

# ‘일하는 사람을 위한 기본법’ 제정의 필요성\*

권 오 성\*\*

## 목 차

- I. 들어가며
- II. 포괄적 노동법제 도입에 관한 이론적 배경
- III. 일하는 사람을 위한 기본법의 설계 방향
- IV. 맺으며

## I. 들어가며

우리나라에서는 1990년대 고도성장을 마치고 기업들은 인건비를 낮추기 위해 구조조정에 들어갔다. 이 시기부터 정년까지 고용을 보장하던 종신고용 형태가 점차 사라지고 불완전 고용이 급격하게 증가하였다. 특히 1997년 외환위기와 2008년 금융위기를 기점으로 경제의 불확실성이 증폭되면서 기업들이 비정형 노동의 활용을 선호하는 경향도 강화되었다.

한편, 현행 노동법령은 그 적용대상으로 ‘사업 또는 사업장’이라는 개념을 사용하고 있다. 노동법의 적용대상인 ‘사업 또는 사업장’이 단일한 기업으로 조직되어 있던 시대에는 기업과 사업의 개념을 엄격하게 구별하지 않아도 노동법의 적용에 특별한 문제가 발생하지 않았다. 그러나,

투고일 2022. 2. 21, 심사일 2022. 3. 5, 게재확정일 2022. 3. 10.

\* 이 논문은 2020년도 성신여자대학교 학술연구조성비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 성신여자대학교 법과대학 교수.

최근 고용형태의 다양화로 기업의 인적 구조가 크게 변화하였다. 근대 자본주의 사회가 등장한 이후 지배적인 노동력 이용 방식은 고용이었다. 그러나 정보통신기술의 발전에 따라 기업조직이 근로자를 포섭하지 않으면서 그들의 노동력을 이용하는 것이 가능해졌다. 이러한 ‘일의 세계’의 급격한 변화의 결과 ① 노동법상 책임을 누가 부담하는지가 불명확하게 되었고, ② 같은 기업에서도 노무공급계약이 다양화되었다. 이처럼 ‘조직으로서의 기업’의 변동이 근로자의 법적 지위에 커다란 영향을 미치게 되었다.

노동법의 적용범위에 관한 전통적인 사고는 근로자가 엄격한 의미에서 종속적인 상황에 있을 때만 노동법이 적용됨을 상정한다. 그러나 노동법의 적용을 받는 근로자와 민법이나 상법의 적용을 받는 독립사업자 사이의 경계에 위치한 독립노동의 증가는 기존의 법적 틀 내에서는 해결하기 어려운 문제를 야기한다. 특히 ICT 발전으로 등장한 새로운 통제 기술은 임노동자와 프리랜서의 경계를 더욱 모호하게 만들었다. 일도양단 방식의 전통적인 근로자성 판단으로는 이러한 문제의 해결이 쉽지 않아 보인다. 따라서 근로계약에 의하여 노동법 및 사회보장법의 보호를 받는 근로자와 그렇지 못한 근로자 이외의 노무제공자 사이의 법적 보호의 격차를 줄일 필요가 있다. 다른 한편, 고용상 지위의 조작으로 근로자를 비근로자화한 사용자가 얻게 되는 부당한 이익을 최소화할 필요가 있는바, 이를 위하여 사용자의 ‘규범회피행위’에 대한 적극적인 정책적 대응이 필요하다.

이러한 상황을 고려하면 고용상 지위나 계약의 형태를 묻지 않고 ‘근로의 권리’라는 헌법상 기본권에 더 잡아 자신의 노무로 생계를 유지하는 자, 즉 일하는 사람에 대하여 기본적인 법적 보호를 제공할 필요가 있다. 이를 위하여 임노동자와 프리랜서 등 ‘일하는 사람’ 모두를 포괄하는 노동법제의 도입을 고려할 필요가 있다. 구체적으로는 일하는 사람이면 누구나 일하는 과정에서 ‘인간의 존엄성’을 존중받아야 한다는 헌법상 요청과 일하는 사람이 제공한 노동으로 이익을 누리는 자는 마땅히 그에 상응하는 책임을 부담하는 것이 형평에 부합한다는 관점에서 고용상 지위와 관계없이 자기의 노동으로 생계를 유지하는 ‘모든’ 일하는 사

람에게 일정한 수준의 노동법적 보호를 보편적으로 제공하자는 발상이다. 다만, ‘일하는 사람을 위한 기본법’의 도입에 앞서 고용상 지위를 조작함으로써 근로자를 비근로자화하려는 사용자의 규범회피행위에 대한 적극적인 정책적 대응이 선행되어야 함은 물론이다. 따라서, 이 글에서 다루는 ‘기본법’은 근로기준법 등 기존 노동법을 대체하는 것이 아니라 기존 노동법의 사각지대에 있는 일하는 사람을 노동법의 영역으로 포섭하기 위한 도구의 의미를 갖는다. 따라서 기본법은 말 그대로 ‘기본법’이므로 이는 기존의 노동법과의 관계에서는 잔여적 지위에 있을 뿐이다.

이러한 입장에서 필자는 이 글에서 먼저 포괄적 노동법제 도입에 관한 이론적 배경을 살펴보고, 이를 토대로 ‘일하는 사람을 위한 기본법’의 입법 방향을 모색해 보고자 한다.

## II. 포괄적 노동법제 도입에 관한 이론적 배경

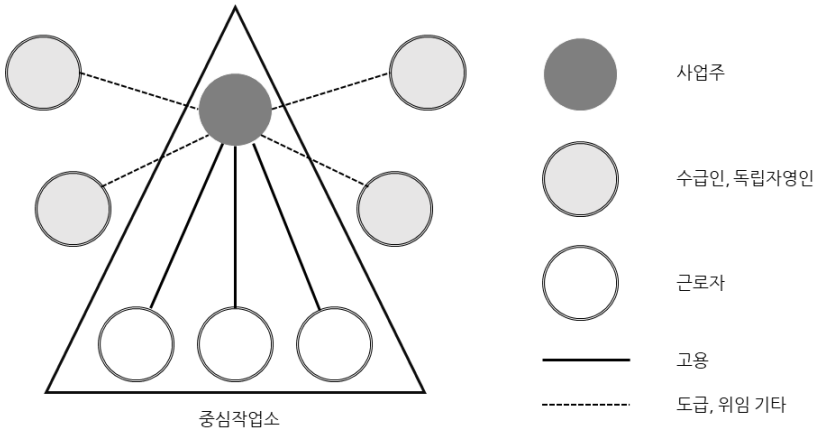
### 1. 기업조직 변동의 역사적 단계와 노동법<sup>1)</sup>

#### 1) 제1단계: 공장제 이전 자본주의 경제의 초기 단계

1단계는 공장제 이전 자본주의 경제의 초기 단계다. 근대 노동법이 존재하지 않거나, 존재했다고 해도 맹아적인 노동법규(예: 공장법 등)가 형성되기 시작한 시기이다. 이러한 시기에는 서로 다른 방식의 구성원 구성과 취업형태를 가지는 여러 가지 형태(타입 A, 타입 B, 타입 C)의 기업조직이 병존하고 있었다.

---

1) 이 부분은 石田真(노상현 역), “日本における企業組織の変動と労働法”, 『노동법학』 제28호, 2008. 12, pp. 200-205의 내용을 주로 참고하였다.



<그림 1> 타입 A2)

A유형은 사업주에게 직접고용된 노동자와 수평적으로 확장된 간접고용 노동자로 구성된 기업조직으로, 직물·섬유업이 전형이다. 여기에서는 관련된 기업조직의 생산형태가 사업주가 직영하는 중심 사업장과 농촌 가내공업의 이중적 구성을 취하였기 때문에 노동자의 취업형태도 서로 다른 두 가지 방식이 병존하고 있었다. 중심 사업장에서의 노동자의 취업형태는 사업주에 의한 직접고용이었던 반면 농촌에 거주하는 가내 노동자의 취업형태는 도매상을 매개한 간접고용이었다. 소위 외부 도급제가 도입된 기업조직으로 선대제 가내공업(putting-out system)이라고 불리는 것이다. 이러한 선대제 가내공업에서의 생산 흐름을 보면, 우선 (a) 사업주로부터 위탁을 받은 도매상이 생산자인 농촌 가내 노동자에게 원료를 대여하고 또한 무엇을 만들 것인지 지시를 내리는 한편, (b) 농촌 가내 노동자는 도매상의 지시에 따라 자신의 작업장에서 제품을 생산하고 (c) 도매상은 완성된 제품을 회수함과 동시에 이를 사업주에게 인도하고, 마지막으로 (d) 도매상이 생산자인 농촌노동자에게 보수를 지급하는 것이었다.

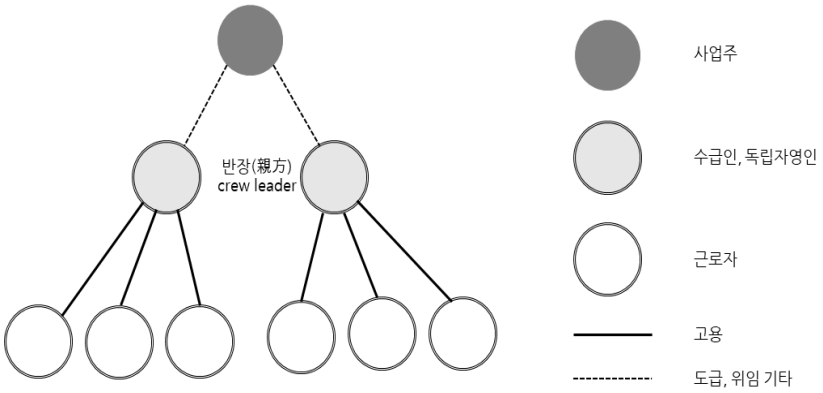
이러한 선대제 가내공업에서는 Landes에 의해 ‘선대제 가내공업의 고

2) 石田真(노상현 역), 앞의 글, p. 200의 <그림 2>를 전재하였다.

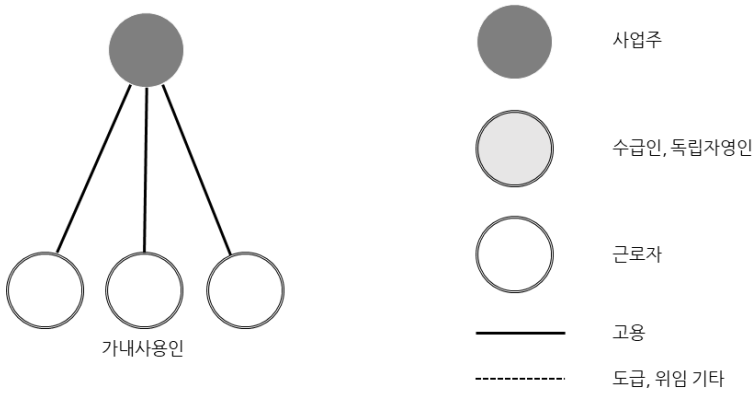
유 마찰(frictions endemic in the putting-out system)’로 명명된 농촌 가내 노동자에 의한 원료의 횡령 등으로 인하여 노무공급계약이 불이행되는 경우가 빈번하게 발생하였다. 이러한 ‘고유 마찰’의 발생 원인은 선대제 가내공업에서는 생산과정과 원료의 관리가 생산자인 농촌 가내 노동자에게 맡겨졌는데 사업주이나 중간 도매상은 격지(隔地)에 있어 농촌 가내 노동자의 부정행위를 효과적으로 감시할 수 없었기 때문이다. 이러한 부정행위에 대응하기 위해 영국에서는 형사법의 성격을 갖는 초기 주종법(Master and Servant Acts)으로, 일본에서는 카부나카마(株仲間)라는 일종의 상인 집단의 내부규약에 따른 ‘다각적 징벌전략(多角的懲罰戰略)’<sup>3)</sup>으로 대응했지만 충분한 효과를 거두지는 못하였다. 이처럼 공장제 이전의 선대제 가내공업 단계에서는 당시 생산의 기술적 기초의 취약함과 사업주의 노무관리 기능의 부족 등의 이유로 막대한 거래 비용(transaction cost)이 발생하였다.

B유형은 직접고용의 노동자와 수직적으로 확장된 간접고용 노동자로 구성되는 기업조직으로, 광산업이 전형이다. 근대 기술이 도입되기 이전의 광산업에서는 사업주와 노동자 사이에 반장(親方)이 매개하고, 이러한 반장이 개개의 노동자를 관리하는 방식이 성행하였다. 사업주(광산주)는 반장에게 총액 보수 방식으로 특정 업무를 도급하고, 반장은 자신의 휘하에 노동자를 직접 고용하여 해당 업무를 수행하였다. 따라서, 사업주와 반장이 고용한 노동자 사이의 관계는 반장을 매개로 한 간접고용이었다. 도매상을 매개로 간접고용이 수평적으로 확장되었던 A유형과는 달리 B유형의 경우에는 기업조직의 범위 내에 서로 다른 두 가지 취업형태가 ‘중층적으로 병존’하고 있었다. 이른바 내부도급제가 도입된 기업조직이다.

3) 다각적 징벌전략이란 피해를 입은 구성원뿐만 아니라 카부나카마의 다른 구성원들도 부정행위를 한 사람과 거래를 하지 않는 전략을 말한다.



<그림 2> 타입 B4)



<그림 3> 타입 C5)

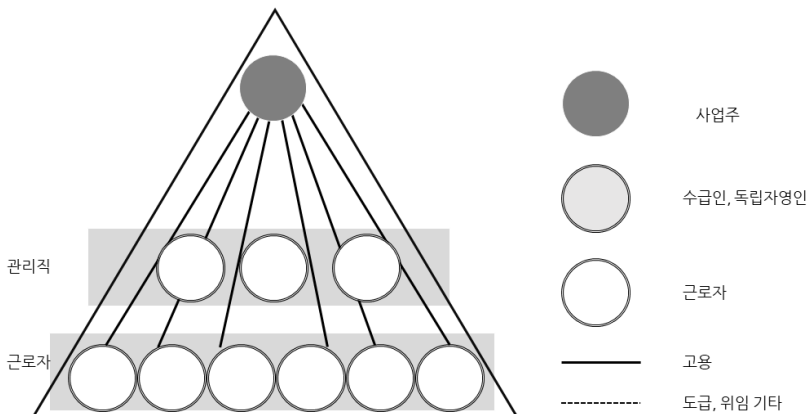
C유형은 직접고용된 노동자들로만 구성된 기업조직이다. 다양한 규모의 가내경영이 전형이었으며 근세(近世)의 지배적인 기업형태였다. 기업 조직에서의 취업형태로는 사업주와 노동자 사이의 직접고용이 지배적이 었다.

4) 石田真(노상현 역), 앞의 글, p. 200의 <그림 2>를 전재하였다.  
5) 石田真(노상현 역), 앞의 글, p. 200의 <그림 2>를 전재하였다.

이처럼 제1단계의 기업조직은 기업조직의 범위나 노동력의 구성방식에 있어 다양한 형태를 취하였고, 하나의 기업조직 내에 고용과 도급 등 다양한 노무공급계약이 중층적으로 성립하였다. 이 당시의 노동법규는 근로자의 단결을 제한 및 금지하고, 다양한 노무공급계약에 관한 노동자의 채무불이행을 ‘형벌’로 엄격하게 단속하는 것이었다.

## 2) 제2단계: 공장제의 시대

제2단계는 기계제 대공업의 출현을 거쳐 자본주의 경제가 본격적으로 전개되었던 시기임과 동시에 근대 ‘노동법’이 형성된 시기이다. 이러한 시기에는 주식회사 제도의 발전으로 소유와 경영의 분리가 가능해졌고 기업조직의 대규모화가 비약적으로 진전되었다. 이 시기 지배적인 기업조직의 형태는 ‘수직적 통합형’(vertical integration type)으로 수렴하였다.



<그림 4> D유형<sup>6)</sup>

이러한 ‘수직적 통합형’의 기업조직에서는 경영기술의 발달로 사업주가 생산조직(노동조직)의 말단에 있는 노동자까지 직접 통제(control)할 수 있게 되었으며, 그 결과 선대제 가내공업의 고유 마찰이 불가피했던

6) 石田真(노상현 역), 앞의 글, p. 202의 <그림 3>를 전재하였다.

이전 시기의 A유형에 비하여 거래비용의 대폭적인 감소가 가능해졌다. 코스(Coase)가 거래비용 감소의 관점에서 기업조직 생성의 근거를 밝히려고 할 때 염두에 둔 기업조직이 선대제 방식(putting-out system)의 가내공업에서의 ‘고유 마찰’을 극복하고 사업주가 노동력을 구성하는 모든 노동자를 장기 고용계약 하에 직접 통제할 수 있는 ‘수직적 통합형’ 기업조직이었다.<sup>7)</sup>

이러한 D유형 기업조직의 지배적인 생산형태는 공장제이며, 노동자의 취업형태는 대체로 직접고용이다. 그리고 이 시기에 본격적으로 형성된 근대적 노동법 시스템은 고용계약(contract of service)을 체결하고 ‘내부 노동시장’에 편입된 전일제 정규직 근로자의 보호에 관심을 집중하였고, 그 결과 도급계약(contract for service) 기타 고용계약 이외의 노무공급계약을 체결한 가내 노동자나 독립계약자(independent contractor)는 원칙적으로 노동법의 적용에서 배제되었다.

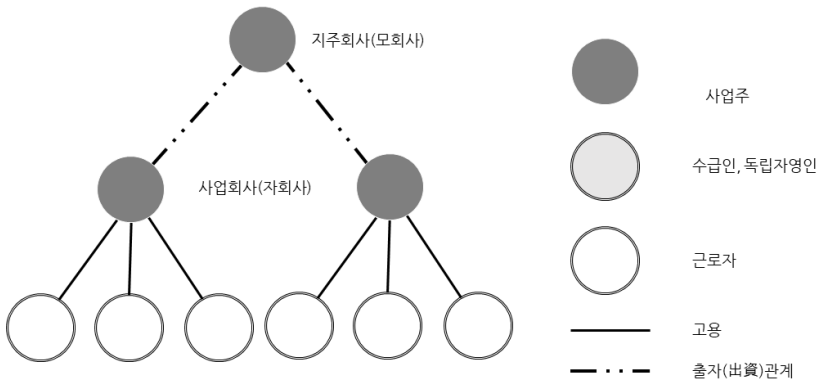
### 3) 제3단계: 포스트 공장제 시대

제3단계는 현재의 시기로, 이전 시기의 지배적 기업조직 형태인 ‘수직적 통합형’이 여전히 존속하지만, ‘수직적 통합형’의 기업조직이 모자회사 등 출자(出資) 관계를 이용하거나 사내하도급 등 계약을 이용하는 두 가지 방식으로 수직적으로 분화된 두 가지 유형의 ‘수직적 분해형’(vertical disintegration type) 기업조직이 출현하였다.<sup>8)</sup>

7) R. H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago, 1988, Chapter 2.

8) HUGH COLLINS, “Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 10, Issue 3, Autumn 1990, pp. 353-380, <https://doi.org/10.1093/ojls/10.3.353>.



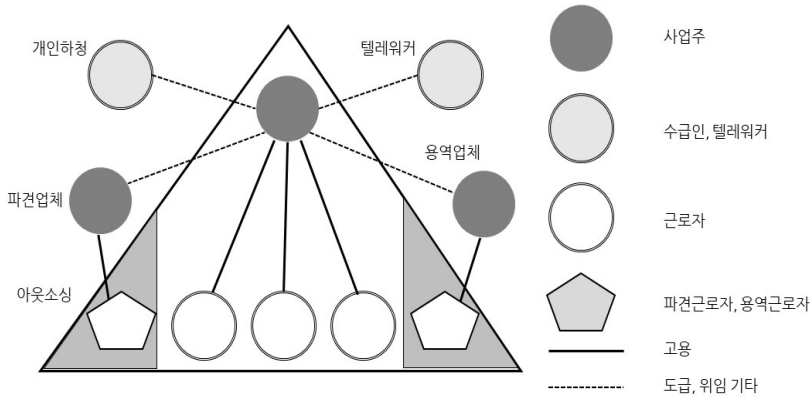


<그림 5> E유형<sup>9)</sup>

먼저, 출자 관계를 이용한 기업조직의 수직적 분화의 전형은 지주회사 인바, 지주회사 체계는 모회사(지주회사)가 주식 보유를 통해 자회사(사업회사)의 사업 활동을 지배함으로써 일체성 있게 기능하는 경제단위를 형성한다. 이 경우 자회사와 모회사 사이의 관계는 주식의 소유를 매개로 연결된 출자 관계이지만, 각각의 자회사와 그 근로자 사이의 관계는 근로계약 관계이다.

다음으로, 사내하도급 등 계약을 이용한 기업조직의 수직적 분화는 기업조직의 노동력 구성의 변화와 취업형태의 다양화와 관련된 유형이다. 이는 하나의 기업조직 내부에 다양한 취업형태를 포함하는 유형으로 ① 파견근로자의 사용이나 사내하도급을 활용하는 방식으로 취업형태가 기업조직 내부적으로 확장하는 한편, ② 자영형 텔레워커, 클라우드 워커 기타 독립계약자(independent contractor)를 활용하는 방식으로 취업형태가 외부적으로 확장하였다. 이러한 유형은 하나의 기업조직 내에 직접고용된 노동자와 도급 등의 방식으로 노무를 제공하는 노동자가 병존한다는 점에서 기업조직의 역사로 보면 제1단계의 A형으로 돌아간 듯한 양상을 보인다(선대제의 재립).

9) 石田真(노상현 역), 앞의 글, p. 204의 <그림 4>를 전재하였다.



<그림 6> F유형<sup>10)</sup>

다만 공장제 이전의 선대제는 가내 노동자 등을 통제할 방법이 없어 선대제의 ‘고유 마찰’이 불가피했다면, 오늘날에는 비약적으로 발전한 ICT에 의해 가능해진 고도의 노동 통제기술로 기업이 텔레워커나 클라우드 워커의 작업을 실효적으로 통제할 수 있다는 점에서 과거의 선대제와 질적으로 다르다. 과학기술의 발전에 기인한 ‘거래비용 zero’의 시대는 기업에게 노동자를 직접 고용하지 않고도 자영형 텔레워커, 클라우드 워커 기타 독립계약자의 노무제공을 임노동자와 유사한 수준에서 통제할 수 있도록 만들었다. 이러한 점에서 클라우드 워크는 선대제의 재림이라기 보다는 ‘종속과 안전의 교환’이라는 포디즘적 고용관계의 균형을 깨뜨리고, 노동자에게 편면적 구속의 상황을 야기한 상황으로 이해하는 것이 옳을 것으로 생각한다.

## 2. 노동법 재구축에 관한 이론적 동향

기존의 노동법은 20세기 법인(法人) 자본주의 시대의 공장제 모델에 터 잡아 형성된 것이 사실이다. 따라서 기업의 ‘수직적 분해’가 진행되고 있는 현재 상황을 적절하게 규율하기 위해서는 노동법의 변용이 불가피

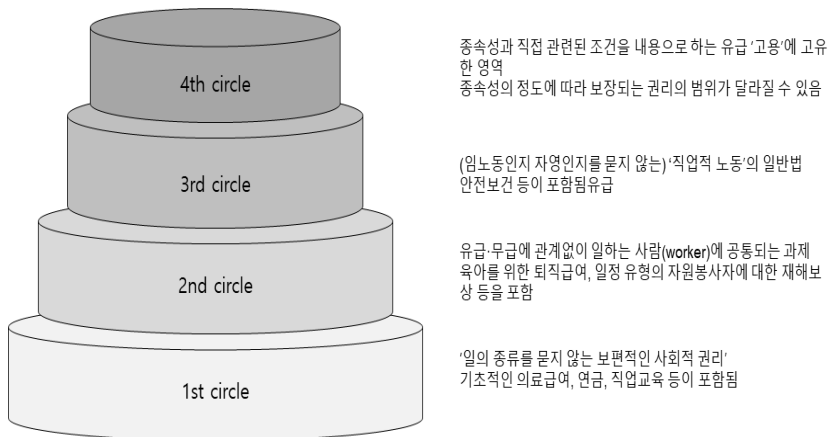
<sup>10)</sup> 石田眞(노상현 역), 앞의 글, p. 204의 <그림 4>를 일부 수정하여 전재하였다.

한바, 이와 관련하여 지난 20여 년 동안 노동법 재구축의 방법론에 관하여 다양한 주장이 개진되었다.

### 1) A. Supiot의 4개의 동심원 이론

유럽위원회는 1996년 알랭 쉬피오(A. Supiot)를 중심으로 다양한 학문 분야의 전문가로 구성된 ‘노동법의 미래’ 그룹을 조직하였고, 1999년 관련 논의의 결과를 정리하여 ‘고용을 넘어’라는 제목의 보고서를 편찬하였다. 위 보고서에서 쉬피오는 노동·사회보장에 걸친 사회적 권리를 4개의 동심원으로 정리하는 ‘4개의 동심원 이론’을 제시하였다.

쉬피오의 주장의 핵심은 사회보장으로 보호되어야 하는 위험과 고용 관계에서의 의존성을 동일시하지 않음을 전제로, 임노동자, 자영업자, 무급노동 등 어떠한 취업형태를 선택한 경우라도 극단적인 불이익을 받지 않고 또한 이직이나 전직의 경우에도 ‘직업인으로서의 지위 (membership of the labourforce)’가 유지될 수 있도록 하자는 것이다.



<그림 7> A. Supiot의 4개의 동심원 이론<sup>11)</sup>

11) Alan Supiot, “Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe” *A report prepared for the European Commission*, Oxford University Press, 2001, pp. 54-55의 내용을 필자가 그림으로 작성하였다.

첫 번째 동심원(1st circle)은 가장 넓은 동심원으로 ‘일의 종류를 묻지 않는 보편적인 사회적 권리’로 기초적인 의료급여, 연금, 직업교육 등이 이에 포함된다. 이러한 보호는 국민이 살아가기 위해 필요한 ‘national minimum’에 해당한다.

두 번째 동심원(2nd circle)은 ‘유급·무급에 관계없이’ 일하는 사람(worker)에게 부여되는 사회적 권리로 육아를 위한 퇴직급여, 일정 유형의 자원봉사자에 대한 재해보상 등을 포함한다. 필자의 사건으로는 채용에 관한 차별 금지 등 구직자에 대한 보호도 이 영역에 포함되어야 한다고 생각한다.

세 번째 동심원(3rd circle)은 (임노동인지 자영업인지를 묻지 않는) ‘직업적 노동’에 관한 일반법이며, 안전보건 등이 포함될 수 있다. 필자의 사건으로는 단체교섭 등 집단적 이익대표에 관한 제도보장이나 적극적 노동 정책 등도 이 영역에 포함될 수 있을 것으로 생각한다.

네 번째 동심원(4th circle)은 종속성과 직접 관련된 조건을 내용으로 하는 유급 ‘고용’에 고유한 영역으로, 이 영역 내에서는 그 종속성의 정도에 따라 보장되는 권리의 범위가 달라질 수 있을 것이다. 한편, 이러한 네 번째 동심원과 관련해서는 ‘종속성’의 개념을 어떻게 파악할 것인가에 따라 다양한 변형이 있을 수 있다고 생각한다. 종속성을 협의의 ‘인적 종속’으로 이해한다면 경제적 의존 상황에 있지만 인적 종속은 인정되지 않는 소위 종속계약자(dependent contractor)는 4th circle이 아니라 4th circle과 3rd circle의 중간영역에 위치하게 될 것이다. 이 경우 이러한 중간영역에 위치한 자들에게 최저보수(공임)의 보장, 미지급 보수에 대한 보장, 산업재해보상보험 적용, 계약해지의 제한 등 일정한 수준의 보호가 필요하다고 이해할 수도 있다. 이는 소위 ‘제3지대에 대한 입법’과 연결된다. 필자는 이러한 이해에 반대한다. 4th circle의 종속성은 인적 종속이 아니라 경제적 의존을 포함하는 넓은 의미의 종속(의존)이고, 따라서 소위 종속계약자(dependent contractor) 또한 4th circle에 포함되어야 하며, 다만 종속성의 정도(사실은 종속성의 유형)에 따라 관련되는 보호를 제공하는 것으로 이해하는 것이 4th circle과 3rd circle의 경계를 명확하게 할 수 있을 것으로 생각한다. 3rd circle을 ‘진정자영인’으로 불

리는 1인 자영업자를 주로 그 내용으로 하는 것으로 이해하여야 4th circle과 3rd circle 사이의 회색지대의 문제를 최소화할 수 있을 것이기 때문이다.

## 2) Freedland and Kountouris의 Personal Work Relations 모델

Mark Freedland는 2003년에 발간한 “The Personal Employment Contract”<sup>12)</sup>에서 ① 통일적인 고용계약이 장기고용, 전일제 노동을 전제로 한 노동관계를 배경으로 형성되어 온 점, ② 그러나 1980년대나 1990년대의 유연성이나 경제적 효율성을 중시하는 노동시장의 경향 속에서 통일적인 고용계약의 ‘탈통합화’가 진전된 점, ③ 이러한 고용계약의 탈통합화는 고용계약과 도급계약의 이분법적 이해를 기능부전으로 만들고 있다는 점, ④ 로마법상 *locatio conductio operarum*과 *locatio conductio operis*의 구분은 많은 노동법 규제에 영향을 주고 있지만 노동시장에서 이러한 구분의 적용은 국가와 시대에 따라 다양하다는 점을 지적하고, 노동법의 적용범위를 정하는 개념으로서 ‘인적 취업 계약(personal employment contract)’의 개념의 도입을 주창하였다.

이러한 접근은 독립계약자(수급인)를 (i) ‘스스로 일을 수행하는’ 인적(personal)인 의미에서의 노무제공자와 (ii) 자본이나 타인의 노동을 이용하는 상업적(commercial) 의미에서의 자영업자로 나누고, 전자에 대한 노동법 적용의 확장을 목표로 한 것이다.

이후 Freedland는 2006년에 발표한 논문에서<sup>13)</sup> 인적 취업 계약(personal employment contract)은 일원적으로 파악할 수 있는 개념이 아니라 다양한 계약 유형을 ‘포괄적’으로 파악하기 위한 개념임을 강조하고, 나아가 계약 개념으로는 모든 인적 취업 관계를 정리할 수 없다고 하면서 인적 취업은 계약이 아니라 ‘결합체’(nexus)로 파악되어야 한다고 주장하였다. 이후 Freedland는 2012년 Kountouris와 함께 출간한 “The

<sup>12)</sup> Mark Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003.

<sup>13)</sup> Freedland, M.R., “From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus”, *Industrial Law Journal*, 35, 2006. 1-29.

Legal Construction of Personal Work Relations”<sup>14)</sup>에서 인적 취업 관계(Personal Work Relations)를 구체화하였다. 이 책에서 Freedland와 Kountouris는 계약 개념을 강조하는 것은 ‘관계와 계약’ 및 ‘개인과 집단’의 분리를 강조하는 결과를 초래한다고 지적하고, 인적 취업은 (계약이 아니라) 관계(relation)나 결합체(nexus) 또는 네트워크(network)의 관점에서 다루어져야 하며 이러한 방법론을 통하여 계약의 구속에서 벗어나 ‘일하는 사람’에게 초점을 맞출 수 있다고 하면서, 자신들의 견해가 ‘고용’에서 ‘인적 취업’으로, ‘계약’에서 ‘관계’로 전환시키기 위한 것임을 명확히 하였다.

또한, Freedland와 Kountouris는 ① 인적 취업의 개념을 명확하게 하기 위한 출발점으로 ‘인적 취업의 프로필(personal work profile)’, ② 인적 취업 관계를 뒷받침하는 규범적 기초로서의 ‘일에서의 인격성(personality in work)’ 개념을 제시하는 한편 ③ 인적 취업 관계를 이해하는 출발점으로 ‘위험의 상호화(mutualization of risk)’ 개념을 제시하였다. 이들의 논의는 노동법의 적용 범위를 인적(personal) 성질을 갖는 취업자에게 확장함과 동시에 ‘노사의 비대등성’에 기초한 기존 노동법의 규범적 기초를 ‘일에서의 인격성’으로 전환 시킴으로써 노동법의 적용 범위와 새로운 규범적 기초를 인적(personal)이라는 관점에서 구하는 것이다.

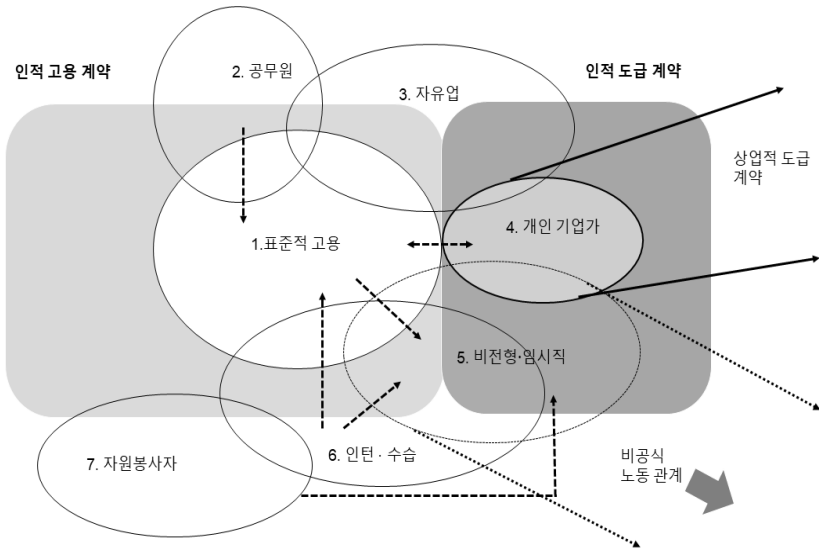
### (1) 인적 취업 관계(personal work profile)

Freedland와 Kountouris는 미시적 관점(microscopic)과 거시적 관점(macrosopic)에서 파악되는 인적 취업의 프로필(personal work profile)을 이용하여 인적 취업 관계를 밝히려고 시도하였다.

먼저, 미시적 관점에서 파악되는 인적 취업의 프로필은 종래의 고용계약과 도급계약의 2분법이나 고용계약과 유사한 개념을 포함한 3분법과는 다른 새로운 유형화를 시도한 것이다. Freedland와 Kountouris는 실증분석에 근거하여 인적 취업 관계를 ① 표준적(전형적) 고용의 취업관계, ② 공무원의 취업관계, ③ 자유업에 종사하는 사람의 취업관계, ④ 기업

<sup>14)</sup> Mark Freedland and Nicola Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2012.

가(창업자)의 취업관계, ⑤ 비전형·임시직의 취업관계, ⑥ 인턴 및 수습 등에 종사하는 사람의 취업관계 및 ⑦ 자원봉사자의 취업관계의 7가지 유형로 구체화하였다.



<그림 8> 인적 취업 관계의 영역(domain of personal work relations)<sup>15)</sup>

한편, 거시적 관점에서 파악되는 인적 취업의 프로파일은 먼저 생애주기에서의 취업상황과 인적 취업 관계는 분리될 수 없다는 가정에서 출발하여 해당 취업자의 생애주기에 걸친 취업상황(실업, 구직활동, 장기 상병휴직, 육아 등 무급노동 등)을 ‘연속적’으로 파악하려는 것이다.

종래에는 고용인가, 도급인가라는 이분법적 관점에서 ‘특정한 시점’에서 고용인가, 도급인가를 결정하였지만, 예컨대 인적 취업관계에 포함되는 독립계약자(independent contractor)는 특정한 거래상대방과의 관계만 계속한다기보다는 일정한 기간에 걸쳐 복수의 거래상대방과의 관계를

<sup>15)</sup> Mark Freedland and Nicola Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011의 그림 9.1을 전재하였다.

구축하게 될 수도 있으므로, 정태적(靜態的)으로 특정한 시점에서 특정 거래상대방과의 관계에만 주목하는 것은 적절하지 않다는 것이다. 이처럼 거시적 관점에서 파악되는 인적 취업의 프로파일은 취업자를 장기의 생애주기에서 다양한 취업 관계를 이동하는 동태적(動態的) 주체로 이해하는 것이다(위 <그림 8>에서 점선으로 된 화살표가 이러한 동태적 성격을 나타낸다).

이러한 이해는 취업자가 노동시장의 단위가 아니라 ‘사람’으로서 이해되어야 한다는 것이며, 나아가 인적 취업자에 대한 보호는 취업자의 생애주기라는 시간적으로 확장된 관점에서 파악되어야 한다는 점을 함의한다. 그 결과 인적 취업의 프로파일이라는 관점은 인적 취업 관계와 관련 노동법 규제의 적용 범위를 연결할 뿐만 아니라 ① 전형적 고용관계와 기타 취업형태 사이의 ‘균등한 취급’에 관한 규제, ② 인적 취업 관계 사이에 존재하는 계약 기간이나 해고(해지)에 관한 규제의 격차의 수정, ③ 연령이나 성별에 관한 평등을 기초로 한 취업 관계에 대한 규제, ④ 가족 친화적 및 유연성 개념의 발전과 전개에 관한 규제를 요구한다.

## (2) 일에서의 인격성(personality in work)

Freedland와 Kountouris는 노동법의 규범적 기초로 전통적으로 수용되어 온 ‘노자 간 교섭력 격차의 시정’을 대신하여 ① 존엄(dignity), ② 잠재능력(capabilities), ③ 안정성(stability)으로 구성된 ‘일에서의 인격성(personality in work)’에서 인적 취업관계에 대한 규범적 기초를 구한다.

여기서 존엄은 인격적 자율(personal autonomy)과 평등(equality)의 혼합체이고, 인적 취업을 하는 취업자에 대한 보장에 초점을 맞춘다. 이러한 형태로 이해되는 존엄은 인격성(personality)과 밀접한 관계가 있으며 노동법의 적용 범위를 결정하는 개념으로서도 기능한다. 즉, 존엄의 개념은 ‘스스로’ 일을 하는 사람이 아니라, ‘타인의 노동이나 자본을 이용하여’ 서비스를 제공하는 사람을 노동법 규제의 대상에서 배제하는 역할도 하게 된다.

한편, 인격성의 두 번째 구성요소인 잠재능력은 취업자가 노동시장에 접근하거나 능력을 개발할 기회를 의미한다. Freedland와 Kountouris는



인격적 자율과 평등의 촉진이라는 목적하에서 이러한 잠재능력의 제고가 노동법이 추구해야 할 이념의 일부이어야 한다고 주장한다. 잠재능력의 제고라는 이념은 근로자의 취업능력(employability)의 향상뿐 아니라 취업자의 능력을 지지(支持)한다는 관점에서 사회보험법이나 개별적 노동보호법, 집단적 노동법, 사용자의 재량적 권력으로부터의 보호 등 다양한 노동법 규제를 정당화하는 기능을 할 수 있다.

Freedland와 Kountouris가 일에서의 인격성의 구성요소로서 마지막으로 제시한 것은 ‘안정성’이다. 이들은 일의 안정성은 존엄이나 잠재능력의 중요한 일부라고 하면서도, 노동시장의 규제 완화나 자유화에 의해 일의 안정성이 희생되었고, 이로 인해 경제시스템 전체의 불안정성이 증가된 상황을 고려할 때 ‘일의 안정성’을 존엄이나 잠재능력의 이념과 별도로 파악하여야 한다고 주장한다. 이들은 인적 취업 관계의 다양성에 따라 각각의 유형에 보장되어야 할 안정성 또한 다양하다고 하면서도, 모든 인적 취업 관계에 있어서 일의 안정성이 중시되어야 한다고 주장한다.

### (3) 위험의 상호화(mutualization of risk)

Freedland와 Kountouris는 취업자의 존엄성과 잠재능력을 확보하고 취업의 안정성을 보장하기 위해서는 ‘사용자와 노동자’, ‘노동자 상호 간’ 및 ‘사회 전체적’으로 위험의 공평한 분담이라는 관점이 노동법의 새로운 기능을 정서하는데 유용하다고 주장한다. 노동법은 광의의 사회법을 구성하는 법역이나 사회법에 기여하는 다른 규제와의 연속성을 높이면서 특정한 취업자층에게 대한 위험의 집중화(demutualization)로부터 ‘사용자와 노동자’, ‘노동자 상호 간’ 및 ‘사회 전체적’으로 위험을 공평하게 분담하는 방향으로 전환되어야 한다는 것이다.

## 3) 노동법의 정당화를 위한 ‘잠재능력 어프로치’

### (1) 논의의 기초

전통적으로 영국에서는 노동법의 주요 목적은 노동관계에 내재하는 ‘교섭력의 차이’를 시정하는 데 있다고 생각되어 왔다. 1983년 출판된

“Kahn-Freund’s Labour and the Law”의 3판에서 Paul Davies와 Mark Freedland는 “언제나 그래왔고, 앞으로도 그럴 것이라고 감히 말할 수 있는데, 노동법의 주요 목적은 고용관계에 내재되어 있는 교섭력의 불평등에 대항하는 힘이 되는 것”이라고 하였다.<sup>16)</sup> 한편, Paul Davies와 Mark Freedland는 위 책의 서문에서 2차대전 이후 영국의 역대 정부는 ‘인플레이션의 통제’에 집중해 왔고, 최근까지 이러한 목표를 ‘높은 수준의 고용률’이라는 목표와 조화시키는 데 관심을 가졌으며, 나아가 이들 정부는 이러한 기간에 이러한 두 가지 목표 사이에 어느 정도 긴장이 존재한다는 사실을 인식하였는데, ‘단체교섭 시스템’이 이러한 긴장의 수단과 표현임을 증명할 수 있다고 하였는바,<sup>17)</sup> 이러한 인식이 ‘노동시장법’으로서의 노동법 규제에 관한 향후 논의의 출발점이 되었다.

## (2) Deakin and Wilkinson의 ‘잠재능력 어프로치’

### 가) 고용계약의 ‘제도적 측면’

Deakin과 Wilkinson은 2000년대 이후 영국에서의 ‘정규직의 탈통합화’라는 현상에 대응하여 2005년에 공저로 발간한 “The Law of the Labour Market”<sup>18)</sup>에서 (신자유주의적) 노동시장 규제 완화를 대체하는 방안을 제시하기 위해서 산업혁명 이전부터 현대에 이르기까지 영국의 ‘노동시장법’의 전개를 상세히 분석한 후, 노동법 규제의 장래의 방향으로 ‘잠재능력 어프로치’를 제시하였다.

Deakin과 Wilkinson은 위 책의 1장 ‘노동시장과 법의 진화(Labour Markets and Legal Evolution)’<sup>19)</sup>에서 ① 노동시장의 구조에 영향을 미친 법의 힘을 이해하기 위해서는 단체교섭 제도나 개별적 고용관계에 관한 노동법적 규제뿐 아니라 사회보장법이나 적극적 노동시장 정책, 경쟁법이나 회사법, 가족법이나 세법에도 관심을 가질 필요가 있으며, 특히 사

<sup>16)</sup> Paul Davies and Mark Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3rd ed), Stevens, 1983, p. 18.

<sup>17)</sup> Paul Davies and Mark Freedland(1983), p. 4.

<sup>18)</sup> Simon Deakin and Frank Wilkinson, *The Law of the Labour Market*, Oxford University Press, 2005.

<sup>19)</sup> Ibid, 1-40.

회보장법과 노동법의 결합에 유의할 필요가 있다는 점, ② 법의 진화(Legal Evolution)에 대한 분석을 통하여 각 시대의 노동관계에 다양한 개념도가 있음을 확인하고 이를 통해 당시 진행되고 있던 산업사회의 전환에 대한 새로운 시사점을 찾을 수 있다는 점, ③ 자영업, 개인하청, 임시직, 단시간 노동, 파견근로 등 탈통합화(disintegration)로 인하여 표준적 고용계약 모델이 더는 그 목적에 적합하지 않게 되었으므로 “현재 노동법을 괴롭히고 있는 파편화(fragmentation)와 개념적 혼란(conceptual confusion)의 원인을 이해하기 위해서는 역설적으로 현재 그 붕괴가 매우 널리 예상되는 패러다임을 좀 더 자세히 살펴볼 필요가 있다”라고 지적하고,<sup>20)</sup> 분석의 출발점으로서 역사적 맥락에서의 고용계약의 ‘제도적 성질’을 명확히 하였다.

이들은 먼저 고용계약의 법적 개념이 ① 법의 영역 밖에 있는 ‘경제적 교환’의 맥락에서 고용계약과 연결된 형태로 파악되어야 하는 측면과 ② 그러한 경제적 측면과는 분리되어야 하는 측면이 있음을 지적한 후 고용계약의 ‘제도적 성질’에 대해 다음과 주장한다. 먼저, 이들은 고용계약이 임금과 노무제공의 반복적인 교환으로 파악된다고 지적하고, 이는 거래비용을 최소화하고 기업의 수직적 통합을 촉진하는 시스템으로서 기능한다고 보았다.<sup>21)</sup> 이어 임시직의 급속한 증가에도 불구하고 장기고용(open-ended) 관계가 그 지배권을 잃었다는 증거는 존재하지 않는다는 David Marsden의 분석을 인용하면서,<sup>22)</sup> 이러한 분석은 ① 노동조직을 유연하게 변경하는 사용자의 경영권에 근거하는 고용의 ‘내적 유연성’과 ② 고용이 근로자에게 주는 계속성과 ‘고용보장’이라는 두 가지 사고방식과 결부되어 있다고 보았다. Deakin과 Wilkinson은 제한적 합리성을 가진 계약 당사자의 반복 교환이 이루어지는 가운데 위와 같은 내적 유연성과 고용보장이라는 사회규범과 관습이 자발적(spontaneously)으로 형성되었다고 보았다.<sup>23)</sup> 이러한 내적 유연성과 고용보장이라는 사회규

20) Ibid, 2-4.

21) Ibid, 6.

22) Ibid, 6-7.

23) Ibid, 8.

법은 당사자의 합리적인 전략적 행동의 균형점이 되며, 관련된 사회규범은 한정적인 합리성을 가진 계약 당사자가 효율적으로 행동하기 위한 정보의 집약 형태(compressed form the information)로서의 제도라고 주장하는 것이다.<sup>24)</sup>

또한, 이들은 고용계약 제도가 계약 당사자의 경제적 필요성을 반영하는 것 이외에 기업 수준을 넘는 사회적·공적 측면을 갖고 있음을 강조한다. 이들은 복지국가에서 노무제공 관계는 경제적 의존과 사회적 보호의 거래가 이루어지는 장소가 되었다는 쉬피오의 주장을 언급하면서, 고용의 계약화가 사회보장이나 고용보호법 등 사회 입법과 밀접하게 관련되어 있음을 지적했다.<sup>25)</sup> 이들은 고용계약과 도급계약의 이분법이 매우 현대적인 표현이라는 점 등을 지적하고, 노동관계가 완전히 ‘계약화’되어 고용계약과 도급계약의 이분법(binary divide)으로 이해되게 된 배경에는 사회보장법의 전개가 있음을 강조하였다. 영미법과 대륙법 모두에서 이러한 이분법이 명확하게 성립한 것은 19세기 말이 되어서였다.<sup>26)</sup> 그리고 이러한 고용계약의 공적 규제라는 측면을 고려할 때, 국가가 고용계약의 암묵적인 제3의 당사자(implicit third party)로서 사회보험이나 사회보장 급여, 소득세 등을 통해 노동시장에서의 경제적 불안정의 위험(risks of economic insecurity)을 배분하는 역할을 담당해야 하는 존재로 부상했음이 명확해진다고 지적하였다.<sup>27)</sup>

Deakin과 Wilkinson은 이러한 분석에 기초하여 고용계약을 ① 노동의 자유를 이끈 ‘산업혁명’과 ② 임노동이 생계유지의 수단이 된 산업사회로의 전환으로 인한 위험을 분배하는 기초가 된 ‘복지국가의 탄생’이라는 두 가지 역사적 발전의 결과라고 보았다.

#### 나) 고용계약의 역사적 기원

Deakin과 Wilkinson은 위 책의 2장 ‘고용계약의 기원(The Origins of

24) Ibid, 9.

25) Ibid, 14.

26) Ibid.

27) Ibid, 16.

the Contract of Employment)’<sup>28)</sup>에서 노동관계를 규율했던 법적 규제를 상세히 검토한 후, ‘산업혁명을 통하여 중세의 규제가 폐지되고 신분에서 계약으로 사회가 진전되어 노동시장이 탄생하였다’라는 주류적 인식에 대한 반론을 시도하였다. 이들은 계약 자유로의 이행에 따라 노동관계도 영향을 받은 것은 사실이지만 그러한 과정에서 오히려 전근대적인 주종법 모델의 규제가 확장 및 강화되었다는 점을 지적하고, 그 결과 산업혁명 이후에도 노동관계가 완전히 새로 등장한 계약 모델(contractual model)로 동화되지는 못하였고 따라서 노동관계의 많은 측면은 계약적 관념으로 묘사될 수 없었다고 주장한다.<sup>29)</sup> 이들은 현대적 고용계약은 오히려 ‘사회보장에 관한 입법적 규제’를 통하여 형성되었다고 주장한다. 이들은 아담 스미스 등의 자유시장 사상으로 도제 제도에 기반한 길드 제도가 붕괴되었음을 언급하면서, 동시에 산업혁명 이후 주종법(the Master and Servant Act)을 통하여 의무를 불이행한 servant나 노무자(labourer)에 대한 치안판사의 형벌권이 강화되었음을 강조하고, 그러한 치안판사에 의한 형벌권을 배경으로 한 주종법 모델이 19세기에 확산되었다고 주장한다. 영국에서 최초의 주종법은 1747년에 제정되었는데, 동법에 따라 치안판사(Magistrate)에게 master와 servant 사이의 분쟁을 조사하고 판단(examine and rule on disputes)할 권한, servant나 labourer의 비행(misdemeanour, miscarriage or ill behaviour)의 경우 임금에한 감액을 명령하고(order payment of wages due), 그러한 비행에 대한 징벌로 servant나 labourer를 최장 1개월 동안 노동교화소(house of correction)에 구금할 권한이 부여되었다.<sup>30)</sup> 이후 주종법은 더욱 강화되어 1823년 법에서는 작업장을 벗어나거나(absconding from work) 채용계약에 따른 업무의 개시를 거부하는 것(refusing to enter into work under a contract of hiring)을 범죄 유형으로 추가하였다.<sup>31)</sup>

한편, Deakin과 Wilkinson은 주종법상 치안판사의 형벌권은 장인법

28) Ibid, 41-109.

29) Ibid, 43.

30) Ibid, 63.

31) Ibid.

(Statute of Artificers)상 규제를 승계한 것이지만, 주종법은 가족 고용의 전근대적 모델을 유지하기 위한 것이 아니라 공장 노동자에 대한 규율을 강화하기 위한 것이었다고 주장한다. 18세기 후반에서 19세기에 걸쳐 산업혁명에 의해 길드에 기반한 생산관계는 쇠퇴하였지만, 이것이 고용관계로의 현대적 전환을 의미하는 것은 아니었으며, 초기의 목화 방적 공장(early cotton spinning factories)의 경우 하수급인(sub-contractor)이 가족 구성원을 보조자로서 고용하는 형태(family control), 19세기 초 제철업(iron working)의 경우 수급인(contractor)이 길드의 master craftsman이 되어 길드의 규칙(craft rule)이나 참여 제한(entry restrictions)을 유지하기 위해 도제에서 채용하는 형태(craft control), 부두 작업과 탄광의 ‘Butty’<sup>32)</sup> 시스템과 같은 형태(gang work)의 내부계약 시스템이 이용되었다.<sup>33)</sup> 노동력을 조직하고, 생산과정을 관리하는 기술이나 지식이 부족했던 당시의 사용자에게 이러한 형태의 계약 시스템은 불가피했다. 영국에서는 1856년 Joint Stock Companies Act의 입법으로 주식회사(joint stock company)의 지분소유자들의 유한책임이 인정되기 전까지는 대규모 조직이 형성되지 않아 기업이 노동자를 직접 고용하여 통합적으로 관리하는 구조가 형성되기 어려웠다. 주종법은 기업에 의한 직접고용이 이루어지지 않아 조직적 구속이 느슨한 상황에서 노무자에 대한 사용자의 규율을 확보하는 수단으로 기능하였다.<sup>34)</sup>

한편, Deakin과 Wilkinson은 주종법 모델의 법적 특징이 ‘계약의 상호성’의 결여에 있다고 지적한다. 장기의 임금지급 기간(pay period)과 계약 기간, 통지기간 등은 노무자를 보호하기 위한 것이 아니라 노무 제공을 통제하는 사용자의 수단으로 이용되었다. Servant가 임금 지급 기간 도중에 퇴사하거나, 예고 없이 퇴사한 경우에는 심지어 일을 마친 경우에도 임금을 전부 몰취 당하였다.<sup>35)</sup>

32) 19세기 초반 영국의 광산에서는 ‘Butty’라고 불리는 수급인(contracto)이 광산 소유자와 석탄, 철광석의 배송을 계약하고, 배송을 위하여 노무자를 고용하는 관행이 있었다.

33) Ibid, 68.

34) Ibid, 70.

35) Ibid, 71.

Deakin과 Wilkinson은 이러한 19세기 주종법 모델에서 현대적 고용계약의 기원을 찾을 수는 없으며, 오히려 주종법의 적용을 받지 않던 관리직 노동자(high-level managerial workers)의 경우 노무자의 사용자에게 대한 복종의무 뿐만 아니라 ‘사용자의 의무’로 해고 시 예고의무, 일의 제공의무 등이 인식되어 노무자와 사용자의 상호적 의무(mutual obligation)에 근거한 고용계약이 전개되었다고 주장한다. 또한, 이들은 주종관계 모델의 쇠퇴에 따라 상호적 의무를 수반하는 고용계약의 사고방식이 많은 노무자에게 적용되기 시작한 것은 내부계약 시스템(internal contract system)이 후퇴하는 한편 기업의 ‘수직적 통합(vertical integration)’이 진행되어 직접고용이 진전되고, 단체교섭 제도와 사회보장 입법이 고용관계에 큰 영향을 미치기 시작했던 시기였다고 강조한다. 요컨대, 현대적 의미의 고용계약은 산업혁명에 의한 것이 아니라 복지국가의 산물이라는 것이다. 이들은 영국에서 사회보장 입법은 사용자가 고용관계에서 발생하는 경제적·사회적 위험을 책임진다는 개념을 기초로 한 1880년 사용자 책임법(the Employers' Liability Act 1880)에서부터 형성되기 시작했지만, 이러한 사회보장 입법은 전문적 취업자에게는 적용되지 않았으며, 주종법의 적용 범위를 기초로 하고 있었다. 모든 노동자에게 적용되는 현대적 노동법(modern labour law)의 일원적 고용계약 모델(unitary model of the contract of employment)은 특히 사회보험의 적용범위를 확장한 1946년의 국민보험법(the National Insurance Act 1946)의 제정으로 등장했다고 주장한다.<sup>36)</sup> 1946년 국민보험법은 고용계약에 따라 고용된 임금취득자와 자신의 계산으로 고용된 사람을 구분하는 ‘근로자와 자영업자의 이분적 이해’를 확립하였다.<sup>37)</sup> 이러한 이분법적 이해는 이후 소득세법이나 1960년 이후의 노동자 보호입법에서도 채용되었다.<sup>38)</sup> 이러한 새로운 입법에 직면하여 법원도 상위 직급 노동자와 하위 직급 노동자의 구별을 폐기하고, ① 노동자가 조직에 편입되어 있는지 아닌지(the test of integration), ② 사업자로서 자신의 계산으로 취업하고 있는지 아

36) Ibid, 94.

37) Ibid.

38) Ibid, 95.

닌지(the test of business reality)라는 기준으로 고용계약성을 판단하게 되었다.

Deakin과 Wilkinson은 이러한 사회보장 입법, 단체교섭의 보급 및 기업의 수직적 통합이 더해져서 현대적 고용계약이 형성되었다고 주장한다. 즉, 유한책임 제도의 확립과 경영관리기술의 발전에 따라 중간업자에게 관리기능을 맡길 필요성이 줄어든 점에 기인하여 종래 도급계약을 주축으로 한 내부계약 시스템이 붕괴되고, 기업에 의한 직접고용이 진전되어 기업의 수직적 통합이 가속화되었고, 여기에 단체교섭의 대상이 되는 노동자의 범위가 확대되면서 자영업자와 근로자라는 이분법적 이해에 근거한 고용계약 개념이 형성되었다는 것이다. 또한, 이들은 고용계약은 주종법의 전통에서 계승된 경영에 대한 근로자의 종속이나 경영권 행사 측면에서 파악되는 협조 기능과 사용자에게 종속되어 생기는 근로자의 사회적·경제적 위험을 배분하는 기능을 담당하면서 발전해 왔다는 점을 강조한다. 요컨대, Deakin과 Wilkinson은 현대적 고용계약은 사회보장 입법의 산물이고, 고용계약은 역사적으로는 ‘계약’과 입법적 규제의 대상이 되는 ‘신분’이 병존하면서 전개되었다고 주장한다.

#### 다) 자생적 질서로서의 노동시장과 그 한계

Deakin과 Wilkinson은 위 책의 5장 ‘경쟁, 잠재능력 및 권리(Competition, Capabilities and Rights)’<sup>39)</sup>에서 근로계약의 탈통합화, 노동참여에 대한 인센티브를 강조하는 방향으로의 적극적 노동시장 정책의 전환, 노동조합의 쇠퇴 등 노동시장을 둘러싼 환경의 변화와 노동시장을 규율하는 입법 규제와 관련한 변화를 평가하고 장래의 규범적 방향성을 제시한다.

이들은 고용계약이 경제적 협조와 사회적 위험의 배분이 복잡하게 반영된 결과라고 전제로 한 다음, 복잡한 형태로 행해지고 있는 노동시장 규제의 방향성을 검토하기 위하여 여타 시장과 마찬가지로 노동시장을 ‘진화 프로세스의 결과로서의 일련의 상호 강화적 관습(mutually-reinforcing conventions)에 근거한 자생적 질서(spontaneous order) 또는

<sup>39)</sup> Ibid, 271-353.



자기조직화의 체계(self-organizing system)’라고 상정하였다.<sup>40)</sup>

Deakin과 Wilkinson은 먼저 완전경쟁 하에서는 자발적 교환에 의해 자원이 가장 효율적으로 이용된다는 일반적 균형 모델에 대하여, 만일 거래비용이 영이라면(zero transaction costs) 엄격히 말하면 재배분 기능을 제외하면 이러한 모델에서 법이 수행해야 하는 경제적 기능은 없다고 주장한다.<sup>41)</sup> 반면, 거래비용의 존재를 전제로 하는 경우에는 이러한 거래비용으로부터 야기되는 시장 실패의 교정(correcting market failures)에서 법의 역할을 찾아낼 수 있다고 주장한다. 다만, Deakin과 Wilkinson은 법원이나 입법기관은 시장의 실패를 교정하기 위한 정보를 충분히 보유할 수 없다는 Hayek의 비판을 강조하였다.<sup>42)</sup> 경제시스템이 너무 복잡하기 때문에 중앙집권적인 법 규제가 제대로 작동하기 어렵다는 것이다. 동시에 Deakin과 Wilkinson은 Hayek가 주장하는 자생적 질서에 대해 다음 세 가지 유의점을 지적한다. 먼저, 자생적 질서로서의 사회규범이나 관습은 의도적으로 설계된 것이 아니라 당사자의 반복적인 협조 행동 속에서 자생적으로 진화해 온 것이다. 다음으로, 자생적 질서는 법의 지지(support) 없이도 존재할 수 있으나 법적 강제 시스템이 정비된 때 보다 원활하게 기능한다. 마지막으로, Hayek의 자생적 질서가 반드시 효율적 상태를 가져오는 것은 아니다.

이어서 Deakin과 Wilkinson은 자생적 질서의 유용성을 인정하면서도, 공공재나 분할 할 수 없는 상품에 대해서는 소유권에 근거한 자생적 질서로서의 시장은 유효하게 기능하지 않는다는 점과 당사자 사이의 거래에 외부성이 존재하는 경우 국가는 그러한 외부성에 대응하는 기능을 담당하고 있다는 점을 지적한다. 나아가, 이들이 자생적 질서의 한계로서 가장 문제 삼은 것은 시장 참가자 사이에 부나 자원에 관한 크고 지속적인 격차(disparities)가 존재하는 경우 자생적 질서로서의 시장이 효율적으로 기능할 수 있는가의 문제이다.<sup>43)</sup> 극도의 자산 격차로 인하여

40) Ibid, 277.

41) Ibid, 278.

42) Ibid.

43) Ibid, 284.

일정한 집단이 시장에서 배제된다면, 자생적 질서의 관점에서는 시장 참여자의 축소로 교환 시스템으로부터 얻을 수 있는 사회적 편익도 축소된다. 이러한 관점에서 보면 재분배(redistribution)는 자생적 질서로서의 시장에서 귀결되는 바람직하지 않은 결과를 시정 하는 정도의 기능을 담당하는 것이 아니라, 시장이 효율적으로 기능하기 위한 전제조건(preconditions)을 정비하는 것으로 이해할 수 있다. 이러한 관점에서 Deakin과 Wilkinson은 노동법에서의 재분배 또는 보호 입법은 시장을 창출하는(market-creating) 기능을 한다고 주장한다.<sup>44)</sup>

이어서 이들은 개인의 자원(resource endowments), 잠재 능력(capabilities), 기능(functioning)의 개념을 이용하여 노동시장에서의 경제적·사회적 격차를 설명한다.<sup>45)</sup> 먼저 ‘개인의 자원’이란 노동력, 자산, 공적 급부에 대한 권리 등을 의미하며, 이러한 개인의 자원은 각각의 개인에 따라 다양한 형태로 존재한다. 여기서 Deakin과 Wilkinson은 Amartya Sen의 기능(functioning)과 잠재능력 개념을 원용하여 자원이 주어졌을 때 개인의 기능이 그 개인의 잠재능력에 의해 결정된다는 논의를 전개한다.<sup>46)</sup> 기능이란 개인이 수행할 가치가 있다고 생각하는 다양한 것으로, 예컨대 병에 걸리지 않는 것이나 공동체 생활에 참가하는 것 등 다양한 요소로 구성된다. 잠재능력은 이러한 다양한 기능을 달성하기 위한 자유(a kind of freedom)이며, 잠재능력은 개인 자원의 단순한 결과일 뿐만 아니라 자원을 이용하기 위한 교육, 훈련, 사회성을 획득하는 과정에 대한 접근에도 의존하는 것으로 이해된다.<sup>47)</sup> 이들은 이러한 개념을 이용하여 전통적인 가정구조가 노동시장에서 여성의 잠재능력을 감소시켜 왔다는 예를 제시한다. 여성 근로자에 대한 가사노동의 불평등한 책임이 여성의 노동시장 활동을 저해해 왔다는 것이다. 이들은 나아가 직업 단체(professional associations), 부문별 노동조합(sectionally-based trade unions) 기타 공식·비공식 조직이나 네트워크가 노동시장의 진입과 훈련

---

44) Ibid.

45) Ibid, 285.

46) Ibid.

47) Ibid, 286.

을 통제해 온 것을 지적하며, 그러한 직업 단체에서 배제됨으로써 성·인종·연령·낮은 사회적 지위에 수반하는 노동시장에서의 불이익이 가중되었다고 지적한다.<sup>48)</sup> 또한, 기업 내 임금구조나 승진 시스템도 개인의 일의 기회를 규율하여 왔다고 한다. 이처럼 Deakin과 Wilkinson은 일에 대한 접근이 조심스럽게 통제되고, 보수나 사회적 지위가 높은 직업일수록 그 진입 장벽이 높아지는 것이 노동시장에 널리 퍼져있는 특징이라고 지적한다.<sup>49)</sup> 노동시장의 하층 차원(lower levels in the labour market hierarchy)에서는 업무의 내용이 비숙련 노동이 되고, 노동조합이 조직되지 않으며, 결과적으로 노동조건은 열악해지고 임시직화되며(casualized) 비표준적 고용계약이 일상화된다.<sup>50)</sup>

또한, 이들은 노동시장에서 자원, 잠재능력, 기능에 누적효과(cumulative effects)가 있음을 강조한다. 즉, 충분한 자원을 가진 사람은 잠재능력이나 기능을 높일 수 있고 그것에 의해 자원을 증가시킬 수 있으나, 반대로 자원을 충분히 보유하지 않는 사람은 잠재능력이나 기능을 충분히 발휘하지 못하는 악순환(vicious cycle)에 빠지고 그 결과 자원, 잠재능력, 기능의 누적적인 저하가 발생한다는 것이다.<sup>51)</sup>

Deakin과 Wilkinson은 노동시장에서 누적적으로 발생하는 개인의 잠재능력 격차를 고려할 때, 노동시장에 관한 법규제는 직업훈련이나 교육 등과 같이 타인과 교환관계를 형성하는 노동자의 잠재능력을 높이는 것으로, 단순한 재배분 규제로서의 의미뿐 아니라 노동시장의 전제조건을 정비하는 역할을 한다고 주장한다.

Deakin과 Wilkinson은 이러한 방식으로, 사회적 권리는 개인의 역량을 위한 제도적 토대를 제공하는 데 중추적인 역할을 할 수 있다고 주장한다.<sup>52)</sup> 이들은 임신을 이유로 하는 해고금지 규제를 예로 들어 노동법 규제의 이러한 역할을 설명한다. 전통적인 경제학적 관점에 따르면 사용자는 해고금지 규제로 인해 임신한 여성 근로자를 해고할 수 없어 그만큼

48) Ibid, 287.

49) Ibid, 288.

50) Ibid.

51) Ibid.

52) Ibid, 291.

비용을 부담하지만, 결과적으로 사용자는 여성을 고용하는 것을 꺼리게 되어 자원 배분의 비효율성이 발생한다. 이에 비해서 잠재능력 어프로치의 관점에서는 임신을 이유로 해고를 금지하는 규제가 존재하지 않는 경우, 여성은 임신하면 고용이 지속되지 않는다고 생각하여 직업능력을 높이기 위한 투자를 실시하지 않고, 극단적인 경우 노동시장에 참여조차 하지 않는다. 임신을 이유로 하는 해고가 규제되면 여성은 직업능력을 향상시키는 데 투자를 하고 사용자 또한 여성을 대상으로 직업훈련을 할 것이다.<sup>53)</sup>

또한, Deakin과 Wilkinson은 최저임금 규제에도 잠재능력을 높이는 역할이 있다고 주장한다. 이들은 최저임금이 한편으로는 시장에서 결정되는 임금을 초과하는 수준을 요구함으로써 결과적으로 노동 수요가 감소한다는 비판을 수용하면서도, 최저임금 규제가 존재하지 않으면 노동시장의 분단화에 의한 구조적인 불평등이 존재함에 따라 노동자가 그 능력에 상응하는 임금을 받을 수 없을 가능성이 확대된다고 주장한다. 그리고 이들은 임금 및 기타 노동조건에 관한 규제를 통하여 사용자에게 근로자에 대한 교육훈련이나 안전보건 보호 개선에 대한 인센티브가 작용하고, 이로 인하여 노동의 질이 향상되고 근로자의 잠재능력이 높아질 것이라고 주장한다.<sup>54)</sup>

#### 라) 시장과 사회권의 가교(架橋)로서의 ‘잠재능력 어프로치’

이러한 분석에 기초하여 Deakin과 Wilkinson은 노동시장의 자유화를 통해 계약으로의 회귀를 지향하는 신자유주의적 규제완화론에 대해서는 ① 고용계약의 기원, 즉 산업혁명 이후의 사회경제적 변화와의 관계에서 어느 시점에 현대적 고용계약이 발생했는가 및 ② 규제완화론이 주장하듯 계약에 관한 커먼 로(common law)와 사회적 입법이 양립할 수 없는 것인가라는 서로 연관된 두 개의 문제를 제기할 수 있다고 주장한다.

이들은 먼저 19세 초 노동자를 고용하는 계약의 자유가 확립되었지만 ‘노동관계’의 내용은 계약이 아니라 labourer나 servant의 종속적 지위의

<sup>53)</sup> Ibid.

<sup>54)</sup> Ibid, 293.

관점에서 형성되었다고 주장한다. 즉, 노동자의 특별한 지위는 주종법의 산물이었으며, 주종법이 적용되지 않았던 관리직 노동자의 영역에서 적용되던 사용자와 노동자의 ‘상호적 의무’를 특징으로 하는 계약에서 현대적 고용계약이 기원한다는 것이다. 이러한 의미에서 산업혁명으로 ‘신분에서 계약으로’ 이행하고, 복지국가의 탄생으로 다시 ‘계약에서 신분으로’ 이행하였다는 역사적 사실은 확인되지 않으며,<sup>55)</sup> 노동관계를 규제하는 형태로서 ‘계약’과 ‘신분’은 항상 병존해 왔음을 강조한다.

이들은 또한 ① 산업혁명으로부터 노동조합에 대한 제한이 제거된 1870년대까지의 기간, ② 1870년대부터 1940년대 복지국가가 형성될 때까지의 기간, ③ 성숙한 복지국가가 탄생하는 1940년대부터 규제완화로 특징지어지는 1980년대 이후의 기간이라는 세 가지 시기에 노동법은 사회 변화에 대응하여 전개되었으며,<sup>56)</sup> 특히 전후 복지국가의 시기에 이른바 정규직(standard employment) 구조가 법체계의 제도적 창조물(institutional creation)로서 형성되었다고 주장한다.<sup>57)</sup> 정규직 구조는 안정된 고용을 소득보장의 주된 원천으로 하는 기업 구조, 가족을 부양하기 위해 남성에 대하여 안정적인 임금 소득을 보장하는 가족 구조를 전제로 하는 것이기 때문이다. 이러한 토대에서 이들은 ① 현대적 고용계약은 복지국가의 산물이라는 점과 ② 고용계약은 항상 입법적 규제의 대상이었다는 점을 지적한다.

한편, Deakin과 Wilkinson은 1980년대 이후의 규제완화론은 종전의 정규직 구조를 전환하려는 것이라고 보고, 이러한 (신자유주의적) 규제완화론은 노동법 규제의 ‘철폐’를 주장하는 것 외에는 정규직 구조를 대신할 적극적인 정책의 방향은 제시하지 못하고 있다고 주장한다.

이러한 검토를 근거로 Deakin과 Wilkinson은 “The Law of the Labour Market”의 결론 부분에서 신자유주의를 대신하기 위한 노동법 규제의 비전으로 사회권을 ‘잠재능력 어프로치’의 관점에서 파악해야 한다고 주장한다. 이들은 먼저 20세기 중기의 복지국가에서 탄생한 사회입법은 고

<sup>55)</sup> Ibid, 303.

<sup>56)</sup> Ibid, 304.

<sup>57)</sup> Ibid, 305.

용을 중심으로 한 시민권(citizen ship) 개념을 구체화한 것으로 보았다. 사회보장법은 임금에 의존하는 대다수 사람에게 발생하는 사회적 위험에 대응하기 위한 것이었다. 한편, 단체교섭이나 고용정책을 통한 고용안정은 사회적 위험의 처리를 위한 비용이 사회보장으로 치우치는 상황을 피하기 위한 것이었다. 이들은 이어서 사회권이 시장 메커니즘을 규제하는 일부로서 형성되었음을 강조한다. Deakin과 Wilkinson은 사회권을 인정하는 것은 시장에 의한 평가와 관계없는 소득에 관한 권리를 부여하는 것으로 시장의 유연성을 약화시키는 측면이 있다는 점에서 복지국가의 사회입법은 ‘시장과 사회권의 대립구조’로 특징지어진다고 하면서도, 다른 한편으로는 시장화의 진행으로 생긴 개인화가 노동시장의 효과적인 기능을 보장하기 위한 사회권의 필요성을 낳았음을 지적하고, 시장과 사회권을 매개하는 개념으로서 ‘잠재능력 어프로치’를 제시하였다.

이러한 잠재능력 어프로치는 실질적인 자유에 주목한 것으로, 사회권의 해석에 대한 새로운 관점을 제공한다. 즉, 이들은 사회권이 개인에게 자원への 접근 가능성을 실현하는 수단을 부여하고, 이를 통하여 높은 경제적 기능의 수준을 달성하는 잠재능력의 제도적 형태로서 이해되어야 한다고 주장한다. 또한, 이러한 잠재능력 어프로치는 ‘사회권의 시장 창출 기능’에 근거하는 것이다. 시장에 효과적으로 참가하기 위해 개인에게는 ‘계약과 소유권의 제도적 보장’ 이상의 것이 요구되기 때문이다. 예컨대 개인에게는 주거, 교육, 직업훈련의 보장이나 차별을 금지하는 법제도 등 그 가능성을 실현하기 위한 경제적 수단이 제공되어야 한다. 사회권이 적절히 제도화됨으로써 직장이나 사회에서의 균형이 유지될 수 있으며, 생산자원의 이용, 창출, 발전을 개선하고 실업과 빈곤의 만연을 막을 수 있다. 이러한 이유로 Deakin과 Wilkinson은 노동조합과 단체교섭의 역할을 정당화하는 법, 최저 근로조건을 규제하는 법, 안전보건 및 직업교육을 보장하는 법과 정책 목적으로의 완전고용이 필요하다고 주장하면서, 시장의 관점에서 사회권을 이해하기 위한 개념으로서 ‘잠재능력 어프로치’를 규정하는 것이다.

한편, 이들은 이러한 잠재능력 어프로치의 관점에서부터 사회권을 파악할 경우 ① 사회보험 급부와 같은 자원에 대한 권리와 ② 노사관계,

단체교섭, 기업의 지배구조를 규제하는 규칙 등 특정한 제도적·절차적 상호작용으로서의 사회권이라는 두 가지 범주의 사회권을 인식할 수 있다고 하면서, 위 ①의 사회권은 개인에 의해서 기능(functioning)으로 전환될 수 있고, 위 ②의 사회권은 개인이 자신의 능력이나 기술을 기능으로 전환하는 제도적 환경을 제공하는 것이라고 보았다.

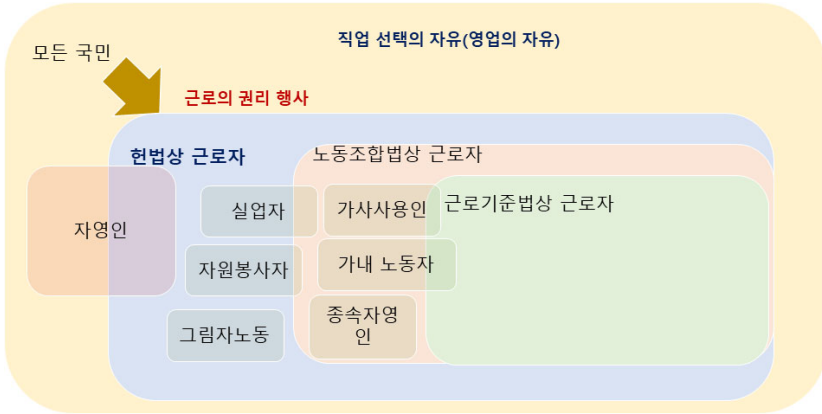
Deakin과 Wilkinson의 잠재능력 접근치를 요약하면 이는 노동시장에 대한 접근의 보장과 노동자의 능력개발에 초점을 둔 규범 이론이라고 말할 수 있을 것이다. 이들은 역사적으로 노동시장이나 고용계약이 법규제의 대상이 되어 온 것을 근거로 노동시장의 경제적 측면과 사회적 측면에 대한 방향성을 보여주는 이념으로 ‘잠재능력 접근법’을 제시한 것이다.

### III. 일하는 사람을 위한 기본법의 설계 방향

#### 1. 헌법상 근로자로서의 ‘일하는 사람’

필자는 우리 헌법상 근로자 개념은 쉬피오가 제시한 네 개의 동심원 중 두 번째 동심원(2nd circle), 즉 ‘유급·무급에 관계없이’ 일하는 사람(worker)의 범위에 상응하며, 따라서 이러한 헌법상 근로자는 Freedland와 Kountouris가 제시한 인적 취업 관계의 다양한 유형을 모두 포함한다고 생각한다.

헌법 제15조는 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다고 규정하는바, 이러한 직업선택의 자유는 연혁적으로는 ‘직업’에 관한 봉건적 구속에서의 해방을 의미한다. 이러한 직업선택의 자유가 Henry Maine이 말한 ‘신분에서 계약으로’에 해당하는 시민적 해방이다. 이렇게 해방된 근대 시민은 직업으로서 한편으로는 자기의 기업을 영위할 수 있고(영업의 자유), 다른 한편 타인에게 노동을 제공하는 방식으로 삶을 영위할 수 있다. 여기서 후자의 영역을 국가가 보장하는 것이 헌법 제32조 제1항 제1문의 ‘근로의 권리’이다.



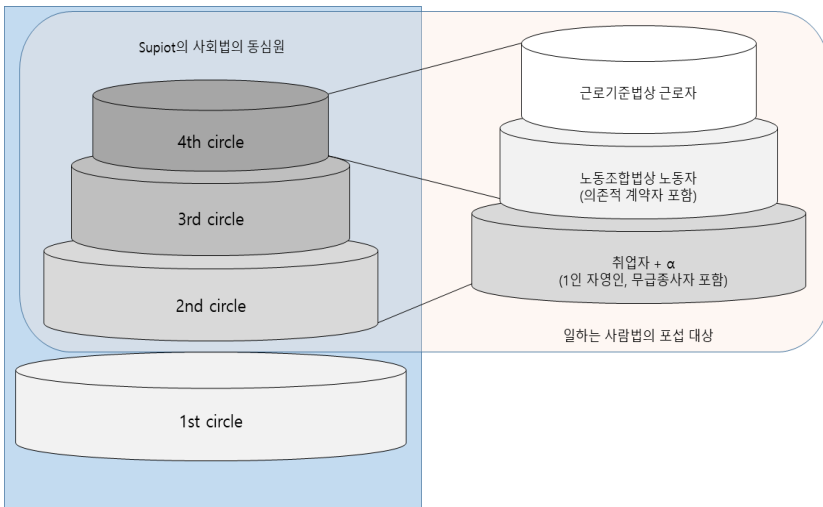
<그림 9> 근로의 권리와 헌법상 근로자

물론, 이러한 근로의 권리는 매우 추상적인 권리로서 구체적인 취로청구권의 근거가 되지는 못한다. 다만, 필자는 ‘모든 국민’이 이러한 근로의 권리를 행사하면 그 규범적 효과로 헌법상 근로자의 신분을 획득한다고 이해하고자 하는 것이다. 즉, 헌법상 근로자의 지위는 실제로 취업하였는가의 사실이 아니라 헌법상 근로의 권리를 행사하였는가의 규범의 측면에서 접근할 필요가 있다는 것이 필자의 생각이다. 이렇게 근로의 권리를 행사한 결과 취득하게 되는 근로자라는 신분은 ‘산업사회의 시민권’으로서의 ‘직업인으로서의 지위’(membership of the labourforce)에 해당한다. 그리고 헌법 제32조는 국가에 ‘직업인으로서의 지위’를 획득한 근로자의 보호를 위한 입법의무를 부과한 것이며, 헌법 제33조는 헌법이 헌법상 근로자에게 ‘직접’ 노동3권을 ‘구체적’으로 보장한 것이다. 따라서, 근로기준법이나 노동조합법 등 실정법은 전체집합으로서의 헌법상 근로자의 일정 범주에 대하여 그러한 범주의 헌법상 근로자에게 필요하고 또한 방법론적으로 가능한 법적 보호를 규정하는 것이다.

한편, 필자는 앞에서 본 Supiot의 사회법의 4개의 동심원 중에서 두 번째 동심원(2nd circle)부터 세 번째 동심원(3rd circle)부터 네 번째 동심원(4th circle)에 해당하는 영역은 노동법의 보호대상으로 포괄할 필요가 있다고 생각한다.



먼저, Supiot의 4th circle은 종속성과 직접 관련된 조건을 내용으로 하는 유급 ‘고용’에 고유한 영역인바, 근로기준법상 근로자는 물론 노동조합법상 노동자(의존적 계약자 포함)도 이 영역에 포함된다. 다음으로, Supiot의 3th circle은 임노동인지 자영업인지를 묻지 않는 ‘직업적 노동’의 일반법이므로 소위 ‘프리랜서’로 불리는 1인 자영업자도 이 영역에 포함될 것이다. 마지막으로, Supiot의 2th circle은 ‘유급·무급에 관계없이’ 일하는 사람을 포괄하므로 무급 인턴이나 무급 가족종사자 나아가 무급으로 가사에 종사하는 그림자 노동이 이 영역에 포함될 수 있을 것이다.



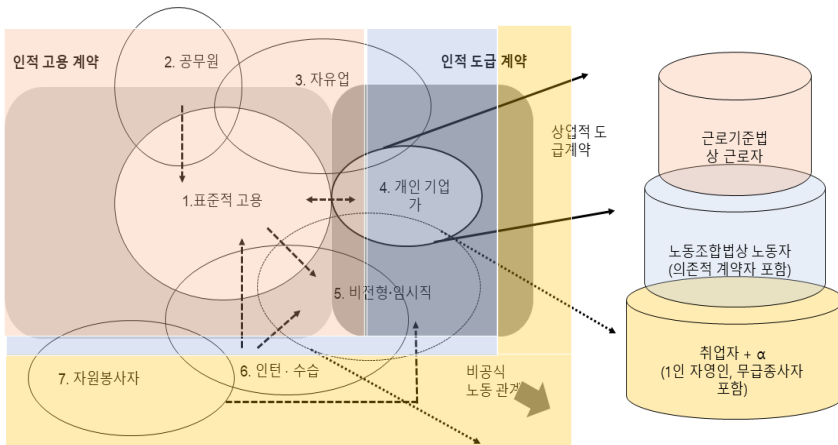
<그림 10> Supiot의 사회법의 4개의 동심원과  
‘일하는 사람 보호법’ 구상 관계도

한편, 필자가 생각하는 일하는 사람 기본법의 구상은 Supiot의 2nd circle에 해당하는 ‘유급·무급에 관계없이’ 일하는 모든 사람을 노동법 보호의 전체집합으로 상정하고, 이러한 전체집합 안에 각 범주의 일하는 사람에게 적용이 필요하고 또한 적용이 ‘가능한’ 권리를 매칭하자는 것이다. 즉, 전통적인 노동법의 보호대상인 근로자를 포함하여 더 넓은 범주의 ‘일하는 하는 사람’을 포괄하는 적용 대상을 가진 법률(편의상 ‘기

본법’이라고 한다)을 마련하고, 이러한 기본법을 노동법적 보호의 기층(floor)으로 삼는 방식이다. 이렇게 마련된 전체집합함으로서의 기본법으로 보편적 보호의 안전판을 만들고, 그 위에 더 높은 수준의 보호를 내용으로 하는 개별법들을 쌓아 올리는(add on) 방식이다.

한편, 이러한 일하는 사람 기본법의 적용대상을 Freedland와 Kountouris가 제시한 인적 취업 관계의 7가지 유형, 즉 ① 표준적(전형적) 고용의 취업관계, ② 공무원의 취업관계, ③ 자유업에 종사하는 자의 취업관계, ④ 기업가(창업자)의 취업관계, ⑤ 비전형·임시직의 취업관계, ⑥ 인턴 및 수습 등에 종사하는 자의 취업관계 및 ⑦ 자원봉사자의 취업관계와 매칭시켜보면, 먼저 ① 표준적(전형적) 고용의 취업관계, ② 공무원의 취업관계, ③ 자유업에 종사하는 자의 취업관계 중 인적 종속이 인정되는 관계, ④ 기업가(창업자)의 취업관계 중 인적 종속이 인정되는 관계, ⑤ 비전형·임시직의 취업관계 중 인적 종속이 인정되는 관계, ⑥ 인턴 및 수습 등에 종사하는 자의 취업관계 중 인적 종속이 인정되고 또한 ‘유급’인 경우와 ⑦ 자원봉사자의 취업관계 중 인적 종속이 인정되고 또한 ‘유급’인 경우에는 근로기준법상 근로자에 해당할 것이다. 물론, 이들은 당연히 노동조합법상 근로자에도 해당한다. 다음으로, ③ 자유업에 종사하는 자의 취업관계 중 인적 종속은 인정되지 않지만 ‘경제적 의존’은 인정되는 관계, ④ 기업가(창업자)의 취업관계 중 인적 종속은 인정되지 않지만 ‘경제적 의존’은 인정되는 관계, ⑤ 비전형·임시직의 취업관계 중 인적 종속은 인정되지 않지만 ‘경제적 의존’은 인정되는 관계, ⑥ 인턴 및 수습 등에 종사하는 자의 취업관계 중 인적 종속은 인정되지 않지만 ‘경제적 의존’은 인정되고 또한 ‘유급’인 경우에는 노동조합법상 근로자에 해당할 것이다. ⑦ 자원봉사자의 취업관계 중 인적 종속은 인정되지 않지만 ‘경제적 의존’은 인정되고 또한 ‘유급’인 경우에도 노동조합법상 근로자에 해당할 것이다. 마지막으로, ⑦ 무급인 자원봉사자의 취업관계와 ③ 자유업에 종사하는 자와 ④ 기업가(창업자)의 취업관계 중 인적 종속과 경제적 의존이 인정되지 않지만, 자신의 사업의 보조자로 가족 무급종사자의 사용하거나 일시적, 간헐적으로만 보조자를 사용하는 등 ‘주로 자기 스스로 일을 하고’, 그 사업에 점포나 장비 등 투자자본의 비

중이 작아 사업의 수익이 실질적으로 자신이 제공한 노무의 대가로 인정되는 경우에도 노동법의 영역으로 포괄할 필요가 있을 것이다. 따라서 이러한 사람들이 “취업자 +  $\alpha$ (1인 자영인, 무급종사자포함)”에 해당한다. 이들에 대하여 그 노무제공의 방식 등에 상응하는 노동법적 보호를 제공할 필요가 있다.



<그림 11> personal work relations과  
‘일하는 사람 보호법’ 구상 관계도

한편, 일하는 사람을 위한 기본법이 “취업자 +  $\alpha$ (1인 자영인, 무급종사자포함)”까지를 동법의 적용대상으로 포괄하는 것은 ‘계약의 자유’를 과도하게 제한한다는 반론이 제기될 수 있다. 그러나, 일하는 사람 보호법은 위에서 검토한 Deakin과 Wilkinson의 ‘잠재능력 어프로치’라는 관점에 근거하여 모든 일하는 사람의 노동시장에 대한 접근을 보장하고 노동자의 능력개발에 초점을 맞춘 것이며, 이러한 접근은 자생적 질서로서의 노동시장과 사회권의 가교(架橋)로서 노동시장을 확대하고 노동시장 참가자의 잠재능력과 기능을 제고하여 중국적으로 노동시장을 보다 효율적으로 기능하도록 하기 위한 것이라는 점에서 입법의 타당성이 충분히 긍정될 수 있을 것으로 생각한다.

## 2. ‘일하는 사람 보호 등에 관한 기본법’의 법적 성격

일하는 사람 기본법은 기본적으로 일하는 사람의 노무제공에 관한 법률관계에 관한 사법적(私法的) 규율을 내용으로 하는 것이며, 그 성격과 내용을 고려하여 약간의 감독행정에 대한 내용, 즉 일정한 공법적 내용이 포함될 필요가 있다.

‘일하는 사람 보호 등에 관한 기본법’은 사법(私法)의 일반법인 민법과의 관계에서는 노무(勞務)의 제공과 관련되는 민법상 전형계약(고용, 도급, 위임, 준위임 등) 및 이러한 전형계약에 속하지 않는 비전형계약 내지 ‘혼합계약’<sup>58)</sup>에 대한 특별법으로서의 지위를 갖는다. 그러나 이러한 기본법에는 근로기준법과는 달리 형사처벌에 관한 규정은 두지 않는 것이 바람직할 것이다. 근로기준법은 사용자의 지휘·감독 하에 놓인 사용종속관계에서 근로자 보호를 위한 최저기준의 의미를 가지기 때문에 (근로기준법 제1조, 제3조 참조) 처벌을 전제로 한 일률적 이행을 담보하여야 할 필요성과 보호법익에 대한 사회적 공감대가 오랜 기간 형성

58) 서울남부지방법원 2002. 11. 7. 선고 2001가합13212 판결은 “생활설계사규정에서 위임계약 내지는 위촉계약이라는 표현을 사용한다고 하여 원고와 피고회사 사이의 법률관계에 막바로 민법상의 위임계약에 관한 규정을 적용할 수 있다고 볼 것은 아니며, 계약체결시 당사자의 의사, 지휘·감독관계의 유무, 일의 완성이 요구되는지의 여부, 보수의 지급 등 법률관계의 실질에 따라 규정되어야 할 것”이라고 하면서 “원고는 피고회사로부터 어느 정도 지휘·감독을 받으면서 노무를 제공하고 다른 보험회사를 위하여는 노무를 제공하지 못하는 점, 원고는 보험계약의 성립을 조건으로 피고회사로부터 보수를 지급받는 점, 보험모집의 실적에 따라 보수의 상당부분이 결정되는 점 등을 고려하면, 원고와 피고회사 사이의 법률관계는 단순한 위임관계 내지는 고용관계라기보다는 고용 내지 위임계약과 유사한 혼합계약관계라고 봄이 상당하다”고 하면서 “피고회사의 생활설계사규정이 해촉사유를 특정하여 규정하고 있는 점(특히 생활설계규정 제10조 9호에 의하면 ‘기타 위촉을 계속할 수 없다고 판단되는 정당한 이유가 있을 때’를 보충적 해촉사유로 규정하고 있음)을 보태어 보면, 피고회사로서는 아무런 정당한 사유 없이 원고를 보험모집인에서 해촉할 수 있다고 볼 수는 없으며, 원고를 해촉하기 위해서는 최소한(절차적인 제한은 별론으로 하더라도) 정당한 사유, 즉 원고를 피고회사의 보험모집인으로 계속 근무시킬 수 없는 부득이한 사유가 있어야 한다”고 판단하였다.

되어 왔으나, 도급, 위임 등 근로기준법상 ‘근로’ 이외의 노무 제공은 그 형태와 내용이 다양하여 일률적인 규제가 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 실효성의 관점에서 바람직하지도 않다. 또한 근로계약에 해당하지 않는 소위 독립노동, 자유노동에 관한 계약은 근로기준법상 ‘근로’에 비하여 상대적으로 대등한 입장에서 내용, 방법, 시기 등을 결정할 수 있는 점을 고려하면, 형사처벌에 의해 이행을 담보할 정도의 반사회성이나 법익보호의 필요성에 대한 사회적 합의가 이루어져 있다고 보기도 어렵다는 점에서 일하는 사람 기본법에서는 형사처벌에 관한 내용은 배제할 필요가 있다.

그럼에도 불구하고 민법이 예정하고 있는 노무제공자와 노무수령자 사이의 대등성, 즉 노무제공 조건에 관한 거래의 공정성, 거래 내용의 사회적 공정성이 확보될 수 있을 정도의 대등성을 갖추지 못한 경우가 많으며, 그 결과 거래 내용을 노무수령자가 일방적으로 결정하거나 계약 조건에 관한 협의가 없이 노무수령자가 사전에 정해진 조건을 그대로 계약에 반영하는 등 노무제공자가 노무수령자에 비하여 열악한 지위에서 계약이 형성·전개되는 경우가 빈번하게 발생한다. 요컨대 처벌을 전제로 이행을 담보할 정도의 반사회성을 가지고 있다고 평가하기는 어렵지만, 노무제공의 조건 및 내용의 결정과 전개에 내재된 구조적 불공정성으로 인해 사회적 보호의 필요성이 있는 경우에는 계약 체결 및 내용에 관하여 사전적으로 노동부에 의한 지침이나 권고의 형태를 통하여 구조적 불공정을 예방하고 사후적으로는 법원에 의한 내용 통제가 가능할 수 있도록 하는 체제, 즉 사법적(私法的) 효력을 부여할 필요가 있다.

한편, 일하는 사람 기본법은 전체적으로 강행규범으로서의 성격을 가진 근로기준법과 달리 개별 조항의 목적과 내용에 따라 ‘임의규정’ 내지 ‘노력규정’으로서의 성격과 ‘강행규정’으로서의 성격을 갖는 조항들을 조합하는 방식으로 규율체제를 구성할 필요가 있다. 민법은 관념적으로 ‘대등한 당사자’ 사이의 관계를 전제로 계약 관계를 규율하기 때문에 원칙적으로 임의적 성격을 가지고 있으나, 앞에서 살펴본 바와 같이 노무제공자와 노무수령자 사이에는 노무제공 조건과 내용 결정에 대한 대등성의 결여, 위험과 이윤의 위험 배분이라는 관점에서 양자가 동일한 지

위에 있다고 보기 어려운 상황도 있을 수 있기 때문에(예컨대, 인간의 존엄에 반하는 반인격적인 노무제공조건, 차별적인 노무제공대가의 지급 등을 내용으로 하는 계약의 체결), 그러한 상황에 대해서는 인간다운 생활을 확보하기 위하여 당사자 사이의 합의를 무효로 만들 수 있는 강행적 성격을 가진 규제를 가할 필요가 충분하고, 또한 노무제공의 조건과 내용에 대해 당사자의 합의가 명확하지 않거나 구체적이지 않은 경우에는 계약 내용을 보충(補充)한다는 의미에서 임의적인 성격을 가진 규정을 제공할 필요가 있다. 나아가, 후자와 관련하여서는 주무부처인 노동부에서 노무제공에 관한 계약당사자들이 거래의 준거(準據)로 삼을 수 있는 지침을 제공함으로써 당사자의 의사가 합리적으로 형성될 수 있도록 유도하고 불필요한 분쟁을 예방할 수 있을 것이다.

한편, 일하는 사람 기본법은 기본적으로 일하는 사람의 노무제공에 관한 법률관계에 관한 사법적(私法的) 규율을 내용으로 하는 것이나, 약간의 감독행정에 대한 내용은 포함할 필요가 있다. 특정 거래 분야의 노무제공 거래에 대하여 규율이 필요할 경우, 고용노동부가 필요한 사항에 대하여 지침이나 ‘표준계약서’를 작성할 수 있는 근거 규정을 두고, 지침의 효력이나 표준계약서 사용의 권고 등에 관한 명문의 규정을 둬으로써 ‘사회적 보호’의 범위와 수준을 사회적 필요와 사회·경제적 상황 변화에 따라 적정하고 유연하게 반영할 수 있도록 할 필요가 있다.

### 3. 일하는 사람에게 보장되는 권리의 내용

기본법은 일하는 사람의 보호를 위하여 아래의 권리를 보장할 필요가 있다.

- ① 불합리한 차별을 받지 않을 권리
- ② 사생활과 개인정보를 보호받을 권리
- ③ 인간으로서의 존엄성에 대해 적절한 배려를 받을 권리
- ④ 개인적 또는 사회적 조건에 기한 괴롭힘이나 성희롱으로부터 적절한 보호를 받을 권리

- ⑤ 노무제공과 관련하여 보건과 안전에 대해 노무제공 상대방으로부터 적절한 보호를 받을 권리
- ⑥ 보수, 노무제공 시간, 장소 등 노무제공의 사회·경제적 조건에 대해 노무제공 상대방으로부터 적절한 정보를 제공받을 권리
- ⑦ 임신·출산 등 모성보호와 관련하여 노무제공 상대방으로부터 적절한 배려를 받을 권리
- ⑧ 가족 중 돌봄을 필요로 하는 자가 있는 경우 노무제공 상대방으로부터 적절한 배려를 받을 권리
- ⑨ 노무제공과 가정생활의 균형을 도모할 수 있도록 노무제공 상대방으로부터 합리적인 배려를 받을 권리
- ⑩ 인간의 존엄성을 확보할 수 있는 공정한 보수를 받을 권리
- ⑪ 관련되는 사회보장을 받을 권리

다만, 이러한 권리들 중 그 성격이 ‘유급’을 전제로 한 권리의 경우에는 그 성질상 ‘무급’ 자원봉사자나 ‘무급’ 가족종사자에게는 적용되기 어려울 것이다.

#### 4. 실효성 확보 방법

노무제공 상대방(사업주)이 기본법을 위반한 경우 노무제공자는 법원에 위반에 대한 시정(손해배상, 사용자 위반의 무효 확인, 이행강제 등)에 관한 소를 제기할 수 있다. 법원은 사안에 따라 기본법의 규정(강행규정 또는 임의규정)과 함께, 신의성실의 원칙과 권리남용 금지 원칙을 정한 민법 제2조, 반사회질서의 법률행위를 무효로 하는 민법 제103조, 불공정한 법률행위를 무효로 하는 민법 제104조 등 민법의 일반원칙에 근거하여 판단하게 될 것이다.

한편, 고용노동부 장관의 지침 위반에 대해서는 지도·조언·조정 등의 비권력적 방법으로 근로감독관의 개입 가능하다. 이러한 개입은 비권력적 행위라는 점에서 행정지도의 실질을 갖게 될 것이다.

#### IV. 맺으며

종래 노동법이 다양한 기준으로 노동자를 분절하고 일부를 배제해 왔다면, 앞으로의 노동법은 모든 일하는 사람을 하나의 범주로 통합하고 포괄하는 방향을 모색할 필요가 있다고 생각한다.

이 글에서 검토한 ‘일하는 사람을 위한 기본법’은 일하는 사람 모두를 적용대상으로 하는 기본법을 마련하여 차별받지 않을 권리, 인격을 보호받을 권리(괴롭힘의 금지), 안전과 건강에 대한 권리, 쉼 권리, 모성보호, 계약의 존속보장(부당해지 제한) 등 일하는 사람이라면 누구나 보호받아야 하는 불가결의 보편적 권리를 보장하고, 이러한 토대 위에 더 높은 수준의 보호가 필요한 범주에 대하여 추가적인 보호를 제공하자는 발상이다. 물론, 이러한 기본법의 입법은 기존의 노동법(예컨대, 근로기준법)의 보호를 해체하거나 완화함을 목적으로 하는 것이 아니라, 타인의 사업을 위하여 노무를 제공하는 사람 모두를 대상으로 기본적인 법적 보호를 제공하려는 것이다.

이를 통하여 근로기준법상 근로자 여부가 다투어지는 일하는 사람은 쟁송 등을 통하여 근로기준법상 근로자로 인정되기 전이라도 기본법상 보호는 당연히 받을 수 있으며, 이후 근로기준법상 근로자로 인정될 경우에는 소급하여 근로기준법상 제반 권리를 행사할 수 있게 될 것이다. 이러한 점에서 기본법은 근로기준법을 갈음하는 것이 아니라 근로기준법과의 관계에서는 보충적인 보호장치로 기능할 수 있을 것이다.

기본법은 기본적으로 일하는 사람의 노무제공에 관한 법률관계에 관한 사법적(私法的) 규율을 주된 내용으로 하는 것이나, 약간의 감독행정에 대한 내용을 포함할 필요가 있다. 특정 거래 분야의 노무제공 거래에 대하여 규율이 필요할 경우, 고용노동부가 필요한 사항에 대하여 지침이나 ‘표준계약서’를 작성할 수 있는 근거 규정을 마련하고, 지침의 효력이나 표준계약서 사용의 권고 등에 관한 명문의 규정을 둬으로써 ‘사회적 보호’의 범위와 수준을 사회적 필요와 사회·경제적 상황 변화에 따라 적정하고 유연하게 반영할 수 있도록 할 필요가 있다. 고용노동부는 이러한 지침 등의 준수를 촉진하기 위하여 지도·조언·조정 등 비권력적 방



법으로 개입할 수 있을 것이다.

한편, 법원에 의한 사후적 통제(손해배상청구, 계약조건의 무효 확인, 이행강제 등의 소 제기)가 가능하도록 법률의 내용 중에서 일하는 사람의 보호를 위하여 불가결한 사항(예컨대, 인간의 존엄에 반하는 노무제공 조건, 차별적인 취급 등)을 내용으로 하는 계약의 체결에 대해서는 강행적 효력을 부여할 필요가 있다. 다만, 형사처벌에 관한 규정은 두지 않는 것이 바람직하다고 생각한다. 한편, 이러한 강행성이 부여되지 않는 조항의 경우에는 당사자 간 합의가 불명확할 경우 계약 내용을 보충하는 임의법규로서의 성격을 갖게 될 것이다.

주제어: 일하는 사람 기본법, 근로기준법, 일하는 사람, 노동자, 근로자

## 참고문헌

- 石田真(노상헌 역), “日本における企業組織の変動と労働法”, 『노동법학』 제28호, 2008.12.
- Alan Supiot, “Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe” *A report prepared for the European Commission*, Oxford University Press, 2001.
- Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003.
- Freedland, “From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus”, *Industrial Law Journal*, 35, 2006.
- Mark Freedland and Nicola Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2012.
- R. H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago, 1988.
- HUGH COLLINS, “Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 10, Issue 3, Autumn 1990, Pages 353-380, <https://doi.org/10.1093/ojls/10.3.353>.
- Paul Davies and Mark Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3rd ed, Stevens, 1983.
- Simon Deakin and Frank Wilkinson, *The Law of the Labour Market*, Oxford University Press 2005.

<Abstract>

## The necessity of the Basic Act for Working People

Kwon, Ohseong\*

Existing labor laws have divided working people into various standards and excluded some. On the other hand, future labor laws need to seek a direction that integrates and encompasses all working people into one category.

The Basic Act for Working People aims to enact a fundamental law that targets all working people guarantee indispensable universal rights such as the right not to be discriminated against, the right to safety and health, the right to rest, maternity protection, and the existence of contracts. This idea is to provide additional protection with separate specific legislation for categories that require a higher level of protection provided by the Basic Act. Of course, the legislation of these fundamental laws is not intended to dismantle or mitigate the protection of existing labor laws. Instead, it intends to provide essential legal protection to all who provide labor for the business of others. Through this, workers whose status is disputed under the Labor Standards Act can be protected under the Basic Act even before being recognized as employees under the Labor Standards Act through lawsuits. Moreover, if they are recognized as employees under the Labor Standards Act, they can exercise all rights retroactively. In this respect, the Basic Act does not replace the Labor Standards Act but can function as a supplementary protection device for the Labor Standards Act.

Key Words: Basic Act for Working People, Labor Standards Act, Working People, Worker, Employee

---

\* Professor, Sungshin Women's University College of Law