

## 노동법체계와 고용보장법

김 교 숙\*

### <목 차>

- I. 서 론
- II. 노동권의 현대적 재구성
  - 1. 노동권의 이념과 법적 성격의 변화
  - 2. 노동권 내용의 확대
  - 3. 적극적 고용보장정책의 필요성
- III. 노동법체계와 고용보장법
  - 1. 고용보장법의 개념
  - 2. 고용보장법의 규율대상
  - 3. 고용보장법의 체계
  - 4. 고용보장법의 내용
- IV. 결 론

### I. 서 론

1) 노동법은 자본제사회의 노동현실을 타당하게 규율하면서 사회·경제적 약자인 근로자의 생존권을 보장하기 위한 이념적인 법 분야로서 국가의 노동정책을 구체화한 법임은 주지의 사실이다. 따라서 노동법의

---

\* 부산외국어대학교 법학부 부교수.

## 2 比較法學 (第 13 輯)

대상과 체계도 자본제사회의 발전에 의한 국가의 노동정책에 따라 달라질 수밖에 없다. 노동법의 이념인 근로자의 생존권 보장은 자본제사회의 발전에 따른 노동현실의 변화와 밀접한 관련이 있다. 다만 노동법의 체계에 관하여 학자 개인의 방법론적 차이에 따라 다양한 접근방식이 있을 수 있다. 그러나 노동현실의 변화를 무시하고 개념법학적인 사고방식에 입각하여 노동법의 체계를 구성하는 것은 타당하지 못하다고 생각한다. 종래 노동법학은 규율대상과 법이념의 실현방법을 기준으로 개별적 근로관계법 내지 근로자보호법과 집단적 근로관계법 내지 노동단체법 혹은 단체자치법(협동적 노사관계법 포함)과 같이 2가지의 법 영역을 중심으로 그 체계를 구성하고 있다. 이 경우 개별적 근로관계법은 개개의 근로자와 사용자의 관계를 규정하기 위하여 국가권력의 직접적인 개입이 예정되는 법 영역이다. 이에 대하여 집단적 근로관계법은 근로자의 단결, 특히 노동조합의 활동을 규정하기 위하여 단체자치에 예정되므로 국가권력의 간접적인 개입이 예정되는 법 영역이다. 지금도 대부분의 학자들은 이원화된 체계에 따라 노동법을 전개하고 있다. 이원화된 노동법체계에 의하면 근로자에게 고용의 기회를 보장하기 위한 법 영역은 개별적 근로관계의 성립에 관한 것으로서 개별적 근로관계법의 한 분야로서 파악할 수도 있다<sup>1)</sup>.

2) 그러나 자본제사회의 발달로 독점자본제사회로 이행함에 따라 종래 개별적 근로관계법과 집단적 근로관계법으로 이원화된 노동법의 체계에 포함되지 않았던 새로운 노동문제가 발생하게 되었다<sup>2)</sup>. 즉 자본제사회의 발달로 독점자본제사회로 이행함에 따라 종속근로가 더욱 심화·확대됨으로써 대량의 실업자와 비정규직 근로자가 등장하게 되었고, 이들의 고용을 보장하기 위하여 국가가 적극적으로 노동시장에 개입하기 위한 고용보장법체계(가칭 『고용보장법』<sup>3)</sup>이라 한다)가 노동법의

1) 이 병태, 『노동법』, 중앙경제사, 2002, 46쪽.

2) 임 중률, 『노동법』, 박영사, 2002, 7쪽.

3) 노동시장법이라고 하는 학자도 있고( 諏訪 康雄, “勞働市場法の理念と體系”, 『講

체계를 구성함에 있어서 우선적으로 고려되어야 한다<sup>4)</sup>. 1960년대 이후 국가는 고도의 경제성장 및 발전을 추진하기 위하여 적극적인 노동정책과 소득정책을 도입하는 등 경제활동에 보다 직접적이고 적극적이었다. 따라서 근로자의 생활도 국가의 물가와 경제정책, 사회보장제도, 사회적 소비수단--주택, 도로, 교통 등--의 정비 등과 같은 국가의 경제정책에 크게 의존할 수밖에 없게 되었다. 또한 국가는 산업구조의 변화-- 제2,3차 산업의 확대--와 노동력구성의 변화--전문직, 기술직, 관리직, 사무직 근로자의 증대--에 따라 적절한 직업훈련이나 교육정책을 통하여 근로자에게 적극적으로 고용을 보장하여야 한다. 특히 1997년 말 IMF관리체제 이후 기업의 구조조정으로 인하여 우리 사회에 만연하고 있는 실업자와 비정규직 근로자들의 생존권을 보장하기 위하여 국가가 보다 적극적으로 노동시장에 개입하여 이들의 고용을 보장하기 위한 정책을 추진하여야 할 것이다. 따라서 노동법의 주요목적도 종래의 실업정책뿐만 아니라 고용정책도 포함하여 근로자의 생존권을 적극적으로 보장하는데 두어야 할 것이다. 왜냐하면 현대국가의 존립목적은 경제적·사회적 약자의 생존권 보장에 있기 때문이다. 또한 노동권의 법적 성격에 관하여도 종래 일반적으로 인정되었던 소극적인 노동권뿐만 아니라 적극적인 노동권까지 확대하여 파악함으로써 국가의 적극적인 고용보장법체계가 노동법의 주요한 한 축이 되어야 한다고 생각한다<sup>5)</sup>. 왜냐하면 노동은 근로자가 인간으로서 자기를 실현하는 기본적인 활동이므로 근로자에게 적합한 고용의 기회가 보장되어야 하기 때문이다.

3) 오늘날 대부분의 선진국들은 노동력시장에 대한 개입을 통하여 경제발전에 필요한 노동력을 확보함과 동시에 근로자에게 고용을 적극적

座 21世紀の労働法』第2卷, 2000, 2-3쪽; 山川隆一, 『雇用關係法』, 新世社, 1996, 3쪽 이하), 雇用社會法이라고 하는 학자도 있다(菅野和夫, 『労働法』제5판, 有斐閣, 2000, 31쪽 이하).

4) 임 중률교수는 이와 관련하여 앞의 책 제4편 노동법의 기타 부문 제3장 노동시장과 고용증진제도에 관하여 언급하고 있다(임 중률, 앞의 책, 561쪽 이하 참조).

5) 김 형배, 『노동법』제12판, 박영사, 2000, 116쪽.

으로 보장하기 위하여 수많은 고용보장관련법들을 제정·시행하고 있다. 이런 등의 법률에 관하여 노동법의 이념과 체계에 따라 올바르게 위상을 정립하는 것이 중요하고 또한 필요하다고 생각한다. 따라서 본 논문에서는 노동현실의 변화에 따라 헌법상 근로자에게 보장된 적극적인 노동권을 바탕으로 고용보장법을 노동법의 새로운 법 영역으로 구성해 보고자 한다.

## II. 노동권의 현대적 재구성

### 1. 노동권의 이념과 법적 성격의 변화

#### 1) 노동권 이념의 변화

(1) 오늘날 노동권의 이념은 1919년 바이마르 헌법시대의 그것과 같을 수 없다. 제2차 세계대전 이후 선진자본주의 국가들은 직업소개나 실업보험이라는 사후적 성격을 가진 고전적 실업대책에 대하여 한계를 인식하고 자본주의 경제체제의 위기를 극복하기 위하여 완전고용정책을 추진해 왔다. ILO, 세계인권선언, 국제인권규약 등에서도 이를 뒷받침하고 있다.

특히 1944년 필라델피아선언에서는 “노동은 상품이 아니다”라는 ILO의 기본원칙을 재확인하고, ILO의 엄숙한 임무의 하나로서 “완전고용 및 생활수준의 향상”을 확인하였다. 더나가서 1948년 세계인권선언은 “실업으로 인하여 생활이 불가능한 경우에는 생활을 보장받을 권리”와 함께 “직업을 자유로이 선택하여 공정하고 유리한 근로조건을 확보함과 아울러 실업으로부터 보호받을 권리”를 보다 구체적으로 선언하였다.

ILO 고용정책에 관한 조약과 권고(1964년)는 “자유로이 선택한 생산적이고 완전한 고용을 촉진하는 적극적인 정책”을 주요목적으로 선언하였다. 그 내용으로 “ ① 일을 구하는 모든 자에게 일을 부여할 것, ② 업

무에는 가능한 한 생산적일 것, ③ 인종, 피부의 색, 성, 종교, 정치적 견해, 국민적 출신 또는 사회적 출신을 불문하고 자기에게 적합한 업무와 관련하여 필요한 자격을 취득하고, 또한 자기의 숙련 및 재능을 활용하기 위하여 각 근로자에 대하여 고용을 선택할 기회를 가능한 한 충분히 부여할 것”을 규정하고 있다.

국제인권규약(1966년) A규약인 “경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 규약” 제6조는 “모든 사람은 자유로이 선택한 노동에 의하여 생계를 세울 기회를 얻을 권리를 포함하는” 노동의 권리(1항)를 선언하고, “개인에 대하여 기본적인 정치적 및 경제적인 자유를 보장하는 조건 아래 확실한 경제적, 사회적 및 문화적 발전 및 완전하고 생산적인 고용을 달성하기 위하여” 직업의 지도 및 훈련을 받을 권리(2항)를 규정하고 있다.

이를 바탕으로 1960년대 이후 선진공업국에서는 경제성장정책의 수단으로서 사후적 실업대책으로부터 적극적 고용정책으로의 전환을 추진함과 아울러 노동에 대한 자유도 강조되었다.

이와 같이 국제적 동향에서도 알 수 있듯이 노동권은 단순한 노동기회의 보장뿐만 아니라 근로의 자유의 보장과 인간 노동의 존엄성을 전제로 한 생존권적 기본권으로 파악하고 있다. 따라서 노동권에 대하여 국가의 적극적인 보장이 요구되지만 다른 한편으로는 근로의 자유의 구체화라는 측면도 있기 때문에 근로자에 의하여 자유로이 선택되어지고 또한 그 선택에 관하여 국가가 가능한 한 충분히 원조하여야 할 것이 규범적으로 요구된다.

우리 헌법에서도 노동권(헌법 제32조)과 직업선택의 자유(헌법 제15조)와 강제노역으로부터의 자유(헌법 제12조)와의 관계를 고찰한 경우에도 마찬가지이다. 따라서 노동권의 보장은 한편으로는 시민법상 형식적인 가치밖에 갖지 못했던 노동의 자유의 실질화를 의미하고, 다른 한편으로는 단순한 노동기회의 보장이 아니라 노동의 자유의 보장을 전제로 한 생존권적 기본권의 보장으로 되어야 한다는 것을 의미한다. 즉 노동권은 생존권적 기본권의 하나로서 국가기관의 불개입에 의해서가 아

나라 적극적인 개입을 통하여 실질적인 보장이 요구된다. 또한 노동권은 노동의 자유의 구체화라는 측면도 있기 때문에 국가에 의한 적극적 보장은 어디까지나 근로자의 자발성을 존중하는 것이 규범적으로 요구된다. 따라서 현대에서의 노동권이라 함은 근로자가 국가기관의 제도(직업소개, 실업급여, 직업훈련, 실업대책사업 등)를 이용하여 스스로 원하는 적절한 직업을 선택하고 보다 좋은 근로조건을 제공하는 고용을 선택할 권리, 즉 적절한 직업 선택권 혹은 직업선택의 자유를 그 규범적 내용의 지도이념으로 하고 있다<sup>6)</sup>.

## 2) 노동권의 법적 성격의 변화

노동권의 법적 성격 내지 내용에 관한 종래의 지배적 견해는 노동권을 국민에게 보장된 개별적·구체적인 권리로 인정하지 않고 단순한 프로그램의 선언으로 파악하여 노동기회의 보장 등 국민이 노동권을 실현하기 위하여 국가가 필요한 조치를 강구해야 할 정치적 책무를 규정한 것으로 해석하였다<sup>7)</sup>. 다만 국가의 조치가 국민에게 보장된 노동권을 실현하는데 방해가 되는 경우에 한하여 소극적으로 법적 규제의 대상으로 판단함과 동시에 노동권의 실현을 적극적으로 침해하는 개인간의 계약이나 개인 또는 단체 내의 행위도 위법·무효로 판단하였다.

그러나 제2차 세계대전 이후 자본제사회의 발달로 인하여 대량의 실업문제가 각국의 중요한 노동정책이 되면서 실업문제의 해결과 적극적인 고용정책을 전개하기 위하여 노동권에 대하여 적극적인 내용을 인정하려는 움직임이 활발하고, 또한 노동권은 교육권과 생존권과도 밀접한 관련을 가지면서 상호 커다란 영향을 미친다고 할 수 있다<sup>8)</sup>. 여기에서 노동권의 보장을 단순한 “프로그램의 선언”으로 해석할 것이 아니라

6) 片岡 昇, “勞働權の保障と雇用保障法の理論體系”, 『現代勞働法講座』第13卷 雇用保障, 總合勞働研究所, 1980, 15-16쪽.

7) 石井 照久, 『勞働法總論』, 有斐閣, 1957, 297쪽 이하 참조.

8) 류 시조, “노동권의 개념적 특성에 관한 일고찰”, 『비교법학』제8집, 부산의대 비교법연구소, 1997, 18쪽.

“입법요구권” 그 밖의 구체적 청구권을 국민에게 보장한 것으로 해석하는 “법적 권리설”이 차체에 유력하고 타당하다고 생각한다. 노동권에 관하여 법적 권리설에 입각하면 국민은 국가에 대하여 스스로 선택한 직업을 가지고 적극적으로 사회에 기여할 수 있도록 일할 권리, 즉 “고용보장법”을 요구할 수 있다<sup>9)</sup>. 따라서 고용보장법은 헌법 제32조에서 보장된 노동권에 기초를 두면서 근로자의 고용보장에 대한 권리를 구체화하는 입법으로서 그 적극적 의의를 인정할 수 있다<sup>10)</sup>.

현대 국가의 존립목적과 사명은 대량의 실업문제를 해결하고 적극적인 고용정책을 통하여 근로자에게 적합한 고용의 기회를 보장하고 이를 바탕으로 근로자의 생존권을 적극적으로 보장하는 데에 있다고 생각한다. 따라서 고용보장법은 헌법에서 근로자에게 보장한 노동권을 구체화한 입법으로서 적극적 의의를 인정할 수 있고, 고용보장을 통하여 사회·경제적 약자인 근로자의 인간으로서의 존엄성과 생존권을 보장한다는 노동법 본래의 목적을 달성할 수 있다고 생각한다<sup>11)</sup>.

## 2. 노동권 내용의 확대

고용보장법과 관련하여 노동권의 구체적 내용을 규정해 볼 필요가 있다. 노동정책은 자본주의경제조직을 전제로 하여 추진되므로 자본제사회의 발달에 따라 국가의 고용정책도 달라질 수밖에 없다. 그러나 고용정책은 근로자가 스스로 선택한 직업을 가지고 적극적으로 사회에 기여할 노동의 실현을 목표로 추진되어야 한다는 것은 말할 여지가 없다. 왜냐하면 오늘날 자본주의경제 자체가 고도의 과학기술이나 지식의 이용에 대응하기 위하여 근로자의 교육수준의 고도화, 문화생활의 질적인 발전과 향상을 통하여 인간다운 생존이나 인간성의 회복에 대한 요구를

9) 허 영, 『한국헌법론』 제14판, 박영사, 2000, 472-473 쪽.

10) 임 종률, 앞의 책, 12쪽.

11) 片岡 昇, 『現代勞働法の展開』, 岩波書店, 1983, 165 -166쪽.

강화시켜야 한다는 필연성을 내포하고 있기 때문이다. 또한 노동기본권에 관해서도 근로자의 단순한 물질적 최저한도의 생존뿐만 아니라 인간으로서의 존엄과 가치권에 상응하는 생존권의 실현을 지향하여야 하기 때문이다. 여기에서 노동권의 보장은 단순한 노동의 기회의 보장 이상으로 인간 노동의 존엄성을 실현하기 위하여 근로자에게 고용선택의 자유가 보장되어야 한다고 생각한다<sup>12)</sup>.

따라서 고용보장법과 관련하여 노동권의 이념을 실현하기 위하여 노동권의 구체적 내용에는 다음과 같은 것이 포함되어야 한다고 생각한다.

① 노동권에는 고용선택의 자유가 내포되어야 하므로 적절한 직업에 대한 청구 내지 선택의 권리가 포함되어야 한다고 생각한다. 여기에서 적절한 직업이라 함은 해당근로자의 노동능력(기술, 경험이나 자질 등을 포함함)에 적합한 직업일 수밖에 없다. 다만 노동능력 자체는 근로자의 다양한 조건(육체적, 정신적 뿐만 아니라, 사회적 조건을 포함함)에 따라 차이가 있기 때문에 적절한 직업의 판단은 개개 근로자의 사정에 따라 결정될 수밖에 없다고 생각한다.

② 노동권에는 취업과 생활보장에 대한 권리가 포함되어야 한다고 생각한다. 고용선택의 자유 내지 적절한 직업선택권을 직접으로 실현하기 위하여 근로자는 국가의 직업소개제도를 통하여 취업의 기회와 아울러 충분한 수입이 보장되어야 한다. 또한 오늘날 고용정책은 단순히 실업자에 대하여 사후적 구제에 의의가 있는 것이 아니라 취업근로자를 포함한 근로자 전체를 대상으로 하여 포괄적으로 고용을 보장하고 유동화를 도모하는 데에 그 의의가 있다. 따라서 노동권의 이념은 취업상태에 있는 근로자에 관하여도 적용되어야 하므로 사용자도 근로자의 고용보장에 관하여 일정한 의무를 부담하여야 한다. 취업의 보장에 관하여 말하자면, 근로자의 해고에는 정당사유가 있어야 하고(개별적 해고의 규제가 고용보장법에 포함되는지의 여부에 관하여는 뒤에 검토한다), 또한

---

12) 片岡, 앞의 논문, 16-17쪽 참조.



대량적 해고에 관하여도 다양한 공적 규제(행정기관에의 사전신고, 노동조합과의 협의의무 등)를 받아야 한다. 따라서 해고에 관하여도 고용보장의 관점에서 접근되어야 한다고 생각한다.

③ 노동권에는 직업훈련을 받을 권리가 포함되어야 한다고 생각한다. 직업훈련을 받을 권리는 고용선택의 자유를 구체화하기 위하여 매우 중요한 의의를 가지는 것은 말할 필요도 없다. 직업훈련을 받을 권리는 국가의 적절한 직업훈련제도에 관하여 인정되어야 할뿐만 아니라 사용자와의 관계에 있어서도 용인되어야 한다(1947년 ILO<유급교육휴가조약>참조). 더나가서 오늘날 사회적 상황에서 근로자에게 보장된 고용선택의 자유는 일반적인 교육제도와도 불가분한 관계에 있을 수밖에 없다. 모든 분야에서 커다란 변화가 예상되는 현대인에게는 문화적·기술적 지식을 얻기 위하여 다양한 교육이 필요하다. 이러한 의미에서 근로자에게 일반적인 교육에 대한 권리뿐만 아니라 평생교육을 받을 권리가 보장되어야 한다고 생각한다.

④ 노동권에는 국가의 노동정책의 수립과 관리운영에 대한 노동단체의 참가권이 포함되어야 한다고 생각한다. 고용정책을 비롯한 노동정책은 경제발전이나 이윤추구의 목적을 위하여만 행하여질 것이 아니라, 노동권의 이념을 실현하면서 경제발전을 이루기 위하여 국가나 지방자치단체 또는 산업 내지 개개의 기업 등 다양한 단계에서 노동조합이나 근로자대표의 참가의 기회가 보장되어야 한다. 이러한 참가의 요구는 오늘날 노동운동에서의 국제적 경향일 뿐만 아니라 우리 나라에서도 이것을 부정해야 할 이유가 없다고 생각한다. 고용정보를 입수할 권리를 비롯하여 고용정책의 결정, 직업훈련 내지 실업보험, 고용보장을 위한 기금 등과 같이 다양한 제도의 관리운영에 대하여 근로자단체의 참가권 등이 고려되어야 한다고 생각한다.

### 3. 적극적인 고용보장정책의 필요성

국가가 노동권의 이념과 내용을 실현하기 위하여 노동시장에서의 노동의 종속성을 규율하면서 특히 실업자나 비정규근로자를 위하여 적극적인 고용보장정책이 필요하다는 것은 말할 필요도 없다. 제2차 세계대전 이전의 고전적 실업정책은 경제의 자동조절기능을 전제로 한 실업문제에 대하여 직업소개나 실업수당을 중심으로 한 사후적이고 보완적인 정책으로 대처하여 왔다. 그러나 제2차 세계대전 이후 미국<sup>13)</sup>을 비롯한 세계각국은 만성적이고 구조적인 실업문제에 대하여 실업자를 단순히 사후에 구제하는 소극적인 성격에서 벗어나 정부나 지방자치단체가 재정정책이나 사회보장정책을 통하여 투자수요나 소비수요를 증대시키는 등 사전에 고용량 자체를 조절하고 자본주의경제의 안정을 도모하면서 실업을 최저한으로 억제하는 적극적인 고용보장형태를 취해 왔다<sup>14)</sup>. 이에는 1930년대 세계대공황으로 나타난 구조적 실업문제에 대한 배려, 즉 자본주의 경제에 대한 체제적 위기를 초래할 수밖에 없다는 배려가 작용하였다는 것은 말할 필요도 없다. 다시 말하면, 고용정책은 자본주의 경제의 안정적 발전을 위한 국가의 중요한 경제행동이므로 그 내용에는 단순히 직업소개와 실업수당뿐만 아니라 직업훈련, 개별적·집단적 해고의 규제, 더 나아가서 고용창출을 위한 다양한 조치 등이 포함되어야 한다<sup>15)</sup>. 국가가 고용량을 계획적으로 유지·창출하기 위한 고용정책은 특히 국가의 경제발전계획과 관련하여 중요한 의의를 가진다. 왜냐하면 고용정책은 개별적이고 독자적으로 수립·시행되는 것이 아니라 국가의 재정과 금융 등 경제정책 전반과 밀접한 관련을 가지면서 상호 유기적이고 종합적으로 추진되고 있기 때문이다<sup>16)</sup>. 다시 말하면 국가는 공공

13) 미국은 적극적인 고용보장정책을 위하여 1946년 고용법(Employment Act)를 제정하였다.

14) 西谷 敏, “21世紀の労働と法”, 『講座 21世紀の労働法』第1卷 21世紀 労働法の展望, 日本労働法學會編, 有斐閣, 2000, 15-16쪽.

15) 片岡, 앞의 책 『現代労働法の展開』, 174쪽.

16) 고 준기, “고용보장법의 새로운 이념과 체제정립 및 사회안정망과의 상호연계

투유자에 의한 투자수요의 환기, 사회보장지출에 의한 소비수요의 증대 등 경제활동에 대한 적극적이고 전면적인 개입을 통하여 위와 같은 고용정책을 달성할 수 있다. 적극적 고용정책은 노동운동과의 관계를 떠나서 실현될 수 없다는 것은 말할 필요가 없다. 국가가 완전고용을 위한 광범위한 정책을 전개함으로써 근로자는 노동과 생활의 다양한 조건뿐만 아니라 노사관계의 구조에도 커다란 영향을 받게 되고 고용보장에 관한 여러 가지의 구상이나 요구를 제기할 수도 있다. 이것을 무시하고는 오늘날의 전반적인 고용정책의 달성은 불가능하다고 하여도 과언이 아니다. 특히 고용정책은 단순한 노동기회의 보장 이상으로 “근로자가 스스로 선택한 직업을 가지고 노동할 권리” 및 “적극적으로 사회에 기여하는 노동”의 실현을 목표로 하여 추진되어야 한다는 근로자측의 주장은 고용정책의 이념에 포함되어야 할 필연성을 가지고 있다. 이러한 필연성에 입각하여 ILO는 제122호 『고용정책에 관한 조약』 제1조에서 『각 가맹국은 주요한 목표로서 경제발전과 성장을 자극하여 근로자의 생활수준을 향상하고 노동력수요를 만족시키고 또한 실업 및 불완전취업을 극복하는 것을 목적으로 완전히 생산적이고 자유로이 선택된 고용을 촉진하기 위한 적극적인 정책을 선언하고 또한 추구하지 않으면 아니 된다』고 규정하여 국가의 적극적인 고용보장정책을 촉구하고 있다. 또한 ILO는 1996년 제83차 총회에서 『세계화된 상황 아래에서의 고용정책』을 채택하여 각 가맹국에게 완전고용을 촉구하고 있다. 따라서 국가가 적극적인 고용보장정책을 추진하기 위한 법체계로서 고용보장법이 노동법의 주요한 중심 축이 되어야 한다고 생각한다<sup>17)</sup>. 이렇게 함으로써 국가의 고용보장정책이 근로자의 노동력을 단순히 경제발전과 이해추구의 수단이란 관점에서가 아니라 근로자에게 헌법상 보장된 인간으로서의 존엄과 가치권과 노동권 및 생존권을 실현하는데 필요 불가결한

확충”, 『노동법학』 제8호, 한국노동법학회, 1998, 276쪽.

17) 清正 寬, 『雇用保障法の研究』, 法律文化社, 1987, 24쪽; 우리 나라에서도 고용보장법을 도입하려는 움직임이 있다(김 형배, 앞의 책, 116쪽; 임 종률, 앞의 책, 7쪽).

정책이란 관점에서 추진되어야 할 것이다<sup>18)</sup>.

우리 나라의 고용정책의 중심법인 고용정책기본법 제1조에서도, “이 법은 국가가 고용에 관한 정책을 종합적으로 수립·시행함으로써 국민개개인이 그 능력을 최대한 개발·발휘할 수 있도록 하고, 노동시장의 효율성의 제고와 인력의 수급균형을 도모하여 고용의 안정, 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상 및 국민경제·사회의 균형 있는 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하여 동일한 형태의 취지와 구상을 명시하고 있다.

### Ⅲ. 노동법체계와 고용보장법

#### 1. 고용보장법의 개념

1) 고용보장법이라 함은 직업소개, 직업훈련, 실업보험, 실업대책사업(또는 실업수당) 등 국가의 제도에 의하여 구직자(신규 구직자, 실업자 또는 잠재적 구직자로서의 취업근로자)에 대하여 고용의 성립·유지를 지원하거나 또는 즉시로 취업할 수 없는 경우에는 재취직까지의 일정기간 동안 생활을 보장하고 그래도 취업할 수 없는 경우에는 장기적으로 취업 내지 생활을 보장하는 법 영역으로서 헌법 제32조의 노동권을 실질적으로 보장하기 법체계이다<sup>19)</sup>. 노동법의 체계에 관하여 다양하게 구성할 수 있지만, 필자는 종래의 노동보호법의 체계는 그대로 두고 새로이 고용보장법의 체계를 노동법영역의 내부에 편입하여야 한다고 생각한다. 고용보장법의 개념과 체계에는 적극적 노동권의 이념을 실현하기 위하여 앞에서 언급한 다양한 권리가 구체적으로 보장되어야 한다. 고용보장법이란 개념이 확립되어야 하는 현실적인 이유로는 고용보장정

18) 片岡, 앞의 책 『現代勞働法の展開』, 168쪽.

19) 松林和夫, “雇用保障”, 『勞働法』, 青林書院新社, 1982, 62쪽.

책이 인간의 노동력을 단순히 경제의 발전과 이해추구의 수단으로서가 아니라 인간의 존엄성에 상응하는 생존을 근로자에게 보장하는 법의 일환으로서 올바른 지위와 역할을 담당하도록 고용보장입법을 정서하는 것이 불가결하다는 데에 있다<sup>20)</sup>. 그러면 우리 나라에서 고용보장법의 개념이 인정된다고 한다면 그 법적 근거는 말할 필요도 없이 앞에서 언급한 현대적인 의미에서의 노동권의 보장에서 구하여야 할 것이다. 따라서 고용보장법은 헌법 제32조에서 보장된 노동권에 기초를 두면서 근로자에 대한 권리의 보장을 구체화하는 입법으로서 그 적극적 의의를 인정할 수 있다.

2) 종래의 근로자보호법과 고용보장법과의 관계에 관하여 이론적으로 명확히 할 필요가 있다고 생각한다. 즉 고용보장법이 독자적인 법체제로서 정립되기 위해서는 근로자보호법과의 차이점을 다음과 같이 지적할 수 있다. ① 근로자보호법은 개개 근로자의 근로조건을 보호를 목적으로 하고 있기 때문에 노동력시장과는 단절된 개별적 근로관계를 직접 규율 대상으로 하고 있다. 이에 대하여 고용보장법은 노동력의 전체에 대하여 국가의 계획적이고 종합적인 고용정책을 통하여 비로소 고용을 적극적으로 보장을 할 수 있다. ② 고용보장법은 개개의 근로관계를 넘어 노동력시장을 중심으로 전개되는 법이다. 이에 대하여 개개의 근로자에 대하여 고용을 보장하려는 근로자보호법도 노동력시장의 규율과 밀접 불가분한 관련을 가짐으로써 비로소 의의가 있다. 여기에 고용보장법을 근로자보호법과 구별할 수 있다고 생각한다. ③ 양법 사이에는 국가의 역할이란 관점에서 중요한 차이가 있다고 생각한다. 즉 근로자보호법에서 국가는 사용자에 대하여 여러 가지의 의무를 부과하고, 그 이행을 감독·강제함으로써 최저한 노동조건을 보호하려고 하지만, 그 이상으로 근로관계의 당사자에 대하여 국가가 직접으로 여러 가지 종류의 의무를 부담하는 것은 아니다. 이에 대하여 고용보장법에서는 근로

20) 片岡 昇, 『勞働法の變革と課題』, 三省堂, 1987, 82쪽.

자에 대하여 국가를 상대방으로 하는 다양한 종류의 권리(적절한 직업 선택권, 취업보장 및 생활보장의 권리, 직업훈련을 받을 권리 등등)가 인정되어야 하므로, 국가는 근로관계의 규제자인 이상 근로관계의 성립과 유지를 보장해야 할 의무의 주체로서 나타나게 된다.

이상에서 살펴 본 바와 같이 근로자보호법과 고용보장법을 구별할 수 있는 차이는 국가의 근로관계에 대한 개입의 방법이라 할 수 있다. 다시 말하면 근로자보호법은 국가가 근로자와 사용자 사이에서 형성되는 권리의무의 내용(근로관계)에까지 직접 개입하는 법인데 반하여, 고용보장법은 국가가 근로관계의 성립 및 유지를 위하여 노동력시장에 대한 개입, 즉 간접적으로 근로관계에 개입하는 법이다.

## 2. 고용보장법의 규율대상

종래 노동법은 개개 근로자와 사용자의 인적·조직적 종속근로관계를 주된 규율대상으로 하였다. 그러나 자본제사회의 비약적인 발달로 인하여 노동의 종속성 개념은 종래의 인적·조직적 종속근로관계뿐만 아니라 노동력시장의 영역에까지 확대하여 파악되어야 한다<sup>21)</sup>. 따라서 고용보장법이 규율대상으로 하는 것은 노동시장에서의 노동의 종속성이라 할 수 있다. 노동력을 가지고 있는 근로자는 자본주의 노동시장을 유지하고 자본에 필요한 양의 노동력을 확보해야 하는 정책주체로서의 국가에 종속될 수밖에 없다<sup>22)</sup>. 이와 같이 노동시장에서의 노동의 종속성을 초래하는 직접적인 요인은 특히 제2차 세계대전 이후 국가가 종래 사후적이고 개별적인 실업대책으로부터 고용근로자를 포함한 노동력 전체를 대상으로 적극적인 고용정책을 추진하는 데에 있다. 국가는 자본주의체

21) 片岡, 앞의 책 『現代勞働法の展開』, 171쪽.

22) 조 경배, “고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구” 서울대학교, 박사학위논문, 1996, 12, 224쪽; 淸正, 앞의 책, 130-131쪽; 松林 和夫, 『勞働權と雇用保障法』, 日本評論社, 1991, 10쪽; 片岡, 앞의 책 『現代勞働法の展開』, 170쪽.

제를 유지·발전시키기 위하여 노동시장에 적극적으로 개입하여 근로자의 생존권을 보장하여야 할 법적 책임주체로 등장할 수밖에 없다. 따라서 국가가 고용입법 등을 통하여 노동시장에 적극적으로 개입함으로써 노사관계에서의 종속근로관계가 더욱 심화·확대되는 것은 자명하다. 더욱이 국가독점자본주의 아래에서는 국가가 독점적인 금 준비와 중앙은행의 지배를 기층으로 한 정치·경제체제가 불가피하다. 여기에서 국가는 공공투자에 의한 투자수요의 환기, 사회보장지출에 의한 소비수요의 증대 등을 통하여 사전에 고용량 자체를 조정하고 자본주의경제를 안정시키려는 적극적인 조치를 취함으로써 경제활동에 대하여 전면적이고 적극적으로 개입하지 않을 수 없다<sup>23)</sup>. 국가의 경제·사회정책은 노동시장에 대한 정책으로 나타날 수밖에 없고, 이로써 근로자의 노동 및 생활의 조건과 노사관계의 구조뿐만 아니라 근로자의 의식이나 노동조합운동의 역할과 성격 등에 대하여도 커다란 영향을 미칠 수밖에 없다<sup>24)</sup>. 즉 근로자들은 노동시장에 대한 국가의 정책에 따라 노동권과 생존권의 실현에 영향을 받을 수밖에 없다<sup>25)</sup>. 여기에서 국가는 노동시장에서 종속적인 지위에 있는 근로자들의 노동권과 생존권을 실현·보장하기 위하여 적극적인 고용보장정책을 추진해야 할 당위성이 있다. 다시 말하면 국가는 고용보장의 관점에서 근로과정에서의 종속현상 뿐만 아니라 자본제 노동시장에의 종속현상에 대하여도 직접 규율하면서 헌법상 보장된 근로자의 노동권을 적극 수용하고 이를 조성해야 할 법적 지위를 가지고 있다<sup>26)</sup>. 따라서 노동의 종속성 개념은 근로관계의 장으로부터 노동력시장의 영역에까지 확대하여 파악하여야 한다. 이는 자본제 사회에서의 근로자의 종속성에 관한 인식의 범위를 확대하여 이를 구체화함을 의미한다. 여기에서 노동시장에서의 노동의 종속성은 자본

23) 片岡, 앞의 책 『現代勞働法の展開』, 191쪽.

24) 片岡, 앞의 책 『現代勞働法の展開』, 153쪽.

25) 清正, 앞의 책, 134쪽.

26) 片岡, 앞의 논문, 2쪽.

제 노동시장에서의 총자본=국가에의 근로자의 종속성이라고 하는 일반적인 규정을 부여할 수 있다<sup>27)</sup>. 노동시장에서의 노동의 종속성을 초래하는 요인은 제2차 세계대전 이후 국가의 사후적이고 개별적인 실업대책으로부터 고용근로자를 포함한 노동력 전체를 대상으로 하는 적극적 고용정책의 전개에 있다는 것은 이론이 없다. 실업이나 반실업이나 고용선택의 자유의 제한은 국가의 직접적인 정책에 의하여 초래되는 것이다. 국가는 그 기구를 총동원하여 노동시장에 개입하지 않으면 자본제 체제를 유지할 수 없는 단계에서는 국가 그 자체가 법적 책임주체로 등장할 수밖에 없다. 국가가 고용입법을 통하여 노동시장에 개입함으로써 근로관계에서의 종속성이 더욱 증폭·확대되는 것은 자명하다. 이러한 현상은 노동시장에서의 노동의 종속성 일반이 아니라 근로관계에 대한 국가의 개입으로 인하여 종속노동성이 보강·증폭·확대되는 것으로 파악하여야 할 것이다. 이와 같이 종속성 개념을 확대하여 파악하는 현실적인 근거는 국가가 고용사정의 악화, 실업자의 증가 등과 같은 사회상황의 변화에 대하여 적극적인 고용보장정책을 추진하지 않을 수 없는 정치·경제적 여건의 성숙과 발전에 있다고 할 것이다<sup>28)</sup>.

### 3. 고용보장법의 체계

우선 국가가 노동력시장에 대하여 개입하는 법 영역을 고용보장법체계에 포함하는 것에 대하여 반대하는 견해가 있다<sup>29)</sup>. 이러한 법 영역은 산업에 필요한 노동력을 충족하기 위한 법에 불과하다고 하는 것이 그 주된 이유이다. 확실히 종래 우리 나라에서의 고용보장입법은 근로자에 대하여 진정한 의미에서의 노동권을 보장하기보다도 경제발전에 필요한 노동력을 확보한다는 입장에서 전개되어 왔고, 여기에서 국가가 노동력

27) 片岡, 앞의 논문, 2쪽; 松林, 앞의 논문, 67-68쪽.

28) 清正, 앞의 책, 1쪽.

29) 이병태, 앞의 책, 46쪽.



시장에 대하여 통제해 왔다고 할 수 있다. 그러나 오늘날 국가가 근로자의 고용을 적극적으로 보장하기 위하여 노동력시장에 대하여 적극적으로 개입하여 근로자에게 고용기회를 보장하여야 하고 근로자는 고용을 보장받을 권리가 인정되어야 한다. 또한 국가가 노동권의 이념에 따라 노동력시장에 대하여 적극적으로 개입하여 근로자의 고용을 보장하는 법 영역을 고용보장법의 체계에 포함시키는 것은 불가결하다고 생각한다.

노동법의 일환으로서의 고용보장법체계에는 다음과 같은 영역이 포함되어야 한다고 생각한다<sup>30)</sup>. 즉 ① 고용보장법의 이념, 근로자의 기본적 권리 및 고용보장의 기본원칙 등 헌장사항에 관한 법 영역, ② 고용창출을 포함한 노동력시장에 대한 국가적 규제에 관한 법 영역, ③ 실업자에 대한 취업보장(직업소개 내지 직업안정제도, 노동력유동화의 조치 등)에 관한 법 영역, ④ 실업 중의 생활보장(실업보험 내지 실업수당제도)에 관한 법 영역, ⑤ 직업훈련에 관한 법 영역, ⑥ 해고규제에 관한 법 영역 등을 지적할 수 있다. 특히 해고에 대한 규제는 오늘날 고용보장입법 가운데 중요한 정책이다. 근로기준법은 해고의 제한(동법 제30조), 정리해고의 제한(동법 제31조), 해고의 예고(동법 제32조) 등을 규정하고 있다. 이 규정들은 개별적 계약보호의 일부로서 해고로부터의 보호이지 고용보장입법의 일환으로 규정된 것은 아니다. 이 가운데서 대량의 근로자들을 경영상의 이유에 의하여 해고할 수 있는 정리해고의 규정은 근로기준법에서 규정할 것이 아니라 고용보장법체계에서 접근되어야 한다고 생각한다<sup>31)</sup>.

종래 우리 나라의 고용정책입법의 가운데 해고규제조치가 포함되어있지 않다는 것은 앞에서 언급한 바 있지만, 각국의 사례에서 살펴보면 해고규제는 오늘날의 고용보장정책의 중요한 일환으로서 취급되고 있다

30) 平川, 앞의 논문, 36쪽.

31) 김 교수, “정리해고제도의 개선방향”, 『노동법학』제7호, 한국노동법학회, 1997, 259쪽 이하; 片岡, 앞의 책 『現代勞働法の展開』, 148쪽 참조; 松林, 앞의 논문, 75쪽 참조.

(특히 최근의 고용사정의 악화, 실업자의 증대는 이러한 경향을 촉진하고 있다고 해도 좋다). 우리 나라의 근로기준법은 해고에 관하여는 해고 제한과 해고예고를 규정하고 있는데 불과하고, 그 외에 균등대우의 원칙이나 취업규칙의 작성의무와의 관련하여 해고에 대하여 규제하고 있을 뿐이다(또한 조합활동에 대한 보호와 관련하여 발생하는 해고제한조치에 관하여는 노동조합및노동관계조정법에서 규정하고 있다). 위의 근로기준법의 규정은 말할 필요도 없이 개별적 계약보호의 일부로서 해고보호이지 고용보장입법의 일환일 것을 특히 의도하고 설정된 규정은 아니다. 또한 이러한 기능을 위의 규정에 기대하는 것도 가능하지도 않다. 그 결과 해고에 관한 일반적인 규제는 주로 판례와 학설에 위임되어 있고, 더나가서 단체협약에 의한 해고제한규정은 이를 보완하고 있다. 이런 등의 점을 고려하여 해고에 대한 일반적 규제(정당사유 없는 해고의 금지), 해고 특히 경제적 이유에 기한 집단적 해고에 관한 규제(근로자대표와의 협의, 행정기관에 의한 감독과 규제 등을 포함한다) 등의 입법 조치를 정비하여 이것을 고용보장법에 포함시켜야 한다고 생각한다. 따라서 개별적 해고라 하더라도 그 해고가 취업보장의 시책과 관련하여 관련기업이나 지방자치단체 등을 포함한 공동고용체제 아래 행하여진다고 한다면, 이는 개별적인 근로조건을 보호하는 법체계에 포함시킬 수 없다고 생각한다<sup>32)</sup>.

또한 고용보장정책의 결정에서 실행에 이르기까지 많은 단계에서 노동조합 내지 근로자대표의 참여가 인정되어야 하고, 이것은 구체적인 법률에서 현장사항으로 명시되어야 한다고 생각한다. 또한 산업(예컨대, 석탄, 항만, 섬유 등)이나 근로자(예컨대, 중고령자, 신체장애자) 등과 같이 필요에 따라 특별한 고용보장조치가 설정되어야 하는 것은 말할 필요가 없다고 생각한다.

32) 片岡, 앞의 『労働法の變革と課題』, 94쪽.

#### 4. 고용보장법의 내용

고용보장법은 국가가 노동시장에서의 노동의 종속관계를 규율하면서 근로자의 노동권에 바탕을 두고 그들의 생존권을 보장하기 위한 법 영역이다. 다시 말하면 고용보장법은 국가가 직업소개, 직업훈련, 실업보험, 실업대책사업 또는 실업수당제도 등을 통하여 구직자(신규구직자, 실업자 또는 잠재적 구직자로서의 취업근로자)에 대하여 고용을 성립·유지를 지원하거나 또는 즉시로 취업할 수 없는 경우에는 재취업할 때까지 일정기간 생활을 보장하고 그래도 취업할 수 없는 경우에는 장기적으로 취업 내지 생활을 보장하는 법 영역으로서 헌법 제32조의 노동권을 보장하기 위한 법체제이다. 따라서 고용보장법은 현실적으로는 고용되어 있지 않지만 근로의 의사와 능력을 가진 근로자에 대하여 취업의 기회를 제공함으로써 고용을 보장하고, 실업 중인 근로자에게는 생활을 보장하는 등 생존권의 실현을 목적으로 하는 법 영역이다. 이에 속하는 실정법으로서의 고용정책기본법(1993년 제정), 고용보험법(1993년 제정), 건설근로자의고용개선등에관한법률(1996년 제정), 근로자의생활향상과고용안정지원에관한법률(1997년 제정), 근로자직업훈련촉진법(1997년 제정), 직업교육훈련촉진법(1997년 개정), 기능대학법(1997년 개정), 기능장려법(1999년 개정), 직업안정법(1999년 개정) 등이 있다. 또한 장애인이나 고령자 등과 같이 상대적으로 취업이 불리한 근로자의 고용보장을 위한 특별보호책으로 장애인고용촉진및직업재활법(2000년 개정)과 고령자고용촉진법(1999년 개정) 등이 있다. 그 밖에 근로자파견사업의 합법화를 위하여 파견근로자보호등에관한법률(1998년 제정)이 있다. 남녀고용평등법도 여러 가지의 취업지원조치를 포함하고 있다는 점에서 고용보장법으로서의 성격을 갖춘 법률이라고 할 수 있다. 앞으로는 선원직업안정법, 긴급실업대책법, 중소기업인재확보법 등이 확충·정립되어야 할 것이다.

## IV. 결 론

앞에서 살펴 본 바와 같이 자본제사회의 발달로 독점자본제사회로 이행함에 따라 중속근로가 더욱 심화·확대됨으로써 대량의 실업자와 비정규직 근로자가 등장하게 되었고, 이들의 고용을 보장하기 위하여 국가가 적극적으로 노동시장에 개입하기 위한 고용보장법체계가 노동법의 체계를 구성함에 있어서 우선적으로 고려되어야 한다. 1960년대 이후 국가는 고도의 경제성장 및 발전을 추진하기 위하여 적극적인 노동정책과 소득정책을 도입하는 등 경제활동에 보다 직접적이고 적극적이었다. 따라서 근로자의 생활도 국가의 물가와 경제정책, 사회보장제도, 사회적 소비수단--주택, 도로, 교통 등--의 정비 등과 같은 국가의 경제정책에 크게 의존할 수밖에 없게 되었다. 또한 국가는 산업구조의 변화-- 제2,3차 산업의 확대--와 노동력구성의 변화--전문직, 기술직, 관리직, 사무직 근로자의 증대--에 따라 적절한 직업훈련이나 교육정책을 통하여 근로자에게 적극적으로 고용을 보장하여야 한다. 특히 1997년말 IMF관리체제 이후 기업의 구조조정으로 인하여 우리 사회에 만연하고 있는 실업자와 비정규직 근로자들의 생존권을 보장하기 위하여 국가가 보다 적극적으로 노동시장에 개입하여 이들의 고용을 보장하기 위한 정책을 추진하여야 할 것이다. 따라서 노동법의 주요목적도 종래의 실업정책뿐만 아니라 고용정책도 포함하여 근로자의 생존권을 적극적으로 보장하는데 두어야 할 것이다. 왜냐하면 현대국가의 존립목적은 경제적·사회적 약자의 생존권 보장에 있기 때문이다. 또한 노동권의 법적 성격에 관하여도 종래 일반적으로 인정되었던 소극적인 노동권뿐만 아니라 적극적인 노동권까지 확대하여 파악함으로써 노동법의 영역을 확장하여야 한다고 생각한다. 이를 위하여 국가의 적극적인 고용보장법체계가 노동법의 주요한 한 축이 되어야 한다. 왜냐하면 노동은 근로자가 인간으로서 자기를 실현하는 가장 기본적인 활동이므로 근로자에게 적합한 고용의 기회가 보장되어야 하기 때문이다.

논문주제검색키워드 : 고용보장법, 노동법체계, 노동권, 직업선택권, 직업소개, 직업훈련, 실업대책사업, 취업보장, 해고규제

<Abstract>

The Expansion of Labor Law to Employment  
Protection Act

Kim, Gyo Sook

It is well known that labor law is to regulate the labor reality and to guarantee the right to life of the worker--the social-economic weak. A hitherto labor law has framed its establishment around two categories--individual labor law and collective labor law.

But the worker is more and more subordinate and becomes unemployed. Here new labor problem which was not included in the hitherto labor law--so called Employment Protection--is issued. I think that Employment Protection Act must be considered above all to frame the establishment of labor law.

Therefore this paper is concerned with the expansion of labor law in order to guarantee the right to employment of the unemployed. This paper suggests that the nation must intervene actively to employ them at the labor market and that the main purpose of labor law must contain the positive employment policy as well as the hitherto unemployment policy. And concerning the legal character of the right to work the positive right to employment should be recognized.

Conclusively this paper constitutes the new area of labor law--  
Employment Protection Law which should be based on the right to  
work guaranteed under Constitution Law Article 32 sub sec 1.