노 동 정 책 연 구
2003. 제3권 제1호 pp.1~30
ⓒ 한 국 노 동 연 구 원

연구논문

한국 노동법의 규범력 위기

채 호 일*

오늘날 노동법은 '정규직만을 보호하는 법'으로서, '노동귀족법'이라는 혹평을 받고 있다. 지금까지는 노동법이 '근로자보호'라는 하나의 도그마를 가지고, 기업 내부에서 '노사관계'를 중심으로 구성되어 왔다. 그러나 오늘날은 노사간의 문제도 중요하지만, 정규직과 비정규직, 실업자 등 노노간의 차별과 경쟁관계도 중요한 과제로 등장하고 있다. 그러나 노동법은 그냥 속수무책으로 있다. 이것은 노동법의 규범력 상실을 의미한다. 앞으로의 노동법은 노사관계를 규율하는 '보호의 원리'와 노노관계를 규율하는 '경쟁의 원리'가 서로 조화를 이루도록 해야 한다. 노동법이 정상적인 규범력을 회복하기 위해서는 노동시장 전체의 관점에서 노사관계뿐만 아니라 근로자들 상호간의 이해관계도 공정하게 반영하는 노동법으로 다시 태어나야 한다.

핵심용어 : 학교-노동시장 이행 과정, 이행 기간, 직장이동, 경력형성

Ⅰ. 서 론

세계화와 지식정보화의 급속한 진전으로 노동시장의 환경이 급변하고 있다. 다양한 고용형태가 나타나고 있으며, 근로자들 중에서도 근로의 의사와 능력은 있으나 고용기회를 얻지 못하고 있는 실업자와 현재 취업은 하고 있으나 고용이 불안정한 지위에 놓여 있는 계약직, 임시직, 파트타임, 파견근로 등 비정규직이 급격히 증가하고 있다.

뿐만 아니라 매년 고등학교와 대학을 졸업한 60~70만 명에 이르는 신규인력이 노

투고일 : 2003년 1월 6일, 심사의뢰일 : 1월 20일, 심사완료일 : 2월 4일
* 법학박사, 강원대학교 법과대학 겸임교수(chaehoil@hanmail.net)

동시장에 쏟아져 들어오고 있다. 그러나 그들이 취업할 일자리는 아직도 크게 부족한 실정이며, 임금 등 취업근로자와의 근로조건 격차가 너무 커서 노동법이 오히려 신규취업 노동시장의 진입장벽이 되고 있음을 부인할 수 없다.[1)]

이처럼 노동시장이 점차 비정상적으로 왜곡되어 가고 있는데도 노동법상 이들 실업자와 비정규근로자, 그리고 신규근로자들에 대한 보호와 배려는 거의 전무한 실정이다. 오늘날 우리 노동법은 거의 절반 이상의 근로자를 노동법의 보호범위 밖 사각지대에 방치하고 있는 것이나 다름없다. 따라서 오늘날 우리 노동법은 심각한 규범력의 위기에 봉착해 있다고 할 수 있을 것이다.

이러한 점에서 현행 노동법이 고용의 당사자인 사용자와 근로자, 그 중에서도 정규직, 비정규직, 실업자, 신규근로자 등 노동시장의 모든 이해관계자들에게 어떤 영향을 미치고, 또 그 법적 효과가 어떻게 나타나는지에 관하여 법 이론적으로 분석하고[2)] 입법에 반영하는 일은 매우 시급하고도 중요한 과제이다.

즉 정규직 인사이더를 중심으로 구성된 현행 노동법이,[3)] 그 규율범위에서 거의 포섭하지 못하고 있는 비정규직과 실업자 등 아웃사이더의 고용에 어떠한 영향을 미치고 있는가를 분석함으로써, 지금까지 이와 같은 근로자들 상호간의 영향관계를 무시하고 단지 노사관계에만 국한하여 노동법을 구성하고 운용해 왔던 기존의 전통적 입장에 대한 반성의 기회를 갖는 것이 중요하다는 것이다.

노동법이 전통적으로 규율해 오던 '노사관계'뿐만 아니라 새로이 '노노관계'까지도 함께 고려하여 규율할 필요가 있으며, 노동법은 노동시장의 모든 이해당사자들간에 공정한 질서유지 규범이 되도록 해야 한다는 것이다.[4)]

지금까지는 노동법이 '근로자보호'라는 하나의 도그마를 가지고, 기업 내부에서 사용

---

1) 직장을 갖고 있는 사람의 임금 등 근로조건과 직장을 구하는 사람이 받아들이고자 하는 임금 등 근로조건의 격차가 너무 커서 노동법이 노동시장에서 일종의 구직장벽이 되고 있음을 의미한다. 이는 해고제한 등 노동법의 경직성과 노동조합에 의한 강력한 협약임금 정책으로 노동시장의 임금 등 근로조건 결정이 실업자나 비정규근로자의 입장이 도외시된 채 마치 정규근로자 중심의 노동법과 노동조합에 의한 일종의 '카르텔 효과'를 발휘하기 때문이다.

2) 노동법이 노동시장의 고용관계 당사자에게 어떤 영향을 미치고, 그 법적 효과가 어떻게 나타나는가에 관하여 법 이론적으로 분석한 논문으로는 졸고 「고용에 대한 노동법의 영향관계에 관한 연구」, 고려대 법학박사 학위논문, 2001 참조.

3) 이하에서는 편의상 노동법의 규범력이 미치는지 여부를 기준으로 근로자의 부류를 인사이더와 아웃사이더로 구분하여 사용하고자 한다. 인사이더(insider)란 주로 노동법의 규범력이 미치는 정규직 취업 근로자를 의미하고, 아웃사이더(outsider)란 주로 노동법이 그 규율대상에서 포섭하지 못하고 있거나 규범력이 제대로 미치지 못하는 비자발적 실업자나 비정규근로자, 신규노동시장진입자 등 취업희망근로자를 총칭하는 용어로 사용하고자 한다.

4) 노동법이 노동시장의 공정한 질서유지 규범이 되어야 한다는 주장에 관하여는 졸저 『노동법의 패러다임 전환』, 도서출판 백송, 2002, 10~26쪽 참조.

자와 근로자간의 이해관계, 즉 '노사관계'를 중심으로 노동법을 구성하고 해석·적용해 왔다. 그러나 오늘날에는 노사간의 문제도 중요하지만, 정규직과 비정규직간의 차별문제, 실업자의 고용기회 및 신규근로자의 노동시장 진입장벽 등 근로자들 상호간의 차별과 경쟁관계도 매우 중요한 과제로 등장하고 있다.

그러나 이러한 문제들에 대하여 현행 노동법은 그냥 속수무책으로 있을 뿐이다. 그것은 바로 노동법의 중대한 규범력 상실을 의미한다고 생각한다.

따라서 앞으로의 노동법은 노사관계를 규율하는 '보호의 원리'와 노노관계를 규율하는 '경쟁의 원리'가 서로 조화를 이루도록 재구성되어야 한다.

앞으로 노동법이 정상적인 규범력을 회복하기 위해서는 기업 내부의 노사관계라는 관점에서 벗어나 노동시장으로 시야를 확대하고, 노동시장 전체의 관점에서 노사관계뿐만 아니라 근로자들 상호간의 이해관계도 공정하게 반영하는 노동법으로 다시 태어나야 한다.

19~20세기의 산업사회를 지나, 21세기 세계화·지식정보화 시대를 맞이하여 우리 노동법은 과연 어떤 변화에 직면하고 있는가?

달라진 문명의 패러다임 속에서도 노동법은 출발 당시의 규범력을 그대로 유지하고 있는가, 아니면 근본적인 규범력의 한계에 봉착하고 있는 것인가?

불행하게도 오늘날 우리 노동법은 '취업하고 있는 근로자', 그 중에서도 '정규직만을 보호하는 법'으로서 전체 근로자를 두고 볼 때 비정규직과 실업자, 신규근로자 등 outsider의 이해관계는 전혀 고려하지 않는 '정규직 인사이더 보호법', 또는 '노동귀족 보호법'이라는 혹평을 받고 있다.[5]

그렇다면 왜 우리 노동법은 이러한 비판을 받고 있는 것인가?

Ⅱ. 빈곤의 덫, '사회적 배제 메커니즘'으로서의 노동법

영국의 저명한 사회학자 앤서니 기든스는 그의 저서 『제3의 길』(The Third Way)

5) 매일경제신문은 2002년 11월 26일부터 「한국, 노조공화국인가」라는 제하의 노사관계 기획기사를 11회에 걸쳐서 매일 시리즈로 연재하고 있다. 여기에는 ① 노동귀족은 존재한다, ② 노조 투쟁노선 해부, ③ 이제 파업문화 바뀔 때다, ④ 노동자도 빈익빈 부익부, ⑤ 노동법 바꿔라, ⑥ 노조 이렇게 바꾸자 등의 노조 관련 기획기사가 시리즈로 실리고 있는데, 주로 '노조 특권층', '노동귀족', '노동자도 빈익빈 부익부', '대의원까지 전임자 행세' 등의 비판 기사가 주류를 이루고 있다(매일경제신문, 「한국 노조공화국인가」, 2002년 11월 26일부터 11회 기획연재 기사 참조).

이라는 책에서 사회의 불평등과 빈곤을 타파하기 위하여 "사회적 배제 메커니즘"(social exclusion mechanism)을 개혁할 것을 강조하였다.[6] 그는 유럽에서 전통적으로 내려오던 좌파와 우파의 이념 대립을 초월하여 '제3의 길'을 제창함으로써 영국의 토니 블레어 정부를 비롯한 유럽 및 전세계에 커다란 반향을 불러일으킨 바 있다.

그가 말하는 '사회적 배제 메커니즘'은 궁핍을 생산하고 지속시키는 잘못된 사회적 제도와 시스템을 의미한다. 즉 그것은 '빈곤의 덫'과 같은 복지국가 자체의 문제이거나, 잘못 운영되고 있는 사회적 시스템으로부터 생겨나는 것이다.

가령 도시 빈민을 위한 '변두리의 주택단지'를 그 예로 들 수 있다. 정부는 빈민을 위한 정책으로 도시 변두리에 임대주택 주택단지를 지어 도시 빈민들을 집단 입주시켰지만, 오히려 그러한 정책이 실제로는 입주민들을 고용, 교육, 문화 등의 면에서 사회의 주류로부터 격리시키는 역할을 하게 됨으로써 주민들은 인근지역으로부터 사회적·경제적으로 소외되고, 마침내 그곳은 황폐한 지역(슬럼가)으로 전락해 버린다는 것이다.[7]

이는 본고에서 다루고자 하는 주제의 방향과 직결되어 있다.[8] 즉 노동법이 당초 약자인 근로자를 보호하기 위하여 탄생되었지만, 오늘날에는 정규직 상용근로자만 보호하고 상대적으로 약자인 비정규직과 실업근로자에게는 오히려 노동법이 시장진입의 장벽이 될 뿐만 아니라, 오히려 그들을 역차별하는 '사회적 배제 메커니즘'으로 작용하는 것은 아닌가 하는 의문이다.

'사회적 배제 메커니즘'의 근본문제는 적은 자원을 가지고 있다는 데 있는 것이 아니라, 소외계층의 다수가 '기회'를 공유하지 못한다는 것이 문제이다. 변두리 빈민들의 주택단지는 일반 주민들로부터 그들을 물리적으로 분리하게 되므로 문제인 것이다. 즉

---

6) Anthony Giddens, *The Third Way : Renewal of Social Democracy*, 1998. ; 한상진·박찬욱 역, 『제3의 길』, 생각의 나무, 2000, 166~178쪽 ; Anthony Giddens, *The Third Way and Its Critics*, 2000. ; 박찬욱 외 4인 역, 『제3의 길과 그 비판자들』, 생각의 나무, 2002, 175~185쪽 참조.

7) Anthony Giddens, 박찬욱 외 4인 역, 앞의 책, 177쪽 참조..
앤서니 기든스는 사회적 배제 메커니즘의 대표적인 예로 도시 빈민을 위한 변두리 주택단지를 들고 있지만, 우리나라의 경우에는 신도시를 계획할 때 이러한 점을 고려하여 10~20평대의 소형 임대아파트는 신도시 중심가인 전철역 주변에 집중 배치하고 중·대형 아파트는 전철역에서 다소 떨어진 곳에 배치함으로써 그와 같은 사회적 배제 메커니즘으로 전락하는 것을 미리 방지하는 슬기를 보여주었다는 점에서 다행이라 할 수 있다.

8) 정규직 인사이더와 비정규직 및 실업자 등 아웃사이더간의 차별적 경쟁관계에 관한 문제점 지적과 이를 바로잡기 위해서는 노동법이 기존의 노사간의 공정성 추구 이외에 '노노간의 공정한 질서유지 기능'도 함께 수행할 수 있도록 제도를 개선할 필요가 있다는 주장에 관하여 자세한 것은 졸고, 「고용에 대한 노동법의 영향관계에 관한 연구」, 고려대 법학박사 학위논문, 2000. ; 동, 『노동법의 패러다임 전환』, 도서출판 백송, 2002 참조.

그것이 오히려 교육, 고용 및 각종 문화적 기회로부터 그들을 소외시켜 빈곤의 악순환을 지속시키는 고리로 작용한다는 데 문제가 있다.

이와 마찬가지로 전체 근로자들 중 정규직과는 달리 비정규직과 실업자들에게는 오히려 노동법으로 인하여 노동시장에서 경쟁할 기회를 박탈당하고 있다는 것이 문제된다. 결국 그들은 노동법이라는 '사회적 배제 메커니즘'으로 인해 고용의 기회나 근로조건 경쟁의 게임에 참가조차 못한다는 점이 문제로 지적된다.

그렇다면 정부는 이와 같은 '사회적 배제 메커니즘'을 개혁하는 정책을 추진해야 한다. 빈곤이 사회적 배제를 유발하거나, 사회적 배제가 만성적인 빈곤을 유발하는 악순환의 고리를 차단할 필요가 있다는 것이다. 그리고 사회적 불평등 문제를 해결하는 지름길도 바로 이러한 '사회적 배제 메커니즘'에 어떻게 효과적으로 대처하느냐에 달려 있다고 할 수 있다.

실업자, 비정규근로자 등 우리 사회의 빈곤선상에 놓인 근로자 집단은 저임금, 실업의 악순환에 빠져 저임금 일자리를 구할 수밖에 없는 '사회적 배제 메커니즘' 때문에 결국 안정된 취업으로 이어지지 못하고 있다. 따라서 정책결정자는 근로자들이 최초의 일자리로부터 어떻게 발전하고 성장해 가는가에 더 많은 관심을 가질 필요가 있다.

앤서니 기든스는 그의 저서에서 새로운 복지제도의 방향은 '권리'와 '책임'을 동시에 묶는 새로운 사회계약 시스템이 되어야 한다고 주장한다. "복지는 손을 내밀어 그저 동냥을 주는 것이 아니라, 손을 들어 후원하는 것"이라는 미국 신민주당의 구호는 바로 '일하는 복지'(welfare to work)를 의미한다.[9] 그것은 노동시장 개혁과 고용창출을 강조하는 정책이다. 그리고 "어디든 가능한 곳이면 인적자본에 투자하라"는 구호는 근로자의 '직업능력 향상' 접근방식을 강하게 시사하는 사회정책이다. 그동안 미국뿐만 아니라 유럽의 복지제도는 '누가 빈곤한가'에만 관심을 기울였지 '왜 빈곤한가'에 대하여는 관심을 기울이지 않았다. 이제 일할 기회와 교육, 그리고 직업훈련은 국가의 가장 기본적인 복지정책이 되어야 한다고 강조한다.[10]

또 한편 그는 평등정책은 포용(inclusion)을 확대하고 배제(exclusion)를 축소해 나가는 방향으로 운영되어야 한다고 주장한다.[11]

'포용'은 사회의 구성원들이 형식적으로뿐만 아니라 삶의 실제에서 가져야만 하는 시

9) 유태인의 격언에 "한 마리 물고기를 주면 하루를 살 수 있지만, 물고기 잡는 방법을 가르쳐 주면 혼자서도 평생을 살아갈 수 있다"는 말이 있다. 복지정책에 있어서도 '일을 통한 생활유지'라는 건전한 방향으로의 정책적 유인이 필요하다. 그것이 바로 '일하는 복지'(welfare to work)의 개념이다.

10) Anthony Giddens, 박찬욱 외 4인 역, 앞의 책, 176쪽 참조.

11) Anthony Giddens, 박찬욱 외 4인 역, 앞의 책, 176쪽 참조.

민적·정치적 권리-의무를 지칭한다. 그것은 기회, 또는 공적 영역에 대한 참여를 의미한다. 일자리에 대한 접근은 기회의 주된 맥락 가운데 하나이다. 교육은 또 다른 기회의 맥락이다. 교육은 그것이 고용 가능성에 별로 관련이 없거나 중요하지 않은 경우에도 기회의 맥락이 된다고 한다.

그는 또 현대 사회에서는 '배제의 문제'가 두드러지게 나타난다고 주장하면서 다음과 같이 진단한다. 그 하나는 사회의 '밑바닥 층'을 배제하는 것으로, 사회가 제공하는 기회의 주류로부터 그들을 차단하는 것이다. 가령 쇠퇴해 가는 지역에서의 주택은 점점 더 노후화 되고, 취직 기회의 결여는 교육 유인을 저해하였으며, 사회적 불안정과 해체를 야기한다고 한다.

또 다른 하나는 상층부에서의 자발적인 배제, 즉 '엘리트의 반란'이다. 그것은 좀더 부유한 집단이 공공제도에서 물러나는 것을 의미하는데, 그들은 소위 특권층으로서 사회의 나머지 사람들로부터 분리된 생활을 선택한다. 즉 그들은 공공 교육제도나 공공 의료제도로부터 벗어나려 한다. 따라서 '배제'는 불평등의 정도에 관한 것이라기보다는 집단들을 사회의 주류로부터 격리시키는 역할을 하는 메커니즘이라고 한다.[12)]

그는 하층에서의 '배제'는 자기증식을 하는 경향이 있기 때문에 빈곤의 악순환 고리를 깨기 위한 여러 가지 전략들이 수행되어야 한다고 주장한다. 즉 수준 높은 교육과 기술훈련은 대부분의 산업국가에서, 특히 빈곤계층과 관련이 있는 한 분명히 필요하다고 강조한다. 그리고 교육에 대한 투자는 오늘날 정부의 필수사업이고, '가능성의 분배'(기회의 균등)를 위한 핵심 기반이라고 한다.

그러나 그는 교육이 직접적인 방법으로 불평등을 감소시킬 수 있다는 견해에 대해서는 회의적인 생각을 갖고 있다. 무엇보다도 그는 '고용기회'에 대한 비자발적 배제를 방지하는 것이 중요하다고 한다. 고용은 개인 소득을 창출하고, 일상의 안정감과 목표의식을 제공하며, 전체 사회의 부를 창조함으로써 다양한 이익을 가져다 준다고 강조한다. 그러나 근로자가 일을 하도록 강제하기 위해서 복지혜택을 줄이는 것은 이미 포화상태인 저임금 노동시장으로 그들을 몰아 넣는 것과 같다고 하면서 반대한다. 그는 바람직한 공동체 건설을 위한 정책은 '기회균등'과 기회창출에 초점을 맞추어 개인과 가족들이 직면하고 있는 다양한 문제들, 즉 고용의 기회, 직업의 질, 의료, 자녀보육과 교육, 그리고 교통수단 등에 집중되어야 한다고 주장한다.[13)]

---

12) Anthony Giddens, 박찬욱 외 4인 역, 앞의 책, 173쪽 참조.

13) 앤서니 기든스는 불평등 극복을 위한 복지국가의 과제를 '사회적 배제 메커니즘'에 주목하여 '기회균등'의 관점에서 '포용'을 확대하고 '배제'를 축소하는 방향으로 정책을 추진해야 한다고 주장하였다(Anthony Giddens, 박찬욱 외 4인 역, 앞의 책, 175~194쪽 참조).

이상과 같이 앤서니 기든스는 빈곤의 고리를 차단하기 위한 조치로서 빈곤의 악순환의 근본원인이 되고 있는 '사회적 배제 메커니즘'을 개혁할 것을 역설하였다.

이는 우리나라의 경우에도 많은 시사점을 던져 주고 있다고 생각한다.

그의 견해와 동일한 관점에서 오늘날 우리 사회에서 커다란 사회문제로 대두되고 있는 정규직에 대한 비정규직과 실업자의 상대적 차별 문제와 이들에 대한 노동법의 역할과 기능 문제를 분석하는 것은 매우 의미있는 일이다.

필자는 당초 약자인 근로자를 보호한다는 취지에서 출발한 노동법이, 오늘날은 오히려 그 본래의 취지와는 달리 근로자 계층의 분절을 가져오고, 저학력·미숙련 근로자들에게 빈곤의 악순환을 가져오는 '사회적 배제 메커니즘'으로 작용하고 있지 않나 하는 강한 의문을 갖고 있다.

따라서 본 고에서는 필자의 이러한 문제의식을 바탕으로, 21세기 세계화·지식정보화 시대가 노동법과 노동환경에 어떤 영향을 미치게 되는지, 노동법이 전통적인 '보호의 원리'에 입각하여 노사관계를 규율하는 사명 이외에, 또 하나의 중요한 사명인 이들 정규직과 비정규직, 실업자 등 근로자들간의 이해관계를 어떻게 효과적으로 조절할 수 있을 것인지, 그리고 이를 위해서는 노동법이 어떤 규범적 체계를 갖추어야 하며, 어떤 법적 원리에 따라 운용되어야 하는 것인지 등등의 근본적인 문제들에 대하여 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 노동환경의 변화와 노동법의 대응

1. 산업화 시대와 노동법

19세기 노동법의 출발 당시는 도시 공장의 정규직 상용근로자를 상정하고, 공장 내부의 노사관계를 규율하는 법으로서 탄생하였다. 그리하여 노동법 구성의 전제조건은 "모든 근로자는 동등하다. 근로자들간의 경쟁은 무시한다"는 대전제하에서, 그저 약자인 근로자를 보호한다는 하나의 이념만으로 노동법을 구성하였다.

그러나 오늘날에는 주지하다시피 근로자들 중에도 다양한 고용형태의 부류가 있고, 그들간에는 상당한 차별이 존재하고, 정규직과 비정규직, 실업자, 신규근로자간에는 치열한 경쟁관계가 존재하며, 또 그것이 노동법이 해결해야 할 가장 큰 현실적 문제로 대두되고 있다.

전통적 의미의 노동법이 예정하고 있는 '근로자'라 함은 통상적으로 사용자와의 근로관계하에서, 사업장에서 사용자의 지시·명령에 따라 근무하는 전일제근로자(full-time worker)를 의미한다. 즉 일반적으로 아침에 출근하여 저녁까지 하루종일 일하며, 근로할 수 있는 기간은 안정적이고, 평생고용을 전제로 한 고용을 말한다.

그리고 국가는 이러한 근로자에게는 노동력의 재생산을 도모할 수 있도록 각종 근로조건에 관한 보호법률을 정비하고, 사용자와 대등한 관계에서 그들의 노동력을 거래할 수 있도록 하는 집단적 노사관계에 대한 규범을 설정하고 있으며, 기타 제반 사회보험 정책을 실시하여 근로자가 생존권의 위협을 느끼지 않고 생활할 수 있도록 하고 있다. 또한 사용자도 자기가 고용한 근로자에게 기업 차원에서 적절한 교육과 훈련을 실시하고 기업의 각종 복리후생 등을 배려함으로써 근로자가 안정적이고 지속적으로 노동에 전념할 수 있도록 하고 있다.[14)]

그러나 오늘날에는 세계화·정보화와 함께 진행되고 있는 급격한 경제산업구조의 변동으로 당초 노동법이 전제하였던 '근로자의 상'이 많이 달라지게 되었다. 즉 종래의 전통적 노동법이 거의 고려에 넣지 않았던 '기업의 생존과 경쟁력'이라는 것이 점차 중요한 핵심적 가치로 자리 잡아 가고 있으며, 또한 당초에는 노동법이 전제하지 않았던 기업 '외부노동시장'의 존재와 그 의미에 따른 새로운 '근로자의 상'이 요구되게 되었다. '기업의 생존과 경쟁력'이라는 가치는 종래의 전통적 노동법이 약자로서의 근로자 보호에 일방적으로 치중해 오던 것으로부터 이념상의 변화를 요구하고 있으며, '외부노동시장'의 존재는 노동법의 규율대상 범위의 확대와 '종속노동' 개념의 수정을 요구하게 되었다. 말하자면 경쟁과 노동시장의 활성화로 인해 종전과는 크게 다른 새로운 형태의 고용관계가 생겨나고, 이를 규율하기 위한 노동법의 새로운 기능이 요구되고 있다.

2. 세계화 시대와 노동법

오늘날 세계는 하나의 시장으로 변하고 있으며, 각 국은 노사관계에 관한 한 공통된 과제를 가지고 있다. 이제 노동법은 개방화, 국제화된 시장경제체제 아래에서 경쟁력을 강화하기 위한 하나의 '조건'이 되고 있다. 따라서 향후 노동법의 진로는 개방화된 시장경제체제하에서 경쟁력을 유지할 수 있는 노동법의 변신이라는 측면에 초점이 맞추어져 있다. 기업의 생산성 향상과 경쟁력 없이는 기업의 존립, 고용의 유지 개선, 근로

14) 김치선, 「산업사회의 변화와 고용문제」, 제24회 국제학술대회 논문집, 대한민국학술원, 1996, 9~12쪽 참조.

조건 향상이라는 근본 목적도 달성될 수 없기 때문이다.

노동법은 이제 새로운 변화를 향한 도전에 직면해 있다. 그 도전은 노동법 내부의 문제라기보다는 외부의 환경변화에 따른 노동법의 전통적 기반 자체에 대한 근본적 문제제기로서의 성격을 지니고 있다. 즉 '정보화'로 대변되고 있는 끊임없는 산업기술적 변화, '유연화'로 대변되고 있는 기업조직적 변화, '탈공업화'로 대변되고 있는 산업형태적 변화, '탈규제화'로 대변되고 있는 정부규제적 변화, '세계화'로 대변되고 있는 경제단위적 변화, 이 모든 변화들이 복합적으로 작용하여 노동법의 현실적합성에 근본적 도전을 제기하고 있는 것이다.[15] 문제는 이러한 근본적 도전에 직면하여 노동법이 어떻게 대응하여야 하는가 하는 점일 것이다.

세계화와 함께 개방된 시장경제질서가 노동법에서 중요한 의미를 가지는 이유는 노동법이 더 이상 국내의 기업간 또는 노사간에 "zero-sum의 경쟁관계"[16]를 보장해 주지 못하기 때문이다. 즉 종래 국내 기업간의 경쟁에서는 특정 기업의 경쟁력 상실은 다른 기업의 기회와 이익을 의미하였지만, 오늘날에는 곧바로 외국 기업으로 그 기회가 넘어가게 된다. 뿐만 아니라 노동법의 규제 정도가 국내 기업의 해외이전과 외국기업의 유입에 중요한 영향을 미치는 요소로 작용하며, 그 효과는 직접적으로 기업의 존립(경쟁력)과 근로자의 고용기회 상실로 이어진다. 따라서 노동법을 둘러싼 환경이 종전과는 달리 "non zero-sum의 경쟁관계"[17]로 변화되어 있다는 현실을 절대 간과해서는 안 된다는 것이다.

세계화와 함께 새로운 세계경제질서에 내포되어 있는 이러한 탈규제적, 시장지향적, 자유주의적인 성격은 본질상 시장제약적인 성격을 가지는 노동법과 충돌하지 않을 수 없다. 왜냐하면 개방된 시장경제체제는 '경쟁의 격화'라는 계기를 통하여, '정보화'로 대변되고 있는 산업기술적 변화, '유연화'로 대변되고 있는 기업조직의 변화, '탈공업화'로 대변되고 있는 산업형태적 변화 등을 가속화시키고 있기 때문이다.[18]

---

15) 새로운 세계경제질서의 흐름과 이에 따른 노동법의 변동 전망에 관하여는, 고호성, 「새로운 세계경제질서하에서의 노동법의 변동」, 『노동법학』, 한국노동법학회, 1999, 101~132쪽 참조.

16) "zero-sum의 경쟁관계"란 어느 누가 손해를 보면 반드시 누군가는 그만큼 이익을 보기 때문에 사회 전체적으로는 이해관계가 없어지게 된다는 것을 의미한다.

17) "non zero-sum의 경쟁관계"란 반드시 상호 대립적인 관계만을 전제로 한 것은 아니기 때문에 양자가 협력하면 모두에게 이익(positive-sum)이 될 수 있지만, 양자가 대립하면 모두에게 손해(negative-sum)가 되는 관계를 말한다. 즉 어느 한 쪽의 손해는 다른 상대방의 이익으로 이어지는 것이 아니라 경쟁 당사자 이외의 제3자(외국기업)에게 그 혜택이 돌아가기 때문에 경쟁 당사자 모두에게 손해가 된다는 것을 의미한다.

18) ILO, *Working Party on the Social Demensions of the Liberalization of International Trade : Progress Report of the Country Studies on the Social Impact of Globalization*, 1998. 참조.

'세계화'(Globalization)가 노동환경에 미치는 가장 중요한 영향력은 종래 국내 기업들간의 경쟁에서 세계기업들간의 경쟁으로 경쟁의 범위를 확대하였을 뿐 아니라, 기업으로 하여금 생존을 위해 노동비용(cost)을 절감하도록 지속적으로 압력을 가하고 있다는 사실이다.

이에 따라 기업들은 인건비 코스트를 낮추기 위해 기업에 꼭 필요한 핵심 인력(주로 지식근로자)만 보유하고, 나머지 단순노무직은 거의 대부분 아웃소싱을 통해 방출하거나 구조조정을 통해 정리해고함으로써 '주변근로자'로 전락시키고 있다.

그리고 이들 주변근로자는 거의 대부분 정규직 일자리를 잃고 비정규직화하거나 실업자로 전락하여 집단적으로 생존권의 위기 상태로 내몰리고 있다.

그럼에도 불구하고 현행 노동법은 이러한 주변근로자를 포섭하여 보호하기 위한 사회법적 기능을 전혀 수행하지 못하고 있는 실정이다.

3. 지식정보화 시대와 노동법

노동법이 태동하던 19세기 산업화 초기에는 농촌의 노동력이 대거 도시 공장으로 몰려갔었다. 그러나 21세기 지식정보화 시대에는 상당수의 제조업(공장) 노동력이 한편으로는 단순 서비스직으로 이동하거나, 다른 한편으로는 정보통신(IT)분야 등 지식산업으로 이동하고 있다. 그리하여 노동시장은 주로 정규직 지식근로자 집단[19]과 비정규직 서비스근로자 집단으로 점차 분단화되어가고 있다.

지식정보화라고 하는 산업환경의 변화는 고도로 발달하고 있는 기술과 사무자동화에 따라 기존에 고용하고 있던 근로자들에 대한 감량경영을 도모하게 하고 있으며, 또한 적재적소에 노동력을 배치하여 짧은 기간에 집중적인 생산성을 도모하고자 하는 방안을 찾기 위하여 종래와 같이 노동력을 장기적으로 고용하는 것이 아니라 필요한 경우에만 고용을 쉽게 할 수 있는 방법을 찾게 되었다.

따라서 지식정보화 시대의 근로자라 함은 더 이상 하루 종일 사업장에서 근로하고

19) 미국의 미래학자 피터 드러커는 '지식근로자'는 더 이상 종업원이 아니라 새로운 자본가라고 한다. 그는 집합적으로 볼 때 지식근로자들은 새로운 자본가라 할 수 있으며, 지식은 핵심 자원이자 유일한 희소 자원이 되었다고 한다. 이것은 지식근로자들이 집합적으로 생산수단을 소유한다는 의미로서, 그들은 전통적 의미에서 볼 때 자본가들에 해당한다는 것이다. 그는 지식정보화 시대를 맞이하여 가장 빠르게 성장하는 인구집단은 바로 '지식근로자'들인데, 지금 미국 노동력의 약 3분의 1에 이르고, 거의 2 대 1의 비율로 공장 근로자를 앞지르고 있다고 한다(Peter F. Drucker, *Managing in the Next Society*, St. Martin's Press, New York, USA, 2002. : 이재규 역, *Next Society*, 한국경제신문, 2002, 40~43쪽 참조).

기업에서 평생을 다하여 전력하는 근로자만을 의미하지 않는다.[20] 즉 기업에 따라 필요한 임시고용근로자, 파트타임근로자, 때로는 노동인력공급사업소에서 필요한 노동력을 공급받는 파견근로자 등 많은 새로운 고용형태가 발생, 증가하고 있는 현실이 그 단적인 예라고 하겠다.

과거에는 직장이라는 제한된 울타리와 사용자의 지시·명령에 의한 육체적인 단순노동을 주로 전제하고 있었으나, 오늘날 지식정보화 시대의 근로자[21]는 근무시간과 장소의 제한을 받지 않고, 전문지식과 기술을 가지고 직장을 자유롭게 선택하며, 노동의 본질이 육체노동과 같은 단순노동이 아니라 전문성을 바탕으로 한 '정신노동'의 비중이 점점 커지고 있는 추세에 있다.

즉 시키는 대로 일하는 근로자가 아니라 생각하고 창조하는 근로자이며, 인간의 지적 능력과 창의성이 존중되는 '근로자상'이다.[22] 이는 자본이 노동을 일방적으로 마음

---

20) 노사정위원회가 실시한 기업의 고용조정에 관한 실태조사 결과에 따르면, IMF 위기를 전후해서 기업의 고용이념이 크게 달라지고 있다고 한다. 즉 IMF 위기 전에는 상당수의 기업이 평생직장을 보장하거나, 평생직장 보장을 원칙으로 약간의 인력조정을 적용하는 종신고용적인 고용이념을 적용한 것으로 나타났는데, IMF 위기 이후에는 평생직장을 보장하는 기업이 줄어들고, 평생직장에 집착하기보다는 평생취업이 가능하도록 배려하고 지원하거나, 시장원칙에 따라 유연하게 취업하고 해고할 수 있는 '경쟁적인 고용이념'으로 전환하는 기업이 현저하게 증가하였다고 한다(조준모 외 4인, 『노사협력적 고용관리 매뉴얼』, 노사정위원회, 1999 참조).

21) 한국노동연구원의 다수 학자들은 지식사회화와 경쟁력의 핵심 원천이 변화되는 추세에 관하여 다음과 같이 전망하고 있다. "21세기에는 지식의 창출이 가속화되고 확산된 지식의 흡수·활용을 통하여 경제·사회가 근본적으로 변화하는 패러다임적인 전환을 맞이할 전망이다. 종래의 산업사회를 대체할 새로운 패러다임으로서, 지식기반 경제는 지식의 창출과 확산, 습득과 활용을 통해 경제 주체들이 혁신능력을 배양하고 이러한 능력이 성장의 기반을 이루는 경제라고 할 수 있다. 지식기반 경제에서는 종래의 자본, 노동 등의 유형자본으로부터 무형의 지식자산(intangible intellectual capital)과 혁신능력으로 국가의 경쟁력, 기업의 생산력, 개인의 노동시장에서의 지위를 결정 짓는 원천이 변화하였다. 지식기반 경제로 이행해 감에 따라 고기술산업, 정보통신, 전문서비스산업 등과 같은 지식집약산업의 비중이 커지고 기존 산업의 지식집약화가 진전될 전망이다. 지식사회의 경쟁력의 핵심 원천은 '죽어 있는 지식체계'인 물적자원이 아니라, '살아 있는 지식 생산자·활용자'인 인적자원이 될 것이다. 따라서 인적자원의 개발과 활용을 담당하는 노동정책은 21세기 세계 일류국가로의 도약을 위한 핵심 국가발전 전략의 하나이다"(이원덕 외 5인, 『21세기 노동정책』(정책연구 2000-1), 한국노동연구원, 2000, 1~2쪽 참조).

22) "오늘날의 구체적인 '근로자상'은 공장법 등의 제정 당시와 크게 달라져 있다. 근로자의 평균적인 소득수준의 현저한 향상을 배경으로 공장 근로자에 전형적인 집단적 반복업무와 건설업 등의 육체노동의 비율이 낮아지고 서비스경제화의 아래에서 오피스에서 행하는 개인으로서의 판단력, 창의, 연구를 살린 전문적인 일이 증가하고 있다. 이것은 노동시장에서 일방적으로 수요공급의 입장에 서서 근로자를 착취하는 기업을 규제하기 위한 일률적이고 강행적인 법규와 노동조합에 의한 집단교섭이 유효한 상황과는 분명히 다르다. 그러므로 앞으로는 근로자의 범위를 어디까지로 정해야 하는지가 큰 문제로 떠오를 것이다"라고 한다(八代尙宏, 『雇用改革の時代』, 中央公論新社, 1999, 57쪽 참조).

대로 좌지우지하던 종래의 '노동'의 개념으로부터, 앞으로는 노동이 자본을 선택할 수 있는 가능성이 더욱 확대되고 있음을 의미한다.[23] 그리고 이는 노동을 향한 자본의 이동을 의미하고, 이러한 현상은 국내외적으로 일어나는 공통된 현상이라고 하겠다.[24]

한편, 이와 같은 추세의 부정적 효과로서 지식정보화 시대가 급속도로 진전되면서 근로자도 전문성(기술과 기능)과 정보를 가진 자와 가지지 못한 자 사이의 격차가 점점 벌어져서 심각한 노동 분절 현상이 일어나게 된다.[25]

기업의 편의에 따라 고용되는 임시적인 성격의 근로자들에게 다가오는 현상은 우선 기존의 정규 내지는 상용근로자에 비하여 근로조건의 차별화와 보다 쉬운 해고의 위협이 따라다니는 이른바 불안정 근로자군으로 나타나게 된다는 것이다.[26]

따라서 앞으로는 지식정보화의 진전과 함께 새롭게 등장하는 다양한 형태의 고용에 맞는 새로운 노동법 질서의 형성이 필요하고, 변화된 근로자상에 맞추어 노동법의 보호 범위도 새롭게 설정할 필요가 있다.

---

23) 이 점에 관하여는, "물론 아직까지도 대부분의 근로자들은 개별법적 또는 집단법적 보호가 필요하다는 점에서 노동법 체계 전반에 대하여 전통적 노동법의 기본 관념의 의미와 필요성에는 의문이 없다. 다만 노동법에 있어서도 근로자 보호 이념 못지 않게 자유와 자율가치가 중시되어야 할 것이라는 사실을 제대로 인식할 필요가 있다"고 지적하는 견해가 있다(하경효, 「노동법의 기능과 법체계적 귀속」, 『사회변동과 사법질서』, 김형배 교수 정년퇴임 기념논문집, 2000, 235쪽 참조).

24) P. Stalker는 세계화 시대를 맞이하여 국가간에 상품과 자본의 이동이 급속도로 일어나고 있는데도 불구하고 노동의 이동이 잘 진전되지 않고 있는 이유는, 오늘날은 "노동자들이 자본을 따라 이동하는 것이 아니라 자본이 노동자를 따라 이동하기 때문이다(Capital to Workers, Not Workers to Capital)"라고 설명하면서, 국제적으로 자본의 흐름이 "1990년대에 들어와 개발도상국으로 급속도로 이동(1990~1997년간 약 3배 이상 증가)하였는데, 그 이유는 금융소득을 위한 외국인의 단기투자(portfolio) 및 외국의 장기 직접투자(FDA)가 늘어나고, 민간 차관(private debt)이 급격히 증가했기 때문이라고 한다(Peter Stalker, *Workers Without Frontiers - The Impact Of Globalization On International Migration*, ILO, Lynne Rienner(ed.), 2000, p.59 이하 참조).

25) Däubler는 오늘날은 표준적 근로관계가 전체적으로 감소하고, 제3의 형태인 비전형 근로관계(파트타임근로, 기한부근로, 파견근로 등)가 증가하고 있는 것이 가장 심각한 문제라고 지적하면서, 표준근로관계에 없는 자를 다음의 셋으로 분류한다. 첫째, 근로관계가 없는 종속적 취업자(가족보조자, 가내노동, 독립자영업자, 자유로운 협력자, 불법취로자), 둘째, 표준적 근로관계는 수정되고 있지만 그 보상을 받는 자(초과근무, 교대제, 주말근로, 조립공, 세일즈맨, 운전수, 관리), 셋째, 표준근로관계의 개개의 요소를 박탈당하면서 그것에 대신하여 어떤 경제적 내지는 정신적 보상도 받지 못하는 자 등이다(Däubler, "Perspektiven des Normalarbeitsverhältnisses", *Arbeit und Recht*, 1988, S.305).

26) 예컨대 임시고용근로자 및 시간제근로자의 경우, 근로형태의 임시성과 단시간의 근로자라는 이유 때문에 기존의 상용근로자에 비하여 보다 적은 임금 및 보다 쉬운 해고의 위협에 처하는 근로계약의 불안정화, 그리고 상용근로자라면 보호받을 수 있는 제반 근로조건 및 사회보장제도의 부재 등의 현상이 나타나고 있다.

그러나 노동법은 여전히 과거의 이론과 학문적 도그마에 사로잡혀 이와 같은 변화의 흐름에 부응하지 못하고 있다. 즉 현행 노동법은 정규직 핵심인력 보호에만 규범력을 발휘하고, 지식정보화와 함께 증가하는 비정규직 서비스인력과 취업을 희망하는 비자발적 실업자들에 대해서는 규범력을 제대로 발휘하지 못하고 있다.

지난 1990년대 중반 이후 우리나라는 비정규직이 급격히 증가하고 있다. 그러나 노동법은 오히려 근로자 집단 중 상대적 약자인 비정규직 근로자들에 대하여는 무관심하고, 사용자에 비하여 결코 약하지 않은 정규직 핵심 인력에 대하여는 보호를 강화하는 등 엄청난 모순을 안고 있다. 이제 우리 노동법은 근본적인 규범력의 한계에 봉착하고 있는 것으로 보인다.

전체 근로자의 약 54%를 차지하는 이들 비정규직은 노동법상 단결권(노조결성권)으로부터도 사실상 배제되어 있으며, 언제 일자리를 잃게 될지 모르는 고용불안 속에서 일하고 있다. 또한 그들은 정규직과의 차별로 인하여 '동일노동-동일임금'을 보장받지 못하고 있을 뿐 아니라, 그들 중 상당수는 각종 사회보험 등 사회보장으로부터도 소외되어 있는 실정이다.

그러면 노동법은 왜 이처럼 규범력 상실의 위기에 봉착하게 되었는가?

Ⅳ. 노동법의 규범력 상실 원인

1. 현행 노동법, 'insider 정규직 보호법'으로서만 기능

주지하다시피 노동법은 19세기 산업화 초기에 약자인 근로자를 보호한다는 이념으로 출발하였지만, 오늘날에는 근로자들 중 기득권자인 '인사이더 정규직 보호법'으로서 당초 이념과는 달리 비정상적인 기능을 수행하고 있는 것이다.

전체 근로자의 과반수가 넘는 비정규직과 실업자 등 아웃사이더에게는 오히려 노동법이 장해가 되며, 그들에게는 노동법이 역차별 요인으로 인식되고 있는 실정이다. 이는 헌법의 평등원칙에도 어긋나는 것이다. 노동법이 특정 근로자 그룹(insider)만을 특별히 보호함으로써 상대적으로 다른 근로자 그룹(outsider)에 불이익을 가져온다면, 그것은 '평등의 원칙'에 위배된다.

노동법은 불평등한 노동시장의 경쟁질서를 노사 당사자간 대등한 관계로 회복시켜 주기 위한 노동시장의 질서유지규범으로 작용한다. 즉 한편으로는 근로기준법과 같은

국가의 강행 법률을 통하여 사용자의 우월한 힘을 규제하고, 상대적으로 약자의 지위에 있는 근로자를 보호한다. 그리고 다른 한편으로는 약자인 근로자들이 스스로 단결하여 노동조합을 결성하고, 그 힘을 바탕으로 강자인 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 그들의 근로조건을 개선해 나갈 수 있도록 하고 있다. 이것이 법률상 허용되는 이유는 원래 노사간에는 '힘의 균형'이 이루어져 있지 않다는 것을 전제로 하고 있기 때문이다.

종속노동이라는 대전제 아래, '근로자보호'와 '사용자규제'가 필요하다는 도식적인 기본관념에서 출발한 노동법 원리가 오늘날에도 그대로 적용되는 것인가? 노동법의 본질적인 사명이 '근로자를 보호하는 법'이라고 하더라도 오늘날 근로자에는 정규직 상용근로자만 있는 것이 아니라, 안정된 직장을 갖고 있지 못한 임시직·계약직 등 비정규근로자, 취업의 의사와 능력은 있으나 일자리를 얻지 못하고 있는 실업자 등 다양한 고용형태의 근로자들이 존재한다. 이들에 대해서 지금 노동법은 과연 어떤 기능을 하고 있는가?

취업중인 정규근로자를 상정하고 만들어진 19세기적 노동법으로 이들을 합리적으로 규율하는 데에는 한계가 있다. 왜냐하면 지금까지의 노동법은 노사간 힘의 균형, 즉 실질적인 노사대등을 실현하는 데에만 치중해 왔다. 그러나 21세기 세계화, 지식정보화 사회에 접어든 오늘날에는 노사간의 대등한 경쟁질서뿐만 아니라 노노간의 균등한 경쟁질서 형성이 더욱 중요한 과제로 부각되고 있다. 즉 정규근로자·비정규근로자·실업자·신규노동시장진입자 등 근로자들 상호간의 공정한 경쟁질서를 위해 이바지하는 새로운 기능의 노동법이 요청되고 있다.

노동법이 이러한 기능을 외면하고 지금처럼 계속 노동시장의 불공정 경쟁질서를 방치한다면, 그것은 헌법이 보장하고 있는 평등의 원칙을 노동법이 제도적으로 가로막는 매우 바람직하지 못한 결과를 초래하게 된다.

우리 헌법은 그 전문에서 "……정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고……"라고 규정하고 있으며, 또 제11조 제1항에서는 "모든 국민은 법 앞에 평등하다"고 규정하여 모든 국민의 '기회균등' 또는 '평등원칙'을 선언하고 있다. 또 헌법재판소는 "평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서 국민의 기본권 중의 기본권인 것이다"라고 결정한 바 있다.[27]

그런데 우리가 '무엇이 평등한가, 불평등한가'를 따져 보기 위해서는 먼저 차별의 비

교집단이 존재해야 한다. 노동시장에 과연 그러한 차별적인 비교집단이 존재하는가?

19세기 노동법의 출발단계에서는 사용자에게 종속된 근로자의 지위에만 관심을 두고 있었기 때문에 근로자들간의 차별 문제는 전혀 고려의 대상이 되지 못했다.[28] 그러나 오늘날은 노동시장에 존재하는 다양한 유형의 근로자들 사이에 고용기회를 둘러싼 취업경쟁과 근로조건과 같은 처우에 있어서의 불평등 등, 근로자 집단 가운데서도 차별의 비교집단이 보다 분명해졌다. 실제로 비정규직의 정규직화 요구, 실업자의 취업기회 요구, 실업자와 비정규근로자의 노조 설립 및 노조 가입 요구 등 경쟁의 차원을 넘어 근로자들간에는 치열한 투쟁과 갈등 양상을 보이고 있는 것이 현실이다.

이처럼 공정해야 할 노동시장질서에 엄연히 근로자들 사이에 차별이 존재하고, 노동법이 그러한 차별을 바로잡거나 적절히 규율하지 못한다면 불평등을 제도적으로 용인하고 있는 것이나 다름없다. 그것은 바로 입법부의 직무유기로 귀착된다.

우리 헌법이 보장하고 있는 평등원칙은 단순히 '법 적용의 평등'에서 끝나지 않고, 입법자에 대해서도 평등한 법을 제정할 것을 요구한다.[29] 법의 내용이 불평등한 것이면 그 법을 아무리 평등하게 적용할지라도 그 결과는 불평등한 것이 되기 때문에, 우선 노동법이 헌법의 평등원칙에 부합하는가에 관한 법적 평가가 요청된다.[30]

헌법의 평등원칙은 모든 국민에게 여러 생활영역에서 균등한 기회를 보장해 주는 것을 그 내용으로 하며,[31] '기회균등'은 비교대상자간의 '경쟁'을 그 본질적 요소로 한다.

---

27) 헌재 1989. 4. 25. [88 헌가 7], 헌판집 1권, 1, 2. 참조.

28) 노동법의 탄생 과정에 관하여 자세한 것은 이철원, 「노동법의 생성에 관한 연구 : 시민법 원리의 변천과정을 중심으로」, 부산대 법학박사 학위논문, 1981, 86쪽 이하 참조.

29) 헌법재판소는 "우리 헌법이 선언하고 있는 '인간의 존엄성'과 '법 앞에 평등'은 행정부나 사법부에 의한 법 적용상의 평등만을 의미하는 것이 아니고, 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명하는 법 내용상의 평등을 의미하고 있기 때문에 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권의 행사로서 위헌성을 면하기 어렵다"고 결정한 바 있다(헌재 1992. 4. 28. [90 헌바 24], 헌판집 4권, 225, 231쪽 이하 참조).

30) 헌법상의 평등원칙은 형식적 의미의 평등뿐만 아니라 실질적 의미의 평등까지도 적극적으로 실현시킬 것을 요구하고 있다. 즉 국가에 의한 불평등한 법 적용을 금지할 뿐만 아니라 법의 내용 또한 평등의 원칙에 부합하여야 하며, 나아가 평등의 실현을 위한 국가의 적극적인 활동까지도 요청하는 것이다(장영수, 「헌법상 평등원칙과 평등권의 실현구조」, 『고려법학』 제36호, 고려대법학연구원, 2001, 103~104쪽 참조).

31) 기본권 실현의 방법적 기초인 동시에 기본권 실현의 방향을 제시해 주는 평등권은 모든 국민에게 여러 생활영역에서 균등한 기회를 보장해 주는 것을 그 내용으로 한다. 평등권을 통해서 모든 국민에게 기회균등을 보장하는 것은 모든 국민으로 하여금 사회통합 과정에 능동적으로 참여케 함으로써 기본권의 생활규범성을 높이고 기본권의 동화적 통합 효과를 증대시켜 주는 기능을 갖는다. 이처럼 평등권은 우선 기회균등(Chancengleiheit)을 그 내용으로 하기 때문에 기회균등의 요청에 반하는 어떠한 자의적인 공권력의 발동도 용납하지 않는다. 평등권이 기회균등뿐만

따라서 '기회균등'의 원칙이 노동시장에서도 공정하게 적용되기 위해서는 모든 근로자들에게 고용의 기회와 단결의 기회 등에 있어서 출발점이 같아야 한다. 그런 점에서 현행 노동법이 '경쟁의 원리'를 본질로 하고 있는 기회균등의 원칙에 어느 정도 부합하는 것인지가 평가의 대상이 된다.

뿐만 아니라 헌법의 평등원칙이 내포하고 있는 또 하나의 구성요소는 '분배의 평등'이다. 분배의 평등은 결국 사회적·경제적 약자가 자신의 노동에 대한 정당한 몫을 찾게 해주는 것으로서, 무조건적인 분배가 아닌 정당한 활동에 상응하는 분배를 요구한다.[32] 따라서 노동법이 이러한 '분배의 원칙'에 부합하는 것인가의 여부도 평가의 대상이 될 수 있다. 가령 원칙적으로 '동등한 실적에 대한 동등한 분배'가 이루어질 수 있도록 입법화되었는가 하는 것이 평가의 대상이 된다.[33]

2. 최근 악성 노사분규의 근본 원인 - 비정규직 문제

최근 발생하고 있는 악성 노사분규의 근저에는 반드시 비정규직 문제가 자리잡고 있다는 사실을 발견하게 된다. 예를 들면 얼마 전 6개월 이상 파업하고도 아직 해결되지 않고 있는 병원·의료산업노조의 장기파업 사태, 호텔·금융노조의 비정규직 여성근로자의 파업 등이 그것이다.

이들 비정규직은 같은 장소에서 정규직과 똑같이 일하고도 그들의 약 60% 임금밖에 받지 못하고, 각종 사회보험에서도 소외되며, 언제 그만둘지 모르는 고용불안의 악조건에서 일하지만 노동법은 그들의 단결권조차도 보장하지 못하고 있다.

노동조합에 가입하려고 해도 기존의 정규직 노동조합이 결성되어 있기 때문에 복수노조 금지 규정으로 어렵고, 정규직 노조는 비정규직의 노조 가입을 실질적으로 봉쇄하고 있는 실정이다. 또 그들은 대부분이 계약직이거나 임시직이기 때문에 노동운동에 참가하면 언제 계약이 해지될지 모르는 불안한 지위에 있다. 따라서 그들은 개별적 행동이 어렵고 결국 극단적인 집단행동을 선택할 수밖에 없는 한계상황으로 내몰리게 되

아니라 자의 금지까지도 그 내용으로 하고 있다고 주장되는 이유도 그 때문이다. 평등권은 국민에 대한 '기회균등의 보장'과 '공권력에 대한 자의 금지의 명령'을 통해 인간의 존엄과 가치를 그 핵으로 하는 기본권의 실효성과 동화적 통합효과를 증대시켜 주는 기능을 갖는다고 할 수 있다(허 영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 1999, 465~466쪽 참조).

32) 분배의 평등이 실질적으로 가능하기 위해서는 부익부·빈익빈의 고리를 끊기 위한 사회적 장치가 마련되어야 하며, 그것은 무엇보다 실질적 기회균등의 보장을 통해서 이루어질 수 있는 것이라고 한다(장영수, 앞의 논문, 107~108쪽 참조).

33) 노동법이 헌법의 평등원칙에 부합하는지 여부에 관하여 전체적으로 법적 평가를 시도한 논문으로는 졸고, 「헌법의 평등원칙과 노동법」, 『한국 노동법의 미래와 비전』, 백송출판사, 2002 참조.

는 것이다.

우리나라는 기업별 노조가 대부분이기 때문에 정규직 중심의 기업별 노조가 비정규직의 노조 가입과 집단행동에 대하여 방어선을 치고 방해공작을 하거나, 심지어는 사용자와 결탁하여 비정규직에 대한 차별대우를 묵인하는 경우도 있다.

또한 정규직 노조는 그들의 투쟁력을 바탕으로 호황기에는 임금인상 등 근로조건 개선 투쟁을 하고, 불황기에는 고용유지 투쟁을 계속함으로써 비정규직이나 실업자 등 outsider의 고용기회 확대에는 전혀 무관심하거나 지극히 배타적이어서 극단적인 조합이기주의에 빠져 있는 실정이다.

과연 어느 누가 이처럼 정규직과 그들만의 노동조합에게만 그러한 특권을 부여했단 말인가?

Ⅴ. 노동법의 규범력 회복을 위한 과제

1. '보호의 원리'와 함께 '경쟁의 원리'도 반영

오늘날 노동법은 노사간의 역학관계(노사관계)만 고려할 것이 아니라, 근로자와 근로자간의 이해관계(노노간의 경쟁관계)도 동시에 고려해야 한다.

당초 19세기 노동법 출발 당시와 21세기 세계화, 지식정보화 시대는 분명히 노동환경이 근본적으로 달라졌다. 이를 인정하지 않고 기존의 도그마에 집착하는 법 이론은 분명 잘못된 것이다.

오늘날 세계화·지식정보화의 가속으로 비정규직이 급격히 늘어나고, 정규직과 비정규직, 실업자, 신규근로자간에는 고용의 기회와 근로조건을 사이에 두고 치열한 경쟁관계가 형성되어 있다.

그럼에도 불구하고 이러한 노노간의 경쟁관계를 전혀 고려하지 않고, 단지 노사관계에만 국한하여 노동법을 구성하고 해석하는 것은 지나치게 편협하고도 정태적인 접근이라 하지 않을 수 없다.

따라서 노동법은 노동시장의 경제 주체인 사용자, 정규직, 비정규직, 실업자, 신규근로자 할 것 없이 모두에게 공정하게 적용되어야 한다. 노동법이 '노사관계'와 '노노관계'를 동시에 포괄하는 노동시장의 질서유지규범이 되기 위해서는 종래와 같은 '보호의 원리' 외에 '경쟁의 원리'를 새로이 노동법에 도입할 필요가 있다.[34]

2. 새로운 노동법의 규범적 체계

노동법에 '노노간 경쟁의 원리'를 반영하여 비정규직과 실업자 등 아웃사이더의 권리가 보장되고 실현될 수 있도록 하기 위해서는 노동법이 어떤 규범적 체계를 갖추어야 하는가?

지금까지 우리 노동법은 다음과 같은 헌법의 두 가지 노동기본권을 기초로 하여 구성되고, 또 운용되어져 왔다.

i) 헌법 제33조 제1항의 근로3권 보장 규정 : 노동조합및노동관계조정법 등 집단적 노사관계법의 규범적 기초

ii) 헌법 제32조 제3항의 근로조건 법정주의 규정 : 근로기준법 등 개별적 근로관계법의 규범적 기초

그러나 여기서 우리는 지금까지 노동법상 아웃사이더의 권리로서 소홀히 취급되어 왔던 '근로의 권리'에 주목할 필요가 있다.

앞으로는 헌법 제32조 제1항의 '근로의 권리'를 또 하나의 노동법 구성을 위한 중요한 규범적 기초로 삼을 필요가 있다고 본다. 그동안 '근로의 권리'는 주로 실업보험이나 직업훈련 등 사회보장법이나 고용정책법의 규범적 기초가 되어 왔다.

〈표 1〉 새로운 노동법의 규범적 체계

개별적 근로관계법 (근로기준법 등)	집단적 노사관계법 (노동조합및노동관계조정법)	고용정책법(직업훈련법) 사회보장법(고용보험법)
헌법 제32조 제3항 '근로조건법정주의'	헌법 제33조 제1항 '근로3권 보장'	헌법 제32조 제1항 '근로의 권리'
헌법 제32조 제1항의 '근로의 권리' (아웃사이더의 노동기본권 - 모든 노동법의 공통된 규범적 기초)		

그러나 앞으로는 '근로의 권리'를 단결권 등 집단적노사관계법이나, 근로기준법 등 개별적 근로관계법의 규범적 기초로도 들여올 필요가 있다.

그리하여 노동법상 아웃사이더의 권리 보장을 위해 인사이더의 고용독점과 근로조건

34) 노동법에 '경쟁의 원리'를 도입하자는 주장에 관하여 자세한 것은 졸고, 「고용에 대한 노동법의 영향관계에 관한 연구」, 고려대 법학박사 학위논문, 2001; 동, 『노동법의 패러다임 전환』, 도서출판 백송, 2002 참조.

독점을 견제하는 중요한 규범적 기초로서 기능할 수 있도록 해야 한다.

'근로의 권리'가 고용정책 입법의 규범적 기초로 그치는 것이 아니라, 노동법 전체의 기초를 이루는 중요한 기본권이 되어야 한다는 것이다. 따라서 취업희망자(outsider)들의 '근로의 권리'를 지나치게 제약할 수 있는 노동법의 내용은 이런 점에서 재평가되어야 한다. 다시 말하면 경제위기 상황하에서 국민경제에 미치는 충격을 고려하고,[35] 실업자를 포함한 취업희망자들(outsider)의 '근로의 권리'(헌법 제32조 제1항)를 수호하기 위하여 취업근로자들(insider)의 지나친 이기적 요구와 행동을 견제할 수 있는 장치가 노동법에 마련되지 않으면 안 된다.

결국 '근로의 권리'의 본질은 아웃사이더의 취업권 보장에 우선적인 목표가 있는 것이지, 인사이더의 고용유지권 보장에 있는 것이 아니라는 사실을 법 이론적으로 인식하고 이를 실현하여야 한다.

〔아웃사이더를 위한 '근로의 권리' 실현의 예〕

① 비정규직의 차별임금을 극복하고 '동일노동-동일임금' 실현에 기여

② 비정규직의 고용불안정과 근로조건 불이익을 단결권을 통해 시정

③ 정규직의 지나친 협약임금 인상으로 비정규직의 근로조건 개선 및 고용의 기회에 압박을 초래할 경우, 단결권을 통해 견제

→ 노동생산성 범위 내 임금인상 실현

④ 기업의 위기상황에서 사용자와 정규직 노동조합으로 하여금 협약임금을 하향 조정하도록 압력 행사 가능

→ 이는 기업의 경쟁력 상실과 도산으로 인한 실직 방지 효과

→ 공장의 해외이전으로 인한 고용기회 상실을 예방할 수도 있음

3. 종속노동 이론 비판, '노동시장의 종속이론' 확립

이상과 같은 노동법의 새로운 규범적 체계를 도입하기 위해서는 보다 본질적인 면에서 종래 노동법의 출발점인 '종속노동 이론'을 어떻게 보완하여 새롭게 이론적 기초를 세울 것인가?

35) 헌법상 보장된 노동기본권이라고 하더라도 자유경제질서와 실제적 조화를 이루어야 하고(헌법 제119조), 또 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 때에는 법률로써 제한될 수 있다(헌법 제37조 제2항).

노동의 종속성은 근로자가 고용을 필수적인 생존조건으로 하면서도 그에 대한 '지배권'(Gewalt)을 가지고 있지 못하기 때문에 나타나는 것이다. 이러한 측면에서 볼 때, 이미 취업중에 있는 인사이더나 근로의 의사와 능력을 가지고 있으면서도 취업기회를 갖지 못하고 있거나 불안정한 취업상태에 있는 아웃사이더, 모두 스스로 고용에 대한 지배권을 갖고 있지 못하다.

따라서 노동시장의 관점에서 볼 때, 취업근로자나 취업희망근로자 모두 그 전체로서 노동시장에 종속되어 있다고 볼 수 있다. 다시 말하면 취업근로자(insider)는 전통적 노동법이 규범적 기초로 하고 있는 사용자(자본)에 대한 종속, 즉 내부노동시장에서 노동에 대한 지배권을 가지고 있는 사용자에 의해 종속되어 있다. 반면에 외부노동시장의 취업희망근로자(outsider)는 전적으로 노동시장의 상황에 따라 그들의 지위가 결정되는 '시장에 종속된 지위'(고용기회의 종속)에 있다.

특히 이들 아웃사이더의 지위는 그들이 시장에 대해 아무런 힘도 가지고 있지 못하기 때문에 국가의 중립적 조정자로서의 역할, 즉 국가(입법, 사법, 행정)의 공정한 노동법의 운용과 노동시장에 대한 적극적인 지원과 조성정책에 전적으로 의존하게 된다.

여기서 유의해야 할 점은 지금까지와 같은 취업근로자(insider) 중심의 관점에서 국가를 종속성을 초래한 책임 주체로 파악하고,[36] 그렇기 때문에 국가는 더욱 강력한 고용보장에 나서야 한다고 주장하는 '고용보장법론자'들과는 달리,[37] 노동시장 전체의 관

---

36) 국가가 적극적 고용정책에 의하여 자본의 요구에 부응하는 노동력 유동화 정책을 추진한다는 점에서 근로권의 침해자로 나타난다고 한다. 이런 점에서 근로자는 국가에 대하여 종속적 지위에 있다고 한다. 이러한 견해는 원래 일본에서 한때 '고용보장법 이론'으로 발전하기도 하였다. 즉 '고용보장법 이론'은 근로자의 노동시장에서의 종속성을 '자본'과 '국가'로부터의 이중적 종속으로 그 성격을 파악하고, 현실적으로 고용에 대한 지배권을 가진 국가와 사용자는 종속성을 초래한 책임 주체로서 고용보장의무를 질 수밖에 없으며, 이러한 국가와 사용자의 고용보장의무가 근로권의 중요한 내용이 된다고 한다(이러한 견해를 가진 일본 학자로는 松林和夫, 『勞働權と 雇用保障法』, 日本評論社, 1991; 淸正寬, 『雇用保障法の硏究』, 1987; 片岡昇, 「雇用保障法の解釋について」, 『勞動法の解釋理論』, 有泉古稀紀念論文集, 1976. ; 沼田稻次郎, 『社會法理論の總括』, 勁草書房, 1975 등이 있으며, 우리나라에는 조경배, 「고용보장의 노동법적 이론과 구조에 관한 연구」, 서울대 법학박사 학위논문, 1997; 고준기, 「고용보장법의 새로운 체계 정립 및 사회안전망과의 상호 연계」, 『노동법학』 제8호, 1998 등이 있음). 그러나 이러한 견해는 지나치게 취업근로자(insider) 중심의 이론이며, 법 해석이라고 본다('고용보장법 이론'에 대한 자세한 비판으로는 졸고, 「고용에 대한 노동법의 영향관계에 관한 연구」, 고려대 법학박사 학위논문, 2001, 62~67쪽 참조).

37) 일본의 경우 일부 학자들이 '고용보장법'이라는 새로운 노동법 체계를 시도함으로써 취업근로자(insider)들의 고용보장에 각별한 관심을 보임과 동시에 이들에 대한 법적 보호를 강조하는 것은 일본 노동기준법은 우리나라의 근로기준법 제30조와 같은 해고제한 규정이 없기 때문에 불안정한 취업근로자의 고용유지를 근거지우기 위해 고용보장법과 같은 시도가 나오지 않았나 생각된다. 또 한편으로는 전통적으로 일본식 노사관계를 지탱해 온 '평생직장'의 개념이 급작스럽게 무

점에서 국가는 오히려 아웃사이더의 '노동시장의 종속성'을 극복하는 책임 주체(지원자)로서의 지위에 서도록 해야 한다는 것이다.

결국 노동법은 내부노동시장과 외부노동시장을 통틀어서 노동시장에서 근로자들의 종속된 열악한 지위를 극복하는 데 도움을 주기 위한 법으로서 기능해야 한다는 것이다. 이것이 바로 '노동시장의 종속성 이론'이다.

이 이론은 국가의 위상과 역할에 관하여 다음과 같은 두 가지 관점을 제시한다.

한편으로는 아웃사이더의 고용에 대한 지배력을 상실한 노동시장의 종속적 지위를 직시하고 각종 법률과 제도·정책 등을 통해 이를 해소해 주는 원조자로서의 위상을 가진다.[38]

또 다른 한편으로는 국가의 고용정책을 추진함에 있어 내부노동시장 근로자와 외부노동시장 근로자 사이의 이해관계가 충돌하는 경우(가령 취업근로자의 근로조건 유지·개선과 취업희망근로자의 고용기회에 관한 이해관계가 상충되는 경우), 외부노동시장 근로자의 고용기회 보장에 더욱 충실하는 것이 근로권의 본질에 비추어 볼 때나 내·외부노동시장 근로자의 형평성 문제에 있어서 중립적 조정자로서의 국가의 역할이라는 것이다.[39]

'근로권 보장'의 중점은 아웃사이더에게 근로의 기회를 확대하는 데 있으며, 이들을 위한 적극적 고용정책 추진은 사회국가를 지향하는 국가의 당연한 의무이다. 노동시장 전체를 두고 볼 때 국가의 고용보장의무는 오히려 노동보호법에 의한 강행적 보호와 노동조합을 통한 힘의 대등성을 갖고 스스로 사용자측과 교섭하여 그들의 지위를 개선해 나갈 수 있는 내부노동시장 근로자(insider)에 앞서, 고용기회의 획득에 있어서 아무런 지배력도 갖고 있지 않은 취업희망근로자(outsider)의 보호에 더욱 충실하는 것이 노동법의 진정한 공정성 원칙에도 부합한다고 본다.

다시 말하면 같은 근로자이지만 취업근로자(insider)들의 노동보호법과 단결권을 배경으로 한 취업권 독점 및 경쟁 제한적인 협약정책으로 인하여 상대적으로 소외되고, 또 전적으로 노동시장의 상황에 종속[40]되어 있는 실업자, 비정규직 등 취업희망근로

너지면서 고용불안에 대한 우려와 충격이 반사적으로 고용보장에 대한 관심을 더욱 증폭시켰던 것이 아닌가 한다.

38) 국가는 취업중인 내부노동시장 근로자에 대하여는 노동보호법과 노동3권에 기한 집단적자치법을 통해서 노동의 종속성 극복을 지원하고, 외부노동시장 근로자에 대해서는 '근로의 권리'의 탄력적인 해석과 운용을 통하여 '노동시장의 종속성'을 극복하는 데 적극 기여하게 된다.

39) 같은 견해로는, 菅野和夫, 『勞働法』 (第3版), 1993, 29쪽 참조.

40) 이러한 의미에서 '제도적 종속'이라고 할 수 있다. 노동법이 일방적으로 취업근로자(insider)들을 위한 보호법적 기능을 수행함으로 인하여 같은 근로자로서 고용기회의 획득에 있어서 이해관계(경쟁관계)에 있는 취업희망근로자(outsider)들이 소외되고 있다면, 이는 제도적 원인에 의한 종

자(outsider)들을 위한 지원과 조성에 국가는 더 중점을 두어야 한다는 것이다.

가령 IMF와 같은 국가 경제위기로 대규모 실업사태를 만났을 때 국가는 실업난 해소를 위해 강력한 고용정책을 추진하게 되는데, 이 경우 취업중인 근로자들이 다소 불이익을 받는 경우가 생기더라도 근로권의 침해라고 할 수 없다.[41]

따라서 '노동시장의 종속성 이론'은 인사이더와 아웃사이더의 이해관계가 충돌하는 경우 입법자의 입법 방향, 사법부의 법률 해석, 행정부의 정책 선택 등의 문제와 관련하여 합리적인 준거의 틀을 제시하게 된다.[42]

결국 종래의 '전통적 종속노동 이론'은 노동력 가치의 결정과정 또는 노동과정에 있어서의 종속성이라는 근로생활의 한 측면만을 법적 규제의 대상으로 한 반면, '노동시장의 종속성 이론'은 그 범위를 노동시장으로 확대함으로써 종속노동의 해소를 목적으로 하는 노동법의 지평을 넓히는 데에도 기여하는 이론이다.

오늘날 노동법의 영역 확장은 불가피하다. 노동법의 대상을 사업장 내의 현실적인 사용자에 대한 근로자의 종속적 지위만으로 국한시킬 수는 없다. 그 이유는 취업근로자뿐만 아니라 취업을 희망하는 예비근로자들도 취업(고용)을 전후하여 다양한 종속적인 지위를 면할 수 없고, 이에 대한 대책이 강구되지 않는 한 노동법은 모든 근로자의 생존권을 보장할 수 없기 때문이다.

특히 광범위한 노동시장에서 취업을 희망하는 예비근로자들의 경우 고용기회 확보를 위한 지배권을 갖지 못하는 열악한 지위에 있으므로, 이에 관한 지배권을 갖는 국가나 사용자, 다른 근로자(취업중인 근로자)에 대한 종속적 지위를 전제로 하여 외부노동시장에서 취업을 희망하는 예비근로자들(실업자, 비정규근로자)도 넓은 의미에서의 종속노동이론(현실적인 노동과정에서의 종속이 아니라 노동시장에서의 종속)을 근거로 이들을 노동법의 대상으로 편입시킬 수 있다고 본다.

다만 '노동시장의 종속성 이론'을 당사자간의 서로 대립되는 적대적 관계로 볼 것이 아니라,[43] 국가의 고용보장의무를 헌법상 국가의 책무로 보고, 취업권은 취업희망근로

속이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 국가는 그 원인 해소(노동기본권의 본질이 훼손되지 않는 범위 내에서의 노동법의 경직성 완화 및 적극적 고용정책 추진)에 더 큰 관심과 지원, 그리고 책임을 부담하여야 한다.

41) 가령 정부의 노동시장 유연화 전략, 적극적 고용정책의 추진, 대규모 공공근로사업의 시행, 법원, 입법자에 의한 정리해고의 요건 완화 등을 그 예로 들 수 있다.

42) 경쟁력과 실업·비정규근로 등 노동시장의 상황을 고려한 노동법의 재구성 문제는 주로 내·외부노동시장 근로자간 이해관계가 상충하는 경우의 합리적 조정 문제가 핵심이라고 할 수 있다.

43) 전통적 종속노동 이론은 현실적인 노동과정에서의 지시·명령에 의한 종속, 즉 '인적 종속'(사용종속)을 주로 의미하였기 때문에 당사자간에는 적대적인 관념이 바탕에 깔려 있었고, 또 노동법의 태도도 강자인 사용자측에 대한 규제와 약자인 근로자측에 대한 보호, 더 나아가 근로자의

자의 권리라는 전제하에서 국가, 사용자, 취업근로자(insider), 취업희망근로자(outsider) 등 이들 상호간의 관계를 설정한다면, 종래 노동법의 기초관념이 되어 왔던 종속노동 이론과 일맥상통하는(종속성 범위의 확장) 것으로서 노동법을 독자적인 법 영역으로 정착시키는 데 더욱 기여할 수 있을 것으로 본다.

'노동의 종속성'은 실질적·구체적 의미에서 자유와 평등이라는 규범적 가치에 반하는 반 가치적인 것이다. 또한 근로자의 종속적 지위는 인간의 노동을 상품의 차원으로 전락시키는 결과를 초래하고, 이것은 인간의 존엄성 보장이라는 현대 법질서의 최고의 가치와도 근본적으로 모순된다.

따라서 '노동의 종속성'은 규범적으로 비판받아야 하는 사회적 사실이 되고, 이러한 노동의 종속성 때문에 그 기본적 수요인 고용을 충족할 수 없는 근로자는 종속성의 반 가치적 성격에 대한 규범적 비판의 주체로서 위치하게 되었고 또 근로권을 요구하지 않을 수 없게 되었다.[44]

이처럼 노동기본권을 보장하는 노동법은 자본주의의 모순을 해소하기 위하여 등장하였다. 그러나 지금까지는 노동법이 내부노동시장 근로자 보호에만 치중하여 왔고 외부노동시장 근로자(실업자 등 취업희망자) 보호에는 전혀 무관심하였다.[45]

그 배경에는 노동법이 그 규범적 기초로 하고 있는 종래의 종속노동 개념 자체의 편협함에도 원인이 있었다고 생각된다.

하지만 이제 그 개념을 확대하여 취업근로자와 취업희망자 모두를 포괄하는 '노동시장에서의 종속성'을 극복하기 위해서 노동법이 역할과 기능을 해야 할 때가 되었다. 즉 내부노동시장과 외부노동시장 사이의 근로자간 균형 있는 이해관계를 조절할 수 있는 노동법의 새로운 기능이 요청되게 되었다.

따라서 앞으로는 노동시장의 종속성을 기초로 하여 노동법의 패러다임을 새로이 구

단결에 의한 집단적 대결 구도를 전제로 한 입법방식을 채택하였다. 그러나 노동시장의 종속성 이론은 이와는 달리 당사자들간의 이해관계 조정과 공정성 추구, 즉 사용자와 취업근로자(insider), 취업희망근로자(outsider)간의 조화와 협력에 의한 공동번영, 노동시장의 균형 질서를 유지하는 데 그 목표가 있다고 할 수 있다. 따라서 여기서는 무엇보다도 국가의 중립적인 역할과 조정임무가 중요하다.

44) 淸正寬, 『雇用保障法の硏究』, 1987, 123쪽 참조.

45) 이 점에 관하여는 "지금까지의 노동법이 이미 직장을 보유한 근로자의 보호에 무게를 두고 실업근로자의 고용기회의 증대를 중심적인 과제로 삼고 있지 않았다고 하는 것은 사실일 것이다. 개별적이고 집단적 노동법의 존재 방식이 실업근로자를 포함한 전체 근로자에게 있어서 어떠한 의미를 갖는가 하는 문제는 종래의 노동법학이 충분히 의식하지 못한 것이었다"라고 술회하는 학자들도 있다(임종률·이원희·이상희, 「고용유형의 다양화에 따른 법적 대응에 관한 연구」, 『민주법학』 제17호, 2000, 415쪽 참조).

성할 필요가 있다. 노동법의 지평을 직장단위에서 노동시장으로까지 확대한 이상, 노동법의 주요 이념인 근로자의 생존권 보장 차원에서 내부노동시장 근로자는 물론 외부노동시장근로자에 대한 보호와 지원에도 중점을 두는 균형 있는 노동법의 발전이 기대된다.

앞에서도 지적하였듯이 노동의 종속성은 근로자가 고용을 필수적인 생존조건으로 하면서도 그에 대한 지배권(Gewalt)을 가지고 있지 못하기 때문에 발생하는 것이다. 그러므로 노동시장에 있어서의 종속성을 극복하기 위해서도 국가는 적극적으로 역할을 하여야 한다. 국가는 종속성을 초래한 책임 주체로서가 아니라,[46] 노동시장의 종속성을 극복하는 중립적인 책임 주체로서의 역할을 해야 한다. 즉 노동시장 전체를 대상으로 하여 내부노동시장과 외부노동시장간의 조화와 균형에 맞는 고용정책을 수립·시행하여야 하며, 입법자는 이러한 방향으로 노동법 규범의 틀을 만들어야 한다.

이는 종래와 같은 내부근로자 중심의 노동법 체계에서 벗어나 내부·외부노동시장 모두를 포괄하는 '노동시장의 종속성'을 규범적 기초로 한 노동법의 통일적 재구성을 의미한다. 즉 종래에는 노동법의 해석과 적용에 있어서 취업근로자(insider)만을 전제로 하였지만, 앞으로는 취업희망근로자(outsider)의 존재와 그들의 입장을 고려한 일관성 있고 통합적인 노동법의 정비를 모색해야 한다는 것이다.

가령 근로자의 임금이나 근로시간 등의 결정, 단체협약의 체결과 운용, 구조조정으로 인한 정리해고 등에 있어서 취업희망자들(outsider)의 존재와 입장을 고려한 새로운 입법적 기준의 설정이 필요하고, 또 비정규근로자와 실업자 등 아웃사이더의 단결권 보장과 불균형 노동시장에 대한 국가의 중립적 입장에서의 조정과 적극적인 노동시장 조성 정책이 요구된다.

'근로능력이 없는 자'는 헌법 제34조에 근거하여 생존권 보호를 위한 국가의 사회보장 정책의 대상이 된다. 한편 '근로의 의사와 능력이 있는 근로자'의 경우에도 내부노동시장 근로자(insider)는 헌법 제32조 제3항(노동자보호)과 동법 제33조 제1항(집단적 노사자치)을 통해서, 또 외부노동시장 근로자(outsider)는 이들 두 가지 기본권 외에 헌법 제32조 제1항(근로의 권리)을 통해서 근로자의 생존권 보장을 실현하되, 취업근로자와 취업희망근로자의 상호간 이해가 상충하는 경우에는[47] 국가는 중립적인 입장에

46) 이 이론을 따르는 학자들의 주장에 의하면, 현실적으로 고용에 대한 지배권을 가진 국가와 사용자는 노동의 종속성을 초래한 책임 주체로서 고용보장의무를 질 수밖에 없다고 한다(조경배, 「고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구」, 서울대 법학박사 학위논문, 1997, 19쪽 참조.).

47) 국가나 기업의 재원은 한정적이기 때문에(고용기회 역시 한정적임) 취업근로자(insider)와 취업희망근로자(outsider)의 이해관계는 서로 상충되는 것이 일반적이다. 즉 양자간의 관계는 zero-sum의 관계에 있기 때문에 양자를 모두를 동시에 보호하는 법과 정책은 그리 많지 않을 것이

서, 또 국가경제 전체의 입장에서 이해관계를 조정하는 '룰'을 설정해야 한다.

지금까지 일방적으로 '근로관계에 있는 근로자'만을 위한 법으로 인식되어져 왔던 노동법의 많은 경직된 부분들이 수정, 보완되어져야 할 것이다.[48]

따라서 취업희망근로자(outsider)에 대한 배려를 위해서는 어느 정도 취업근로자(insider)의 양보가 불가피하다. 임금·근로시간 등에 있어서 인사이더의 양보는 아웃사이더에게는 새로운 고용창출의 원천이 된다. 따라서 이를 위한 국가의 적극적인 조성과 정책적 지원이 필요하다.

가령 우리나라의 경우 IMF 체제하에서 기업의 구조조정으로 불가피하게 대량감원이 이루어진 경우가 많았다. 그런데 기업회생 후 종전에 감원을 모면하고 남은 자(insider)에게는 오히려 경영합리화로 인한 성과 때문에 임금을 비롯한 근로조건이 향상되고 유리한 승진기회를 갖게 되는 결과가 생긴 반면, 감원대상이 되어 탈락된 자(outsider)는 내부노동시장으로의 진입장벽 때문에 거의 재취업을 못하고 방치되어 장기실업으로 인한 생계위협의 고통을 받는 경우가 허다하였다.[49]

그러나 이것은 분명 사회정의가 아니다. 근로자 본인의 귀책사유와는 관계없이 불가피하게 경영상의 이유로 실업을 당했는데 그것이 정리해고란 이름으로 방치된다면 노동법이 제대로 기능하고 있다고 할 수 없다. 하나의 노동시장을 가정할 때, 구조조정의 이익은 기업회생시 탈락자에 대한 배려와 보상책으로 전환될 수 있도록 하는 '룰'의 마련이 요청된다. 때로는 국가의 개입과 조정에 의한 룰의 설정까지도 고려할 필요가 있다고 본다.

또한 근로시간·임금 등의 조정을 통해 더 많은 근로자에게 고용기회를 줄 수 있음에도 불구하고, 엄격한 노동법과 단체협약의 경직성을 이유로 방치함으로써 내·외부 노동시장의 격차가 더욱 커져 사회가 이중구조화되는 경우에도 국가는 그 역할과 사명을 다했다고 할 수 없을 것이다.

따라서 '노동시장의 종속성 이론'을 바탕으로 이러한 노동법의 기능상 미비점을 보완하여 노동법이 명실상부하게 노동시장의 질서규범으로서 작동할 수 있도록 해야 할 것이다.

다.

48) 취업희망근로자(outsider)의 입장을 고려한 노동법은 유연화의 길을 걷게 되는 것이 필연적일 것이다.

49) 남은 자와 탈락된 자의 '부익부·빈익빈 현상'이 심화되어 점차 소득분배구조가 왜곡되고 있다는 점도 문제이다.

〈표 2〉 노동시장의 종속성과 노동법

	내부노동시장 (취업근로자)	외부노동시장 (취업희망근로자)		
지배권	사용자 (자본)	국가 (노동시장조정권, 고용증진의무)	사용자 (자본)	취업근로자 (insider)
종속 현상	사용종속관계, 사용자의 지시·명령에 따라 노무제공(사용자에 대한 인적 종속) ※국가는 노동기본권 보장의 책임주체	국가의 적극적 고용정책에 전적으로 의존 ※국가는 종속성 초래의 책임 주체로서가 아니라, 극복을 위한 원조자 지위(고용증진 의무)	고용할 근로자에 대한 선택권, 노동의 양과 질의 선택권 ※근로자의 사용자 선택권은 추상적 수준의 상대방 선택의 자유에 불과	노동보호법(해고제한)과 노동단체법(협약정책)에 의한 취업권 독점, 고용기회 확보 경쟁에서의 불공정(outsider의 종속적 지위)
종속성 극복 방법	기존노동법의 적용 (노동보호법, 노동단체법)	적극적 고용정책 추진, 노동법 유연화, 고용정책 관련 입법 등	공정한 채용질서에 관한 입법, 비정규직 근로자 보호, 중간노동시장 활성화 전략	노동법 유연화, 노동법 규율대상에 취업희망근로자 (outsider) 편입

Ⅵ. 결 론

영국의 저명한 사회학자 앤서니 기든스가 『제3의 길』이라는 그의 저서에서 '사회적 배제 메커니즘'(social exclusion mechanism)을 개혁할 것을 강조하였듯이, 우리나라 노동법도 바로 그 '사회적 배제 메커니즘'을 개혁한다는 차원에서 진지하게 접근할 필요가 있다고 본다.

그 이유는 우리 노동법이 약자인 근로자를 보호하기 위한 법으로서 출발했지만, 오늘날에는 오히려 기득권자인 인사이더(정규직)만을 보호하고 약자인 아웃사이더(비정규직과 실업자)를 역차별하는 '사회적 배제 메커니즘'으로 작용하고 있다고 생각되기 때문이다.

따라서 노동법은 이제 기업의 내부에서 노사관계만을 규율하던 전통적 기능과 자세로부터 과감히 탈피하여, 노동시장에서 모든 근로자들이 공정하게 경쟁하고, 노사간의 대등한 경쟁질서를 잡아 주는 명실상부한 '노동시장의 질서유지규범'으로 다시 태어나

야 한다.

이를 위해서는 헌법 제32조 제3항과 제33조 제1항이 종전처럼 주로 '노사관계'를 규율하고('보호의 원리'에 의하여 규율), 새로이 추가된 헌법 제32조 제1항의 '근로의 권리'가 주로 '노노관계'를 규율('경쟁의 원리'에 의하여 규율)하도록 노동법을 재정비하여야 한다.

첫째, 지나치게 엄격한 인사이더 중심의 노동법을 일정 범위에서 전체적으로 유연화할 필요가 있다. 가령 노동법상 '동일노동·동일임금 원칙'을 확립하여 차별적 요인을 배제하고, 비정규직의 정규직화 요구에 상응하여 정규직의 해고 규제도 완화하며, 노동법상 보호대상 근로자의 범위를 확대하여 아웃사이더도 포섭하는 등 주로 인사이더와 아웃사이더의 이해관계가 충돌하는 규정을 대폭 손질할 필요가 있다.

둘째, 비정규직이나 실업자 등 아웃사이더에게도 경쟁의 기회를 부여하고, 그들이 자발적으로 단결하여 열악한 지위를 집단적으로 개선해 나갈 수 있도록 노조 가입과 노조 결성권을 보장해야 한다. 가령 현행 기업별 노조를 산업별·업종별·지역별 노조로 전환하여 비정규직, 실업자 등 아웃사이더들이 노조를 통하여 그들의 요구사항을 관철할 수 있도록 길을 터 줄 필요가 있다.

그리하여 헌법 제32조 제1항의 '근로의 권리'를 21세기를 맞이하여 '노동법'과 '사회보장법'의 공통된 기본적 토대가 되는 규범적 기초로 삼아야 한다. 그 이유는 '일할 권리' 내지는 '일자리 찾을 권리'는 오늘날 무엇보다도 중요한 기본권이라고 보기 때문이다.

따라서 오늘날 21세기의 가장 핵심적 노동기본권은 바로 헌법 제32조 제1항의 '근로의 권리'이다. '근로의 권리'는 아웃사이더의 노동기본권이며, 주로 '노노간의 경쟁관계'를 규율하는 권리로서 고용유동성 시대를 대비하는 가장 중요한 기본권이다.

그러므로 앞으로는 '보호의 원리'에 입각한 인사이더의 권리(노사관계 규율)와 '경쟁의 원리'에 입각한 아웃사이더의 권리(노노관계 규율)가 서로 조화를 이루면서 동시에 작동될 수 있도록 노동법의 패러다임을 근본적으로 바꾸어야 할 것이다.

이처럼 '사회적 배제 메커니즘'으로서의 노동법을 개혁함으로써 인사이더의 노동시장 독점과 특권을 견제하고 아웃사이더에게도 참여의 기회를 확대하는 정책은 궁극적으로 우리 사회에 팽배해 있는 빈부격차, 소득격차 등 사회적 불평등을 해소하는 지름길이 될 뿐 아니라 사회통합에도 기여하는 매우 바람직한 정책이 될 것이다.

참 고 문 헌

김치선,「산업사회의 변화와 고용문제」,『제 24회 국제학술대회 논문집』, 대한민국학술원, 1996.

고준기,「고용보장법의 새로운 체계정립 및 사회안전망과의 상호연계」,『노동법학』제8호, 1998.

고호성,「새로운 세계경제질서하에서의 노동법의 변동」,『노동법학』, 한국노동법학회, 1999.

매일경제신문,「한국 노조공화국인가」, 4~5면(2002. 11. 26일부터 11회 기획연재).

이원덕 외 5인, 『21세기 노동정책』(정책연구 2000-1), 한국노동연구원, 2000.

이철원,「노동법의 생성에 관한 연구 : 시민법 원리의 변천과정을 중심으로」, 부산대 법학박사 학위논문, 1981.

임종률·이원희·이상희,「고용유형의 다양화에 따른 법적 대응에 관한 연구」,『민주법학』 제17호, 2000.

장영수,「헌법상 평등원칙과 평등권의 실현구조」,『고려법학』제36호, 고려대법학연구원, 2001.

조경배,「고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구」, 서울대 법학박사 학위논문, 1997.

조준모 외 4인,『노사협력적 고용관리 매뉴얼』, 노사정위원회, 1999.

채호일,「고용에 대한 노동법의 영향관계에 관한 연구」, 고려대학교 법학박사 학위논문, 2001.

_____ ,『노동법의 패러다임 전환』, 도서출판 백송, 2002.

_____ ,「헌법의 평등원칙과 노동법」,『한국 노동법의 미래와 비전』, 백송출판사, 2002.

하경효,「노동법의 기능과 법체계적 귀속」,『사회변동과 사법질서』, 김형배 교수 정년퇴임 기념논문집, 2000.

허영,『헌법이론과 헌법』, 박영사, 1999.

헌법재판소 판례집 1권, 1, 2(헌재 1989. 4. 25, 88 헌가 7).

헌법재판소 판례집 4권, 225, 231(헌재 1992. 4. 28, 90 헌바 24).

八代尙宏,『雇用改革の時代』, 中央公論新社, 1999.
菅野和夫,『勞働法』(第3版), 1993.
淸正寬,『雇用保障法の 硏究』, 1987.
松林和夫,『勞働權と 雇用保障法』, 日本評論社, 1991.
片岡昇,「雇用保障法の解釋に ついて」,『勞動法の解釋理論』, 有泉古稀紀念論文集, 1976.
沼田稻次郎,『社會法理論の總括』, 勁草書房, 1975.

Däubler, “Perspektiven des Normalarbeits- verhältnisses”, *Arbeit und Recht,* 1988, S.305.

Drucker, Peter F., *Managing in the Next Society,* St. Martin's Press, New York, USA, 2002. : 이재규 역, *Next Society*, 한국경제신문, 2002.

Giddens, Anthony., *The Third Way : Renewal of Social Democracy,* 1998; 한상진・박찬욱 역,『제3의 길』, 생각의 나무, 2000.

_____, *The Third Way and Its Critics,* 2000; 박찬욱 외 4인 역,『제3의 길과 그 비판자들』, 생각의 나무, 2002.

ILO, “Working Party on the Social Demensions of the Liberalization of International Trade”, Progress Report of the Country Studies on the Social Impact of Globalization, 1998.

Stalker, Peter., *Workers Without Frontiers - The Impact Of Globalization On International Migration,* ILO, Lynne Rienner(ed.), 2000.

abstract

A Crisis in the Legal Force of the Korea's Labour Law

Chae, Ho Il

A Crisis in the Normative Power of Korea's Labor Law
"The Trap of Poverty: Reforming the Social Exclusion Mechanism"

These days, labor law has received as much criticism as the labor-aristocracy law because it only protects full-time workers. Until now, inside companies, labor law has been formed around labor-management relations, with a dogma to protect labor. However, though the labor-management relations problem has remained important, the partiality between labor-labor relations and the competition between full-time and temporary workers (and the unemployed) has also emerged as an important issue. Yet labor law is still quite at a loss as to what to do. Essentially, this shows the loss of its normative power.

In the future, labor law has to concern itself with promoting harmony between 'the principle of protection' in labor-management relations and 'the principle of competition' in regulating labor-labor relations. In order for labor law to recover its normative power, once again there must appear in the whole point of view of the labor market--not only in labor-management but also labor-labor relations--a great concern for each other.