

정책연구
2021-17

자영업자 노동조합 연구

박제성 · 차유미 · 남궁준 · 정영훈

정책연구
2021-17

자영업자 노동조합 연구

박제성 · 차유미 · 남궁준 · 정영훈

한국노동연구원

목 차

요 약	i
제1장 서 론	(박제성) 1
제2장 자영업자 노동조합 실태	(차유미) 5
제1절 서 론	5
제2절 자영업자 노동조합 출현 배경	9
1. 자영업자의 사회경제적 지위 하락	10
2. 노동협상의 필요성	12
3. 노동 및 노동조합에 대한 자영업자 인식 변화	14
4. 자영업자의 인적 구성 변화	17
제3절 자영업자 노동조합의 특성	18
1. 인적 특성 및 노동특성	18
2. 노동정체성	21
3. 최저임금 및 5인 미만 사업장 근로기준법 적용	23
4. 조직형태	24
5. 조직전략	28
제4절 소 결	30
제3장 자영업자 노동조합 유럽 사례	(남궁준) 32
제1절 서 론	32
1. 연구의 배경	32
2. 연구의 목적과 구성	34

제2절 개별 유럽 국가의 규율	35
1. 단결권	35
2. 단체교섭권	36
제3절 유럽연합의 규율	38
1. EU기능조약의 사회정책, EU노동법, 노동3권 규율	38
2. EU경쟁법과 회원국 노동법의 원리적 충돌 가능성	39
3. EU사법재판소의 입장	41
4. EU의 입법적 해결: 유럽집행위원회의 “자영업자를 위한 단체교섭” 제도화 추진	42
제4절 유럽평의회회의의 규율 상황	44
1. 조직과 제도적 배경	44
2. ICTU v. Ireland 사건	45
3. 결정요지: 고용의 현실·규범 인식과 헌장 일반론	48
제5절 소 결	51
 제4장 자영업자 노동조합 일본 사례	(정영훈) 52
제1절 서 론	52
제2절 노동조합법 제정과 노동자 개념 이해	55
1. 1945년 노동조합법 제정 이전의 논의	55
2. 1945년 노동조합법 제정 과정의 노동자 개념에 관한 논의	61
제3절 노동조합법 제정 이후 노동자 개념에 관한 학설, 중노위/ 법원의 입장	64
1. 학 설	64
2. 법원과 중앙노동위원회의 입장	69
제4절 노동자 개념 확장을 위한 시도	72
1. 단체교섭중심주의에 입각한 근로자 개념에 대한 새로운 접근	72
2. 단결권중심론에 입각한 노동자 개념 이해	77
3. 노동법상의 노동자 개념의 통일적 이해를 시도	78

제5절 비임금근로자에 관한 노동입법정책	80
1. 정책 논의의 대상과 논의 상황	80
2. “프리랜서로서 안심하고 일할 수 있는 환경을 정비하기 위한 가이드라인”의 내용	85
제6절 정리: 일본 노동법제도에서의 자영업자의 지위	88
 제5장 자영업자 노동조합의 법적 쟁점	(박제성) 90
제1절 서론적 논의	90
1. 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 노동3권	90
2. 노동3권의 주체	93
3. 자영업자의 노동3권과 공정거래법	97
제2절 단결권: 단체를 조직할 수 있는 “근로자”의 자유권	99
1. 자영업자의 단결권	100
2. 소극적 단결권의 인정	101
3. 불이익 취급의 금지	101
4. 노동조합 설립제도	102
5. 노동조합 조직운영	105
제3절 단체교섭권: 단체로 교섭할 수 있는 “근로자”의 자유권	106
1. 자영업자의 단체교섭권	106
2. 단체교섭의 방식과 단체협약의 효력	107
3. 복수노조의 문제와 대표성 개념	108
제4절 단체행동권: 단체로 행동할 수 있는 “근로자”의 자유권	111
1. 의 의	111
2. 단체행동권의 내용	112
3. 단체행동권의 주체	113
4. 단체행동권의 목적	114
5. 단체행동권의 절차	115
6. 공공서비스	115

7. 민형사책임	115
8. 자영업자의 단체행동권	117
제5절 소 결	118
제6장 결 론	(박제성) 119
참고문헌	121

표 목 차

<표 2-1> 연구 조직(2021년 6월 말 기준)	9
<표 2-2> 2019년 전통시장·상점가 현황	19
<표 2-3> 2019년 전통시장·상점가 점포주 연령 구성 및 평균업력	20
<표 2-4> 자영업자노조 특성 종합	30

요약

연구의 목적을 요약하면 다음과 같다.

2020년 초에 시작된 코로나19 대유행은 자영업자를 노동법의 무대에 등장시켰다. 기존의 애매한 자영업자가 아니라 진정한 자영업자들. 지금까지 노동법이 자영업자에 대해서 관심을 갖는 경우는 이른바 종속적 자영업자의 사례에 국한되어 있었다고 할 수 있다. 예를 들면, 특정 사업주에게 경제적으로 종속된 1인 자영업자, 흔히 “특고”라는 약칭으로 부르는 바로 그 사람들의 사례가 전형적이다. 좀 더 나아가면, 형식상으로는 점포의 사장님이지만 가맹본부의 통제권에 구속되어 있는 탓에 사장님으로서의 진정한 독립성은 영위하지 못하고 있는 가맹점주의 사례도 포함될 수 있겠다. 이 종속적 자영업자들은 바로 그 종속성으로 인해 노동법의 관심을 받을 수 있었다. 반면에 종속성보다는 독립성이 상대적으로 더 강하다고 여겨지는 자영업자는 여전히 노동법의 관심 밖에 놓여 있었다.

2021년 1월에 “한국자영업자노동조합”이 결성되었다는 소식을 들었다. 올 것이 왔다는 생각이 들었다. 한국은 코로나19 대유행에 상대적으로 잘 대응하고 있다고 평가를 받았는데, 그것은 대부분 (공공의료의 비중이 턱없이 낮은 한국의 상황에서는 불가피한 선택이었다고 할 수 있는데) 의료보다는 방역에서의 성과 덕분이었고, 방역의 성과는 (이른바 필수노동자들의 헌신과 더불어) 상당 부분 자영업자의 영업손실을 대가로 삼은 것이었다고 하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 자영업자의 손실에 대한 보상은 충분하다고 여겨지지 않았고, 어떤 식으로든지 자영업자들이 행동에 나설 것임은 충분히 예상되는 일이었다. 그런데 그 형식이 “노동조합”이라니. 왜 협동조합도 있고 협회도 있는데 굳이 노동조합을 조직한 것일까?

단지 노동조합의 법적 권한이 더 강하기 때문일까? 아니면, 한국의 자영업자들이(적어도 그 일부가) “업자”가 아니라 “노동자”로서의 정체성을 인식하기 시작한 것으로 이해해도 되는 것일까?

우리는 이미 다양한 기회를 통해서 자영업자도 노동자(자영노동자)에 속한다는 입장을 밝혔고, 따라서 노동법은 임금노동자만의 법이 아니라 노동자 일반의 법이 되어야 한다고 역설하였다. 그러면서 노동조합 및 노동관계조정법(노동조합법)의 적용범위에 독립 자영업자까지 포함해야 한다는 입법론을 제시하기도 하였다. 그런데 돌연 자영업자 노동조합이 등장한 것이다. 종속적 자영업자들의 노동조합이 아니라 독립적 자영업자들의 노동조합이. 언제나 현실은 서생의 알량한 상상력을 뛰어넘는다. 그런데 우리는 이 문제를 입법론으로서 제시한 것이었지, 현행 노동조합법의 해석론으로 제시한 것은 아니었다. 해석론은 가맹점주에 멈추어 있었다. 그렇다면 독립적 자영업자 노동조합의 법적 지위는 어떻게 되는 것인가? 현행 노동조합법의 해석론으로는 포괄할 수 없으니 노동조합으로 인정할 수 없다고 편리하게 결론을 내리면 충분한가? 그것이 아니라면, 새로운 해석론을 전개하는 데 필요한 법적 토대를 어디에서 구할 것인가?

두 가지 사건이 떠올랐다. 하나는 2020년에 나온 대법원 전원합의체 판결이다. 이른바 전교조 법외노조 사건이라고 부르는 것인데, 이 사건에서 대법원 전원합의체는 헌법 제33조 제1항에서 보장하고 있는 단결권·단체교섭권·단체행동권은 “법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 범규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다.”라는 입장을 천명하였다. 그렇다면 자영업자 노동조합의 법적 지위, 나아가 자영업자의 노동3권도(현행 노동조합법의 해석론으로는 힘드니 입법론을 제시할 수밖에 없다는 식이 아니라) 헌법 제33조 제1항에 대한 해석론으로 직접 설명할 수 있겠다는 생각이 들었다. “구체적 권리”라고 했으니깐.

또 하나는 국제노동기구(ILO)의 단결의 자유 협약(제87호 및 제

98호) 비준이다. 이 국제협약들에 대한 비준은 2021년 4월에 이루어졌고, 이 연구를 기획하는 단계에서는 아직 비준되지 않은 상태였지만, 조만간 비준될 것이 분명했기 때문에(그렇다면 헌법 제6조 제1항에 따라서 국내법과 같은 효력을 가지게 될 것이기 때문에), 자영업자 노동조합의 법적 지위를 검토함에 있어서는 이 협약들을 고려하는 것이 필요하다는 생각이 들었다. 그것은 무엇보다도 이 국제협약들이 노동3권 혹은 협약의 용어대로 하자면 “단결의 자유(liberté syndicale)”를 향유할 수 있는 주체로 정의하고 있는 자는 “임금노동자(employee)”가 아니라 “노동자(worker)”이기 때문이다. 이 노동자(worker)에는 타인에게 고용된 노동자(employed worker)뿐만 아니라, 당연히 자영업자(self-employed worker)도 포함되는 것이기 때문이다. 그러므로 자영업자 노동조합의 법적 지위, 나아가 자영업자의 노동3권은 (실정 노동조합법의 해석론이나 입법론과 독립적으로) 이 국제협약들 그 자체의 차원에서도 검토될 수 있고, 또 검토되어야 하는 것이다.

그 전에, 혹시 다른 나라들도 우리와 비슷한 문제를 겪고 있지 않을까? 우선, 유럽의 사례가 떠올랐다. 최근에 어떤 문헌에서 읽은 바에 의하면, 아일랜드에서 자영업자들이 노동조합을 조직하고 단체교섭을 요구했는데, 아일랜드 정부가 경쟁법(공정거래법) 위반으로 제재했다는 것, 이것이 논란이 되자 유럽평의회 산하의 사회권위원회에서 자영업자의 단체교섭권에 관한 논의를 했고, 그 결과 어떤 입장을 천명이 있었다는 것이다. 우리의 연구에 직접 시사점을 줄 수 있을 것 같았다. 좀 더 자세한 분석이 필요하다고 생각했다.

그리고 보니 일본에서도 유사한 논의가 진행되고 있다는 얘기를 들었던 기억이 났다. 최근에 어떤 학회에서 일본의 노동법 연구자들이 발표한 내용이었는데, 일하는 방식이 다양해지고 있는 현실의 변화에 맞추어 자영업자의 노동3권을 어떻게 보장할 것인가에 대하여 일본의 정부와 학계가 논의를 진행하고 있는 중이라고 한다. 특히 노동조합법과 공정거래법의 충돌을 어떻게 방지할 것인가를 중심으

로 하고 있다고 한다. 다분히 일본 특유의 미시적 접근법이라고 할 수 있는데, 어쨌든 한국과 일본의 법제가 유사한 부분이 많기 때문에 해석론과 관련하여 일본 연구자들의 고민을 들여다보는 것도 도움이 되겠다고 생각했다.

연구의 결과를 요약하면 다음과 같다.

제2장에서 한국자영업자노동조합과 타투유니온 사례를 통해 독립 자영업자 노동조합의 탄생 배경 및 특성에 대해 분석한 결과, 두 노동조합은 인적 특성, 노동의 특성, 조직목표, 조직성격, 노동에 대한 이해 등에서 매우 다른 특성을 갖고 있다는 점이 확인되었다. 그럼에도 불구하고 이 자영업자들이 공통적으로 노동이해대변조직으로 노동조합을 선택한 이유는 변화된 노동환경에서 자신들의 목소리를 강력하게 대변할 새로운 조직의 필요성에 있다. 자영업자들은 자영노동도 임금노동과 다르지 않다고 주장한다. 그래서 자신들에게도 노동조합을 인정하라고 요구한다.

자영업자 노동조합의 법적 성격이 무엇인가? 자영업자도 노동3권의 주체가 될 수 있는가? 직업세계의 변화는 이런 질문을 더 이상 외면할 수 없도록 만든다. 이러한 사정은 한국만의 독특한 사례가 아니다. 지구화 시대에 직업세계를 휩쓸고 있는 변화는 유럽이나 일본 등 기존의 산업선진국이라고 해서 비껴가지 않는다.

유럽은 그동안 상대적으로 노동권의 보장 수준이 높은 곳으로 인식되었다. 하지만 제3장에서 분석한 바와 같이 좀 더 구체적으로 들여다보면 사정이 좀 다르다는 점을 알 수 있다. 단결권 그 자체는 대체로 폭넓게 인정되는 편이지만, 단체교섭과 단체협약은 상대적으로 제약이 심하다. 그것은 무엇보다도 단체협약이 자유로운 시장경쟁을 추구하는 경쟁법의 원리와 충돌한다고 보기 때문이다. 최근에는 직업세계의 변화를 고려하여 노동법과 경쟁법을 새롭게 조정하기 위한 흐름들이 관찰된다. 그것은 기본적으로 종속적 자영업자와 독립적 자영업자를 구분하고, 전자에 대해서는 임금노동자에 준하여 노동권을 보장하되, 후자에 대해서는 경쟁법을 우선한다는 접근법이

라고 할 수 있다.

일본은 어떤가? 일본은 늘 한국의 반면교사 역할을 했다. 헌법의 규정도 비슷하고, 실정법의 구조도 비슷하기 때문이다. 제4장에서 분석한 바에 의하면, 일본에서도 이 문제를 둘러싼 논쟁의 역사가 짧지 않으며, 노동3권의 향유주체로서의 노동자의 범위는 상당히 협소하다는 점을 알 수 있다. 부분적으로는 이 노동자의 범위에 종속적 자영업자를 포함시키려는 움직임들이 없었던 것은 아니지만, 주류적 견해는 여전히 노동3권의 주체를 임금노동자로 한정하는 입장을 견지하고 있다는 점도 알 수 있었다. 그럼에도 불구하고 일본에서도 최근에 변화의 움직임이 관찰된다. 일하는 방식의 다변화를 반영하는 정책이나 제도를 검토하는 자리가 정부 부처와 학계를 중심으로 마련되고 있는 것이다. 이와 관련해서 일본에서도 노동법과 경쟁법의 충돌을 해소하기 위한 논의의 흔적이 발견되는데, 원칙은 노동법상 단체협약의 체결로 인정되는 경우에는 경쟁법의 적용을 배제한다는 것이다. 하지만 아직은 전면적이라기보다는 부분적인 손질에 그치고 있는 것 같다.

제5장은 한국의 상황에서 두 가지 법적 근거(전국교직원노동조합의 법적 지위에 관한 2020년 대법원 전원합의체 판결 및 2021년에 비준한 국제노동기구 제87호 및 제98호 협약)에 기초하여 자영업자의 노동3권에 관한 포괄적인 해석론을 전개하였다. 기본입장은 다음과 같다.

대법원 판결의 취지에 따라 헌법 제33조 제1항에서 규정하는 노동3권을 구체적 권리성을 갖는 자유권으로 해석하고, ILO 단결의 자유 협약의 취지에 따라 그 주체로서의 “노동자”를 “worker”의 의미로 해석한다면, 자영업자의 노동3권도 임금노동자의 경우에 거의 준해서 보장된다고 할 수 있다. 특히 특정 사업주에게 경제적으로 종속되어 있는 1인 자영업자의 경우에는 임금노동자와 달리 취급할 이유가 없다. 다만, 임금노동자를 고용하고 있는 사용자로서의 지위를 겸하고 있는 자영업자는 노동3권의 행사 과정에서 노동자로서의

권리와 사용자로서의 의무가 충돌하는 경우가 발생할 수 있기 때문에, 이를 처리하기 위해 적절한 입법적 조치가 강구될 필요성이 있다. 특히 프랜차이즈 가맹점주의 경우가 그러할 것이다.

제 1 장 서 론

2020년 초에 시작된 코로나19 대유행은 자영업자를 노동법의 무대에 등장시켰다. 기존의 애매한 자영업자가 아니라 진정한 자영업자를. 지금까지 노동법이 자영업자에 대해서 관심을 갖는 경우는 이른바 종속적 자영업자의 사례에 국한되어 있었다고 할 수 있다. 예를 들면, 특정 사업주에게 경제적으로 종속된 1인 자영업자, 흔히 “특고”라는 약칭으로 부르는 바로 그 사람들의 사례가 전형적이다. 좀 더 나아가면, 형식상으로는 점포의 사장님이지만 가맹본부의 통제권에 구속되어 있는 닛에 사장님으로서의 진정한 독립성은 영위하지 못하고 있는 가맹점주의 사례도 포함될 수 있겠다. 이 종속적 자영업자들은 바로 그 종속성으로 인해 노동법의 관심을 받을 수 있었다. 반면에 종속성보다는 독립성이 상대적으로 더 강하다고 여겨지는¹⁾ 자영업자는 여전히 노동법의 관심 밖에 놓여 있었다.

2021년 1월에 “한국자영업자노동조합”이 결성되었다는 소식을 들었다. 올 것이 왔다는 생각이 들었다. 한국은 코로나19 대유행에 상대적으로 잘 대응하고 있다고 평가를 받았는데, 그것은 대부분 (공공의료의 비중이 턱없이 낮은 한국의 상황에서는 불가피한 선택이었다고 할 수 있는데) 의료보다는 방역에서의 성과 덕분이었고, 방역의 성과는 (이른바 필수노동자들의 헌신과 더불어) 상당 부분 자영업자의 영업손실을 대가로 삼은 것이

1) 종속성은 언제나 정도의 문제이다. 종속성이 100퍼센트인 노동자는 적어도 규범적으로는 존재하지 않는다. 아니 존재할 수가 없다. 그것은 이미 노예적 상태를 의미하는 것이기 때문이다.

었다고 하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 자영업자의 손실에 대한 보상은 충분하다고 여겨지지 않았고, 어떤 식으로든지 자영업자들이 행동에 나설 것임은 충분히 예상되는 일이었다. 그런데 그 형식이 “노동조합”이라니. 왜 협동조합도 있고 협회도 있는데 굳이 노동조합을 조직한 것일까? 단지 노동조합의 법적 권한이 더 강하기 때문일까? 아니면, 한국의 자영업자들이(적어도 그 일부가) “업자”가 아니라 “노동자”로서의 정체성을 인식하기 시작한 것으로 이해해도 되는 것일까? 제2장에서 이러한 질문들을 검토할 것이다.

우리는 이미 다양한 기회를 통해서 자영업자도 노동자(자영노동자)에 속한다는 입장을 밝혔고, 따라서 노동법은 임금노동자만의 법이 아니라 노동자 일반의 법이 되어야 한다고 역설하였다. 그러면서 노동조합 및 노동관계조정법(노동조합법)의 적용범위에 독립 자영업자까지 포함해야 한다는 입법론을 제시하기도 하였다.²⁾ 그런데 돌연 자영업자 노동조합이 등장한 것이다. 종속적 자영업자들의 노동조합이 아니라 독립적 자영업자들의 노동조합이. 언제나 현실은 서생의 알량한 상상력을 뛰어넘는다. 그런데 우리는 이 문제를 입법론으로서 제시한 것이었지, 현행 노동조합법의 해석론으로 제시한 것은 아니었다. 해석론은 가맹점주에 멈추어 있었다. 그렇다면 독립적 자영업자 노동조합의 법적 지위는 어떻게 되는 것인가? 현행 노동조합법의 해석론으로는 포괄할 수 없으니 노동조합으로 인정할 수 없다고 편리하게 결론을 내리면 충분한가? 그것이 아니라면, 새로운 해석론을 전개하는 데 필요한 법적 토대를 어디에서 구할 것인가?

두 가지 사건이 떠올랐다. 하나는 2020년에 나온 대법원 전원합의체 판결이다. 이른바 전교조 법외노조 사건이라고 부르는 것인데, 이 사건에서 대법원 전원합의체는 헌법 제33조 제1항에서 보장하고 있는 단결권·단체교섭권·단체행동권은 “법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한

2) 박제성 외, 『자영업자 사회법제 연구: 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, 2019, 178쪽 이하.

다”³⁾는 입장을 천명하였다. 그렇다면 자영업자 노동조합의 법적 지위, 나아가 자영업자의 노동3권도 (현행 노동조합법의 해석론으로는 힘드니 입법론을 제시할 수밖에 없다는 식이 아니라) 헌법 제33조 제1항에 대한 해석론으로 직접 설명할 수 있겠다는 생각이 들었다. “구체적 권리”라고 했으니까.

또 하나는 국제노동기구(ILO)의 단결의 자유 협약(제87호 및 제98호) 비준이다. 이 국제협약들에 대한 비준은 2021년 4월에 이루어졌고, 이 연구를 기획하는 단계에서는 아직 비준되지 않은 상태였지만, 조만간 비준될 것이 분명했기 때문에(그렇다면 헌법 제6조 제1항에 따라서 국내법과 같은 효력을 가지게 될 것이기 때문에), 자영업자 노동조합의 법적 지위를 검토함에 있어서는 이 협약들을 고려하는 것이 필요하다는 생각이 들었다. 그것은 무엇보다도 이 국제협약들이 노동3권 혹은 협약의 용어대로 하자면 “단결의 자유(liberté syndicale)”⁴⁾를 향유할 수 있는 주체로 정의하고 있는 자는 “임금노동자(employee)”가 아니라 “노동자(worker)”이기 때문이다. 이 노동자(worker)에는 타인에게 고용된 노동자(employed worker)뿐만 아니라, 당연히 자영업자(self-employed worker)도 포함되는 것이기 때문이다. 그러므로 자영업자 노동조합의 법적 지위, 나아가 자영업자의 노동3권은 (실정 노동조합법의 해석론이나 입법론과 독립적으로) 이 국제협약들 그 자체의 차원에서도 검토될 수 있고, 또 검토되어야 하는 것이다.

이러한 내용들을 제5장에서 검토할 것이다.

그 전에, 혹시 다른 나라들도 우리와 비슷한 문제를 겪고 있지 않을까? 우선, 유럽의 사례가 떠올랐다. 최근에 어떤 문헌에서 읽은 바에 의하면, 아일랜드에서 자영업자들이 노동조합을 조직하고 단체교섭을 요구했는

3) 대법원 전원합의체, 2020. 9. 3., 2016두32992.

4) 한국에서는 주로 “결사의 자유”라는 용어를 많이 쓰는데, 이것은 영어본의 “freedom of association”을 번역한 것으로 보인다. 반면에 불어본은 “liberté syndicale”이라고 한다. “liberté”는 “자유”라는 뜻이고, “syndicale”은 노동자단체(노동조합)와 사용자단체를 의미하는 “syndicat”의 형용사적 표현이다. 그래서 “단결의 자유”로 번역했다. 제87호 협약과 제98호 협약이 겨냥하고 있는 것은 일반적 결사의 자유가 아니라, 노동자와 사용자의 직업적 결사의 자유 및 그것의 폭과 깊이에 관한 것이다.

데, 아일랜드 정부가 경쟁법(공정거래법) 위반으로 제재했다는 것, 이것이 논란이 되자 유럽평의회 산하의 사회권위원회에서 자영업자의 단체교섭권에 관한 논의를 했고, 그 결과 어떤 입장의 천명이 있었다는 것이다. 우리의 연구에 직접 시사점을 줄 수 있을 것 같았다. 좀 더 자세한 분석이 필요하다고 생각했다.

그리고 보니 일본에서도 유사한 논의가 진행되고 있다는 얘기를 들었던 기억이 났다. 최근에 어떤 학회에서 일본의 노동법 연구자들이 발표한 내용이었는데, 일하는 방식이 다양해지고 있는 현실의 변화에 맞추어 자영업자의 노동3권을 어떻게 보장할 것인가에 대하여 일본의 정부와 학계가 논의를 진행하고 있는 중이라고 한다. 특히 노동조합법과 공정거래법의 충돌을 어떻게 방지할 것인가를 중심으로 하고 있다고 한다. 다분히 일본 특유의 미시적 접근법이라고 할 수 있는데, 어쨌든 한국과 일본의 법제가 유사한 부분이 많기 때문에 해석론과 관련하여 일본 연구자들의 고민을 들여다보는 것도 도움이 되겠다고 생각했다.

비교법 연구는 제3장(유럽)과 제4장(일본)에서 다룰 것이다. 비교법 연구에서는 법제의 차이도 고려되어야 하겠지만, 무엇보다도 현실의 상이함이 그 폭과 깊이에서 신중하게 고려되지 않으면 안 될 것이다.

제6장은 각 장의 내용을 요약하고, 정책적 방안 혹은 나중의 후속연구를 위한 학술적 기여를 제시할 것이다.

제 2 장

자영업자 노동조합 실태

제1절 서 론

전통적으로 노동조합은 임금노동자의 전유물이었다. 종속성을 특성으로 하는 임금노동자는 노동조합을 통해 힘을 결집하고 원하는 목표를 성취해 왔다. 이 때문에 노동조합은 스스로 일할 날과 일하는 방식을 정하는 자영업자의 영역이 아니었다. 그러나 자유와 독립의 상징인 자영업자가 종속성을 갖게 되면서 임금노동자와의 경계가 모호해지고 사회경제적 기반이 취약해짐에 따라 ‘자영업자 노동조합’이라는 새로운 영역이 열리고 있다.

ILO(2018)는 단결의 자유 대원칙으로 모든 ‘일하는 사람들(all workers)’이 단결의 자유권을 향유할 수 있어야 함을 천명하고 있다(para.327). 그리고 ‘일하는 사람’의 범위에 임금노동자는 물론이고 고용관계가 존재하지 않는 자영업자(self-employed workers) 및 자유 전문직 종사자(liberal professions)까지 포함하고 있다(para.330, 387). 따라서 (종속성이 없는) 자영업자의 노동조합을 금지하는 것은 ILO 협약 제87호에 반하는 것으로(para. 389), 각국 정부는 자영업자가 단결의 자유권을 향유하도록 필요한 조치를 취해야 한다(para.388). 우리나라는 2021년 단결의 자유에 관한 기본협약 제87호와 제98호를 비준함에 따라 그간 노동조합 인정 여부를 두고 다뤄왔던 특수고용직은 물론 플랫폼노동 종사자, 프리랜서, 가맹점주, 독립 자영업자까지 단결권을 누릴 수 있도록 국내법을 개정해야 하는 과

제에 직면했다.

우리 사회에서 자영업자의 단결권은 아직 특수고용직에 머물러 있다. 비임금노동자에게도 노동조합 가질 권리를 허용하라는 포문을 가장 먼저 열어젖힌 이는 특수고용직이다. 화물기사와 덤프기사를 비롯하여 학습지 교사, 골프장 캐디 등 특수고용직이 2000년대 초 처음으로 노동3권을 요구하며 전국적인 투쟁을 전개했으니 그 역사만 벌써 20년이다. 일반적으로 특수고용직은 1998년 외환위기 이후 노동의 외부화 흐름과 함께 1인 자영업자로 전환되는 경로를 밟았다. 이들은 고용관계가 해지된 이후에도 대기업에 전속되어 이전과 유사한 방식으로 노동을 제공했기 때문에 종속적 특성이 더 가시적으로 드러난다. 특히 최근 기술발달과 노동제공 방식의 변화로 노동법 적용에서 제외되는 사람들이 증가하면서, 특수고용직에 대하여 사회적 안전망을 제고해야 한다는 공감대가 널리 확산되었다. 이러한 공감대에 힘입어 특수고용직 노동기본권 보장 공약을 내건 문재인 정부 출범 이후 택배노조, 대리운전노조, 라이더유니온, 보험설계사노조 등이 잇따라 합법노조로 인정되었다. 2020년에는 대리운전노조와 택배기사노조 등이 단체협약 및 사회협약을 체결함으로써 특수고용직의 노동3권은 이제 보편적 노동권으로 자리 잡은 듯하다.

다양한 종류의 자영업자 중 플랫폼노동 종사자와 프리랜서 그리고 가맹점주 일부는 임금노동자와 자영업자의 속성을 동시에 공유한다. 물론 통제방식 및 종속성 수준이 서로 다르기는 하지만 이들은 계약서와 매뉴얼, 재계약 등에 의해 플랫폼 업체, 고객, 가맹본부에 종속되어 있다는 측면에서 종속적 자영업자 영역으로 함께 묶을 수 있다. 플랫폼노동 종사자와 프리랜서 일부는 종속적 특성이 더 가시적이지만 개인화 특성이 강하고 노동조합 접근성이 떨어지는 특성을 갖고 있다. 가맹점주의 경우 업무가 단순한 편의점 가맹점주는 물론이고, 자본과 기술을 상당히 보유한 자동차정비 가맹점주에서도 일정한 종속성이 발견된다(김철식, 2018; 차유미, 2020). 그렇지만 우리 사회에서 가맹점주는 일반적으로 (독립)자영업자로 인식되어 왔다. 많은 자본을 투하하고 생산수단을 갖고 있으며 피고용인을 둔다는 점에서 외관상 자영업자에 더 가까워 보이기 때문이다. 이러한 이유로 플랫폼노동 종사자, 프리랜서, 가맹점주 등 종속적 자영업자

들은 자신들의 노동이해대변조직으로서 노동조합보다는 주로 협회나 협동조합과 같은 조직을 선택해 왔다.

이러한 가운데 우리나라에도 고용관계가 존재하지 않는 독립 자영업자들이 노동조합을 결성하고 있어 주목을 받는다. 대표적 사례로 한국자영업자노동조합(위원장 봉필규)과 전국화확섬유식품산업노동조합(화섬식품노조), 타투유니온지회(지회장 김도윤), 글로벌스마트미디어노동조합(위원장 박용우) 등을 들 수 있다. 글로벌스마트미디어노조가 2019년 1인 미디어 보장 법안 제정을 요구하며 먼저 결성되었고, 다음 해인 2020년 타투유니온지회가 행복추구권 및 직업선택의 자유 보장을 요구하며, 2021년에는 한국자영업자노조가 코로나19에 따른 손실보상 적용 및 사회안전망을 요구하며 출범했다. 글로벌스마트미디어노조는 유튜버와 마을방송기자 등 1인 미디어 제작자들로, 타투유니온은 타투이스트들로 구성되어 있다. 한국자영업자노조는 학원과 호프집, 미용실, 당구장, 요식업, PC방 등 일반상가와 상점가⁵⁾·전통시장 상인들이 함께 참여하고 있다.

독립 자영업자들의 노동조합 결성은 임금노동자만이 노동조합을 가질 수 있다는 종래의 관념을 전복시킨다. 물론 이에 앞서 특수고용직 노동조합과 여성노조 등 비임금노동자들로 구성된 노동조합이 존재하기는 했지만, 이들 모두 임금노동자의 특성인 종속성과 전속성을 일정하게 공유했다. 이에 반해 독립 자영업자만으로 구성된 노동조합의 출현은 종속성을 전제로 하지 않아도 단결권을 향유할 수 있음을 실제적으로 보여주며, 노동 및 노동조합에 대한 기존 관념에 강력한 균열을 낸다. 이들 자영업자는 고용관계가 존재하지는 않지만 자영노동이 임금노동과 다르지 않음을, 자영노동을 하기 때문에 자영노동자임을, 그래서 자영노동자인 자영업자도 노동조합을 가질 수 있음을 주장함으로써 기존 고용노동 중심 사고의 대전환을 요구한다.

그간 소상공인-노동자 간 공동 활동이 없지는 않았지만, 둘의 관계는

5) “상점가”는 2,000㎡ 이내의 가로 또는 지하도에 30개 이상의 도소매점포 또는 용역점포가 밀집하여 있는 지구를 말한다(유통산업발전법 제2조 및 동시행령 제5조). 2020년 8월부터 소상공인이 운영하는 점포(도소매업, 용역 등 업종 불문) 30개 이상 밀집된 먹자골목과 음식거리 등 골목형상점가도 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」의 지원대상으로 편입되었다.

연대·협력적 관계라기보다는 대립적 관계에 더 가까웠다. 두 집단의 대척은 최저임금 인상 시기에 절정을 이룬다. 자영업자들은 일반적으로 노동계의 집단적 노동조합 활동과 복지확대에 부정적인데, 특히 저학력-저소득 하층 자영업자들이 노조에 가장 큰 반감을 보인다(이병훈·신재열, 2011; 최영준, 2017). 노동자 정체성이 강하고 노동조합에 좀 더 우호적인 특수고용직과 달리, 영세 독립 자영업자들은 자영업자 정체성이 강하고 노동조합에 비우호적이다. 그런데 그러한 성향을 갖고 있는 영세 독립 자영업자들이 왜 스스로 노동자임을 자처하며 단결권을 주장하는가? 가맹점주나 플랫폼노동 종사자 혹은 프리랜서들은 임금노동자에게만 노동조합을 허용하는 우리 법체계의 현실을 인정하고 협회나 협동조합을 통해 자신들의 목소리를 내왔는데 독립 자영업자들은 왜 노동의 영역으로 자리 이동을 피하는가? 본 연구는 이 질문에 대한 답을 쫓는다. 본 연구는 독립 자영업자 노동조합 출현 배경과 자영노동의 특성, 자영업자의 노동정체성, 자영업자 노동조합의 특성을 분석한다. 이를 통해 자영노동자 및 자영노동조합에 대한 이해를 높이고 자영노동자의 노동기본권 및 사회안전망 확보 필요성과 실질적 대안을 모색할 수 있다. 본 연구는 이를 위한 기초자료 제공을 목적으로 한다.

이 연구를 위한 주 연구대상은 한국자영업자노동조합과 타투유니온지회이다. 한국자영업자노동조합 상급단체는 애초 공공서비스노동조합총연맹(공공노총. 위원장 이충재)이었지만, 2021년 4월 29일 공공노총이 한국노총과 통합하면서 현재 한국노총 전국연대노조⁶⁾ 지부로 편제되어 있다. 타투유니온은 민주노총 화섬식품노조 지회로서, 현재 당면한 최고 활동목표는 직업활동 보장이다. 1992년 대법원이 타투행위를 의료행위로 판단함으로써 비의료인인 타투이스트의 직업활동이 제대로 보장받지 못하고 있기 때문이다.

6) 전국연대노조는 한국노총 최초의 직할 전국단위 일반노동조합이다. 기업별 노조체계의 한계로 노동조합 설립 및 가입이 어려운 비정규직과 특수고용직, 플랫폼종사자, 프리랜서, 중소기업사업장 노동자 중심으로 구성되어 있다. 이들의 노동조건 개선을 위한 법·제도 개선 활동을 위해 2020년 10월 14일에 설립되었으며, 한국노총의 지원 강화를 위해 한국노총 김동명 위원장이 연대노조 위원장을 겸직하고 있다.

〈표 2-1〉 연구 조직(2021년 6월 말 기준)

조직	대표자	구성원	목표	조합원	설립일
한국자영업자노동조합	봉필규	전통시장, 골목상가 등 상인	생활임금, 사회 안전망 보장	1,000	2021. 1.
화섬식품노동조합 타투유니온지회	김도윤	타투이스트	직업활동 보장	470	2020. 2.
한국프리랜서 사회적협동조합	안창용	방송촬영감독, 방송작가, 디자이너, 학원강사 등	안정적 일감수주, 노동자 인정	-	2021. 2.
글로벌스마트미디어 노동조합	박용우	유튜버, 마을방송 기자 등 1인 미디어 종사자	1인 미디어 법안 제정 및 안전망 구축	200	2019. 12.

주: 한국프리랜서 사회적협동조합은 조직 정비 중에 있으며 아직 사회적협동조합으로 인가받지 못함.

본 연구의 주 분석대상은 한국자영업자노동조합과 타투유니온지회 2개 조직이다. 다만 서로 다른 특성을 갖고 있는 자영업자 간 노동정체성과 조직운영 차이점을 비교하기 위해 인터뷰는 프리랜서 협동조합, 글로벌 미디어노동조합, 전국상인연합회 지회, 시장 상인 등으로 확대하여 진행했다(표 2-1 참조). 인터뷰는 2021년 4월부터 6월까지 진행했다.

제2절 자영업자 노동조합 출현 배경

노동이해대변조직은 이해대변의 주체가 기존 노동조합 행위자인지 새로운 주체인지, 조직의 형태가 노동조합인지 노동조합이 아닌지에 따라 4개 유형으로 구분할 수 있다(박명준 외, 2014). 한국자영업자노동조합과 타투유니온지회는 독립 자영업자라는 새로운 주체 주도로 형성된 노동조합 유형의 이해대변조직이다. 현재 우리나라 법체계는 독립 자영업자 노동조합을 인정하지 않기 때문에, 자영업자 노동조합은 자칫 합법성 논란으로 자원과 역량이 비효율적으로 소진될 가능성이 높다. 타투유니온의

경우 합법성 논란을 피하기 위해 의도적으로 산별노조를 선택한 것은 아니지만, 산별노조 지회 가입 방식을 통해 결과적으로 합법성에 따른 소모전을 비켜갔다. 그러나 한국자영업자노동조합의 경우 이미 안양시가 한 차례 설립신고증을 반려했고, 이로 인해 합법성 획득이 장기화될 경우 자칫 노동조합 활동에 걸림돌이 될 수도 있다. 그러함에도 자영업자들이 자신들의 이해대변 조직으로서 노동조합을 선택한 이유와 배경은 무엇일까? 아래에서 자영업자 노동조합이 출현하게 된 사회·경제·주체적 환경 및 요인을 분석한다.

1. 자영업자의 사회경제적 지위 하락

불과 이십여 년 전만 하더라도 자영업은 임금노동자들이 가장 선호하는 직업 중 하나였다. 소득이나 사회경제적 지위도 괜찮았고, 무엇보다 사측의 감시감독과 통제에서 벗어나 자유롭게 일할 수 있었기 때문이다. 그러나 1990년대 말 노동유연화로 노동시장에서 퇴출된 사람들이 자영업 시장에 대거 진입하면서 지각변동이 시작됐다. 1998년 취업자 중 자영업자 비율은 38.3%까지 치솟았다. 자영업시장의 과당경쟁은 높은 폐업률로 이어지면서 자영업자의 노동안정성이 극도로 취약해졌다. 이후 자영업자 비율은 2020년 24.4%(657만여 명)까지 꾸준히 감소했지만 아직도 OECD 평균에 비해 약 10%p가량 높다. 이러한 시기를 거치면서 자영업은 불안정한 저소득 일자리로 전락했고, 자영업으로 진입한 사람들의 사회경제적 지위는 급기야 임금노동자와 역전되었다. 한국은행의 제도부문별 소득계정(명목)에 따르면, 2000년부터 2019년까지 임금노동자 노동소득이 연평균 6.7% 증가한 데 비해 자영업자 사업소득은 0.96% 인상에 그쳤다. 지난 20여 년간 자영업자 소득이 거의 정체상태에 머무른 것이다. 이로 인해 2019년(소득기준 2018년) 자영업자 평균 사업소득(2,726만 원)은 임금노동자 노동소득(4,109만 원)의 66.3% 수준으로 떨어졌다(임용빈, 2020). 임금노동시장의 열위자들은 자영업시장으로 밀려났고, 자영업시장의 열위자들은 다시 일용직이나 실업자로 전환했다. 이미 2011년 조사에서 영세자영업자의 위험대응(13.17점) 정도가 주부·무직·학생(14.04점) 및

단순노무직(14.12점)보다 약하고, 위험경험과 불안수준 그리고 위험대응 박탈감은 단순노무직과 함께 가장 높은 층에 해당되는 것으로 조사되었다(김영란, 2011). 통계청의 가계금융복지조사에 따르면 2020년 기준 자영업자의 평균부채는 1억 1,800만 원이고, 자영업자 가구의 저축액 대비 금융부채 비율은 112.2%로 상용노동자(77.4%) 및 임시·일용직(82.9%)보다 훨씬 높다. 이러한 상황에서 코로나 확산방지를 위해 1년 가까이 집합금지 규제를 감내하던 자영업자들이 매출액 감소 및 폐업자 속출로 불안감과 박탈감이 극대화되자 2021년 1월 초부터 집단행동을 함으로써 사회적 행위가 가시화됐다. 한국자영업자노동조합은 바로 이 혼란의 한가운데에서 출범했다. 이런 측면에서 자영업자 노동조합의 출범은 자영업노동시장의 상황을 알리는 적색 경보등이자 위험에 빠진 자영업자의 구조요청이라고 볼 수 있다.

“36년째 장사하고 있는데 지금은 마진이 없어요. 1986년부터 26년 동안 란제리 속옷 장사를 했는데 IMF 이후부터 장사가 잘 안됐지…. 젊었을 때는 만 거 해보려고 해도 기술이 없으니까 아무것도 할 게 없는 거야…. 야 이거 밥 못 먹고 살겠다 싶어서 업종을 바꾸게 됐죠. 2012년 생닭·오리 판매로. 단골이 많은데도 하루에 40만 원 팔아봐야 (순이익이) 10만 원 벌이가 바쁜 거야. 두 내외가 아침부터 하루종일 해도, 생활비에 월세 50~60만 원, (냉동창고) 전기세 18만 원…. 그러니 빚 안 지고 살면 잘 하는 거야.” (이O훈, 청주 사창시장 상인회장 겸 전국상인연합회 충북지회장. 2021. 4. 23. 인터뷰)

“색소폰, 트럼펫, 플룻 같은 관악기 음악학원을 했는데요. 코로나 때문에 입으로 부는 악기 학원은 영업이 금지됐어요…. 2주 후 끝나는 줄 알았더니 기다리래. 기다렸어. 또 기다리래. 2주 연장이 20번이 넘어 그렇게 1년이 됐어. 결국 학원을 접었어요…. 1년 거치 4년 상환으로 대출 3,600(만 원) 받았는데 당장 다음 달부터 월 80~90만 원씩 내야 되더라고요…. 정부지침을 철저히 따랐는데 (자영업자 생계대책은) 손놓고 있으니 정말 황당하죠. 이건 아니다. 내가 잘못된 것도 아니고…. 자영업자 본연의 목소리를 낼 수 없을까 해서 노조에 가입했죠.” (안O학, 한국자영업자노조 수석부위원장. 2021. 4. 27. 인터뷰)

2. 노정협상의 필요성

자영업자 노동조합 탄생 배경의 두 번째 요인으로 위험사회에서 자신들의 요구사항을 관철하기 위해 정부를 대상으로 협상할 수 있는 강력하고 자주적인 이해대변조직의 필요성을 꼽을 수 있다. 자영업 문제는 자영업자 개인이 어찌해볼 수 없는 임금노동시장의 구조와 밀접히 관련돼 있다. 국내 자영업 선택요인에 관한 기존 연구에 따르면, 자영업은 외환위기 이후 대체로 경기악화 및 실업증가와 정(+)의 관계를 보이며 떠밀림이론(push theory)을 지지한다.⁷⁾ 임금노동시장 열위자들은 임금노동시장의 차별적 구조에 따른 소득수준 하락 및 실업을 피하기 위해 결국 자영업을 선택한다. 자영업의 과당경쟁과 높은 위험부담을 알면서도 자영업을 선택하는 것은 임금노동시장에서 괜찮은 일자리를 찾을 수 없기 때문이다. 이 말은 자영업자의 어려움이 경기변동과 임금노동시장을 제대로 관리하지 못한 정부정책의 한계 내지 실패와 관련된다는 측면에서 정부 책임론과 연결된다. 자영업자에 대한 정부의 대책 마련 요구는 코로나19를 거치면서 절정에 이르렀다. 정부는 코로나19 확산방지를 위해 고위험 업종 영업을 금지하거나 영업시간을 제한했고, 이를 위반하는 사업주에게는 벌금이 부과됐다. 자영업자들은 경영난에 맞서 인원감축과 운영자금 대출, 휴업으로 버텼지만 코로나19가 장기화되면서 속절없이 무너져 갔다. 그럼에도 손실보상 적용을 요구하는 자영업자들의 목소리는 수용되지 않다가, 2021년 7월 뒤늦게야 법안이 통과되었다. 그렇지만 그 이후에도 보상 수준을 둘러싸고 논란이 지속됐다. 자영업자들은, “공공필요에 의한 재산권의 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급해야 한다”(제23조 제3항)는 대한민국 헌법을 정부가 이행하지 않음으로써 국민 기본권을 침해하고 있다고 비판한다.

자영업자 노동조합 설립 필요성 및 정당성 논리는 바로 이 지점에서 성립된다. 자영업 문제는 임금노동시장의 유연화 등 자영업자 개인이 어

7) 최근에는 끌어들이기 가설과 밀어내기 가설의 효과가 복합적으로 나타난다는 결과도 종종 보고되는데, 특히 우리나라 청년층 자영업 노동시장에서는 밀어내기 가설보다는 끌어들이기 가설이 더 유용한 것으로 나타난다(신재열·김종성, 2020).

찌지 못하는 구조적 위험 속에서 확대됐기 때문에, 그리고 자영업자들의 어려움은 정부지침에 따라 정부정책을 이행하면서 심화되었기 때문에, 국가가 자영업자의 어려움을 타개하기 위해 더욱 적극적인 생계대책 방안을 내놓는 것이 정당하다는 논리로 연결된다. 그리고 국가가 대안을 마련할 수 있도록 촉구하기 위해 국가와 직접 협상할 수 있는 더 강력하고 자주적인 이해대변 조직이 요구된다는 점에서 노동조합의 필요성을 주장한다. 소상공인조직으로 소상공인연합회 등이 존재하기는 하지만, 실질적으로 소상공인들의 어려움을 대변하기에는 자주성과 민주성에서 한계가 명확하기 때문에, 정부와의 공식협상을 통해 자영업자들의 요구사항을 달성하기 위해서는 제도적으로 협상이 보장되는 노동조합이 더 적절하다는 판단이다. 소상공인들은 권력자원을 확대하기 위해 2019년 소상공인 정당 창당을 추진했지만, 내부 이견으로 무산된 바 있다.

“헌법에는 근로의 의무가 있잖아요. 물론 노동형태는 다르지만 이 말은 전 국민이 근로를 하는 근로자라는 말이고. 그럼 국가는 당연히 국민의 근로 의무에 상응하는 적절한 생활보장 책무를 갖는 거구요.... 그러니까 크게 보면 (노사관계를) 국가와 국민 관계로 볼 수도 있는 거예요.... 이 코로나 시대에 많은 자영업자들이 고통을 받고 사각지대에 있는데 우리가 자주적으로 할 수 있는 게 뭐냐, 우리 문제를 해결할 수 있는 여지가 큰 게 뭐냐, 그래서 노동조합을 만든 거죠.” (박용우, 글로벌미디어노동조합 위원장, 2021. 4. 1. 인터뷰)

타투이스트 역시 타투협회라는 기존 조직이 존재함에도 노동조합을 설립한 가장 큰 이유는 정부와 담판 지을 강력한 힘의 필요성 때문이다. 그동안 법·제도 개선 지체에 따른 피해와 고통은 타투이스트에게 고스란히 떠넘겨졌다. 1992년 대법원이 타투를 의료행위로 판단한 후(대법원, 1992. 5. 22., 91도3219) 비의료인에 의한 문신행위는 무면허 의료행위에 해당되어 의료법과 보건범죄 단속법에 따라 처벌되어 왔는데, 한국타투협회 추정에 따르면 연간 300여 명의 타투이스트들이 불법시술로 적발된다. 타투이스트들은 타투 이용자가 100만 명이 넘을 정도로 타투에 대한 국민인식 및 문화가 변화했음에도 30년 동안 꿈쩍도 않는 법과 제도 개선

을 위해 더 강력한 목소리와 조직이 요구되는데 그것을 확보할 수 있는 조직체가 노동조합이라고 말한다.

“스무 살 아이들이 징역 받고 벌금 받고 전과자 되고, 그 과정에서 우울증 때문에 자살하는 친구들이 1년에 몇 명씩 나와요. 우리는 이렇게 목에 칼이 들어와 있는데 협회나 사단법인은 약해요. 집단행동 할 수 있는 권리를 주고 이익집단의 이익을 우선시할 수 있게 헌법이 보장해 주는 집단은 노동조합밖에 없어요…. 우리는 힘 있는 조직이 필요하고 연대도 필요하고 노하우도 필요한데, 입법부·행정부·사법부와 맞짖 뜰 수 있는 조직은 대한민국에서 총연맹밖에 없다, 가장 크고 힘 있는 연대는 결국 노동조합일 수밖에 없다, 이걸 설득하는 데 오래 걸리지 않아요.” (김도윤, 화섬식품노동조합 타투유니온 지회장. 2021. 4. 27. 인터뷰)

자영업자들은 자신들의 문제를 해결하기 위한 강력한 조직의 필요성 때문에 노동조합을 선택했다. 노동조합법은 노동조합이 자신들의 요구조건을 안건으로 올려 협상할 것을 제도적으로 보장한다. 자신들의 요구사항을 공식적으로 이야기하고 논의할 수 있는 창구가 보장되지 않은 그들에게 강력한 조직은 대화의 제도적 보장에서 시작한다. 자영업자 노동조합의 등장은, 사회적 안전망에서 벗어난 불안정 노동 및 소득 불평등이 확대될수록 노동조합을 포함한 다양하고 강력한 형태의 이해대변조직이 증가할 수 있음을 보여준다.

3. 노동 및 노동조합에 대한 자영업자 인식 변화

독립자영업자 노동조합이 등장하게 된 세 번째 요인으로 노동 및 노동조합에 대한 자영업자의 인식 전환을 들 수 있다. 노동에 대한 자영업자의 기존 인식 전환에는 1인 자영업자의 증가 및 특수고용직 노동조합 인정 추세가 큰 영향을 미쳤다.

먼저, 1인 자영업자의 증가는 자영업의 영세화를 촉진함으로써 자영업자에 대한 사회적 보호의 필요성을 높였다. 신자유주의 도래와 함께 국내 대기업들은 1990년대 말부터 고용유연화 전략으로 외주와 용역, 사내하청, 위탁 등 노무도급 형태의 아웃소싱을 본격적으로 활용했다. 이로 인

해 수많은 대기업 종사자들이 개인계약자나 하도급계약자로 전환됐다. 이 때문에 아웃소싱은 자영업 증가의 한 요인으로도 꼽힌다. 통계청의 비임금근로 부가조사(농림어업 제외)에 따르면, 2009년 8월부터 2020년 8월까지 총 자영업자 수는 33만 명 감소했다. 반면 같은 기간 1인 자영업자 비중은 58.2%(322만 9,000명)에서 62.9%(328만 4,000명)로 5%p(5만 5,000명) 가까이 증가했다. 즉 오늘날 자영업자 5명 중 3명은 1인 자영업자라는 말이다. 1인 자영업자의 비중은 코로나 정국에서 더 높아졌을 것으로 추정된다. 1인 자영업은 규모의 특성상 일자리 불안정성이 더 높을 수밖에 없는데, 2018년 소멸기업의 91.6%(63만 4,000개)가 1인 자영업자에 해당된다는 통계청의 수치가 그것을 증명한다.

둘째, 1인 자영업자의 증가 및 자영업의 영세화는 기존 자영노동과 임금노동의 명확한 구분을 희석시켰다. 상당수의 영세 자영업자는 자신의 노동에 전적으로 의존하여 경제적 수익을 얻으며, 생산수단을 소유하고 있지 않는 경우가 많다. 많은 영세 자영업자가 가족노동에 의존하되, 타인을 고용하더라도 영세한 규모상 임금노동자와 구분 없이 일한다. 소상공인의 종사업종을 살펴보면, 특별한 기술 없이 상품을 판매하는 도소매업자가 182만여 명(2019년 기준)으로 가장 많다. 그리고 소상공인 사업장의 79.3%가 임차점포이고 평균 월세만 127만 원에 이른다(중소벤처기업부·통계청, 2020). 요약하면 1인(영세) 자영업자와 임금노동자는 생산수단 없이, 타인의 손을 빌리지 않고, 자신(또는 가족과)의 노동을 통해 소득을 얻어 생계를 유지한다는 공통된 성격을 갖는다. 이런 측면에서 자영업자들은 누구에게 고용되었는지, 즉 ‘타인’인지 ‘자신’인지를 제외하고는 자영노동과 임금노동이 본질적으로 다르지 않다고 주장한다.

“시장 상인들을 생산수단을 소유한 그런 자본가라 할 수 있나요? 생산수단을 가진 소공인들은 그렇다 치더라도 시장 상인들은 그런 게 거의 없어요. 그래서 이거는 노동자성이 있다고 보는 거고, 실제 여기 이분들의 소득의 원천은 대부분 자기 인건비에요. 새벽부터 밤중까지 일을 해서 자기 인건비가 소득의 원천입니다. 임금노동자들에 비해서 노동강도가 세고 노동시간도 훨씬 길고. 그럼에도 불구하고 소득이 낮아져버리는 부분이 있기 때문에 노동조합을 통해 이걸 좀 풀어보려고 하는 거구요.” (이충재, 전 공

공서비스노동조합총연맹 위원장. 2021. 4. 1. 인터뷰)

자영업자들은 낮은 수입을 만회하기 위해 평균적으로 임금노동자보다 더 오랫동안 일한다. 2019년 기준 소상공인은 하루 평균 10.0시간, 월 평균 25.5일, 연 평균 11.8개월을 영업했다. 특히 상점가 상인의 경우 42.4%가 휴일 하루 없이 한 달 30일 내내 영업했다. 그럼에도 자영업자라는 이유로 사회안전망에서 제외되는 현실이 노동조합 필요성을 높였다. 자영업자는 2012년부터 고용보험에 가입할 수 있도록 허용됐지만 임의가입이고 보험료 부담률이 높으며 폐업을 해야 실업급여가 지급되는 특성상 사회안전망 실효성이 떨어진다. 2020년 9월 기준 자영업자 520만여 명 중 고용보험 가입자는 2만 9,175명에 그쳤다(김진선, 2020). 소상공인시장진흥공단(2021)이 전통시장 상인 35만 9,049명을 대상으로 한 실태조사에서는 고용보험 가입률 6.1%, 산재보험 5.9%, 국민연금 36.7%, 화재보험 50.5%, 노란우산공제 14.6%로 나타났다. 한국자영업자노동조합은 이러한 사정을 감안하여 자영업자에게도 실질적으로 사회보험이 적용될 수 있는 방안을 만들라고 요구한다.

“우리가 정부한테 임금을 올려달라 이런 게 아니잖아요. 최저 생활이라도 할 수 있는 기본권을 보장하라는 이야기입니다. 헌법에 행복 추구권이 있잖아요. 우리의 정당한 노동에 대한 행복추구권을 달라는 거예요…. 왜 종업원들만, 그 사람들만 저녁 있는 삶을 해야 됩니까? 우리는 600만 명에다가 가족까지 곱하기 2, 3을 해봐요. 그런데도 내던져놓은 거잖아요. 특고노동자는 몇 명 안 되는데도 산재보험이 되는데…. 저도 나이가 있다 보니 이제 물건 들고 나르는 것도 겁이 나요. 그러다 다치면 다 내 돈으로 물어야 하는데.” (봉필규, 한국자영업자노동조합 위원장. 2021. 4. 1. 인터뷰)

셋째, 최근의 특수고용직 노동조합 합법화 추세는 자영업자의 노동조합 수용성 및 권리의식을 높였다. 2000년대 초 특수고용직의 노동권 보장 투쟁에 이어 최근 택배노조, 대리운전노조, 라이더유니온, 보험설계사노조 등 다수의 특수고용직 노동조합이 합법노조로 인정받고 단체협상까지 벌이는 일련의 과정을 통해 노동권의 외연이 크게 확장됐다. 이와 함께 단결의 자유에 관한 ILO 협약 기준을 거치면서 노동조합에 대한 수용성

및 권리의식이 높아졌다. “골프장 캐디, 프리랜서 이런 사람들도 다 해주는데 그럼 우리도 받아야지”라는 발언이 이를 방증한다. 자영업자의 인식 전환은 임금노동자의 정의를 충족하지 못하는 다양한 형태의 자영업자들도 스스로 자신의 이해를 대변할 수 있도록 단결권을 보장하기 위해 노동 및 노동조합에 대한 개념을 폭넓게 해석해야 한다는 주장에 힘을 신는다.

“새로 나온 직업의 형태가 기존의 형태를 벗어나면 노동자의 권한이 점점 줄어들 수밖에 없는 거죠…. 확장에 확장을, 확장을 할 것이냐 아니면 안으로 안으로 들어갈 것이냐의 문제인데 헌법이 보장하는 최고의 원리, 노동자의 권리를 늘리는 방향으로 확장을 하면서, 확장의 목적은 모든 사람이 노동조합을 가질 수 있는 권리를 보장하는 것으로…. 전 국민 고용보험 얘기가 나왔으니 다음에 전 국민 노동법 얘기가 나와야 되는 게 순차적이겠죠.” (김도윤, 화섬노조 타투유니온 지회장. 2021. 4. 27. 인터뷰)

4. 자영업자의 인적 구성 변화

자영업자 노동조합 출현의 주체 요인으로는 자영업자의 인적 구성 변화를 꼽을 수 있다. 많은 임금노동자들의 자영업 시장 진입으로 자영업자의 인적 구성이 매우 다양해졌는데 이것은 노동정체성 및 노동조합에 관한 자영업자들의 시각 전환에 크게 영향을 주었다. 통계청 비임금근로부가조사(농림어업 제외)에 따르면 자영업자 중 현 사업체 직전 종사상 지위가 임금노동자였던 사람의 비중은 2015년 8월 58.4%에서 2020년 66.0%로 상승했다. 2020년 기준 신규 자영업자로 한정하면 10명 중 약 6명(58.6%)이 직전에 임금노동자로 일했던 경험을 갖고 있다. 이로 인해 대졸 이상 고학력 자영업자 비중이 2009년 29.8%에서 2020년 40.2%로 크게 상승했다.

임금노동자의 자영업 진입은 노동 및 노동조합에 대한 기존 자영업자의 관념과 인식에 큰 파열을 일으켰다. 흥미롭게도 한국자영업자노조 위원장, 글로벌미디어노조 위원장, 타투유니온지부장 모두 이전에 임금노동자 이력을 갖고 있다. 한국자영업자노조 위원장은 자영업자로 전환한 1998년 이전까지 약 7년 동안 현대자동차서비스에 근무하면서 노조 집행

부로 활동했다. 글로벌미디어노조 위원장은 중학교 영어교사 출신으로 교원노조 위원장을 역임했고, 타투유니온 지회장은 IT 회사 디자이너로 일하면서 열악한 노동환경 개선을 위해 오랫동안 노조결성을 고민하고 준비한 바 있다. 임금노동을 경험했던 자영업자들은 계속 자영업만을 영위했던 사람과 비교해 노동자 및 노동조합에 대한 거부감이 낮다. 또 협상과 연대를 통해 무엇을 얻을 수 있는지 노동조합의 권력자원에 대한 인식이 높다. 바로 이 인식이 자신들의 요구사항을 관철할 수 있는 조직으로서 상인회와 타투협회가 아니라, 노동조합을 선택하게 한 주요 요인이 됐다. 이들은 노동조합 리더로서 자영노동도 임금노동과 다르지 않음을, 그래서 자영업자도 노동조합을 가질 수 있음을 주장하고 설득한다. 이러한 새로운 주장은 일자리의 변화 및 시대적 특성과 부합하여 상당한 설득력을 얻으며 공감대를 넓혀가고 있다. 다만 자영업자 노동조합이 대내외적으로 더 많은 공감대를 얻기 위해서는 자영업자 노동조합이 왜 필요하고, 어떻게 가능한지, 노동조합을 통해 자영업자들이 무엇을 할 수 있고, 어떻게 달라지는지, 자영업자 노동조합은 기존 노동운동과 어떻게 다른지 등에 대한 질문에 직면해야 한다.

제3절 자영업자 노동조합의 특성

1. 인적 특성 및 노동특성

한국자영업자노조와 타투유니온지회는 자영업자로 구성된 노동조합이지만 인적 구성 측면에서 매우 다르다.

먼저, 한국자영업자노조의 경우 조합원 대상은 학원과 미용실, 당구장 등 점포 상인들이지만 조직화 특성상 일반 상점가보다는 전통시장 상인들이 다수를 차지한다. 이미 조직돼 있는 상인회 조직 골간을 이용한 조직 확대가 용이하기 때문이다. 봉필규 자영업자노조 위원장은 오랫동안 전통시장 상인들로 구성된 전국상인연합회⁸⁾ 부회장과 경기도 상인연합

〈표 2-2〉 2019년 전통시장·상점가 현황

(단위: 개, 명, 만 원)

	전통시장 (상점가) 수	점포 수	총 종사자	점포 상인	종업원	노점 상인	점포당 1일 매출액
전 체	1,705	294,930	463,623	241,357	186,904	35,362	46.1
전통시장	1,413	241,647	342,031	182,617 (53.4)	125,329 (36.6)	34,085 (10.0)	44.5
상점가	224	53,283	104,304	46,443 (44.5)	56,584 (54.2)	1,277 (1.2)	62.8
지하도 상점가	68	13,467	17,288	12,297 (71.1)	4,991 (28.9)	-	31.0

주: 총 종사자=점포상인+종업원(무급가족종사자 포함)+노점상인

자료: 소상공인시장진흥공단, 『2019년 전통시장·상점가 및 점포 경영 실태조사』.

회 회장을 지낸 만큼 상인회 내 막강한 영향력을 통해 조직화를 꾀하고 있다. 소상공인시장진흥공단에 따르면 2019년 기준 전국 시장 종사자는 총 46만여 명이다. 점포 상인(점포주)이 약 24만여 명이고 종업원(무급가족종사자 포함) 19만여 명, 노점상 3만여 명으로 구성되어 있다. 전국 전통시장⁹⁾ 및 상점가 점포 수는 30만 개에 조금 못 미친다.

인적인 측면에서 고령자가 많고, 평균업력이 매우 길며, 가족 중심으로 운영되는 특성을 갖는다. 전통시장 상인의 평균연령은 58.8세로 상인의 절반 정도(50.3%)가 60세 이상이다. 70세 이상인 상인들도 16.5%에 이른

8) 2004. 10. 22. 「재래시장 육성을 위한 특별법」 제정에 근거해 2006년 3월 전국 13개 시도 238개 시장상인들이 참여하는 전국시장상인연합회가 설립되었다. 유통산업구조의 변화에 따라 급속하게 위축되는 재래시장 및 상점가의 경쟁력 강화 지원을 위해 위 법은 2007. 4. 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」으로 전부개정됨에 따라 전국시장상인연합회도 전국상인연합회로 명칭이 변경되었다.

9) 전통시장은 시장 내 점포 수의 규모에 따라 대형시장과 중대형시장, 중형시장, 소형시장으로 나뉜다. 대형시장 1개는 시장 내 점포 수가 1,000개 이상, 중대형시장은 500~999개인 시장, 중형시장은 100~499개, 소형시장은 100개 미만인 경우를 말한다. 소상공인시장진흥공단에 따르면 2019년 기준 전국 전통시장 1,413개의 62.1%(878개)가 소형시장이고, 중형시장 34.3%(485개), 중대형시장 2.3%(32개), 대형시장 1.3%(18개)로 구성되어 있다.

〈표 2-3〉 2019년 전통시장·상점가 점포주 연령 구성 및 평균업력

(단위: %, 세, 년)

	29세 이하	30~ 39세	40~ 49세	50~ 59세	60~ 69세	70세 이상	평균 연령	평균 업력
전통시장	0.8	5.3	12.9	30.7	33.8	16.5	58.8	17.8
상점가	4.4	11.9	22.1	31.8	23.9	5.8	52.3	12.7
지하상점가	3.3	13.5	19.9	33.1	24.8	5.4	52.7	12.6

자료: 소상공인시장진흥공단, 『2019년 전통시장·상점가 및 점포 경영 실태조사』.

다. 고령자들이 많아 소상공인 업종전환을 위한 정부 및 지자체 차원의 기술교육이 실효성을 거두지 못하고 있다. 평균업력을 살펴보면 전통시장이 17.8년으로 가장 길고, 상점가 및 지하 상점가 평균업력도 12년 이상으로 상당히 긴 편이다. 전통시장 점포의 65%가 10년 이상, 38.1%가 20년 이상, 17.1%가 30년 이상의 경력을 갖고 있다. 종사자 수를 살펴보면 전통시장 점포의 약 90%가 2명 이하 인력으로 운영되는데(1명 55.4%, 2명 34.4%), 특히 점포 종사자의 64.3%가 무급가족종사자임을 감안하면 대다수 점포가 가족 중심으로 운영되는 것으로 추정된다. 전통시장 수익이 낮아 상인들의 세대교체가 거의 이루어지지 않고 있으며, 운영 점포를 자녀에게 상속하겠다는 응답률이 11.1%로 상인들의 고단한 오늘을 상징적으로 보여준다.

이에 비해 타투유니온은 20~40대 전문 문화예술인이 주축이다. 현재 문신 행위에 대한 법적 근거가 없어 문신 행위가 음성적으로 이루어지고 실태조사도 미흡해 정확한 통계를 알 수는 없지만, 한국타투협회에 따르면 전업으로 종사하는 타투이스트는 약 5,000명에서 최대 2만여 명 정도로 추정된다. 우리 사회에서 예술로서 타투를 바라보기 시작한 역사가 그리 오래되지 않아 타투이스트 연령대도 주로 젊은 층으로 구성되어 있다. 보건복지부 실태조사(김대중 외, 2019)에 따르면, 타투이스트의 74%가 다른 직업을 가지면서 비전업으로 문신 기술을 한다.

노동의 특성도 매우 다르다. 시장 및 상점가 상인의 94.8%가 특별한 기술이 필요 없는 도·소매업자로서 주로 농·축·수산물(27.3%)과 의류·

신발(19.6%)을 판매하거나 기타 소매(13.8%), 음식점(13.3%) 등을 한다. 상인들은 골목시장이나 전통시장, 상점가 등 특정 공간에서 매일 대면하고 시장활성화라는 공동의 목표를 갖고 있으며, 상인회나 번영회 등으로 조직화되어 있는 특성상 응집력이 높고 집단적 성격이 강하다.

이에 비해 타투이스트의 경우 예술적 관심(93.6%)과 개인적 흥미(85.9%)로 타투를 시작하되, 통상 민간학원과 협회 등을 통해 평균 8.2개월의 교육(154.5시간)을 이수한 뒤 타투이스트의 길을 걷는다는 측면에서(김대중 외, 2019) 예술 전문직 특성이 강하다. 또 타투이스트는 사업자 등록 또는 미등록 문신 전문점을 운영하거나 프리랜서 형태로 작업하고, 샵과 미용시설, 원룸·오피스텔 등에서 예약제로 시술이 이뤄진다는 측면에서 노동의 개인화 특성이 강하다고 볼 수 있다.

2. 노동정체성

상인들과 타투이스트들은 노동이해대변조직으로 노동조합을 선택했지만, 법적으로도, 존재적 기반으로도 이들은 자영업자이다. 노동조합을 주장하는 이들의 노동정체성은 무엇이고 어떻게 이해할 수 있을까? 기존 연구에 따르면 우리나라 자영업자는 전반적으로 자유방임적 자본주의 질서를 선호하고 저학력-저소득 하층 자영자집단은 강한 노조 혐오증을 보인다. 상용노동자에 비해 복지 확대에 부정적이며 정치적 성향은 다소 보수적이다. 판매량에 따라 수익이 올라가는 구조상 자영업 간 서로 잠재적 경쟁 관계에 있다고 할 수 있다. 이 특성은 노동조건 개선이라는 단일한 목표 달성을 위해 노동조합 중심으로 연대·협력관계에 있으며 복지 확대에 찬성하는 임금노동자와 대조적이다. 그런 자영업자들의 노동정체성은 무엇이고 어떻게 연대가 가능할까?

확실한 것은 노동자 또는 노동조합에 대한 자영업자의 전통적 시각에 큰 균열이 발생했고 이미 그 변화가 시작됐다는 것이다. 봉필규 한국자영업자노동조합 위원장은 “우리도 자영업방식으로 노동을 하는 노동자라는 생각이 조금씩 변지고 있고, 그래서 노동조합에 대한 과거 부정적 인식들이 많이 무너지고 있다”고 말한다. 최근 특수고용직 노동조합 합법화 및

교섭 체결 등으로 임금노동자만이 노동조합을 가질 수 있다는 묵계의 흔들림이 가속화됐는데 자영업자도 그 안에 합류해야 한다는 인식이 높아졌다는 것이다. 이러한 흔들림은 주로 과거 임금노동과 노동조합을 경험했던 지도부들 중심으로 그 변화를 주도하는 특성을 보인다. 한국자영업자노동조합 지도부는 전국상인회 등 소상공인 조직을 통해 하향식으로 노동조합의 필요성을 설명하고 설득함으로써 조합원을 확대해 가고 있다. 그리고 임금노동을 경험하지 않은 자영업자들은 하락한 자영업의 어려움을 타개하기 위해 노동조합을 설립하여 단결해야 한다는 주장에 공감하며 적극적으로 노조를 배우고 수용하려는 태도를 보인다. 상인들은 노동조합 결성 및 활동을 제도권 안으로의 진입으로 이해하고 발언하는 특성을 보인다. 노동조합을 자신들의 이익 실현을 위한 수단으로 이해한다는 측면에서 노동조합에 대한 소상공인들의 인식은 다분히 수단적·도구적이다. 자영업자들의 이러한 인식변화는 앞서 분석한 자영업자의 사회경제적 지위하락, 자신들의 요구를 관철하기 위한 강력한 조직의 필요, 사회안전망의 필요 등 여러 환경요인에 따른 것이라고 볼 수 있다. 이러한 특성상 노조 집행부와 조합원 대상자인 일반 자영업자 간 노동인식 차이는 상당히 크다. 때문에 지도부는 조합원 인식 교육의 중요성을 강조한다.

“노동조합이 생소하기는 하죠…. 전에 교육청이나 도청, 시청을 가면 노동조합이 항상 데모를 하더라고. 공무원들이 왜 노동조합을 만들어서 저럴까 했는데…. 공무원이나 회사 다니는 사람들도 권리주장을 하는데 우리는 받는 게 아무것도 없는 거야. 그래서 관심을 갖게 됐지…. (자영업자들도) 분명히 노동조합은 있어야 되고, 노동자 대우를 받아야 한다는 것은 다 소통이 됐으니까…. 얼마나 혜택이 될지 모르겠지만 그래도 제도권 안으로 들어가야지.” (이O훈, 전국상인연합회 충북지회장. 2021. 4. 23. 인터뷰. 한국자영업자노조 조합원)

“따지고 보면 우리도 사실 노동이란 말이야. 그래서 좀 들어보려고…. 노동조합에 대해 좋게 생각하지 뭘 어떻게 생각해유…. 필요성에 대해서는 많이 공유돼 있을 수도 있는데 개개인 생각은 좀 다르니까 일단 얘기를 들어보고 (조합원 가입) 판단하려고. 물어봐서 방향을 잡아야지…. 뭘 알아야지…. 전에 우리 시장에 상인대학이라는게 있었는데 100명 넘게 졸업해서

전국에서 1등 했어. 저녁이면 책 들고 와서 1시간씩 교육받았으니까... 노조에 대해 잘 모르니까 상인들한테 교육도 하고 심어 줘야지.” (김O훈, 전국상인연합회 세종지회장, 2021. 4. 23. 인터뷰)

3. 최저임금 및 5인 미만 사업장 근로기준법 적용

자영업자들이 스스로를 자영업 방식으로 노동하는 자영노동자라고 주장하고 노조에 대한 인식이 긍정적이라 하더라도 실존적 토대가 자영업자인 만큼 그들의 이해관계는 임금노동자와 다를 수밖에 없다. 대표적 예로 최저임금 및 5인 미만 사업장 근로기준법 적용을 들 수 있다. 한국자영업자노동조합과 조합원인 상인들은 최저임금을 업종과 매출 규모에 따라 달리 적용해야 한다고 주장함으로써 노동계와 명확한 입장 차이를 보인다. 소상공인 단체가 5인 미만 사업장 근로기준법 적용을 반대하는 것과 마찬가지로, 한국자영업자노동조합도 5인 미만 사업장 근로기준법 적용에 대해 반대한다. 사실 그동안 노동계와 자영업자 간 연대가 쉽지 않았던 주원인도 최저임금 등 존재적 기반에 따른 이해관계의 차이 때문이다.

이에 비해 타투유니온지회는 본인이 자영업자임에도 최저임금 인상에 반대하지 않는다. 노동자가 행복해야 사용자도 행복할 수 있다면서, 최저임금 논쟁은 ‘을’들 간의 싸움이 아니라, 임대료를 비롯하여 더욱 근원적인 문제에 집중해야 한다고 지적한다. 특히 향후 합법적으로 직업 활동이 인정된 이후에는 타투숍에 고용된 임금노동자들의 교육훈련과 노동조건 등의 문제가 핵심쟁점으로 부각될 수밖에 없을 터인데, 그때 노동조합의 역할과 기능이 어떠해야 하는지에 대해서도 조합원들의 의견을 모아가고 있다. 이들은 타투이스트도 자영노동자이기 때문에 노동조합을 가질 수 있어야 한다고 주장하지만, 동시에 사용자이기도 하다. 그렇지만 현실에서 사용자와 노동자가 하나의 노동조합 또는 연합단체 울타리로 묶이는 것이 어떻게 가능한 말인가? 그럼에도 타투유니온은 노동조건 문제로 노사갈등이 발생할 경우 노동조합이 조합원인 사용자를 설득함으로써 사용자-노동자 간 적극적 이해 중재자의 역할을 할 수 있고, 이를 통해 노

사가 공존하는 건강한 노동조합을 만들 수 있을 것이라고 호기롭게 낙관한다. 이를 위한 방안으로 타투유니온은 상생·협력적 노사관계로의 전환 및 담론 형성, 인식 전환의 중요성을 강조한다.

이렇듯 동일한 독립 자영업자임에도 최저임금에 대한 상이한 인식은 조합원 평균연령과 노동시장에서의 사회적 지위, 전문성, 매출액 규모, 고용 가능성, 노동 및 노동조합에 대한 가치관 차이 등 여러 요인의 복합적 결과에 따른 것으로 이해할 수 있다. 고연령층의 상인들은 점포 규모가 작고 매출액이 낮아도 점포에 고용되어 임금노동자가 될 가능성이 희박한 반면, 저연령층의 타투이스트는 일정한 시점까지 1인 자영업자 또는 고용노동자로 남아 있을 가능성이 높다. 이러한 존재적 차이는 불가피하게 인식의 차이를 불러온다. 노동진영은 지금까지 최저임금 및 5인 미만 사업장 노동법 적용 등과 같은 이슈에서 단일한 목소리를 내왔다. 그러나 자영업자노동조합이 노동진영 내로 편입함에 따라 최저임금 및 5인 미만 사업장의 노동법 적용 등 주요 쟁점들에 대한 견해차를 어떻게 좁혀갈지 간단치 않은 과제에 직면했다. 자영업자노동조합이 노동자의 다양성을 높이고 노동진영의 힘을 확대하는 계기가 될지, 반대로 내부 갈등을 높여 노동계의 영역을 축소할지는 전적으로 노동계에 달려 있다.

4. 조직형태

프리랜서와 가맹점주의 일반적 노동이해대변조직은 협동조합 또는 협의회이다. 대표적으로 한국프리랜서협동조합과 전국가맹점주협의회¹⁰⁾를 들 수 있다. 프리랜서 협동조합 조합원은 주로 방송 PD나 촬영감독, 디자이너, 방송작가, 학원 강사 등이 가입해 있고, 전국가맹점주협의회에는 편의점, 파리바게뜨, 김선생, 더페이스샵, GM자동차정비 등 37개 단체 2만 5,000여 명의 가맹점주가 가입해 있다. 프리랜서와 가맹점주는 계약을 의

10) 2013년 『가맹사업거래의 공정화에 관한 법률』 개정으로 가맹점주가 단체를 구성하여 가맹본부와 거래조건에 대해 협의할 수 있도록 보장되자, 개별적으로 활동해오던 브랜드별 가맹점주단체들이 2016년 연합단체인 전국가맹점주협의회연석회의를 발족한 뒤 2018년 사단법인 전국가맹점주협의회로 전환했다.

퇴한 고객 및 가맹본부에 의존할 수밖에 없는 속성상 당연히 독립 자영업자보다 종속성이 높다. 그런데 독립 자영업자보다 종속성이 높은 프리랜서와 가맹점주는 자신들의 조직형태로 노동조합이 아닌 협동조합이나 협의회를 설립하는데, 종속성을 논할 사용자조차 없는 독립 자영업자는 왜 노동조합을 선택했을까? 종속성 수준 및 노동정체성에 따라 조직형태가 달라지는 것이 아니라면 조직형태 결정에 영향을 주는 요인은 무엇일까?

시장상인을 비롯한 소상공인들은 자신들의 노동이해대변조직으로 이미 소상공인연합회와 상인연합회 등이 있었지만 새롭게 노동조합을 결성했다. 이들이 노동조합을 결성한 이유는 최근 몇 년간 급속히 악화된 매출 감소 및 코로나로 인한 위험의 증가에 대응하여 정부의 정책대안 마련을 촉구하기 위해서이다. 전통시장 및 오프라인 도소매업은 2010년대부터 대형마트의 골목상권 진입을 비롯하여 대형 슈퍼마켓 증가, 온라인 소비 패턴으로의 변화, 신도시 건설에 따른 인구 유출 등 여러 요인으로 매출액이 크게 감소했다. 대신 2015년 전후로 스마트폰이 보급되고 주문결제 시스템이 간편화되면서 온라인 거래는 크게 성장했다. 결정적으로 2020년 코로나19로 인한 언택트 사회의 도래로 온라인 소비가 대세로 자리 잡으면서 시장 및 골목상권 자영업자들의 위기감은 최대로 높아졌다. 2019년 소매시장 매출구성을 살펴보면 총매출액(239조 원) 중 전통시장 매출액(25.8조 원) 비중은 10.8%에 불과하고, 나머지 약 90%가 온라인판매와 대형마트·슈퍼마켓 매출로 구성돼 있다. 이 같은 도소매업 매장의 수익 저하로 전통시장을 떠나는 상인들이 증가했는데, 2017년부터 2019년까지 2년 동안 전통시장 37개, 점포 8,462개, 종사자 2만 1,629명이 감소했다. 이러한 상황에서 자영업자들의 현장 목소리를 담아내기에 소상공인 단체는 너무 멀리 있고 상인연합회는 조직목적이 다르다는 한계가 존재했다. 상인회 활동은 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」에 따라 시설·경영 현대화와 상인의 매출 증대¹¹⁾ 및 영업 활성화를 위한 공동사업, 상업기반시설 관리업무 등으로 제한되어 있다. 이에 비해 한국자영업자노

11) 그간 정부 지원 사업으로 전통시장을 찾는 방문객 수가 일부 증가하여 간접적으로 상인 개개인들의 매출이 소폭 증대하기는 했다. 2019년 전통시장 점포의 1일 매출액은 44만 5,000원으로 2015년 37만 1,000원보다 13.8% 증가했다.

동조합은 코로나19로 인한 손실 전액보상, 생활임금을 통한 최저생활 보장, 질병·부상에 따른 상병급여, 사회보험 적용 등 상인들 개개인에 대한 실질적 사회안전망 보장에 더 초점을 둔다는 측면에서 시장 환경개선 중심의 상인회 활동과 차별성이 있다. 한국자영업자노동조합 집행간부들은 고용노동부 지원사업인 노사관계 전문가 과정에 참여하여 공부를 하고 네트워크를 넓히면서 자영업노동자들 스스로 목소리를 내야 한다는 데 의견을 같이하고 노동조합 결성에 이르렀다. 이들이 상급단체로 제3노총인 공공노총을 선택한 이유는 투쟁 중심의 기존 노동조합에 대한 상인들의 부정적 인식 때문에 한국노총이나 민주노총보다 접근성이 높았기 때문이다. 2021년 5월 한국노총 연대노조 지부로 편입된 후 간담회를 통해 한국노총과 현 상황을 공유하는 한편 경제사회노동위원회에 참여하여 자영업자 고용보험 적용확대 방안에 대해 연구하는 등 활동반경을 넓혀가고 있다.

타투유니온은 같은 노동조합이긴 하되 산별 지회 형태를 선택했다. 타투유니온이 조직형태를 결정하는 데 있어 가장 큰 고려요소는 연대와 동원자원의 크기였다. 타투 이용자가 100만 명이 넘을 정도로 타투에 대한 국민인식이 변화했음에도 1992년 대법원 판단 이후 30년 가까이 아무런 변화가 없는 상황을 바꾸기 위해서 더 강력한 힘이 필요했다. 그 강력한 힘은 연대로부터 가능하고, 그 연대를 가장 잘 조직화할 수 있는 집단이 민주노총이라고 판단했다. 결과적으로 타투유니온은 화섬식품노조 지회 형식을 통해 노조 설립필증 교부에 따른 소모적 논란을 피하는 것은 물론, 필요한 다양한 자원을 효과적으로 동원할 수 있었다. 화섬식품노조에 가입 후 1년 6개월 동안 민주노총 연대단체인 녹색병원과 공동으로 타투리스트 감염관리지침을 만들고, 문화예술노동연대 지원을 통해 타투리스트 표준계약서를 제정했다. 또 정의당 류호정 의원과 함께 타투입법안을 만들어 발의하고, 법률원 지원을 통해 수많은 법률상담을 진행했으며, 녹색병원 지원으로 전 조합원과 배우자에게 저렴한 가격으로 건강검진을 실시했다. 이러한 활동으로 노조에 대한 조합원들의 효능감이 매우 높아졌고, 지난 1년간 약 400여 명의 조합원이 확대됐다. 타투유니온지회는 화섬식품노조와 민주노총 등 상급단체의 연대활동과 지원, 노하우, 지혜

덕분에 이러한 성과가 가능할 수 있었다고 설명한다.

이에 비해 프리랜서들은 조직형태로 협동조합을 선택했다. 프리랜서의 다양한 종류에 따라 종속성 수준 및 노동정체성이 각기 다르지만, 프리랜서사회적협동조합 안창용 이사장은 스스로를 임금노동자로 정의한다. 그럼에도 노동조합이 아닌 협동조합을 선택한 이유는 프리랜서의 최우선 목표가 노동자성 인정과 같은 법제도 개선보다는 일감 수주를 통한 수익 창출 및 부당계약방지 등에 있고 그 목표를 달성하는 데 협동조합이 더욱 유리하다고 판단했기 때문이다. 프리랜서들이 직면한 가장 큰 어려움은 일감부족과 낮은 계약단가이다. 프리랜서의 많은 업무가 웹 기반 플랫폼으로 전환되면서 진입장벽이 낮아지고 경쟁이 치열해졌다. 마치 산업화 초기 분업의 확대로 숙련자들의 노동이 해체되는 것과 마찬가지로 과거 프리랜서들이 수행했던 업무들은 조각조각 세분화되어 온라인 플랫폼에 전시되고 그럼으로써 경쟁이 치열해지고 단가는 추락했다. 과거 전문직으로서 상당한 대우를 받았던 프리랜서는 이제 단기계약의 영세·생계형 불안정 직군 중 하나로 전락했다. 이러한 상황에서 프리랜서들은 장기계약을 유지하고자 고객의 세세한 업무지시와 무리한 요구를 따르지 않을 수 없게 되고 종속성은 점점 심화된다. 그럼에도 고객의 계약 해지 통보에 의해 언제든지 일거리를 잃을 수 있다는 측면에서 그들은 스스로를 “내몰린 프리랜서”로 자조한다.

“수시로 전화해서 체크하고 중간중간 진행상황 보고해야 되고, 촬영 나가서 한 번도 제 맘대로 촬영한 적 없어요. 방송은 PD가 하나부터 열까지 다 지시하고, 홍보영상은 담당자가 어떻게 찍고 어떤 문구가 얼마나 크게 들어가는지까지 다 지시하죠. 노동자죠, 당연히. 근로자 형태로 일을 하고 근로자 대우를 못 받는…. 우리들끼리는 클라이언트의 노예라고 해요. 계약 중이라도 계약해지 하면 끝이니까. 납품 끝났는데 새벽 2시에 전화해서 아침까지 뭐 좀 수정해서 보내달라고, 그걸 서비스 정신이라고 생각을 하고 그걸 잘해주는 사람한테 다음에 계약하는 거죠.” (안창용, 한국프리랜서협동조합 이사장. 2020. 5. 17. 인터뷰)

모두가 그렇지는 않지만, 상당수의 프리랜서들은 자신들을 임금노동자로 인정하고 노동법을 적용해야 한다고 주장한다. 그래서 새벽 3시까지

일해도 하루 일당만 지급할 것이 아니라 연장노동시간에 대한 적절한 수당을 지급하고 사회보험 적용, 부당계약해지 금지, 1년 이상 장기계약자에 대한 퇴직금 지급 등을 통해 사회안전망을 보장해야 한다고 주장한다. 그럼에도 프리랜서협동조합이 자신들의 조직으로 노동조합이 아니라 협동조합을 선택한 것은, 협동조합이 프리랜서들의 최고 요구조건인 일감수주를 비롯해 부당처우·일방계약해지 금지, 사회보험 적용 등의 요구를 좀 더 즉각적이고 현실적으로 대응하고 만족시킴으로써 프리랜서를 더 잘 결집시키고 조직 효능감을 느끼도록 하는 조직형태라고 판단했기 때문이다. 이러한 결정에는 개인주의와 경쟁 성향이 강한 프리랜서의 특성이 반영된 것으로 이해된다.

“프리랜서의 제일 목적은 수익 창출이에요. 노동조합은 이윤사업을 하지 않으니깐요… 제도개선을 위해 싸워야 해, 라고 하면 나 그냥 노동조합 안하고 그 시간에 한 건 더 해서 더 벌래, 이렇게 돼요… 협동조합은 프리랜서와 단기직원으로 고용계약을 맺어 월 40만 원 이상 수익만 있으면 바로 4대 보험 적용 가능합니다. 본인이 조합법인 이름으로 입찰을 하기 때문에 일감수주 기회가 넓어지고, 계약금을 떼인다거나 계약해지 같은 부당한 것으로부터 보호를 받고 경제적인 것을 늘릴 수 있기 때문에 연대가 수월해지고요… 협동조합이라야 더 많은 프리랜서들이 참여하고 결집할 수 있다고 봤죠.” (안창용, 한국프리랜서사회적협동조합 이사장. 2021. 5. 17. 인터뷰)

이를 통해 확인할 수 있는 것은 노동 불안정성 심화, 고용형태의 다변화, 권리의식의 변화 등 여러 환경변화에 대응하여 노동이해대변조직의 필요성이 더 증가하고 있다는 것이다. 그리고 자영업자들은 조직형태를 결정함에 있어 종속성 수준이나 노동정체성 등의 요인보다는, 구성원을 더 잘 규합하고 구성원들이 원하는 목적을 가장 효율적으로 달성할 수 있는 조직유형이 무엇인지에 더 크게 영향을 받는 것으로 이해된다.

5. 조직전략

한국자영업자노동조합의 목표는 코로나19에 따른 자영업자 손실보상 확대 및 사회안전망 보장이다. 이를 위해 2021년 조직전략 마련 및 조직

확대에 집중하고 있다. 자영업자 노동조합 정당성 논리 정립을 비롯하여 자영업자 요구사항 구체화, 외국의 독립자영업자 노동조합 운영사례, 자영업자에 대한 사회안전망 보장 방안 등을 마련하는 것이 당면한 최대 과제이다. 노동조합은 생활임금 지급으로 최저생활 보장, 질병·부상에 따른 상병급여, 사회보험 적용 등을 요구하고 있는데 이후 이를 구체화하여 정부교섭을 요구할 방침이다. 그러나 국내뿐 아니라 해외에서도 독립자영업자노동조합에 대한 연구가 워낙 부족해 요구안을 구체화하는 데 어려움을 겪고 있다. 한국자영업자노조의 합법성을 획득하기 위해 고용노동부에 신고필증을 다시 제출할 계획도 갖고 있다. 조합원 확대 및 조합원 인식교육도 중요한 과제이다. 상인들의 경우 매일 특정 공간에서 직접 얼굴을 맞대며 영업을 하는 특성상 동질감 및 응집력이 매우 높다. 또 수직적·카리스마적 리더십 특성이 강해 상인회를 활용할 경우 단기간 내에 조직적 성과를 얻을 수 있다는 장점이 있다. 전국 17개 광역시도에 전국상인연합회 지회가 설치되어 있는데 2019년 기준 가입대상자 18만여 점포상인 중 14만여 명이 상인회에 가입해 있다. 또 월평균 상인회비(1만 7,000여 원) 납부율은 88.7%(12만 5,679점포 납부)로 조직률 및 회비 납부율이 상당히 높다. 한국자영업자노동조합은 상인연합회 골간조직을 통해 조직화를 꾀함으로써 노동조합 창립 당시 100여 명이었던 조합원이 6개월 만에 1,000여 명으로 10배로 확대됐다. 이들은 시장 내 시설환경개선은 상인회를 중심으로, 상인 개개인의 복지향상은 노조를 중심으로 하는 투트랙 전략을 구사함으로써 상인회와의 조직 간 경쟁을 피하고 조직확대 효과를 높이겠다는 전략을 갖고 있다.

타투유니온지회는 합법적 직업활동 보장활동에 주력하고 있다. 세계 많은 국가 중 문신이 불법영역에 있는 나라는 거의 찾기 힘들다. 우리나라와 동일하게 문신행위를 의료행위로 인식하고 의사법 위반으로 처벌하던 일본의 경우 2020년 9월 16일 최고재판소가 예술문신은 의료 관련성이 없기 때문에 의료행위에 해당하지 않는다고 기존 의견을 번복하였다. 우리나라는 2020년 10월 박주민 의원의 대표발의로 문신사법안이, 2021년 6월 류호정 의원의 대표발의로 타투업법안이 상정되었다. 보건복지위원회는 문신과 반영구화장에 대한 사회적 수용도가 높아지고 있는 만큼

법제화를 통해 합법적 테두리 안에서 관리·규제하는 것이 타당하다는 검토의견을 제출하여 그 어느 때보다 법제화 기대감이 높아졌다. 타투유니온지회는 헌법소원을 비롯하여 법률안 통과 요구 집회, 타투의 거리 지역 제정을 통한 타투 활성화, 국제 컨벤션 등 다양한 활동을 통해 타투 합법화에 대한 국민여론을 환기시켜 갈 계획이다. 이와 함께 지속적 법률자문을 통해 타투이스트의 권리확보 및 조합원 확대를 꾀한다는 방침을 갖고 있다.

제4절 소 결

지금까지 한국자영업자노조와 타투유니온지회 사례를 통해 독립 자영업자 노동조합 탄생 배경 및 특성에 대해 분석한 결과, 두 노동조합은 인적 특성이나 노동의 특성, 조직목표, 조직성격, 노동에 대한 이해 등에서 매우 다른 특성을 갖고 있는 것을 확인했다. 한국자영업자노동조합은 전 통시장과 상점가에서 도소매업을 하는 상인들로 구성되어 있으며, 평균 연령이 높고, 전문성이 낮으며, 대면·집단적 노동성격이 강하고, 조직은 수직적 성격이 강하다. 타투유니온지회는 타투이스트로 구성되어 있으며, 비교적 연령대가 낮고, 예술전문직이며, 노동의 개인화 특성이 강하고, 조직은 수평적 성격이 강하다.

〈표 2-4〉 자영업자노조 특성 종합

조직	인적 특성	노동의 특성	조직목표	조직성격
한국자영업자노조	50~70대 상인	단순판매, 대면·집단노동	사회안전망 보장	수직적
타투유니온지회	20~40대 타투이스트	예술전문직, 개인노동	합법적 직업 보장	수평적

이렇게 성격이 다른 자영업자임에도 이들이 공통적으로 노동이해대변 조직으로 노동조합을 선택한 이유는 변화된 노동환경에서 자신들의 목소리를 강력하게 대변할 새로운 조직의 필요성에 따른 것이다. 노동조합을 선택한 판단의 기저에는 최근 잇따른 특수고용직 노동조합의 합법화 추세 및 자영업자의 인적구성 변화 등의 요인이 있다. 그렇지만 무엇보다 중요한 것은 자영업자들이 자신의 요구사항을 관철하기 위해 더 강력한 노동이해대변조직을 요구할 수밖에 없는 노동환경의 변화이다. 법제도 미비에 따른 직업활동 제한, 영세자영업자의 증가, 노동제공방식의 다양화, 오분류 자영업자 증가, 법 적용의 협소함 등은 기존 임금노동 중심의 사고와 제도에 대해 브레이크를 걸며 노동법 및 사회보장제도의 나아갈 방향을 묻는다. 자영노동도 임금노동과 다르지 않음을, 그래서 자신들에게도 노동조합을 허하라는 자영업자의 요구와 노동조합의 등장은 격차해소 및 불안으로부터의 자유를 위해 계약형태와 고용지위에 상관없이 모든 일하는 사람들에게 보편적 사회보호 및 보편적 노동권을 보장하고 자영업자들이 그러한 권리를 충분히 누릴 수 있도록 각국 정부가 필요한 조치를 강구하라는 ILO(2018; 2019)의 권고와 맞닿아 있다. 유럽연합에서 최초로 자영노동에 관해 체계적이고 단일한 법체계를 갖추었다고 평가되는 스페인의 자영노동법(LETA) 전문에 따르면, 자영노동법은 헌법에서 보장하고 있는 노동의 의무와 권리, 직업선택의 자유, 충분한 소득, 노동안전과 보건, 적절한 휴식 등 노동권 관련 규정들이 임금노동자에만 국한되는 것이 아니라 자영업자를 포함한 모든 국민 또는 시민에게 적용되는 권리라는 관점에 기초한다(이승욱 외, 2019). 독립자영업자 노동조합의 등장은 여러 우려와 가능성을 동시에 안고 있음에도, 우리 사회에 보편적 사회보호 및 보편적 노동권 보장을 촉구하는 시발탄으로 볼 수 있다.

제 3 장

자영업자 노동조합 유럽 사례

제1절 서론

1. 연구의 배경

한국과 유럽연합 간 자유무역협정(한-EU FTA) 제13장 무역과 지속가능발전 장(章) 이행 관련 분쟁의 핵심쟁점 중 하나는 자영업자의 단결권이였다. EU는 “근로자”의 의미를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의해 생활하는 자”로 법정(法定)하고 있는 「노동조합 및 노동관계조정법」(노조법) 제2조 제1호를 한국 법원이 해고자·실직자는 물론 (주로 하나의 사용자를 위해 일하는 이들을 포함한) 자영업자를 배제하는 것으로 해석하여 「한-EU FTA」 제13.4조 제3항 제1문을 위반했다고 주장하였다. EU는 주장의 근거로 ILO 제87호 협약 제2조와 관련된 ILO의 결사의 자유 위원회의 결정례를 들었다. 즉 노동자(worker)라면 “어떠한” 차별도 없이 결사의 자유가 보장되어야 하고, 이는 근로계약의 일방 당사자로서의 임금노동자(employee)에 국한되지 않는다는 것이다.¹²⁾

12) EU, *First Written Submission by the European Union*, 20 January 2020, paras 2 and 26. 여기서는 ILO, *Freedom of Association: Compilation of decisions of the CFA* (6th edition), 2018, para.330을 인용하였다.

이에 대해 한국은 자영업자가 계약의 형식상 자영업자라는 사실 자체로 노조법의 근로자 개념에서 배제되는 것은 아니라고 반박했다. 그 근거로 그동안 법원이 여러 종류의 자영업자(골프장 캐디, 학습지 교사, 한국철도공사 매점운영자, 자동차 판매원 등)를 노조법상 근로자로 판단한 사례를 제시했다.¹³⁾ 아울러 노조법상 근로자 개념을 확장하는 판례 변화에 발맞춰 특수형태근로종사자 노동조합에 설립신고증을 교부하고 있는 최근의 실태(2017년 전국택배연대노동조합, 2019년 코웨이CS닥터노동조합 등)를 추가했다.¹⁴⁾ 이어 개인이 종속관계에서 근로하는지 여부를 추상적으로 확인하는 작업의 어려움을 밝히고, 한국에서는 모든 자영업자가 노조법상 근로자가 될 수 없다고 단정하는 EU의 주장이 사실과 다를 것을 지적했다.¹⁵⁾ 동시에 한국은 독일의 단체협약법 제12a조 등을 언급하며 유럽연합 회원국들도 위와 유사한 상황에 처해 있다고 주장했다. 즉 자영업자 전부가 아니라 일정 요건을 충족한 자영업자, 예컨대 경제적 의존성이 있는 자영업자에 한해 (한국의 노조법에 상응하는) 법률이 적용되는 점이 비슷하다는 것이다.¹⁶⁾

전문가패널은 EU의 주장을 수용하며 결사의 자유 원리의 대원칙은 모든 노동자가 어떠한 종류의 구별도 없이 결사의 자유를 향유할 수 있어야 한다는 것이라는 점을 강조하였고, 여기에는 변호사, 의사, 건축가와 같은 자유전문직 종사자도 포함되어야 한다고 판단했다.¹⁷⁾ 전문가패널은 한국의 대법원 판례가 제시하는 노조법상 근로자 개념의 (새로운) 요소들, 즉 소득의 상당부분이 특정 사용자에게 주로 의존하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도의 지휘·감독관계가 존재하는지 등을 점검한 후, 여전히 많은 유형의 자영업자가 이러한 기준을 충족시키지 못할 수

13) 한국 서면입장, para.135 (한국의 서면입장이나 모두진술서는 공개되지 않아 EU의 서면입장, 모두진술서 및 전문가패널 보고서에 인용된 것을 재인용함).

14) 한국 서면입장, para.136.

15) 한국 서면입장, para.138.

16) 한국 서면입장, para.139.

17) *Report of the Panel of Experts*, Panel of Experts Proceeding Constituted under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, 20 January 2021, para.163.

있다고 지적했다.¹⁸⁾ 전문가패널은 판례의 긍정적 변화 경향에도 불구하고,¹⁹⁾ 이러한 변화는 노조법 제2조 제1호와 제2호가 전제하고 있는 근로자와 사용자의 이분법적 관계(binary relationship)에서 비롯된 점이 크고, 실정법상 제약이 존재하는 한 다수 자영업자가 결사의 자유로부터 배제되는 문제는 극복하기 어렵다고 보았다.²⁰⁾

한편 전문가패널은 몇몇 유럽연합 회원국도 이와 비슷한 법적 환경에 놓여 있다는 한국의 반론에 대해 두 가지 입장을 제시했다. 첫째, 독일의 유사근로자 사례와 관련해 단일 의뢰인으로부터 적게는 소득의 30%를 얻는 이들도 포함될 수 있으므로 한국 노조법 규정/판례의 태도와 비교해 정도의 차이가 존재하고, 독일의 해당 법령은 “사업자”나 “고객” 등의 용어를 계속해서 사용함으로써 한국 노조법에서 발견되는 근로자-사용자의 양면적 고용관계에 대한 과도한 의존을 피하고 있다는 점을 지적했다.²¹⁾ 둘째, 다만 진성 자영업자에게 결사의 자유를 보장하고 있지 않은 EU 회원국이 존재한다는 사실에 주목하고, 이는 분쟁 당사자 간 논의의 대상이 될 수 있다고 판단했다.²²⁾

2. 연구의 목적과 구성

이 분쟁은 자영업자의 단결권 보장, 즉 자영업자의 노동조합 설립 및 가입에 대한 유럽의 규율 현황은 어떠한가, 자영업자로 조직된 노동조합의 단체교섭권과 단체협약 체결권의 보장 상황은 어떠한가에 대한 문제의식을 갖게 하고 유럽의 사례를 비교 연구할 구체적인 계기를 마련해 주었다. 동시에 실용적 측면에서 향후 한-EU FTA 전문가패널의 권고 이행 및 EU와의 협의를 위한 지침을 얻을 수도 있고, 최근에 비준한 ILO 제87·

18) Id., paras.165~168.

19) Id., para.169.

20) Id., paras.164 and 170.

21) Id., para.172.

22) Id., paras.173~174. 다만 유럽연합 회원국의 결사의 자유 원리 이행 여부 판단은 전문가패널이 판단을 위임받은 사항이 아니며, EU가 문제 제기한 한국의 노조법 제2조 제1호만을 검토하였을 때 해당 조항/판행이 결사의 자유/단결권을 존중, 촉진, 실현하지 않는다고 결론을 내렸다.

98호 협약의 정확한 해석 및 이행을 위해서도 도움을 줄 수 있다.

이러한 문제의식하에 이하에서는 먼저 유럽의 일부 국가들의 자영업자 단결권 보장(의 부재) 상황을 간략히 검토하고(제2절), 범유럽 차원의 관련 규율 현황을 개략적으로 살펴보는 데, 자영업자의 단결권/단체교섭권에 대한 현재 EU 내에서 이루어지고 있는 논의의 맥락을 들여다본 후(제3절), 유럽평의회의 두 인권조약, 즉 유럽인권협약과 유럽사회권헌장의 규율내용을 점검하고, 유럽사회권헌장 위반이 문제되었던 아일랜드노총 vs 아일랜드 사례를 집중적으로 분석하여 규율 현황을 파악하고(제4절), 이 장에서의 검토를 요약한다(제5절).

제2절 개별 유럽 국가의 규율²³⁾

1. 단결권

가. EU 회원국 : 폴란드, 불가리아, 헝가리, 루마니아

폴란드의 1991년 노동조합법 제2조는 다음의 범주에 해당하는 사람들만 노동조합에 가입할 수 있도록 정하고 있다. ① 노동법전에 정의된 근로자, ② 농업협동조합의 조합원, ③ 파견노동자, ④ 가사노동자, ⑤ 연금생활자, ⑥ 실업자, ⑦ 공무원, ⑧ 비전투군사요원이 이에 속한다. 따라서 자영업자나 근로계약 아닌 일반 민사계약으로서 노무제공계약에 근거해 일하는 이들은 노동조합에 가입할 수 없는 것이 원칙이다. 다만 최근에는 잇따른 소송 및 노동조합 운동 등으로 인해 동 원칙에 대한 변화가 감지되나, 여전히 자영업자의 노동조합 가입은 허용되지 않고 있다.

불가리아의 경우에도 자영업자의 단결권은 보장되지 않는다. 불가리아의 상법은 1인 개인사업자에 대한 상세 규정을 두고 있는데, 여기서 이들

23) 이 절의 내용은 Lionel Fulton, *Trade Unions protecting self-employed workers*, ETUI: Brussels, 2018을 주로 참조하여 작성하였다.

의 노동조합 가입을 허용하지 않고 있다.

헝가리 노동법전 제4조는 “근로자는 노동조합을 조직, 가입 및 탈퇴할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 근로자는 법원에 의해 근로계약을 체결한 자로 해석되기에, 자영업자의 노동조합 조직/가입이 불분명 혹은 불허되는 것으로 이해된다.

루마니아는 2011년 사회적 대화에 관한 법률에 따라 자영업자의 노동조합 가입이 제한된다. 동법 제3조는 “개별근로계약을 체결한 개인, 법이 정하는 공무원, 협동조합에 가입한 농업노동자만이 노동조합을 조직하거나 가입할 수 있는 권리를 갖는다.”라고 규정하고 있기 때문이다.

나. EU 비회원국 : 세르비아, 터키

세르비아는 노동법전 제6조에서 노동조합을 근로자의 단체로 정의하고, 제5조에서 근로자는 사용자와 근로관계를 맺고 있는 자연인으로 정의하여, 자영업자의 노동조합 조직과 가입을 인정하지 않고 있다. 다만 노동법전은 프리랜서 예술인의 경우 예외를 인정하여 그들을 대표하는 노동조합과 사용자 간 계약조건을 정하는 단체교섭을 허용하고 있다.

터키에서는 근로자만 노동조합에 가입할 수 있으며, 기존 조합원도 해고되거나 고용상 지위가 프리랜서로 전환될 시 조합원 자격을 상실하게 된다.

2. 단체교섭권

단결권 혹은 결사의 자유가 자영업자에게도 보장되는 경우가 다수였던 것과 달리 단체교섭권의 경우, 특히 자영업자 노동조합이 단체협약을 체결하는 관행이 실제로 존재하는 국가는 상대적으로 소수이다. 나아가 자영업자를 위한 단체협약이 체결되더라도, 근로자로 조직된 노동조합이 체결한 단체협약의 경우와 달리 특정 영역/유형의 자영업자, 특정 단체교섭사항(단체협약 규율사항)에 국한되는 경우가 많으며, 그 형식과 효력도 단체협약과는 구별되는 경우도 많다.

일단 자영업자를 위한 단체교섭에 대한 제도적 접근은 크게 두 가지 유형으로 나뉘는데, 하나는 특정 직종/업종을 지정하여 그 한도 내에서 예외적으로 단체교섭을 법인하는 것이고, 다른 하나는 일반적으로 경제적으로 의존적인 자영업자의 개념을 설정한 후 그들에게만 단체교섭권을 부여하는 방식이다. 이 두 가지 접근법은 상호 배타적이지 않으며 한 국가의 제도에서 동시에 채택되기도 한다.²⁴⁾ 전자의 대표적 예는 오스트리아의 프리랜서 언론인(단, 수입의 50% 이상이 나오는 경우)과 가사노동자, 프랑스의 프리랜서 언론인 및 공연예술가, 아일랜드의 성우, 세션 음악가, 프리랜서 언론인, 세르비아 프리랜서 예술인을 들 수 있다.

후자의 경우는 다시 세 가지 유형으로 구별할 수 있다. (1) 경제적 의존성 개념을 명시적으로 요구하는 유형(예: 독일, 아일랜드, 스페인, 이탈리아, 영국), (2) 근로자와의 유사성을 요구하는 유형(예: 덴마크, 스웨덴), (3) 노동법 자체에는 특별한 요건을 두지 않으나(따라서 잠재적으로 자영업자도 근로자와 마찬가지로 단체교섭권을 행사할 수 있는 것으로 보이나), 경쟁법과의 긴장·충돌 및 실무상 경쟁법당국의 법집행으로 인해 자영업자의 단체교섭이 실제로 작동하기 어려운 유형(예: 벨기에, 네덜란드)이 그것이다.

최근 유럽 각국의 단체교섭 관행에서 자영업자를 위한 단체교섭이 위축되고 감소되는 것은 해당 자영업자의 노무를 제공받고 보수를 지급하는 ‘사용자’ 측의 저항과, 노동법과 경쟁법의 규율영역 중첩에서 비롯되는 양 법제의 긴장과 충돌에 기인하는 바 크다. 그리고 그 둘은 서로 연결되어 있다. 예를 들어, 덴마크의 경우 프리랜서 언론인들이 가입한 노동조합의 권고 임금률 합의 요구를 거부한 사용자들은 덴마크의 경쟁법 당국에 신고·진정하여 해당 요구의 위법성을 확인하고 철회 명령을 이끌어냈다. 그러나 동 결정은 재심에서 번복되었고 자영업자를 진성프리랜서(단체교섭 불가)와 임금소득을 얻는 프리랜서(단체교섭 가능)로 구별하는 법리가 형성되었다. 경쟁법 집행이 개입되어 단체교섭권의 내용이 위축되는, 예컨대 권리주체의 범위가 줄거나 교섭사항이 제한되는 등의 변천

24) Lionel Fulton, *Trade Unions protecting self-employed workers*, ETUI: Brussels, 2018, p.60.

이 유럽 여러 국가에서 발생하기에 이르렀다.²⁵⁾ 그리고 이러한 변화는 유럽국가의 (EU회원국으로서) 국내 경쟁법의 법적 기초를 제공하는 EU경쟁법을 그 근본적 원인으로 꼽을 수 있다. 따라서 제3절에서는 이에 대한 EU 차원의 규율을 조금 더 면밀하게 검토한다.

제3절 유럽연합의 규율

1. EU기능조약의 사회정책, EU노동법, 노동3권 규율

유럽이라는 지리적·문화적 개념은 종종 법적·정치적 개념인 유럽연합과 혼동된다. 따라서 정확하지는 않지만 하나의 집단으로서 유럽을 지칭할 때 이는 곧잘 EU를 의미하는 것으로 이해되기도 한다. 그러한 현실적 상황을 감안해 자영업자의 단결권 관련 규율을 살펴볼 때 EU법을 먼저 확인하는 것은 자연스러울 수 있다. EU법은 준(準)헌법적 역할을 수행하는 3개의 법적 문서, 즉 EU조약,²⁶⁾ EU기능조약,²⁷⁾ EU기본권헌장²⁸⁾ 등과 같이 전 회원국의 합의로 체결·발효된 1차적 법규와, EU의 각 기관이 위 조약 등에 근거해 제정한 규칙(Regulation), 지침(Directive), 권고(Recommendation), 의견(Opinion) 등 2차적 법규로 나누어진다.²⁹⁾

한편 EU노동법은 EU 내에 제정된 노동과 관련된 모든 법규 및 EU사법재판소(The Court of Justice of the EU)가 이에 근거해 판결한 판례를 한데 묶어 부르는 용어이다.³⁰⁾ EU노동법 대부분은 지침으로 구성되어 있다.³¹⁾ 이 지침의 법적 근거는 EU의 기능에 관한 조약 제2부 제10편

25) Id., p.62.

26) The Treaty of the European Union.

27) The Treaty on the Functioning of the European Union.

28) The Charter of Fundamental Rights of the European Union.

29) 박덕영 외 14인 공저, 『EU법 강의』, 박영사, 2010, 21쪽 및 66쪽 이하.

30) 김기선·강성태·심재진·최석환 편역, 『EU 노동법전』, 한국노동연구원, 2013, 3쪽.

31) 지침은 입법목적과 방향에 대하여는 각 회원국을 구속하지만, 목표를 달성하는

“사회정책”이며, 특히 동 조약 제151조는 EU가 사회정책 분야에서 추구해야 할 목표를 밝히고, 제153조는 이 목적 달성을 위해 EU가 회원국의 활동을 지원하고 보완할 (노동법의 상당 부분을 포괄하는) 11개 분야를 열거한 후, 유럽의회(The European Parliament)와 EU이사회(The Council of the European Union)가 지침을 통해 이 분야의 최저기준을 설정할 수 있도록 하고 있다.³²⁾ 그런데 이러한 11개 분야에는 노동3권이 포함되지 않는다. 즉 노동3권에 대해서는 EU의 입법권한이 없다. EU기능조약 제153조 제5항은 “이 조문의 규정들은 임금, 단결권, 파업권 또는 직장폐쇄권에는 적용하지 아니한다.”라고 규정하여 이를 명시해, 노동3권에 대한 EU 회원국의 온전한, 배타적 규제권한을 인정하고 있다.

2. EU경쟁법과 회원국 노동법의 원리적 충돌 가능성

EU경쟁법(competition law)의 대표적 법적 기초는 EU기능조약 제101조인데 그 내용은 다음과 같다.

EU기능조약 제101조

1. 다음의 행위들은 역내단일시장(internal market)과 양립할 수 없는 것으로서 금지된다: 사업자들(undertakings) 간 모든 합의, 사업자단체(associations of undertakings)의 결정 및 그 목적 및 효과가 역내단일시장 내 경쟁을 방해, 제한 또는 왜곡함으로써 회원국 간의 거래에 영향을 줄 수 있는 공동행위 및 아래의 행위들;
 - (a) 직접적 또는 간접적으로 구입가격이나 판매가격 혹은 다른 거래 조건들을 정하는 것;
 - (b) 생산, 시장, 기술개발 또는 투자를 제한하거나 통제하는 것;

구체적 방법은 회원국의 판단에 맡긴다. 따라서 각 회원국은 스스로 적절하다고 여기는 방식으로 지침을 국내법으로 전환할 수 있는 재량을 갖는다(위의 책, 3쪽).

32) 회원국은 EU가 그 권한을 행사하지 않거나 행사의 중지를 결정한 범위에서 권한을 행사한다(TFEU, Art. 2(2)).

- (c) 시장 혹은 공급원을 공유하는 것;
- (d) 유사한 거래를 하는 거래자들 간 다른 조건을 적용함으로써 일부를 불리한 조건에서 경쟁하게 하는 것;
- (e) 성질 및 상업적 사용 측면에서 볼 때 계약의 대상/내용과 관련 없는 부수적인 의무를 상대방이 수용하였는지를 계약 체결의 조건으로 삼는 행위

2. 본 조항에 따라 금지되는 어떠한 합의 혹은 결정은 당연 무효가 된다.

3. 그러나 제1항은 다음의 경우에 적용되지 않는다.

- 사업자들 간의 어떠한 합의 혹은 합의와 유사한 것
- 사업자단체의 어떠한 결정 혹은 결정과 유사한 것
- 공동행위 혹은 공동행위와 유사한 것 등이

상품의 생산이나 유통의 향상 또는 기술적/경제적 발전을 촉진하는데 기여하면서, 소비자들에게 그 결과로서의 이득을 공평하게 나누지만,

- (a) 관련 사업자가 이러한 목적을 달성하는 데 꼭 필요하지 않은 제한을 두지 않으며(즉 꼭 필요한 제한만을 두는 경우),
- (b) 관련 사업자의 해당 상품의 상당 부분에 경쟁을 회피할 수 있도록 하지 않는 경우

제101조에 따라 자영업자가 경쟁법상 “사업자(undertaking)”로 평가된다면, 자영업자로 조직된 노동조합은 동조의 “사업자단체(association of undertakings)”로 볼 수 있을 것이고, 자영업자 노동조합이 사용자/노동자/이용자/거래상대방과 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하는 것은 “사업자들 간의 모든 합의”, “사업자단체의 결정”, “구입가격이나 판매가격 혹은 다른 거래 조건들을 정하는 행위”에 해당할 수 있을 것이다. 따라서 EU경쟁법 및 이를 국내 이행하는 회원국의 경쟁법은, 자영업자의 단결권, 단체교섭권 및/또는 단체행동권을 보장하는 회원국의 노동법은 일응 양립 불가능한 관계에 놓이는 것처럼 보인다.

3. EU사법재판소의 입장

이 문제에 대해 EU사법재판소의 입장은 다음과 같이 변천해 왔다. 노동법과 경쟁법의 관할 충돌 혹은 경합 문제에 대한 원칙을 세운 EU사법재판소의 판결은 Albany 판결이었다.³³⁾ Albany 판결은 단체협약의 본질이 일정 부분 경쟁을 제한하는 것은 분명하고, 따라서 원리적으로 경쟁법이 적용될 수 있으나, 그렇게 할 경우 단체협약제도가 추구하는 사회정책적 목적은 극심하게 손상될 수 있기에,³⁴⁾ 사건의 두 가지 사실을 검토한 후 경쟁법 적용의 예외를 인정하였다. 첫 번째는 사건의 집단적 협약이 근로자(worker)와 사용자의 단체 간 교섭의 결과물인 단체협약이었다는 것이고, 두 번째는 교섭/협약의 목적이 해당 업종 내 모든 근로자를 위한 보충적 연금제도를 설립함으로써 그들의 근로조건, 즉 보수의 향상에 기여하는 것이었다는 사실이다. 이를 근거로 EU사법재판소는 사건의 단체협약에 EU기능조약 제101조(EU경쟁법)가 적용되지 않는다고 판단하였다.

자영업자만으로 조직된 단체와 그 상대방 단체 간 교섭을 통해 집단적 협약을 체결한 경우 동 협약에 경쟁법이 적용될 것인가 여부는 Pavlov 사건에서 다투어졌다.³⁵⁾ 자영업자인 의료전문직 종사자들로 조직된 단체가 연금기금을 설치하는 집단적 협약을 체결하였는데, 자영업자로 구성된 동 단체는 “사업자단체”에 해당하고 따라서 동 협약에는 “Albany 예외”가 적용되지 않아 경쟁법이 적용된다는 것이었다.

최근의 판결은 2014년의 FNV Kunsten 판결이다. 근로자와 자영업자가 모두 가입한 노동조합이 후자를 위해/대표하여 교섭에 임한다면 그 한도 내에서는 노동조합으로서 행위하는 것으로 볼 수 없고 사회적 파트너로도 간주되지 않으며, 단지 사업자단체로 평가되기 때문에 경쟁법이 전면적으로 적용된다는 것이 그 핵심 내용이었다.³⁶⁾ 이것의 예외를 인정받

33) Case C-67/96, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751.

34) Id., para. 59.

35) Joined Cases C-180 - 4/98, *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* [2000] ECR I-6451.

36) Case C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*,

기 위해서는 해당 단체협약을 체결한 노동조합 조합원인 자영업자들이 위장자영업자(false self-employed)이어야 한다는, 상대적으로 협소한 기준을 정립했다.³⁷⁾ 동 판결은 위장자영업자 판단기준으로 두 가지를 제시하였는데, 하나는 경제적 측면의 의존성(dependence)으로서 시장에서 독립적으로 경제활동을 할 수 있는지 여부(독자적으로 영리활동을 할 수 있는지, 재정적 위험·경영위험을 부담하는지 등) 또는 특정 상대방에게 주된 노무제공을 한다는 점이었다. 다른 하나는 노무수령자의 지시권에 구속되느냐로 노무제공의 시간·장소·내용 결정을 노무제공의 상대방의 처분에 두는 것을 의미하는 것이었다. 결국, 현재 EU 내에서 진성 자영업자의 단결권, 단체교섭 및 단체협약은 경쟁법의 적용을 받아 온전히 행사될 수 없다고 할 수 있다.

4. EU의 입법적 해결 : 유럽집행위원회의 “자영업자를 위한 단체교섭” 제도화 추진³⁸⁾

이러한 자영업자의 단체교섭권 문제는 근로자와 유사한 보호필요성 있는 취업자가 증가하면서 새로운 국면을 맞게 되었다. 디지털 플랫폼의 부상과 플랫폼을 이용해 경제활동을 하는 플랫폼 종사자가 급증하고, 아날로그 경제에서도 새로운 취업형태 종사자(독립사업자, 프리랜서 등)가 증가하였는데, 이들의 법정 노동조건 및 단체교섭권 행사 가능성에 대한 불확실성이 증가하고 있고, 많은 1인 자영업자는 독점적 지위를 갖고 있는 기업 또는 기타 노무이용자와의 관계에서 교섭력을 갖기가 어렵다는 사실(사실상 take it or leave it)이 문제로 제기되었다.

문제는 사업자로서 EU경쟁법의 적용이라는 법적 장애물이 남아 있다

Judgment of the Court (First Chamber), 4 December 2014.

37) Id., para.31.

38) 이하의 내용은 European Commission, *Inception Impact Assessment, Collective Bargaining Agreements for self-employed-scope of application of EU competition rules*, 6 January 2021 참조. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12483-Collective-bargaining-agreements-for-self-employed-scope-of-application-EU-competition-rules_en

는 것이다. EU경쟁법 적용 문제를 고려할 때 이들이 근로자처럼 노동조합을 조직해 단체교섭권을 행사하고 단체협약을 체결해 노동조건을 향상시킬 수 있는지 불명확하다. 일부 EU 회원국은 국내 경쟁법과 노동법을 개정하여 자영업자도 단체교섭권을 행사할 수 있도록 하는 경우도 있으나 EU경쟁법과의 충돌이라는 문제는 미해결된 상태이다. 네덜란드의 경우 자영업자가 근로자와 같은 공간에서 함께(side by side) 일하는 경우 법정 “노무제공자(worker)”에 해당하고 네덜란드법상 (일부) 근로자의 권리를 향유할 수 있으며 여기에는 단체교섭권이 포함된다고 본다. 한편 오스트리아와 프랑스는 사용자와의 관계에서 교섭력이 비대칭적일 확률이 높은 직종의 경우(예: 프리랜서 음악가, 배우, 행위예술가, 저널리스트) 단체교섭 금지에 대한 예외를 인정한다.

이러한 배경하에 EU, 정확히는 유럽집행위원회는 1인 자영업자의 경우를 전제로 경쟁법 적용 및 위반에 대한 우려 없이 언제 단결권·단체교섭권을 행사할 수 있는지 명확히 하기 위해 단체교섭권 향유 주체의 범위를 구체적으로 설정할 것을 제안했다. 이는 향후 지침과 같은 형태로 입법될 예정이다. 집행위원회는 구체적인 안으로 네 가지를 제안하였는데 다음과 같다.

먼저 1안은 디지털 플랫폼을 이용해 자기 자신의 노동을 제공하는 방식으로 일하는 모든 1인 자영업자에게 단체교섭권을 보장하는 안이다. 2안은 1안에 더해 일정 규모 이상의 (오프라인) 기업고객(professional customers)에 노무를 제공하는 1인 자영업자까지 포괄하는 안이다. 3안은 1안에 더해 규모와 상관없이 (오프라인) 기업고객에 노무를 제공하는 1인 자영업자에서 오직 규제를 받는 자유전문직 종사자를 제외한 안이고, 제4안은 1안에 더해 규모와 상관없이 (오프라인) 기업고객에 노무를 제공하는 1인 자영업자에게도 단체교섭권을 부여하는 안이다.

현재는 이해관계자로부터 피드백을 받고 공개협의(public consultation) 절차를 거쳐(2021년 5월 종료) 4/4분기에 유럽집행위원회가 구체적 제도안을 제안할 것으로 계획된 상태이다.

제4절 유럽평의회의 규율 상황

1. 조직과 제도적 배경

유럽평의회(Council of Europe)는 EU와 같은 국가 간 통합방식에 반대하던 영국이 유럽의 평화를 위해 제안하여 1949.5.5. 창설되었다. 유럽평의회는 유럽연합처럼 국가 간 통합이 아니라, 회원국이 참여하는 국가 간 기구 형식으로 프랑스의 스트라스부르크(Strassburg)에 본부를 두고 있으며 유럽통합을 추진하는 가장 오래된 조직이다. 유럽평의회의 회원국은 47개국으로 이제는 EU 회원국(27개)이 아닌 영국을 포함해 非 EU 회원국 다수(러시아, 우크라이나, 터키 등)를 포함하고 있다.

유럽평의회는 (EU처럼) 회원국을 직접적으로 구속할 수 있는 법규범을 정립할 수는 없지만, 회원국이 자국 법률을 제·개정할 때 방향을 제시하는 기본 틀로서 유럽협약이나 협정을 마련할 수 있다. 이러한 맥락에서 유럽평의회는 두 건의 인권협약을 채택했고 이 두 협약 모두 인권의 최저기준을 정하고 있다. 그중 하나가 바로 1950년 「인권 및 기본적 자유를 보호하기 위한 협약」³⁹⁾이며 동 협약의 비준은 유럽평의회의 필수 가입조건이다.⁴⁰⁾ 유럽인권협약 제11조는 집회·결사의 자유를 규정하여 종종 단결권(과 해석을 통해 도출된 단체교섭권)이 쟁점인 사건에 적용이 검토된다(예: Manole and “Romanian Farmers Direct” v. Romania). 또 다른 하나는 유럽인권협약이 채택되고 약 10년 후 1961년에 수립된 유럽사회권헌장(European Social Charter)인데, 동 헌장은 경제적·사회적 권리를 집대성한 규범 체계로서 1996년 개정을 거쳐 현대화되었다. 노동과

39) The European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 이는 보통 유럽인권협약(European Convention on Human Rights: ECHR)으로 짧게 줄여 부르는 것이 일반적이다.

40) 이형석, 『유럽인권조약상 교육을 받을 권리: 유럽인권법원 판결을 중심으로』, 『입법과 정책』 제6권 제2호, 2014, 110쪽.

직접 관련되는 유럽사회권헌장 조항을 살펴보면 다음의 것들이 있다.

- 제1조 일할 권리(right to work);
- 제2조 정당한 근로조건에 대한 권리;
- 제3조 안전하고 건강한 노동환경에 대한 권리;
- 제4조 공정한 보수에 대한 권리;
- 제5조 단결권(right to organise);
- 제6조 단체교섭권·단체협약체결권(right to bargain collectively);
- 제7조 아동·청소년에 대한 (고용상) 특별 보호;
- 제8조 고용된 여성의 모성보호에 대한 권리;
- 제20조 고용과 직업에 있어 성적 차별 없이 동등한 기회와 처우를 받을 권리 등

유럽사회권위원회(European Committee of Social Rights)는 회원국이 정기적으로 제출하는 보고절차를 통해 회원국의 헌장 준수를 감독한다. 회원국이 제출한 보고서에만 의존하는 방식을 보완하기 위해 2005년 후속 의정서에 의해 도입된 집단적 제소절차를 통해 사법적 방식으로 사건을 처리하기도 한다. 다만 [유럽사회권헌장-유럽사회권위원회]는 [유럽인권협약-유럽인권법원]에 비해 그 권위·실효성·영향력 측면에서 부족한 것이 사실이며, 세 가지 이유가 주로 지적된다. 첫째, 개인 제소절차가 부재하고; 둘째, 평의회 회원국은 유럽사회권헌장의 일부 권리만을 선택할 수 있으며; 셋째, 유럽평의회 회원국에게 (유럽인권협약과 달리) 유럽사회권헌장의 체결·비준이 강제되어 있지 않다는 점에서 차이가 있다.

2. ICTU v. Ireland 사건

아일랜드노총(Irish Congress of Trade Union: ICTU)은 2016. 8. 8. 아일랜드의 경쟁법당국(우리의 공정거래위원회와 유사)의 결정, 즉 성우, 프리랜서 언론인, 음악가가 최저보수(임금) 및 기타 노동조건을 정하기 위해 단체협약을 체결하는 것은 아일랜드의 경쟁법(우리의 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」과 유사) 위반 소지가 있어 금지된다는 결정이 유

럽사회권헌장 제6조 위반이라고 주장하여 사건을 유럽사회권위원회(이하 “위원회”)에 접수(제소)했다. 위원회는 2017. 3. 23. 동 제소의 심사적격성을 인정하고,⁴¹⁾ 피소국인 아일랜드 정부의 서면입장 및 국제사용자단체(International Organisation of Employer)의 의견서 제출을 요청했다.

문제가 된 조치의 근거 법령은 2002년 아일랜드 경쟁법(Competition Act 2002) 제4조였는데, 이는 앞서 검토한 EU기능조약 제101조의 내용을 거의 그대로 옮긴 것이었다. 그렇기에 성우, 프리랜서 언론인, 음악가를 동법상 “사업자”로 보면 그들이 조직한 “노동조합”은 법상 “사업자단체”가 되고 그들의 최저보수를 정하는 “단체협약”은 법상 “서비스거래에 있어서 경쟁을 방해, 제한, 왜곡하는 목적이나 효과가 있는 합의, 결정 및 집단적 행동”에 해당해 위법·무효라는 결론이 도출된다. 별도의 입법적 장치 마련되지 않는 한 아일랜드 경쟁법 당국의 결정은 불가피한 것으로 볼 수 있다.

다만 사건 대상 법률은, 사회권위원회에 제소된 후인 2017. 6. 7. 노동법과 경쟁법의 긴장과 충돌을 정서하기 위해 개정되었는데,⁴²⁾ EU사법재판소의 2014년의 FNV Kunsten 판결이 참고되었다. 먼저 개정법은 경쟁법 제4조가 적용되지 않는 자영노동자 범주를 설정했다.⁴³⁾ 이 집단에는 성우, 세션 음악가, 프리랜서 언론인의 세 직종에 종사하는 자영노동자와⁴⁴⁾ 관계 장관에 의해 지정된 “위장자영노동자(false self-employed worker)” 및 “완전히 의존적인 자영노동자(fully dependent self-employed worker)”가 속한다. 위장자영노동자 또는 완전히 의존적인 자영노동자를 위해 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하려는 노동조합은 관계 장관에게 그들을 동법상 위장자영노동자 또는 완전히 의존적인 자영노동자로 지정해줄 것을 신청할 수 있다.⁴⁵⁾ 이때 노동조합의 신청은 두 가지 증거가 제출되어

41) 위원회의 관할권, 아일랜드노동의 집단제소(당사자)적격성, 헌장상 권리 해당성 등 불안전 판단 사항과 그에 대한 결정에 대해서는 [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#/{%22sort%22:\[%22ESCPublicationDate%20Descending%22\],\[%22ESCDcIdentifier%22:\[%22cc-123-2016-dadmiss-en%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#/{%22sort%22:[%22ESCPublicationDate%20Descending%22],[%22ESCDcIdentifier%22:[%22cc-123-2016-dadmiss-en%22]}) 참조.

42) The Competition (Amendment) Act 2017, 7 June 2017.

43) Competition Act 2002, Part B, 15D ‘relevant category of self-employed worker’.

44) Competition Act 2002, Schedule 4.

45) Competition Act 2002, sec. 15F.(1).

야 하는데, 하나는 해당 노무제공자가 동법이 정의하는 위장자영노동자 또는 완전히 의존적인 자영노동자의 기준에 부합하는지의 문제인데 노동법적 측면의 증거이다.

개정된 아일랜드 경쟁법은 위장자영노동자를 아래의 요건을 충족한 개인으로 정의한다. 첫째, 명시적이든 묵시적이든, 서면계약이든 구두계약이든 어떤 계약하에 타인을 위하여 그 타인의 근로자와 같은 활동과 역무를 제공할 것; 둘째, 계약관계가 존속되는 동안 그 타인에게 인적으로 종속되는 관계를 가질 것; 셋째, 업무의 시기, 장소 및 내용에 대해 그 타인의 지시에 따라야 할 것; 넷째, 타인의 경영위험을 공유하지 않을 것; 다섯째, 자신에게 주어진 업무의 수행 스케줄, 장소, 방식을 독립적으로 결정할 수 없을 것; 여섯째, 계약관계가 존속되는 동안 그 타인의 사업에서 중요한 부분을 구성할 것이 그것이다. 아울러 동법은 완전히 의존적인 자영노동자를 다음의 요건을 만족한 개인으로 정의한다. 첫째, 명시적이든 묵시적이든, 서면계약이든 구두계약이든 어떤 계약하에 타인을 위하여 역무를 제공하는데 이때 역무를 제공받는 사람이 어떤 근로자의 사용자 인지는 묻지 않는다; 둘째, 해당 계약으로부터 얻는 주된 수입을 제공하는 사람이 두 명을 넘지 않아야 한다.

노동조합의 신청서와 함께 제출되어야 하는 또 다른 증거는 경쟁법적 혹은 경제적 효과에 관한 것인데 다음과 같이 정의된다. 해당 노무제공자를 위 범주로 지정하는 것이 ① 해당 노무제공자가 활동하는 시장에 미치는 경제적 효과가 없거나 미미할 것, ② 국가의 상당한 비용 지출로 이어지지 않을 것, 그리고 ③ 동법이나 다른 법(EU법 포함)상 상품 또는 서비스의 거래에 있어 경쟁을 방해, 제한, 또는 왜곡하는 것을 금지하는 기타 규정들을 위반하지 않을 것이라는 사실이 그것이다. 관계 장관은 신청이 위 요건을 충족하였다고 판단하고 그렇게 하는 것이 적절하다고 판단한 경우 명령으로써 신청 위장자영노동자 또는 완전히 의존적인 자영노동자를 동법 제4조가 적용되지 않는 자영노동자로 지정할 수 있다. 이 경우 해당 노동조합이 체결한 단체협약은 경쟁법 위반이 되지 않는다.

한편 위원회가 사안의 판단을 위해 적용한 유럽사회권헌장 제6조는 다음과 같다.

제6조 단체교섭권

회원국은 효과적인 단체교섭권의 행사를 위해 다음을 이행한다.

1. 노동자(worker)와 사용자 간 공동 협의 증진;
2. 필요하고 적절한 경우, 사용자 또는 사용자단체와 근로자단체 간 단체협약을 통해 근로조건을 규율할 목적의 자발적 교섭을 위한 조직·절차의 증진;
3. 노동분쟁해결을 위해 알선·조정·중재를 이행할 조직·절차의 설립 및 이용; 그리고

회원국은 다음의 권리를 승인한다.

4. 이익분쟁 발생 시 노동자와 사용자의 파업권을 포함하는 단체행동권. 다만 당사자 간 기체결되어 발효 중인 단체협약에 정해진 의무에 위반하지 않도록 동 권리가 행사되어야 한다.

3. 결정요지 : 고용의 현실·규범 인식과 현장 일반론

위원회는 먼저 자영업자의 단결권 문제가 그간 다루어진 적이 없었다는 점을 지적했다. 나아가 위원회는 판단의 배경으로서 급격히 변화하는 일의 세계의 “고용 털어내기” 모습에 주목했다.⁴⁶⁾ 위원회는 고용계약을 회피하고 경영위험/시장위험을 노무수령자로부터 노무제공자로 이전하려는 명시적 목적을 가지고 체결되는 계약관계가 급증함을 지적했다. 이는 많은 노무제공자가 “의존적 근로자(dependent employee)”의 범주에 포섭되지 못하는 결과로 이어지고, 따라서 이 사건 적용조항인 유럽사회권헌장 제6조 제2항의 보호영역을 결정함에 있어서는 이와 같은 현실의 변화를 반드시 고려해야 한다고 보았다. 그러므로 이 적용조항에 의해 보호되는 단체교섭의 유형을 정할 때는 실질적 측면에서 해당 노무제공자와 노무수령자 간 존재하는 힘(교섭력)의 불평등이 결정적 기준이 되어야 한다고 판단했다. 다시 말해, 노무제공자가 계약조건 내용을 정함에 있어 실질적인 영향력을 갖지 못한다면 그들은 단체교섭을 통해 힘의 불균형

46) 결정, paras.37~38.

을 시정할 수 있는 제도적 가능성이 주어져야 한다는 것이었다.

위원회는 이러한 현실인식 및 규범적 관점을 토대로, 자영업자/자영노동자도 헌장 제6조 제2항의 권리주체가 될 수 있음을 인정하고 그들의 대표를 통한 단체교섭권 행사는 오직 법에 의해서만 제한될 수 있으며, 그 법은 정당한 목적을 추구해야 하고 해당 목적을 달성함에 있어 민주사회에서 필요한 수단이어야 한다는 법일반론을 확인했다.⁴⁷⁾ 다만 위원회는 2017년 경쟁(수정)법이 입법된 시점을 기준으로 그 전과 그 후를 나누어 판단하였는데, 이전의 2002년 아일랜드 경쟁법 해당 조항은 헌장 제6조 제2항을 위반하고, 이후 조항은 위반하지 않는다고 결정하였다.

먼저 2017년 개정되기 전의 2002년 경쟁법의 해당 조항은 유럽사회권 헌장 제6조를 위반한다고 보았다. 이 사건에서 문제된 2004. 8. 31. 아일랜드 경쟁법당국의 조치(no. E/04/002 of 2004), 즉 성우들의 노동조합인 EQUITY/SIPTU와 그들의 사용자 격인 Institute of Advertising Practitioners 간 체결된 단체협약이 2002년 아일랜드 경쟁법 제4조 위반이라고 본 조치와 그 이후 지속되는 유사한 당국의 판단/조치는 일응 헌장 제6조 제2항을 제약하기 때문이다. 동 조치의 법적 근거가 법률이라는 점에서 형식적 합법성은 갖추었고, 또한 “효과적이고 왜곡되지 않은 거래의 경쟁”을 확보한다는 일견 정당한 목적을 추구한다는 점은 인정했다. 그러나 성우, 프리랜서 저널리스트, 음악가 한 명 한 명을 각각 “사업”으로 포섭하는 것은 과잉이라는 점에서 지나치고, 이런 이유로 필요성 요건, 즉 최소침해의 요건을 위반했다고 위원회는 판단했다. 진성 독립자영업자가 그들 중 대부분일 수 없다는 사실, 즉 사안의 자영노동자들 및 다수의 자영노동자들이 여러 고객/의뢰인을 가지고, 직원을 고용할 권한을 보유하며, 사업을 어떻게 운영할지 전략적 결정을 내리는 권한을 가지지 못한다는 점은 명백하기 때문에 단체교섭권을 통해 교섭의 불평등이 시정되어야 하는데 그렇지 못하고 있다는 것이다. 위원회는 사안의 자영업자들로 하여금 단체교섭을 하고 (임금/보수와 관련하여) 단체협약을 체결토록 하는 것이, 종속 근로자에게 그러한 권리를 보장하는 것과 비교해 거래상 경쟁

47) 결정, para.95. 유럽사회권헌장 Part V, Article G—Restrictions의 규정으로 우리 헌법 제37조 제2항과 유사한 규정이다.

의 관점에서 특별히 다른 영향을 끼칠 것으로 판단하지 않았다. 따라서 사건의 조치는 필요성/최소침해성 요건을 위반해 헌장 제6조 제2항을 위반한 조치라고 보았다.

그러나 위원회는 2017.6.7. 개정된 2002년 경쟁법은 위반이 아니라고 결론 내렸다. 위원회는 2017년 수정법이 도입된 후 “경쟁법 적용 예외 자영업자 집단”에 두 그룹이 있음을 지적했다. 즉 첫 번째 그룹으로 Schedule 4에 열거된 자영업자(이 사건 3개 직종)의 경우 경쟁법 제4조가 적용되지 않으므로 경쟁법 위반의 위험 없이 단체교섭권과 단체협약체결권을 행사할 수 있음을 지적했다. 일단 이 사건의 해당 자영업자들의 단체교섭권·단체협약체결권 문제는 입법적으로 해결되었다는 것이다. 위원회는 3개 직종 외의 자영업자, 즉 “경쟁법 적용 예외 자영업자 집단”의 두 번째 그룹인 위장자영노동자와 완전히 의존적인 자영노동자도 2017년 수정법 제15F조에 따라 관계 장관에 대한 인증/지정 신청 절차가 신설되어 2002년 경쟁법 제4조가 적용되지 않을 수 있는 제도적 길을 마련해주고 있음을 지적했다. 이에 대해 제소자인 ITUC는 ① 동 제도의 신청범위 혹은 자격인 위장자영노동자와 완전히 의존적인 자영노동자 개념이 너무 협소하고 제한적이며, 특히 ② 15F(2)(b)의 “경쟁법 적용 예외 자영업자 집단”으로 인정받기 위한 경제적 영향 입증 요건은 ①과 함께 과도한 절차적 제한으로서 동 헌장 위반에 해당할 수 있음을 주장했다. 그러나 위원회는 ITUC가 피력한 우려가 추정에 불과하고 실제 그런 결과로 이어지리라는 증거가 없는 한 위반이라고 할 수 없다고 결론 내렸다.

한편 위원회는 사건조항이 EU법(EU기능조약 제101조)으로부터 자영업자 단체교섭권을 보장하는 데 불충분하다는 쟁점에 대해서는, 즉 요약하자면 유럽사회권위원회는 해당 문제, 즉 동 조약 제101조의 존재 및 아일랜드에서 유효하게 적용될 수 있다는 사실이 자영업자의 단체교섭권 행사를 불법으로 만들어 유럽사회권헌장 제6조 제2항 위반을 구성한다는 주장과 관련해서는 관할권이 없다고 판단하였다.

제5절 소 결

자영업자의 단결권 보장 상황은 유럽 국가별로 상이하지만 대체로 보장해주는 편인 데 비해, 단체교섭권에 대해서는 근로자와 비교할 때 상당한 제약이 있음을 확인할 수 있었다. 그러한 결과를 야기한 주된 원인으로 EU경쟁법의 적용을 꼽을 수 있으며, EU사법재판소의 2014년 FNV Kunsten 판결에 따라 위장자영업자가 아닌 한 진성 자영업자의 단체교섭권은 원칙적으로 제한되는 것으로 굳어졌다. 다만 특고에 비견되는 의존적 자영업자의 경우 유럽 국가별로 단체교섭권 보장에 있어 일정한 규제 재량을 발휘하는 회색지대처럼 취급되는 것으로 보이며, 이는 EU 외 다른 범유럽 국가 간 기구의 법제에서도 수용되고 있는 것으로 파악된다. EU에서는 온라인 플랫폼 노동 등으로 대표되는 비전형 취업형태의 급증과 맞물려 일정한 범위의 1인 자영업자에게 단체교섭권을 보장해줄 수 있는 제도적 개선, 즉 경쟁법과의 경합 문제를 다시 조율하는 입법을 추진 중에 있다. 이러한 EU의 움직임은 우리 노조법 해석론에 대한 직접적 근거로 활용될 수는 없겠지만, 향후 우리의 자영업자의 노동3권에 대한 입법정책 방향과 내용을 구상하는 데 있어 좋은 참고가 될 것으로 기대한다.

제 4 장

자영업자 노동조합 일본 사례

제1절 서론

일본 헌법 제28조는 “근로자의 단결할 권리 및 단체교섭 기타 단체행동을 할 권리는 보장된다”라고 하여 명문으로 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장하고 있다.⁴⁸⁾ 그리고 헌법 제28조의 노동3권 보장을 옹호하고 실질화하기 위한 목적으로 노동조합법이 제정되어 있고,⁴⁹⁾ 헌법 제28조의 단체행동권의 행사에 따른 이해관계를 조정하기 위한 목적으로 노동관계조정법이 존재한다.⁵⁰⁾

48) 노동기본권을 헌법적으로 보장하면서 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 명문으로 기술하고 있다는 점에서 일본 헌법과 우리 헌법 제33조는 동일한 규범 내용과 구조를 가지고 있다고 할 수 있다. 하지만 일본 헌법 제28조는 우리 헌법 제33조 제1항과 달리 “근로조건의 향상을 위하여”라는 문언이 존재하지 않고, 우리 헌법 제33조 제2항 및 제3항과 같이 특정 직업 또는 직무 종사자의 노동3권에 대한 특별한 제한을 정당화할 수 있는 조항(이른바 헌법유보)이 존재하지 않는다.

49) 공무원인 근로자에 대해서는 그 신분이 국가공무원인 경우에는 국가공무원법 및 「행정집행법인의 노동관계에 관한 법률」에 의하여, 지방공무원인 경우에는 지방공무원법 및 「지방공영기업등의 노동관계에 관한 법률」에 의해서 노동3권이 제한되어 있다.

50) 노동조합법 제1조에서는 이 법의 목적을 “노동자가 사용자와의 교섭에서 대등한 입장에 서는 것을 촉진하는 것에 의해서 노동자의 지위를 향상시키는 것, 노동자가 그 노동조건에 대해서 교섭하기 위하여 스스로 대표자를 선출하는 것 기타의 단체행동을 하기 위하여 자주적으로 노동조합을 조직하고 단결하는 것을 옹호하

위에서 본 바와 같이 일본 헌법 제28조에서는 단결권의 주체를 “근로자”라고 명확히 기술하고 있는데, 이 “근로자”의 의미에 대해서 통설과 판례는 노동조합법상의 “노동자”와 동일한 것으로 이해한다.⁵¹⁾ 현행 일본 헌법은 1946년 11월에 제정되었는데(1947년 5월 3일 시행), 이미 그 시점에 “단결권의 보장 및 단체교섭권의 보호 조성에 의하여 노동자의 지위의 향상을 도모하고 경제적 흥륭에 기여하는 것을 목적”(제1조)으로 하는 노동조합법(이른바 구노동조합법)이 시행되고 있었고(1945년 12월 22일 공포, 1946년 3월 1일 시행),⁵²⁾ “노동자”에 관한 정의 조항까지도 두고 있었다는 점을 생각하면, 헌법 제28조에서 “근로자”라고 기술한 것은 매우 기이하게 보인다. 하지만 양 법규범에서 상이한 용어를 사용한 것이 입법자에 의해서 의도된 것이 아니라는 점에는 이론이 없다. 즉, 헌법 제28조에서 노동조합법과는 달리 “근로자”라는 용어를 사용한 것은 군국주의시대의 유산을 그대로 이어받았을 뿐 별다른 의미를 부여하기 위하여 헌법제정자⁵³⁾가 의도적으로 선택한 것이 아니라는 것이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 따라서

는 것 및 사용자와 노동자와의 관계를 규제하는 노동협약을 체결하기 위한 단체교섭을 하는 것 및 그 절차를 조성하는 것을 목적으로 한다.”라고 하고 있다.

51) 西谷敏, 『労働組合法』, 有斐閣, 2012, p.78.

52) 현행 노동조합법은 1945년 12월에 제정된 노동조합법(1946년 3월 1일 시행)이 1949년에 전면개정된 것이다. 노동관계조정법은 1946년 9월 27일에 공포, 1946년 10월 13일에 시행되었다.

53) 연합국점령당국(General Headquarters: GHQ)이 작성하여 1946년 2월 13일에 일본 정부에 제시된 일본국 헌법 초안 제28조에서는 “The right of workers to organize and to bargain and act collectively is guaranteed.”이라고 하여 명확히 노동3권을 보장하고 있었는데, 초안에 첨부된 일어 번역본에는 “노동자”라고 되어 있었다. 이 안을 바탕으로 일본 정부 측에서 국회에 제출할 초안을 작성하였는데, 이 초안에는 “노동자”가 아니라 “근로자”로 기술되어 있었다.

54) “노동자”라는 용어는 1920년대와 1930년 전반기까지는 관계 당국의 행정 및 노동관계법령(안)에서 흔히 사용되던 용어였다. 1920년에 일본 내무성과 농상공성이 각각 작성하여 총리에게 제출한 노동조합법요강안에서도 “노동자”라는 용어가 사용되었는데, 이후 일본 정부가 의회에 제출한 세 차례의 노동조합법안(1926년, 1927년, 1931년)에서도 “노동자”라는 용어가 사용되었다. 하지만 1937년 중반 이후, 특히 중일전쟁에 따라서 전시경제체제(국민총동원체제)로 이행하면서 계급대립과 노사대립의 이미지가 강한 “노동”과 “노동자”라는 용어는 새롭게 만들어진 “근로”와 “근로자”라는 용어로 급거 대체되었다고 한다(稻垣正明, 『使用者・労働者』, 日本労働法學會編, 『新労働法講座 1-労働法の基礎理論』, 有斐閣, 1966, p.175.

55) 연합국점령당국(General Headquarters: GHQ)에 보고된 노동조합법 초안 영문본

단결권의 주체에 관한 이해는 노동조합법상의 “노동자”에 대한 이해가 핵심적이다. 현행 노동조합법 제3조는 “이 법률에서 노동자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 사람을 말한다.”라고 하고 있다. 이 정의 조항에 근거하여 노동자를 이해하는 데 핵심은 “임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 사람”이 누구인지에 집중되는데, 이를 밝혀야만 노동조합법상의 노동자, 즉 헌법 제28조의 근로자가 누구인지를 알 수 있게 된다. “임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 사람”이라는 문언 자체는 매우 추상적이어서 상당히 넓은 의미로 해석될 여지가 있는데, 이는 노동기준법⁵⁶⁾ 제9조 제1호의 노동자 정의 조항⁵⁷⁾과 대비하여 보면 더욱 그러하다.

헌법 제28조의 “근로자”와 노동조합법 제3조의 “노동자”가 누구인지는 해석의 문제로서 어떠한 해석이 정당이라고 하기는 매우 어렵다. 따라서 해석의 주요한 주체인 법원, 노동위원회, 학계가 어떠한 기준을 가지고 이를 판단·확정하는지, 그리하여 그 기준에 따를 때 그 외연이 어디까지 인지를 살펴봐야 한다. 이러한 과정에서 일본 노동법제도와 노동법학에서 본 연구의 주제인 자영업자의 단결권이 어떻게 다루어지고 있는지가 드러날 것이다. 그런데 단결권의 주체가 누구인지의 문제는 헌법을 포함한 실정 법률에 대한 해석의 문제에 국한되지 않는다. 단결권의 주체가 누구인가라는 질문은 단결권의 주체를 누구로 할 것인가라는 질문과 분리불가분의 것이라고 할 것인데, 이렇게 보면 이 문제는 헌법정책을 포함한 입법정책의 문제이기도 하다. 따라서 입법정책 과정에서 단결권의 주체를 누구로 할 것인지에 관한 과거와 현재의 논의도 함께 살펴보아야만 일본에서 자영업자의 단결권이 어떻게 다루어지고 있는지에 관한 전모를 볼 수 있게 될 것이다.

일본에서는 노동자는 “Worker”라고 되어 있는데, 헌법 초안 영문번역본에서도 근로자는 “Worker”로 번역되어 있었다. 현행 노동조합과 헌법의 공식 영문 번역(일본 법무성 소관의 “일본법령외국어역데이터시스템”)에서도 근로자와 노동자는 모두 “Worker”이다.

56) 현행 노동기준법은 1947년 8월에 제정되었다.

57) 노동기준법 제9조 제1호는 “이 법률에서 노동자라고 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업소에서 사용되는 사람으로서 임금을 지급받는 사람을 말한다.”라고 규정하고 있다.

따라서 아래에서는 현행 헌법과 현행 노동조합법 제정에 이르기까지의 과정에서 단결권의 주체를 누구로 할 것인지에 관한 논의를 먼저 살펴보고, 현행 헌법과 노동조합법상의 근로자와 노동자의 개념에 대한 판결, 노동위원회, 학설의 논의 현황을 살펴본다. 그리고 이어서 취업형태의 다양화 등과 같은 새로운 변화에 직면하여 임금노동자 이외의 노무제공자에 법적 보호를 위한 정책 논의에서 자영업자의 단결권 문제가 어떻게 다루어지고 있는지를 살펴보고자 한다.

제2절 노동조합법 제정과 노동자 개념 이해

1. 1945년 노동조합법 제정 이전의 논의

1920년에 일본 정부가 노동조합법 제정에 착수한 이래, 일본 정부는 1926년, 1927년, 1931년에 각각 노동조합법을 의회에 제출하였지만, 모두 좌절되었다. 일본 정부가 노동조합법 제정에 착수하자 여러 정당에서도 노동조합법 제정안을 의회에 제출하였지만, 역시 의회를 통과하지 못하였다.

1920년부터 1930년 초반까지 정부와 제 정당이 입안한 노동조합법안은 10개 정도인데, 이들 법안에서 공통적인 특징은 노동조합의 정의 조항만 존재할 뿐 노동조합을 조직하고 가입하는 주체로서 노동자에 대한 정의 조항은 존재하지 않았다는 점이다. 이들 법안 중에는 소위 무산정당(無産政黨)이라는 불리는 사회민주주의 정당들(노동농민당, 사회민주당, 사회대중당)이 입안한 법률안도 있었는데, 이들 법률안에서도 역시 노동조합의 결성 주체에 대한 정의 조항이 없었다.

이들 법안 중에서 가장 주목을 받은 것은 역시 정부의 입법안이었는데, 정부의 입법안을 둘러싸고 그 주체가 누구인지 또는 누구로 할 것인지에 관해서 적지 않은 논란이 있었다. 이 논란의 쟁점은 다음과 같았다. 첫째로 정부 입법안 제1조는 노동조합을 정의하면서 노동조합을 “노동자”의 “단체”라고 하고 있었기 때문에 여기서 말하는 노동자가 누구인지를 둘

러싸고 논쟁이 발생하였다. 둘째로는 노동자 이외의 사람의 가입을 허용할지 여부였다. 셋째로 여성, 미성년, 외국인도 노동조합 가입을 허용할지 여부였다. 이들 쟁점 중에서 두 번째와 세 번째의 쟁점은 사용자단체가 제기한 것으로 이를 직접적으로 규제하고 있던 법안은 없었다. 이들 쟁점 중에서 첫 번째 쟁점만이 본 연구의 주제와 관련이 있기 때문에 이하에서는 이에 대해서만 살펴해보는데, 첫 번째 쟁점에 관한 논란은 다시 두 쟁점으로 나누어진다. 첫 번째 쟁점은 누구에게 고용되어 노무를 제공하고 대가를 받는 사람 일반을 노동자를 볼 것인지, 아니면 이 중에서 특정한 직무나 성질의 노무를 제공하는 사람으로 이해할 것인지이다. 둘째로는 민법상 고용관계 이외의 사람에 대해서도 적용될 수 있는지였다.

먼저, 첫 번째 쟁점에 관해서 보면 당시 일본 정부는 “노동자”의 의미를 “고용계약하에 있는 근육노동자”라고 이해하고 있었다.⁵⁸⁾ 1926년 정부 법률안의 국회 심의 과정에서 은행원, 사무원, 신문기자와 같은 정식적 노동에 종사하는 사람(이른바 봉급생활자), 공무원(관리), 오케스트라 멤버, 하녀(下女)·하남(下男), 집사와 같은 사람이 “노동자”에 해당하는 가라는 의원 질의에 대해서 당시 주무부서의 내무대신은 “이 조합법에서 노동자라고 하는 자는 고용계약하에 있는 육체노동자를 말한다.”고 답변하였다. 이와 같은 취지의 질의 응답은 1931년 정부 법률안의 국회 심의 과정에서도 반복되었다.⁵⁹⁾ 당시에는 “노동자”가 육체노동자의 이미지가

58) 현행 민법은 1896년에 제정되었는데 당시부터 민법에는 고용계약(제2항 제8절), 도급계약(제2장 제9절), 위임계약(제2장 제10절)이 전형계약으로 규정되어 있었다. 민법 제623조는 고용계약에 대해서 “고용은 당사자의 일방이 상대방에 대해서 노동에 종사할 것을 약속하고 상대방이 이에 대해서 그 보수를 지급할 것을 약속하는 것에 의해서 효력이 발생한다.”라고 하고 있다. 민법 제623조의 이 문언은 2005년에 종래 문어체의 문언을 현대화하면서 변경된 것인데, 그 이전에는 “노동에 종사할 것”이 아니라 “노무에 복(服)할 것”으로 되어 있었다. 이어서 도급계약에 대해서는 “도급은 당사자의 일방이 어떤 일을 완성할 것을 약속하고 상대방이 그 일의 결과에 대해서 그 보수를 지불할 것을 약속하는 것에 의해서 그 효력이 발생한다.”고 하고 있다(제632조). 다음으로 위임에 대해서는 “위임은 당사자의 일방이 법률행위를 하는 것을 상대방에게 위탁하고 상대방이 이를 승낙하는 것에 의해서 효력이 발생한다”고 하고 있다.

59) 東京大學勞働研究會, 『注釋勞働組合法 I』, 有斐閣, 1980, pp.221~222; 鎌田耕一, “勞働者概念の生成”, 『日本勞働法研究雜誌』, No.624(2020. 7.), p.12.

강했기 때문에 “노동자”라는 용어를 사용하게 되면 그 의미가 좁게 해석될 여지가 있었다.⁶⁰⁾ 하지만, 노동자의 범위를 이와 같이 매우 좁게 이해하는 정부의 입장에 대해서는 노동운동단체뿐만 아니라 학계로부터 많은 비판을 받았다.⁶¹⁾

다음으로, 두 번째 쟁점에 대해서 보면, 당시 일본 정부의 입장은 위에서 본 바와 같이 고용 이외의 노동형태의 종사자는 노동조합법안상의 노동자에 해당하지 않는다고 명확히 밝히고 있다. 1926년 정부 법률안의 의회 심의 과정에서 이에 관해서 정부 측 위원과 의원 사이에 다음과 같은 문답이 이루어진 것이 발견된다. “도급계약과 같은 경우 또는 자유노동자”, “토목건축의 하청과 같은 사람”이 조합을 조직하는 경우에 과연 그 조합이 노동조합이라고 할 수 있는가라는 의원 질의에 대해서 정부 당국자는 “어떠한 사람이 노동자인지는 사회상식, 사회통념에 따라서 결정하여야 하는 것으로서 현시점에서 고용계약하에 있는 육체노동자를 말한다.”라고 답변하였다. 다음으로 1931년의 의회 심의에서도 다음과 같은 질의 응답이 발견된다. 자신 소유의 인력거를 가지고 인력거를 끄는 인력거꾼이 노동자에 해당하는지에 대한 질문에 대해서 정부 당국자는 “스스로 자신의 투자에 의하여 일하는 사람은 여기에서 말하는 노동자의 정의에 포함되지 않습니다.”라고 답변하였다. 그리고 소작인에 대해서는 “소작인은 지주로부터 토지를 대여받아서 스스로 소작에 종사하는 사람이기 때문에 지주에게 고용되어 있다고 관념할 수 없습니다.”라고 답변하였다.

그런데 첫 번째 쟁점에 관한 정부 입장에 대해서는 각계의 비판이 많았던 것과는 달리, 두 번째 쟁점에 관한 정부 입장에 대해서 그다지 논란은 없었던 것으로 보인다. 소작인이 노동자에 포함되어야 하는지가 그나

60) 이 때문에 사회대중당이 1929년에 입안하여 국회에 제출한 노동조합법안 제1조에서는 “노동자”라는 용어를 일부러 피하고 “피용자”라는 용어를 사용하기도 하였다(松永義雄, 『勞働組合法とは何ぞや』, 邦光堂, 1930, p.121).

61) 末弘嚴太郎, 『勞働法研究』, 改造社, 1926, pp.168~172; 山中篤太郎, 『日本勞働組合法案研究』, 岩波書店, 1926, pp.78~85; 永井亨, 『勞働組合法論』, 日本評論社, 1926, pp.211~216; 朝日新聞社政治經濟部編, 『勞働組合法の話』, 朝日新聞社, 1929, pp.92~94; 山川均, 『勞働組合法の話: 附・勞働組合法批判』, 千倉書房, 1929, pp.322~324.

마 언급되는 정도였다. 이에 관해서 많은 문헌을 발견할 수는 없지만, 소작인이 노동조합법상의 노동자에 포함되어야 하는지에 대해서는 부정적으로 보는 경향이 매우 강했다고 할 수 있다. 아래의 두 문헌은 소작인의 경제적·사회적 지위가 노동자와 유사하지만 노동조합법상의 노동자로 보기보다는 별도의 입법을 통한 보호를 주문하고 있다.

스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎): “우리나라의 소작인이 노동자인지 아닌지는 실제 문제로서 종종 다투어져 왔다. 노자 대립의 사회적 관계로부터 말하자면 일반 노동자와 이해를 같이한다는 것에 차이가 없을 것이지만, 그들이 조직하는 소작인조합은 그 조직과 직능 등에서 반드시 노동조합과 동일하지 않고 현재에 있어서조차 상당히 거액의 자산을 가지고 있는 것이 적지 않다. 따라서 재산관리의 방법 등에 대해서도 일반 노동조합에서 있어서와 다른 특별한 고려를 인정하여야 할 필요가 있다고 생각한다. 이때문에 나는 소작인조합은 이를 노동조합법의 적용 외에 두고 별도로 소작조합법을 제정하여 그 법률적 지위를 보호하여야 한다고 생각한다.”⁶²⁾

야마나카 도쿠타로(山中篤太郎): “여기에서 소위 노동자라 함은 고용되어 노동력을 파는 것에 의해서 생활을 하는 사람 전부를 포함한다고 해석하여야 한다. 예를 들어 인력거를 임대 혹은 소유하여 행인을 태워서 생활하는 인력거꾼은 노동력을 파는 것에 의해서 생활하지만 노동자는 아니다. 그가 만약 한 사람의 포주(抱主)에게 고용되어 급료를 받는 경우에는 노동자로 볼 수 있다. 마찬가지로 농촌소작인 계약은 이 범위 외에 있다고 보아야 한다. 우리나라의 소작인이 노동자인지 아닌지에 대해서는 1921년 제3회 국제노동기구 총회를 앞두고 농업노동자대표를 선출하는 데 있어서 난감한 해석 문제를 야기하였다. 결국 총회의 제3농업위원회는 농업노동자의 정의의 범위에 일본의 소작농을 포함한다는 취지로 결정하였지만, 소작인 외에 피용농업노동자도 존재하는 것이라면 결코 소작인을 노동자와 동일하다고 할 수는 없다. 물론 소작인계급은 일반노동자와 동일하게 무산자로서 경제적·사회적 지위는 아직 농노의 수준을 벗어나지 못하여 농노에 가까운 상태에 있는 계급이지만, 소위 노동자와 같이 고용되어 다른 사람으로부터 지시를 받고 대가를 지불받는 것은 아니다. 이들은 스스로 지

62) 末弘嚴太郎, 『勞働法研究』, p.171.

회하여 오히려 지불하는 쪽에 있다. 생산물의 자유처분권의 소유자로서 자기의 계산으로 소작경영을 행하는 이른바 소기업적 경작계급이다. 그렇다고 하여 소작인계급의 자립성만을 가지고 자본가와 동열에서는 논할 수 없다. 오히려 실상은 소위 노동자에 매우 가깝다. 따라서 위의 국제노동기구 총회 위원회의 결정은 타당한 것이라고 할 수 있지만, 임금노동자와 완전히 동일하다고 단정하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 이에 대해서는 별도로 소작조합법을 만들어야 하고, (...) 특별법 제정의 필요성은 명확하다.”⁶³⁾⁶⁴⁾

이에 대해서 아래의 문헌은 소작인도 노동자이고 노동조합을 조직할 수 있지만, 같은 법률에서 다루는 것은 부적절하기 때문에 별도의 입법이 필요하다고 하고 있다.

나카이 도루(永井亨): “그 관계에 있어서 무엇인가 이해가 대립하는 사람들이 있어서 그 사람들에게 대해서 종속적 대립관계에 놓여져 있다면 그것으로 충분하다. 따라서 노동자의 대립자 또는 상대방이 되는 것은 고용주라도 기업가라도 지주라도 관계없다. 고용계약에 근거하는 임금노동자도, 도급계약에 근거하는 일단의 독립노동자라도, 도급계약을 통해서 노동을 하는 자유노동자라도 모두 노동자라는 점에는 변함이 없다. 이들 모두는 노동조합을 조직할 수 있다. 나아가 이러한 노동고용 또는 노동도급의 계약이 아니더라도 공장, 광구(鑛區), 농지의 임대차계약하에서 종속적 노동을 유상으로 급부하는 자라면 노동자이고 노동조합을 조직할 수 있다. 우리나라의 농민 소작인은 지주와의 사이에 소작계약을 체결하고 소작조건하에서 소작노동에 종사하고 있는데, 지주와 대립하고 있고 그 종속관계하에서 놓여져 있다. 생산의 결과로부터 소득을 얻고 있지만 그 소득은 생활의 최저한에도 미치지 못하는 것이 상례이다. 따라서 소작인은 노동자이고, 또한 소작조건의 개선을 목적으로 하는 소작조합은 노동조합이라고 할 수 있다. (...) 따라서 소작계약도 역시 간접적이지만 노동계약과 같이 노동조건을 결정하는 것으로서 소작조건의 유지개선을 주된 목적으로 하는

63) 山中篤太郎, 『日本労働組合法案研究』, pp.77~79.

64) 제3회 국제노동기구 총회의 참석을 위한 농업노동자 대표 선출 및 일본 측 농업노동자 대표의 활동에 관해서는 飯塚恭子, 『祖國を追われてILO労働代表松本圭一の生涯』, キリスト新聞社, 1989를 참조.

소작조합 또는 농민조합도 일종의 노동조합이라고 볼 수 있다고 생각한다. 그렇지만 이러한 소작조합을 노동조합과 동일시하여 동일한 법률하에서 규율하는 것은 여러 규정에 있어서 부적절함을 발생시킬 수 있기 때문에 입법상의 기술로서는 특별한 법률을 두는 것이 바람직할 것이다.”⁶⁵⁾

이상의 세 명의 논자 중 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎), 야마나카 도쿠타로(山中篤太郎), 나가이 도루(永井亨)는 전공은 다르지만 1920년대부터 대학 교수로 재임하면서 노동문제, 사회문제, 경제문제에 깊은 관심을 가지고 왕성히 연구한 학자들이었는데, 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)의 연구 분야는 민법과 노동법이었고, 야마나카 도쿠타로(山中篤太郎)는 경제학, 나가이 도루(永井亨)는 사회정책이었다. 공교롭게도 야마나카 도쿠타로(山中篤太郎)와 나가이 도루(永井亨)는 “종속노동”의 색채를 진하게 풍기면서 노동조합법상의 노동자가 누구인지에 대해서 설명하고 있는데 비하여, 일본 노동법학의 개조(開祖)라고 평가되는⁶⁶⁾ 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)는 종속노동에 대해서는 일체 언급하지 않고 있다. 이에 관해서 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)는 오히려 “노동자가 어떠한 사람인가는 막연하지만 사회적으로 스스로 정해져 있다. 따라서 특별히 설명할 필요가 없는 것인데, 이 문자를 사용하고 있는 법안도 이 사회적 의의에 따라서 이를 사용하고자 하는 취지일 것이다.”라고 하고 있을 뿐이다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾ 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)의 이러한 태도에 불구하고 종속노동론적 관념에 기초하여 노동조합법상의 노동자를 파악하고자 하는 인

65) 永井亨, 『勞働組合法論』, pp.216~218.

66) 石井保雄, “わが國勞働法學の生誕－戰前・戰時期の末弘嚴太郎”, 『獨協法學會誌』, 第96號(2015. 4.), pp.23~24(“우리나라 노동법학은 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)가 1921년과 1922년 동경제국대학 법학부에 『노동법제』라는 명칭으로 졸업필수 학점과는 무관한 임의과목으로서 개강한 것을 시작으로 한다.”).

67) 末弘嚴太郎, 『勞働法研究』, p.168.

68) 사회·경제적 관점에서 노동자 개념을 파악하고자 하는 태도는 末弘嚴太郎의 학문적 경향을 잘 보여준다. 末弘嚴太郎는 동경제국대학 교수 재임 시절 미국에서 재외연구 기간을 보낸 뒤 1922년에 귀국하여 노동법 강의를 개설하여 노동법연구에 매진하는 한편, 독일법류의 법해석론을 개념법학이라고 철저히 비판하면서 판례에 대한 체계적인 연구 방법과 법사회적 연구 방법을 도입함으로써 민법의 판례연구와 법사회학의 형성과 발전에 크게 기여한 것으로 평가된다(石井保雄, “わが國勞働法學の生誕－戰前・戰時期の末弘嚴太郎”, pp.29~30).

식이 상당히 널리 퍼져 있는 듯하다. 이는 변호사로 일본노동총동맹 법률부를 거쳐서 진보정당인 사회대중당의 집행위원이었던 마쓰나가 요시오(松永義雄)의 다음과 같은 설명에서 잘 드러난다.

“노동자라 함은 계약에 기초하여 비독립하여 타인의 계산으로 직업으로서 임금을 얻기 위해서 노동하는 사람을 말한다. 즉 노동자의 의의에는 6개의 조건이 필요하다. (...) 노동은 비독립의 성질을 가지는 것이어야 한다. 노동자가 고용주의 지시에 따라서 이행하는 노동이다. (...) 노동자는 타인의 계산으로 노동하는 사람이어야 한다.”⁶⁹⁾

마쓰나가 요시오(松永義雄)의 이와 같은 이해가 야마나카 도쿠타로(山中篤太郎)와 나가이 도루(永井亨)의 이해보다 당시에는 훨씬 일반적이었을 것이라는 점은 당시 사회정책학 관련 문헌에서도 잘 드러난다. 즉, 노동조합은 임금노동자의 단체라는 것이다.⁷⁰⁾

2. 1945년 노동조합법 제정 과정의 노동자 개념에 관한 논의

가. 의회의 심의 과정에서 노동자 개념에 관한 논의

1945년 8월 15일 패전 이후 일본 정부는 같은 해 10월에 노동조합법 제정에 착수하여 불과 1개월 만에 정부안을 마련하여 국회에 제출하였고, 같은 해 12월에 통과되었다. 이렇게 신속하게 제정안을 입안할 수 있었던 것은 위에서 본 바와 같이 세 차례에 걸쳐서 노동조합법안을 작성한 경험이 있었기 때문이다.⁷¹⁾

1945년 12월에 제정된 구노동조합법에는 이전의 노동조합법률안과 달

69) 松永義雄, 『勞働組合法とは何ぞや』, pp.219~221.

70) 林癸未夫, 『社會政策學概論』, 章華社, 1934, pp.204~211(“소작인단체로서의 노동조합은 그것이 유산계급의 핍박과 착취에 대항하는 무산계급의 투쟁 및 협조기관이라는 점에서는 전술의 노동조합과 그 취지를 같이하는 것이다. 하지만 다른 점은 소작인은 임금노동자가 아니고 독립의 소생산자이기 때문에 그들이 옹호하는 계급적 이익은 고용조건의 개선이 아니고 차지조건의 개선, 즉 주로 소작료의 경감, 경작권의 확보 등에 있다.”); 河合榮治郎, 『社會政策』, 國文社, 1928, pp.72~73.

71) 東京大學勞働研究會, 『注釋勞働組合法 I』, pp.21~22.

리 노동자의 정의 규정을 두었다. 구노동조합법 제3조의 정의 규정은 현행 노동조합법 제3조와 같은 내용으로서, “이 법률에서 노동자라고 함은 직업의 종류를 묻지 않고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 사람을 말한다.”고 규정하였다. “직업의 종류를 묻지 않고”라는 문언을 넣은 것은 위에서 본 것처럼 이전의 노동조합법안의 노동자의 범위에 대해서 일본 정부가 육체노동자에 한정되는 것으로 해석한다고 함으로써 발생한 논란을 불식시키기 위함이었다는 점에서 이 문언은 노동자 개념을 파악하는 데 큰 의미를 가지지 못한다.⁷²⁾

“임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 사람”이라는 의미는 앞에서 언급한 것처럼 노동자 개념이 매우 폭넓게 해석될 수 있는 가능성을 담고 있다. 이에 관해서는 의회 심의의 질의응답에서 입법자의 의사가 확인된다. 소작인이 노동자에 해당하는지의 여부에 관한 질의에 대해서 정부 당국자는 작인(作人)과 같이 임금·급료에 의하여 생활하는 형태의 농업노동자는 제3조의 정의에 포함되지만, 소작인은 수입이 공장 노동자와는 현저하게 달라서 수확량이나 경작 방법에 의존하는 점, 소작인은 지주로부터 일정한 넓이의 토지를 임대하여 독립의 경영을 영위하는 사람이라는 점을 들어서 소작인은 노동자에 해당하지 않는다고 답변하였다. 또한 대서인(代書人)도 독립의 자영업이기 때문에 노동자에 해당하지 않는다고 답변하였다.⁷³⁾ 그런데 당시 노동조합법안특별위원회의 위원장이 위원회의 논의를 총괄하면서 “본 법이 소작인조합 등에 적용될 수 있느냐라는 취지의 질문에 대해서는 본 법은 사용종속관계에 있는 피용자에 적용되는 것 등의 이유로 인하여 이 점은 별도 처리되어야 한다.”라고 하고 있다.⁷⁴⁾

이상과 같이 1945년 구노동조합법 제정 당시에도, 그리고 이 이전의 노동조합법의 제정 과정에서도 일본 정부 당국은 노동조합법상의 노동자의 개념에 독립 자영업자가 포함되지 않는다고 입장을 일관되게 취하고 있음을 알 수 있다.

72) 鎌田耕一, “勞働者概念の生成”, p.12.

73) 東京大學勞働研究會, 『注釋勞働組合法 I』, p.223.

74) 鎌田耕一, “勞働者概念の生成”, p.13.

나. 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)의 견해

일본 정부는 노동조합법 제정을 위한 심의기구로서 노사대표, 학계 대표, 의원 대표로 구성되는 노무법제심의위원회를 설치하였는데, 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)는 심의회의 회장을 맡으면서 중심적 역할을 하였다고 평가된다.⁷⁵⁾ 따라서 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)의 견해는 입법자의 의도를 파악하는 데 있어서 매우 중요한 자료가 될 수밖에 없다.

스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)는 구노동조합법의 시행을 얼마 앞둔 1946년 2월에 이 법을 해설하는 글을 발표하였는데, 제3조에 대해서 다음과 같이 설명하고 있다.

“본 법은 「노동자」를 매우 광의로 해석하여 「임금, 급료 기타 이에 준하는 수입」에 의하여 생활하는 자, 즉 흔히 급료생활자라고 일컬어지는 자라면 「직업의 종류를 묻지 않고」, 따라서 직장에서의 지위 고하, 직장에서의 직명 등을 묻지 않고 모두 노동자로서 본 법 소정의 취급을 받는 것으로 하였다. (….) 이에 반해서 소작인은 스스로의 기업에 의하여 생활하는 것이기 때문에 소작인조합은 노동조합이 아니다.”⁷⁶⁾

현행 노동조합법 제3조의 의미에 대한 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)의 해설은 이것이 유일한데, 소작인의 예를 반대로 해석하면 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)는 타인에게 노무를 제공하고 그 대가를 받아서 생활하는 자는 모두 노동조합법상의 노동자에 해당한다고 보는 듯하다. 이 해설에서도 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)는 앞에서 본 바와 같이 종속 노동에 대해서 아무런 언급을 하지 않고 있다. 이러한 태도는 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)가 근로기준법해설에서 노동계약을 “개개의 노동자가 사용종속노동관계에 들어가는 계약”이라고 하고 있는 점⁷⁷⁾과 대비된다.

이와 같이 볼 때 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)는 노동조합법 제3조

75) 石井保雄, “勞働法學の再出發－戰後・末弘嚴太郎の陽と陰”, 『獨協法學會誌』, 第103號(2017. 8.), p.24.

76) 末弘嚴太郎, “勞働組合法解説”, 『法律時報』, 第18卷 2號(1946), p.38.

77) 末弘嚴太郎, “勤勞基準法解説”, 『法律時報』, 第20卷 3號(1946), p.15.

의 노동자 개념을 사용종속관계를 기준으로 이해하지 않고 상당히 넓게 이해되어야 한다는 생각을 가지고 있었다고 할 수 있는데, 이것은 위에서 본 바와 같이 의회 심의 과정에서도 확인되었다. 하지만 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)는 1920년대보다도 더 명확하게 소작인을 노동조합법상의 노동자로부터 배제하고 있다. 이로부터 볼 때도 노동조합법 제3조의 노동자 개념에 관한 입법자의 의도는 독립 자영업자는 노동조합법상의 노동자에는 포함되지 않는다는 점이 명확하다.

제3절 노동조합법 제정 이후 노동자 개념에 관한 학설, 중노위/법원의 입장

1. 학 설

가. 학설의 두 흐름

메이지 유신 이후 일본 법학의 형성과 발전에 가장 큰 영향을 미친 외국 법학은 독일 법학이었고, 이는 노동법학에서도 마찬가지이다.⁷⁸⁾ 독일 법학의 영향은 노동법의 해석론과 방법론 모두 강한 영향을 미쳤다. 이미 1920년대와 1930년대의 일본의 노동법 문헌 중에는 당시 독일 노동법의 최신 학설과 관련 논쟁, 법정책 등에 대해서 자세히 소개하고 있었는데, 이는 노동자 개념을 둘러싼 학설 논쟁도 마찬가지였다.⁷⁹⁾

제2차 세계 대전 패전 이후 새로운 헌법과 노동조합법의 제정하에서 누마다 이나지로(沼田稻次郎)로 대표되는 노동법학의 주류였던 좌파 노동법학(이른바 Pro-labor 노동법학)은 해석론에 있어서 독일법으로부터

78) 西谷敏, “日本勞働法の形成・發展過程における外國法の影響”, 『法科大學院論集』, 第5號(2009), p.5.

79) 이러한 문헌의 대표작으로 孫田秀春, 『勞働法通議』, 日本評論社, 1929; 津曲藏之丞, 『勞働法原理』, 改造社, 1932 등을 들 수 있다.

계수한 “노동의 종속성”의 개념과 독일 바이마르 헌법에 연원을 둔 생존권의 이념을 연결시켜서⁸⁰⁾ 이를 노동법의 기초로 삼았고, 방법론에 있어서는 Sinzheimer의 방법론을 계승하여 노동법의 기본이념-법제도-법관계의 체계를 구축하고 개별 문제를 이 체계적 구조 속에 위치시키고 해결하려는 데 모든 노력을 경주하였다.

이에 대해서 이시이 데루히사(石井照久)로 대표되는 노동법학은 독일의 개념법학적 노동법학의 영향을 받으면서도 단체교섭제도를 중시하는 미국 법제도의 영향을 상대적으로 더 강하게 받았기 때문에 좌파 노동법학과 대비되는 해석론과 방법론을 통해서 노동법학을 형성하고자 하였다. 이는 이시이 데루히사(石井照久) 이래 동경대학 노동법학의 전통으로 자리 잡으면서 입법과 판결에 많은 영향을 미쳤다.

2차 세계 대전 패전 이후 형성된 이들 두 흐름은 노동조합법상의 노동자 개념에 대한 이해에 대해서도 상당한 차이를 발생시켰다.

나. 종속노동론에 기초한 노동법학의 노동자 개념 이해

제2차 세계 대전 패전 이후 새로운 헌법과 노동조합법의 제정하에서 1950년대 노동법학의 주류였던 좌파 노동법학계는 노동자의 생존권 보장과 계급 대립을 상정한 종속노동론에 근거하여 노동법학의 규범적 노동자상을 포착하려고 하였다.⁸¹⁾ 따라서 이들 노동법학에서는 노동조합법의 적용 대상인 노동자의 개념을 경제적 종속성을 중심으로 인적 종속성을 가미하여 정립하고자 하였다.⁸²⁾

80) 전통적인 인권인 자유권적 기본권에 대해서 새로운 기본권으로서 생존권(또는 생존권적 기본권)을 구분하고 바이마르 헌법 시대의 관련 논의를 상세히 소개하면서 이를 바탕으로 후자의 법적 성격 등을 논함으로써 이후 일본과 우리나라 학계에 큰 영향을 미친 사람은 我妻榮이다(中村睦男, “社會權再考”, 『季刊 企業と法創造』, 第6卷 4號(2010), p.66).

81) 毛塚勝利, “非典型勞務契約就業者の「勞組法上の労働者」性に關する最高裁判決の定着と今後の課題”, 『中央勞働時報』, 第1164號(2013), p.29.

82) 蓼沼謙一, “勞働法の對象”, 日本勞働法學會編, 『現代勞働法講座 I - 勞働法の基礎理論』, 總合勞働研究所, 1981, p.82; 片岡昇, 『勞働法理論の承繼と發展』, 有斐閣, 2001, p.68.

좌파 노동법학은 생존권 보장과 계급 대립을 상정한 종속노동론에 근거하여 노동3권의 헌법적 보장과 노동조합법을 이해하고자 하였기 때문에 헌법 제28조의 “근로자”와 노동조합법의 “노동자”가 동일하다고 이해하였다. 이들은 노동3권을 생존권적 기본권으로 인식하면서 노동3권을 시민적 자유권과 대치시키면서 전자가 후자를 수정하는 더 강한 기본권이라고 이해하였다.

이들 노동법학에서는 이러한 이념적 바탕 위에서 집단적 노사관계법 체계를 구축하였고, 직장점거, 피케팅, 생산관리, 유니언숍 등과 같은 문제를 노동3권의 우위성과 이를 근거한 시민법 원리의 수정이라는 이념과 체계 속에서 해결하고자 하였다. 따라서 이러한 해석론과 방법론하에서는 노자 간의 계급대립이 상정되지 않는 자경농이나 소상공인은 노동3권의 주체로 이해될 여지가 없었다. 이러한 해석론과 방법론이 강해질수록 필연적으로 자영업자는 노동3권의 보장 영역의 밖으로 밀려나게 된다.

위에서 언급한 누마다 이나로지(沼田稻次郎)는 헌법 제28조의 노동자에 관해서 다음과 같이 인식한다.

“농민이나 가두의 소상공인 등의 사회법적 인간은 헌법 제28조의 근로자라고는 직접적으로 생각되지 않았다. 그렇지만 이들이 단결하여 단체행동을 하는 것은 생존권적 요구로부터 발생하는 것이라는 점은 부정하기 어렵다. 따라서 근로자 중에 근로가 수입원인 인민층을 널리 포함하여 관념하는 것도 반드시 부자연스럽지는 않았다. 그러나 반대로 생각해보면 제28조는 대항계급을 갖는 근로자, 즉 근로관계가 계급대립의 직접적 기반이 되고 있는 노동자를 염두에 두고 있고, 또한 이러한 계급적 인간상을 전제로 이 규정이 생명력을 가지는 것이기 때문에 자작농이나 소상공인은 헌법 제28조의 근로자에는 포함되지 않는다고 하는 것이 올바른 이해”라고 하고 있다.⁸³⁾

이와 같은 논리하에서 결국 헌법 제28조의 권리가 일하는 사람의 일반의 권리라고 인식하지 않고 단지 종속노동자의 권리라고 인식하게 된다. 이는 다테누마 겐이치(蓼沼謙一)의 “노동기본권은 「국민」의 「노동」에 관

83) 沼田稻次郎, 『團結權擁護論』, 勁草書房, 1952, p.137.

계가 있는 기본권이라고 해석해서는 아니된다”라는 단언에서도 잘 나타난다. “노동기본권을 「국민」의 「노동」 일반 - 자영업자로서의 독립노동과 타인에게 고용되는 종속노동의 양자를 포함한다.”에 관한 기본권으로 이해하면 헌법 제22조에서 정하는 거주이전·직업선택의 자유도 노동기본권 속에 포함되어 버리는데, “노동기본권의 관념은 노동자의 생존권이라고 하는 원리를 담보하는 것으로서 등장한 것이기 때문에 노동의 자유와 노동기본권은 이념적 기초와 성격을 역사적으로 달리하는 것”으로 이해하여야 하기 때문이다.⁸⁴⁾

물론 이들 노동법학은 노동3권의 주체로서 노동조합법상의 노동자 개념을 경제적·사회적 종속성을 기준으로 이해하기 때문에, 즉 보수의 노무대가성과 계약 내용의 일방적 결정성이라는 두 가지고 요소를 충족하면 노동3권의 주체로서 노동조합법의 노동자로 보는 입장을 취하고 있기 때문에 이른바 종속적 자영업자도 노동3권의 주체로서 노동조합법상의 노동자로 이해하는 데 아무런 이론적 모순이나 난관은 존재하지 않는다. 이에 대해서 니시타니 사토시(西谷敏)는 “헌법 제28조의 「근로자」 및 노동조합법 제3조의 「노동자」라고 함은 「사용자(노무제공의 상대방)관계의 관계에서 사회적·경제적으로 종속적인 지위에 있고 그 때문에 노동기본권의 보장을 필요로 하는 사람」이라고 하게 된다. 사회적·경제적 종속성의 지표만으로는 노동자의 범위는 충분히 명확하게 되지는 않지만, 노동법 제정 과정을 바탕으로 하여 「근로자」나 「노동자」라고 하는 언어의 관행적 용법, 노동기본권 확립의 과정에서의 노동운동의 실태, 그리고 노동기본권 보장의 필요성이라고 하는 목적론적 관점을 종합적으로 고려하면 그 범위가 과도하게 확대하는 것은 피할 수 있다.”고 한다.⁸⁵⁾ 이러한 입장에서는 노동조합법상의 노동자성을 판단할 때 사용종속성을 연상

84) 蓼沼謙一, “勞働基本權の性格”, 日本勞働法學會編, 『新勞働法講座Ⅰ-勞働法の基礎理論』, 有斐閣, 1966, p.106(“노동기본권은 「국민」 중에서 「노동자」라고 하는 경제적·사회적 지위에 있는 사람에 대해서 인정되는 기본권이라고 해석하여야 한다. 위에서 말하는 「노동자」는 헌법 제28조에서 말하는 「근로자」와 동일한 의미이다. 다만, 「근로자」라고 하면 자영업자로서 이른바 독립노동에 종사하는 사람까지도 포함될 듯한 어감을 가지고 있기 때문에 「노동자」라는 용어를 사용하는 것이 보다 적절할 것이다.”).

85) 西谷敏, 『勞働組合法』, p.78.

시키는 지표들과 조직적 편입성은 불필요하다고 본다.

이와 같은 니시타니 사토시(西谷敏)의 견해는 노동자의 개념을 중앙노동위원회나 판결보다도 넓게 이해하는 것이지만, 노동자를 “사용자(노무제공의 상대방)관계의 관계에서 사회적·경제적으로 종속적인 지위”라고 이해하기 때문에 독립 자영업자는 헌법 제28조의 근로자 및 노동조합법 제3조의 노동자에는 포함될 수 없다.

다. 단체교섭중심주의에 입각한 노동자 개념의 이해

생존권론과 종속노동론에 입각하여 노동3권과 노동조합법을 이해하려는 입장에 대해서 단체교섭중심주의 또는 단체교섭목적론에 입각하여 노동3권과 노동조합법을 이해하려는 입장이 등장하였다.

위에서 언급한 이시이 데루히사(石井照久)는 종속노동론에 입각하여 노동법, 특히 집단적 노사관계법을 체계화하고 개별 문제를 해결하는 것에 대해서 매우 부정적이었다.⁸⁶⁾ 이러한 입장은 단체교섭을 중시하는 이해와 결합하면서 노동자 개념을 상대적으로 이해하게 하는 기반을 형성한다. 이러한 입장은 노동기준법상의 노동자와 노동조합법상의 노동자의 상대적 이해를 주장하면서 사용종속관계를 기준으로 노동조합법상의 노동자 개념을 판단하여서는 안 되고 “사용자와의 교섭에 있어서 대등한 입장이 촉진되는 것에 의하여 그 지위의 향상이 기대되는 사람”이라고 이해하여야 한다고 한다.⁸⁷⁾ 이 설을 이어받아서 “노동계약하에 있는 노무공급자 및 이 자와 동등한 정도로 단체교섭의 보호를 미칠 필요성과 적절성이 인정되는 동종유사의 노무공급자”를 노동조합법상의 노동자로 이해하여야 한다는 주장⁸⁸⁾이 학설의 유력설이 된다.

그런데 이 유력설도 사용종속관계라는 기준을 버려야 한다는 점에서

86) 石井照久, 『勞働法總論』, 精興社, 1957, pp.117~119.

87) 石川吉衛門, 『勞働組合法』, 有斐閣, 1978, pp.36~37(“노동자의 개념은 각 실정법의 입법목적에 따라서 정해지면 충분한 것이어서 이론상의 개념으로서의 노동자를 수립하는 것은 무익할 뿐만 아니라, 유해하다고까지 말할 수 없지만 바람직하지 않은 결과를 초래할 수 있다고 생각한다.”)

88) 管野和夫, 『勞働法』, 弘文堂, 2019, pp.513~515.

노동조합법상의 노동자 개념을 상당히 넓게 이해하려고 한다는 인상을 주지만, “노동계약하에 있는 노무공급자 및 이 자와 동등한 정도”라고 한정하고 있기 때문에 사용종속성과 완전히 결별하지 못하는 결과를 낳는다. 따라서 이러한 이해에서는 독립 자영업자는 말할 것도 없고 종속적 자영업자 중에서도 노동조합법상 노동자로 인정되지 못하는 경우가 발생한다. 더군다나 이 학설은 단체교섭중심주의, 단체교섭목적론에 입각한 것이기 때문에 단체교섭권의 보호를 미칠 필요성과 적절성이 없는 노무제공자는 단결권의 주체가 되지 못하는 결과를 낳게 된다.

2. 법원과 중앙노동위원회의 입장

가. 법원의 입장

노동조합법상 노동자에 대한 판단은 2000년대 초반 하급심에서 중앙노동위원회의 결정을 부정하는 판결을 잇따라 내리면서 다소의 혼란을 겪었지만, 新國立劇場合唱團사건(2011. 4. 12), INAX메인터넌스사건(2011. 4. 12), 빅터서비스엔지니어링사건(2012. 2. 21)에서 모두 노동조합법상의 근로자성을 긍정하는 판결을 내림으로써 혼란은 일응 수습되었다. 이들 판결은 모두 노동자성 판단에 관한 일반론과 일반적 판단 기준을 전혀 제시하지 않은 채, 개별 사실관계에 대해서 각각 판단을 하고 결론적으로 이를 종합하는 형태로 노동자성을 판단하고 있다. 판단의 구체적인 내용을 보면 ‘사업의 수행에 불가결한 노동력으로서 그 항상적인 확보를 위하여 사용자의 조직에 편입되어 있는지’, ‘계약 내용을 일방적으로 결정하고 있는지’, ‘보수가 노무제공의 대가로서의 성질을 가지는지’, ‘업무 의뢰에 대한 승낙의 자유를 가지고 있는지’, ‘지휘감독하에 노무를 제공하고 있는지’, ‘시간적·장소적 구속을 받고 있는지’, ‘독자적인 영업활동을 하고 있는지’ 등을 판단의 지표로 삼고 있다.⁸⁹⁾ 이러한 판단 요소들은 최고재판

89) 이러한 판단요소는 이미 1976년의 CBC관현악단 사건 최고재판소 판결(最高裁 1 小法廷 1976. 5. 6. 民集 30卷 4號, p.37)에서도 등장한 것이었기 때문에 이들 최고재판소 판결은 종래의 최고재판소의 입장을 확인한 것에 지나지 않는다는 평가

소가 노동기준법상의 노동자성을 판단할 때는 사용하지 않는 지표를 포함하고 있는데, ‘사업의 수행에 불가결한 노동력으로서 그 항상적인 확보를 위하여 사용자의 조직에 편입되어 있는지’와 ‘계약 내용을 일방적으로 결정하고 있는지’가 바로 그것이다.

이와 같이 최고재판소는 노동조합법상의 노동자 개념을 노동기준법상의 노동자개념보다 넓게 이해하여야 한다는 입장을 간접적으로 나타내고 있지만, 그 외연이 어디까지 확장될 수 있는지 명확하지 않다.

나. 중앙노동위원회의 입장

노동조합법상 노동자성 판단 기준에 관한 중앙노동위원회의 입장은 2011년 7월 25일에 공표된 노사관계법연구회의 보고서(“노동조합법상의 근로자성의 판단기준에 대해서”)이다. 이 연구회는 위에서 언급한 것처럼 하급심에서 중앙노동위원회의 결정이 번복되는 상황이 거듭되자 후생노동성이 노동조합법상의 근로자성의 판단기준을 명확히 정리하기 위하여 노동법 전문가로 구성된 자문기구이다. 이 연구회의 논의 과정에 위의 최고재판소 판결이 선고되었기 때문에 최종보고서는 위 판결들의 판단도 포함되어 있다.

이 보고서에는 “기본적인 판단요소”로서 ① 사업조직에의 편입, ② 계약내용의 일방적·정형적 결정, ③ 보수의 노무대가성을, “보충적 판단요소”로서 ④ 업무의 의뢰에 응하여야 하는 관계와 ⑤ 넓은 의미에서의 지휘감독하의 노무제공, 일정한 시간적·장소적 구속성을 들고 있고, 마지막으로 “소극적 판단요소”로서 ⑥ 현저한 사업자성을 들고 있다. 이 보고서는 판단요소를 “기본적 판단요소”, “보충적 판단요소”, “소극적 판단요소”로 나누어 각각에 대해서 구체적이고 체계적으로 설명하고 있다는 점에서 매우 중요한 의의를 가진다.

중앙노동위의 위와 같은 판단기준이 현실 문제에 있어서 확장성에 여전히 적지 않은 한계를 가질 것으로 생각되는데, 프랜차이즈 편의점 점주의 노동자성에 관한 중앙노동위원회 결정이 이 점을 잘 보여준다. 프랜차

이즈 편의점 점주의 노동자성에 관해서, 2014년 3월 14일에 岡山縣(오카야마현)노동위원회가 세븐일레븐 점주의 노동조합법상의 근로자성을, 그리고 2015년 4월 16일에는 東京都노동위원회가 패밀리마트 점주의 근로자성을 인정하여 여론의 주목을 받았다.⁹⁰⁾ 중앙노동위원회의 결정이 위의 두 지방노동위원회 결정과 결론을 달리하게 된 핵심적인 이유를 살펴보면, 논증의 첫머리에서 가맹자가 독립적인 소매사업자로서의 성격을 잃지 않고 있다는 점을 확인함으로써 그 이후의 논증에서 근로자성을 보강할 수 있는 사실들을 가맹자와 회사의 관계를 노무의 제공자와 수령자의 관계가 아니라 사업자와 사업자의 관계라는 속에서 평가하게 되었다.⁹¹⁾

90) 이전에도 지하철역 내의 매점을 운영하는 회사와 “매점판매업무위탁계약”을 체결하여 판매업무에 종사하던 판매원의 노동조합법상의 근로자성이 인정된 결정 東京都勞委 2007. 10. 3.(이 사건 및 결정에 대한 상세한 설명으로는 穂積剛, “「委託販賣員」として勤務する者の労働者性—メトロコマース事件・東京都勞委 平成 19. 10. 3. 命令”, 『労働法律旬報』, No.1679(2008), p.33)은 있었다. 하지만 지하철 매점 위탁판매원 사건의 경우에는 지하철회사로부터 매점운영권을 얻은 회사가 지정하는 특정의 매점에서 회사가 지정하는 상품을 판매하였다는 점, 위탁계약은 1년 단위로 갱신되고 있었다는 점, 그 운영도 부부가 하는 것이 원칙이었다는 점에서 프랜차이즈 편의점 점주보다는 종속성이 상대적으로 강하고 독립사업자성이 약했다.

91) 이 결정에서는 가맹자가 사업가로서의 독립성을 가지고 있는지 여부를 판단하기 위해서 ① 점포 경영에 의한 손익이 가맹자에게 귀속하는지 여부, ② 자금의 조달이나 관리, 종업원의 모집·채용 및 근로조건의 결정, 상품의 납품이나 상품의 납입 가격 및 판매가격, 판매방침의 결정과 같은 경영판단업무를 수행하고 있는지 여부를 검토하고 있다. 그리고 이에 더하여 이 결정에서는 가맹자가 위와 같이 독립적인 사업가라고 하여도 노조법상의 근로자에 해당하는 것은 있을 수 있기 때문에 근로자성의 판단요소로서의 사업조직에의 편입을 개별로 인정할 수 있는 사정이 있는가에 대해서 ① 회사가 실시하는 연수·평가 등, ② 점포의 외관, 외부에의 표시, ③ 업무지역 및 영업일·영업시간의 할당에 대해서 상세하게 검토하고 있다.

제4절 노동자 개념 확장을 위한 시도

1. 단체교섭중심주의에 입각한 근로자 개념에 대한 새로운 접근

가. 헌법 제28조의 “근로자” 개념의 확장적 이해

고지마 노리아키(小嶋典明)는 헌법 제28조의 “근로자”란 단체교섭에 적합한 사람은 모두 근로자라고 하면서, 현행법상 단체교섭이 인정된 사람은 모두 헌법 제28조의 근로자로 이해하여야 한다고 한다.⁹²⁾ 고지마 노리아키(小嶋典明)는 현행법상 단체교섭이 인정된 사람으로 노동조합법 제3조의 노동자에 더하여 각종 협동조합 관련 법상의 조합원을 들고 있다. 고지마 노리아키(小嶋典明)의 이러한 주장은 헌법 제28조의 근로자의 개념은 노동조합법 제3조의 노동자보다 광의의 개념이라는 주장인데, 이와 같은 취지의 주장은 고지마 노리아키(小嶋典明)가 유일하다. 즉 양자가 동일하다는 것이 학계의 통설이라고 할 수 있다.

고지마 노리아키(小嶋典明)는 헌법 제28조의 “근로자”라는 용어로부터 연역적으로 그 개념적 징표를 도출하여 개념을 포착하는 것이 매우 어렵다고 한다면, 귀납적으로 현행 법률에서 단체교섭과 단체협약제도가 인정되는 사람을 모두 헌법 제28조의 근로자라고 보자는 것이다.

노동조합법 이외에 단체교섭과 협약의 규범적 효력을 규정하고 있는 법률로는 농업협동조합법, 수산업협동조합법, 임업협동조합법, 중소기업등협동조합법, 내항(內航)해운조합법, 생활위생관계영업의 운영 적정화 및 진흥에 관한 법률, 중소기업단체의 조직에 관한 법률이 있다. 즉 이들 조합의 조합원 자격을 가지는 자연인인 사람도 헌법 제28조의 근로자에 해당하게 될 것이다.

용어상에서 노동조합법에서는 “노동협약”이라는 용어를 사용하고 있는

92) 小嶋典明, “労働組合法を超えて”, 『日本労働法研究雑誌』, No.391(1992. 7.), p.14.

데, 이들 법률에서는 “단체협약”이라는 용어를 사용하고 있다.

나. 농업협동조합법

협동조합이 조합원을 위하여 교섭을 하고 협약을 체결할 수 있도록 한 최초의 입법은 1947년에 제정된 농업협동조합법이다.

농업협동조합법 제10조는 농업협동조합 및 농업협동조합연합회의 “사업”으로서 “조합원의 경제적 지위의 개선을 위하여 하는 단체협약의 체결”이라고 규정하고 있다(제14호). 이 법률 제11조의49 제1항에서는 위 단체협약은 서면으로 이루어져야 효력이 발생한다고 하고, 제2항에서 조합원이 체결하는 계약으로서 그 내용이 위 단체협약에서 정하는 기준에 위반하는 것에 대해서는 그 기준에 위반하는 계약의 부분은 이를 그 기준에 따라서 계약한 것으로 본다라고 하고 있다. 이는 단체협약의 규범적 효력, 즉 강행적 효력과 직물적 효력을 규정한 것이다.

1948년에 제정된 수산업협동조합법에 의한 어업협동조합, 수산가공협동조합 및 수산가공협동조합연합회, 그리고 1951년 개정 산림법에 의한 산림조합도 그 조합원의 경제적 지위의 향상을 위하여 교섭을 하고 단체협약을 체결할 수 있도록 하고 있다. 법률의 내용은 농업협동조합법의 내용과 완전히 동일하다.

다. 중소기업등협동조합법

중소기업등협동조합법에서는 사업협동조합 및 사업협동소조합의 단체교섭, 단체협약, 조정 및 알선에 대해서 보다 상세하게 규정하고 있다.

1949년 제정 당초에는 위에서 본 농업협동조합법 등과 같이 단체협약의 체결권한과 그 효력에 대해서 규정하고 있었는데, 1957년 개정에 의해서 단체교섭과 조정 및 알선에 관한 규정이 신설되었다.

먼저 중소기업등협동조합법 제9조의2 제12항에서는 “사업협동조합 또는 사업협동소조합의 조합원과 거래관계가 있는 사업자는 그 거래 조건에 대해서 사업협동조합 또는 사업협동소조합의 대표자가 시행령에서 정

하는 바에 따라서 단체협약을 체결하기 위한 교섭을 하고 싶다는 취지를 밝히는 때에는 성의를 가지고 그 교섭에 응하여야 한다.”고 하여 헌법 제 28조 및 노동조합법에 따른 단체교섭권과 같은 단체교섭권을 규정하고 있다.

이어서 중소기업등협동조합법 제9조의2 제13항 내지 제15항에서는 위 단체협약의 효력을 규정하고 있는데, 제13항에서는 이 단체협약은 미리 총회의 승인을 얻고 위 단체협약이라는 것을 명기한 서면으로 하는 것에 의하여 그 효력이 발생한다는 점, 제14항에서는 이 단체협약은 직접 조합원에 대해서 효력을 가진다는 점, 제15항에서는 조합원이 체결하는 계약으로서 그 내용이 위 단체협약에서 정하는 기준에 위반하는 것에 대해서는 그 기준에 위반하는 부분은 그 기준에 의하여 계약한 것으로 본다라는 점을 규정하고 있다.⁹³⁾

중소기업등협동조합법 제9조의2의 2에서는 조정과 알선 절차를 규정하고 있다. 알선과 조정을 신청할 수 있는 것은 중소기업등협동조합법 제9조의2 제12항의 교섭의 당사자 쌍방이다. 교섭의 당사자 쌍방은 당해 교섭이 진행되지 못할 때 또는 단체협약의 내용에 대해서 협의가 원만하게 이루어지지 못한 때는 행정청에 대해서 알선 또는 조정을 신청할 수 있다. 행정청은 신청이 있는 경우에는 경제거래의 공정성을 확보하기 위하

93) 우리나라의 중소기업협동조합법 제40조에서도 이와 유사한 제도를 두고 있다. 이 법 제35조 제1항에서는 이 법의 협동조합 등의 업무로서 “조합원의 경제적 이익을 도모하기 위한 단체적 계약의 체결”을 규정하고 있다(제7호). “단체적 계약”에 대해서는 이 법 제40조에서 규정하고 있는데, 제1항에서는 “단체적 계약은 미리 이사회 의결을 거쳐 단체적 계약임을 명기한 서면으로써” 하여야 하고, “단체적 계약은 직접 조합원에 대하여 효력”을 가지며, “조합원은 단체적 계약을 위반한 내용의 계약을 할 수 없다.”고 규정하고 있다. 이 “단체적 계약”은 조합원에 대해서 규범적 효력을 가지고 있다는 점에서 보면, 본문에서 본 일본 중소기업등협동조합법의 “단체협약”과 동일한 법적 성격과 기능을 가지는 것이라고도 할 수 있다.

가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제14조의2에서는 가맹점사업자는 권익보호 및 경제적 지위 향상을 도모하기 위하여 단체를 구성할 수 있는 점과 특정 가맹본부와 가맹계약을 체결·유지하고 있는 가맹점사업자로부터 구성된 가맹점사업자단체는 그 가맹본부에 대하여 거래조건에 대한 협의를 요청할 수 있다고 규정하고 있다. 이때 가맹점사업단체로부터 협의를 요청받은 가맹본부는 성실하게 협의에 응하여야 한다.

여 필요하다고 인정하는 때에는 신속하게 알선 또는 조정을 하여야 한다. 그리고 행정청이 조정을 하는 경우에는 조정안을 작성하여 이를 관계 당사자에게 제시하고 그 수락을 권고하는 것과 함께 그 조정안에 이유를 붙여서 공표할 수 있다. 행정청이 위의 조정과 알선을 할 때에는 반드시 중소기업정책심의회 또는 지역중소기업조정심의회에 자문을 요청하여야 한다.

이상의 단체협약제도를 근거로 하여 거래조건을 규율하는 예로서는 일본배우연합과 방송국이나 제작사와의 사이의 출연조건 등에 관한 단체협약을 들 수 있다. 일본배우연합은 중소기업등협동조합법의 사업협동으로서 설립되었다.

라. 생활위생관계영업의 운영 적정화 및 진흥에 관한 법률

「생활위생관계영업의 운영 적정화 및 진흥에 관한 법률」에서는 음식점영업, 식육판매업, 이용업, 여관업, 공중욕장업 등을 운영하는 자를 조합원으로 하는 동업조합에 대해서 과당경쟁방지 등을 목적으로 가격 제한 또는 영업 방법을 제한하는 조합원 상호 간의 협약 또는 조합원의 경제적 지위의 개선을 위하여 하는 협약을 체결할 수 있도록 하고 있다(제8조 제11호). 위의 법률들과는 달리 이 법률에서는 이러한 협약을 “조합협약”이라고 부른다.

이 법률에서는 협약의 효력, 경쟁제한 목적의 협약에 대한 후생노동성 대신에 의한 인가, 협약에 관한 교섭의 응낙, 협약에 관한 알선 및 조정에 관해서 규정하고 있다. 이 법률에서 협약의 효력에 관한 규정은 중소기업등협동조합법 제9조의2 제13항 내지 제15항의 내용과 대동소이하다(법 제40조의9).

이 법률의 규정에서 특징적인 것은 교섭의 응낙 의무에 관한 점인데, 교섭의 응낙 의무에 있어서 그 상대방은 두 종류이다(법 제40조의11). 첫째는 법적으로 조합원 자격을 가지고 있지만 조합원이 아닌 음식점영업 등의 영업주이다. 즉, 경쟁제한 목적의 협약을 체결하자는 취지의 의사표시를 조합이, 법적으로 조합원 자격을 가지고 있지만 조합원이 아닌 영업

주에 대해서 하는 경우에 그 영업주의 교섭 응낙의무이다. 이 경우 그 영업주는 정당한 이유가 없는 한 교섭에 응하여야 한다고 규정하고 있다. 다만 응낙의무를 지는 영업주는 상시 사용하는 종업원의 수가 30인을 넘는 영업주이다. 둘째는 조합의 조합원과 거래관계가 있는 사업주 중에서 대기업자 등인 자이다. 즉, 그 거래조건에 관해서 조합의 대표자가 대기업자 등에게 조합협약을 체결하기 위한 교섭의 의사표시를 하는 경우에 대기업자 등은 정당한 이유가 없는 한, 교섭에 응하여야 한다.

조합의 대표자가 협약 체결에 관한 교섭의 의사표시를 한 경우에 그 교섭 당사자 쌍방 또는 일방으로부터 알선 또는 조정의 신청이 있는 경우에는 후생노동성 대신은 특별히 필요성이 있다고 인정하는 때에는 신속하게 당해 협약의 체결에 관해서 알선 또는 조정을 하여야 한다. 이 경우 후생노동성 대신이 조정을 하는 경우에는 조정안을 작성하여 이를 관계당사자에게 제시하고 그 수락을 권고하는 것과 함께 그 조정안에 이유를 붙여서 공표할 수 있다.

마. 교섭응낙의무의 법적 성격에 관한 논란

중소기업등협동조합법과 생활위생관계영업의 운영 적정화 및 진흥에 관한 법률에 의한 교섭 응낙 의무에 관해서 그 위반에 대해서 어떠한 제재도 법률에 규정되어 있지 않고, 알선 또는 조정만을 규정하고 있다는 점에서 이 의무가 법적 의무인지가 불명확하다.

이를 둘러싼 판결은 단 1건이 알려져 있는데, 1심 재판은 응낙의무를 인정하여 교섭 지위를 확인하는 한편 교섭 불응을 불법행위로 판단하여 손해배상을 인정하였다(大阪地方裁判所 2011. 3.). 하지만, 2심에서는 이 의무에 관한 조항은 사법상의 의무를 규정한 것이 아니고 노력의무 또는 사회적 책무를 규정한 훈시적 성격의 규정이라고 해석하여 1심 판결을 취소하였다(大阪高等裁判所 2012. 7.). 상고 제기에 대해서 최고재판소는 심리불속행으로 기각·확정하였다(2014. 3.). 이로써 현 상태에서는 위에서 본 교섭응낙의무는 법적인 의무가 아닌 것으로 확인되었다.

이와 같이 협동조합 관련 법률에 의한 협동조합이 그 조합원의 경제적

지위의 향상을 위하여 거래 상대방과 교섭하고 규범적 효력이 있는 협약을 체결할 수 있다고 하더라도, 거래 상대방에게 법적인 교섭의무를 지울 수 없고, 나아가 쟁의행위와 같은 압박수단에 대한 민형사적 면책이 보장되지 않는다는 점을 들어서 이들 협동조합과 그 조합원(자연인인 경우에 한정)을 그대로 헌법 제28조의 노동3권의 주체로 이해하는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다.

2. 단결권중심론에 입각한 노동자 개념 이해

게즈카 가쓰토시(毛塚勝利)는 노동의 종속성론과 단체교섭중심론에 입각하여 노동자의 개념을 이해하려고 하는 것이 관련 논의에 혼란을 불러온다고 비판하면서, 단결권 법인의 역사적 경위를 바탕으로 볼 때 노동조합법 제3조의 노동자는 “다른 사람에게 노무를 제공하여 생활하는 사람으로서 단결활동에 의한 경제적·사회적 지위의 향상을 꾀하는 행위가 경쟁 제한의 공서에 반하지 않는 사람”이라고 한다.⁹⁴⁾ 게즈카 가쓰토시(毛塚勝利)는 법원과 중앙노동위원회가 노동조합법상의 노동자의 외연을 “독립사업자로서의 실태”나 “현저한 사업자성”을 가지고 확장하려고 하지만, 단지 “설비비품의 소유 여부”나 “사업리스크의 부담 여부” 등과 같은 시점으로 이를 확장하는 것은 매우 어렵기 때문에 사업자 중에서도 ‘경쟁 제한의 공서에 반하는지 여부’에 따라서 단결권의 주체가 되는 노동자인지를 판단하여야 한다고 한다.

게즈카 가쓰토시(毛塚勝利)는 노동조합은 노동자의 생활을 지키기 위하여 노동조건을 규제 수단으로서 자치적 규제, 교섭적 규제, 정치적 규제 등 다양한 형태를 취하여 왔는데, 이들 중 교섭적 규제가 오늘날 지배적 형태가 되었을 뿐이라고 한다. 예를 들어, 일정한 수준 이하의 노동조건에서는 일하지 않겠다고 하는 구성원 간의 맹약으로 노동조건을 하락을 저지하고자 하는 행위는 자치적 규제에 해당하는데, 이 또한 노동조합이 가지는 기본적인 규제수단이라는 점을 들고 있다. 나아가 현행 노동조

94) 毛塚勝利, “非典型勞務契約就業者の「勞組法上の労働者」性に関する最高裁判決の定着と今後の課題”, p.30.

합법하에서도 노동자공급사업 등과 노동조합이 단체교섭을 목적으로 하지 않고 근로자의 직접적 이익을 추구하는 활동은 있을 수 있다는 점, 앞으로의 정보기술의 발달을 고려할 때 다른 사람에게 노무를 제공하고 보수를 받아서 생활을 유지하는 노무공급주체가 반드시 기업 시스템 속에 포섭되어 취업할 필요는 없을 수도 있다는데, 이들 자연인인 노무공급주체가 단절한 때에 노동조합으로서 승인하지 않을 수 없다는 점, 이들 자연인인 노무공급주체가 노무서비스의 가격 인하 경쟁을 막기 위해서 서비스요금을 준수하는 맹약을 맺은 때에 이를 노동조합의 정당한 행위로 평가하지 않을 수 없다는 점을 들고 있다.

3. 노동법상의 노동자 개념의 통일적 이해를 시도

가와구치 미키(川口美貴)는 노동의 종속성론에서 노동자 개념을 판단하려는 입장에서 벗어나 노동법의 목적으로서 노동자의 개념을 정의하고 그 범위를 확정하고자 한다.⁹⁵⁾ 가와구치 미키(川口美貴)는 노동법의 입법 목적을 다음과 같이 설명한다.

“노동법은, 자본주의사회에서 ① 자신의 노동력 이외의 생활수단을 갖지 못하여 타인에게 유상으로 직접 노무를 제공하는 것에 의하여 생활하는 인간이 다수 존재하고, 또한 노무는 인격과 불가분이기 때문에 인권보장을 내포한 고용·노동조건보장(이하 “노동권보장”이라고 한다.)에 의하여 그 생존권을 보장할 필요가 있는데, ② 노동력은 일반적으로 공급과잉으로 저장이 불가능하기 때문에 자신이 직접 노무를 공급하는 사람은 당해 노무의 제공을 받는 사람과 실질적으로 대등하게 교섭할 수 없는 입장(“교섭의 비대등성”)에 있어서 열악한 노동조건하에 두어져 있다는 역사적 사실을 바탕으로 하여, ③ 그 생존권(헌법 제25조)보장을 노동권보장이라고 하는 관점으로부터 실현하는 것을 목적으로 한다.”

이러한 노동법의 목적에 비추어 가와구치 미키(川口美貴)는 노동법이

95) 川口美貴, “労働形態の多様化と就労者の保護”, 『季刊労働法』, 第272號(2021), p.2 이하; 川口美貴, “労働關係の變容と勤勞者・労働者概念の再構築”, 『日本労働法學會誌』, 第134號(2021), p.8 이하.

노동권 보장의 대상으로 하는 사람은 “타인에게 유상으로 자신이 직접 노무를 공급하는 것에 의하여 생활하는 사람”으로 하여야 한다고 한다. 자신이 직접 노무를 제공하고 있다면 부득이하게 다른 사람의 노동력을 이용하고 있더라도 문제는 없다고 한다.⁹⁶⁾⁹⁷⁾ 여기서 당해 계약이 “직접 상대방에게 유상으로 노무를 공급하는 계약”인지 여부는 계약의 실질적 내용에 비추어서 당해의 성질 결정에 수반되는 법적 효과(노동관계법규 적용의 유무 등)도 고려하여 신의칙에 따라서 합리적으로 해석하여야 한다.

하지만 위의 사람이라도 예외적으로 노동법상의 노동자에서 제외되는 경우가 있다고 한다. 즉 “계약 상대방과의 「교섭의 비대등성」이 존재하지 않고 계약상대방 사업자 간의 「공정경쟁」도 유지되는 경우에는 노동권 보장의 대상으로서 노동자에 해당하지 않는다고 한다. 구체적으로는 첫째로 계약상대방이 “사업자”인 경우에는 (A) “당해 자연인이 ① 독립한 사업에 필요한 자산(유형·무형의 고정자산, 투자 기타의 자산, 유동 자산 등)을 당해 계약 체결 이전부터 가지고 있고 당해 자산을 이용하여 노무를 제공하면서, ② 공급하는 노무의 내용이 당해 사업자의 사업 내용의 일부가 아니고 전속적·계속적인 노무제공도 아닌 계약”이라고 한다면 당해 자연인은 당해 계약의 체결 이전부터 노동력뿐만 아니라 사업에 필요한 자산도 보유하고 있어서 계약 상대방 사업자는 당해 계약으로는 그 사업 내용의 일부가 아닌 노무의 제공을 받는 불특정 다수의 고객 중 한 명이기 때문에 교섭력의 불균형은 일반적으로 발생하지 않고 노무를 수령하는 사업자 간의 “공정경쟁”에 있어서도 문제는 없다고 한다. 둘째로 계약 상대방이 당해 노무의 최종 활용자인 소비자인 경우에는 (B) “당해

96) (川口美貴, “フランチャイズ・チェーン運営會社の店舗を經營する加盟者の勞組法上の勞働者性”, 『法律時報』, 第92卷 10號(2020), p.139).

97) 자신도 직접 노무를 제공하고 있지만 부득이하게 다른 사람의 노동력을 이용하는 경우에 노무제공자-노무제공자의 이행보조자-노무수령자 사이의 집단적 노사관계에서는 다소 복잡한 법률관계가 발생할 수 있다. 이에 대해서는 土田道夫/武内匡, “フランチャイズ・システムにおける勞働組合法上の使用者”, 『季刊勞働法』, 第255號(2016), p.105 이하; 澤木謙太郎, “コンビニ加盟店の店舗従業員に對する本部(フランチャイジー)の「勞組法上の使用者性」”, 『季刊勞働法』, 第258號(2017), p.143 이하; 土岐将仁, “フランチャイジーの勞働者に對するフランチャイザーの勞働法上の責任”, 『日本勞働研究雜誌』, No.678(2017.1.), p.63 이하.

소비자에 대한 전속적·계속적 노무공급계약(전속적 가사사용인 등) 이외의 계약에 있어서는 당해 자연인은 계약상대방인 소비자가 가지고 있지 않은 기술·지식 등을 가지고 있어서 일반적으로 「교섭의 비대등성」은 존재하지 않는다고 한다. 가와구치 미키(川口美貴)는 위의 (A)와 (B)의 계약을 “독립사업자노무공급계약”이라고 부르고, 이러한 계약에 의하여 노무를 제공하는 사람을 “독립사업주”라고 한다.

제5절 비임금근로자에 관한 노동입법정책

1. 정책 논의의 대상과 논의 상황

가. 정책논의의 대상과 전개 과정

제3차 아베 정권기(2014. 12. 24~2017. 10. 1)에서는 “1억 총활약사회”가 경제사회정책의 기초가 된다. 이를 위해서 2016년 6월 2일에 “일본 1억총활약 플랜”⁹⁸⁾이 책정되었고, 이 플랜에는 다음과 같은 6가지의 핵심 과제를 제시하고 있다. ① 성장과 분배의 호순환 메커니즘, ② 1억 총활약사회의 실현을 위한 횡단적인 과제인 일하는 방식(働き方)개혁, ③ ‘희망출산율 1.8’을 위한 정책, ④ ‘요양인력의 이직 제로’를 위한 정책, ⑤ ‘전후 최대의 명목 GDP 600조 엔’을 위한 정책, ⑥ 10년 후의 미래를 준비하는 로드맵이다. 이 중에서 일하는 방식(働き方)개혁 가운데 비임금근로자에 관한 정책 과제가 공식적으로 논의된다.

일하는 방식 개혁을 위한 근로기준법 등의 개정이 추진되는 한편, 비임금근로자에 관한 정책을 준비하기 위한 논의가 후생노동성, 경제산업성, 공정거래위원회 등의 전문가 검토회의에서 이루어지기 시작한다. 경제산업성이 가장 먼저 논의를 시작하는데, 2016년 11월 “고용관계에 의하지

98) 전문은 <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/ichiokusoukatsuyaku/pdf/plan1.pdf>

않는 일하는 방식에 관한 연구회(雇用關係によらない働き方)に關する研究會)”가 구성되어 2017년 2월에 보고서가 경제산업성 대신에게 제출되었다. 이에 이어서 공정거래위원회에서는 2017년 8월에 “인재와 공정정책에 관한 검토회(人材と競争政策に關する検討會)”가 구성되어 2018년 2월에 보고서가 공정거래위원장에게 제출되었다. 마지막으로 후생노동성에서는 2017년 10월에 “고용유사의 일하는 방식에 관한 검토회(雇用類似の働き方に關する検討會)”가 설치되어 2018년 3월에 보고서가 제출되었다.

이들 연구회와 검토회가 논의의 대상으로 하고 있는 비임금근로자를 보면, 경제산업성의 “고용관계에 의하지 않는 일하는 방식에 관한 연구회(雇用關係によらない働き方)に關する研究會)”에서는 고용계약이 아닌 위탁계약이나 도급계약에 의해 일하는 방식을 대상으로 하고 있다고 하는데, 그 대상이 명확히 특정되어 있지는 않다. 공정거래위원회의 “인재와 공정정책에 관한 검토회(人材と競争政策に關する検討會)”에서는 “개인으로서 일하는 사람, 즉 역무제공자의 획득을 둘러싸고, 역무제공을 받는 기업, 즉 발주자 간에 이루어지는 경쟁, 그리고 역무제공자가 근로자로 평가되는 경우에는 사용자 간의 경쟁에 대해서 이를 방해하여 역무제공자에게 불이익을 초래할 수 있는 발주자(사용자) 간의 행위에 대한 독점 금지법상의 규제 방식”이라고 한다. 마지막으로 후생노동성에서는 2017년 10월에 “고용유사의 일하는 방식에 관한 검토회(雇用類似の働き方に關する検討會)”에서는 “고용과 자영의 중간적인 일하는 방식으로 일하는 사람”을 대상으로 검토를 하고 있다. 하지만 이 검토회의 보고서에서는 실태 파악의 부족, 실태 파악에 입각한 보호의 필요성 및 정책 과제 검토 미흡 등을 이유로 “고용유사의 근로방식으로 일하는 사람”을 획일적으로 정의하지는 못하고 있다.

후생노동성은 2018년 3월의 검토회 보고서를 바탕으로 노동정책심의회의 노동정책부회의의 논의를 거쳐서 같은 해 10월에 “고용유사의 일하는 방식 관련 논점 정리 등에 관한 검토회(雇用類似の働き方に係る論點整理等に關する検討會)”를 구성하여 논의를 시작하였는데, 2020년 6월 중간정리 결과가 공표되었다. 중간정리에서는 보호의 대상에 관해서는 “발주자로부터 일의 위탁을 받아서 주로 혼자서 역무를 제공하고 그 대가로서 보수

를 얻는 사람을 중심”으로 향후 검토를 진행하는 것이 타당하고 밝히고 있다. 이 중간정리는 말 그대로 실태 조사 결과를 바탕으로 향후 정책 과제로서 논의할 필요성이 있는 사항, 사항별 검토의 우선 순위, 검토의 대략적인 논의 방향을 담고 있는 수준이다. 여기에 담겨 있는 검토 과제는 ① 계약조건의 명시, ② 계약내용의 결정, 변경, 종료에 관한 물의 명확화, 계약의 이행 확보, ③ 보수액의 적정화, ④ 스킬업, 커리어업, ⑤출산, 육아, 가족돌봄과의 양립, ⑥ 발주자에 의한 성희롱 등 방지, ⑦ 재해 및 질병 이환에 의한 취로불능 시 소득보장, ⑧ 분쟁 발생 시 상담 창구 등, ⑨ 발주와의 매칭 지원, ⑩ 사회보장이다. 2020년 6월 이후부터 2020년 12월 까지 매월 회의가 진행되었지만, 2020년 12월 회의를 마지막으로 검토회는 중단되었다. 최종 보고서는 제출되지 않았으며, 다만, 중간정리 결과의 공표 이후 진행된 회의 내용을 정리한 서면이 공표되었다. 이 검토회가 갑자기 종료된 것은 아래에서 보는 것처럼 정책 대상이 프리랜서의 취업환경 정비로 집중되었기 때문이다.

정책 대상이 프리랜서의 취업환경 정비로 집중된 경위는 다음과 같다. 2017년부터 총리 산하의 “성장전략회의(이전 일본경제재생본부)”에서는 종래의 “일본재흥전략”을 대신하는 “미래투자전략 - Society 5.0의 실현을 위한 개혁”에 관한 논의가 이루어지게 되었는데, 3년의 논의를 거쳐서 2020년에 확정된 “성장전략”의 “성장전략실행계획”에서 “새로운 일하는 방식의 정착”이 전략 목표의 첫 번째 목표로 제시되면서 비임금근로자에 대한 정책 대상이 프리랜서에 관한 정책으로 변경되었다. “새로운 일하는 방식의 정착”을 실현하기 위한 과제로서 겸업·부업의 환경정비와 프리랜서의 환경정비가 제시된 것이다. 그리고 이 계획에 따라서 2021년 3월 26일에 내각관방⁹⁹⁾, 공정거래위원회, 중소기업청, 후생노동성 합동 명의로 “프리랜서로서 안심하고 일할 수 있는 환경을 정비하기 위한 가이드라인”이 공표되었다.

99) 내각관방은 내각법에 근거하여 내각 내에 설치된 중앙행정기관의 하나로서 내각의 사무, 중요 정책의 기획·입안·종합조정, 정보의 수집 등을 담당한다. 내각의 총리대신이 주임 대신이며, 국무대신인 내각관방장관이 내각관방의 사무를 총괄한다.

이상과 같이 볼 때, 일본의 정책 논의 현 단계에서 비임금근로자에 대한 정책 중에서 어느 정도 정리가 이루어진 것은 “프리랜서”를 대상으로 하는 정책뿐이다. 입법이 아니라 가이드라인에 의해서 추진되는 것으로 되었는데, 이러한 방식은 2020년에 확정된 “미래전략”의 “성장전략실행계획”에 담겨 있던 것이다. 2020년도 성장전략의 성장전략실행계획을 보면 그 경위에 대해서 간단하게 설명하고 있다. 프리랜서의 환경정비를 위하여 내각관방이 주도하여 2020년 2월부터 3월에 걸쳐서 관계 부처와 합동으로 프리랜서의 실태를 파악하기 위한 조사를 실시하고, 이 조사 결과를 바탕으로 “전세대형사회보장검토회의¹⁰⁰⁾”에서 정책의 방향성을 검토하여 결론을 도출하였다고 하고 있다.¹⁰¹⁾

나. 보호의 방법

위에서 언급한 “고용유사의 일하는 방식에 관한 검토회”와 “고용유사의 일하는 방식 관련 논점 정리 등에 관한 검토회”는 노동문제를 주관하는 후생노동성이 주관하는 검토회이니 만큼 문제 해결의 기본 방향으로 다음의 네 가지 방식을 향후 집중적으로 검토할 필요가 있다고 제안하고 있다. 첫째는 발주자(위탁자 또는 도급인)와 고용유사의 취업자에 관한 가이드라인의 책정, 둘째로는 개별 사안에 대해서 근로자성의 범위를 해석에 의하여 적극적으로 확대하여 보호가 미치도록 하는 방안, 셋째로는 근로기준법의 근로자개념을 확대하는 방향으로 다시 정의하는 방안, 넷째로는 노동관계법령 등의 보호를 확장 부여하는 제도를 마련하는 방안 등을 제시하고 있다. 이들 네 가지 방안 중에서 첫 번째 방안은 고용유사의 취업자를 “사업자”로 보고 이들 사업자의 거래 상대방인 우월적 지위의 사업자와의 사이에 공정거래를 확보하기 위한 방안이라고 할 수 있다.

100) 전세대형사회보장검토회는 2019년 9월에 내각에 설치되었는데, 총리가 의장을, 전세대형사회보장개혁담당대신(大臣)이 의장 대리를 맡으며 관계 성청(省廳)의 대신, 학계, 경영계의 대표가 위원을 맡고 있다.

101) 전세대형사회보장검토회에서는 2019년 9월부터 프리랜서의 환경 정비를 중요한 의제로 하여 논의를 개시하였고, 제2차 중간보고(2020.6.25.)에서 정비의 필요성과 방향성을 제시하고 있다.

이에 비하여 두 번째, 세 번째, 네 번째의 방법은 노동법의 영역에서 기존의 보호를 확장하는 방안이라고 할 수 있다.

그런데 2020년도 성장전략의 성장전략실행계획을 보면 첫 번째 방법에 의해서 프리랜서를 보호하고자 하고 있는 점을 분명히 하고 있다. 물론 산업재해보상보험 등의 확대 적용도 포함되어 있으나 그 주된 방법은 어디까지나 입법적으로는 독점금지법과 하도급대금지불지연등방지법에 의하여, 그리고 이들 법령에 근거한 가이드라인의 수립과 실효성 있는 집행에 의하여 문제 해결을 시도하고 있는 것이다. 성장전략의 성장전략실행계획에서는 네 가지의 구체적인 방법을 제시하고 있는데, 첫째, 실효성 있는 가이드라인의 책정이다. 둘째로 입법적 대응의 검토이다. 셋째로는 집행의 강화이다. 넷째로 산업재해보상보험이나 공제조합 등의 확대 적용이다.

첫 번째의 실효성이 있는 가이드라인의 책정에 관한 기본 구상을 보면, 먼저 사업자와 프리랜서 일반과의 거래에는 독점금지법이나 하도급대금지불지연등방지법을 폭넓게 적용하는 것이 가능하기 때문에 종래 독점금지법의 적용에 신중하였던 입장을 변경하여 프리랜서와의 거래에 대해서 독점금지법이나 하도급대금지불지연등방지법의 적용 방법을 정리하고 가이드라인 등에 의해서 이를 명확히 할 필요가 있다는 점, 둘째 이들 법률의 적용에 더하여 프리랜서로서의 업무를 하여도 실질적으로는 발주사업자의 지휘명령을 받아서 업무에 종사하고 있다고 판단되어 현행법상 고용에 해당하기 때문에 법령의 적용관계를 명확히 하는 것과 함께 독점금지법, 하도급대금지급지연등방지법, 노동관계법령에 근거한 문제행위를 명확히 하기 위하여 실효성 있는 가이드라인을 작성한다고 한다. 다음으로, 가이드라인의 방향성에 대해서 보면 계약서의 교부, 발주사업자에 의한 거래조건의 일방적 변경, 지불지연·감액, 중개사업자와의 거래에 대한 독점금지법의 적용, 현행법상 고용에 해당하는 경우에는 노동관계법령의 적용 등을 명확히 한다고 한다.

두 번째의 과제로서 입법적 대응의 검토에 관해서는 거래조건을 명기한 서면의 교부는 하도급대금지불지연등방지법에서 의무로 규정되어 있지만, 프리랜서의 보호를 위하여 기타 필요한 과제를 검토하여 법 개정을

포함한 입법적 대응을 한다고 한다.

세 번째의 과제로서 집행의 강화에 대해서 보면, 발주사업자와 프리랜서의 거래에 따른 분쟁에 신속하게 대응할 수 있도록 중소기업청의 거래조사원이나 공정거래위원회의 직원 증원을 검토하여 독점금지법이나 하도급대금지불지연등방지법에 근거한 집행을 강화한다고 한다.

네 번째의 과제로 산업재해보상보험 등의 적용 확대에 대해서 보면, 특별가입제도의 가입 업종을 확대하는 것을 검토하고 프리랜서로 활동하는 사람도 가입할 수 있는 공제제도(소규모기업공제등)의 활용을 촉진할 수 있는 방안을 검토한다고 한다.

2021년도 성장전략의 성장전략실행계획에서도 프리랜서의 보호제도에 관해서 규정하고 있는데, 실태조사 결과 계약조건을 기재한 서면을 교부하는 관행이 거의 없거나 기재도 부실한 점을 고려하여 서면 계약 방식에 관한 법제화를 검토하면서 프리랜서의 사회보장에 대해서도 검토한다고 한다.

이상과 같이 첫 번째부터 세 번째의 방법을 보면 일본 정부의 프리랜서 보호 정책이 노동법적 접근이 아니라 공정거래 확보적 접근을 취하고자 한다는 점을 명확히 알 수 있다. 즉, 거래상의 약자인 프리랜서에 대해서 그 거래 상대방이 우월적 지위를 남용하는 것을 막고자 하는 것이다.

2. “프리랜서로서 안심하고 일할 수 있는 환경을 정비하기 위한 가이드라인”의 내용

가. 보호 내용의 개요

가이드라인에서는 프리랜서의 정의에 대해서 법령상의 용어는 아니지만 가이드라인의 적용 관계에 있어서는 “실제로 점포 없이 다른 사람을 고용하지 않은 자영업자나 1인 사업주로서 자신의 경험이나 지식, 스킬을 활용하여 수입을 얻는 사람”을 말한다고 하고 있다. 이에 대해서 가이드라인이 제시하고 있는 예를 보면, 사업자와의 업무위탁계약(도급계약이나 준위임계약)뿐만 아니라 소비자를 상대로 물품이나 서비스를 판매하

는 사람에 대해서는 이 가이드라인의 프리랜서로 한다고 한다. ‘실제 점포의 존재 여부’에 대해서는 자택의 일부에서 소규모로 사업을 하는 경우에 실제 점포에 해당하지 않는 것으로 하고 공유형의 오피스 등도 실제 점포에 해당하지 않는다고 한다. 또한 다른 사람을 사용하지 않는지 여부에 대해서는 종업원을 고용하지 않거나 자신과 동거의 친족만으로 개인 경영의 사업을 하고 있는 경우를 의미한다고 한다.

가이드라인의 구성은 크게 세 부분인데, 첫째로 프리랜서와 거래를 하는 사업자가 준수하여야 할 사항, 둘째로 중개사업자가 준수하여야 할 사항, 셋째로 현행법상 고용에 해당하는 경우의 판단기준이다. 첫 번째와 두 번째에 관해서 그 내용의 개요를 보면 다음과 같다.

○ 프리랜서와 거래를 하는 사업자가 준수하여야 하는 사항

1. 프리랜서와의 거래에 관한 우월적 지위의 남용규제에 대한 기본 원칙
2. 발주 시의 거래조건을 명확히 하는 서면의 교부에 관한 기본 원칙
3. 독점금지법(우월적 지위의 남용)·하도급대금지불지연등방지법상 문제가 되는 행위유형
 - (1) 보수의 지불 지연
 - (2) 보수의 감액
 - (3) 현저히 낮은 보수의 일방적 변경
 - (4) 역무의 재제공 요청
 - (5) 일방적인 발주 취소
 - (6) 역무의 성과물에 관한 권리의 일방적 취급
 - (7) 역무의 성과물의 수령 거부
 - (8) 역무의 성과물의 반품
 - (9) 불량 상품 또는 역무의 구입·이용 강제
 - (10) 부당한 경제상 이익의 제공 요청
 - (11) 합리적으로 필요한 범위를 넘는 비밀유지의무 등의 일방적 설정
 - (12) 기타 거래조건의 일방적 설정·변경·실시

- 중개사업자가 준수하여야 하는 사항
 - 중개사업자와 프리랜서의 거래조건에 대해서
 - 규약의 변경에 의한 거래조건의 일방적 변경

나. 가이드라인에 의한 보호와 노동3권의 보장과의 관계

위에서 본 바와 같이, 일본 정부가 프리랜서의 보호를 위하여 공정거래 확보, 즉 우월적 지위의 남용 억제에 중점을 두고 있다는 것은 프리랜서가 사업자임을 전제로 하는 것이어서, 사업자로서 프리랜서에 대한 노동관계법령의 적용, 즉 노동조합법의 적용에 관해서 문제가 발생할 수 있게 된다.

가이드라인에서는 이 점에 대해서, 독점금지법 및 하도급대금지불지연등방지법과 노동관계법령의 적용 관계에 대해서는 프리랜서가 실제로 근로자인 경우에는 독점금지법이나 하도급대금지불지연등방지법이 적용되는 것에 더하여 노동관계법이 적용된다고 하고 있다.

이 경우 독점금지법이나 하도급대금지불지연등방지법상 문제가 될 수 있는 사업자의 행위가 노동관계법령에서 금지 또는 의무로 되어 있는 것 또는 적법한 것으로 인정되고 있는 행위에 해당하는 경우에는 당해 노동관계법령이 적용되고 당해 행위에 대해서는 독점금지법, 하도급대금지불지연등방지법상 문제로 삼지 않는다고 한다.

가이드라인에서는 노동관계법령에서 적법한 것으로 인정되고 있는 행위의 예로 노동조합법에 근거한 단체협약을 체결하는 노동조합의 행위를 들고 있다. 즉, 프리랜서가 근로자가 아니라 사업자이기 때문에 독점금지법 등에 따라 문제를 해결하는 것이 기본적인 원칙이지만, 이들이 노동조합법상의 근로자에 해당된다고 한다면 노동조합을 조직하여 단체교섭을 하며 단체협약을 체결함으로써 문제를 해결하는 것도 가능하며, 이것이 독점금지법 등의 공정거래에 관한 법률에 위반되지 않는다는 입장을 분명히 밝히고 있다. 이로써 프리랜서는 사업자이지만 노동조합법상의 근로자에 해당하면서 공정거래 관련 법령과 노동조합법에 의한 보호를 모두 누릴 수 있다는 점이 명확히 되었다.

그런데 법적인 보호 수단이 확대되었다는 점에 대해서 긍정적으로 평가하는 견해¹⁰²⁾도 있지만, 이를 부정적으로 평가하는 견해¹⁰³⁾도 있다. 부정적인 견해의 근거는 다음과 같다. 독점금지법은 한편으로는 부당한 거래제한 행위를 금지하면서도 다른 한편으로 우월적 지위의 남용을 금지하고 있는데, 후자는 외국의 독점금지법에서는 찾아보기 어려운 불공정 거래행위 유형으로서 일본 독점금지법 특유의 행위 유형이라는 점에서 볼 때 구체적인 사안에 있어서 프리랜서가 거래의 약자로서 보호하기 부적절하다고 판단될 수 있는 경우에는 프리랜서의 단결 행위 등에 대해서 언제든지 부당한 거래제한 금지가 적용될 가능성이 있다는 점을 들고 있다. 즉, 이 견해는 독점금지법에 의한 우월적 지위의 남용 금지에 의해서 프리랜서를 보호하는 것은 공정거래 관련 법제도에서 상당히 불안정한 상황에 있다는 점을 비판하면서 노동3권과의 충돌 가능성 또는 위험성이 법제도적으로 완전히 해결되지 않고 있음을 지적하고 있는 것이다.

제6절 정리 : 일본 노동법제도에서의 자영업자의 지위

일본 노동법제도에서 임금근로자가 아닌, 즉 근로기준법상의 근로자가 아닌 사람이 노동3권의 주체로서, 즉 단결권의 주체로서 노동조합법상의 노동조합을 조직하여 활동한 역사는 상당히 오래된다. 그러나 헌법 제28조의 근로자 및 노동조합법 제2조의 노동자 개념에 대한 이해의 최대 폭은 그다지 넓지 않다. 중앙노동위원회가 2019년 2월 6일에 프랜차이즈 편의점 점주의 노동조합법상의 근로자성을 부정하는 취지로 초심구제명령을 취소하는 결정을 내림으로써 헌법 제28조의 근로자 및 노동조합법 제2조의 노동자 개념이 종속적인 자영업자를 포섭하는 시도는 장벽에 부딪혔기 때문이다. 일본의 중앙노동위원회의 견해는 일본 노동법학의 주류

102) 管俊治, “獨禁法を使った労働運動の可能性”, 『労働法律旬報』, No.1913(2018), pp.17~18.

103) 濱口佳一郎, “フリーランスと團體交渉”, 『季刊労働法』, 第272號(2021), pp.28~29.

적 견해를 대변하고 있다는 점에서 이 장벽은 돌파하기가 매우 어려울 것으로 예상된다. 상당한 종속성을 가지고 있는 프랜차이즈 편의점 점주에 대해서도 노동자성이 부정된다고 하면 독립적인 자영업자는 더 말할 필요가 없을 것이다. 일본 학계의 통설과 노동위원회는 아주 오래 전부터 노동3권의 주체로서 노동자의 개념을 상당히 넓게 해석하여 왔지만, 독립적인 사업자성이 인정되는 사람에 대해서는 단결권의 주체로서 인정할 수 없다는 견해를 견지하고 있었다. 일본에서 독립적인 자영업자에게 헌법 제28조의 단결권이 인정되기 위해서는 먼저 종속적 자영업자에 대해서 단결권을 인정하는 것을 가로막고 있는 노동조합법상의 노동자성에 관한 노동위원회의 판단기준이 극복되어야 할 것이다.

이러한 상황에서 그나마 주목되는 것은 자영업자들에 대해서 단결권과 단체교섭 및 단체협약을 체결할 권리를 인정하고 있는 협동조합법제도이다. 위에서 본 고지마 노리아키(小嶋典明)가 귀납적으로 협동조합법제도에서 단체교섭과 단체협약제도가 인정되는 사람을 모두 헌법 제28조의 근로자라고 보자는 견해는 매우 독창적이지만, 이에 호응하는 견해를 찾을 수 없다. 하지만 협동조합법제도의 단체교섭권을 활용하는 영세사업주단체가 증가하고 이것이 상당한 새로운 거래 질서의 규범으로 인정된다면, 게즈카 가쓰토시(毛塚勝利)와 가와구치 미키(川口美貴)의 주장이 실현되는 단계를 뛰어넘어서 고지마 노리아키(小嶋典明)의 귀납적 이해가 실현되는 단계로 바로 진입할 가능성도 있을 것이다.

제 5 장

자영업자 노동조합의 법적 쟁점

제1절 서론적 논의

자영업자 노동조합의 법적 쟁점에 관한 논의는 두 가지 법적 소여(所與)를 염두에 두고 진행되어야 한다. 하나는 2020년 대법원 전원합의체 판결이다. 이 판결은 노동3권을 구체적 권리성을 갖는 자유권으로 해석한 것으로 해석된다. 또 하나는 2021년에 비준한 국제노동기구(ILO) 단결의 자유 협약(제87호 및 제98호)이다. 이 협약들은 노동3권의 주체를 임금노동자(employee)가 아니라 자영업자를 포함하여 노동자(worker) 일반으로 정의하고 있다. 이렇게 되면 자영업자의 노동3권 보장과 공정거래법의 적용이 경합하지 않는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 이 문제도 서론에서 짚고 넘어가야 할 필요가 있다. 이하에서 각각 검토한다.

1. 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 노동3권

전국교직원노동조합의 법적 지위에 관한 2020년 대법원 전원합의체 판결에 따르면, “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다.”¹⁰⁴⁾

대법원 전원합의체는 동시에 이렇게 실시했다. “특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서, 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다.”¹⁰⁵⁾

요약하면 이렇다. 노동3권은 구체적 권리이다. 특히 단결권은 자유권으로서의 본질을 갖는다. 이 두 개의 명제를 결합하면 다음과 같이 두 개의 서로 다른 결론을 도출할 수 있다.

첫째, 노동3권은 구체적 권리이지만 단결권을 제외하면 자유권은 아니다. 즉 단체교섭권과 단체행동권은 여전히 생존권 혹은 사회권이거나¹⁰⁶⁾ 아니면 적어도 자유권과 사회권이 혼합된 권리이다.¹⁰⁷⁾

둘째, 단결권만이 아니라 노동3권 전체가 구체적 권리이며 또한 자유권이다.

우리는 이 두 번째의 결론을 지지한다. 전원합의체는 단결권에 대해서만 “자유권으로서의 본질”을 언급하고 있을 뿐이지만, 그것은 해당 사건이 단결권에 관한 것이었기 때문에 “특히” 강조한 것일 뿐이다. 노동3권

104) 대법원 전원합의체, 2020. 9. 3., 2016두32992.

105) 위의 판결.

106) 노동3권을 생존권 또는 사회권으로 파악하는 입장은 헌법재판소, 1991. 7. 22., 89헌가106: “근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적·사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서 자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 보다 강한 것으로서 그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 기본권이다.”

107) 노동3권을 자유권과 사회권이 혼합된 것으로 파악하는 입장은 헌법재판소, 1998. 2. 27., 94헌바13·26, 95헌바44 (병합): “근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건에 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라고 말할 수 있다. (...) 이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해로 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유권이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사 간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.”

전체를 구체적 권리로 인정하는 한, 단결권만이 아니라 단체교섭권과 단체행동권도 “자유권으로서의 본질”을 가지고 있음을 부정할 수 없다고 할 것이다. 왜냐하면 구체적 권리성은 노동3권을 자유권으로 해석하는 경우에만 비로소 의미가 있기 때문이다. 비록 사회권의 구체적 권리성을 주장하는 견해도 있는 것이 사실이지만,¹⁰⁸⁾ 이때 대상이 되는 사회권은 어디까지나 헌법 제34조 이하의 급부형 사회권에 한해서이다. 노동3권은 급부형 사회권이 아니라 말하자면 행위형 사회권이라고 할 수 있다. 기본권의 연혁적 의미에서 공히 사회권으로 분류되기는 하지만 양자의 법적 성격은 완전히 다르다. 모든 행위형 기본권과 마찬가지로 노동3권도 행위의 자유가 중요하다. 오히려 사회권의 구체적 권리성을 부정하는 입장에서 도 노동3권은 예외적으로 자유권성이 혼합되어 있으므로 구체적 권리성이 인정된다는 견해가 있다.¹⁰⁹⁾

노동3권은 자유권이다. 자유권이라고 해서 국가의 제도적 뒷받침이 불필요한 것은 아니다. 자유권을 국가의 개입이 없는 소극적 자유권으로만 이해하는 것은 넓은 관점이다. 소극적 자유권 개념이 누군가에게는, 특히 사회적 약자에게는 형식적 자유권으로 그치고 만다는 문제점을 지적하면서, 실질적 자유권을 주장하는 이론이 오늘날 광범위한 지지를 얻고 있다. 가난한 사람에게는 “freedom from”보다는 “freedom to”가 더 중요한 법이다. 노동3권이야말로 계약의 자유가 갖는 형식성과 추상성을 극복하고 집단적 노동관계 차원에서 구체적·실질적 자유를 실현하기 위하여 법적으로 승인된 권리가 아니던가. 실질적 자유권의 보장을 위해서는 국가의 뒷받침이 필요할 수 있다. 부당노동행위 금지가 좋은 예이다. 사용자가 경제적 지배력을 동원하여 노동조합 활동을 방해하는 행위를 소극적 자유권의 이름으로 방임하면 노동자의 자유권은 형해화되기 쉽다. 이런 경우에 법률적 개입의 정당성을 논증하기 위하여 노동3권을 사회권으로 정의할 필요는 없다. 고전적 자유권에서도 법률적 개입의 정당성은 인정될

108) 예를 들어 김복기, 『사회적 기본권의 법적 성격』, 『사회보장법연구』, 제3권 제1호, 서울대사회보장법연구회, 2014, 111쪽 이하 참조.

109) 김종보, 『사회적 기본권의 구체적 권리성 여부』, 『법학연구』, 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008, 75쪽 이하.

수 있다. 특히, 국가만이 자유권의 침해 주체로 상정되었던 옛날과 달리, 자본과 대기업에 의한 자유권 침해도 중요한 문제가 되고 있는 현대사회에서는 고전적 자유권조차 국가의 일정한 관여 없이는 제대로 보장되기 어렵다는 점을 인식할 필요가 있다. 예를 들어, 언론의 자유는 가장 대표적인 자유권의 하나인데, 거대 플랫폼 기업이 장악하고 있는 인터넷 공론장에서는 국가가 적절하게 규제하지 않으면 언론의 자유가 실현되기 어렵다. 오히려 가짜뉴스가 범람하면서 진정한 의미에서의 언론의 자유가 침해당할 위험성이 더 크다. 요컨대, 노동3권은 자유권이며, 그럼에도 불구하고 일정한 수준의 제도적 뒷받침은 가능하고 또 필요하기도 하다.

노동3권은 자유권이다. 다만 제1세대 자유권과 다르게 개인이 혼자서 실행하는 그런 자유권은 아니다. 노동3권은 어디까지나 단체로 행사하는 권리이기 때문이다. 그런 점에서 노동3권은 집단적으로 행사되는 개별적 자유권이라고 할 수 있다.¹¹⁰⁾ 즉 권리의 주체는 헌법 제33조 제1항에서 명시적으로 정의하고 있듯이 “근로자” 개인이지만, 권리의 행사는 “단체”로 이루어진다. 이때 말하는 단체란 법인체 혹은 그것에 준하는 조직체를 의미하는 것이 아니라, 식당에서 “단체회식환영”이라고 할 때의 그 단체로 이해되어야 한다. 노동3권을 해석함에 있어서는 이 점을 유념해야 한다.

2. 노동3권의 주체

그렇다면 구체적 권리성을 갖는 자유권, 집단적으로 행사되는 개별적 자유권으로서의 노동3권의 내용은 무엇인가? 그것은 임금노동자와 자영업자(자영노동자)¹¹¹⁾에게 공통적으로 적용될 수 있는가? 아니면 임금노동자에게 적용될 수 있는 내용과 자영업자에게 적용될 수 있는 내용을 구별해야 하는가? 이제까지는 이런 식으로 임금노동자와 자영업자를 구분

110) 알랭 쉬피오, 『노동법비판』, 박제성 역, 도서출판 오래, 2017, 180쪽.

111) 자영업자보다는 자영노동자 또는 비임금노동자라고 부르는 것이 더 적절하지만, 연구과제가 “자영업자 노동조합 연구”로 정의되어 있기 때문에 일단 자영업자라는 용어를 사용하기로 한다.

해서 논의하는 경우가 거의 없었다. 노동3권은 임금노동자에게만 보장되는 권리라고 암묵적으로 전제하고 있었기 때문일 것이다.

이 글에서는 그 전제에 동의하지 않는다. 헌법 제33조 제1항에 따르면 노동3권의 주체는 “근로자”이다. 이때 “근로자”라는 주체성은 넓게 해석된다.

첫째, “근로자”는 좁은 의미의 임금노동자에 한정되지 않는다. 종속적 자영업자를 비롯하여 독립적 자영업자까지 포함된다. 1인 자영업자만이 아니라, 임금노동자를 고용하고 있는 자영업자, 즉 사용자인 자영업자도 포함된다. 시중의 교과서를 보면, 예를 들어 임종률은 “노동 의사가 없는 자나 자영업자 등도 근로자가 아니므로 노동3권을 가지지 않는다.”라고 설명한다.¹¹²⁾ 그러나 자영업자가 “근로자”가 아니라는 주장은 근거가 없다.

우선, 헌법 연혁적 근거가 없다. 1948년 헌법 제정 과정에서 노동3권을 규정한 제18조(지금의 제33조 제1항에 해당)에서도 “근로자”라는 개념을 사용하였는데, 그 의미에 대해서 헌법안 기초자인 유진오 박사는 이렇게 설명한다. “이 18조의 ‘근로’라는 말은 도회의 노동자를 상대로 쓴 말입니다. 그러나 농민이라고 하더라도 농민조합을 만든다든가 하는 권리는 역시 18조에 의해서 보장된다고 말씀하겠습니다.”¹¹³⁾ 1948년 대한민국의 사정에서 농민은 거의 대부분 임금노동자가 아니라 자영농민이었을 것이다. 소작농이 많이 있었겠지만, 소작농을 임금노동자로 보기는 어려울 것이다(지금의 용어법으로는 종속적 자영업자로 부르는 것이 더 적절할 것이다). 유진오 박사는 자영업자도 제18조에서 말하는 “근로자”에 포함된다고 명언하고 있는 것이다.

다음으로, 국제법적 근거가 없다. 대한민국은 단결의 자유에 관한 ILO 제87호 협약과 제98호 협약을 비준했다. ILO 협약은 단결의 자유를 향유하는 주체를 employee가 아니라 “worker”로 규정하고 있다. 이 worker에는 employed worker(임금노동자)뿐만 아니라, self-employed worker(자영업자)도 포함된다(그래서 자영업자라는 용어보다는 자영노동자라는 용

112) 임종률, 『노동법』, 제19판, 박영사, 2021, 25쪽.

113) 강성태, 『근로자의 개념』, 서울대학교 박사학위논문, 1994, 2쪽에서 재인용.

어가 더 적절하다). ILO 협약이 이미 임금노동자와 자영업자를 포함하여 노동자 일반을 단결의 자유의 주체로 인정하고 있는 한, ILO 협약보다 상위에 있는 헌법에서 말하는 “근로자”가 임금노동자만을 의미한다고 좁게 해석하는 것은 타당하지 않다.

이와 관련해서 흥미로운 사실이 하나 있다. 2018년 제20차 국제노동통계총회에서 ILO는 「노동통계결의」를 채택했다.¹¹⁴⁾ 이는 기존의 분류체계가 노동관계의 변화를 제대로 보여주지 못한다는 비판에 따른 것이다. 새로운 분류체계는 지시권 유형에 따른 고용상 지위 분류(ICSE-18-A)와 경제적 위험 유형에 따른 고용상 지위 분류(ICSE-18-R)로 구분된다. 전자의 분류는 지시권 유형에 따라 Independent workers(독립노동자)와 Dependent workers(종속노동자)로 구분한 다음, Independent workers의 하위범주에 Employers(사용자)를 두고 있다. 사용자도 노동자에 포함된다는 것이다. 이때의 사용자는 법인에 고용된 경영담당자(Employers in corporations)나 개인사업의 사업주(Employers in household market enterprises)를 말한다. 후자의 경우는 다른 노동자를 고용하고 있는 자영업자에 해당한다.

물론 이 「결의」에서 사용하는 worker와 단결의 자유 협약에서 사용하는 worker가 다른 개념이라고 주장할 수도 있다. 그래서 전자의 worker를 노동자가 아니라 취업자로 번역하려는 시도도 있을 수 있다. 하지만 여기에서 우리가 분명히 인식해야 하는 점이 있다. 왜 ILO가 그럼에도 불구하고 다른 용어가 아니라 worker라는 용어를 채택했는가 하는 점이다. 이러한 논의를 통해서 우리는 국제적 맥락에서 worker라는 용어가 얼마나 포괄적인 의미로 사용되는지를 이해할 수 있다. 이것은 또한 오늘날의 노동관계 변화양상을 고려한 것이기도 하다. worker는 노동자다. worker를 굳이 다른 용어로 번역하려고 애쓸 것이 아니라, 노동자라는 개념이 갖는 포괄적 의미를 적극적으로 수용하는 것이 좀 더 적절한 태도일 것이다. ILO 단결의 자유 협약을 해석함에 있어서도 이러한 태도가 요청되는

114) International Labour Office, *Resolution concerning statistics on work relationships*, 20th International Conference of Labour Statisticians, Geneva, 10-19 October 2018.

것이다.

나아가 ILO 단결의 자유 협약의 법적 위계도 중요하다. 헌법 제6조 제1항에 따르면, “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.” ILO 단결의 자유 협약은 헌법에 의하여 체결, 공포된 조약에 해당한다. 그렇다면 국내법과 같은 효력을 갖는다는 것은 무슨 의미인가? 헌법학의 다수설과 사법부 판례에 의하면, 국회의 동의를 획득한 조약은 법률과 동등한 효력을 갖는다고 한다. 그러나 국제법학자들은 그다지 동의하지 않는 듯하다.¹¹⁵⁾ 조금만 생각해 보면 국제법학자들의 입장이 타당하다는 것을 쉽게 알 수 있다. 조약을 체결한다는 것은 타국이나 국제사회에 대해서 그것을 지키겠다고 약속하는 것이다. 그런데 조약이 법률과 동위의 효력을 갖는다고 하면, 조약을 체결한 이후에 관련 법률을 조약과 배치되는 방향으로 제·개정하는 것도 허용된다는 말이 된다. 이것은 조약의 의의 그 자체에 반한다. 외국과 체결한 조약에 국회가 동의를 했다는 것은 그 부분에 한해서는 국회의 법률 제·개정권을 유보하겠다는 의사를 표시한 것으로 읽어야 할 것이다. 즉 ILO 협약(조약)은 법률보다 상위의 효력을 갖는다고 해석하는 것이 타당하다. 실정법을 해석함에 있어서는 이 점을 항상 염두에 두어야 할 것이다.

둘째, 헌법 제33조 제1항에서 말하는 “근로자”는 취업자에 한정되지 않는다. 구직자, 해고자, 실업자 등도 “근로자”에 포함된다. 취업과 실업을 일상적으로 반복하는 일용직을 생각해 보면 이것은 당연한 결론이다. 디지털 기술의 발달로 인해 취업과 실업의 반복 주기는 시간 단위, 나아가 분 단위로 짧아졌다. “근로자”는 취업하고 있는 자가 아니라 자신의 근로/노동에 의지하여 살아가는 사람을 의미한다.

셋째, 헌법 제33조 제1항에서 말하는 “근로자”는 노동조합 및 노동관계 조정법(노동조합법) 제2조에서 정의하는 “근로자”와 같지 않다. 물론 노동조합법상 “근로자”의 의미를 헌법의 취지에 맞게 확장해석하는 것은 가능하다. 하지만 그렇다고 해서 두 법에서 말하는 “근로자”가 같은 것은

115) 정인섭, 『조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토』, 『서울국제법연구』, 제22권 제1호, 서울국제법연구원, 2015, 36쪽 이하 참조.

아니다. 이것은 헌법 제33조 제2항에 대한 비교해석으로도 분명하다. 헌법 제33조 제2항은 이렇게 규정하고 있다. “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.” 반면에 헌법 제33조 제1항에는 “법률이 정하는 자에 한하여”라는 한정사가 없다. 그러므로 헌법 제33조 제1항에서 말하는 “근로자”를 노동조합법이라는 법률이 정하는 자로 한정하는 해석은 헌법의 취지에 부합하지 않는다.¹¹⁶⁾

3. 자영업자의 노동3권과 공정거래법

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(공정거래법) 제19조 제1항에 따르면, “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 함의하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.” 이러한 행위를 “부당한 공동행위”라고 하는데, 예를 들면 “가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위”(제1호), “상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위”(제2호) 등이 있다. 여기에서 사업자라 함은 “제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말한다.”(제2조 제1호).

형식논리적으로 보면 노동자의 노동3권 행사도 노동력이라는 상품의 가격과 거래조건을 정하는 행위에 해당하므로 부당한 공동행위에 해당할 수 있다. 실제로 이러한 논리에 근거하여 노동자들의 노동3권을 금지하거나 제한한 것이 19세기 말 또는 20세기 초까지 서양의 나라들이 보여준 노동운동의 역사였다. 그러나 이후 노동3권에 대한 법적 승인이 이루어지고, 특히 1919년에 국제노동기구(ILO)가 설립됨으로써, 적어도 임금노동자의 노동3권에 대해서는 더 이상 그러한 시비가 생겨나지 않게 되었다. 우리 공정거래법도 금지의 대상을 사업자로 명시함으로써 임금노동자는

116) 헌법에서 “근로자”라는 용어의 구체적 개념정의를 하지 않고 있다는 이유로 그 개념을 하위법률에 의해 판단할 수밖에 없다는 주장이 있다(한광수, 『헌법상 노동3권 보장과 노조법상 근로자 개념의 재검토 시론』, 『노동법논총』, 제52호, 한국비교노동법학회, 2021, 651쪽 이하 참조). 그러나 이러한 주장은 타당하지 않다.

여기에 해당하지 않는다는 점을 명확히 하고 있다.

그런데 자영업자의 경우에는 노동자이면서, 즉 우리 헌법에서 말하는 “근로자”이면서 또한 ILO 협약에서 말하는 worker에 해당하면서, 동시에 본인의 사업을 운영하는 사업자이기도 하다는 점에서 임금노동자의 경우와는 달리 약간의 문제가 있을 수 있다. 물론 예컨대 특정 사업주에게 경제적으로 종속된 1인 자영업자의 사례에서 종종 그러한 것처럼 임금노동자로 재분류되는 경우에는 임금노동자의 노동3권 행사 문제로 전환되기 때문에 다툼은 해소된다. 반면에 임금노동자로 재분류되지 않는 독립 자영업자의 경우에는 여전히 문제가 남을 수 있다.

물론 공정거래법에서도 특별한 목적과 절차를 충족하는 경우에는 사업자들의 공동행위를 허용하고 있다. 예를 들어, 산업합리화 또는 중소기업의 경쟁력 향상을 위하여 공정거래위원회의 인가를 받은 경우가 그러하다(제19조 제2항 참조). 그러나 노동3권은 앞서서도 검토한 바와 같이 구체적인 권리성을 갖는다. 그러므로 공정거래위원회의 인가를 받아야 한다는 조건 자체가 노동3권의 의의와 부합하지 않는다.

이 문제는 자영업자의 노동3권을 우선시하는 방향으로 해소되어야 할 것이다. 근거는 다음과 같다.

첫째, 위에서 검토한 바와 같이 규범적 위계상 ILO 단결의 자유 협약(조약)은 공정거래법보다 상위에 있다. 그러므로 자영업자가 ILO 협약(조약)에서 단결의 자유의 주체로 규정하고 있는 worker에 포함되는 이상, 공정거래법의 적용은 배제된다고 할 것이다.

둘째, 헌법 제33조 제1항이 “근로자”의 노동3권을 명시적으로 보장하고 있는데, 이 “근로자”에는 자영업자도 포함된다. 물론 공정거래법도 헌법적 근거를 갖고 있다. 헌법 제119조 제2항이 그것이다. 하지만 헌법 제119조 제2항은 거대자본과 대기업이 시장을 지배하고 경제력을 남용하는 상황을 방지하기 위한 것이다. 자영업자들이 거대자본과 대기업에 맞서 시장을 지배하고 경제력을 남용하는 상황을 상상하기는 힘들다. 오늘날의 시장상황과 산업구조를 고려한다면 헌법 제119조 제1항에서 말하는 경제의 민주화를 이루기 위해서는 오히려 자영업자들이 노동3권을 통해서 대기업에 대항할 수 있는 조건을 만들어 주는 것이 필요하다 할 것이다. 공

정거래법은 “사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지”(제1조)하는 것을 일차적인 목적으로 한다. 공정거래법은 독점규제법인 것이다. 그러므로 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중이라는 위험이 없는 한, 그러한 지위에 있지도 않고 그러한 경제력을 갖고 있지도 않은 자영업 노동자들의 노동3권에 대해 공정거래법 제19조를 적용하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.

제2절 단결권 : 단체를 조직할 수 있는 “근로자”의 자유권

단결권이 구체적 권리성을 갖는 자유권이라는 말은 노동자들이 노동조합을 조직하거나 노동조합에 가입함에 있어서 그 어떤 법적 절차나 행정적 요건이 필요하지 않다는 뜻이다. 특히, 2020년 대법원 전원합의체 판결에 의하면, 노동3권 중에서도 단결권은 “결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서, 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다.”¹¹⁷⁾ 이하에서는 실제에서 문제가 될 수 있는 몇 가지 주

117) 대법원 전원합의체, 2020. 9. 3., 2016두32992. 그런데 단결권을 “결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것”으로 이해하는 방식은 좀 문제가 있다. 이러한 이해 방식은 권리보장의 역사가 결사의 자유에서 단결권으로 진행했다고 보는 것인데, 역사적으로 볼 때 꼭 그렇지도 않다. 프랑스의 예를 보자. 1789년 프랑스 대혁명은 정치적 결사를 제외한 모든 결사를 금지했다. 특히 1791년 달라르드 칙령과 르사폴리에 법은 모든 직업적 결사의 박멸을 선언했다. 핵심은 구체제에서 번성했던 동업조합(길드)이었다. 동업조합은 신흥 자본가들의 자유로운 영업을 방해했기 때문이다. 1810년 형법은 정부의 허가를 받지 않은 20인 이상의 모든 조직, 종교적, 문학적, 정치적 또는 기타 등등의 조직을 금지했다. 그러나 19세기 내내 노동자들의 결사가 자발적으로 생겨나기 시작했다. 1864년 올리비에 법은 노동자들의 단결과 파업을 허용했다. 1884년 발텍-루소 법은 노동조합을 허용했다. 1901년에는 일반 결사의 자유에 관한 법이 제정되었다. 다른 나라는 모르겠지만 적어도 프랑스는 이랬다. 단결권, 즉 직업적 결사의 자유가 먼저 인정되었고, 일반 결사의 자유가 나중에 인정되었다. 그러므로 이렇게 말하는 것이 좀 더 적절해 보인다. 단결권이 시민사회의 영역에서 확장된 것이 결사의 자유이다.

요 쟁점들에 한해서 검토한다. 이하의 논의에서 별도의 구별 없이 서술되는 내용은 노동3권의 일반적 내용이다. 즉 임금노동자와 자영업자를 불문하고 공통적으로 적용될 수 있는 내용이다. 자영업자의 경우를 특별히 따로 검토해야 할 필요성이 있는 경우에만 구별한다.

1. 자영업자의 단결권

자영업자의 단결권이라고 해서 임금노동자의 단결권과 달리 취급될 사정은 없다. 자영업자는 자유롭게 자영업자 노동조합을 조직하거나 그 노동조합에 가입할 수 있다.

다만 자영업자와 임금노동자가 같은 노동조합에 가입할 수 있는가는 약간의 검토를 필요로 한다. 1인 자영업자의 경우에는 임금노동자와 같이 노동조합을 조직하더라도 별 문제가 없을 것이다. 그것은 해당 노동자들이 자유롭게 판단하면 될 문제이다.

그런데 자영업자 중에는 1인 자영업자도 있지만, 임금노동자를 고용하고 있는 자영업자도 있다. 프랜차이즈 가맹점주나 영세사업장의 자영업자가 그런 경우이다. 즉 한편으로는 노동자이지만, 다른 한편으로는 사용자인 것이다. 이 사용자인 자영업자도 자기들끼리 노동조합을 조직하는 것은 아무 문제가 없다. 노동자의 자격으로 노동조합을 조직하는 것이기 때문이다.

하지만 자기들이 고용하고 있는 임금노동자들의 노동조합에 같이 가입하는 것은 어떨까? 여기에 대해서는 두 가지로 입장이 나누어질 수 있을 것 같다.

첫째, 허용된다는 입장이다. 예를 들어, 가맹본부에 함께 대응하기 위해서 가맹점주와 가맹점노동자가 같이 노동조합을 조직하는 것을 허용하지 않을 이유가 없다고 본다. 물론 각각 노동조합을 만들어 연대하는 방법을 찾을 수도 있겠지만, 어떤 방법을 쓸 것인지조차 단결권의 내용으로 인정해야 하지 않을까 하는 입장이다.

둘째, 허용되지 않는다는 입장이다. 이것은 사용자로서의 자격이 우선 시된다는 점을 강조하는 입장이다. 생각해보면, 사용자인 자영업근로자와

그 임금근로자를 같이 조직하는 노동조합은 사실상 협동조합이나 동업조합(길드)의 모습을 갖게 되는데, 헌법 제33조 제1항이 이것까지 예정하고 있다고 보기는 어렵다는 점에서, 두 번째의 입장이 좀 더 타당하지 않을까 생각한다. 다만 이 경우에도 연합단체나 총연합단체에 같이 소속하는 것은 문제가 없을 것이다.

2. 소극적 단결권의 인정

단결권이 구체적 권리성을 갖는 자유권이라면, 단결권에는 이른바 소극적 단결권, 즉 노동조합에 가입하지 아니할 자유도 포함된다고 해야 할 것이다. 그러므로 노동조합 가입을 강제하는 규정은 그것이 노동조합의 규약이든, 단체협약이든, 법령이든 막론하고 헌법에 부합하지 않는다고 할 것이다. 과거의 판례는 이른바 단체협약상의 유니언숍 조항을 유효한 것으로 해석하는 입장을 취하고 있었는데,¹¹⁸⁾ 앞으로는 더 이상 타당성을 유지할 수 없을 것이다.

소극적 단결권을 인정하면 적극적 단결권이 약해질 수 있다고 우려하면서 소극적 단결권을 부정하는 해석론이 있다면, 그것은 노동자의 자발성에 기초한 단결활동의 의미를 제대로 이해하지 못하는 후견주의적 태도에 불과하다고 할 것이다. 노동조합의 힘은 조합원의 수에서 나오는 것이 아니다. 노동조합의 의의에 공감하는 노동자들의 자발성에 근거를 두지 않는 노동조합은 각자의 이해타산으로 유지되는 비즈니스집단으로 쪼그라들 뿐이다. 단결의 자유는 조직의 자유가 아니라 언제나 노동자들의 자유가 되어야 한다. 단결권을 보장하고 있는 헌법 제33조 제1항의 주어가 “근로자”이기 때문이다.

3. 불이익 취급의 금지

기본권의 제3자적 효력과 관련하여 이른바 간접적용설이 민법학의 통

118) 대법원, 1998. 3. 24., 96누16070.

설과 판례의 입장이다. 이에 따르면, “기본권 규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다.”¹¹⁹⁾

다만, 노동3권은 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 기본권으로 인정된다.¹²⁰⁾

요컨대 간접적용설에 의하든, 직접적용설에 의하든, 노동조합 조직이나 가입을 이유로 사용자 또는 사업주가 임금노동자를 해고하거나, 자영업자의 계약을 해지하거나, 기타 불이익한 취급을 하는 것은 허용되지 않는다. 이것은 실정법상의 부당노동행위제도 같은 것과 무관하다. 그런 실정법상 제도가 없다고 해서 단결권 침해행위가 허용되는 것은 아니다. 노동조합 조직이나 가입은 그 자체로서는 사용자나 사업주의 권리나 자유에 어떠한 침해도 발생시키지 않는다. 동창회나 향우회에 가입한 노동자를 해고하는 것이 이상하다면, 노동조합에 가입한 노동자를 해고하는 것도 역시 이상하다고 해야 한다.

4. 노동조합 설립제도

단결권이 구체적 권리성을 갖는 자유권으로 인정되는 한, 노동자들이 노동조합을 조직하고 단결활동을 하는 것은 노동조합법이라는 별도의 입법을 기다릴 필요 없이 헌법 차원에서 직접 구체적으로 보장되는 것이다. 현행 노동조합법상의 노동조합 설립제도는 그야말로 단순한 행정적 사무처리 이상의 의미를 갖는 것으로는 해석될 수 없다. 설립에 관한 행정절차는 노동조합의 설립 사실을 관할 행정기관에 통지하는 것으로 충분하다. 통지의 사실을 입증할 필요가 있다면 등기우편으로 처리하도록 하면 된다. 신고증의 교부에 관한 규정 등을 두고 있을 이유가 없다. 현행 노동조합법상 노동조합 설립절차에 관한 규정들은 이러한 방향으로 대폭 수정될 필요가 있다.

119) 대법원 전원합의체, 2010. 4. 22., 2008다38288.

120) 윤진수, 『한국민법상의 공서양속』, 『민사법학』, 제85호, 한국민사법학회, 2018, 388쪽.

그런데 노동조합법 제7조 제1항에 의하면, “이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다.”¹²¹⁾ 여기에서 말하는 “이 법에 의하여 설립된 노동조합”의 의미를 노동조합법 제12조에 따라 신고증을 교부받은 노동조합으로 해석하는 것은, 노동3권의 구체적 권리성 인정에 의하여 대폭 확대된 의미로 이해되어야 하는 노동조합 자유설립주의에 반한다고 할 것이다.

노동조합법상 노동조합의 설립 시점에 관하여 학설은 조직결성시설, 신고설, 신고증교부설, 절충설 등으로 구분되고 있는데,¹²²⁾ 노동3권, 특히 단결권의 구체적 권리성과 부합하는 학설은 조직결성시설과 신고설 정도라고 할 것이다. 노동조합 설립신고는 노동조합이 설립되었다는 사실을 신고하는 절차일 뿐, 설립의 요건이 될 수 없기 때문에, 조직결성시점에 노동조합이 설립된다고 하는 것이 원칙적으로는 맞을 것이다. 그런데 이렇게 해석하면 이른바 헌법상 단결체와 노동조합법상 노동조합의 구별이 무의미해진다. 물론 양자를 굳이 구별할 필요가 없다는 입장도 충분히 가능하다. 즉 헌법상 단결체도 “이 법에 의하여 설립된 노동조합”으로서 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 할 수 있다고 해석하는 것이다.

조직결성시설의 장점은 노동조합 설립신고를 아직 하기 전에 노동조합 결성과정에서 사용자의 지배개입행위가 발생하는 경우에도 부당노동행위 구제신청을 할 수 있다는 점에 있다. 노동조합법 제7조 제2항에 의하면, “제1항의 규정은 제81조 제1항 제1호, 제2호 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호를 부인하는 취지로 해석되어서는 아니된다.”라고 되어 있

121) 단체행동권을 구체적 권리성을 갖는 자유권으로 해석하는 우리의 입장에서는, 노동쟁의 조정전치는 적법한 단체행동권 행사의 요건이 될 수 없다. 즉 사전에 조정을 신청하지 아니하고 행한 단체행동도 그 자체의 권리남용 여부에 따라 적법성을 판단하는 것으로 충분한 것이지, 조정절차를 경유하였는가 여부는 그 적법성 판단에 아무런 영향을 미치지 않는 것이다. 그러므로 이하에서는 부당노동행위 구제신청제도에 한하여 논한다. 한편, 제7조 제3항에 의하면, “이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없다.” 하지만 노동조합 명칭 사용을 금지하고 그것에 벌칙을 부과하는 것은 시대착오적이라 할 것이므로 제7조 제3항과 제93조 제1호는 삭제하는 것이 타당하다고 본다.

122) 학설의 구체적 내용에 대해서는 김유성, 『노동법 II』, 초판, 법문사, 1996, 67쪽 이하를 참조할 것.

는데, 이 규정은 노동조합 설립 이후만이 아니라 노동조합 결성과정에서도 사용자의 불이익취급이나 반조합계약 등의 노동3권 침해행위가 발생한 경우에 이로부터 노동자를 보호하기 위한 것이다. 그런데 여기에는 단체교섭거부(제3호)와 지배개입(제4호)이 제외되어 있다. 그렇다고 해서 노동조합 설립신고 이전에는 사용자의 지배개입행위를 용인한다는 취지로 해석할 수는 없는 노릇이다. 결국 노동조합 설립신고 이전이라도 “이 법에 의하여 설립된 노동조합”으로 인정해야 할 필요성이 있는 것이고, 이 필요성을 가장 잘 반영하는 학설은 조직결성시설이다.

다만, 부당노동행위 구제신청제도는 헌법상 노동3권의 보장으로부터 직접 도출되는 제도가 아니라 노동조합법과 노동위원회법에 의하여 창설된 제도라는 점에서 최소한의 형식적 요건으로 설립신고(신고증 교부가 아니라) 요청할 수 있다는 점을 생각한다면, 신고설도 나름의 타당성이 있다고 할 것이다. 더군다나 신고설에 의하더라도, 노동조합 설립신고 이전에 발생한 사용자의 지배개입행위에 대해서도 설립신고 이후에 부당노동행위 구제신청이 가능하다는 점,¹²³⁾ 부당노동행위 구제신청은 노동조합만이 아니라 (설립신고와 무관하게) 노동자도 할 수 있다는 점¹²⁴⁾ 등

123) 노동조합법 제82조 제2항에 의하면, “제1항의 규정에 의한 구제의 신청은 부당노동행위가 있는 날(계속하는 행위는 그 終了日)부터 3월 이내에 이를 행하여야 한다.”라고 되어 있으므로, 3개월 이내에 노동조합 설립신고를 하면 부당노동행위 구제신청을 할 수 있다. 이것이 가능하려면 설립신고제도가 형식적 신고제도로 그쳐야 한다는 점은 물론이다.

124) 노동조합법 제82조 제1항에 의하면, “사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.” 사실 이 규정은 제7조 제1항의 규정과 상충하는 면이 없지 않다. 이에 따르면 부당노동행위 구제신청을 할 수 있는 자는 “이 법에 의하여 설립된 노동조합”뿐이다. 다만 불이익취급과 반조합계약에 대해서는 노동자도 구제신청을 할 수 있을 뿐이다(제7조 제2항). 이상의 규정들을 종합하면, 적어도 형식상으로는, 단체교섭거부와 지배개입에 대해서는 노동조합만 구제신청을 할 수 있을 뿐, 개별 노동자는 구제신청을 할 수 없다는 결론이 나온다. 하지만 이런 결론은 타당하지 않다. 조직결성과정에서 사용자의 지배개입행위는 직접적으로 노동자의 단결권을 침해하는 것인데, 불이익취급의 결과가 발생하지 않는 한 노동자의 구제신청을 인정하지 않았다는 것은 노동3권 보장의 헌법적 취지와 부합할 수 없기 때문이다. 학설도, 단체교섭거부에 대한 개별 노동자의 구제신청권 인정 여부는 별론으로 하더라도, 적어도 지배개입에 대한 개별 노동자의 구제신청권은 인정한다(김유성, 앞의 책, 354쪽을 볼 것).

을 아울러 고려할 수 있겠다.

5. 노동조합 조직운영

노동조합의 조직내부운영은 규약으로 정하면 된다. 노동조합법은 그것을 규제할 필요가 없다. 현행법의 관련 규정들은 단결권의 구체적 권리성·자유권성과 부합하지 않는다.

임금노동자들의 단결활동이 사업장 내부에서 이루어지는 경우에는 사용자 또는 사업주의 권한과 조정될 필요가 있다. 노동시간 중 단결활동의 보장, 사무실이나 사내 이메일 시스템 등 사업장 시설의 이용, 전임자의 활동 보장 등이 대표적인 경우일 것이다. 노동조합법은 이런 문제와 관련하여 최소한의 기준을 설정할 수 있다. 관련 입법이 없는 경우에는 단체협약을 통해서 노동관계 당사자들이 자율적으로 결정할 수 있을 것이다. 관련 협약도 없는 경우에는 기본권의 조정 법리로 해결할 수밖에 없을 것이다.

특정 사업주에게 경제적으로 종속된 1인 자영업자의 단결활동은 임금노동자의 경우와 마찬가지로 사업주의 사업장 내부에서 이루어지는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우는 위에서 검토한 바와 같이 임금노동자의 경우에 준해서 처리하면 될 것이다.

단결활동이 전적으로 특정 사업장의 외부에서 이루어지는 독립적 자영업자의 노동조합은 이 문제와 관련이 없다. 또한 사용자인 자영업자의 노동조합도 이 문제와 관련이 없다. 단결활동을 전개하는 장소가 자신의 사업장이기 때문이다.

제3절 단체교섭권 : 단체로 교섭할 수 있는 “근로자”의 자유권

1. 자영업자의 단체교섭권

자영업자의 단체교섭권은 인정된다. 국제노동기구 단결의 자유 위원회에 의하면, 자영업자도 그 이익을 촉진하고 옹호하기 위하여 노동권을 완전히 행사할 수 있도록 보장되어야 하며, 필요하다면 자영업자의 특수성을 고려하여 적절한 단체교섭 제도를 강구할 수 있다.¹²⁵⁾ 조금 세분화해서 검토해 보자.

첫째, 특정한 사업주에게 경제적으로 종속된 1인 자영업자들의 단체교섭권은 임금노동자의 경우와 다르게 취급할 이유가 없다.

둘째, 사용자인 자영업자로서 특정한 사업주에게 경제적으로 종속된 자는 어떤가? 예를 들면 프랜차이즈 가맹점주 같은 경우 말이다. 가맹점주들로 조직된 노동조합이 가맹본부를 상대로 단체교섭을 요구하는 것은 단체교섭권의 내용으로 보장된다고 할 것이다. 한편, 가맹점주들은 가맹점노동자들에 대해서는 사용자의 지위를 갖는다. 이런 점을 고려한다면 프랜차이즈 단체교섭은 가맹본부와 가맹점주와 가맹점노동자가 함께 교섭을 하는 삼자교섭제도를 고민해 볼 수도 있을 것이다.

셋째, 누구에게도 경제적으로 종속되어 있지 않은 독립적 자영업자도 단체교섭권을 행사할 수 있는가? 독립적 자영업자도 헌법 제33조 제1항에서 규정하는 “근로자”인 이상 단체교섭권을 행사할 수 있다고 해야 할 것이다. 그렇다면 교섭 상대방은 누구인가? 교섭이라는 말의 의미상 상대방이 있어야 하는데, 사용자도 없고 지배적인 사업주도 없는 상태에서 누구와 교섭을 하는 것인지 애매할 수 있다. 구체적인 사례를 가지고 생각해 보는 것이 좋을 것 같다. 코로나19 팬데믹 상황에서 정부의 방역방침에 따라 영업을 하지 못한 자영업자들이 많다. 이 자영업자들은 정부를

125) 국제노동기구 사무국 편, 『결사의 자유. 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판, 2018)』, 한국노동연구원, 2020, 313쪽.

상대로 정당한 보상을 요구할 권리가 있다. 목소리를 키우기 위해 노동조합을 조직할 수 있다. 이것을 단체교섭권의 행사로 보지 못할 이유가 없다. 단체교섭은 좁은 의미의 종속적 노동관계를 전제로 하지 않는다는 점을 이해할 필요가 있다. 헌법은 “근로자는 단체교섭권을 가진다.”라고 규정했지, “근로자는 사용자와 단체교섭을 할 권리를 가진다.”라는 식으로 규정하지는 않았다.

또 다른 예를 보자. 서울 노량진 수산시장 상인들은 이른바 독립적 자영업자들이다. 이들은 노량진 수산시장 현대화 사업에 반발하면서 수협을 상대로 단체교섭을 요구하고 단체행동을 벌였다. 이 과정에서 별도의 폭력행위 등 타인의 권리를 침해하는 행위가 발생하지 않는 한, 이러한 단체교섭과 단체행동을 노동3권으로 보장하지 않을 이유가 없다.

2. 단체교섭의 방식과 단체협약의 효력

단체교섭권이 구체적 권리성을 갖는다는 말은 단결권과 마찬가지로 노동자들이 사용자와 단체교섭을 함에 있어서 그 어떤 실정법적 절차나 형식이 필요하지 않다는 뜻이다. 순수하게 사실상의 행위로서의 단체교섭은 사실 문제될 것이 없다. 사용자가 응하면 교섭을 하는 것이고, 사용자가 교섭에 응하지 않으면 단체행동을 통해서 교섭을 압박하는 것이다.

문제는 단체협약에 있다. 즉 단체행동을 수반한 사실상의 단체교섭을 통해서 단체협약을 체결했다고 할 때, 그 단체협약의 법적 효력이 무엇인가 하는 데 문제의 핵심이 있다.

단체협약은 실정법의 규정과 무관하게 사실상 일정한 직업단위에서 하나의 법규범으로 기능한다. 문제는 이론적으로 그것을 정당화하는 데 있고, 어떤 이론적 입장을 취하는가에 따라서 입법적 해결의 방향이 결정될 것이다. 사실적 존재로서의 노동자 집단은 대표관계를 경유함으로써 고유의 일반의지를 형성할 수 있는 법적 주체가 된다. 즉 일종의 법인적 공동체로 거듭나는 것이다. 대표자로서의 노동조합은 법인적 공동체로서의 노동자 집단의 일반의지를 재현한다. 다시 말해 노동조합은 이 법인적 공동체의 기관으로 행위한다고 할 수 있다. 그러므로 노동조합의 행위는 노

동조합이 대표하는 법인적 공동체로서의 노동자 집단 그 자신의 행위로 간주된다. 이것은 마치 기관으로서의 이사가 법인을 대표하는 지위에 있는 것과 같다. 이를 “기관설”이라고 부르기로 하자. 이것은 대표의 기본법리에 속한다. 노동조합이 체결한 단체협약이 조합원을 넘어 피대표 노동자 집단 전체에 대해서 적용될 수 있는 효력(만인효)을 갖는다는 주장의 법적 근거도 여기에 있다.

자영업자의 단체협약도 임금노동자의 경우와 마찬가지로 만인효를 갖는 법규범으로 볼 수 있는가? 특정 사업주에게 경제적으로 종속된 1인 자영업자의 경우에는 임금노동자의 경우와 동일하게 취급해도 별로 문제가 없을 것이다. 아니 오히려 양자를 동일하게 취급하는 것이 규범적 요청에 부합할 것이다.

반면에 피고용인이 있는 자영업자들이 누군가와 교섭을 해서 단체협약을 체결한 경우, 그 단체협약이 만인효를 갖는 법규범에 해당하는지 여부는 각 규정의 내용과 성격에 따라 다르게 판단해야 할 것 같다. 자영업자 본인들에게만 해당되고 그 피고용인인 임금노동자에게는 별도의 영향을 미치지 않는 규정은 만인효를 갖는 법규범으로 인정될 수 있을 것이다(가령, 프랜차이즈 가맹비 또는 각종 수수료의 결정에 관한 규정). 반면에 피고용인인 임금노동자들에게 직접 영향을 미치는 규정은, 그러한 규정의 존재만으로 임금노동자들의 권리의무관계가 결정될 수는 없는 것이므로, 만인효를 갖는 법규범으로 인정되기 어려울 것이고, 협약당사자들 사이에 채무적 효력만 갖는 것으로 보아야 할 것이다(가령, 가맹점노동자들의 복무규율에 관한 규정).

3. 복수노조의 문제와 대표성 개념

이른바 복수노조와 교섭창구 단일화 문제의 해법도 단체협약의 법적 성격을 어떻게 이해하는가에 따라 달라질 수 있다.

지금까지 대부분의 논의는 조직을 중심에 두고 접근했다고 할 수 있다. 즉 각각의 노동조합이 단결권을 통해서 조직되었으므로 각각의 노동조합이 또한 각각의 단체교섭권을 향유해야 한다는 것이다. 그 결과 단체협약

도 복수로 존재하게 될 것이다. 그렇게 접근하면 단체협약은 각각의 노동조합이 그 구성원을 위하여 체결하는 집단계약의 성격을 갖게 된다. 이러한 관점에서는 교섭창구를 단일화할 이유가 없다. 각각의 노동조합이 그 구성원의 이해관계를 충실히 반영하여 각각 교섭을 하면 되기 때문이다. 비록 소수조합이라고 할지라도 다수조합의 결정을 받아들여야 할 이유가 없다. 제3자가 체결한 계약은 나를 구속하지 않는다.

반면에 단체협약의 법규범성을 강조하는 입장에서는 교섭창구를 단일화하는 제도가 필요하다고 본다. 하나의 직업단위에서, 그것이 업종이든, 지역이든, 기업이든 막론하고, 복수의 법규범이 공존하는 상황은 바람직하지 않기 때문이다. 예를 들어, 동일한 노동에 대해서 서로 다른 임금을 정하고 있는 복수의 임금률이 존재하는 것은 노동자 개인을 위해서도 해당 직업단위 전체를 위해서도 바람직하지 않을 것이다. 불공정 경쟁과 사회적 덤핑이 발생할 우려가 있다. 단체협약의 법규범성이 온전히 발현되려면 하나의 직업단위에서 단체협약은 하나로 존재하는 것이 적절하다. 이것은 마치 최저임금법이 둘이 아니라 하나여야 하는 이유와 같다.

입법이 없는 상태에서 헌법에 대한 해석론만으로 교섭창구 단일화를 강제하기는 어려울 것이다. 하지만 교섭창구 단일화를 강제하는 입법을 만든다고 해서 그 자체로 헌법에 반하는 것은 아니라고 본다. 단체협약의 법규범적 효력을 강화한다는 입법 목적이 정당화될 수 있기 때문이다. 그렇다면 반대로 그러한 입법 목적을 달성하지 못하는 교섭창구 단일화 강제제도는 위헌의 비판을 면하기 어려울 것이다. 어떤 길을 선택할 것인지는 입법의 문제이다. 전자의 길(자율교섭과 복수협약)은 독일의 길이고, 후자의 길(창구단일화와 단일협약)은 프랑스의 길이다. 우리는 후자의 길을 지지한다. 그렇다면 질문은 이것이다. 노동조합은 복수로 존재하는데 어떻게 하나의 단체협약을 만들 것인가?

참고로 정치의 영역을 보자. 의회는 복수의 정당들이 법률을 교섭하는 곳이다. 정당은 복수로 존재하지만, 법률은 하나로 제정된다. 이때 각 국회의원은 소속 정당을 대표하는 것이 아니라, 국민 일반을 대표하는 지위를 갖는다. 그래서 국회에서 제정된 법률은 국민 일반에 대해서 적용되는 만인효를 갖는다.

복수의 노동조합이 존재할 수 있도록 하는 단결의 자유와 하나의 직업 규범을 제정하는 것을 목적으로 하는 단체교섭의 상호관계도 이와 유사한 방식으로 풀 수 있다. 즉 단체교섭 테이블은 일종의 의회 같은 기능을 한다. 복수의 노동조합들은 이곳에서 단체협약을 교섭한다. 물론 여기에는 의회와 달리 상대방인 사용자가 존재하기 때문에 교섭은 다면적으로 이루어진다. 이때 교섭대표는 소속 노동조합을 대표하는 것이 아니라, 단체협약의 적용단위에 있는 노동자 전체를 대표하는 지위를 갖는다. 이 말은 곧 각 노동조합이 구성원인 조합원을 대표하는 것이 아니라, 해당 단위의 노동자 전체를 대표하는 지위를 갖는다는 말이다. 교섭대표는 노동조합의 기관에 해당하기 때문이다. 노동조합이 노동자 집단의 기관으로 행위한다는 기관설의 연장이라고 할 수 있다. 이렇게 해서 체결된 단체협약은 해당 단위의 노동자 일반에 대해서 적용되는 만인효를 갖는다.

여기에서 우리는 대표성의 개념을 생각할 필요성이 있다. 기관설에 입각해서 단체협약의 법규범적 효력을 인정한다는 것은 노동조합이 해당 직업단위를 대표하는 대표자로서의 자격을 갖는다는 점을 인정하는 것이다. 그렇다면 복수의 노동조합이 공존하는 경우에는 누가 해당 직업단위를 대표할 수 있는 자격을 갖고 있는가 하는 문제가 중요해질 것이다. 이때 노동조합의 대표성은 역사적·사회적으로 확인되는 것이라는 점을 인식할 필요가 있다.

최저임금법을 예로 들어 보자. 최저임금법 제14조에 따르면, 최저임금위원회는 노동자를 대표하는 위원과 사용자를 대표하는 위원 등으로 구성된다. 그리고 최저임금법 시행령 제12조 제3항에 따르면, “근로자위원은 총연합단체인 노동조합에서 추천한 사람 중에서 제청”한다. 이 규정의 의미는 무엇인가? 이 규정은 총연합단체인 노동조합은 다른 어떤 요건들을 충족할 필요 없이 그 자체로 노동자를 대표하는 자격이 있다는 점을 확인하고 있는 것이다. 이 대표성은 정부가 자의적으로 부여한 것이 아니라, 역사적·사회적으로 이미 인정되고 있는 대표성을 법령으로 확인한 것이다. 즉 피대표자인 노동자들이 자주적으로 전국 규모의 총연합단체를 조직하였다는 사실 자체가 그 총연합단체인 노동조합의 대표성을 인정하기에 충분하다는 점을 법령으로 확인하고 있는 것이다. 이렇게 해석

하지 않으면 정부가 자의적으로 특정 노동조합을 선별해서 위원회를 구성할 수 있다는 말을 긍정하는 셈이나 마찬가지가 될 것이다.

총연합단체인 노동조합의 대표성이 인정된다면, 그 단체에 소속되어 있는 산하 노동조합들의 대표성도 인정되지 않을 수 없을 것이다. 사실 최저임금위원회는 노동자 대표들과 사용자 대표들이 전산업과 전지역을 포괄하는 가장 높은 수준에서 임금교섭을 하는 공간이라고 할 수 있다. 그러므로 최저임금위원회에서 노동자를 대표하는 자격이 인정되는 총연합단체에 소속된 연합단체 및 노동조합은 그것보다 낮은 수준의 단체교섭, 즉 업종별 교섭, 지역별 교섭, 기업별 교섭 등에서 노동자를 대표할 수 있는 대표성이 인정된다고 간주할 수 있을 것이다.

제4절 단체행동권 : 단체로 행동할 수 있는 “근로자”의 자유권

1. 의 의

단체행동권이 구체적 권리라는 말은 노동자들이 단체행동을 함에 있어서, 특히 순수한 부작위로서의 파업은 기본권 제한에 관한 일반이론 이외의 별도의 법적 규제를 받지 않는다는 뜻이다. 면책이라는 표현은 적절하지 않지만, 말하자면 단체행동권의 행사는 민형사면책이 된다는 뜻이다. 단체행동권이 단결권이나 단체교섭권과 다른 점은, 사용자 또는 사업주의 영업의 자유와 다른 노동자들의 노동의 자유에 일정한 제약을 가할 수 있다는 점이다. 그러므로 단결권이나 단체교섭권보다는 상대적으로 좀 더 많은 제한을 받을 수 있다.

단체행동권의 의의를 이해하기 위해서는 먼저 기존의 쟁의행위 개념에 대한 비판적 검토가 선행되어야 한다. 이 개념은 독일에서 비롯된다. 독일에서 쟁의행위는 구체적 권리라기보다는, 단체협약에 의한 사회적 질서형성을 위한 제도, 즉 독일에서 말하는 이른바 협약자치의 일환으로서 보장된다. 독일 헌법 제9조는 노동자와 사용자에게 똑같이 단결의 자유를

보장하고 있다. 협약자치는 노사의 협업으로만 가능한 것이기 때문이다. 따라서 사용자의 직장폐쇄도 노동조합의 파업과 마찬가지로 단결활동에 대한 제도보장의 일환으로 인정된다. 독일에서 파업과 직장폐쇄를 묶어서 쟁의행위라는 용어를 사용하게 되는 까닭이다. 독일 연방노동법원에 의하면, “파업은 하나의 법률제도(Rechtsinstitut)”¹²⁶⁾이다. 다시 말해 독일은 “단결활동의 중심인 단체협약의 체결에 대한 제도적 보장을 전제로 하여, 단체협약의 체결을 위하여 필수적인 압력수단이라고 할 수 있는 쟁의행위에 대하여도 제도적 보장을 하고 있다.” 즉 “단결활동의 제도적 보장에 의하여 노동쟁의의 자유도 보장”되고 있는 것이다.¹²⁷⁾ 그것에 따라서 쟁의행위의 주체는 단체협약을 체결할 수 있는 자(노동조합)에 한정되며, 쟁의행위의 목적도 단체협약을 체결하기 위한 것으로 한정된다. 독일의 노동법 교과서에 의하면, “쟁의행위는 단체협약을 체결하기 위한 수단으로서 보호된다.”¹²⁸⁾ 그래서 독일에서는 파업권의 남용 여부를 판단하는 것이 아니라, 쟁의행위의 사회적 상당성 여부를 판단하게 된다.

이러한 해석론은 한국에서 쟁의행위의 정당성이라는 이름으로 재현되고 있다. 그러나 한국법상의 파업권은 독일법상의 쟁의행위와 다르다. 쟁의행위는 제도보장이지만, 파업권은 구체적 권리이다. 노동3권이 구체적 권리성을 갖는다고 인정되는 이상, 제도보장으로서의 쟁의행위의 정당성 법리는 구체적 권리로서의 파업권의 남용 법리로 수정되어야 할 것이다.

2. 단체행동권의 내용

단체행동권의 가장 대표적인 것은 파업이다. 파업은 무엇인가? 노동자가 주체가 되어서, 노동조건의 향상을 위하여, 집단적으로 노동의 제공을 거부하는 행위이다. 즉 파업은 순수하게 부작위로 정의된다. 이른바 업무저해성은 파업의 결과로서 나타나는 하나의 사실에 불과할 뿐, 파업을 정

126) 이승욱 외, 『쟁의행위 정당성의 국제비교』, 한국노동연구원, 2000, 42쪽에서 재인용.

127) 위의 책, 41쪽.

128) Hans Brox/Bernd Rütters, 『독일노동법』, 이학춘 역, 한국경영자총협회 부설 노동경제연구원, 2002, 331쪽.

의하는 요소가 아니다.

파업 이외의 단체행동도 인정된다. 피케팅이나 직장점거를 예로 들 수 있다. 타인의 권리행사를 방해하지 않는 한 그 적법성은 인정된다. 반면에 사용자 또는 사업주의 조업 계속의 자유나 파업 비참가 노동자들의 노동 제공의 자유를 전면적으로 방해하는 배타적 직장점거나 배타적 피케팅은 적법한 단체행동권의 행사로 인정될 수 없을 것이다.

3. 단체행동권의 주체

단체행동권의 주체는 노동자 개인이다. 다만, 집단성이 요구되므로 노동자 1인의 노무제공거부는 단체행동권의 행사로 인정될 수 없을 것이다. 노동자 개인이 주체이므로, 노동조합의 조직 여부와 상관없다. 협약자치의 제도적 보장이라는 독일식 프레임에서는 단체협약을 체결할 수 있는 주체성에 비추어 쟁의행위의 정당성을 판단하는 것이 허용될 수 있겠지만, 구체적 권리로서의 단체행동권은 그렇지 않다.

그러므로 이른바 비공인파업 개념은 허용될 여지가 없다. 기존의 해석론에 의하면 비공인파업은 허용되지 않는다고 한다. 예를 들어, 임종률은 이렇게 설명한다. “조합원 일부가 노동조합과 무관하게 하는 살행이파업은 쟁의권 보장의 범위를 넘는 것이다. 헌법이 단체행동권의 주체를 근로자로 규정하고 있으나, 이는 권리의 원천이 근로자 개인에게 있다는 것을 의미하고, 단체행동의 성질상 그 실현을 위한 권한은 노동조합 등 단결체에만 인정되는 것이다.”¹²⁹⁾ 그런데 “권리의 원천이 근로자 개인에게 있다”는 것은 무슨 뜻인가? 개인과 개인이 함께 행동하는 것이 왜 단체-행동권의 범위에 포함되지 않는다는 것인지 알 수 없다. 단체행동권을 구체적 권리로 이해하는 한, 개인과 개인이 단체로 행동에 나서는 것을 승인하지 않으면 안 된다.

기존의 해석론은 단체-행동권을 단결체-행동권으로 곡해하고 있다. 헌법 제33조가 말하는 단체는 명사로서의 단체(단결활동의 결과로 설립된

129) 임종률, 앞의 책, 30쪽.

조직체)만을 의미하는 것이 아니다. 동사로서의 단체(단결활동 그 자체)도 포괄한다. 영어의 association이나 organization이 운동의 결과로서 설립된 결사체와 조직체를 의미하면서, 동시에 운동 그 자체로서의 결사와 조직을 의미하기도 하는 것과 같다. 국제노동규범에서 말하는 단결의 자유(freedom of association)는 단결체의 자유를 의미하는 것이 아니다. 단체는 일정한 조직체제와 상당한 정도의 존속기간을 갖춘 단체, 즉 명사로서의 단체만을 의미하지 않는다. 정말 쉽게 비유하자면, 단체행동권에서 말하는 단체는 식당 간판에 적혀 있는 “단체회식환영”이라고 할 때의 단체와 같은 뜻이다.

단체행동권의 주체를 노동조합으로 한정하는 입장은 노동자들의 자발성과 역량을 신뢰한 헌법제정권자의 취지에도 불구하고 자신은 그런 신뢰를 형성할 수 없다는 자기고백에 불과하거나, 독일의 해석론이 왜 그렇게 형성되었는지 그 맥락을 제대로 살피지 않은 채 형식적으로만 외국의 해석론을 받아들이고 있다는 사실을 폭로할 뿐이다.

4. 단체행동권의 목적

단체행동권의 목적으로서 노동조건의 향상이라는 목적성은 광의로 해석된다. 협약자치의 제도적 보장이라는 독일식 프레임에서는 단체협약의 체결 가능성에 비추어 쟁의행위의 목적의 정당성이 판단될 수 있겠지만, 구체적 권리로서의 단체행동권은 그렇지 않다. 단체행동의 힘으로 사용자의 사실상 양보를 얻어낸다면 노동자들은 단체협약의 체결 없이도 노동조건의 향상을 이루어낼 수 있는 것이다.

또한 헌법적 차원에서는 반드시 사용자의 존재를 전제하지 않는다. 헌법은 “근로자는 단체행동권을 가진다.”라고만 규정했지, “근로자는 사용자에 대해서 단체행동을 할 권리를 가진다.”라는 식으로 규정하지는 않았다. 정부를 상대로 하는 노동조건 개선 요구도 단체행동의 목적이 될 수 있다. 이른바 경제적 정치파업의 적법성은 긍정된다.

5. 단체행동권의 절차

단체행동권이 구체적 권리성을 갖는 기본권으로 인정되는 이상, 과도한 절차적 제한은 허용되지 않는다. 노동조합법 제7조 제1항에 의하면, 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동쟁의 조정신청을 할 수가 없다. 그런데 조정절차를 거치지 아니하면 쟁의행위를 할 수 없다.¹³⁰⁾ 결국 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 쟁의행위, 즉 단체행동을 할 수가 없다.

하지만 앞에서 검토한 바와 같이, 단체행동권의 주체는 노동조합이 아니라 노동자 개인이다. 노동조합의 설립 여부와 무관하게 노동자는 단체행동권을 행사할 수 있다.

6. 공공서비스

공공서비스에서의 단체행동권 행사는 민간부문보다 좀 더 엄격한 제한을 받을 수 있다. 공공서비스는 계속성이 요청되기 때문이다. 하지만 단체행동권을 금지하는 것은 허용되지 않는다. 단체행동권과 공공서비스는 조화되어야 한다. 공공서비스의 계속성 원칙이 준수되는 한, 부분적인 단체행동은 인정된다.

이때 공공서비스는 원칙적으로 주체의 측면에서 정의되어야 한다. 같은 종류의 서비스라도 민간이 주체가 되어 제공하는 서비스는 공공서비스로 정의되지 않는다. 다만 민간서비스라도 법령에 의하거나 국가 및 지방자치단체와 특정한 협약을 체결하여 공공서비스로서의 성격을 갖는 경우에는 공공서비스로 인정될 수 있을 것이다.

7. 민형사책임

단체행동권이 남용되거나 적법한 단체행동권의 행사로 볼 수 없는 불

130) 노동조합법 제45조 제2항 참조.

법행위가 발생한 경우에는 민형사책임이 인정된다. 다만, 순수한 부작위로서의 파업권의 행사 영역에 대해서는 여전히 민형사면책이 유지된다. 그 영역에서는 불법행위가 있을 수 없기 때문이다. 예를 들어, 파업 도중에 배타적 피케팅이라는 불법행위가 발생했다고 가정하자. 이때 민형사 책임은 배타적 피케팅에 대해서만 인정되어야 한다. 순수한 부작위로서의 파업은 여전히 구체적 권리의 행사 영역으로서 적법성을 유지하고 있기 때문이다.

형사책임은 상대적으로 판단이 쉽다.

문제는 민사책임이다. 왜냐하면 파업은 그 사실적 결과로서 일정한 손해의 발생을 예정하고 있기 때문이다. 순수한 부작위로서의 파업권의 행사로 인해 발생한 손해는 민사면책의 대상이다. 불법행위가 발생하여 손해가 추가되었을 때 어디까지 민사책임이 인정될 것인가 판단해야 한다. 즉 파업권의 행사로 인한 손해의 영역과 그것을 초과하는 불법행위로 인한 손해의 영역을 구분해야 한다는 것이다. 우리와 마찬가지로 파업권을 헌법상 권리로 인정하고 있는 프랑스의 판례 법리를 참고로 삼아 해석론을 제시해 본다.¹³¹⁾

첫째, 고의 또는 과실이 있어야 한다. 순수한 부작위로서의 노동력 제공의 거부 그 자체는 고의/과실이 될 수 없다. 파업권의 정의 그 자체이기 때문이다. 단체행동권의 남용 또는 불법행위가 있었다면 그 남용 또는 불법행위 부분이 고의/과실이 될 것이다. 예를 들어, 폭력이나 배타적 직장 점거의 경우가 해당될 것이다.

둘째, 손해가 있어야 한다. 이때 손해는 단체행동권의 남용 또는 불법행위로부터 직접 비롯된 손해에 한정된다. 순수한 부작위로서의 노동력 제공의 거부 그 자체로 인한 손해는 민사책임의 대상이 아니다. 이 부작위는 여전히 헌법상 인정되는 구체적 권리로서의 파업권의 정의 그 자체에 해당하기 때문이다.

셋째, 고의/과실과 손해 사이에 인과관계가 존재해야 한다. 이 인과관계는 노동자 개인 차원에서 입증되어야 한다. 왜냐하면 단체행동권의 주

131) Gilles Auzero/Dirk Baugard/Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2019, p.1829.

체는 “근로자” 개인이기 때문이다. 여기에는 개인책임의 원칙이 관철된다. 연대채무의 법리는 적용되지 않는다.

8. 자영업자의 단체행동권

자영업자의 단체행동권은 인정된다. 특히 특정 사업주에게 경제적으로 종속된 1인 자영업자의 단체행동권은 임금노동자의 경우와 다르게 취급할 이유가 없다.

프랜차이즈 가맹점주의 경우처럼, 한편으로는 사용자이면서, 다른 한편으로는 특정 사업주에게 경제적으로 종속된 자영업자인 경우에는 조금 생각해 볼 부분이 있다. 가맹점주가 가맹본부를 상대로 교섭을 요구하면서 파업을 한다고 가정하자. 가맹점주의 파업이란 곧 가맹점의 영업을 일시적으로 중단하는 것이다. 이것은 가맹점노동자의 입장에서는 휴업이 된다. 그렇다면 가맹점주는 근로기준법 제46조에 따라 가맹점노동자에게 휴업수당을 지급해야 하는가? 여기에 대해서는 두 가지 입장을 구분해 볼 수 있을 것 같다.

첫째, 부정설이다. 가맹점주는 자신의 헌법상 기본권인 파업권을 행사한 것이므로 이것을 근로기준법 제46조에서 말하는 사용자의 귀책사유로 해석할 수는 없다는 입장이다. 이 경우에는 가맹점근로자에 대한 별도의 보상제도가 마련되어 있지 않는 한,¹³²⁾ 가맹점근로자는 가맹점주의 파업(휴업)으로 인한 임금손실을 수인해야 할 것이다.

둘째, 긍정설이다. 가맹점주의 파업은 “근로자로서” 가맹본부와의 관계에서 발생하는 것에 불과하고, 가맹점주는 여전히 “사용자로서” 가맹점근로자와 근로계약관계를 유지하고 있기 때문에, 가맹점주의 파업(휴업)으로 인해 임금손실을 받게 되는 가맹점근로자에 대해서는 근로기준법에 따라 휴업수당을 지급해야 한다는 입장이다.

132) 예를 들면, 가맹점주의 파업으로 인한 일시적 실업을 구직급여의 수급요건으로 인정하는 것을 생각해 볼 수 있다. 다만, 현행 고용보험법은 구직급여의 수급요건으로서의 이직을 “피보험자와 사업주 사이의 고용관계가 끝나게 되는 것”(제2조)으로 정의하고 있기 때문에 어려움이 있다.

생각건대, 프랜차이즈 가맹점주의 경우에는 부정설이 좀 더 타당한 것 같다. 가맹본부에 대한 가맹점주의 종속성을 좀 더 고려할 필요가 있기 때문이다. 같은 이유에서 가맹점주가 아닌 독립적 자영근로자로서 사용자인 자의 경우에는 두 번째 해석론(휴업수당 지급설)을 적용하는 것이 좀 더 타당한 것 같다.

제5절 소 결

2020년 대법원 전원합의체 판결의 취지에 따라 헌법 제33조 제1항에서 규정하는 노동3권을 구체적 권리성을 갖는 자유권으로 해석하고, 그 주체로서의 “근로자”를 ILO 단결의 자유 협약에서 정의하고 있는 “worker”의 의미로 해석한다면, 자영업자의 노동3권도 임금노동자의 경우에 거의 준해서 보장된다고 할 수 있다. 특히 특정 사업주에게 경제적으로 종속되어 있는 1인 자영업자의 경우에는 임금노동자와 달리 취급할 이유가 없다.

다만, 임금노동자를 고용하고 있는 사용자로서의 지위를 겸하고 있는 자영업자는 노동3권의 행사 과정에서 노동자로서의 권리와 사용자로서의 의무가 충돌하는 경우가 발생할 수 있기 때문에, 이를 처리하기 위해 적절한 입법적 조치가 강구될 필요성이 있다. 특히 프랜차이즈 가맹점주의 경우가 그러할 것이다.

제 6 장 결 론

제2장에서 한국자영업자노동조합과 타투유니온 사례를 통해 독립 자영업자 노동조합의 탄생 배경 및 특성에 대해 분석한 결과, 두 노동조합은 인적 특성, 노동의 특성, 조직목표, 조직성격, 노동에 대한 이해 등에서 매우 다른 특성을 갖고 있다는 점이 확인되었다. 그럼에도 불구하고 이 자영업자들이 공통적으로 노동이해대변조직으로 노동조합을 선택한 이유는 변화된 노동환경에서 자신들의 목소리를 강력하게 대변할 새로운 조직의 필요성에 있다. 자영업자들은 자영노동도 임금노동과 다르지 않다고 주장한다. 그래서 자신들에게도 노동조합을 인정하라고 요구한다.

자영업자 노동조합의 법적 성격이 무엇인가? 자영업자도 노동3권의 주체가 될 수 있는가? 직업세계의 변화는 이런 질문을 더 이상 외면할 수 없도록 만든다. 이러한 사정은 한국만의 독특한 사례가 아니다. 지구화 시대에 직업세계를 휩쓸고 있는 변화는 유럽이나 일본 등 기존의 산업선진국이라고 해서 비껴가지 않는다.

유럽은 그동안 상대적으로 노동권의 보장 수준이 높은 곳으로 인식되었다. 하지만 제3장에서 분석한 바와 같이 좀 더 구체적으로 들여다보면 사정이 좀 다르다는 점을 알 수 있다. 단결권 그 자체는 대체로 폭넓게 인정되는 편이지만, 단체교섭과 단체협약은 상대적으로 제약이 심하다. 그것은 무엇보다도 단체협약이 자유로운 시장경쟁을 추구하는 경쟁법의 원리와 충돌한다고 보기 때문이다. 최근에는 직업세계의 변화를 고려하여 노동법과 경쟁법을 새롭게 조정하기 위한 흐름들이 관찰된다. 그것은 기

본적으로 종속적 자영업자와 독립적 자영업자를 구분하고, 전자에 대해서는 임금노동자에 준하여 노동권을 보장하되, 후자에 대해서는 경쟁법을 우선한다는 접근법이라고 할 수 있다.

일본은 어떨까? 일본은 늘 한국의 반면교사 역할을 했다. 헌법의 규정도 비슷하고, 실정법의 구조도 비슷하기 때문이다. 제4장에서 분석한 바에 의하면, 일본에서도 이 문제를 둘러싼 논쟁의 역사가 짧지 않으며, 노동3권의 향유주체로서의 노동자의 범위는 상당히 협소하다는 점을 알 수 있다. 부분적으로는 이 노동자의 범위에 종속적 자영업자를 포함시키려는 움직임들이 없었던 것은 아니지만, 주류적 견해는 여전히 노동3권의 주체를 임금노동자로 한정하는 입장을 견지하고 있다는 점도 알 수 있었다. 그럼에도 불구하고 일본에서도 최근에 변화의 움직임이 관찰된다. 일하는 방식의 다변화를 반영하는 정책이나 제도를 검토하는 자리가 정부부처와 학계를 중심으로 마련되고 있는 것이다. 이와 관련해서 일본에서도 노동법과 경쟁법의 충돌을 해소하기 위한 논의의 흔적이 발견되는데, 원칙은 노동법상 단체협약의 체결로 인정되는 경우에는 경쟁법의 적용을 배제한다는 것이다. 하지만 아직은 전면적이라기보다는 부분적인 손질에 그치고 있는 것 같다.

제5장은 한국의 상황에서 두 가지 법적 근거(전국교직원노동조합의 법적 지위에 관한 2020년 대법원 전원합의체 판결 및 2021년에 비준한 국제노동기구 제87호 및 제98호 협약)에 기초하여 자영업자의 노동3권에 관한 포괄적인 해석론을 전개하였다. 기본입장은 다음과 같다.

대법원 판결의 취지에 따라 헌법 제33조 제1항에서 규정하는 노동3권을 구체적 권리성을 갖는 자유권으로 해석하고, ILO 단결의 자유 협약의 취지에 따라 그 주체로서의 “노동자”를 “worker”의 의미로 해석한다면, 자영업자의 노동3권도 임금노동자의 경우에 거의 준해서 보장된다고 할 수 있다. 특히 특정 사업주에게 경제적으로 종속되어 있는 1인 자영업자의 경우에는 임금노동자와 달리 취급할 이유가 없다. 다만, 임금노동자를 고용하고 있는 사용자로서의 지위를 겸하고 있는 자영업자는 노동3권의 행사 과정에서 노동자로서의 권리와 사용자로서의 의무가 충돌하는 경우가 발생할 수 있기 때문에, 이를 처리하기 위해 적절한 입법적 조치가 강구될 필요성이 있다. 특히 프랜차이즈 가맹점주의 경우가 그러할 것이다.

참고문헌

- 강성태, 『근로자의 개념』, 서울대학교 박사학위논문, 1994.
- 국제노동기구 사무국 편, 『결사의 자유. 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판, 2018)』, 한국노동연구원, 2020.
- 김기선·강성태·심재진·최석환, 『EU 노동법전』, 한국노동연구원, 2013.
- 김대중·최은진·권진·심정묘·김보은, 『문신시술 실태조사 및 안전관리 방안 마련』, 보건복지부 위탁연구보고서, 한국보건사회연구원, 2019.
- 김복기, 「사회적 기본권의 법적 성격」, 『사회보장법연구』, 제3권 제1호, 서울대사회보장법연구회, 2014, 111~138쪽.
- 김영란, 「한국의 사회적 위험구조: 위험의 민주화 또는 위험의 계급화?」, 『담론』, 제14권 제3호, 2011, 57~88쪽.
- 김유성, 『노동법 II』, 초판, 법문사, 1996.
- 김종보, 「사회적 기본권의 구체적 권리성 여부」, 『법학연구』, 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008, 75~98쪽.
- 김진선, 「자영업자에 대한 고용보험 적용 경과 및 향후과제」, 『NARS 현안분석』, 제179호, 국회입법조사처, 2020.
- 김철식, 「프랜차이즈 사업의 중층적 고용관계와 비용전가 연쇄: 편의점 사례를 중심으로」, 『한국사회학』, 제52권 제3호, 2018, 165~205쪽.
- 박덕영 외, 14인 공저, 『EU법 강의』, 박영사, 2010.
- 박명준·권혜원·진숙경·유형근, 『노동이해대변의 다양화와 새로운 노사관계의 형성과정』, 한국노동연구원, 2014.
- 소상공인시장진흥공단, 『2019년 전통시장·상점가 및 점포 경영 실태조사』, 2021.
- 신재열·김종성, 「청년층의 자영업 진입에 관한 연구」, 『벤처창업연구』 제15권 제1호, 2020, 247~257쪽.
- 알랭 쉬피오, 『노동법비판』, 박제성 역, 도서출판 오래, 2017.
- 윤진수, 「한국민법상의 공서양속」, 『민사법학』, 제85호, 한국민사법학회, 2018,

388~399쪽.

이병훈·신재열, 「자영업자의 계층의식에 관한 연구」, 『경제와 사회』, 제92호, 비판사회학회, 2011, 247~274쪽.

이승욱 외, 『쟁의행위 정당성의 국제비교』, 한국노동연구원, 2000.

이승욱·권오성·박은정·정홍준·이소라·신수정, 『일하는 사람 전체에 대한 일반법 제정에 관한 연구』, 고용노동부, 2019.

이형석, 「유럽인권조약상 교육을 받을 권리: 유럽인권법원 판결을 중심으로」, 『입법과 정책』, 제6권 제2호, 국회입법조사처, 2014, 109~138쪽.

임용빈, 「산업 연관표를 활용한 노동소득분배율 분석」, 『노동리뷰』, 2020년 9월 호, 한국노동연구원, 47~62쪽.

임종률, 『노동법』, 제19판, 박영사, 2021.

정인섭, 「조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토」, 『서울국제법연구』, 제22권 제1호, 서울국제법연구원, 2015, 27~63쪽.

중소벤처기업부·통계청, 『2019년 기준 소상공인 실태조사』, 2020.

차유미, 「가맹점주의 종속성 판단지표 구성 및 자동차정비 프랜차이즈에의 적용」, 『산업노동연구』, 제26권 제2호, 2020, 137~181쪽.

최영준, 「자영업자들은 보수적인가?」, 『자신에게 고용된 사람들』, 후마니타스, 2017.

통계청, 「2020년 가계금융복지조사 결과」, 2020. 12. 17.

한광수, 「헌법상 노동3권 보장과 노조법상 근로자 개념의 재검토 시론」, 『노동법논총』, 제52호, 한국비교노동법학회, 2021, 651~712쪽.

管野和夫, 『労働法』, 弘文堂, 2019.

鎌田耕一, “労働者概念の生成”, 『日本労働法研究雑誌』, No.624, 2020.

橋本陽子, “コンビニオーナーの労組法上の労働者性”, 『ジュリスト』, No.1533, 2019. 東京大學労働研究會, 『注釋労働組合法 I』, 有斐閣, 1980.

末弘嚴太郎, 『労働法研究』, 改造社, 1926.

——, “労働組合法解説”, 『法律時報』, 第18卷 2號, 1946.

——, “勤勞基準法解説”, 『法律時報』, 第20卷 3號, 1946.

毛塚勝利, “非典型勞務契約就業者の「労組法上の労働者」性に關する最高裁判決

- の定着と今後の課題”,『中央労働時報』,第1164號, 2013.
- 飯塚恭子,『祖國を追われてILO労働代表松本圭一の生涯』,キリスト新聞社, 1989.
- 山中篤太郎,『日本労働組合法案研究』,岩波書店, 1926.
- 山川均,『労働組合法の話:附・労働組合法批判』,千倉書房, 1929.
- 西谷敏,“日本労働法の形成・發展過程における外國法の影響”,『法科大學院論集』,第5號, 2009.
- _____,『労働組合法』,有斐閣, 2012.
- 石井保雄,“わが國労働法學の生誕 - 戦前・戦時期の末弘嚴太郎”,『獨協法學會誌』,第96號, 2015.
- _____,“労働法學の再出發 - 戦後・末弘嚴太郎の陽と陰”,『獨協法學會誌』,第103號, 2015.
- 石井照久,『労働法總論』,精興社, 1957.
- 小嶋典明,“労働組合法を超えて”,『日本労働法研究雜誌』,No.391, 1992.
- 沼田稻次郎,『團結權擁護論』,勁草書房, 1952.
- 孫田秀春,『労働法通議』,日本評論社, 1929.
- 松永義雄,『労働組合法とは何ぞや』,邦光堂, 1930.
- 穂積剛,“「委託販賣員」として勤務する者の労働者性--メトロコマース事件・東京都労委 平成19. 10. 3. 命令”,『労働法律旬報』,No.1679, 2008.
- 永井亨,『労働組合法論』,日本評論社, 1926.
- 日本労働法學會編,『新労働法講座 1 - 労働法の基礎理論』,有斐閣, 1966.
- _____,『現代労働法講座 I - 労働法の基礎理論』,総合労働研究所, 1981.
- 林癸未夫,『社會政策學概論』,章華社, 1934.
- 朝日新聞社政治經濟部編,『労働組合法の話』,朝日新聞社, 1929.
- 棗一郎,“多様化する雇用形態と労働者性の問題をどう考えるか”,『労働法學研究會報』,No.2699, 2019.
- 津曲藏之丞,『労働法原理』,改造社, 1932.
- 淺見和彦,『建設労働者・就業者の組織的結集過程と労働組合機能の發展 - 戦後の諸段階と展望(全建總聯結成 50周年 記念事業公募論文)』,全建總聯, 2010.
- 川口美貴,“日本における産業別労使交渉と労使合意”,『労働研究雜誌』,No.652,

- 2014.
- _____, “프랜차이즈·체인運營會社の店舖を經營する加盟者の勞組法上の勞働者性”, 『法律時報』, 第92卷 10號, 2020.
- _____, “勞働關係の變容と勤勞者・勞働者概念の再構築”, 『日本勞働法學會誌』, 第134號, 2021.
- _____, “勞働形態の多樣化と就勞者の保護”, 『季刊勞働法』, 第272號, 2021.
- 土田道夫・武内匡, “프랜차이즈・시스템における勞働組合法上の使用者”, 『季刊勞働法』, 第255號, 2016.
- 土岐將仁, “프랜차이지어의勞働者に對する프랜차イザーの勞働法上の責任”, 『日本勞働研究雜誌』, No.678, 2017.
- 片岡昇, 『勞働法理論の承繼と發展』, 有斐閣, 2001.
- 河合榮治郎, 『社會政策』, 國文社, 1928.

- EU, *First Written Submission by the European Union*, 20 January 2020.
- European Commission, *Inception Impact Assessment, Collective Bargaining Agreements for self-employed – scope of application of EU competition rules*, 6 January 2021.
- Gilles Auzero/Dirk Baugard/Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2019.
- Hans Brox/Bernd Rüthers, 『독일노동법』, 이학춘 역, 한국경영자총협회 부설 노동경제연구원, 2002.
- ILO, *Freedom of Association: Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, 6th edition, 2018.
- ILO, *Work for a brighter future: Global Commission on the Future of Work Report*, 2019, 한국어판: 고용노동부, 『더 나은 미래를 위한 일: ILO 일의 미래 보고서』.
- International Labour Office, *Resolution concerning statistics on work relationships*, 20th International Conference of Labour Statisticians, Geneva, 10–19 October 2018.
- Lionel Fulton, *Trade Unions protecting self-employed workers*, ETUI:

Brussels, 2018.

Panel of Experts Proceeding Constituted under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, *Report of the Panel of Experts*, 20 January 2021.

◆ 執筆陣

- 박제성(한국노동연구원 선임연구위원)
- 차유미(전북대학교 사회학 강사)
- 남궁준(한국노동연구원 부연구위원)
- 정영훈(한국노동연구원 연구위원)

자영업자 노동조합 연구

- | | |
|-----------|--|
| ▪ 발행연월일 | 2021년 12월 24일 인쇄
2021년 12월 30일 발행 |
| ▪ 발 행 인 | 황 덕 순 |
| ▪ 발 행 처 | 한국노동연구원
30147 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089 |
| ▪ 조판·인쇄 | 도서출판 창보 (02) 2272-6997 |
| ▪ 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일 |
| ▪ 등 록 번 호 | 제2015-000013호 |

© 한국노동연구원 2021 정가 6,000원

ISBN 979-11-260-0540-6



한국노동연구원

30147 세종특별자치시 시청대로 370 경제정책동
TEL : 044-287-6083 <http://www.kli.re.kr>

