

연구보고서
2019-06

자영업자 사회법제 연구

- 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로 -

박제성 · 강성태 · 유성재 · 박은정

목 차

요 약	i
-----------	---

서론 및 총설	1
1. 포용주의적 접근	(강성태) 2
2. 목적론적 접근	(유성재) 4
3. 노동계약유형적 접근	(박은정) 6
4. 보편주의적 접근	(박제성) 9

제1부

제1장 근로기준법의 적용범위	15
제1절 서 론	(강성태) 15
제2절 해석론	18
1. 포용주의적 접근	(강성태) 18
2. 목적론적 접근	(유성재) 19
3. 노동계약유형적 접근	(박은정) 20
4. 보편주의적 접근	(박제성) 22
제3절 입법론	25
1. 포용주의적 접근	(강성태) 25
2. 목적론적 접근	(유성재) 26
3. 노동계약유형적 접근	(박은정) 26
4. 보편주의적 접근	(박제성) 30
제2장 노동조합법의 적용범위	33

제1절 서론	(유성재)	33
제2절 해석론		35
1. 포용주의적 접근	(강성태)	35
2. 목적론적 접근	(유성재)	36
3. 노동계약유형적 접근	(박은정)	38
4. 보편주의적 접근	(박제성)	40
제3절 입법론		44
1. 포용주의적 접근	(강성태)	44
2. 목적론적 접근	(유성재)	45
3. 노동계약유형적 접근	(박은정)	46
4. 보편주의적 접근	(박제성)	47
제3장 직업안정법의 적용범위		50
제1절 서론	(강성태)	50
제2절 해석론		53
1. 포용주의적 접근	(강성태)	53
2. 목적론적 접근	(유성재)	54
3. 노동계약유형적 접근	(박은정)	54
4. 보편주의적 접근	(박제성)	55
제3절 입법론		57
1. 포용주의적 접근	(강성태)	57
2. 목적론적 접근	(유성재)	58
3. 노동계약유형적 접근	(박은정)	58
4. 보편주의적 접근	(박제성)	59
제4장 사회보험법의 적용범위		61
제1절 서론	(박은정)	61
1. 고용보험법의 적용범위		61

2. 산재보험법의 적용범위	63
제2절 해석론	64
1. 포용주의적 접근	(강성태) 64
2. 목적론적 접근	(유성재) 65
3. 노동계약유형적 접근	(박은정) 65
4. 보편주의적 접근	(박제성) 66
제3절 입법론	68
1. 포용주의적 접근	(강성태) 68
2. 목적론적 접근	(유성재) 68
3. 노동계약유형적 접근	(박은정) 69
4. 보편주의적 접근	(박제성) 69

제2부

제1장 포용주의적 접근	(강성태) 75
제1절 서론	75
1. 용어	75
2. 배경	77
3. 새로운 접근으로서 나이테형 모델	78
제2절 근로기준법의 적용범위	83
1. 해석론	83
2. 입법론	88
제3절 노동조합법의 적용범위	90
1. 해석론	90
2. 입법론	94
제4절 직업안정법의 적용범위	96
1. 해석론	96
2. 입법론	98

제5절 사회보험법의 적용범위 : 산재보험법과 고용보험법을 중심으로	99
1. 해석론	99
2. 입법론	100
제6절 소 결	101
제2장 목적론적 접근	(유성재) ··· 106
제1절 서 론	106
제2절 근로기준법의 적용범위	108
1. 해석론	108
2. 입법론	112
제3절 노동조합법의 적용범위	115
1. 해석론	115
2. 입법론	123
제4절 직업안정법의 적용범위	126
1. 해석론	126
2. 입법론	127
제5절 사회보험법의 적용범위	127
1. 통일된 근로자 개념의 가능성	127
2. 산재보험의 인적 적용범위	129
3. 고용보험의 인적 적용범위	131
제6절 소 결	132
제3장 노동계약유형적 접근	(박은정) ··· 135
제1절 서 론	135
제2절 근로기준법의 적용범위	142
1. 해석론	142

2. 입법론	145
제3절 노동조합 및 노동관계조정법의 적용범위	150
1. 해석론	150
2. 입법론	153
제4절 직업안정법	154
1. 해석론	154
2. 입법론	156
제5절 사회보험법	157
1. 해석론	157
2. 입법론	158
제6절 소 결	161
제4장 보편주의적 접근	(박제성) ... 164
제1절 서 론	164
제2절 근로기준법의 적용범위	167
1. 해석론	167
2. 입법론	170
제3절 노동조합법의 적용범위	172
1. 해석론	172
2. 입법론	178
제4절 직업안정법의 적용범위	180
1. 해석론	180
2. 입법론	182
제5절 사회보험법의 적용범위	183
1. 산재보험법	183
2. 고용보험법	186
3. 사회적 인출권	187

제6절 소 결	189
결 론	192

요 약

본 연구는 사회법제의 인적 적용범위를 비판적으로 논하고 있다. 구체적으로는 근로기준법, 노동조합 및 노동관계조정법(노동조합법), 직업안정법, 사회보험법(산재보험법과 고용보험법)의 인적 적용범위에 관한 것이다. 비판적으로 논하고 있다는 것은 현재의 적용범위가 지나치게 협소하여 직업세계의 변화를 제대로 반영하지 못하고 있다는 인식에 기초하여 적용범위의 확대를 검토한다는 뜻이다.

지난 20~30년 동안 ‘특고’를 둘러싼 해석론과 입법론은 끊이지 않았다. 하지만 각각의 견해들이 독립적으로 전개되었을 뿐 다양하게 제시되는 견해들을 종합적으로 비교, 검토할 수 있는 자료는 거의 없었다.

본 연구는 다양한 견해들을 한자리에 모아 현재 수준에서 관련 논의가 어디에서 어디까지 걸쳐 있는지 그 스펙트럼을 보여주고자 하였다. 물론 학계의 모든 논의들을 다 포괄했다고 말할 수는 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 본 보고서에서 전개되고 있는 논의들을 이해한다면 관련 논의의 현재 지점을 이해하고 미래 전망을 확보하는데 큰 무리는 없을 것이다.

본 보고서는 현재의 논의 스펙트럼을 네 가지로 구분하였다. 포용주의적 접근(강성태), 목적론적 접근(유성재), 노동계약유형적 접근(박은정), 보편주의적 접근(박제성) 등이 그것이다. 각각의 학설은 사회법제의 인적 적용범위를 검토하기 위한 기본적 인식을 제시한 후, 근로기준법, 노동조합법, 직업안정법, 사회보험법의 순서로 각각 해석론과 입법론을 전개하였다.

독자의 필요와 편의를 위하여 보고서를 제1부와 제2부로 나누었다. 제1부는 각각의 법 영역별로 네 가지 학설을 상호 비교하는 부분이다. 제2부는 각각의 학설을 독립된 형태로 담았다.

1. 포용적 접근

포용적 접근이란 노동법을 취약 자영업자(vulnerable self-employed)에게도 확장함으로써 노동법의 보호가 국민경제와 사회의 불평등과 격차를 완화하는 데 기여하도록 해야 한다는 생각에 기초한다. 보편주의적 접근이 주로 ‘일하는 모든 개인’을 상정한 것이라면, 포용적 접근은 ‘전통적인 근로자와 비슷하게 일하는 자영업자’를 주로 염두에 둔 것이다.

노동법 적용에서 포용적 접근의 주된 대상은 고용형 자영업자이다. 지난 20년간 근로자성 논의의 초점이 되었던 ‘특고’의 경우, 상당수는 오분류에 해당할 것으로 추측되고, 나머지 대다수는 고용형 자영업자에 속할 것으로 추측된다. 자영업자와 임금근로자의 속성이 혼재하는 노무제공자를 사회법제의 보호 속에 포함시키기 위해 인적 적용 모델을 현행 이분모델(근로자와 비근로자로 구분)에서 나이테형 모델로 전환할 것을 제안한다.

나이테형 모델은 보호의 내용과 대상을 크게 삼분한다. 사회법제의 보호 내용은 핵심 보호, 중간 보호, 기초 보호로 구분하고, 보호 대상은 임금근로자, 고용형 자영업자, 사업형 자영업자로 구분한다. 임금근로자에게는 모든 보호를, 고용형 자영업자에게는 중간 보호와 기초 보호를, 사업형 자영업자에게는 기초 보호를 적용하는 방안이다. 나이테 모델에서 노동권은 적용 대상의 범위에 따라 보편적 노동권, 포용적 노동권, 핵심적 노동권으로도 부를 수 있다.

이 모델은 사회법제의 적용을 모든 개인적 노무제공자로 확대하는 대신, 노동 보호를 상대화한다. 현실적으로 볼 때 결과적으로 자영업자에 대하여도 사회법제가 본격적으로 적용될 수 있게 된다. 다만 자영업자는 종속성과 독립성의 정도에 따라 보호의 내용과 정도가 상대화되는 결과, 독립성이 강한 자영업자(사업형 자영업자)의 경우에는 기초적인 노동권만 보장된다.

근로기준법상 근로자에 관한 해석론은 근로자에 ‘전속적인 고용

형 자영업자'를 포함할 수 있도록 해야 한다. 이를 위해 현재의 판례는 실질 판단을 '실질화'하고, 종속성 판단에서 지배권의 현대적 모습을 반영하며, 형식적 징표의 비등가성을 명확하게 표현하고, 자영업자성과의 비교에서 유의할 점을 분명하게 표현하여야 한다.

새로운 입법에서는 근로기준법상 각종 보호를 구분하여 임금근로자, 고용형 자영업자, 사업형 자영업자에게 각각 필요의 정도에 따라 적용한다. 예를 들어 보편적 노동권의 성격을 가지는 노동에서의 기본 원칙(차별금지, 폭행금지, 중간착취 금지 등), 안전과 보건, 연소자 보호, 부모 휴가, 성희롱 및 괴롭힘 금지 등은 모든 노무제공자에게 적용하며, 포용적 노동권의 성격을 가지는 연차유급휴가, 계약의 명시, 해고(해지) 절차 등은 임금근로자와 고용형 자영업자에게 적용하는 것이다.

노동조합법상 근로자에 관한 해석론에서는 노동조합법상 보호를 크게 단결보호와 교섭보호로 구분한 후, 단결보호와 관련한 노동조합법상 근로자의 의미는 경제적 종속성을 중심으로 판단하고, 교섭보호와 관련해서는 현행 판례를 조금 고쳐 사용자가 단체교섭 의무를 지기 위한 요소들이라는 점을 분명히 하도록 한다. 후자의 해석론은 노동조합법상 근로자에 고용형 자영업자까지 포용할 수 있도록 해야 한다.

새로운 입법에서는 근로자를 개념적인 것이 아니라 기능적으로 정의한다. 노동조합법의 총론에서 근로자는 “개별적으로 노무를 제공하고 그 경제적 대가로서 생활하는 자”로 정의하고, 단체교섭과 단체협약의 적용에서 근로자는 앞의 정의에서 독립적 자영업자를 제외한다.

직업안정법상 근로자의 해석에서는 임금근로자 외에 고용형 자영업자도 포함되도록 해야 한다.

입법에서는 직업안정법상 직업의 범위를 임금근로자의 근로활동이 아니라 국민 일반의 전반적인 소득활동으로 넓혀야 한다. 직업정보제공, 직업소개, 직업훈련 등 고용정책입법의 대상은 원칙적으로

모든 노무제공자(및 그 희망자)로 하여 보편적 노동권의 대상으로 하고, 고용보험 사업은 포용적 보호의 대상으로 하며, 인력공급사업 등에 관한 규제는 핵심적 보호의 대상으로 한다.

산재보험법과 고용보험상 근로자는 근로기준법상 근로자라고 규정하고 있으므로 해석론의 개선은 근로기준법상 해석론의 개선과 동일하다. 임금근로자와 전속적인 고용형 자영업자가 포함될 수 있도록 해석해야 한다.

입법론으로서는 사회보험법은 가장 빨리 모든 노무제공자에게 적용을 확대할 수 있는 영역이다. 물론 지금도 특수형태근로종사자와 중소기업주 등 자영업자에게도 사회보험법이 적용되고 있지만, 이들은 근로자와 다른 범주이다. 또한 사회보험법상 근로자도 근로기준법상 근로자 개념과 기준을 그대로 사용한다. 그러나 고용보험법과 산재보험법은 노무제공 과정에서 인적 종속성보다는 노동시장에서 경제적 종속성의 해결까지 과제로 하는 것이므로 노동조합법상 근로자 개념과 기준을 사용하는 것이 옳다.

한편, 현재 대다수 노동관계법에서 근로자는 근로기준법상 근로자를 준거로 한다. 그러나 포용적 접근에서는 노동조합법상 근로자가 준거로 사용되어야 할 것이다. 직업소개와 구직 등 일할 자리에 관한 규율을 목적으로 하는 직업안정법과 실업 중 생활보장을 목적으로 하는 고용보험법 등은 노동시장에서의 종속성 즉 경제적 종속성의 해결을 목적으로 한다는 점에서 근로기준법보다는 노동조합법에 더욱 친하기 때문이다.

2. 목적론적 접근

목적론적 접근에 따르면, 법에 있어서 개념의 형성은 존재론적(ontologisch) 관점에서가 아니라, 목적론적(teleologisch) 관점에서 이루어져야 한다. 이것은 법률요건과 법률효과 사이의 의미관련성을 고려하여 법에서의 개념을 형성하려는 방법을 말한다.

존재론적 접근이 전형적인 근로자들이 가지고 있는 공통된 요소를 찾아내고 이를 기초로 근로자 개념을 형성하고자 한다면, 반대로 목적론적 접근은 근로자와 근로자가 아닌 자(자영업자)의 차이점에서 근로자 개념을 도출하고자 한다.

목적론적 접근에서는 근로자에게 노동법 및 사회법을 적용하였을 때에만 나타나고, 자영업자에게 법을 적용할 때에는 나타나지 않는 법효과로서 직업의 보호와 생존의 보호를 들고 있다. 입법자가 근로자에게만 이러한 법효과를 부여한 이유는 근로자들이 경영활동의 자유를 박탈당하고 있기 때문이다.

즉 목적론적 접근은 자유가 주어진 곳에는 법적 보호가 배제되고, 자유가 박탈된 곳에 법적 보호가 부여된다는 사고에 기초하여 근로자와 자영업자를 구별하고 있다.

이러한 접근법에서는 현행법의 입장을 이분론으로 본다. 즉 현행법은 영리활동을 하는 자를 근로자와 자영업자로 이분하고 있고, 그 중간의 제3의 집단을 인정하지 않는다고 본다. 따라서 근로자들 중에 노동법의 일부 규정만 적용 받는 집단이 있을 수 있다는 사실과 그러므로 근로자와 자영업자에 속하지 않는 제3의 집단이 법적 개념으로 인정되고 있다는 주장은 구별되어야 한다.

다시 말하면 목적론적 접근에서는 개별 법률 또는 개별 조항의 목적에 따라 근로자의 개념 또는 범주가 달라질 수 있다고 본다. 즉 근로자 개념의 상대성을 인정하고 있는 것이다.

목적론적 접근에서 볼 때 근로기준법상의 근로자 개념은 '경영위험의 자발적 인수'를 기준으로, 그리고 노동조합법상의 근로자 개념은 '경제적 조직적 종속성'을 기준으로 판단하여야 할 것이다.

입법론적으로는 직업안정법 및 사회보험법상의 근로자 개념은 근로기준법상의 근로자가 아니라, 노동조합법상의 근로자와 연동시키는 것이 바람직하다.

3. 노동계약유형적 접근

노동계약유형적 접근은 사회법제의 적용대상을 근로자와 자영업자로 양분할 것이 아니라, ‘종속적 자영업자’라는 범주를 개념적으로 받아들이고자 한다. 이러한 3분론이 정당하다고 생각하기 때문이라기보다는, 법이라는 도구를 사용하기에 3분론이 좀 더 적절한 방법이라고 생각하기 때문이다.

개념적으로 3분론을 받아들인다고 하여 예컨대 근로기준법이 근로자와 종속적 자영업자를 법 조문상 구분하고 별도로 규정해야 하는 것은 아니다. 중요한 것은 여러 근로 유형들의 ‘괜찮은 근로조건’을 어떻게 근로기준법으로 규정하고, 그 규정들을 어떻게 효과적으로 실현시킬 수 있을 것인가이기 때문이다.

이러한 문제의식에 따라 종속적 자영업자를 포섭하는 근로기준법은, 더 이상 임금근로자에 대한 최저근로조건만을 규정하는 법이 아니라, ‘노동자’(근로자+종속적 자영업자)가 사용자와 체결하는 ‘노동계약’(근로자의 근로계약+종속적 자영업자의 노무제공계약)에 유형적으로 접근하는 법으로서, 각 유형에 따른 근로조건을 세분하는 매우 실리적인 법이다.

만약 법으로 규정하는 노동계약에 명확히 부합하는 것이 없다면 가장 유사한 노동계약의 종류를 선택하고, 어떤 노동계약이 노동자에게 적합한 것인지에 대한 입증책임은 사용자에게 있다. 특정 노동계약 유형의 근로조건을 특정 노동자에게 적용한 경우, 해당 노동계약 유형이 해당 노동자의 노동에 부합하는 것임은 사용자가 입증해야 하는 것이다.

다만, 근로기준법 이외 다른 사회법제의 영역은 이미 종속적 자영업자 개념을 충분히 포섭할 수 있는 상태라고 본다. 여기에서 중요한 것은 효과적인 보장이다.

노동조합법에서는 종속적 자영업자를 포섭하는 것을 실질적으로 제한하고 있는 사용자 개념, 단체교섭 창구단일화제도 등을 개선할

필요가 있고, 고용보험법과 산재보험법에서는 보험료 부담과 보험의 적용방식에 대한 고민을 구체적으로 해나가야 할 필요가 있다.

마지막으로 종속적 자영업자에 대한 사회법제의 적용에 큰 역할을 해야 하는 것이 직업안정법이다. 종속적 자영업자가 노동계약을 체결하는 주요한 매개체는 일자리 중개형 디지털 플랫폼인바, 실질적인 직업소개업 나아가 근로자공급사업을 수행하고 있는 일자리 중개형 디지털 플랫폼이 노동자들의 여러 근로조건을 보호하기 위한 역할을 수행해야 할 것이다.

4. 보편주의적 접근

보편주의적 접근은 기존의 사회법제의 인적 적용범위가 사실상 임금근로자에 한정되어 있어 오늘날의 직업세계에서 일어나고 있는 변화, 즉 ‘고용의 도급화’로 표현되는 현상과 조응하지 못하고 있다는 문제의식에서 출발하여, 그 적용범위를 문자 그대로의 모든 ‘근로자’에게, 즉 모든 ‘일하는 자’에게 확대하고자 한다.

이때의 ‘근로(노동)’는 단위시간당 돈으로 교환되는 추상적이고 계량적인 근로(임금노동)에 국한되지 않고, 모든 형태의 근로를 포괄하는 보편적이고 통합적인 개념으로 사용된 것이다.

이를 위하여 보편주의적 접근은 ‘노무제공자’나 ‘취업자’라는 용어 대신 ‘근로자’라는 용어를 유지하면서 그 외연을 확장해 가는 통합적 용어법을 선택한다.

종사상의 지위나 계약의 유형에 따라 용어를 다르게 사용하면, 근로자는 임금근로자로 더 한층 국한되는 역효과가 발생할 것이다. 즉 임금근로자는 근로자이지만 특고와 가맹점주는 근로자가 아니라 노무제공자나 취업자일 뿐이라는 인식과 담론이 확산될 것이다. 이것은 바람직하지 못하다고 생각한다. 오늘날의 노동문제는 다양한 노동양식을 포괄하는 보편주의적 관점을 가지고 접근할 때 비로소 제대로 파악할 수 있기 때문이다.

이러한 접근을 가능하게 하기 위해서는 근로기준법과 노동조합법상의 ‘근로자’ 정의 규정을 개정하는 것보다는 차라리 삭제하는 것이 낫다고 본다.

보편주의적 접근에 따르면 현재와 같이 노동법과 사회보장법이 개별 법률로 분할되어 있는 체제에서는 준거법에 따라 근로자의 신분 구별되는 문제점이 생길 수 있다. 모든 근로자에게는 노동법전과 사회보장법전이 기본적으로 적용된다는 인식을 정착시킬 필요가 있다. 이를 위하여 차제에 노동법과 사회보장법을 각각 ‘노동법전’과 ‘사회보장법전’으로 통합하는 것이 좋겠다고 제안한다.

서론 및 총설

본 연구는 외국의 논의를 참조하여 사회법제의 인적 적용범위를 비판적으로 논하고 있다. 구체적으로는 근로기준법, 노동조합 및 노동관계조정법(노동조합법), 직업안정법, 사회보험법(산재보험법과 고용보험법)의 인적 적용범위에 관한 것이다. 비판적으로 논하고 있다는 것은 현재의 적용범위가 지나치게 협소하여 직업세계의 변화를 제대로 반영하지 못하고 있다는 인식에 기초하여 적용범위의 확대를 검토한다는 뜻이다.

지난 20~30년 동안 ‘특고’를 둘러싼 해석론과 입법론은 끊이지 않았다. 하지만 각각의 견해들이 독립적으로 전개되었을 뿐 다양하게 제시되는 견해들을 종합적으로 비교, 검토할 수 있는 자료는 거의 없었다. 본 연구는 다양한 견해들을 한자리에 모아 현재 수준에서 관련 논의가 어디에서 어디까지 걸쳐 있는지 그 스펙트럼을 보여주고자 하였다. 물론 학계의 모든 논의들을 다 포괄했다고 말할 수는 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 본 보고서에서 전개되고 있는 논의들을 이해한다면 관련 논의의 현재 지점을 이해하고 미래 전망을 확보하는 데 큰 무리는 없을 것이다.

본 보고서는 현재의 논의 스펙트럼을 네 가지로 구분하였다. 포용주의적 접근(강성태), 목적론적 접근(유성재), 노동계약유형적 접근(박은정), 보편주의적 접근(박제성) 등이 그것이다. 각각의 학설은 사회법제의 인적 적용범위를 검토하기 위한 기본적 인식을 제시한 후, 근로기준법, 노동조합법, 직업안정법, 사회보험법의 순서로 각각 해석론과 입법론을 전개하였다.

독자의 필요와 편의를 위하여 보고서를 제1부와 제2부로 나누었다. 제1부는 각각의 법 영역별로 네 가지 학설을 상호 비교하는 부분이다. 제2부는 각각의 학설을 독립된 형태로 담았다.

1. 포용주의적 접근

포용주의적 접근은 경제적 대가를 받고 타인에게 개인적으로 노무를 제공하는 자(이하 ‘노무제공자’ 또는 ‘개인적 노무제공자’라고 함)를 대상으로 한다. 개인적 노무제공자는 근로자와 자영업자로 대별하며, 자영업자는 다시 고용형 자영업자와 사업형 자영업자로 구분한다. 근로자는 원칙적으로 실정법상 용어의 의미로서 사용하되, 주로 임금근로자를 뜻한다. 자영업자는 자신의 이름으로 사업을 하는 자이고, 고용형 자영업자는 자영업자 중에서 노무 제공의 실질에서 상대방인 타인에 대한 전속성이나 의존성 등으로 고용의 특성을 함께 가지는 자이며, 사업형 자영업자는 노무 제공의 실질에서 독립적인 사업가로서의 특성을 가지는 자를 말한다. 종래 학계에서 흔히 특수고용직, 특고, 특수형태근로종사자 등으로 불렸던 노무제공자들은 대부분 고용형 자영업자에 속할 것이나, 골프장 캐디나 학습지 교사의 경우처럼 오분류(실질적으로 근로자인 자를 형식상 자영업자로 한 것)에 해당하는 일부의 특고는 임금근로자일 수도 있다.¹⁾

종래 근로자 개념에 관한 논의가 위장 문제의 해결에 맞추어져 있었다면, 포용주의적 접근은 실질에 있어서도 자영업자와 임금근로자의 속성을 함께 가진 혹은 두 가지 속성이 혼재하는 노무제공자를 사회법제의 보

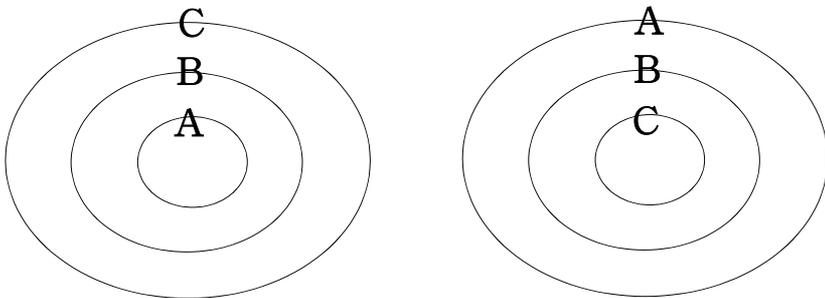
1) 프랜차이즈 가맹점주를 예로 든다면 다음처럼 구별할 수 있을 것이다. ① 가맹점주의 업무 수행 방식이 일반 근로자와 동일하거나 유사한 경우 해당 가맹점주는 근로자이다. 이는 오분류에 해당한다. ② 가맹점주가 가맹거래관계의 일반적인 모습처럼 하나의 가맹본부와 가맹거래계약을 체결하고 그에 전속하여 스스로 노무를 제공하되 가맹사업자로서의 독립성을 가지는 경우에는 고용형 자영업자에 속할 것이다. 그러나 드물기는 하지만, ③ 여러 가맹본부와 가맹거래관계를 맺고 흔히 ‘알바’라고 불리는 단시간근로자를 고용하여 여러 가맹점들을 운영하는 경우에는 사업형 자영업자에 속할 것이다.

호 속에 포함시켜야 한다는 생각에 기초하고 있다. 이를 구현하기 위해 사회법제의 적용을 종래의 이분 모델(근로자와 비근로자로 구분)에서 나이테형 모델로 전환할 것을 제안하고 있다.

나이테형 모델은 보호의 내용과 대상을 크게 삼분한다. 사회법제의 보호 내용은 핵심 보호, 중간 보호, 기초 보호로 구분하고, 보호 대상은 임금근로자(A그룹), 고용형 자영업자(B그룹), 사업형 자영업자(C그룹)로 구분한다. 임금근로자(A그룹)에게는 모든 보호를, 고용형 자영업자(B그룹)에는 중간 보호와 기초 보호를, 사업형 자영업자(C그룹)에게는 기초 보호를 적용하는 방안이다. 나이테 모델에서 노동권은 적용 대상의 범위에 따라 보편적 노동권, 포용적 노동권, 핵심적 노동권으로도 부를 수 있다.

이 모델의 가장 큰 특징은 노동 보호의 보편화와 상대화이다. 사회법제의 적용을 모든 개인적 노무제공자로 확대하는 대신, 노동 보호를 상대화하는 것이다. 현실적으로 볼 때 결과적으로 종래와 달리 자영업자에 대하여도 사회법제가 본격적으로 적용될 수 있게 된다. 다만 자영업자는 종속성과 독립성의 정도에 따라 보호의 내용과 정도가 상대화되는 결과, 독립성이 강한 자영업자(사업형 자영업자)의 경우에는 기초적인 노동권만 보장된다.

〈나이테 모델〉



(보호 대상)

- A: 확장된 임금근로자
- B: 고용형 자영업자
- C: 사업형 자영업자

(보호 내용)

- A: 전반적 노동보호
- B: 중간적 노동보호
- C: 기본적 노동보호

‘기초적 보호에 속하는 노동권’(C)은 시장 거래에서 독립성과 자율성을 가진 노무제공자(사업형 자영업자)까지 포함하여 모든 노무제공자에게 보편적으로 제공한다. 역으로 표현하면 사업형 자영업자에게는 기초적 노동권만 보장한다. 노동 일반에 적용되는 보편적인 기초적 노동권에는 노동에 관한 기본적 원칙, 안전, 연소자 보호, 부모 휴가, 성희롱 및 괴롭힘 금지 등이 포함될 수 있을 것이다.

‘중간적 노동권’(B)은 임금근로자와 고용형 자영업자에게 보장한다. 역으로 보면, 노동에서 독립성과 종속성이 혼재한 고용형 자영업자에게는 ‘기초적 보호에 속하는 노동권’에 더하여 ‘중간적 노동권’(B)까지 보장하는 것이다. 고용형 자영 노동을 포함하는 포용적 노동권에는 연차유급휴가, 계약의 명시, 해고(해지) 절차 등이 대표적인 것들이 될 것이다.

‘핵심적 노동권’(A)은 임금근로자만 대상으로 적용한다. 즉 노동에서 종속성이 강한 노무제공자인 임금근로자에게는 앞의 두 가지 노동권과 함께 핵심적 노동권까지 포함한 전반적인 노동권을 보장하는 것이다. 여기에는 정당해고, 취업규칙 불이익 변경, 근로시간과 휴식, 임금채권 최우선 변제 등이 속할 것이다.

2. 목적론적 접근

목적론적 접근은 법에 있어서 개념의 형성은 존재론적(ontologisch)으로가 아니라, 목적론적(teleologisch)으로 접근해야 한다는 점을, 즉 목적론적 개념형성 방법을 강조한다. 법에 있어서 목적론적 개념형성이란 법률요건과 법률효과 사이의 의미관련성을 고려하여 법에서의 개념을 형성하려는 방법을 말한다. 그리고 목적론적으로 근로자 개념을 형성한다는 것은 근로자와 근로자가 아닌 자의 차이점에서 근로자 개념을 도출하는 것을 말한다. 반면 존재론적 접근방법은 전형적인 근로자들이 가지고 있는 공통된 요소를 찾아내고, 이를 기초로 근로자 개념을 형성하는 것을 말한다.

또한 목적론적 개념형성 방법은 근로자와 자영업자를 구별하는 기준을 법의 목적으로부터 도출한다는 것을 의미한다. 즉, 노동법 또는 사회법의

적용대상으로서의 근로자는 노동법 또는 사회법의 목적으로부터 도출되어야 한다는 것이다. 따라서 목적론적 개념형성 방법에 의하여 근로자 개념을 형성하려면, 노동법 또는 사회법의 목적이 도출되어야 하는데, 이러한 법의 목적은 해당 법률을 적용한 법효과를 분석하여 확정하게 된다. 즉, 노동법 또는 사회법의 목적은 근로자에게 노동법 또는 사회법을 적용하였을 때 도출되는 효과와 근로자가 아닌 자영업자에게 그들에게 적용되는 법률을 적용한 효과의 차이를 비교한 후 입법자가 왜 그러한 법효과의 차이를 부여하였는지 분석함으로써 노동법 또는 사회법의 목적을 확정하게 된다.

목적론적 접근에서는 근로자에게 노동법 및 사회법을 적용하였을 때에만 나타나고, 자영업자에게 법을 적용할 때에는 나타나지 않는 법효과로 ‘직업의 보호’와 ‘생존의 보호’를 들고 있다. 목적론적 개념형성설은 입법자가 근로자에게만 이러한 법효과를 부여한 이유는 근로자들이 ‘경영활동의 자유’를 박탈당한 것에 대한 보상이라고 본다. 즉, 국가가 노동법 또는 사회법을 통하여 근로자들의 ‘직업의 보호’와 ‘생존의 보호’를 보장하는 반면, 자영업자들에게는 이러한 보호를 보장하지 않고 있다는 것이다. 그 이유는 자영업자의 경우에는 경영의 자유와 그에 따른 기회와 위험을 스스로 부담하고 있기 때문이다. 반면 근로자의 경우에는 경영의 자유가 없고 그러한 기회와 위험을 대신하여 노동법 또는 사회법의 보호가 주어진다. 즉, 목적론적 개념형성설은 자유가 주어진 곳에는 법적 보호가 배제되고, 자유가 박탈된 곳에 법적 보호가 부여된다는 사고에 기초하여 근로자와 자영업자를 구별하고 있다.

위와 같은 접근법은 영리활동을 하는 자는 근로자와 자영업자로 대별될 수 있다는 것을 전제로 한다. 왜냐하면, 영리활동을 하는 자에 근로자와 자영업자 이외에 또 다른 제3의 집단(예를 들어 유사근로자 또는 준근로자)이 존재한다면 근로자가 아닌 자라고 하여 그 사람이 반드시 자영업자는 아니기 때문이다. 즉, 근로자가 아닌 자는 자영업자일 수도 있고 제3의 집단일 수도 있기 때문이다. 목적론적 개념형성설은 현행법은 영리활동을 하는 자를 근로자와 자영업자로 2분하고 있고, 제3의 집단을 인정하지 않고 있다고 본다. 이것은 근로자들 중에는 근기법의 일부 규정만 적

용 받는 집단도 있을 수 있다는 사실(근로자 개념의 상대성)과 이로부터 근로자와 자영업자에 속하지 않는 제3의 집단이 법적 개념으로 인정되고 있다는 것은 구별되어야 한다고 보는 것이다. 나아가 목적론적 접근에서는 개별 법률의 목적에 따라 근로자의 개념이 달라질 수 있다고 본다. 나아가 개별 법률과 그 법률 내의 규정들이 동일한 목적을 가지고 있다고 보지 않는다. 따라서 개별 법률 내에서도 조문에 따라 근로자의 개념이 각 조문의 목적에 따라 달라질 수 있다고 본다. 즉 근로자 개념의 상대성을 인정하고 있는 것이다.

목적론적 접근에 의하면 개념의 차이는 법효과의 차이에서 발생하는 데, 특정 법률이 개념을 구별하고 구별된 각각의 개념들에 대하여 법효과의 차이를 부여하고 있지 않음에도 불구하고, 존재론적 관점에서 나타난 개념의 차이를 기준으로 개념을 구별하는 것은 타당하지 않다고 본다. 예를 들어 판례가 초기업별 노동조합에서는 구직자가 노조법상 근로자에 해당하지만, 기업별 노동조합에서는 구직자가 노조법상 근로자에 해당하지 않는다고 보는 것처럼, 노동조합의 유형에 따라 노조법상 법효과의 차이를 두는 것은 옳지 않다고 본다. 왜냐하면 노조법은 어디에서도 노동조합의 유형에 따라 법효과의 차이를 두고 있지 않으며, 따라서 노조법은 모든 노동조합에 대해서 동일한 법효과를 부여하고 있다고, 즉 두 형태의 노동조합에 대해서도 노조법은 동일한 목적을 가지고 있다고 보아야 하기 때문이다. 즉, 노조법상의 근로자 개념은 노동조합의 형태와 무관하게 형성되어야 한다.

3. 노동계약유형적 접근

종속적 자영업자에게 개별적 노동관계법, 집단적 노동관계법, 노동시장법 및 고용·산재보험법(이하, 사회법제)을 적용할 수 있을 것인지의 문제는 각 법의 보호 목적으로부터만 접근할 수 있는 것이 아니다. 어디까지나 현행 법제를 바탕으로 이 논의를 해야 하는 경우, 각 법의 구조와 적용가능성을 고려하지 않을 수 없다.

종속적 자영업자에게 어떤 권리를 보장해야 할 것인가라는 문제와 종

속적 자영업자에게 어떤 법을 적용할 것인가라는 문제는 다른 것이다. 그리고 이 문제는 현재의 사회법제가 종속적 자영업자를 충분히 포괄해내지 못하고 있다는 현실로부터 출발하여 현행 법제를 종속적 자영업자가 포함되는 법제로 개편해야 하는가 아니면 종속적 자영업자에 대한 별도의 법을 제정해야 하느냐는 질문과 연관이 되며, 이는 결국 종속적 자영업자에게 사회법제를 왜 적용해야 하는가라는 의문과 도대체 종속적 자영업자는 누구인가라는 개념규정에 대한 원론적 문제에 다다를 수밖에 없다.

종속적 자영업자는 자영업자이기는 하지만 진정한 자영업자는 아닌 자영업자를 의미한다. 다시 말해, 근로자와 자영업자라는 양분법적 구도하에서는 근로자 아니면 자영업자임을 선택해야 했다.

이때 자영업자의 가장 대표적 징표는 ‘독립·자율성’이다. 그런데 자영업자로서의 징표를 온전히 띠지 못하는 자영업자가 있고, 이 자영업자를 근로자가 아니라는 전제하에서 종속적 자영업자라고 부르코자 하는 것이다. 이 독립·자율성에는 타인을 고용하여 자신의 노동을 대체시킬 권한이 포함된다. 스스로 노무를 제공해야 하기보다는 타인의 노동력을 이용해 자신의 사업을 영위할 수 있는 사람이라면 종속적 자영업자로는 보기 어렵다고 생각한다. 이와 함께, 타인에게 경제적으로 종속되어 업무를 수행할 것, 그러나 어디까지나 자신의 계산과 판단에 따라 손익에 대한 부담을 지면서 업무에 필요한 설비와 비품을 소유하면서도 다만 조직적으로는 사실상 타인의 사업에 편입되어 유무형의 자본보다는 자신의 노동력으로써 사업을 할 것이 요구된다.

근로자가 아니면서 진정한 자영업자도 아닌 종속적 자영업자의 개념을 법으로 인정할 경우 전통적인 근로자-자영업자 2분류 체제는 근로자-종속적 자영업자-자영업자라는 3분류 체제로 전환된다.

그리고 이 전환으로부터 다시 3분류 체제의 경계를 어디에 둘 것인가, 3분류 체제 성립 시 근로자의 종속적 자영업자화로의 이행을 어떻게 방지할 것인가, 우리 법상 개별법, 집단법, 고평법 등 각각 다른 근로자 개념을 전제로 하였을 때도 위와 같은 3분 체제가 합리적일 것인가 등의 추가적 문제가 발생한다. 따라서 사실 종속적 자영업자라는 개념을 설정하

기 전에, 근로자와 자영업자라는 양분법 구도를 법제적으로 유지하면서 법적 보호를 도모할 것인지, 아니면 3분류 체제를 인정할 것인지에 대한 논의가 충분히 이루어질 필요가 있다.

다만, 노동계약유형적 접근은 종속적 자영업자를 근로자 및 자영업자와 다른 것으로 구분할 필요는 있다고 생각한다. 현재의 노동법제상 근로자와 사용자 개념은 인터넷 시대 이전의 유물이다. 인터넷이 모든 생활을 지배하게 된 이후, 특히 디지털 플랫폼의 발전과 함께 많은 일자리 형태가 달라져 가고 있고, 전형적인 근로자와는 다른 노무 제공 방식을 취한다. 여기에서 인터넷 이후 근로자와 사용자 개념을 새로 고민해야 하고, 또한 이 양분 체제를 반드시 고집해야 할 필요나 이유가 있는지에 대해서도 의문이 든다.

기존의 근로자와 동일하게 취급할 수 있고 그래야 하는 종속적 자영업자들이 분명히 있기는 하지만, 기존의 근로자 개념 확대만으로는 대응할 수 없는 종속적 자영업자도 분명히 존재한다. 기존의 근로자 개념 자체가 가진 한계를 인정할 수밖에 없고, 결국 문제는 근로자 개념을 확장하는 대신 자영업자 개념도 확장하여 종속적 자영업자에 대한 사회법 적용 문제에 접근할 것인지, 아니면 기존의 근로자가 아님을 전제로 한 종속적 자영업자 범주를 개념적으로 받아들이면서 그에 대한 사회법 적용 문제에 접근할 것인지를 선택할 것이다.

어떤 선택이 반드시 당위적으로 옳다고 말할 수는 없다. 다만, 어떤 선택이 보다 합리적이고 적용 가능한가에 대하여 노동계약유형적 접근은 후자라고 보고 있다.

근로자와 종속적 자영업자를 구분하였을 때 사회법제의 적용 내용도 그 구분에 따라 달라질 것이다. 엄격하게 개념적으로 구분하기보다는, 계약 유형별 구분이 바람직하다고 보고, 계약의 유형별 구분에서는 각 계약의 유형에 대하여 어떤 권리를 어떻게 보장할 것인지를 결정할 필요가 있다. 이 결정의 내용이 사회법제에 반영이 될 것인데, 여기에서 근로자와 종속적 자영업자가 각각 향유할 수 있는 권리의 내용 및 양은 다를 수 있을 것이다.

차이가 보호량의 다소(多少), 보호강도의 강약에 있다면, 사용자(혹은

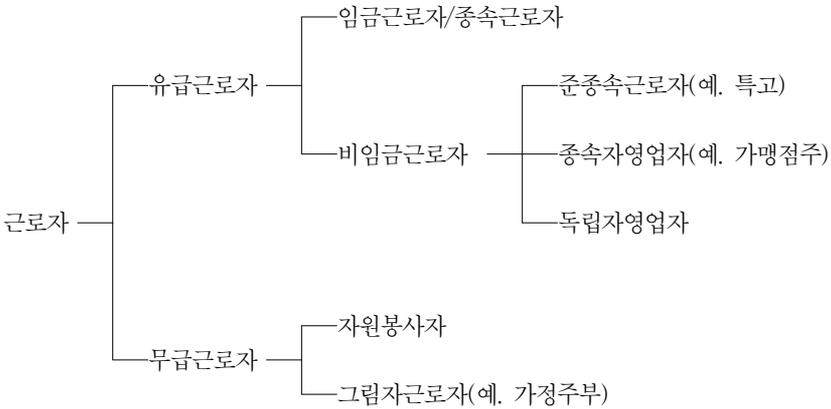
사업주) 입장에서는 근로자보다 종속적 자영업자를 선호할 것이고, 이로 부터 근로자의 종속적 자영업자화가 진전될 것이다. 하지만 근로자와 종속적 자영업자에 대한 법적 보호의 차이를 보호량의 다소, 보호강도의 강약에 두는 것이 아니라 보호의 내용과 종류에 두고 근로계약 내지 고용계약의 유형과 내용에 따라 적용을 달리하도록 한다면 위장계약의 문제나 법 회피의 문제를 어느 정도 예방할 수 있을 것이라고 생각한다.

4. 보편주의적 접근

보편주의적 접근은 현재 우리가 사회법의 논의에서 사용하는 노동 개념 즉 원칙적으로 단위 시간당 돈으로 교환 가능한 추상적이고 계량적인 노동 개념에 국한하지 않고 모든 형태의 노동을 포괄하는 통합적인 개념으로서의 노동을 포착하고자 한다. 그러므로 이 접근법에서 말하는 ‘근로자’는 단순히 임금근로자만을 의미하는 것이 아니라, 고용상의 지위나 계약의 형식을 가리지 않고 근로하는 모든 사람을 가리키는 일반적인 용어로 사용된다. 그리고 그 하위에 임금근로자, 비임금근로자 등의 구체적 유형이 배치된다.

이러한 용어법은 근로자의 분류를 상정하는데, 이러한 분류는 항상 위험을 안고 있다. 분류 항목 사이에 존재론적 벽이 존재하는 것처럼 오해될 수 있기 때문이다. 실제로는 복수의 성격을 동시에 품고 있는 경우도 적지 않으며, 분류 항목 간 이동에 개방되어 있는 경우도 많다. 임금근로자와 비임금근로는 고정되고 확정된 분류가 아니라 항상 재분류에 열려 있다. 이하의 분류는 체계적 설명을 위해서 제시된 방법론일 뿐이다.

보편주의적 접근은 모든 노동에는 경제적 가치와 사회적 가치가 항상 결합되어 있음을 강조한다. 경제적 노동은 언제나 경제적 노동일 뿐 사회적 가치가 없다거나 그 반대의 식으로 이해하면 안 된다는 것이다. 그런 문제의식 아래에서 근로자의 범주를 아래 그림과 같이 구분한다.



임금근로자 즉 종속근로자는 가장 좁은 의미에서의 근로기준법상 근로자를 의미한다.

준종속근로자는 1인 사업자의 형식으로 특정 사업주의 사업조직에 편입되어 근로를 제공하는 자를 말한다. 흔히 ‘특고’로 부르는 사람들이다. 이때 말하는 특고는 ‘특수형태근로종사자’의 준말이 아니라 ‘특수고용’의 준말로 이해해야 한다. ‘특수형태근로종사자’는 산재보험법상 특례 제도의 적용을 받는 특정 범주를 가리키는 용어에 불과하므로²⁾ 준종속근로자를 두루 지칭하는 일반칭으로 사용하기에는 적절하지 않다. 다만 여기에서 특고는 이해를 돕기 위하여 준종속근로자의 대표적인 예로 제시된 것일 뿐, 모든 특고는 준종속근로자에 해당한다고 말하는 것이 아님을 유의해야 한다. 이것은 아래에서 종속자영업자의 예로 제시된 가맹점주에 대해서도 같다. 모든 분류는 오분류의 위험성을 내포하고 있으며, 그러므로 언제나 재분류에 개방되어 있어야 한다.

종속자영업자는 자영업자의 형식을 갖추고 있지만 특정 사업주의 사업조직에 종속되어 있기 때문에 완전한 의미에서의 자기 계산과 위험으로 영업을 한다고는 말하기 곤란한 자이다. 프랜차이즈 가맹점주가 여기에 해당할 수 있을 것이다.

독립자영업자는 온전한 의미에서의 자기 계산과 위험으로 영업활동을

2) 산재보험법 제125조 참조.

하는 자를 말한다. 진정자영업자라고 할 수 있다.

준종속근로자와 종속자영업자와 독립자영업자는 모두 묶어서 다시 비임금근로자/자영업자/자영근로자 등 다양한 이름으로 부를 수 있다. 이것은 모두 종속근로자/임금근로자에 대비하여 부르는 말이다. 참고로 스페인의 자영노동법은 자영근로자를 “다른 임금근로자를 고용하고 있는지 여부와 상관없이, 상시적으로, 개인적으로, 직접적으로, 자기의 계산으로 타인의 지시와 조직 밖에서 영리적 목적의 경제 활동 또는 직업을 수행하는 자”³⁾로 정의하고 있다.

자원봉사자는 말 그대로 시민단체 등에서 무급으로 일하는 자원봉사자를 말한다. 실비를 지급받는 경우도 있는데 이것은 유급으로 간주되지 않는다.

그림자근로자는 이른바 ‘그림자노동’⁴⁾을 수행하는 근로자를 말한다. 이반 일리치에 따르면, 그림자노동이란 “산업사회가 재화와 서비스를 생산하는 데 있어서 필수적인 보완물로 요구”⁵⁾되는 노동이다. 가사근로자가 가장 대표적인 예이다.

이러한 구분법에서 유의할 점은 임금근로자인지 여부, 즉 근로를 제공하는 자와 근로를 수령하는 자 사이에 근로계약이 존재하는지 여부는 계약의 명칭이나 형식 또는 당사자의 의사와 상관없이 근로 제공의 실태에 따라서 판단한다는 점이다. 그러므로 언제나 비임금근로자는 근로 제공의 실태에 따라서 임금근로자로 재분류될 수 있다. 이상의 근로자 분류는 실체가 아니라 방편일 뿐이다.

보편주의적 접근은 기존의 사회법 적용범위가 사실상 임금근로자에 한정되어 있어 오늘날 변화하는 직업세계와 조응하지 못하고 있다는 문제의식에서 출발하여 그 적용범위를 확장하고자 한다.⁶⁾ 이 목적을 달성하

3) 스페인 자영노동법 제1조. 자세한 내용은 박제성 외, 『외국의 자영업자 사회법제 연구: 프랑스, 스페인, 이탈리아』, 한국노동연구원, 2018, 52면 이하 참조.

4) 이반 일리치, 『그림자노동』, 사월의책, 2015 참조.

5) 위의 책, 176면.

6) 물론 산재보험법과 고용보험법은 준종속근로자의 일부와 중소기업 사업주 일부에 대해서 개방되어 있기는 하지만, 이것은 어디까지나 특례에 의한 것일 뿐이라는 점에서 기본적으로는 임금근로자를 적용범위로 삼고 있다고 말할 수 있다.

기 위해서는, ‘근로자’라는 용어가 사실상 임금근로자를 지칭하는 것으로 국한되어 있는 실정을 고려할 때, ‘취업자’로 대체하는 것이 좀 더 적절한 방법이 아닐까 생각할 수 있다. 그러나 그렇게 하면 근로자는 임금근로자로 더 한층 국한되는 역효과가 발생할 것이다. 임금근로자는 근로자이지만, 특고와 가맹점주는 근로자가 아니라 취업자일 뿐이라는 인식과 담론이 확산될 것이다. 이것은 바람직하지 못하다고 생각한다. 오늘날의 노동문제는 다양한 노동양식을 수평적으로 관통하는 관점을 가지고 접근할 때에만 비로소 제대로 파악할 수 있기 때문이다.

그래서 보편주의적 접근은 ‘근로자’라는 시니피앙을 유지하면서 그 외연을 확장해 가는 방법을 택한다. 사회법의 지평을 임금노동을 넘어 노동일반으로 확장해 가기 위해서이다. 이른바 ‘표준고용관계’가 흔들리면서 변화하고 있는 오늘날의 직업세계를 고려할 때 이와 같은 통합적 접근법이 더욱 타당할 것이라고 한다.

제 1 부

제 1 장 근로기준법의 적용범위

제1절 서론

근로기준법 제2조 제1항 제1호는 근로자를 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”라고 정의한다. 이 정의는 1953년 제정 근로기준법 시절부터 이어진 것으로, 가장 중요한 요건은 ‘임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’이다. 그러나 임금이나 근로의 정의도 근로자의 정의와 순환적이거나 정의로서 큰 의미가 없어서 근로자를 정의하는 데는 별로 도움이 되지 못한다. 그런 까닭에 판례는 근로자의 판단기준으로 이른바 사용종속관계를 사용하여 왔다.

현재 판례는 근로기준법상 근로자를 판단하는 기준으로 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(이하 ‘1994년 기준’이라 함)과 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결(이하 ‘2006년 기준’이라 함) 등 두 가지가 있다. 법원들은 두 가지 중 어느 하나를 사건마다 재량껏 사용하고 있다. 두 기준의 내용은 아래와 같다.

<1994년 기준> “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 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 근로자가 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에 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 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.”

<2006년 기준> “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 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 업무 수행 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, 노무 제공을 통한 이윤의 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, 근로 제공 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.”

두 기준은, (가) 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형

식이나 명칭이 아니라 그 실질에 있어(실질 판단) (나) 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하되(종속성 판단), (다) 종속적인 관계의 유무는 지휘명령권의 존재와 같은 하나의 징표가 아니라 그것을 포함하여 노무제공 관계의 제반 징표들을 종합적으로 고려하여 판단한다(종합 판단).

두 기준의 차이점은 2006년 기준이 1994년 기준과 달리 (가) “구체적이고 직접적인 지휘감독”을 “상당한 지휘감독”으로 완화하였고, (나) 노무제공자가 “스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지”라는 요소를 도입하여 노무제공자의 독립 사업자성에 대한 판단을 강화하였으며, (다) 단서를 통해 실질적 징표와 부수적 징표를 구별하고 부수적 징표의 부존재를 근로자성 불인정의 사유로 삼지 말도록 하고 있다.

요약하면, 두 기준은 판단의 원칙은 동일하지만, 2006년 기준은 종속성을 판단하는 요소와 고려 방식에서 1994년 기준보다 엄격성을 완화하였다. 이 때문에 2006년 기준을 적용한 판결 중에는 근로자의 범위를 종전보다 넓혔다는 평가가 많다.

두 기준이 변화된 고용 상황에 적절히 대처하고 있다고 보는 학자는 거의 없는 것 같다. 우리 판례는 근로자성 인정에 엄격한 편인데, 특히 근로기준법에서 그 정도가 가장 심하다. 그 때문에 지난 20년간 주요 노동정책의 대상이던 특수형태근로종사자의 직업군들 상당수가 아직까지도 판례상으로는 근로기준법상 근로자가 아니다. 그럼에도 불구하고 해석론의 상황은 그나마 나은 편이다. 판례의 변화에서 보듯이 법원과 학계는 해석론의 개선을 위해 많은 노력을 해오고 있다. 그에 비해 입법론은 약 20년간 답보 상태이다. 2000년대 초반 입법화 시도가 좌절된 후 지금까지 별다른 움직임이 없이 시간만 보내고 있다.

제2절 해석론

1. 포용주의적 접근

새로운 해석론은 근로기준법상 근로자에 ‘전속적인 고용형 자영업자’를 포함할 수 있도록 한다. 이러한 확장된 임금근로자 기준으로의 전환을 위해 현행 판례의 기준에서, 실질 판단의 원칙과 종속적 판단의 원칙은 ‘원칙적으로’ 승계하면서도 몇 가지 개선이 필요하다.

먼저 실질 판단을 ‘실질화’하여야 한다. 즉 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 계약의 내용과 이행의 실질에 있어 노무제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 실질적으로 판단하여야 한다.

둘째, 종속성 판단에서 지배권의 현대적 모습을 반영하여야 한다. 이를 위해 노무 제공을 판단할 때, 직접적인 지배는 물론이고 간접적 지배도 고려해야 하고 현실적이고 즉각적인 지휘감독뿐만 아니라 계약서상 유보된 권한이나 의무까지 함께 고려한다. 또한 부분적이고 관계적인 것이라고 하여 전체적인 지배의 모습을 파악할 때 함부로 배척해서는 안 된다.

셋째, 형식적 징표의 비등가성을 명확하게 표현한다. 2006년 기준의 관련 부분을 “기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받았는지 등 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 있는 사정들은 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 되지만, 반면에 그러한 점들이 존재하였다면 사용자가 해당 노무제공자를 근로자로 취급하려고 한 징표가 될 것이다”로 고쳐 쓴다.

넷째, 자영업자성 즉 자영업자성과의 비교에서 유의할 점을 분명하게 표현한다. 2006년 기준의 관련 부분을 “한편 노무제공자가 비품·원자재나 작업도구 등을 독자적으로 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 개인 사업자의 징표를 가지는 경우라도 사용자와의 관계에서

비품·원자재나 작업도구 등을 소유하게 된 경위와 투자액의 정도, 고용한 제3자의 수와 비중, 스스로 광고 등을 통해 여러 사용자와 계약을 체결하고 있는지, 스스로 이윤의 창출과 손실의 초래 등 시장 기회와 위험을 인수하고 있는지 등을 고려하여 노무제공자가 실질적으로 자신의 계산으로 독자적인 사업을 영위하고 있다고 보이는 경우가 아니라면 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다”라고 수정할 필요가 있다.

2. 목적론적 접근

목적론적 개념형성방법에 충실하게 근기법상 근로자 개념을 형성하려면, 먼저 자영업자에게 적용되는 법률 또는 법규정의 효과와 근로자에게 적용되는 법률 또는 법규정의 효과를 비교할 필요가 있다. 그리고 양자에 차이가 있는 경우에는 입법자가 왜 그러한 차이를 부여하였는지 분석하여야 할 것이다. 그리고 그 이유로부터 근로자와 자영업자를 구별하는 기준을 도출하여야 할 것이다. 목적론적 개념형성설은 근로자에게 적용되는 근로기준법을 비롯한 개별적 근로관계법령은 근로자에게 ‘직업의 보호’와 ‘생존보호’라는 법효과를 부여하고 있다고 본다. 이러한 법효과는 자영업자에게 적용되는 법령에서는 찾아 볼 수 없는 효과이다. 그리고 입법자가 근로자에게만 이러한 법효과를 부여한 것은 근로자들이 ‘경영활동의 자유’를 박탈당했기 때문이라고 본다. 즉, 자영업자들은 시장에서 자신의 선택에 따라 경영활동을 할 자유를 보장받고 있지만, 근로자는 자영업자에게 보장된 이러한 자유를 빼앗겼고 그에 대한 대가로 국가가 ‘직업의 보호’와 ‘생존보호’를 보장하고 있다는 것이다. 즉, 경영활동의 박탈과 국가로부터의 보호는 기능적 보상관계에 놓여 있는 것이다. 따라서 이러한 관점에서 본다면 근로자와 자영업자는 ‘경영위험의 자발적 인수’를 기준으로 구별하는 것이 타당하다고 본다.

물론 근로자와 자영업자를 구별하는 기준으로 판례가 사용하고 있는 ‘사용종속관계’를 계속 사용하면서, ‘사용종속관계’의 실질적인 내용을 ‘경영위험의 자발적 인수’로 이해할 수도 있을 것이다. 이러한 관점에서 기존 판례가 사용하던 근로자성 판단을 위한 세부표지들을 모두 폐기하고,

새로운 기준을 제시하는 것은 법적 안정성 측면에서 바람직하지 않다고 본다. 오히려 근로자성 판단표지로 기존의 판례가 ‘사용종속관계’의 존재 여부를 판단하기 위하여 사용하던 세부표지들을 계속 사용하되 이들 세부표지들을 ‘경영에 대한 기회와 위험’이 존재하는지를 확인하기 위한 목적으로 사용하여야 할 것이다. 즉, 존재론적 입장에서 도출된 다수의 세부표지들을 방향성 없이 참조할 것이 아니라, 세부표지들을 목적론적 관점에서 방향성을 가진 지표로 활용하여야 할 것이다.

한편, ‘경영에 대한 기회와 위험’(경영위험의 자발적 인수)은 시장에서의 자유를 의미한다. 따라서 이러한 기준에 의하면 우리나라의 학습지 교사와 골프장 캐디들은 학부모 또는 방문객들과 가격을 흥정할 수 없다는 점에서 경영위험의 자발적 인수(시장에서의 자유)가 존재한다고 볼 수 없고 따라서 이들은 근기법상의 근로자로 분류되게 된다. 주의할 것은 경영위험을 인수하였다고 하여 항상 근로자성이 부정되는 것은 아니라는 점이다. 왜냐하면, 경영에 따른 위험과 책임만 부담하고 경영활동에 따른 혜택(이익)이 동반되지 않는 경우와 같이 ‘경영위험의 인수’는 인정되지만 ‘경영위험의 자발적 인수’는 인정되지 않는 경우도 존재할 수 있기 때문이다. 따라서 ‘경영위험의 인수’는 인정되지만, ‘경영위험의 자발적 인수’가 인정되지 않는 경우에는 근로자성을 당연히 긍정하여야 할 것이다.

3. 노동계약유형적 접근

헌법 제32조 제1항과 제2항은 국민의 근로의 권리와 의무를, 제3항은 근로조건 법정주의를, 제4항과 제5항은 각각 여성과 연소자의 근로가 특별한 보호를 받음을 규정하고 있다. 통상적으로 근로기준법의 헌법적 근거를 위 헌법 제32조로부터 찾기는 하지만, 헌법상 근로의 권리와 의무, 근로조건 법정주의의 실현이 근로기준법상의 근로자에게만 해당하는 것이라고는 보지 않는다. 입법정책상 근로기준법에서 위와 같은 근로자의 개념과 근로기준법의 적용범위를 설정하는 한편, 해당 범위의 근로자들에게 헌법 제32조 제1항의 근로권의 내용을 실현시키고 있는 것이다. 다시 말하면, 헌법 제32조 제1항은 국민의 근로의 권리를 기본권으로 규정

하고 있는데, 특히 헌법 제32조 제3항은 제1항의 근로의 권리를 실현시키는 수단으로서 근로조건 법정주의를 선택한 것이고, 헌법 제32조 제3항의 근로조건 법정주의라는 입법정책의무를 우리나라는 근로자에 대한 근로조건법정주의로서 근로기준법으로 실현시키고 있다고 말할 수 있다.

그런데 13개의 장과 118개의 조문으로 구성된 근로기준법(2019. 7. 16. 시행 기준)은 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”로서의 근로자가 “사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된” 근로계약 하에서 원칙적으로 동거하는 친족만을 사용하지 않고 “상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장”에서 “정신노동과 육체노동”을 포함하는 ‘가사사용인’이 아니게 근로를 제공할 때 적용된다. 따라서 원칙적으로 근로자가 아닌 종속적 자영업자는 이 법의 적용범위가 될 수 없다.

그렇다면 근로기준법상의 근로자 이외의 자의 근로권에 대해서는 현재 헌법 제32조 제3항에 따른 국가의 입법정책의무가 실현되지 않고 있다고 말할 수 있다. 그리고 여기에서 종속적 자영업자가 헌법 제32조 제1항 근로권의 주체가 될 수 있는지에 대하여 말하지 않을 수 없다.

헌법상 근로권에 대한 선행연구가 풍부하지는 않은 가운데, 헌법 제32조 제1항의 근로권에는 종속성(이것은 인적 종속성을 기본으로 하며 경제적 종속성은 예외적으로 수용되는 것이라고 한다)이 내재되어 있고, 따라서 종속적 근로자가 아니면 근로권의 향유주체가 아니며, 일할 환경으로서의 근로조건 법정주의도 적용되지 않는다고 보는 견해가 있다.¹⁾ 한편, 헌법 제32조 제1항이 국민에게 근로권이 있음을 규정하고 있기는 하지만, 국민이라는 표현이 모든 국민을 의미한다고 볼 수는 없다. 여기에서 제헌헌법의 입법과정을 담은 국회 속기록에서도 국민이라고 말하는 대신 ‘근로대중’이라는 표현이 자주 등장하였고, 따라서 이때의 국민은 ‘근로의 의사와 능력이 있는 국민’으로 해석하여 이미 근로계약관계를 맺고 있는 근로자뿐만 아니라, 노동시장에서 장래 근로관계를 예정하는 자

1) 이달휴, 「헌법상 근로권에 있어서 근로자 개념」, 『공법연구』, 12(2), 한국비교공법학회, 2011, 16면.

들도 포함된다고 보는 견해도 있다.²⁾ 두 견해 모두 종속적 자영업자가 근로권의 향유자인지는 밝히고 있지 않지만, 첫 번째 견해는 인적 종속성이 근로권에 내재되어 있다고 보는 것으로부터 근로기준법상의 근로자가 아닌 종속적 자영업자는 근로권의 향유주체가 아니라고 볼 것이고, 두 번째 견해는 실직자나 구직자도 근로권을 누릴 수 있다고 보고 있으므로, 경제적 종속성이 있는 종속적 자영업자 또한 근로권을 누릴 수 있다고 볼 것으로 추측된다.

이렇듯 헌법 제32조 제1항의 국민의 의미는 해석자에 따라 다르므로 어떤 견해가 전적으로 옳다거나 할 수는 없다. 헌법상 근로의 권리를 ‘일할 권리’라고 바꿔 읽는 것도 가능한 것이고, 이것이 종속적 근로자만이 아닌 종속적 자영업자, 나아가 모든 일하는 사람의 일할 권리를 의미하는 것이라고 전향적으로 해석할 수도 있다. 그리고 이러한 해석의 입장에 따라 국가의 근로조건법정에 대한 정책의무가 도출될 것이다. 이것이 필자의 입장이기도 하다. 그리고 헌법의 근로권에 따른 근로조건법정주의의 결과물로서 근로기준법은 인적·경제적 종속성을 엄격하게 갖춘 근로자만이 아니라, 경제적 종속성이 있는 종속적 자영업자에게도 확대 적용되어야만 헌법상 근로권의 보장·실현이 적절하게 이루어진 것이라고 생각한다.

4. 보편주의적 접근

근로기준법의 적용범위에는 “임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”³⁾ 즉 임금근로자(종속근로자)가 포함된다. 그리고 준종속근로자도 포함된다. 관련해서 종속성을 재해석할 필요가 있다.

판례의 종속성 판단 기준은 종속성이 분명하여 당사자들 사이에 이 문제에 관한 법적 분쟁이 거의 발생하지 않는 영역이 갖고 있는 고유한 특징들을 나열해서 보여주는 것에 불과하다. 임금근로자의 영역을 A라 하

2) 한인상, 「근로권의 의의와 주요 입법과제」, 『노동법연구』, 제36호, 서울대학교노동법연구회, 2014, 86면.

3) 근로기준법 제2조.

고 비임금근로자의 영역을 B라 할 때, 양자의 교집합($A \cap B$)이 종속성을 둘러싼 법적 분쟁이 발생하는 영역이다. 그런데 판례가 제시하는 판단 징표들은 A에 대한 B의 차집합($A - B$) 영역이 보여주는 전형적인 모습일 뿐이다. 그러나 현실에서 발생하는 대부분의 법적 분쟁은 그러한 전형적 징표들이 쉽게 발견되지 않는 사람들에 관한 것이다. 이 사람들이 속해 있는 영역($A \cap B$)은 불순물이 제거된 차집합의 영역이 아니라 서로 다른 이물질이 섞여 있는 교집합의 영역이기 때문이다.

하지만 이것은 원래 그런 것이 아니라, 노동과 자본의 결합 양식이 변하고 있기 때문에 그런 것이다. 즉 과정관리에서 성과관리로 노동관리양식이 변하면서 전통적인 종속성이 교집합의 영역으로 포섭되고 있다. 판례는 이러한 변화를 따라가지 못하고 있다. 현재 판례가 취하고 있는 사용종속성 개념에서 종속성은 자율성의 반대개념으로 이해된다. 판례는 종속근로자의 상을 지나치게 아이디얼 타입으로 상정한다. 커다란 기계의 부속품으로 끼워 맞춰져 있는 톱니바퀴처럼.

그러나 오늘날의 현실에서는 그렇지 않다. 종속과 자율이 섞여 있는 경우가 점점 늘어나고 있다. 종속은 더 이상 자율의 반대말이 아니다. 종속과 자율이 결합하여 새로운 종속성을 낳고 있다. 이제는 사용종속성이 아니라 지배/제어/프로그래밍 종속성이다. 자율주행자동차를 떠올리면 이해가 쉽다. 자율주행자동차는 운전자의 직접적인 통제 없이 목적지와 경로와 속도를 자율적으로 조정하면서 주행한다. 그러나 이 차는 정보통신망에 의하여 프로그래밍되고 제어된다. 오늘날의 작업조직은 바로 이 컴퓨터 프로그래밍 네트워크의 작동 원리를 닮아가고 있다.

노동과 자본의 결합 양식이 변하고 있다고 하지만, 변하지 않는 것이 있다. 이 근로자들은 진정한 의미에서 자신의 계산으로 영업을 하는 것이 아니라, 타인의 계산을 위하여 타인의 사업조직에 편입되어 그 일부로서 과업을 할당받아 수행하고 있다는 사실이다. 이 근로자들에게서는 진정한 자영업자라면 응당 갖추어야 할 징표들이 발견되지 않는다. 예를 들어 자신이 판매하는 상품이나 서비스의 가격을 스스로 정할 수 있다는 점은 진정한 자영업자의 가장 대표적인 징표라고 할 수 있는데, 이 근로자들에게서는 이 징표를 찾기 힘들다.

반대로 근무시간이나 근무장소의 고정성, 기본급이나 고정급의 존재, 구체적인 업무 지시의 존재 등 과정관리를 받는 전형적인 임금근로자에게서 보이는 징표들은 성과관리에서는 쉽게 삭제할 수 있다. 영업직이나 전문직에서는 흔한 일이다. 특히 근로기준법은 재량근무제를 규정하면서 “사용자가 업무의 수행 수단 및 시간 배분 등에 관하여 근로자에게 구체적인 지시를 하지 아니한다는 내용”⁴⁾을 서면합의에 명시할 것을 요구하고 있는데, 이것은 곧 임금근로자도 이런 식의 재량을 갖는 것이 가능하다는 말이며, 반대로 이런 재량을 갖고 있다고 해서 모두 임금근로자가 아닌 것은 아니라는 말이다.

그러므로 임금근로자와 비임금근로자의 교집합 영역에서 일하는 자들이 어느 쪽인지를 판단하려면 이 자들이 전형적인 종속근로자와 얼마나 유사한가를 볼 것이 아니라 반대로 전형적인 독립자영업자와 얼마나 유사한가를 살펴야 한다. 가격결정권과 고객선택권은 유력한 판단 징표가 될 수 있을 것이다. 1인 사업자의 형식으로 특정 사업주에 사실상 거의 전적으로 소속되어 일하는 준종속근로자는 가격결정권과 고객선택권이 거의 없다는 점에서 근로기준법상의 근로자 범위에 포함되어야 할 것이다.

디지털 플랫폼 노동의 확산과 함께 복수의 플랫폼에 등록하여 노무를 제공하는 사람들이 늘어나고 있는데, 이 경우에도 플랫폼 근로자는 자신이 제공하는 서비스의 가격을 스스로 결정하지 못하며 서비스의 제공 상대방인 고객도 스스로 선택하는 것이 아니라는 점에서 준종속근로자라고 해야 할 것이다. 즉 근로기준법상의 근로자 범위에 포함되어야 할 것이다.

특히 사업의 개념을 재인식할 필요가 있다. 종래에는 ‘사업’을 하나의 법인으로 이해했다. 그렇게 보면 ‘근로자’는 당연히 그 법인의 종업원으로 한정될 것이다. 그러나 사업의 개념은 법의 목적에 비추어 동태적이고 상대적으로 파악되어야 한다. 특히 오늘날처럼 네트워크 사업 모델이 확산되는 시절에는 법인만을 사업으로 보는 좁은 시야에서 벗어날 필요가 있다. 법인이 개인사업자와 일회성으로 거래를 하는 경우가 아니라, 사업조직 자체가 법인과 다수의 개인사업자(준종속근로자)가 구조적으로 결합되어 있는 네트워크 사업조직의 경우에는 이 네트워크 전체를 하나의 사

4) 근로기준법 제58조 제3항.

업으로 간주해야 한다. 즉 이 네트워크 사업에서는 준종속근로자가 ‘근로자’가 되고 법인이 그 사업의 ‘사업주’가 된다.

제3절 입법론

1. 포용주의적 접근

현행 근로기준법에는 나이테형 모델에서 전제하는 세 가지 유형의 노동권이 혼재되어 있다. 새로운 입법에서는 이를 구분하여 임금근로자, 고용형 자영업자, 사업형 자영업자에게 각각 필요의 정도에 따라 적용할 필요가 있다.

첫째, 보편적 노동권의 성격을 가지는 노동에서의 기본 원칙(차별금지, 폭행금지, 중간착취 금지 등), 안전과 보건, 연소자 보호, 부모 휴가, 성희롱 및 괴롭힘 금지 등은 모든 노무제공자에게 적용한다. 현실적으로는 사업형 자영업자에게도 최소한 보편적 노동권에 따른 보호는 주어지게 된다.

둘째, 포용적 노동권의 성격을 가지는 연차유급휴가, 계약의 명시, 해고(해지) 절차 등은 임금근로자와 고용형 자영업자에게 적용한다.

셋째, 핵심적 노동권이라고 할 수 있는 정당해고(정당한 이유없이 해고되지 않을 권리), 취업규칙 불이익 변경, 가산임금과 퇴직금, 임금채권 최우선 변제 등은 임금근로자에게 적용한다. 다만 여기서 임금근로자는 지금의 판례보다 완화된 것으로서 개선된 해석론에 따라 전속적인 고용형 자영업자까지 포함하는 개념이 되어야 한다.

이렇게 되면 근로기준법은 ‘일하는 모든 사람을 위한 노동보호법’으로 재정립되게 된다. 보호의 대상은 원칙적으로 경제적 대가를 받고 일하는 모든 개인이 되며, 포용적 노동권의 대상인 고용형 자영업자와 핵심적 노동권의 대상인 임금근로자에 대해서는 별도로 정의하게 될 것이다. 그리고 보호의 방식은 ‘전부 아니면 전무’(all or nothing)라는 현재의 방식과

달리, 노무제공자라면 어떤 경우에도 최소한도(at least)의 보호로서 기초적 노동권의 보호이 주어지고 그 위에 해당 노무제공자의 종속성과 보호 필요성에 따라 그 이상의 보호가 더해지는 방식이 될 것이다.

2. 목적론적 접근

개별적 근로관계법상의 근로자 개념을 정의하는 방법에 대한 입법론적 방안과 관련하여 목적론적 개념형성설은 현행 근기법상의 근로자 개념을 삭제 또는 변경하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 현행 정의규정은 해석론에 전혀 도움이 되지 못하고 있기 때문이다. 그리고 변경하는 경우에는 위에서 언급한 바와 같이 법원이 목적론적 방법에 의하여 근로자 개념을 형성하는 데 도움이 되는 형태로 개정하여 정의하는 것이 바람직하다고 본다. 예를 들어 1992년 발표된 독일의 통일노동법모임(Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit)의 근로계약법(안)과 같이 “시장에서 경영자로 활동하는 자는 근로자로 보지 아니한다”로 정의할 수 있을 것이다.

3. 노동계약유형적 접근

종속적 자영업자의 근로조건을 규율하는 법은 현재 존재하지 않기 때문에, 이를 실현하는 방법은 두 가지가 있을 수 있다. 첫째는 근로기준법상의 근로자에 대한 근로조건을 규율하고 있는 법(근로기준법, 최저임금법, 근로자퇴직급여법 등)을 수정·변용하는 것을 조건으로 종속적 자영업자를 이 법의 적용범위에 포함시키는 것이고, 둘째는 종속적 자영업자의 근로조건을 규율하는 법을 신설하는 것이다.⁵⁾

이탈리아나 스페인과 같이 종속적 자영업자 범주를 별도로 신설하여

5) 이러한 방법의 경우 2018년 12월 31일 임이자 의원 대표발의로 제안된 『특수형태 근로종사자 보호 등에 관한 법률안』과 같은 것을 예로 들어 볼 수 있다. 이 법안은 종속적 자영업자 가운데 산재보험법과 동일한 범주의 특수형태근로종사자를 규정하고, 이 특수형태근로종사자들에게 균등처우 규정, 부당해지 등의 제한 규정, 휴가 및 모성보호 규정 등의 권리, 일반적 단체설립권과 협의권, 협정체결권과 같은 형태의 집단적 권리를 보장할 것을 제안한 바 있다.

법을 적용하는 입법례가 있다. 이러한 국가들에서의 전제는, 우리나라에서 특수형태근로종사자에 대한 입법적 보호에 대한 논의와 마찬가지로, 자영업자라고 하여 모두 독립적으로 자신의 사업을 영위하는 것은 아니고, 특히 경제적으로 고객에게 종속된 자영업자의 경우 근로자와 유사한 보호가 요구된다는 것이다. 다만 근로자와 동일한 법적 처우보다는 종속적 자영업자에 대한 별도 입법을 마련하여 근로자와는 다른 처우를 하도록 하고 있는데, 이탈리아에서는 이를 통해 근로자의 종속적 자영업자화라는 문제가 발생하였고,⁶⁾ 스페인에서는 근로자와 종속적 자영업자화를 방지하기 위해 지위승인제도를 채택한 결과 약 1만 명 정도만이 경제적으로 종속된 자영업자로서의 지위를 취득하고 있다.⁷⁾⁸⁾ 이러한 국가들에서의 경험은 종속적 자영업자에 대한 별도의 입법 체계를 도모하는 것보다는 기존의 법의 적용범위를 확대하는 한편, 그 법의 내용을 변용하는 것이 종속적 자영업자에 대한 입법적 보호 방안으로서 좀 더 고려할 만한 것이 아닌가 생각하게 한다. 또한 개념의 고착화라는 점도 고려해야 한다.⁹⁾

-
- 6) 이탈리아에서 ‘코코코’ 개념이 만들어진 이후 심각한 오남용 문제가 발생하였고, 이후 ‘코코코’ 문제를 해결하기 위해 ‘코코프로’(lavoro a progetto) 개념을 신설하기도 하였지만 결국 ‘코코코’보다 더 많은 문제를 발생시킴에 따라 2015년 법 개혁을 통해 이 개념을 폐기하는 과정을 거치기도 하였다. 이탈리아의 이러한 과정은 종속적 자영업자 개념을 법제화하고, 이에 대응하는 과정에서의 실패를 잘 확인할 수 있는 예이다.
- 7) 이탈리아도 고용계약인증제도를 통해 근로자 기타 노무제공자의 법적 지위를 확인하는 절차를 두고 있기는 하지만, 이 제도는 법정 강제제도가 아니고 인증을 담당하는 기관 또한 지방노동사무소, 노동부, 지방자치단체, 노동법 전임교수의 조력을 받을 수 있는 대학 및 대학재단, 노사단체, 노동전문자문협회(the Professional Association of Labour Advisors) 등이다. 인증절차를 이용할지 여부는 전적으로 계약 당사자의 자유이다.
- 8) 이탈리아가 종속적 자영업자에 대한 법 제도를 유연하게 적용한 결과 정책적으로 실패한 예가 된다면, 스페인은 자영노동자법(Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del trabajo autonomo=LETA)을 제정하면서 그 안에 경제적으로 종속된 자영업자인 TRADE에 대한 특례 규정을 두면서 이를 한층 두텁게 보호하고자 그 적용요건 등을 엄격하게 함으로써 정책적으로 실패한 예가 된다.
- 9) 개념의 고착화에 대한 우려는, 예컨대 산재보험법상 특수형태근로종사자 특례규정이 제정된 이후 해당 직종에 종사하는 모든 사람들을 ‘당연히’ 근로자가 아니라고 본다거나 하는 강화된 오분류를 의미할 수도 있지만, 그보다는 다음과 같은 현상

한편, 첫 번째 방법과 관련하여서는, 기존의 근로자 개념을 수정하여 종속적 자영업자에게도 근로기준법을 적용하자는 의견이 있을 수 있다.¹⁰⁾ 그러나 근로자 개념의 수정을 통해 근로기준법 일반을 종속적 자영업자에게 적용하도록 하는 것, 다시 말해 전형적인 종속적 근로자의 근로관계를 기초로 한 근로조건들이 종속적 자영업자에게 실질적 효력을 가질 수 있을 것인지 확신할 수 없다. 근로자의 종속성을 전제로 만들어진 근로기준법의 근로조건규제 중 다수는 종속적 자영업자에게는 유효하지 않은 것이 사실이다. 그러므로 종속적 자영업자의 헌법상 근로권을 실현하기 위해 종속적 자영업자의 근로조건에 대한 법정주의를 근로기준법 등 개별법에서 어떻게, 어떤 내용으로 담을 것인지에 대해서는 입법 기술적 고려가 필요하다. 단순한 근로자 개념확대를 통해 근로기준법의 적용범위에 종속적 자영업자를 포괄하는 방법은 오히려 근로조건 법정주의의

을 우려한 것이다. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하, 기간제법)이 제정되기 이전에 기간제 근로형태는 ‘원래는 아니어야 할’ 것이었다. 그렇기 때문에 기간제근로에 대한 문제제기는 당연한 것이었다. 근로자로서의 고용안정이란 측면에서 기간제 근로형태는 인신전속적 성격의 근로계약에 기간을 설정해 둔 변종적 형태의 근로계약으로서 기간제법 자체에 대한 폐기까지도 주장될 수 있었다… 그러나 기간제법 시행 후 10여 년의 사이에 성인이 되어 처음 노동법을 접한 청년층 근로자들에게 기간제 근로형태는 ‘원래부터 있었던 것’이 된다. 기간제법을 폐기해야 한다거나, 기간제근로유형 자체를 받아들이지 못하는 주장을 직관적으로 이해하지 못한다. 기간제근로계약이 무기근로계약으로 전환되는 것은 기간제법에 의한 효과일 뿐, 그것이 원래부터 근로자가 갖고 있었어야 할 권리로서도 인식되지 못한다. 가능한 것은 일단 현존하는 법의 효과가 최대한 근로자보호를 위해 바람직한 방향이 될 것을 제안하는 것이다. 개념적 고착화는 사고 폭의 제한을 초래한다.

- 10) 2012년 7월 3일 심상정 의원 대표발의로 제안된 근로기준법 일부개정법률안은 근로기준법 제2조 제1호의 근로자 개념에 “독립사업자 형태로 노무를 제공하는 자라고 하더라도 특정 사용자의 사업에 편입되거나 그 사업의 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무를 제공받은 자로부터 대가를 받아 생활하는 자는 근로자로 본다”는 내용을 추가 신설하는 내용을 담고 있었다. 이 경우 사용자는 “근로계약의 당사자가 아니더라도 임금·고용 등의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 보며, 임금·근로시간·복지·해고 등 그가 영향을 미친 근로조건에 대하여 근로계약의 당사자와 함께 연대책임을 진다”라고도 하였다. 이 법안은 종속적 자영업자를 염두에 두고, 근로자가 아닌 종속적 자영업자를 근로기준법으로 포섭하면서 근로자와 동일한 근로조건 법정주의를 선택한 것이라고 볼 수 있겠다.

의미를 훼손할 수 있다.

다른 한편으로 근로자와 종속적 자영업자의 근로조건 법정주의가 한 법에 담길 경우, 근로자에 대한 근로조건과 종속적 자영업자의 근로조건은 구분될 수 있음을 인정해야 할 것인데, 종속적 자영업자의 근로조건이 근로자의 근로조건보다 약화된 형태이거나 해서는 안 된다. 법적 보호의 상대적 약화는 필연적으로 근로자의 종속적 자영업자화를 초래할 것이고, 이에 따른 논쟁은 종속적 자영업자에 대한 근로권이 어떤 내용으로 실현되는가에 초점이 맞아야 하기보다는 근로자와 종속적 자영업자를 어떻게 구분할 것인가, 그 오분류를 어떻게 방지할 것인가에 맞이어질 것이기 때문이다. 근로자와 종속적 자영업자의 구분을 전제로 한 근로권의 보호는, 그 보호의 내용에서의 차이를 전제하는 것이지, 보호의 정도에서의 차이를 전제해서는 안 된다는 의미이다.

다만, 모든 근로조건이 모든 일하는 사람들에게 동일해야 하는가라는 질문을 받는다면, 그것은 아니라고 답해야 할 듯하다. 모든 사람이 동일한 근로조건하에서 일을 해야 한다는 것이 아니라, 모든 사람이 괜찮은(decent) 근로조건하에서 일을 해야 하는 한편, 일의 종류와 내용에 따라 필요한 근로조건은 달라질 수 있음을 인정한다는 것이다. 현재의 노동관계에서 근로기준법상의 근로자에 대한 근로조건도 그 종류와 내용에 따라 특정 근로자들에게는 무의미한 경우가 있다. 하물며 종속적 자영업자를 포함한 노동관계에 획일적으로 동일한 최저근로조건을 상정할 수 있을 것이라고는 생각하지 않는다.

따라서, 종속적 자영업자를 포섭한 근로기준법은 근로자와 종속적 자영업자의 개념을 규정하지 않고 노동계약(근로계약과 종속적 자영업자의 노무제공계약을 포함하는 의미로 사용하였다)의 유형과 내용에 따라 노동조건을 적용할 수 있도록 규정해 나가는 것을 제안하고자 한다. 예컨대, 근로자라도 근로계약의 유형과 내용에 따라 근로시간이 전혀 다른 의미를 가질 수 있다. 어떤 근로자는 근로기준법상 선택적 근로시간제를 이용할 수 있지만, 다른 어떤 근로자는 선택적 근로시간제를 이용할 수 없다. 다양성의 측면에서 근로자보다 더 다양한 종속적 자영업자의 근로시간은 근로자와 같을 수도 있지만, 대부분은 다르게 접근될 필요가 있다. 근로

조건의 종류와 적용방법의 구분은 근로자와 종속적 자영업자 간에서 이루어질 수도 있고, 서로 다른 유형의 근로자 간에서도 이루어질 수 있다. 근로기준법은 법정근로조건을 정하고 있는 것으로서, 어떤 근로조건을 규정할 것인가에 대한 것과 함께, 그 근로조건을 누구에게 어떻게 적용할 것인가에 대한 문제를 함께 규정해 나가야 하는 것이다. 그리고 결과적으로 근로기준법을 모든 근로자와 종속적 자영업자에 대한 기본적 권리에 관한 부분과, 근로의 형태 및 내용에 따라 구분하여 적용해 나가야 할 부분을 구분하여 새롭게 편제함으로써 종속적 근로자에 대한 근로조건 법정주의 또한 실현할 수 있을 것이라고 생각한다. 그리고 이때 근로기준법의 인적 적용범위에 대한 규정은 필요하지 않을 수 있다.

4. 보편주의적 접근

입법론으로는 두 단계를 상정할 수 있다. 첫 번째 단계는 종속자영업자를 근로기준법의 적용범위에 포함시키는 것이다. 이것은 자영업자의 지위 변화를 고려한 것이다. 프랜차이즈 등 네트워크 사업양식이 발전하면서 전통적인 자영업자들이 교집합의 영역으로 포섭되고 있다. 자영업자 중에도 진정한 자영업자로서의 가격결정권과 고객선택권이 없는 경우가 늘어나고 있다. 편의점주는 대표적인 사례 가운데 하나이다.

두 번째 단계는 근로기준법을 무급근로자(자원봉사자, 그림자근로자)를 포함하여 모든 근로자에게 적용되는 일반법으로 자리매김하는 것이다. 실제로 근로조건 대등결정, 근로조건의 성실한 준수, 균등한 처우, 강제근로의 금지, 폭행의 금지, 중간착취의 배제, 공민권 행사의 보장 등 근로기준법의 원칙들은 임금근로자만이 아니라 근로자 일반에 대해서도 적용될 수 있고, 또 마땅히 적용해야 할 규칙일 것이다.

직장 내 괴롭힘은 좋은 사례이다. 2019년 1월 15일 개정 근로기준법은 직장 내 괴롭힘을 금지하는 규정을 신설하였다.¹¹⁾ 그런데 직장 내 괴롭힘은 임금근로자에게만 금지되어야 할 행위가 아니다. 특정 사업장에 고용

11) 근로기준법 제76조의2 이하.

되어 있지 않더라도 그 사업장을 출입하면서 일하는 개인사업자인 근로자에게도 괴롭힘은 발생할 수 있으며 마땅히 금지되어야 할 것이다. 그런 점에서 ‘직장 내 괴롭힘’보다는 좀 더 보편적인 의미로서의 ‘일터 괴롭힘’이라는 용어가 적절하다.

2019년 6월 21일 제108차 국제노동기구(ILO) 총회에서 채택된 「일터 괴롭힘 금지에 관한 협약」(제190호)은 좋은 시사점을 제공한다. 이 협약 제2조는 다음과 같다. “본 협약은 근로자 및 일터의 다른 사람들을 보호한다. 여기에는 각국의 입법과 관행에서 정하는 임금근로자 및 계약상 지위에 상관없이 일하는 모든 자, 인턴과 수습을 포함하여 직업훈련 중에 있는 사람, 해고된 근로자, 자원봉사자, 구직자, 취업지원자 그리고 사용자로서의 권위, 기능 또는 책임을 행사하는 개인이 포함된다.”

그리고 여기에서 말하는 ‘일터’는 좁은 의미의 직장 또는 사업장만을 의미하는 것이 아니라, △ 근무장소(여기에는 근무장소로 이용되는 공공장소 및 사적 공간을 포함한다) △ 근로자가 보수를 받는 곳, 휴식을 취하는 곳, 식사를 하는 곳, 화장실 또는 탈의실을 이용하는 곳 △ 노무 제공과 관련하여 이동하거나 교육을 받거나 관련 행사를 수행하는 곳 △ 노무 제공과 관련된 통신 공간(여기에는 정보통신기술을 이용하여 수행되는 통신 공간을 포함한다) △ 사용자가 제공하는 숙소 △ 통근도상 등을 모두 포함한다.¹²⁾

일터 괴롭힘 금지는 임금근로자를 비롯하여 모든 근로자에게 적용되어야 한다. 그리고 근로기준법은 그런 내용을 담는 일반법이 되어야 한다. 이를 위해서는 근로기준법 제2조의 정의 규정들을 모두 삭제하는 것이 바람직하다. 관련 규정에서 필요에 따라 정의하는 것으로 충분할 것이다.

물론 연혁적으로 볼 때, 그리고 사회적 중요성에서 볼 때 임금근로를 다른 근로 형태보다 특별히 취급할 이유는 충분하다. 이 문제는 임금근로에 대한 특칙을 두는 방식으로 해결할 수 있을 것이다. 그러나 그 경우에도 임금근로에 대한 특칙은 근로 일반에 대한 원칙과 연계를 맺어야 한다. 해고의 경우를 예로 들어 보자. 부당한 계약 해지로부터의 보호는 모든 근로자에게 주어져야 하는 일반 원칙이다. 부당한 계약 해지의 금지라

12) 제190호 협약 제3조 참조.

는 이 일반 원칙 위에 임금근로자에 대해서는 현재의 근로기준법 제23조와 같이 정당한 이유 없는 해고를 금지하는 특칙을 엮을 수 있을 것이다.

근로시간도 같은 방식으로 다룰 수 있다. 주 40시간제(연장근로에 대한 규제를 포함하여 기본 제도로서의 근로시간제)와 휴가제도는 모든 근로자에게 적용될 수 있고 적용되어야 한다. 독립자영업자라 할지라도 장시간 근로는 지양되어야 하며 적절한 수준의 휴가는 갈 수 있어야 한다. 고용상 지위나 계약 형태의 특수성은 특칙으로 보완하면 된다. 현재의 근로기준법도 그렇게 하고 있다.

이렇게 근로기준법을 총칙과 특칙의 체계로 구성하는 것은 장점이 있다. 근로기준법의 적용 여부가 다툼이 되는 근로자의 경우에도 최소한의 근로조건은 보호받을 수 있기 때문이다. 만약 준종속근로자까지만 혹은 종속자영업자까지만 근로기준법이 적용된다고 명문으로 규정하면, 실제로는 어떤 근로자가 준종속근로자임에도 불구하고 독립자영업자에 해당한다는 이유로 근로기준법의 적용에서 배제되는 결과가 발생할 수 있다.

제 2 장 노동조합법의 적용범위

제1절 서론

현행 노동조합법은 근로자를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 정의하고 있다(제2조 제1호). 노조법상의 근로자에 대한 정의는 1953년 제정된 노동조합법에서도 동일하게 정의되고 있었다(제4조). 이는 근로기준법이 근로자를 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”라고 정의하고 있는 것과 대비된다.

초기업별 노동조합의 설립이 명시적으로 제한되었던 1980년 12월 31일 개정된 노동조합법하에서 판례는 기업별 노동조합에서의 노조법상 근로자성과 관련하여 “노동조합의 구성원인 근로자와 사용자 사이에는 고용에 따른 종속관계가 있어야 하고 이러한 관계가 없는 자는 노동조합법이 정한 적법한 노동조합을 조직할 수 없다”고 함으로써 근로기준법상의 근로자와 노동조합법상의 근로자를 같은 기준에 의하여 판단하였다(예: 대법원 1992. 5. 26. 선고 90누9438 판결). 이러한 판례의 경향은 1997년 3월 13일 제정된 「노동조합 및 노동관계조정법」이 초기업별 노동조합을 허용하면서 달라지게 되었다. 즉, 대법원은 2004. 2. 27. 2001두8586 사건에 대한 판결에서 초기업별 노동조합의 경우에는 구직 중인 자도 ‘노동3권을

보장할 필요성이 있는 한' 노조법상 근로자에 해당한다고 보면서, 노조법상의 근로자가 노조법상의 근로자로 제한되지 않는다고 보았다.

하지만 대법원이 2001두8586 사건에서 근기법과 노조법의 목적이 다르고 두 법이 근로자 개념을 달리 정의하고 있어 노조법상의 근로자는 근기법상의 근로자로 제한되지 않는다고 하면서도, 이후 대법원은 특고의 노조법상 근로자성을 초기업별 노동조합의 경우에도 인정하지 않았다(예: 대법원 2006. 6. 30. 선고 2004두4888 판결). 그러던 중 2014년 골프장 캐디의 부당해고와 부당노동행위가 동시에 문제된 사건에서 대법원은 이들의 근기법상 근로자성은 부정하면서도, 노조법상 근로자성을 인정하는 판결을 하였다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결). 이 판결에서 대법원은 노조법상의 근로자를 “타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자”라고 정의하면서, “그 사용종속관계는 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없이 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정되는 것이다”라고 하였다.

2018년에도 대법원은 학습지 교사의 부당해고와 부당노동행위가 동시에 문제된 사건에서 근기법상의 근로자성은 부정하면서, 노조법상의 근로자성을 인정하는 판결을 하였다(대법원 2018. 6. 16. 선고 2014두12598 판결). 주목할 점은 2014두12598 사건에서 대법원은 노조법상 근로자성 판단기준을 2014년의 2011다78804 사건에서와 달리 하였다는 점이다. 즉, 대법원은 2014두12598 사건에서 노조법상 근로자를 “타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자”라고 정의한 후, “구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가

존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”라고 하였다. 이 판결의 특이한 점은 대법원이 이 판결에서 “참가인의 사업에 필수적인 노무를 제공함으로써 참가인과 경제적·조직적 종속관계를 이루고 있는 원고 학습지 교사들을 노동조합법상 근로자로 인정할 필요성이 있다”라고 하면서, ‘사용종속관계’가 아닌 ‘경제적·조직적 종속관계’라는 표현을 사용하였다는 점이다.

판례가 노조법과 근기법의 목적이 다르다는 점 및 두 법이 근로자 개념을 달리 정의하고 있는 점 등을 이유로 노조법상의 근로자를 근기법상의 근로자로 제한하지 않고 있는 점에 대하여는 학설도 대체로 그 결론에 동의하고 있는 것으로 보인다. 그러나 판례가 아직도 노조법상의 근로자성 판단표지로 ‘사용종속관계’를 요구하고 있는 것에 대하여는 많은 비판이 제기되고 있다. 한편 초기업별 노동조합의 경우 구직 중인 자에 대하여는 노조법상 근로자성을 인정하면서도, 해고자의 노조법상 근로자성을 인정하지 않는 듯한 판례의 태도에 대하여는 의견이 대립하고 있다. 따라서 이러한 논쟁에 대한 해결책으로 많은 해석론과 함께 입법론이 모색되고 제기되고 있다.

제2절 해석론

1. 포용주의적 접근

노동조합법에 따라 노동조합을 결성하고 그에 가입하여 활동할 수 있는 권리를 단결보호라 하며, 그중에서 특히 사용자에게 단체교섭 의무를 지울 수 있는 권리를 교섭보호라 한다.

노동조합법상 근로자를 판단하는 판례의 현재 기준은 교섭보호를 염두에 둔 것이다. 즉 노동조합의 설립 또는 운영에서 발생한 분쟁이 아니라 단체교섭 의무와 관련된 것으로 볼 수 있다. 그러므로 현재의 판례 기준

은 해당 사용자가 단체교섭 의무를 지는가를 판단할 때 사용하는 것으로 한정해야 하고, 구체적인 내용에서는 특정 사업자와의 교섭 관계 형성에 걸맞은 요소들로 재정리할 필요가 있다. 현행 판례를 바꾸어 쓰면 다음과 같다.

“노동조합법상 사용자가 단체교섭 의무를 지려면 단체교섭을 요구하는 노동조합에 자신이 고용한 근로자가 가입하고 있는 경우이다. 여기서 근로자라 함은 사용자의 사업을 위하여 개인적으로 노무를 제공하고 그 대가로 임금, 급료 그 밖에 수입을 얻는 자를 말하고, 노무를 제공하게 된 계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다. 구체적으로는 해당 노무가 사용자의 사업 수행에 통합되어 있는지, 노무 제공의 중요한 내용과 조건을 사용자가 결정하는지, 해당 노무가 사용자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 사용자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 그 밖에 해당 노무제공 관계의 지속성이나 전속성 그 밖에 노무제공자와 사용자 사이의 거래 관행이나 교섭 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

한편, 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 위의 근로자에 해당하는지는 개별적으로 노무를 제공하고 그 대가로서 생활하는 자로서 단체교섭을 통해 노무 제공 조건의 유지·개선과 경제적·사회적 지위의 향상이 가능하고 또한 필요한지라는 관점에서 판단하여야 한다.”

개선안의 특징을 요약하면 이렇다. 노동조합법상 보호를 크게 단결보호와 교섭보호로 구분한 후, 단결보호와 관련한 노동조합법상 근로자의 의미는 경제적 종속성을 중심으로 판단하고 교섭보호와 관련해서는 현행 판례를 조금 고쳐 사용자가 단체교섭 의무를 지기 위한 요소들이라는 점을 분명히 하도록 한다. 후자의 해석론은 노동조합법상 근로자에 고용형 자영업자까지 포용할 수 있도록 해야 한다.

2. 목적론적 접근

목적론적 접근법은 노조법상 근로자성에 대한 해석론과 관련하여 다음

과 같이 주장하고 있다.

첫째, 특고의 노조법상 근로자성과 관련하여 대법원은 2018년 학습지 교사 판결과 이후 특수형태근로종사자들의 노조법상의 근로자성을 인정한 판결¹⁾에서 ‘경제적·조직적 종속관계’라는 표현을 사용하고 있다. 따라서 판례에서 사용되고 있는 근기법과 노조법상의 ‘사용종속관계’의 내용과 의미가 다름에도 불구하고 ‘사용종속관계’라는 동의이의어(同音異議語)를 사용하기보다는 노조법상의 근로자성 판단기준을 판례가 스스로 사용하고 있는 ‘경제적·조직적 종속성’으로 바꾸는 것이 바람직하다고 본다.

둘째, 노조법상 근로자 개념은 노동조합의 형태에 따라 달라지지 않아야 한다고 한다. 왜냐하면, 노조법상의 근로자성은 목적론적(teleologisch) 방법에 의하여 형성할 필요가 있고, 목적론적 접근에 의한다면 노동조합의 형태에 따라 노조법상의 근로자성이 인정되기도 하고 인정되지 않기도 하는 상황은 결코 인정될 수 없기 때문이다. 즉, 노조법은 노동조합의 형태에 따라 법 효과를 달리하고 있는 규정을 두고 있지 않으며, 노조법은 노동조합의 형태와 관계없이 동일한 목적을 가지고 있기 때문에 노동조합의 형태에 따라 노조법상의 근로자성이 달라져서는 안 된다는 것이다.

셋째, 노조법상의 근로자성과 관련하여 구직 중인 자와 일시적인 실업 상태에 있는 자는 구별되어야 한다고 본다. 즉, 전자는 노조법상 근로자로 인정되기 어려운 반면, 후자는 노조법상 근로자로 인정될 수 있다고 본다.

넷째, 해고자의 노조법상 근로자성과 관련해서는 이들의 근로자성을 인정하는 것은 노조법 제2조 제4호 라목 단서의 반대해석상 불가능하다고 본다. 다만, 노조법상 근로자가 아닌 자의 노동조합 활동을 제한하기 위하여, 노조법상 근로자들이 가입 또는 설립한 단체의 노동조합성을 부정하는 것은 헌법합치적 법률해석의 관점에서 옳바르지 않다고 본다.

1) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결(방송연기자); 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712, 2019두33828 판결(카마스터) 등.

3. 노동계약유형적 접근

현재 우리나라의 노동조합법은 법상 노동조합에게만 모든 권리가 보장되는 구조를 취하고 있다. 법상 노동조합이어야 노동조합이라는 명칭을 쓸 수 있음은 물론, 쟁의조정신청권조차도 법상 노동조합에게만 부여된다. 사용자가 단체교섭에 응할 의무도 법상 노동조합의 단체교섭 요구에 대응하여서만 부여되고, 이 요구를 정당한 이유 없이 거부하였을 때 부당노동행위가 되기도 한다. 근로기준법상의 근로자에게만 근로기준법의 모든 권리가 배타적으로 부여되는 것과 같이, 노동조합법상의 노동조합에게만 노동조합법의 모든 권리가 배타적으로 부여되는 것이다.

우리나라의 노동법에서 이러한 배타성은 불가피하기는 하다. 사용자에게 작위 혹은 부작위 의무를 부담시키고 그 의무를 위반하는 경우 과태료나 형사처벌을 예정하므로, 그 의무를 이행해야 할 주체로서의 사용자가 특정되어야 하는 한편, 그러한 의무를 충분히 부담할 수 있는 존재이어야 하기 때문이다. 예를 들어, 근로기준법에서는 근로자에게 휴가권을 부여할 의무를 부담하는 사용자, 노동조합법에서는 노동조합의 단체교섭 요구에 응해야 할 사용자를 고려한다면, 그 사용자로부터 휴가권을 부여받을 근로자, 단체교섭 요구를 할 노동조합이 완전히 열린 개념일 수는 없다.

그러나 노동조합의 설립 가능성과 노동조합의 권리가 일치할 필요는 없다고도 볼 수 있다. 예를 들어, 노동조합의 설립 자체는 자유롭게 허용하는 반면, 노동조합이 노동조합으로서의 권리를 행사하고자 할 때 그 권리행사주체로서의 노동조합의 의미를 제한하는 것이다. 이것은 노동조합에 대한 본질적 질문과도 연결되어 있는데, 우리나라에서는 노동조합이기 위해서는 법으로 정해진 노동조합으로서의 적극적 요건과 소극적 요건 그리고 절차적 요건을 충족시킨 후에야 노동조합으로서 인정받아 단체교섭하고 단체협약을 체결할 수 있는 반면, 독일의 경우 노동조합은 근로자 측의 유일한 단체협약 당사자로서의 의미를 갖지만 노동조합을 법률상 정의하거나 노동조합이 갖추어야 할 구체적 기준을 열거하는 규정은 존재하지 않기도 한다.²⁾ 그래서 노동조합에 관한 법제 유형을 개방

형(노동조합의 설립 단계에서는 거의 아무런 제한을 두지 않으며, 법상 특정한 권한의 행사와 관련해서만 별도의 요건을 부과하고 있는 법제)과 폐쇄형(노동조합의 설립과 권한 행사를 구분하지 않고 공히 모든 요건을 충족할 것을 요구하는 법제)으로 구분하는 한편, 우리나라의 노동조합 개념의 폐쇄성은 노조법 제2조 제4호에 대한 잘못된 해석에서 비롯된 측면이 크다고 분석하기도 한다.³⁾ 제2조 제4호를 금지규정으로 이해한 결과 적격/결격의 문제를 적법/위법의 문제로 오해하였고, ‘근로자가 아닌 자’를 포함한 근로자 단체가 노조법상 노동조합으로서 행위하고자 한다면, 그 시점에서 그 권한 행사의 상대방이 노동조합성 결격을 문제삼을 수 있을 뿐이라는 것이다.

다만 단체교섭권 내지 단체행동권이 법적으로 인정된다는 것과, 이러한 권리를 행사하였을 때 그 권리를 어떻게 보장할 것인지의 문제는 다를 수 있다. 다시 말해, 종속적 자영업자는 현행 노동조합법상 근로자의 범주에 포함된다고 생각한다. 노동조합법에서 근로자는 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 말하고 있기 때문이다. 하지만, 근로자 개념이 광의적이라고 해서 종속적 자영업자가 노동조합법상 노동조합을 설립하고, 노동조합 활동을 하며, 단체교섭권을 행사할 수 있는가 하는 문제는, 노동조합법상 근로자가 누구인가의 문제와는 다르다는 것이다.

노동3권은 유기적 권리라고들 한다. 노동3권 중 어떤 권리가 가장 중심적인지를 강조하면서 그 권리가 보장되지 않을 경우 다른 권리는 의미가 없다고 말하는 것이 바람직하지 않을 수는 있지만, 예를 들어 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있는 권리가 보장되지 않을 때 단결권이 충분히 보장될 수 있다고 말할 수 있을 것인지, 민형사 면책특권을 갖는 단체행동권이 보장되지 않았을 때 단체교섭권이 확보되었다고 말할 수 있을 것인지 의문인 것이다. 이것은 권리 자체의 의미와도 관련이 있지만, 그 권리를 보호할 주체로서의 사용자가 누구인가와도 관련이 되어 있는 문제이다. 노동조합법상 근로자 개념을 넓혀 해석한다고 하여, 그래서 종속적

2) 박제성 외, 『노동조합 정의 규정 재검토 연구』, 한국노동연구원, 2011, 5면.

3) 위의 책, 144면.

자영업자에게도 노동조합을 설립하거나 노동조합에 가입하여 노동조합 활동을 할 수 있는 권리가 있다고 해석을 할 수 있다고 하여, 그러한 권리들을 노동조합법상의 근로자들에게 보장하는 본질적 의미가 충족되었다고 말하기는 어렵다.

4. 보편주의적 접근

노동조합 및 노사관계조정법(노동조합법)의 적용범위, 즉 노동조합법상 근로자의 범위는 근로기준법상 근로자보다 넓다고 해석된다. 두 가지 근거가 있다.

첫째, 노동조합법의 목적이다. 노동조합법은 “헌법에 의한 근로자의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지, 개선과 근로자의 경제적, 사회적 지위의 향상”⁴⁾을 도모하는 것을 목적으로 한다. 노동조합법상 근로자와 근로기준법상 근로자를 같은 개념으로 보는 학설⁵⁾은 노동조합법의 목적을 “근로조건을 유지와 개선”으로 한정하면서 근로기준법의 목적과 동일시하는 경향이 있는데, 이는 명문으로 규정하고 있는 노동조합법의 목적에 부합하지 않는다. “근로자의 경제적, 사회적 지위의 향상”이라는 목적은 근로기준법에서 정하고 있는 근로조건을 유지, 개선보다 훨씬 더 넓은 의미이며, “근로자의 경제적, 사회적 지위”는 근로계약상의 지위에 한정되지 않는다.

근로기준법의 근로자와 노동조합법의 근로자를 동일하다고 보는 학설은, 한국의 노동법이 개별법과 집단법으로 이원화되어 있는 체제의 취지에 관해 설명하기를, 개별법은 강행법규를 통해 근로조건을 최저선을 설정해 근로자를 보호하고, 집단법은 스스로의 단결 활동을 통해 개별법으로 보호하는 근로조건을 상회하여 개선할 수 있도록 보장하는 것에 있으므로, 양자는 같은 근로자를 대상으로 한다는 것이다.

4) 노동조합법 제1조.

5) 김형배, 「골프장 캐디의 노동법상의 지위」, 『노동법포럼』, 제13호, 노동법이론실무학회, 2014, 1~36면; 박종희·윤재왕, 「판례의 법형성적 기능과 한계」, 『고려법학』, 제70호, 고려대학교 법학연구원, 2013, 191~239면 참조.

그러나 노동조합법은 개별적 노동관계에서 형식적 평등에 의하여 가려져 있는 실질적 불평등을 집단적 노동관계에서 구체적 평등으로 극복하고자 하는 것을 목적으로 삼는다. 그러므로 형식적 평등에 의하여 은폐되는 실질적 불평등이 존재하는 노동관계에서는 언제나 노동조합법이 적용될 사명을 갖는다고 해석해야 한다. 과거에는 그것이 임금근로자에 한정된다고 생각했으나, 오늘날에는 준종속근로자를 비롯하여 종속자영업자로서까지 확대되고 있는 것이다.

둘째, 이미 노동조합법 자체에서 근로자의 정의를 다르게 하고 있다. 노동조합법의 근로자란 “직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”⁶⁾를 말하기 때문이다. 이 규정은 ‘임금근로자+비임금근로자’로 해석하지 않을 수 없다. “기타 이에 준하는 수입”이라고 했기 때문이다. 이것을 임금과 동일시하는 것은 허용되지 않는다. 왜냐하면 임금이란 “사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”⁷⁾을 말하기 때문이다. 즉 기타 수입도 어쨌든 임금의 한 종류라고 할 것 같으면 그냥 임금으로만 정의해도 충분하다는 뜻이다. 굳이 ‘기타 이에 준하는 수입’을 명시해 놓은 것은 임금이 아닌 수입, 즉 비임금을 가리키기 위해서라고 해석하지 않을 수 없다.

1인 사업자의 형식으로 특정 사업주에 사실상 거의 전적으로 소속되어 일하는 준종속근로자가 얻는 수입은 근로의 대가로 사업주로부터 받는 금품이라는 점에서 임금에 준하는 수입으로 보기에 충분하다. 그러므로 일단 준종속근로자는 노동조합법의 적용범위에 포함된다. 사실 우리는 이미 앞에서 준종속근로자도 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 일반적인 해석론을 제시한 바 있으므로, 우리의 해석론에 따르면 준종속근로자는 당연히 노동조합법의 적용범위에 포함된다.

가격결정권과 고객선택권이 없는 종속자영업자, 예컨대 프랜차이즈 가맹점주는 전체 매출액 중에서 사전에 가맹본부와 정한 비율에 따라 분할 지급되는 금액으로 수입을 얻는다는 점에서 이는 임금에 준하는 수입이

6) 노동조합법 제2조 제1호.

7) 근로기준법 제2조 제5호.

라고 할 수 있을 것이다. 이것은 택시 기사들이 전체 운송 수입금 중에서 사납금을 제하고 남은 수입을 임금으로 가져가는 것과 다를 바 없다. 그러므로 종속자영업자는 노동조합법의 적용범위에 포함된다고 할 수 있을 것이다.

최근에 대법원은 철도역 매점(스토리웨이) 운영자를 노동조합법상 근로자로 인정하였다.⁸⁾ 이 판결은 종속자영업자를 노동조합법상 근로자로 인정한 최초의 판결이라는 점에서 의의가 있다.

다만, 기타 수입의 범위는 임금에 준하는 수입에 한정된다. 노동조합법에서 ‘기타 이에 준하는 수입’이라고 정의했기 때문이다. 여기에서 ‘이’는 앞에 나오는 ‘임금’이다. 그러므로 전체 수입에서 임금 등을 제하고 남은 수입을 이윤으로 가져가는 자는 노동조합법에서 말하는 근로자가 아니라고 해야 할 것이다. 즉 진정한 의미에서의 독립자영업자는 노동조합법의 적용범위에 들어오지 않는다.

한편, 취업 중에 있지 아니한 자, 예를 들어 해고된 근로자 또는 구직 중인 근로자도 노동조합법의 적용범위에 포함된다. 이 근로자들은 어떤 식으로든지 자신의 노동에 근거하여 살아가는 자, 다시 말하면 임금에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자들이기 때문이다. 해고자와 구직자도 장래에 노동할 것으로 기대되는 한, 그럼으로써 사회적으로 필요한 노동을, 또는 노동의 가능성을, 또는 잠재적 노동력을 지니고 있는 존재로서의 지위 또는 자격이 인정되는 한, 자신의 노동에 대해서 할 말이 있을 것이다.

물론 취업과 실업을 반복하는 자도 당연히 노동조합법의 적용범위에 들어간다. 특히 오늘날 디지털 기술의 발전은, 예컨대 강의가 없는 시간을 틈타 심부름 알바를 병행하는 대학생 근로자 같이, 취업과 실업의 반복 주기를 극단적으로 짧게 만들 수 있다는 점을 고려할 때, 엄격한 의미의 취업자에게만 노동조합법을 적용해야 할 이유는 거의 없다고 할 것이다. 만약 취업자에게만 노동조합법을 적용한다면 이 대학생 근로자는 심

8) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결. 이 판결에 대해서는 김린, 『매점운영자의 노동조합법상 근로자성과 노동조합의 소극적 요건』, 『월간노동리뷰』, 한국노동연구원, 2019년 6월호, 103~107면 참조. 좀 더 일반적인 논의로는 유성재·권오성, 『가맹점사업자의 노조법상 근로자성』, 『법학연구』 29(4), 충남대학교 법학연구소, 2018, 63~100면 참조.

부름을 하는 동안만 노동조합을 만들 수 있고 심부름이 끝나면 다시 노동조합을 탈퇴해야 한다는 이상한 결론이 나온다.

2018년 이후의 판례에 따르면,⁹⁾ 노동조합법상 근로자는 “타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자”¹⁰⁾를 말한다. 그런데 판례는 또 이렇게 말한다. “노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.”¹¹⁾

‘사용종속관계’라는 동일한(?) 개념을 기준으로 하면서 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자가 다를 수 있다고 말하는 것은 두 종류의 사용종속관계가 있는 것이 아니라면 논리적으로 이상할 것이다.¹²⁾ 아마

9) 판례는 크게 네 시기로 구분된다. 첫째, 1993년 이전으로서 노동조합법상 근로자와 근로기준법상 근로자를 동일시하던 시기이다(대법원 1970. 7. 21. 선고 69누152 판결; 대법원 1992. 5. 26. 선고 90누9438 판결 참조). 둘째, 1993년부터 2004년까지로 과도기 또는 혼란기라고 할 수 있는 시기이다. 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결은 골프장 캐디의 노동조합법상 근로자성을 인정했지만, 근로기준법상 근로자성은 따로 판단하지 않았다. 양자를 같은 개념으로 보는지 전자를 더 넓은 개념이라고 보는지 확실하지 않다. 노동조합법상 근로자성이 더 넓은 개념이라는 점을 분명하게 밝히지 않고, 또 사용종속관계 개념과 실질적 판단 원칙을 결부시켜 결과적으로 근로기준법상 근로자성 판단구조와 구조적 동일성을 노출시킴으로써, 이 판결 이후에도 하급심에서 캐디를 포함하여 준종속근로자의 노동조합법상 근로자성을 부정하는 판결이 계속 나올 수 있는 여지를 남겼다. 셋째, 2004년부터 2018년까지로 노동조합법상 근로자 범위를 구직자에게까지 확대하였다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결 참조). 넷째, 2018년 이후의 시기로 노동조합법상 근로자 범위를 준종속근로자와 종속자영업자에게까지 확대하였다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598 판결; 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결 참조). 2004년 판례와 2018년 판례를 결합하면 노동조합법상 근로자 범위는 근로기준법상 근로자 범위를 넘어 구직자와 준종속근로자 및 종속자영업자에게까지 확대된다. 그런데 이 모두를 포괄하는 종합법리는 아직 제시되지 않고 있다.

10) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결 등.

11) 위 판결 등.

12) 권오성은 위 각주 16의 판결과 동일한 법리를 제시하고 있는 2018년 학습지 교사 판결(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598 판결)에 대한 분석에서, 판례는 노동조합법상 근로자성 판단 기준을 사용종속관계에서 경제적 종속성으로 바꾼 것과는 다르다고 보면서, 경제적 종속성이라는 용어가 부담스럽다면 근로기준법상 사용종속관계와 노동조합법상 사용종속관계로 구별해야 할 것이라고 제안한다

도 판례의 입장은 이런 것 같다. 근로기준법상의 ‘근로자’와 노동조합법상의 ‘근로자’가 서로 다를 수 있는 만큼, 근로기준법상의 ‘사용종속관계’와 노동조합법상의 ‘사용종속관계’도 표현은 같지만 내용은 다를 수 있다. 그래서 판례는 후자의 판단과 관련해서는 전자의 판단에서 제시하는 징표와는 약간 다른 징표들을 제시한다. ‘주요’, ‘상당한’, ‘어느 정도’ 등의 완화된 표현을 사용하면서 말이다.

그러나 정작 판례의 문제점은 ‘노동3권을 보장할 필요성’을 노동조합법 적용요건으로 설정하고 있다는 점에 있다. 노동3권의 필요성 여부를 누가 판단하는가? 법원이? 만약 그렇다면 그것은 단결의 자유 원칙에 반하는 것이 아닌가? 근로자들이 스스로의 판단에 따라 단결하고 집단적으로 행동할 수 있는 자유, 그것이 단결의 자유 원칙이다. 그리고 단결의 형식은 근로자의 자유에 속한다. ‘노동3권을 보장할 필요성’ 개념은 단결의 형식이 사전에 특정되어 있다고 생각하는 것 같다. 그러나 그렇지 않다. 사용자가 영업의 자유에 근거하여 다양한 형태의 사업체를 조직할 수 있는 것처럼, 근로자는 단결의 자유에 근거하여 다양한 형태의 단결체를 조직할 수 있다.

제3절 입법론

1. 포용주의적 접근

입법론으로 구현될 수 있는 새로운 모델에서 단결보호는 개인적으로 노무를 제공하고 경제적 대가로 생활하거나 생활하고자 하는 자 모두에게 적용하되, 교섭보호는 임금근로자에 더하여 사업종속성이 있는 고용형 자영업자까지 적용하는 것이 바람직하다. 좀 더 부연하여 설명하면, 노동3권의 행사에 따른 민·형사면책은 보편적인 기초적 노동권에, 노동

(권오성, 『특수형태고용종사자와 근로자성』, 『사회적 대화』, 경제사회노동위원회, 2019년 5~6월호, 52~59면 참조).

쟁의 조정과 노사협의회에 관한 권리는 포용적 노동권에, 단체교섭 의무와 부당노동행위 구제 절차와 벌칙 등은 핵심적 노동권의 대표가 될 것이다.

이를 위해 노동조합법의 총론에서 근로자는 “개별적으로 노무를 제공하고 그 경제적 대가로서 생활하는 자”로 정의하고, 단체교섭과 단체협약의 적용에서 근로자는 다음과 같이 규정할 수 있을 것이다.

제3장 단체교섭과 단체협약

제 조(용어의 정의) ① 이 장에서 근로자라 함은 타인의 사업을 위하여 노무를 제공하고 경제적 대가를 얻는 개인을 말한다. 다만 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 자영업자의 경우에는 그러하지 아니하다.

1호. 노무 제공과 관련하여 계약으로나 실질로나 타인의 지시로부터 자유롭다.

2호. 노무는 타인 사업의 통상적 경로를 벗어나 수행된다.

3호. 개인은 동종 업계의 관행상 독립적인 직종, 직업, 또는 사업에 종사한다.

② 제1항 단서 각 호에 대해서는 사용자가 증명하여야 한다.

2. 목적론적 접근

노조법상 근로자에 대한 입법론적 개선방안으로는 2018년 학습지 교사 판결이 언급하고 있는 ‘경제적·조직적 종속성’을 노조법상의 근로자성 판단지표로 명시할 필요가 있다고 본다. 그러나 노조법상의 근로자를 근기법상의 근로자와 근기법상의 근로자는 아니지만 노조법의 적용을 받을 수 있는 유사근로자로 구분하는 이분법적 접근이 아니라, 노조법상의 근로자를 ‘경제적 종속하에서 노무를 제공하는 자’로 정의하는 일원론적 접근이 바람직하다고 본다.

구직 중인 자와 해고가 확정된 자의 노조법상 근로자성과 관련해서는 입법론적 조치는 필요하지 않다고 본다. 다만, 노조법 제2조 제4호 라목을 “근로자가 아닌 자들만으로 구성된 경우” 또는 “주로 근로자가 아닌 자로 구성된 경우”¹³⁾로 변경하거나, 동 규정을 삭제하는 것이 입법론적

13) “주로 근로자가 아닌 자로 구성된 경우”라고 규정할 경우에는 소수의 인원이지만 노조법상의 근로자에 해당하는 자가 근로자가 아닌 자로 인하여 자신의 기본권

으로 바람직하다고 본다.

3. 노동계약유형적 접근

ILO에서는 2019년 초 『더 나은 미래를 위한 일』(이하, ‘일의 미래’) 보고서를 발간하였다. 이 보고서에서는 계약형태나 고용상 지위에 관계 없는 보편적 노동권을 말하고 있다. 보편적 노동권이란, “일·주당 최대노동시간 설정을 포함한 노동시간 규제, 적정생활급의 지급, 직업상 발생하는 질병·질환 및 상해로부터 노동자 보호, 아동·청소년·여성보호, 고령 및 상해에 대한 규정, 타국에서 고용된 노동자의 이해관계 보호, 동일가치의 노동에 대한 동등보수 원칙의 인정, 결사의 자유 원칙의 인정 등”이다. 그리고 특히 보편적 노동권에 포함되어야 할 노동기본권의 내용으로서 보고서에서는 결사의 자유권 그리고 실효적인 단체교섭권의 인정(the effective recognition of the right to collective bargaining)을 요구하고 있다.

현행 노동조합법 내에서는 종속적 자영업자의 ‘실효적인 단체교섭권’이 인정되기 어렵다(여기에서 굳이 노조법 제2조 제4호의 문제점을 새삼 언급할 필요성은 느끼지 못한다. 이것은 종속적 자영업자의 노동조합 설립권과 효과적 단체교섭권 보호의 문제가 아니라, 헌법상 노동3권이라는 기본권 침해의 문제이기 때문이다). 우선하여 정비해야 하는 노동조합법 규정은 제2조의 사용자 개념이다.

“정말 핵심적인 문제는 처음에는 직관에 반하는 낯선 관점에서 가장 잘 이해될 수 있으며, 여기에서 문제는 노동자의 일원적 분석에 있는 것이 아니라 고용주에 대한 일원적 분석에 있다.”¹⁴⁾

(노동3권)을 행사할 수 없게 되는 문제점이 여전히 존재하게 된다. 따라서 이러한 접근방법은 현행법을 개선한다는 점에서는 의미가 있지만, 문제의 근본적인 해결책이 되지 못한다는 점에서 입법론적으로는 바람직하지 않다고 본다.

14) Paul Davies & Mark Freedland, 『The Complexities of the Employing Enterprise』, G. Davidov and B. Langile (eds.), 『Boundaries and Frontiers of Labour Law』, Hart Publishing, 2006; 황덕순 외, 『고용관계 변화와 사회복지 패러다임 연구』, 한국노동연구원, 2016, 216면에서 재인용.

근로자를 분석하는 것만큼이나 사용자에 대한 자세한 분석이 필요함에도 지금까지 해석적 쟁점은 주로 근로자를 중심으로 이루어져 왔다. 개별 법이나 집단법 모두에서 근로자의 종속성을 지나치게 강조한 결과 사용자 또한 근로자를 강하게 종속시키고 있는 대상으로 이해하는 경향이 있다. 근로자 개념을 완화시켜 이해해야 한다면, 사용자 개념 또한 마찬가지이다. 근로자의 종속성이 약해진다면, 사용자의 지휘감독성 또한 약해진다. 근로자가 단속적 근로제공자라면, 그 사용자는 단속적 지휘감독자이다. 다만 근로자나 종속적 자영업자에게 있어 근로계약이나 노무제공 계약의 형식과 내용은 수동적이지만, 사용자에게는 능동적이라는 점은 유의해야 한다. 또한 근로(노무제공)제공이 전속적으로 이루어지든 비전속적으로 이루어지든, 상용적으로 이루어지든 임시적으로 이루어지든 변하지 않는 것은, 근로자가 근로를 제공하면(종속적 자영업자가 노무를 제공하면) 그 제공을 받아 임금(보수)을 지급하는 계약 상대방으로서 사용자가 반드시 존재한다는 것이다. 근로(노무)를 제공하는데 사용자가 보이지 않는다면, 그때 사용자는 은폐되었을 뿐이다. 은폐된 사용자를 찾아낼 수 있도록 하는 것이 법이 할 일이고, 그 사용자에게 노동조합법상 단체교섭의 의무를 지우는 것 또한 법이 할 일이다. 사용자는 단수일 수도 있고, 복수일 수도 있음은 물론이다. 복수의 사용자는 중층적으로 존재할 수도 있다. 플랫폼 노동관계에서와 같이 사용자의 기능이 분화될 수도 있다.

사용자의 개념을 일의적이지 않은 것으로 이해하고 확대시켜 나가는 경우, 단체교섭의 대상과 절차, 쟁의행위의 목적과 절차 또한 조정되어야 함은 물론, 부당노동행위의 내용과 책임에 대한 재고도 필요하다. 이를 통해 종속적 자영업자의 실효적 단체교섭권이 보장될 수 있을 것이다.

4. 보편주의적 접근

입법론으로는 우선 독립자영업자를 포함해야 할 것이다. 이것은 교섭 상대방이 특정될 수 있는 경우에만 노동조합법을 적용할 수 있다고 생각하는 관점, 예컨대 단체교섭 중심론과 다르다.

교섭 상대방이 특정되지 않는 경우에도 근로자는 경제적, 사회적 지위

의 향상을 위하여 단결의 자유와 단체행동의 자유를 향유할 수 있어야 한다. 단결권과 단체교섭권 그리고 단체행동권은 임금근로자의 임금과 근로조건을 개선하기 위한 권리로 해석되는 데 그쳐서는 안 된다. 이 노동3권은 계약의 형식 또는 고용상 지위와 상관없이 모든 근로자가 자신의 노동 안에서 사유와 행위를 결합할 수 있는 집단적 자유권으로 해석되어야 한다.

스페인 자영노동법도 독립자영업자를 포함하여 모든 자영업자에게 단결권과 단체교섭권 및 단체행동권을 인정하고 있다.¹⁵⁾

사실은 이미 많은 직종의 자영업자들이 단체를 조직하고 단체행동을 하고 있다. 이들은 노동조합법에서 말하는 좁은 의미의 단체교섭은 아니지만, 해당 업종의 규율 문제를 둘러싸고 정책 당국과 교섭한다. 교섭이 잘 안 되면 단체행동에 나서기도 한다. 그리고 합의가 도출되면 정책으로 반영되기도 한다. 꼭 좁은 의미의 단체협약일 필요는 없다.

그렇다면 이미 사실상 단결의 자유를 누리고 있는 독립자영업자에게 굳이 노동조합법을 적용할 필요가 있는가 의문이 들 수 있다. 준중속근로자에게도 확실히 보장되고 있지 않은 단결의 자유를 왜 독립자영업자에게까지 보장해야 하는가 비판할 수 있다.

그러나 중요한 것은 독립자영업자에게도 단결의 자유를 보장하면 종속자영업자와 준중속근로자의 단결의 자유 보장이 확실해진다는 점이다. 준중속근로자와 종속자영업자까지 노동조합법이 적용된다고 명문으로 규정하더라도 실제 사례에서는 어떤 근로자가 준중속근로자임에도 불구하고 독립자영업자에 해당한다는 이유로 단결의 자유를 부정하는 경우가 발생할 수 있다.

반대로 독립자영업자도 노동조합법의 적용범위에 들어간다고 입법을 하면 준중속근로자와 종속자영업자의 단결의 자유는 이견 없이 보장될 수 있다.

나아가 노동조합법을 무급근로자(자원봉사자, 그림자근로자)에게까지 적용하는 방안도 생각해 볼 필요가 있다. 최근에는 젊은이들을 중심으로 자원봉사자가 늘어나고 있다. 이들은 자신들이 일하는 단체에서 금지와

15) 스페인 자영노동법 제19조. 자세한 내용은 박제성 외, 앞의 책, 62면 참조.

보람을 느끼고 싶어 한다. 그러나 시민단체 등에서도 조직문화가 언제나 민주주의적인 것은 아니라서 기존의 경영진과 젊은 자원봉사자들 사이에 갈등이 발생하곤 한다. 그렇다면 자원봉사자들도 스스로의 단체를 조직하여 자신들의 생각과 요구사항을 표출할 수 있는 길을 열어주는 것이 적절하리라 생각한다(그림자근로자도 마찬가지이다. 비록 유급도 아니고 또 어떤 단체에 소속되어 일하는 것도 아니지만 이 그림자근로자들도 복지 정책과 관련해서는 자신들의 요구사항을 표현할 필요성을 가질 수 있을 것이다. 물론 지금도 학부모단체나 각종의 주부모임이 만들어지고 있어서 필요할 때 요구사항을 표현하는 것이 가능하다. 그렇다면 앞에서 언급한 독립자영업자의 경우와 마찬가지로 굳이 이들에게 노동조합법의 적용을 배제할 필요는 없을 것이다. 노동조합법의 적용범위가 넓으면 넓을수록 정말 노동조합법이 필요한 사람들이 혜택을 볼 수 있을 것이기 때문이다).

그런데 이러한 입장에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기될 수 있다. 부당노동행위제도가 있는 우리 노동조합법 구조에서 사용자가 특정되지 않아도 된다고 하면 아무한테나 교섭을 요구할 수 있고 거부하면 부당노동행위로 처벌할 수 있다는 것인가? 그러나 노동조합을 만들었다고 해서 반드시 단체교섭을 해야 하는 것은 아니다. 단결권과 단체교섭권은 별개의 권리로 생각해야 한다. 노동3권은 삼위일체의 권리가 아니라 개별의 권리인 것이다. 단결의 자유를 보호하기 위해 도입된 부당노동행위제도가 거꾸로 단결의 자유를 제약하는 결과를 초래하면 안 된다. 그러므로 노동조합법에서 ‘근로자’와 ‘사용자’의 정의 규정은 삭제하는 것이 좋다. 부당노동행위 판단에서 구체적 타당성을 확보하면 충분할 것이다.

제 3 장

직업안정법의 적용범위

제1절 서론

직업안정법은 노동시장법 또는 고용정책법의 기본법이다. 헌법 제32조 제1항이 정하고 있는 근로의 권리, 특히 일할 기회에 관한 권리를 구체화하고 있는 법이다. 구직활동과 관련한 중요한 사항들, 예를 들면 구인과 구직, 직업소개, 직업정보제공, 근로자공급 등을 규율하고 있기 때문이다.

직업안정법은 각종 규정들에서 근로자라는 용어를 사용하면서도 근로자에 관한 정의 규정은 별도로 두고 있지 않다. 예를 들어 같은 법의 주요 용어를 정의하고 있는 제2조의2에서도 제2호는 “직업소개”란 구인 또는 구직의 신청을 받아 구직자 또는 구인자(求人者)를 탐색하거나 구직자를 모집하여 구인자와 구직자 간에 고용계약이 성립되도록 알선하는 것을 말한다”라고 하고, 제6호는 “모집”이란 근로자를 고용하려는 자가 취업하려는 사람에게 피고용인이 되도록 권유하거나 다른 사람으로 하여금 권유하게 하는 것을 말한다”고 할 뿐, 구직자나 근로자 또는 피고용인을 정의하지는 않는다.

직업안정법상 근로자의 의미에 대해 통일된 태도를 가지지 못했던 판례는, 2000년 이후 대부분의 판결에서 직업안정법상 근로자를 근로기준법상 근로자와 동일하게 파악하여 오고 있다. 판례는 처음에는 노동조합

법상 근로자 개념을 사용하다가, 1990년대에는 근로자에 대한 언급 없이 곧바로 직업안정법위반죄의 성립 여부를 정하는 태도를 보였다가, 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결에서 근로기준법상 근로자에 관한 판례 기준을 그대로 직업안정법상 근로자 판단에 적용하고 있다.

대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결의 대상이 된 사건의 쟁점은 월 200만 원을 받고 차량을 지입하기로 한 회사의 행위가 직업안정법상 유료직업소개사업에 해당하는가 여부였다. 이 판결은 “직업소개”라 함은 구인 또는 구직의 신청을 받아 구인자와 구직자 간에 고용계약의 성립을 알선하는 것을 말한다고 규정하고 있는바, 여기에서 말하는 ‘고용계약’이나 근로기준법상의 근로계약은 모두 노무제공의 종속성을 전제로 하는 점에서 다를 바 없고, 직업안정법은 근로자의 직업안정을 도모하는 데 그 목적을 두고 있음에 비추어 보면, 직업안정법상 고용계약도 근로기준법상 근로계약과 그 의미가 같다고 보아야 한다”고 하면서 근로기준법상 근로자의 판단에 관한 다음과 같은 1994년 기준을 적용하였다.¹⁾

이러한 태도는 이후에도 계속되다가,²⁾ 근로기준법상 근로자를 판단하

- 1) “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 업무수행과정에 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(對價的) 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.”
- 2) 방문판매회사의 판매대리인을 모집할 의도로 허위구인광고를 한 행위가 직업안정법상 근로자모집에 해당하지 않는다고 판단한 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도5995 판결, 간병인들에게 등록비를 받고 이용자에게 소개한 간병인협회의 행위가 문제된 사건에서 간병인이 근로자가 아니어서 간병인협회의 행위가 직업안정법위반죄가 되지 않는다고 판단한 대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도311 판결, 방청객(속칭

는 새로운 기준인 2006년 기준이 나온 후에는 2006년 기준이 직업안정법상 근로자 판단에 사용되고 있다. 신문사 지사개설약정 행위가 직업안정법상 근로자모집에 해당하지 않는다고 본 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010도9240 판결은 “제32조에서 금지하는 금품수수 행위의 당사자인 ‘근로자를 모집하고자 하는 자’에 해당하기 위해서는 그가 모집하는 근로자가 종속적인 관계에서 근로를 제공할 의무를 지고 대가를 얻는 자여야만 할 것이고, 이때의 근로자는 근로기준법상의 근로자와 그 의미가 같다고 보아야 한다.”³⁾

근로자성 인정에 가장 엄격한 근로기준법상 판례 법리를 직업안정법상 근로자 판단에 그대로 적용하게 되면, 근로기준법 적용의 협소성이 가지는 문제에 더하여 직업안정법의 특수성에 따라 문제의 심각성은 커진다. 근로기준법 적용의 협소함에 따라 고용형 자영업자의 외형을 가지는 특수고용직의 대부분이 구직 단계부터 노동법의 보호를 받을 수 없게 된다. 또한 근로기준법상 근로자성을 다투는 사건의 대다수는 해고나 퇴직금

‘박수부대’) 모집 행위를 직업안정법상 직업소개가 아니라고 판단한 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도3806 판결 등도 근로기준법상 근로자를 판단하기 위한 1994년 기준을 직업안정법 사건에 그대로 적용하였다.

- 3) 그러면서 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 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, 노무공급자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 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. 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(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결 등 참조)”라는 2006년 기준을 적용하였다.

분쟁과 같이 노무제공의 실질이 나타난 이후라서 그나마 실질 판단을 할 수 있지만, 직업안정법 사건의 대다수는 소개나 모집과 같이 본격적으로 노무제공의 실질이 나타나기 전에 문제된다. 현행 판례는 이런 특수성에 눈감고 있다. 기실 근로자의 지위가 가장 불안할 때가 직업을 구하는 시점(구직 단계)이다. 구직자에게 직업소개와 대가로서 금전을 수수하는 행위, 금전을 조건으로 근로자를 모집하는 행위, 자신의 지배하에 있는 근로자를 대가를 받고 타인에게 공급하는 행위 등의 규율은 소득활동을 하는 대다수 국민이 포괄할 수 있도록 해야 한다.

제2절 해석론

1. 포용주의적 접근

판례는 직업안정법상 직업을 임금근로자의 직업으로 한정함으로써 그 밖의 다양한 직업을 적용에서 제외한다. 그 결과 임금근로자를 제외한 다양한 고용형태와 여러 직업에 종사하는 노무제공자를 근로기준법에서와 마찬가지로 직업 활동의 입구에서부터 배제시키고 있다.

새로운 해석론은 직업안정법의 목적과 취지에서 출발해야 한다. 직업안정법은 헌법의 직업선택의 자유 및 근로의 권리에 기초하는데, 헌법재판소는 직업의 의미를 “생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 지속적인 소득활동을 의미하며, 이러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다”고 본다.⁴⁾ 또한 근로의 권리도 “인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리”라고 넓게 파악한다.⁵⁾ 이러한 헌법상 권리를 구체화하기 위해서 직업안정법상 직업은 가능한 한

4) 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 97헌마194

5) 헌법재판소 2007. 8. 30. 2004헌마670.

넓게 즉 대다수 국민이 소득활동을 하는 직업으로 넓혀 해석해야 한다. 또한 직업안정법이 직업의 시작 즉 노동시장에서 종속성을 해결하려는 법률인 점을 감안하여, 직업안정법상 근로자에는 임금근로자 외에 고용형 자영업자도 포함되도록 해석해야 한다.

2. 목적론적 접근

직업소개에 관한 규정의 목적과 취지에 맞게 근기법상의 근로자가 아닌 경우에도 직업안정법의 적용을 받을 수 있도록 해석할 필요가 있다고 본다. 해석론적으로는 근기법상의 근로자성이 인정되는 직업이 아닌 경제적·조직적 종속성이 인정되는 직업을 알선한 경우에 대하여도 동법을 적용할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그리고 이러한 해석은 직업소개뿐만 아니라, 근로자공급사업에 관한 규정의 해석에서도 동일하게 적용될 수 있다고 본다.

3. 노동계약유형적 접근

1961년 12월 6일 제정되어 1962년 1월 1일 시행된 직업안정법의 첫 목적은 “유휴노동력의 생산화와 국민생활의 안정”이었다. 노동집약적 산업을 중심으로 하는 경제부흥단계에서 유휴노동력을 산업현장으로 유인하면서 일자리를 매칭시키는 것은 당시 정부의 지대한 관심사였을 것으로 보인다. 노동법제와 그에 대한 해석론이 본격적이기 전이었으므로, 법에서의 직업, 소개, 근로자, 모집, 고용 등의 용어에 대한 정밀한 심사나 고려가 있었을 것이라고는 생각하지 않는다. 제정 당시 직업안정법은 “근로자를 고용하고자 하는 자는 신문, 잡지 기타 간행물의 광고 또는 문서의 반포 등의 방법에 의하여 자유로이 근로자를 모집할 수 있다”(제11조)거나, “근로자를 고용하고자 하는 자가 그의 피용자 이외의 자에게 근로자의 모집을 위탁하는 경우에는 주무부장관의 허가를 얻어야 한다”(제13조)라는 등으로 근로기준법상 근로계약과 관련된 용어와 민법상 고용계약과 관련된 용어를 혼용하고 있었다.

법의 발전을 고려한다면, 현재는 위와 같은 혼용에 따른 오해는 제거되어야 할 것으로 보이는데, 현행 직업안정법은 구직자, 취업, 구인 등의 용어로 총칙(제1장)과 직업안정기관의 장이 하는 직업소개에 관한 장(제2장)을 채우고 있기는 하지만, 직업안정기관의 장 외의 자가 하는 직업소개사업, 직업정보제공사업, 근로자 모집 또는 근로자공급사업 등(제3장)에서는 근로자, 고용, 취업자 등의 용어가 사용되고 있다. 물론 직업안정법은 이러한 용어들에 대해 별도로 소개하고 있지는 않고, 직업안정법이라도하고자 하는 활동으로서 직업소개, 직업지도, 모집, 근로자공급사업 등의 개념을 규정하고 있을 뿐이다.

헌법 제32조 제1항의 근로권은 통상적인 의미의 근로자뿐만이 아니라 종속적 자영업자, 나아가서는 모든 ‘일하는 사람’의 권리를 선언한 것으로 이해하였다. 그렇다면 헌법 제32조 제1항 2문이 규정하고 있는 국가의 고용증진에 관한 의무는 근로자 이외 종속적 자영업자에게도 해당함은 물론이다. 국가의 고용증진 의무에 따라 제정된 직업안정법의 적용 대상 또한, 현행 직업안정법의 전체적인 취지에 비추어 본다면 그 범위를 굳이 근로기준법상의 근로자로 제한할 근거는 없다. 따라서 직업안정법이 사용하고 있는 ‘근로자’라는 용어는 근로기준법상의 근로자 등과는 별개의 직업안정법상의 근로자로서의 의미를 지닌다고 해야 할 것이고, 그에 따라 직업의 의미, 고용계약의 의미 등도 정합적으로 해석되어야 한다. 따라서 직업안정법의 직업소개, 근로자의 모집, 근로자공급 등에 대한 규제는 반드시 종속적 근로계약 체결을 대상으로 하지 않더라도 그에 미치는 것으로 이해해야 할 것이다.

4. 보편주의적 접근

현행 직업안정법은 근로계약관계의 성립을 둘러싼 영업행위를 규제하는 법이다. 직업소개는 “구인자와 구직자 간에 고용계약이 성립되도록 알선하는 것”⁶⁾이고, 모집은 “근로자를 고용하려는 자가 취업하려는 사람에

6) 직업안정법 제2조의2 제2호.

게 피고용인이 되도록 권유하거나 다른 사람으로 하여금 권유하게 하는 것”⁷⁾이다. 법문에서는 비록 고용계약 또는 고용 또는 피고용인 등의 용어를 사용하고 있지만 이것은 모두 근로계약 또는 근로기준법상의 근로자와 같은 의미로 해석된다는 것이 판례의 입장이다.⁸⁾

우리는 이미 앞에서 근로기준법상의 근로자 개념에 관한 해석론을 제시한 바 있다. 이 해석론이 직업안정법의 적용범위와 관련해서도 그대로 적용될 것이다. 즉 직업소개와 관련해서는, 구인자와 구직자 사이에 임금 근로계약의 성립을 알선하는 것만이 아니라, 비임금근로관계 특히 준종속근로관계의 성립을 알선하는 경우도 직업안정법의 적용범위에 포함된다. 모집과 관련해서도 같다.

직업안정법의 해석론과 관련해서 특히 근로자공급사업에 대해서 간단히 첨언해 두고자 한다. 이 부분에 대한 해석론이 매우 불충분하기 때문이다. 근로자공급사업은 “공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업”⁹⁾을 말하는데, 공급사업자와 ‘근로자’ 사이에 반드시 근로계약이 성립되어 있을 필요는 없고(즉 근로계약이 성립되어 있는 경우를 포함하여) 사실상의 지배관계가 존재하는 것으로 충분하다는 것이 판례의 입장이다.¹⁰⁾

다만 일부 학설에 따르면 공급사업주와 ‘근로자’ 사이에 근로계약이 존재하는 경우는 파견법의 관할로 넘어 가고 양자 사이에 사실상의 지배관계만 존재하는 경우는 직업안정법의 관할로 남는다고 한다. 그런데 이러한 학설의 입장을 따를 때 궁극한 것이 있다. 공급사업주와 ‘근로자’ 사이에 근로계약이 존재하지 않고 사실상의 지배관계만 있는 경우라면, 이 ‘근로자’는 도대체 누구의 ‘근로자’인 것일까? 사실상의 지배관계만으로 근로계약의 성립을 인정하는 것일까? 그러면 파견법과 직업안정법의 관할 구분에 관한 해당 학설 자체가 무너진다. 요컨대 해당 학설은 이 질문에 답하지 못한다.

7) 위 제6호.

8) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결 참조.

9) 위 제7호.

10) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2011도13346 판결.

공급한 것이 하나 더 있다. ‘근로자’와 ‘타인’(사용사업주)의 법률관계는 또 어떻게 되는 것일까? 직업안정법은 이 질문에 대해서 침묵하고 있기 때문에 답은 판례와 학설에 맡겨져 있다. 그러나 아직까지 이 문제를 직접 다룬 판례는 없다. 근로자공급사업에 관한 판례는 모두 공급사업주를 처벌하기 위한 형사사건이었을 뿐, 사용사업주와 공급근로자 사이의 민사 문제를 해결하기 위한 사건은 아니었다. 학설도 이 문제를 다루지 않는다.

근로자공급과 근로자파견은 법적 구조가 기본적으로 같다. 양자의 경우 모두 사용사업주와 근로자(공급이든 파견이든) 사이의 법률관계 판단은 달라지지 않는다. 사용관계(종속관계)는 원칙적으로 고용관계(근로계약관계)와 일치한다. 다만 그것을 배제하는 법형식이 존재할 때에만 예외가 인정된다. 파견법이 상정하고 있는 근로자파견계약이 그것이다. 그러나 직업안정법은 근로자공급계약에 그러한 예외적 효력을 부여하지 않는다. 반대로 금지하고 있다. 그러므로 사용사업주와 공급근로자 사이에는 원칙에 따라 고용관계가 성립하게 된다.

결국 직업안정법과 파견법의 관할은 공급(파견)사업주와 근로자의 관계가 사실상의 지배관계인가 고용관계인가 여부에 달려 있는 것이 아니라, 공급(파견)사업주와 사용사업주 사이의 관계가 근로자공급계약관계인가 근로자파견계약관계인가 여부에 달려 있는 것이다. 근로자파견계약은 파견법에서 요식행위로 규정하고 있으므로 그 요식을 충족하는지 여부에 따라서, 충족하는 경우에는 근로자파견계약이 인정되고 그렇지 않은 경우에는 근로자공급계약에 해당한다.

제3절 입법론

1. 포용주의적 접근

헌법상 직업의 자유와 근로의 권리의 보장 취지에 맞게 직업안정법상

직업의 범위를 임금근로자의 근로활동이 아니라 국민 일반의 전반적인 소득활동으로 넓혀야 한다. 나이테형 모델에서 설명한다면, 직업정보제공, 직업소개, 직업훈련 등 고용정책입법의 대상은 원칙적으로 모든 노무제공자(및 그 희망자)로 하여 보편적 노동권의 대상으로 하고, 고용보험 사업은 포용적 보호의 대상으로 하며, 인력공급사업 등에 관한 규제는 핵심적 보호의 대상으로 될 것이다. 이를 위해서는 직업안정법의 목적과 직업소개의 목적 등에 관한 규정을 다음과 같이 개정해야 할 것이다.

먼저 법의 목적은 “이 법은 헌법상 직업의 자유와 근로의 권리를 구체화하여 모든 국민이 완전하고 생산적이며 자유롭게 선택된 일자리를 구할 수 있도록 보장하며 취업자의 직업안정을 도모하도록 한다”로 개정한다.

직업소개의 정의(제2조의2 제2호)는 “이 법에서 직업소개라 함은 직업의 종류를 불문하고 구인자와 구직자 사이에 취업관계가 성립되도록 정보를 제공하거나 개입하거나 그 밖에 중개하는 일체의 행위를 말한다”로 개정한다.

2. 목적론적 접근

직업안정법상의 직업소개에 관한 규정들을 ‘고용계약’에만 적용되도록 하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 이러한 문제점을 시정하기 위하여 ‘직업소개’에 관한 정의규정(직업안정법 제2조 제3호)에서 ‘고용계약’을 ‘취업관계’로 수정하는 것에 찬성한다. 나아가 이러한 취지를 동법 제3장 제3절(근로자공급사업)에도 확대 적용하기 위하여 근로자 개념을 신설하고, 동법상의 근로자를 ‘경제적·조직적 종속성’이 인정되는 경우로 정의할 필요가 있다고 본다.

3. 노동계약유형적 접근

우리나라의 대법원은 일관되게 직업안정법상의 고용계약이라는 용어는 근로기준법상의 근로자와 마찬가지로 노무제공의 종속성을 전제로 하

고 있다고 보고, “직업안정법상 고용계약도 근로기준법상 근로계약과 그 의미가 같다”고 말한다.¹¹⁾ 직업안정법의 목적과 기능에 대한 오해로부터 비롯된 잘못된 해석이라고 본다. 이를 방지하기 위해서는 우선 직업안정법의 목적이 헌법 제32조 제1항의 근로권으로부터 출발한다는 것, 이 근로권을 향유할 수 있도록 국가가 고용증진 등의 정책의무를 부담하는 대상은 근로기준법상의 근로자뿐만 아니라 모든 ‘일하고자 하는 사람’이라는 것, 이러한 점들의 직업안정법상 효과적인 규정을 위해 해석상 문제될 수 있는 근로자, 고용계약 등의 용어는 정비해나갈 것이 요구된다.

한편, 현행 직업안정법의 적용범위와 관련한 입법론적 개선이 필요하다. 그것은 2000년대 이후 특히 활성화되고 있는 디지털 플랫폼을 기반으로 하는 서비스 제공에 종사하는 사람들의 직업안정에 대한 것이다. 우리나라의 디지털 플랫폼 노동은 대부분 각종 배달, 돌봄, 심부름, 가사, 운전 등 비교적 단순노무제공을 목적으로 이용된다. 플랫폼은 소비자와 노무제공자를 연결시켜주는 고리로서 역할하고 있기는 하지만, 이러한 온라인상의 고리는 사실 직업안정법의 관점에서 보았을 때 유료직업소개로서의 의미를 갖는다. 경우에 따라서는 근로자공급사업으로 분류되어야 하는 경우도 있을 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 대부분의 플랫폼은 직업안정법의 적용 밖에 놓여 있다.

직업안정법은 직업소개 수수료에 대한 규제, 직업소개 대상 통제, 연소자에 대한 직업소개 제한, 최저임금제도 준수 등을 규정하고 있다. 이러한 내용에 대한 법의 통제가 플랫폼을 통한 노무제공에 대해서도 적용되어야 함은 물론이고, 이외 노무제공계약 등에 있어서 발생할 수 있는 불공정 계약을 예방할 수 있도록 구인자의 구인 내용을 검증해야 할 의무를 직업소개기관에 부여해야 한다고 생각한다.

4. 보편주의적 접근

근로자공급사업에서 공급사업주와 공급근로자 사이의 관계가 사실상

11) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결 등 참조.

의 지배관계만이 아니라 고용관계(근로계약관계)인 경우도 포함된다는 대법원의 일관된 판례 입장을 좇아 이를 근로자공급사업의 정의에 명문화해야 한다. 그리고 위법한 근로자공급사업의 경우에 사용자업주와 공급근로자 사이의 관계를 고용관계로 간주하는 조항을 도입해야 한다.

직업소개와 관련해서는, 우리의 해석론에 따를 때 구인자와 구직자 사이에 임금근로계약의 성립을 알선하는 경우만이 아니라, 비임금근로관계 특히 준종속근로관계의 성립을 알선하는 경우도 직업안정법의 적용범위에 포함된다. 하지만 이를 입법론으로 좀 더 명확히 하는 것이 바람직할 것이다. 모집과 관련해서도 마찬가지이다.

좀 더 본격적인 입법론으로는, 최근 프랜차이즈를 중심으로 자영업자 창업 사기가 증가하는 현상을 고려할 때 종속자영업자와 독립자영업자까지 직업안정법의 적용범위에 포함시킬 필요성이 있다. 요컨대 직업안정법의 적용범위를 비임금근로관계 일반으로까지 포함하는 방향으로 확대해야 할 것이다.

그리고 오늘날 자원봉사 활동 경험이 취직에 유리하게 작용하는 분위기를 타고 자원봉사자 채용에도 경쟁이 벌어지고 있다. 경쟁이 격화되면 자원봉사 분야에서도 채용 사기가 횡행하지 않을까 염려된다. 차제에 자원봉사 분야까지 직업안정법의 적용범위에 포함시키는 것이 필요할 것 같다.

제 4 장 사회보험법의 적용범위

제1절 서론

1. 고용보험법의 적용범위

1993년 12월 제정되어 1995년 7월 1일부터 시행된 고용보험법의 적용범위는 상시 50인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장이었다. 이후 적용범위를 점차 확대하여 현재는 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용하고 있다.

현행 고용보험법의 적용대상은 두 범주로 구분할 수 있다. 첫째는 보험료징수법에 따라 보험에 가입되거나 가입된 것으로 보는 근로자, 둘째는 보험료징수법에 따라 고용보험에 가입하거나 가입된 것으로 보는 자영업자이다.

첫 번째 범주에서 근로자의 의미는 고용보험법에서는 직접 밝히고 있지 않지만 고용보험관계의 성립을 주관하는 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률(이하, 보험료징수법)에서 근로자는 근로기준법에 따른 근로자임을 명시하고 있다(보험료징수법 제2조 제2호). 따라서 고용보험법의 적용대상인 첫 번째 범주는 근로기준법에 따른 근로자이다.

고용보험법의 적용대상인 두 번째 범주는 근로기준법상의 근로자가 아닌 자이다. 자영업자의 의미 또한 보험료징수법에 따라 규정되고 있는바, “근로자를 사용하지 아니하거나 50명 미만의 근로자를 사용하는 사업주로서 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 자영업자(이하 ‘자영업자’라 한다)는 공단의 승인을 받아 자기를 이 법에 따른 근로자로 보아 고용보험에 가입할 수 있다”고 규정하고 있다(보험료징수법 제49조의2). 따라서 자영업자가 고용보험에 가입하기 위해서는 고용보험 가입 신청 당시 「소득세법」 제168조 또는 「부가가치세법」 제8조에 따라 사업자등록을 하고 실제 사업을 영위하고 있을 것, 고용보험 가입 신청일 전 2년 이내에 「고용보험법」 제69조의3에 따라 구직급여를 받은 사실이 없어야 하고, 부동산 임대업, 농업·임업 및 어업 중 법인이 아닌 자가 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업이나 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 시행령」 제2조 제1항 제2호에 따른 총공사금액(이하 이 조에서 “총 공사금액”이라 한다)이 2천만 원 미만인 공사연면적이 100제곱미터 이하인 건축물의 건축 또는 연면적이 200제곱미터 이하인 건축물의 대수선에 관한 공사, 가구 내 고용활동 및 달리 분류되지 아니한 자가 소비 생산활동에 종사하지 않는 자이어야 한다(보험료징수법 시행령 제56조의5).

한편, 고용보험법은 법에서 직접 적용제외대상을 정하고 있다. 즉 65세 이후에 고용되거나 자영업을 개시한 자, 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다), 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에 따른 공무원, 「사립학교교직원 연금법」의 적용을 받는 자, 고용보험법 시행령으로 정하는 자를 제외한 외국인근로자(고용보험법 제3조 제2항) 및 「별정우체국법」에 따른 별정우체국 직원 등도 고용보험법의 적용제외대상이다. 결국 고용보험법의 원칙적 적용범위는 근로자, 예외적 적용범위는 근로자가 아닌 자로서 고용보험이 대처하고자 하는 사회적 위험으로부터 보호할 필요성을 인정받은 자라고 보면 된다. 다만 고용보험법 이외 다른 법의 적용을 받아 고용보험제도의 목적을 달성할 수 있는 경우 또는 고용보험제도의 적용이 불가피하게 어려운 경우, 고용보험제도의 시행 취지를 고려했을 때 적용하는 것이 적절

하지 않은 경우 등에는 적용을 제외하고 있다.

2. 산재보험법의 적용범위

고용보험법과 마찬가지로 산재보험법의 적용범위도 크게 근로자와 근로자가 아닌 자로 구분된다. 근로자는 근로기준법상의 근로자이지만(산재보험법 제5조 제2호), 근로자가 아닌 자는 현장실습생, 중소기업사업주 그리고 특수형태근로종사자로 다시 구분된다. 이들 근로자가 아닌 자는 근로자로 간주되어 산재보험법이 적용되고 있다.

현장실습생(산재보험법 제123조)은 산재보험법이 적용되는 사업에서 현장 실습을 하고 있는 학생 및 직업 훈련생으로서, 근로자인 현장실습생을 제외한 현장실습생을 의미한다. 구체적인 현장실습생의 적용범위는 고용노동부 고시(제2018-69호)로 정하고 있다.

중소기업사업주(산재보험법 제124조)는 ① 보험가입자로서 50명 미만의 근로자를 사용하는 사업주, ② 여객자동차운송사업자, 화물자동차운송사업자, 건설기계사업자, 퀵서비스업자 및 퀵서비스기사, 예술활동의 제공 대가로 보수를 받을 목적으로 체결된 계약에 따라 활동하는 예술인복지법 제2조의 예술인, 대리운전업자, 일정 산업분야의 제조업자, 자동차 정비업자, 도매 및 상품 중개업자, 소매업자, 음식점업자 기타 개인 서비스업자로서 근로자를 사용하지 아니하는 사람이다. 중소기업사업주는 근로복지공단의 승인을 받아 산재보험에 가입할 수 있다.

특수형태근로종사자(산재보험법 제125조)는 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 자 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자”로서, 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하면서, 노무를 제공함에 타인을 사용하지 않는 보험모집인, 건설기계운전자, 학습지 교사, 골프장 캐디, 택배기사, 퀵서비스기사, 대출모집인, 신용카드회원 모집인, 대리운전기사 등이다. 중소기업사업주와 중복되는 경우에는 특수형태근로종사자로서의 지위가 먼저 인정된다.

한편, 산재보험법은 「공무원 재해보상법」 또는 「군인연금법」에 따라 재해보상이 되는 사업, 「선원법」이나 「어선원 및 어선 재해보상보험법」 또는 「사립학교교직원 연금법」에 따라 재해보상이 되는 사업, 가구내 고용활동, 농업, 임업(벌목업은 제외한다), 어업 및 수렵업 중 법인이 아닌 자의 사업으로서 상시근로자 수가 5명 미만인 사업에는 적용되지 않는다(산재보험법 시행령 제2조).

제2절 해석론

1. 포용주의적 접근

가. 산재보험법

산재보험법상 근로자는 근로기준법상 근로자라고 규정하고 있으므로 해석론의 개선은 근로기준법상 해석론의 개선과 동일하다. 임금근로자와 전속적인 고용형 자영업자가 포함될 수 있도록 해석해야 한다. 이를 위해 산재보험법상 특수형태근로종사자와 관련해서는 현실적으로 산재보험의 적용을 필요로 하는 다양한 고용형 자영업자가 포함될 수 있도록 시행령에서 열거한 직종의 해석을 개방적으로 해석해야 할 것이다. 한편, 산재보험법 제125조의 서두에 있는 문구, 즉 “근로기준법 등이 적용되지 아니하여”라는 문구는 노무제공자의 실태 파악에 따른 결과적인 상태를 표현한 것으로서 특수형태근로종사자 해당 여부를 가릴 때는 무시하는 것이 적절하다.

나. 고용보험법

고용보험법상 실업급여가 적용되는 근로자에는, 근로기준법상 근로자에 관한 개선된 해석론에 따라, 임금근로자 외에도 전속적인 고용형 자영

업자가 포함되도록 해석해야 할 것이다.

2. 목적론적 접근

산재보험법과 고용보험법은 근로자를 ‘근기법상의 근로자’로 정의하고 있어, 해석론으로 동법상의 근로자 개념을 확장하는 것은 불가능하다고 본다.

3. 노동계약유형적 접근

고용·산재보험법의 적용범위는 현재 근로기준법상의 근로자와 함께 근로자가 아닌 자로서 일정한 범위의 자영업자 혹은 중소기업사업주를 입법적 특례형식을 통해 포섭하고 있다. 산재보험법에서는 특수형태근로종사자에 대한 특례규정을 별도로 규정하여 근로자가 아닌 자 중 특수형태근로종사자와 자영업자를 별도로 구분하고 있다. 따라서 형식적으로는 종속적 자영업자도 현재 고용·산재보험법의 적용범위에 포섭되고 있다고 말할 수 있다. 산재보험법상 특수형태근로종사자의 경우 산재보험법의 특수형태근로종사자 특례규정과 중소기업사업주 특례규정 모두에 해당할 수 있는데, 특수형태근로종사자 요건에 맞지 않는 경우에는 중소기업사업주 특례규정에 따라 산재보험에 가입할 수 있다. 근로기준법상의 근로자에 대한 고용·산재보험제도로부터 출발하여 그 적용범위를 점차 확장시켜온 결과 대단히 파편화된 형태로 고용·산재보험제도가 구성되어 있기는 하지만, 종속적 자영업자가 이미 일정 부분에서는 포섭되고 있다는 것을 확인할 수 있다. 문제는 ‘일정 부분’에서의 포섭이기 때문에, 예를 들어 산재보험법상 특수형태근로종사자는 종속적 자영업자 전체가 아닌, 산재보험법 시행령으로 정하는 업종에 종사하는 경우에만 산재보험법이 적용되고, 그 이외의 자는 여전히 산재보험제도의 사각지대에 놓여 있다. 고용보험법은 아직 특수형태근로종사자 개념을 수용하지 않고 있기 때문에, 현재는 근로자와 자영업자로 양분되어 적용되고 있다.

따라서 종속적 자영업자에 대한 고용·산재보험법 적용 문제는 적용

가능성의 문제라기보다는 실효적 적용과 적용 방법의 문제라고 볼 수 있다. 현재 산재보험법에서는 특수형태근로종사자라는 종속적 자영업자의 일부를 규정하고 산재보험법 의무가입대상으로 삼고 있기는 하지만 그 요건이 지나치게 제한적이어서 상당수의 종속적 자영업자는 산재보험제도의 적용을 받지 못하고 있다는 것, 설사 산재보험법의 적용을 매우 포괄적으로 열어둔다 할지라도 사업주에 의한 사업장 단위 적용방식으로는 비전속적 종속적 자영업자의 산재보험 가입이 가능하지 않을 수 있다는 점, 고용·산재보험법 모두 증가하고 있는 비전속·초단기 고용형태(예를 들어, 플랫폼 노동)에 대해서는 대응하지 못한다는 점 등의 문제들을 해결해 나가는 제도적 접근이 필요하다.

4. 보편주의적 접근

가. 산재보험법

산재보험법의 적용범위는 기본적으로 근로기준법상의 근로자이므로¹²⁾ 이와 관련해서는 앞에서 검토했던 바의 근로기준법의 적용범위에 관한 해석론이 그대로 적용된다. 즉 임금근로자와 준종속근로자가 모두 산재보험법의 적용범위에 해당된다.

이와 관련해서 산재보험법 제125조에서 사용하고 있는 “근로기준법 등이 적용되지 아니하여”라는 요건은 문제가 있다. 이것은 불필요할 뿐만 아니라 법리를 왜곡시킨다. 근로기준법의 적용 여부가 문제될 때, 즉 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부가 문제될 때, 이는 노무제공의 사실에 따라서 법원이 사후적으로 판단할 문제이다. 그런데 산재보험법 제125조는 사전적으로 근로기준법의 적용을 배제하는 취지로 오해될 수 있는 여지를 담고 있다. 즉 산재보험법 제125조의 적용을 받는 자는 법원에 가서 근로기준법상 근로자성을 주장하더라도 인정되지 않는다는 취지로 오해될 수 있다는 것이다.

12) 산재보험법 제5조.

이는 근로자성 판단에 관하여 판례가 확립한 사실 우선의 원칙을 부정하는 것이다. 그러므로 산재보험법상 근로자성을 해석함에 있어서는 산재보험법 제125조의 위 요건에 구애받지 말아야 할 것이다.

나. 고용보험법

고용보험법의 적용범위는 “근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장”¹³⁾이다. 그런데 고용보험법은 여기에서 ‘근로자’가 누구인지는 따로 정의하고 있지 않다. 대신 고용보험법은 ‘피보험자’라는 용어를 사용한다. “고용보험법을 적용받는 사업의 사업주와 근로자”¹⁴⁾ 및 고용보험에 가입하거나 가입된 것으로 보는 자영업자¹⁵⁾는 고용보험법상의 피보험자가 된다.¹⁶⁾

근로기준법상의 근로자가 여기에서 말하는 피보험자에 해당한다는 점은 이론의 여지가 없을 것 같다.¹⁷⁾ 그리고 우리의 해석론에 따르면 준종속근로자도 근로기준법상의 근로자에 해당하므로 마찬가지로 고용보험법의 적용범위에 포함된다고 해석된다.

(엄격하게 형식논리학적으로 본다면 고용보험법의 적용범위는 근로기준법상의 근로자로 한정되지 않는다. 왜냐하면 고용보험법 제8조의 “근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장”에서의 ‘근로자’와 보험료징수법 제5조 제1항의 “고용보험법을 적용받는 사업의 사업주와 근로자”에서의 ‘근로자’는 같은 범주가 아니기 때문이다. 후자의 ‘근로자’가 근로기준법상의 근로자를 말한다고 해서 곧바로 전자의 ‘근로자’까지도 근로기준법상의 근로자와 동일시되는 것은 아니다. 그러므로 고용보험법 제8조의 ‘근로자’의 개념에 대한 해석론은 개방되어 있다.)

13) 고용보험법 제8조.

14) 보험료징수법 제5조 제1항.

15) 보험료징수법 제49조의2 참조.

16) 고용보험법 제2조 제1호.

17) 보험료징수법 제2조 제2호 참조.

제3절 입법론

1. 포용주의적 접근

산재보험과 고용보험은 일하는 모든 노무제공자에게 적용되는 보편적인 노동권이어야 한다. 다만 사회보험에서는 법의 원칙적 적용 대상과 실질적 적용 사이에는, 보험료 부가와 징수에 따른 기술적 문제의 해결을 위해, 시기적 차이가 있을 수 있다.

2. 목적론적 접근

가. 산재보험법

산재보험과 관련해서는 근기법상의 근로자 개념을 새롭게 정의함으로써 특수형태근로종사자들이 근기법상의 근로자로 인정될 수 있도록 하는 것이 중장기적으로 바람직하다고 본다. 그러나 근기법상 근로자 개념을 개선하지 못하는 경우에는, 차선택으로 산재보험법의 적용대상을 직종별로 규정하는 방식으로부터 벗어나야 할 것이다. 즉, 현행 규정에서 “대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자”라는 부분을 삭제하고, 대신 각 호의 요건을 충족하는 자에 대하여 근로자성을 추정하는 방식이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 현행 산재보험법 제125조 제1항의 규정방식은 ‘직업의 종류’와 관계없이 근로자의 개념을 정의하고 있는 노동관계법의 통상적인 접근방법에서 벗어난 것이라는 점에서 체계 정합성이 떨어질 뿐만 아니라, 동일한 직업에 대하여도 업무수행방법에 따라 근로자성을 달리 판단하고 있는 판례¹⁸⁾에도 배치되는 것이기 때문이다.

18) 동일한 채권추심원에 대하여 근로자성을 긍정한 판결(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결)과 함께 근로자성을 부정한 판결(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다6998 판결)도 있다.

나. 고용보험법

고용보험과 관련해서는 인적 적용범위를 산재보험의 인적 적용범위와 일치시키는 방법을 검토해 볼 필요가 있다고 본다. 즉, 고용보험의 성격을 고려하여 인적 적용범위를 국민연금과 연동하여 설정할 것이 아니라, 실질적으로 노무가 이루어졌다는 점을 고려하여 산재보험과 인적 적용범위를 일치시키는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 산재보험에서 입법론적 방안으로 제시한 근로자성 추정규정을 고용보험에도 도입할 필요가 있다고 본다.

3. 노동계약유형적 접근

플랫폼 노동자와 같은 종속적 자영업자의 확산과 함께 도전을 받고 있는 것은 개별적 및 집단적 노동관계법만이 아니다. 보험가입자-피보험자 관계에 기초하고 있는 고용·산재보험 제도 또한 사업주에 의한 보험 가입과 보험료 납부를 전제하는 한 종속적 자영업자에 대한 적용상 난항을 겪을 수밖에 없다. 개정안이 제출된 고용보험법이 노무제공플랫폼사업의 사업주에게 고용보험성립신고 및 보험료납부의무를 부과한 것은 이러한 난점을 극복하면서 플랫폼 노동자에 대한 보험관계성립을 실현시키고자 한 시도이다. 이러한 시도를 산재보험법도 충분히 해볼 수 있다. 다만 보다 근본적인 사고의 전환을 도모해야 할 필요도 있다. 프랑스의 최근 실업보험제도 개혁으로부터 유의미한 시사점을 얻을 수 있다.

4. 보편주의적 접근

가. 산재보험법

현행 산재보험법의 보험 적용 단위는 사업(장) 단위인데, 준종속근로자 가운데 복수의 사업주와 일하는 근로자는 어느 사업(장)을 기준으로 보험을 적용할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 이것은 산재보험법의 적용범

위에 관한 문제가 아니라 보험 실무에 관한 문제이다. 그런데 이러한 기술적 어려움을 이유로 산재보험법 적용 자체를 회피하려는 유인이 발생한다. 이 문제는 두 가지 방법이 있다.

하나는 전체 소득 또는 전체 근로시간의 일정 부분 이상을 의존하는 사업(장)을 기준으로 삼는 방법이다. 예를 들어 독일의 단체협약법은 “전체 소득의 절반 이상이 한 사람에게 의해 지급되는 경우”를 기준으로 삼고 있다. 스페인의 자영업노동법은 전체 소득의 75% 이상을 한 명의 사업주에게 의존하는 경우에는 경제적으로 종속된 비임금근로자(Trade)로 분류하여 산재보험에 의무적으로 가입시키고 있다.¹⁹⁾

외국법제를 참고할 때 전체 소득 또는 근로시간의 50~70% 이상을 의존하는 사업(장)을 산재보험 적용 단위로 삼을 수 있을 것이다. 그런데 이 방식은 문제가 좀 있다. 근로자가 비적용 사업(장)에서 일하다가 산재를 당했을 경우 보험 적용이 안될 수 있기 때문이다. 그러므로 다른 방법을 고민해야 한다.

두 번째 방법은 각각의 사업(장)을 모두 산재보험 적용 단위로 삼는 것이다. 각 사업주는 근로자가 자신과 같이 일한 시간에 비례하여 보험료를 부담하면 된다. 그러면 근로자는 어느 사업(장)에서 일하다가 다쳤든지 상관없이 보험 혜택을 받을 수 있을 것이다.

한편, 종속자영업자를 산재보험 당연가입 범위에 포함해야 한다. 예술인의 산재보험 적용을 예로 들어보자. 산재보험법 제124조와 시행령 제122조에 따르면 예술인은 중소기업사업주로서 산재보험에 임의가입할 수 있다. 그러나 예술인을 임금근로자와 동일하게 취급하는 것이 가능하다. 즉 당연가입으로 하면서 사용자가 보험료 전액을 부담하도록 하는 것이다. 다시 말하면, 산재보험법 시행령 제122조에서 말하는 “예술활동의 제공 대가로 보수를 받을 목적으로 체결된 계약”을 근로계약으로 의제하는 것이다.

법리적인 차원에서 보더라도 이것은 문제가 없다. 예술인이 이런 종류의 계약에 따라 예술활동을 하는 경우에는 상대방인 보수지급자(기획사, 제작사 등)의 지시와 감독을 받을 수밖에 없다. 계약의 형식이 출연계약

19) 박제성 외, 앞의 책, 89면 이하 참조.

이나 도급계약이라고 해서 그 예술인에게 창작의 자유가 온전히 부여되는 것은 아니다. 시나리오나 악보를 나름대로 해석하는 방식을 통해서 자신만의 예술적 자유를 향유할 수는 있겠지만, 그 자유는 시나리오와 악보의 범위, 또는 감독이나 연출의 범위 안에서만 허용된다. 이것은 정신노동을 수행하는 모든 임금근로자에게 공통된 모습이기도 하다.

물론 근로계약을 체결한 예술인은 산재보험에 당연가입하는 것이고, 예술인 특례는 그 외의 경우를 대비한 것이기는 하다. 그러나 특례가 적용되는 대부분의 경우에 그것을 근로계약과 다르다고 확실하게 말할 수 있을까? 전통적으로 예술활동은 자유노동의 가장 대표적인 유형으로서 종속노동과 대척점에 있는 것으로 여겨 왔지만, 오늘날의 산업적 예술 시스템에서는 다르다. 적어도 독립예술인의 경우가 아니라면, 보수를 받고 예술활동을 하는 경우라면, 근로계약과 비근로계약의 경계는 생각보다 희미할 것이다.

아마도 문제는 예술인의 예술활동이 단속적인 경우가 많다는 사정에 기인하는 것이 아닐까. 연극공연기간 동안만, 영화제작기간 동안만 예술활동과 보수지급의 대가관계가 지속되고, 공연이나 제작이 끝나면 흩어졌다가 다른 공연이나 제작으로 다시 만나는 일이 반복되기 때문에, 웬지 일반 임금근로자로 취급하기에는 좀 곤란한 점이 있다고 생각하는 것이 아닐까. 그러나 그러한 사정은 대부분의 기간제 근로자도 마찬가지이다.

정책적인 차원에서 보더라도, 예술인 산재보험을 임금근로자와 동일하게 취급하는 것은 아무런 문제가 없다. 제작사나 기획사에서 예술인과 출연계약 등을 체결할 때 일반 임금근로자의 경우와 마찬가지로 산재보험 가입을 의무로 하면 된다. 그리고 제작사 등에서 산재보험료를 부담하면 된다. 제작사 측의 비용 부담 문제는 고려될 여지가 없다. 그것은 임금근로자를 고용하는 모든 사용자들이 공히 직면하는 문제이기 때문이다. 산재보험을 비롯하여 사회보험제도 자체를 폐지하자는 것이 아니라면 비용 부담 문제는 제기되어서는 안 된다.

이러한 논리는 예술인만이 아니라 모든 종속자영업자에게 원칙적으로 적용될 수 있는 것이다.

나. 고용보험법

종속자영업자를 고용보험 의무가입 범위에 포함해야 한다. 프랜차이즈 가맹점주의 경우에는 고용보험을 적용하기 위한 기술적 어려움도 별로 없을 것이다. 우선 가맹본부가 그 소득을 다 파악하고 있으므로 일반 임금근로자와 마찬가지로 소득에 비례해서 보험료를 부과하는 것이 별로 어렵지 않을 것이다. 그리고 가맹계약의 해지를 실업으로 인정하면 될 것이기 때문에 자영업자의 고용보험 적용에서 늘 문제가 되는 실업의 인정도 큰 어려움이 없을 것이다.

제 2 부

제 1 장

포용주의적 접근

제1절 서론

1. 용어

포용적 접근이란 이란 노동법의 연대성과 활력을 촉진하기 위해 노동법의 인적 적용대상을 점진적이고 단계적으로 확대하자는 주장이다. 2008년 금융위기 이후 각국이 경제적 불평등 문제를 해결하기 위해 도입한 각종의 정책들에 붙인 ‘포용적’(inclusive)이라는 수식어를 노동법의 인적 적용대상 논의에 가져온 것이다. 노동법의 보호를 취약 자영업자(vulnerable self-employed)에게 확장함으로써 국민경제에서 불평등과 격차를 완화하는 데 기여할 것이라는 생각이다. 보편주의적 접근이 주로 ‘일하는 모든 개인’을 상정한 것이라면, 포용적 접근은 ‘전통적인 근로자와 비슷하게 일하는 자영업자’를 주로 염두에 둔 것이다. 2018년 상반기부터 2019년 상반기까지 우리 대법원은 포용적 접근의 좋은 사례를 보여주었다. 예를 들어 학습지 교사 판결¹⁾, 방송연기자 판결²⁾, 매점운영자 판결³⁾, 카마스터

1) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결 [부당해고 및 부당노동행위구제 제심판정취소] 학습지 개발 및 교육 등의 사업을 하는 학습지 교사 주식회사가 전국학습지산업노동조합 소속 조합원이면서 학습지 교사들과 학습지 회원에 대한 관리, 모집, 교육을 내용으로 하는 위탁사업계약을 체결하였다가 그 후 이를 해지

(자동차 판매원) 판결⁴⁾ 등을 통해, 이전의 판례와 달리, 관련 종사자들을 모두 노동조합법상 근로자로 인정했다.

이 논의는 경제적 대가를 받고 타인에게 개인적으로 노무를 제공하는 자(이하 ‘노무제공자’ 또는 ‘개인적 노무제공자’라고 함)를 대상으로 한다. 여기서 ‘개인적으로 노무를 제공하는 자’라 함은 혼자 전적으로 또는 혼자 주로 노무를 제공하는 자를 말한다. 이러한 개인적 노무제공자는 근로자와 자영업자로 대별하며, 자영업자는 다시 고용형 자영업자와 사업형 자영업자로 구분한다. 근로자는 원칙적으로 실정법상 용어의 의미로서 사용하되, 주로 임금근로자를 뜻한다. 자영업자는 자신의 이름으로 사업을 하는 자이고, 고용형 자영업자는 자영업자 중에서 노무 제공의 실질에서 상대방인 타인에 대한 전속성이나 의존성 등으로 고용의 특성을 함께 가지는 자이며, 사업형 자영업자는 노무 제공의 실질에서 독립적인 사업가로서의 특성을 가지는 자를 말한다.

종래 학계에서 흔히 특수고용직, 특고, 특수형태근로종사자 등으로 불

하자 학습지 교사들이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다는 이유로 구제명령을 신청한 사안에서, 학습지 교사들은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 전국학습지산업노동조합도 노동조합법 제2조 제4호 본문에서 정한 노동조합에 해당한다고 한 사례.

- 2) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결 [교섭단위분리제심결정취소] 방송연기자들 조직대상으로 하는 노동조합이 한국방송공사와의 단체교섭에서 노동조합 소속 조합원들인 방송연기자들과 한국방송공사 소속의 다른 근로자들을 각각의 교섭단위로 분리하여 줄 것을 신청한 사안에서, 방송연기자는 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하므로, 노동조합이 노동조합법상 노동조합으로서 교섭단위 분리를 신청할 적격이 있다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.
- 3) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결 [교섭요구사실의공고에대한제심결정취소] 코레일유통 주식회사와 철도역 내 매장에 관한 용역계약을 체결하고 매점 등을 관리하며 물품을 판매한 30여 명의 매점운영자들은 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하므로, 매점운영자들이 가입되어 있다는 이유로 참가인이 노동조합법상 노동조합에 해당하지 않는다고 할 수 없다고 한 사례.
- 4) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결 [부당노동행위구제처분취소 등] 자동차 판매대리점주 갑이 자신의 대리점에서 카마스터(car master, 자동차 판매원)로 근무하던 을 등과 자동차 판매용역계약을 해지하자, 을 등 카마스터들과 을 등이 속한 병 노동조합이 갑의 계약 해지와 노동조합 탈퇴 중용행위가 부당노동행위에 해당한다는 이유로 노동위원회에 구제신청을 한 사안에서, 병 노동조합 소속 조합원인 을 등 카마스터들은 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당한다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

렀던 노무제공자들은 대부분 고용형 자영업자에 속할 것이나, 골프장 캐디나 학습지 교사의 경우처럼 오분류(실질적으로 근로자인 자를 형식상 자영업자로 한 것)에 해당하는 일부의 특고는 임금근로자일 수도 있다. 프랜차이즈 가맹점주를 예로 든다면 다음처럼 구별할 수 있을 것이다. ① 가맹점주의 업무 수행 방식이 일반 근로자와 동일하거나 유사한 경우는 해당 가맹점주는 근로자이다. 이는 오분류에 해당한다. ② 가맹점주가 가맹거래관계의 일반적인 모습처럼 하나의 가맹본부와 가맹거래계약을 체결하고 그에 전속하여 스스로 노무를 제공하되 가맹사업자로서의 독립성을 가지는 경우에는 고용형 자영업자에 속할 것이다. 그러나 드물기는 하지만, ③ 여러 가맹본부와 가맹거래관계를 맺고 흔히 ‘알바’라고 불리는 단시간근로자를 고용하여 여러 가맹점들을 운영하는 경우에는 사업형 자영업자에 속할 것이다.

2. 배경

사회법제는 전통적으로 근로자를 보호(또는 적용) 대상으로 하였다. 여기서 근로자는 흔히 임금근로자로 부르는 노무제공자로서 노동과정 또는 노무제공 과정에서의 종속성 즉 인적 종속성을 가진 자였다. 기술발전과 경영방식 및 고용형태 등의 변화에 따라 근로자 아닌 노무제공자의 일부에게도 노동관계법이 적용되었고 근로자의 범위에 포괄되는 직업의 종류도 점차 확대되어 왔지만, 오늘날에도 노동법의 가장 중요한 보호들은 여전히 근로자에게 적용되고 있다. 이 점은 노동법의 인적 적용에서 근로자와 자영업자의 구분에 기초한 이분법의 접근을 취하는 국가(예를 들어 미국)뿐만 아니라 삼분법의 접근을 취하는 국가(예를 들어 독일)에서도 마찬가지이다.

지난 30년 가까이 국내외에서 근로자 논쟁을 이끈 것은 특수고용직의 증가였다. 신 경영전략으로서 고용의 외부화와 함께 진행된 비근로자화 정책은 기술 혁신과 상승 작용을 하며 자영업자와 근로자의 모습을 동시에 가지는 개인 노무제공자, 예를 들면 독립적인 근로자와 종속적인 자영업자를 빠르게 확산시켰다. 각국은 여기에 대응하기 위해 근로자의 범위

를 넓히거나 유사근로자와 같은 새로운 범주를 통해 사회법제의 적용 대상을 확대하려고 했다. 판례의 변경을 통한 근로자의 확대는 가장 흔하게 취한 방법이었지만 새로운 고용형태와 직업의 등장을 따르기에는 역부족이었다.

‘특고’ 이슈가 적절한 해결을 보지 못하고 20년의 세월을 보내는 동안, 디지털 플랫폼에 의해 중계되는 노동(electronically mediated work) 즉 플랫폼 노동(digital platform work)이 근로자 개념 또는 사회법제 적용 대상의 재검토를 요구하고 있다. 일부에서는 디지털 특고라고도 부르며 기존 특고의 한 종류로 분류하기도 한다. 플랫폼 노동은 법적 지위의 다양성과 불안정성 및 가변성은 종전 특고의 특성을 이어받은 측면이 있지만, 사용자의 모호성 혹은 실종의 문제는 플랫폼 노동에서 더 두드러지게 나타나고 있다.

3. 새로운 접근으로서 나이테형 모델

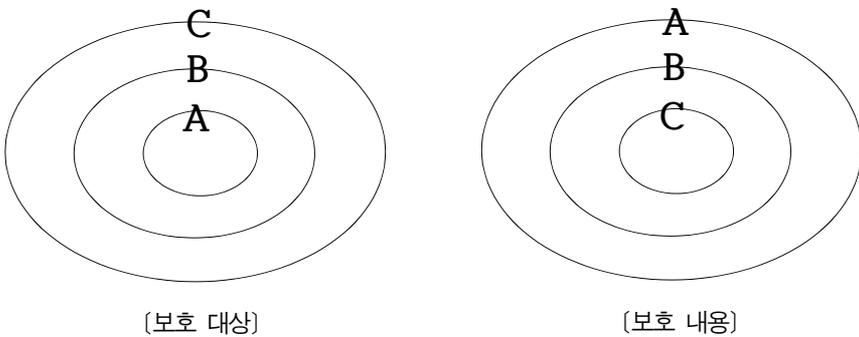
종래 근로자 개념에 관한 논의는 위장 문제의 해결에 맞추어져 있었다. 즉 자영업자로 오분류된 노무제공자를 노무제공의 실질에 맞게 근로자로 재분류하는 작업에 중심이 있었다. 그에 비해 이 논의는 실질에 있어서도 자영업자와 임금근로자의 속성을 함께 가진 혹은 혼재하는 노무제공자를 사회법제의 보호 속에 포함시켜야 한다는 생각에 기초하고 있다. 이를 구현하기 위해 사회법제의 적용을 종래의 이분 모델(근로자와 비근로자로 구분) 모델에서 나이테형 모델로 전환하고자 한다.

나이테형 모델은 보호의 내용과 대상을 크게 삼분한다. 사회법제의 보호 내용은 핵심 보호, 중간 보호, 기초 보호로 구분하고, 보호 대상은 임금근로자(A그룹), 고용형 자영업자(B그룹), 사업형 자영업자(C그룹)로 구분한다. 임금근로자(A그룹)에게는 모든 보호를, 고용형 자영업자(B그룹)에게는 중간 보호와 기초 보호를, 사업형 자영업자(C그룹)에게는 기초 보호를 적용하는 방안이다.

나이테 모델에서 노동권은 적용 대상의 범위에 따라 보편적 노동권, 포용적 노동권, 핵심적 노동권으로도 부를 수 있다. 개인적으로 행하는 경

제적 노동에 주어지는 법적 보호를 노동권이라 하고 지금의 임금근로자에게 주어지는 보호를 핵심적 노동권이라고 한다면, 고용형 노동에 주어지는 보호는 포용적 노동권, 사업형 노동을 포함한 노동 일반에도 적용되는 보호는 보편적 노동권이라고 할 수 있다. 이를 그림으로 나타내면 아래와 같다.

〈나이테 모델〉



- A: 확장된 임금근로자
 B: 고용형 자영업자
 C: 사업형 자영업자

- A: 전반적 노동보호
 B: 중간적 노동보호
 C: 기본적 노동보호

이 모델의 가장 큰 특징은 노동 보호의 보편화와 상대화이다. 사회법제의 적용을 모든 개인적 노무제공자로 확대하는 대신, 노동 보호를 상대화하는 것이다. 현실적으로 볼 때 결과적으로 종래와 달리 자영업자에 대하여도 사회법제가 본격적으로 적용될 수 있게 된다. 다만 자영업자는 종속성과 독립성의 정도에 따라 보호의 내용과 정도가 상대화되는 결과, 독립성이 강한 자영업자(사업형 자영업자)의 경우에는 기초적인 노동권만 보장된다.

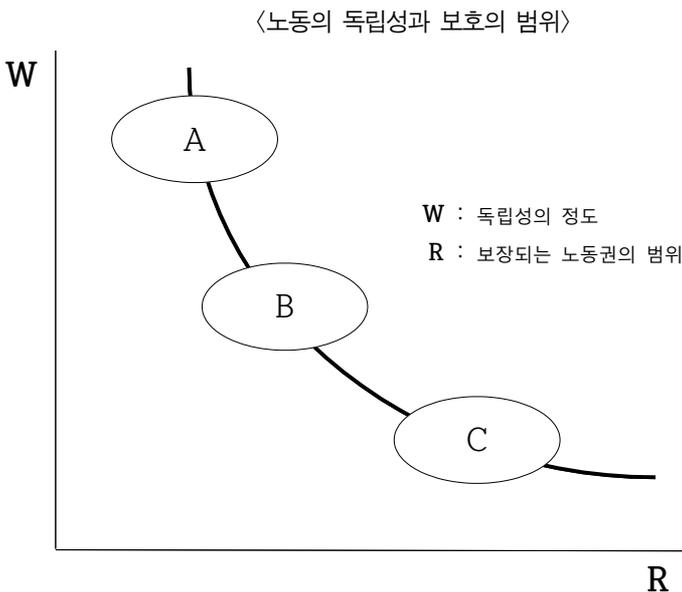
‘기초적 보호에 속하는 노동권’(C)은 시장 거래에서 독립성과 자율성을 가진 노무제공자(사업형 자영업자)까지 포함하여 모든 노무제공자에게 보편적으로 제공한다. 역으로 표현하면 사업형 자영업자에게는 기초적

노동권만 보장한다. 노동 일반에 적용되는 보편적인 기초적 노동권에는 노동에 관한 기본적 원칙, 안전, 연소자 보호, 부모 휴가, 성희롱 및 괴롭힘 금지 등이 포함될 수 있을 것이다.

‘중간적 노동권’(B)은 임금근로자와 고용형 자영업자에게 보장한다. 역으로 보면, 노동에서 독립성과 종속성이 혼재한 고용형 자영업자에게는 ‘기초적 보호에 속하는 노동권’에 더하여 ‘중간적 노동권’(B)까지 보장하는 것이다. 고용형 자영 노동을 포함하는 포용적 노동권에는 연차유급휴가, 계약의 명시, 해고(해지) 절차 등이 대표적인 것들이 될 것이다.

‘핵심적 노동권’(A)은 임금근로자만 대상으로 적용한다. 즉 노동에서 종속성이 강한 노무제공자인 임금근로자에게는 앞의 두 가지 노동권과 함께 핵심적 노동권까지 포함한 전반적인 노동권을 보장하는 것이다. 여기에는 정당해고, 취업규칙 불이익 변경, 근로시간과 휴식, 임금채권 최우선 변제 등이 속할 것이다.

이상의 논의를 정리해서, 개인적 노무제공자를 독립성의 정도에 따라 나누어 세로축에, 노무제공자에게 주어지는 노동권 보장의 범위와 정도를 가로 축에 그리면 아래의 그래프와 같다.



현행 근로기준법과 노동조합법과 직업안정법 등을 통해 논의를 보충하면 다음과 같다. 논의를 위해 먼저, 현재 근로기준법 중에서 가장 중요한 보호라고 할 수 있는 정당한 이유 없이 해고되지 않을 권리 또는 최저임금과 가산임금을 받을 수 있는 권리 등은 고용 보호라고 하고, 노동조합법에 따라 노동조합을 결성하고 그에 가입하여 활동할 수 있는 권리를 단결보호라 하며 그중에서 특히 사용자에게 단체교섭 의무를 지을 수 있는 권리를 교섭보호라 하자.

입법론으로 구현될 수 있는 새로운 모델에서 고용 보호는 완화된 인적 종속성을 기준으로 임금근로자에게 적용한다. 단결보호는 개인적으로 노무를 제공하고 경제적 대가로 생활하거나 생활하고자 하는 자 모두에게 적용하되, 교섭보호는 사업 종속성이 있는 임금근로자에 더하여 고용형 자영업자까지도 적용한다. 그에 비해 연소자 보호, 모성 보호, 기초적 휴식제도, 노동에서 인권 보호, 직업소개와 사회보험 등은 기초적 보호로서 모든 노무제공자에게 적용하는 것이다.

기실 노동3권을 비롯하여 직업안정이나 노동사회보험에 관한 권리에 관해서는 논쟁이 예상되지만, 다음과 같이 보는 것이 타당할 것 같다. ① 노동3권과 관련해서 그 행사에 따른 민·형사면책은 보편적인 기초적 노동권에 속할 것이다. 노동쟁의 조정과 노사협의회에 관한 권리는 포용적 노동권에 속할 것이다. 단체교섭 의무와 부당노동행위 구제 절차와 벌칙 등은 핵심적 노동권의 대표가 될 것이다. ② 직업안정과 관련해서는 직업정보제공, 직업소개, 직업훈련 등 고용정책입법의 대상은 원칙적으로 노동 일반(및 그 희망자)으로 하고, 고용보험 사업은 포용적 보호의 대상으로, 인력공급사업 등에 관한 규제는 핵심적 보호의 대상으로 될 것이다. ③ 사회보험은 원칙적으로 보편적 보호의 내용으로 하되 적용에서는 보험기술적 요인들을 감안하여 단계화할 필요가 있을 것이다. 예를 들어 산재보험의 적용 대상은 노동 일반으로 확대하는 것을 목표로 하여, 단계적으로 의무적 가입을 확대하고 재정 체제를 보험료 방식에서 조세 방식으로 전환하도록 하는 것이다.

참고로 아래의 표는 영국에서 노무제공자별로 제공되는 노동법의 보호이다.

〈영국〉 노동법의 적용범위

법령	권리/보호	employee	worker	independent worker	
노동조합법	단결권과 집단적 노사관계에게 관한 권리/보호	○	○	X*	
고용권법	제1장	계약 조건과 상태에 대해 서면으로 받을 권리	○	X	X
	제2장	항목별 급여명세서 수령 및 부당임금 공제 방지	○	X	X
	제4장	공익제보자 보호(whistleblower protection)	○	○	△*
	제8장A	유연근로를 요구할 수 있는 권리	○	○	X
	제9장	해고예고	○	X	X
	제10장 1절	부당한 해고를 당하지 않을 권리	○	X	X
	제10장 2절	해고보상금(2년 근속 이후)	○	X	X
최저임금법	법정 최저임금 수령권	○	○	X	
근로시간법	정기적 휴식(일간·주간)과 연차휴가권	○	○	X	
단시간근로자법	불이익 처우를 받지 않을 권리	○	○	X	
고용관계법	징계 또는 고충 절차의 참여권	○	○	X	
평등법	고용 및 계약 관계에서 반차별권	○	○	○	

- 주: ※ independent worker에게는 Trade Union and Labour Relations(Consolidation) Act 1992상 법정권리와는 다른 별도의 단결의 자유 원칙이 적용됨.
 ※ 특고와 같은 개인자영업자가 하도급 관계에서 취득한 사실이 공익제보 보호에 해당할 경우에는 고용권법상의 공익제보자 보호 원칙을 준용함.
 ※ 영국 국민보험상 고용소득자(Employed Earner)는 employee와 worker 및 종속성이 강한 일정한 independent worker를 포함함.

영국은 노무제공에서 종속성이 강한 임금근로자(employee), 종속성과 독립성을 함께 가진 종속적 노무제공자(worker), 독립성이 강한 독립적 노무제공자(independent worker)로 나누어, 각각에게 보호의 범위와 정도를 달리하고 있다. 임금근로자에게는 노동법의 모든 보호를 적용하고, 종속적 노무제공자에게는 상당한 보호를 적용하며, 독립적 노무제공자에게는 기초적인 보호만 적용한다.

제2절 근로기준법의 적용범위

근로기준법의 적용범위는 같은 법에서 가장 중요한 보호라고 할 수 있는 고용보호를 중심으로 한다. 고용보호는 정당한 이유 없이 해고되지 않을 권리, 가산임금과 퇴직금을 받을 수 있는 권리, 근로시간에 관한 제한 보호를 받을 수 있는 권리를 포함한다.

1. 해석론

가. 판례의 문제점

우리 판례는 근로자성 인정에 엄격한 편이다. 그중에서도 특히 근로기준법상 근로자성 인정에 가장 엄격하다.⁵⁾ 가령 다수의 학자들이 근로자성을 인정해야 한다고 주장하는 골프장 경기보조원(캐디)에 대해서도 노동조합법상 근로자성은 인정하면서도 근로기준법상 근로자성은 인정하지 않고 있다.⁶⁾ 그 때문에 지난 20년간 주요 노동정책의 대상이던 특수형태근로종사자의 직업군들 상당수가 아직까지도 판례상으로는 근로기준법의 근로자가 아니다. 특수형태근로종사자라는 법적 회색상태(homo sacer)에 갇힌 인원은 200만 명 이상이라는 주장도 있다.⁷⁾

5) 강성태, 「특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단」, 『노동법학』, 제11호, 한국노동법학회, 2000, 40~48면; 박지순, 「특수형태근로종사자에 대한 노동법의 적용가능성과 그 범위」, 『노동법학』, 제23호, 한국노동법학회, 2006, 229~277면; 윤애림, 「ILO 고용관계 권고와 한국의 특수고용 입법논의」, 『노동법학』, 제23호, 한국노동법학회, 2006, 157~184면; 이승욱, 「특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 모색」, 『노동법학』, 제23호, 한국노동법학회, 2006; 강성태, 「특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로」, 『노동정책연구』 7(3), 한국노동연구원, 2007; 도제형, 「입법과 사법의 사각지대, 특수형태근로종사자」, 『비공식취업 연구』, 한국노동연구원, 2012, 172~209면 등.

6) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결.

7) 조돈문·조경배·정홍준의 『특수형태근로종사자 인권상황 실태조사 결과』(국가인

어떤 노무제공자가 근로기준법상 근로자인지 아니면 독립적인 자영업자인지를 구별하기 위해 판례를 적용하는 기준은 최근의 변화된 고용 상황에 적절하게 대응하기 어렵다.⁸⁾ 근로자가 노동을 제공하는 원천으로서 일할 자리 혹은 직업은 고정적인 것이 아니다. 기술발전이나 경제 상황에 따라 새로운 일자리나 직업이 생성되기도 하고, 기존의 일자리나 직업이 없어지기도 한다. 최근에는 ‘균열일터’⁹⁾ 현상에 따라 전통적으로 근로자가 일했던 직업들이 빠른 속도로 자영업자의 직업들로 바뀌면서, 종속적인 근로자와 독립적인 자영업자라는 전통적인 구별법은 점차 희미해지고 자영업자와 근로자의 성격을 함께 가진 직업 종사자들이 증가하고 있

권위원회, 2015. 12)에 따르면, “한국비정규노동센터가 2014년 8월 경제활동인구조사 근로형태별 부가조사 자료를 분석하여 포착한 특수고용 비정규직의 규모는 58만 1천 명으로서 위장자영업자 52만 3천 명과 재택노동자 5만 8천 명으로 구성되어 있다. 여기에 간접고용 비정규직으로 분류되는 호출노동자 73만 3천 명 속에 포함된 파출부와 간병인 등 특수고용 비정규직 노동자들을 추가하고, 자영업자로 분류되어 피고용자 범주에서 원천적으로 배제된 특수고용 비정규직 노동자들까지 포함하면 그 규모는 훨씬 더 크다는 사실을 알 수 있다”고 지적한 후, “임금노동자 중 특수고용 노동자와 자영업자 중 특수고용 노동자 수를 추정해 보면 전체 임금노동자 중 특수고용은 133만 6,591명이었으며 주요 직종의 자영업자 중 특수고용은 84만 4,581명이었다. 따라서 한국의 특수고용 노동자는 총 229만 6,775명으로 추정할 수 있다. 이는 2014년 한국의 전체 취업자 2,568만 4,174명 중 8.9%가 특수고용형태로 일을 하고 있음을 확인할 수 있다”고 주장한다.

- 8) 판례는 기술적인 이유로도 재검토되어야 한다. 현재 판례는 두 개의 서로 다른 기준을 사용하고 있다. 두 가지 기준은 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(1994년 기준)과 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결(2006년 기준)인데, 2007년 이후 하급심 법원은 물론이고 심지어 대법원조차 사건마다 두 가지 기준 중 어느 하나를 재량껏 사용하고 있다. 예를 들어 법무법인에서 근무한 변호사의 근로기준법상 근로자성을 인정한 대법원 2012.12.13. 선고 2012다77006 판결에서는 1994년 기준을 사용한 반면에, 우체국의 보험관리사의 근로자성을 부정한 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결은 2006년 기준을 사용하였다. 소위 지입트럭차주(트럭의 차주이자 운전자)가 차량을 회사 명의로 등록하여 화물업무에 종사하는 경우의 근로자성을 다룬 대법원 2013.7.11. 선고 2012다57040 판결은 2006년 기준을 사용하여 근로자성을 부정한 반면에, 전기 검침원의 근로자성을 다룬 대법원 2014.11.13. 선고 2013다77805 판결은 2006년 기준을 적용하여 근로자성을 인정하였다.
- 9) David Weil, 『The Fissured Workplace-Why work became so bad for so many and what can be done to improve it』, Harvard University Press, 2014, 국내 번역본은 데이비드 와이얼/송연수 옮김, 『균열일터-당신을 위한 회사는 없다』, 황소자리, 2015.

다.¹⁰⁾ 1994년 기준이든 2006년 기준이든 지금의 판례는 이러한 직업의 변화를 적절하게 수용하지 못한다.

현재의 두 기준은 공히, (가) 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이나 명칭이 아니라 그 실질에 있어(실질 판단), (나) 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하되(종속성 판단), (다) 종속적인 관계의 유무는 지휘명령권의 존재와 같은 하나의 징표가 아니라 그것을 포함하여 노무제공 관계의 제반 징표들을 종합적으로 고려하여 판단한다(종합 판단). 두 기준의 차이점은 2006년 기준이 1994년 기준과 달리 (가) “구체적이고 직접적인 지휘감독”을 “상당한 지휘감독”으로 완화하였고, (나) 노무제공자가 “스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지”라는 요소를 도입하여 노무제공자의 독립 사업자성에 대한 판단을 강화하였으며, (다) 단서를 통해 실질적 징표와 부수적 징표를 구별하고 부수적 징표의 부존재를 근로자성 불인정의 사유로 삼지 말도록 하고 있다. 정리하면, 두 기준은 판단의 원칙은 동일하지만, 2006년 기준은 종속성을 판단하는 요소와 고려 방식에서 1994년 기준보다 엄격성을 완화하였다. 이 때문에 2006년 기준을 적용한 판결 중에는 근로자의 범위를 종전보다 넓혔다고 평가되는 것들이 많다.¹¹⁾

10) 박제성, 『비임금근로자의 법적 지위-배달대행기사의 사례를 중심으로』, 『사회보장법연구』 6(1), 서울대사회보장법연구회, 신조사, 2017, 110~111면 참고.

11) 예를 들어 한전산업개발(주) 검침원 사건, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다42745 판결에서는 “① 피고는 한국전력으로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달 등의 업무를 위탁받아 이를 그대로 위탁원들에게 위탁한 것이어서 그들이 담당할 검침과 송달 등의 업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무라 할 수 있으므로, 피고로서는 적절한 업무수행을 보장하기 위하여 위탁원들의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다고 할 수 있다. 실제 위탁원들이 피고로부터 업무를 배정받은 후 검침과 송달 등의 업무를 수행한 과정 등에 비추어 보면 피고가 위탁계약에 따라 제공받는 노무의 품질 등이 일정한 수준에 맞도록 요구하는 방법으로 위탁계약에 기하여 위탁원들의 업무에 대하여 일반적이고 추상적인 지시 등을 하는 것에서 더 나아가 상당한 지휘·감독을 하였을 가능성이 있다. ② 아울러 검침과 송달 등의 업무를 담당할 위탁원

나. 새로운 해석론

새로운 해석론은 근로기준법상 근로자에 ‘전속적인 고용형 자영업자’를 포함할 수 있도록 한다. 이러한 확장된 임금근로자 기준으로의 전환을 위해 현행 판례의 기준에서, 실질 판단의 원칙과 종속적 판단의 원칙은 ‘원칙적으로’ 승계하면서도 다음과 같이 개선하는 것이 필요하다.

첫째, 실질 판단의 실질화이다. 2006년 기준의 관련 부분을 “근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 계약의 내용과 이행의 실질에 있어 노무제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 실질적으로 판단하여야 한다”로 고쳐야 한다. 대법원 2012.1.12. 선고 2010다50601 판결과 대법원 2013.7.11. 선고 2012다57040 판결은 실질 판단도 형식적인 것으로 바뀔 수 있음을 보여준다. 박제성 박사는 “판례가 정립한 실질주의 판단 원칙에 따른다면 다음과 같이 말

들의 예상 업무량은 그들의 담당구역이 지정되어 있는 이상 그 담당구역에 거주하는 전기수용가구의 수에 따라 정해지고 위탁원들이 업무를 하는 날 피고로부터 직접 검침이나 송달을 할 고객을 배정받았으므로, 위탁원들은 스스로의 노력으로 고객을 유치하여 검침이나 송달 업무의 양을 늘림으로써 그 수입의 규모를 확대할 수 없는 상황이었고, 이에 따라 위탁원들이 독립하여 자신들의 계산으로 사업을 영위하거나 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등의 위험을 스스로 안고 있었다고 보기도 어렵다. ③ 또한 위탁원들이 하는 검침이나 송달 등의 업무가 전문성을 요하는 분야에 해당한다고 보기 어려울뿐더러 그들이 피고 외의 다른 사업자로부터 검침이나 송달 등의 업무를 위탁받아 이를 수행할 수도 없었고 그 업무를 정규직 직원이나 다른 위탁원이 아닌 제3자에게 수행하도록 재위탁할 수 없었으므로, 이러한 측면에서도 위탁원들이 독립하여 자신들의 계산으로 그 업무를 사업으로 영위하거나 그 사업으로 인한 수익과 손실의 위험을 스스로 부담할 수 없었다”고 하면서(원문자는 필자 삽입), “위탁원들에 대하여 취업규칙, 복무규정, 인사규정 등을 적용하지 아니하였고 위탁원들이 정규 직원과 달리 기본급이나 고정급을 지급받지 아니하였으며, 위탁원들의 급여에서 근로소득세 대신 사업소득세를 원천징수하고 피고가 위탁원들을 위하여 건강보험, 국민연금, 고용보험, 산업재해보상보험 등에 가입하지 아니하였더라도, 원고와 같이 검침이나 송달 업무를 담당하는 위탁원들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 여지가 많다”고 하였다. 농협자산관리(주) 채권추심원 사건, 대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결에서도 2006년 기준을 적극적으로 적용함으로써 근로자성을 긍정하였다.

하는 것이 더 타당할 것이다. 노무제공의 실질에서 종속성이 인정된다면 원칙적으로 근로계약이다. 그러므로 도급계약서를 작성했다는 사실만으로는 도급계약으로 인정하기에 부족하다. 근로계약의 요소를 완전히 부정할 수 있는 정도라야 근로계약이 아니라 도급계약으로 인정될 수 있다고 주장한다.¹²⁾

둘째, 종속성 판단에서 지배권의 현대적 모습의 반영이다. 2006년 기준의 관련 부분을 “여기서 종속적인 관계는 예를 들어 사용자가 주로 업무 내용을 정하거나 근무 시간이나 장소를 지정하거나 취업규칙 또는 복무에 관한 규칙을 적용하거나 그 밖에 업무 수행 과정을 직접적으로 지배한 경우 또는 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격을 가진 경우에도 인정되지만, 그렇지 않더라도 업무를 매뉴얼이나 평가 등을 통해 통제하거나 근로 제공 관계의 계속성과 전속성이 있는 등 간접적인 지배가 있는지 및 계약상 사용자가 보유하고 있는 제반 권한들도 함께 고려하여 종속적인 관계의 유무를 판단하여야 한다”고 고쳐야 한다. 2015년 미국 연방노동위원회 의 브라우닝 페리스 결정(Browning-Ferris, NLRB 2015. 8. 27)은 지배권의 현대적 특성을 잘 반영한다. 이 결정에서 지배권의 존재 여부를 판단할 때는, 직접적인 지배는 물론이고 간접적 지배도 고려해야 하고 현실적이고 즉각적인 지휘감독뿐만 아니라 계약서상 유보된 권한이나 의무까지 함께 고려한다. 또한 부분적이고 관례적인 것이라고 하여 전체적인 지배의 모습을 파악할 때 함부로 배척해서는 안 된다고 지적했다. 계약서와 실태가 다를 경우 후자를 중시해야 한다는 것을 계약서 그 자체를 무의미한 것으로 무시하라는 것으로 받아들여서는 안 된다. 계약서의 내용은 대체로 현실에서 실제로 행사되는 권한의 근거가 되기도 하고 그것과 연결되어 지배의 전체적인 모습을 완성하기도 한다. 노동관계에서의 지배는 직접적으로 또는 간접적으로, 구속력이 있는 형태로 혹은 권고나 조언의 형태로, 실행되는 지휘명령을 통해서도 이루어지기도 하지만, 궁극적으로는 계약을 정점으로 하여 제반 규칙을 통해 이루어진다. 그러므로 계약상 유보된 지배는 현실에서 실현된 지배의 원천이자 장래에 실행될 수도 있는 지배의 범위이다.

12) 박제성, 앞의 글, 123면.

셋째, 형식적 징표의 비등가성을 명확하게 표현한다. 2006년 기준의 관련 부분을 “기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받았는지 등 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 있는 사정들은 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 되지만, 반면에 그러한 점들이 존재하였다면 사용자가 해당 노무제공자를 근로자로 취급하려고 한 징표가 될 것이다”로 고쳐 쓴다.

넷째, 자영업자성 즉 자영업자성과의 비교에서 유의할 점을 분명하게 표현한다. 이를 위해 2006년 기준의 관련 부분을 “한편 노무제공자가 비품·원자재나 작업도구 등을 독자적으로 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 개인 사업자의 징표를 가지는 경우라도 사용자와의 관계에서 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하게 된 경위와 투자액의 정도, 고용한 제3자의 수와 비중, 스스로 광고 등을 통해 여러 사용자와 계약을 체결하고 있는지, 스스로 이윤의 창출과 손실의 초래 등 시장 기회와 위험을 인수하고 있는지 등을 고려하여 노무제공자가 실질적으로 자신의 계산으로 독자적인 사업을 영위하고 있다고 보이는 경우가 아니라면 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다”라고 수정할 필요가 있다. 현대 사회는 자본과 노동의 교차, 근로자성과 사업자성의 융합을 하나의 트렌드로 한다. 자본을 투자한 근로자나 타인을 고용한 근로자를 가능하게 한다. 일부의 사업자적 징표가 있다는 사실이 근로자성 부정의 손쉬운 이유가 되어서는 안 되는 이유가 이 때문이다.

2. 입법론

현행 근로기준법에는 나이테형 모델에서 전제하는 세 가지 유형의 노동권이 혼재되어 있다. 새로운 입법에서는 이를 구분하여 임금근로자, 고용형 자영업자, 사업형 자영업자에게 각각 필요의 정도에 따라 적용할 필요가 있다.

첫째, 보편적 노동권의 성격을 가지는 노동에서의 기본 원칙(차별금지, 폭행금지, 중간착취 금지 등), 안전과 보건, 연소자 보호, 부모 휴가, 성희

통 및 괴롭힘 금지 등은 모든 노무제공자에게 적용한다. 현실적으로는 사업형 자영업자에게도 최소한 보편적 노동권에 따른 보호는 주어지게 된다.

둘째, 포용적 노동권의 성격을 가지는 연차유급휴가, 계약의 명시, 해고(해지) 절차 등은 임금근로자와 고용형 자영업자에게 적용한다.

셋째, 핵심적 노동권이라고 할 수 있는 정당해고(정당한 이유 없이 해고되지 않을 권리), 취업규칙 불이익 변경, 가산임금과 퇴직금, 임금채권 최우선 변제 등은 임금근로자에게 적용한다. 다만 여기서 임금근로자는 지금의 관례보다 완화된 것으로서 개선된 해석론에 따라 전속적인 고용형 자영업자까지 포함하는 개념이 되어야 한다.

〈영국에서 개별적 노동법의 적용범위〉

법령	권리/보호	employee	worker	independent worker	
고용권법	제1장	계약 조건과 상태에 대해 서면으로 받을 권리	○	X	X
	제2장	항목별 급여명세서 수령 및 부당임금공제 방지	○	X	X
	제4장	공익제보자 보호 (whistleblower protection)	○	○	△*
	제8장A	유연근로를 요구할 수 있는 권리	○	○	X
	제9장	해고예고	○	X	X
	제10장 제1절	부당한 해고를 당하지 않을 권리	○	X	X
	제10장 제2절	해고보상금(2년 근속 이후)	○	X	X
최저임금법	법정 최저임금 수령권	○	○	X	
근로시간법	정기적 휴식(일간·주간)과 연차휴가권	○	○	X	
단시간근로자법	불이익 처우를 받지 않을 권리	○	○	X	
고용관계법	징계 또는 고충 절차의 참여권	○	○	X	
평등법	고용 및 계약 관계에서 반차별권	○	○	○	

주: ※ 개인자영업자가 하도급 관계에서 취득한 사실이 공익제보 보호에 해당할 경우 고용권법상의 공익제보자 보호 원칙이 준용됨.

이렇게 되면 근로기준법은 ‘일하는 모든 사람을 위한 노동보호법’으로 재정립되게 된다. 보호의 대상은 원칙적으로 경제적 대가를 받고 일하는 모든 개인이 되며, 포용적 노동권의 대상인 고용형 자영업자와 핵심적 노동권의 대상인 임금근로자에 대해서는 별도로 정의하게 될 것이다. 그리고 보호의 방식은 ‘전부 아니면 전무’(all or nothing)라는 현재의 방식과 달리, 노무제공자라면 어떤 경우에도 최소한도(at least)의 보호로서 기초적 노동권의 보호가 주어지고 그 위에 해당 노무제공자의 종속성과 보호 필요성에 따라 그 이상의 보호가 더해지는 방식이 될 것이다.

참고로 영국에서 개별적 노동법은, 앞의 표에서 보듯이, 임금근로자에게는 모두 적용되는 반면, 종속적 노무제공자(worker)와 독립적 노무제공자(independent worker)에게는 일부만 적용된다. 종속적 노무제공자에게 적용되는 보호에는 공익제보자 보호, 유연근로 요구권, 최저임금 수령권, 휴식권, 징계 절차에의 참여권, 반차별권 등이 있다. 독립적 노무제공자에게도 반차별권과 공익보호자 보호와 유사한 제도가 적용된다.

제3절 노동조합법의 적용범위

이하의 논의에서 노동조합법에 따라 노동조합을 결성하고 그에 가입하여 활동할 수 있는 권리를 단결보호라 하며, 그중에서 특히 사용자에게 단체교섭 의무를 지울 수 있는 권리를 교섭보호라 한다.

1. 해석론

가. 단결보호와 교섭보호

집단법의 적용 대상 곧 현재로서는 노동조합법의 적용 대상을 어떻게 할 것인가의 문제에서 가장 고민스러운 점은 단결권을 중심으로 할 것인가 아니면 단체교섭권을 중심으로 할 것인가에 있다. 이 문제는 이른바

노동3권의 상호관계 논쟁과 관련이 있다.

판례의 입장은 단체교섭권 중심설로 불린다. 이 입장을 택한다면 단체교섭의 가능성과 필요성이 노동조합법상 근로자성을 정하는 가장 중요한 기준이 될 것이다. 특정 사용자와의 단체교섭 가능성과 필요성이 없거나 크지 않은 노무제공자는 노동3권 보장의 필요성도 없기 때문에 굳이 노동조합법상 근로자로 볼 이유도 없어지게 된다. 현재 판례도 이러한 관점에서 근로자성을 판단하고 있다. 이 입장은 노동3권의 향유 주체의 범위가 다르지 않고, 지금의 실무 관행과 해석을 그대로 유지할 수 있다는 장점이 있다. 그에 비해 노동조합법상 근로자의 범위가 근로기준법상 그것과 크게 차이가 없게 될 우려가 크다. 다만 단체교섭 중심설에서도 단체교섭의 가능성과 필요성을 얼마나 엄격하게 볼 것인지 아니면 보다 유연하게 볼 것인지에 따라 노동조합법상 근로자의 범위는 다르게 될 것이다.

반면에 단결권을 중심적 권리로 보는 입장을 취하면서 단결권의 보호 필요성을 노동조합법 적용의 가장 중요한 기준으로 삼는다면 근로자의 범위는 상당히 다르게 된다. 기실 단결권 보장이라는 관점에서 본다면 인적 보호대상에 특별한 제한을 두는 것 자체가 어색하다. 우리 헌법상 결사의 자유나 독일 기본법상 단결의 자유(제7조 제3항)처럼 모든 직업의 사람이 단결 자유의 향유 주체가 될 것이다. 직업적 또는 경제적 이익의 유지와 향상을 위해 단결할 자유는 다른 기본권과 마찬가지로 일하는 사람이면 누구든 향유해야 하기 때문이다. 그러한 자유를 향유하게 한다고 하여 특정인이 다른 사람에 비해 특별히 더한 의무나 책임을 부담하는 것도 아니다. 근로자의 범위를 확대할 수 있는 가능성은 단체교섭권 중심설보다 넓어지는 반면에, 노동3권의 향유 주체가 권리별로 달라지고 증명을 둘러싼 분쟁이 증가할 수 있는 것은 중요한 단점이다.

나. 판례

노동조합법상 근로자 분쟁도 특고 분쟁으로서, 골프장 경기보조원, 레미콘 운송차주, 학습지 교사, 보험모집인, 덤프트럭기사, 화물기사, 대리운전자, 커서비스배달원, 수도검침원 등의 직종이 대표적으로 판례에서 근

로자성이 다루어졌다. 법원은 골프장 캐디처럼 오래전부터 근로자성을 인정한 경우도 있지만, 위의 대다수 직종에 대해서는 근로자성을 부정해 왔다. 2018년 이후 이런 판단 방식에 큰 변화가 생겼다.

대법원은 2018년 재능교육 사건에서 새로운 판단기준을 제시한 후 몇 개의 판결들에서 계속해서 근로자성을 인정하였다. 종래 대법원은 학습지 교사가 노동조합법상 근로자가 아니라고 보았으나,¹³⁾ 재능교육 판결에서는 노동조합법의 적용을 받는 근로자로 인정했다.¹⁴⁾ 이후 이 법리는 방송연기자 판결¹⁵⁾과 철도매점 운영자 판결¹⁶⁾ 및 자동차판매 대리점 카마스터(car master, 자동차 판매용역계약 체결 판매원) 판결¹⁷⁾ 등을 거치면서 노동조합법상 근로자성 판단에 관한 판례로서 확고하게 자리잡게 된다.

대법원은 “구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일반적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”라고 하면서, “노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하

13) 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결. 평석으로 김소영, 『학습지 교사의 노동조합법상 근로자성』, 『노동법률』, 통권 제177호, 중앙경제사, 2006, 35~39면.

14) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결.

15) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결. 평석으로 박귀천, 『방송연기자 노동조합 사건으로 본 대법원 노동조합법상 근로자성 판단기준과 경향』, 『노동법률』, 통권 제331호, 중앙경제사, 2018, 140~144면.

16) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결.

17) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결.

면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다”라고 판시하였다.

위의 판례에 대해서는 ‘노동3권의 보호 필요성’을 어떻게 판단할 것인가라는 근본적인 의문에서부터 판례가 제시하는 다섯 가지 요소는 특정 사업자에 대한 전속성과 소득의존성을 중시한다는 비판이 있다.

다. 새로운 해석론

노동조합법상 근로자를 판단하는 판례의 현재 기준은 교섭보호를 염두에 둔 것이다. 즉 노동조합의 설립 또는 운영에서 발생한 분쟁이 아니라 단체교섭 의무와 관련된 것으로 볼 수 있다. 이 점을 명확하게 밝히는 것이 해석론 개선의 첫걸음이 될 것이다. 그러므로 현재의 판례 기준은 해당 사용자가 단체교섭 의무를 지는가를 판단할 때 사용하는 것으로 한정해야 하고, 구체적인 내용에서는 특정 사업자와의 교섭 관계 형성에 걸맞은 요소들로 재정리할 필요가 있다. 이와 같은 점들을 고려하여 현행 판례를 바꾸어 쓰면 아래와 같다.

“노동조합법상 사용자가 단체교섭 의무를 지려면 단체교섭을 요구하는 노동조합에 자신이 고용한 근로자가 가입하고 있는 경우이다. 여기서 근로자라 함은 사용자의 사업을 위하여 개인적으로 노무를 제공하고 그 대가로 임금, 급여 그 밖에 수입을 얻는 자를 말하고, 노무를 제공하게 된 계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다. 구체적으로는 해당 노무가 사용자의 사업 수행에 통합되어 있는지, 노무 제공의 중요한 내용과 조건을 사용자가 결정하는지, 해당 노무가 사용자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 사용자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 그 밖에 해당 노무제공 관계의 지속성이나 전속성 그 밖에 노무제공자와 사용자 사이의 거래 관행이나 교섭 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

한편, 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 위의 근로자에 해당하는지는 개별적으로 노무를 제공하고 그 대가로서 생활하는 자로서 단체교섭을 통해 노무 제공 조건의 유지·개선과 경

제적·사회적 지위의 향상이 가능하고 또한 필요한지라는 관점에서 판단하여야 한다.”

위와 같은 개선안의 특징은 다음과 같다. 노동조합법상 근로자는 경제적 종속성을 중심으로 판단하되, 사용자가 단체교섭 의무를 지는 관계가 발생하려면 교섭관계 정립의 필요성이 있어야 한다. 경제적 종속성은 미국 판례가 공정근로기준법(FLSA)의 적용을 위해 사용하는 경제적 실체 테스트(economic realities test)를 참고하는 것이 적절하다. 경제적 실체 테스트에서는 해당 노동과 관련한 복수의 징표를 고려하지만, 궁극적으로는 해당 노무제공자가 해당 사용자에게 경제적으로 종속되어 있는지 아니면 자기 자신의 사업에 종사하는지에 초점을 맞춘다. 구체적으로는 (A) 제공된 노무가 해당 사용자 사업에 통합된 정도 (B) 자신의 경영상 기술에 의존하는 기회 또는 손실과 관련한 해당 노무제공자의 기회 (C) 해당 사용자와 노무제공자가 한 상대적 투자의 범위 (D) 제공된 노동에 특별한 기술과 주도성이 요구되는지 여부 (E) 해당 관계의 지속성 및 (F) 해당 사용자가 행사하거나 보유했던 지배의 정도 등을 주로 고려한다.

요약하면 이렇다. 노동조합법상 보호를 크게 단결보호와 교섭보호로 구분한 후, 단결보호와 관련한 노동조합법상 근로자의 의미는 경제적 종속성을 중심으로 판단하고 교섭보호와 관련해서는 현행 판례를 조금 고쳐 사용자가 단체교섭 의무를 지기 위한 요소들이라는 점을 분명히 하도록 한다. 후자의 해석론은 노동조합법상 근로자에 고용형 자영업자까지 포용할 수 있도록 해야 한다.

2. 입법론

특고의 노동3권 논의 역시 거의 20년이 되었다. 그간 여러 차례 관련 입법안이 국회에 제출된 바 있으나, 아직 입법이 성립되지는 못하고 있다. 20대 국회(2016~2020년)에서도 특고의 노동조합 결성권 등을 인정하기 위한 두 개의 입법안이 아래의 표에서 보듯이 상정된 바 있다.

〈20대 국회에 상정된 특고 노동3권 보장 법률안〉

	주요 내용
2016. 10. 이정미 의원안	다음의 자를 노동조합법상 근로자로 봄 ① 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자, ② 실업상태에 있거나 구직 중인 자, ③ 그 밖에 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령으로 정하는 자를 근로자로 봄(노동조합법개정안 제2조)
2017. 2. 한정에 의원안	근로자에 특수형태근로종사자들을 포함시킴(노동조합법개정안 제2조 제1호 단서 신설)

위의 법률안들이 통과될 현실적인 가능성이 있는지는 별론으로 하고, 내용적으로도 나이테형 모델과는 차이가 크다. 입법론으로 구현될 수 있는 새로운 모델에서 단결보호는 개인적으로 노무를 제공하고 경제적 대가로 생활하거나 생활하고자 하는 자 모두에게 적용하되, 교섭보호는 임금근로자에 더하여 사업종속성이 있는 고용형 자영업자까지 적용하는 것이 바람직하다. 좀 더 부연하여 설명하면, 노동3권의 행사에 따른 민·형사면책은 보편적인 기초적 노동권의, 노동쟁의 조정과 노사협의회에 관한 권리는 포용적 노동권의, 단체교섭 의무와 부당노동행위 구제 절차와 벌칙 등은 핵심적 노동권의 대표가 될 것이다.

이를 위해 노동조합법의 총론에서 근로자는 “개별적으로 노무를 제공하고 그 경제적 대가로서 생활하는 자”로 정의하고, 단체교섭과 단체협약의 적용에서 근로자는 다음과 같이 규정할 수 있을 것이다.¹⁸⁾

제3장 단체교섭과 단체협약

제 조(용어의 정의) ① 이 장에서 근로자라 함은 타인의 사업을 위하여 노무를 제공하고 경제적 대가를 얻는 개인을 말한다. 다만 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 자영업자의 경우에는 그러하지 아니하다.

18) 이하의 규정 형식은 Coverall 사건에 적용된 메사추세츠 일반법령 제149장 제 148(B)조를 참고한 것이다. 이에 관해서는 강성태, 『프랜차이즈 관계와 노동법의 적용 - 미국법의 최근 동향을 중심으로』, 『노동법학』, 제70호, 한국노동법학회, 2019. 6, 89~92면 참고.

- 1호. 노무 제공과 관련하여 계약으로나 실질로나 타인의 지시로부터 자유롭다.
 - 2호. 노무는 타인 사업의 통상적 경로를 벗어나 수행된다.
 - 3호. 개인은 동종 업계의 관행상 독립적인 직종, 직업, 또는 사업에 종사한다.
- ② 제1항 단서 각 호에 대해서는 사용자가 증명하여야 한다.

한편, 영국에서도 단결의 자유는 독립적 자영업자(independent worker)를 포함한 모든 노무제공자에 대하여 보장된다. 그에 비해 단체교섭과 쟁의행위 그 밖의 단결활동과 관련한 중요한 집단적 노동권은 임금근로자(employee)와 종속적 자영업자(worker)에게 보장된다.

〈영국에서 노무제공자별 집단적 노동권 보장〉

법령	권리/보호	employee	worker	independent worker
노조법	단결권과 집단적 노사관계에 관한 권리/보호	○	○	X*

주: ※ independent worker에게는 Trade Union and Labour Relations(Consolidation) Act 1992상 법정권리와는 별도로 단결의 자유 원칙이 적용됨.

제4절 직업안정법의 적용범위

1. 해석론

판례는 직업안정법상 각종 규제의 적용을 위한 전제로서 ‘근로자’는 근로기준법상 근로자를 의미한다고 본다.¹⁹⁾ 이러한 판례 법리는 대법원

19) 직업안정법상 근로자 정의 규정이 따로 없는 상황에서 판례가 취한 태도는 크게 세 시기로 구분할 수 있다. 최초에는 노동조합법상 근로자 개념을 사용하였다. 그 후 1990년대에는 대부분 직업이나 근로자에 대한 언급 없이 곧바로 직업안정법위반죄의 성립 여부를 정하였다. 2000년대 이후(대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결 이후)는 근로기준법상 근로자에 관한 판례 법리를 통해 직업안정법상 근로자 여부를 정하고 있다. 자세한 내용은 강성태, 『직업안정법상 ‘직업’의 재검

2002. 7. 12. 선고 2001도5995 판결에서 확립되었다. 같은 판결은 “직업안정법은 근로자의 직업안정을 도모하는 데 그 목적을 두고 있음에 비추어 보면, 같은 법 제34조 제1항에서 금지하는 허위구인광고 등의 행위자로 되어 처벌될 수 있는 ‘근로자모집을 하는 자나 이에 종사하는 자’에 해당하기 위해서는 그가 모집하는 근로자가 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공할 의무를 지고 대가를 얻는 자여야만 할 것이고, 이때의 근로자는 근로기준법상의 근로자와 그 의미가 같다고 보아야 할 것”이라고 하였다.

위와 같이 판례는 직업안정법상 직업을 임금근로자의 직업으로 한정함으로써 그 밖의 다양한 직업은 적용에서 제외한다. 다시 말해 근로기준법의 기준을 직업안정법에 그대로 가져옴으로써 임금근로자를 제외한 노무제공자를 근로기준법에서와 마찬가지로 직업 활동의 입구에서부터 배제시키고 있는 것이다. 직업안정법이 명시적으로 ‘고용계약’이라는 용어를 사용하여 근로기준법과 다른 범위를 염두에 두고 있음에도 불구하고 양자를 동일하게 보는 것은 과도한 축소 해석이라고 보인다.

새로운 해석론은 직업안정법의 목적과 취지에서 출발해야 한다. 직업안정법은 헌법의 직업선택의 자유 및 근로의 권리에 기초하는데, 이와 관련해 헌법재판소는 직업의 의미를 “생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적인 소득활동을 의미하며, 이러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다”라고 본다.²⁰⁾ 또한 근로의 권리도 “인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리”라고 넓게 파악한다.²¹⁾ 이러한 헌법상 권리를 구체화하기 위한 법률이 직업안정법이다. 그러므로 직업안정법에서 직업은 가능한 한 넓게 즉 대다수 국민이 소득활동을 하는 직업으로 넓혀 해석해야 한다.

토 - 근로자 개념을 중심으로, 『법학논총』, 33호, 한양대학교 법학연구소, 2016. 12, 127면 이하 참조.

20) 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 97헌마194.

21) 헌법재판소 2007. 8. 30. 2004헌마670.

한편, 직업안정법이 직업적 관계의 형성 단계 즉 노동시장에서 종속성 문제를 해결하기 위한 법률이라는 점에서 본다면 직업안정법상 근로자의 범위에는 임금근로자 외에 고용형 자영업자도 포함되도록 해석해야 한다.

2. 입법론

헌법상 직업의 자유와 근로의 권리의 보장 취지에 맞게 직업안정법의 적용 대상을 새롭게 설계하기 위해서는, 직업안정법상 직업의 범위를 임금근로자의 근로활동이 아니라 국민 일반의 전반적인 소득활동으로 넓혀야 한다. 나이테형 모델에서 설명한다면, 직업정보제공, 직업소개, 직업훈련 등 고용정책입법의 대상은 원칙적으로 모든 노무제공자(및 그 희망자)로 하여 보편적 노동권의 대상으로 하고, 고용보험 사업은 포용적 보호의 대상으로 하며, 인력공급사업 등에 관한 규제는 핵심적 보호의 대상으로 될 것이다. 이를 위해서는 직업안정법의 목적과 직업소개의 목적 등에 관한 규정을 다음과 같이 개정해야 할 것이다.

먼저 법의 목적은 “이 법은 헌법상 직업의 자유와 근로의 권리를 구체화하여 모든 국민이 완전하고 생산적이며 자유롭게 선택된 일자리를 구할 수 있도록 보장하며 취업자의 직업안정을 도모하도록 한다”로 개정한다.

직업소개의 정의(제2조의2 제2호)는 “이 법에서 직업소개라 함은 직업의 종류를 불문하고 구인자와 구직자 사이에 취업관계가 성립되도록 정보를 제공하거나 개입하거나 그 밖에 중개하는 일체의 행위를 말한다”로 개정한다.

제5절 사회보험법의 적용범위 : 산재보험법과 고용보험법을 중심으로

1. 해석론

가. 산재보험법

현재 산재보험법상 근로자는 근로기준법상 근로자를 의미한다(제5조 제2호 본문). 판례 역시 산재보험법상 근로자에 해당하는지는 근로기준법상 근로자에 해당하는지에 따라 판단한다. 그 결과 근로기준법상 근로자의 해석론에서 나타나는 문제점을 산재보험법상 근로자 판단도 함께 공유할 수밖에 없다.

그리고 산재보험법의 또 다른 적용대상인 ‘특수형태근로종사자’에 관해 산재보험법 제125조 제1항은 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 근로기준법 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서 ‘주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하고, 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자’(제1, 2호) 중에서 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자(이하 ‘특수형태근로종사자’라고 한다)의 노무를 제공받는 사업은 산업재해보상보험법의 적용을 받는 사업으로 본다”고 규정하고 있다. 퀵서비스기사가 여기서 말하는 특수형태근로종사자에 해당하는지가 문제되었던 사건에서 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017두74719 판결은 “산업재해보상보험법이 특수형태근로종사자 보호를 위한 특별규정을 둔 취지는 근로기준법상 근로자에 해당하지는 아니하나 업무상 재해로부터 보호할 필요성이 있는 경우에 해당 종사자를 보호하기 위함이다. 그런데 원심이 특수형태근로종사자의 전속성을 판단하면서 제시한 기준은 결국 근로기준법상 근로자성을 판단하는 기준과 크게 다르지 않다. 이러한 기

준에 따를 경우 위와 같은 법의 취지를 몰각시키게 된다”라고 하면서, 쉐 서비스기사를 특수형태근로종사자로 보았다.

산재보험법상 근로자는 근로기준법상 근로자라고 규정하고 있으므로 해석론의 개선은 근로기준법상 해석론의 개선과 동일하다. 임금근로자와 전속적인 고용형 자영업자가 포함될 수 있도록 해석해야 할 것이다.

산재보험법상 특수형태근로종사자와 관련해서는 현실적으로 산재보험의 적용을 필요로 하는 다양한 고용형 자영업자가 포함될 수 있도록 시행령에서 열거한 직종의 해석을 개방적으로 해석해야 할 것이다. 한편, 산재보험법 제125조의 서두에 있는 문구 즉 “근로기준법 등이 적용되지 아니하여”라는 문구는 노무제공자의 실태 파악에 따른 결과적인 상태를 표현한 것으로서 특수형태근로종사자 해당 여부를 가릴 때는 무시하는 것이 적절하다. 입법론으로는 당연히 삭제하는 것이 타당하다.

나. 고용보험법

고용보험법상 실업급여가 적용되는 피보험자에는 “고용보험법을 적용 받는 사업의 사업주와 근로자”²²⁾ 및 고용보험에 가입하거나 가입된 것으로 보는 자영업자²³⁾가 포함된다.²⁴⁾ 앞의 근로자에는 근로기준법상 근로자에 관한 개선된 해석론에 따라 임금근로자 외에도 전속적인 고용형 자영업자가 포함되도록 해석해야 할 것이다.

2. 입법론

산재보험은 산업안전보건법과 함께 일하는 모든 노무제공자에게 적용되는 보편적인 노동권으로 자리잡아야 한다. 이 점은 고용보험도 마찬가지이다. 그런데 사회보험에서는 법의 원칙적 적용 대상과 실질적 적용 사이에 시기적 차이가 있을 수도 있다. 보험료의 부담과 징수 및 보험급여

22) 보험료징수법 제5조 제1항.

23) 보험료징수법 제49조의2 참조.

24) 고용보험법 제2조.

의 종류와 보호의 정도 등 보험 기술적 요인이 먼저 해결되어야 하기 때문이다.

플랫폼 노동과 같은 고용형 자영 노동의 증가는 산재보험과 고용보험의 적용과 관련하여 또 다른 문제를 제기한다. 산재보험과 고용보험은 주로 사업을 단위로 적용되는데 플랫폼 노동종사자의 대부분은 복수의 사업과 관계를 맺고 노동을 제공하기 때문이다. 이 문제는 보험 기술적인 것으로서 해당 종사자의 소득을 기준으로 사업을 정하거나 이들과 관련해서는 보험 적용의 특례를 두어 처리하는 방법이 가능할 것이다.

제6절 소 결

포용적 접근이란 노동법을 취약 자영업자(vulnerable self-employed)에게도 확장함으로써 노동법의 보호가 국민경제와 사회의 불평등과 격차를 완화하는 데 기여하도록 해야 한다는 생각에 기초한다. 보편주의적 접근이 주로 ‘일하는 모든 개인’을 상정한 것이라면, 포용적 접근은 ‘전통적인 근로자와 비슷하게 일하는 자영업자’를 주로 염두에 둔 것이다. 2018년 이후 학습지 교사 판결 등은 포용적 접근의 좋은 사례가 될 것이다.

노동법 적용에서 포용적 접근의 주된 대상은 고용형 자영업자이다. 지난 20년간 근로자성 논의의 초점이 되었던 ‘특고’의 경우, 상당수는 오분류에 해당할 것으로 추측되고, 나머지 대다수는 고용형 자영업자에 속할 것으로 추측된다. 자영업자와 임금근로자의 속성이 혼재하는 노무제공자를 사회법제의 보호 속에 포함시키기 위해 인적 적용 모델을 현행 이분 모델(근로자와 비근로자로 구분)에서 나이테형 모델로 전환할 것을 제안한다.

나이테형 모델은 보호의 내용과 대상을 크게 삼분한다. 사회법제의 보호 내용은 핵심 보호, 중간 보호, 기초 보호로 구분하고, 보호 대상은 임금근로자(A그룹), 고용형 자영업자(B그룹), 사업형 자영업자(C그룹)로 구분한다. 임금근로자(A그룹)에게는 모든 보호를, 고용형 자영업자(B그룹)

에게는 중간 보호와 기초 보호를, 사업형 자영업자(C그룹)에게는 기초 보호를 적용하는 방안이다. 나이테 모델에서 노동권은 적용 대상의 범위에 따라 보편적 노동권, 포용적 노동권, 핵심적 노동권으로도 부를 수 있다. 이 모델은 사회법제의 적용을 모든 개인적 노무제공자로 확대하는 대신, 노동 보호를 상대화한다. 현실적으로 볼 때 결과적으로 자영업자에 대하여도 사회법제가 본격적으로 적용될 수 있게 된다. 다만 자영업자는 종속성과 독립성의 정도에 따라 보호의 내용과 정도가 상대화되는 결과, 독립성이 강한 자영업자(사업형 자영업자)의 경우에는 기초적인 노동권만 보장된다.

근로기준법상 근로자에 관한 해석론은 근로자에 ‘진속적인 고용형 자영업자’를 포함할 수 있도록 해야 한다. 이를 위해 현재의 판례는 실질 판단을 ‘실질화’하고, 종속성 판단에서 지배권의 현대적 모습을 반영하며, 형식적 징표의 비등가성을 명확하게 표현하고, 자영업자성과의 비교에서 유의할 점을 분명하게 표현하여야 한다. 새로운 입법에서는 근로기준법상 각종 보호를 구분하여 임금근로자, 고용형 자영업자, 사업형 자영업자에게 각각 필요의 정도에 따라 적용한다. 예를 들어 보편적 노동권의 성격을 가지는 노동에서의 기본 원칙(차별금지, 폭행금지, 중간착취 금지 등), 안전과 보건, 연소자 보호, 부모 휴가, 성희롱 및 괴롭힘 금지 등은 모든 노무제공자에게 적용하며, 포용적 노동권의 성격을 가지는 연차유급휴가, 계약의 명시, 해고(해지) 절차 등은 임금근로자와 고용형 자영업자에게 적용하는 것이다.

노동조합법상 근로자에 관한 해석론에서는 노동조합법상 보호를 크게 단결보호와 교섭보호로 구분한 후, 단결보호와 관련한 노동조합법상 근로자의 의미는 경제적 종속성을 중심으로 판단하고 교섭보호와 관련해서는 현행 판례를 조금 고쳐 사용자가 단체교섭 의무를 지기 위한 요소들이라는 점을 분명히 하도록 한다. 후자의 해석론은 노동조합법상 근로자에 고용형 자영업자까지 포용할 수 있도록 해야 한다. 새로운 입법에서는 근로자를 개념적인 것이 아니라 기능적으로 정의한다. 노동조합법의 총론에서 근로자는 “개별적으로 노무를 제공하고 그 경제적 대가로서 생활하는 자”로 정의하고, 단체교섭과 단체협약의 적용에서 근로자는 앞의 정의

에서 독립적 자영업자를 제외한다.

직업안정법상 근로자의 해석에는 임금근로자 외에 고용형 자영업자도 포함되도록 해야 한다. 새 입법에서는 직업안정법상 직업의 범위를 임금근로자의 근로활동이 아니라 국민 일반의 전반적인 소득활동으로 넓혀야 한다. 직업정보제공, 직업소개, 직업훈련 등 고용정책입법의 대상은 원칙적으로 모든 노무제공자(및 그 희망자)로 하여 보편적 노동권의 대상으로 하고, 고용보험 사업은 포용적 보호의 대상으로 하며, 인력공급사업 등에 관한 규제는 핵심적 보호의 대상으로 한다.

산재보험법과 고용보험상 근로자는 근로기준법상 근로자라고 규정하고 있으므로 해석론의 개선은 근로기준법상 해석론의 개선과 동일하다. 임금근로자와 전속적인 고용형 자영업자가 포함될 수 있도록 해석해야 한다. 입법론으로서 사회보험법은 가장 빨리 모든 노무제공자에게 적용을 확대할 수 있는 영역이다. 물론 지금도 특수형태근로종사자와 중소기업주 등 자영업자에게도 사회보험법이 적용되고 있지만, 이들은 근로자와 다른 범주이다. 또한 사회보험법상 근로자도 근로기준법상 근로자 개념과 기준을 그대로 사용한다. 그러나 고용보험법과 산재보험법은 노무제공 과정에서 인적 종속성보다는 노동시장에서 경제적 종속성의 해결까지 과제로 하는 것이므로 노동조합법상 근로자 개념과 기준을 사용하는 것이 옳다.

한편, 현재 대다수 노동관계법에서 근로자는 근로기준법상 근로자를 준거로 한다. 그러나 포용적 접근에서는 노동조합법상 근로자가 준거로 사용되어야 할 것이다. 직업소개와 구직 등 일할 자리에 관한 규율을 목적으로 하는 직업안정법과 실업 중 생활보장을 목적으로 하는 고용보험법 등은 노동시장에서의 종속성 즉 경제적 종속성의 해결을 목적으로 한다는 점에서 근로기준법보다는 노동조합법에 더욱 친하기 때문이다.

참고문헌

- 강성태, 『특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단』, 『노동법학』, 제 11호, 한국노동법학회, 2000.
- _____, 『특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로』, 『노동정책연구』, 7(3), 한국노동연구원, 2007.
- _____, 『직업안정법상 ‘직업’의 재검토』, 『법학논총』, 제33호, 한양대학교 법학연구소, 2016.
- _____, 『프랜차이즈 관계와 노동법의 적용 - 미국법의 최근 동향을 중심으로』, 『노동법학』, 제70호, 한국노동법학회, 2019.
- 김소영, 『학습지교사의 노동조합법상 근로자성』, 『노동법률』, 제177호, 중앙경제사, 2006.
- 데이비드 와일/송연수 옮김, 『균열일터 - 당신을 위한 회사는 없다』, 황소자리, 2015.
- 도재형, 『입법과 사법의 사각지대, 특수형태근로종사자』, 『비공식취업 연구』, 한국노동연구원, 2012.
- 박귀천, 『방송연기자 노동조합 사건으로 본 대법원 노동조합법상 근로자성 판단기준과 경향』, 『노동법률』, 제331호, 중앙경제사, 2018.
- 박제성, 『비임금근로자의 법적 지위 - 배달대행기사의 사례를 중심으로』, 『사회보장법연구』, 제6권 제1호, 서울대사회보장법연구회, 신조사, 2017.
- 박지순, 『특수형태근로종사자에 대한 노동법의 적용가능성과 그 범위』, 『노동법학』, 제23호, 한국노동법학회, 2006.
- 윤애림, 『ILO 고용관계 권고와 한국의 특수고용 입법논의』, 『노동법학』, 제23호, 한국노동법학회, 2006.
- 이승욱, 『특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 모색』, 『노동법학』, 제23호, 한국노동법학회, 2006.
- 조돈문·조경배·정홍준, 『특수형태근로종사자 인권상황 실태조사 결과』,

국가인권위원회, 2015.

David Weil, 『The Fissured Workplace – Why work became so bad for so many and what can be done to improve it』, Harvard University Press, 2014.

제 2 장

목적론적 접근

제1절 서론

노동관계법령과 사회보험법은 근로관계에 있는 자와 그렇지 않은 자에 대하여 다른 법률효과를 부여하고 있다. 따라서 근로관계에 있는 자에게 부여되는 법효과를 특정인에게 부여하기 위해서는 그 자가 근로자의 지위에 있는지가 문제된다. 즉, 사회법의 적용범위 특히 인적 적용범위의 문제는 실질적으로 근로자 개념에 관한 문제이다. 그리고 누가 근로자인지는 학문분야에 따라 달라질 수 있을 것이다. 아래에서는 법학에서 특히 노동법과 사회보장법을 포괄하는 사회법에서의 근로자 개념에 대하여 살펴보고자 한다.

법학에 있어서의 근로자 개념은 해석론적 관점에서 논의할 수도 있고, 입법론적 관점에서도 논의할 수 있을 것이다. 먼저 해석론적 관점과 관련하여 필자는 법에 있어서 개념의 형성은 존재론적(ontologisch)으로가 아니라, 목적론적(teleologisch)으로 접근되어야 한다고 본다. 고래라는 개념을 통해 양자를 비교해 보면, 전자는 고래가 가지고 있는 공통적 요소들을 통해 고래를 정의함으로써 가장 쉽게 사람들이 고래를 연상할 수 있도록 정의하는 방법이다. 반면 후자는 고래의 전형적인 모습이 아니라 고래와 상어의 중간 형태의 동물이 생겨났을 때 이 동물을 고래로 분류할 것

인지 상어로 분류할 것인지에 초점을 맞추어 고래를 정의하는 방법이다. 즉, 고래의 가장 전형적인 요소가 아니라, 고래와 상어의 차이에 초점을 맞추는 방법이다. 즉, 목적론적으로 근로자 개념을 형성한다는 것은 근로자들이 가지고 있는 전형적인 요소들을 찾아내어 그러한 것들을 기준으로 근로자 개념을 형성하는 것이 아니라, 근로자와 근로자가 아닌 자의 차이점에서 근로자 개념을 도출하는 것이다.

또한 목적론적 개념형성방법은 근로자에게 적용되는 법률의 목적에 근거하여 근로자 개념을 형성한다. 따라서 여기에서는 각 법률 또는 규정의 목적을 어떻게 도출할까가 문제된다. 전통적인 법해석 방법론에서는 법의 목적을 법적용의 효과로부터 도출하고 있다. 즉, 해당 법률 또는 법규정을 적용한 효과를 놓고 입법자가 다른 경우와 달리 요건에 해당하는 경우에 대하여 그러한 효과를 부여한 이유를 도출하고, 그 이유를 입법자가 해당 규정을 입법한 이유라고 이해한다. 따라서 근로자 개념은 근로자에게 적용되는 법률 또는 법규정을 적용한 효과와 근로자가 아닌 자에게 적용되는 법률 또는 법규정을 적용한 효과의 차이를 기준으로 형성되게 된다. 즉, 법에 있어서 목적론적 개념형성이란 법률요건과 법률효과 사이의 의미 관련성을 고려하여 법에서의 개념을 형성하려는 방법을 말한다.¹⁾

이처럼 목적론적 개념형성방법은 해당 법률 또는 법규정의 목적에 근거하여 근로자 개념을 형성하기 때문에 법률에 따라, 나아가 동일한 법률 내에서도 법규정에 따라 그 개념이 달라질 수 있다. 따라서 근기법상의 근로자 개념과 노조법상의 근로자 개념은 각 법률의 목적에 따라 달리 형성될 수 있게 된다. 아래에서는 해석론적으로는 목적론적 개념형성방법에 의하여 근기법, 노조법, 직업안정법, 사회보험법상의 근로자 개념에 대하여 살펴보기로 한다.

다음으로 입법론적 관점에서는 먼저 현행법의 문제점을 분석하여 개선의 필요성과 해석론의 한계를 검토한 후 입법론적 접근이 필요하다고 인정될 경우에는 현행 체계와의 정합성을 검토할 필요가 있다. 아래에서는

1) 목적론적 개념형성방법에 의하여 근로자 개념의 형성을 시도한 대표적 학자로는 독일의 Wank 교수를 들 수 있다. Wank, 『Die juristische Begriffsbildung』, 1985; ders., 『Arbeitnehmer und Selbständige』, 1988.

현행법의 적용으로부터 도출되는 법효과와 개정된 법률로부터 도출되는 법효과 사이에 모순이 발생하지 않도록 하는 개선안을 제시해 보고자 한다.

제2절 근로기준법의 적용범위

1. 해석론

가. 기존 판례의 문제점

근기법상의 근로자성에 관한 기존의 판례들은 근기법의 적용을 받을 수 있는 근로자와 그렇지 않은 자영업자의 구별기준을 목적론적(teleologisch) 개념형성방법에 의하여 도출하지 않고, 존재론적(ontologisch) 개념형성방법 관점에 의하여 도출하고 있는 문제점을 가지고 있다. 존재론적 개념형성방법이란 문제가 된 개념과 이와 상대되는 개념의 구별기준을 문제가 된 개념에 해당하는 전형적 집단들에 존재하는 공통된 현상들로부터 구별기준(개념표지)을 도출하는 방법이다. 이러한 접근방법은 문제가 된 개념에 해당되는 전형적인 집단들을 가장 잘 연상시키게 하지만, 상대되는 두 개념을 구별하는 기준으로는 적합하지 않다. 또한 이러한 접근방법은 새롭게 등장하는 집단들을 어느 쪽에 귀속시킬지를 판단함에 있어서 법이론적 일관성을 유지하면서, 구체적 타당성을 확보하는 데 한계가 있다.

예를 들어 지금까지 판례²⁾는 근기법상의 근로자성을 사용종속관계를 중심으로 판단하면서, 그 사용종속관계의 존재유무를 판단하는 요소로 ‘근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부’와 ‘비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계’ 등을 언급하고 있는데, 이러한 표지들은 지금까지의 전형적인 근로자 집단에서 공통적으로 확인할 수 있는 현상

2) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결 등.

들이지만 이를 근거로 근기법의 적용여부를 결정하는 것은 문제가 있다. 판례가 근기법상의 근로자성, 즉 사용종속관계의 하위표지로 위와 같은 요소들을 언급한 것은 판례가 근로자 개념을 목적론적 방법이 아니라 존재론적 방법으로 확정하고 있음을 보여주는 것이다. 그리고 판례의 이러한 접근방법은 위에서 언급한 바와 같은 문제점을 가지게 된다.

이러한 문제점은 2006년 대법원이 기존의 판례를 수정·보완한 판결³⁾에 의해서도 충분히 해결되지 못했다고 본다. 왜냐하면, 대법원의 2006년 판결은 “사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점”을 반영하여, 형식적 요소들의 비중을 줄이고 실질적 요소들의 비중을 강화하였다는 점에서는 긍정적이지만, 이를 통해 접근방법의 근본적 변화가 있었던 것은 아니기 때문이다. 즉, 2006년 판결은 왜곡될 수 있는 사실관계를 시정하려고 하였다는 점에서는 의미가 있으나, 개념의 형성을 목적론적 방법이 아니라 존재론적 방법으로 하고 있다는 점에서 문제가 근본적으로 해결되지 못한 한계가 있다.

근기법상 근로자성에 관한 판례는 사건 당사자들뿐만 아니라 전문가들도 그 결과를 예측하기 힘들게 만들었으며, 이러한 예측가능성의 저하는 불필요한 분쟁을 야기하고, 법적 안정성을 침해하는 결과를 야기하고 있다.

나. 해석론적 대안

목적론적 개념형성방법에 충실하게 근기법상 근로자 개념을 형성하려면, 먼저 자영업자에게 적용되는 법률 또는 법규정의 효과와 근로자에게 적용되는 법률 또는 법규정의 효과를 비교할 필요가 있다. 그리고 양자에 차이가 있는 경우에는 입법자가 왜 그러한 차이를 부여하였는지 분석하여야 할 것이다. 그리고 그 이유로부터 근로자와 자영업자를 구별하는 기준을 도출하여야 할 것이다.⁴⁾

3) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

4) 물론 이러한 접근은 영리활동을 하는 자를 근로자와 자영업자로 양분하는 2분법을 전제로 한다. 2분법에 대응되는 3분법적 접근방법에서는 영리활동을 하는 자를 근

필자는 근로자에게 적용되는 근로기준법을 비롯한 개별적 근로관계법령은 근로자에게 ‘직업의 보호’와 ‘생존보호’라는 법효과를 부여하고 있다고 본다. 이러한 법효과는 자영업자에게 적용되는 법령에서는 찾아 볼 수 없는 효과이다. 그리고 입법자가 근로자에게만 이러한 법효과를 부여한 것은 근로자들이 ‘경영활동의 자유’를 박탈당했기 때문이라고 본다. 즉, 자영업자들은 시장에서 자신의 선택에 따라 경영활동을 할 자유를 보장 받고 있지만, 근로자는 자영업자에게 보장된 이러한 자유를 빼앗겼고 그에 대한 대가로 국가가 ‘직업의 보호’와 ‘생존보호’를 보장하고 있다는 것이다. 즉, 경영활동의 박탈과 국가로부터의 보호는 기능적 보상관계에 놓여 있는 것이다. 따라서 이러한 관점에서 본다면 근로자와 자영업자는 ‘경영위험의 자발적 인수’를 기준으로 구별하는 것이 타당하다고 본다.⁵⁾

물론 근로자와 자영업자를 구별하는 기준으로 판례가 사용하고 있는 ‘사용종속관계’를 계속 사용하면서, ‘사용종속관계’의 실질적인 내용을 ‘경영위험의 자발적 인수’로 이해할 수도 있을 것이다. 이러한 관점에서 기존 판례가 사용하던 근로자성 판단을 위한 세부표지들을 모두 폐기하고, 새로운 기준을 제시하는 것은 법적 안정성 측면에서 바람직하지 않다고 본다. 오히려 근로자성 판단표지로 기존의 판례가 ‘사용종속관계’의 존재 여부를 판단하기 위하여 사용하던 세부표지들을 계속 사용하되 이들 세부표지들을 ‘경영에 대한 기회와 위험’이 존재하는지를 확인하기 위한 목적으로 사용하여야 할 것이다. 즉, 존재론적 입장에서 도출된 다수의 세부표지들을 방향성 없이 참조할 것이 아니라, 세부표지들을 목적론적 관점에서 방향성을 가진 지표로 활용하여야 할 것이다.

한편, ‘경영에 대한 기회와 위험’(경영위험의 자발적 인수)은 시장에서의 자유를 의미한다. 따라서 이러한 기준에 의하면 우리나라의 학습지 교사와 골프장 캐디들은 학부모 또는 방문객들과 가격을 흥정할 수 없다는 점에서 경영위험의 자발적 인수(시장에서의 자유)가 존재한다고 볼 수 없

로자와 자영업자 그리고 준근로자 또는 유사근로자(arbeitnehmerähnliche Personen)로 3분한다.

5) 이에 대하여는 유성재, 『목적론적 개념형성 방법에 의한 근로자성 판단』, 『법조』, 통권 제569호, 법조협회, 2004, 43면 이하 참조.

고 따라서 이들은 근기법상의 근로자로 분류되게 된다. 주의할 것은 경영 위험을 인수하였다고 하여 항상 근로자성이 부정되는 것은 아니라는 점이다. 왜냐하면, 경영에 따른 위험과 책임만 부담하고 경영활동에 따른 혜택(이익)이 동반되지 않는 경우와 같이 ‘경영위험의 인수’는 인정되지만 ‘경영위험의 자발적 인수’는 인정되지 않는 경우도 존재할 수 있기 때문이다. 따라서 ‘경영위험의 인수’는 인정되지만, ‘경영위험의 자발적 인수’가 인정되지 않는 경우에는 근로자성을 당연히 긍정하여야 할 것이다.

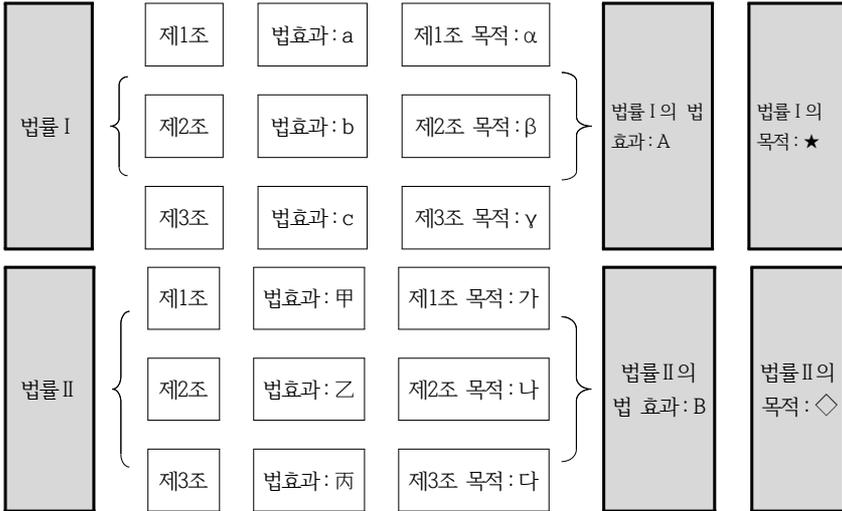
다. 근로자 개념의 상대성

근기법은 제2조 제1항에서 “이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다”라고 하면서, 제1호에서 근로자의 개념을 정의하고 있다. 따라서 문언만을 기준으로 본다면, 근기법상의 근로자 개념은 모두 조문에서 동일하게 동조 제2조 제1항 제1호에서 정의한 바와 같은 의미를 가진다고 보아야 할 것이다. 그러나 법에서의 개념의 형성은 법해석의 일부로서 법문언(정의규정)만을 기초로 할 것이 아니라, 법체계와 범목적 및 연혁 등을 함께 고려하여 수행되어야 한다. 그리고 근기법에는 근로자의 권리를 보호하는 규정만이 존재하는 것이 아니라, 사용자의 권리를 보호하기 위한 규정과 공공복지 또는 거래의 안전을 보호하기 위한 규정도 함께 존재하고, 각 규정에서의 근로자 개념은 해당 규정의 목적에 따라 달리 형성될 수 있다. 따라서 동일한 자연인의 경우에도 조문에 따라 근로자로 평가될 수도 있고, 사용자로 평가될 수도 있다. 이러한 근로자 또는 사용자 개념의 상대성을 인정하는 것이 판례와 통설의 입장이다.⁶⁾

다음으로 제기되는 문제는 근기법의 목적에 기초한 근로자 개념과 근기법 내의 특정 조문들에서의 근로자 개념들 사이에는 어떠한 관계가 있을 것인지이다. 즉, 전자는 후자를 모두 포함하는 개념으로 후자보다 전자가 더 넓은 개념인가, 아니면 전자는 근기법의 모든 조문에 공통된 근로자 개념에 해당하여 전자보다 후자가 더 넓은 개념인가, 아니면 양자의

6) 김형배, 『노동법』, 2015, 215면; 임종률, 『노동법』, 2018, 35면; 대법원 1976. 10. 26. 선고 76다1090 판결 등.

관계를 일반화시킬 수 없는 것인가라는 의문이 제기된다. 이를 도표를 통해 설명해 보면 다음과 같다.



주: $a \neq \star$, $\beta \neq \star$, $\gamma \neq \star$ 이기 때문에, 법률 I 전체에서의 근로자 개념과 법률 I의 제1조에서의 근로자 개념은 다르다. 나아가 법률 I의 제1조, 제2조, 제3조에서의 근로자 개념도 다르다. 그리고 법률 I의 제1조, 제2조, 제3조의 법효과 및 목적과 법률 I의 법효과 및 법목적 사이에는 상관관계가 없어 법률 I에서의 근로자 개념과 법률 I의 제1조, 제2조, 제3조에서의 근로자 개념은 어느 쪽이 더 넓다 또는 더 좁다라고 이야기할 수 없다고 본다.

2. 입법론

가. 비교법적 검토

개별적 근로관계법상의 근로자 개념과 관련하여 독일에서는 근로계약법(안)에서 수차례 입법안이 제시되었다. 그중 가장 많은 관심을 끌었던 것은 1992년에 개최된 제59차 독일법률가대회(Deutscher Juristentag)에서 발표된 통일노동법모임(Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht)의 근로계약법(안)⁷⁾의 근로자 정의규정이었다. 이 법안의

7) Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes vom des Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit

제1조 제3항은 방크(Wank) 교수의 목적론적 개념형성론에 따라 다음과 같이 근로자 개념을 정의하였다.

통일노동법모임의 근로계약법(안) 1992	
제1조(근로계약) ③ 시장에서 경영자로서의 활동하는 자는 근로자로 보지 아니한다.	§ 1 Arbeitsvertrag (3) Personen, die aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten, sind keine Arbeitnehmer.

한편 독일 프라이스(Preis) 교수와 헨슬러(Henssler) 교수는 2007년에 독자적으로 근로계약법(안)⁸⁾을 발표하였는데, 이 법안에도 근로자 개념

Preis/Henssler 교수의 근로계약법(안) 2007	
제2조(개념정의) ① 이 법에서의 근로자란 자연인으로서 근로계약에 따라 법 제1조 제2항의 의무를 부담하는 자를 말한다.	§ 2 Begriffsbestimmungen (1) Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes ist eine natürliche Person, die aus einem Arbeitsvertrag nach Maßgabe des § 1 Absatz 2 verpflichtet ist.
제3조(유사근로자와 체결한 위임) 및 도급계약) ① 유사근로자와 체결한 위임 및 도급계약에 대하여는 이 법의 제4조 내지 7조, 제10조, 제17조, 제41조 내지 제50조, 제64조, 제65조, 제66조, 제111조 제1항이 적용된다. ② 유사근로자란 주로 한 명의 주문자를 위하여 지속적이고 독립적으로 활동하는 자로서 자신이 수행해야 할 급부의 대부분을 근로자를 고용하지 않고 직접 수행하는 자로서 전체 수입의 절반 이상을 특정 주문자로부터 얻고 있는 자를 말한다.	§ 3 Dienst- und Werkverträge mit arbeitnehmerähnlichen Personen (1) Auf Dienst- und Werkverträge mit arbeitnehmerähnlichen Personen finden §§ 4 bis 7, 10, 17, 41 bis 50, 64, 65, 66, 89, 111 Absatz 1 dieses Gesetzes entsprechende Anwendung. (2) Arbeitnehmerähnlich sind selbständig tätige Personen, die auf Dauer im Wesentlichen für nur einen Auftraggeber tätig sind und die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit eigener Arbeitnehmer erbringen, wenn ihnen von dem Auftraggeber im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zusteht, das sie für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt verlangen können.

im Arbeitsrecht 1992(Gutachten D für den 59. Deutschen Juristentag).

8) Preis/Henssler, 「Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes」, NZA · Beilage zu Heft 21 2007.

에 대한 정의규정이 포함되었다. 이 법안의 근로자 정의규정은 노동관계 법령의 일부 규정만을 적용받는 ‘유사근로자’ 개념을 도입한 것이 특징적이다. 용어 역시 독일 단체협약법상의 ‘유사근로자’(arbeitnehmerähnliche Personen)와 동일한 용어를 사용하고 있으며, 유사근로자의 요건 역시 단체협약법상의 요건과 대동소이(大同小異)하다.¹⁰⁾

나. 입법론적 개선방안

개별적 근로관계법상의 근로자 개념을 정의하는 방법에 대한 입법론적 방안과 관련하여 필자는 현행 근기법상의 근로자 개념을 삭제 또는 변경하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 현행 정의규정은 해석론에 전혀 도움이 되지 못하고 있기 때문이다. 그리고 변경하는 경우에는 위에서 언급한 바와 같이 법원이 목적론적 방법에 의하여 근로자 개념을 형성하는데 도움이 되는 형태로 개정하여 정의하는 것이 바람직하다고 본다. 즉, 입법론적으로 필자는 현행 근기법상의 근로자 정의규정을 1992년 발표된 통일 노동법모임의 근로계약법(안)상의 근로자 개념의 정의와 같이 개정하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 유사근로자(준근로자) 개념의 도입은 입법론적으로 바람직하지 않다고 본다. 왜냐하면, 유사근로자 개념의 도입은 해당 노무제공자의 근기법상의 근로자성을 부정하는 것으로 악용될 위험이 크기 때문이다. 따라서 ‘유사근로자’(준근로자) 개념의 도입을 전제로 하는 Preis 교수와 Henssler 교수가 자신의 입법안에서 제시한 근로자 개념의 정의방법은 타당하지 않다고 본다.

한편 해고의 효력을 다루는 자와 관련하여 노조법은 제2조 제4호 라목

-
- 9) 원문에는 ‘Dienstvertrag’(고용계약)이라고 표시되어 있으나, 독일에서 광의의 ‘Dienstvertrag’(고용계약)에는 협의의 ‘Dienstvertrag’(고용계약)과 ‘Arbeitsvertrag’(근로계약)이 있고, 협의의 ‘Dienstvertrag’(고용계약)은 우리나라의 유상의 위임계약(Auftrag)에 해당한다. 독일의 위임계약은 무상(無償)이라는 점에서 유상(有償)과 무상(無償)이 모두 가능한 우리 민법의 위임계약과 차이가 있다. 따라서 그 의미를 좇아 ‘Dienstvertrag’을 “위임계약”이라고 번역하였다.
- 10) 독일 단체협약법 제12a조는 ‘경제적 종속관계하에 있고, 사회적 보호필요성이 있는 자’를 ‘유사근로자’로 정의하고, 이들에 대하여는 단체협약법을 근로자와 동일하게 적용하도록 하고 있다.

에서 잠정적으로 근로자성을 인정하는 규정을 두고 있으나, 근기법은 이에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 해고의 효력을 다투는 자가 사업장으로부터 격리될 경우 해당 근로자가 사업장에 복귀할 수 있는 가능성이 낮아지게 되므로 해고제한규정의 본래의 목적을 충실히 실현하기 위해서는 해고의 효력을 다투는 기간 중에도 가능한 한 근로자가 사업장으로부터 격리되지 않도록 할 필요가 있다. 따라서 적어도 ‘명백히 무효인 해고’에 대하여는 근로자의 계속근로를 보장할 수 있는 제도적 장치¹¹⁾가 필요하고, 노동위원회 또는 법원이 해고가 무효라고 판단된 사안에 대하여는 노조법 제85조 제5항의 긴급이행명령제도와 유사한 제도를 모든 개별적 근로관계법에도 도입할 필요가 있다고 본다.¹²⁾

제3절 노동조합법의 적용범위

1. 해석론

가. 기존 판례의 문제점

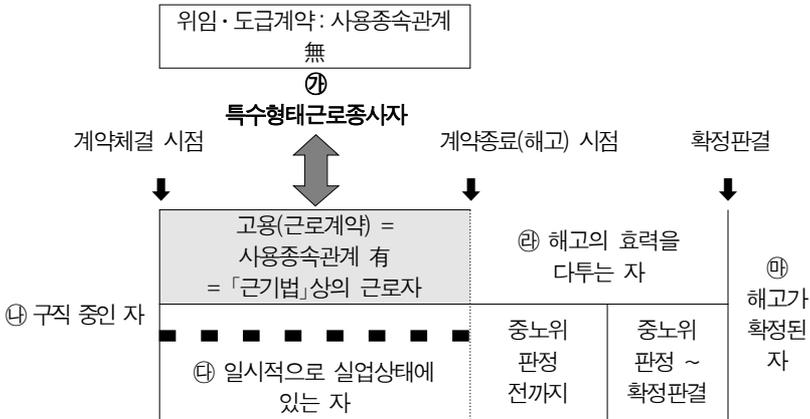
먼저 근기법상의 근로자에 해당하는 자는 당연히 노조법상의 근로자에 포함된다는 점에 대해서는 이론이 없다. 따라서 노조법상의 근로자성에서 가장 문제가 되는 것은 근기법상의 근로자가 아닌 자 중에서 노조법상의 근로자로 인정될 수 있는 자가 누구이며, 근기법상의 근로자가 아닌 자 중에서 노조법상의 근로자로 인정될 수 있는 자와 없는 자를 구별하는 기준이 무엇인가 하는 점이다. 우리 판례는 노조법상의 근로자성과 관련하여

11) 독일 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz) 제102조 제5항은 경영협의회가 해고에 대하여 이의를 제기하면 해고의 효력을 다투는 자를 최종판결이 있을 때까지 사업장에서 계속 근무할 수 있도록 하고 있다.

12) 이에 대하여는 유성재, 「해고의 효력을 다투는 자의 계속근로청구권」, 『중앙법학』, 제22집, 중앙법학회, 1997, 411면 이하 참조.

다양한 쟁점 집단에 대하여 통일적이고 일관성 있는 판단기준을 제시하고 있지 못한 것이 가장 큰 문제점이다. 근기법상의 근로자가 아닌 자 중에서 노조법상의 근로자성이 문제되는 집단을 유형화하면 다음과 같다.

〈표 1〉 근기법상 근로자와 노조법상 근로자의 구별이 문제되는 유형



나. 특수형태근로종사자의 노조법상 근로자성

대법원¹³⁾은 2018년 학습지 교사의 근기법상 근로자성과 노조법상 근로자성이 동시에 문제된 사건에서 근기법상의 근로자성은 부정하고, 노조법상의 근로자성은 인정하는 판결을 하였다. 이 판결에서 대법원은 근기법과 노조법의 근로자성을 모두 ‘사용종속관계’를 기준으로 판단하면서도, 근기법상의 근로자성은 부정하면서, 노조법상 근로자성은 인정하였다. 한편 대법원¹⁴⁾은 2014년 골프장 캐디의 근기법상 근로자성과 노조법상 근로자성이 동시에 문제된 사건에서도 근기법상 근로자성은 부정하고, 노조법상 근로자성은 인정하는 판결을 한 바 있다. 이 판결에서도 대법원은 근기법상의 근로자성과 노조법상의 근로자성을 모두 ‘사용종속관계’의

13) 대법원 2018. 6. 16. 선고 2014두12598, 12604 판결.
 14) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결. 이에 대하여는 유성재, 『골프장 캐디의 노조법상 근로자성 - 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결』, 『중앙법학』, 제16집 제4호, 중앙법학회, 2014, p.185 이하 참조.

존재유무를 기준으로 판단하면서도 근기법상의 근로자성은 부정하고, 노조법상의 근로자성은 인정하였다.

특이한 점은 대법원이 근기법상의 근로자성을 판단할 때 사용하는 ‘사용종속관계’의 존재유무를 판단하는 세부기준과 노조법상의 근로자성을 판단할 때 사용하는 ‘사용종속관계’의 존재유무를 판단하는 세부기준이 다르다는 점이다. 나아가 대법원은 노조법상 근로자성을 판단하는 기준으로 사용하는 ‘사용종속관계’의 존재유무를 판단하는 세부기준이 2014년 골프장 캐디 사건에서와 2018년 학습지 교사 사건에서 다르다는 점이다. 즉, 2014년 2월의 골프장 캐디 판결에서는 근기법상의 근로자성(사용종속관계) 판단표지의 일부를 노조법상의 근로자성(사용종속관계) 판단표지로 언급하고 있는 데 반하여, 2018년 6월 학습지 교사 판결에서는 근기법상의 근로자성(사용종속관계) 판단표지에서는 언급된 바가 없는 요소들이 노조법상의 근로자성(사용종속관계) 판단표지로 언급되고 있다. 이를 비교해 보면 아래와 같다.

노조법상 근로자성	
대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결 (골프장 캐디의 노조법상 근로자성 판결)	대법원 2018. 6. 16. 선고 2014두12598 판결 (학습지 교사의 노조법상 근로자성 판결)
노조법상의 근로자란 타인과의 <u>사용종속관계</u> 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 그 사용종속관계는 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없이 ① 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, ⑤ 보수의 노무대가성 여부 , ② 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정되는 것이다.	노동조합법상 근로자는 타인과의 <u>사용종속관계</u> 하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말한다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, ㉠ 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, ㉡ 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일반적으로 결정하는지, ㉢ 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, ㉣ 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적 인지, ㉤ 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계 가 존재하는지, ㉥ 노무제공자가 특정

	사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가 인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
<p>종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, ① 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, ② 사용자에게 의하여 근무시간과 근무 장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, ③ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, ④ 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, ⑤ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 ⑥ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑦ 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, ⑧ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.</p>	
<p style="text-align: center;">근기법상 근로자성(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결)</p>	

요약하면, 계약관계가 존재하고 그 계약의 성격에 근로계약적 요소와 위임·도급적 요소가 혼재된 사안(위 표 1의 ㉞)의 경우에 대하여 판례는 두 법의 목적과 정의규정의 차이를 고려하여 근기법과 노조법의 근로자성을 달리 판단하고 있다. 판례가 양자를 달리하는 것은 타당하다고 본다. 그러나 판례는 위에서 살펴본 바와 같이 근기법과 노조법상을 모두 사용종속관계의 존재유무를 기준으로 판단하고 있으며, 심지어 두 법에서 서로 다른 기준으로 ‘사용종속관계’의 존재유무(근로자성)를 판단하고 있음에도 불구하고 양자를 모두 ‘사용종속관계’라고 부르고 있다. 즉, 판례가 ‘사용종속관계’를 기준으로 근기법상의 근로자성과 노조법상의 근로자성을 판단하면서도 결과에서는 근기법상의 근로자성은 부정되고, 노조법상의 근로자성이 인정됨으로써 이러한 차이가 발생한 이유를 충분히 설명하지 못하고 있다. 나아가 노조법상의 근로자성을 인정한 2014년 골프장 캐디 판결에서와 2018년 학습지 교사 판결에서의 ‘사용종속관계’의 판단을 위한 세부기준이 달라 법적 안정성이 심각하게 침해되고 있다. 결론적으로 판례는 근기법과 노조법상 근로자성의 판단요소로서 ‘사용종속관계’를 판단하는 세부기준이 내용상으로 차이가 있음에도 불구하고 양자에서 모두 ‘사용종속관계’라는 ‘동음이의어’(同音異義語)를 사용하여 혼란과 오해를 야기하고 있다.

한편 대법원은 2018년 학습지 교사 판결과 이후 특수형태근로종사자들의 노조법상의 근로자성을 인정한 판결¹⁵⁾에서 ‘경제적·조직적 종속관계’라는 표현을 사용하고 있다. 따라서 판례에서 사용되고 있는 근기법과 노조법상의 ‘사용종속관계’의 내용과 의미가 다름에도 불구하고 ‘사용종속관계’라는 동음이의어를 사용하기보다는 노조법상의 근로자성 판단기준을 판례가 스스로 사용하고 있는 ‘경제적·조직적 종속성’으로 바꾸는 것이 바람직하다고 본다.

다. 노동조합의 형태와 노조법상 근로자성

판례¹⁶⁾는 2004년 구직 중인 자의 노조법상의 근로자성이 문제된 서울 여성노동조합 사건에서 근기법과 노조법의 목적의 차이에 따라 각 법이 근로자 개념을 달리 정의하고 있는 점을 근거로 구직 중인 자의 노조법상 근로자성을 인정하였다. 이 판결은 법의 목적에 따라 근로자의 개념이 달라짐을 분명히 하였다는 점에서 의미가 있다. 그러나 판례는 근기법상의 근로자 개념과 노조법상의 근로자 개념이 달라지는 것을 초기업별 노동조합의 경우로 제한하고 있다.

그러나 노조법의 목적이 노동조합의 형태에 따라 달라지지 않는다는 점에서 해당 판결의 법리를 초기업별 노동조합에만 적용하는 것은 문제가 있다고 본다. 판례의 이러한 문제점은 근로자성을 존재론적(ontologisch) 방법에 의하여 판단하는 데에서 비롯되었다고 본다. 즉, 노조법상의 근로자성을 법의 목적이 아니라, 초기업별 노동조합에서 일반적으로 발생하는 현상을 기준으로 판단한 결과라고 본다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 노조법상의 근로자성을 목적론적(teleologisch) 방법에 의하여 형

15) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결(방송연기자); 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712·2019두33828 판결(카마스터) 등. 이에 대하여는 유성재·권오성, 『가맹점사업자의 노조법상 근로자성』, 『법학연구』 29(4), 충남대학교 법학연구소, 2018, 63면 이하 참조.

16) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결. 이에 대하여는 유성재, 『구직자와 특수형태근로종사자의 노조법상 근로자성』, 『법조』, 통권 716호, 법조협회, 2016, 219면 이하 참조.

성할 필요가 있고, 목적론적 접근에 의한다면 노동조합의 형태에 따라 노조법상의 근로자성이 인정되기도 하고 인정되지 않기도 하는 상황은 결코 인정될 수 없다고 본다. 왜냐하면, 노조법은 노동조합의 형태에 따라 법 효력을 달리하고 있는 규정을 두고 있지 않으며, 노조법은 노동조합의 형태와 관계없이 동일한 목적을 가지고 있다고 해석되기 때문이다.

따라서 특수형태근로종사자의 노조법상의 근로자성을 판단함에 있어 노동조합의 형태가 영향을 미칠 수는 없다고 본다. 즉, 초기업별 노동조합에서 노조법상 근로자성이 인정되는 자에 대하여는 기업별 노동조합에서의 근로자성도 인정하여야 할 것이다.

라. 구직 중인 자와 일시적으로 실업상태에 있는 자의 노조법상 근로자성

판례¹⁷⁾는 2004년 초기업별 노동조합의 경우에 한하여 구직 중인 자의 노조법상 근로자성을 인정하였다. 그러나 이러한 결론은 근로3권의 유기적 관련성을 인정하고 있는 기존의 판례와 논리적 정합성을 결여한 것으로 보인다. 왜냐하면 판례¹⁸⁾가 “단체교섭권을 인정하는 것이야말로 근로조건의 향상을 위한 본질적 방편이라고 아니할 수 없으며 따라서 그것을 위하여 단체형성의 수단인 단결권이 있(다)”고 하고 있어, 이러한 판례의 입장에 따르면 단체교섭이 가능한 자에 대하여 단결권이 인정된다고 해석되기 때문이다. 따라서 구직자에게 노조법상의 근로자성을 인정하는 것이 근로3권의 유기적 관련성을 인정하고 있는 판례의 입장이나, 노조법의 목적과 취지에 부합하는지는 의문이다. 왜냐하면 구직자 중에는 단체교섭을 통하여 향상시킬 계약조건이 존재하지 않는 경우도 있기 때문이다.

그러나 노조법상의 근로자성과 관련하여 구직 중인 자와 일시적인 실업상태에 있는 자는 구별되어야 한다고 본다. 왜냐하면, 노조법은 근로자

17) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결. 이에 대하여는 유성재, 『실업자 노조가입 허용 판결의 문제점과 개선방향』, 『중앙법학』 6(1), 중앙법학회, 2004, 285면 이하 참조.

18) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결.

를 “임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 정의하고 있고, 일시적으로 실업상태에 있는 자는 구직 중인 자와 달리 임금 등에 의하여 생활하는 자에 당연히 포함되기 때문이다. 즉, 구직 중인 자와 달리 일시적으로 실업상태에 있는 자는 노조법의 정의규정으로부터 근로자성이 당연히 인정된다. 다만, ‘일시적 실업상태에 있는 자’와 앞의 ‘구직 중인 자’를 구별할 필요가 있다고 본다. 필자는 ‘일시적 실업상태에 있는 자’를 동일한 사업주(또는 초기업별 노동조합의 경우에 해당 노동조합의 가입대상 근로자들이 취업 가능한 사업장의 사업주)와의 재계약이 기대 또는 예상되는 자를 의미하는 것으로 보고, ‘구직 중인 자’는 이들 사업주와 계약을 체결할 사실이 없거나, 계약이 체결될 기간이 장기화되어 동일성을 가진 계약이 다시 체결될 것을 기대 또는 예상하기 힘든 자라고 본다. 구체적인 사안에서 양자의 판단은 법원의 재량에 속하는 사항으로, 확립적이고 일반적인 기준을 해석론으로 제시할 수는 없다고 본다.

마. 해고의 효력을 다투는 자

해고의 효력을 다투는 자의 법적 지위는 확정판결이 있어야 결정된다. 즉, 확정판결에서 해고가 무효가 되면, 해고의 효력을 다투는 기간 중에도 근로관계는 계속하여 유지되고 있었던 것이 되는 반면, 확정판결에서 해고가 유효하게 되면 해고예고기간의 경과와 함께 근로관계는 종료되었던 것이 된다. 문제는 확정판결이 있기 전까지 해고의 효력을 다투고 있는 자의 지위를 어떻게 볼 것인가의 문제이다. 현행 노조법 제2조 제4호 라목 단서는 이에 대하여 ‘부당노동행위 구제신청을 한 경우’에 한하여 ‘중앙노동위원회 재심판정’이 있을 때까지 근로자로 본다고 명문으로 규정하고 있다. 따라서 해석론으로 해고의 효력을 다투는 자라고 하여도 중앙노동위원회의 재심결정이 있는 후에는 이들의 노조법상의 근로자성이 인정될 수 없다고 본다.

바. 해고가 확정된 자

확정판결에 의하여 근로관계가 종료된 자에 대하여 해석론으로 노조법상의 근로자성을 인정하는 것은 불가능하다고 본다. 이는 초기업별 노동조합의 경우에도 다르지 않다고 본다. 왜냐하면, 그러한 해석은 노조법 제2조 제4호 라목 단서의 명문에 반할 뿐만 아니라, 근로3권의 유기적 관련성 면에서 단체교섭의 상대방이 존재하지 않기 때문이다. 물론 이러한 해석은 해고가 확정된 자는 구직 중인 자와 동일한 지위에 있으며, 초기업별 노동조합의 경우에는 구직자를 노조법상의 근로자로 인정하고 있는 판례에 배치되는 문제가 있다. 그러나 이는 구직 중인 자에 대하여 노조법상의 근로자성을 인정한 판례에 근본적인 문제가 있는 것으로 이를 이유로 해고가 확정된 자의 근로자성을 인정할 수는 없다고 본다.

사. 근로자가 아닌 자가 가입한 단체의 노동조합성

앞에서 살펴본 바와 같이 해고가 확정된 자를 노조법상의 근로자로 볼 수 없다는 것과 근로자가 아닌 자 즉 해고된 자가 가입한 단체를 노동조합으로 볼 수 없는 문제는 구별되어야 한다. 왜냐하면, 해고된 자를 노조법상 근로자로 볼 수 없다는 것과 이러한 자가 가입한 단체에 소속된 근로자성이 문제되지 않는 자들의 권리는 구별되어야 하기 때문이다. 그리고 근로자가 아닌 자가 가입되었다고 하여, 해당 단체의 노동조합성을 부정하는 것은 근로자에 해당하는 자의 단결권을 침해하는 행위로 과잉금지의 원칙, 특히 최소 침해의 원칙에 위반되어 위헌이라고 본다. 왜냐하면, 근로자가 아닌 자의 노동조합 활동을 제한하는 방법으로도 해당 규정의 목적을 충분히 달성할 수 있기 때문이다. 따라서 노조법 제2조 제4호 라목에 따라 ‘근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우’란 노조법상 근로자로 인정될 수 없는 자들로만 구성된 단체만을 의미하는 것으로 이해하는 헌법합치적 법률해석이 필요하다.

이러한 취지에서 김린 교수¹⁹⁾는 “비록 근로자가 아닌 자가 조합원으로

19) 김린, 「매점운영자의 노동조합법상 근로자성과 노동조합의 소극적 요건 - 대법원

가입되어 있다 하더라도 그러한 상황으로 말미암아 노동조합의 주체성 및 자주성이 실질적으로 훼손되었는가에 대한 추가적인 검토까지 나아가야 하는바, 이러한 태도가 헌법이 노동3권을 보장하는 취지에 더욱 부합하는 해석일 것이다”라고 하였다. 또한 판례²⁰⁾도 “설립총회 참석자 34명 중 이○철, 허○ 등 2명이 업소의 비근무자이기 때문에 원고조합원으로서 는 무자격자라 할지라도 이것을 이유로 피고가 노동조합법 제32조에 의하여 원고지부에게 그 해산을 명하는 것은 피고가 가지는 자유재량권의 범위를 일탈한 것이라고 보지 않을 수 없다”라고 하였다.

2. 입법론

가. 특수형태근로종사자

노조법은 근로자를 “임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 정의하여 위의 ㉠에 해당하는 경우, 즉 일시적 실업상태에 있는 자 역시 노조법상의 근로자에 포함된다는 점을 분명히 하고 있다는 점에서는 바람직하다. 그러나 위의 ㉡의 경우와 같이 계약의 내용에 근로계약적 요소와 위임·도급적 요소가 혼합되어 있는 경우와 관련해서는 노조법상의 정의규정이 근로자성 판단에 아무런 도움을 주지 못하고 있다. 따라서 2018년 학습지 교사 판결 이후에 노조법상 근로자성과 관련하여 판례가 언급하고 있는 ‘경제적·조직적 종속성’ 또는 독일 단체협약법(Tarifvertragsgesetz)의 ‘경제적 종속성’(wirtschaftliche Abhängigkeit)을 노조법상의 근로자성 판단지표로 명시할 필요가 있다고 본다.²¹⁾ 그러나

2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결, 『월간 노동리뷰』, 통권 제171호, 2019년 6월호, 한국노동연구원, 107면. 同旨: 노동법실무연구회(이정환 집필), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 I』, 박영사, 2015, 182면; 하갑래, 『집단적 노동관계법』, 중앙경제, 2013, 112면.

20) 대법원 1971. 3. 30. 선고 71누9 판결.

21) 독일 단체협약법 제12a조는 집단적 노동관계법의 적용대상을 유사근로자(arbeitnehmerähnliche Personen)까지로 확대하고 있으며, 유사근로자를 ‘경제적 종속성’(wirtschaftliche Abhängigkeit)이 있는 자로 정의하고 있다.

독일 단체협약법과 같이 유사근로자(arbeitnehmerähnliche Personen) 개념을 도입하는 것에는 반대한다. 즉, 노조법상의 근로자를 근기법상의 근로자와 근기법상의 근로자는 아니지만 노조법의 적용을 받을 수 있는 유사근로자로 구분하는 이분법적 접근이 아니라, 노조법상의 근로자를 ‘경제적 종속하에서 노무를 제공하는 자’로 정의하는 일원론적 접근이 바람직하다고 본다. 왜냐하면, 이분법적 접근은 유사근로자들의 근기법상 근로자성이 당연히 부정되는 것으로 오해를 야기할 수 있기 때문이다.

나. 구직 중인 자 및 일시적으로 실업상태에 있는 자

일시적으로 실업상태에 있는 자에 대하여는 지금도 노조법상의 근로자성을 인정하는 데 문제가 없어 입법론적 보완이 필요하지 않다. 그러나 입법론적으로 ‘일시적으로 실업상태에 있는 자’를 넘어 모든 구직자에 대하여 노조법상 근로자성을 인정하는 것은 근로3권의 유기적 관련성을 인정하고 있는 현행법 체계²²⁾에서는 불가능하다고 본다. 즉, 실업상태가 일시적이지 않아, 단체교섭의 필요성이 인정되기 힘든 경우에 대해서까지 노조법상의 근로자성을 인정하는 것은 무리라는 것이다. 따라서 이에 대한 입법론적 조치는 필요하지 않다고 본다. 다만, 구직 중인 자가 가입된 단체라고 하여, 해당 단체의 노동조합성을 부정하는 것은 입법론적으로 바람직하지 않다고 본다. 노조법 제2조 제4호 라목은 헌법합치적 법률해석의 관점에서 “근로자가 아닌 자들만으로 구성된 경우” 또는 “주로 근로자가 아닌 자로 구성된 경우”로 축소하여 해석하는 것이 바람직하지만, 판례가 동 규정을 그와 같이 해석하지 않고 헌법재판소의 위헌결정이 없는 상황에서는 동 규정을 “근로자가 아닌 자들만으로 구성된 경우” 또는 “주로 근로자가 아닌 자로 구성된 경우”²³⁾로 변경하거나, 동 규정을 삭제

22) 헌법 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 하여 단결권의 주체를 근로자로 규정하고 있음에도, 노조법 제37조 제2항이 “조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니된다”고 규정하고 쟁의행위의 주체를 근로자가 아닌 노동조합으로 제한하고, 동 규정이 위헌으로 결정되지 아니한 것은 근로3권의 유기적 관련성을 인정하는 헌법해석에 근거한 것이다.

하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 본다.

다. 해고의 효력을 다루는 자

1997년 3월 13일 현행 노조법이 제정되기 전에는 구(舊)노동조합법 제4조 제4호에서 “해고의 효력을 다루고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다”고 규정하여, 확정판결이 있기 전까지 이들을 노조법상의 근로자로 인정하였다. 입법론적으로 현행 노조법 제2조 제4호 단서의 “부당노동행위 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지”라는 부분을 삭제하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면, 동 규정이 확정판결이 있기 전까지의 잠정적 지위를 부여하는 것이고, 임금 등의 지급의무까지 발생시키는 것은 아니라는 점에서 이들의 노조법상 근로자성을 중노위 재심결정 시까지로 제한할 필요가 없기 때문이다. 나아가 노조법 제2조 제4호 라목 단서의 목적이 “노동조합의 설립 및 존속을 보호하고 사용자의 부당한 인사권의 행사에 의하여 노동조합의 활동이 방해받는 것을 방지”하기 위한 것이고, 해고제한규정의 목적이 ‘근로관계의 존립보호’인데, 해고의 효력을 다루는 동안 근로자를 사업장으로부터 격리할 경우 해당 근로자가 사업장에 복귀할 수 있는 가능성이 낮아지게 된다는 점에서도 그러하다. 따라서 해고제한규정의 본래의 목적을 충실히 실현하기 위해서는 해고의 효력을 다루는 기간 중에도 가능한 한 근로자가 사업장으로부터 격리되지 않도록 할 필요가 있다.

라. 해고가 확정된 자

위에서 언급한 바와 같이 해고가 확정된 자를 노조법상의 근로자로 인정하는 것은 법체계에 맞지 않지만, 근로자가 아닌 자가 가입한 단체에

-
- 23) “주로 근로자가 아닌 자로 구성된 경우”라고 규정할 경우에는 소수의 인원이지만 노조법상의 근로자에 해당하는 자가 근로자가 아닌 자로 인하여 자신의 기본권(노동3권)을 행사할 수 없게 되는 문제점이 여전히 존재하게 된다. 따라서 이러한 접근방법은 현행법을 개선한다는 점에서는 의미가 있지만, 문제의 근본적인 해결책이 되지 못한다는 점에서 입법론적으로는 바람직하지 않다고 본다.

가입한 노조법상의 근로자에게는 그들의 권리를 보장할 필요가 있다. 따라서 입법론적 관점에서는 노조법 제2조 제4호 라목을 “근로자가 아닌 자들만으로 구성된 경우” 또는 “주로 근로자가 아닌 자로 구성된 경우”로 변경하는 것이 바람직하다고 본다(앞의 제3절 노조법상의 근로자, 2. 입법론, 나. 구직 중인 자 부분 참조).

제4절 직업안정법의 적용범위

1. 해석론

직업안정법 제2조의2 제2호가 직업소개를 ‘고용계약’이 성립되도록 알선하는 것이라고 정의하여, ‘고용계약’이 체결되지 않은 경우에 대하여는 동법 제3장 제1절의 ‘직업소개’에 관한 규정의 적용을 배제하고 있다. 해석론적으로는 판례가 근로자의 개념을 근기법과 노조법에서 달리 정하였듯이 ‘고용계약’의 의미를 민법상의 고용 또는 근기법상의 근로계약으로 제한할 필요는 없다고 생각한다. 따라서 해석론적으로도 직업소개에 관한 규정의 목적과 취지에 맞게 근기법상의 근로자가 아닌 경우에도 직업안정법의 적용을 받도록 할 필요가 있다고 본다. 해석론적으로는 근기법상의 근로자성이 인정되는 직업이 아닌 경제적·조직적 종속성이 인정되는 직업을 알선한 경우에 대하여는 동법을 적용할 수 있다고 보아야 할 것이다. 즉, ‘특수형태근로종사자’에 대하여도 직업소개에 관한 규정이 적용된다고 보아야 할 것이다. 한편 직업안정법은 직업소개에 관한 규정뿐만 아니라, 근로자공급사업에 대한 규정(제3장 제3절)을 함께 가지고 있는데 위와 같은 해석은 근로자공급사업에 관한 규정으로까지 확대할 수 있다고 본다. 결과적으로 직업안정법상의 근로자에는 근기법상의 근로자와 노조법상의 근로자 중 경제적·조직적 종속성이 인정되는 자를 포함하는 개념으로 보아야 할 것이다.

2. 입법론

직업안정법상의 직업소개에 관한 규정들이 ‘고용계약’을 체결한 경우에만 적용되도록 하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 이러한 문제점을 시정하기 위하여 ‘직업소개’에 관한 정의규정을 수정할 필요가 있다. 수정방법은 강성태 교수가 제안한 바와 같이 직업안정법 제2조 제3호의 ‘고용계약’을 ‘취업관계가’로 수정하는 것에 찬성한다. 즉, 직업소개에 관한 규정은 근기법상의 근로자, 경제적·조직적 종속성이 인정되는 특수형태근로자에게까지 적용될 수 있도록 하여야 할 것이다. 나아가 이러한 취지를 동법 제3장 제3절(근로자공급사업)에도 확대 적용하기 위하여 근로자 개념을 신설하고, 동법상의 근로자를 ‘경제적·조직적 종속성’이 인정되는 경우로 정의할 필요가 있다고 본다. 즉, 위와 같은 해석론적인 해결이 가능함에도 불구하고, 판례가 계속하여 직업안정법상의 고용계약을 근기법상의 근로계약으로 제한하여 해석하는 것에 대비하고, 법률관계의 명확성을 위하여 위와 같은 입법론적인 보완이 필요하다고 본다.

제5절 사회보험법의 적용범위

1. 통일된 근로자 개념의 가능성

가. 해석론적 가능성

산재보험법, 고용보험법, 국민건강보험, 국민연금법은 서로 다른 목적을 가지고 있을 뿐만 아니라, 각 법에서 근로자 개념을 정의²⁴⁾하고 있어

24) 국민건강보험법 제3조 제1호는 근로자를 “직업의 종류와 관계없이 근로의 대가로 보수를 받아 생활하는 사람”이라고 정의하고 있고, 국민연금법 제3조 제1호도 근로자를 ““근로자”란 직업의 종류가 무엇이든 사업장에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받아 생활하는 자”라고 정의하여 노조법상의 근로자와 유사하다. 반

해석론적으로 사회보험 모두에 적용될 수 있는 통일된 근로자 개념을 도출하는 것은 불가능하다고 본다.

나. 입법론적 가능성

독일은 모든 사회보험에 공통적으로 적용되는 내용을 사회법전 제4권에서 규율하고 있다. 舊사회법전 제4권(SGB IV) 제7조 제1항 및 제4항과 같은 규정을 신설하는 것에 대해 검토해 보고자 한다. 먼저 현재는 삭제된 舊사회법전 제4권 제7조 제1항 및 제4항²⁵⁾의 내용을 소개하면 다음과 같다.

舊사회법전 제4권 제7조(취업) ① 취업(Beschäftigung)은 독립적이지 않은, 특히 근로관계 하에서 제공하는 노무를 말한다. 취업에 해당하는지의 판단에 있어서는 지시에 의한 활동인지 여부 및 지시권자의 작업조직에의 편입 등이 고려된다.

④ 영리활동을 하고 아래에 열거된 표지(Merkmale)들 중에 두 개 이상을 충족하는 자는 임금을 목적으로 노무를 제공하는 것으로 추정된다.

1. 자신의 노무제공과 관련하여 자신의 가족을 제외한 보험가입의무가 있는 근로자를 사용하고 있지 않을 것
2. 지속적이고, 주로 한 사업주를 위하여 노무를 제공할 것
3. 노무제공자에게 전형적인 근로관계상의 업무를 요구할 것, 특히 주문자의 지시를 받고, 주문자의 작업조직에 편입될 것
4. 시장에서 경영자로서의 활동을 하지 않을 것

독일의 과거 입법례에서 참조할 만한 것으로는 먼저 舊사회법전 제4권 제7조 제1항이 사회보험 전체에 적용되는 근로자 개념을 두었었다는 점과 동 규정이 Wank 교수의 접근방법(2분법적, 목적론적 방법)에 의하여 취업자의 개념을 정의하였다는 점이다. 다음으로 동조 제4항이 사회보험

면 산재보험법 제5조 제2호와 고용보험법 제2조 제1호와 보험료징수법 제2조 제2호는 근로자를 근기법상의 근로자로 정의하고 있다.

25) 보험가입의무자인 취업자로 추정하는 사회법전 제4권 제7조 제4항은 1998. 12. 19. 개정에서 도입되어 1999. 1. 1.부터 시행되었다. 그러나 동 규정은 하르쯔-개혁(Hartz Reform)의 일환으로 2002. 12. 23. 개정되어 2003. 1. 1. 폐지되었다.

의무가입대상인 취업자의 개념에 대하여 추정²⁶⁾규정을 도입함으로써 사용자가 이에 대하여 증명책임을 부담하도록 하였다라는 점이다. 입법론적으로는 통일된 사회보험법상의 근로자 개념을 도입하고, 추정규정을 통하여 사회보험의 인적 적용대상인지 여부에 대한 증명책임을 사용자에게로 이전시키는 규정을 도입하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 산재보험의 인적 적용범위

가. 해석론적 개선방안

산업재해보상보험법은 제5조 제2호에서 동법상의 근로자를 근기법상의 근로자라고 정의하고 있다. 따라서 앞에서 살펴본 바와 같이 근기법상의 근로자성의 판단기준에 대한 개선(제2절 근기기준법의 적용범위, 1. 해석론 참조)이 없이, 산업보험법상의 근로자 개념을 확대하는 것은 해석론적으로 어렵다고 본다. 따라서 산재보험법상 근로자 개념에 관한 해석론적 문제는 근기법상의 근로자 개념에 대한 해석론적 해석을 통하여 해결하는 것이 바람직하다고 본다.

나. 입법론적 개선방안

산재보험의 적용범위와 관련하여 가장 바람직한 입법론적 개선방안은 근기법상의 근로자 개념을 새롭게 정의함으로써 특수형태근로종사자들이 근기법상의 근로자로 인정될 수 있도록 하는 것일 것이다. 그러나 근기법상 근로자 개념을 개선하지 못하는 경우에는, 차선책으로 산재보험법 제125조의 특수형태근로자에 대한 규정을 수정할 필요가 있다. 현행 산재보험법은 산재보험의 임의가입대상을 제125조 제1항 및 동법시행령

26) 2003. 1. 1. 삭제된 舊사회법전 제7조 제4항은 다섯 가지 요건을 제시하고 이 가운데 세 가지 이상이 충족되면 사회보험의 의무가입자인 '취업자'로 추정하는 규정을 두고 있었다. 그러나 세 가지 이상이 충족된 경우에도 사용자는 반증을 통하여 '취업자성'을 부정할 수 있었다.

제125조에 의하여 직종별로 규정하고 있다. 그러나 이는 ‘직업의 종류’와 관계없이 근로자의 개념을 정의²⁷⁾하고 있는 노동관계법의 통상적인 접근 방법에서 벗어난 것이라는 점에서 체계 정합성이 떨어질 뿐만 아니라, 동일한 직업에 대하여도 업무수행방법에 따라 근로자성을 달리 판단하고 있는 판례²⁸⁾에도 배치되는 것이다. 따라서 산재보험법의 적용대상을 입법론적으로 확대하는 경우에는 그 범위를 직종별로 규정할 것이 아니라, 새로운 기준에 의하여 대상자를 구별할 수 있도록 하여야 할 것이다.

구체적으로는 아래와 같이 현행 산재보험법상의 표지들을 활용하여 적용대상자가 직종에 따라 결정되지 않도록 하고, 추정규정의 신설을 통하여 증명의 어려움을 덜어주는 것이 바람직하다고 본다.

현행법	개정안
<p>제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례) ① 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 자 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자(이하 이 조에서 “특수형태근로종사자”라 한다)의 노무(勞務)를 제공받는 사업은 제6조에도 불구하고 이 법의 적용을 받는 사업으로 본다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것 2. 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니할 것 	<p>제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례) ① 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공하는 자로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 자(이하 이 조에서 “특수형태근로종사자”라 한다)는 이 법의 적용과 관련하여 제5조 제2호의 근로자로 추정된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것 2. 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니할 것

27) 근기법 제2조 제1항 제1호는 근로자를 정의하면서 “직업의 종류와 관계없이”라고 하고 있고, 노조법 제2조 제1호는 “직업의 종류를 불문하고”라고 하고 있다.

28) 동일한 채권추심원에 대하여 근로자성을 긍정한 판결(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결)과 함께 근로자성을 부정한 판결(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다6998 판결)도 있다.

3. 고용보험의 인적 적용범위

가. 해석론적 개선방안

고용보험법 제2조 제1호는 ‘피보험자’를 보험료징수법상의 근로자로 보고 있고, 보험료징수법 제2조 제2호는 동법상의 근로자를 근기법상의 근로자로 보고 있다. 따라서 앞에서 살펴본 바와 같이 근기법상의 근로자성의 판단기준에 대한 개선(제2절 근로기준법의 적용범위, 1. 해석론 참조)이 없이, 고용보험법상의 근로자 개념을 확대하는 것은 해석론적으로 어렵다고 본다. 따라서 고용보험법상 근로자 개념에 관한 해석론적 문제는 근기법상의 근로자 개념에 대한 해석론적 해석을 통하여 해결하는 것이 바람직하다고 본다.

나. 입법론적 개선방안

입법론적으로는 박은정 교수²⁹⁾가 적절히 지적한 바와 같이 65세 이상인 자, 1주 15시간 미만의 단시간근로자 등과 같은 고용보험의 사각지대를 없애는 것이 중요하다고 본다. 이와 관련하여 필자는 고용보험의 인적 적용범위를 산재보험의 인적 적용범위와 일치시키는 방법을 검토해 볼 필요가 있다고 본다. 즉, 고용보험의 성격을 고려하여 인적 적용범위를 국민연금과 연동하여 설정할 것이 아니라, 실질적으로 노무가 이루어졌다는 점을 고려하여 산재보험과 인적 적용범위를 일치시키는 것이 바람직하다고 본다. 다음으로 플랫폼 노동 등 특수형태근로종사자나 가내고용활동종사자에 대하여는 위에서 소개한 추정규정 도입을 통하여 적용대상을 확대하는 것이 바람직하다고 생각한다.

29) 박은정, 「고용보험법의 적용 범위에 대한 연구」, 『노동법포럼』, 제26호, 2019, 87면 이하.

제6절 소 결

법에 있어서 개념의 형성은 존재론적 관점에서가 아니라, 목적론적 관점에서 이루어져야 한다. 즉, 근로자성 판단의 기준은 전형적인 근로자들에서 공통적으로 발견되는 요소들이 아니라, 근로자와 자영업자의 차이점에서 도출되어야 한다. 또한 근로자 개념은 법의 목적에 따라 달리 형성되어야 한다. 목적론적 관점에서 근기법상의 근로자 개념은 ‘경영위험의 자발적 인수’를 기준으로 그리고 노조법상의 근로자 개념은 ‘경제적·조직적 종속성’을 기준으로 판단하여야 할 것이다. 입법론적으로 직업안정법 및 사회보험법상의 근로자 개념은 근기법상의 근로자가 아니라, 노조법상의 근로자와 연동시키는 것이 바람직하다고 본다.

참고문헌

- 김 린, 「매점운영자의 노동조합법상 근로자성과 노동조합의 소극적 요건 - 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결」, 『월간 노동리뷰』, 통권 제171호, 2019년 6월호, 한국노동연구원.
- 김형배, 『노동법』 박영사, 2015.
- 노동법실무연구회, 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 I』, 박영사, 2015.
- 박은정, 「고용보험법의 적용 범위에 대한 연구」, 『노동법포럼』, 제26호, 노동법이론실무학회, 2019.
- 유성재, 「목적론적 개념형성 방법에 의한 근로자성 판단」, 『법조』, 통권 제 569호, 법조협회, 2004.
- _____, 「골프장 캐디의 노조법상 근로자성 - 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결」, 『중앙법학』, 제16집 제4호, 중앙법학회, 2014.
- _____, 「해고의 효력을 다투는 자의 계속근로청구권」, 『중앙법학』, 제22집, 중앙법학회, 1997.
- _____, 「실업자 노조가입 허용 판결의 문제점과 개선방향」, 『중앙법학』, 제6집 제1호, 중앙법학회, 2004.
- _____, 「구직자와 특수형태근로종사자의 노조법상 근로자성」, 『법조』, 통권 716호, 법조협회, 2016.
- 유성재 · 권오성, 「가맹점사업자의 노조법상 근로자성」, 『법학연구』, 제29권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2018.
- 임종률, 『노동법』, 박영사, 2018.
- 하갑래, 『집단적 노동관계법』, 중앙경제, 2013.
- Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit, 『Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes vom des Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht 1992(Gutachten D für den 59. Deutschen Juristentag)』.

Preis/Hensler, 『Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes』,
NZA · Beilage zu Heft 21 2007.

Wank, 『Die juristische Begriffsbildung』, 1985.

_____, 『Arbeitnehmer und Selbständige』, 1988.

제 3 장

노동계약유형적 접근

제1절 서론

종속적 자영업자에게 개별적 노동관계법, 집단적 노동관계법, 노동시장법 및 고용·산재보험법(이하, 사회법제)을 적용할 수 있을 것인지의 문제는 각 법의 보호 목적으로부터만 접근할 수 있는 것이 아니다. 어디까지나 현행 법제를 바탕으로 이 논의를 해야 하는 경우, 각 법의 구조와 적용가능성을 고려하지 않을 수 없다. 종속적 자영업자에게 어떤 권리를 보장해야 할 것인가라는 문제와 종속적 자영업자에게 어떤 법을 적용할 것인가라는 문제는 다른 것이다. 그리고 이 문제는 현재의 사회법제가 종속적 자영업자를 충분히 포괄해내지 못하고 있다는 현실로부터 출발하여 현행 법제를 종속적 자영업자가 포함되는 법제로 개편해야 하는가 아니면 종속적 자영업자에 대한 별도의 법을 제정해야 하느냐는 질문과 연관되며, 이는 결국 종속적 자영업자에게 사회법제를 왜 적용해야 하는가라는 의문과 도대체 종속적 자영업자는 누구인가라는 개념규정에 대한 원론적 문제에 다다를 수밖에 없다.

그러므로 먼저 종속적 자영업자가 누구인지를 확인할 필요가 있다. 여기에서 말하는 종속적 자영업자는 자영업자이기는 하지만 진정한 자영업자는 아닌 자영업자를 의미한다. 다시 말해, 근로자와 자영업자라는 양분

법적 구도하에서는 근로자 아니면 자영업자임을 선택해야 했다. 이때 자영업자의 가장 대표적 징표는 ‘독립·자율성’이다. 그런데 자영업자로서의 징표를 온전히 띠지 못하는 자영업자가 있고, 이 자영업자를 근로자가 아니라는 전제하에서 종속적 자영업자라고 부르고자 하는 것이다. 이 독립·자율성에는 타인을 고용하여 자신의 노동을 대체시킬 권한이 포함된다. 스스로 노무를 제공해야 하기보다는 타인의 노동력을 이용해 자신의 사업을 영위할 수 있는 사람이라면 종속적 자영업자로는 보기 어렵다고 생각한다. 이와 함께, 타인에게 경제적으로 종속되어 업무를 수행할 것, 그러나 어디까지나 자신의 계산과 판단에 따라 손익에 대한 부담을 지면서 업무에 필요한 설비와 비품을 소유하면서도 다만 조직적으로는 사실상 타인의 사업에 편입되어 유무형의 자본보다는 자신의 노동력으로써 사업을 할 것이 요구된다.¹⁾

그럼에도 불구하고 종속적 자영업자의 범주는 상당히 모호할 수 있다. 자영업자로서의 속성이 있는 것은 분명하므로 근로자는 아니라고 할 것

1) Colin C Williams, Frédéric Lapeyre, 『Dependent self-employment: Trends, challenges and policy responses in the EU』, 『Employment Working Paper』, No. 228, Employment Policy Department, ILO, 2017, p.16에서는 종속적 자영업자를 다음 중 어느 하나 이상의 조건을 충족하지 못하는 자로 보고 있다: (1) 1명 이상의 고객이 있을 것, (2) 직원을 고용할 권한이 있을 것, (3) 사업을 운영함에 중요한 경영상 결정을 할 권한이 있을 것. 한편, 종속적 자영업자를 ‘자영노동자법’(Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del trabajo autonomo= LETA) 안에서 자영노동자의 특수한 한 형태로 규정하며 그 의미를 담고 있는 스페인에서는 ‘경제적으로 종속된 자영업자’(Trabajador Autonomo Economicamente Dependiente=TRADE)를 다음과 같이 규정하고 있다: (1) 반복적, 개인적, 직접적이고 뚜렷하게 고객(cliente)인 자연인 또는 법인에게 경제적 또는 직업적 활동을 수행하면서 경제적으로 종속된 사람, (2) 법적으로 예외가 허용되는 경우(임신 출산 등의 경우)를 제외하고 경제적으로 종속된 고객과의 계약활동 뿐만 아니라 다른 고객과의 계약활동에 있어서도 제3자에게 업무를 대체시키거나 도급하거나 고용하지 않고, 고객을 위하여 근로계약에 따라 노무를 제공하는 근로자와 다르지 않은 방식으로 업무를 수행하며, 경제적으로 종속된 활동을 할 때 고객으로부터 독립하여 스스로의 생산설비와 작업도구를 갖고 업무를 수행하고, 경제적으로 종속된 활동을 할 때 고객으로부터 독립하여 스스로의 생산설비와 작업도구를 갖고 업무를 수행하며, 손익을 스스로 부담하면서 고객과의 합의에 따른 업무수행의 결과에 기초한 경제적 보상을 받는 사람.

인데, 근로자가 아니면서도 진정한 자영업자도 아니므로 종속적 자영업자의 개념을 법으로 인정할 경우 전통적인 근로자-자영업자 2분류 체제는 근로자-종속적 자영업자-자영업자라는 3분류 체제로 전환된다. 그리고 이 전환으로부터 다시 3분류 체제의 경계를 어디에 둘 것인가, 3분류 체제 성립 시 근로자의 종속적 자영업자화로의 이행을 어떻게 방지할 것인가, 우리 법상 개별법, 집단법, 고평법 등 각각 다른 근로자 개념을 전제로 하였을 때도 위와 같은 3분 체제가 합리적일 것인가 등의 추가적 문제가 발생한다.

그러나 사실 우리 법은 이미 근로자, 자영업자 이외 종속적 자영업자를 법적 개념으로 받아들이고 있다. 산업재해보상보험법(이하, 산재보험법)은 적용상 근로기준법상의 근로자, 특수형태근로종사자, 중소기업사업주를 구분하고 있다. 2020년 1월 16일 시행될 예정인 산업안전보건법도 근로자, 특수형태근로종사자를 구분하고 있다. 위에서 종속적 자영업자 가운데 특히 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있음에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하는 자”로서 법의 요건을 갖추고 시행령으로 정해진 직종에 종사하는 자를 특수형태근로종사자라고 부르며 근로자와 자영업자의 중간 범주에 있는 자들 중 일부를 법 적용 대상으로 분류하고 있는 것이다. 외국에서도 자영업자들 중 근로자의 속성을 가진 사람들을 ‘유사근로자’(독일), ‘co.co.co.’(Collaborazioni Coordinate e Continuative=continuous and coordinated collaborators, 이탈리아), ‘TRADE’(Trabajador Autonomo Economicamente Dependiente, 스페인) 등으로 규정하며 노동법의 일부 적용을 허용하거나 별도의 법을 제정하여 보호하고 있음은 주지의 사실이다. 기존의 근로자와도, 자영업자와도 다른 종속적 자영업자에 대한 법적 보호를 위해 3분 체제를 선택하는 것은 합리적인 측면이 분명히 있다.

그러나 종속적 자영업자 개념을 법적으로 수용하는 것이 당연한 전제라고는 할 수 없다. 벤자민 삭스 교수는 2015년 「“독립노동자”라는 범주가 필요한가?(Do We Need an “Independent Worker” Category?)」라는 글에서 기존의 근로자와 자영업자라는 노동법상 적용범위의 구분 이외 새로운 제3의 범주에 대한 고민이 과연 필요한 것인가에 대한 질문을 던

지고 있다.²⁾ 문제의 발단은 우리나라의 특수형태근로종사자와 같이 근로자는 아니지만 근로자와 유사하다고 보이는 노동자들 - 특히, 각 이코노미 경제하에서 디지털 플랫폼 기술의 발달에 따라 증가하고 있는 노동관계(new and emerging work relationships arising in the “online gig economy”)하에서 노무를 제공하고 있는 사람들로서, 우버 기사들과 같은 노동자들-을 전통적인 개념의 근로자와 자영업자(independent contractor) 사이의 제3의 범주인 ‘독립노동자(independent worker)’로 규정할 것을 제안하는 세쓰 해리스와 알란 크루거 교수의 보고서였다.³⁾ 이 보고서는 현행 고용보호법제를 바꿔야 할 시급한 이유가 없는 한은 기존의 체제가 유지되어야 하지만, 미국의 현행 법이 근로자와 자영업자라는 2분법적 태도를 취함으로써 플랫폼 노동자들에게는 불필요한 불확실성을 초래하는 한편 그 보호에 적절한 수단이 되지 못하고 있다는 문제의식하에서, ‘독립 노동자’라는 제3의 범주를 창설하는 한편 이들에 대한 법적 보호를 제공함으로써 플랫폼 노동자들에 대한 보호를 가능하게 하자는 것을 제안한 것이었다. 또, 1995년 캐나다 온타리오주 노동관계법과 같이 근로자 개념을 확대함으로써 종속적 자영업자를 일부 노동법의 보호대상으로 포섭하는 경우도 있다.⁴⁾ 어느 방법이건, 기존의 전통적인 양분적 분류체계

2) <https://onlabor.org/do-we-need-an-independent-worker-category/>.

3) Seth D. Harris, Alan B. Krueger(2015), ‘A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The “Independent Worker”’, 『THE HAMILTON PROJECT DISCUSSION PAPER 2015-10』, Brookings, p.5.

4) Ontario Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, s.1 :

- “dependent contractor” means a person, whether or not employed under a contract of employment, and whether or not furnishing tools, vehicles, equipment, machinery, material, or any other thing owned by the dependent contractor, who performs work or services for another person for compensation or reward on such terms and conditions that the dependent contractor is in a position of economic dependence upon, and under an obligation to perform duties for, that person more closely resembling the relationship of an employee than that of an independent contractor; (“entrepreneur dépendant”) (“고용계약으로 고용되었는지와 무관하게, 또한 비치한 도구, 차량, 장치, 기계, 재료, 기타 물품을 종속 하청업자가 소유하였는가와 무관하게 타인에게 경제적으로 종속된 입장에 있고 그 타인을 위한 임무를 수행할 의무를 지며 독립 자영업자(independent contractor)보다는 근로자의 고

를 적용하기 어려운 근로자와 자영업자 사이의 중간적 영역이 존재함을 인정하는 한편, 그 중간적 영역은 근로자와 자영업자로서의 성격을 동시에 갖는다는 것, 특히 자영업자로서 분류하기보다는 근로자에 유사한 성격을 갖는 것으로 분류할 필요가 있다는 것, 다만 온전히 근로자로서 인정하기는 어렵기 때문에 근로자로서의 일부 성격을 갖는 부분에 대하여 근로자와 유사한 법적 보호를 제공해야 할 필요성에 공감한다는 점에서는 동일하다.

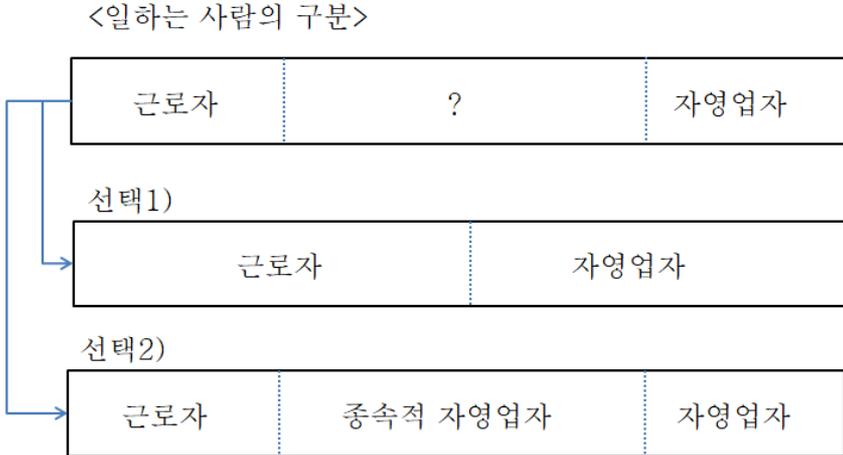
위와 같은 상황을 고려한다면 사실 종속적 자영업자라는 개념을 설정하기 전에, 근로자와 자영업자라는 양분법 구도를 법제적으로 유지하면서 법적 보호를 도모할 것인지, 아니면 3분류 체제를 인정할 것인지에 대한 논의가 충분히 이루어질 필요가 있다.

필자는 종속적 자영업자를 근로자 및 자영업자와 다른 것으로 구분할 필요는 있다고 생각한다. 현재의 노동법제상 근로자와 사용자 개념은 인터넷 시대 이전의 유물이다. 인터넷이 모든 생활을 지배하게 된 이후, 특히 디지털 플랫폼의 발전과 함께 많은 일자리 형태가 달라져 가고 있고, 전형적인 근로자와는 다른 노무제공방식을 취한다. 여기에서 인터넷 이후 근로자와 사용자 개념을 새로 고민해야 하고, 또한 이 양분 체제를 반드시 고집해야 할 필요나 이유가 있는지에 대해서도 의문이 든다. 벤자민 삭스 교수는 특히 우버와 같은 회사의 운전노동자는 기존의 근로자와 다를 바 없다고 말하고 있고, 일정한 측면에서 동의하고 있지만, 플랫폼 노동은 여기에 국한되지 않는다. 기존의 근로자와 동일하게 취급할 수 있고 그 래야 하는 종속적 자영업자들이 분명히 있기는 하지만, 기존의 근로자 개념 확대만으로는 대응할 수 없는 종속적 자영업자도 분명히 존재한다. 기존의 근로자 개념 자체가 가진 한계를 인정할 수밖에 없고, 결국 문제는 근로자 개념을 확장하는 대신 자영업자 개념도 확장하여 종속적 자영업자에 대한 사회법 적용문제에 접근할 것인지, 아니면 기존의 근로자가 아

용관계와 유사한 조건으로 보수나 보상을 목적으로 그 타인을 위해 근로나 업무를 수행하는 자”

- “employee” includes a dependent contractor(“근로자”는 종속 하청업자를 포함한다).

[그림 1]



님을 전제로 한 종속적 자영업자 개념을 인정하면서 그에 대한 사회법 적용문제에 접근할 것인지를 선택할 것이다.

위의 그림 선택 1)에서는 중간 분류 대신 2분류 체제를 유지하면서 각각의 영역을 넓혔다. 이때 법제도는 반드시 단순한 영역의 확장이 아닌, 기존 근로자에 대한 변화를 수반하게 된다. 확대된 영역에 대처하기 위해, 기존 근로자에 대한 법적 보호 내용의 조정이 필요하기 때문이다.

반면 위의 그림 선택 2)에서는 3분류를 선택하면서 각각에 대한 별도의 영역을 인정한다. 이때 필요한 것은 근로자와 자영업자 사이의 종속적 자영업자를 보호하기 위해 어떤 선택을 할 것인지에 대한 결정이다. 이때 근로자와 종속적 자영업자, 자영업자를 구분하기 위한 기준이 필요하다. 그리고 종속적 자영업자의 사회법제상 권리는 근로자가 아님을 전제로 할 것이므로, 근로자와 종속적 자영업자가 각각 향유할 수 있는 권리의 내용 및 양은 다를 수 있다. 그 차이가 보호량의 다소(多少), 보호강도의 강약에 있다면, 사용자(혹은 사업주) 입장에서는 근로자보다 종속적 자영업자를 선호하게 될 것이다. 이로부터 근로자의 종속적 자영업자화가 진전된다.

하지만 근로자와 종속적 자영업자에 대한 법적 보호의 차이를 보호량의 다소, 보호강도의 강약에 두는 것이 아니라 보호의 내용과 종류에 둔

다면 위와 같은 문제점은 어느 정도 보완될 수 있다. 예를 들어, 일반 근로자들은 최저임금제도하에서 최저임금 이상의 임금을 근로의 대가로 받을 권리를 향유한다. 종속적 자영업자에게는 최저임금제도가 적용되기 어려운 측면이 있으므로(근로시간을 산정하기 어려운 경우 등) 최저임금을 적용하지 않기로 하는 결정은 근로자와 종속적 자영업자에 대한 법적 보호량에 차이를 두는 것이다. 그러나, 근로자에 대한 최저임금제도가 적용되기 어렵다면, 종속적 자영업자에게는 최저단가제도를 통해, 노무제공의 내용에 따라 노무제공 1건당 사업주(고객)으로부터 받아야 할 최저기준보수를 정하도록 할 수 있다. 혹은 업무량이 사업주(고객)에 의하여 좌우되는 경우에는 노무제공이 일정기간 유지되는 것을 전제하는 노무제공 계약에 대해서는 1일 혹은 1주 최저기준보수를 정하도록 할 수 있다. 법이 직접 이를 규정하기 어렵다면, 종속적 자영업자를 대표할 수 있는 단체와 사업주(고객) 단체 간 직업 단위 혹은 업종 단위 단체협약을 체결할 것을 법으로 정하고, 단체협약을 통해 최저기준보수가 정해진 경우 노동위원회를 통해 이 최저기준보수를 적용 가능한 종속적 자영업자에게로 확대하는 정책을 실시할 수도 있다. 어쨌거나 이것은 근로자에 대한 최저임금과 같이, 노무제공에 대한 최저기준보수를 정하고자 하는 것이므로, 근로자와 종속적 자영업자의 최저보수라는 보호의 내용에 차이를 두는 방식이다.

어떤 선택이 반드시 당위적으로 옳다고 말할 수는 없다. 다만, 어떤 선택이 보다 합리적이고 적용 가능한가에 대해서는 말할 수 있을 듯하다.

앞서 필자는 종속적 자영업자라는 제3의 분류체제를 선택할 필요가 있다고 말하였다. 법제적으로 종속적 자영업자라는 분류를 개념화하고 종속적 자영업자에 대한 사회법적 보호를 논의하기 전에 현재의 법 체제가 다양한 노동형태를 아우르기에 적합한지, 이 체제를 반드시 유지할 필요가 있을지에 대한 고민도 필요하다. 예를 들어, 현재와 같은 개별법 체제로부터 통합노동법전으로의 변화도 고민해볼 수 있다. 장기적으로는 이 방법이 다기화(多岐化)된 노무제공형태에 부응할 수 있는 보다 적합한 선택이라고 본다. 다만, 여기에서는 현행 법 체제를 바탕으로 두고, 각 법을 종속적 자영업자에 대하여 적용하는 것을 해석론과 입법론으로 구분하여

고민해 본다.

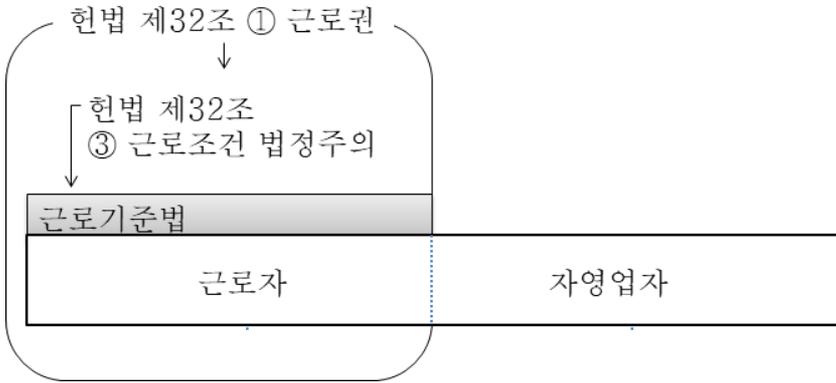
제2절 근로기준법의 적용범위

1. 해석론

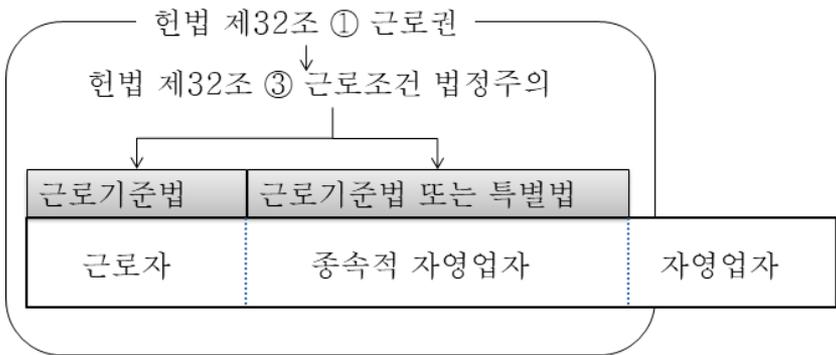
헌법 제32조 제1항과 제2항은 국민의 근로의 권리와 의무를, 제3항은 근로조건 법정주의를, 제4항과 제5항은 각각 여성과 연소자의 근로가 특별한 보호를 받음을 규정하고 있다. 통상적으로 근로기준법의 헌법적 근거를 위 헌법 제32조로부터 찾기는 하지만, 헌법상 근로의 권리와 의무, 근로조건 법정주의의 실현이 근로기준법상의 근로자에게만 해당하는 것이라고는 보지 않는다. 입법정책상 근로기준법에서 위와 같은 근로자의 개념과 근로기준법의 적용범위를 설정하는 한편, 해당 범위의 근로자들에게 헌법 제32조 제1항의 근로권의 내용을 실현시키고 있는 것이다. 다시 말하면, 헌법 제32조 제1항은 국민의 근로의 권리를 기본권으로 규정하고 있는데, 특히 헌법 제32조 제3항은 제1항의 근로의 권리를 실현시키는 수단으로서 근로조건 법정주의를 선택한 것이고, 헌법 제32조 제3항의 근로조건 법정주의라는 입법정책의무를 우리나라는 근로자에 대한 근로조건법정주의로서 근로기준법으로 실현시키고 있다고 말할 수 있다.

그런데 13개의 장과 118개의 조문으로 구성된 근로기준법(2019. 7. 16. 시행 기준)은 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”로서의 근로자가 “사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된” 근로계약 하에서 원칙적으로 동거하는 친족만을 사용하지 않고 “상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장”에서 ‘정신노동과 육체노동’을 포함하는 ‘가사사용인’이 아닌 방식으로 근로를 제공할 때 적용된다. 따라서 원칙적으로 근로자가 아닌 종속적 자영업자는 이 법의 적용범위가 될 수 없다.

[그림 2]



[그림 3]



그렇다면 근로기준법상의 근로자 이외의 자의 근로권에 대해서는 현재 헌법 제32조 제3항에 따른 국가의 입법정책의무가 실현되지 않고 있다고 말할 수 있다. 그리고 여기에서 종속적 자영업자가 헌법 제32조 제1항 근로권의 주체가 될 수 있는지에 대하여 말하지 않을 수 없다. 현재는 [그림 2]와 같이 해석하는 것이 일반적이는데, 이를 [그림 3]과 같이 이해해야 할 것인가에 관한 것이다.

헌법상 근로권에 대한 선행연구가 풍부하지는 않은 가운데, 헌법 제32조 제1항의 근로권에는 종속성(이것은 인적 종속성을 기본으로 하며 경제적 종속성은 예외적으로 수용되는 것이라고 한다)이 내재되어 있고, 따

라서 종속적 근로자가 아니면 근로권의 향유주체가 아니며, 일할 환경으로서의 근로조건 법정주의도 적용되지 않는다고 보는 견해가 있다.⁵⁾ 한편, 헌법 제32조 제1항이 국민에게 근로권이 있음을 규정하고 있기는 하지만, 국민이라는 표현이 모든 국민을 의미한다고 볼 수는 없다. 여기에서 제헌헌법의 입법과정을 담은 국회 속기록에서도 국민이라고 말하는 대신 ‘근로대중’이라는 표현이 자주 등장하였고, 따라서 이때의 국민은 ‘근로의 의사와 능력이 있는 국민’으로 해석하여 이미 근로계약관계를 맺고 있는 근로자뿐만 아니라, 노동시장에서 장래 근로관계를 예정하는 자들도 포함된다고 보는 견해도 있다.⁶⁾ 두 견해 모두 종속적 자영업자가 근로권의 향유자인지는 밝히고 있지 않지만, 첫 번째 견해는 인적 종속성이 근로권에 내재되어 있다고 보는 것으로부터 근로기준법상의 근로자가 아닌 종속적 자영업자는 근로권의 향유주체가 아니라고 볼 것이고, 두 번째 견해는 실직자나 구직자도 근로권을 누릴 수 있다고 보고 있으므로, 경제적 종속성이 있는 종속적 자영업자 또한 근로권을 누릴 수 있다고 볼 것으로 추측된다.

이렇듯 헌법 제32조 제1항의 국민의 의미는 해석자에 따라 다르므로 어떤 견해가 전적으로 옳다거나 할 수는 없다. 헌법상 근로의 권리를 ‘일할 권리’라고 바꿔 읽는 것도 가능한 것이고, 이것이 종속적 근로자만이 아닌 종속적 자영업자, 나아가 모든 일하는 사람의 일할 권리를 의미하는 것이라고 전향적으로 해석할 수도 있다. 그리고 이러한 해석의 입장에 따라 국가의 근로조건법정에 대한 정책의무가 도출될 것이다. 그리고 이것이 필자의 입장이기도 하다. 그리고 헌법의 근로권에 따른 근로조건법정주의의 결과물로서 근로기준법은 인적·경제적 종속성을 엄격하게 갖춘 근로자만이 아니라, 경제적 종속성이 있는 종속적 자영업자에게도 확대 적용되어야만 헌법상 근로권의 보장·실현이 적절하게 이루어진 것이라고 생각한다.

5) 이달휴, 『헌법상 근로권에 있어서 근로자 개념』, 『공법연구』 12(2), 한국비교공법학회, 2011, 16면.

6) 한인상, 『근로권의 의의와 주요 입법과제』, 『노동법연구』, 제36호, 서울대학교노동법연구회, 2014, 86면.

2. 입법론

가. 전 제

헌법 제32조 제3항은 제1항의 국민의 근로권을 보장하기 위한 근로조건 법정주의를 근로기준법으로 실현하고 있다고 앞서 말하였다. 현행 근로기준법은 종속적 근로자에게 적용되므로, 종속적 자영업자에게는 적용되지 않는다. 종속적 자영업자 또한 헌법상 근로권을 향유할 주체가 된다면, 종속적 자영업자의 근로조건도 법정주의에 따라 규율되어야 한다. 그러나 종속적 자영업자의 근로조건을 규율하는 법은 현재 존재하지 않기 때문에, 이를 실현하는 방법은 두 가지가 있을 수 있다. 첫째는 근로기준법상의 근로자에 대한 근로조건을 규율하고 있는 법(근로기준법, 최저임금법, 근로자퇴직급여법 등)을 수정·변용하는 것을 조건으로 종속적 자영업자를 이 법의 적용범위에 포함시키는 것이고, 둘째는 종속적 자영업자의 근로조건을 규율하는 법을 신설하는 것이다.⁷⁾

이탈리아나 스페인과 같이 종속적 자영업자 범주를 별도로 신설하여 법을 적용하는 입법례가 있다. 이러한 국가들에서의 전제는, 우리나라에서 특수형태근로종사자에 대한 입법적 보호에 대한 논의와 마찬가지로, 자영업자라고 하여 모두 독립적으로 자신의 사업을 영위하는 것은 아니고, 특히 경제적으로 고객에게 종속된 자영업자의 경우 근로자와 유사한 보호가 요구된다는 것이다. 다만 근로자와 동일한 법적 처우보다는 종속적 자영업자에 대한 별도 입법을 마련하여 근로자와는 다른 처우를 하도록 하고 있는데, 이탈리아에서는 이를 통해 근로자의 종속적 자영업자화라는 문제가 발생하였고,⁸⁾ 스페인에서는 근로자와 종속적 자영업자화를

7) 이러한 방법의 경우 2018년 12월 31일 임의자의원 대표발의로 제안된 ‘특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률안’과 같은 것을 예로 들어 볼 수 있다. 이 법안은 종속적 자영업자 가운데 산재보험법과 동일한 범주의 특수형태근로종사자를 규정하고, 이 특수형태근로종사자들에게 균등처우 규정, 부당해지 등의 제한 규정, 휴가 및 모성보호 규정 등의 권리, 일반적 단체설립권과 협의권, 협정체결권과 같은 형태의 집단적 권리를 보장할 것을 제안한 바 있다.

8) 이탈리아에서 co.co.co. 개념이 만들어진 이후 심각한 오남용 문제가 발생하였고,

방지하기 위해 지위승인제도를 채택한 결과 약 1만 명 정도만이 경제적으로 종속된 자영업자로서의 지위를 취득하고 있다.⁹⁾¹⁰⁾ 이러한 국가들에서의 경험은 종속적 자영업자에 대한 별도의 입법 체계를 도모하는 것보다는 기존의 법의 적용범위를 확대하는 한편, 그 법의 내용을 변용하는 것이 종속적 자영업자에 대한 입법적 보호 방안으로서 좀 더 고려할 만한 것이 아닌가 생각하게 한다. 또한 개념의 고착화라는 점도 고려해야 한다.¹¹⁾

이후 co.co.co. 문제를 해결하기 위해 co.co.pro.(lavoro a progetto) 개념을 신설하기도 하였지만 결국 co.co.co.보다 더 많은 문제를 발생시킴에 따라 2015년 법 개혁을 통해 이 개념을 폐기하는 과정을 거치기도 하였다. 이탈리아의 이러한 과정은 종속적 자영업자 개념을 법제화하고, 이에 대응하는 과정에서의 실패를 잘 확인할 수 있는 예이다.

- 9) 이탈리아도 고용계약인증제도를 통해 근로자 기타 노무제공자의 법적 지위를 확인하는 절차를 두고 있기는 하지만, 이 제도는 법정 강제제도가 아니고 인증을 담당하는 기관, 또한 지방노동사무소, 노동부, 지방자치단체, 노동법 전임교수의 조력을 받을 수 있는 대학 및 대학재단, 노사단체, 노동전문자문협회(the Professional Association of Labour Advisors) 등이다. 인증절차를 이용할지 여부는 전적으로 계약 당사자의 자유이다.
- 10) 이탈리아가 종속적 자영업자에 대한 법 제도를 유연하게 적용한 결과 정책적으로 실패한 예가 된다면, 스페인은 자영노동자법(Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del trabajo autonomo=LETA)을 제정하면서 그 안에 경제적으로 종속된 자영업자인 TRADE에 대한 특례 규정을 두면서 이를 한층 두텁게 보호하고자 그 적용요건 등을 엄격하게 함으로써 정책적으로 실패한 예가 된다.
- 11) 개념의 고착화에 대한 우려는, 예컨대 산재보험법상 특수형태근로종사자 특례규정이 제정된 이후 해당 직종에 종사하는 모든 사람들을 ‘당연히’ 근로자가 아니라고 본다거나 하는 강화된 오분류를 의미할 수도 있지만, 그보다는 다음과 같은 현상을 우려한 것이다. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하, 기간제법)이 제정되기 이전에 기간제 근로형태는 “원래는 아니어야 할” 것이었다. 그렇기 때문에 기간제근로에 대한 문제제기는 당연한 것이었다. 근로자로서의 고용안정이라는 측면에서 기간제 근로형태는 인신전속적 성격의 근로계약에 기간을 설정해 둔 변종적 형태의 근로계약으로서 기간제법 자체에 대한 폐기까지도 주장될 수 있었다. 그러나 기간제법 시행 후 10여 년의 사이에 성인이 되어 처음 노동법을 접한 청년층 근로자들에게 기간제 근로형태는 “원래부터 있었던 것”이 된다. 기간제법을 폐기해야 한다거나, 기간제근로유형 자체를 받아들이지 못하는 주장을 직관적으로 이해하지 못한다. 기간제근로계약이 무기근로계약으로 전환되는 것은 기간제법에 의한 효과일 뿐, 그것이 원래부터 근로자가 갖고 있었어야 할 권리로서도 인식되지 못한다. 가능한 것은 일단 현존하는 법의 효과가 최대한 근로자보호를 위해 바람직한 방향이 될 것을 제안하는 것이다. 개념적 고착화는

한편, 첫 번째 방법과 관련하여서는, 기존의 근로자 개념을 수정하여 종속적 자영업자에게도 근로기준법을 적용하자는 의견이 있을 수 있다.¹²⁾ 그러나 근로자 개념의 수정을 통해 근로기준법 일반을 종속적 자영업자에게 적용하도록 하는 것, 다시 말해 전형적인 종속적 근로자의 근로관계를 기초로 한 근로조건들이 종속적 자영업자에게 실질적 효력을 가질 수 있을 것인지 확신할 수 없다. 근로자의 종속성을 전제로 만들어진 근로기준법의 근로조건규제 중 다수는 종속적 자영업자에게는 유효하지 않은 것이 사실이다. 그러므로 종속적 자영업자의 헌법상 근로권을 실현하기 위해 종속적 자영업자의 근로조건에 대한 법정주의를 근로기준법 등 개별법에서 어떻게, 어떤 내용으로 담을 것인지에 대해서는 입법 기술적 고려가 필요하다. 단순한 근로자 개념 확대를 통해 근로기준법의 적용 범위에 종속적 자영업자를 포괄하는 방법은 오히려 근로조건 법정주의의 의미를 훼손할 수 있다.

다른 한편으로 근로자와 종속적 자영업자의 근로조건 법정주의가 한 법에 담길 경우, 근로자에 대한 근로조건과 종속적 자영업자의 근로조건은 구분될 수 있음을 인정해야 할 것인데, 종속적 자영업자의 근로조건이 근로자의 근로조건보다 약화된 형태이거나 해서는 안 된다. 법적 보호의 상대적 약화는 필연적으로 근로자의 종속적 자영업자화를 초래할 것이고, 이에 따른 논쟁은 종속적 자영업자에 대한 근로권이 어떤 내용으로 실현되는가에 초점이 맞춰지기보다는 근로자와 종속적 자영업자를 어떻게 구분할 것인가, 그 오분류를 어떻게 방지할 것인가에 맞춰어질 것이기 때

사고 폭의 제한을 초래한다.

- 12) 2012년 7월 3일 심상정의원 대표발의로 제안된 근로기준법 일부개정법률안은 근로기준법 제2조 제1호의 근로자 개념에 “독립사업자 형태로 노무를 제공하는 자라고 하더라도 특정 사용자의 사업에 편입되거나 그 사업의 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무를 제공받은 자로부터 대가를 받아 생활하는 자는 근로자로 본다”는 내용을 추가 신설하는 내용을 담고 있었다. 이 경우 사용자는 “근로계약의 당사자가 아니더라도 임금·고용 등의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 보며, 임금·근로시간·복지·해고 등 그가 영향을 미친 근로조건에 대하여 근로계약의 당사자와 함께 연대책임을 진다”라고도 하였다. 이 법안은 종속적 자영업자를 염두에 두고, 근로자가 아닌 종속적 자영업자를 근로기준법으로 포섭하면서 근로자와 동일한 근로조건 법정주의를 선택한 것이라고 볼 수 있겠다.

문이다. 근로자와 종속적 자영업자의 구분을 전제로 한 근로권의 보호는, 그 보호 내용에서의 차이를 전제하는 것이지, 보호 정도에서의 차이를 전제해서는 안 된다는 의미이다.

다만, 모든 근로조건이 모든 일하는 사람들에게 동일해야 하는가라는 질문을 받는다면, 그것은 아니라고 답해야 할 듯하다. 모든 사람이 동일한 근로조건하에서 일을 해야 한다는 것이 아니라, 모든 사람이 괜찮은(decent) 근로조건하에서 일을 해야 하는 한편, 일의 종류와 내용에 따라 필요한 근로조건은 달라질 수 있음을 인정한다는 것이다. 현재의 노동관계에서 근로기준법상의 근로자에 대한 근로조건도 그 종류와 내용에 따라 특정 근로자들에게는 무의미한 경우가 있다. 하물며 종속적 자영업자를 포함한 노동관계에 획일적으로 동일한 최저근로조건을 상정할 수 있을 것이라고는 생각하지 않는다.

나. 방 법

앞서 근로자와 종속적 자영업자 그리고 자영업자의 구분을 인정한다고 말하기는 하였지만, 이 구분이 법상 정의되어야 함을 의미한 것은 아니다. 진정한 독립적 자영업자를 제외한 근로자와 종속적 자영업자의 근로권을 실현하기 위한 근로조건 법정주의가 헌법적 요구를 확인하는 과정에서 근로기준법상의 근로자 이외 종속적 자영업자라는 범주를 확인한 것이다. 즉 근로기준법의 범주를 넓히기 위해 현재 근로기준법상의 근로자 이외 종속적 자영업자의 범주를 인정하고 그 전체에 대한 근로조건법정주의를 근로기준법으로 실현해 나가고자 한 것인데, 모든 근로형태에 대하여 동일한 근로조건이 강행적으로 실효성 있게 적용될 수 있도록 한다는 것은 다소 무리한 발상이다. 이는 이미 근로기준법상의 근로자 범주 내에서도 발생하는 문제이다.

이 점을 고려하여 종속적 자영업자를 포섭한 근로기준법은 근로자와 종속적 자영업자의 개념을 규정하지 않고 노동계약(근로계약과 종속적 자영업자의 노무제공계약을 포함하는 의미로 사용하였다)의 유형과 내용에 따라 노동조건을 적용할 수 있도록 규정해 나가는 것을 제안하고자 한

다. 예컨대, 근로자라도 근로계약의 유형과 내용에 따라 근로시간이 전혀 다른 의미를 가질 수 있다. 어떤 근로자는 근로기준법상 선택적 근로시간제를 이용할 수 있지만, 다른 어떤 근로자는 선택적 근로시간제를 이용할 수 없다. 다양성의 측면에서 근로자보다 더 다양한 종속적 자영업자의 근로시간은 근로자와 같을 수도 있지만, 대부분은 다르게 접근될 필요가 있다. 따라서, 근로시간 산정이 정확하게 이루어질 수 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하고, 특히 근로시간 산정이 정확하게 이루어질 수 없는 경우의 근로시간은 어떻게 계산할지, 또한 근로시간을 전제로 한 휴일이나 휴가권은 어떻게 적용할지를 구체적으로 규정해 나가는 것이다. 이에 따른 근로조건의 구분은 근로자와 종속적 자영업자 간에서 이루어질 수도 있고, 서로 다른 유형의 근로자 간에서도 이루어질 수 있다. 근로기준법은 법정근로조건을 정하고 있는 것으로서, 어떤 근로조건을 규정할 것인가에 대한 것과 함께, 그 근로조건을 누구에게 어떻게 적용할 것인가에 대한 문제를 함께 규정해 나가야 하는 것이다. 다른 한편으로 근로조건에 따라 근로자와 종속적 자영업자에 대하여 다르게 접근해야 할 수도 있다. 예를 들어 근로기준법 제43조는 임금을 통화로, 직접, 전액을, 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하도록 하고 있다. 그러나 종속적 자영업자의 경우에는 특히 임금의 매월 일정기일 지급보다는 노무제공이 종료됨과 함께 지급되도록 할 것이 필요하다. 근로기준법 제46조는 휴업수당제도를 규정하고 있는데, 휴업수당은 전일 상시 및 전속적 근로제도를 전제로 사용자의 귀책사유로 인한 휴업때문에 발생할 수 있는 근로자의 임금상실에 대처하기 위한 제도이다. 그러나 임시적이고 비전속적으로 노무를 제공하는 종속적 자영업자에게도 이러한 휴업수당의 권리가 인정되기는 다소 어려울 것이다.

하지만 근로기준법의 기본 원칙을 포함하여, 해고제한에 관한 규정(절차 규정을 포함), 부당해고에 대한 구제제도에 관한 규정, 임금채권의 우선변제제도, 휴게에 대한 권리, 여성 및 연소자에 대한 특별보호규정, 직장 내 괴롭힘 금지 규정 등은 근로자인지 종속적 자영업자인지에 상관없이 모든 일하는 사람에게 보장되어야 할 기본적인 권리라고 할 수 있다.

따라서 근로기준법을 모든 근로자와 종속적 자영업자에 대한 기본적

권리에 관한 부분과, 근로의 형태 및 내용에 따라 구분하여 적용해 나가야 할 부분을 구분하여 새롭게 편제함으로써 종속적 근로자에 대한 근로조건 법정주의 또한 실현할 수 있을 것이라고 생각한다. 그리고 이때 근로기준법의 인적 적용범위에 대한 규정은 필요하지 않을 수 있다.

제3절 노동조합 및 노동관계조정법의 적용범위

1. 해석론

2018년 11월과 12월에는 전국대리운전노동조합이, 2019년 4월에는 서울지역퀵서비스노조가 서울시로부터 설립신고증을 교부받았다. 2014년 2월에는 골프장 캐디가, 2018년 6월에는 학습지 교사가 노조법상의 근로자로서 노동조합을 만들 권리가 있다는 것이 대법원 판례를 통해 확인되었다. 이들은 근로기준법상의 근로자는 아니다. 그러나 노동조합 및 노동관계조정법(이하, 노동조합법)상의 근로자라는 것이다. 물론 이들은 종속적 자영업자 가운데에서도 근로기준법상의 근로자에 가장 가까운 존재들이고, 일정한 전속성을 갖춘 경우 산재보험법상 특수형태근로종사자로 분류되는 직종의 사람들이다. 종속적 자영업자에 대한 노동조합법의 적용은 이 범위를 좀 더 넓혀 갈 수 있을 것인지, 어디까지 넓혀 갈 수 있을지가 논의의 핵심일 듯하다.

현재 우리나라의 노동조합법은 법상 노동조합에게만 모든 권리가 보장되는 구조를 취하고 있다. 법상 노동조합이어야 노동조합이라는 명칭을 쓸 수 있음은 물론, 쟁의조정신청권조차도 법상 노동조합에게만 부여된다. 사용자가 단체교섭에 응할 의무도 법상 노동조합의 단체교섭 요구에 대응하여서만 부여되고, 이 요구를 정당한 이유 없이 거부하였을 때 부당노동행위가 되기도 한다. 근로기준법상의 근로자에게만 근로기준법의 모든 권리가 배타적으로 부여되는 것과 같이, 노동조합법상의 노동조합에게만 노동조합법의 모든 권리가 배타적으로 부여되는 것이다.

우리나라의 노동법에서 이러한 배타성은 불가피하기는 하다. 사용자에게 작위 혹은 부작위 의무를 부담시키고 그 의무를 위반하는 경우 과태료나 형사처벌을 예정하므로, 그 의무를 이행해야 할 주체로서의 사용자가 특정되어야 하는 한편, 그러한 의무를 충분히 부담할 수 있는 존재이어야 하기 때문이다. 예를 들어, 근로기준법에서는 근로자에게 휴가권을 부여할 의무를 부담하는 사용자, 노동조합법에서는 노동조합의 단체교섭 요구에 응해야 할 사용자를 고려한다면, 그 사용자로부터 휴가권을 부여받을 근로자, 단체교섭 요구를 할 노동조합이 완전히 열린 개념일 수는 없다.

그러나 노동조합의 설립 가능성과 노동조합의 권리가 일치할 필요는 없다고도 볼 수 있다. 예를 들어, 노동조합의 설립 자체는 자유롭게 허용하는 반면, 노동조합이 노동조합으로서의 권리를 행사하고자 할 때 그 권리행사주체로서 노동조합의 의미를 제한하는 것이다. 이것은 노동조합에 대한 본질적 질문과도 연결되어 있는데, 우리나라에서는 노동조합이기 위해서는 법으로 정해진 노동조합으로서의 적극적 요건과 소극적 요건 그리고 절차적 요건을 충족시킨 후에야 노동조합으로서 인정받아 단체교섭하고 단체협약을 체결할 수 있는 반면, 독일의 경우 노동조합은 근로자 측의 유일한 단체협약 당사자로서의 의미를 갖지만 노동조합을 법률상 정의하거나 노동조합이 갖추어야 할 구체적 기준을 열거하는 규정은 존재하지 않기도 한다.¹³⁾ 그래서 노동조합에 관한 법제 유형을 개방형(노동조합의 설립 단계에서는 거의 아무런 제한을 두지 않으며, 법상 특정한 권한의 행사와 관련해서만 별도의 요건을 부과하고 있는 법제)과 폐쇄형(노동조합의 설립과 권한 행사를 구분하지 않고 공히 모든 요건을 충족할 것을 요구하는 법제)으로 구분하는 한편, 우리나라의 노동조합 개념의 폐쇄성은 노조법 제2조 제4호에 대한 잘못된 해석에서 비롯된 측면이 크다고 분석하기도 한다.¹⁴⁾ 제2조 제4호를 금지규정으로 이해한 결과 적격/결격의 문제를 적법/위법의 문제로 오해하였고, ‘근로자가 아닌 자’를 포함한 근로자 단체가 노조법상 노동조합으로서 행위하고자 한다면, 그 시점에서 그 권한 행사의 상대방이 노동조합성 결격을 문제삼을 수 있을 뿐이

13) 박제성 외, 『노동조합 정의 규정 재검토 연구』, 한국노동연구원, 2011, 5면.

14) 박제성 외, 위의 책, 144면.

라는 것이다.

서울시가 서울지역 대리운전노동조합의 설립신고를 수용하던 때 박원순 서울시장은 “경제적 약자의 지위에 있는 대리운전기사들이 사용자와 대등한 위치에서 교섭할 수 있는 권리를 막을 수야 있겠나. 이 땅의 모든 노동자들에게 노조활동을 할 권리를 주는 것, 이것이야말로 노동자의 권리를 보장하는 헌법 제33조의 취지에도 부합하는 일”이라는 글을 남겼다고 한다.

확실히 위와 같이 이해하는 경우 노동조합의 설립 가능성은 더 많은 사람들에게 열릴 것이다. 노동조합을 설립할 수 있음으로써 헌법상 노동3권 중 단결권뿐만 아니라 단체교섭권과 단체행동권 또한 확보될 수 있는 할 것이다. 문제는 이러한 권리가 인정된다는 것과, 이러한 권리를 행사하였을 때 그 권리를 어떻게 보장할 것인지의 문제는 다를 수 있다는 것이다. 다시 말해, 종속적 자영업자는 현행 노동조합법상 근로자의 범주에 포함된다고 생각한다. 노동조합법에서 근로자는 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 말하고 있기 때문이다. 하지만, 근로자 개념이 광의적이라고 해서 종속적 자영업자가 노동조합법상 노동조합을 설립하고, 노동조합 활동을 하며, 단체교섭권을 행사할 수 있는가 하는 문제는, 노동조합법상 근로자가 누구인가의 문제와는 다르다는 것이다.

노동3권은 유기적 권리라고들 한다. 노동3권 중 어떤 권리가 가장 중심적인지를 강조하면서 그 권리가 보장되지 않을 경우 다른 권리는 의미가 없다고 말하는 것이 바람직하지 않을 수는 있지만, 예를 들어 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있는 권리가 보장되지 않을 때 단결권이 충분히 보장될 수 있다고 말할 수 있을 것인지, 민형사 면책특권을 갖는 단체행동권이 보장되지 않았을 때 단체교섭권이 확보되었다고 말할 수 있을 것인지 의문인 것이다. 이것은 권리 자체의 의미와도 관련이 있지만, 그 권리를 보호할 주체로서의 사용자가 누구인가와도 관련이 되어 있는 문제이다. 노동조합법상 근로자 개념을 넓혀 해석한다고 하여, 그래서 종속적 자영업자에게도 노동조합을 설립하거나 노동조합에 가입하여 노동조합 활동을 할 수 있는 권리가 있다고 해석을 할 수 있다고 하여, 그러한 권리

들을 노동조합법상의 근로자들에게 보장하는 본질적 의미가 충족되었다고 말하기는 어렵다.

2. 입법론

ILO에서는 2019년 초 『더 나은 미래를 위한 일』(이하 ‘일의 미래’) 보고서를 발간하였다. 이 보고서에서는 계약형태나 고용상 지위에 관계 없는 보편적 노동권을 말하고 있다. 보편적 노동권이란, “일·주당 최대노동시간 설정을 포함한 노동시간 규제, 적정생활급의 지급, 직업상 발생하는 질병·질환 및 상해로부터 노동자 보호, 아동·청소년·여성보호, 고령 및 상해에 대한 규정, 타국에서 고용된 노동자의 이해관계 보호, 동일가치의 노동에 대한 동등보수 원칙의 인정, 결사의 자유 원칙의 인정 등”이다. 그리고 특히 보편적 노동권에 포함되어야 할 노동기본권의 내용으로서 보고서에서는 결사의 자유권 그리고 실효적인 단체교섭권의 인정(the effective recognition of the right to collective bargaining)을 요구하고 있다.

현행 노동조합법 내에서는 종속적 자영업자의 ‘실효적인 단체교섭권’이 인정되기 어렵다(여기에서 굳이 노조법 제2조 제4호의 문제점을 새삼 언급할 필요성은 느끼지 못한다. 이것은 종속적 자영업자의 노동조합 설립권과 효과적 단체교섭권 보호의 문제가 아니라, 헌법상 노동3권이라는 기본권 침해의 문제이기 때문이다). 우선하여 정비해야 하는 노동조합법 규정은 제2조의 사용자 개념이다.

“정말 핵심적인 문제는 처음에는 직관에 반하는 낮은 관점에서 가장 잘 이해될 수 있으며, 여기에서 문제는 노동자의 이원적 분석에 있는 것이 아니라 고용주에 대한 일원적 분석에 있다.”¹⁵⁾

근로자를 분석하는 것만큼이나 사용자에 대한 자세한 분석이 필요함에

15) Paul Davies & Mark Freedland, 『The Complexities of the Employing Enterprise』, G. Davidov and B. Langile (eds.), 『Boundaries and Frontiers of Labour Law』, Hart Publishing, 2006, 황덕순 외, 『고용관계 변화와 사회복지 패러다임 연구』, 한국노동연구원, 2016, 216면에서 재인용.

도 지금까지 해석적 쟁점은 주로 근로자를 중심으로 이루어져 왔다. 개별 법이나 집단법 모두에서 근로자의 종속성을 지나치게 강조한 결과 사용자 또한 근로자를 강하게 종속시키고 있는 대상으로 이해하는 경향이 있다. 근로자 개념을 완화시켜 이해해야 한다면, 사용자 개념 또한 마찬가지로 지이다. 근로자의 종속성이 약해진다면, 사용자의 지휘감독성 또한 약해진다. 근로자가 단속적 근로제공자라면, 그 사용자는 단속적 지휘감독자이다. 다만 근로자나 종속적 자영업자에게 있어 근로계약이나 노무제공 계약의 형식과 내용은 수동적이지만, 사용자에게는 능동적이라는 점은 유의해야 한다. 또한 근로(노무제공)제공이 전속적으로 이루어지든 비전속적으로 이루어지든, 상용적으로 이루어지든 임시적으로 이루어지든 변하지 않는 것은, 근로자가 근로를 제공하면(종속적 자영업자가 노무를 제공하면) 그 제공을 받아 임금(보수)을 지급하는 계약 상대방으로서의 사용자가 반드시 존재한다는 것이다. 근로(노무)를 제공하는데 사용자가 보이지 않는다면, 그때 사용자는 은폐되었을 뿐이다. 은폐된 사용자를 찾아낼 수 있도록 하는 것이 법이 할 일이고, 그 사용자에게 노동조합법상 단체교섭의 의무를 지우는 것 또한 법이 할 일이다. 사용자는 단수일 수도 있고, 복수일 수도 있음은 물론이다. 복수의 사용자는 중층적으로 존재할 수도 있다. 플랫폼 노동관계에서와 같이 사용자의 기능이 분화될 수도 있다.

사용자의 개념을 일의적이지 않은 것으로 이해하고 확대시켜 나가는 경우, 단체교섭의 대상과 절차, 쟁의행위의 목적과 절차 또한 조정되어야 함은 물론, 부당노동행위의 내용과 책임에 대한 재고도 필요하다. 이를 통해 종속적 자영업자의 실효적 단체교섭권이 보장될 수 있을 것이다.

제4절 직업안정법

1. 해석론

1961년 12월 6일 제정되어 1962년 1월 1일 시행된 직업안정법의 첫 목

적은 “유휴노동력의 생산화와 국민생활의 안정”이었다. 노동집약적 산업을 중심으로 하는 경제부흥단계에서 유휴노동력을 산업현장으로 유인하면서 일자리를 매칭시키는 것은 당시 정부의 지대한 관심사였을 것으로 보인다. 노동법제와 그에 대한 해석론이 본격적이기 전이었으므로, 법에서의 직업, 소개, 근로자, 모집, 고용 등의 용어에 대한 정밀한 심사나 고려가 있었을 것이라고는 생각하지 않는다. 제정 당시 직업안정법은 “근로자를 고용하고자 하는 자는 신문, 잡지 기타 간행물의 광고 또는 문서의 반포 등의 방법에 의하여 자유로이 근로자를 모집할 수 있다”(제11조)거나, “근로자를 고용하고자 하는 자가 그의 피용자 이외의 자에게 근로자의 모집을 위탁하는 경우에는 주무부장관의 허가를 얻어야 한다”(제13조)는 등으로 근로기준법상 근로계약과 관련된 용어와 민법상 고용계약과 관련된 용어를 혼용하고 있었다.

법의 발전을 고려한다면, 현재는 위와 같은 혼용에 따른 오해는 제거되어야 할 것으로 보이는데, 현행 직업안정법은 구직자, 취업, 구인 등의 용어로 총칙(제1장)과 직업안정기관의 장이 하는 직업소개에 관한 장(제2장)을 채우고 있기는 하지만, 직업안정기관의 장 외의 자가 하는 직업소개사업, 직업정보제공사업, 근로자 모집 또는 근로자공급사업 등(제3장)에서는 근로자, 고용, 취업자 등의 용어가 사용되고 있다. 물론 직업안정법은 이러한 용어들에 대해 별도로 소개하고 있지는 않고, 직업안정법이라도하고자 하는 활동으로서 직업소개, 직업지도, 모집, 근로자공급사업 등의 개념을 규정하고 있을 뿐이다.

헌법 제32조 제1항의 근로권은 통상적인 의미의 근로자뿐만이 아니라 종속적 자영업자, 나아가서는 모든 ‘일하는 사람’의 권리를 선언한 것으로 이해하였다. 그렇다면 헌법 제32조 제1항 2문이 규정하고 있는 국가의 고용증진에 관한 의무는 근로자 이외 종속적 자영업자에게도 해당함은 물론이다. 국가의 고용증진 의무에 따라 제정된 직업안정법의 적용 대상 또한, 현행 직업안정법의 전체적인 취지에 비추어 본다면 그 범위를 굳이 근로기준법상의 근로자로 제한할 근거는 없다. 따라서 직업안정법이 사용하고 있는 ‘근로자’라는 용어는 근로기준법상의 근로자 등과는 별개의 직업안정법상의 근로자로서의 의미를 지닌다고 해야 할 것이고, 그에 따

라 직업의 의미, 고용계약의 의미 등도 정합적으로 해석되어야 한다. 따라서 직업안정법의 직업소개, 근로자의 모집, 근로자공급 등에 대한 규제는 반드시 종속적 근로계약 체결을 대상으로 하지 않더라도 그에 미치는 것으로 이해해야 할 것이다.

2. 입법론

위와 같은 해석이 현행 직업안정법의 목적에 따른 정당한 것이라고 보이지만, 우리나라의 대법원은 위와 같이 해석하지 않는다. 일관되게 직업안정법상의 고용계약이라는 용어는 근로기준법상의 근로자와 마찬가지로 노무제공의 종속성을 전제로 하고 있다고 보고, “직업안정법상 고용계약도 근로기준법상 근로계약과 그 의미가 같다”고 말한다.¹⁶⁾ 직업안정법의 목적과 기능에 대한 오해로부터 비롯된 잘못된 해석이라고 본다. 이를 방지하기 위해서는 우선 직업안정법의 목적이 헌법 제32조 제1항의 근로권으로부터 출발한다는 것, 이 근로권을 향유할 수 있도록 국가가 고용증진 등의 정책의무를 부담하는 대상은 근로기준법상의 근로자뿐만 아니라 모든 ‘일하고자 하는 사람’이라는 것, 이러한 점들이 직업안정법상 효과적인 규정을 위해 해석상 문제될 수 있는 근로자, 고용계약 등의 용어는 정비해나갈 것이 요구된다.

한편, 현행 직업안정법의 적용범위와 관련한 입법론적 개선이 필요하다. 그것은 2000년대 이후 특히 활성화되고 있는 디지털 플랫폼을 기반으로 하는 서비스 제공에 종사하는 사람들의 직업안정에 대한 것이다. 우리나라의 디지털 플랫폼 노동은 대부분 각종 배달, 돌봄, 심부름, 가사, 운전 등 비교적 단순노무제공을 목적으로 이용된다. 플랫폼은 소비자와 노무제공자를 연결시켜주는 고리로서 역할하고 있기는 하지만, 온라인 상의 이 고리는 사실 직업안정법의 관점에서 보았을 때 유료직업소개로서의 의미를 갖는다. 경우에 따라서는 근로자공급사업으로 분류되어야 하는 경우도 있을 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 대부분의 플랫폼은 직업

16) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결 등 참조.

안정법의 적용 밖에 놓여 있다.

직업안정법은 직업소개 수수료에 대한 규제, 직업소개 대상 통제, 연소자에 대한 직업소개 제한, 최저임금제도 준수 등을 규정하고 있다. 이러한 내용에 대한 법의 통제가 플랫폼을 통한 노무제공에 대해서도 적용되어야 함은 물론이고, 이외 노무제공계약 등에 있어서 발생할 수 있는 불공정 계약을 예방할 수 있도록 구인자의 구인 내용을 검증해야 할 의무를 직업소개기관에 부여해야 한다고 생각한다.

제5절 사회보험법

1. 해석론

고용·산재보험법의 적용범위는 현재 근로기준법상의 근로자와 함께 근로자가 아닌 자로서 일정한 범위의 자영업자 혹은 중소기업사업주를 입법적 특례형식을 통해 포섭하고 있다. 산재보험법에서는 특수형태근로종사자에 대한 특례규정을 별도로 규정하여 근로자가 아닌 자 중 특수형태근로종사자와 자영업자를 별도로 구분하고 있다. 따라서 형식적으로는 종속적 자영업자도 현재 고용·산재보험법의 적용범위에 포섭되고 있다고 말할 수도 있다. 산재보험법상 특수형태근로종사자의 경우 산재보험법의 특수형태근로종사자 특례규정과 중소기업사업주 특례규정 모두에 해당할 수 있는데, 특수형태근로종사자 요건에 맞지 않는 경우에는 중소기업사업주 특례규정에 따라 산재보험에 가입할 수 있다. 근로기준법상의 근로자에 대한 고용·산재보험제도로부터 출발하여 그 적용범위를 점차 확장시켜온 결과 대단히 파편화된 형태로 고용·산재보험제도가 구성되어 있기는 하지만, 종속적 자영업자가 이미 일정 부분에서 포섭되고 있다는 것은 확인할 수 있다. 문제는 ‘일정 부분’에서의 포섭이기 때문에, 예를 들어 산재보험법상 특수형태근로종사자는 종속적 자영업자 전체가 아닌, 산재보험법 시행령으로 정하는 업종에 종사하는 경우에만 산재보험

법이 적용되고, 그 이외의 자는 여전히 산재보험제도의 사각지대에 놓여 있다. 고용보험법은 아직 특수형태근로종사자 개념을 수용하지 않고 있기 때문에, 현재는 근로자와 자영업자로 양분되어 적용되고 있다.

따라서 종속적 자영업자에 대한 고용·산재보험법 적용 문제는 적용가능성의 문제라기보다는 실효적 적용과 적용 방법의 문제라고 볼 수 있다. 현재 산재보험법에서는 특수형태근로종사자라는 종속적 자영업자의 일부를 규정하고 산재보험법 의무가입대상으로 삼고 있기는 하지만 그 요건이 지나치게 제한적이어서 상당수의 종속적 자영업자는 산재보험제도의 적용을 받지 못하고 있다는 것, 설사 산재보험법의 적용을 매우 포괄적으로 열어둔다 할지라도 사업주에 의한 사업장 단위 적용방식으로는 비전속적 종속적 자영업자의 산재보험 가입이 가능하지 않을 수 있다는 점, 고용·산재보험법 모두 증가하고 있는 비전속·초단기 고용형태(예를 들어, 플랫폼 노동)에 대해서는 대응하지 못한다는 점 등의 문제들을 해결해 나가는 제도적 접근이 필요하다.

2. 입법론

현재 국회에 계류중인 고용보험법 개정 법률안(한정애의원 대표발의안, 이하 고용보험법 개정안)은 특수형태근로종사자와 플랫폼 노동자의 고용보험에 관한 내용을 담고 있다. 우선, 이 고용보험법 개정안에서는 고용보험법의 인적 적용범위 가운데 “근로자가 아니면서 자신이 아닌 다른 사람의 사업을 위하여 다른 사람을 고용하지 않고 자신이 직접 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 얻는 사람으로서 이 법에 따른 보호의 필요성이 있다고 대통령령으로 정하는 사람”을 담으면서, 여기에 해당하는 사람의 “노무제공을 위한 정보처리능력을 가진 전자적 장치 또는 체계(이하 ‘노무제공플랫폼’이라 한다)를 운영하는 사업”을 ‘노무제공플랫폼’으로 규정한다. 그리고 위 인적 적용범위에 해당하는 사람이 “노무제공을 위하여 노무제공플랫폼을 사용하고 그 노무제공 횟수 등에 따라 해당 노무제공플랫폼사업의 사업주에게 노무제공플랫폼 사용에 대한 대가를 지불하는 경우”에는 “해당 노무제공플랫폼사업의 사

업주가 해당 노무제공자에 대한 제15조제1항에 따른 피보험자격의 취득 등을 신고”하도록 하고 있다. 보험관계의 성립을 위한 사용자 해당성 여부를 별도로 살피지 않고, 플랫폼 노동자가 이용하는 노무제공플랫폼사업의 사업주가 직접 고용보험 피보험자격 취득 등을 신고할 의무를 부여한 것이다. 그리고 이 의무의 실현을 위해 고용보험 및 산업재해보상보험료 징수에 관한 법률에서는 “노무제공플랫폼사업의 사업주는 「고용보험법」의 적용을 받는 사업과 노무제공플랫폼의 이용에 관한 계약을 체결한 경우에는 계약을 체결한 날부터 14일 이내에 노무제공플랫폼사업 등 고용노동부령으로 정하는 사항에 대하여 공단에 신고”할 것, 위 “신고를 한 노무제공플랫폼사업의 사업주는 「고용보험법」의 적용을 받는 사업과 노무제공플랫폼의 이용에 관한 계약을 체결하거나 해지한 경우 계약의 개시일 또는 해지일부 14일 이내에 개시 및 종료 사실을 공단에 신고”할 것, 그리고 노무제공플랫폼사업의 사업주가 피보험자격의 취득을 신고한 근로자 등이 부담하여야 하는 고용보험료는 노무제공플랫폼사업의 사업주가 해당 고용보험료를 부담하여야 하는 사업주 및 근로자 등으로부터 고용보험료를 원천공제하여 납부하도록 하고 있기도 하다(고용보험 및 산업재해보상보험료 징수에 관한 법률 개정안 제11조의2, 제16조).

추가적으로 해결해야 할 몇 가지 문제(노무제공플랫폼 사업의 범위, 플랫폼 노무제공자의 범위, 노무제공플랫폼의 역할 등)가 있기는 하다. 특히 고용보험제도는 실업이라는 위험에 대처하기 위한 목적을 갖고 있음에 따라 일정한 소득 기준을 충족하지 못하는 경우에는 고용보험제도의 적용대상이 아니라고 볼 가능성이 크다(향후 시행령으로 정해질 예정이라고 한다). 그러나 고용보험법제상 특수형태근로종사자와 플랫폼 노동자를 인적 적용범위에 포함시키는 한편, 플랫폼 노동자의 비전속성 문제에 따른 보험관계성립의 어려움을 해결하기 위해 플랫폼 사업주에게 보험관계성립신고와 보험료 납부의무를 부담하도록 하였다든 점은 제도적 유의미함이 적지 않다.

이에 비하여 산재보험법은 제125조에서 특수형태근로종사자의 범위를 정한 이후 시행령 제125조를 통해 직종의 확대를 도모하고 있기는 하지만, 제도적 틀에는 변화가 없다. 기준이 완화되었다고는 하지만 여전히

‘주로 하나의’ 사업 또는 사업장에 노무를 제공하는 자를 적용 대상으로 하고 있다. 그런데 20만 명 정도에 이르고 있는 것으로 추산되는 대리운전기사 가운데 비교적 명확하게 그 수를 확인할 수 있는 카카오 대리운전기사는, 카카오 대리운전기사 서비스인 ‘T대리기사’에 등록된 대리운전기사 수가 2016년엔 5만 4,000명, 2017년 10만 명으로 증가했고, 카카오 T대리기사 12만 4,000여 명 가운데 부업 또는 아르바이트(50.4%)로 일하는 기사와 전업(49.4%) 대리기사는 각각 절반 정도로 비슷하다고 한다.¹⁷⁾ 이러한 가운데 실제 산재보험의 적용대상인 대리운전기사는 극소수에 불과하다. 제한적인 적용범위 탓에, 실질적으로 많은 대리운전기사들은 산재보험법의 적용을 받고 있지 못하기도 하다.

플랫폼 노동자와 같은 종속적 자영업자의 확산과 함께 도전을 받고 있는 것은 개별적 및 집단적 노동관계법만이 아니다. 보험가입자-피보험자 관계에 기초하고 있는 고용·산재보험 제도 또한 사업주에 의한 보험 가입과 보험료 납부를 전제하는 한 종속적 자영업자에 대한 적용상 난항을 겪을 수밖에 없다. 개정안이 제출된 고용보험법이 노무제공플랫폼사업의 사업주에게 고용보험성립신고 및 보험료납부의무를 부과한 것은 이러한 난점을 극복하면서 플랫폼 노동자에 대한 보험관계성립을 실현시키고자 한 시도이다. 이러한 시도를 산재보험법도 충분히 해볼 수 있다. 다만 보다 근본적인 사고의 전환을 도모해야 할 필요도 있다.

프랑스는 2017년부터 사회보험료를 근간으로 운영되어 왔던 사회보장 제도를 사회보장세에 준하는 사회기여금을 근간으로 운영하는 방향으로 제도개편을 도모하였다.¹⁸⁾ 이는 노동시장에서 직업 이동의 증가와 그에 따른 각종 자격 관리의 어려움, 자영업자를 비롯한 배제집단의 문제, 그리고 고소득자와 저소득자에게 적용되는 불공정 등의 문제를 해결하기 위한 시도와 맞물려 있었다.¹⁹⁾ 그리고 2018년 9월 5일에는 “자신의 직업

17) 「낮엔 이력서 밤엔 운전대... ‘대리’ 뛰는 20대들」(출처: 『매일경제』, <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2018&no=642305>, 2018. 10. 15).

18) 노대명, 「프랑스 사회보장제도의 최근 개편 동향: 마크롱 정부의 대선 공약을 중심으로」, 『국제사회보장리뷰』, 2017 여름, 창간호 Vol. 1, 한국보건사회연구원, 2017, 5면.

19) 위의 글.

적 미래를 선택할 자유에 관한 법(*loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel*)”이 통과되었다. 이 법의 제2장은 “더욱 보편적이고 공정한 실업 급여”라는 제목하에 자영자를 보호 대상으로 포괄하고, 자발적 이직자에게도 급여를 지급하는 개혁적인 내용을 담고 있다. 이 법이 담고 있는 실업보험제도 개혁의 주요한 의미는 임금 노동자를 넘어 모든 취업자로 적용 대상을 넓혔고 자발적 이직자에게도 급여를 지급하게 되었다는 점에서 보편주의 원리를 실현한 것이라고 할 수 있다. 나아가 그 재원을 모든 취업자가 납부하는 일반 사회기여금(*Contribution Social Generale: CSG*)이라는 일종의 사회보장세로 충당하게 되었는데, 이는 종속적 근로자와 진정 자영업자의 경계에서 있는 종속적 자영업자의 규모가 증가하는 현상에 대한 대응이라는 의미가 있다.²⁰⁾ 실업보험제도 이외 다른 사회보험제도의 영역까지 이러한 제도개혁의 방향이 옮겨갈지는 알 수 없지만, 사회보험료가 아닌 사회보장세제를 통해 사회보험제도의 일반적 확대를 도모한 것은 플랫폼 노동자의 증가와 같은 고용형태의 변화에 대응하기 위해 우리도 크게 주목해야 할 변화가 아닌가 생각한다.

제6절 소 결

이 장의 유형적 접근법을 간략하게 정리하면 다음과 같다. 사회법제의 적용대상을 근로자와 자영업자로 양분할 것이 아니라, 종속적 자영업자라는 범주를 개념적으로 받아들이고자 한다. 이러한 3분론이 정당하다고 생각하기 때문이라기보다는, 법이라는 도구를 사용하기에 보다 적절한 방법이라고 생각하기 때문이다. 개념적으로 3분론을 받아들인다고 하여 예컨대 근로기준법이 근로자와 종속적 자영업자를 법 조문상 구분하고 별도로 규정해야 하는 것은 아니라고 보았다. 중요한 것은 여러 근로유형

20) 프랑스의 실업보험제도 개혁에 대한 2018년 법제의 내용 및 그 의미는 장지연·박계성, 『프랑스의 실업 보험 개혁: 자영자를 포함하여 전체 취업자로 확대』, 『국제노동브리프』, 2018년 10월호, 한국노동연구원, 2018, 50면 이하에서 인용.

들의 ‘괜찮은 근로조건’을 어떻게 근로기준법으로 규정하고, 그 규정들을 어떻게 효과적으로 실현시켜나갈 수 있을 것인가이기 때문이다. 이러한 문제의식에 따라 종속적 자영업자를 포섭하는 근로기준법은 근로자와 사용자를 구분하고 근로자에 대한 최저근로조건을 규정하는 법이 아니라, 노동자(근로자와 종속적 자영업자를 통합하여 이와 같이 부른다)가 사용자와 체결하는 노동계약(근로자의 근로계약과 종속적 자영업자의 노무제공계약을 통합하여 이와 같이 부른다)에 유형적으로 접근하며 각 유형에 따른 근로조건을 세분하는 매우 실리적인 법이다. 만약 법으로 규정하는 노동계약에 명확히 부합하는 것이 없다면 가장 유사한 노동계약의 종류를 선택하고, 어떤 노동계약이 노동자에게 적합한 것인지에 대한 입증책임은 사용자에게 있다. 특정 노동계약 유형의 근로조건을 특정 노동자에게 적용한 경우, 해당 노동계약 유형이 해당 노동자의 노동에 부합하는 것임은 사용자가 입증해야 하는 것이다.

다만, 근로기준법 이외 다른 사회법제의 영역은 종속적 자영업자 개념을 충분히 포섭할 수 있는 상태라고 본다. 여기에서 중요한 것은 효과적인 보장이다. 노동조합 및 노동관계조정법에서는 종속적 자영업자를 포섭하는 것을 실질적으로 제한하고 있는 사용자 개념, 단체교섭 창구단 일화제도 등을 개선할 필요가 있고, 고용·산재보험법에서는 보험료 부담과 보험의 적용방식에 대한 고민을 구체적으로 해나가야 할 필요가 있다.

마지막으로 종속적 자영업자에 대한 사회법제의 적용에 큰 역할을 해야 하는 것이 직업안정법이라고 보았다. 종속적 자영업자가 노동계약을 체결하는 주요한 매개체는 일자리 중개형 디지털 플랫폼인바, 실질적인 직업소개업 나아가 근로자공급사업을 수행하고 있는 일자리 중개형 디지털 플랫폼이 노동자들의 여러 근로조건을 보호하기 위한 역할을 수행해야 할 것이라고 보았다.

참고문헌

- 노대명, 『프랑스 사회보장제도의 최근 개편 동향: 마크롱 정부의 대선 공약을 중심으로』, 『국제사회보장리뷰』, 창간호, Vol. 1, 한국보건사회연구원, 2017.
- 박제성 외, 『노동조합 정의 규정 재검토 연구』, 한국노동연구원, 2011.
- 이달휴, 『헌법상 근로권에 있어서 근로자개념』, 『공법연구』, 12 (2), 한국비교공법학회, 2011.
- 장지연·박제성, 『프랑스의 실업 보험 개혁: 자영자를 포함하여 전체 취업자로 확대』, 『국제노동브리프』, 2018년 10월호, 한국노동연구원.
- 한인상, 『근로권의 의의와 주요 입법과제』, 『노동법연구』, 제36호, 서울대학교노동법연구회, 2014.
- 황덕순 외, 『고용관계 변화와 사회복지 패러다임 연구』, 한국노동연구원, 2016.
- Colin Williams and Frédéric Lapeyre, 『Dependent self-employment: Trends, challenges and policy responses in the EU』, 『Employment Working Paper』, No. 228, Employment Policy Department, ILO, 2017.
- Paul Davies & Mark Freedland, 『The Complexities of the Employing Enterprise』, G. Davidov and B. Langile (eds.), 『Boundaries and Frontiers of Labour Law』, Hart Publishing, 2006.
- Seth D. Harris, Alan B. Krueger, 『A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The “Independent Worker”』, 『THE HAMILTON PROJECT DISCUSSION PAPER 2015-10』, Brookings, 2015.

제 4 장

보편주의적 접근

제1절 서론

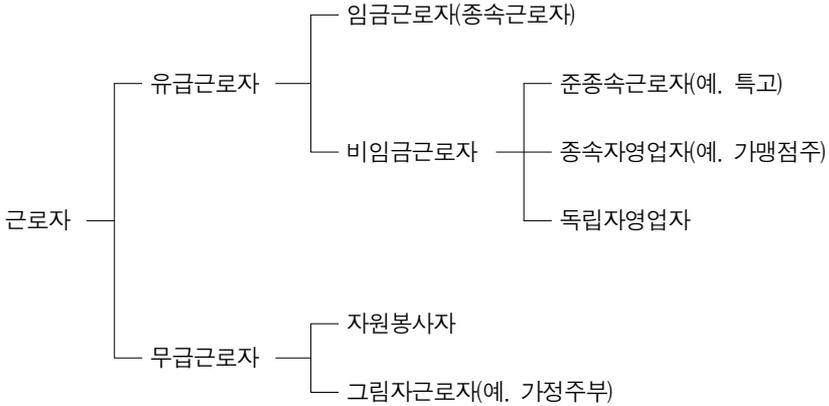
현재 우리가 사회법의 논의에서 사용하는 노동 개념은 원칙적으로 단위 시간당 돈으로 교환 가능한 추상적이고 계량적인 노동 개념이다. 그러나 이 글에서 노동은 모든 형태의 노동을 포괄하는 통합적인 개념으로 사용된다. 그리고 구체적인 형태의 노동은 임금근로, 비임금근로 등과 같이 한정사와 함께 사용된다(노동과 근로의 구별은 차치한다). 그러므로 이 글에서 말하는 ‘근로자’는 단순히 임금근로자만을 의미하는 것이 아니라, 고용상의 지위나 계약의 형식을 가리지 않고 근로하는 모든 사람을 가리키는 일반적인 용어로 사용된다. 구체적인 형태의 근로자를 지칭하는 경우에는 임금근로자, 비임금근로자 등 한정사와 함께 사용된다.

이러한 용어법은 근로자의 분류를 상정하는데, 이러한 분류는 항상 위험을 안고 있다. 분류 항목 사이에 존재론적 벽이 존재하는 것처럼 오해될 수 있기 때문이다. 실제로는 복수의 성격을 동시에 품고 있는 경우도 적지 않으며, 분류 항목 간 이동에 개방되어 있는 경우도 많다. 임금근로와 비임금근로는 고정되고 확정된 분류가 아니라 항상 재분류에 열려 있다. 이하의 분류는 체계적 설명을 위해서 제시된 방법론일 뿐이다.

또한 모든 노동에는 경제적 가치와 사회적 가치가 항상 결합되어 있음

을 유념해야 한다. 경제적 노동은 언제나 경제적 노동일 뿐 사회적 가치가 없거나 그 반대의 식으로 이해하면 안 된다.

우리는 이 글에서 근로자의 범주를 아래 그림과 같이 구분할 것이다.¹⁾



임금근로자 즉 종속근로자는 가장 좁은 의미에서의 근로기준법상 근로자를 의미한다.

준종속근로자는 1인 사업자의 형식으로 특정 사업주의 사업조직에 편입되어 근로를 제공하는 자를 말한다. 흔히 ‘특고’로 부르는 사람들이다. 이때 말하는 특고는 ‘특수형태근로종사자’의 준말이 아니라 ‘특수고용’의 준말로 이해해야 한다. ‘특수형태근로종사자’는 산재보험법상 특례 제도의 적용을 받는 특정 범주를 가리키는 용어에 불과하므로²⁾ 준종속근로자를 두루 지칭하는 일반칭으로 사용하기에는 적절하지 않다. 다만 여기에서 특고는 이해를 돕기 위하여 준종속근로자의 대표적인 예로 제시된 것일 뿐, 모든 특고는 준종속근로자에 해당한다고 말하는 것이 아님을 유의해야 한다. 이것은 아래에서 종속자영업자의 예로 제시된 가맹점주에 대해서도 같다. 모든 분류는 오분류의 위험성을 내포하고 있으며, 그러므로 언제나 재분류에 개방되어 있어야 한다.

1) 이 글에서는 민간 부문만 다룬다.

2) 산재보험법 제125조 참조.

종속자영업자는 자영업자의 형식을 갖추고 있지만 특정 사업주의 사업 조직에 종속되어 있기 때문에 완전한 의미에서의 자기 계산과 위험으로 영업을 한다고는 말하기 곤란한 자이다. 프랜차이즈 가맹점주가 여기에 해당할 수 있을 것이다.

독립자영업자는 온전한 의미에서의 자기 계산과 위험으로 영업활동을 하는 자를 말한다. 진정자영업자라고 할 수 있다.

준종속근로자와 종속자영업자와 독립자영업자는 모두 묶어서 다시 비임금근로자/자영업자/자영근로자 등 다양한 이름으로 부를 수 있다. 이것은 모두 종속근로자/임금근로자에 대비하여 부르는 말이다. 참고로 스페인의 자영노동법은 자영근로자를 “다른 임금근로자를 고용하고 있는지 여부와 상관없이, 상시적으로, 개인적으로, 직접적으로, 자기의 계산으로 타인의 지시와 조직 밖에서 영리적 목적의 경제 활동 또는 직업을 수행하는 자”³⁾로 정의하고 있다.

자원봉사자는 말 그대로 시민단체 등에서 무급으로 일하는 자원봉사자를 말한다. 실비를 지급받는 경우도 있는데 이것은 유급으로 간주되지 않는다.

그림자근로자는 이른바 ‘그림자노동’⁴⁾을 수행하는 근로자를 말한다. 이반 일리치에 따르면, 그림자노동이란 “산업사회가 재화와 서비스를 생산하는 데 있어서 필수적인 보완물로 요구”⁵⁾되는 노동이다. 가사근로가 가장 대표적인 예이다.

이러한 구분법에서 유의할 점은 임금근로자인지 여부, 즉 근로를 제공하는 자와 근로를 수령하는 자 사이에 근로계약이 성립하는지 여부는 계약의 명칭이나 형식 또는 당사자의 의사와 상관없이 근로 제공의 실태에 따라서 판단한다는 점이다. 그러므로 언제나 비임금근로자는 근로 제공의 실태에 따라서 임금근로자로 재분류될 수 있다. 이상의 근로자 분류는 실체가 아니라 방편일 뿐이다.

3) 스페인 자영노동법 제1조. 자세한 내용은 박제성 외, 『외국의 자영업자 사회법제 연구: 프랑스, 스페인, 이탈리아』, 한국노동연구원, 2018, 52면 이하 참조.

4) 이반 일리치, 『그림자노동』, 사월의책, 2015 참조.

5) 위의 책, 176면.

이 연구는 기존의 사회법 적용범위가 사실상 임금근로자에 한정되어 있어 오늘날 변화하는 직업세계와 조응하지 못하고 있다는 문제의식에서 출발하여, 그 적용범위를 확장하기 위한 해석론적, 입법론적 근거를 고찰하고자 한다. 이 목적을 달성하기 위해서는, ‘근로자’라는 용어가 사실상 임금근로자를 지칭하는 것으로 국한되어 있는 실정을 고려할 때, ‘노무제공자’ 또는 ‘취업자’로 대체하는 것이 좀 더 적절한 방법이 아닐까 생각할 수 있다. 그러나 그렇게 하면 근로자는 임금근로자로 더 한층 국한되는 역효과가 발생할 것이다. 임금근로자는 근로자이지만 특고와 가맹점주는 근로자가 아니라 노무제공자 또는 취업자일 뿐이라는 인식과 담론이 확산될 것이다. 이것은 바람직하지 못하다고 생각한다. 오늘날의 노동문제는 다양한 노동양식을 수평적으로 관통하는 관점을 가지고 접근할 때 비로소 제대로 파악할 수 있기 때문이다.

그래서 우리는 ‘근로자’라는 시니피앙을 유지하면서 그 외연을 확장해 가는 방법을 택한다. 사회법의 지평을 임금노동을 넘어 노동 일반으로 확장해 가기 위해서이다. 이른바 ‘표준고용관계’가 흔들리면서 변화하고 있는 오늘날의 직업세계를 고려할 때 이와 같은 보편주의적 접근법이 더욱 타당할 것이다.

제2절 근로기준법의 적용범위

1. 해석론

근로기준법의 적용범위에는 “임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”⁶⁾ 즉 임금근로자(종속근로자)가 포함된다. 그리고 준종속근로자도 포함된다. 관련해서 종속성을 재해석할 필요가 있다.

판례의 종속성 판단 기준은 종속성이 분명하여 당사자들 사이에 이 문

6) 근로기준법 제2조.

제에 관한 법적 분쟁이 거의 발생하지 않는 영역이 갖고 있는 고유한 특징들을 나열해서 보여주는 것에 불과하다. 임금근로자의 영역을 A라 하고 비임금근로자의 영역을 B라 할 때, 양자의 교집합($A \cap B$)이 종속성을 둘러싼 법적 분쟁이 발생하는 영역이다. 그런데 판례가 제시하는 판단 징표들은 A에 대한 B의 차집합($A - B$) 영역이 보여주는 전형적인 모습일 뿐이다. 그러나 현실에서 발생하는 대부분의 법적 분쟁은 그러한 전형적 징표들이 쉽게 발견되지 않는 사람들에 관한 것이다. 이 사람들이 속해 있는 영역($A \cap B$)은 불순물이 제거된 차집합의 영역이 아니라 서로 다른 이 물질이 섞여 있는 교집합의 영역이기 때문이다.

하지만 이것은 원래 그런 것이 아니라, 노동과 자본의 결합 양식이 변하고 있기 때문에 그런 것이다. 즉 과정관리에서 성과관리로 노동관리양식이 변하면서 전통적인 종속성이 교집합의 영역으로 포섭되고 있다. 판례는 이러한 변화를 따라가지 못하고 있다. 현재 판례가 취하고 있는 사용종속성 개념에서 종속성은 자율성의 반대개념으로 이해된다. 판례는 종속근로자의 상을 지나치게 아이디얼 타입으로 상정한다. 커다란 기계의 부속품으로 끼워 맞춰져 있는 톱니바퀴처럼.

그러나 오늘날의 현실에서는 그렇지 않다. 종속과 자율이 섞여 있는 경우가 점점 늘어나고 있다. 종속은 더 이상 자율의 반대말이 아니다. 종속과 자율이 결합하여 새로운 종속성을 낳고 있다. 이제는 사용종속성이 아니라 지배/제어/프로그래밍 종속성이다. 자율주행자동차를 떠올리면 이해가 쉽다. 자율주행자동차는 운전자의 직접적인 통제 없이 목적지와 경로와 속도를 자율적으로 조정하면서 주행한다. 그러나 이 차는 정보통신망에 의하여 프로그래밍되고 제어된다. 오늘날의 작업조직은 바로 이 컴퓨터 프로그래밍 네트워크의 작동 원리를 닮아가고 있다.

노동과 자본의 결합 양식이 변하고 있다고 하지만, 변하지 않는 것이 있다. 이 근로자들은 진정한 의미에서 자신의 계산으로 영업을 하는 것이 아니라, 타인의 계산을 위하여 타인의 사업조직에 편입되어 그 일부로서 과업을 할당받아 수행하고 있다는 사실이다. 이 근로자들에게서는 진정한 자영업자라면 응당 갖추어야 할 징표들이 발견되지 않는다. 예를 들어 자신이 판매하는 상품이나 서비스의 가격을 스스로 정할 수 있다는 점은

진정한 자영업자의 가장 대표적인 징표라고 할 수 있는데, 이 근로자들에게서는 이 징표를 찾기 힘들다.

반대로 근무시간이나 근무장소의 고정성, 기본급이나 고정급의 존재, 구체적인 업무 지시의 존재 등 과정관리를 받는 전형적인 임금근로자에게서 보이는 징표들은 성과관리에서는 쉽게 삭제할 수 있다. 영업직이나 전문직에서는 흔한 일이다. 특히 근로기준법은 재량근무제를 규정하면서 “사용자가 업무의 수행 수단 및 시간 배분 등에 관하여 근로자에게 구체적인 지시를 하지 아니한다는 내용”⁷⁾을 서면합의에 명시할 것을 요구하고 있는데, 이것은 곧 임금근로자도 이런 식의 재량을 갖는 것이 가능하다는 말이며, 반대로 이런 재량을 갖고 있다고 해서 모두 임금근로자가 아닌 것은 아니라는 말이다.

그러므로 임금근로자와 비임금근로자의 교집합 영역에서 일하는 자들이 어느 쪽인지를 판단하려면 이 자들이 전형적인 종속근로자와 얼마나 유사한가를 볼 것이 아니라 반대로 전형적인 독립자영업자와 얼마나 유사한가를 살펴야 한다. 가격결정권과 고객선택권은 유력한 판단 징표가 될 수 있을 것이다. 1인 사업자의 형식으로 특정 사업주에 사실상 거의 전적으로 소속되어 일하는 준종속근로자는 가격결정권과 고객선택권이 거의 없다는 점에서 근로기준법상의 근로자 범위에 포함되어야 할 것이다.

디지털 플랫폼 노동의 확산과 함께 복수의 플랫폼에 등록하여 노무를 제공하는 사람들이 늘어나고 있는데, 이 경우에도 플랫폼 근로자는 자신이 제공하는 서비스의 가격을 스스로 결정하지 못하며 서비스의 제공 상대방인 고객도 스스로 선택하는 것이 아니라는 점에서 준종속근로자라고 해야 할 것이다. 즉 근로기준법상의 근로자 범위에 포함되어야 할 것이다.

특히 사업의 개념을 재인식할 필요가 있다. 종래에는 ‘사업’을 하나의 법인으로 이해했다. 그렇게 보면 ‘근로자’는 당연히 그 법인의 종업원으로 한정될 것이다. 그러나 사업의 개념은 법의 목적에 비추어 동태적이고 상대적으로 파악되어야 한다. 특히 오늘날처럼 네트워크 사업 모델이 확산되는 시절에는 법인만을 사업으로 보는 좁은 시야에서 벗어날 필요가 있

7) 근로기준법 제58조 제3항.

다. 법인이 개인사업자와 일회성으로 거래를 하는 경우가 아니라, 사업조직 자체가 법인과 다수의 개인사업자(준종속근로자)가 구조적으로 결합되어 있는 네트워크 사업조직의 경우에는 이 네트워크 전체를 하나의 사업으로 간주해야 한다. 즉 이 네트워크 사업에서는 준종속근로자가 ‘근로자’가 되고 법인이 그 사업의 ‘사업주’가 된다.

2. 입법론

입법론으로는 두 단계를 상정할 수 있다. 첫 번째 단계는 종속자영업자를 근로기준법의 적용범위에 포함시키는 것이다. 이것은 자영업자의 지위 변화를 고려한 것이다. 프랜차이즈 등 네트워크 사업양식이 발전하면서 전통적인 자영업자들이 교집합의 영역으로 포섭되고 있다. 자영업자 중에도 진정한 자영업자로서의 가격결정권과 고객선택권이 없는 경우가 늘어나고 있다. 편의점주는 대표적인 사례 가운데 하나이다.

두 번째 단계는 근로기준법을 무급근로자(자원봉사자, 그림자근로자)를 포함하여 모든 근로자에게 적용되는 일반법으로 자리매김하는 것이다. 실제로 근로조건 대등결정, 근로조건의 성실한 준수, 균등한 처우, 강제근로의 금지, 폭행의 금지, 중간착취의 배제, 공민권 행사의 보장 등 근로기준법의 원칙들은 임금근로자만이 아니라 근로자 일반에 대해서도 적용될 수 있고, 또 마땅히 적용해야 할 규칙일 것이다.

직장 내 괴롭힘은 좋은 사례이다. 2019년 1월 15일 개정 근로기준법은 직장 내 괴롭힘을 금지하는 규정을 신설하였다.⁸⁾ 그런데 직장 내 괴롭힘은 임금근로자에게만 금지되어야 할 행위가 아니다. 특정 사업장에 고용되어 있지 않더라도 그 사업장을 출입하면서 일하는 개인사업자인 근로자에게도 괴롭힘은 발생할 수 있으며 마땅히 금지되어야 할 것이다. 그런 점에서 ‘직장 내 괴롭힘’보다는 좀 더 보편적인 의미로서의 ‘일터 괴롭힘’이라는 용어가 적절하다.

2019년 6월 21일 제108차 국제노동기구(ILO) 총회에서 채택된 「일터

8) 근로기준법 제76조의2 이하.

괴롭힘 금지에 관한 협약」(제190호)은 좋은 시사점을 제공한다. 이 협약 제2조는 다음과 같다. “본 협약은 근로자 및 일터의 다른 사람들을 보호한다. 여기에는 각국의 입법과 관행에서 정하는 임금근로자 및 계약상 지위에 상관없이 일하는 모든 자, 인턴과 수습을 포함하여 직업훈련 중에 있는 사람, 해고된 근로자, 자원봉사자, 구직자, 취업지원자 그리고 사용자로서의 권위, 기능 또는 책임을 행사하는 개인이 포함된다.”

그리고 여기에서 말하는 ‘일터’는 좁은 의미의 직장 또는 사업장만을 의미하는 것이 아니라, △ 근무장소(여기에는 근무장소로 이용되는 공공장소 및 사적 공간을 포함한다) △ 근로자가 보수를 받는 곳, 휴식을 취하는 곳, 식사를 하는 곳, 화장실 또는 탈의실을 이용하는 곳 △ 노무 제공과 관련하여 이동하거나 교육을 받거나 관련 행사를 수행하는 곳 △ 노무 제공과 관련된 통신 공간(여기에는 정보통신기술을 이용하여 수행되는 통신 공간을 포함한다) △ 사용자가 제공하는 숙소 △ 통근도상 등을 모두 포함한다.⁹⁾

일터 괴롭힘 금지는 임금근로자를 비롯하여 모든 근로자에게 적용되어야 한다. 그리고 근로기준법은 그런 내용을 담는 일반법이 되어야 한다. 이를 위해서는 근로기준법 제2조의 정의 규정들을 모두 삭제하는 것이 바람직하다. 관련 규정에서 필요에 따라 정의하는 것으로 충분할 것이다.

물론 연혁적으로 볼 때, 그리고 사회적 중요성에서 볼 때 임금근로를 다른 근로 형태보다 특별히 취급할 이유는 충분하다. 이 문제는 임금근로에 대한 특칙을 두는 방식으로 해결할 수 있을 것이다. 그러나 그 경우에도 임금근로에 대한 특칙은 근로 일반에 대한 원칙과 연계를 맺어야 한다. 해고의 경우를 예로 들어 보자. 부당한 계약 해지로부터의 보호는 모든 근로자에게 주어져야 하는 일반 원칙이다. 부당한 계약 해지의 금지라는 이 일반 원칙 위에 임금근로자에 대해서는 현재의 근로기준법 제23조와 같이 정당한 이유 없는 해고를 금지하는 특칙을 엮을 수 있을 것이다.

근로시간도 같은 방식으로 다룰 수 있다. 주 40시간제(연장근로에 대한 규제를 포함하여 기본 제도로서의 근로시간제)와 휴가제도는 모든 근로자에게 적용될 수 있고 적용되어야 한다. 독립자영업자라 할지라도 장시

9) 제190호 협약 제3조 참조.

간 근로는 지양되어야 하며 적절한 수준의 휴가는 갈 수 있어야 한다. 고용상 지위나 계약 형태의 특수성은 특칙으로 보완하면 된다. 현재의 근로기준법도 그렇게 하고 있다.

이렇게 근로기준법을 총칙과 특칙의 체계로 구성하는 것은 장점이 있다. 근로기준법의 적용 여부가 다툼이 되는 근로자의 경우에도 최소한의 근로조건은 보호받을 수 있기 때문이다. 만약 준종속근로자까지만 혹은 종속자영업자까지만 근로기준법이 적용된다고 명문으로 규정하면, 실제로는 어떤 근로자가 준종속근로자임에도 불구하고 독립자영업자에 해당한다는 이유로 근로기준법의 적용에서 배제되는 결과가 발생할 수 있다.

제3절 노동조합법의 적용범위

1. 해석론

노동조합 및 노사관계조정법(노동조합법)의 적용범위, 즉 노동조합법상 근로자의 범위는 근로기준법상 근로자보다 넓다고 해석된다. 두 가지 근거가 있다.

첫째, 노동조합법의 목적이다. 노동조합법은 “헌법에 의한 근로자의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지, 개선과 근로자의 경제적, 사회적 지위의 향상”¹⁰⁾을 도모하는 것을 목적으로 한다. 노동조합법상 근로자와 근로기준법상 근로자를 같은 개념으로 보는 학설¹¹⁾은 노동조합법의 목적을 “근로조건을 유지와 개선”으로 한정하면서 근로기준법의 목적과 동일시하는 경향이 있는데, 이는 명문으로 규정하고 있는 노동조합법의 목적에 부합하지 않는다. “근로자의 경제적, 사회

10) 노동조합법 제1조.

11) 김형배, 『골프장 캐디의 노동법상의 지위』, 『노동법포럼』, 제13호, 노동법이론실무학회, 2014, 1~36면; 박종희·윤재왕, 『판례의 법형성적 기능과 한계』, 『고려법학』, 제70호, 고려대학교 법학연구원, 2013, 191~239면 참조.

적 지위의 향상”이라는 목적은 근로기준법에서 정하고 있는 근로조건 유지, 개선보다 훨씬 더 넓은 의미이며, “근로자의 경제적, 사회적 지위”는 근로계약상의 지위에 한정되지 않는다.

근로기준법의 근로자와 노동조합법의 근로자를 동일하다고 보는 학설은, 한국의 노동법이 개별법과 집단법으로 이원화되어 있는 체제의 취지에 관해 설명하기를, 개별법은 강행법규를 통해 근로조건을 최저선을 설정해 근로자를 보호하고, 집단법은 스스로의 단결 활동을 통해 개별법으로 보호하는 근로조건을 상회하여 개선할 수 있도록 보장하는 것에 있으므로, 양자는 같은 근로자를 대상으로 한다는 것이다.

그러나 노동조합법은 개별적 노동관계에서 형식적 평등에 의하여 가려져 있는 실질적 불평등을 집단적 노동관계에서 구체적 평등으로 극복하고자 하는 것을 목적으로 삼는다. 그러므로 형식적 평등에 의하여 은폐되는 실질적 불평등이 존재하는 노동관계에서는 언제나 노동조합법이 적용될 사명을 갖는다고 해석해야 한다. 과거에는 그것이 임금근로자에 한정된다고 생각했으나, 오늘날에는 준종속근로자를 비롯하여 종속자영업자까지 확대되고 있는 것이다.

둘째, 이미 노동조합법 자체에서 근로자의 정의를 다르게 하고 있다. 노동조합법의 근로자란 “직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”¹²⁾를 말하기 때문이다. 이 규정은 ‘임금근로자+비임금근로자’로 해석하지 않을 수 없다. “기타 이에 준하는 수입”이라고 했기 때문이다. 이것을 임금과 동일시하는 것은 허용되지 않는다. 왜냐하면 임금이란 “사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”¹³⁾을 말하기 때문이다. 즉 기타 수입도 어쨌든 임금의 한 종류라고 할 것 같으면 그냥 임금으로만 정의해도 충분하다는 뜻이다. 굳이 “기타 이에 준하는 수입”을 명시해 놓은 것은 임금이 아닌 수입, 즉 비임금을 가리키기 위해서라고 해석하지 않을 수 없다.

1인 사업자의 형식으로 특정 사업주에 사실상 거의 전적으로 소속되어

12) 노동조합법 제2조 제1호.

13) 근로기준법 제2조 제5호.

일하는 준종속근로자가 얻는 수입은 근로의 대가로 사업주로부터 받는 금품이라는 점에서 임금에 준하는 수입으로 보기에 충분하다. 그러므로 일단 준종속근로자는 노동조합법의 적용범위에 포함된다. 사실 우리는 이미 앞에서 준종속근로자도 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 일반적 해석론을 제시한 바 있으므로, 우리의 해석론에 따르면 준종속근로자는 당연히 노동조합법의 적용범위에 포함된다.

가격결정권과 고객선택권이 없는 종속자영업자, 예컨대 프랜차이즈 가맹점주는 전체 매출액 중에서 사전에 가맹본부와 정한 비율에 따라 분할 지급되는 금액으로 수입을 얻는다는 점에서 이는 임금에 준하는 수입이라고 할 수 있을 것이다. 이것은 택시 기사들이 전체 운송 수입금 중에서 사납금을 제하고 남는 수입을 임금으로 가져가는 것과 다를 바 없다. 그러므로 종속자영업자는 노동조합법의 적용범위에 포함된다고 할 수 있을 것이다.

최근에 대법원은 철도역 매점(스토리웨이) 운영자를 노동조합법상 근로자로 인정하였다.¹⁴⁾ 이 판결은 종속자영업자를 노동조합법상 근로자로 인정한 최초의 판결이라는 점에서 의의가 있다. 판결이 제시한 법리는 앞으로도 유사한 사안에서 준거로 삼을 만하다. 길지만 인용할 가치가 있다(밑줄과 괄호는 필자).

- ① 코레일유통은 미리 마련한 정형화된 형식의 표준 용역계약서에 의해 매점운영자들과 용역계약을 체결하면서 보수를 비롯한 용역계약의 주요 내용을 대부분 일방적으로 결정한(유보적 지배권) 것으로 보인다.
- ② 매점운영자들이 제공한 노무는 코레일유통의 사업 수행에 필수적인(사업편입성) 것이었고, 매점운영자들은 코레일유통의 사업을 통해 상품 판매 시장에 접근하였다(고색선택권의 부재).

14) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결. 이 판결에 대해서는 김린, 『매점운영자의 노동조합법상 근로자성과 노동조합의 소극적 요건』, 『월간노동리뷰』, 한국노동연구원, 2019년 6월호, 103~107면 참조. 좀 더 일반적인 논의로는 유성재·권오성, 『가맹점사업자의 노조법상 근로자성』, 『법학연구』 29(4), 충남대학교 법학연구소, 2018, 63~100면 참조.

- ③ 매점운영자들은 코레일유통과 2년 이상의 기간 동안 용역계약을 체결하고 일정한 경우 재계약하는 등 용역계약관계가 지속적이었고, 코레일유통에 상당한 정도로 전속되어(사업편입성) 있었던 것으로 보인다.
- ④ 매점운영자들의 기본적인 업무는 용역계약에서 정한 특정 매점에서 물품을 판매하는 것으로, 용역계약에 의해 업무내용과 업무시간이 결정되었다(유보적 지배권). 매점운영자들은 코레일유통이 공급하는 상품을 코레일유통이 정한 가격에 판매해야 하고(가격결정권의 부재), 판매현황을 실시간으로 포스(POS) 단말기에 등록하도록 되어 있었다. 용역계약에 따라 휴점은 월 2일까지만 가능한데, 휴점을 하려면 별도로 신청을 하여 허가를 받도록 되어 있었다. 매점운영자들은 코레일유통이 실시하는 교육 및 연수를 받아야 하고, 코레일유통이 소집하는 회의에 정당한 사유가 없는 한 참석해야 했다. 코레일유통은 자신의 비용으로 매장 내에 웹카메라를 설치·운용하였고, 매점운영자들을 상대로 정기 또는 수시로 영업지도 및 재고조사 등을 하였다. 또한 코레일유통은 매점운영자들이 용역계약을 위반하거나 매점의 운영에 문제를 발생시킨 경우 등에는 경고를 하거나 계약을 해지할 수 있었다. 이러한 사정에 비추어 보면, 매점운영자들은 어느 정도는 코레일유통의 지휘·감독을 받았던 것으로 평가할 수 있다.
- ⑤ 매점운영자들은 코레일유통이 제공한 물품을 판매한 대금 전액을 매일 코레일유통 명의의 계좌에 입금하고, 매월 코레일유통으로부터 보조금과 판매대금의 일정 비율로 산정된 용역비를 지급받았다. 이는 매점운영자들이 제공한 노무인 매점 관리와 물품 판매 등에 대한 대가로서 지급된 것으로(임금에 준하는 수입) 봄이 타당하다.
- ⑥ 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 않을 뿐만 아니라(단결권 중심론) ‘고용 이외의 계약 유형’에 의한 노무제공자까지도 포함할 수 있도록(기타 이에 준하는 수입) 규정한 노동조합법의 근로자 정의 규정과, 대등한 교섭력의 확보를 통해 근로자를 보호하고자 하는 노동조합법의 입법취지 등을 고려하면, 코레일유통의 사업에 필수

적인 노무를 제공함으로써 코레일유통과 경제적 조직적 종속관계를 이루고 있는 매점운영자들을 노동조합법상 근로자로 인정할 필요성이 있다.

다만, 기타 수입의 범위는 임금에 준하는 수입에 한정된다. 노동조합법에서 ‘기타 이에 준하는 수입’이라고 정의했기 때문이다. 여기에서 ‘이’는 앞에 나오는 ‘임금’이다. 그러므로 전체 수입에서 임금 등을 제하고 남은 수입을 이윤으로 가져가는 자는 노동조합법에서 말하는 근로자가 아니라고 해야 할 것이다. 즉 진정한 의미에서의 독립자영업자는 노동조합법의 적용범위에 들어오지 않는다.

한편, 취업 중에 있지 아니한 자, 예를 들어 해고된 근로자 또는 구직 중인 근로자도 노동조합법의 적용범위에 포함된다. 이 근로자들은 어떤 식으로든지 자신의 노동에 근거하여 살아가는 자, 다시 말하면 임금에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자들이기 때문이다. 해고자와 구직자도 장래에 노동할 것으로 기대되는 한, 그럼으로써 사회적으로 필요한 노동을, 또는 노동의 가능성을, 또는 잠재적 노동력을 지니고 있는 존재로서의 지위 또는 자격이 인정되는 한, 자신의 노동에 대해서 할 말이 있을 것이다.

물론 취업과 실업을 반복하는 자도 당연히 노동조합법의 적용범위에 들어간다. 특히 오늘날 디지털 기술의 발전은, 예컨대 강의가 없는 시간을 틈타 심부름 알바를 병행하는 대학생 근로자 같이, 취업과 실업의 반복 주기를 극단적으로 짧게 만들 수 있다는 점을 고려할 때, 엄격한 의미의 취업자에게만 노동조합법을 적용해야 할 이유는 거의 없다고 할 것이다. 만약 취업자에게만 노동조합법을 적용한다면 이 대학생 근로자는 심부름을 하는 동안만 노동조합을 만들 수 있고 심부름이 끝나면 다시 노동조합을 탈퇴해야 한다는 이상한 결론이 나온다.

2018년 이후의 판례에 따르면,¹⁵⁾ 노동조합법상 근로자는 “타인과의 사

15) 판례는 크게 네 시기로 구분된다. 첫째, 1993년 이전으로서 노동조합법상 근로자와 근로기준법상 근로자를 동일시하던 시기이다(대법원 1970. 7. 21. 선고 69누152 판결; 대법원 1992. 5. 26. 선고 90누9438 판결 참조). 둘째, 1993년부터 2004년까지로 과도기 또는 혼란기라고 할 수 있는 시기이다. 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결은 골프장 캐디의 노동조합법상 근로자성을 인정했지만, 근로기준법상 근로자성은 따로 판단하지 않았다. 양자를 같은 개념으로 보는지 전자를 더

용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자”¹⁶⁾를 말한다. 그런데 판례는 또 이렇게 말한다. “노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.”¹⁷⁾

‘사용종속관계’라는 동일한(?) 개념을 기준으로 하면서 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자가 다를 수 있다고 말하는 것은 두 종류의 사용종속관계가 있는 것이 아니라면 논리적으로 이상할 것이다.¹⁸⁾ 아마도 판례의 입장은 이런 것 같다. 근로기준법상의 ‘근로자’와 노동조합법상의 ‘근로자’가 서로 다를 수 있는 만큼, 근로기준법상의 ‘사용종속관계’와 노동조합법상의 ‘사용종속관계’도 표현은 같지만 내용은 다를 수 있다. 그래서 판례는 후자의 판단과 관련해서는 전자의 판단에서 제시하는 징표와는 약간 다른 징표들을 제시한다. ‘주요’, ‘상당한’, ‘어느 정도’ 등의 완화된 표현을 사용하면서 말이다.

넓은 개념이라고 보는지 확실하지 않다. 노동조합법상 근로자성이 더 넓은 개념이라는 점을 분명하게 밝히지 않고, 또 사용종속관계 개념과 실질적 판단 원칙을 결부시켜 결과적으로 근로기준법상 근로자성 판단구조와 구조적 동일성을 노출 시킴으로써, 이 판결 이후에도 하급심에서 캐디를 포함하여 준종속근로자의 노동조합법상 근로자성을 부정하는 판결이 계속 나올 수 있는 여지를 남겼다. 셋째, 2004년부터 2018년까지로 노동조합법상 근로자 범위를 구직자에게까지 확대하였다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결 참조). 넷째, 2018년 이후의 시기로 노동조합법상 근로자 범위를 준종속근로자와 종속자영업자에게까지 확대하였다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598 판결; 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결 참조). 2004년 판례와 2018년 판례를 결합하면 노동조합법상 근로자 범위는 근로기준법상 근로자 범위를 넘어 구직자와 준종속근로자 및 종속자영업자에게까지 확대된다. 그런데 이 모두를 포괄하는 종합법리는 아직 제시되지 않고 있다.

16) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결 등.

17) 위 판결 등.

18) 권오성은 위 각주 16의 판결과 동일한 법리를 제시하고 있는 2018년 학습지 교사 판결(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598 판결)에 대한 분석에서, 판례는 노동조합법상 근로자성 판단 기준을 사용종속관계에서 경제적 종속성으로 바꾼 것과 다름이 없다고 보면서, 경제적 종속성이라는 용어가 부담스럽다면 근로기준법상 사용종속관계와 노동조합법상 사용종속관계로 구별해야 할 것이라고 제안한다(권오성, 『특수형태고용종사자와 근로자성』, 『사회적 대화』, 경제사회노동위원회, 2019년 5~6월호, 52~59면 참조).

그러나 정작 판례의 문제점은 ‘노동3권을 보장할 필요성’을 노동조합법 적용요건으로 설정하고 있다는 점에 있다. 노동3권의 필요성 여부를 누가 판단하는가? 법원이? 만약 그렇다면 그것은 단결의 자유 원칙에 반하는 것이 아닌가? 근로자들이 스스로의 판단에 따라 단결하고 집단적으로 행동할 수 있는 자유, 그것이 단결의 자유 원칙이다. 그리고 단결의 형식은 근로자의 자유에 속한다. ‘노동3권을 보장할 필요성’ 개념은 단결의 형식이 사전에 특정되어 있다고 생각하는 것 같다. 그러나 그렇지 않다. 사용자가 영업의 자유에 근거하여 다양한 형태의 사업체를 조직할 수 있는 것처럼, 근로자는 단결의 자유에 근거하여 다양한 형태의 단결체를 조직할 수 있다.

2. 입법론

입법론으로는 우선 독립자영업자를 포함해야 할 것이다. 이것은 교섭 상대방이 특정될 수 있는 경우에만 노동조합법을 적용할 수 있다고 생각하는 관점, 예컨대 단체교섭 중심론과 다르다.

교섭 상대방이 특정되지 않는 경우에도 근로자는 경제적, 사회적 지위의 향상을 위하여 단결의 자유와 단체행동의 자유를 향유할 수 있어야 한다. 단결권과 단체교섭권 그리고 단체행동권은 임금근로자의 임금과 근로조건을 개선하기 위한 권리로 해석되는 데 그쳐서는 안 된다. 이 노동3권은 계약의 형식 또는 고용상 지위와 상관없이 모든 근로자가 자신의 노동 안에서 사유와 행위를 결합할 수 있는 집단적 자유권으로 해석되어야 한다.

스페인 자영노동법도 독립자영업자를 포함하여 모든 자영업자에게 단결권과 단체교섭권 및 단체행동권을 인정하고 있다.¹⁹⁾

사실은 이미 많은 직종의 자영업자들이 단체를 조직하고 단체행동을 하고 있다. 이들은 노동조합법에서 말하는 좁은 의미의 단체교섭은 아니지만, 해당 업종의 규율 문제를 둘러싸고 정책 당국과 교섭한다. 교섭이

19) 스페인 자영노동법 제19조. 자세한 내용은 박제성 외, 앞의 책, 62면 참조.

잘 안 되면 단체행동에 나서기도 한다. 그리고 합의가 도출되면 정책으로 반영되기도 한다. 꼭 좁은 의미의 단체협약일 필요는 없다.

그렇다면 이미 사실상 단결의 자유를 누리고 있는 독립자영업자에게 굳이 노동조합법을 적용할 필요가 있는가 의문이 들 수 있다. 준중속근로자에게도 확실히 보장되고 있지 않은 단결의 자유를 왜 독립자영업자에게까지 보장해야 하는가 비판할 수 있다.

그러나 중요한 것은 독립자영업자에게도 단결의 자유를 보장하면 종속자영업자와 준중속근로자의 단결의 자유 보장이 확실해진다는 점이다. 준중속근로자와 종속자영업자까지 노동조합법이 적용된다고 명문으로 규정하더라도 실제 사례에서는 어떤 근로자가 준중속근로자임에도 불구하고 독립자영업자에 해당한다는 이유로 단결의 자유를 부정하는 경우가 발생할 수 있다.

반대로 독립자영업자도 노동조합법의 적용범위에 들어간다고 입법을 하면 준중속근로자와 종속자영업자의 단결의 자유는 이견 없이 보장될 수 있다.

나아가 노동조합법을 무급근로자(자원봉사자, 그림자근로자)에게까지 적용하는 방안도 생각해 볼 필요가 있다. 최근에는 젊은이들을 중심으로 자원봉사자가 늘어나고 있다. 이들은 자신들이 일하는 단체에서 긍지와 보람을 느끼고 싶어 한다. 그러나 시민단체 등에서도 조직문화가 언제나 민주주의적인 것은 아니라서 기존의 경영진과 젊은 자원봉사자들 사이에 갈등이 발생하곤 한다. 그렇다면 자원봉사자들도 스스로의 단체를 조직하여 자신들의 생각과 요구사항을 표출할 수 있는 길을 열어주는 것이 적절하리라 생각한다(그림자근로자도 마찬가지이다. 비록 유급도 아니고 또 어떤 단체에 소속되어 일하는 것도 아니지만 이 그림자근로자들도 복지 정책과 관련해서는 자신들의 요구사항을 표현할 필요성을 가질 수 있을 것이다. 물론 지금도 학부모단체나 각종의 주부모임이 만들어지고 있어서 필요할 때 요구사항을 표현하는 것이 가능하다. 그렇다면 앞에서 언급한 독립자영업자의 경우와 마찬가지로 굳이 이들에게 노동조합법의 적용을 배제할 필요는 없을 것이다. 노동조합법의 적용범위가 넓으면 넓을 수록 정말 노동조합법이 필요한 사람들이 혜택을 볼 수 있을 것이기 때문

이다).

그런데 이러한 입장에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기될 수 있다. 부당노동행위제도가 있는 우리 노동조합법 구조에서 사용자가 특정되지 않아도 된다고 하면 아무한테나 교섭을 요구할 수 있고 거부하면 부당노동행위로 처벌할 수 있다는 것인가? 그러나 노동조합을 만들었다고 해서 반드시 단체교섭을 해야 하는 것은 아니다. 단결권과 단체교섭권은 별개의 권리로 생각해야 한다. 노동3권은 삼위일체의 권리가 아니라 개별의 권리인 것이다. 단결의 자유를 보호하기 위해 도입된 부당노동행위제도가 거꾸로 단결의 자유를 제약하는 결과를 초래하면 안 된다. 그러므로 노동조합법에서 ‘근로자’와 ‘사용자’의 정의 규정은 삭제하는 것이 좋다. 부당노동행위 판단에서 구체적 타당성을 확보하면 충분할 것이다.

제4절 직업안정법의 적용범위

1. 해석론

현행 직업안정법은 근로계약관계의 성립을 둘러싼 영업행위를 규제하는 법이다. 직업소개는 “구인자와 구직자 간에 고용계약이 성립되도록 알선하는 것”²⁰⁾이고, 모집은 “근로자를 고용하려는 자가 취업하려는 사람에게 피고용인이 되도록 권유하거나 다른 사람으로 하여금 권유하게 하는 것”²¹⁾이다. 법문에서는 비록 고용계약 또는 고용 또는 피고용인 등의 용어를 사용하고 있지만 이것은 모두 근로계약 또는 근로기준법상의 근로자와 같은 의미로 해석된다는 것이 판례의 입장이다.²²⁾

우리는 이미 앞에서 근로기준법상의 근로자 개념에 관한 해석론을 제시한 바 있다. 이 해석론이 직업안정법의 적용범위와 관련해서도 그대로

20) 직업안정법 제2조의2 제2호.

21) 위 제6호.

22) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결 참조.

적용될 것이다. 즉 직업소개와 관련해서는, 구인자와 구직자 사이에 임금 근로계약의 성립을 알선하는 것만이 아니라, 비임금근로관계 특히 준중속근로관계의 성립을 알선하는 경우도 직업안정법의 적용범위에 포함된다. 모집과 관련해서도 같다.

직업안정법의 해석론과 관련해서 특히 근로자공급사업에 대해서 간단히 첨언해 두고자 한다. 이 부분에 대한 해석론이 매우 불충분하기 때문이다. 근로자공급사업은 “공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업”²³⁾을 말하는데, 공급사업자와 ‘근로자’ 사이에 반드시 근로계약이 성립되어 있을 필요는 없고(즉 근로계약이 성립되어 있는 경우를 포함하여) 사실상의 지배관계가 존재하는 것으로 충분하다는 것이 판례의 입장이다.²⁴⁾

다만 일부 학설에 따르면 공급사업주와 ‘근로자’ 사이에 근로계약이 존재하는 경우는 파견법의 관할로 넘어 가고 양자 사이에 사실상의 지배관계만 존재하는 경우는 직업안정법의 관할로 남는다고 한다. 그런데 이러한 학설의 입장을 따를 때 궁금한 것이 있다. 공급사업주와 ‘근로자’ 사이에 근로계약이 존재하지 않고 사실상의 지배관계만 있는 경우라면, 이 ‘근로자’는 도대체 누구의 ‘근로자’인 것일까? 사실상의 지배관계만으로 근로계약의 성립을 인정하는 것일까? 그러면 파견법과 직업안정법의 관할 구분에 관한 해당 학설 자체가 무너지는다. 요컨대 해당 학설은 이 질문에 답하지 못한다.

궁금한 것이 하나 더 있다. ‘근로자’와 ‘타인’(사용사업주)의 법률관계는 또 어떻게 되는 것일까? 직업안정법은 이 질문에 대해서 침묵하고 있기 때문에 답은 판례와 학설에 맡겨져 있다. 그러나 아직까지 이 문제를 직접 다룬 판례는 없다. 근로자공급사업에 관한 판례는 모두 공급사업주를 처벌하기 위한 형사사건이었을 뿐, 사용사업주와 공급근로자 사이의 민사 문제를 해결하기 위한 사건은 아니었다. 학설도 이 문제를 다루지 않는다.

근로자공급과 근로자파견은 법적 구조가 기본적으로 같다. 양자의 경

23) 직업안정법 제2조의2 제7호.

24) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2011도13346 판결.

우 모두 사용사업주와 근로자(공급이든 파견이든) 사이의 법률관계 판단은 달라지지 않는다. 사용관계(종속관계)는 원칙적으로 고용관계(근로계약관계)와 일치한다. 다만 그것을 배제하는 법형식이 존재할 때에만 예외가 인정된다. 파견법이 상정하고 있는 근로자파견계약이 그것이다. 그러나 직업안정법은 근로자공급계약에 그러한 예외적 효력을 부여하지 않는다. 반대로 금지하고 있다. 그러므로 사용사업주와 공급근로자 사이에는 원칙에 따라 고용관계가 성립하게 된다.

결국 직업안정법과 파견법의 관할은 공급(파견)사업주와 근로자의 관계가 사실상의 지배관계인가 고용관계인가 여부에 달려 있는 것이 아니라, 공급(파견)사업주와 사용사업주 사이의 관계가 근로자공급계약관계인가 근로자파견계약관계인가 여부에 달려 있는 것이다. 근로자파견계약은 파견법에서 요식행위로 규정하고 있으므로 그 요식을 충족하는지 여부에 따라서, 충족하는 경우에는 근로자파견계약이 인정되고 그렇지 않은 경우에는 근로자공급계약에 해당한다.

2. 입법론

근로자공급사업에서 공급사업주와 공급근로자 사이의 관계가 사실상의 지배관계만이 아니라 고용관계(근로계약관계)인 경우도 포함된다는 대법원의 일관된 판례 입장을 좇아 이를 근로자공급사업의 정의에 명문화해야 한다. 그리고 위법한 근로자공급사업의 경우에 사용사업주와 공급근로자 사이의 관계를 고용관계로 간주하는 조항을 도입해야 한다.

직업소개와 관련해서는, 우리의 해석론에 따를 때 구인자와 구직자 사이에 임금근로계약의 성립을 알선하는 경우만이 아니라, 비임금근로관계 특히 준종속근로관계의 성립을 알선하는 경우도 직업안정법의 적용범위에 포함된다. 하지만 이를 입법론으로 좀 더 명확히 하는 것이 바람직할 것이다. 모집과 관련해서도 마찬가지이다.

좀 더 본격적인 입법론으로는, 최근 프랜차이즈를 중심으로 자영업자 창업 사기가 증가하는 현상을 고려할 때 종속자영업자와 독립자영업자까지 직업안정법의 적용범위에 포함시킬 필요성이 있다. 요컨대 직업안정

법의 적용범위를 비임금근로관계 일반으로까지 포함하는 방향으로 확대해야 할 것이다.

그리고 오늘날 자원봉사 활동 경험이 취직에 유리하게 작용하는 분위기를 타고 자원봉사자 채용에도 경쟁이 벌어지고 있다. 경쟁이 격화되면 자원봉사 분야에서도 채용 사기가 횡행하지 않을까 염려된다. 차제에 자원봉사 분야까지 직업안정법의 적용범위에 포함시키는 것이 필요할 것 같다.

제5절 사회보험법의 적용범위

건강보험과 국민연금은 이미 임금근로자와 비임금근로자 모두에게 적용되고 있으므로 이하에서는 산재보험법과 고용보험법에 대해서만 검토한다. 물론 산재보험법과 고용보험법도 일부 비임금근로자(특수형태근로종사자 및 중소기업 사업주)에게 적용되는 것은 맞다. 그러나 이것은 어디까지나 특례로서만 인정될 뿐, 원칙적인 적용범위에서는 여전히 제외되어 있다고 해야 할 것이다.

1. 산재보험법

가. 해석론

산재보험법의 적용범위는 기본적으로 근로기준법상의 근로자이므로²⁵⁾ 이와 관련해서는 앞에서 검토했던 바의 근로기준법의 적용범위에 관한 해석론이 그대로 적용된다. 즉 임금근로자와 준종속근로자가 모두 산재보험법의 적용범위에 해당된다.

이와 관련해서 산재보험법 제125조에서 사용하고 있는 “근로기준법 등

25) 산재보험법 제5조.

이 적용되지 아니하여”라는 요건은 문제가 있다. 이것은 불필요할 뿐만 아니라 법리를 왜곡시킨다. 근로기준법의 적용 여부가 문제될 때, 즉 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부가 문제될 때, 이는 노무제공의 사실에 따라서 법원이 사후적으로 판단할 문제이다. 그런데 산재보험법 제125조는 사전적으로 근로기준법의 적용을 배제하는 취지로 오해될 수 있는 여지를 담고 있다. 즉 산재보험법 제125조의 적용을 받는 자는 법원에 가서 근로기준법상 근로자성을 주장하더라도 인정되지 않는다는 취지로 오해될 수 있다는 것이다.

이는 근로자성 판단에 관하여 판례가 확립한 사실 우선의 원칙을 부정하는 것이다. 그러므로 산재보험법상 근로자성을 해석함에 있어서는 산재보험법 제125조의 위 요건에 구애받지 말아야 할 것이다.

나. 입법론

현행 산재보험법의 보험 적용 단위는 사업(장) 단위인데, 준종속근로자 가운데 복수의 사업주와 일하는 근로자는 어느 사업(장)을 기준으로 보험을 적용할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 이것은 산재보험법의 적용범위에 관한 문제가 아니라 보험 실무에 관한 문제이다. 그런데 이러한 기술적 어려움을 이유로 산재보험법 적용 자체를 회피하려는 유인이 발생한다. 이 문제는 두 가지 방법이 있다.

하나는 전체 소득 또는 전체 근로시간의 일정 부분 이상을 의존하는 사업(장)을 기준으로 삼는 방법이다. 예를 들어 독일의 단체협약법은 “전체 소득의 절반 이상이 한 사람에게 의해 지급되는 경우”를 기준으로 삼고 있다. 스페인의 자영노동법은 전체 소득의 75% 이상을 한 명의 사업주에게 의존하는 경우에는 경제적으로 종속된 비임금근로자(Trade)로 분류하여 산재보험에 의무적으로 가입시키고 있다.²⁶⁾

외국법제를 참고할 때 전체 소득 또는 근로시간의 50~70% 이상을 의존하는 사업(장)을 산재보험 적용 단위로 삼을 수 있을 것이다. 그런데 이 방식은 문제가 좀 있다. 근로자가 비적용 사업(장)에서 일하다가 산재를

26) 박제성 외, 앞의 책, 89면 이하 참조.

당했을 경우 보험 적용이 안될 수 있기 때문이다. 그러므로 다른 방법을 고민해야 한다.

두 번째 방법은 각각의 사업(장)을 모두 산재보험 적용 단위로 삼는 것이다. 각 사업주는 근로자가 자신과 같이 일한 시간에 비례하여 보험료를 부담하면 된다. 그러면 근로자는 어느 사업(장)에서 일하다가 다쳤든지 상관없이 보험 혜택을 받을 수 있을 것이다.

한편, 종속자영업자를 산재보험 당연가입 범위에 포함해야 한다. 예술인의 산재보험 적용을 예로 들어보자. 산재보험법 제124조와 시행령 제122조에 따르면 예술인은 중소기업사업주로서 산재보험에 임의가입할 수 있다. 그러나 예술인을 임금근로자와 동일하게 취급하는 것이 가능하다. 즉 당연가입으로 하면서 사용자가 보험료 전액을 부담하도록 하는 것이다. 다시 말하면, 산재보험법 시행령 제122조에서 말하는 “예술활동의 제공 대가로 보수를 받을 목적으로 체결된 계약”을 근로계약으로 의제하는 것이다.

법리적인 차원에서 보더라도 이것은 문제가 없다. 예술인이 이런 종류의 계약에 따라 예술활동을 하는 경우에는 상대방인 보수지급자(기획사, 제작사 등)의 지시와 감독을 받을 수밖에 없다. 계약의 형식이 출연계약이나 도급계약이라고 해서 그 예술인에게 창작의 자유가 온전히 부여되는 것은 아니다. 시나리오나 악보를 나름대로 해석하는 방식을 통해서 자신만의 예술적 자유를 향유할 수는 있겠지만, 그 자유는 시나리오와 악보의 범위, 또는 감독이나 연출의 범위 안에서만 허용된다. 이것은 정신노동을 수행하는 모든 임금근로자에게 공통된 모습이기도 하다.

물론 근로계약을 체결한 예술인은 산재보험에 당연가입하는 것이고, 예술인 특례는 그 외의 경우를 대비한 것이기는 하다. 그러나 특례가 적용되는 대부분의 경우에 그것을 근로계약과 다르다고 확실하게 말할 수 있을까? 전통적으로 예술활동은 자유노동의 가장 대표적인 유형으로서 종속노동과 대척점에 있는 것으로 여겨 왔지만, 오늘날의 산업적 예술 시스템에서는 다르다. 적어도 독립예술인의 경우가 아니라면, 보수를 받고 예술활동을 하는 경우라면, 근로계약과 비근로계약의 경계는 생각보다 희미할 것이다.

아마도 문제는 예술인의 예술활동이 단속적인 경우가 많다는 사정에 기인하는 것이 아닐까. 연극공연기간 동안만, 영화제작기간 동안만 예술 활동과 보수지급의 대가관계가 지속되고, 공연이나 제작이 끝나면 흩어졌다가 다른 공연이나 제작으로 다시 만나는 일이 반복되기 때문에, 웬지 일반 임금근로자로 취급하기에는 좀 곤란한 점이 있다고 생각하는 것이 아닐까. 그러나 그러한 사정은 대부분의 기간제 근로자도 마찬가지이다.

정책적인 차원에서 보더라도, 예술인 산재보험을 임금근로자와 동일하게 취급하는 것은 아무런 문제가 없다. 제작사나 기획사에서 예술인과 출연계약 등을 체결할 때 일반 임금근로자의 경우와 마찬가지로 산재보험 가입을 의무로 하면 된다. 그리고 제작사 등에서 산재보험료를 부담하면 된다. 제작사 측의 비용 부담 문제는 고려될 여지가 없다. 그것은 임금근로자를 고용하는 모든 사용자들이 공히 직면하는 문제이기 때문이다. 산재보험을 비롯하여 사회보험제도 자체를 폐지하자는 것이 아니라면 비용 부담 문제는 제기되어서는 안 된다.

이러한 논리는 예술인만이 아니라 모든 종속자영업자에게 원칙적으로 적용될 수 있는 것이다.

2. 고용보험법

가. 해석론

고용보험법의 적용범위는 “근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장”²⁷⁾이다. 그런데 고용보험법은 여기에서 ‘근로자’가 누구인지는 따로 정의하고 있지 않다. 대신 고용보험법은 ‘피보험자’라는 용어를 사용한다. “고용보험법을 적용받는 사업의 사업주와 근로자”²⁸⁾ 및 고용보험에 가입하거나 가입된 것으로 보는 자영업자²⁹⁾는 고용보험법상의 피보험자가 된다.³⁰⁾

27) 고용보험법 제8조.

28) 보험료징수법 제5조 제1항.

29) 보험료징수법 제49조의2 참조.

근로기준법상의 근로자가 여기에서 말하는 피보험자에 해당한다는 점은 이론의 여지가 없을 것 같다.³⁰⁾ 그리고 우리의 해석론에 따르면 준종속근로자도 근로기준법상의 근로자에 해당하므로 마찬가지로 고용보험법의 적용범위에 포함된다고 해석된다.

(엄격하게 형식논리학적으로 본다면 고용보험법의 적용범위는 근로기준법상의 근로자로 한정되지 않는다. 왜냐하면 고용보험법 제8조의 “근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장”에서의 ‘근로자’와 보험료징수법 제5조 제1항의 “고용보험법을 적용받는 사업의 사업주와 근로자”에서의 ‘근로자’는 같은 범주가 아니기 때문이다. 후자의 ‘근로자’가 근로기준법상의 근로자를 말한다고 해서 곧바로 전자의 ‘근로자’까지도 근로기준법상의 근로자와 동일시되는 것은 아니다. 그러므로 고용보험법 제8조의 ‘근로자’의 개념에 대한 해석론은 개방되어 있다.)

나. 입법론

종속자영업자를 고용보험 의무가입 범위에 포함하는 방안을 고민할 필요가 있다. 프랜차이즈 가맹점주의 경우에는 고용보험을 적용하기 위한 기술적 어려움도 별로 없을 것이다. 우선 가맹본부가 그 소득을 다 파악하고 있으므로 일반 임금근로자와 마찬가지로 소득에 비례해서 보험료를 부과하는 것이 별로 어렵지 않을 것이다. 그리고 가맹계약의 해지를 실업으로 인정하면 될 것이기 때문에 자영업자의 고용보험 적용에서 늘 문제가 되는 실업의 인정도 큰 어려움이 없을 것이다.

3. 사회적 인출권

취업과 비취업을 반복하는 근로자에 대해서는 기존의 사회보험제도로는 보호의 공백이 발생할 수 있다. 물론 비취업 기간에 질병이나 부상을 당하면 그것은 산재가 아니며 건강보험으로 커버하면 충분하다고 할 수

30) 고용보험법 제2조 제1호.

31) 보험료징수법 제2조 제2호 참조.

도 있다. 그러나 산재가 아닌 일반 질병이나 부상으로 취업할 수 없을 때 소득의 상실을 어떻게 보전할 것인가의 문제가 있다. 건강보험에서 상병 급여를 지급하는 제도가 없기 때문에 이런 문제는 더욱 중요하다. 이럴 때 사회적 인출권 개념을 고려할 수 있다.

사회적 인출권은 두 단계로 구성된다. 첫 번째 단계는 근로자가 취업한 기간에 비례하여 근로자의 이름으로 기금을 적립하는 것이다. 기금 적립은 국가, 지방자치단체, 사업주가 공동으로 한다. 두 번째 단계는 근로자가 취업하지 않는 기간 동안 직업교육훈련 및 재취업에 필요한 경제적 지원의 일부를 충당하기 위해서 자신의 이름으로 적립된 기금을 필요한 만큼 금고에서 인출해서 쓸 수 있도록 하는 것이다. 이를 위해서 사회적 인출권 전용카드를 만들어 쓰게 하거나, 일반 신용카드를 사용한 후 전표를 제출하고 정산하는 방식을 도입할 수도 있다.

사회적 인출권은 공무원 복지포인트와 유사한 부분이 있다. 공무원 복지포인트는 매년 지급되며, 모두에게 똑같이 지급되는 기본복지포인트와 근무연수나 부양가족 등 개인차에 따라 차등적으로 지급되는 변동복지포인트로 구성된다. 공무원은 이 복지포인트를 가지고 건강관리, 자기개발, 여가활동, 가정친화 등 필요한 항목에 사용할 수 있다. 이를 위해서 별도의 복지전용카드를 이용하거나 일반 신용카드를 사용한 후에 전표를 제출하고 정산하면 된다.

사회적 인출권은 기존의 산재보험 등 사회보험을 대체하는 제도가 아니다. 기존의 사회보험제도는 취업 중 발생할 수 있는 신체적, 사회적 위험을 대비하기 위한 것이다. 위험이 발생한 경우에만 보험이 적용된다. 반면에 사회적 인출권은 위험의 발생과 상관없이 각자의 사회적 필요를 지원하기 위한 제도이다. 사회적 인출권은 특히 취업과 비취업을 반복하는 경우에 권리의 단절을 방지하는 데 기여한다. 그러므로 사회적 인출권과 기존의 사회보험제도는 양립할 수 있고 또 양립하는 것이 바람직하다.

또한 사회적 인출권은 생산에 직접 기여하는 경제적 노동만이 아니라 비경제적 노동으로서 사회의 필요에 기여하는 사회적 가치 노동, 예를 들어 자원봉사나 이른바 그림자노동에 대해서 그 자체로서의 가치를 적극적으로 인정하는 데 유용하다.

제6절 소 결

기존의 사회법제의 인적 적용범위는 사실상 임금근로자에 한정되어 있어 오늘날의 직업세계에서 일어나고 있는 변화, 즉 ‘고용의 도급화’로 표현되는 현상과 조응하지 못하고 있다. 그러므로 그 적용범위를 문자 그대로의 모든 ‘근로자’에게, 즉 모든 ‘일하는 자’에게 확대할 필요가 있다.³²⁾

이를 위해서는 ‘노무제공자’나 ‘취업자’라는 용어 대신 ‘근로자’라는 용어를 유지하면서 그 외연을 확장해 가는 통합적 용어법이 바람직하다. 종사상의 지위나 계약의 유형에 따라 용어를 다르게 사용하면, 근로자는 임금근로자로 더 한층 국한되는 역효과가 발생할 것이다. 즉 임금근로자는 근로자이지만 특고와 가맹점주는 근로자가 아니라 노무제공자나 취업자일 뿐이라는 인식과 담론이 확산될 것이다. 이것은 바람직하지 못하다. 오늘날의 노동문제는 다양한 노동양식을 포괄하는 보편주의적 관점을 가지고 접근할 때 비로소 제대로 파악할 수 있기 때문이다.

이러한 접근을 가능하게 하기 위해서는 근로기준법과 노동조합법상의 ‘근로자’ 정의 규정을 개정하는 것보다는 차라리 삭제하는 것이 낫다고

32) 적용범위 확대론에 대해서는 언제나 개별적, 구체적 타당성의 문제가 제기된다. 이것은 두 가지 차원을 구별해서 볼 필요가 있다. 첫째, 교정적 정의의 차원이다. 개별적, 구체적 사건에서 사회법제를 적용하는 문제는 교정적 정의의 차원에서 제기되는 문제이다. 즉 해당 근로자가 원래 받았어야 할 몫이 제대로 분배되지 않았을 경우(예를 들어 퇴직금 미지급), 그것을 교정하는 차원의 문제인 것이다. 이 문제는 기본적으로 법원에서 구체적 타당성을 살펴 판단할 문제이다. 이때 주의할 점은 경제적 약자의 동의를 진정한 동의로 간주해서는 안 된다는 점이다. 민사법에서는 그러한 간주가 교정관념으로 되어 있기는 하지만, 노동법은 그러한 간주를 방법론적으로 부정하는 태도 위에서 있기 때문이다. 프랑스의 ‘재규정’, 미국의 ‘재분류’, 독일의 ‘법형식강제’ 등이 모두 그러한 원리를 실현하는 구체적 개념이다. 둘째, 분배적 정의의 차원이다. 사회법제의 적용범위를 확대하자는 논의는 사회 전체 차원에서 노동과 자본 사이에 몫의 분배를 둘러싼 규칙의 정립에 관한 문제로서, 이것은 기본적으로 분배적 정의의 차원에 속한다. 과거에는 임금근로자를 중심으로 규칙을 만드는 것이 분배적 정의에 부합한다고 여겨졌으나, 오늘날에는 여기에 비임금근로자까지 포함해서 규칙을 재정립하는 것이 좀 더 분배적 정의에 부합한다고 보편주의적 접근법은 생각하는 것이다.

본다.

현재와 같이 노동법과 사회보장법이 개별 법률로 분할되어 있는 체제에서는 근로기준법 적용 근로자, 노동조합법 적용 근로자, 노동법 비적용 근로자 등으로 준거법에 따라 근로자의 신분이 구별되는 문제점이 생길 수 있다. 모든 근로자에게는 노동법과 사회보장법이 기본적으로 적용된다는 인식을 정착시킬 필요가 있다. 이를 위해 차제에 노동법과 사회보장법을 각각 ‘노동법진’과 ‘사회보장법진’으로 통합하는 것이 좋겠다.

참고문헌

- 권오성, 「특수형태고용종사자와 근로자성」, 『사회적 대화』, 경제사회노동위원회, 2019년 5~6월호, 52~59면.
- 김 린, 「매점운영자의 노동조합법상 근로자성과 노동조합의 소극적 요건」, 『월간노동리뷰』, 한국노동연구원, 2019년 6월호, 103~107면.
- 김형배, 「골프장 캐디의 노동법상의 지위」, 『노동법포럼』, 제13호, 노동법이론실무학회, 2014, 1~36면.
- 박제성 외, 『외국의 자영업자 사회법제 연구: 프랑스, 스페인, 이탈리아』, 한국노동연구원, 2018.
- 박중희·윤재왕, 「판례의 법형성적 기능과 한계」, 『고려법학』, 제70호, 고려대학교 법학연구원, 2013, 191~239면.
- 유성재·권오성, 「가맹점사업자의 노조법상 근로자성」, 『법학연구』, 제29권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2018, 63~100면.
- 이반 일리치, 『그림자노동』, 사월의책, 2015.

결 론

이상의 논의를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 포용적 접근(강성태)이란 노동법을 취약 자영업자(vulnerable self-employed)에게도 확장함으로써 노동법의 보호가 국민경제와 사회의 불평등과 격차를 완화하는 데 기여하도록 해야 한다는 생각에 기초한다. 보편주의적 접근이 주로 ‘일하는 모든 개인’을 상정한 것이라면, 포용적 접근은 ‘전통적인 근로자와 비슷하게 일하는 자영업자’를 주로 염두에 둔 것이다. 2018년 이후 학습지 교사 판결 등은 포용적 접근의 좋은 사례가 될 것이다.

노동법 적용에서 포용적 접근의 주된 대상은 고용형 자영업자이다. 지난 20년간 근로자성 논의의 초점이 되었던 ‘특고’의 경우, 상당수는 오분류에 해당할 것으로 추측되고, 나머지 대다수는 고용형 자영업자에 속할 것으로 추측된다. 자영업자와 임금근로자의 속성이 혼재하는 노무제공자를 사회법제의 보호 속에 포함시키기 위해 인적 적용 모델을 현행 이분 모델(근로자와 비근로자로 구분)에서 나이테형 모델로 전환할 것을 제안한다.

나이테형 모델은 보호의 내용과 대상을 크게 삼분한다. 사회법제의 보호 내용은 핵심 보호, 중간 보호, 기초 보호로 구분하고, 보호 대상은 임금근로자, 고용형 자영업자, 사업형 자영업자로 구분한다. 임금근로자에게는 모든 보호를, 고용형 자영업자에게는 중간 보호와 기초 보호를, 사업형 자영업자에게는 기초 보호를 적용하는 방안이다. 나이테 모델에서

노동권은 적용 대상의 범위에 따라 보편적 노동권, 포용적 노동권, 핵심적 노동권으로도 부를 수 있다.

이 모델은 사회법제의 적용을 모든 개인적 노무제공자로 확대하는 대신, 노동 보호를 상대화한다. 현실적으로 볼 때 결과적으로 자영업자에 대하여도 사회법제가 본격적으로 적용될 수 있게 된다. 다만 자영업자는 종속성과 독립성의 정도에 따라 보호의 내용과 정도가 상대화되는 결과, 독립성이 강한 자영업자(사업형 자영업자)의 경우에는 기초적인 노동권만 보장된다.

근로기준법상 근로자에 관한 해석론은 근로자에 ‘전속적인 고용형 자영업자’를 포함할 수 있도록 해야 한다. 이를 위해 현재의 판례는 실질 판단을 ‘실질화’하고, 종속성 판단에서 지배권의 현대적 모습을 반영하며, 형식적 징표의 비등가성을 명확하게 표현하고, 자영업자성과의 비교에서 유의할 점을 분명하게 표현하여야 한다. 새로운 입법에서는 근로기준법상 각종 보호를 구분하여 임금근로자, 고용형 자영업자, 사업형 자영업자에게 각각 필요의 정도에 따라 적용한다. 예를 들어 보편적 노동권의 성격을 가지는 노동에서의 기본 원칙(차별금지, 폭행금지, 중간착취 금지 등), 안전과 보건, 연소자 보호, 부모 휴가, 성희롱 및 괴롭힘 금지 등은 모든 노무제공자에게 적용하며, 포용적 노동권의 성격을 가지는 연차유급휴가, 계약의 명시, 해고(해지) 절차 등은 임금근로자와 고용형 자영업자에게 적용하는 것이다.

노동조합법상 근로자에 관한 해석론에서는 노동조합법상 보호를 크게 단결보호와 교섭보호로 구분한 후, 단결보호와 관련한 노동조합법상 근로자의 의미는 경제적 종속성을 중심으로 판단하고 교섭보호와 관련해서는 현행 판례를 조금 고쳐 사용자가 단체교섭 의무를 지기 위한 요소들이라는 점을 분명히 하도록 한다. 후자의 해석론은 노동조합법상 근로자에 고용형 자영업자까지 포용할 수 있도록 해야 한다. 새로운 입법에서는 근로자를 개념적인 것이 아니라 기능적으로 정의한다. 노동조합법의 총론에서 근로자는 “개별적으로 노무를 제공하고 그 경제적 대가로서 생활하는 자”로 정의하고, 단체교섭과 단체협약의 적용에서 근로자는 앞의 정의에서 독립적 자영업자를 제외한다.

직업안정법상 근로자의 해석에서는 임금근로자 외에 고용형 자영업자도 포함되도록 해야 한다. 새 입법에서는 직업안정법상 직업의 범위를 임금근로자의 근로활동이 아니라 국민 일반의 전반적인 소득활동으로 넓혀야 한다. 직업정보제공, 직업소개, 직업훈련 등 고용정책입법의 대상은 원칙적으로 모든 노무제공자(및 그 희망자)로 하여 보편적 노동권의 대상으로 하고, 고용보험 사업은 포용적 보호의 대상으로 하며, 인력공급사업 등에 관한 규제는 핵심적 보호의 대상으로 한다.

산재보험법과 고용보험상 근로자는 근로기준법상 근로자라고 규정하고 있으므로 해석론의 개선은 근로기준법상 해석론의 개선과 동일하다. 임금근로자와 전속적인 고용형 자영업자가 포함될 수 있도록 해석해야 한다. 입법론으로서는 사회보험법은 가장 빨리 모든 노무제공자에게 적용을 확대할 수 있는 영역이다. 물론 지금도 특수형태근로종사자와 중소기업주 등 자영업자에게도 사회보험법이 적용되고 있지만, 이들은 근로자와 다른 범주이다. 또한 사회보험법상 근로자도 근로기준법상 근로자 개념과 기준을 그대로 사용한다. 그러나 고용보험법과 산재보험법은 노무제공 과정에서 인적 종속성보다는 노동시장에서 경제적 종속성의 해결까지 과제로 하는 것이므로 노동조합법상 근로자 개념과 기준을 사용하는 것이 옳다.

한편, 현재 대다수 노동관계법에서 근로자는 근로기준법상 근로자를 준거로 한다. 그러나 포용적 접근에서는 노동조합법상 근로자가 준거로 사용되어야 할 것이다. 직업소개와 구직 등 일할 자리에 관한 규율을 목적으로 하는 직업안정법과 실업 중 생활보장을 목적으로 하는 고용보험법 등은 노동시장에서의 종속성 즉 경제적 종속성의 해결을 목적으로 한다는 점에서 근로기준법보다는 노동조합법에 더욱 친하기 때문이다.

둘째, 목적론적 접근(유성재)에 따르면, 법에 있어서 개념의 형성은 존재론적 관점에서가 아니라, 목적론적 관점에서 이루어져야 한다. 즉, 근로자성 판단의 기준은 전형적인 근로자들에서 공통적으로 발견되는 요소들이 아니라, 근로자와 자영업자의 차이점에서 도출되어야 한다. 또한 근로자 개념은 법의 목적에 따라 달리 형성되어야 한다. 목적론적 접근에서 근로기준법상의 근로자 개념은 ‘경영위험의 자발적 인수’를 기준으로, 그

리고 노동조합법상의 근로자 개념은 '경제적 조직적 종속성'을 기준으로 판단하여야 할 것이다. 입법론적으로 직업안정법 및 사회보험법상의 근로자 개념은 근로기준법상의 근로자가 아니라, 노동조합법상의 근로자와 연동시키는 것이 바람직하다고 본다.

셋째, 노동계약유형적 접근(박은정)은 사회법제의 적용대상을 근로자와 자영업자로 양분할 것이 아니라, 종속적 자영업자라는 범주를 개념적으로 받아들이고자 한다. 이러한 3분론이 정당하다고 생각하기 때문이라기보다는, 법이라는 도구를 사용하기에 좀 더 적절한 방법이라고 생각하기 때문이다. 개념적으로 3분론을 받아들인다고 하여 예컨대 근로기준법이 근로자와 종속적 자영업자를 법 조문상 구분하고 별도로 규정해야 하는 것은 아니라고 보았다. 중요한 것은 여러 근로유형들의 '괜찮은 근로조건'을 어떻게 근로기준법으로 규정하고, 그 규정들을 어떻게 효과적으로 실현시켜나갈 수 있을 것인가이기 때문이다.

이러한 문제의식에 따라 종속적 자영업자를 포섭하는 근로기준법은 근로자와 사용자를 구분하고 근로자에 대한 최저근로조건을 규정하는 법이 아니라, '노동자'(근로자와 종속적 자영업자를 통합하여 이와 같이 부른다)가 사용자와 체결하는 '노동계약'(근로자의 근로계약과 종속적 자영업자의 노무제공계약을 통합하여 이와 같이 부른다)에 유형적으로 접근하며 각 유형에 따른 근로조건을 세분하는 매우 실리적인 법이다. 만약 법으로 규정하는 노동계약에 명확히 부합하는 것이 없다면 가장 유사한 노동계약의 종류를 선택하고, 어떤 노동계약이 노동자에게 적합한 것인지에 대한 입증책임은 사용자에게 있다. 특정 노동계약 유형의 근로조건을 특정 노동자에게 적용한 경우, 해당 노동계약 유형이 해당 노동자의 노동에 부합하는 것임은 사용자가 입증해야 하는 것이다.

다만, 근로기준법 이외 다른 사회법제의 영역은 종속적 자영업자 개념을 충분히 포섭할 수 있는 상태라고 본다. 여기에서 중요한 것은 효과적인 보장이다. 노동조합법에서는 종속적 자영업자를 포섭하는 것을 실질적으로 제한하고 있는 사용자 개념, 단체교섭 창구단일화제도 등을 개선할 필요가 있고, 고용보험법과 산재보험법에서는 보험료 부담과 보험의 적용방식에 대한 고민을 구체적으로 해나가야 할 필요가 있다.

마지막으로 종속적 자영업자에 대한 사회법제의 적용에 큰 역할을 해야 하는 것이 직업안정법이라고 보았다. 종속적 자영업자가 노동계약을 체결하는 주요한 매개체는 일자리 중개형 디지털 플랫폼인바, 실질적인 직업소개업 나아가 근로자공급사업을 수행하고 있는 일자리 중개형 디지털 플랫폼이 노동자들의 여러 근로조건을 보호하기 위한 역할을 수행해야 할 것이라고 보았다.

넷째, 보편주의적 접근(박제성)은 기존의 사회법제의 인적 적용범위가 사실상 임금근로자에 한정되어 있어 오늘날의 직업세계에서 일어나고 있는 변화, 즉 ‘고용의 도급화’로 표현되는 현상과 조응하지 못하고 있다는 문제의식에서 출발하여, 그 적용범위를 문자 그대로의 모든 ‘근로자’에게, 즉 모든 ‘일하는 자’에게 확대하고자 한다.

이때의 ‘근로(노동)’는 단위시간당 돈으로 교환되는 추상적이고 계량적인 근로(임금노동)에 국한되지 않고, 모든 형태의 근로를 포괄하는 보편적이고 통합적인 개념으로 사용된 것이다.

이를 위하여 보편주의적 접근은 ‘노무제공자’나 ‘취업자’라는 용어 대신 ‘근로자’라는 용어를 유지하면서 그 외연을 확장해 가는 통합적 용어법을 선택한다.

종사상의 지위나 계약의 유형에 따라 용어를 다르게 사용하면, 근로자는 임금근로자로 더 한층 국한되는 역효과가 발생할 것이다. 즉 임금근로자는 근로자이지만 특고와 가맹점주는 근로자가 아니라 노무제공자나 취업자일 뿐이라는 인식과 담론이 확산될 것이다. 이것은 바람직하지 못하다고 생각한다. 오늘날의 노동문제는 다양한 노동양식을 포괄하는 보편주의적 관점을 가지고 접근할 때 비로소 제대로 파악할 수 있기 때문이다.

이러한 접근을 가능하게 하기 위해서는 근로기준법과 노동조합법상의 ‘근로자’ 정의 규정을 개정하는 것보다는 차라리 삭제하는 것이 낫다고 본다.

보편주의적 접근에 따르면 현재와 같이 노동법과 사회보장법이 개별 법률로 분할되어 있는 체제에서는 준거법에 따라 근로자의 신분이 구별되는 문제점이 생길 수 있다. 모든 근로자에게는 노동법전과 사회보장법

전이 기본적으로 적용된다는 인식을 정착시킬 필요가 있다. 이를 위하여 차제에 노동법과 사회보장법을 각각 ‘노동법전’과 ‘사회보장법전’으로 통합하는 것이 좋겠다고 제안한다.

◆ 執筆陣

- 박제성(한국노동연구원 연구위원)
- 강성태(한양대학교 교수)
- 유성재(중앙대학교 교수)
- 박은정(인제대학교 교수)

자영업자 사회법제 연구: 사회법제의 인적 적용범위를
중심으로

- 발행연월일 | 2019년 12월 26일 인쇄
2019년 12월 30일 발행
- 발행인 | 배규식
- 발행처 | **한국노동연구원**
300147 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089
- 조판·인쇄 | 도서출판 창보 (02) 2272-6997
- 등록일자 | 1988년 9월 13일
- 등록번호 | 제13-155호

© 한국노동연구원 2019 정가 9,000원

ISBN 979-11-260-0372-3