

노동정책연구
2007. 제7권 제3호 pp.93~117
© 한국노동연구원

연구논문

특수고용직의 노동법적 보호* : 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로

강성태**

특수고용직 또는 특수형태근로종사자(‘특고’)라 함은 자영인의 외양을 띠면서도 실질에서는 근로자와 유사한 인적 또는 경제적 종속성을 가진 자를 말한다. 특고 논의는 입법론에 의한 근로자 개념의 확대를 한 방향으로, 그리고 해석론에 의한 새로운 근로자 판단방식의 재정립을 다른 한 방향으로 하여 진행되고 있다. 이 글은 이 중에서 특히 판례의 변화에 중점을 두고 살펴보는 데 목적이 있다.

특고의 근로자성에 대한 판례의 접근은 근로기준법과 노동조합 및 노동관계조정법(‘노동조합법’)에서 약간 차이가 있다. 우선 근로기준법상 근로자의 판단의 기본방식은 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(‘기본판결’)에 의해 정립되었다. 기본판결은 근로자 여부를 종속성에 의해 판단하고, 종속성의 유무는 특히 구체적이고 직접적인 지휘감독을 받는가라는 이른바 엄격한 지휘감독 테스트를 적용하여 판단하였다. 이 기준이 적용된 대부분의 사례에서 법원은 특고는 근로기준법상 근로자가 아니라고 판단하였다. 기본판결에 대한 변화는 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결(‘2006년 신판결’)에서 나타났다. 이 판결에서 대법원은 사실관계 인정에서 종전과 달리 근로자성을 긍정하는 지표와 부정하는 지표를 나란히 제시하였고, 종래의 “구체적이고 직접적인 지휘감독” 대신에 “상당한 지휘감독”만을 요구하였으며, 근로자성의 실질적 지표와 부수적 지표를 구별하는 동시에 근로자성 판

논문접수일: 2007년 9월 6일, 심사의뢰일: 9월 6일, 심사완료일: 9월 15일

* 이 논문은 ‘2004학년도 한양대학교 교내연구비 지원’으로 연구되었다.

** 한양대학교 법과대학 교수(kangst@hanyang.ac.kr)

단에서 징표의 비등가치성을 확인하였다. 다음으로 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자의 판단은 근로기준법상 그것과는 달리 일관성을 찾기 어렵다. 다만 노동조합법상 근로자는 근로기준법상 근로자와 다를 수 있음은 대법원 2004. 2. 27 선고 2001두8568 판결에 의해 확인되고 있다. 현재 논란의 중심은 취업자에 관해 볼 때 근로기준법과 노동조합법의 근로자 범위가 다를 수 있는가에 맞추어지고 있다.

현행 판례에는 몇 가지 개선점이 있다. 먼저 근로기준법상 근로자에 관해서는 노무제공자의 자영인성에 대한 검토를 강화해야 하고, 지휘명령관계의 파악에서 직업적 특성을 충분히 고려해야 하며, 실질적 징표와 부수적 징표의 구별 및 하나의 징표가 가지는 근로자성 판단에서의 비등가성을 발전시켜야 한다. 또한 노동조합법상 근로자에 관해서는 법의 목적, 법의 수단(규율방법), 비교법 등의 관점에서 볼 때 집단법에서의 사용종속성을 완화함으로써 특고의 대부분에게 노동삼권을 보장하는 방식으로 해석론을 개선해야 한다.

핵심용어 : 특수고용직, 근로자, 자영인(독립계약자)

I. 서론

1. 근로자 개념과 특고 문제

최근 거의 모든 선진국에서 근로자 개념론이 다시 불붙고 있다.¹⁾ 발화의 주된 원인은 각국에서 공통적으로 확대되고 있는 고용·취업형태의 다양화 현상이다. 이 현상을 이끈 동인은 서비스 경제의 확대 등 여러 가지가 있지만, 중심적인 것은 이른바 신인력정책이다. 1980년대 중반부터 본격화된 경제의 세계화로 사업상 경쟁이 격화되자 사용자들은 제반 책임과 비용의 경감을 위한 새로운 인력정책을 도입 또는 확대하게 된다. 신인력정책의 핵심은 자신이 상시 또는 직접 고용하는 근로자의 수를 최소화하는 것으로, 비정규직 사용의 확대, 외부화(아웃소싱) 및 비근로자화는 그것을 실현하기 위해 도입된 대표적인 방식

1) 주요 국가의 논의 상황에 대해서는 『労働者の法的概念: 7ヶ國の比較法的考察』, 労働政策研究報告書 No.18, 労働政策研究·研修機構, 2005 참조.

들이다. 신인력정책에 의해 사업에 노무를 제공하는 독립적 자영인의 수가 증가하였고, 그 중에는 노무수령자와의 관계에서 근로자와 유사한 정도로 인적 또는 경제적 종속 내지 의존의 실질을 가진 자도 다수 나타났다. 후자 즉 자영인의 외양을 띠면서도 실질에서는 근로자와 유사한 자를 우리나라에서는 흔히 ‘특수고용직’ 또는 ‘특수형태근로종사자’(이하 ‘특고’라고 약칭함)라고 하는데,²⁾ 바로 이들의 법적 지위가 최근 국내외 근로자 개념 논의의 중심이 되고 있다.³⁾

우리나라에서도 1990년대 중반 이후 특고에 관해 활발하게 논의가 진행되어 왔다. 특고의 대부분을 근로자가 아니라고 본 판례에 대한 비판적 시각에서 진행된 논의는 이후 입법론에 의한 근로자 개념의 확대를 한 방향으로, 그리고 해석론에 의한 새로운 근로자 판단방식의 재정립을 다른 한 방향으로 하여 진행되었다. 최근 이 두 방향에서의 노력이 어느 정도 결실을 보이고 있다. 전자와 관련하여 그동안 정부가 준비했던 법률안이 의원입법의 형식으로 국회에 제출되었고, 후자와 관련해서는 근로기준법상 근로자 판단에서 판례의 입장이 변하고 있다. 두 가지 모두 이후에 어떻게 진행될지 결론을 내리기에는 아직 이르다. 다만 이러한 상황이 관련 논의를 한 단계 끌어올릴 수 있는 계기가 되고 있음은 분명하다.

이 글은 이런 상황의 변화 중에 특히 판례의 변화에 중점을 두고 살펴보고자 한다. 특고 문제는 근로자 개념에 대한 재정립에 의해서만 제대로 해결될 수 있으며, 이 점은 특고 개념 자체의 불안정성과 가변성을 감안할 때 더욱 그렇다고 보기 때문이다. 다만 이하에서는 특고에 관한 입법론의 경과를 잠시 살펴봄

2) 특수고용직을 부르는 명칭은 다양하다. 논의가 본격화되기 시작한 2000년에는 김소영 박사는 ‘특수고용관계’(김소영, 「특수고용관계에 있는 근로자들의 노동법적 문제」, 『사회변동과 사법질서』(김형배 교수 정년퇴임기념논문집), 박영사(2000, p.254), 임종률 교수는 ‘특수계약형태’(임종률, 『노동법』(제2판), 박영사, 2000, p.26)라고 불렀다. 현재 정부는 ‘특수형태근로종사자’라는 용어를 사용하고 있다. 한편, 각각의 용어가 포괄하는 노무제공자의 범주 역시 면밀하게 보면 약간씩 차이가 난다는 점은 유의할 필요가 있다.

3) 특고는 많은 국가에 두 가지 공통적인 고민을 제기한다. 하나는 노무제공자를 종속성을 기준으로 이분하는 것이 아직도 유효한가라는 해석론상의 고민이고, 다른 하나는 근로자와 자영인 외에 제3의 노무제공자 범주를 추가할 것인가 하는 입법론상의 고민이다. 후자의 경우에는 새로운 범주의 도입이 종래 해석론의 고민을 해결할 수 있는 유용한 방법이 될 수 있는가라는 추가적 질문을 야기한다.

으로써 무엇이 주로 고민되었는가를 확인한 다음, 판례의 변화에 대해 본격적으로 살펴보기로 한다. 그리고 판례의 변화는 근로기준법상 근로자 판단에 관한 부분(II)과 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자 판단에 관한 부분(III)으로 나누어 검토한다.

2. 입법론의 상황

가. 입법론의 경과

특고를 염두에 둔 입법론이 제출되기 시작한 것은 2000년으로, 그 해에는 시·민·노동단체와 정당의 입법(청원)안이 줄을 이었다.⁴⁾ 그리고 같은 해 노동부

- 4) 입법안 1(2000. 9. 19. 한국여성단체연합, 한국여성노동자회협의회, 전국여성노동조합 등의 입법청원안) - {근로기준법 제14조 제2항으로 “근로자가 독립사업자의 형태를 취하고 있는 경우에도 특정사용자의 계산으로 또는 특정사용자의 사업에 편입되어 그 업무를 수행하고 대가를 얻는 경우에는 근로자로 본다”고 되어 있다. 그리고 근로자 개념에 상응하여 사용자 개념을 종전의 근로기준법 제15조의 개념 정의를 그대로 둔 채 제2항에 “근로계약 체결의 형식적인 당사자가 아니라고 하더라도 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 혹은 영향력이 있는 자는 사용자로 본다”고 하여 사용자 개념을 확대하였고, 제3항으로 “전항의 실질적 지배력 혹은 영향력이 있는 자는 임금, 근로시간, 복지, 해고 등 그가 영향을 미치는 근로조건에 한하여 근로계약 체결 책임자와 연대책임을 진다”고 하여 사용자 개념의 확대로 사용자 범위에 들어오는 자에게 연대책임을 부과한다.} 입법안 2(2000. 10. 비정규노동자기본권보장차별철폐를위한공동대책위원회의 법률안) - {종래의 근로기준법 제14조에 제2항을 신설하여 “고용계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자는 근로자로 본다”고 규정하고자 한다. 또한 사용자의 개념 정의에 관해 근로기준법 제15조 제2항, 제3항을 신설하였으나 그 내용은 위 입법청원안 1과 동일하다.} 입법안 3(2000. 11. 한국노총 입법청원안) - {“직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”로 되어 있는 종래의 근로기준법 제14조 자체를 개정하여 “..... 임금 또는 그에 준하는 수입을 목적으로 근로를 제공하는 자”로 개정하고자 한다. 또한 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제1호를 개정하여 경제적 종속성이 강한 ‘근로자와 유사한 자’에게까지 노조법상의 근로자 개념을 확대하고 협약자치의 권리를 부여하고자 한다.} 입법안 4(2000. 10. 한나라당 환경·노동위원회의 법률안) - {근로기준법 제14조 제2항과 동법 제15조 제2항을 각각 신설하여 근로자 개념과 사용자 개념을 확대하는 방안의 법률 개정안을 발의하고 있다. 개정안은 다음과 같다. “제14조(근로자의 정의) ② 위임·도급 또는 이와 유사한 계약에 의한 개인 자격의 수입·수급자로서 특정인에게 근로조건에 대하여 현저한 영향을 받는 자는 근로자로 본다”. 제15조(사용자의 정의) ② “근로계약 체결의 형식적 당사자가 아니라고 하더라도 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 본다”고 되어 있다.}

도 내부적으로 입법안을 마련·검토한 것으로 전해졌다(2000. 10. 11, 노동부 내부 문건 참조). 주요 내용은 노동법에 ‘근로자에 준하는 자’ 개념을 신설하여 특고의 상당수를 포괄하고, 시행령으로 ‘보수, 정당한 이유 없는 해고제한, 산재보험 혜택’ 등 노동법의 일부 규정을 적용하되 퇴직금, 근로시간, 휴일·휴가 등은 제외한다는 것이었다. 그러나 노동부의 이 방안은 별다른 호응을 얻지 못했고, 이후 특고에 대한 입법 논의는 노사정위원회의 ‘특수형태근로종사자특별위원회’(특고특위)가 담당한다.

특고특위는 종전 노사정위원회의 공익위원안⁵⁾과는 달리 근로기준법상 근로자 정의규정(제14조)을 개정하여 “당해 사업의 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 대가로 보수 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 특수형태근로종사자⁶⁾로서 대통령이 정하는 기준에 해당하는 자는 제1항의 근로자로 본다”는 제2항을 신설하고, 이들에 대해서는 노동법의 일부 규정을 적용하지 않을 수 있도록 하자(제3항)는 의견을 제시한 바 있다. 특히 집단적 노사관계에서 근로삼권 대신 단체이권을 부여하는 방안을 제시했다.

나. 김진표 의원안

특고특위의 안도 사회적 공감을 얻는 데 실패하자, 특고에 관한 입법 작업은 2006년 노동부로 이관되었고, 노동부는 1년 넘게 각계의 의견 조율을 거쳐 올해 6월 14일 의원입법의 형식으로 특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률안(김진표 의원 대표발의)을 국회에 제출하여 놓았다.⁷⁾

- 5) ‘유사근로자단결권보장 등에 관한 법률안’을 제정하여 근로기준법과 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당하지 않지만 (가) 특정사업자를 위해 노무를 제공하고 얻은 수입으로 생활하는 자 (나) 타인을 고용하지 않고 본인이 직접 노무를 제공하는 자 (다) 노무제공에서 직·간접적인 사용자의 지휘감독을 받는 자 등을 ‘유사근로자’로 하고, 이들에게는 노동2권(쟁의권 제외)과 몇 가지 개별법적·사회보장법적 보호를 부여하자는 의견을 표명하였다.
- 6) 여기서 특고란, 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 (가) 사업의 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 대가로 받는 보수 그 밖의 수입에 의하여 생활할 것 (나) 업무의 내용 또는 수행 과정에 대하여 사용자로부터 간접적·포괄적인 지휘·명령을 받을 것 (다) 노무제공에 있어서 타인을 고용하지 않을 것(단순한 보조인력 제외) (라) 보수 등 계약조건(근무조건)이 실질적으로 사용자에게 의하여 결정될 것의 각 요건을 충족하는 자로 하였다.

법률안은 제안 이유가 근로자와 자영인의 중간 영역에 종사하는 자로서 사회적 보호의 필요성이 있는 자를 특수형태근로종사자로 정의하여 노동법적 보호를 함에 있다고 밝혔고, 다음과 같은 것들이 주요한 내용으로 포함되었다.

우선, 법률안의 보호 대상인 “특수형태근로종사자”(이하 ‘종사자’라 한다)는 “주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하며, 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니하고, 근로자와 유사하게 노무를 제공하는데도 근로기준법 등 노동관계법이 적용되지 아니하여 보호할 필요가 있는 자로서 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자”(안 제2조 제1항 제1호 참조)이고, 의무자는 사업주로서 종사자가 제공하는 노무를 이용하여 사업을 하는 자이다.

둘째, 종사자에 대한 근로삼권 보장에서는 종사자를 둘로 나누어 규율한다. 먼저 종사자로서 다음 두 가지 요건, 즉 노무를 제공하는 시간과 장소 및 업무의 내용이 사업주에 의해 결정될 것과 노무를 제공하는 과정에서 사업주의 직·간접적인 지휘감독을 받을 것 모두 해당하는 자는 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제1호에 따른 근로자로 보고(안 제2조 제2항 참조), 이들에게는 일반 근로자와 마찬가지로 완전한 근로삼권을 보장한다. 다음으로 이상의 요건에 해당하지 아니하는 종사자의 경우에는 이 법률안에서 특별히 정하고 있는 단체조직·활동권만을 보장한다.⁸⁾

셋째, 개별적 근로조건의 보장은 모든 종사자를 대상으로 하고, 주요 보호 내용에는 노무공급계약의 서면 작성 및 교부의무(안 제6조), 합리적 이유 없는 해지의 금지(안 제7조), 14일 이전의 해지예고(안 제8조), 노동위원회에 부당해지 구제신청(안 제9조), 보수의 보호(제10조 및 제11조), 12일의 연차휴가(안 제12

7) 이 법률안에 대한 상반된 평가를 담고 있는 글로는 이승욱, 「특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 모색」, 『노동법학』 제23호(한국노동법학회, 2006. 12), p.185 이하 및 박지순, 「특수형태근로종사자에 대한 노동법의 적용가능성과 그 범위」, 『노동법학』 제23호(한국노동법학회, 2006. 12), p.229 이하가 있다.

8) 구체적으로는 단체결성권·단체협의·협정체결권 보장(안 제20조 내지 제22조), 쟁의행위의 금지 및 노동위원회에서의 노동쟁의 조정·중재(안 제23조 내지 제25조), 부당노동행위의 금지 및 노동위원회에 대한 구제신청(안 제29조 및 제30조) 노무제공에 관한 계약 조건에 대해 단체와 사업주 사이의 협의 그 밖에 이를 위한 행위에 대하여는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조 및 제26조(제1항 제4호를 제외한다)를 적용하지 아니함(안 제35조) 등이다.

조), 남녀고용평등법상의 모성보호 규정 및 산업안전보건법상의 산업안전과 보건에 관한 조항 적용(안 제13조 내지 제16조) 등이 포함되고 있다.

다. 입법론의 의의와 한계

이상의 입법론은 근로자성 판단에서 엄격성을 보였던 종전 판례의 문제점을 어느 정도 시정하는 한편, 근로자성의 인정 여부에 따라 노동법적 보호의 전부 또는 전무라는 이분법이 가지는 근본적 문제점도 보완할 수 있다는 점에서 긍정적인 면을 가지고 있다. 그러나 근로자 이외에 새로운 범주(유사근로자, 준근로자 또는 특고 등)를 설정하고 그에게 일정한 노동법적 보호를 부여한다는 것은 그리 쉬운 작업이 아니다. 어떠한 기준으로 새로운 범주를 설정할 것인가, 어떠한 보호를 어떠한 방식으로 줄 것인가는 여전히 논란의 여지가 많을 수밖에 없다. 그렇다고 하여, 이러한 입법론적 개선 노력을 멈출 수는 없다. 예전에 비해 입법론에 관한 다양한 검토와 의견도 나와 있어 이 분야의 전망을 밝게 하고 있는 것도 사실이다.⁹⁾

그러나 입법은 특고 문제의 궁극적 해결 방식이 아니다. 이 이야기는 새로이 마련될 수 있는 근로자 정의 규정이나 제3의 범주에 관한 것이 아니다. 사실 어떠한 새로운 입법적 기준이나 범주가 설정되면 그것은 종래의 해석론에 영향을 줄 수밖에 없다. 설정되는 구체적 모습에 따라 종래의 해석론보다 더 엄격한 근로자성 판단을 하게 할 수도 있고 반대일 수도 있다. 그러나 보다 중요한 점은 새로운 기준이 설사 도입된다 하더라도 근로자와 그러한 자(새로운 범주 및 여타의 자영인) 사이의 구별은 여전히 필요하다는 점이다. 이는 독일에서 1974년 근로자 유사한 자에 대한 규정이 단체협약법에 새로이 도입되었음에도 불구하고 자유공동 작업자들의 해고소송(그 전제로서 근로자성의 존재 문제)이 끊이지 않았다는 점이나, 3범주 방식을 택하고 있는 나라에서도 근로자성에 대한 다툼이 계속되고 있는 점에서도 쉽게 알 수 있다.

9) 입법 논의에서 참고하여야 할 ILO의 관련 권고에 관해서는 윤애림, 「ILO 고용관계 권고와 한국의 특수고용 입법논의」, 『노동법학』 제23호(한국노동법학회, 2006. 12), p.157 이하 참조 바란다.

II. 판례에 나타난 근로기준법상 근로자

1. 시기의 분류

판례는 근로기준법상 근로자 여부를 사용종속관계 또는 종속적 관계에서 근로를 제공하였는가에 의해 판단하고 있다. 사용종속관계에 대한 판단은 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(이하 ‘기본판결’이라 한다)에서 분수령을 이룬다. 그러므로 근로자 개념에 관한 판례의 흐름은 크게 세 시기로 구분하여 살펴볼 수 있다.

첫 번째 시기는 기본판결 이전에 각 판결에서 다양한 방식으로 근로자 개념에 접근하였던 시기로서, 굳이 이름 붙이자면 ‘춘추전국시대’라 하겠다.

두 번째 시기는 기본판결의 입장이 일관되게 또는 거의 대부분의 사례에 적용되었던 시기로서, ‘통일시대’라고 부를 수 있겠다.

세 번째 시기는 기본 판례에 대해 새로운 고민이 더해지는 시기인데, 다만 또 다른 시기의 시작인지 아니면 통일시대의 연장인지는 추후 좀더 관찰이 필요하다.

2. 춘추전국시대

이 시기의 판례도 노무제공관계의 실질에 (사용)종속성을 인정할 수 있는가에 따라 근로자성을 결정하였다. 그러나 무엇을 사용종속성의 징표로서 포착할 것인가에 대해서는 통일된 기준은 없었다.

대법원 판결에서 사용종속성 판단을 위해 채용되었던 징표로서 중요한 것들을 보면, ① 노무이용자의 지시 등이 의뢰적인 것인가 아니면 권리적인 것인가의 여부, ② 노무공급자에게 업무종사의 승낙 여부에 대한 재량이 있는가의 여부, ③ 보수가 근로 자체에 대한 대상적 성격이 있는가의 여부¹⁰⁾, 혹은 ④ 타

10) 대법원 1991. 1. 15. 선고, 90다11431 판결 참조.

직무의 겸직허용 여부, ⑤ 징계 대상이 되었는가의 여부¹¹⁾, 기타 ⑥ 계약의 내용, 작업의 성질과 내용¹²⁾ 등이었다.

3. 통일시대

대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(기본판결)은 이전에 판례와 학설 등에서 주장되어 오던 근로자성 판단의 제반 요소들을 종합·정리하여 판례의 ‘원칙적 접근법’이라 부를 수 있는 입장을 밝혔다.

“근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 근로자가 담당하는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 근로자가 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對償的) 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.”

기본판결은 종래의 학설·판례와 마찬가지로 사용종속관계의 존재 여부에 따라 근로자성을 정하고(종속성에 의한 판단), 사용종속관계의 존재 여부는 계약의 형식이나 명칭이 아니라 노무공급관계의 실질에 따라 정하며(실질적 판

11) 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카21296 판결 참조.

12) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2920 판결 참조.

단), 또한 노무공급관계의 실질은 그것을 둘러싼 제반 요소를 종합적으로 고려하여 판단하고 있다(종합적 고려). 기본판결이 사용종속관계의 인정을 위해 채용한 요소들은 지휘명령의 존재 여부를 판단하는 요소(지휘명령성의 요소), 보수의 성격과 구성에 관한 요소(임금성의 요소) 및 기타의 요소 등 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 지휘명령성의 요소로서, ① 근로자가 담당하는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지는가, ② 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받는가, ③ 업무수행 과정에 있어서도 근로자가 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는가, ④ 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는가, ⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성이 있는가 등이 검토되고 있다. 둘째, 임금성의 요소로서 ① 보수가 근로 자체의 대상적(對償的) 성격을 갖고 있는가와 ② 기본급이나 고정급이 정하여져 있는가 등이 검토되고 있다. 셋째, 기타의 요소로서, ① 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, ② 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, ③ 세법(근로소득세의 공제 여부)이나 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, ④ 양 당사자의 경제·사회적 조건 등이 검토되고 있다.

기본판결의 입장이 적용되어 근로자성이 부정된 대표적인 사례로 보이는 학습지상담교사¹³⁾에서의 대법원 판결의 판단은 이렇다.¹⁴⁾ ① 피고 회사의 경우 채용·인사·승진·근무시간·보수·징계 등에 관하여 취업규칙 및 인사규정의 적용을 받는 일반사원 및 기능사원(이하 ‘직원’이라 한다)과는 달리 상담교사에 대해서는 상담교사 관리규정을 적용하고 있다. ② 상담교사는 피고 조직의 하나인 각 지국에서 조회나 교육을 통하여 피고로부터 위탁업무의 실적 향상을 위한 독려를 받고 있으나 나아가 그 위탁업무의 수행 과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무 수행시간 등에 관하여 피고로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한다. ③ 상담교사는 그 위탁업무 수행을 위하

13) 학습지 회사와 통상 1년의 기간을 단위로 업무위탁계약을 체결하여 피고 회사가 학습지 회원으로 모집한 학생의 학습 진행에 관련한 교육상담·학습교재의 전달 등의 회원의 유지·관리에 수반되는 업무, 신규 회원의 입회를 위한 상담·소개·안내 등 회원 모집을 위한 업무 및 입회비·월회비 등의 회비를 수급하는 업무를 수행하는 자이다.

14) 1996. 4. 26. 선고, 95다20348 판결.

여 자신이 제공한 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 신규 회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금 실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 수수료만을 지급받고 있어 상담교사 상호간이나 동일한 상담교사의 매월간 수입(지급받는 수수료)에 차이가 있다. 그러므로 이를 종속적인 관계에서의 근로제공의 대가로서의 임금이라 보기 어렵다. ④ 상담교사에 대한 관리규정에는 직원과는 달리 출·퇴근 시간이나 업무수행 시간에 관하여 아무런 정함이 없다. 실제로도 상담교사 개개인의 자율과 능력에 따라 위탁업무를 수행한 후 임의로 그 위탁업무 수행 과정에서 이탈할 수 있고, 업무수행 장소도 피고 회사의 지국 사무실 등의 사업장이 아닌 주로 학습지 회원의 주거 등으로 자유롭게 되어 있다. ⑤ 관리규정상 상담교사는 인사규정상의 채용자격·채용기준·채용결격 등에 관하여 엄격한 규제를 받는 직원과는 달리 단순히 그 자격에 관해서만 ‘만 20세 이상의 대학졸업자 또는 이와 동등한 자격이 있다고 인정되는 자’라는 추상적인 제한을 받고 있을 뿐이고 상담교사가 업무위탁계약을 체결하고 작성·제출하는 서류 중에는 직원이 제출하지 않는 ‘사업계획서’와 ‘재산세납입증명서’가 포함되고 있다. ⑥ 상담교사는 위탁업무의 성격상 경영이나 동종의 경쟁업체에의 근무가 제한되어 있을 뿐 직원과 달리 다른 업종에의 근무나 자신 명의의 영업활동까지 제한받고 있지 아니하며 상담교사에 대하여는 직원과는 달리 회사의 복무질서 위반행위 등에 관한 징계규정을 두지 아니한 채 다만 관리규정 소정의 사유가 있을 때 위탁계약을 해지할 수 있는 해촉 사유만을 규정하고 있을 뿐이다. ⑦ 상담교사는 수수료 소득에 대하여 각자 사업자 등록을 한 후 사업소득세를 납부하고 있을 뿐 근로소득세를 납부하고 있지 아니하며, 피고 회사에 설립되어 있는 직장의료보험조합의 당연피보험자로 되어 있지 아니하고 오히려 개별적으로 지역의료보험조합에 임의로 가입하고 있다.

이 시기 대법원 판결은 적어도 특고라고 볼 수 있는 노무공급자들에 관한 한 거의 대부분의 사례에서 기본판결의 입장을 관철시킴으로써 근로자성을 부정하였다. 예를 들어 앞서 본 학습지상담교사 외에, 골프장경기보조원,¹⁵⁾ 보험모집인,¹⁶⁾ 레미콘기사,¹⁷⁾ 지입차주,¹⁸⁾ 지입중기차주인 기사,¹⁹⁾ 양복점의 재봉

15) 대법원 1996. 7. 30. 선고, 95누13432 판결.

공,20) 오토바이퀵서비스종사자,21) 방문판매 회사의 판매대리인,22) 한국방송공사 드라마제작국에서 노무를 제공하는 외부제작요원23) 등이 여기에 속한다. 예외적으로 사실관계에서 사용자의 구체적인 지휘감독관계가 있어 근로자성이 인정되었던 예로는 광고영업사원24)과 수영장 자기소유차량 운전기사25) 정도가 있다.

4. 변화의 모색

기본판결에 대한 변화는 대법원 2006. 12. 7. 선고, 2004다29736 판결(원심판결 파기환송)에서 나타났다. 판례상 근로자성 판단이 현실과 부합하지 않는다는 학계 등의 계속적 비판을 받아오던 대법원은 학원 강사의 근로자성이 문제된 본 사건26)에서 기본판결과와는 약간(?) 달라진 입장을 내 놓았다.

“근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로

16) 대법원 2000. 1. 28. 선고, 98두9219 판결.

17) 대법원 1995. 6. 30. 선고, 94도2122 판결; 대법원 1997. 2. 14. 선고, 96누1795 판결; 대법원 2003.1.10 선고, 2002다57959 판결.

18) 대법원 1996. 11. 29. 선고, 96누11181 판결; 대법원 2001. 4. 13. 선고, 2000도4901 판결.

19) 대법원 1997. 12. 26. 선고, 97누16534 판결; 대법원 1998. 5. 8. 선고, 98다6084 판결.

20) 대법원 2001. 8. 21. 선고, 2001도2778 판결.

21) 대법원 2004. 3. 26. 선고, 2003두13939 판결.

22) 대법원 2002. 7. 12. 선고, 2001도5995 판결.

23) 대법원 2002. 7. 26. 선고, 2000다27671 판결.

24) 대법원 2001. 6. 26. 선고, 99다5484 판결.

25) 대법원 2000. 1. 18. 선고, 99다48986 판결.

26) 대학입시학원의 강사인 네 명의 원고들(그 중 세 명은 담임강사, 한 명은 비담임강사)은 담임강사로 매년 2월 중순부터 수험능력시험이 끝나는 11월 중순까지 9개월의 기간제 계약을 십 수 년 동안 반복 체결하여 오다가 해임되었다. 해고의 무효를 주장하는 원고들의 청구에 대해 1심(부산지법 2003. 9. 17. 선고, 2001가합18448 판결)은 비담임강사는 근로자가 아니라는 이유로, 담임강사의 경우에는 근로자성은 인정되지만 9개월의 기간제 계약이어서 퇴직금 지급 청구의 법적 기초(계속근로연수 1년 이상)가 없고 기간제 근로계약이라는 이유로 원고들의 청구를 기각하였다. 원심(부산고법 2004. 5. 19. 선고, 2003다14492 판결)은 원고들 모두가 근로자가 아니고, 퇴직금 청구의 기초도 없다고 하여 판단하였다. 상소를 담당한 대법원은 원고들 모두 근로자성이 인정되며, 기간제 근로계약이 반복하여 갱신된 경우에는 공백 기간을 포함하여 그 기간 전체를 합산하여 계속근로연수를 판단하여야 하므로 퇴직금 지급 청구는 이유 있다고 판단하였다.

로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이익의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 1994. 12. 9. 선고, 94다22859 판결 등 참조). 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.”

위에서 줄 친 부분은 표현이 바뀐 부분이고, 밑줄과 함께 진한 글씨로 표시된 부분은 내용상의 변화까지 포함되었다고 판단되는 부분이다. 대법원 2006. 12. 7. 선고, 2004다29736 판결(이하 ‘2006년 신판결’이라 한다)의 입장은 이후 대학 시간강사의 근로자성이 다투어졌던 대법원 2007. 3. 29. 선고, 2005두13018 판결과 입시학원 강사의 근로자성이 다투어졌던 대법원 2007. 1. 25. 선고, 2005두8436 판결에서도 그대로 유지되었다. 특히 전자에서는 지휘감독이 있었는가에 업무의 특성을 반영하여야 한다는 입장을 명확히 보여주었다. 즉 “시간강사들이 ‘대학들’로부터 강의 내용이나 방법 등에 관한 구체적인 지휘·감독을 받지 않은 것은 지적 활동으로 이루어지는 강의 업무의 특성에 기인하는 것일 뿐 그들이 근로자가 아니었기 때문이라고 할 수도 없다”라고 하였다. 어쨌든 2006년 신판결은 실질적 판단, 종속성에 의한 판단 및 종합적 판단이라는 기본골격에서는 1994년의 기본판결의 구도를 따르고 있으면서도, 사용종속성

의 인정을 위한 요소들의 고려에서는 다음과 같은 몇 가지 점에서는 기본판결과 상당한 차이를 보이고 있다.

첫째, 사실관계 인정에서 종전에 자주 보였던 ‘몰아주기식’ 방법을 벗어나 근로자성을 긍정하는 지표와 부정하는 지표를 나란히 제시하였다. 2006년 신판결은 전자의 예로서 ① 출근 시간과 강의시간 및 강의 장소의 지정 ② 사실상 다른 사업장에 대한 노무제공 가능성의 제한 ③ 강의 외 부수업무 수행 ④ 시간당 일정액에 정해진 강의 시간수를 곱한 금액을 보수로 지급받았을 뿐 수강생수와 이에 따른 학원의 수입 증감이 보수에 영향을 미치지 아니한 사정 등을, 후자의 예로서 ① 원·피고 사이에 매년 ‘강의용역제공계약서’라는 이름의 계약서가 작성되었고 ② 그 계약서에는 수강생 인원이 10명 미만인 경우 강의용역 제공을 거부할 수 있고 ③ 다른 학원에 강의를 나가더라도 학원측이 이의를 제기하지 못하도록 되어 있으며 ④ 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙·복무(인사)규정·징계규정 등의 적용을 받지 않았고 ⑤ 보수에 고정급이 없으며 ⑥ 부가가치세법상 사업자등록을 하고 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수당하였으며 ⑦ 직장의료보험이 아닌 지역의료보험에 가입한 사정 등을 들었다. 긍정·부정의 양 지표를 함께 보여줌으로써 근로자성의 인정이 객관적이고 합리적인 양자의 비교형량에 의해 결정되어야 한다는 사실을 분명하게 하였다.

둘째, 2006년 신판결은 기본판결에서 사용하던 “구체적이고 직접적인 지휘감독”이라는 표현 대신에 “상당한 지휘감독”이라는 표현을 사용함으로써, 지휘감독관계의 판단에서 현대적 업무의 특성 및 업무 자체의 성격을 반영하려는 태도를 보이고 있다. 이 사건에서 원고들이 담당하였던 ‘강의’와 같은 업무에서 일반 근로자가 담당하는 업무에서 보이는 지휘감독성을 요구한다는 것 자체가 무리한 것이었다.

셋째, 2006년 신판결은 단서 등을 통해 실질적 징표와 부수적 징표를 구별하는 한편, 근로자성 판단에서 후자 판단의 비등가치성을 확인하였다. 즉 “다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다”라는 입장과 함께

근로자성을 부정할 수 있는 지표들에 대해서도 “이러한 사정들은 실질적인 노무제공 실태와 부합하지 않는 계약서 문언에 불과하거나 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정에 불과하여 원고들의 근로자성을 뒤집는 사정이라고 보기에는 부족하다”라고 하고 있다. 전자는 종래 학계 일부의 주장, 즉 기본판결에서는 근로자성의 결정에서 중요하게 고려하여야 할 사실적 징표(실질적 징표)와 사용자가 경제적·사회적 지위의 우월성을 이용하여 일방적으로 결정할 수 있는 부수적 징표(형식적 징표)를 구별하지 않은 채 동등한 수준에서 검토하고 있다는 비판을 일부 수용한 것으로 보이며, 후자는 “근로자성 판단의 여러 지표가 긍정의 방향과 부정의 방향 양 방향 모두에서 동일한 가치를 갖는 것은 아니라는 점을 일깨워 주고 있다.” 곧 근로자성 판단 지표는 긍정의 방향에서는 근로자성을 드러내는 적극적 가치를 가지며, 부정의 방향에서는 근로자성을 드러내지 못하는 소극적 가치만을 가질 뿐이라는 것이다. 이는 ‘실질적 징표/형식적 징표 이분법’과는 좀 다른 관점이다. 즉 형식적 징표(예컨대, 고정급이 정해져 있는지 여부)를 상대적으로 덜 중요하게 판단하는 것이 아니라, 형식적 징표가 근로자성을 긍정하는 쪽으로 발현되는 경우(고정급이 정해져 있는 경우)에는 그 자체로 근로자성을 강하게 추정하게 하는 적극적 가치를 갖는다고 이해하는 식이다. 또한 실질적 징표(예컨대, 사용자로부터 구체적·직접적 지휘감독을 받는지 여부)라고 하더라도 근로자성을 부정하는 쪽으로 발현되는 경우(구체적·직접적 지휘감독을 받지 않는 경우)에는 이를 상대적으로 더 중요하게 판단하는 것이 아니라, 근로자성을 드러내지 못하는 소극적 가치만을 갖는다고 이해하는 식이다. 비유적으로 말하자면, 싹이 올라왔을 때에는 땅 속에 씨앗이 있음을 알 수 있지만, 싹이 올라오지 않았다고 해서 땅 속에 씨앗이 없다고 말할 수는 없는 것과 같은 이치이다.”²⁷⁾

27) 박제성, 「학원강사의 근로자성」, 서울대 노동법연구회 7월 발표문 참조.

Ⅲ. 판례에 나타난 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자

1. 개 관

1994년 이후 2006년 신판결이 나오기 전까지 일관성·통일성·안정성을 보였던 근로기준법상 근로자에 대한 판례의 입장과는 달리 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상 근로자에 대한 판례의 입장에서는 일관성을 찾기 어렵다. 이런 연유로 노동조합법상 근로자와 관련된 판례에 대해서는 여러 가지 상반된 주장이 제기되고 있다. 다만 노동조합법상 근로자는 근로기준법상 근로자와 다를 수 있음은 확인되고 있다. 즉 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결은 “근로기준법은 ‘현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가’라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노동조합 및 노동조합관계조정법은 ‘노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법 목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있다”라고 하여 이 점을 분명히 하였다.

문제는 입법 목적에 따른 상이한 판단이 구체적으로 노동조합법상의 근로자의 범위가 근로기준법상의 근로자와 어떻게 달라지는가라는 점에 있다. 특히 두 가지 점에서 의문이 제기된다. 하나는 현실적으로 취업관계에 없는 자 즉 실업자에 관한 것이고, 다른 하나는 현실적으로 취업관계에 있는 자 즉 취업자에 관한 것이다.

2. 실업자

실업자에 관해서는 대법원 2004. 2. 27. 선고, 2001두8568 판결이 “노조법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 ‘근로자’에는 특정한 사용자에게

고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함”된다고 하여 종래의 논란을 종식시켰다.

3. 취업자

취업자에 관한 판례의 입장을 명확히 확인하기 곤란하다.

취업자에 대해서도 양 법률상의 근로자가 다를 수 있다는 뉘앙스를 풍기는 판결로는 대법원 1993. 5. 25. 선고, 90누1731 판결이 있다. “노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다고 보아야 할 것이며, 그 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다” 캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 “기타 이에 준하는 수입”으로 못 볼 바도 아니라고 보여지는 점(캐디피의 지급방법을 내장객이 캐디에게 직접 지급하는 방법으로 변경하였다고 해도 이는 캐디피의 지급의무가 있는 것으로 보이는 소외 회사가 소외 회사의 골프장에서 경기에 임하려면 어차피 캐디피를 지불해야만 할 입장에 있는 내장객으로부터 캐디피를 수령한 것으로 하고 그 대신 내장객에게 캐디에 대한 캐디피의 지급을 위임한 것으로 보아야 할 것이므로 캐디피의 지급방법 변경으로 캐디피의 지급주체가 달라진다고 볼 수는 없을 것이다. 골프장 소속의 캐디들은 소외 회사와의 사이에 종속적 노동관계에 있다.”

이에 비해 대법원 2005. 11. 24. 선고, 2005다39136 판결(전국학술지산업노동조합사건)은 취업관계에 있는 자를 대상으로 할 경우 양 법률에서의 근로자를 거의 유사하게 보아야 한다는 취지로 읽힌다. “원심²⁸⁾은 학습지교사가 피고 회사로부터 위탁계약에 따른 최소한의 교육 등을 받을 의무가 있을 뿐 위

28) 서울고등법원 2005. 6. 14. 선고, 2005다5586 판결. 원심에서는 근로기준법상 근로자 판단에서 1994년 기본판결의 입장을 따르고 있다.

탁업무의 수행 과정에서 업무의 내용이나 수행 방법 및 업무수행 시간 등에 관하여 피고 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 학습지교사는 피고 회사의 정사원과는 달리 그 채용부터 출퇴근 시간, 위탁 관계의 종료에 이르기까지 그 제한이 거의 없고 다른 곳의 취업에도 특별한 제한이 없는 점에 비추어 피고 회사에 전속되어 있다고 볼 수 없는 점, 학습지교사가 피고 회사로부터 지급받는 수수료 등은 그 위탁업무 수행을 위하여 학습지교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 신규 회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금 실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 근로 제공의 대가로서의 임금이라고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 원고 및 선정자와 같은 학습지교사는 피고 회사와 사이에 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 볼 수 없으므로, 선정자조합은 결국 근로자가 아닌 자로 구성된 단체로서 노동조합법상 노동조합에 해당한다고 볼 수 없어 피고 회사가 선정자조합의 단체교섭 요구에 응하지 않은 것은 노동조합법상 부당노동행위로 볼 수 없다고 판단하였다. …… 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 노동조합법상의 근로자의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”

나머지 대법원 판결들은 그 입장이 분명하지 않다. 대개 막연히 “노동조합의 구성원인 근로자와 사용자 사이에는 고용에 따른 종속관계가 있어야 하고 이러한 관계가 없는 자는 노동조합법이 정한 적법한 노동조합을 조직할 수 없다.”라고 한다.²⁹⁾

한편 하급심의 일부에서는 취업자에 관해서는 양 법률상의 근로자성 판단을 같이해야 한다고 본 예도 있다. “노동조합법 제2조 제4호는 노동조합의 주체는 근로자임을 명시하고 있고, 같은 조 제1호는 근로자라 함은 ‘직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’를 말한다고 규정하고 있는바, 이러한 노동조합법상의 근로자에 관한 정의는 근로기준법 제14조의 근로자 정의(근로자라 함은 ‘직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장

29) 대법원 1992. 5. 26. 선고, 90누9438 판결; 대법원 1992. 2. 11. 선고, 91도1342 판결; 대법원 1996. 6. 11. 선고, 96누15046 판결 등.

에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자'를 말한다)와 비교하여 볼 때, '사업 또는 사업장'을 요건으로 하지 않는 점에서 일응 차이가 있는 듯이 보이나, 근로기준법이나 노동조합법이나 종속노동의 대가로 생활을 영위하는 자의 보호를 위한 방법론적인 차이가 있는 것에 불과한 것이다. 따라서 노동조합법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서도 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 임금 등을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고(대법원 1993. 5. 25. 선고, 90누1731 판결; 1996. 7. 30. 선고, 95누13432 판결 등 참조), 근로자인지 여부를 판단하는 기준인 사용종속성이나 근로의 대상성에 관한 판단에 있어서 근로기준법과 노동조합법 사이에 어떤 차이가 있다고 할 수 없으므로, 근로자가 담당하는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고, 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며, 업무수행 과정에 있어서도 근로자가 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무 시간과 근무 장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對象的) 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 사용종속성과 근로의 대상성 여부를 판단하여야 할 것이다(대법원 1997. 11. 28. 선고, 97다7998 판결 등 참조). 레미콘운송차주들은 여러 사정들에 비추어, 신청인 회사에 대하여 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 노동조합법 소정의 근로자라고 볼 수 없다.”(서울고법 2001. 12. 28. 선고, 2001라183 판결). 같은 취지의 판결로, 학습지상담교사(부정)에 대한 서울행법 2003. 6. 12. 선고, 2003구합537 판결, 방송국의 구성작가, MC 등(부정)에 대한 서울행법 2002. 4. 30. 선고, 2002구합13079 판결 등이 있다.

IV. 판례의 과제

근로자 개념 문제는 노동법 역사 이래 있어 온 고민거리이고 앞으로도 계속 될 숙제이다. 또한 이 문제에서 자유로운 국가도 거의 없다.³⁰⁾ 즉 대륙법계(civil law system)에 속하든 보통법계(common law system)에 속하든 근로자와 자영인의 구별을 위해 고민하고 있다. 근로자와 자영인의 구별은 거의 모든 국가에서 노동법상 ‘최고의 구별(summa divisio)’이 되고 있다. 여기서 최고란, 중요성(노동법 적용을 위한 가장 중요한 구별)과 난이도(노동법상 가장 어려운 구별) 양 측면에서 모두 그렇다는 의미이다. 수십 년간의 경험에도 불구하고 어느 국가도 누가 근로자이고 누가 독립적인 자영인인지에 대해 명쾌하게 답할 수 있는 분명한 기준을 발전시키지 못했고, 이로 인해 거의 모든 국가에서 이 문제는 노동법상 가장 광범위한 법관의 판단 재량이 인정되는 영역으로 남아 있다. 이 점은 우리나라에서도 마찬가지이고, 앞서 본대로 입법에 의한 해결 역시 이를 궁극적으로 대체할 수는 없다. 결국 근로자 개념은 법관의 수고와 고민을 먹고 성장할 수밖에 없다.

입법적 개선이 해석론을 대체할 수는 없으므로 해석론의 개선에 관한 고민은 계속되어야 하지만, 사실 현재의 입법론의 상당 부분은, 적어도 2006년 신판결 이전에, 근로자성 결정에 대한 판례의 엄격성에 대한 비판적 입장에서 전개되고 있음도 사실이다. 근로기준법 영역에서 2006년 신판결 및 노동조합법 영역에서 대법원 2004. 2. 27. 선고, 2001두8568 판결이 새로운 흐름의 시작인지는 단언하기 어렵다. 그러나 전자에는 이전의 기본판결에 비해 상당한 진전된 흐름을 읽을 수 있는 몇 가지 단초가 있어 법원에 대한 학계의 기대를 한층 고조시키고 있다. 그럼에도 불구하고 근로자 판단에 관한 해석론에는 몇 가지 과제가 있다.

30) C. Engels, “Subordinate Employees or Self-employed Workers?”, R. Blanpain(ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*(8th revised ed.), Kluwer(2004), p.275 참조.

먼저 근로기준법상 근로자 개념부터 보자.

첫째, 근로자 개념은 유형이다. 따라서 자영인과의 비교가 중요하다. 개념을 이루는 어떠한 요소가 결여되는 경우 바로 근로자성이 부정되는 것이 아니라 다양한 징표들에서 보이는 전체적인 모습이 근로자에 가까운가 아니면 자영인에 가까운가에 의해 정해질 수밖에 없다. 그러므로 문제가 되는 노무제공자(또는 노무제공 실태)가 우리에게 익숙한 근로자의 모습을 가지고 있는가와 함께 자영인의 모습을 가지고 있는가도 동시에 물어져야 한다. 즉 한 방향에서의 탐구가 아니라 양 방향에서의 탐구가 있어야 하고, 따라서 문제가 되는 노무제공자와 동일 또는 유사한 업무를 수행하는(또는 노무를 제공하는) 근로자 계층 또는 자영인 계층과의 비교가 필요하다.

둘째, 실질 탐구를 통한 선택의 교정이 필요하다. 동일한 노무라고 해도 근로자에 의해 제공될 수도 있고 자영인에 의해 제공될 수도 있다. 즉 당사자들에게 선택의 자유는 남는다. 문제는 당사자의 선택이 실질에 부합하는가이다. 선택된 형식과 실질이 부합한다면 법관은 그것을 그대로 승인하면 족하겠지만, 그렇지 않다면 당사자의 선택은 계약의 일방 또는 쌍방의 법일탈 등 부당한 목적 추구를 위한 것이므로 문제가 된 법이 본래의 목적을 달성할 수 있도록 법관에 의해 교정되어야 한다. 이 이야기를 노동법 적용의 목적에서 보자면 이렇게 될 것이다. 우선 노무공급관계의 양 당사자가 계약에서의 대등성을 가질 수 있는가를 살핀 후, 만약 경제적·사회적 관점에서 노무수령자의 우위성이 인정되는 사안이라면 당사자의 선택은 노무공급의 실질과 다를 수 있다고 보아야 한다. 이를 전제로 계약의 형식에서 노무지휘권의 존재 또는 지휘명령의 요소를 포함한 경우에는 노무수령자가 당해 노무공급관계에서 사용자로서 행위하려는 의사를 표명한 것으로 추정하되, 만약 계약의 형식에서 이러한 요소를 배제하고 있다면 노무제공의 실질을 살펴야 한다. 노무제공의 실질, 즉 계약의 실질이 계약의 형식과 같이 노무급부 과정에서의 자율성과 독립성이 보장되고 있고 또한 노무제공자도 자영인(또는 독립사업자)으로서의 요소도 실질적으로 구비하고 있는가에 따라 당해 계약의 노무제공자의 지위를 확정해야 할 것이다.

셋째, 2006년 신판결을 발전시키기 위해서는 특히 다음의 점들에 대한 고려가 필요하다.

① 노무제공자의 자영인성에 대한 검토를 강화해야 한다. 특히 노무제공자의 자영인성을 결정할 때 중요한 요소라고 할 수 있는 독자적인 계산으로 이익과 손실을 얻고 부담하는지의 여부나 당해 노무수령자를 제외한 다른 자에게도 노무를 제공하는 등 독자적인 시장 접근성이 있는지 여부와 그 정도 외에도 독립된 사업자로서의 전문적 능력이나 경제적 능력을 가지고 있는지의 여부와 그 정도를 비롯하여 노무이용자와의 계약에서 일정한 대등성이 확보될 수 있을 정도의 전문적 지식, 기술, 능력, 경험이 있거나 작업에 필요한 기계나 기타의 설비의 구입과 운영에 있어서 경제적·기술적 독립성이 있는가를 함께 살펴야 한다.

② 지휘명령성 파악에서 직업적 특성을 충분히 고려해야 한다. 2006년 신편 결이 정당하게 본 바와 같이 전문적 업무에서는 종래 전형적인 근로자에게서 보였던 직접적이고 구체적인 지휘명령은 불필요하다. 서비스 산업의 확대, 능력급적 업무의 증가 등 산업의 변화에 따라 지휘명령의 존재가 ‘직접성·구체성’ - ‘상당성’ - ‘포괄성’으로 변하고 있음을 직시할 필요가 있다.

③ 실질적 징표와 부수적 징표의 구별 및 하나의 징표가 가지는 근로자성 판단에서의 비등가성을 발전시켜야 한다.³¹⁾ 박제성 박사가 정당하게 지적하고 있는 바와 같이 “근로자성 판단 지표는 긍정의 방향에서는 근로자성을 드러내는 적극적 가치를 가지며, 부정의 방향에서는 근로자성을 드러내지 못하는 소극적 가치만을 가질 뿐이라는 것이다. …… 비유적으로 말하자면, 싹이 올라왔을 때에는 땅 속에 씨앗이 있음을 알 수 있지만, 싹이 올라오지 않았다고 해서 땅 속에 씨앗이 없다고 말할 수는 없는 것과 같은 이치이다.”³²⁾

④ 보수와 관련된 사항을 고려할 때는 기본급의 존재나 보수의 산정 단위나 형식뿐만 아니라 보수액의 수준 등 실질적 측면에서 접근도 필요하다. 특히 특고와 같이 보수가 성과급제 내지 도급제 등으로 정해지는 경우에는 보수액이 업무의 집중도나 업무수행 방법을 독자적으로 결정할 수 있을 정도인가 아닌가

31) 필자는 종래 실질적 징표와 형식적·부수적 징표의 구별을 여러 차례 강조하였다(예컨대, 강성태, 「특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단」, 『노동법학』 제11호, 2000, pp.47~48 등). 그러나 최근에는 양자의 구별이 매우 상대적이라는 점과 구별 자체보다는 하나의 징표가 가지는 가치판단에서의 비등가성이 더욱 중요하다는 점을 인식하게 되었다. 따라서 이 부분에 관한 필자의 견해는 수정한다.

32) 박제성, 앞의 글, 참조.

를 보아야 한다. 사용종속관계에서의 보수(임금)가 가지는 기본적 특징은 일의 결과보다는 일의 수행 자체에 대한 보상(근로의 대상성)이라는 점에 있지만, 일의 결과에 대해 보수가 지급되는 경우라도 보수가 결정되는 단위가 매우 세분화되어 있고, 단위 기간당 그 총액이 높지 않은 수준이라면 일반적인 도급계약이나 위임계약과 같은 자유노무공급계약에서의 보수라고 보기는 어렵기 때문이다.

다음으로 노동조합법상 근로자의 판단에서는 다음과 같이 접근하는 것이 타당하다.

첫째, 법의 목적에 따른 접근이다. 노동법은 노무제공관계의 종속성에서 파생되는 문제점을 해결하는 것을 주된 목적으로 한다. 즉 종속성의 완화 내지 극복을 목적으로 한다. 그러나 개별법(근로기준법이 대표)과 집단법(노동조합법이 대표)이 완화 또는 극복하고자 하는 종속성은 다른 성질의 것이다. 개별법은 주로 노무급부 과정 그 자체에서 발생하는 종속성에 주목하는 반면, 집단법은 노무급부 과정 이전의 노무제공관계 형성 단계 즉 노동시장에서의 종속성에 주목한다. 요컨대 개별법과 집단법은 그 적용의 원인이 되는 종속성에 차이가 있어, 그러한 종속성을 가진 근로자의 범위는 차이가 있을 수밖에 없다. 이 점은 현실적 취업자에서도 마찬가지이다.

둘째, 법의 수단(규율방법)에 따른 접근이다. 종속성의 완화 또는 극복을 위해 제공되는 수단 역시 개별법에서는 사적 자치에 대한 국가의 직접적 개입(내용과 결과의 규제)인 반면 집단법에서는 사적 자치가 실질화되도록 집단적 자치의 조성(기회와 절차의 규제)에 그친다. 이러한 수단의 차이는 개별법과 집단법에서 권리 이용자의 차이를 정당화할 수 있다. 보다 강력한 수단은 더 큰 보호의 필요성이 있는 자에게 한정되고, 또 되어야 한다.

셋째, 비교법적 접근이다. 비교법적으로 보아도 노동3권의 주체가 될 수 있는 자의 현실적인 범위는 개별법상 근로자보다 넓은 것이 일반적이다. 예를 들어 취업자(worker, 영국), 종속적 자영인(캐나다), 유사근로자(독일, 이탈리아)도 노동3권의 주체이다.³³⁾

요컨대, 노동조합법상 근로자에는 노무급부 과정에서의 종속성을 가진 자뿐

33) 이승욱, 「특수형태근로종사자에 대한 법적 규율을 위한 시론」, 제2회 노동법·법경제포럼(2005. 3. 18), p.37 참고.

만 아니라 노동시장에서의 사용종속성을 가져 근로기준법상 근로자와 유사한 정도의 사회적 보호 필요성이 있는 자도 포함된다고 보아야 한다. 즉 노동조합법상 근로자는 인적 종속성과 함께 경제적 종속성의 극복을 목적으로 접근하여 구체적으로는 근로기준법상 근로자, 실업자 및 노무수령자에 대해 경제적 종속도가 근로자와 유사한 특고를 포함하는 개념으로 이해해야 할 것이다.

참고문헌

- 강성태. 「특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단」. 『노동법학』 11 (2000): 40~48.
- 김소영. 「특수고용관계에 있는 근로자들의 노동법적 문제」. 『사회변동과 사법질서』(김형배 교수 정년퇴임기념논문집), 박영사, 2000, pp.254~260.
- 박제성. 「학원강사의 근로자성」. 서울대 노동법연구회 2007년 7월 발표문.
- 박지순. 「특수형태근로종사자에 대한 노동법의 적용가능성과 그 범위」. 『노동법학』 23 (2006): 229~277.
- 윤애림. 「ILO 고용관계 권고와 한국의 특수고용 입법논의」. 『노동법학』 23 (2006): 157~184.
- 이승욱. 「특수형태근로종사자에 대한 법적 규율을 위한 시론」. 제2회 노동법·법경제포럼 자료집, 2005.
- _____. 「특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 모색」. 『노동법학』 23 (2006): 185~228.
- 임종률. 『노동법』(제2판). 박영사, 2000, p.26.
- Engels. C. “Subordinate Employees or Self-employed Workers?”. in *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (8th revised ed.), R. Blanpain(ed.), pp.274~280. Kluwer, 2004.
- 노동정책연구·研修機構. 『노동者の法的概念: 7ヶ國の比較法的考察』, 労働政策研究報告書 No.18, 2005.

abstract

Legal Protection of ‘Economically Dependent Workers’ in Labor Law

Seong-Tae Kang

Economically dependent workers(hereinafter referred as ‘EDW’) are contractors who work by independent contract of/for service in formality but have the same or similar degree of personal or economic subordination to their ‘employers’ as normal employees. Efforts to protect EDW in labor law have made from 1990s in Korea because of rapid enlargement of EDW in labor market and their similarity to employees. This article aims to analyse an effort in case law to cover EDW under labor law instead of legislative approaches which have been taken from 2000.

According the case law, EDW had been judged as the self-employed or independent contractors by application of ‘strict control test’ made by the supreme court on December 9, 1994. This test had supported in supreme court over 10 years before the supreme court changed his or her opinion concerning with the concept of employee under the Fair Labor Standards Act(hereinafter referred as ‘FLSA’) on December 7, 2006. The court applied ‘reasonable control test’ in order to determine coverage of the FLSA so that some of EDW, for example the lecturer in private academic institute, might be protected by the FLSA.

This is a great change in the case law concerning the concept of employee under the FLSA. With a regard to more progress, however, the courts have to reform approaches to the concept of employee in labor law to solve EDW problems as followings; (1) The case law should change its opinion of worker under the ‘Trade Union and Labor Relations Act’ to include EDW in its coverage; (2) The courts have to compare employee with independent contractor in this area.

Keywords : economically dependent workers, employee, independent contractors.