

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000308-01

기업과 인권 학술발표대회

|일시| 2011. 6. 10.(금) 14:30~18:00

|주최| 사단법인 한국헌법학회 · 국가인권위원회

|장소| 10층 인권교육센터

社團法人 韓國憲法學會
Korean Constitutional Law Association


국가인권위원회
National Human Rights Commission of Korea

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000308-01

기업과 인권 학술발표대회

|일시| 2011. 6. 10.(금) 14:30~18:00

|주최| 사단법인 한국헌법학회 · 국가인권위원회

|장소| 10층 인권교육센터

社團法人 韓國憲法學會
Korean Constitutional Law Association

 국가인권위원회
National Human Rights Commission of Korea

개 회 사

존경하는 한국헌법학회 회원 여러분 안녕하십니까.

한국헌법학회의 제67회 학술대회는 국가인권위원회와 함께 ‘기업과 인권’을 주제로 개최하게 되었습니다.

회원 여러분들도 잘 알고 계시겠지만, 오늘날 기업의 사회적 영향력은 어느 때보다 커지고 있는 추세이나, WTO체제로 대표되는 자유무역 기조의 국제조약들과 다국적기업 및 기업의 해외진출 등으로 인하여 기업에 대한 국가적 규율이 용이하지 않은 상황입니다. 게다가 최근 기업에 의한 인권의 침해가 적지 않은 사회적 문제로 부각되고 있는 현실을 감안하면, 기업의 인권경영의 관점에서의 접근을 통해 보다 긍정적인 결과의 도출을 모색해 볼 필요가 있습니다.

이러한 관점에서 볼 때 헌법의 궁극적 가치이자 국가존립의 목표라고 할 수 있는 인권의 존중과 실현이라는 과제를 기업 활동의 측면에서 분석하고 검토할 필요성이 인정될 수 있겠습니다.

이번 학술대회는 이러한 배경 하에서 기업의 인권존중의무 및 특히 노동자의 인권에 대한 기업의 책임문제를 헌법적 관점에서 해명함으로써 기업의 인권경영에 대한 헌법적 지침을 제공하고자 하는 것을 목적으로 하여, 기업의 사회적 책임 및 노동자 인권보호 의무의 논의를 통하여 인권경영에 부담을 느끼고 있는 기업들이 인권 친화적 사고를 함과 동시에 실제로 인권경영을 도입할 수 있는 계기를 마련하고, 그 동안의 성과의 토대 위에서 국가인권위원회의 국제적 위상을 더욱 제고할 수 있는 기회를 제공하고자 합니다.

학기의 막바지에 이르러 공사다망하시겠습니까만, 회원 여러분의 적극적인 참여와 토론을 부탁드립니다. 끝으로 이번 학술대회의 개최를 위해 수고해주신 학회의 임원 여러분들과 국가인권위원회의 관계자분들께도 심심한 감사의 말씀을 전합니다.

2011년 6월 3일

(사)한국헌법학회 회장 **김 학 성** 드림

인사말

안녕하십니까? 한국헌법학회 김학성 회장님을 비롯하여 회원님들, 그리고 바쁘신 가운데서 시간을 내어 함께 해주신 모든 분들께 감사의 인사를 드립니다.

아울러 이 자리를 빌어 그 동안 우리 위원회 출범이후 수차례 학술토론회를 공동 개최하고, 우리 위원회의 각종 사업과 정책에 대해 자문을 해주시는 헌법학회 회원님들께 특별한 감사의 말씀을 드리고 싶습니다.

오늘 토론회는 ‘기업과 인권’이 주제입니다. 잘 아시는 것처럼 오늘날 기업의 사회적 영향력은 점점 확대되어 가고 있습니다. 특히 다국적 기업 등의 영향력 확대는 국가 차원을 뛰어넘는 고민을 우리에게 안겨주고 있습니다. 이 같은 상황을 반영하여 지난 1999년 당시 코피 아난 유엔 사무총장이 기업의 인권문제를 제기한 이후 국제사회에서 인권 개념을 전면에 내세우면서 기업 문제를 다루기 시작해 오늘에 이르고 있습니다.

되돌아보면 국제사회에서 ‘기업과 인권’이란 담론이 대두된지 10년을 약간 넘긴 상황입니다만 작년과 올해가 큰 전환점이라고 하지 않을 수 없습니다.

우선, 국제표준화기구(ISO)가 지난해 11월 ISO26000이라는 기업의 사회적 책임 표준지표 최종안을 확정했고, 최근 5월말 OECD의 다국적기업 가이드라인, 유엔의 비즈니스와 인권 프레임워크를 최종 확정하 바 있습니다.

때마침 지난해 10월 스코틀랜드에서 전 세계 국가인권기구 등이 참가한 가운데 개최된 세계인권기구대회 주제도 ‘기업과 인권 : 국가인권기구의 역할’이었습니다. 저는 지난해 세계인권기구대회에 참가해 기업과 인권에 대한 유엔의 기본방향을 다시 한 번 확인하고, 국가인권기구의 역할에 대해 고민하는 기회를 가졌습니다.

국제사회는 ‘기업과 인권에 대한 유엔사무총장 특별대표’인 하버드대 존 러기(J. Ruggie) 교수가 제시한 국가의 보호의무, 기업의 존중책임, 피해자 구제라는 ‘기업과 인권 정책 프레임워크의 3대 축’을 중심으로 기업의 인권경영을 논의하고 있습니다.

이제 우리 기업도 이러한 국제적 논의 수준에 따라 글로벌 기준에 맞는 인권경영을 하여야 합니다. 그러나 여러 정책적 제언에도 불구하고 아직까지 한국에서의 인권경영은 걸음마 단계에 불과합니다.

이에 따라 우리 위원회는 지난 2007년부터 토론회를 실시하였고 2009년 기업의 인권경영 자가진단도구 등을 개발하는 등 여론 환기를 시작으로 다양한 모색을 하고 있습니다만 아직 가야할 길이 멍니다. 따라서 우리 위원회가 앞으로 이 분야에 보다 많은 역량을 투입해 나갈 계획입니다. 이에 대해 전문가 여러분들과 시민사회의 적극적인 도움이 필요한 상황입니다.

이 문제와 관련하여 여러 논의들이 있지만 가장 중요한 것 중의 하나는 바로 대한민국의 최상위 규범인 헌법적 가치에 따라 기업의 인권 경영에 대한 책임과 의무 등을 어떻게 해석할 것인가에 대한 문제일 것입니다. 사적자치의 원칙과 기업경영의 자유를 규정하고 있는 우리 헌법상 경제원칙, 그리고 기업의 인권경영에 대한 국가의 책무가 조화를 이룰 수 있도록 하는 해법이 시급하다고 할 것입니다.

오늘 이 자리는 우리나라의 저명한 헌법학자들이 모인 토론의 자리로 마련됐습니다. 이 자리에 오신 전문가들의 훌륭한 식견을 바탕으로 기업의 인권경영이 제 자리를 잡을 수 있도록 방안을 모색하고, 특히 우리 위원회가 기업과 인권에 관한 정책 기반을 마련할 수 있는 지혜와 혜안을 갖도록 해 주실 것을 기대합니다.

우리나라는 세계경제 12위권의 국가로서 국제 사회에 대한 영향력이 적지 않습니다. 우리 기업들의 양적인 성장 못지 않게 인권경영이라는 세계적 흐름에 대한 동참과 깊은 성찰이 필요할 때입니다. 아무쪼록 오늘 이 자리가 기업과 인권에 대한 깊이 있는 논의의 장이 되기를 기원하며 다시 한 번 귀한 시간 내시어 참석해주신 모든 분들께 감사의 말씀을 드립니다. 고맙습니다.

2011년 6월 10일

국가인권위원회 위원장 **현 병 철**

프로그램

- ❖ 공동주최기관 : 사단법인 한국헌법학회 · 국가인권위원회
- ❖ 일 시 : 2011. 6. 10.(금) 14:30~18:00
- ❖ 장 소 : 국가인권위원회 10층 인권교육센터

시 간	내 용	비 고
제1부 : 등록 및 개회식 (14:30~15:00)		
14:30~14:50	등록 및 접수	
14:50~15:00	개 회 식	사회 : 송기춘 총무이사 (한국헌법학회)
	개 회 사	김학성 회장 (한국헌법학회)
	인 사 말	현병철 위원장 (국가인권위원회)
제2부 : 주제 발표 및 토론 (15:00~18:00)		
	제1주제 발표	사회 : 전광석 교수 (연세대)
15:00~15:30	제1주제 : 기업의 인권보호 주체와 사회적 책임	
15:30~16:00	- 발제자 : 정영화 교수 (전북대)	
	- 토론자 : 이계수 교수 (건국대)	
	- 토론자 : 이상수 교수 (서강대)	
	제2주제 발표	사회 : 흥진표 상임위원 (국가인권위)

시 간	내 용	비 고
16:00~16:30	제2주제 : 헌법적 관점에서 본 기업의 노동자인권 존중의무 - 발제자 : 이상윤 박사 (한국법제연구원)	
16:30~17:00	- 토론자 : 김진곤 교수 (광운대) - 토론자 : 김명식 교수 (조선대)	
17:00~17:20	휴 식	
17:20~17:50	자유토론	사회 : 홍진표 상임위원 (국가인권위)
17:50~18:00	폐회 및 안내	사회 : 송기춘 총무이사 (한국헌법학회)
	폐 회 사	김학성 회장 (한국헌법학회)

목 차

■ 제1주제

기업의 인권보호 주체와 사회적 책임	1
발제 : 정영화 교수 (전북대)	3
토론 : 이계수 교수 (건국대)	33
이상수 교수 (서강대)	37

■ 제2주제

헌법적 관점에서 본 기업의 노동자인권 존중의무	43
발제 : 이상윤 박사 (한국법제연구원)	45
토론 : 김진곤 교수 (광운대)	75
김명식 교수 (조선대)	79

제 1 주 제

기업의 인권보호 주체와 사회적 책임

발제 : 정영화 교수 (전북대)





기업의 인권보호 주체와 사회적 책임

(Corporate Social Responsibility for Fundamental Human Rights)

발제 : 정영화 교수 (전북대)*

I believe that globalization - the removal of barriers to free trade and closer integration of national economies - can be a force good and that it has the potential to enrich everyone in the world, particularly the poor. But I also believe that if this is to be the case, the way globalization has been managed ... needs to be radically rethought. -Joseph E. Stiglitz

I. 문제의 소재

기업은 개인의 인권을 존중해야 할뿐만 아니라 보호하고 나아가 구현해야 한다. 이는 기업이 기본적 인권과 관련하여 의무와 책임을 갖는다는 점을 기본적으로 전제한다. 그러나 이러한 전제를 문제 삼은 경우에는 다음과 같은 세 가지 이론적 문제가 제기될 수 있다. (1) 기업이 기본권의 책무를 갖는지 여부는 개인의 인권이 기업에서도 존재하는지 문제이다. (2) 기업이 기본적 인권을 보장한다는 사실은 기업이 개인의 인권을 침해한 경우에 누가 책임을 부담하는지 문제이

* JUNG YOUNGHOA, 전북대학교 법학전문대학원

다. (3) 실질적인 문제는 법집행과 관련된다. 사실상 규범의 틀 안에서 국내법과 국제법이 기업의 인권에 대한 책임을 어떻게 집행할 수 있는지 문제이다.¹⁾ 여기서 논의의 범위는 전자의 두 가지 내용(1,2)은 헌법의 실제적인 인권에 관하여 해석론과 후자의 법집행(3)은 기업의 인권 침해로 인한 피해자 이익의 관점을 유지하고, 그러한 법집행 절차의 가능성과 효과성을 검토하기로 한다.

비록 기업의 인권에 대한 사회적 책임론이 아직은 배아의 단계에 있을지라도, 오늘날 모든 헌법학과 현실은 기업과 그 임직원들이 기본적 인권을 준수할 의무를 당연히 부담하고 있다. 인권은 단순히 회피할 수 없는 문제이고, 기업은 개인의 인권에 대하여 적극적인이든 소극적이든 영향을 미칠 수 있다. 달리 말하면, 기업의 인권에 관한 사회적 책임은 침해하지 않도록 회피할 뿐만 아니라, 기업의 입장에서 적극적인 조치를 취해야 할 의무를 포함한다. 오늘날 기업과 인권에 대한 관심이 점증함에도 불구하고, 기본적 인권에 관련한 기업의 행위와 책임에 대해서 별반 검토가 전혀 없다. 다만, 일반적인 기업의 국제법적 책무와 사회적 책임에 관한 문헌이 주종을 이루었다.

필자는 기업의 사회적 책임으로 기본적 인권의 책임에 관하여 영미법과 대륙법 및 우리나라의 헌법이론상 제기될 수 있는 문제점을 살펴본 후에, 법실무에서 법집행의 효율성과 타당성을 피해자의 권리보호이익(victim-orientated approach)을 중심으로 논의한다.

1) 국내 통설과 판례는 기본권의 제3자 효력에 관하여 간접적용설이 통설이지만, 이는 법집행의 실효성과 효과를 고려하면 기본권의 개별적·구체적 적용이 당연하다. 상세한 내용은 鄭永和, 「憲法」, 일조사, 2011, 149-156 이하 참조.

II. 기업의 본질과 인권의 의의

1. 기업의 본질과 인권책임의 근거

오늘날 기업의 사회적 책임과 인권에 관한 대다수의 문헌들은 초국적 기업(transnational, & multinational corporate)의 관념에 집중하고 있다. 사실 기업은 이윤을 목적으로 사업활동을 수행하는 법적 주체를 말한다. 물론 기업의 기본적인 인권에 대한 책임은 그의 준거법이 국내 혹은 해외이든, 상장 또는 비상장이든, 유한책임 혹은 무한책임이든 책임의 정도만 상이할 뿐, 법리에 따른 책임을 진다.²⁾ 여기서 논의하는 기업이란 하나의 국가 또는 둘 이상 국가에 걸쳐서 그 법적 실체가 어떠하든, 준거법 또는 행위지법 국가에서든지, 개별적 또는 집단적이든 관계없이 단일국이든 복수국가의 활동하는 경제주체로 정의한다.

기업의 본질에 관한 이론적 기초는 로마법에서 유래하는데, 전통적으로 기업의 본질에 관한 기본적인 3 가지 이론은 법인 의제설(fiction theory)과 법인 실제설(reality theory), 그리고 법인 계약설(concession theory)이다.

첫째, 의제설은 법인을 인위적이고 허구적인 창조물(a persona ficta)로 본다.³⁾ 초기에 미국 연방대법원도 기업을 인위적이고, 보이지 않는 무형적인 존재라고 판시했다(artificial being, invisiable, and intangible).⁴⁾ 의제설은 로마법에서 기인하고, 그 후에 사비니(Von Savigny)와 다른 독일의 주석학자들에 의해서 구가되었다. 부연하면 기업은 오로지 법적 및 사업의 편의성을 위해서 국가의 행위(특허, 허가 등), 즉 공권력에 의해서 법인격을 부여한 것으로서 자연인의 집단에 불과한 것으로 본다.

2) O. De Schutter, Transnational Corporations and Human Rights: An Introduction, Global Law Working Paper 01/05/2005 Symposium.

3) E. Freund, The Legal Nature of Corporation, Colombia University Press, 1879, p.10-12.

4) Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. 518, 1819.

둘째, 양허설에 의하면, 기업은 국가에 의해서 위임된 기능을 행사하는 법적 실체라고 본다. 말콤은 기업의 존재를 인정하는 국가의 역할이 다른 사적 계약을 인식하는 것과 동일한 것으로 본다.

셋째, 실제설은 기업의 의제설을 반박하고, 대신 기업은 실제적이고 자주적인 창조물로, 경제적·사회적·역사적 요소의 결과물로 본다.⁵⁾ 이러한 실제설을 옹호한 기에르케(Von Gierke)는 법인의 실체란 그 의사능력과 행위능력을 가진 자연인을 가진 유기체로 본다. 여기서 법인의 형사책임을 도입하는 계기가 되었다. 나아가 실제설은 기업의 기본적 인권에 대한 책임을 인정하는 출구가 된다.

그러나 현대법에서 기업의 본질, 권리와 책임에 대한 이해는 John Dewey의 기업의 법적 정의에 관한 이차원 접근(dual-dimentional)⁶⁾에 의해서 가능한 것이다. 그는 의제설을 규범적인 기초로 삼고, 동시에 실제설의 다수의 요소들을 이용하여 의제설의 한계를 극복한 것이다.⁷⁾ Dewey의 기업의 법인격 정의는 기능의 관점에서 법학의 범위 안에서 뿐만 아니라, 전체 사회구조 안에서도 충족하고 있다고 평가된다.⁸⁾ 이로써 전통적인 기업의 법이론에서와는 달리, 기업은 그 넓은 범위의 사회적 범위 안에서 활동을 통해서 인식되고 있다. 요컨대, 기업은 사회에서 그 행위의 결과로 정의될 수 있기 때문에 기업이 인권보호의 책임을 부담하는 것은 당연한 요청이다.

5) N. Oman, 'Corporations and Autonomy Theorys of Contract: A Critique of the New Lex Mercatoria' 8 March 2005.

6) J. Dewey, "The Historic Background of Corporate Legal Personality", 35 Yale Law Journal, 655(1926).

7) C. Mantziaris, "The Dual Theory of the Corporation and the Aboriginal Corporation", Federal Law Review, Vol. 29(1999), 293.

8) C. Mantziaris, 293.

2. 기업의 사회적 책임과 인권책임의 구별

원래 헌법은 자유의 기초법으로서 모든 국가권력을 제한하는 근본법의 지위에 있다. 특히 인권규범은 헌법의 근본규범이고, 수권규범 또는 조직규범은 인권규범에 기여하는 규범으로 존재한다.⁹⁾ 실제로 근세의 자유주의 경제 하에서는 각 경제주체의 국가로부터 자유를 넓게 인정하고, 각자가 자신의 이익을 추구해도 시장기구의 자동조정메커니즘이 작용하여 조화가 유지된다고 보았다. 이러한 사고를 기초로 헌법에는 자유권이, 민법에는 사적자치의 원칙과 소유권의 자유 및 계약의 자유원칙이 존중되고 국가의 간섭은 경찰·조세·재판·공기업 등 최소한도로 적용되었다. 근대국가에서 법은 권리의무를 명확히 규정하고, 권리의 침해나 의무위반에 대해서 당사자의 요구에 의하여 법원에 의한 분쟁해결과 제재의 발동을 제도화하였다. 때문에 신분과 재산관계는 평등한 개인(기업)간의 계약에 의하여 규율되어서 국가의 명령이나 강제권은 각 개인의 자유와 평등을 보장하기 위해서 작동하였다. 1930년대 대공황이래로 국가는 고용증대, 경기조절, 물가안정, 시장기능의 회복 등의 목표를 근거로 경제적 간섭을 증대하였다.¹⁰⁾ 이러한 사회변화를 개인주의에서 단체주의로 전환하여 공공복리원리가 새로운 헌법원리로 수정되지 않을 수 없었다.¹¹⁾

특히, 헌법 제10조에서 “ 모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 명시한다. 물론 개인은 자연인뿐만 아니라 공(사)기업 및 법인격없는 단체 등이 포함된다. 개인 사이의 권리 또는 인권이 침해되는 경우에 국가는 개인의 인권보호의무를 부담한다. 문제는 헌법상 인권의 지위는 윤리적 책임이나 법적 권리와는 구별된다는 점이다. 부연하면, 권리의

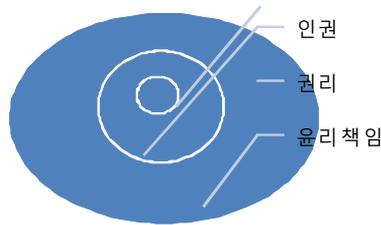
9) 鄭永和, 앞의 책, 15.

10) 鄭永和, 앞의 책, 147-148 참조.

11) 我妻榮, “新憲法と基本的人權”, 民法研究 VIII, 1970, 172面 참조.

침해가 바로 인권의 침해로 되지 않는다는 점에 주의를 해야 한다. 인권과 권리 및 윤리책임 상호관계는 다음의 도표와 같이 정리할 수 있다.

인권-권리-윤리책임 관계



기업의 사회적 책임은 윤리적인 책임으로부터 법적 책임 나아가 헌법상 인권의 책임으로 구분될 수 있다. 헌법의 인권책임은 전체 법질서(국제법 포함)의 가치체계에 기초하면서 동시에 기본권 인권의 보호범위에 해당하는 핵심가치를 보호영역으로 한다.¹²⁾ 헌법의 기본권은 반드시 사인과 국가간의 수직적 법률관계를 규율하는 것이 아니라, 기업의 인권책무는 수평적인 의무로서, 기업이 개인의 인권을 존중하고, 보호하며, 구현하는 의무를 의미한다.

헌법은 기본권을 보호하기 위하여 국가권력을 제한하고 또 구속하는 것을 목적으로 작용한다. 헌법규범은 우선 국가권력에 대하여 즉, 입법권·행정권·사법권 등 모든 국가권력에 직접 구속력을 가진다. 헌법상 기본권의 효력범위가 국가권력만 적용되는지 혹은 국가권력을 포함하여 사인 상호간에도 적용되는지에 따라서 기본권의 대국가적 효력과 대사인적 효력으로 구분된다.

12) J.H. Knox, "Horizontal Human Rights Law", American Journal of International Law, Vol.102, Jan.2008, 18 참조.

Ⅲ. 기업의 인권침해의 특질과 범위

1. 기본권의 제3자 효력의 문제

종래 헌법의 기본권이론에서는 헌법상의 인권규정은 국가와 개인 사이에 적용되고, 사인과 사인간에는 적용이 되지 않는다는 것이다. 그러나 오늘날 사인간의 수평적인 관계에서도 기본권규정이 적용되므로 기업의 인권보호 책임에 효과적으로 적용할 수 있다. 다만, 기업과 사인간의 헌법의 기본권 규정이 어떻게 적용되는지 또한 기업이 개인의 인권침해에 대한 책임을 어떤 절차에 따르는 것이 개인의 권리구제에 실효적이고 그 집행의 효율성을 기대할 수 있는지가 문제이다. 이러한 사인간의 기본권규정의 적용문제에 관하여 기존의 학계의 논의를 살펴보기로 한다.

헌법상 기본권 규정은 그의 효력의 범위에 대하여 국가권력만 적용되는지 혹은 국가권력을 포함하여 사인 상호간에도 적용되는지에 따라서 국가적 효력과 사인적 효력으로 구분된다. 구체적으로 기본권의 대국가적 효력도 특정한 국가기관의 권한행사만 구속하는지 혹은 모든 국가권력의 행사를 구속하는지 여부가 문제이다. 또한 기본권의 제3자 효력도 개인의 법률행위만 구속하는지 또는 그의 사실행위까지도 포함하여 적용되는지가 논의된다.

종래 기본권의 대사인적 효력의 적용에 대하여 논의하는 학계의 동향을 보면¹³⁾, 이들은 공통적으로 독일의 제3자효이론에 관한 학설과 판례를 전적으로

13) 계획열, “기본권의 대사인적 효력”, 고시연구, 1996.11; 이승우, “기본권보호의무와 공권이론”, 고시연구, 1993.9; 이준일, “기본권으로서 보호권과 기본권의 제3자효”, 저스티스 통권 제65호, 2000; 장영수, “기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌”, 고려법학 제38집, 2002; 김선택, “사법질서에 있어서 기본권의 효력”, 고려법학 제39집, 2002; 임규철, “기본권의 제3자적 효력(독일에서 학설과 판례)”, 공법연구, 제32집 2호, 2003; 방승주, “국가의 기본권보호의무와 그 이행여부에 대한 헌법재판소의 통제(하)”, 고시연구, 2004.9; 김주환, “기본권의 규범구조와 제3자적 효력”, 사법행정 제42권 2001; 장영철, “기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무”, 공법연구 제29집 2호, 2001; 김일환, “우리나라 헌법상 ‘기본권의 대사인적 효력’ 논의의 비판적 고찰”, 헌법학연구, 6권 2호, 2000.

논의하면서 사법관계에 기본권의 적용될 수 있는 유형과 범위에 대해서만 다루고 있다. 즉, 독일의 판례와 학설을 일반적으로 설명한 후에 제3자 효력의 간접 적용설을 결론이라고 한다. 혹자는 우리나라 헌법재판소법상 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되고 있는 이상, ‘기본권의 제3자효’문제를 현실적으로 토론할 여지가 없다고 한다. 또는 재판에 대한 헌법소원을 인정하기 위한 선결 조건으로 기본권의 제3자효를 인정해야 한다는 주장도 헌법해석을 헌법소원을 정당화하는 기능적인 해석을 주장하고 있다.¹⁴⁾

실무에서는 기본권의 직접효력설과 간접효력설의 실천적인 효과가 전혀 없다고 본다. 때문에 국내 대다수 학자들이 논의하는 독일의 학설과 판례에 기초한 직접효력설과 간접효력설의 차이나 실익이 무엇인지를 검토하고, 사인간의 기본권의 법적 성질과 보호법익 및 법률관계 또는 사실관계에 따라서 기본권의 구체적·개별적인 직접적용을 제시하기로 한다.

2. 기본권의 대국가적 효력¹⁵⁾

기본권규정은 모든 국가권력행사에 대해서 효력이 있다. 실제로 근세의 자유주의 경제 아래에서는 각 경제주체의 “국가로부터 자유”를 폭넓게 인정하고, 각자가 자신의 이익을 추구해도 시장기구의 자동조정 메커니즘이 작용하여 조화가 유지된다고 보았다. 이러한 사고를 기초로 헌법에는 자유권이, 민법에는 사적 자치의 원칙·소유권의 자유 및 계약의 자유원칙이 존중되고 국가의 간섭은 경찰·조세·사법·공공사업 등 최소한도로 적용되었다.

근대국가에서 법은 권리의무를 명확히 규정하고, 권리침해나 의무위반에 대해서 당사자의 요구에 따라 법원에 의한 분쟁해결이나 제재의 발동을 제도화하였

14) 이준일, “기본권의 대사인적 효력의 적용”, 헌법실무연구 제10권, 2009, P.1480이하.

15) 정영화, 앞의 책, 147-148.

다. 따라서 신분과 재산관계는 평등한 개인의 자유로운 계약에 의해서 규율되었다. 국가의 명령이나 강제가 인정되는 것은 각 개인의 자유와 평등을 보장하기 위한 것이다. 1930년대 대공황 이래로 국가는 고용증대, 경기조절, 물가안정, 시장기능의 회복 등의 목표를 근거로 경제의 간섭이 증대하였다. 이러한 변화를 배경으로 사법의 지도원리도 자유와 평등을 기초로 하면서 공공복리에 의하여 수정되지 않을 수 없었다. 이러한 변화를 개인주의에서 단체주의로 전환하여 공공복리의 원리가 현대법의 기본원리로 확립되어 헌법과 민법 등에서 승인되었다.¹⁶⁾ 요컨대, 기본권규정이 개인간의 적용형태에 따라서 다음과 같이 정리할 수 있다.

헌법은 국민의 기본권을 보호하기 위하여 국가권력을 제한하고 또는 구속하는 것을 목적으로 작용한다. 따라서 헌법규범은 우선적으로 국가권력에 대하여 적용된다. 부연하면, 헌법규범은 입법권·행정권·사법권 등 모든 국가권력에 대하여 직접 구속력을 가진다. 즉, 입법작용과 재판작용이 기본권과 헌법원리에 직접적으로 구속되는 것은 이론의 여지가 없다. 다만, 행정권에 대한 기본적인 권의 구속력은 행정처분과 행정조직 및 행정행위의 형식이 상이한 까닭으로 그에 대해서 적용범위와 한계가 제기될 수 있다.

한편, 국가권력과 대등한 사회세력이나 단체 등이 등장하면서, 그들에 의하여 국민의 자유와 권리를 위협하는 사태가 발생하게 되었다. 국법질서 중에서 최고 규범인 헌법규정이 사인간의 법률관계에 적용되는지 여부가 기본권의 사인간의 효력문제이다. 물론 사인간의 행위가 법률행위인지 또는 순수한 사실행위 혹은 법령의 개괄적 조항과 문언에 근거하는 사실행위인지 여부에 따라서 헌법규정의 적용의 논란이 있다. 예컨대, 헌법규정이 사인간의 적용의 문제가 헌법문제로 해석할지라도, 사인간의 기본권의 침해에 대한 구제방법은 사법적 수단인 민

16) 我妻榮, “新憲法と基本的人權”, 民法研究Ⅷ, 有斐閣, 1970, 172面 이하 참조.

법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서 규정에 근거함으로 이를 사법의 문제로 이해하기도 한다. 반면에, 헌법학에서는 사법의 일반조항에 맡기면 해결된다고 할 뿐이고, 민법학에서는 그것을 정작 사법의 문제로 생각하지 않는다. 따라서 구체적으로 기본권에 대한 형량방법을 명확히 결정하지 못하기 때문이다. 대체로 헌법규범은 개방적이고 포괄적인 개념이나 원리의 형태로 인식되므로 헌법규범이 어떤 형태로 사법관계를 구속할 것인지 문제가 된다.¹⁷⁾

3. 기본권의 제3자 효력의 배경¹⁸⁾

기본권은 인권사상의 연혁에 의해서 원칙적으로 국가권력에 대하여 구속력을 가진다. 독일 기본법은 제1조 제3항에서 “기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법권·집행권·사법권을 구속한다”고 명시하여 국가권력은 직접 기본권을 구속한다. 우리 헌법 제10조 제2문도 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하여 기본적 인권이 국가권력을 구속하는 효력을 갖는다고 명시하고 있다.

첫째, 사회적 권력에 의하여 기본적 인권의 침해가 자본주의의 고도화에 수반하여 사회 안에 다소 국가유사의 조직과 유사한 기능을 행사하는 거대한 단체로서 대기업, 노동조합, 경제단체 등이 다수 존재하고 있다. 이러한 사회적 권력들이 다수 국민의 기본적 인권을 침해하는 가능성과 위험성이 현저히 증대하였다. 정보사회 및 글로벌 체제에의 사회변동에 따른 통신기술이나 신기술의 발전으로 뉴미디어나 인터넷의 보편화, 국제적 정보유통, 환경오염을 수반하여 광범위한 기본권의 침해가 확대되고 있다.

둘째, 기본권규정은 자연권을 실정권화하고, 사회생활의 권리로서 보장할만하

17) 기본권의 대사인적 효력논의에 대하여 중전에 직접적용설이나 간접적용설의 논의와 더불어 구체적인 적용방식에 대하여 헌법적용설에 해당하는 보호권설이 주장되고 있다, 이준일(2009) 앞의 글, 159.

18) 정영화, 앞의 책, 149-150.

고 또는 보장하지 않을 수 없는 실체를 구비하는 법적 보호이익은 포괄적 인권 조항, 예컨대 행복추구권과 인격의 자유로운 발현권 등을 통하여 헌법상 보장된 구체적 인권을 열거하는 새로운 기본권관념이 지배적이다. 이는 기본권규정이 사회생활의 기본적 가치질서, 그 결과로 공사법을 포괄하는 전체 법질서의 기본 원칙을 정하는 것을 의미한다.

셋째, 인권선언은 전체 법질서의 포괄적인 원칙을 선언하고 전체법질서에 대한 타당성의 요청을 분명히 하였다. 이와 같이 기본권을 오로지 대국가적 관계에서 방어권으로 파악하는 전통적인 이론은 기본권 관념에 필연적인 것이 아니라, 다양한 법사상에 기초하여 역사적으로 유래한 것이다. 이러한 사상은 정치적 자유주의와 법실증주의가 결합하는 견해로부터 국가법인설을 주목할 것이다.

이상으로 현대사회에서 새로운 기본권이론은 국가가 국민생활에 적극적 개입을 요구하는 사회국가이념과 결합되어서 기본권의 제3자 효력을 도출하는 것이 최대의 이론적 근거라고 할 것이다.

4. 제3자 효력의 구체화방안

전통적인 기본권규정은 모든 법영역에서 적용되는 기본원리로서 정당하다고 해도, 기본권규정이 사법관계에 직접 구속력을 가진다는 것을 의미하지 않는다. 헌법이 사적 행위와 특정한 관계를 명시한 경우에는 그것에 따르지만, 역으로 그러한 명시적인 규정이 존재하지 않는 경우, 또는 기본권보장이 불충분하거나 불명확한 경우에는 헌법해석에 의해서 기본권규정의 사인간의 적용 여부가 문제될 것이다. 그러한 헌법해석에는 적용부인설, 직접적용설, 간접적용설로 대비된다.

직접효력설은 고전적 자유권이나 평등권 또는 제도보장과 같은 기본권규정은 사인간에 직접 적용된다고 주장한다. 이와 달리 간접효력설은 기본권규정의 취

지·목적에서 직접 사법적 효력의 기본권규정을 제외하고, 자유권이나 평등권 등의 기타 기본권에 대해서 규정의 취지를 법률의 개괄적 조항 또는 公序良俗에 반하는 법률행위는 무효로 정하는 민법 제103조와 같은 사법의 일반조항을 해석·적용할 수 있다. 사인간의 행위에 간접적 헌법적용을 인정하는 것은 기본권효력의 확장을 요청하고 사적자치원칙과 조절하기 위한 해석이다. 기본권은 본래 공권력과 관련하여 보장된 주관적 공권으로 이해한다. 오늘날 공권력 이외 강력한 개인이나 법인이 등장하여 사인 상호간 지배관계가 발생하기 때문에 사인간의 법률관계에 기본권규정이 적용될 수 있는지 여부가 문제된다.¹⁹⁾

5. 사인간의 기본권 효력에 관한 학설²⁰⁾

본래 기본권은 국가와의 관계에서 보장되는 국민의 권리라고 이해된다. 현대 사회에는 공권력과 유사한 사적 권력이 등장하면서 사인간의 경제력·사회적 권력의 격차가 크게 발생한다. 여기서 사인간의 법률관계에 헌법의 기본권규정이 적용되는지 여부가 문제된다. 이는 기본권의 사인간의 효력 또는 제3자 효력의 문제로서 기본권규정의 적용 여부로 학설이 대립한다. 헌법은 기본권의 사인간의 적용을 직접 명시하는 경우, 또는 입법에 의하여 구체적으로 해결하는 경우, 또 헌법해석에 의하여 기본권적용이 문제된다.

19) 독일연방헌법재판소 1958년 Lueth 판결(BVerfGE 7,198): 기본법 제5조 1항에서 표현의 자유를 보장하고, 민법 제826조의 (선량한 풍속에 반하는 방법에서 고의로 타인에게 손해를 가한 자는 그 타인에게 배상책임을 부담한다) 해석을 통하여 간접적으로 사법관계에 효력을 가진다고 명확히 했다. 그래서 기본법은 결코 가치중립적인 질서가 아니다. 기본권 각장은 객관적인 가치질서 역시 구체화된다. 이 가치체계는 헌법의 근본적인 결단으로서 모든 영역의 법에도 타당하다. 어떠한 민법규정도 헌법의 가치체계와 모순되는 것은 허용되지 않으며, 모든 것은 그 취지로 해석되지 않으면 안된다.

20) 정영화, 앞의 책, 150-156.

(1) 부정설

헌법에서 기본권규정은 특별한 정함이 없는 한, 개인 상호간에는 적용되지 않는다고 한다. 기본권규정은 원래 국민의 대국가적 효력을 가지며, 또 공법관계와 사법관계를 구별하여 상이한 법원리를 적용된다고 보기 때문이다. 기본권을 천부적 자연권으로 이해하는 입장에 의하면, 자연권으로서 기본권은 공권력이나 개인도 국가의 기본권보호의무를 요청하는 권리이다. 이는 독일의 법실증주의의 영향으로 인하여 기본권은 모든 사람의 권리로부터 ‘국민’의 권리로 약화되었고, 특히 국가권력에 대한 권리로 파악되었다. 따라서 헌법은 국가와 국민간의 관계를 규율하는 법이므로 헌법의 기본권규정은 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고, 사인간에 적용되지 않는다는 주장이지만, 이를 주장하는 견해는 없다.

헌법에 의한 기본권보장은 헌법에 특별한 규정이 없는 한, 개인 상호간에는 적용되지 않는다는 입장이다. 헌법은 국가에 의한 기본권의 침해를 방지하기 위함이 목적이다. 따라서 헌법의 기본권규정은 사인간에는 적용되지 않는 까닭으로 국민에 대하여 헌법의 대국가적 효력이라고 한다. 분명히 기본권의 본질적 표지가 주로 국가로부터 자유의 대국가적 효력을 부정할 수 없다. 왜냐하면 국가와 국민간의 공법관계, 대등한 사인간의 사법관계를 공사법이원론에 의하여 구분하므로 적용하는 법원리가 다르기 때문이다.

그러나 개인 중에서 사회적 권력에 의해서 기본권이 침해되는 것을 방지하는 것은 헌법에 의한 기본권보장의 취지를 실질적으로 해한다는 비판이 있다. 즉, 기본권이 오직 대국가적 방어권만 인정하는 것은 역사적 산물에 불과하고, 기본권의 관념에 수반된다고 볼 수 없다. 현대사회는 자본주의가 고도화되고, 정보사회의 발전으로 미디어와 노동조합 등의 막대한 영향력을 가진 사적 집단이 등장하여 그러한 강력한 사적 세력에 의한 기본권침해를 방지한다면, 헌법의 기본

권보장은 사실상 무의미하게 된다. 이러한 현실로부터 기본권규정이 사인간에 적용되지 않는다고 보는 것은 타당하지 않다.

결국 국민에 대한 국가의 기본권보호의무가 전제되는 경우에는 사법관계에 개인의 기본권침해를 방지할 수 없으므로 기본권존중을 위해서는 민사재판도 헌법규정을 존중해야 한다. 그러나 20세기에서 공권력만이 아니라, 강한 사회적 권력을 가진 법인이나 단체와 같은 개인에 의한 인권침해가 문제되고 있다. 주목할 것은 독일의 기본권의 사인간 적용 내지 제3자 효력이다. 이러한 상황에 대해서 학설은 독일의 이론을 채용하여 헌법의 기본권규정이 사인간의 행위에도 효력을 미쳐야 한다고 제시한다. 그런데 기본권규정의 효력이 미치는 방식은 직접적용설과 간접적용설로 대립하고 있다.

(2) 직접적용설

(가) 의의

헌법의 기본권규정은 사법관계에서 직접 적용된다는 입장이다. 국가유사의 조직화에 따라 법인이나 이익집단이 등장하면서 헌법규정은 객관적 법질서로서 확립된 법원칙으로서 사회생활의 모든 영역에 있어서 전적으로 존중되고 실현되어야 한다. 이러한 헌법관념에 입각하면, 헌법의 기본권규정은 사인간에도 직접 적용될 수 있다. 헌법은 국가의 규범의 틀인 동시에 전체 국민생활에 있어서 객관적 가치질서이다. 헌법이 정립한 법원칙은 사회생활의 모든 영역에 있어서 최대한 준수되고 실현되어야 한다.

이에 대하여 다음과 같은 비판이 가능하다. 국법질서가 공사법 이원적으로 구성되는데, 그것이 부정되거나 또는 사적자치원칙이 위협받는다. 또한 기본권의 대국가적 성격을 변질시킬 위험이 있고, 또 국가의 사적 영역에 간섭을 승인하는 것은 국가에 의한 기본권규제를 강화한다는 비판이 있다. 기본권규정의 직접

적 효력 또는 제3자 효력은 H. Nipperdey, W. Leisner, F. Klein에 의해서 주장되었다. 그 논거는 자연법원리를 포함한 기본권은 헌법 지도원리의 요청으로 사인간에 직접효력을 가진다. 또한 자유권과 평등권은 사적자치원칙의 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라, 인간존엄에 기초한 객관적 법규범이므로 강력한 사회적 권력이 자유를 위협하여 개인적 법률관계, 예컨대 대기업과 종업원, 노동조합과 조합원, 의사회와 의사, 사립대학교와 교수 및 학생, 경제단체와 개별 기업 등의 법률관계에 직접적 효력을 미친다. 더구나 정교분리원칙·대학의 자치·혼인 및 가족제도·사유재산제 등과 같은 제도적 보장규범과 다른 법분야 및 전체 법질서의 최고규범인 헌법규정이 성질상 대국가적 공권을 제외하고 구체적이고 확정적 내용을 가진 경우에, 그것에 명백히 반하는 사적 행위는 직접 무효가 된다고 주장한다. 그리고 사상·양심의 자유와 같은 ‘기본권의 본질적 내용’에 해당하는 기본권은 불가침의 권리이므로 개인 상호간에도 기본권보호의무가 성립하므로 그것을 침해하는 법률행위는 자체 사법의 매개없이 무효가 된다. 또한 기본권의 침해 주체가 공권력에 유사한 사회적 힘을 이용하여 개인의 기본권을 침해할 수 없다고 주장할 수 있다. 상기의 견해에 대해서는 ‘강력한 사회적 세력’의 개념과 범위가 명확하지 않아서 미국의 사적 정부(private government)이론과 동일하므로 구체적 적용에 대하여 엄격한 요건이 필요하다.

(나) 직접효력설의 비판

헌법의 기본적 인권규정 자체는 개인의 행위에도 적용된다는 직접효력설에 대해서 몇 가지 비판이 제기된다.

첫째, 직접효력설은 사적 자치의 원칙과의 관계에서 사법원리를 뒷받침하는 사적 자치를 해하여 ‘사법의 사회화 내지 공법화’ 사태를 초래할 위험의 존재를 가장 심각한 문제점으로 지적한다. 기본적 인권을 침해하는 개인의 행위는 헌법

규범에 비취서 위헌의 법률행위가 무효가 되고, 사실행위는 손해배상의 대상으로서 민법에서 채택하면, 사법의 독자성 내지 자율성을 상실하여 공·사법의 구별이 불명확하게 된다. 나아가 모든 개인의 행위에 대해서 헌법합치성을 요구하면, 헌법과 별도로 사적 영역이 원래 소멸하여 사적 자치의 원칙이 부정되지 않을 수 없다고 비판한다.

둘째, 사적 자치의 원칙이 문제되는 점은 기본권규정의 효력이 국가권력과 의 관계에서 개인 상호간의 법률관계의 성질에 따라서 상대화될 수 있다. 기본권의 효력은 사적 자치의 원칙과 유사하게 기본권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도 안에서 상대화 될 수 있다.

셋째, 공권력에 의한 인권침해를 사회적 권력에 의한 기본권의 침해와 동일하게 취급하고, 개인간에 있어서 공권력이 동등한 정도로 기본권보장을 관철할 수 없게 된다. 헌법의 기본권보장이 개인간의 법률관계에 따라서 상대화되면 기본권보장 자체가 상대화되지 않을 수 없다. 만약 기본권규정이 상대화되면 직접 적용의 효력도 실익이 없게 된다.

결국 직접적용설에 대한 비판을 요약하면 다음과 같다. 사적자치원칙과 관련하여, 이는 사적자치원칙 및 계약자유의 원칙을 부정한다. 기본권의 법적 성질의 변화를 너무 강조하여 기본권규정의 직접적 효력을 인정하는 것은 국가권력에 대항하는 기본권의 본질을 변질 내지 훼손하는 결과를 초래한다고 지적한다.²¹⁾

(3) 간접적용설

(가) 의의

간접적용설은 민법 제103조의 공서양속규정과 같은 사법의 일반조항을 매개로, 헌법의 기본권규정을 사법관계에 간접적으로 적용한다. 그 이유는 전통적으

21) 芦部信喜, 憲法學Ⅱ, 有斐閣, 1990. p. 288-290 참조.

로 기본권의 대국가적 효력을 유지하고, 국가이외 허용되지 않는 권리와 자유에 대한 제한이 당사자의 의사결정에 따라서 인정되는 경우가 많이 있다. 또 그러한 사인간의 법률관계가 기본권규정과 형식상 모순되지 않는다는 이유에서 국가의 직접 개입을 허용하지 않는다. 그러한 법률관계를 설정하는 자유를 헌법에서 보장하는 기본권의 하나로 인정하는 한, 공법사법 이원론과 사적자치원칙을 존중하여 기본권규정의 효력확장을 충족하는 법리구성에 적당하다고 본다.

간접적용설은 단순히 법률적 분쟁을 직접 헌법의 기본권문제로 다루는 것을 방지하여 전통적인 법이론에 대하여 실제적 효용이 크다는 점을 강조한다. 만약 헌법의 기본권규정에 대하여 간접적용의 범위를 넓게 인정하면, 직접적용설과 실제로 동일하게 된다. 역으로 인신매매나 강제노동과 같이 개인에 의한 극단적 인권침해의 경우에 공서양속 위반으로 사법상 효력만 부인하면, 실제 법적 효과는 적용부정설과 동일한 결과라는 점에 주의해야 한다.²²⁾ 기본권규정은 직접적으로 사인간에는 적용되지 않지만, 사법규정 예컨대 일반조항(민§103)의 해석에 헌법의 기본권을 존중하여 사인간에 간접적인 효력을 적용하여 통일된 법질서를 유지하게 된다.

(나) 간접적용설의 비판

헌법의 기본권보장의 취지를 가능한 한 사인간에 미치게 함으로써 공사법의 이원적 법질서의 모순을 피하고, 사적자치의 부당한 침해를 피할 수 있다. 또한 사법규정에는 민법 제103조와 같이 법률행위의 효력규정도 있고, 민법의 불법행위와 같이 사실행위의 규정인 제750조의 해석에 있어서 헌법규정과 그 취지를 참작할 수 있다. 일정한 요건 아래에서 가처분이 인정되므로 간접적용설도 동일한 결과를 낳는다. 헌법의 기본권규정 중에서 그 성질상 직접적용이 예정되는

22) 野中俊彦·中村睦男·高橋和之·高見勝利, 「헌법 I」, 有斐閣, p. 233

일부의 규정을 제외하고, 모든 헌법규정이 사인간에 직접 적용을 인정하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 이러한 해석은 사적자치의 침해를 허용하여 기본권의 본질에 해당하는 대국가적 효력을 상실하기 때문이다. 더구나 자유권과 사회권의 구별이 상대화된 경우에는 오히려 자유권이 더 제한될 위험이 있다.

헌법규정은 사법관계에 대하여 직접적용 혹은 간접적용의 양자택일 문제로 구분할 것이 아니라, 권리와 자유 등 기본권을 침해하는 사법행위의 성질(법률 행위 또는 사실행위 등)에 따라서 개별적이고 구체적으로 다양한 관점에서 기본권보장에 충실한 법리구성이 필요하다. 이에 대해서 G. Dürig는 직접효력설을 체계적 관점에서 파괴행위로 비판하고, 전통적 관점에서 헌법의 기본권체계에 대하여 사법의 원칙적인 독자성과 자율성을 확보해야 하는 필요성을 강조하여 기본권과 사법적 권리를 구별하여 다수설과 판례를 지지한다.

첫째, 민사법의 법률행위에 의해서 기본권의 침해가 발생하는 경우에 민법 제 103조가 적용되지만, 이 때 헌법은 공공복리의 일반조항으로 작용하여 간접적으로 사법행위를 규제하는 효과가 있다. 기본권규정의 사인간의 효력은 사적자치 원칙에 의해서 상대화되고, 기본권규정 자체가 사인간에 직접 적용될 수는 없다. 따라서 개별 사건의 적절한 해결은 각기 사법관계의 특수성에 따라서 허용되는 기본권규정의 상대화 정도 또는 범위를 개별적으로 명확히 해서 기본권의 성질 및 구체적 사정을 파악하여 개별적이고 구체적으로 해결방법을 모색할 것이다. 예컨대, 노동조합의 통제권과 조합원의 기본권과의 관계에 대하여 어느 조합원의 공직선거에서 입후보의 자유와 정치활동의 자유의 성질을 고려하여 조합의 지지결의에 일정한 한계를 초과하는 조합원에 대하여 통제권을 행사할 수 없다. 이 경우에 이익형량은 조합의 민주주의를 제한하는 정치적 자유에 대해서 조합원을 구속하는 의결로서 통제범위를 위반하는 조합원에 대한 제재는 원칙적으로 허용되지 않는다. 이러한 종류의 이익형량이 필요한 경우는 고용계

약과 관련되는 사건에서 볼 수 있다.

기본권규정의 사인간의 효력문제에 관한 대표적인 예로는 기업이 종업원의 특정한 정치적 신조와 기업주의 경영방침이나 정치적 이념과 밀접한 관련이 있는 경우에, 기업이 종업원의 정치적 신조의 차이를 이유로 종업원을 해고한 경우에 문제가 된다.²³⁾ 상기 판례에서 기본권의 직접효력설이나 사적단체이론을 부정하고, 간접효력설을 적용하였다(三稜樹脂事件, 昭和 48.12.12). 사적 지배관계에서 개인의 기본적 자유와 평등에 대한 구체적인 제한의 태양과 정도가 사회통념상 허용되는 한도를 초과한 때에는 경우에 따라서 개인적 목적에 대하여 일반적 제한규정인 민법의 공서양속조항과 불법행위의 관련 규정의 적절한 운용에 의한다. 이는 일방으로 사적자치원칙을 존중하고, 타방으로 사회적 허용의 한계를 벗어난 제한에 대해서 기본적 자유나 평등의 이익을 보호하여 양자의 적절한 조정을 도모하는 방법이 존재한다. 그러나 간접효력설이 기본권규정을 매개로 하는 일반조항의 운용이 ‘사회적 허용의 한도를 벗어난 침해’라는 모호한 기준을 원용한 것으로 평가할 수 있다.

둘째, 기본권을 침해하는 사실행위 자체가 법령의 개괄적 조항 또는 문언에 근거하여 행해진 경우이다. 기본권의 침해행위가 법령에 의거하지 않고, 회사의 취업규칙 또는 사립학교의 정관이나 교칙에 근거하는 경우도 대부분 이와 동일하다. 부연하면, 교칙의 위반행위가 헌법문제가 되는지 여부에 대해서는 근거법규정과 그 해석에 따라서 결론이 달라질 수 있다. 그 문제가 헌법의 인격적 자율권이나 인간존엄권에 직접 관련되는 문제임에도 개별법령의 근거규정이 없거나 사실행위에 의해서 행해지는 경우에는 기본권의 적용이 예정된다.

셋째, 사적 기본권의 침해행위가 순수한 사실행위에 의거하여 행하는 경우이

23) 독일에서는 이를 ‘경향 기업경영’(Tendenzbetrieb)을 논의하는 문제와 관련된다. 이에 대해서 학설은 일반적으로 특정한 이념이 당해 기업의 존립기초를 이루고, 또 기업의 업무내용도 그러한 정치적 신조와 일체관계에 있는 특수한 경우에는 종업원의 해고를 허용하거나 또는 양자의 이익형량을 행하게 된다.

다. 이러한 형식의 기본권 침해에 대하여 간접효력설의 적용을 헌법문제로 취급하기 곤란하고, 민법 제750조 불법행위의 해석에 의해서 기본권의 가치에 따른 의미를 충전한다. 특히 사실행위에 기한 기본권의 침해에 대해서는 미국 판례법의 국가행위(state action)이론을 참조하여 헌법문제를 해결할 수 있다. 이는 헌법의 기본권규정이 직접 개인의 행위에 적용되지는 않지만, 개인의 행위를 규율하는 私法의 일반조항으로 민법 제103조의 공서양속 등에 기본권규정을 적용하여, 간접적으로 헌법의 기본권존중의 취지를 운용하는 것이다. 독일 연방헌법재판소는 기본권규정을 객관적 법원칙으로 파악하고, 그것을 객관적 가치질서로 보는 입장에서 사법의 일반조항에의 의미충전을 인정해서 그에 의해서 제3자 효력을 적용한다. 최근의 학설은 모든 기본권에 대해서 직접적용 혹은 간접적용을 고려하지 않고, 개개의 기본권에 대해서 개별적·구체적으로 판단하는 입장이 제기되고 있다.

(4) 개별적·구체적 적용설

(가) 의의

헌법은 국가의 전체생활을 본래의 적용범위로 정하고, 공권력과 개인의 모든 행위를 규율대상으로 정한다. 물론 헌법이 사회생활의 다양한 분야나 영역에 대하여 일률적으로 동일한 규범력을 가질 필요는 없으나, 그 분야나 영역의 성질의 차이에 따라서 헌법의 효력도 상이하다. 기본권의 사인간의 효력문제는 헌법 본래의 적용범위를 벗어나서 예외적인 영역까지 그 규범력이 확장된다고 볼 수 있다.

그러나 이는 헌법의 적용범위가 아닌 예외적인 확장으로 그 중요성을 인정할 수 있다. 헌법의 적용범위와 관련하여 그 적용범위 밖까지 헌법효력이 미치는지 여부를 검토할 수 있다. 모든 분야와 영역에 대하여 헌법의 규범력을 인정하면,

그 분야와 영역에 따라서 헌법의 규범력이 어떠한 차이가 있는지, 혹은 다양한 분야나 영역에 있어서 헌법의 규범력의 정도를 실질적으로 검토할 수 있다는 점에서 우월하다. 헌법은 국가와 전체 공동체를 위한 최고법으로서 이해하여 사회 공동체의 주체로서 국민의 의무를 헌법 제10조에서 명시적으로 규정하므로 다른 국민의 기본권을 존중할 의무가 도출된다고 본다. 특히, 기본권은 본래 인격적 자율권을 토대로 하는 기본권의 본래적 성질에 의하면 공권력이나 사인간 모두에 적용되고, 단지 그의 적용 방향만 차이가 있다. 민사관계는 인격적 자율권의 존중과 자율성의 연장으로 사적자치원칙이 기본적인 고려요소가 된다.

(나) 정리

私法關係에 대하여 헌법적용은 민법 제103조의 공서양속규정이 기본권의 침해에 해당하는 법률행위를 무효로 하기 위한 매개규정의 입법기술로 원용된다. 24) 직접적용설과 간접적용설의 의의를 인정한다. 또한 구체적인 사법관계에 국가의 기본권보호의무를 최대한 보장할 수 있는 장점이 있다. 25) 본래 개인의 사법상 행위와 법률과의 관계를 다음과 같이 구분할 수 있다. ① 개별 법률에서 개인의 행위를 명하는 경우이다. ② 개별 법률이 개인의 행위에 대하여 명시적 수권을 허용하는 경우이다. ③ 개인의 행위에 대하여 근거가 되는 개

24) 今村成和, “人權と裁判”, 1973, p.70.

25) 입법자들이 주택법에서 입주자대표회의가 공동주택(아파트) 하자보수청구의 주체가 된다는 점은 명문으로 규정하지만, 하자담보추급권의 경우는 구분소유자만으로 제한함으로써 입주자대표회의 자체에 대해서 원고적격을 인정할 것인지 여부는 법원의 해석에 맡기고 있다. 그러나 입주자대표회의는 다수의 구분소유자와 세입자들로 구성되어서 그들이 재산권 및 주거기본권의 주체가 된다는 점에는 이론이 없다. 적어도 공동주택의 전유부분이나 공유부분에 하자의 존재 사실은 구분소유자의 재산권 가치의 손실 발생과 함께 입주자의 주거안전 등의 주거기본권의 침해가 발생한다. 나아가 건설회사가 해당 하자보수를 성실하게 이행하지 아니할 경우에 구분소유자와 세입자간의 공동주택의 이용방법에 따른 책임이나 하자발생으로 인한 불필요한 분쟁이 우려된다. 따라서 입법자가 하자담보책임소송의 경우에 입주자대표회의의 원고적격을 명문으로 규정하면 간편하다. 법개정 이전에 법관은 입주자대표회의가 하자담보소송에서 제3자로서 법률상 보호이익을 인정하면 해결될 수 있다. 참고, “공동주택(아파트) 하자담보책임법리에 관한 헌법심사”, 토지공법연구 (제49집). 2010.5.

별 법률이 존재하지 않는 경우이다. ④ 개별 법률이 개인의 행위를 금지하는 네 가지 유형으로 분류된다. 이들 행위에 대한 법적 책임은 개인의 행위에 대하여 개인이 책임을 지는 경우와, 반면에 국가가 책임을 지는 경우로 구분할 수 있다. ①, ② 경우는 개인의 행위가 근거 법률에서 요구되기 때문에 국가책임은 헌법에 명백히 반하는 것이다. 또한 ④ 경우는 국가가 개인의 행위를 금지하기 때문에 그에 반하는 행위는 무효이므로 국가책임을 헌법문제로 볼 여지가 없다.

요컨대, ③ 경우에 개인의 행위가 개별 법률의 근거나 수권도 없고, 또 금지하지 않는 경우에 종래의 입장에서는 ‘사적자치원칙’을 적용하는 문제이다. 따라서 이는 법률과는 관계가 없는 개인적 행위로 볼 수 있다. 때문에 이러한 행위를 재판으로 다룰 경우에 법원은 어떻게 헌법의 기본권규정을 그 행위에 적용할 것인지 문제이다. 이러한 문제는 헌법상 기본권의 사인간의 적용 또는 제3자 효력의 해결방안이 제기된다. 만약 헌법의 기본권규정이 공권력에만 적용된다고 해석하면 헌법상 기본권의 사인간의 적용 또는 제3자효력 자체를 포기하는 것이다. 다만, 정부가 사인의 행위를 금지하지 않는 것은 정부가 그것을 용인한 것으로 해석한다. 그렇다면, 그것을 용인하는 정부의 행위는 통상 헌법위반으로 다룰 수 있다는 의미이다. 예컨대 명예훼손을 당한 사인이 불법행위소송을 제기하여 법원에 손해배상을 명받는 것은 국가가 손해배상을 명하는 것에 의하여 표현의 자유에 제재를 용인하는 것으로 간주할 수 있다. 따라서 법원이 명예훼손에 대하여 손해배상을 명하는 것은 헌법 제21조 표현의 자유의 침해문제를 제기한다. 법원이 사생활비밀의 침해를 이유로 손해배상을 명하는 것도 동일하다. 이와 같이 정부가 개인에 대한 손해배상청구를 인정하는 헌법상 기본권에 대한 제재를 부과하는 경우와 달리, 사인의 행위에 대하여 손해배상청구를 거부하여 그 행위를 용인할 수 없는 경우, 예를 들면 기업이 사상을 이유로 종업원에게 불이익하게 처우하는 경우, 사인이 인종과 성별을 이유로 다른 사인을 차별하는 경

우에는 그와 같은 행위를 금지할 모든 책임은 의회에 있다. 의회는 차별금지법과 권리보호법을 제정하여 그러한 차별을 금지해야 한다. 그러나 이 점에 대하여 의회에 넓은 입법형성이 인정되기 때문에 그것을 금지하지 않는다는 이유로 법원이 그 정부의 행위를 위헌이라고 할 수 없다. 그러한 경우에 법원은 오히려 현행 법령의 해석을 통하여 또는 그것이 어렵다면 사법의 일반원칙의 해석 속에서 그러한 사인의 행위가 법률행위라면 공서양속의 위반으로 또는 불법행위에 해당하는 것으로 판단하여 사법상 구제를 기대할 수 있다.

(5) 소결

헌법의 기본권과 민법상 권리의 관계에 있어서 기본권규정이 적용되는 요건을 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 헌법이란 국가의 기본법인 동시에 국법질서 중에서 최고규범이다. 따라서 헌법은 민법에 대해서도 적용된다. 예컨대 민법의 재산권에 관한 법규정은 헌법에 의한 수권에 의하여 실현되기 때문이다. 나아가 헌법 제10조에서 기본권규정은 입법·행정·사법 등 모든 국가권력에 대하여 구속력을 가지며, 또한 사인도 다른 사인의 기본권을 존중할 의무가 도출된다. 따라서 법관도 민사재판에 있어서 당연히 헌법의 기본권을 존중하는 법해석을 한다.

둘째, 헌법의 기본권규정이 적용되는 제3자효 문제에 있어서 헌법의 개별적 규정이 있거나 또는 개별 입법에 의하여 사인간의 효력이 해결될 수 있는 경우에는 문제가 없다. 최근 사회적으로 문제가 되고 있는 소위, ‘간접고용문제’²⁶⁾와

26) 흥익대, 이화여대, 고려대 등의 환경미화원 및 경비원들이 전국공공서비스노조를 설립하여 청소경비용역업체(향우종합관리, 인광엔지니어링)의 3단체 임단협 교섭을 진행하였으나, 12.31. 용역계약만료로 합의사항없이 종료되었다. 조합원들은 흥익대와 용역업체 계약기간 불발로 1.2. 집단해고되자 고용승계와 처우개선을 요구하며 1.3일부터 흥익대 본관등의 사무실 및 로비에서 철야 농성을 계속하고 있다. 흥익대는 1월 28일 시설부문(백상기업), 2월 7일 청소부문(아이비에스), 2월 10일 경비부문(용진실업) 용역계약을 체결하였다. 노조는 용역업체와 각기 교섭하여 조합원 전원 고용승계 및 임금인상 등에 합의하여 파업종료 및 업무복귀하였다. 이러한 대학등의 공공서비스부분의 청소경비등의 노동자들

같은 법률관계에 대하여 기본권의 제3자효력의 문제로서 의회의 개별 입법에 의해서 구제되지 않는 한, 개별 민사재판에서 공서양속에 반하는 법률행위 또는 불법행위손해배상책임을 인정하는 방안이 마련되어야 한다.

셋째, 최근 고등학교 학생의 종교의 자유에 대한 손해배상청구사건에서 대법원 다수의견은 교칙에 의한 학생의 종교의 자유에 대한 침해행위에 대해서 불법행위손해배상책임을 인정한 경우이다. 사립종교고등학교가 고등학교 평준화정책에 따라 학생 자신의 신앙과 무관하게 입학하게 된 학생들을 상대로 종교적 중립성이 유지된 보편적인 교양으로서 종교교육의 범위를 넘어서 학교의 설립이념인 특정의 종교교리를 전파하는 종파교육 형태의 종교교육을 실시하는 경우에는 그 종교교육의 구체적인 내용과 정도, 종교교육이 일시적인 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부, 학생들에게 그러한 종교교육에 관하여 사전에 충분한 설명을 하고 동의를 구하였는지 여부, 종교교육에 대한 학생들의 태도나 학생들이 불이익이 있을 것을 염려하지 아니하고 자유롭게 대체과목을 선택하거나 종교교육에 참여를 거부할 수 있었는지 여부 등의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 한계를 초과한 종교교육의 경우에는 위법성을 인정할 수 있다고 판시한다(대판 2010.4.22. 2008다38288). 이는 교칙에 의한 학생의 종교의 자유를 제한하는 사실행위에 대하여 대법원이 기본권의 제3자효에 근거하여 개별적·구체적인 적용으로 불법행위책임을 인정한 사례이다.

이 외환위기이후에 만연되고 있는 간접고용노동의 문제에 대한 법적 문제점이 단순히 계약법의 논리에 따르기 때문이다. 이는 전형적으로 사적 자치의 계약법의 논리에 의하여 기본권의 침해를 양산하는 대표적인 사례로서 개별 입법적 해결이 요구되고 있음에도 국회 자체가 전혀 관심을 보이지 않는 사항이다. 따라서 이는 정부가 민법의 사적 자치에 의거한 차별적인 노동관행을 허용하는 경우에는 법원의 기본권의 제3자효의 문제로 해석하여 해결할 문제라고 본다. 현재 이와 유사한 간접고용문제가 진행되고 있는 사례는 63시티 시설경비노조의 고용승계문제, 연세대·고려대·이화여대·청소경비노조의 근로조건개선투쟁에서 보듯이 청소·경비·시설의 간접고용노동자의 고용불안과 최저임금 이하의 빈곤상태에서 기인하고 있다. 줄고, “기본권의 제3자 효력이론에 관한 비판적 고찰”, 공법판례 및 이론연구회 원례발표회, 2011.3. 14 참조.

셋째, 이와 같이 사인간의 “자기결정권과 온정주의(paternalism)”을 근거로, 당해 자기결정에 대하여 공권력의 개입을 허용될 수 있다. 사적자치의 문제일지라도 그 법률관계와 법익보호의 정도에 있어서 일정한 한계가 있다는 점을 유의해야 한다. 즉, 사적자치라도 공서양속에 반하는지 여부는 인간의 존엄과 가치 또는 인격적 자율권이나 일반적 행동의 자유를 해하는 범위를 초과하는 경우와 같이 엄격한 비례원칙의 심사기준에 의하여 평가하여 민사법의 법률관계에 대하여 헌법의 기본권규정이 당연히 적용될 수 있다는 점이다. 그 까닭은 다른 사람을 가해하는 경우와 달리 자기결정권에 대한 공권력의 개입은 원칙적으로 허용되지 않기 때문이다. 구체적으로, 대법원은 의학적으로 환자가 회복 불가능한 사망단계에서 행해지는 연명진료행위는 질병의 호전을 사실상 포기한 상태에서 오로지 현 상태를 유지하기 위하여 이루어지는 치료에 불과하고, 그에 이르지 아니한 경우와 다른 기준으로 진료중단을 판단한다(대판 2009.5.21. 2009다17417). 이는 환자와 의사간의 계약에 기한 생명연장장치중단에 의한 생명권의 침해에 대하여 기본권의 적용을 개별적·구체적인 적용을 전제하고 있다. 만약 의료진의 사실행위를 위법으로 인정하면 민사손해배상책임이 귀결되었을 것이다.

IV. 기업의 인권책임 적용상의 문제점

1. 기업인권의 효력

인권의 헌법 및 국제법의 보호는 수직적 및 수평적 효력을 인정한다. 헌법은 사인에게 제3자와 관계에서 기본적 인권을 준수할 의무를 부여하고 있다. 물론 전통적으로 인권은 국가의 과잉의 행위로부터 개인을 보호하는 것을 목표로 하였다. 그런데 국가로부터 인권을 침해당한 개인과 같이, 공권력에 해당하지 않

는 사적 주체도 개인의 인권침해가 발생하는 경우도 있다. 상술한 바와 같이 기본적인 인권의 제3자 효력의 개별적·구체적 적용설에 따라 기업도 사인에 대하여 당연히 인권보장의 책임을 인정할 수 있다.²⁷⁾ 물론 기업의 인권에 대한 책임은 공권력에 의한 경우와 동일하지 않다. 예컨대, 난민의 망명비호권이나 국적 부여권은 국가에만 전속적인 권리이다. 기업은 사업관계를 가지고 있는 행위자들의 행위를 감독하고 규제할 의도로 내부적인 감독기구를 채택하지 않으면 안된다. 다수의 기업들이 자신들의 행위 안에서 다른 사인들의 인권을 보호할 책임을 인식한다.²⁸⁾

여기서 기업이 준수하고 보장해야 하는 최소한의 기본적인 인권의 내용은 인간의 존엄권과 기본적으로 육체적 및 정신적 기본권인 안전보호(Security)의 인권, 차별받지 않을 권리(non-discrimination), 그리고 노동기본권은 보장되어야 한다.

(1) 인간존엄권과 신체적·정신적 안전보호권

국내법과 국제법은 인간이 고문, 비인간적 취급, 자의적 살인과 구금, 강제추방, 강간 및 성적 학대, 집단살인, 전쟁범죄, 반인도적 인권침해를 받지 않을 권리를 보장한다. 다수 국가들은 이와 같은 인간의 안전에 관한 인권을 규정하고 있다.²⁹⁾ 또한 인간의 안전보호에 관한 국제법의 법원으로는 유엔헌장 전문에 기업에 관한 규범이 있다.³⁰⁾ 많은 세계적인 기업들은 사내의 인간의 안전보호 및

27) 남아프리카공화국 헌법재판소는 사인간의 관계에서 수평적인 인권적용을 확인한다. *Foes v. Minister of Safety and Security*(CCT14/96) 1997; *Soobramoney v. Minister of Health*, Judgment of Case CCT 32/97, 1997; *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*(CCT 8/02) 2002 etc.

28) British Petroleum, Chevron, CitiGroup, Coca-Cola, Exxon Mobil, Total, GM, Wal-Mart, Conoco-Philips, Daimler-Crhrysler, De Beers 등 기업들은 회사의 인권보호의 방침을 시행하고 있다.

29) 인도 헌법 제21조 "everyone by virtue of being human has the inalienable and inviolable right to life, liberty and security of person", Canadian Charter of Rights and Freedoms Article 7 "everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived of thereof except in accordance with the principles of fundamental justice", US Alien Torts Claims Act 1789 등이다.

인권 정책을 행위규범으로 정하고 있다. Shell, Wal-Mart, Exxon Mobil, British Petroleum, GM, Toyota, Chevron, Daimler-Chrysler, Conoco-Philips, Total 세계 기업들은 인권책무를 기본권의 법원에 두고 있다는 점이다. 국제법의 수준에서 기업의 인권보호의 책임을 진전시킨 반면에, 국내법상으로 기업의 인권보호 책임을 요구하는 증거를 추가하고 있다.

(2) 차별받지 아니할 인권

모든 인간은 공정하고 평등하며, 차별을 받지 않을 권리를 부여받고 있다. 인종, 성, 정치적 신조, 신체적 조건 등에 의한 차별 금지는 모든 인권에 관련하여 기능한다. 차별금지의 법적 정당성은 국내법 및 국제법의 질서에서도 나온다. 우리 헌법 제11조에서도 모든 법적 주체(기업을 포함하여)에 대하여 모든 형태의 불합리한 차별의 금지가 인정된다. 그러한 차별은 법률에 의한 차별, 법 적용에 의한 차별, 사실행위에 의한 차별의 유형을 들 수 있고, 또한 비교대상의 여부에 의한 차별의 경우로 구별된다. 이는 평등원칙의 보호범위와 평등권의 사법심사기준에 관하여 구체적인 논의가 필요하다.³¹⁾ 예컨대, 영국에서는 기업들이 인종차별금지법(Race Relation Act, 2000)의 위반으로 기소되었으며, 당해 회사와 종업원은 인종차별행위에 대한 위법행위로 처벌을 받았다.³²⁾ 유럽연합의 성차별금지 입법은 작업장에서 양성평등을 촉진한다. EU 지침(Directive 2000/78/EC of 27/11/2000)은 인종, 혈통, 종교, 양심, 신체, 나이, 성적 특성을 이유로 차별을 금지한다. 다수의 기업들이 그들의 인권정책의 행위기준으로 차별금지를 포함하고 있다. 이미 상기한 기업들 모두가 차별금지 규정을 기업의 정책으로 정하고 있다.

30) 유엔헌장 전문에서 다음과 명시하고 있다. “transnational corporations and other business enterprises, their officers and persons working for them are also obliged to respect generally recognize responsibilities and norms contained in United Nations treaties and other international instruments.

31) 더 상세한 내용에 대해서는 졸저, 헌법, 225-231 참조.

32) Jones v. Tower Boot Co Ltd(1997).

일반적으로 기업의 차별금지에 관한 3 가지 법원은 국내법과 국제법 그리고 자주적인 규범을 들 수 있고, 이들 중에서 국내법제가 기업의 인권책임을 가장 충실하게 확보할 수 있다.

(3) 노동기본권(2주제와 중복)

기업의 노동기본권에 대한 책임은 기업이나 단체의 역할과 세력이 증대함에 따라서 더욱 중요하게 인식되고 있다. 더구나 개인이 기업과 가장 중요한 영향력의 관계가 고용을 통해서 이루어지기 때문이다. 강제노동은 현대의 노예의 형태이기 때문에 강제노동의 금지는 보편적인 기본적 인권의 가치를 내포한다.

2. 기업의 인권보호의 책임³³⁾

인권법의 기능은 ‘피해자구제의 관점’에서 접근하는 것이 중요하다. 기본권에 대한 기업, 개인, 국가의 책임이 상호 어떠한 관계로 파악할 것인지 문제이다. 즉, 개인과 기업 및 국가 삼자간의 책임의 경합문제가 제기될 수 있다는 점이다. 인권침해가 발생한 경우에, 문제되는 행위의 위법성과 관계없이 국내법 하에서 관련된 기업의 형사책임과 민사책임이 어떻게 처리할 것인지 여부이다. 예컨대, 기업이 인권침해에 대하여 직접 책임을 지는 경우에, 동시에 그 회사의 임직원이 책임을 부담할 수 있을 뿐만 아니라, 자국은 기업이 행한 침해 인권에 대하여 국가책임이 수반될 수 있다. 이로부터 법적 책임은 개인과 국가의 경합, 기업과 국가의 경합, 기업과 개인의 경합, 개인·기업·국가의 경합책임으로 나타날 수 있다. 그러나 개인의 형사책임은 기업이나 국가의 형사책임을 전제하지 않을 수 있으나, 민사책임은 상호간의 경합책임의 문제가 발생할 수 있다. 만약 기업의 종업원에 의해서 침해가 발생한 경우에 기업이 책임을 지는 경우에도, 종업원도

33) 졸저, 헌법, 146-149

법적으로 그 행위에 대하여 책임을 진다. 나아가 인권침해 사건에 관련하여 재판상의 입증책임방법은 국가의 책임과 기업과 종업원 개인의 책임의 경우가 각기 달리할 수 있을 유의해야 한다.

참고문헌

- 계희열, “기본권의 대사인적 효력”, 고시연구, 1996.11;
- 김선태, “사법질서에 있어서 기본권의 효력”, 고려법학 제39집, 2002
- 김일환, “우리나라 헌법상 ‘기본권의 대사인적 효력’ 논의의 비판적 고찰”, 헌법학연구, 6권 2호, 2000.
- 김주환, “기본권의 규범구조와 제3자적 효력”, 사법행정 제42권 2001
- 방승주, “국가의 기본권보호의무와 그 이행여부에 대한 헌법재판소의 통제(하)”, 고시연구, 2004.9
- 이승우, “기본권보호의무와 공권이론”, 고시연구, 1993.9
- 이준일, “기본권으로서 보호권과 기본권의 제3자효”, 저스티스 통권 제65호, 2000
- 임규철, “기본권의 제3자적 효력(독일에서 학설과 판례)”, 공법연구, 제32집 2호, 2003
- 장영수, “기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌”, 고려법학 제38집, 2002
- 장영철, “기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무”, 공법연구 제29집 2호, 2001
- 鄭永和, “공동주택(아파트) 하자담보책임법리에 관한 헌법심사”, 토지공법연구(제49집), 2010.5.
- 鄭永和, “기본권의 제3자 효력이론에 관한 비판적 고찰”, 공법판례 및 이론연구회 원례발표회, 2011.3.
- 鄭永和, 『憲法』, 일조사, 2011
- 今村成和, “人權と裁判”, 1973
- 我妻榮, “新憲法と基本的人權”, 民法研究 VIII, 1970,
- 芦部信喜, 憲法學Ⅱ, 有斐閣, 1990
- Avner Grief, "Cultural Beliefs and the Organization of Society: A Historical and Theoretical Reflection on Collectivist and Individualist Society", Journal of Political Economy, 1994, vol. 102, no 5.

- C. Mantziaris, "The Dual Theory of the Corporation and the Aboriginal Corporation",
Federal Law Review, Vol. 29(1999)
- David M. Engel and Jaruan S. Engel, Tort, Custom, and Karma, Stanford University Press,
2010
- J. Dewey, "The Historic Background of Corporate Legal Personality", 35 Yale Law Journal,
655(1926).
- J.H. Knox, "Horizontal Human Rights Law", American Journal of International Law,
Vol.102, Jan.2008,
- Jules L. Colman, Markets, Morals and The Law, Cambridge University Press, 1988
- Jung Younghoa, "The Role and Limit of Constitutional Litigation among Socioeconomic
Change in Korean Post-Democracy", The 2011 Conference of Law and Society
Association in San Fransisco, 3rd June 2011.
- K. Addo(ed), Human Rights Standards and Responsibility of Transnational Corporations(The
Hague: Kluwer Law International, 1999).
- Neil K. Komesar, Law's Limits, The University of Cambridge, 2001.
- O. De Schutter, Transnational Corporations and Human Rights: An Introduction, Global Law
Working Paper 01/05/2005 Symposium.
- O. De Schutter, Transnational Corporations and Human Rights: An Introduction, Global Law
Working Paper 01/05/2005 Symposium.
- Randal Holcomb, "Liberty and Democracy as Economic Systems," 2009 International
Conference of KIEA and KEA, 11th August 2009.
- R.H. Coase, The Firm, the Market and the Law, The University of Chicago Press, 1988.



정영화 교수님의 발제문에 대한 토론

토론 : 이계수 교수 (건국대)

I. 발제문 자체에 대한 토론

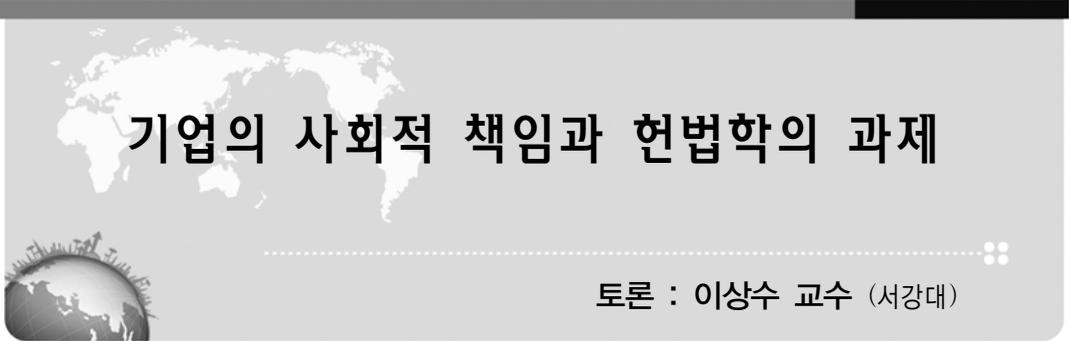
1. 아주 중요한 주제를 다루었다. 이하 두서없지만 몇 가지 적어보겠다.
2. 그런데 전체적으로 제목과 내용이 딱딱 맞아 들어가는 느낌은 약한 것 같다. “기업의 인권보호 주체와 사회적 책임”이라고 하였는데, 그럼 결국 기업이 인권보호의 주체가 될 수 있는가를 다룬다는 뜻인가? 사회적 책임은 요즘 유행하는 CSR을 염두에 둔 것 같은데, 논문 제목만 보면 이 부분에 대한 깊이 있는 논의가 나올 것으로 기대된다. 그러나 그 부분이 충분히 다루어지지 않아서 아쉽다.
3. 논문의 2/3가 기본권의 제3자적 효력을 다루었다. 그러나 기업의 인권보호 주체의 문제를 기본권의 제3자적 효력 문제만으로 환원시킬 이유가 있는가? 기업의 ‘기본권’ 보호 주체성을 다룬 것이 아니므로(기본권과 인권은 엄연 구분된다), 논의의 지평을 넓혔다면 좋았겠다.
4. 기본권의 제3자적 효력 문제와 같이 헌법과 민법이 같이 걸리는 문제를 다룰 때에는 헌법 쪽 시각만이 아니라 민법 쪽 시각도 충실히 소개해야 한다. 그런데 참고문헌에 한국 민법학의 연구 성과나 문제제기는 찾아볼 수 없다.

일본 민법학의 연구 성과도 와가쓰마 사카에(我妻榮, 1897-1973) 교수와 같이 구세대 학자의 글만 인용되어 있다. 적어도 이 문제에 관한 한 일본 민법학의 연구는 현재 상당한 진척이 있다. 예컨대 교토 대학의 야마모토 케이조(山本敬三)교수의 『公序良俗論の再構成, 2000』는 일본 민법학계에서는 반드시 참고하는 문헌이다. 기본권의 제3자적 효력에 대해 논의한 일본 민법학계의 논문도 대단히 많다.

5. 사회적 책임(경영)과 인권(경영)의 차이는 무엇인가? 이 부분에 대한 해명이 필요하다.
6. 사회권력 내에서 기업이라는 권력이 갖는 특징을 분명히 하여 ‘기업 인권 책임론’의 문제를 제기할 필요는 없는지 질문해본다.
7. 어떤 사실에 대한 진술에 대해서는 각주를 달아주면 좋겠다. 예컨대 “혹자는…기본권의 제3자효 문제를 현실적으로 토론할 여지가 없다고 한다.”(5 쪽)고 지적하였는데 그 혹자는 누구인가. “실무에서는 기본권의 직접효력설과 간접효력설의 실천적인 효과가 전혀 없다고 본다.”고 지적한 부분에도 각주가 필요하다고 생각한다.
8. 각주 26번에서 “공동주택의 전유부분이나 공유부분에 하자의 존재 사실은 구분소유자의 재산권 가치의 손실 발생과 함께 입주자의 주거안전 등의 주거기본권의 침해가 발생한다.”고 서술하고 있는데 현행 주택법상 구분소유자=입주자이다. 세입자는 사용자에게 불과하고, 입주자대표회의의 대표자로 선출될 수 없다(주택법 43조 및 동법 시행령 50조 참조). 따라서 구분소유자의 재산권 가치와 구분소유자인 입주자 및 세입자인 사용자의 주거안전이라고 ‘정확하게’ 표현하는 것이 맞지 않나 생각한다. 사소한 것 같지만, 이것은 현행 주택법제의 소유권주의와 관련된 중요한 문제와도 연결된다.

II. 기업과 인권 문제에 대한 토론

1. 기업과 인권 문제를 논할 때 논의 포인트는 민법이 아니라 상법이 되어야 한다고 생각한다. 인권은 지배 권력에 순종하는 ‘臣民’에 의해서가 아니라 필요하다면 지배 권력에 이의를 제기하는, 독립자존의 시민에 의해 유지·발전해 가는 것이다. 그리고 그러한 시민들로 구성된 시민사회의 존재가 매우 중요하다. 그러나 현실에 존재하는 것은 기업사회이고 오늘날 이 기업사회를 지탱하고 있는 중요한 법적 토대가 상법, 회사법이다.
2. 현실적으로 볼 때, 기업의 입장에서 인권 담론은 하나의 기업 경영을 위한 하나의 알리바이에 불과하다.
3. 기업의 인권보호가 아니라 기업이 인권적으로 경영될 수 있는 상법 구조를 만드는 것에 대해 고민해야 한다. 즉, 기업법제 및 금융·자본시장법제의 한계를 통감하면서 그 한계에 대처하기 위해 역사, 사상 및 법의 기본개념이 갖는 의미, 제 외국의 사회·경제적 배경에 눈을 돌리는 노력을 해야 한다.
4. 주식회사가 (최대한의 자유를 누리는) 자본시장과 일체로 되어 운영되는 시대를 맞이하여 주식회사와 증권시장의 역사, 인간사회, 시민사회의 본연의 모습에 대해 생각해 보는 것은 매우 중요하다. 특히 신자유주의 회사법의 르네상스를 맞아 이러한 부분을 고민하는 것은 기업과 인권의 문제를 사유함에 있어 본질적인 부분이라고 생각한다. <끝>



기업의 사회적 책임과 헌법학의 과제

토론 : 이상수 교수 (서강대)

발표문 <기업의 인권보호 주체와 사회적 책임>은 헌법상 보호되는 인권(기본권)에 대해서 사적 주체인 기업이 어떤 방식으로 책임을 지게 되는지에 대한 기존의 이론적 논의를 소개하고 있음. 본 토론문은 기업의 사회적 책임에 관한 논의를 소개하고, 이러한 주제와 관련하여 어떤 헌법상의 쟁점이 중요한지에 대해서 의견을 제시하고자 함.

기업의 사회적 책임의 기본개념

지금까지 인권의 문제는 국가권력에 의한 인권침해가 주요한 문제였고, 연구나 논의도 그에 집중되어 왔음. 그러나 최근 기업에 의한 인권침해문제가 대두되고, 나아가 기업이 보다 소극적으로 인권의 침해를 회피할 뿐만 아니라, 보다 적극적으로 인권침해를 방지하거나 인류의 삶의 질을 제고해야 하는 과업을 부과받는 상황임. 그리고 사회적 책임은 인권의 문제에 한정되지 않고, 환경의 문제를 포함함. 최근에는 그 내용이 더욱 확장되고 있음. 이와 관련한 이론적 틀로서 “기업의 사회적 책임”(corporate social responsibility)론이 발달해 있음. 전체적으로 CSR의 문제는 “지속가능성”(sustainability)이라는 단어로 집약됨. 이러한

문제는 단순히 법적인 책임을 다하는 문제에 그치지 않고, 법적 의무를 넘어 일종의 도덕적 책임을 부담하는 문제로 이해되고 있음.

기업의 사회적 책임론의 대두배경

기업의 사회적 책임이라는 용어가 활발히 사용된 것은 1970년대 이후로 봄. 이는 세계화의 진전과 밀접한 연관이 있음. 세계화시대를 맞이하여 기업은 거대화·국제화되고 있으며, 기업의 사회적 영향력도 그에 따라 전례 없이 강화되고 있음. 기업의 영향력은 고용과 투자, 생산과 판매, 광고와 홍보 등 경제적인 영역에 한정되지 않고 전방위적임. 특히 다국적 기업의 경제력은 개발도상국의 경제력을 뛰어 넘는 경우도 적지 않음. 그에 상응하여 이들 거대기업의 사회적인 영향력도 막강하게 증가하고 있음. 이제 기업은 사회적 권력으로 부상하고 있다고 할 수 있음.

반면, 기업의 사회에 대한 영향은 반드시 긍정적인 것만은 아니고, 많은 부정적인 문제를 야기하고 하고 있음. 기업은 심각한 인권침해에 직·간접적으로 개입되는 경우가 많으며, 환경의 면에서도 심각한 인권침해를 야기하고 있음.

이러한 상황에서 기업에 대한 사회의 요구와 기대도 변하고 있음. 한편으로 인권침해나 환경파괴, 자원고갈 등의 주요 이슈에 대해 기업을 좀 더 철저히 감독하고 규제해야 한다는 요구가 강해지고 있으며, 다른 한편으로 그러한 문제의 해결에 기업측의 적극적인 역할을 촉구하는 흐름도 있음. 말하자면 기업은 주요한 인권침해의 주체로서 비난 받으면서, 동시에 기업측의 자원과 영향력을 적극적으로 이용하거나 동원하여 인권과 환경 등 중요한 현안을 극복해야 한다는 흐름이 강하게 대두된 것임.

유엔, 유럽연합, 경제협력개발기구, 국제노동기구와 각국 정부는 기업 활동이 인권의 보호보장에 미치는 영향에 대해 주목하기 시작한 것도 이러한 것을 배경

으로 하고 있음. 그 결과 다양한 국내외 규범, 기준, 정책 등이 제시되어 발전하고 있음. 「ILO 다국적기업과 사회정책에 관한 삼자선언」(ILO Tripartite Declaration Concerning Multinational Enterprise and Social Policy), 「OECD 다국적기업 가이드라인」(OECD Guidelines for Multinational Enterprises), 「유엔지구협약」(UN Global Compact) 등이 대표적으로 기업의 사회적 책임에 관한 국제문서라고 할 수 있음. 그리고 2010년에 ISO26000이 발효하였음.

기업의 사회적 책임의 내용

그렇다면 CSR을 주장하는 사람들. 특히 CSR을 주도하고 있는 국제사회는 어떤 비전을 가지고 있는가? ISO26000이 가장 포괄적인 비전을 보여주고 있음. (첨부 참고)

이러한 비전은 기업이 단순히 주주의 이익극대화에 매진해야 한다는 세계관과 결정적으로 다름. 기업이 사회의 기대와 이해관계자의 이익을 고려하는 속에서 운영되어야 할 뿐만 아니라, 기업 자체의 구성(지배구조)도 실질적으로 그러한 방식이 가능하도록 재편되어야 한다는 것을 의미함. 현재 우리들이 주위에서 흔히 보는 기업과는 사뭇 다른 기업형태임.

기업의 사회적 책임구현의 방법론

자율적인 접근은 명백히 한계가 있음. CSR은 반드시 자율적 접근은 아님. 사회적 기대의 고조에 따른 필연적인 반응의 측면이 강하게 존재함.

시장에 의한 자율적 접근론: 기업의 명망자본 축적의지, 위험회피의지, CSR의 사업적 편입 등에 입각한 CSR추진 전략으로서, 많은 한계를 가지는 것이 사실임.

국가(법)에 의한 개입전략: CSR을 법에 의해서 강제하려는 전략으로서 모든

사항을 법으로 규제하기는 어려움, 현실적으로 다국적 기업을 규제할 법 또는 입법기관은 존재하지 않는 실정임. 그럼에도 불구하고 국가의 역할이 없는 것은 아니고, 중요하지 않은 것은 더구나 아님. 다음과 같은 것이 모색되고 있음.

- 기업을 위한 최소기준의 설정함.
- 준법을 장려하고 보증함.
- 기업이 공공정책에 참여하는 장치를 마련함.
- 나쁜 행태를 보이는 기업에 대한 시민사회의 공격을 지원함.
- CSR 친화적인 활동에 대한 재정적 인센티브를 제공함.
- 정부간 또는 국제적인 활동, 규범, 지침 등에 참여함.
- 사적 영역의 활동에 대한 정책목표와 종합적인 정책틀을 설정함.
- 자율적 CSR활동을 촉진함.
- 기업이 주도성을 가질 수 있는 사회경제적 우선순위를 정의함.
- 여러 부문을 조절함으로써 CSR에 관한 연합적 정부를 제고함.
- 산업계와 시민사회의 활동을 조정·통합함.
- 본보기를 보임(예컨대, 공공조달이나 경영체계를 통해서)
- CSR 친화적인 소비자선택을 하게 하고 증진함.
- CSR 친화적인 수출을 증진함.
- 행동규범을 개발하고 지원하고 실행함.
- CSR 친화적인 시장을 자극함(예컨대 공공조달을 통해서)
- 특정한 이해관계자 집단의 이익을 제고함. (예컨대 생산자, 종업원)
- 지방적/전국적 맥락에서 CSR의제의 경계를 설정함.
- 동반자관계에서 작업함, 정부간 그리고/또는 기업 및 시민사회와 함께
- 기업의 CSR 활동과 공공지출을 연결시킴
- 책임투자와 대출을 조장함.
- 무엇이 좋은 관행인지에 관한 공식적 비공식적 판단을 내림.
- 좋은 관행에 관한 정보를 수집분석하고 유포하며, 유사행동을 조장함.
- 기업과 다른 이해관계자들에게 CSR에 대해서 설명함.
- 지방 및 전국적 맥락에 관한 국제사회의 CSR논쟁에 대해서 알려줌.
- CSR 친화적인 기업을 위한 기술적 지식의 기반을 형성함.
- 기업들이 외부의 CSR요구를 충족시킬 수 있도록 돕는 역량을 제고함.

CSR을 추동하려는 시민사회를 지원함.

기업, 소비자, 종업원, 투자자 그리고 규제자에게 정보를 제공하고 교육함.

여러 이해관계자들 사이의 대화를 촉진함.

CSR활동에 대한 정치적 지원과 공식적 제가를 제공함.

개별기업의 좋은 관행을 부각시켜 줌.

위의 모든 것이 국가가 주도하여 CSR을 강제하는 것은 아님. 일부는 직접 강제하는 것이지만, 대부분은 매우 간접적인 방식으로 CSR을 조장하는 내용임. 이는 CSR관련한 국가역할의 한계와 특수성을 보이는 것임.

기업의 사회적 책임과 관련한 헌법학의 과제

CSR과 관련하여 헌법학적 차원에서 우선 논의해야 내용은, 국제사회에서 추진하고 있는 그러한 CSR의 흐름과 비전을 헌법적인 차원에서 지지할 것인지 여부임. “CSR”(또는 “지속가능성”)이 하나의 헌법적 가치로서 수용할 만한지. CSR을 극단적으로 이끌 경우 헌법적 정당화가 가능한지, 아니라면 어느 정도 수준까지 가능한지 등이 구체적으로 논의될 수 있을 것임. 적어도 CSR의 비전은 주주자본주의가 아니라는 것은 명백함. 그러한 맥락에서 국가개입의 한계와 정당화에 관한 논의를 해야 할 것임. CSR의 한국적 비전을 구체화하는 작업이 될 것임.

국제법의 국내적 효력 및 적용에 관한 논의. 특히 인권과 관련한 국제규범의 도입하는 문제에 대해서 논의할 만함. 미국의 경우 국제법 위반을 이유로, 외국기업(주로 미국기업)이 외국에서 저지른 인권침해에 대해서 그 침해를 받은 외국인이 국제인권법 위반을 이유로 미국법정에서 손해배상소송을 제기하도록 허용하는 법을 가지고 있음(Alien Tort Statute). 실제로 많은 소송이 벌어지고 있음. 우리나라의 경우에도 그러한 것이 가능할지.

경제학, 경영학, 법사회학 등 학제적 연구가 필요한 분야임.

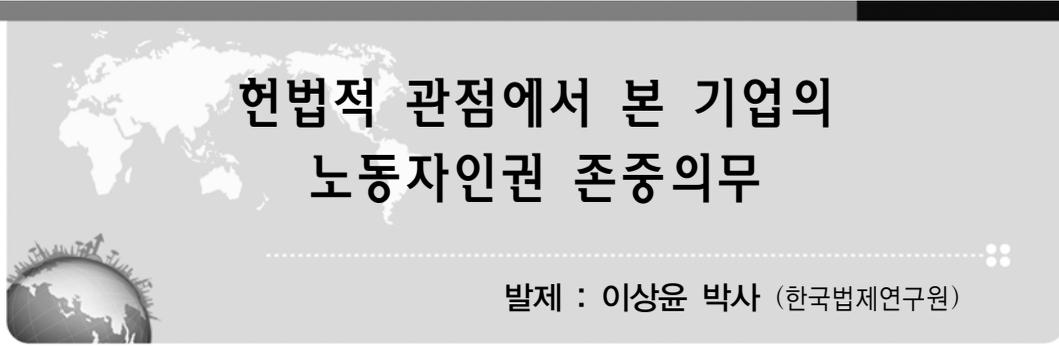
2	Contents	Page
3	1 Scope	1
4	2 Terms, definitions and abbreviated terms	2
5	2.1 Terms and definitions	2
6	2.2 Abbreviated terms	5
7	3 Understanding social responsibility	5
8	3.1 The social responsibility of organizations: Historical background	5
9	3.2 Recent trends in social responsibility	6
0	3.3 Characteristics of social responsibility.....	7
1	3.4 The state and social responsibility	10
2	4 Principles of social responsibility	10
3	4.1 General.....	10
4	4.2 Accountability	10
5	4.3 Transparency.....	11
6	4.4 Ethical behaviour.....	11
7	4.5 Respect for stakeholder interests.....	12
8	4.6 Respect for the rule of law.....	12
9	4.7 Respect for international norms of behaviour	13
0	4.8 Respect for human rights	14
1	5 Recognizing social responsibility and engaging stakeholders	14
2	5.1 General.....	14
3	5.2 Recognizing social responsibility.....	14
4	5.3 Stakeholder identification and engagement.....	17
5	6 Guidance on social responsibility core subjects	19
6	6.1 General	19
7	6.2 Organizational governance	21
8	6.3 Human rights	22
9	6.4 Labour practices	32
0	6.5 The environment.....	40
1	6.6 Fair operating practices	46
2	6.7 Consumer issues.....	50
3	6.8 Community involvement and development	58
4	7 Guidance on integrating social responsibility throughout an organization	67
5	7.1 General.....	67
6	7.2 The relationship of an organization's characteristics to social responsibility	67
7	7.3 Understanding the social responsibility of an organization	68
8	7.4 Practices for integrating social responsibility throughout an organization	71
9	7.5 Communication on social responsibility	73
0	7.6 Enhancing credibility regarding social responsibility	76
1	7.7 Reviewing and improving an organization's actions and practices related to social responsibility	77
2	7.8 Voluntary initiatives for social responsibility	80
3	Annex A (informative) Examples of voluntary initiatives and tools for social responsibility	82
4		

제 2 주 제

헌법적 관점에서 본 기업의 노동자인권 존중의무

발제 : 이상윤 박사 (한국법제연구원)





헌법적 관점에서 본 기업의 노동자인권 존중의무

발제 : 이상윤 박사 (한국법제연구원)

I. 들어가며

근대적 인권개념은 주로 시민과 국가의 대립관계에서 형성되어 왔으며, 근대시
민혁명의 철학적 배경을 이룬 자연법사상과 이를 문서화한 영국의 대헌장(Magna
Carta, 1215)과 권리장전(Bill of Rights, 1689), 프랑스의 인간과 시민의 권리선언
(Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789), 미국독립선언문(The
Declaration of Independence, 1776) 등의 핵심은 국가의 간섭과 통제로부터 자유
로운 시민의 권리를 보장하는 것에 있다.¹⁾ 이러한 시민의 자연적 권리를 국가에
대해서도 주장할 수 있도록 하기 위하여 자의적 변경을 금지하고, 정부의 침해에
대하여도 안전할 수 있도록 헌법에 기본권으로서 보장할 필요가 있게 되었고,²⁾
이로부터 미국헌법을 비롯하여 우리나라 등 다양한 국가의 헌법에서 명문으로
규정되어 있다.³⁾ 여하튼 근대적 인권개념은 국가로부터의 시민의 자유와 권리,

1) 곽노현·정경수·최정철·강주현·홍성수·심재진, 기업인권경영 모범사례 연구 및 자가진단도구 개발, 국가인
권위원회, 2009. 11, 13면 참조(이하 이 연구용역보고서는 “인권위, 기업인권경영(2009)”으로 인용하기
로 함). 영국과 미국의 권리장전에 관해서는 심경수, 미국헌법의 권리장전에 대한 개관, 법학연구 제11
권 제1호(충남대학교 법학연구소, 2000), 125-139면 참조.

2) 홍성방, 인권과 기본권의 역사적 전개, 한림법학 FORUM 제7권(한림대학교 법학연구소, 1998), 61면
참조.

즉 개인의 자유로운 생활영역에 대한 국가권력의 개입이나 간섭의 배제를 의미하고 있다. 따라서 근대적 인권개념에 있어서 인권침해는 주로 국가권력의 개입과 간섭에 대한 자유의 침해를 의미하는 것으로 파악되어 왔으며, 실제로 다양한 국제인권규범에서도 국가에 대한 인권보호를 중심으로 규정하여 왔다.⁴⁾

그러나 20세기 후반 이후에는 기업, 언론매체, 재단, 노동조합, 병원, 무역협회, 대학 등과 같은 거대하게 조직화된 사적 집단, 즉 “거대사인(巨大私人)”의 출현은 사회의 각 분야에 많은 변화를 가져왔고, 국가의 사회적·경제적·정치적 생활에 직접적·결정적인 영향력을 행사하고 있다.⁵⁾ 이로부터 국가권력에 의한 행위 이외에 사회적 세력 또는 일반사인의 행위에 의해서도 인권침해를 받고 있으며, 사인에 의한 인권침해의 위험은 점차 증가할 것으로 예상되고 있다.⁶⁾ 즉, 기존에는 공적 영역의 주체인 국가만이 인권침해의 주체로 상정되었으나, 오늘날에는 기업 등의 국가 이외의 행위자가 노동자의 권리를 침해하거나 차별행위를 하는 등과 같이 사적 영역의 모든 주체가 인권침해자가 될 수 있다는 것이다.⁷⁾ 초기에는 이러한 문제를 노동기준 등에 관한 법률의 제정으로 기업에 의한

3) 이와 같이 자연적 권리이자 초실정법적 권리로서의 “인권”이 실정법적·국가법적으로 확인되어 명문화됨으로써 “기본권”으로 변천하여 오늘에 이르고 있다. 우리나라 헌법 제10조에서도 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확보하고 이를 보장할 의무를 진다”고 하고, 그 밖의 다양한 기본권을 규정하고 있다. 헌법 제10조 전문에서 규정하고 있는 인간의 존엄성은 우리나라 실정법 질서의 정점에 위치하고 있으며, 기본권보호의 중요한 헌법원칙이자 근본규범, 최상·최고의 헌법적 가치로 이해되고 있다. 김철수, 인권과 기본권의 근본으로서의 인간존엄성(상), 사법행정 제39권 제4호(1998. 4), 30, 32면 참조.

4) 이와 관련하여 “인권”이란 실정법에 의하여 인정되는 권리와 실정법과 관계없이 인간이라는 이유로 인간이 갖는 초실정법적 권리로서 기본권보다 넓은 개념으로 볼 수 있으나, 본 연구에서는 기업과 인권의 헌법적 고찰이라는 연구범위의 광범위성을 고려하여 인권과 기본권을 구별하지 않고, “인권”이라는 용어를 사용하기로 한다. 참고로 국가인권위원회법에서도 인권을 “헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”로 정의하고 있다(제2조제1호).

5) N. J. Horowitz, *The History of the Public/Private Distinction*, 130 U. Pan. L. Rev. 1423, 1428 (1982).

6) 이노홍, 기본권 대사인적 효력에 관한 미연방대법원의 심사기준-공적 기능이론(Public Function Theory)을 중심으로-, 미국헌법연구 제15권 제1호(2004), 163, 168면 참조.

7) 조효제, 인권의 문법, 후마니타스, 2007, 184-186면 참조.

인권침해를 국가적 차원에서 통제할 수 있었으나, 기업의 영향력이 커지면서 국가를 통한 통제가 점차 어렵게 됨으로써 인권침해의 예방과 인권의 증진을 위한 새로운 대안이 필요하게 되었다.⁸⁾ 이로부터 기업, 특히 다국적 기업을 규율하는 다양한 국제인권규범의 확립과 인권의무의 이행을 위한 절차적 장치의 마련이 모색되어 왔으며, 법적 규제의 곤란성으로 인하여 법적 책임에 대신하여 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility, CSR) 등이 부각되어 온 것이다.⁹⁾

이와 같이 현대사회에 있어서 기업과 인권의 문제는 더 이상 피할 수 없는 기업경영의 핵심적인 문제라 할 수 있으며, 우리나라에서도 기업의 사회적 영향력이 확대됨에 CSR의 필요성에 대한 공감대는 형성되어 있다고 평가되고 있다.¹⁰⁾ 다만, 기업과 인권에 관한 법학적 차원, 특히 인권 및 기본권의 보호를 다루는 헌법학적 차원에서의 연구는 거의 찾아볼 수 없는 실정이다. 이로부터 이 연구에서는 기업과 인권의 현실과 규범적 구조를 헌법학적 관점에서 살펴보고, 관련이론을 분석함으로써 기업의 인권보호를 위한 헌법학적 과제를 제시하고자 한다.

II. 기업과 인권의 만남과 인권경영의 내용

1. 기업에 의한 인권침해의 양상

(1) “기업사회”와 도래와 인권

주지하는 바와 같이 1919년 국제노동기구(ILO)가 창설된 이래 노동권의 개념

8) 정경수, 다국적 기업의 인권의무 확립을 위한 국제법적 모색-국제인권법의 수평적 효과를 중심으로, 민주법학 제22호(2002), 224-225면 참조.

9) 기업의 사회적 책임에 대하여는 이상윤, 기업의 사회적 책임(CSR)의 공법적 과제, 아주법학 제4권 제1호(2010), 275-317면 참조.

10) 장선구·석상훈, 기업의 사회적 책임(CSR) 연구의 진화과정과 신통합적 접근법, 경영사학 제22집 제3호(2007), 261면 참조.

과 형태가 다양하게 발전하였으며, 1948년의 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)과 1966년의 국제인권규약에서도 노동자의 권리가 규정되었으나, 이와 같이 기업활동과 인권을 직접적으로 연결하여 논의한 것은 비교적 최근의 일이다.¹¹⁾ 즉, 오늘날 기업활동으로부터 자유로운 영역을 거의 찾아보기 힘들고, 과거 개념적으로 구분되어 오던 국가, 공적 영역, 민간영역의 경계선조차 흐려지고 있으며, 이로부터 인권이라는 관점에서 기업에 대하여 사회적·정치적 책무성이 강조되기에 이른 것이다. 물론 기업의 활동은 인권에 대하여 긍정적인 영향과 부정적인 영향을 미칠 수 있는 양면성을 갖고 있는 것으로 파악되어 왔다. 즉, 기업의 자유의 확대는 인권에 부정적인 영향을 미치기도 하지만, 기업의 활동은 반드시 반인권적인 것이 아니며, 고용의 창출, 세금납부를 통한 사회복지재원의 마련, 의료·교육 등 사회적 서비스의 제공을 통한 공동체 발전에의 기여라는 긍정적인 측면도 인정되어 왔다. 다만, 기업의 영향력의 증대로 인하여 현재 우리나라를 비롯하여 대부분의 국가는 대다수의 국민이 기업의 범위 내에서 생활하고, 개인의 생활과 권리는 기업의 영향을 배제하고는 생각할 수 없는 사회, 기업 내지 회사가 국민의 대다수를 지배하고 있는 사회, 기업이 중심이 되어 움직이는 사회, 즉 “기업사회”에 직면하고 있다. 이러한 “기업사회”는 후술하는 다양한 인권침해로 인하여 “기업에 의한 인권침해의 온상”¹²⁾이 될 수 있으며, 이로부터 발생하는 “인권사각지대” 내지 “인권예외지역”을 해소하기 위해서는 “기업사회와 인권”이라는 현상인식이 필요할 것이다.

(2) 인권침해의 유형과 내용

전술한 “기업사회”에 있어서 기업의 인권침해는 일반적으로 직접적 침해와 간

11) 조효제, 인권경영의 모색 : 쟁점과 비판, 아세아연구 제51권 제3호(고려대학교 아세아문제연구소, 2008), 128면 참조.

12) 三並敏克, 企業と人權, JURIST 第1244号(2003), 130-131頁 참조.

접적 침해로 구분되어 논의되고 있으며, 전자는 기업이 인권을 직접적으로 침해하는 것을 말하고, 후자는 인권을 침해하는 체제를 지원하는 것을 말한다. 직접적 침해에는 인권탄압 권력과 연루되거나 결탁하는 경우, 개도국에 진출한 다국적 기업이 현지에서 저임금을 제공하고, 노동조합의 결사의 자유를 억압하며, 아동노동과 강제노동을 방조하고, 노동착취형 공장을 운영하는 것 등이 포함된다. 한국의 기업도 외국의 독재정권과 연루되었다는 의혹을 받고 있거나,¹³⁾ 저임금과 불안정한 노동조건 등의 문제를 야기하고 있는 것으로 보고되고 있다. 간접적 침해에는 자유시장의 결과로 인한 불평등, 불균형 발전, 투기성 자본의 폐해, 기업의 무책임한 이전, 자본이 국가를 압박한 결과로 초래된 세금감면, 공공지출의 삭감, 노동기준의 악화 등이 포함된다.¹⁴⁾

또한 기업과 다국적 기업이 침해할 수 있는 권리의 종류에는 특별한 제한이 없으며, 시민적 권리 및 정치적 권리와 경제적·사회적·문화적 권리뿐만 아니라 국제인도법, 선주민의 인권, 정보권, 환경권 등 다양한 형태의 권리에 대한 침해로 나타나고 있다.¹⁵⁾ 즉, 기업의 정책이나 활동은 자신들이 고용하고 있는 노동자의 노동인권에 직접적인 영향을 미치고, 기업이 오염물질을 방류할 경우에는 건강권을 침해할 수 있다. 미개발지역에 대한 과도한 개발이 해당 지역주민의 경제적·사회적·문화적 권리를 침해할 수도 있다. 유전개발의 과정에서 주민과 노동자의 반발을 저지하기 위하여 현지의 공권력이 주민과 노동자를 과도하게 처벌하게 되면, 각종 시민적 및 정치적 권리가 침해되기도 하며, 그 개발과정에서 현지주민을 강제로 이주시키거나 강제노동에 동원하는 경우에는 이동권, 거주권, 반강제노동권 등이 침해되기도 한다.¹⁶⁾

13) 황필규, 다국적 기업의 인권침해에 대한 법적 대응-해외한국기업의 현지(피고용)인 인권침해에 대한 국내법원에서의 민형사상 소송 가능성을 중심으로-, 국제민주연대 토론회 자료(2005. 4. 12)

<http://khis.or.kr/bbs/board.php?bo_table=pds_multicorp&wr_id=53&page=2> 참조.

14) 인권위, 기업인권경영(2009), 14면 ; 조효제, 인권경영의 모색(전계), 129면 참조.

15) 정경수, 다국적 기업의 인권외무 확립을 위한 국제법적 모색(전계), 213-216면 참조.

16) 인권위, 기업인권경영(2009), 14-15면 참조.

(3) 다국적 기업의 인권침해

지구화의 가속화에 따라 국제무대에 새롭게 등장한 비국가기구, 세계은행, 국제 통화기금 등의 국제금융기구, 다국적 기업 등의 사회적 세력들에 의한 인권침해가 문제로 되고 있으며, 특히 개별국가로 활동이 제한되지 않는 다국적 기업(Multinational Corporations, MNCs) 내지 초국적 기업(Transnational Corporations, TNCs)¹⁷⁾의 등장은 인권침해의 문제를 더욱 심각하게 만들고 있다. 오늘날 기업의 활동은 국가가 모든 것에 대하여 법적으로 통제할 수 없을 정도로 영향력과 범위가 확대되어 있고, 특히 다국적 기업은 인권침해의 주요주체로 간주되고 있으며, 이로부터 국가주권은 사실상 다국적 기업에게 넘어갔다고까지 표현되고 있다.¹⁸⁾ 인권의 증진과 보호에 대한 책임은 국가에 있으나, 국가가 직접적으로 관여할 수 없는 인권침해의 사례가 증가하고 있다는 것이 문제로 부각되고 있다. 다만, 사적 기업이 개인의 인권을 침해한 경우에 대한 국가적·규범적 강제적용은 간단한 문제가 아니다. 이로부터 전술한 바와 같이 다국적 기업을 규율하는 국제인권규범의 확립과 인권의무의 이행을 위한 절차적 장치의 확립이 모색되고 있는 것이다. 여하튼 기업에서의 인권문제는 더 이상 피할 수 없는 기업경영의 핵심적인 문제이며, 이로부터 “인권경영”의 필요성 및 중요성이 부각되고 있는 것이다.

2. 인권경영의 의의와 내용

(1) 인권경영의 의의

인권경영의 의의를 명확하게 하기 위해서는 기업의 사회적 책임경영, 윤리경

17) 일반적으로 “초국적 기업”이 “다국적 기업”보다 포괄적인 개념으로 사용되고 있으며, UN에서도 공식적으로 “초국적 기업”이라는 용어를 사용하고 있으나, 본고에서는 이를 구별하지 않고 “다국적 기업”이라는 용어를 사용하기로 한다.

18) 인권위, 기업인권경영(2009), 16면 참조. 여기에서는 국가의 국내총생산과 기업의 수입을 비교하면서, 제너럴모터스(GM)의 총수입은 덴마크나 태국과 비슷하고, 토요타(TOYOTA)의 수입은 포르투갈이나 말레이시아와 비슷한 수준에 이르고 있다고 한다.

영 등의 용어를 살펴볼 필요가 있을 것이다. 기업의 사회적 책임(CSR)은 아직 확정적 개념으로 정립되어 있지는 않지만, 일반적으로 주어진 특정시점에서 사회가 기업에 대하여 가지고 있는 경제적·법률적·윤리적·재량적 기대를 모두 포함하는 것으로서, 개인·조직·사회제도 간의 상호의존성의 인식과 그것을 도덕적·윤리적·경제적 가치의 틀에서 행동으로 옮기는 것이라든가, 단순한 이윤원리를 초월하여 기업의 활동이 사회의 복지에 공헌하도록 경영관리를 수행해 나가는 것으로 정의되고 있다.¹⁹⁾ 이러한 다양한 정의에 기초하여 기업의 사회적 책임을 정의하면, 기업의 활동으로 인하여 발생하는 사회적·환경적 영향에 대하여 기업이 부담하는 법적·윤리적 책임이라 할 수 있을 것이다. 즉, 기업의 사회적 책임은 다양한 이해관계자(노동자, 고객, 공급업체, 지역사회, 규제자, 특수이익집단, 정부, 사회전체, 자연환경 등)의 기대와 필요에 대하여 기업이 어떠한 책임을 져야 하는지의 문제인 것이다.²⁰⁾ 이러한 기업의 사회적 책임을 완수하기 위해서는 법을 준수해야 하고(준법경영), 합법적일 뿐만 아니라 윤리적으로도 바람직한 행위를 해야 하며(윤리경영), 합법적·윤리적일 뿐만 아니라 적극적으로 사회적인 책임을 지는 경영(사회적 책임경영)을 해야 한다.²¹⁾

이러한 사회적 책임경영이나 윤리경영과 구별되는 인권경영의 차별적 개념요소를 발견함에 있어서는 기업의 사회적 책임에 관한 국제적 가이드라인의 하나인 UN 글로벌콤팩트(United Nations Global Compact, UNGC)²²⁾가 중요한 단서를

19) 기업의 사회적 책임의 개념에 대하여는 이동승, 기업의 사회적 책임, 안암법학 제29호(2009), 300면 ; 김성수, 기업의 사회적 책임(CSR)의 이론적 변천사에 관한 연구, 기업경영연구 제16권 제1호(2009), 4면 등을 참조.

20) 인권위, 기업인권경영(2009), 21면 참조.

21) 이상민·최인철, 재인식되는 기업의 사회적 책임, 삼성경제연구소, 2002, 21면 참조.

22) UNGC는 세계 최대의 자발적 기업시민 이니셔티브로서, 전 세계 135 여개국의 8,000여개에 달하는 참여기관이 국제적으로 인정된 원칙에 바탕을 둔 인권, 노동, 환경, 반부패 분야의 “10대원칙”을 기업 전략과 경영활동에 결합시킬 수 있는 틀을 제공하고 있다. 이 UNGC 외에도 기업의 사회적 책임에 관한 국제적 가이드라인에는 OECD 다국적 기업 가이드라인(OECD Guidelines for Multinational Enterprises)이나 사회적 책임에 대한 국제표준(ISO26000) 등이 있다.

제공하고 있다. UNGC의 “10대원칙” 중에서 “인권(Human Rights)” 분야에서는 “기업은 국제적으로 선언된 인권의 보호를 지지하고, 존중해야 한다”(제1원칙)고 하고, “기업은 인권침해에 가담하지 않아야 한다”(제2원칙)고 규정하고 있다.²³⁾ 이로부터 보면, 인권경영은 기업이 인권을 보호하고, 인권침해에 가담하지 않아야 한다는 것을 기본으로 하면서, 사회적 책임경영에서 말하는 환경과 지역사회에 대한 책임 등의 요소들도 두루 포함하고 있다고 할 수 있다.²⁴⁾ 기업의 사회적 책임은 규범화·법제화되기보다는 기업에 대한 사회적 요청의 수준에 머무르는 경우가 많으나, 인권경영의 개념은 국제적으로 정립된 “인권규범”에서 출발하여 개념요소를 확장하거나 적용범위가 확대되고 있기 때문에 더욱 강력한 규범적 효력을 가질 수 있다는 장점이 있다. 따라서 인권경영은 사회적 책임경영이나 윤리경영보다 원칙적으로 더욱 강력한 절대적 규범을 요청하는 패러다임이며,²⁵⁾ 이로부터 국제인권법의 규범적 효력이 기업에게도 미칠 가능성이 도출되고 있다.

(2) 인권경영의 내용

인권경영의 기본적인 내용은 전술한 UNGC의 인권 부분에서 들고 있는 제1원칙과 제2원칙에서 발견할 수 있으며, “영향권 내”²⁶⁾에서의 “인권존중의무”와 “인권침해 공범회피의무”로 요약할 수 있으나,²⁷⁾ 이하에서는 인권존중의무를 중

23) 국가인권위원회, 2010년 기업과 인권포럼 보고서-인권경영의 이해, 2010, 23-24면 참조(이하 이 보고서를 “인권위, 인권경영의 이해(2010)”로 인용함).

24) 인권위, 기업인권경영(2009), 26면 참조.

25) 조효제, 인권경영의 모색(전계), 140면 참조.

26) 여기에서 영향권은 일반적으로 “기업이 정치적·계약적·경제적 혹은 지리적으로 어느 정도 근접해 있는 개인”을 포함하는 개념으로서, 자사직원은 물론 기업활동에 영향을 받는 공동체, 기업의 사업파트너(공급업체, 계약업체, 하청업체, 용역업체 등), 소비자 등을 포함하고 있다. 따라서 기업의 직접적·내부적인 영역뿐만 아니라 기업의 영향력이 미치는 영역이라 하겠다. 인권위, 기업인권경영(2009), 28-29면 참조.

27) 기업의 인권존중의무의 내용으로는 권리존중의무, 상당주의의무, 공범회피의무로 구분하여 논의하는 경우도 있다. 인권위, 인권경영의 이해(2010), 9-15면 참조.

심으로 살펴보기로 한다. 1948년의 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights) 전문에는 “모든 개인과 조직이……회원국 국민들의 보편적 자유와 권리신장을 위해 노력하도록”하고 있어 기업도 인권의 보호와 증진을 위하여 노력해야 하는 인권존중의무를 지고 있다. 인권존중의무를 수행하기 위하여 기업은 우선 해당 국가의 실정법에서 요구하고 있는 기본적 인권을 준수해야 하며, 나아가 국제적으로 인정되는 인권의 보호를 지지하고 존중해야 한다. 따라서 기업은 해당국가의 인권관련 국내법은 물론 세계인권선언, 1966년의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR), 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR) 등과 같은 국제인권장전, 그 밖의 국제인권조약과 국제관습법에서 인정하는 모든 인권에 대한 책임으로부터 자유로울 수 없는 것이다.

(3) 인권경영의 한계

이상에서 서술한 기업의 인권책임을 인정하는 경우, 예컨대 인권이 국제법과 국내법에 의해 보장되고 있는 경우, 인권의 침해 내지 인권존중의무의 불이행은 법원의 소송을 통하여 그에 상응하는 법적 책임을 수반하게 된다.²⁸⁾ 다만, 인권의 이념을 사적 기업에 직접적으로 적용하는 것은 법적으로 곤란한 측면이 있고, 다국적 기업의 경우에는 사업범위가 여러 국가에 걸쳐 있으므로 국내법과 국제법의 적용이 쉽지 않다. 이러한 한계적 상황에서 기업 및 다국적 기업에 의한 인권침해를 규제하는 방법으로는 시장에 기반을 둔 자율규제, NGO에 의한 감시와 압력, ILO·UN·OECD·WTO 등과 같은 국제기구에 의한 규제, 각 국가

28) 기업의 인권준수의무라는 차원에서 기업의 인권침해상황에 대한 사법적 구제절차 등에 대한 연구로는 박지현, 국제법위반에 대한 민간군사기업(PMCs)의 책임, 국제법학회논총 제53권 제1호(대한국제법학회, 2008), 39-59면을 들 수 있다.

의 개별입법에 의한 규제, 각 국가의 인권위원회를 통한 규제 등을 생각할 수 있을 것이다.²⁹⁾ 이러한 논의는 기본적으로 시장논리에 따라 움직이는 기업의 속성을 활용하여 기업이 자발적·자율적으로 인권을 존중하도록 일정한 체계를 구축해야 한다는 자율적 규제주의³⁰⁾와, 자율적 규제만으로는 실효성이 없다는 관점에서 국제법적으로 구속력이 있는 규범과 이행을 감시·촉진하는 기구를 설치하여 강제로 규제하자는 법적 규제주의로 대별할 수 있을 것이다. 이러한 2개의 입장의 타당성은 별도로 하고, 기업과 인권의 헌법적 고찰이라는 연구의 범위를 고려하여 이하에서는 법적 규제주의를 취할 경우를 예정하여 기업과 인권의 규범적 구조와 헌법적 논의상황을 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 기업과 인권의 규범구조와 헌법적 논의

1. 기업과 인권의 규범적 구조

(1) 국제규범

전술한 바와 같이 기업의 인권경영 및 인권존중의무를 정립·제시하려는 노력은 주로 UN을 비롯한 국제기구에 의하여 추진되어 왔다. 즉, 1976년에는 OECD가 다국적 기업 가이드라인(Organization for Economic Co-operation and Development Guidelines for Multinational Enterprises)을 제정한 후, 1977년에는 ILO가 다국적

29) R. G. Steinhardt, "Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights", in P. Alston (ed.), *Non-state Actors and Human Rights* (Oxford Univ. Press, 2005), pp. 184-194. 이 문헌은 인권위, *기업인권경영*(2009), 32면의 각주 58)에서 재인용.

30) 홍성필, *다국적 기업의 인권책임 : 의의와 집행을 중심으로*, 인권과 정의 제384호(2008), 51-53면 참조. 이와 관련하여 최근 기업을 둘러싼 사회적·환경적 상황을 중시하여 “기업의 사회적 책임에 대한 기업의 자발적 접근방법은 이미 실패하였다”는 평가를 받고 있다. 정운용, *기업의 사회적 책임에 대한 기본적 인식의 전환, 기업과 법무 제1호*(한국기업법무협회, 2011), 28면 참조.

기업과 사회정책 원칙에 관한 삼자선언을 채택하였고, 2000년에는 UN이 글로벌 콤팩트와 10대원칙을 제정하였으며, 2003년에는 인권위원회 소위원회가 초국적 기업 및 기타 사업체의 인권책임에 관한 규범초안을 마련하였다. 그 밖에도 기업의 사회적 책임에 대한 다양한 국제기준이 있으며, Global Reporting Initiative (GRI)의 G3 가이드라인, 국제표준화기구가 만든 ISO26000 등이 있다.³¹⁾ 다만, 이러한 국제규범 중에서 “국제인권법”³²⁾의 효력과 관련하여 헌법학적 논의의 대상으로 할 수 있는 것은 세계인권선언, 1966년의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)과 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(ICESCR) 등의 국제인권장전, 기타의 국제인권조약 등이다. 국제인권장전으로 불리고 있는 세계인권선언과 ICCPR 및 ICESCR은 기업의 인권경영 및 인권존중의무의 핵심적 이념을 규정하고 있는 문서로 인식되고 있으며, 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

세계인권선언은 전문과 30개의 조문으로 구성되어 있으며, 인간의 존엄과 평등을 위한 기본원리를 제시하고 있고(제1조, 제2조), 생명권과 신체의 자유 등의 시민적·정치적 권리를 규정하고 있으며(제3~21조), 노동3권과 사회보장권 등의 경제적·사회적·문화적 권리를 규정하고 있다(제22~27조). 이 세계인권선언은 법적 구속력이 없고, 그 이행을 위한 국가의 의무도 제시되어 있지 않으며, 내용적으로도 시민적 및 정치적 권리에 비하여 경제적·사회적 및 문화적 권리가 충분히 제시되어 있지 못하다는 한계가 있다. 다만, 인류의 역사상 처음으로 보편적 인권목록을 제시·합의했다는 점에서 큰 의의를 발견할 수 있으며, 현재 각종 인권관련 기준 및 규범에서 기본적인 문서로 인식되고 있다. 또한 세계인권선언의 내용에 법적 구속력을 부여하고, 이행을 위한 제도를 도입하기 위하여 인권조약

31) 이러한 국제규범의 구체적 내용 등에 관하여는 인권위, 인권경영의 이해(2010), 21면 이하 참조.

32) 헌법학에서 “국제인권법”은 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약과 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약뿐만 아니라 아동의 권리에 관한 협약 등 인권보장을 위한 국제법규가 모두 포함되는 포괄적인 용어로 사용되고 있다. 전학선, 국제인권법과 헌법재판, 미국헌법연구 제19권 제1호(2008), 173면 참조.

의 성안과 채택이 추진되었으며, 그 결과 탄생한 것이 ICCPR과 ICESCR이다. 이 2개의 규약은 세계인권선언과는 달리 조약으로서의 지위를 갖고 있으며, 당사국에 대하여 일정한 법적 의무를 부여하고 있다.³³⁾

(2) 헌법

기업과 인권에 관한 명확한 국내적 규범 내지 기준은 존재하지 않지만, 기업의 사회적 책임이나 인권경영 및 인권존중의무의 핵심적 원칙을 정하고 있는 국제인권장전의 이념은 우리나라 헌법규정에도 포함되어 있다. 즉, 우리나라 헌법 제2장에서는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(제10조)을 규정함과 동시에 신체의 자유(제12조 제13조), 거주·이전의 자유(제14조), 직업선택의 자유(제15조), 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 자유(제18조), 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 언론·출판의 자유(제21조), 학문·예술의 자유(제22조), 재산권(제23조) 등의 자유권적 기본권을 규정하고 있다. 또한 사회적 기본권으로서 교육을 받을 권리(제31조), 노동의 권리와 노동3권(제32조, 제33조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조), 환경권(제35조), 혼인·가족·모성보호·보건에 관한 권리(제36조)를 규정하고 있다. 그 밖에도 참정권적 기본권으로서 선거권(제24조), 공무담임권(제25조), 국민투표권(제72조, 제103조)을 규정하고 있으며, 청구권적 기본권으로서 청원권(제26조), 재판청구권(제27조), 형사보상청구권(제28조), 국가배상청구권(제29조), 범죄피해자구조청구권(제30조) 등을 규정하고 있다. 헌법에서 규정하고 있는 기본권조항은 우리나라 헌정질서의 핵심적인 부분으로서 국민의 기본권보장을 최우선의 과제로 해야 한다는 국가적

33) ICCPR은 세계인권선언에서 규정되지 않았던 계약상 의무이행 불만만으로 구금되지 않을 권리(제11조), 자유를 박탈당한 모든 사람이 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급받을 권리(제10조), 모든 아동이 특별한 보호를 받을 권리(제24조) 등이 새로이 추가되었다. ICESCR의 경우에는 세계인권선언과 ICCPR에 비하여 더욱 많은 권리가 추가적으로 규정되었다. 인권위, 기업인권경영(2009), 41-43면 참조.

과제를 명확하게 하고 있으며, 이를 기업의 인권책임으로 확장하면, 기업이 지켜야 할 가장 기본적인 인권규범이라고도 할 수 있을 것이다.

(3) 법률

이상에서 서술한 헌법상의 기본권은 법률에 의해서 구체화되어 있으며, 기업이 직·간접적으로 지켜야할 법률의 수는 매우 많다. 첫째, 노동인권 관련 것으로는 근로기준법, 고용보험법, 파견근로자보호 등에 관한 법률, 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률, 산업안전보건법, 장애인고용촉진 등에 관한 법률, 영유아보육법, 고령자고용촉진법, 고용정책기본법, 고용보험법, 직업안정법, 여성발전기본법, 노동조합 및 노동쟁의조정법, 사내근로복지기금법 등을 들 수 있다. 둘째, 외부의 이해관계자 관련환경, 소비자, 주주 등에 관한 법률로는 약관규제법, 소비자보호법, 주식회사의 외부감사에 관한 법률, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 환경정책기본법, 하도급거래공정화에 관한 법률 등을 들 수 있다. 그 밖에 차별금지에 관한 법률로는 남녀고용평등법, 국가인권위원회법, 근로자파견법, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 등을 들 수 있다.³⁴⁾ 이러한 헌법적 기본권을 구체화한 법률의 준수 또한 기업의 인권책임에 있어서 기본적인 사항이라 하겠다.

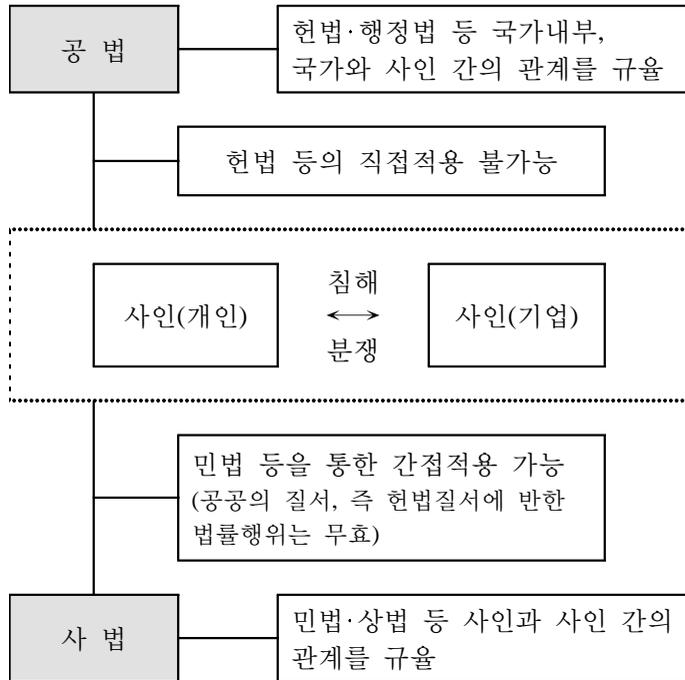
2. 기업과 인권의 헌법학적 논의

(1) 공법으로서의 헌법의 한계

전술한 헌법의 인권규정과 기업의 인권존중의무를 책임을 생각함에 있어서는 우선 헌법의 인권규정을 사인, 특히 법인격을 가지는 기업 등에 대하여도 주장할

34) 한겨레경제연구소, 행복한 일터를 위한 『인권경영 입문』, 2008, 89-99면 참조.

〈공법으로서의 헌법의 한계〉



수 있는가가 문제로 된다. 일반적으로 법에는 공법(Public law)과 사법(Private law, Privatrecht)이 있으며, 공법은 국가의 내부 또는 국가와 국민의 관계를 규정한 법이고, 사법은 사인과 사인의 관계를 규정한 법으로 이해되고 있다.³⁵⁾ 공법에는 헌법을 비롯하여 지방자치법, 국가공무원법 등이 포함되며, 사법에는 사인 간의 계약,

재산의 상속 등에 대하여 규정한 민법과 기업에 대하여 규정한 상법 등이 포함된다. 결국 이러한 2분법에 따르면, 헌법은 공법에 속하게 되고, 국가와 국민 간의 관계를 규정하는 것으로서, 기업과 기업 또는 기업과 근로자에 대하여는 직접적으로 적용되지 않는다. 이러한 공법으로서의 헌법적 한계를 극복하기 위한 것이 기본권의 대사인적 효력 내지 기본권의 제3자효, 기본권보호의무, 국제인권법의 효력 등에 관한 논의이다.

35) 또한 공법은 국가권력이 직접 지배·규제하는 공적·정치적 생활관계에 관한 법이며, 사법은 국가권력이 일단 후퇴하고 간접적인 지배체제 하에서 어느 정도 사적 자치(Privatautonomie)의 원칙을 용인하는 사적·경제적·가족적 생활관계에 관한 법이라고 한다. 최종고, 공사법과 한국법사상, 법학논총 제12집 (숭실대학교 법학연구소, 2000), 1-2면 참조.

(2) 기본권의 대사인적 효력

전술한 바와 같이 사회적·경제적 발전에 따라 국가권력의 행위 외에도 기업 등의 사회적 세력 또는 일반사인의 행위에 의한 기본권의 침해가 발생하고 있으며, 이러한 사인에 의한 기본권 침해의 위험은 점차 늘어갈 것으로 예상되고 있다. 이로부터 국가에 대한 국민의 공권으로서만 인정되었던 기본권이 사인 간에도 확대하여 적용할 필요성이 대두되었고, 다양한 이론들이 기본권의 대사인적 효력이라는 주제로 등장·소개되어 왔다. 결국 기본권의 대사인적 효력의 문제는 사법관계에 미치는 기본권의 효력의 문제인 것이다.³⁶⁾ 기본권도 헌법규범이므로 기본권이 사법관계의 정립과 해석·적용의 기준이 되는 것은 당연하지만, 대사인적 효력의 인정여부와 관련해서는 견해의 대립이 있다. 예컨대, 기본권은 공사법을 포함하는 최고법인 헌법상의 권리이므로 당연히 사인 간의 법률관계에도 직접 적용된다는 직접적용설,³⁷⁾ 사법관계에서 기본권은 헌법에 의해 직접 적용되는 것이 아니라 사법의 일반조항을 통하여 간접적으로 적용된다는 간접적용설, 기본권이란 원래 대국가적인 것이므로 국가와 사인간에 효력을 가질 뿐, 사인 간에는 사적 자치의 원리가 적용되므로 기본권이 적용되지 않는다는 효력부인설³⁸⁾ 등이 있다.

독일이론의 영향을 받아 우리나라 학계의 통설은 기본적으로 사인 간의 기본

36) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 401면 ; 문광삼, 헌법헌법학, 삼영사, 2010, 286면 ; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2010, 331면.

37) 독일연방노동재판소의 견해이지만, 이에 대하여는 사법과 공법의 구별을 공허하게 할 우려가 있고, 헌법규범의 추상성으로 인하여 대사인적 효력의 문제를 헌법규정으로 해결하기 어렵다는 비판이 있다. 임규철, 기본권의 제3자적 효력-독일에서의 학설과 판례를 중심으로, 공법연구 제32집 제2호(2003), 297면 참조.

38) 정종섭, 헌법학원론(제5판), 박영사, 2010, 339면 참조. 이 효력부인설에 대하여는 국가와 사회의 이원적 구별론이 극복되었으며, 기본권의 제3자효와 기본권보호의무 및 기본권충돌의 상호관련성을 경시하고 있으며, 사적 자치도 헌법상 기본권으로서 기본권 제한 및 보호의 범주에 있음을 간과하였다는 비판이 제기되고 있다. 장영철, 기본권의 제3자적 효력에 관한 이론적 연구, 공법연구 제37집 제3호(2009), 38면.

권 효력을 인정하기는 하지만, 그 적용은 법률의 개괄적인 조항, 즉 민법의 공서양속, 신의성실, 권리남용, 불법행위금지 등과 같은 사법상의 일반원칙을 통해서만 가능하다는 간접적용설을 취하고 있다. 이러한 간접적용설은 기본권의 대사인적 효력의 문제를 헌법해석의 차원이 아니라 법률해석, 사법의 일반조항의 해석차원에서 취급하게 됨으로써 기본권의 효력을 부인할 수 있다는 비판을 받고 있다.³⁹⁾ 또한 간접적용설에 대하여는 필연적으로 사법의 일반규정의 해석과 관련한 재판관의 광범위한 재량인정의 문제가 지적되고, 이에 따른 법적 안정성이 위협받을 수 있다는 비판도 제기되고 있다.

(3) 국가의 기본권보호의무

국가의 기본권보호의무란 어떠한 사인이 다른 사인에 대하여 기본적으로 법익의 침해를 받거나 침해를 받을 위험이 있을 때에 국가는 침해되는 기본권적 법익을 보호하기 위하여 적극적인 조치를 취할 의무가 있다는 것을 의미한다.⁴⁰⁾ 이 기본권보호의무 이론은 초기의 형법적 영역에서 출발하였으나, 오늘날에는 행정법적 영역에서는 물론 사법(私法)적 영역에서까지 적용되어 가고 있으며, 기본권의 대사인적 효력 이론을 대체할 수 있는 것으로 유력하게 주장되고 있다. 사회가 발전함에 따라 사회적 세력에 의한 기본권침해가 빈번하게 나타나고 있으며, 사회적 세력에 의한 인권침해가 국가에 의한 기본권 침해에 비하여 적지 않은 상황이다. 침해를 당하는 당사자의 입장에서 보면, 국가에 의한 침해이건 사회적 세력에 의한 침해이건 별다른 차이가 없다고 하겠다. 따라서 국가의 기본권침해에 대하여 방어할 필요가 있는 것과 마찬가지로 사인, 법인 등의 단

39) 이노홍, 기본권 대사인적 효력에 관한 미연방대법원의 심사기준(전개), 164면 참조.

40) 방승주, 사법질서에 있어서 국가의 기본권보호의무-최근 독일 연방헌법재판소 판례의 분석을 중심으로-, 공법학연구 제7권 제5호(2006), 47면 ; 김종보, 헌법의 객관성과 국가의 기본권보호의무, 공법학연구 제11권 제4호(2010), 28면 참조. 이에 대하여 서경석, 국가의 기본권보호의무 비판, 헌법학연구 제9권 제3호(2008), 393-424면에서는 국가의 기본권보호의무를 부정하고 있다.

체가 기본권을 침해할 때에도 방어할 필요가 있는 것이다. 이와 같이 국가의 기본권보호의무는 개인과 개인 및 국가 사이의 관계, 즉 “기본권적 3각관계”에서 문제가 되고 있는 것이다.⁴¹⁾

다만, 기본권보호의무의 내용에 대하여는 학설의 대립이 있다. 즉, 기본권침해의 주체와 관련하여 제3자인 사인에 한정된다는 견해,⁴²⁾ 국가의 기본권 침해도 포함된다는 견해⁴³⁾ 등으로 나누어져 있다. 또한 여기에서 말하는 제3자에 외국이나 자연해재 등도 포함되는지의 여부에 대하여도 이견이 있다.⁴⁴⁾ 그리고 보호되는 기본권의 종류, 즉 자유권만 해당하는지, 아니면 그 밖의 기본권에도 해당하는지에 대하여도 논란의 여지가 있다고 하겠다.⁴⁵⁾ 나아가 기본권보호의무의 헌법적 근거에 대하여도 논의가 있으며, 예컨대 기본권의 주관성에서 도출하는 견해,⁴⁶⁾ 객관성에서 도출하는 견해,⁴⁷⁾ 기본권규정이 아니라 국가의 본질에서 도출하는 견해,⁴⁸⁾ 헌법 제10조 제2문의 기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무의 세부적 내용으로 이해하는 견해⁴⁹⁾ 등이 있다.

41) 허완중, 기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무, 저스티스 제115호(2010), 77면 참조.

42) 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 제252호(1997), 84-85면 참조.

43) 송기춘, 국가의 기본권보장의무에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1999.

44) 제3자 외에 외국이나 자연해재 등이 제외된다는 견해로는 이부하, 헌법영역에서 기본권보호의무, 공법학연구 제8권 제3호(2007), 133면을 들 수 있고, 헌법 제10조 제2문의 구체적 내용의 하나로 자연재해방재의무를 인정하는 견해로는 허완중, 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무(전계), 96-100면을 들 수 있다.

45) 다만, 국가의 기본권보호의무에서 보호되는 기본권은 자유권에 한한다는 견해가 일반적인 것으로 보인다. 정태호, 기본권보호의무(전계), 86-87면 ; 이부하, 헌법영역에서 기본권보호의무(전계), 132-133면 참조.

46) 독일연방헌법재판소는 사인의 의하여 발생하는 국민에 대한 위해(원자력발전소 허가처분)에 대하여 국가에 대한 공동책임을 인정하였다. BVerfGE 53, 30 (58). 이 판결에 대하여는 이부하, 헌법영역에서 기본권보호의무(전계), 128-129면도 참조.

47) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III. Uüchen, 1988, S27, 906f. 이 문헌은 김종보, 헌법의 객관성과 국가의 기본권보호의무(전계), 29면 각주 7)에서 재인용.

48) 김철수, 헌법학개론(전계), 313면 ; 송기춘, 국가의 기본권보장의무에 관한 연구(전계), 100면.

49) 허완중, 기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무(전계), 68-105면.

(4) 국제인권법의 효력

현대사회는 국제화로 인하여 외국과의 다양한 관계 속에서 형성되고 있으며, 인권문제로 과거의 전통적인 시각에서 탈피하여 새로운 형태로 발전하고 있다. 전술한 바와 같이 개별적 국가차원에서 헌법전 등에 인권조항을 규정함에 그치지 않고, 국제적·세계적 차원에서 인권보장을 규범화, 즉 국제인권법(인권보장을 위한 국제법규라는 포괄적 의미)의 형태를 취하고 있는 것이다. 우리나라는 인권보장을 위하여 규범화된 국제인권법 중에서 많은 국제인권조약, 예컨대 2007년 8월 현재 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서(1990. 4. 10 가입), 고용정책에 관한 협약(1992. 12. 9 가입), 고용과 직업상의 차별에 관한 협약(1998. 12. 4 가입), 기업의 근로자대표에게 제공되는 보호 및 편의에 관한 협약(2001. 12. 27 가입) 등에 가입하고 있다.⁵⁰⁾ 이와 관련하여 헌법 제6조 제1항에 따라 일반적으로 승인된 국제법규로 보는 경우에는 국내법 질서에 수용되어 법적 효력을 가진다고 할 수 있으나, 헌법에 의하여 체결·공포된 조약으로 보는 경우에는 우리나라 정부가 적법하게 체결하여 공포한 조약만이 효력을 가지게 된다. 따라서 선언적 의미를 가지는 세계인권선언의 각 조항은 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 가지지 않으며, 정식으로 체결·공포된 조약 중 유보조항 등은 국내법적 효력을 가지지 않는 것이다. 여하튼 헌법학에서는 주로 국내법적 효력을 가지는 국제인권법이라도, 국내법 질서에서 어떠한 효력을 가지는 규범으로 인정할 것인가와 관련하여 헌법과 같은 효력을 가진다고 보는 견해(헌법동위설), 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 상위의 규범으로 보는 견해(중간가치설), 법률과 동일한 효력을 가지는 것으로 보는 견해(법률동위설) 등이 있으며, 구체적인 내용은 다음과 같다.

50) 전학선, 국제인권법과 헌법재판(전개), 174-177면 참조.

첫째, 헌법동위설에 따르면, 국제인권법이 헌법적 가치를 가진다고 하는 견해이므로, 국제인권법이 위헌법률심판의 재판규범이 될 수 있고, 국제인권법에서 규정된 인권에 대한 침해에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있다는 결론에 이른다. 이와 관련해서는 특히 국제인권법 중 ICCPR과 ICESCR은 헌법적 가치를 가진다는 견해가 있다.⁵¹⁾ 둘째, 중간가치설에 따르면 국제인권법이 헌법보다는 하위규범이며, 법률보다는 상위규범으로서의 가치를 가지나, 법률에 대한 위헌심사에 있어서 국제인권법이 재판규범으로 작용할 수 없다는 것이다.⁵²⁾ 또한 국제인권조약은 국내적으로 적용함에 있어서는 국내법 체계상 헌법에는 후위지만, 어떠한 국내법규보다는 우선적으로 적용되어야 한다는 견해도 있다.⁵³⁾ 셋째, 법률동위설에 따르면, 조약은 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가지고, 헌법 제60조 제1항의 국회동의에는 법률제정의 정속수와 동일하므로, 결국 조약은 법률과 동일한 효력을 가지며, 국제인권법은 조약의 형태로 성립되므로 법률과 동일한 효력을 가진다는 것이다.⁵⁴⁾ 이 법률동위설이 학계의 통설적 입장이라 하겠다.

51) 이명웅, 국제인권법의 국내법적 효력-헌법과의 관계 및 헌법재판에서의 법원성, 국가인권위원회 심포지엄 “국제인권법의 국내이행에 있어 문제점 및 대안”(2004. 10. 27), 54-55면. 즉, 세계인권선언이 법적 구속력이 없으므로 그 내용을 법적으로 구속력 있게 하기 위하여 제정된 ICCPR과 ICESCR은 현존하는 가장 중요한 국제법상의 인권규약이며, 이것은 인간의 존엄과 가치를 보호하기 위한 헌법적 차원의 성질을 가지는 법규범이라는 것이다. 또한 조약의 성립형식과 내용의 보편성에 따라 조약마다 개별적으로 파악하여 헌법적 효력, 법률적 효력, 명령·규칙적 효력을 인정해야 한다고 하면서, 국제인권규약은 헌법적 가치를 가진다고 파악하는 견해도 있다. 오승철, 국제인권규약(B규약) 제9조 제3항의 국내법적 해석·적용, 인권과 정의 제294호(2001), 143-144면.

52) 프랑스의 헌법재판소(conseil constitutionnel)의 견해로서, 전학선, 국제인권법과 헌법재판(전개), 183면 각주 9) 참조.

53) 박찬운, 실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용, 헌법학연구 제8집 제4호(2002), 74면 참조.

54) 조홍석, 한국에 있어서의 국제인권법의 국내법적 보장, 헌법학연구 제4집 제2호(1998), 84-84면 참조.

IV. 기업의 인권존중을 위한 헌법학적 과제

1. 대사인적 효력이론의 실태와 과제

(1) 대사인적 효력이론의 실태

전술한 기본권의 대사인적 효력에 관한 학설들은 사인에 의한 기본권 침해의 가능성을 인정하면서 구체적인 경우에 헌법이 어떠한 방식으로 적용되는가에 논점을 집중하고 있는 것으로 보이며, 이로부터 기본권의 대사인적 효력 자체에 대하여 오해를 초래할 가능성이 지적되고 있다.⁵⁵⁾ 즉, 기본권의 대사인적 효력에 관한 학설들이 사인 간에 기본권적 문제가 발생한 경우에 법관이 어떻게 기본권을 적용할 것인가에 대한 논의로 비추지면서 대사인적 효력이 마치 사법부에서의 문제로 한정하여 이해될 가능성이 있다는 것이다.⁵⁶⁾ 또한 이러한 가능성은 기본권의 대사인적 효력에 있어서 어떠한 이론구성에 의하든 “우선적으로 사법을 해석·적용해야 하는 사법부(법관)이 전면에 나온다”⁵⁷⁾는 표현으로부터도 잘 알 수 있다. 이러한 지적은 지금까지 기본권의 대사인적 효력에 관한 논의가 법원의 민사사건에서의 인권해석이라는 차원, 즉 사인 간에서의 인권침해행위가 재판에서 다투어진 경우에 법원이 헌법상의 인권을 채용할 수 있는가라는 형태로 논의되어 왔기 때문에 일 것이다.

그러나 사인 간에 발생하는 인권침해는 재판에서 문제가 되지 않더라도 존재

55) 김중보, 헌법의 객관성과 국가의 기본권보호의무(전개), 42면 참조.

56) 이로부터 기본권의 대사인적 효력에 대한 기존의 이론들을 검토하면서 대사인적 효력은 우선적으로 사법을 해석·적용해야 하는 사법부의 측면이 전면에 나오고, 기본권보호의무는 입법자의 의무가 전면에서 나서는 것과 분명한 차이가 있다고 한다. 이준일, 기본권으로서 보호권과 기본권의 제3자효, 저스티스 제65호(2002), 80-81면 참조.

57) 이준일, 기본권으로서 보호권과 기본권의 제3자효, 저스티스 제65호(2002), 80-81면. 여기에서는 어떠한 이론적 구성에 의하든 기본권의 제3자적 효력에 관한 일정한 부분적 측면을 적절하게 설명함으로써 사법부의 기본권존중의무를 논증하고 있기 때문에 어떠한 이론 하나만이 옳바르다고 하기보다 모든 이론의 장점을 다 고려하는 “종합적” 이론구성이 필요하다고 한다.

하며, 사인 간에서 인권침해가 발생하지 않도록 한다는 기본권의 대사인적 효력에 관한 논의의 목적을 실현하기 위해서는 법원의 재판에 의한 구제도 중요하지만, 인권보장을 “기업사회” 속에서 실질적으로 확보하는 것이 요청되는 것이다. 즉, 사인 간에서의 인권침해를 없애기 위해서는 법원에 의한 구제에 머무르지 않고, 입법이나 행정에 의한 인권보장의 강화도 동시에 요청되고 있는 것이다. 근로기준법, 고용보험법, 파견근로자 보호 등에 관한 법률, 근로자 참여 및 협력 증진에 관한 법률, 산업안전보건법, 장애인고용 촉진에 관한 법률 등은 헌법상 근로자 인권보호의 요청을 입법화한 것으로서, 근로자 인권보호의 촉진을 위한 시책의 수립과 추진을 행정에 대하여 요구하고 있다. 이러한 입법조치는 단순히 입법정책에 머무르지 않고, 근로자의 인권보호를 “기업사회” 속에서 실현한다는 헌법적 요청에 기초한 것으로 이해할 수 있을 것이다.

이러한 입법·행정에 대하여 인권보장의 촉진을 위한 시책을 수립·추진하도록 하는 헌법상의 논거로서 기본권보호의무의 이론이 중요한 의미를 가지는 것이다. 즉, 사인에 의한 기본권 침해의 가능성을 전제로 하여 입법을 할 의무는 기본권 침해의 위험을 방지할 국가의 기본권보호의무라 할 수 있고, 사법관계에서 대사인적 효력을 해결할 이러한 입법이 없어 기본권보호의무의 주체가 법원이 되는 경우에 기본권을 어떻게 적용해서 사건을 해결할 것인가에 대한 논의가 직접효력설, 간접효력설 등으로 이해되고 있다. 결국 근로자의 인권보호를 “기업사회” 속에서 실현한다는 헌법적 요청이라는 고려 없이, 법원에서의 사인간의 기본권 문제는 구체적인 법률이 존재하는 경우에는 법률을 헌법에 맞게 해석하여 적용해야 하고, 구체적인 법률이 없는 경우에도 사법의 일반조향을 기본권을 고려하여 해석·적용하는 것이 타당하다는 점에서 간접적용설이 다수를 점하고 있는 것으로 보인다.

(2) 대사인적 효력이론의 핵심

사인 간의 인권침해는 성차별이나 소수자차별, 근로자에 대한 불이익조치, 학교에서의 학생에 대한 처분 등 다양한 분야에서 다양한 형태로 발생하고 있다. 이에 대하여는 기본적으로 인권의 충돌로서 가치의 비교형량에 따라 문제를 해결하고 있다. 즉, 인권이 사인 간에 적용된다고 해도 실제적 재판과정에서는 구체적인 인권의 제약과 충돌에 대하여 다양한 요소의 비교형량에 따라 인권침해의 위법여부가 결정되는 것이다. 이와 같이 인권의 대사인적 효력에 관한 논의의 중심은 구체적인 인권침해가 발생한 경우, 어떻게 적절한 해결방안을 도출할 것인가, 어떻게 적절하게 비교형량을 할 것인가라는 점에 있다고 하겠다. 따라서 적절한 비교형량을 위한 논리의 구축이 대사인적 효력에 관한 논의의 중심적 과제라 할 수 있으며, 이를 위해서는 헌법상 인권제약의 정당화 이론의 민사법에의 적용, 예컨대 공공시설의 정당한 이유가 없는 이용거부의 금지, 명예훼손죄의 위법성조각 논의의 민사에의 적용 등 사인 간의 권리의 적정한 충돌과 조정을 위한 헌법적 논리의 구축이 필요하며, 이를 위한 학제간 연구의 필요성 또한 강조되어야 할 것이다.⁵⁸⁾

(3) 대사인적 효력이론의 방향

주지하는 바와 같이 기본권의 대사인적 효력의 근거와 관련하여 헌법학에서는 다양한 논의가 제기되어 왔으며, 그 논의의 근거에는 인권의 대국가성이 인권의 본질적 요소라고 하는 인권개념의 이해대립이 존재한다. 그러나 이러한 인권의 대국가성을 중시하여 사회 또는 사인 간의 관계에서 인권의 효력을 부정적 내지 소극적으로 파악하는 것은 바람직하지 않다. 현대의 인권문제는 국가에 의

58) 노동기본권과 헌법의 관련성에 입각한 연구로는 송강직, 노동법학에서의 헌법학의 역할, 동아법학 제 48호(동아대학교 법학연구소, 2010), 807-856면을 들 수 있다.

한 침해뿐만 아니라 기업사회 속에서의 차별이나 빈곤, 사회적 권력에 의한 인권침해 등 다양한 형태로 발생하고 있고, 이러한 인권문제를 해결하여 인권보장을 실현하기 위해서는 “국가로부터의 자유”만으로는 충분하지 못하다는 것이다. 이것은 “국가로부터의 자유”라는 인권관이 확립된 19세기의 국가적·사회적 상황에 비하여, 21세기의 경우 산업화·기술화·국제화의 진전, 고도의 문명발달, 경제성장, 정보·통신의 발달로 인하여 상당히 변화된 모습을 띠고 있기 때문이다. 이와 같은 현대적 인권상황을 고려하면, 사회 내에서의 인권보장을 위한 국가의 적극적인 활동이 요구되고 있으며, 인권이론은 그러한 사회적 요청에 대응할 수 있는 것이어야 한다. 인권이론은 철학적인 사변(思辨)과 이론적 순화에 의해 형성되어야 하는 것이 아니라, 현실의 문제를 실천적으로 해결하는 논리로서 구축되어야 할 것이다.⁵⁹⁾ 따라서 기본권의 대사인적 효력에 관한 논의에서도 사인 간 인권침해를 인권이론의 관점에서 해결하고자 하는 경우, 인권의 대사인적 효력을 확실하게 근거지울 수 있는 이론이 채용되어야 하고, 인권이론도 그러한 방향으로 발전시켜야 할 것이다.

특히 현대의 국가적·사회적 상황의 변화와 관련하여 현대행정의 다양화로 인한 인권침해주체의 다양성을 지적할 수 있을 것이다. 19세기의 인권이론에서는 국가권력에 대하여 인권침해를 주장함으로써 인권보장의 기본적인 부분이 충족되었으나, 현대국가에서는 강력한 사적 권력이 등장하는 등 국가권력이 순수한 공적 조직·작용에 그치지 않고, 민영화 등으로 인하여 행정주체가 다양화되고 있으며, 민간부문에 의하여 공권력이 행사되는 경우가 발생하고 있다. 결국 공(국가)과 사를 이분하여 인권이 국가에 대한 것이라는 구조만으로는 파악될 수 없는 법현상이 발생하고 있으며, 이로부터도 기존의 인권이론에 입각한 인권보장의 방식이 확대되어야 하는 이유를 발견할 수 있을 것이다. 여하튼 이러한 상

59) 戸波江二, 企業の憲法的基礎, 日本評論社, 2010, 19頁 참조.

황을 고려하면, 기본권의 대사인적 효력에 관한 기존의 이론구성에 있어서는 우선 현대행정의 다양화에 따른 인권침해주체의 다양성, 즉 민영화된 기업 등을 고려할 필요가 있을 것이다.

또한 강력한 사적 권력의 하나로 간주되고 있는 기업이 모든 인권문제의 궁극적인 책임주체라고 할 수는 없으나, 적어도 자신이 보유한 방대한 관계망과 막강한 영향력의 한도 내에서는 인권을 준수할 의무가 있다고 하겠다. 이로부터 대기업이나 국제금융기구와 같은 비국가행위자(non-state actors)는 제한적 국제법인격의 주체로 인정되기 시작했으며, 적극적인 인권보호의무의 주체로 인식되고 있는 것이다.⁶⁰⁾ 따라서 “기업사회”에서는 “국가로부터의 자유”에 그치지 않고, 막강한 관계망과 영향력을 가지는 “기업으로부터의 자유”라는 관점에서 헌법이론적 접근이 필요하다고 생각한다. 이하에서는 기본권의 대사인적 효력, 기업과 인권, 기업의 인권준중의무의 실현을 위하여 “기업으로부터의 자유”의 실현이라는 관점에서 약간의 고찰을 시도하기로 한다.

2. “기업으로부터의 자유”의 헌법적 실현

(1) 간접효력설의 이론적 한계

전술한 바와 같이 기본권의 대사인적 효력에 관해서는 전통적인 인권개념의 의의를 인정하면서, “인권은 전체 법질서의 기본원칙이기도 하다”는 새로운 인권개념을 수용하는 형태로 주장되고 있는 간접효력설이 통설적 견해이다.⁶¹⁾ 이에 대하여는 다음과 같은 문제점이 지적되고 있다. 첫째, 간접효력설은 순수한 사실행위에 기초한 인권침해행위를 헌법에 의한 억제범위 외에 둬으로써, 불법

60) 조효제, 인권경영의 모색(전개), 138면 참조.

61) 이것은 일본에서도 통설적 견해로 되어 있다. 芦部信喜, 現代人權論, 有斐閣, 1975, 16頁 ; 同, 憲法學Ⅱ 人權總論, 有斐閣, 1994, 294-301頁 ; 同, 人權論50年を回想して, 公法研究 第59号(1997), 8-16頁 등을 참조.

행위법의 영역에서는 사실행위에 기초한 사적 인권침해행위의 대부분이 간접효력설의 범위 외의 문제가 되어 버린다는 이론적 한계가 있다. 둘째, 간접효력설은 사적 자치의 원칙에 큰 비중을 둠으로써 인권규정의 효력의 “최소한화”가 도모되는 이론이라 할 수 있으며, 기업 등 사회적 권력에 의한 인권침해의 문제를 제1차적으로 “입법자의 과제”로 하여 사법상의 원리를 적용하여 해결함으로써 “사회적 권력에 의한 인권침해”라는 결론의 도출이 어렵게 된다는 이론이라고 한다.⁶²⁾ 셋째, 기본권의 대사인적 효력에서 말하는 “대사인적”이라는 표현은 개인과 개인 간, 개인과 집단 간, 집단과 집단 간에서의 관계를 나타내는 포괄적 개념으로 사용되고 있고, 자연인·법인, 영리법인·공익법인인 등의 관계를 고려하지 않고 사용되고 있으므로, 서로 모순되는 내용을 동시에 포함하고 있다는 문제점을 지적할 수 있을 것이다. 넷째, 기업 등의 법인이 향유하는 인권의 범위는 개인이 향유하는 인권과는 구별된 형태로 구성되어야 하고, 법인의 “인권”과 개인의 인권이 충돌하는 경우에는 개인의 인권이 우위에 있다는 구체적 상황에서 충돌이 조정되어야 함에도 불구하고, 간접효력설에서는 이를 단순하게 동위에 두고 판단해온 경향이 있다고 하겠다. 따라서 간접적용설은 인권침해의 온상이라고까지 일컬어지고 있는 “기업사회”를 등한시하고 있다고 할 수 있으며, “인권을 기업사회변혁의 무기로”⁶³⁾ 하기 위한 유효한 인권이론이라고 단언하기 어렵다고 하겠다.

(2) “기업으로부터의 자유”의 개념정립

우선 “기업으로부터의 자유”라고 할 때의 “기업”의 개념에 대하여 살펴볼 필요가 있을 것이다. 여기에서 말하는 “기업”은 “기업권력을 가진 기업”이라는 개

62) 三並敏克, 企業と人權(전개), 133頁 참조.

63) 川人 博, 憲法を企業社会改革の武器に, 世界 第609号(1995), 64頁.

념을 내포하고 있다. 즉, “기업권력”이란 기업의 대내·외적 권력(기업의 내적 권력과 외적 권력)을 의미하고, “단순한 사회적 사실로서의 힘”이 아니라 (현)법적 억제의 대상이 되는 사회사실적인 권력이라고 할 수 있다. 또한 “기업권력을 가지는 기업”을 인정함에 있어서는 기업의 규모·형태·행동의 다양성·복잡성과 이해관계자 등 다양한 관점을 고려하여 결정해야 하지만, 영리행위를 하는 일반적 기업과 표현의 자유의 주체이기도 한 미디어기업의 차이를 고려하지 않고 일률적으로 “기업”이라는 추상적 개념을 도입하는 것에 대하여는 비판이 있을 수 있다. 이러한 경우에는 “영리행위”라는 공통적 항목이라는 점에서 “사회적 권력”과 다르고, 기업이 “노동자의 종속성”을 공통적 항목으로 하는 기업의 내적 권력과 “사회적 영향력”을 공통적 항목으로 하는 기업의 외적 권력으로 구분할 수 있다는 점에서 “기업”의 개념적 추상성을 어느 정도 완화할 수 있을 것이다. 이로부터 “기업으로부터의 자유”의 법적 개념을 정리하면, “영리행위와 노동자의 종속성 및 사회적 영향력이라는 공통적 항목을 가지는 기업의 대내·외적 권력(기업의 내적 권력과 외적 권력)으로부터의 자유”로 정의할 수 있을 것이다.⁶⁴⁾

(3) “기업으로부터의 자유”의 실현방법

이상에서 서술한 “기업권력으로부터의 자유”는 국민의 일상적인 인권활동에 의하여 실현되거나, 인권적 시각이 아니더라도 최근 이슈화되고 있는 기업의 콘プライ언스(법령준수)·사회적 책임(CSR) 등에 의하여 실현될 수 있을 것이다. 다만, 현대 “기업사회”에서 발생하는 인권예외지역 등의 현상은 그대로 방치할 수 없는 상황에 있으며, 이로부터 “기업권력으로부터의 자유”의 입법적·행정적·

64) 여기에서 기업의 내적 권력의 인정기준은 노동법 등의 노동관계법에서 찾을 수 있으며, 기업의 외적 권력의 인정기준과 관련해서는 다음과 같이 설명할 수 있을 것이다. 일반적인 기업의 경우에는 공정거래법이나 상법 등에서 찾을 수 있고, 소비자와의 관계라는 측면에서는 소비자보호 및 계약법령 등에서 찾을 수 있으며, 지역주민과의 관계라는 측면에서는 환경정책기본법이나 폐기물관련법령에서 찾을 수 있을 것이다. 그리고 복지·약사분야에서는 관계법률 등을 참고로 할 수 있을 것이다.

재판적 실현이 핵심적 과제로 제기되고 있다.

첫째, “기업으로부터의 자유”의 입법적·행정적 실현방법에 관한 것이다. 우선 “기업으로부터의 자유”는 입법에 의하여 실현되는 것이 민주주의국가의 본래적 모습이라고 하겠으나, 현실적으로는 다양한 문제를 구체화하는 법률이 제정되어 있지 않거나 제정되어 있어도 불충분한 실정이며, 이로부터 인권행정의 실현에 있어서 공백지대가 발생하고 있다. 이러한 상황을 개선하고, 개인 혹은 집단으로부터 인권침해에 관한 진정서를 접수받아 관련기관이나 개인에게 시정조치를 권고하는 다양한 국가인권기구가 설치되어 있는 것이다.⁶⁵⁾ 우리나라도 국가인권위원회법에 기초한 국가인권위원회가 인권보장을 위한 다양한 활동을 수행하고 있다. 다만, 일본의 인권옹호법(안)과 같이 미디어기업의 차별적 표현을 “일률적으로 금지”하는 형태로 개인의 인권(프라이버시권, 평등권 등)의 입법적·행정적 실현을 도모하는 경우에는 표현·보도·취재의 자유침해라는 중대한 헌법문제가 제기될 수 있음을 충분히 고려할 필요가 있을 것이다.

둘째, “기업으로부터의 자유”의 재판적 실현으로서, 전술한 입법적·행정적 실현의 공백성·불완전성 또는 구체화된 법률이 내포하는 문제점으로 인하여 “기업권력으로부터의 자유”는 결국 재판에 의한 실현에 의존하게 된다. 이러한 “기업권력으로부터의 자유”의 재판에 의한 실현의 법기술적 방법으로서, 현행 민법상의 법률행위 관련조항, 사실행위에 기초한 경우에는 “타인의 권리”침해를 법정요건으로 하는 불법행위 관련규정 등의 적용을 들 수 있다. 이와 관련하여 일본의 경우, 과로자살과 관련하여 일본국헌법 제18조에서 규정하고 있는 “노예적 구속 및 고역의 금지”는 노예적 구속이나 강제노역이 현실적으로 발생하지 않도록 하고, 만약 그것이 발생한 경우에는 그 구제방법을 배려할 의무를 국가에 부여하고 있는 조항으로서, 사법규정을 거론할 필요 없이 사인 상호간에도

65) 구정우, 세계사회와 인권, 한국사회학 제41집 제3호(2007), 291면 참조.

당연히 적용되는 것으로 이해되고 있다.⁶⁶⁾

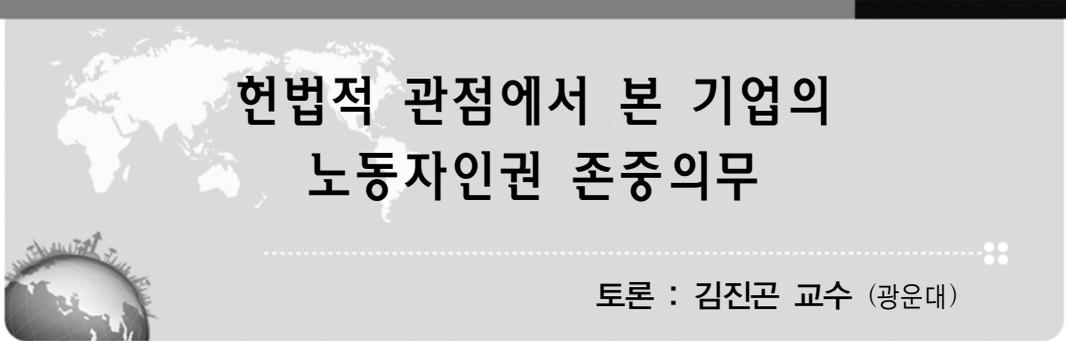
V. 나 오 며

오늘날 기업은 국민생활의 기반에 있어서 중심적 지위를 차지하고 있으며, 특히 기업규모의 거대화로 인하여 사회적·경제적 비중이 지속적으로 증가함으로써 사회적 지배세력의 구심점으로서 막강한 영향력을 행사하는 사회적 실체로 인정받고 있다. 이러한 사회적 실체로서의 기업은 국민경제의 핵심적 기반을 제공함과 동시에 기술개발을 통한 사회적 편익을 제공하는 등의 긍정적인 기능을 수행하는 한편, 기업자체의 생존을 위하여 사회적 평화와 안전을 위협하는 다양한 형태의, 특히 인권침해 등의 폐해를 양산하는 위험요인으로 인식되기도 한다. 다만, 기업의 활동으로 인한 인권침해의 위험이 가속화·광역화되고 있으며, 이로부터 기업과 인권은 더 이상 순수한 사적 영역의 문제가 아닌 사회적·공공적 영역의 문제로 인식되고 있다. 이로부터 다국적 기업의 활동에 대한 범세계적인 사회적·환경적 기준의 제정과 기업의 사회적 책임의 실천에 대한 요구가 증대하고 있다. 우리나라도 이러한 거대기업이 야기하는 사회적 폐해, 특히 기업과 인권문제에 적절하게 대처하기 위하여 다양한 법률적·제도적 방안, 예컨대 민사적 손해배상, 행정적 사전배려 조치 등을 강구하고 있다.

전술한 바와 같이 기업에 의한 인권침해 문제와 관련하여 헌법학계에서는 주로 기본권의 대사인적 효력에 관한 논의, 즉 일반적 인권이론에 따라 이론적으로 대응해 왔다. 다만, 기본권의 대사인적 효력에 관한 이론의 포괄성·추상성과 그 구체적 적용에 대한 엄격성 등으로 기업에 의한 인권침해의 판정이 곤란하게 되고, “기업사회”의 인권예외지역이 발생하는 결과를 초래하여 왔다. 또한 기본

66) 이상윤, 과로로 인한 자살의 헌법적 문제, 공법학연구 제8권 제4호(2008), 341면 참조.

권의 대사인적 효력에 관한 기존의 간접효력설의 한계를 극복하고, “기업사회”의 현실적 존재로부터 출발하여 “기업사회”의 단면을 해부하면서 인권문제를 분석할 필요성이 제기되고 있다. 전술한 “기업으로부터의 자유” 실현에 관한 논의는 종래의 대사인적 효력에 관한 논의에서 해결하기 어려웠던 사인의 사인에 의한 “인권침해”의 실제적 문제의 해결을 위한 유효한 시각을 제공할 수 있으며, “사인 간”의 “인권충돌”을 조정하는 경우에 문제가 되는 “사인”이나 “인권”의 의미·기능·성질을 고려함에 있어서도 중요한 시각을 제공할 수 있을 것이다. 이러한 점에 입각하여 우리 헌법학에서도 새로운 관점에서의 인권이론의 도출을 위한 노력이 필요하며, 그러한 과정에서 본고에서 서술한 부분들이 약간의 시사점을 제공하였으면 하는 바램을 가져본다.



헌법적 관점에서 본 기업의 노동자인권 존중의무

토론 : 김진곤 교수 (광운대)

이번 학술대회的主題가 ‘기업과 인권’에 관한 것인데, 그 가운데 헌법적 관점에서 기업은 노동자 인권을 어떤 시각에서 바라보아야 하고, 어떤 이론적 방법으로 기업에 의하여 발생하는 기본권 침해사안을 설명하고 그 해결방안을 모색할 것인가는 의미 있는 기회라고 생각한다. 이러한 논점을 중심으로 발제자의 논의를 보충하거나 질문하면서 토론을 진행하기로 한다. 이 글에서 ‘인권’은 헌법상 목록화된 ‘기본권’보다 넓은 범위를 포함하여 사용한다.

1. 전통적 헌법구조에서 국가의 기본권 존중의무에 대하여

헌법은 근로자(노동자)의 기본권에 대하여 규정하면서 특정한 영역을 나열하고, 특히 근로관계에서 발생할 수 있는 여러 차별적 요소 내지 근로조건적 저하에 대한 방지 등에 관하여 규정을 두고 있다. 이것은 전통적으로 국가의 과제가 그 중핵으로 중시되었던 시기에 국가의 기본권 보장과 존중에 대한 의무에 주로 관심을 두었다면, 오늘날 변화된 사회는 국가에 속한 ‘기업’과 ‘근로자’ 사이에 등장하는 기본권의 문제가 더욱 중요하게 부각되었다. 그런데 이 부분은 기업이 근로자의 인권(기본권) 존중이라는 논제와 관련하여 결국은 국가의 입법적 노력

과 그에 이은 철저한 법집행과 엄정한 법해석의 문제로 귀착될 수밖에 없다.

그런데 이 지점에서 법에 의한 규율범위를 회피하거나 법을 이탈하여 교묘하게 생성되는 탈법적 행위들을 어떻게 포착하여 기본권의 문제로 승화시켜 사법관계(근로자와 사용자의 관계)에 기본권적 규율의 거물망으로 포섭하여 이에 대한 공법적 규율이 가능할 것인가가 주요한 문제이다. 헌법상 또는 법률상 엄연히 규정되고 이에 근거하여 마땅히 보장되어야 할 근로자의 법적 권리를 사용자가 오로지 무시해버리거나, 권리 행사 그 자체가 사실상 위협에 빠지도록 내몰아버리는 간접적 침해 상황은 곳곳에서 관찰할 수 있다. 이 부분에서 그에 대한 기업의 권리 존중의무를 강조하는 차원으로 문제는 근원적 해결을 보지 못하게 되므로 국가에 의한 개입은 요청될 뿐만 아니라 국가의 적극성이 필수불가결하다.

2. 기본권 보호의무와 기본권의 대사인적 효력의 기능에 대하여

발제자는 ‘기본권 보호의무’의 이론이 형법적 영역에서 출발하여 행정법 및 사법영역까지 적용이 확대되어 ‘기본권의 대사인적 효력’을 대체할 수 있는 것으로 주장되는 점을 말하고 있다. 물론 발제자 개인의 의견을 명확하게 밝히지는 않았지만, 이 논의의 연장선상에서 그렇다면 이 두 이론은 상호 관계적 측면에서 어느 하나의 논리적 설명이 다른 나머지 하나의 논리를 완전히 대체할 수 있는 관계로 보는지, 아니면 이 둘은 각각 자기의 독자적 영역이 존재하기 때문에 완전한 대체관계에 있는 것은 아니라고 보는지 궁금하다.

3. 기본권의 대사인적 효력과 재판소원의 허용성 여부에 대하여

기본권의 대사인적 효력과 함께 연계성을 갖고 있는 것이 법원의 재판에 대한 헌법소원의 허용 여부이다. 비록 이론적 측면에서 기본권의 양면성을 긍정하여

사인 간에 기본권의 효력이 미친다는 것을 인정하지만 그것이 현실의 제도 속에서 그 의미가 반감되고 있다. 특히 구체적이고 개별적 재판과정은 헌법상 기본권의 의미와 그 내용을 밝히고 인식하는 과정에 해당한다. 그런데 분쟁해결의 해석기준인 기본권의 확인과 그 적용은 결국 법원의 재판에 대한 내용통제가 적절하게 제도적 기반을 구비하고 있을 때만이 더욱 실효적이라 할 수 있다. 따라서 현행 헌법재판제도의 구조적인 면에서 ‘재판소원’을 부인하고 있는 것은 이론적 수사로만 기본권의 사인 간 효력에 대한 의미를 논쟁하는 수준으로 전략하게 하는 것으로서 입법적 개선이 필요하다.

4. 기업으로부터의 자유의 헌법적 실현에 대하여

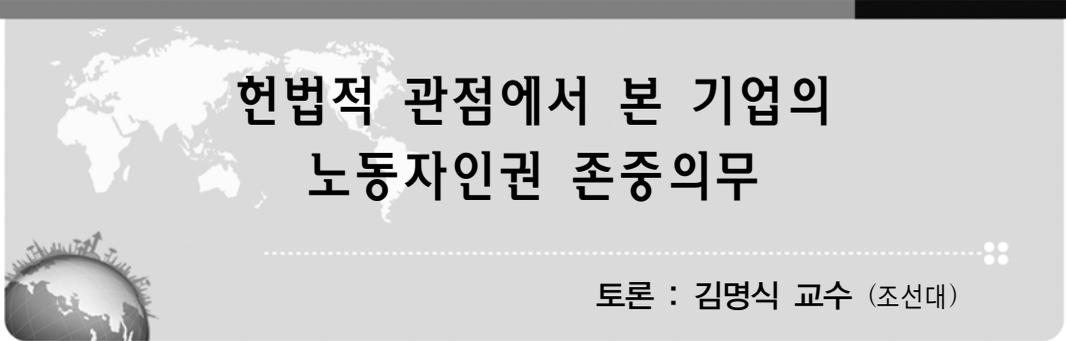
발제자는 기본권의 대사인적 효력과 관련하여 다수설의 견해에 해당하는 ‘간접 적용설’의 한계에 대하여 설명하고 있다. 그 가운데 셋째 이유 중에서 “대사인적”이라는 표현이 포괄적 개념으로서 자연인·법인, 영리법인·공익법인 등의 관계를 고려하지 않고 사용되고 있으므로, 서로 모순되는 내용을 동시에 포함하고 있는 문제점이 있다고 하였는데, 어떤 측면에서 서로 모순되는 내용을 포함하고 있다는 것인지 보충설명이 있었으면 한다.

기업으로부터의 자유라는 개념은 기본권에 대한 이해에서 ‘국가로부터의 자유’라는 논리를 차용하고 있다는 인상을 갖게 한다. 이 개념의 헌법적 실현방법으로서 입법적·행정적 실현 그리고 재판적 실현을 차례대로 들고 있는데, 이것은 결국 국가의 기본권 보호의무 실현과 관련을 맺고 있으며 입법자에겐 입법공백지대의 최소화 및 행정권력에겐 철저한 법집행 그리고 사법부에겐 개별 재판과정에서 기본권의 사인 간 효력의 충실한 구현 등이 함께 복합적으로 작용하는 것으로 치환해본다면, 이와 같은 개념사용이 구체적으로 어떤 차이가 존재하는

지에 대한 설명이 필요하다고 본다.

5. 정리하며

결국 기업과 인권(기본권)의 문제는 국가와 개인 간의 문제와 다른 측면으로 이해되는 근본적인 차이가 있다. 기업 또한 기본권 주체로서 등장하고 있으며, 국가가 모든 경제영역을 공적 영역으로 포섭하여 경제질서를 형성해 갈 수 없기 때문에 국가는 사적 경제영역을 각 기업 등에게 맡길 수밖에 없다. 이와 같은 구조 속에서 국가는 기본권 보호자 및 감시자로서 기업의 침해적 행위를 선별해 나가며 꾸준하고도 충실하게 입법적 개선과 권리구제 방안을 강구할 필요가 있다.



헌법적 관점에서 본 기업의 노동자인권 존중의무

토론 : 김명식 교수 (조선대)

1. 들어가며

발표자의 지적처럼 오늘날 거대기업에 의한 근로자의 인권(기본권) 침해가 다양한 모습으로 등장하고 있기 때문에 이를 보호하고 구제할 수 있는 다양한 법적 논의가 필요하다고 생각합니다.

특히 “기업에 의한 인권침해의 온상”이라는 표현처럼 다양한 유형의 인권침해가 기업에 의해 자행되고 있으며, 심지어는 다국적 기업에 의한 인권침해의 심각성을 “국가주권은 사실상 다국적 기업에게 넘어갔다”고 표현할 정도이니, 이에 대한 논의의 필요성과 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다는 점에서 오늘의 주제인 ‘기업의 인권보호를 위한 헌법학적 과제’가 매우 시의적절한 논의 주제라고 생각하며, 이에 관한 발표자의 다양한 연구결과에 대부분 공감하고 있습니다.

다만, 아래와 같은 논점에 대해서는 함께 더 고민해야 할 필요가 있다고 생각합니다.

2. 기업의 사회적 책임의 규범적 의미?

발표자께서는 발표문 모두에서 국가에 의한 인권침해와는 달리, 기업과 근로자라는 사인간의 관계에서 발생하는 기업에 의한 근로자의 인권침해에 대해서는 직접적인 법적 규제가 용이하지 않기 때문에 법적 책임을 대신하여 기업의 사회적 책임이 강조되고 있다고 말씀하고 있습니다.

그런데 인권경영을 설명하는 부분에서 기업의 사회적 책임을 “기업의 활동으로 인하여 발생하는 사회적·환경적 영향에 대하여 기업이 부담하는 법적·윤리적 책임”이라고 정의하고 있으며, 이러한 기업의 사회적 책임은 준법경영, 윤리경영, 사회적 책임경영을 통해 완수된다고 한 후, 인권경영을 윤리경영이나 사회적 책임경영과는 구별되는 개념으로 설명하고 있습니다.

특히 “기업의 사회적 책임은 규범화·법제화되기 보다는 기업에 대한 사회적 요청의 수준에 머무르는 경우가 많으나, 인권경영의 개념은 국제적으로 정립된 ‘인권규범’에서 출발하여 개념요소를 확장하거나 적용범위가 확대되고 있기 때문에 더욱 강력한 규범적 효력을 가질 수 있다”고 서술하고 있습니다.

이상과 같이 발표문의 전반적인 흐름은 기업의 사회적 책임이 규범적 책임과는 구별되는 의미로 읽혀지는데, 그 개념정의에서 “기업이 부담하는 법적·윤리적 책임”이라고 하고 있어 다소 혼란스러운 점이 있습니다. 이에 대해 좀 더 보완적인 설명 부탁드립니다.

3. 공법으로서의 헌법의 한계?

발표자께서는 엄격한 공사법 2분론의 입장에서 헌법을 공법의 영역으로 분류하고, 사인 대 사인의 관계인 기업과 근로자의 관계에는 헌법이 직접 적용되지 않는다는 ‘공법으로서의 헌법의 한계’를 제시한 후, 이를 극복하기 위한 이론으

로 기본권의 대사인적 효력 내지 기본권 보호의무 등을 설명하고 있습니다.

사실 법의 역사만을 놓고 본다면 헌법보다 훨씬 이전에 사법(특히, 민법)이 형성되었기 때문에 이를 근거로 다수의 사법학자들은 사적 자치를 강조하면서 공법과 사법의 엄격한 구분을 이야기하고 있습니다. 발표자의 설명은 이러한 견해를 전제로 하는 것으로 이해됩니다.

그러나 공사법의 구분론과 상관없이 일반적으로 헌법은 국가의 최고규범으로서 법률(민법)보다 상위에 있다고 설명되고 있으며, 바로 이러한 헌법의 최고규범성에서 비롯되는 객관법적 기능으로 기본권의 대사인적 효력이나 기본권 보호의무 등이 설명되고 있습니다. 즉, 기본권이 헌법이라는 최고규범에 규정됨으로써 공법뿐만 아니라 사법의 상위법으로서 객관적으로 기능하게 되는바 이를 기본권의 방사적(放射的) 효력이라 하며, 이를 통해 사인간의 법률관계에도 기본권의 효력이 확장될 수 있다고 보았던 것입니다. 또한 사인에 의한 기본권적 법익의 침해로부터 이를 보장할 국가의 적극적 의무로서 기본권 보호의무도 역시 기본권의 객관법적 기능에서 비롯된 것이라고 이야기 할 수 있겠습니다.

이러한 헌법학계의 일반적 견해에 대해 발표자께서는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

4. 기본권의 대사인적 효력 v. 기본권 보호의무

공법으로서의 헌법의 한계를 인정하는지 여부와 상관없이, 기업에 의해 근로자의 인권이 침해되는 상황에서 기본권(인권)의 효력이 사인간의 관계에도 미칠 수 있도록 그 효력을 확장시킬 필요성이 인정되고 있습니다. 이와 관련된 헌법이론이 바로 기본권의 대사인적 효력과 기본권 보호의무의 이론인데, 특히 발표자께서는 기본권 보호의무 이론이 기본권의 대사인적 효력 이론을 대체할 수 있는 것으로 유력하게 주장되고 있다고 하셨는데, 이에 대해서는 상당한 의문을 가지지

않을 수 없습니다.

왜냐하면 기본권의 대사인적 효력의 논의는 사인간의 계약관계, 즉 당사자 간의 합의에 의해 이루어지는 법률관계에 기본권의 효력이 미치느냐의 논의임에 반하여, 기본권 보호의무는 사인에 의해 일방적으로(=합의 없이) 이루어지는 다른 사인의 기본권적 법익에 대한 위법적인 침해를 적극적으로 보호할 국가의 의무를 말하는바, 양자는 그 논의상황이 완전히 구별되기 때문입니다.

뿐만 아니라 기본권 보호의무는 그 보호의 정도가 과소보호금지원칙이 적용되는데 그치는 반면에, 기본권의 보장은, 그것이 공법관계이나 사법관계이나를 불문하고, 최대한 보장이 원칙이라는 점에서도 양자는 구별될 수 있기 때문입니다.

이러한 구별론의 입장에서 볼 때, 「간접효력설의 이론적 한계」로 지적되고 있는 첫 번째 논거인 “순수한 사실행위에 기초한 인권침해행위를 헌법에 의한 억제 범위 외에” 두게 된다는 비판은 타당할 수 없다고 생각합니다. 민법상 불법행위를 구성하는 사실행위에 기초한 사적 인권침해행위가 바로 기본권 보호의무가 작동되는 상황으로서, 1차적으로는 입법자에게 이러한 기본권 보호의무가 주어지게 되고 이것이 발표자께서 말씀하시는 ‘기업으로부터의 자유’의 입법적 실현 방법이 된다고 봅니다.

5. ‘기업으로부터의 자유’의 재판적 실현방법

발표자께서는 ‘기업으로부터의 자유’의 입법적·행정적 실현방법과 함께 재판적 실현방법을 거론하고 있습니다. 그리고 결론에서는 기본권의 대사인적 효력에 대한 그 동안의 논의가 포괄적이고 추상적으로 이루어져 왔다는 비판을 하고 있습니다. 이러한 비판에 전적으로 동의하면서도 그 이유가 간접효력설에만 있는지에 대해서는 의문이 있습니다.

결국 ‘기업으로부터의 자유’의 재판적 실현에 있어 중요한 점은 기업에 의한 기

본권(인권) 침해에 대하여 민사법원의 판단에 그치도록 하고 있는 재판소원금지 제도의 문제점을 인식하는 것이라고 생각합니다. 즉, 우리나라에서는 헌법소원의 대상에서 법원의 재판이 제외되어 있어 헌법재판소에서 사인에 의한 기본권(인권) 침해에 대한 판단이 구체적으로 이루어질 수 없는 사법구조로 되어 있기 때문에 기본권의 대사인적 효력에 관한 논의가 이론상의 담론에 그치고 있다고 봅니다. 이 점에 대해서 발표자는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다. 특히 사법집중형 국가인 미국이나 일본의 경우와 재판소원을 인정하고 있는 독일의 경우와 비교할 때, 우리나라의 재판소원금지제도의 문제점은 더욱 부각되는 것 같습니다.

이와 더불어 간접적용설의 문제점을 인정한다 하더라도, 기본권의 효력을 사인 간에 직접 적용하는 것이 과연 바람직한지, 직접 적용한다면 어느 범위까지 적용될 수 있는지 등에 대해서는 보다 구체적이고 광범위한 논의가 필요하다는 생각이 듭니다. 아이러니컬하게도 ‘인권 보장’이라는 공법적 가치 못지않게 ‘사적 가치’라는 사법적 가치 또한 우리 사회를 구성하고 있는 주요한 토대이며, 양자의 조화와 균형이 매우 중요하기 때문입니다.

6. 일본 인권옹호법(안)의 주요내용과 제정배경 등에 대한 개략적인 소개

기업과 인권 학술발표대회

| 인 쇄 | 2011년 6월

| 발 행 | 2011년 6월

| 발행인 | **현 병 철** (국가인권위원회 위원장)

| 발행처 | **국가인권위원회 정책교육국 인권정책과**

| 주 소 | (100-842) 서울특별시 중구 무교동길 41
금세기B/D (을지로1가 16번지)

| 전 화 | (02) 2125-9757 | F A X | (02) 2125-9733

| Homepage | www.humanrights.go.kr

| 인쇄처 | 도서출판 **한학문화**

| 전 화 | (02) 313-7593 | F A X | (02) 393-3016

발간등록번호 11-1620000-000308-01

사전승인 없이 본 내용의 무단복제를 금함