히 제111호 협약 제4항에 대해 구체적으로 언급하였다. 최근 유럽공동체 입법지침은 2000년 6월 29일 발표되었고 인종 또는 민족적 배경과 무관하게 평등한 대우를 실현한 Directive 2000/43/EEC 등 ILO 협약 및 권고가 이미 구체적인 경우를 들어 고용평등을 명시하였음을 상기하면서 “종교 또는 신념, 장애, 나이, 성적인 성향 등을 근거로 한 차별은 EC 조약의 목적을 실현하는데, 특히 고위직 고용, 사회적인 보호, 생활수준 및 삶의 질 향상, 경제·사회적인 응집력, 단결, 개인의 자유로운 이동을 저해할 수도 있다”고 기술하였다. 이 네 가지 종류의 차별을 이미 유럽공동체에서 금지되고 있는 사항에 추가하면서 이를 근거로 한 직·간접적인 차별을 금지하였다. 직접적인 차별이란 위 네 가지 이유를 근거로 한 사람을 다른 사람보다 못하게 대우하는 것, 그런 대우를 받아온 것, 비교 가능한 상황에서 다른 사람보다 못한 대우를 받을 수도 있는 경우라고 정의된다. 한편, 간접적인 차별이란 법률 조항의 내용이 중립적인 경우 기준 또는 관례가 특정 종교를 가진 사람, 장애인, 나이가 많은 사람, 또는 성적인 성향이 보통과 다른 사람들을 합리적인 목적에 의해 그들의 고용의 정당성이 인정되거나, 고용의 이유가 타당하거나, 또는 진정으로 직업적인 자격요건에 따라 고용되지 않는 한(article 2(2)(a), (b)). 일반인에 비해 불리한 대우를 받게 되는 경우를 일컫는다. 적극적인 차별금지 조치(위 참조)의 개념은 입법지침 제7조에 언급되어 있다. 제10조는 입증책임에 대한 유럽공동체 국가의 접근방식을 반영하고 있으며, EC 회원국은 어떤 사람이 평등대우 원칙이 그들에게 적용되지 않아 부당한 취급을 받았다고 생각하여 법원에 또는 기타 관계기관에 직접 또는 간접적인 차별이 있었음을 짐작케 하는

13) Council Directive 2000/78/EEC of 27 Nov. 2000.

사실을 입증하면, 피고는 그 국가의 사법 제도에 따라 평등대우 원칙을 위반한 사실이 없음을 증명하도록 해야 한다고 명시하였다. 입법지침 제13조는 ‘사회적인 대화’에 관한 내용으로 본 ILO 가이드라인이 특별히 관심을 기울이는 주제이다. 입법지침 제13조는 ILO 회원국에게 작업장의 관행을 모니터하거나, 단체협약, 규약, 연구 또는 경험의 교환, 선한 실천을 통해 평등 구현을 촉진하겠다는 뜻을 가지고 사회적 파트너간 대화를 증진할 수 있는 적절한 조치를 취할 것을 요구하고 있다.

◆ 집행

입증책임

입증책임은 직접적인 또는 간접적인 차별이 있다는 주장이 있을 경우 이에 대한 정당하고 공정한 결과를 얻는 데 중대한 장애가 될 수 있다. 예를 들어, 고용 초기단계에서 불만을 접수한 사람이 어떤 직책에 지원했으나 차별적인 이유 때문에 거절을 당했다고 주장할 경우이다. 일반적으로 선별기준, 자격, 여러 후보자에 대한 평가는 사용자의 지식 범위 내에 있다. 이는 어떤 직책을 위해 사람을 선정하는 실제 기준이 여러 해를 거쳐 수립된 것이어서 간접적인 차별의 원인이 된 경우 특히 그러하다. 여러 나라에서 입증책임은 불만을 제기한 사람에게 있고 사용자에게는 차별이 없었음을 증명할 의무가 없다. 사용자는 아무 말을 하지 않는 것만으로, 그리고 단순히 불만을 제기한 사람의 추론을 부정하는 것만으로 소송사건에서 이길 수도 있다. 실제로, 어떤 사람이 고용 또는 직업에서 차별이 있다고 주장할 경우 생기는 소송 절차상 가장 중요한 문제는, 차별이 있었음을 입증할 책임이 있는 불만 제기자에게 있다는 점이다. 이는 그동안 고통을 당한 사람을 위한 구제책을 마련하는 데 넘을 수 없는 장애가 될 수 있다. 때로 큰 어려움 없이 증거를 모을 수도 있지만(예를 들어 모집광고에 차별이 분명히 드러나는 경우), 대부분은 의심은 가지만 확실한 것은 아니고 또 증

명하기도 어려운 차별 행동·행위인 경우가 많고, 특히 간접적 또는 제도적인 차별의 경우 증거 제시가 어렵고, 증거가 될 수 있는 정보와 기록을 차별행위로 고소를 당한 사람이 가지고 있을 때는 사정이 더욱 어렵다.

불만 제기자가, 특히 동일임금을 둘러싼 소송인 경우 데이터를 보기가 어렵다는 점을 감안하여 여러 입법기관과 법원은 불만 제기자가 차별행위가 있던 것으로 추정된다는 사실을 증명하면, 그 다음 차별이 불만 제기자의 성별과 무관하게 객관적인 요소 때문임을 증명하는 일은 피고가 하도록 결정하였다. 각기 다른 법률 제도를 가진 상당수 국가들이 입증책임에 관한 이런 변화를 채택하였다: 핀란드, 프랑스, 독일, 과테말라, 기니, 이탈리아, 네덜란드, 노르웨이, 스웨덴, 영국, 짐바브웨.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

일부 국가들은 이 문제에 대해 구체적인 법률 조항을 마련하였다. 예를 들어, 1995년 3월 24일에 발표되었고 남성과 여성 간의 평등을 존중하는 스위스 연방법은 섹션 6에서 “소송을 제기하는 사람의 주장이 그럴 듯하다고 인정되면” 차별이 있었던 것으로 추정한다고 규정하였다. 프랑스, 독일, 이탈리아, 스웨덴, 룩셈부르크 등 여러 나라는 입증책임과 비슷한 제도를 채택하였는데, 이 역시 남녀평등이라는 주제에 관한 최근 유럽연합의 입법 내용을 반영하고 있다.

유럽연합의 예가 유용하므로, 남녀 평등에 관한 유럽연합의 입법지침을 인용하고자 한다:

유럽연합 위원회(Council of the European Union), [...]

(2) 노동자의 기본사회권리에 관한 EU 헌장(Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers)이 성별, 피부색, 인종, 견해, 믿음을 이유로 한 차별을 포함한 모든 형태의 차별과 싸워야 하는 일이 중요함을 인식하기 때문에,

(3) 노동자의 기본사회권리에 관한 EU 헌장(Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers) 중 남녀평등

에 관한 제16문이 특히 “고용, 보수, 근무조건, 사회적인 보호, 교육, 직업교육, 승진 등에서 남녀평등의 원칙 실현을 위한 활동을 강화해야 한다.”고 규정하였기 때문에,

[...]

- (8) 평등대우 원칙이 EU 조약 제119항 및 남녀평등 원칙의 적용에 관한 회원국 법률에 대한 유럽연합 입법지침(Council Directive 75/117/EEC, 1975년 2월 10일에 발표)과 고용, 직업교육, 승진, 근무조건 등과 관련하여 남녀평등 원칙 실현에 관한 유럽연합 입법지침(Council Directive 76/207/EEC, 1976년 2월 9일 발표)에 언급되어 있기 때문에,

[...]

- (17) 피고에게 그가 한 일이 차별적이 아니었음을 입증할 책임을 부과하지 않는다면 고소인이 국가법정에서 평등대우의 원칙을 강제할 효과적인 방법을 빼앗기게 될 수 있기 때문에,
- (18) 유럽공동체 재판소가 차별행위가 분명한 사건에 대해 입증 책임 규칙을 조절하도록 규정하였고, 차별이 있었음에 대해 증거가 제시되었을 경우 평등대우 원칙이 효율적으로 적용될 수 있도록 입증책임이 피고에게 돌아가야 한다고 규정하였기 때문에,
- (19) 간접적인 차별은 증명하기가 더욱 어렵기 때문에, 따라서 간접적인 차별을 정의하는 것이 중요하기 때문에,

[...]

이 입법지침을 채택하였다:

제1조(목적)

본 입법지침의 목적은 평등대우 원칙을 실현하기 위해 회원국이 취한 조치를 더욱 효율적으로 만들어, 평등대우 원칙이 그들에게 적용되지 않아 부당한 대우를 받고 있다고 생각하는 사람들로 하여금 관계기관에 호소한 뒤 필요하면 다시 사법적인 절차를 통해 자신의 권리를 주장할 수 있도록 보장하는 데 있다.

(제2조) 정의

1. 본 입법지침에서 평등대우의 원칙은 성별을 이유로 직접적 또는 간접적으로 어떠한 차별도 있어서는 아니 됨을 뜻한다.
2. 제1문에 언급된 평등대우 원칙에서 간접적인 차별이란 명백하게 중립적인 조항·기준·관행이지만, 남성 또는 여성 한쪽의 상당수 사람들에게 불이익을 주는 경우를 뜻한다. 중립적인 조항·기준·관행이 적절하며 필요한 것인지 또한 성별과 관계없는 객관적인 요소에 의해 정당한지가 입증되어야 한다.

(제3조) 범위

1. 본 입법지침은 다음 상황에 적용된다.
 - (a) EU 조약 제119항 및 지침 75/117/EEC, 76/207/EEC에 언급된 상황, 성별을 근거로 한 차별에 관해서는 92/85/EEC와 96/34/EC;
 - (b) 자발적인 성격의 법정외 소송(out-of-the court procedure) 또는 국가법이 규정된 경우를 제외하고 (a)에서 언급된 조치와 관련된 국가법에 따라 교정 수단을 제공하는 공공부문 또는 민간부문에 관한 민사 또는 행정소송.
2. 이 입법지침은 회원국이 달리 규정하지 않는 한 형사소송에는 적용되지 않는다.

(제4조) 입증책임

1. 회원국은 평등대우의 원칙이 지켜지지 않아 자신이 부당한 대우를 받고 있다고 생각하는 사람이 법정에서 또는 관계기관 앞에서 직접적 또는 간접적인 차별이 있었다고 추정하게 하는 사실을 제시했을 때 국가사법제도에 따라 필요한 조치를 취해 평등대우 원칙을 불이행한 사실이 없음을 증명할 책임이 피고에게 있도록 해야 한다.
2. 이 입법지침은 회원국이 원고에게 보다 유리한 증거의 규칙을 채택하는 것을 금지해서는 안 된다.
3. 회원국은 제1문을 사건의 사실 확인을 조사하는 법원 또는 관계기관을 위한 소송 절차에는 적용할 필요가 없다.

[...]

[1997년 12월 15일에 발표된 성을 이유로 차별이 있는 경우 입증 책임에 관한 위원회 입법지침(Council Directive No. 97/80/EC)]

유럽공동체 회원이 아닌 국가 역시 불만이 있는 근로자와 비난을 받는 사용자 간의 불균형을 바로잡는 일을 우선과제로 삼았다. 다음의 사례는 노동법(Labour Code)의 ‘권리 행사와 책임 완수를 위한 기본규칙 사용자의 책임’ 중에서 사용자에게 비폭력을 증명할 책임을 둔 예이다.

사례 2 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 처벌

제재조치의 효과와 관련하여, 차별행위의 희생자는 적절한 구제방법의 혜택을 받을 수 있어야 하며, 그 구제방법은 차별행위에 가담하려는 사람들의 마음을 돌리는 효과가 있어야 한다. 법적 제재조치를 위한 절차를 시도하는 근로자는 물질적·도덕적 위험을 감수하게 됨을 기억할 필요가 있다. 예를 들어, 보호조항이 포함되어 있어도 실제로는 단지 보상금을 준다는 조건하에 사용자가 차별행위의 희생자인 근로자와의 고용관계를 종료시킬 수 있도록 허락하는 법률은 충분한 보호가 되지 못한다. 차별을 막는 데 유용할 수도 있는 형사적 제재조치 사용을 생각해 볼 수 있지만, 여러 국가에서 형사적 제재조치는 최후의 수단 또는 안전장치이다. 결국 보호조항은 차별을 일으키는 사회적인 상황을 바로잡는 데도 필요하다. 차별의 성격이 변화하고 있으며 점차 간접적인 형태를 띠고 있어 형사 처벌을 사용하여 바로잡기가 더욱 어렵게 되고 있음도 주목할 필요가 있다. 대부분 국가가 폭 넓은 처벌과 제재조치를 사용할 수 있도록 하여 차별행위에 적용하는 것이 가장 효율적이라는 데 동의하고 있다.

핀란드의 경우 차별적인 광고행위는(모집 또는 고용기간 중 성차별) 형법상 처벌을 받도록 되어 있다. 슬로베니아에서는 근로자의 기본권을 침해하는 것은 형사법에 저촉되는 행위이다(Penal Act No. 12/77-5/90,

article 86). 같은 법률 제60조는 문제가 된 차별행위가 분명히 금지된 것일 경우 평등권 침해는 형사법에 저촉되는 것으로 규정하고 있다. 이스라엘의 경우 1988년 4월 1일에 발표된 고용법(Employment Law), 평등기회법(Equal Opportunities Law)을 준수하지 않았을 경우 형법상 처벌을 받을 수 있고, 차별을 받은 사람은 민법상 구제조치(징계적 손해배상금도 포함됨)를 청구할 권리가 있다. 스페인의 경우 1991년 개정 형법은 성을 기준으로 고용 분야에서 심각한 차별을 한 사람에게는 형법적인 제재조치를 부과하고 있다. 사회적 침해와 제재에 관한 법(Social Infringements and Sanctions Act, 1988)에는 사용자가 성적인 차별을 내포한 어떤 조치를 취했을 경우 이를 ‘매우 심각한 침해’라고 표현하였다. 이 같은 침해의 경우 제재조치로 벌금 최소 500,001페세타(peseta)에서 최고 1,500만 페세타를 부과하도록 되어 있다.

차별을 두고 일어난 소송 절차의 효율을 위해 소송에 이긴 피해자에게 지급되는 보상금액의 한도액이 없는 것도 매우 중요하다.

일부 국가의 경우는 여기서 더 나아가 북아메리카에서는 ‘계약 승낙’이라고 부르는 법률을 제정한 곳도 있다. 평등을 증진하기 위해 법률에 포함시킨 이 같은 보호적인 요소는 차별철폐 조치를 만든 법에서 주로 발견되며, 사용자에게 그들이 평등정책을 존중할 것이며 이를 위반할 때는 정부계약 또는 대출금을 잃을 것임을 선언한 증명서류를 가지고 있을 것을 요구하고 있다.

다음의 사례는 선진국과 개발도상국이 평등이라는 목적을 이루기 위해 고용에 관한 법률(employment law)을 어떻게 사용하고 있는가를 보여주는 두 가지 예이다:

사례 1 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

그러나 상당수의 노동법이 일반적인 처벌 조항에서 더 나아가 위반행위의 정도를 임원들이 판단하도록 허락하고 있다

사례 2 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 차별금지를 강제하고 평등을 촉진하기 위한 기관

노동행정기관

노동법에 구체적으로 ‘평등을 촉진하는 것’이 노동행정기구의 기능임을 제시한 경우는 극히 드물다. 그러나 이들 기관에게 법의 내용을 강제하는 전반적인 책임을 맡기고 있는 것으로 보아 이들 기관의 역할은 매우 중요한 역할을 하고 있다.¹⁴⁾

또한 사회·경제위원회 또는 노동자문위원회에 위임된 사항의 폭이 넓어 평등을 촉진하는 기능도 맡고 있다.

특수한 평등기관

여러 나라에서 일반적인 평등법 또는 심지어 헌법에 따라 연구, 평등 옹호기능뿐 아니라 조사권, 중재·판결 역할도 하는 전문가로 구성된 평등기관(Specialist Equality Bodies)이 설립되었다. 다음은 준사법적인 기관의 기능을 보여주는 예이다.

1994년 9월 1일에 발표된 온타리오의 고용평등법은 고용평등심판위원회를 설립하였다. 이 위원회는 작업장에서 평등 실천과 관련된 분쟁을 해결할 책임이 있으며, 당사자간의 분쟁을 중재하고 문제가 된 사건의 경우 고용평등법이 존중되었는지를 밝히기 위해 청문회를 실시한다. 이러한 청문회는 소송 절차에서의 청문회처럼 공식적이지 않지만 그 결과 얻어진 결론은 당사자 양측에 구속력을 갖는다. 심판위원회는 소송 절차와 청문회 이전에 분쟁을 해결하기 위해 노력해야 하며 따라서 모든 의뢰사항은 중재인에게 일임하도록 되어 있다. 중재가 실패할 경우 분쟁에 대해 청문회를 열고, 증거 및 관련 법률을 검토한 뒤 심판위원회가 의뢰된 사항에 대해 결정을 내린다.

14) See, for example, L. Hantrais, M. Sireau and B. Lust (eds.): “Labour Administration – A powerful agent of a policy of gender equality in employment and occupation”, ILO, Labour Administration Document No. 551, 1999; and “Labour Administration”, International Labour Conference, 85th Session (1997), Report III(Part IB), para. 181.

심판위원회의 구성은 위원회의 신뢰성과 효율에 매우 중요하다. 일부 최근에 정해진 법률에는 이 점을 특히 강조하고 있다. 예를 들어, 트리니다드 토바고의 법률에는 전문가 그룹을 두어 평등기회위원단(Equal Opportunity Commission)을 돕도록 규정되어 있다.

사례 1 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

헌법에 따라 평등기구가 설립된 좋은 예는 남아프리카공화국이다.

사례 2 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

라틴아메리카의 한 국가는 전문적인 평등기구에게 줄 수 있는 권한과 책임의 범위를 법률에 명시한 재미있는 예이다.

사례 3 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

민원조사관

상당수 국가들이 차별 문제를 다루는 특별한 종류의 지원기구를 가지고 있고, 그 중 가장 흔히 볼 수 있는 것이 옴부즈맨 사무국(Office of the Ombudsman)이다. 헝가리, 스페인, 핀란드, 슬로베니아는 모두 차별 문제를 다룰 권한을 가진 옴부즈맨을 가지고 있다. 그러나 옴부즈맨의 명령과 사법적인 명령의 권위(효율성)는 구별할 필요가 있다.

예를 들어, 노르웨이의 경우 평등 옴부즈맨(Equality Ombudsman)은 평등권과 기회를 촉진하고 평등지위법(Equal Status Act)을 준수하고 있는지 모니터링할 행정적인 책임을 가진 상설기관이다. 이 기구는 불만을 접수하고 권고(특별한 경우 ‘명령’을)를 내보내며, 사건에 대해 명령을 내릴 수 있는 제한적인 권위를 가진(고용 또는 해고에 대해서는 아무 권한이 없다) 평등권위원회(Equal Rights Board)로 보낸다. 옴부즈맨 제도를 사용할 경우 분명히 이로운 점은 전혀 비용이 들지 않는다는 점이다. 핀란드에도 이와 비슷한 제도가 있는데 평등 옴부즈맨의

발의에 따라 평등위원회는 1986년 제609호 평등법을 위반한 차별행위를 중지하도록 입법지침을 내릴 수 있다.

노동법원에 제소

영국의 평등기회위원회(Equal Opportunities Commission)은 세 가지 의무를 가지고 있다: 차별철폐를 위한 노력, 기회평등 촉진, 1970년 평등법(1970 Equality Act) 및 1975년 성차별에 관한 법률(1975 Sex Discrimination Act) 유지. 이 위원단은 조사기능을 가지고 있으며, 차별금지 통지(non-discrimination notice)를 낼 수 있으며, 차별행위가 계속될 경우 고용심판위원회의 명령 또는 선언을 요청할 수 있다. 또한 불만사항 접수자 개인에게 고용심판위원회에 제소한 소송 절차에서, 그 후에는 고용소송법정(Employment Appeals Tribunal)에서 법적인 도움을 제공한다.

이스라엘의 경우 1988년 고용법(평등기회법)에 따라 여성단체는 그들이 소송을 제기하지 않았어도(소송은 개인 또는 노동조합만 할 수 있다) 그들의 입장을 노동법원에 제시할 수 있다. 잠비아의 경우 1993년 산업 및 노동관계법(Industrial and Labour Relations Act of 1993)에 따라 성을 이유로 불이익을 당했거나 차별을 받았다고 믿을 만한 근거가 있는 고용인은 사건 발생 30일 이내에 노사관계법원(Industrial Relations Court)에 제소할 수 있다. 법원이 고소인의 고소 내용이 이유 있다고 판결할 경우 법원은 각 사건의 경중에 따라 손해배상을 하거나, 고용 상실에 대해 고소인에게 보상을 지급하거나, 재고용 또는 복직을 명령하도록 되어 있다.

누구든 성을 이유로 차별을 당했다고 주장할 경우 고등법원에 문제 해결을 요청할 수 있다. 고등법원은 성을 이유로 차별당하는 일로부터 여성을 보호하는 일을 강제하는 데 적절하다고 생각되는 명령을 내리거나, 판결집행 명령장을 발부하거나 지시를 내릴 수 있다. 사건을 고등법원에서 대법원에 상고할 수도 있다.

다음 표의 내용은 평등조항을 강제하기 위한 각국의 기구이다(노동부 산하 부서는 여기에 포함되어 있지 않다).

Australia	Human Rights and Equal Opportunities Commission Affirmative Action Agency Office of the Status of Women (in the Office of the Prime Minister)
Austria	Federal Public Service Commission for Equal Treatment
Belgium	Commission for the Employment of Women
Brazil	National Commission on the Rights of Women (CNDM)
Cameroon	Commission on Human Rights and Freedoms
Canada	Federal (and provincial) Human Rights Commission Provincial Employment Equity Boards
Czech Republic	Council for Human Rights Inter-ministerial Commission for Romany Affairs
Cyprus	National Committee for Women
Denmark	Equal Status Board
Finland	Council for Equality between Men and Women Equality Ombudsman
France	National Council for Sex Information
Greece	Council for Equality between Men and Women
Iceland	Equal Status Council Office of Equal Opportunities Ombudsman
India	National Human Rights Commission
Ireland	Council for the Status of Women
Italy	Office of the Minister for Equal Opportunity Commission for the Realization of Equality between Men and Women (within PM's Office) Labour Ministry's Commission on Women Workers' Rights
Liechtenstein	National Commission for Equality between Men and Women
Lithuania	Office of Equal Opportunities Ombudsman
Luxembourg	Committee on Women's Employment
Malta	Secretariat for Equal Status of Women Commission for Advancement of Women
Netherlands	Equal Treatment Commission
New Zealand	Equal Employment Opportunities Trust Human Rights Commission
Norway	Equal Rights Board Equality Ombudsman
Pakistan	Human Rights Commission
Portugal	Committee for Equality in Work and Employment (CITE) High Commission for Equality and the Family
South Africa	Human Rights Commission Commission for Gender Equity Employment Equity Commission NEDLAC
Spain	Institute for Women's Affairs
Sweden	Equal Opportunities Commission Equal Opportunities Ombudsman (Jämo)
Switzerland	Federal Commission for Matters Relating to Women
United Kingdom	Equal Opportunities Commission for Sex Discrimination RE Commission for Race Discrimination Industrial tribunals/employment appeal tribunals/House of Lords
United States	EEOC Federal district courts Supreme Court

제 8 장

노동법의 주요 조항: 아동노동 근절

◆ 서론

노동에서의 권리와 기본원칙에 관한 1998년 ILO 선언에 따라 모든 ILO 회원국은 아동노동 근절 원칙을 증진하고 존중하며 실현하여야 한다. ILO는 이러한 일을 하는 회원국을 돕고 다른 국제기구에게도 ILO 회원국을 지원하도록 격려할 것이다. 취업의 최저연령에 관한 ILO 협약(제138호, 1973)과 권고(제146호, 1973), 가혹한 형태의 아동노동 철폐 근절에 관한 ILO 협약(제182호, 1999)과 권고(제190호, 1999)는 아동노동의 점진적인 근절에 대한 주요 협약으로서 특히 아동노동에 관한 가혹한 형태에 우선적인 관심을 두고 있다. 여기 제시된 법률 가이드라인은 이들 협약을 중심으로 한 것이다.

제138호 협약은 고용 또는 일을 할 수 있는 최저연령에 대해 여러 가지 기준을 제시하였다. 이러한 기준을 적용하는 것이 아동노동을 효율적으로 근절하고자 하는 ILO 회원국 정책의 핵심이어야 한다. 물론 아동노동 근절이 효율적으로 이루어지려면 제190호 권고에서 밝힌 대로 교육, 고용, 건강 등 보충적인 정책이 필요하다. 어느 국가이든 제138호 협약을 비준할 때는 동시에 고용 또는 일을 할 수 있는 최저연령을 선언해야 하며, 최저연령은 의무교육을 마치는 나이, 즉 15세 이상이어야 한다. 경제, 교육 시설이 충분하지 못한 회원국의 경우 처음에는 최저연령을 14세로 규정할 수도 있다.

여러 나라들이 제138호 협약의 범위 내에서 최저연령을 정했지만 아직도 모든 경제 분야에서 아동노동이 완전히 근절되려면 경제적인 발전이 선행되어야 하는 장기적 과제이다. 그러나 어떤 형태의 아동노동은 장기간 묵과할 수 없는 문제이다. 이 때문에 ILO는 제182호 협약을 채택하고, 이를 비준한 국가는 “가혹한 형태의 아동노동 근절을 긴급한 과제로 보고 이를 위해 즉각적이고 효율적인 조치를” 취하도록 하였다.

다음 항에서는 두 가지 접근방법을 실행하기 위한 가이드라인이다. 첫번째는 제138호 협약이 정한 대로 아동노동을 입법적으로 금지하는 것, 두번째는 가혹한 형태의 아동노동을 폐지하는 것이다.

◆ 아동노동을 법적으로 금지

경제 전 분야에 걸쳐 아동노동을 효과적으로 근절할 것을 목표로 한 법률은,

- 고용 가능한 최저연령을 규정해야 한다.
- 최저연령의 효율적인 실천과 이를 강제할 조치를 취해야 한다.
- 아동노동을 금지하고 이미 노동시장에서 일하고 있는 아동을 보호하고 재활을 돕기 위한 사회·경제적인 조치를 제공해야 한다.

일할 수 있는 최저연령에 관한 법률

- (1) 일할 수 있는 최저연령에 관한 법률은,
- 모든 형태의 일에 적용되는 일반적인 최저연령을 정해야 한다. 이 때 최저연령은 의무교육을 마치는 나이보다 적어서는 안 된다. 즉 15세 이상이어야 한다.¹⁾
 - ‘모든 형태의 일’에는 협약을 비준한 국가가 특정 직업 또는 특정 분야에는 협약을 적용하지 않기로 결정하지 않는 한(협약의 규칙 대로) 가내공업, 가족노동, 자영업, 해상작업(maritime work) 등

1) Convention No. 138, Art. 2(3).

도 포함된다.

그들의 경제적·교육적인 설비가 충분히 발전되지 못했다고 생각하면 (개발도상국가) 일반적인 최저연령을 14세로 정할 수도 있다.²⁾

(2) 일을 할 수 있는 최저연령에 관한 법률은,

- 건강, 안전 또는 젊은이의 도덕성에 해가 될 수 있는(hazardous work) 일을 할 수 있는 최저연령은 18세 이상으로 규정해야 한다.
- 무엇이 위험한 직업인지는
- 법률에 이러한 직업의 종류를 열거하여
- 또는 관계기관 또는 관계기관의 장에게 결정하도록 위임하여
- 또는 이러한 결정을 위한 절차를 정하여서, 예를 들어 자문위원회로 하여금 사회적인 파트너와 협의하고 안전 및 건강에 관한 전문가의 의견을 들어서 결정할 수 있다.

(3) 일할 수 있는 최저연령에 관한 법률은 가벼운 일(light work)에 대해서는 최저연령을 낮게 정할 수도 있다. ILO 협약에 따라 법률은 적어도,

- 최저연령을 13~15세로(개도국의 경우 12~14세)로 명시해야 한다.
- 가벼운 일, 예를 들어 아동근로자의 건강 또는 발달에 해가 되지 않으며, 학교 출석 및 학교 교육에서 배우는 능력에 영향을 끼치지 않는 일이 무엇인지 결정할 관계기관을 명시해야 한다;³⁾
- 같은 관계기관이 아동고용, 작업이 행해지고 있는 곳의 작업시간, 작업여건도 결정하도록 해야 한다.

젊은이가 의무교육을 채 마치지 못한 경우 법률은 가벼운 일을 위한 최저연령을 15세로 정할 수도 있다.⁴⁾

2) Convention No. 138, Art. 2(4).

3) Convention No. 138, Art. 7(1).

일반 최저연령에서 예외 조항을 둘 수도 있다.

- 예술공연(artistic performances) (예를 들어, 예술공연, 과학 또는 교육 분야, 상업적 또는 비상업적인 광고, 모델 등). 협약 내용에 따라 최저연령의 예외를 인정하기 위해서 법률은,
 - 개별적인 경우에 따라 예외를 인정할 관계기관을 명시해야 하고,
 - 관계기관으로 하여금 근로시간과 근로조건을 정하도록 하며 그것은,
 - 교육·훈련을 위해 공식적으로 인정한 프로그램의 일부로 학교에서 이루어지는 일이거나
 - 공식적으로 인정된 교육 또는 훈련 프로그램(수습 apprenticeship)의 일부로 이루어지는 일이어야 한다. 단, 법률이 인정하는 최저연령은 14세이다.

고용을 위한 최저연령
ILO 최저연령에 관한 협약 (1973, 138호)

	일반적인 적용	경제, 교육 시설 면에서 충분히 발전되지 못한 나라
고용을 위한 일반적인 최저연령	의무교육을 마친 나이 이상, 즉 15세 이상	14개 국
위험한 일 또는 가혹한 형태의 아동노동으로 분류되는 일	18개 국	18개 국
가벼운 일	13~15개 국	12~14개 국

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

일할 수 있는 최저연령에 관한 법률 시행

최저연령에 관한 법률의 효율적인 시행 및 강제를 위해서는 최저연

4) Convention No. 138, Art. 7(2).

령법을 어겼을 경우 제재조치, 아동노동 존재 여부에 대한 적절한 조사, 작업장 조사를 할 수 있어야 한다.

법률을 어겼을 경우의 제재조치

최저연령 조항은 제재조치를 통해 강제되어야 한다. 따라서 법률은,

- 아동노동 금지 조항을 어겼을 경우 처벌 및 기타 조치를 규정해야 한다.⁵⁾
- 최저연령 이하 아동고용에 책임이 있는 모든 이들에 대해 제재 조치를 법률에 규정해야 한다(사용자, 부모, 후견인 등).
- 제재조치가 충분히 억제력이 있어야 한다.
- 형사, 민사, 행정적 제재조치 등 다양한 제재조치가 있어야 한다.
- 위반의 심각성 정도에 따라 제재조치를 다양화해야 한다. 예를 들어, 위험한 작업에 아동을 고용했을 경우는 위험하지 않은 일에 아동을 고용한 경우보다 무거운 제재조치가 가해지며, 반복적으로 법을 위반했을 경우도 무거운 제재조치를 취해야 한다.
- 아동도 법적인 구제방법에 접근성을 가질 수 있도록 해야 한다. 예를 들어, 아동도 일을 하게 된 순간 노동조합에 가입할 수 있어야 한다. 또는 노동조합(또는 아동노동에 관심을 가진 민간사회단체)에게 아동을 대표할 법적인 지위를 보장한다.
- 최저연령 이하이면서 일을 한 아동을, 그 행동은 불법이지만 처벌대상이 되지 않도록 보장한다.

조사, 감독, 기타 법률 시행방법

조사(Investigation) : 아동노동법을 올바르게 시행하고 아동노동 근절을 목표로 한 효과적인 프로그램을 만들기 위해, 아동노동의 실례와 아동노동이 일어나고 있는 상황을 먼저 살펴봐야 한다. 법률은 다음과 같은 방법을 통해 아동노동이 상존하고 있는가를 확인할 수 있다.

- 전국적으로 아동노동 상황을 확인할 제도를 마련한다.⁶⁾ 이러한

5) Convention No. 138, Art. 9(1).

6) Bequale, pp. 23-27.

제도를 통해 아동노동에 관한 상세한 정보 수집, 아동노동의 성격, 범위⁷⁾

- 아동의 성별, 나이, 직업, 경제활동 분야, 고용에서의 지위, 학교 출석, 거주지 등의 정보⁸⁾
- 가혹한 형태의 아동노동 근절에 관한 국가법 위반 여부를 파악할 수 있도록 해야 한다.⁹⁾
- 민간기구, 노동조합, 종교단체, 자선단체, 기타 관련단체가 아동노동을 조사하는 데 협조할 것 등이 요구된다.¹⁰⁾

감독(Inspection) : 일단 아동노동이 존재하는 것으로 확인되면 최저연령법이 충실히 시행되도록 최선을 다해야 한다. 근로감독 서비스가 이러한 역할을 하는데, 이 때 그들이 하는 일이 공적인 권위를 갖도록 하며 공정하게 시행되도록 하는 것이 중요하다. 그렇게 할 수 있기 위해 법률은,

- 아동 및 최저연령에 미달하는 사람들을 고용하여 착취하는 행위를 수사하고, 이를 바로잡을 수 있도록 하는 교육, 주변 지역을 감독하는 데 필요한 운송수단 등 구체적인 기본계획을 마련하여야 한다.¹¹⁾
- 근로감독 서비스가 아동 및 최저연령 미달자의 고용과 관련된 법조항을 시행할 권위를 가질 수 있도록 해야 한다.
- 근로감독 서비스가 아동노동이 존재하는 모든 작업장까지 확대되도록 해야 한다.
- 아동노동에 관한 법률을 준수하고 실천하도록 할 효과적인 방법에 대해 정보를 제공하고 자문하는 것이 감독관의 역할이 되도록 한다.¹²⁾

7) Recommendation No. 190, para. 5(1).

8) Recommendation No. 190, para. 5(2).

9) Recommendation No. 190, para. 5(3).

10) Bequele, pp. 24, 43-57.

11) Recommendation No. 146, para. 14(1)(a).

12) Recommendation No. 146, para. 14(2).

- 근로감독 서비스 안에 반드시 남녀 수가 균형을 이루도록 한다.
- 근로행정 담당자들이(근로감독 서비스를 포함하여) 교육, 훈련, 복지, 아동 및 젊은이 지도에 책임이 있는 사람들과 긴밀하게 협력한다.¹³⁾
- 근로감독관은 노동조합 또는 기타 업무의 내용상 아동노동 위반에 대하여 중요한 정보를 갖게 되는 공공 또는 사설기관이 아동노동 위반을 신고했을 때 이에 대해 조사할 의무가 있음을 규정해야 한다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

- 근로감독 서비스 또는 행정서비스에게 행정적인 제재조치를 내릴 수 있는 권한이 주어져야 한다(예를 들어, 벌금, 영업정지 등).

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

- 아동노동 위반행위에 대한 기록을 보관하도록 하고, 아동노동 폐지를 위한 최선의 정책을 홍보한다.¹⁴⁾
- 누구든 감독 과정을 막는 사람은 제재조치를 받을 것임을 분명히 한다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

기타 아동노동 근절 시행방법: 아동노동에 관한 법률 조항을 이행하고 강제할 방법을 제정할 때 법률은,

- 다음 방법을 통해 나이를 효과적으로 검증하도록 해야 한다.
 - 효율적인 출생신고제도를 유지하여,¹⁵⁾

13) Recommendation No. 146, para. 14(3).

14) Recommendation No. 190, para. 15(g).

- 사용자에게 18세 이하 근로자 모두의 이름, 나이를 기록한 문서를 작성하도록 한다.¹⁶⁾
 - 아동의 실제 나이에 관해서는 입증책임을 사용자에게 있도록 한다.
 - 나이를 확인할 다른 절차를 마련한다.
- 사용자에게 고용된 아동과 젊은이에 대해 정확한 기록을 작성하도록 한다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

권리의 정당성을 높이기 위해 법률에 다음 사항을 포함할 수도 있다.

- 아동노동의 희생자 또는 희생자의 대리인이 법정 또는 적절한 심판위원회에 문제를 의뢰할 수 있도록 한다.
- 특별 고소 절차를 마련하고 가혹한 형태의 아동노동 금지를 위반한 사례를 밝힌 사람을 차별하거나 보복행위로부터 보호할 규정을 만든다.¹⁷⁾
- 인권보호에 관한 국가기관에게 아동노동정책을 모니터할 권한, 특히 아동학대에 대한 조사권을 위임한다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

- 유죄가 입증된 아동노동법 위반자를 공개하도록 규정한다.¹⁸⁾
- 아동노동 희생자가 무료로 법률적인 도움을 받을 수 있도록 한다.¹⁹⁾

15) Recommendation No. 146, para. 16.

16) Convention No. 138, Art. 9(3).

17) Recommendation No. 190, para. 15(i).

18) From recommendations on the enforcement of legislation against child bondage, ILO, 1992, pp. 7-8.

19) From recommendations on the enforcement of legislation against child bondage, ILO, 1992, pp. 7-8.

- 아동에게 친숙한 고소 절차를 마련한다. 예를 들어 아동에게 그들의 역할, 범위, 고소 절차의 시간 및 진전 과정, 그들이 관련된 사건의 성격 등을 알려준다.
- 그들의 견해, 근심을 진술하도록 하고, 고소 절차 중 적절한 단계에서 이를 검토하도록 한다.
- 소송이 진행되는 동안 피해자에게 적절한 도움을 제공한다.
- 피해자의 불편을 최소화하도록 조치를 취한다.
- 그들의 사생활을 보호한다.
- 위협 또는 보복으로부터 그들을 안전하게 보호한다(피해자의 가족 또는 증인의 안정 포함).
- 사건처리 과정, 명령의 수행, 피해자에 대한 보상이 불필요하게 지연되는 일이 없도록 한다.

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

아동노동을 근절하기 위한 사회·경제적 조치

아동노동 방지·보호책

아동노동을 효과적으로 근절하기 위해서는 아동노동을 사용하는 일을 막고 또한 이미 일하고 있는 아동을 보호하도록 설계된 사회·경제적인 프로그램의 시행이 요구된다.²⁰⁾ 또한 이 일을 가장 효율적으로 수행할 수 있기 위해서는 부모, 아동보호기관, 사용자, 근로자 단체, 비정부기구 등 관련단체가 아동노동과 싸우는 데 필요한 사회·경제적인 조치를 개발하는 데 참여해야 한다.

아동노동 방지(Prevention): 법률은 아동노동의 경제적·사회적 뿌리가 되는 원인을 바로잡는 조치 또는 프로그램에 법적인 근거를 제공함으로써 아동노동을 방지하는 데 일조할 수 있다.²¹⁾ 그렇게 하기 위해 다음 사항을 법률로 정할 수 있다.

20) See Bequale, p. 31.

21) Bequale, pp. 29-41.

- 경제적인 성장을 촉진하기 위한 프로그램을 개발하여 고용 중심의 경제발전을 도모한다. 그렇게 함으로써 어른 고용을 충분히 늘려 아동노동이 필요하지 않도록 만든다.²²⁾
- 재산에 대한 공평한 권리(토지, 공평한 상속권 등), 최저임금제도 등 가난을 완화하기 위한 사회·경제적인 조치를 마련한다.²³⁾
- 아동의 생계를 보장하기 위한 사회보장제도, 가족복지제도를 마련한다. 예를 들어,
 - 가족의 수입이 그 이하로 떨어지지 않도록 하는 최저임금제도²⁴⁾
 - 아동의 건강과 발전을 도울 수 있는 저비용 건강 및 교육을 보장하는 공공서비스²⁵⁾
- 동일가치 노동일 경우 아동, 어른에 관계없이 동일임금을 지급하는 비차별적인 임금정책을 엄격하게 시행하도록 하여, 저임금을 위해 아동을 고용하는 원인을 제거한다.
- 노동을 위한 최저연령이 의무교육을 마치는 나이보다 높도록 하고 위험하지 않은 종류의 일을 할 수 있도록 사전 교육을 실시하도록 한다.
- 가족이 없거나, 가족과 함께 살지 않는 아동, 이주아동 또는 가족과 함께 살지만 가족과 함께 떠돌며 사는 아동을 위한 직업교육을 실시하도록 규정한다.

보호책(Protective measures): 아동이 최저연령에 도달하면 합법적으로 일을 할 수 있다. 최저연령 이하인 아동이 일을 하는 것이 국가법이 그들에게 일을 시킬 수 없도록 금지하지 않았기 때문일 수도 있다. 제 139호 협약은 일정한 상황에서는 아동노동에 관한 조항을 점진적으로

22) Recommendation No. 146, para. 2(a).

23) Bequale, p. 33.

24) Recommendation No. 146, para. 2(b).

25) Recommendation No. 146, para. 2(c).

적용할 것을 허용하고 있다. 이 두 경우 모두 아동은 그들의 복지에 해가 되지 않는 여건에서 일하도록 특별한 법적인 보호를 받아야 한다. 이를 위해 다음과 같은 법률을 제정할 수 있다.

- 18세 이하 아동은 어떤 이유에서든 그들의 건강, 안전, 사기를 해칠 수 있는 일을 해서는 안 된다는 일반적인 법률 조항을 제정할 수 있다. 그렇게 하기 위해서는, 아동을 고용한 사람은 그 아동에게 위험하지 않은 일을 맡기고, 작업환경에서 위험한 요소를 제거할 의무를 갖도록 한다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

- 아동이 노동법에 따라 어른과 같은 권리를 가지며 또한 이를 알고 있도록 해야 한다.
- 아동의 노동시간을 제한하고 휴식, 레저, 학교 출석, 숙제 시간을 주도록 규정한다.²⁶⁾

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

- 밤에 최소한 12시간 이상 계속하여 쉴 수 있고, 매주 휴식하는 날을 허용하도록 법률을 제정한다.²⁷⁾
- 매년 최소 4주간 동안 유급휴가를 주도록 한다.²⁸⁾
- 동일가치 노동 동일임금 원칙에 따라 공정한 보상을 하도록 한다.²⁹⁾
- 일하는 아동 모두 상해보험, 의료보험, 병가 등 사회보장제도의 혜택을 받을 수 있도록 한다.³⁰⁾
- 정기적으로 아동노동자의 건강 및 현재 하고 있는 일을 할 능력

26) Bequele, p. 34.

27) Bequele, pp. 34-35.

28) Recommendation No. 146, para. 13(1)(b).

29) Recommendation No. 146, para. 13(1)(c).

30) Recommendation No. 146, para. 13(1)(d).

이 있는가 살펴보기 위해 의학적인 검진을 받도록 한다.³¹⁾

- 아동노동자에게 저녁 또는 주말에 비공식적인 교육기회를 제공한다. 그렇게 함으로써 후일 정식교육을 받을 수 있게 될 것이다.³²⁾

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

교육

교육은 일의 생산성을 높이는 열쇠일 뿐 아니라 아동노동을 금지하고 아동노동에 노출되었던 아동의 재화에 가장 중요하고 유일한 요소이다. 따라서,

- 일할 수 있는 최저연령은 의무교육을 마치는 나이보다 적어서는 안 된다;³³⁾
- 의무교육을 마치는 나이를 높여야 한다.
- 모든 아동에게, 특히 아동노동을 한 적이 있는 아동에게 기본교육은 무료이어야 한다.³⁴⁾

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

법률은 다음과 같은 사항을 요구하거나 규정할 수 있다.

- 고용이 허용되는 나이까지는 전일학교에 출석해야 하거나 직업에 관한 오리엔테이션 또는 교육프로그램에 참여해야 하도록 요구할 수 있다.³⁵⁾
- 일이 아동의 학교 수업에 지장을 주어서는 안 되도록 보장한다.
- 아동 또는 젊은이들의 필요에 적절한 교육, 직업에 관한 오리엔

31) Recommendation No. 146, para. 13(1)(a).

32) Recommendation No. 146, para. 13(1)(e).

33) Bequele, p. 38.

34) Bequele, p.38.

35) Convention No. 138, Art. 2(3).

테이션, 훈련을 위해 적절한 시설이 마련되도록 요구할 수 있다.³⁶⁾

- 아직 일을 그만둘 수 없는 학생을 위해 보다 유연한 형태의 학교를 운영하도록 규정할 수 있다(예를 들어, 야간 또는 주말 수업 등).³⁷⁾
- 학교에서 아동들에게 아동노동의 위험성에 대해 가르치고 아동노동자의 권리에 대해 알려주도록 한다.³⁸⁾
- 아동의 필요를 충족할 수 있도록 교사·교육의 질을 높인다.³⁹⁾
- 아동노동이 근심거리인 공동체의 경우 아동노동에 대한 비공식적인 교육을 통해 가족이 아동을 아동노동으로부터 보호할 수 있도록 한다.⁴⁰⁾

사례 ➡ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

법률로 아동과 그 가족, 지역공동체, 비영리단체, 사용자 및 근로자 단체, 아동보호 관련 기구 등이 아동노동과 맞설 아동노동 방지책, 보호책을 마련하는 데 참여하도록 해야 한다.⁴¹⁾

◆ 가혹한 형태의 아동노동의 근절

국가정책의 궁극적인 목적이 모든 형태의 아동노동 근절이지만, 최우선적인 관심은 가혹한 형태의 아동노동 금지와 근절에 두어야 한다.⁴²⁾ 이 두 경우 모두 국가정책을 공고히 하는 데는 법률이 핵심 도구이다. 제182호 협약은 회원국에게 가혹한 형태의 아동노동의 근절을

36) Convention No. 182, Art. 7(2)(c) and Bequele, pp. 130-133.

37) Recommendation No. 146, para. 4.

38) Recommendation No. 146, para. 2(d).

39) Bequele, p. 38.

40) Bequele, p. 141.

41) Recommendation No. 190, para. 15(j).

42) Bequele, p. 40.

위해 즉각적이고 효과적인 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 가혹한 형태의 아동노동은 다음과 같다.

- 아동매매와 불법적인 인신매매, 근로할 것을 조건으로 하는 금전 대차, 농노제도, 무장 투쟁에 사용하기 위하여 아동을 강요에 의해 또는 강제로 모집하는 일을 포함하여 강요 또는 강제에 의한 노동 등 모든 형태의 노예제도, 노예제도와 비슷한 관행
- 아동을 매춘행위에, 포르노그래피에, 또는 포르노그래피와 같은 공연을 하도록 아동을 이용하거나, 획득 또는 제공하는 행위
- 불법행위 특히 관련 국제조약에 마약 생산 또는 거래로 정의된 행위를 위해 아동을 이용, 획득, 제공하는 행위
- 일의 성격상 또는 일을 수행하는 환경이 아동의 건강, 안전, 도덕성에 해가 될 수 있는 일⁴³⁾

전반적으로 법률은,

- 가혹한 형태의 아동노동을 금지해야 한다.⁴⁴⁾
- 직접적으로 또는 관련기관에 권한을 위임하여 ‘위험한 아동노동 (일의 성격상 또는 일을 수행하는 환경이 18세 이하 소년·소녀의 건강, 안전, 도덕성에 해가 될 수 있는 일)’에 대해 정의하고 그 형태를 정기적으로 개정하도록 규정한다.
- 가혹한 형태의 아동노동의 근절을 목표로 한 조치를 취해야 한다.⁴⁵⁾
- 18세 이하 모든 이에게 가혹한 형태의 아동노동 근절을 위한 조치를 적용한다.⁴⁶⁾
- 특히 위험한 상황에 있는 아동 그룹을 위해 특별히 필요한 것이

43) Convention No. 182, Art. 6(2), Recommendation No. 190, para. 2, and Bequele, pp. 43-54.

44) For an overview on the magnitude of the problem of children engaged in the most egregious forms of child labour, see Child Labour: Targeting the Intolerable, Report VI(1), ILC, 86th session, Geneva, 1998, pp. 3-22.

45) Convention No. 182, Art. 3.

46) Convention No. 182, Art. 1.

무엇인가를 파악한다.⁴⁷⁾

- 효과적인 법 실행 및 강제 방법을 마련한다.

그 외에 법률로 다음을 규정할 수 있다.

- 가혹한 형태의 아동노동을 모니터할 기본구조를 세우거나 또는 특별한 경우에 한해 모니터하도록 한다.

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

- 가혹한 형태의 아동노동을 근절하기 위한 조치를 마련하는 계획을 세운다(범위, 참가자, 강제적인 성별 검토, 시간 계획 등).
- 상호 법적인 도움을 인정한다.
- 국제적인 협력을 요구할 수 있다.
- 가혹한 형태의 아동노동을 금지하고 근절할 책임이 있는 여러 관계기관이 서로 협력하도록 요구할 수 있다.

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

가혹한 형태의 아동노동의 근절을 위한 조치가 강요에 의한 노동 조항과 겹치는 경우 법률은, 아동은 이들 법률 조항의 보호를 받으며 아래 제시된 추가적인 보호를 받도록 보장해야 한다.

◆ 노예제도 또는 노예제도와 비슷한 관행

가혹한 형태의 아동노동의 금지와 근절에 관한 법률에는 모든 형태의 노예제도 또는 노예제도와 비슷한 현실과 맞설 조치가 반드시 포함되어야 한다. 노예제도 또는 노예제도와 비슷한 관행이란 다음이 포함된다.

47) Convention No. 182, Art. 1.

- 아동매매 또는 불법적인 인신매매
- 근로할 것을 조건으로 한 금전대차 및 농노
- 무장 투쟁에 사용하기 위하여 아동을 강요에 의해, 또는 강제로 모집하는 일 등 강요 또는 강제에 의한 근로
- 노예제도 또는 노예제도와 비슷한 관행, 또는 강요 또는 강제에 의한 근로.⁴⁸⁾

아동매매와 불법적인 인신매매

제182호 협약은 ‘아동매매와 불법적인 인신매매’에 대한 정의 및 그 내용에 대해 기술하지 않았다. 이러한 내용이 빠져 있으므로 제182 협약은 결과적으로 ILO 회원국들에게 어떤 특별한 경우가 ‘노예제도와 비슷한 경우’에 해당되는가에 대해 상당한 재량권을 부여하고 있다. 그러나 이러한 재량권은 아동매매와 불법적인 인신매매에 대해 상세한 정의를 담고 있는 국제협약 및 권고에서는 금지되어 있다.

제3조(용어의 사용)

본 의정서에서,

- (a) ‘불법적인 인신매매’란, 착취를 목적으로 협박, 폭력 또는 기타 강제방법, 납치, 사기, 속임수, 권력의 남용 또는 상대방의 취약한 입장을 이용하여, 다른 사람에 대한 통제권을 가진 사람의 동의를 얻기 위해 금전적인 보상 또는 기타 혜택을 주거나 받고 사람을 모집, 운송, 거래, 잡아두기 또는 받는 행위를 뜻한다. 착취란, 매춘 및 기타 형태의 성적인 착취, 강제에 의한 근로 또는 서비스, 노예제도 또는 노예제도와 비슷한 관행, 노역, 신체 일부분의 제거 등이 포함된다.
- (b) (a)항에서 언급된 착취 형태의 착취를 위해 (a)항에 언급된 방법을 동원하였을 경우 불법적인 인신매매 피해자의 동의는 부당한 것으로 간주된다.

48) Convention No. 182, Art. 2.

- (c) 착취를 목적으로 아동을 모집, 운송, 거래, 잡아두기 또는 받는 행위는 (a)항에 언급된 방법을 동원하지 않았더라도 ‘불법적인 인신매매’로 간주된다.
- (d) ‘아동’이란 18세 이하인 사람을 뜻한다.

아동에 대한 불법적인 인신매매를 금지·폐지하기 위한 법률은,

- 소년·소녀에 대한 불법적인 인신매매는 국가에 대한 범죄일 뿐 아니라 인간에 대한 범죄로 인식하여야 한다. 법률은 성적인 착취 또는 근로착취에 관여한 여러 종류의 중간자를 처벌하여야 한다. 법률은 불법적인 인신매매를 한 범죄자를 형사처벌하여야 한다.
- 18세 이하 소년·소녀들이 걸려들기 쉬운 온갖 종류의 압력(폭력, 정신적인 강요 또는 속임수)을 사용하는 행위를 분명하게 처벌하여야 한다.
- 아동 불법 인신매매 피해자를 불법적인 외국인으로 간주하지 않고, 불법적인 거주 지위를 근거로 추방하지 않도록 보호한다. 그들에게 일시적인 거주를 허용할 수도 있다.
- 증인을 보호해야 한다.
- 불법적인 인신매매 피해자에게 도움을 준다
- 자유로부터의 불법적인 탈취, 빚으로 인한 노예 상태, 굴욕적이고 착취적인 여건을 분명하게 처벌해야 한다(예 : 헝가리).
- 위반의 심각성에 따라 다양한 처벌을 부과하여야 한다.
- 제재조치에 민사 및 행정적인 처벌과 구제방법 등도 포함시킨다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

또한,

- 상호 법적인 지원과 국제간 범법자 인도를 통해 국제적인 협력을 도모하도록 법률로 규정할 수 있다.

<주>: 형사사법 공조에 관한 유엔모텔 조약

제1조. 상호 지원에는 다음 내용이 포함될 수 있다.

- (a) 사람들에게서 진술 또는 증거를 얻어내기
- (b) 구금중인 사람 또는 다른 이들이 증거를 제공하거나 조사에 협조할 수 있도록 지원하기
- (c) 재판에 관한 문서작성 서비스
- (d) 조사 및 체포
- (e) 물건 및 장소 수색
- (f) 정보 및 증거가 될 품목 제공
- (g) 은행, 금융, 회사 또는 사업 기록 등 관련 서류 및 기록 원본 또는 사본 제공.
 - 다른 나라들이 불법적인 인신매매에 관한 국제기준을 지킬 수 있도록 도움을 준다.
 - 아동착취(성적 또는 근로)에 관한 법률이 아직 없는 나라에서 아동착취에 관한 법률을 ‘치외법권적인’ 형법 형태로 만든다. 이 법률은 주로 아동 성관행 퇴치에 사용되지만 내국인이 외국에서 아동착취에 관여한 경우에도 적용할 수 있다.

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

근로할 것을 조건으로 한 금전대차 및 농노제도

근로할 것을 조건으로 하는 금전대차는 사용자에게 갚아야 할 빚을 위해 사용자의 통제 아래서 자신 또는 어떤 사람의 서비스를 약속한 상황을 일컫는다.⁴⁹⁾ 이러한 상황은 그 서비스가 빚의 청산을 위해 타당하게 적용되지 않는 강제근로로 발전된다. 따라서 개인은 빚을 갚기 위해 계속 일하지 않을 수 없게 되고 그러면서도 빚은 줄어들지 않고 어떤 경우는 빚을 더 얻어야 할 필요가 생겨 오히려 빚이 늘어나기도 한다(제6장 모든 형태의 강요 또는 강제에 의한 노동 폐지 : 근로할 것

49) Convention No. 182, Art. 7(d).

을 조건으로 한 금전대차(Chapter VI, Elimination of all forms of forced labour or compulsory labour: Debt bondage) 및 농노제도는 어떤 개인이 다른 사람 소유의 땅을 경작하거나 서비스를 제공하도록 속박을 받고 있고 그러면서도 자신의 처지를 바꿀 자유가 없는 상황을 일컫는다.⁵⁰⁾ 아동은 특히 이러한 형태의 노예노동의 희생자가 되기 쉽다. 그들은 부모로부터 빚을 물려받기도 하고 농노의 자손으로 태어나기도 한다. 때로는 부모가 자기 아이들을 돈을 받고 노예노동에 파는 경우도 있다.

빛의 노예와 농노제도에 속박을 받고 있는 아동에 관한 법률은,

- 강제근로 특히 임금 선불 또는 사용자에게 얻는 대부금을 금지 또는 제한하는 조치는 빛의 노예 폐지를 위한 조치를 위한 본 가이드라인을 바탕으로 해야 한다.
- 강제근로에 관한 시행규정이 노예노동 또는 농노제도하에서 일하고 있는 아동에게 적용되도록 해야 한다.
- 아동 고용 계약은 본인 이외 다른 사람이 할 수 없도록 금지해야 한다.
- 아동 본인 이외 제3자가 임금 수취인이 될 수 없도록 규정해야 한다.
- 강제근로 시행규정이 정한 이외에 특별한 보호를 제공해야 한다.
(아래 가혹한 형태의 아동노동에 관한 조항의 시행을 위한 기타 조치(8.11) 참조)

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

강요 또는 강제에 의한 노동

강제근로에 관한 협약(제29호, 1930)과 강제근로의 폐지에 관한 협약(제105호, 1957)은 강요 또는 강제에 의한 노동 문제를 해결하기 위한

50) Convention No. 182, Art. 3(a).

ILO의 주요 협약이다(제6장 모든 형태의 강요 또는 강제에 의한 노동 폐지 참조). 이들 협약은 아동과 어른 모두에게 적용된다. 아동을 이런 형태의 강제근로로부터 보호하기 위해 법률은 강제근로 전반에 걸친 문제를 다루어야 하고 아동을 위한 구체적인 보호책을 마련해야 한다. 특히, 무장 투쟁에 사용하기 위해 강요 또는 강제로 아동을 모집하는 경우에 대해 특별한 관심을 기울여야 한다.

강요 또는 강제에 의한 노동 상황에 몰려 있는 아동에 관한 법률은,

- 18세 이하 젊은이는 어떤 형태의 강요 또는 강제에 의한 노동을 하지 않도록 규정해야 한다.⁵¹⁾
- 강제근로에 관한 시행규정이 아동에게 적용되도록 해야 한다(제6장 모든 형태의 강요 또는 강제에 의한 노동 폐지 참조).
- 강제근로 시행규정이 정한 이외에 특별한 보호규정을 두어야 한다(아래 가혹한 형태의 아동노동에 관한 시행규정 이외의 조치 참조).

무장 투쟁에 사용하기 위해 강요 또는 강제에 의한 아동 모집

법률에 다음 사항이 명시되어야 한다.

- 모든 형태의 무장 군인, 무장 단체에 강제징집 또는 강제적으로 적대적인 상황에 참여시키는 최저연령을 18세로 규정해야 한다.
- ‘아동 군인(child soldier)’이란 무기를 소지한 아동보다 넓은 개념으로 해석해야 한다. ‘아동 군인’이란 개념에는 군대 또는 무장 단체의 정규군 또는 비정규군에 속한 18세 이하의 모든 사람이 포함된다. 여기에는 군인의 가족이 아니면서 이들을 따라다니는 요리사, 짐꾼, 메신저 등도 포함된다. 또한 성적인 목적을 위해 또는 강제 결혼을 위해 모집된 여자 아동도 포함된다.
- 정당한 모집 절차와 이를 시행할 규정을 마련하고, 불법적으로 아동을 모집한 책임이 있는 사람을 처벌하도록 한다.

51) United Nations Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, Art. 1(a).

모집 절차에는 다음 사항이 포함되어야 한다.

- 나이를 증명할 자료
- 폭력에 의한 모집 금지
- 모집 기준을 군대, 특히 모집 책임자에게 알릴 것.
- 모집 기준, 강제에 의한 아동 모집 금지 등에 관하여 민간인 특히 모집에 응할 가능성이 있는 처지에 있는 아동, 그들 가족, 그들을 위해 일하는 기관 등에 홍보한다.
- 정부가 설립했거나, 용인하거나 무장시킨 의용군 또는 개인 경호부대 등 무장 단체에도 강제에 의한 아동 모집 금지 조항이 적용된다⁵²⁾⁵³⁾⁵⁴⁾

사례  (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

기타 형태의 노예제도 및 이와 유사한 관행, 강요 또는 강제에 의한 노동

가혹한 형태의 아동노동 금지에 관한 법률에는 모든 형태의 강요 또는 강제에 의한 노동, 노예제도 또는 노예제도와 비슷한 관행에 대한 규정도 들어 있어야 한다. 즉,

- 아동이 학대를 받거나 또는 모욕을 당하는 가내노동 또는 아동을 사용자에게 데려다 주거나 또는 사용자에게 전적으로 의존하

52) United Nations Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, Art. 1(b).

53) Convention No. 29, Art. 11(1).

54) Principles And Best Practices On The Prevention Of Recruitment Of Children Into The Armed Forces And Demobilization And Social Reintegration Of Child Soldiers In Africa (the “Cape Town Principles”), Adopted by the participants in the Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa, organized by UNICEF in cooperation with the NGO Sub-group of the NGO Working Group on the Convention on the Rights of the Child, Cape Town, 30 April 1997

게 만든 형태의 일 또는 활동⁵⁵⁾ (제6장 모든 형태의 강요 또는 강제에 의한 노동 폐지 참조)

- 상업적인 성착취(아동 매춘과 포르노그래피 참조)
- 모든 형태의 노예제도 또는 노예와 같은 실태

모든 형태의 강요 또는 강제에 의한 노동의 경우에서와 마찬가지로 법률은 강요 또는 강제에 의한 노동, 노예제도 및 노예제도와 비슷한 관행에 관한 시행규정이 아동에게도 똑같이 적용됨을 명시해야 한다. 그 밖에 아동에 관한 모든 형태의 노예제도 또는 노예제도와 비슷한 관행은 형사처벌을 받을 수 있는 형사상 범죄임을 명시해야 한다(아래 가혹한 형태의 아동노동에 관한 조항의 시행을 위한 기타조치(8.11) 참조)

◆ 아동 매춘 및 포르노그래피

제182호 협약에는 매춘, 포르노그래피에 대한 정의가 없다. 그러나 ‘아동매매 및 불법적인 인신매매’에서 상당 부분 이 문제에 대하여 논의하였으므로 아동매매, 매춘, 아동 포르노그래피와 관련된 아동권리협약의 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)를 참조할 수 있을 것이다. 이 의정서는 아동 매춘을 “보수를 받고 또는 다른 형태의 보상을 위해 아동을 성적인 활동에 사용하는 것”, 아동 포르노그래피를 “어떤 방법에 의해서든 아동을 실제 또는 가상적으로 노골적인 성행위를 묘사하도록 하는 것, 또는 성적인 목적으로 아동의 성기를 보여주는 행위”라고 정의하였다.

아동 매춘과 포르노그래피에 관한 법률은,

- 아동을 매춘 또는 포르노그래피 제작 또는 포르노그래피 공연에

55) 아동노동에 관한 ILO 위원회는 아동을 학대하거나 또는 모욕을 주는 가내노동과 아동을 사용자에게 내어주거나 전적으로 사용자에게 의존하게 하는 일 또는 활동을 ‘노예제도와 비슷한 관행’에서 다루기로 동의하였다. Report of the Committee on Child Labour, ILC, 86th Session, Geneva, 1998, para. 130.

이용하거나, 매춘을 주선하거나, 또는 공연하는 행위를 금지하여야 한다.⁵⁶⁾

- 강제근로에 관한, 특히 불법적인 인신매매와 상업적인 성착취에 관한 시행규칙(제6장 모든 형태의 강요 또는 강제에 의한 노동 폐지: 불법적인 인신매매와 이주노동자 착취에 관한 법률의 집행 (6.4.5)과 아동 및 어른에 대한 상업적인 성착취에 관한 법률 및 시행령 : Legislation and enforcement of laws and regulations concerning the commercial sexual exploitation of adults and children 참조.) 아동에게 적용되도록 해야 한다.
- 강제근로 시행규칙에 제공하는 이외에 형사상 또는 기타 제재조치 등 특별한 보호조치를 마련해야 한다(아래 가혹한 형태의 아동노동에 관한 조항의 시행을 위한 기타 조치 참조).

사례 1 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

아동 대상 성적 모욕행위에 관한 법률 관련 인터폴 데이터베이스 (<http://www.interpol.int/Public/Children/SexualAbuse/NationalLaws/Default.asp> 참조)

사례 2 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 기타 불법적인 활동에 아동을 이용하는 행위

불법적인 인신매매, 매춘, 기타 위험한 일에 아동노동을 이용하는 것에 관한 법률에는 불법적인 활동을 규제하는 내용이 포함되어 있다. 그 밖에 다른 형태의 불법적인 활동에 아동노동을 사용하는 것도 법률로 명백히 금지해야 한다. 금지 대상에 포함되는 행위는 다음과 같다.

- 마약 생산 및 거래

56) Convention No. 182, Art. 3(b).

- 기타 물품의 불법적인 거래
- 도박
- 구걸
- 도둑질
- 기타 조직된 범죄행위⁵⁷⁾
- 화기 또는 기타 무기를 불법 소지 또는 사용하는 행위⁵⁸⁾

여기서 불법적인 활동이란 불법적인 활동에 관여하고 있는 아동에 관한 법률에 비추어 불법인 경우만을 의미하는 것이 아니다.

이러한 형태의 아동노동 근절을 목표로 한 법률은,

- 불법적인 활동에 아동을 끌어들이지 못하도록 금지하여야 한다.
- 형법 또는 기타 제재조치를 통해 아동을 위와 같은 활동에 사용하거나, 주선하거나, 제공한 사람을 처벌할 적절한 시행규칙을 마련해야 한다(아래 가혹한 형태의 아동노동에 관한 조항의 시행을 위한 기타 조치 참조).

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

◆ 아동의 건강, 안전, 도덕성에 해가 될 수 있는 일

그 일의 성격상 또는 환경이 일을 수행하는 동안 아동의 건강, 안전 또는 도덕성을 해칠 수 있는 모든 형태의 일은 금지·폐지되어야 한다. 제182호 협약이 요구하는 의무는 제138호 협약에 이미 (그리고 여전히 법적으로 유효한) 명시된 의무에 18세 이하 아동에게 18세 이하 아동의 건강, 안전 또는 도덕성에 위험이 될 수 있는 일을 하도록 허락해서는 아니 된다는 내용을 추가한 것이다. 제182호 협약은 ‘위험한 아동노동’을 아동의 건강, 안전, 도덕성에 직접적인 영향을 줄 수 있는 일로,

57) Report of the Committee on Child Labour, ILC, 86th session, Geneva, 1998, para. 134 참조.

58) Recommendation No. 190 , para. 12(c).

각국 상황에 비추어 어떤 것이 위험한 아동노동에 해당하는가를 분명하게 확인할 수 있다고 보고, 이를 근절하기 위한 즉각적이고 효과적인 조치를 취해야 한다고 주장하였다.

그렇다면 제138호 협약에 따라 만들어진 위험한 일 목록을 참조하여 제182호 협약이 정의한 ‘위험한 일’의 ‘핵심 목록’을 만들 수 있을 것이다. 이 목록은 정부가 노사와 의논하여 만들 수 있으며, 논의 결과에 따라 제138호 협약에 따라 만든 목록과 비슷할 수도, 전혀 새로운 것일 수도 있다.

법률은 아동노동을 금지·폐지하는 데 다음과 같은 역할을 할 수 있다.

- 18세 이하 소년·소녀를 ‘위험한 일’을 하도록 허용하는 것을 전반적으로 금지한다.
- ‘위험한 일’이 무엇인가를 삼자간 협의를 통해 결정하도록 요구할 수 있으며, 다음과 같은 넓은 범주로부터 위험한 일에 관한 협의를 시작할 수 있을 것이다.
 - 아동을 신체적·심리적 또는 성적인 학대에 노출시키는 일,
 - 지하, 물 속, 위험한 높이에서 또는 폐쇄된 공간에서 하는 일,
 - 위험한 기계·장비·도구를 사용하는 일, 또는 무거운 짐을 손으로 다루거나 운반하는 일,
 - 아동을 위험한 물질, 약품, 가공처리, 위험한 온도, 소음에 노출시키는 건강에 해로운 환경에서 하는 일 또는 그들 건강을 해치는 진동에 노출시키는 일,
 - 장시간 또는 야간근로 등 특히 어려운 여건에서 하는 일, 또는 아동을 사용자의 구내에 부당하게 가두어 두고 시키는 일,⁵⁹⁾
- 본질적으로 위험한 작업환경 또는 일을 수행하는 환경이 위험한 작업여건 등에 관심을 기울여야 한다(작업환경을 조정하면 아동노동이 가능한 작업이 될 수도 있다).
 - 소년·소녀가 또 다른 위험에 노출되고 있지는 않은지 살펴야 한다.

59) Recommendation No. 190 , paras. 3 and 4.

- 어떤 범주에 속하는 일이든, 또는 어떠한 경제활동 분야이든 원칙적으로는 유해하지 않은 환경은 없다는 사실에 주목하여야 한다.
- ‘위험한 일’ 목록을 정기적으로 개정할 것, 정기적인 개정을 촉진하기 위해 법률은.
 - (법률에 ‘위험한 일’ 목록을 정해 두기보다는) 무엇이 ‘위험한 일’인지 결정하는 일을 어떤 기관에 일임할 수 있다.
 - ‘위험한 일’을 결정하는 개략적인 절차를 정해 둘 수 있다. 예를 들어, 정부기관에 남녀 구성이 균형을 이루고 있는 사회적 파트너, 기타 ‘관계’기관, 직업안전 및 건강에 관한 전문가, 소아과 의사 등이 참여하는 자문위원회를 두도록 하는 등.
- 이를 위반한 사람에 대해 형사상·민법상 및 행정적인 제재조치를 규정한다

정부가 아동 및 젊은이에게 위험하다고 생각한 형태의 일은 ILO, *Child Labour: Targeting the Intolerable*, p.49, Annex 560 참조.⁶⁰⁾

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

또 다른 예를 보려면 위 노동을 위한 최저연령에 관한 법률을 참조할 것.

◆ 특수 그룹 및 공개되지 않은 작업환경

법률은 특별한 위험에 처한 아동을 보호할 조치를 취할 수 있다.⁶¹⁾ 이러한 그룹에 속하는 아동은,

- 여자 아이⁶²⁾

60) Report VI(1), International Labour Conference, 86th Session, Geneva, 1998.

61) Convention No. 182, Art. 7(d).

62) Convention No. 182, Art. 7(2)(e).

- 어린 아이⁶³⁾
- 특별한 약점 또는 필요를 가진 아이⁶⁴⁾ (예를 들어, 몸이 불구인 아이들과 거리의 아이들⁶⁵⁾)

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

- 소수민족 아동⁶⁶⁾

사례 ⇨ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

- 공개되지 않은 작업환경에서 일하는 아동,⁶⁷⁾ 예를 들어 가내노동 아동⁶⁸⁾ (제6장, 모든 형태의 강요 또는 강제에 의한 근로 폐지: 가사노동자(6.5))

이에 대한 조치는 다음을 목표로 해야 한다.

- 특수한 위험에 처한 아동이 있는 공동체에 도달할 수 있어야 한다.⁶⁹⁾
- 아동노동이 존재함을 확인했을 때 아동노동과 맞설 프로그램을 만들 때, 특수한 위험에 처한 아동에게 특별한 관심을 기울여야 한다⁷⁰⁾(위의 조사, 감독, 기타 법률 시행방법(8.2.2.2))

63) Recommendation No. 190 , para. 2(i).

64) Recommendation No. 190 , para. 2(iv).

65) Report of the Committee on Child Labour, ILC, 87th session, Geneva, 1999, para. 228, and Report of the Committee on Child Labour, ILC, 86th session, Geneva, 1998, para. 256.

66) Report of the Committee on Child Labour, ILC, 87th session, Geneva, 1999, para. 228.

67) Recommendation No. 190 , para. 2(iii).

68) Report of the Committee on Child Labour, ILC, 87th session, Geneva, 1999, para. 222, and Report of the Committee on Child Labour, ILC, 86th session, Geneva, 1998, para. 130.

69) Recommendation No. 190 , para. 2(d).

70) Bequele, pp. 23-25.

◆ 법의 시행

가혹한 형태의 아동노동에 관한 규정을 시행할 수 있도록 법률은 형법상 또는 기타 제재조치를 규정하여야 하며, 아동을 가혹한 형태의 아동노동에서 구출하고 특수한 위험에 처한 아동에게 특별한 관심을 기울인 재활프로그램 또는 조치를 마련하는 등 기타 조치를 지원해야 한다.

◆ 가혹한 형태의 아동노동에 관한 조항의 시행을 위한 기타 조치

법률은 다음과 같은 조치를 지원해야 한다.

- 가혹한 형태의 아동노동을 확인하고 비난하는 조치⁷¹⁾(위의 조사, 감독, 기타 법률 시행방법(8.2.2.2) 참조)
- 가혹한 형태의 아동노동에 아동이 관련되지 않도록 보호하는 조치⁷²⁾(위의 아동노동 방지·보호책(8.2.3.1) 참조)
- 아동을 가혹한 형태의 아동노동에서 구해 내거나 보복 행위로부터 그들을 보호하는 조치⁷³⁾
- 가혹한 형태의 아동노동에서 구해 낸 아동의 교육적·신체적·정신적인 필요를 채워 주어 그들의 재활과 사회적인 통합을 돕는 조치⁷⁴⁾
- 가혹한 형태의 아동노동에서 구해 낸 아동에게 무상 기본교육 및 가능하다면 적절한 직업교육 기회를 제공하는 조치⁷⁵⁾
- 특수한 위험에 처한 아동에게 특별한 관심을 기울이는 조치;⁷⁶⁾ (위 특수아동 그룹(8.8) 참조)

71) Recommendation No. 190 , para. 2.

72) Convention No. 182, Art. 7(2)(a).

73) Convention No. 182, Art. 7(2)(b).

74) Convention No. 182, Art. 7(2)(b), and the United Nations Convention on the Rights of the Child, Art. 39.

75) Convention No. 182, Art. 7(2)(c).

76) Convention No. 182, Art. 7(2)(d).

- 모든 프로그램을 관련 정부기관과 사용자 및 근로자 단체 등이 기타 관련 단체의 의견을 고려하여 작성하도록 하는 규정⁷⁷⁾ (아동, 부모, 공동체 기관 등)⁷⁸⁾
- 효과적인 불만사항 접수 절차: 다음과 같은 국제협력 또는 지원
 - 사회적·경제적 발전, 가난 근절을 위한 프로그램 및 보편적인 교육 지원⁷⁹⁾
 - 다른 나라와 아동노동에 관한 범죄와 관련된 정보 수집 및 교환할 장치를 마련하기.⁸⁰⁾

가혹한 형태의 아동노동에 관한 규정을 시행하는 데 중요한 기타 조치에는 효율적인 근로감독제도, 아동노동 금지 및 아동노동자 보호를 위한 사회적·경제적 프로그램 제정 등이 포함된다. 이에 관해서는 아래의 모든 형태의 아동노동 폐지를 위한 조치 관련 사례에서 논의하였다.

사례 ☞ (www.kli.re.kr/iloguide 참조)

77) Convention No. 182, Art. 6.

78) Recommendation No. 190, para. 2.

79) Convention No. 182, Art. 8.

80) Recommendation No. 190, para. 11 and 16. 아동 권리에 관한 UN 협약 (The United Nations Convention on the Rights of the Child) 또한 모든 국가에게 아동 납치, 매매, 불법적인 인신매매를 방지할 수 있는 양국간 및 다국간 조치를 취하도록 요구하고 있다(Art. 35).

제 9 장

입법 절차

◆ 입법의 목적과 계획

입법의 목적

법률은 한 가지 또는 그 이상의 목적을 가지고 국회에서 통과된다. 법률 입안 절차는 그 법률이 무엇에 관한 것인지 명시하는 것으로부터 시작되어야 한다. 그렇게 함으로써 제안된 입법의 첫번째 청중(입법자), 그 법안이 적용될 궁극적인 대상인 근로자와 사용자, 법안의 해석과 적용을 확인할 책임이 있는 사법기관 및 행정기관의 책임자를 하나가 되게 하는 데 도움이 된다. 입법 절차 과정에서 법안 작성자는 입법자가 표현한 대로 법안의 목적을 분명하게 제시함으로써 담당자 또는 관련기관의 업무수행을 촉진할 수 있다.

법률 해석에 관한 문제가 생겼을 때, 법률을 해석하고 법이 존중되도록 할 책임이 있는 사람들은 법률의 내용과 전체적인 문맥에 흐르는 입법 취지에 비추어 법률을 해석하고 적용하여야 한다. 그렇게 함으로써 입법자의 ‘집합적인 생각’을 읽을 수 있을 것이다. 법률을 해석할 책임이 있는 사람들이 입법 절차 준비서류 또는 국회 토론을 참고하는 경우도 있다. 개인적인 의견이 아닌 법안의 집합적인 목적을 알기 위해서이다. 따라서 제정 또는 개정법률의 목적 또는 목표, 동기, 정책, 원칙을 구분하는 것이 중요하다.

- 제정 또는 개정법률안의 목적 또는 목표란, 목적 또는 의도하는 바 효과를 뜻한다. 목표는 사회적·경제적·정치적인 성격을 띤 것일 수 있고, 법안이 채택됨으로써 성취되며 시행, 적용이 반드시 필요하다.
- 동기는 법률개혁 과정에 참여한 여러 참석자들과 보다 직접적인 관계가 있다. 입법 절차에 참석한 사람들은 각기 어떤 특정 법안 또는 그 법안의 조항을 지지하는 폭 넓고 다양한 이유를 가지고 있을 수 있다. 일단 법률이 채택된 후에는 법률 해석과 무관하지만 상당한 몫의 주식을 가지고 있는 주주가 입법 절차 과정에 참여하는 경우 그가 노동법 개혁에 관여하는 동기가 무엇인가는 중대한 문제가 될 수 있으며, 입법자는 이 사실을 마음에 둘 필요가 있다.
- 정책은 자신의 목표를 이루고자 서로 경쟁하는 이해관계 사이에 만들어진 균형 또는 선택을 반영한다.
- 원칙은 “어떤 프로그램 또는 규칙을 마련할 때 법률이 장려하고자 원하는 것 또는 참고하는 가치 또는 규칙”이다. 원칙은 분명할 필요는 없다. 그것이 이미 전통, 법률 해석자가 활동하는 공동체, 법률의 일부를 구성하고 있기 때문이다.¹⁾ 어떤 특정한 법 조항에서 원칙을 분명하게 명시할 수도 있지만 대부분의 경우 암시적이거나 법률 조항의 근거에 둔다. 원칙을 분명히 명시하는 경우에도 법률 조항보다 추상적인 용어로 표현하는 것이 대부분이다.

입법 계획

어떤 나라에서는 법률의 목적과 목표를 법률 제안서 또는 계획서에 명시한다. 법률 제안 또는 계획에 법률 제안의 이유와 주요 조항 요약을 제시한다. 예비제안서 또는 계획서를 집행부(executive)에 제출하여

1) Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* 3d ed (Toronto: Butterworths, 1994), p. 46.

승인을 받는 것이 일반적이다. 예비제안서 또는 계획서가 승인을 받으면 이를 법률 초안을 준비할 책임 있는 사람들에게 보내진다.

최종 계획안을 마련하고 노동법에 관련된 법률안을 작성하는 과정은 주주의 관심, 일반인의 이해관계 등을 고려하건대 보다 복잡할 수 있다. 본장의 다음 항에서는 사회적 파트너를 법안 작성 과정에 참여시키기 위한 다양한 법적인 제도에 대해 논의한다. 이 장에서는 특히 ILO가 노동법 개정에 대해 자문서비스를 할 때 원하는 참여 유도방법에 대해 구체적으로 설명한다.

◆ 입법안 작성 과정에 ILO의 참여 : ILO 프로젝트와 위임사항

ILO가 입법 절차를 돕는 첫 단계는 법안의 목적과 목표를 분명히 하는 데서 시작된다. ILO의 자문은 대체로 정부가 ILO에게 도움을 요청하여 이루어지며 정부가 달성하고자 원하는 목표가 ILO 원칙과 기준에 모순되지 않아야 한다. 또한 법안이, ILO가 노동법 개혁에 참여할 때 전제조건으로 삼는 원칙, 특히 노동에서의 권리와 기본원칙 및 국제노동기준(주제와 관련된)을 담고 있어야 하며, ILO의 삼자주의 원칙, 사회적 대화, 각국의 입법 절차자가 그들의 법률 전통을 받치고 있다고 생각하는 드러나지 않은 가치 또는 규준을 반영하여야 한다.

외부의 자금 지원을 받는 기술적인 협력 지원인 경우 ILO는 프로젝트 문서를 통해 목적과 목표를 미리 명시하고 ILO 원칙을 제시한다. 프로젝트 문서는 또한 담당 부처의 관료가 특별팀(task force)이 이미 구성되어 있을 경우에는 폭 넓은 사회적 파트너와 노동법 개혁의 목적과 원칙을 협의하여 법률 개정을 시작하기 전에 법률개정 과정에 대한 합의를 마칠 수 있도록 한다. ILO가 자금을 지원하는 기술협력의 경우 위임사항을 명시하는 것도 비슷한 목적을 달성하는 데 도움이 된다. 물론, 법률 개정 전체 과정을 미리 결정할 수는 없다. 법률개혁 과정 전체를 통해 법률 개정과 관련 있는 기관과 협의하면서 또는 정치적 또는 주요 경제적인 변화를 고려하여 처음에 제시한 내용 일부를 수정하는 일이 필요해질 수도 있기 때문이다.

◆ 근로자 및 사용자 단체, 기타 이해관계 당사자의 참여

대부분의 법제도에서 정부의 행정기관이 법안을 작성·제출하고 입법기관이 이를 채택하도록 되어 있다. 사회법의 경우 특히 노동법에서 제안되는 법안의 내용에 중요한 이해관계가 걸린 단체, 즉 근로자 및 사용자 단체는 노동법 개혁 과정에 상당히 높은 정도로 개입하는 경우가 있다. 때로는 상설 삼자기구(permanent tripartite bodies)를 통해서, 때로는 특별한 목적을 위해 설립된 기관을 통해, 때로는 보다 비공식적인 방법을 통해서 이러한 참여가 이루어진다.

공식적인 참여

 콜롬비아 : 중앙노동위원회(Central Labour Council)가 정부에게 노동법안 초안 작성에 대해 자문하고 현 법률을 개정할 필요가 있는지 모니터하는 권한을 가지고 있다.²⁾

 헝가리 : 1992년 노동법(Labour Code of 1992)이 국가이해조정위원회(National Interest Conciliation Council: NICC)를 인정하였다. NICC는 사회적인 파트너(근로자, 사용자)와 노동부로 구성되며, 국가적으로 중요한 노동관계 및 고용 문제 특히 노동법 개정과 관련한 협의를 그 임무로 한다. 사회적 파트너는 법적으로 정보에 대한 권리를 갖는다. NICC의 결정은 임금에 관해 노동부에 제안하는 권고의 기초가 될 수 있으며, 하위법(regulations)의 형태로 발표될 수 있다.³⁾

 포르투갈 : 헌법에 의해 근로자 단체가 노동입법 절차에 참여할

2) Source: Trebilcock, Social Dialogue, page 21.

3) Source: Trebilcock, Social Dialogue, page. 15 & L. Hethy, Hungary: Social Dialogue Within and Outside of the Framework of Tripartism, unpublished paper prepared for the In Focus Programme on Social Dialogue, December 1999.

권리가 인정되며⁴⁾, 개별 법률에 그에 관한 상세한 규정이 마련되어 있다.⁵⁾

 남아프리카공화국 : 국가경제발전 및 노동위원회(National Economic Development and Labour Council : NEDLAC)가 1995년에 설립되었다. 이는 백인우월정책 이후 남아프리카공화국 정부가 경제·사회 및 개발정책에 대의적인 컨센서스를 구현하고자 하는 의지를 반영하고 있다. 이 위원회는 남아프리카공화국의 특별한 필요를 감안하여 전통적인 사회적 파트너, 공동체 이익을 대표하는 단체들로 구성되어 있다. 그 설립 목적에는 노동시장정책에 관한 노동법안을 국회에 제출하기 전에 검토하는 것도 포함되어 있다. 위원회는 여러 가지 종류의 법안에 대해 합의하였다(예를 들어, 1995년 노동관계법 및 그 개정안 (Labour Relations Act, 1995 and amendments to it), 1996년 광산 건강과 안전에 관한 법률(Mine Health and Safety Act, 1996), 1997년 근로자보호를 위한 파산법 개정안(Amendments to the Insolvency Act, 1997), 1997년 고용기본조건법(Basic Conditions of Employment Act, 1997), 1998년 고용평등법(Employment Equity Act, 1998 등). 이 위원회는 또한 경영상 이유에 의한 해고, 성희롱 문제 등에 관한 많은 행위준칙을 채택하였다. 또한 위원회는 정부에게 여러 국제노동 협약을 비준하도록 권고하였다.⁶⁾

일시적 참여

다른 나라에서는 특별팀 또는 비공식적인 삼자간 회의를 구성하여

4) Source: European Industrial Relations Observatory, Update 6'98, page 13. See Constitution of Portugal, Article 54, no. 5, paragraph d; and Article 56, no. 2 paragraph a.

5) Source: EIRO, Ibid, Law 16/79 of 26 May 1979.

6) NEDLAC.

ILO가 지원하는 노동법 개정 과정에 근로자와 사용자가 참여하도록 허락하는 경우도 있다. ILO 지원방법은 아래에서 더 자세하게 다룰 것이지만 특별팀을 구성한 최근의 재미있는 예를 소개하면 다음과 같다.

 인도네시아 : 아시아 경제위기가 사회에 준 충격에 대한 반응으로 또한 권위주의적인 정부의 붕괴 이후 민주적인 정치개혁을 위해 Tripartite-Plus 특별팀이 구성되었다.⁷⁾ ILO 자문위원들은 인력청이 개최한 워크숍 등 폭 넓은 협의 과정에서 개혁의 결과들을 국가의 것으로 받아들이고 통제할 것을 강조하였다. Tripartite-Plus 구성원은 민주적이고 현대적인 노동시장의 상황에 맞추어 노동법을 검토하고 개정하였다.⁸⁾

지역적 참여

삼자간 참여를 지역참여를 통해 격려하는 경우도 있다. 지역참여는 검토가 필요한 노동법 개정을 위한 토론의 장을 제공할 수 있다.

 카리비아 지역 : 카리비안 공동시장(Common Market of the Caribbean, the CARICOM)⁹⁾은 이 지역 노동부 장관들이 만나 서로 의견을 나누는 대화의 장이다. 근로자 및 사용자 대표들이 이 회의에 참석한다. ILO의 기술적 지원을 받아 여러 회원국의 상호 관심 분야에 관해 모델이 되는 노동법 초안 작업이 진행되고 있다. 지금까지 고용 종료, 노동조합과 사용자 단체의 등록·지위 및 승인, 직업안전과 건강·작업환경, 고용 및 직업에

7) Decree of the Minister of Manpower No. 07 of 1999.

8) ILO, Demystifying the Core Conventions of the ILO Through Social Dialogue: The Indonesian Experience (Jakarta: 1999).

9) CARICOM member States are: Antigua & Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Montserrat, St. Kitts & Nevis, St. Lucia, St. Vincent & the Grenadines, Suriname and Trinidad & Tobago.

서의 기회평등 및 평등대우에 관한 모델 법률이 마련되었다. 현재는 다섯번째로 쟁의행위 중 근로자보호에 관한 법률 개정 작업이 진행되고 있다.



남아프리카 발전공동체(Southern African Development Community : SADC) : 14개 회원국¹⁰⁾이 참여하여 설립한 고용과 노동(Employment and Labour Sector : ELS)에 관한 삼자간 기구이다. 폭 넓은 목적을 가지고 있으며 그 중에는 법률, 경제, 사회정책과 프로그램의 구성 및 조화 증진, 이주노동자의 고용조건 조정 및 조율, 공장 감독에 관한 법률과 실제의 조화 등이 포함되어 있다. SADC와 ELS는 작업장에서 AIDS 환자 차별금지에 관한 규약, 근로자의 기본권에 관한 헌장 초안, 화학물질의 안전한 사용에 관한 규약을 개발하는 등 노동 문제를 조화롭게 해결할 수 있도록 자문하는 제도적인 기본구조를 제공하고 있다.

노동법 개정 과정에서의 ILO의 역할

노동법 분야에서 ILO의 기술적인 지원은 노동법 개정 전 과정을 통해 사회적 파트너의 참여를 높이는 데 그 초점을 두고 있다. 이는 ILO가 중심으로 삼고 있는 삼자주의 및 사회적 대화 원칙을 반영한 것이다.¹¹⁾ 이는 또한 삼자협의회에 관한 협약(Tripartite Consultation Convention, 1976, No. 144)의 정신에 따른 것이기도 하다.

국제노동법 전문가의 역할은 진정한 의미에서 삼자주의를 실천하는 노동법 개정 과정을 촉진하는 데 매우 중요하다. 전문가는 건전하고 비교분석적인 노동법 지식과 함께 참여를 촉진하고 단체를 결속시키는 강한 리더십이 있어야 한다. 국제적인 노동법 전문가는 개혁 과정에

10) Angola, Botswana, Democratic Republic of the Congo, Lesotho, Malawi, Mauritius, Mozambique, Namibia, Seychelles, South Africa, Swaziland, Tanzania, Zambia and Zimbabwe.

11) Decent Work

참여한 삼자로부터 완전한 독립을 유지해야 한다.

국제적인 노동법 전문가는 대체로 ILO 자문위원인데, 주로 학계 출신이고 지금까지 제시된 ILO 권고는 이들이 마련한 것이다. 때로 국제적인 노동법 전문가가 노동법 개정을 돕는 ILO 본부의 임원이거나 기술 분야의 대표자인 경우도 있다. ILO 자문 또는 임원이면서 전문가인 지위는 개혁 과정에 참여한 다른 이들에 비해 운신의 폭이 넓다. 참여자들이 서로 배치되는 정책적 고려에 관해 전문가의 의견을 듣기를 원하기 때문이다. 국제적인 노동법 문제에 대해 지식이 있고, 비교분석할 수 있으며, 다른 나라 또는 지역에 대해 비교적 잘 알고 있는 전문가의 공정한 조언을 할 수 있기 위해 — 그것이 당사자 모두에게 완전히 받아들여지지 못하더라도 — 또한 보다 큰 범위에서 좋은 결과를 얻을 수 있기 위해 각국 상황으로부터 충분한 거리를 유지해야 한다.

이상적으로는, 국제적인 노동법 전문가가 개혁 과정 맨 처음에 이해당사자와 따로 또한 함께 만나 그들이 우려하는 바가 무엇인지를 이해하고 신뢰 분위기를 만드는 것이 좋다. 삼자간 회의는, 이미 이를 위한 기구가 설립되어 있지 않은 경우 노동법 개혁을 위한 삼자특별팀(tripartite task force or tripartite plus)을 구성하여 대화를 촉진할 수가 있고, 그 구성원은 아래와 같을 수 있다(Box 1 참조). 정기적인 회의를 가질 경우 노동법 개정 과정이 탄력을 받고 그룹으로서 결속력도 커지며, 개혁에 대해 자문을 제공할 수 있을 것이다.

그러나 정부와 협의하여 다른 형태의 방법을 마련할 수도 있다. 예를 들어 전문가가 초안을 마련한 다음 정부와 협의하고 이를 사회적 파트너(개정 과정에의 주요 참여자)와 상세하게 협의하고, 그들의 의견을 초안에 반영하여 개정하는 방법이다. 협의의 성격은 국가 상황에 따라 결정하게 되지만 완전한 삼자간 협의를 반드시 지켜져야 한다.

근로자와 사용자, 기타 이해관계가 있는 단체의 대표가 노동법 개정 과정에 참여함으로써 제시된 법안이 국가 상황의 현실을 충분히 고려하고 또한 국가의 필요와 상황에 적절한 것이 되도록 할 수 있다.

지역에 따라 정도는 다르지만 노동법 개정 전 과정에 걸쳐 ILO 본부의 기술적인 지원을 필요로 한다. 특히 법률 초안을 작성할 때 조언하

며 그 내용은 다음과 같다.

- 법률 초안이 노동에서의 권리와 기본원칙, 특히 회원국 및 회원국이 비준한 ILO 협약과 관련된 핵심적인 노동기준에 충실해야 한다.
- 선택한 해결방법에 어려움이 예상될 때 전문가와 특별팀에게 비교 가능한 법률적인 경험을 자문한다.
- 법률 조항을 활용자에게 편리하도록 평범한 말로 쓸 것, 성별에 대한 관심을 기울일 것, 기타 불필요하게 모호한 내용을 찾아내고 이를 없애도록 한다.

▪ (상설 또는 임시) 특별팀 구성원

특별팀 구성은 최소한 다음과 같은 구성원을 가져야 한다.

- 노동부 대표
 - 노동부를 대표하는 고위직 대표자
 - 노동법 전문가
 - 특별한 사안에 대한 전문가 (일시적인 참여)
- 동수의 근로자 및 사용자 단체 대표자

필요할 경우 특별팀에 다음과 같은 사람을 포함할 수 있다.

- 검찰 대표자
- 법률개혁위원회(Law Reform Commission) 또는 옴부즈맨 사무국 등 독립적인 사법기관의 대표자
- 재정, 경제, 여성 문제를 다루는 정부 관계기관 대표자
- 노동 문제에 중요한 역할을 하는 다음과 같은 시민단체 대표자(사회적 파트너, 즉 노사가 이들의 참여를 원하는지를 충분히 고려하여)
 - 아동, 가내근로자, 가족작업자, 여성그룹 등 취약계층 근로자를 대표하는 협회 또는 종교단체
 - 소비자단체
 - 상공회의소, 수출제조업자협회(Export Manufacturers' Associations)
 - 법조단체(Law Society) 회원이면서 노동법 전문가
- 노동법 또는 이와 관련된 분야(예를 들어, 기업법)를 전공한 학계 대표자, 그 전문분야가 각국 전문가의 지식을 보충하는 경우이면 특히 유용하다

이러한 자문은 ILO 전문가와 특별팀이 만나 초안을 ILO 원칙에 비추어 검토할 기회를 갖도록 함으로써 삼자주의 과정이 충실히 이행되도록 할 수 있다.

때때로 ILO는 법률 초안이 마련되고 전문가 등의 의견을 들은 뒤 다음과 같은 일에 도움을 줄 수 있다.

- 법안을 논의하기 위한 공공 심포지엄 개최
- 법안을 소개하는 국회 회의에 초대를 받아 참석
- 새로 채택된 법안의 출간 비용 지원
- 새로운 법안에 포함된 권리와 의무에 관해 대중에게 알리는 일의 지원

◆ 기존 법과의 관계

미래의 법률 제정은 현행법을 참고하여 그 초안을 작성하여야 한다. 제정 또는 개정법률안에 현행법의 상황을 반영한다는 것은, 현행법을 바꾸고자 하는 경우가 아니라면, 새로 만들어지는 법률 조항이 현행법의 관련조항과 일관성을 유지하도록 해야 한다는 뜻이다. 제정 또는 개정법률안이 실제 상황에 맞도록 하려면 그 법률의 영향을 받게 될 이해관계가 있는 이들이 이를 수용할 것인가와 그 법률을 적용하는 것이 현실성이 있는가를 평가하여야 한다.

이상적인 노동법은 몇 가지 기본적인 생각과 원칙을 기준으로 만들어진 서로 연관있는 일련의 규칙들(법안에 명시되어 있고 사법기관이 작성한)이 서로 조화를 이루는 법이다. 기본원칙은 특히 다음을 포함한다.

- 노동법의 목적, 즉 존재 이유는 근로조건을 통제하며 징계할 권한을 가진 사용자와 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로자를 보호하기 위해서이다.
- 노동법의 보호기능은 사용자의 이익 및 경제적 관심사를 정당하게 고려하면서 충족되어야 한다. 다시 말하면, 노동법은 사회적 보호와 경제적인 관점간에 균형을 이루어야 한다.
- 결사의 자유, 단체교섭권, 차별금지, 강제근로금지, 평등대우 등

과 같은 근로자의 기본적인 자유·권리·이익이 인정되고 또한 전적으로 존중되어야 한다.

- 결사의 자유, 재산권, 경영상 필요 등과 같은 사용자의 기본적인 자유·권리·이익이 인정되고 또한 전적으로 존중되어야 한다.
- 사회적 대화 및 단체교섭은 고용관계를 규율하는 주된 대화의 장으로 장려되어야 하며, 노동법은 (i) 최저 근로기준의 제공, (ii) 사용자와 근로자의 집단적인 상호관계에서의 ‘게임의 법칙’ 확립이라는 두 가지의 역할을 하여야 한다. 이는 노동법과 집단적 대화간의 균형이 나라마다 다를 수 있다는 이해를 전제로 한 것이다.

위와 같은 것을 달성하기 위해서는,

 제정 또는 개정법률안은 그 나라의 노동법의 기초가 되고 있는 기본적인 개념 및 원칙 — 그 검토 및 변경이 이루어지는 경우가 아닌 한 —과 상응하여야 한다.

 일부 국가에서는 노동법의 기초가 되는 기본개념과 기본원칙이 법률에 명백하게 제시되어 있는 경우도 있지만, 다른 나라에서는 현행 노동법의 목적에 합치되는 분석을 통해 간접적으로만 알 수 있는 경우도 있다. 이 때 “법안의 내용은 청사진이고 해석의 초점은 법안의 내용이 아니라 그 법률을 입안한 이유, 그것이 가리키는 방향에 있다.”¹²⁾ 따라서, 그러한 간접적이고 함묵적인 분석을 하려면 사법적 관행 또한 철저하게 검토해야 한다. 이를 위해서는 관련 자료가 큰 도움이 될 수 있다.

기존 노동법을 고치려는 의도가 아니라면 개정법률안의 문구가 현행 법과 양립되는 것이라야 한다. 문구의 양립성은 두 가지 기본요소를

12) Dridger on the Construction of Statutes. Third Edition by Ruth Sullivan. Butterworths. Toronto and Vancouver, 1994, p. 35.

갖는다. 이를 실체적 양립성과 형식적 양립성이라고 부른다. 실체적 양립성은 개정법률안의 조항이 기존 노동법의 관련 조항을 대신하는 일이 없어야 한다. 형식적 양립성은 개정법률안이 해당 국가가 적용하고 있는 표준에 따른 것이어야 함을—그 기준을 바꾸고자 할 경우가 아니면—전제로 한다. 따라서,

- 현행 노동법을 개정하려는 의사가 있는 경우가 아니라면, 제정 또는 개정법률안은 현행 노동법의 관련 조항과 실체적인 일관성이 있어야 한다.
- 현행 노동법을 수정하려는 의사가 있는 경우가 아니라면 제정 또는 개정법률안의 형식이 관련 현행 법률의 형식과 조화를 이루어야 한다.

◆ 실행 가능성

어떤 경우든 입법 절차는 준비중인 법률이 효과적으로 적용될 것이다 라는 생각, 즉 법안의 의도가 성취될 수 있다는 기대감을 전제로 한다. 이 때문에 제안된 법률안을 규율적 측면(비용·이익 분석 포함)에서 또한 행정적으로 실행 가능한가라는 관점에서 평가하는 것이 중요하다.

규율 가능성 : 비용·이익 분석

입법안이 불충분하거나 또는 지나친 경우 심각한 역효과를 낼 수 있다. 특히 법률에 규정된 주요 사안이 사회적인 보호와 경제적인 효율 둘 다를 포함하는 경우 그러하다. 거의 대부분의 경우 노동법안을 작성하다 보면 ‘사회적인 보호 대 경제효율’이라는 딜레마에 빠지게 된다. 법률적인 규제가 불충분한 사회적 보호라는 결과를 초래할 수 있는 반면, 규제가 과잉일 경우 경제효율에 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 이 때문에 이 두 목적간에 적절한 균형을 찾는 것이 중요하다.

사회적 보호와 경제효율 사이에 균형을 찾기 위해서는 새 법안을 시

행한 결과 예상되는 비용과 이익을 평가하는 일이 중요하다. 비용과 이익을 바로 인식하고 이를 조심스럽게 평가해야 한다. 비용·이익 분석에는 새 법안의 보호가 근로자·회사에 미치는 영향뿐 아니라 경제·사회 전반에 미치는 영향도 고려에 넣을 필요가 있다. 비용·이익 평가는 단기 및 장기적인 두 관점에서 해야 한다. 예를 들어, 새로운 법률의 보호를 위해 드는 단기적인 비용은 계산하기가 비교적 쉽지만, 새 법률 때문에 얻어지는 장기적인 이익, 즉 보다 나은 노동 및 고용관계, 생산성 향상, 그 보호를 제공하지 않았을 때 사회가 치러야 할 장기적인 비용 등은 계산하기가 쉽지 않다. 마찬가지로 기업의 경쟁력 향상을 위한 장기적인 비용도 고려해야 한다. 법률의 영향을 비용·이익으로 계산해 내는 것은 법률 입안자의 일은 아니지만, 정확하지는 않더라도 관계기관과 함께 영향평가 작업에 참여해야 한다.

 제정 또는 개정법률안이 잠재비용이 많이 드는 것인지 또는 큰 이익을 가져다 줄 것인지, 사회 또는 경제적인 비용·이익·실행 가능성에 대한 분석이 이루어져야 한다.

 비용·이익 분석은 법률의 단기적·장기적인 영향과,

 근로자와 회사, 경제와 사회 전반에 미칠 수 있는 영향을 고려해야 한다.

행정적 실행 가능성

제정 또는 개정법률안 뒤에 있는 의도를 분석할 때에도 이 법률이 효율적으로 시행될 수 있는지를 고려해야 한다. 행정적인 실행 가능성을 증명하는 데는 다음 사항이 포함된다.

- 제정 또는 개정법률안을 시행하는 데 적절한 규범적 토대, 예를 들어 사용자에 대한 근로감독관의 권한을 부여하는 규칙 등,
- 충분히 발전된 제도적 틀, 특히 노동에 대한 근로감독, 사법제

도 등,

- 행정적 실행을 가능케 하는 인적자원.

이 모든 요소는 제안된 법안의 성공적인 시행에 중요하고 필수불가결한 전제조건이다. 그 중 어떤 것이 빠지거나 불충분할 경우 행정적인 기본구조를 충분히 발전시키기 위해 적절한 조치를 취하던가 아니면 제안된 법안의 의도를 현 상황에 맞게 조정해야 한다. 제정 또는 개정법률안 이면에 있는 의도를 분석할 때에도 이 법률이 효율적으로 시행될 수 있는지를 고려해야 한다. 따라서,

 만일 제정 또는 개정법률안의 행정적인 실행 가능성이 의심되는 경우 자문가들과 이 문제를 논의해야 하며, 이 문제를 다룰 전략을 세워야 한다.

◆ 설계

신규 입법의 기본틀

제정 또는 개정법률안의 목적을 고려한 다음에는 법안을 어떻게 설계할 것인가라는 문제가 대두된다. 이 단계에서는 규제 대상이 되는 주요 사항과 법률안 본문에 포함될 규정 내용에 대한 ‘전체적인 조망’이 이루어져야 하는데, 이는 법의 적용 대상이 되는 사람들이 이해할 수 있고 또한 성공적으로 시행될 수 있도록 하기 위한 것이다.

 제정 또는 개정법률안에서 다루어질 논제는 주요 관심사항에 대한 여러 조항 상호관계의 논리를 존중하고 그 법률이 적용될 사람들의 이해를 촉진하도록 구성되어야 한다.

 이 구조를 바탕으로 예비지침서 또는 기본구조를 세워야 한다. 예비지침서는,

- ▶ 제정 또는 개정법률안의 의도와 일치해야 한다.
- ▶ 해당 국가에서 사용되고 있는 형식적인 법안 초안 작성법과 양립될 수 있어야 한다.
- ▶ 내용이 허락하는 한 간명하고 이용자에게 편리하도록 작성해야 한다.
- ▶ 입법 절차 참여자와 협의하여 만들어야 하며, 법안 초안 작성 과정에서 이를 참고해야 한다.

 예비지침서는 그 본질상 직설법적이고 이를 작성하는 데 참여한 사람들은 다음 사항에 유의하여야 한다: (i) 제정 또는 개정 법률안의 구조 (ii) 입법 과정에서 지켜야 할 순서 결정하기 (iii) 예비지침서에 따라 또는 초안 작성 도중 생긴 관심사를 반영하여 보다 자세한 법안을 만든다.

현행법 개정 방법

현행법과의 관계에서 볼 때 새로 제정된 법률은 현행법을 개정한 것일 수도 있고 그렇지 않은 것일 수도 있다.¹³⁾ 현행법 개정이 아닌 법률이란 새로 작성되는 법률의 주요 과제가 이전에 법률로 만들어진 일이 없는 경우이고, 현행법을 개정하는 법률은 현행법에서 이미 다루어졌던 문제에 관한 법률을 만드는 것이다. 노동법의 경우는 현행법 개정이 많고 현행법이 어떤 영향력을 갖는가에 따라 다음과 같은 개정방법이 사용되고 있다.

- 기존 법률 조항의 삭제(deletion) 및 대체(substitution) 또는 새로운 조항 삽입(이 경우 개정법안은 계속 구속력을 갖는 기존 법률과 따로 떨어져 있지 않음)
- 다음 방법을 통해 기존 법률의 폐지 또는 대체
 - 기존법과 새로 제정된 조항을 정리 통합

13) Specific techniques of drafting amending legislation are addressed, where appropriate, in Chapters... below together with the general drafting techniques.

- 정리 통합된 법규를 법률로 제정하고 기존의 법을 폐지
- 독립된 법률 제정(separate enactment)은 기존 법률에서 일부 차용하여 독립적인 법률을 제정하는 것이다.

개정법률의 형태가 다양하다는 것은 곧 여러 가지 디자인을 뜻한다. 현행법을 삭제 또는 대체 또는 새로운 조항을 삽입하는 일은 상당한 기술을 요하는 일이고 입법자에게 운신의 폭이 없지만, 현행법 폐지 또는 교체가 목적인 새로운 법률 제정은 법률 입안자에게 보다 많은 선택의 자유를 허용한다. 현행법을 간접적으로 바꾸거나 현행법에 새로운 내용을 짜맞추어 만드는 법률은 기존 법률과 상당한 정도의 일관성을 유지해야 한다. 이렇듯 여러 가지 법률 개정 방법이 가능하지만 개정법률은 개정 대상이 되는 기존 법률의 문맥과 그 국가의 상황에 맞추어 작성해야 한다.

 개정법률의 디자인은 개정 대상이 되는 법 및 기타 관계법의 디자인과 일관성이 있어야 그 이해를 촉진시킬 수 있다(디자인을 바꾸는 것이 이해를 높이는 데 도움이 되는 경우를 제외하고).

제안된 개정법률 때문에 한 개 법령 이상을 수정해야 하는 경우

 각 개정대상 법률에 대한 독립된 개정법률을 마련할 수도 있다.

 개정 대상이 되는 법률들에 대한 개정안 전체를 담고 있는 법안을 마련할 수도 있는데, 이는 예상되는 변화의 목적과 본질이 그것을 허락하고, 그러한 경우 개정되는 각 법률의 수정조항들은 제안된 입법안에서 독립된 파트로 그룹화하여야 한다.

제안된 법률안 때문에 기존 여러 법률의 상당수 조항을 바꾸어야 할

경우 개정 내용을 새 법령의 스케줄 부분에 모아 둘 수도 있다.¹⁴⁾

◆ 다른 노동법과의 비교

현재 검토하고 있는 주제를 다른 나라의 법률에서는 어떻게 다루어지고 있는가 살펴보는 것은 중요한 입법 작업의 도구가 된다. 이는 초안 이전 분석(pre-drafting analysis)과 디자인 단계에서 도움이 되며 또한 실제적인 해결방법 및 법률 초안 작성에 대해 풍부한 정보를 얻을 수 있다. 다른 나라의 노동법과 비교라는 도구를 효율적으로 사용할 수 있기 위해 다음 사항을 참고하면 도움이 될 것이다.

-  다양한 법률, 특히 비슷한 법적 전통을 가지고 있는 나라의 법률을 비교 검토하여야 한다
-  모범적인 예로 알려진(그 문장이 또는 실천 면에서) 법률에 특별한 관심을 기울일 필요가 있다
-  다른 법률을 비교 검토하여 얻은 아이디어나 형식을 개정법률안의 형태, 언어, 디자인에 조심스럽게 적용해야 한다

◆ 기타 관련 법률과의 관계

특정한 주제에 관한 개정법률을 어떻게 적용할 것인가에 관해 새로운 법률 조항이 필요하지만, 이 문제는 이미 다른 주제에 관한 다른 법률에 의해 적절하게 규제가 되고 있을 경우 문제의 본질에 따라 다음과 같이 여러 가지 접근방법이 가능하다. 예를 들어,

- 해당 문제는 참조 법률(cross-referenced legislation)에 따른다는 내용을 새 법안에 규정해 둔다.

14) 부칙에 관해서는 아래의 ‘부칙’ 참조

- 현행법의 범위를 넓힌다.
- 새 법률에 해당 내용을 포함시킨다.

이러한 방법은 그 실용성 때문에 정당성이 인정되지만 이를 사용하는데 대해서는 찬성과 반대 의견이 있다. 찬성하는 사람들은 (i) 이러한 방법이 법률의 통일성을 유지하고 일관성을 높인다 (ii) 법률을 입안하는 과정에서 불필요한 일, 불필요한 반복을 줄일 수 있다 (iii) 시간과 자원 소모를 줄일 수 있다는 사실을 강조한다. 반대하는 사람들은 이 방법을 사용할 경우 생길 수 있는 역효과는 법률의 구조를 지나치게 복잡하게 만들어 이 법률의 적용 대상인 사람들이 이해하고 접근하기가 어려울 수 있음에 주의를 기울이고 있다.¹⁵⁾

노동 분야에서는 광범위하고 통합적인 입법 내용을 가능한 한 단일한 노동법전이나 노동법의 전체 분야(고용조건, 노사관계, 안전 및 건강 등)를 각각 다루는 한정된 수의 법률에 담는 것이 법에 관한 지식과 이해를 높일 수 있다. 이러한 관점에서 보면 너무 여러 개로 나누어진 법은 피하는 것이 바람직하다. 예를 들어, 노사관계법에서 고용관계법에 관한 참조사항(cross references)를 유용하게 활용할 수 있도록 할 수 있다. 예컨대, 노사관계법의 영역에서 부당해고의 문제가 발생했을 경우 그 문제를 규율하는 고용관계법의 해당 조항을 참조할 수 있도록 할 수 있다.

- 참조 기법은 법률의 적용 대상이 되는 사람들의 이해를 높일 수 있을 때만 사용하라.
- 참조될 법률을 정확하게 명시하라.
- 참조 법률이 개정법률이 적용될 상황과 양립하는가를 조심스럽게 확인해야 한다.
- 개정법률과 참조하도록 언급이 된 법률이 그 문구, 언어, 형식적인 면에서 일관성이 있는가를 확인하여야 한다.
- 필요한 경우, 다음 예와 같이 참조된 법률에 관해 간단한 설명을

15) For more details see, for example: G. C. Thornton, op. cit., pp. 168-173.

붙일 수 있다.

예]

“1996년에 제정된 고용권에 관한 법령(Employment Rights Act (enforcement by award of compensation) 제117항에 따라, 혹은……”.

제10장

법안 작성에 관한 규칙

여러 나라가 법안 작성에 관한 규칙을 가지고 있고¹⁾ 이는 입법 절차

-
- 1) See, for example, mainly for English language countries, Crabbe V.: Legislative Drafting (Cavendish Publishing Limited, 1993, Reprint 1998), Sir William Dale: Legislative Drafting: A New Approach (London, Butterworths, 1977), Dickerson R.: The Fundamentals of Legal Drafting (Toronto, Little, Brown and Company, 1986), Dick Robert C.: Legal Drafting in Plain Language (Carswell, Thomson Professional Publishing, 3rd edition, 1995); Mowat C.: A Plain Language Handbook for Legal Writers (Carswell, Toronto, 1998), Thornton G.C. Legislative Drafting (Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 4th edition, 1996). The last, by G. C. Thornton, has been particularly relied upon in this Chapter and in Chapter XI.

법률안 작성에 참고할 수 있는 다양한 매뉴얼, 가이드북이 있다: Guide to Drafting Legislative Documents prepared by R. C. Edwards, Executive Director of the Legislative Reference Bureau of the State of Illinois Legislators (USA): <http://www.legisl.state.il.us/commission/lrb/lbrguide/>; Maine Legislative Drafting Manual prepared by the Office of the Revisor of Statutes of the State of Maine Legislature; Guide to the Making of Federal Acts and Regulations prepared by the Legislative Service Branch of the Department of Justice of Canada: http://canada.justice.gc.ca/Presentation/index_en.html; Style and Procedural Manual of the Department of Justice of Nova Scotia (Canada): <http://www.gov.ns.ca/just/publish...stry/sryleman/>; Improving the quality of Laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Technique (OCDE/GD (94)59). Organization for Economic Co-operation and Development. Paris; Law Drafting and Regulatory Management in Central and Eastern Countries. SIGMA Paper: No. 18 (OCDE/CD(97)176. Organization for Economic Co-operation and Development. Paris; Interinstitutional agreement of 22 December 1998 on common Guidelines for the quality of

에 도움이 될 수 있다. 법안 작성의 규칙에는 법률안 문안의 구성과 검토, 법안 내용, 스타일, 언어 등에 관한 것이다.

◆문장 구성과 검토

법안 초안 작성을 위한 모든 준비가 완료되면 제안된 법안의 문안 작성 작업이 시작된다. 문장을 만들고 이를 검토하는 과정이 여러 차례 반복되어, 법안 이면에 있는 의도가 법률적인 언어로 구체화되고, 이 법률의 적용 대상이 되는 사람들이 이해할 수 있고, 근로감독관과 법원이 이를 시행할 수 있게 만든다.

법률안 구성

법률안 구성 단계에서는 실체적 내용과 형식 모두에 대해 관심을 기울여야 한다.



법률안 작성은 실체적 조항으로부터 시작되어야 하며 이는,
- 스폰서의 의도에 대한 분명한 이해를 기초로 해야 한다.
- 본래의 계획디자인과 잘 어울려야 한다.



법률안 본문의 실체적 조항은 서로 일관성이 있어야 한다.



서두조항, 보충조항, 최종조항은 그것이 실체적 조항을 위해 필요한 경우가 아니면 실체적 조항 작업이 끝난 뒤 초안에 넣어야 한다(예를 들어, 용어에 대한 정의는 실체적 조항 초안을 만들 때 함께 작업을 할 수가 있다).

drafting Community legislation. Official Journal of the European Communities. C 73. Volume 42. 17 March 1999.

 법률안 본문이 법률 입안자가 만족할 정도로 완성되면, 이를 스폰서와 논의하여야 한다.

 법률안의 디자인은 자료와 대비하여 정기적으로 검토해야 한다.

검토

구성 작업이 끝나면 법률안의 본문은 완성 단계에 들어간다. 초안은 적어도 다음 사항에 대해 검토할 필요가 있다:

- ✓ 법률이 의도하는 바가 충분히 실현되었는가.
- ✓ 관련된 헌법적인 요구사항 및 국제적인 의무와 일치하는가.
- ✓ 현행 법률 제도와 잘 맞는가.
- ✓ 법률안 조항이 본문 중에 조화롭게 자리를 잡고 있는가.
- ✓ 법률의 언어와 형식이 그 법률이 대상으로 하는 사람들에게 쉽게 이해될 수 있는가.

◆ 법안의 법적 내용에 영향을 미치는 규칙들

새로 작성된 법안의 법적인 내용에 영향을 끼치는 두 가지 기본적인 규칙이 있다. 이른바 헌법적인 규칙(constitutional rules)과 국제적인 의무사항(international obligations)이 그것이다.

합헌성

일부 국가에서는 헌법과 일치되지 않는 법률 조항은 법적인 효력을

갖지 못한다. 따라서 제정 또는 개정법률안에 포함된 법률 조항이 내용 면에서 또한 절차 면에서 헌법에 합치하는가 살펴보아야 한다.

실체적인 관점에서 헌법 조항은 제정 또는 개정법률안의 주요 관심사와 그 내용에 어떤 제한을 가할 수도 있다. 이러한 점에서 다음 사항을 검토할 필요가 있다.

✓ 법률안에 포함시킬 수 있는 내용을 헌법이 제한하는가?

 예를 들어 하위법(규칙, 원칙, 명령 등)을 발표할 법적인 권한을 위임하거나²⁾, 연방정부가 이러한 권한을 연방정부 또는 하급 입법기관에 위임하는 경우 위임할 수 없는 문제들 또는 연방 및 하급 입법기관의 권한에 속하는 문제를 헌법에 정해 둘 수 있다. 따라서 어떤 특별한 입법 절차 작업이 헌법에 정해진 원칙을 준수하는지 살펴보는 것이 중요하다.

✓ 법률안은 그 주요 문제를 어떻게 다룰 수 있는가?

 헌법은 법률안에서 다루고 있는 주요 문제와 관련된 기본권과 같은 실체적 원칙 등을 명시할 수 있다. 법률안은 이러한 헌법의 원칙을 준수하여야 한다.³⁾

절차 면에서 합헌성은 다음 질문에 대한 답을 뜻한다.

✓ 법률의 제정 또는 개정을 위한 ‘헌법적인 기본구조’가 무엇인가?

 헌법조항에 노동법률 및 기타 법률의 법적인 기본구조, 예를 들어 법률은 2개 국어(또는 여러 나라 말로)로 만들어야 한다 등을 정해 둔 경우가 있는데 이러한 원칙은 반드시 존중되어야 한다.

2) 하위법에 대해서는 Chapter XI 참조.

3) 자세한 것은 위의 내용 참조.

국제적인 의무

ILO 헌장 제19조 (d)에 따르면 ILO 협약을 비준한 회원국은 “협약의 조항이 효과적으로 만드는 데 필요하다고 생각되는 조치를 취해야 한다”고 하고 있다. 보다 일반적으로 말하면, 국제법하에서 국제조약을 비준한 모든 국가는 그 조약을 실행하기 위해 그 조약이 정한 바에 따라 적절한 조치를 취해야 한다. 국내법이 비준한 협약의 조항과 일치하지 않을 때는 그 조약이 국내법하에서 자동 발효되는 것으로 간주되지 않는 한, 즉 추가적인 입법적 개입 없이는 국내법에 적용되지 않는 한 현행법을 수정하거나 그 문제에 관하여 새로운 법률을 채택하여야 한다. 여러 ILO 협약이 다른 법령 없이 즉시 시행된다고 볼 수는 없다. 협약의 내용이 적극적인 법적 조치를 요구하기 때문이다.

다른 법령 없이 스스로 구속력을 갖지 못하는 국제적인 의무를 국내법에 반영시키는 접근방법은 ‘직접적인’ 방법과 ‘간접적인’ 방법 두 가지가 있다. 그러나 그 둘은 엄격하게 선택적이지 않고 서로 보완관계에 있다.⁴⁾ 따라서,

 국제적인 의무를 ‘직접적’으로 실행함이란 국내법과 같은 강제력을 갖도록 한다는 뜻이다.

 이 접근방법은 비준된 협약의 조항이 국내에서 법으로서 구속력을 갖는다고 선언하는 것이다. 이 경우 비준된 협약은 변경사항 없이 국내법에 ‘이식(transplanted)’ 된다. 이 방법은 국제협약의 내용을 그대로 국내법 제도에 적용할 수 있고 이를 실행하기 위해 다른 법령을 마련하지 않아도 될 때 가능하다. 이 방법은 협약을 비준한 국가가 협약을 적용할 때 큰 통일성을 기대할 수 있다. 그러나 이러한 접근방법은 ‘이식된’ 협약이 불명료함 또는 혼란 없이 국내법에서 살아남을 수 있는 상황에서만 가능하다. 국제적인 협약이 헌법에 따라 자동 발효되는 나라에서는 더 이상의 법령이 필

4) 자세한 내용을 알고자 할 경우 G.C. Thornton, op. cit., pp. 308-314. 등 참조.

요하지 않다. 그러나 입법적 개입을 필요로 하는 나라도 있다. 상황에 따라 다음과 같은 방법으로 국제적인 의무를 실행할 수 있다.

✓ 국제협약의 내용을 법률안의 부속서에 포함시킬 수도 있다.

 이 방법은 법률안 본문에서 협약의 내용을 다른 말로 옮기는 것이 적절하지 않을 경우 도움이 될 수 있다. 비준된 협약의 일부만 법적인 구속력을 갖는 경우 부속서에 해당 부분만 넣을 수도 있다. 그러나 법률안의 관련조항에서 부속서에 포함된 협약에 대해 언급하는 것이 바람직하다.

✓ 법률안이 협약을 직접적으로 언급할 수도 있다.

 법안에 부속서를 덧붙이는 관행이 확립되어 있지 않은 곳에서 사용할 수 있는 방법이다.

✓ 그러나 협약이 완전한 구속력을 가질 수 있으려면 위에서 언급한 것 외에 절차에 관한 조항 또는 처벌 조항을 국내법에 명시해 두는 것이 필요할 수도 있다.

 국제적인 의무를 ‘간접적’으로 시행함이란 제정 또는 개정법률에 국제적인 의무를 포함하는 것을 뜻한다.

 협약의 본문을 그대로 국내법 체계에서 시행하게 되면 불명료, 혼란이 초래되는 경우에 간접적인 방법을 사용해야 한다. 즉 협약의 내용을 제안된 법안에 반영하는 방법이다. 이는 다음과 같은 방법으로 실행될 수 있다.

✓ 법안의 실체적 조항(substantive provisions)을 국제적 의무에 부합하도록 작성해야 한다.

-적절한 경우, 특히 법률 해석에 필요한 경우 참고할 수 있도

록 관련 협약에 대한 참조를 법안의 실제적 조항에 포함하거나 협약 본문을 법률에 첨부할 수 있다.

 대체로 간접적인 방법이 바람직한데, 국제적 의무의 요지를 그 적용을 받는 사람들에게 보다 잘 알릴 수 있기 때문이다.

◆ 제정 또는 개정법률의 스타일과 언어를 결정하는 원칙

스타일에 관한 기본적인 요구사항

법안의 스타일은 제정 또는 개정법률안 이면에 있는 법률적인 의도를 분명하고 정확하게 전달하고, 그 법률이 대상으로 하는 사람들이 이해할 수 있고 또 적용될 수 있는 일관성 있는 규칙을 만드는 데 가장 중요하다. 법안의 스타일은 제정 또는 개정법률안의 내용을 적절한 법적인 언어로 옮길 수 있게 한다. 정확한 언어, 표현, 문장 구조는 법률 입안자가 처음부터 직면하게 되는 도전이다.

의도하는 바가 분명한 법안을 작성할 수 있기 위해 입법 절차에 대한 몇 가지 기본원칙이 만들어졌다. 어떤 법안을 작성할 때 이 원칙을 반드시 적용해야 하는 것도 아니고, 또한 상황에 따라 여기서 벗어나야 하는 경우도 있지만, 여기서 제시하는 일련의 원칙들은 법안 입안자가 관심을 기울여야 하는 권고사항이다. 다음은 그 중에 특히 노동 입법 절차와 관련있는 원칙을 구체적으로 기술한 것이다.

분명하게 쓸 것

간단 명료할 것

 어떤 법안이든 이해하기 쉽고 그 법안이 대상으로 하는 사람들에게 적절히 적용될 수 있어야 한다. 또한 법률의 본질이 훼손되지 않는 한 간단 명료해야 한다.

주의

단순, 간결, 간명함을 위해 명료함이 희생되어서는 안 된다. 너무 단순, 간결하다 보면 모호함이나 오해를 일으킬 수 있다.

☞ 가능하면 난해한 법률적 언어 사용을 피하라.



오랜 세월을 거치면서 여러 나라 법조계에서는 ‘난해한 법률 용어’가 만들어져 왔다.⁵⁾ 법안을 작성할 때 난해한 법률 용어 대신 ‘평범한 언어’를 사용하는 것이 최근 경향이지만 아직도 많은 나라에서는 어려운 법률 용어로 법안을 만드는 경우가 많다. 입법 절차에 전통적인 용어를 사용하면 법률에 대해 훈련을 받은 사람들은 이해할 수 있겠지만 일반 대중에게는, 노동법의 경우 사용자, 근로자 대표자 등 그 법을 적용해야 할 사람들에게는 이해하기 어려운 법안이 될 수 있다. 따라서 평범한 말, 쉽게 이해할 수 있는 말을 사용하는 것이 노동법안에서 특히 중요하다.

주의

표준이 아닌 용어를 사용할 경우 그것이 의도하지 않은 법적인 결과를 초래하지 않는지 법무 장관과 확인해야 한다.

예)

afford	→ Give
any, every, each	→ a, an
as provided in	→ as provided by
authorized to	→ May
commence	→ begin, start

5) Such legalisms and lawyerisms are defined by A Dictionary of Modern Legal Usage by Bryan A. Garner as “circumlocutions, formal words, and archaisms that are characteristic of lawyers’ speech and writing, esp. in drafting” (Oxford University Press. 1987, pp. 334-335).

deem	→	Consider
fix	→	establish, set
foregoing	→	Excluding
forthwith	→	immediately
herein(after)	→	in this Act, section, etc.
in lieu of	→	in place of instead of
in order to	→	To
notwithstanding	→	although as an exception despite
null and void	→	void
prior to	→	before
pursuant to	→	under
save	→	except
under the provisions of	→	under
upon	→	On
where (descriptive circumstances)	→	if

☞ 의미가 분명하고 널리 인정되고 있는 법적인 뜻을 가진 단어 또는 용어를 바꾸지 말라.



비법률적인 언어로 법안을 작성하라는 것이 법의 형식을 무시하라는 뜻은 아니다. 법적인 의도를 명확하게 옮길 수 있는 용어를 선택해야 한다. 분명하게 이해될 수 있는 용어를 법적인 명확성이 떨어지는 일반대중이 널리 사용하는 말로 바꾸어서는 안 된다.

예)

tell	→	notify
get	→	receive

☞ 법률 문장을 가능한 한 간단하게 쓰라.



법률안이 대상으로 하고 있는 사람들이 법률안을 더 잘 이해할 수 있도록 하기 위해 각 조항에 의무적인, 허용되는 또는 금지되는 행동(action)에 관한 원칙 한 가지만 제시하는 것이 일반적이다. 주체(subject)(자연인 또는 법인)란 행동할 책임이 있는, 또는 행동할 권한을 위임받은, 또는 행동이 금지된, 또는 행동하거나 혜택을 받을 자격이 주어진 자를 뜻한다. 일반적으로 법률안은 법률의 주체가 누구인가를 밝히는 문장으로 시작하고 그 다음 요구되는, 권한이 주어진, 또는 금지된 행동, 또는 자격에 대한 언급이 따른다. 구체적인 예(case), 조건(condition), 예외(exceptions)가 들어 있을 수도 있다.

예)

“제xx조. 사용자[주체]는 근로자가 중대한 귀책사유를 저질러 사용자가 통지한 기간 동안 고용관계를 지속하는 것이 불합리할 경우(예), 제xx조가 규정하는 절차에 따라[원칙] 통지없이 근로자를 해고할 수 있다[행동]. 단, 제yy조에 정해진 절차를 준수하여야 한다[조건].”

“제yy조. 사용자는[주체] 근로자에게 자신에 대한 비난에 대해 답변할 기회를 주는 등 징계와 관련된 적절한 절차를 거치지 않고는 [1차 조건], 또한 위 제xx조에서 언급한 중대한 귀책사유를 이유로 통지 없이 해고하는 경우를 제외하고는[2차 조건의 예외], 또한 상황에 따라 한 번 또는 두 번 경고를 주지 않고는[2차 조건] 귀책사유 또는 만족스럽지 못한 업무성적을 이유로[규칙] 고용인을 해고할 수 없다[행동제한]

“모든 근로자는[주체] 12개월의 지속적인 고용 기간에 대하여 유급휴가 3주를 받을 권리가 있다[행동 및 혜택에 대한 자격부여],

[부여].”

주의

원칙이 긍정적인 경우 조건은 ‘만일(if)’ 또는 ‘할 때까지(until)’라는 말을 사용하고, 부정적인 원칙에서는 조건을 ‘……하지 않으면(unless)’이라는 용어를 사용하여야 한다.

✓ 원칙 또는 그것이 적용되는 조건 앞 또는 뒤에 예외 조항을 적어라.

✓ 복잡한 문장의 의미를 둘 또는 그 이상 간단한 문장 또는 문단으로 표현할 수 있을 경우 간단한 문장 또는 문단을 사용하라.

 입법안에 문단을 두는 것은 복잡한 문장을 짜임새 있고 읽는 사람의 편리를 위해서이다. 그러나 문단도 합리적으로 조심스럽게 사용해야 한다.

☞ 현재형으로 쓸 것

 법안은 보통 현재형으로 쓴다. 법안을 참고할 때는 그것을 적용할 때까지 법안을 쓸 때 또는 법안이 효력을 가질 때가 아니기 때문이다.

예

“The duties of the board will include...”

주의

과거 또는 미래의 사건에 대한 조항은 적당한 시제를 사용하되 그것이(제목, 부분, 항, 조항 등) 효과를 발생하기 ‘전(또는 후)’라는 문구를 넣는 것이 좋다

현재형 이외의 시제는 꼭 필요할 때만 쓰는 것이 좋다. 따라서,

- ✓ 과거형은 제정 또는 개정법률안이 시행되기 전 사실을 언급할 때 사용될 수 있다

[예]

“이사회 위원이었거나 현재 위원은…… Any worker who is or has been a member of the board shall……”

- ✓ 미래형은 앞서 일어난 일 때문에 미래에 일어나게 될 일을 언급하는데 필요할 때만 사용한다.

[예]

“근로자가 이 일을 계속할 경우 건강에 심각한 위험을 줄 수 있다고 생각할 때 근로자는…… If the employee finds that the continuation of this work will seriously endanger his or her health, the employee is entitled to……”

- ✓ ‘shall’ 이란 단어는 의무를 설명할 때만 사용한다.

[예]

“사용자는 ……보장하기 위한 필요한 모든 조치를 취하여야 한다. An employer shall take all necessary measures to ensure that ……”

- ✓ ‘may’는 특권 또는 재량권을 뜻하는 말로 사용한다.

[예]

“……한 경우 사용자는 근로자를 해고할 수 있다…… An employer may dismiss a worker in case of……”

- ✓ ‘is entitled to’는 재량권과 반대되는 권리를 뜻하는 말로 사용한다.

예]

“근로자는 다음 혜택을 받을 권리가 있다…… An employee is entitled to the following benefits:……”

✓ ‘may not’은 금지의 뜻으로 사용한다.

예]

“…… 한 경우 사용자는 근로자를 해고할 수 없다…… An employer may not dismiss a worker in case of……”

✓ ‘must’는 선행조건을 뜻하는 말로 사용한다

예]

“임명 자격이 있기 위해서는 적어도 18세 이상이어야 한다……
To be eligible for appointment, a person must be at least 18 years old.”

✓ ‘current’ 또는 ‘existing’은 일시적인 참고가 필요할 경우가 아니면 사용하지 않는다.

예]

“The existing obligation existing on December 31, 1999 (or on the effective date of……)”

☞ 수동정보다는 능동형으로

 법률 조항이 권한 또는 의무를 부여하는 주체를 명시할 때 능동형을 사용하는 것이 보통이다. 수동형으로 글을 쓰면 주체가 누구인지를 빠뜨리거나 분명하게 명시하지 못하게 된다. 그러나 법안이 권한 또는 의무를 부여하는 주체를 알 수 없거나 그것이 중요하지 않을 때는 수동형을 쓸 수도 있다.

예]

“In case of termination of The employer who intends to

terminate a contract of employment, must give notice must be given ……”

☞ 부정보다는 긍정을

 법안을 부정문으로 또는 긍정문으로 표현할 수 있지만, 긍정문으로 쓰는 편이 좋다. 긍정문으로 쓰는 것이 보다 직접적이고 솔직하며 이해하기 쉽기 때문이다. 그러나 법안의 의도하는 바가 부정을 요구하는 경우, 예를 들어 금지 등에는 부정문을 사용해야 한다.

주의

이중 또는 다중 부정은 피할 것

☞ 복수보다는 단수로

 복수를 사용하면 일관성을 잃거나 제안된 법안을 적용할 때 그 의미가 모호하기 쉽다. 따라서 단수·복수 어느 것을 사용해도 되는 경우는 단수를 쓰라.

☞ 관련 명사보다는 동사로

 상당수 동사가 관련 명사를 가지고 있다. 예를 들어 consult-consultation, decide-decision, complain-complaint, etc…… 입법 절차에는 주로 동사를 사용한다. 명사는 지나치게 공식적이고 직접적이지 않고 때로 불분명하기 때문이다.

☞ 동사를 분리하지 않도록 주의하라

 입법 절차에서 동사가 떨어져 있는 문장을 쓸 때가 흔히 있다. 그러나 이 경우 문안이 너무 이해하기 어려워지지 않도록 하기 위해 매우 조심해야 한다.

예]

“The employer must, within two weeks of being asked by the employee to do so, give reasons for termination of employment.”

The employer must give reasons for termination of employment within two weeks of being asked by the employee to do so.

☞ 명사를 계속 나열하는 식의(noun sandwiches) 문장을 피할 것.

예]

“Retrenched workers deployment programme.”

→

Programme for the deployment of retrenched workers.”

☞ 부정대명사를 참조로 사용할 때 주의하라.

주의

어떤 문장에서 대명사가 한 사람 이상을 뜻할 경우 지칭하는 사람이 누구인지 반복하여 적으라.

예]

“After the chairman appoints an arbitrator, he or she shall administer the proceedings.”

After the chairman appoints an arbitrator, the arbitrator shall administer the proceedings.”

☞ 수식어 또는 어구를 사용하여 그것이 무엇을 수식하는지 의혹이 없도록 하라.



수식어란 다른 단어 또는 어구를 꾸미는 단어 또는 어구이다. 수식어를 적절하지 않은 곳에 사용하면 의미가 모호해지기 쉽다. 수식어가 분명히 무엇을 제한하는지 조심스럽게 생각해야 문장(또는 어구)을 잘못 해석할 가능성이 적어진다. 그러므로,

- ✓ 특히 수식어가 어떤 문장이나 어구에서 다른 단어를 수식하는 것으로 해석될 수 있을 때 수식어를 그것이 수식하는 단어 가능한 한 가까이 두라.

예)

“The chairman of the tribunal **only** may authorise payment of indemnities.”

Or

“The chairman of the tribunal may **only** authorise payment of indemnities.”

Or

“**Only** the chairman of the tribunal may authorise payment of indemnities.”

- ✓ 대명사 ‘that’은 그것이 수식하는 단어에 자격을 부여하거나 제한한 데 사용하고 같은 급의 다른 단어와 구별하는 데 사용하라.

예)

“This Act does not apply to an enterprise **that** has less than three employees.”

- ✓ 대명사 ‘which’는 그것이 수식하는 단어에 대해 삽입적인 설명을 할 때 사용하라.

예)

“This procedure, **which** is provided for in Section 9 of the Dispute Resolution Act 1998, requires that……”



정확하게 쓰라.

주의

정확성(precision)을 위해서 글의 명료함(clarity)이 희생되어서는 안 된다. 너무 정확한 법률을 만들려다 보면 생각지 않은 법률적인 허점이 생길 수도 있다.

☞ 의도하는 바의 뜻을 가능한 한 정확하게 표현하는 단어 또는 어구를 선택하라.

📖 법안을 작성할 때 적절한 단어 또는 어구를 선택하여 각 조항이 의도하는 바를 정확히 표현하고 이해하고 또한 적절히 적용될 수 있도록 하는 것이 절대 중요하다. 상황에 따라 그리고 무엇을 규정하고자 하는가에 따라 법률 조항을 일반적인 형태로 만들 수도 있고—적용되어야 할 원칙 또는 다양한 표현으로 되어 있지만 기본적으로 통상적인 특징을 지닌 일련의 경우를 제시하는—필요하고 또한 가능한 경우 상세하게 작성할 수도 있다. “실제로는 원칙을 제시해야 하는 곳이 있고 상세한 기술이 필요한 곳이 있으며, 문맥의 전후관계로 균형을 유지한다.”⁶⁾

예

일반적인 원칙을 표현하고 있으면서 일반적인 개념을 사용한 법률 조항의 예 :

- “(1) 해고를 정당화할 수 있지 않는 한, 사용자는 일정한 기한을 정하지 않은 근로계약에 의해 고용한 근로자를 해고할 수 없다.
- (2) 다음 경우를 제외하고는, 제1항하에서 해고는 정당한 것으로 간주될 수 없다:
- 해고의 사유가 근로자의 **행동, 능력 또는 업무능력** 때문인 경우 또는 사용자의 경영상 필요 때문인 경우
 - 해고의 사유가 해고 외에 다른 방법이 없음을 충분히 정당화할 수 있는 경우”.

6) G. C. Thornton, op. cit., p. 51.

“사용자는 근로자의 건강과 안전을 보장하기 위해 **합리적인 보호 조치**를 취해야 한다.”

구체적인 법률 조항의 예 :

“모든 근로자는 다음과 같은 권리를 갖는다

- (a) 노동조합 결성에 참여할 권리
- (b) 노동조합원이 될 권리
- (c) 근로자가 구성원인 노동조합의 합법적인 활동에 참여할 권리
- (d) 근로자 구성원인 노동조합의 임원이 될 권리
- (e) 이 법률이 부여했거나 인정한 권한을 행사할 수 있는 권리, 그리고 근로자, 직장근로자 대표, 안전관련 근로자 대표 또는 그러한 권리를 행사하는 노동조합을 지원할 수 있는 권리.”

☞ “and/or” 사용을 피하라

 여러 사항을 모으고자 하면 접속사 ‘*and*’를, 양자 택일을 해야 할 경우는 ‘*or*’을 쓴다. 모으기도 하고 양자택일도 하는 경우는 ‘*and/or*’ 대신 둘 사이에 ‘*or*’, 그 뒤에서는 ‘*or both*’를 쓴다.

예]

“The subcontracting enterprise or the user enterprise *or both* shall be liable ” [or, in this case: “The subcontracting enterprise and the user enterprise shall be jointly and severally liable.”]

 일관성 있게 쓰라

 입법에서는 반대 의사를 분명히 밝힌 경우가 아니면 어떤 단어 또는 어구든 법안 전체에서 같은 의미를 갖는다는 것이 기본 가정이다. 법안을 일관성 있게 작성한다는 것은 문장에서 불필요한 변화를 피하고 같은 아이디어를 같은 단어를 사용해 표현하고자 노력하는 것을 뜻한다. 따라서,

✓ 다른 의미를 전달하는 데 같은 단어 또는 어구 사용을 피하라.

- ✓ 같은 의미를 전달하는 데 다른 단어 사용을 피하라.
- ✓ 본질적으로 다른 것을 지칭할 때 동의어 또는 동의어와 같은 표현 사용을 피하라.

주의

법이 의도하는 바를 그 법이 적용될 사람들에게 더 잘 전달하기 위해 바꾸는 것이 좋은 경우가 아니면, 현 법률에서 사용되고 있는 용어를 사용하라. 이 경우 법적인 혼란을 피하기 위해 현 법률의 용어를 개정해야 한다.

- ✓ 본질적으로 비슷한 조항은 비슷한 구조를 갖도록 하여 평행한 아이디어가 서로 평행한 구조를 이루도록 해야 한다.

성적으로 중립적인 언어

성적으로 중립적인 언어로 된 법안을 작성한다는 것은 성별을 구체적으로 언급하는 용어 사용을 피한다는 뜻이다. 그러나 문안의 내용 또는 법률 조항을 특정 성에만 적용하는 경우는 그 성을 지칭하는 단어를 사용해야 한다. 법률안의 본문에서 성을 제거할 때 그 의미가 달라져서는 안 된다. 성적으로 중립적인 말로 표현할 수 없을 경우 원래 용어를 그대로 둘 수도 있다.

성적으로 중립적인 언어로 문안을 작성하는 방법은 여러 가지가 있다. 그 중 몇 가지를 소개하면 아래와 같다. 그 중 어느 것을 택할 것인가는 각 법안의 본문에 따라 정해야 한다.

 성을 구체적으로 지칭하는 명사·형용사를 중립적인 용어로 바꾸라.

예)

~~craftsman~~ → skilled worker; artisan

~~foreman~~ → supervisor

~~manpower~~ → work force; personnel
~~workman~~ → worker

☞ 문맥이 허락한다면 접두어 ‘man’을 ‘person’으로 바꾸라.

[예]

~~tradesman~~ ≠ tradesperson
~~tradesman~~ → merchant

☞ 성을 구별할 필요가 있는 경우가 아니면 성을 지칭하지 않고 가족관계를 표현하라.

[예]

~~husband, wife~~ → spouse
~~widow, widower~~ → surviving spouse
~~mother, father~~ → parent
~~son, daughter~~ → child
~~sister, brother~~ → sibling

 가능한 한 ‘he,’ ‘she,’ ‘his,’ ‘her’ 등 성을 구체적으로 지칭하는 대명사를 피하라.

☞ 명사를 반복하라.

[예]

“사용자는 근로자가 서면으로 요청하는 경우 근로자 또는 권한을 위임받은 대표자에게 **근로자**의 인사자료를 볼 수 있는 기회를 주어야 한다. …… The employer, upon written request from an employee, shall provide the employee or an authorized representative with an opportunity to review his *the employee’s* personnel file……”

☞ ‘he 또는 she’ ‘his 또는 her’를 사용하라.

[예]

“이 법률에 따라 파업에 참여했던 근로자가 파업 종료 후 이틀 내에 작업장에 복귀하였을 때, 사용자는 **그 또는 그녀**(he or she)가 파업 직전에 가지고 있던 지위로 그 근로자의 고용을 원상 복귀하여야 한다. If an employee who has participated in a strike in conformity with this Act returns to work not more than two working days after the end of the strike, the employer shall reinstate the employee in the employment which **he or she** held immediately prior to the strike.”

☞ 성을 구체적으로 명시하는 대명사는 뺀 것.

[예]

“On reaching the age of 65, a worker must……”

☞ 성을 구체적으로 지칭하는 대명사를 ‘a’, ‘an’ 또는 ‘the’로 바꾸라.

[예]

“When an employee is absent with leave and when it is necessary to provide for the performance of the duties of ~~his~~ **the** position during ~~his~~ **the** absence……”

☞ 명사적인 표현을 동사로 바꾸라.

[예]

“Any employee who ~~has in his possession~~ **possesses**……”

☞ ‘he 또는 she’와 같은 단수보다는 ‘they’라는 복수를 쓰라.

[예]

“This chapter does not apply to a duly licensed ~~entrepreneur~~ **entrepreneurs** unless they practice……”

- ☞ ‘If xxx……’ 다음에 ‘he 또는 she’가 오는 경우 ‘Xxx who’, ‘which’ 또는 ‘that’으로 바꾸라.

[예]

~~“If an~~ **An** applicant **who** has been licensed in another state ~~he~~ shall submit verification of licensure and the required fee.”

- ☞ ‘if’ 또는 ‘when’을 ‘on’ 또는 ‘upon’으로 바꾸라.

[예]

~~“If the inspector~~ finds **Upon finding** that the fine can be reduced, he **the inspector** may order it reduced.”

- ☞ ‘himself’ 또는 ‘herself’ 등 재귀대명사를 반복하게 될 경우 이를 빼거나 바꾸라.

[예]

“A worker is considered to seek nomination or election if that worker has taken the action necessary under this chapter to qualify ~~himself~~ for nomination.”

- ☞ 분사를 사용하여 문장을 고쳐 만들라.

[예]

“A person must give 7 days’ notice before he lodges **lodging** an appeal.”

- ☞ 관계절을 사용하여 문장을 고쳐 만들라.

[예]

“If a **A** worker **who** has lodged a complaint, he may……”

두 언어(여러 가지 언어)로 법안을 작성하기

여러 가지 언어를 사용하고 있는 나라에서는 둘 또는 그 이상 공식언어로 법률을 만들어야 하는 문제가 생길 수 있다. 두 가지(또는 여러 가지) 언어로 법률을 작성하는 방법은 여러 가지가 있다. 가장 간단한 것은 법률안을 한 언어로 작성한 다음 그것을 다른 언어(또는 다른 여러 언어)로 번역하는 방법이다. 긴밀하게 협조하여 또한 평등을 기준으로 삼고 동시에 여러 언어로 법률을 작성할 수도 있다. 이 두 방법을 다 사용할 수도 있다. 어떤 방법을 선택하는가는 상황에 따라 결정한다.

 캐나다의 경우 1867년 헌법에 캐나다 국회 토론에서 영어 또는 불어를 사용할 수 있고, 퀘벡주 의회에서는 법령을 두 언어로 인쇄 출판하도록 되어 있다(Section, 133). 1982년 캐나다 권리와 자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982)은 영어와 프랑스어를 캐나다의 공식 언어로 인정하였고 두 언어에 의회, 정부, 사법기관 또는 소송 절차에서 동등한 지위, 권리, 특권을 부여하였고, 일반 대중 누구든 캐나다의 국회 또는 정부기관의 중앙부처로부터 영어 또는 프랑스어로 서비스를 받을 수 있도록 허락하였다(Sections 16-20). 1985년 공식 언어에 관한 법률에 따르면 “국회의 모든 법은 두 개 공식 언어로 제정, 인쇄, 출판되며”, “국회법에 따라 또는 국회법이 부여한 입법권 행사 과정에서 만들어진 법률은 두 공식 언어로 제정, 인쇄, 출판되어야 한다고 규정하였다…… (Section 7).” 따라서, 두 공식 언어로 법안을 작성하는 일이 캐나다 연방정부 입법 절차에 중요한 요소가 되었다.

두 언어로 법안을 작성하는 목적은 각 언어로 된 두 법안 작성자의 긴밀하고 지속적인 협력을 통해 2개 원본 법안을 만드는데 있다. 특별한 경우 여러 팀이 긴 법안을 작성하는 일에 참여할 수 있다. 어떤 것도 다른 것의 번역이 아니고 어느 것도 바꿀 수가 없다. 두 법안 작성자가 서로 각 입법안의 내용을 바꾸거나 향상하도록 촉구하는 경우가 흔히 있다. 함께 법안을 작성할 경우 법안 작성자 한 사람이 입법 과정을 주도하거나 다양한 입법 단계를 통합·조정한다. 일반적으로는 입법 리더가 법률안을 작성하고 이에 대해 두 번째 입법 작성자가

의견을 말하고, 그 후 입법 리더가 필요한 내용을 수정한 다음 그 수정안을 가능한 한 모든 정보와 지시사항을 바탕으로 다른 안을 작성한 두 번째 입법 작성자에게 돌려 준다. 두 안을 법률 언어학자(jurilinguists*)와 입법 편집자가 문법, 구문, 스타일, 배열, 일관성 등을 검토한다(“연방법과 규칙 작성에 관한 가이드”, 캐나다 법무부)

* 법률 언어학자란 프랑스어 언어학자로 일반적인 프랑스어와 최근 법률 분야에서 이루어진 프랑스어의 발전 내용을 살펴 법안의 불어본이 그 언어에 진실되며 영어와 프랑스어본 법안이 같은 뜻을 전달하고 있는지를 확인하는 전문가이다. 그러나 그들이 제안한 내용이 입안자에게 강제력을 갖지는 않는다.

 벨기에는 4개 언어 지역을 거느리고 있는 연방국가로서 연방법에 프랑스어, 플랑드르어로 투표하고, 제재 규정을 설정하고, 법령을 공포하고, 출판하도록 규정되어 있다. 입법상 문제의 언어 사용, 발표, 출판, 법률 및 규정의 효력 발생에 관해 1961년 5월 31일 제정된 법에 따르면, 정부가 국회에 법안을 제출할 때 두 언어로 제출하도록 되어 있다. 그러나 국회가 법안을 제출하는 경우 원래 언어로 제출하고 나중에 다른 언어로 번역한다. 한 가지 법의 두 안(two version)은 꼭 같은 효력을 가지며 공식적인 법안으로 인정된다. 법안 본문은 간결하고 정확해야 하므로 규정 본문에 플랑드르어와 프랑스어 용어가 포함되어 있을 수 있으며 이는 존중되어야 한다. 두 언어로 된 입법 절차에 관한 가이드는 국무총리실에서 발행한 것이다.

고용 및 노동부가 작성한 법안은 실제로는 법무부 소속 법률가가 작성한 것이다. 해당 문제에 관해 전문적인 지식을 가진 법률가가 본문을 그의 모국어(플랑드르어 또는 프랑스어)로 작성하고 법무부에서 다른 언어에 대해 뛰어난 지식을 가지고 있는 법률가는 다른 언어로 된 법안을 작성한다. 두 언어로 된 법안은 일관성과 통일성을 갖출 수 있도록 하기 위해 동시에 작성된다. 일부 법안의 내용을 한 언어로 작성한 다음 다른 언어로 번역하는 경우도 흔히 있다. 이

렇게 동시 과정을 거침으로써 단순하고 짧은 문장으로 된 법안을 작성할 수 있다.

다음 규칙은 두 가지(또는 여러 언어로 된) 입법 절차의 실재를 요약한 것이다.

 법률안은 어떤 언어로 되어 있든 그 본질적인 내용은 꼭 같아야 한다.

 각 언어로 된 법률안은 올바르게 그 언어의 개성에 충실한 언어로 작성되어야 한다.

 각 언어로 된 법률안 본문은 부, 장, 항(parts, chapters, sections) 등 그 구조가 같아야 한다. 문단(paragraph), 하위 문단(subparagraph)은 해당 언어가 다른 구조를 필요로 할 경우 다른 언어로 된 법안과 평행을 이루지 않아도 된다.

 한 언어로 된 법안을 강제로 다른 언어의 특성에 맞추려 하지 않도록 하라.

 어떤 언어로 작성되었든 그 본질적인 의미가 동일할 것이 가장 중요하므로 어떤 언어는 그 언어가 요구하는 구성을 허용할 필요가 있을 수 있다. 따라서,

 항상 꼭 같은 구문이어야 할 필요는 없다.

 예

“No employee is entitled to be paid for a general holiday on which he or she does not work, when he or she is not entitled to wages for the last thirty days.

Aucun salaire n'est dû à l'employé qui ne travaille pas un jour férié et qui n'avait pas eu droit à un salaire pendant les trente derniers jours.”

☞ 한 언어로 된 법안의 문장 수가 다른 언어로 된 법안의 문장 수와 다를 수도 있다.

예)

“This Part and all regulations made under this Part apply not with standing any other law or any custom, contractor arrangement, but nothing in this Part.

La présente Partie et tous ses règlements d'applications s'appliquent nonobstant toute autre loi ou quelque coutume, contrat ou accord. Cependant, rien dans la présente Partie.”

☞ 필요한 경우가 아니라면, 한 언어의 법안에 제시된 정의(definition)를 다른 언어로 된 법안에서 반드시 재연해야 하는 것은 아니다.

제11장

법안 작성의 실제 (영어권 국가에 주로 적용 가능)

법률이 의도하는 바를 분명하고, 간결하고, 일관성 있는 언어로 표현한 법안을 작성하려면 법안의 본문뿐 아니라 그 구조도 적절하여 다양한 법률 조항을 담을 수 있고, 쉽게 이해할 수 있으며, 그 법안을 시행해야 할 사람들에게 의해 적용될 수 있어야 한다. 따라서 법안 작성자는 ‘사용자에게 편리한 형식을 가진(user-friendly format)’ 법안을 만드는 데 중요성을 두어야 한다.¹⁾

법안의 구조를 세울 때, 일정 주제에 관해 현행 법률에 사용된 구조를 참조하여야 하지만 현행법을 새로운 것으로 교체하는 경우 특히, 현행법을 보다 나은 것으로 만들어 사용자의 이해를 높일 수 있다.

◆ 법률 본문의 구조

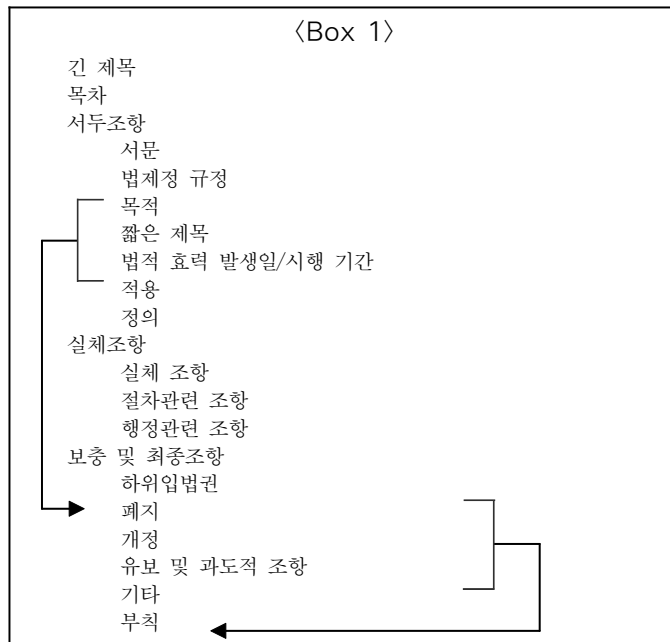
법률안은 논리적이고, 읽기 편하고, 이해할 수 있는 구조로 구성되어 있어야 한다. 그렇게 하기 위해서는 해당 문제에 관한 관련 조항을 쉽고 빠르게 찾을 수 있는 구조를 가져야 한다. 법률안의 구조는 해당 국가의 법률 형식과 일관성이 있어야 한다. 그러나 나라마다 관행이 다르므로 특정 조항에 대해 어떤 구조가 반드시 옳고 어느 것은 틀리다

1) Use has also been made in this Chapter of the publications mentioned in the first footnote to Chapter X, with particular reliance on G.C. Thornton, op. cit.

고 말할 수는 없다.”²⁾

서두조항, 실체조항, 보충조항, 최종조항

넓게 말하면, 주요 조항은 일반적으로 서두조항 뒤에 보충조항과 최종조항 앞에 둔다. 법안의 주요 내용은 대체로 논리적 순서 또는 연대기적인 순서를 따른다.



위에서 제시한 것이 일반적인 방법이지만, 여러 가지 변형이 가능하다. 예를 들어, 과도적(transitional provisions), 유보조항(savings), 폐지(repeals), 주요 개정사항(대체로 보충조항과 최종조항이 있는 부분에 포함된다)³⁾의 분량이 많을 경우 하나 또는 두 항목에 나누어 둘 수 있

2) G. C. Thornton, op. cit., p. 190.

3) 유보조항, 과도적 조항, 폐지, 개정에 관해서는 아래에서 상세하게 논의하였다.

다.4) 이렇게 하면 중요한 조항을 일시적인 관심사항에 관한 조항과 분리할 수 있다. 여러 법안이 짧은 제목, 법적 효력이 발생하는 시점(commencement or entry into force), 적용, 정의⁵⁾ 등으로 시작하지만 경우에 따라 그 일부 또는 전체를 본문 맨 마지막 부분에 두는 경우도 있다. 이 경우 대체로 역순을 따른다. 즉 폐지, 주요 개정사항 뒤에 정의, 적용, 법적 효력 발생일, 짧은 제목을 둔다(Box 1 참조)

실체조항

 규정 대상이 되는 주요 문제에 논리적인 연속성이 있을 경우 그 구조를 따르라.

예를 들어, 노동관계에 관한 법안은 노동관계 당사자에 대한 조항을 맨 앞에 두고 그 다음 그들 상호관계에 관한 조항(예를 들어, 단체교섭, 협의제도 등), 그 관계에서 발생하는 분쟁의 해결에 관한 규칙 및 절차, 이러한 절차에 의해 해결되지 않은 분쟁에 대해 취할 수 있는 행위(파업, 직장폐쇄)에 관한 조항이 뒤에 온다.

법안의 세분

길고 복잡한 법안을 작성할 때 이를 여러 부분(parts, chapters, section, subsections, clauses, subclauses, paragraphs and subparagraphs)으로 나누는 것이 필요할 수 있다. 대체로 다음과 같은 형식이 사용되고 있다.

Parts, Chapters and Subchapters

제안된 법안의 의도가 두 가지 또는 그 이상 분야에 걸친 복잡한 문

4) 부칙에 관해서는 아래 ‘부칙’ 참조.

5) 긴 제목, 짧은 제목, 정의, 시행일자, 적용 등은 아래에서 상세하게 논의하였다.

제에 관한 것이라면, 이들 각각을 다루는 조항을 분리해 한 그룹으로 묶는 것이 바람직하다. 이렇게 법안을 Part로 그룹을 지어 두면 관심 있는 주제에 대한 조항을 보다 빠르게 찾을 수 있다. 법안 본문을 부분으로 나눌 것인지는 “중심 주제가 무엇인지를 결정했을 때 디자인 단계에서 정하는 것이 가장 좋다. 중심 주제와 다른 주제와의 관계가 중요한 요소이다. 그들이 긴밀하게 연관되어 있다면 글 모양을 기울여 쓰는 것(이탤릭체)만으로도 충분히 시선을 끌 수가 있다. 주제가 서로 긴밀하게 연결되어 있지 않고 동떨어진 여러 가지 문제에 관한 것이거나 혹은 서로에 대한 짜임이 느슨한 문제일 경우, 그 모든 것이 한 가지 중심적인 목적을 위한 것이더라도 법안 내용을 부분으로 나누어 배열하는 것이 좋다.”⁶⁾ 따라서,

 법률안을 나누어 배열하는 것이 법률안을 적용하거나 해석할 사람들이 사용하는 데 편리하다면 그렇게 하라.

 실체조항이 들어 있는 부분 앞에 서두조항(preliminary part)을, 뒤에는 기타 또는 최종조항을 두라.

 아라비아 숫자 또는 로마자를 써서 parts의 번호를 붙이라.

[예]

“Part 1 [title], Part 2 [title] or
Part I [title]; Part II [title]”

일부 국가에서는 입법 절차에 부(part) 대신 장(chapter)을 가장 큰 단위로 사용하기도 한다.

 필요하다면 각 Part를 Chapter와 Subchapter로 배열하고 로마자를 붙이라.

6) G. C. Thornton, op. cit., p. 180.

예)

“Chapter I, Chapter II,……”

Subchapter I, Subchapter II,……”

조와 그 하위 구분(Sections and their subdivisions)

‘Sections’은 (영어권에서) 법안의 기본이 되는 항목이다. 각 조의 내용에 따라 Subsections, Clauses, Sub-clauses, Paragraphs, Subparagraphs로 나눌 수 있다. 이를 어떻게 사용하는가는 나라마다 다를 수 있다. 프랑스어와 스페인어 법안은 각각 ‘Article’, ‘Articulo’라는 용어를 사용하고 있다.⁷⁾

 각 조는 한 가지 아이디어만 다루어야 한다. 특별한 경우 한 문장에 여러 개 아이디어를 담기도 한다.

☞ 문장은 명료성·정확성이 허락하는 한 짧아야 한다.

☞ 한 문장으로 쓰라는 원칙을 고수하다 길고 복잡한 문장이 될 경우,

- ✓ 항목에 중복되는 내용이 없는지 살펴보고 중복되는 내용이 있다면 가능한 한 간단하게 하라.
- ✓ 한 문장으로 된 항에 중복된 내용이 없다면, 그 문장을 Subsections, Paragraphs로 나눌 필요가 없는지 검토하라.

 ‘Clause’라는 말은 문법적으로 한 주어와 한 술부(predicate)⁸⁾

7) In those jurisdictions based on the civil law tradition the word “article” is more frequently used to denote this major normative element of a legislative text, and the word “section” is sometimes applied to a group of “articles” in a chapter on a particular subject. In this version of the Guidelines the words “section” and “subsection” are used for what in French, for example, would be “article” and “alinéa”.

8) 영국의 경우 국회에 제출하는 법안의 조항은 clause라는 용어를 쓰나 왕의 허가가 난 뒤에는 section이라는 단어를 사용한다.

를 가지고 있는 단어의 일군을 가리키는 말이고, 따라서 문장의 일부일 수도 있고 독립된 문장으로 혼자일 수도 있다. ‘Paragraph’란 특정 사항에 관한 한 덩어리 글로 대개 몇 글자 들어서 새로 시작하며, 글 쓰는 이로 하여금 복잡한 아이디어를 나누어 어려움 없이 처리할 수 있게 해준다. Paragraph는 (i) 한 단어 (ii) 여러 단어 (iii) 한 문장 (iv) 여러 문장으로 구성될 수 있다. Paragraph 안에 Clause의 중요한 특징인 주어와 술부가 있을 수 있지만 반드시 그러한 것은 아니다.⁹⁾ 따라서, Sections과 Subsections은 여러 Clauses 또는 Sub-clauses, 여러 Paragraphs 또는 Subparagraphs로 구성될 수 있고, Clauses 또는 Sub-clauses는 여러 Paragraphs 또는 Subparagraphs로 구성될 수 있으며, 하나 또는 여러 문장으로 된 Paragraph 또는 Subparagraphs는 여러 Clauses 또는 Sub-clauses로 구성될 수 있다(Box 2 참조). Clauses은 Section 밖에서 독립된 조항이 될 수도 있다(예를 들어, 법안 제정, 목적에 관한 clause 등).

- ✓ 특별한 경우, 예를 들어 한 문장으로 된 Section이 중복되는 내용이 없고 더 작은 단위로 나눌 수도 없을 경우, Section을 하나 또는 그 이상 문장으로 나눌 수 있다.

 조(section)과 그 하위 구분(subdivisions)에는 반드시 번호를 붙이거나 글자 모양을 달리하여 눈에 띄게 하고 순서에 따라 배열해야 한다.

 번호를 붙일 것인가 또는 글자 모양을 달리할 것인가는 나라마다 다르고, 대체로 입법 절차의 전통에 따르는 경우가 많다

9) See, for example, The Concise Oxford Dictionary of Current English. Clarendon Press. Oxford, 1991, pp. 208 and 862; The Black's Law Dictionary. West Publishing Co., St. Paul, 1990, p. 249; A Dictionary of Modern Legal Usage, Oxford University Press, Oxford, 1995, p.160; H. Ramsey Fowler, Jaine E. Aaron: The Little Brown Handbook. Harper Collins Published, 1989, pp. 174 and 175.

(sections과 그 subdivisions 배열의 예는 Box 2 참조). 다음은 여러 나라의 경우를 참조한 것이다.

〈Box 2〉	
[section]	Section 1, 2...
[subsection]	(1), (2)...
[paragraph]	(a), (b)...
[subparagraph]	(i), (ii)...
[clause]	(a), (b)...
[subclause]	(Aa), (Ab)...

☞ Sections은 아라비아 숫자로, Subsections은 아라비아 숫자로 하되 괄호를 붙인다.

예

“Section 1(1)...(2)...(3)...”

☞ Sections과 Subsections의 첫 글자를 대문자로 표시한다.

☞ Sections과 Subdivisions 사이에 공백을 둔다.

☞ Clauses와 Paragraphs는 들어서 쓴다(sub-clauses와 subparagraphs는 두 배로 들여쓴다.)

표제

어떤 경우이든 법안의 표제는 법안의 의도와 범위를 나타내는 표시 역할을 한다. 보통 표제는 법안의 Parts, Chapters, Sections을 나타내지만, 제안된 법안의 이해를 높이는 데 도움이 된다면 Subdivisions까지도 포함될 수 있다. 사용자가 법안을 쉽고 빠르게 사용할 수 있도록 하기 위해 표제는 Part, Chapter, Section을 짧고, 정확·명료하게 표현

하여야 한다. 그러나 표제는 문법적으로 완전한 문장일 필요는 없다.¹⁰⁾

 법률안의 Part, Chapter, Section에 그 내용을 설명하는 표제를 붙이라

☞ Parts의 표제는 로마자 대문자, 그리고 가능하면 굵은 글자로 인쇄하면 더 눈에 띄 수 있다.¹¹⁾

예)

“Part 1. Contract of employment”

☞ Sections의 표제는 굵은 글자, 이탤릭체 또는 대문자 또는 이 여러 가지를 혼합한 형태로 쓸 수 있고 Section 번호 뒤에 또는 그것이 가리키는 Section 앞에, 또는 Section 시작 다음 빈 공간에 둘 수 있다.¹²⁾

예)

“42. Reinstatement. Where the remedy of reinstatement is provided by the Tribunal or the Court, the employee shall

10) 일부 국가에서는 제목도 법률의 한 부분으로 간주된다. 상당수 국가에서 제목을 법률의 한 부분으로 간주하지 않으나 일부 국가에서는 법률의 한 부분으로 간주하며, 법원도 법률 해석을 위하여 제목을 참조하는 것을 인정하고 있다(for example, Driedger on the Construction of Statutes. Third Edition by Ruth Sullivan. Butterworths. Toronto and Vancouver. 1994, pp. 268-273). 제목을 법률의 한 부분으로 인정하더라도 제목은 간결하고 명확해야 하므로 해석의 가치가 크게 줄어들 수 있다.

11) 제목을 대문자로 쓰는 경우가 많지만, 소문자가 읽기 쉽다는 연구 결과도 있다. 제목은 대체로 길지 않고, 반드시 대문자로 인쇄해야 하는 것은 아니다. 연구 결과에 따르면 제목을 밝은 색깔로 왼쪽에 마진을 두어 쓰는 것이 가운데 맞춤을 하는 것보다 좋다고 한다(G.C. Thornton, p. 177 참조).

12) 사용자가 쉽게 찾을 수 있도록 하기 위해 일부 국가에서는 section (또는 subdivisions)의 왼쪽 마진에 짧은 설명을 두기도 한다. 짧은 설명을 두는 장소를 ‘marginal notes’라고 부르기도 한다. 마진에 쓴 짧은 설명은 일반적으로 법률의 일부로 간주되지 않지만, 일부 국가에서는 법률 해석에 이를 중요하게 참고하기도 한다(See, for example, Driedger on the Construction of Statutes, op. cit. pp. 273-275).

.....”

or

“*Section 21. Bureau of Labour and Employment Statistics.*
A Bureau of Labour and Employment Statistics is hereby
created and shall absorb the functions.....”

or

“*SECTION 101. DEFINITIONS.* As used in this title.....”

or

“**Employer not to terminate on certain grounds**

An employer must not terminate.....”



표제의 언어는 법률안 본문 나머지 부분과 일관성을 유지해야 한다.



표제를 본문에서 떼어 따로 쓰라. 표제는 본문의 서문으로 사용되어서는 안 된다.¹³⁾



현행법을 완전히 바꾸지 않고 일부를 개정하는 경우, Section 표제는 개정되는 조항의 Section 번호를 언급해야 하고 개정의 성격을 명시해야 한다:

[예]

“Section 13 of. Act *repealed*.”

or

“Section 13 of... Act *repealed and replaced*.”

or

“

Section 13 of... Act *inserted*.”

13) 제목이 ‘과거에는’에는 이런 역할을 하였지만, G.C. Thornton는 제목의 원래 목적은 ‘표시(sign posting)’일 뿐 그 이상은 아니라고 주장한다(G.C. Thornton, p. 183).

 이차적인 주(marginal notes)는 그것이 가리키는 본문보다 작은 글자로 인쇄해야 한다.

[예]

“Functions of councils

95.

The functions of a Council shall be to promote and maintain the effective participation of workers……”

목차

목차는 입법 절차에 항상 있는 것으로서 법안에서 원하는 내용을 쉽게 찾을 수 있도록 하기 위한 것이 목적이다. 목차는 조항의 수가 아주 많은 법안을 제정할 경우 특히 중요하다.¹⁴⁾ 보통, 목차에는 Parts, Chapters, Subchapters, Sections, 표가 있는 경우는 표의 제목 등 본문을 구성하는 주요 요소의 번호와 표제를 적는다. 이렇게 함으로써 사용자는 법안에 포함된 조항과 순서대로 법안 본문 전체 그림을 알 수 있다. 보통 목차는 큰 제목 바로 다음에 그리고 법률안 본문 전에 둔다 (Box 1 참조)

법률 조항 순서 정하기

법안 조항 순서에 관한 일반적인 원칙은 다음과 같다.

 일반조항을 특별조항 앞에 둔다

 중요한 조항을 덜 중요한 조항 앞에 둔다

 항속적인 조항을 일시적인 조항 앞에 둔다.

14) 어떤 법률이 짧거나 현 법률에 대한 직접적인 개정일 경우에는 법률 본문에 목차를 넣지 않을 수도 있다.

기술적인 조항은 마지막에 둔다

서두조항, 보충조항, 최종조항

법률을 만들에 있어서는 두 가지 형태의 요소, 이른바 필수적인(necessary) 요소와 임의적인(facultative) 요소가 있다. 필수적인 요소는 큰 제목(title)과 Sections이다. 서문, 법안 형식, 입법 목적 조항, 정의, 폐지, 기타 서두조항, 보충조항, 최종조항 등은 임의적 요소이다. 법안에 어떤 것을 넣을 것인가는 법안의 성격과 내용에 따른다.

제목

어떤 법률안이든 그 주제와 범위를 사용자에게 알리는 목적을 가진 제목으로 시작된다. 여러 나라에서 긴 제목과 짧은 제목을 구분하여 쓰고 있다. 긴 제목은 법안의 내용을 전체적으로 설명하여 법안에 대한 이해를 높이하고자 하며, 법안의 일부이고 법안에 대한 해석을 위해 사용될 수도 있다. 짧은 제목은 법안의 내용을 간략하게 나타내는 라벨의 역할을 하며 사용자에게 무엇에 대한 법안인가를 알도록 한다. 긴 제목을 사용하는가 또는 짧은 제목을 사용하는가, 또는 긴 제목과 짧은 제목을 함께 사용하는가는 국가의 입법 전통에 달려 있다. 어떤 경우이든,

 제목은 법률안의 주제를 객관적으로 또한 간결하게 진술하여야 한다.

 제목은 법률안 작성을 끝낸 뒤 최종 결정하여야 한다.

긴 제목

☞ 긴 제목은 법안의 전체적인 내용을 포함하기에 충분하도록 포괄적인 제목을 선택해야 한다.

예]

“An Act relating to contracts of employment.”

or

“An Act to revise the law relating to trade unions.”

“An Act to consolidate the enactments relating to collective labour relations, that is to say, to trade unions, employers’ associations, industrial relations and industrial action.”

- ☞ 법률안이 보다 복잡한 주제에 관한 것일 경우 긴 제목은 각 중요한 요소에 대해 설명하는 것이라야 한다.

예]

An Act to rename industrial tribunals and amend the law relating to those tribunals; to amend the law relating to dismissal procedures, agreements and other alternative methods of resolving disputes about employment rights; to provide for the adjustment of awards of compensation for unfair dismissal in cases where no use is made of internal procedures for appealing against dismissals; to make provisions about cases involving both unfair dismissal and disability discrimination; and for connected purposes.

- ☞ 법률안의 긴 제목에 다른 법률을 참조하도록 언급한 경우, 다른 법안의 짧은 제목을 밝혀두어야 한다.

예]

“An Act to repeal and replace the Industrial Relations Act 1971.”

- ☞ 법률안이 현행법의 조항 하나 또는 제안된 수의 조항을 개정(또

는 폐지)하고자 하는 것이라면 이들 조항은 법안의 긴 제목에서 구체적으로 언급할 수도 있다.

[예]

“An Act to amend [or repeal] sections 16, 19, 32 of the Employment Act 1992.”

- ☞ 법률안이 여러 조항을 개정하고자 하는 것이라면 긴 제목에 개정될 법률의 짧은 제목만을 언급할 수도 있다.

[예]

“An Act to amend the Employment Act 1992.”

- ☞ 필요할 경우 개정 법안의 긴 제목이 개정의 범위만을 간략하게 언급할 수도 있다.

[예]

“An Act to amend the Employment Act 1992 to regulate conditions of work of domestic workers.”

- ☞ 법안의 본문과 긴 제목을 구별하기 위해 굵은 글씨체 또는 이탤릭체를 사용하라.

짧은 제목

- ☞ 짧은 제목은 독립된 **Section**에 써야 한다.

[예]

“**Short title**

Section 1. This Act may be cited as the Industrial Relations Act, 1990.”

or

“**8.-(1)** This Act may be cited as the Worker Protection (Regular Part-Time Employees) Act, 1991.”

- ☞ 법안을 참조하기 쉽도록 하기 위해 주요 단어를 짧은 제목으로 선택하라.

[예]

“Employment Act.”

“Wages Act.”

“Health and Safety Act.”

- ☞ 시간이 지나면서 같은 주제에 대해 별도의 법안을 채택하게 되는 경우 짧은 제목에 입법 연도를 밝혀 구분할 수 있다(같은 해에 채택된 법안일 경우 법안에 번호를 붙여서

[예]

“Holidays Act 1992.”

“Holidays Act (No. 2) 1993 or Holidays Act No. 2, 1993.”

- ☞ 법안의 적용 범위가 제한된 경우 제한된 범위를 괄호 속에 언급할 수 있다.

[예]

“Holidays (Public Service) Act 1992.”

- ☞ 법안이 다른 법률을 개정(또는 폐지)할 목적인 경우 ‘개정(amendment) (또는 폐지(repeal))’을 괄호 속에 써넣을 수도 있다. (반드시 필요한 것은 아니다).

[예]

“Holidays (Amendment) Act 1994” Or
Holidays (Repeal) Act 1994.”

- ☞ 법안이 두 가지 또는 그 이상 법률을 개정(또는 폐지)할 목적인 경우 짧은 제목에 “개정법(Act Amendment)” (또는 폐지법(Act Repealed))이라는 단어로 표시하고 괄호 속에 개정되는 주제를 적

을 수도 있다.

[예]

“Acts Amendment (Collective Bargaining) Act 1998.”

- ☞ 법안이 일반적인 특징을 가진 법률의 상당수 내용을 개정(또는 폐지)할 목적을 가진 것이라면 이러한 특징을 나타내는 짧은 제목으로 시작할 수도 있다.

[예]

“Employment Legislation Amendment Act 1999.”

“Employment Legislation Amendment and Repeal Act 1999.”

“Employment Legislation Repeal Act 1999.”

- ☞ 개정되는 법률의 짧은 제목을 새 법안(개정법안)에서 반복하는 일을 피하기 위해 개정되는 법률을 “principal Act(s)”로 지칭할 수 있다.

[예]

“In this Act, the Employment Protection Act 1995, which is referred to in this Act as the principal Act, is amended by

서문

서문은 법률 뒤에 있는 의도를 설명할 목적으로 사용되며, 법의 완전한 일부로 간주된다. 현대 입법에서는 서문을 포함하는 경우가 적어지고 있는데 법안의 의도를 명료하게 하기보다는 의혹과 모호성을 생기게 할 수도 있다는 우려 때문이다. 반대로, 다른 여러 국가에서는 서문 사용이 최근 다시 부활하고 있다. 법안에 서문이 없던 때는 법률의 목적을 본문의 독립된 항에서 따로 두는 것이 일반적이었다.¹⁵⁾ 따라서,

15) 목적에 관한 조항에 대해서는 아래 ‘목적에 관한 규정’ 참조.

 예컨대, 다음과 같이 유용한 목적에 명백히 도움이 된다면 서문을 법률안에 포함할 수 있다.

- ▶ 법률안의 주제가 헌법 또는 국제적으로 중요한 문제인 경우 또는
- ▶ 법률안이 주목할 만한 사건을 기념하는 의도에서 만들어진 공식적인 또는 기념 행사적인 성격을 가진 경우.

법제정 규정

여러 나라에서 법률안을 작성할 때 각 법안의 주체가 누구인지를 밝히도록 되어 있다. 각 법안의 주체는 대체로 법안 본문 앞에 둔다,

[예]

“The Parliament of {Australia} enacts:……”

“BE IT ENACTED by The Parliament of {New Zealand} as follows:……”

“Be it enacted by the Senate and House of Representatives of {the Philippines} in Congress assembled:……”

“BE IT ENACTED by the Queen’s most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in the present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:-”

서문을 본문에 포함시킬 경우 법제정의 주체에 관한 절(clauses)을 서문 다음에 둔다.

목적에 관한 규정

원칙적으로 법안의 실체조항이 제대로 작성되었을 경우 그것을 해석하는 데 도움이 될 추가적인 요소가 필요하지 않다. 따라서 법률안의 실체조항을 작성할 때 그 법률의 대상자와 그 법률을 시행해야 하는 사람들에게 법률의 의도를 분명하게 전달할 수 있도록 실체조항을 작성하는 것이 가장 중요하다. 그러나 일부 경우에는 법률의 의도가 무엇인가를 따로 설명하는 것이 적절할 수도 있다. 일부 지역에서는 법률의 목적을 진술하는 것이 법률의 본 내용에서 적용될 원칙과 정책을 명료하게 하기 위해서 또한 법률에 대한 해석을 위해서이다. 따라서,

 목적에 관한 진술은 다음과 같은 목적으로 진술한다.

- ▶ 법률안이 달성하고자 하는 원칙과 정책을 명시하기 위해,
- ▶ 법률안이 부여한 재량권의 한계를 분명히 하기 위해,
- ▶ 법률안을 헌법에 비추어 검토할 때 법률안의 입지를 강화하기 위해,
- ▶ 법률안이 기존법에 대한 중대한 변화를 가져오는 것일 경우 그리고 법률의 의도에 대한 실제적인 변화를 뜻하는지 분명하지 않을 때,¹⁶⁾
- ▶ 법률안의 사용자에게 목적에 관한 진술 외에는 달리 법률의 의도를 분명하게 전달할 수 없는 특별한 경우.

 목적에 관한 진술에는 권리를 부여하는 실체조항이나 금지조항, 실제적인 표준을 정하는 등의 내용을 포함시켜서는 안 된다.

 법률안의 내용은 진술된 목적과 일치해야 한다. 그렇지 못할 경우 목적 진술은 제정 또는 개정법률안이 의도하는 바를 분명

16) For details see: The Main Legislative Drafting Manual Part II, Chapter 1: Bills.

히 하기보다 혼란을 일으키게 될 것이다.

주의

법률의 목적을 진술할 때 모호하거나 법률의 의도를 잘못 해석할 가능성이 있는 불분명한 말을 피하라.



법률의 목적 진술의 범위가 너무 좁아서 법률안의 전반적인 내용을 다룰 수 없게 되지 않도록 주의해야 한다.



법률안의 목적 진술은 법제정 주체에 관한 규정 다음 항에 두어야 한다.



“Purpose

1. 본 법률의 목적은 사회적 대화와 사회적 파트너 간의 협력을 촉진하기 위한 것이다.”

or

“1. Purpose of the Social Code. (1) The law declared in the Social Code is intended to provide for social benefits, including social and educational assistance, with the object of making a reality of social justice and social security.

Its aim is to contribute to-

ensuring an existence worthy of human beings;

providing equal opportunities for the free development of the personality, especially for young persons;

protecting and encouraging the family;

enabling persons to derive a livelihood through freely chosen activity; and

averting or compensating for special burdens in life, inter alia, by helping persons to help themselves.

(2) The law declared in the Social Code is also intended to contribute to ensuring that the social services and institutions required to achieve the purposes specified in subsection (1) are available at the proper time and on the proper scale.”

or

“Sec. 2. Declaration of Policy.- The State recognizes the role of women in national building and shall ensure the fundamental equality before the law of women and men. The State shall provide women rights and opportunities equal to that of men.”

법적 효력 발생일 및 시행 시기

법률이 법적인 효력을 갖게 되는 시점을 밝히는 조항이 있어야 한다. 법률안은 그것이 정한 날짜 또는 경우에, 혹은 새 법률안이 특별히 정하지 않았을 때에는 해당 문제를 다루는 다른 법에서 정해진 날짜 또는 경우에 효력을 발생한다.

✓ 법률안 어디에 효력을 발생하는 시점에 대한 조항을 두는가.

일부 지역에서는 각 법률안에 언제 그 법률이 효력을 발생하는가를 언급하는 것이 관례이다. 법률안 서두조항 또는 최종조항에 둘 수 있다.

[예]

짧은 제목과 시행일자(Short title and commencement). 이 법률은

1996년 노사관계법(Industrial Relations Act 1996)이라 칭하며 1996년 1월 20일부터 시행된다.”

[스와질랜드(Swaziland)]

시행일자(Commencement). 이 법률은 장관이 공표로 정하는 날로부터 시행된다.”

[그라나다(Grenada), 노동관계법(Labour Relations Act 1999)]

짧은 제목과 시행일자

본 법률은 1995년 노동관계법(Labour Relations Act, 1995)이라 칭한다. 이 법률은 대통령이 정하여 정부 공식 간행물에 공표하는 날부터 효력이 발생된다.

[남아프리카]

- ✓ 다른 법률에 의해 해당 법률이 언제 효력을 발생하는가가 정해지는 경우.:

일부 지역에서는 법률안에 달리 정한 조항이 없을 경우 법률 해석에 관한 일반적인 조항에서 새로 채택된 법률안이 언제부터 강제력을 갖는가 또는 효력을 발생하는가를 구체적으로 명시한다. 예를 들어, 공식적인 간행물이 출간되는 날 또는 국가의 수반이 이에 동의하거나 이를 공포한 날로부터 효력을 발생할 수도 있다.

■ 특별한 경우 :

- ✓ 법률안이 소급하여 효력을 갖는 경우

[예]

“이 법은 1998년 2월 1일부터 효력을 갖는 것으로 간주된다.”

- ✓ 법률안이 정한 날 정해진 시간에 효력을 발생할 때

예]

“이 법은 2000년 1월 1일 00시를 기하여 효력을 발생한다.”

- ✓ 법률안이 권한을 위임받은 사람이 정한 날짜에 효력을 발생하는 경우

예]

“이 법은 장관이 정기간행물에 정한 날 또는 몇몇 날짜로부터 효력이 발생된다.”

- ✓ 법률안이 정해진 사건이 일어날 때 효력이 발생하는 경우

예]

“이 법은 2000년 세법이 효력을 발생하는 날과 같은 날에 효력이 발생된다.”

또는

“이 법은 장관이 정기간행물 공고에 1973년 최저연령에 관한 협약 (Minimum Age Convention, 1973, No. 138)이 효력을 발생한다고 명시하는 날에 효력을 발생한다.”

- ✓ 법률안의 부분별 또는 조항별로 시행일자가 다를 수 있다.

예]

“이 법의 조항들은 정기간행물 공고에 장관이 정하는 각 날로부터 효력이 발생된다.”

또는

(1) “이 법은 Part 2와 Schedule 3을 제외하고 2000년 1월 1일부터 효력이 발생된다.”

(2) “Part 2 와 Schedule 3은 2000년 7월 1일부터 효력이 발생된다.”

✓ 시행일자가 다른 법의 시행을 조건으로 할 때,

예

- (1) “이 법은 Subsection 2가 시행되는 것을 전제로 2000년 1월 1일부터 효력이 발생된다,
- (2) “1999년 단체교섭법 Part 2가 2000년 1월 1일 또는 그 이전에 시행되지 않을 경우 이 법은 대통령이 정한 날로부터 효력이 발생된다.”

✓ 양자 택일적 시행일자가 필요한 경우,

예

“이 법은 2000년 1월 1일 또는 2000년 단체교섭법(Collective Bargaining Act 2000) 이 효력을 발생하는 날 중 어느 것이든 나중 날짜에 효력이 발생된다.”

✓ 시행일자에 대한 규정이 없어 자동적으로 효력이 발생될 필요가 있을 경우,

예

“이 법이 2000년 1월 1일까지 효력이 발생되지 않을 경우 그날 효력이 발생된다.”

어떤 법률이든지 그 법률이 정한 기간이 만료되거나 그 법률이 폐지될 때까지 효력을 갖는다. 따라서 법률안 전부 또는 그 일부가 일시적인 기간 동안만 효력을 갖는 경우 이를 법안에 명시해야 한다. 어떤 법률에 이러한 규정을 넣을 때는 법해석에 관한 일반 법률에 포함될 수 있는 법의 종료에 대한 조항을 준수해야 한다.

예

“이 법은 1999년 12월 31일까지 법적 효력이 지속되며 그 후에는 폐지된다.”

또는

“이 법의 Part 3는 1999년 12월 31일까지 그 효력이 지속되며 그 후 폐지된다.”

또는

“이 법은 Part 3, Sections 35과 58을 제외하고는 1999년 12월 31일까지 그 효력이 지속되며 그 후에는 폐지된다.”

때때로 법률안의 성격 또는 그 주제가 정부와 국회가 후속 법안을 고려할 수 있도록 하기 위해 일정기간 동안의 법 시행을 평가할 필요가 있는 경우도 있다.

예]

(1) 해당 부처의 장관은 이 법이 효력을 발생한 날로부터 5년이 경과하여 폐지된 후 곧 이 법의 시행과 효율성을 검토하여야 하며 이를 검토할 때 장관은 다음 사항을 고려하여야 한다.

- a. 이 법의 목적이 성취되었는가,
- b. 이 법의 기능 및 목적과 관련하여 the Mines Consultative Safety Board 와 the Mines Survey Board 운영의 효율성;
- c. the Mines Consultative Safety Board와 the Mines Survey Board의 기능을 지속할 필요가 있는가,
- d. 이 법의 시행과 효율성과 관련된 그밖에 여러 가지 문제들.

(2) 노동부 장관은 이 검토를 바탕으로 보고서를 마련하여야 하며 그 후 가능한 한 빠른 시일 내에 이를 국회에 제출하여야 한다.”

법률의 적용 규정

때로, 법률안의 성격상 법안의 본문에 그 적용에 관한 일정한 조건을 명시할 필요가 있는 경우도 있다. 그렇게 하기 위해, 시행일자에 관한 조항과 별도로 구체적인 적용에 필요한 조항을 명시할 수도 있다. 예를 들어,

✓ 법률이 적용되는 대상자 또는 분야,

예]

“(1) Subsection (2)를 전제로, 이 법은 민간 부문과 공공기관 또는 공기업들을 포함한 정부에 적용된다.

(2) 이 법은 군인, 교도소 종사자, 경찰에게는 적용되지 않는다. 단, 이들 중 민간인 자격으로 고용된 사람은 예외이다. 이 법은 본국의 국민에게만 적용된다.”

✓ 법 적용의 영토적인 범위

예]

“이 법은 스코틀랜드까지 적용된다.”

✓ 영토외의 적용

예]

이 법은, 그 반대 의도가 법에 명시되어 있지 않는 한 …….

(a) 외국 내 또는 그 범위를 넘는 지역에서의 행위, 부작위, 사건 및 사물에 적용된다.”

✓ 기타 사건, 장소, 일들(events, places, things)

예]

“이 법은 그 효력을 발생하기 전에 발생한 다른 사업장으로의 이전에 관한 분쟁에는 적용되지 않는다.”

또는

이 법은 1993년 광산안전에 관한 법률(Mines Safety Act 1993)이 적용되는 사업장에는 적용되지 않는다.”

✓ 법률이 효력을 발생하는 시점의 상황

예]

“이 법에 의해 개정된 내용은—1995년 사회보장법에 따라 지급되

어야 할 연금 금액의 증가분에 관하여—이 법이 효력을 가진 날
익일의 제1차분 및 그 후의 각 회분에 적용된다.”

정의

개념정의의 이유와 그 방법

법률안에 다음과 같은 용어 또는 단어를 포함하는 경우에는

- 일반적인 의미가 법안이 의도하는 뜻과 동일하지 않을 수 있는
용어 또는 여러 가지 다른 해석이 있을 수 있는 용어
- 올바른 법적용을 위해서 정확하고 구체적인 정의를 필요로 하는
단어
- 긴 용어 또는 문구를 줄인 형태로 사용된 용어
- 본문에 자주 나오는 단어 또는 문구

본문에서 이들 용어나 단어를 정의하는 것이 필요하거나 유용할 수
있다. 단어나 용어가 사용되는 부분(parts) 또는 조항에서 개념 정의를
할 수도 있고, 여러 가지 용어 또는 단어가 자주 사용될 경우 정의를
한 곳에 따로 모을 수도 있다.¹⁷⁾

정의되는 용어의 인위적이거나 부자연스러운 의미를 부여하는 것으
로 개념 정의를 생각해서는 안 된다. 법률 입안자는 의도하는 바의 뜻
과 가장 가까운 용어를 찾는 데 모든 노력을 기울여야 한다.

일반적으로 정의는 아주 가끔 그리고 명료성, 일관성, 정확성을 위해
필요할 경우에만 사용되어야 한다. 예를 들어,

- 어떤 용어의 일반적인 의미를 제한하여 법률안에서 그 용어가
다른 뜻으로 해석되지 않도록 하기 위해,
- 어떤 용어의 일반적인 의미를 확대(또는 제한)하여 법률안에서
그 용어가 확대 또는 제한된 의미를 갖도록 하기 위해,
- 정확한 정의를 필요로 하는 용어의 구체적인 의미를 밝혀 그것

17) 일부 국가에서는 정의에 관한 항목(definition section) 대신 ‘해석(interpre-
tation)’이라는 제목을 사용하기도 한다.

이 적절하게 적용 시행될 수 있도록 하기 위해,

- 긴 용어를 반복하는 일을 피하기 위해(예를 들어, ‘Ministry’를 ‘Ministry of Labour and Social Affairs’의 줄임말로 사용하기)

다른 한편, 개념 정의를 통해 판례 입장을 정확하게 또한 완전하게 요약할 수 있거나 법원이 내린 정의를 수정하려는 의도가 아니라면, 이미 확립된 판례법에서 사용된 용어의 정의는 법률안에 포함시키지 않는 것이 현명하다.

정의의 위치

정의를 한 곳에 모아 정리하는 전통을 가진 나라에서는 법률안의 첫 부분 어느 곳, 즉 짧은 제목, 법률의 시행일자 및 적용에 관한 규정 다음에 용어 및 단어에 대한 정의를 둔다. 어떤 용어가 특정 Part, Chapter, Group of sections 또는 Section에서 사용될 경우 해당 영역 (division 또는 subdivision)의 첫 부분 또는 끝에 둘 수 있다.

법률안 끝 부분 또는 해당 영역(division) 끝 부분에 정의를 한데 모아두는 전통을 가진 나라도 있다.¹⁸⁾

정의에 관한 권고

여러 나라의 입법에서 개념을 정의하는 여러 가지 방법이 개발되었다. 노동입법과 가장 관련이 깊은 방법을 아래에 소개한다.

 정의는 법률안 본문 중 쉽게 찾을 수 있는 곳에 모아야 한다.

 정의는 Section 또는 Subsection의 한 부분을 구성하며,

✓ 정의대상이 되는 용어는 각 문단에 알파벳 순서대로 나열

18) G. C. Thornton에 따르면, 최근에는 정의를 모은 것을 ‘dictionary’라는 제목을 달아 부칙에 포함시키거나 부칙 다음, 즉 법률의 맨 마지막 부분에 두는 방법이 사용되고 있다(G. C. Thornton, op. cit., p. 162). 정의를 두는 장소에 대해서는 위의 ‘정의의 위치’에서 상세하게 논의하였다.

하여야 한다,

- ✓ 소문자로 시작하고 세미콜론으로 나눈다.
- ✓ 문장은 정의 대상이 되는 용어로 시작하고 그 용어에 따옴표를 붙인다.

예

“Section 2. Definitions.

“.....

‘employee’ means a person who;

‘Minister’ means .”

 그 용어의 의미가 법률안의 이해 또는 시행에 중요한 때만, 또한 그 용어가 반복적으로 사용될 경우에만 용어에 대한 정의를 사용하라.

 법률안 본문에서 사용되지 않은 용어는 정의하지 말 것.

 정의의 형식에서 실체적인 규칙을 만들지 말 것.

예

~~“qualified person means someone who:~~

~~(1) is at least 18 years old;~~

~~(2) has graduated from an accredited~~

~~(3) has successfully completed an approved master apprenticeship programme.~~

To qualify to take the master examination, a person must:

(1) be at least 18 years old; (2) have graduated from an school; and accredited school; and (3) have successfully completed an approved master apprenticeship programme.”

 가능한 한 정의는 그 자체로 완전해야 한다. 따라서,

☞ 정의는 다른 정의를 참조하여야 이해할 수 있도록 하여서는 안 된다.

☞ 한 정의 안에서 다른 법률에 포함된 정의를 참조하도록 하는 일을 피하라. 차라리 다른 법률에 포함된 정의를 그대로 반복하라.

☞ 해석법에 이미 정해져 있는 용어의 정의는 그 법안의 대상인 사람들의 이해를 돕고자 하는 경우가 아닌 한, 법률안의 본문에 포함시킬 필요가 없다.

 한 개의 정의는 한 개의 용어나 표현만을 정의하여야 한다.

 일반적으로 정의는 정의가 되는 용어를 그 안에서 반복하지 않는다.¹⁹⁾

예

Regional agreement means an ~~agreement~~ international treaty involving more than one State.”

주의

한 구절 안에 사용된 모든(또는 몇 개) 용어가 중요할 경우 그들을 각각 따로 정의하여야 한다.

 정의에서는 정의될 각 용어 또는 표현 다음에 ‘shall mean’보다는 ‘means’을 사용하라.

19) Inclusion of the word (or term) defined in its definition may happen when a phrase of two or more words is used but only one is considered so important as to define it.

 “means”라는 단어는 “expression unius est exclusio alterius” (어떤 한 가지에 대한 표현은 다른 표현을 배제함을 뜻한다)로 알려진 로마법 원칙에 따라 어떤 용어에 완전한 뜻을 부여하려는 경우에 사용되어야 한다.”

예]

직업소개인은 유료 또는 무료로 구직자 또는 구인자를 매개하여 돕는 자를 말한다. **employment agent** means a person who, whether for payment or not, assists persons to find employment or other work or assists employers to find employees or workers.”

☞ 어떤 용어를 일반적으로 그 용어가 적용되지 않는다고 생각되는 범주에 적용하거나, 반대로 일반적으로 적용되는 것으로 생각되는 범주를 제외할 때 ‘include’ 또는 ‘does not include’ 둘 중에 하나를 사용하여 정의하여야 한다.

 ‘includes’와 ‘does not include’라는 용어는 그 원래 의미를 넓히거나 좁힘으로써 어떤 용어를 불완전한 의미를 갖게 하는 목적을 가진 정의에서 사용될 수 있다.

예]

“피용자에는 독립계약자가 포함된다. ‘employee’ shall mean includes dependent contractor.”

or

“피용자에는 독립계약자가 포함되지 않는다. ‘employee’ ~~shall mean~~ does not include dependent contractor.”

주의

‘means and includes’는 절대 사용하지 말 것, 그러나 ‘includes’ 또는 ‘does not include’는 일반적인 정의 다음에 둘 수 있다.

예]

“노동조합의 임원(officer of a trade union)이란 대의원(trustee)을 포함하여 정당하게 선출되었거나 지명을 받은 노동조합 간부를 뜻한다. 그러나 그 피용인(employees)은 임원에 포함되지 않는다. Officer of a trade union means a duly elected or appointed office holder of a trade union including a trustee, but does not include its employees;…….”



단어 또는 용어가 본문 전체에 적용될 경우 그 정의는 다음과 같이 시작되어야 한다.

“Section 3. Interpretation. In this Act -

……

‘employee’ means” or

“Section 3. Definitions. For the purpose of this Act -

……

‘essential services’ means ……”



정의되어야 할 단어 또는 용어가 어떤 Parts 또는 Sections에서 사용된다면 그 정의는 다음과 같이 시작되어야 한다:

“In this Part (section) ‘dispute’ means....”; or

“For the purpose of this Part (section) ‘dispute’ means...”



정의를 세분(subdivisions)하여야 할 경우 실체조항의 문단을 세분하는 것과 같은 형태를 가져야 한다.

예]

“피용인은

(a) 구두 또는 서면의 고용계약하에 명시적 또는 묵시적으로 자신의 노무를 제공하는 자,

(b) 보수 또는 보상을 대가로 하여 타인을 위해 그 자와의 경제적 종속 지위의 관계에서 근로를 제공하고 의무를 이행하여야 하는

자로서 독립계약자 관계보다는 피용자 관계와 더욱 유사한 자, 그리고

(c) 적절하 경우에는 이전의 피용자;"

'employee' means -

(a) a person who offers his or her services under an oral or written contract of employment, whether express or implied;

(b) a person who performs work or services for another person for remuneration or reward on such terms and conditions that he or she is in relation to that person in a position of economic dependence on, and under an obligation to perform duties for that person more closely resembling the relationship of employee than that of an independent contractor; and

(c) where appropriate a former employee;"

 법률안의 실체조항을 완성한 다음에 정의조항을 작성하는 것이 유익할 수 있다. 실체조항을 정하는 과정에서 그러한 정의가 필요한지 분명해지는 경향이 있기 때문이다.

입법권의 위임 : 수권(授權)조항

법률안이 하위법의 채택에 관한 입법권을 위임하고자 할 경우 반드시 수권조항이 있어야 한다. 위임 권한의 한계에 관한 모호성을 피하기 위해 이러한 조항은 분명하고 정확하게 기술해야 한다. 따라서,

 각 수권조항은 다음 사항을 분명하게 진술하여야 한다.

✓ 누구 또는 어떤 기관에게 하위 입법권을 위임하는가,

✓ 그 권한과 관계된 하위 입법의 범위

 하위 입법의 구분은 나라마다 크게 다르다. 다음은 G. C. Thornton 이 제안한 구분이다.²⁰⁾

- ‘시행령·시행규칙(regulations)’²¹⁾은 법률의 적용을 위한 하위법을 가리키는 일반적인 용어이다.
- ‘절차규칙(rules)’은 절차적 성격을 갖는 룰을 가리킨다. 예를 들어, 법정 규칙 또는 조사절차 규칙(rules of courts or rules of procedures for an inquiry or tribunal),
- ‘명령(orders)’은 다양한 입법적 지시(directions), 명령 (orders), 공고(notices), 그리고 특정한 장소, 사람, 계층에게 특별히 또는 제한적으로 적용되는 결정사항(determinations) 등을 일컫는 일반적인 용어이다. 이 용어는 ‘notices’, ‘notifications’, ‘instruments’, ‘directions’, ‘proclamations’ and ‘schemes’ 등의 용어를 대신할 수 있다.
- ‘조례(bye-laws)’는 지방자치체 또는 공공단체가 지방에 적용하기 위해 제정한 법을 가리킨다.
- ‘포고(ordinances)’는 식민 지역에서의 주요 입법을 가리킨다.

예]

“장관은, 이 법의 시행을 위해 본조의 일반성을 침해하지 않는 범위 내에서 다음의 사항에 대한 시행규칙(regulations)을 제정할 수 있다.

(a)…;

(b)…;

etc.”

“Section 86. Regulations

장관은 위원회와의 협의를 거친 후 이 법의 목적을 달성하는 데 필요하고 또 이를 촉진할 수 있는 특정 사항에 관한 시행규칙

20) G.C. Thornton, op cit., p. 340.

21) 국회에서 제정된 법률(국가의 의지를 가장 공식적으로 표현한) 외에 시행령, 시행규칙(regulations)은 국회에서 제정되지 않고, 국회가 그 권한을 위임한 개인 또는 기관이 제정한다.

(regulations)을 관보에의 공지를 통해 제정할 수 있다.

국가 세입과 지출에 관한 시행규칙(regulation)은 재무부 장관과 공동으로 제정하여야 한다.”

[남아프리카, 1977년 고용 기본조건에 관한 법률(South Africa, Basic Conditions of Employment Act, 1997)]

“Art. 110.4. 이 법률의 적용에 관한 규정은 시행령(규칙)으로 정한다. Les dispositions d’application de la presente loi sont fixe par voie reglementaire.

이전의 시행령(규칙)은 본 노동법전과 저촉되지 않는 범위 내에서 유효하게 적용된다. Les reglements anterieurs restent en vigueur dans leurs dispositions qui sont en harmonie avec le present code.”

[코트디부아르, 노동법전(Cote d’Ivoire, Code du travail)]

 법률안이 상이한 여러 종류의 하위법(regulations, rules, orders 등)에 관한 입법권을 위임하고자 할 경우 각 종류마다 따로 조항을 만들어야 한다.

폐지 · 대체 · 삽입 · 개정

법률안이 현행법을 폐지시키거나 개정하는 것일 경우 이에 관한 조항이 포함되어야 한다. 일반적인 원칙은 기존 법률과 새 법률이 충돌하는 경우 새 법률이 기존 법률에 우선한다. 그러나 혼란을 없애고 법률 본문의 일관성을 유지하기 위하여 새 법률이 기존 법률을 폐지 또는 개정하는 것임을 분명히 명시하는 것이 좋다.

폐지조항²²⁾

폐지는 기존 법률 전체 또는 일부에 대해 적용될 수 있다. 후자의 경우 폐지되는 각 조항을 폐지 조항 목록에 기록해야 한다. 필요한 경우 폐지 조항에 폐지 일자 또는 폐지가 효력을 발생하는 시점을 언급할 수도 있다. 각 조항별로 폐지 일자가 다른 경우 이를 따로 언급할 수 있다. 그렇게 하지 않으면 새 법률이 효력을 발생하는 때와 동시에 폐지의 효력이 발생된다.

[예]

72.폐지. 다음 법률은 폐지된다.

(a) 노동쟁의(중재, 조사)에 관한 법률(Trade Disputes (Arbitration and Inquiry) Act, Cap. 324).

(b) 노동조합 인정에 관한 법률(Trade Union (Recognition) Act, Cap. 325),

(c) 노동조합과 노동쟁의에 관한 법률(Trade Unions and Trade Disputes Act, Cap. 326).

[그라나다, 1999년 노동관계법 (Grenada, Labour Relations Act, 1999)]

“단체교섭에 관한 법률은 폐지된다.”

“단체교섭에 관한 법률은 2000년 1월 1일자로 폐지된다.”

“단체교섭에 관한 법률 Sections 1, 2, 3, 4, 5 는 폐지된다.”

“SCHEDULE 2

REPEALS

22) 일부 국가에서 ‘폐지된(repealed)’이란 단어는 법률 본문의 Parts, Section에서 사용하고 ‘삭제된(deleted)’ 또는 ‘struck out’이란 단어는 Subsections, Clauses (subclauses), 문단(paragraphs 또는 subparagraphs) 등 법률 본문의 하위 수준에서 사용된다. 그러나 법률을 개정한다는 점에서는 모두 같은 기능을 가지므로 이 가이드라인에서는 ‘Repeal’이라는 단어만 사용되었다.

Chapter		짧은 제목	폐지의 범위
1992 52.	c.	노동조합 및 노동관계에 관한 법률 (Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992)	Section 88
1993 19.	c.	노동조합과 고용 권리에 관한 법률 (Trade Union and Employment Rights Act 1993)	In Schedule 6, paragraph 4(b) and the word 'and' preceding it.

주의

“Sections 1-5”는 폐지된다는 식으로 폐지 조항을 한 묶에 묶지 않도록 하라.

대체

기존 법률 전체를 폐지하지 않고, 새 법률의 Parts 또는 Provisions으로 기존 법률의 Parts 또는 Provisions를 교체할 수 있다.

예)

기존 법률의 Section 9는 폐지되고 다음 Section이 이를 대체한다.

9.....

or

Section 9

Section 전체를 폐지하고

다음으로 교체하라.

9.....”

or

기존 법률의 Section 9는 문단 (C)를 폐지하고 다음 문단으로 교체한다.

(c).....”

or

Section 9(c)

문단 (c)를 폐지하고

다음으로 교체하라:

‘(c) .’”

or

기존 법률 Schedule 5는 다음과 같이 개정된다

(a) item 2를 폐지하고 다음 item으로 교체한다.

2…….”

삽입 조항²³⁾

새로운 Part 또는 조항을 삽입하는 형태로 기존 법률 개정이 이루어질 수도 있다.

예)

“기존 법률 Part 6 뒤에 다음 Part를 삽입한다:

‘PART 6A

GUARANTEE PAYMENTS

12A.

Calculation of guarantee payment

Guarantee payment…

…etc.”

or

“After Part 6

Insert

‘PART 6A

GUARANTEE PAYMENTS

23) 일부 국가에서는 ‘삽입(insertion)’이라는 단어는 법률 본문의 Parts, Sections에 사용되고 ‘Addition’은 Subsections, Clauses (subclauses), Paragraphs (subparagraphs) 등 하위 수준에서 사용된다. 이 두 단어의 구분 역시 개정 조항에 포함된 본문의 지위에 따르고, 개정 기능의 본질을 같으므로 이 가이드라인에서는 ‘삽입(insertion)’이라는 단어만 사용하였다.

12A. Calculation of guarantee payment

Guarantee payment..

...etc...”

or

“Principal Act 14항 뒤에 다음 항을 넣는다:

‘**14A.** 사용자의 의무 ...’”

or

“14항 다음에 ‘**14A. Duties of employers**...’를 넣을 것.”

개정 조항

기존 법률에서 한 조항을 개정하고자 할 경우 두 가지 방법이 가능하다.

- 본문의 용어를 다른 용어로 또는 추가 용어를 삽입하여 개정하는 방법
- 바뀐 내용에 관한 구체적인 언급 없이 전체조항을 개정조항으로 교체하기.

이 두 가지 방법에 도움이 될 수 있는 법안 작성방법이 있는데, 어떤 것은 둘 중 한 가지 방법에, 어떤 것은 둘 다에 적용될 수 있다.

두 가지 접근방법에 다 적용될 수 있는 일반적인 규칙은 다음과 같다:

 개정조항은 다른 법률안의 본문과 형태, 언어, 용어 사용 등의 면에서 논리적이고 일관성이 있어야 한다.

기존 법률 조항의 일부를 바꾸거나 추가 용어를 삽입하는 경우 다음 사항을 참조하면 법률 본문을 이해하기 쉽게 작성하는 데 도움이 될 것이다.

 각 개정 Section에 개정되는 Section과 그 Section이 들어 있는 법률을 언급한다(단, 한 법률만 개정하고 이를 법률안 첫 부분에 언급한 경우는 예외이다).

[예]

“14.-(1) 1966년 고용권리에 관한 법률 (성차별 또는 인종차별로 부당하게 해고되고 법원 명령대로 복직 또는 재고용되지 않은 근로자에 대해 보다 높은 추가적 보상을 규정한 법률) Section 117(6) 끝 부분에 이 내용을 삽입하라 -”

“and

(c) 1995년 장애차별법(Disability Discrimination Act 1995)에서 차별행위인 해고는 위법한 것이다.”

 각 개정 항목은 한 항목 이상 개정해서는 안 된다 그러나 한 항목에 여러 가지 개정 내용이 포함될 수 있다.

[예]

“(2) 그 법률의 Section 126 (성차별 또는 인종차별에 의한 부당한 해고의 경우 한 조항 이상에 따라 권리의 회복을 금지하는 규정)은 다음과 같이 개정된다.

(I) subsection (1) (the section이 적용되는 상황을 기술한)의 문단 (b)는 “(b) 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act 1975), 1976년 인종관계법(Race Relations Act 1976), 1995년 장애차별금지법(Disability Discrimination Act 1995)”으로 바꾼다.

(II) subsection (2) (하나 또는 그 이상 규정에 따라 권리의 회복을 금지한)에서 -

(a) ‘둘 또는 셋 (two or three)’이라는 말을 빼고

(b) ‘the other, or any of the others’는 ‘any other of them’으로 바꾼다.”

 같은 항 또는 법률에서 같은 용어 또는 문구를 개정하고자 할 경우:

☞ 개정조항에 ‘wherever it occurs’ 또는 ‘wherever occurring’라는 표현을 사용할 수도 있다.

예]

“1996년 단체교섭에 관한 법률 Section 8은 ‘또는 중재를 통해’ (“or through arbitration”) 라는 말을 생략하는 것으로 개정한다. Section 8 of the Collective Bargaining Act 1996 is amended by omitting “or through arbitration” wherever it occurs.”

☞ 개정의 영향을 받는 모든 항을 개정조항표에 모아 둘 수도 있다.

예]

“1995년 분쟁해결에 관한 법률(Dispute Settlement Act 1995) 여러 조항에 나오는 ‘Director’라는 말을 빼고(whatever it occurs) 각각을 ‘Director-General’로 바꾸어 개정한다. 개정된 조항의 표는 아래와 같다.

TABLE

Section 4	Section 5A
Section 23(1)(b)	Section 22(4)
Section 43(2)	Section 65(1)
Section 71(1)(c)	Section 83(2)(a),(c)”

 법률 전체를 폐지 또는 대체하지 않고 한 Section(또는 다른 subdivision)을 기존 법률에 삽입하거나 뺄 경우, 다음 Section(또는 다른 subdivisions)에 번호를 다시 매기거나 글자를 바꾸지 않아야 한다. 그 대신 눈에 띄는 번호 매기기 또는 글자체를 사용해야 한다.

예]

“Section 4와 Section 5 사이에 삽입된 Sections는 4A, 4B, 4C, 4D라는 번호를 붙인다.”

또는

“subsections (2) and (3) 사이에 삽입된 subsections는 (2a), 2(b), (2c), 2(d)라고 번호를 붙인다.”

또는

“문단 (a)와 (b) 사이에 삽입된 문단은 (aa), (ab), (ac), (ad)라는 번호를 붙인다.”



어떤 조항을 대대적으로 개정하려 하거나 이미 여러 차례 개정되었을 경우 새로운 조항으로 완전히 바꾸는 것이 바람직하다.

예]

“the principal Act 1993의 Section 17은²⁴⁾ 폐지되고 다음과 같이 새로이 제정된다.

17. 이 법률에서 직업훈련이라는 말은 직업지도(vocational guidance)를 포함하는 것으로 해석된다.”

법률안이 관련 기존 법률 또는 여러 법률안의 여러 조항을 개정하게 되는 경우 몇몇 국가에서는 그 개정 내용을 순서대로 정리해 제시한다.

예]

“1998년 고용권리(분쟁해결)에 관한 법률(Employment Rights (Dispute Resolution) Act 1998)

1998 Chapter 8

SCHEDULE 1

MINOR AND CONSEQUENTIAL AMENDMENTS

The Courts Act 1971 (c.23)

1. In Part IA of Schedule 2 to the Courts Act 1971 (which specifies the office-holders who are eligible for appointment as a circuit judge), for the entry beginning “President of Industrial

24) 위에서 이미 언급한 대로 “주요 법률 (principal Act)”이라는 용어는 짧은 제목을 가진 법률에 대한 각 개정조항에서 중복을 피하기 위해 자주 사용되었다.

Tribunals” substitute– “President of the Employment Tribunals (England and Wales) or member of a panel of chairperson established by regulations under section 1(1) of the Employment Tribunals Act 1996 for employment tribunals for England and Wales.”

The Sex Discrimination Act 1975 (c.65)

2. For section 77(4B) and (4C) of the Sex Discrimination Act 1975 substitute–

“(4B) A person is a relevant independent adviser for the purposes of subsection (4A)(c)–

(a) if he or she is a qualified lawyer,

(b) if he or she is an officer, official, employee or member of an independent trade union who has been certified in writing by the trade union as competent to give advice and as authorised to do so on behalf of the trade union,

...

(4BA) But a person is not a relevant independent adviser for the purposes of subsection (4A)(c) in relation to the complainant–

(a) if he or she is employed by or is acting in the matter for the other party or a person who is connected with the other party,

(b) in the case of a person within subsection (4B)(b) or (c), if the trade union or advice centre is the other party or a person

who is connected with the other party,

.....

(c) in the case of a person within subsection (4B)(c), if the complainant makes a payment for the advice received from him or her, or

(d) in the case of a person of a description specified in an order under subsection (4B)(d), if any condition specified in the order in relation to the giving of advice by persons of that description is not satisfied.

.....

The Race Relations Act 1976 (c.74)

3. For section 72(4B) and (4C) of the Race Relations Act 1976 substitute—

“(4B) A person is a relevant independent adviser for the purposes of subsection (4A)(c)–

(a) if he or she is a qualified lawyer,

(b) if he or she is an officer, official, employee or member of an independent trade union who has been certified in writing by the trade union as competent to give advice and as authorised to do so on behalf of the trade union,

.....

The Judicial Pensions Act 1981 (c.20)

4. In column 1 of the Table in section 16 of the Judicial

Pensions Act 1981 (which provides a list of judicial offices for the purposes of provisions about lump sums, widows' pensions etc.), for the entry beginning "President of Industrial Tribunals" substitute- "Any office pensionable under section 12 of this Act".

5. In section 17(4) of that Act (which makes special provision about lump sums for certain offices), for "the office of President of Industrial Tribunals, or any other" substitute "any".
....."

국가마다 개정법률을 제시하는 형태가 매우 다양하다. 이에 대해서는 G. C. Thornton을 참조할 수 있다.²⁵⁾

유보조항과 과도적 조항

새 법률이 시행될 때 기존 법률을 폐지하지만, 기존 법률의 일부 조항은 일정 상황에서는 지속적으로 법적인 효력을 유지하기를 원하는 경우 새 법률 본문에 유보조항(savings)을 둘 수 있다.

법률안이 시행될 때 이미 존재하고 있는 특수한 상황에 적용하기 위해서 과도적인 조항(transitional provisions)을 사용한다.

유보조항과 과도적 조항이라는 서로 다른 이름을 가진 이 두 조항 사이에는 분명한 구분이 없고 그 내용도 서로 겹치는 경우가 흔하다.²⁶⁾ 이 두 조항은 새로운 권리 또는 책임을 창설하지는 않으며, 앞으로 제정될 법률을 규제하에 있는 주제와 관련된 기존의 규범적·행정적 조직의 기본구조의 맥락에 자리를 잡아주는 역할을 한다.

예

“유보조항(Savings). 이 법률이 효력을 발생하는 시점에, 폐지된 법률 Part 2가 규정한 직책을 가지고 있는 모든 사람은 이 법률이 시

25) G. C. Thornton, op. cit., pp. 416-425.

26) ibid., p. 383.

행되는 날로부터 Development Corporation에 의해 폐지된 법률하에서 가졌던 직책에 적용되던 것에 못지 않은 조건으로, 같은 직책에 같은 고용조건으로 고용되어야 한다.

(1) 지정된 날짜에

(a) 폐지된 법률 제10항하에서 해당 일 바로 전에 고용된 모든 사람들은 회사에 의한 고용이 지속된다.

(b) 해당 일 바로 전에 고용된 사람은 급료를 포함한 모든 고용조건이 전과 같이 지속된다.

(c) 이 법률의 시행 때문에 이들의 고용이 단절 또는 일시적으로 중지되지 않는다.

(2) subsection (1)에 언급된 모든 고용이 폐지될 수도 있고 혹은 지정된 날짜 이후 같은 조건, 같은 범위로 고용이 지속될 수도 있다.

(3) 이 법률은 subsection (1)에 언급된 사람 또는 이전 위원회의 전직 근로자와 관련된 연금, 노령연금에 관하여 어떤 이의 권리 또는 책임에 어떠한 영향도 미치지 않는다.

파도적인 조항(Transitional). 이 법률이 시행되기 바로 전에 폐지된 법률하에서 등록된 모든 협회는 본 법률이 시행됨과 동시에 본 법률하에서 등록이 된 것으로 간주되며, 따라서

(a) 협회의 규칙, 폐지된 법률하에서 등록이 된 협회의 규칙 및 그 규칙에 대한 개정은 본 법률에 따라 등록이 된 것으로 간주된다.

(b) 폐지된 법률의 요구조건에 따른 등록사항은 본 법률에 따른 등록사항의 일부로 간주된다.

(c) 폐지된 법률의 한 조항에 대한 언급이 있는 문서는 본 법률의 대응하는 조항(corresponding provision)을 언급한 것으로 간주된다.

(d) 본 법률이 시행되기 바로 전 유효하였고 폐지된 법률의 한 조항에 따라 합법적으로 제정 또는 시행된 명령, 지시, 임명, 기타 행위는 본 법률의 대응하는 조항에 따라 제정 또는 시행된 것으로 간주되며, 따라서 지속적으로 법적인 효력을 갖는다.”

제11편 과도적 및 최종적 규정 (Titre XI - Dispositions transitoires et Finales)

“제110.1조. 본 노동법전의 규정은 현재 유효한 개별 계약에 전적으로 적용된다. 다만, 이전에 근로자들에게 인정된 이익은 그것이 본 노동법전이 인정하는 것보다 나은 것일 때에는 그러한 이익을 계속적으로 향유한다.

위의 이익은 계약종료의 사유가 될 수 없다.

본 노동법전 또는 시행령(규칙)에 부합하지 않는 현행 계약상의 모든 조항은 본 노동법전의 공포일로부터 6개월 이내에 변경되어야 한다.

Article 110.1. Les dispositions du present code sont de plein droit applicables aux contrats individuels en cours, sous reserve que les travailleurs continuent a beneficier des avantages qui leur ont ete consentis anterieurement lorsque ceux-ci sont superieurs a ceux que leur reconnait le present code.

Elles ne peuvent constituer une cause de rupture de ces contrats.

Toutes clause d'un contrat en cours qui ne serait pas conforme aux dispositions du present code ou des reglements pris pour son application sera modifiee dans un delai de six mois a compter de la publication du present code.”

[코트디부아르, 노동법전 (Côte d'Ivoire, Code du travail, 1995)]

일부 국가에서는 일반적인 성격의 유보조항을 해석 입법에 포함시키기도 한다. 그렇기 때문에 장차 법률이 제정될 때, 특별한 상황이 달리 요구하지 않는 한 같은 문제에 대해서 다시 유보조항을 둘 필요가 없

어진다.

예

“법률의 폐지 또는 개정은 폐지 또는 개정하는 법률이 따로 명시하지 않는 한 처벌, 재산이나 권리의 상실이 소멸되지 않으며, 또한 폐지된 법률하에서 발생하거나 발생했던 의무·책임으로부터 면제되지 않는다. 개정된 법률은 권리, 처벌, 재산이나 권리의 상실 또는 의무·책임을 강제하기 위해 취한 적절한 조치 또는 기소를 유지하는 데 효력이 있는 것으로 간주된다.”

분리 가능성 및 분리 불가능성 조항

헌법불합치(unconstitutionality) 등을 이유로 법률의 정당성이 도전받을 경우 일반적으로 법원이 해당 조항(또는 여러 조항)이 위헌인지 여부를 판단하여 본문의 나머지 부분은 그대로 두고 해당 부분만 법률에서 삭제할 수 것을 결정하거나 또는 해당 조항을 삭제할 경우 법의 나머지 부분을 유지할 수 없을 만큼 그 조항이 본질적인 것인지 여부를 결정하게 된다.

법률안의 일부 조항이 법원에 의해 그 정당성이 거부될 위험이 있을 경우 법률을 제정하는 단계에서 분리가능성 조항(severability provision)을 법률안에 포함시켜 가능하다면 법원이 본문의 나머지 부분에 대해 유효성을 인정하도록 할 수 있다.

예

“본 법률의 어느 조항 또는 적용이 무효로 되는 경우 본 법률의 나머지 부분과 다른 사람이나 상황에 대한 본 법의 적용은 그것에 의해 영향을 받지 않는다.”

그러나 법률안이 온전한 전체이며 그 중 한 조항의 유효성이 거부될 경우 이를 따로 떼어 낼 수 없다면, 법률안에 분리 불가능성 조항을 포함시킬 수 있다.

예

“이 법률의 어떠한 조항 또는 적용이 무효로 되는 경우 법률 전체가 무효가 된다.”

한편, 법률 조항이 무효가 될 위험이 있는지가 분명치 않거나, 어떤 조항이 무효가 될지, 무효화된 조항이 법률 전체에 중요한 것일지 또는 법률이 그 조항 없이 유지될 수 있는지를 판단하기 어려울 수도 있다. 이런 경우에는 그 문제를 심사할 법원에 그 결정을 맡기는 것이 가장 좋다.

소급조항

새로운 법률의 소급 적용은 드물지만 소급 규정을 두는 것이 합리적일 경우도 있다. 특히, 사람이 과거 일어난 사건과 관련하여 새로운 혜택을 받을 자격이 있음을 입법적으로 고려할 필요가 있는 경우에 그러하다.

예

“이 법률은 1998년 1월 1일로 소급 적용된다.”

또는

“이 법률의 Sections 1, 5, 9는 1998년 1월 1일부로 소급 적용된다.”

부칙

여러 국가에서 법안 본문의 구조라고 하는 관점에서 법률안의 주요 실체조항과 그에 종속되는 세부사항 또는 절차에 관한 조항간의 균형을 유지하기 위해 부칙을 사용한다. 세부사항이 법률의 본 내용을 지나치게 방해하여 적용 대상자들이 필요한 내용을 찾는 데 더 어렵게 만들게 되는 경우 부칙이 사용된다. 부칙을 두면 ‘사용자에게 편리한 (user-friendly)’ 법률을 만들 수 있다.

또한 부칙은 시행령의 대상이 될 수 있는 하부적 문제를 규율하기 위하여 사용될 수도 있다. 해당 법률에 의해 설립된 기관을 규율하는 규칙에 관한 것이 그 한 예이다.

부칙도 법률의 한 부분이며, 법률의 추가 부분으로서 그 조항도 법률의 주내용에 포함된 조항과 같은 법적인 효력을 갖는다.



부칙은 그 법률을 사용할 사람들에게 쉬운 법률을 만들 수 있을 때만 사용되어야 한다.



부칙은 법률안의 본문과 관련하여 형식, 언어, 용어 등의 면에서 논리적이고 일관성 있게 작성되어야 한다.

주의

부칙에 들어 있는 내용이 법률안의 나머지 부분보다 중요도가 떨어진다는 인상을 주지 않기 위해서, 부칙을 본문에 사용된 것보다 작은 글자체를 사용하지 않도록 하라.



부칙은 법률의 마지막 조문(section) 다음에 두어야 한다



부칙은 아라비아 숫자 또는 일, 이 또는 하나 둘 …… 등을 사용하여 번호를 매겨야 한다.

예

“Schedule 1”

“Schedule One”

“First Schedule”

주의

하나의 부칙만이 법률안의 본문에 포함되어 있을 때에도 번호를 매겨야 하며 이 때는 “Schedule 1”……로 표시한다.

 부칙에는 내용을 설명하는 제목 또는 이와 관련된 항목에 대한 참조 또는 둘 다가 있어야 한다.

[예]

“부칙 1”

(section 13)

“First Schedule - 어떤 기관의 헌장으로 규정되어야 하는 사항
들”

“.....”

◆ 하위법의 제정

법률의 수권에 의해 만들어지는 하위법은 해당 법률에 대해 종속적인 지위를 갖고, “성문법의 권위에 의해 제정되고 또한 법적인 효력을 갖는 선언(proclamation), 시행령(regulation), 규칙(rule), 조례(by-law), 명령(order), 공고(notice), 법원규칙(rule of court), 도시계획(town planning scheme), 결의(resolution), 기타 법령을 의미한다.”²⁷⁾ 하위법도 권능을 부여하는 법률과 꼭 같이 법적인 구속력을 갖지만 실체적·절차적·형식적(substantive, procedural and formal) 측면에서 차이가 있다.

실체적 사항

실체적인 관점에서 볼 때, 하위법은 권능을 부여하는 법률의 범위 안에 머물러야 하며, 법률의 범위를 확대 또는 축소할 수 없다. 따라서, 하위법은 법적인 권한을 위임하는 법률과 일관성이 있어야 한다. 본 법률과 하위법 간에 분명한 갈등이 있을 경우 특별히 명시된 다른 규정이 없는 한 하위법은 사법 심사를 받을 수 있으며 이 경우 본 법률이 우월하다. 따라서, 하위법을 제정할 때 다음 사항이 중요하다.

27) G. C. Thornton, op. cit., p. 117 참조.

 하위법안이 입법권능을 부여하는 법률의 범위 안에 드는가를 검토해야 한다.

절차적 사항

절차상으로 하위법은 다음과 같은 주요 절차적 요구조건을 만족시켜야 하며, 이는 대체로 입법권능을 부여하는 법률에 규정되어 있다.

 하위법은 그 입법권능을 부여하는 법률이 권한을 부여한 사람에 의해서만 제정될 수 있다.

[예]

“장관(노동부 장관)은 이 법률의 목적과 조항을 실행하기 위해 별도의 규정을 제정할 수 있다.”

 하위법은 그 입법권능을 부여하는 법률에 규정된 시간 내에 또한 상황에서만 제정될 수도 있다.

[예]

“법률의 실행을 위해 필요하거나 긴박성이 요구되는 경우 법률에 의해 부여된 권한은 그 법률이 시행되기 이전에 행사될 수 있지만 그 효과는 해당 법률이 시행되는 시점부터 또는 그 후에 발생한다.”

 하위법은 그 입법권능을 부여하는 법률에 제시된 방법대로만 — 예를 들어, 사전 협의, 승인, 동의, 비준 등 — 제정될 수 있다.

[예]

“(7) 이 법률에 따라 위 section 8 (2)에서 언급된 기간 동안 등록관(registrar)에게 지불해야 할 요금에 관한 시행규칙은 등록관과 협의하고 재무부의 승인을 거쳐 제정되어야 한다. 이러한 시행규칙을 제정할 때 국무장관은 그 요금이 등록관과 법원(tribunal)이

이 법률에 따라 그들의 기능을 수행하는 과정에서 발생하는 비용을 상쇄하는 데 충분한가를 고려하여야 한다.”

또는

“위원(Commissioner)에 대한 이의제기 절차에 관한 시행규칙 (어떤 문제의 결정 또는 위원에 대한 불법신청)은 상원의장 (Lord Chancellor)이 제정하여야 하고, 이 법률에 따라 상원의장이 시행규칙을 만드는 경우 검찰총장(Lord Advocate)과 협의하여야 한다.”

형식의 문제와 관련하여 하위법은 입법권능을 부여하는 법률과 일치하여야 한다. 그렇게 함으로써 그 법률의 적용대상이 되는 사람들의 ‘가독성(readability)’과 이해를 크게 높일 수 있다. 이러한 점에서 몇 가지 기술적이고 구체적인 제안을 다음에 제시하였다.

 하위법은 그 입법권능을 부여하는 법률에서 사용된 것과 비슷한 구조를 가져야 한다.

 하위법의 서두에 다음과 같은 몇 가지 중요한 사항을 밝혀두는 것이 널리 사용되고 있는 관례이다.

▶ 하위법의 번호

▶ 제목²⁸⁾

▶ 모법(근거법률) 언급

- 짧은 제목 또는
- 하위법의 제목에 넣어 언급

▶ 하위법 제정일자, 시행일자

예)

“1997 No. 851

28) 하위법의 짧은 제목은 앞의 ‘제목’에 관한 조항에서 명시한 제안과 같은 의미를 가져야 한다.

연금

1972년 노령연금법 부칙 1의 승인에 관한 1997년 명령 (Admission to Schedule 1 to the Superannuation Act 1972) (No. 3) Order 1997

제정일자 : 1997년 3월 17일

1997년 3월 17일 국회 제출

1997년 4월 7일 시행 ”

또는

“1999 No. 263

사회보장제도(SOCIAL SECURITY)

사회보장제도 (분담금) (재조정 및 국가보험기금 지급)에 관한 명령(Re-rating and National Insurance Fund Payments) Order 1999

제정일자 : 1999년 2월 4일

시행일자 : 1999년 4월 6일”

 하위법의 제정조항(enacting provisions)은 다음 사항에 유의하여야 한다.

▶ 위에 소개한 제목 바로 뒤에 또는 하위법의 짧은 제목 앞에 둔다.

▶ 하위법을 누가 어떤 권한하에서 만들었는가를 명시해야 한다.

▶ 하위법 제정에 관한 법적인 요건에 따른 것임을 언급하여야 한다(예를 들어, 협의, 승인).

예)

“연금법 제14조(section 14 of the Pension Act)가 부여한 권한에 따라 재무장관은 국회의 사전 승인을 얻어 다음과 같은 시행규칙을 제정한다:

.....”

 서문과 법률의 목적 진술은 그것이 분명히 유용한 목적에 도움이 될 때만 법률안에 포함시킨다.²⁹⁾

 하위법은 서두에 시행일자를 밝히는 대신에 시행일자에 관한 조항을 별도로 둘 수 있다.

 하위법이 소급 적용되는가는 그 입법권능을 부여하는 모법인 법률에 달려 있다.

 하위법이 개정조항, 폐지조항, 유보조항, 과도적 조항을 갖는 경우에는 그 모법인 법률의 그것과 부합하여야 한다.

 하위법 제정권한을 위임받은 자의 서명과 서명 일자는 기타 요구되는 다른 기관의 동의·승인·확인과 더불어 하위법 본문의 말미에 두어야 한다

예)

“.....

31. 12. 99

I consent.

P. Black

Minister of Finance.”

W. Smith

Minister of Labour

주의

하위법에 부칙을 포함할 경우 이를 서명 (동의, 승인, 확인) 앞에 두어야 한다.

29) 앞의 서문과 목적에 관한 조항에서 제안된 내용을 참조하라.

 이용자가 하위법 채택의 의도를 제대로 알 수 있도록 하위법 본문 말미에 설명문을 둘 수도 있다.

예)

“설명문

(설명문은 본 명령의 일부로 간주되지 않음)

본 명령에 의해 1989년 고용법상 시행되지 않고 있는 모든 조항은 1997년 3월 3일자로 효력을 발생한다. 여기서 모든 조항이란 1961년 제조업체법(Factories Act 1991, c.34) 제119A조의 폐지를 위한 조항과 그와 관련된 여러 법률, 그 결과로 일어나는 같은 법률의 제176조 제5항에 대한 개정을 뜻한다.”