

## | 사회적 대화 논단 |

# 특수형태고용종사자와 근로자성

권오성 성신여자대학교 법과대학 교수

- 현 한국노동법학회 총무이사
- 현 유니온센터 이사
- 현 라이더유니온 조합원

## 1. 들어가며

특수형태고용종사자를 어떻게 법적으로 보호할 것인가에 관하여 2001년부터 2003년까지 노사정위원회의 ‘비정규근로자대책 특별위원회’와 2003년부터 2005년까지의 ‘특수형태근로종사자 특별위원회’ 논의를 거쳤으나 합의에 이르지 못하였고, 이에 정부는 2007년 의원입법 형식으로 「특수형태근로종사자 보호 등에 관한 법률안」과 특수형태근로종사자 특례 조항을 신설한 「산업재해보상보험법 개정안」을 국회에 제출하였다. 전자는 17대 국회의 회기만료로 폐기되었지만, 후자의 개정안은 국회를 통과하여 2008. 7월부터 시행되었는데, 이로써 ‘특수형태근로종사자’(이하 “특고”라고 약칭함)라는 개념이 실정법에 처음 도입되었다.

이러한 특고는 엄격한 의미의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하는 것으로 보기 어려운 측면이 있어 전통적인 노동법이 전제로 하는 적용대상에 어울리지 않는 측면이 있다. 그러나 이들 또한 노무제공에 의해 노무제공 상대방으로부터 경제적 수입을 거의 전적으로 얻고 있기 때문에 노무제공 상대방에 대해 경제적으로 의존관계에 있는 점 및 노무제공 시 노무제공 상대방에 의한 지휘감독의 정도가 근로자에 비해서는 약하지만 완전히 자유재량으로 노무를 제

공하는 것은 아니기 때문에 여전히 일정한 정도의 사용종속관계가 인정되는 점에서는 전형적인 근로자와 공통점이 있다. 이러한 측면에서 “사장님도 아니야 노동자도 아니야”라는 말이야말로 오늘날 ‘특수형태고용종사자’로 분류되는 노동자들의 상황을 가장 보여주는 말이라 생각된다.

“우리 사회에서 온전하게 노동자로 인정받기 위한 여정은 상당히 험난하다. 사용자가 업무 수행 과정을 지휘·감독해야 하고, 업무 내용이나 근무장소·시간 역시 사용자가 정해야 한다. 게다가 노동자가 비품이나 작업 도구를 소유해서도 안 된다. 손익의 위험을 스스로 안고 있는 경우 역시 ‘정상적인 노동자’로 인정받지 못한다. 그뿐만 아니다. 정해진 기본급이나 고정급이 있고, 사용자가 정한 취업규칙의 적용을 받으며, 다른 사회보장제도 법령에서도 노동자 지위를 인정받아야 하니, 실로 노동자로 인정받기란 하늘의 별 따기요, 그림의 떡이다. 이렇듯 이 사회의 법률체계는 일일이 읊기에 숨이 찰 만큼 복잡하고 엄격한 잣대로 ‘노동자 자격증’을 발급하고 있다.”<sup>1)</sup>

다만, 2019년을 기준으로 보면 적어도 대법원은 몇 개의 유의미한 판결을 통하여 위 인용문이 작성된 2013년에 비해 특고의 노동조합법상 노동자성에 관한 문턱을 현저히 낮추었다. 한편, 특고와 근로자 사이의 차이점을 강조하는 입장에서는 기본적으로 노동법의 규제를 적용하는 것이 아니라 독립된 사업자로서 취급하여야 한다고 파악하지만, 공통점을 강조하는 입장에서는 여전히 노동법의 규제를 받을 수 있는 측면이 있기 때문에 기본적으로는 근로자로서의 성격을 인정하되 그 특수성을 고려하여 규제 방식을 달리할 수 있다는 관점을 취하게 될 것이다. 전자의 관점을 일관되게 관철하면 아마도 특고들이 자신들의 거래조건을 향상시키기 위해 조직한 결사는 카르텔로 평가되어 공정거래법상 제재를 받아야 할 것인바, 이러한 결론이 일반인의 ‘소박한 법감정’에 부합하지 않음은 물론이다. 따라서 적어도 집단적 노사관계의 국면에서 특고는 단결권의 주체인 노동자로 인정되어야 할 것이다. 다만 특고를 노조법의 적용대상으로 포섭할 경우, 현행 노조법은 특고에 그대로 적용하기에는 적합하지 않은 조항 내지 특고에 적용하기 위해서는 수정이 필요한 조항을 다수 포함하고 있어 이러한 조항들에 대한 개정은 필요할 것으로 생각된다.

1) 홍석범(2013), “올타리 밖의 노동자들”, 『사장님도 아니야 노동자도 아니야』, 창비, 2013, p.227.

아래에서는 특고의 노동조합법상 근로자성 판단에 영향을 줄 수 있는 최근의 판례법리의 변경과 향후 특고를 노조법 체계에 포섭함에 있어 규율의 정합성을 위하여 검토가 필요한 사항을 간단히 살펴보기로 한다.

## 2. 노동조합법상 근로자성 판단에 관한 판례법리의 변경<sup>2)</sup>

대법원은 지난 해 학습지교사의 근기법상의 근로자성은 부정하면서, 노조법상 근로자성을 인정하는 취지의 판결을 하였는바(대법원 2018. 6. 15. 선고2014두12598 판결), 이 판결은 골프장 캐디의 근기법상 근로자성은 부정하면서 노조법상 근로자성을 인정한 판결(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결)과 일견 유사해 보이지만, 구체적인 판단내용을 살펴보면 2018년 학습지교사 판결은 아래의 점에서 골프장 캐디에 관한 2014년 판결과 중대한 차이를 보인다.

(1) 2018년 판결은 노조법상 근로자성을 판단함에 있어 '사용종속관계'의 유무를 판단기준으로 삼고 있기는 하지만, '사용종속관계'의 유무를 판단하는 하위표지들에 관해서는 2014년 판결과 차이를 보인다. 즉, ① 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부와 ② 보수의 노무대가성 여부는 두 판결 모두 공통적으로 사용종속관계를 판단하는 하위표지로 사용하고 있으나, 2014년 판결에서는 ③ 노무의 성질과 내용을 사용종속관계를 판단하는 하위표지로 사용한 반면, 2018년 판결에서는 이 표지를 사용하지 않고 있다. 대신 2018년 판결에서는 이전 판결에서 언급된 적이 없는 ㉠ 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·연속적인지가 사용종속관계를 판단하는 하위표지로 사용하고 있다. 이러한 태도는 종래 법원이 노조법상 근로자성이 문제된 사례에서 '사용종속관계'를 근기법상 근로성 판단에서 사용되는 '사용종속관계'의 하위표지들 중의 일부를 사용하여 판단하였

2) 이 부분은 유성재·권오성, "가맹점사업자의 노조법상 근로자성", 『법학연구』제29권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2018, 63면 이하의 일부 내용을 발췌하여 정리한 것이다.

던 것과 구별될 뿐만 아니라, 경제적·조직적 종속성을 판단하기 위한 표지(㉠, ㉡, ㉢, ㉣)들을 '사용종속관계'의 판단지표로 새롭게 추가하였음을 의미한다. 주지하는 바와 같이, 대법원은 근기법상 근로자성과 노조법상의 근로자성을 모두 '사용종속관계'를 기준으로 판단하여 왔다. 그러나 대법원이 근기법상 근로자성을 판단할 때 사용하는 사용종속관계와 2018년 학습지교사의 노조법상 근로자성 판단에 사용한 사용종속관계는 그 내용이 다르며, 그 '사용종속관계'를 판단하기 위한 하위표지들 역시 명백하게 차이가 난다. 그리고 2018년 학습지교사의 노조법상 근로자성에 관한 판결에서 대법원이 사용종속관계의 판단을 위해 사용한 하위표지들은 '경제적 종속성'을 판단하기에 적절한 것들이다. 결국 2018년 학습지교사의 노조법상 근로자성에 관한 판결은 노조법상 근로자개념의 판단기준을 실질적으로는 '경제적 종속성'으로 바꾼 것과 다름이 없다고 본다. 대법원이 이러한 내용적 변화에도 불구하고 '경제적 종속성'이라는 용어의 사용을 꺼린다면, 앞으로 사용종속관계는 '근기법상의 사용종속관계'와 '노조법상 사용종속관계'로 구별하여 사용하여야 혼란을 막을 수 있을 것으로 보인다.

#### 〈표〉 골프장 캐디 판결과 학습지 교사 사건 판결의 비교

대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결 (골프장 캐디의 노조법상 근로자성 판결)	대법원 2018. 6. 16. 선고 2014두12598 판결 (학습지교사의 노조법상 근로자성 판결)
<p>노조법상의 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 그 사용종속관계는 당해 노무 공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없이 ①사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, ②보수의 노무대가성 여부, ③노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정되는 것이다.</p>	<p>노동조합법상 근로자는 타인과의 사용종속관계 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 일방적으로 결정하는지, ㉢노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, ㉣노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, ①사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, ②노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.</p>

(2) 2018년 판결은 “비록 근로기준법이 정하는 근로자로 인정되지 않는다 하더라도, 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 아니할 뿐만 아니라 ‘고용 이외의 계약 유형’에 의한 노무 제공자까지도 포함할 수 있도록 규정한 노동조합법의 근로자 정의 규정과 대등한 교섭력의 확보를 통해 근로자를 보호하고자 하는 노동조합법의 입법 취지를 고려할 때, 참가인의 사업에 필수적인 노무를 제공함으로써 참가인과 경제적·조직적 종속관계를 이루고 있는 원고 학습 지도사들을 노동조합법상 근로자로 인정할 필요성이 있다”고 판시하였는바, 이는 지난 2004년 서울여성노동조합 사건(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결)에서 대법원이 근기법상 근로자성이 인정되지 않는 자 중에서 노조법상 근로자성이 인정되는 자와 그렇지 못한 자를 “노동3권”을 보장할 필요성”을 기준으로 구별하였던 점과 구별된다. 또한, 2018년 판결은 “경제적·조직적 종속관계”를 기준으로 노조법상 근로자로 인정할 필요성을 판단하고 있다는 점도 이전의 판례와 구별된다. 나아가 헌법 제33조에서 노동3권을 보장한 취지를 “집단적으로 단결함으로써 노무를 제공받는 특정 사업자인 참가인과 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있는 권리”를 보장하는 것이라고 판시한 것은 비록 체결된 계약이 고용 또는 근로계약으로 인정되지 않는 경우에도 계약조건에 대한 협상이 필요한 경우에는 노조법상 근로자성을 인정하겠다는 취지로 그 의미가 매우 크다고 할 것이다. 물론, 단결권의 취지와 노조법의 목적을 고려할 때 모든 노무제공자를 노조법상의 근로자로 인정할 수는 없을 것이다. 노조법상의 근로자성이 인정되기 위해서는 노무제공자와 노무수령자 사이의 ‘힘의 불균형’이 존재하여야 한다. 근로3권은 “사용자와 근로자 간의 실질적인 대등성을 단체적 노사관계의 확립을 통하여 가능하도록 하기 위하여 시민법상의 자유주의적 법원칙을 수정하는 신시대적 시책으로 등장”한 것이기 때문이다. 따라서 근기법상의 근로자가 아닌 자로서 노조법상의 근로자로 인정받을 수 있는 자와 그렇지 않은 자를 구별하는 기준은 단체교섭을 통한 계약조건을 유지 또는 향상시킬 필요성 및 가능성을 고려하여 설정하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 근로관계에 준하는 ‘힘의 불균형’, 즉 ‘경제적 종속성’이 노조법상의 근로자성을 판단하기 위한 적합한 기준이라고 생각된다. 여기서 경제적 종속성은 사업의 독립성이 부정됨을 의미하고, ‘사업의 독립성’은 경영위험을 인수하고 그러한 위험을 인수함에 따른 이익을 향유할 수 있을 때에만 인정된다고 생각한다. 따라서 경영위험을 인수하지만 그에 따른 이익을 향유할 수 없는 경우에는 사업의 독립성이 아니라 경제적 종속성이 인정되어야 할 것이다.

이와 같이 변경된 판례법리에 따르면, 종래 특고라고 분류되었던 사람들의 대부분은 대법

원의 2018년 학습지교사 판결이 제시한 기준은 물론 ‘경제적 종속성’을 기준에 의해서도 노조법상 근로자로 인정될 가능성이 높다.

### 3. 향후 특고의 노동권 보장 관련 입법에 있어 고려할 사항

앞에서 본 2018년 판결이 시사하듯, 별도의 입법조치가 없더라도 현행 노조법 제2조 제1호만으로도 종래 ‘특고’로 분류되었던 사람들의 대부분은 노조법상 근로자에 해당할 것이다. 즉, 적어도 노동3권의 적용에 관한 국면에서 특고는 “사장님도 아니야 노동자도 아니야”가 아니라 “노동자”인 것이다. 따라서 특고에 대해서도 노조법상 근로자로서 쟁의권을 포함한 노동3권이 온전하게 보장되어야 할 것이다. 다만, 현행 노조법에는 단체협약의 규범적 효력, 단체협약의 효력확장제도, 교섭창구단일화절차, 유니온숍 조항 등 전형적인 근로자를 전제로 규정된 조항들이 포함되어 있어 현행 노조법을 그대로 유지한 채 특고를 노조법상 근로자에 포함시켜 노동조합을 설립하고 운영하는 것은 이들 조항의 적용의 국면에서 해석상 복잡한 문제를 초래할 것으로 예상된다. 또한, 장래 판례가 재차 변경될 가능성도 배제할 수 없다는 점을 고려하면, 특고의 노동자성을 법률로 규정하여 경성화(硬性化)해 놓는 편이 바람직할 것으로 생각된다. 종래 노조법상 근로자의 개념에 특고를 포함시키려는 취지로 국회에 제출된 법률안은 다음과 같다.

〈표2〉 특고의 근로자성에 관련된 노조법 개정법률안

구분	내용
2012. 7. 심상정 의원안	자신이 아닌 다른 사업주의 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사업주 또는 노무제공을 받은 자로부터 대가를 받아 생활하는 자
2016. 10. 이정미 의원안	1. ‘근로자’라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 근로자로 본다. 가. 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자

구분	내용
	나. 실업상태에 있거나 구직 중인 자 다. 그 밖에 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령으로 정하는 자
2017. 2. 한정에 의원안	1. ‘근로자’라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다. 다만, 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 자는 근로자로 본다. 가. 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자 나. 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령이 정하는 자

생각건대, 노조법상 근로자의 범위를 시행령으로 위임하는 것은 노조법상 근로자의 개념을 노조법에 명문으로 규정하는 방법으로 특고의 지위를 경성화한다는 취지에 부합하지 않는다고 생각된다. 따라서 향후 노조법 개정 시 노조법상 근로자의 개념을 “계약의 형식이나 명칭과 관계없이 상대방에게 노무를 직접 제공하고 그 대가에 의하여 생활하는 자”로 규정하되, 특고의 경우 노무제공 상대방의 특수성으로 인해 기존 노조법 일부조항의 적용이 배제되거나 달리 정해야 하는 경우가 있을 수 있으므로 노조법 내에 특고에 대한 별도의 장(章)을 마련하는 방안이 유익할 것으로 생각된다. 즉, 특고에 대하여도 원칙적으로 노조법을 전면적으로 적용하되, 특고의 특수성을 고려하여 특고에 필요한 조문을 신설(예컨대 단체협약의 규범적 효력, 사용자의 개념)하거나 기존 조문을 변용(전임자제도 등)하는 방식으로 특고의 특수성을 반영할 필요가 있을 것이다.

한편, 특고의 노조법상 근로자성이 긍정되고, 따라서 이들이 조직한 단체가 노조법상 노동조합으로 인정되는 경우에도, 특고가 최종적인 노무의 수령자와 직접 계약을 체결하지 않는 경우에는 최종적인 노무수령자를 상대로 단체교섭을 할 수 없다는 현실적인 문제가 발생한다. 이는 결국 특고와 ‘간접고용’의 두 가지 문제가 겹쳐지는 영역일 것인바, 이는 최근 문제되는 플랫폼 노동과도 밀접하게 관련이 된다. 특고의 입장에서는 노조법상 노동자성 인정이라는 하

나의 언덕을 넘으니, ‘간접고용’이라는 더 큰 산이 기다리는 형국이다. 물론 간접고용 근로자와의 관계에서 사용기업(원청)을 노조법상 사용자로 인정하면 될 것으로 생각할 수도 있을 것이나, 사용기업(원청)의 사용자성을 전면적으로 인정하는 전향적인 판례법리가 나오거나 또는 입법이 이루어진다고 하더라도 이는 단순히 노조법상 사용자 개념의 외연이 넓어지는 것에 그치지 않고, 교섭창구단일화 제도와의 관계에서 특고만의 ‘교섭단위’의 분리를 인정할 것인지, 사용기업(원청) 이외에 하청기업을 단체교섭에 어떻게 도입(引入)할 것인지, 이러한 3자 교섭방식의 규율과정에서 행정기관에 어떠한 권한을 부여할 것인지 등의 복잡한 문제가 발생할 것으로 예상된다. 노조법의 일부 조항을 개정한 방식으로는 이러한 다양한 문제점에 적절하게 대응할 수 없을 것이다. 결국 특고의 노조법상 근로자와 사용기업(원청)을 노조법상 사용자성 등을 포함한 상당한 규모의 법 개정이 필요할 것이다. 나아가 화물차 차주나 간병인 등의 경우 정부를 상대로 한 교섭이 불가결한 경우가 있을 것인바, 이러한 쟁점도 고려할 필요가 있다.

#### 4. 나오며

2018년 판례를 통하여 특고의 노조법상 근로자성 문제는 해석론상으로는 이미 해결이 되었다고 평가해도 무방할 것이다. 그러나 특고가 노조법상 근로자로 인정되었다고 하여 실질적으로 해결된 문제가 많지 않다는 것도 아이러니다. 특고를 통하여 경제적 이익을 취하는 대기업은 대리점이라는 엄폐물 뒤에 숨어 단체교섭을 거부하고 있고, 현행법은 이들을 교섭테이블에 나오게 할 방법을 알지 못한다. 대법원의 ‘전향적인 판례 변경에도 불구하고, 결국은 전면적인 법 개정은 여전히 필요한 상황이다. 이러한 전면적인 법 개정을 위해서는 ‘사회적 대화’가 필요하다. 경사노위의 공과(功過)에 대한 여러 의견이 있지만, 특고의 노동자성 명문화 및 원청의 사용자성 명문화 정도 되는 노조법 개정을 국회에서 알아서 잘 해줄 것으로 기대하기에는 지금까지 국회가 보여준 것이 너무 없지 않은가?