

프랜차이즈 노동관계*

박 제 성**

I. 서 론

프랜차이즈 또는 가맹사업관계를 노동관계로 정의한다는 것은 일차적으로 가맹본부와 가맹점주의 관계를 노동관계로 파악한다는 것을 의미한다. 이는 가맹점주와 가맹점근로자 사이에 이미 존재하고 있는 형식적 노동관계를 매개로 해서 가맹점근로자와 가맹본부 사이에 실질적 노동관계를 형성할 수 있는 가능성을 제공해 줄 것이다. 또한 가맹점주와 가맹점근로자 사이의 사회적 연대를 형성할 수 있는 가능성도 제공해 줄 것이라 믿는다. 가맹점주는 ‘사장’이기 때문에 전통적인 노동법의 관점에서는 근로자가 아니라 오히려 사용자로 분류될 것이고, 따라서 가맹본부와 가맹점주 사이에는 사업자 간 거래관계만 있을 뿐, 노동관계라는 것은 애시당초 논의될 성질의 것이 아니라고 생각하기 쉽다. 하지만 타인의 노동으로부터 이윤을 얻는 자가 책임을 져야 한다는 것은 노동의 인격성에 근거한 노동법의 대원칙이다.

문제는 타인의 노동으로부터 이윤을 얻는 방식, 즉 노동을 조직하는 방식이 변하고 있는 데 반하여, 노동법의 개념과 이론은 이를 따라가지 못하고 있다는 점이다. 실태조사 결과를 보면, 프랜차이즈는 형식적으로는 가맹본부와 가맹점주 사이의 상업적 거래관계이지만, 그 실질에 있어서는 지배와 종속이 존재하는 아주 특별한 관계임을 알 수 있다. 프랜차이즈는 ‘표준화를 통한 통일성’에 근거한 사업이라는 새로운 모델을 등장시켰다. 프랜차이즈에서는 해당 브랜드만의 표준화된 품질과 영업방식이 있으며, 가맹점은 브랜드의 통일성과 가치를 유지할 의무가 있다. 가맹본부는 이를 위하여 가맹점을 지원하거

* 이 글은 박제성 외의 「프랜차이즈 노동관계 연구」(한국노동연구원, 2014)를 요약·수정하고 보완한 것이다. 이 중에서 외국법제에 대한 설명은 양승엽 박사(프랑스), 김기선 박사(독일), 김근주 박사(영국), 윤문희 박사(일본), 황경진 박사(중국)의 글을 요약한 것이다.

** 한국노동연구원 연구위원(jeseongpark@kli.re.kr).

나 감독하는 과정에서 가맹점주를 지배할 수 있는 권한을 획득한다. 가맹본부는 가맹점주에게 지배권을 행사하고, 가맹점주는 가맹본부에 종속되는 관계가 형성되는 것이다. 이러한 관계에서는 지배적 위치에 있는 자가 부담해야 할 위험이 종속적 위치에 있는 자에게로 쉽게 전가된다.

가맹점주가 처해 있는 열악한 영업환경은 새삼스러운 것은 아니지만, 중요한 것은 이러한 상황이 개별 가맹점주의 불성실이나 무능력에서 기인하는 것이 아니라 지배종속적 사업관계인 프랜차이즈에 고유한 구조적 문제라는 점이다. 가맹점주의 열악한 조건은 고스란히 가맹점근로자에게 다시 전가되는데, 이것 또한 프랜차이즈의 구조적 문제에서 비롯되는 것이라는 점에서 가맹점근로자의 근로조건 개선과 사회경제적 지위 향상을 단순히 개별 점포 차원의 문제로 접근하는 것은 한계가 있을 수밖에 없다.

기본적으로 상사관계는 당사자들 사이의 평등을 전제로 하지만, 현실에서는 그러한 평등이 언제나 실현되는 것은 아니다. 형식적 평등은 구체적 불평등을 은폐하는 다른 이름에 불과한 경우가 적지 않다. 이는 기본적으로 사용자와 근로자 사이의 형식적 평등과 구체적 불평등이 겪는 긴장관계와 다르지 않다. 하지만 프랜차이즈의 가장 기본적인 특징 중의 하나는, 프랜차이즈에서 나타나는 이 지배종속관계가 어느 일방의 사실상의 힘의 우위에서 비롯되는 현상에 그치는 것이 아니라, 가맹사업관계의 법적 정의 안에 이미 내재해 있는 ‘법적 현상’이라는 점이다.

가맹사업거래의 공정화에 관한 법률상 가맹사업의 정의에 의하면, 가맹본부는 가맹점주로 하여금 “자기의 상표, 서비스표, 상호, 간판 그 밖의 영업표지를 사용하여 일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 상품 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원, 교육과 통제”를 할 수 있다(제2조). 그 구체적인 내용으로 법은 가맹본부의 준수사항과 가맹점주의 준수사항을 각각 정하고 있는데, 특히 가맹점주의 준수사항에는 가맹사업의 통일성 및 가맹본부의 명성을 유지하기 위한 노력을 비롯하여 가맹본부의 동의를 얻지 아니한 경우 사업장의 위치 변경 또는 가맹점운영권의 양도 금지, 가맹계약기간 중 가맹본부와 동일한 업종을 영위하는 행위의 금지, 가맹본부의 영업기술이나 영업비밀의 누설 금지 등 가맹본부의 사업이익을 위하여 필요한 각종 의무와 금지사항들이 포함되어 있다(제6조).

이러한 규정들은 가맹사업관계가 범상한 상사관계가 아님을 말해 주고 있다. 가맹점주는 가맹사업의 통일성을 유지하기 위하여 노력해야 한다. 가맹점주의 개성과 창의성은 곧 통일성을 해치는 결과를 초래할 수밖에 없기 때문에, 인정되지 않는다. 가맹본부는 통일성을 유지한다는 목적으로 가맹점주의 개별성과 특수성을 제한할 수 있다. 타인(가맹점주)의 개별성과 특수성을 제한하기, 이것은 곧 표준화 또는 규범화라고 부를 수 있는 권력의 작동방식 그 자체이며, 점포라는 하나의 노동장소를 프랜차이즈의 공간으로 재구

성하는 과정이다. 요컨대 가맹사업의 통일성과 명성을 유지하는 과정에서 가맹점주에 대한 가맹본부의 지배권이 관철될 것이고, 가맹점주는 통일성 및 가맹본부의 명성에 종속될 것이다. 그리고 이러한 관계는 법에 의하여 승인되고 있다. 가맹사업법은 분명히 이 점을 인정하면서 지배종속적 상사거래관계에서 나타나는 불공정 거래 행위를 규제함으로써 문제를 해결하고자 하는 것이다. 프랜차이즈는 법적으로 승인된 지배종속관계라는 점에서 노동관계와 매우 유사하다.

하지만 아직 가맹사업관계의 지배종속성은 노동법의 관심권으로 들어오고 있지 못하다. 노동법의 시야가 여전히 사용종속성에 머물러 있기 때문이다. 현재의 근로자성 논의가 설정하는 틀 안에서는 가맹점주가 사업자로서의 지위를 완전히 상실하지 않는 한, 가맹본부와 가맹점주의 관계를 사용자와 근로자의 관계로 간주하기는 힘들 것이다. 이는 이른바 ‘특수형태근로종사자들’이 형식상의 사업자성으로 인해, 사용종속성을 전제로 하는 노동관계에 포섭되지 못하고 있는 것과 유사한 현상이 가맹점주에게도 발생하고 있는 것이라고 볼 수 있다. 다시 말하면, 프랜차이즈는 현실적으로도 그리고 법적으로도 지배종속적 성격을 갖지만, 근로자성에 관한 현행의 논의 구조 안에서는 사용종속적 노동관계로 인정되기 힘들 것이고, 그 결과 대책은 불공정 거래를 규제하는 선에서 머물고 있다.

그러나 임금노동관계도 처음부터 노동법의 관할로 들어온 것은 아니다. 19세기에 임금노동관계를 개별적이고 평등한 민법상 쌍무계약관계로부터 위계와 종속이 인정되는 노동법적 관계로 재정의하기 위한 투쟁이 전개되었다. 그 전까지 임금노동관계는 순전히 민법적인 노무임대차계약관계였을 뿐이다. 19세기 말 이후 임금노동관계는 노동법적 종속노동관계로 정의된다. 오늘날 대기업과 하청기업의 관계, 특히 가맹본부와 가맹점주의 관계는 순전히 상사계약관계로만 간주된다. 하지만 양자의 관계는 결코 자유롭고 평등하지 않다. 양자의 관계는 종속적 상사관계이다. 마치 19세기에 사용자와 근로자의 관계가 자유롭고 평등한 임대차계약관계가 아니라 종속적 노동관계였던 것처럼 말이다. 그러므로 19세기에 그러했듯이 지금은 기업과 기업 간의 종속적 상사관계를 사회법적 관계로 재정의하려는 노력이 필요하다.

II. 외국의 법제

이러한 문제의식은 비단 우리의 것만은 아니다. 외국으로 잠시 눈을 돌려보면, 프랑스처럼 프랜차이즈를 아예 입법적으로 노동관계로 의제하는 나라가 있는가 하면, 중국처럼

오로지 상사관계로만 규율하는 선에서 머물고 있는 나라도 있다. 그 사이에는 근로자와 자영업자 사이에 ‘근로자와 유사한 자’(유사근로자)의 범주를 따로 마련하는 방식으로 가맹점주의 지위에 접근하는 독일이나, 프랜차이즈협회의 자발적인 규제 또는 판례를 통해 프랜차이즈를 노동관계로 확대해석하려는 시도가 보이고 있는 영국 또는 가맹점주의 노동법상 근로자성이 직접 다투어져 노동위원회에서 그것이 인정된 바 있는 일본이 있다.

1. 프랑스

프랑스는 계약의 양 당사자 간에 인적 종속성이 약하더라도 노동관계로 포섭될 여지가 있다면 노동법전의 특정 직군에 대한 규정으로 이를 보호한다. 그 중의 하나가 바로 영업점장에 대한 규정이다. 노동법전에서 정의하는 영업점장이란, 하나의 사업으로부터 독점적으로 또는 거의 독점적으로 일체의 상품을 공급받아 판매하는 직업을 수행하며, 그 사업이 제공하거나 승인한 장소에서 그 사업이 정하는 조건과 가격으로 그 직업을 수행하는 자 또는 하나의 사업을 위하여 주문을 받거나 처리, 취급, 운반할 상품을 접수하는 직업을 수행하며, 그 사업이 제공하거나 승인한 장소에서 그 사업이 정하는 조건과 가격으로 그 직업을 수행하는 자를 말한다. 이러한 정의에 해당되는 영업점장은 임금근로자로 간주되어 노동법전의 전면적인 적용을 받는다. 그리고 판례는 계약의 형식이 아니라 실질을 따져 영업점장 해당 여부를 결정한다.

만일 프랜차이즈 가맹점주가 노동법전에서 정의하는 영업점장의 범위에 해당된다면 마찬가지로 임금근로자로 간주되어 노동법전의 적용을 받게 된다. 그러므로 임금이나 휴가 혹은 해고 같은 중요한 근로조건 및 단체교섭 등 집단적 노동관계에 관한 규정들이 모두 적용된다. 요컨대 프랑스는 프랜차이즈 가맹점주의 노동법상 지위에 관한 문제를 입법으로 해결하고 있다고 할 수 있다.

또한 프랑스 사회보장법전은 노동법전의 영업점장에 해당되는 사람들에게는 민간임금근로자 사회보험제도를 적용한다. 이는 자영업자 사회보험제도보다 영업점장에게 유리하다. 그러므로 영업점장의 정의에 포섭되는 프랜차이즈 가맹점주 또한 민간임금근로자 사회보험제도에 가입하게 된다. 요컨대 프랑스는 사회보장법상의 문제 또한 입법적으로 해결하고 있다고 말할 수 있다.

2. 독일

독일에서 프랜차이즈는 1980년대 이후 새로운 형태의 자영업자의 하나로 급속히 증가하였다. 하지만 프랜차이즈에 대한 법률적 정의, 가맹본부와 가맹점주의 법률관계를 규율

하는 별도의 법률은 없다. 기본적으로 프랜차이즈는 민상사거래라는 관점에서 독일 민법이나 상법의 규정에 근거하여 판례와 학설에 의해 그 공백이 메워지고 있다. 또한 가맹본부와 다수의 가맹점주 간의 계약은 약관의 형태로 이루어지는 것이 일반적이기 때문에, 프랜차이즈는 약관 규제를 통해서도 규율되고 있다. 한편, 가맹점주가 가맹본부가 설정한 업무 지침에 따라야 하거나 가맹본부가 사업의 운영과 관련하여 가맹점주에게 상당한 수준의 통제권을 행사하는 경우가 많고, 결과적으로 종속적 프랜차이즈의 형태가 다수를 차지하고 있다.

이에 따라 법률적으로는 취업자의 형태가 근로자, 유사근로자, 자영업자 등 3분법에 따라 규율되는 독일에서는 가맹점주가 근로자 또는 유사근로자에 해당하는지가 다투어지고, 이에 대해 독일 연방노동법원은 가맹본부에 대하여 가맹점주가 갖게 되는 경제적 종속성 및 이로 인한 가맹점주의 사회적 보호 필요성에 근거하여 유사근로자로서의 지위를 인정하기도 한다. 현행 독일법에서는 가맹점주의 이익을 집단적으로 대표할 수 있는 제도는 마련되어 있지 않으며, 이는 독일 입법자가 풀어야 할 법정정책 과제이다. 이와는 별개로 노동조합 차원에서 가맹점주를 끌어들이기 위한 노력이 이루어지고 있으나, 아직까지는 초기 단계에 머물고 있다고 보아야 할 것이다.

3. 영국

영국에서 프랜차이즈는 개인사업자의 1/3을 차지하고 있는 보편적인 사업 형태이고, 가맹본부가 우월한 법적, 사실적 지위를 바탕으로 이익 분배는 물론 구체적인 사업 운영에 있어서도 세부적으로 관여하는 경우가 많아서 가맹점주는 사실상 종속적 자영업자의 지위에 놓여 있다. 그러나 영국에서는 가맹점주를 보호하기 위한 특별한 법적 장치를 마련하고 있지 않다. 이는 계약 자유의 전통이 강한 영국법의 특성이 반영된 것으로, 양 당사자가 세부적인 사항들을 자유롭게 결정할 때, 이를 존중하는 것이 계약법의 가장 기본적인 원칙이라는 생각에 기반한 것이다.

그럼에도 불구하고 최근에는 프랜차이즈의 규제에 관한 논의가 진행되고 있는데, 가령 영국프랜차이즈협회는 가맹계약의 내용에 대한 자가규제를 통하여 분쟁의 여지를 줄이려고 한다. 자가규제 내용 중 가장 주목할 만한 부분은 가맹계약의 최소기간 설정에 관한 것이다. 즉, 가맹계약을 최초로 체결할 때에는 계약기간을 최소한 5년이 되도록 설정하여야 하며, 갱신하는 경우에는 최소한 15년이 되어야 한다. 이는 잦은 계약 갱신으로 인하여 계약 당사자들에게 발생하는 부담을 감소시키기 위한 것으로, 특히 가맹점주의 종속성을 완화시킬 수 있는 방안으로 작용할 수 있다. 비록 협회의 지침은 법적 효력이 없는 일종의 가이드라인에 불과하지만, 프랜차이즈 가맹본부의 연합체에서 그 최소기간을 보장하

고 있다는 점은 보통법상의 계약관행으로 작용할 수 있기 때문에, 시간이 지남에 따라 실질적인 규범력이 부여될 수 있는 여지가 크다.

한편 판례에서는 프랜차이즈를 노동관계로 포섭하고자 하는 시도가 나타나고 있다. 이러한 시도들은 인적 프랜차이즈를 위장 자영업자로 보는 판례 및 영국 국세청의 지침에서 먼저 나타나기 시작하였다. 최근에는 점포형 프랜차이즈라 하더라도 그 실질을 노동관계로 볼 수 있는 경우에는 이를 위장계약으로 볼 수 있다는 판례가 나왔다. 이것이 단순한 위장 자영업자를 판단한 것인지, 아니면 프랜차이즈의 노동관계 포섭 가능성을 나타낸 것인지에 관해서는 명확하지 않다. 그러나 가맹사업계약이란 형식을 통해 노동법을 회피하는 것이 허용되지 않는다는 점을 확인시켜 줌과 동시에 향후 프랜차이즈를 노동관계로 포섭할 수 있는 여지를 남겨두었다는 점에서 주목할 필요가 있다.

4. 일본

일본에서 프랜차이즈의 법률관계는 민법과 상법이 기본 원칙을 형성하는 가운데 독점금지법과 부정경쟁방지법이 일부 규제를 가하고 있다. 노동기준법을 비롯한 노동관계법은 프랜차이즈를 직접 다루고 있지는 않다. 선행 연구에서도 프랜차이즈를 고용관계 또는 노동관계의 관점에서 다룬 것은 찾아보기 어렵다. 다만, 1990년대 초 거품경제 붕괴 이후 다양한 고용 형태가 나타나면서, 고용과 자영의 중간 위치에 대한 연구 등에서 프랜차이즈 가맹점주에 대한 언급이 나타나는 정도이다.

그러다가 2014년 세븐일레븐 편의점 노동조합의 단체교섭 신청을 거부한 가맹본부의 부당노동행위를 다룬 사건에서, 가맹점주를 노동법상 근로자로 인정하고 가맹본부의 단체교섭 거부를 부당노동행위로 인정한 지방노동위원회의 결정이 나오면서, 새로운 전환점이 마련되고 있다. 이는 프랜차이즈에 노동법을 적용한 최초의 사례이다. 지방노동위원회의 결정인 탓에 학계에서 아직 많은 평석이 나오고 있지는 않지만, 최고재판소의 판례 및 학계 주류의 견해를 담은 노사관계연구회 보고서의 기준을 적용하여 가맹점주의 근로자성을 인정한 것이라는 점에서 상당한 의의가 있으며, 프랜차이즈의 관행을 고려할 때 세븐일레븐만이 아니라 다른 프랜차이즈에서도 노동관계 인정의 가능성을 열었다고 볼 수 있다.

5. 중국

중국에서 프랜차이즈는 독립된 민사상 주체들 사이의 계약관계이고, 가맹본부와 가맹점주 사이의 권리와 의무는 계약의 규정에 따라 처리되고 있다. 노동에 관한 조건을 규율

하는 노동관계법의 규정은 적용되지 않는다. 중국에는 사회주의 국가에서 근로자가 가지는 신분상의 특수성이 있다. 그래서 노동관계법의 적용 여부를 판단함에 있어서 근로자성을 중심으로 하는 것이 아니라, 근로자와 사용자 사이에 노동관계가 존재하는지 여부를 중심으로 하고 있다. 즉, 노동관계법상 노동보호 조항이 적용되기 위해서는 당사자로서의 일정 요건을 갖추고 있어야 하고, 더 나아가 인격 종속성과 업무 종속성이 인정되어야 한다. 하지만 노동관계 존부를 판단하는 이 세 가지 요소의 획일성으로 인해, 최근에 늘어나고 있는 비전형 고용 형태의 근로자는 사용자와의 사이에 노동관계가 없는 것으로 분류되어, 노동관계법이 적용되지 않는 결과를 초래하고 있다.

이를 현실에 맞게 변화시킬 필요에서 지난 2008년부터 시행된 노동계약법은 비전형 노동관계 가운데 우선 파견 노동과 단시간 노동에 한하여 노동보호 규정을 적용하고 있다. 현행 법령에는 프랜차이즈의 실질적인 불평등을 해소하고 가맹점주에 대하여 노동보호를 적용할 수 있는 규정은 없다. 다만, 중국 정부와 최고인민법원이 전통적 노동관계와 비교하여 상대적으로 업무 종속성과 인격 종속성이 약한 택시기사나 지입차주에 대해서 노동관계를 인정하고 있기 때문에, 노동관계의 판단 요소를 다원화하여 프랜차이즈에 대해 노동관계법을 탄력적으로 적용할 수 있는 여지는 남아 있다고 할 것이다.

Ⅲ. 사용자 : 사업을 지배하는 자

1. 정 의

가맹본부가 노동법상 사용자로 정의될 수 있는가? 노동조합 및 노동관계조정법(노조법)은 “이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.”라고 하면서 사용자를 다음과 같이 정의하고 있다. “사용자라 함은 사업주, 사업의 경영 담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 관하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다.”(제2조). 그런데 이 규정은 제대로 된 정의 규정이라기보다는 사용자의 종류를 열거하고 있는 데 지나지 않는 것처럼 보인다. 왜냐하면 이 규정에는 정의 규정에 필요한 개념적 속성이 잘 드러나 있지 않기 때문이다.

정의(定義)란 그 대상의 개념적 속성을 밝힘으로써 그 대상과 가장 가까운 동류항에 속하는 다른 대상과의 차이를 드러내는 작업이다. 인간의 정의를 예로 든다면, “인간은 정치적 동물이다.”와 같이, 정의하고자 하는 개념인 인간의 속성으로서 정치적인 것을 밝힘으로써 인간과 가장 가까운 동류항인 동물에 속하는 다른 대상과 어떤 차이를 갖는지

를 드러내는 것이다. 노조법상 근로자의 정의는 여기에 잘 부합하는 것처럼 보인다. “근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.”에서 ‘직업의 종류를 불문하고 … 생활하는’ 부분이 개념적 속성에 해당하고, ‘자’는 법에서 말하는 인간(persona)으로서 가장 가까운 동류항 즉 최근류(最近類)에 해당한다. “근로자는 인간이다.” 이것은 틀린 말은 아니지만 정의로서는 제대로 된 것이 아니다.

“사용자는 사업주다.” 이것도 비슷해 보인다. 그러나 입법자가 그 규정을 정의 규정이라고 했으면 거기에는 정의 규정다운 무엇인가가 있을 것이라고 생각하는 것이 합리적일 것이다. 법 규정을 해석하는 사람은 그것이 무엇인지를 분석하고 밝혀내야 한다. 즉, 사용자의 정의 규정, 특히 대표적으로 ‘사용자는 사업주를 말한다.’라는 규정에서 개념적 속성과 최근류를 분석하는 작업을 해야 한다. 사용자의 정의가 잘 드러나지 않는 이유는 이 규정 속에 개념적 속성과 최근류가 포함되어 있지 않기 때문이 아니라, 양자가 표면적으로 분리되어 있지 않고 하나의 낱말로 결합되어 있기 때문이다.

사업주란 말 그대로 사업의 주인, 즉 사업을 지배하는 자를 말한다. 여기에서 ‘사업을 지배하는’이 개념적 속성에 해당하고, 최근류는 근로자와 마찬가지로 ‘자(persona)’이다. 즉, 노조법의 사용자 정의 규정은 ‘사용자는 사업을 지배하는 자를 말한다.’라는 규정이다. 이는 근로기준법도 마찬가지이다. 그러므로 근로기준법의 정의 규정을 준용하고 있는 여타 노동관계법도 마찬가지이다.

사용자를 이렇게 정의해야 하는 이유는 그렇지 않으면 노동법을 통일적으로 해석하기가 곤란하기 때문이다. 대부분의 노동법 교과서에서는 이 사업주를 개인(개인사업의 경우) 또는 법인(법인사업의 경우)으로 해석한다. 그런데 이렇게 개별 법인이 사업주로서 사용자라고 하면, 가령 단체교섭에서 사용자의 범위를 확대하는 논의가 여의치 않게 된다. 왜냐하면 노조법은 부당노동행위 금지 의무를 “사용자”에게 부과하고 있기 때문이다(제81조). 사용자가 아닌 다른 법인에 대해서 적용하기가 곤란해질 수 있는 것이다. 물론 학설상으로는 실질적 영향력설 등이 주장되고 있긴 하지만, 사업주를 개별 법인으로 한정하는 해석과 양립하기는 쉽지 않아 보인다. 그렇다고 사용자의 범위를 확대하려는 논의가 틀렸다는 말이 아니다. 법은 현실의 변화에 조응해야 한다. 오늘날의 기업 환경이 변하고 있다면 노동법의 개념도 현실에 맞게 변하는 것이 옳다. 문제는 사업주를 개별 법인보다 더 넓은 의미로 이해하려는 노력이 필요하다는 것이다(좀 더 자세한 논의는 아래 참조).

그런데 사용자의 정의 규정은 근로자의 정의 규정에 비하여 상대적으로 더 추상적이다. 이는 곧 해석의 공간이 그 만큼 더 열려 있다는 것을 의미한다. 정의 규정은 기본적으로 법의 적용 범위를 제한한다. 근로자라는 말을 정의하고 나면, 그 정의에 들어오지 않는

자는 근로자가 아니게 되고, 따라서 그 자의 법률관계는 근로자의 법률관계를 규율하는 법의 적용 범위에서 제외된다. 정의 규정은 그 정의에 해당되지 않는 자에게는 ‘법이란 영원히 들어갈 수 없는 문’이라는 프란츠 카프카의 메타포가 현실이 되는 법은폐적 상황을 초래할 수 있다. 그런 점에서 사용자의 정의 규정이 상대적으로 열려 있다고 하는 법적 탈은폐의 상황은 사용자의 표상 변화 및 그에 따른 노동관계의 변화 양상에 조응하여 사용자의 개념을 조정하고 구체화할 수 있는 법해석적 공간을 창출한다.

2. 사업

사업주란 사업을 지배하는 자이다. 사업이란 무엇인가? 사업이란 특정한 목적, 즉 생산 또는 서비스의 실현을 위해서 사람과 사물을 결합할 수 있는 자유가 구현된 것이다. 그 구체적인 형식은 경제적 조건, 사회적 조건, 기술적 조건, 그리고 법제도적 조건에 따라 달라질 것이다. 그 조건들에 따라서 사업주는 자신의 고유한 재산과 이름으로 사업을 구상할 수도 있고, 개별 법인의 형식으로 사업을 구상할 수도 있고, 분사, 외주, 용역, 하청, 프랜차이즈 또는 나아가 재벌 등 네트워크형 사업집단을 구상할 수도 있다. 생산 또는 서비스의 실현이라는 목적 자체가 다양할 뿐만 아니라, 그 목적을 위해서 사람과 사물을 동원하고 결합할 수 있는 자유 또한 다양한 만큼, 사업의 형식도 다양할 수 있다. 무엇이 되었든 중요한 것은 사업주가 선택한 사업의 법형식에 구애되는 것이 아니라, 구체적 평등의 실현이라는 노동법의 목적이 실현되어야 할 바로 그 곳에서 사업의 표현 양식을 읽어 내는 것이다. 사업주가 구체적이고 가시적인 위계적 사업 구조를 형성하는 경우에는 그것을 사업으로 파악하고, 추상적이고 비가시적인 그물망의 사업 구조를 형성하는 경우에는 그 그물망을 사업으로 파악할 수 있어야 한다.

가령, 단체교섭 거부를 금지하는 노동법의 목적이 개별 기업 차원에서도 실현될 수 있을 것 같으면 그 기업을 사업으로 파악해도 문제가 없겠지만, 사내하청이나 재벌에서 볼 수 있는 바와 같이 해당 기업이 아니라 그 배후에 있는 지배기업 차원이 아니면 법의 목적이 실현될 수 없다고 한다면 그 지배기업까지 통합해서 전체를 하나의 사업으로 파악하는 것이 필요하다는 것이다. 요컨대, 사업은 경제적 개념이 아니라 노동법적 개념이다. 당연한 듯 들리는 이 말을 반복하는 이유는 종래의 다수설이 사업을 노동법의 목적에 비추어 해석하기보다는 하나의 경제적 소여(所興)로서, 즉 기업이라고 하는 단일하고 고정된 경제적 실체로 해석하는 경향이 강했기 때문이다.

노동법 말고 다른 법에서는 그러한 접근법이 많이 보인다. 공정거래법에서 정의하는 ‘기업집단’ 개념이 대표적이다. 기업집단이란 동일인이 사실상 그 사업 내용을 지배하는 회사의 집단을 말하는데, 여기서 사실상 그 사업 내용을 지배하는지 여부는 주식의 소유

관계라는 경제적 기준 또는 지배적인 영향력의 행사라는 사회적 기준에 따라서 판단한다.1) 또는 회사법에서 ‘연결재무제표’라는 것이 있는데, 이는 둘 이상의 회사가 지배와 종속의 관계에 있는 경우 해당 회사들의 재무제표를 통합하여 작성하는 제도를 말한다.2) 여기서 지배종속의 관계란 어떤 회사가 경제 활동에서 효용과 이익을 얻기 위하여 다른 회사의 재무 정책과 영업 정책을 결정할 수 있는 능력을 가지는 경우를 말한다.3) 이러한 개념이나 제도들은 모두 현대의 기업구조나 경영실태의 변화에 조응하여 법의 실효성을 확보하고자 하는 목적에서 비롯된 것이다.

법의 목적에 따라 법이 적용되는 대상을 현실조응적으로 파악하려고 하는 이러한 법의 정신은 상법에 머물러서는 안 되며, 노동법으로도 확장될 필요가 있다. 상법이 할 수 있는 것은 노동법도 할 수 있는 것이다.

유럽사법재판소의 사업이전 판례는 이러한 접근법을 보여 주는 좋은 예가 될 것이다. 원청의 사업 일부(가령 청소나 경비)를 위탁받아 운영하는 하청업체가 변경되는 경우에 이를 영업양도로 보아 근로자의 고용승계를 인정할 수 있는가 하는 문제가 있다. 종래의 영업양도 법리에서는 신규(新舊) 하청업체들 사이에 아무런 계약관계도 존재하지 않기 때문에(하청의 변경은 원청의 결정으로 이루어지는 것이지 하청들 간의 계약에 의하여 이루어지는 것이 아니므로) 이를 영업양도로 인정할 수 없다고 보았다. 그러나 유럽사법재판소는 2002년 템코서비스 사건에서 이를 영업양도로 인정하였으며, 따라서 근로자의 고용이 승계된다는 점을 확인하였다.4) 법원은 신규 하청업체들 사이에 직접적인 계약관계가 없다고 하더라도 ‘계약관계망’의 일부를 구성하는 한 영업양도로 보는 데 문제가 없다고 하였다. 이를 ‘사업이전’ 법리라고 한다.

물론 우리 노동법에 그런 정신이 전혀 없는 것은 아니다. 가령, 근로기준법 제44조는 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인이 직상수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못하면 직상수급인이 하수급인과 연대책임을 지도록 규정하고 있으며, 제44조의2는 건설업자가 아닌 자에게 수차례 공사도급이 이루어진 경우에는 귀책사유를 불문하고 상위 수급인 중에서 최하위의 건설업자인 수급인의 임금지급 연대책임을 규정하고 있다. 나아가 제44조의3은 하수급인의 근로자에게 법원의 판결 등 임금채권에 대한 집행권원이 있는 경우에는 발주자의 수급인(원수급인)도 임금지급책임을 진다고 규정하고 있다. 이러한 법의 정신은 좀 더 일반화될 필요가 있다.

1) 동법 시행령 제3조.

2) 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제1조의2.

3) 동법 시행령 제1조의3.

4) CJCE, 2002. I. 24., aff. C-51/00, Temco Service Industries.

3. 지배

사업주란 사업을 지배하는 자이다. 지배란 무엇인가? 사업이 특정한 목적을 위해 사람과 사물을 결합할 수 있는 자유가 구현된 것이라고 한다면, 사업에 대한 지배도 사람에 대한 지배와 사물에 대한 지배로 구분할 수 있을 것이다. 그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 사업의 형식이 다양한 만큼, 사업에 대한 지배의 형식도 다양할 수 있다. 어떤 경우에는 사람에게 대한 지배가 결정적일 수 있고, 어떤 경우에는 사물에 대한 지배가 결정적일 수 있고, 나아가서는 사물에 대한 지배만으로도 충분한 경우가 있을 수 있다. 지배는 또한 직접적인 형태로 실현될 수도 있고, 간접적인 형태로 실현될 수도 있으며, 나아가 유보된 채 비가시적으로 실현될 수도 있다.

직접적 지배권은 전형적인 직접고용관계(지시종속관계)⁵⁾에 좀 더 잘 대응한다(그런 점에서 직접적 지배권을 ‘지시권’이라고 부를 수 있다). 유보된 지배권은 흔히 ‘특수형태근로종사자’라고 부르는 개인하청에 좀 더 잘 대응한다. 간접적 지배권은 이른바 사내하청에 좀 더 잘 대응한다. 그러나 이러한 대응관계는 어디까지나 상대적인 것일 뿐, 절대적인 대응관계가 아니다. 가령 직접고용관계에서도 지배권의 행사는 유보될 수 있다. 특히 임금과 고용을 성과에 연동시키는 경영기법들이 그렇다.⁶⁾ 그리고 여기에서 프랜차이즈와 관련해서 말하고자 하는 지배는 가맹점주에 대한 가맹본부의 지배인데, 이 지배는 유보된 지배권이라 할 수 있다. 가맹계약에 이미 지배권의 행사로 실현하고자 하는 내용이 담겨 있다. 외형상으로는 지배권을 행사하는 것이 아니라 그저 계약을 이행할 뿐이다. 그런데 그 계약의 이행은 가맹점주의 기본적인 근로조건을 좌우한다.

종래의 논의는 이 중에서 직접적 지배권을 중심에 놓고 전개되었다. 즉, 개인하청근로자 또는 사내하청근로자의 근로조건이 직접적 지배권에 종속되어 있다는 의미에서 지시종속관계임을 논증하는 식이었다. 지시종속관계란 근로자가 사용자의 지시에 따라서 노동을 제공하는 관계를 말한다. 그에 관한 합의가 곧 근로계약이다. 근로계약은 특정한 책무를 하는 것, 주는 것 또는 하지 않는 것을 목적으로 하는 것이 아니라, 근로자가 사용자의 지시에 따르는 상태에 임한다는 것 그 자체를 목적으로 한다. 사용자가 근로계약을

5) 학계나 판례에서는 ‘사용종속관계’라는 표현을 많이 쓴다. 그런데 이 표현은 일본의 노동기준법이 근로자를 “취업의 종류를 불문하고 사업 혹은 사업장에 사용되는 자로서 임금을 받는 자를 말한다.”라고 정의하고 있는 사정에서 비롯된 것으로 보인다. 일본에서는 정의 규정에서 ‘사용’이라는 말을 쓰고 있기 때문에 ‘사용종속’이라고 표현하는 것이다. 반면에 근로자의 정의 규정에서 사용이라는 말을 쓰고 있지 아니한 한국의 법제에서는 ‘지시종속’이라는 표현이 더 적절하다고 생각한다.

6) 그런 점에서 오늘날 임금근로자는 개인하청근로자에 근접하고 있다고 말할 수도 있을 것이다. 그리고 개인하청근로자는 곧 비임금 ‘근로자’라는 점에서 근로자를 통합적으로 이해할 필요성이 점점 더 커지고 있다고도 말할 수 있을 것이다.

통해서 의도하는 결과, 즉 생산 또는 서비스의 실현은 근로자가 할 일을 구체적으로 지시하는 가운데 실현된다. 근로자의 계약상 의무는 사용자의 지시에 따라서 노동을 제공하는 것에 그칠 뿐, 사용자의 의도를 파악하고 실현하는 데 있지 않다. 사용자가 근로계약을 통해서 노동에 대한 지시권을 획득하는 시간은 근로계약에서 정한 시간으로 한정된다. 이처럼 근로계약은 사용자의 권한을 정당화하면서도 동시에 또한 제한하는 이중적 기능을 갖는다. 이는 곧 사용자의 권한과 사용자의 책임은 동전의 양면이라는 것을 의미한다. 지시종속관계에서는 사용자의 지시권 행사가 직접적이고 구체적인 만큼, 사용자의 책임도 가시적이다.

반면에 간접적 지배권이나 유보된 지배권은 노동법의 적용 범위를 벗어나는 것처럼 취급되었다. 눈에 보이지 않는 비가시적 지배권의 행사를 눈에 보이도록 논증한다는 것은 매우 어려운 일이 될 수밖에 없다. 그런데 지배권의 핵심적인 속성 중의 하나는 바로 이 비가시성이다. 전통적인 지시권이 ‘뉴튼적’이라면, 지배권은 ‘아인슈타인적’이다. 지시종속관계는 마치 사과가 지구로 떨어지는 것과 같다. 힘의 작용이 직접적이면서 단선적이다. 가시적이다. 반면에, 지배종속관계는 눈에 보이지 않는 팽팽한 그물 위에 농구공을 올려 놓고 그 근처에 탁구공을 굴리는 것과 같다. 비가시적이다. 탁구공은 제 스스로 갈 길을 가는 것처럼 보이지만, 사실은 농구공이 있는 움푹 패인 곳으로 끌려 들어갈 수밖에 없다. 탁구공의 운동은 이미 사전에 농구공에 의하여 제어되어 있기 때문이다. 그러므로 지배종속 개념은 사업이 네트워크의 양상을 취하는 경우에 좀 더 유용한 개념이 될 수 있다. 수직적 지시종속관계에 있던 근로자들을 개인사업자의 형식을 빌려 수평적 계약관계망을 형성하는 경우(흔히 ‘특고’라고 부르는 개인하청), 사업에 필요한 노동력을 중개인을 통해 외부에서 공급받는 형식으로 노동력공급망을 형성하는 경우(이른바 사내하청) 또는 사업의 일부를 외부로 떼어 내거나 외부에 있는 기업을 사업 안으로 통합시켜 하나의 사업망을 형성하는 경우(프랜차이즈 또는 사업집단) 등이 그렇다.

이것을 좀 더 정제된 표현으로 다시 말하면, 지배란 사전적 행위 제어와 자의적 개입 가능성이 결합된 것이라고 할 수 있다. 타인의 행위에 대해서 구체적이거나 현실적인 지시를 매개하지 않고서도 의도하는 행위를 강제할 수 있고, 의도에서 벗어나는 경우에는 언제라도 개입할 수 있는 권한이 유보되어 있을 때, 지배가 존재한다고 말할 수 있다. 예를 들면, 달성해야 할 목표를 사전에 설정하고 그 성과 여부를 평가해서 재계약 여부를 결정하거나, 제삼자를 통해 노동과정을 제어하면서 필요한 경우 제삼자를 교체하는 방식으로 원하는 지배를 실현하거나, 사업주의 이익 실현에 최적화된 구조를 만들어 놓음으로써 그 구조 안에 들어오는 자는 자신의 의지와 상관없이 구조적으로 사업주의 이익에 복무되도록 하는 방법 등이 있을 것이다.

이 점에서 미국 연방노동관계위원회(NLRB)의 2015년 8월 27일 판결은 극히 시사적이

다.7) 브라우닝페리스 재활용 쓰레기 처리 공장에서 쓰레기 분류 및 처리 작업을 하는 근로자들은 리드포인트 인력관리회사에서 공급된 이른바 사내하청근로자들이다. 근로자들은 원청인 브라우닝페리스가 공동사용자로서 단체교섭에 응해야 한다고 주장하였다. 1984년 이후 확립된 NLRB의 공동사용자성 판단 기준에 의하면, 원청이 하청근로자들의 근로조건에 대해서 지휘명령권을 실제로 행사한 경우에만 원청의 공동사용자성이 인정된다. 하지만 2015년의 판결에서 NLRB는 공동사용자성이 인정되기 위해서 반드시 원청의 지휘명령권이 실제로 행사될 필요는 없으며, 원청이 제삼자(즉 하청)를 통해서 간접적으로 근로조건에 지휘명령권을 행사하거나 또는 원청이 그렇게 할 수 있는 권한을 유보한 경우에도 공동사용자성이 인정된다고 하였다. 우리가 앞에서 분류한 용어로 다시 표현하면, 직접적 지배권을 행사하는 자만이 아니라 유보된 지배권 또는 간접적 지배권을 행사하는 자도 사업을 지배하는 자로서 사업주에 해당한다는 것이다.

4. 소 결

노동법에서 말하는 사용자란 기본적으로 사업주이며, 사업주란 사업을 지배하는 자를 말한다. 사업은 법인일 수도 있고 ‘법인들’일 수도 있다. 사업주는 법인일 수도 있고 ‘자연인’일 수도 있다. 이 네 가지 교집합 가운데 종래 노동법학은 법인사업을 운영하는 법인만 포착했을 뿐이다. 이제는 법인을 지배하는 개인, 법인들을 지배하는 법인 나아가 법인들을 지배하는 개인까지도 노동법의 시야 속에 포착해야 한다. 사업은 법인 자체가 하는 것이 아니라 언제나 ‘사람’이 하는 것이다. 그 사람이 개인의 이름으로 사업을 할 수도 있고, 법인을 만들어 사업을 할 수도 있는 것이다. 또한 그 개인은 형식상 법인과 무관한 지위를 유지하면서 법인의 사업을 지배할 수도 있다.

상법에서 규정하고 있는 ‘업무집행지시자’ 개념은 매우 시사적이다. 상법 제401조는 “이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리 한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 규정하고 있는데, 여기서 연대책임을 부담하는 이사의 범위에는 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무 집행을 지시한 자 또는 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자 또는 이사가 아니면서 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 전무, 상무, 이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자가 포함된다(제401조의2).

노동법에서도 이러한 문제의식을 적극적으로 받아들일 필요가 있다. 노동하는 자의 인격을 보호하고 노동하는 자의 인격을 처분하는 자에게 그에 상응하는 책임을 물어야 한다는 법적 정의는 어느 나라에서나 다르지 않다. 하지만 그것이 구체화되는 모습은 각

7) *Browning-Ferris Industries of California*, 362 NLRB 186(2015).

나라가 처한 상황에 따라 달라진다. 우리 노동법학이 주로 참조하고 있는 나라들과 달리 한국은 재벌과 하청이 큰 비중을 차지하고 있다. 그렇다면 재벌과 하청의 존재를 고려한 해석론이 전개되어야 마땅할 것이다.

IV. 맺음말

프랜차이즈는 가맹본부가 자신의 사업목적을 위하여 가맹점주들을 지배종속적 관계로 포섭하고 있는 네트워크로서, 그 전체가 하나의 사업이라고 할 것이다. 그리고 가맹본부는 그 사업을 지배하는 자로서 가맹점주에 대해서 간접적 지배권 또는 유보된 지배권을 행사한다. 이러한 점에 근거하여 프랜차이즈를 노동관계로 재정의할 수 있다. 그렇다면 그러한 재정의로부터 어떠한 정책적 대안이 도출될 수 있을까? 예를 들면 다음과 같은 정책들을 생각해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 가맹점주와 가맹점근로자의 소득과 근로조건에 대해 가맹본부에게 책임을 부여하는 정책이다. 가맹점주가 가맹점근로자에게 근로기준법이 규정하는 근로시간, 야간수당, 주휴수당 등의 조건을 보장하면서도 가맹점을 운영할 수 있는 수준의 적정한 소득보장 책임을 가맹본부에게 부여하는 것이다. 지금처럼 가맹본부의 비용이 가맹점주에게 전가되고, 다시 이 부담이 가맹점근로자에게 전가되는 연쇄적 비용전가 구조에서는 가맹점근로자에 대한 가맹점주의 노동법상 책임을 묻는 것이 ‘도덕적으로’ 곤란해진다. 이는 약자와 약자의 갈등을 부각시킴으로써 강자의 진정한 책임을 실증하게 만드는 결과만을 초래할 뿐이다. 이러한 부정의를 시정하기 위해서 가맹점주에게 최소한의 기본적인 소득을 보장하는 방안을 마련할 수 있을 것이다. 예를 들어 프랑스 노동법은 단체협약으로 가맹점주와 가맹본부 간에 체결된 계약이 준수해야 하는 조건들을 정하면서 가맹점주에게 최소한의 급여를 보장하는 방안을 정하도록 규정하고 있으며, 행정관청은 그 단체협약을 모든 가맹점에 확장 적용되도록 할 수 있다.

둘째, 가맹점주를 노동채해로부터 보호하기 위한 정책이다. 특히 과로사가 문제이다. 1년 365일 24시간 영업은 가맹본부의 이익이다. 하지만 이로 인해 발생하는 비용은 가맹점주의 부담이다. 연중무휴 영업에 불가피하게 발생하는 인건비 부담을 줄이기 위해서 가맹점주가 장시간 노동을 할 수밖에 없는 것이 현실이다. 이는 심각한 신체적, 정신적 건강의 침해를 초래한다. 이러한 위험에 대응하기 위해서는, 장시간 야간노동을 제한하는 조치를 취하는 것과 함께, 가맹점주를 산재보험에 가입하도록 하는 것이 필요하다. 물론 현행 산재보험법도 중소기업 사업주의 산재보험 가입을 인정하고 있다(제124조). 하지만

보험료 전액을 자비로 부담하게 하는 것이나, 현행 산재보험법상의 ‘특수형태근로종사자’처럼 보험료 절반을 자비로 부담하게 하는 것은 적절하지 않다. 당장의 저소득으로 고통 받는 자들에게는 미래의 위험 부담을 위하여 보험료를 지출하는 것조차 부담스럽기 때문이다. 건강은 개인이 알아서 챙겨야 하는 사적인 문제가 아니라, ‘사회적 기본권’에 속한다는 인식을 가질 필요가 있다. 프랜차이즈를 노동관계로 재정의한다는 말은 산재보험료를 일반 임금근로자와 마찬가지로 가맹본부가 부담하도록 한다는 것을 함축한다.

셋째, 가맹점주의 노동삼권을 제도적으로 보장하기 위한 정책이다. 현실적으로 그리고 법제도상으로도 가맹본부의 지배권에 종속되어 있는 가맹점주가 자신의 권익을 옹호할 수 있기 위해서는 집단적 힘을 바탕으로 가맹본부와 교섭할 수 있어야 할 것이다. 일본에서는 가맹점주의 노동조합이 요구한 단체교섭을 거부한 가맹본부의 행위를 부당노동행위로 인정한 노동위원회 결정례도 나와 있다. 현대 사회에서 단체교섭과 단체협약이 담당하는 역할은 고전적인 산업사회와 같을 수 없다. 특정한 직업사회의 공정하고 안정적인 직업생태계를 위한 공통의 규칙을 작성하는 절차로 이해할 필요가 있다. 가맹점주들을 대표하는 단체와 가맹본부들을 대표하는 단체로 가맹사업에 고유한 교섭위원회를 구성하고, 정부의 적극적인 교섭 지원을 통해 산업의 표준협약을 체결할 수 있도록 하는 것이다. 나아가 장기적으로는 가맹점근로자들의 단체까지 합류하여 세 당사자들의 권리와 의무를 정할 수 있는 교섭위원회를 구성하는 그림도 그려볼 수 있을 것이다.

이러한 정책들을 착상하기 위해서는 노동관계는 결코 순수한 사적 관계로만 머물러 있을 수 없다는 점을 인식하는 것이 무엇보다 중요하다. **KLI**