

취업형태의 다변화와 노동법상 임금원칙의 확장성 검토

남궁준

KLI

취업형태의 다변화와 노동법상 임금원칙의 확장성 검토

남궁준

KLI

한국노동연구원

목 차

요 약	i
-----------	---

제1장 서 론	1
---------------	---

제1절 연구의 배경	1
------------------	---

1. 취업형태 다변화와 제도적 대응	1
---------------------------	---

2. 개별적 노동보호법 분야의 미진한 대응	2
-------------------------------	---

3. 임금 관련 원칙을 규율하는 노동법에 집중	3
---------------------------------	---

제2절 연구의 목적과 구성	3
----------------------	---

제2장 한국 노동법의 인적 적용범위 및 관련 논쟁의 지점과 방향	5
--	---

제1절 현행 노동관계법에서 근로기준법상 근로자 개념의 역할과 노동법의 인적 적용범주	5
---	---

제2절 근로자 개념에 대한 판례의 입장: ‘사용종속관계’	7
---------------------------------------	---

제3절 노동법의 인적 적용범위 확장을 위한 대응	13
----------------------------------	----

1. 근로자 개념 확장	14
--------------------	----

2. 중간범주의 창설과 노동법/사회보장법의 부분적 적용	15
--------------------------------------	----

3. 모든 ‘일하는 사람’을 보호대상으로 하는 일반법 제정	19
--	----

제4절 현대 근로자 개념 ‘전선’에서의 다양한 노동법관(觀)의 충돌	21
--	----

제5절 대안의 모색	27
------------------	----

1. ‘사용종속관계’ 개념의 폐기와 인(격)적 종속성 개념으로의 대체	
--	--

및 법해석론에의 수용	27
2. 노무제공자의 취약성 개념과 상호관계	28
3. 노동법의 목적으로서 노무제공자의 취약성 해소·완화 혹은 기본권의 보장	31

제3장 비교법적 상세 검토: 영국 노동법의 3분법 논의와 임금

규범	34
제1절 영국 노동법이 상정하는 인적 범주 세 가지	34
1. 논의의 배경과 의미	34
2. 근로자, 노무제공자, 자영업자	36
3. 근로자(employee)와 노무제공자(limb (b) worker) 개념요소	38
제2절 인적 적용대상별 노동법상 권리	41
1. 근로자, 노무제공자, 자영업자와 노동법상 권리	41
2. limb (b) 노무제공자와 임금 관련 노동법상 권리	42
제3절 노무제공자성이 문제된 플랫폼 노동 사례 분석	45
1. 우버 사건	45
2. 딜리버루 사건	48
제4절 영국의 관련 입법정책론: Taylor Review와 하원 특별 위원회의 관련 보고서를 중심으로	51
1. 온라인 정보제공 서비스	51
2. 소정근로시간을 초과한 근로에 대한 가산된 최저임금 적용	52
3. 각 경제 종사자에 대한 최저임금 특례 제안과 위원회의 거부	53
제5절 비교법 논의의 함의	54

제4장 노동법상 임금 규범의 목적과 관련 판례 분석

제1절 현행 노동관계법령상 임금 관련 규정의 목적	55
1. 일반론	55
2. 근로기준법	56

3. 「최저임금법」([시행 1986. 12. 31.][법률 제3927호, 1986. 12. 31., 제정])	69
4. 「임금채권보장법」([시행 1998. 7. 1.][법률 제5513호, 1998. 2. 20., 제정])	70
5. 「근로자퇴직급여보장법」	71
6. 분석틀에의 적용	72
제2절 판례의 대응방식에 대한 가설: 근로자성의 상대화	75
1. 채권추심원	76
2. 정수기 수리기사	78
3. 보험설계사 등	80
4. 학원강사	81
5. 백화점 위탁판매원	82
6. 도급제 형식 노무제공·도급제 사원 등	83
7. 기 타	84
8. 그 밖에 비임금근로자·노무제공자·근로자의 보수 관련 판결	86
제5장 분석의 종합과 요약	89
참고문헌	97

표 목 차

<표 2-1> 판례의 『근로기준법』상 근로자 개념 판단기준(자영인과의 비교)	11
<표 2-2> ‘근로자’, ‘특수형태근로종사자’, ‘노무제공자’, ‘자영인’의 개념 비교	17
<표 3-1> 영국 노동관계법상 근로자와 노무제공자의 개념표지	40
<표 3-2> 인적 집단에 따라 선별적으로 적용되는 영국 노동관계법	41
<표 3-3> 영국의 시간당 최저임금	44

그림목차

[그림 2-1] ‘취업자’ 또는 ‘일하는 사람’의 개념도	7
[그림 3-1] 영국 노동관계법의 인적 적용대상의 범주	38

요 약

근로계약의 형식을 띤 전통적 고용관계 일변도의 취업형태가 변하고 있다. 특수고용종사자(이하 ‘특고’), 프리랜서 등 1인 자영업 형태의 노무공급 형태가 출현했고 관련 법률관계의 형식 역시 다양해졌다. 특히 급속한 디지털화와 함께 등장한 플랫폼 노동은 노동법 및 고용을 전제로 한 사회보장법의 적용과 보호의 내용·수준에 새로운 과제를 던지고 있다. 플랫폼 노동은 디지털 플랫폼 기업, 플랫폼을 매개로 노무를 제공하는 플랫폼 종사자, 노무수령자(고객)의 최소 3 당사자 관계를 전제로 한다. 또한, 각 당사자가 상대방과 체결한 계약 중 어느 것도 형식적으로는 근로계약이 아니다. 불분명한 지휘종속관계와 ‘사용자’ 특정의 어려움 때문에 플랫폼 종사자에게 노동관계법과 고용을 전제한 사회보장법을 적용하는 것이 쉽지 않다.

이에 대해 사회보험법이 가장 기민한 대응을 보였다. 산재보험은 “특수형태근로종사자” 개념을 창설하고 근로자와 유사한 보호를 제공하면서 적용대상 직종을 점진적으로 확대해 왔고,¹⁾ 판례는 일부 플랫폼 종사자를 여기에 포섭했다.²⁾ 「고용보험법」은 개정을 거듭하여 특례로써 ‘노무제공자’, ‘예술인’, ‘자영업자’ 범주를 설정했고, 보험사무의 효율적 처리를 위해 플랫폼 사업자에게 피보험자격 신고와 관련 자료 제공 의무도 도입했다.³⁾ 「산업안전보건법」도 「근로기준법」상 근로자뿐 아니라 특수형태근로종사자, 이동통신단말장치 등을 통한 중개와 이륜자동차를 이용해 물건을 수거·배달하는 사람도 보호

1) 「산업재해보상보험법」 제125조, 동 시행령 제125조 참조.

2) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016두49372 판결; 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017두74719 판결 참조.

3) 「고용보험법」 제77조의 7.

대상에 포함시키는 변화가 있었다.⁴⁾ 모든 취업자에게 안전한 노동환경과 재해보상 및 고용안전망을 제공하는 방향으로 제도가 발전해왔다고 평가할 수 있다.

좁은 의미의 노동관계법은 상대적으로 더디게 대응해 왔다. 「근로기준법」상 근로자 개념에 대한 2006년 대법원 판결은 기존에 요구되던 사용자의 “구체적, 개별적 지휘·감독” 요건을 “상당한 지휘·감독”으로 완화하는 등 근로자성 인정의 문턱을 전체적으로 낮추긴 했지만, 근로자의 사용자에 대한 인적 종속성에 기반한 “사용종속관계”는 여전히 ‘좁은 문’처럼 보인다.⁵⁾ 다만 2018년 6월 선고된 ‘학습지 교사’ 판결은 「노동조합 및 노동관계조정법」의 “근로자” 개념이 「근로기준법」의 “근로자” 개념과 갈라서는 계기가 되었다.⁶⁾ 노무제공자의 사용자에 대한 경제적 의존성에 초점을 두고 단결권·단체교섭권·단체행동권의 보장 필요성을 기준으로 「노동조합법」상 “근로자”인지 판단하기 때문이다. 이로써 「근로기준법」상 근로자가 아닌 사람도 집단적 노동법을 통해 자조적으로 노무제공조건 향상을 꾀할 수 있게 되었다. 최근 플랫폼 종사자로 구성된 노동조합의 설립신고 및 신고필증 교부가 이루어지고 있는 것도 이러한 법률 해석의 한 산물이라고 할 수 있을 것이다.⁷⁾

개별적 근로관계법의 인적 적용범위 확장을 위한 노력도 없었던 것이 아니다. 현 21대 국회만 보더라도 여러 법률안이 제출됐다. 「근로기준법」의 근로자 정의규정에 단서를 추가해 증명책임을 전환하고 종래 인적 종속성 중심의 근로자 개념을 탈피하려는 개정안,⁸⁾ 플랫폼 종사자 및 특수형태근로종사자의 개별적 노무제공관계를 각각

4) 「산업안전보건법」 제77-78조.

5) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

6) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 2014두12604(병합) 판결.

7) 대리운전노조(신고필증 교부 2020. 7. 17.), 라이더유니온(신고필증 교부 2020. 11. 10.) 등이 그 예다.

8) 「근로기준법 일부개정법률안」(강은미 의원 대표발의), 의안번호 12457, 발의일 2021. 9. 6.

규율하기 위한 입법안들이 그 대표적 예다.⁹⁾ 그러나 이러한 입법시도는 아직까지는 결실을 맺지 못했고, 판례도 2006년 대법원 판결 이후 뚜렷한 변화를 보여주고 있지는 못하다. 따라서 취업형태 다변화에 대응하는 개별적 근로관계법의 인적 적용범위 확대는 아직 큰 진전이 이루어졌다고 보기 어렵다.

이러한 배경에서 본 연구는 다양한 취업형태하에 있는 노무제공자의 임금 혹은 보수와 관련된 조건을 규율하는 노동관계법령을 검토하고, 현재 제도적 사각지대에 놓인 ‘일하는 사람’들에게 주어져야 할 정당하고 적정한 권리 및 그 상대방의 의무를 확정된 후, 이를 보장·실현하기 위해 필요한 법해석적·입법적 정책방안을 개발·제안하는 것을 목적으로 한다. 다만 이러한 주제는 광범위한 실태조사가 함께 이루어져야 하고 개별 임금규범도 하나씩 상세하게 분석해 그 (유추)적용 가능성 및 노무제공 형태에 맞게 변용된 입법론이 고안되어야 하는 것이 이상적이다. 이러한 측면에서 이 연구는 첫 번째 연구로서 법학적 성격의 시론적 연구라는 한계를 갖는다.

한편 이 연구는 노동법의 목적에 대한 Davidov의 이론적 견해를 수용하고 있다는 점을 미리 밝힌다.¹⁰⁾ 위 관점은 다음과 같이 요약된다. 먼저 인적 종속성(subordination)과 경제적 의존성(dependence)은 서로 다른 성격의 노무제공자의 취약성을 개념화한 것으로 노동법이 해소 또는 완화해야 할 대상이다. 전자가 의미하는 민주성의 결핍(이 초래한 부정적 결과)을 해소하고자 하는 노동법의 예가 최장 근로시간의 상한선 설정 및 근로자의 사생활(privacy) 보호라면, 후자의 예로 최저임금법, 단체교섭제도, 해고규제가 된다. 즉 이 연구가 분석하는 임금에 대한 노동법 규율의 상당수는 그 존재이유 혹은 정당성의 근거가, 관련 노무제공자 집단이 공유하는 (노무제공 상대방에 대

9) 『플랫폼 종사자 보호 및 지원 등에 관한 법률안』(장철민 의원 대표발의), 의안번호 8908, 발의일 2021. 3. 18.; 『특수형태근로종사자 등의 보호에 관한 법률안』(임이자 의원 대표발의), 의안번호 6018, 발의일 2020. 12. 1.

10) Davidov, G.(2016), *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press.

한) 경제적 의존성으로 인해 형성된 불공정한 계약조건이라고 전제한다.

이 연구는 이상의 분석을 통해 발견된 제도적 사각지대를 메우기 위해 필요한 해석적·입법적 해결방안을 검토하였는데, 각 장에서 수행한 분석을 요약하고 종합하면 아래와 같다. 편집 및 인용상의 편의를 위해 일련번호를 붙여 보고서의 핵심내용을 정리하는데 첫 번째 숫자는 장을 의미하고 두 번째 숫자는 각 장에서의 개별 핵심내용에 순서를 매긴 것이다.

제2장의 분석에서 발견한 사항을 요약하면 이렇다. (2-1) 먼저 「근로기준법」상 근로자 개념에 대한 우리 판례의 현재 입장이다. 판례는 근로자성 인정 여부를 ‘사용종속관계’라는 포괄적 개념을 기준으로 판단하는데, 그 핵심을 지휘·감독(지시권) 행사 혹은 법적 인(격)적 종속성으로 본다. 여기에 경제적 의존성과 조직적 종속성 혹은 사업편입성 및 기타 사실을 부수적으로 고려하는데 근로자성을 긍정하는 방향으로의 편면적 근거로서 검토한다. 따라서 사용자의 지시권 행사, 즉 업무 관련 지휘·감독이 「근로기준법」상 근로자성 인정에 필수적 요건이기는 하나, 경제적 의존성과 조직적 종속성이 명백한 경우, 즉 독립사업자성 결여가 명백한 경우 그 지시에의 구속 방식/정도가 구체적·개별적인 수준에 이르지 않아도 되고 상당한 정도로 충분한 것으로 본다.

이 연구는 이러한 판례분석을 기초로 사건을 전개하였는데, (2-2) 법적 인(격)적 종속성을 「근로기준법」상 근로자의 중핵적 징표로 삼는 것 자체는 찬동하면서도 현대의 고용관행과 근로실태를 감안하여 그 내용을 질적으로 확장하고 재구성할 것을 촉구했다(결과적으로 근로자의 실질적 범위 확대). 이때 법적 인(격)적 종속성(2-2-①)이란 근로자 집단의 주된 취약성을 말하는 것인데, 근로자가 자신의 인격과 분리될 수 없는 노동력 그 자체를 사용자의 지시/처분하에 맡겨 놓는 상황을 지칭하는 개념이다. 이는 계속적 채권관계이면서 형성권인 지시권이 내재된 근로계약관계의 특성상 본질적인 것이고 불

가피한 것이다. 그러나 근로자의 인격권 침해 및 민주성 결핍의 위험이 상존하기 때문에 규범적으로 부정적인 평가를 받을 수밖에 없어 노동법의 개입을 정당화하는 근거가 된다. 이 근로관계 속 근로자의 처지를 경제적 측면에서 보더라도 취약성이 발견된다. 원칙적으로 근로자는 약정한 기간/시간 동안에는 자신의 노동력을 사용자가 사용할 수 있도록 대기시켜 놓아야 하는 계약상 의무를 부담하는데, 이는 동 기간/시간 동안 해당 노동력을 근로자가 자신의 경제적 이익을 위해 자유롭게 처분할 수 있는 기회를 법적으로 상실하는 것을 의미하기 때문이다. 이 연구에서는 이러한 취약성을 아래에서 다시 불 경제적 의존성과 구별되는 ‘법적 경제적 종속성’으로 개념화했다(2-2-②). 법적 경제적 종속성은 이윤추구의 기회 상실이라는 부정적 측면도 있지만 동시에 경영위험의 회피, 즉 시장위험으로 인해 소득이 상실될 수 있는 위험으로부터 자유롭다는 특징도 갖는다.

(2-3) 경제적 의존성을 법적 인(격)적 종속성과 대등하지만 그 평면을 달리하는 근로자/노무제공자의 취약성으로 이해했다. 경제적 의존성은 근로자/노무제공자가 놓여 있는 넓은 사회경제 구조라는 맥락을 함께 살피는데 주로 결과적으로 불공정한 계약내용이 형성될 수밖에 없는 조건에 관심을 기울인다. 다시 말해 경제적 의존성은 노무를 공급하는 자가 노동력의 판매 이외의 방식으로 소득을 얻을 수 없고, 통상 특정인에 대해서만 노무를 제공하면서(전속성) 그로부터 얻는 소득이 생계유지에 필요한 소득의 주된 부분을 구성하며, 그 결과 노무이용자(사용자)에 비해 교섭력이 약하여 사실상 사용자가 일방적으로 결정하는 계약조건을 수용할 수밖에 없고(계약 내용의 불공정성), 계약 해지 등에 따른 실직의 위협에 노출되고 있는 등의 경제·사회·심리적 취약함을 포착한 개념이다. 즉 사회경제적 측면의 계약 외적 환경(교섭력의 비대칭성)에서 비롯되는 불공정한 계약내용(2-3-①) 및/또는 인간으로서 최저수준의 건강과 생활조차 유지하기 어려운 열악한 계약의 결과(2-3-②)에 주목한다. 이러한 측면에서 개인 대 개인의 법률관계의 계약 이행 국면에 천착하는 법적

인(격)적/경제적 종속성을 경제적 의존성과 구별할 수 있을 것이며, 전자를 미시적 취약성으로, 후자를 거시적 취약성으로 이해할 수 있을 것이다.

(2-4) 최근 학술문헌에서 빈번하게 거론되는 사업편입성 혹은 조직적 종속성은 근로자/노무제공자의 노동 공급이 사용자/노무이용자의 사업수행에 필수적 부분이라는 의미(사용자의 측면: 2-4-①)와 해당 취업자가 제공하는 노동이 그 자체로 시장에서 하나의 독자적 경제적 가치를 가진 사업으로서 독립적으로 거래될 수 없다는 의미(노무제공자 측면: 2-4-②)가 있다. 즉 이는 개별 사안의 구체적인 노동/서비스가 사용자의 사업의 한 구성요소로 취급되어야 할지 아니면 노무제공자의 독자적 사업 자체로 취급할지에 대한 문제로 노무제공자의 ‘사업자성’을 판단하는 기준이 된다. 이 연구는 사업편입성/조직적 종속성의 존재를 법적 종속성과 경제적 의존성의 존재를 각각 추단할 수 있는 요인으로 이해하며 판례에서 그렇게 활용되어야 할 것을 주문했다. 즉 조직적 종속성 혹은 사업편입성을 뒷받침하는 구체적 사실의 입증은 그로 인한 사용자의 지휘·감독권 행사(의 강력한 유인)의 존재와 해당 노무제공자의 경제적 의존성의 존재를 추정하게 함으로써, 결과적으로 「근로기준법」상 근로자성 및 「노조법」상 근로자성/「산재보험법」상 특수형태근로자성/「고용보험법」상 노무제공자성 판단에 있어서, 사용자가 자신이 지시권을 행사하지 않았고 노무제공자 측이 경제적 의존성을 가지고 있지 않다는 사실을 반증해야 하는 입증책임의 전환 효과를 가져올 수 있다.

(2-5) 이 연구는 노동관계에서 발견되는 취약성, 즉 법적 종속성(2-2)과 경제적 의존성(2-3)의 해소/완화를 목적으로 삼는 개별 법의 총합을 노동법(관련 사회보장법을 포함한 넓은 의미)으로 이해한다. 이때 사업편입성(2-4)은 그 자체로서는 취약성을 내포하지 않으나 그것이 법적 종속성 및/또는 경제적 의존성 추정/징표할 수 있다는 점에서 유용한 도구개념으로 활용될 수 있다. 따라서 노동법 내 개별 노동법(규정)은 각 취약성에 대응하는 인적 집단을 보호하기 위한

법이 된다. 취약성의 해소/완화 또는 그러한 인적 집단을 보호한다는 것은 그들의 인권 또는 헌법상 기본권을 보장한다는 것을 뜻하며, 이는 다시 이를 구체화한 법률상 권리를 창설하고 책임 있는 상대방에게 그 권리에 대응하는 법률상 의무를 부과한다는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 노동법의 헌법적 근거로 근로자/노무제공자의 기본권/인권 보장을 들기도 하는데, 여기서의 관련 기본권(인권)은 우리 「헌법」을 기준으로 제32조와 제33조를 필두로 기타 「헌법」 제10조 등 여러 조항에 근거하는 기본권을 말하는 것으로, 이론적으로 살펴보면, 다음의 세 가지 종류로 나눌 수 있다. 첫째, 자유권이다. 이는 개인과 개인의 인격적 측면에 주목하며 계약 이행 단계에서 사용자가 근로계약 등에 기초해 행사하는 권리를 적정하게 제한하려는 노동법이 이 자유권을 실현하는 것이 된다. 둘째, 사회권적 기능을 하는 자유권이다. 이는 시장의 공정성을 염두에 둔 것으로 계약 체결 단계, 즉 계약조건 형성과정 및 그 결과에 있어서 지켜져야 하는 공정의 가치에 천착한다. 셋째는, 사회적 기본권으로 생존권의 성격을 강하게 띤다. 노동의 결과, 계약조건의 결과에 초점을 두고 노무제공자의 인간적 생활을 가능하게 하는 최소한의 물질적 조건을 보장하는 데 관심을 둔다. 임금 관련 노동법만을 우선 살펴보면 「헌법」 제33조의 노동 3권 실현을 위한 「노동조합법」의 단체교섭제도는, 근로자/노무제공자의 사용자에게 대한 교섭력의 비대칭성 때문에 불공정한 임금을 받을 수 있는 취약성(2-3-①)을 해결하기 위한 것이다. 또한, 시장 내 인간의 노동(력)에 대한 최소가치로서의 의미(2-3-①)와 근로자의 최소한의 인간다운 생활을 유지하기 위한 최저생계비(2-3-②)로서의 의미를 둘 다 가지고 있는 현행 최저임금제도(헌법 제32조 제1항)는 경제적 의존성이 갖는 이중적 의미 모두를 위한 것이기도 하다. 아래는 이러한 분석을 표로 나타낸 것이다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	단체교섭제도/최저임금 (노동력 최소단가)
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	최저임금(생활)
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

(3-1) 제3장의 분석에서 도출할 수 있는 시사점은 다음과 같다. 먼저 영국은 개별적 근로관계법이 중간범주인 ‘limb (b) 노무제공자’ 개념의 핵심요소로 ① 직접 노무제공(personal work), 즉 해당 노무제공자가 타인을 고용하는 등의 방법으로 약정한 노무제공을 자신이 직접 하지 않아도 될 재량이 없어야 하고, ② 노무이용자가 전문직 종사자나 사업체의 고객 또는 의뢰인의 지위를 갖지 않을 것을 요구한다는 점을 확인했다. 즉 독립사업자성을 결여한 1인 노무제공자이어야 한다는 것이며 이는 사업편입성과 그로 인해 징표되는 경제적 의존성을 지니고 있는 집단임을 뜻하는 것이다. 최근 플랫폼 종사자가 ‘limb (b) 노무제공자’에 해당하는지가 문제된 사건에서 우버운전사와 딜리버루 라이더의 판단은 엇갈렸는데, 진정 자신의 사업을 한다고 볼 수 있는지(사업상 재량, 노무제공 총량의 자유로운 선택 등)와 직접 노무를 제공해야 할 의무가 있는지가 주된 기준으로 활용되었다. (3-2) 그리고 영국 노동법은 임금과 관련해 ‘limb (b) 노무제공자’, 즉 법적 종속성이 없는 노무제공자에게도 노무제공조건을 명시하는 문서의 교부와 노동조합·단체교섭·단체행동 및 최저임금에 대한 권리를 부여하고 있다는 점을 확인했다.

(4-1) 현행 노동관계법의 임금원칙과 제도는 <근로계약 체결 시

임금 관련 정보의 고지>(4-1-①), <임금 지급방법>(4-1-②), <임금 채권의 보전·확보>(4-1-③), <임금수준 보장>(4-1-④)에 대한 것으로 종류를 나누어 볼 수 있다. 앞의 분석에 따르면 개별 원칙 및 제도는 노무제공자의 구체적 취약성 및 개별 기본권과 연결된다. 이를 차례로 검토하면 아래와 같다.

(4-2) <근로계약 체결 시 임금 관련 정보의 고지>(4-1-①) 원칙에 대한 대표적 예는 「근로기준법」 제17조 제1항 제1호(임금액 고지) 및 제2항(임금의 구성항목·계산방법·지급방법의 고지)이다. 이는 경제적 의존성(불공정)이라는 취약성을 해소/완화하기 위한 것이며 노무제공자의 사회권적 기능을 하는 자유권의 관철을 위한 구체적 제도이다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	근로계약 체결 시 임금 관련 정보의 고지
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

(4-3) <임금 지급방법>(4-1-②) 원칙의 대표적 예는 「근로기준법」 제43조의 통화불, 직접불, 전액불, 정기불 원칙이다. 이는 근로자의 생계수단인 임금을 확실하고, 신속하고, 예상 가능한 시점에 받을 수 있도록 정한 원칙으로 특히 근로자의 생존권 확보를 위한 것이다. 그러면서도 동시에 사용자가 우월적 지위에서 이에 반하는 방식대로 임금을 지급할 가능성을 원천 차단하기 위한 규정(불공정 방지)으로도 의미가 있다. 따라서 경제적 의존성을 공유하는 취업자 집단에게

도 원리적으로 적용 가능한 원칙/제도가 될 수 있다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	통화불, 직접불, 전액불, 정기불 원칙
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

(4-4) <임금채권의 보전·확보>(4-1-③) 원칙은 다시 경영위험의 귀속, 위험의 공평한 분담이라는 목적과 근로자의 생존권 보장이라는 측면에서 이해할 수 있다. 「근로기준법」의 임금 지급의 특례 규정, <도급 사업에 대한 임금 지급>, <건설업에서의 임금 지급 연대 책임>, <건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례>, <비상시 지급>, <휴업수당> 규정들이 이 범주에 속한다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	임금채권의 보전·확보
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

(4-4) <임금수준 보장>(4-1-④)의 원칙 중 최저임금은 아래와 같다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	최저임금 (노동력 최소단가)
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	최저임금(생활)
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

그리고 적정임금 보장은 단체교섭제도에 의하게 되는데 아래와 같다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	노동조합·단체교섭 · 단체행동
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

(4-5) 이상의 분석 결론을 도출하면 다음과 같다. (4-5-①) 법적 종속성이라는 취약성을 해소/완화하기 위한 것이 그 목적이 아닌 노

동법상 임금규범·제도는 원칙적으로 경제적 의존성과 조직적 종속성(만)을 지닌 노무제공자/취업자 집단에게 적용되더라도 문제가 없다. 법학방법론 및 법해석론상의 논쟁의 여지가 분명히 있지만(후속 연구에서 보강), 유추적용을 통해 『근로기준법』상 “근로자”가 아닌 노무제공자/취업자에게도 적용하는 것이 일단 바람직하고, (이 연구는) 적법하다고 주장한다. (4-5-②) 그러나 경제적 의존성에 방점이 찍히더라도 법적 종속성, 특히 법적 경제적 종속성의 제거/완화가 목적인 개별 임금제도의 경우에는 『근로기준법』상 “근로자”가 아닌 노무제공자/취업자에게 법해석상 확장 적용하기에 어려운 면이 있다. 이를 판례가 임의로 적용한다면 사법권의 한계를 유월했다고 볼 수 있으며, 원리적/정책적으로도 반드시 타당하고 바람직하다고 보기 어렵다. 이 경우에는 입법론적 해결이 불가피하며 사법적 해결의 최대치는 헌법재판소의 부진정 입법부작위를 근거로 한 헌법불합치가 될 것이다. (4-5-③) 마지막으로 법적 인(격)적 종속성의 해소/완화를 겨냥하는 제도는, 임금제도 중에서는 확인된 바 없으나, 현재 『근로기준법』상 “근로자”에게만 적용되는 제도로 유지시켜야 할 것이다.

제 1 장 서 론

제1절 연구의 배경

1. 취업형태 다변화와 제도적 대응

1990년대 중반 이후 공장제 노동 혹은 테일러리즘에 기반하고 법적으로는 근로계약의 형식을 띤 전통적 고용관계(단일 사용자·전일제·기간의 정함이 없는 정규노동) 일변도의 취업 형태가 변하고 있다. 근로자만이 아닌 (특수형태근로종사자를 포괄하는 광의 개념으로서) 특수고용종사자(이하 ‘특고’), 프리랜서, 가맹점주, 디지털 플랫폼 종사자 등 (주로) 1인 자영업 형태의 노무공급 형태가 출현했고 관련 법률관계의 형식 역시 다양해졌다. 이는 지난 20여 년 동안 우리나라뿐 아니라 거의 모든 산업 국가에서 발견되는 현상이며(예: ‘dependent contractor’의 등장) 근로자만을 적용대상으로 전제하던 기존 노동법·사회보장법의 사각지대를 지속적으로 넓혀왔다.

이러한 문제에 대응해 국내에서는 여러 제도적 변화를 시도해 왔다. 사회보험 분야에서는 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’)상 ‘특수형태근로종사자’ 개념을 창설하고 근로자와 유사한 보호를 제공하면서 해당 업종을 점진적으로 확대해 왔다. 고용보험 분야에서는 「고용보험법」

상 ‘예술인’, ‘노무제공자’ 개념을 새롭게 도입하는 등 최근 코로나19 바이러스 사태를 계기로 ‘전 국민 고용보험제’의 적용범위를 지속적으로 넓히고 있다. 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’)을 중심으로 한 집단적 노동관계법의 경우 최근 대법원의 전향적 판결, 특히 2018년 6월 이루어진 학습지 교사 판결을 필두로 집단적 노동법상 근로자 개념을 적극적으로 확장해 종래 특고 종사자로 분류되던 노무제공자 집단에게 자조적 노동조건 향상의 길을 열어주고 있다.

2. 개별적 노동보호법 분야의 미진한 대응

그러나 개별적 근로관계를 규율하는 노동법 분야의 국내·외 사법적/정책적/학문적 대응은 상대적으로 뒤쳐져 있다. 대부분의 논의가 근로자의 오분류 방지를 위해 현대 고용관계 실태를 반영해 근로자성 판단기준을 재정립하는 데 집중되었으며 큰 틀에서 여전히 이를 벗어나지 못하고 있다. 이는 다변화된 취업형태/노무공급형태로 인해 기존 근로자처럼 하나의 단일한 노무제공자상(象)을 전제할 수 없어 일률적이고 통일적인 보호 내용을 마련하기 어렵다는 근원적 어려움에서 상당 부분 비롯되며 이는 불가피한 측면이 있다. 그러나 「산재보험법」 제125조의 ‘특수형태근로종사자’와 「고용보험법」 제77조의6의 ‘노무제공자’의 일반적 정의에서 드러나듯 다양한 노무제공 형식과 양태를 감안하더라도 취업자 간 공유하는 최소한의 공통된 취약성(주로 경제적 의존성)이 존재하며 이 한도에서 해당 집단에 대한 보호의 기본원칙은 마련할 수 있다.

여러 종속성 측면에서 근로자와 자영인 사이에 놓인 1인(단독) 노무제공자에게 개별적 근로관계를 규율하는 노동보호법(예: 「근로기준법」, 「최저임금법」, 「임금채권보장법」, 「퇴직급여보장법」, 「산업안전보건법」 등)의 기본원칙이 어떤 형식·종류·정도·방식으로 적용될 수 있는지, 즉 ‘누구’와 ‘왜’를 넘어, 그것과 연동한 ‘무슨 권리를’, ‘어느 정도’, ‘어떻게’까지 구명하는 구체적·실용적 연구가 요청된다.

3. 임금 관련 원칙을 규율하는 노동법에 집중

이 연구에서는 임금에 대한 조건 규율 문제를 중점적으로 분석한다. 기본적 인권, 안전 및 보건과 관련된 사항에 대해서는 근로자가 아닌 특고 등의 노무제공자에게도 해당 보호가 주어져야 한다는 폭넓은 공감대가 형성되어 관련 제도에 대한 연구도 어느 정도 이루어진 데 반해, 특정 노동법 규범이 해당 중간범주의 노무제공자에게 적용될 수 있는지, 그중 구체적으로 어떠한 원칙이 어떻게 적용될 수 있는지 등에 대해서는 공감대도 약하고 그와 비례하여 구체적 제도연구도 거의 이루어지지 않았기 때문이다.

제2절 연구의 목적과 구성

이와 같은 배경에서 본 연구는 다양한 취업형태하에 있는 노무제공자의 임금 혹은 보수와 관련된 조건을 규율하는 제반 법령을 검토하고, 현재 제도적 사각지대에 놓인 ‘일하는 사람’들에게 주어져야 할 정당하고 적절한 권리 및 그 상대방의 의무를 확정된 후, 이를 보장·실현하기 위해 필요한 법해석적·입법적 정책방안을 개발·제안하는 것을 목적으로 한다. 다만 이러한 주제는 광범위한 실태조사가 함께 이루어져야 하고 개별 임금규범도 하나씩 상세하게 분석해 그 (유추)적용 가능성 및 노무제공 형태에 맞게 변용된 입법론이 고안되어야 하는 것이 이상적이다. 이러한 측면에서 이 연구는 첫 번째 연구로서 법학적 성격의 시론적 연구의 한계를 가질 수밖에 없으며 부족한 부분은 후속연구를 통해 보완되어야 할 것이다.

한편 이 연구는 노동법의 목적에 대한 Davidov의 이론적 견해를 수용하고 있다는 점을 미리 밝힌다.¹⁾ 위 관점은 다음과 같이 요약된다. 먼저

1) Davidov, G.(2016), *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press.

인적 종속성(subordination)과 경제적 의존성(dependence)은 서로 다른 성격의 노무제공자의 취약성을 개념화한 것으로 노동법이 해소 또는 완화해야 할 대상이다. 전자가 의미하는 민주성의 결핍(이 초래한 부정적 결과)을 해소하고자 하는 노동법의 예가 최장 근로시간의 상한선 설정 및 근로자의 사생활(privacy) 보호라면, 후자의 예로는 최저임금법, 단체교섭제도, 해고규제가 된다. 즉 이 연구가 분석하는 임금에 대한 노동법 규율의 상당수는 그 존재이유 혹은 정당성의 근거가, 관련 노무제공자 집단이 공유하는(노무제공 상대방에 대한) 경제적 의존성으로 인해 형성된 불공정한 계약조건이라고 전제한다.

이 연구는 이상의 분석을 통해 발견된 제도적 사각지대(regulatory gap)를 메우기 위해 필요한 해석적·입법적 해결방안을 검토하는데, 법 해석 기술적으로는 관련 노동법 규정들의 규율목적의 동일성 내지 유사성을 전제로 한 유추적용의 가능성과 한계를 살펴본다. 특히 그간 법원이 구체적 사건에서 해당 노무제공자/취업자가 「근로기준법」상 ‘근로자’에 해당하는지 판단한 사례 분석을 통해 청구원인별로, 즉 임금, 근로시간, 해고가 문제되었는지에 따라 근로자 개념의 범주를 (묵시적으로) 다르게 파악하고 있는지(근로자 개념의 상대성) 먼저 검토하고 그것의 이론적 보강 또는 비판을 위해 법해석/적용 기술로서 유추적용을 제시한다. 나아가 이상의 해석론적 접근을 통해 해결되지 못한 문제를 위해 근로자-자영업자 중간범주 노무제공자 보호를 입법적으로 해결하고 있는 주요국, 특히 영국의 관련 법령 내용을 비교분석하고 시사점을 도출한 후 우리 맥락에서의 입법방향을 제안한다.

이러한 목적과 배경에서 본 연구는 근로자 아닌 일하는 사람/노무제공자/취업자 중 누구에 대해 누구를 수급자로 하여 어떠한 노동법 또는 기타 관련 법령의 임금 관련 규범을 어느 수준까지 확장해 적용할 수 있고 또 왜 그래야 하는지를 살피고 이를 제도화하기 위해 필요한 정책에 대한 연구를 수행하기 위한 첫 기반을 다지고자 한다.

제 2 장

한국 노동법의 인적 적용범위 및 관련 논쟁의 지점과 방향

제1절 현행 노동관계법에서 근로기준법상 근로자 개념의 역할과
노동법의 인적 적용범주

우리나라에서 근로자 개념, 특히 「근로기준법」 제2조 제1항 제1호의 “근로자”(란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다)는 「노동조합법」 등²⁾을 제외한 대부분 노동관계법령(예: 「최저임금법」, 「근로자퇴직급여 보장법」, 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」, 「산업안전보건법」, 「산재보험법」, 「고용보험법」, 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 등)의 적용 여부 판단의 가장 중요한 척도이다.

「근로기준법」상 근로자 개념은 개별적 근로계약 관계의 존재를 전제로 하는데, 이 관계에서 근로자란 사용자와 계속적 채권관계를 유지하면서 그의 지배영역인 경영조직에 편입되어 그가 지시하는 구체적 내용과 방식대로의 노무를 제공해야 하는 사람이라고 말할 수 있다.³⁾ 이때 근로자가 자신의 인격과 분리될 수 없는 자신의 노무제공을 위해 사용자의 지

2) 다만 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」은 제2조 제4호에서 근로자를 “근로자”란 사업주에게 고용된 자와 취업할 의사를 가진 자를 말한다라는 별도의 정의규정을 두며 「근로기준법」상 근로자 개념을 준용하지 않는다.

3) 김형배(2018), 『노동법』 제26판, 박영사, pp.28~29.

시, 즉 지휘·감독에 복종해야 한다는 점에서 법적 인적 종속성이, 그리고 노동력의 수급과 단절(그 경제적 가치의 사용)을 사용자가 정할 수 있다는 점에서 (좁은 의미의) 법적 ‘경제적 종속성’이 문제된다.⁴⁾

그런데 전통적 고용형태와 여러 측면에서 구별되며 근로자와 자영업자 사이 회색지대에 존재하는 비전형적 고용형태(흔히 ‘특수고용종사자’ 혹은 줄여서 ‘특고’라 불림)가 등장하면서 고전적인 근로자-자영업자 이분 모델은 현실의 취업관계를 규율하는 데 점점 더 한계를 드러내고 있다.⁵⁾ 현재 발효 중인 법령을 기준으로 「노동조합법」이 별도의 근로자 정의 규정을 통해 「근로기준법」상 근로자 개념에 포섭되지 않는 인적 범주를 집단법적 보호를 도모하고 있다고 볼 수 있다.⁶⁾

한편 노동 관련 사회보험법의 한 축인 「산재보험법」은 원칙적으로 「근로기준법」상 “근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장”에 적용되지만, 제125조에서 (특고 집단의 일부를 포섭할 수 있는) “특수형태근로종사자”라는 개념을 도입해 예외적으로 관련 보호를 제공하고 있다. 다만 동법상 성립하는 제반 법률관계의 구체적 내용은 「산재보험법」의 일부 규정 적용, 다른 법률 적용, 하위법령 위임 등의 법기술을 통해 근로자와 비교해 차이를 두고 있다.⁷⁾ 또한, 노동 관련 사회보험법의 다른 한 축인 「고용보험법」은 원칙적으로 「근로기준법」상 “근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장”에 적용되지만, 제77조의6 제1항에서, 「산재보험법」의 “특수형태근로종사자”는 물론 특고를 넘어 ‘비(非)전속특고’ 집단의 일부까지 포섭

4) 김형배, 『노동법』 제26판, 박영사, 2018, pp.28~29. 다만 이 ‘경제적 종속성’은 이하에서 일반적으로 사용되는 넓은 의미의 경제적 의존성과 구별되는 좁은 의미의 개념이다. 이하에서 반복적으로 언급되겠지만 본 보고서는 ‘종속성’과 ‘의존성’의 뜻을 구별해서 사용하고자 한다.

5) 박은정(2018), 「특수형태근로종사자의 보호: 걸어온 길, 가야 할 길」, 『산업관계연구』 28(3), pp.50~51는 ‘특고’라는 용어를 위 ‘특수형태근로종사자’를 포괄하는 사회적 개념으로서 더 많은 취업자 집단을 포섭하는 용어로 이해한다. 최근 한 연구에서 전자는 160만 명, 후자는 50만 명 정도로 추산되었다(정홍준(2019), 「특수형태근로종사자의 규모 추정에 대한 새로운 접근」, 『고용노동브리프』 제88호, 한국노동연구원, p.10).

6) 특히 2018년 대법원의 학습지 교사 판결(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598 판결)이 기존의 관련 판례를 종합하여 「노동조합법」상 근로자 기준을 제시했다고 평가된다.

7) 「산재보험법」 제125조 제7항 내지 제11항.

[그림 2-1] ‘취업자’ 또는 ‘일하는 사람’의 개념도

취업자/일하는 사람						
임금근로자 (근기법 §21①, 산재보험법 §5Ⅱ)	非(임금)근로자(형식상 자영업자)					
	廣義의 ‘특고’(의존적 자영업자) = “노무제공자”(고용보험법 §77의6)				진정 자영업자	
① 업무지정·지시; 통제감독; 평가제재/포상 ② 보수·근로 자체 대가교환 관계	좁은 의미의 ‘특고’			‘非전속 특고’, ‘1인 자영업자’ ‘프리랜서’		고용인을 둔 자영업자 (고용주)
	“특수형태근로종사자” (산재보험법 §125)			‘非정기적으로 타인 대체/고용’		
③ 독립사업자성 (편입성·계속성) 결여	① 전속적·상시적 노무제공 :	○ ① ○	① △/ ×	① △/ ×	① ×	
	② 직접 노무제공(대체근로불가) :	○ ② ○	② ○	② △	② ×	
	③ 산재보험법 시행령 §125에 열거된 직종)	○ ③ ×	③ ×	③ ×	③ ×	
플랫폼 종사자(어디든 해당될 수 있음)						
종속적 (subordinate)		자율적 (autonomous)				
의존적 (dependent)		독립적 (independent)				

자료 : 남궁준(2021), 「특수형태근로종사자 및 플랫폼 종사자 보호를 위한 입법공청회 자료」, 제389회국회(임시회) 제1차 환경노동위원회, p.41를 약간 수정.

할 수 있는 “노무제공자”라는 개념을 도입해 특례로서 관련 보호를 제공하고 있다.

따라서 현재 우리나라 노동법은 크게 5가지 인적 범주를 가지고 있다고 말할 수 있다. 가장 좁은 개념으로서 ① 「근로기준법」상 근로자 개념이 있고, ② 「노동조합법」상 근로자 개념, ③ (현행) 「산재보험법」상 특수형태근로종사자 개념 및 ④ 「고용보험법」상 노무제공자 개념이 중간에 있으며, 잔여범주로서 ⑤ 진정 자영업자 개념이 있다.

제2절 근로자 개념에 대한 판례의 입장 : ‘사용종속관계’

거의 모든 국가에서 노동법의 근로자 개념 판단 방식과 기준은 큰 틀에서 대체로 유사하며 세 가지 공통점을 지닌다.⁸⁾

8) Davidov, G., M. Freedland, and N. Countouris(2015), “The Subject of Labor Law:

첫째, 실정 노동법에 근로자라는 용어는 존재하나 대체로 추상적·일반적으로 정의되어 주로 법원의 판례에 의해 개념의 구체적 내용이 형성된다. 둘째, 법원은 근로자성 판단을 위해 계약의 형식보다는 관계의 실질에 더 큰 비중을 둔다.⁹⁾ 셋째, 법원은 근로자성을 검증하기 위해 - 그중 하나가 다른 것을 압도할 만큼 결정적이지 않은 - 여러 징표(indicators)를 정립·제시하며 제반 사정을 종합해 판단하는 유형적 방법론을 택하고 있다.¹⁰⁾ 단, ILO 제198호 권고 제11항(b)은 하나 또는 둘 이상의 징표 존재 시 근로관계의 법적 추정 제도 도입을 고려할 것을 권고하지만, 이러한 원칙이 회원국에서 위 세 가지 특징에 비견될만큼 일반적으로 수용되고 있는 것처럼 보이지는 않는다.¹¹⁾

우리의 노동법제도 큰 틀에서 이러한 접근법을 취하고 있는데, 『근로기준법』상 근로자 개념에 대해 최초로 종합적·일반적 판단기준을 정립한 1994년 대법원 판결이 이를 잘 보여준다.¹²⁾ 첫째, 형식이 아닌 실질을 중심으로 근로자성을 판단해야 한다는 기본원칙을 분명히 밝혔다.¹³⁾ 즉 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지는 결정적 기준이 되지 못하며 계약이 실제 어떻게 이행되었고 실태가 어떠했는지가 중요하다는 것이다. 만약 사안의 노무제공자가 실질적으로 “사업 또는 사업장에 임금을 목적

‘Employees’ and Other Workers”, in M. W. Finkin and G. Mundlak (eds), *Comparative Labor Law*, Edward Elgar, pp.116~117.

9) 관련 국제노동기준으로 ILO, Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), p.9. 이러한 원칙을 확립한 영국 대법원의 선도적 판결로 *Autoclenz v Belcher & Ors* [2011] UKSC 41 참조.

10) 관련 국제노동기준으로 ILO, Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), para. 13. 유형적 방법에 관해, 김기선(2011), 「근로자과건과 도급의 판단: 독일에서의 논의를 중심으로」, 『노동법연구』 제31호, 서울대학교 노동법연구회, p.59.

11) Bernd Waas and Guus Heerma van Voss (eds), *Restatement of Labour Law in Europe vol. I: The Concept of Employee*, Bloomsbury, pp.lvi-lxi.

12) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결. 이하의 제2절 내용은 성재민·정홍준·남궁준(2019), 『한국 중사상지위분류 개정 1차 연구사업』, 통계청, pp.82~84의 내용(각주 및 표 포함)을 수정·보완한 것으로 본 연구의 이후 논의 전개에 필수적인 기초 분석이다.

13) 이는 법형식 강제로 이해할 수 있다. 박종희(2003), 「근로기준법상 근로자개념 - 근로기준법의 적용확대와 선별적용과 관련하여」, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회, p.121.

으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였”다면 그 형식과 무관하게 근로자로 인정될 수 있다는 원칙을 정립하였다.

둘째, 판례는 근로자성 판단의 핵심 요소로 “종속”성을 드는데 정확한 판례의 용어는 “사용종속관계”이다. 위 1994년 판결은 사용종속관계의 존재를 확인하기 위한 세부 징표로 다음을 정식화했다:¹⁴⁾ ‘① 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고, ② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며, ③ 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적 지휘·감독을 받는지 여부, ④ 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, ⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, ⑥ 비품, 원자재나 작업 도구 등의 소유관계, ⑦ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부, ⑧ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 ⑨ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑩ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, ⑪ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, ⑫ 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여야 한다.’

다만 판례의 이러한 판단기준은 현실에서 근로자와 자영업자로서의 성격을 겸유하는 (그래서 흔히 특고로 분류·지칭되는) 노무제공자의 『근로기준법』상 근로자성을 부정하는 결과로 이어지는 경우가 많았다.¹⁵⁾ 주

14) 여기서는 오해를 방지하기 위해 (이후 인용 목적의 일련번호를 부여한 것을 제외하면) 판례의 원문을 가급적 그대로 옮겼다. 이하 판례의 입장을 소개하기 위한 경우도 같다.

15) 이승욱(2014), 「노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제」, 『노동법학』 제49호, 한국노동법학회, p.226. 이 문헌에 따르면 골프장경기보조원(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결 등), 레미콘기사(대법원 1995. 6. 30. 선고 94도2122 판결; 대법원 1997. 2. 14. 선고 96누1795 판결; 대법원 2003. 1. 10. 선고, 2002다57959 판결 등), 학습지 교사(대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결 등), 지입차주(대법원 1996. 11. 29. 선고 96누11181 판결; 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결 등), 보험모집인(대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결 등), 지입중기차주인 기사(대법원 1997. 12. 26. 선고 97누16534 판결; 대법원 1998. 5. 8. 선고 98다6084 판결 등), 양복점의 재봉공(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2778 판결), 오토바이택시서비스종사자(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003두13939 판결 등), 방문판매회사의 판매대리인(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도5995 판결 등), 한국방송공사 드라마제작국에서 노무를 제공하는 외부제작요원(대법원

된 근거는 사용자로서 구체적인 지휘·감독권을 행사하지 않았다는 등 충분한 정도로 사용종속관계가 존재하지 않았다는 것이었다. 상대적으로 엄격한 1994년 판결의 판단기준을 다소 완화한 것으로 평가되는 판결이 2006년 대법원 판결¹⁶⁾이다.¹⁷⁾ 주요 변경 사항을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 2006년 판결은 1994년 판결이 천명한 실질 판단의 원칙을 계승하면서, ③ ‘구체적·개별적 지휘·감독’ 요건을 ‘상당한 지휘·감독’ 요건으로 변경하였다. 이는 현대 고용관계 또는 노무제공관계에서 사용자의 지시권 행사의 형태와 정도가 각각 다양해지고 스펙트럼화되었다는 현실을 판례가 감안한 것으로 추측된다.

둘째, 2006년 판결은 ‘이윤 창출과 손실 초래 등 위험 부담 여부’를 근로자성 판단요소 목록에 추가하였다(⑥-2). 이 징표는 1994년 판결의 ‘⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무’와 ‘⑥ 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계’(2006년 판례의 목록에서는 이 두 요소의 순서를 바꾸고 하나로 합쳐 ⑥-1 번호 부여)와 더불어 해당 취업자/노무제공자가 독립적으로 사업을 영위하는 자 또는 진성 자영업자로서의 성격을 띠는지(그래서 그만큼 근로자성을 약화시킬 수 있는지)를 보다 세밀히 살펴보기 위해 도입된 것으로 보인다.

셋째, 2006년 판결은 근로자성 판단기준 목록상의 각 징표의 가치에 차이를 두고 특정 요소의 경우 편면적으로 활용되어야 함을 강조했다. 구체적으로 ‘⑧ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부’, ‘⑨ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항’, ‘⑪ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부’를 주목했다. 사용자가 자신의 경제적으로 우월한 지위를 이용해 임의로 정할 여지가 큰 사정이라는 것이었다. 따라서 판례는 위와 같은 사실의 결여를 근로자가 아니라고 단정하는 근거로 삼는 것에 대해 신중할 것을 당부했다(편면적 혹은 부차적 요소).¹⁸⁾ 2006년 대법원 판결이 수정한 판례의 ‘근

2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결 등)의 근로자성이 부정되었다.

16) 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결.

17) 강성태(2007), 「특수고용직의 노동법적 보호 - 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로」, 『노동정책연구』 7(3), 한국노동연구원, pp.112~116 참조.

18) 조용만(2011), 「미용사의 근로기준법상 근로자 여부 및 경업금지약정의 효력」, 『노

〈표 2-1〉 판례의 「근로기준법」상 근로자 개념 판단기준(자영인과의 비교)

기본원칙: 계약의 형식이 아닌 실질에 있어서 종속관계 여부를 판단			근로자	자영인
사용종속성 판단 요소	(+) 인적 종속성	① 사용자의 업무 내용 정함 여부	○	×
		② 취업규칙 적용 여부 (*조직적 종속성의 한 예)	○	×
		③ 업무수행과정에서의 사용자의 상당한 지휘·감독 여부	○	×
		④ 사용자의 근무시간·장소 지정 및 근로자의 이에 구속 여부	○	×
	(-) 독립 사업자성 “자신의 계산으로”(조직적·경제적 독립성)	⑤ 제3자의 고용에 의한 업무 대체성 유무	×	○
		⑥-1 비품·원자재나 작업도구 등 소유 여부	×	○
		⑥-2 이윤 창출과 손실 초래 등 위험 부담 여부(*2006년 추가)	×	○
	근로↔보수 대가성	⑦ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지	○	×
	계약관계의 계속성·전속성	⑩ 근로제공관계의 계속성 및 사용자에의 전속성 유무와 그 정도	○	×
	기타 요소	⑫ 사회보장제도상 근로자 지위 인정 여부 등 경제·사회적諸 조건	○	×
	신중 판단 요소(부차적 요소)	⑧ 기본(고정)급 정함 여부	○	×
		⑨ 근로소득세 원천징수 여부	○	×
		⑪ 사회보장제도상 근로자로 인정 여부	○	×

자료: 조용만·김홍영(2019), 『로스쿨 노동법 해설』, 오래, pp.49~50을 활용하여 소폭 변형.

로기준법」상 근로자성 판단기준을 분석·요약하면 <표 2-1>과 같이 정리할 수 있다.

한층 유연하고 섬세해진 판례 기준이 적용되면서 종래 1994년 판례의 기준하에서는 대체로 근로자성이 부정되었던 일부 유형의 노무제공자들이 근로자로 인정되는 판결이 등장하기 시작했다.¹⁹⁾²⁰⁾ 물론 동일 또는

동법학』 제38호, 한국노동법학회, p.241.

- 19) 이승욱(2014), 「노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제」, 『노동법학』 제49호, 한국노동법학회, pp.229~230. 이 연구에 따르면 채권추심업무 위탁계약을 체결한 촉탁직 채권추심원(공정된 예: 대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결; 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결 등; 부정된 예: 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다6998 판결 등), 화물운송업을 영위하는 회사와 화물자동차운전용역(도급)계약을 체결한 운송기사(대법원 2010. 5. 27. 선고 2007두 9471 판결 등), 전속 지입차주인 운송기사(공정된 예: 대법원 2018. 10. 25. 선고

유사 직종/직업 종사자라 하더라도 개별 종사자가 처한 구체적 관계의 실질과 특성에 따라 근로자성 여부는 얼마든지 달라질 수 있기에 2006년 기준에 따르더라도 여전히 근로자성이 부정된 사례는 확인된다. 이러한 경계 사례에 대해서는 제4장 제2절에서 하급심을 포함에 다시 검토한다.

종합해보면 우리 대법원은 「근로기준법」상 근로자 여부를 ‘사용종속관계’라는 포괄적 개념을 기준으로 판단하는데, 그 핵심은 지휘·감독(지시권) 행사(direction and control) 혹은 인적 종속성(personal subordination)이라고 볼 수 있다. 이를 바탕으로 독립사업자성 결여, 혹은 경제적 의존성(economic dependence)과 조직적 종속성 혹은 사업 편입성(integration) 및 기타 사실을 부수적으로 고려하는 것으로 이해된다. 따라서 사용자의 지시권 행사, 즉 업무 관련 지휘·감독이 「근로기준법」상 근로자성 인정에 필수적 요건이 되며, 뒤집어 말하면 이것이 부재할 때는 원칙적으로 근로계약관계의 존재를 인정할 수 없고 따라서 해당 취업자는 근로자로 인정될 수 없다.

다만 지시권/인적 종속성과 관련해 명확히 해야 할 사실 중 하나는 지

2015두51460 판결 등; 부정된 예: 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040 판결 등, 임상민(2019), 「노동법상 근로자 인정범위와 판단기준」, 『외국의 자영업 사회법제 연구(2): 사회법제의 적용 범위 논의를 중심으로』, 내부 세미나용(미발표문), p.13), 방송국 VJ(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결 등), 정수기렌탈회사의 지점장(대법원 2012.5.10. 선고 2010다81407 판결 등), 정수기에 대한 필터교환 등을 담당하는 ‘코디’(근로자성 부정: 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다5441 판결 등), 법무법인의 변호사(대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다77006 판결 등), 한국전력의 검침원(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다42745 판결 등), 백화점 위탁판매원(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결; 대법원 2017.1.25. 선고 2015다63299 판결; 대법원 2017.2.3. 선고 2016다15549 판결 등), 일용 공사현장의 십장(什長)(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018두43330 판결 등)의 근로자성이 (대체로) 긍정되었다.

- 20) 특히 백화점 위탁판매원의 경우 「근로기준법」상 근로자성이 2017년 처음 인정되었다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결). 이에 대해서는 일련의 판결이 존재하는데 일반적인 경향은 기존 정규직 근로자와의 근로계약을 해지한 후 판매용역계약을 체결한 사례에서만 위탁판매원의 근로자성을 인정한 것이었다. 그런데 그중에는 이러한 전환 없이 처음부터 위탁판매원으로 일을 시작한 이들도 실질적 업무내용을 검토해 근로자로 판단한 경우도 있어(대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다15549 판결) 특고의 「근로기준법」상 근로자 인정 가능성을 열어주기도 하였다. 강보경(2017), 「백화점 위탁판매원의 근로기준법상 근로자성」, 『노동판례비평』 제22권, 민주사회를 위한 변호사모임, p.30.

휘·명령에의 구속이 존재하는 것만으로 충분한 것인지 아니면 일정 정도 이상 되어야 한다는 것인지이다.²¹⁾ 판례가 1994년 ‘구체적·개별적 지휘·감독’에서 2006년 ‘상당한 지휘·감독’으로 그 표현을 변경한 것을 감안하면 이를 정도의 문제로 이해하고 있는 듯하다.²²⁾²³⁾²⁴⁾

제3절 노동법의 인적 적용범위 확장을 위한 대응

이상에서 확인했듯 취업형태 다변화에 대한 개별적 노동관계법의 대응은 충분하고 효과적이었다고 보기 어렵다. 따라서 입법과 판례의 변화를 촉구하는 여러 방안이 제시되고 있는데, 작게는 근로자성 법리의 변화부터 크게는 노동법 및 관련 사회보장법이 그 틀을 근본적으로 바꿀 것을 요청하기도 한다. 주요 대선후보 공약에도 직·간접적으로 이러한 내용이 반영되어 있는데, 이러한 법적 쟁점에 대한 접근은 크게 3가지 정도로 유형화할 수 있다. 아래에서는 이를 각각 간략히 살펴본다.

-
- 21) 박은정·김근주(2018), 「디지털일자리에 대한 노동법적 관점에서의 정책적 대응」, 『노동법학』 제66호, 한국노동법학회, p.146.
- 22) 박은정·김근주(2018), 「디지털일자리에 대한 노동법적 관점에서의 정책적 대응」, 『노동법학』 제66호, 한국노동법학회, p.146.
- 23) 그러나 판례의 이러한 입장은 지시권의 법적 근거와 성질을 고려할 때 지지하기 어렵다. 지시권은 근로계약의 목적인 근로제공으로부터 곧바로 도출되는 본질적 특성을 갖는 것으로 지시권의 존재는 - 설령 그 정도가 약하다 하더라도 - 곧바로 근로계약의 존재를 의미하는 것이기 때문이다. 따라서 근로자성, 즉 근로계약의 존재 여부를 판단할 때는 지시권에의 구속 정도가 아닌 유무에 근거해 판단해야 한다. 박종희(2003), 「근로기준법상 근로자개념-근로기준법의 적용확대와 선별적용과 관련하여」, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회, pp.98~99. 이 보고서의 목적은 현재 판례의 비판적 분석이 아니므로 여기서는 이 사실만을 지적하며 지시권의 법체계내적 기능과 근로계약에 있어서의 본질적 특성에 대한 자세한 설명은 위 논문 참조.
- 24) 반면 인적 종속성(지시권에의 구속)과 달리 경제적 의존성은 정도의 문제로서 접근할 수 있으며 판례가 사용종속관계를 구성하는 한 요소로 제시하는 전속성의 존재는 경제적 의존성의 강함을 추정하는 한 요소이다.

1. 근로자 개념 확장

첫 번째 접근은 기존의 근로자와 사용자 개념을 확장 또는 현대화하여 다양한 형태의 취업자를 근로자로, 그들의 노무를 이용/수령하는 상대방을 사용자로 포섭하는 것이다. 플랫폼 노동의 경우를 예로 들어보면 “플랫폼 종사자”를 근로자로, “플랫폼 운영 사업자” 및/또는 “플랫폼 이용 사업자”를 사용자로 분류해 각 지위에 따른 노동법상 모든 권리·의무를 귀속시키는 것이다. 여기서는 근로자성의 핵심 표지인 인적 종속성의 지위·역할을 존속시킬지, 폐기할지, 만약 변경한다면 동 개념을 어떻게 파악할 것인가가 주요 쟁점이다.

먼저 「근로기준법」의 개정 없이 판례의 판단기준을 변경하는 법해석론적 방법이 있다. 즉 “사용종속관계” 개념을 질적으로 확장 혹은 현대화하여 가장 멀게는 상당수의 플랫폼 노동까지 포섭하고자 하는 관점이다. 이 입장은 사용종속관계의 존재 여부를 사용종속성, 즉 ‘사용자가 법적 권한을 가지고 구체적·개별적으로 지휘·감독을 하는가’에 따라 판단하면 안 되고, 지배/제어/프로그래밍 종속성이 있는지를 기준으로 판단해야 한다고 본다.²⁵⁾ 종속과 자율이 섞여 있는 현대의 근로관계/노무제공관계에서도 변하지 않은 것은 그들이 “타인의 계산을 위하여 타인의 사업조직에 편입되어 그 일부로서 과업을 할당받아 수행”한다는 사실이다.²⁶⁾ 따라서 근로자성 심사는 그들이 전형적 독립자영업자가 아닐 것이라는 소극적 방식을 취해야 한다고 주장한다.²⁷⁾

이러한 문제의식이 반영된 입법론의 한 예가 21대 국회에서 발의된 「근로기준법 일부개정법률안」이다.²⁸⁾ 미국 캘리포니아주 대법원의 ABC 테

25) 박제성 외(2019), 『자영업자 사회법제 연구: 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, p.168.

26) 위 보고서는 「근로기준법」 제58조 제3항은 재량근무제를 규정하며 “사용자가 업무의 수행 수단 및 시간 배분 등에 관하여 근로자에게 구체적인 지시를 하지 아니한다는 내용”을 서면합의에 명시할 것을 요구하고 있는 점에 주목한다. 즉 현행법에서도 근로자가 이런 재량(자율)을 갖는 것이 이미 가능하며 사용종속성이 근로자성의 필수요소가 되어야 한다는 주장에 의문을 표한다. 위 보고서, p.169.

27) 위 보고서, p.169.

28) 「근로기준법 일부개정법률안」(강은미 의원 대표발의), 의안번호 12457, 발의일

스트와 그것을 입법한 법규정을 모델로 삼아 해당 노무제공자의 근로자 지위를 추정하고 사용자가 다음의 사실을 모두 증명하는 경우에만 추정을 복멸시키고 있다: 첫째, 노무제공자가 업무수행에 관하여 사용자의 지휘·감독을 받지 아니하는 경우; 둘째, 노무제공이 사용자의 통상적인 사업 범위 밖에서 이루어진 경우; 셋째, 노무제공자가 사용자가 영위하는 사업과 동종 분야에서 본인의 이름과 계산으로 독립하여 사업을 영위하는 경우가 그것이다. 위 사실은 각각 (법적) 인적 종속성, (사용자 측면의) 조직적 종속성, (노무제공자의 독립사업자성 결여, 즉 사업편입성으로 인한) 경제적 의존성을 뜻하는데, 결과적으로 세 가지 종속성 중 어느 하나만 있어도 근로자성을 인정하기 때문에 그간 관철되어 오던 인적 종속성(지휘·감독권 행사)의 우위를 포기한 것과 같은 효과를 낳는다.

2. 중간범주의 창설과 노동법/사회보장법의 부분적 적용

두 번째는 자율적으로 일하는 상당수의 특고, 프리랜서, 플랫폼 종사자 등을 「근로기준법」상 근로자로 인정할 수 없다는 전제하에 이들을 노동법의 새로운 인적 적용범위 집단으로 묶어 일정한 보호를 제공하려는 입장이다. 근로자와 자영업자 사이에 중간범주를 설정하고 그 인적 집단에 노동법과 사회보장법상 권리를 ‘종류에 있어서 선별적으로’ 및/또는 ‘보호 수준에 있어서 부분적으로’ 보장하는 것을 핵심내용으로 한다.²⁹⁾ 중간범주 집단의 핵심 표지는 각 국가 실정법이 명시한 경우도 있고 판례에 위임된 경우도 있으나, 대체로 경제적 의존성이 주된 기준으로 활용되며 노동법과 사회보장법의 일부 규정이 적용된다는 공통점이 있다.

한편 국제노동기구(ILO)는 2018년 기존 국제종사상지위분류를 개정해 자영업인과 임금근로자 사이에 이윤을 목적으로 일하지만 인적/경제적으로 종속된 ‘dependent contractor’를 신설했으며(ICSE-18),³⁰⁾ 우리도 개정

2021. 9. 6.

29) 다수의 국가가 이러한 중간적 노무제공자 집단을 입법적으로 설정해 삼분법 체계를 취하고 있다. 스페인의 ‘경제적 종속근로자(TRADE),’ 이탈리아의 ‘준종속근로자(lavoratore parasubordinato),’ 영국의 ‘노무제공자(worker),’ 독일의 ‘유사근로자(Arbeitnehmerähnlichen)’가 그 예다.

한국중사상지위분류에서 이를 수용한 ‘의존계약자’ 범주를 도입하였다.³¹⁾ 비록 법적 개념은 아니고 통계생산을 위한 개념이지만 세계적인 고용관계와 노동시장의 변화 추세를 반영하고 있다는 점에서 시사점이 있다.

우리는 이미 중간범주를 법적 개념으로 받아들였다고 볼 수 있다. 우리 「산재보험법」은 제125조에서 특수형태근로종사자가 되기 위한 요건으로 ㉠ ‘근로자와 유사하게 노무를 제공’(근로자가 아닐 것), ㉡ ‘업무상 재해로부터 보호할 필요’, ㉢ ‘주로 하나의 사업에’(전속성), ㉣ ‘노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활’(계속성), ㉤ ‘노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니할 것’(비대체성 또는 직접노무제공: personal work), ㉦ 「산재보험법 시행령」 제125조에서 나열하는 14가지 직종, 즉 (i) 보험모집인, (ii) 건설기계 운전수, (iii) 학습지 교사, (iv) 골프장 캐디, (v) 택배원, (vi) 컵서비스, (vii) 대출모집인, (viii) 신용카드회원 모집인, (ix) 대리운전자, (x) 방문판매원, (xi) 방문점검원, (xii) 가전제품 설치 및 수리원, (xiii) 특정화물차주, (xvi) 소프트웨어기술자로 국한하고 있다.

「고용보험법」은 제77조의6에서 위 특수형태근로종사자 개념에서 ㉢ 전속성·계속성을 제거한 개념, 즉 ㉧ ‘근로자가 아니면서’, ㉨ ‘자신이 아닌 다른 사람의 사업을 위하여’, ㉩ ‘자신이 직접 노무를 제공하고’, ㉪ ‘해당 사업주 또는 노무수령자로부터 일정한 대가를 지급받기로 하는 계약(“노무제공계약”)을 체결한 사람’ 중 ㉫ ‘대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람’으로 정의하고 있다.

특수형태근로종사자의 정의에 대한 현행 법령의 태도는 2006년 대법원 판결이 제시한 요소를 상당 부분 차용한 것으로 보이는데,³²⁾ 이런 이유로 사회보험인 산재보험에 의한 보호가 필요한 인적 범주를 확정함에 있어 불필요하게 엄격한 요건을 설정했다는 비판이 제기된다.³³⁾ 대표적 예가 위 ㉢ ‘전속성’(“주로 하나의 사업에”) 요건이다. 애초에 인적 종속성은 없

30) ILO, 「노동관계 통계에 대한 결의」, 제20차 국제노동통계총회, 2018. 10. pp.10~19.

31) 통계청(2021. 12. 29), 「한국중사상지위분류 개정」 보도자료.

32) 윤애림(2012), 「산재보험법의 특수형태근로종사자 특례제도의 문제점과 대안」, 『노동법연구』 제33호, 서울대학교 노동법연구회, p.52.

33) 박은정(2016), 「산재법상 특수형태근로종사자 개념의 비판적 이해」, 『노동법학』 제57호, 한국노동법학회, pp.140~144.

거나 미약한 대신 경제적 의존성이 두드러져 근로자인지 여부가 다투어지는 특수고용관계종사자의 경우 복수의 사업주에게 노무를 제공하는 점이 근로자성을 부인하는 징표의 하나로 활용되는 경우가 있다고 하면서 “특수형태근로종사자에게 근로자보다 더 강한 종속성을 요구하게 되는 역설이 발생”한다는 것이다.³⁴⁾ 전속성은 대법원이 근기법상 근로자성 판단에서는 종합적 심사를 위해 고려하는 한 징표로 기능하는 데 비해 산재보험법에서 전속성은 적극적 개념표지로 이 요건을 반드시 충족해야만 특수형태근로종사자로 인정될 수 있다는 점에서 이러한 비판은 일리가 있다.

그러나 애초에 근로자-자영업자 사이 회색지대에 존재하여 인적 종속성 혹은 (상당한) 지휘·감독이 없는 특수형태근로종사자의 경제적 의존성에 주목해 보호하려는 것인 만큼, 또 전속성이 경제적 의존성의 유용한 대리징표(proxy)라는 점을 고려할 때, 전속성에 대한 고려 자체가 완전히 부당하다거나 무용하다고 보기는 어렵다. 하지만 최근 개정된 「고용보험법」이 전속성·계속성이 필요 없는 “노무제공자” 개념을 도입했고, 「특수형태근로종사자」 개념 역시 그러한 방향으로 개정될 것이어서 이 문제는 입법적으로 해결되었다고 할 수 있다.

아래 <표 2-2>는 앞서 검토한 「근로기준법」상 ‘근로자’, 「산재보험법」

<표 2-2> ‘근로자’, ‘특수형태근로종사자’, ‘노무제공자’, ‘자영업인’의 개념 비교

기본원칙: 계약의 형식이 아닌 실질에 있어서 종속관계 여부를 판단			근로자	특수형태	노무제공자	자영업인
사용 종속 성 판단 요소	(+) 인적 종속성	① 사용자의 업무 내용 정함 여부	○	△		×
		② 취업규칙 적용 여부 (*조직적 종속성의 한 예)	○	△		×
		③ 업무수행과정에서의 사용자의 상당한 지휘·감독 여부	○	×		
		④ 사용자의 근무시간·장소 지정 및 근로자의 이에 구속 여부	○	△		×

34) 윤애림(2013), 「복수의 사업주에게 노동력을 제공하는 자에 대한 산재보험 적용 방안」, 『노동법연구』 제34호, 서울대학교 노동법연구회, p.291; 윤애림(2012), 「산재보험법의 특수형태근로종사자 특례제도의 문제점과 대안」, 『노동법연구』 제33호, 서울대학교 노동법연구회, p.52.

〈표 2-2〉의 계속

기본원칙: 계약의 형식이 아닌 실질에 있어서 종속관계 여부를 판단			근로자	특수형태	노무제공자	자영인
사용 종속 성 판단 요소	(-) 독립 사업자성 “자신의 계산으로” (조직적·경제 적 독립성)	⑤ 제3자의 고용에 의한 업무 대체성 유무	×		○	
		⑥-1 비품·원자재나 작업도구 등 소유 여부	×	△		○
		⑥-2 이윤 창출과 손실 초래 등 위험 부담 여부 (*2006년 추가)	×	△		○
	근로↔보수 대가성	⑦ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지	○	△		×
	계약관계의 계속성·전속 성	⑩ 근로제공관계의 계속성 및 사용자에의 전속성 유 무와 그 정도	○		×	
	기타 요소	⑫ 사회보장제도상 근로자 지위 인정 여부 등 경 제·사회적諸 조건	○	×		
	신중 판단 요소 (부차적 요소)	⑧ 기본(고정)급 정함 여부	○	×		
		⑨ 근로소득세 원천징수 여부	○	×		
		⑪ 사회보장제도상 근로자로 인정 여부	○	×		

자료 : 조용만·김홍영(2019), 『로스쿨 노동법 해설』, 오래, pp.49~50와 박은정(2016), 「산
재법상 특수형태근로종사자 개념의 비판적 이해」, 『노동법학』 제57호, 한국노
동법학회, pp.138~139를 참조하여 저자 변형.

상 ‘특수형태근로종사자’, 「고용보험법」상 ‘노무제공자’, 자영인의 개념요
소를 다시 비교한 것이다.

그러나 이러한 중간범주는 아직 임금/보수, 근로/노무제공시간, 해고/
해지 등의 계약조건 내용을 규율하는 개별적 노동관계법령에 자리 잡고
있지 못하다. 이런 측면에서 볼 때 21대 국회에서 발의된 「특수형태근로
종사자 등의 보호에 관한 법률안」이 중간범주를 도입하는 입법론적 대응
방안의 전형이다.³⁵⁾ 비슷한 시기에 발의된 「플랫폼 종사자 보호 및 지원
등에 관한 법률안」도 유사한 측면이 있다.³⁶⁾ 그러나 전자가 ‘근로자성 문

35) 「특수형태근로종사자 등의 보호에 관한 법률안」(임이자 의원 대표발의), 의안번
호 6018, 발의일 2020. 12. 1. 동 법률안은 과거 2007년 이래 논의되어 오던 내용을
기본으로 하여 플랫폼 노동에 대한 규율을 일부 추가했다. 다만 2018년 이후 변
화된 노동조합법상 근로자 개념과 다소 충돌이 예상된다.

제’를 정면으로 다루며 실체적 조건을 규율하려는 것에 반해, 후자는 근로자성 논의를 생략하고 플랫폼을 통해 일하는 경우 추가적으로 혹은 별도로 발생하는 관계 당사자의 권리·의무를 규정하며 주로 절차적 권리에 초점이 맞춰져 있다는 특징을 보인다.

중간범주를 창설하려는 입법론적 접근에서 중요한 쟁점은 근로자 및 자영업자와 구별되는 중간범주 집단의 핵심표지(예: 경제적 의존성)와 그들에게 부여되는 노동법적 권리와 보호의 종류·수준을 결정하는 것이 된다. 이 두 가지 쟁점 모두 첨예한 갈등과 논란이 예상되며 ‘오분류’의 문제가 두 전선, 즉 <근로자-중간범주>, <중간범주-자영업자>의 관계에서 발생할 수 있다는 법적 위험성이 지적된다.

3. 모든 ‘일하는 사람’을 보호대상으로 하는 일반법 제정

세 번째 접근은, 근로자 개념은 물론 앞서 살핀 중간범주 집단을 모두 포괄하는 ‘일하는 사람’ 혹은 ‘취업자’와 같은 노동법의 새로운 보편적 인적 적용범위를 설정해 플랫폼 종사자 등 새로운 취업형태 종사자를 모두 포섭해 보호하려는 입장이다. 노동을 하여 생계에 필요한 소득을 얻는 ‘모든’ 사람은 그들의 법적/고용상 지위와 무관하게 일정한 수준의 노동법적 보호가 주어져야 한다는 것이 이 유형의 기본 시각이다. 이론적으로는 현행 근로기준법 등의 개별적 근로관계법령을 대체하는 것이 가능하나 일반적으로 제시되는 입장은 기존 노동법체계의 유지를 전제로 이를 보완하고 고용형태 간 제도적 보호의 격차를 줄이는 데 목적이 있는 것으로 보인다. 따라서 이를 위한 법률의 지위는 일반법 또는 기본법이 되며, 기존 노동법이 먼저 적용되고 잔여범주에 동 법이 적용되는 구조를 갖게 된다.³⁷⁾

동 법률의 적용범위, 즉 ‘일하는 사람’의 개념범주가 첫 번째 쟁점이 될

36) 『플랫폼 종사자 보호 및 지원 등에 관한 법률안』(장철민 의원 대표발의), 의안번호 8908, 발의일 2021.3.18.

37) 대표적으로 권오성(2021), 「‘일하는 사람’을 위한 기본법’의 올바른 입법방향」, 『2022년 대선 노동정책 기획토론회 자료집』, 한국노동조합총연맹, pp.13~15 참조.

수 있다. 경제적 의존성과 전속성이 긍정되는 「노동조합법」상 근로자(특히 포함)까지를 포괄할지, 경제적 의존성은 있지만 여러 사업자와 거래하는, 즉 전속성이 강하지 않은 의존적 자영업자까지 포섭할지, 아니면 경제적 의존성도 크지 않은 진성 자영업자, 나아가 타인을 고용하는 자영업자까지 포괄할지가 그 예다. 후자로 갈수록 ‘모든’ 일하는 사람의 보호라는 규범 목적에 충실한 법률이 될 수 있을 것이다. 그러나 동시에 적용대상이 넓어질수록 그들이 공유하는 취약성은 작거나 열어질 것이고, 그에 비례해 부여되는 보호와 권리의 범위·수준은 작고 낮아질 공산이 크다.

사용자에게 의무를 부과하는 방식이 아닌 일하는 사람의 권리를 명시하는 방식이 거론된다는 점도 주목할 만하다. 일하는 사람이 누릴 수 있는 헌법상 기본권을 그 관철이 보다 용이하고 확실한 법률상 권리로 보장한다는 의미가 있고, 그 권리의 대응하는 의무의 부담 주체를 노동법상 사용자에 국한시키지 않고 유연하게 정할 수 있다는 의미도 있다(예: 국가). 한편 문헌에서 제시되는 일하는 사람의 권리 목록은 다음과 같다: ① 불합리한 차별을 받지 않을 권리: 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이 등을 이유로 직접적 또는 간접적으로 차별받지 않을 권리; ② 사생활과 개인정보를 보호받을 권리; ③ 인간으로서의 존엄성에 대해 적절한 배려를 받을 권리; ④ 개인적 또는 사회적 조건에 기한 괴롭힘이나 성희롱으로부터 적절한 보호를 받을 권리; ⑤ 노무제공과 관련하여 보건과 안전에 대해 노무제공 상대방으로부터 적절한 보호를 받을 권리; ⑥ 보수, 노무제공 시간, 장소 등 노무제공의 사회·경제적 조건에 대해 노무제공 상대방으로부터 적절한 정보를 제공받을 권리; ⑦ 임신·출산 등 모성보호와 관련하여 노무제공 상대방으로부터 적절한 배려를 받을 권리; ⑧ 가족 중 돌봄을 필요로 하는 자가 있는 경우 노무제공 상대방으로부터 적절한 배려를 받을 권리; ⑨ 노무제공과 가정생활의 균형을 도모할 수 있도록 노무제공 상대방으로부터 합리적인 배려를 받을 권리; ⑩ 인간의 존엄성을 확보할 수 있는 공정한 보수를 받을 권리; ⑪ 관련되는 사회보장을 받을 권리가 제시된다.³⁸⁾

38) 앞의 발표문, pp.17~18.

제4절 현대 근로자 개념 ‘전선’에서의 다양한 노동법관(觀)의 충돌

이와 같은 담론과 논쟁의 배경에는 현대사회에서 근로자의 의미, 「근로기준법」은 누구를 위한 법이고 이 법의 역할은 무엇이어야 하는가가 놓여 있어 있기도 하다. 이는 법해석론 차원에서 다룰 수도 있으나 궁극적으로 각자의 가치관, 규범관, 노동관에 입각한 정책적 결정 사항으로 보인다.

취업형태가 지속적으로 다변화되는 현 상황에서 근로자를 계속해서 노무공급자 유형의 중심이자 원칙으로 삼고자 할 때, “일하는 사람의 규범적 기본값”으로 두려면³⁹⁾ 어떻게 해야 하는지, 그것은 불가능 및/또는 바람직하지 않은 기획인지가 문제된다. 현재 판례의 “사용종속관계”에 기반한 근로자 개념으로는 노무공급자/취업자 중 상당수를 포섭하지 못하는 문제가 필연적으로 발생한다. 따라서 이러한 「근로기준법」상 근로자의 법해석론을 질적으로 변화시켜 근로자 개념을 대폭 확장하여 현재 보호 필요성이 있는 ‘일하는 사람’을 모두 포섭하든지, (그것이 법해석론으로 불가능하다면) 「근로기준법」의 근로자 개념 관련 규정을 개정하여 그러한 결과를 가능하게 하든지, 아니면 별도의 법률을 통해 현재 사회보험법에 도입된 것과 같은 혹은 유사한 중간범주 혹은 보편범주 개념을 도입하는 방안을 검토할 수 있다. 다만 이러한 작업이 현행 「헌법」 제32조와 제33조의 규율체계를 유지하면서 정합성 있게(위헌의 소지 없이) 이루어질 수 있는지에 대해서는 면밀한 검토가 필요하다.

판례의 사용종속관계 기반 근로자 개념 판단기준은 법적으로 타당하고 메타-법적으로 또는 정책적으로 바람직한가? 일단 판례의 입장에 대해서는 법문에 근거를 두지 않은 법학방법론상 타당하지 않다는 견해가 다수 제기된다. 우리 「근로기준법」이나 관계 법령의 법문, 체계, 목적 등을 고려할 때 꼭 필요하지 않은 (독일·일본 등에서 도입·발전된) 사용종속관

39) 권오성(2021), 「플랫폼 노동자의 근로자성」, 『노동법포럼』 제32호, p.18.

계를 직수입하여 사용하는 것을 비판하며 우리 「근로기준법」의 법문에 근거한 근로자 개념 분석을 요청한다.⁴⁰⁾ 이러한 비판에 따르면 현행 「근로기준법」 및 기타 관련 법령의 구체적 규정의 법문(종합하면 “종류와 관계없이 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 모든 금품을 목적으로 사업이나 사업장에 정신평고와 육체노동을 제공하는 사람을 말한다”)⁴¹⁾을 근거로 근로자 개념의 표지가 구성되어야 한다.

다만 법문에 근거한 문리해석으로부터 출발하더라도 노동법과 민법 및 헌법 사이의 관계, 구체적으로 근로계약과 고용계약 개념의 동일성과 상이성 등을 이유로 해석을 통해 도출되는 구체적 개념표지에는 연구자 간 상당한 차이가 존재한다. 가장 대표적으로는 인적 종속성의 법적 현현(顯現)이라고 할 수 있는 지시권에의 구속이 어느 법문에 근거를 두고 있는지 혹은 법문에 근거가 없는지에 대한 논쟁이 존재한다. 물론 지시권 행사의 내용과 정도에 대한 이견도 첨예하게 펼쳐진다.

다만 더욱 근본적으로, 법도그마틱의 메타 차원(이론적 차원)에서 노동법의 인적 적용범위를 재고찰하려는 시도 역시 최근 다수 관측된다. 이를 유형화해보면, ① 지시권/인적 종속성 개념을 현대화(확장)하려는 입장, 근로자성 판단의 핵심요소로서 인적 종속성의 폐기 또는 완화를 의욕하며 그 대안으로, ② 경제적 의존성을 근로자성 판단의 중심에 (다시) 놓으려는 입장과, ③ 사업편입성(혹은 조직적 종속성) 혹은 독립사업자성 결여로 대신하려는 입장, 그리고 ④ 인적, 경제적, 조직적 종속성 모두를 결여해야만 자영업자/독립사업자로 보는, 즉 이 중 하나라도 갖추면 근로자로 보는 입장이 대립하는 것으로 보인다.

①의 입장은 2018년 프랑스 대법원의 Take Eat Easy 사건을 재료 삼아 수행된 박제성 박사의 분석에서 설득력 있게 제시되었다. 동 판결은 인적 종속성(프랑스에서는 법률적 종속성) 개념, 즉 지시·감독·징계의

40) 예를 들어 박중희(2003), 「근로기준법상 근로자개념 - 근로기준법의 적용확대와 선별적용과 관련하여」, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회; 김린(2020), 「근로자성 판단기준: 사용종속성을 넘어 - 백화점 위탁판매원 사건을 계기로」, 『노동법학』 제75호, 한국노동법학회.

41) 김린, 위 문헌, p.79.

개념을 플랫폼의 맥락에 맞게 양적으로 확장해서 이해하는 방식을 선보였다.⁴²⁾ Take Eat Easy 사건에서 플랫폼은 배달기사의 위치를 실시간으로 파악하고 그 이동 거리를 합산할 수 있는 기술적 시스템을 운영했으며, 이에 근거해 기준에 못 미치는 배달기사를 징계할 수 있는 계약적 근거를 마련해 두고 있었다(다만 실제 징계한 사례는 없었다).⁴³⁾ 프랑스 대법원은 플랫폼이 앱을 통해 업무 관련 정보(콜 포함)를 전달하는 것은 ‘지시’에 해당하고, GPS 장치를 통해 실시간 위치추적을 하고 이동 경로를 확인하는 것은 ‘감독’에 해당하며, 업무배정(콜)을 제한하거나 앱 접속을 차단하는 것은 ‘징계’에 해당한다고 보았다.⁴⁴⁾ 대법원은 법률적 종속성을 인정했고 결과적으로 사건 배달기사는 근로자로 인정되었다. 이 판결은 플랫폼의 시대에 맞게 종래 지시권 개념의 외연을 넓히는 쪽으로 이 문제를 해결했지만 근로관계의 핵심에 법률적 종속성, 즉 인적 종속성을 두는 입장을 바꾸지는 않았으며 여전히 근로자임을 주장하는 이가 그 증명책임을 부담하도록 했다. 박제성 박사는 이 판결을 계기로 더 나아가 네트워크 모델의 종속성 개념을 주창하며 현재의 지시(direction)-종속성에서 제어(programming)-종속성으로 개념의 질적 변환을 주장한다(프로그램 종속성).⁴⁵⁾

한편 인적 종속성에 대한 강조 혹은 전적인 의존 대신 ② 경제적 의존성 또는 ③ 사업편입성 개념을 보다 중심적인 근로자성의 표지로 제시하는 견해도 최근의 학술문헌에서 자주 발견된다.⁴⁶⁾

④ 심지어 얼마 전 미국 캘리포니아주에서 통과된 AB-5 법률처럼 근

42) Cour de cassation, Chambre sociale, 2018. 11. 28., no. 17-20079, Take Eat Easy 사건(박제성(2019), 「디지털의 세 가지 표상과 노동법의 과제」, 『노동법연구』 제47호, 서울대학교 노동법연구회, p.261 각주 15 재인용).

43) 박제성(2019), 「디지털의 세 가지 표상과 노동법의 과제」, 『노동법연구』 제47호, 서울대학교 노동법연구회, p.261.

44) 박제성(2019), 「디지털의 세 가지 표상과 노동법의 과제」, 『노동법연구』 제47호, 서울대학교 노동법연구회, p.261.

45) 비슷한 맥락으로 권혁 교수 역시 “시스템 종속성”이라는 표현을 사용한다.

46) 고수현(2020), 「학습지 교사, 야쿠르트 판매원의 근로자성 판단 - 업무 특성에 따른 ‘근로기준법상 근로자성’ 판단의 틀 모색」, 『노동법학』 제74호, pp.1~50; 김린(2020), 「근로자성 판단기준: 사용종속성을 넘어 - 백화점 위탁판매원 사건을 계기로」, 『노동법학』 제75호, 한국노동법학회.

로자임을 증명할 책임의 주체를 전환해 해당 사건에서 사용자로 주장되는 이가 근로자임을 주장하는 사람이 진성 자영업자임을 입증하도록 하는 접근법이 있다. 2019년 9월 18일 미국 캘리포니아에서는 이른바 AB-5 법(Assembly Bill 5)이 통과되었다. 이는 전년도 캘리포니아 주 대법원의 ‘다이나맥스(Dynamex) 판결’에서 정립된 근로자성 판단 심사(ABC 테스트)를 노동법전(The Labor Code)에 수용한 것이다.⁴⁷⁾ 동 심사에 의해 근로자로 판명이 되면 최저임금, 산재보상, 고용보험(실업보험), 가족휴가, 유급병가 등에 대한 권리가 보장된다.⁴⁸⁾

개정 법률은 캘리포니아에서 보수(remuneration)를 대가로 노동을 공급하는 자를 근로자로 추정한다. 이를 부정하려는 당사자(즉 사용자로 주장되는 이)는 ABC로 불리는 세 가지 사실을 모두 입증하여 근로자로 추정되고 있는 이가 실제로는 독립사업자(independent contractor, 자영업자)임을 밝혀야 한다. 세 가지 요건은 다음과 같다.

- (A) 원고는, 계약상으로도건 실질적으로건, 업무수행과 관련해 노무수령자의 통제와 지시로부터 자유롭다.⁴⁹⁾
- (B) 원고가 수행하는 업무는 해당 사용자의 일상적 사업 범주에 포함되지 않는다.⁵⁰⁾
- (C) 원고는 자신이 제공하는 노무와 관련된 사업과 동일한 성질을 갖되, 자신이 독립적으로 설립한 업종, 직업이나 사업에 일상적으로 관여하고 있는 자여야 한다.⁵¹⁾

47) The Labor Code, Section 2750.3.(a)(1)(A)-(C).

48) 캘리포니아 노동법전(California Labour Code)을 개정한 AB-5 및 그 산과 역할을 수행한 캘리포니아 대법원의 Dynamex 판결에 대한 상세한 내용은 이다혜(2019), 「미국 노동법상 디지털 플랫폼 종사자의 근로자성 판단: 2018년 캘리포니아 대법원 Dynamex 판결을 중심으로」, 『노동법학』 제72호, 한국노동법학회, 2019. 12., pp.189~238; 신동윤(2019), 「미국 캘리포니아 주의 플랫폼노동 종사자 보호사례」, 『외국입법 동향과 분석』 제14호, 국회입법조사처.

49) (A) The person is free from the control and direction of the hiring entity in connection with the performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact.

50) (B) The person performs work that is outside the usual course of the hiring entity's business.

51) (C) The person is customarily engaged in an independently established trade,

사용자라고 원고에 의해 주장되고 있는 피고가 셋 중 하나라도 입증 실패하면 원고는 동 법률규정에 의해 바로 근로자로 간주된다. 이를 바꾸어 말하면 세 요건 중 하나라도 부재하면 근로자가 된다는 뜻이다. (A) 요건은 인적 종속성, 즉 지휘·감독의 부재를 뜻하며 우리 대법원이 제시한 ‘① 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고’, ‘③ 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적 지휘·감독을 받는지 여부’, ‘④ 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부’의 징표에 조응한다.

그에 비해 (B) 요건은 사용자 측면에서 바라본 조직적 종속성을 뜻하는 것으로 대법원이 제시한 요소 중 정확히 대응되는 것을 찾기 어렵다. 대법원이 제시한 기준 중에서는 ‘② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지’가 인적 종속성과 결부된 조직적 종속성을 나타내는 징표에 가깝다. (C) 요건은 노무제공자 측면에서 부각되는 조직적 종속성 또는 사업편입성을 보여주는 항목으로 경제적 의존성을 징표한다고 할 수 있는데, 대법원의 ‘⑤ 제3자의 고용에 의한 업무 대체성 유무’, ‘⑥-1 비품·원자재나 작업도구 등 소유 여부; ⑥-2 이윤 창출과 손실 초래 등 위험 부담 여부’, ‘⑦ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지’ 징표를 통해 확인하고자 하는 사업의 독립성을 뜻한다.⁵²⁾

한편 최영호 교수(2001)에 따르면 조직적 종속성은 노무공급자에게 광범위한 업무재량이 부여되는 경우에도 전체로서 그 노동력이 사업 운영에 기구적으로 편입·통합되고 있는 상태를 포착하는 개념이다. 조직적 종속성은 제공되는 노무가 당해 사업 운영에 불가결하거나 상시 필요한 경우에 인정되는 종속성이며, 그 판단기준으로는, (1) 공급되는 노무가 당해 사업에서 차지하는 중요성의 정도, (2) 당해 사업 내 다른 노무와의 관련성의 정도를 들 수 있다. 예를 들어 의료사업에서의 간호사 노무와 같

occupation, or business of the same nature as that involved in the work performed.

52) 세 가지 종속성이 모두 근로자의 개념요소로 설치된 남아프리카공화국 노동항소법원의 판례로서 *State Information Technology Agency (Pty) Ltd v. Commission for Conciliation, Mediation & Arbitration & others* 2008(7) BLLR 611 (LAC), p.12.

이 당해 사업 운영에 본질적이거나 중요한 경우, 팀 작업의 일부를 구성할 때처럼 다른 노무와의 관련성이 높은 경우에는 비록 인적 종속성이 약한 경우에도 당해 노무의 조직적 종속성을 인정하여 그 노무에 종사하는 자를 근로자로서 보호할 수 있게 된다.⁵³⁾ 이러한 이해는 조직적 종속성을 사용자 측면에서 바라본 것이다.

또한, 최영호 교수(2001)에 따르면 넓은 의미의 경제적 의존성은 근로자가 사용자에게 대하여 경제·사회적으로 어떤 지위에 있는지를 포착하는 개념이다.⁵⁴⁾ 노무를 공급하는 자가 노동력의 판매 이외의 방식으로 소득을 얻을 수 없고, 통상 특정인에 대해서만 노무를 제공하며(전속성), 노무수령자에 비해 교섭력이 약하여 사실상 사용자가 일방적으로 결정하는 계약조건을 수용할 수밖에 없고(의사결정에서의 종속), 항상 해고에 따른 실업의 위협에 노출되고 있는 등의 경제·사회적 상황에 처한 경우 인정되는 종속성을 말한다.⁵⁵⁾

결국 AB-5 법률은 세 가지 속성 중 어느 하나만 있어도 근로자라는 것을 말하고 있는 것이며, 이는 대부분 국가의 노동법제에서 근로자(employee)의 핵심표지로서 인정되던 지시권, 통제, 혹은 인적 종속성의 우위성을 포기한 것과 같은 효과를 갖는다. 다시 말해 인적 종속성 없이 경제적 의존성만 있거나 아니면 조직적 종속성만 있어도 근로자로 인정받을 수 있다는 뜻이다. 이는 진성 근로자를 - 지시권 유무를 기준으로 - 먼저 정하고 나머지 잔여 그룹을 자영업자로 인식한 후 (다음 장에서 살필) 경제적 의존성의 정도가 상당한 집단을 따로 추려 부분적 보호를 제공하려는 접근과

53) 최영호(2001), 「특수고용형태 노무공급자의 근로자성 판단기준 - 판례법리의 검토를 중심으로」, 『특수고용노동자에 대한 법원·노동위원회 판결(정)의 문제점 토론회 자료집』, 비정규노동자 기본권보장과 차별철폐를 위한 공동대책위원회, p.8.

54) 최영호 교수(2001)는 ‘경제적 종속성’이라는 표현을 사용하나 본 연구는 아래에서 설명하겠지만 (법적) 경제적 종속성과 경제적 의존성을 구별하기에 ‘의존성’으로 바꿔 썼다.

55) 최영호(2001), 「특수고용형태 노무공급자의 근로자성 판단기준 - 판례법리의 검토를 중심으로」, 『특수고용노동자에 대한 법원·노동위원회 판결(정)의 문제점 토론회 자료집』, 비정규노동자 기본권보장과 차별철폐를 위한 공동대책위원회, p.8.

정반대의 접근이다. AB-5 법은 먼저 진성 자영업자를 추리고 나머지 전부를 근로자로 간주한다고 규정하고 있기 때문이다. 이는 단지 입증책임의 전환 못지않게 중요한 변화라고 할 수 있다.⁵⁶⁾

제5절 대안의 모색

1. ‘사용종속관계’ 개념의 폐기와 인(격)적 종속성 개념으로의 대체 및 법해석론에의 수용

이 연구는, 포괄하는 의미가 너무 다양다종하여 개념어로서 한정적 기능을 수행하지도 못하여 명확한 의미를 갖지 못하는 판례의 ‘사용종속성’ 개념을 폐기하고, 이를 인(격)적 종속으로 바꾸는 것이 타당하다고 생각한다. 다만 인적 종속성 개념이 노동법 이론의 차원, 즉 법해석론의 메타 차원이 아닌 법해석론 차원에서 무분별하게 사용되는 것은 주의를 요한다. 그럼에도 불구하고 인(격)적 종속성이 대부분의 국가에서 고용계약/근로계약(contract of employment)의 이론적 기초와 그에 대한(노동법을 통한) 국가 개입의 정당성을 확보해주는 개념으로 유용하게 사용되었다는 점, 그리고 여전히 노동관계의 본질적 특성을 포착하는 고유한 가치를 지닌 개념이라는 점에서 그 전면적 폐기나 중심적 지위를 흔드는 것에 대해서는 비판적이다. 문제는 인(격)적 종속성만 유일하게 사용되는 것이기 때문이다.

다만 실정법 해석론 차원에서는 인적 종속성이라는 용어보다는 지시권 또는 지휘·감독권에 대한 구속이라는 개념으로 대체하는 것이 오해를

56) 고용상 지위 관련 분쟁에서 근로자임을 부정하는 사용자에게 증명책임을 지우는 입증책임의 전환은 이미 다른 국가에서도 도입되었다. 예를 들어 그리스, 헝가리, 이탈리아, 사우디 아라비아, 벨기에가 이미 유사한 제도를 가지고 있으며 캐나다도 곧 도입할 것으로 알려져 있다. OECD(2019), “Policy Responses to New Forms of Work”, OECD Publishing, p.25 참조.

줄일 수 있어 사용이 권장된다. 인(격)적 종속성은 지시권이 초래하는 규범적으로 부정적인 상황을 지칭하는 개념으로, 그것을 해소 내지 완화하는 것을 노동법의 이념적·정책적 목적으로 삼아 노동법을 설계(입법·개정)하거나, 「민법」 제103조 일반조항처럼 분쟁을 해결하는 법해석 최후의 보충적 근거로 활용되는 것이 타당해 보인다. 지시권에의 구속은 ‘사용종속관계’라는 개념에서 도출되는 것이 아니라 계속적 근로의 제공이라는 관련 법률의 범문에 근거하여 해석을 통해 도출될 수 있다. “직업의 의미에서 행하는 인간활동” 또는 “생존의 필요성을 충족시키는 경제활동” 그리고 근로를 제공한다는 의미는 곧 “근로자가 사용자의 희망하는 바에 따라 전인격체 스스로 일을 하는 것”이고 다시 말해 “사용자가 지시하는 시간과 장소 그리고 방법 등에 따라 근로를 제공하는 것”이며 이것이 근로관계의 본질이라고 할 수 있다. 노동력 자체의 제공이라는 상황은 지시권의 존재와 행사를 필연적으로 정당화하고 여기에 (일회적 근로제공이 아닌) 계속적 관계로서 근로관계는 근로제공의 시간, 장소, 방법을 유동적으로 만들 수밖에 없어 역시 지시권 존재 및 행사를 정당하는 근거가 될 수 있다.⁵⁷⁾

2. 노무제공자의 취약성 개념과 상호관계

본 연구는 근로자성 논의 혹은 노동법의 인적 적용범위 논의에서 거론되는 여러 ‘종속성’의 역할과 상호관계를 노동법의 목적과 결부시켜 논의해야 한다고 생각한다. 노동법은 여러 가지 목적을 추구하고 있는데, 각 목적은 노무제공자가 노동관계 속에서 겪는 다양한 취약성을 해소 또는 완화하는 것이다. 그리고 근로자의 개념표지로 흔히 거론되는 인(격)적 종속성(subordination)이나 경제적 의존성(dependence)은 이러한 취약성을 개념화한 것으로, 그에 대응하는 개별 노동법 규범의 인적 적용범위를 획정하는 역할을 수행한다. 이 연구는 노동관계의 속성을 크게 3개, ① 법적 종속성, ② 경제적 의존성, ③ 조직적 종속성으로 나누고, 각 속성은

57) 박종희(2003), 「근로기준법상 근로자개념 - 근로기준법의 적용확대와 선별적용과 관련하여」, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회, pp.95~101.

다시 두 가지로 구분된다. 법적 종속성은 ①-1 법적 인(격)적 종속성과 ①-2 법적 경제적 종속성으로 나누어진다. 경제적 의존성은 ②-1 교섭력의 비대칭성에서 비롯되는 계약내용의 불공정성과 ②-2 인간존엄을 유지할 수 없는 수준의 노무제공 조건이라는 결과로 세분된다. 조직적 종속성은 ③-1 사용자 측면에서 바라본 것과 ③-2 노무제공자 측면에서 드러나는 속성으로 구별된다. 이렇게 이해한 총 여섯 가지의 속성 중 법적 종속성과 경제적 의존성에 속하는 4개의 속성은 규범적으로 부정적 평가를 내릴 수 있는 취약성으로 평가할 수 있는 반면, 조직적 종속성은 규범적으로는 중립적인 것으로 그 자체로 취약성이라 볼 수 없으나, 그것의 존재가 위 취약성을 징표할 수 있는 도구로서의 성질을 갖는다. 이하에서는 각 개념을 차례로 검토한다.

첫째, ①-1 법적 인(격)적 종속성이란 근로자 집단의 주된 취약성을 말하는 것인데, 근로자가 자신의 인격과 분리될 수 없는 노동력 그 자체를 사용자의 지시/처분하에 맡겨놓는 상황을 지칭하는 개념이다. 이는 계속적 채권관계이면서 형성권인 지시권이 내재된 근로계약관계의 특성상 본질적인 것이고 불가피한 것이다. 그러나 근로자의 인격권 침해 및 민주성 결핍의 위험이 상존하기 때문에 규범적으로 부정적인 평가를 받을 수밖에 없어 노동법의 개입을 정당화하는 근거가 된다. 한편 이 근로관계 속 근로자의 처지를 경제적 측면에서 보더라도 취약성이 발견된다. 원칙적으로 근로자는 약정한 기간/시간 동안에는 자신의 노동력을 사용자가 사용할 수 있도록 대기시켜 놓아야 하는 계약상 의무를 부담하는데, 이는 동 기간/시간 동안 해당 노동력을 근로자가 자신의 경제적 이익을 위해 자유롭게 처분할 수 있는 기회를 법적으로 상실하는 것을 의미하기 때문이다. 이 연구에서는 이러한 취약성을 아래에서 다시 볼 경제적 의존성과 구별되는 ‘법적 경제적 종속성’으로 개념화했다(①-2). 법적 경제적 종속성은 이윤추구의 기회 상실이라는 부정적 측면도 있지만 동시에 경영위험의 회피, 즉 시장위험으로 인해 소득이 상실될 수 있는 위험으로부터 자유롭다는 특징도 갖는다.

둘째, 경제적 의존성을 법적 인(격)적 종속성과 대등하지만 그 평면을 달리하는 근로자/노무제공자의 취약성으로 이해했다. 경제적 의존성은

근로자/노무제공자가 놓여 있는 넓은 사회경제 구조라는 맥락을 함께 살피는데 주로 결과적으로 불공정한 계약내용이 형성될 수밖에 없는 조건에 관심을 기울인다. 다시 말해 경제적 의존성은 노무를 공급하는 자가 노동력의 판매 이외의 방식으로서는 소득을 얻을 수 없고, 통상 특정인에 대해서만 노무를 제공하면서(전속성) 그로부터 얻는 소득이 생계유지에 필요한 소득의 주된 부분을 구성하며, 그 결과 노무이용자(사용자)에 비해 교섭력이 약하여 사실상 사용자가 일방적으로 결정하는 계약조건을 수용할 수밖에 없고(계약 내용의 불공정성), 계약 해지 등에 따른 실직의 위협에 노출되고 있는 등의 경제·사회·심리적 취약함을 포착한 개념이다. 즉 사회경제적 측면의 계약 외적 환경(교섭력의 비대칭성)에서 비롯되는 불공정한 계약내용(②-1)) 및/또는 인간으로서 최저수준의 건강과 생활조차 유지하기 어려운 열악한 계약의 결과(②-2)에 주목한다. 이러한 측면에서 개인 대 개인의 법률관계의 계약 이행 국면에 천착하는 법적(격)적/경제적 종속성을 경제적 의존성과 구별할 수 있을 것이며, 전자를 미시적 취약성으로, 후자를 거시적 취약성으로 이해할 수 있을 것이다.

셋째, 최근 학술문헌에서 빈번하게 거론되는 사업편입성 혹은 조직적 종속성은 근로자/노무제공자의 노동 공급이 사용자/노무이용자의 사업수행에 필수적 부분이라는 의미(사용자의 측면: ③-1)와 해당 취업자가 제공하는 노동이 그 자체로 시장에서 하나의 독자적 경제적 가치를 가진 사업으로서 독립적으로 거래될 수 없다는 의미(노무제공자 측면: ③-2)가 있다. 즉 이는 개별 사안의 구체적인 노동/서비스가 사용자 사업의 한 구성요소로 취급되어야 할지 아니면 노무제공자의 독자적 사업 자체로 취급할지에 대한 문제로 노무제공자의 ‘사업자성(의 결여)’을 판단하는 기준이 된다. 이 연구는 사업편입성/조직적 종속성의 존재를 법적 종속성과 경제적 의존성의 존재를 각각 추단할 수 있는 요인으로 이해하며 판례에서 그렇게 활용되어야 할 것을 주문했다. 즉 조직적 종속성/사업편입성의 사용자 측면과 노무제공자 측면의 사실을 입증함으로써 각각 사용자의 지휘·감독권 행사(의 강력한 유인)의 존재(①-1)⁵⁸⁾와 해당 노무제공자

58) 이러한 측면을 지적하는 판례로서 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다42745 판결 참조: “피고는 한국전력으로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달

의 경제적 의존성의 존재(교섭력의 비대칭성에서 비롯된 계약내용의 불공정성, ②-1)를 추정하게 한다는 것이다. 이러한 관계를 소송법적으로 설명하면 소송당사자 일방이 간접사실인 조직적 종속성(③-1 및/또는 ③-2)을 입증하였을 때 법원이 경험칙을 적용하여 주요 사실인 법적 인적 종속성(①-1) 또는 경제적 의존성(②-1)의 존재를 인정하는 것이다.⁵⁹⁾ 이 때 사용자(로 주장되는) 측은 이 추정을 번복하기 위해 반대사실을 본증으로 증명, 즉 법적 인적 종속성(①-1) 또는 경제적 의존성(②-1)의 부존재를 입증함으로써 예컨대 현재 「근로기준법」상 근로자성이 인정되거나 「노동조합법」상 근로자성이 인정되는 것을 저지할 수 있다. 이러한 측면·한도에서 이른바 근로자성 등에 있어서의 입증책임 전환 효과를 가져올 수 있다.

3. 노동법의 목적으로서 노무제공자의 취약성 해소·완화 혹은 기본권의 보장

이 연구는 노동관계에서 발견되는 취약성, 즉 법적 종속성과 경제적 의존성의 해소/완화를 목적으로 삼는 개별 법의 총합을 노동법(관련 사회보장법을 포함한 넓은 의미)으로 이해한다. 이때 사업편입성은 그 자체로서

등의 업무를 위탁받아 이를 그대로 위탁원들에게 위탁한 것이어서 그들이 담당한 검침과 송달 등의 **업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무**라 할 수 있으므로, 피고로서는 적절한 업무수행을 보장하기 위하여 위탁원들의 업무에 대하여 **상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다**고 할 수 있다. 실제 위탁원들이 피고로부터 업무를 배정받은 후 검침과 송달 등의 업무를 수행한 과정 등에 비추어 보면 피고가 위탁계약에 따라 제공받는 노무의 품질 등이 일정한 수준에 맞도록 요구하는 방법으로 위탁계약에 기하여 위탁원들의 업무에 대하여 일반적이고 추상적인 지시 등을 하는 것에서 더 나아가 상당한 지휘·감독을 하였을 가능성이 있다.” (강조와 밑줄은 필자)

59) 호문혁(2009), 『민사소송법』, 법문사, p.485. 이러한 추정력을 한층 더 밀고 나가 표현증명으로까지 주장할 수도 있다. 즉 조직적 종속성과 법적 인적 종속성 또는 경제적 의존성(불공정) 간의 관계를 ‘고도의 개연성이 있는 경험칙’으로 파악할 수 있는데, 이는 마치 차량이 인도로 진입하였다면 운전자의 과실을 인정할 수 있고, 환자의 뱃속에 의료도구가 발견되면 수술의사의 과실이 인정할 수 있는 것과 같은 것이다(위의 책, p.486). 이 문제에 대한 보다 정교한 분석은 후속과제로 남겨둔다.

는 취약성을 내포하지 않으나 그것이 법적 종속성 및/또는 경제적 의존성 추정/징표할 수 있다는 점에서 유용한 도구개념으로 활용될 수 있다. 따라서 노동법 내 개별 노동법(규정)은 각 취약성에 대응하는 인적 집단을 보호하기 위한 법이 된다. 또한, 개별 노무제공자는 그가 지니고 있는 구체적 취약성에 상응하는 노동법(규정)의 적용을 받는다. 예컨대 전통적인 근로자에 해당한다면 모든 속성을 다 가지고 있으므로 모든 노동법이 적용되겠지만, 경제적 의존성만을 가지고 있는 취업자에게는 경제적 의존성의 해소/완화를 목적으로 하는 노동법(규정)만이 적용될 것이다.

한편 취약성의 해소/완화 또는 그러한 인적 집단을 보호한다는 것은 그들의 인권 또는 헌법상 기본권을 보장한다는 것을 뜻하며, 이는 다시 이를 구체화한 법률상 권리를 창설하고 책임 있는 상대방에게 그 권리에 대응하는 법률상 의무를 부과한다는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 노동법의 헌법적 근거로 근로자/노무제공자의 기본권/인권 보장을 들기도 하는데, 여기서의 관련 기본권(인권)은 우리 「헌법」을 기준으로 제32조와 제33조를 필두로 기타 「헌법」 제10조 등 여러 조항에 근거하는 기본권을 말하는 것으로, 이론적으로 살펴보면 다음의 세 가지 종류로 나눌 수 있다.

첫째, 자유권이다. 이는 개인과 개인의 인격적 측면에 주목하며 계약 이행 단계에서 사용자가 근로계약 등에 기초해 행사하는 권리를 적정하게 제한하려는 노동법이 이 자유권을 실현하는 것이 된다. 이에 대응하는 취약성은 법적 인적 종속성(①-1)이다. 둘째, 사회권적 기능을 하는 자유권이다. 이는 시장의 공정성을 염두에 둔 것으로 계약 체결 단계, 즉 계약 조건 형성과정 및 그 결과에 있어서 지켜져야 하는 공정의 가치에 천착한다. 이와 관련되는 취약성은 법적 경제적 종속성(①-2)과 경제적 의존성(불공정성, ②-1)이다. 셋째는, 사회적 기본권으로 생존권의 성격을 강하게 띤다. 노동의 결과, 계약조건의 결과에 초점을 두고 노무제공자의 인간적 생활을 가능하게 하는 최소한의 물질적 조건을 보장하는 데 관심을 둔다. 따라서 이와 연결되는 취약성은 경제적 의존성의 두 번째 측면이다(②-2). 다시 반복하지만 조직적 종속성/사업편입성은 노동관계의 주요 속성이기는 하나 취약성은 아니기에 성질상 그것의 해소/완화를 목적으로 하는 기본권을 찾을 수는 없다.

제4장에서 상세하게 검토하겠지만 임금 관련 노동법을 예로 들어 간단히 설명하면 「헌법」 제33조의 노동 3권 실현을 위한 노동조합법의 단체 교섭제도는, 근로자/노무제공자의 사용자에 대한 교섭력의 비대칭성 때문에 불공정한 임금을 받을 수 있는 취약성(②-1)을 해결하기 위한 것이다. 또한, 시장 내 인간의 노동(력)에 대한 최소가치로서의 의미(②-1)와 근로자의 최소한의 인간다운 생활을 유지하기 위한 최저생계비(②-2)로서의 의미를 둘 다 가지고 있는 현행 최저임금제도(헌법 제32조 제1항)는 경제적 의존성이 갖는 이중적 의미 모두를 위한 것이기도 하다.

제 3 장

비교법적 상세 검토 : 영국 노동법의 3분법 논의와 임금규범

제1절 영국 노동법이 상정하는 인적 범주 세 가지

1. 논의의 배경과 의미

사회보험법을 제외한 좁은 의미에서의 영국 노동법은 3분법을 취하고 있다. 즉 근로자(employee)와 자영업자(self-employed) 사이에 ‘노무제공자(limb (b) worker)’라는 중간적 성격의 범주를 설정해 노동관계법의 일부(규정)를 적용함으로써 부분적 보호를 도모한다. 앞서 검토한 2018년 학습지 교사 판결 이래 우리도 「노동조합법」상 근로자 개념을 「근로기준법」상 근로자 개념보다 넓게 이해하기 때문에 – 굳이 사회보험법의 ‘특수형태근로종사자’나 ‘노무제공자’를 말하지 않더라도 – 우리 노동법도 이미 중간범주를 가지고 있다고 할 수 있다. 집단적 노사관계법의 인적 적용범위를 개별적 근로관계법과 상이하게 정하고 있는 것은 영국도 마찬가지다. 「(통합)노동조합및노동관계법」(Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992) 규정 대부분은 노무제공자(limb (b) worker)에 계도 적용되기 때문이다.⁶⁰⁾

60) 남궁준(2019), 「기술진보와 노동법」, 전병유 외, 『기술 및 인구구조 변화에 따른 노동시장 정책과제』, 재정전문가네트워크, 한국조세재정연구원, p.176; 정홍준 외(2019), 「배달업 종사자 현황 실태파악 및 보호방안 연구」, 한국노동연구원(고용

그러나 영국은 상당히 많은 개별법(규정)이 중간범주에게도 적용된다. 예컨대 우리 「근로기준법」에 대응되는 「고용권법」(Employment Rights Act 1996)의 임금 관련 일부 규정이 그렇고, 최저임금, 근로시간, 차별금지 관련 제정법 등은 노무제공자(limb (b) worker)에게도 전면 적용된다는 점에서 우리와 상당한 차이를 보인다. 이러한 노동법제를 보유한 영국에서는 전통적 형태의 의존적 자영업자(dependent contractor: 우리 식으로는 특고)는 물론 최근 등장한 플랫폼 종사자('gig worker')에게 혹은 그들이 조직한 노동조합에게 해당 노동관계법령이 적용될 수 있는지를 두고, 더 정확히 말하면 그들의 법적 지위가 노무제공자(limb (b) worker)에 해당하는지를 두고 고용심판소, 중앙중재위원회, 법원 등에서 쟁송이 이루어졌다(예: 우버, 딜리버루, Pimlico Plumbers 사건). 이는 관련된 많은 학술연구 및 입법정책 논의를 촉발하는 계기가 되었다.⁶¹⁾

영국 노동법상 노무제공자(limb (b) worker)의 실체적 개념범위는 우리의 「근로기준법」상 근로자보다 넓고, '근로자'(노동조합), '특수형태근로종사자'(산재보험) 또는 '노무제공자'(고용보험)와 유사한 측면이 있다. 따라서 영국의 노무제공자(limb (b) worker) 개념 관련 논의는 우리의 근로자성 혹은 노동법의 인적 적용범위 논쟁에 시사점을 줄 수 있다. 최근 우리 노동법과 (고용 관련) 사회보장법의 인적 적용범위가 - 종종 「근로기준법」상 근로자 정의(定義) 규정과의 명시적 연동에도 불구하고 - 개별 법령의 목적과 실제적 적용 가능성을 고려해 (묵시적으로) 유연하게 해석되거나 혹은 그러한 방향으로의 입법정책이 적극적으로 고려되는 점을 감안할 때, 영국의 제도와 논의는 우리에게 유용한 참고가 될 수 있다. 동시에 영국의 근로자(employee) 아닌 노무제공자, 즉 'limb (b) worker'에게도 부여되는 개별적 노동보호법상 임금 관련 권리가 무엇인지 살펴보는 것도, 「근로기준법」상 근로자가 아닌 취업자/노무제공자에게도 (그 원리 또는 성질상) 확대적용할 수 있는 임금 관련 국내 노동법 규범을 파악하려는 본 연구에 직접적인 시사점을 줄 수 있다.

노동부 정책연구용역, p.128.

61) 남궁준(2019), 「기술진보와 노동법」, p.176; 정홍준 외(2019), 「배달업 종사자 현황 실태파악 및 보호방안 연구」, p.128.

2. 근로자, 노무제공자, 자영업자⁶²⁾

우리 「근로기준법」이 근로자 개념을 (비록 추상적이지만) 적극적으로 정의하는데 비해 영국 고용권법 제230조 제1항은 “근로자(employee)”를 “고용계약(contract of employment)을 체결한 자 또는 고용계약에 근거해 근로하는 (고용이 종료된 경우에는 고용계약에 기초해 근로했던) 자”로 정의한다.⁶³⁾ 따라서 근로자가 누구지 알기 위해서는 고용계약이 무엇인지를 먼저 밝혀야 한다. 동조 제2항은 고용계약을 “명시적이거나 묵시적으로, 구두 혹은 서면인지를 불문하고 체결된 직무계약(contract of service) 또는 도제계약(contract of apprenticeship)”이라고 규정한다.⁶⁴⁾ 결국 영국의 실정법은 근로자와 고용계약에 대한 실체적 개념정의를 전적으로 판례에 맡기고 있다.⁶⁵⁾ 이는 제정법(statutory law)인 고용권법상 고용계약 개념을 법원이 판례법, 즉 커먼로(common law)를 통해 오랫동안 구축해 온 고용계약 개념으로 대체하는 결과를 가져왔다.

한편 고용권법 제230조 제3항은 ‘노무제공자(worker)’ 개념을 정의하는데, 크게 두 유형으로 나누고 있다. 노무제공자의 첫 번째 유형(a)은 근로자로서 고용계약을 체결하였거나 고용계약에 따라 근로하는 자이다. 두 번째 유형(b)은 고용계약이 아닌 다른 계약을 체결했거나 이에 근거해 일하는 사람인데(즉 employee가 아님), 여기서 말하는 계약이란 ① 계약 상대방이 노무제공자의 전문직업(profession) 또는 사업체(business)의 의뢰인(client) 혹은 고객(customer)이 아니고, ② 그 상대방을 위해 노무제공자 자신이 직접 노무(work) 또는 직무(service)를 제공하기로 하는 계약을 말한다.⁶⁶⁾ 즉 고용권법 제230조 제3항의 ‘노무제공자(worker)’는 근

62) 이하의(2.) 내용은 남궁준(2019), 「기술진보와 노동법」, pp.177~179 및 정홍준 외(2019), 「배달업 종사자 현황 실태파악 및 보호방안 연구」, pp.132~134를 수정·보완·가필하며 인용한 것으로(인용된 법령 등이 갖는 정보로서의 가치를 고려해 피인용 문헌 원주 대부분을 유지함) 본 연구의 이후 논의 전개에 필수적인 비교법 분석이다.

63) Employment Rights Act 1996(이하 ERA 1996), Sec 230(1).

64) ERA 1996, Sec 230(2).

65) 이하에서는 고용계약을 근로계약과 혼용한다.

66) ERA 1996, Sec 230(3).

로자(employee)를 당연히 포함하고(a호) 이에 더해 b호에 정의된 사람까지 아우르는 실정법상 개념이다. 따라서 이 중 근로자(a호)를 제외한 노무제공자만을 따로 지칭할 때는 - 우리 법령의 조문체계(조-항-호-목)의 “호”에 대응하는 - “limb (b) worker”라는 표현을 쓴다. 우리 말로는 “b호 노무제공자” 정도로 옮길 수 있을텐데 이하에서는 편의상 ‘limb (b) 노무제공자’라는 용어를 사용하고자 한다.

영국에서는 (우리의 경우와 달리) 중간범주인 limb (b) 노무제공자에게도 집단적 노사관계법상 권리는 물론 개별적 노동보호법상 권리도 상당수 부여되기에 limb (b) 노무제공자성을 다투는 소송의 실익이 작지 않은 편이다. 고용권법상 임금 관련 규정 일부(위법임금공제 금지 등),⁶⁷⁾ 국가 최저임금법,⁶⁸⁾ 근로시간시행령(유급연차휴가 포함),⁶⁹⁾ (차별금지와 주로 관련된) 단시간노무제공자(불이익처우금지)시행령,⁷⁰⁾ 파견노무제공자시행령⁷¹⁾ 및 평등법,⁷²⁾ 산업안전보건법⁷³⁾의 모든 혹은 대부분의 규정이 적용되기 때문이다.⁷⁴⁾ 이러한 이유로 [그림 3-1]의 빗금 부분에 해당하는 취업자, 특히 고용계약(contract of employment or service)이 아닌 일반 민·상사계약(commercial contract) 또는 노무공급계약(contract for service)을 체결한 의존적 자영업자나 플랫폼 종사자가 limb (b) 노무제공자로의 인정을 전제로 해당 법정 권리를 확인·관철하기 위한 소송이 빈번하게 이루어지고 있다.

67) ERA 1996, Sec 13: “(1) An employer shall not make a deduction from wages of a worker employed by him unless”.

68) National Minimum Wage Act 1998, Sec 1: “(2) A person qualifies for the national minimum wage if he is an individual who (a) is a worker”.

69) Working Time Regulations 1998.

70) Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000.

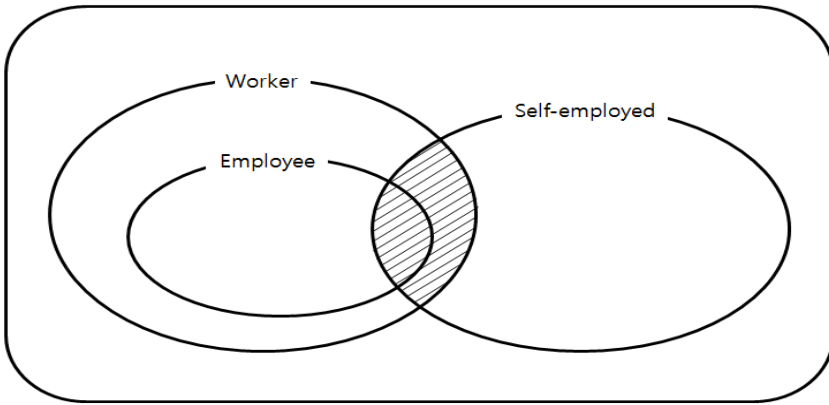
71) Agency Workers Regulations 2010.

72) Equality Act 2010.

73) Health and Safety at Work etc. Act 1974.

74) 남궁준(2017), 「영국의 현대 고용·노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석(I)」, 『국제노동브리프』 15 (11), 한국노동연구원, p.62.

[그림 3-1] 영국 노동관계법의 인적 적용대상의 범주



자료: 김근주(2017), 『영국·호주의 노무제공계약 규율체계 및 최근 동향』, 고용노동부 연구보고서, p.7.

3. 근로자(employee)와 노무제공자(limb (b) worker) 개념요소

limb (b) 노무제공자 개념은 (근로자 개념과 달리) 제정법이 직접 정의하고 있는바, 고용계약이 아닌 다른 계약에 근거해 노무제공자는 직접 노무(work)나 역무(service)를 상대방에게 제공해야 하는데, 이때 상대방은 노무제공자에 의해 수행되는 전문직업(profession) 또는 사업체(business)의 의뢰인(client)이거나 고객(customer)이어서는 안 된다. 다만 제정법이 명시한 이 요건의 의미는, 판례가 구체화하는 과정에서 독립적으로 검토되었다기보다는 - limb (b) 노무제공자가 근로자와 자영업자 사이에 위치한 인적 범주라는 점이 고려돼 - 커먼로의 근로자성 심사기준이 완화된 형태로 재구성된 경향이 있다. 따라서 판례의 전통적 근로자성 판단기준을 먼저 검토할 필요가 있다.

이에 따르면 세 가지 요건이 핵심이다.⁷⁵⁾ 첫째, 사용자가 근로자에 대해 지휘·감독권(right to direct and control)을 보유하고 행사하는가(①)이다. 둘째, 사안의 노무공급계약 당사자 사이에 ‘상호의무성(mutuality

75) 이하(3.)의 내용은 남궁준(2019), 「기술진보와 노동법」, pp.179~181 및 정홍준 외(2019), 「배달업 종사자 현황 실태파악 및 보호방안 연구」, pp.140~141을 수정·보완·가필한 것으로 본 연구의 핵심논증에 필수적인 비교법 분석이다.

of obligation)’이 존재하는가이다(②). 이는 그 정도를 잣대로 두 가지 단계로 구별할 수 있는데, 먼저 완화된 의미로는 ‘노동과 임금이 상호 교환되고 있는 관계(②-1)’를 뜻하고,⁷⁶⁾ 다른 하나는 보다 엄격한 것으로 ‘사용자는 합리적 또는 최소한의 양의 업무를 계속해서 근로자에게 제공할 의무를 지고 근로자는 이를 수령해 바로 수행해야 하는 의무를 진다(②-1)’는 것을 뜻한다. 셋째, 근로자는 자신이 직접 근로를 제공할 의무를 부담하는가(③)이다. 이 요건의 (불)충족 여부는 두 가지 경우를 나누어 판단해야 하는데, 하나는 근로자(임을 주장하는 이)가 언제든지 타인으로 하여금 자기 대신 약정된 근로(노무)를 제공하도록 할 수 있는 경우(재량권 보유: ③-1)이고, 다른 하나는 본인이 직접 근로를 제공할 수 없는 때(불능)에 한해 그렇게 할 수 있는 경우(③-2)이다.

판례는 근로자성이 인정되기 위해서는 첫째, 지휘·감독권이 있어야 하고(①); 둘째, 엄격한 의미의 상호의무성이 존재해야 하며(②-2: ②-1은 당연히 포함); 셋째, 엄격한 의미에서의 직접근로제공 의무를 부담해야 한다(③-2은 예외적으로 용인 가능)고 본다. 이에 비해 limb (b) 노무제공자성이 긍정되려면 완화된 의미에서의 상호의무성과 직접근로제공의무 요건은 일단 충족해야 한다. 다시 말해 ②-1이 있어야 하고(적극), ③-1은 없어야 한다(소극). limb (b) 노무제공자성 긍정을 위해서도 사용자의 지휘·감독권 행사가 반드시 필요한지가 문제되는데, 판례는 이를 필수요건으로 여기지는 않지만 그러한 사실이 확인될 경우 노무제공자성을 적극적으로 판단하는 경향이 있다.

한편 판례는 노무제공자 개념정의를 위해 제정법이 명시한 (적극적 요건으로서) ‘직접노무제공’과 (소극적 요건으로서) ‘계약상대방은 노무제공자에 의해 수행되는 전문직업(profession) 또는 사업체(business)의 의뢰인(client)이거나 고객(customer)이 아닐 것’을 판단하기 위해 다음의 두 사실(proxy)을 검토한다. 첫째, 사안의 노무제공자가 직접 일하는 것 자체가 해당 계약의 주된 목적인지(‘dominant purpose’ test)이다. 만약 그렇다면 사안의 취업자는 근로자이거나 limb (b) 노무제공자로 보는 것이 타당하겠으나, 직접근로/노무제공 자체보다는 약정된 결과 달성이 중요

76) 완화된 의무의 상호의무성은 우리 계약법상 쌍무계약성과 유사할 것으로 보인다.

한 계약이라면 근로자는 물론 limb (b) 노무제공자로도 인정되기 어려울 것이다. 둘째, ‘사업편입성(integration)’ 심사인데 사안의 취업자가 독립적으로 자신의 사업을 하는 것인지, 아니면 타인의 사업을 위해 (사업운영에 중요한) 업무를 수행하는 것인지 구별하는 것이다. 전자로 판단되면 노무제공자성이 부정될 것이고 후자라면 인정될 것이다.

판례가 살피는 추가 요소로는 다음과 같은 것들이 있다. 사안의 취업자가 ㉠ 자본투자를 하고 손실 위험을 부담하는가; ㉡ 고용소득자(employed earner)로서 소득세와 국민보험료(National Insurance contribution)을 납부하는가 아니면 자신의 서비스 제공에 따른 부가가치세를 납부하는가; ㉢ 노무수령자(사용자)가 업무수행에 필요한 복장, 자재, 도구 등을 제공하는가; ㉣ 임금(월급, 주급 등)을 받는가 아니면 수수료나 커미션 등을 받는가; ㉤ 회사의 징계/고충처리 절차에 따라야 하는가.

〈표 3-1〉 영국 노동관계법상 근로자와 노무제공자의 개념표지

				근로자	노무제공자	독립사업자	
계약의 형식이 아닌 관계의 실질을 중심으로 판단(Sham test)							
기본원칙: 아래 세 가지 필수요건에 더해 다양한 요소들을 종합적으로 고려해서 판단							
3 필 수 요 건	① 지휘·통제권(control)			○	△	×	
	② 상호의무성 (mutuality of obligation)		완화(단순 노동-임금 교환: 쌍무성)		○	×	
			엄격(使: 지속적 업무부여 + 勞: 상시준비상태)	○			
	③ 직접노무 제공의무 (Personal Work)	주된 목적		○	△	×	
		편입성		○	○	×	
		대체 근로	임의로 대체할 수 있을 때(unwilling)		×		×
			직접 근로가 불가능할 때(unable)		○		

자료: 남궁준(2019), 「기술진보와 노동법」, 전병유 외, 『기술 및 인구구조 변화에 따른 노동시장 정책과제』, 재정전문가네트워크, 한국조세재정연구원, p.172.

제2절 인적 적용대상별 노동법상 권리⁷⁷⁾

1. 근로자, 노무제공자, 자영업자와 노동법상 권리

아래의 <표 3-2>는 각 인적 범주에 따라 부여되는 주요 노동법상 권리를 정리해 상호비교한 것이다.

<표 3-2> 인적 집단에 따라 선별적으로 적용되는 영국 노동관계법

법령		권리/보호	근로자	노무 제공자	자영업자
고 용 권 법	제1장	근로조건 상세(임금항목) 서면 교부	○	○	×
	제2장	위법한 임금공제 금지 규정	○	○	×
	제4장A	공익제공자 보호	○	○	△
	제8장A	유연근로를 요구할 수 있는 권리	○	×	×
	제9장	해고예고	○	×	×
	제10장 1절	불공정 해고를 당하지 않을 권리	○	×	×
	제10장 2절	해고보상금(2년 근속 이후)	○	×	×
사회보장수당·급여		법정 병가급여 청구권	○	×	×
노동조합법		단결권, 단체교섭권, 쟁의행위권	○	○	×
최저임금법		법정 최저임금 수령권	○	○	×
근로시간시행령		정기적 휴식(일간·주간), 연차휴가권	○	○	×
단시간·파견시행령		불이익 처우를 받지 않을 권리	○	○	×
고용관계법		징계·고충처리 절차 참여권	○	○	×
평등법		고용·기타 계약관계하 차별금지	○	○	△
산업안전보건법		건강, 안전, 복지를 보장받을 권리	○	○	○

자료: 김근주(2017), 『영국·호주의 노무제공계약 규율체계 및 최근 동향』, 고용노동부 연구보고서, p.9를 활용하여 수정.

77) 이하(제2절)의 내용은 정홍준 외(2019), 「배달업 종사자 현황 실태파악 및 보호방안 연구」, pp.134~139의 관련 부분을 발췌·수정·가필하였으며 원문의 각주가 법령 등의 정보를 담고 있어 가급적 그대로 유지하였다.

2. limb (b) 노무제공자와 임금 관련 노동법상 권리

가. 근로조건 상세 서면·항목별 급여명세서 제공 청구권⁷⁸⁾

사용자는 계약 시작일 노무제공자에게 주요 노무제공 조건을 명시한 서면을 교부해야 한다.⁷⁹⁾ 서면에 포함되어야 하는 사항은 사용자·노무제공자의 성명, 계약의 시기(始期), 임금률과 임금산정 방법·지급주기(주급, 월급 혹은 기타), 소정근로시간, 휴가·휴일, 상병으로 노무제공이 불가능한 조건(병가 포함), 연금, 복리후생급여, 해고예고기간, 직무명칭 또는 직무기술서, (기간의 정함이 있는 경우) 계약기간 또는 계약의 종기(終期), 시용기간과 조건, 근무지, 적용되는 단체협약, (1개월 이상 해외근무를 해야 하는 경우) 해외근무지·기간·지급되는 통화·추가수당, 징계절차⁸⁰⁾ 등이 있다. 노무제공자는 임금지급시 혹은 그 전에(계약 또는 노무제공 시작일 아님에 주의) 항목별 급여명세서의 교부를 사용자에게 청구할 수 있다.⁸¹⁾ 이 명세서는 임금총액, 공제 항목과 그 금액, 공제 후 임금액 등이 기술되어야 한다.⁸²⁾

나. 위법한 임금공제 금지 규정

노무제공자는 위법한 혹은 승인되지 않은(unauthorised) 임금 공제를 당하지 않는다. 실제로 지급한 임금액수가 지급해야 할 임금의 총액에 미치지 못하는 경우 공제가 있다고 간주된다.⁸³⁾ 사용자는 제정법 규정에 따라 의무가 있거나 사전에 노무제공자(근로자)로부터 서면동의를 받지 않

78) 2019년 전에는 근로조건 상세 서면과 항목별 급여명세서의 교부를 요구할 수 있는 권리(혹은 사용자의 의무)는 근로자에게만 부여되었다. 따라서 당시까지 limb (b) 노무제공자는 이러한 권리를 향유하지 못했으나 2018년 이래 법개정을 통해 확장되었다.

79) ERA 1996, Sec 1.

80) ERA 1996, Sec 3.

81) ERA 1996, Sec 8(1).

82) ERA 1996, Sec 8(2).

83) ERA 1996, Sec 13(3).

고는 공제를 할 수 없는 것이 원칙이다.⁸⁴⁾ 다만 예외적으로 공제가 허용되는 경우가 있는데 사용자가 착오로 임금 또는 비용을 초과지급한 후 다음 기 임금 지급 시 이루어진 감액,⁸⁵⁾ 징계로써 이루어진 감액,⁸⁶⁾ 제정법상 사용자에게 부과된 의무로서 공적 기관의 결정에 따라 지급하기 위해 이루어진 감액,⁸⁷⁾ 파업 등 쟁의행위로 인한 감액,⁸⁸⁾ 법원 또는 심판소의 명령에 의한 감액 등은 여기서 말하는 공제에 해당하지 않는다.⁸⁹⁾ 한편 소매업에서 현금거래 업무에 종사하는 노무제공자의 부정직 또는 노무제공자 측의 행위나 계약상 그의 책임으로 돌려야 하는 사건으로 인해 현금 부족이 발생한 경우 해당 행위/사건이 있던 날 지급되어야 할 임금 총액의 1/10 이내의 금액을 공제할 수 있다.⁹⁰⁾

다. 최저임금

국가최저임금법의 원칙적인 인적 적용대상은 노무제공자이다. 따라서 limb (b) 노무제공자도 동 법률상 모든 권리를 근로자와 동일하게 보장받는다. 영국 정부는 최저임금위원회의 자문을 받아 매년 10월경 최저임금을 결정해 부령을 통해 공표하고 다음 해 4월부터 적용한다. 최저임금은 시간당 임금으로 표시되며 연령 및 수습 여부에 따라 총 5개의 범주로 나누어 금액이 차등 적용된다.⁹¹⁾ 최저임금 지급을 위해서는 원칙적으로 먼저 노무제공자가 근로한 총 시간을 산정해야 한다. 지급방법과 관련해 최저임금법 시행령은 4가지 노무제공 형태를 예정하고 있다: ① 1년간 최저근로시간이 확정되어 있는 봉급제 노무제공(salaried-hours work);⁹²⁾ ② 정해진 시간을 모두 일하는 것을 전제로 하되: ②-1 일한 시간만을 기준

84) ERA 1996, Sec 13(1).

85) ERA 1996, Sec 14(1).

86) ERA 1996, Sec 14(2).

87) ERA 1996, Sec 14(3).

88) ERA 1996, Sec 14(5).

89) ERA 1996, Sec 14(6).

90) ERA 1996, Secs 17-18.

91) The National Minimum Wage (Amendment) Regulations 2021.

92) The National Minimum Wage Regulations 2015, regs 21-29.

으로, ②-2 해당 시간 안에 이루어진 생산량(산출량)을 기준으로, 혹은 ②-3 해당 시간 안에 사전에 정한 생산량을 달성하지 못한 경우에만 해당 시간을 기준으로 임금지급이 이루어지는 노무제공 형태(time work);⁹³⁾ ③ 실제 일한 시간과 무관하게 만들어진 상품 혹은 처리된 과업(task)의 수/양에 따라 임금이 지급되는 형태(output work);⁹⁴⁾ ④ 위 세 경우 중 어느 것에도 해당되지 않는 형태(unmeasured work)가 그것이다.⁹⁵⁾

노무제공자가 사용자의 처분하에 둔 노동시간은 모두 최저임금 산정의 분모에 포함되는 것이 원칙이다. 그러나 일반적인 통근, 휴게, 쟁위행위를 위한 시간, 사용자가 숙소를 제공한 경우 노무제공 시간과 구별되어 수면을 취한 시간 등은 그렇지 않다.⁹⁶⁾ 이와 관련해 최근 소송으로까지 이어진 주요 쟁점사안이 취침이 허용된 대기시간이다. 사회서비스 산업에 종사하는 간병인, 돌봄노동자는 (대체로 피간병인의 자택인) 근로장소에서 필요 시 즉각 서비스를 제공할 수 있는 상태로 대기하며 수면을 취하는데, 이 시간에 대해 최저임금이 적용되어야 하는지가 문제되었는데, 최근 영국 대법원은 최저임금법이 적용되지 않는다고 보았다.⁹⁷⁾

〈표 3-3〉 영국의 시간당 최저임금

(단위: 파운드)

	23세 이상 (국가생활 임금)	21~22세	18~20세	18세 이하	견습
21.4~22.3	8.91	8.36	6.56	4.62	4.30

자료 : <https://www.gov.uk/government/publications/the-national-minimum-wage-in-2021> (접속일 : 2021. 11. 30).

93) The National Minimum Wage Regulations 2015, regs 30-35.

94) The National Minimum Wage Regulations 2015, regs 36-43.

95) The National Minimum Wage Regulations 2015, regs 44-50.

96) 전형배(2017), 『영국노동법』, 오래, p.101.

97) [2018] EWCA Civ 1641. 이 영국 항소법원 판례에 대해서는 남궁준(2018), 「영국: 항소법원, 입주간병인의 야간근무 중 취침대기시간은 최저임금법 적용예외 대상 regs, 『국제노동브리프』 16 (8) 한국노동연구원, p.55 참조. 영국 대법원은 2021. 3. 19. 이 사건에 대한 최종 판단을 내렸다. Royal Mencap Society (Respondent) v Tomlinson-Blake (Appellant) [2021] UKSC 8.

제3절 노무제공자성이 문제된 플랫폼 노동 사례 분석

1. 우버 사건⁹⁸⁾

2016. 10. 28. 영국 고용심판소는 우버(Uber, 이하 피고)와 계약한 19명의 운전자(이하 원고)가 피고를 상대로 최저임금 및 유급연차수당 지급을 청구한 사건에서 원고의 청구를 인용했다.⁹⁹⁾ 이 사건 판결이 2021. 2. 19. 대법원에 의해 확정되기까지,¹⁰⁰⁾ 2017. 11. 10. 고용항소심판소,¹⁰¹⁾ 2018. 12. 19. 항소법원(Court of Appeal)¹⁰²⁾은 계속해서 위 청구의 전제 사실, 즉 원고가 limb (b) 노무제공자라는 것을 모두 인정하였다. 앞서 검토했듯 국가최저임금법과 근로시간시행령은 limb (b) 노무제공자가 적용대상이므로 플랫폼 종사자인 그들이 limb (b) 노무제공자 여부가 사안의 핵심 쟁점이었다. 영국의 우버 판결은 기술발전으로 인해 새롭게 등장한 취업 형태(플랫폼 노동)라는 ‘도전’에 대한 영국 노동법의 ‘응전’을 이끄는 선도적 판결로 인식된다. 다만 뒤이어 살펴볼 딜리버루(Deliveroo) 사건에서는 플랫폼 종사자(음식배달원)의 limb (b) 노무제공자성이 부정된바, 그 법적 근거와 사실관계의 차이에 대해 관심이 모아졌다.

우버 사건을 우선 살펴보면, 대법원이 주목한 쟁점은 ‘플랫폼사업자인

98) 이 단락은 대법원 판결을 중심으로 기술하였으며 각 하급심에 대해서는 남궁준(2017), 「세계노동소식 - 영국: 고용항소심판소, 우버기사를 노무제공자로 본 고용심판소 판결에 대한 항소 허가」, 『국제노동브리프』 15 (6), 한국노동연구원, pp. 77~79; 남궁준(2017), 「영국의 현대 고용·노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석(I)」, 『국제노동브리프』 15 (11), 한국노동연구원, pp. 79~81; 남궁준(2017), 「세계노동소식 - 영국: 고용항소심판소, 우버 운전사는 노무제공자라는 원심 판결 인용」, 『국제노동브리프』 15 (12), 한국노동연구원, pp. 93~94을 참조.

99) *Aslam & Others v Uber BV*, [2016] UKET/2202550/2015(28 October 2016).

100) [2021] UKSC 5, *Uber BV and others(Appellants) v Aslam and others(Respondents)*, 19 February 2021.

101) *Uber BV v Aslam & Others*, [2017] UKEAT/0056/17(10 November 2017).

102) *Uber BV, Uber London Ltd, & Uber Britania Ltd v Aslam, Farrar, Dawson & Others*, [2018] EWCA Civ 2748.

우버(피고)가 우버기사(원고)의 의뢰인 또는 고객으로 평가될 수 있는가'였다. 원고가 직접 노무제공을 해야 했다는 사실은 명백했기에 limb (b) 노무제공자성 인정을 위한 2 요건 중 전자가 논쟁의 핵심이었다. 대법원은 원고와 피고의 관계에 집중했고 여기서 (언뜻 보면 원고의 서비스를 직접 수령했다고 볼 수도 있는) 승객의 관여는 그 둘과의 관계가 결정되면 그에 따라 부수적으로 정해질 문제라고 보았다. 이러한 분석틀을 짚은 후 대법원은 사안의 승차공유 서비스 사업이 누구의 사업인지 살폈다.¹⁰³⁾ 특히 승객에게 청구된 가격의 결정권이 누구에게 있는지, 원고가 승객에게 자신만의 서비스를 개발·판매할 가능성이 있는지 검토했는데, 열쇠는 피고가 원고에 대해, 혹은 승차공유 사업 전체에 대해 행사한 '통제(control)'의 여부와 정도였다.

대법원이 특히 중요하다고 판단해 제시한 (고용심판소가 발견해 확정) 사실은 다섯 가지였다.¹⁰⁴⁾ 첫째, 서비스 가격(원고가 제공한 노무에 대한 대가)의 결정권이 전적으로 우버에게 있다는 것이었다.¹⁰⁵⁾ 둘째, 우버기사의 노무제공 조건을 규정하는 우버-우버기사 간 계약 내용을 우버가 일방적으로 결정하였다는 것이다.¹⁰⁶⁾

셋째, 우버기사는 일을 할지 말지 어디서 할지에 대해서는 선택할 수 있으나, 일단 '우버앱에 로그인'을 하고 난 이후에는 구체적 운송요청 수락에 대한 재량이 현저히 줄어든다. 운송의뢰에는 목적지 정보가 포함되어 있지 않으며 일정 비율 이하의 수락은 불이익(예: 10분간 앱 접속차단)으로 이어질 수 있기 때문이다.¹⁰⁷⁾

넷째, 우버기사가 노무를 제공하는 방식에 대한 우버의 기술적·간접적 통제다. 우버기사가 반드시 앱상의 경로를 따라 주행해야 하는 것은 아니었지만, 그렇지 않을 경우 발생할 수 있는 지연 및 요금 증가(에 대한 고객의 불만)에 대해 우버기사도 재정적 위험을 부담하기에 통제력이 있다고 볼 수 있다.¹⁰⁸⁾ 나아가 대법원은 서비스가 종료된 후 승객이 해당

103) [2021] UKSC 5, para. 92.

104) [2021] UKSC 5, para. 93.

105) [2021] UKSC 5, para. 94.

106) [2021] UKSC 5, para. 95.

107) [2021] UKSC 5, paras 96-97.

우버기사에 주는 ‘별점’, 즉 평가제도를 피고가 운용하면서 이를 원고에 대한 관리·계약종료의 내부 근거자료로 활용했다는 점을 지목하고 고용관계의 특징인 고전적 형태의 종속성(subordination)의 증거로 보았다.¹⁰⁹⁾

마지막으로 다섯째, 피고는 원고가 독립적인 사업자로서 승객과 어떠한 형태의 관계를 형성하는 것을 막기 위한 적극적 노력을 기울였다. 모든 소통은 앱을 통해서, 또 해당 운송서비스 필수적인 정보로만 제한되었다. 운임 지급, 원고에 대한 보수 지급, 우버기사와 승객 상호 간 불만 제기 등을 피고가 독점적으로 관리 및 처리하였다.¹¹⁰⁾

이와 같은 사실에 근거해 대법원은 피고가 승차공유 서비스의 전반적 과정을 통제하였으므로 원고 등 우버기사는 자신의 전문직업 또는 사업을 영위했다고 볼 수 없고, 따라서 개별 승객이 아닌 피고인 우버에게 노무를 제공한 것으로 보아야 하며 이때 피고는 원고의 사업상 고객이나 전문적 서비스를 받는 의뢰인의 지위에 있다고 볼 수 없다고 판단했다.¹¹¹⁾ 우버의 ‘표준화’된 서비스를 이용한 승객이 갖게 된 (브랜드) 충성심(loyalty)과 호감(goodwill)은 개별 우버기사가 아닌 피고를 향하는 것이며 피고가 그 이익을 누린다고 할 수 있기 때문이다.¹¹²⁾ 대법원의 보기에 이러한 시스템 속에서 원고 등 우버기사가 수입을 늘릴 수 있는 방법은 더 오래 일하고 모든 운송의뢰를 수락하는 방법뿐인데,¹¹³⁾ 이는 독립사업자의 방식이라고 보기는 어려웠다.

limb (b) 노무제공자성 인정을 전제로 최저임금 (미)지급 여부 및 액수 등을 판단하기 위해서는 원고의 노동시간(working time)을 산정하는 작업이 남아 있었다. 이때 쟁점이 된 것은 운송의뢰(‘콜’) 간 일종의 ‘대기시간’의 취급 문제였다. 플랫폼 경제/노동의 속성상 기사 입장에서 콜을 기다리는 대기시간이 동시에 다른 업체의 콜을 기다리는 대기시간으로 될 수 있기 때문이었다. 이에 대해 대법원은 해당 대기시간까지 유급처리할

108) [2021] UKSC 5, para. 98.

109) [2021] UKSC 5, para. 99.

110) [2021] UKSC 5, para. 100.

111) [2021] UKSC 5, para. 101.

112) Id.

113) Id.

수 있는 노동시간으로 볼 수 있는가에 대한 쟁점은 추상적으로 답할 수 없으며,¹¹⁴⁾ 실제 런던에서 앱 기반으로 운영되는 우버의 경쟁자로 볼 수 있는 업체가 있는지 없는지에 따라 달라질 수 있는 문제라고 보았다.¹¹⁵⁾ 다만 런던에서는 우버의 실질적 경쟁자로 볼 수 있는 플랫폼 업체가 없어 결국 우버앱에 로그인 되어 있는 전 시간(대기시간 포함)도 근로시간으로 보아야 한다고 최종 결론내렸다.¹¹⁶⁾

2. 딜리버루 사건¹¹⁷⁾

중앙중재위원회(Central Arbitration Committee)는 2017. 11. 14. 음식 배달 서비스 플랫폼 사업자인 딜리버루의 배달업 종사자(라이더)들로 구성된 노동조합이 딜리버루와의 단체교섭을 위해 승인을 요청한 사건에서 해당 라이더가 노무제공자가 아니라는 이유로 승인요청을 기각했다.¹¹⁸⁾ 영국 특유의 노동조합 승인제도와 관련된 절차법적 쟁점을 제외한다면 사안의 핵심 논점은 해당 라이더들이 limb (b) 노무제공자 정의와 거의 동일한 「(통합)노동조합 및 노동관계법」의 ‘노무제공자’에 해당하는가였는데,¹¹⁹⁾ 노무제공자로 인정을 받아야만 위 법률이 보장하는 일련의 집단적 권리를 향유할 수 있기 때문이었다. 우버 사건과 비교했을 때 딜리버루 사건에서 특히 눈여겨 볼 만한 사실관계는 다음과 같다.

- 모집 절차·과정에 있어서는 우버와 크게 다르지 않다. (면접이라는

114) [2021] UKSC 5, para. 136.

115) [2021] UKSC 5, paras 135 and 136.

116) [2021] UKSC 5, paras 134 and 137. 따라서 런던에서도 우버와 공유승차 시장을 놓고 경쟁하는 기업(예: 미국의 Lyft)이 있었다면 로그인한 모든 시간을 다 근로시간으로 간주해야 한다는 결론이 바뀔 가능성이 있다.

117) 이하(2.)의 내용은 남궁준(2019), 「기술진보와 노동법」, pp.184~185 및 정홍준 외(2019), 「배달업 종사자 현황 실태파악 및 보호방안 연구」, pp.148~150을 수정·보완·가필한 것이다.

118) *IWGB v Deliveroo*, CAC, TUR1-985(2016).

119) TULCA 1992, Sec 296(1)(b): “under any other contract whereby he undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract who is not a professional client of his”.

용어는 의식적으로 피하는 듯 보이나) 결국 전화를 통해 지원자의 적격성을 심사하고 트라이얼 세션을 통해 지원자의 자전거/오토바이/(드물게) 차량 운전 능력을 점검한다.

- 이 과정을 통과한 지원자는 딜리버루의 시설 안에서 온라인 교육프로그램을 이수한다. 여기에는 비디오 시청과 객관식 시험이 포함된다.
- 이 과정에서 고객에게 좋은 인상을 주기 위해 갖춰야 할 태도 및 음식을 위생적으로 다루기 위해 필요한 행동(예: 손 씻는 요령)에 대한 지침을 받으며, 라이더 지원자의 범죄경력도 조회된다.
- 라이더가 되면 음식배달에 필요한 장비를 유상으로 대여받는다.¹²⁰⁾
- 딜리버루와 라이더 간 계약 내용은 딜리버루에 의해 일방적으로 정해지며 개별 라이더에 의한 교섭은 불가능하다.
- 라이더가 수행해야 하는 업무(service)는 배달주문을 받은 경우 지정된 레스토랑 기타 음식점에 가서 음식/음료를 수령한 후 이를 자전거나 오토바이 등을 운전하여 지정된 장소로 배달하는 것이며, 이에 필요한 모든 정보는 앱을 통해 전달된다.

2017. 5. 11. 딜리버루는 라이더와 새로운 계약을 체결하였는데, 특기할 만한 변경사항이 몇 가지가 있었다. 먼저 대체 라이더 조항이 도입되었다. 고객이 자신이 주문한 음식을 배달하는 라이더의 위치를 추적할 수 있도록 원래 라이더의 휴대폰을 소지하기만 한다면, 그리고 라이더가 이 대체 서비스의 결과에 대해 책임질 수 있다면(대체비용, 관련 보험 가입 등) 라이더는 자유롭게 다른 사람이 자신을 대신해 배달하도록 해도 문제가 되지 않는다는 것이다.¹²¹⁾ 딜리버루는 원칙적으로 대체자의 조건에 대한 기준을 갖고 있지 않지만, 과거 딜리버루 라이더였으나 중대한 계약 위반으로 라이더 지위를 상실한 사람 혹은 그럴 만한 전력을 가진 사람의 경우에는 대체자가 될 수 없다는 소극적 기준을 제시했다.¹²²⁾ 다만 증언 등을 통해 실제로 대체 라이더가 사용되는 경우는 드문 것으로 나타났다.¹²³⁾

120) Id. pp.39~50.

121) Id. pp.51~54.

122) Id. p.59.

123) Id. p.76.

또한 딜리버루는 라이더들이 ‘독립사업자(independent contractor)’임을 명시하면서 라이더들이 경쟁업체(예: Uber Eats)와 일하는 것을 금지하지 않는다고 밝히면서 자신들과 일할 때 딜리버루 로고가 새겨진 의복과 장비를 착용해야 할 의무도 없다고 확인하였다. 동시에 언제 어디서 배달 앱에 로그인할 것인지 말 것인지 혹은 앱에 접속되어 있는 상태에서도 전달된 배달 요청을 수락할지 말지는 전적으로 라이더에게 달려 있다는 점을 명확히 하였다. 만약 수락할 경우 합리적인 시간 안에 배달을 완료하되 라이더가 스스로 안전하고 효율적이라고 결정한 길로 배달할 것을 계약 내용에 포함시켰다.¹²⁴⁾

계약은 (3개월에 배달주문 하나를 이행하는 한) 라이더가 일정 기간 앱에 접속하지 않더라도, 또는 로그인을 하더라도 배달 가능(available) 상태로 두지 않으면 라이더는 배달주문을 받아야 하는 어떤 의무를 부담하지 않으며 그로 인한 아무런 불이익을 받지 않는다는 규정을 두고 있고 이는 실제 사실로 확인되었다.

결론적으로 중앙중재위원회 패널은 딜리버루 라이더가 노무제공자가 아니라고 판단했다. 결정적인 근거는 자유로운 대체근로 사용이었다(이는 우버에서는 발견되지 않은 사실이었다). 패널은 비즈니스 측면에서 대체근로의 허용이 딜리버루에 여러 손실을 가져다 줄 수 있다는 점을 인지했다. 소속 라이더에게 위생 등을 포함해 여러 교육을 시키고 장비 점검을 하는 것은 딜리버루 서비스의 좋은 품질을 담보하여 시장에서의 경쟁력을 확보하고자 하는 것인데, 대체근로는 이를 위태롭게 할 수 있기 때문이다. 대체 라이더가 원 라이더의 휴대폰을 소지하여 배달 서비스를 이행하는 한 딜리버루로서 해당 배달 서비스에 대한 추가적 통제는 기술적으로 어렵고, 서비스가 좋지 않을 경우 시장에서의 명성에도 타격을 입을 수 있었다. 그러나 그것은 어디까지나 딜리버루가 내린 결정이고 설령(확인될 수 없는) 그 내적 동기가 라이더의 노무제공자성을 부정하기 위한 것이라 하더라도, 해당 대체 관련 조항이 실제와 일치하는 한 그것 자체로는 해당 조항의 무효(sham test)로 이어질 수도 없다고 판단했다. 패널은 이 점이 우버나 기타 다른 유사한 사건과의 이 사건을 구별하는 결

124) Id. pp.55~56.

정적 사실관계 차이라고 보았다.¹²⁵⁾

제4절 영국의 관련 입법정책론 : Taylor Review와 하원 특별위원회의 관련 보고서를 중심으로

2017년 7월 11일 영국의 현대 고용관행에 대한 분석을 담고 문제의 진단과 정책대응을 제시한 정부의 정책용역 보고서가 발표됐다.¹²⁶⁾ 연구책임자의 이름을 따 Taylor Review로 간단히 호칭되는 이 보고서의 제안 내용 일부는 이후 법정정책에 수용되기도 했고 정·관계와 학계에서 관련 논의를 촉발시키기도 했다. 아울러 Taylor Review의 정책제안을 검토하고 일부 반영한 법률안과 보고서가 하원의 특별위원회(Select Committee)인 노동·연금위원회(Work and Pensions Committee)와 사업·에너지·노사관계전략위원회(Business, Energy and Industrial Strategy Committee)에 의해 마련되었다.¹²⁷⁾ 여기서는 이 두 보고서를 각각 테일러보고서와 위원회보고서로 칭하며 이 연구와 직접 관련되는 내용을 발췌·소개한다.

1. 온라인 정보제공 서비스¹²⁸⁾

테일러보고서는 노동관계 당사자가 자신의 법적 지위를 미리 숙지할

125) Id. pp.97~103.

126) Good work: the Taylor review of modern working practices, 11 July 2017. <https://www.gov.uk/government/publications/good-work-the-taylor-review-of-modern-working-practices> (접속일: 2021. 11. 30). 이에 대해 자세한 설명은 남궁준(2017), 「영국의 현대 고용·노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석(I)」, 『국제노동브리프』 15 (11), 한국노동연구원, pp.57~67 참조.

127) 이에 대해 자세한 설명은 남궁준(2018), 「영국의 현대 고용·노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석(II): 하원 특별위원회의 관계법령 개정안 초안과 보고서를 중심으로」, 『국제노동브리프』 2018-2, 한국노동연구원, pp.84~92 참조.

128) 남궁준(2017), 「영국의 현대 고용·노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석(I)」, 『국제노동브리프』 15 (11), 한국노동연구원, p.66.

수 있도록 하는 온라인 서비스를 정부가 무료로 제공할 것을 권고했다.¹²⁹⁾ 이미 영국 조세청(HM Revenue & Customs)은 납세자가 세법상 자신의 법적 지위를 확인할 수 있도록 돕는 온라인 서비스를 시행 중에 있었는데,¹³⁰⁾ 테일러보고서는 이를 노동법 맥락에 응용할 것을 제안한 것이다. 보고서는 근로자, 노무제공자(limb (b) worker) 및 독립자영업자는 물론, 사용자도 자신의 의무와 권리에 대한 정보를 얻을 수 있도록 할 것을 권고했다. 테일러보고서는 노동법상 법적 지위 판단 기준이 확정되기 전까지는 이 서비스가 현실화될 수 없다는 점을 인정한다. 따라서 과도기적 대안으로 노무제공자(limb (b) worker)와 독립자영업자의 구별에 집중하여 최저임금 및 연차휴가 관련 권리를 확인하는 서비스를 우선 제공할 것을 권고했다.

2. 소정근로시간을 초과한 근로에 대한 가산된 최저임금 적용¹³¹⁾

주목할 만한 테일러보고서의 정책제안으로 근로/노무제공계약 체결 당시 확정/보장되지 않은 근로시간에 이루어진 노동에 대해 가산된 최저임금을 적용하는 방안이 있다.¹³²⁾ 보고서는 이 방안이 사용자는 노동력 운용의 유연성을 확보하고, 해당 근로자/노무제공자는 그에 대한 경제적 보상을 받음으로써 보다 공정하게 비용을 배분할 수 있다고 본다.¹³³⁾ 다만 이 정책의 체계와 가산임금률(premium rate) 및 노동시장에 미칠 영향에 대해 최저임금위원회(Low Pay Commission)의 자문을 얻어 정책을 수립할 것을 주문했다. 위원회는 이를 수용해 국가최저임금법(The National Minimum Wage Act 1998)의 제51조 (하위법령으로의 위임) 9항 내지 11

129) 테일러보고서, p.39.

130) <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/employment-status-manual> (접속일: 2021. 11. 30).

131) 남궁준(2018), 「영국의 현대 고용·노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석(II): 하원 특별위원회의 관계법령 개정안 초안과 보고서를 중심으로」, 『국제노동브리프』 2018-2, 한국노동연구원, pp.87~88 참조.

132) 참고로 영국에는 우리 「근로기준법」 제56조와 같은 시간외근로에 대한 가산임금 지급을 강제하는 노동법규정이 없다.

133) 테일러보고서, p.44.

항을 신설할 것을 법률개정 초안에 포함시켰다.¹³⁴⁾ 이는 정부가 최저임금 위원회와 협의해 최대 24월 동안 일부 산업부문 또는 일부 사용자에게 적용되는 위 정책 시범사업을 추진할 권한을 부여한 것이다.¹³⁵⁾

3. 각 경제 종사자에 대한 최저임금 특례 제안과 위원회의 거부¹³⁶⁾

디지털 플랫폼에 기반해 운영되는 플랫폼 노동 또는 깃(gig)경제 종사자의 최저임금에 관한 테일러보고서의 정책권고도 눈여겨 볼만하다. ‘공정하게 산정된 생산고(fair piece rates)’ 혹은 ‘시간당 평균 생산고(mean hourly output rate)’에 따라 통해 최저임금을 계산하는 방법인데, 세 가지 조건의 충족을 전제로 활용을 권고했다(충족 시 최저임금 미만의 임금 지급이 허용될 수 있음). 세 조건 중 첫째는, 사용자는 사업 운영과정 중 축적된 방대한 데이터를 활용해, 평균적인 업무능력을 가진 이가 평균적인 노동강도로 근로를 했을 때 20%의 오차범위 내로 최저임금에 해당하는 소득을 올릴 수 있는 생산고를 정하는 것이다. 즉 이 생산고에 따르면 평균적 근로자/노무제공자는 최저임금의 120%에 해당하는 소득을 얻을 수 있어야 한다. 둘째, 이 정보를 실시간으로 근로자/노무제공자에게 제공해 해당 시간대의 기대 가능한 수입이 어느 정도인지 인지할 수 있게 하는 것이다. 셋째, 근로자/노무제공자가 이러한 정보를 바탕으로 진정한 의미에서 자유롭게 근로 제공 여부를 결정해야 한다. 테일러보고서는 이러한 제도가 신기술 기반의 사업모델이 불러온 유연성의 혜택과 최저임금법의 목적을 동시에 조화시키는 방안이라고 주장했다.¹³⁷⁾ 그러나 위원회는 어떤 경우에도 최저임금 미만의 급여 지급을 정당화하는 정책 도입을 삼갈 것을 강하게 주문했다.¹³⁸⁾

134) 그러나 이는 실제 법개정으로 이어지지 않았다(2021. 12. 10. 기준).

135) Committees' draft Bill, Part 3. (4).

136) 남궁준(2018), 「영국의 현대 고용·노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석(II): 하원 특별위원회의 관계법령 개정안 초안과 보고서를 중심으로」, 『국제노동브리프』 2018-2, 한국노동연구원, pp.88~89 참조.

137) 테일러보고서, p.38.

138) 위원회보고서, pp.16~17. 그러나 연구책임자 Taylor는 이러한 위원회의 입장이 시장에서 모든 on-demand 산업을 교대근무(shift work) 산업으로 회귀시키는

제5절 비교법 논의의 함의

제3장의 분석에서 도출할 수 있는 시사점은 다음과 같다. 먼저 영국은 개별적 근로관계법이 중간범주인 ‘limb (b) 노무제공자’ 개념의 핵심요소로 ① 직접 노무제공(personal work), 즉 해당 노무제공자가 타인을 고용하는 등의 방법으로 약정한 노무제공을 자신이 직접 하지 않아도 될 재량이 없어야 하고, ② 노무이용자가 전문직 종사자나 사업체의 고객 또는 의뢰인의 지위를 갖지 않을 것을 요구한다는 점을 확인했다. 즉 독립사업자성을 결여한 1인 노무제공자이어야 한다는 것이며 이는 사업편입성과 그로 인해 징표되는 경제적 의존성을 지니고 있는 집단임을 뜻하는 것이다. 최근 플랫폼 종사자가 ‘limb (b) 노무제공자’에 해당하는지가 문제된 사건에서 우버운전사와 딜리버루 라이더의 판단은 엇갈렸는데, 진정 자신의 사업을 한다고 볼 수 있는지(사업상 재량, 노무제공 총량의 자유로운 선택 등)와 직접 노무를 제공해야 할 의무가 있는지가 주된 기준으로 활용되었다. 그리고 영국 노동법은 임금과 관련해 ‘limb (b) 노무제공자’, 즉 법적 종속성이 없는 노무제공자에게도 노무제공조건을 명시하는 문서의 교부와 노동조합·단체교섭·단체행동 및 최저임금에 대한 권리를 부여하고 있다는 점을 확인했다.

부작용을 낳을 수 있다고 우려한다. Personnel Today(2017), “Taylor welcomes proposals in draft gig economy Bill”, 2017. 11. 23.

제 4 장

노동법상 임금 규범의 목적과 관련 판례 분석

제1절 현행 노동관계법령상 임금 관련 규정의 목적

1. 일반론

임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 모든 금품을 의미하며(근로기준법 제2조 제5호) 소득세법 등에서 말하는 근로소득과는 다른 개념이다.¹³⁹⁾¹⁴⁰⁾ 각 개념요소를 나누어 살펴보면 먼저 해당 금품을 ① 사용자가 근로자에게 지

139) 하갑래(2020), 『근로기준법 (개정 제33판)』, (주)중앙경제, p.211.

140) 「소득세법」 제20조(근로소득) ① 근로소득은 해당 과세기간에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다. 1. 근로를 제공함으로써 받는 봉급·급여·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여
2. 법인의 주주총회·사원총회 또는 이에 준하는 의결기관의 결의에 따라 상여로 받는 소득
3. 「법인세법」에 따라 상여로 처분된 금액
4. 퇴직함으로써 받는 소득으로서 퇴직소득에 속하지 아니하는 소득
5. 종업원 등 또는 대학의 교직원이 지급받는 직무발명보상금(제21조제1항제22호의2에 따른 직무발명보상금은 제외한다)
② 근로소득금액은 제1항 각 호의 소득의 금액의 합계액(비과세소득의 금액은 제외하며, 이하 “총급여액”이라 한다)에서 제47조에 따른 근로소득공제를 적용한 금액으로 한다.
③ 근로소득의 범위에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

급한 것이어야 한다. 따라서 지급주체가 사용자가 아니거나 지급받은 이가 근로자가 아닌 경우 임금이 아니다. 또한, 해당 금품이 ② 근로자가 제공한 근로의 대가로서 지급된 것이어야 한다. 즉 사용자가 근로자에게 지급했다고 하더라도 그것이 근로의 대가가 아니라면 임금이 아니다. 마지막으로 ③ 해당 금품의 명칭은 임금 여부를 결정하는 데 있어서 전혀 중요하지 않다.

임금에 관련한 일반적인 원칙들을 제외하더라도, 「근로기준법」상 임금 체불에 관한 제도는 ① 미지급 임금에 대한 지연이자(제37조), ② 임금채권의 우선변제(제38조), ③ 체불사업주 명단 공개(제43조의2), ④ 임금 등 체불자료의 제공(제43조의3), ⑤ 건설업에서의 임금 지급 연대책임(제44조의2), ⑥ 건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례(제44조의3) 등 다양한 법규범이 마련되어 있다.¹⁴¹⁾ 이하에서는 각 내용을 자세하게 검토한다.

2. 근로기준법

가. 근로기준법 제17조(근로조건의 명시)

1) 법 문

「근로기준법」 제17조(근로조건의 명시) ① 사용자는 근로계약을 체결할 때에 근로자에게 다음 각 호의 사항을 명시하여야 한다. 근로계약 체결 후 다음 각 호의 사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.

1. 임금

2.~5. 생략

② 사용자는 제1항제1호와 관련한 임금의 구성항목·계산방법·지급방법 및 제2호부터 제4호까지의 사항이 명시된 서면(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제1호에 따른 전자문서를 포함한다)을 근로자에게 교부하여야 한다. 다만, 본문에 따른 사항이 단체협약 또는 취업규칙의 변

141) 김근주·김명수·오승규·황수옥(2016), 『체불임금 해결시스템의 국제비교 연구 - 임금채권보장제도를 중심으로』, 한국노동연구원, p4(각주 9).

경 등 대통령령으로 정하는 사유로 인하여 변경되는 경우에는 근로자의 요구가 있으면 그 근로자에게 교부하여야 한다.

2) 규정의 취지

법이 동 조항을 도입한 것은 사용자가 자신의 우월한 지위를 남용해 구체적 근로조건 내용을 명확히 알려주지 않음으로써 근로자가 근로조건이 불확정한 상태로 근로를 제공하고 사용자가 이를 수령하는 것을 방지해 근로자의 지위를 강화하기 위한 것이다.¹⁴²⁾

나. 근로기준법 제43조(임금 지급)

1) 법 문

근로기준법 제43조(임금 지급) ① 임금은 통화(通貨)로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다. 다만, 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에는 임금의 일부를 공제하거나 통화 이외의 것으로 지급할 수 있다.

② 임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다. 다만, 임시로 지급하는 임금, 수당, 그 밖에 이에 준하는 것 또는 대통령령으로 정하는 임금에 대하여는 그러하지 아니하다.

영 제23조(매월 1회 이상 지급하여야 할 임금의 예외) 법 제43조제2항 단서에서 “임시로 지급하는 임금, 수당, 그 밖에 이에 준하는 것 또는 대통령령으로 정하는 임금”이란 다음 각 호의 것을 말한다.

1. 1개월을 초과하는 기간의 출근 성적에 따라 지급하는 정근수당
2. 1개월을 초과하는 일정 기간을 계속하여 근무한 경우에 지급되는 근속수당
3. 1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 산정되는 장려금, 능률수당 또는 상여금
4. 그 밖에 부정기적으로 지급되는 모든 수당

142) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도11659 판결.

2) 제정이유

임금 지급의 원칙을 규정하고 있는 「근로기준법」 제43조는 자구의 수정만 있을 뿐, 1953년 제정 「근로기준법」(舊 법 제36조)의 내용과 동일하다. 다만 본조의 제정이유에 대해 국회 회의록 내지 입법설명자료 확인이 어렵다.

3) 규정의 취지

법 제43조는 근로자가 생계수단인 임금을 확실하고, 신속하며, 예상 가능하게 지급받을 수 있도록 하기 위하여 ① 통화 지급의 원칙, ② 전액 지급의 원칙, ③ 직접 지급의 원칙, ④ 월 1회 이상 정기급 원칙의 4가지 원칙을 규정하고 있다.¹⁴³⁾

① 통화 지급의 원칙은 가격이 불명료하고 환가하기 불편하며 폐해를 초래할 염려가 있는 현물 급여를 금지하며 근로자의 실질적인 임금 확보를 도모하려는 목적이 있는 것으로,¹⁴⁴⁾ 근로자가 임금을 안전하게 수령하여 편리하게 처분할 수 있도록 하려는 데 그 취지가 있다.¹⁴⁵⁾

② 전액 지급의 원칙은 사용자가 임금채권을 수동채권으로 하고 자신의 근로자에 대한 채권을 자동채권으로 하여 상계하거나, 임금채권의 일부를 부당하게 공제한 후 나머지를 지급하는 행위를 금지하는 취지이며,¹⁴⁶⁾ 임금의 부당한 공제로 근로자의 생활불안이 초래되지 않도록 하기 위한 것이다.¹⁴⁷⁾

③ 직접 지급의 원칙은 임금 중간 착취 등의 폐해를 방지하고 근로자에 의한 임금 수령을 확실하게 하여 근로자의 기초생활을 보장하려는 취지이며,¹⁴⁸⁾ 제3자가 근로자의 임금을 가로채는 일 없이 근로자가 확실하게 수령하도록 하려는 데 그 취지가 있다.¹⁴⁹⁾ 다만, 「선원법」 제52조 제3

143) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p.81.

144) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p.85.

145) 임종률(2021), 『노동법 제19판』, 박영사, p.435.

146) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p.86.

147) 임종률(2021), 『노동법 제19판』, 박영사, p.437.

148) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p.82.

149) 임종률(2021), 『노동법 제19판』, 박영사, p.436.

항은 “... 선원이 청구하거나 법령이나 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에는 임금의 전부 또는 일부를 그가 지정하는 가족이나 그 밖의 사람에게 통화로 지급하거나 금융회사 등에 예금하는 등의 방법으로 지급하여야 한다”고 규정하여 일부 예외가 인정된다.

④ 월 1회 이상 정기 지급의 원칙은 임금 지급 간격이 지나치게 넓어지거나 임금 지급이 부정기적으로 행해짐으로써 근로자의 생활이 불안정해지지 않도록 하기 위한 것이다.¹⁵⁰⁾ 즉, 임금지급일의 간격이 지나치게 길고 지급일이 일정하지 않음으로써 야기되는 근로자의 생활불안을 방지하려는 것이다.¹⁵¹⁾ 다만, 임시로 지급하는 임금, 수당, 기타수당(정근수당, 근속수당, 장려금, 능률수당, 상여금, 그 밖에 부정기적으로 지급되는 모든 수당)은 예외가 인정된다.

4) 벌칙규정

제43조를 위반한 경우 「근로기준법」 제109조 제1항에 따라, 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 동 벌칙규정은 피해자의 명시적인 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없다.(제109조 제2항)

다. 근로기준법 제43조의2(채불사업주 명단 공개)

1) 법 문

「근로기준법」 제43조(임금 지급) ① 고용노동부장관은 제36조, 제43조, 제51조의3, 제52조제2항제2호, 제56조에 따른 임금, 보상금, 수당, 그 밖의 모든 금품(이하 “임금등”이라 한다)을 지급하지 아니한 사업주(법인인 경우에는 그 대표자를 포함한다. 이하 “채불사업주”라 한다)가 명단 공개 기준일 이전 3년 이내 임금등을 채불하여 2회 이상 유죄가 확정된 자로서 명단 공개 기준일 이전 1년 이내 임금등의 채불총액이 3천만 원 이상인 경우에는 그 인적사항 등을 공개할 수 있다. 다만, 채불사업주의 사망·폐업으로 명단 공개의 실효성이 없는 경우 등 대통령령으로 정하는 사유

150) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p.98.

151) 임종률(2021), 『노동법 제19판』, 박영사, p.438.

가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 고용노동부장관은 제1항에 따라 명단 공개를 할 경우에 체불사업주에게 3개월 이상의 기간을 정하여 소명 기회를 주어야 한다.

③ 제1항에 따른 체불사업주의 인적사항 등에 대한 공개 여부를 심의하기 위하여 고용노동부에 임금체불정보심의위원회(이하 이 조에서 “위원회”라 한다)를 둔다. 이 경우 위원회의 구성·운영 등 필요한 사항은 고용노동부령으로 정한다.

④ 제1항에 따른 명단 공개의 구체적인 내용, 기간 및 방법 등 명단 공개에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2) 제정이유 및 취지

체불사업주 명단 공개제도는 2012년 「근로기준법」 개정을 통해 도입되었다. 법제처는 “악의·상습적인 임금체불사업주의 명단을 공개할 수 있도록 하여 임금 체불을 예방”하는 것으로 개정이유를 설명하고 있으며, 고용노동부는 상습 체불사업주에 대한 명단 공개·신용체재제도는 임금체불의 예방과 신속한 청산을 위해 도입된 것으로 설명하고 있다.

라. 근로기준법 제43조의3(임금 등 체불자료의 제공)

1) 법 문

제43조의3(임금등 체불자료의 제공) ① 고용노동부장관은 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제25조제2항제1호에 따른 종합신용정보집중기관이 임금등 체불자료 제공일 이전 3년 이내 임금 등을 체불하여 2회 이상 유죄가 확정된 자로서 임금등 체불자료 제공일 이전 1년 이내 임금 등의 체불총액이 2천만 원 이상인 체불사업주의 인적사항과 체불액 등에 관한 자료(이하 “임금등 체불자료”라 한다)를 요구할 때에는 임금등의 체불을 예방하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에 그 자료를 제공할 수 있다. 다만, 체불사업주의 사망·폐업으로 임금등 체불자료 제공의 실효성이 없는 경우 등 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항에 따라 임금등 체불자료를 받은 자는 이를 체불사업주의 신용도·신용거래능력 판단과 관련한 업무 외의 목적으로 이용하거나 누설 하여서는 아니 된다.

③ 제1항에 따른 임금등 체불자료의 제공 절차 및 방법 등 임금등 체불 자료의 제공에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2) 제정이유 및 취지

동 규정은 2012년 「근로기준법」 개정 시 체불사업주의 명단을 공개하는 제43조의2와 함께 도입되었다. 체불사업주 자료 제공은 대출규제나 신용 제한을 통한 구제방법으로, 임금 등을 악의적이고 상습적으로 체불하는 사업주에 대한 제재 강화 및 체불사업주 관리 등의 필요에 따라, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에서 정한 종합신용정보집중기관에 체불 사업주에 관한 정보를 제공함으로써 임금체불을 예방하고 근로자를 보호 하기 위한 목적을 가지고 있다.¹⁵²⁾

마. 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급)

1) 법 문

제44조(도급 사업에 대한 임금 지급) ① 사업이 한 차례 이상의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 수급인을 말한다)이 직상(直上) 수급인(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 도급인을 말한다)의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다.

② 제1항의 귀책사유 범위는 대통령령으로 정한다.

2) 제정이유 및 취지

도급 사업에 있어 하수급인의 근로자 임금 보장을 위하여 직상 수급인

152) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p.106.

에게 연대책임을 부과하도록 하는 규정은 1980년 「근로기준법」([시행 1980. 12. 31.] [법률 제3349호, 1980. 12. 31., 일부개정]) 개정을 통해 도입되었다. 제정 당시 하도급인과 귀책사유가 있는 직상 수급인 사이에 대하여만 연대책임을 규정하였으나, 2012년 「근로기준법」([시행 2012. 8. 2.] [법률 제11270호, 2012. 2. 1., 일부개정]) 개정을 통해 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의해 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 지는 것으로 개정되었다.¹⁵³⁾

여러 차례 이루어지는 도급관계에 따라 행해지는 사업은, 대개 하수급인이 도급인이나 직상 수급인 내지 상위 수급인에 대한 종속도가 높고 영세하여 근로자에게 임금을 지급하지 못할 위험성이 상대적으로 크다는 점, 그리고 이때 하수급인의 근로자는 상위 수급인이나 도급인의 지시·감독에 복종하는 관계에 있는 경우 또한 적지 않다는 점에서, 법은 하수급인의 근로자들에 대한 임금채권을 보장하기 위해 귀책사유 있는 직상 수급인과 그 상위 수급인의 임금 지급 연대책임을 규정한 것이다.¹⁵⁴⁾ 즉, 근로자에 대한 임금 지급은 사용자가 책임질 뿐, 제3자가 책임지지 않는 것이 원칙이지만, 사업이 한 차례 이상의 도급으로 이루어지는 경우 하수급인은 대체로 그 지불능력을 직상수급인에게 의존하고 있어 하수급인이 고용한 근로자의 임금이 안전하게 지급되도록 보호하려는 것이다.¹⁵⁵⁾

3) 벌칙규정

동 규정 위반에 대해서는 「근로기준법」 제109조에 따라 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하며, 피해자의 명시적인 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없다.

153) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p.110.

154) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, pp.109~110.

155) 임종률(2021), 『노동법 제19판』, 박영사, pp.440~441.

바. 제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임)

1) 법 문

법 제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임) ① 건설업에서 사업이 2차례 이상 「건설산업기본법」 제2조제11호에 따른 도급(이하 “공사도급”이라 한다)이 이루어진 경우에 같은 법 제2조제7호에 따른 건설사업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 진다.

② 제1항의 직상 수급인이 「건설산업기본법」 제2조제7호에 따른 건설사업자가 아닌 때에는 그 상위 수급인 중에서 최하위의 같은 호에 따른 건설사업자를 직상 수급인으로 본다.

2) 제정이유 및 취지

동 규정은 2007년 「근로기준법」([시행 2008. 1. 28.] [법률 제8561호, 2007. 7. 27., 일부개정]) 개정을 통해 도입되었는데, 법제처 제·개정 이유에서는 “「건설산업기본법」을 위반한 불법 하도급으로 인하여 건설일용근로자에 대한 임금채불이 많이 발생하고 있으므로 건설 하도급 관계에서 발생하는 임금지급방식을 개선하여 건설근로자의 권리를 보장”하기 위한 것으로 설명하고 있다.

동 규정의 취지에 대해, “하수급인이 「건설산업기본법」이나 그 밖의 법률로 등록 등을 한 건설사업자가 아닐 때, 그 직상 수급인이 하수급인의 근로자에 대한 임금 지급 책임을 하수급인과 연대하여 같이 지도록 하여, 하도급을 하면서 건설 관련 법령에 따라 등록 등을 한 건설사업자에게 도급을 하지 않고 영세한 미등록 건설사업자에게 도급하고, 그 과정에서 영세한 미등록 건설사업자가 임금을 채불함으로써 건설 일용근로자가 피해를 입는 것을 개선”하기 위한 것이라고 설명하고 있다.¹⁵⁶⁾ 건설업 분야에서 하수급인의 임금 채불이 심각한 현실을 고려하여 이에 대한 별도의 특례를 규정한 것으로 이해할 수 있다.¹⁵⁷⁾

156) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p.114.

3) 벌칙규정

동 규정을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하며, 피해자의 명시적인 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없다(법 제 109조).

사. 제44조의3(건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례)

1) 법 문

제44조의3(건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례) ① 공사도급이 이루어진 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 직상 수급인은 하수급인에게 지급하여야 하는 하도급 대금 채무의 부담 범위에서 그 하수급인이 사용한 근로자가 청구하면 하수급인이 지급하여야 하는 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)에 해당하는 금액을 근로자에게 직접 지급하여야 한다.

1. 직상 수급인이 하수급인을 대신하여 하수급인이 사용한 근로자에게 지급하여야 하는 임금을 직접 지급할 수 있다는 뜻과 그 지급방법 및 절차에 관하여 직상 수급인과 하수급인이 합의한 경우
2. 「민사집행법」 제56조제3호에 따른 확정된 지급명령, 하수급인의 근로자에게 하수급인에 대하여 임금채권이 있음을 증명하는 같은 법 제56조제4호에 따른 집행증서, 「소액사건심판법」 제5조의7에 따라 확정된 이행권고결정, 그 밖에 이에 준하는 집행권원이 있는 경우
3. 하수급인이 그가 사용한 근로자에 대하여 지급하여야 할 임금채무가 있음을 직상 수급인에게 알려주고, 직상 수급인이 파산 등의 사유로 하수급인이 임금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 인정하는 경우

② 「건설산업기본법」 제2조제10호에 따른 발주자의 수급인(이하 “원수급인”이라 한다)으로부터 공사도급이 2차례 이상 이루어진 경우로서 하수급인(도급받은 하수급인으로부터 재하도급받은 하수급인을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)이 사용한 근로자에게 그 하수급인에 대한 제1

157) 임종률(2021), 『노동법 제19판』, 박영사, p.442.

항제2호에 따른 집행권원이 있는 경우에는 근로자는 하수급인이 지급하여야 하는 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)에 해당하는 금액을 원수급인에게 직접 지급할 것을 요구할 수 있다. 원수급인은 근로자가 자신에 대하여 「민법」 제404조에 따른 채권자대위권을 행사할 수 있는 금액의 범위에서 이에 따라야 한다.

③ 직상 수급인 또는 원수급인이 제1항 및 제2항에 따라 하수급인이 사용한 근로자에게 임금에 해당하는 금액을 지급한 경우에는 하수급인에 대한 하도급 대금 채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다.

2) 제정이유

제44조의3은 도급 근로자의 임금 보호를 위한 또 다른 제도로써 건설공사의 직상 수급인 또는 원수급인이 하수급인 소속 근로자에게 임금을 직접 지급해야 하는 또 다른 경우를 규정한 것으로 법 제44조의2와 마찬가지로 2007. 7. 27. 개정 때 신설되었다.¹⁵⁸⁾

아. 제45조(비상시 지급)

1) 법 문

제45조(비상시 지급) 사용자는 근로자가 출산, 질병, 재해, 그 밖에 대통령령으로 정하는 비상(非常)한 경우의 비용에 충당하기 위하여 임금 지급을 청구하면 지급기일 전이라도 이미 제공한 근로에 대한 임금을 지급하여야 한다.

영 제25조(지급기일 전의 임금 지급) 법 제45조에서 “그 밖에 대통령령으로 정한 비상(非常)한 경우”란 근로자나 그의 수입으로 생계를 유지하는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하게 되는 경우를 말한다.

1. 출산하거나 질병에 걸리거나 재해를 당한 경우
2. 혼인 또는 사망한 경우
3. 부득이한 사유로 1주 이상 귀향하게 되는 경우

158) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, pp.116~117.

2) 제정이유 및 취지

1953년 제정 「근로기준법」 제37조는 비상시 지불이라는 표제하에 “사용자는 근로자가 출산, 질병, 재해 기타 대통령령으로써 정한 비상한 경우의 비용에 충당하기 위하여 청구하는 경우에는 지급기일 전이라도 기왕의 근로에 대한 임금을 지급하여야 한다.”고 규정하였다. 현행 「근로기준법」 제45조는 자구 수정 외에 동일한 내용을 규정하고 있다.

본조의 제정이유에 대해 회의록 내지 입법설명자료 확인이 어렵다.

임금은 법 제43조 규정에 따라 정기일에 전액을 지급하는 것이 원칙이나, 예외적으로 근로자 보호를 위해 근로자에게 발생한 비상한 경우 이미 제공한 근로에 대한 임금을 지급할 수 있도록 한 것이며, 이는 근로자가 급박한 경비 지출 필요에 대응할 수 있도록 법규로 인정한 선지급제도로서 ‘법정 가불제도’라고 볼 수 있다.¹⁵⁹⁾

3) 벌칙규정

이를 위반한 경우 법 제113조 규정에 따라 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

자. 제46조(휴업수당)

1) 법 문

제46조(휴업수당) ① 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다. 다만, 평균임금의 100분의 70에 해당하는 금액이 통상임금을 초과하는 경우에는 통상임금을 휴업수당으로 지급할 수 있다.

② 제1항에도 불구하고 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능하여 노동위원회의 승인을 받은 경우에는 제1항의 기준에 못 미치는 휴업수당을 지급할 수 있다.

제47조(도급 근로자) 사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로

159) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p118; 임종률(2021), 『노동법 제19판』, 박영사, p.440.

사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.

2) 제정이유 및 취지

1953년 제정 「근로기준법」 제38조는 휴업지불이라는 표제하에, “사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간중 당해 근로자에 대하여 평균임금의 100분의 60 이상의 수당을 지급하여야 한다.”고 규정하였다. 사용자에게 책임 있는 사유로 근로자가 근로를 제공하지 못하면, 채무자 위험 부담의 법리(민법 제538조 제1항)에 따라 근로자는 자신의 채무인 근로 제공을 하지 않아도 사용자에게 그 채무와 건련 관계에 있는 채권인 임금 청구권을 행사할 수 있다. 그러나 이 경우 사용자의 고의·과실 등을 증명해야 하는 어려움이 있기 때문에, 동 규정은 이러한 민법상 위험 부담 법리에 의존하지 않고도 근로자의 최저 생활을 보장하려는 취지에서 휴업수당 제도를 두고 있는 것으로 설명된다.¹⁶⁰⁾

같은 취지에서 “『근로기준법』상 휴업수당제도는 근로자에게 귀책사유도 없고 사용자에게 불가항력적 사유가 없는데도 근로를 제공할 수 없게 된 경우에 임금상실의 위험으로부터 근로자를 보호하여 그 생활안정을 꾀하는 데 그 취지가 있다”고 설명된다.¹⁶¹⁾¹⁶²⁾

3) 벌칙규정

동 규정을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하며, 피해자의 명시적인 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없다(법 제109조)

차. 제47조(도급 근로자)

1) 법 문

제47조(도급 근로자) 사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로

160) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, pp.120~121.

161) 임종률(2021), 『노동법 제19판』, 박영사, p.430.

162) 하갑래(2020), 『근로기준법(전정 제33판)』, (주)중앙경제, p.284.

사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.

2) 제정이유 및 취지

도급 근로자의 임금 보호에 관한 「근로기준법」 제47조는 자구의 수정만 있을 뿐, 1953년 제정 「근로기준법」(舊 법 제39조)의 내용과 동일하다. 그러나 본조의 제정이유에 대해 회의록 내지 입법설명자료 확인이 어렵다.

동 규정의 취지에 대해, “도급제하에서 근로자는 근로시간과 상관없이 일의 완성 여부에 따라 임금을 지급받게 되는 것이 원칙이나, 이를 관철하는 경우 원자재 공급 지연이나 사업장의 내부 사정 등 근로자가 책임질 수 없는 사정, 특히 사용자의 귀책사유로 일의 완성이 지연되는 경우 근로자는 자신의 잘못 없이 급여를 지급받지 못하여 생계를 위협받을 우려가 있어, 도급 근로자의 임금을 보호하기 위하여 마련된 규정”이라고 설명하고 있다.¹⁶³⁾

3) 벌칙규정

동 규정 위반에 대해 「근로기준법」 제114조는 500만 원 이하의 벌금을 규정하고 있다.

카. 제48조(임금대장 및 임금명세서)

1) 법 문

제48조(임금대장 및 임금명세서) ① 사용자는 각 사업장별로 임금대장을 작성하고 임금과 가족수당 계산의 기초가 되는 사항, 임금액, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 임금을 지급할 때마다 적어야 한다.

② 사용자는 임금을 지급하는 때에는 근로자에게 임금의 구성항목·계산방법, 제43조제1항 단서에 따라 임금의 일부를 공제한 경우의 내역 등 대통령령으로 정하는 사항을 적은 임금명세서를 서면(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제1호에 따른 전자문서를 포함한다)으로 교부하여야 한다.

163) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해 III(제2판)』, 박영사, p.126.

2) 제정이유 및 취지

임금대장에 관한 「근로기준법」 제48조는 자구의 수정만 있을 뿐, 1953년 제정 「근로기준법」(舊 법 제40조)의 내용과 동일하다. 본조의 제정이유에 대해 회의록 내지 입법설명자료 확인이 어렵다.

한편, 2021년 개정을 통해 임금명세서 교부를 의무화하였다. 즉, “사용자가 임금을 지급하는 경우 근로자에게 임금의 구성항목·계산방법, 임금의 일부를 공제한 경우의 내역 등을 적은 임금명세서를 서면 또는 전자문서로 교부”하도록 하는 규정을 신설하였다(제48조 제2항).

이는, 임금명세서를 주지 않거나 임금총액만 알려주는 경우, 근로자가 임금내역 등 임금 관련 정보를 확인하기 어려운 상황이 발생하기도 하며, 임금채불 관련 분쟁이 길어진다는 점에서, 사용자가 임금을 지급하는 때 근로자에게 반드시 임금명세서를 주도록 한 것이다.¹⁶⁴⁾

3) 벌칙규정

동 규정 위반에 대해서는 500만 원 이하의 과태료를 부과한다(제116조 제2항 제2호)

타. 제49조(임금의 시효)

제49조(임금의 시효) 이 법에 따른 임금채권은 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.

3. 「최저임금법」([시행 1986. 12. 31.][법률 제3927호, 1986. 12. 31., 제정])

가. 제정이유¹⁶⁵⁾

근로자임금의 최저수준을 국가가 법적으로 보장함으로써 저임금근로

164) 고용노동부(2021), 「2021. 11. 19. 시행 개정 「근로기준법」 설명자료」, p.1.

165) 법제처 제개정이유.

자의 생활안정을 도모하여 노동력의 원활한 재생산과 질적 향상을 기하고 국민경제의 건전한 발전에 이바지하려는 것이다.

나. 법의 목적

「최저임금법」은 근로자에 대하여 임금의 최저수준을 보장하여 근로자의 생활안정과 노동력의 질적 향상을 기함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하게 함을 목적으로 한다(법 제1조).

다. 적용대상

「최저임금법」의 적용대상은 근로자이며, 근로자는 근로기준법 제2조에 따른 근로자를 의미한다.

4. 「임금채권보장법」(〔시행 1998. 7. 1.〕〔법률 제5513호, 1998. 2. 20., 제정〕)

가. 제정이유¹⁶⁶⁾

「임금채권보장법」은 IMF 경제위기와 산업구조조정으로 중소기업과 한계기업의 도산이 급증하여 지급이 불가능한 체불임금이 대량 발생하고 있어 「근로기준법」상의 임금채권 우선변제만으로는 근로자의 임금채권 보장의 실효성을 기할 수 없게 됨에 따라, 기업의 도산 등으로 인하여 사업주의 임금 지급이 곤란해진 경우 사업주를 대신하여 임금채권보장기금에서 일정범위의 체불임금을 지급할 수 있도록 하는 임금채권보장제도를 도입하여 근로자의 임금체불에 대한 불안감을 해소하고 근로자의 기본적인 생활안정을 도모하려는 것이다.

166) 법제처 제개정이유.

나. 법의 목적

제1조(목적) 이 법은 경기 변동과 산업구조 변화 등으로 사업을 계속하는 것이 불가능하거나 기업의 경영이 불안정하여, 임금 등을 지급받지 못하고 퇴직한 근로자 등에게 그 지급을 보장하는 조치를 마련함으로써 근로자의 생활안정에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

다. 적용대상

「임금채권보장법」의 적용대상은 근로자이며, 이 법에서 근로자는 「근로기준법」 제2조에 따른 근로자를 의미한다.

5. 「근로자퇴직급여보장법」

가. 제정이유¹⁶⁷⁾

인구 고령화에 대응하여 현재 일시금 위주로 운영되고 있는 퇴직금제도를 퇴직연금제도로 전환할 수 있도록 하여 노후 소득재원 확충을 통한 근로자의 노후 생활안정에 기여하도록 하는 한편, 상시근로자 4인 이하 사업장에 대하여 퇴직급여제도를 확대 적용하도록 하려는 것이다.

나. 법의 목적

제1조(목적) 이 법은 근로자 퇴직급여제도의 설정 및 운영에 필요한 사항을 정함으로써 근로자의 안정적인 노후생활 보장에 이바지함을 목적으로 한다.

다. 적용대상

근로자를 대상으로 하며, 「근로자퇴직급여보장법」상 근로자는 「근로

167) 법제처 제개정이유.

기준법」 제2조 제1항 제2호의 규정에 의한 근로자를 의미한다.

6. 분석틀에의 적용

지금까지 살펴본 현행 노동관계법의 임금 원칙과 제도는 개략적으로 다음의 네 가지, 즉 ① <근로계약 체결 시 임금 관련 정보의 고지>, ② <임금 지급방법>, ③ <임금채권의 보전·확보>, ④ <임금수준 보장>에 대한 것으로 세분할 수 있다. 제2장에서 행한 분석에 따르면 개별 원칙 및 제도는 노무제공자의 구체적 취약성 및 개별 기본권과 연결되는데, 이를 차례로 검토하면 아래와 같다.

첫째, <근로계약 체결 시 임금 관련 정보의 고지> 원칙에 대한 대표적 예는 「근로기준법」 제17조 제1항 제1호(임금액 고지) 및 제2항(임금의 구성항목·계산방법·지급방법의 고지)이다. 이는 경제적 의존성(불공정)이라는 취약성을 해소/완화하기 위한 것이며 노무제공자의 사회권적 기능을 하는 자유권의 관철을 위한 구체적 제도이다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	근로계약 체결 시 임금 관련 정보의 고지
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

둘째, <임금 지급방법> 원칙의 대표적 예는 「근로기준법」 제43조의 통화불, 직접불, 전액불, 정기불 원칙이다. 이는 근로자의 생계수단인 임금

을 확실하고, 신속하고, 예상 가능한 시점에 받을 수 있도록 정한 원칙으로서 특히 근로자의 생존권 확보를 위한 것이다. 그러면서도 동시에 사용자가 우월적 지위에서 이에 반하는 방식으로 임금을 지급할 가능성을 원천 차단하기 위한 규정(불공정 방지)으로도 의미가 있다. 따라서 경제적 의존성을 공유하는 취업자 집단에게도 원리적으로 적용 가능한 원칙/제도가 될 수 있다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	통화불, 직접불, 전액불, 정기불 원칙
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

셋째, <임금채권의 보전·확보> 원칙은 다시 경영위험의 귀속, 위험의 공평한 분담이라는 목적과 근로자의 생존권 보장이라는 측면에서 이해할 수 있다. 「근로기준법」의 임금 지급의 특례 규정, <도급 사업에 대한 임금 지급>, <건설업에서의 임금 지급 연대책임>, <건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례>, <비상시 지급>, <휴업수당> 규정들이 이 범주에 속한다. 이 원칙은 앞에서 살핀 임금 원칙과 비교할 때 경영위험의 공평한 분담 및 적정한 귀속이라는 추가적 기능을 수행한다. 즉 주된 그리고 대부분의 경제활동 시간 동안 자신의 노동력 자체를 사용자의 지시와 처분에 맡김으로써 기회비용을 부담하는 법적 경제적 종속성을 부담하는 노무제공자가 진성 자영업자/사업자가 부담해야 할 시장위험을 부담하지 않을 수 있도록 임금채권을 보전·확보해주는 것이다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙 · 제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	임금채권의 보전 · 확보
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심 · 상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

넷째, <임금수준 보장>의 원칙 중 최저임금은 경제적 의존성을 갖고 있는 노무제공자가, 우월한 교섭력을 가지고 있는 사용자와의 관계에서 자신의 노동에 대한 최소한의 대가를 받을 수 있고, 또 그것이 자신의 생계를 유지하는 데 있어 최소한의 금액 이상이 될 수 있도록 하는 제도이다. 따라서 이는 경제적 의존성의 두 측면을 모두 해소/완화하는 것에 목적이 있다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙 · 제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	최저임금(노동력 최소단가)
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	최저임금(생활)
조직적 종속성(핵심 · 상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

그리고 최저수준을 넘어 적정수준의 임금 보장은 단체교섭제도에 의하게 된다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	노동조합·단체교섭·단체 행동
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

제2절 판례의 대응방식에 대한 가설 : 근로자성의 상대화

현행 노동법제는 고용 관련 사회보험법의 영역, 즉 고용보험과 산업재해보상보험의 경우 각각 노무제공자와 특수형태근로종사자 등의 개념을 도입함으로써 일종의 (근로기준법상) 근로자와 자영업자 사이의 중간범주를 도입하였다. 노동조합 및 노동관계조정법도 판례가 ‘근로자’ 개념을 재정의함으로써 중간범주의 한 유형을 설정하였다고 할 수 있다. 그러나 임금과 관련해서는 그러한 실정법상 개념이 적용될 여지는 없다. 다만 노동법상 임금규범의 본래적 목적을 고려할 때 아주 좁은 형태로 이해되는 ‘근로자’ 개념을 고수할 경우 이전 장에서 논의한 대로 해당 법규범의 본래 목적을 달성하는 데 지장을 초래할 수 있다. 이는 조금 더 흔하게 사용되는 용어를 빌면 ‘구체적 타당성’이 훼손된다고 이해할 수도 있다.

학술적 견해 중에서는 이 문제를 해결하기 위해 우리 판례가 근로자 개념을 상대적으로 이해한다고 관점을 제시하기도 한다.¹⁶⁸⁾ 판례는 이 점을 명시적으로 밝히지 않으며, 현행 법체계상 이를 명시적으로 밝히기도 곤란하다. 앞에서의 분석에 따르면 이는 ‘법문의 가능한 의미’를 넘어서는 영역의 문제로 유추적용이며 범형성의 대상이 될 수 있기에 사법부로서는 법적·정치적으로 상당히 부담스러울 수 있기 때문이다. 그러나 묵시적으로는 혹은 개별 재판부 단위에서는 구체적 타당성을 최대한 확보하기 위해서, 어쩌면 무의식적으로 개별 규범에 따라 근로자 개념을 신축적으로 이해하여 사건에 적용하고 있다고 볼 여지가 있다.

아래에서는 이러한 ‘가설’을 수용하여 파악 및 수집된 판례를 사안 및 노무제공자의 직종별로 분류해 그러한 가설의 타당성을 검토해보았다. 노동법에서 가장 민감한 쟁점 중 하나인 근로자성 개념을, 입법적 방식이 아닌 사법적 방식으로, 즉 유추적용으로 문제를 해결하는 것이 이론적·실무적·현실적으로 여전히 난망한 상황에서 이러한 해법이 어쩌면 현실적으로 가장 가능성 높은 해법이 될 수 있기 때문이다. 이러한 목적으로 실적급제 보수를 받는 노무제공자의 근로자성이 다투어진 판결을 살펴보았는데 대부분의 판례가 퇴직금 청구의 소로서 본 연구의 가설인 임금 원칙별로 다소 상이한 근로자성 판단이 도출될 수 있을 것이라는 기대는 충족하지 못했다. 그럼에도 수집·분석한 판례를 정리하면 아래와 같다.

1. 채권추심원

- 1-1. 대법원 2016.4.15. 선고 2015다252891 판결 [퇴직금 청구의 소] : 채권추심원의 근로자성을 긍정한 판결(원고(채권추심원)들과 피고 회사 사이에서 체결된 계약의 형식은 위임계약처럼 되어 있지만 그 실질은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로계약관계에 해당한다고 보아, 이들의 근로자성을 부정

168) 유성재(2021), 「목적론적 방법에 의한 근로자 개념의 형성」, 『노동법 패러다임의 전환과 쟁점 과제』, 전북대학교 법학연구소·노동사회법센터 공동기념학술대회 자료집, p.51 이하.

했던 원심을 파기환송한 판결).

- 1-2. 서울고법 2017. 5. 12. 선고 2016나2078623 판결 [퇴직금]: 채권추심원들의 근로자성을 인정한 판결.
- 1-3. 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다211655 판결 [퇴직금]: 채권추심원인 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보아, 이와 결론을 달리한 원심판결을 파기환송한 판결.
- 1-4. 서울남부지법 2019. 4. 19. 선고 2018가합106952 판결 [퇴직금]: 원고는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 채권관리 및 추심이라는 노무를 제공한 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 본 판결.
- 1-5. 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다229120 판결 [퇴직금 청구의 소]: 신용정보업을 영위하는 피고회사와 위촉계약을 체결하고 채권추심업무를 수행하다 퇴사한 위임직 채권추심인인 원고가 피고를 상대로 퇴직금 청구의 소를 제기한 사안에서 원고가 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보아, 원심을 법리오해를 이유로 파기환송한 판결.
- 1-6. 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018다292418 판결 [퇴직금등 청구의 소]: 채권추심업체인 피고회사에서 채권추심업무 위탁계약을 체결하고 채권추심원으로 근무하던 원고들이 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고회사로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는 기간에도 원고들이 피고의 근로자에 해당하는지 여부가 문제가 된 사안에서, 위 기간에도 여전히 원고들을 피고회사의 근로자로 봄이 타당함에도, 이와 달리 판단한 원심을 법리오해 등을 이유로 파기환송한 판결(원심은 원고들이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하였다고 인정하면서도, 위 기간(다른 근무처에서 얻은 소득이 50% 이상의 비중을 차지하는 기간)에는 원고들을 피고의 근로자로 볼 수 없다고 판단함).
- 1-7. 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다212771 판결 [임금]: 채권추심원의

근로자성을 인정한 판결.

2. 정수기 수리기사

- 2-1. 서울고법 2016. 4. 1. 선고 2013나2031913 판결 [퇴직금]: 수리기사의 근로자성을 긍정한 판결(피고(동양매직서비스)와 서비스대행계약을 체결하고 전자제품 수리업무를 수행하여온 원고들은 그 계약형식에도 불구하고 업무 수행에 있어 피고로부터 상당한 지휘감독을 받으면서 종속적인 관계에서 근로를 제공하여온 근로자에 해당한다고 보아, 원고들의 퇴직금 청구를 인용하고 1심판결 일부를 취소한 판결).
- 2-2. 울산지법 2020. 2. 19. 선고 2018가합24567 판결 [임금]: 피고와 용역위탁계약을 맺고 정수기의 필터교체·수리·설치 업무 등을 수행하던 원고들이 피고에게 주휴수당 등의 지급을 구한 사안에서, 원고들의 근로내용 자체가 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을 고려할 때 근로시간의 산정이 어렵다고 보기 어려우므로 포괄임금약정의 성립이 인정되지 않고 피고가 원고들에게 업무실적에 따라 지급하는 수당에 주휴수당 등이 포함되어 있다고 볼 수 없으므로 피고가 원고들에게 주휴수당 등을 지급할 의무가 있다고 보아, 원고들의 청구를 일부 인용한 판결(이와 함께, 대상판결에서 법원은 원고들이 근로기준법 제47조의 도급 근로자에 해당하므로 동법 시행령 제6조 제1항 제6호에 따라 ‘도급제에 따라 계산된 임금의 총액’을 ‘해당 임금 산정기간의 총근로시간 수’로 나누어 산정한 시간급 통상임금에 따라 산정한 주휴수당 등을 지급하라고 판결함).
- 2-3. 서울고법 2020. 9. 18. 선고 2019나2022249 판결 [퇴직금 청구의 소]: 피고 청호나이스와 서비스 용역계약을 체결하고 정수기 등 가전제품의 설치·AS 업무 내지 판매 업무를 수행한 원고들이 피고를 상대로 퇴직금 지급을 구한 사안임. 법원은 근로계약을 체결하지 아니하고 노무를 제공한 자의 근로자성은 주로 ① 산재보험법상

의 업무상 재해 인정 및 보험급여 청구, ② 근로기준법 또는 퇴직급여법상의 퇴직금 청구 등의 국면에서 판단되는 바, 두 경우 모두 근로기준법상의 ‘근로자’인지 여부가 청구권 성립의 전제가 되나 그 판단요소나 근로자성 인정 범위는 달리 보는 것이 타당하며, (퇴직금 청구 사건에서) 근로자성이 인정되는 경우에도 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금의 범위는 근로제공의 대가에 해당하는 부분으로 제한되어야 한다고 판시한 뒤, 정수기 수리기사인 원고들의 근로기준법상 근로자성을 인정하고, 원고들이 받은 설치·AS 수수료는 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 포함되거나 판매 수수료는 임금에 해당하지 않는다고 판단함(대법원 2020다273939호 상고심 계속 중).

- 2-4. 서울중앙지법 2019. 6. 13. 선고 2016가합524734 판결 [퇴직금 등]: 피고회사(코웨이)와 생활가전제품의 설치, 이전설치, 해체서비스, 수리서비스 및 반환 업무 위임계약을 체결하고 업무를 수행하여 온 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 지위에서 피고에게 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다고 보아, 이에 기초한 원고들의 임금 및 퇴직금 청구를 인용한 판결 (서울고법 2019나2031229호 항소심 계속 중).
- 2-5. 서울중앙지법 2019. 8. 23. 선고 2017가합552798 판결 [퇴직금 등]: 피고 청호나이스가 생산한 정수기, 공기청정기, 비데 등 가정용 기기의 설치, AS, 판매, 렌탈 등의 업무를 담당한 원고 엔지니어들은 임금을 목적으로 한 종속적 관계에서 피고에게 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다는 이유로, 원고들의 미지급 퇴직금 및 연차휴가수당 청구를 인용한 판결 (항소심 원고 청구 일부 인용(서울고법 2021. 6. 30. 선고 2019나2041479 판결), 대법원 2021다257736호 상고심 계속 중).
- 2-6. 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다222914 판결 [퇴직금 청구의 소]: 피고회사(엘트웰)과 용역계약을 체결하고 정수기의 설치·점검·수리 등의 업무를 수행한 정수기 수리기사가 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보아, 피고가 원고들에게 퇴직금을 지급할 의무

가 있다고 판단한 원심을 수긍하여 상고를 기각한 판결(한편, 원고들은 1주 40시간 월 174시간 근로하였다는 것을 전제로 이에 기초한 연차수당도 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에 포함하여야 한다고 주장하였으나, 원심은 원고들이 피고회사와 소정 근로일수 및 근로시간을 정하여 근로하였다는 사실을 인정하기에 부족하다고 판단하여 연차수당이 발생하였다는 원고들의 주장을 배척함. 대법원도 위와 같은 원심 판단에 법리 오해 등의 잘못이 없다고 보아 원심을 수긍함).

3. 보험설계사 등

가. 근로자성 긍정

- 3-1. 대전지방법원 2011. 3. 24. 선고 2010나11154(본소), 2010나11161(반소) 판결: 미래에셋생명보험 전화보험설계사의 근로자성을 긍정한 판결.
- 3-2. 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결 [퇴직금]: 씨티은행 카드로 전화권유 판매원의 근로자성을 긍정한 판결(씨티은행과 섭외영업 위촉계약을 체결하고 은행으로부터 고객 데이터베이스를 받아 은행의 고객에게 전화로 카드로 관하여 홍보하고 신청을 권유하는 업무를 수행한 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당하느는지 문제 된 사안에서, 제반 사정에 비추어 원고들이 씨티은행에 근로에 대한 대가를 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 볼 여지가 충분한데도 원고들이 근로자가 아니라고 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 판결).
- 3-3. 의정부지법 2020. 8. 13. 선고 2019나214447 판결 [퇴직금]: 보험대리점업 등을 영위하는 피고회사와 위탁계약을 체결하여 보험영업 대상지역의 고객 회사를 섭외하는 업무를 수행하는 섭외사원인 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보아, 원고들의 퇴직금 청구를 인용한 판결.

나. 근로자성 부정

- 3-4. 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결 [부당해고 구제재심판정 취소]: 프랑스생명보험 보험모집인의 근로자성을 부정한 판결.
- 3-5. 대법원 2013. 7. 12. 선고 2011다46371 판결 [위탁계약직권 해지무효 확인]: 우체국 보험관리사의 근로자성을 부정한 판결.
- 3-6. 서울고법 2017. 9. 15. 선고 2016나2080084(본소), 2016나2080091(반소) 판결 [수수료]: 원고가 피고 보험회사와 지점장 위촉계약을 체결한 후 보험대리점의 지점장으로 일해오다가 계약위반을 이유로 해촉되어 수수료 청구소송을 당하자 반소로 급여청구를 구한 사안에서, 피고가 원고에 대해 종속적 근로관계에 있었다고 보기 어렵다고 하여 이 주장을 기각한 판결.
- 3-7. 대법원 2020. 12. 24. 선고 2018다298775 판결 [임금]: 피고 생명보험회사와 텔레마케터 위촉계약을 체결하여 피고에게 제공받은 데이터베이스를 바탕으로 고객에게 전화를 걸어 보험계약 체결을 권유하는 업무를 수행한 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 보아, 원고들의 퇴직금 청구를 기각한 판결(피고가 개발한 앱을 활용하였으나, 개인 사정에 따라 출근하지 않을 수 있었고 출근시간 또한 자유로웠음).

4. 학원강사

- 4-1. 대입학원 종합반 강사 사건(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 [퇴직금]).
- 4-2. 대입학원 담임강사 사건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결).
- 4-3. 미용학원 강사 사건(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결 [근로기준법 위반]).
- 4-4. 영어학원 원어민 강사(대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다88161 판결 [퇴직금 등]): 시간급제 학원강사의 근로자성을 긍정한 판결.

- 4-5. 서울고법 2019. 1. 30. 선고 2017나2069008 판결 [해고무효확인 등 청구의 소]: 실적급제 학원강사의 근로자성을 긍정한 판결(대학입시 기숙학원의 종합반 강사인 원고들은 임금을 목적으로 종속적 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당하고, 원고들에 대한 이 사건 해고는 정당한 이유가 있다고 인정하기에 부족하고 또한 적법한 해고통지가 이루어지지 않았으므로 무효라고 보아, 원고들의 미지급 임금 및 퇴직금 청구를 인용한 판결).
- 4-6. 대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110 판결 [퇴직금 등 청구의 소]: 실적급제 학원강사의 근로자성을 긍정한 판결.

5. 백화점 위탁판매원

가. 근로자성 긍정

- 5-1. 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결 [퇴직금 등]: 백화점 판매원(발렌타인)의 근로자성을 긍정한 판결(의류판매회사(피고)와 판매용역계약을 체결하고 백화점에서 물품을 판매해온 백화점 판매원들의 근로자성을 인정하여, 이와 반대의 결론을 내린 원심을 파기환송한 판결).
- 유사판결: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다63299 [퇴직금] 판결(백화점 판매원의 근로자성을 인정한 판결).

나. 근로자성 부정

- 5-2. 서울북부지법 2016. 5. 25. 선고 2015가단118806 판결 [임금]: 피고 의류업체(코테즈컴바인)와 중간관리계약을 맺고 백화점 직영점을 운영하던 매니저(원고)가 피고회사에 고용된 근로자임을 인정하기에는 증거가 부족하고, 오히려 매장운영 실태와 비용부담 등의 사실에 비추어 보면 원고는 독립적인 상인이라고 봄이 타당하다

고 하여, 원고의 청구를 기각한 판결.

- 5-3. 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다207864 판결 [퇴직금]: 백화점 판매원의 근로자성을 부정한 판결(피고 삼성물산과 위탁판매계약을 체결하고 백화점 등에서 위탁판매원으로 근무한 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 보아, 원고들의 상고를 기각한 판결).
- 5-4. 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다207833 판결 [퇴직금 청구]: 피고 코오롱인더스트리와 판매대행계약을 체결하고 백화점 판매원으로 근무한 원고들이 피고를 상대로 퇴직금 청구의 소를 제기한 사안에서, 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단한 원심을 수긍하고 원고들의 상고를 기각한 판결.
- 5-5. 서울중앙지법 2020. 7. 2. 선고 2018가합589841 판결 [퇴직금 지급 청구의 소]: 피고 소속 근로자로 근무하다 피고와 위탁경영계약을 체결하여 백화점에서 위탁판매원으로 근무한 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 보아, 원고들의 청구를 기각한 판결.
- 5-6. 서울중앙지법 2020. 7. 17. 선고 2018가합539167 판결 [퇴직금 등]: 구두 등 가죽제품의 제조 및 판매업을 영위하는 피고와 위탁계약을 체결하고 백화점에서 매장관리자로 근무한 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 보아, 원고들의 청구를 기각한 판결.

6. 도급제 형식 노무제공 · 도급제 사원 등

가. 근로자성 긍정

- 6-1. 전주지법 2017. 2. 7. 선고 2015가단16783 판결 [퇴직금]: 의류공장에서 도급제로 일해온 원고의 근로자성을 인정하고, 미지급 퇴직금청구를 인용한 판결.
- 6-2. 서울고법 2021. 2. 5. 선고 2019나2056358 판결 [퇴직금 청구의 소]:

피고와 피고의 아버지, 어머니를 공동사업주로 하는 가족구두 제조업체와 도급계약을 체결하여 갑피 작업(재단 작업이 끝난 가죽을 작업지시서의 디자인에 맞추어 재봉·접착하는 작업) 또는 저부 작업(갑피가 완료된 원단을 넘겨받아 형틀에 원단을 씌워 구두의 형태를 완성하고 밑창을 박는 작업)을 수행한 원고들의 근로기준법상 근로자성을 인정하고, 원고들을 지휘·감독하는 등으로 원고들과 사용종속관계를 형성한 피고와 피고 아버지가 공동사업주로서 근로기준법상 사용자에게 해당한다고 보아 피고와 피고 아버지가 연대하여 원고들에게 퇴직금을 지급하라고 판단한 판결.

- 6-3. 서울중앙지법 2021. 6. 24. 선고 2020가합543664 판결 [퇴직금 청구의 소]: 의류제조 및 판매업을 영위하는 피고 회사에서 피고 소속 현장관리자의 작업지시를 받고 피고가 작성한 제품생산지시서 등에 따라 작업과정 중 봉제 부분을 맡아 작업을 수행한 원고들의 근로기준법상 근로자성을 인정하여 피고가 원고들에게 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 판단한 판결.

나. 근로자성 부정

- 6-4. 대법원 2016. 3. 24. 선고 2011다1880 판결 [퇴직금]: 도급제 사원의 근로자성을 부정한 판결(이 사건 원고인 도급제 사원들은 근로기준법상 피고의 근로자로 보기 어렵다고 하여, 원고의 상고를 기각한 판결).

7. 기 타

가. 근로자성 긍정

- 7-1. 대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결 [근로기준법 위반]: 화물 운송기사의 근로자성을 긍정한 판결.
- 7-2. 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다62749 판결 [퇴직금 등]: 학원통학

버스기사의 근로자성을 긍정한 판결(학원통학 외 금지).

- 7-3. 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결 [부당해고 구제재심판정 취소]: 방송제작 프로듀서의 근로자성을 긍정한 판결.
- 7-4. 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다77805 판결 [퇴직금]; 7-4-2. 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다42745 판결[퇴직금]; 7-4-3. 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다77706 판결; 한전산업개발 전기검침·송달원의 근로자성을 긍정한 판결.
- 7-5. 대법원 2016. 5. 26. 선고 2014도12141 판결 [근로기준법 위반, 근로자퇴직급여보장법 위반]: 시간급으로 급여를 받으며 소사장제로 일하던 소외인들의 근로자성을 긍정한 판결(피고인(회사 대표이사)이 소사장제로 일해오던 소외인들은 근로자가 아니라는 이유로 퇴직금 및 연차 유급휴가 미사용수당을 지급하지 않아 기소된 사안에서, 소외인들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로자에 해당하여 피고인이 유죄라고 본 원심을 확정하고, 상고를 기각한 판결).

나. 근로자성 부정

- 7-6. 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040 판결 [임금]: 화물운송기사의 근로자성을 부정한 판결.
- 7-7. 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16442 판결 [부당해고 구제재심판정 취소]: 학원통학 버스기사의 근로자성을 부정한 판결(다른 영업행위 가능).
- 7-8. 대법원 2016. 8. 24. 선고 2015다253986 판결 [퇴직금 지급 청구의 소]: 야쿠르트 배달·판매원의 근로자성 부정한 판결.
- 7-9. 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결 [부당징계 무효확인]: 골프장 캐디의 근로자성을 부정한 판결.
- 7-10. 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598·12604 판결 [부당해고 및 부당노동행위 구제재심판정 취소]: 학습지교사의 근로자성을 부정한 판결.

- 7-11. 서울고법 2019. 7. 19. 선고 2018나2051957 판결 [임금]: 피고 웅진씽크빅의 지점장이나 관리국장인 원고들은 피고의 근로자에 해당한다고 보기 어렵다고 보아, 이와 결론을 달리한 1심판결을 취소하고 원고들의 청구를 기각한 판결.
- 7-12. 울산지법 2019. 8. 13. 선고 2018고정988 판결 [근로기준법 위반]: 울산시설공단에서 관리하는 수영장에서 수영강사로 근로하고 퇴직한 피해자들에게 퇴직금 및 연차수당을 지급하지 않았다는 이유로 공단 이사장이 기소된 사안에서, 이 사건 수영강사들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고인에게 근로를 제공하였다고 봄이 상당하지만, 검사가 제출한 증거만으로 피고인에게 근로기준법 및 근로자퇴직급여 보장법을 위반하여 임금 및 퇴직금을 지급하지 않는다는 고의가 있었다고 인정하기에는 부족하다고 보아, 피고인에게 무죄를 선고한 판결.
- 7-13. 서울동부지법 2020. 5. 8. 선고 2019고정211 판결 [근로기준법 위반 등]: 헬스클럽 및 실내골프연습장을 운영하는 피고인이 피고 소속 골프강사에 대한 임금 미지급 등 근로기준법 위반 등의 혐의로 기소된 사안에서, 골프강사가 4대보험에 가입되어 있었던 사실은 인정되나 골프강사가 강습회원과 골프강습계약의 내용을 직접 결정하였고 징계 등 제재수단이 마련되어 있지 않았다는 점 등을 고려하였을 때 골프강사는 근로기준법상 근로자에 해당하지 않다고 보아, 공소사실을 무죄로 판단한 판결.

8. 그 밖에 비임금근로자·노무제공자·근로자의 보수 관련 판결

- 8-1. 대구지법 2015. 8. 21. 선고 2015나301869 판결:[임금 등] 피고(대구광역시)가 운영하는 각 학교에 ‘배움터지킴이’로 위촉되어 활동한 원고들이 피고의 근로자임을 전제로 최저임금과 실제 지급한 임금의 차액 상당액 등을 청구한 사안에서, 위 ‘배움터지킴이’는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 것이 아니라 자원봉사활동의 일환으로 참가, 활동한 봉사자라는 이유로 원고

들의 청구를 기각한 판결.

유사판결: 대구지방법원 2015. 8. 21. 선고 2015나301869(제1심은 배움터 지킴이의 근로기준법상 근로자성을 인정함); 광주지방법원 2016. 4. 22. 선고 2015가합55436

8-2. 부산지법 2017. 2. 21. 선고 2016고단825 판결 [근로자퇴직급여보장법 위반]: 헬스장 크로스핏 강사를 근로자로 인정하여, 사용자인 피고인의 퇴직급여보장법 위반을 인정한 판결(고정된 급여를 지급받은 사안, 크로스핏 강사가 강의시간에 맞추어 자유롭게 출퇴근한 점, 이 사건 사업장에서 강의를 하는 동안 다른 사업장에서도 자유롭게 강의를 할 수 있어 특정 사용자에게 전속되어 있지 않았던 점 등은 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다고 판시함).

8-3. 대법원 2018. 7. 11. 선고 2016다9261 판결 [임금 등]: 자신들의 의사에 따라 사납금제(도급제) 방식의 근로계약을 체결한 원고 택시 운전근로자들이 이후 이 근로계약이 최저임금법에 위반된다고 주장하며 미지급 최저임금 등의 지급을 구한 사안에서, 원심은 원고들의 주장이 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 판단하였으나, 대법원은 원고들의 주장이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도에 해당한다거나 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수궁할 만한 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵다고 하여, 원심판결을 파기환송한 판결.

8-4. 대법원 2019. 4. 25. 선고 2015다228652 판결 [손해배상(기) 등]: 경상남도와 협약을 체결하고 '경상남도 장애인 도우미뱅크 사업'을 운영하던 피고 법인 소속 장애인 도우미들이 피고 법인의 부당한 활동제한 조치로 인해 근로를 제공하지 못한 기간 동안의 임금을 청구한 사안에서, 일부 원고에 대한 활동제한조치가 부당함을 인정하고 그 원고들의 근로자성 또한 인정하여 일부 원고들에 대한 피고 법인의 임금지급의무가 있다고 본 원심판결을 수궁한 판결.

8-5. 광주고법 2019. 6. 19. 선고 2018나23307 판결 [임금]: 원고들을 비

롯한 아이돌보미는 서비스기관에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 볼 수 없으므로 근로기준법상의 근로자에 해당하지 아니하고, 설령 원고들이 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 하더라도 피고들은 서비스기관의 운영권한만을 위탁받은 것에 불과하여, 원고들과 사이의 근로계약상 권리의무가 피고들에게 귀속된다고 보기도 어렵다고 보아, 원고들의 청구를 기각한 판결.

제 5 장

분석의 종합과 요약

여기서는 지금까지 행한 분석을 장별로 요약하고 종합하여 이 연구의 결론과 정책적 시사점을 도출한다. 편집 및 인용상의 편의를 위해 일련번호를 붙여 보고서의 핵심내용을 정리하는데, 첫 번째 숫자는 장을 의미하고 두 번째 숫자는 각 장에서의 개별 핵심내용에 순서를 매긴 것이다.

제2장의 분석에서 발견한 사항을 요약하면 이렇다. (2-1) 먼저 「근로기준법」상 근로자 개념에 대한 우리 판례의 현재 입장이다. 판례는 근로자성 인정 여부를 ‘사용종속관계’라는 포괄적 개념을 기준으로 판단하는데, 그 핵심은 지휘·감독(지시권) 행사 혹은 법적 인(격)적 종속성으로 본다. 여기에 경제적 의존성과 조직적 종속성 혹은 사업편입성 및 기타 사실을 부수적으로 고려하는데 근로자성을 긍정하는 방향으로의 편면적 근거로서 검토한다. 따라서 사용자의 지시권 행사, 즉 업무 관련 지휘·감독이 「근로기준법」상 근로자성 인정에 필수적 요건이기는 하나, 경제적 의존성과 조직적 종속성이 명백한 경우, 즉 독립사업자성 결여가 명백한 경우 그 지시에의 구속 방식/정도가 구체적·개별적인 수준에 이르지 않아도 되고 상당한 정도로 충분한 것으로 본다.

이 연구는 이러한 판례분석을 기초로 사건을 전개하였는데, (2-2) 법적 인(격)적 종속성을 「근로기준법」상 근로자의 중핵적 징표로 삼는 것 자체는 찬동하면서도 현대의 고용관행과 근로실태를 감안하여 그 내용을 질적으로 확장하고 재구성할 것을 촉구했다(결과적으로 근로자의 실질적 범위 확대). 이때 법적 인(격)적 종속성(2-2-①)이란 근로자 집단의 주된

취약성을 말하는 것인데, 근로자가 자신의 인격과 분리될 수 없는 노동력 그 자체를 사용자의 지시/처분하에 맡겨 놓는 상황을 지칭하는 개념이다. 이는 계속적 채권관계이면서 형성권인 지시권이 내재된 근로계약관계의 특성상 본질적인 것이고 불가피한 것이다. 그러나 근로자의 인격권 침해 및 민주성 결핍의 위험이 상존하기 때문에 규범적으로 부정적인 평가를 받을 수밖에 없어 노동법의 개입을 정당화하는 근거가 된다. 이 근로관계 속 근로자의 처지를 경제적 측면에서 보더라도 취약성이 발견된다. 원칙적으로 근로자는 약정한 기간/시간 동안에는 자신의 노동력을 사용자가 사용할 수 있도록 대기시켜 놓아야 하는 계약상 의무를 부담하는데, 이는 동 기간/시간 동안 해당 노동력을 근로자가 자신의 경제적 이익을 위해 자유롭게 처분할 수 있는 기회를 법적으로 상실하는 것을 의미하기 때문이다. 이 연구에서는 이러한 취약성을 아래에서 다시 볼 경제적 의존성과 구별되는 ‘법적 경제적 종속성’으로 개념화했다(2-2-②). 법적 경제적 종속성은 이윤추구의 기회 상실이라는 부정적 측면도 있지만 동시에 경영 위험의 회피, 즉 시장위험으로 인해 소득이 상실될 수 있는 위험으로부터 자유롭다는 특징도 갖는다.

(2-3) 경제적 의존성을 법적 인(격)적 종속성과 대등하지만 그 평면을 달리하는 근로자/노무제공자의 취약성으로 이해했다. 경제적 의존성은 근로자/노무제공자가 놓여 있는 넓은 사회경제 구조라는 맥락을 함께 살피는데 주로 결과적으로 불공정한 계약내용이 형성될 수밖에 없는 조건에 관심을 기울인다. 다시 말해 경제적 의존성은 노무를 공급하는 자가 노동력의 판매 이외의 방식으로 소득을 얻을 수 없고, 통상 특정인에 대해서만 노무를 제공하면서(전속성) 그로부터 얻는 소득이 생계유지에 필요한 소득의 주된 부분을 구성하며, 그 결과 노무이용자(사용자)에 비해 교섭력이 약하여 사실상 사용자가 일방적으로 결정하는 계약조건을 수용할 수밖에 없고(계약 내용의 불공정성), 계약 해지 등에 따른 실직의 위협에 노출되고 있는 등의 경제·사회·심리적 취약함을 포착한 개념이다. 즉 사회경제적 측면의 계약 외적 환경(교섭력의 비대칭성)에서 비롯되는 불공정한 계약내용(2-3-①) 및/또는 인간으로서 최저수준의 건강과 생활조차 유지하기 어려운 열악한 계약의 결과(2-3-②)에 주목한다. 이러한 측

면에서 개인 대 개인의 법률관계의 계약 이행 국면에 천착하는 법적 인(격)적/경제적 종속성을 경제적 의존성과 구별할 수 있을 것이며, 전자를 미시적 취약성으로, 후자를 거시적 취약성으로 이해할 수 있을 것이다.

(2-4) 최근 학술문헌에서 빈번하게 거론되는 사업편입성 혹은 조직적 종속성은 근로자/노무제공자의 노동 공급이 사용자/노무이용자의 사업수행에 필수적 부분이라는 의미(사용자의 측면: 2-4-①)와 해당 취업자가 제공하는 노동이 그 자체로 시장에서 하나의 독자적 경제적 가치를 가진 사업으로서 독립적으로 거래될 수 없다는 의미(노무제공자 측면: 2-4-②)가 있다. 즉 이는 개별 사안의 구체적인 노동/서비스가 사용자의 사업의 한 구성요소로 취급되어야 할지 아니면 노무제공자의 독자적 사업 자체로 취급할지에 대한 문제로 노무제공자의 ‘사업자성’을 판단하는 기준이 된다. 이 연구는 사업편입성/조직적 종속성의 존재를 법적 종속성과 경제적 의존성의 존재를 각각 추단할 수 있는 요인으로 이해하며 판례에서 그렇게 활용되어야 할 것을 주문했다. 즉 조직적 종속성 혹은 사업편입성을 뒷받침하는 구체적 사실의 입증은 그로 인한 사용자의 지휘·감독권 행사(의 강력한 유인)의 존재와 해당 노무제공자의 경제적 의존성의 존재를 추정하게 함으로써, 결과적으로 「근로기준법」상 근로자성 및 「노조법」상 근로자성/「산재보험법」상 특수형태근로자성/「고용보험법」상 노무제공자성 판단에 있어서, 사용자가 자신이 지시권을 행사하지 않았고 노무제공자 측이 경제적 의존성을 가지고 있지 않다는 사실을 반증해야 하는 입증책임의 전환 효과를 가져올 수 있다.

(2-5) 이 연구는 노동관계에서 발견되는 취약성, 즉 법적 종속성(2-2)과 경제적 의존성(2-3)의 해소/완화를 목적으로 삼는 개별 법의 총합을 노동법(관련 사회보장법을 포함한 넓은 의미)으로 이해한다. 이때 사업편입성(2-4)은 그 자체로서는 취약성을 내포하지 않으나 그것이 법적 종속성 및/또는 경제적 의존성 추정/징표할 수 있다는 점에서 유용한 도구개념으로 활용될 수 있다. 따라서 노동법 내 개별 노동법(규정)은 각 취약성에 대응하는 인적 집단을 보호하기 위한 법이 된다. 취약성의 해소/완화 또는 그러한 인적 집단을 보호한다는 것은 그들의 인권 또는 헌법상 기본권을 보장한다는 것을 뜻하며, 이는 다시 이를 구체화한 법률상 권리를 창설하고

책임 있는 상대방에게 그 권리에 대응하는 법률상 의무를 부과한다는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 노동법의 헌법적 근거로 근로자/노무제공자의 기본권/인권 보장을 들기도 하는데, 여기서의 관련 기본권(인권)은 우리 「헌법」을 기준으로 제32조와 제33조를 필두로 기타 「헌법」 제10조 등 여러 조항에 근거하는 기본권을 말하는 것으로, 이론적으로 살펴보면 다음의 세 가지 종류로 나눌 수 있다. 첫째, 자유권이다. 이는 개인과 개인의 인격적 측면에 주목하며 계약 이행 단계에서 사용자가 근로계약 등에 기초해 행사하는 권리를 적정하게 제한하려는 노동법이 이 자유권을 실현하는 것이 된다. 둘째, 사회권적 기능을 하는 자유권이다. 이는 시장의 공정성을 염두에 둔 것으로 계약 체결 단계, 즉 계약조건 형성과정 및 그 결과에 있어서 지켜져야 하는 공정의 가치에 천착한다. 셋째는, 사회적 기본권으로 생존권의 성격을 강하게 띤다. 노동의 결과, 계약조건의 결과에 초점을 두고 노무제공자의 인간적 생활을 가능하게 하는 최소한의 물질적 조건을 보장하는 데 관심을 둔다. 임금 관련 노동법만을 우선 살펴보면 「헌법」 제33조의 노동 3권 실현을 위한 「노동조합법」의 단체교섭제도는, 근로자/노무제공자의 사용자에게 대한 교섭력의 비대칭성 때문에 불공정한 임금을 받을 수 있는 취약성(2-3-①)을 해결하기 위한 것이다. 또한, 시장 내 인간의 노동(력)에 대한 최소가치로서의 의미(2-3-①)와 근로자의 최소한의 인간다운 생활을 유지하기 위한 최저생계비(2-3-②)로서의 의미를 둘 다 가지고 있는 현행 최저임금제도(헌법 제32조 제1항)는 경제적 의존성이 갖는 이중적 의미 모두를 위한 것이기도 하다. 아래는 이러한 분석을 표로 나타낸 것이다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙 · 제도
법적 인격 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	단체교섭제도/최저임금 (노동력 최소단가)
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	최저임금(생활)

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

(3-1) 제3장의 분석에서 도출할 수 있는 시사점은 다음과 같다. 먼저 영국은 개별적 근로관계법이 중간범주인 ‘limb (b) 노무제공자’ 개념의 핵심요소로 ① 직접 노무제공(personal work), 즉 해당 노무제공자가 타인을 고용하는 등의 방법으로 약정한 노무제공을 자신이 직접 하지 않아도 될 재량이 없어야 하고, ② 노무이용자가 전문직 종사자나 사업체의 고객 또는 의뢰인의 지위를 갖지 않을 것을 요구한다는 점을 확인했다. 즉 독립사업자성을 결여한 1인 노무제공자이어야 한다는 것이며 이는 사업편입성과 그로 인해 징표되는 경제적 의존성을 지니고 있는 집단임을 뜻하는 것이다. 최근 플랫폼 종사자가 ‘limb (b) 노무제공자’에 해당하는지가 문제된 사건에서 우버운전사와 딜리버루 라이더의 판단은 엇갈렸는데, 진정 자신의 사업을 한다고 볼 수 있는지(사업상 재량, 노무제공 총량의 자유로운 선택 등)와 직접 노무를 제공해야 할 의무가 있는지가 주된 기준으로 활용되었다. (3-2) 그리고 영국 노동법은 임금과 관련해 ‘limb (b) 노무제공자’, 즉 법적 종속성이 없는 노무제공자에게도 노무제공조건을 명시하는 문서의 교부와 노동조합·단체교섭·단체행동 및 최저임금에 대한 권리를 부여하고 있다는 점을 확인했다.

(4-1) 현행 노동관계법의 임금원칙과 제도는 <근로계약 체결 시 임금 관련 정보의 고지>(4-1-①), <임금 지급방법>(4-1-②), <임금채권의 보전·확보>(4-1-③), <임금수준 보장>(4-1-④)에 대한 것으로 종류를 나누어 볼 수 있다. 앞의 분석에 따르면 개별 원칙 및 제도는 노무제공자의 구체적 취약성 및 개별 기본권과 연결된다. 이를 차례로 검토하면 아래와 같다.

(4-2) <근로계약 체결 시 임금 관련 정보의 고지>(4-1-①) 원칙에 대한 대표적 예는 「근로기준법」 제17조 제1항 제1호(임금액 고지) 및 제2항(임금의 구성항목·계산방법·지급방법의 고지)이다. 이는 경제적 의존성(불공정)이라는 취약성을 해소/완화하기 위한 것이며 노무제공자의 사

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	근로계약 체결 시 임금 관련 정보의 고지
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

회권적 기능을 하는 자유권의 관철을 위한 구체적 제도이다.

(4-3) <임금 지급방법>(4-1-②) 원칙의 대표적 예는 「근로기준법」 제 43조의 통화불, 직접불, 전액불, 정기불 원칙이다. 이는 근로자의 생계수단인 임금을 확실하고, 신속하고, 예상 가능한 시점에 받을 수 있도록 정한 원칙으로 특히 근로자의 생존권 확보를 위한 것이다. 그러면서도 동시에 사용자가 우월적 지위에서 이에 반하는 방식대로 임금을 지급할 가능성을 원천 차단하기 위한 규정(불공정 방지)으로도 의미가 있다. 따라서 경제적 의존성을 공유하는 취업자 집단에게도 원리적으로 적용 가능한 원칙/제도가 될 수 있다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	통화불, 직접불, 전액불, 정기불 원칙
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

(4-4) <임금채권의 보전·확보>(4-1-③) 원칙은 다시 경영위험의 귀속, 위험의 공평한 분담이라는 목적과 근로자의 생존권 보장이라는 측면에서 이해할 수 있다. 『근로기준법』의 임금 지급의 특례 규정, <도급 사업에 대한 임금 지급>, <건설업에서의 임금 지급 연대책임>, <건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례>, <비상시 지급>, <휴업수당> 규정들이 이 범주에 속한다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	임금채권의 보전·확보
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

(4-4) <임금수준 보장>(4-1-④)의 원칙 중 최저임금은 아래와 같다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	최저임금(노동력 최소단가)
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	최저임금(생활)
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

그리고 적정임금 보장은 단체교섭제도에 의하게 되는데 아래와 같다.

취약성/속성	기본권/인권	임금원칙·제도
법적 인적 종속성 (2-2-①)	자유권	
법적 경제적 종속성 (2-2-②)	사회권적 기능 자유권	
경제적 의존성(불공정) (2-3-①)	사회권적 기능 자유권	노동조합·단체교섭·단체 행동
경제적 의존성(생존) (2-3-②)	생존권적 사회적 기본권	
조직적 종속성(핵심·상시) (2-4-①)	-	
독립사업(자)성 결여 (2-4-②)	-	

(4-5) 이상의 분석 결론을 도출하면 다음과 같다. (4-5-①) 법적 종속성이라는 취약성을 해소/완화하기 위한 것이 그 목적이 아닌 노동법상 임금규범·제도는 원칙적으로 경제적 의존성과 조직적 종속성(만)을 지닌 노무제공자/취업자 집단에게 적용되더라도 문제가 없다. 법학방법론 및 법해석론상의 논쟁의 여지가 분명히 있지만(후속연구에서 보강), 유추적용을 통해 「근로기준법」상 “근로자”가 아닌 노무제공자/취업자에게도 적용하는 것이 일단 바람직하고, (이 연구는) 적법하다고 주장한다. (4-5-②) 그러나 경제적 의존성에 방점이 찍히더라도 법적 종속성, 특히 법적 경제적 종속성의 제거/완화가 목적인 개별 임금제도의 경우에는 「근로기준법」상 “근로자”가 아닌 노무제공자/취업자에게 법해석상 확장 적용하기에 어려운 면이 있다. 이를 판례가 임의로 적용한다면 사법권의 한계를 유월했다고 볼 수 있으며, 원리적/정책적으로도 반드시 타당하고 바람직하다고 보기 어렵다. 이 경우에는 입법론적 해결이 불가피하며 사법적 해결의 최대치는 헌법재판소의 부진정 입법부작위를 근거로 한 헌법불합치가 될 것이다. (4-5-③) 마지막으로 법적 인(격)적 종속성의 해소/완화를 겨냥하는 제도는, 임금제도 중에서는 확인된 바 없으나, 현재 「근로기준법」상 “근로자”에게만 적용되는 제도로 유지시켜야 할 것이다.

참고문헌

- 강보경(2017), 「백화점 위탁판매원의 근로기준법상 근로자성」, 『노동판례비평』 제22권, 민주사회를 위한 변호사모임.
- 강성태(2017), 「특수고용직의 노동법적 보호 - 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로」, 『노동정책연구』 7 (3), 한국노동연구원.
- 고수현(2020), 「학습지교사, 야쿠르트 판매원의 근로자성 판단 - 업무 특성에 따른 ‘근로기준법상 근로자성’ 판단의 틀 모색」, 『노동법학』 74, 한국노동법학회.
- 고용노동부(2021), 「2021. 11. 19. 시행 개정 「근로기준법」 설명자료」.
- 권오성(2021), 「일하는 사람을 위한 기본법’의 올바른 입법방향」, 『2022년 대선 노동정책 기획토론회 자료집』, 한국노동조합총연맹.
- _____(2021), 『플랫폼 노동자의 근로자성』, 『노동법포럼』 제32호.
- 김근주(2017), 『영국·호주의 노무제공계약 규율체계 및 최근 동향』, 고용노동부 연구보고서.
- 김근주·김명수·오승규·황수옥(2016), 『체불임금 해결시스템의 국제비교 연구 - 임금채권보장제도를 중심으로』, 한국노동연구원.
- 김기선(2011), 「근로자파견과 도급의 판단: 독일에서의 논의를 중심으로」, 『노동법연구』 제31호, 서울대학교 노동법연구회.
- 김 린(2020), 「근로자성 판단기준: 사용종속성을 넘어 - 백화점 위탁판매원 사건을 계기로」, 『노동법학』 제75호, 한국노동법학회.
- 김형배(2018), 『노동법』 제26판, 박영사.
- 남궁준(2017), 「세계노동소식 - 영국: 고용항소심판소, 우버기사를 노무제공자로 본 고용심판소 판결에 대한 항소 허가」, 『국제노동브리프』 15 (6), 한국노동연구원.
- _____(2017), 「세계노동소식 - 영국: 고용항소심판소, 우버 운전사는 노무제공자라는 원심 판결 인용」, 『국제노동브리프』 15 (12), 한국노

동연구원.

- _____(2017), 「영국의 현대 고용·노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석 (I)」, 『국제노동브리프』 15 (11), 한국노동연구원.
- _____(2018), 「영국의 현대 고용·노동관행에 대한 Taylor 보고서 분석 (II): 하원 특별위원회의 관계법령 개정안 초안과 보고서를 중심으로」, 『국제노동브리프』 16 (2), 한국노동연구원.
- _____(2018), 「영국: 항소법원, 입주간병인의 야간근무 중 취침대기시간은 최저임금법 적용예외 대상」, 『국제노동브리프』 16 (8), 한국노동연구원.
- _____(2018), 「유럽연합 사법재판소, 영국 항소법원이 요청한 미사용 연차유급휴가 일수에 상응하는 금전 지급에 대한 결정 발표」, 『국제노동브리프』 16 (2), 한국노동연구원.
- _____(2019), 「기술진보와 노동법」, 전병유 외, 『기술 및 인구구조 변화에 따른 노동시장 정책과제』, 재정전문가네트워크, 한국조세재정연구원.
- _____(2021), 「특수형태근로종사자 및 플랫폼 종사자 보호를 위한 입법 공청회 자료」, 제389회국회(임시회) 제1차 환경노동위원회.
- 노동법실무연구회(2010), 『근로기준법 주해 III(제1판)』, 박영사.
- 박은정·김근주(2018), 「디지털일자리에 대한 노동법적 관점에서의 정책적 대응」, 『노동법학』 제66호, 한국노동법학회.
- 박은정(2016), 「산재법상 특수형태근로종사자 개념의 비판적 이해」, 『노동법학』 제57호, 한국노동법학회.
- _____(2018), 「특수형태근로종사자의 보호: 걸어온 길, 가야 할 길」, 『산업관계연구』 28 (3).
- 박종희(2003), 「근로기준법상 근로자개념 - 근로기준법의 적용확대와 선별적용과 관련하여」, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회.
- 박제성·강성태·유성재·박은정(2019), 『자영업자 사회법제 연구: 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원.
- 박제성(2019), 「디지털의 세 가지 표상과 노동법의 과제」, 『노동법연구』 제47호, 서울대학교 노동법연구회.

- 성재민·정홍준·남궁준(2019), 『한국 종사상지위분류 개정 1차 연구사업』, 통계청(발간번호 11-1240000-001310-14).
- 신동윤(2019), 「미국 캘리포니아 주의 플랫폼노동 종사자 보호사례」, 『외국입법 동향과 분석』 제14호, 국회입법조사처.
- 심재진(2015), 「영국 노동관계법의 적용대상과 특수고용노동」, 『법과 기업 연구』 5 (3). 서강대학교 법학연구소.
- _____(2015), 「사내하도급 근로자의 건강과 안전에 대한 도급사업주의 책임 - 영국의 사례」, 『노동법연구』 제38호, 서울대학교 노동법연구회.
- _____(2020), 「영국노동법의 인적 적용범위와 플랫폼 노동」, 『노동법학』 제73호, 한국노동법학회.
- 유성재(2021), 「목적론적 방법에 의한 근로자 개념의 형성」, 『노동법 패러다임의 전환과 쟁점 과제』, 전북대학교 법학연구소·노동사회법센터 공동기념학술대회 자료집.
- 윤애림(2012), 「산재보험법의 특수형태근로종사자 특례제도의 문제점과 대안」, 『노동법연구』 제33호, 서울대학교 노동법연구회.
- _____(2013), 「복수의 사업주에게 노동력을 제공하는 자에 대한 산재보험 적용방안」, 『노동법연구』 제34호, 서울대학교 노동법연구회.
- 이다혜(2019), 「미국 노동법상 디지털 플랫폼 종사자의 근로자성 판단: 2018년 캘리포니아 대법원 Dynamex 판결을 중심으로」, 『노동법학』 제72호, 한국노동법학회.
- 이승욱(2014), 「노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제」, 『노동법학』 제49호, 한국노동법학회.
- 임상민(2019), 「노동법상 근로자 인정범위와 판단기준」, 『외국의 자영업 사회법제 연구(2): 사회법제의 적용 범위 논의를 중심으로』 내부 세미나용(미발표문).
- 임종률(2018), 『노동법 제16판』, 박영사.
- 전형배(2017), 『영국노동법』, 오래.
- 정홍준(2019), 「특수형태근로종사자의 규모 추정에 대한 새로운 접근」, 『고용노동브리프』 제88호, 한국노동연구원.

- 조용만(2011), 「미용사의 근로기준법상 근로자 여부 및 경업금지약정의 효력」, 『노동법학』 제38호, 한국노동법학회.
- 조용만·김홍영(2019), 『로스쿨 노동법 해설』, 오래.
- 최영호(2011), 「특수고용형태 노무공급자의 근로자성 판단기준 - 판례법리의 검토를 중심으로」, 『특수고용노동자에 대한 법원·노동위원회 판결(정)의 문제점 토론회 자료집』, 비정규노동자 기본권보장과 차별철폐를 위한 공동대책위원회.
- 통계청(2021), 「한국중사상지위분류 개정」 보도자료, 2021. 12. 29.
- 호문혁(2009), 『민사소송법』, 법문사.
- 하갑래(2020), 『근로기준법(전정 제33판)』, (주)중앙경제.
- ILO(2018), 「노동관계 통계에 대한 결의」, 제20차 국제노동통계총회, 2018. 10.

- Bernd Wasas and Guus Heerma van Voss(eds), *Restatement of Labour Law in Europe vol. I: The Concept of Employee*, Bloomsbury.
- Davidov, G.(2016), *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press.
- Davidov, G., M. Freedland and N. Countouris(2015), “The Subject of Labor Law: ‘Employees’ and Other Workers”, M. W. Finkin and G. Mundlak(eds.), *Comparative Labor Law*, Edward Elgar.
- OECD(2019), “Policy Responses to New Forms of Work”, OECD Publishing.
- Personnel Today(2017), “Taylor welcomes proposals in draft gig economy Bill”, 2017. 11. 23.

◆ 執筆者

• 남궁준(한국노동연구원 부연구위원)

취업형태의 다변화와 노동법상 임금원칙의 확장성 검토

- | | |
|-----------|--|
| ▪ 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

ISBN 979-11-260-0547-5



KLI
한국노동연구원

한국노동연구원

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



9 791126 005475
ISBN 979-11-260-0547-5