

노동정책연구
2013. 제13권 제3호 pp.153~180
한국노동연구원

연구논문

최저임금법의 패러다임 탐색 : 미국 공정근로기준법상 '공정성' 개념과 그 함의

강현주*

그간의 경제성장에 대한 분배 차원에서 최저임금법(근로기준법에서 분화·제정)을 이해하고 평가하기에는 많은 문제와 과제가 있다. 현재까지 최저임금 미만율이 높고 최저임금 준수율이 낮은 문제 등을 보면 저임금근로자의 생활은 나아지지 않았다. 더불어 근로기준법 수준에 미치지 못하는 근로조건에 처해 있는 근로자들이 전체 근로자의 50%에 육박하는 실정이다. 또한 최근의 근로기준법 개정을 경제발전에 대한 보상이라고 보기에 경제정책과 노동정책 간의 긴장관계는 여전하다.

우리나라의 최저임금법(나아가 근로기준법)에 상응하는 법으로 미국은 공정근로기준법을 제정·시행하고 있는데, 명칭에서도 알 수 있듯이 '공정성(fairness)'이 최저임금, 법정 최장근로시간, 연장근로와 가산임금, 아동노동 보호 규율의 근간이다. 최저임금법의 패러다임 탐색의 일환으로 이 글은 상당히 성공적인 제도로 평가받고 있는 미국 공정근로기준법의 '공정성' 개념과 그 함의를 살펴본다.

핵심용어 : 최저임금법, '분배', '공정성', 생활임금, 교섭력의 공정성, 경쟁에서의 공정성, 암묵적 사회적 계약, 미국 공정근로기준법

논문접수일 : 2013년 9월 4일, 심사의뢰일 : 2013년 9월 5일, 심사완료일 : 2013년 9월 16일

* 미국 인디애나주립대학 로스쿨 법학박사(S.J.D.), 단국대·동국대 강사(khjdy89@naver.com)

I. ‘분배’ 패러다임이 제기한 문제와 과제

우리나라에서 국가 최상위법인 헌법이 마련된 것은 1948년 대한민국 정부 수립 이후 1948년 7월 17일의 일이다. 당시 헌법은 근로조건의 기준은 법률로 정하도록 하고 여성과 소년의 근로는 특별한 보호대상이라고 함으로써(제17조) 근로기준법 등 개별적 근로관계법의 헌법적 근거를 두었다. 또한 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권이라는 노동3권을 보장하고 근로자의 이익균점권을 보장함으로써(제18조) 집단적 노사관계법을 마련할 헌법적 근거를 두게 된다. 그러나 한국전쟁으로 말미암아 근로기준법과 노동조합법 등 헌법에 근거를 둔 구체적인 노동입법은 5년여가 흐른 1953년에 비로소 탄생하게 된다.¹⁾ 근로기준법은 1953년 제정된 이후 6차례 개정되었다가 1997년에 다시 제정된 후 이미 20차례를 넘는 개정을 거쳐 현재에 이른다. 그리고 이 과정에서 산업구조의 변화, 노동시장 및 고용형태의 다양화 등을 이유로 당초 근로기준법에서 규정하던 많은 부분들이, 예컨대 최저임금법, 산업안전보건법, 최저임금법, 남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률, 임금채권보장법, 파견근로자보호 등에 관한 법률, 근로자퇴직급여보장법, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 등과 같이 독립적인 개별 법률로 분화되어 제정·운영되기에 이르렀다.²⁾ 우리나라가 1953년 근로기준법을 마련하고도 실효성이 없는 상태³⁾에서

- 1) 한국의 노동입법 성립시기와 관련하여, 1945년 8월 15일 일제 식민통치로부터 해방되어 미 군정청이 설치된 시점부터 보는 견해(김형배(1989), 『노동관계 40년사』, 한국경영자총협회, p.66 이하)가 있다. 그러나 당시는 예컨대 일반노동임금에 관한 법령(제14호), 근로문제에 관한 공공정책 및 노동부설치에 관한 법규(제19호), 아동노동법규(제102호), 최고노동시간에 관한 법령(제121호) 등 노동보호를 위한 몇몇 단행법령들을 마련한 것에 불과하였고, 노동법의 또 한 축인 집단적 노사관계법은 마련되지 않았던 시기라는 점에 주의를 요한다.
- 2) 참고로 고용노동부는 2008년 8월에 『근로기준법령 제·개정 발자취』라는 자료를 통해 근로기준법 제14차 개정(2008.3.28.) 및 그때까지 근로기준법에서 분화된 최저임금법을 비롯한 관련 법령을 제·개정 시기 순으로 일목요연하게 정리해 발표한 바 있다.
- 3) 1953년은 우리나라가 근로기준법을 비롯하여 4개나 되는 노동관계법을 갖춘 때이다. 그러나 당시는 엄청난 재정적자를 야기하는 전시 비상경제 상황이었기 때문에, 예컨대 근로자

1960년대가 시작되었으며 경제성장을 최우선 과제로 놓은 것이 늦어도 1960년 대로서 그 후 현재까지 대체로 그 기조는 유지되고 있기 때문에, 그간의 근로기준법과 최저임금법의 제·개정 과정을 두고 경제성장 전략에 맞춘 노동입법 정비과정으로 보는 견해가 있다.⁴⁾ 반면에 1970년대 후반, 특히 1987년을 기점으로 적극화된 이른바 '분배' 패러다임 측면에서 근로기준법과 최저임금법을 경제성장에 대한 분배 차원으로 이해하는 분석도 존재한다.⁵⁾ 근로기준법과 최저임금법을 경제정책에 종속되는 노동입법으로 그대로 두어야 하는가. 반대로 '분배' 패러다임은 구체적으로 실현되었는가.

'분배' 패러다임이 주로 임금, 특히 최저임금과 최저생활에 관심을 둔 것이라 할 때, 우리나라는 1980년 10월 22일에서야 제5공화국 헌법으로 국민생활의 균등한 향상을 기할 것을 다짐하며, 종전 근로조건의 최저기준은 법률로 정하겠던 규정에 '인간의 존엄성을 보장하도록'이라는 내용을 추가하여 근로기준법의 방향과 해석기준을 마련하였다. 나아가 종래 근로기준법 내에 있던 최저임금 사항이 최저임금법으로 1986년 분화·제정되어 이때부터는 저임금근로자의 생활안정을 도모하고자 하지만,⁶⁾ 그 당시 최저임금법의 적용범위는 상시 10

를 보호하고자 근로기준법을 제정하여 사용자에게 최저기준 이상의 근로조건을 보장하도록 강제하여 부담을 주는 것은 실효성은 없는 것이었다는 평가가 적지 않다.

- 4) 예컨대 1961년 12월 4일 근로기준법의 제1차 개정은 제1차 경제개발5개년계획이 확정·발표되면서 내부동원형 성장전략에 맞추어 자본 확보를 위한 일환으로 국내 노동력을 최대한 자본화할 것이 제안되었다(이상희(2005), 「1960년대 경제개발기 노동입법의 변천과 성질 규명」, 『산업관계연구』 15 (2), 한국노사관계학회 참조). 대체로 비교적 장기에 걸쳐 노동입법을 분석한 기존 연구들은 주로 노동정치 내지 노사관계 측면에서 접근하거나, 아니면 아예 단순화해서 역대 대통령의 정부형태별로 시기를 구분하고 변천사를 살펴보고 있다. 특히 전자 측면에서 이것은 다시 국가가 노동을 통제하기 위한 도구적 개념으로 노동법을 바라보는 입장에서부터 합리적인 입법자와 법 개정에 참여하는 주체들의 상호작용으로서 바라보는 입장까지 스펙트럼이 매우 다양하다.
- 5) 한국법제연구원의 2013년 연구과제인, 『한국의 경제성장과 입법발전의 분석: 노동법제』가 대표적 종합서가 될 듯하다. 한편 근로기준법의 패러다임으로 예컨대 모성보호와 평등, 일과 생활·가정 양립지원 등도 제기되어 왔고, 기타 2000년대 이후는 국제기준에의 부응이라는 측면 또한 강하게 부각되기 시작한 측면도 존재한다.
- 6) 근로기준법에서 최저임금 사항이 최저임금법이 제정되어 담길 때까지, 다시 말해 1986년 이전까지 근로기준법내의 최저임금제도는 노동부장관이 실시 여부를 결정할 수 있는 임의적 제도였기 때문에 30년 이상 시행되지 못한 사문화된 상태였다. 소득분배 개선이 4차 5개년계획 수립 당시 담기게 되고 1980년대 들어 절대빈곤, 소득 및 부의 불평등 분배에 따른 상대적 빈곤감 및 계층별 위화감이 사회문제로 제기되고 경총마저 최저임금제의 도입을 지지하는 입장을 보였다(김재원(1989), 「임금정책」, 『노동경제 40년사』; 정병석·임

인 이상 근로자를 고용하는 전체 제조업 분야였고,⁷⁾ 1인 이상 전 사업장으로 확대된 것은 2005년 5월 31일의 일이다.

무엇보다 각 시기를 구분해 보아도, 또한 현재까지의 전체 기간을 통틀어 보아도, 최저임금 문제를 그간의 경제개발에 대한 분배 차원으로 이해하기에는 역부족이다. 최저임금법의 제정 이후 현재까지도 최저임금 미만율이 높고 최저임금 준수율이 낮은 문제⁸⁾ 등을 보면 저임금근로자의 생활은 나아지지 않았다. 1990년대에 이미 근로기준법의 관심을 끌어 근로시간 비례월척이 규정된 단시간 근로자 문제가, 외환위기를 거치며 노동시장의 유연성 강화 기조 속에 기간제 근로자, 파견 근로자까지 이른바 비정규직 근로자의 양산으로 이어졌지만, 2006년 예컨대 초단시간 근로자(1주 평균 15시간 미만 근로자)에게는 퇴직금과 연차휴가가 보장되지 않아도 되는 것으로 근로기준법 관련규정이 후퇴하였다. 나아가 비정규직 근로자의 근로조건 보호와 차별시정을 위한 비정규직 관련 법⁹⁾이 마련되었지만 관련 제도가 활성화되지 못한 채 근로기준법 수준에 미치지 못하는 근로조건에 처해 있는 근로자들이 전체 근로자의 50%에 육박하는 실정이다.¹⁰⁾ 또한 최근의 근로기준법 개정을 경제발전에 대한 보상이라고 보기에 경제정책과 노동정책 간의 긴장관계는 여전하다.¹¹⁾

현수(1988), 『최저임금법-제정배경과 실무해설』

- 7) 한편 1987년 제9차 헌법 개정에서는 1986년 최저임금법을 제정하고 난 뒤 국가의 최저임금제 시행의무를 명시한 정도가 눈에 띈다. 다만 노동3권 전부가 법률의 유보 없이 보장되게 되어 분배문제가 노사자치의 영역에서도 다루어질 수 있게 되는 때가 이때이다.
- 8) 이 문제에 관한 최근 연구로, 이승렬·김삼수·강현주·강병식(2012), 『최저임금제도 이행체계 국제비교 연구: 미국·영국·호주를 중심으로』, 한국노동연구원 참조.
- 9) 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률의 제정, 파견근로자보호 등에 관한 법률 개정, 노동위원회법 개정.
- 10) 특히 외국과 달리 단시간 근로자 비율 보다는 기간제 근로자의 비중이 높은 점이 특히 문제된다(기획재정부(2012), 『한국 고용의 현주소 - OECD 국가와 주요 고용지표 비교』, 기획재정부 정책보고서).
- 11) 예컨대 1997년 초반부터 불어 닥친 대기업들의 부도사태 등(한보와 기아그룹 등)은 우리 경제를 금융·외환위기로 몰아넣게 되고, 결국 우리 정부는 1997년 11월 21일 국제통화기금(IMF)에 구제금융지원을 요청하게 되었다. 결국 분배 문제는 제대로 발현되지도 못한 채, 다시금 경제문제 극복을 위해 희생하거나 양보해야 하는 상황에 놓인 것이다. IMF측은 구제금융지원조건으로 금융산업을 비롯한 전 산업에 걸친 구조조정을 요구하였고, 그에 따라 노동입법은 노동시장의 유연성 제고를 위해 정비되게 된다. 1998년 발족한 노사정위원회도 같은 해 ‘경제위기 극복을 위한 사회협약’을 체결한 뒤 후속조치의

우리나라의 최저임금법(나아가 근로기준법)에 상응하는 법으로 미국은 '공정근로기준법(Fair Labor Standard Act, 'FLSA')'¹²⁾을 제정·시행하고 있다. 명칭에서부터 명확한 '공정성(fairness)' 개념이 공정근로기준법의 내용인 최저임금, 법정 최장근로시간, 아동노동보호 규율의 근간인 것이다.¹³⁾ 특히 최저임금과 관련하여 미국은 전체 법 적용대상자의 90%에 가까운 수치의 근로자가 최저임금 규정의 적용을 받고 있는 것으로 조사되고 있는, 상당히 성공적으로 평가되고 있는 제도이다.¹⁴⁾ 물론 미국도 최저임금 미만율이 저임금산업에서는 26%로 집중되어 있고, 최저임금 근로자 및 최저임금 미만의 저임금 근로자, 나아가 적용제외 근로자들은 생활임금(living wages)을 실현하고 있지 못하다는 도전을 받고 있으며, 이들 근로자들 중에 여성이나 소수자들이 높은 비율을 차지하고 있어 차별(discrimination)의 소지가 있다는 점이 문제로 제기되고 있기는 하

일환으로 노동입법의 제·개정을 추진하게 되는데, 그 취지는 기업 구조조정의 원활화를 위해 노동시장의 유연성을 제고하고자 하는 것이었다. 예컨대 1998년 2월 20일 제2차 근로기준법 개정은 고용조정의 요건을 보다 명확히 하고 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도, 인수, 합병의 경우도 정당한 경영상의 필요로 명문화되었다. 일부 철차적 요건도 구비되었으나 예컨대 근로자대표가 통보만 받을 뿐 협의나 협상을 할 수 있는 사안은 아니었으며, 시행시기도 공포 즉시 가능한 것이었다. 1999년 2월 8일의 제3차 근로기준법 개정은 당시의 흐름이던 각종 규제를 폐지 또는 완화하고자 하는 취지에서 근로기준법상의 각종 신고, 인정, 승인 등을 폐지한 개정이었다. 2006년에 들어서 무엇보다 화두가 된 것은 그간의 노동유연성 강화정책으로 한국 사회에 증가된 근로자군, 즉 비정규직 근로자 보호 및 차별시정이었다. 2006년 12월 21일 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률이 도입되었고, 파견근로자의 차별시정 등의 내용이 파견근로자보호 등에 관한 법률에 반영하는 동법 개정이 있었다. 적어도 목적만 놓고 보면 노동유연성 강화에 따른 부작용을 상쇄하려 하려고 하였다. 그러나 2008년 3월 21일 제13차 근로기준법 개정은 단시간 근로자 중 1주 평균 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 퇴직금과 연차유급휴가 규정을 배제하고 그 근거를 제시하지 않는 등 단시간 근로자 보호에 반하는 개정이었다. 그리고 이상 비정규직 관련법은 실효성 있게 자리잡지 못하고 있다.

12) 29 U.S.C. 201-219 (1994).

13) 미국의 공정근로기준법에 반영된 공정성 개념을 우리나라의 근로기준법과 최저임금법에 곧바로 적용하기에 우리나라의 법은 실로 방대한 양을 정해두고 있다. 근로기준법과 최저임금법은 적용사업, 근로자와 사용자를 정의한 뒤, 고용관계상 중요 근로조건의 최저기준으로, 1) 근로계약을 규율(근로계약관계의 시작과 해고 등 종료)하고, 임금(최저임금과 임금지급방법, 휴업수당), 근로시간과 휴게, 휴일·휴가, 모성보호와 소년 근로의 보호, 재해보상, 취업규칙 등을 정하고 있다. 반면 미국의 공정근로기준법은 최저임금, 법정근로시간, 연장근로와 가산임금, 아동노동보호를 정하고 있는 법이다. 그러나 미국에도 해고와 취업규칙 관련 계약법 또는 노동법 판례 법리가 존재하므로 양국의 개별적 근로관계법 내지 고용법(employment laws) 영역은 강학상 큰 차이가 없다.

14) 이승렬 외, 앞의 책, p.98.

다.15) 그러나 ‘공정성’ 패러다임으로 이 문제에 계속 대처해 나가고 있다. 이러한 점을 배경으로 이 글은 ‘공정성(fairness)’ 측면에서 우리나라의 최저임금 문제를 바라볼 수 있지 않을까 하는 문제의식을 가지고 미국의 관련 내용을 살펴보기로 하였다. 다만 우리나라 최저임금법 내지 최저임금제에 있어 본격적인 공정성 논의의 필요성 및 구체적 논증은 지면 제약상 후속연구를 통해 살펴보기로 한다.

II. 미국의 생활임금운동과 두 가지 개념의 ‘공정성’

미국의 공정근로기준법은 최저임금, 최장 법정근로시간, 연장근로와 가산임금, 아동노동보호를 규정한 법이다. 노예제 폐지에도 불구하고 미국에서 공정성이 매우 중요하다고 인식되기 시작¹⁶⁾한 이유에는 대량생산체제가 관련된다. 즉 과거 장인들은 자신의 소득이 자신이 생산하는 생산의 양이나 질에 좌우되었던 데 비하여, 대량생산체제 이후 대부분의 장인들이 사용자들의 절대적 통제하에 놓이는 임금노동자들로 변모하게 되면서 시간당 임금과 근로시간으로 임금을 산출하는 사용자들과의 임금교섭 여하에 따라 자신의 소득이 결정되기 시작하였다. 교섭력이 열악했던 임금노동자들은 공정성 논쟁을 시작하였고, 특히 저임금, 비숙련 노동자들을 둘러싸고 정부가 어떻게 관여할 것인가가 논의되기 시작하였다.

결국 ‘공정성’은 노동시장에서 생기는 부정적 결과들을 치유하고자 하는 규범적 개념으로 이해되었다.¹⁷⁾ 첫째, “공정성은 곧 생활임금(living wage)이다”라는 절대적 공정성(Absolute Fairness) 개념은 예컨대 정부가 사용자로 하여금

15) 앞의 주, p.98 이하 참조

16) Lawrence B. Glickman, A Living Wage: American Workers and the Making of Consumer Society 20-21 (1997).

17) Seth D. Harris, Convocation Inaugurating the Samuel M. Kaynard Distinguished Visiting Professorship in Labor and Employment Law Articles Conceptions of Fairness and the Fair Labor Standards Act, 18 Hofstra Lab. & Emp. L.J. 19, pp.19~25 (2000).

모든 개별 노동자들이 자신의 가족을 부양하기에 충분한 임금을 지급하도록 강제하는 개념이다. 둘째, “공정성은 곧 교섭력의 대등성이다”라는 교섭력의 공정성(Bargaining Fairness) 개념은 정부가 사용자와 노동자 간의 교섭력을 대등하게 만들기 위해 ‘공적 교섭(public bargaining)’ 형태를 마련하는 근거가 되었다. 특히 몇몇 주는 공정근로기준법 제정 이전에 이미 교섭력의 공정성 개념에 근거하여 공적 교섭의 틀을 마련하였고 그 결과 특정 주의 경우는 연방의 그것보다 높은 수준의 최저임금이 마련되기도 하였다.¹⁸⁾ 양자의 공정성 개념은 미국 생활임금운동에 의해 옹호되는 ‘공정성’ 개념으로서 현재까지 최저임금 수준을 상향조정하는 근거이자 기준이 되고 있다.

1. 공정성은 생활임금이다

가. 자연권이자 절대권으로서의 생활임금

노동시장에서의 불평등한 교섭력과 그 결과를 치유하고자 하는 일환으로, 사회경제학자들은 자본주의 틀 내에서도 최저임금을 설정할 경우 경제적 정당화가 달성될 수 있다고 보았다. 특히 로마교황이 1891년 노동자계급의 실상을 담아 주교들에게 보낸 회칙(Rerum Nocarum)은 미국 생활임금운동의 중요 지도자들에게 ‘임금에 있어서의 공정성’이라는 도덕적 개념을 제공하였다. 이 회칙은 자본주의 산업화 사회라 하더라도 사회의 가장 빈곤한 자들의 필요를 충족시켜주어야 할 도덕적 이유를 분명하게 보여주었다.¹⁹⁾

이 회칙에 영향을 받은 성직자는 이후 미국 생활임금운동의 중요한 지도자가 된다. 대표적으로 존 라이언(John A. Ryan)은 임금에 관해 노동과 자본 간의 자유계약이라는 무제한적인 권리가 있다는 것은 잘못된 가정이라고 진단한다.²⁰⁾ 그리고 이 이야기는 부적절한 임금 거래(wage deal)가 이루어질 때 사회가 노동시장 작동에 어떻게 개입해야 하는가 하는 논의로 이어진다. 라이언은 1906년 ‘생활임금(Living Wage)’과 1916년 ‘분배의 정의(Distributive Justice)’에

18) 현재 각 주의 최저임금 수준은, 이승렬 외, 앞의 책, p.100 참조.

19) Pope Leo XIII, Rerum Novarum (1891. 5, 15)

20) John A. Ryan, Social Doctrine in Action: A Personal History 67 (1941).

서 공정성 개념을 철학적으로 발전시켜 자연권(natural rights)을 주장하게 된다. 즉 신이 창조한 이 세상의 모든 자연의 산물들에 대해서는 모든 인간이 고유하면서도 동등한 권리를 가지며, 자연의 산물은 그 어느 것도 노동 없이는 이용할 수 없는 것이기에 노동은 생존의 전제조건이라는 것이다. 또한 자연권은 라이언에 의하면 내적인 것이 아니라 외부 세계와의 관계에서 지적, 도덕적, 정신적 능력을 개발시키는 것을 의미한다. 노동자는 자신의 감각적 능력을 자신의 이성적 능력에 종속시켜야 하며, 이성적 능력은 종교적 교의와 다른 사람들의 합리적 요구와 조화를 이루어야 한다.²¹⁾

나. 생활임금의 정량화

라이언은 자연권으로서의 생활임금은 최저수준이 있다고 주장하였다. 즉 인간의 존엄성은 합리적인 수준에서의 육체적 존재가 되기 위한 조건 이상이 달성되어야 하는 개념이라고 보았다. 예컨대 건강, 기본적인 안락, 도덕과 종교를 보호하기에 적합한 환경하에서 노동자가 생활할 수 있는 의식주가 보장되어야 한다고 보았다. 또한 퇴직, 질병, 사고, 장애에 보장이 이루어져야 하고, 휴식, 사고, 교육, 교인자격 등에의 기회도 보장되어야 한다고 보았다. 라이언은 이러한 내용의 임금이 사용자들이 지급해야 할 의무가 있는 생활임금이라 보았다.

한편 라이언에 의하면 노동자의 생활수준에 근거한 공정한 임금(fair wage)은 고정된 것이 아니다. 일례로 모든 사용자가 자신의 노동자들에게 생활임금을 똑같이 지급할 수 없다. 사용자들로 하여금 질적인 삶을 누려야 할 자신의 가족들을 외면하고 노동자를 위하라고는 할 수가 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 선택 상황에서 사용자가 스스로 노동자의 가족을 위한 선택을 하는 것은 무방할 것이다.

라이언의 이상의 개념은 ‘모든 노동자’가 생활임금을 받아야 한다는 것이어서 생활임금은 절대적 공정성을 의미하게 되었다. 그리고 라이언의 절대적 공정성 개념은 생활임금운동의 윤리적 기준이 되었다. 그러나 그러한 절대적 관점 때문에 정치적 논쟁의 대상이 되었고, 전국적인 최저임금법인 공정근로기준

21) Ryan, *Economic Justice: Selections from Distributive Justice and a Living Wage* 91~96, 163~164 (1941).

법이나 주 최저임금법에 반영되는 공정성 개념이 되지는 못하였다.

2. 공정성은 교섭력의 대등성이다

그 후 생활임금운동은 오하라(Edwin O'Hara)가 주도하게 되는데, 그는 공정근로기준법에 앞서 제정된 오리건 주의 생활임금법이 통과되도록 주역이다. 그런데 오하라와 그 지지자들은 공정성에 있어 새로운 개념을 도입하였다. 그것은 바로 교섭력의 대등성이다. 즉 노동자들은 노동시장에서 교섭력에 있어 열등한 지위에 있고 이를 바로잡아야 한다는 생각이 그것이다.

가. 중산층 개혁자들과 노동운동

사실 미국의 최저임금 캠페인은 개혁 성향의 중산층들과 상대적 저임금의 여성그룹이 이끌었다. 이들이 단체행동 대신 선택한 입법운동은 임금에 있어서 공정성 논쟁을 불러일으켰는데, 전국 소비자리그(National Consumers' League, NCL)와 전국 여성노조리그(National Women's Trade Union League, NWTUL)가 그 대표 조직이었다.

전국소비자리그는 1891년 뉴욕에서 조직되고 1898년 여러 지역 연합이 전국 소비자리그에 결집하게 된다.²²⁾ 이 조직의 목표는 중산층으로 하여금 합법적이고 안전하며 공정한 근로조건을 의미하는 이 조직의 라벨이 붙은 생산품만을 소비하도록 함으로써 노동자의 근로조건을 변화시키려는 것이었다. 한편 전국 여성노동리그는 상대적 저임금노동자이자 전시상황에서 과도기적 노동자로 취급받던 여성 노동자들의 노조였는데 미국 노동총동맹(AFL)의 구성원이기도 했지만 노동총동맹의 반대에도 불구하고 전국적인 최저임금법 제정운동을 전개하였다.

22) Vruce Goldstein et al., Enforcing Fair Labor Standards in the Modern American Sweatshop: Rediscovering the Statutory Definition of Employment, 46 UCLA L. Rev. 983, 1062~1063 (1999).

나. 초기 최저임금법과 생활임금캠페인의 초석

생활임금운동의 입법화는 그간의 경제적·철학적 사고에도 불구하고, 정치의 장에서 행해지는 일인 만큼 미국은 20세기 초 미국에 유사한 경제규모를 가진 산업국가에서 성공한 법정 최저임금을 가진 국가가 있는지 확인하는 작업에 착수하였고 상당히 자신감을 얻게 된다. 1894년 뉴질랜드 빅토리아 지방은 노동분쟁에 대한 강제중재법을 통과시키면서, 같은 법으로 노사정으로 구성된 최저임금위원회를 탄생시켰다.²³⁾ 그리고 퀘벡과 같은 오스트레일리아 지방도 유사한 법을 1900년 이후 통과시켰다. 영국도 1909년 빅토리아 법을 모델로 하여, 다른 산업보다 일반적 수준의 임금률(*prevailing rate of wages*)이 현저하게 낮은 산업에서 최저임금을 정하는 위원회를 탄생시킨다.²⁴⁾ 나아가 미국은 오스트레일리아, 뉴질랜드, 영국에 있어 생활임금법 시행에 필요한 예산을 검토함으로써 과학적 방법으로 계산된 여러 연구들과 추정치들을 제출하고²⁵⁾ 국민의 마음을 흔들 수 있을지 검토하게 된다.

다. 메사추세츠 주와 미국 최초의 최저임금법

이상 여러 요인의 복합적인 결과로 미국 최초의 최저임금법이 1912년 메사추세츠 주에서 탄생된다. 다만 이 법은 여성노조가 주도한 것이었기 때문에 여성과 연소자에 한정하여, 그것도 사업주에게 권고하는 수준에서 임의적인 것으로 입법화되었던 한계를 가진다.²⁶⁾ 여하튼 근로시간 단축이 함께 규정되었던 이 법이 통과된 후 1912년 1월 섬유제조업자들은 근로시간 단축에 따라 임금도 삭감될 수 있다며 법에 저항하게 되고, 다른 한편 노동자들은 가족들의 생계를 부양하는 수준으로 임금을 끌어올리기 위해 파업을 하게 되는, 서로에게 매우

23) Judith A. Baer, *The Chains of Protection: The Judicial Response to Women's Labor Legislation* 74 (1978).

24) Irene Osgood Andrews, *Minimum Wage Legislation*, reprinted in *New York State Factory Investigating Commission* 8 (1914).

25) 예컨대 Louse Bolard More of Columbia University는 뉴욕 시의 200여 가구를, R.C. Chapin 박사 역시 뉴욕 시의 642가구를, J.C. Kenndy를 비롯한 시카고 대학 교수들은 시카고 스톡야드 구역의 184가구 등을 조사해 보고한 것이 시발이 되었다.

26) Dorothy W. Douglas, *American Minimum Wage Laws at Work*, 9 *Am. Econ. Rev.* 701, 705 (1919).

잔인하고 고통스러운 기간을 거치게 된다. 또한 노동운동도 두 파로 나누어지는 결과를 안게 된다.²⁷⁾ 그러나 메사츄세츠 주는 이 법으로 최저임금인상에 성공하게 된다.

라. 공적 교섭(public bargaining)과 최저임금

메사츄세츠 주가 최저임금법을 만든 후 1년 내에 8개의 주(state)가 주 최저임금법을 통과시키게 된다.²⁸⁾ 그런데 사실 뉴질랜드, 오스트레일리아, 영국은 노사 또는 노사정이 참여하는 임금위원회를 탄생시킨 '공적 교섭' 모델이었다.²⁹⁾ 그리고 이 위원회는 과학적으로 수집된 정보에 근거하여 근로가정 가족의 필수 생계비를 산출하여 권고하는 역할을 담당하였다. 그런데 여기서 '필수 생계비'는 객관적 기준(objective standard)에 의해 산출되는 것이었지만, 노사 간 중재에 유사하게 분쟁이 해결(quasi-arbitrator of disputes)되는 방식이었다. 여하튼 운이 따를 경우 공정임금도 실현될 기회를 갖는 이 법들로 인하여 임금 결정과정에서 노동자의 교섭력의 공정성은 한층 보호되게 되었다. 나아가 이 법들은 노동시장 내에서도 가장 낮은 임금을 받는 근로자들을 위한 것이기 때문에, 그들의 노동시장에서의 열악한 교섭력의 결과나 그로부터 파생된 어떠한 결과로부터 보호를 행하게 되었다.

공적 교섭의 과정은 그 자체로서가 목적이 아니다. 교섭력의 공정성도 지침은 생활임금이었다. 그러나 생활임금운동은 절대적 공정성 개념을 입법으로 구체화할 충분한 교섭력의 근거를 제공해 주지 못하였다. 대타협이 필요했지만, 결과적으로 주법들은 라이언의 생활임금기준을 만족할 만한 임금을 설정하지 않았다.

27) Melvyn Dubofsky, *We Shall Be All: A History of the Industrial Workers of the World* 245, 251 (1998).

28) Elizabeth Brandeis, *Labor Legislation*, in 3 *History of Labor in the United States, 1896~1932* 501-03; *The Minimum Wage: An International Survey*, League of Nations Series D No. 22 193 (1939).

29) Alice S. Cheyney, *The Course of Minimum Wage Legislation in the United States*, 38 *Int'l Lab. Rev.* 26, 28 (1938).

마. 오리건 주의 공적 교섭법

오리건 주는 최저임금법으로 교섭력의 공정성을 부여하려 했던 많은 주들 가운데 최고의 사례이다. 메사추세츠 주의 최저임금법과 달리, 오리건 주의 임금 위원회는 금전벌과 금고와 같은 보다 강력한 제재를 채택하였다.³⁰⁾ 그리고 오리건 주의 기준은 생활임금을 담아내고자, 생계비와 건강한 사람이 삶을 영위하는 데 필요한 적절한 임금을 최저임금으로 지급할 것을 요구하였다.³¹⁾ 물론 오리건 주 법은 지역이나 산업에 따른 생활임금의 차이를 인정하였지만 생계비만큼은 확일적으로 적용시켰다. 그러나 이 법 또한 라이언의 절대적 공정성과는 다른 개념에 기초한다. 즉 교섭력의 공정성으로는 현실에서 생활임금을 보장하지 못하였고, 양 당사자가 생활임금으로 긍정하는 데 합의하는 임금거래를 유도하는 방법에 불과하였다.

Ⅲ. 공정경쟁과 암묵적 사회적 계약으로서의 미국 공정근로기준법

1938년 미국에서는 연방법인 공정근로기준법이 제정된다. 그런데 여기에는 앞서 살펴본 두 가지 개념의 ‘공정성’은 반영되지 않았다. 대신 공정근로기준법은 당시 증가일로에 있던 전국 단위 생산시장(주간통상, interstate commerce)에서 공정경쟁(fair competition)을 보장하려는 수단이었다. 세 번째 공정성 개념이기도 한 “공정성은 공정경쟁이다”라는 경쟁적 공정성(Competitive Fairness) 개념은 노사 간의 교섭력의 차를 극복하고자 했던 종전 개념과 달리, 사용자 상호 간의 공정성을 확보하여 상대적 저임금(그리고 과도한 근로시간)을 금지하고자 하였다.

30) Edwan V. O'Hara, A Living Wage by Legislation: The Oregon Experience xiv (1916).

31) Victor P. Morris, Oregon's Experience with Minimum Wage Legislation 81 (1930).

1. 공정성은 공정경쟁이다

가. 프랭클린(Flanklin)과 프렌시스(Frances)

대공황의 시작은 근로가정의 생활과 국가의 정치적 삶에 큰 위기를 가져왔다.³²⁾ 국가 수입이 반으로 줄어들고, 임금지급률도 최저치를 기록했다. 실질임금은 낮아졌고 근로시간은 제1차 세계대전 이래 최장시간을 기록했다.³³⁾ 고용도 1910년보다 낮아져 전체 근로인구의 3분의 1이 실업상태에 놓이게 되었다.³⁴⁾ 루스벨트 대통령은 이를 직시하기 시작하였다.

경제위기는 한편으로 법정 최저임금을 입법화하려는 세력의 정치적 교섭력을 증대시켰다. 루스벨트와 노동부장관 프랜시스 퍼킨스는 노동시장에서 대등하지 못한 교섭력의 결과로 발생한 부적절한 임금을 끌어올리는 데 도움이 되는 공정성 개념을 입법화하려고 하였다. 다만 루스벨트도 퍼킨스도 새로운 논쟁을 시작한 것은 아니었고 기존의 공정성 개념을 반영시키려 하였다.

예컨대 퍼킨스는 여성과 연소자를 위한 상대적으로 짧은 근로시간법을 입법화하려고 했다. 퍼킨스는 상원의원이자 뉴욕 알바니의 근로시간법을 위한 로비스트였던 시절인 1910년 루스벨트를 만났다. 그 당시 퍼킨스는 다소 논쟁의 여지는 있지만 노동운동가의 단체행동보다는 생활임금운동의 입법운동 편에 서 있었다. 그런데 루스벨트는 당초 근로시간법에 그리 적극적이지 않았다. 1913년 윌슨 대통령이 부를 때까지 그는 뉴욕 노동자들이 겪고 있던 노동착취와 노동조건에 관해 개인적으로 전혀 알지 못하였다.³⁵⁾ 그리고 임금을 둘러싼 공정성 논쟁에서 열렬한 입장을 보이지도 않았다. 실제 루스벨트는 초기 임금에 있어서의 공정성 논쟁과는 전혀 연결되지 않은 사람이었다. 그러나 퍼킨스는 장래의 대통령이 관련 리포트를 읽으면 그것을 믿을 수 있다고 보았고, 그의 예상은 적중했다.³⁶⁾ 루스벨트가 뉴욕 주지사였을 때 퍼킨스는 관련 자료를 보여주었고, 루스벨트는 노동착취 속에 참혹한 현실에 처해 있는 뉴욕 근로자들을 보

32) Joint Hearings on S.2475 Before the Senate Comm. on Educ. and Labor (1937).

33) 앞의 주 참조.

34) 앞의 주 참조.

35) Frances perkins, The Roosevelt I Knew 17 (1946).

36) 앞의 책, p.22, p.26 참조.

호하기 위한 입법을 강력히 지지하게 된다.

나. 미국 전국산업부흥법(National Industrial Recovery Act)과 교섭력의 공정성 개념

생활임금운동과 노동운동 간 최저임금법 제정을 위한 작은 다툼이 최장 근로시간입법을 두고 일어났다. 최장 35시간을 1주 근로시간으로 설정하려 했던 블랙 상원의원의 입법을 두고 양 진영 간 입장차이가 있었다.³⁷⁾ 최저임금 없는 법정 근로시간 단축은 소득의 감소로 이어질 게 불 보듯 뻔하다는 입장이 제기되었다. 그리고 퍼킨스는 이 법안으로 교섭력의 공정성을 확보할 수 있을지 확인하는 작업을 벌였는데 그리 긍정적이지 못한 결과를 얻게 된다.³⁸⁾

루스벨트는 대통령이 된 후 블랙 상원의원 법안의 대안으로서 전국산업부흥법을 제시한다. 이것은 미국 내 모든 남성과 여성의 최저임금과 최장근로시간을 규율하고자 하는 첫 번째 포괄입법이었다. 그리고 이것은 공정경쟁(fair competition)이라는 개념을 입법화한 첫 번째 입법이었다.

루스벨트는 부적절한 임금의 원인을 과잉생산에서 찾았다. 공황으로 돈에 쪼들리는 사용자들은 생산가격을 깎으려는 강력한 압박을 받게 되며 그들의 상품을 공급과다 시장에서 팔게 되고, 결국 사용자는 자신의 노동시장에서의 우월한 교섭력을 이용하여 임금과 근로시간을 노동자에게 불리하게 결정하게 만든다는 것이다. 생산시장에서의 공정경쟁은 노동시장에서의 경쟁을 위한 기준을 마련하는 의미였다. 루스벨트는 전국산업부흥법을 선택했고, 교섭력의 공정성과 경쟁적 공정성 개념을 성문화한 하이브리드 입법을 만들게 된다.

전국산업부흥법 제1편은 대부분 주의 최저임금법상의 공적 교섭 절차를 대체하는 산업협회(trade or industry associations)에 최저임금과 최장 근로시간을 포함한 공정경쟁 법안을 작성하도록 하였다. 여기에는 간혹 노동자대표가 포함될 수도 있지만 대체로 사용자들로 구성된다. 협상의 결과물은 그 후 노동위원

37) Elizabeth Brandeis, Organized Labor and Protective Labor Legislation, in Labor and the New Deal 195, 199 (1957).

38) Robert F. Hinnelberg, The Origins of the National Recovery Administration: Business, Government and the Trade Association Issue 1921~1933 197~199, 203 (1976).

회, 사용자위원회, 소비자위원회에 알려져 수정을 거칠 수도 있으며, 직접적인 단체교섭은 이 위원회들 내에서 이루어진다. 최종적으로 청문회를 거쳐 대통령이 서명함으로써 효력을 발하는 법이었다.

결국 전체 적용대상의 90%에 이르는 산업 노동자를 대상으로 하는 약 600여 개에 이르는 법이 만들어졌다.³⁹⁾ 루스벨트가 희망했던 산업부흥은 일어나지 않았지만 임금인상에 있어서만큼은 확실한 효과가 있었다. 다만 공적 교섭시스템은 노동운동이 기대했던 만큼 기능하지 못하였다. 오히려 이 법으로 공적 교섭을 대체하는 효과가 나타났다.⁴⁰⁾

다. 경쟁적 공정성 대(對) 교섭력의 공정성: 공정근로기준법을 정의하기 위한 다툼

미국 의회는 1938년 지난한 논쟁에 종지부를 찍게 된다. 공정근로기준법의 틀을 결정하는 공정성 개념으로 교섭력의 공정성과 경쟁적 공정성 간에 줄다리기가 끝나고 경쟁적 공정성을 받아 들여 루스벨트 대통령은 공정근로기준법에 서명하게 된다. 공정근로기준법의 목적이기도 한 경쟁적 공정성의 목표는 노동시장에서의 임금과 근로시간을 규제하여 생산시장에서 발생할 수 있는 부당한 가격 경쟁을 제한하고자 하였다. 이것은 의회가 획일적이고 전국적인 기준을 마련하는 의미를 가지고 만약 사용자가 이러한 기준을 어겨 최저임금 이하로 임금을 낮추는 등 노동비용을 줄이면 선적을 금지하는 등 주간통상을 금지하는 의미까지 가지게 되었다.⁴¹⁾

Section206은 의회에 의해 특별히 제외된 경우를 제외하고 모든 사용자는 “통상 또는 통상을 위한 상품의 생산에 종사하는(engaged in) 근로자 각각에게 (each)” 법정 최저임금을 지급하여야 한다고 규정하였다.⁴²⁾ 한편 Section207은 “어떤(any)” 근로자에게든 연장근로수당을 지급하도록 하였다.⁴³⁾ 그런데 미 연

39) The Public Papers and Addresses of Franklin D Roosevelt: The Advance of Recovery and Reform 276 (1934).

40) Elizabeth Brandeis, Organized Labor and Protective Labor Legislation, in Labor and the New Deal 195, 206 (1957).

41) 자세한 내용은 이승렬 외, 앞의 책, pp.106~112.

42) 29 U.S.C. 206(a) (1994).

43) 67. Id. at207(1) (1).

방헌법은 예컨대 어떤 노동자들이 공정근로기준법에 의한 최저임금, 최장 근로 시간 등의 보호를 받는지는 사법부의 해석권한으로 하고 있다. 미국 법원은 사실 미 의회의 방향과 달리 그 범위를 좁게 해석하는데,⁴⁴⁾ 특히 “사용자,” “근로자(employee),” 그리고 “고용하다”의 정의의 순환성(circularity)에 주목하고 있다.⁴⁵⁾ 그러나 동시에 미국 법원은 구체적 사안에 있어 경쟁적 공정성을 가급적 실현하려는 입장에 있다. Section206과 section207을 법에 의해 명확히 제외된 자가 아닌 이상 “모든 근로자를 포함한 모든 노동자,” 그리고 “모든 사용자”를 보호하는 조문으로 이해하는 것이 그것이다. 예컨대 미 공통법(common law)⁴⁶⁾이 노동자와 사용자를 주종관계(masters와 servants)로 이해하는 것과 매우 큰 차이를 보이게 되는 이러한 해석⁴⁷⁾은 미 공통법보다 미 의회의 입법의도에 무게를 두고자 하는 미 연방대법원에 의해 지지를 받았다.

44) Willis J. Nordlund, *The Quest for a Living Wage: The History of the Federal Minimum Wage Program* 52, at 99 (1997); Bruce Goldstein et al., *Enforcing Fair Labor Standards in the Modern American Sweatshop: Rediscovering the Statutory Definition of Employment*, 46 *UCLA L. Rev.* 983, 1105 (1999).

45) 공정근로기준법은 “사용자”를 “근로자와의 관계에서 사용자의 이익을 위해 직접 또는 간접으로 행위하는 자(any person)”로 정의하고, “근로자”를 “사용자에 의해 고용된 개인”으로 정의하였으며, “고용하다”는 “일”(work)을 하거나 하도록 허락하다로 정의하고 있다(29 U.S.C. 203(d), (e)(1), (g); 202(a)).

46) 보통법이라고 번역하는 것이 전혀 틀린 것은 아니다. 다만 이러한 번역용어는 우리에게 없는 것이기 때문에 미국 법 내에서의 무슨 의미를 가지는지 알 수 없다는 점이 문제다. 그러한 의미에서 이 법은 미국 내에서는 주(state)에 상관없이 어느 주에나 적용되는 공통법이고, ‘common’에는 ‘공통의’라는 뜻도 있기 때문에 ‘미 공통법’으로 번역한다. 만약 어느 주가 공통법에도 불구하고 그것의 일부 내용(보통법을 전면 부정하는 주는 없다)을 다르게 하고 싶다면 그 부분은 구별되는 점(distinction)으로 부르고 그렇게 한다. 그러나 공통법을 근간으로 법 영역의 경우 우선 공통법을 다루고 나서 구별되는 점을 함께 가르친다. 또한 공통법은 본래 영국에서 유래하였다고 소개되고 있지만 미국 법 교과서 등 어디에서도 영국은 언급되지 않아 양국의 이 법이 같은지 다른지를 알 수 없고 또한 이것이 영국과 미국의 공통법이 다르다는 출발이 될 수 있기 때문에 ‘미 공통법’으로 지칭한다. 마지막으로 미 공통법의 내용이 반드시 분쟁(소송)을 전제하는 것이 아니라서 모든 내용이 판례법(case laws)에 반영된 것도 아니고, 예컨대 구속될 선택이 없는, 즉 최초로 다루어지는 사안이라면 판사는 판례법이 아닌 공통법을 보게 되며, 특히 미국에서 성문법(statute)이 만들어진 영역에서는 판례법이 그 성문법에 의해 형성되므로 미국에서 공통법은 판례법과 구분해서 생각해야 한다. 같은 이유로 미국 법원에서 공통법은 성문법이 없는 경우 1차 법원(法源)으로 고려하기 때문에 단순한 관습법이 아니다. 물론 공통법은 불문법의 하나로 불리지만 그것을 가르쳐야 하는 미국 로스쿨에서는 이를 교과서에 담아 두었기 때문에 우리는 눈으로 그 내용을 확인할 수 있다.

47) *United States v. Rosenwasser*, 323 U.S. 360 (1945).

2. 공정성은 암묵적 사회적 계약(Implied Social contract)이다

뉴딜시대의 입법인 공정근로기준법의 초기에는 주종관계(master-servant)에서 사용자와 근로자를 바라보는 미 공통법상의 기준이 그대로 적용되어 근로자가 제3자에게 불법행위를 행한 경우 사용자가 책임을 부담하는 것이 공정한가 하는 법리가 전개되었다.⁴⁸⁾ 그리고 주인이 종의 일을 통제하고 있었는지(control), 종이 이윤과 손실을 부담하는지(opportunity for profit or loss), 종의 일이 특별한 기술을 필요로 하는지, 주인이 작업도구를 제공하고 투자하는지, 주인과의 관계가 종신인지(permanence), 종의 일이 주인의 일에 부합하는지 등이 구체적 판단기준이 되었다.

그러나 공정근로기준법은 전국노동관계법, 사회보장법과 함께 1930년대의 사회적 입법(social legislation)의 일부로 간주되었다. 즉 공정근로기준법은 최저임금과 연장근로 시 가산임금 등 모든 적용대상 노동자를 위한 기준을 마련하였다. 사회보장법은 세금을 통해 사용자들이 특정한 이유로 근로할 수 없는 적용대상 노동자들을 위해 경제적 지원을 하도록 하였다. 이것은 마치 초기 사회경제학자들의 주장인, 사용자들이 노동자의 최저생활을 위한 지불의무가 있다고 보았던 것을 떠올리게 한다. 공정성은 암묵적 사회적 계약이라는 것은 교섭력의 공정성이라는 생활임금운동의 도덕적 지침을 매우 닮아 있다.

그러나 주의 깊게 살펴보면 다른 점도 있다. 첫째, 공정근로기준법에 의해 설정된 법정 최저임금의 지급을 받는 노동자들은 사회보장법상의 급여 또한 이용 가능하기 때문에 생활임금은 받지 못한다. 라이언은 생활임금을 노동자들에게 약속할 때 노동자와 그 가족에게 건강, 안락, 좋은 도덕감, 신의 등을 유지하기에 충분한 의식주와 함께 퇴직, 질병, 재해, 장애 시 사회보장급여까지 포함하여 제시하였고, 그 밖에도 오락, 사교, 교육, 그리고 교인자격까지 언급하였다. 반면 공정근로기준법에 의한 최저임금과 관련하여, 미 연방대법원의 리드(Reed) 판사는 예컨대 암묵적 사회적 계약인 공정근로기준법은 그 노동자가 근로하는 동안에 전체 총수입을 증가시키지 않는 구도라고 생각하였다. 요컨대

48) Restatement of Agency 220(1), cmt, a (1933).

그들의 교섭력을 포기하고 사용자에게 종속되더라도 리드 판사의 생각은 그 노동자에게는 라이언이 정의한 생활임금보다는 적은 임금이 지급되면 족할 뿐이었다.

둘째, 암묵적 사회적 계약으로서의 공정성이 최저임금을 보장한다고 하더라도 의존성 기준(dependence test)은 일정한 노동자들을 법의 적용대상에서 제외하는 기준이라고 보았다.⁴⁹⁾ 이 생각은 예컨대 라이언이 모든 근로는 개인에게 최저생활을 보장해야 한다는 절대적 공정성 개념과 대비된다. 근로의 질이나 양과 무관하다고 하였던 라이언과 달리, 리드 판사는 공정근로기준법에 의한 최저임금 등을 지급해야 하는 사용자의 의무는 노동자의 전체적인 고용상황이 사용자와 충분히 결합되어 있어야만 인정되는 의무이다. 리드 판사의 의존성 기준하에서 때로는 일정한 사람들은 법의 보호로부터 배제될 수 있다. 이러한 의미에서 암묵적 사회적 계약인 공정성은 경쟁적 공정성과는 아주 다른 형태의 공정성을 사용자에게 제시하게 된다. 사용자들은 자신에게 완전한 충성과 전일 노동을 입증한 노동자에게만 법이 정한 최저임금을 지급하면 족하게 된다. 이것은 *Adkins v. Children's Hospital*에서 서더랜드(Sutherland) 판사가 제시한 교환적 공정성 개념으로 이후 반복해서 나타나게 된다.⁵⁰⁾ 사용자에게 생활임금 지급의무가 있다고 보았던 라이언의 개념이나 이를 지지하였던 사회경제학자들의 생각과는 큰 차이가 있다.

셋째, 암묵적 사회적 계약으로서의 공정성은 생활임금운동이 공정근로기준법의 범문에서 더 나아가고 있는 경험적 기초에 주목하였다. 결과적으로 의존성 기준은 노예제 폐지와 맞닿아 있는 임금에 있어서의 공정성 논쟁의 전제를 거부하였다. 저임금 노동시장에 있는 노동자들은 그들의 사용자와 교섭을 통해 자신의 최저생활을 보장할 충분한 교섭력을 가지고 있지 않았다. 그러나 법원의 입장은 각 노동자가 개인적 상황에 따라 얼마나 무엇을 증명하는가에 좌우되었다. 노동자들은 리드 판사의 암묵적 사회적 계약이라는 생각에 따라 일정한 결실을 얻으려면 자신의 교섭력을 항구적으로 포기해야 했다. 그렇지 않으

49) 이 기준에 의해 근로자인지 여부, 즉 독립계약자(independent contractor)와 근로자의 구분이 이루어진다.

50) Water Galenson & Robert S. Smith, *Labor in the Twentieth Century: The United States*, in *Labor in the Twenties Century* 12, 13, 16.

면 노동자들은 사회적 계약으로부터 보호받지 못하고 오로지 자신의 교섭력을 통해 노동시장에서 사용자와 거래를 해야 했다.

마지막으로 공정성이 암묵적 사회적 계약이라는 생각은 생활임금을 입법화하려는 노력을 지지하는 도덕적·경제적 주장은 될 수 있더라도, 공정근로기준법의 입법 역사에 비추어 볼 때 생활임금과 교섭력의 공정성 개념을 지지하는 자들이 의회에서 패배한 개념이라는 상기한다. 공정근로기준법은 절대적 공정성이나 교섭력의 공정성을 입법화하지 않았고, 경쟁적 공정성이 승리자가 되었다. 이러한 이유로 공정근로기준법을 다룬 판결들은 여러 공정성 개념이 공존하는 시기에 입법화된 공정근로기준법임에도 매우 인색하고 약한 공정성 개념을 도입한 것으로 이해하였다. 결과적으로 암묵적 사회적 계약이라는 공정성 개념이 근간으로 하는 의존성 기준은 실패한 기준으로 일정한 노동자들을 법의 보호로부터 배제하였다.

다만 이후 경쟁적 공정성은 암묵적 사회적 계약이라는 공정성 개념에 의한 잠식에도 불구하고, 공정근로기준법의 적용대상에 더 많은 노동자들을 입법적으로 포함시키는 데 기여하게 된다. 예컨대 가사사용인(domestic services employees)에게 최저임금을 규율하는 공정근로기준법을 적용하는 대표적 국가인 미국이 처음부터 그러한 태도를 취했던 것은 아니라는 것이다. 1974년까지 모든 가사사용인은 미국에서 최저임금의 적용을 받지 못하였다. 일정한 노동자를 법의 적용에서 제외하는 현 틀 속에서, 자기 자신을 돌볼 수 없는 자들에게 동료에 차원의 일시적으로 제공하는 가사서비스를 제공하는 가사사용인들은 공정근로기준법에서 적용 제외된다.⁵¹⁾ 그러나 동시에 최저임금을 요구하는 별도 규정에서, 그러한 노동자에 대한 보상이 사회보장법 제209(a)(6)에 의해 거부되지 않는 한 이 법에 의해 최저임금 이상의 임금이 지급되어야 한다고 규정하고 있다.⁵²⁾ 사회보장법 제209(a)(6)은 임금의 정의에서 가사사용인에게 지불된 일정한 보수를 제외하고 있는데 만약 그 보수가 현금 이외의 것으로 지불되거나 법이 정한 기준 미만으로 지급(1994년에 1,000달러)되는 경우이다.⁵³⁾ 결과적으로 노인이나 아동돌봄 서비스와 같은 동료에 차원의 서비스가 아닌 정기적·지속

51) 29 U.S.C. 213(a)(15) (1994).

52) 29 U.S.C. 206(f)(1).

53) 42 U.S.C. 409(1)(6) (1994).

적으로 가사서비스를 제공하는 가사사용인에게는 사회보장법이 정한 기준 이상의 현금이 지급되는 경우 최저임금이 지급되어야 한다.⁵⁴⁾

그런데 가사사용인에게 적용을 제외하였던 이유는 무엇인가? 첫째, 고학력 전문직이었던 유모들이 종종 최저임금 이상으로 고소득을 올렸고 그리하여 이들이 적용제외에도 불구하고 전혀 영향을 받지 않았던 집단이었다는 것이다. 그리하여 마치 고소득 전문직에 관해 공정근로기준법의 적용제외를 폐기하라는 것처럼 이들에 대한 적용제외 문제는 쉽게 풀려갔다.

둘째, 이들을 적용제외하였던 이유에는 이들을 고용하는 가정의 사적 영역이라는 이유들이 자리하고 있었다.⁵⁵⁾ 그러나 공정성은 “사적 영역”에 관해 다양성을 부여하였다. 예컨대 어떤 형태의 가사노동은, 특히 아동돌봄의 경우 감독이 쉽지 않다. 노동자가 현재 일하고 있는지, 일의 질은 어떠한지 등 모니터링이 쉽지 않아 처음에 노동자를 고용한 목적을 상실시키곤 한다. 공정성은 사용자와 노동자가 최저임금 적용 여부와 상관없이 결국 기대하는 임금보다 높은 임금을 책정할 수도 있다.

IV. ‘공정성’ 패러다임 측면에서 본 국가의 역할

미국의 공정성 논쟁과 공정근로기준법에 반영된 공정성 개념을 살펴보면 무엇보다 최저임금법에 관한 일반적 이해 내지 국가의 역할에 관해 주목된다. 사실 우리는 최저임금법 제정으로 국민의 최저생활에 관심을 두고 이후 현재와 같이 그 법의 목적으로서 “근로자에 대하여 임금의 최저수준을 보장하여 근로자의 생활안정과 노동력의 질적 향상을 꾀함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것을 목적으로 한다”고 밝히기에 이르렀지만, 이른바 ‘공정성’ 등의 논의나 최저임금법의 패러다임을 공식적으로 제기한 바 없다. 다만 노동법학자를 중심으로 최저임금법이나 근로기준법은 말하자면 대등하지 못한 ‘교섭력에

54) 29 U.S.C. 213(a)(15) (1994); 29 C.F.R. 552.5 (2000).

55) Peggie R. Smith, *Regulating Paid Household Work: Class, Gender, Race and Agendas of Reform*, 48 Am. U. L. Rev. 851, 906~915 (1999).

있어서의 '공정성' 정도가 부분적으로 인식되고 있을 뿐이다. 그러나 교섭력에 있어서의 '공정성'은 미국의 '공정성' 논쟁에서 보듯이 그 자체가 목적이 아니라 절대적 '공정성'인 생활임금을 실현하기 위한 도구개념에 가깝다. 과연 우리에게 최저임금법 내지 최저임금제는 생계비를 반영하여 최저임금을 결정한다는 것 외에 어떤 철학이 존재하는 것인가. 그간의 경제개발과 성장에 대한 보상 차원의 분배라고 보기에 역부족이고 생활임금의 실현이라 보기는 더더욱 어렵기 때문이다.

미국에서 최저임금은 각 주(state)가 규율하는 것을 원칙으로 하는 주내 활동(intrastate activities)이라면 각 주의 규율권한 내에 있다. 그리고 그러한 이유로 연방기준인 공정근로기준법에 의한 최저임금보다 높은 수준의 최저임금을 규율하는 주들도 상당하다. 반면 전국적 생산시장에서 경쟁이 이루어지는 주간통상(interstate commerce)이라면 이야기는 달라진다. 주의 기준보다 높다면 높은 연방법인 공정근로기준법이 적용되고, 여기에는 여러 '공정성' 개념 중 '경쟁에 있어서의 공정성' 개념이 투영되어 있다. 특정 주의 최저임금이 연방의 그것보다 높지 않은 이상 전국적 기준인 연방기준을 준수하여야 합법적인 주간통상이 가능한 것이 미국이고, 그것이 '공정한 경쟁'이라는 이해를 보여주고 있다. 현재 우리나라의 중앙집중적인 최저임금 결정방식이 아닌 지역별·산업별 최저임금 결정방식을 통해 오히려 국가기준보다 최저임금을 낮추려는 입장들도 있음을 감안하면, 미국의 생각은 그 반대임을 보여준다. 만약 지역별 등의 최저임금 다양화를 생각한다면 최저임금 규율은 상향조정을 염두에 둔 개념이라는 점을 자각하여, 적어도 미국과 같이 중앙기준과의 병존을 통해 현재의 최저임금을 낮추는 요인은 되지 않도록 설계되어야 할 것이다. 이상은 비단 절대적 '공정성'만을 생각한 개념이 아니다. 지역의 생산품과 노동력이 그 지역 내에 머무르는 것이 아닌 한 전국적 시장에서의 규율은 적어도 반드시 획일적인 기준이 되어야 공정근로기준법에 반영된 그 개념, 즉 '경쟁에 있어서의 공정성'이 달성될 것이다.

다만 임금에 있어서 미국 '공정성' 논쟁의 역사는 동적이고 상대적인, 노동자와 그들의 옹호자들의 정치적 교섭력의 역사이기 때문에 각 이해당사자들의 참여가 요구될 것이고 또한 이것이 실행될 경우 미국의 역사로부터 교훈도 얻어야 할 것이다. 미국의 산업혁명 이후 노동시장에서 사용자와 노동자 간의 규제

되지 않은 임금 거래가 가족의 생활을 영위하기에 필요한 수준 이하로 끌어내렸다는 경험적 증거에 대해서는 거의 논쟁이 없다. 대등하지 못한 교섭력의 결과들을 치유하기 위해 무엇을 하여야 하는가 하는 규범적인 시각을 둘러싼 논쟁이 있었을 뿐이다. 그리고 파업, 제1차 세계대전 이후 노동공급에 있어서의 위기에 따른 경제적·사회적 위기상황은 생활임금운동의 정치적 조직화, 지적이고 경험적인 개혁성향의 학자들로 인하여, 20세기 초 제한된 기간 동안이지만 정치적 교섭력의 균형을 찾게 된다. 결과적으로 일부 주 법과 연방정부는 교섭력의 공정성 개념을 채택하여 저임금 노동시장에서의 임금거래를 규율하는 공적 교섭법을 입법화하였다. 그리고 이 법의 궁극적 목표는 라이언이 이야기하였던 절대적 공정성 개념을 향해 나아가는 것이었다.

정치적 교섭력의 가장 중요한 변화는 대공황의 시작과 함께 왔다. 그 결과는 공정근로기준법이었다. 그러나 노동운동과 생활임금운동 간의 오래된 불협화음은 집단적인 정치적 교섭력을 약화시켰다. 공정근로기준법은 교섭력의 공정성 및 모든 근로자들을 위한 생활임금을 보장하는 대신, 전국적인 생산시장에서의 사용자들 간의 공정경쟁을 유도하는 경쟁적 공정성 개념을 입법화하였다. 그러나 제2차 세계대전이 끝나고 난 이후 법원은 경쟁적 공정성 개념을 반영하는 해석을 취하지 않았는데, 부분적으로는 노동자들과 그들의 옹호자들을 1930년대 일시적이거나 향상된 교섭력을 가짐으로써 가능해진 승리의 결과물과 분리하는 입장이었다. 대신 법원은 공정성은 암묵적 계약이라는 개념을 통해 일정한 노동자들을 공정근로기준법의 최저임금규정과 최장근로시간규정의 보호에서 배제하고 소송을 통해 자신이 법의 적용대상인지 다투도록 하였다.

중요한 문제는 법원이 공정근로기준법을 어떻게 해석할 것인가이다. 즉 정치적 교섭력이 동적이고, 공정근로기준법과 같은 정치적 교섭력을 이동시키는 법들이 중요한 경제적·사회적 위기 없이는 입법화되지 않았을 것이고, 이 법들은 복합적인 공적이고 기업이 생산활동 이외의 활동을 통해서 이윤을 추구하는 일(rent-seeking)에 관련된 법이기 때문이다. 연방대법원의 판결들은 대체로 미공통법을 이 법들과 조화시키는 지나친 부담을 가졌던 반면, 제2차 세계대전 이후의 공정근로기준법의 해석은 현재의 그들의 정치력의 상태가 그들의 결정에 영향을 미치는 해석을 가능하게 하였다. 대공황과 제2차 세계대전으로 이어

진 노동력 공급의 위기로 말미암아, 법원은 정치의 장에서 상대적인 교섭력은 조건을 변화시켰다고 보았다. 사용자들은 정치적 계급화, 저임금의 조직화되지 않은 노동자들을 보게 되었다.

한 가지 어려움이 있다면 사용자가 경쟁적 공정성과 암묵적 사회적 계약의 부담을 가지는 집단인지 여부에 관한 불확실성이었다. 경쟁적 공정성은 사용자들의 노동시장에서 우월한 교섭력으로부터 노동자들을 보호하기도 하고, 부당한 경쟁 전략을 가진 다른 사용자로부터 법을 준수하는 사용자들을 보호하기도 한다. 공정성은 암묵적 사회적 계약이라는 것은 더 이상 경쟁적 공정성을 저해하지 않았다. 무엇보다 노동자들은 과거 의존성 기준(dependence test)을 대체하는 일시적이지만 보다 향상된 정치력을 경험하게 되었다. 모든 사용자의 모든 노동자들은 최저임금 등의 혜택을 받게 되었다. 그리고 법원은 적용제외자들에 대해서도 정치적 이해당사자 집단의 역할이 중요하다고 인식하였다.

이 글이 국가가 주도적으로 공정성 논의와 논쟁을 시작해야 한다고 주장하고 있음을 고려할 때, 우선 미국의 법원은 간혹 미 의회의 의도를 비껴가기도 하였는데 그 예가 암묵적 사회적 계약의 하나로 공정근로기준법을 바라보는 생각이다. 그러나 성문법 국가인 우리에게 있어 그것은 하나의 우려에 불과하다. 그리고 우리가 공식적으로 '공정성' 논쟁을 시작하면서 미국 법원의 생각을 보게 되더라도 그리 우려할 만한 일은 없다. 첫째, 사용자에게 최저임금의 지급의무가 있다는 기본적인 틀은 그 어떤 공정성 개념을 반영하든 달라질 점이 아니다. 둘째, 노동법상의 최저임금과 사회보장법상의 급여 간의 제도설계는 반드시 미국에 얽매일 필요 없는 우리의 것으로 별도의 구상이 가능하다. 셋째, 의존성 기준과 다른 근로자와 자영업자 간 구별기준을 채택하고 있는 우리의 경우 암묵적 사회적 계약으로서의 공정성은 그 내용이 다를 수밖에 없다. 넷째, 그 어떤 공정성 개념을 채택하든 우리는 법의 적용제외 대상을 확대해나가는 데 도움이 될 것으로 보게 된다. 특히 사실상 최저임금 수준의 임금생활자인지 아닌지에 무관하게 법의 적용대상을 확대해 나갈 수 있다는 것을 미국 가사사용인의 예에서 찾을 수 있다.

한편 공정성 논의와 함께 생각할 문제로서, 상대적으로 휴게시간이 길고 근로시간이 짧은 것으로 조정되어 최저임금을 실질적으로 보장받지 못하는 우리

나라의 감시·단속적 근로자의 경우는 미국의 논의과정에서 나타났듯이, 최저임금이 보장되지 못하는 근로시간제도가 임금을 낮추게 될 것이라는 우려가 현실화된 경우이다. 보다 구체적 연구가 이루어져야겠으나 ‘공정성’ 논의와 함께 ‘적정휴게시간’ 개념의 도입 내지 근로시간제도와와의 전반적 연구를 통해 이 부분이 해결되어야 할 것으로 본다.

V. 글을 맺으며

우리나라 최저임금제는 이행감독 차원에서 최저임금법 위반사례가 발생하였을 때 근로기준법과 비교하여 사업주의 피해가 적은 방향으로 벌칙이 부과되어, 임금체불로 간주되고 당사자 간 합의를 유도하여 형사고발이 이루어지지 않는 상황이 대부분이다.⁵⁶⁾ 반면 노동자의 생활은 최저임금 미만의 저임금 근로자가 양산되는 상황에 있다. 어떠한 제재와 이행확보체계를 갖추고 법을 준수하도록 할 것인가 하는 문제에 있어 국가의 역할이 중요하다는 것은 당연하지만 별도의 문제이다.

이 글은 법적 제재가 때로는 국민을 범죄자로 만드는 방식이 될 수 있다는 점에서, 그 연유를 보아 노사 간에 어떠한 도덕적·윤리적 기준 내지 패러다임이 존재할 필요를 요청한다면 이 점에 국가의 역할이 있다고 본다. 다시 말해, 노사 간에 ‘공정성’의 개념이 투영된다면, 노동자의 생활임금, 그리고 이를 위한 공정 교섭의 틀이 마련되어야 공정하다는 것, 또는 이 외에도 시장의 공정한 룰을 형성하도록 노사 모두에게 행동준칙을 정해줄 필요가 있다는 의미이다. 경제성장의 주역인 노동자에게 그 성과를 분배하는 문제가 중요하면 중요할수록 어쩌면 기업마다 상황이 달라 획일적이기 어려운 결론에서 문제를 바라보기 보다는, ‘공정성’ 논의와 논쟁을 시작할 필요도 있다.

나아가 미국의 경우를 보면 최저임금제의 개선은 국가만이 아니라 노사 당사자에게도 그 역할이 있음을 보여주고 있다. 정부, 국회, 노사가 이 문제를 직시

56) 이승렬 외, 앞의 책, p.171 참조.

하고 도덕적이고 윤리적인 행동준칙을 마련하여 법의 안정성과 예측가능성을 높이는 일 또한 매우 중요할 것이다.

참고문헌

- 고용노동부(2008). 『근로기준법령 제·개정 발자취』.
- 기획재정부(2012). 『한국 고용의 현주소 - OECD 국가와 주요 고용지표 비교』.
기획재정부 정책보고서.
- 김재원(1989). 「임금정책」. 『노동경제 40년사』.
- 김형배(1989). 『노동관계 40년사』. 한국경영자총협회.
- 이상희(2005). 「1960년대 경제개발기 노동입법의 변천과 성질 규명」. 『산업관계연구』 15 (2), 한국노사관계학회.
- 이승렬·김삼수·강현주·강병식(2012). 『최저임금제도 이행체계 국제비교 연구: 미국·영국·호주를 중심으로』. 한국노동연구원.
- 정병석·임현수(1988). 『최저임금법 - 제정배경과 실무해설』.
- Alice S. Cheyney, The Course of Minimum Wage Legislation in the United States, 38 Int'L Lab. Rev. 26 (1938).
- Bruce Goldstein et al., Enforcing Fair Labor Standards in the Modern American Sweatshop: Rediscovering the Statutory Definition of Employment, 46 UCLA L. Rev. 983, 1105 (1999).
- Dorothy W. Douglas, American Minimum Wage Laws at Work, 9 Am. Econ. Rev. (1919).
- Edwan V. O'Hara, A Living Wage by Legislation: The Oregon Experience xiv (1916).
- Elizabeth Brandeis, Labor Legislation, in 3 History of Labor in the United States (1939).
- Elizabeth Brandeis, Organized Labor and Protective Labor Legislation, in Labor

- and the New Deal 195 (1957).
- Frances Perkins, *The Roosevelt I Knew* (1946).
- Irene Osgood Andrews, *Minimum Wage Legislation*, reprinted in New York State Factory Investigating Commission (1914).
- John A. Ryan, *Economic Justice: Selections from Distributive Justice and a Living Wage* (1941).
- _____, *Social Doctrine in Action: A Personal History* (1941).
- Judith A. Baer, *The Chains of Protection: The Judicial Response to Women's Labor Legislation* (1978).
- Lawrence B. Glickman, *A Living Wage: American Workers and the Making of Consumer Society* (1997).
- Melvyn Dubofsky, *We Shall Be All: A History of the Industrial Workers of the World* 245 (1998).
- Peggie R. Smith, *Regulating Paid Household Work: Class, Gender, Race and Agendas of Reform*, 48 *Am. U. L. Rev.* 851 (1999).
- Robert F. Hinnelberg, *The Origins of the National Recovery Administration: Business, Government and the Trade Association Issue 1921~1933* (1976).
- Seth D. Harris, *Convocation Inaugurating the Samuel M. Kaynard Distinguished Visiting Professorship in Labor and Employment Law Articles Conceptions of Fairness and the Fair Labor Standards Act*, 18 *Hofstra Lab. & Emp. L.J.* 19 (2000).
- Victor P. Morris, *Oregon's Experience with Minimum Wage Legislation* (1930).
- Vruce Goldstein et al., *Enforcing Fair Labor Standards in the Modern American Sweatshop: Rediscovering the Statutory Definition of Employment*, 46 *UCLA L. Rev.* 983 (1999).
- Water Galenson & Robert S. Smith, *Labor in the Twentieth Century: The United States*, in *Labor in the Twenties Century* 12, 13, 16.
- Willis J. Nordlund, *The Quest for a Living Wage: The History of the Federal Minimum Wage Program* 52, at 99 (1997).

abstract

Minimum Wage Paradigm : Concepts and Implications of 'Fairness' in the US FLSA

Hyun Joo Kang

Historically, there existed and still exists a great deal of challenge and difficulty in understanding and evaluating Korea's minimum wage laws as prescribed by the Labor Standard Act in its effort to foster the country's economic growth. The rate of workers earning below the minimum wage has been fairly significant, and the rate in compliance with the law considerably low, as those, whose working conditions fall short of the standard level, approach near 50% of the total labor force. Moreover, recent reform efforts and changes made to the Labor Stand Act, which have been hailed as an improved compensatory measure towards further economic development, still have yet to allay the precarious relationship and tension between the economic and labor policymakers.

While Korea's minimum wage law and its Labor Standard Act, which are modeled after and may appear to correspond closely to the United States' The Fair Labor Standard Act (FLSA), the fundamental discrepancy lies primarily in the appellation of the US law, notably the inclusion of the word "Fair" in FLSA, which, by extension, naturally reinforces the concept of fairness and thereby helps to promote fair minimum wage, fair maximum working hours, and fair child labor conditions. It then behooves the policymakers of Korea to explore, investigate, and understand the meaning of "fair", at least from the perspective of US policymakers or of the inner paradigm in the creation of the FLSA.

In conclusion, it is important to define and make transparent the concept of fairness that is achieved through fair competition between two bargaining parties, and to raise a collective awareness on fair minimum wage laws through the lens of fair bargaining power balance. Additionally, through such understanding of fairness, it is important to expand the legal boundary of minimum wage laws to include a broader range of the labor force.

Keywords : minimum wage law, distribution, fairness, living wage, bargaining fairness, fair competition, implied social contract, fair labor standards act in the united states