

프랜차이즈 노사관계 연구

www.kli.re.kr

박제성 · 차유미 · 고수현

목 차

제1장 서론 : 프랜차이즈 노사관계의 의의	(박제성)	1
제1절 노동법상 이중적 지위의 가능성		2
제2절 가맹점주의 이중적 지위		7
1. 근로자로서의 가맹점주		7
2. 사용자로서의 가맹점주		16
제3절 프랜차이즈의 중첩적 노사관계		17
1. 가맹본부와 가맹점주의 노사관계		19
2. 가맹본부와 가맹점근로자의 노사관계		19
3. 가맹점주와 가맹점근로자의 노사관계		20
4. 가맹본부-가맹점주-가맹점근로자 삼자로 구성되는 노사관계		20
제4절 소 결		24
제2장 프랜차이즈 노사관계 실태	(차유미)	26
제1절 서 론		26
제2절 프랜차이즈 수익구조와 갈등		28
1. 프랜차이즈 현황 및 특성		28
2. 가맹본부의 수익구조		30
3. 가맹점-가맹본부 갈등 쟁점 및 실태		33
제3절 가맹점주 집단적 권리보호를 위한 경제법적 규율과 실효성		37
1. 가맹점주 집단적 권리보호를 위한 경제법적 규율		37
2. 가맹점주 단체 현황 및 특성		39

3. 가맹점주 집단적 권리보호를 위한 경제법적 규율의 실효성 ...	42
4. 가맹점주의 집단적 권리보호 전략	49
제4절 가맹점주 지위 및 관계의 중첩성	51
1. 가맹점주와 가맹점 노동자 관계	51
2. 가맹본부-가맹점주-가맹점 노동자 관계	53
3. 가맹점주와 가맹본부 노동자 관계	58
제5절 소 결	60

제3장 프랜차이즈 노사관계의 노동법적 쟁점 (고수현) 64

제1절 서 론	64
제2절 헌법상 근로자, 노동3권의 주체로서의 가맹점주	64
1. 우리 헌법상의 근로와 근로자	64
2. 자영업자의 헌법상 근로자성	68
3. 가맹점주의 헌법상 근로자성	69
제3절 가맹점주의 노동3권과 공정거래법	70
1. 공정거래법상 사업자(사업자단체)의 부당한 공동행위 등 금지과 자영업자의 단체교섭권·단체행동권 등 행사	70
2. 부당한 공동행위 등의 주체인 사업자 또는 사업자단체	72
3. 사업자 및 사업자단체의 행위가 금지되지 않는 경우	74
4. 가맹점주의 단체교섭권·단체행동권 등 행사에 대한 부당한 공동행위 등 규정의 적용 여부	76
제4절 단결권에 관한 쟁점	77
1. 가맹점주단체의 법적 지위 ①: 노동조합인가?	77
2. 가맹점주단체의 법적 지위 ②: 사용자단체인가?	80
3. 가맹점주와 가맹점근로자는 같은 노동조합에 가입할 수 있는가?	82
제5절 단체교섭권에 관한 쟁점	84
1. 가맹점주와 가맹본부 간 단체협약의 규범적 효력 유무	84

2. 가맹점주와 가맹본부 간 단체협약이 가맹점근로자의 근로조건을 저하시키는 경우: 협약자치의 한계	86
3. 가맹점근로자의 가맹본부에 대한 단체교섭권 행사	87
4. 가맹점근로자와 가맹본부 간 단체교섭에서 교섭창구단일화 절차의 적용 여부	91
제6절 단체행동권에 관한 쟁점	93
1. 가맹점주의 파업권 행사(휴점)로 인해 가맹점근로자의 노무 제공이 불가능한 경우	93
제7절 소 결	95
제4장 결 론	(박제성) 99

표 목 차

<표 2-1> 2020년 말 기준 프랜차이즈 현황	28
<표 2-2> 공정거래위원회 분쟁조정 현황(2008~2020)	33
<표 2-3> 2020년 가맹사업거래 분쟁조정 처리현황(연말 기준)	34

제 1 장

서론 : 프랜차이즈 노사관계의 의의

“프랜차이즈 노사관계”라는 용어는 낯설다. 적어도 어떤 독자들에게는 그럴 것이다. “프랜차이즈”와 “노사관계”가 양립 가능한 용어들인가? 프랜차이즈는 대자본가와 소자본가의 경쟁적 거래관계일 뿐이고(그래서 공정거래법의 규율대상이 되고), 노사관계는 자본가계급과 노동자계급의 지배와 해방을 둘러싼 대립적 투쟁관계가 아닌가(그래서 노동법의 규율대상이 되는 것 아닌가)?

프랜차이즈 노사관계라 하면, 우선은 가맹본부와 가맹점근로자 간의 노사관계를 생각해 볼 수 있다. 이것은 마치 사내하청관계에서 원청사업주와 하청근로자 간의 노사관계를 연상하게 한다. 프랜차이즈 노사관계는 또한 가맹점주와 가맹점근로자 간의 관계도 생각해 볼 수 있다. 이것은 일반적인 노사관계와 다르지 않다. 다만 그 사업의 규모가 영세하다는 점만 다를 뿐이다. 하지만 근로기준법이 상시 근로자 수 5인 미만 사업에 대해서는 아직 전면적으로 적용되지 않고 있다는 사정이 가맹점주와 가맹점근로자 간의 노사관계를 특별한 노사관계의 성격을 띠도록 만드는 점이 있다. 이 두 가지 관계에 대해서는 본문에서 다시 다룰 것이다.

그런데 프랜차이즈 노사관계에는 다른 일반적 노사관계에서 찾아볼 수 없는 특수성이 있다. 이 특수성은 주로 가맹점주의 이중적 지위에서 비롯된다. 가맹점주는 한편으로는 근로자(자영근로자 혹은 비임금근로자)이면서, 동시에 다른 한편으로는 가맹점근로자에 대해서 사용자로서의 지위를 갖는다. 본론으로 들어가기 전에 노동법에서 이런 식의 이중적 지위

가 가능한지 여부부터 검토하기로 하자. 근로자 혹은 사용자 어느 한쪽으로 환원하려고 하는 끈질긴 유혹을 끊어내야 하기 때문이다.

제1절 노동법상 이중적 지위의 가능성

결론부터 말하자면 노동법에서 이중적 지위는 가능하다. 두 가지 사례만 검토해도 충분할 것이다.

첫 번째 사례는 임원의 노동법상 지위에 관한 것이다.¹⁾ 임원의 지위는 이중적이다.²⁾ 임원은 한편으로는 사업의 경영담당자 혹은 사업주를 위하여 행위하는 자로서 근로기준법상 사용자의 정의에 해당한다. 동시에 임원은 사업주로부터 임금을 받고 근로를 제공하는 자에 해당한다. 법적 쟁점이 사용자의 의무에 관한 것인가, 아니면 근로자의 권리에 관한 것인가에 따라 이중적 지위의 어느 한 측면이 부각될 뿐이다. 사실 판례는 근로기준법상 근로자성의 판단에 있어서³⁾ 계약의 형식이나 명칭에 상관없

-
- 1) 이 문제에 관한 일반적 논의는 이재용, 「임원의 근로자성에 관한 연구」, 『법학연구』, 제19권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2009, 363-398면 참조할 것. 특히 비등기임원의 근로자성에 관한 논의는 권오성, 「비등기임원의 근로자성 판단기준에 관한 소고」, 『산업관계연구』, 제25권 제2호, 한국고용노사관계학회, 2015, 51-66면 참조할 것.
 - 2) 외국의 경우에도 유사하다. 프랑스의 사례에 대해서는 Gilles Auzero et al., *Droit du travail*, 35e édition, Paris, Dalloz, 2022, p. 988 이하 참조할 것.
 - 3) 지금까지 노동법학계의 논의는 근로기준법상 근로자성과 노동조합법상 근로자성을 구분하여 논하는 방식을 취하고 있었는데, 국제노동기구(ILO) 제87호 협약과 제98호 협약이 비준·공포되어 조약으로서(즉 국내법으로서) 효력을 발휘하고 있는 현실점에서는 그러한 구분은 별로 의미가 없다고 할 것이다. 왜냐하면 ILO 협약/조약은 노동삼권의 주체를 worker로 규정하고 있는데, 이 worker에는 employed worker(임금근로자)뿐만 아니라 self-employed worker(자영근로자, 비임금근로자)도 포함되기 때문이다. 후자의 일부만, 즉 비임금근로자 중에서 일정한 수준의 종속성이 인정되는 근로자만 노동조합법상 근로자로 인정하려는 태도는 ILO 협약/조약의 규정에 반하기 때문에 허용될 수 없다. 다만, 단결권의 보편적인 인정 위에서 단체교섭권과 단체행동권의 행사와 관련된 특별한 법적 문제를 다루는 영역에서는 노동조합법상 근로자성 논의가 의미를 가질 수 있을 것이다.

이4) 근로제공의 실태에 따라서 판단해야 한다는 입장, 즉 사실 우선의 원칙을 견지하고 있다. 사실판단에 따라 종속관계가 존재한다고 인정되는 경우에는 해당 근로제공관계를 근로계약관계로 간주한다(즉 근로제공자를 근로기준법상 근로자로 간주한다). 이러한 원칙은 임원에게도 동일하게 적용된다.

대법원은 2003년의 판결에서 다음과 같이 판시한 바 있다. “주식회사의 이사, 감사 등 임원은 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로, 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니며, 따라서 일정한 보수를 받는 경우에도 이를 근로기준법 소정의 임금이라 할 수 없고, 회사의 규정에 의하여 이사 등 임원에게 퇴직금을 지급하는 경우에도 그 퇴직금은 근로기준법 소정의 퇴직금이 아니라 재직중의 직무집행에 대한 대가로 지급되는 보수에 불과하다.”5)

이 구절만 보면 임원의 지위는 이중적인 것이 아니라 사용자로 한정되는 것 같다. 그러나 대법원은 동일한 판결에서 다음과 같이 판시한다. “회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다.”6)

4) 판례는 사실 우선의 원칙을 표명함에 있어서 계약의 형식이나 명칭에 구애받지 않는다는 측면만 말하고 있는데, 좀 더 정확하게 말하자면 사실 우선의 원칙에는 계약 당사자들의 의사에도 구애받지 않는다는 내용이 포함되어 있는 것이다. 그렇지 않으면, 예를 들어 근로를 제공하는 자를 임금근로자로 보지 않는다는 내용이나, 사용자에게 해당하는 자의 지시권에 속하는 내용들을 계약조항으로 미리 규정해 놓기만 하면, 종속적 근로계약관계를 당사자들의 의사(흔히 일방적 의사)에 따라서 비근로계약관계로 대체하는 것이 가능해질 것이기 때문이다. 이러한 결과는 근로제공의 실태에 따라서 근로기준법상 근로자성을 판단한다는 원칙에 반한다.

5) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결.

6) 위의 판결. 동일한 법리에 근거하여, 주식회사의 등기임원이 아니면서 전무라는 직

이러한 법리에 근거하여 대법원은 비등기임원에 대해서 근로기준법상 근로자성을 긍정했을 뿐만 아니라, 주주총회의 의결을 거쳐 비등기임원에서 등기임원으로 지위가 변동한 이사에 대해서도 종전과 동일한 조건에서 동일한 업무를 계속 수행하였다는 이유로 근로기준법상 근로자성이 인정될 가능성을 인정하였다.⁷⁾

노동법상 이중적 지위의 가능성에 관한 두 번째 사례는 2018년 제20차 국제노동통계총회에서 채택된 「국제노동기구 노동통계결의」⁸⁾이다. 「결의」는 노동관계상의 지위 분류에 관한 새로운 분류체계를 채택했는데, 새로운 분류체계는 “권한 유형에 따른 고용상 지위 분류(CISE-18-A)”와 “경제적 위험 유형에 따른 고용상 지위 분류(CISE-18-R)”로 구분된다. CISE-18-A에 따르면(CISE-18-R은 동일한 범주를 배치만 다르게 했을 뿐이다), 고용상 지위는 “독립근로자(Travailleurs indépendants)”와 “종속근로자(Travailleurs dépendants)”로 구분되고, 전자는 다시 “사용자(Employeurs)”와 “피고용인이 없는 독립근로자(Travailleurs indépendants sans salariés)”로 구분된다. 이 때의 사용자는 “피고용인이 있는 법인의

함으로 근무하다가 퇴직한 자에 대해서 근로기준법상 근로자성을 인정한 판결: 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다57459 판결.

7) 위의 판결. “원고가 비등기이사에서 등기이사 및 감사로 선임된 이후에도 상법상 이사, 감사로서의 위임사무 외에 종래에 담당하고 있던 업무를 대표이사와의 사용종속관계하에서 계속 유지하고 있었다고 볼 여지가 있으므로[...], 원심으로서 원고가 등기이사과 감사로 선임된 기간에도 과연 종래와 같은 회사 업무를 담당하고 있었는지, 이에 관하여 대표이사과 사이에 사용종속관계가 있었는지, 이러한 노무에 대한 대가로 보수가 지급된 것인지 등 근로자의 인정에 전제가 되는 간접사실에 대하여 구체적으로 심리하여 원고가 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단하여야 할 것이다.”

8) Organisation internationale du travail, *Résolution concernant les statistiques sur les relations de travail*, Vingtième Conférence internationale des statistiques du travail, Genève, 10-19 octobre 2018. 익히 알려져 있는 사실이지만 확인차 다시 한 번 언급해 두고자 하는 것은, 국제노동기구의 정식언어는 불어와 영어 두 가지이다. 불어로 국제노동기구는 Organisation internationale du travail(OIT)이고, 국제노동기구사무국은 Bureau international du travail(BIT)이다. 영어로는 각각 차례대로 International Labour Organization(ILO)과 International Labour Office(ILO)이다. 그러니 영어 약자로 ILO라고만 하면 그것이 노사정 삼자구성체인 국제노동기구를 가리키는 것인지, 아니면 국제노동기구사무국을 가리키는 것인지 알 수 없게 된다. 주의해야 할 것이다. 이하에서는 불어본을 인용한다.

경영담당자(Propriétaires-gérants de sociétés avec salariés)”와 “피고용인이 있는 개인사업의 사업주(Entrepreneurs individuels avec salariés)”를 의미한다. 요컨대 사용자인 근로자의 지위를 인정하고 있는 것이다.⁹⁾

Classification internationale des statuts d'emploi suivant le type d'autorité (CISE-18-A)

Travailleurs indépendants (독립근로자)

A. Employeurs (사용자)

- 11 - Propriétaires-gérants de sociétés avec salariés (피고용인이 있는 법인의 경영담당자)
- 12 - Entrepreneurs individuels avec salariés (피고용인이 있는 개인사업의 사업주)

B. Travailleurs indépendants sans salariés (피고용인이 없는 독립근로자)

- 21 - Propriétaires-gérants de sociétés sans salariés (피고용인이 없는 법인의 경영담당자)
- 22 - Entrepreneurs individuels sans salariés (피고용인이 없는 개인사업의 사업주)

Travailleurs dépendants (종속근로자)

C. Non-salariés dépendants (종속적 비임금근로자)

- 30 - Non-salariés dépendants (종속적 비임금근로자)

D. Salariés (임금근로자)

- 41 - Salariés occupant un emploi à durée indéterminée (기간의 정함이 없는 임금근로자)
- 42 - Salariés occupant un emploi à durée limitée (기간의 정함이 있는 임금근로자)
- 43 - Salariés occupant un emploi à court terme ou occasionnel (단

9) 물론 이를 과장할 필요는 없다. 국제노동기구는 다른 영역에서는, 예를 들어 단결의 자유에 관한 제87호 협약에서 보듯이, 근로자(travailleur)와 사용자(employeur)를 명확히 구분하고 있기 때문이다.

기·일용 임금근로자)

44 - Apprentis, stagiaires et autres travailleurs en formation rémunérés (유급의 도제, 수습, 인턴)

E. Travailleurs familiaux collaborant à l'entreprise (가족종사자)

51 - Travailleurs familiaux collaborant à l'entreprise (가족종사자)

Classification internationale des statuts d'emploi suivant le type de risque économique (CISE-18-R)

Travailleurs dont la rémunération dépend d'un profit (영리추구형 근로자)

F. Entrepreneurs individuels (개인사업의 사업주)

12 - Entrepreneurs individuels avec salariés (피고용인이 있는 개인사업의 사업주)

22 - Entrepreneurs individuels sans salariés (피고용인이 없는 개인사업의 사업주)

C. Non-salariés dépendants (종속적 비임금근로자)

30 - Non-salariés dépendants (종속적 비임금근로자)

E. Travailleurs familiaux collaborant à l'entreprise (가족종사자)

51 - Travailleurs familiaux collaborant à l'entreprise (가족종사자)

Travailleurs rémunérés par un salaire (급여형 근로자)

G. Propriétaires-gérants de sociétés (법인의 경영담당자)

11 - Propriétaires-gérants de sociétés avec salariés (피고용인이 있는 법인의 경영담당자)

21 - Propriétaires-gérants de sociétés sans salariés (피고용인이 없는 법인의 경영담당자)

D. Salariés (임금근로자)

41 - Salariés occupant un emploi à durée indéterminée (기간의 정함이 없는 임금근로자)

42 - Salariés occupant un emploi à durée limitée (기간의 정함이 있는 임금근로자)

43 - Salariés occupant un emploi à court terme ou occasionnel (단기·일용 임금근로자)

44 - Apprentis, stagiaires et autres travailleurs en formation rémunérés (유급의 도제, 수습, 인턴)

이상의 두 가지 사례를 통해서 노동법에서 근로자로서의 지위와 사용자로서의 지위를 동시에 갖는 것이 가능하다는 점이 해명되었다고 생각된다. 그러므로 이제 가맹점주의 이중적 지위에 대해서 좀 더 구체적으로 검토하기로 하자.

제2절 가맹점주의 이중적 지위

계속 반복해서 말하지만, 가맹점주의 이중적 지위를 인식하는 것이 중요한 이유는, 만약 이를 제대로 인식하지 않으면 가맹점주는 가맹점 사장님이기 때문에 당연히 언제나 사용자일 뿐이라고 생각할 위험이 크기 때문이다. 그렇게 되면 가맹점주와 가맹본부의 관계는 사장님과 회장의 관계가 될 뿐, 근로자(개인사업주)와 사용자(법인사업주)의 노사관계도 될 수 있다는 생각은 떠올리지 못하게 될 것이다. 그러므로 이하에서는 가맹점주의 근로자로서의 지위를 먼저 검토하기로 한다.

1. 근로자로서의 가맹점주

노동법이나 노사관계를 공부하는 사람들은 습관적으로 “근로자”와 “임금근로자”를 동일시하곤 한다. 그런데 그렇게 하면 임금근로자가 아닌 근로자는 무엇이라고 불러야 할지, 혹은 양자를 포괄하는 상위의 범주는 무엇이라고 불러야 할지 애매해진다. 그래서 궁여지책으로 사용하는 용어들이 예컨대 “노무제공자”¹⁰⁾나 “취업자”¹¹⁾ 같은 용어들이다. 용어의 혼란은 인식의 혼란을 초래한다. 임금근로자가 아닌 근로자는 근로자가 아

나라는 인식의 혼란을. 그러므로 이제 “근로자”는 임금근로자와 비임금근로자를, 혹은 앞에서 소개한 「국제노동기구 노동통계결의」의 용어를 빌리자면 “종속근로자”와 “독립근로자”를 모두 포괄하는 상위의 개념으로 정립하여 사용해야 할 것이다. 그렇게 본다면 가맹점주는 임금근로자가 아닌 근로자에 속한다. 즉 근로자로서의 가맹점주의 지위는 우선 종속성 여부와 무관하게 자영-근로자성 그 자체에 대한 인정 문제이다.¹²⁾

하지만 가맹점주는 가맹본부에 대해서 일정한 종속성을 갖고 있다. 이것은 가맹사업(프랜차이즈) 그 자체의 정의에서 비롯된다. 왜냐하면 가맹사업이란 “가맹본부가 가맹점사업자[가맹점주]로 하여금 자기의 상표·서비스표·상호·간판 그 밖의 영업표지를 사용하여 일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 상품 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른

-
- 10) 2021년 개정 고용보험법이 대표적인 사례이다. 법 제77조의6 제1항은 “근로자가 아니면서 자신이 아닌 다른 사람의 사업을 위하여 자신이 직접 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 일정한 대가를 지급받기로 하는 계약을 체결한 사람” 중 일정한 직종에 종사하는 사람을 “노무제공자”로 정의하고 있다.
- 11) 통계청은 앞에서 소개한 「2018 국제노동기구 노동통계결의」를 반영하기 위하여 “취업자의 노동관계(work relations)”를 측정하는 「한국종사상지위분류」를 개정하였는데(통계청, 「보도자료 : 다양한 고용형태 측정을 위해 통계분류 개정한다」, 2021. 12. 29), 여기에서는 “Independent workers”를 “독립취업자”로 번역하고 있다. 사실, 「한국종사상지위분류」에서 사용하고 있는 용어들은 다소 부적절하다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 예를 들어 “Employers in corporations”를 “법인 고용주”로 옮겨 놓고 있는데, “법인 고용주”가 어떻게 “근로자” 혹은 통계청 자신의 용어대로 한다고 해도 “취업자”의 범주에 들어갈 수 있는지 알 수 없다. 물론 세부설명에 들어가면 법인을 소유·경영하는 자를 의미한다고 설명하고 있기는 하지만, 법적으로는 법인 자체가 고용주(사용자)이기 때문에 “법인 고용주”라는 용어는 동어반복으로 임팩트 위험이 크다고 할 것이다. 이뿐만 아니라, “Independent workers without employees”를 “고용원이 없는 자영업자”로 옮겨 놓고 있는데, 상위범주에서는 “Independent workers”를 “독립취업자”로 번역했으면서, 하위범주에서는 동일한 용어를 “자영업자”로 번역하는 것이 과연 적절하지 모르겠다.
- 12) 우리는 비임금근로자와 자영근로자를 동일한 개념으로 사용한다(일반적인 논의에서는 전자의 표현이 좀 더 적절하다고 생각하지만, 이 글에서는 “자영업자”로 불리는 프랜차이즈 가맹점주를 “자영근로자”로 재명명하기 위해서 후자의 표현을 사용하기로 한다). 그러므로 종속적 비임금근로자와 종속적 자영근로자도 같은 개념이다. 종속적 비임금근로자는 임금근로자와 비임금근로자 사이에 독립적으로 존재하는 고정된 개념영역이 아니다. 종속적 비임금근로자는 그 종속성의 정도 혹은 성격에 따라서 언제나 임금근로자 혹은 독립적 비임금근로자로 재분류된다. 즉 종속적 비임금근로자는 분석과 설명을 위한 도구개념이다.

경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제¹³⁾를 하며, 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹본부에 가맹금을 지급하는 지속적인 거래관계¹³⁾를 말하는 것이기 때문이다. 그런 점에서 가맹점주는 종속적 자영근로자로 분류될 수 있으며, 따라서 이 “통제”의 정도와 성격에 따라서는 가맹점주도 가맹본부와의 관계에서 임금근로자로 재분류될 수 있는 가능성이 열려 있는 것이다. 이것이 근로자로서의 가맹점주의 지위에 관한 두 번째 논점이다.

가. 자영근로자성의 인정

자영근로자로서의 근로자성 그 자체를 인정한다는 것은 무슨 뜻인가? 이것은 지금까지의 노동법이 사용자와의 종속적 관계에서 근로를 제공하는 임금근로자를 대상으로 한 법이었다고 분석한 다음, 종속성을 전제로 하지 않고 자영근로자를 노동법의 적용대상에 포함할 수 있는가, 있다면 어떤 형식과 어떤 내용으로 할 수 있는가 또는 해야 하는가에 관한 질문이다. 대부분의 나라에서 자영근로자는 독립적으로 정의되지 않고 임금근로자의 잔여범주로 분류될 뿐이다. 그것에 따라서 자영근로자에 대해서는 노동법이 아니라 경제법에서 규율하거나, 경우에 따라서 부분적으로 임금근로자에게 적용되는 규정들을 확대하여 적용한다.

그런 점에서 2007년에 제정된 스페인의 자영노동법(LETA)은 특기할 만하다.¹⁴⁾ 이 법은 자영근로자를 노동법상 독립적·적극적 범주로 인정한다. 이로써 스페인은 임금근로자에게는 노동기본법(Ley del Estatuto de los Trabajadores)이 적용되고, 자영근로자에게는 LETA가 적용되는 구조를 갖추게 되었다. LETA의 전문은 이렇게 천명하고 있다. “스페인의 자영노동법은 유럽연합 내에서 자영노동에 관한 체계적으로 단일한 최초의 법이라는 점에서 의심할 바 없이 스페인의 법 체제에게 중요한 전진을 구성한다.” 이 법에 따르면 자영근로자는 “다른 임금근로자를 고용

13) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 제2조 제1호(강조는 필자).

14) 자영노동법의 구체적 내용에 대해서는 박제성 외, 『외국의 자영업자 사회법제 연구: 프랑스, 스페인, 이탈리아』, 한국노동연구원, 2018, 57면 이하 참조.

하고 있는지 여부와 상관없이, 상시적·개인적·직접적으로, 자기의 계산으로 그리고 타인의 지시와 조직 밖에서 영리적 목적의 경제활동 또는 직업을 수행하는 자”(제1조)를 말한다. LETA의 가장 큰 특징은 “경제적으로 종속된 자영근로자(Trade)” 개념을 제도화한 데 있다.¹⁵⁾ Trade는 “주로 한 명의 고객을 위하여 상시적·개인적·직접적으로 영리적 목적의 경제활동 또는 직업을 수행하는 자로서 그 고객에 대해서 소득의 75% 이상을 의존하고 있는 자”(제11조)를 말한다. Trade에게는 임금근로자와 거의 유사한 권리와 보호가 주어진다.¹⁶⁾

물론 이 외에도 자영근로자의 근로자성 그 자체를 적극적으로 노동법상 인정하는 다양한 방식이 있을 것이다. 예를 들면, 동심원 모델¹⁷⁾이나 “Personal work relations”¹⁸⁾ 모델 등이 그런 것이다. 이하에서는 일반적

15) 위의 책, 89면 이하.

16) Trade로 인정되기 위해서는 고객과 서면계약을 체결하여 관할관청에 신고해야 한다. 계약서에는 해당 자영근로자가 해당 고객에게 소득의 75% 이상을 의존하고 있다는 사실이 명기되어야 한다. 이것은 Trade의 법적 지위를 확실하게 하기 위하여 고안된 조치이지만, 주된 사업주인 고객의 적극적인 협력이 뒷받침되지 않는 한 거꾸로 종속적 자영근로자가 Trade의 지위를 획득하는 것을 방해하는 장애물이 되기도 한다. 스페인 정부의 공식통계에 의하면 2018년 12월 31일 기준으로, Trade로 등록된 사람은 9,497명에 불과하다(www.mitramiss.gob.es). 반면에 같은 시기에 주로 한 명의 사업주를 위하여 일하는 자영근로자의 수는 187,000명이다(www.ine.es). Trade 제도의 전반적인 의의와 문제점에 대해서는 Esther Guerrero Vizuete, “Le travail autonome économiquement dépendant en Espagne”, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* (En ligne), 1/2019, mis en ligne le 01 novembre 2021, consulté le 29 mars 2022. URL : <http://journals.openedition.org/rdctss/1655>; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdctss.1655> 참조.

17) 동심원 모델의 아이디어에 대해서는 대표적으로 Alain Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, p. 88 이하 참조. 국내의 논의로는 예컨대 강성태, 「포용주의적 접근」, in 박제성 외, 『자영업자 사회법제 연구. 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, 2019, 75면 이하 참조(강성태는 “나이테 모델”이라고 부른다).

18) 이 개념에 대해서는 Mark Freedland and Nicola Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2012 참조. “Personal work relations”는 종사상의 지위나 계약의 형태와 상관없이 개인적으로 근로를 수행하는 모든 관계를 포괄한다. 그러므로 여기에는 자영근로관계의 일부도 포함된다. 다만, 개인적(personal) 근로관계에 한정되므로, 다른 임금근로자를 고용하

인 구분법에 따라서 세 가지 영역을 나누어 이 문제를 고찰하는 것이 유용할 것 같다. 첫째는 사회보험의 영역이고, 둘째는 집단법의 영역이며, 셋째는 개별법의 영역이다.

첫째, 사회보험의 영역에서 자영근로자의 근로자성을 인정한다는 것은 임금근로자와 자영근로자를 통합하는 사회보험제도를 구상한다는 것을 의미한다.¹⁹⁾ 다시 말하면, 사회보험은 임금근로자만을 대상으로 삼고, 자영-업자는 민간보험의 영역에 맡긴다든지, 아니면 임금근로자를 대상으로 만든 사회보험제도에 부분적으로 자영-업자도, 원래는 적용 대상이 아니지만, 예외적으로 포함시킨다든지 하는 소극적 차원에서 벗어나, 자영-근로자도 임금근로자와 마찬가지로 처음부터 당연히 적용 대상이 된다는 관점에서 제도를 설계한다는 것을 의미한다.

예를 들면, 육아휴직급여와 출산전후휴가급여 제도를 지금처럼 고용보험에서 관장하도록 하면 임금근로자만 혜택을 받게 된다.²⁰⁾ 반면에 건강보험에서 관장하도록 하면 자영근로자도 혜택을 받을 수 있다. 모성보호의 필요성은 임금근로자에게만 있는 것이 아님은 물론이다. 임금근로자와 자영근로자 모두에게 모성보호를 부여하기 위해서는 후자의 접근법이 더 낫다. 자영근로자의 근로자성을 인정하는 관점에서 사회보험제도를 구상한다는 것은 이런 것이다.

그런 점에서 1999년 국민건강보험법의 제정으로 지역의료보험과 공무원·교원의료보험 및 직장의료보험을 하나의 “국민건강보험공단”으로 통합한 것은 특기할 만한 사건이라고 할 수 있다.

외국에서는 최근에 실업보험제도를 개편한 프랑스의 사례가 대표적이

고 있는 자영근로자는 제외된다.

19) 사회보험이라고 말했지만 사실 주로 문제가 되는 것은 고용보험이다. 왜냐하면 이미 건강보험과 국민연금은 자영근로자에 대해서도 당연가입으로 되어 있으며, 산재보험은 사용자책임보험의 성격이 강한 제도로서 적어도 독립적 자영근로자의 지위와는 어울리지 않는 부분이 있기 때문이다(독립적 자영근로자의 산재시 소득보장에 관한 문제는 이른바 상병급여가 도입되면 해소될 수 있을 것이다). 물론, 종속적 자영근로자에 대해서는 여전히 산재보험의 당연가입이 중요한 문제임에 틀림없고, 가맹점주도 종속적 자영근로자에 포함되는 한 예외는 아니다.

20) 2021년 고용보험법 개정으로 일부 자영근로자도 출산전후휴가급여제도에 포함되었다. 하지만 육아휴직급여제도에서는 여전히 제외되어 있다.

다. 프랑스는 원래 임금근로자에게만 실업보험제도를 적용하고 있었는데, 2019년 11월 1일부터 자영근로자에게도 적용하기 시작했다. 임의가입제도도 없었다가 당연가입제도로 개편한 것이다. 새로운 제도에서 자영근로자는 실업보험료를 내지 않기 때문에 이것과 형평을 유지하기 위하여 임금근로자에게 부과하던 실업보험료도 폐지했다(다만 사용자의 실업보험료는 유지한다). 대신 일반사회기여금(CSG)을 임금근로자와 자영근로자 모두 똑같이 1.7% 인상했다. 일반사회기여금은 근로자만 부담하는 일종의 사회보장목적세이다(1.7% 인상 후, 임금근로자는 9.20%, 자영근로자는 9.70%).

결과적으로 사용자와 임금근로자의 보험료에 기반해서 운영되던 실업보험제도가 부분적이기는 하지만 세금에 의해서 운영되는 소득보장제도로 변했다고 볼 수 있다.²¹⁾ 물론, 임금근로자의 실업수당은 종전과 마찬가지로 소득에 비례해서 지급되는 반면에, 자영근로자의 실업수당은 월 800유로씩 6개월 동안 정액으로 지급된다는 점에서, 아직은 통합적·보편적 소득보장제도로서의 면모는 갖추지 못하고 있다고 할 것이다.

둘째, 집단법의 영역에서 자영근로자의 근로자성을 인정한다는 것은 자영근로자에게도 단결권과 단체교섭권 및 단체행동권(이하 노동삼권이 라고 한다)을 임금근로자와 대등하게 보장한다는 것을 의미한다. 이것은 실천적으로는 헌법 제33조 제1항에서 노동삼권의 주체로 규정하고 있는 “근로자”의 의미를 임금근로자와 자영근로자를 포괄하는 의미로 해석하는 것이다.

종전의 주류적 견해는 이를 임금근로자로 한정해서 이해했다. 하지만 그러한 해석론은 더 이상 유지될 수 없다. 특히 단결의 자유에 관한 국제노동기구 제87호 협약과 제98호 협약이 비준·공포된 다음에는 더더욱 그러하다. 왜냐하면 이 협약들에서 단결의 자유(노동삼권을 모두 포함한다)의 주체로 규정하고 있는 “travailleurs/workers”는 임금근로자와 자영근로자를 모두 포함하는데, 그것보다 상위의 규범인 헌법에서 말하는 “근

21) Michel Legros & Gilles Huteau, “New unemployment insurance for self-employed workers in France : innovation and limitations”, *European Social Policy Network Flash Report 2021/21*, March 2021.

로자”가 임금근로자만을 의미한다고 해석할 수는 없기 때문이다.²²⁾

다만, 자영근로자의 종류에 따라서는 그 특수한 지위에 맞게 부분적인 조정이 필요할 수 있다. 예를 들면, 특정 사업주에게 종속되어 있는 1인 종속적 자영근로자(특고)의 경우에는 임금근로자의 경우와 구별할 필요가 없겠지만, 가맹점주의 경우에는 조정이 필요할 수 있다. 왜냐하면 가맹점주가 가맹본부에 대해서 갖는 단체교섭권과 가맹점근로자에 대해서 갖는 교섭의무가 충돌하는 상황도 발생할 수 있기 때문이다. 또한 독립적 자영근로자의 경우에는 교섭의무를 부담하는 상대방을 찾기 어렵기 때문에 이 부분에서도 일정한 조정이 필요할 수 있다.

사실 이러한 조정은 임금근로자의 경우에도 이미 예정되어 있다. 주요 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제한할 수 있도록 허용하고 있는 헌법 제33조 제3항이 대표적이다.

셋째, 개별법의 영역에서 자영근로자의 근로자성을 인정한다는 것은 쉽게 말하면 근로기준법을 자영근로자에게도 적용할 수 있는가에 관한 문제이다. 이것은 자영근로자를 임금근로자로 재분류하는 문제와는 다른 것이다. 재분류는 재분류의 기준이 문제일 뿐, 일단 임금근로자로 재분류 되면 근로기준법을 적용함에 있어서는 걸림돌이 없다. 반면에 자영근로자의 자영성을 그대로 둔 채 근로기준법을 적용하는 것은 전혀 차원이 다른 문제이다. 사실 현행의 근로기준법은 근로계약관계를 규율하기 위하여 제정된 법이기 때문에 자영근로자에게 적용하기에는 부적절한 부분이 많다. 그렇다고 한다면 자영근로자에게 근로기준법을 적용할 수 있는가 하는 문제는 곧 모든 근로자에게 적용되는 일반 근로기준법의 제정 문제와 긴밀히 연결될 수밖에 없다.

이에 관한 기존의 논의를 살펴보면 대략 다음과 같이 분류할 수 있을 것이다. 첫째, 임금근로자를 정의하는 종속성에 관한 해석론을 확장하는 문제는 별론으로 하고, 근로기준법은 임금근로자에게만 적용되는 법으로 유지되어야 한다는 입장.²³⁾ 둘째, 종속적 자영근로자(즉 다른 임금근로자

22) 더 자세한 내용은 박제성 외, 『자영업자 노동조합 연구』, 한국노동연구원, 2022 및 박제성 외, 『구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 제정립에 관한 연구』, 한국노동연구원, 2022 참조할 것.

를 고용하지 않고 1인으로 근로하는 자 중에서 특정 사업주에게 경제적
으로 종속된 근로자)까지 포함시키자는 입장.²⁴⁾ 셋째, 일부 독립적 자영
근로자까지 포함시키자는 입장.²⁵⁾ 넷째, 자영근로자와 무급근로자를 포
함하여 모든 근로자에게 적용되는 일반법으로 근로기준법을 자리매김하
자는 입장.²⁶⁾

23) 예를 들어 유성재, 「목적론적 접근」, in 박제성 외, 『자영업자 사회법제 연구. 사
회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, 2019, 106면 이하.

24) 이 입장에는 다시 세 가지가 있다. 첫째는 종속적 자영근로자를 위한 근로기준법
의 특별법을 제정하자는 것이고, 둘째는 근로기준법상 근로자 정의 규정을 종속
적 자영근로자도 포함시키는 방향으로 개정하자는 것이고, 셋째는 정의 규정을
삭제하고 대신 계약의 유형과 내용에 따라서 규율하는 방식으로 재편하자는 것
이다. 첫 번째와 두 번째의 입장은 기존의 입법안들이 취하고 있는 것이다. 세 번
째의 입장에 대해서는 박은정, 「노동계약유형적 접근」, in 박제성 외, 『자영업자
사회법제 연구. 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, 2019,
135면 이하. 이에 따르면, 계약의 유형과 내용에 따라서는, 임금근로자들 사이의
근로조건 차이가 더 크고, 오히려 일부 종속적 자영근로자의 근로조건과 임금
근로자의 근로조건이 더 유사한 경우도 있기 때문에, 임금근로자와 종속적 자영
근로자의 지위상 차이를 절대적인 것으로 고정하지 말고, 계약의 유형과 내용에
따라서 근로기준법 각 규정을 양자에게 따로 혹은 같이 적용하는 방식이 더 적절
하다고 한다.

25) 강성태, 앞의 글. 강성태는 자영근로자를 “고용형 자영업자”와 “사업형 자영업자”
로 구분한다. 고용형 자영업자는 1인 종속적 자영근로자와 타인을 고용하고 있는
종속적 자영근로자를 아우른다. 여기까지는 근로자로서의 징표가 두드러지게 나
타난다. 반면에 사업형 자영업자는 독립적 개인사업주로서의 징표가 강하게 나타
나는 경우를 말한다. 강성태는 이른바 “나이테 모델”을 통해서 이 두 가지 유형의
자영근로자와 임금근로자를 포괄하는 노동법 모델을 제시한다. 그것은 보호의 대
상은 사업형 자영업자까지 넓히되 보호의 내용은 종속성의 정도에 따라서 차등
을 두는 방식이다.

26) 박제성, 「보편주의적 접근」, in 박제성 외, 『자영업자 사회법제 연구. 사회법제의
인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, 2019, 164면 이하. 다만 근로기준법
의 모든 규정을 모든 근로자에게 일률적으로 적용해야 한다는 주장이 아니라는
점에 유의할 필요가 있다. 그런 것이 아니라, 근로기준법의 적용대상에 모든 근로
자를 포괄한 다음, 각 규정의 목적·내용 및 근로관계의 형식·내용을 조용시키
자는 것이다. 이를 위해서 근로자 정의 규정은 삭제하자고 제안한다. 근로기준법
의 어떤 규정은 무급근로자까지 포함해서 모든 근로자에게 적용할 수 있는 것도
있고, 어떤 규정은 임금근로자에게만 적용할 수 있는 것도 있다. “사용자는...”이
라고 되어 있는 문장에서 주어만 바꾸어도 많은 것이 변할 수 있을 것이다. 예를
들어, “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고 등을 하지 못한다.”(근로기준
법 제23조 제1항)라는 규정을 “근로자는 정당한 이유 없이 해고 등을 당하지 않

최근에는 근로기준법만이 아니라 조금 더 일반적인 차원에서 노동법의 적용범위를 모든 근로자에게 확대하자는 논의가 일어나고 있다. 이른바 “일하는 사람을 위한 기본법” 혹은 “일하는 시민의 기본법” 제정 논의가 그것이다.²⁷⁾ 그 구체적인 형식과 내용은 아직 더 많은 논의가 필요해 보인다.²⁸⁾

나. 가맹본부에 대한 종속성의 인정

전통적인 접근법에 따르면, 근로계약관계상의 종속성이 인정되는 경우

는다.”라고 수정하는 식이다. 또는, “사용자와 근로자는 [...] 직장내 괴롭힘을 하여서는 아니 된다.”(제76조의2)라는 규정을 “누구든지 직장내 괴롭힘을 당해서는 아니 된다.”라는 식으로 고치는 것이다. 이렇게 하면 각 규정의 적용범위를 둘러싸고 해석론상 대립과 혼란이 발생하게 될 것이라고 우려하는 사람이 있을 것이다. 그러나 근로기준법의 문턱에서 근로자 정의 규정을 붙잡고 씨름해 온 시간과 노력에 비하겠는가.

- 27) 예를 들어 권오성, 『“일하는 사람을 위한 기본법” 제정의 필요성』, 『노동법학』, 제 81호, 한국노동법학회, 2022, 189-231면. 권오성은 일하는 사람을 위한 기본법이 기존의 근로기준법이나 노동조합법을 대체하는 법이 아니라, 기존의 법은 그대로 둔 채 이를 보충하는 법으로 구상하고 있다. 즉 기존의 노동법에 의하여 보호받지 못하는 근로자들에게도 최소한의 보호망을 보편적으로 제공하는 데 그 의의가 있다고 설명한다.
- 28) 일반 노동법의 의의를 구체화하기 위한 아이디어 가운데 하나로 “사회적 인출권”(알랭 쉬피오) 개념을 생각할 수 있다. 근로자는 더 이상 특정한 일자리에 구속되어 있는 존재가 아니다. 도시의 자유로운 시민이 시민적 인격(état civil)을 가지듯이, 자유로운 근로자는 “직업적 인격(état professionnel)”을 갖는다. 근로자는 일자리를 갖고 있는 자가 아니라, 직업적 인격을 갖고 있는 자이다. 시민적 인격이 시민의 개별적인 상황(성별, 연령, 장애 등)에 구애받지 않듯이, 직업적 인격은 근로자의 개별적인 상황(임금근로, 자영근로, 실업, 학업 등)에 구애받지 않는다. 시민적 인격이 민법의 보증 하에 시민의 자유를 보장하듯이, 직업적 인격은 노동법의 보증 하에 근로자의 자유를 보장한다. 시민적 인격이 시민의 전생애를 관통하듯이, 직업적 인격은 근로자가 특정 시점에 처해 있는 특수한 노동의 형식에 구애받지 않고 근로자의 직업적 전생애를 관통한다. 사회적 인출권은 권리의 적립과 인출이라는 메커니즘을 통하여 근로자가 직업적 전생애를 통하여 직업적 인격을 실현할 수 있도록 지원한다. 예를 들면, 직장이나 종사상 지위를 넘어 휴가권을 적립·인출하여 사용할 수 있도록 한다든지, 퇴직금 수급을 위한 근속기간의 요건을 개별 기업 단위로 산정하지 말고 기업 간으로 연계한다든지 등을 생각해 볼 수 있을 것이다.

(법률적 종속성에 한정할 것인가, 경제적 종속성으로 확대할 것인가는 별론으로 하고), 가맹점주는 가맹본부와의 관계에서 근로기준법상 근로자로 재분류될 것이다(이 경우 노동조합법상의 근로자성은 자동으로 인정될 것이다). 근로계약관계상의 종속성이 인정되지 않더라도, 지금까지의 주류적 학설과 판례에 의하면 부분적인 종속성이 인정된다면 노동조합법상 근로자성은 인정될 수 있을 것이다.²⁹⁾ 다만, 이 문제는 오분류·재분류의 문제로서, 종속성에 근거하여 근로자성을 판단하는 현재의 법리에서는 상시적으로 작동하는 시스템이다.³⁰⁾ 즉 이것은 프랜차이즈 노사관계의 특수성과는 별개의 문제이다.³¹⁾

2. 사용자로서의 가맹점주

그런데 가맹점주가 가맹본부와의 관계에서 근로기준법상 근로자로 재분류되면, 가맹점근로자의 법적 지위는 어떻게 되는 것일까? 가맹점주의 근로자성 재분류와 무관하게 가맹점근로자에 대해서는 가맹점주가 여전히 사용자로서의 지위를 유지하는 것일까, 아니면 재분류의 효과로서 가맹점근로자도 가맹본부에 직접 고용된 근로자로 재분류되는 것일까?

적어도 가맹점주가 가맹본부와의 관계에서 근로기준법상 근로자로 재분류되는 경우가 아니면, 가맹점근로자에 대한 사용자로서의 가맹점주의 법적 지위에 대해서는 논란의 여지가 없을 것이다.

가맹점주의 이 이중적 지위로 인해서 가맹점주의 단체도 이중적 지위

29) 지금까지의 주류적 학설과 판례에 따르면 그렇다는 것이다. 2020년에 대법원 전원합의체가 노동삼권을 구체적 권리로 인정하였고, 2022년 4월부터 단결의 자유에 관한 국제노동기구 제87호 협약과 제98호 협약이 국내법으로 발효된 현 상황에서는, 노동삼권의 행사에 있어서 부분적인 종속성이라고 할지라도 더 이상 종속성이 요구되지 않는다.

30) 이것은 비단 한국만 그런 것이 아니다. 예를 들어 2019년 캐나다 대법원은 청소업 프랜차이즈 Modern Concept d'entretien inc. 사의 가맹점주를 가맹본부의 임금근로자로 인정하였다(Cour suprême du Canada, 2019. 5. 3., 2019 CSC 28, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/17752/index.do>).

31) 프랜차이즈 가맹점주의 노동법상 근로자성에 관한 전반적인 연구에 대해서는 교수현, 『프랜차이즈 가맹점주의 근로자성』, 한양대학교 박사학위논문, 2021 참조.

를 갖게 될 것이다. 즉 한편으로는 근로자로서의 가맹점주가 결성한 단체체로서 헌법 제33조 제1항의 보호를 받는 “노동조합”³²⁾이면서, 동시에 다른 한편으로는 가맹점근로자의 노동조합에 대항하는 사용자단체로서의 지위를 갖게 될 수 있다. 이렇게 가맹점주 단체의 이중성이 인정된다면, 그 결과 프랜차이즈 노사관계는 기존의 일반적 노사관계에서 볼 수 있는 이항적 노사관계가 아니라 중첩적 노사관계의 구조를 갖게 될 것이다.

제3절 프랜차이즈의 중첩적 노사관계

위에서 검토한 바와 같이 가맹점주의 이중적 지위로 인하여 프랜차이즈 노사관계는 이항적 노사관계가 아니라 중첩적 노사관계의 구조를 갖게 된다. 일단 이 중첩적 노사관계의 의미를 설명하고 넘어갈 필요가 있을 것 같다. 기존의 다른 유사 개념과 무엇이 다른지 비교·분석함으로써 프랜차이즈 노사관계의 고유성을 밝혀낼 수 있을 것이기 때문이다. 중첩적 노사관계와 유사한 개념으로 복수사용자(사업주) 관계 혹은 공동사용자 관계가 있다. 이것은 파견·용역·사내하청 등 고용사업주(하청)와 사용사업주(원청)가 분리되어 있는 이른바 간접고용관계를 가리킨다. 여기에서 논쟁의 핵심은 사용사업주(원청)의 사용자성을 판단하는 것이다.³³⁾

프랜차이즈 노사관계도 형식상 가맹점근로자를 고용하는 자는 가맹점주이지만, 사실상 가맹점근로자의 근로를 지배하는 자는 가맹본부이며, 가맹점주는 가맹본부의 노무관리를 대행하고 있을 뿐이라는 이유로, 간

32) 우리는 헌법상 근로자단체와 노동조합을 같은 의미로 사용한다.

33) 업종별/산업별 교섭이 제도적으로 정착되어 있는 나라에서는 원청기업이든 하청기업이든 하나의 동일한 협약이 적용될 것이기 때문에 한국처럼 원청의 단체교섭의무를 둘러싼 논쟁은 발생할 여지가 별로 없다고 할 것이다. 그래서 이런 나라들에서는 사용사업주의 사용자성이 문제되는 경우가 대부분 해고를 둘러싼 사건들이 많다. 하지만 원청과 하청이 서로 다른 업종에 속해 있는 경우에는 이런 나라들에서도 원청의 교섭의무가 문제될 수 있을 것이다. 원청은 제조업인데, 원청에 노동력을 제공하는 하청은 서비스업으로 분류되는 경우에 특히 그러할 것이다.

접고용관계와 유사하게 복수사용자(사업주) 혹은 공동사용자 관계로 볼 수 있다고 주장하는 것이 가능해 보인다. 즉 가맹점근로자에 대해서 가맹본부가 직접 사용자로서 책임을 부담해야 한다는 입론인 것이다.

중첩적 노사관계는 그러한 입론을 배제하지 않는다. 다만, 중첩적 노사관계는 그것을 넘어 가맹점주와 가맹점근로자의 노사관계 및 가맹점주와 가맹본부의 노사관계도 포괄하며, 나아가 가맹본부와 가맹점주와 가맹점근로자의 삼자로 구성되는 노사관계도 상정한다. 적어도 오분류 문제와 연결되어 있는 기존의 간접고용관계론에서는 이 부분은 논외로 되어 있는 것이다.³⁴⁾ 물론 간접고용관계가 적법하게 형성되어 있고 오분류의 문제가 제기되지 않는 경우에는, 간접고용관계에서도 프랜차이즈관계와 마찬가지로 중첩적 노사관계의 모습이 나타날 수 있을 것이다.

프랜차이즈의 중첩적 노사관계에는 세 주체가 등장한다. 가맹본부, 가맹점주, 가맹점근로자 등이다. 그리고 이 주체들의 상호작용에 따라서 크게 네 가지의 노사관계가 나타날 수 있다.³⁵⁾

34) 지난 정부에서 간접고용 근로자의 정규직화 방안 중의 하나로 간접고용 근로자들이 자회사의 정규직으로 고용되는 방식을 놓고 논쟁이 심했다. 비판하는 입장에서는 자회사 방식이 고용사업주(하청)를 외부에서 내부로 끌어들이는 것일 뿐, 기존의 간접고용과 다를 바 없다고 보았다. 그러므로 모회사가 직접 고용해야 한다고 주장한다. 찬성하는 입장에서는 자회사와 모회사가 공동으로 근로조건에 대한 책임을 부담할 수 있도록 교섭구조를 개편하는 것이 더 중요하다고 보았다. 전자는 내부노동시장을 강화하자는 입장이고, 후자는 말하자면 초기업별 차원에서 동일노동 동일임금 원칙을 구현하자는 입장이라고 할 수 있겠다. 한국의 주요 노동조합들은 전자의 입장을 지지하는 것으로 보인다. “비정규직 철폐”라는 구호는 그런 의미로 해석된다. 하지만 한국의 임금불평등이 고용형태별 불평등보다는 기업규모별 불평등이 더 중요하다고 분석되고 있는 상황에서, 기업규모별 임금불평등을 더 확대시킬 우려가 있는 내부노동시장 강화론은 타당한 대안이라고 하기 힘들 것이다.

35) 이것은 택배산업의 경우와 비슷하다. 택배산업은 택배본사를 정점으로 해서 각 지역에 대리점이 있고, 대리점에 소속된 택배기사들이 해당 지역의 물량을 처리한다. 대리점주는 자신이 택배본사에 종속된 자영근로자이면서 동시에 다른 택배기사의 업무를 관리하는 사업주이기도 하다. 그러므로 택배산업의 노사관계는 택배본사와 택배기사 사이에 주로 형성되지만, 부수적으로는 택배본사와 대리점주 사이에, 혹은 대리점주와 택배기사 사이에 형성되기도 한다.

1. 가맹본부와 가맹점주의 노사관계

이것은 가맹점주가 가맹본부의 근로자로 재분류된 결과일 수도 있고, 가맹점주가 종속적 자영근로자로서 형성하는 관계일 수도 있다. 가맹점주들이 종속적 자영근로자 그 자체로서 가맹본부와 단체교섭을 하고 단체협약을 체결했을 때, 그 단체협약의 법적 효력에 관해서 논란이 있을 수 있다. 단체협약의 규범적 효력이 법률의 수권에 의하여 비로소 발생하는 것이라고 보는 입장에서는, 종속적 자영근로자가 노동조합법상의 근로자로 인정되거나, 종속적 자영근로자가 체결한 단체협약에 대해서도 규범적 효력을 부여하는 별도의 수권적 법률이 없는 한, 종속적 자영근로자가 체결한 단체협약은 규범적 효력이 없고 단지 채무적 효력만 갖는다고 해석될 것이다. 반면에, 단체협약의 규범적 효력은 법률의 수권과 상관없이 단체협약의 고유한 법적 효력으로 발생하는 것이라고 보는 입장에서는, 종속적 자영근로자의 단체협약도 규범적 효력을 갖는다고 해석될 것이다.

2. 가맹본부와 가맹점근로자의 노사관계

이것은 앞에서 설명한 바와 같이 간접고용관계와 유사하다. 즉 형식상 가맹점근로자를 고용하는 자는 가맹점주이지만, 사실상 가맹점근로자의 근로를 지배하는 자는 가맹본부이며, 가맹점주는 가맹본부의 노무관리를 대행하고 있을 뿐이라는 점에서, 가맹점근로자에 대해서 가맹본부가 직접 사용자로서 교섭의무를 부담해야 한다고 해석하는 것이다. 혹은 그 정도까지는 아니더라도, 가맹본부는 가맹점근로자의 근로조건 등에 대해서 실질적으로 결정하거나 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 자로서, 그 권한에 상응하여 가맹점근로자에 대해서 일정한 수준의 교섭의무를 부담한다고 해석할 수도 있다.

3. 가맹점주와 가맹점근로자의 노사관계

이것은 협의의 근로계약관계에 근거하는 기존의 일반적인 노사관계에 해당한다. 다만, 가맹점의 상시 근로자 수가 4인 이하인 경우에는 현실적으로 노사관계에 많은 제약이 있을 수밖에 없다. 사실 가맹점주와 가맹점근로자의 노사관계를 다른 대기업 노사관계와 마찬가지로 대립적 노사관계로 상정하는 것이 적절한지는 의문이다. 최저임금을 예로 들어보자. 최저임금을 인상할 때 자주 들을 수 있는 말이, 가맹점주를 비롯하여 영세소상공인들의 부담이 증가해서 오히려 해당 업종에 고용되어 있는 알바·청년 근로자들이 실직할 위험이 높아진다는 것이다. 이런 말은 최저임금 인상의 부담을 가맹점주 등 영세자영근로자들이 고스란히 부담할 것을 강요하거나 최소한 그것을 전제하는 것이다. 하지만 가맹점주 등의 처지가 염려된다면 최저임금 인상의 부담을 가맹본부나 대기업이 나누어 지도록 하면 될 것이다. 최저임금이 인상되는 만큼 가맹비나 물품대금을 할인하면 된다. 가맹점주와 가맹점근로자가 서로 대립할 문제가 아니라, 가맹점주와 가맹점근로자가 연대하여 가맹본부와 협상할 문제인 것이다.

4. 가맹본부-가맹점주-가맹점근로자 삼자로 구성되는 노사관계

이러한 노사관계는 프랑스의 사례에서 등장한 바 있다.³⁶⁾ 프랑스 정부는 2016년에 노동법 개정안(일명 엘코프리 법)을 의회에 제출하였는데, 여당인 사회당의 일부 의원들은 프랜차이즈 노사관계에 관한 규정을 포함한 수정안을 제출하였다. 수정안은 하원을 통과했으나, 상원에서 삭제되었고, 다시 수정·축소되어 하원을 통과하였다. 그리고 2016년 8월 8일에 공포되었다.³⁷⁾ 그러나 2018년 법에 의하여 곧바로 폐지되었다.³⁸⁾ 비록

36) 자세한 내용은 박제성 외, 『원·하청 관계의 소득불평등 개선방안 : 프랜차이즈 원·하청 관계를 중심으로』, 한국노동연구원, 2016, 41면 이하 참조.

37) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 64.

38) Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre

폐지되기는 했지만, 우리는 그 법의 내용을 검토함으로써, 프랜차이즈 노사관계의 특수성에 부합하는 제도를 구상함에 있어서 일정한 시사점을 얻을 수 있을 것이라고 생각한다.

2016년 법으로 공포된 내용은 프랜차이즈 노사협의회 설치에 관한 내용이 대부분인데, 원래 하원 수정안에 담긴 내용은 그것보다 훨씬 풍부했다. 그 중에서도 특기할 만한 내용은 단체교섭과 단체협약에 관한 것이다. 수정안에 의하면, 프랜차이즈 단체협약의 체결을 위한 단체교섭은 가맹본부, 가맹점주³⁹⁾, 가맹점근로자를 대표하는 노동조합⁴⁰⁾ 삼자 간에 이루어진다.⁴¹⁾ 그렇게 해서 체결된 단체협약이 유효하게 성립하기 위해서는 가맹본부, 가맹점주를 대표하는 자⁴²⁾, 가맹점근로자를 대표하는 노동조합 삼자의 서명이 있어야 한다.⁴³⁾ 프랜차이즈 단체협약은 가맹사업 소속 사업장들에 적용되는 업종별 단체협약에 반하는 내용을 포함할 수 없다(다만, 업종별 협약에 명시적 허용 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다).⁴⁴⁾

한편, 2016년 법의 초안인 하원 수정안은 프랜차이즈 노사협의회 설치에 관한 규정도 담고 있었다.⁴⁵⁾ 이에 의하면, 가맹점근로자가 50인 이상인 가맹사업에서는 근로자를 대표하는 자(근로자위원), 가맹점주를 대표하는 자(가맹점주위원) 및 가맹본부를 대표하는 자(가맹본부위원) 등 삼자로 구성되는 프랜차이즈 노사협의회를 설치해야 한다. 가맹본부위원과

par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 7.

39) 가맹점주는 개인이든 연합이든 가맹사업 전체 근로자의 10% 이상을 고용하고 있어야 한다. 즉 혼자서 가맹사업 전체 근로자의 10% 이상을 고용하고 있는 가맹점주가 있는 경우에는 해당 가맹점주 1인만 참여해도 교섭은 유효하게 성립하고, 그런 대형 가맹점주가 없는 경우에는 여러 명의 가맹점주들이 연합해서 근로자 10% 이상 고용의 요건을 충족시키면 된다.

40) 가맹점근로자를 대표하는 노동조합은 일반적인 노동조합 대표성 기준을 충족하는 한편, 프랜차이즈 노사협의회 근로자위원을 선출하는 선거에서 10% 이상의 득표율을 획득한 노동조합을 말한다(Projet de loi, Article 29 bis A, II).

41) Projet de loi, Article 29 bis A, IV.

42) 가맹점주를 대표하는 자는 가맹사업 전체 근로자의 50% 이상을 차지하는 가맹점주들을 대표하는 자, 또는 전체 가맹점주의 과반수를 대표하는 자를 말한다.

43) Projet de loi, Article 29 bis A, IV.

44) Projet de loi, Article 29 bis A, IV.

45) Projet de loi, Article 29 bis A, I.

가맹점주위원회는 각 1명이며, 근로자위원회는 가맹점근로자의 규모에 따라 다르다. 근로자의 수가 1,000명 미만인 경우에는 가맹본부의 근로자들 중에서 선출된 근로자위원이 적어도 1명 포함되어야 하고, 근로자 수가 1,000명 이상인 경우에는 2명 이상이 포함되어야 한다.

그러나 2016년에 공포된 법은 단체교섭과 단체협약에 관한 규정들을 모두 삭제했다. 노사협의회와 관련해서도 설치단위를 가맹점근로자 수 50인 이상에서 300인 이상으로 완화하고, 법정 설치의무를 폐지하고 단체협약으로 노사협의회를 설치·운영하도록 했다.⁴⁶⁾ 다만, 이 경우에도 노사협의회는 근로자를 대표하는 자, 가맹점주를 대표하는 자, 가맹본부를 대표하는 자 등 삼자로 구성된다.

그나마 2016년 법은 2018년에 폐지되었다. 그 후 다시 프랜차이즈 노사관계의 삼자적 단체교섭과 노사협의회를 부활시키고자 하는 논의는 발견되지 않는다.

※ 보론. 가맹점주와 가맹점근로자가 하나의 노동조합으로 조직하여 가맹본부와 노사관계를 형성하는 가능성

최근의 연구에서 우리는 자영근로자와 그에 고용된 근로자들이 하나의 노동조합에 같이 가입할 수 있는가 하는 질문에 대해서, 그러한 형태의 노동조합은 사실상 동업조합과 유사한 조직이 될 것인데 우리 헌법 제33조 제1항이 그러한 조직형태까지 보장하고자 하는 취지로 볼 수는 없다는 이유로, 부정적인 견해를 피력한 바 있다.

그런데 지금 생각해보니 답변에 다소 부족한 점이 느껴진다. 사용자인 근로자와 그에 고용된 근로자들이 하나의 조직으로 결합되어 있다고 해

46) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, op. cit., art. 64. 이 규정에 대해서 위헌소송이 제기되었다. 헌법위원회는 대부분 합헌으로 판단했는데, 다만 한 구절은 위헌으로 판단했다(DC, 2016-736, 4 août 2016). 원래의 법에서는 노사협의회 운영과 위원들의 회의 참여에 필요한 비용을 단체협약에 따라서 분담하되, 해당 “단체협약이 없는 경우 가맹본부가 부담한다”고 규정하였는데, 헌법위원회는 가맹점주인 사용자를 배제하고 오직 가맹본부에만 비용 전부를 부담시키는 것은 비례성의 원칙에 반한다고 결정하였다. 여기에서도 우리는 가맹점주의 이중적 지위를 확인할 수 있다.

서 곧바로 동업조합과 유사한 것으로 평가하기는 이르기 때문이다. 서양 중세의 동업조합은 같은 직종에 종사하는 근로자들이 장인과 직인과 도제로 위계를 형성하는데, 가장 이상적인 상황에서는 도제는 시간이 지나면 직인이 될 것으로 기대하고, 직인도 때가 되면 장인이 될 것으로 기대한다. 즉 오늘은 고용된 근로자이지만, 내일은 고용주인 근로자가 될 것으로 기대되는 것이다. 이러한 구조에서는 임금근로자의 종속성은 일시적인 지위에 불과하고, 때가 되면 자동폐기되는 성격의 것으로 여겨진다.⁴⁷⁾ 이러한 모습은 오늘날 의사나 변호사 같은 전문직에서 재발견된다.

그런데 프랜차이즈 가맹점주와 그에 고용된 가맹점근로자들이 비록 하나의 조직에 가입되어 있다고 해서 가맹점근로자들의 내일이 가맹점주인 것은 아니다. 물론 개개의 사정에 따라서는 가맹점근로자가 가맹점주가 되는 일도 있을 수는 있지만, 동업조합이 그랬던 것과 마찬가지로 그런 식으로 직업의 미래가 예정되어 있는 것은 아니라는 말이다. 그런 점에서 사용자인 자영근로자와 그 근로자인 임금근로자가 같이 조직한 단체를 동업조합에 유사한 것으로 평가하는 것은 다소 오해의 소지가 있다고 본다.

그럼에도 불구하고 가맹점주와 가맹점근로자가 하나의 단위노동조합으로 같이 조직되는 것은 허용되기 힘들 것이라고 생각한다. 가맹점주는 물론 근로자이지만 동시에 가맹점근로자에 대한 사용자로서의 지위를 유지하고 있는바, 하나의 단위노동조합으로 조직되는 것은 이해관계의 충돌 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 반면에 연합단체 수준에서 같이 조직되는 것은 굳이 금지할 필요가 없을 것이다. 가맹본부나 대기업과의 관계에서 가맹점주와 가맹점근로자의 연대가 필요한 경우가 있기 때문이다. 실제로도 한국자영업자노동조합은 한국노총에 가입되어 있는데, 이를 가지고 한국노총의 지위나 자격을 문제삼는 논의는 들어본 바 없다.

47) Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Librairie Arthème Fayard, 1995, p. 172 이하.

제4절 소 결

프랜차이즈 노사관계는 기존의 일반적 노사관계와 구별되는 특수성이 있다. 이 특수성은 주로 가맹점주의 이중적 지위에서 비롯된다. 가맹점주는 한편으로는 근로자(자영근로자 혹은 비임금근로자)이면서, 동시에 다른 한편으로는 가맹점근로자에 대해서 사용자로서의 지위를 갖는다. 예를 들어 임원의 지위에서 보듯이 노동법에서 이중적 지위의 가능성은 열려 있다. 법률적 논점이 사용자의 의무에 관한 것인가, 아니면 근로자의 권리에 관한 것인가에 따라 이중적 지위의 어느 한 측면이 부각될 뿐이다.

근로자로서의 가맹점주의 지위는 다시 두 가지로 구분된다.

첫째는 가맹본부에 대한 종속성 여부와 무관하게 자영근로자로서의 근로자성 그 자체에 대한 인정 문제이다. 이것은 임금근로자를 정의하는 종속성을 전제로 하지 않고 자영근로자를 노동법의 적용범위에 포함할 수 있는가, 있다면 어떤 형식과 내용으로 할 수 있는가 또는 해야 하는가에 관한 질문이다. 사회보험의 영역에서는 임금근로자와 자영근로자를 통합하는 사회보험제도를 구상한다는 것을 의미한다. 건강보험의 연혁과 “전 국민 고용보험” 논의를 참조할 수 있다. 집단법의 영역에서는 자영근로자에게도 노동삼권을 임금근로자와 대등하게 보장한다는 것을 의미한다. 2022년 4월에 국제노동기구 단결권 협약이 발효된 이후에는 관련 논의가 더욱 본격적으로 전개될 것으로 예상된다. 개별법의 영역에서는 쉽게 말하면 근로기준법을 자영근로자에게도 적용할 수 있는가에 관한 문제이다. 이는 곧 모든 근로자에게 적용되는 일반 근로기준법의 제정 가능성 문제와 연결된다.

노동법에서 자영근로자로서의 근로자성을 그 자체로 인정하는 논의는 노동법의 목적·의의에 관한 심층적인 재검토를 요구한다. 노동법은 노동관계에서 인간의 존엄성을 실현하기 위한 법이다. 국제노동기구 헌장은 이것을 “진정으로 인간적인 노동체제”로 표현했다. 노동에 있어서 인

간의 존엄성을 실현한다고 하는 이상은 임금근로자에게만 해당하는 것이 아님은 물론이다. 여기에는 임금근로자와 자영근로자의 구분이 있을 수 없다. 또한 영리근로자와 비영리근로자의 구분도 있을 수 없다. 노동하는 인간이라면 누구나 자신의 존엄성을 구현할 수 있어야 하기 때문이다. 종사상의 지위나 계약의 형식을 가리지 않고 모든 근로자를 포괄하는 일반 노동법의 의의는 바로 여기에 있다.

근로자로서의 가맹점주의 지위에 관한 두 번째 문제는 가맹본부에 대한 가맹점주의 종속성의 인정 문제이다. 근로계약관계상의 종속성이 인정되는 경우 가맹점주는 가맹본부와의 관계에서 근로기준법상 근로자로 재분류될 것이다. 이 경우 노동조합법상의 근로자성은 자동으로 인정될 것이다. 근로계약관계상의 종속성이 인정되지 않더라도 부분적인 종속성이 인정된다면 노동조합법상 근로자성은 인정될 수 있을 것이다. 다만, 이 문제는 오분류·재분류의 문제로서, 종속성에 근거하여 근로계약관계의 성립 여부를 판단하는 현재의 법리에서는 상시적으로 작동하는 시스템이다. 즉 이것은 프랜차이즈 노사관계의 특수성과는 별개의 문제이다.

가맹점주의 이 이중적 지위로 인해서 가맹점주의 단체도 이중적 지위를 갖게 된다. 즉 한편으로는 노동조합이면서, 동시에 다른 한편으로는 가맹점근로자의 단체에 대해서 사용자단체로서의 지위를 갖는다. 그 결과 프랜차이즈 노사관계는 기존의 일반적 노사관계에서 볼 수 있는 이항적 노사관계가 아니라 중첩적 노사관계의 구조를 갖게 된다.

프랜차이즈 노사관계에는 세 주체가 등장한다. 가맹본부, 가맹점주, 가맹점근로자 등이다. 그리고 이 주체들의 상호작용에 따라서 크게 네 가지의 노사관계가 나타날 수 있다. (1) 가맹본부와 가맹점주의 노사관계. 이것은 가맹점주가 가맹본부의 근로자로 재분류된 결과일 수도 있고, 가맹점주가 종속적 자영근로자로서 형성하는 관계일 수도 있다. (2) 가맹본부와 가맹점근로자의 노사관계. 이것은 간접고용관계와 유사하다. (3) 가맹점주와 가맹점근로자의 노사관계. 이것은 협의의 근로계약관계에 근거하는 기존의 일반적인 노사관계에 해당한다. (4) 가맹본부-가맹점주-가맹점근로자 삼자로 구성되는 노사관계. 프랑스의 사례에서 등장한 바 있다.

제 2 장

프랜차이즈 노사관계 실태

제1절 서론

국내 상법상 가맹점주는 스스로의 이해타산을 위해 자기 방어할 수 있는 독립자영업자이다. 이에 근거하여 국내법은 프랜차이즈 갈등에 대한 개입을 가급적 자제하여 왔다(송인방, 2013). 그동안 가맹거래에 대한 규제는 경제법을 통해 가맹점주가 스스로 위험을 판단하고 예방할 수 있도록 불공정거래행위를 규율하는 정도에 머물러 왔다(김한중, 2012). 2010년대 들어 가맹점-가맹본부 간 갈등이 심화되고 편의점주들이 잇따라 자살하자 불공정거래 단속을 강화하고 법적 미비점과 한계를 보완해 왔지만, 가맹점-가맹본부 간 상거래 규제는 여전히 경제법적 영역에 있다. 이 때문에 가맹점주는 노사관계나 노동법과는 거리가 멀다.

외관상 가맹점주는 프랜차이즈 어원인 ‘자유’와 가까워 보이지만, 실상 많은 가맹점주는 프랜차이즈 원리인 ‘표준화’에 의해 가맹본부의 지배와 통제하에 놓여 있다. 우리 상법상 가맹계약은 독립자영업자 간 대등한 관계에서 이뤄지는 상거래에 해당되지만, 실제 현실은 그와 같지 않다. 프랜차이즈 상거래를 규율하는 주 법인 ‘가맹사업거래의 공정화에 관한 법률’(가맹사업법)은 가맹본부가 가맹점 경영 및 영업활동 등에 대해 지원·교육·통제할 수 있도록 명시적으로 허용함으로써 가맹점에 대한 지배

· 통제를 인정하고 있다. 지난 2013년 가맹점주들이 단체를 구성하여 가맹본부와 거래조건에 대해 협상할 수 있도록 가맹사업법을 개정한 것은, 이러한 현실을 감안하여 점주들이 스스로 자신들의 권익을 실현하도록 보장하기 위한 취지로 이해할 수 있다.

본 글은 경제법을 통한 프랜차이즈 규율의 현실을 다룬다. 프랜차이즈 갈등은 왜 끊이지 않고 갈등의 본질은 무엇인지, 프랜차이즈 규제가 현실에서 어떻게 작동하고 어떤 한계가 있는지, 점주단체 활동과 거래조건에 대한 협의는 그간 어떤 성과와 과제를 낳았는지 등을 분석한다. 이는 대기업 가맹본부의 수익창출 전략 및 인력운용 방식의 변화로 가맹점주의 성격이 변화한 상황에서 기존 경제법으로 가맹관계를 계속 규율하기에는 한계가 있다는 문제의식과 맞닿아 있다. 본 글은 현행 경제법 규율로 가맹점-가맹본부 간 불균등한 힘의 역관계를 해소하기에 무리가 있으며, 이 때문에 가맹점주의 온전한 집단적 권리보장을 위해 보다 전향적 인식 전환이 필요함을 제기한다. 현 제도하에서 가맹점과 가맹본부 간 갈등과 분쟁이 노사관계의 영역이 아님에도 본 장의 제목을 프랜차이즈 노사관계 실태로 명명한 이유이다. 본 연구는 독립자영업자임에도 독립적이지도, 대등하지도 못한 가맹점주의 노동을 조명함으로써 가맹점주의 중첩적 지위 및 자영 ‘노동자’로서 노동기본권 보장 필요성에 대한 이해를 제고하는 데 도움을 준다.

본 연구를 위해 2022년 4월부터 11월까지 점주단체 관계자 인터뷰를 진행했고, 이 외 공정거래위원회(공정위) 심결례와 법원 판결문, 프랜차이즈 실태조사, 가맹본부 정보공개서, 공정위 자료 등을 조사·활용했다. 본 글은 제2절에서 프랜차이즈 수익구조와 갈등 쟁점·실태를 분석하고, 제3절에서 가맹점주의 집단적 권리보장을 위한 경제법적 규율과 그 실효성, 한계를 분석한다. 제4절에서는 가맹점주-가맹본부노동자-가맹점노동자 등 각 주체들과 각기 다른 이해에서 맺어지는 다양한 관계의 측면들을 살펴보고 공통의 이해 실현 방안을 탐색한다.

제2절 프랜차이즈 수익구조와 갈등

1. 프랜차이즈 현황 및 특성

가맹사업은 가맹본부가 보유한 노하우와 상표 등의 제공을 통해 점주가 원활히 사업을 영위할 수 있도록 지원하는 대신, 점주가 그 대가로 가맹본부에 수수료를 지불하는 사업양식이다. 우리나라는 IMF 금융위기 이후 생계형 업종을 중심으로 가맹점 창업이 늘어나면서 양적으로 급팽창했다. 산업통상자원부와 대한상공회의소(2022)의 ‘2021 프랜차이즈 실태조사’에 따르면 2020년 말 기준 프랜차이즈 가맹본부는 약 5,600개, 가맹점 27만 개(직영점 1만 5,166개), 매출액 121조 원(가맹본부 53조 원(44%), 가맹점 68조 원(56%)), 종사자 117만 명(가맹본부 17.5만 명(15%), 가맹점 99만 명(85%))에 이른다.

〈표 2-1〉 2020년 말 기준 프랜차이즈 현황

	수(개)	매출액(조 원)	종사자(만 명)
전 체	282,066	120.8(100%)	116.6(100%)
가맹본부	5,652	53.0(43.9%)	17.5(15.0%)
가맹점	276,414	67.8(56.1%)	99.1(85.0%)

자료: 산업통상자원부·대한상공회의소, 『2021 프랜차이즈 실태조사』 재구성.

가맹본부당 연평균 매출액은 약 102억 원, 평균 고용인력은 31명이다. 가맹본부당 업종별 평균 매출액은 도소매업 1,110억 원, 외식업 37억 원, 서비스업 73억 원으로 상당한 격차가 있다. 가맹본부를 규모별로 보면 0.7%에 불과한 35개 대기업¹⁾ 가맹본부의 매출액이 38.7조 원으로, 가맹본부 총 매출액의 73%를 차지한다. 이에 비해 가맹본부의 70%를 점하는

1) 가맹본부의 기업규모 판단은 중소기업기본법 시행령과 공정거래위원회 대기업집단 지정결과를 반영.

소기업 가맹본부 매출액은 6.6조 원으로 12.5%에 불과해, 가맹본부 규모에 따른 양극화가 프랜차이즈에서도 그대로 드러난다.

가맹점당 연평균 매출액은 2억 5,000만 원(월 2,083만 원), 평균 고용인력은 2.6명(점주 포함 종사자 수는 3.6명)이다. 가맹점당 업종별 평균 매출액은 도소매업 4억 9,000만 원, 외식업 2억 2,000만 원, 서비스업 약 9,000만 원이다. 매출규모를 구간별로 살펴보면 전체 가맹점의 약 71.7%가 3억 원 이하 매출을 올리는데, 그중 1억 원 이하 매출 가맹점 비중도 30.8%에 이른다. 특히 편의점의 경우 가맹점당 연평균 매출액은 5억 원에 육박할 정도로 높지만, 71%나 되는 높은 매출원가와 인건비, 임차료, 가맹비 등 영업비용을 제외한 영업이익은 가맹업종 중 가장 낮다. 가맹점주의 월 평균소득은 약 240만 원이다(통계청, 2022).

세부 업종별로 나눠서 살펴보면 편의점(45조 원)과 도소매(12.8조 원), 치킨(9.0조 원), 한식(8.0조 원) 등 매출액 상위 4개 업종이 프랜차이즈 총 매출액의 62%를 차지한다. 치킨, 피자·햄버거 등 일부 업종에서는 프랜차이즈가 지배 사업양식으로 자리 잡았다. 2019년 기준 총 치킨업체의 68.5%, 피자·햄버거·샌드위치 및 유사 음식점업의 61.4%가 가맹점 점포 유형이다. 그리고 이들 가맹점에서 각 산업 매출액의 85.3%(5조 2,878억 원)와 56%(3조 7,866억 원)가 창출된다. 이는 곧 치킨, 피자·햄버거 업종에서 비가맹점 점포로 생존하기란 매우 어려움을 말한다.

프랜차이즈는 가맹점주-가맹본부 간 위험을 공유하고 협력하여 시너지를 낼 수 있다는 점에 큰 매력이 있다(Hoffman & Preble, 1991). 가맹점주 입장에서는 비교적 적은 자본으로도 가맹본부의 영업 노하우와 운영 지원을 통해 경영실패 위험을 낮출 수 있고, 가맹본부는 비용조달이 쉽고 인력관리가 수월하며 단기간에 사업을 크게 확장할 수 있다는 장점을 갖는다(Berge et al., 2015). 이러한 이유로 프랜차이즈는 1980년대 이후 전 세계에서 급속히 확산되어 오늘날 지배적인 서비스·판매 양식으로 자리 잡았다. 프랜차이즈 사업양식의 핵심은 공동 브랜드를 통해 소규모 점포의 한계를 극복하고 규모의 경제를 달성하는 데 있다. 이런 점에서 프랜차이즈는 ‘표준화’와 분리되어 말할 수 없다. 표준화는 세세한 매뉴얼과 규율, 질서, 체계화, 형식화, 일관성을 통해 확보되는데, 이 요소들

은 통제와 깊이 관련돼 있다. ‘표준화’와 ‘통제’를 프랜차이즈의 속성으로 일컫는 이유이다. 가맹점주의 비극은 바로 이 지점에서 발생한다. 표준화 확보 과정에서 가맹점주는 가맹본부의 통제와 지배하에 놓이게 되면서 종속적 자영업자로 전환될 수밖에 없기 때문이다.

피자·햄버거와 같은 패스트푸드점은 프랜차이즈의 특성을 가장 명징하게 보여준다. 패스트푸드점은 세세한 메뉴얼과 규정에 의해 요리사가 없어지고 대신 점 잇기, 번호대로 색칠하기 등의 놀이와 같아진다(리치, 2004: 187). 일반적으로 업무가 복잡하고 전문적이며 개인의 재량이 많이 허용될수록 표준화가 더 어렵다는 측면에서 표준화는 단순 업무 및 자동화와 친화적이다.²⁾

2. 가맹본부의 수익구조

가맹사업은 점주가 상표제공 등의 대가로 가맹본부에 일정한 수수료를 지불하는 사업양식이기 때문에 가맹본부 수익은 점주가 지불하는 대가로 부터 발생한다(김현순, 2018). 점주가 가맹본부에 지불하는 여러 형태의 가맹금 중 가장 큰 수입원은 차액가맹금이다. 차액가맹금이란, 가맹본부가 상품·원재료·부재료·정착물·설비·원자재 등을 제공하는 대가로 가맹점으로부터 받는 금액 중 적정한 도매가격을 넘는 대가를 말한다. 즉 가맹본부가 가맹점에 제공하는 원재료 공급가에서 매입가를 뺀 차액의 물류마진 또는 유통마진이 차액가맹금이다. 우리나라 가맹사업법 2조 및 시행령 3조는 물류마진을 가맹금의 한 종류로 정의함으로써 가맹본부의 합법적인 수익방식으로 인정하고 있다. 산업통상자원부(2019)에 따르면 가맹본부 수입의 80.6%가 차액가맹금(물류마진)에서, 11%가 로열티에서 창출된다. 특히 물류마진 비율은 외식업(88.0%)과 도소매업(86.1%)에서 압도적으로 높아, 외식업·도소매업 가맹본부가 주 수입원으로 물류마진에 의존하고 있음을 알 수 있다.³⁾

2) 중급 정도의 기능을 가진 가맹점주의 종속성에 관한 자세한 내용은 차유미(2020) 참조.

3) 2022년 산업통상자원부·대한상공회의소 조사에서는 가맹본부 수입원 중 물류마

가맹점주가 점포를 운영하기 위해서는 가맹본부에 여러 대가를 지불해야 한다. 신규점포 개설 단계에서는 가입비와 교육비, 인테리어비, 보증금 등을, 점포 영업 중에는 월 고정 수수료인 로열티와 POS 운영비, 물품대금, 광고비 등을 지급한다. 로열티는 정률형과 정액제가 있는데, 정률형은 일반적으로 가맹점 매출액과 연동되어 부과되기 때문에 가맹점-가맹본부 간 상호협력을 도모한다는 측면에서 프랜차이즈 경영원리와 가장 부합되는 요금방식으로 꼽힌다. 정액형은 가맹점의 매출액과 무관하게 가맹금이 고정되어 있는 특성상 가맹점 매출액 증대를 위한 가맹본부의 노력 유인이 떨어진다. 정률형 로열티는 가맹점의 매출액 공개가 전제되어야 하는데 가맹점의 정확한 매출액을 확인하기 어렵고, 정액제 로열티는 가맹본부가 얻는 수익이 매우 한정된다는 측면에서 둘 다 가맹본부에 썩 매력적이진 않다. 그래서 우리나라 가맹본부는 손쉽게 더 많은 수익을 창출하기 위한 주 방법으로 물류마진에 의존한다. 산업통상자원부(2022)에 따르면 2020년 말 기준 로열티 부과 가맹본부 비율은 36.4%(정률형 12.2%, 정액형 24.2%), 로열티가 없는 가맹본부는 58.1%이다. 가맹본부는 로열티나 차액가맹금 중 어느 하나만 적용할 수도, 또는 두 방법 모두를 병용하여 여러 형태로 약정·운영할 수 있음(서울중앙지방법원 2022. 6. 3. 선고 2020가합607773 판결)을 고려하면, 로열티가 없는 가맹본부의 상당수가 주로 물류마진을 통해 수익을 얻는다고 이해할 수 있다.⁴⁾ 이는 2006년 기준 미국 전체 프랜차이즈의 96%(정률 92%, 정액 4%)가 로열티(매출액의 5~

진 비중이 34.1%, 직영점 매출 등 기타(34.8%), 로열티(14.7%), 가입비·교육비(9.0%), 인테리어 설치(4.7%) 순으로 나타나 2019년 통계와 상당한 차이를 보인다. 한편 위 자료에 따르면 2020년 말 기준 프랜차이즈 직영점은 총 1만 5,000여 개, 브랜드별 직영점 수는 평균 2.1개로 직영점 수는 매우 적다. 공정위(2021)에 따르면 2020년 기준 7,094개 브랜드의 63.7%(4,522개 브랜드)가 직영점을 운영하지 않고 있으며, 1~4개의 직영점을 운영하는 브랜드는 31.7%(2,248개), 10개 이상 직영점을 운영하는 브랜드는 2.0%(140개 브랜드)에 불과하다.

- 4) 공정위가 21개 업종 200개 가맹본부를 대상으로 실시한 '2022년 가맹분야 서면실태조사'(2022. 12. 4. 보도자료)에 따르면 로열티 부과 가맹본부 비율은 43.4%(정률 16.6%, 정액 26.8%)이고, 차액가맹금으로 계속가맹금을 수취하고 있다는 응답은 60.4%로 나타났다. 차액가맹금 수취방식을 좀 더 세분화해서 살펴보면, 차액가맹금만 수취하는 가맹본부는 31.8%, 정액로열티와 차액가맹금을 병용 수취하는 가맹본부는 15.9%, 정률사용료와 차액가맹금을 병용 수취하는 가맹본부는 12.7%이다.

6%)를 통해 수익을 얻는 것(Lafontaine and Blair, 2009; 김현순, 2018 재인용)과는 매우 대조적이다. 미국은 1971년 가맹본부에서 구입하는 원재료가 프랜차이즈 운영에서 필수적인지 입증하지 못하는 한 가맹본부가 가맹점 물품구입을 강제하는 것은 반독점법에 위반된다는 판결(Siegel v. Chicken Delight) 이후 로열티가 가맹본부의 주 수입원으로 자리 잡았다(유병국 외, 2020).

가맹본부는 물류마진을 통해 더 많은 차익을 남기기 위해 더 높은 가격에, 가능한 한 많은 원부자재를 필수물품으로 지정하여, 가맹본부(또는 가맹본부 지정업체)를 통해 구입하도록 강제한다. 가맹점과 가맹본부 간 갈등과 분쟁은 바로 이 지점에서 발생한다. 가맹본부가 물류마진으로 얼마의 수익을 취하는지 현재까지 정확한 통계는 없다. 가맹사업법 시행령 개정으로 2019년부터 가맹본부는 가맹점당 평균 차액가맹금 지급금액과 매출액 대비 차액가맹금 지급금액 비율 등을 정보공개서에 기재해야 하지만 아직 집계되지는 않았다.⁵⁾ 다만 몇 사례를 통해 그 수준을 유추해볼 뿐이다. 가령 일부 피자업종의 경우 가맹본부가 수취한 차액가맹금은 많게는 가맹점 연 매출액의 17.7%에 이를 정도로 높았다. 2020년 한국피자헛 가맹점주는 로열티(총수입의 6%)를 매월 납부함에도 가맹본부가 물류마진 차액으로 부당이득을 취해왔다면서 임원들을 사기죄로 고소하고 부당이득금반환청구소송을 제기했는데, 이 사건에서 서울중앙지법은 가맹본부가 약정 또는 묵시적 합의 없이 이익을 얻었다면서 75억 4,600여만 원 반환을 명령했다(서울중앙지법 2022. 6. 3. 선고 2020가합607773 판결). 판결문에 따르면 가맹본부는 2019년 가맹점당 평균 매출액의 3.78%인 2,666만 원, 2020년 4.5%인 2,935만 원을 차액가맹금으로 수취했다.

외식업종 가맹본부가 가맹점 로열티를 70~100%까지 할인해 주면서 가맹본부 지정업체에서 원부자재를 구매하도록 유도하는 이유는, 바로 원부자재 구매금액에 본사마진이 포함되어 회수될 가능성이 높고(이진국, 2018), 그리고 유통마진이 가맹본부 수익향상에 매우 유리한 방식이기 때

5) 이와 관련, 가맹본부는 법 개정으로 가맹본부 직업수행의 자유와 평등권을 침해당했다면서 헌법소원을 청구했으나 헌법재판소는 2021. 10. 28. 재판관 전원일치 의견으로 기각 결정했다(2019헌마288).

문이다.

문제는, 우리나라 가맹본부가 주 수익원으로 사용하는 물류마진은 애초 프랜차이즈 사업양식 취지에 따라 가맹본부가 전체 파이를 키우고 시너지를 내기 위해 가맹점을 지원하고 협력하도록 유도하는 것이 아니라, 가맹점의 출혈을 전제로 가맹본부가 가맹금을 수취하는 사업방식이라는 것이다. 표준화에 저해되지 않는 한 가맹점주가 시장에서 가격이 더 싼 원재료를 공수하는 행위는 비용절감을 위한 점주의 합리적 행위이다. 그러나 가맹본부 입장에서 이 행위는 가맹본부의 수익을 낮추는 비합리적 행위로 역전된다. 가맹본부가 가맹점주의 합리적 행위를 계약 해지사유로 규정하고 금지하면서 협력적·동반자적 가맹관계는 교과서의 글귀로 박제화되고 화해할 수 없는 적대적 관계로 전환된다. 가맹본부가 주 수입원을 가맹점의 유통마진에 겨냥하는 순간 가맹본부는 가맹점의 이익을 수탈하는 착취자일 수밖에 없기 때문이다.

3. 가맹점-가맹본부 갈등 쟁점 및 실태

프랜차이즈의 성장에 따라 가맹점-가맹본부 간 갈등은 지속적으로 증가하여 왔다. 2020년 한 해 동안 가맹거래 관련 한국공정거래조정원이 진행한 상담건수는 총 2,000건이 넘고, 분쟁조정 접수 및 처리건수는 2008년 300여 건에서 최근 700~800건으로 증가했다.

가맹거래 분쟁사건 중 가장 많은 원인은 가맹본부의 우월적 지위에 따

〈표 2-2〉 공정거래위원회 분쟁조정 현황(2008~2020)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
접수	357	357	479	733	578	554	572	522	593	779	805	637	514
처리	302	367	414	710	609	607	529	550	523	750	848	656	499

주: 2019년부터 서울·경기·인천시, 2020년부터 부산시에서도 분쟁 조정 업무를 시작하여 2019년 말 기준 총 114건, 2020년 11월 기준 총 217건을 처리하였으나 위 표에는 포함되지 않았음. 이를 포함하면 전국 분쟁조정 처리건수는 각각 770건과 716건에 달함.

자료: 한국공정거래조정원, 『2020년도 한국공정거래조정원 분쟁조정 현황』.

른 불공정행위이다. 2020년 처리된 499개 사건(서울·경기·인천·부산 시 처리사건 제외)을 살펴보면, 가맹본부의 거래상 지위남용과 부당한 손해배상의무 부담, 거래거절 등 불공정거래로 인한 분쟁이 31.3%(156건)로 가장 많았다. 다음으로 ‘정보공개서 사전제공 의무 위반’(86건, 17.2%)과 ‘허위·과장 정보제공 금지의무 위반’(79건, 15.8%) 순으로 나타났다.

불공정거래행위 분쟁은 주로 가맹점-가맹본부 간 수익배분 이유로 발생하는데, 그 핵심에는 앞서 언급한 물류마진이 존재한다. 일반적으로 가맹본부는 수익을 극대화하기 위해 원부자재와 리뉴얼, 광고·판촉비 등

〈표 2-3〉 2020년 가맹사업거래 분쟁조정 처리현황(연말 기준)

(단위: 건, %)

신청이유	접수	처리현황 및 유형				
		조정 성립(A)	조정 불성립(B)	종결(C)	계	
					(A+B+C)	비중
불공정거래행위	163	63	18	75	156	31.3
- 거래상 지위남용	88	30	15	44	89	17.9
- 부당한 손해배상의무 부담	60	25	1	27	53	10.6
- 거래거절	10	4	2	3	9	1.8
- 구속조건부 거래	5	4	-	1	5	1.0
정보공개서 사전제공 의무 위반	97	24	19	43	86	17.2
허위·과장 정보제공 금지의무 위반	80	30	16	33	79	15.8
영업지역 침해	32	12	3	20	35	7.0
부당한 계약 종료·해지	41	10	5	7	22	4.4
가맹금 예치의무 위반	7	3	1	-	4	0.8
기타	94	34	9	74	117	23.4
계	514	176	71	252	499	100.0

주: 조정 성립 - 조정안 수락, 당사자 합의.

조정 불성립 - 당사자 조정거부 및 조정안 불수락, 신청서 미보완, 답변서 미제출, 출석불응 등.

종결 - 각하, 소제기, 신청취하, 폐업, 회생절차, 기타 등.

자료: 한국공정거래조정원, 『2020년도 한국공정거래조정원 분쟁조정 현황』.

의 유통마진을 과도하게 높이고 그 비용을 가맹점에 일방적으로 전가함으로써 가맹점-가맹본부 분쟁이 촉발된다. 여러 분쟁 중 규모가 가장 큰 영역은 인테리어 공사비(리뉴얼)이다. 산업통상자원부 조사에 따르면 2020년 기준 프랜차이즈 평균 인테리어 비용은 4,730만 원이다. 점주의 부담이 가장 높은 업종은 서비스업으로 평균 7,500만 원에 이르는데, 특히 유아관련 서비스업 약 2억 원, 스포츠업 약 1억 원, PC방 8,000만 원, 이미용 6,300만 원 등으로 매우 높다. 가맹본부는 가맹점의 통일성 및 동질성 유지 명분으로, 가맹본부(또는 가맹본부 지정업체)를 통해, 시중가보다 비싼 가격에, 가맹본부의 비용지원 없이, 계약해지 위협으로 리뉴얼을 강제함으로써 가맹점과 갈등을 빚어 왔다. 가맹점 피해가 급증하자 2013년 가맹사업법이 개정되어 가맹본부는 정당한 사유 없이 가맹점 리뉴얼을 강요해서는 안 되고, 리뉴얼 진행 시 40/100 이내의 범위에서 비용을 부담해야 한다(제12조의2). 그러나 여전히 많은 점주들은 계약갱신 조건으로 리뉴얼을 요구받고, 계약갱신을 위해 요구에 응한다.

원부자재를 둘러싼 갈등 양상 역시 유사하다. 가맹본부가 동일성 유지와 무관한 일반 공산품까지 필수품목으로 지정하여, 시중가보다 높은 가격으로, 가맹본부에서 구입하지 않을 시 계약해지 조건으로 가맹점 구입을 강제한다. 가령 김밥 전문점인 ‘바르다 김선생’의 경우 2014년부터 일반 시중에서 구매할 수 있는 공산품인 청소세제와 일회용 숟가락까지 필수품목으로 지정하여 가맹본부에서 구입하지 않을 경우 가맹계약을 해지할 수 있도록 규정하고, 실제 참기름과 나무젓가락 등을 타 업체에서 구매했다는 이유로 일부 가맹점주의 계약을 해지하여 갈등을 빚었다.⁶⁾ 이와 같이 원부자재 구매를 둘러싸고 유사한 분쟁이 끊이지 않자 현재는 가맹본부가 필수품목을 의무공개토록 법이 개정됐다.

광고·판촉을 둘러싼 분쟁 역시 매우 빈번하게 발생한다. 대표적으로

6) 공정위원회는 이에 대해 18개 품목이 비필수품목에 해당된다면서 구속조건부 거래에 따른 불공정거래행위로 2018. 2. 5. 6억 5,900만 원의 과징금을 부과했다. 그러나 대법원(2019두36506)은 3개 품목(덮밥뚜껑, 덮밥찬용기, 대나무 만두찜기)은 부당성이 인정되지 않는다면 공정위 원심을 취소했다. 이에 따라 공정위는 2020. 5. 4. 15개 위반품목에 대한 과징금으로 최종 3억 6,600만 원을 부과했다(2019가맹2921. 공정위 의결 2020-109호).

치킨 브랜드 BBQ 사례를 들 수 있다. 가맹본부인 (주)제너시스비비큐의 경우 홍보전단지를 필수공급 품목으로 지정한 후 2018년부터 2021년까지 1,584명의 점주에게 매월 1만 6,000장의 전단지 구매를 강제했다. 가맹본부가 이를 거부하는 점주를 계약해지하려 해 공정위는 구입 강제 및 구속 조건부 거래행위로 가맹본부에 약 12억여 원의 과징금을 부과했다(공정위 의결 2021-158호). 정부는 광고·판촉을 둘러싼 분쟁 해소를 위해 2022년 7월부터 가맹점의 사전 동의나 약정 없이 광고·판촉행사 비용을 분담하지 못하도록 보완했다.

“○○○는 13평 매장에서 월 매출 1억이 넘어요. 그럼 돈 좀 벌 것 같죠. 그런데 남는 게 없어요, 유통마진이 너무 높으니까. 본부는 점포 하나 출점할 때마다 많게는 1억 원씩 남긴다는 얘기가 있을 정도로 수익이 높고... ○○○나 ○○○ 브랜드의 경우 갑자기 책꽂이 터지면서 오너는 몇백억 원 자산가가 되는데 이를 감당 못 하니까 오너리스크가 생기죠. 본부는 돈이 너무 많아서 스스로를 파괴하는데, 가맹점주는 높은 원부자재 가격 때문에 수익은 안 남죠, 은행 대출 갚아야죠, 죽어나는 구조가 됐어요.” (정○열, 전가협 정책위원장, 2022. 4. 4. 인터뷰)

“우리는 (치킨)가격인상을 정말 안 좋아해요. 가격 인상하면 항상 원부자재 인상되고 판촉행사가 따라오거든. 그럼 가맹점 부담 늘어나고 수익성은 계속 악화되니까. 아무리 유통기업이라도 영업이익 20% 넘으면 악덕기업이라고 하는데 여기(가맹본부)는 40% 나와요... 경영 노하우나 마케팅 지원을 받는다 하더라도 (차액가맹금이) 너무 과도하게 크고 일방적이지... 일반기업이 신상품 내려면 시장조사 해서 검증하고 홍보했는데도 정착 못 하면 모든 손실을 다 떠안잖아요. 근데 여기는 재료비, 프로모션비, 배달 앱 할인비까지 전부 점주가 내고 가맹본부는 투자비용 하나 없으니까 당좌수표 10장만 있으면 프랜차이즈 창업할 수 있다는 얘기가 나오는 거거든.” (양○모, BBQ 점주협의회 전 회장, 2022. 4. 18. 인터뷰)

2013년 이후 가맹거래 분쟁을 줄이기 위해 영업시간과 영업지역, 점포 환경개선, 광고·판촉, 불공정거래행위, 계약 종료·해지, 갱신요구권 등에 관한 가맹사업법 여러 조항들이 개정·보완됐다. 그러나 문제는 법 조

문과 현실이 제대로 조응하지 않는다는 것이다. 재계약을 이유로 교묘하게 불공정 관행들을 지속 요구하는 가맹본부가 존재하고, 점주들이 이를 개선하기 위해 소송을 진행하더라도 법의 효과가 발생하기까지 많은 시간적·경제적 피해가 불가피하다는 점에서 불공정거래 개선의 어려움이 존재한다.

“가맹사업법 개정되어서 편의점도 24시간 영업 안 할 수 있어요. 근데 안 하면 (본사)지원금이 없어요. 편의점은 다 전기로 돌아가거든요. 24시간 전구 틀어놓고, 냉장고 돌리고, 물 데우고 다 전기예요. 그래서 광열비 공과금이 많아요. 그런데 24시간 하는 점포만 광열비를 지원해줘. 그러니까 다 24시간 영업 하는 거예요... 가맹본부는 솔직히 가맹점이 말 안 들으면 다음에 계약 안 하면 되거든요. 교묘하게, 계약할 수 없는 조건을 들이대요. 그냥 나가라는 거지. 그러니까 본사 말에 어긋나는 행동을 잘 안 하게 되는 거죠... 가맹사업법 여기까지 온 것 소중한 발전인데, 법 개정은 너무 늦고, 본사의 대응은 너무 빨라요.” (이○준, 한국중소상인자영업자총연합회 가맹위원장, 2022. 11. 17. 인터뷰)

제3절 가맹점주 집단적 권리보호를 위한 경제법적 규율과 실효성

1. 가맹점주 집단적 권리보호를 위한 경제법적 규율

가맹점주 노동에 대한 집단적 권리는 가맹사업법을 통해 제한적으로 보장된다. 2013년 가맹사업법 제14조의2(가맹점사업자단체의 거래조건 변경 협의 등) 신설로 점주들은 스스로 단체를 구성하여 가맹본부와 거래조건에 대해 협의할 수 있는 길이 열렸다. 법에 따르면 가맹점주는 권익 보호 및 경제적 지위향상을 도모하기 위하여 단체를 구성할 수 있고(1항), 가맹본부에 가맹계약의 변경 등 거래조건에 관한 협의를 요청할 수 있다(2항). 다만 점주단체는 가맹사업의 통일성이나 본질적 사항에 반하는 거래조건을 요구하거나 가맹본부의 경영 등에 부당하게 간섭하는 행

위 또는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 해서는 안 된다(4항). 그리고 점주단체로부터 협의를 요청받은 가맹본부는 성실하게 협의에 응해야 하되, 다만 복수의 가맹점주단체가 협의를 요청할 경우 다수로 구성된 단체와 우선적으로 협의(3항)하도록 돼 있다. 이때 가맹본부는 점주단체의 구성·가입·활동 등을 이유로 점주에게 불이익을 주거나 점주단체에 가입 또는 가입하지 아니할 것을 조건으로 가맹계약을 체결해서는 아니 되고(제5항), 이를 위반하는 경우 일정한 범위에서 과징금이 부과될 수 있다(제35조 과징금). 그리고 가맹본부 또는 가맹본부를 구성원으로 하는 사업자단체는 가맹사업의 공정한 거래질서를 유지하기 위하여 자율적으로 규약을 정할 수 있다(제15조 자율규약).

위 조항은 가맹본부와의 관계에서 힘의 열세에 있는 점주들이 자주적으로 단결하여 점주들의 권익 보호 및 경제적 지위향상 도모를 목적으로 한다는 측면에서 일견 임금노동자들의 노동기본권 보장을 위한 단결권 및 단체교섭권과 유사해 보인다. 실제 점주들은 이를 ‘공정2권’으로 호칭한다. 그러나 가맹사업법은 점주들이 가맹본부와 대등한 지위에서 스스로의 권익을 보호하여 공정한 거래질서를 확립할 수 있도록 보장하기에는 지나치게 미흡하다. 가령 법에는 ‘단체를 구성할 수 있다’고만 정해져 있을 뿐 가맹점주단체의 법적 성격이 무엇이고 누가 가입할 수 있는지, 점주단체 신고기관 및 행정 감독기관이 정해지지 않은 상황에서 점주단체에 대한 공적 인정은 어떻게 가능한지, 체결내용은 누구에게까지 적용되는지 등과 같은 기본적 사항이 부재하다. 또 가맹본부가 협의요청을 거부하거나 해태할 경우, 또는 가맹본부가 체결내용을 이행하지 않을 경우 가맹본부가 어떤 법적 처벌을 받게 되는지, 이 경우 가맹점주는 어떤 자위수단을 취할 수 있는지 등에 대한 규정이 없어 실질적 교섭이 불가능하다.⁷⁾ 이 때문에 점주들은 공정2권을 “100년 전 노동관계법 수준”으로 평가한다. 최근 몇 년 전부터 점주단체 결성 및 거래조건 협의 요청 등 단체활동과 관련한 분쟁이 급격히 증가하는 이유와 맞물려 있다.

물론 아직까지 우리 사회에서 가맹점주는 노동법 보호가 필요한 종속적 임금노동자와 달리 독립사업자로 간주되고 있고, 때문에 가맹점주와

7) 가맹점사업자단체의 성격 및 한계에 관한 보다 자세한 내용은 권오성(2018) 참조.

임금노동자에게 부여하는 집단적 권리보호 수준은 다른 차원에서 논의되어야 한다는 목소리가 주류를 형성한다. 경제법은 국민경제 전체를 정당하게 질서 지우기 위해 경제활동을 규제하기 위한 것으로서 법의 목적이거나 대상에서 노동법과 큰 차이가 있으며(권오승, 2011: 21), 경제법은 사회적 약자인 노동자의 권리침해나 보호 필요성, 권익향상 등을 전면적·핵심적으로 고려하여 설정된 개념이 아니기 때문에 점주를 보호함에 있어 노동법과 같이 적극적이지는 않다(박소민, 2020). 그러나 법률이 도그마로서 단지 법전의 박제화된 글자가 아니라면, 법 취지에 부합하지 못하는 현실을 짚고 실질적으로 작동하기 위한 방안을 찾는 노력이 우선적으로 요구된다.

2. 가맹점주 단체 현황 및 특성

가맹점주단체는 2013년 법 개정으로 점주들도 단체를 구성하여 가맹본부와 협의할 수 있게 되면서부터 본격적으로 결성되기 시작했다. 이전부터 SNS를 중심으로 친목교류를 이어오던 점주들은 법 개정 이후 브랜드별로 점주단체를 구성하여 활동하다 2016년 연합단체인 ‘전국가맹점주협의회 연석회의’를 발족했고, 이어 2018년 (사)전국가맹점주협의회(전가협)를 설립했다. 2022년 기준 전가협에는 60개 브랜드별 점주협의회 약 3만 5,000여 명의 가맹점주가 회원으로 가입해 있다. 회원 조직으로는 미니스톱·세븐일레븐 등 편의점, 본죽, 미스터피자, 파리바게뜨, 할리스커피, 더페이스샵, 서브웨이, 피자에땅 등 가맹점주협의회뿐 아니라 쿠키점주협의회와 한국GM전국정비사업자연합회, 쌍용자동차서비스프라자전국협의회, 세라젠펀사업자협의회 등 대리점 수탁 계약자들도 포함돼 있다. 대리점계약은 대기업 공급업자의 우월적 지위에 의해 불공정거래가 발생한다는 점에서 가맹계약과 속성을 공유하는데, 불공정 대응 과정에서 공통 문제를 겪고 있는 대리점주들이 자연스럽게 전가협에 가입함으로써 전가협의 정책적 포괄 범위가 자영업 일반으로 넓어졌다.

전가협 회원 조직 대부분은 가맹본부 또는 대기업의 불공정행위에 대응하여 집단분쟁을 겪으면서 조직화됐다. 일반적으로 점주단체는 합리적

이고 효율적인 가맹점 운영으로 더 많은 매출을 올릴 수 있도록 본사에 의견개진을 하기 위해, 또는 불공정운영 개선 및 공정한 수익분배를 요구하며 결성된다. 이런 배경 때문에 점주단체 핵심 간부 중에는 10년 안팎의 경력을 가진 베테랑 점주와 우수매장이 꽤 포진돼 있다. 2000년대 들어 명예퇴직 이후 자영업에 뛰어들어 사람이 증가하면서부터는 임금노동시장을 경험한 점주들의 단체참여도 늘었다. 가령 햄버거 프랜차이즈인 맘스터치점주협의회 회장은 ○○은행 지점장 출신으로, 2020년 매장 매출액이 전국 17위, 상위 1.6%의 우수매장 점주이다. BBQ점주협의회 회장도 대기업 ○○건설 홍보부장 출신으로, 퇴직 이전 경험을 살려 가맹본부에 프로모션 관련 노하우를 제시하는 등 활발한 제안활동을 하다 단체결성을 주도했다.

“퇴직한 사람들이 유입되면서 전근대적인 경영에 상당히 거부감을 갖게 되는 경우가 많죠. 너무 비합리적이고 비민주적이거든요. 지나치게 일방적이고 너무 황당해요. 사실은 충정으로 아이디어도 제시하고 순수하게 의견 취합해서 제안을 하려고 시작했는데... 프랜차이즈 업력이 길지 않으니 창업주 중심 일방적 의사결정이 많아요. 외부 견제가 익숙하지 않다 보니까 간섭이라고 생각하고 차단을 하거든. 그러다 보니 80년대 노조를 대하는 시각과 비슷하지. 우리들을 외부 세력에 동조해서 회사를 망가뜨리려고 하는 불순 세력이라고 폄하하는 거야... 사업 초기에는 가맹점 모집하기 위해 가맹점 중심으로 운영하지만, 어느 정도 수준이 올라오면 관계가 역전되는 거지. 너네들 싫으면 관둬.” (양○모, BBQ 점주협의회 전 회장, 2022. 4. 18. 인터뷰)

점주단체 조직화에 있어 가장 큰 어려움은 조직화가 어렵고 점주들의 조직 결함도가 매우 떨어지는 점이다. 비정규직 노동자들의 노조 결성 시 재계약 해지가 가장 큰 난점인 것과 마찬가지로, 가맹계약에서도 핵심간부들의 계약이 해지됨으로써 손쉽게 점주단체가 와해될 수 있다. 점주들에게 계약해지는 임금노동자들이 겪는 그것과 차원을 달리한다. 실업급여나 사회보험 등 보장책이 전혀 없기 때문에 계약해지 시 곧바로 어려움을 겪는 데 더하여 대부분의 점주들이 점포개설에 투하한 많은 은행 대출

금을 갚지 못해 채권추심되면서 파탄을 맞는다는 점에서 점주들의 계약 해지는 생계곤궁을 넘어선다. 이런 위험부담 때문에 점주들은 조직가입에 더 신중하고 보수적 태도를 취한다. 다양한 자영업자 스펙트럼 중 특수고용직이 노조에 우호적이고 노동자성이 더 강한 데 비해, 상대적으로 가맹점주들은 사용자 정체성이 강해 보인다. 특수고용직의 강한 노동자성은 임금노동자와 다를 바 없는 종속적 지위와 밀접하게 관련된 것으로 이해할 수 있고(이병훈·신재열, 2011), 가맹점주들의 강한 사용자 정체성은 노동자를 고용·사용하여 점포를 운영하는 사용자 지위와 관련지어 이해할 수 있을 것이다.

조직활동 측면에서 점주단체는 활동경험 및 물리적 환경 제약 등 여러 어려움을 겪는다. 점주들의 생애 경험이 매우 다양하고 조직활동 경험도 거의 없기 때문에 의견을 취합하여 의사결정을 내리고 조직을 운영하는 것도 쉽지 않다. 또 점주들 모두 자신의 점포를 운영해야 하는 사업자들인 만큼 조직활동을 위한 시간투자가 쉽지 않고, 특히 가맹점이 전국에 산재해 있고 영업시간이 길며 점주가 임의적으로 영업시간을 조정하지 못하는 물리적 한계요인은 대면활동을 크게 제약한다. 정보공개서에 따르면 가령 GS25 편의점은 1일 24시간 365일 연중무휴 운영을, 맘스터치는 월 30일 이상, 본죽은 1일 12시간씩 주 6일 이상 월 25일 이상 운영을 원칙으로 한다.⁸⁾ 대부분의 가맹계약에서 영업시간 미준수는 계약해지 요인에 해당되어 점주가 임의적으로 영업시간을 조정하기 어렵다. 이 때문에 영업 이후인 새벽 오프라인 모임이 이뤄지기도 하지만, 대부분 조직활동은 온라인으로 운영된다. 이러한 비대면 환경에 더하여 잠재적 경쟁관계에 있는 자영업 특성상 회원 간 결속력 및 응집력이 상당히 떨어진다. 이러한 요인들은 가맹본부의 협박이나 회유 시 공동활동과 연대보다는 이해관계에 따라 개인적 선택을 하거나 조직이 분열될 가능성을 높인다.

과거 프랜차이즈 분쟁이 주로 필수물품 구입과 계약해지, 영업지역 보

8) 통계청에 따르면 2020년 기준 편의점의 93.3%와 제과점업의 81.8%, 커피 및 비알코올 음료점업의 78.7%, 피자·햄버거 등 유사음식점업의 67.3%가 한 달 내내 하루도 쉬지 않고 영업했다. 편의점의 98.9%가 1일 14시간 이상 영업했고, 제과점업의 86.6%와 피자·햄버거 등 유사음식점업의 79.7%, 커피 및 비알코올 음료점업의 78.2%가 1일 10시간 이상 영업한 것으로 나타났다.

장 등 거래조건과 관련한 것이었다면, 최근에는 ‘점주단체 불인정(23건)’, ‘단체활동 방해(8건)’, ‘상생협약 미준수(6건)’ 등 점주단체 구성과 협상 관련 집단분쟁이 빠르게 증가하며 새로운 유형으로 부각되고 있다.⁹⁾ 집단분쟁은 주로 점주단체가 구성됐음에도 점주단체를 인정하지 않고 교섭을 해태하며 주요간부의 가맹계약을 해지하는 가맹본부에 맞서 점주들이 집단행동을 전개하며 갈등하는 공통적 특성을 보인다. 동일한 형태의 갈등들이 반복되는 주요 배경에는 가맹점주들이 스스로 대응하여 해결할 수 있도록 집단적 활동을 보장하기 위한 제도적 뒷받침의 부족이라는 큰 원인이 있다. 공정거래조정원의 분쟁조정은 가맹본부의 거부 또는 일방의 소 제기 등으로 조정이 성립되지 않거나 종결되는 경우가 많아 효율적 분쟁해결에 한계가 있다. 제도적 틀 내에서 문제가 해결되지 않을 경우 가맹점주들의 대응은 무기한 집회나 시위 등으로 격화되어 결국 정치적으로 해결되는 경우가 많은데, 편의점 세븐일레븐과 미니스톱, 피자헛, 본죽, BBQ, BHC, 미샤, 아리따움, 이니스프리 사건 모두 민주당 을지로위원회와 연계를 맺고 보증으로 가맹본부와 상생협약을 맺고 해결된 사례들이다.

3. 가맹점주 집단적 권리보호를 위한 경제법적 규율의 실효성

우리나라 가맹점주와 가맹본부의 신뢰·갈등 수준은 어느 정도일까. 산업통상자원부 외(2022)에 따르면 가맹점주들이 매긴 가맹본부와의 신뢰점수는 64.6점, 갈등점수는 64.2점(이상 100점 만점)이다.¹⁰⁾ 공정위 실

9) 2013년부터 2018년까지 전가협 소속 점주단체 조직에서 발생한 총 60여 건의 집단분쟁을 살펴보면(복수응답), ‘가맹본부 거래조건 협의 거부’(30건), ‘부당한 필수 물품 강요’(22건), ‘가맹계약 해지’(21건), ‘부당한 광고·판촉’(17건), ‘10년차 이후 계약갱신 거절’(12건), ‘협력업체 선정 시 리베이트 등 문제’(9건) 등의 원인으로 분쟁이 발생했다.

10) 1,000명 대상 가맹점주 조사에서 60.4%의 가맹점주는 가맹본부와의 신뢰수준을 긍정적으로 평가(매우 높음 2.5%, 높은 편 57.9%)했고, 보통 35.2%, 낮음 4.4%(매우 낮음 0.3%, 낮은 편 4.1%)로 응답했다. 그리고 갈등수준이 낮다는 의견은 57.7%(매우 낮음 11.7%, 낮은 편 46.0%), 보통 30.0%, 높음 12.3%(매우 높음 0.3%, 높은 편 12.0%)로 나타났다. 가맹점은 가맹본부와 분쟁 가능성이 높은 부분으로 정보공개 이슈(21.8%), 영업지역 보장(19.1%), 가맹금 예치(17.0%), 불공정 거래(12.6%) 등을 꼽았다.

태조사에 따르면 2021년 기준 점주단체에 가입한 가맹점주 비율은 39.6%, 가맹본부에 거래조건 협의요청을 거절당한 경험이 있는 가맹점주는 약 30%에 달한다.

점주단체 구성 및 협상과 관련하여 가맹점-가맹본부 간 분쟁이 발생한 사례들을 살펴보면, 공공롭게도 가맹본부가 점주단체에 대응하는 행동방식이 일정한 패턴으로 정형화돼 있음을 발견할 수 있다. 이 때문에 가맹점주들이 “문서화되지 않은 매뉴얼”이라고 표현하는¹¹⁾ 가맹본부의 대응은 산업화 초기 강압적 노무관리와 매우 흡사하다. 가맹본부는 공통적으로 점주단체를 인정하지 않고 배제하는 전략을 취한다. 점주단체가 결성되면 가맹본부들은 대형로펌을 내세워 민형사상 고소고발과 가맹계약 해지 등 심리적 압박과 경제적 봉쇄로 점주단체 와해에 집중한다. 그럼에도 점주단체가 설립되면 가맹본부에 우호적인 제2 점주단체 설립·지원으로 대화 파트너를 교체한다. 파트너 교체에 실패할 경우 3단계로 협상을 지연시킨다. 이 과정을 거쳐 어렵게 어렵게 협약에 이르러도 문제가 해결되는 것은 아니다. 협약사항 불이행에 따른 처벌조항이 없어 협약이 제대로 지켜지지 않는 경우가 많기 때문이다.

아래에서는 가맹점주의 집단적 권리실현에 있어 가맹사업법의 규율이 어떻게 기능하고 있는지 그 현황을 점주단체 결성 시기부터 협약 체결 이후 시기까지 각 단계별로 나누어 분석·정리한다.

가. 점주단체 결성 시기

가맹사업법(제14조의2 제5항)은 가맹점주단체의 구성·가입·활동 등을 이유로 가맹점주에게 불이익을 주거나(불이익제공행위), 가맹점주단체에 가입 또는 미가입을 조건으로 하는 가맹계약 체결을 금지하고 있다. 이 취지는 “점주들이 가맹사업의 구조적 특성에서 기인하는 가맹본부의 우월적 지위에 대응하여 점주단체를 구성·활동할 수 있도록 함으로써

11) MBC 뉴스는 2021. 11. 3. 보도(‘맘스터치’ 점주들 뭉치자… “가·손·공·언·점 5단계 파괴”)를 통해 맘스터치가 가맹점주들이 단체행동을 하지 못하게 이른바 ‘점주단체 파괴 지침’을 만들어 실행했다고 보도했다.

거래조건에 관한 협상력을 보장하여 그 권익을 보호하고 경제적 지위향상을 도모하기 위한 것"이다(대법원 2021.9.30. 선고 2020두48857 판결). 그러나 점주단체 구성·가입·활동을 이유로 점주에게 불이익을 주어 공정위 제재를 받은 사례는 어렵지 않게 발견할 수 있다. 점주단체 구성 시 가맹본부의 일반적 첫 대응은 단체 주도자에 대한 계약해지이다. 피자에땅과 맘스터치, BBQ, 미스터피자, 피자헛, 본죽, 바르다김선생, BHC 등 유명 프랜차이즈 상당수는 점주단체 임원들을 고의적으로 계약해지하고 활동을 방해하여 문제가 된 사례이다. 가령 피자에땅은 2018년 점주단체가 결성되자 임원매장을 표적 점검하고 재계약을 거절하여 공정위로부터 가맹사업법 위반 혐의로 과징금 5억 원이 부과됐다.¹²⁾ 공정위 심결례와 대법원 판결문을 종합하면, 가맹본부는 처음부터 점주단체를 대화 및 타협의 대상이 아니라 없애려 할 대상으로 인식하고 접근했다.¹³⁾ 가맹본부는 물류비 현금결제 강요 및 광고비 분담을 문제제기하며 단체 결성을 주도한 16개 점주 점포를 '계약종료'한다는 방침을 사전에 정한 뒤 2개월 간 각 10회 안팎 집중 점검했다. 그리고 계약위반을 이유로 상당수 계약 종료하거나 폐점, 양도하여 결국 점주단체는 와해됐다. 가맹본부는 임원매장뿐 아니라 300개 가까운 전국 매장을 업무협조 정도에 따라 적극협조(A), 협조(B), 보통(C), 비협조(D), 매우 비협조(E), 협의회 참여(F) 등급으로 분류·관리했다. 치킨업계 대표 브랜드인 BBQ와 BHC 사례도 이와 유사하다. 이 가맹본부들은 단체활동 포기각서를 제출하지 않은 간부들을 대상으로 "본부의 경영정책과 맞지 않는다"며 무더기 해지하여 역

12) 5억 원 외 홍보전단지 등 특정 업체로부터만 구입하게 하여 부당하게 구속한 혐의로 과징금 9억 6,000만 원을 더하여 총 14억 6,000만 원의 과징금 납부 명령을 받았다. 가맹본부의 이의제기에 대해 고등법원은 가맹본부의 손을 들어주었으나 2021년 대법원은 최종적으로 가맹본부의 행위를 점주단체의 활동을 이유로 한 불이익제공행위로 판단했다.

13) 가맹본부가 작성한 '가맹점 협의회 일지' 내부문건에 따르면 가맹본부는 "본사 입장에서는 점주협회와의 대화, 타협을 통한 개선은 바람직하지 않다고 판단되므로 점주협회를 해산한 후 본사가 독자적인 개선 및 발전방안을 모색해야 한다", "법적조치를 포함하여 점주협회의 자진해산을 유도하기 위한 방안을 모색해야 하고, 필요하다면 강압에 의해 해산시켜야 한다"고 언급했고, 공정위는 이를 근거로 가맹본부가 가맹점주단체를 무력화시키려는 의도와 목적이 명백하다고 판단했다(공정위 심결례 의결 2018-346호).

시 점주단체가 와해됐다.

임금노동자의 경우 노동위원회의 부당하고 판정 시 곧바로 원직복직되는 것과 달리, 가맹점주의 경우 공정위원회가 가맹본부를 가맹사업법 위반으로 판단하더라도 계약해지된 점주들의 이전 지위가 곧바로 회복되지는 않는다. 공정위는 법을 위반한 가맹본부에 과징금을 부과하고 위반행위 중지를 명령할 뿐이다. 가맹점주가 계약해지 이전 지위를 회복하기 위해서는 별도의 민사소송을 진행해야 하는데, 이 경우 시간적·경제적·심리적 어려움으로 단체활동 대부분이 중단되면서 와해되기 십상이다. 예외적으로 맘스터치는 점주단체 회장이 계약해지 한 달 만에 생환함으로써 가까스로 조직와해를 면한 사례이다. 맘스터치점주협의회는 가맹본부의 일방적 원부자재 가격 인상 등으로 마진이 축소된 것에 대응하여 2021년 3월 초 점주단체를 결성했다. 이에 가맹본부는 3월 19일 허위사실 유포를 이유로 회장을 명예훼손 및 업무방해 혐의로 고소했고, 7월 서울 동작경찰서의 불송치 결정에도 8월 2일 신속하게 가맹계약을 해지했다. 그러나 가맹본부의 계약해지 압박에 맞서 4월 말 일찌감치 원부재료 공급중단 금지 가처분 신청을 제기했던 덕에 회장은 계약해지 한 달 만에 가맹점주 지위를 원상회복하여 활동을 재개하면서 조직와해는 면했다. 반면 BHC 사례와 같이 조직이 와해될 때까지 계약해지하는 사례도 있다. BHC는 유사한 방식으로 복귀한 점주단체 회장의 계약을 두 번 계약해지하고 브랜드 가치 하락을 이유로 10억 원을 손해배상청구하고 형사고소했다.¹⁴⁾ 가맹본부는 이 같은 공포조성과 본보기를 통해 새 단체 결성을

14) 진〇호 BHC 가맹점주협회장은 2018년 5월 점주협회 결성 이후 광고비 집행내역과 해바라기유의 마진율 공개 등을 요구하면서 8월 가맹본부 임직원들을 광고비 유용으로 인한 횡령 및 해바라기유 납품가와 공급가 차액 편취 혐의로 고발하고 공정위 직권조사를 요청했다. 2018년 6월부터 2019년 3월까지 가맹본부와 총 5차례의 면담을 실시하였으나 의견차이가 좁혀지지 않고 가맹본부가 협의요청에 응하지 않자, 점주협의회는 2019년 4월 10일 BHC 고올레산 해바라기유 함량 의혹 등을 밝혀달라며 가맹본부를 공정위에 신고하고 11일 기자회견을 통해 신고사실을 발표했다. 이에 대해 가맹본부는 허위사실 유포로 다음 날인 4월 12일 진 회장의 가맹계약을 해지했다. 이어 8월에는 진 회장 외에도 점주협의회 사무차장과 감사, 총무, 정책국장 등 6명을 계약해지했다. 법원의 지위보전가처분 신청 인용으로 진 회장은 가맹점주 지위를 회복했으나 가맹본부가 2020년 11월 두 번째로 계약해지했고 5개월여 만의 법적 싸움 끝에 2021년 4월 진 회장은 다시 가맹점

미연에 막을 수도 있고, 신규점포 개설을 통해 새로운 매출을 발생시킬 수도 있다. 대조적으로 점주 개인이 가맹본부의 끝없는 소송공세를 감당하기란 과도하게 가혹하다. 조직경험 및 전략이 미흡한 상황에서 가맹본부가 개개인 점주들의 계약을 해지하고 법적·경제적으로 압박을 가하는 순간 점주단체의 투쟁은 집단에서 개별적으로 전환되면서 미래에 대한 두려움과 공포로 물러서게 된다. 한때 회원 600명이 넘던 BHC 점주단체가 결국 무너진 배경이다.

나. 점주단체 결성 이후 ~ 협상 전 시기

점주단체가 결성된 후 부딪치는 여러 복합적 갈등과 어려움 중 하나는 점주 간 갈등이다. 이는 점주단체 결성에 대한 대응으로 가맹본부가 제2점주단체 결성 지원 및 분리지배(devide and rule)하는 과정에서 크게 도드라진다. 산업통상자원부(2019)에 따르면 가맹점의 21.4%가 가족 등 지인소개를 통해, 10.2%가 가맹영업인을 통해 모집된다. 이 말은 가맹본부에 우호적인 가맹점이 일정한 비율을 점하고 있고, 특히 가맹본부가 정보정책과 경제력·조직력 등에서 우월적 지위에 있는 만큼 친가맹본부 성향의 제2점주단체 결성이 용이함을 뜻하기도 한다. 실제 반가맹본부 성향의 점주단체가 구성될 경우 친가맹본부 성향의 제2점주단체 결성지원을 통해 대응하기도 하는데 대표적으로 BBQ 사례를 들 수 있다. BBQ는 점주단체 결성 후 운영진을 계약해지하고 제2점주단체 가입을 조건으로 가맹점주와 가맹계약을 체결(참여 거부 시 가맹계약 효력 상실)하는 방식으로 제2단체를 육성·지원했다. 그러나 이는 특정 단체 가입을 조건으로 가맹계약 체결을 금지한 가맹사업법을 위반한 것이다.

“우리가 집회나 시위를 하면 가맹본부는 빠지고 대신 본사 중심으로 만들어진 단체 점주들이 옵니다. 소리치고 집회 방해를 하죠... ○○의 경우 국회 조력을 받아서 본사랑 협상하고 있는데 그 사람들이 의원들 쫓아가서 왜 우리 내부 일에 관여하느냐, 우린 만족하는데 시끄럽게 해갖고 왜 우리 힘들게 하느냐, 재네 때문에 장사 못 하고 매출 떨어진다. ... 본사하고의

문을 열었다. 그리고 10억 원의 민사소송은 법원의 화해권고결정으로 종결됐다.

싸움은 그냥 죽어라고 처박고 싸우면 되는데, 새로운 점주단체를 만들어서 이이제이를 시키면 (대응이) 만만치 않아요. 이런 싸움은 세심하게 대응을 해야 되는데 정말 고전하죠.” (정○열, 전가협 정책위원장, 2022. 4. 4. 인터뷰)

전가협은 이러한 상황을 가장 고난이도의 투쟁으로 꼽는다. 같은 점주들끼리 갈등과 내분이 고조되는 경우 내부동력은 물론 투쟁 정당성을 쉽게 잃기 때문이다. 이 때문에 점주 간 갈등이 확산되는 것을 막기 위해 타 점주에 대한 공격을 최소화하고 방어적으로 대응한다는 원칙들을 세우고 지키려 한다.

점주단체 결성 뒤 겪는 다음 어려움은 점주협회의 대표성 문제이다. 현행 가맹사업법에는 단체를 구성하여 가맹본부와 거래조건에 대해 협의할 수 있되, 가맹본부는 다수로 구성된 단체와 우선적으로 성실하게 협의해야 된다고만 규정돼 있다. 이로 인해 발생하는 가장 큰 문제는 가맹본부가 점주단체 대표성 확인을 이유로 시간을 지연시키며 단체활동을 무력화한다는 것이다. 점주단체가 회원 신상 공개에 따른 피해를 우려하여 회원 가맹점 및 점주 명단 제출을 거부할 경우 가맹본부는 단체 대표성을 인정하지 않고 협의를 거부하며 시간을 지연시킨다. 그렇지만 이 경우 가맹본부에 대한 처벌조항이 없기 때문에 가맹점주들은 마땅한 자위수단이 없다. 맘스터치가맹점주협회는 가맹본부가 협의회를 인정하지 않고 지속적으로 협상을 지연하자, 자구책으로 관할지역인 경기도청에 창립총회 회의록과 정관, 고유번호증, 점주협의회 가입신청서 464매와 명단 등을 제출하고 단체 구성확인을 제3자에게 보증·요청하는 방식으로 우회했다. 그러는 사이 가맹본부는 점주단체 회장을 계약해지했다. 그리고 2주 후에는 남은 점주단체 임원진들에게 개별적으로 내용증명을 보내 새로운 소통 채널 구성을 요청했다. 전가협은 이러한 폐단을 막기 위해 단체 등록제 도입을 요구하고 있고 공정위도 2021년 개선을 약속했으나 아직 법 개정에는 이르지 못했다.

다. 협상 단계 ~ 협약 체결 전후 시기

가맹사업법에는 가맹본부가 협상에 응하지 않는 데 따른 처벌조항이나

점주들의 단체행동권에 대한 규정이 없다. 또 가맹본부가 합의사항을 이행하지 않는 경우 법적 처벌 규정도 없다. 이 때문에 협상진행도, 협약체결, 합의사항 이행도 쉽지 않다. 점주단체는 협약에서 점주단체 인정과 정기적 대화, 불공정거래행위 방지, 특별한 사유가 없는 한 10년 초과 장기계약자 계약 유지, 공정위 제정 표준가맹계약서 도입 등을 가장 강력하게 요구한다.

“2월 소비자 가격을 올리더니 물품대금 가격도 올리겠다고 통보가 왔어요. 만났죠. 그래서 소비자 가격 인상분의 32%만 물품대금으로 가져가기로 서면으로 약속하고 회의록도 작성하고, 직을 걸고 지키겠다는 얘기까지 했어요. 그랬는데 일주일 뒤 우리 가게 와서 40%로 올려야 되겠다는 거예요. … 다음 다음 날 그냥 40% 인상 시행. 너무 어이가 없잖아요. … 거기는 임원들 본부장(이사) 3명이랑 총 6명 나오고 우리 점주들은 5명. 회의에서 결정하고 서명까지 했는데 안 지키니까 공정위에 신고했어요. … 우리를 인정 안 하다가 어쩔 수 없으니까 인정하고, 그다음 협상했지만 지키지도 않고. 그러다 보니 계속 법적 분쟁으로 갈 수밖에…” (황○구. 맘스터치가맹점주협의회, 2022. 4. 29. 인터뷰)

일반적으로 상생협약이라 하면 가맹점-가맹본부가 자율적으로 쟁점사항을 합의하는 것을 의미한다. 그러나 자체적으로 문제를 해결하지 못하고 프랜차이즈 갈등이 깊어지자 공정위는 업종별 특성에 따른 표준가맹계약서를 제정해 사용을 권장하고 있다.¹⁵⁾ 공정위가 제정한 표준가맹계

15) ‘가맹본부·가맹점사업자간 공정거래 및 상생협력 협약 절차·지원 등에 관한 기준’(공정위 예규 401호)에 따르면 자율협약은 가맹사업법 및 ‘대중소기업간 상생협력 촉진에 관한 법률(상생협력법) 등의 법규에 대한 자율적 준수와 가맹본부-가맹점 상호 간 상생협력 및 지원을 스스로 다짐하는 약속 성격을 갖는다. 자율협약에는 영업지역 설정·조정, 광고·판촉행사 등의 충분한 사전동의 및 공정한 비용부담 추진, 점포환경 개선에 대한 충분한 사전협의 및 공정한 비용부담 추진, 계약해지·점포 폐점 및 양수도 등을 담아야 한다(예규 4조 협약의 내용). 공정위는 협약서 내용을 검토한 뒤 계약내용의 공정성(10점), 계약 이행 과정의 공정성(50점), 상생협력 정도(25점), 자율준수 노력(15점) 등의 항목 평가를 통해 협약서 체결을 인정하고, 이 협약이 잘 이행될 수 있도록 중간점검을 통해 협약이행을 평가한다. 그리고 협약이행 우수기업에는 사업장 실태조사 면제, 공정위 시정명령 사실 공표의무 면제 등의 인센티브를 제공한다.

약서는 2010년 도소매업과 외식업·교육서비스업을 시작으로 현재 편의점·치킨·피자·커피·자동차정비·세탁·이미용업·화장품판매·건강기능식품판매업 등으로 확대됐다. 2021년 6월에는 BBQ와 롯데리아, 맘스터치, 투썸플레이스, 엔젤리너스, 놀부부대찌개, 더카페 등 31개 브랜드(7,287개 가맹점)가 포함된 6개 가맹본부가 필수품목 지정 최소화와 10년 경과 장기점포 계약갱신 보장 등을 내용으로 자율규약을 체결했다.

문제는, 가맹본부가 상생협약을 준수하지 않거나 때로 점주단체 주요 간부를 매수하여 협약을 재체결하는 방식으로 무력화시키는 상황이 왕왕 발생한다는 것이다. 대표적으로 상생협약을 불이행하여 법적 문제가 된 피자헛 사례를 들 수 있다. 피자헛점주협의회와 가맹본부는 2015년 특수사정이 없는 한 가맹계약 10년 초과 장기점포 재계약 유지, 가맹점주 사전 동의 시 프로모션 시행(30% 이상 반대 시 프로모션 진행 중단) 등의 내용으로 상생협약을 체결했다. 그러나 가맹본부는 10년 이상 가맹점주의 계약을 거절, 상생협약 성격을 둘러싼 공방은 법정으로 이어졌다. 공방의 쟁점은 계약거절을 상생협약 신의성실 원칙에 위반한 권리남용으로 볼 것인지, 아니면 상생협약을 채권자에게 직접적 효력이 미치지 않는 신사협정으로 해석할 것인지이다. 서울중앙지법(2017. 6. 20. 2017카합80667)은 양 당사자가 구속력을 부여하기 위한 취지로 상생협약을 체결했고, 강제이행을 구할 수 있을 정도의 구체적 권리의무를 규정하고 있다면서 상생협약이 단순 협력의무에 불과하다는 가맹본부의 주장을 기각했다.

공정위는 공정거래질서 확립을 위해 지속적으로 표준계약서 채택 및 자율협약 체결을 권유하고 있는데, 중요한 것은 가맹점-가맹본부 간 실질적 상생협력은 단순 협약체결이 아닌, 책임 있는 실천에서 비롯된다는 것이다.

4. 가맹점주의 집단적 권리보호 전략

앞에서 살펴보았지만 현행 가맹사업법은 가맹본부의 우월적 지위에 따른 불공정거래로부터 점주들의 권리를 보호하는 데 매우 미흡하다. 이 때문에 전가협은 점주단체 인정 및 가맹본부와의 실질적인 협상보장을 위

한 가맹사업법 보완·개정에 주력하고 있다. “가맹사업법을 진화시켜 노동3권과 유사한 공정3권을 만들자”는 목표 실현을 위해 점주들은 노동조합법을 기준으로 가맹사업법 개정을 추진하고 있다.

점주들에 대한 집단적 권리보장을 어느 수준까지 요구할 것인지에 관한 딜레마는 바로 이 지점에서 발생한다. 점주단체 구성 및 가맹본부와의 협상에 관한 조항이 겨우 한 개밖에 없는 가맹사업법을 아무리 개정·보완하더라도 노동조합법과 유사한 수준의 집단적 권리보장이 가능하겠는가 하는 것 때문이다. 점주들은 경제법의 한계에도 불구하고 지금까지 가맹사업법 개정·보완에 주력해 왔다. 이는 한국 사회에서 노동조합은 임금노동자 및 특수고용직과 같은 종속적 자영업자에 한정돼 있고, 자신들은 자영업자로서 노동3권의 향유 주체가 될 수 없다고 생각하기 때문이다. 점주들은 노동법과 비슷한 수준의 집단적 권리보장을 원하지만, 그렇다고 스스로를 노동자로 인식하지는 않는다. 우리 사회가 가맹점주를 자영업자로 인식하고 있는 만큼 본인들도 자영업자 정체성이 강하다. 점포에 투자하는 자본이 크고 노동자를 고용하여 임금을 주는 사용자의 위치에 있는 만큼 많은 점주들은 스스로를 자영업자로, 그리고 점주단체 일부 집행부들은 종속적 자영업자로 정의한다. 이들은 자영업자인 가맹점주가 법원 판결을 통해 노동조합법상 노동자로 인정받을 수 없기 때문에 지금까지 가맹사업법 개정에 주력해 왔지만, 가맹사업법을 아무리 보완하고 개정하더라도 노동3권과 유사한 공정3권이, 노동법과 유사한 경제법이 될 수 없는 만큼 그들의 목표와 수단은 결코 조응할 수 없다.

다만 2021년 우리나라가 단결권과 관련한 ILO 핵심협약(98조 및 87조)을 비준하여 2022년부터 발효됨으로써 집단적 권리보호를 위한 점주들의 전략적 선택의 폭이 넓어진 것은 이전과 달라진 환경이다. ILO는 가맹점주를 포함하여 일하는 모든 사람(worker)을 노동조합 향유의 주체로 인정하고 있다. 이러한 환경변화를 활용하여 전가협은 가맹사업법 개정·보완 활동에 주력하면서도 또 다른 한편으로는 ILO 제소를 통한 노동3권 보장 가능성도 배제하지 않고 있다.

제4절 가맹점주 지위 및 관계의 중첩성

프랜차이즈에는 가맹본부와 가맹점주뿐 아니라 가맹본부 고용노동자와 가맹점 고용노동자 등 이해관계가 다양하고 모순된 여러 주체들이 존재한다. 가맹점주는 가맹본부의 일정한 지배통제를 받으며 종속적 관계에 있지만, 가맹점 고용노동자와의 관계에서는 사용자 지위를 갖는다. 가맹본부 고용노동자는 가맹점주를 관리감독하지만 가맹본부의 프랜차이즈 운영전략에 따라 자신의 노동과 삶에 큰 영향을 받는다는 점에서 가맹점주와 일정한 공통점이 있다. 프랜차이즈 네트워크에 있는 각 주체들은 다면적 관계 속에서 이해관계에 따라 서로 복잡한 관계를 형성하고 있다. 아래 글에서는 이 다양한 관계의 측면들을 살펴보고, 공동의 이해 실현 방안을 탐색한다.

1. 가맹점주와 가맹점 노동자 관계

가맹점은 소점포 중에서도 규모가 큰 편에 속해 적어도 한 명 이상 임금노동자를 고용하는 점포가 많다. 2020년 기준 가맹점당 평균 종사자수는 3.6명인데, 일반적으로 가맹점주가 고용노동자와 구별 없이 노동한다는 점을 감안하면 순수 가맹점 고용노동자는 평균 2.6명 정도이다. 가맹점주는 가맹점 노동자들의 사용자로서 노동법상 책무사항을 준수할 의무를 갖는다. 그렇지만 아르바이트 청년 노동자들의 주 일터인 프랜차이즈 노동시장에서 노동법 미준수율은 상당히 높다. 청년유니온과 유니온센터 공동조사에 따르면 2022년 전국 편의점과 카페, 음식점 아르바이트 10명 중 2명(22.5%)이 최저임금 미만 임금을 받고, 10명 중 7명(71.7%)은 주휴수당(초단시간 노동자 제외)을 받지 못했다. 이 비중은 10년 전보다 개선되기는 했지만 여전히 높다.¹⁶⁾ 특히 편의점의 최저임금 및 주휴수당 위반

16) 청년유니온이 2010년과 2011년 실시한 아르바이트 노동실태조사에서 편의점 최저임금 위반은 66%, 커피전문점 주휴수당 위반은 81.2%로 나타났다.

비율은 49.2%와 93.3%로 가장 높았다.

가맹점 노동자들의 상당수가 최저임금 미만의 낮은 임금과 체불임금 등으로 어려움을 겪지만, 아직 가맹점주와 가맹점 노동자 간 갈등이 조직화되거나 구조화되지는 않았다. 가장 큰 이유로 가맹점 노동자의 근속기간이 짧고 직업 이동성이 높아 조직화가 어려운 점을 꼽을 수 있다. 가맹점 노동자들은 자신의 노동을 학업과 병행하는 아르바이트, 또는 본업을 얻기 전 생활보전을 위해 한시적·일시적으로 진행되는 과도기 노동으로 인식하는 경향이 높다. 이 때문에 임금체불 시 조직화를 통한 공동 해결보다는 고소고발이나 진정 등 개별적으로 문제를 해결하는 특성이 강하다. 청년들의 개인주의적 특성, 조직화 어려움, 가맹점의 전국적 산재 특성 등은 이전의 전통적 조직화를 통한 문제해결과는 다른 접근이 요구된다. 이런 이유 때문에 청년유니온은 온라인을 통해 청년 당사자가 스스로의 문제를 이야기할 수 있도록 장을 마련하고 법·정책의 제도화로 문제를 해결하는 방식을 추구해 왔다. 청년유니온은 가맹점 노동자들의 조직화를 통한 문제해결이 쉽지 않은 만큼 노동계가 아르바이트 청년 노동문제를 포괄하여 청년 이해대변조직으로서 가맹점-가맹본부와의 협의를 통한 제도화로 문제를 해결하는 방식을 제안한다.

“편의점 알바 조직화는 가능하지 않아요. 당사자가 문제를 예방하고 자체적으로 해결하는 것이 가장 중요한데 청년단체가 그걸 하기엔 너무 어렵고 노동계 관심도 떨어지고, 그러면 관이 개입하지 않더라도 자정작용할 수 있는 시스템, 그런 노사관계를 프랜차이즈에도 만드는 걸 고민해야 하지 않을까... 노사관계라는 게 별개 아니라 트러블을 완화시킬 수 있도록 제도화하는... 가령 임금체불 예방을 위해 본사에서 가맹점주에 노동법 교육을 하고 문제 발생 시 청년들이 노동청에 가기 전에 본사에 신고하여 스스로 문제를 풀 수 있도록 체계를 만드는 방법을 생각해 볼 수 있겠죠.”
(나○우, 청년유니온 비대위 위원장, 2022. 7. 11. 인터뷰)

이 방식의 실현은 아르바이트 청년 노동자들의 이해대변조직-가맹점-가맹본부 간 사회적 대화와 협의를 요구한다. 설혹 당사자 조직화의 어려움을 내셔널센터인 기존 노동계나 청년단체가 이해대변조직으로서 대표

성을 갖고 대응한다 하더라도 가맹점 영세성에 따른 사용자의 지불능력 및 사회적 대화 협의체 구성 등은 여전히 남는 문제이다. 가맹점주에 따르면 주 15시간 이상 노동자 사용 시 초단시간 노동자 대비 주휴수당과 사회보험, 퇴직금 등으로 약 30% 이상 인건비가 상승한다. 점주들은 노동비용을 줄이기 위해 초단시간 노동자¹⁷⁾ 사용을 늘리는 반면, 알바 청년들은 이러한 일자리를 기피함으로써 노동시장 미스매칭이 높아진다.

“2018년 최저임금 인상으로 직원 1인당 월 평균 임금이 30만~40만 원 인상됐어요. 그때 직원이 총 4명 있었는데, 그러다 보니까 220만 원씩 하던 점주 평균소득이 팔십 몇만 원으로 떨어진 거죠. 급격한 최저임금 인상은 자영업 마이너 생태계를 완전히 혼란에 빠뜨립니다. 그때 저희가 취할 수 있는 정책은 딱 하나밖에 없어요. 고용원을 줄이고 내가 근무시간을 늘리는 수밖에. 그러니까 여기 자영업에서 먹고사는 사람들이 그냥 아우성이 나버린 거죠. 구조적으로 불가능해요... 그래서 저희가 이거를 해결하기 어려우니 가맹본부가 최저임금 인상분을 보전해줄 것을 요구했던 말이에요. 그런데 그렇게 하는 곳 단 한 곳도 없어요.” (정○열, 전가협 정책위원장, 2022. 4. 4. 인터뷰)

2. 가맹본부-가맹점주-가맹점 노동자 관계

가맹점의 지불능력 부족으로 가맹점 노동자들의 임금이 체불되고 노동법이 준수되지 않는 경우 해법은 원하청 관계와 유사한 방식으로 회귀한다. 가맹점 영세성으로 가맹점 노동자들에 대한 노동기본권이 지켜지지 않을 경우 그 사업의 실질적 지배력을 갖는 가맹본부의 책임성이 중요하기 때문이다. 실제 미국 및 유럽의 몇몇 국가에서는 가맹본부가 가맹점

17) 편의점 아르바이트의 58.6%, 대형 프랜차이즈 카페 아르바이트의 54.5%가 주 15시간 미만 초단시간 노동을 한다. 단시간 노동으로 인한 소득부족으로 투잡을 하거나 근로시간을 늘리고 싶어 하는 청년들이 적지 않은데, 2020년 청년유니온 조사에 따르면 주당 근로시간이 10시간 미만인 사람의 46.5%, 15시간 미만인 사람의 40.5%가 근로시간을 늘리고 싶다고 응답했다. 대신 35시간 이상 아르바이트 중 노동시간을 늘리고 싶다는 응답은 13.4%로 나타났다. 그리고 초단시간 노동자의 19.1%, 주 35시간 이상 노동자의 7.5%가 투잡을 하고 있다고 응답했다.

노동자의 고용상 필수 조건을 지배하는 경우 가맹점주와 함께 공동사용자로서 책임을 지도록 하고 있다.¹⁸⁾ 우리나라에서도 2010년 대법원은 현대중공업이 하청노동자의 기본적 노동관계 등에 관해 실질적 지배력을 갖는 경우 근로계약 관계가 없어도 노동조합법상 사용자임을 인정했고(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결), 2021년 중앙노동위원회는 CJ대한통운이 택배기사와 명시적·묵시적 근로계약을 체결하지 않았더라도 택배기사의 노동조건을 지배·결정하는 사실적 권한과 책임을 가지는 이상 노동조합법상 사용자에게 해당된다고 판단한 바 있다(중앙노동위원회 2021. 6. 2. 선고 중앙2021부노14 판정).

가맹본부의 수익배분 정책은 가맹점의 수익 및 가맹점 노동자의 임금 수준에 직접적이고 연쇄적인 영향을 미친다. 우리나라에서 자영업자 소득이 지속적으로 하락하여 임금노동자의 평균소득보다 더 낮아진 것은 이미 오래전 일이다. 통계청의 가계동향조사에 따르면 2022년 1/4분기 임금노동자 가구당(전국, 2인 이상, 실질소득 기준) 월평균 근로소득은 534만 원인데, 비임금노동자 가구 사업소득은 221만 원으로 임금노동자 가구 소득의 41.4%에 불과하다. 국민의힘 서울정책연구원장 유경준 의원이 국세청의 전 국민 소득세 원자료를 분석하여 발표한 「전 국민 소득 분석 보고서」에 따르면, 2020년 자영업자의 연평균 세전소득은 2,183만 원에 달한다.¹⁹⁾ 좀 사정이 낫다고 하는 가맹점주의 2020년 월 소득은 약 240만 원이다. 그런데 같은 해 가맹점당 연 매출액은 2억 5,000만 원에 달한다. 그 많은 매출액은 다 어디로 갔을까? 업종 및 브랜드에 따라 차이가 있겠지만 2022년 가맹점 총매출액을 요소별로 세분류하면, 매출원가 57%, 인건비 12.6%, 임차료 6.7%, 기타영업비(세금공과, 감가상각비, 통신비, 소

18) 2015년 8월 미국 연방노동위원회는 브라우닝 페리스 사건에서 공동사용자 관계를 매우 엄격하게 인정하던 종래의 기준을 버리고 새로운 공동사용자 판단기준을 발표했다. 이 기준에 따르면 둘 이상의 사용자가 어떤 임금노동자의 ‘고용상 필수적인 조건들(채용, 해고, 징계, 감독, 지시 등)을 좌우할 사항들을 공유하거나 공동으로 결정한다면’ 이들은 하나의 노동력에 대한 공동 사용자가 된다. 그리고 다음 해인 2016년 1월 연방노동부는 ‘공동고용에 대한 행정지침(공동고용[joint-employment] 지침)’을 통해 공동사용자의 범위를 확대했다(강성태, 2019).

19) 『조세금융신문』, “근로소득 오르는데 자영업자 소득은 매년 ‘뚝뚝’”, 2022. 3. 23. (<https://tfmedia.co.kr/news/article.html?no=122746>).

모퉁비, 잡비 등) 17.6%, 영업이익 6.0%로 구성된다. 영업비의 꾸준한 증가로 점주들의 수익은 지속적으로 낮아져 왔지만, 가맹점 중심의 비용전담 및 가맹본부 중심의 수익배분구조는 변하지 않고 있다. 더불어민주당 제윤경 의원실에 따르면 2016년 10월 기준 4대 편의점(GS, CU, 세븐일레븐, 미니스톱) 가맹본부의 과거 5년간 성장률이 115.8%에 달하는 반면, 가맹점의 성장률은 16.2%에 그쳤다.²⁰⁾

“2020년 10월에 본사가 햄버거 사이패티 가격을 150.7원(16.4%) 올렸거든요. 사이패티 가격 하나 올리면 본사는 1년 최소 100억 원 이상 더 걷어요. … 우리가 원부재료 구입비의 2%를 로열티로 내는데, 한 200여 개 중 이 한 품목이 20~25% 차지할 정도로 가장 비중이 커요. 우리 매장에서 하루 평균 250개 정도 나가는데요. 곱하기 150.7원, 곱하기 30일. 거기에다 곱하기 1,350개 매장 하면 한 달에 전국 매장에서 15억(250개*150.7원*30일*1,350개 매장) 매출이 더 나는 것이고, 1년으로 치면 183억 원이에요(15억 원*12)… 2021년 점주들이 돈은 안 남고 힘만 든다 너무 이상하다… 점주들은 죽고 있는데, 본사는 영업이익이 2020년 35%, 2021년 50.3% 증가했어요.” (황○구. 맘스터치가맹점주협의회, 2022. 4. 29. 인터뷰)

가맹점 수익구조를 개선하지 못한다면 그 피해는 가맹점주를 넘어 가맹점 노동자에까지 미친다. 결국 가맹점 노동자들에게 노동에 따른 정당한 대가를 지불하기 위해서는 현재와 다른 수익배분 구조의 변화가 필요함을, 원하청 관계에서와 마찬가지로 가맹점 노동력 사용으로 실질적인 이득을 얻고 실질적 지배력을 갖고 있는 가맹본부가 공동사용자로서 책임을 지지 않으면 문제 해결이 어려움을 시사한다. 물론 가맹점주는 노동조합법상 노동자가 아니므로 대법원 판결을 준용하지 못하고 구속력도 없다. 그렇지만 원하청 계약에서의 이러한 법적 원리가 가맹계약이라고 제외시킬 것도 아니다. 2018년 최저임금이 급격하게 올라 자영업자 부담이 높아지자 공정위는 가맹점과 가맹본부가 가맹금 조정 협의를 통해 비용증가분을 조정할 것을 권장한 바도 있다. 2021년 초에는 정부가 코로나

20) 『중기이코노미』, “정보공개서에 가맹점 예상수익 정보 제공하자”, 2017. 2. 27. (<https://www.junggi.co.kr/article/articleView.html?no=18119>).

19로 어려움을 겪는 가맹점주 로열티 감면 또는 필수품목 공급가액 인하 등의 방식으로 가맹점을 지원한 가맹본부를 ‘착한 프랜차이즈’로 선정하여 자금대출 금리인하 혜택을 지원하기도 했다.²¹⁾ 이는 가맹점주의 비용 증가분을 가맹본부가 함께 분담함으로써 가맹본부와 가맹점주 간 분쟁을 사전에 예방하기 위한 취지이다. 마찬가지로 가맹점 노동자의 노동기본권 보장을 위해서는 수익률이 낮은 가맹점에 대한 가맹본부의 로열티 조정과 노동법 준수를 위한 제반여건 마련 등 가맹본부의 역할과 지원이 매우 중요하고, 이런 측면에서 가맹본부와 가맹점주가 가맹점 노동자의 근로조건에 대해 공동협의를 하는 방안을 고려해볼 수 있다.

아래 사례는 하청 또는 가맹점에 대한 실질적 지배력을 갖고 있는 원청 및 대기업이 문제해결을 위해 다자간 협의체를 구성하고 문제해결을 찾아간다는 점에서 추후 다양한 가능성과 시사점을 제공한다. 먼저 제조업 중에서는 현대위아 사례를 들 수 있다. 현대위아는 2022년 하청 노사와 함께 ‘고용안정위원회’를 구성해 고용과 안전문제 전반에 대한 공식논의를 시작했다. 원청과 사내하청 노사 간 협의의 틀은 이미 몇 년 전 비공개 임단협에서 시작되어 합동 안전점검과 합동포럼 등으로 확대되어 왔다. 그간 노력을 통해 원하청 간 안전과 고용 등에 관한 이해와 소통 제고 성과가 있었고, 추후 공식 기구에서 논의를 지속할 경우 상호 책임성이 더 높아질 것으로 기대되고 있다.²²⁾ 다음 안산사례는 아르바이트 노동자들의 주휴수당 체불임금 및 최저임금 위반을 개선하기 위해 2015년 몇몇 편의점 가맹본부와 안산시, 고용노동부 안산지청 등이 함께 ‘단시간 노동

21) 가맹본부의 지원내용을 살펴보면, 더페이스샵 가맹본부인 LG생활건강이 2019년부터 2020년까지 총 4회 인건비 일부를, 2020년 3월과 7월에는 가맹점 월세 50%를 지원했다. CU 가맹본부인 BGF리테일과 점주협의회는 최저임금 인상 부담을 완화하기 위해 점포 전기료와 POS시스템 유지보수료, 간판청소 비용 등을 지원하는 것으로 상생협약했고, 롯데리아 가맹본부인 롯데지알에스는 총 200억 원의 가맹점 상생자금 운영을 통해 가맹점을 지원하는 것으로 상생협약을 맺었다.

22) 2021년에는 원청 인사지원실과 3개 사내하청노조가 비공개로 본교섭과 실무교섭을 병행해 임단협 잠정합의안을 도출하여 실질적인 교섭구조의 틀을 만들었다. 2022년에는 현대위아와 하청노사(금속노조 현대위아 비정규직 3개 지회, 하청 5개사)가 자동차산업 전환기 위기극복과 경쟁력 강화, 고용안정을 위해 공동노력하기로 협약서를 체결하고 ‘고용안정위원회’에서 이에 대한 논의를 진행한다(『매일노동뉴스』, “현대위아, 하청노사와 고용안정위원회 꾸린다”, 2022. 10. 6.).

자 노동인권보호 업무협약을 맺은 사례이다. 가맹본부 중에는 CU와 GS25, 세븐일레븐의 가맹본부인 BGF리테일과 GS리테일, 코리아세븐 등이 참여하고 있다. 가맹본부는 안산 소재 가맹점 노동법 준수사항을 공유하고 소속 가맹점주 대상 노동법 교육과 노동법 준수 공문 발송, 전자근로계약서를 관리한다. 2015년 편의점·커피·제빵·햄버거 실태조사 당시 27.5%에 달하던 안산지역 최저임금 위반율이 2021년에는 4.7%로 감소하고, 특히 편의점 업종의 근로기준법 위반율이 86.6%에서 47.6%로 획기적으로 개선될 수 있었던 데에는 이러한 공동활동 노력이 일정하게 반영되었다고 볼 수 있다. 다만 가맹본부의 참여 및 협력을 이끌어내기 위해서는 가맹본부에 대한 인센티브 제공, 대기업의 사회적 역할, 모니터링과 감시, 청년 이해대변조직의 역할 등이 함께 검토되어야 할 것으로 보인다.

“대부분 편의점들은 최저임금을 지불할 수 있는 정도의 지불력은 되고, 다만 외곽 장사가 잘 안 되는 몇 군데가 문제인데 매출에 따라서 조금만 조정해 주면 돼요... 가맹점 매출이 가맹본부에 실시간으로 집계되니까 부실 가맹점에 대해 본사 마진율을 일부 조정하는 방식으로 그 정도의 합의는 해볼 수 있지 않을까... (처음 가맹본부가 협의회에 참여할 때) 법적으로 부담할 것 이상의 것을 요구하진 않겠다 그건 약속했어요. 사용자도 아닌데 비용을 내라고 하면 부담스러우니까. 다만 노동법 위반율 수치는 좀 낮춰보자, 그건 할 수 있지 않느냐 부탁해서 다행히 (대화가) 열리게 된 거죠... 실태조사가 구체적이고 밀도 있게 나오니까 가맹본부도 책임감이 무거웠던 거죠. 데이터로 압력을 넣으면 사회적 대화 여지도 있지 않겠는가...” (박재철, 안산시비정규직노동자지원센터장, 2022. 7. 25. 인터뷰)

다만 이 방안이 제도화되지 않은 상황에서 소수 기업의 참여로 단기적이고 시혜적으로 진행될 경우 CJ대한통운-대리점-택배기사 사회협약에서 볼 수 있듯 약속 불이행으로 인한 반복적 갈등이 발생할 수 있기 때문에 합의사항에 대한 이행 구속력을 높이는 방안도 함께 요구된다.

3. 가맹점주와 가맹본부 노동자 관계

가맹본부 고용노동자는 가맹본부의 프랜차이즈 운영전략에 따라 가맹점의 경영 및 영업활동 등을 직접 지원·교육·통제하는 관리자 업무를 수행한다. 이런 면에서 가맹점주는 가맹본부 노동자와 일정한 긴장과 갈등관계에 있다. 반면 수준은 다르지만 가맹본부 지배하에서 일정한 종속성을 갖는다는 점을 공유한다. 다시 말하면 가맹본부의 운영정책에 따라 가맹점주와 가맹본부 노동자의 삶의 조건들이 크게 달라진다는 점을 공유하며, 바로 이 지점에서 가맹점주와 가맹본부 노동자들이 가맹점 수익 배분 및 노동조건 개선을 위해 가맹본부에 공동 대응할 수 있는 공간이 열릴 수 있다. 이런 가능성이 지금까지 긍정적이지는 않다. 가장 큰 요인은 가맹점주와 가맹본부 노동자 간 존재 기반에 따른 이해관계 및 정체성이 서로 다르다는 것이다. 점포 규모가 아무리 작아도 가맹점주는 노동자를 고용하여 임금을 지급하는 사용자이자 자영업자이고, 가맹본부 노동자는 가맹점주보다 더 많은 임금을 받고 노동조건이 안정돼 있더라도 임금노동자라는 측면에서 좁혀질 수 없는 정체성 차이가 존재한다. 가장 큰 간극은 최저임금과 5인 미만 사업장 노동법 적용에서 드러난다. 마트의 무휴업 등과 같은 이슈에서 노동계와 공동활동을 통해 ‘을(乙)들의 연대’에 힘을 싣던 전가협은 올해 업종별 최저임금 차등적용을 명시적으로 요구했다. 가맹점주의 사회·경제적 지위가 하락해 최저임금 인상 시 점포 운영이 사실상 불가능하다는 점 때문이다.

이론적으로 가맹본부의 지배·종속하에 놓인 가맹점주와 가맹본부 노동자의 노동(거래)조건 향상을 위한 공동 연대활동은 가능하지만, 실제 현실에서 이런 사례를 찾기는 거의 힘들다. 2020년 기준 전체 가맹본부 5,218개 중 대기업 가맹본부는 35개, 중견기업 101개에 이르는데, 이 중 가맹본부에 노조가 얼마나 결성돼 있는지는 파악되지 않는다. 다만 노사갈등이 불거져 사회적으로 알려진 곳은 한국피자헛과 맘스터치, 파리바게뜨 정도를 꼽을 수 있다. 한국피자헛 노동조합은 1988년 동신식품노동조합으로 출범하여 1991년 한국피자헛노조로 이름을 변경했는데, 민주노총 전국서비스산업노련 소속으로 2008년 총 종업원 800여 명 중 600여 명

이상이 노조에 가입할 정도로 규모가 컸다.²³⁾ 노사갈등은 1997년 가맹사업을 시작한 한국피자헛이 2005년경부터 직영매장을 가맹점으로 전환하기 시작하면서 가시화됐다. 결정적으로 2015년 직영점 70여 개를 가맹점으로 전환하고 4개월 만에 3,800여 명을 퇴직시키면서 노조가 정리해고 반대투쟁을 전개했으나 노조는 결국 와해됐다. 맘스터치 가맹본부인 해마로푸드서비스(주)(현재 맘스터치엔컴퍼니)노동조합(지회)은 2019년 12월 설립됐다. 민주노총 서비스산업노련 서비스일반노조 소속으로, 해마로푸드서비스가 사모펀드 케이엘앤파트너스에 매각되면서 대응을 위해 노조가 설립됐다. 본사 사무직과 충북 진천공장 생산직 등 120여 명이 조합원으로 가입하여 가맹본부에 고용보장 및 단체협약 체결을 요구했으나 1년이 지나도록 협약을 체결하지 못하고 갈등을 빚다 결국 2021년 초 해산했다.²⁴⁾ 한국피자헛과 해마로푸드서비스 노동조합 모두 투쟁과정에서 점주단체와의 연대 가능성을 타진하며 직접 대면하기도 했으나 공동활동으로 연결되지는 못했다. 해마로푸드서비스 지회 투쟁을 지원했던 민주노총 서비스일반노조 관계자는 “점주가 사용자 의식을 갖고 있어 노동자들과의 연대투쟁을 진행하기에 한계가 있었다”며, 가맹본부에 대항한 가맹점주와 본사 근로자 간 연대 가능성의 어려움을 지적했다. 파리바게뜨 가맹점주와 본사 자회사 소속 제빵기사들과의 갈등은 2022년 불매운동으로 확산되면서 첨예하게 부딪혔다.²⁵⁾

가맹본부 수익이 가맹점 수취를 통해 이루어지는 구조에서 가맹본부 노동자들과 가맹점주 관계는 긴장·대립적일 수 있지만, 반대로 기업의 투명하고 합리적인 경영운영·분배를 요구하는 연대활동으로 가맹본부

23) 『참여와 혁신』, 2008. 7. 4., <http://www.laborplus.co.kr/news/articleView.html?idxno=1936>.

24) 『매일노동뉴스』, 2020. 4. 22., <http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=164222>.

25) 화섬식품노조 파리바게뜨 지회 소속 제빵기사들이 2018년 체결한 사회적 합의 이행을 주장하며 2022년 5월부터 가맹점 앞 1인 시위 등을 전개하자 가맹점주들은 노조 불매운동으로 생계가 위협받는다면서 시위 금지 가처분 신청을 제기함으로써 가맹점주와 제빵기사 간 갈등은 법적 문제로 비화되는 등 갈등이 첨예화됐다. 『MBC 뉴스』, 2022. 8. 23., https://imnews.imbc.com/news/2022/society/article/6400894_35673.html.

에 대한 대항력을 높일 수도 있다. 그들은 가맹본부 노동자들의 사용자로서, 가맹점 사업의 실질적 지배통제권을 갖고 있는 가맹본부로서 사회적 책임과 의무를 다할 것을 요구할 공통의 목표가 있기 때문이다. 향후 서비스업 자동화나 탄소중립, 대기업 중심 플랫폼 산업 확대 등의 이슈에서 공동연대 가능성이 높아질 수도 있다. 이들이 갈등과 연대 중 어떤 선택을 할 것인지는 대기업 중심의 산업구조 및 수익구조 전환, 대화를 통한 상호 이해, 공동활동 및 상호신뢰의 축적 경험 등에 따라 상당히 달라질 수 있다.

“사모펀드(MBK 파트너스)가 홈플러스 인수한 후 많은 매장들이 폐점됐잖아요. 폐점하면 거기 마트 노동자하고 자영업자 입점업체 점주들 일자리 잃으니까 이슈가 딱 맞아떨어지거든요. 입점업체 수수료 이슈도 좀 있었구요. 실제 작년 재작년 집회 때 서로 연대 발언해 주시고 그런 경험 하나 있구요. … 앞으로 내연기관차 전환에 따른 정비소·주유소·부품제조사 일자리 문제, 점포 자동화에 따른 일자리 감소, 쿠팡과 같은 대기업들의 이커머스 확대로 마트 의무휴업 및 영업시간 제한 무력화 등 대기업 중심 산업재편 관련해서 노동자하고 자영업자 연대 끈이 연결될 가능성이 있어요.” (이○원, 한국중소상인자영업자총연합회 사무총장, 2022. 11. 17. 인터뷰)

제5절 소 결

지금까지 경제법을 통한 프랜차이즈 규제가 현실에서 어떻게 작동하고 발현되는지, 경제법 규율로 가맹점주의 집단적 권리가 충분히 보장받고 있는지 살펴보았다. 또 가맹점주와 가맹본부 노동자, 가맹점 노동자 등 각 주체들과 각기 다른 이해에서 맺어지는 다양한 관계의 측면들을 살펴보고 공동의 이해 실현을 위한 연대 가능성을 탐색했다. 2013년 점주단체를 구성하여 거래조건에 대해 협의할 수 있도록 가맹사업법이 개정된 취

지는 점주들이 자주적으로 단결하고 자치적으로 문제를 해결하여 자본주의의 경제질서를 공정하게 유지하기 위함이다. 그러나 앞서 살펴본 대로 경제법 규정의 미비로 법의 효과는 거의 몰각됐다. 이로 인해 가맹점과 가맹본부 간 협상을 통한 자율적 해결은커녕 최근 점주단체 운영 및 거래조건 협의와 관련한 단체활동 분쟁은 오히려 증가하고 있다.

가맹사업은 점주가 상표제공 등의 대가로 가맹본부에 일정한 수수료를 지불하는 사업양식이다. 프랜차이즈 사업양식의 본질과는 달리, 우리나라에서 가맹본부 수익의 상당부분은 가맹점에서 수취하는 차액가맹금에서 발생한다. 가맹본부는 더 쉽게 더 많은 수익을 얻기 위해 차액가맹금을 활용하는데 이 수익창출 방식은 가맹본부가 전체 파이를 키우고 이윤창출의 다각화를 위해 가맹점을 지원하고 함께 노력하는 것이 아니라, 가맹금 수취 및 가맹점 출혈을 전제로 함으로써 가맹점-가맹본부 관계를 제로-섬(zero-sum) 관계로 만든다. 이러한 수익구조하에서 가맹점과 가맹본부는 화해할 수 없는 적대적 관계가 된다. 협력적·동반자적 가맹관계로 전환하기 위해서는 가맹본부가 가맹점의 유통마진을 통해 수익을 창출하는 수익구조의 전환이 요구된다.

점주들은 가맹본부와의 협상을 통한 권익향상을 위해 ‘노동3권과 유사한 공정3권’ 제정을 목표로 가맹사업법 개정·보완에 주력하고 있다. 우리 법체계에서 점주들은 자영업자로서 노동조합법 적용 대상자가 아니기 때문이다. 그러나 점주들의 집단적 권리에 관한 조항이 겨우 한 개밖에 없는 가맹사업법을 아무리 개정·보완한들 점주들이 노동조합법과 유사한 수준의 권리를 보장받을 수 있을까 하는 점에서 딜레마가 발생한다. 다행히 가맹점주를 포함하여 일하는 모든 사람(worker)을 노동조합 향유의 주체로 인정하고 있는 ILO 핵심협약(98조 및 87조)이 2022년부터 우리나라에서도 발효됨으로써 점주들의 전략선택의 폭이 넓어진 것은 이전과 달라진 환경이다. 그럼에도 현재 점주들이 자신들의 집단적 권리를 실현하기 위한 법과 제도 변화를 만들어내는 것은 그리 녹록하지 않아 보인다. 가맹사업법 개정보완을 통해 점진적으로 권리를 확대하는 방법도, 노동조합법 개정을 통해 노동법 적용 대상으로 편입하는 방법도, 일하는 사람을 위한 일반법 제정도 쉽지 않기 때문이다. 변화의 가장 큰 어려움은

가맹점주를 독립자영업자로 인식하는 것에서 시작한다. 이는 특수고용직이나 플랫폼 종사자, 프리랜서 등 1인 종속적 자영업자의 노동법 적용에 대한 사회적 관심이 매우 높은 것과는 대조적이다. 그러나 가맹점주는 프랜차이즈 원리에 따라 가맹본부의 지배하에 있고 업종별로 수준차이는 있지만 상당한 종속성이 있다는 측면에서 종속적 자영업자로, 자영노동자로 분류할 수 있다. 현행 경제법 규율로는 가맹점주의 집단적 권익을 보장하고 가맹점-가맹본부 간 불균등한 힘의 역관계를 해소하는 데 무리가 있다는 측면에서 가맹점주의 온전한 집단적 권리보장을 위한 패러다임의 전환이 요구된다.

〈참고문헌〉

- 강상태, 「프랜차이즈 관계와 노동법의 적용 - 미국법의 최근 동향을 중심으로」, 『노동법학』, 제70권, 한국노동법학회, 2019, 83-111면.
- 공정거래위원회, 『2021년판 공정거래백서』, 2021.
- _____, 「공정위, 2020년도 가맹사업 현황 발표」 보도자료, 2021.
- 권오성, 「가맹점사업자단체에 관한 소고」, 『중앙법학』, 제20집 제3호, 중앙법학회, 2018, 313-338면.
- 권오승, 『경제법』, 제9판, 법문사, 2011.
- 김한중, 「가맹계약에 있어서 가맹점사업자의 보호」, 『법학논총』, 제19권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2012, 475-503면.
- 김현순, 「가맹본부와 가맹점사업자 간 성과분배의 공정성 강화를 위한 거래구조 연구」, 『한국프랜차이즈저널』, 제4권 제1호, 한국프랜차이즈학회, 2018, 22-45면.
- 박소민, 「프랜차이즈 당사자 사이의 집단적 노사관계」, 『법학연구』, 제23집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2020, 251-289면.
- 산업통상자원부, 『2018년 프랜차이즈산업 실태조사 결과』, 2019. 4.
- 산업통상자원부 · 대한상공회의소, 『2021 프랜차이즈 실태조사』, 2022.
- 송인방, 「가맹점 창업자 보호에 관한 법적 검토: 부당한 위약금에 대한 규제를 중심으로」, 『법학연구』, 제50권, 한국법학회, 2013, 137-163면.

- 유병국·이호준·고윤호·곽철원, 『편의점업 상생발전을 위한 이익배분 모델 연구』, 서울신용보증재단, 2020.
- 이병훈·신재열, 「자영자의 계층의식에 관한 연구」, 『경제와 사회』, 제12호, 2011, 247-274면.
- 이진국, 『가맹계약과 가맹사업 시장제도 연구』, KDI 정책연구시리즈 2018-04, 2018.
- 조지 리치, 『맥도날드 그리고 맥도날드화: 유토피아인가, 디스토피아인가』, 시유시, 2004.
- 차유미, 『대기업 자동차정비 프랜차이즈 지배구조와 가맹점주의 종속성에 관한 연구: SK네트웍스의 스피드메이트와 현대자동차의 블루핸즈 사례연구』, 전북대학교 박사학위논문, 2020.
- 통계청, 『2020년 기준 프랜차이즈 조사 보고서』, 2022.
- 한국공정거래조정원, 『2020년도 한국공정거래조정원 분쟁조정 현황』, 2021.
- Anna Berge & Jerker Nilsson & Karin Hakelius, “Franchising as an alternative form of outsourcing”, *Agricultural Programme - Economics and Management Degree thesis*, 987, 2015.
- Richard C. Hoffman & John F. Preble, “Franchising: Selecting a strategy for rapid growth”, *Long Range Planning*, 24(4), 1991, pp. 74-85.
- Richard Johnstone, Shae McCrystal, Igor Nossar, Michael Quinlan, Michael Rawling & Joellen Riley, *Beyond Employment: The Legal Regulation of Work Relationships*, The Federation Press, Australia, 2012.

제3장

프랜차이즈 노사관계의 노동법적 쟁점

제1절 서론

앞서 우리는 가맹점주의 이중적 지위를 살펴보았다. 즉 ‘근로자로서의 가맹점주’ 및 ‘사용자로서의 가맹점주’에 대해 개관하였다. 이제는 한 걸음 더 깊이 들어가 가맹점주가 우리 헌법 제33조 제1항의 근로자로서 노동3권의 주체에 해당하는지를 살펴보고자 한다. 이를 통해 우리의 법적 토양 하에서도 가맹점주의 이중적 지위가 무리 없이 논증될 수 있는지를 확인해 볼 수 있을 것이다. 다음으로 가맹점주의 이중적 지위 및 ‘가맹본부-가맹점주-가맹점근로자’ 사이의 중층적·다면적 노사관계에 수반되는 프랜차이즈 노사관계에서의 다양한 노동법적 쟁점들을 차례대로 짚어 보고자 한다.

제2절 헌법상 근로자, 노동3권의 주체로서의 가맹점주

1. 우리 헌법상의 근로와 근로자

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건을 향상을 위하여 자주적인

단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하고 있다. 그런데 2020년 대법원 전원합의체 판결은 “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다. 노동조합법 제1조가 ‘이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여’ 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고 있는 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다.”라고 판시하였다.¹⁾ 이에 따르면 어떤 일하는 사람이 “근로자”에 해당하는 경우 그는 노동조합법 등 어떤 법률을 매개하지 않더라도 헌법의 규정 자체로 노동3권을 보유하게 된다. 따라서 누가 근로자로서 노동3권을 보유하고 행사할 수 있는가의 문제는 “누가 우리 헌법상의 근로자에 해당하는가” 하는 질문에서부터 규명되어야 한다. 그런데 근로자(勤勞者)는 ‘근로(勤勞)를 수행하는 사람(者)’을 의미하므로, 헌법상 근로자의 개념에 대한 규명은 헌법상 “근로”의 개념에 관한 규명에서 시작하는 것이 마땅하다.

우리 헌법에서 “근로”는 헌법 제32조 제1항에서 처음 등장하는데, 헌법 제32조의 “근로”의 의미에 대해 헌법학계에서는 “경제적 소득이 주어지는 육체적 및 정신적 활동”²⁾, “소득을 대가로 이루어지는 정신적·육체적 활동”³⁾으로 이해하고 있다. 나아가 헌법 제32조의 “근로자”에 대해서는 별도로 논의하지 않거나, “국민 중에서도 특히 생산수단을 소유하지 못한 근로자”⁴⁾ 정도로 파악하고 있다. 한편 헌법 제33조의 근로자에 대해서는 “종속적 임노동(賃勞動)으로 생활하는 자”⁵⁾ 또는 노동조합법 제2조의 근로자와 동일하게 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 본다.⁶⁾ 이를 전체적으로 살펴보면, 헌법상 근로의 개념에 대해서는 넓게 보면서도 근로자 개념은 좁게 보거

1) 대법원 2020.9.3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

2) 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2020, 1070면.

3) 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2018, 794면.

4) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011, 674면.

5) 양건, 앞의 책, 1085면.

6) 정중섭, 앞의 책, 739면 ; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2019, 564면.

나, 노동조합법 제2조의 근로자 개념으로부터 헌법상 근로자 개념을 차용하고 있는 것으로 보인다. 한편 노동법학계에서의 논의를 최근 논의를 중심으로 살펴보면, 헌법 제33조가 근로자의 노동3권을 규정하면서 “근로자”라는 용어를 사용하고는 있지만, 헌법이 근로자 개념을 정의하고 있지 않고 정의할 수도 없기 때문에 노조법과 같은 하위 법률에 그 구체화를 위임하고 있다고 평가하는 견해가 있다.⁷⁾ 또한 헌법 제33조의 근로자 개념이 노동조합법상의 근로자 개념보다는 넓으나, 그것을 넓게 해석한다 하더라도 해당 용어 자체가 가지는 한계가 있어서 새롭게 등장하는 노무공급자 집단 전부를 포섭하기에는 제약이 있다고 평가하는 견해⁸⁾도 있다. 나아가 “헌법상의 「근로」와 「근로자」는 단순히 「임금노동」과 「임금노동자」만을 의미하는 것이 아니다. 헌법언어로서 「근로」에는 <객체적이고 수동적인 노동>, 즉 <임금노동=종속노동>뿐만 아니라 <주체적이고 능동적 노동>, 즉 <독립노동>도 포함되고, 헌법상의 「근로자」에는 임금노동자로서 종속노동자뿐만 아니라 자기의 노동에 기하여 생계를 꾸려가는 독립적 자영업인도 포함된다.”라고 보는 견해도 있다.⁹⁾

우리 헌법상의 근로 및 근로자 개념은 헌법상의 문언 및 목적 등을 고려하여 그 고유한 개념을 도출하여야 한다. 이를 구체적으로 검토해 보면, 헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다.”라고 규정하면서 근로의 권리를 천명하고 있다. 이 근로의 권리는 노동의 권리 또는 노동할 권리로 바꾸어 읽을 수 있는데, 근로의 권리이든, 노동의 권리이든, 아니면 노동할 권리이든 그 권리는 일정한 범주의 계층에 한정된 권리가 아니라 헌법 문언 자체로 “모든 국민”의 권리이다. 또한 인간의 권리이다.¹⁰⁾ 한편 헌법 제32조 제2항도 “모든 국민은 근로의 의무를 진다.”라고

7) 최홍기, 「노조법상 근로자 개념에 대한 재검토」, 『고려법학』, 제102호, 고려대학교 법학연구원, 2021. 9., 179면. 이 견해에 따르면 헌법상 근로자 개념에 관해 별도로 논의할 실익이 인정되지 않는다.

8) 정영훈, 「헌법개정과 노동3권 보장의 관계」, 『노동법포럼』, 제23호, 노동법이론실무학회, 2018. 2., 93-97면.

9) 강희원, 「우리 헌법언어로서 「근로(勤勞)」와 「근로자(勤勞者)」- 「근로자(勤勞者)」의 새로운 의미를 찾아서」, 『노동법학』, 제78호, 한국노동법학회, 2021. 6., 49-50면.

10) 헌법재판소는 “근로의 권리”를 “인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를

천명하면서 근로의 의무의 주체를 “모든 국민”으로 정하고 있다. 우리 헌법상 근로의 의무는 윤리적·도덕적 의무일 뿐이라거나, 제한된 의미에서의 법적 의무라는 견해도 있으나,¹¹⁾ 그러한 점을 고려하더라도, 헌법이 근로의 의무의 주체를 모든 국민으로 설정하고 있으므로, 근로의 의무에서의 근로의 개념 역시 모든 국민에 의해 널리 그리고 용이하게 준수될 수 있는 의미로 설정되는 것이 바람직하다. 즉 모든 국민이 부담하는 근로의 의무가 일부 제한적인 노동을 통해서만 준수될 수 있다고 평가되어서는 안 된다. 이처럼 헌법 제32조는 “근로”나 “근로자” 개념의 범주에 특별한 제한을 가하고 있지 않으며, 보편적 근로 내지 보편적 근로자 개념에 입각해 있다.¹²⁾ 결론적으로 헌법상의 근로 및 근로를 수행하는 주체로서의 근로자 개념은 모든 국민을 대상으로 한 근로의 권리 또는 근로의 의무와 배치(背馳)되지 않는 보편적 근로 내지 보편적 근로자 개념으로 상정해야 할 것이다. 즉 헌법 제32조에 기초하여 헌법 제33조 제1항에서 본격화되고 있는 헌법상 근로자 개념은 원칙적으로 “현재 일을 수행하고 있는 사람 및 향후에라도 일을 수행해야 하는 모든 사람”(이하 “모든 일하는 사람”이라 한다)으로서, 종속적 관계에서 근로를 제공하거나 근로기준법 제2조의 임금을 지급받는지(임금근로자인지) 여부와 관계없이 정신노동 또는 육체노동을 수행하는 모든 사람을 포괄한다고 넓게 이해하는 것이 옳다.¹³⁾

얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리”라고 하여 인간의 권리로 파악하고 있다(헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670 결정 등).

- 11) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011, 724-725면; 양건, 앞의 책, 1152면 등.
- 12) 고수현, 「다원적 근로자 개념에 따른 프랜차이즈 가맹점주의 근로자성 - 가맹점주의 ‘근로기준법상 근로자성’ 검토를 중심으로 -」, 『노동법학』, 제81호, 2022. 3., 61-62면.
- 13) 고수현, 위의 글, 62-63면. 같은 취지로 김린, 「근로자성 판단기준: 사용종속성을 넘어 - 백화점 위탁판매원 사건을 계기로 -」, 『노동법학』, 제75호, 한국노동법학회, 2020. 9., 84면(“헌법 제32조에서 사용되는 ‘근로’의 개념은 종속노동에 한정되는 것이 아니라 생계수단으로서의 노동 전반을 포괄하는 개념이다”). 박은정 교수는 “헌법상 근로의 권리를 ‘일할 권리’라고 바꿔 읽는 것도 가능한 것이고, 종속적 근로자만이 아닌 종속적 자영업자, 나아가 모든 일하는 사람의 일할 권리를 의미하는 것이라고 전향적으로 해석할 수도 있다.”라고 평가하는데, 대체로 동일한 취지라고 생각된다(박은정, 「제3장 노동계약유형적 접근」, in 박제성 외, 『자영

2. 자영업자의 헌법상 근로자성

앞서 살핀 바와 같이 우리 헌법상의 “근로자”는, 종속적 근로를 제공하거나 근로기준법 제2조의 임금을 지급받는지 여부와 관계없이, 현재 일을 수행하고 있는 사람 및 향후에라도 일을 수행해야 하는 “모든 일하는 사람”으로 이해할 수 있다. 따라서 현재 노무제공관계를 맺고 있지 않은 구직자 등뿐만 아니라,¹⁴⁾ 자기 사업을 영위하는 자영업자(독립근로자)도 그가 피고용인을 두고 있는지 여부와 관계 없이 널리 헌법상 근로자에 포함될 수 있다.

자영업자 역시 헌법상 근로자에 해당한다는 것은 곧 자영업자도 노동3권을 보유하고 그것을 자유롭게 행사할 수 있다는 것을 의미한다. 통상 자본주의사회에서 생계유지를 위해 자신의 노동력을 팔아야 하는 근로자는 생산수단의 소유자인 사용자에 비해 열악한 지위에 있으므로, 사용자의 수탈을 면하고 실질적 평등을 얻기 위하여 단결하게 된다고 이해되고 있다.¹⁵⁾ 그런데 역사적으로 볼 때 초기 단계의 노동조합은 자본주의적 노사관계나 그에 대한 근로자의 계급적 자각에서보다는, 길드(guild)적 단결의식 즉 자본가단체와 크게 다르지 않은 동업자적 의식에 근거해 결합한 것으로, 근로자는 근로자라는 불리한 조건 때문에 숙명적으로 결합하게 되는 것이 아니라 그들의 단결을 통해서 유리한 것을 얻게 되거나 그것을 확신할 때 단결하게 된다고 보는 것이 옳다.¹⁶⁾

업자 사회법제 연구 - 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, 2019, 144면).

- 14) 헌법 제32조 제1항이 국가에게 근로자에 대한 고용의 증진 의무 등을 부과하고 있는 점에 비추어 볼 때, 여기서 근로자란 현재 취업해 있는 사람에 한정되지 않는다. 우리 대법원 역시 서울여성노조 사건(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결)에서 근로기준법과 노동조합법이 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점 등을 근거로, “노조법 제2조 제1호 및 제4호(라)목 본문에서 말하는 ‘근로자’에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함”된다고 판시한 바 있다.
- 15) 심태식, 「노동자의 단결권」, 『경희법학』, 제22권 제1호, 경희법학연구소, 1987, 12면; 이영희, 「단결권에 관한 소고」, 『법학』, 제22권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1981, 145면; 임종률, 『노동법』, 박영사, 2021, 3-7면.

3. 가맹점주의 헌법상 근로자성

「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 “가맹사업법”이라 한다) 등은 가맹점주를 “가맹점사업자”로 칭하는 등 가맹점주가 독립적 상인 내지 독립사업자(자영업자)에 해당함을 전제로 규율하고 있다.¹⁷⁾ 그런데 프랜차이즈 가맹점의 운영 실태는 상당히 다양하며, 특히 그 유형이나 업종 등에 따라 표준화 내지 매뉴얼화의 내용 및 정도, 가맹점주의 가맹 본부에 대한 종속성 정도 등이 서로 다르다.¹⁸⁾ 어떤 일하는 사람이 근로 기준법상의 임금근로자에 해당하는지 여부 등은 오로지 그가 수행하는 업무의 ‘실질’에 따라 판단되므로,¹⁹⁾ 가맹점주 역시 관련 법령과 가맹계약 등에서의 형식적 문언과 관련 없이, 가맹본부에 대한 종속성 정도 등에 따라 임금근로자나 자영업자 등으로 그 법적 지위가 달리 평가될 수

16) 이영희, 위의 글, 147면.

17) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제2조 제3호, 가맹사업진흥에 관한 법률 제2조 제3호 등.

18) 프랜차이즈(가맹사업)의 유형은 크게 상품유통(상품판매)형 프랜차이즈와 사업형 프랜차이즈로 나뉘는데, 상품유통(상품판매)형 프랜차이즈가 제조업자 등의 상품을 요체로 한 전통적 프랜차이즈라고 한다면, 사업형 프랜차이즈는 사업 방식을 요체로 한 현대형 프랜차이즈로 볼 수 있다. 프랜차이즈 생성 초기 성행했던 상품유통(상품판매)형 프랜차이즈에서 가맹본부는 통상 가맹점주에게 그의 영업표지 사용을 허락하고 상품을 공급하면서도 가맹점주의 가맹점 운영에 대해서는 크게 관여하지 않았다. 즉 상품유통형 프랜차이즈에서 가맹점주는 자영업자로서 독립적이고 자율적인 점포 경영을 할 수 있었고, 가맹점주의 사업은 그 독립성 및 자율성으로 인해 가맹본부가 영위하는 가맹사업의 일부로 흡수되지 않았다. 그런데 가맹사업의 통일성(균일성) 확보를 위한 표준화 또는 매뉴얼화, 나아가 가맹본부의 지원·교육·통제(이하 “표준화 통제 시스템”이라 한다)를 기반으로 한 사업형 프랜차이즈의 등장으로, 가맹점주의 독립적이고 자율적인 점포 경영은 사라지게 되었다. 사업형 프랜차이즈에서 가맹점주는 가맹본부가 창안한 표준화 통제 시스템 하에서 일하고, 자신의 의지에 따라 온전히 자유롭게 가맹점을 경영하기 어렵다. 즉 사업형 프랜차이즈에서 가맹점주는 온전한 자영업자의 지위에 있지 아니하며, 편의점 프랜차이즈와 같이 가맹점주가 가맹본부의 엄격한 통제 하에 일하는 경우 해당 가맹점주는 임금근로자로 평가될 여지도 있다(이에 관하여는, 고수현, 「프랜차이즈 가맹점주의 근로자성 - 편의점 가맹점주의 근로기준법상 근로자성 검토를 중심으로」, 『법학논집』, 제23권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2019. 6., 136면 이하를 참조).

19) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등.

있다.

그런데 노동3권의 주체로서의 헌법상 근로자는 모든 일하는 사람으로서 자기 사업을 영위하는 자영업자(독립근로자) 등을 포괄하므로, 가맹점주 역시 그가 임금근로자인지 또는 자영업자에 해당하는지 여부를 불문하고 헌법상 근로자로서 노동3권을 보유한다. 따라서 가맹점주들은 자주적으로 단결하여 자유롭게 노동조합을 조직·운영할 수 있고, 가맹본부에 단체교섭을 요구할 수 있다. 또한 가맹본부가 단체교섭 요청에 응하지 않거나 단체교섭이 결렬된 경우 등에는 파업과 같은 실력행사로 나아가므로써 가맹본부를 압박할 수도 있을 것이다.²⁰⁾

제3절 가맹점주의 노동3권과 공정거래법

1. 공정거래법상 사업자(사업자단체)의 부당한 공동행위 등 금지와 자영업자의 단체교섭권·단체행동권 등 행사

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”이라 한다)은 사업자 및 사업자단체의 일정한 행위를 금지하고 있다. 즉 공정거래법 제40조 제1항은 사업자가 계약·협정·결의 등의 방법으로 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 각 호의 행위를 할 것을 함의(이하 “부당한 공동행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하는 것을 금지하는데, 그 중에는 “상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위”(제3호)도 포함된다. 나아가 공정거래법 제51조 제1항은 제40조(부당한 공동행위의 금지) 제1항 각호의 행위에 의하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위 등 사업자단체의 일정한 행위를 금지하고 있는데, 그 중 하나로 “구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위”(제3호)도 금지되고 있다.

20) 고수현, 『프랜차이즈 가맹점주의 근로자성』, 한양대학교 박사학위논문, 2021, 98-99면.

그런데 모든 일하는 사람은 그가 자영업자에 해당하는지 여부를 불문하고 헌법상 근로자에 해당한다. 따라서 어떤 헌법상 근로자의 단체가 노무제공을 받는 상대방과 규범적 효력이 인정되는 단체협약을 체결하거나²¹⁾ 직업적 요구사항을 위해 파업(휴업)을 결정하고 그 구성원들이 공동으로 파업(휴업)에 참여하는 경우, 사업자가 공동으로 또는 사업자단체의 결정으로 상품·용역의 거래 등을 제한하는 행위에 대하여 공정거래법 제40조 제1항 제3호나 제51조 제1항 제1호, 제3호 위반 행위 등으로 금지될 것인지 문제된다. 즉 가맹사업법상 가맹점사업자에 해당하는 가맹점주(가맹점주단체)의 단체교섭권·단체행동권 행사가 공정거래법상 금지되는지 여부가 문제된다.

노동3권의 보장(노동법)과 공정거래법의 적용관계에 관해 국내에서는 노동조합에 대하여도 공정거래법이 적용될 수 있다는 견해가 있다. “우리나라는 노동시장 및 노동조합의 행위에 대해서 공정거래법이 적용되지 않고 있을 뿐만 아니라 노동조합의 부당노동행위제도도 도입되어 있지 않기 때문에 노동조합의 권리남용으로 노동시장질서가 침해되는 경우에 마땅한 규제수단이 없는 실정”이라면서, “노동조합의 행위로부터 노동시장질서가 침해되는 경우 이를 회복시킬 수단이 필요하고 노동조합을 공정거래법의 적용제외대상으로 규정하고 있지 않으므로 노동시장질서유지를 위해 노동조합에 대해서도 공정거래법을 적용할 수 있을 것”이라는 견해²²⁾ 등이 그것이다. 반면 자영업자의 단결의 자유를 보장하고 있는 ILO 단결의 자유 협약이 규범의 위계상 공정거래법보다 상위에 있는 점, 헌법 제33조 제1항에 기해 노동3권을 보장받는 ‘근로자’에는 자영업자도 포함되는 점, 공정거래법의 근거가 되는 헌법 제119조 제2항은 거대자본과 대기업이 시장을 지배하고 경제력을 남용하는 상황을 방지하기 위한

21) 규범적 효력이 인정되는 단체협약이 체결되면 단체협약에 반하는 근로계약은 무효가 된다(노동조합법 제33조). 즉 단체협약은 노동조합 구성원의 근로조건을 일률적으로 규제함으로써 그것과 다른 개별적 거래조건의 설정을 배제하는 효과를 낳는 측면이 있으므로 공정거래법과의 충돌 문제가 논의될 수 있다(荒木尙志, 『働き方の多様化と労働法と独占禁止法の交錯』, 『公正取引』, 2018. 5., 23면).

22) 정명현, 「노동시장 및 노동조합에 대한 공정거래법 적용여부」, 『경쟁법연구』, 제 29권, 한국경쟁법학회, 2014, 459면.

것인데, 자영업자들이 거대자본 등에 맞서 시장을 지배하고 경제력을 남용하는 상황 등을 상정하기는 어려운 점 등을 근거로 “시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중이라는 위험이 없는 한, 그러한 지위에 있지도 않고 그러한 경제력을 갖고 있지도 않은 자영업 노동자들의 노동 3권에 대해 공정거래법 제19조²³⁾를 적용하는 것은 타당하지 않다”는 견해도 제시되고 있다.²⁴⁾ 일본에서는 최고재판소 판례 등을 통해 노동조합법상 근로자 개념이 넓게 해석됨에 따라 노동조합법상 근로자이면서 사업자에 해당하는 자들이 증가하면서, 근로자는 사업자에 해당하지 않고 그 결과 독점금지법의 적용 대상이 되지 않는다고 평가했던 기존 입장의 재검토가 이루어지고 있다.²⁵⁾

2. 부당한 공동행위 등의 주체인 사업자 또는 사업자단체

공정거래법은 “사업자”를 “제조업, 서비스업 또는 그 밖의 사업을 하는 자”로(제2조 제1호), “사업자단체”를 “그 형태가 무엇이든 상관없이 둘 이상의 사업자가 공동의 이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체 또는 그 연합체”로 정의하고 있다(동조 제2호). 공정거래법상 사업자의 의미에 대해서는, 사업은 타인에게 일정한 경제적 이익을 제공하고 그에 상응하는 반대급부를 받는 행위를 계속적, 반복적으로 하는 것이고, 공정거래법상 사업의 개념은 경제법적 규율이 요구되는 개념으로 넓게 이해되어야 하는데, 이러한 사업을 행하는 자가 사업자가 될 수 있다는 견해,²⁶⁾ 시장의 경쟁질서에 영향을 미치거나 미칠 수 있는 행위를 하는 자는 누구나 사업자라는 견해,²⁷⁾ 사업의 영위가 독자적으로 이루어지는 경우(사업활동 및 그에 관한 결정을 자유롭게 할 수 있는 경우)에 사업자성을 인정할 수 있

23) 현행 공정거래법 제40조에 해당한다.

24) 박제성, 「제5장 자영업자 노동조합의 법적 쟁점」, in 박제성 외, 『자영업자 노동조합 연구』, 한국노동연구원, 2021, 98-99면.

25) 최석환, 「노동 제공 규제의 다양화와 복합규제 - 일본의 프리랜서 규제를 중심으로 -」, 『노동법연구』, 제52호, 서울대노동법연구회, 2022, 239-271면.

26) 권오승 외, 『독점규제법』, 법문사, 2018, 24-25면.

27) 정해방, 「공정거래법의 적용대상인 사업자규정의 변천과 해석방향」, 『경쟁법연구』, 제22권, 한국경쟁법학회, 2010, 113면.

다는 견해²⁸⁾ 등이 있다.²⁹⁾

공정거래법상 부당한 공동행위 및 사업자단체의 금지행위³⁰⁾ 규제에서의 사업자나 사업자단체는 사업자로서의 외형을 가진 모든 사람 및 그 단체가 아니라, 상품 또는 용역의 가격, 수량 등 경쟁에 영향을 미칠 수 있는 일정한 거래조건을 자유롭게 결정할 수 있는 사람 및 그들의 단체에 한정된다고 보는 것이 타당하다. 왜냐하면, 공정거래법은 부당한 공동행위 규제 등의 수단을 통해 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진을 도모하는 데 목적이 있고(공정거래법 제1조), 이와 같은 공정거래법의 목적을 제대로 실현하기 위해서는, 사업자를 그 외형적 표지가 아니라 수범자로서의 실질을 고려해 판단하는 것이 더욱 타당하기 때문이다.³¹⁾

공정거래법 제40조 제1항이 사업자가 다른 사업자와 공동으로 상품 또는 용역의 가격 등 거래조건, 거래량, 거래지역, 거래상대방 등을 제한하는 행위를 금지하는 이유는 각 사업자들이 제공하는 상품이나 용역의 가격 등 거래조건이 다양성이 사업자들 간의 경쟁을 유발하고 촉진하는데, 사업자들이 공동으로 인위적인 거래조건 등을 설정하면 상호간의 경쟁을 저해하거나 소멸시키기 때문이다.³²⁾ 한편 공정거래법 제51조 제1항 제1호가 사업자단체의 가격 결정·유지 또는 변경 행위 등을 금지하는 이유는 각 사업자가 스스로의 자유의사에 따라 가격이나 거래조건 등을 결정할 때 사업자 간 자유롭고 공정한 경쟁이 촉진되는데, 사업자단체가 그 통제력을 바탕으로 구성사업자의 경쟁활동을 제한함으로써 사업자 간 자유롭고 공정한 경쟁을 저해할 수 있기 때문이다.³³⁾ 나아가 사업자단체가 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 제한하는 것을 규제(공정거래법 제51조 제1항 제3호)하는 이유는 그러한 사업자단체의 활동이 구성사업자

28) 홍명수, 「학습지회사와 학습지교사의 관계에 관한 경제법 적용의 검토」, 『4개직종 검토보고서』, 노사정위원회, 2004. 3., 98-99면.

29) 신영수, 「특수형태근로종사자에 대한 경제법적 보호」, 『법제연구』, 제31호, 한국법제연구원, 2006, 304-305면.

30) 이하에서는 공정거래법 제26조 제1항에 의해 금지되는 사업자단체의 행위 중 제1호 및 제3호 행위에 한정하여 검토한다.

31) 고수현, 앞의 박사학위논문, 110-111면.

32) 권오승, 『경제법』, 법문사, 2014, 269면; 이호영, 『독점규제법』, 홍문사, 2020, 211면.

33) 권오승, 위의 책, 363면; 이호영, 위의 책, 452면.

의 사업내용 등을 과도하게 제한하여 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 수 있기 때문이다.³⁴⁾ 그렇다면 이들 규제의 수범자인 사업자 및 사업자단체는 적어도 상품 또는 용역의 가격, 수량 등 경쟁에 영향을 미칠 수 있는 일정한 거래조건을 자유롭게 결정할 수 있어야 한다. 만일 어떤 사람이 외형적으로는 사업자의 지위를 가지지만, 경쟁에 영향을 미칠 수 있는 어떠한 거래조건도 자유롭게 결정할 여지가 없다면 그 사람 및 그러한 사람들의 단체를 사업자 및 사업자단체로 평가하기는 어려울 것이다.³⁵⁾

3. 사업자 및 사업자단체의 행위가 금지되지 않는 경우

공정거래법 제40조 제1항은 사업자의 모든 공동행위를 금지하는 것이 아니라 공동행위가 부당하게 경쟁을 제한하는 경우에 금지한다.³⁶⁾ 또한 공정거래법 제51조 제1항 제1호(제40조 제1항 각호의 행위에 의하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위), 제3호(구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위)도 이에 해당하는 사업자단체의 모든 행위를 금지하는 것이 아니라 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 행위를 금지한다.³⁷⁾ 따라서 공정거래법 제40조 제1항 제1호 내지 제9호 및 제51조 제1항 제1호, 제3호에 열거된 사업자의 공동행위 또는 사업자단체의 행위가 있더라도 그러한 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 없다면 공정거래법 제40조 제1항 등 위반에 해당하지 않는다.

한편 모든 일하는 사람은 그가 자영업자에 해당하는지 여부를 불문하고 헌법상 근로자로서 노동3권을 행사할 수 있는데, 이들의 노동3권 행사로서의 집단적 행위가 공정거래법 제40조 제1항 등에 의해 과도하게 제한되어서는 안 된다. 공정하고 자유로운 시장경제질서 수호를 위한 경제

34) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두14084 판결; 권오승, 위의 책, 362-363면; 권오승·서정, 『독점규제법』, 법문사, 2018, 574면.

35) 고수현, 앞의 박사학위논문, 111-112면.

36) 권오승, 앞의 책, 269면; 권오승·서정, 앞의 책, 247면; 이호영, 앞의 책, 251면.

37) 권오승, 위의 책, 362-363면; 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 판결; 서울고등법원 2016. 3. 17. 선고 2014누58824 판결; 서울중앙지방법원 2020. 3. 12. 선고 2014고단9920 판결.

법상의 제재 필요성을 고려하면서도 헌법상 근로자의 노동3권을 최대한 보장하기 위해서는 집단적 휴업 등의 목적이 무엇이며, 그로 인한 경쟁제한적 효과가 어떠한지 등이 검토되어야 한다. 즉 헌법상 근로자들이 집단적으로 휴업한 행위가 외형상으로는 “상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위”(공정거래법 제40조 제1항 제3호), “구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위”(공정거래법 제51조 제1항 제3호) 등에 해당한다 할지라도, 그 목적이 공정하고 자유로운 경쟁을 배제하여 참여 사업자들 간에 이득을 보기 위한 것이 아니라, 그들이 스스로 결정할 수 없는 직업적 조건에 영향을 미치기 위한 것으로서, 그 집단적 행위가 직접적으로 경쟁제한적 효과를 야기하는 것이 아니라면, 공정거래법 제40조 제1항 등에 의해 금지되지 않는다고 보는 것이 타당하다.³⁸⁾ 대한의사협회가 정부의 원격진료제 및 영리병원 허용 정책에 반대하여 휴업 실시를 결정하고 그 회원인 의사들이 휴업을 실시한 사안에서, 서울고등법원은 대한의사협회나 소속 회원들이 휴업을 결의하고 실행한 목적 또는 이유는 정부의 원격진료 및 영리병원 허용 정책을 반대하기 위한 것으로, 의료서비스의 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미칠 의사나 목적이 없었고, 실제로도 이 사건 휴업이 의료서비스의 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 아무런 영향도 미치지 않은 점 등을 근거로, 이 사건 휴업 결의 등 행위가 부당하게 경쟁을 제한한다고 볼 수 없어 공정거래법 제51조 제1항 제1호 위반에 해당하지 않는다고 판시하였다.³⁹⁾

38) 고수현, 앞의 박사학위논문, 112-113면.

39) 서울고등법원 2016. 3. 17. 선고 2014누58824 판결. 그런데 이 사안은, 휴업이 파업권의 행사로서 직업적 요구사항을 위하여 실행되었을 뿐, 공정하고 자유로운 경쟁을 배제하여 이득을 보기 위한 목적에서 실행되지 않았으며, 그로 인해 직접적으로 경쟁제한적 효과를 야기할 수 있는 경우에 해당하지 않기 때문에, 공정거래법 제26조 제1항 제1호 등 위반에 해당하지 않는다고 봄이 보다 타당할 것이다 (고수현, 위의 박사학위논문, 113면).

4. 가맹점주의 단체교섭권·단체행동권 등 행사에 대한 부당한 공동행위 등 규정의 적용 여부

가맹사업법은 특정 가맹본부와 가맹계약을 체결·유지하고 있는 가맹점주로만 구성된 가맹점주단체가 해당 가맹본부에 대하여 가맹계약의 변경 등 거래조건에 대한 협의를 요청할 수 있는 것으로 규정하고 있다(가맹사업법 제14조의2 제2항). 따라서 가맹점주나 가맹점주단체의 노동3권 행사는 위 규정에 따라 가맹사업법상 허용된 경우를 제외하고는 통상 사업자의 부당한 공동행위(공정거래법 제40조 제1항) 또는 사업자단체의 부당한 경쟁제한 행위(공정거래법 제51조 제1항)에 해당하여 금지된다고 평가될 가능성이 있다.

앞서 언급한 바와 같이, 공정거래법상 ‘부당한 공동행위’, ‘사업자단체의 금지행위’ 등 규제에서의 ‘사업자’ 및 ‘사업자단체’는 사업자로서의 외형을 갖춘 모든 사람 및 그 단체가 아니라, 경쟁에 영향을 미칠 수 있는 일정 거래조건을 자유롭게 결정할 수 있는 사람 및 그 단체에 한정된다고 봄이 타당하다. 따라서 가맹점주가 가맹본부의 표준화 통제 시스템 하에서 업무를 수행할 뿐, 상품의 가격, 수량 등 경쟁에 영향을 미칠 수 있는 거래조건을 자유롭게 결정할 여지가 없다면 그러한 가맹점주 및 그들의 단체는 공정거래법 제40조 제1항 등에서의 ‘사업자’나 ‘사업자단체’에 해당한다고 평가하기 어렵다.

한편 사업자들이 사업자단체의 결정 또는 상호 간 합의에 따라 집단적 휴업 등 일정한 행위를 실행한다 해도, 그러한 행위의 목적이 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하여 이득을 얻기 위한 것이 아니라 그들 스스로 결정할 수 없는 직업적 조건을 개선하는 등 그에 영향을 미치기 위한 것으로서, 직접적으로 경쟁제한적 효과를 발생시키지 않는다면 그와 같은 행위는 공정거래법 제40조 제1항 등에 위반되지 않는다고 봄이 타당하다. 그러므로 설령 어떤 가맹점주가 경쟁에 영향을 미치는 일정 거래조건을 자유롭게 결정할 수 있어 공정거래법 제40조 제1항 등에 따른 ‘사업자’로 평가될 수 있더라도, 해당 가맹점주 및 가맹점주단체가 (가맹본부에 의해 일방적 또는 주도적으로 결정되는) 일정한 업무·계약조건의 향상을 위

하여 가맹본부와 단체교섭 등을 행하고 집단적 휴업(파업) 등을 실행하는 경우에는 공정거래법 제40조 제1항 등에 의해 금지되지 않는다고 보아야 한다.⁴⁰⁾ 결론적으로 경쟁에 영향을 미치는 특정 거래조건을 자유롭게 결정할 수 있는 가맹점주가 공정하고 자유로운 경쟁을 배제하여 이득을 취할 목적으로 그러한 결과를 직접 야기시키는 집단적 행위 등을 실행하는 경우에 한정하여, 공정거래법 제40조 제1항 등 위반으로 봄이 타당하다.

제4절 단결권에 관한 쟁점

1. 가맹점주단체의 법적 지위 ①: 노동조합인가?

가맹사업법상 가맹점주단체는 가맹점주의 권익보호 및 경제적 지위 향상을 도모하기 위하여 구성된 단체이다(제14조의2 제1항). 가맹점주단체는 통상 “가맹점주협의회”라는 명칭으로 활동하고 있는데, 대표적인 단체로는 “(사)전국가맹점주협의회”가 있다. 가맹점주단체가 가맹점주들의 권익보호 및 경제적 지위향상을 도모하기 위한 가맹점주(헌법상 근로자)들의 단체라는 점에 비추어 볼 때 가맹점주단체는 우선 헌법상의 근로자단체라고 볼 수 있다. 한편 노동조합법상 “노동조합”은 “근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체”를 의미하므로(제2조 제4호), 가맹점주들의 권익보호 등을 도모하기 위한 가맹점주단체 역시 노동조합법상의 노동조합에 해당될 수 있다.

헌법 제33조 제1항 및 노동조합법 제2조 제4호에서 정한 근로자단체(노동조합)의 실질적 요건(자주성, 목적성, 단체성)은 갖추었으나 노동조합 설립신고증을 교부받지 못한 단체를 통상 “헌법상 단체” 또는 “법외노조(법외조합)”로 칭하고 있다.⁴¹⁾ 그런데 노동조합법 제2조 제4호에서는

40) 고수현, 위의 박사학위논문, 114면.

41) 김유성, 『노동법Ⅱ』, 법문사, 2001, 68-69면; 김형배, 『노동법』 제27판, 박영사,

노동조합의 요건으로 설립신고증의 교부라는 형식적 요건을 두고 있지 않으므로, 노동조합법 제2조 제4호의 실질적 요건을 갖춘 근로자단체는 곧 노동조합법상의 노동조합에 해당한다고 봄이 타당하다. 다만 설립신고증을 교부받지 못한 노동조합은 노동조합법 제7조에 의해 일정한 보호에서 예외적으로 제외될 뿐이므로, 이러한 노동조합은 “법외노조”로 칭할 것이 아니라 “미신고 노동조합”으로 칭하는 것이 타당하다.⁴²⁾ 즉 가맹점주의 권익보호 및 경제적 지위 향상을 도모하기 위하여 구성된 가맹점주단체 역시 헌법상 근로자단체일 뿐만 아니라 노동조합법상 노동조합의 지위를 보유할 수 있으며, 단지 미신고 노동조합에 해당할 뿐이다.

다만, 미신고 노조가 설립신고증을 교부받은 노동조합(신고 노조)과 비교할 때 어느 정도의 법적 보호를 향유할 수 있는지가 문제되는데,⁴³⁾ 헌법재판소는 “실질적인 요건은 갖추었으나 형식적인 요건을 갖추지 못한 근로자들의 단결체는 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없음은 물론 그 외 법에서 인정하는 여러 가지 보호를 받을 수 없는 것은 사실이나, 명칭의 사용을 금지하는 것은 이미 형성된 단결체에 대한 보호정도의 문제에

2021, 1083-1087면; 임종률, 앞의 책, 65-66면 등.

42) 이광택 교수도 “법외노조”라는 용어보다는 “신고미필노조”, “미신고노조”라는 용어를 쓰자고 한다. 실질적 요건과 형식적 요건을 다 갖춘 노조를 법내조합(적격조합)이라고 부르고, 실질적 요건은 갖추었으나 형식적 요건을 갖추지 못한 조합을 법외조합(비적격조합, 무자격조합)이라고 부를 경우 “법내”, “법외”라는 용어가 오해를 불러일으킬 수 있기 때문이라고 한다(이광택, 「신고미필노조의 법적 지위」, 『노동관계백선』, 박영사, 2021, 292면).

43) 학설상으로는 크게 두 가지 견해가 대립한다. 첫째, 형식적 요건을 구비하지 못한 노동조합은 비록 실체적 요건을 갖추었다더라도 노조법상의 노동조합이 아니며, 노조법뿐만 아니라 헌법상으로도 보호를 받을 수 없다는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 현행 노동조합법은 노동조합의 설립신고를 의무화하고 신고절차를 거친 노동조합만을 노동조합법상의 노동조합으로 보아 법적 보호를 부여하고 있다고 한다. 나아가 노동조합법이 미신고 노조에게 부당노동행위 구제 신청자격을 부여하지 않는 것은 미신고 노조의 노동3권이 국가에 의해 보호받지 못하는 불완전한 권리임을 나타낸다는 취지로 주장한다(이상윤, 『노동법』, 법문사, 2013, 581-584면). 둘째, 미신고 노조는 노동조합법 제7조 등에서 정한 특별한 보호는 받을 수 없지만, 노동3권의 주체로서 헌법상 보장되는 일정한 보호는 받을 수 있다는 견해가 있다(김유성, 앞의 책, 70면; 김형배, 앞의 책, 1084면; 정풍용, 「헌법상 단결권과 공무원노조의 법외노조 활동에 관한 고찰 - ILO협약 및 일본의 단결권 보장 방식의 비교」, 『동아법학』, 제86호, 동아대학교 법학연구소, 2020. 2., 284면).

지나지 아니하고 단결체의 형성에 직접적인 제약을 가하는 것도 아니며, 또한 위와 같은 단결체의 지위를 ‘법외의 노동조합’으로 보는 한 그 단결체가 전혀 아무런 활동을 할 수 없는 것은 아니고 어느 정도의 단체교섭이나 협약체결 능력을 보유한다 할 것”이라고 판시하였다.⁴⁴⁾ 우리 대법원은 노동조합법이 노동조합의 자유 설립을 원칙으로 하면서도 설립에 관하여 신고주의를 택한 취지는 노동조합의 조직체계에 대한 행정관청의 효율적인 정비와 관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 보호하고 육성하려는 데에 있고, 신고증을 교부받은 노동조합에 한하여 노동기본권의 향유 주체로 인정하려는 것은 아니므로, 노동조합법 제2조 제4호에서 정한 노동조합의 실질적 요건을 갖춘 근로자단체가 신고증을 교부받지 아니한 경우에도 노동조합법상 부당노동행위의 구제신청 등 일정한 보호의 대상에서 제외될 뿐, 노동기본권의 향유 주체에게 인정되어야 하는 일반적인 권리까지 보장받을 수 없게 되는 것은 아니라고 판시하였다.⁴⁵⁾ 이들 결정 및 판결에 따르더라도, 실질적인 요건은 갖추었으나 형식적인 요건을 갖추지 못한 근로자들의 단결체(미신고 노조) 역시 단체교섭이나 협약체결 능력을 보유할 수 있다. 또한 현행 노동조합법이 노동조합의 자유 설립을 원칙으로 하면서도 신

44) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9 결정.

45) 대법원 2016. 12. 27. 선고 2011두921 판결. 한편 하급심 판결이기는 하나 서울행정법원은 “노동조합의 하부단체인 분회나 지부가 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭하고 단체협약을 체결할 수 있고, 이는 분회나 지부가 노동조합법시행령 제7조의 규정에 따라 그 설립신고를 하였는지 여부에 영향을 받지 아니한다 할 것인데(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4299 판결, 2002. 7. 26. 선고 2001두5361 판결 등 참조), 이러한 법리에 의하면, 노동조합의 하부단체인 분회나 지부 역시 설립신고라는 형식적 요건을 갖추지 아니하였다 하더라도 실질적인 요건을 갖춘 이상 적어도 산별노조 자체의 규약상 요건과 절차에 합치하는 위임이나 규약의 규정에 의한 권한부여가 있는 범위 내에서는 법외노조에 해당한다 할 것이다. 따라서 법외노조는 노동조합법상의 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 있는 권리(제7조 제1항), 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 있는 권리(제7조 제3항)를 제외하고는 노동조합법의 적용을 받는다 할 것이므로, 임시총회의 소집절차에서도 노동조합법 제18조가 적용된다고 할 것이다.”라고 판시한 바 있다(서울행정법원 2005. 4. 21. 선고 2004구합35356 판결).

고주의를 택한 취지는 행정관청의 효율적인 정비와 관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 보호·육성하려는 데 있을 뿐이다. 헌법상 단결권은 구체적 권리로서 자유권에 해당 하는 점,⁴⁶⁾ 실질적 요건을 갖춘 노동조합은 곧 노동조합법상 노동조합의 지위를 가지는 점(노동조합법 제2조 제4호) 등에서, 현행 노동조합법상 노동조합의 권한 및 보호에 관한 규정은 원칙적으로 헌법상 노동3권의 보장 효과를 확인한 것으로서 실질적 요건을 갖춘 노동조합에 널리 적용 되는 것으로 이해되어야 한다. 즉 미신고 노조라 할지라도 노동3권을 자유롭게 행사할 수 있으며, 노동조합법 제7조와 같이 명시적으로 미신고 노조에 대한 보호를 배제한 것 외에는, 민·형사상 면책 규정(노동조합법 제3조 및 제4조)을 포함한 노동조합에 대한 전반적 보호 및 권한 규정들이 미신고 노조에도 적용된다고 보는 것이 타당하다.

2. 가맹점주단체의 법적 지위②: 사용자단체인가?

노동조합법에서 “사용자”란 “사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자”로 정의된다(제2조 제2호). 즉 노동조합법상 사용자는 근로자와 근로계약을 체결한 고용주(사업주)⁴⁷⁾뿐만 아니라, 법인의 대표이사와 같은 사업의 경영담

46) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결. 대법원은 이 판결에서 노동3권이 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 판시하였다. 대법원이 노동3권을 ‘구체적 권리’로 본 것은 노동3권이 기본적으로 자유권으로서의 성격을 가짐을 확인한 것으로 이해할 수 있다. 즉 노동3권이 법률의 제정이라는 국가의 개입이 요구되는 추상적 권리로서의 사회권적 권리라기보다는 헌법의 규정만으로도 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리로서 기본적으로 자유권임을 확인한 것으로 볼 수 있다(고수현, 앞의 박사학위논문, 72면). 그렇기 때문에 대법원이 뒤이어 “특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 전원재판부 결정 등 참조), 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다.”고 판시한 것은, 단체교섭권과 단체행동권이 자유권으로서의 성격을 가지지 않는다는 의미가 아니라, 노동3권 모두 기본적으로는 자유권에 해당하나 특히 단결권에서 자유권으로서의 본질이 두드러진다는 의미로 이해할 수 있다.

47) 특히 부당노동행위 규율과 관련해서는 노동조합법 제2조 제2호에서의 “사업주”

당자,⁴⁸⁾ 인사·노무관리자와 같이 근로자에 관한 사항에 관하여 사업주를 위하여 행동하는 자⁴⁹⁾ 등도 포괄한다.

가맹점주가 가맹점 내 업무를 혼자 수행하지 않고 가맹점근로자를 별도로 고용하는 경우 가맹점주는 가맹점근로자와의 관계에서 사업주이거나 적어도 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자에 해당하여 사용자의 지위에 있게 된다. 예컨대 가맹점주가 자영근로자에 해당하는 경우에는 가맹점근로자에 대해 사업주의 지위에 있게 될 것이고, 그 실질이 임금근로자에 해당하는 경우에는⁵⁰⁾ 직영점의 점장과 마찬가지로, 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자로 평가될 수 있다. 그렇다면 가맹점주는 가맹본부와의 관계에서는 근로자의 지위에, 가맹점근로자와의 관계에서는 사용자의 지위에 있게 되는 상대

를 근로자와 근로계약을 체결한 고용주를 넘어 보다 넓게 이해하는 것이 통설적 견해이다. 예를 들어 “사업주”를 김유성 교수는 “근로조건 기타 노동관계상의 제 이익에 대해 실질적 영향력 내지 지배력을 행사하고 있는 자”로(김유성, 앞의 책, 130면), 임종률 교수는 “부당노동행위 주체로서 사용자는 해당 근로자의 근로 조건에 대하여 실질적 지배력을 가지는 자”로(임종률, 앞의 책, 284-285면) 이해한다.

- 48) “사업의 경영담당자”는 주식회사의 대표이사 등과 같이 “사업주로부터 사업 경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자”로 이해된다(대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1162판결 등).
- 49) 대법원은 “근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자”는 “근로자의 인사, 급여, 후생 노무관리 등 근로조건 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말한다 할 것이므로 참가인회사의 공작과 과장대리인 소외인이 ‘근로자에 대한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’에 해당하는지의 여부는 그가 근로자에 관한 어떤 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받고 있었는지의 여부에 따라 결정되는 것”이라고 판시하였다(대법원 1989. 11. 14. 선고 88누6924 판결).
- 50) 편의점 사례와 같이, 편의점주가 수행하는 업무가 세세한 부분까지 표준화되어 있고, 가맹본부의 일상적인 감시·통제가 이루어져서, 가맹점주의 자영업자성을 거의 인정할 수 없는 경우, 가맹점주는 임금근로자라도 평가될 수 있을 것이다. 이 경우 가맹점주는 형식적으로는 사업주이지만 실질적으로는 가맹본부의 임금근로자로서, 가맹점근로자의 인사, 급여 등 근로조건 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독 등의 사항에 관하여 가맹본부로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자, 즉 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자로 평가될 수 있을 것이다.

적·이중적인 법적 지위를 보유하게 된다.

앞서 본 바와 같이, 가맹사업법상 가맹점주단체는 가맹점주의 권익보호 및 경제적 지위 향상을 도모하기 위해 구성된 단체로서(가맹사업법 제14조의2 제1항), 실질적으로 노동조합의 지위를 갖는다. 그런데 이러한 가맹점주단체가 “노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체”로서(노동조합법 제2조 제3호) “사용자단체”의 지위를 동시에 보유할 수 있을까?

가맹점주가 이중적·상대적 지위를 보유할 수 있다면, 그들의 단체인 가맹점주단체 역시 이중적·상대적 지위를 보유할 수 있다고 봄이 타당하다. 즉 가맹점주단체는 때로는 가맹본부를 상대로 가맹점주의 근로조건 유지·개선 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위해 노동조합으로서 활동하고, 때로는 가맹점근로자와의 관계에서 가맹점주에 대해 조정 또는 규제할 권한을 가진 사용자단체로서 기능할 수 있다. 현재까지 학설과 판례에서 이에 관한 구체적 논의가 이루어지고 있지 않지만, 현행법상 하나의 단체가 근로자단체(노동조합)임과 동시에 사용자단체로서 기능하는 것을 금지하는 어떤 규정도 존재하지 않는다. 노동조합법상 “사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우” 노동조합으로 보지 않는다는 규정(제2조 제4호 가목)은 노동조합에 해당하는 가맹점주단체가 그 사용자에 해당하는 가맹본부 측의 참가를 허용할 수 없다는 의미로 이해할 수 있을 뿐이다.

3. 가맹점주와 가맹점근로자는 같은 노동조합에 가입할 수 있는가?

노동조합법 제2조 제4호 가목에 따르면 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하는 자의 참가를 허용하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다. 이는 노동조합의 주체성 및 자주성과 관련된 규정으로서, 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하는 자의 참가를 허용하는 경우 노동조합의 주체성이나 자주성이 흠결된 것으로 평가하는 것이다.

가맹점주는 가맹점근로자와의 관계에서 사업주 또는 근로자에 관한 사

항에 관하여 사업주를 위하여 행위하는 자로서 사용자에게 해당하거나 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자로 평가될 수 있다. 따라서 가맹점주와 가맹점근로자가 동일한 노동조합에 가입할 수 있는지 여부가 문제된다.

오늘날 일반화된 사업형 프랜차이즈에서는 가맹점주뿐만 아니라 가맹점근로자 역시 가맹본부의 지원, 교육, 통제(이하 “표준화 통제 시스템”이라 한다) 하에서 일하게 된다. 나아가 가맹본부가 가맹점주와 가맹점근로자의 근로조건에 관한 궁극적인 결정권을 보유하고 있고, 가맹점주와 가맹점근로자 양자의 근로조건 사이에 공통성·관련성이 있어 양자 모두의 근로조건을 향상시키기 위해 가맹본부에 대한 공동 대응이 필요한 경우에는 양자가 동일한 노동조합에 가입하여 활동할 필요성이 인정된다. 그런데 가맹점주가 사업주에 해당하지는 않더라도, 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건에 대한 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 가맹본부로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자로서 사업주를 위하여 행위하는 자에 해당하거나, 근로관계 결정에 직접 참여하거나 가맹본부의 근로관계에 대한 계획과 방침에 관한 기밀사항 업무를 취급할 권한을 보유하는 자로서 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자에 해당될 여지가 있다면, (설령 가맹점주와 가맹점근로자가 함께 가입한 노동조합이 오직 가맹본부에 대한 공동대응을 위해서만 활동한다 하더라도) 그 직무상의 의무와 책임이 노동조합원으로서의 의무와 책임에 저촉되는 상황이 충분히 발생할 수 있고, 나아가 가맹점주와 가맹점근로자 사이에서도 상당한 이해관계의 대립이 발생할 수 있다. 이러한 점에서 동일 가맹본부 하에서 일하는 가맹점주와 가맹점근로자는 원칙적으로 동일한 단위노동조합에 가입할 수는 없다고 생각한다. 다만 단위노동조합이 아닌 연합단체나 총연합단체 등에 함께 소속해 있는 것은 개별 노동조합의 주체성이나 자주성을 특별히 해하지 않는 점 등에서 위 노동조합법 제2조 제4호 가목에 위반된다고 볼 수 없다.

제5절 단체교섭권에 관한 쟁점

1. 가맹점주와 가맹본부 간 단체협약의 규범적 효력 유무

헌법상 근로자인 가맹점주들이 그들의 권익보호 및 경제적 지위 향상을 도모하기 위하여 구성된 가맹점주단체는, 노동조합법상의 설립신고증을 교부받았는지 여부와 관계 없이, 단체교섭권 등을 자유롭게 행사할 수 있다. 따라서 미신고 노조의 지위에 있는 가맹점주단체가 가맹본부에 대해 거래조건 등에 대한 협의를 요청하는 것 역시 단체교섭을 요청한 것에 해당한다. 현행 가맹사업법에 따르면 특정 가맹본부와 가맹계약을 체결·유지하고 있는 가맹점주로만 구성된 가맹점주단체가 그 가맹본부에 대하여 가맹계약의 변경 등 거래조건에 대한 협의를 요청할 수 있다(제14조의2 제2항). 그런데 가맹점주단체 자체가 헌법상 근로자로 구성된 헌법상 근로자단체이자 노동조합에 해당하는 이상, 특정 가맹본부와 가맹계약을 체결·유지하고 있는 가맹점주로만 구성된 단체인지 여부를 불문하고 단체교섭권을 행사할 수 있고(노동조합법 제29조 제1항), 가맹본부는 이에 대해 응낙하고 성실히 교섭할 의무 등을 부담한다고 봄이 타당하다(동법 제30조).⁵¹⁾

미신고 노조인 가맹점주단체와 가맹본부 간 단체교섭(협의)의 결과로 협약이 체결된 경우 그 협약이 단체협약으로서 규범적 효력을 가질 수 있는지 문제된다. 이에 대하여는 미신고 노조 역시 헌법이 보장하는 일정한 법적 보호를 받는다는 견해에서도 ‘단체협약의 규범적 효력은 노동조합법에 의해 창설된 효력이기 때문에 미신고 노조는 규범적 효력이 있는 단체협약을 체결할 수는 없다’고 주장하기도 한다.⁵²⁾ 헌법상의 단체교섭권

51) 고수현, 앞의 박사학위 논문, 103면.

52) 김유성, 앞의 책, 161면. 한편 임종률 교수의 입장은 명확하지 않은 측면이 있다. 임종률 교수는 김유성 교수가 “헌법상 단결체는 규범적 효력을 가지는 단체협약의 당사자가 될 수는 없다. 단체협약의 규범적 효력(노조법 제33조·제35조·제

에는 단체협약체결권도 포함되어 있다고 봄이 타당한데,⁵³⁾ 단체협약의 가장 핵심적인 효력은 근로조건의 향상을 이끌어내는 규범적 효력(노동조합법 제33조)이라고 볼 수 있다. 즉 근로자는 헌법 제33조 제1항에 따라 근로조건의 향상을 위하여 단체교섭권을 가지는데, 단체교섭은 궁극적으로 단체협약이라는 구속력 있는 약정의 체결을 지향하고, 단체협약은 주로(또는 직접적으로는) 규범적 효력을 통하여 근로자의 근로조건의 향상이라는 결실을 이끌어낼 수 있다. 이처럼 헌법이 근로자에게 단체교섭권을 부여한 취지는 근로조건의 향상을 위하여 규범적 효력이 인정되는 단체협약이라는 결실을 그 주체인 근로자에게 환원시키기 위한 것으로, 단체교섭권에는 규범적 효력이 있는 단체협약의 체결권도 포함된다 고 보는 것이 타당하다. 결론적으로 미신고 노조인 가맹점주단체와 가맹본부 간 단체교섭(협의)의 결과로서 체결된 협약 역시 단체협약으로서 규범적 효력을 가진다고 이해할 수 있다.

36조)은 노조법에 의해 헌법외적으로 창설된 것이기 때문에 노조법상 노동조합이 체결한 단체협약에만 인정된다고 보아야 하기 때문이다.”고 주장한 것과 관련하여, “김유성 II, 161은 헌법상의 노조는 단체협약의 당사자가 될 수 없다고 한다. 그러나 헌법상의 단체교섭권은 단체협약 체결권도 포함하고 노동조합은 단체협약을 체결할 수 있다는 노동조합법상의 규정(29조 1항)은 헌법상 단체교섭권의 내용 내지 효과를 확인한 것에 불과하므로 헌법상의 노조도 단체협약을 체결할 자격을 가진다고 보아야 한다.”고 반박하고 있다(임종률, 앞의 책, 68면). 이에 따르면 임종률 교수는 김유성 교수와 달리 헌법상 노조가 규범적 효력이 있는 단체협약을 체결할 수 있다고 보는 것처럼 보이지만, 노조법 제33조가 단체협약의 규범적 효력을 창설하는 규정이라고 평가하는 점에 비추어 보면(임종률, 앞의 책, 154면), 논리상 헌법상 노조가 체결한 단체협약에 규범적 효력을 부정하는 입장으로 봄이 더 타당한 것 같다.

- 53) 김유성, 앞의 책, 31면 ; 김형배, 앞의 책, 158면; 임종률, 앞의 책, 68면 등. 헌법재판소도 헌법 제33조 제1항이 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않더라도 근로조건의 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 판시하였다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13 등 결정).

2. 가맹점주와 가맹본부 간 단체협약이 가맹점근로자의 근로조건을 저하시키는 경우 : 협약자치의 한계

노사관계 당사자는 강행법규 등에 반하지 않는 범위 내에서 단체교섭 및 단체협약을 통해 근로자의 근로조건을 규율할 수 있다(협약자치).⁵⁴⁾ 그렇다면 가맹점주는 가맹본부와의 단체교섭을 통해 가맹점근로자의 근로조건을 저하시키는 내용의 단체협약도 체결할 수 있을 것인가? 사업형 프랜차이즈에서는 가맹점주와 가맹점근로자 모두 가맹본부의 표준화 통제 시스템에 구속되어 일하는 등 가맹본부의 영향권 하에 있고, 가맹점근로자의 노무비 등 상승이 가맹점주의 수익 감소로 이어지는 등 가맹점주와 가맹점근로자 양자의 근로조건 사이에는 일정한 공통성·관련성이 존재하기 마련이다. 이 경우 가맹점주의 가맹본부에 대한 독자적인 단체교섭권 행사가 가맹점근로자의 근로조건에도 영향을 미칠 수 있는데, 가맹점주의 근로조건 향상을 도모하기 위한 가맹본부와 가맹점주 간 단체협약이 가맹점근로자의 근로조건에는 악영향을 미치는 경우 이러한 단체협약도 유효하게 인정될 수 있을지 문제된다.

학계에서는 협약자치의 한계에 대해 주로 외재적 한계와 내재적 한계가 논의되고 있다. 즉 단체협약의 내용은 강행법규⁵⁵⁾나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우(민법 제103조 관련) 등과 관련해서는 외재적 한계가, 근로자 개인의 자유영역에 대한 단체협약과 같이 단체협약에 따른 집단적 규제가 그 성격상 부적당한 경우나 협약체결권이 남용된 경우와

54) 김유성, 앞의 책, 171면.

55) 단체협약은 법원(法源)의 계위라는 관점에서 그 내용이 강행규정에 위반할 수 없으므로, 근로기준법, 노동조합 및 노동관계조정법, 남녀고용평등법 등에 반하는 협약은 무효로 평가된다(김형배, 앞의 책, 1264면). 대법원 역시 “근로기준법에 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효이므로 그것이 단체협약에 의한 것이라거나 근로자들의 승인을 받은 것이라고 하여 유효로 볼 수 없다”(대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카24496 판결), “성별 작업 구분이나 근로조건을 구분을 명확히 하지 아니한 채 남녀를 차별하여 정년을 규정한 단체협약서 및 취업규칙의 조항이 근로기준법 제5조와 남녀고용평등법 제8조 제1항에 위배되어 무효”(대법원 1993. 4. 9. 선고 92누15765 판결)라고 판시하고 있다.

관련해서는 내재적 한계가 논의되고 있다.⁵⁶⁾ 그런데 단체협약은 노동조합과 사용자 또는 그 단체가 근로자의 근로조건이나 그 밖의 경제적·사회적 지위 등에 합의하여 체결하는 자치규범이므로, 그 내용이 해당 조합원의 근로조건 등에 관한 합의여야 한다는 사항적 한계를 갖는다고 평가할 수 있다. 특히 어떤 노동조합과 사용자 간의 단체협약이 해당 노동조합이나 그 조합원의 근로조건 등에 관한 규율을 넘어 제3자의 근로조건 등의 저하를 필연적으로 야기하는 경우, 이는 제3자의 근로권, 자기결정권 등에 대한 부당한 침해에 해당하며, 위와 같은 사항적 한계를 명백히 위반하는 결과를 야기한다고 봄이 합리적이다.

결론적으로 가맹본부와 가맹점주(가맹점주단체) 사이에 체결된 단체협약이 단순히 해당 가맹점주의 근로조건 등을 규율하는 것을 넘어 가맹점 근로자의 근로조건 등을 저하시키는 결과를 필연적으로 야기하는 경우(예컨대 가맹점근로자의 임금 수준을 저하시켜 가맹점주의 수익을 높이는 경우) 그러한 내용의 단체협약은 협약자치의 사항적 한계를 넘는 것으로 무효라고 봄이 타당하다. 이와 같은 점에서 가맹본부와 가맹점주 간 또는 가맹점주와 가맹점근로자 간의 이항적 단체교섭만이 고집되어서는 안 되며, 가맹본부, 가맹점주, 가맹점근로자 3자가 참여하는 3자간 단체교섭 등이 활성화될 필요성이 있다.

3. 가맹점근로자의 가맹본부에 대한 단체교섭권 행사

가맹점근로자가 가맹점주뿐만 아니라 가맹본부에 대해서도 단체교섭권을 행사할 수 있을지, 즉 가맹본부가 가맹점근로자에 대해 단체교섭의무를 부담하는지 여부가 문제된다. 가맹계약관계에서 가맹점주는 가맹본부의 상품·서비스의 공급 등에 의존하며 가맹본부가 창안한 표준화통제 시스템에 구속된다. 따라서 가맹계약관계는 단순한 상사거래관계가 아니라 지배종속성이 내포된 일종의 원하청관계로,⁵⁷⁾ 가맹본부와 가맹점근로

56) 김유성, 앞의 책, 172면; 김형배, 앞의 책, 1262-1265면; 임종률, 앞의 책, 163-164면 등.

57) 박제성 박사는 가맹계약관계를 원하청관계로 분석한다. 즉 프랜차이즈를 개인하

자의 관계는 원청과 하청근로자의 관계로 이해될 수 있다.

원청이 하청근로자에 대해 단체교섭의무를 부담하는지에 관해서는 크게 부정설⁵⁸⁾과 긍정설⁵⁹⁾이 대립하고 있으며, 대법원은 종래 “근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독 하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자”가 단체교섭의 당사자인 ‘사용자’라고 판시하였다.⁶⁰⁾ 반면 하급심 결정 중에는 “근로계약상 사용자가 아니더라도, 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 부분적이라도 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한도 내에서 단체교섭당사자로서의 사용자에게 해당한다”고 판시하여 원청의 단체교섭의무를 인정한 사례가 있었다.⁶¹⁾ 한편 하급심 판결을 살펴보면 최근 울산지방법원은 “원청업체가 제3자로서 사내 하청업체 소속 근로자에 대하여 노동3권을 침해하는 사실적인 지배·개입행위를 할 수 있는 지위에 있다는 사정만으로 단체교섭을 포함한 집단적 노동관계 일반에 있어 원청업체의 사용성이 당연히 인정된다고 볼 수는 없다”고 하면서 “피고가 사내 하청업체 소속 근로자들과의 관계에

청, 사내하청과 더불어 하청노동의 한 유형인 ‘점포하청’으로 이해한다(박제성, 「제1장 서론」, in 박제성 외, 『프랜차이즈 노동관계 연구 - 하청노동연구(Ⅰ)-』, 한국노동연구원, 2014, 1면).

- 58) 김희성, 「원청회사의 하청노조에 대한 단체교섭 및 쟁의행위의 상대방으로서 사용자 여부와 대체근로 - 대상판결: 대구지방법원 2021. 8. 11. 선고 2020노820 판결; 부산고등법원 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결 -」, 『법학연구』, 제67집, 전북대학교 법학연구소, 2021. 12.; 방준식, 「단체교섭 당사자로서의 사용자와 부당노동행위 주체로서의 사용자 - 대상판결: 현대중공업 사건, 울산지방법원 2018. 4. 12. 선고 2017가합20070 판결 -」, 『노동법논총』, 제46집, 한국비교노동법학회, 2019. 8. 등.
- 59) 김기선, 「제7장 원청의 단체교섭 의무 존부와 대상」, 『노동위원회 심판업무 관련 주요 쟁점 사항에 관한 연구』, 중앙노동위원회, 2021. 12.; 박수근, 「간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토」, 『노동법연구』, 제24호, 서울대학교 노동법연구회, 2008. 3. 등.
- 60) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결; 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결 등.
- 61) 서울남부지방법원 2007. 12. 10.자 2007카합2731 결정; 대전지방법원 2011. 10. 6.자 2011카합782 결정.

서 단체교섭 의무가 있는 사용자에게 해당하는지는 사내 하청업체 소속 근로자들과 피고 사이에 적어도 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가할 수 있을 정도로 사용종속관계가 있는지 여부에 따라 결정된다고 해석함이 타당하다”고 판시하였다.⁶²⁾ 반면 서울서부지방법원은 “고용주가 아닌 사업주라 할지라도 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그러한 한도 안에서는 단체교섭 의무를 부담하는 사용자에게 해당한다”고 판시하였다.⁶³⁾

노동3권은 구체적 권리로서 헌법의 규정만으로 직접 효력을 발휘하며 기본적으로 자유권으로서의 성격을 가진다.⁶⁴⁾ 여기서 단체교섭권이 헌법의 규정만으로 직접 효력을 발휘한다는 것은 어떤 의미일까. 노동3권, 그 중에서도 단체교섭권은 단체교섭의 상대방을 전제로 한 권리로 통상 그 상대방은 사용자라고 볼 수 있을 것이다. 이러한 단체교섭권의 성격을 고려할 때 단체교섭권에는 사용자에게 대한 대사인적 효력이 수반되며, 그 효력은 직접적이라고 보는 것이 타당하다.⁶⁵⁾ 한편 단체교섭권이 헌법 규정만으로 직접 효력을 발휘하려면 ‘근로자는 근로조건 향상을 위하여 단체교섭권을 가진다’는 헌법 규정 자체만으로 근로자의 근로조건 향상이라는 효력을 이끌어낼 수 있어야 하고, 이는 위 헌법 규정만으로도 사용자를 단체교섭의 장으로 불러올 수 있을 때 가능한 것이다. 근로자가 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있다는 것⁶⁶⁾에 더하여 사용자에게 단체

62) 울산지방법원 2018. 4. 12. 선고 2017가합20070 판결. 이 사건의 항소심 법원인 부산고등법원도 원심의 결론을 그대로 유지하였다(부산고등법원 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결).

63) 서울서부지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019노778 판결. 이 판결은 대법원의 상고기각 판결(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도18524 판결)로 확정되었다.

64) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

65) 노동3권에 대한 대사인적 효력(직접적 효력)을 인정하는 견해로는 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 331면; 김유성, 앞의 책, 25-26면; 이홍재, 「단체행동권의 법적 구조 - ‘생활조건’을 위한 ‘독자적’ ‘행동의 자유권’ 향유구조 -」, 『단체행동권』, 사람생각, 2004, 24-27면.

66) 근로자나 근로자단체가 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있다는 것은 헌법상 일반적 행동자유권에 근거해서도 인정될 수 있는 부분이다.

교섭에 응할 의무가 부가되어야 단체교섭권의 목적인 ‘근로조건에 향상’ 뿐만 아니라 단체교섭권의 ‘구체적 권리성’이 실현될 수 있는 것이다. 따라서 단체교섭의무를 부담하는 노동조합법상의 ‘사용자’(제2조 제2호) 범주는 위와 같은 단체교섭권의 목적을 실현하고 그 구체적 권리성을 제대로 발현할 수 있도록 노무제공계약 등의 형식이 아닌 실질에 근거하여 판단되어야 하며, 단체교섭권을 형해화하는 정도로 좁게 해석되어서는 안 된다. 단체교섭권은 근로자(근로자단체)가 그 근로조건에 향상을 위하여 사용자(사용자단체)와 근로조건에 관하여 자유롭게 교섭하고 단체협약을 체결할 수 있는 권리이다. 따라서 근로자와 직접적 고용관계를 맺지 아니한 사업주(원청)가 하청근로자의 일정한 근로조건을 단독 또는 공동으로 결정하거나 그에 상당한 영향을 미치는 등으로 해당 근로조건을 실질적으로 지배·결정하는 경우라면, 하청근로자는 그 근로조건에 향상을 위하여 원청에 단체교섭을 요구할 수 있고, 원청 역시 하청과 더불어 해당 근로자에 대한 단체교섭의무를 부담한다고 평가해야 한다. 원청이 하청 근로자들의 근로조건을 단독 또는 공동으로 결정하거나 그에 상당한 영향을 미치는 경우, 하청만을 상대로 한 교섭은 부분적이고 제한적일 뿐이어서 근로조건에 향상이라는 결과를 의미 있게 이끌어낼 수 없기 때문이다. 최근 선고된 서울서부지방법원 판결과 같이 단체교섭의무를 부담하는 사용자, 즉 사업주는 (직접적) 고용주가 아닌 사업주로도 확대될 수 있어야 한다.

가맹사업은 ‘통일성’ 확보를 본질로 하며,⁶⁷⁾ 그에 따라 상품·서비스 공급과 유통, 품질관리 등 사업 전반이 표준화통제 시스템에 의해 작동된다. 따라서 가맹본부가 창안한 표준화통제 시스템은 단순히 가맹점주만을 구속하고 그의 근로조건(업무조건)에만 영향을 주는 것이 아니라, 가맹점 내 업무를 수행하는 가맹점근로자에게도 동일하게 관철된다. 가맹사업법은 심지어 가맹본부가 가맹점주뿐만 아니라 가맹점주의 직원에 대

67) 가맹사업법에 따르면, ‘가맹사업의 통일성 및 가맹본부의 명성을 유지하기 위한 노력’이 가맹점주의 첫 번째 준수사항에 해당한다(제6조 제1호). 한편 가맹점주단체는 가맹본부에 대하여 가맹계약의 변경 등 거래조건에 대한 협의를 요청할 수 있으나, 가맹사업의 통일성이나 본질적 사항에 반하는 거래조건을 요구하는 행위 등을 할 수는 없다(제14조의2 제2항, 제4항).

한 교육·훈련도 실시하도록 의무화하고 있다. 이처럼 가맹사업관계에서는 가맹본부가 가맹점근로자의 근로조건(업무조건)을 단독으로 또는 적어도 공동으로 결정하고, 그 근로조건에 상당한 영향을 미친다고 일응 평가할 수 있으므로, 가맹본부는 가맹점주뿐만 아니라 가맹점근로자와의 관계에서도 단체교섭의무를 부담한다고 봄이 타당하다.

4. 가맹점근로자와 가맹본부 간 단체교섭에서 교섭창구단일화 절차의 적용 여부

현행 노동조합법은 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태와 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합이 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하도록 하고 있다(제29조의2 제1항 본문). 한편 “교섭대표노동조합을 결정하여야 하는 단위(이하 “교섭단위”라 한다)는 하나의 사업 또는 사업장으로 한다”고 규정하고 있다(제29조의3 제1항). 즉 하나의 사업 또는 사업장 내에 있는 복수의 노동조합은 원칙적으로 조직형태에 관계없이 교섭창구를 단일화해야 한다는 것이다. 따라서 가맹점근로자가 가맹본부를 상대로 단체교섭권을 요구하는 경우에 노동조합법에 정한 교섭창구단일화 절차를 적용해야 하는지가 문제된다.

노동조합법 제29조의2 이하에 규정된 교섭창구단일화 제도는 기업별 교섭구조를 사실상 강제하고 소수노조의 노동3권을 침해한다는 점 등에서 위헌성 시비가 끊이지 않고 있다. 우리의 경우 헌법 차원에서 직접 노동3권을 보장하고 있는 점, 노동3권이 기본적으로 자유권으로서의 성격을 가지는 점 등을 고려할 때, 노동3권은 최대한 존중 및 보장되어야 하고 그에 대한 국가의 제한(개입)은 최소화되어야 한다.⁶⁸⁾ 결론적으로 헌법상 보장되는 근로자의 노동3권을 최대한 보장하고 교섭창구단일화 제도를 둘러싼 위헌성 시비를 벗어나기 위해, 교섭창구단일화 절차는 ‘하나의 사업 또는 사업장’ 단위에서 이루어지는 단체교섭, 즉 기본적으로 직

68) “단체교섭권은 다른 자유권적 기본권과 마찬가지로 국가에 대해 단체교섭에 부당하게 간섭하거나 방해하는 것을 금지한다.”(정종섭, 앞의 책, 745면).

접적 고용관계 또는 노무제공관계에 있는 근로자(근로자단체)와 사용자 사이의 단체교섭에만 적용되도록 설계된 절차로서, 이러한 설계의 범주를 넘어서는 단체교섭에 있어서는 교섭창구단일화 절차가 강제될 수 없다고 봄이 타당하다.⁶⁹⁾ 즉 2개 이상의 노동조합이 하나의 사업 또는 사업장에 존재한다고 볼 수 없거나, 그것이 하나의 사업 또는 사업장에 존재하는지 여부가 불분명한 경우에는 교섭창구단일화 절차 규정이 적용되지 않는다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 중층적 노사관계에 놓인 하청근로자 등은 몇 번의 교섭창구단일화 절차를 거쳐야 원청 및 하청과 교섭할 수 있다는 결론에 이를 수 있고, 그 과정에서 소수노조의 노동3권 침해는 보다 심화될 것이기 때문에, 교섭창구단일화 제도는 목적의 정당성이 일부 인정될지라도 피해의 최소화, 법익의 균형성 등을 충족하지 못한 위헌적인 제도로 평가될 것이다.

하청근로자로 볼 수 있는 가맹점근로자와 원청인 가맹본부 사이에는 가맹점주(하청)라는 별도의 사업주가 개입되어 있다. 그렇다면 가맹점근로자와 가맹본부 간 단체교섭에 있어서는 ‘하나의 사업 또는 사업장에 2개 이상의 노동조합의 존재’라는 전제가 성립될 수 없거나 적어도 그것이 불분명한 상황이기 때문에, 가맹점근로자는 가맹본부와의 관계에서는 교섭창구단일화 절차를 거칠 필요 없이 자유로운 교섭이 가능하다고 봄이 타당하다. 최근 중앙노동위원회는 “교섭창구 단일화 제도는 사용자가 아니라 교섭단위인 ‘사업 또는 사업장’을 대상으로 적용되는 제도로 해석되는데, 이때 이 사건과 같이 사내하청 근로자들로 조직된 노동조합의 단체교섭 상대방이 사내하청 사용자뿐만 아니라 원청 사용자까지 확대되더라도 단체교섭 대상은 사내하청 근로자들의 노동조건임에는 변화가 없으며 근로자들의 이해관계의 공통성을 기반으로 교섭대표노동조합을 정해야 하는 교섭단위는 사내하청 근로자들이 종사하는 ‘하청 사업’으로 그대로 유지된다. 따라서 사내하청 근로자들이 가입 내지 조직한 노동조합이 ‘하청사업’이라는 교섭단위에서 교섭창구 단일화 절차를 거쳤다면 노동조합법에서 요구되는 교섭창구 단일화 의무를 충족한 것이라고 보아야 할 것

69) 장영석, 「중층적 고용관계에서 교섭창구단일화 절차」, in 유성재 외, 『노동위원회 심판업무 관련 주요 쟁점 사항에 관한 연구』, 중앙노동위원회, 2021. 12, 180면.

이고, 이러한 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 확정된 교섭대표노동조합은 하청 사용자뿐만 아니라 하청 근로자의 노동조건에 대해 실질적이고 구체적인 지배·결정력을 가지는 원청 사용자에게도 교섭을 요구할 수 있다고 보아야 할 것이다”고 판단하였다.⁷⁰⁾

제6절 단체행동권에 관한 쟁점

1. 가맹점주의 파업권 행사(휴점)로 인해 가맹점근로자의 노무제공이 불가한 경우

가맹점주의 단체행동권과 가맹점근로자의 근로권의 충돌 문제로서, 가맹점주가 파업권의 행사로서 휴점을 하는 경우 노무제공을 할 수 없게 된 가맹점근로자가 가맹점주에게 휴업수당을 청구할 수 있을지가 문제된다. 즉 근로기준법에 따르면 근로자는 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자에게 휴업수당을 청구할 수 있는데(근기법 제46조 제1항), 가맹점주가 단체행동권의 행사로서 가맹점 휴업을 하는 경우에도 가맹점근로자가 가맹점주에게 휴업수당을 청구할 수 있을지가 문제된다.⁷¹⁾

이에 대해서는 가맹점주가 자신의 헌법상 기본권을 행사한 경우이므로 이 경우를 근로기준법 제46조에서 말하는 사용자의 귀책사유로 해석하기 어렵다고 보는 입장(가맹점주의 휴업수당 지급의무를 부정)이 있을 수 있다. 그런데 가맹점주가 근로자의 지위와 함께 사용자의 지위를 보유하는 이중적 법적 지위를 가지는 점, 가맹점주의 휴업이 파업권 행사를 위한 자신의 노무중단에 그치지 않고 가맹점근로자로 하여금 노무제공을 할 수 없게 하는 별도의 결과(피해)를 야기하는 점 등을 고려할 때, 가맹점주가 “근로자”의 지위에서 파업권을 행사했다 하더라도, “사용자” 입장에서의 휴업수당 지급의무는 긍정될 필요가 있다고 생각한다. 즉 가맹점주는

70) 중앙노동위원회 2022. 3. 24. 판정 중앙2021부노268.

71) 고수현, 앞의 박사학위논문, 106면.

가맹본부와의 관계에서는 “근로자”의 지위에, 가맹점근로자와의 관계에서는 “사용자”의 지위에 서게 되는데, 가맹점주의 단체행동권 행사로 인한 민·형사상 면책이 가맹본부와의 관계(가맹점주는 가맹본부에 대해 가맹점 휴점으로 인한 손해배상 의무가 없음)를 넘어, 별도의 근로계약관계를 맺고 있는 가맹점근로자와의 관계에서까지 확대된다고 보기는 어려울 것이다. 다만 가맹점주가 가맹본부와 상당한 지배·종속관계 하에 있는 임근근로자로서 그에게 자영업자성이 거의 인정되지 않는 경우에는 달리 볼 수 있을 것이다. 왜냐하면 이 경우에는 비록 가맹점주와 가맹점근로자 사이에 근로계약이 체결되었다 할지라도 가맹점근로자는 가맹본부의 가맹사업 영위를 위해 고용된 것으로서 실질적 사용자는 가맹본부라고 볼 수 있기 때문이다.⁷²⁾ 따라서 이 경우에는 가맹본부에게 휴업수당을 지급할 의무가 있다고 평가할 수 있을 것이다.⁷³⁾

72) 대법원은 “원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 할 것이다.”라고 판시하고 있다(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결). 가맹점주가 가맹본부와 상당한 지배종속관계 하에 있는 전형적 근로자에 해당한다면, 가맹점주에게 사업주로서의 독자성이나 독립성이 없어 가맹점주의 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 않는 사정 등이 인정되므로, 가맹본부와 가맹점근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되고, 가맹본부가 가맹점근로자의 실질적 사용자에 해당한다고 평가될 수 있을 것이다.

73) 근로기준법 제46조에 기한 휴업수당 청구에서 요구되는 사용자의 귀책사유는 민법상 귀책사유(고의·과실)에 이를 필요가 없는 완료된 귀책사유로서, 사용자의 지배범위 안에서 발생한 경영상의 장애 정도로 이해되고 있다. 근로자가 고용된 사업장에서 노동쟁의 등으로 인해 휴업이 발생하는 것은 사용자가 영위하는 사업에 내재된 리스크이므로, 이에 대해 사용자가 적절히 대비하지 못한 것은 귀책사유가 있는 것으로 평가할 수 있다. 따라서 가맹점근로자가 전형적 근로자에 해당하는 가맹점주의 단체행동권 행사(가맹점 휴업)로 노무를 제공하지 못한 경우 가맹점근로자는 가맹본부에 휴업수당을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다.

제7절 소 결

지금까지의 논의를 정리하면 다음과 같다.

첫째, “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리”이다.⁷⁴⁾ 어떤 일하는 사람이 “근로자”에 해당한다면 헌법의 규정 자체로 노동3권을 보유하게 되는데, 누가 근로자로서 노동3권을 보유하고 행사할 수 있는가의 문제는 “누가 우리 헌법상의 근로자에 해당하는가” 하는 질문에서부터 규명되어야 한다. 우리 헌법은 “모든 국민”에게 근로의 권리를 부여하고 근로의 의무를 부과하며 “근로”나 “근로자” 개념의 범주에 특별한 제한을 두고 있지 않다. 따라서 헌법상의 근로 및 근로를 수행하는 주체로서의 근로자 개념은 모든 국민을 대상으로 한 근로의 권리 또는 근로의 의무와 배치(背馳)되지 않는 보편적 근로 내지 보편적 근로자 개념으로 상정해야 한다. 즉 헌법상 근로자 개념은 “현재 일을 수행하고 있는 사람 및 향후에라도 일을 수행해야 하는 모든 사람”으로서, 종속적 관계에서 근로를 제공하거나 근로기준법 제2조의 임금을 지급받는지 여부와 관계없이 정신노동 또는 육체노동을 수행하는 모든 사람을 포괄한다. 가맹점주 역시 그가 임금근로자인지 또는 자영업자에 해당하는지 여부를 불문하고 헌법상 근로자로서 노동3권을 보유하고 자유롭게 행사할 수 있다.

둘째, 가맹점주의 단체교섭권·단체행동권 행사 등 집단적 행위가 공정거래법상 부당한 공동행위 등으로서 금지되는 것은 아닌지 문제된다. 공정거래법의 목적은 부당한 공동행위 규제 등을 통해 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진·도모하는 데 있으므로, 부당한 공동행위 등의 주체인 ‘사업자’나 ‘사업자단체’는 그 외형적 표지가 아니라 수범자로서의 실질을 고려하여 판단하는 것이 타당하다. 즉 공정거래법상 ‘부당한 공동행위’

74) 대법원 2020.9.3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

‘사업자단체의 금지행위’ 등 규제에서의 ‘사업자’나 ‘사업자단체’는 사업자로서의 외형을 보유한 모든 사람 및 그들의 단체가 아니라, 상품의 가격, 수량 등과 같이 경쟁에 영향을 미칠 수 있는 특정 거래조건을 자신이 자유롭게 결정할 수 있는 사람 및 그 단체에 한정되는 것으로 이해함이 타당하다. 한편 ‘모든 일하는 사람’은 그가 자영업자(독립사업자)에 해당하는지를 불문하고 ‘헌법상 근로자’로서 노동3권을 행사할 수 있으므로, 이들의 노동3권 행사로서의 집단적 행위가 공정거래법상 부당한 공동행위 등 규제에 의해 과도하게 제한되어서는 안 된다. 따라서 사업자들이 일정한 집단적 행위를 하더라도, 그러한 행위의 목적이 자유롭고 공정한 경쟁을 저해하여 이득을 얻는 데 있는 것이 아니라 자신이 결정할 수 없는 업무·계약조건 등 직업적 조건을 개선하기 위한 것으로서, 직접적으로 경쟁제한적 효과를 발생시키지 않는다면 그러한 행위는 공정거래법상 부당한 공동행위 등 규제에 의해 금지되지 않는다고 보아야 한다. 가맹점주가 가맹본부의 표준화 통제 시스템 하에 일하고 있을 뿐, 경쟁에 영향을 미치는 상품의 가격 등 일정한 거래조건을 자율적으로 결정할 수 없다면 이러한 가맹점주나 가맹점주단체는 부당한 공동행위 등의 주체인 ‘사업자’나 ‘사업자단체’에 해당한다고 보기 어렵다. 설령 어떤 가맹점주가 경쟁에 영향을 미치는 일정 거래조건을 자유롭게 결정할 수 있어 ‘사업자’에 해당한다 하더라도, 그 가맹점주 및 가맹점주단체가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하여 이득을 얻기 위한 목적이 아니라 일정한 업무조건 등의 향상을 위해 단체교섭이나 집단적 휴업(파업) 등을 실행하는 경우에는 공정거래법상 부당한 공동행위 등 규제에 의해 금지되지 않는다고 보아야 한다.

셋째, 가맹점주의 이중적 지위에 따른 결과로 그들의 단체인 가맹점주단체 역시 이중적·상대적 지위를 보유한다. 즉 가맹점주단체는 때로는 가맹본부를 상대로 가맹점주의 근로조건의 유지·개선 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위해 노동조합으로서 활동하고, 때로는 가맹점근로자와의 관계에서 가맹점주에 대해 조정 또는 규제할 권한을 가진 사용자단체로서 기능할 수 있다.

넷째, 단체교섭권 쟁점과 관련하여 미신고 노조인 가맹점주단체가 가

맹본부와 규범적 효력이 있는 단체협약을 체결할 수 있는지 문제된다. 헌법이 근로자에게 단체교섭권을 부여한 취지는 근로조건 향상을 위하여 규범적 효력이 인정되는 단체협약이라는 결실을 그 주체인 근로자에게 환원시키기 위한 것으로, 헌법상 단체교섭권에는 규범적 효력이 있는 단체협약의 체결권도 포함된다고 이해된다. 결론적으로 가맹점주단체가 설립 미신고 노조에 해당한다 하더라도 규범적 효력이 있는 단체협약을 체결할 수 있다고 봄이 타당하다. 다음으로 가맹점주가 가맹본부와의 단체교섭을 통해 가맹점근로자의 근로조건을 저하시키는 내용의 단체협약을 체결할 수 있는지가 문제된다. 단체협약은 노동조합과 사용자 또는 그 단체가 근로자의 근로조건이나 그 밖의 경제적·사회적 지위 등에 합의하여 체결하는 자치규범이므로, 그 내용이 해당 조합원의 근로조건 등에 관한 합의여야 한다는 사항적 한계를 갖는다. 따라서 가맹본부와 가맹점주 간 단체협약이 해당 가맹점주의 근로조건 등을 규율하는 것을 넘어 가맹점근로자의 근로조건 등을 저하시키는 결과를 필연적으로 야기하는 경우 그러한 단체협약은 협약자치의 사항적 한계를 넘는 것으로 무효라고 봄이 타당하다. 한편 가맹점근로자의 가맹본부에 대한 단체교섭권 행사가 가능한지 문제된다. 단체교섭의무를 부담하는 노동조합법상의 '사용자' 법주는 근로자의 근로조건 향상을 위한 단체교섭권을 형해화하는 정도로 좁게 해석되어서는 안 된다. 따라서 근로자와 직접적 고용관계를 맺지 아니한 사업주(원청)가 하청근로자의 일정한 근로조건을 단독 또는 공동으로 결정하거나 그에 상당한 영향을 미치는 등으로 해당 근로조건을 실질적으로 지배·결정하는 경우라면, 하청근로자는 그 근로조건 향상을 위하여 원청에 단체교섭을 요구할 수 있고, 원청 역시 하청과 더불어 그 근로자에 대한 단체교섭의무를 부담한다고 평가해야 한다. 가맹사업관계는 실질적인 원·하청관계로서 가맹본부가 가맹점근로자의 근로조건(업무조건)을 단독으로 또는 적어도 공동으로 결정하고, 그 근로조건에 상당한 영향을 미치므로, 가맹본부는 가맹점주뿐만 아니라 가맹점근로자와의 관계에서도 단체교섭의무를 부담한다고 봄이 타당하다. 나아가 교섭창구 단일화 절차는 '하나의 사업 또는 사업장' 단위에서 이루어지는 단체교섭, 즉 기본적으로 직접적 고용관계에 있는 근로자(근로자단체)와 사용자 사

이의 단체교섭에만 적용되는 절차로, 가맹점근로자와 가맹본부 간 단체교섭에는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 타당하다.

다섯째, 가맹점주의 단체행동권 행사와 관련하여, 가맹점주가 파업권의 행사의 일환으로 휴업을 하는 경우에 일할 수 없게 된 가맹점근로자가 가맹점주에게 휴업수당을 청구할 수 있을지 문제된다. 가맹점주가 근로자의 지위와 함께 사용자의 지위를 보유하는 이중적 법적 지위를 가지는 점, 가맹점주의 휴업이 자신의 노무중단에 그치지 않고 가맹점근로자로 하여금 노무제공을 못 하게 하는 별도의 결과(피해)를 야기하는 점 등을 고려할 때, 가맹점주가 “근로자”의 지위에서 파업권을 행사하더라도, “사용자” 입장에서의 휴업수당 지급의무는 긍정될 필요가 있다.

제 4 장 결 론

현대사회에서 자영근로자의 종속성이 심화되고 있다. 비단 한국만의 사정은 아니지만, 유독 한국은 자영근로자의 종속성이 심한 나라이다. 1인 자영근로자(특고)만 그런 것이 아니다. 가맹점주와 소상공인에 대한 대기업의 지배력이 갈수록 강해지고 있다. 이 현상을 이해하기 위해서 자본주의와 노동법의 역사를 잠시 되돌아보는 것도 도움이 될 것 같다. 서유럽을 기준으로 할 때 자본주의는 세 시기로 나눌 수 있다.¹⁾ 첫 번째 시기는 상업의 시대(1680-1880)이다. 이 시기는 제1차 산업혁명의 시대이고, 기차의 시대이다. 상업자본이 지배하던 시기로서, 근로자는 주로 상인의 주문을 받아 상품을 공급하는 숙련근로자와 자영근로자의 모습을 띠고 있었다.²⁾ 두 번째 시기는 공장의 시대(1880-1980)로서, 제2차 산업혁명의 시대이며, 자동차의 시대이다. 아틀리에는 공장으로 변하고, 근로자는 임금근로자가 되었다. 지금 우리가 알고 있는 노동법은 이 때 탄생했다. 세 번째 시기는 금융의 시대(1980-현재)이다. 제3차 산업혁명의 시대

1) Pierre François et Claire Lemerrier, *Sociologie historique du capitalisme*, Paris, La Découverte, 2021.

2) 예를 들어 프랑스의 경우를 보면, 1881년에 근로자는 전체 경제활동인구의 26.7%에 불과하였으며, 이 중에서 대공장에 고용된 임금근로자는 30%에 미치지 못했다. 즉 전체 경제활동인구에서 임금근로자가 차지하는 비중은 10%에 미치지 못했다. D. Woronoff, *Histoire de l'industrie en France*, Paris, Seuil, 1994, p.286, Jacques Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Rennes, PUR, 2004, p. 32에서 재인용.

이고(제4차 산업혁명은 아직 일어나지 않았다), 컴퓨터의 시대이다. 신자유주의의 시대이고, 유연성과 효율성이 지배하는 시대이며, 사업의 모델은 피라미드에서 네트워크로 변했다. 근로자는 “하청근로자” 또는 “종속적 자영근로자”가 되었다.

“종속적 자영근로자”라는 이 모순적 개념의 현실성이 오늘날의 “하청노동사회”의 가장 큰 특징이자 가장 첨예한 균열선이라고 할 수 있다. 이 개념은 두 가지 사태를 반영한다.

첫째는 임금근로자가 자영근로자화되는 사태이다. 노동관리기법이 “법치적 과정관리”에서 “數治적 성과관리”로 바뀌면서, 종속성의 모습이 구체적이고 직접적인 지시-종속관계에서 포괄적이고 유보적인 프로그래밍-종속관계로 바뀌고 있다. 전자의 상징이 시계태엽장치라면, 후자의 상징은 자율주행자동차이다. 임금근로자의 자영근로자화 현상은 임금근로의 외부에서만 일어나고 있는 현상이 아니다. 임금근로의 내부에서도 진행되고 있는 현상이다. 성과급제의 확산, 이른바 저성과자 일반해고 논쟁, “능력주의”라는 이름으로 포장되고 있는 “성과주의”의 확산 등은 그러한 현상의 단면들이다. 임금근로의 외부는 “특고”로 깎여나가고, 임금근로의 내부는 성과주의로 갈라지고 있다.

둘째, 종속적 자영근로자 개념은 독립적 자영근로자의 종속성이 심화되고 있는 사태를 반영한다. 농민은 거대종자기업과 거대식품회사의 소작인으로 전락하고 있다. 예를 들어 보자.

미국 인디애나의 농부 보우만은 몬산토에서 개발한 유전자변형콩을 구입하여 자신의 농장에 심고, 수확한 콩의 일부를 저장했다가 이듬해 다시 파종하는 식으로 콩 농사를 지었는데, 몬산토는 이것이 특허권을 침해한 것이라고 소송을 제기하였다. 보우만은 특허소진을 주장했다지만, 2013년 미국 연방대법원은 몬산토의 손을 들어 주었다.³⁾ 미국 연방대법원에 따르면, 법률에 의해서 지적재산권의 적용범위가 유기체로 확장된 이상, 유기체의 재생산 능력은 해당 유기체를 목적으로 하는 특허권으로 이전된다고 한다. 즉, 특허권이 소진되는 것은 몬산토가 판매한 바로 그 종자에만 해당되고, 그것으로부터 재생산한 종자에는 원래 종자의 특허권이 이

3) 2013. 5. 13., *Bowman v. Monsanto*, 569 U.S. 278.

전된다는 것이다. 이제 보우만은 해마다 몬산토의 종자를 구입하거나, 해마다 로열티를 지급할 수밖에 없다. 결국 농부들은 몬산토가 보유하고 있는 20년의 특허 기간 동안 독립적 자영농이 아니라 몬산토의 소작인으로 전락한다.⁴⁾

벨기에는 냉동감자튀김의 최대 수출국이다. 감자튀김은 벨기에의 상징 같은 음식이다. 프랑스에 바게트가 있고, 이탈리아에 피자가 있다면, 벨기에에는 감자튀김이 있다고 할 정도이다. 최근 벨기에의 불어권 공영방송(RTBF)은 감자를 재배하는 농부들이 냉동감자튀김을 생산하는 거대식품회사에 종속되어 있는 실태를 고발했다.⁵⁾ 예를 들면 이런 식이다. 기업과 농부는 전속계약을 맺고 1년에 200톤의 감자를 공급하기로 한다. 날씨가 안 좋아서 농부는 150톤밖에 생산하지 못했다. 기업은 다른 곳에서 50톤을 구매한다. 그리고 그 비용을 농부에게 청구한다. 농부 G는 인터뷰에서 이렇게 말한다. “우리는 노예입니다.”

소상공인은 대형유통업체 및 온라인 소매 플랫폼의 최저가 보장 정책에 종속되고 있고, 식당은 배달플랫폼에 종속되고 있다. 프랜차이즈는 갈수록 확산되고 있다. 언론 기사에 따르면 쿠팡은 입점업체들을 상대로 강도 높은 최저가 보장제를 요구하고 있다고 한다. 관련 기사를 인용한다.

“쿠팡의 사업자용 약관을 보면, 쿠팡은 “판매자는 마켓플레이스 서비스를 사용하여 판매하는 모든 상품에 대한 거래 조건을 다른 판매 채널과 비교하여 불리하지 않도록 설정해야 한다”고 명시하고 있다. ‘다른 판매 채널’의 범위에 대해서는 “판매자 및 구매자 간의 모든 비대면 및 대면 판매 채널을 포함한다”고 규정한다. 상점 판매 등도 포함된다. 결국 온·오프라인을 통틀어 쿠팡에서의 판매 가격이 제일 저렴해야 한다는 것이다. 이 조항을 어기면 쿠팡이 판매자 자격을 취소하거나 심지어 손해배상을 청구할 수도 있다.”⁶⁾

4) 알랭 쉬피오, 『숫자에 의한 협치』, 박제성 역, 한울아카데미, 2019, 324면.

5) “La frite surgelée, un univers impitoyable”, www.rtbef.be/, 2021. 3. 5., www.courrierinternational.com/에서 재인용, “La face sombre de la frite surgelée en Belgique”, 2022. 3. 31.

6) 『한겨레』, 「아마존보다도 독하다… 쿠팡의 ‘최저가 전쟁’이 무서운 이유」, www.hani.co.kr, 2021. 6. 3.

자영근로자들이 처해 있는 상황은 마치 18-19세기 프랑스 혁명기의 “상퀼로트(sans-culottes)”를 연상하게 만든다. 상퀼로트는 수공업자, 소매상인, 직인 등 주로 도시의 자영근로자로 구성된 사회계급을 가리킨다. 상퀼로트는 “퀼로트를 입지 않는 사람”이라는 뜻인데, 귀족들이 입는 반바지(퀼로트) 대신 긴바지를 입고 있었기 때문에 붙여진 이름이다. 상퀼로트는 부르주아지와 프롤레타리아트 사이에 존재하였다. 하지만 이들은 대체로 가난하였기 때문에 전자보다는 후자에 가까웠다. 역사학자 홉스봄은 상퀼로트에 대해서 이렇게 논평했다.

“이 중류계급적 자유주의의 좌파는 좌측에는 적이 없다는 과거의 원칙을 저버리지 않으려 했으며 위기의 시기에는 ‘화폐의 벽’이나 ‘경제적 왕당파’ 또는 ‘인류를 못박아 매다는 금십자가’에 대항해 반란을 일으킬 준비가 되어 있었다.”⁷⁾

지금까지의 노사관계론은 법인인 사용자와 근로자인 사용자를 구분하지 않았다. 구분할 필요가 없었는지도 모른다. 그런데 앞으로도 그럴까? 법인 사용자의 지배력이 강해질수록, 근로자인 사용자와 근로자인 근로자의 연대가 그만큼 더 필요하지 않을까? 최저임금이 인상되었을 때 발생하는 사회적 긴장을 왜 근로자인 사용자와 근로자인 근로자만 부담해야 하는가? 양자의 연대를 통해서 법인(대기업) 대 근로자의 관계로 재구성해야 하지 않을까? 근로기준법을 5인 미만 사업까지 전면 적용할 경우, 이 문제는 더욱 중요하게 부각될 것이다. 프랜차이즈 노사관계 연구는 이에 기여하는 부분이 있을 것이다.

7) 에릭 홉스봄, 『혁명의 시대』, 정도영·차명수 역, 한길사, 1998, 160면.

◆ 執筆陣

- 박제성(한국노동연구원 선임연구위원)
- 차유미(경제사회노동위원회 전문위원)
- 고수현(한양대학교 교수)

프랜차이즈 노사관계 연구

- | | |
|-----------|--|
| ▪ 발행연월일 | 2022년 12월 10일 인쇄
2022년 12월 15일 발행 |
| ▪ 발 행 인 | 김 승 택 원장직무대행 |
| ▪ 발 행 처 | 한국노동연구원
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089
30147 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동 |
| ▪ 조판 · 인쇄 | 거목정보산업(주) (044) 863-6566 |
| ▪ 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일 |
| ▪ 등 록 번 호 | 제2015-000013호 |

© 한국노동연구원 2022 정가 5,000원

ISBN 979-11-260-0578-9