

# 일본 공유경제와 관련된 새로운 취업형태에 대한 법적 규제와 노동자 보호

Special Feature

종치(仲琦) (일본노동정책연구·연수기구 연구원)

## ■ 서론

최근 들어 인터넷 보급과 데이터 처리 능력, 친환경 의식 고조 등에 따라 인터넷 플랫폼을 통하여 광범위하게 분산된 잉여 자원과 노동력 등을 통합하고 ‘공유’하려는 움직임이 전 세계적으로 나타나고 있다. 그에 따라 사람들의 생활방식이나 의식에도 큰 변화가 생기고 있다. 이러한 변화는 다양한 형태로 나타나며 여러 분야에 영향을 끼치고 있기 때문에, ‘공유경제’란 무엇이며 ‘임대’와 어떻게 다른 것인가에 대한 질문에 명확하게 대답할 수 있는 사람은 많지 않은 듯하다. 일본의 경우, ‘공유경제’라는 개념이 사회에 침투되기 이전부터 이와 비슷한 형태의 업종이 이미 다양한 분야에서 보급되었기 때문에 법적 대응책도 마련되어 있는 경우가 많다. 따라서 일본에서는 ‘공유경제’와 전통적인 취업형태를 구분하는 것과 공유경제하에서 발생하는 새로운 법적 문제를 별도로 상정하는 것이 어려운 측면이 있다.

일본의 경우 공유경제와 관련된 일을 하는 사람들을 어떻게 보호할 것인가를 검토하기 이전에 대상이 되는 사회문제가 공유경제에 의해 발생한 것인지, 현행 법규제로 해당 문제를 판단할 수 있는지, 만약 판단할 수 없는 경우에는 문제점이 어디에서 발생하는지를 우선 검토할 필요가 있다. 이 글에서는 우선 일본의 공유경제와 관련된(또는 공유경제의 속성을 갖는) 여러

\* 이 글은 2018년 11월 2일 한국노동연구원, 중국노동사회보장과학연구원 및 일본노동정책연구·연수기구의 공동주최로 중국 청도에서 개최된 제16차 동북아 노동포럼에서 발표된 저자의 발표문이다.

취업형태와 관련 규제를 정리하고, 이를 법적 관점에서 분류하여 재구조화해 보고자 한다. 또한 현행법은 공유경제에 따르는 문제를 어떻게 대처하고 있는지 소개한 뒤 중국에서 나타나는 새로운 취업형태를 기준으로 일본의 현행법으로는 대처할 수 없는 문제를 소개하고자 한다. 마지막으로 비교법적 관점에서 현재 입법 수준에서 검토되고 있는 대응 방안 등을 소개한다.

## ■ 일본의 공유경제와 관련된 취업형태

중국과는 달리 공유경제라는 발상과 그것을 구체화한 취업형태는 오래전부터 일본의 여러 산업에서 발견되었는데, 이를 연대순으로 정리하면 다음과 같다.

### 1945년 이전의 제조 공장에 적용되는 ‘공장법’과 오야카타(親方)<sup>1)</sup> 도급제

현행 노동법에서의 고용관계와 도급관계는 노동력 활용이라는 점에서 공통적이지만 전자는 지휘명령하의 노무제공 관계, 후자는 노무 ‘성과’에 대해서만 관심을 두는 관계로 명확하게 구별된다. 그러나 2차 세계대전 이전 공장 노동 현장에는 ‘오야카타(親方) 도급제’라 불리는 형태가 있었으며, 여기에는 고용과 도급이 혼재되어 있었다. 공장주로부터 노무 도급을 받아 수하의 직공에게 배분하는 오야카타는 물론이고 그 수하의 직공 또한 공장주가 활용하는 직공인데, 이는 고용관계가 아닌 도급계약이기 때문에 노동법을 적용하지 않는다는 이분법적 논리는 실질적인 타당성을 지니지 못했다. 따라서 2차 세계대전 이전의 최초이자 본격적인 노동 입법인 공장법<sup>2)</sup>은 공장 노무에 종사하는 자로서 그 조업의 성격이 직공의 업무영역에 속하는 경우에는 고용관계가 사업주와 직공 간에 직접적으로 존재하는지 혹은 업자를 중간에 두고 있는지<sup>3)</sup>와는 상관없이 모두 사업주가 사용하는 직공으로 간주했다. 이에 따라 연소자 취업 제한, 연

1) 편집자 주: 오야카타(親方)란 일본의 산업화 초기에 대기업에서 나타난 장인제도로, 오야카타는 자신의 수하에 특정 직종의 작업 집단을 고용하여 이들의 작업을 지휘감독하고 생활을 돌봐주었다. 또한 기업으로부터 노무 도급을 받고 도급금액과 실제 지출금액의 차이를 자신의 수입으로 삼았다.

2) 1911년에 공포, 1916년에 시행되었다.

3) 이 경우 노동자는 사업주와 도급계약을 체결한 도급업자와 고용관계에 있다.

소자와 여성의 근로시간 제한, 업무상 재해에 대한 사업주의 부조 의무 등의 규정을 적용하는 방식으로 운용되었다. 노동자가 공장에서 조업하고 있는 이상, 직접적인 고용관계에 있는 노동자인지 도급업자가 고용하는 노동자인지와 관계없이 공장법의 적용대상이 되었다.

2차 세계대전 후 노동기준법에 입각한 보호가 제조공장뿐만 아니라 전체 산업과 업종으로 확대됨에 따라, 고용계약(노동계약)<sup>4)</sup>하에 있는 ‘노동자’라 할 수 있는지의 여부가 노동법 적용의 결정적인 기준이 되었다.

### 건설업의 중층적 하청구조

2차 세계대전 이전부터 한 곳의 건설현장에서 복수의 하청업체가 중층적으로 업무를 분담하고 협동하는 건설업에는 1931년에 제정된 노동자 재해 부조법이 적용되었다. 이에 따라 하청노동자가 건설현장에서 입은 산업재해에 대해서도 산재보상 책임이 중층적 하청구조의 정점에 있는 원청업체에 부과되었다. 이 규정은 전후에도 유지되었으며 현재는 노동기준법 제87조에 의해 건설업계에 적용되고 있다.

### 노동안전위생법

일본의 노동안전위생법은 이전부터 원청노동자와 하청노동자가 같은 직장에서 혼재되어 작업하는 경우 산재방지를 위한 안전확보는 원청업체나 발주자의 책임으로 규정하고 있었다. 1964년의 노동재해방지단체법은 중층적 하청구조를 갖는 사업(건설업과 조선업)에 대해서 총괄 관리자 선임이나 협의체 설치, 작업 간 연락 조정, 안전 순찰 등을 원청업체의 의무로 규정하는 동시에 발주자에게도 노동재해 방지의무를 부과했다. 1972년 노동안전위생법은 이를 계승하여 원청업체와 하청업체 노동자 합계 50인 이상이 근무하고 있는 건설업과 조선업의 현장에서 하도급자의 혼재에 따른 재해를 방지하기 위한 규정을 마련했다. 원청업체는 해당 사업 내 안전위생관리의 최고책임자로서 안전위생 총책임자와 이를 보좌하여 안전위생

4) 편집자 주: 일본의 노동계약은 한국의 근로계약을 말한다.

실무를 담당하는 안전위생 관리자를 전임으로 두어야 하며, 하청업체는 최고책임자와 협력하여 재해방지를 담당할 전임 안전위생 책임자를 두어야 한다고 규정했다. 또한 건설업 현장에서 20인 이상의 노동자가 종사하여 공사를 시행하는 경우에 원청업체는 해당 건설공사를 관리하는 지점과 영업소마다 자격을 갖춘 안전위생 관리자를 선임하여, 관리자가 공사현장의 안전위생 담당자에 대한 지도 및 공사현장에 대한 지도 등을 맡도록 규정했다. 이러한 규제는 2005년 노동안전위생법 개정에 따라 제조업현장 전체로 확대되었다. 제조업에서 원청업체는 원하청 노동자의 혼재 작업에 따라 발생하는 산업재해를 방지하기 위해서 작업 간의 연락 조정, 신호 통일 등 필요한 조치를 마련할 의무를 갖는 것과 동시에, 분할 발주의 경우에는 발주자에게도 동일한 조치를 담당할 1인을 지명하도록 되어 있다.

## 사내하청

기업이 업무의 일부를 다른 사업주에게 도급을 주는 (아웃소싱) 방식은 예전부터 많이 이용되어 왔다. 이러한 계약에서 도급 당사자가 직접 노무를 제공하는 것 외에도 도급업자가 고용하는 사람을 사용하는 경우도 많다. 발주기업과 도급업체 간에 업무처리 도급계약이 체결된 후, 이 계약에 입각하여 도급업체가 고용한 노동자가 발주기업의 사업장에서 도급업체의 지휘명령을 받으며 도급업무를 수행하는 ‘업무처리도급’은 민법상 적법한 계약으로 인정되고 있다. 또한 업무처리도급이 당초에 정해진 대로 실시되는 한, 노동계약이나 노동기준법 및 기타 노동보호법에 따라 사용자 책임을 지는 것은 도급업체뿐이며, 발주업체는 원칙적으로 사용자 책임을 지지 않는다.

그러나 일본에서는 2차 세계대전 이전부터 공급계약에 따라 노동자를 타인의 지휘명령하에 노동에 종사하게 하는 노무 공급사업이 직업소개법에 의해서 엄격한 규제를 받고 있으며, 2차 세계대전 이후 민주화 과정에서 노동자 공급사업은 새로이 제정된 직업안정법에 의해 전면적으로 금지되었다.<sup>5)</sup> 따라서 업무처리도급은 직업안정법 시행규칙 제4조에 따라 계약형식이 도급일지라도 노동자를 제공하고 이를 다른 이로 하여금 사용하게 하는 자는 다음과 같은

5) 직업안정법 제44조.

네 가지 요건을 충족해야 하며, 그렇지 못할 경우 금지된 노동자 공급사업을 수행하는 것으로 간주된다.

- ① 사업주로서 재정과 법률상의 모든 책임을 진다.
- ② 노동자를 지휘감독한다.
- ③ 법률상 사용자 책임을 진다.
- ④ 단순한 육체노동을 제공하는 것은 아니다.

1985년 노동자 파견사업이 합법화되었을 때에는 노동자 파견은 노동자 공급에 해당되지 않는 것으로 규정되었다.

이상과 같이 업무처리도급이 상기의 네 가지 요건을 충족한 상태에서 실시되는 한 발주업체는 사용자 책임을 지지 않게 되었다. 그러나 발주자가 하나의 회사이며 도급업자 아래에서 일하는 직원의 임금도 모두 특정 발주자가 지급하는 도급금액으로 총당되는 경우, 도급업체와 그 직원은 실질적으로 발주업체와의 협상에 있어서 불리한 입장에 놓이게 된다. 특히 도급업무가 발주업체의 사업장에서 수행되는 사내하청인 경우, 발주업체가 하청대금을 낮추거나 더 낮은 대금으로 일을 맡는 업자가 나타나면 발주 자체를 중단하는 일이 발생할 수 있다. 이때 하청업체의 노동자(노동조합)는 발주업체에 대해 하청대금의 조정 혹은 발주의 지속을 요구하는 단체교섭을 요청할 수 있다. 그러한 경우 발주업체가 하청노동자의 단체교섭 요구에 응할 의무가 있는 사용자(노동조합법 제7조)에 해당하는지의 여부는 노동위원회나 재판에서 곧잘 문제가 되어왔다.

이와 관련하여 도급업자가 독립된 사업주로서의 실체를 갖지 않으며 발주자가 명의상의 도급업자가 고용한 노동자의 근무나 작업에 대해 자사 직원과 동일하게 지휘감독하고, 도급대금 명목으로 지불되는 보수금액이 노동시간 및 생산량(작업량)을 기준으로 산정되는 경우,<sup>6)</sup> 발주자는 노동조합법 제7조에 따라 단체교섭의 의무가 있는 사용자에게 해당한다는 것이 일본 대법원의 판례이다. 고용주 외의 사업주라도 고용주로부터 파견된 노동자를 자신의 업무

6) 유켄공업사건(油研工業事件) — 대법원 제1 소법정 1976.5.6 민집 30권 4호 409항.

에 종사시키고 해당 노동자의 기본적인 노동조건 등 부분적이거나 고용주라고 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적인 감독권과 결정권을 가진 경우, 해당 사업주는 노동조합법 제7조의 '사용자'에 해당하는 것으로 해석한 대법원 판례도 있다.<sup>7)</sup>

## 근로자 파견

근로자 파견이란, 자신이 고용하는 노동자를 해당 고용관계하에 제3자의 지휘명령을 받아 제3자를 위한 노동에 종사하도록 하는 것을 말하며, 해당 노동자를 또 다른 제3자가 고용하도록 약속한 경우는 포함하지 않는다.<sup>8)</sup>

1985년 근로자파견법이 제정되기까지 근로자 공급사업의 한 형태로서 근로자 파견사업은 직업안정법 제44조에 의해 전면적으로 금지되어 왔다. 그러나 1차 석유파동 후인 1970년대 후반부터 1980년대에 걸쳐, 기업의 인건비 삭감 요구와 일가정 양립을 중시하는 여성 노동자에 적합한 고용형태라는 이유로 전산기기 조작이나 건물 청소 및 경비 등의 업종에서 근로자 파견사업이 급성장했다.

근로자 파견의 경우 우선 근로자 공급사업의 금지대상에 해당되는 것은 아닌지부터가 문제이며, 실제로 노동력을 사용하는 기업이 노동계약상 사용자는 아니기 때문에 법적 책임소재가 불명확해지는 문제가 있었다. 따라서 근로자 공급사업 금지정책을 재검토하여 일정 업무에 한해서 근로자 파견사업을 인정하는 동시에 이를 적절하게 규제한다는 방침하에 1985년 근로자 파견법이 제정되었다. 이에 따라 파견취업을 희망하여 파견업체에 등록한 노동자를 파견기간 동안에만 고용하여 다른 기업에 파견하는 '등록형' 파견(temporary agency type)에 대해, 파견노동자의 고용이 불안정하므로 노동성 장관(현재는 후생노동성 장관)의 '허가'가 필요해졌으며 사업주에 대해 결격사유(근로자파견법 제6조)가 규정되는 등 파견업체에 대한 엄격한 규제가 시행되어 왔다. 한편 무기계약 노동자나 1년 이상 고용하는 노동자만을 파견하는 '상용형' 파견에 대해서는 후생노동성 장관에게 신고해야 하는 의무만이 부여되었다.

7) 아사히방송사건(朝日放送事件) — 대법원 제3 소법정 1995.7.2.28 노동판례 668호 11항.

8) 근로자파견법 제2조 제1호.

이러한 경위로 근로자 파견은 노동자를 다른 이에게 공급한다는 성격을 갖지만 직업안정법 상 금지하고 있는 ‘근로자 공급’에서는 정의상 명문에서 제외되었다. 반면 ‘근로자 파견’에 해당되지 않는 형태를 가지면서 특정한 목적을 가지고 반복적으로 자신의 감독하에 있는 사람을 제3자의 지휘명령하에서 또 다른 제3자를 위한 노동에 종사하게 하는 것은 금지된 ‘근로자 공급사업’으로 간주되었다.

원래 근로자파견법은 파견이 허용되는 업무를 한정하여 열거하는 포지티브 방식을 취하고 있었다. 그러나 1990년대에 진행된 규제완화에 따라 1999년에 개정된 근로자파견법은 원칙적으로 파견이 허용되는 업무를 자유화하고 금지되는 업무만을 열거하는 네거티브 방식으로 전환되었다. 한편 저렴한 노동력을 이용하는 다른 아시아 국가들과의 경쟁에 노출된 제조업에서는 제조업 파견 금지의 해제를 요구한 결과, 2003년에 파견 금지가 해제되었다. 규제완화에 따라 파견고용이 두드러지게 증가했으나 2008년 가을에 발생한 리먼사태에 따른 세계적인 불황으로 인해 파견노동자가 가장 먼저 고용조정 대상이 되었다. 당시 파견노동자 사용기업은 우선 파견회사와의 파견계약을 해지하고 파견노동자를 사업장에서 제외시켰다. 파견회사와의 계약기간이 남아있음에도 불구하고 많은 파견노동자가 파견회사에서 해고되어 일자리를 잃었다. 이와 같은 일방적인 ‘파견계약 해지’ 사태가 언론에 크게 보도되었고 과도한 규제완화와 일용직 파견의 폐해 등이 문제로 떠올라 규제강화를 위한 논의로 이어지게 되었다. 그 결과 2012년에는 다음의 내용을 주로 하는 파견법 개정이 시행되었다.

- 하루 혹은 2개월 이내의 파견(이른바 ‘일용직 파견’)을 원칙적으로 금지한다.
- 그룹사에서의 파견은 80%를 초과해서는 안 된다.
- 불법파견의 경우에는 파견노동자 사용기업이 파견회사의 노동조건으로 직접고용을 신청한 것으로 간주한다.<sup>9)</sup>

2015년 9월 30일에는 아래의 내용을 골자로 하는 근로자파견법 개정이 시행되었다.

9) 직접고용으로 간주하는 규정은 2015년 10월 1일부터 시행되었고 그 외의 다른 개정 내용은 2012년 10월 1일부터 시행되었다.

- 등록형과 상용형을 불문하고 모든 근로자 파견사업을 허가제로 운용하는 것으로 통일한다.
- 동일 사업장으로서의 파견 가능기간은 원칙적으로 3년으로 한다.
- 파견회사 사업주는 파견기간이 1년 이상으로 예상되는 노동자에 대해 파견이 종료된 후에도 파견노동자 내지는 직접고용 노동자로서 고용이 지속되는 조치(고용안정조치)를 마련할 필요가 있다.
- 파견회사 사업주는 고용하고 있는 파견노동자에 대해 교육훈련 및 경력형성을 위한 컨설팅 등 파견노동자의 경력을 향상시키기 위한 조치를 취할 의무를 가진다.
- 파견회사 사업주와 파견노동자 사용기업은 파견노동자가 사용기업에서 동종 업무에 종사하는 노동자와 차별적이지 않은 대우를 받도록 하기 위한 배려를 해야 한다.

최근에는 사용기업에 대해 파견노조법상의 사용자성을 인정하는 여러 판례와 중앙노동위원회 명령들이 나오고 있다.<sup>10)</sup>

## 개인 도급

2차 세계대전 이후 주요 노동자 보호법인 노동기준법하에서는, 명목상으로 도급계약하에 '노무 성과' 제공만을 목적으로 특정 기업만을 위해 노동력을 제공하는 사람(예를 들어, 건설업의 1인 오야카타 기술자, 자신이 소유하는 트럭으로 특정 기업의 운송 업무에 종사하는 용역차량 운전자)이 노동기준법으로 보호되는 '노동자'에 해당되는지가 여러 차례 논의의 대상이 되었다. 여러 요소를 고려하여 노동기준법상 노동자성이 인정된 사례가 있기는 하지만, 특정 기업의 업무에 전속적으로 종사하는 용역차량 운전자 사례<sup>11)</sup>와 1인 오야카타 목수 사례<sup>12)</sup>에 대해서 일본 대법원은 노동기준법상의 '노동자성'을 부정했다.

10) 쿠보타사건(クボタ事件) — 도쿄지법 2011.3.17 노동판례 1034호 87항(항소심 도쿄고법판례 2011.12.21 동 취지), 국가·중로위[한큐교통사] 사건(国·中労委(阪急交通社)事件) — 도쿄지법 2013.12.5, 노동판례 1091호 14항 등.

11) 요코하마 남노기서장사건(横浜南労基署長事件) — 대법원 제1 소법정 1996.11.28 노동판례 714호 14항.

12) 후지사사와 노기서장사건(横浜南労基署長事件) — 대법원 제1 소법정 2007.6.28 노동판례 940호 11항.



최근에는 기업 경쟁력에 핵심이 되는 업무에서 개인 도급업자를 이용하는 경우가 많아졌다. 예를 들어 노동위원회 혹은 법원에서 ‘노동자’ 여부를 다투었던 개인 업무 도급노동자의 사례로서, 일반 가정의 부엌, 화장실, 욕실에서 상하수도 관련 수리작업을 하는 기술자,<sup>13)</sup> 자전거나 오토바이를 이용한 신속한 서류배송 업무를 하는 노동자,<sup>14)</sup> 음향기기 출장 수리를 하는 기술자<sup>15)</sup> 등을 들 수 있다. 이러한 사례의 기술자들은 노동조합법상 노동자 신분을 인정 받았다.

개인 도급계약은 발주자에게 사용자 책임을 묻지 않는다는 장점으로 인해 오랫동안 이용되었으나 기업의 핵심적인 경쟁력과 관련된 분야에서 개인 도급업자 이용이 왕성해진 것은 필자가 아는 한 아주 최근에 들어서이다. 그 이유는 다음과 같이 추측할 수 있다.

노동자를 사용하려는 업무가 핵심적인 것일수록 업무를 수행하는 사람에 대해 높은 수준의 능력과 회사와의 긴밀한 협력이 요구된다. 그러나 예전에는 도급업자의 업무수행을 원거리에서 실시간으로 지휘감독하는 것이 어려운 데다가 업무수준을 보장하기도 어려웠기 때문에 핵심적인 업무를 도급업자에게 맡기는 것은 현실적으로 불가능했다. 근래에 들어 정보통신기술발전, 상세한 업무처리 매뉴얼 작성, 고객 리뷰의 평가 요소화로 인해 원거리에 있는 노동자를 실시간으로 통제할 수 있게 되어 핵심적인 업무에서 도급업자를 활용하는 것이 가능해진 것이다.

## 프랜차이즈

일본에서는 1990년대부터 프랜차이즈 사업이 새로운 사업형태 중 하나로서 꾸준한 성장세를 이어가고 있는데, 특히 편의점의 성장세가 주목받고 있다.

미국의 경우 직영점에 비해 가맹점에 고용된 노동자의 노동조건이 불리한 문제가 도마 위에 오르고 있다. 일본에서는 직영점이든 라이선스를 받아 운영되는 가맹점이든, 점주 권한으로 고용하는 직원은 일반적으로 정규직이 아닌 파트타임 노동자를 비롯한 비정규직 노동자이다. 따라서 일본에서는 ‘프랜차이즈’이라는 조직형태에서 나타나는 노동조건 악화 문제를

13) 국가·중로위(INAX 멘터너스)사건·대법원 제3 소법정 2011.4.12 노동판례 1026호 27항.

14) 소쿠하이사건·도쿄지법 2010.4.28 노동판례 1010호 25항.

15) 국가·중로위(빅타)사건·대법원 제3 소법정 2012.2.21 민집 66권 3호 955항.

주로 파트타임 노동자의 노동조건 문제로 다루고 있다. 또한 가맹점에 고용되는 노동자가 법적 노동자로서 인정되면 최저임금법을 포함한 노동조건 보장에 관한 규정이 적용되기 때문에, ‘프랜차이즈’이라는 특정 배경에서의 노동조건 악화 문제는 그다지 주목받지 못했다.

한편 ‘가맹점’에 해당되는 편의점 점주의 노동조건이 관심을 모으고 있다.<sup>16)</sup> 편의점주는 실제로 일반 노동자와 동일하게 일하고 있음에도 불구하고 점주가 회사와 업무 위탁계약을 체결했다는 이유로 회사 측에서는 점주를 노동자로 보지 않는다. 그 결과 편의점주가 열악한 노동조건에 처하는 경우가 종종 나타나는데, 최근 들어 노동조건 개선을 요구하는 점주가 각 지역의 소규모 일반 노동조합(커뮤니티 노조)에 가입하는 움직임을 보이고 있다. 이에 따라 노동위원회는 2014년 3월 20일, 편의점 가맹점주는 노동조합법상 노동자(노동기준법이나 노동계약법상의 노동자성을 갖지 않는 노동자)에 해당한다는 명령을 내렸다.<sup>17)</sup> 이때 앞서 언급한 개인 도급업자의 노동자성과 관련하여 중앙노동위원회와 대법원의 판단 기준이 활용되는데, 다음의 여섯 가지 기준을 면밀히 검토해보면 ‘가맹점주는 회사와는 다른 별개의 사업주체이지만 독립성을 갖는다고 보기는 어려우며 노동조합법상 노동자에 해당한다’는 판단이 내려진다.

- ① 사업 조직에의 편입
- ② 계약 내용의 일방적 및 정형적 결정(단체교섭 법제에 따라 보호해야 할 교섭력의 격차)
- ③ 보수의 노무대가성
- ④ 업무 의뢰에 대해 거절할 수 없는 관계
- ⑤ 넓은 의미의 지휘감독하의 노무제공 및 일정한 시간과 장소의 구속
- ⑥ 뚜렷한 사업자성

프랜차이즈는 도급에 비해 비교적 새로운 사업 형태로 볼 수 있는데, 프랜차이즈 브랜드 전체의 이미지를 유지하기 위해 가맹점에서 일하는 노동자 사이에 업무 수준을 어느 정도 균형 있게

16) 노동법률순보(労働法律旬報) 1821호 (2014년) 특집「프랜차이즈 편의점 점주의 노동자성(フランチャイズコンビニ店長の『労働者』性)」 등 참조.

17) 오카야마현 노동위원회 2010년 (불) 제2호 부당노동행위구제신청사건 명령서((不)第2号不当労働行為救済申立事件命令書), <http://www.pref.okayama.jp/uploaded/attachment/182426.pdf>.

유지해야 하기 때문이다. 이를 위해 세부적인 업무 훈련 매뉴얼을 작성하거나 만약의 상황에 발생할 수 있는 문제에 대한 책임 소재를 명확히 해야 한다. 이를 실현하기 위한 계약서 작성에는 고도의 기술이 요구되며 그러한 계약서의 작성은 비로소 최근에 들어 가능해졌다.

## 하청계열구조

전술한 바와 같이 일본의 하청제도는 2차 세계대전 이전부터 시작되어, 현재까지 수차례에 걸쳐 세계 경기가 변동할 때마다 완충제 역할을 맡아왔다. 특히 일본 제조업의 경우 미국에 비해 부품의 자체 생산 비율이 낮아(ratio of in-house production) 국제적인 경기변동에 취약한 특징을 갖는다.<sup>18)</sup>

자동차 제조업으로 대표되는 일부 제조업에서는 내부적으로 제조하지 않는 부품과 부자재 생산 및 가공을 위해 다단계 혹은 다층구조에 걸친 하청관계를 이용한 노동의 분업(division of labor)이 실시되었다. 이에 따라 구체적인 생산 및 가공은 1차, 2차, 3차, 나아가 4차에 걸쳐 하청기업이 분담하고, 이 하청계열의 정점에 있는 대기업은 주로 최종 조립공정에만 집중하는 분업이 이루어지고 있다.

이러한 하청계열구조에서 공정 간 분업의 정점에 있는 대기업은 많은 경우 과점을 유지한 채 오로지 자신을 위해 부품을 만드는 복수의 중소 하청기업(전속하청)과 장기간 거래하며 ‘일대다’ 피라미드 구조를 구축해왔다. 동일한 부품을 제조하는 복수의 하청기업과의 거래관계에서 모기업은 자신의 경쟁력을 강화하기 위해 유력한 하청기업과의 관계는 강화하는 한편(계열화), 대응하기 어려운 하청기업과의 계약은 해지하는 등 하청구조의 재구성을 지속해왔다.

이러한 하청계열구조에서 모기업은 고정자본과 노동력 절약, 외부 노동시장 가격보다 낮은 비용의 부품 조달, 자체생산과 외부생산 비율의 유연한 조정 등의 이득을 얻는다. 반면 하청기업은 다른 하청기업과의 치열한 경쟁과 모기업에서 가하는 내재화의 압박 속에서도 모기업과의 거래를 유지할 수밖에 없으므로, 모기업의 다양한 요구에 대응해야 하는 인내가 요

18) Solow, M. and John C. Scott(1989), *Made in America*, Cambridge, Mass., MIT Press.

구된다. 결과적으로 중층적 하청 분업 생산구조는 하청계열의 하위에 위치할수록 임금수준이 낮아지고 계층별 임금격차가 커지는 구조를 낳게 된다.

이러한 가운데 대기업과 하청기업 간 임금격차를 일정 수준으로 유지할 수 있었던 것은, 매년 3월부터 4월에 걸쳐 집중적으로 이루어지는 임금협상(춘투) 덕분이다. 임금협상 자체는 기업별로 사용자와 노조 사이에서 이루어지는데, 조합 측은 산업별 연합체나 내셔널센터에 의한 산업 내 및 산업 전체의 임금인상 목표, 산업 내 및 산업 간 협상 일정 등에 따른다. 경영진 측은 산업 내 및 산업 간 협상 일정에 따라 기업별 협상이 산업 횡단적으로 조정되고 연계되어 왔다. 또한 각 산업 내에서 주요 대기업의 임금인상은 산업 내 서열을 통해 다른 기업의 임금인상 협상에도 영향을 미치고 있다. 이러한 과정을 거친 춘투를 통해 형성된 임금인상 수준은 노동시장 메커니즘에 따라 중소기업에도 파급효과를 갖는다.

고도경제성장 단계에서 춘투는 매우 효과적인 임금인상 메커니즘으로 작용했으나, 거품경제 붕괴 후 임금인상에 대한 대기업의 파급력이 약화되었고 고용유지가 노동계의 우선 과제가 되었다.

최근 제조업의 해외진출에 따라 기존에는 일본 국내에서 이루어졌던 대부분의 부품과 부자재 생산 및 가공이 해외 생산기지로 이전되어 일본 산업의 공급망 구조가 국경을 넘어 형성되고 있다. 해외 경쟁업체와의 극심한 경쟁 속에서 많은 하청기업이 수주량을 확보하기 위해 복수의 모기업과 동시에 거래하게 되었으며, 전적으로 한 회사만을 위한 전문 부품을 제조하는 대신 최종적인 상품 제조업자가 다양하게 활용할 수 있는 기술 지원에 특화하고 있다. 이와 같이 역할을 전환한 하청기업은 복수의 거래처를 갖는 '전문가공기업'이 되어 상업적인 거래관계에서 대기업과 대등한 지위를 확보했다. 한편 전문가공기업과 거래기업 간의 관계 역시 대기업을 정점으로 하는 피라미드형 관계에서 수평적인 네트워크형 관계로 변화하여, 하청기업과 대기업의 종속관계가 약화되고 평등한 상호의존관계가 형성되었다.<sup>19)</sup>

부가가치가 낮은 부품제조 및 조립작업을 임금수준이 낮은 개발도상국으로 이전하는 '오프

19) 상기 내용에 대해서는 현대기업연구회 편, 『일본의 기업관계—그 이론과 실천(日本の企業間關係—その理論と実態)』(중앙경제사(中央經濟社)·1994년) 175항 이하; 이마이 켄이치(今井賢一)·코미야 류타로(小宮隆太郎), 『일본의 기업(日本の企業)』(도쿄대학출판회(東京大学出版会)·1989년) 163항 이하 참조.

쇼어링'이 진행되는 가운데, 공급망에 편입된 외국 기업에서 일하는 노동자의 노동조건이 문제가 될 수 있지만 특별한 사정이 없는 한 외국에서의 노동문제에 대해 일본의 노동법이 적용되는 일은 없다. 한 사례로, 일본기업의 외국 현지법인 사업장에서 발생한 노사분쟁에 대해 해당 법인의 노조가 일본 산별노조에 가입한 후, 그 산별노조가 해당 일본기업에 분쟁 해결을 요구하며 단체교섭을 요청했으나 거부당했다. 해당 산별노조는 해당 일본기업을 상대로 단체교섭 거부는 부당노동행위라며 구제신청을 했다. 그러나 중앙노동위원회는 이 사건은 실질적으로 일본의 노동조합법이 적용되지 않는 해외의 노사관계에 관한 사안으로 노동위원회의 관할이 아닌 것으로 판단했으며,<sup>20)</sup> 법원도 이를 인정했다.<sup>21)</sup>

### 법적 관점에서 분류와 재구조화

앞에서 언급한 바와 같이 일본의 경우 '공유경제' 개념이 중국과 한국만큼 사회에 침투되지는 않았지만, 기업 울타리를 넘어서는 발주와 노무의 과정이 아닌 노무 '성과'만을 외부업자에게 요구하는 취업형태는 다수 존재한다. 이를 노동법적 관점에서 보면 다음과 같은 논리가 내포되어 있다. 일단 노동관계가 성립되면 사회보험 가입 의무, 최저임금 준수 의무, 노동자에 대한 안전 배려 의무와 산재발생 시의 책임이 사용자 측에 부과된다. 사회보험에 가입해야 하는 의무가 발생하는 이상 노동자 측은 실제 수입이 줄어드는 것을 피할 수 없다. 따라서 사용자로서는 인건비를 절감하고 사용자 책임을 면하기 위해, 노동자로서는 실질적인 수입을 늘리기 위해 '노동계약' 이외의 계약형태를 통하여 노무를 제공하고자 하는 동기가 자연스럽게 발생한다. 이러한 취업형태 중 인터넷 플랫폼에 의한 노무수급의 매칭을 활용하는 것에는 '공유경제하의 새로운 취업형태'라는 이름이 붙여진다.

인터넷 플랫폼에 의한 노무수급 매칭을 활용하는지와 관계없이 노무제공(또는 노무제공의 성과) 대가로 금전을 받는 동시에 노무를 제공받는 사람이 사용자 책임을 면하는 수단으로 다음의 두 가지를 들 수 있다.

20) 필리핀·토요타(フィリピン・トヨタ事件) —중노위 2006.12.6命令集136集1258항.

21) 도쿄고법 판례 2007.12.26 勞経速 2063호 3항.

## 양자 관계

일본의 경우 노동계약이 성립되기 위해서는 계약 당사자 중 한쪽이 상대방에게 ‘사용되어 노동’을 하고, 상대방이 그에 대해 ‘임금을 지불’하는 것에 합의해야 한다. 노무제공 형태와 보수지급 방법이 명확한 이상, 그것이 ‘도급계약’에 해당되는지는 법원 등이 여러 요소를 고려하여 인정한다. 또한 일본 노동법에는 당사자의 의사에 따라 계약형태를 선택할 여지가 상정되어 있지 않다. 노동계약의 성립은 노동계약서 작성이 불필요하며, ‘도급계약’으로 계약을 체결했다고 하더라도 노무제공 실태를 감안하여 해당 관계가 노동관계로 인정될 가능성이 있다.

이와 같은 규제는 노동관계 인정을 판단하기 위해 ‘노무제공’ 자체가 아니라 ‘노무제공 성과 제출’만을 요구함으로써 스스로를 노동관계에서의 사용자가 아닌 도급관계에서의 발주자로 간주하여 사용자 책임에서 벗어나려고 하는 경우가 발생한다. 원격통신기술과 빅데이터를 활용한 정보처리기술이 도입되기 이전에는 노무제공 과정을 지휘감독하지 않으면 노무 품질을 보장하기 어려웠다. 따라서 기업의 핵심적인 경쟁력과 관련되는 업무분야에서는 도급계약을 이용하는 경우가 많지 않았다. 그러나 최근 들어 다양한 신기술이 도입되어 원거리에서도 항상 노동자의 움직임을 파악할 수 있게 되었다. 서비스 매뉴얼 작성 기술이 향상되었고 서비스를 받은 사람이 직접 작성한 후기를 실적평가의 요소 중 하나로 포함하게 되면서, 사용자가 직접 작업현장에 가지 않아도 일정 수준의 품질이 유지되는 노무제공이 보장되었다. 이러한 이유로 다양한 분야의 핵심적인 경쟁력과 관련된 업종에서도 도급계약이 노동계약을 대체하는 현상이 나타나고 있다.

## 3자 관계

공유경제를 표방하는 업종에서는 플랫폼이 중심적인 역할을 하는 경우가 많다. 이에 ‘플랫폼머(platformer)’가 노동관계 당사자로 참가함으로써 노동관계 인정, 노동시간 평가, 사용자 책임 소재 등과 관련하여 큰 변화가 나타나고 다양한 법적 문제가 발생하게 되었다. 이러한 문제들 중 우선으로 꼽히는 것은 플랫폼이 관여함으로써 발생하는 사용자 책임의 소재 문제이다.

예를 들어 배달의 경우, 중국에서는 플랫폼이 음식점과 배달원 사이에 개입하게 되면 배달원은 플랫폼이 현지에 배치한 배달점과 ‘도급계약’을 체결하는 한편 음식점과는 직접적인 계

---

약관계를 맺지 않는다. 대리운전의 경우에도 대리운전자가 직접 플랫폼머에 고용되는 일은 적으며 양자 사이에 '정보제공계약'만이 체결되는 경우가 많다.

양자 관계(배달원과 음식점, 대리운전자와 그를 파견하는 기업)의 경우, 노무제공자와 노무지시자 사이에 노동관계 또는 도급관계가 존재한다. 부상이나 질병 및 사고가 발생하여 노동관계 존재를 판단해야 할 경우, 법원은 오로지 노무제공 형태를 감안하여 당사자들의 관계가 '노동관계'에 해당하는지 혹은 '도급관계'에 해당하는지 판단한다. 중국에서는 앞서 언급했듯이 플랫폼이 당사자 사이에 개입하여 노무제공자와 '정보제공계약'만을 체결하는 경우가 많다. 따라서 플랫폼머, 노무제공자, 노무(또는 그 성과)수령자의 3자 관계에서 노동법상 사용자 책임 소재를 따져야 할 경우, 본인은 정보제공자에 불과하다고 주장하는 플랫폼머와 노무제공자와 계약관계가 존재하지 않는 노무수령자 중 어느 쪽에 '사용자' 책임을 부과해야 하는가를 우선 해결할 필요가 있다.

근로자 파견의 경우와 마찬가지로, 사용자 책임을 플랫폼머와 노무수령자 중 어느 쪽에 부과할지를 법률로 명확히 하면 전술한 문제는 어느 정도 해결할 수 있다. 공유경제의 경우, 플랫폼머는 대부분 노무수령자(인터넷 배차 서비스의 경우에는 승객, 택배나 배달서비스의 경우에는 주문자)보다 경제력이 훨씬 강하며 3자 관계에 대한 실질적인 규칙을 만드는 자이기도 하다. 법적 관점에서 보면 원칙적으로는 플랫폼머에게 사용자 책임을 부과하는 것이 타당하다. 그러나 플랫폼머는 다양한 수단을 이용하여 노무제공자와 거리를 두는 한편, 일정 수준의 영향력을 유지하려고 한다. 따라서 전통적인 노동법상 사용자 개념에 비추어 보면 많은 플랫폼머는 사용자에 해당되지 않는다. 또한 플랫폼머의 사용자 책임을 명확히 한다는 것은 곧 공유경제와 관련된 새로운 취업형태에 대한 노동관계를 인정하는 것이며 노무제공자의 노동자성도 인정된다. 이러한 경우 노무제공자에게 최저임금, 노동시간, 사회보험 등에 관한 규제가 적용됨에 따라 새로운 취업형태의 특징인 유연성을 잃게 되는 한편, 플랫폼머가 부담하는 인건비도 증가한다. 그렇게 되면 새로운 취업형태로서의 장점이 사라지므로 이러한 취업형태에 대한 수요가 줄어들 가능성이 높다.

## ■ 일본의 성문법과 판례법에 입각한 대응

### 사용자 책임의 추구

플랫폼의 개입으로 인해 누가 사용자에게 해당하며 누가 안전위생을 책임져야 하는지에 대한 문제가 발생하는데, 이는 사용자 개념과 그 개념의 확장과 관련이 있다. 이하에서는 우선 노동계약법과 노동조합법상의 사용자 개념을 소개하고, 발주기업의 사내하청, 근로자 파견, 모자회사의 세 가지 경우로 나누어 법인격을 넘어 사용자 책임을 확장하기 위한 법리를 소개하고자 한다.

#### 노동계약법상 사용자 개념

개별적 노동관계법상 가장 기본적인 ‘사용자’ 개념은 노동계약의 일방 당사자로서의 사용자를 말하며, 노동계약법 제2조 제2항에서는 ‘사용하는 노동자에게 임금을 지불하는 자’로 정의하고 있다. 일반적으로 자신이 입사한 회사 또는 자신을 고용한 사업주가 노동계약 체결의 상대방인 것이 보통이지만 복수의 기업이 노동계약관계의 사용자 측에 관여하는 노동관계가 일부 존재하는데, 그러한 경우에는 고용주를 확정하기가 쉽지 않다.

노동계약상 사용자가 누구인지 기술하자면, 업무처리도급에서 노동자는 발주기업 사업장에서 도급업무에 종사하지만 도급업체의 지휘명령에 따르므로 노동계약상 사용자는 도급업체뿐이다. 근로자 파견의 경우 파견노동자는 사용기업의 지휘명령에 따라 업무에 종사하지만, 근로자파견법 제2조 제1호에서 노동계약상 사용자는 파견회사뿐이며 사용기업은 사용자가 아닌 것으로 되어 있다. 그룹기업의 경우 그룹 전체 차원에서 지원자를 모집하고 채용하여 그룹 내에서 공통적으로 인재를 활용하는 그룹 채용이 이루어진다. 이때 법인격을 갖지 않는 그룹은 법적인 사용자로 인정되지 않으므로 그룹 내의 중심기업 또는 복수의 기업이 단독 또는 공동 사용자가 된다. 한편 모자회사 관계에 있는 두 기업 중 자회사가 노동자를 고용하는 경우, 자회사가 직접 노동계약을 체결하고 임금지불, 지휘명령, 인사관리 등의 노동관계를 담당하는 한 자회사만이 노동계약상 사용자로 인정된다.



## 노동조합법상 사용자 개념

노동조합법 제7조는 집단적 노동관계하에서 노동조합이나 노동자에 대한 사용자의 '부당노동행위'를 금지하고 있다. 이 금지 규정을 위반하는 경우 집단적 노동관계를 회복하고 질서의 정상화를 보장하기 위해 행정위원회인 노동위원회가 구제명령을 내릴 가능성이 있으나, 부당노동행위의 주체인 '사용자'가 누구인지가 노동조합법상 중요한 문제가 된다. 노무제공을 수령하고 그 대가로 임금을 지불하는 노동계약 일방 당사자인 사용자가 이에 해당하는 것은 당연한 이치이다. 그러나 노동계약상 고용주 외 다른 사업주가 기본적인 노동조건 등과 관련하여 부분적이라도 고용주와 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적인 통제권과 결정권을 갖는다면, 해당 범위에 있어 '사용자'에 해당되는 것으로 대법원은 판시하고 있다.<sup>22)</sup>

## 법인격 이상의 사용자 책임 확장

### ① 발주기업의 사내하청

업무도급계약이나 모회사 관계와 같은 3자 노동관계에서는 발주자나 모회사가 도급업체나 자회사의 사업운영과 노동관계를 지배하고 도급업체나 자회사가 발주자나 모회사의 사업 부문 중 하나로 인정되는 경우가 있다. 이러한 경우 도급업체나 자회사의 직원은 법인격 부인의 법리를 주장하며 발주자나 모회사에 대해 노동계약 관계 존재와 지위 확인을 청구할 수 있다. 이러한 청구의 근거로 이용되는 것은 '법인격 부인의 법리'라는 판례 법리인데, 법인격 부인의 법리에 따르면 회사의 법인격이 유명무실화되거나 남용되는 경우에는 그 법인격이 부인될 수 있다.<sup>23)</sup>

업무처리 도급계약 관계에서 도급업체가 유일한 거래처인 발주기업에 전적으로 의존하는 경우, 도급업체는 발주기업으로부터 도급을 받은 업무만 시행하며 그 업무는 전적으로 발주기업 작업장 내에서 이루어진다. 이때 계약조건은 발주기업에 의해 일방적으로 결정되는데, 발주기업은 계약비용을 낮추기 위해 도급업체에 소속 직원의 임금을 삭감하도록 압력을 가하기도 한다. 또한 발주기업이 도급업체 노동자를 자신의 직원들과 함께 일하게 하며 이들의

22) 아사히방송사건(朝日放送事件)—대법원 제3 소법정 1995.2.28 민집 49권 2호 559항.

23) 대법원 제1 소법정 1969·2·27 민집 23권 2호 511항.

근무와 작업에 대해 자신의 직원들과 동일하게 지휘감독하는 일도 발생한다. 이러한 경우 발주기업이 비용을 낮추기 위해 도급업체를 교체하면 기존 도급업체의 직원은 업무도급계약의 종료에 따라 일자리를 잃게 되는데, 실직한 도급업체 직원은 법인격 부인의 법리를 주장함으로써 발주기업과의 노동계약 관계를 주장하게 된다. 그러나 일반적으로는 발주기업이 동시에 도급업체의 모회사가 아닌 한, 법인격 부인의 법리를 적용하기는 어렵다.

사용자 책임을 확장하기 위한 또 다른 유효한 이론은 묵시적 노동계약의 성립이다. 판례 법리에 따르면, 기업과 노동자 사이에 명시적인 계약관계가 존재하지 않더라도 노동자가 기업에 노무를 제공하고 기업은 그 대가로 노동자에게 임금을 지불해왔다는 사실이 인정되면 묵시적 노동계약의 성립이 인정될 수 있다. 이러한 묵시적 노동계약의 존재여부를 확인하기 위해서는 노동자가 기업의 지휘감독하에서 노무를 제공한 사실 외에 기업이 사용자로서 노동자의 노무 제공을 지휘감독하고 노무의 대가로 임금을 지불했음을 노동자가 증명해야 한다.

업무처리도급에 한하여 말하자면, 도급업체와 발주기업 사이의 계약종료로 인해 도급업체의 직원이 일자리를 잃었을 경우 이들은 발주기업과의 묵시적 노동계약 관계의 존재를 주장할 수 있다. 이 경우 도급업체가 실제로 독립적인 사업체가 아니라 발주기업의 한 부문으로서 노동자를 고용했다고 인정되는 경우에만 묵시적 노동계약 관계가 인정된다.

## ② 근로자 파견

근로자 파견의 경우 노동보호법상 사용자 책임의 일부가 파견사업자에게 부과된다. 전술한 바와 같이, 파견노동자와 노동계약을 체결하고 노동계약 관계상 사용자가 되는 것은 어디까지나 파견회사이다. 따라서 근로자파견법에서 파견노동자에 대한 사용자 책임은 원칙적으로 파견사업자에게 부여하고 있지만, 실질적인 지휘감독하에 파견노동자를 사용하는 사용사업자에 대해서도 노동기준법 및 기타 법률상의 규정이 적용되는 경우도 있다. 예를 들어 노동시간, 휴식, 휴일 등의 규정을 준수할 의무는 사용사업자에게만 부과된다. 노동기준법 제3조에서 정한 노동자의 균등대우 및 동법 제4조에서 정한 남녀동일임금원칙에 대한 의무는 파견사업자와 사용사업자 모두에게 부과된다.

근로자 파견의 경우에도 묵시적 노동계약 관계가 성립될 수 있다. 특히 사용기업과 파견기업 간의 근로자 파견계약이 종료되어 파견노동자가 일자리를 잃었을 때 실직한 파견근로자

---

는 사용기업의 비정함을 비판하며 사용기업과 노동계약 관계가 성립한다고 주장하는 경우도 있다. 그러나 파견기업이 실제로 독립적인 사업체가 아니라 사용기업의 한 부문으로 노동자를 고용한 것으로 인정되는 경우에 한해서만 그러한 주장이 받아들여진다.

### ③ 모회사

법인격 부인의 법리 적용문제를 모회사 관계에서 살펴보면, 모회사가 자회사를 완전히 지배하고 사업운영의 의사결정 전반에 걸쳐 큰 영향력을 행사하는 경우 자회사 직원의 고용 관계와 노동조건은 전적으로 모회사에 의해서 결정된다. 모회사가 자회사를 해산시켜 자회사 직원의 임금이 체불되는 경우, 자회사 직원은 모회사에 대해 노동계약 관계의 존재를 주장하며 체불임금 지급을 청구할 수 있다.

구체적으로 설명하자면, 모회사 관계에서 법인격이 유명무실한 것으로 인정되는 경우는 모회사가 자회사에 대해 주식 소유나 임원파견 등을 통해 사업운영상 의사결정을 지배할 뿐 아니라, 자회사가 주주총회나 이사회 의 미개최 및 사업활동, 재산관리, 회계처리 등의 미흡을 보이는 등 자회사 스스로 독립법인이 아닌 모회사의 사업부문 중 하나로 인정될 때이다. 자회사 직원에 대한 모회사의 법인격 남용이 인정되기 위해서는 모회사가 주식 소유와 임원파견을 통해 자회사의 운영을 지배하고 있을 뿐 아니라, 자회사 노조 배제와 같은 위법 사실이 있거나 부당한 목적을 위해 모회사가 법인격에 따른 책임 분리 및 한정을 남용하고 있다는 사실이 인정되어야 한다.

묵시적 노동계약의 성립 관점에서 보면, 모회사 관계에서 자회사가 스스로 사업운영이나 인사관리에 독립적인 결정권을 갖지 못하고 모회사 사업조직의 일부로만 인정되는 경우가 있다. 이러한 경우 자회사의 직원은 그들이 실제로 모회사를 위해서 일하고 그들의 임금 역시 모회사를 위한 노무에 대한 대가로서 모회사가 지불하는 것으로 인식할 수 있는데, 이때 자회사의 직원은 자회사에 대해 법인격 부인의 법리를 주장할 수도 있다.

실제로 많은 자회사 직원이 묵시적 노동계약의 성립을 통한 법인격 부인의 법리를 주장한다. 노동조합법 관점에서 모회사가 자회사의 사업운용을 지배하고 노동자 처우를 결정하는 경우, 이는 모회사가 노동조합법 제7조에서 말하는 사용자임을 시인하게 하는 쪽으로 작용한다. 따라서 모회사가 주식 소유나 임원파견 등을 통해 자회사를 지배하여 두고 그 직원의 노동조

건에 대해서 현실적이며 구체적인 지배력을 갖는 경우, 모회사는 단체교섭에서 자회사 직원의 노동조건에 대해 자회사와 함께 노동조합법상 사용자 지위에 있는 것으로 인정될 수 있다.

## 노동자성 인정

### 노동자의 정의

노동기준법 제9조에 따르면, 노동자란 ‘직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사무소(이하 ‘사업’이라 함)에서 사용되는 자로서 임금지불을 받는 자’를 말한다. 노동계약법 제2조 제1항에 따르면, 노동기준법상 노동자란 ‘사용자에 의해 사용되어 노동하고 임금지불을 받는 자’를 말한다.

노동기준법의 노동자 정의에는 ‘사업에 사용된다’는 제한이 있으나, 노동계약법의 노동자 정의는 기본적으로 노동기준법의 정의와 동일한 것으로 해석된다. 또한 일반적으로 노동계약법의 노동계약 개념은 노동기준법의 노동계약 개념과 동일한 것으로 이해되는데, 기본적으로는 민법에서의 고용과 동일한 유형의 계약관계를 의미하며 단지 그것을 노동관계의 실질적인 불평등성과 조직적 성격을 감안하여 별개의 단어로 표현한 것이다.<sup>24)</sup>

노동법을 체계적으로 살펴보면, 노동계약법은 개별적 노동관계를 민법의 특별법으로 개념화하고 그 권리의무관계의 기본 내용을 규정하고 있다. 또한 노동기준법은 사업에 사용되는 노동계약 관계에 있는 노동자를 보호하기 위하여 노동조건에 대한 최저기준에 대해 관련 벌칙 및 행정감독과 함께 규정하고 있다. 또한 민법상 노동계약의 개념을 통해 고용계약에 관한 노동계약법(및 노동계약 관계의 판례)을 보완하는 일반적인 계약법리를 제공하고 있다.

### 노동자성 판단기준

노동기준법 제9조의 정의에 따르면 노동자는 사업에 사용되고 임금지불을 받는 자임을 알 수 있다. 그런데 ‘사용’의 의미와 ‘임금’의 정의가 광범위하고 추상적이기 때문에 해석상 노동자성 판단기준을 명확히 할 필요가 있다.

24) 스게노가즈오(菅野和夫), 『노동법(제11판 보정판(労働法(第11版補正版))]』(有斐閣·2017년)142항.

현재 일반적으로 노동자성 판단기준으로 활용되는 것은 1985년 12월 19일 노동기준법연 구회가 “노동기준법의 ‘노동자’의 판단기준에 대하여”에서 보고한 내용이다. 이 기준에 따 르면 노동자성 판단에 있어서는 고용계약이나 도급계약 등 계약형식과는 상관없이 실질적인 판단을 해야 한다. 노동기준법상 노동자에 해당하는지 판단하는 일반적인 기준으로 ‘사용종 속성’의 유무, 즉 사용자의 지휘감독하에서 노동하며 노무 대가성이 있는 보수를 받는 자에 해당하는가라는 구체적인 판단기준을 제시하고 정확한 판단을 시도했다.

우선 지휘감독하의 노동 여부에 대한 판단기준은 다음과 같다. 첫째, (구체적인) 업무의뢰 와 업무종사에 대한 지시 등에 거절의 자유가 있는지의 여부(거절의 자유가 없다면 지휘감독 관계를 추인), 둘째, 업무수행상 지휘감독의 유무(업무내용과 수행방법에 관해서 구체적인 지 휘명령을 받고 있다면 지휘감독 관계로 인정받기 쉬움), 셋째, 근무장소 및 근무시간에 대한 구속성의 유무(해당 구속이 업무성격상 자연스럽게 발생하는 것인지 또는 사용자의 지휘명 령에 의해 생기는 것인지가 문제의 핵심), 마지막으로 대체성의 유무(본인 대신 다른 사람이 노무를 제공해도 되는지의 여부를 말하는데, 보조자를 사용해도 무방한 경우에는 지휘감독 관계를 부정하는 요소가 됨) 등이 있다.

다음으로 보수의 노무 대가성에 대해서는 보수가 시급 기준으로 계산되는 등 노동의 결과 (성과)에 의한 차이가 적으며 결근한 경우에는 보수가 공제되고 잔업을 하는 경우에는 수당 이 지급되는 등, 보수가 일정시간 제공하는 노무의 대가로 지급되는 경우에는 ‘사용종속성’이 강화된다.

위의 두 가지 관점만으로 판단할 수 없는 경우를 대비하여 사업자성의 유무(정확히는 정도) 에 관한 사항(기계 및 기구에 대한 부담 관계, 보수금액, 손해에 대한 책임, 상호사용 여부 등) 과 전속성 정도 등으로 판단기준을 보강할 수 있다.

### 경제적 종속성

경제적 종속성은 사용종속성(인적 종속성)과 대치되는 것으로, 노동자의 노동수단 결핍과 계약내용의 일방적 결정에 대한 종속 등 교섭상 지위의 비대등성에 주목한다. 그러나 일반적 으로 경제적 종속성이 노동기준법상 노동자성을 규정하는 것은 아니다. 한편 개별적 노동관 계법의 보호대상을 확장하기 위하여 사용종속성이 약하더라도 경제적 종속성을 가진 사람은

노동자 범위에 포함시키자는 논의와 노동자에 해당하지 않지만 경제적 종속성을 가진 사람을 노동법상 ‘준노동자’로 간주하여 보호하려는 논의가 전개되고 있다.

경제적 종속성 개념은 아직 명확하게 정의된 바가 없어 관점에 따라 달리 논의되고 있는 상황이지만 노동조합법상 노동자성을 판단함에 있어 중요한 판단요소로서 고려되고 있다.<sup>25)</sup>

## ■ 전통적인 법이론으로 설명할 수 없는 문제

중국 공유경제와 관련된 노무종사의 실태를 살펴보면 앞서 기술한 일본의 관련 노동법 이론으로는 설명하기 어려운 문제들이 나타나는데, 아래 세 가지 현상이 대표적이다.

### 특정 취업상태하의 당사자에게 계약형태를 선택할 권리 부여

일본의 경우 노동계약이 성립되기 위해서 계약당사자 중 한쪽은 상대방에게 ‘사용되어 노동’을 하고, 상대방은 그에 대해 ‘임금을 지불’하는 것에 합의할 필요가 있다. 노무제공 형태와 보수지급 방법이 명확하다면 그것이 ‘노동계약’에 해당하는지의 여부는 법원 등이 여러 가지 요소를 고려하여 판단한다. 한편 일본 노동법에는 당사자의 의사에 따라 노동계약 형태를 선택할 여지가 상정되어 있지 않다. 노동계약 없이 ‘도급계약’ 계약서만 작성한 경우에는 노무제공 실태를 고려하여 당사자 간의 관계가 노동관계로 인정될 가능성이 있다.

한편 중국에서는 2016년 7월 14일 교통운수부가 ‘인터넷 예약 택시 경영서비스 임시 관리 방안’을 발표하여 인터넷 배차 서비스에 대한 규제를 마련했다. 그중 제18조는 다음과 같은 내용을 담고 있다. “인터넷 배차 서비스 플랫폼 기업은 서비스를 제공하는 운전자의 합법적 취업 자격을 보장하고 근무시간 및 서비스 빈도 등을 고려하여 관련 법률과 법규에 따라 운전자와 다양한 형태의 취업계약 또는 협정을 체결하고 쌍방의 권리와 의무를 명확히 한다. (후략)”

25) 자세한 사항은 다음의 자료를 참조. 아라키테카시(荒木尚志) 『노동법(제3판)』 (有斐閣·2016년) 574항 이하.

중국에서는 인터넷 배차서비스에 종사하는 경우 운전자와 플랫폼 운영자의 뜻에 따라 노동 계약을 체결할 수도 있고 도급계약을 체결할 수 있다. 그리고 당사자가 어떤 계약을 택하더라도 이는 법적으로 유효하며 법원도 그 선택을 존중해야 한다. 인터넷 배차 서비스의 운전자로 취업하는 이상 계약형태에 대한 선택은 취업실태에 영향을 미치지 않는다. 따라서 중국에서는 제3자가 취업실태에 입각하여 노동관계의 존재 여부를 판단하는 경우는 없으며 당사자의 선택이 그대로 존중된다. 즉 당사자가 결정한 이상 법원 등이 노동계약의 존재 여부를 심사할 여지는 없다. 따라서 인터넷 배차 서비스 운전자로써 동일한 업무를 동일한 형태로 수행하지만 법적인 '노동자'로 인정되는 운전자가 있는 반면, '도급업자'로 인정되는 운전자도 있을 수 있다.<sup>26)</sup>

이에 대한 통계자료는 없지만, 실제 현장에서 많은 운전자가 도급계약을 선택한다고 한다. 플랫폼머는 인건비를 절감하고 사용자 책임을 회피하기 위하여 운전자에게 도급계약을 체결하도록 압력을 가하게 되는데, 운전자 입장에서도 도급계약을 체결하는 편이 더 나을 수 있으며 그 이유는 다음과 같다.

중국에서 노동계약을 맺은 노동자는 여러 가지 사회보험료를 납부해야 한다. 아래의 표에서 알 수 있듯이 중국은 사회보험료 중 사용자 부담률이 노동자 부담률보다 높다. 지역과 노동자의 보수 등에 따라 다르지만 사용자 부담률이 전체 보험료율의 40%를 넘는 도시가 많다.<sup>27)</sup>

보험 종류	합계 비율	사용자 부담률	노동자 부담률
연금보험	28%	20%	8%
의료보험	12%	10%	2% + 3위안
실업보험	1.2%	1%	0.2%
산재보험	0.3%	0.3%	0
육아보험	0.8%	0.8%	0
주택적립금	24%	12%	12%
합계부담률	66.3%	44.1%	22.2%

26) 당사자 간에 노동계약이 체결되었다 하더라도 모든 노동보호 규정이 모든 운전자에게 적용되는 것은 아니다.

27) 사회보험료조사네트(社会保険料調査ネット), <http://www.chashebao.com/shebaotiaoli/16056.html>

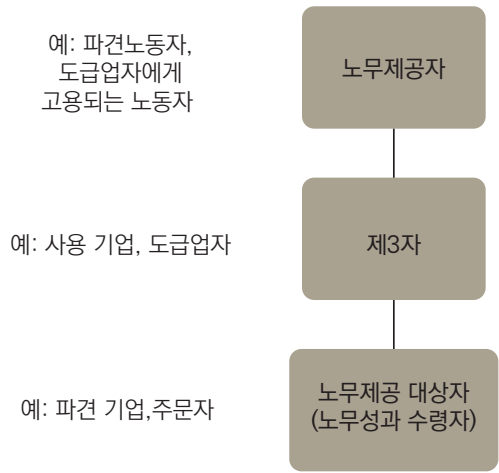
따라서 플랫폼머는 보험료 부담을 줄이기 위해 운전자와 도급계약을 체결함으로써 노동자가 부담해야 하는 보험료를 현금으로 주는 것 외에도 사용자 부담분의 일부를 운전자에게 현금으로 지불하는 경우가 많다. 인터넷 배차 서비스의 경우 경제적으로 어렵고 농촌 호적을 가진 사람이 도시로 나와 운전자로 일하는 경우가 많다. 수십 년 후를 준비하기보다 당장 현금이 필요한 이들은 보험에 가입하는 것에 비해 조금이라도 더 많은 보수를 현금으로 받는 것을 선호하고 이런 노동자들은 필연적으로 도급계약을 선택한다. 당사자인 노사 쌍방 모두가 노동관계를 맺고 싶어하지 않는 점과 공유경제와 관련된 취업형태를 노동관계로 인정할 경우 노사 모두 부담이 가중되어 서비스 자체가 이용되지 않을 우려가 있다는 점 등을 고려하여, 법원은 공유경제와 관련된 사안에서 노동관계를 인정하는 문제에 대해서는 매우 신중한 입장을 취하고 있다.

많은 계약 당사자들이 도급계약을 선택하여 사회보험 가입보다 현금으로 받는 보수금액을 늘리는 쪽을 선택하면 미래에 산업재해 보상이나 연금을 받을 수 없는 사람들이 급격하게 증가할 것이다. 이는 사회 전체의 안정성에 영향을 끼칠 우려가 큰 문제로, 장기적인 관점에서 이러한 사회문제에 대한 대응이 필요하다.

## 사용자 책임 소재 불분명

전형적인 노동관계는 노동자와 사용자 사이의 일대일 관계이다. 파견이나 중층하청 등의 경우, 파견회사나 도급업자가 제3자로서 노무제공자와 노무제공 대상자(혹은 노무성과 수령자) 사이에 개입할 수 있는데, 사용자 책임의 부과 대상은 제3자와 노무제공 대상자(노무성과 수령자) 중 하나이다. 즉 파견의 경우 원칙적으로 파견회사가 사용자 책임을 가지며 중층하청의 경우 원칙적으로 도급업자가 사용자 책임을 갖지만, 예외적으로 파견 사용기업이나 발주자에게 사용자 책임의 일부를 부과하는 경우도 있다. 이러한 경우 노무제공 대상자(노무성과 수령자)가 누구인지는 명확하다. 그러나 제3자가 개입하여 부분적으로 사용자 역할을 맡고 있다면 계약상의 사용자가 되기 때문에, 사용자 책임을 모두 노무제공 대상자(노무성과 수령자)에게 부여하는 것이 타당한지에 대한 문제가 발생한다. 이처럼 노무제공 대상자(노무성과 수령자)와 노무제공자를 각각 특정할 수 있고 그 사이에 제3자가 개입하게 되면 전체적으



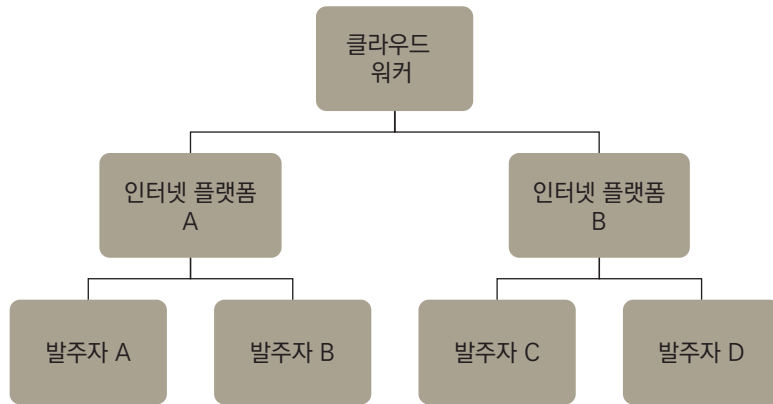


로 이들 사이에 수직적 관계가 형성되는데, 이 글에서는 이를 ‘수직적 노무제공 관계’라고 부르기로 한다.

공유경제와 관련된 새로운 취업형태의 하나로 노무제공자가 복수의 인터넷 플랫폼에 등록된 클라우드 워커로서 업무를 수행하는 경우가 있다. 각각의 인터넷 플랫폼 또는 각각의 발주자로부터 받는 업무량이 미미하더라도 이를 모두 합친 전체 업무량이 많을 경우 과로와 스트레스의 원인이 되어 산재로 발전할 가능성이 있다. 앞서 언급한 수직적 노무제공 관계와는 달리 복수의 노무제공 대상자가 존재하며 각각의 업무에 대해 우선순위를 따지거나 본업과 부업의 구분이 어려울 경우, 모든 업무가 수평선상에 놓이게 된다. 이 글에서는 이를 ‘수평적 노무제공 관계’라고 부르기로 한다.

수직적 노무제공 관계에서 당사자 사이의 관계가 노동관계에 해당하는 경우 노무제공 대상자와 제3자 중 한쪽에게 전적으로 사용자 책임을 부과하거나 이를 분산하여 양자에게 분배할 수도 있다.

한편 수평적 노무제공 관계의 경우 플랫폼머와 발주자 둘 중 어느 쪽에 사용자 책임을 부과해야 하는가에 대한 문제도 있지만, 그보다는 복수의 플랫폼머 또는 발주자 사이에서 어떻게 사용자 책임을 분배해야 하는지가 더 큰 문제이다.



### 노동시간이 짧을수록 높은 평가를 받는 성과급 제도

노동관계와 개인도급을 구분하는 기준으로 노동시간에 따라 보수가 결정되는지 혹은 노무 제공 결과의 성과물에 대해서만 평가를 받는지를 볼 수 있다. 노동계약 관계에서 성과주의나 생산량(작업량)에 따른 급여제도가 도입되었을 때, 보수의 많고 적음은 노무제공 성과를 달성하는 과정에 따라 달라진다. 예를 들어 성과물의 완성도나 양에 따라 보수가 결정되는 경우, 성과물의 완성도가 높을수록, 제출한 성과물의 양이 많을수록, 그에 걸린 노동시간이 길수록 많은 보수가 지불되는 것이 전통적인 방식이다.

중국의 음식배달의 경우 보수금액을 산정할 때 기준이 되는 노동시간에 대한 평가가 전통적인 기준과는 정반대로 이루어진다. 주문자가 음식을 주문한 후 배달이 완료되기까지 걸리는 시간이 짧을수록 배달원에 대한 평가가 높아지며 배달에 대한 보수금액에도 영향을 미친다. 따라서 매회 배달시간이 짧은 만큼 일정 시간 내에 처리하는 배달 건수가 많아지는 데다 배달 단가도 높아지기 때문에 배달시간이 짧을수록 배달원의 수입이 증가한다.

중국 배달업의 취업실태를 보면, 플랫폼머는 모바일 어플리케이션을 통해 실시간으로 배달원의 배달노선이나 소재를 파악하고 배달원에게 유니폼이나 배지 착용을 요구하며 배달원이 제시간 내에 배달을 완료하지 못하면 배달비 이상의 벌금을 부과한다. 이러한 특징을 보면 배달원의 노동자성이 인정될 가능성은 충분하다. 그러나 배달원이 노동자성을 인정받으려면 노동시간이 짧을수록 보수가 증가한다는 점과 노동시간의 길이에 비례하여 보수가 지불되는

전통적인 노동 개념 사이의 충돌을 해소하는 것이 선행되어야 한다.

## ■ 결론

공유경제라는 개념이 일본에서 주목받기 시작한 것은 최근 2, 3년 사이의 일이지만, 업무처리도급(아웃소싱), 근로자 파견, 개인도급, 하청계열(공급망)과 같이 공유경제와 관련되거나 적어도 그 속성을 갖는 취업형태는 비교적 이른 시기부터 다양하게 활용되었기 때문에 이와 관련된 법규제도 이미 정비되어 있다. 따라서 일본의 경우 공유경제를 완전히 새로운 사회현상으로 평가할 수는 없으며, 전통적인 취업형태와의 관련성을 무시하고 새로운 법적 규제를 고려하는 것은 비효율적이다. 예를 들어 파견이나 사내하청 등의 3자 관계에 대한 법적 규제나 그 기초가 되는 사용자 책임 소재, 노동자성 인정, 노무제공 과정의 지휘감독에 대한 평가 등은 공유경제 관련 논의에 있어 중요한 참고가 될 수 있다.

한편 플랫폼머의 참여와 빅데이터 기술로 인해 언뜻 전통적인 취업형태로 보이지만 실제로는 큰 차이를 보이는 경우도 있다. 예를 들어, 일본에서의 일반적인 배달원은 음식점에 직접 고용되는 노동자이며 배달원과 음식점은 전형적인 노사관계에 있다. 그러나 중국의 배달원은 플랫폼머 또는 그 지역 대리인에 등록되어 있으며 음식점과는 직접적인 법적 관계를 맺지 않는다. 인터넷 배차 서비스의 경우 일본의 택시업계에도 모바일 어플리케이션을 통해 택시를 호출하는 서비스가 도입되었다. 그러나 플랫폼머는 모바일 어플리케이션을 통해 운전자에게 승객 정보를 제공할 뿐, 해당 승객만 태워야 한다는 규정도 없고 어플리케이션의 지시대로 승객을 태우지 않으면 플랫폼머의 평가 순위가 떨어져서 불이익이 발생하는 일도 없다. 승객이 실제로 택시에 탑승하여 운전자에게 구체적인 지시를 할 필요가 있는지 혹은 플랫폼머가 자동으로 구체적인 수송계약을 생성하는지에 따라서 어느 시점에서 수송계약이 성립되는지, 계약 당사자가 누구인지에 대한 판단도 완전히 달라지게 된다.

새로운 기술의 도입과 평가 시스템의 운영에 따라 전통적인 노동관계에서 비정형적인 취업형태로 전환되는 현상은 기업 경쟁력의 핵심 부문에서도 나타나게 되었다. 기존에는 내부 노동시장에서 두터운 법적보호를 받던 노동자들이 단발적인 업무를 수주하는 도급업자로 전환

되었는데, 이러한 노무형태의 증가량을 봤을 때 공유경제와 관련된 '비정형적 취업형태'가 점차 '정형적 취업형태'로 변화하고 있다고 할 수 있다. 또한 이 글에서 설명한 바와 같이 기존의 노동법 이론으로 설명하기 어려운 아래와 같은 현상도 나타나고 있다.

- ① 특정 취업상태하의 당사자에게 계약형태를 선택할 권리가 주어지는 점
- ② 본업과 부업을 구별할 수 없으며 사용자 책임의 소재가 불분명하다는 점
- ③ 노동시간이 짧을수록 높은 평가를 받는 성과급 제도가 존재한다는 점

이러한 문제에 대응하기 위해 공유경제와 관련된 다양하고 새로운 취업형태를 기본적인 '양자 관계'와 '3자 관계'로 분류 및 정리하고, 그에 따라 현행 노동법 규제를 재검토할 필요가 있다.

최근 일본의 입법 동향으로 새로운 취업형태에 대응하기 위해 '가내노동법'을 개정해야 한다는 논의가 나타나고 있다. 가내노동법에서 정한 '가내노동자'란 물품의 제조 및 가공 혹은 판매, 또는 이에 대한 도급을 업으로 하는 자와 기타 이와 유사한 행위를 업으로 하는 자로, 주로 노동의 대가를 얻기 위해 그 업무의 목적물인 물품에 대해 위탁을 받아 물품의 제조 또는 가공 등에 종사하는 자를 말한다.<sup>28)</sup> 가내노동자가 위탁받는 것은 물품의 제조 또는 제조과정에 대해 위탁자의 지휘감독이 이루어지는 경우는 없다. 이러한 점에서 공유경제와 관련된 노동자는 가내노동자와 매우 유사하다. 가내노동법 규제에 따라 가내노동자에게는 위탁 업무의 내용, 임금수준, 임금지불 기한 등이 명시된 장부가 교부되며, 여기에는 최저임금이나 위탁자가 취해야 할 안전위생조치도 명시되어 있기 때문에 노동자의 기본적인 권리가 보장되고 있다. 가내노동법의 노동자 보호 취지가 공유경제하의 노동자 보호에는 어떻게 적용될지 귀추가 주목된다. **☞**

28) 가내노동법(家内労働法) 제2조의 2 참조.