

본 연구결과는 특수고용관계 종사자 실태조사에 대한
노동부의 학술연구용역사업에 의한 것임

특수고용관계 종사자 실태조사

2002. 11.

연구기관 : 한국노동연구원

노동부

연 구 진

연구책임자 : 안주엽(한국노동연구원 동향분석실장)

연 구 원 : 조용만(한국노동연구원 연구위원)

조준모(숭실대학교 교수)

이시균(한국노동연구원 연구원)

목 차

제 1 장 고용형태 다양화와 특수고용의 확산	1
제 2 장 특수고용관계종사자의 근로자성에 대한 법경제학적 접근	10
1. 계약법과 노동법의 경계(jurisdictional frontier)	10
2. 노동법 필연론	12
3. 계약자유 공간에서 근로자성에 관한 사적 협상	16
4. 계약자유공간 A에서의 노동법의 기능	29
5. 근로자성 판단의 새로운 시도: 법경제학의 관점에서	39
6. 노동조합에 대한 수요	42
7. 바람직한 노동법의 방향	52
제 3 장 특수고용관계 종사자의 근로자성에 관한 노동법적 접근	56
1. 서 론	56
2. 근로계약과 구별되는 노무공급계약의 유형과 특징	56
3. 현행 노동법상의 근로자개념과 일반적 판단기준	59
4. 특수고용관계 종사자의 현행 노동법상의 지위	62
5. 주요 외국에서의 특수고용관계 규율방식	69
6. 특수고용관계 종사자 보호를 위한 제도개선의 방향	87
제 4 장 특수고용관계종사자의 실태	90
1. 개요	90
2. 표본의 구성	91
3. 일자리 실태	93

4. 근로자성 여부의 판단기준과 관련된 실태	104
5. 실태의 요약	115
제 5 장 특수고용관계종사자 실태조사 요약 및 정책방향	116
1. 특수고용종사자와 관련된 문제의 핵심 - 근로자성 여부의 판단기준	116
2. 법경제학적 접근인가 노동법의 적용인가?	118
3. 근로자성의 변화와 근로자 보호의 강도	120
부표 : 특수고용실태조사 설문지	127

표 목 차

<표 1-1> 특수고용관계종사자의 비중 (2001년 3월)	3
<표 1-2> 인구통계학적 특성별 특수고용관계종사자의 규모(2002년 3월)	4
<표 1-3> 특수고용관계종사자의 업종별 분포	5
<표 1-4> 특수고용관계종사자의 직종별 분포	6
<표 1-5> 특수고용관계종사자의 업종별 직종별 분포	6
<표 2-1> 특수고용직 고용기업의 노동조합 유무 및 가입 현황	42
<표 2-2> 특수고용직 종업원의 노동조합 구성 및 가입 의사(노동조합 부재 기업)	42
<표 2-3> 보험설계사의 노동조합 유무에 따른 종업원 인적 및 사회적 특성 비교	43
<표 2-4> 골프장 경기보조원의 노동조합 유무에 따른 종업원 인적 및 사회적 특성 비교	45
<표 2-5> 학습지교사의 노동조합 유무에 따른 종업원 인적 및 사회적 특성 비교	46
<표 2-6> 보험설계사의 노동조합 수요 특성	47
<표 2-7> 골프장 경기보조원의 노동조합 수요 특성	48
<표 2-8> 학습지 교사의 노동조합 수요 특성	49
<표 2-9> 보험설계사의 노동조합 수요 특성에 따른 연평균 업무상 소득 비교	50
<표 2-10> 골프장 경기보조원의 노동조합 수요 특성에 따른 연평균 업무상 소득 비교	50
<표 2-11> 학습지 교사의 노동조합 수요 특성에 따른 연평균 업무상 소득 비교	51
<표 2-12> 특수고용직 종사자의 노동조합 수요 및 비수요자별 근로소득세신고 및 사회보험가입 비교	51
<표 4-1> 표본구성	92
<표 4-2> 일자리의 규칙성	93

<표 4-3> 주당 근로시간 분포	94
<표 4-4> 적절한 근로시간	95
<표 4-5> 출퇴근시간	95
<표 4-6> 근로소득 산정방식	96
<표 4-7> 근로소득 지급주기	97
<표 4-8> 근로소득 지급방식	98
<표 4-9> 연간근로소득, 시간당 임금	98
<표 4-10> 국민연금	99
<표 4-11> 건강보험	99
<표 4-12> 고용보험	100
<표 4-13> 산재보험	100
<표 4-14> 법정퇴직금	101
<표 4-15> 유급휴가	101
<표 4-16> 병가	102
<표 4-17> 생리휴가	102
<표 4-18> 만족도	103
<표 4-19> 근로자 인정되면 좋은 점	103
<표 4-20> 계약형태	106
<표 4-21> 계약기간 확정 여부와 계약기간	107
<표 4-22> 중복계약가능성	108
<표 4-23> 업무대행가능성	109
<표 2-24> 취업(복무)규칙이나 인사규정정의 적용여부	110
<표 4-25> 인사규정 적용여부	110
<표 4-26> 고과평정 적용여부	110
<표 4-27> 업무지시	111
<표 4-28> 타 업무수행	112
<표 4-29> 정기조회/회의, 수시조회/회의	113
<표 4-30> 업무수행 교육	113
<표 4-31> 별척성 계약해지	114
<표 4-32> 일자리 중단원인	115

그림 목차

[그림 2-1] 법의 유기적 역할분담에 관한 에지워즈 박스	15
[그림 2-2] 고용계약에 관한 스펙트럼	18
[그림 2-3] 2설의 근로자성	28
[그림 2-4] 3설의 근로자성	28
[그림 2-5] 쌍방독점의 비효율성	37
[그림 2-6] 최소기준과 계약자유공간 A	52
[그림 2-7] 최소기준 확대와 계약자유 공간 A의 위축	53
[그림 2-9] 이중노동시장과 계약자유의 원칙	55

제 1 장 고용형태 다양화와 특수고용의 확산

경제위기 직후인 1999년에 임시직과 일용직으로 표현되는 비정규근로의 비중이 임금근로의 절반을 넘어서면서 비정규근로의 규모, 실태, 정의에 대한 논의가 시작되었다. 비정규근로의 정의와 규모를 파악하고자 2000년 8월, 2001년 8월, 2002년 3월과 3월에 통계청의 경제활동인구조사에서 다양한 고용형태를 파악하고자 부가조사를 실시하였으나 여전히 비정규근로의 정의에 대해서는 공감대를 이룬 점이 없고 따라서 이의 규모에 대한 일치된 견해도 존재하지 않는다. 다만 OECD의 기준을 따를 경우 약 27%의 비정규근로자가 존재하는 것으로 나타나는 것으로 판단되나 일부에서는 동일한 자료를 사용하여 50%대의 높은 수준을 주장하고 있다. 지금까지의 논의에서 공감대를 이룬 점은 비정규근로가 낮은 임금, 제한적인 사회보험 등 부가급부의 제공, 미비한 고용안정성이라는 부정적인 특성을 갖는다는 것이다.

이러한 부정적인 특성이 의미하는 것은 무엇이며, 왜 경제위기를 전후하여 현안으로 부각되었는가를 살펴볼 필요가 있다. 사용자의 입장에서 볼 때 낮은 임금과 부가급부의 제한적 적용은 노동비용의 감축을 의미하는 것이고 미비한 고용안정성은 경기변화에 따른 파생수요로서의 노동수요의 유연한 조정을 의미하는 것이다. 경제위기를 겪으면서 살아남은 기업에 있어 최대의 관심사는 인건비의 절감을 통한 경쟁력의 확보였으며 당시의 고실업은 사용자로 하여금 임금 및 근로조건의 노사간 결정에서 협상력의 우위를 점할 수 있도록 만들어 주었다. 다시 환언하면 협상력의 우위를 점한 사용자가 노동비용을 최소화하고 인력을 적정화하기 위한 수단으로 비정규근로를 선호하였으며 이에 따라 다양한 고용형태가 출현하였으며 규모도 상당 수준 상승하였다고 보는 것이 최근의 현실에 적합한 표현일 것이다. 이는 고용형태의 다양화 또는 노동시장의 비정규화로 규정할 수 있는 것이다.

통계조사에서 특수고용관계종사자는 비정규근로의 한 형태로 다루어지고 있다. 고용관계에 따라 근로자를 삼분하면, 전통적 고용관계로 사용자와 고용주가 일치하는 직접고용, 용역근로나 파견근로와 같이 사용자와 고용주가 일치하지 않는 간접고용, 사용자와 고용주는 일치하나 근로계약관계가 모호한 특수고용을 들 수 있다. 전통적인 고용형태에서서는 사용자가 자기가 필요로 하는 근로자를 근로계약 또는 고용계약에 의해 상용 종업원으로 직접 고용하여 근로자의 노동력 서비스를 독점하는 형태를 취하고 있다. 그러나 최근 주로 위임(용역) 또는

도급에 의하여 노동력 서비스를 제공하는 독립도급근로의 형태에 속하는 직종에 종사하는 자가 증가하면서 이들에 대한 근로자성 인정여부와 노동법적 보호의 범위가 문제되기 시작하였다. 대표적인 직종으로는 골프장 경기보조원, 보험설계사 및 각종 금융상품외판원, 학습지교사, 구성작가나 리포터 등 방송업 종사 몇몇 직종, 레미콘기사, 퀵서비스 배달원, 각종 외판원, 수금원, 프로운동선수 등을 들 수 있으며 향후 보다 다양한 직종에서 다양한 유형의 특수고용관계가 형성될 것으로 예견된다.

이러한 특수고용관계종사자의 특성은 전통적인 근로자와는 달리 계약체결의 형태가 근로계약이 아닌 도급 또는 위임이라는 형태를 취하는 경우가 많으며 보수도 성과급으로 지급되거나 근로시간이나 근로제공의 장소에 대한 구속도 엄격하지 않으며 취업규칙의 적용에서도 배제되는 경우가 많다는 특성을 갖는다. 이러한 점들은 기존의 전통적 고용관계를 기본으로 하는 근로자성에서 멀어져가고 있는 것이며 이들에게 근로자성을 부여하는 각종의 형식적인 조건들을 우회하려는 사용자들의 노력도 적지 않은 것으로 보인다. 그러다보니 대법원 판례나 행정해석에 의존하는 특수고용관계종사자들에 대한 근로자성 인정여부의 논의는 근로자성을 부인할 가능성이 높기 마련이며 일부는 서로 상충되는 견해를 보이는 것도 사실이다. 노동법의 완전한 보호를 받는 근로자와 이로부터 완전히 배제되는 독립사업자라는 전통적 이분법이나 사용종속성이나 보수의 노무대상성과 같은 기존의 근로자성 판단기준 만으로는 이와 같이 노동법의 전통적 근로자 개념에는 적절하게 부합되지 않는 도급이나 위임형태로 노무를 제공하는 유형의 취업자들에 대한 노동법적 문제를 해결하는 데에는 한계가 있다. 제조업 대량생산이 주종을 이루는 산업사회에서 적합한 형식적인 판단기준 만으로 정보화 지식화되어 가는 사회에서 나타나는 다양한 고용형태의 근로자성을 판단한다는 것은 불가능하다.

본 연구에서는 특수고용관계종사자에 대한 노동법과 경제관련법의 적용방안을 모두 논의할 것이다. 또한 이에 앞서 이에 속한 종사자들의 실태조사 자료를 분석함으로써 근로조건 뿐 아니라 근로자성 판단기준과 관련된 실태를 파악하고자 한다. 특수고용관계에 속하는 다양한 직종 중 본 연구에서는 경기보조원, 학습지교사, 보험설계사, 구성작가의 네 직종에 국한된 실태조사의 결과를 보여줄 것이다.

현재 각 업종 또는 직종별로 특수고용관계에 종사하고 있는 취업자의 규모를 파악하기란 쉽지 않다. 다만 통계청이 2000년 8월 이후 부정기적으로 실시하고 있는 경제활동인구조사의 부가조사 자료로부터 이들의 수효를 어렵פות이나마 파악할 수 있을 것이다.

<표 1-1>에서 보듯, 2002년 3월 현재 21,522천 명의 취업자가 있으며 이중 임금근로자는 13,497명으로 나타나고 있다. 임금근로자를 다양한 고용형태별로 분류하면 특수고용관계종사

자(통계표에서는 독립도급근로자로 분류)는 6.8%에 해당하는 914천 명으로 나타난다. 일부 취업자가 비임금근로자로 답하였을 가능성을 고려하면 ‘최소한 91만4천명의 특수고용관계종사자가 존재’ 하는 것으로 해석하는 것이 옳을 것이다. 이들의 인구학적 특성을 살펴보면, <표 1-2>에서 보듯, 여성이 55% 정도로 다소 여성집중현상이 있음을 알 수 있다. 학력별 분포를 보면 고졸이 48%, 고졸미만이 19%이며 대졸이상도 27%에 이르는 것으로 나타난다.

<표 1-1> 특수고용관계종사자의 비중 (2002년 3월)

인구구성		수(천명)	비중 (%)
전 체		36,732	100.0
취업자		21,522	58.6
임금근로		13,497	36.7
비임금근로		8,025	21.8
실업자		769	2.1
비경제활동인구		14,441	39.3
임금근로자의 구성			
유기계약자	1년미만	618	4.6
	1-3년이하	242	1.8
	3년초과	93	0.7
무기계약자	1년이하지속	139	1.0
	1년초과-3년이하 지속	130	1.0
	3년초과 지속	36	0.3
	지속가능	9,582	71.0
일용근로		504	3.7
파견근로		126	0.9
용역근로		340	2.5
독립도급근로		914	6.8
재택근로		213	1.6
시간제근로		560	4.1

<표 1-2> 인구통계학적 특성별 특수고용관계종사자의 규모(2002년 3월)

특수고용	인구특성	수(천명)	비중(%)
전 체		914	100.0
성 별	남성	413	45.1
	여성	502	54.9
학력수준별	고졸미만	172	18.8
	고졸	441	48.2
	대졸미만	52	5.7
	대졸이상	248	27.1
남 자	고졸미만	63	15.3
	고졸	181	43.8
	대졸미만	35	8.5
	대졸이상	133	32.2
여 자	고졸미만	109	21.7
	고졸	260	51.8
	대졸미만	17	3.4
	대졸이상	115	22.9

특수고용관계종사자를 업종별로 보면, <표 1-3>에서 보듯, 도소매업, 금융 및 보험업, 기타 서비스업, 운수업에 편중되어 있음을 알 수 있다. 도소매업의 경우 305천 명(33.4%), 금융 및 보험업이 206천 명(22.6%)에 이르며 기타서비스업에 117천 명이 종사하고 있다. 이중 보험설계사는 금융 및 보험업에 속하며 경기보조원, 학습지교사, 구성작가는 기타 서비스업에 포함되어 있다.

<표 1-3> 특수고용관계종사자의 업종별 분포

업 종	전 체	비 중	남 자	여 자
전 체	914	100.0	411	501
농림어업	1	0.1	1	0
광업 및 제조업	67	7.3	48	19
전기가스 및 수도사업	1	0.1	0	1
건설업	36	3.9	30	6
도소매업	305	33.4	127	178
음식숙박업	49	5.4	19	30
운수업	67	7.3	65	2
통신업	19	2.1	14	5
금융 및 보험업	206	22.6	39	167
부동산 및 임대업	21	2.3	15	6
사업서비스업	23	2.5	13	10
기타서비스업	117	12.8	40	77

<표 1-4>는 특수고용관계종사자의 직종별 분포를 보여주고 있다. 특수고용관계종사자가 가장 많은 직종은 판매종사자로 360천 명(39.4%)이 존재하고 있으며, 다음이 기술공 및 준전문가(155천 명, 17.0%), 단순노무종사자(97천 명, 10.6%),의 순으로 나타나며, 서비스종사자의 경우도 76천 명에 이르고 있다. <표 1-5>는 업종별 직종별 분포를 보여주고 있다.

<표 1-4> 특수고용관계종사자의 직종별 분포

직 종	전 체	남 자	여 자
전 체	914 (100.0)	412	502
의회의원, 고위임직원 및 관리자	12 (1.3)	10	2
전문가	2 (0.2)	1	1
기술공 및 준전문가	155 (17.0)	95	60
사무종사자	67 (7.3)	32	35
서비스종사자	76 (8.3)	23	53
판매 종사자	360 (39.4)	76	284
농림어업 숙련 종사자	1 (0.1)	1	0
기능원 및 관련기능 종사자	50 (5.5)	39	11
장치, 기계조작 및 조립 종사자	81 (8.9)	79	2
단순노무 종사자	97 (10.6)	49	48
미 상	13 (1.4)	7	6

<표 1-5> 특수고용관계종사자의 업종별 직종별 분포

업 종 \ 직 종	전체	직 종									
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
전체	914	12	2	155	66	76	360	1	50	82	97
농림어업	1	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0
광업 및 제조업	67	1	1	9	11	1	3	0	18	18	5
전기가스 및 수도사업	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
건설업	36	0	0	1	5	0	0	0	21	1	8
도소매업	306	5	0	61	14	4	178	0	4	5	34
음식숙박업	49	0	0	1	2	43	0	0	0	1	2
운수업	68	1	0	2	3	2	0	0	0	53	6
통신업	19	0	0	5	1	0	3	0	1	0	9
금융 및 보험업	206	1	0	7	18	0	170	0	0	0	8
부동산 및 임대업	21	1	0	15	2	0	0	0	0	1	3
사업서비스업	23	1	1	11	3	1	0	0	2	0	3
기타서비스업	116	1	0	43	7	24	6	0	4	1	20

주 : 직종은 0. 의회의원, 고위임직원 및 관리자, 1.전문가, 2. 기술공 및 준전문가, 3. 사무종사자, 4. 서비스종사자, 5. 판매종사자, 6. 농림어업숙련종사자, 7. 기능원 및 관련기능종사자, 8. 장치, 기계조작 및 조립 종사자, 9.단순노무종사자.

이러한 분포를 파악하는 이유 중 하나는 실태조사에 앞서 각종 특수고용관계종사자의 규모를 어렵하려는 시도이다. 현재까지 파악된 자료에 의하면 골프장(회원골프장 기준)에 종사하는 경기보조원은 약 12천 명, 학습지교사는 노와 사측 모두 약 100천 명으로 추정하고 있으며, 보험모집인은 약 210천 명으로 추산되고 있다. 구성작가의 경우에는 아무런 추정치가 없다.

경제활동인구조사 상의 산업대분류나 직업대분류 만으로는 본 연구에서 대상으로 하는 특수고용관계종사자의 규모를 파악하기가 쉽지 않다. 따라서 이를 중분류까지 자세히 살펴보면 어렵듯이나마 파악할 수 있을 것으로 보인다. 이럴 경우 먼저, 각 특수고용관계종사자가 분류되는 산업과 직업을 파악하여야 할 것이다.

먼저 본 연구에서 대상으로 하는 특수고용관계종사자가 분류되는 산업을 살펴보자. 경기보조원은 기타서비스업 중 산업대분류 상 'Q. 오락, 문화 및 운동관련 서비스업'에 속하며 중분류로는 '88. 기타 오락, 문화 및 운동관련 산업'에 속한다(소분류로는 '883. 경기 및 오락 스포츠업', 세분류로는 '8833. 골프장 및 스키장 운영업', 세세분류로는 '골프장 운영업'에 속함). 학습지교사의 경우 기타서비스업 중 산업 대분류로는 'O. 교육서비스업', 중분류로는 '80. 교육서비스업'에 속한다(소분류로는 '809. 기타 교육기관', 세분류로는 '8093. 일반교습학원', 세세분류로는 '80933. 방문 및 통신교육 학원'에 속한다). 보험설계사는 산업대분류로는 'K. 금융 및 보험업', 중분류로는 '66. 보험 및 연금업'에 속한다(소분류로는 '660. 보험 및 연금업', 세분류로는 '6601. 생명보험업'이 주종이며 세분류상 '6603. 비생명보험업' 중 '66031. 손해보험업'이 이에 속할 수 있다). 구성작가는 기타서비스업 중 산업대분류 상 'Q. 오락문화 및 운동관련서비스업', 중분류로는 '87. 영화, 방송 및 공연산업'에 속한다(소분류로는 '872. 방송업'에 해당하며 일부는 '871. 영화 및 비디오 제작업').

다음은 특수고용관계종사자의 직종을 파악하기로 한다. 경기장 보조원은 직종대분류로 보면 '4. 서비스 종사자'에 속하며, 중분류로는 '41.대인서비스관련종사자'에 속한다(소분류는 '415. 오락 및 여가 서비스 종사자', 세분류는 '4152. 여가관련 서비스 종사자', 세세분류는 '41529. 기타 여가관련 서비스 종사자'에 속한다. 학습지교사는 현재의 제8차 표준직업분류에는 명시적으로 나타나지 않고 있으나 현재의 분류체계 내에서는 직업대분류 상으로 '2. 기술공 및 준전문가', 중분류 상으로는 '25. 교육준전문가'로 분류할 수 있다(소분류로는 '253. 기타 준전문가', 세분류 상으로는 '2530. 기타교육 준전문가', 세세분류 상으로는 '25309. 그 외 기타 교육 준전문가로 분류가능하다). 한편 보험설계사는 '51310.

소매방문판매원’ 중 ‘보험모집인’ 으로 명시적으로 예시되어 있다. 따라서 보험설계사는 직업대분류로는 ‘5. 판매종사자’, 중분류로는 ‘51. 도소매판매종사자’ 로 분류된다(소분류로는 ‘513. 소매 방문판매 및 이동판매 종사자’ 로, 세분류로는 ‘5131. 소매 방문판매 종사자’ 로 분류된다). 구성작가 역시 현재의 제8차 표준직업분류에는 명시적으로 나타나지 않는다. 다만, 세세분류 중 ‘18299. 그 외 기타 작가관련 전문가’ 에 예시된 ‘스크립터’ 가 가장 적합한 것으로 판단된다. 이 경우 구성작가는 직업 대분류 상으로는 ‘1. 전문가’, 중분류로는 ‘18. 문화, 예술 및 방송관련 전문가’ 로 분류된다(소분류상으로는 ‘182. 작가 및 관련 전문가’, 세분류 상으로는 ‘1829. 기타 작가관련 전문가’ 로 분류가능하다).

먼저 경기보조원부터 살펴보자. 경기보조원이 속하는 ‘41. 대인서비스관련종사자’ 직종의 경우 총 26천 명이 파악되고 있으며 이중 12천 명은 ‘93. 기타 서비스업’ 에, 6천 명은 ‘88. 기타 오락, 문화 및 운동관련 산업’ 에 속하는 것으로 나타난다. 학습지교사가 속하는 ‘25. 교육 준전문가’ 직종은 총 50천 명으로 나타나며 이 중 33천 명은 ‘80. 교육서비스업’, 16천 명은 ‘52. 소매업(자동차 제외)’ 에 속하는 것으로 나타난다. 보험설계사가 속하는 ‘51. 도소매 판매종사자’ 는 총 348천 명으로 파악되며, 이 중 156천 명이 ‘66. 보험 연금업’ 에, 145천 명이 ‘52. 소매업’ 에 속하는 것으로 나타난다. 구성작가가 속하는 ‘18. 문화, 예술 및 방송관련 전문가’ 는 총 2천 명으로 나타나며 구성작가와 다른 산업에 속하는 것으로 파악된다.

그러나 이 자료로부터 각 특수고용관계종사자의 규모를 파악하는 것은 불가능한 것으로 파악되며 기존의 추정치에 의존할 수 밖에 없는 것으로 보인다. 따라서 모집단을 모르는 채 표본을 추출하여 실태조사를 실시하고 이를 바탕으로 실태분석을 하는 본 연구의 결과는 상당히 제한적일 수 밖에 없다. 이는 실태조사에 근거한 기존의 연구에도 동일하게 적용된다. 다만, 표본이 완전하게 무작위로 추출되었을 경우나, 무작위로 추출되었다 하지는 않더라도층화 추출방식 (모집단을 모르는 상태에서 무작위로 표본을 추출한다는 것은 불가능하며 주로 이들이 속한 업체 중 널리 알려진 사업장을 선정하고 각 사업장에서 일정수의 표본을 무작위로 채취하는 방법)을 적용하였을 때 사업장 간 이질성이 크지 않을 경우에는 다소간의 정당성을 확보할 수는 있을 것이다.

경기보조원의 경우 전체 골프장(골프사업장협회의 자료를 이용) 중 20개소를 선정하고 각 골프장마다 약 15명의 표본을 조사 당일 라운딩을 나온 경기보조원을 중심으로 추출하는 방식을 취하였다. 조사에 앞선 심층면접을 통해 기본적으로 업무내용이나 기준 등에서 사업장 간 또는 동일 사업장 내에서의 경기보조원들 간 이질성이 많이 존재하는 것을 확인하였다.

따라서 본 연구에 나타난 경기보조원의 실태는 실상과 크게 벗어나지 않을 것으로 보인다. 학습지교사의 경우 몇 개의 사업장을 선정한 후 각각에서 일정수를 추출하였다. 학습지교사 역시 커다란 이질성은 갖지 않는 것으로 나타나나 사업장 간 이질성이 상당할 확률은 높은 것으로 보인다. 보험설계사의 경우 회사와의 연계에서 상당히 이질적인 측면을 보이는 것이 일반적인 것으로 보인다. 구성작가의 경우 주요 3방송사간이나 기타 방송사 간, 서울과 지방 사이에 상당한 이질성이 존재하는 것으로 파악되었다. 또한 방송사 구성작가와 방송외주업체의 구성작가 간에는 전혀 다른 것이 파악되었다. 방송외주업체의 구성작가는 전혀 회사와의 전속성이 존재하지 않는 것으로 파악된 반면 방송사 구성작가의 경우는 상당한 전속성이 있는 것으로 파악되었다. 이러한 이질성으로 말미암아 구성작가라는 하나의 잣대로 구성작가의 실태를 파악하기에는 적절하지 않은 것으로 보인다. 본 연구에서는 서울지역 주요3방송사를 선정한 후 각 방송사별로 구성작가협의회를 통하여 연배와 근속기간을 기준으로 다양한 표본을 선정하는 방법을 택하였으며 방송외주업체 구성작가의 표본은 모 방송아카데미의 동창주소록을 활용하여 접촉하였다.

본 연구는 다음과 같이 구성된다. 제2장에서는 특수고용관계종사자에 대한 경제법 적용방안을 논의하고 제3장에서는 노동관련법의 적용방안을 논의한다. 제4장에서는 특수고용관계종사자 실태조사의 분석결과를 제시한다. 기본적으로는 근로자성 판단여부를 가늠하는 기준을 모색하는 것이 주목적이나 기존의 판단기준을 중심으로 한 실태조사의 결과라는 점이 제한적이다. 새로운 고용형태의 출현 또는 다양한 고용형태의 확산 속에서 새로운 고용관계가 성립하고 이의 근로자성을 판단하기 위한 새로운 기준이 있어야 함에도 그렇지 못하기 때문이다. 마지막 장에서는 일단의 논의를 정리요약한 후 노동관련법 적용방안에 대해 논의한다.

제 2 장 특수고용관계종사자의 근로자성에 대한 법경제학적 접근

1. 계약법과 노동법의 경계(jurisdictional frontier)¹⁾

노동법은 19세기 산업자본주의 사회의 성립과 그 맥을 같이 하고 있다. 산업화의 결과로서 불균등이 심화되어, 자유방임적·개인주의적 계약법 체제가 개인에게 보다 큰 실질적 자유를 보장해 줄 수 없다는 의심 속에 탄생한 것이 바로 노동법이다.²⁾ 노동법의 전제는 물론 사용자의 지휘·감독을 받아서 노무를 제공함으로써 발생하는 근로자의 법적 종속성을 전제로 하고 있다. 이러한 법적 종속성은 기업 조직의 효율성을 도모한다는 차원에서 인정되어야 할 것이다.³⁾

그러나 경제 효율성을 달성하기 위해 마련된 법적 종속성은 통상 경제적 불평등으로 이어지기 쉬우며 노동법은 이런 경제적 불평등이 심화된 경우에 이를 해소하기 위해 불가피하게 사적 계약에 개입하게 된다. 이 대목에서 발생하는 중요한 문제는 불평등을 해소함으로써 달성하게 되는 분배적 정의(distributional justice)와 경제적 효율성간의 상충관계(trade-off)를 어떻게 조화롭게 조정해 가는 문제이며, 이 것이 바로 계약법과 노동법의 경계를 정하는 문제의 본질이기도하다.⁴⁾

- 1) 계약법은 해당 재화에 보다 더 큰 가치를 부여하기 위해 재산권의 자발적 교환을 촉진시키는 것과 관련된 문제를 다룬다. 통상 경제학에서 교환과정은 법적인 조정이 없이 확실히 이행될 수 있다고 가정되기도 하지만, 실제로 기회주의(opportunism)와 예기치 않은 우발상황(unforeseen contingency)과 같이 법이 구제해 주어야 하는 경우가 발생하기도 한다. 우리나라 법체계에서 이러한 정의에 부합되는 계약법적 내용은 민법, 상법 외에도 다양한 경제 관련법에 산재해 있다. 그러나 본고에서 초점을 맞추고자 하는 노동법과 경계를 이루는 계약법의 영역은 고용·도급·위임 등 자유노무계약에 관한 내용을 담고 있는 「민법」의 「채권편」을 의미한다.
- 2) 우리나라 근로기준법은 근로계약에 대하여 근로기준법의 규정이 없는 경우 계약법(민법)규정을 적용한다는 준용규정을 두고 있지 않다. 민법은 1958.2.에 제정되어서 1960.1. 발효하였는데 반해, 근로기준법은 그보다 이전인 1953.5.경에 공포되었다. 현재 우리나라의 계약법과 노동법의 경계는 구미와 마찬가지로 법의 해석에 의해 이루어지고 있다.
- 3) 예컨대 물적 자본이 인적 자본보다 상실될 위험이 더 크기 때문에 자본가에게 경영권을 주는 것이 더 효율적이라는 점은 많은 경제학자들에 의해 지적된 바 있다(예를 들면 Milgrom and Roberts, 1992).

노동법이 지나치게 과도하게 개입할 경우 사적 계약 체결 가능성이 원천적으로 배제되거나, 노동법 적용을 우회하기 위해 다양한 계약들이 맺어지는 계약대체(contractual substitution) 현상이 발생하고 이로 말미암아 경제 효율성이 악화될 수 있다. 또한 노동시장이 불완전한 상황에서 분배적 정의(distributional justice)를 애초부터 무시하여 ‘노동법 무용론’의 논리를 제기하는 것도 사회과학자로서 균형 잡힌 시각이라 할 수 없을 것이다.

노동법과 계약법의⁵⁾ 관계를 설정하는 법학설은 크게 두가지로 나누어 볼 수 있다. 한가지 학설은 노동법을 독자적인 사법영역으로서 파악하는 것이다. 이 학설에 의하면 노동법은 불완전하지만 ‘폐쇄된 체계의 사법영역’으로 규정된다. 첫 번째 학설에 의하면 계약법 규정은 고유한 노동법 영역에 응용되기 전에 노동법 규범으로서의 적격성이 검토되어야 한다. 또한 개별사안에서 근로관계의 성질에 적합하게 상당한 정도로 수정되어 노동법 규범으로서 비로소 실현될 것이다. 이 학설을 수용할 때 계약법 규정은 단지 형식적으로만 노동법과 중첩되어 있을 뿐 실질적으로 노동법의 본질이 계약법의 형식을 빌어 표현되었을 뿐이다. 즉 일부 계약법의 내용이 노동법에 편입된 것에 불과한 것이라는 것이다. 이 학설을 수용할 때 계약법은 실질적으로 중첩되어 있지 않고 경합적 경계선(competing frontier)을 가지게 된다.⁶⁾

-
- 4) 본고에서 다루는 민법과 노동법 영역의 중첩 외에도 최근 기업 인수·양도·합병의 영역에서 상법, 노동법 및 민법이 중첩양상을 보인다. 상법에서는 먼저, 영업양도에 관한 규정을 총칙부분에 두어 법인기업 뿐만 아니라 개인기업에 대한 영업양도를 함께 포괄하고 있다. 이에 회사편에서는 회사 합병에 관한 개별규정을 각 회사편별로 두고 있다. 반면 노동관계법에서는 기업변동시 근로관계의 승계여부 및 근로관계의 내용 등에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 근로기준법상 경영상 해고제도에 합법적 해고범위로서 기업 인수·양도·합병의 경우를 포함하고 있다. 민법에서는 단기 고용 계약관계에서의 권리·의무의 일신 전속성에 관한 규정을 두고 있을 뿐이다. 나아가 민법에서는 권리의 양도(제449조 이하)와 채무의 인수(제453조 이하)와 같은 권리·의무의 개별적 이전에 대한 규정은 두고 있으나, 계약관계 그 자체를 이전의 대상으로 하는 별도의 제도를 설정하고 있지는 않다. 최근 노동법학계에서는 기업 인수·양도·합병시 명시적으로 근로관계의 포괄승계를 노동법 조항에 명시화하자는 제안이 제기된다. 이 또한 민법, 노동법 그리고 상법의 중첩 영역에서 발생하는 논쟁으로 파악될 수 있을 것이다.
- 5) 계약법은 해당 재화에 보다 더 큰 가치를 부여하기 위해 재산권의 자발적 교환을 촉진시키는 것과 관련된 문제를 다룬다. 통상 경제학에서 교환과정은 법적인 조정이 없이 확실히 이행될 수 있다고 가정되기도 하지만, 실제로 기회주의(opportunism)와 예기치 않은 우발상황(unforeseen contingency)과 같이 법이 구제해 주어야 하는 경우가 발생하기도 한다. 우리나라 법체계에서 이러한 정의에 부합되는 계약법적 내용은 민법, 상법 외에도 다양한 경제 관련법에 산재해 있다. 그러나 본고에서 초점을 맞추고자 하는 노동법과 경계를 이루는 계약법의 영역은 고용·도급·위임 등 자유노무계약에 관한 내용을 담고 있는 「민법」의 「채권편」을 의미한다.
- 6) 예컨대 1974년 독일의 노동·사회부(Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung)가 제안하였던 노동법안이 이러한 입장을 취하고 있었다, 이러한 입장에 의하면 근로관계에서 도출되는 규

이와 대비되는 또 한가지 학설은 노동법을 독자적인 법영역이 아니라 계약법의 일반규정에 기초하는 특별한 사법 중의 하나로서 파악된다. 개별사안에서 적절한 노동법 특유의 규정이 존재하지 않으면 계약법을 적용하되, 근로관계의 성질을 고려하면서 계약법의 일반규정으로 돌아가서 법규범을 형성한다. 두 번째 학설에 의하면, 계약법은 폐쇄된 법영역이 아니라 열려 있는 유동적인 법체계로 이해되면서 계약법과 노동법은 본질적으로 동질적인 것으로 파악된다. 즉 계약법 체계는 유동적 체계로서 이해되며 노동법의 내용을 편입해서 노동법의 독자성에 대한 대안원리(alternative principle)를 개발하게 된다.⁷⁾

한편 계약법은 협상력이 동일한 두 당사자가 협상하는 정형적 쌍무계약 모형을 설정하였기 때문에 사회적인 문제를 거의 염두에 두지 않는다는 비판을 받는다. 그러나 통상 이러한 비판은 계약법이 동태적 효율성(dynamic efficiency)을 달성하는 과정에서 강자의 기회주의나 횡포를 용인하지 않는 측면을 과소평가한 결과일 수 있다. 또한 근로자의 열악한 상황만을 일방적으로 강조하다 보면, 계약법으로 처리될 수 있는 문제인데도, 손쉽게 노동법을 확대 적용하여 사적 자치의 효율성이 훼손되어 결과적으로 보호대상자에게도 불리한 결과를 초래할 가능성도 배제할 수 없다.

2. 노동법 필연론

(1) Adam Smith의 노동조합론

아담 스미스는 「국부론」에서 다음과 같이 기술한다. “통상의 임금이 어떻게 결정되는가는 그 이해관계가 같지 않는 양 당사자 사이에 체결된 계약에 의존한다. 직인들은 가능한 한 많이 얻으려고 하고 사용자는 가능한 한 적게 주려 한다. 전자는 임금을 인상시키기 위해 단결하고 후자는 그 것을 인하하기 위해 단결하는 경향이 있다.”⁸⁾

여기서 그는 노동시장에서 노사간 교섭상 지위에는 구조적으로 비대등성이 있음을 지적하며 이는 노동자들이 단결하여도 완전히 해소하기 어려운 점을 강조하고 있다.⁹⁾ 여기서 그는

법이 계약법 규범보다 규범적 우위를 가지게 된다. 이러한 우위는 이를 위한 노동법적 특별규정 없이 오히려 개별사안에서 계약법 규정을 일반적으로 배척할 가능성이 크다.

7) Reinhard Richardi, Arbeitsrecht und Zivilrecht, in: ZfA 5. Jg.(1974), p. 3~27; 김형배, 노동법과 사법질서, 「헌법과 현대법학의 제문제」, 일조각, 1975.

8) 아담스미스, 「국부론(상)」, 최임환 역 을유문화사, 1983, p67

9) 이에 관하여 아담 스미스는 원문에 다음과 같이 기술한다(최임환, 1983, p. 69). "사용자들은 노동임

그 교섭상의 지위가 절망적으로 약한 사실을 지적하고 있다.

국부론에 나타난 아담스미스의 노동조합론은 다음같이 요약될 수 있다.¹⁰⁾ 첫째, 임금은 노사간 교섭에 의해 결정되는 것이다. 그리고 노동자는 임금인상을 위해 단결하고 사용자는 임금인하를 위해 단결한다. 그런데 사용자의 단결이 노동자의 단결보다 용이하다. 둘째, 경쟁시장 메커니즘이란 교섭상의 지위의 대등성을 전제할 때 성립한다. 따라서 사는 자와 파는 자가 다수라고 하여도 교섭상의 지위에서 비대등성이 크면 경쟁시장기구는 작동하지 않는다. 그런데 산업화 초기에는 구직경쟁이 구인경쟁보다 격렬하여 교섭상 지위에 비대등성이 크므로 노동시장에서 경쟁시장기구가 작동하지 않는다. 따라서 이때의 노동조건의 열악성은 경쟁시장 메커니즘의 결과라기보다는 오히려 경쟁적 시장이 정상적으로 기능하지 않기 때문에 발생하는 것이다.

셋째, 교섭상의 지위에 비대등성이 존재하는 경우, 이의 극복을 위한 노동자의 단결은 노동시장의 경쟁성을 높이는 역할을 한다. 그러한 의미에서 노동자의 단결은 경쟁촉진적이다. 그러나 구직자가 구인자를 크게 앞서는 무제한적 노동공급의 단계에서는 노동자들의 단결도 교섭력의 비대등성을 극복하기 어렵다. 정부의 노동탄압적 개입도 빈번하고 사용자의 반발도 완강하다. 뿐만 아니라 저축부족과 경제적 조건의 열악으로 인하여 노동자들의 단결을 유지하기도 쉽지 않다.

넷째, 이상과 같은 경우 결국 임금의 수준은 생존비 수준을 벗어나기 힘들다. 임금이 생존비 수준 이상이 되려면 경제가 끊임없이 성장하여 구직자보다 일자리가 많아 사용자간에 구인경쟁이 일어나는 노동시장의 초과수요상태가 계속되어야 한다. 환언하면 무제한적 노동공급의 단계에서 벗어나 제한적 노동공급의 단계로 넘어가야 한다. 이렇게 될 때 비로소 노사간의 교섭력에도 대등성이 성립되고, 노동시장에서도 경쟁시장이 기능하기 시작한다. 그리하여 비로소 임금수준은 노동의 기여분인 노동생산성에 접근하기 시작한다. 결국 아담스미스의 관점에서 볼 때 무제한적 노동공급의 단계, 즉 산업화의 초기단계에서 노동조합의 역할은 경

금을 낮추기 위해 단결을 기도한다. 이러한 단결은 직인들의 대항적·방어적 단결로부터 자주 저항을 받는다. 직인들은 쟁점을 신속하게 결착시키기 위해 소리 높여 소란을 피우는 수단에 호소하고 때로는 놀랄만한 폭력이나 불법행위에도 호소한다. 그들은 절망적으로 되고 절망적인 사람들의 어리석음과 무모함으로 행동한다. ... 그러나 직인들의 이러한 소통 또는 단결된 폭력으로 무엇인가 이익을 얻어내는 경우는 드물다. 이러한 단결은 때로는 관헌의 간섭으로, 때로는 사용주의 완강한 저항 때문에, 때로는 대다수의 직인들의 목전의 생존을 위한 굴종의 필요 때문에 주모자는 처벌 혹은 파면되고 하나도 얻는 것 없이 끝나 버리곤 한다.“

10) 아담스미스의 노동조합론에 대한 요약은 박세일의 『법경제학』의 요약(개정판, p549-550)을 재 인용하였음을 밝혀둔다.

쟁 촉진적인 것이 되며 이러한 노동조합의 순기능을 적확하게 전달하는 자유주의 경제학자는 많지 않다. 왜냐하면 경쟁은 교섭력의 대등을 전제로 하는데 노동조합은 이 대등성의 회복을 목표로 하기 때문이다. 물론 아담 스미스는 노동조합의 역할이 무제한적 노동공급의 단계에서는 극히 제한적일 수밖에 없음을 알고 있었고, 따라서 결국 경제성장을 통한 노동수요의 창출의 중요성을 보다 강조하고 있다. 이러한 아담스미스의 견해는 제한적 노동공급 단계에서 노동조합을 노동시장의 경쟁을 제한하는 조직으로, 경쟁제한적 독점조직으로 보는 오늘날의 이론들과 비교하면 극히 대조적이라 하겠다.

(2) 사회보장법과 근로기준법 필연론

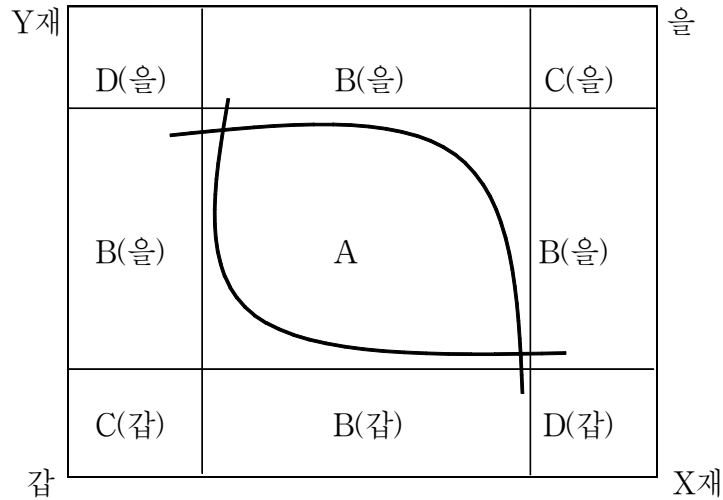
사회보장법과 근로기준법의 필요성은 일본노동협회 3대회장을 맡고 있는 辻村江太郎의 사회보장 필연론에서 찾을 수 있다. 그는 생존을 위한 최저필요한계량에서는 재화에 대한 한계효용이 무한대라고 하는 간단한 개념을 가지고 에지워스 분석을 제시한다.¹¹⁾ 그러나 그의 분석은 사회보장, 노동조합, 근로기준의 차별적인 기능성을 구분하지 않고 계약자유 원칙이 집행되어야 하는 영역과 어떠한 형태로든 사회보장이 이루어져야 하는 영역을 구분하는데 초점을 맞추고 있다.

본 고에서는 그의 에지워스 분석방법론을 따르되 계약자유 원칙이 존중되어야 하는 계약법 영역, 사회보장법이 적용되어야 하는 영역, 마지막으로 근로기준법이 적용되어야 하는 영역으로 나누어 분석하고자 한다.

[그림 2-1]에서 X재는 근로가능시간(혹은 여가시간)을 나타내고 Y재는 소비에 지출될 수 있는 임금수준을 나타낸다.

11) 辻村江太郎의 분석은 박세일교수의 『법경제학』(p551-553)에서 제시된 내용을 본 고의 목적에 맞게 재기획-재구성하였다.

[그림 2-1] 법의 유기적 역할분담에 관한 에지워즈 박스



계약법 영역: A

[그림 2-1]에서 A에서만 생활물자의 최저필요한계량을 초과하는 거래결과를 얻을 수 있다.¹²⁾ 따라서 A 영역에서만 진정한 의미의 경쟁적 교환이 가능하고 경쟁적 시장이 성립하며, 계약자유 원칙이 자기 기능을 할 수 있다. 즉 A영역에서는 계약 자유 원칙이 경제효율성을 도모하는 영역에 해당될 것이다.

사회보장법 영역: C

C의 영역을 보면, 갑의 경우에는 자기가 보유하고 있는 X(근로가능시간)재와 Y재를 모두 소비해도 최저필요한계량에 미치지 못하여 자신의 생존 자체도 크게 위협받고 있는 상황이다. 근로가능시간이 최저필요한계량에 미치지 못하다는 것은 근로자로서 자활할 수 있는 능력이 없어 최저필요한계량을 초과하는 근로계약을 체결할 능력이 없는 상태를 의미한다. 이런 상황에서 을과의 교환 가능성은 없게 되어 교환불능영역에 해당된다. 만일 사회구성원들의 일부가 C영역에 있다면 이들에 대한 국가의 대응은 최저수준의 사회적 삶의 보장을 목표로 하는 공적 부조 등 사회보장정책의 필연성이 등장하게 된다.

12) 자신들이 가지고 있는 생활물자의 양이 최적 필요한계량에 미치지 못할 때 그 물자에 대한 자신의 효용은 무한대이고 교환의 여지는 전혀 존재하지 않기 때문이다. 오직 자신들이 보유하고 있는 생활물자의 양이 최저필요한계량을 넘어설 때 비로소 타인과의 자발적인 물자교환의 여지가 발생하게 된다. D영역에서는 갑과 을 모두의 최저필요한계선에 미달함으로 경쟁적인 교환관계의 성립은 불가능하다. 한마디로 D의 영역은 경쟁불능영역이라고 볼 수 있다.

근로기준법 영역: B

B(갑)의 영역을 보면, 갑은 근로가능시간은 많지만 소비에 지출할 수 있는 소득이 최저치에 미달하는 경우이다. 갑(근로자)에게는 을과의 교환이 급하지만 을(사용자)은 갑과의 교환이 급하지 않은 상황이다. X재를 잉여시간(1일 24시간)이라고 하고 Y재를 생존을 위한 필수품인 식량이라고 하자. 갑은 현재의 B의 영역에서 벗어나려고 환언하면 부족한 식량을 얻으려고 자신의 잉여시간 중 생존을 위해 필요한 최저수준의 휴식시간을 제외한 모든 시간을 기꺼이 제공하려 할 것이다. 반면에 을은 교환을 서두를 필요가 없기 때문에 교환을 하는 경우 가능한 높은 수준의 효용을 달성하려 할 것이다. 갑은 생존을 위해 교환을 서둘러야 할 입장이고, 을은 그렇지 않기 때문에 갑과 을 사이에는 교섭상 지위의 극심한 비대등성이 존재한다. 그러한 의미에서 B영역에서 극심한 불완전영역이라 볼 수 있다.¹³⁾ 이 영역에서 근로자 갑과 사용자간 을간의 계약은 갑의 최저필요한계량을 도달하는 계약(최저 필요한 계량에 도달하는 점)을 체결할 가능성은 매우 낮게되어 계약의 결과 Pareto 효율성이¹⁴⁾ 개선되거나 심지어는 이 보다는 좀더 관대한 Kaldo-Hicks의 효율성조차¹⁵⁾ 개선하지 못하게 된다. 이 경우 근로기준법을 제정하여 거래의 최소기준을 설정하여 거래결과 갑의 효용수준이 적어도 최저필요한 계량에 도달하는 점에서의 효용수준과 동일하게 유지되도록 할 수 있을 것이다.¹⁶⁾

3. 계약자유 공간에서 근로자성에 관한 사적 협상

(1) 근로기준법상 근로자 개념

13) 예컨대 노동자 갑은 가능한 최장노동시간을 제공하고 그 대신 최저수준의 식량을 공급받게 된다.

이는 독점 대기업과 영세 중소기업간의 거래관계에서 발생할 수 있다.

14) Pareto 개념의 경제효율성이 개선되기 위한 필요조건은 거래 참가자 어느 한 사람의 효용도 감소되어서는 안되는 것이다.

15) Kaldo-Hicks의 경제효율성 개념은 어느 일방이 손해를 보아도 사회전체의 순가치가 증가하면 경제효율성이 개선되었다고 보는 다소 관대한 기준의 경제효율성 개념이다.

16) 오늘날의 신고전학과 경제학은 계약자유 영역의 존재만을 전제로 분석을 집중하여 왔기 때문에 사회보장 및 근로기준 등의 문제, 복지국가라든가 노동보호 필요 등의 문제를 경쟁시장의 문제와는 관련이 없는 시장 외적인 요청으로 보아왔다. 그러나 시장에는 A뿐만 아니라 B, C, D 등의 영역도 존재할 수 있음을 인정하게 된다면 노동보호라든가 사회보장의 문제가 오히려 경쟁시장의 기능회복을 위하고 경쟁시장이 작동될 수 있는 영역의 확대를 위해 필요불가결한 정책수단으로 이해하게 되어 평등과 효율의 문제도 상호대립적인 것이 아닌 상호보완적인 것으로 이해될 수 있다(박세일, 2000).

현행 근로기준법 제14조는 근로자를 “직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”라고 정의하고 있다. 근로기준법상 근로자는 법문의 표현대로 한다면 ① 직업의 종류 불문, ② 사업 또는 사업장에서, ③ 임금을 목적으로, ④ 근로의 제공이라는 4개의 요건을 충족해야 근로기준법상 근로자가 된다. 그런데 ‘직업의 종류불문’은 외국법제와 구별하거나 근로기준법의 근로조건의 보호에 관한 일반법으로서의 성격을 부각시킨다는 점에서 의미는 있지만, 근로자성을 판단하는데 적극적 의미는 없다는 의견이 제시된다(강성태, 1994). 이를 반영할 때 근로기준법상 근로자 개념을 ‘사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’로 정의하는 것이 된다. 판례해석에 의해 구체화되기 이전에 입법취지를 보면 근로는 정신노동과 육체노동을 의미하며(근기법 제16조), 임금은 ‘사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금 등의 명목으로 지급되는 일체의 금품’으로 정의(근기법 제18조)되어 있으므로 근로자에 관한 근로기준법상의 입법기준은 ‘사업 또는 사업장에서 근로의 대상으로 임금 등 일체의 금품을 받은 자’ 또는 ‘사업 또는 사업장에서 임금 등의 금품을 목적으로 정신노동 또는 육체노동을 제공하는 자’로 정의될 수 있을 것이다. 입법자는 근로기준법 제14조를 통해 누가 근로자인가에 대해 처음부터 사용종속 관계라는 신분적인 의미를 부여한 것이 아니라, 근로와 임금 교환시 근로계약을 체결한 자가 근로자라는 계약법상 법률행위로부터 출발한다는 것이 가치중립적인 해석일 것이다.

근로기준법 적용시 민간은 경제효율성을 최소화하기 위해 계약의 재협상을 하게 된다. 재협상 결과, 근로기준법이 적용되기 이전에는, 근로계약의 형태를 위하지 않던 것이 새롭게 근로계약의 형태를 취할 수 있으며, 근로기준법이 적용된 이후에는 기존의 근로계약의 내용이 포기될 수 있다. 근로기준법상 근로자성 여부를 판단하는 법원의 의도는 근로기준법 적용이 예상되기 이전에 체결된 계약의 근로자성을 판단하는 것인데, 실제로는 사후 재협상된 계약의 근로자성을 기준으로 근로기준법 적용여부를 판단할 가능성이 발생하게 된다.

근로기준법상 근로자성이 인정되어 근로기준법이 강제적용될 경우 법제도 도입에 따른 민간들의 계약대체행위로 발생하는 문제점을 효과적으로 통제할 수 없게 된다. 즉 근로기준법 적용시점에서 계약의 근로자성은 더 이상 외생변수가 내생변수임을 정확히 인지해야만 한다.

법률행위 주체로서 개인이 근로와 임금을 교환하는 법률관계를 맺었는가, 당사자가 그러한 법률관계를 원했는가, 다른 종류의 법률관계를 원하면서도 실제로는 근로관계를 맺었는가, 근로관계를 원하면서도 착오 등에 의해 다른 종류의 법률관계를 맺었는가, 실제로는 근로관계를 맺었으면서도 근로기준법 적용을 잠탈하기 위해서 계약서에 명목을 다른 법률관계로 기술하였는가 하는 말하자면 사적 자치에 의한 당사자 법률관계 형성이 근로자성 판단에 종합적

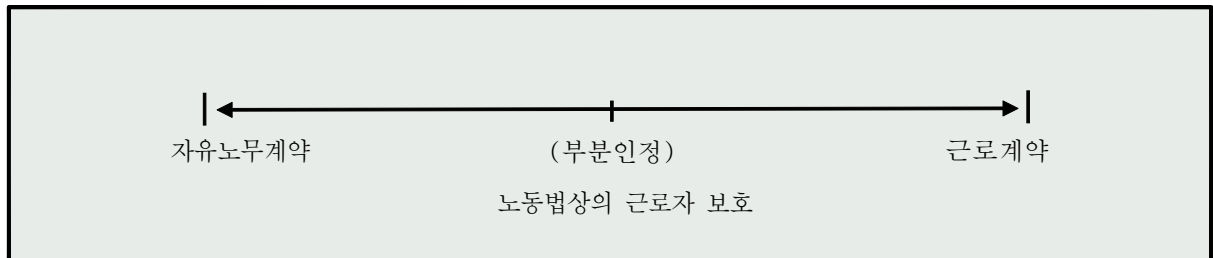
으로 고려되어야만 한다, 판례가 근로자의 개념적 징표로 내세우는 ‘노무의 타인 결정성,’ ‘지시권 복종성’은 근로법의 입법의 프로그램 안에서 종합적이고 입체적인 판단을 하는데 한 기준이 될 뿐일 것이다.

(2) 근로기준법상 개별조항에 관한 사적 협상

민간은 근로기준법상 개별조항에 관하여 사적 협상을 할 수 있으며, 이에는 법경제학의 기본명제인 코즈정리(Coase Theorem)가 적용될 수 있다.¹⁷⁾ 이에 대한 설명을 위해 우선 고용계약의 유형이 [그림 2-2]의 스펙트럼상의 한 점으로 나타난다고 설정하자.

거래비용이 0인 코즈세계에서 사적 협상을 통해 결정되는 고용계약의 개별 기준에 관해 살펴보자. 먼저 법원에서 모든 고용계약은 자유노무계약이라 정의한다면 피고용인은 자영자로서 계약법상의 보호만을 받게 된다. 이 경우 [그림 2-1]에 나타난 스펙트럼의 좌방극한값에서 피고용인은 자유노무계약을 체결하여 자영업자로서의 권리만을 인정받게 된다. 이때 피고용인이 인지하는 근로기준법의 가치(예컨대 해고제한과 법정복리수급권)가 사용자가 인식하는 자유노무계약의 가치를 상회하면 근로기준법상 근로자성을 인정받는 노동계약이 체결되게 된다.

[그림 2-2] 고용계약에 관한 스펙트럼



이제 상황을 바꾸어 법원이 피고용인에게 근로기준법상 근로자로서의 권리를 인정한다고 하자. 피고용인이 근로기준법상 근로자성에 대한 가치가 사용자의 자유노무계약에 대한 가치보다 크기 때문에 양자 사이에 자발적 거래는 일어나지 않게 된다. 이 예는 코즈정리가 고용계약 개별 조항과 그 기준에 관한 사적협상에도 그대로 적용될 수 있음을 보인다.¹⁸⁾

17) 이와 연관되어 고용안정성에 대한 암묵적 노동계약에 관한 연구로서 김일중·조준모(2000, 2001)를 들 수 있다.

18) 자유노무계약을 지지하기 위해 코즈정리가 사용될 수 있다. 즉 자영자로서 재산권 설정이 명확히

이때 정부가 근로기준법상 근로자성의 인정범위를 확장하여도 코즈정리의 결론에는 변화가 없다. 근로기준법상 근로자성이 분명히 정의되어 있다면 (즉 새로 도입되는 근로자성 인정으로 말미암아 사용자 및 근로자의 권리가 명확히 정의된다면) 양자 사이에 경제효율성을 증진시키기 위한 거래가 발생하게 된다. 결국 일부계약에 근로기준법상 근로자성이 인정되어도, 재산권이 명확히 설정되어 있고 거래비용이 계속 0이라면, 고용계약 형태에 관한 사적협상은 [그림 1] 스펙트럼상의 한 점으로 이루어지게 되며 경제효율성에는 변화가 없게 된다.

이하 위의 [그림 2]에 나타난 근로자성에 관한 협상이 개별 근로기준의 핵심조항인 해고권과 법정복리의 수급권에 협상에 어떻게 적용되는가를 구체적으로 살펴본다.

해고권 (dismissal right)

한국의 『근로기준법』 제30조 「해고 등의 제한」은 “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징계를 하지 못한다.”고 정하여 정당 사유가 없는 해고를 엄격히 규제해왔다.¹⁹⁾ 그러나 1990년대에 들어서면서 한국 법원은 판례상 “긴박한 경영상의 해고”에 대한 인정범위를 확대하면서 고용보호의 정도가 EAW의 방향으로 다소나마 변화하게 된다.²⁰⁾ 1998년 IMF 경제위기 들어서면서, 사용자의 고용조정에 대한 제한을 완화

되어 있고 거래비용이 없는 상황이라면 자유노무계약은 효율적이기 때문에 법원은 이를 유지해야 한다는 결론을 주장할 수도 있다. 물론 이러한 주장의 이면에는 자유계약이 사적 자치(autonomy)와 시장의 효율성(market efficiency)을 증진시킨다는 계약법(contract law)의 정신이 깔려있다.

19) 반면 5인 미만 사업장에서 『민법』 제660조 「기간의 약정이 없는 고용의 해지통고」에서 “고용기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지를 통고할 수 있다”로 정하고 있다. 이에 반하여 종업원수가 5인 이상인 사업장에는 특별법인 『근로기준법』이 일반적으로 적용된다. 상대적으로 규모가 큰 사업장에만 고용보호를 강하게 하는 『근로기준법』이 적용되는 것에 관해서는 찬반 양론이 제기될 수 있다. 가령 규모가 큰 사업장에서 사용자와 근로자의 일대일 협상을 통한 계약체결은 막대한 거래비용을 유발하기 때문에, 『근로기준법』 적용을 통하여 부당해고에 대한 사용자 책무를 부과하여 경제효율성을 개선할 수 있다는 찬성의견을 제기할 수 있을 것이다. 반면 반대의견도 제기될 수 있다. 가령 소규모 사업장에서 상대적으로 약한 정도의 고용보호를 적용하는 것은 협상력의 불균등정도를 심화시킬 수 있다는 견해도 제기될 수 있다. 한편 효율성 관점에서 영세사업장의 근로자일수록 미래에 발생할 고용유지의 가치와 해고당할 확률을 과소평가 하는 경향이 있어, 이러한 정보 불확실성의 상황에 처한 영세사업장일수록 사용자의 책무를 묻는 『근로기준법』 적용이 더욱 효율적이라는 의견도 가능할 것이다. 이러한 차별적 법체계에 대한 경제효율성과 공정성에 대한 탐구는 후속연구로 남겨둔다.

20) 1991년의 동부화학판례(대법, 선고91다8647)와 1992년의 동진판례(대법, 선고90누9421)에서 법원은 긴박한 경영상의 해고의 네 가지 요건(긴박한 경영상의 필요성, 해고회피노력, 근로자와 성실한 협의, 합리적이고 공정한 선정)중의 하나인 “긴박한 경영상의 필요성”을 보다 광범위하게 인정하

하고 이를 통하여 노동시장 유연성을 달성하자는 취지하에, 2년간 유예되었던 『근로기준법』 제31조 「경영상 이유에 의한 고용조정」이 「경영상 이유에 의한 해고의 제한」으로 개명되어 입법화된다.²¹⁾

노동계약의 근로자성에 관한 협상은 해고권에 대한 협상을 포함하는 것이다. 예컨대 고용보호에 대한 재산권(property right to job)이 [그림 2]의 스펙트럴상의 한점으로 나타난다고 설정하자. 거래비용이 0인 코즈세계에서 사적 협상을 통해 결정되는 고용보호의 정도에 대해 살펴보자. 먼저 법원에서 해고권(employment-at-will; 이하 EAW)을 사용자에게 부여한다고 가정하자. 이 경우 사용자는 엄격한 EAW를 인정받아 해고의 완벽한 자유를 누리게 된다. 이때 근로자의 완벽한 고용보호 가치를 년당 1000이라고 하고 사용자의 EAW에 대한 가치를 500이라고 하자. 이 경우 효율적인 자원배분은 근로자에 완전고용보호(complete-job-security; 이하 CJS)가 주어지는 것이며 근로기준법상 근로자성을 인정받는 수준의 근로자성을 내포하는 노동계약을 체결할 가능성이 커진다. 이 예에서 근로자가 CJS를 사용자로부터 양도받기 위해서는 최대 1000을 지불할 용의가 있고 사용자 또한 500 이상의 가격이 제의된다면 EAW를 포기할 의사가 있다. 따라서 거래비용이 없다면 사적 협상 결과 CJS가 근로자에게 양도된다. 즉 근로자성에 관한 자발적 거래는 바로 고용보호에 관한 거래를 포함하여 경제효율성이 달성되게 된다.

이제 상황을 바꾸어 법원이 CJS를 모든 국민에게 부여한다고 가정하자. 근로자의 CJS에 대한 가치는 사용자의 EAW보다 높기 때문에 양자 사이에 자발적 거래는 일어나지 않게 된다. 즉 노동계약은 근로기준법 적용여부와 관계없이 완전한 고용보호를 내포하는 노동계약을 체결하게 된다. 이 예는 코즈정리가 고용보호에 관한 사적협상에도 그대로 적용될 수 있다는 점을 보인다.²²⁾

여 주었다. 이러한 판례경향은 1998년 『경영상 이유에 의한 해고의 제한법』이 통과되기 이전까지 유지된다.

21) 소위 날치기법으로 알려진 「경영상 이유에 의한 해고」(『근로기준법』 제27조 2, 3, 4항)가 1996년 12월 26일 여당단독으로 통과된다. 그러나 이 법은 시행되지 못하고, 1997년 3월 13일 여야합의에 의하여 「경영상 이유에 의한 고용조정」(『근로기준법』 제31조)으로 교체되게 된다. 이 개정법은 부칙에 그 시기를 2년간 유예하여 1999년 3월 13일부터 시행하는 것으로 명기한다. 그러나 현장에서는 이미 권고사직이나 자진사퇴라는 형식으로 광범위하게 인원정리가 행해지게 된다(구건서, 1998, 135).

22) EAW를 지지하기 위해 코즈정리가 사용될 수 있다. 즉 사용자가 자본에 대한 재산권(property right to capital)을 가지고 있고 근로자가 노동에 대한 재산권(property right to labor)을 가지고 있는 상황에서 EAW는 자발적 협상의 결과라고 주장될 수 있을 것이다. 따라서 만일 재산권 설

이때 정부가 부당해고법(wrongful discharge law; 이하 WDL)을 도입한다고 하여도 코즈정리의 결론에는 변화가 없을 것이다. WDL이 분명히 정의되어 있다면 (즉 새로 도입되는 WDL이 사용자 및 근로자의 권리를 명확히 정의하고 있다면) 양자 사이에 경제효율성을 증진시키기 위한 거래가 발생할 것이다. 이상의 논의는 결국, WDL 도입 후에도 재산권이 명확한 설정되어 있다는 점에는 변화가 없고 거래비용이 계속 0이라면, 고용보호에 관한 사적협상은 스펙트럼상의 한 점으로 이루어질 것이다.

법정 복리수급권

근로기준법상 근로자로서 인정되면 퇴직금,²³⁾ 고용보험,²⁴⁾ 국민연금,²⁵⁾ 의료보험²⁶⁾ 등 법정 복리수급권을 가지게 된다. 국민연금법 제3조 제1호는 “직업의 종류에 불구하고 사업장에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받아 생활하는 자”를 근로자로 정의하고 있고, 국민건강보험법 제 3조 제 1호는 “직업의 종류에 불구하고 근로의 대가로서 보수를 받아 생활하는 자”를 근로자로 정의하고 있다. 양법의 차이는 사업장과의 관련성 여부를 묻고 묻지 않는 차이가 있으나 보험료의 징수 문제를 고려하여 근로관계를 맺고서 취업중인 근로자만으로 한정하면서도 사회보험의 보호범위를 확장하기 위하여 근로자의 개념에 사용자의 지위에 있는 자

정이 명확히 되어 있고 거래비용이 없는 상황이라면 EAW는 효율적이기 때문에 법원은 이를 유지해야 한다는 결론을 주장할 수도 있다. 물론 이러한 주장의 이면에는 자유계약이 사적 자치 (autonomy)와 시장의 효율성(market efficiency)을 증진시킨다는 보통법(common law)의 정신이 깔려있다 (Epstein, 1984, 951).

- 23) 현행 근로기준법 제34조는 1항은 「계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급하는 제도를 설정한다」로 사용자의 퇴직금 지불의무를 규정하고 있다. 즉 근로자 5인 이상 사업장에서, 1주간 소정근로시간이 15시간 미만인 단시간근로자를 제외한 모든 근로자를 대상으로 사용자의 퇴직금 지불의무는 적용된다.
- 24) 고용보험의 모든 사업장에 적용된다. 고용보험법 제8조에 의하여 일용근로자(1개월 이상 계속고용시 임시직에 해당되어 적용됨), 1개월간 소정근로시간이 80시간 미만인 근로자는 보험수급권이 배제된다.
- 25) 의료보험은 상시근로자가 5인 이상인 사업장에 적용된다. 단시간 근로자라고 하더라도 당해 사업장이 의료보험에 가입되어 있으면 보험료 납부의무와 함께 보험급여수급권을 가진다. 의료보험법 제4조는 일용근로자(2개월을 초과하여 근로하는 경우에는 적용)와 2개월 미만의 임시직 근로자를 고용보험대상자에서 배제하고 있다. 따라서 의료보험법에 의하면 2개월을 초과하여 근로하는 일용근로자와 임시직 근로자를 대상으로 사용자의 의료보험가입 의무가 있다.
- 26) 국민연금은, 대체로 의료보험과 마찬가지로 기준을 따르지만, 제외 대상자로서 일용근로자 또는 3개월 이내의 기한부로 사용되는 임시근로자(3개월 초과하여 계속 근무시 적용)를 포함한다. 이는 2개월을 기준으로 하는 의료보험과는 다소의 차이를 보인다.

를 포함시키고 있다. 그러므로 양법이 노무의 대가나 근로의 대가로 보수나 임금을 받아 생활하는 자를 근로자로 보는 한 사회보험법상의 근로자 개념에 관한 입법자의 결정프로그램은 근로기준법의 그것과 다르지 않다는 시각이 지배적이다.

노동계약의 근로자성에 관한 협상은 사회보장수급권에 대한 협상도 포함될 수 있다. 예컨대 사회보장에 대한 수급권(property right to job)이 [그림 2-2]의 스펙트럴상의 한점으로 나타난다고 설정하자. 거래비용이 0인 코즈세계에서 사적 협상을 통해 결정되는 고용보호의 정도에 대해 살펴보자. 먼저 법원에서 사회보장지급을 사용자의 재량권으로 인정한다고 가정하자. 이때 근로자의 완벽한 사회보장수급의 가치를 년당 1000이라고 하고 사용자의 사회보장미지급에 대한 가치를 500이라고 하자. 이 경우 효율적인 자원배분은 근로자에 완전한 사회보장수급권이 주어지는 것이며 근로기준법상 근로자성을 인정받는 수준의 근로자성을 내포하는 노동계약을 체결할 가능성이 커진다. 이 예에서 근로자가 사회보장수급권을 사용자로부터 양도받기 위해서는 최대 1000을 지불할 용의가 있고 사용자 또한 500 이상의 가격이 제의된다면 사회보장수급권리를 근로자에게 인정해 주는 근로계약에 합의할 의사가 있다. 따라서 거래비용이 없다면 사적 협상 결과 사회보장수급권이 근로자에게 양도된다. 즉 근로자성에 관한 자발적 거래는 바로 사회보장수급권에 관한 거래를 포함하여 경제효율성이 달성되게 된다.

이제 상황을 바꾸어 정부가 사회보장수급권을 모든 국민에게 인정한다고 가정하자. 근로자의 사회보장수급권에 대한 가치는 사용자의 사회보장 미지급의 가치보다 높기 때문에 양자 사이에 자발적 거래는 일어나지 않게 된다. 즉 노동계약은 근로기준법 적용여부와 관계없이 완전한 사회보장수급권리를 내포하는 노동계약을 체결하게 된다. 이 예는 코즈정리가 사회보장수급에 관한 사적협상에도 그대로 적용될 수 있다는 점을 보인다.²⁷⁾

이때 정부가 사회보장법을 도입한다고 하여도 코즈정리(Coase Theorem)의 결론에는 변화가 없을 것이다. 사회보장법의 수급범위가 분명히 정의되어 있다면 (즉 새로 도입되는 사회보장법상 사용자 및 근로자의 개념과 권리를 명확히 정의하고 있다면) 양자 사이에 경제효율성

27) EAW를 지지하기 위해 코즈정리가 사용될 수 있다. 즉 사용자가 자본에 대한 재산권(property right to capital)을 가지고 있고 근로자가 노동에 대한 재산권(property right to labor)을 가지고 있는 상황에서 EAW는 자발적 협상의 결과라고 주장될 수 있을 것이다. 따라서 만일 재산권 설정이 명확히 되어 있고 거래비용이 없는 상황이라면 EAW는 효율적이기 때문에 법원은 이를 유지해야 한다는 결론을 주장할 수도 있다. 물론 이러한 주장의 이면에는 자유계약이 사적 자치(autonomy)와 시장의 효율성(market efficiency)을 증진시킨다는 보통법(common law)의 정신이 깔려있다 (Epstein, 1984, 951).

을 증진시키기 위한 거래가 발생할 것이다. 이상의 논의는 결국, 사회보장법 도입 후에도 재산권이 명확한 설정되어 있다는 점에는 변화가 없고 거래비용이 계속 0이라면, 고용보호에 관한 사적협상은 스펙트럼상의 한 점으로 이루어질 것이다.

(3) 노조법상 근로자 개념

현행 노조법 제2조 제1호는 근로자를 “직업의 종류를 분문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 정의하고 있다. 이 규정의 문언에 따르면 근로자성의 판단에 대해 두가지 요건이 설정되는데, 이는 첫째는 ‘직업의 종류분문’과 둘째는 ‘임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’일 것이다. 그런데 후자가 충족되는 한 근로자성을 인정하는데 별 지장이 없으므로 전자의 기준은 근로자에 포함될 수 있는 외연을 개방하는데 의의가 있지만 그 내포를 정하는 것이 아니어서 근로자성의 판단의 후자에 집중될 것이다. 그러나 구체적으로 누가 ‘임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자가’ 되어 노조법상의 근로자가 되는지는 법률 자체는 구체적인 기준을 제시하지 않고 있어서, 그와 같은 임무는 법원이 수행하지 않으면 안 된다.

헌법 제 33조는 노동시장에서 당사자들이 단체교섭과 단체협약에 의해 근로조건에 관한 가격카르텔을 형성할 수 있는 자유를 헌법적으로 명령한 것이다. 그럼에도 불구하고 단체협약은 그 자체가 카르텔이 아니라 카르텔을 형성할 수 있는 자로서 노동조합과 사용자 사이의 카르텔 계약에 해당된다.

노동시장에서도 가격 결정의 원리가 적용된다면 노무제공의 공급과 수요에 의하여서도 가격 결정의 원리가 적용된다면 노무제공의 공급과 수요에 의하여 임금을 포함한 근로조건이라는 가격이 결정되어야 할 것이지만, 단체협약은 단체협약에 구속되는 근로자와 사용자의 근로조건을 일률적으로 확정하기 때문이다. 따라서 단결과 자유와 단체협약의 체결이 헌법상 보장되어 있는 한 노동시장에서는 카르텔을 금지하는 독점금지나 경쟁제한방지법 등의 경제법의 개입은 제한 받게 된다.²⁸⁾

28) 복수노조하에 배타적 교섭권을 인정하는 미국 노조법의 경우 판례에 의해 두가지 도전을 받는다. 한가지는 법원의 비노조원에 대한 공정한 대표성(fair representation)요구와 Sherman Act·Clayton Act와 같은 반독점법이 그 것이다. 미국의 최근 판례를 살펴보면 이 두가지 측면에서 미국의 노조법은 법 혹은 판례에 의한 견제로 말미암아 생산적인 긴장관계에 있다고 평가될 수 있다.

그런데 노동시장에서는 집단주의가 헌법적으로 용인되지만, 재화시장에서는 경제법 등에 의해 경쟁적인 개인주의를 기초로 한다. 따라서 노동시장에서 적용되는 근로자 개념의 확장은 필연적으로 중첩지역에서 재화시장에서의 경제질서를 건드리게 된다.

(4) 노조권(union right)에 관한 사적 협상

대부분의 자유주의 경제학자들은 노조의 카르텔 구성과 독점효과의 존재를 들어 노조에 대해 적대적인 입장을 취해 왔다.²⁹⁾ 이러한 견해는 노조는 집단적 행위를 통하여 기업의 가치를 감소시키며 경제순손실을 감소시키는 부정적인 집단으로 손쉽게 발전된다.

그러나 헌법상의 근로3권의 존중의 문제는 차지하더라도 노동조합을 카르텔로 단순하게 묘사하는 것은 균형 잡힌 시각이 아닐 수 있다. 기업의 가치를 극대화하는 차원에서 노조의 필요성을 인정받을 수 있다.

정보가 불확실하고 감독비용이 높을 경우에 발생하는 무임승차문제는 노사관계에서 항상 발생하는 문제이다. 예컨대 사용자가 근로자에게 퇴직 후 법정 퇴직금 이상의 퇴직금 지급을 약속하고 별도의 기금을 마련했다고 하자. 이 약속이 집행될 확률은 이 기금이 어떤 방식으로 적립되고 투자되느냐에 달려있을 것이다. 개별 근로자의 입장에서 이 기금을 관리 감독하는 행위는 일종의 공공재적인 서비스를 공급하는데 해당됨으로 최선을 다해 기금을 감독할 동기는 없다.

근로자 산업재해 문제도 마찬가지이다. 예컨대 사용자가 산업재해 발생을 억제하기 위해 적절한 투자를 하기로 약속했다고 가정하자. 이 약속이 집행될 확률은 투자비용이 어떻게 조달되고 집행되는가를 관리 감독하는데 달려 있을 것이다. 앞서의 예에서와 마찬가지로 개별 근로자의 입장에서 이 기금을 관리 감독할 동기는 작다. 노조는 바로 이러한 무임승차문제를 최소화하는 기구로서 이해될 수 있는 것이다.

그런데 여타 주인-대리인 문제와 달리 사업장에서 무임승차문제를 해결하기 위해 노조가 결성되다 보면 자생적으로 노조는 시장의 임금이상으로 임금을 상승시킬 수 있는 독점력을 확보하게 된다. 사용자의 입장에서 노동을 자본으로 대체하는데 일정한 한계는 상존하기 때문에 이 독점력은 불가피하게 발생한다.

그러나 이러한 독점력도 무제한적으로 발생하는 것은 결코 아니다. 재화시장에서 경쟁이

29) 물론 이에 반대하는 입장을 가진 소수 경제학자들도 존재한다. 소수 경제학자들의 반대의견에 Freeman and Medoff(1984)의 『What do Unions do?』를 참조할 수 있다.

치열한 기업에서 노조는 독점력을 가질 수 없다. 노조의 독점력의 원천은 기업이 재화시장에서의 경쟁이 제한되어 경쟁적 시장(contestable market)이 조성되지 않기 때문에 발생하는 것이다. 즉 재화시장에서 불완전한 경쟁은 독점지대를 창출하여 노조는 이 독점적 지대를 공유하기 위해 투쟁하게 되는 것이다. 재화시장에서 진입장벽이 없어지게 되면 독점적 지대로 없어지고 노조의 독점효과도 사라지게 되고 노조의 생산적 효과만이 남게될 것이다.³⁰⁾

법경제학자들은 노조는 재화시장이 완전경쟁인 상황하에서도 생존할 수 있다고 제안한다. 기본적으로 기업의 입장에서는 고용비용을 최소화하는 차원에서 노조의 결성을 희망할 수 있다. 위의 예에서 기업이 우수한 근로자를 유치하기 위해 퇴직기금(pension fund)를 설정하였다고 하자. 이 기금이 투명하게 운영된다는 보장이 없다면 이 기금은 우수한 근로자를 채용하는 프로그램으로서 가치를 상실하게 되고 근로자는 다른 차원에서의 보상을 요구하게 된다. 만일 이 퇴직기금이 근로자로 하여금 기업특수인적자본 투자를 유도하기 위해 만들어졌다면 이는 기업의 가치를 더욱 감소시키는 결과를 초래할 것이다. 이때 기업이 노조를 자발적으로 허용하여 기금을 관리하게 한다면 사용자가 제의한 퇴직기금의 운용은 신뢰성을 확보할 것이고 우수한 근로자를 유치하는데 성공하게 될 것이다. 이 경우 노조의 존재는 기업의 가치를 증가시킬 수도 있다.

노조의 파업권 또한 근로3권 가운데 중요한 자리를 차지하는 근로자의 권리이다. 이는 전체 생산에 지장을 주는 저생산성 근로자를 합리적인 절차에 의하여 해고할 수 있는 사용자의 권리와 두 축을 이루는 권리인 것이다.

근로자의 파업권은 단체협약에 근로자의 이행을 촉구하는 수단으로서만 이해되어 왔다. 그러나 그간 사용자 또한 자신의 제의가 시장에서 신뢰할 수 있도록 만들어 고용비용을 최소화하는 수단으로 활용될 수 있다는 가능성은 간과되어 왔다. 근로자에게 파업권을 인정해 주는 것이 Pareto 효율성을 개선할 가능성이 존재하는 것이다.

고생산성 근로자의 입장에서도 만일 자신이 저생산성 근로자라면 해고할 수 있는 권리를 사용자에게 이양하는 사적 협상을 선호할 수 있다. 경기변동이 심한 부분에서 미래의 고용이 불확실한 상태에서(탈법·편법적 노무관리 차원이 아니라) 기업이 정규계약으로는 채용을 하지 않을 것을 비정규계약으로는 채용하여 고용유연성을 도모하는 것도 이런 맥락에서 이해될

30) 혹자는 중앙집권화된 노조는 경쟁적인 재화시장과 양립할 수 있다고 제안할 수 있다. 그러나 중앙집권화된 노조카르텔은 지속되기 어렵다. 왜냐하면 시장점유율을 높이기 위한 개별기업의 사용자가 중앙카르텔과의 교섭에 응하지 않을 수 있고 새로운 기업 혹은 외국기업들의 시장진입은 기존의 중앙카르텔을 지속적으로 위협하게 된다.

수 있다. 근로자가 기업특수 인적자본 투자를 행하지 않는 사업장에서, 즉 근로자의 해고로 인한 피해가 크지 않은 경우에, EAW에 준하는 노동계약을 맺을 수 있다. 반면 근로자가 기업특수 인적자본투자를 행할 경우 그 투자의 수확분에 대한 재산권이 근로자에게 있으므로 완벽한 해고권을 근로자에게 주는 것이 계약자체의 생존력을 잠탈할 수 있다.

그렇다면 기업의 가치를 증진시키기 위한 파업권의 범위를 무엇일까? 사용자는 저생산성 근로자를 해고할 권리를 전혀 갖지 못하고 근로자는 무제한의 파업권을 갖는 것이 과연 효율적일까? 파업이란 불가피하게 산출물의 감소를 가져오기 때문에 통상적인 계약법의 보상과 손해배상 조항에 비하여 비효율적인 수단일 수 있다. 사용자의 해고가 기회주의적으로 활용될 수 있듯이 근로자의 파업도 기회주의적으로 활용될 수 있는 것이다.

파업이 근로계약 초기에 계약되지 않은 이익을 얻기 위해 파업이 이루어질 가능성이 있다. 이러한 리스크를 줄여주는 사용자는 사전적으로 임금을 낮추어 리스크 프리미엄을 요구할 수 있고 이는 비노조 근로자에게 피해를 입힐 수도 있는 것이다. 마찬가지로 근로자는 이러한 근로자의 파업권 자체 범위를 확대하기 위한 광범위한 협정근로계약을 체결할 가능성도 열리게 되는 것이다.

마찬가지 논리는 사용자의 해고권에도 그대로 적용될 수 있다. 예컨대 근로자의 기업특수 인적자본 투자가 기업의 가치를 증진시키는 경우를 살펴보자. 만일 사용자가 기회주의적인 해고를 할 경우 근로자는 기업특수 인적 자본을 투자할 동기가 없거나 기회주의 가능성에 대한 리스크 프리미엄을 초기에 높은 임금의 형태로 요구할 것이다. 이 경우 기업의 입장에서 자발적으로 일정범위의 해고권을 제한하여 근로자의 기업특수 인적자본을 유인케 할 수 있을 것이다. 요약하면 사용자나 근로자 모두 무제한적인 해고권과 노조권을 요구하는 것은 효율적이 아님을 분명히 해야 한다.

(5) 근로기준법상 근로자성과 노조법상 근로자성

근로기준법상 근로자성과 노조법상의 근로자성에 대한 판단차이는 아직은 정립된 바 없다. 필자는 다수의 노동법학자들과 접하면서 얻은 다양한 견해를 다음과 같이 분류 설명하고자 한다.

1설: 이질적 개념의 근로자성

전술된 바와 같이 노조법은 헌법 제 33조의 근로3권의 보장을 구체화하고 실효화하기 위한

법률이다. 이에 반하여 근로기준법상 근로자성은 근로자의 생계를 위한 최저필요량을 측정하는 것이다. 따라서 두가지 법상 근로자 개념은 입법론적인 프로그램이 상이한 배경에서 작성되어 동일한 스펙트럴선상에서 표현될 수 없다는 입장이다.

이질적 개념의 근로자성을 인정하자는 제안에 대한 비판의 논거는 근로기준법과 노조법을 포괄하는 전체 노동법 체계내에서 두 개의 개별적인 보호범위를 인정해 줌으로써 노동법의 전체입법프로그램의 일관성을 상실케 할 수 있다는 것이다. 예컨대 아담 스미스가 본 최소열위자 집단에 근로기준법 적용이 아닌 노조법만이 허용될 경우 협상력이 약한 노조가 근기법상 최소기준을 상회하는 단체협약을 체결해 내기는 어려워 노동법의 입법 프로그램이 의도하지 않은 결과를 낳을 수 있다는 것이다.

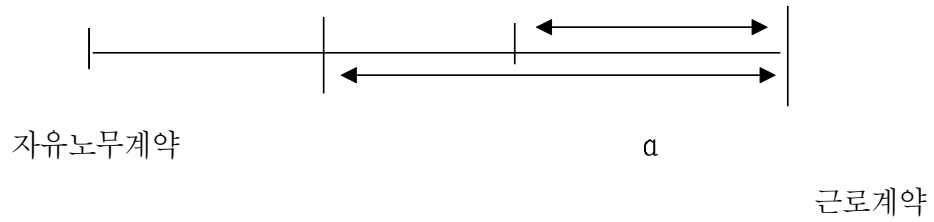
2설: 근로기준법 상 근로자성은 노조법상 근로자성의 부분집합

노조법상 근로자성은 실업자, 여성과 같이 초기업 단위노조를 포함하여 기업단위노조를 대상으로 하는 근로기준법상 근로자성보다는 광범위할 수 밖에 없다. 2설은 초기업 단위노조 부분을 배제하고도 노조법상 근로자성이 근로기준법상 근로자성을 포함한다는 견해이다. 이는 근로기준법상 근로자에는 '사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자'로서 정의되지만 노조법상 근로자는 사업장에 대한 언급 없이 '임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자'로서 정의되는 법문상의 차이를 부분집합과 전체집합으로서 해석한 결과이다. 이러한 견해에는 근로자를 자영인과 근로자로 나누는 이분법적 사고에 의존하지 않고 유사근로자, 준근로자, 가내근로자 등 자영인의 일부를 노조법상 보호영역에 두어야 한다는 것을 포함한다.

그러나 1설에 대한 비판과 마찬가지로 근로기준법상 최소기준에 미달하면서 노동조합이 인정될 경우 여러 가지 비판론이 대두된다. 첫째, 노조의 교섭기능은 여전히 취약할 가능성이 크며 최소기준을 상회하는 단체협약을 끌어내기 어려울 수 있다는 것을 들 수 있다. 이는 1설에서와 같이 노동법의 입법프로그램을 달성하지 못할 수 있다. 둘째 노조가 허용될 경우 경제법상 반독점제소권이 제한받게 되고 쌍방독점이 조장되어 경제순손실이 초래될 수 있다. 셋째 근로자간 이질성이 크면 클수록 노조 공정한 대표성에 문제가 발생할 소지가 커지고, 비노조원의 소극적 단결권 문제 및 노조의 리더쉽 문제가 대두될 수 있다.

[그림 2-3] 2설의 근로자성

β

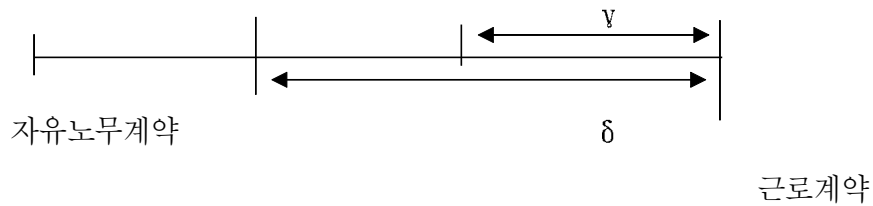


a : 노조법상 근로자 인정

β : 근기법상 근로자 인정

3설: 노조법상 근로자성은 근로기준법상 근로자성과 동일하거나 후자의 부분집합

[그림 2-4] 3설의 근로자성



v : 노조법상 근로자 인정

δ : 근기법상 근로자 인정

3설에 의하면 노조법상 근로자성과 근기법상 근로자성은 초기업단위 노조의 경우를 제외하면 기본적으로 동일하거나 노조법상 근로자성이 오히려 근기법상 근로자성의 부분집합이어야 한다는 견해이다. 이러한 견해는 근로기준법의 최소기준 달성은 노조결성만으로는 부족하기 때문에 근로기준법을 통하여 최소기준을 달성이고 최소기준을 상회하는 단체협약 체결은 노조결성을 통하여 이루어질 수 있다는 개념에서 출발한다.

3설에 대한 비판은 주로 노조법상 근로자성이 헌법 33조의 구현에 있어 이를 좁게 해석할 경우 헌법의 입법정신에서 벗어나게 된다는 것이다.

4. 계약자유공간 A에서의 노동법의 기능

(1) 노동법의 '획일적 확장'에 관한 비판

사적 자치의 제한문제

고용관계에 있어 계약법 내용을 노동법에 편입하여 해석하든지, 아니면 노동법을 계약법의 연장선상에서 이해하든지 간에, 현장 문제에 있어서 법관의 해석 차이는 민간들로 하여금 계약법과 노동법의 중첩성을 절감하게 한다.

한 축에서는 노동법체계의 독자성을 인정한다고 하더라도 계약법 규정으로의 환원을 배제하지 않으며, 다른 한 축에서는 계약법 규정과의 연계성을 찾을 때마다 노동법적 사실관계의 특성을 긍정해야 하기 때문에 구체적인 사안에 있어서 동일한 결과마저 낼 수 있다. 그러나 법적 사고를 전개하고 논거를 정당화하는 과정에서는 분명한 차이를 보인다.

법학설간의 논쟁에도 불구하고 실무 노동계약은 노동법적 측면과 계약법적 측면이 혼재하는 양면적 속성을 띠고 있으며, 법관도 노동법과 계약법이라는 두 축의 스펙트럴(spectral)한 선상에서 자의적으로 해석할 가능성을 배제할 수는 없을 것이다. 예컨대, 최근 등장하는 보험모집인, 골프장 캐디, 학습지 교사 및 레미콘 기사와 같이 자영자와 근로자의 중간에 위치한 근로자의 근로자성 인정여부의 논란도 노동법과 계약법의 중첩된 영역에서의 양 법체계의 '힘겨루기'라고 해도 과언이 아닌 것이다.

보험모집인의 근로자성이 문제된다는 것은 이들이 노동법이 적용되는 노동시장으로 편입되는가, 아니면 계약법이 적용되는 재화시장으로 편입되는가 하는 문제이다. 노동법적 시각에서 이들은 특수고용직으로 분류되지만 민법적인 시각에서는 계약자유에 의한 노무급부의 정형계약으로 파악될 수 있다. 그러므로 보험모집인의 고용 형태에 있어서는 한편으로는 이를 민법의 고용계약, 도급, 위임으로 위치시킬 것인가 하는 법률관계의 자리 매김과 그에 따른 계약법리의 적용 및 계약에 대한 내용통제가 문제된다.

현재 계약법과 노동법의 중첩된 공간에서 발생하는 가장 큰 문제는 계약법의사적 자치에 대한 집단적 통제이다. 단체협약과 근로계약간의 갈등에서 (즉 개별적 근로계약에 정한 근로조건과 단체협약이 규정하고 있는 근로조건이 다른 경우), 통상 유리한 조건 우선의 원칙에 의해서 해결된다. 그러나 그 유리한 조건을 근로자 개인의사를 존중하는 사적 자치의 측면에서 판단할 것인가 아니면 근로자 집단의 차원에서 판단할 것인가의 문제점은 여전히 남는다.

사회적 자치를 사적 자치의 상위질서원칙으로 이해하면서 노동법의 독자성을 강조하는 관

점에서 보면, 근로자 집단 또는 전체의 차원에서 소수의 이익을 희생하면서 다수의 이익을 증진시키는 명분을 얻을 수 있다.³¹⁾ 물론 이러한 사회적 자치는 Pareto 개념의 경제효율성을 증진시키지는 못한다. 이보다는 좀 더 관대한 Kaldó-Hicks의 경제효율성 개념에서도 전체의 순이익이 증가하지 않는다면 단순히 소수에 대한 다수의 횡포 가능성을 배제할 수 없게 된다.

계약법의 최고원칙인 사적 자치의 원칙에 대하여 아주 '특별한' 노동법에 의한 제동이 그 당위성을 얻기 위해서는 계약법적 제동이 불완전하거나 노동법이 지향하는 최소기준에 미달하였다는 것을 명확히 하여야 할 것이다. 만일 노동법 제동이 계약법적 제동에 비하여 비교우위가 없거나 최소기준을 상회하는 계약자유의 공간 A에 해당된다면 노동법의 확대 적용은 그 명분을 잃게 된다.³²⁾ 노동법의 확대 적용에 앞서 계약법적 제동이 정상적으로 작동하지 않는 원인을 규명하고 이를 시정하기 위한 노력이 전제되어야 할 것이다.³³⁾

자본주의의 안정성을 위해서도 분배정의를 도외시해서는 안되기 때문에 전체 법 체계에서 노동법은 자본주의의 안정성을 도모한다는데 그 기능성을 인정받을 수도 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 법제도의 기본목표는 경제주체의 경쟁력을 높여 시장에서 경쟁하고 부가가치를 창출시킬 수 있도록 유도하는데 있다고 본다. 예컨대 근로계약 실무가 상이하고 다채로움에도 불구하고, 근로자는 항상 열악한 상황에 처해 있다고 일방적으로 가정하는 경직적 사고는, 과거의 산업사회 초기와는 달리, 근로자의 현실여건이 다양한 현대산업사회에는 부합되지 않을 수 있다. 상황에 따라 현저한 차이가 있음에도 불구하고 근로자의 개인적 협상능력과 기회의 특수성을 고려하지 않고 법관이 획일적으로 근로계약을 통제하는 것은 사회적으로도

31) 골프장 캐디, 학습지 교사 등은 근로자성은 인정받지 못하면서도 단결권은 인정받아 그야말로 '非 근로자에 의한 노조'가 탄생하여 계약법의 영역에 사회적 자치를 인정할 모호한 결과를 낳게 된다.

32) 예컨대 보험 모집인의 경우 법원의 계약에 대한 내용 통제 또는 공정거래 위원회를 통한 약관심사 및 계약조건에 대한 보호 등 계약법상 다양한 보호조치를 강구할 수 있다. 노동법적 보호를 이들 직종에 적용하는 한가지 전제는 노동법적 제동이 계약법상의 제동에 비하여 비교우위에 있어야만 한다. 또한 노동법의 최소기준에도 미달하여야 한다. 그러나 보험모집인이 경제적으로 중속되었다는 이유만으로 해고보호규정의 적용을 받는다는 것은 최소기준 적용의 형평에 맞지 않는다는 문제점이 지적될 수도 있다(현재 4인 미만 근로자를 사용하는 근로자를 사용하는 영세사업장에서는 근로자 해고보호규정이 적용되지 않는다.). 이러한 두가지 기준에 미달할 경우 분배정의를 개선하지 못함과 동시에 경제 효율성을 상실할 가능성을 배제할 수 없다.

33) 최근 필자는 한 상법학자와의 대화에서도 상법의 기능에 대한 인식이 명확히 설정된다면 노동법 확대는 좀 더 신중히 검토될 수 있으리라는 조언을 얻었다.

바람직하지 않을 수 있다. 또한 경우에 따라서는 의도하는 근로자보호가 무용지물이 되고 오히려 근로자를 해치는 부정적인 결과가 나올 수도 있다. 단지 약자이기 때문에 보호해 주려 하다가는 그들의 처지를 영속화시킬 위험도 있으며, 무조건 보호받는 자가 필연적으로 갖게 되는 내부자에 의한 도덕적 해이(moral hazard)와 한편으로 보호대상에서 제외된 외부자가 취하게 되는 대체행위(substitution activity)가³⁴⁾ 심각해져 애초 의도했던 효과를 상쇄시킬 수 있다.

경제학자인 필자에게 현 노동법에서 가장 눈에 띄는 점은 역시 ‘사적 자치의 제한’이다. 계약법에서 최고의 원칙인 사적 자치의 원칙이 노동법에서는 어느 범주까지 그 정당성을 인정받을 수 있는가?³⁵⁾ 예컨대 사적 자치에 의한 계약내용이 공정하지 못하여 분배정의론을 훼손할 수 있다고 하여 손쉽게 계약 전체를 근로계약으로 간주하고 보호를 요청하는 것은 지나친 논리의 비약일 수 있다. 일차적으로는 그 계약 내용의 어떤 부분이 계약법의 규정으로부터 이탈하는지를 식별하고, 통제를 하는데 있어 계약법 방식의 한계가 명확하게 설명되어져야만 할 것이다. 또 한가지는 이 것이 과연 노동법 및 사회가 지향하는 분배정의 달성을 위한 최소기준에 미달하느냐가 면밀히 검토되어야 할 것이다. 단순히 협상력 불균등 기준에 의하여 강자라고 인지되는 측에 富의 이전이 더 많이 이루어졌다는 내용만을 가지고 노동법적 수단을 동원하는 것은 그로 인해 상실되게 되는 경제 비효율성이 너무나도 클 수 있기 때문이다.³⁶⁾

현재 우리나라에서 진행되고 있는 학습지 교사, 보험모집인, 레미콘기사 등의 계약에서 사적 자치를 제한하는 것을 지지하는 논리는 다음과 같다. 일차적으로 사적 자치로 인하여 협상력의 불균등이 발생하였다는 것을 인지하고 富가 사용자측에 편중되었음을 강조하게 된다. 그 다음으로 이를 교정하기 위해 집단자치를 허용해 줌으로써 사적 자치가 안고 있는 ‘富의 偏重’ 문제를 개선해간다는 것이다. 예컨대 학습지 교사 노동조합처럼 근로기준법상의 근로자

34) 외부 피고용인은 보호를 받을 수 있는 영역으로 진입하려는 노력을 피하게 되고 내부 고용인은 법적 의무를 회피할 수 있는 영역으로의 탈출을 시도할 것이다.

35) 본 절에서 다루는 사적 자치 제한 논리 외에도 단체협약에 의한 집단자치를 고려할 때 근로관계에 있어서 사적 자치의 의미가 논란의 대상이 된다. 집단자치가 내부자의 이익보호에만 치중하고 실업자와 같은 외부자의 문제를 도외시 할 경우에도 집단자치를 사적 자치의 상위의 개념으로 간주해야 할 것인가 등이 문제가 될 것이다.

36) 물론 계약당사자가 권리남용에 의해 노동법 규정의 적용을 편법적으로 회피하는 경우 입법자는 당연히 계약의 자유를 제한하여 법률관계를 강제적으로 근로관계로 전환할 수는 있다. 그러나 이는 계약의 본질이 근로관계의 형태를 갖고 있어 본질적으로 노동법 영역에 해당되는 경우에 국한될 것이다.

성은 부인하지만, 노조법상의 근로자성은 인정해 주어 재화시장에서의 협상력의 불균등을 시정해 주는 방식이다. 이 방식의 문제점은 일차적으로 법리의 일관성 결여(logical inconsistency)라는 측면에서 비판받을 수 있다. 대법원은 학습지 교사의 근로기준법상 근로자성 인정여부와 관련하여 사용자 종속관계를 부인한다.³⁷⁾ 학습지 교사의 경우 노조를 결성하고 사용자에게 단체교섭을 요구하고 사용자가 이를 거부할 경우 부당노동행위의 성립여부나 노조결성을 위한 근로자성 인정이 대법원에서 다루어지는 경우 학습지 교사의 경우 노조법상의 근로자성이 부인될 가능성도 배제할 수 없다.³⁸⁾

또한 집단자치를 허용할 경우, 노조결성을 통하여 생산요소의 공급독점이 허용됨으로써 노동시장에서 비효율성이 야기될 수 있고 비효율성은 재화시장으로 전가되어 결국 소비자도 비용을 부담하게 된다. 이러한 문제는 후술되는 카르텔(cartelization)의 문제와도 직접적인 연관성을 가진다.

마지막으로 노조결성을 허용하는 것이 집단자치인지 사회적 자치인지 명확치 않다. 만일 논쟁이 제기되는 직종의 임금 수준이 분배정의를 위한 최소기준을 상회한다면, 이는 집단자치에 의해 부의 재분배를 꾀하는 시도일 뿐 가난한 사람들을 위한 사회적 자치와는 엄밀히 부합되지 않을 수 있다.³⁹⁾

단순히 부의 많고 적음에 의하여 법률적 개입이 용인되어 집단자치가 허용된다면, 법적인 대리거래(surrogate transactions)가 거래비용(transaction cost)을 증진시켜, 시장 내의 당사자 간 거래가 효율적이라는 사적 자치의 기본원칙을 심하게 손상시킬 수도 있다(Posner, 1992).⁴⁰⁾

37) 학습지 교사의 경우, 그 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행 시간 등에 관하여 그 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 그 회사로부터 지급 받는 수수료는 상담교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과 관계없이 오로지 신규회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금 실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행 실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 종속적 인과관계에서의 근로제공의 대가로써 임금이라 보기 어려운 점 및 그 밖에 업무수행 시간의 정함이 없는 점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 학습지 교사는 그 회사와의 사용·종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로자로 볼 수 없다고 대법원은 판시하였다(대법원 1990.5.22. 선고 88다카28112).

38) 이 경우 현재 체결된 단체협약은 실질적 의미의 노조법상의 단체협약이 아니라, 일반 사단이나 결사의 주체와 계약 상대방인 사용자 사이에 체결된 동일계약이나 표본계약의 성질을 갖게 된다.

39) 노사관계가 불안정하고 산업별 노조가 정착되지 못한 국가에서, 산업별 노조가 보편화된 국가에 비하여, 집단자치가 사회적 자치와 괴리될 가능성이 클 것이다.

40) 필자의 생각으로 정부가 힘의 논리에 밀려 대리거래를 인정해준다 보면, 결국 노동의 수요탄력성이 큰 분야에서 대리거래가 활성화될 것으로 추측된다. 이에 Hicks-Marshall의 원칙을 적용시켜

마지막으로 위의 두가지 집단적 통제방식이 효율성과 공정성 차원에서 문제가 전혀 없고, 가난한 사람(예컨대 학습지 교사, 레미콘 기사 등으로 설정해 본다면)을⁴¹⁾ 돕자는 목적이 사회 전반적으로 인정되었다고 하더라도, 그 비용의 일부를 해당 직종의 소수 사용자에게 편중시켜 부담 지우는 것은 재산권의 침해소지를 야기할 수도 있다. 가난한 자를 우대하는 조건을 특정 계약에서 강요할 경우⁴²⁾ 이로 인하여 발생하게 되는 재산권의 침해는 동태적 효율성(dynamic efficiency)을 감소시킬 수 있다.⁴³⁾

富移轉法の 정치경제학

부의 이전을 가져오는 관련법의 변화는 이익집단들의 좋은 로비대상이 될 수 있다. 정치인들은 정치자금이든지 득표이든지 정치지대(political rent)를 창출할 수 있으므로 이익집단과 정치인의 정치적 교환에 의해 부의 이전을 초래하는 법적 변화가 더욱 빈번하게 일어날 소지가 있는 것이다.⁴⁴⁾ 전술된 바와 같이 통상 이러한 법적 변화는 이익집단이 얻게되는 편익보다도 피해자의 손해가 더 커서 효율성 판단의 보수적 기준인 Kaldó-Hicks 효율성 기준에서 보아도 비효율적일 경우가 많다.

통상 부의 이전이 클수록, 피해자의 반발이 작을수록, 이익집단의 응집력이 강할수록, 정치인이 얻게되는 정치지대가 클수록 부의 이전을 초래하는 법적 변화가 이루어질 가능성은 크게 된다.

-
- 보면 (i) 산출물의 수요탄력성이 적은 시장일수록, (ii) 다른 생산요소와의 대체가능성이 적을수록, (iii) 다른 생산요소공급의 가격탄력성이 작을수록, 마지막으로 (iv) 총생산비에 대한 인건비 비중이 작은 분야일수록 노조든지, 협회든지 그 협상력은 증가하여 대리거래가 촉진될 것은 자명하다.
- 41) 경영자총협회(2001)의 조사에 의하면 월평균 수당이 레미콘 운송차주의 경우 2,714,539원, 생명보험모집인의 경우 1,388,000원, 손해보험 모집인의 경우 1,057,000원, 학습지 교사의 경우 1,398,000원으로 나타난다.
- 42) 특수업무종사자를 노동법의 적용을 받는 정규직으로 전환할 경우 발생하는 1인당 추가비용(법정 퇴직금 + 국민연금 + 의료보험 + 고용보험 + 산재보험 + 임금채권 + 장애인 고용 + 연차휴가수당 + 월차 휴가 수당 + 생리휴가 수당)이 생보모집인의 경우 3,991,000원, 손보모집인의 경우 2,957,000원, 학습지교사의 경우 3,795,000원으로 나타난다.
- 43) 시카고대학의 Epstein(1995)과 Posner(1992) 경제효율성이란 현 상황에서 특정 자산에 대한 甲보다 乙이 높은 가치를 부여한다고 해서 ‘다른 조건이 일정하다면(*ceteris paribus*)’ 乙에게 권리를 주는 식의 Kaldó-Hicks의 정태적(static) 경제효율성만은 아니다. 특정 형태로 권리를 배분한 결과 미래에 경제주체들의 행위가 어떻게 바뀌고 과연 그때의 경제효율성은 어떻게 변할 것인가도 중요시된다(김일중, 1998).
- 44) 이에 대한 정치한 논리는 Charles M. Tiebout(1956)의 ‘Pure Theory of Local Expenditure,’를 참조할 수 있다.

특히 법의 변화로 말미암아 비용을 지불하는 집단이 법적 변화에 무지하거나 혹은 무관심할수록 법적 변화로 발생하는 비용-외부화(cost-externalization)가 용이하여 정치인에 의해 선호되게 된다. 또한 피해자가 손실을 최소화하기 위해 관련법에 적용되는 계약으로부터 탈출할 수 있는 탈출비용(exit-cost)이 클수록 법의 영향력은 더 커지며, 그만큼 정치지대도 커지는 것이다. 만약 탈출비용이 작다면 비효율적인 법의 중첩화(jurisdictional overlapping)를 쉽게 피하게 되어 결국 부의 이전도 용이하지 않고 이익집단의 로비 유인도 작아지게 된다.⁴⁵⁾

부의 이전을 초래하는 법의 확대는 입법과정에서 독점화가 이루어지는데도 기인한다. 만약 입법체제간 경쟁메커니즘이 도입되게 되면 비용-외부화가 용이하지 않게 되어 법의 확대가 용이하지 않게 될 것이다(Kobayashi and Ribstein, 1999).

요약하면 비용-외부화가 용이하거나, 피해자의 탈출비용이 클수록, 입법체제가 독점화될수록 부의 이전 관련법은 여타관련법 (특히 경제효율성을 도모하기 위한 법)의 범위를 넘어서기 쉬우며 결과적으로 법의 영역은 매우 복잡하게 중첩되게 된다. 보다 우려되는 점은 이러한 부의 이전을 야기하는 특별법의 확장으로 인하여 발생하는 비효율성은 전체의 사회파이(social pie)를 감소시키고 결과적으로 의도했던 분배의 정의가 오히려 훼손될 가능성마저 존재한다.

계약법적 처방의 고민

계약법과 노동법의 중첩되는 영역에서 자연스럽게 등장하는 문제는 과연 계약법에는 계약 당사자간에 발생하는 제반 문제들을 교정하기 위한 통제장치가 무엇인가 하는 것이다. 만일 특정 계약문제를 해결하는데 계약법적 통제가 시장에서 부작용을 최소화하고 문제를 교정할 수 있다면, 굳이 노동법적 통제에 의존할 필요가 없기 때문이다.

법경제학적으로 계약법은 크게 두가지 기능을 한다(Posner, 1992). 첫째, 사람들의 기회주의적 행위를 억제하여 경제행위의 최적시점을 확보하고, 자기방어를 위한 비용낭비를 줄이는 기능을 수행한다. 둘째는 누락된 조항을 적절히 추론하여 당사자들의 합의를 도출해 내는 것이다.

이와 같은 맥락에서 Friedman은 쌍방이 자발적으로 거래에 참여하고 정보가 제대로 교환되는 거래에서 ‘자발성’과 ‘정보교환의 적절성’이 결여되면 계약이 어느 한 쪽 혹은 모두에게

45) 이와 관련하여 우리나라 노동제도결정 과정에 관한 공공선택적 분석은 조준모(2001b)을 참조할 수 있다.

해로운 것이 될 수 있다는 논리를 제공한다. 그 동안 계약법 영역에서 이 두 가지 충분조건을 만족시키지 못하는 상황들에 대한 법리개발이 다양하게 이루어져 왔다.

협상력의 불균등은 계약의 자발성을 깨뜨리는 요소 중의 하나이며,⁴⁶⁾ 만약 협상력의 불균등이 법적 정의로서 식별된다면 계약의 자발성이 침해된 것이므로 해당계약은 정당성을 잃게 되며 공적 수단이 사적 자치에 개입할 여지를 제공하게 된다.

계약법과 노동법이 중첩되는 영역에서 계약법에 의한 통제 방식으로서⁴⁷⁾ ‘독점화로 인한 협상력의 불균등’과 ‘비양심’의 법리를 들 수 있다.⁴⁸⁾ 독점화의 대표적 예가 사용자가 수요독점력(monopsony power)을 확보하기 위해 담합(collusion)을 하는 경우이다. 각종 사용자 협회를 구성하여 신규업자의 진입을 제한하여 노동수요가 경쟁시장만큼 충분히 확대되는 것을 억제하고 임금을 경쟁임금 수준에 비하여 낮게 책정하여 수요독점적 지위를 이용하여 착취하는 경우를 들 수 있다. 경제학에서 담합의 비용을 논할 때는 통상 사중비용(deadweight loss)을 의미하여, 분배적고려(distributive consideration)보다는 배분적비효율성(allocative inefficiency)에 중점을 둔다. 그러나 담합의 문제를 계약법 혹은 노동법 문제로 접근하는 것은 문제의 본질에 대한 치유책이 아니라는 비판이 제기될 수 있다. Trebilcock(1976)은 담합의 폐해가 독점화로 인해 거래에서 배제된 사람들이 겪는 불이익, 즉 통상적인 사중비용에 있다고 강조한다. 예컨대 거래에 참여한 학습지 교사 혹은 레미콘 기사 등은 자신이 원하던 일감을 얻었으니 계약의 강제성은 별로 없다는 논리이다.

계약법이란 주로 당사자 2인의 문제를 다루는 영역이니 만큼, 배제된 사람들의 이익을 보호하는데는 계약법이 부적절할 수 있다. 환언하면 담합은 계약실패(contracting failure)라기보

46) 계약법상 자발성의 결여에 관한 법리는 強制(coercion)이며, 강제의 유형은 크게 強拍(duress), 非良心(unconscionability)과 협상력의 불균등(inequality of bargaining power)으로 나누어 볼 수 있다. 이 세가지 유형중 노동법과 계약법의 중첩된 영역에서 빈번하게 발생하는 유형은 비양심으로 판단된다(이는 민법상의 신의칙 등으로 구체화된다). 따라서 본고에서는 협상력의 불균등과 비양심에 초점을 맞추어 논의를 전개하도록 한다.

47) 레미콘 운반도급 계약에 공정거래위원회는 경쟁제한의 법리로서 개입해왔다. 예컨대 레미콘 도급 계약이 제3자와의 계약체결을 부당하게 제한하거나, 레미콘 기사들의 단체구성에 사용자의 허가를 받아야 한다든지, 제 3자와 본 계약과 유사한 계약을 체결할 수 없다든지, 과도한 손해배상의무를 지운다든지, 사용자에게 일방적으로 유리한 계약해지조항이라든지의 경우에 개입하여 업주에게 계약무효나 시정명령을 내린바 있다(1999.12.14, 9912약심1724호).

48) 전술된 바와 같이 계약법상 강제의 법리가 적용되는 경우는 강박, 독점화, 비양심적 행위 등을 들 수 있을 것이다. 통상 강박의 경우 위기상황에 처한 약자의 권리를 강자가 침해하였을 경우에 발생 하여, 레미콘 기사나 보험 모집인과 같은 노동법과 계약법의 중첩지역에서 발생하는 문제는 아니라 고 판단된다.

다는 시장실패(market failure)의 문제로 파악되어야 하며, 시장실패를 치유하는 도구로서는 부적절하다는 논리가 적어도 필자에게는 더 설득력 있다고 판단된다. 그러므로 담합의 소지가 분명하더라도 계약법 차원보다는 공정거래법과 같은 경제법 차원에서 이를 억제해야 한다는 결론으로 이어진다. 담합폐해로서 발생하는 사중손실비용이 아니라 약자의 저소득수령에만 초점을 맞추어 노동법상 노조설립을 피고용인들에게 허용해 준다면, 이는 전술된 대리거래(surrogate transactions)를 촉진시켜 사중손실을 더욱 크게 할 위험이 존재한다.⁴⁹⁾

만약 문제의 본질이 담합에 있다면 이는 계약법이나 노동법의 문제가 아니라 공정거래(fair trade)의 문제임을 쉽게 파악할 수 있다.⁵⁰⁾ 따라서 계약법과 노동법의 중첩 영역에서 계약법적 접근방법은 나머지 범리인 ‘비양심’에 초점을 맞추게 됨을 알 수 있다. 앞서의 독점화 문제와 달리 비양심의 영역하에서는 계약 당사자가 눈에 떨 만한 독점력을 갖고 있지 않음에도 불구하고 저임금 및 열악한 고용계약을 맺을 때 발생하는 문제이다.

비양심의 논리는 가난한 고용인들에게 어찌 그럴 수 있는가 하는 논리로서 비양심의 범리에 호소하여 원래의 계약을 무효화시키는 소를 제기할 가능성이 크다. 이러한 상황 역시 ‘자급력이 풍부한 사용자’ 대 ‘가난한 고용인’ 간의 갈등문제로 현정부 들어서 빈번히 발생한 문제들이다. 이 둘은 도저히 서로 경쟁대상이 되지 못하므로 노동법적 보호를 해주든지, 일련의 카르텔을 허용해 주어야 한다든지의 논리로 발전하게 된다. 노동법 영역을 확장하자는 주장의 내용을 살펴보면 대부분이 이러한 정서를 배경으로 한다.

그러나 이렇게 노동법 적용을 지지하는 논리에는 크게 두 가지 부작용이 발생할 수 있다. 첫째, 만약 가난한 사람들과의 고용계약에 노동법이 적용되게 되면 미래에 사용자는 가난한 자와의 거래를 꺼리게 될 것이다. 이렇게 되면 가난한 고용인의 입장에서는 현재의 저임금에다가 거래가능성까지 박탈당함으로써 이중으로 고통 당한다는 주장이 제기된다(Radin, 1989). 둘째, 단지 임금수준이 낮은 산업에서 기업을 경영한다는 이유만으로 노동법 적용이 되고 그

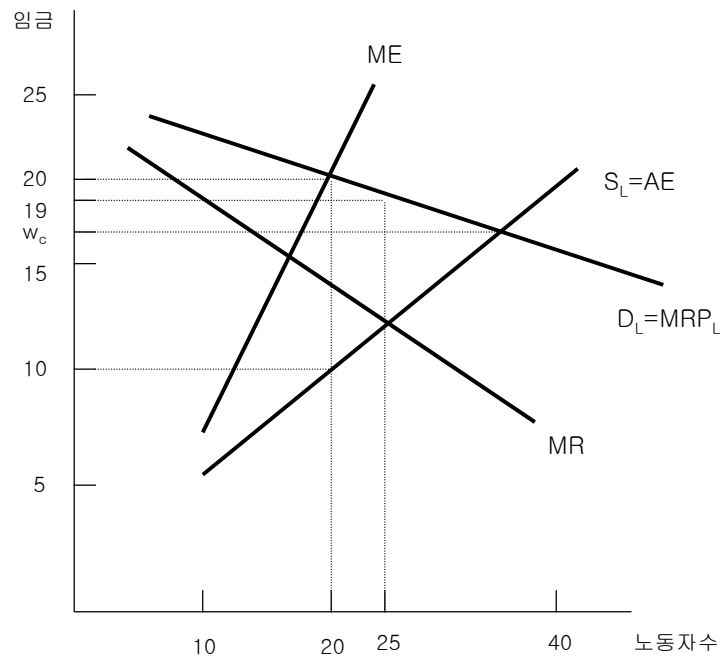
49) 담합은 정의상 둘 이상의 계약자가 연루되어 있는데, 계약법의 차원에서는 자신이 거래한 한 사람의 계약자만을 대상으로 하게 된다. 그러나 담합을 좀더 효과적으로 억제하려면 담합에 가입한 계약자 모두 또는 사업자 단체를 대상으로 소송을 제기하는 것이 바람직할 것이다. 경제법은 이를 가능하게 한다.

50) 공정거래위원회가 보험모집인 시장에 개입한 사례(2000.6.15.)는 보험 스카웃금지 협정폐지 요청 및 보험상품의 공동개발행위에 금지조치를 취한 것을 들 수 있다. 그간 보험협회에서는 「생명보험공정경쟁질서유지에 관한 협정」, 「손해보험 공정경쟁질서 유지에 관한 협정」, 「생명·손해보험업계간 보험모집질서 개선을 위한 협정」을 두어 모집인의 거래상대방 선택의 자유를 제한하여 보험모집시장의 경쟁을 실질적으로 제한하여 공정거래위원회에서 이를 금지할 것을 명령한 바 있다.

렇지 않은 산업에서는 계약법이 적용되는 식이라면 이는 재산권을 침해하는 것과 마찬가지로 논리도 제기될 수 있다. Epstein(1985)이 ‘영향불비례성 테스트(disproportionate impact test)’라고 명명한 바 있는 이 논리에 의하면, 설사 분배의 정의를 달성하자는 인식이 사회 전반적으로 인정되었다고 하더라도 그 비용을 집중적으로 소수에게 편향되게 부담시키는 것은 재산권의 침해를 의미한다는 것이다.

물론 레미콘 기사나 학습지 교사의 대안적 노동시장이 미흡함을 악용하여 터무니없게 체결된 계약조건에 대해서는 계약법상 비양심의 법리를 따라 공적 개입을 정당화시킬 수 있을 것이다. 그러나 개입하더라도 계약내용에 직접 개입하는 계약규제의 방식은 최소화하여야 한다고 판단된다. 왜냐하면 계약규제는 그 속성상 재분배에 따르는 부담을 사회의 특정그룹이 과중하게 떠맡는 효과를 갖기 때문이다(Kaplow and Shavell, 1996). 둘째, 과중부담을 갖는 집단이 미래에 취하게 될 각종 대체행위 때문에 혜택을 주고자 했던 고용인들이 오히려 이중으로 고통을 받게 될 가능성이 크기 때문이다(Radin, 1989). 따라서 사적 계약에 일일이 개입하는 것보다 일반세제 및 보조정책이 부의 재분배목적 달성을 위해서 더욱 큰 비교우위를 갖는다고 판단된다.

[그림 2-5] 쌍방독점의 비효율성



쌍방독점으로 인한 경제비효율성 문제

노조결성을 허용해주는 대신 또 다른 방식은 보험모집인의 경우처럼 협회나 단체 등 카르텔을 인정하여 협상력의 불균등을 시정하여 사용자로의 편중된 부를 재분배하는 정책시도이다. 즉 보험모집인의 카르텔을 허용함에 따라 협상력의 균등성을 개선하여 사용자의 부가 보험모집인에게 이전하는 효과를 거두자는 시도이다. 그러나 이러한 주장을 경제학적으로 면밀히 살펴보면, 의도하는 경제효율성과 공평성 모두를 개선하지 못할 우려가 든다. 첫째는 요소공급의 독점체가 구성될 경우 통상 독점이윤을 창출하기 위해 노동력의 과소공급이 이루어지고 이는 노동시장에 진입하고자 하는 선의의 다수에게 오히려 피해를 끼치는 경제비효율성이 야기될 수 있다. 문제는 여기에 멈추지 않는다. 요소공급 가격의 인상은 재화시장(건축물 가격과 보험상품 가격 등)에서 균형가격을 인상시켜⁵¹⁾ 결국 재화시장의 거래량을 위축시키고 이는 경제적 손실(deadweight loss; 자중손실)을 유발할 것이다.⁵²⁾

[그림 2-6]의 쌍방독점의 비효율성을 나타낸다. 여기서의 쌍방독점(bilateral monopoly)란 요소공급의 독점자(monopolist)인 노조가 수요독점자(monopsonist)인 사용자에게 노동을 공급하는 산업조직 구조를 의미한다. 쌍방독점의 비효율성은 통상 재화시장에서 사용자가 일방독점을 가진 경우와 비효율성의 크기를 비교하여 평가된다. [그림 2-6]은 전형적인 쌍방독점의 경우를 나타낸다. s_L 는 노동의 공급곡선을 나타내며 사용자의 노동의 수요곡선인 한계수입생산물곡선은 d_L 로서 나타낸다. 만일 노조가 존재하지 않는다면 수요독점자는 채용규모를 한계지출곡선 ME에 기초하여 정하게 된다. [그림 2-6]에서 20명의 고용과 10원의 시간당 임금은 이를 나타낸다. 20명이 고용될 때 한계수입생산물곡선과 한계지출곡선은 일치하게 된다.

노조가 결성되면 노조는 공급량을 노조원의 경제적 잉여를 극대화되는 점에서 결정하게 된다. 이는 노조의 한계수입곡선 MR과 SL이 만나는 점에서 이루어지게 되며, 임금은 시간당 19원이며 고용규모는 25명이 된다.

요약하면 기업은 10원을 지불하고 20명을 고용하기를 희망하지만 노조는 19원을 요구하고 25명을 고용하기를 원한다. 최종임금과 고용규모는 노사간의 협상력에 의해 결정이 될 것이다. 노조는 19원의 임금과 25명의 고용을 요구하며 파업을 위협할 수 있고 사용자는 10원의 임금과 20명의 고용을 위해서 비노조원을 채용하겠다고 위협할 수 있을 것이다.

51) 사용자가 소비자에게 전가할 수 있는 능력은 산출물의 수요탄력성에 의해 정해질 것이다. 즉 보다 수요 비탄력적일수록 소비자에게 전가될 가능성이 높다.

52) 여기에 공공선택(public choice) 이론에 의해 제시된 지대추구(rent seeking)에 의해 낭비되는 털력사각형(Tullock, 1967)까지 고려하면 비효율성은 더욱 명확해 진다.

쌍방독점은 경우 임금수준은 사용자의 수요독점적인 경우에 비하여 분명 높다. 그러나 완전경쟁의 경우에 비해서는 높을 수도 낮을 수도 있다. 그러나 임금은 경제비효율성을 야기시키는 원천은 아니다. 문제는 고용이다. 고용수준은 수요독점적 시장에서 쌍방독점으로 변화해 가면서 점차 감소해 가는 것이다. 물론 경제비효율성의 크기(하버거 삼각형의 크기)도 고용의 크기에 따라 점차 증가되어 간다.⁵³⁾

5. 근로자성 판단의 새로운 시도: 법경제학의 관점에서

(1) 기존의 근로자성 논의에 대한 평가

특수고용직 근로자에 근로기준법을 적용하자는 초기 논의에는 유사근로자의 개념을 도입하자는 제안도 포함된다. 종전의 근로기준법의 적용대상을 2분화하던 종래의 접근방식(근로자와 자영인)과 달리 3분화하여, 자영인 일부에 대하여 근기법적 보호를 하자는 案이 그 것이다. 또 다른 제안으로서 남녀고용평등법, 최저임금법 등 개별법 대상으로 독자적인 근로자성 개념을 개발하자는 案도 제안된다.

그러나 이러한 방식으로 근기법을 확장하는데는 몇가지 문제점이 있다고 본다. 유사근로자의 개념을 도입할 경우 유사의 범위를 판단하는데 모호성이 존재하고 이는 특수고용직 종사자들이 노동법 적용을 받기 위한 시위를 유발할 것이 자명하다. 또한 각각의 법 적용을 판단하는데 각개약진하자는 안은 이를 판단하는 행정부서의 자의성과 전체 노동법의 일관성을 훼손할 수 있을 것이다. 개별법의 선별적 적용은 일관된 기준에 의해서 결정되기보다는 이해집단간의 정치적 타협에 의해 이루어질 가능성이 있다.

또한 근로기준법이 확장될 경우 계약체결 가능성이 원천적으로 배제될 수 있고, 법을 우회하기 위한 다양한 계약들이 맺어져 경제효율성이 상실될 수 있다는 측면은 전장에서 설명된 바 있다. 국가가 보장해야 하는 최소기준에 대한 보편적인 합의가 이루어졌다고 할지라도 그 비용을 비례적으 부담하는 것이 아니라 해당직종의 소수 사용자에게 편중시켜 부담하는 것은 불비례적 영향력을 미칠 수도 있다(시카고법대 Epstein 교수의 재산권 침 해론). 일반세계 방식 및 보조정책보다 사적 계약에 일일이 개입하는 규제나 입법 방식이 불가피한지 여부가

53) 여기에 Karrier(1985)의 연구는 시사하는 바가 크다. Karrier는 미국산업연구에서 독점산업에서 노조가 결성될수록 노조의 monopoly effect는 점차 커져서 노조의 존재는 독점자본의 수익률을 과소평가하게 하는 결과를 초래한다는 실증분석결과를 제시한다.

판단되어야 한다.

대안으로 노조법 적용이 제안될 수 있다. 그러나 근로기준법상 최소기준에 미달하면서 노동조합만이 인정될 경우 노조의 교섭기능은 여전히 취약할 가능성이 크며 최소기준을 상회하는 단체협약을 끌어내기 어려울 수도 있다.⁵⁴⁾ 한편 노조가 허용될 경우 경제법상 반독점제 소권을 제한 받게 되어(anti-trust exemption to labor)노동시장 문제에 공정거래 위원회 등 경제법 적용이 제한될 수 있다. 또한 근로자간의 이질성이 큰 서비스업종에 제조업 제어를 위한 전근대적 노동법이 그대로 적용될 경우 노조의 공정한 대표성문제 비노조원의 소극적 단결권 문제 및 노조의 리더쉽 문제가 대두될 수 있다. 한편 세법상 사업소득자로 분류되는 특수고용직의 경우, 사업소득세를 납부하는 대신 근로소득세를 납부할 경우 순소득이 감소하여 근로자의 저항이 유발될 수도 있다. 마지막으로 독점산업에 노조가 허용될 경우 노조의 독점효과(monopoly effect)는 커지고 생산적인 목소리효과(voice effect)는 작아질 수도 있다. 예컨대 생명보험산업의 경우 상위 3개기업의 시장집중도가 77%를 차지하여(삼성생명-39.1%, 교보생명-18%, 대한생명-19.9%), 사용자와 노조가 쌍방독점화(bilateral monopoly)화 할 수도 있다. 노사 쌍방독점의 경우 사용자 일방독점에 비해 고용은 급격히 감소되어 일방독점의 경우에 비해서 경제순손실(dead weight loss)이 발생할 가능성이 커진다 (Karrier, 1985). 사용자의 독점이윤은 담합행위 근절을 통하여 소비자에게 돌아가야 하는 몫이지만 노조가 허용될 경우 이 몫은 소비자가 아닌 노조원에게 돌아갈 수도 있다. 보험산업의 경우 e-commerce가 정착되는 미래에 인력조정은 불가피하며 노조가 허용되면 보험산업의 구조조정이 지연되어 국내보험사의 경쟁력이 감소할 가능성도 있다.

따라서 특수고용직에 노조 인정여부는 노조법상 근로자성만을 판단할 경우 위와 같이 예상치 못한 시장의 비효율성을 야기할 수 있다. 노동법 적용시 경제효율성 변화, 노조 대표성 문제 그리고 유효 협상력 확보 가능성이 종합적이고 입체적으로 고려되어야 한다고 판단된다.

새로운 고용형태가 출현할 때마다 일일이 법적 개입하기보다는 현행과 같이 법원의 판단에 맡기는 것이 적절하다고 판단된다. 또한 사용종속관계에 대한 행정부(노조설립신고증 발급) 해석은 법원의 판단과 일치해야 시장의 혼돈을 막을 수 있을 것이다.

54) 필자가 만난 구성작가의 경우 월평균소득이 30만원 정도되는 경우도 있었다. 이들의 업무는 작자라기보다는 PD보조원이라고 정의하는 것이 더 적합할 것이다. 이들에게 노조법을 적용할 경우 PD는 이들의 계약을 비정규직화하거나 계약체결자체를 거부할 가능성이 크다. 이럴 경우 이들을 보호해주려는 입법취지가 달성되지 못하고 오히려 피해를 야기할 가능성도 존재한다.

(2) 사회보장의 확대와 경제법 적용

현재 산재보험과 고용보험은 직접고용 근로자 대상으로 확대되어 왔으나 특수고용 직에는 여전히 사회보장 사각지대로 남아있다. 현재 사회보장법상 근로자성이 근로기준법상 근로자성에 연동되는 것은 사회안전망이 보편적인 보장기능을 수행하는데 애로로 작용할 수 있다. 노동법상의 근로자 개념을 확정하고 이를 다른 법률, 특히 사회보장법으로 확장하는 우리나라의 방식은 유럽법 차원에서는 통용되지 않는 현상이다.

사회보장의 확대는 근기법과 연동되지 않고 독자적인 최소기준을 마련하여 이루어지는 것이 타당하다고 판단된다. 4대 보험에 일반회계 지원을 통해서라도 최소한의 보편적인 사회보장이 이루어지도록 사회보장 패러다임이 설정되어야 할 것이다. 국민연금의 경우 현재의 구조로는 공평성과 효율성 모두를 억제할 수 있기 때문에 기초생활법, 세금의 지원을 받는 최소수준의 국민연금, 기업연금, 개인연금의 重層化된 연금시스템을 구축 할 필요가 있다.

경제법은 국민경제의 건전한 발전을 위하여 경제에 대하여 국가가 규제하는 방식에 의한 시장활성화를 도모하는 것이다. 특수고용직 문제에 경제법을 적용하자는 논리는 사용자담합에 의해 특수고용직 종사자의 근로조건을 열악하는 행위를 근절시키자는 초점을 맞추게 된다. 전술된 바와 같이 노조법 적용시(union right 인정시) 경제법적 권리(anti-trust right)는 상당부분 제한됨이 명확히 인식되어야 한다. 특수고용직에 경제법 적용은 약관규제법상 불공정약관금지 등에 의한 통제, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 거래상 지위의 남용금지 등에 의한 통제, 하도급거래 공정화에 대한 법률에 의한 통제 등을 통해 행해질 수 있다. 예컨대 공정거래위는 보험모집인 스카웃 금지협정(다른 회사소속이거나 등록 말소후 6개월 미경과한 모집인 채용금지)에 대해 보험회사간 상호협정은 폐지되어야 한다고 입장을 밝혔고, 이에 따라 보험업계는 그 폐지를 위해 절차를 밟고 있다. 이외에도 보험등록제가 전속계약제로 변질되어 운영되고 있다는 점, 개인사업자인 보험모집인의 겸업이 약관상 금지되고 있다는 점, 사업비의 비합리적이며 불투명한 집행 등 문제도 경제법 적용으로 사용자 담합 문제를 시정하고 모집인 시장이 경쟁적으로 활성화된다면 해소될 수 있는 문제점이라 판단된다.

또한 레미콘 운반도급계약서상 제3자와의 계약체결 부당제한조항, 단체활동금지조항, 유사계약체결 금지조항, 손해배상액 결정조항, 과다한 손해배상의무 부과조항, 이의제기 금지조항, 계약해지조항 등은 경제법의 범위에서 해결될 수 있는 과제이다. 문제는 공정거래위원회나 금융감독원 같이 경제법 준수를 감독하는 기관에서 노동이슈에 대한 전담부서부재, 전문성부족, 노동이슈를 금기시하는 태도는 경제법의 신속하고 효율적인 적용을 위한 제도개

선이 시급한 부분이다.

6. 노동조합에 대한 수요

본 장에서는 한국노동연구원에서 2002년 8월에 조사한 「특수고용직 실태조사」 표본을 이용하여 노동조합에 수요자와 비수요자의 특성차이를 분석하고자 한다. 이러한 분석을 통하여 누가 노조를 수요하는지를 살펴보고자 한다.

<표 2-1>은 특수고용직 고용기업의 노동조합 유무와 가입현황을 나타낸다. 노동조합이 구성된 종사자 비중은 골프장 경기보조원(72.4%), 학습지교사(31.4%), 보험설계사(24.5%)의 순으

<표 2-1> 특수고용직 고용기업의 노동조합 유무 및 가입 현황

(단위 : 명, %)

구 분	전체 인원	노동조합			
		유	가입현황		무
			가입자격율	실제가입율	
보험설계사	400	24.5(98)	62.2(61)	52.0(51)	75.0(300)
골프장 경기보조원	239	72.4(173)	76.3(132)	71.1(123)	22.6(54)
학습지 교사	303	31.4(95)	64.2(61)	27.4(26)	66.0(200)

주 : 가입 자격율과 실제 가입율은 노동조합이 구성되어 있는 기업의 비중임.

<표 2-2> 특수고용직 종업원의 노동조합 구성 및 가입 의사(노동조합 부재 기업)

(단위 : 명, %)

구 분	전체 인원	노동조합		
		찬성	가입희망율	반대
보험설계사	300	78.0(234)	91.0(213)	22.0(66)
골프장 경기보조원	54	-	64.8(35)	-
학습지 교사	200	77.0(154)	63.5(127)	16.0(32)

주 : 가입희망율은 노동조합 구성에 찬성하고 조합원으로 가입하고자 하는 비중이고 골프장 경기보조원의 경우 가입희망여부만을 물어 가입희망자의 경우 노동조합에 찬성하는 것으로 간주.

<표 2-3>보험설계사의 노동조합 유무에 따른 종업원 인적 및 사회적 특성 비교

(단위 : %, 명)

구 분		전체	노동조합(유)	노동조합(무)
성별	남	11.5(46)	8.2(8)	12.7(38)
	여	88.5(354)	91.8(90)	87.3(262)
연령	29세 이하	4.3(17)	2.0(2)	5.0(15)
	30~39세	35.5(142)	29.6(29)	37.7(113)
	40~49세	38.5(154)	43.9(43)	36.7(110)
	50~59세	18.0(72)	20.4(20)	17.0(51)
	60세 이상	3.8(15)	4.1(8)	3.7(11)
학력	중졸 이하	12.3(49)	18.4(18)	9.8(29)
	고졸	63.2(251)	61.2(60)	64.3(191)
	대졸 이상	24.4(97)	20.4(20)	25.9(77)
혼인여부	기혼	87.5(350)	81.6(80)	89.3(268)
	미혼	8.0(32)	12.2(12)	6.7(20)
	기타	4.5(18)	6.1(6)	4.0(12)
연평균 업무소득	1,500만원 미만	9.2(29)	6.7(6)	10.2(23)
	1,500~2,500만원	35.4(112)	37.1(33)	34.5(78)
	2,500~3,500만원	23.7(75)	24.7(22)	23.5(53)
	3,500~4,500만원	16.8(53)	16.6(15)	16.8(38)
	4,500만원 이상	14.9(47)	14.6(13)	15.0(34)
전직	유	51.8(207)	59.2(58)	49.3(148)
	무	48.3(193)	40.8(40)	50.7(152)
소속기업 전체 설계사 인원	5천명 미만	17.3(69)	17.4(17)	17.3(52)
	5천~3만명	21.8(87)	15.3(15)	23.7(71)
	3만~5만명	24.3(97)	33.7(33)	21.3(64)
	5만명 이상	36.8(147)	33.7(33)	37.7(113)

주 : 혼인여부의 기타는 사별, 별거, 이혼 등 임.

로 나타났다. 이는 골프장 경기보조원의 경우 노조구성이 이미 상당한 비중으로 진행되었음을 나타낸다. 노조가 구성된 사업장에서 실재가입율은 골프장 경기보조원(71.1%), 보험설계사(52%), 학습지 교사(27.4%)로 나타나서 학습지 교사의 경우 가입율이 가장 저조한 것으로 나

타났다.

<표 2-2>는 노조 구성에 찬성하는 종사자 가운데 노조가입희망율을 나타낸다. 이에 의하면 골프장 경기보조원과 학습지 교사의 경우 사업장내 노동조합은 희망하지만 노조에 직접 가입을 원치 않는 근로자 비중이 상대적으로 높음을 알 수 있다.

<표 2-4> 골프장 경기보조원의 노동조합 유무에 따른 종업원 인적 및 사회적 특성 비교

(단위 : %, 명)

구 분		전체	노동조합(유)	노동조합(무)
성별	남	0.8(2)	1.2(2)	-
	여	95.0(227)	96.5(167)	100.0(54)
연령	29세 이하	34.7(83)	33.5(58)	42.6(23)
	30~39세	47.3(113)	49.7(86)	48.2(26)
	40~49세	13.0(31)	13.9(24)	9.3(5)
	50~59세	-	-	-
	60세 이상	5.0(2)	3.0(5)	-
학력	중졸 이하	3.6(8)	3.0(5)	3.7(2)
	고졸	79.6(179)	80.8(135)	75.9(41)
	대졸 이상	16.9(38)	16.2(27)	20.4(11)
혼인여부	기혼	35.5(77)	34.2(55)	37.3(19)
	미혼	58.1(126)	58.4(94)	58.8(30)
	기타	6.5(14)	7.5(12)	3.9(2)
연평균 업무소득	1,500만원 미만	15.9(38)	13.9(24)	20.4(11)
	1,500~2,500만원	68.2(163)	72.3(125)	59.3(32)
	2,500~3,500만원	1.7(4)	1.2(2)	3.7(2)
	3,500~4,500만원	0.4(1)	-	1.9(1)
	4,500만원 이상	13.8(33)	12.7(22)	14.8(8)
전직	유	76.6(183)	77.5(134)	79.6(43)
	무	20.5(49)	22.0(38)	18.5(10)
소속기업 전체 골프장 경기보조원 인원	100명 미만	15.9(38)	4.6(8)	53.7(29)
	100~200명	49.0(117)	52.0(90)	38.9(21)
	200~300명	26.4(63)	34.7(60)	3.7(2)
	300명 이상	8.8(21)	8.7(15)	3.7(2)

주) 혼인여부의 기타는 사별, 별거, 이혼 등 임.

<표 2-5> 학습지교사의 노동조합 유무에 따른 종업원 인적 및 사회적 특성 비교

(단위 : %, 명)

구 분		전체	노동조합(유)	노동조합(무)
성별	남	10.2(31)	19.0(18)	6.5(13)
	여	87.5(265)	79.0(75)	91.0(182)
연령	29세 이하	33.3(101)	35.8(34)	32.0(64)
	30~39세	57.4(174)	54.7(52)	58.5(117)
	40~49세	5.0(15)	6.3(6)	4.5(9)
	50~59세	0.7(2)	-	1.0(2)
	60세 이상	3.6(11)	3.2(3)	4.0(8)
학력	중졸 이하	-	-	-
	고졸	2.1(6)	-	2.2(4)
	대졸 이상	97.9(277)	100.0(91)	97.9(182)
혼인여부	기혼	37.2(110)	52.7(49)	64.6(126)
	미혼	61.2(181)	46.2(43)	33.3(65)
	기타	1.7(5)	1.1(1)	2.1(4)
연평균 업무소득	1,500만원 미만	29.2(61)	23.9(16)	30.7(42)
	1,500~2,500만원	48.8(102)	43.3(29)	52.6(72)
	2,500~3,500만원	14.8(31)	22.4(15)	11.0(15)
	3,500~4,500만원	1.4(3)	4.5(3)	-
	4,500만원 이상	5.7(12)	6.0(4)	5.8(8)
전직	유	65.0(197)	59.0(56)	67.5(135)
	무	34.0(103)	41.1(39)	31.0(62)
소속기업 전체 학습지 교사인원	5,000명 미만	5.6(17)	7.4(7)	5.0(10)
	5,000~10,000명	72.0(218)	66.3(63)	74.0(148)
	10,000~15,000명	18.5(56)	24.2(23)	16.0(32)
	15,000명 이상	4.0(12)	2.1(2)	5.0(10)

주 : 혼인여부의 기타는 사별, 별거, 이혼 등 임.

<표 2-6> 보험설계사의 노동조합 수요 특성

(단위 : %, 명)

구 분		노조 가입 및 희망자(294명)	노조 비가입 및 비희망자(104명)
성별	남	10.5(31)	14.4(15)
	여	89.5(263)	85.6(89)
연령	29세 이하	4.1(12)	4.8(5)
	30~39세	35.0(103)	37.5(39)
	40~49세	37.8(111)	40.4(42)
	50~59세	19.1(56)	14.4(15)
	60세 이상	4.1(12)	2.9(3)
학력	중졸 이하	12.0(35)	11.5(12)
	고졸	68.0(198)	51.0(53)
	대졸 이상	19.9(58)	37.5(39)
혼인여부	기혼	89.1(262)	82.7(86)
	미혼	6.8(20)	11.5(12)
	기타	4.1(12)	5.8(6)
전직	유	52.7(155)	49.0(51)
	무	47.3(139)	51.0(53)

주 : 혼인여부의 기타는 사별, 별거, 이혼 등 임.

<표 2-7> 골프장 경기보조원의 노동조합 수요 특성

(단위 : %, 명)

구 분		노조 가입 및 희망자(193명)	노조 비가입 및 비희망자(27명)
성별	남	1.0(2)	-
	여	97.4(188)	96.3(26)
연령	29세 이하	31.6(61)	55.6(15)
	30~39세	52.9(102)	33.3(9)
	40~49세	14.0(27)	3.7(1)
	50~59세	-	-
	60세 이상	1.6(3)	7.4(2)
학력	중졸 이하	3.2(6)	4.0(1)
	고졸	80.4(152)	76.0(19)
	대졸 이상	16.4(31)	20.0(5)
혼인여부	기혼	35.9(65)	29.2(7)
	미혼	58.0(105)	62.5(15)
	기타	6.1(11)	8.3(2)
전직	유	76.2(147)	85.2(23)
	무	22.8(44)	14.8(4)

주 : 혼인여부의 기타는 사별, 별거, 이혼 등 임.

<표 2-8> 학습지 교사의 노동조합 수요 특성

(단위 : %, 명)

구 분		노조 가입 및 희망자(158명)	노조 비가입 및 비희망자(98명)
성별	남	7.6(12)	14.3(14)
	여	88.6(140)	85.7(84)
연령	29세 이하	28.5(45)	40.8(40)
	30~39세	58.2(92)	57.1(56)
	40~49세	7.0(11)	2.0(2)
	50~59세	1.3(2)	-
	60세 이상	5.1(8)	-
학력	중졸 이하	-	-
	고졸	2.1(3)	-
	대졸 이상	97.9(142)	100.0(95)
혼인여부	기혼	32.2(49)	43.9(43)
	미혼	64.5(98)	56.1(55)
	기타	3.3(5)	-
전직	유	65.2(103)	67.4(66)
	무	34.2(54)	31.6(31)

주 : 혼인여부의 기타는 사별, 별거, 이혼 등 임.

<표 2-3>, <표 2-4>와 <표 2-5>는 각 직종별 노동조합이 있는 사업장과 노동조합이 없는 사업장의 특성을 나타내며, <표 2-6>, <표 2-7>과 <표 2-8>은 노동조합 수요자와 비수요자간의 특성 차이를 나타낸다. 특수고용직 종사자의 노동조합의 수요특성은 두 범주로 나누어진다. 노조 가입 및 희망자는 노동조합 수요자로 구성되고, 노조 비가입 및 비희망자는 노동조합의 비수요자로 구성된다. 여기서 노조 가입 및 희망자는 1)소속되어 있는 기업에 노동조합이 구성되어 있고 가입자격이 있으면서 조합원인 사람 2) 기업에 노동조합이 구성되어 있지만 가입자격이 없는 사람 가운데 가입자격이 주어진다면 가입을 희망하는 사람 3) 기업에 노동조합이 구성되어 있지는 않지만 노동조합이 구성된다면 가입을 희망하는 사람의 세부류를 합한 인원이고, 노조 비가입 및 비희망자는 1) 소속기업에 노동조합이 구성되어 있고 가입자격을 가지고 있지만, 가입하지 않은 사람 2) 노동조합이 있지만, 가입자격이 없으면서 가입의사가 없는 사람 3) 노동조합이 없으면서 노동조합의 구성은 찬성하지만 가입의사가 없

는 사람 4) 노동조합의 구성을 반대하는 사람의 4부류를 합한 인원이다.

<표 2-9>, <표 2-10>과 <표 2-11>은 노조 수요자와 비수요자간의 업무상 소득의 차이를 비교한다. 세가지 직군 모두에서 노동조합 수요자의 업무상 소득이 낮은 것으로 나타났다. 이는 인과관계에 따라 두가지 상반된 해석이 가능할 것이다. 즉 저생산성 종사자가 소득의 공평성을 추구하는 노동조합을 선호하는 생산성의 자기선택의 결과일 수도 있고 소득이 낮기 때문에 노조를 수요할 가능성도 있다.

<표 2-9> 보험설계사의 노동조합 수요 특성에 따른 연평균 업무상 소득 비교

(단위 : 만원, 개)

구 분	노조 가입 및 희망자	노조 비가입 및 비희망자
연평균임금	3,005	3,071
Minimum	1,000	1,000
Maximum	9,700	12,000
표준편차	1,630.4	1735.3
관찰치	235	80

<표 2-10> 골프장 경기보조원의 노동조합 수요 특성에 따른 연평균 업무상 소득 비교

(단위 : 만원, 개)

구 분	노조 가입 및 희망자	노조 비가입 및 비희망자
연평균임금	1,701	1,850
Minimum	800	1,000
Maximum	3,500	2,500
표준편차	368.1	403.4
관찰치	177	14

<표 2-11> 학습지 교사의 노동조합 수요 특성에 따른 연평균 업무상 소득 비교

(단위 : 만원, 개)

구 분	노조 가입 및 희망자	노조 비가입 및 비희망자
연평균임금	1,564	1,984
Minimum	300	300
Maximum	3,100	3,600
표준편차	649.5	653.3
관찰치	110	59

<표 2-12> 특수고용직 종사자의 노동조합 수요 및 비수요자별 근로소득세신고 및 사회보험가입 비교

(단위 : 명, %)

항목	보험설계사		골프장 경기 보조원		학습지 교사	
	수요자	비수요자	수요자	비수요자	수요자	비수요자
표본수	294	104	193	27	158	98
근로소득세 신고자	40.1	29.8	0.0	0.0	31.6	30.6
국민연금가입	2.0	2.9	2.1	7.4	7.6	8.2
건강보험가입	5.4	4.8	3.1	11.1	7.0	9.2
고용보험가입	0.7	1.0	2.6	3.7	8.2	10.2
산재보험가입	0.7	1.0	4.7	3.7	16.5	22.4

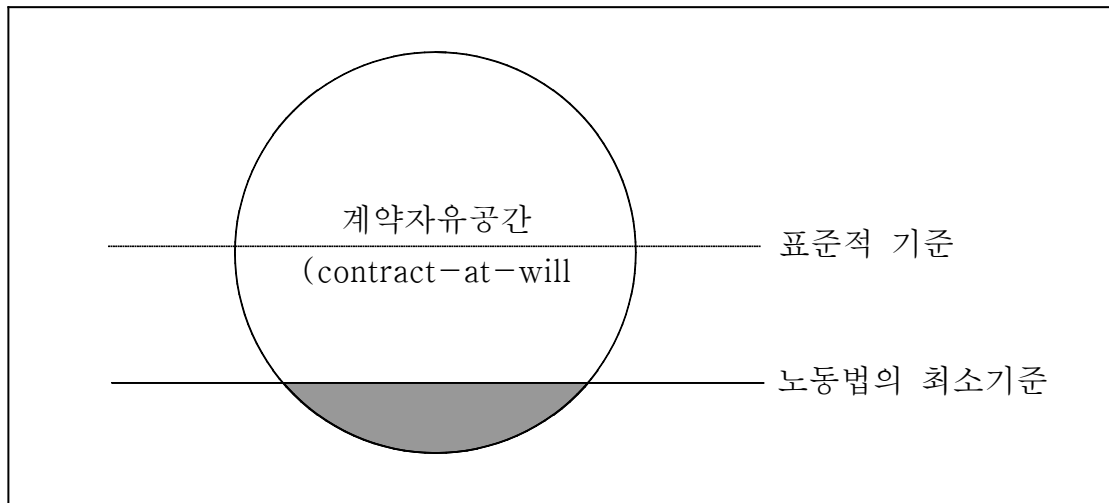
주 : 노동조합 수요자는 노동조합 가입 및 희망자이고, 비수요자는 비가입 및 비희망자 임.

마지막으로 <표 2-12>는 근로소득세 신고와 사회보험 가입 여부가 노조수요에 영향을 미침을 나타낸다. 보험설계사의 경우 상대적으로 고소득 직군이어서 노조의 비수요자 가운데 근로소득세 신고비율이 29.8%로 매우 저조한 것으로 나타났다. 이는 근로소득세 납부의무가 노조에 대한 종사자의 수요에 영향을 미치고 있음을 시사한다. 마지막으로 세 개의 직군에서 사회보험 가입율은 매우 저조한 것으로 나타났으며 상대적으로 학습지교사의 사회보험 가입율이 높음을 알 수 있다. 대체로 4대보험에 가입할수록 노동조합의 수요는 감소하는 것으로 나타났다. 이는 사회보장의 확대가 노조의 수요를 감소시킬 가능성을 시사한다.

7. 바람직한 노동법의 방향

오늘날 산업구조의 전환 및 제조업 분야의 기술혁신 등에 의해 전통적인 공장근로자의 이미지와는 다른 전문직과 화이트칼라 근로자가 증대하고 있으며, 오늘의 근로자들은 교육·기능·기술수준에 있어서 뿐만 아니라, 의식수준에 있어서도 산업화 초기의 근로자들과 동일시될 수 없다는 사실을 논거로 하여 이제 근로자 상(像)은 현대산업사회의 발전을 반영한 새로운 모습으로 바뀌어야 할 것이다(김형배, 1998).

[그림 2-6] 최소기준과 계약자유공간 A

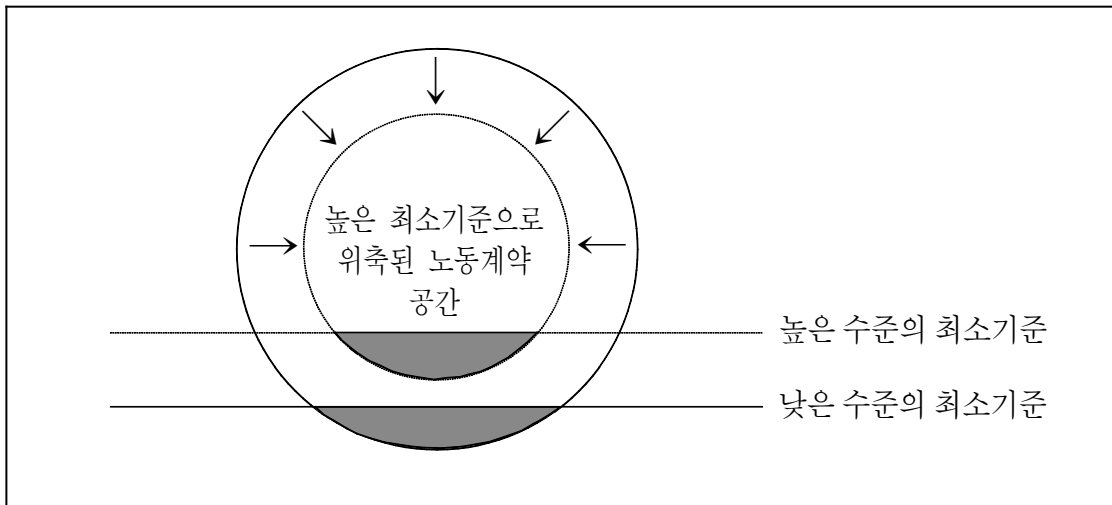


노동법의 이념에는 분명하게 근로계약 당사자의 비대등성이라는 관념과 이러한 비대등성이 근로계약의 기능장해의 원인이라는 인식이 자리잡고 있다. 그러나 그것은 것처럼 일반적인 형태로는 유지할 수 없는 관념이다. 근로계약 당사간에 계약조건에 관해 중요한 지적(知的) 차이가 있는 경우에는 양자는 대등하지 않다고 할 수 있지만, 그것은 근로계약에 대해서는 일반적·전형적인 상태로 간주될 수는 없을 것이다(Zöllner, 1988).⁵⁵⁾ 또한 현행 노동법은 실업자의 보호를 등한시하고 있는 것뿐만 아니라 직장을 보유한 근로자를 과잉보호하는 점에서도 문제점이 지적된다(Ruther, 1988).⁵⁶⁾

55) Zöllner가 주장하는 바는 노동법의 무용론을 제기하는 것이 아니라 노동법의 반시장적 성격을 명확히 하고 노동법의 기능범위에 합리적인 제한을 가하기 위한 것이다(김소영, 2001).

56) 상시근로자가 5인 미만 사업장에서 대체로 『민법』 조항이 적용되고 반면 5인 이상인 사업장에

[그림 2-7] 최소기준 확대와 계약자유 공간 A의 위축



본고는 최근 일어나고 있는 레미콘 기사, 골프장 캐디 및 보험 모집인 직종에 대한 노조설립의 허용과 같이 계약법 영역에 노동법이 확대되는 추세에 대하여 비판적인 관점에서 집필되었다. 필자는 노동법 확대가 그 타당성을 가지기 위해서 다음과 같은 점에 대한 정당성을 인정받아야 한다고 제안하고자 한다. 첫째, 계약법상 구제장치가 노동법상 구제장치에 비하여 상대적으로 비효율적인가?; 둘째, 노동법 적용은 진정한 의미에서 분배의 정의달성을 위한 목적인가 아니면 단순히 계약당사자의 부의 전이를 위한 것인가?; 셋째, 노동법의 확대로 인한 비용은 특정계층에 집중되지 않는가?;57) 넷째, 사적 계약에 일일이 개입하는 규제나 입식방식

는 특별법인 『근로기준법』이 일반적으로 적용된다. 상대적으로 규모가 큰 사업장에만 근로자 보호를 강하게 하는 『근로기준법』이 적용되는 것에 관해서는 찬반 양론이 제기될 수 있다. 가령 규모가 큰 사업장에서 사용자와 근로자의 일대일 협상을 통한 계약체결은 막대한 거래비용을 유발하기 때문에, 『근로기준법』 적용을 통하여 협상의 대등성을 이루어 경제효율성을 개선할 수 있다는 찬성의견을 제기할 수도 있다. 그러나 이에겐 전술된 대리협상을 키워 추가적인 거래비용을 야기할 수 있고 독점화로 인한 비용이 불특정 다수의 국민에게 전가될 수 있다. 분배정의 를 개선하기 위한 사회적 자치가 아니라 기득권 근로자의 추가적인 잉여 추출을 위해 법이 개입 했다는 비판도 제기될 수 있다. 또한 이러한 선별적인 법적용은 노동시장의 이중구조를 심화시켜 자원배분의 비효율성을 야기시킬 수 있다는 문제점도 남는다. 한편 영세사업장의 고용인일수록 계약에서 발생할 편익과 비용에 대해 합리적인 계산 능력이 상대적으로 적다면 영세사업장에 사용자의 책무를 묻는 『근로기준법』 적용이 더욱 노동법 정신에 부합된다는 주장도 가능할 것이다. 마지막으로 노동행정의 인프라가 구축되지 않아서 선별적인 법적용이 불가피하다는 현실론에 대하여 법과 현실의 타협이라는 Kelsen류의 법실증주의자로부터의 비판으로부터도 자유롭지는 않게 된다.

보다 일반세제 및 보조정책이 검토되었는가?

노동시장에서 수요 혹은 공급곡선이 보다 탄력적인 방향으로 변화하거나 실업이 만연하여 사용자가 일시적으로 협상력의 우위를 가진다고 할지라도 노동법의 확대를 통해 손쉬운 방법으로 협상력의 불균등을 교정하자는 제안은 의도하지 않은 시장의 비효율성을 야기할 수 있다. 또한 입법 과정에서 정치적 영향력이 없는 민간(예: 실직자 혹은 노동법상 최소기준 미달자)인들에게 보이지 않는 비용을 짊어지게 할 수도 있는 것이다. 그간 우리나라 노동법체제는 ‘强者’인 자본가로부터 ‘弱者’인 근로자를 보호하는데 치중해 왔으며, 21세기 「노동법체계의 유연화」는 매우 시급한 과제일 것이다. 보다 구체적으로 현행 노동법체계의 문제점으로 다음의 두가지를 제기할 수 있다. 첫째는 정규직 보호가 중심이 되어 내부자-외부자간에 경쟁 제한 문제를 들 수 있으며, 둘째는 공정성 개선을 위한 최소기준이 과도하여 사적계약에 필요 이상의 법률적 개입이 이루어지는 문제점을 들 수 있다.

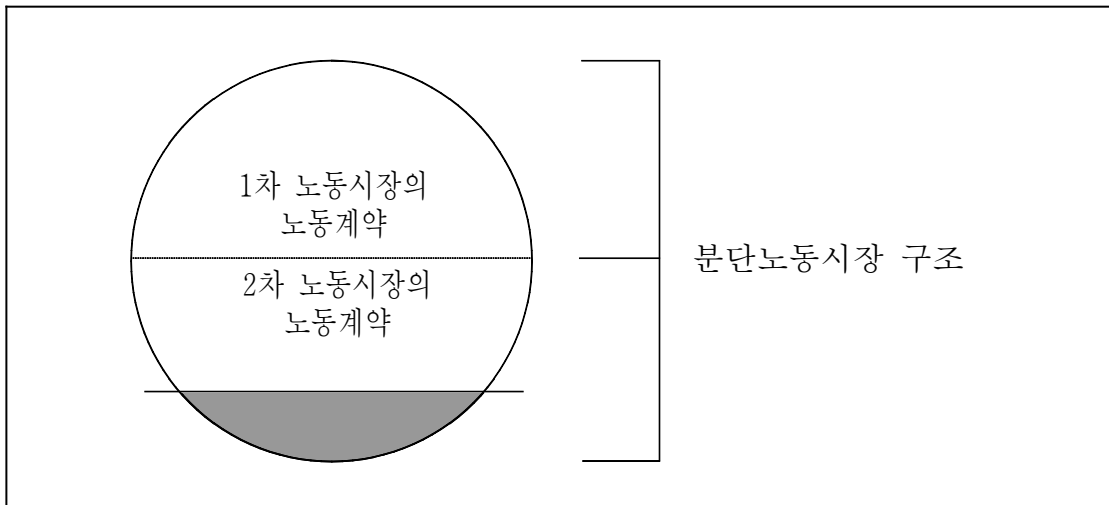
[그림 2-8]와 [그림 2-9]에서 최소기준은 반드시 분배의 정의(distributional justice) 달성을 위한 것이며, 이 자체를 원천적으로 무시하여 最小基準 無用論-노동法 無用論으로 논의가 전개되어서도 균형 잡힌 시각이라 할 수 없을 것이다.⁵⁷⁾ [그림 2-9]에서와 같이 노동법의 최소기준이 지나치게 높게 설정되면 계약의 체결 가능성이 원천적으로 배제되거나 법 적용이 가능한 계약으로 대체하는 계약대체(contractual substitution) 현상이 더욱 빈번하게 일어날 것이다.

따라서 추후의 연구방향은 노동법의 과다보호 문제점을 제기하고 이를 해결하기 위한 노동법의 탈규제화 논리를 제기하는 수준에 머물러서는 안되며, 노동법의 재위상을 정립하고 이에 적절한 방향제시가 동시에 이루어져야 할 것이다.

57) 5인 미만 사업장에서 대부분의 법정복리의무가 요구되지 않는 현실을 감안할 때, 5인 이상 사업장에서 모성보호 및 비정규직 보호를 위한 다양한 규제들이 존재할 경우 그 비용은 5인 미만 영세사업장에 종사하는 근로자에게 집중화될 수도 있을 것이다(조준모, 2001a, 2001c).

58) 노동법의 탈규제 혹은 규제론의 논쟁에 관하여 국내의 한 노동법 학자의 지적은 시사하는 바가 크다. “노동법학이 법해석학이나 규범논리가 아닌 근로자 이익보호라는 이데올로기적 선(善) 판단에 의해 지배받거나, 입법내용이나 해석결과가 노사당사자 어느 편에 유리한가를 중심으로 이해되어서는 결코 안될 것이다. 노동법학이 이른바 편짜기(Lagertheorie)에 의해 위태롭게 될 수 있다는 점은 이미 다른 나라에서도 지적되고 있다. 학문적 저술이나 진술이 결론내용이 어떠한가에 따라 이익단체에 의해 어느 편으로 분류되는 현상은 노동법과 노동법학의 발전에 매우 큰 저해요인이 될 수 있다. 왜냐하면 이러한 카테고리화는 많은 경우 잘못된 것이며 비학문적이기 때문이다.” (하경호, 2000).

[그림 2-9] 이중노동시장과 계약자유 원칙



특히 [그림 2-9]에서와 같이 이중구조화된(가령 대기업 노동시장과 소기업 노동시장) 노동 21 세기에도 노동법은 그 본연의 분배적 고려(distributive consideration)에 큰 비중을 두게될 것이다. 그러나 분배적 고려도 전반적인 복지정책 및 조세정책과 시스템적으로 연계되어 판단 되어야 할 것이다. 개별계약에 개입할 경우에는 배분적 효율성(allocative inefficiency)에 영향을 주는 기능성 또한 강조되어야 한다. 노동시장 계약자유(freedom of contract)의 공간을 확대하기 위해서는 효율적인 시장인프라로서의 법제도의 기능이 강조되어야만 한다. 동시장에서 계약자유 원칙이 시장효율성으로 이어지기 위해서는 노동법의 배분적 효율성(allocative inefficiency)의 중요성이, 다른 국가에 비해서도, 더욱 강조되어야 할 것이다. 예컨대 근로계약의 근로조건기능 결정이 제대로 이루어질 수 있도록 계약의 명료화를 위한 노력과 계약상 기회주의를 억제하고 성실한 이행을 촉구하기 위한 노동법제도와 감독체계의 정비 등은 항상적으로 존재하는 법제도의 기능임은 부인되지 못할 것이다. 보다 궁극적으로 계약자유 원칙이 경제효율성으로 이어지기 위해서는 분단노동 시장구조를 개선하기 위한 지속적인 산업 정책(industrial policy)과 공정한 거래 관행을 정착하기 위한 정책노력이 병행하여 이루어져야 할 것이다.

제 3 장 특수고용관계 종사자의 근로자성에 관한 노동법적 접근

1. 서론

취업형태가 다양화되어 감에 따라 전통적인 근로계약관계에서 벗어난 여러 유형의 노동공급자들이 증가하였고, 그에 따른 법적 분쟁 역시 점차 증가하고 있다. 계약형식이나 근무형태, 보수지급방법 등에서 일반 근로자와는 다른 특별한 형태의 노무공급자를 ‘특수고용관계 종사자’라고 칭하고 있으며, 그 대표적인 예로 골프장 경기보조원, 보험모집인, 학습지교사 등이 있다.

사용종속관계를 엄격하게 판단하고 있는 현행 판례 하에서 특수고용관계 종사자는 많은 경우 노동법상의 지위가 부인되고 있어서 노동법적 보호의 사각지대에 놓여 있다. 특수고용관계 종사자들은 그 이용자와의 관계에서 경제적 종속이나 조직적 종속의 측면이 존재하고 있고, 독자적인 시장접근성이나 사업자성을 인정하기 어려운 측면이 병존하고 있기 때문에 이들에 대한 법적 보호의 방안이 현안과제로 대두되었다.

법적 보호의 방안과 관련된 그 동안 논의는 근기법상의 근로자성 인정방안, 준근로자성 인정방안, 노조법상 근로자성 인정방안, 경제법리에 의해 해결방안으로 압축되고 있다. 본 장에서는 노동법 차원에서 접근할 때 바람직한 보호의 방향을 어떻게 설정할 수 있는가를 모색하고자 한다. 이하에서는 근로계약과 구별되는 노무공급계약의 유형과 특징, 현행 노동법상의 근로자 개념과 일반적 판단기준, 특수고용관계 종사자의 현행 노동법상의 지위, 특수고용관계의 실태분석, 주요 외국에서의 특수고용관계 규율방식, 특수고용관계 종사자의 보호를 위한 제도적 개선방향의 순서로 고찰하고자 한다.

2. 근로계약과 구별되는 노무공급계약의 유형과 특징

타인의 노무를 이용하는 것을 목적으로 하는 계약을 총칭하여 흔히 노무공급계약이라고 말한다. 근로기준법상의 근로계약과 민법상의 고용계약·도급계약·위임계약은 모두 노무공급계약에 해당한다. 노무공급계약 가운데에서 어떠한 유형의 계약에 해당하는가에 따라 계약당

사자의 의무와 책임은 달라진다. 따라서 근로계약과 구별되는 노무공급계약의 유형과 특징을 살펴 볼 필요가 있다.

(1) 고용계약

고용계약은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 발생하는 계약이다(민법 제655조). 고용계약은 ‘노무의 제공’ 그 자체를 계약의 목적으로 하고 있다는 점에서 ‘일의 완성’을 목적으로 하는 도급계약이나 ‘사무의 처리’를 목적으로 하는 위임계약과는 그 성질을 달리한다.

고용계약은 근로계약과 본질적으로 그 성질을 달리하는 별개의 노무공급계약에 해당하는가에 관해서 견해의 차이가 존재한다. 민법학계에서는 일반적으로 양자의 동일성을 인정한다. 고용계약도 노무제공자의 종속적 지위를 전제로 하고 있다고 보고 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 한편, 노동법학계에서도 양자의 동일성을 인정하는 견해⁶⁰⁾가 있지만, 일반적으로는 근로계약의 독자성⁶¹⁾을 강조한다.

민법과 노동법은 그 존재의 이념과 규율방법에서 차이가 있다는 점, 고용계약과 근로계약을 동일한 것을 파악한다면 굳이 근로기준법에서 근로계약에 관한 별도의 정의규정을 둔 입

59) 박윤직(편집대표), 『民法注解』 제XV권, 채권(8), 박영사, 1999, 304면 참조. “노무자에 의해 제공된 노무를 어떠한 목적으로 어떠한 방법으로 사용하여 어떠한 결과를 가져올 것인가라고 하는 것은 전적으로 사용자의 권한에 속한다고 하겠다. 따라서 사용자는 노무제공자를 지휘·감독하는 권한을 가지게 되고, 그 결과 노무자는 자주성과 독립성을 상실하여 사용자에 대하여 종속적인 지위를 가지게 된다.”

60) 이병태, 『최신 노동법』, 중앙경제, 2001, 590-591면 참조. 동저자에 의하면, “현대 민법학에서는 고용에서 종속성을 인정하고 이를 보호하여야 한다는 의지를 표시하는 이상 근기법의 보호대상이 되지 않는 근로자보호를 위해서는 굳이 이를 부정할 필요는 없다고 본다. --- 우리 민법에서는 유상위임을 비롯한 독립적 고용을 고용계약에서 배제하여 고용계약은 종속적 고용만을 계약의 목적으로 하고 있다고 본다면 구태여 양 계약을 성질상 다른 것이라고 볼 것은 아니다라고 본다.”

61) 임종률, 『노동법』 제3판, 박영사, 2002, 306-307면 참조. 동저자에 의하면, “근로계약은 민법상의 ‘고용’계약에 해당하는 경우가 대부분이지만 그것과 반드시 일치하는 것은 아니고, ‘도급’ 또는 ‘위임’의 형식을 취하는 노무공급계약일 수도 있고 또 민법상의 고용·도급 또는 위임의 계약형식을 취하지 않는 비전형의 노무공급계약일 수도 있다. 사업 또는 사업장이 아닌 곳에서의 계약, 동거의 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장에서의 친족 또는 가사사용인 등에 관한 계약은 민법상 ‘고용’계약임에는 틀림이 없지만 근로계약이라고 볼 수 없을 것이다.”

법취지가 무엇인지 설명하기 곤란하다는 점, 근로기준법상의 근로계약관계가 부정된다고 하더라도 집단적 노동법상의 보호(즉, 노동3권의 보장)가 전적으로 배제되는 것은 아니기 때문에 ‘근로계약관계의 부정=민법상의 고용계약관계에 의한 규율’로 단정할 수는 없는 점, 고용계약이 전제로 삼고 있는 종속성의 구체적 내용이 무엇이며 노동법에서 논하고 있는 종속성과 동일한 것인지 아니면 차이가 있는 것인지에 대하여 민법학에서의 논의가 아직 충분치 못하다는 점 등에 비추어 볼 때 근로계약은 고용계약과 구별되는 노무공급계약으로 보아야 할 것이다.

(2) 도급계약

도급계약은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약이다(민법 제664조). 고용계약이나 근로계약과 달리 도급계약은 노무제공 그 자체를 계약의 목적으로 하지 않는다. 약정된 ‘일의 완성’이라는 결과가 발생하여야 계약의 목적이 달성된다. 따라서 어떠한 방법으로 일을 완성할 것인가 하는 점은 전적으로 수급인의 권한과 재량에 속하는 사항이다. 그리고 일의 완성 이전에 발생하는 위험도 전적으로 수급인 스스로 부담한다. 수급인이 노무를 제공하였다고 하더라도 일의 완성이라는 결과가 발생하지 않으면 수급인은 도급인에게 보수를 청구할 수 없다.⁶²⁾

(3) 위임계약

위임계약은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생기는 계약이다(민법 제680조). 위임계약은 위임인이 위탁하는 일정한 사무의 처리(예컨대, 소송사건의 해결, 병의 치료 등)를 그 목적으로 한다. 그러나 위임은 사무가 처리되어 일정한 결과를 얻는 것(소송에서의 승소, 병의 치유 등) 자체를 목적으로 하지 않는다는 점에서 ‘일의 완성’을 목적으로 하는 도급과 구별된다. 그리고 도중에 위임이 종료되더라도 수임인은 이미 수행한 부분에 상응하는 보수를 받을 수 있다.⁶³⁾ 한편, 위임은 노무

62) 민법 제665조에 의하면 보수는 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급하여야 하지만 목적물의 인도를 요하지 아니하는 경우에는 그 일을 완성한 후 지체없이 지급하여야 한다.

63) 민법 제686조 제3항에 의하면 수임인이 위임사무를 처리하는 중에 수임인의 책임없는 사유로 인하여 위임이 종료된 때에는 수임인은 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다.

의 제공 그 자체를 목적으로 하는 것도 아니라는 점에서 고용계약이나 근로계약과 차이가 있다. 위임은 위탁된 목적을 위하여 사무를 처리하는 것이고, 그 목적의 범위 내에서 수임인은 재량권을 갖는다.⁶⁴⁾

3. 현행 노동법상의 근로자개념과 일반적 판단기준

현행 노동법에서 근로자의 개념에 대하여 근로기준법과 노동조합및노동관계조정법(이하 노조법이라 함)은 각기 다른 규정을 두고 있다. 근로기준법 제14조에 의하면 근로자는 ‘직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’를 말한다. 노조법 제2조 1호에 의하면 근로자는 ‘직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’를 말한다.

(1) 근로기준법상의 근로자

근로기준법은 근로조건을 최저기준을 정하여 이를 강제하며 그 위반에 대해서는 처벌하는 것을 통해 근로자의 기본적 생활을 보장·향상하는 것을 목적으로 한다. 따라서 근로기준법상의 근로자 개념은 근로기준법뿐만 아니라 그 밖의 개별적 근로관계법의 적용대상이 되는 근로자의 범위를 결정하는 기준으로 기능하고 있다.

대법원 1994년 12월 9일 선고 94다22859 판결을 통해 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 일반적 기준을 제시하였다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의

64) 그러나 수임인이 갖는 재량권에는 한계가 있다. 민법 제682조 제1항에 의하면 수임인은 위임인의 승낙이나 부득이한 사유없이 제3자로 하여금 자기에 가름하여 위임사무를 처리하게 하지 못한다.

원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. (대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결)

대법원은 계약의 형식에 관계없이 사용종속관계의 유무에 의해 근로자성 여부를 판단하고 있고, 사용종속관계의 구체적 판단요소로서 채택하고 있는 사항들은 다음과 같이 구분하여 정리하여 볼 수 있다.

사용종속관계의 구체적 판단요소 (판례상의 기준)	
노무제공방식	<ul style="list-style-type: none"> · 업무내용 결정 등 구체적·개별적 지휘감독 유무 · 근무시간 및 장소의 지정 여부 및 그에 대한 구속성 유무 · 근로제공의 대체성 여부 · 작업도구 등의 소유(부담)관계
보 수	<ul style="list-style-type: none"> · 근로제공 자체의 대상성 여부 · 기본급, 고정급의 유무
사업조직에의 결합성	<ul style="list-style-type: none"> · 취업규칙, 복무(인사)규정 등의 적용 여부 · 근로제공관계의 계속성 · 사용자에의 전속성의 유무와 정도
법령상의 지위 등 기타 요소	<ul style="list-style-type: none"> · 근로소득세의 원천징수 여부 · 사회보장제도 등 여타 법령상의 근로자 지위 인정 여부 · 양 당사자의 경제·사회적 조건

그런데 판례는 위에서 언급하고 있는 여러 가지 요소들 종합적으로 고려하여 근로자 여부를 판단하여야 한다고 말하고 있지만 어떠한 요소들이 핵심적이고 본질적인 사항들인가에 관해서는 언급하고 있지 않다. 그렇지만 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 사용종속관계 유무를 판단하여야 한다는 점을 제시하고 있기 때문에 근로자 여부는 계약당사자들의 의사에 의해 좌우되는 것이 아니라 근로제공이 이루어지는 사실상의 조건에 의해 결정된다는 입장을 취하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 사용자의 의사에 의해 좌우될 수 있는 요소(예컨대, 기본급 유무)는 사용종속관계의 유무를 판단하는 본질적 징표로 보기 어렵다. 또한 근로기준법상의 근로자성 인정 여부에 따라 기타 법령이 적용 여부가 좌우되는 요소(예컨대, 사회보장제도상의 근로자 지위 인정 여부), 근로기준법과는 입법의 취지를 달리하는 법률에서의 취급실태에 관한 요소(예컨대, 근로소득세의 원천징수 여

부)도 본질적 징표로 보기 어렵다. 결국 노무제공방식 및 사업조직에의 결합성에 속하는 요소들이 본질적 징표에 해당하는 것으로 해석할 수 있다.

(2) 노조법상의 근로자

노조법은 노동3권의 보장을 통한 근로조건을 유지개선 및 근로자의 사회경제적 지위향상을 목적으로 한다. 따라서 노조법상의 근로자 개념은 노동3권을 향유할 수 있는 자의 범위를 결정하기 위한 기준으로 기능한다. 학설의 대부분은 근로기준법상의 근로자 개념과 노조법상의 근로자 개념은 다른 것이며 후자에는 현실적으로 취업하고 있지 않는 자도 포함된다는 점을 인정하고 있다. 그러나 판례의 지배적 입장은 양자를 동일한 것으로 파악하고 있다. 즉, 사용자와의 사이에 근로계약관계 내지 사용종속관계가 없다면 노조법상의 근로자에 해당하지 않는다는 것이 판례의 지배적 입장이다.

대법원은 1992. 5. 26. 선고 90누9438 판결에서 근로자와 사용자 사이에는 고용에 따른 종속관계가 있어야 하고 이러한 관계가 없는 자는 노조법이 정하는 적법한 노동조합을 조직할 수 없다고 보았다. 그런데 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결(유성관광개발컨트리클럽사건)에서는 노조법상의 근로자 개념을 어느 정도 넓게 파악하고 있다. 근기법상 근로자성을 나중에 부인한 골프장 캐디의 노조법상 근로자성을 인정하고 있다. 즉, 노조법상의 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 하면서 특히 캐디 피는 근기법상의 임금이라고 단정하기는 어렵지만 캐디가 회사에 의하여 선발되어 채용될 때 캐디와 회사 사이에 캐디는 회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무제공을 하기로 하고 그 대가로 회사로부터 캐디 피로서 1경기당 일정한 금액인 금 5천원을 지급받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근사하다고 보이므로 캐디 피를 노조법 소정의 '기타 이에 준하는 수입'으로 못 볼 바도 아니라고 판단하였다.

한편, 하급심 판결이기는 하지만 레미콘 운전기사가 노조법상의 근로자에 해당하는가 여부가 다투어졌던 사안(서울고법 2001. 12. 28 선고 2001라183 판결)에서는 “노동조합법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서도 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 임금 등을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 근로자인지 여부를 판단하는 기준인 사용종속성이나 근로의 대상성에 관한 판단에 있어서 근로기준법과

노동조합법 사이에 어떤 차이가 있다고 할 수 없으므로, 근로자가 담당하는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고, 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며, 업무수행과정에서 있어서도 근로자가 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對象的) 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 사용종속성과 근로의 대상성 여부를 판단하여야 할 것이다”고 하고 있다.

4. 특수고용관계 종사자의 현행 노동법상의 지위

(1) 골프장 경기보조원

1) 판례의 입장과 검토

경기보조원(이하 캐디라 함)을 노조법상의 근로자로 인정한 판례⁶⁵⁾가 있지만 노동법상의 근로자성을 부인하고 있는 것이 일반적 경향이다. 근기법상의 근로자성을 부인하는 근거로 판례⁶⁶⁾는 ① 근로계약·고용계약 등 노무공급계약의 미체결, ② 경기보조업무의 골프장 시설 운영에 있어서 필요불가결성 부재, ③ 캐디피의 근로대가성 부인(사용자에 의한 금품 미지급 및 봉사료 액수의 미결정), ④ 용역제공의 동등한 기회부여 차원의 순번제는 있으나 근로시간의 정함이 없음, ⑤ 휴당수당의 미지급, ⑥ 업무수행에 대한 구체적이고 직접적인 지휘·감독의 부재(캐디 마스터의 지휘·감독은 캐디관리 차원의 경기수칙 및 예절 교육에 불과함), ⑦ 근로소득세의 원천징수 부재, ⑧ 경기보조업무수행 해태에 대한 징계처분 부재(순번에서의 사실상 불이익은 존재) 등을 들고 있다.

65) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731판결.

66) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결.

골프장 경기보조원의 근기법상 근로자성 부인 근거 (판례)		
노무제공계약	· 계약체결 여부	×
노무제공방식	· 업무내용의 결정 등 구체적· 개별적 지휘감독	×
	· 근무시간 및 장소의 지정 및 그에 대한 구속성	×
	· 노무제공의 대체성 여부	
	· 작업도구 등의 소유(부담)관계	
보 수	· 근로제공 자체의 대상성 여부	×
	· 기본급, 고정급의 유무	×
사업조직에의 결합성	· 취업규칙, 복무(인사)규정 등의 적용 여부 · 근로제공관계의 계속성 · 사용자에의 전속성의 유무와 정도	×
법령상의 지위 등 기타 요소	· 근로소득세의 원천징수 여부 · 사회보장제도 등 여타 법령상의 근로자 지위 · 양 당사자의 경제· 사회적 조건	×

노무제공방식에 관한 판단 요소들은 사용종속관계의 인정 여부와 관련된 본질적 사항으로서 근로제공방식에 대한 사용자의 지휘·감독성, 노무제공의 전속성 등을 파악하기 위한 기준에 해당한다. 근로시간에의 구속성 여부는 의무적인 노무제공의 시간대에 관한 결정 권한이 본질적으로 노무제공자에게 있는가 아니면 이를 수령하는 자에게 있는가에 초점이 있는 것이다. 캐디는 순번에 따라 노무를 제공하므로 이용객의 다소에 따라 노무제공의 시간대와 총량이 달라질 수밖에 없지만 노무제공 시간에 관한 결정 권한을 보유하고 있지 않다는 점에 대해서는 고려하고 있는지 의문이다. 그리고 노무제공의 대체성 여부, 작업도구 등의 부담관계에 대해서는 구체적으로 판단하고 있지 않다. 한편, 사업조직에의 결합성에 관한 판단 요소들 가운데에서도 근로제공관계의 계속성 및 사용자에의 전속성의 유무와 정도에 관하여 구체적으로 판단하고 있지 않다.

2) 행정해석⁶⁷⁾

가) 근로자성을 인정한 예 (근기 68207-1448, 2000. 5.13)

- ① 경기과에서 충원계획을 작성하여 회사 대표에게 보고후 충원여부 결정하고, 캐디양성

67) 노동부, 『근로기준법 질의회시집』(2000. 4~2000. 11), 2000, 10-13면.

학원에 캐디알선을 의뢰하여 서류심사와 면접을 통해 선발하며 교육실시후 근무 배치 함.

② 경기보조원 자치내규는 경기보조원들에게 의견을 수렴하여 회사에서 작성한 후 경기보조원들이 알아볼 수 있도록 게시하는 등 근로기준법상 취업규칙에 해당한다고 볼 수 있음.

- 자치내규의 내용에는 i)보조원 생활의 규범 및 제재 ii)코스에서의 보조원의 규범과 제재 iii)규정복장 착용의무 iv)기숙사 제공 v)불친절·근무태만 등에 대한 제재 등을 규정함.

③ 캐디의 근무태만과 무단결근, 규정된 봉사료를 초과요구하는 경우 등 불성실근무에 대한 제재는 자치내규에 정해진 바에 따라 행함

- 경징계일 경우에는 보조원 총괄책임자(조장) 및 그 상급자(캐디마스터)가 행사

- 중징계일 경우 징계위원회를 개최하여 의결하고 있으며, 징계위원회의 위원장은 캐디마스터(회사직원)임

④ 캐디피는 주변골프장 캐디피를 참고하여 회사에서 결정(협회권장 캐디피가 정해짐)

- 자치내규에 캐디피외에 별도의 사례명목으로 금전수수를 할 수 없도록 규정하고 이를 위반할 경우에는 징계위원회에 회부하는 등 제재조치를 취함.

- 회사측에서 캐디피에 대해 사실상 일정액을 받도록 직·간접적으로 규제하고 있다고 볼 수 있음.

- 캐디피는 캐디의 노무제공대가를 B골프장 대신 내장객이 봉사료의 명목으로 지급하도록 관행화된 것이라고 볼 수 있으므로 사실상 임금의 성격으로 볼 수 있음.

⑤ 캐디마스터는 회사 소속직원으로서, 캐디교육 및 당일휴가를 제외한 캐디 휴가부여권을 가지고 있으며, 징계위원회 위원장으로서 징계권도 행사하고 있음.

따라서 상기 ①~⑤의 내용을 종합적으로 고려할 때 B골프장 캐디의 경우 회사측과 캐디간에는 실질적으로 지휘·감독을 받는 사용종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제14조의 근로자에 해당한다고 보는 것이 타당함.

나) 근로자성을 부정한 예 (근기 68207-1449, 2000. 5.13)

① 적정 캐디인원 부족시 조장회의에서 인원 충원의 필요성을 경기과에 제기하면 경기과에서 학원을 통하여 충원하나, 이는 골프장 시설을 이용하는 캐디의 인력수급관리차원에서 이루어지고 있음.

- 근무배치는 조장회의에서 미리 결정된 순번에 따라 순환배치됨.

② 캐디가 직접·비밀·무기명 투표로 선출한 조장회의에서 자율근무규정을 제정하여 시행하고 있으며, 캐디의 관리 및 사실상의 통제는 조장회의를 통하여 자율적으로 이루어짐.

③ 근무태만, 무단결근 등 불성실 근무에 대하여는 조장회의에서 당사자를 출석시켜 소명을 들은 이후 자율근무규정에 정한 제재의 방법에 따라 자율적으로 시행하고 있음.

④ 캐디피는 조장회의를 통하여 결정(1인보조 40,000원, 2인보조 50,000원)함.

- 일부 캐디의 경우 자율근무규정에 의한 소정의 캐디피 이외에 묵시적 관행에 의하여 추가 캐디피를 지급받고 있으며 이에 대한 제재는 없으며

- 캐디피를 자율적으로 결정할 뿐만 아니라 회사에서 직·간접적으로 규제하는 바가 없으므로 근로기준법상의 임금이라고 볼 수 없음.

⑤ 캐디마스터는 없고 모든 것은 캐디조장회의를 통하여 자율적으로 행해지고 있으며, 경기운영사항만을 경기과에서 지원함.

- 경기과는 캐디의 업무내용이나 업무수행방법에 관한 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 하는 것이 아니고 그 시설을 이용하여 노무를 제공하는 캐디를 지원하기 위하여 회사측의 공지사항(휴장일정, 개장시기 조정), 기타 고객에 대한 응대요령, 친절교육 등을 행하는데 불과함.

따라서 상기 ①~⑤의 내용을 종합적으로 고려할 때 Y골프장 캐디의 경우 회사측의 관여 없이 자율적으로 단체생활을 위한 자율근무규정을 제정하고 그에 따르는 바 회사측과 캐디간에는 실질적으로 지휘·감독을 받는 종속적인 관계에 있다고 볼 수 없으며 캐디피 또한 회사의 직·간접적 규제가 없어 임금성이 인정되지 않는 바, 근로기준법 제14조의 규정에 의한 근로자로 볼 수 없다고 사료됨.

(2) 학습지교사

1) 판례의 입장

대법원은 학습지 제작·판매 회사와 업무위탁계약을 체결하여 회원모집 및 유지관리, 회비수금 등의 업무를 수행하고 실적에 따라 수수료를 지급받는 학습지교사의 근로자성을 부인하고 있다.⁶⁸⁾ 그 근거로 ① 취업규칙 및 인사규정의 적용을 받는 일반사원 등과는 다른 별도의 관리규정의 적용, ② 통상적으로 1년을 단위로 하는 업무위탁계약의 체결 및 위탁업무의 수행, ③ 위탁업무수행과정에서의 업무내용·수행방법·업무수행 시간 등에 관한 구체적이고 직접적인 지휘·감독의 결여(위탁업무실적의 독려 등을 위한 최소한의 지시·교육만이 존재), ④ 회비의 수금실적에 따른 수수료의 지급, ⑤ 관리규정상 출·퇴근시간이나 업무수행시간에 관한 규정 부재 및 자율·능력에 따라 위탁업무를 수행한 후 임의로 위탁업무 수행과정에서 이탈 가능, ⑥ 사업장 외부에서의 업무수행(주로 회원의 주거), ⑦ 일반 직원과 달리 완화된 다른 채용자격·기준 등의 적용 및 직원이 제출하지 않는 서류 제출(사업계획서, 재산세납입증명서), ⑧ 경업이나 동종의 경쟁업체를 제외한 다른 업종에의 근무 또는 자신명의로 영업활동의 미제한, ⑨ 회사의 복무질서 위반행위 등에 관한 징계규정을 두지 않고 관리규정에 위탁계약의 해촉사유만 규정, ⑩ 사업자등록에 다른 사업소득세의 납부 및 지역의료보험조합에의 임의가입 등을 들고 있다.

68) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결.

학습지교사의 근기법상 근로자성 부인 근거(판례)		
노무공급계약	· 계약체결 여부	1년 단위 위탁계약 체결
노무제공방식	· 업무내용 결정 등 구체적· 개별적 지휘감독 · 근무시간 및 장소의 지정 및 그 구속성 · 근로제공의 대체성 · 작업도구 등의 소유(부담)관계	× ×
보 수	· 근로제공 자체의 대상성 여부 · 기본급, 고정급의 유무	× ×
사업조직에의 결합성	· 취업규칙, 복무(인사)규정 등의 적용 여부 · 근로제공관계의 계속성 · 사용자에의 전속성의 유무와 정도	× (별도 규정) × (경업제한)
법령상의 지위 등 기타 요소	· 근로소득세의 원천징수 여부 · 사회보장제도 등 여타 법령상 근로자 지위 · 양 당사자의 경제· 사회적 조건	× ×

2) 판례의 검토

노무공급계약의 체결 여부와 대하여 계약의 형식에 관계없이 실질적으로 사용종속관계의 유무를 판단하여야 한다는 점을 일반기준으로 제시하면서도 통상 1년 단위의 위탁업무계약이 체결되고 있다는 점을 근로자성 부인의 근거로 들고 있다.

노무제공의 방식에 관한 사항에서 노무제공의 대체 가능 여부 및 작업도구 등의 부담관계에 대한 판단이 결여되고 있다. 근로시간 및 장소는 본질적으로 노무제공자인 학습지교사의 재량에 의한 결정 사항이라기 보다는 업무의 성격상 회원의 사정과 편의가 고려되어 사전에 정해지거나 경우에 따라 변경될 수 있는 사항이라는 점이 고려되고 있지 않다. 학습지교사가 담당하는 회원관리지역의 결정 및 변경권한이 학습지교사 본인에게 있는지 여부도 판단되고 있지 않다. 업무내용 및 그 수행방법도 학습지회사가 제작한 교재와 그에 다른 교육기법을 벗어나지 않는 한도 내에서 교사의 재량성이 인정되는 측면이 강하다. 종속관계는 근로제공 과정에서의 기술적 독립성과 양립 가능하기 때문에 노무제공자가 자신의 노무를 제공하는 과정에서 기술적으로 일정 정도의 재량을 갖는다고 하여 그것이 근로자성을 전적으로 부인하는 결정적인 근거로 기능하는 것으로 파악하기는 어렵다.

사업조직에의 결합성에 관해서 살펴볼 때 학습지교사에게 별도로 적용되는 관리규정이 존

재함에도 불구하고 정규직 사원에게 적용되는 취업규칙과는 다르다는 이유로 근로자성을 부인하는 논거로 삼고 있다. 근로기준법 시행령에 의하면 사용자는 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 통상근로자에게 적용되는 취업규칙과 별도로 작성할 수 있다고 규정하고 있는 바 직종을 달리하는 자에 대한 별도의 규칙이 작성되고 있다고 하더라도 그 문서의 성격을 취업규칙이 아니라고 볼 수 있는 것인지 의문이다. 그리고 계약갱신의 실태 등을 고려한 근로제 공관계의 계속성에 대한 판단이 간과되고 있고, 동일 업종에의 겸업을 제한하고 있음에도 사용자에게의 전속성을 부인하고 있는 점을 납득하기 어렵다.

(3) 보험모집인

1) 판례의 입장

대법원은 생명보험계약 체결의 중개와 보험료수금 및 그 수반업무를 대행하는 보험모집인의 근로자성을 부인하였다.⁶⁹⁾ 그 근거로 ① 위촉계약의 체결, ② 보험모집인에 대한 별도의 규정 존재, ③ 보험모집인의 자격에 대한 특별한 제한 및 전형절차 부재, ④ 징계에 관한 규정은 없이 계약해지에 해당하는 '해촉'에 관한 규정만 존재, ⑤ 조회·석회에의 참석의무 부재(보험계약 실적이 좋을 경우 조회, 석회시간 불참에 따른 별다른 불이익은 없었음), ⑥ 조회, 석회시의 교육·실적확인 등 수탁업무의 원활한 수행을 위한 교육과 최소한의 지시에 불과, ⑦ 보험계약 실적에 따른 수당의 지급(정해진 실적미달시 기본수당 미지급), ⑧ 법률(보험업법 제148조 제2항)의한 경업금지의 제한이 있으나 다른 영업종사에 대한 제한의 부재 및 사실상 가능, ⑨ 타인의 노동력의 이용 등 업무수행방식에 대한 제한 부재, ⑩ 업무수행과정에서의 임의 이탈 가능, ⑪ 사업소득세의 원천징수 및 사회보험의 미적용 등을 들고 있다.

69) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결.

보험모집인의 근기법상 근로자성 부인 근거 (판례)		
노무공급계약	· 계약체결 여부	위촉계약 체결
노무제공방식	· 업무내용의 결정 등 구체적· 개별적 지휘감독 · 근무시간 및 장소의 지정 및 그에 대한 구속성 · 노무제공의 대체성 · 작업도구 등의 소유(부담)관계	× × ○
보 수	· 근로제공 자체의 대상성 여부 · 기본급, 고정급의 유무	× ×
사업조직에의 결합성	· 취업규칙, 복무(인사)규정 등의 적용 여부 · 근로제공관계의 계속성 · 사용자에의 전속성의 유무와 정도	× (별도규정) × (경업금지)
법령상의 지위 등 기타 요소	· 근로소득세의 원천징수 여부 · 사회보장제도 등 여타 법령상의 근로자 지위 · 양 당사자의 경제· 사회적 조건	× ×

2) 판례의 검토

캐디 및 학습지교사와 달리 보험모집인의 근로자성 여부에 대하여 대법원은 노무제공의 대체성, 사용자에의 전속성에 대하여 구체적으로 판단하고 있다.

보험모집인의 경우에는 캐디나 학습지교사에 비하여 근로시간 및 근로장소의 결정에서의 본인 재량성이 상대적으로 크다고 볼 수 있다.

5. 주요 외국에서의 특수고용관계 규율방식

가. 독일

독일의 경우 근로자성 여부는 전통적으로 인적 종속성을 중심으로 하여 판단되었다. 다만, 개별 법률에서는 경제적 종속성을 고려하여 근로자와 유사한 자에 대하여 일정한 노동법적 보호를 행하고 있다.

(1) 근로자성 판단기준

독일에서는 근로자의 개념에 관한 입법적 정의규정은 존재하지 않고 종속노동론에 기초한 판례법리에 의해 규율되어 왔다. 근로계약과 고용계약이라는 개념이 반드시 일치하는 것은 아니지만 노무제공의 독립성이 결여되어 있는 경우, 즉 노무를 제공함에 있어서 인적 종속성이 있는 경우를 근로계약의 특징으로 파악하였다.

어떤 자가 노무를 독립영업자로서 제공하는가 아니면 비독립적인 관계에서 제공하는가를 쉽게 판단할 수 없는 경우가 발생한다. 다만, 상법에서는 상업사용인과 대리상을 구별하고 있는데, 독립영업자는 ‘기본적 부분에서 자기의 활동을 자유로이 결정할 수 있고 근로시간을 자신이 결정할 수 있는 자’이다. 결정적인 것은 업무의 내용이 당사자가 희망한 법적 효과와 실제로 업무내용에 대응하지 않는 계약의 명칭은 문제되지 않는다.

인적 종속성 여부에서 중요한 것은 노무를 제공하는 자의 경제적 종속성은 문제되지 않는다는 점이다. 인적으로 독립된 자는 비록 타인에게 경제적으로 종속되어 있다고 할지라도 근로자에 해당하지 않는다는 것이다.⁷⁰⁾ 다만, 후술하는 바와 같이 개별 법률에서는 경제적 종속성을 이유로 근로자에 유사한 자에게까지 노동법의 적용을 확대하는 방식을 취하고 있기는 하다.

법원은 전통적으로 인적 종속성을 일반적 기준으로 삼았지만 점점 많은 인력들이 자신의 업무수행방식과 시기를 결정하는 데 있어서 재량권을 가지게 됨에 따라 보호필요성이라는 관점에서 인적 종속성을 완화하기 위한 여러 가지 판단요소들을 확장시킴으로써 근로자의 인정 범위를 확대하는 시도를 행하였다.

(2) 법률에 의한 ‘유사근로자’ 개념 도입

근로자와 독립영업자의 중간 영역에 존재하는 노무공급자, 즉 인적 종속성이 존재하지 않아 근로자로 볼 수 없지만 경제적으로 종속되어 독립영업자로 보기 곤란한 자에 대하여 ‘근로자와 유사한 자’(Arbeitnehmerähnlichen)의 개념을 입법적으로 도입하여 몇 가지 노동법상의 보호(노동법원에 의한 분쟁해결, 연차유급휴가권, 단체협약 체결권 등)를 인정하고 있다. 즉, 단체협약법 제12조 (a)에서는 ‘근로자와 유사한 자’에 대하여 “경제적으로 종속되어 있고, 근로자와 마찬가지로 사회적 보호의 필요성이 있는 자로서 고용계약 또는 도급계약에 의하여 타인을 위하여 활동하고 노무의 제공을 직접적으로 그리고 다른 근로자들과 협력없이 수행하

70) Manfred Löwisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Werner-Verlag, 1991의 일본서 번역판 西谷敏 外 3人 訳, 『現代ドイツ労働法』, 法律文化社, 1995, 3면 참조.

며 통상 1인을 위하여 활동하는 자 또는 평균적으로 수입의 절반 이상을 1인으로부터 확보하고 있는 자(이를 판단하기 곤란한 경우에는 단체협약에 특별한 규정이 없는 한 최종 6개월간을, 활동기간이 6개월 미만인 경우에는 활동기간을 기준으로 함)”라고 규정하고 있다. 또한 예술·학문 또는 언론분야에서 노무를 제공하는 자와 이러한 활동에 직접적으로, 특히 기술적으로 참여하고 있는 자로서 특정인으로부터 취득한 자신의 평균수입이 절반에 미치지 못하지만 3분의 1 이상인 자의 경우도 유사근로자에 포함된다. 그렇지만 상법상의 상업사용인은 이에 포함되지 않는다.

유사근로자와 그 상대방과의 분쟁은 노동법원에 의해 해결되며(노동법원법 제5조), 연차휴가와 휴일의 경우에는 일반근로자와 동일한 취급을 하며(연방휴가법 제2조), 유사근로자의 근로조건은 단체협약에 의해 규율될 수 있고(단체협약법 제12조 (a)), 직장에서의 성적인 부담에 대한 보호를 향유하고 있다(직장내 성적 부담에 대한 근로자보호법 제1조 제2항).

유사근로자에 포함되는 자로서 단독으로 또는 가족과 더불어 혹은 2인 이하의 보조자와 함께 위탁에 기초하여 가내에서 제품을 생산, 가공, 포함하거나 기타의 영업을 영위하더라도 노동성과의 이용은 사용자에게 위임되고 있는 가내근로자와 가내공업자가 있다. 이러한 자들에 대해서는 가내근로법(HAG)이 특별한 보호규정을 두고 있다. 동법에 의하면, 이러한 자들은 단체협약을 체결할 수 있다. 노동조합 및 위탁자단체가 존재하지 않는 경우 행정관청에 의해 설치된 가내근로위원회가 가내근로자·가내공업자와 위탁자간의 계약관계를 위하여 공임과 기타의 계약조건을 결정할 수 있다. 계약관계의 해지에 관한 최저기간도 설정되고 있다. 한편, 가내근로자·가내공업자와 위탁자간에 중간인이 개입하고 있는 경우에 위탁자가 중간인에의 지분이 충분하지 않음을 알 수 있었던 경우 또는 공임을 지불한 상대방의 중간인을 신뢰할 수 없음을 알고 있거나 알 수 있었던 경우 그 중간인과 더불어 가내근로자에 대하여 공임지불의 책임을 부담하여야 한다.

(3) 소 결

독일에서는 근로자에 해당하는가 여부를 판단하기 위한 판례상의 기준이 확립·발전되었을 뿐만 아니라 여러 노동관계법률에서 유사근로자라고 하는 새로운 개념을 도입함으로써 부분적인 노동법상의 보호를 행하고 있다는 점이 특징이라고 말할 수 있다.

우선, 전통적으로 근로자성 여부는 인적 종속성을 기준으로 하여 판단되었고 경제적 종속성은 주된 고려대상이 되지 않았다. 독립영업(사업)자의 경우에도 넓은 의미의 경제적 종속성

은 존재할 수 있기 때문이다.

그렇지만 입법에 의해 경제적 종속성이 고려되고 있다. 유사근로자의 개념이 설정된 이유가 바로 그러하다. 경제적 종속성 및 그에 따른 사회적 보호의 필요성이 인정하기 위한 객관적으로 기준의 하나로 통상 1인을 위하여 활동하는 자가 아닌 경우에는 평균수입의 일정액 이상(1/2 또는 1/3)을 1인으로부터 획득하는가 여부를 법적 기준으로 삼고 있다. 즉, 통상적으로 복수의 사용자를 상대로 하여 노무를 제공하는 자는 소득의 상당부분을 특정인에게 의존하는 경우에 경제적 종속성을 인정하고 있는 것이다. 한편, 유사근로자로 인정되더라도 일반 근로자와는 달리 노동법상의 보호를 부분적으로 이루어진다.

나. 프랑스

프랑스의 경우 근로자 또는 근로계약의 개념에 관하여 입법적으로 규정하고 있는 바가 없다. 근로자에 해당하는가 여부는 노무를 제공하는 자와 이를 수령하는 자 사이의 계약이 근로계약에 해당하는가에 관한 판단의 문제로 보고 있다. 근로계약에 해당하면 근로자로서 인정되는 것이다. 그리고 이러한 근로계약의 해당 여부에 관한 판단은 기본적으로 노동법 및 사회보장법의 적용대상자를 확정하기 위한 문제로 제기되어 왔고, 오랜 기간에 걸쳐 축적된 판례법리에 의해 그 판단기준이 확립되었다.

근로계약의 해당 여부를 판단함에 있어서 가장 중요한 기준이 되는 것은 종속관계의 인정 여부이다. 이러한 종속관계를 프랑스에서는 ‘법적 종속’(subordination juridique)이라고 부른다. ‘법적 종속’은 ‘경제적 종속’(subordination économique)과는 구별되는 개념이고, 판례는 근로계약에 해당하는가 여부를 판단하기 위한 기준으로 경제적 종속이라는 개념을 채택하고 있지 않다.

그렇지만 특정 노무공급자의 경제적 종속을 입법적으로 고려하고 있다. 엄밀하게 법적 종속관계가 인정되지 않지만 경제적 종속관계가 인정될 수 있는 특수고용관계를 맺고 있는 노무공급자에 대하여 입법적으로 근로자성을 인정하고 근로자성을 추정함으로써 일정한 보호를 행하고 있다. 그리고 특수고용관계에 해당하는 자의 근로조건 등에 관한 특칙을 규정하고 있다. 이러한 특칙은 일반 근로자들에게 인정되는 근로조건을 일부 변형하여 적용하거나 그 적용을 배제하는 것을 주된 내용으로 한다.

요컨대, 프랑스에서도 근로자에 해당하는가 여부를 판단하기 위한 판례법상의 기준이 확립되어 있지만, 근로자에 유사한 지위를 갖는 자(이른바 ‘유사근로자’ 또는 ‘준근로자’)에 대한

통일적인 개념 정의를 판례 또는 입법상으로 정하고 있지는 않으며, 다만 입법에 의해 특수 고용관계의 유형별로 그에 필요한 보호와 규제를 가하는 실용적인 접근법을 취하고 있다고 평가할 수 있다.

(1) 근로자성 판단기준

1) 근로자성 여부에 관한 실질적 판단

이미 앞에서 언급하였듯이 프랑스 노동법전(Code du travail)⁷¹⁾은 근로자 및 근로계약에 관한 정의규정을 두고 있지 않고, 근로자에 해당하는가 여부는 노무제공자와 그 수령자 사이에 근로계약(contrat de travail)이 존재하는가 여부에 의하여 판단한다.

판례에 의하면, “근로계약의 존부는 계약당사자들의 의사 또는 계약형식(즉, 계약명칭)에 의해 좌우되는 것이 아니라 노무제공이 이루어지는 사실상의 조건에 의해 결정”된다.⁷²⁾ 즉, 근로자에 해당하는가 여부는 당사자 사이에 체결된 계약의 성격에 의해 판단되고, 그 계약의 성격이 근로계약인가 여부는 노무제공이 구체적으로 어떠한 조건 하에서 이루어지는가에 의해 결정되고 있다. 계약을 체결할 때의 계약당사자들의 의사는 중요한 고려요소가 되지 않는다. 근로계약 여부의 판단은 객관적으로 이루어지는 것이다. 비록 계약당사자들이 도급계약, 위임계약, 임대차계약 등을 의도하여 그에 따른 약정을 하였더라도 노무제공이 이루어지는 사실상의 조건이 근로계약 여부를 판단하는 기준에 해당하게 되면 근로자성이 인정되는 것이다. 근로계약의 본질적 특성상 계약당사자간의 불평등성이 전제될 수밖에 없기 때문에 계약당사자의 의사 또는 계약명칭 등 계약을 구성하는 주관적 요소는 근로계약 및 근로자 해당 여부에 관한 본질적인 판단기준으로 취급되지 않는 것으로 평가할 수 있다.

71) 프랑스에서는 제·개정되는 모든 노동관계 법률 및 시행령은 노동법전으로 편입된다. 조문번호 앞에는 “L”이나 “R” 또는 “D”가 표시되는데 “L”은 법률(Loi)을 뜻하고, “R”이나 “D”는 시행령을 의미하게 된다. 노동법전은 권(livre), 편(titre), 장(chapitre), 절(section) 등의 항목으로 분류하여 노동관계법률이나 시행령상의 내용을 해당 항목의 조문으로 배열하고 있다. 노동법전은 제1권~제9권으로 구성되어 있는데, 제1권은 노동관계약정, 제2권은 노동규율, 제3권은 직업소개 및 고용(placement et emploi), 제4권은 직업단체·근로자대표·근로자이익참가, 제5권은 노동분쟁, 제6권은 노동법령적용의 감독, 제7권은 특정 직업에 특수한 규율, 제8권은 해외영토에 적용되는 특별규정, 제9권은 평생교육의 일환으로서의 계속직업교육훈련에 관한 내용을 규정하고 있다.

72) Cass. soc., 17 avril 1991, n°88-40. 121, Scarline c/ Sté Lalau (과기원 사회부, 1991년 4월 17일 판결, Scarline사건).

다른 한편, 프랑스 노동법전은 노동법의 적용을 의도적으로 회피하기 위한 위장계약(예컨대, 위장도급계약, 위장하청계약 등)의 경우에는 그에 대한 벌칙의 적용을 규정하고 있다(L.362-3조 이하)

2) 근로계약의 정의

근로자 여부에 대한 판단기준으로 기능하고 있는 근로계약이 무엇인가에 대하여 판례는 “일방 당사자가 타방 당사자를 위하여 그 종속 하에서 임금(rémunération)을 대가로 근로(travail)를 제공하는 것을 목적으로 하는 계약”이라고 말하고 있다. 이러한 정의에 따르면, 근로계약은 근로제공, 임금, 종속관계를 핵심적 지표로 하는 계약을 뜻한다.

가) 사용자를 위한 근로제공

근로제공은 사용자를 위하여 이행되어야 한다. 그리고 이러한 근로제공은 본인에 의해 직접적으로 이루어져야 하고 다른 사람이 대신할 수 없는 전속적 성격을 갖는 것이다. 근로계약은 근로제공의 비대체성을 특징으로 하는 것이다. 사용자를 위한 현실적 근로제공 존재 여부에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다.⁷³⁾

나) 임금

임금은 근로계약의 필수적 요소가 취급된다. 근로계약은 유상계약이므로 임금을 대가로 하지 아니하는 근로제공은 근로계약에 해당하지 아니 한다. 특히 임금이 근로제공의 성과에 관계없이 시간에 의해 계산되는 경우(예컨대 시급, 일급, 주급, 월급 등)에는 종속관계를 강하게 반영하게 된다. 그렇지만 성과급이나 수수료의 형태로 보수가 지불된다고 해서 이것이 근로자성을 전적으로 부인하는 결정적 요소가 되는 것은 아니다.⁷⁴⁾ 이익분배에의 참여 역시 근로자성을 전면적으로 부인하는 근거가 되는 것은 아니지만 손실부담에의 참여는 종속관계를 부인하는 근거가 된다.⁷⁵⁾

73) Cass. soc., 13 octobre 1993, n°89-45. 622, BHV c/ Certain (과기원 사회부, 1993년 10월 13일 판결, BHV사건).

74) Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeamaud, *Droit du travail*, 20^e éd., Dalloz, 2000, p.163.

75) Ibid.

다) 종속관계

종속관계는 근로계약의 본질적 특징에 해당한다. 종속관계는 근로자가 근로제공 과정에서 사용자에게 종속된다는 것을 의미한다. 판례는 종속관계의 특징을 “명령·지시하고 감독(통제)하며 위반에 대해 징계할 수 있는 권한을 갖고 있는 사용자의 하에서의 근로제공”으로 파악하고 있다. 그리고 이러한 종속을 ‘법적 종속’이라 부르고 있고, ‘경제적 종속’과는 구별하고 있다. 전통적으로 프랑스 판례는 경제적 종속이라는 개념을 근로자성 여부의 판단기준으로 삼고 있지 아니 하다. 종속관계를 판단하는 중요한 지표로 판례는 두 가지를 들고 있다. 하나는 ‘근로제공의 방식에 관하여 사용자가 지휘·감독을 행하는가’ 하는 점이다. 다른 하나는 ‘노무제공에 필수적인 수단을 사용자가 제공하고 있는가’ 하는 점이다.

먼저, 사용자에게 의한 지휘·감독권의 행사라는 측면을 살펴보고자 한다. 근로계약을 체결함으로써 근로자는 사용자의 처분 하에 자신을 두는 데에 동의하는 것이고, 결국 자신의 독립성의 일부를 사용자에게 양도하는 것을 수락하는 것이다. 근로자에게 독립성이 부재하다는 점을 보여주는 모든 사실적 요소들은 근로계약의 존재를 인정할 수 있는 강력한 증거가 된다. 근로제공과정에서 노무제공자가 누리는 자유의 정도가 크면 클수록 근로계약관계가 인정될 수 있는 여지는 적게 된다. 그리고 종속관계는 노무제공자가 근로시간, 취업장소 등 근로제공과정에 대한 사용자의 지휘·감독에의 복종을 그 특징으로 한다. 예컨대, 영업소의 관리인 본인이 재품을 관리하지 아니하고 본사가 직접 채용한 견습근로자와 일하면서 본사의 감독인의 통제에 따라고 있는 경우에는 비록 영업소 관리인과 본사 사이에 관리계약(contrat de gérance)라는 이름의 계약이 체결되어 있다고 하더라도 근로자로 인정된다.⁷⁶⁾ 택시 소유주인 택시회사와 택시임대차계약을 체결하여 택시의 사용에 대한 임차료를 지급하고 있는 택시기사라고 할지라도 임대차계약에서 규정된 여러 가지 조건들에 비추어 볼 때 임대인과의 관계에서 종속상태에 있는 경우에는 근로계약관계가 존재하는 것으로 인정된다.⁷⁷⁾ 그렇지만 다른 한편, 종속관계는 근로제공 과정에서의 기술적 독립성과 양립 가능할 수 있다. 즉, 노무제공자가 자신의 노무를 제공하는 과정에서 기술적으로 일정 정도의 재량성을 갖는다고 하여서 근로자성이 전적으로 부인될 수 있는 결정적인 근거가 되는 것은 아니라는 점이다.

76) Cass. soc., 27 février 1997, n°93-46. 712, UCA c/ Dausch (파기원 사회부, 1997년 2월 27일 판결, UCA사건).

77) Cass. soc., 19 décembre 2000, n°98-40. 572, Labbane c/ bastille Taxis (파기원 사회부, 2000년 12월 19일 판결, Labbane사건).

다음으로 종속관계는 사용자에게 의한 노무제공 수단의 제공을 특징으로 한다. 독립적 노무 제공자와는 달리 근로자는 노무를 제공함에 있어서 사용자가 제공하는 수단을 활용한다. 결국 근로자라고 하는 개념은 원칙적으로 자신에게 고유한 인적 및 물적 수단을 보유하지 않는다는 점을 전제로 하고 있는 것이다. 오랜 동안 판례는 노무제공자의 ‘조직체에의 통합’이라는 요소를 근로계약의 존재를 특징짓는 것으로 파악하였다. 그렇지만 현재 판례의 입장에 따르면, 이러한 요소는 근로계약 존재의 한 가지 징표는 될 수 있지만 그러한 요소 자체만으로는 근로계약의 존재가 인정될 수 있는 충분한 증거가 되지 못하고 있다.⁷⁸⁾ 비록 조직체에 통합되어 있다고 할지라도 사용자의 지휘감독 하에 있지 않는 경우에는 근로자로 인정되지 않는 것이다.

(2) 특수고용관계법제의 주요 내용

노동법전 제7권(livre VII)에서는 특정 산업 및 직업에 적용되는 특칙을 규정하고 있다. 이하에서는 특정 직업에 대한 노동법전상의 규율내용을 고찰하고자 한다. 그 대상이 되는 직업범주는 외무원·대리인·외판원, 재택근무자, 연예인·예술가, 모델, 공동주택의 수위·고용원, 가사사용인 등이다. 이들 직업범주에 해당하는 노무제공자들은 법에 의해 근로자성이 인정 또는 추정되고 있지만 일반 근로자의 근로조건과는 다른 특수성을 고려하여 각 직업범주에 고유한 규율들을 정하고 있다.

1) 외무원·대리인·외판원 (VRP : voyageurs, représentants et placiers)

가) 개념 정의

VRP는 주문을 받을 목적으로 기업 외부에서 고객을 확보하는 것을 주된 활동으로 하는데 VRP의 업무는 ① 기존의 고객 또는 잠재 고객의 방문, ② 기업외부에서의 활동, ③ 주문의 획득 및 전달을 그 특징으로 한다. 노동법전 L.751-1조에서는 VRP가 아래의 4가지 사항에 해당하는 경우에는 VRP와 이를 사용하는 자 사이에 체결된 계약은 그 명시적 규정이나 침묵에 관계없이 근로계약에 해당한다고 규정하고 있다.

78) Cass. soc., 13 novembre 1996, n°94-13. 187, Société Générale c/ URSSAF de la Haute-Garonne (과기원 사회부, 1996년 11월 13일 판결, Société Générale사건).

- 하나 또는 둘 이상의 사용자의 이익을 위하여 근로할 것
- 대리인(représentant)으로서의 직업을 사실상 배타적이고 항상적으로 행할 것
- 본인의 이익을 위하여 어떠한 상업적 활동을 실제로 행하지 않을 것
- 판매 또는 구매를 위한 재화 내지 용역의 종류, 활동지역 또는 방문하여야 할 고객의 범주, 보수를 정하는 약정을 사용자와 맺을 것

위의 4가지 요건 가운데에서 특히 4번째 요건과 관련하여 활동지역이 특정되지 않는 경우에는 방문하여야 할 고객의 범주에 관한 충분한 약정이 있어야 하고, 만일 활동지역 및 고객 범주가 정해지지 않은 경우에는 VRP의 지위가 인정되지 않는다. 그리고 다른 직업활동이나 본인을 위한 상업활동을 금지하는 계약상의 조항이 부재한다고 하여서 VRP의 지위가 부정되는 것은 아니다(노동법전 L.751-1조 제2항).

나) VRP에게 적용되는 특칙

VRP와 사용자간의 계약은 기간을 정하지 않고 또는 기간을 정하여 체결될 수 있지만 기간을 정하지 않는 경우에는 계약해지의 예고기간(délai-congé)을 정하여야 하고 이러한 예고기간은 최저 1개월에서 최고 3개월로 그 최저기준이 법정화되어 있다(노동법전 L.751-5조 제1항). 3개월을 초과하지 않는 범위 내에서 시용기간(période d'essai)을 설정할 수 있다(L.751-6조). 또한 계약기간 동안 다른 특정 상품의 취급을 금지하는 조항이나 계약종료 후 일정 기간 동안의 경업금지조항(clause de non-concurrence)을 둘 수도 있다(노동법전 L.751-3조).

보수는 정해진 급료의 형태, 실현된 매출액에 비례하는 수수료의 형태, 급료 및 수수료의 혼합형태로 지불될 수 있다. 수수료가 지급되는 경우에는 적어도 3개월마다 정산되어야 한다(노동법전 L.751-12). 이러한 수수료는 임금으로서의 성격을 갖는다. 그렇지만 원칙적으로 최저임금에 관한 법은 VRP에게 적용되지 않는다. 근로시간에 관한 규정도 적용되지 않는다. 그러나 일반근로자와 마찬가지로 연차유급휴가권은 인정된다.

계약종료와 관련하여 살펴보면, 기간의 정함이 없는 계약의 경우에는 계약해지(해고)예고(1개월~3개월) 및 예고수당제도가 적용된다(노동법전 L.751-5조). 또한 계약종료시에는 일정한 요건 하에서 고객수당금(indemnité de clientèle)이 지급된다. 이러한 고객수당금은 ① 사용자가 기간의 정함이 없는 계약을 일방적으로 해지하고, 이러한 계약해지가 VRP의 중대한 과실

(une faute grave)에 기인하지 않는 경우 또는 노동능력의 영구적인 완전한 상실을 초래하는 사고 내지 질병에 의해 계약이 해지되는 경우, ② 기간의 정함이 있는 계약(유기계약)이 기간 만료 이전에 사용자에게 의해 해지되고 VRP의 중대한 과실에 기인하지 않는 경우 또는 기간이 만료된 계약이 갱신되지 않는 경우에 그 지급이 예정되고 있다(노동법전 L.751-9조). 다만, 이러한 고객수당금은 VRP가 본인의 활동·노력에 의해 고객을 새롭게 확보·증대하는 등 그 기여에 대한 보상적 성격으로 지급되는 것이고, 따라서 고객수당금은 임금의 성격을 갖지 않는다.

2) 재택근무자 (travailleur à domicile)

가) 개념 정의

재택근무자는 다음의 요건을 충족하는 자이다.

- 하나 또는 둘 이상의 사업장의 이익을 위하여 일정한 보수를 대가로 하여 자신에 직접적으로 부여되거나 중개인을 통해 부여된 업무를 수행할 것
- 주문자 사업장 외의 장소인 자신의 주거에서의 업무수행
- 일정한 보수의 수령 및 보수계산기준의 사전 결정 → 예컨대, 편집자가 만화가의 작품을 거부하고 합의된 보수와는 상이한 금액을 지급할 수 있는 경우에는 이러한 만화가는 재택근무자에 해당하지 않는다는 것이 판례의 입장이다.⁷⁹⁾
- 독자적으로 업무를 수행하거나 자신의 배우자나 부양가족 또는 보조자 1인과 더불어 업무를 수행할 것

위의 요건을 충족하는 재택근무자는 일반 근로자에게 적용되는 법령상의 규정들의 적용을 받게 된다(노동법전 L.721-6조 제1항). 즉, 재택근무자의 근로자성이 법에 의해 인정되고 있다. 그리고 재택근무자에 해당하는가 여부를 판단함에 있어서는 다음의 사항은 고려대상이 되지 않는다(노동법전 L.721-1조 제2항).

79) Cass. soc., 22 janvier 1981, n°79-12. 795, Sté Gallimard c/ Audin et a. (파기원 사회부, 1981년 1월 22일 판결, Gallimard사건).

- 재택근무자와 주문자 사이에 법적인 종속관계가 존재하는지 여부
- 재택근무자가 주문자의 즉각적이고도 통상적인 감독 하에서 근로하는지 여부
- 재택근무자가 일하는 장소 및 그가 사용하는 설비가 본인의 소유인지 여부
- 재택근무자 스스로가 부수적인 재료를 조달하는지 여부
- 근로가 이루어지는 시간량

즉, 재택근무자로 간주될 수 있는 요건을 충족하고 있으면 비록 법적인 종속관계가 인정되지 않더라도 근로자성을 법적으로 승인하고 있는 것이다. 이는 재택근무자의 경제적 종속성을 고려하여 입법에 의한 보호를 부여하려는 태도로 해석할 수 있다.

나) 재택근무자에게 적용되는 특칙

주문자는 노동법상 사용자에게 인정되는 일반적 의무 및 재택근무자의 사용과 관련한 특별한 의무를 부담하게 된다. 예컨대, 계약을 종료하는 경우에는 정당한 이유가 있어야 한다. 그리고 재택근무자의 사용개시 및 종료시에 근로감독관에 대한 신고할 의무가 있다(노동법전 L.721-7조).

재택근무자의 근로조건과 관련하여 일정한 특칙이 법에 의해 규정되고 있다. 우선, 시간의 근로와 관련하여 주문자가 정한 기간으로 인해 재택근무자가 1일 8시간을 초과하는 근로를 하여야 하는 경우 초과하는 2시간에 대해서는 25%의 할증, 초과하는 3시간째부터는 50%의 할증률이 적용된다(노동법전 L.721-16조). 연차유급휴가와 관련하여 주문자는 총보수의 10%에 상응하는 수당을 보수지급기에 보수와 더불어 지급하여야 한다.

3) 연예인·예술가 등 (artistes de spectacles)

1969년에 제정된 법률은 연예인·예술가와 후술하는 모델의 근로자성을 법적으로 추정하고 있다. 이러한 법적 추정에 의해 입증책임의 전환이 이루어지게 되었고, 근로자가 아니라는 점(즉, 종속관계가 없다는 점)은 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다.

가) 근로계약의 추정

개인(자연인) 또는 법인이 보수와 교환하여 제작을 위하여 연예인·예술가의 협력을 확보하기 위한 모든 계약은 근로계약으로 추정되고 다만, 연예인·예술가가 상업등기부(le registre du commerce)에 등기한 조건에 따라 계약의 대상이 된 활동을 행하는 경우에는 그러하지 아니하다(노동법전 L.762-1조 제1항).

이러한 근로계약의 추정은 보수의 지불방법, 보수액, 계약의 명칭에 불문하고 이러한 이루어진다. 또한 연예인·예술가가 자신의 기교를 자유롭게 표현할 수 있는 자유를 갖는다는 점, 사용하는 도구의 전부 또는 일부를 소유하고 있거나 자신이 직접 출연하는 때에 보조자를 고용한다는 점에 의해 이러한 추정이 반복되지 않는다(동조 제2항) 근로계약의 추정이 적용되는 연예인·예술가의 범위에 대하여 법은 예시적으로 오페라가수, 배우, 무용가, 음악가, 가수, 지휘자, 관현악편곡자 등을 열거하고 있음(동조 제3항).

근로계약의 추정은 반증에 의해 반복될 수 있다. 구체적인 사실관계에 비추어 사용종속관계(이른바 법적인 종속관계)가 인정되기 어려운 경우 예컨대, 대중적 인기가 높은 스타의 경우에는 근로자성을 인정하기 곤란할 것이다.

나) 근로계약의 체결과 관련된 특칙

근로계약은 개개 당사자간에 체결되어야 한다. 그러나 동일한 흥행물에 출연하는 복수의 연예인·예술가들 또는 동일한 오케스트라에 소속된 복수의 연주자들의 경우에는 공통의 계약서를 체결할 수 있다(노동법전 L.762-1조 제4항).

공통의 계약서를 체결하는 경우 계약서에는 사용되는 모든 연예인·예술가들의 성명과 이들 각 자의 보수액을 기재하여야 한다(동조 제5항)

이러한 근로계약은 계약서에 기재된 연예인·예술가 각인으로부터 위임을 받는 것을 조건으로 하여 1인이 계약서에 서명할 수 있다(동조 제6항).

다) 보수관련 특칙

연기·연주 등을 녹화·녹음한 것을 판매·활용과 관련하여 사용자 또는 여타의 모든 이용자들이 연예인·예술가에게 지불하는 보수는 이러한 녹화·녹음의 활용함에 있어서 연예인·예술가의 신체적 활동이 별도로 요구되지 않고 그 보수가 녹화·녹음의 판매 또는 활용과 관련하여 지급되는 것인 한 임금으로 간주되지 않는다(노동법전 L.763-2조). 엄밀한 의미에서의

임금은 계약서에 규정되어 있고 연예인·예술가 본인의 신체적 활동(직접적 출연)에 대하여 지급되는 것에 국한된다. 따라서 이른바 로열티(저작권사용료)는 임금에 해당하지 않게 된다.

4) 모델 (Mannequin)

가) 근로계약의 추정

모델의 경우에도 연예인·예술가와 마찬가지로 법에 의해 근로계약이 추정되고 있다. 즉, 개인(자연인) 또는 법인이 보수와 교환하여 모델의 협력을 확보하기 위한 모든 계약은 근로계약으로 추정된다(노동법전 L.763-1조 제1항). 보수액, 보수의 지불방법, 계약의 명칭에 불문하고 이러한 근로계약의 추정이 이루어지며, 모델이 그 업무수행에 있어서 완전한 행위의 자유를 보유한다는 증명에 의해 이러한 추정이 반복되지 않는다(동조 제2항)

나) 근로계약관련 특칙

모델업체와 모델간의 근로계약, 모델업체와 모델사용업체간의 계약은 서면으로 체결되어야 하고 법(시행령)이 정하는 일정한 사항에 대하여 반드시 명시하여야 한다(노동법전 L.763-4조 제1항). 모델업체와 모델간의 근로계약은 ① 모델업체와 모델사용업체간에 체결되는 모델사용계약서의 교부일, ② 단체협약의 적용과 관련한 모델의 직업자격, ③ 모델에게 지급되는 임금·보수의 금액 및 그 결정·지급방식, ④ 보충적 퇴직금고 및 모델업체가 속하고 있는 사회보장기관의 명칭과 주소, ⑤ 모델 녹화물의 판매·사용·재생산에 따른 보수지급의 조건을 명시하는 규정 등을 포함하여야 한다(노동법전 R.763-1조)

다) 보수관련 특칙

모델에게 지급되는 보수와 관련하여 모델활동 녹화물의 판매 또는 활용과 관련하여 사용자 또는 여타의 모든 이용자들이 모델에게 지불하는 보수는 이러한 녹화물의 활용을 위한 모델의 신체적 활동이 별도로 요구되지 않고 그 보수가 녹화물의 판매 또는 활용과 관련하여 지급되는 것인 한 임금으로 간주되지 않는다(노동법전 L.763-2조).

모델에게 지급되는 임금은 모델사용업체가 모델업체에게 지급하는 금액의 일정 비율 이상이어야 하고, 이러한 비율은 모델활용유형에 따라 단체협약으로 정한다(노동법전 L.763-5조).

그리고 모델의 양성 및 관리를 위해 모델업체가 미리 부담한 비용은 모델에게 지급되는 임금 및 기타 금품의 20%를 넘지 않는 선에서 공제를 통한 비용회수가 가능하다(노동법전 L.763-6조 제2항).

라) 기타 근로조건관련 특칙

모델의 근로조건과 관련된 특칙을 살펴보면, 우선 모델은 각각의 노무제공 마다 그 기간에 불문하고 연차유급휴가보상수당에 관한 권리를 가지며, 그 수당액은 모델에게 지급되는 총보수액의 1/10을 하회할 수 없고, 노무제공 종료시에 지급되어야 한다(노동법전 L.763-7조).

모델이 노무를 제공하는 기간동안 모델이용자는 법령, 단체협약이 정하는 근로시간, 야간근로, 주휴, 공휴일, 위생·안전, 여성·연소자근로에 관한 규정의 적용에 관한 책임을 부담한다(노동법전 L.763-8조).

5) 공동주택의 수위·고용원 (concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation)

가) 개념 정의

공동주택의 수위·고용원이라 함은 근로계약에 부수하여 해당 건물에 주거하면서 건물의 경비, 관리 또는 이러한 직무의 일부를 행하고 소유주 또는 임차인으로부터 보수를 지급받는 모든 자를 말한다(노동법전 L.771-1조 제1항).

나) 근로관계 규율의 특칙

공동주택의 수위·고용원은 원래 근로자의 지위를 당연히 인정받지만 이를 고용하는 고용주가 기업이 아니라 주택 소유자 또는 임차인이라는 점, 근로계약상의 근로제공에 수반하여 공동주택에 주거하는 점 등의 특수성이 있기 때문에 일반 근로자에게 적용되는 노동법의 일부 규정들이 적용되지 않거나 일반 근로자와는 다른 별도의 특별한 규정들이 적용된다.

우선, 명시적으로 적용이 배제되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 노동법전의 규정들이 적용되지만 근로시간에 관한 법규, 정리해고관련 법규 등은 적용되지 않는다. 그러나 일반근로자와 마찬가지로 연차휴가제도가 적용되고 다만, 그 적용관련 특칙(휴가기간 중의 근로자대체 등)이 노동법전 L.771-4조 및 L.771-5조에 규정되고 있다. 그리고 주휴, 공휴일 등에 관한 단

체협약상의 규정이 적용된다.

다음으로, 해고하는 경우 최소 3개월 이전 또는 3개월의 임차료에 해당하는 보상금의 지급 없이는 퇴거시킬 수 없다. 이는 근로자의 주거와 관련한 보호제도라고 볼 수 있다. 다만, 근로자에게 그 직무상 중대한 귀책사유(faute grave)가 있는 경우 사용자의 신청에 따른 법원의 명령으로 즉각 퇴거가 허용된다(노동법전 L.771-3조).

6) 가사사용인 (employé de maison)

가사사용인은 私人에 의해 고용된 가사(travaux domestiques)에 종사하는 자를 말한다(노동법전 L.772-1조).

가사사용인의 근로자성은 인정되지만 그 업무의 특수성 등으로 인하여 노동법상의 모든 규정이 적용되지는 않고 그 일부의 적용이 배제되고 있다.

명백히 기업에 적용되는 규정들을 제외하고는 노동법전이 적용되는 것이 원칙이다. 그리고 가사사용인에게 적용되는 전국단체협약이 존재하고 있다. 근로시간, 주휴에 관한 노동법전의 규정은 적용되지 않지만 가사사용인 전국단체협약은 1주 40시간 근로, 연속하는 24시간 이상의 주휴를 규정하고 있다. 노동절공휴일, 경조사(본인·자식의 결혼, 배우자·부모의 사망 등)에 따른 유급휴가연차휴가에 관한 규정은 적용된다(노동법전 L.772-2조 참고). 계약종료와 관련하여 해고에 관한 규정은 적용되는 것이 원칙이나 정리해고에 관한 규정은 적용되지 않는다.

(3) 소 결

지금까지 프랑스에서의 근로자의 개념과 판단기준, 특수고용관계에 적용되는 법제도의 주요 내용을 살펴보았다. 이러한 고찰로부터 도출할 수 있는 특징과 시사점을 언급하면 다음과 같다.

첫째, 근로자 여부의 판단에 있어서 종속관계를 주요한 기준으로 삼고 있는데 이러한 종속관계를 법적 종속관계라고 부른다. 프랑스에서는 근로자 여부를 판단함에 있어서 경제적 종속관계를 판단 기준으로 삼고 있지 않다.

둘째, 엄밀한 의미에서의 법적인 종속관계가 인정될 수 없는 특수고용관계에 맺고 있는 자들(VRP, 재택근무자, 연예인·예술가, 모델)에 대해서는 그 경제적 종속성을 고려하여 입법적

으로 근로자성을 인정하거나 추정하고 있다. 그렇지만 근로자에 유사한 자(이른바 유사근로자 또는 준근로자)라는 통일적 개념을 입법적으로 규정하고 있지는 않으며 특수고용관계 유형별로 그에 고유한 특별한 규정들을 마련하고 있다. 따라서 프랑스의 특수고용관계법제는 특수고용의 형태에 따른 유형별 규율의 입법태도를 취하고 있다고 평가할 수 있다.

셋째, 근로자의 지위는 당연히 인정되지만 사용자 또는 업무의 특수성 등으로 인해 일반 근로자와는 달리 취급되어야 할 직업유형(공통주택의 수위·고용원, 가사사용인)을 설정하여 노동법상의 일부 규정(주로 근로시간 및 정리해고관련 규정)의 적용을 배제하거나 해당 직업 유형에 고유한 규율의 내용을 별도로 정하고 있다.

넷째, 특수고용관계에 해당하는 자들의 경우에도 단결권이 인정되고 이들에게 적용되는 단체협약이 현실적으로 존재하고 있다. 따라서 법이 규정하고 있지 않는 사항에 대해서는 대개 단체협약에서 규정하게 된다.

다. 영국

영국의 경우 노동관계법에서 피용자 및 고용계약에 대한 개념을 규정하고 있지만 궁극적으로 근로자성 인정 여부에 관한 판단기준은 판례에 의해 마련되어 왔다. 인적 종속성을 강조 하였던 전통적 기준(이를 통제기준이라고 부름) 외에도 다른 여러 가지 기준들이 마련되어 있고 어떤 기준이 결정적인 기준으로 기능하고 있지는 않다. 다른 한편, 노동관계제정법(법률)은 고용계약관계를 맺고 있는 전통적인 피용자뿐만 아니라 워커(worker)⁸⁰라는 새로운 개념을 도입하여 법의 적용대상 범위를 확대하고 있다.

(1) 근로자성 판단기준

노동관계법의 적용대상을 피용자(employee)로 한정하고 있는 경우가 많기 때문에 어떠한 노무공급자가 피용자에 해당하는가 하는 문제가 제기된다. 1996년 고용권리법(Employment Right Act)에 의하면, 피용자는 “고용계약(contract of employment)을 체결하였거나 고용계약 하에서 근로를 제공하고 있는 자(또는 고용이 종료된 경우에는 고용계약 하에서 근로를 제공

80) worker를 ‘근로자’로 번역하지 않고 ‘워커’라고 칭한 이유는 후술하는 바와 같이 우리나라에서 근로자 해당한다고 볼 수 있는 개념인 ‘피용자’(employee) 보다도 더 넓은 의미의 노무제공자를 뜻하는 것으로 사용되고 있는데 이를 근로자로 번역하게 되면 의미상의 혼란이 초래될 수 있기 때문에 다른 적합한 용어를 찾을 수 없어서 편의상 ‘워커’라고 부르고 있다.

하였던 자)”이다.⁸¹⁾ 그리고 고용계약은 “노무공급계약(contract of service) 또는 도제계약(contract of apprenticeship)으로 그것이 명시적이든 묵시적이든 그리고 명시적인 경우 구두에 의한 것이든 서면에 의한 것이든 관계없는 계약”을 말한다.⁸²⁾

고용계약에 해당하는가 여부에 관하여 판례에 의해 확립된 전통적인 판단기준은 이른바 통제기준(control test)이라는 것이다. 이것은 사용자가 근로시간과 근로장소 및 작업방식에 대하여 결정·감독하는 권한을 갖고 있는가를 핵심 요소로 하고 있다. 그렇지만 기술이 발전하고 그와 더불어 노동방식 자체가 변화됨에 따라 이러한 전통적인 통제기준으로는 타당한 결과를 도출할 수 없다는 점에서 새로운 판단기준들이 제시되었고, 따라서 오늘날 어떠한 판단기준이 결정적인 기준으로 확립되었다고 말할 수는 없는 상황이다. 새로운 판단기준으로 대표적인 것을 언급하자면, 통합성 기준(integration test), 경제적 실체기준(economic reality test), 의무상호성 기준(mutuality of obligation test), 복합기준(multiple test) 등이 있다.⁸³⁾ ‘통합성 기준’은 노무제공자가 사용자의 조직에 완전히 통합되어 있는가를 판단기준으로 한다. 달리 말하면 이른바 조직적 종속성이 인정되는가를 핵심징표로 삼는 기준이라고 말할 수 있다. 예컨대, 징계·고충처리절차의 적용 여부, 부가급부제도의 적용 여부 등이 중요한 지표가 작용한다. 그렇지만 통합성기준은 통합성이라는 용어 자체가 애매하기 때문에 많은 판결례에 의해 지지되지 않는 것이다. ‘경제적 실체기준’은 노무제공자가 자신의 이익을 위해 사업을 행하고 있는가 그렇지 않으면 최종적 손실의 위험을 부담하고 이익의 기회를 갖는 다른 자를 위하여 근로를 제공하는가를 판단기준으로 한다. 예컨대, 보수지불방식, 타인을 고용할 수 있는 자유, 자신의 작업도구 제공 여부, 자신의 업무에 대한 투자, 세금납부방식 등이 중요 지표로 작용한다. 그런데 작가, 배우, 가수 등은 통상적으로 자신의 이익을 위한 사업을 갖고 있는 것이 아니라 생활비를 획득하고 있을 뿐이기 때문에 경제적 실체기준은 전문적 직업에 종사하는 자에는 그다지 유용하지 않다는 비판이 제기되고 있다.⁸⁴⁾ ‘의무상호성 기준’은 일정한 기간에 걸쳐 고용관계를 유지하고 있는 계약당사자간에 상호적인 의무가 존재하는가를 판단기준으로 한다. 예컨대, 고용의 기간, 고용의 정규성, 근로거부의 권리, 해당 사업분야의 관행 등이 중요 지표가 작용한다. 경제적 실체기준에 의하면 고용계약에 의해 고용되었다고 볼 가

81) 고용권리법(contract of employment) 제230조 제1항.

82) 고용권리법(contract of employment) 제230조 제2항.

83) Brendan Burchell, Simon Deakin and Sheila Honey, *The Employment Status of Individuals in Non-standard Employment*, Research Paper for the Department of Trade and Industry, 1999, pp.5-11 참조.

84) Hall v. Lorimer [1994] IRLR 171 (CA).

능성이 있는 자도 의무상호성 기준에 의하면 피용자로 보지 않게 될 가능성이 높게 된다. ‘복합기준’은 위에서 설명한 어느 하나의 기준에 의해 피용자 여부를 결정적으로 판단할 수는 없고 여러 가지 요소를 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다는 것이다. 다음과 같은 3가지 요소, 즉 ① 노무제공자가 임금 기타의 보수를 대가로 사용자를 위해 어떤 노무를 수행하기 위하여 자신의 노동과 기술을 제공하는 것에 동의하고, ② 명시적 또는 묵시적으로 노무를 수행함에 있어서 상대방을 사용자라고 부르기에 적합할 정도로 상대방의 지배에 복종할 것을 합의하고, ③ 기타의 계약조항이 고용계약과 모순되지 않을 것을 구체적 요소로 하고 있다.⁸⁵⁾

(2) 제정법(법률)에 의한 고용개념의 확대

여러 가지 제정법(법률) 가운데에는 그 입법목적에 의거하여 고용개념을 확대하고 있는 경우가 존재한다. 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act)과 1976년 인종관계법(Race Relation Act), 1995년 장애인차별금지법(Disability Discrimination Act)은 고용에 대하여 “노무공급계약, 도제계약 또는 어떤 작업(any work)을 본인이 행하는 계약 하에서의 고용”으로 규정하고 있다. 그리고 1992년 노동조합 및 노동관계(통합)법(Trade Union and Labour Relation (Consolidation) Act)은 피용자 이외에 워커(worker)라는 개념을 사용하여 동법의 적용대상을 확대하고 있다. 그 개념규정에 의하면, 워커는 “어떤 자가 ① 고용계약 또는 ② 본인의 직업적 고객(a professional client)에 해당하지 않는 계약상대방에게 일정한 근로 또는 서비스를 직접적으로 제공할 것을 약정하는 여타의 계약 --- 하에서 (통상적으로) 근로하거나 근로하려고 하는 자”를 말한다.⁸⁶⁾ 그리고 1996년 고용권리법에서도 워커의 개념을 규정하고 있다. 즉, 워커는 “① 고용계약 또는 ② 명시적이든 묵시적이든 그리고 명시적인 경우 구두에 의한 것이든 서면에 의한 것이든 관계없이 자신의 직업적 또는 영업사업의 고객(a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual)에 해당하지 않는 계약상대방에게 일정한 근로 또는 서비스를 직접적으로 제공할 것을 약정하는 여타의 계약을 체결하였거나 그러한 계약 하에서 근로하는 자(고용이 종료된 경우에는 그러한 하에서 근로를 제공하였던 자)”를 말한다.⁸⁷⁾ 결국 개별적·집단적 노동관계법에서 워

85) 小宮文人, 『イギリス労働法』, 信山社, 2001, 56면 참조.

86) 노동조합 및 노동관계(통합)법(Trade Union and Labour Relation (Consolidation) Act) 제296조 제1항.

87) 고용권리법(contract of employment) 제230조 제3항.

키는 전통적인 고용계약 하에서 근로를 제공하는 자(즉, 엄격한 의미의 근로자에 해당하는 피용자)에 국한되지 않고 있으며 계약상대방과 고객관계를 맺고 있는 진정으로 독립된 사업을 운영하는 자를 제외하고 근로 또는 서비스를 제공하는 자를 모두 포괄할 수 있는 넓은 개념으로 취급되고 있다.

(3) 소 결

영국에서는 근로자성 여부를 판단하기 위한 판례상의 기준과 제정법(법률)상의 개념이 확립되어 있는데 그 특징을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 전통적으로 근로자에 해당하는가 여부는 고용계약관계를 맺고 있는 피용자인가 여부에 관한 문제로 다루어졌고 판례에 의해 그 판단기준이 설정되었다. 판례상의 기준에 의하면, 인적 종속성을 중심으로 하는 통제기준 이외에도 여타의 기준들이 제시되고 있지만 어느 하나의 기준이 절대적인 판단기준으로 기능하고 있지는 않다. 법원은 구체적인 사안에 대응하여 이러한 여러 기준들을 고려하여 적용하고 있다. 따라서 근로자성 여부를 판단함에 있어서 인적 종속성이 절대적 기준으로서의 지위를 차지하고 있는 것은 아니다.

둘째, 개별적 노동관계법(고용권리법)과 집단적 노동관계법(노동조합 및 노동관계(통합)법)에서는 피용자 개념 이외에도 워커라는 개념을 규정함으로써 법의 적용범위를 확대하고 있다. 상대방을 위하여 노무를 제공하는 계약관계가 비록 엄밀한 의미에서의 고용계약관계(즉 근로계약관계)에 해당하지 않는다고 할지라도 그 계약이 상대방이 노무제공자의 고객에 해당하지 않는 한 그러한 노무제공자는 독립의 사업자가 아니기 때문에 해당 법률의 적용대상자로 파악하고 있는 것이다.

6. 특수고용관계 종사자 보호를 위한 제도개선의 방향

인적 종속성을 기준으로 하여 종속노동과 독립노동을 구별하는 전통적 이분법을 전제로 할 때 인적 종속성이 결여되어 있지만 경제적 종속성으로 인해 완전한 독립사업자로 볼 수 있는 특수한 노무공급자를 일응 특수고용관계 종사자로 볼 수 있다. 이러한 특수고용관계 종사자의 등장은 종속노동과 독립노동의 구별을 점점 더 어렵게 하고 있다. 그렇다면 ① 종속노동에 관한 종래의 판단기준을 완화하여 종속노동의 외연을 확대하여야 하는가(종속노동 외연확대론)? 아니면 ② 유사근로자와 같은 중간적 범주를 설정함으로써 전통적 구별을 다원화하여

야 하는가(준종속노동 범주설정론)? 그것도 아니면 ③ 노동법 차원에서의 전통적 구별은 유지하되 사회보험제도 및 기타 민·상사법 등의 분야에서 그 지위개선을 추구하여야 하는가(비노동법적 지위개선론)?

첫째, 외국의 사례 및 경험에 비추어 알 수 있듯이 기본적으로 근로자성 여부에 관한 판단 기준은 구체적 사안에 따라 판례에 의해 확립·발전될 수밖에 없는 측면을 부인하기 어렵다. 다만, 인적 종속성을 중심으로 하였던 판단기준에 머물지 않고 여러 가지 다양한 기준들이 모색되어 왔던 점이 간과되어서는 안 된다. 영국에서의 통합성 기준, 경제적 실체 기준, 복합 기준 등을 그 예로 들 수 있다. 특히 노조법과 근기법상의 근로자개념은 서로 중첩되는 부분이 많지만 목적과 필요성이 다르므로 사용종속성의 구성요소와 판단방법도 다를 수 있다는 점 역시 고려되어야 한다. 이러한 측면에서 양자의 개념을 동일시하고 있는 일부 판례의 경향은 재고될 필요가 있다.

둘째, 특수고용관계 종사자의 문제를 입법적 규율에 의해 해결하고 있는 국가로서 독일은 유사근로자라는 중간적 범주를 새롭게 설정하여 부분적 보호를 행하고 있고, 영국은 워커라는 개념을 통해 노동관계법의 적용을 확대하고 있고, 프랑스는 특수고용관계의 유형별로 규율의 내용을 달리하고 있다.

독일식으로 유사근로자라는 새로운 범주를 설정하는 방식은 특수고용관계 종사자의 법적 지위 인정문제를 통일적으로 처리할 수 있는 장점을 갖지만 특수고용형태가 현실적으로 매우 다양하고 장차 특수고용관계의 외연이 확장될 가능성이 크다는 점에서 유사근로자에 대한 정의 자체가 지극히 곤란하고 적용될 수 있는 보호의 내용 역시 상당히 한정적일 수밖에 없다는 한계가 존재한다. 유사근로자 내지 준근로자 개념이 도입되는 경우 일부 규정만이 적용되므로 상황에 따라 근기법상 근로자로 인정되어 근기법상 모든 권리를 인정받을 수 있는 근로자가 일부 규정만 적용받게 될 우려 내지 사용자의 탈법적 남용가능성도 배제할 수 없게 된다. 아울러 이 방안은 준근로자 내지 유사근로자의 개념을 어떻게 설정할 것인지 하는 점, 무슨 기준으로 적용규정을 설정할 것인가 하는 점, 4인미만 사업장의 정규근로자에게 근로기준법이 부분 적용되고 있는 상황에서 특수형태근로 종사자에게 근기법을 적용시키는 것은 형평성에 반한다는 지적 등이 문제로 제기된다.

영국식으로 워커라는 개념을 설정하는 방식 역시 계약상대방이 노무제공자의 고객인가 여부는 궁극적으로 엄밀한 의미에서의 독립사용자의 경우를 제외하고는 근로자성을 인정하는 것으로 노동관계법의 적용대상을 확대하기 위한 장점을 갖고 있지만 일반근로자와 워커의 구

별 자체가 모호해질 수 있다는 문제점을 안고 있다.

프랑스식으로 특수고용관계의 유형별로 보호필요성에 입각하여 보호의 내용을 달리 규정하는 개별적인 접근방향은 실태에 상응하는 실효적인 보호를 행할 수 있는 장점을 갖지만 특수고용관계 규율의 복잡성, 규율의 통일성 내지 일관성 결여, 현실적으로 가능한 입법규율방식 등에서 한계가 존재한다.

셋째, 특수고용관계 종사자에 대한 노동법적 지위의 인정방향과 노동법 이외의 차원에서 그 지위를 개선하기 위한 방향은 구별하여 논할 필요가 있다.

우선, 사회보험제도의 적용 여부는 사회적 위험으로부터의 보호 필요성이라는 관점에서 접근 가능한 것이기 때문에 노동법상의 근로자지위가 부인된다고 할지라도 보호필요성이 인정되는 특수고용관계 종사자에 대한 적용방안을 마련할 수 있을 것으로 본다.

민·상사법분야에서의 지위개선을 위한 방안도 고려할 필요가 있다. 예컨대, 보험모집인의 경우 프랑스의 고객수당제도를 적극적으로 고려해 볼만하다. 그러한 방향에서 현행 보험업법의 개정을 통해 일정한 요건 하에서 모험모집인의 위촉계약 종료후의 보험모집수당지급제도를 마련하는 방안을 모색할 수 있을 것이다.

제 4 장 특수고용관계종사자의 실태

1. 개요

현재 논의가 되고 있는 다양한 특수고용관계종사자 중 일부 직종에 대해서는 어느 정도 실태조사가 되어 있는 것이 사실이다. 그러나 규모가 지나치게 한정되어 전반적인 특성을 파악하기란 쉽지 않은 것으로 나타나고 있다. 따라서 본 연구에서는 조사의 규모를 늘리고 설문을 정치화하여 조사대상은 경기보조원, 학습지교사 보험설계사, 구성작가로 한정하여 실태조사를 실시하였다.

실태조사의 실시에 있어 핵심은 모집단의 확보와 이에 대한 특성을 파악함으로써 적절한 표본을 추출하고 이로부터 나타나는 특성으로부터 모집단의 특성을 추정하는 것이다. 그러나 안타깝게도 본 연구가 관심을 갖는 네 직종에 대한 모집단 정보를 파악하기란 거의 불가능한 것으로 나타난다. 이미 이전 장에서 밝혔듯, 이들의 직종조차 파악하기 어려우며 가장 근접한 직종을 파악한다 할지라도 중분류 또는 소분류 정도의 직종을 포착하는 현존 통계조사의 자료를 이용하여 모집단의 수를 파악하는 것조차 불가능한 실정이다.

따라서 본 실태조사를 실시하는 데 있어 표본을 추출하기 위한 모집단은 존재하지 않은 상태이며 각 직종별로 표본을 추출할 수 있는 최선의 노력을 하였다. 경기보조원의 경우 골프장의 분포는 파악할 수 있었으므로 이러한 분포를 고려하여 골프장을 표본추출한 이후 각 골프장에서 10명 정도의 경기보조원을 임의추출하여 실태조사를 실시하였다. 본 실태조사에 응한 경기보조원은 229명(남성 2명 포함)이다. 보험설계사의 경우 현존하는 보험회사를 대상으로 소속된 보험설계사를 임의추출하는 한편 특정 보험회사에 속하지 않은 보험설계사들을 찾아서 추가하는 방식을 취하였다. 설문에 응한 보험설계사는 400명(남성 46명 포함)이다. 학습지교사의 경우 대표적인 학습지회사들의 지점을 파악한 후 이에 속한 학습지교사를 임의추출하였으며 실태조사에 응한 학습지교사는 296명(남성 31명 포함)이다. 구성작가의 경우는 다소 다른 방식을 취하였다. 이들이 속하는 사업체는 서울지역의 방송3사 및 기타 방송사, 주요 방송사의 지방 방송사 및 지역에 거점을 둔 지방방송사, 방송사와 일종의 원하청관계를 유지하는 방송관련 외주업체들을 들 수 있다. 구성작가의 실태조사에서는 서울 KBS, MBC, SBS 3

사에 속한 구성작가와 외주업체에 속한 구성작가(각종 방송아카데미 동창회 소식 및 주소록에서 파악된 경우)를 표본으로 하였으며 총 121명(남성 1명 포함)이 조사되었다.

실태조사를 진행하는 과정을 간단히 소개한다. 먼저 본 연구의 초점이 특수고용관계종사자의 근로자성을 판단하기 위한 기초자료를 제공하는 것이므로 판례 및 학설 등에서 근로자성 판단의 준거가 되는 기준들과 인적 특성 및 일자리의 특성을 파악하기 위한 기본설문을 작성하였다. 다음 단계에서는 해당 직종에 종사하는 자들과의 심층면접을 통하여 각 직종에 적합하도록 설문항을 수정하는 한편 추가로 포착하여야 할 항목들을 더하였다.

본 실태조사에 사용된 설문지는 <부표>에 제시하고 있다.

2. 표본의 구성

본 연구에 사용된 실태조사 표본의 특성이 <표 4-1>에 나타나 있다. 네 직종 모두에서 공통적으로 나타나는 특성은 대부분 여성이라는 점이다. 또한 연령층을 보면, 경기보조원의 경우 30대의 비중이 가장 높으며 20대의 비중도 약 1/3에 달하고 있다. 이러한 연령구조는 학습지 교사에서도 유사하게 나타나고 있다. 다만 경기보조원의 경우 40세 이상이 18%나 차지하는 반면 학습지교사의 경우는 40대에서 5.6%만 차지하고 50대 이상인 경우는 전무하다는 점이 주목할 만하다. 반면 보험설계사의 경우 앞의 두 직종에 비해 연령층이 높은 것을 알 수 있다. 주종을 이루는 연령계층은 40대이며 30대의 비중도 1/3을 약간 상회하고 있다. 오히려 20대나 50대의 비중은 미미하다고 할 수 있다. 구성작가의 경우는 오히려 젊은 층에 집중되어 있음을 알 수 있다. 20대가 80% 가까운 높은 비중을 보이고 있는 반면 40세 이상은 거의 없는 것으로 나타난다.

이들의 학력구조를 살펴보자. 경기보조원과 보험설계사의 경우 고졸이 주종을 이루며 대졸자가 일정 부분을 차지하고 있음을 알 수 있다. 반면 학습지교사나 구성작가의 경우 거의 대부분이 대졸 이상의 학력을 갖고 있는 것으로 나타나 상대적으로 고도의 인적자원수준을 요구하는 직종임을 알 수 있다.

현재 사업체에 근속한 기간을 보면 경기보조원이 5.4년으로 가장 긴 것으로 나타나고 있으며 보험설계사가 4.9년, 학습지교사가 2.3년인 반면 구성작가의 경우는 1.8년에 불과한 것으로 나타나고 있다. 이는 학습지 교사나 구성작가의 입이직이 상대적으로 빈번함을 말해주는 것이며 특히 구성작가의 경우는 고용기간이 상당히 짧음을 알 수 있다(구성작가의 경우 2~3년의 보조작가(sub작가라고 부른다)를 거친 후 본격적인 구성작가(main 작가라 한다)로 오르게

<표 4-1> 표본구성

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
남 성	2	0.9	46	11.5	31	10.5	1	0.8
여 성	227	99.1	354	88.5	265	89.5	120	99.2
20세미만	3	1.3	·	·	·	·	·	·
20세 이상								
30세 미만	80	33.5	17	4.3	101	33.3	96	79.3
30세 이상								
40세 미만	113	47.3	142	35.5	174	57.4	24	19.8
40세 이상								
50세 미만	31	13.0	226	56.5	17	5.6	1	0.8
50세 이상								
60세 미만	12	5.0	15	3.8	·	·	·	·
60세 이상								
무 학	·	·	2	0.5	·	·	·	·
고졸미만	5	2.2	40	10.0	·	·	·	·
고등학교								
중 퇴	3	1.3	7	1.8	·	·	·	·
고 졸	167	74.2	237	59.3	5	1.8	·	·
대학중퇴	12	5.3	14	3.5	1	0.4	·	·
대학졸업	38	16.9	97	24.3	274	96.8	116	95.9
대학원중퇴	·	·	·	·	3	1.1	2	1.7
대학원수료	·	·	·	·	·	·	3	2.5
대학원졸업	·	·	3	0.8	·	·	·	·
	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균
근속기간 (현 사업장)	228	5.4298	399	4.9474	295	2.3322	121	1.7521
경력기간 (동종)	217	7.1659	398	6.0804	44	6.4773	121	3.8182

되는데 표본이 보조작가에 치중될 경우 평균근속기간이 짧게 나타날 수도 있다.). 여기서 눈여겨 볼 점은 학습지교사의 경우 현 사업장에서의 근속기간은 짧은 반면 동종 업종에서의 경력기간은 6.5년에 이르고 있다는 점이다. 이는 학습지교사의 동종 업종에서 사업장 간 이동이 상대적으로 빈번함을 시사하는 것이다.

3. 일자리 실태

(1) 근로시간

여기서는 근로자성의 변별기준을 제외한 일자리 특성에 대해 먼저 논의하기로 한다. 일자의 규칙성(‘현재 일자리에서 규칙적으로 일하고 계십니까?’)을 <표 4-2>에서 살펴보면, 경기보조원의 경우 절반 이상이 ‘계절에 따라 불규칙하게 일한다’고 대답하였으며 38%는 ‘정규근로시간이 정해져 있지는 않으나 규칙적으로 일한다’고 답하고 있다. 경기보조원의 경우 정규근로시간이 정해져 있지는 않으나 ‘순번’에 따라 본인의 라운딩에 의무적으로 투입되어야

<표 4-2> 일자의 규칙성

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
예, 정규근로시간이 정해져 있다	9	3.8	45	11.3	26	8.6	9	7.4
예 정규근로시간이 정해져 있지는 않으나 규칙적으로 일한다	90	37.7	276	69.0	196	64.7	52	43.0
아니오, 불규칙하게 일하지만 계절의 영향을 받지 않는다	7	2.9	65	16.3	60	19.8	56	46.3
아니오, 계절에 따라 불규칙하게 일한다	131	54.8	14	3.5	19	6.3	4	3.3
모르겠다/무응답	2	0.8	·	·	2	0.7	·	·

하며 통상 1일 1라운딩을 원칙으로 하고 있으므로 규칙적으로 일한다고 할 수 있다. 다만 골프장 영업 자체가 고객수에 따르는 계절성을 가지며 성수기에는 1일 2라운딩도 요구되어지는 반면 비수기에는 거의 라운딩이 없으므로 상당수가 계절에 따른 불규칙성에 응답한 것으로 보여진다. 보험설계사와 학습지교사의 경우 일자리의 규칙성이 상당한 것으로 나타나고 있으며 대부분 정규근로시간은 정해져 있지 않으나 규칙적으로 일하는 것으로 나타나고 있다. 반면 구성작가의 경우는 약 절반은 정규근로시간이 없이 규칙적으로 일하며 다른 절반은 계절의 영향을 받지는 않지만 불규칙적으로 일하는 것으로 나타난다. 구성작가의 근무시간은 특별히 정해진 것이 아니라 구성작가가 담당하는 방송프로그램의 규칙성(주1회 또는 2주에 한번, 또는 매일 방송하는 프로그램의 2교대 또는 3교대 등)에 따르는 것이나 방송을 위한 다양한 업무(자료조사, 섭외, 편집 및 방송모니터링 등)를 고려하는 경우 불규칙성이 강하게 부각될 수도 있다. 실태조사에서는 이러한 양면성이 동시에 포착된 것으로 보여진다.

주당 근로시간(“현재 일자리에서 근로시간은 (식사시간을 제외하고) 일주일 평균 몇 시간입니까?”)의 분포를 보여주는 <표 4-3>은 직종 간에 상당한 차이가 있음을 보여준다. 경기보조원의 경우 약 절반이 주당 45~56시간 근무하고 있음을 알 수 있으며 57시간 근무하는 경우도 1/4에 가까운 것으로 나타나고 있다. 반면 보험설계사는 절반 이상이 35시간 미만 근무하고 있는 것으로 나타나며 45시간 이상 근무하는 경우는 22%에 불과한 것으로 나타나 상대적으로 가장 짧은 근로시간을 갖고 있으며 학습지교사의 경우도 상대적으로 짧은 근로시간의 분포를 가지고 있음을 알 수 있다. 구성작가의 경우 절반 이상이 57시간 이상 근무하고 있으며

<표 4-3> 주당 근로시간 분포

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
35시간 이하	19	8.1	219	55.0	106	35.0	8	6.6
36시간 이상	51	21.8	90	22.6	99	32.7	8	6.6
44시간 이하	110	47.0	71	17.8	79	26.1	38	31.4
45시간 이상	54	23.1	18	4.5	19	6.3	67	55.4
56시간 이하	·	50.4	·	35.9	·	67.5	·	58.5
57시간 이상	·	·	·	·	·	·	·	·
평균통상근로시간	·	·	·	·	·	·	·	·
전 체	234	100.0	398	100.0	303	100.0	·	·

<표 4-4> 적절한 근로시간

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	시간	빈도	시간	빈도	시간	빈도	시간
적절한 근로시간	226	41.47	400	34.22	281	34.79	121	41.24

44시간 이하의 근무시간을 갖는 경우는 13%에 불과한 것으로 나타난다. 주당 평균 근로시간을 보면, 대부분 50시간 이상을 하며 보험설계사만 36시간에 불과한 것으로 나타난다. 학습지교사의 경우 68시간이 되어 근로시간이 상당함을 알 수 있다.

적정한 근로시간을 묻는 ‘현재의 시간당 소득(임금)을 고려할 때 적절한 근로시간은?’ 질문에 경기보조원과 구성작가는 41시간, 보험설계사와 학습지교사는 34~35시간이라고 응답하고 있어 보험설계사를 제외하고는 적정근로시간과 실제 근로시간과의 괴리가 상당함을 알 수 있다(<표 4-4>와 <표 4-3>을 비교).

<표 4-5>는 출퇴근시간에 대한 제한(‘출·퇴근시간이 정해져 있습니까?’)에 대한 분포를

<표 4-5> 출퇴근시간

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
출 퇴근시간 모두	27	11.3	81	20.3	9	3.0	1	0.8
출근시간만	14	5.9	277	69.3	118	38.9	17	14.0
퇴근시간만	1	0.4	·	·	·	·	1	0.8
별도의 출퇴근시간은 없지만 대개 일정한 시간(순번제포함)근무	117	49.0	27	6.8	113	37.3	51	42.1
정해진 시간없이 불규칙(순번제이나 근무시간이 불규칙적)	77	32.2	5	1.3	49	16.2	43	35.5
어떠한 정해진 근무시간도 없다	2	0.8	10	2.5	14	4.6	8	6.6
모르겠다/무응답	1	0.4	·	·	·	·	·	·

보여주고 있다. 의무적인 출퇴근시간은 근로자성 여부와도 연관지을 수 있으나 근무시간대의 조절가능성의 확대나 일자리의 특성에 따른 상이함을 고려할 때 이를 근로자성 여부와 직접 연관시키는 데에는 문제가 있다는 점에서 근로자성 여부와 무관하게 이곳에서 미리 살펴보기로 한다. 경기보조원의 경우 별도의 정해진 출퇴근 시간은 존재하지 않으나 ‘순번제’에 의해 근무시간이 제약됨을 알 수 있다. 보험설계사의 경우는 최소한 출근시간(또는 퇴근시간까지)이 정해진 경우가 90%에 이르러 대부분이 일정한 시간대에 동일한 근무시간을 갖고 있음을 알 수 있다. 학습지교사의 경우 약 40%가 정해진 출근시간을 갖고 있으며(학습지교사의 경우 고객을 방문하기 이전에 일정한 시간에 교육을 위한 준비를 하는 것으로 알려져 있다) 37%는 정해진 출퇴근시간은 없지만 일정한 시간 근무하는 것으로 나타나고 있다. 반면 구성작가의 경우 출근시간이 정해진 경우는 15%에 불과하며 대부분 방송프로그램의 편성에 따라 일정시간 (또는 불규칙하게) 근무하는 것으로 나타난다.

(2) 근로소득

특수고용관계종사자의 근로소득은 이의 산정방식, 지급주기, 지급방식, 연간근로소득 및 시간당 근로소득, 소득신고의 측면에서 살펴볼 수 있다. 물론 소득신고의 유형은 근로자성을 판단하는 기준으로도 적용될 여지는 있으나 사업체의 자의성에 의한 부분이 상당히 존재하는 것으로 밝혀지고 있으므로 적당하지 않은 것으로 판단되며 여기서 함께 다루기로 한다.

<표 4-6>은 근로소득의 산정방식을 보여주고 있다. 표에 따르면, 경기보조원과 보험설계사

<표 4-6> 근로소득 산정방식

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
고정급	11	4.6	6	1.5	48	15.5	40	33.1
시간급	17	7.1	·	·	8	2.6	13	10.7
성과급	206	86.2	340	85.0	132	42.7	66	54.5
성과급+고정급	2	0.8	54	13.5	121	39.2	2	1.7
모르겠다/무응답	3	1.3	·	·	·	·	·	·

의 경우 성과급이 주종을 이루고 있음을 알 수 있다. 경기보조원의 경우 라운딩 투입 당 단가가 정해져 있으므로 라운딩 투입횟수에 의해 근로소득이 정해진다. 보험설계사의 경우는 고객유치에 따라 성과급 형태의 근로소득이 결정되나 가입고객의 향후 태도 등 다양한 측면에 의해 성과급의 정도가 조정되는 것으로 나타난다. 학습지교사의 경우도 보험설계사의 경우와 마찬가지로 복잡한 성과급 구조가 나타나고 있는 반면 고정급이 적용되는 경우도 55%에 이르는 것으로 나타나고 있다. 구성작가의 경우 방송사에 있는 경우 근속연수 및 신분(sub 또는 main 작가의 여부) 등을 고려하여 방송사와 방송작가협회 간 협상에 의해 결정된 '원고료 조건표'에 따라 결정되므로 일종의 성과급이라 할 수 있을 것이며 외주업체의 구성작가의 경우는 고정급 형태인 월급제(근속 및 경력을 고려)가 실시되는 것으로 나타난다.

근로소득의 지급주기를 <표 4-7>에서 보면, 경기보조원의 경우 라운딩이 끝날 때 지급하는 것이 통상적인 관례이므로 매일 또는 수시로에 대부분 응답한 것으로 나타나며, 보험설계사와 학습지교사의 경우는 성과급(고정급 포함)을 매월 정기적으로 지급하는 것으로 나타난다. 구성작가의 경우는 고정급을 실시하는 외주업체에서는 매월 지급하는 반면 방송사에 종사하는 구성작가의 경우는 수시로(하나의 업무가 종결되는 프로그램의 방송 이후) 또는 매주(매주 규칙적으로 돌아가는 방송프로그램의 경우) 지급하는 것으로 나타난다. <표 4-8>의 지급방식을 보면 경기보조원의 경우만 고객이 직접 지급하는 것으로 나타나며 일부에서는 이러한 점을 지적하며 경기보조원을 일종의 자영자로 보려는 경향이 있는 것이 사실이다.

<표 4-9>는 연간 근로소득 및 시간당 임금을 보여주고 있다. 예상대로 보험설계사의 근로소득이 가장 높아 연간 2900만원에 이르고 있는 학습지교사는 가장 낮은 1613만 원에 불과한 것으로 나타난다. 그러나 학습지 교사의 근로시간이 짧은 것을 고려할 때 시간당 임금은 구

<표 4-7> 근로소득 지급주기

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
매 월	·	·	382	95.5	297	98.0	44	36.4
매월 두 차례	1	0.4	13	3.3	·	·	11	9.1
매 주	8	3.3	·	·	·	·	14	11.6
매 일	194	81.2	·	·	·	·	·	·
수시로	30	12.6	1	0.3	1	0.3	52	43.0
모르겠다/무응답	6	2.5	4	1.0	5	1.7	·	·

<표 4-8> 근로소득 지급방식

(단위 : %)

	골프장 경기보조원	
	빈 도	비 율
고객이 직접	234	97.9
사용자가 고객으로부터 일괄 취합하여 지급	3	1.3
모르겠다/무응답	2	0.8

<표 4-9> 연간근로소득, 시간당 임금

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균
연간근로소득(천원)	229	1708.2	400	2865.74	286	1613.51	121	1892.86
시간당 임금(원)	236	17307.69	398	16586.37	303	7507.45	120	6893.05

성작가보다 다소 높은 것으로 나타난다. 경기보조원의 대부분은 소득신고를 하지 않는 것으로 나타난다. 이는 근로소득을 고객이 직접 지급하는 방식이 결정적인 것으로 보인다. 어떠한 형태든 소득이 있음에도 불구하고 근로소득세나 사업소득세를 납부하지 않는 것은 세법에 저촉될 여지가 큰 부분이라 할 수 있다. 이러한 점은 경기보조원의 근로자성을 인정하고 사업체가 사회보험 근로자 기여분을 원천징수함과 동시에 근로소득신고를 할 경우 경기보조원이 수령하는 연간 근로소득이 낮아질 가능성이 농후하다. 보험설계사나 학습지교사의 경우 약 2/3는 사업소득신고를 하고 있으며 나머지는 근로소득신고를 하고 있는 것으로 나타나며 경기보조원과는 달리 소득신고를 하지 않는 비중은 상당히 낮은 편이다. 사업소득신고의 비중이 높은 것은 사업체가 특수고용관계종사자 ‘본인의 의사’와는 무관하게 사업자등록을 한 후 이들로 하여금 사업소득신고를 할 수밖에 없도록 한 데서 기인하는 것으로 보인다. 구성작가의 경우 대부분 근로소득신고를 하고 있는 것으로 나타난다.

(3) 4대 사회보험 등 부가급부의 적용

<표 4-10>~<표 4-13>는 4대 사회보험의 적용여부를 보여주고 있다. 대부분의 경우 4대

사회보험에 가입되어 있지 않은 것으로 나타난다, 다만 직종간 차이는 사업체 또는 다른 근로자나 종사자의 일부가 가입되어 있는가 회사 전체에 가입자가 없는가의 응답항에서의 분포에 다소 차이가 있는 것으로 나타나나 이는 후자의 경우 동일 사업체 내에 있는 동일한 신분에 있는 자를 대상으로 한 것인지 직종이나 신분이 다른 자들을 포함하는지에 대한 인식부족에 따른 것으로 보인다.

<표 4-10> 국민연금

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
가입되어 있다	6	2.5	10	2.5	26	8.6	3	2.5
가입되어 있지 않다 (회사/다른 종업원의 일부 가입)	149	62.3	9	2.3	157	51.8	115	95.0
가입되어 있지 않다 (회사 전체에 가입자가 없다)	82	34.3	379	94.8	106	35.0	3	2.5
모르겠다/무응답	2	0.8	2	0.5	14	4.6	·	·

<표 4-11> 건강보험

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
가입되어 있다	9	3.8	22	5.5	23	7.6	1	0.8
가입되어 있지 않다 (회사/다른 종업원의 일부 가입)	146	61.1	10	2.5	158	52.1	3	2.5
가입되어 있지 않다 (회사 전체에 가입자가 없다)	82	34.3	366	91.5	108	35.6	114	94.2
모르겠다/무응답	2	0.8	2	0.5	14	4.6	3	2.5

<표 4-12> 고용보험

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
가입되어 있다	6	2.5	4	1.0	30	9.9	·	·
가입되어 있지 않다 (회사/다른 종업원의 일부 가입)	146	61.1	11	2.8	155	51.2	3	2.5
가입되어 있지 않다 (회사 전체에 가입자가 없다)	86	36.0	382	95.5	104	34.3	115	95.0
모르겠다/무응답	1	0.4	3	0.8	14	4.6	3	2.5

<표 4-13> 산재보험

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
가입되어 있다	12	5.0	4	1.0	58	19.1	·	·
가입되어 있지 않다 (회사/다른 종업원의 일부 가입)	150	62.8	9	2.3	139	45.9	3	2.5
가입되어 있지 않다 (회사 전체에 가입자가 없다)	75	31.4	385	96.3	91	30.0	115	95.0
모르겠다/무응답	2	0.8	2	0.5	15	5.0	3	2.5

경기보조원의 경우 고객이 직접 지급하는 방식이므로 사회보험 적용이 원천적으로 불가능할 것으로 보이는 반면 나머지 직종의 경우는 사업주의 성향에 따라 달라질 수는 있을 것이다. 그러나 비정규근로자의 경우에도 사회보험이 거의 제공되지 않는 점을 고려할 때 근로자성 여부에서조차 논란이 있는 현황을 볼 때 특수고용관계종사자에 대한 사회보험의 적용가능성이 거의 없다는 예상을 보여주고 있는 것이다.

다만 학습지교사의 경우 약 8~10%가 국민연금, 건강보험에, 고용보험에 가입되어 있으며 산재보험의 경우는 20% 가까이 가입되어 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 즉, 다른 직종과는 달리 학습지교사에 대한 사회안전망이 상대적으로 탄탄함을 알 수 있다. 반면 산재위험이

높은 경기보조원의 경우 산재보험 가입률은 5%에 불과한 것으로 나타난다.

<표 4-14>~<표 4-17>은 법정퇴직금, 유급휴가, 병가, 생리휴가 등 주요 부가급부의 수혜 여부를 보여주고 있다. 대부분의 부가급부 혜택을 받지 못하는 점은 사회보험의 적용여부에서 보는 것과 동일하다. 다만, 학습지교사의 경우 약 8%가 법정퇴직금의 혜택을 받고 있으며 경기보조원의 경우 약 30%가 병가를, 약 14%가 생리휴가를 받고 있다는 점은 주목할 만하다.

<표 4-14> 법정퇴직금

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
회사에서 제공되긴 하나, 나는 받고 있지 않다	5	2.1	12	3.0	24	7.9	1	0.8
회사에서 전혀 제공되지 않고 있다	229	95.8	9	2.3	58	19.1	119	98.3
모르겠다/무응답	5	2.1	376	94.0	208	68.6	1	0.8

<표 4-15> 유급휴가

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
받고 있다	6	2.5	8	2.0	21	6.9	6	5.0
회사에서 제공되긴 하나, 나는 받고 있지 않다	10	4.2	15	3.8	57	18.8	.	.
회사에서 전혀 제공되지 않고 있다	218	91.2	374	93.5	206	68.0	114	94.2
모르겠다/무응답	5	2.1	3	0.8	19	6.3	1	0.8

<표 4-16> 병가

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
받고 있다	73	30.5	39	9.8	25	8.3	3	2.5
회사에서 제공되긴 하나, 나는 받고 있지 않다	35	14.6	27	6.8	65	21.5	2	1.7
회사에서 전혀 제공되지 않고 있다	126	52.7	330	82.5	197	65.0	115	95.0
모르겠다/무응답	5	2.1	4	1.0	16	5.3	1	0.8

<표 4-17> 생리휴가

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
받고 있다	33	13.8	5	1.3	11	3.6	·	·
회사에서 제공되긴 하나, 나는 받고 있지 않다	30	12.6	11	2.8	57	18.8	1	0.8
회사에서 전혀 제공되지 않고 있다	171	71.5	380	95.0	217	71.6	119	98.3
모르겠다/무응답	5	2.1	4	1.0	18	5.9	1	0.8

(4) 주관적 인식

<표 4-18>는 전반적인 일자리 만족도를 보여주고 있다. 불만족하다고 응답한 비중은 보험설계사의 11%, 구성작가의 11%, 학습지교사의 14%, 경기보조원의 36%로 낮게 나타나 비교적 만족하고 있는 양상임을 알 수 있다. 특수고용관계종사자의 만족도는 일반적인 임금근로자를 대상으로 한 만족도 조사에서 나타나는 수준보다 높은 것으로 나타나고 있다는 점에 주목할 필요가 있다

<표 4-18> 만족도

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
매우 만족	7	2.9	29	7.2	5	1.7	2	1.7
만족하는 편	43	18.0	154	38.5	102	33.7	21	17.4
보통	93	38.9	171	42.8	147	48.5	54	44.6
불만족스러운 편	72	30.1	43	10.8	36	11.9	31	25.6
매우 불만족	14	5.9	1	0.3	6	2.0	11	9.1
모르겠다/무응답	10	4.2	2	0.5	7	2.3	2	1.7
전체	239	100.0	400	100.0	303	100.0	121	100.0

<표 4-19> 근로자 인정되면 좋은 점

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
모르겠다/무응답	7	2.9	·	·	·	·	·	·
고용안정	150	62.8	222	55.5	171	56.4	83	68.6
높은 급여	17	7.1	93	23.3	63	20.8	29	24.0
초과급여 수령	8	3.3	60	15.0	31	10.2	23	19.0
퇴직금보장	75	31.4	252	63.0	152	50.2	64	52.9
휴일휴가보장	13	5.4	25	6.3	42	13.9	20	16.5
모성보호보장	2	0.8	11	2.8	24	7.9	5	4.1
재해보상	·	·	18	4.5	36	11.9	8	6.6
노동조합활동보장	·	·	24	6.0	3	1.0	3	2.5
정년보장	·	·	34	8.5	15	5.0	3	2.5
퇴직후에도 모집한 수당 보장	·	·	8	2.0	·	·	·	·
없다 혹은 기타	·	·	4	1.0	6	2.0	·	·
무응답	·	·	5	1.3	21	6.9	·	·

‘근로기준법 상의 근로자로 인정된다면 좋은 점’을 물어본 질문에 대해서는, <표 4-19>에서 보듯, 순서는 직종별로 뒤바뀌기는 하나 모든 특수고용관계종사자가 ‘고용안정’과 ‘퇴직금보장’을 들었다(이에 대해, ① 고용안정 ② 높은 급여 ③ 초과급여 수령 ④ 퇴직금보장 ⑤ 휴일휴가보장 ⑥ 모성보호보장 ⑦ 재해보상 ⑧ 노동조합활동보장 ⑨ 정년보장 ⑩ 기타 중 우선순위에 따라 2개를 선택). 학습지교사의 경우 재해보상을 거론한 비중이 12%가 되어 비교적 높게 나타나는 반면 상대적으로 높은 업무상재해위험에 처해있을 것으로 인식된 경기보조원의 경우는 한 사람도 없는 것으로 나타난다. 보험설계사와, 학습지교사 및 구성작가 중 20%를 약간 상회하는 응답자들은 근로자성 인정을 통한 ‘높은 급여’의 가능성을 이야기하고 있다. 근로시간이 상대적으로 긴 구성작가의 경우 약 20%가 ‘초과급여 수령’을 들고 있으며 ‘휴일휴가 보장’을 언급한 경우도 17%나 되는 것으로 나타난다. ‘모성보호의 보장’에 대해서는 대부분 언급하지 않고 있는 것으로 나타나며 ‘노동조합 활동 보장’도 낮은 비중을 차지하고 있다.

4. 근로자성 여부의 판단기준과 관련된 실태

(1) 근로자성 여부의 판단기준

근로기준법 제14조(근로자의 정의)는 ‘직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’로 근로자를 정의하고 있으며 동법 제18조(임금의 정의)는 ‘사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 여하한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품’으로 임금을 정의하고 있다. 또한 제16조(근로의 정의)는 근로란 ‘정신노동과 육체노동을’을 모두 포괄하는 것으로, 제15조(사용자의 정의)는 사용자를 ‘사업주 또는 ... 사업주를 위하여 행위하는 자’라고 정의하고 있다.

이러한 추상적 정의에 대한 실질 기준으로 학설은 다양한 판단기준을 제공하고 있으며 ‘사용종속관계의 존부’ 내지는 ‘사용종속관계의 전제’를 판단기준으로 삼고 있다. 판례상에 나타난 실질적인 사용종속관계의 구체적 판단요소로는

첫째 노무제공의 방식에서

- 업무내용 결정 등 구체적·개별적 지휘감독 유무
- 근무시간 및 장소의 지정 여부 및 그에 대한 구속성 유무
- 근로제공의 대체성 여부

- 작업도구 등의 소유(부담)관계
- 둘째, 보수의 측면에서
- 근로제공 자체의 대상성 여부
 - 기본급, 고정급의 유무
- 셋째, 사업조직에의 결합성 측면에서
- 취업규칙, 복무(인사)규정 등의 적용 여부
 - 근로제공관계의 계속성
 - 사용자에의 전속성의 유무와 정도
- 그리고 마지막으로 법령 상의 지위 등 기타 요소로서
- 근로소득세의 원천징수 여부
 - 사회보장제도 등 여타 법령상의 근로자 지위 인정 여부
 - 양 당사자의 경제·사회적 조건

을 들 수 있다. 부표의 설문지에서 보듯, 본 실태조사는 이미 제시한 근로자성 판단기준의 대부분을 망라하기 위한 설문항들이 응답되도록 구성되었다. 여기서는 중요한 일부에 대해서만 실태를 분석하기로 한다.

(2) 계약관계

계약체결 유무 및 유형(‘일을 시작할 때 어떠한 계약을 체결하였습니까?’)을 묻는 질문에 대해 경기보조원의 대부분은 ‘계약이 없다’라고 답하고 있는 것으로 나타난다. 이는 통상적으로 명시적인 계약관계가 성립하지 않은 상태에서 ‘그럼 이 사업장에서 일하라’는 식의 구두계약이 주종을 이루고 있음을 짐작할 수 있다(첫번째로 실태조사를 실시한 경기보조원의 경우 구두계약이 계약유형에서 제외되어 있었으며 구두계약을 체결한 대부분의 경기보조원이 ‘계약이 없다’로 응답한 것으로 보인다).

반면, <표 4-20>에서 보듯, 보험설계사의 경우에는 47%가 위탁(위촉)계약을 맺고 있는 것으로 나타나며 38%는 계약을 체결한 바 없다고 답하고 있다. 주목할 점은 약 10%의 보험설계사가 근로계약을 맺고 있는 것(으로 인식하고 있는 것)으로 나타난다는 사실이다. 학습지교사의 경우 3/4 이상이 위탁(위촉)계약을 맺고 있는 것으로 나타나며 15%는 근로계약을 맺고 있는 것으로 나타난다. 보험설계사나 학습지교사의 경우 사용자가 계약체결시 종사자의 의사와는 무관하게 ‘위탁계약서’에 날인하도록 함으로써 뒤에 논의하듯 대등한 계약관계에 의문이

<표 4-20> 계약형태

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
근로계약	8	3.3	38	9.5	45	14.9	1	0.8
위탁(위촉)계약	3	1.3	188	47.0	238	78.5	·	·
도급계약	·	·	9	2.3	·	·	1	0.8
구두계약	·	·	15	3.8	8	2.6	55	45.5
계약이 없다	226	94.6	150	37.5	11	3.6	63	52.1
모르겠다/무응답	2	0.8	·	·	1	0.3	1	0.8

제기되고 있다.

구성작가의 경우는 46%가 구두계약을 체결하고 있으며 52%는 계약관계가 없는 것으로 응답하고 있다. 그러나 대부분이 방송프로그램별로 PD가 사용자의 지위에서 구성작가와 계약관계를 성립시킨다는 점을 고려할 때 ‘이 프로그램이 끝날 때까지 같이 일하자’는 구두계약 또는 암묵적인 계약관계가 일반적인 형태임을 알 수 있다.

계약관계에서 더 나아가 계약기간(‘일하기로 한 기간이 정해져 있습니까?’)이 확정된 경우는, <표 4-21>에서 보듯, 학습지교사를 제외하고는 거의 없는 것으로 나타나고 있다. 학습지교사의 경우 약 40%가 계약기간이 정해져 있으며 평균 계약기간은 22개월, 약 2년에 해당하는 것으로 나타난다. 학습지교사의 현 사업장에서의 평균 근속기간이 2.3년임을 고려할 때 계약의 갱신은 빈번한 예가 아님을 알 수 있으며 동종업종/직종에서의 경력기간이 6.5년에 이를 때 1회의 계약이 종결되면 다른 사업장으로 이동하는 것을 알 수 있다. 반면 계약과 계약기간이 존재하지 않는 경기보조원의 경우 평균근속기간이 5.5년에 이르고 연령계층이 다양한 점을 보면 대부분의 경우 별다른 문제가 없는 한 근무의 지속성이 유지되는 것으로 보여 상대적으로 고용안정이 확보되고 있는 것으로 보인다. 그러나 방송프로그램의 지속을 담보로 한 묵시적 계약기간을 갖는 구두계약의 형태가 일반적인 구성작가의 경우는 평균근속기간이 1.8년에 불과하여 근무의 지속성이나 고용안정성이 확보되고 있지 않은 것으로 보인다. 구성작가의 경우 자발적인 이직(방송작가로의 진로변경이나 외주업체로의 이동)도 상당히 존재하나 연령층이 다양하지 않은 측면을 볼 때 비자발적인 경우가 주종을 짐작할 수 있다.

<표 4-21> 계약기간 확정 여부와 계약기간

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
예	1	0.4	10	2.5	128	42.2	3	2.5
아니오	231	96.7	390	97.5	168	55.4	118	97.5
모르겠다/무응답	7	2.9	·	·	7	2.3	·	·
	빈도	평균 (개월)	빈도	평균 (개월)	빈도	평균 (개월)	빈도	평균 (개월)
계약기간	1	36.00	10	16.80	128	22.48	3	43.00

(3) 사용자와의 전속성의 유무와 정도

사용자와의 전속성을 파악하고자 ‘현재 사업장에서 일하고 있는 동시에 동종의 다른 사업장에서도 중복계약하여 일할 수 있습니까?’라는 설문항을 개발하였다. 대부분의 근로자의 경우는 취업규칙이나 업무규정을 통하여 동종 이종을 불문한 다른 사업장과의 중복계약을 제한하고 있으나, 여기서는 다른 업종과의 중복계약 여부는 제외하였다.

<표 4-22>의 중복계약의 가능성에 대한 분포에서 보듯, 경기보조원의 경우 약 3/4이 ‘다른 회사와는 어떠한 계약도 일체 체결할 수 없다’로 나타난 반면 약 18%는 ‘다른 회사와의 계약 체결 여부는 본인의 자유이다’라고 응답한 것으로 나타나 상당부분 전속성이 강한 반면 일부는 형식적으로는 전속성이 거의 없는 것을 알 수 있다.

보험설계사의 경우는 약 58%가 강한 전속성을 보인 반면 21%는 ‘동일 유사한 업무가 아니면 다른 회사와 계약을 체결할 수 있다’라고 응답하여 제한적인 전속성을 시사하고 있다. 이는 보험설계사의 경우 에이전트화된 보험설계사가 일부 존재하며 이들의 경우 동일 보험상품을 제외한 다른 보험상품에 대해서는 타사와 계약을 맺을 수 있다는 현실을 반영해주고 있다.

학습지교사의 경우 65%가 전면적인 전속성을 요구하고 있으며 11% 정도는 부분적인 전속성을 21%는 전속성이 없는 것으로 나타나고 있다. 그러나 학습지교사의 부분적인 전속성에 대해서는 실재화가 가능한지는 의문이다. 그러나 상당수가 전속성이 없는 것으로 나타나고 있음에는 주목해야 한다. 이는 곧 에이전트화된 학습지교사가 존재하며 일정지역에서 두 개 이상의 학습지회사의 상품을 제공하는 것을 의미하는 것이나 실재로 이러한 경우는 보기 드

<표 4-22> 중복계약가능성

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
다른 회사와는 어떠한 계약도 일체 체결할 수 없다	182	76.2	231	57.8	196	64.7	1	0.8
동일 유사한 업무가 아니면 다른회사와 계약을 체결할수있다	8	3.3	84	21.0	33	10.9	1	0.8
다른 회사와의 계약 체결 여부는 본인의 자유이다	43	18.0	9	2.3	64	21.1	35	28.9
회사가 제한하지는 않지만 현실적으로 불가능하다	84	69.4
모르겠다/무응답	6	2.5	74	18.5	10	3.3	.	.

문 것이다.

구성작가의 경우 전속성이 규정된 바는 없는 것으로 나타난다. 그러나 유의해야 할 점은 구성작가의 70%는 ‘회사가 제한하지는 않지만 현실적으로 불가능하다’라고 응답하여 장시간 근로에 따른 실제적 제한을 하고 있는 것으로 보인다. 현실적 불가능성을 언급하지 않은 전속성이 전혀 없는 29%의 구성작가는 외주업체에 속한 프리랜서 표본인 것으로 보인다. 외주업체에 속한 구성작가의 경우 한 회사에 전속된다기 보다는 프로그램에 따라 두 개 이상의 외주업체의 업무를 함께 진행하는 것이 가능하다. 대부분의 방송사들은 구성작가 등 방송관련 직종들의 근로자성 문제가 제기되자 근로자성 판단기준 중 중요하게 작용하는 전속성의 문제를 회피하고자 ‘전속성의 강제’를 실시하지 않음을 천명하고 있다. 그러나 실제적으로는 이미 언급하였듯 장시간 근무에 따라 중복계약은 불가능한 것으로 인식하고 있다.

(4) 업무대행가능성

근로자성 판단기준 중 노무제공방식에 속하는 근로제공의 대체성 여부를 파악하고자 ‘업무

를 수행할 때 별도로 다른 자와 계약하여 업무를 전부 또는 일부를 대행케 할 수 있습니까?
라는 질문에 대한 응답의 분포가 <표 4-23>에 보여지고 있다. 경기보조원의 업무대행가능성이 가장 낮은 것으로 나타나며 구성작가의 경우가 16%로 가장 높은 것으로 나타난다. 보험설계사의 경우도 11%로 다소 높은 편이며 학습지교사의 경우는 약 8%에 이른다.

<표 4-23> 업무대행가능성

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
예, 가능하다	5	2.1	45	11.3	23	7.6	19	15.7
아니오, 가능하지 않다	232	97.1	355	88.8	273	90.1	102	84.3
모르겠다/무응답	2	0.8	.	.	7	2.3	.	.

(5) 평가 및 감독에 관한 사항

사용종속관계의 판단기준 중 중요한 요소 중 하나는 취업규칙 또는 복무규칙의 적용여부일 것이다. 그러나 미리 언급한다면 복무규정의 적용이나 인사규정의 명시적인 적용이 근로자성을 완벽히 보장하는 것은 아니며 반대로 이러한 규정의 미적용이 근로자성을 완전히 배제할 수는 없다는 점이다. 이러한 규정은 어떠한 형태이든 근로노력에 대한 감시감독이 절대적으로 필요했던 산업사회에 적절한 것이었으며 지식화 또는 정보화사회에서 이러한 형태의 규정이 점점 의미를 상실해가고 있기 때문이다.

먼저 취업규칙이나 인사규정에 대해 살펴보자. ‘귀 사업장에서 취업(복무)규칙이나 인사규정의 적용을 받습니까?’라는 질문에 대하여, <표 4-24>에서 보듯, 학습지교사의 경우 82%, 경기보조원의 경우 72%나 적용받는다고 대답하고 있는 반면 보험설계사의 경우 약 54%만이 적용되며 구성작가의 경우 거의 적용받지 않는 것으로 나타난다. 유사한 형태의 질문을 몇 가지 추가하면 ‘모든 종사자들이 인사규정의 적용을 받습니까?’, ‘인사고과나 근무평정을 받습니까?’ 등이 있다. 그러나, <표 4-25>과 <표 4-26>에서 보듯, 이에 대한 긍정적 응답의 비중은 거의 비슷한 것으로 나타난다. 다만 입사초기에만 일시적으로 적용받는 경우가 어느 정도 존재하는 것으로 나타난다.

<표 4-24> 취업(복무)규칙이나 인사규정등의 적용여부

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
예	173	72.4	217	54.3	248	81.8	1	0.8
아니오	60	25.1	183	45.8	50	16.5	120	99.2
모르겠다/무응답	6	2.5			5	1.7		

<표 4-25> 인사규정 적용여부

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
예, 모두 항상 받는다	114	47.7	181	45.3	205	67.7	4	3.3
입사초기에만 일시적으로 적용받는다	17	7.1	29	7.2	23	7.6	6	5.0
아니오, 모두 받지 않는다	103	43.1	188	47.0	71	23.4	111	91.7
모르겠다/무응답	5	2.1	2	0.5	4	1.3		

<표 4-26> 고과평정 적용여부

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
예 항상 받는다	104	43.5	179	44.8	185	61.1	8	6.6
예, 입사초기에만 일시적으로	44	18.4	19	4.8	20	6.6	3	2.5
아니오	86	36.0	202	50.5	90	29.7	110	90.9
모르겠다/무응답	5	2.1			8	2.6		

경기보조원의 경우 취업규칙이나 인사규정의 적용 비중이 72%였는데 비하여 항상 인사규정의 적용을 받는 경우는 48%로 낮아지며 입사초기에 일시적으로 적용되는 경우를 포함하더라도 55%에 그치는 점으로 볼 때 인사규정보다는 취업규칙이 더 강하게 작용하고 있는 것으로

로 보인다. 반면 고과평정은 인사규정보다 다소 높게 나타나고 있다. 학습지교사의 경우는 인사규정의 적용이나 고과평정의 비중이 70% 내외인 것으로 나타난다. 이러한 높은 비중은 인사 상 승진/승급 등을 위한 인사관리 목적이라기 보다는 일정한 시점을 중심으로 고객유치에 따른 성과를 배분하기 위한 장치의 하나로 보여진다. 이러한 점은 보험설계사의 경우도 유사한 것으로 보인다. 다만 구성작가의 경우 취업규칙이나 인사규정의 적용여부에서는 긍정적 응답을 한 경우가 거의 없었던 반면 모든 종사자의 인사규정 적용여부나 인사고과나 근무평정의 적용여부에 대해서는 약 8%가 긍정적 응답을 하고 있는 것으로 나타난다. 그러나 일반적으로 구성작가의 경우 상급자인 PD와의 관계에서 모든 업무가 수행되며 방송프로그램에 대한 책임만 지는 것이기 때문에 형식적인 취업규칙이나 평가체계는 존재하지 않는 것으로 보인다. 또한 외주업체에 소속된 구성작가의 경우 이미 언급하였듯, 프리랜서로 활동하고 있으므로 업무결과인 프로그램에만 의존할 뿐 다른 평가체계에 편입되어 있지 않은 것으로 보인다.

다음은 업무내용의 결정 등 구체적 개별적 지휘감독의 유무에 대해 살펴보자. ‘누구로부터 업무지시를 받습니까?’라는 질문에 대하여 ‘업무지시를 받지 않는다’고 응답한 비중은 거의 미미하게 나타난다. 경기보조원이나 학습지교사의 경우 1.3% 내외에 불과하고 보험설계사나 구성작가의 경우 5% 내외에 이르는 것으로 나타난다. 대부분의 경우, 취업규칙이나 인사규정의 적용여부와 무관하게, 독립적으로 업무를 수행한다기보다는 일정한 업무지시에 따라 업무를 수행하고 있음을 알 수 있다. 특히 규칙이나 규정 및 평가와 거의 무관한 것으로 나타난 구성작가의 경우에서조차 대부분의 경우 업무지시를 받는 것으로 나타난 점에는 주목해야 한다. 또한 <표 4-27>에서 주목할 점은 학습지교사의 18%, 구성작가의 23%가 동일종사자 중

<표 4-27> 업무지시

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
정규직 관리 감독자	232	97.1	366	91.5	246	81.2	101	70.6
회사 대표			7	1.8	2	0.7	1	0.7
동일 종사자 중 선임자	4	1.7	9	2.3	53	17.5	33	23.1
업무지시를 받지 않는다	3	1.3	18	4.5	2	0.7	8	5.6

선임자의 업무지시를 받고 있는 것으로 나타난다는 것이다. 관리감독자로부터 일부 권한을 이양받은 동일 종사자 또는 함께 팀을 구성하여 업무를 수행하는 선임자로부터 업무지시를 받고 있는 것이다.

본원적인 직무 이외의 타업무 수행에 대한 실태는 직종마다 다른 것으로 나타난다. <표 4-28>에서 보듯, 보험설계사의 경우 타 업무 수행은 14%에 불과한 반면 구성작가의 경우는 88%에 이르는 것으로 나타난다. 보험설계사의 경우 대부분 고객에 대한 보험상품의 판매 및 고객관리가 업무의 대부분을 구성하며 일부는 동일한 종사자의 확보가 업무를 구성하는 데서 오는 결과로 보여진다. 구성작가의 경우 방송프로그램의 기획단계에서 방송모니터링까지 일련의 전 과정에 참여하는 것이 대부분이기 때문에 이에 대한 긍정적인 응답의 비중이 높으며 서브작가 초기시절에는 자료조사 등 일부 제한된 일만 수행하므로 이에 부정적으로 응답한 것으로 보인다. 학습지교사의 경우 타업무 수행의 비중이 약 50%에 이르며 이는 교재자료의 기획이나 정리 등에 따른 응답결과로 보여진다. 경기보조원의 경우 긍정적 응답의 비중은 60%로 다소 높게 나타난다.

<표 4-28> 타 업무수행

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
예	144	60.3	56	14.0	150	49.5	106	87.6
아니오	95	39.7	344	86.0	152	50.2	15	12.4
모르겠다/무응답					1	0.3		

출퇴근시간으로 표현되는 근로시간의 지정에 대해서는 이미 논의한 바 있으므로 여기서는 생략하기로 한다. 다만 근무시간외의 정기 또는 수시로 열리는 조회나 회의의 빈도와 별책에 대해서 논의하기로 한다. 이를 파악하기 위한 설문으로는 ‘회사(중간관리자포함)가 정기적으로 또는 수시로 소집하는 조회/회의가 있는가?’에 대하여 상당한 비중인 것으로 나타난다. <표 4-29>에서 보듯, 경기보조원의 경우 주간 정례조회는 약 3/4회에 불과한 반면 정기월례조회는 1.6회에 이르며 회사가 수시로 소집하는 회의는 주당 평균 1/2회에 이르는 것으로 나타난다. 보험설계사의 경우 주간정례조회가 거의 4회에 이르러 거의 출퇴근시간의 규정에 가까운 정도이며 정기월례조회나 수시회의의 빈도도 적지않은 편이다. 학습지교사의 경우 조회나

회의 중 3항목 모두 골고루 실시되고 있는 것으로 나타난다. 구성작가의 경우는 정례조례나 회의보다는 업무의 특성상 수시회의를 활용하는 것으로 나타난다.

업무수행을 위한 교육에 대한 설문에서 정기적인 교육을 받는 비중은, <표 4-30>에서 보듯, 학습지교사의 경우 2/3에 해당하며 경기보조원의 경우도 절반을 넘어서는 것으로 나타난다. 보험설계사의 경우는 45% 정도가 정기적인 교육을 받는 한편 49%는 부정기적인 교육을 받는 것으로 나타나며 어떠한 교육도 받지 않는 경우는 6%에 불과하다. 반면 구성작가의 경우는 대부분 어떠한 교육도 받지 않는 것으로 나타난다. 정기적인 교육의 경우 2.5~3.2주만

<표 4-29> 정기조례/회의, 수시조례/회의

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균
주간정례조례	239	0.75	400	3.83	303	1.79	121	0.78
정기월례회의	239	1.61	400	0.70	303	1.94	121	0.47
수시회의	239	0.49	400	0.55	303	1.33	121	2.38

<표 4-30> 업무수행 교육

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
정기적인 교육	133	55.6	200	44.7	203	67.0	·	·
부정기적인 교육	74	31.0	219	49.0	74	24.4	5	4.1
어떠한 교육도 받지 않는다	22	9.2	28	6.3	1	0.3	116	95.9
정기적인 교육+부정기적인 교육	7	2.9	·	·	21	6.9	·	·
모르겠다/무응답	3	1.3	·	·	4	1.3	·	·
	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균
정기적인 교육	134	2.4179	200	2.9550	194	3.2577	·	·
부정기적인 교육	59	3.2881	219	2.3790	85	2.4000	3	5.6667

에 한 번 교육을 받는 것으로 나타나며 부정기적인 교육의 경우 2.4~3.3개월 만에 한 번의 빈도를 보이고 있으며 정기교육이 빈번할수록 부정기적인 교육의 빈도가 낮음을 알 수 있다.

공식적인 규정의 적용에 더하여 계약해지를 발생시키는 사항(‘출퇴근시간이나 순번 등 출현 의무사항’, ‘조회 또는 회의 참여’, ‘업무지시위반’ 등에 대한 ‘일종의 규정’을 어길 경우)의 적용빈도를 살펴보았다(<표 4-31> 참조).

<표 4-31> 벌칙성 계약해지

(단위 : 횟수)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균	빈도	평균
출퇴근시간과 순번 어김	212	64.2	400	12.7	303	1.7	121	6.6
조회 또는 회의 불참	208	38.5	400	13.2	303	7.0	121	7.4
업무지시 위반	205	34.6	400	14.7	303	8.6	121	11.6
업무실적 저조	·	·	400	38.0	·	·	·	·
수납사고	·	·	400	62.2	303	23.4	·	·

<표 4-32>은 예상되어지는 일자리 중단원인(‘본인 의사와 관계없이 일자리를 그만두어야 한다면 그 이유는?’)에 대한 분포를 보여준다. 경기보조원의 경우 ‘정해진 규칙/규정을 위반하여 회사가 그만두라고 하는 경우’가 60%로 규정이 강한 영향을 미치는 것으로 나타나며 47%는 ‘일정한 연령에 도달하는 경우’에 답하여 상당한 연령차별이 관행임을 알 수 있다. 보험설계사의 경우는 ‘업무실적 목표를 일정횟수 달성하지 못한 경우’가 60%를 넘게 차지하여 상당한 성과주의가 적용되고 있음을 알 수 있으며 규정위반이 나머지를 구성하고 있다. 학습지교사의 경우 규칙위반이 55%를 차지하는 가장 중요한 항목이며 ‘정해진 계약기간 만료에 따른 자동해지’ 또는 ‘선별적으로’가 13% 정도이며 연령차별의 관행도 약 14%에 이르는 것으로 보인다. 구성작가의 경우 대부분 상급관리자인 PD에 의해 계약해지가 결정되고 통지됨을 알 수 있다.

<표 4-32> 일자리 중단원인

(단위 : %)

	골프장 경기보조원		보험설계사		학습지교사		구성작가	
	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율	빈도	비율
정해진 계약기간이 만료되는 경우 자동으로 계약해지/고용종료	3	1.3	4	1.0	17	5.6	9	7.4
업무실적 목표를 일정횟수 달성하지 못한 경우	·	·	245	61.3	·	·	·	·
정해진 계약기간이 만료되는 경우 선별적으로	1	0.4	·	·	24	7.9	8	6.6
일정한 연령에 도달하는 경우	88	36.8	6	1.5	41	13.5	3	2.5
정해진 규칙/규정을 위반하여 회사가 그만두라고 통지하는 경우	144	60.3	149	37.3	166	54.8	4	3.3
일정한 사유로 관리자(PD)가 그만 두라고 통지하는 경우	·	·	·	·	·	·	101	83.5
이직사유 없음	·	·	·	·	34	11.2	5	4.1
모르겠다/무응답	3	1.3	9	2.3	21	6.9	·	·

제 5 장 특수고용관계종사자 실태조사 요약 및 정책방향

1. 특수고용종사자와 관련된 문제의 핵심 - 근로자성 여부의 판단기준

경제위기 이후 노동시장 유연화와 더불어 다양한 고용형태가 나타나기 시작하였다. 최근에 나타난 다양한 고용형태에 관련된 논의는 근로자의 정규성과 비정규성에 초점을 맞추어 왔다. 비임금근로자와 구분되어지는 임금근로자를 대상으로 어떤 기준을 적용하여 정규근로자와 비정규근로자로 나눌 것인가의 문제를 다루는 비정규성의 정의가 문제의 핵심에 있으며 여전히 합치된 견해는 존재하지 않고 있다. 비정규근로는 노동의 수요와 공급, 양 측면에서 사용자와 근로자가 갖는 제약을 회피-사용자의 경우 파생수요로서의 노동수요의 변화에 부응하는 최적고용량을 유지하기 위한 고용유연성, 근로자의 경우 노동공급 의사결정에서의 시간적 공간적 예산제약의 완화-할 수 있다는 장점을 갖는 반면 근로자의 입장에서는 낮은 임금과 저조한 부가급부 및 미비한 고용안정성이라는 부정적 특성을 가지는 것으로 나타난다.

다양한 고용형태에 속하는 근로자는 다양한 각도에서 구분할 수 있다. 첫째는 고용관계의 유형에 따라 산업사회화 과정에서 주로 행해지던 사용자와 근로자의 관계를 바탕으로 하는 전통적 고용관계(traditional employment arrangements)와 성숙된 산업사회 또는 정보화 지식사회로의 이행과정에서 나타나는 새로운 형태의 대안적 고용관계(alternative employment arrangements)로 구분할 수 있다. 후자의 경우 과거에 주종을 이루던 사용자와 근로자 사이에 존재하는 엄격한 사용종속관계가 해이해진다. 둘째는 사용과 종속의 대상 및 주체를 기준으로 삼는 것으로 사용자와 고용주가 동일하여 근로자와 2분되는 직접고용, 사용자와 고용주가 상이하여 근로자와 함께 삼각관계를 형성하는 간접고용, 사용자와 고용주는 동일하되 근로자와의 사용종속관계가 느슨한 특수고용으로 나눌 수 있다. 비임금근로자 또는 자영업자는 사용자와 고용주 그리고 근로자가 동일인인 경우로 보면 된다.

후자의 기준을 고려할 때 사용종속관계가 성립하되 관계의 엄격성이 결여된 특수고용근로, 또는 포괄적으로 사용종속관계가 존재하는 일부 비임금근로자 중 이에 속할 수 있는 자를 포함한 특수고용관계를 맺고 근로를 제공하는 종사자에 대한 ‘근로자성’ 여부가 새로운 문제로

부각되고 있다. 근로자성 여부가 문제가 되는 이유는 두 가지로 요약가능하다. 첫째는 지식화 정보화가 급속하게 진행되면서 사용종속관계가 점차 느슨해지는 특수고용관계에서 근로를 제공하는 종사자가 다양한 산업 또는 직종에서 급속하게 일반화되고 있다는 점이다. 주목할 점은 사용종속관계가 엄격하였던 전통적 고용관계나 직접고용에 속한 근로자에 적용되는 사용종속관계도 점차 느슨해지고 있다는 것이다. 둘째는 근로자성의 인정은 근로기준법(또는 이를 근거로 하는 모든 노동관련법령)에서 규정하는 다양한 보호의 적용을 의미하는 것으로 종사자의 입장에서는 얻을 것이 많아질 확률이 높으며 이에 따라 사용자의 입장에서는 줄 것이 많아진다는 것을 의미한다. 하나의 대상(산출물 또는 이로부터 얻어지는 이득)을 놓고 양자가 경합을 벌이는 분배의 문제에서 근로자성의 여부는 둘 사이의 분배를 변화시킬 수 있다는 것이다. 근로자성 여부가 분배의 문제에 전혀 영향을 미치지 않는다면 근로자성 여부는 실익이 없게 된다.

최근 근로자성 여부를 놓고 논란의 대상으로 부각하는 특수고용관계종사자의 직종이 다양해지고 있다. 골프장 경기보조원, 학습지교사, 보험설계사(또는 이와 유사하게 금융 및 보험업을 중심으로 나타나는 금융상품 판매원 또는 대리자), 학습지교사, 각종 외판원 또는 중개대리인, 구성작가(및 방송업에 종사하는 특정 직종), 배달원(퀵서비스나 택배 등), 레미콘기사(또는 유사하게 운수업에 종사하는 일부 직종), 프로경기선수 등 점차 다양한 직종으로 확산되는 추세를 보이고 있다(본 연구는 경기보조원, 보험설계사, 학습지교사, 구성작가에 한정하여 논의를 전개한다).

사용자(수요자의 입장에서는 주된 공급자)의 상품이나 서비스가 수요자에게 제공되는 과정에서 담당하는 역할에 따라 특수고용관계종사자를 구분하여 보면, 수요자가 존재하는 불특정한 장소에서 종사자가 수요자에게 상품이나 서비스를 제공하는 경우와 일정장소에서 종사자가 수요자에게 상품이나 서비스를 제공하는 경우로 나뉠 수 있다. 후자는 일정한 장소의 사용자의 지정여부로 나뉜다. 골프장 경기보조원의 역할은 사용자가 정한 장소(골프장)에서 이 장소에 찾아온 수요자(고객)에게 서비스(골프장 사용에 관한 서비스)의 일부를 직접 제공하는 것으로 해석할 수 있다. 보험설계사의 역할은 보험상품의 수요자를 찾아 불특정한 장소에서(또는 사용자가 지정하지 않은 불특정한 장소인 대리점으로 수요자가 방문토록 하여) 사용자가 생산하는 보험상품을 수요자에게 대리판매하는 것으로 해석할 수 있다. 학습지교사의 역할은 수요자가 존재하는 장소를 방문하여 사용자가 생산한 서비스를 종사자가 직접 제공하는 것으로 해석된다. 구성작가는 사용자(이 경우 직접적으로는 방송PD, 궁극적으로는 방송사)가 정한 장소(서비스가 생산되고 수요자에게 전달되는 장소)와 불특정한 장소(종사자가 임의로

정한 장소)에서 서비스가 수요자에게 전달되는 과정의 일부를 담당하는 것으로 해석할 수 있다.

본 연구는 생산방식의 변화와 본 연구에서 대상으로 하는 특수고용관계종사자의 역할을 염두에 두고 특수고용관계종사자에 대한 경제관련법 적용가능성과 노동관련법 적용가능성에 대해 논의한 후 각 직종에 기존의 근로자성 여부의 판단기준을 적용하였을 때 어느 쪽의 적용가능성이 더 우세한가를 실태조사를 통하여 살펴보고자 하였다. 이미 이들에 대한 근로자성 인정여부에 대한 상당한 논란에서 나타나듯, 일방적인 관계로 몰기에는 어려움이 존재하며 양자 모두 적용가능성의 합리성은 존재한다. 이 두 논의에서 나타나는 문제는 산업화사회의 생산방식에 적용되던 현재의 근로기준법이 갖는 문제로 압축된다.

2. 법경제학적 접근인가 노동법의 적용인가?

특수고용관계에 노동법이 적용될 경우 미치는 영향은 효율성과 공정성에서 평가할 수 있다. 기존 노동법의 취지는 시장에서 비효율성이 다소 야기되더라도 공정성 혹은 공정성을 개선하는 것으로 요약된다. 따라서 특수고용관계에 대한 노동법 적용으로 인한 효율성 상실은 다음과 같은 이유에서 발생한다. 첫째, 사적자치의 제한에 따르는 거래비용의 발생을 통한 효율성의 상실이다. 둘째, 정치경제학적 논리로, 예외적인 노동법 인정은 법체계의 일관된 유기적 적용에서 이탈하고 모든 개인이 이기주의적 법적용에 투자함으로써 사회와 시장경제의 무질서가 야기된다는 것이다. 셋째, 독점-사용자와 노조의 쌍방독점(bilateral monopoly) 가능성을 포함-에 따른 사중손실(dead weight loss)의 발생으로 표현되는 비효율성이다.

그럼에도 불구하고 근로기준법을 확장하자는 안들이 나타나고 있다. 특수고용관계에 근로기준법을 적용하자는 초기 논의에는 유사근로자의 개념을 도입하자는 제안도 포함되는 것으로 근로기준법의 적용대상을 2분화하던 종래의 접근방식(임금근로자와 비임금근로자)과 달리 3분화하여 비임금근로자 일부에 대하여 근로기준법적 보호를 하자는 내용이다. 다른 측면에서는 남녀고용평등법, 최저임금법 등 개별법 대상으로 독자적인 근로자성 개념을 개발하자는 안도 존재한다.

이러한 방식에서의 근로기준법의 확장에는 문제점이 존재한다. 유사근로자의 개념을 도입할 경우 유사의 범위를 판단하는데 모호성이 존재하고 이는 특수고용관계 종사자들이 노동법 적용을 받기 위한 주장을 유발할 것이다. 각각의 법 적용을 판단하는데 각개약진하는 경우 이를 판단하는 행정부서의 자의성과 전체 노동법의 일관성을 훼손할 수 있다. 개별법의 선별

적 적용은 일관된 기준에 의해서 결정되기보다는 이해집단간의 정치적 타협에 의해 이루어질 가능성이 높기 때문이다. 근로기준법이 확장될 경우 계약체결 가능성이 원천적으로 배제될 수 있고, 법을 우회하기 위한 다양한 계약들이 맺어져 경제효율성이 상실될 수 있다.

국가가 보장해야 하는 최소기준에 대한 보편적인 합의가 이루어졌다고 할지라도 그 비용을 비례적으 부담하는 것이 아니라 해당직종의 소수 사용자에게 편중시켜 부담하는 것은 불비례적 영향력을 미칠 수도 있다. 일반세계 방식 및 보조정책보다 사적 계약에 일일이 개입하는 규제나 입법 방식이 불가피한지 여부가 판단되어야 한다.

특수고용관계에 노동법 적용 논의에 앞서 사회보장법의 확대와 경제법의 원활한 적용을 위한 제도개선문제의 선행을 제안하고 있다. 산재보험과 고용보험은 직접고용 근로자 대상으로 확대되어 왔으며 특수고용관계는 여전히 사회보장 사각지대로 남아있다. 현재 사회보장법상 근로자성이 근로기준법상 근로자성에 연동되는 것은 사회안전망이 보편적인 보장기능을 수행하는데 애로로 작용할 수 있다. 노동법상의 근로자 개념을 확정하고 이를 다른 법률, 특히 사회보장법으로 확장하기보다는 근로기준법과 연동시키지 않은 상태에서 독자적인 최소기준을 마련하여 사회보장의 확대를 피하는 것이 바람직할 수 있다.

특수고용관계 문제에 경제법을 적용하자는 논리는 사용자담합에 의해 특수고용관계 종사자의 근로조건을 악화시키는 행위를 근절시키는 데 초점을 맞추게 된다. 약관규제법상 불공정 약관금지 등에 의한 통제, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 거래상 지위의 남용금지 등에 의한 통제, 하도급거래 공정화에 대한 법률에 의한 통제 등이다. 예컨대 공정거래위는 보험모집인 스카웃 금지협정(다른 회사소속이거나 등록 말소 후 6개월 미경과한 모집인 채용금지)에 대해 보험회사 간 상호협정은 폐지되어야 한다고 입장을 밝혔고, 이에 따라 보험업계는 그 폐지를 위해 절차를 밟고 있다. 이외에도 보험등록제가 전속계약제로 변질되어 운영되고 있다는 점, 개인사업자인 보험모집인의 겸업이 약관상 금지되고 있다는 점, 사업비의 비합리적이고 불투명한 집행 등 문제도 경제법 적용으로 사용자 담합 문제를 시정하고 모집인 시장이 경쟁적으로 활성화된다면 해소될 수 있는 문제점이라 판단된다. 또한 레미콘 운반도급계약서상 제3자와의 계약체결 부당제한조항, 단체활동 금지조항, 유사계약체결 금지조항, 손해배상액 결정조항, 과도한 손해배상 의무 부과조항, 이의제기 금지조항, 계약해지조항 등은 경제법의 범위에서 해결될 수 있는 과제이다. 문제는 공정거래위원회나 금융감독원 같이 경제법 준수를 감독하는 기관에서 노동이슈에 대한 전담부서부재, 전문성부족, 노동이슈를 금기시하는 태도는 지양되어야 하는 한편 문제해결이 되기 전까지는 경제법의 신속하고 효율적인 적용을 위한 제도개선도 시급한 부분이다.

3. 근로자성의 변화와 근로자 보호의 강도

이상의 논의에서 나타나는 문제들은 근로기준법에 나타난 근로자성의 추상성과 근로기준법의 보호강도에서 근원한다. 먼저, 근로기준법에 명시된 ‘근로자’에 대하여 논의하자. 근로기준법 제 16조는 ‘정신노동과 육체노동’으로 근로를 포괄적으로 정의하고 있다. 동법 제14조는 근로자를 ‘직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’로 정의하고 있다. 통상적(또는 통계적 학문적) 의미에서 사용하는 ‘근로자’는 취업자에 해당하며 취업자 중 비임금근로자(자영업자나 고용주나 무급가족종사자)를 제외한 임금근로자가 동법에서 의미하는 근로자이다. 따라서 근로자는 ‘사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 정신노동 또는 육체노동을 제공하는 자’로 정의된다. 동법 제18조는 ‘사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 여하한 명칭으로든지 일체의 금품’으로 임금을 정의하고 있다. 이 정의에는 상당한 오류가 존재한다. 첫째, 임금을 정의하는 내용 중에 임금이 나타나고 있다. 이를 나타내면 ‘A=(A를 포함한 B)’로 정의된다. 둘째, 근로자의 정의와의 관계에서 볼 때, ‘근로자는 임금을 목적으로 하는 자’, ‘임금은 근로자에게...’라 정의되는 관계에서 실제로 근로자와 임금은 각각 정의되고 있지 않는 실정이다. 다시 해석하면, 근로자는 ‘직업의 종류를 불문하고 근로의 대가로 받는 일체의 금품(광의의 임금)을 목적으로 사업 또는 사업장에 근로를 제공하는 자’로 정의된다.

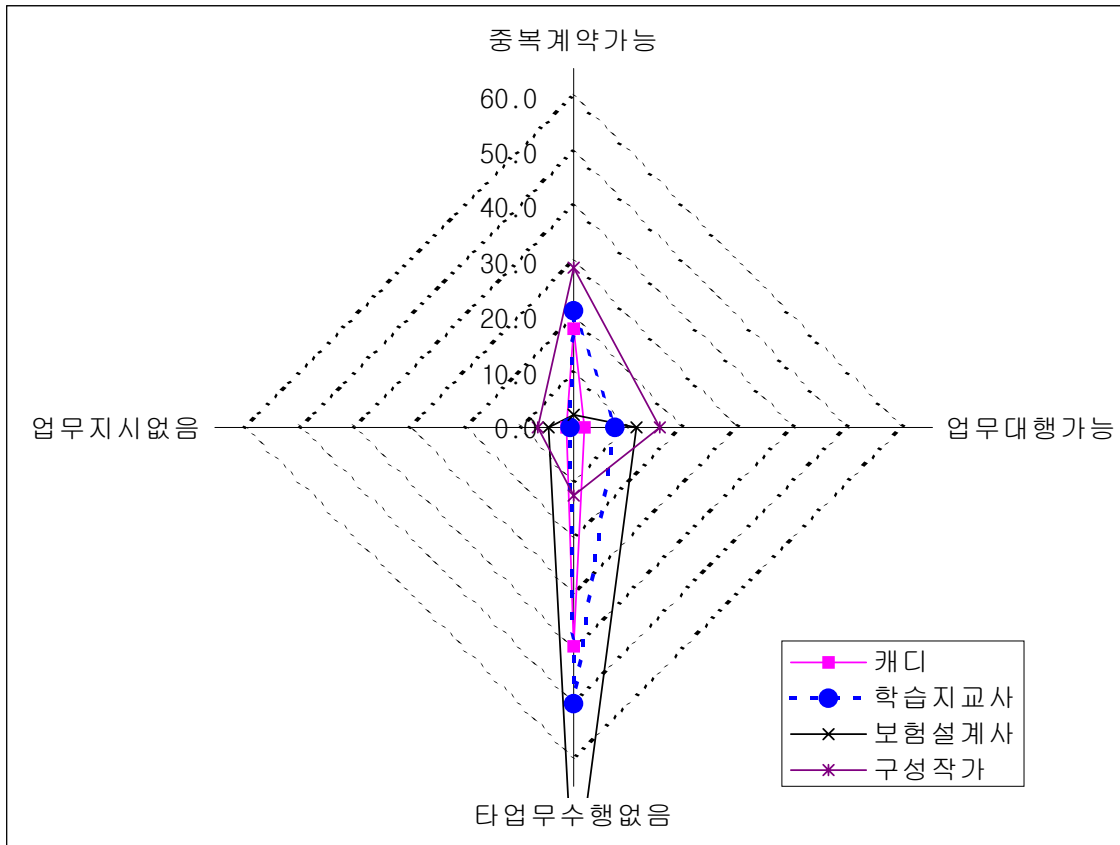
제17조는 근로계약을 ‘근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 체결된 계약’이라 정의하고 있다. 본 조항을 해석하기 위해서는 새로이 등장하는 사용자에 대한 정의가 필요하다. 제15조는 사용자를 ‘사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자’로 정의하고 있다. 따라서 근로계약은 ‘사업(장)에 정신노동 또는 육체노동을 제공하는 자와 사업주(및 관련자) 사이에 일체의 금품과 근로의 교환을 위한 계약’으로 해석할 수 있다. 근로계약의 정의에는 계약의 종류나 형태에 대해서는 규정하지 않고 있으며 다만 ‘일체의 금품과 근로의 교환’을 전제로 하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

이러한 논의를 바탕으로 본고에서 논의하는 특수고용관계의 근로자성 여부를 새로운 시각에서 바라보자. 골프장 경기보조원의 경우 특수고용종사자가 근로를 제공하는 직접적인 대상은 고객이다. 그러나 사용자의 사업을 위하여 사용자의 공간에서 사용자를 대리하여 고객에게 직접 서비스를 제공하는 업무상 특성에 따른 것이다. 이들이 제공하는 근로의 대가로 고객은 직접 종사자에게 일체의 금품(캐디피)을 제공한다. 사뭇 고객이 사용자가 되어 근로를

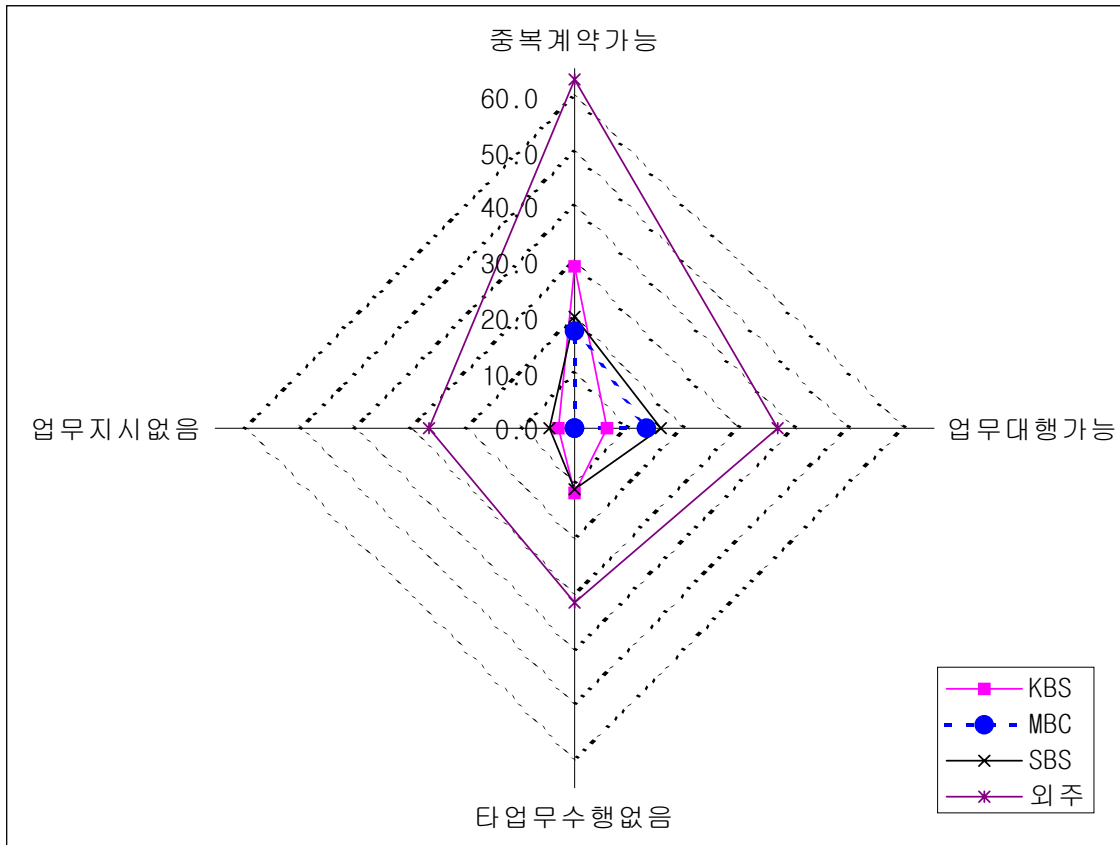
제공하는 자와 근로의 제공과 일체의 금품을 교환하는 계약관계를 형성하는 것으로 보인다. 그러나 상품구매자(고객)와 상품판매자(구멍가게 주인)의 관계와는 다른 것이다. 양자 사이에 골프장 사업자인 실제의 사용자가 존재하기 때문이다. 실태조사에서 나타나듯, ‘어떠한 근무시간도 정해져 있지 않은 경우’는 0.8%에 불과하다. 출퇴근시간이 정해져 있거나 (규칙적으로 또는 불규칙적으로) 순번제에 따라 일하고 있다. 또한 ‘다른 회사와의 계약체결 여부는 본인의 자유이다’라는 중복계약의 가능성은 18.0% 만이 긍정적으로 답하여 상당한 전속성이 유지되고 있음을 알 수 있다. 현재의 업무를 대행할 수 있는가에 대해서도 97%가 불가능하다고 답하고 있다. 또한 ‘어떠한 업무지시도 받지 않는다’고 응답한 경우는 1.3%에 불과하다. 전반적으로 상당한 사용종속성이 유지되고 있는 것으로 나타난다.

보험설계사의 경우 특수고용종사자가 사용자에게 의해 생산된 보험상품을 보험상품의 수요자에게 판매하는 업무상 특성을 갖는다. 이들에게 있어 근로의 대가로 제공되는 일체의 금품은 보험상품 판매로부터 발생하는 이익의 일부이며 이는 보험상품의 생산자인 사용자에게 의해 지급된다. 사용자와 종사자 사이에는 상품의 판매라는 근로의 제공과 이에 대한 대가의 교환이 성립한다. 실태조사에서 보듯, 이들 사이에 계약관계가 존재하는 경우 대부분은 위탁(위촉)계약을 체결하고 있다는 사실이다. 이는 사용자가 근로계약관계를 회피함으로써 근로자성을 회피하려는 자구책에 의한 것이라 볼 수 있다. 실제 일방의 협상력우위에서 계약의 형태를 일방적으로 정하고 있으며 심지어는 사용자가 종사자의 사업자등록을 하는 경우도 비일비재하다. ‘어떠한 근무시간도 정해져 있지 않은 경우’는 2.5%에 불과하며 약 70%는 출근시간만, 20%는 출퇴근시간 모두 정해져 있는 것으로 나타난다. 또한 58%가 ‘다른 회사와는 어떠한 계약도 일체 체결할 수 없다’, 21%는 ‘동일 유사한 업무가 아니면 다른 회사와 계약을 체결할 수 있다’라고 답해 전속성 또는 제한적인 전속성이 강하게 나타나고 있다. 현재의 업무를 대행할 수 있는가에 대해서도 11%가 가능하다고 답하고 있으며 ‘어떠한 업무지시도 받지 않는다’고 응답한 경우는 4.5%에 불과하다. 전반적으로 상당한 사용종속성이 유지되고 있는 것으로 나타난다. 학습지교사나 구성작가의 경우에도 유사하게 나타난다.

실태조사에서 나타난 결과를 다음 그림을 통하여 살펴보자. 4개의 축은 중복계약가능, 업무대행 가능, 업무지시 없음, 타 업무수행 없음의 확률을 뜻한다. 즉 원점에서 멀어질수록 순수자영업에 가깝고 원점으로 갈수록 임금근로자에 가까워진다고 볼 수 있다. 따라서 각 축의 점으로 연결된 사각형이 밖으로 커질수록 비임금근로자의 특성을 가지며 사각형이 축소될수록 임금근로자의 특성을 갖는다.



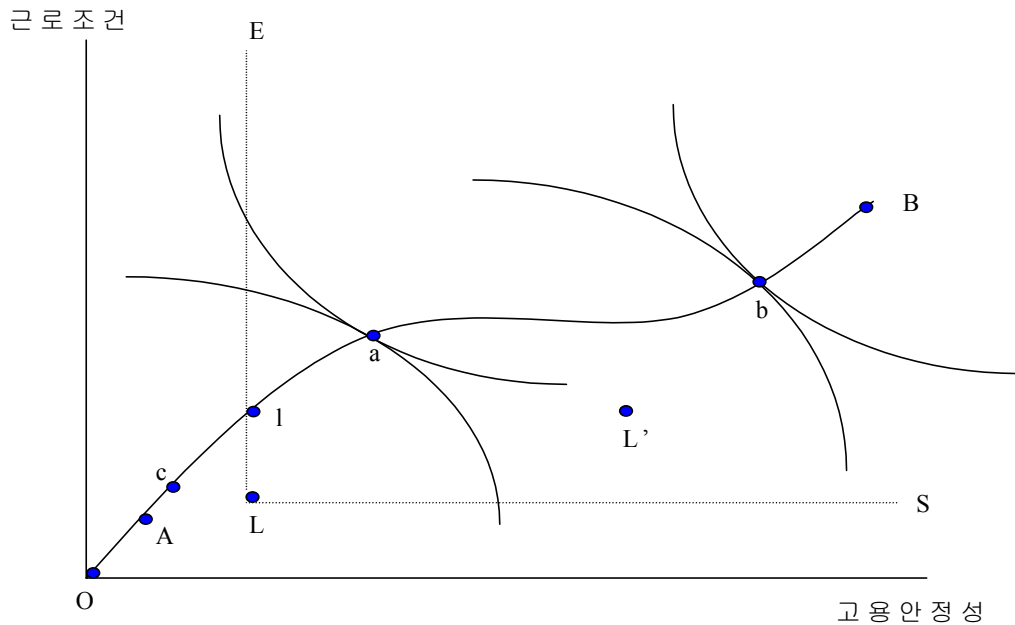
첫 번째 그림에서 보듯, 타업무수행 없음을 제외하고는 대부분 원점근처에 존재하고 있다. 보험설계사의 경우 이 항목이 상당히 밖에 존재하고 있다. 구성작가보다는 학습지교사, 학습지교사보다는 경기보조원의 사각형이 안에 있음을 알 수 있다. 이를 바탕으로 근로자성을 판단하기에는 무리가 있음을 알 수 있다. 현재 근로자에 해당하는 사각형에 대한 증거가 없기 때문이다. 각 직종마다 업무의 특성상 상이한 사각형이 그려질 것으로 예상되나 그 결과를 예단하기는 어렵다. 두 번째 그림은 동일한 직종에 속하는 구성작가라 할지라도 소속에 따라 상당히 상이한 이질성을 보임을 보여주고 있다. 방송외주업체에 속한 구성작가의 경우에 사각형이 가장 넓게 존재하며 방송사(서울)에 속한 구성작가의 경우는 상대적으로 작은 사각형으로 나타난다. 다시 말하면 방송3사에 속한 구성작가에 비해 방송외주업체에 속한 구성작가의 근로자성이 더 약하다는 것이다. 이러한 실태는 심층면접을 통해 얻은 결론과 유사한 것이다.



근로자성의 확대에서 발생할 수 있는 비효율성 또는 계약체결의 실종에 대해 언급하였다. 이러한 특성은 근로기준법이 정하는 보호의 강도와 밀접한 관계를 갖는다. 다음 그림을 이용하여 간략히 논의를 전개해 보자. 근로자는 근로조건과 고용안정으로부터 효용(만족)을 갖는다고 가정하자. 물론 일자리에서 효용을 주는 요인은 이외에도 다양하겠지만 논의의 편의를 위하여 두 가지만 언급하기로 한다.

동일한 효용수준을 제공하는 근로조건과 고용조건 조합이 원점으로 볼록한 곡선으로 표현되어 있다. 이 곡선은 더 좋은 근로조건을 위해서는 일정한 양의 고용안정성을 포기해야 한다는 것을 의미한다. 원점은 고용조건과 고용안정이 전혀 없는 것을 표현하며 원점에서 멀리 떨어진 곡선일수록 효용수준이 높음을 의미한다. 사용자와 근로자의 관계에서 원점에서 멀어질수록, 즉 근로자에 대한 좋은 근로조건 제공과 고용안정 수준이 높아질수록, 사용자에게는 덜 얻게 되는 것을 의미한다. 사용자의 효용(또는 정상이윤을 초과하는 이윤)과 관련된 곡선은 원점으로 오목한 곡선으로 표현된다. 원점에서 멀어질수록 사용자의 효용수준은 하락한다.

근로기준법 제2조는 ‘이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로관계당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 저하시킬 수 없다’라고 규정함으로써 근로기준법이 최소한의 보호를 정하는 것임을 천명하고 있다. 근로기준법에서 정한 규정을 적용하기에 앞서 민간자치적인 계약영역을 살펴보자. 근로자의 입장에서 요구하는 최소한의 근로조건과 고용안정성을 나타내는 점이 A로 표시되어 있다. 사용자에 입장에서 제공할 수 있는 최대한의 근로조건과 고용안정성은 점 B로 표현된다. 계약의 당사자 사이에 균형을 이루는 경우는 양쪽의 효용수준을 나타내는 곡선이 접할 때 생기는 점들이다. 이러한 점들을 연결하면 곡선 AB의 계약선(contract curve)을 그릴 수 있다. 이 곡선 AB 상에 있는 무수히 많은 점들 중에서 사회적으로 평가하는(또는 계약의 당사자가 평가하는) 근로조건과 고용안정성의 가치의 비율이 한 점을 결정하게 된다. 예를 들면 a나 b와 같은 점이다.



근로기준법이 정하는 최소한의 근로조건과 고용안정성의 수준을 L이라고 하자. 이 두 당사자의 계약을 근로기준법으로 규율할 경우 계약(이 경우 근로계약)이 가능한 경우는 ELS로 표현된 경계의 동북방향에 존재한다. 따라서 계약체결의 가능성은 종래의 AB에서 IB로 제한되게 된다. 만약 근로기준법이 적용되지 않는 상태에서 곡선 AI 상, 예를 들면 점 c에서 계약이 성립된 경우라면 근로기준법이 적용될 때 사적자치에 제한이 가해지고 비효율성이 발생할 것이다. 그러나 근로기준법이 적용되지 않는 상태에서 이미 곡선 IB 상에서 계약이 성립되었

다면 근로기준법의 적용여부가 비효율성으로 이어지지 않는다. 만약 근로기준법이 정한 최소기준이 L'으로 높아진다면 계약선은 더욱 제한될 것이다. 즉 최저기준이 높아질수록 민사적 자치에 대한 제한이 강해지고 비효율성을 발생시킬 확률이 높아지는 것이다.

현재의 근로기준법은 최저기준을 천명하고 있지만 실제로는 사용자의 입장에서는 최대기준으로 인식하는 경우가 허다하다. 그런 인식 속에서 근로기준법 상의 근로자개념의 확대나 적용근로자 범위의 확장에 대해서는 적극적으로 반대할 수밖에 없다. 또한 확장가능성을 염두에 두고 근로자성 여부의 판단기준에 해당하는 항목 중 긍정적인 부분에 대해서 회피하는 수단을 모색하고 있다. 그러한 회피전략(예를 들면 아무하고라도 계약을 하여도 좋다고 사용자가 전속성을 포기하는 것)을 통하여 종사자들에게 돌아오는 혜택이 더 큰 것인지에 대해서는 어떠한 예측도 불허한다.

향후 정책과제에 대해 세 가지 언급하면서 연구를 마무리하기로 한다. 첫째, 외국의 사례 및 경험에서 보았듯, 근로자성 여부에 대한 판단기준은 구체적 사안에 따라 판례에 의해 확립발전될 수밖에 없는 측면을 부인할 수는 없다. 다만 산업화사회에서 온전하게 적용가능하였던 인적종속성을 중심으로 한 판단기준에 머물지 말고 지식화 정보화사회에 걸맞는 다양한 판단기준을 모색하여야 한다. 현재 근로자로 인정된 근로자들 역시 사회의 변화와 함께 인적종속성을 중심으로 한 근로자성에서 조금씩 멀어져 가고 있다는 사실을 인식해야 한다. 기득권(이미 근로자로 인정받고 있는 자들이 근로기준법에 의해 보호받고 있는 권익)은 보호하고 새로이 창출되는 직종 또는 업무에 종사하는 자들에게는 인적종속성을 중심으로 엄격한 근로자성 여부의 판단기준을 적용하는 것은 형평성에 어긋나기 때문이다. 현재의 전형적인 근로자들에 대한 근로자성 여부의 판단기준을 검토한 후에 새로운 고용관계에 종사하는 자들에 대한 근로자성 판단을 할 필요도 있다.

둘째, 특수고용관계종사자의 문제를 입법적 규율에 의해 해결하는 입법례는 유사근로자라는 중간적 범주의 도입을 통한 부분적 보호, 취업자라는 개념으로의 근로자의 확대, 특수고용관계의 유형별 규율을 들 수 있으며 각각 장점과 단점을 동시에 갖고 있다.

마지막으로는 이미 언급하였듯 근로기준법의 보호강도와 적용범위의 상충관계를 고려할 때 선택가능한 영역부터 해결해 나가는 방안을 고려할 수 있다. 근로기준법의 적용범위를 확대하기 위해서는 현재의 근로기준법이 정한 최저기준을 하향조정할 필요가 있다. 그러나 실제로 이미 근로자로 인정된 자들에게 주어진 기득권을 훼손시킨다는 것은 단기적으로는 거의 불가능한 것으로 판단된다. 따라서 근로기준법의 적용범위 확대는 장기적인 안목에서 실현가능한 것으로 보인다. 근로기준법의 적용이 불가능한 상태에서 특수고용관계 종사자에게 적용

가능한 것을 찾는 것이 급선무이다. 기본적으로는 양자 사이에 공정한 계약이 체결될 수 있도록 다양한 법제도를 적용하는 방안을 찾는 것이다.

부 표

- 특수고용 근로자 실태조사 - 학습지 교사
- 특수고용 근로자 실태조사 - 골프장 경기보조원
- 특수고용 근로자 실태조사 - 보험설계사
- 특수고용 근로자 실태조사 - 구성작가

