

노동정책연구

2003. 제3권 제1호 pp.31~65

© 한국노동연구원

연구논문

특수형태근로 보호에 관한 법경제학적 소고 : 보험설계인, 골프경기보조원 및 학습지교사에 관한 실증분석*

조준모**

본 연구는 특수고용직에 노동법(근기법과 노조법) 적용 논의에 앞서 사회보장법 확대와 경제법의 원활한 적용 등 연관 제도 개선이 선행되어야 한다고 제안한다. 현재 산재보험과 고용보험은 직접고용 근로자 대상으로 확대되어 왔으나 특수고용직은 여전히 사회보장 사각지대로 남아 있다. 사회보장법상 근로자성이 근로기준법상 근로자성에 연동되는 것은 보편적인 안전망으로서 사회보장법의 기능을 저해할 수 있다. 노동법상의 근로자 개념을 확정하고 이를 다른 법률, 특히 사회보장법으로 확장하는 방식은 유럽에서조차 통용되지 않는 방식이다. 사회보장의 확대는 노동법과 연동되지 않고 독자적인 최소 기준을 마련하여 이루어지는 것이 타당하다고 판단된다. 4대 보험에 일반회계 지원을 통해서라도 최소한의 보편적인 사회보장이 이루어지도록 사회보장 패러다임이 재설정되어야 할 것이다. 이러한 논조를 뒷받침하기 위해 본고는 두 가지 실증분석 결과를 제시한다. 첫번째 실증분석 결과에 의하면 대체로 4대 보험에 가입할수록 노조법상 노동조합에 대한 수요는 감소하는 것으로 나타났다. 이는 사회보장의 확대가 노조에 대한 수요를 감소시킬 가능성을 시사한다. 또한 근로소득세 신고 여부가 노조 수요에 유의적인 영향을 미치는 것으로 나타난다. 보험설계사의 경우 상대적으로 고소득 직군이어서 노조의 비수요자 가운데 근로소득세 신고 비율이 매우 저조한 것으로 나타났다. 본 고의 두번째 실증분석은, 법경제학의 기본명제가 제시하는 바와 같이, 임금과 노동법상 근로자성에 관한 사적 협상(Coasian bargaining)이 현장에서 이루어지고 있음을 시사한다. 이는 노동계약의 근로자성이 법원의 판례 해석에 따라 내생적으로 결정되는 사적 협상의 산물임을 의미한다. 노동법의 획일적 적용은 특수고용 열위자의 임금 하락과 고용 파괴로 이어질 가능성도 배제할 수 없다.

핵심용어 : 법경제학, 특수고용직, 근로자성, 사적 협상, 노동법

투고일: 2003년 1월 27일, 심사의뢰일: 2월 6일, 심사완료일: 2월 20일

* 출고의 조인을 위해 헌신적으로 시간을 투자하여 주신 심사자들에게 감사의 뜻을 전한다.

** 숭실대학교 교수, 경성대학 경제학(jmcho@ssu.ac.kr)

I. 계약법과 노동법의 경계(jurisdictional frontier)¹⁾

노동법은 19세기 산업자본주의 사회의 성립과 그 맥을 같이하고 있다. 산업화의 결과로서 불균등이 심화되어, 자유방임적·개인주의적 계약법 체제가 개인에게 보다 큰 실질적 자유를 보장해 줄 수 없다는 의심 속에 탄생한 것이 바로 노동법이다.

법의 전제는 물론 사용자의 지휘·감독을 받아서 노무를 제공함으로써 발생하는 근로자의 법적 종속성을 전제로 하고 있다. 이러한 법적 종속성은 기업 조직의 효율성을 도모한다는 차원에서 인정되어야 할 것이다.

그러나 경제 효율성을 달성하기 위해 마련된 법적 종속성은 통상 경제적 불평등으로 이어지기 쉬우며 노동법은 이런 경제적 불평등이 심화된 경우에 이를 해소하기 위해 불가피하게 사적 계약에 개입하게 된다. 이 대목에서 발생하는 중요한 문제는 불평등을 해소함으로써 달성하게 되는 분배적 정의(distributional justice)와 경제적 효율성간의 상충관계(trade-off)를 어떻게 조화롭게 조정해 가는가 하는 문제이며, 이것이 바로 계약법과 노동법의 경계를 정하는 문제의 본질이기도 하다.

노동법이 지나치게 과도하게 개입할 경우 사적 계약 체결 가능성이 원천적으로 배제되거나, 노동법 적용을 우회하기 위해 다양한 계약들이 맺어지는 계약대체(contractual substitution) 현상이 발생하고 이로 말미암아 경제 효율성이 악화될 수 있다. 또한 노동시장이 불완전한 상황에서 분배적 정의(distributional justice)를 애초부터 무시하여 '노동법 무용론'의 논리를 제기하는 것도 사회과학자로서 균형 잡힌 시각이라 할 수 없을 것이다.

노동법과 계약법의 관계를 설정하는 법학설은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 한가지 학설은 노동법을 독자적인 사법영역으로서 파악하는 것이다. 이 학설에 의하면 노동법은 불완전하지만 '폐쇄된 체계의 사법영역'으로 규정된다. 첫번째 학설에 의하면 계약법 규정은 고유한 노동법 영역에 응용되기 전에 노동법 규범으로서의 적격성이 검토되어야 한다. 또한 개별 사안에서 근로관계의 성질에 적합하게 상당한 정도로 수정되어 노동법 규범으로서 비로소 시현될 것이다. 이 학설을 수용할 때 계약법 규정은

1) 우리나라 법 체계에서 계약법적 내용은 민법, 상법 외에도 다양한 경제 관련 법에 산재해 있다. 그러나 본 고에서 초점을 맞추고자 하는 노동법과 경계를 이루는 계약법의 영역은 고용·도급·위임 등 자유노무계약에 관한 내용을 담고 있는 「민법」의 「채권편」을 의미한다.

단지 형식적으로만 노동법과 중첩되어 있을 뿐 실질적으로 노동법의 본질이 계약법의 형식을 빌어 표현되었을 뿐이다. 즉 일부 계약법의 내용이 노동법에 편입된 것에 불과한 것이라는 것이다. 이 학설을 수용할 때 계약법은 실질적으로 중첩되어 있지 않고 경쟁적 경계선(competing frontier)을 가지게 된다.²⁾

이와 대비되는 또 한 가지 학설은 노동법을 독자적인 범영역이 아니라 계약법의 일반규정에 기초하는 특별한 사법 중의 하나로서 파악하는 것이다. 개별 사안에서 적절한 노동법 특유의 규정이 존재하지 않으면 계약법을 적용하되, 근로관계의 성질을 고려하면서 계약법의 일반 규정으로 돌아가서 범규범을 형성한다. 두번째 학설에 의하면, 계약법은 폐쇄된 범영역이 아니라 열려 있는 유동적인 법 체계로 이해되면서 계약법과 노동법은 본질적으로 동질적인 것으로 파악된다. 즉 계약법 체계는 유동적 체계로서 이해되며 노동법의 내용을 편입해서 노동법의 독자성에 대한 대안원리(alternative principle)를 개발하게 된다.³⁾

한편 계약법은 협상력이 동일한 두 당사자가 협상하는 정형적 쌍무계약 모형을 설정하였기 때문에 사회적인 문제를 거의 염두에 두지 않는다는 비판을 받는다. 그러나 통상 이러한 비판은 계약법이 동태적 효율성(dynamic efficiency)을 달성하는 과정에서 강자의 기회주의나 횡포를 용인하지 않는 측면을 과소 평가한 결과일 수 있다. 또한 근로자의 열악한 상황만을 일방적으로 강조하다 보면, 계약법으로 처리될 수 있는 문제인데도, 손쉽게 노동법을 확대 적용하여 사적 자치의 효율성이 훼손되어 결과적으로 보호대상자에게도 불리한 결과를 초래할 가능성도 배제할 수 없다.⁴⁾ 본 고에서는 노동법과 여타법이 중첩된 영역에서 어떠한 법이 적용되는 것이 사회적으로 바람직한가 여부를 효율성과 공평성의 두 가지 잣대의 조화를 통해 살펴보고자 한다.

2) 예컨대 1974년 독일의 노동·사회부(Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung)가 제안 하였던 노동법안이 이러한 입장을 취하고 있었다. 이러한 입장에 의하면 근로관계에서 도출되는 규범이 계약 법 규범보다 규범적 우위를 가지게 된다. 이러한 우위는 이를 위한 노동법적 특별규 정 없이 오히려 개별 사안에서 계약법 규정을 일반적으로 배척할 가능성이 크다.

3) Reinhard Richardi, *Arbeitsrecht und Zivilrecht*, in: ZfA 5. Jg., 1974, p.3~27; 김형배, 「노동 법과 사법질서」, 『헌법과 현대법학의 제문제』, 일조각, 1975.

4) 예컨대 보험모집인의 경우 법원의 계약에 대한 내용 통제 또는 공정거래위원회를 통한 약관심사 및 계약조건에 대한 보호 등 계약법상 다양한 보호조치를 강구할 수 있다. 노동법적 보호를 이들 직종에 적용하는 한 가지 전제는 노동법적 제동이 계약법상의 제동에 비하여 비교우위에 있어야만 한다. 또한 노동법의 최소 기준에도 미달하여야 한다. 그러나 보험모집인이 경제적으로 종속되었다는 이유만으로 해고보호규정의 적용을 받는다는 것은 최소 기준 적용의 형평에 맞지 않는다는 문제점이 지적될 수도 있다(현재 4인 미만 근로자를 사용하는 근로자를 사용하는 영세사업장에서는 근로자 해고보호규정이 적용되지 않음). 이러한 두 가지 기준에 미달할 경우 분배적 경의를 개선하지 못함과 동시에 경제 효율성을 상실할 가능성을 배제할 수 없다.

II. 계약자유 공간에서 근로자성에 관한 사적 협상

1. 근로기준법상 근로자 개념

현행 근로기준법 제14조는 근로자를 “직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”라고 정의하고 있다. 근로기준법상 근로자는 법문의 표현대로 한다면 ① 직업의 종류 불문, ② 사업 또는 사업장에서, ③ 임금을 목적으로, ④ 근로의 제공이라는 네 개의 요건을 충족해야 근로기준법상 근로자가 된다. 그런데 ‘직업의 종류 불문은 외국 법제와 구별하거나 근로기준법의 근로조건의 보호에 관한 일반법으로서의 성격을 부각시킨다는 점에서 의미는 있지만, 근로자성을 판단하는데 적극적 의미는 없다는 의견이 제시된다(강성태, 1994). 이를 반영할 때 근로기준법상 근로자 개념을 ‘사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’로 정의하는 것이 된다. 판례 해석에 의해 구체화되기 이전에 입법 취지를 보면 근로는 정신노동과 육체노동을 의미하며(근기법 제16조), 임금은 ‘사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금 등의 명목으로 지급되는 일체의 금품’으로 정의(근기법 제18조)되어 있으므로 근로자에 관한 근로기준법상의 입법 기준은 ‘사업 또는 사업장에서 근로의 대상으로 임금 등 일체의 금품을 받은 자’ 또는 ‘사업 또는 사업장에서 임금 등의 금품을 목적으로 정신노동 또는 육체노동을 제공하는 자’로 정의될 수 있을 것이다. 입법자는 근로기준법 제14조를 통해 누가 근로자인가에 대해 처음부터 사용종속 관계라는 신분적인 의미를 부여한 것이 아니라, 근로와 임금 교환시 근로계약을 체결한 자가 근로자라는 계약법상 법률행위로부터 출발한다는 것이 가치중립적인 해석일 것이다.

근로기준법 적용시 민간은 경제효율성을 최소화하기 위해 계약의 재협상을 하게 된다. 재협상 결과, 근로기준법이 적용되기 이전에는 근로계약의 형태를 취하지 않던 것이 새롭게 근로계약의 형태를 취할 수 있으며, 근로기준법이 적용된 이후에는 기존의 근로계약의 내용이 포기될 수 있다. 근로기준법상 근로자성 여부를 판단하는 법원의 의도는 근로기준법 적용이 예상되기 이전에 체결된 계약의 근로자성을 판단하는 것인데, 실제로는 사후 재협상된 계약의 근로자성을 기준으로 근로기준법 적용 여부를 판단할 가능성이 발생하게 된다.

근로기준법상 근로자성이 인정되어 근로기준법이 강제 적용될 경우 법제도 도입에

따른 민간들의 계약대체 행위로 발생하는 문제점을 효과적으로 통제할 수 없게 된다. 즉 근로기준법 적용 시점에서 계약의 근로자성은 더 이상 외생변수가 아니라 내생변수임을 정확히 인지해야만 한다.

법률행위 주체로서 개인이 근로와 임금을 교환하는 법률관계를 맺었는가, 당사자가 그러한 법률관계를 원했는가, 다른 종류의 법률관계를 원하면서도 실제로는 근로관계를 맺었는가, 근로관계를 원하면서도 착오 등에 의해 다른 종류의 법률관계를 맺었는가, 실제로는 근로관계를 맺었으면서도 근로기준법 적용을 잠탈하기 위해서 계약서에 명목을 다른 법률관계로 기술하였는가 하는 말하자면 사적 자치에 의한 당사자 법률관계 형성이 근로자성 판단에 종합적으로 고려되어야만 한다. 판례가 근로자의 개념적 징표로 내세우는 ‘노무의 타인 결정성, 지시권 복종성’은 근로기준법의 입법 프로그램 안에서 종합적이고 입체적인 판단을 하는 데 한 기준이 될 뿐일 것이다.

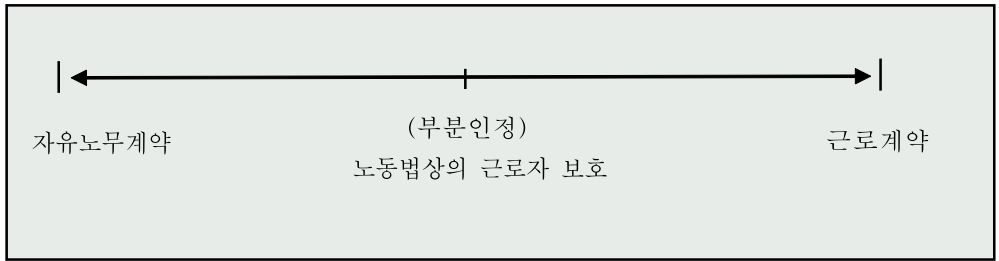
2. 근로기준법상 개별 조항에 관한 사적 협상

민간은 근로기준법상 개별 조항에 관하여 사적 협상을 할 수 있으며, 이에는 법경제학의 기본 명제인 코즈정리(Coase Theorem)가 적용될 수 있다.⁵⁾ 이에 대한 설명을 위해 우선 고용계약의 유형이 [그림 2]의 스펙트럼상의 한 점으로 나타난다고 설정하자.

거래비용이 0인 코즈 세계에서 사적 협상을 통해 결정되는 고용계약의 개별 기준에 관해 살펴보자. 먼저 법원에서 모든 고용계약은 자유노무계약이라 정의한다면 피고용인은 자영자로서 계약법상의 보호만을 받게 된다. 이 경우 [그림 1]에 나타난 스펙트럼의 좌방 극한값에서 피고용인은 자유노무계약을 체결하여 자영업자로서의 권리만을 인정받게 된다. 이때 피고용인이 인지하는 근로기준법의 가치(예컨대 해고제한과 법정 복리 수급권)가 사용자가 인식하는 자유노무계약의 가치를 상회하면 근로기준법상 근로자성을 인정받는 노동계약이 체결되게 된다.

5) 이와 연관되어 고용 안정성에 대한 암묵적 노동계약에 관한 연구로서 김일중·조준모(2000, 2001)를 들 수 있다.

[그림 1] 고용계약에 관한 스펙트럼



이제 상황을 바꾸어 법원이 피고용인에게 근로기준법상 근로자로서의 권리를 인정한다고 하자. 피고용인이 근로기준법상 근로자성에 대한 가치가 사용자의 자유노무계약에 대한 가치보다 크기 때문에 양자 사이에 자발적 거래는 일어나지 않게 된다. 이 예는 코즈정리가 고용계약 개별 조항과 그 기준에 관한 사적 협상에도 그대로 적용될 수 있음을 보인다.⁶⁾

이때 정부가 근로기준법상 근로자성의 인정 범위를 확장하여도 코즈정리의 결론에는 변화가 없다. 근로기준법상 근로자성이 분명히 정의되어 있다면(즉 새로 도입되는 근로자성 인정으로 말미암아 사용자 및 근로자의 권리가 명확히 정의된다면) 양자 사이에 경제효율성을 증진시키기 위한 거래가 발생하게 된다. 결국 일부 계약에 근로기준법상 근로자성이 인정되어도, 재산권이 명확히 설정되어 있고 거래비용이 계속 0이라면, 고용계약 형태에 관한 사적 협상은 [그림 1]의 스펙트럼상의 한 점으로 이루어지게 되며 경제 효율성에는 변화가 없게 된다.

이하 위의 [그림 1]에 나타난 근로자성에 관한 협상이 개별 근로기준의 핵심조항인 해고권과 법정 복리의 수급권 협상에 어떻게 적용되는가를 구체적으로 살펴본다.

해고권 (dismissal right)

한국의 『근로기준법』 제30조 「해고 등의 제한」은 “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징계를 하지 못한다”고 정하여 정당한 사유가 없는 해고를 엄격히 규제해 왔다. 그러나 1990년대에 들어서면서 한국 법원은 판례상 ‘긴박한 경영상의 해고’에 대한 인정 범위를 확대하면서 고용보호의 정도

6) 자유노무계약을 지지하기 위해 코즈정리가 사용될 수 있다. 즉 자영자로서 재산권 설정이 명확히 되어 있고 거래비용이 없는 상황이라면 자유노무계약은 효율적이기 때문에 법원은 이를 유지해야 한다는 결론을 주장할 수도 있다. 물론 이러한 주장의 이면에는 자유계약이 사적 자치(autonomy)와 시장의 효율성(market efficiency)을 증진시킨다는 계약법(contract law)의 정신이 깔려 있다.

가 해고권(employment-at-will; 이하 EAW)의 방향으로 다소나마 변화하게 된다.⁷⁾ 1998년 외환위기 들어서면서, 사용자의 고용조정에 대한 제한을 완화하고 이를 통하여 노동시장 유연성을 달성하자는 취지하에, 2년간 유예되었던 『근로기준법』 제31조 「경영상 이유에 의한 고용조정」이 「경영상 이유에 의한 해고의 제한」으로 개명되어 입법화된다.

노동계약의 근로자성에 관한 협상은 해고권에 대한 협상을 포함하는 것이다. 예컨대 고용보호에 대한 재산권(property right to job)이 [그림 1]의 스펙트럼상의 한 점으로 나타난다고 설정하자. 거래비용이 0인 코즈 세계에서 사적 협상을 통해 결정되는 고용보호의 정도에 대해 살펴보자. 먼저 법원에서 EAW를 사용자에게 부여한다고 가정하자. 이 경우 사용자는 엄격한 EAW를 인정받아 해고의 완벽한 자유를 누리게 된다. 이때 근로자의 완벽한 고용보호 가치를 연당 1,000이라고 하고 사용자의 EAW에 대한 가치를 500이라고 하자. 이 경우 효율적인 자원배분은 근로자에 완전고용보호(complete-job-security; 이하 CJS)가 주어지는 것이며 근로기준법상 근로자성을 인정받는 수준의 근로자성을 내포하는 노동계약을 체결할 가능성이 커진다. 이 예에서 근로자가 CJS를 사용자로부터 양도받기 위해서는 최대 1,000을 지불할 용의가 있고 사용자 또한 500 이상의 가격이 제의된다면 EAW를 포기할 의사가 있다. 따라서 거래비용이 없다면 사적 협상 결과 CJS가 근로자에게 양도된다. 즉 근로자성에 관한 자발적 거래는 바로 고용보호에 관한 거래를 포함하여 경제효율성이 달성되게 된다.

이제 상황을 바꾸어 법원이 CJS를 모든 국민에게 부여한다고 가정하자. 근로자의 CJS에 대한 가치는 사용자의 EAW보다 높기 때문에 양자 사이에 자발적 거래는 일어나지 않게 된다. 즉 노동계약은 근로기준법 적용 여부와 관계없이 완전한 고용보호를 내포하는 노동계약을 체결하게 된다. 이 예는 코즈정리가 고용보호에 관한 사적 협상에도 그대로 적용될 수 있다는 점을 보인다.⁸⁾

7) 1991년의 동부화학 판례(대법, 선고91다8647)와 1992년의 동진 판례(대법, 선고90누9421)에서 법원은 긴박한 경영상의 해고의 네 가지 요건(긴박한 경영상의 필요성, 해고 회피 노력, 근로자와 성실한 협의, 합리적이고 공정한 선정) 중의 하나인 ‘긴박한 경영상의 필요성’을 보다 광범위하게 인정하여 주었다. 이러한 판례 경향은 1998년 『경영상 이유에 의한 해고의 제한법』이 통과되기 이전까지 유지된다.

8) EAW를 지지하기 위해 코즈정리가 사용될 수 있다. 즉 사용자가 자본에 대한 재산권(property right to capital)을 가지고 있고 근로자가 노동에 대한 재산권(property right to labor)를 가지고 있는 상황에서 EAW는 자발적 협상의 결과라고 주장될 수 있을 것이다. 따라서 만일 재산권 설정이 명확히 되어 있고 거래비용이 없는 상황이라면 EAW는 효율적이기 때문에 법원은 이를 유지해야 한다는 결론을 주장할 수도 있다. 물론 이러한 주장의 이면에는 자유계약이 사적 자치(autonomy)와 시장의 효율성(market efficiency)을 증진시킨다는 보통법(common law)의 정신이

이때 정부가 부당해고법(wrongful discharge law; 이하 WDL)을 도입한다고 하여도 코즈정리의 결론에는 변화가 없을 것이다. WDL이 분명히 정의되어 있다면(즉 새로 도입되는 WDL이 사용자 및 근로자의 권리를 명확히 정의하고 있다면) 양자 사이에 경제 효율성을 증진시키기 위한 거래가 발생할 것이다. 이상의 논의는 결국 WDL 도입 후에도 재산권이 명확한 설정되어 있다는 점에는 변화가 없고 거래비용이 계속 0이라면 고용보호에 관한 사적 협상은 스펙트럼상의 한 점으로 이루어질 것이라는 것이다.

법정 복리 수급권

근로기준법상 근로자로서 인정되면 퇴직금, 고용보험, 국민연금, 의료보험 등 법정 복리 수급권을 가지게 된다. 국민연금법 제3조 제1호는 “직업의 종류에 불구하고 사업장에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받아 생활하는 자”를 근로자로 정의하고 있고, 국민건강보험법 제3조 제1호는 “직업의 종류에 불구하고 근로의 대가로서 보수를 받아 생활하는 자”를 근로자로 정의하고 있다. 양법의 차이는 사업장과의 관련성 여부를 묻고 묻지 않는 차이가 있으나 보험료의 징수 문제를 고려하여 근로관계를 맺고서 취업중인 근로자만으로 한정하면서도 사회보험의 보호범위를 확장하기 위하여 근로자의 개념에 사용자의 지위에 있는 자를 포함시키고 있다. 그러므로 양법이 노무의 대가나 근로의 대가로 보수나 임금을 받아 생활하는 자를 근로자로 보는 한 사회보험법상의 근로자 개념에 관한 입법자의 결정프로그램은 근로기준법의 그것과 다르지 않다는 시각이 지배적이다.

노동계약의 근로자성에 관한 협상에는 사회보장수급권에 대한 협상도 포함될 수 있다. 예컨대 사회보장에 대한 수급권(property right to job)이 [그림 2]의 스펙트럼상의 한점으로 나타난다고 설정하자. 거래비용이 0인 코즈 세계에서 사적 협상을 통해 결정되는 고용보호의 정도에 대해 살펴보자. 먼저 법원에서 사회보장 지급을 사용자의 재량권으로 인정한다고 가정하자. 이때 근로자의 완벽한 사회보장 수급의 가치를 연당 1,000이라고 하고 사용자의 사회보장 미지급에 대한 가치를 500이라고 하자. 이 경우 효율적인 자원배분은 근로자에 완전한 사회보장 수급권이 주어지는 것이며 근로기준법상 근로자성을 인정받는 수준의 근로자성을 내포하는 노동계약을 체결할 가능성이 커진다. 이 예에서 근로자가 사회보장수급권을 사용자로부터 양도받기 위해서는 최대 1,000을 지불할 용의가 있고 사용자 또한 500 이상의 가격이 제의된다면 사회보장수급권리를 근로자에게 인정해 주는 근로계약에 합의할 의사가 있다. 따라서 거래비용이

없다면 사적 협상 결과 사회보장수급권이 근로자에게 양도된다. 즉 근로자성에 관한 자발적 거래는 바로 사회보장수급권에 관한 거래를 포함하여 경제효율성이 달성되게 된다.

이제 상황을 바꾸어 정부가 사회보장수급권을 모든 국민에게 인정한다고 가정하자. 근로자의 사회보장수급권에 대한 가치는 사용자의 사회보장 미지급의 가치보다 높기 때문에 양자 사이에 자발적 거래는 일어나지 않게 된다. 즉 노동계약은 근로기준법 적용 여부와 관계없이 완전한 사회보장수급권리를 내포하는 노동계약을 체결하게 된다. 이 예는 코즈정리가 사회보장 수급에 관한 사적 협상에도 그대로 적용될 수 있다는 점을 보인다.

이때 정부가 사회보장법을 도입한다고 하여도 코즈정리(Coase Theorem)의 결론에는 변화가 없을 것이다. 사회보장법의 수급 범위가 분명히 정의되어 있다면(즉 새로 도입되는 사회보장법상 사용자 및 근로자의 개념과 권리를 명확히 정의하고 있다면) 양자 사이에 경제 효율성을 증진시키기 위한 거래가 발생할 것이다. 이상의 논의는 결국 사회보장법 도입 후에도 재산권이 명확한 설정되어 있다는 점에는 변화가 없고 거래비용이 계속 0이라면 고용보호에 관한 사적 협상은 스펙트럼상의 한 점으로 이루어질 것이라는 것이다.

3. 노조권(union right)에 관한 사적 협상

현행 노조법 제2조 제1호는 근로자를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 정의하고 있다. 이 규정의 문언에 따르면 근로자성의 판단에 대해 두 가지 요건이 설정되는데, 이는 첫째는 ‘직업의 종류 불문’과 둘째는 ‘임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’일 것이다. 그런데 후자가 충족되는 한 근로자성을 인정하는 데 별 지장이 없으므로 전자의 기준은 근로자에 포함될 수 있는 외연을 개방하는 데 의의가 있지만 그 내포를 정하는 것이 아니어서 근로자성은 판단의 후자에 집중될 것이다. 그러나 구체적으로 누가 ‘임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’가 되어 노조법상의 근로자가 되는지는 법률 자체는 구체적인 기준을 제시하지 않고 있어서, 그와 같은 임무는 법원이 수행하지 않으면 안 된다.

헌법 제33조는 노동시장에서 당사자들이 단체교섭과 단체협약에 의해 근로조건에 관한 가격 카르텔을 형성할 수 있는 자유를 헌법적으로 명령한 것이다. 그럼에도 불구하고 단체협약은 그 자체가 카르텔이 아니라 카르텔을 형성할 수 있는 자로서 노동조합과 사용자 사이의 카르텔 계약에 해당된다. 대부분의 자유주의 경제학자들은 노조의

카르텔 구성과 독점효과의 존재를 들어 노조에 대해 적대적인 입장을 취해 왔다.⁹⁾ 이러한 견해는 노조는 집단적 행위를 통하여 기업의 가치를 감소시키며 경제 순손실을 감소시키는 부정적인 집단으로 손쉽게 발전된다.

그러나 헌법상의 근로3권 존중의 문제는 차지하더라도 노동조합을 카르텔로 단순하게 묘사하는 것은 균형 잡힌 시각이 아닐 수 있다. 기업의 가치를 극대화하는 차원에서 노조의 필요성을 인정받을 수 있다.

정보가 불확실하고 감독비용이 높을 경우에 발생하는 무임승차 문제는 노사관계에서 항시 발생하는 문제이다. 예컨대 사용자가 근로자에게 퇴직 후 법정 퇴직금 이상의 퇴직금 지급을 약속하고 별도의 기금을 마련했다고 하자. 이 약속이 집행될 확률은 이 기금이 어떤 방식으로 적립되고 투자되느냐에 달려 있을 것이다. 개별 근로자의 입장에서 이 기금을 관리 감독하는 행위는 일종의 공공재적인 서비스를 공급하는 데 해당되므로 최선을 다해 기금을 감독할 동기는 없다.

근로자 산업재해 문제도 마찬가지이다. 예컨대 사용자가 산업재해 발생을 억제하기 위해 적절한 투자를 하기로 약속했다고 가정하자. 이 약속이 집행될 확률은 투자비용이 어떻게 조달되고 집행되는가를 관리 감독하는 데 달려 있을 것이다. 앞서의 예에서와 마찬가지로 개별 근로자의 입장에서 이 기금을 관리 감독할 동기는 작다. 노조는 바로 이러한 무임승차 문제를 최소화하는 기구로서 이해될 수 있는 것이다.

그런데 여타 주인-대리인 문제와 달리 사업장에서 무임승차 문제를 해결하기 위해 노조가 결성되다 보면 자생적으로 노조는 시장의 임금 이상으로 임금을 상승시킬 수 있는 독점력을 확보하게 된다. 사용자의 입장에서 노동을 자본으로 대체하는 데 일정한 한계는 상존하기 때문에 이 독점력은 불가피하게 발생한다.

그러나 이러한 독점력도 무제한적으로 발생하는 것은 결코 아니다. 재화시장에서 경쟁이 치열한 기업에서 노조는 독점력을 가질 수 없다. 노조 독점력의 원천은 기업이 재화시장에서의 경쟁이 제한되어 경쟁적 시장(contestable market)이 조성되지 않기 때문에 발생하는 것이다. 즉 재화시장에서 불완전한 경쟁은 독점지대를 창출하여 노조는 이 독점적 지대를 공유하기 위해 투쟁하게 되는 것이다. 재화시장에서 진입 장벽이 없어지게 되면 독점적 지대도 없어지고 노조의 독점효과도 사라지게 되고 노조의 생산적 효과만이 남게 될 것이다.

법경제학자들은 노조는 재화시장이 완전경쟁인 상황하에서도 생존할 수 있다고 제안한다. 기본적으로 기업의 입장에서는 고용비용을 최소화하는 차원에서 노조의 결성을

9) 물론 이에 반대하는 입장을 가진 소수 경제학자들도 존재한다. 소수 경제학자들의 반대 의견에 Freeman and Medoff(1984)의 “What do Unions do?”를 참조할 수 있다.

희망할 수 있다. 위의 예에서 기업이 우수한 근로자를 유치하기 위해 퇴직기금(pension fund)을 설정하였다고 하자. 이 기금이 투명하게 운영된다는 보장이 없다면 이 기금은 우수한 근로자를 채용하는 프로그램으로서 가치를 상실하게 되고 근로자는 다른 차원에서의 보상을 요구하게 된다. 만일 이 퇴직기금이 근로자로 하여금 기업특수 인적자본 투자를 유도하기 위해 만들어졌다면 이는 기업의 가치를 더욱 감소시키는 결과를 초래할 것이다. 이때 기업이 노조를 자발적으로 허용하여 기금을 관리하게 한다면 사용자가 제의한 퇴직기금의 운용은 신뢰성을 확보할 것이고 우수한 근로자를 유치하는데 성공하게 될 것이다. 이 경우 노조의 존재는 기업의 가치를 증가시킬 수도 있다.

노조의 파업권 또한 근로3권 가운데 중요한 자리를 차지하는 근로자의 권리이다. 이는 전체 생산에 지장을 주는 저생산성 근로자를 합리적인 절차에 의하여 해고할 수 있는 사용자의 권리와 두 축을 이루는 권리인 것이다.

근로자의 파업권은 단체협약에 사용자의 이행을 촉구하는 수단으로서만 이해되어 왔다. 그러나 그간 사용자 또한 자신의 제의가 시장에서 신뢰할 수 있도록 만들어 고용 비용을 최소화하는 수단으로 활용될 수 있다는 가능성은 간과되어 왔다. 근로자에게 파업권을 인정해 주는 것이 Pareto 효율성을 개선할 가능성이 존재하는 것이다.

고생산성 근로자의 입장에서도 만일 자신이 저생산성 근로자라면 해고할 수 있는 권리를 사용자에게 이양하는 사적 협상을 선호할 수 있다. 경기변동이 심한 부분에서 미래의 고용이 불확실한 상태에서(탈법·편법적 노무관리 차원이 아니라) 기업이 정규 계약으로는 채용할 수 없는 직무를 비정규 계약으로 채용하여 고용 유연성을 도모하는 것도 이런 맥락에서 이해될 수 있다. 근로자가 기업특수 인적자본 투자를 행하지 않는 사업장에서, 즉 근로자의 해고로 인한 피해가 크지 않은 경우에, EAW에 준하는 노동 계약을 맺을 수 있다. 반면 근로자가 기업특수 인적자본 투자를 행할 경우 그 투자의 수확분에 대한 재산권이 근로자에게 있으므로 완벽한 해고권을 근로자에게 주는 것이 계약 자체의 생존력을 잠탈할 수 있다.

그렇다면 기업의 가치를 증진시키기 위한 파업권의 범위를 무엇일까? 사용자는 저생산성 근로자를 해고할 권리를 전혀 갖지 못하고 근로자는 무제한의 파업권을 갖는 것이 과연 효율적일까? 파업이란 불가피하게 산출물의 감소를 가져오기 때문에 통상적인 계약법의 보상과 손해배상 조항에 비하여 비효율적인 수단일 수 있다. 사용자의 해고가 기회주의적으로 활용될 수 있듯이 근로자의 파업도 기회주의적으로 활용될 수 있는 것이다.

파업이 근로계약 초기에 계약되지 않은 이익을 얻기 위해 이루어질 가능성이 있다. 이러한 리스크를 짊어지는 사용자는 사전적으로 임금을 낮추어 리스크 프리미엄을 요

구할 수 있고 이는 비노조 근로자에게 피해를 입힐 수도 있는 것이다. 마찬가지로 근로자는 이러한 근로자의 파업권 자체 범위를 확대하기 위한 광범위한 협정 근로계약을 체결할 가능성도 열리게 되는 것이다.

마찬가지 논리는 사용자의 해고권에도 적용될 수 있다. 예컨대 근로자의 기업특수 인적자본 투자가 기업의 가치를 증진시키는 경우를 살펴보자. 만일 사용자가 기회주의적인 해고를 할 경우 근로자는 기업특수 인적자본을 투자할 동기가 없거나 기회주의 가능성에 대한 리스크 프리미엄을 초기에 높은 임금의 형태로 요구할 것이다. 이 경우 기업의 입장에서 자발적으로 일정 범위의 해고권을 제한하여 근로자의 기업특수 인적자본을 유인케 할 수 있을 것이다. 요약하면 사용자나 근로자 모두 무제한적인 해고권과 노조권을 요구하는 것은 효율적이 아님을 분명히 해야 한다.

4. 근로기준법상 근로자성과 노조법상 근로자성

근로기준법상 근로자성과 노조법상의 근로자성에 대한 판단 차이는 아직은 정립된 바 없다. 필자는 다수의 노동법학자들과 접하면서 얻은 다양한 견해를 다음과 같이 분류 설명하고자 한다.

1설: 이질적 개념의 근로자성

전술된 바와 같이 노조법은 헌법 제33조의 근로3권의 보장을 구체화하고 실효화하기 위한 법률이다. 이에 반하여 근로기준법상 근로자성은 근로자의 생계를 위한 최저 필요량을 책정하는 것이다. 따라서 두 가지 법상 근로자 개념은 입법론적인 프로그램이 상이한 배경에서 작성되어 동일한 스펙트럼 선상에서 표현될 수 없다는 입장이다.

이질적 개념의 근로자성을 인정하자는 제안에 대한 비판의 논거는 근로기준법과 노조법을 포괄하는 전체 노동법 체계 내에서 두 개의 개별적인 보호 범위를 인정해 줌으로써 노동법의 전체 입법프로그램의 일관성을 상실케 할 수 있다는 것이다. 예컨대 아담 스미스가 본 최소열위자 집단에 근로기준법 적용이 아닌 노조법만이 허용될 경우 협상력이 약한 노조가 근기법상 최소 기준을 상회하는 단체협약을 체결해 내기는 어려워 노동법의 입법프로그램이 의도하지 않은 결과를 낳을 수 있다는 것이다.

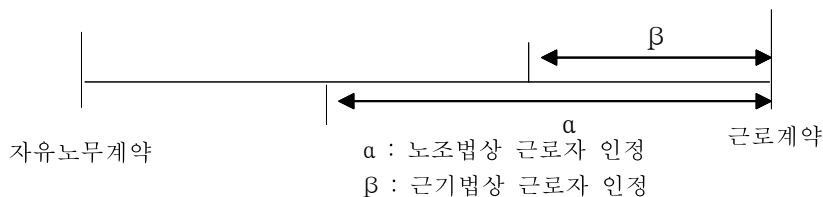
2설: 근로기준법상 근로자성은 노조법상 근로자성의 부분집합

노조법상 근로자성은 실업자, 여성과 같이 초기업 단위 노조를 포함하여 기업 단위 노조를 대상으로 하는 근로기준법상 근로자성보다는 광범위할 수밖에 없다. 2설은 초

기업 단위 노조 부분을 배제하고도 노조법상 근로자성이 근로기준법상 근로자성을 포함한다는 견해이다. 이는 근로기준법상 근로자에는 ‘사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’로서 정의되지만 노조법상 근로자는 사업장에 대한 언급 없이 ‘임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’로서 정의되는 범문상의 차이를 부분집합과 전체집합으로서 해석한 결과이다. 이러한 견해에는 근로자를 자영인과 근로자로 나누는 이분법적 사고에 의존하지 않고 유사근로자, 준근로자, 가내근로자 등 자영인의 일부를 노조법상 보호영역에 두어야 한다는 것을 포함한다.

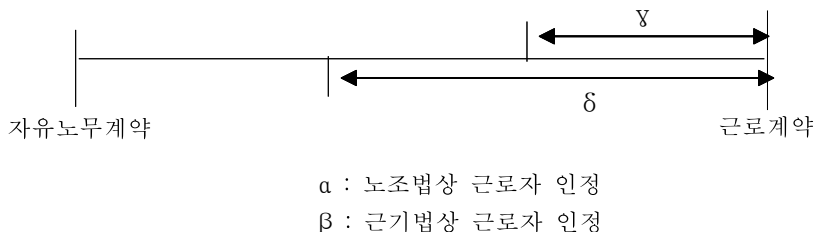
그러나 1설에 대한 비판과 마찬가지로 근로기준법상 최소 기준에 미달하면서 노동조합이 인정될 경우 여러 가지 비판론이 대두된다. 첫째, 노조의 교섭기능은 여전히 취약할 가능성이 크며 최소 기준을 상회하는 단체협약을 끌어 내기 어려울 수 있다는 것을 들 수 있다. 이는 1설에서와 같이 노동법의 입법프로그램을 달성하지 못할 수 있다. 둘째, 노조가 허용될 경우 경제법상 반독점제소권이 제한받게 되고 쌍방 독점이 조장되어 경제 순손실이 초래될 수 있다. 셋째, 근로자간 이질성이 크면 클수록 노조의 공정한 대표성에 문제가 발생할 소지가 커지고, 비노조원의 소극적 단결권 문제 및 노조의 리더십 문제가 대두될 수 있다.

[그림 2] 2설의 근로자성



3설: 노조법상 근로자성은 근로기준법상 근로자성과 동일하거나 후자의 부분집합

[그림 3] 3설의 근로자성



3설에 의하면 노조법상 근로자성과 근기법상 근로자성은 초기업 단위 노조의 경우를 제외하면 기본적으로 동일하거나 노조법상 근로자성이 오히려 근기법상 근로자성의 부분집합이어야 한다는 견해이다. 이러한 견해는 근로기준법의 최소 기준 달성은 노조 결성만으로는 부족하기 때문에 근로기준법을 통하여 최소 기준을 달성이고 최소 기준을 상회하는 단체협약 체결은 노조결성을 통하여 이루어질 수 있다는 개념에서 출발한다. 3설에 대한 비판은 주로 노조법상 근로자성이 헌법 제33조의 구현에 있어 이를 좁게 해석할 경우 헌법의 입법정신에서 벗어나게 된다는 것이다.

III. 계약자유공간에서의 노동법의 기능

1. 노동법의 '획일적 확장'에 관한 비판

사적 자치의 제한 문제

고용관계에 있어 계약법 내용을 노동법에 편입하여 해석하든지, 아니면 노동법을 계약법의 연장선상에서 이해하든지간에, 현장 문제에 있어서 법관의 해석 차이는 민간들로 하여금 계약법과 노동법의 중첩성을 절감하게 한다.

한 축에서는 노동법 체계의 독자성을 인정한다고 하더라도 계약법 규정으로의 환원을 배제하지 않으며, 다른 한 축에서는 계약법 규정과의 연계성을 찾을 때마다 노동법적 사실관계의 특성을 긍정해야 하기 때문에 구체적인 사안에 있어서 동일한 결과마저 낳을 수 있다. 그러나 법적 사고를 전개하고 논거를 정당화하는 과정에서는 분명한 차이를 보인다.

법학설간의 논쟁에도 불구하고 실무 노동계약은 노동법적 측면과 계약법적 측면이 혼재하는 양면적 속성을 띠고 있으며, 법관도 노동법과 계약법이라는 두 축의 스펙트럴(spectral)한 선상에서 자의적으로 해석할 가능성을 배제할 수는 없을 것이다. 예컨대 최근 등장하는 보험 모집인, 골프장 캐디, 학습지 교사 및 레미콘 기사와 같이 자영자와 근로자의 중간에 위치한 근로자의 근로자성 인정 여부의 논란도 노동법과 계약법의 중첩된 영역에서의 양 법체계의 '힘겨루기'라고 해도 과언이 아닌 것이다.

보험 모집인의 근로자성이 문제된다는 것은 이들이 노동법이 적용되는 노동시장으로

편입되는가, 아니면 계약법이 적용되는 재화시장으로 편입되는가 하는 문제이다. 노동법적 시각에서 이들은 특수고용직으로 분류되지만 민법적인 시각에서는 계약 자유에 의한 노무급부의 정형계약으로 파악될 수 있다. 그러므로 보험 모집인의 고용 형태에 있어서는 한편으로는 이를 민법의 고용계약, 도급, 위임으로 위치시킬 것인가 하는 법률관계의 자리매김과 그에 따른 계약법리의 적용 및 계약에 대한 내용 통제가 문제된다.

현재 계약법과 노동법의 중첩된 공간에서 발생하는 가장 큰 문제는 계약법의 사적 자치에 대한 집단적 통제이다. 단체협약과 근로계약간의 갈등에서(즉 개별적 근로계약에 정한 근로조건과 단체협약이 규정하고 있는 근로조건이 다른 경우) 통상 유리한 조건 우선의 원칙에 의해서 해결된다. 그러나 그 유리한 조건을 근로자 개인의 의사를 존중하는 사적 자치의 측면에서 판단할 것인가 아니면 근로자 집단의 차원에서 판단할 것인가의 문제점은 여전히 남는다.

사회적 자치를 사적 자치의 상위질서 원칙으로 이해하면서 노동법의 독자성을 강조하는 관점에서 보면, 근로자 집단 또는 전체의 차원에서 소수의 이익을 희생하면서 다수의 이익을 증진시키는 명분을 얻을 수 있다.¹⁰⁾ 물론 이러한 사회적 자치는 Pareto 개념의 경제효율성을 증진시키지는 못한다. 이보다는 좀더 관대한 Kald-Hicks의 경제효율성 개념에서도 전체의 순이익이 증가하지 않는다면 단순히 소수에 대한 다수의 횡포 가능성을 배제할 수 없게 된다.

계약법의 최고 원칙인 사적 자치의 원칙에 대하여 아주 ‘특별한’ 노동법에 의한 제동이 그 당위성을 얻기 위해서는 계약법적 제동이 불완전하거나 노동법이 지향하는 최소기준에 미달하였다는 것을 명확히 하여야 할 것이다. 만일 노동법 제동이 계약법적 제동에 비하여 비교우위가 없거나 최소 기준을 상회하는 계약 자유의 공간에 해당된다면 노동법의 확대 적용은 그 명분을 잃게 된다. 노동법의 확대 적용에 앞서 계약법적 제동이 정상적으로 작동하지 않는 원인을 규명하고 이를 시정하기 위한 노력이 전제되어야 할 것이다.

자본주의의 안정성을 위해서도 분배 정의를 도외시해서는 안 되기 때문에 전체 법체계에서 노동법은 자본주의의 안정성을 도모한다는 데 그 기능성을 인정받을 수도 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 법제도의 기본 목표는 경제 주체의 경쟁력을 높여 시장에서 경쟁하고 부가가치를 창출시킬 수 있도록 유도하는 데 있다고 본다. 예컨대 근로계약 실무가 상이하고 다채로움에도 불구하고, 근로자는 항상 열악한 상황에 처해 있

10) 폴프장 캐디, 학습지 교사 등은 근로자성은 인정받지 못하면서도 단결권은 인정받아 그야말로 ‘非근로자에 의한 노조’가 탄생하여 계약법의 영역에 사회적 자치를 인정한 모호한 결과를 낳게 된다.

다고 일반적으로 가정하는 경직적 사고는, 과거의 산업사회 초기와는 달리, 근로자의 현실 여건이 다양한 현대 산업사회에는 부합되지 않을 수 있다. 상황에 따라 현저한 차이가 있음에도 불구하고 근로자의 개인적 협상능력과 기회의 특수성을 고려하지 않고 법관이 획일적으로 근로계약을 통제하는 것은 사회적으로도 바람직하지 않을 수 있다. 또한 경우에 따라서는 의도하는 근로자 보호가 무용지물이 되고 오히려 근로자를 해치는 부정적인 결과를 초래할 수도 있다. 단지 약자이기 때문에 보호해 주려 하다가는 그들의 처지를 영속화시킬 위험도 있으며, 무조건 보호받는 자가 필연적으로 갖게 되는 내부자에 의한 도덕적 해이(moral hazard)와 한편으로 보호대상에서 제외된 외부자가 취하게 되는 대체행위(substitution activity)가 심각해져 애초 의도했던 효과를 상쇄시킬 수 있다.

경제학자인 필자에게 현 노동법에서 가장 눈에 띄는 점은 역시 ‘사적 자치의 제한’이다. 계약법에서 최고의 원칙인 사적 자치의 원칙이 노동법에서는 어느 범주까지 그 정당성을 인정받을 수 있는가? 예컨대 사적 자치에 의한 계약 내용이 공정하지 못하여 분배 정의를 훼손할 수 있다고 하여 손쉽게 계약 전체를 근로계약으로 간주하고 보호를 요청하는 것은 지나친 논리의 비약일 수 있다. 일차적으로는 그 계약 내용의 어떤 부분이 계약법의 규정으로부터 이탈하는지를 식별하고, 통제를 하는 데 있어 계약법 방식의 한계가 명확하게 설명되어야만 할 것이다. 또 한 가지는 이것이 과연 노동법 및 사회가 지향하는 분배 정의 달성을 위한 최소 기준에 미달하느냐가 면밀히 검토되어야 할 것이다. 단순히 협상력 불균등 기준에 의하여 강자라고 인지되는 측에 부의 이전이 더 많이 이루어졌다는 내용만을 가지고 노동법적 수단을 동원하는 것은 그로 인해 상실되게 되는 경제 비효율성이 너무나도 클 수 있기 때문이다.

현재 우리나라에서 진행되고 있는 학습지 교사, 보험 모집인, 레미콘 기사 등의 계약에서 사적 자치를 제한하는 것을 지지하는 논리는 다음과 같다. 일차적으로 사적 자치로 인하여 협상력의 불균등이 발생하였다는 것을 인지하고 부가 사용자측에 편중되었음을 강조하게 된다. 그 다음으로 이를 교정하기 위해 집단자치를 허용해 줌으로써 사적 자치가 안고 있는 ‘부의 편중’ 문제를 개선해 간다는 것이다. 예컨대 학습지 교사 노동조합처럼 근로기준법상의 근로자성은 부인하지만, 노조법상의 근로자성은 인정해 주어 재화시장에서의 협상력의 불균등을 시정해 주는 방식이다. 이 방식의 문제점은 일차적으로 법리의 일관성 결여(logical inconsistency)라는 측면에서 비판받을 수 있다. 대법원은 학습지 교사의 근로기준법상 근로자성 인정 여부와 관련하여 사용자 종속관계를 부인한다.¹¹⁾ 학습지 교사의 경우 노조를 결성하고 사용자에게 단체교섭을 요구하고 사용자가 이를 거부할 경우 부당노동행위의 성립 여부나 노조 결성을 위한 근

로자성 인정이 대법원에서 다루어지는 경우 학습지 교사의 경우 노조법상의 근로자성이 부인될 가능성도 배제할 수 없다.¹²⁾

또한 집단 자치를 허용할 경우, 노조 결성을 통하여 생산요소의 공급 독점이 허용됨으로써 노동시장에서 비효율성이 야기될 수 있고 비효율성은 재화시장으로 전가되어 결국 소비자도 비용을 부담하게 된다. 이러한 문제는 후술되는 카르텔(cartelization)의 문제와도 직접적인 연관성을 가진다.

마지막으로 노조 결성을 허용하는 것이 집단 자치인지 사회적 자치인지 명확치 않다. 만일 논쟁이 제기되는 직종의 임금 수준이 분배 정의를 위한 최소 기준을 상회한다면, 이는 집단 자치에 의해 부의 재분배를 꾀하는 시도일 뿐 가난한 사람들을 위한 사회적 자치와는 엄밀히 부합되지 않을 수 있다.¹³⁾

단순히 부의 많고 적음에 의하여 법률적 개입이 용인되어 집단 자치가 허용된다면, 법적인 대리거래(surrogate transactions)가 거래비용(transaction cost)을 증진시켜, 시장 내의 당사자간 거래가 효율적이라는 사적 자치의 기본 원칙을 심하게 손상시킬 수도 있다(Posner, 1992).¹⁴⁾

마지막으로 위의 두 가지 집단적 통제 방식이 효율성과 공평성 차원에서 문제가 전혀 없고, 가난한 사람(예컨대 학습지 교사, 레미콘 기사 등으로 설정해 본다면)을 돕는 목적이 사회 전반적으로 인정되었다고 하더라도, 그 비용의 일부를 해당 직종의 소

- 11) 학습지 교사의 경우, 그 위탁업무의 수행 과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행 시간 등에 관하여 그 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 그 회사로부터 지급받는 수수료는 상담교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과 관계없이 오로지 신규회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금 실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행 실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 종속적 인과관계에서의 근로제공의 대가로서 임금이라 보기 어려운 점 및 그 밖에 업무수행 시간의 정함이 없는 점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 학습지 교사는 그 회사와의 사용·종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로자로 볼 수 없다고 대법원은 판시하였다(대법원 1990.5.22. 선고 88다카28112).
- 12) 이 경우 현재 체결된 단체협약은 실질적 의미의 노조법상의 단체협약이 아니라, 일반 사단이나 결사의 주체와 계약 상대방인 사용자 사이에 체결된 동일계약이나 표본계약의 성질을 갖게 된다.
- 13) 노사관계가 불안정하고 산업별 노조가 정착되지 못한 국가에서, 산업별 노조가 보편화된 국가에 비하여, 집단 자치가 사회적 자치와 괴리될 가능성이 클 것이다.
- 14) 필자의 생각으로는 정부가 힘의 논리에 밀려 대리거래를 인정해 주다 보면 결국 노동의 수요탄력성이 큰 분야에서 대리거래가 활성화될 것으로 추측된다. 이에 Hicks-Marshall의 원칙을 적용시켜 보면 ① 산출물의 수요탄력성이 적은 시장일수록, ② 다른 생산요소와의 대체 가능성이 적을수록, ③ 다른 생산요소 공급의 가격탄력성이 작을수록, 마지막으로 ④ 총생산비에 대한 인건비 비중이 작은 분야일수록 노조든지, 협회든지 그 협상력은 증가하여 대리거래가 촉진될 것은 자명하다.

수 사용자에게 편중시켜 부담 지우는 것은 재산권의 침해 소지를 야기할 수도 있다. 가난한 자를 우대하는 조건을 특정 계약에서 강요할 경우¹⁵⁾ 이로 인하여 발생하게 되는 재산권의 침해는 동태적 효율성(dynamic efficiency)을 감소시킬 수 있다.¹⁶⁾

富移轉法の 정치경제학

부의 이전을 가져오는 관련 법의 변화는 이익집단들의 좋은 로비 대상이 될 수 있다. 정치인들은 정치자금이든지 득표든지 정치지대(political rent)를 창출할 수 있으므로 이익집단과 정치인의 정치적 교환에 의해 부의 이전을 초래하는 법적 변화가 더욱 빈번하게 일어날 소지가 있는 것이다.¹⁷⁾ 전술된 바와 같이 통상 이러한 법적 변화는 이익집단이 얻게 되는 편익보다도 피해자의 손해가 더 커서 효율성 판단의 보수적 기준인 Kaldo-Hicks 효율성 기준에서 보아도 비효율적일 경우가 많다.

통상 부의 이전이 클수록, 피해자의 반발이 작을수록, 이익집단의 응집력이 강할수록, 정치인이 얻게 되는 정치지대가 클수록 부의 이전을 초래하는 법적 변화가 이루어질 가능성은 커진다. 특히 법의 변화로 말미암아 비용을 지불하는 집단이 법적 변화에 무지하거나 혹은 무관심할수록 법적 변화로 발생하는 비용-외부화(cost-externalization)가 용이하여 정치인에 의해 선호되게 된다. 또한 피해자가 손실을 최소화하기 위해 관련 법에 적용되는 계약으로부터 탈출할 수 있는 탈출비용(exit-cost)이 클수록 법의 영향력은 더 커지며, 그만큼 정치지대도 커지는 것이다. 만약 탈출비용이 작다면 비효율적인 법의 중첩화(jurisdictional overlapping)를 쉽게 피하게 되어 결국 부의 이전도 용이하지 않고 이익집단의 로비 유인도 작아지게 된다.¹⁸⁾ 부의 이전을 초래하는 법의 확대는 입법 과정에서 독점화가 이루어지는 데도 기인한다. 만약 입법 체제간 경

15) 특수업무 종사자를 노동법의 적용을 받는 정규직으로 전환할 경우 발생하는 1인당 추가비용(법정퇴직금 + 국민연금 + 의료보험 + 고용보험 + 산재보험 + 임금채권 + 장애인 고용 + 연차휴가수당 + 월차휴가 수당 + 생리휴가 수당)이 생보 모집인의 경우 3,991,000원, 손보 모집인의 경우 2,957,000원, 학습지 교사의 경우 3,795,000원으로 나타난다(경영자 총협회, 2001a와 2001b).

16) 시카고 대학의 Epstein(1995)과 Posner(1992)에 의하면 경제효율성이란 현 상황에서 특정 자산에 대한 甲보다 乙이 높은 가치를 부여한다고 해서 ‘다른 조건이 일정하다면(ceteris paribus)’ 乙에게 권리를 주는 식의 Kaldo-Hicks의 정태적(static) 경제효율성만은 아니다. 특정 형태로 권리를 배분한 결과 미래에 경제 주체들의 행위가 어떻게 바뀌고 과연 그때의 경제효율성은 어떻게 변할 것인가도 중요시된다.

17) 이에 대한 정치 논리는 Charles M. Tiebout(1956)의 ‘Pure Theory of Local Expenditure’를 참조할 수 있다.

18) 이와 관련하여 우리나라 노동제도 결정 과정에 관한 공공선택적 분석은 조준모(2002)를 참조할 수 있다.

쟁 메커니즘이 도입되게 되면 비용-외부화가 용이하지 않게 되어 법의 확대가 용이하지 않게 될 것이다(Kobayashi and Ribstein, 1999).

요약하면 비용-외부화가 용이하거나, 피해자의 탈출비용이 클수록, 입법체제가 독점화될수록 부의 이전 관련 법은 여타 관련 법(특히 경제효율성을 도모하기 위한 법)의 범위를 넘어서기 쉬우며 결과적으로 법의 영역은 매우 복잡하게 중첩되게 된다. 보다 우려되는 점은 이러한 부의 이전을 야기하는 특별법의 확장으로 인하여 발생하는 비효율은 전체의 사회 파이(social pie)를 감소시키고 결과적으로 의도했던 분배의 정의가 오히려 훼손될 가능성마저 존재한다.

계약법적 처방의 고민

계약법과 노동법의 중첩되는 영역에서 자연스럽게 등장하는 문제는 과연 계약법에는 계약 당사자간에 발생하는 제반 문제들을 교정하기 위한 통제장치가 무엇인가 하는 것이다. 만일 특정 계약문제를 해결하는 데 계약법적 통제가 시장에서 부작용을 최소화하고 문제를 교정할 수 있다면, 굳이 노동법적 통제에 의존할 필요가 없기 때문이다.

법경제학적으로 계약법은 크게 두 가지 기능을 한다(Posner, 1992). 첫째, 사람들의 기회주의적 행위를 억제하여 경제행위의 최적 시점을 확보하고, 자기방어를 위한 비용 낭비를 줄이는 기능을 수행한다. 둘째는 누락된 조항을 적절히 추론하여 당사자들의 합의를 도출해 내는 것이다.

이와 같은 맥락에서 Friedman은 쌍방이 자발적으로 거래에 참여하고 정보가 제대로 교환되는 거래에서 ‘자발성’과 ‘정보교환의 적절성’이 결여되면 계약이 어느 한 쪽 혹은 모두에게 해로운 것이 될 수 있다는 논리를 제공한다. 그동안 계약법 영역에서 이 두 가지 충분조건을 만족시키지 못하는 상황들에 대한 법리 개발이 다양하게 이루어져 왔다.

협상력의 불균등은 계약의 자발성을 깨뜨리는 요소 중의 하나이며,¹⁹⁾ 만약 협상력의 불균등이 법적 정의로서 식별된다면 계약의 자발성이 침해된 것이므로 해당 계약은 정당성을 잃게 되며 공적 수단이 사적 자치에 개입할 여지를 제공하게 된다.

계약법과 노동법이 중첩되는 영역에서 계약법에 의한 통제 방식으로서²⁰⁾ ‘독점화로

19) 계약법상 자발성의 결여에 관한 법리는 강제(coercion)이며, 강제의 유형은 크게 강박(duress), 비양심(unconscionability)과 협상력의 불균등(inequality of bargaining power)으로 나누어 볼 수 있다. 이 세 가지 유형 중 노동법과 계약법의 중첩된 영역에서 빈번하게 발생하는 유형은 비양심으로 판단된다(이는 민법상의 신의칙 등으로 구체화됨). 따라서 본 고에서는 협상력의 불균등과 비양심에 초점을 맞추어 논의를 전개하도록 한다.

20) 레미콘 운반 도급 계약에 공정거래위원회는 경쟁제한의 법리로서 개입해 왔다. 예컨대 레미콘 도급계약이 제3자와의 계약 체결을 부당하게 제한하거나, 레미콘 기사들의 단체 구성에 사용자

인한 협상력의 불균등'과 '비양심'의 법리를 들 수 있다. 독점화의 대표적 예가 사용자가 수요독점력(monopsony power)을 확보하기 위해 담합(collusion)을 하는 경우이다. 각종 사용자 협회를 구성하여 신규 업자의 진입을 제한하여 노동수요가 경쟁시장만큼 충분히 확대되는 것을 억제하고 임금을 경쟁임금 수준에 비하여 낮게 책정하여 수요독점적 지위를 이용하여 착취하는 경우를 들 수 있다. 경제학에서 담합의 비용을 논할 때는 통상 사중비용(deadweight loss)을 의미하여, 분배적 고려(distributive consideration)보다는 배분적 비효율성(allocative inefficiency)에 중점을 둔다. 그러나 담합의 문제를 계약법 혹은 노동법 문제로 접근하는 것은 문제의 본질에 대한 치유책이 아니라 는 비판이 제기될 수 있다. Trebilcock(1976)은 담합의 폐해가 독점화로 인해 거래에서 배제된 사람들이 겪는 불이익, 즉 통상적인 사중비용에 있다고 강조한다. 예컨대 거래에 참여한 학습지 교사 혹은 레미콘 기사 등은 자신이 원하던 일감을 얻었으니 계약의 강제성은 별로 없다는 논리이다.

계약법이란 주로 당사자 2인의 문제를 다루는 영역이니만큼, 배제된 사람들의 이익을 보호하는 데는 계약법이 부적절할 수 있다. 환언하면 담합은 계약실패(contracting failure)라기보다는 시장실패(market failure)의 문제로 파악되어야 하며, 시장실패를 치유하는 도구로서는 부적절하다는 논리가 적어도 필자에게는 더 설득력 있다고 판단된다. 그러므로 담합의 소지가 분명하더라도 계약법 차원보다는 공정거래법과 같은 경제법 차원에서 이를 억제해야 한다는 결론으로 이어진다. 담합 폐해로서 발생하는 사중손실 비용이 아니라 약자의 저소득 수령에만 초점을 맞추어 노동법상 노조 설립을 피고용인들에게 허용해 준다면, 이는 전술된 대리거래(surrogate transactions)를 촉진시켜 사중손실을 더욱 크게 할 위험이 존재한다.²¹⁾

만약 문제의 본질이 담합에 있다면 이는 계약법이나 노동법의 문제가 아니라 공정거래(fair trade)의 문제임을 쉽게 파악할 수 있다.²²⁾ 따라서 계약법과 노동법의 중첩 영

의 허가를 받아야 한다든지, 제3자와 본 계약과 유사한 계약을 체결할 수 없든지, 과도한 손해배상무를 지운다든지, 사용자에게 일반적으로 유리한 계약해지 조항이라든지의 경우에 가입하여 업주에게 계약무효나 시정명령을 내린 바 있다(1999.12.14, 9912약심1724호).

- 21) 담합은 정의상 둘 이상의 계약자가 연루되어 있는데, 계약법의 차원에서는 자신이 거래한 한 사람의 계약자만을 대상으로 하게 된다. 그러나 담합을 좀더 효과적으로 억제하려면 담합에 가입한 계약자 모두 또는 사업자 단체를 대상으로 소송을 제기하는 것이 바람직할 것이다. 경제법은 이를 가능하게 한다.
- 22) 공정거래위원회가 보험 모집인 시장에 가입한 사례(2000.6.15.)는 보험 스카웃 금지 협정 폐지 요청 및 보험상품의 공동개발 행위에 금지 조치를 취한 것을 들 수 있다. 그간 보험협회에서는 「생명보험 공정경쟁질서 유지에 관한 협정」, 「손해보험 공정경쟁질서 유지에 관한 협정」, 「생명·손해보험업계간 보험모집질서 개선을 위한 협정」을 두어 모집인의 거래 상대방 선택의 자유

역에서 계약법적 접근방법은 나머지 법리인 ‘비양심’에 초점을 맞추게 됨을 알 수 있다. 앞서의 독점화 문제와 달리 비양심의 영역하에서는 계약 당사자가 눈에 떨 만한 독점력을 갖고 있지 않음에도 불구하고 저임금 및 열악한 고용계약을 맺을 때 발생하는 문제이다.

비양심의 논리는 가난한 고용인들에게 어찌 그럴 수 있는가 하는 논리로서 비양심의 법리에 호소하여 원래의 계약을 무효화시키는 소를 제기할 가능성이 크다. 이러한 상황 역시 ‘자금력이 풍부한 사용자’ 대 ‘가난한 고용인’간의 갈등 문제로 현정부 들어서 빈번히 발생한 문제들이다. 이 둘은 도저히 서로 경쟁대상이 되지 못하므로 노동법적 보호를 해주든지, 일련의 카르텔을 허용해 주어야 한다든지의 논리로 발전하게 된다. 노동법 영역을 확장하지는 주장의 내용을 살펴보면 대부분이 이러한 정서를 배경으로 한다.

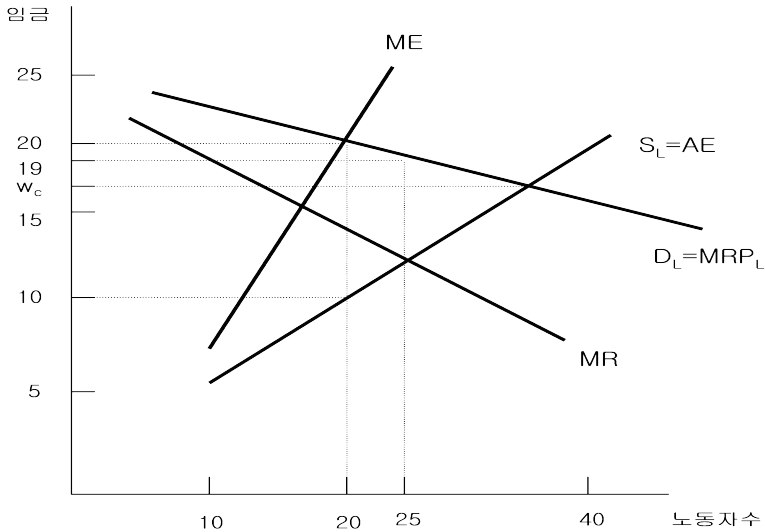
그러나 이렇게 노동법 적용을 지지하는 논리에는 크게 두 가지 부작용이 발생할 수 있다. 첫째, 만약 가난한 사람들과의 고용계약에 노동법이 적용되게 되면 미래에 사용자는 가난한 자와의 거래를 꺼리게 될 것이다. 이렇게 되면 가난한 고용인의 입장에서는 현재의 저임금에다가 거래 가능성까지 박탈당함으로써 이중으로 고통당한다는 주장이 제기된다(Radin, 1989). 둘째, 단지 임금수준이 낮은 산업에서 기업을 경영한다는 이유만으로 노동법 적용이 되고 그렇지 않은 산업에서는 계약법이 적용되는 식이라면 이는 재산권을 침해하는 것과 마찬가지로 논리도 제기될 수 있다. Epstein(1985)이 ‘영향불비례성 테스트’(disproportionate impact test)라고 명명한 바 있는 이 논리에 의하면, 설사 분배의 정의를 달성하자는 인식이 사회 전반적으로 인정되었다고 하더라도 그 비용을 집중적으로 소수에게 편향되게 부담시키는 것은 재산권의 침해를 의미한다는 것이다.

물론 레미콘 기사나 학습지 교사의 대안적 노동시장이 미흡함을 악용하여 터무니없게 체결된 계약조건에 대해서는 계약법상 비양심의 법리를 따라 공적 개입을 정당화시킬 수 있을 것이다. 그러나 개입하더라도 계약 내용에 직접 개입하는 계약규제의 방식은 최소화하여야 한다고 판단된다. 왜냐하면 계약규제는 그 속성상 재분배에 따르는 부담을 사회의 특정 그룹이 과중하게 떠맡는 효과를 갖기 때문이다(Kaplow and Shavell, 1996). 둘째, 과중 부담을 갖는 집단이 미래에 취하게 될 각종 대체행위 때문에 혜택을 주고자 했던 고용인들이 오히려 이중으로 고통을 받게 될 가능성이 크기 때문이다(Radin, 1989). 따라서 사적 계약에 일일이 개입하는 것보다 일반 세제 및 보

를 제한하여 보험 모집 시장의 경쟁을 실질적으로 제한하여 공정거래위원회에서 이를 금지할 것을 명명한 바 있다.

조정책이 부의 재분배 목적 달성을 위해서 더욱 큰 비교우위를 갖는다고 판단된다.

[그림 4] 쌍방 독점의 비효율성



쌍 방

독점으로 인한 경제 비효율성 문제

노조 결성을 허용해 주는 대신 또 다른 방식은 보험모집인의 경우처럼 협회나 단체 등 카르텔을 인정하여 협상력의 불균등을 시정하여 사용자로의 편중된 부를 재분배하는 정책의 시도이다. 즉 보험모집인의 카르텔을 허용함에 따라 협상력의 균등성을 개선하여 사용자의 부가 보험모집인에게 이전하는 효과를 거두자는 시도이다. 그러나 이러한 주장을 경제학적으로 면밀히 살펴보면, 의도하는 경제효율성과 공정성 모두를 개선하지 못할 우려가 있다. 첫째는 요소공급의 독점체가 구성될 경우 통상 독점이윤을 창출하기 위해 노동력의 과소 공급이 이루어지고 이는 노동시장에 진입하고자 하는 선의의 다수에게 오히려 피해를 끼치는 경제 비효율성이 야기될 수 있다. 문제는 여기에 멈추지 않는다. 요소공급 가격의 인상은 재화시장(건축물 가격과 보험상품 가격 등)에서 균형가격을 인상시켜²³⁾ 결국 재화시장의 거래량을 위축시키고 이는 경제적 손실(deadweight loss; 사중손실)을 유발할 것이다.²⁴⁾

23) 사용자가 소비자에게 전가할 수 있는 능력은 산출물의 수요탄력성에 의해 정해질 것이다. 즉 보다 수요 비탄력적일수록 소비자에게 전가될 가능성이 높다.

[그림 4]에 쌍방 독점의 비효율성이 나타나 있다. 여기서의 쌍방 독점(bilateral monopoly)란 요소공급의 독점자(monopolist)인 노조가 수요독점자(monopsonist)인 사용자에게 노동을 공급하는 산업조직 구조를 의미한다. 쌍방 독점의 비효율성은 통상 재화시장에서 사용자가 일방 독점을 가진 경우와 비효율성의 크기를 비교하여 평가된다. [그림 4]는 전형적인 쌍방 독점의 경우를 나타낸다. SL은 노동의 공급곡선을 나타내며 사용자의 노동 수요곡선인 한계수입생산물곡선은 dL로서 나타난다. 만일 노조가 존재하지 않는다면 수요독점자는 채용 규모를 한계지출곡선 ME에 기초하여 정하게 된다. [그림 4]에서의 20명의 고용과 10원의 시간당 임금이 이를 나타낸다. 20명이 고용될 때 한계수입생산물곡선과 한계지출곡선은 일치하게 된다.

노조가 결성되면 노조는 공급량을 노조원의 경제적 잉여가 극대화되는 점에서 결정하게 된다. 이는 노조의 한계수입곡선 MR과 SL이 만나는 점에서 이루어지게 되며, 임금은 시간당 19원이며 고용 규모는 25명이 된다.

요약하면 기업은 10원을 지불하고 20명을 고용하기를 희망하지만 노조는 19원을 요구하고 25명을 고용하기를 원한다. 최종 임금과 고용 규모는 노사간의 협상력에 의해 결정이 될 것이다. 노조는 19원의 임금과 25명의 고용을 요구하며 파업을 위협할 수 있고 사용자는 10원의 임금과 20명의 고용을 위해서 비노조원을 채용하겠다고 위협할 수 있을 것이다.

쌍방 독점은 경우 임금수준은 사용자의 수요독점적인 경우에 비하여 분명 높다. 그러나 완전경쟁의 경우에 비해서는 높을 수도 낮을 수도 있다. 그러나 임금은 경제 비효율성을 야기시키는 원천은 아니다. 문제는 고용이다. 고용수준은 수요독점적 시장에서 쌍방 독점으로 변화해 가면서 점차 감소해 가는 것이다. 물론 경제 비효율성의 크기(하버거 삼각형의 크기)도 고용의 크기에 따라 점차 증가되어 간다.²⁵⁾

24) 여기에 공공선택(public choice) 이론에 의해 제시된 지대추구(rent seeking)에 의해 낭비되는 털력사각형(Tullock, 1967)까지 고려하면 비효율성은 더욱 명확해진다.
 25) 여기에 Karrier(1984)의 연구는 시사하는 바가 크다. Karrier는 미국 산업연구에서 독점산업에서 노조가 결성될수록 노조의 monopoy effect는 점차 커져서 노조의 존재는 독점자본의 수익률을 과소 평가하게 하는 결과를 초래한다는 실증분석 결과를 제시한다.

IV. 근로자성 판단의 새로운 시도: 법경제학의 관점에서

1. 기존의 근로자성 논의에 대한 평가

특수고용직 근로자에 근로기준법을 적용하자는 초기 논의에는 유사근로자의 개념을 도입하자는 제안도 포함된다. 종전의 근로기준법의 적용대상을 2분화하던 종래의 접근 방식(근로자와 자영인)과 달리 3분화하여, 자영인 일부에 대하여 근기법적 보호를 하자는 안이 그 것이다. 또 다른 제안으로서 남녀고용평등법, 최저임금법 등 개별법 대상으로 독자적인 근로자성 개념을 개발하자는 안도 제안된다.

그러나 이러한 방식으로 근로기준법을 확장하는 데는 몇 가지 문제점이 있다고 본다. 유사근로자의 개념을 도입할 경우 유사의 범위를 판단하는 데 모호성이 존재하고 이는 특수고용직 종사자들의 노동법 적용을 받기 위한 시위를 유발할 것이 자명하다. 또한 각각의 법 적용을 판단하는 데 각개약진하자는 안은 이를 판단하는 행정부서의 자의성과 전체 노동법의 일관성을 훼손할 수 있을 것이다. 개별법의 선별적 적용은 일관된 기준에 의해서 결정되기보다는 이해집단간의 정치적 타협에 의해 이루어질 가능성이 있다.

또한 근로기준법이 확장될 경우 계약체결 가능성이 원천적으로 배제될 수 있고, 법을 우회하기 위한 다양한 계약들이 맺어져 경제효율성이 상실될 수 있다는 측면은 전장에서 설명된 바 있다. 국가가 보장해야 하는 최소 기준에 대한 보편적인 합의가 이루어졌다고 할지라도 그 비용을 비례적으로 부담하는 것이 아니라 해당 직종의 소수 사용자에게 편중시켜 부담하는 것은 불비례적 영향력을 미칠 수도 있다(시카고 법대 Epstein 교수의 재산권 침해론). 일반세계 방식 및 보조정책보다 사적 계약에 일일이 개입하는 규제나 입법 방식이 불가피한지 여부가 판단되어야 한다.

대안으로 노조법 적용이 제안될 수 있다. 그러나 근로기준법상 최소 기준에 미달하면서 노동조합만이 인정될 경우 노조의 교섭기능은 여전히 취약할 가능성이 크며 최소 기준을 상회하는 단체협약을 끌어 내기 어려울 수도 있다.²⁶⁾ 한편 노조가 허용될 경우

26) 필자가 만난 구성작가의 경우 월평균소득이 30만 원 정도되는 경우도 있었다. 이들의 업무는 작자라기보다는 PD 보조원이라고 정의하는 것이 더 적합할 것이다. 이들에게 노조법을 적용할 경우 PD는 이들의 계약을 비정규직화하거나 계약 체결 자체를 거부할 가능성이 크다. 이럴 경우

경제법상 반독점제소권을 제한받게 되어(anti-trust exemption to labor) 노동시장 문제에 공정거래위원회 등 경제법 적용이 제한될 수 있다. 또한 근로자간의 이질성이 큰 서비스업종에 제조업 제어를 위한 전근대적 노동법이 그대로 적용될 경우 노조의 공정한 대표성 문제, 비노조원의 소극적 단결권 문제 및 노조의 리더십 문제가 대두될 수 있다. 한편 세법상 사업소득자로 분류되는 특수고용직의 경우, 사업소득세를 납부하는 대신 근로소득세를 납부할 경우 순소득이 감소하여 근로자의 저항이 유발될 수도 있다. 마지막으로 독점산업에 노조가 허용될 경우 노조의 독점효과(monopoly effect)는 커지고 생산적인 목소리효과(voice effect)는 작아질 수도 있다. 예컨대 생명보험산업의 경우 상위 3개 기업의 시장집중도가 77%를 차지하여(대략적인 수치로 삼성생명-39.1%, 교보생명-18%, 대한생명-19.9%), 사용자와 노조가 쌍방 독점화(bilateral monopoly)화할 수도 있다. 노사 쌍방 독점의 경우 사용자 일방 독점에 비해 고용은 급격히 감소되어 일방 독점의 경우에 비해서 경제 순수실(dead weight loss)이 발생할 가능성이 커진다(Karrier, 1984). 사용자의 독점 이윤은 담합행위 근절을 통하여 소비자에게 돌아가야 하는 몫이지만 노조가 허용될 경우 이 몫은 소비자가 아닌 노조원에게 돌아갈 수도 있다. 보험산업의 경우 e-commerce가 정착되는 미래에 인력 조정은 불가피하며 노조가 허용되면 보험산업의 구조조정이 지연되어 국내 보험사의 경쟁력이 감소할 가능성도 있다.

따라서 특수고용직에 노조 인정 여부는 노조법상 근로자성만을 판단할 경우 위와 같이 예상치 못한 시장의 비효율성을 야기할 수 있다. 노동법 적용시 경제효율성 변화, 노조 대표성 문제 그리고 유효 협상력 확보 가능성이 종합적이고 입체적으로 고려되어야 한다고 판단된다.

새로운 고용형태가 출현할 때마다 일일이 법적 개입을 하기보다는 현행과 같이 법원의 판단에 맡기는 것이 적절하다고 판단된다. 또한 사용종속관계에 대한 행정부(노조설립신고증 발급) 해석은 법원의 판단과 일치해야 시장의 혼돈을 막을 수 있을 것이다.

2. 사회보장의 확대와 경제법 적용

현재 산재보험과 고용보험은 직접고용 근로자를 대상으로 확대되어 왔으나 특수고용직은 여전히 사회보장 사각지대로 남아 있다. 현재 사회보장법상 근로자성이 근로기준법상 근로자성에 연동되는 것은 사회안전망이 보편적인 보장기능을 수행하는 데 애로

로 작용할 수 있다. 노동법상의 근로자 개념을 확정하고 이를 다른 법률, 특히 사회보장법으로 확장하는 우리나라의 방식은 유럽법 차원에서는 통용되지 않는 현상이다.

사회보장의 확대는 근기법과 연동되지 않고 독자적인 최소 기준을 마련하여 이루어지는 것이 타당하다고 판단된다. 4대 보험에 일반회계 지원을 통해서라도 최소한의 보편적인 사회보장이 이루어지도록 사회보장 패러다임이 설정되어야 할 것이다. 국민연금의 경우 현재의 구조로는 공평성과 효율성 모두를 억제할 수 있기 때문에 기초생활법, 세금의 지원을 받는 최소 수준의 국민연금, 기업연금, 개인연금의 중층화된 연금시스템을 구축할 필요가 있다.

경제법은 국민경제의 건전한 발전을 위하여 경제에 대하여 국가가 규제하는 방식에 의한 시장활성화를 도모하는 것이다. 특수고용직 문제에 경제법을 적용하지는 논리는 사용자 담합에 의해 특수고용직 종사자의 근로조건을 열악하게 만드는 행위를 근절시키자는 데 초점을 맞추게 된다. 전술된 바와 같이 노조법 적용시(union right 인정시) 경제법적 권리(anti-trust right)는 상당 부분 제한됨이 명확히 인식되어야 한다. 특수고용직에 대한 경제법 적용은 약관규제법상 불공정약관 금지 등에 의한 통제, 독점 규제 및 공정거래에 관한 법률 거래상 지위의 남용 금지 등에 의한 통제, 하도급 거래 공정에 대한 법률에 의한 통제 등을 통해 행해질 수 있다. 예컨대 공정거래위는 보험 모집인 스카웃 금지 협정(다른 회사 소속이거나 등록 말소후 6개월 미경과한 모집인 채용 금지)에 대해 보험회사간 상호협정은 폐지되어야 한다고 입장을 밝혔고, 이에 따라 보험업계는 그 폐지를 위해 절차를 밟고 있다. 이 외에도 보험등록제가 전속계약제로 변질되어 운영되고 있다는 점, 개인사업자인 보험모집인의 겸업이 약관상 금지되고 있다는 점, 사업비의 비합리적이며 불투명한 집행 등 문제도 경제법 적용으로 사용자 담합 문제를 시정하고 모집인 시장이 경쟁적으로 활성화된다면 해소될 수 있는 문제점이라 판단된다.

또한 레미콘 운반 도급계약서상 제3자와의 계약 체결 부당제한 조항, 단체활동 금지 조항, 유사계약체결 금지 조항, 손해배상액 결정 조항, 과도한 손해배상 의무 부과 조항, 이의제기 금지 조항, 계약해지 조항 등은 경제법의 범위에서 해결될 수 있는 과제이다. 문제는 공정거래위원회나 금융감독원같이 경제법 준수를 감독하는 기관의 노동이슈에 대한 전담부서 부재, 전문성 부족, 노동이슈를 금기시하는 태도는 경제법의 신속하고 효율적인 적용을 위한 제도 개선이 시급한 부분이다.

<표 1> 회귀분석 변수 설명 및 자료의 특성

변수	변수 설명	평균값	표준편차	최소값	최대값
YWAGE	연간 임금(만원)	2,304	862	1,000	6,000
TENU	현 직장 근속년수	5	4	1	32
EXPERI	전 직장 근속년수	8	8	1	38
LHOUR	주당 노동시간	43	14	8	90
AGE	연령	35	9	18	73
SEX	성별(남=1, 여성=0)	0.08	0.27	0	1
EDU	교육수준 (중졸 이하=1, 고졸=2, 대졸 이상=3)	2.47	0.60	1	3
EC1	취업(복무) 및 인사규정 적용성 (적용=1, 비적용=0)	0.65	0.48	0	1
EC2	업무지시성 (본사 지시=1, 비지시=0)	0.90	0.30	0	1
EC3	기본 또는 고정급 지급성 (지급=1, 비지급=0)	0.91	0.28	0	1
EC4	근로소득 납부성 (납부=1, 비납부=0)	0.27	0.44	0	1
EC5	업무 시설·장비 회사소유성 (회사소유=1, 개인소유=0)	0.34	0.47	0	1

V. 근로자성에 관한 사적 협상

본 장에서는 한국노동연구원에서 2002년 8월에 조사한 「특수고용직 실태조사」 표본을 이용하여 임금과 노동법상 근로자성에 관한 사적 협상(Coasian bargaining)이 이루어지고 있음을 실증분석을 통하여 살펴보고자 한다.

[표 1]은 실증분석에 사용된 회귀변수를 정의하고 평균치, 최소값, 최대값과 같은 통계치를 설명한다. 실증분석의 종속변수는 연간 임금을 사용하고 설명변수로서 Mincer (1974)의 임금추정식에 사용된 종업원의 근속년수, 주당 노동시간, 연령, 성, 교육수준의 변수를 사용한다. 이와 더불어 종업원의 이질성을 통제하기 위해 전 직장의 근속년수를 설명변수로서 추가한다. 마지막으로 실증분석에서 핵심 변수라고 할 수 있는 근로자성 정도 지표에 관하여서는 세 가지 지표를 개발하여 사용한다. 일차지표는 취업 및 인사규정 적용성, 업무지시성, 기본 또는 고정급 지급성, 근로소득 납부성, 업무시설·장비 회사소유성에 관한 다섯 종류의 핵심 더미(0 혹은 1)를 지표로 사용한다. 첫 번째 지표에 의하면 더미의 합이 5이면 근로자성이 가장 높은 것이며 더미의 합이 0

이런 근로자성이 가장 낮은 것으로 계상된다. 둘째 지표는 종업원이 개별 지표의 교호 항을 취하여 모든 지표의 근로자성을 만족하는 경우에 근로자성을 인정하는 것이다. 둘째 지표의 경우 다섯 개의 개별 더미의 값이 모두 1인 표본은 존재하지 않아 근로자성의 핵심 변수라고 할 수 있는 취업 및 인사규정 적용성, 업무지시성, 업무시설·장비 회사소유성 더미를 모두 갖춘 표본에 1을 그렇지 못한 표본에 0을 주는 통합형 근로자성 더미를 사용하였다. 마지막으로 두번째 지표가 갖는 협의성을 극복하기 위해 다섯 개 개별 더미의 총합을 통합형 근로자성 더미로 사용하였다.²⁷⁾ 이렇게 구축된 근로자성 지표와 임금과의 연관성을 분석함으로 임금과 근로자성에 관한 사적 협상이 이루어지고 있음을 시사받을 수 있을 것이다.

<표 2> LOG 임금방정식의 추정 결과

변수명	MODEL(1)	MODEL(2)	MODEL(3)
절편	8.207 (38.30) *	7.788 (46.69) *	7.957 (43.91) *
TENU	0.022 (1.78) ***	0.027 (2.20) **	0.028 (2.26) **
TENU*TENU	-0.001 (-2.04) **	-0.001 (-2.24) **	-0.001 (-2.27) **
EXPERI	-0.006 (-0.82)	-0.004 (-0.54)	-0.005 (-0.73)
EXPERI*EXPERI	0.000 (0.58)	-0.000 (-0.32)	0.000 (0.54)
LHOUR	0.002 (1.08) *	0.002 (1.24)	0.002 (1.33)
SEC		-0.086 (-1.81) ***	
TEC			-0.003 (-2.61) *
EC1	0.015 (0.43)		
EC2	-0.175 (-1.83) ***		
EC3	-0.188 (2.25) **		
EC4	0.054 (1.14)		
EC5	-0.155 (-3.70) *		
SEX	0.254 (4.04) *	0.271 (4.34) *	0.248 (3.94) *
AGE	0.001 (0.35)	-0.000 (-0.05)	-0.001 (-0.13)
EDU	-0.055 (-1.42)	-0.023 (-0.58)	-0.022 (-0.56)
ID2	-0.408 (-7.39) *	-0.403 (-7.28) *	-0.408 (-7.38) *
ID3	-0.336 (-5.44) *	-0.389 (-5.72) *	-0.314 (-5.10) *
ID4	-0.103 (-1.00)	-0.239 (-2.44) **	-0.241 (-2.47) **
R-Suare	0.42	0.37	0.38
관찰치	1,063	1,063	1,063

주 : 1) ()안은 t-통계량이고 *, **와 ***는 각각 1%, 5%와 10% 내의 유의도를 나타냄.
 2) Model(2)의 SEC는 종업원이 모든 근로자성 지표를 충족하거나 그렇지 못한 경우를 나타내는 근로자성 지수이지만, 동시 충족자의 관찰치 부족으로 EC1×EC2×EC5의 대표 근로자성 지수를 나타내고 있음. 여기서 동시 충족은 1, 아니면 0의 값을 가짐.
 Model(3)의 TEC는 $(\sum EC_i/5) \times 100$ 으로 정의되는 근로자성 지수임.

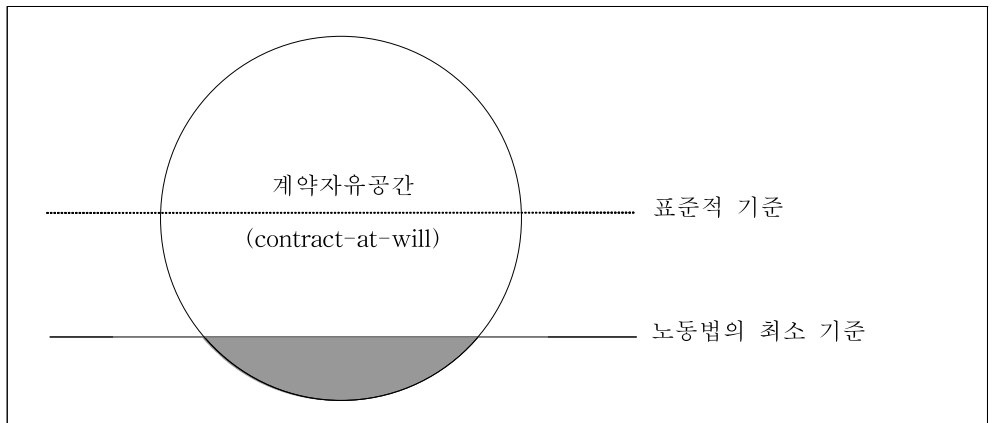
27) 위에 언급된 다섯 종류의 더미는 법원 판례상 근로자성을 판단하는 핵심 변수들이다.

[표 2]의 실증분석 결과에 의하면 세 가지 지표 모두에서 임금과 근로자성간의 연관성을 시사하고 있다. 모형 (2)와 모형 (3)의 통합형 근로자성 지표는 임금에 부(-)의 영향력을 미쳐서, 근로자성이 높을수록 임금은 감소하는 것으로 나타난다. 즉 근로자성이 증가하여 노동법 적용 가능성이 증가하는 반면 저임금을 선택하는 노사간의 사적 협상이 발생함을 시사한다. 개별 근로자성 지표가 임금에 미치는 영향력을 나타내는 모형 (1)의 경우 대체로 근로자성이 강할수록 임금이 감소하거나 비유의적인 것으로 나타나서 모형 (1), (2) 그리고 (3)에서 모두 일관된 시사점을 제시함을 알 수 있다.

VI. 바람직한 노동법의 방향

오늘날 산업구조의 전환 및 제조업 분야의 기술혁신 등에 의해 전통적인 공장근로자의 이미지와는 다른 전문직과 화이트칼라 근로자가 증대하고 있으며, 오늘의 근로자들은 교육·기능·기술수준에 있어서 뿐만 아니라, 의식수준에 있어서도 산업화 초기의 근로자들과 동일시될 수 없다는 사실을 논거로 하여 이제 근로자상(象)은 현대 산업사회의 발전을 반영한 새로운 모습으로 바뀌어야 할 것이다(김형배, 1998).

[그림 5] 최소 기준과 계약자유공간



노동법의 이념에는 분명하게 근로계약 당사자의 비대등성이라는 관념과 이러한 비대등성이 근로계약의 기능장해의 원인이라는 인식이 자리 잡고 있다. 그러나 그것은 이처럼 일반적인 형태로는 유지할 수 없는 관념이다. 근로계약 당사자간에 계약조건에 관해 중요한 지적(知的) 차이가 있는 경우에는 양자는 대등하지 않다고 할 수 있지만, 그것은 근로계약에 대해서는 일반적·전형적인 상태로 간주될 수는 없을 것이다.²⁸⁾ 또한 현행 노동법은 실업자의 보호를 등한시하고 있는 것뿐만 아니라 직장을 보유한 근로자를 과잉보호하는 점에서도 문제점이 지적된다.²⁹⁾

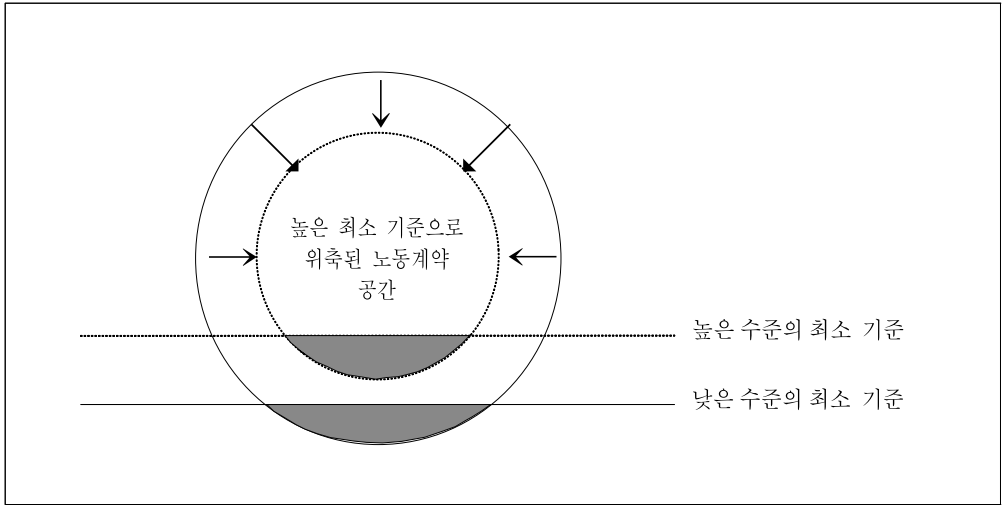
본고는 최근 일어나고 있는 레미콘 기사, 골프장 캐디 및 보험 모집인 직종에 대한 노조 설립의 허용과 같이 계약법 영역에 노동법이 확대되는 추세에 대하여 비판적인 관점에서 집필되었다. 필자는 노동법 확대가 그 타당성을 가지기 위해서 다음과 같은 점에 대한 정당성을 인정받아야 한다고 제안하고자 한다. 첫째, 계약법상 구제장치가 노동법상 구제장치에 비하여 상대적으로 비효율적인가?; 둘째, 노동법 적용은 진정한 의미에서 분배의 정의 달성을 위한 목적인가 아니면 단순히 계약 당사자의 부의 전이를 위한 것인가?; 셋째, 노동법의 확대에 의한 비용은 특정 계층에 집중되지 않는가?;³⁰⁾ 넷째, 사적 계약에 일일이 개입하는 규제나 입법 방식보다 일반세제 및 보조정책이 검토되었는가?

28) 팔자가 주장하는 바는 노동법의 무용론을 제기하는 것이 아니라 노동법의 반시장적 성격을 명확히 하고 노동법의 기능 범위에 합리적인 제한을 가하기 위한 것이다.

29) 상시근로자가 5인 미만 사업장에서 대체로 『민법』 조항이 적용되고 반면 5인 이상인 사업장에는 특별법인 『근로기준법』이 일반적으로 적용된다. 상대적으로 규모가 큰 사업장에만 근로자 보호를 강하게 하는 『근로기준법』이 적용되는 것에 관해서는 찬반 양론이 제기될 수 있다. 가령 규모가 큰 사업장에서 사용자와 근로자의 일 대 일 협상을 통한 계약 체결은 막대한 거래비용을 유발하기 때문에, 『근로기준법』 적용을 통하여 협상의 대등성을 이루어 경제효율성을 개선할 수 있다는 찬성 의견을 제기할 수도 있다. 그러나 이는 전술된 대리협상을 키워 추가적인 거래비용을 야기할 수 있고 독점화로 인한 비용이 불특정 다수의 국민에게 전가될 수 있다. 분배정의를 개선하기 위한 사회적 자치가 아니라 기득권 근로자의 추가적인 잉여 추출을 위해 법이 개입했다는 비판도 제기될 수 있다. 또한 이러한 선별적인 법 적용은 노동시장의 이중구조를 심화시켜 자원 배분의 비효율성을 야기시킬 수 있다는 문제점도 남는다. 한편 영세사업장의 고용인일수록 계약에서 발생할 편익과 비용에 대해 합리적인 계산 능력이 상대적으로 적다면 영세사업장에 사용자의 책무를 묻는 『근로기준법』 적용이 더욱 노동법 정신에 부합된다는 주장도 가능할 것이다. 마지막으로 노동행정의 인프라가 구축되지 않아서 선별적인 법 적용이 불가피하다는 현실론에 대하여 법과 현실의 타협이라는 Kelsen류의 법실증주의자의 비판으로부터도 자유롭지는 않게 된다.

30) 5인 미만 사업장에서 대부분의 법정복리의무가 요구되지 않는 현실을 감안할 때, 5인 이상 사업장에서 모성보호 및 비정규직 보호를 위한 다양한 규제들이 존재할 경우 그 비용은 5인 미만 영세사업장에 종사하는 근로자에게 집중화될 수도 있을 것이다(조준모, 2002, 2001b).

(그림 6) 최소 기준 확대와 계약자유공간의 위축



노동시장에서 수요 혹은 공급곡선이 보다 탄력적인 방향으로 변화하거나 실업이 만연하여 사용자가 일시적으로 협상력의 우위를 가진다고 할지라도 노동법의 확대를 통해 손쉬운 방법으로 협상력의 불균등을 교정하자는 제안은 의도하지 않은 시장의 비효율성을 야기할 수 있다. 또한 입법 과정에서 정치적 영향력이 없는 민간(예: 실직자 혹은 노동법상 최소 기준 미달자)인들에게 보이지 않는 비용을 짊어지게 할 수도 있는 것이다. 그간 우리나라 노동법체제는 ‘강자’인 자본가로부터 ‘약자’인 근로자를 보호하는 데 치중해 왔으며, 21세기 ‘노동법 체계의 유연화’는 매우 시급한 과제일 것이다. 보다 구체적으로 현행 노동법 체계의 문제점으로 다음의 두 가지를 제기할 수 있다. 첫째는 정규직 보호가 중심이 되어 내부자-외부자간 경쟁 제한 문제를 들 수 있으며, 둘째는 공정성 개선을 위한 최소 기준이 과도하여 사적 계약에 필요 이상의 법률적 개입이 이루어지는 문제점을 들 수 있다.

[그림 6]에서 최소 기준은 반드시 분배의 정의(distributional justice) 달성을 위한 것이며, 이 자체를 원천적으로 무시하여 최소 기준 무용론-노동법 무용론으로 논의가 전개되어서도 균형 잡힌 시각이라 할 수 없을 것이다. 노동법의 최소 기준이 지나치게 높게 설정되면 계약의 체결 가능성이 원천적으로 배제되거나 법 적용이 가능한 계약으로 대체하는 계약대체(contractual substitution) 현상이 더욱 빈번하게 일어날 것이다.

따라서 추후의 연구 방향은 노동법의 과다 보호 문제점을 제기하고 이를 해결하기 위한 노동법의 탈규제화 논리를 제기하는 수준에 머물러서는 안 되며, 노동법의 재위

상을 정립하고 이에 적절한 방향제시가 동시에 이루어져야 할 것이다. 21세기에도 노동법은 그 본연의 분배적 고려(distributive consideration)에 큰 비중을 두게 될 것이다. 그러나 분배적 고려도 전반적인 복지정책 및 조세정책과 시스템적으로 연계되어 판단되어야 할 것이다. 개별 계약에 개입할 경우에는 배분적 효율성(allocative inefficiency)에 영향을 주는 기능성 또한 강조되어야 한다. 노동시장 계약자유(freedom of contract)의 공간을 확대하기 위해서는 효율적인 시장인프라로서의 법제도의 기능이 강조되어야만 한다. 동시장에서 계약자유 원칙이 시장효율성으로 이어지기 위해서는 노동법의 배분적 효율성(allocative inefficiency)의 중요성이, 다른 국가에 비해서도, 더욱 강조되어야 할 것이다. 예컨대 근로계약의 근로조건 기능 결정이 제대로 이루어질 수 있도록 계약의 명료화를 위한 노력과 계약상 기회주의를 억제하고 성실한 이행을 촉구하기 위한 노동법 제도와 감독 체계의 정비 등은 항시적으로 존재하는 법 제도의 기능임은 부인되지 못할 것이다. 보다 궁극적으로 계약자유 원칙이 경제효율성으로 이어지기 위해서는 분단노동시장 구조를 개선하기 위한 지속적인 산업정책(industrial policy)과 공정한 거래 관행을 정착하기 위한 정책적 노력이 필요할 것이다.

참 고 문 헌

- 강성태, 『비전형근로와 노동법』, 대구대학교출판부, 2000.
- 김일중·조준모, 「노동계약에 관한 법경제학적 분석: 한국의 해고판례를 중심으로」, 『노동경제논집』, 제23권 제2호, 한국노동경제학회, 2000.
- _____, 「21세기 시장인프라로서 노사분쟁조정제도의 개선방향에 관한 연구」, 『성곡논총』, 2001.
- 김형배, 「노동법과 사법질서」, 『헌법과 현대법학의 제문제』, 현민 유진오 박사 고회기념 논문집, 일조각, 1975.
- _____, 『노동법』, 제10판, 1998.
- 조준모, 「동태적 경제효율성 제고를 여성정책 방향에 관한 연구」, 『경제와 사회』, 2002.
- _____, 「우리나라 노동제도 결정에 관한 비판적 소고: 공공선택적 관점에서」, 『노동정책연구』 제2호, 한국노동연구원, 2001a.
- _____, 「비정규직 노동계약과 고용보호의 딜레마」, 『노동정책연구』 창간호, 한국노동연구원, 2001b.

한국경영자총협회, 「비전형근로의 법률문제: 학습지 교사의 근로자성을 중심으로」, 정책조사자료 2001-01-03, 2001a.

_____, 「레미콘 운송차주의 근로자성 인정시 경제·사회적 영향 분석」, 정책조사자료, 2001-09-20, 2001b.

Epstein, Richard, “In Defense of the Contract at Will”, *University of Chicago Law Review* 51, 1984.

Epstein, Richard, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

Freeman, B. Richard and James L. Medoff, *What do Unions do?*, New York, Basic Books, 1984.

Kaplow, Louis and Steven Shavell, “Property Rules versus Liability Rules”, *Harvard Law Review* 109, 1996.

Karrier, “The Union Impact on Profits, Productivity, and Prices”, dissertation, University of California, 1984.

Kobayashi H. Bruce and Larry E. Ribstein, “Contract and Jurisdictional Freedom”, In: F. H. Buckley (Eds.), *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Durham and London: Duke University Press, 1999.

Mincer, Jacob, *Experience and Earning*, Columbia University Press, 1964.

Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*(4th ed.), Boston, Little Brown and Company, 1992.

Radin, Magaret, “Market Inalienability”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, 1989.

Tiebout M. Charles, “A Pure Theory of Local Expenditure”, *Journal of Political Economy* 64, 1956.

Trebilcock, Michael, “The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords”, *University of Toronto Law Journal* 26, 1976.

Tullock, Gordon, “The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft”, *Western Economic Journal* 5, 1967.

abstract

**The Effect of New Legislation of Employment Protection in
Korean Special Employments:
from the perspective of Law and Economics**

Joonmo Cho

This paper proposes that expanded applications of social security laws and of economic legislations to protect workers in special employments should precede any new legislation of labor laws (i.e., the Labor Standards Act and the Trade Union and Labor Relations Adjustment Act) to these workers. To date, industrial accident insurance and employment insurance have been extended to cover direct employees, but those in special employments have yet to be offered such coverages of social insurances. If the recognition of workers as laborers under the Korean Social Security Act is predetermined by the definition of the laborer in the provisions of the Korean Labor Standards Act, social security legislation may not be able to function effectively as comprehensive social safety net. Defining the concept of laborer in labor laws and applying such a definition to other legislations, in particular, social security acts, is not a practice accepted even in European countries. Social security coverage should be extended not based on the provisions of Korean labor laws, but according to independently and more freely determined a lower level of minimum criteria. Korean social security paradigm must be adjusted so that a minimum level of security newly established can be extended to all citizens even if such an action may require drawing on the general account budget to finance the major social insurance systems. To support this argument, this study sets out two sets of empirical evidences. The first indicates that workers being covered by the social insurance systems tend to lessen the unionizing demand. Also, it suggests that whether or not workers file their income tax returns has a significant influence on unionizing demand. For example, the insurance solicitors income tax return

filing rate was extremely low among other workers not affiliated with labor unions as they belong to a relatively high-income bracket. The second set of empirical evidence contained in this paper suggests that Coasian bargaining on wages and the criteria of the worker under labor legislation takes place at the workplace as indicated in the basic propositions of law and economics. This signifies that the concept of the laborer in a labor contract is a product of Coasian bargaining that is determined by the courts interpretation of legal precedents. Thus, the uniform application of labor laws may possibly lead to reduced wages and loss of jobs for marginal workers in special employments.

Key words : Law and Economics, Special Employment, Legal Definition of Laborer, Coasian Bargaining, Korean Labor Law