

# 특수고용노동자에 대한 판례의 변화와 노동기본권보장 입법

일 시 | 2017년 2월 28일(화), 10시-13시

장 소 | 국회도서관 대강당

주 최 | ■ 민주노총 특수고용대책회의  
■ 한정애 국회의원·이용득 국회의원·강병원 국회의원  
송옥주 국회의원 · 서형수 국회의원 · 신창현 국회의원  
(더불어민주당)  
■ 이정미 국회의원 (정의당)



## [ 진행 순서 ]

09:30~10:00	접수 및 등록
10:00~10:30	개 회 사   김종인 민주노총 수석부위원장 직무대행
	인 사 말   국회의원
<hr/>	
사 회	박수근 한양대 법학전문대학원 교수
발 제	
10:30~11:00	특수고용 노동자 노동자성에 관한 판례의 변화와 권리보장 입법의 필요성 (권두섭 민주노총 법률원장)
지 정 토 론	
11:00~12:00	이영철   민주노총 특고대책회의 의장 김선수   민변 변호사 이승욱   이화여대 법학전문대학원 교수 송경숙   국가인권위원회 노동인권전문관 정지원   고용노동부 노사협력정책관
12:00~12:30	현장발언 및 종합토론



[발제문]

## 특수고용 노동자 노동자성에 관한 판례의 변화와 권리보장 입법의 필요성

- 권두섭(민주노총 법률원, 변호사)

### 1. ‘근로자’의 정의에 관한 현행법의 내용

- 근로기준법과 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법)은 아래와 같이 규정하고 있다.

근로기준법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "근로자"란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.

노동조합 및 노동관계조정법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "근로자"라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.

- 산업재해보상보험법, 고용보험법, 최저임금법 등 다른 노동관계법은 대체로 근로기준법상 근로자를 준용하고 있다.

## 2. 판례의 변화 과정

- 근로자성에 대한 판단기준은 주로 근로기준법상 근로자를 중심으로 판례가 형성되어 왔는데, 이를 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

### 가. 1994년 이전의 판결

- 노무공급자와 노무이용자 사이에 존재하는 다양한 사실관계에서 무엇을 사용종속성의 징표로서 포착할 것인가에 대해서는 1994년 이전까지는 통일된 일반적인 기준이 없었다. 그에 비해 노동부 유권해석에서는 근로자성 인정의 일반적인 기준을 가지고 있었다<sup>1)</sup>. 1994년까지의 판례가 근로자성 판단의 징표로 주로 채용하였던 것들은 다음과 같다. ① 노무이용자의 지시 등이 의뢰적인가 아니면 권리적인 것인가의 여부, ② 노무공급자에게 업무종사의 승낙여부에 대한 재량이 있는가의 여부, ③ 보수가 근로 자체에 대한 대상적 성격이 있는가의 여부, 혹은 ④ 타직무의 겸직허용여부, ⑤ 징계대상이 되었는가의 여부, 기타 ⑥ 계약의 내용, 작업의 성질과 내용 등이 근기법상 근로자성을 판단하는 요소들이었다<sup>2)</sup>.

### 나. 1994년 이후의 판결

- 근로기준법상 근로자성 판단에 관한 판례의 일반적인 판단기준이 제시된 것은 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(이하 1994년 대법원 판결이라고 함)이다. 이 판결에서는 그동안 판례와 학설에서 주장되어 오던 근로자성 판단의 제반 요소들을 종합 정리하고 있다.

이와 같이 위 판례 이후 대법원이 실시한 내용을 보면 ‘근로기준법상의 근로자에 해

1) ‘① 근로자가 업무를 수행함에 있어 사용자로부터 정상적인 업무수행명령과 지휘·감독에 대하여 거부할 수 없어야 함 ② 시업과 종업시간이 정하여지고 작업장소가 일정장소로 특정되어야 함 ③ 업무의 내용이 사용자에게 의해 정하여지고 업무의 수행과정도 구체적으로 지휘감독을 받아야 함 ④ 지급받는 금품이 업무처리의 수수료(수당) 성격이 아닌 순수한 근로의 대가이어야 함 ⑤ 상기 내용이 충족되고 복무위반에 대하여는 일반 근로자와 동일하게 징계 등 제재를 받아야 함’이 그것이다.(1988. 4. 25. 근기 01254-6463)

2) 강성태, 특수고용관계와 근로기준법상 근로자성 판단, 한국노동법학회, 노동법학 제11호, 2000. 12. 37면

당하는지 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, ① 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 ② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 ③ 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, ④ 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, ⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, ⑥ 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, ⑦ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑧ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, ⑨ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, ⑩ 양 당사자의 경제·사회적조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.’ 라는 것이다.

## 다. 2006년 이후 판결의 변화

- 1994년 대법원 판결 이후 일련의 판례에 대하여 학계에서는 사용자의 지휘명령권은 종래와 같은 직접적·구체적인 것에서 간접적·포괄적인 것으로 변화하고 있는 것을 반영하지 못하고 있는 점, 근로자의 결정에서 중요하게 고려해야 할 사실적 징표(실질적 징표)와 부수적인 징표(형식적 징표)를 구별하지 않은 채, 제반 사실적 징표를 병렬적으로 나열하고 고려하고 있는 점, 사업자성을 고려하지 않거나 고려가 미약한 점 등을 지적하는 비판이 있어왔다.

- 이러한 비판을 일정하게 반영한 것이 바로 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결<sup>3)</sup>(학원 강사, 퇴직금)이라고 할 수 있는데, 이후 나온 일련의 대법원 판결들이 제시하고 있는 일반적 판단기준은 다음과 같고 현재까지 유지되고 있다.

- 즉 위 판례들이 실시하고 있는 기준을 보면 ‘근로기준법상의 근로자에 해당하는

3) 이하 2006년 학원강사 판결이라고 한다.

지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.’ 라고 설시하고 있다.

- 이러한 변화는 종전의 1994년 판례와는 몇 가지 점에서 문언상 구분된다. 첫째, 사용자의 지휘감독의 정도와 관련하여 종전 판례에서는 ‘구체적·개별적 지휘감독’을 요하고 있던 것을 ‘상당한 지휘감독’으로 완화하고 있다. 둘째, 근로자와의 구별을 위하여 사업자성에 관한 징표를 제시하고 있다. 종전에는 ‘근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재나 작업도구 등의 소유관계’라고만 설시하던 것을 이 판결에서는 ‘독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는 지’를 기준으로 제시하고 있다. 셋째, ‘기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천 징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지’에 대해서는 ‘사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점’을 인정하여 다른 요소에 비하여 근로자성 판단에 있어서 부차적인 지위에 놓이게 하고 있다.<sup>4)</sup>



## 라. 2006년 학원강사 판결 이후 판례 흐름에 대한 평가

### (1) 지휘감독의 완화

- 우선 사용자의 지휘감독의 정도와 관련하여 종전 판례에서는 ‘구체적·개별적 지휘감독’을 요하고 있던 것을 ‘상당한 지휘감독’으로 완화하고 있다.

- 대법원 판례의 이러한 변화는 1994년 판례에 대하여 취업·고용형태의 다양화에 수반하여 오늘날 사용자의 지휘명령권은 종래와 같은 직접적·구체적인 것에서 간접적·포괄적인 것으로 변화하고 있는 점을 간과하고 있다는 비판을 수용한 결과로 보인다. 즉 구체적인 노무공급의 시간, 장소, 내용, 태양 등에 관해서는 노무공급자의 일정한 자율에 맡기고 포괄적인 의미에서의 지휘감독을 행하는 경우가 증대하고 있는 데, 1994년 판례는 이를 고려하지 못하고 있었다.

예를 들어 학습지 상담교사에 관한 대법원 판결<sup>5)</sup>은 ‘업무장소가 특정되지 않았다. 즉 작업장소에 관한 구체적 지휘명령성이 없었다.’고 보았지만, 상담교사의 활동지역이 회사에 의해 정해질뿐더러 상담교사의 업무특성상 업무장소가 학생들의 주거로 할 수밖에 없었다는 점을 고려하면 작업장소에 관한 사용자의 포괄적 지휘명령관계를 긍정할 수 있을 것이다. 한편 포괄적인 의미에서의 지휘감독의 존재 여부를 파악함에 있어서는 노무공급관계의 성립과 종료에 대한 주도권이 누구에게 있는가를 중요하게 고려하여야 한다. 노무이용자가 노무공급관계의 형성과 존속에 대해서 주도권을 가지고 있다면 특히 노무이용자가 임의로 또는 짧은 고지만으로 노무공급자에 대해 그 관계를 해지할 수 있는 권한을 가지고 있다면 근로자성이 존재함을 추정하는데 있어 중요한 고려요소가 될 것이다.

2006년 학원강사 판결 이후 판시 내용을 보면 이러한 변화를 반영하여 지휘명령의 요소를 포착하기 위해 노력하고 있다.

- (시간강사) ‘시간강사들이 원고들로부터 강의내용이나 방법 등에 관한 구체적인 지휘·감독을 받지 않은 것은 지적 활동으로 이루어지는 강의업무의 특성에 기인하는

4) 국가인권위원회, 특수고용직 노동권침해실태조사보고서, 2006, 39면 - 40면

5) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결

것일 뿐 그들이 근로자가 아니었기 때문이라고 할 수 없다<sup>6)</sup>’고 하여 업무의 특성에 따라서는 업무의 내용에 대한 구체적인 지휘·감독이 없어도 근로자성 인정에 장애가 되지 않을 수 있다고 한다. 즉 업무의 구체적인 내용까지 사용자에게 의해 정해지지 않는 경우에도 그것이 업무 자체의 특성이나 전문직종의 상대적 자율성에 기인한 것이라면 근로자성을 부정해서는 안 된다고 한다.

- (채권추심원) ‘위 위임계약서에 의하더라도, 참가인은 망인으로 하여금 관계 법령에 의하거나 교육 등 필요한 경우 일정한 시간과 장소를 정하여 업무를 수행하게 할 수 있고, 필요한 경우 망인에게 업무의 효율적 수행과 관련한 지시를 할 수 있으며, 참가인의 요구가 있을 경우 망인은 그 업무처리상황을 즉시 참가인 회사에 통보하도록 규정하고 있었으므로, 참가인이 비록 망인의 채권추심업무 수행에 관하여 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 하지는 않는다고 하더라도 참가인의 필요에 따라 적절한 방법으로 망인에 대한 상당한 지휘·감독할 수 있는 여지는 있다고 할 것이다’<sup>7)</sup>고 하여 구체적인 지휘·감독은 아니어도 상당한 지휘·감독할 수 있는 여지가 있음을 이유로 근로자성을 인정하였고,

- (채권추심원) ‘피고는 원고들에게 채권추심업무를 수행하는 과정에서 목표설정에서부터 채권추심업무의 처리에 이르기까지 모든 업무의 과정을 채권관리시스템에 입력하게 함으로써 원고들의 업무를 구체적으로 지휘하고 관리·감독한 것으로 보기에 충분하다<sup>8)</sup>’고 하여 일정한 업무시스템에 의한 관리도 지휘감독의 한 방법으로 인정하고 있다.

- (카드 텔레마케터) 또 ‘업무수행 중 준수할 사항이 기재된 카드 텔레마케팅 전화권유판매원 업무운용수칙과 스크립트 등 가이드라인을 배부한 사실을 인정하면서도 이는 금융감독원의 신용카드사 전화마케팅 모범규준 등의 제한에 따라 법령 및 관련 규정 위반을 사전에 방지하기 위한 업무지침이나 안내자료일 뿐이라고 판단하였다. 업무운용수칙과 스크립트 등은 관련 법령 준수를 위한 지침으로서의 성격뿐만 아니라 피고를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함되어 있다. 또한 섭외영업위촉계약서에는 원고들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있다<sup>9)</sup>’고 하여 업무매뉴얼(지침)을 통

6) 대법원 2007.3.29. 선고 2005두13018,13025 판결, 대법원 2007.9.7. 선고 2006도777 판결, 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결

7) 대법원 2008.5.15. 선고 2008두1566 판결

8) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결

한 것도 지휘감독으로 인정하였으며,

- (채권추심원) ‘채권회수실적이 평균에 현저히 미달하여 업무수행이 곤란하다고 판단되는 경우에는 피고 회사가 위임계약을 해지할 수 있었고, 원고들로서는 채권배정 또는 위임계약 해지와 같은 불이익때문에 피고 회사의 채권회수 독려나 업무지시를 거절하기가 곤란하였던 점’<sup>10)</sup>이라고 하여 위임계약서상 해지조항을 지휘감독의 주요 징표로 인정하고 있고,

- (검침원) ‘피고는 한국전력으로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달 등의 업무를 위탁받아 이를 그대로 위탁원들에게 위탁한 것이어서 그들이 담당 한 검침과 송달 등의 업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무라 할 수 있으므로, 피고로서는 적절한 업무수행을 보장하기 위하여 위탁원들의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다고 할 수 있는데, 실제 위탁원들이 피고로부터 업무를 배정받은 후 검침과 송달 등의 업무를 수행한 과정 등에 비추어 보면 피고가 위탁계약에 따라 제공받는 노무의 품질 등이 일정한 수준에 맞도록 요구하는 방법으로 위탁계약에 기하여 위탁원들의 업무에 대하여 일반적이고 추상적인 지시 등을 하는 것에서 더 나아가 상당한 지휘·감독을 하였을 가능성이 있다<sup>11)</sup>’

- (백화점 판매원) ‘피고의 매출과 수익 규모는 각 매장의 매출 규모에 따라 좌우되므로 판매원들의 판매업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 부분이다. 그리고 피고의 매장에서 고객을 직접 응대하는 판매원의 근무태도는 매출에도 영향이 있을 뿐만 아니라 피고의 대외적인 이미지에도 큰 영향을 줄 수 있으므로, 피고로서는 판매원의 적절한 업무수행을 보장하기 위하여 판매원의 업무에 대하여 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다<sup>12)</sup>’ 고 하여 해당 업무가 사업주의 주요업무라면 구조적으로 지휘감독의 가능성이 크다는 점을 인정하여 지휘감독 요소를 인정하고 있다.

## (2) 사용자가 경제적으로 우월적 지위에서 정할 수 있는 요소의 고려

- 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 정할 수 있는 것은 편면적 징표로 고려하고 있다. 즉 만약 그러한 징표가 있다면 당연히 이는 근로자성을 인정하는데 유리한 징

9) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결

10) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다86769 판결

11) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다25460, 2013다25477(병합) 판결

12) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다62456 판결

표이지만, 없다고 하더라도 근로자성을 배제하는 징표로는 보지 않는다는 것이다.

- [임금의 지급방식]과 관련하여 특수고용 노동자들에게 공통적으로 문제가 되는 것이 100% 성과급 내지 도급임금 방식을 어떻게 볼 것인가하는 문제다. 임금이 정해지는 방법은 시간에 따르든지, 업무의 양에 따라 정해지든지, 고정급·성과급 등 다양하게 정해질 수 있다. 도급제 임금(근로기준법 제47조)을 정하고 있는 것도 이러한 점에 기인한다. 일의 성과에 따라 보수가 지급되는 경우를 보면 예를 들어 수임사건의 종결에 따라 지급되는 변호사의 보수, 건축된 건물에 대한 공사대금 등 순전한 일의 결과에 따라 지급되는 것도 있으나, 하루 몇 톤의 석탄을 캐는가(광부), 하루 몇 회, 몇 킬로미터 여객, 화물을 운송하였는가(운송), 오늘 하루 얼마의 돈을 수금하였는가(수금원), 오늘 하루 얼마의 물건을 팔았는가(점원), 오늘 하루 몇 시간 강의를 하였는가(강사) 등에 따라 보수를 지급하는 형태가 많고 이러한 경우 보수 지급 방법이 세부적, 산술적으로 정하여져 있어 그 대가가 일의 결과라기보다는 근로 제공 자체에 대한 대가로 지급되는 성격이 강한 것이 적지 않다. 성과급 보수를 보는 관점을 유연하게 할 필요가 있다.<sup>13)</sup>

- (운송기사) 망인이 매월 지급받는 보수는 기본급이나 고정급이 아니라 운반물량에 의하여 정산한 금액이기는 하나 이러한 성과급의 형태의 금원은 노동의 양과 질을 평가하는 것이라 할 수 있어 근로의 대가인 임금의 성격이 반드시 부정된다고 볼 수 없는 점<sup>14)</sup>

- (채권추심원) ‘원고들이 받은 보수는 기본급이나 고정급 없이 성과급의 형태로만 지급되었지만 이는 채권추심업무의 특성에 의한 것일 뿐이고, 원고들이 제공한 근로의 양과 질에 대한 대가로서의 임금의 성격을 지니지 아니한 것이라고 보기는 어렵다<sup>15)</sup>.

- (채권추심원) ‘피고 회사는 수수료를 원고들의 채권추심실적이라는 근로의 결과물에 따라 비례하여 지급하였고, 원고들은 이를 주요한 생계수단으로 삼았던 점<sup>16)</sup>,

13) 최은배, '가. 근로기준법상 근로자 해당 여부의 판단 기준, 나. 대학입시학원 종합반 강사의 근로기준법상 근로자 해당 여부(적극), 다. 대학입시학원 종합반 강사가 계약서 문언상 매년 2월 중순부터 대입 수능시험일인 11월 중순까지를 계약기간으로 한 계약을 6-7회 반복 체결한 경우, 계속 근로가 인정되는지 여부(적극)와 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자로 보아 계약갱신거절을 해고로 볼 수 있는지 여부(적극)', 대법원판례해설 63호(2006 하반기), 556-557면

14) 대법원 2010.5.27. 선고 2007두9471 판결

15) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결

16) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다86769 판결

이와 같이 대법원은 기본급이나 고정급이 없고 실적 내지 업무결과에 따라 비례하여 지급하는 형태의 금원지급도 그 임금성을 인정하고 있고 이를 근로자성 부정의 정표로 보지 않고 있다.

- 한편 [취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용]과 관련하여 2006년 학원강사 판결 이후 이 부분이 여전히 근로자성 판단의 요소로 되어 있지만, 이는 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수도 있는 것이므로 이 요소가 인정되지 않는다고 하여 근로자성을 부정해서는 안 된다고 판시하고 있다.

- (채권추심원) ‘망인을 비롯한 참가인 회사의 채권추심원에게는 정규직 직원에게 적용되는 취업규칙·복무규정·인사규정 등이 적용되지 않았고, 위임직의 관리를 위하여 마련된 참가인 회사의 지침에도 통상 취업규칙 등에 포함되는 사항이 규정되어 있지 않은 점 ..... 등은 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상이거나 사용자인 참가인이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정들에 불과하다.....’따라서 위와 같은 사정들만으로 망인의 근로자성을 부정하기는 어렵다고 할 것이다.<sup>17)</sup>거나,

- (시간강사) ‘피고인이 강사들에 대하여 복무·징계 등에 관한 취업규칙, 복무규정, 인사규정 등 일체의 규정을 정하지 않았던 사정들은, 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상이거나 사용자인 피고인이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정들에 불과하다. .... 따라서 위와 같은 사정들만으로는 위 공소외인의 근로자성을 부정할 수 없다<sup>18)</sup>’고 하였으며,

- (강사) ‘담임강사 등은 일반직원들에게 적용되는 취업규칙·복무(인사)규정·징계규정 등의 적용을 받지 않았으며, .... 등이 있다 하더라도, 이러한 사정들은 실질적인 노무제공 실태와 부합하지 않는 계약서 문언에 불과하거나 사용자인 원고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하고, .... 위와 같은 사정들만으로는 담임강사 등의 근로자성을 부정할 수 없다’<sup>19)</sup>고 판시하였다.

- 그리고 일반적으로 위임계약서 등에서 정한 해지사유를 징계에 준한 것으로 판단하고 있다.

17) 대법원 2008.5.15. 선고 2008두1566 판결

18) 대법원 2007.9.7. 선고 2006도777 판결

19) 대법원 2007.1.25. 선고 2005두8436 판결, 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결

- (백화점 판매원) ‘피고가 횡령 등 비위행위를 저지른 판매원과의 판매용역계약을 중도 해지하거나 매출이 부진한 매장 매니저와의 판매용역계약을 해지하는 등의 조치를 한 것도 실질적으로는 징계하고 권한을 행사하는 것과 별로 다르지 아니하다<sup>20)</sup>.’

- 그 외 대법원의 판결들을 보면 사용자가 우월적 지위에서 정할 수 있는 요소들, 즉 취업규칙 적용받지 않는 점, 기본급이나 고정급이 없는 점, 근로소득세 납부하지 않는 점, 4대 사회보험에 노동자로 가입되어 있지 않다는 점은 그러한 징표가 보이지 않는다고 하더라도 그것만으로 근로자성을 배제할 수는 없다고 일관되게 판시하고 있다.

- (의류제조공정 중 봉제업무 노동자) ‘한편 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고가 주장하는 바와 같이, 원고들은 다른 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙·복무(인사)규정·징계규정 등의 적용을 받지 않고 보수에 기본급이나 고정급이 없이 그 작업량에 따른 성과급만을 지급받았으며 부가가치세법상의 사업자등록을 함으로써 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고 산업재해보상보험, 고용보험 등 이른바 4대보험에 가입되어 있지 않은 사정 등이 있기는 하나, 이러한 사정들은 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정에 불과하여 원고들의 근로자성을 뒤집는 사정이라고 보기는 어렵다.<sup>21)</sup>”

- (화물운송 노동자) ‘망인이 소외 1 주식회사와 사이에 근로계약을 체결하지 아니한 채 ‘화물자동차운전용역(도급)계약서’가 작성되었고 사업자등록을 하여 망인 명의(한국사이버물류)의 세금계산서를 발행하는 등 사업주로서의 외관을 갖추었으며 사업소득세 및 부가가치세를 납부하였고, 소외 1 주식회사의 취업규칙, 복무규정, 인사규정 등의 적용을 받지 아니하였으며, 국민연금 및 의료보험도 소외 1 주식회사와 관계없이 개별적으로 가입한 사정 등이 있다 하더라도, 이러한 사정들은 실질적인 노무제공 실태와 부합하지 않거나 사용자인 소외 1 주식회사가 경제적으로 우월한 지위에서 임의로 정할 수 있는 사항들로서 소외 1 주식회사가 최소한의 책임만을 부담하면서 근로자를 사용하기 위하여 위장도급의 형식을 취한 것에 불과하여 망인의 근로자성을 뒤집는 사정이라고 보기에는 부족하다<sup>22)</sup>.

20) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다62456 판결

21) 대법원 2009.10.29. 선고 2009다51417 판결

- (검침원 또는 송달원) 이러한 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위탁원들에 대하여 취업규칙, 복무규정, 인사규정 등이 적용되지 아니하였고 위탁원들이 정규직 직원과 달리 기본급이나 고정급을 지급받지 아니하였으며, 피고가 위탁원들의 급여에서 근로소득세 대신 사업소득세를 원천징수하고 위탁원들을 위하여 건강보험, 국민연금, 고용보험, 산업재해보상보험 등에 가입하지 아니하였더라도, 위 원고들과 같이 검침이나 송달업무를 담당하는 위탁원들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 여지가 있다<sup>23)</sup>.

- (백화점 판매원) 피고가 판매원들에 대하여 인사규정 등을 적용하지 아니하고 근로소득세 대신 사업소득세를 원천징수하며 이른바 4대 보험에 가입하지 아니하였다는 등의 사정은 피고가 우월한 지위에서 임의로 정할 여지가 큰 부분이므로 근로자성을 부정할 만한 요소로 삼기 어렵다<sup>24)</sup>.

- (백화점 판매사원) 백화점 판매원들은 피고의 취업규칙의 적용을 받지 못하고, 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였으며, 4대 보험 등 사회보장제도에서 근로자로서의 지위를 인정받지 못하고 있었는데, 이는 앞서 본 바와 같이 피고가 각 백화점 매장에 판매원들을 파견하는 방식을 변경하면서 백화점 판매원들에게 일괄적으로 사직서를 받고 판매용역계약을 체결하는 과정에서 사용자로서 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정하였다고 볼 여지도 있다<sup>25)</sup>.

- (방송국 외주영상기사) 참가인들이 정해진 기본급이나 고정급을 지급받은 것은 아니고 원고로부터 근로소득세를 원천징수당하지 아니하였으며 원고가 참가인들에 대하여 취업규칙 등의 규정을 적용하지 않은 사정이 있다고 하더라도, 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 비정규직 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있을 뿐 아니라 사용자인 원고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다고 여겨지는 점 등을 인정한 다음, 이러한 사정을 종합하여 보면 비록 참가인들이 6mm 카메라를 직접 소유하고 있고 원고로부터 명시적인 출·퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도, 참가인들은 원고와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 판단하였다.

22) 대법원 2010.5.27. 선고 2007두9471 판결

23) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다25460, 2013다25477(병합) 판결

24) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다62456 판결

25) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 근로기준법상 근로자의 판단기준에 관한 법리오해 또는 이유모순 등의 위법이 없다<sup>26)</sup>.

### (3) 사업자성에 대한 고려

- 근로자의 개념은 근로자와 사업자 사이의 구별을 위한 것인 만큼 특정 노무공급자의 근로자성은 근로자적 징표뿐만 아니라, 사업자적 징표까지 함께 고려하여야 한다<sup>27)</sup>. 근로자가 아니라면 당연히 사업자적 징표들이 확인되어야 하기 때문이다. 그런데 종전 1994년 판례는 '근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계'라고 제시하고 있었고 그리고 종전 판례에 대하여 노무공급자의 사업자성에 대한 판단을 소홀히 하고 있다는 비판이 있어 왔다.

- 이에 2006년 학원강사 판례는 여기에 '.... 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지'를 추가함으로써 근로자성 판단에 있어서 사업자성을 같이 고려해야 함을 강조한 것으로 보인다. 따라서 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는 독자적인 전문성과 경제적 능력을 가지는 지 여부, 다른 사업자와도 거래할 수 있고 이윤의 창출과 손실의 초래 등 사업운영에서 비롯되는 위험도 인수하고 있는 지 여부도 고려되어야 한다.

- (학원버스 기사) '원고 운행 버스의 소유권 등록 명의를 피고 앞으로 하였다면 위 버스로 위 학원의 학원생들을 통학시키는 것 외에 원고가 그 버스를 운전하여 다른 영업을 할 경우, 이는 여객자동차 운수사업법에서 정하는 여객자동차운송사업을 면허 없이 영위하는 것이 되고, 사고가 생겼을 때 보험금을 받지 못하게 되는 등의 사정 때문에 원고로서는 위 학원의 학원생을 통학시키는 것 외에 사실상 다른 운송사업을 영위할 수 없었다는 점 등을 보태어 보면, 원고는 버스 운행업무 수행 과정에서 피고로부터 상당한 지휘·감독을 받았고, 피고가 지정한 근무시간과 근무장소에

26) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결

27) 최은배, 위의 글, 550면



구속되었으며, 이 사건 버스 운행과 관련하여 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하지 못하였고, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안지 못하였다<sup>28)</sup>’고 판시하여 이를 구체적으로 적용하고 있다.

- (통근버스 기사) 노무제공자가 기계·기구 등을 소유하고 있다고 하여 곧바로 자신의 계산과 위험 부담 하에 사업을 영위하는 사업자라고 단정할 것은 아니다(대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48986 판결 등 참조). 이와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, ① 원고의 지입차량 운행이 이 사건 합의와 ‘합의서’에 첨부된 ‘차량사용약관’에 따라 피고 회사가 정한 운행구간과 시간에 맞추어 피고 회사의 운행과 정비 및 청소 상태에 관한 점검 등 그 지시와 통제 하에 이루어짐으로써 피고 회사가 원고에 대하여 상당한 지휘·감독을 하였다고 할 수 있을 뿐만 아니라, ② 원고가 지입차량을 이용하여 피고 회사를 위한 통근버스를 운행함에 있어 다른 운전 기사를 지입차량의 운전기사로 대체투입할 수 없었고 나아가 피고 회사를 위한 통근 버스 운행 외에 별도의 유상운송사업을 영위할 수도 없었던 상황에서 매달 일정액의 지입차량 사용료만을 지급받았기 때문에 원고는 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하였다기보다는 피고 회사에 전속하여 노무제공의 대가만을 지급받았다고 볼 수 있다. 따라서 피고 회사가 원고를 그 소속 근로자로 건강보험, 고용보험, 국민연금보험 등에 가입시키고 원고의 근로소득세와 보험료 등을 원천징수하였던 점까지 함께 보태어 살펴보면, 원고가 비록 그 소유의 차량을 피고 회사에 지입하는 등 고가의 생산수단을 소유하고 있고 그 유지·관리를 위한 비용도 부담하였다 하더라도, 결국 원고는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고 회사에 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수 있다<sup>29)</sup>.

- (검침원과 송달원) 아울러 검침과 송달 등의 업무를 담당한 위탁원들의 예상 업무량은 그들의 담당구역이 지정되어 있는 이상 그 담당구역에 거주하는 전기수용가구의 수에 따라 정해지고, 위탁원들이 업무를 하는 날 피고로부터 직접 검침이나 송달을 할 고객을 배정받았으므로 스스로의 노력으로 고객을 유치하여 검침이나 송달 업무의 양을 늘림으로써 그 수입의 규모를 확대할 수 없는 상황이었기 때문에, 위탁원들이 독립하여 자신들의 계산으로 사업을 영위하거나 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있었다고 보기도 어렵다<sup>30)</sup>.

28) 대법원 2007.9.6. 선고 2007다37165 판결

29) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2014다202530 판결

- 관련하여 업무 대체와 관련해서도 상시적인 것이 아니라면 근로자성을 부정하는 징표로까지는 보지 않고 있다. 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다62456 판결(백화점 판매원)은 ‘판매원은 출산, 육아 등 특별한 사유 외에는 아르바이트 직원을 활용하여 그 업무를 대행하게 할 수도 없었다’고 하여 특별한 사정이 있어서 예외적으로 대체하는 경우는 문제가 없다고 판단하였다.

### 3. 노조법상 노동자성 문제

- 위에서 본 것과 같이 주로 판례는 근로기준법상 근로자성을 중심으로 형성되어 왔는데, 종래부터 근로기준법상 근로자와 노조법상 근로자가 같은 개념인지, 구분되는 것인지에 대하여 논의가 있어왔으며 특히 현실 노무제공자의 경우에는 판례의 명확한 입장에 대하여 논란이 있어 왔다.

#### 가. 두 법의 근로자 개념의 구분

다음과 같은 점에서 두 법의 근로자 개념은 구분된다고 볼 수 있다. 학계에서는 논의되는 내용을 정리하면 다음과 같다.

① 노조법에서 굳이 ‘기타 이에 준하는 수입’이라는 말을 사용하고 있고, 골프장 경기보조원들이 받는 금품이 근로법상의 임금이 아니라고 볼 수 있는 예가 있으므로, 근로법과 노조법이 서로 적용이 다를 수 있다. ② 고용형태의 다양화 및 비전형적 근로관계의 등장을 감안할 때, ‘기타 이에 준하는 수입’을 보다 적극적으로 해석·활용함으로써 근로자성 판단에서의 탄력성을 도모해야 한다.(김유성 교수)

③ 노조법의 ‘기타 이에 준하는 수입’은 임금이 아니면서 임금과 유사한 수입, 예컨대 사업주가 아닌 개인에게 일시적으로 근로를 제공하거나, 종속적 근로는 아니지만 유사한 노무를 공급하는 등의 대가로 얻는 수입을 말한다. 근로법상 근로자는 ‘임금에 의하여 생활하는 자’에 포함되고, 임금에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자는 근로법상 근로자는 아니지만 노조법상 근로자에는 포함된다. 노조법상 근로자

---

30) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다25460, 2013다25477(병합) 판결

는 임금에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자와 노동 의사를 가진 실업자도 포함한다. 이 점에서 근기법상의 근로자가 협의의 근로자라면 노조법상의 근로자는 광의의 근로자라 할 수 있고, 근기법상의 근로자가 인적 종속성을 중시한 개념이라면 노조법상 근로자는 경제적 종속성을 중시한 개념이라고 할 수 있다. 노조법이 근로자를 넓게 정의한 취지는 사업(장)에 고용되어 있지 않거나 종속적 근로를 제공한다고 보기 어려워 근기법상의 보호는 받을 수 없더라도 사업(장)에 고용될 의사를 가진 자 또는 이에 준하여 생활하고 있거나 그렇게 할 의사를 가진 자들이 스스로 단결하여 그 노동생활조건을 개선할 수 있는 길을 열어 줄 필요가 있기 때문이다.(임종율 교수)

④ 노조법상 근로자 개념을 정할 때 가장 중요하게 고려하여야 할 것은 노조법의 목적과 근로자에 대한 정의 규정이다. 노조법은 1조에서 분명히 밝힌 바와 같이 ‘헌법에 의거하여 근로자의 자주적인 단결권, 단체교섭권과 단체행동권을 보장하는 것 ‘을 제1차적인 목적으로 하고, 이러한 목적에 부합하도록 2조 1호에서 근로자를 ‘임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’라고 간단하게 요건을 정하고 있다. 결국 노조법은 근로3권의 향유 주체가 될 수 있는 자의 범위를 ‘임금 등에 의하여 생활하는 자’로 규정함으로써 그 어떤 실정 노동법상의 근로자 개념보다 넓은 범위로 근로자를 파악하고 있다. 한편 근기법상의 근로자와 노조법상의 근로자가 상당한 범위에서 공통되더라도 양 법률에서 파악하는 근로자에 대한 기본적인 관점은 근기법이 주로 ‘국가의 직접적 개입에 의한 보호의 필요성이 있는 자인가’를 중심으로 한 것인 반면, 노조법은 국가의 직접적 개입이 아니라 ‘노무공급자들 사이의 단결 등을 보장해줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 접근하고 있으므로, 근기법상 근로자 해당성은 ‘특정 사업과 현실적으로 결합한 정도’에 의해서 결정할 수 있겠지만 노조법상 근로자 해당성은 특정 사업과 결합하였는지 여부와 상관없이 ‘단결 활동의 보장 필요성’에 의해서 결정되어야 한다. 실제로 문제가 많이 되는 현실적 노무공급자에 한정하여 양 법률의 근로자 범위를 볼 때, 노조법 4조에서 말하는 ‘임금·급료 ‘는 근기법상 ‘임금’으로 보아야 하지만 ‘기타 이에 준하는 수입’은 독자적인 의미를 가진 것이기 때문에 노조법상 근로자 개념이 더 넓다. 그리고 ‘임금, 급료’를 해석할 때에는 근기법상 ‘임금’에 상당하도록 사업과 결합한 정도에 의해서 판단하면 되고, ‘기타 이에 준하는 수입’을 해석할 때에는 근기법상 근로자에 준할 정도로 단결 활동 내지 노동조합 운동의 주체로서 보호할 필요성이 있는 노무공급자에 대한

것으로 보아야 한다.(강성태 교수)

⑤ 노동법은 노무제공관계의 종속성에서 파생되는 문제점을 해결하는 것을 주된 목적으로 하는데, 개별법과 집단법이 완화 또는 극복하고자 하는 종속성은 다른 성질의 것이며, 개별적 근로관계법은 주로 노무급부과정 그 자체에서 발생하는 종속성에 주목하는 반면, 집단적 노동관계법은 노무급부과정 이전의 노무제공관계 형성 단계 즉 노동시장에서의 종속성에 주목하는 것이어서 그 적용이 원인이 되는 종속성에 차이가 있어 근로자의 범위는 다를 수밖에 없다. 사적 자치에 대한 국가의 직접적 개입(내용과 결과의 규제)에 관한 개별적 근로관계법과 달리, 집단적 노동관계법은 사적 자치가 실질화되도록 집단적 자치의 조성(기회와 절차의 규제)에 그치기 때문에 이러한 권리이용자의 차이가 정당화될 수 있다. 따라서 노조법상 근로자에는 노무급부과정에서 종속성을 가진 자뿐만 아니라 노동시장에서의 사용종속성을 가져 근로기준법상 근로자와 유사한 정도의 사회적 보호 필요성이 있는 자도 포함된다고 한다. (강성태 교수)

## 나. 노조법상 노동자성에 관한 판례의 태도

대법원은 1993년 골프장 경기보조원<sup>31)</sup> 사건에서 노조법상 근로자성을 인정한 바 있다. 즉 노조법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다고 보아야 할 것이며, 그 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다 할 것이고, 그 사용종속관계가 인정되는 한 노조법상의 근로자로 보아도 무방할 것이다“고 근로자성에 대한 판단 기준을 제시하면서 골프장 경기보조원이 일정한 통제와 지휘감독 아래 일하고 있는 점, 캐디피를 노조법의 '기타 이에 준하는 수입'으로 볼 수 있는 점, 전속성 등을 고려하여 종속적 노동관계에 있다고 판단하였다.

- 이처럼 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결은 “고용계약관계에 근사하다고

31) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결

보이므로 캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 ' 기타 이에 준하는 수입 '으로 못 볼 바도 아니라고 보여지는 점" 이라고 함으로써 ' 기타 이에 준하는 수입 '을 적극적으로 해석하는 경우 노조법상 근로자는 근기법상 근로자보다 넓게 판단할 수 있는 여지를 보인 바 있다<sup>32)</sup>.

그리고 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결(서울여성노조 사건)에서 근기법과 노조법의 규율 목적이 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점 등을 지적하면서 실업자의 노조법상 근로자성을 긍정한 바 있다.

종전 판례의 태도에 대하여 근로자성 판단기준을 제시한 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(1994년 대법원 판결)은 근로자성 확인을 위한 공식으로 2006년 학원강사 판결이 나오기까지 일관되게 이용되고 있으나, 그것은 근기법상의 근로자 개념을 판단하는 사건에서만 적용하고 있고, 노조법상 근로자개념이 문제된 사건에서는 근기법상 근로자 개념 판단기준을 직접 적용하는 것을 회피하고 있다. 이에 대하여 이승욱 교수는 노조법상 근로자 개념을 확정하는 핵심적 요소인 사용종속관계에 관한 판단기준이 근로기준법상 근로자 개념과 다르게 적용될 여지를 대법원이 배제하지 않고 있다고 평가하고 있다<sup>33)</sup>. 한편, 1996년 골프장 경기보조원은 근로기준법 근로자가 아니라는 대법원 판결<sup>34)</sup>이 나오면서 위 1993년 골프장 경기보조원 판결을 변경하였다는 주장과 두 법의 개념은 구분되는 것이어서 변경한 것이 아니라는 주장도 제기되었다.

- 그러다가, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결에 이르러 대법원은 골프장 캐디 사건에서 근기법상 근로자는 아니지만 노조법상 근로자에는 해당된다고 하여 현실적 노무제공자에 대하여 두 법의 근로자 개념이 구분된다는 점을 명확히 하였다. 그 판단 표지로는 근로기준법상 근로자성에 관한 2006년 학원강사 판결의 판단 표지를 제시하지 않고 위 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결을 인용하고 있다. 즉 '노조법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로

32) 고용노동부는 골프장 경기보조원의 근로기준법상 지위를 부정하면서도(근기 68207-418, 2003. 4. 8.) 노조법상 지위는 '현재까지 캐디를 노조법상 근로자로 인정한 1993년도 대법원 판결이 변경된 바 없으므로 OO캐디에 대하여도 달리 볼 사정이 없는 한 이와 같은 판단기준에 따라 노조법상의 근로자로 인정할 수 있을 것으로 사료된다.'고 하고 있다(노조 68107-654, 2003. 12. 23.).

33) 이승욱, 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 모색, 한국노동법학회, 노동법학 제23호, 2006. 12. 189~190면

34) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결

임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 그 사용종속관계 존재 여부는 당해 노무공급 계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없이 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정되는 것이다.’ 고 판시하였다.

한편 대법원은 현대중공업 사건<sup>35)</sup>에서 원청업체도 하청 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다면 부당노동행위의 사용자 지위가 인정된다고 판단하였다. 나아가 대법원은 위 골프장 캐디 사건<sup>36)</sup>에서도 골프장 사업주에 대하여 근기법상 사용자는 아니어서 근기법에서 정한 의무를 부담하지는 않으나 노조법상 사용자에는 해당하므로 노조법에 따른 의무를 부담한다고 판단하였다.

이는 집단적 노동관계의 당사자와 개별적 근로관계의 당사자는 다르다는 것을 보여주는 것으로 근로자 개념의 측면에서 보면 노조법상 근로자와 근기법상 근로자가 다르다는 것이 된다.

- 다만, 이렇게 판단기준을 다르게 실시하고는 있으나, 세부적인 판단징표가 실제 다른지는 불분명하다. 현재로서는 2006년 학원강사 판결이 제시한 판단징표를 기준으로 살펴보면, 각 징표들을 완화해서 적용하고, 종합적 고려시 종속성의 정도를 더 완화해 해당 여부를 판단하고 있다고 보는 것이 맞을 것이다. 실제 실무상으로도 그렇게 주장, 입증이 이루어지고 있다.

#### 4. 특수고용 노동자 권리보장 방안

##### 가. 노조 할 권리를 보장할 필요성

- 노조할 권리를 보장하는 것은 근로기준법과 달리 그 자체로 사용자에게 어떤 부담을 주는 것이 없고, 현재 발생되고 있는 문제들을 노사 자치적으로 해결할 통로를 열어준다는 점에서 최우선 입법과제가 되어야 한다.

35) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결

36) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결

- 더구나, 매우 다양한 직종의 특수고용 노동자들이 우선적으로 해결해야 할 과제들도 직종만큼 다양하므로 단체협약을 통해 개선하는 길을 열어주는 것이 효과적이다.

## 나. 특수고용 노동자들의 노조 할 권리에 관한 판례, 외국 입법례

- 위에서 본 것과 같이 대법원 판례도 노조법상 노동자에 대하여는 더 넓게 인정하고 있다.

- 외국 입법례도 보면 이미 오래전부터 노조법상 근로자를 넓게 설정하여 노조할 권리를 보장함으로써 특수고용 노동자 문제를 해결해 왔다.

- 영국은 입법으로 근로자(employee)와 구별되는 노무제공자(worker)라는 개념을 설정하고 있다. 1996년 고용권법(Employment Right Act) 230조 3항에서 노무제공자(worker)는 '그 형태가 명시적으로든 암묵적이든, 구두든 문서든 상관없이 고용계약이나 기타의 계약 하에서 일하는 개인으로서, 직접(personally) 그 지위가 계약상 고객이 아닌 계약상대방을 위한 일이나 서비스를 수행하는 사람'으로 정의되어 있다. 노무제공자(worker)에는 노조법상 면책과업권, 동일임금법, 고용권법상의 성희롱 금지, 최저임금법, 근로시간법, 고용관계법상의 부당 임금공제금지 등을 비롯한 일부 조항, 산업안전보건법상의 산업안전보건조항 및 산재보험이 적용하고 있다[국가인권위원회, 특수고용직 노동권침해실태조사보고서(2006)].

- 독일은 '근로자 유사한 자(arbeitnehmerähnliche Personen)' 도 근로자와 비슷하게 노동조합에 의한 보호를 필요로 하기 때문에, 이들도 노동조합에 가입할 수 있는 근로자에 포함된다. 따라서 이들이 노동조합에 가입했다고 해서 노동조합성이 의심되거나 하지는 않는다. 근로자 유사한 자란, 근로자와 달리 인적 종속성은 없지만 그 경제적 종속성으로 인해 근로자와 비슷한 사회적 보호의 필요성이 있는 자를 말한다. 독일 단체협약법 제12조의a 제1항 제1호에 따르면, 일반적으로 다른 근로자의 도움 없이 노무를 제공하는 자가 시간적 관점이나 소득적 관점에서 주로 한 위탁자를 위해 활동하며 적어도 영리 활동의 대가로 얻은 전체 소득의 절반 이상을 이로부터

받는 경우에 경제적 종속성이 인정된다고 한다.[김기선, “독일에서의 노동조합의 정의”, 노동조합의 정의규정 재검토 연구, 한국노동연구원(2011)]

- 프랑스는 산업 및 직업별 특칙을 통해 규율하고 있다. 이 특칙의 적용대상이 되는 직업범주는 외무원·대리인·외판원 등 VRP라 약칭되는 상업대리인, 연예인, 예술가, 모델, 가사사용인 등이다. 상업대리인(VRP)은 '외무원, 대리인 또는 외판원'이 그 사용자 사이에 대리를 목적으로 체결된 약정은 계약상 명시적 규정 유무와 관계없이 다음의 요건을 갖춘 경우에는 근로계약으로 본다.'라고 근로자로 의제하는 규정을 두고 있다. 노동법전이 적용되는 상업대리인의 법적 요건은 '① 하나 또는 둘 이상의 사용자를 위해 일할 것, ② 사실상 배타적이고 항상적으로 자신들의 대리 직업에 종사할 것, ③ 자신의 개인적 계산을 위해 어떠한 상업적 활동도 실제 하지 않을 것, ④ 판매나 구매에 제공되는 용역이나 상품의 종류, 활동지역, 방문해야 할 고객의 범주 및 보수율을 정하는 약정을 자신의 사용자와 체결할 것'으로 규정하고 있다. 한편, 연예인, 예술가, 모델 등에 대하여는 근로자로 추정하고, 가사사용인에 대하여는 노동법전을 부분적으로 적용한다. 위에서 서술한 각 직업별로 노무제공의 특성과 경제적 의존의 성질에 따라 일반 근로자에게 적용되지 않는 새로운 보호조항을 추가하거나, 일반 근로자와의 차이를 고려하여 적용제외 규정을 두기도 하고 노동법의 보호정도를 조정하는 내용이 규율을 두고 있다.

노동법전은 “동일한 직업, 유사한 직종 또는 특정 상품의 생산에 관련된 직종에 종사하는 자들 또는 동일한 자유직업을 수행하는 자들의 노동조합 또는 직업 단체는 자유롭게 조직될 수 있다.”고 규정하여 직업활동을 수행하는 자라면 누구나 노동3권을 인정하고 있다<sup>37)</sup>. 프랑스는 노동자는 물론이고 일반 자유 직업인인 의사, 변호사 등도 직업조합을 설립하여 단체교섭을 하고 또 파업권도 인정된다. 따라서 우리나라와 같은 특수형태근로 종사자도 당연히 노동3권을 자유로이 행사할 수 있다.<sup>38)</sup> [(국가인권위원회, 특수고용직 노동권침해실태조사보고서(2006)).

**다. 판례에만 맡겨두고 방치할 것이 아니라, 입법적으로 해결이 필요**

37) 박제성, "프랑스에서 노동조합의 정의", 노동조합의 정의규정 재검토 연구, 한국노동연구원(2011), 87면

38) 조경배, 비정규 노동과 법, 순천향대학교 출판부(2011), 193면



- 대법원 판례도 노조법상 근로자의 범위를 넓게 본다고 판시하고 있고, 여러 외국 입법례에서도 최소한 노조할 권리를 넓게 보장하고 있다. ILO도 권고를 하고 있다. 노조할 권리의 보장은 새로운 것을 입법하는 것도 아니고, 빠른 것도 아니다. 너무 늦었다. 국회는 1999년 위탁계약 학습지교사에 대하여 노동부가 설립신고증을 부여하면서 본격적으로 떠오른 특수고용 문제에 대하여는 지난 18년간 사실상 직무유기를 해 왔다. 각 직종별로 해석론으로 해결하라며 소모적인 법적 분쟁에만 맡기는 것은 국회와 정부의 역할을 포기하는 것이며, 입법을 통해 하루속히 이 문제부터 해결하는 것이 필요하다.

- 그 방법론으로는 ‘추상적 개념설정 → 노동자냐 아니냐를 둘러싼 지난한 법적 분쟁의 반복’을 할 것이 아니라, 가능하면 대통령령으로 해당 직종을 명시하는 방법이 바람직하다.[별첨 민주노총 요구안 참조]

- 개별 근로관계법의 적용과 관련해서는 산재보험법, 고용보험법, 남녀고용평등법 등과 같이 개별법의 개정과 같이 우선 시급한 것부터 접근하는 것도 방법이며, 다만, 해당 법의 기본원칙인 당연적용(임의가입이 아니라) 방식을 취해야 할 것이다.

- 헌법재판소도 입법의 필요성을 지적한 바 있다. 즉 현재 2016.11.24. 자 2015헌바413, 2015헌바414(병합) 결정에서 ‘특수고용직이나 특수형태근로종사자라고 지칭되는 이들은 사업주와의 관계에서 사용종속관계에 있지 않아 근로기준법이 규정하고 있는 근로자에 대한 보호규정이 전혀 적용되지 않았다. 그 결과 특수형태근로종사자는 노무계약의 해지라는 위험에 쉽게 노출되고, 열악한 지위나 보수로 인하여 노동시간의 과도한 연장을 강요받거나, 휴일·연가사용에 있어 제한을 받는 등 근로기준법상 근로자와 비교할 때 낮은 처우를 받는 경우가 많았다. 또한, 사업주가 사용종속관계가 실질적으로 인정되는 노무제공자에 대해서도 형식적으로 도급·위임과 같은 계약을 체결함으로써 근로기준법 적용을 회피하는 사례도 빈번하게 발생하였고, 시간이 흐를수록 회피방법은 더 교묘해지고 있다. 구체적 사건에서 근로자의 실질이 인정된 노무제공자는 근로기준법에 따른 구제를 받을 수 있으나, 대부분의 경우 특수형태근로종사자의 노무조건·환경에 관한 일반적인 법 규정이 존재하지 않아 보호를 받을 수가 없었다. 2015년 OECD 회원국 가운데 노동유연성 수준이 높은 국가군에 속하는

우리나라의 상황에서는 입법적으로 특수형태근로종사자에 관하여 전반적으로 규율하고 또 보호하는 내용의 법률 제정이 시급하다. 청구인의 주장과 같이 캐디와 같은 특수형태근로종사자를 근로자의 범위에 포함하는 것은 이들에 대하여 근로기준법이 전면적으로 적용됨을 의미한다. 그러나 특수형태근로종사자의 지위, 노무제공의 방법, 성격 및 사업주에 대한 경제적 종속의 정도는 매우 다양하여, 이들에게 근로기준법이 그대로 적용될 수 없다. 결국 특수형태근로종사자는 이들의 특성을 고려한 별도의 특별법에 의한 보호가 필요한 영역이다' 고 판시하고 있다.

- 개별근로관계법은 추가 논의가 필요하다고 하더라도(그 입법의 방식과 적용범위), 노조법과 사회보험 관련법은 어느 정도 사회적 공감대가 형성된 점, 대법원 판례의 변화, 시급성, 사용자의 부담측면 고려 등을 감안하면 지금 즉시 입법이 가능하고 필요하다고 본다.

- 정부(고용노동부)는 노조법상 노동자성을 넓게 인정하는 대법원 판례의 입장에 맞추어 특수고용 노동자들에 대하여 적극적으로 설립신고증을 교부하는 등 노조법상 노동자로 인정하는 행정해석을 바로 해 나갈 수 있다. 각 대선후보들도 추상적인 권리보장 구호만 외칠 것이 아니라, '내가 대통령이 되면 그 다음날부터 노조설립신고증을 교부하도록 하겠다' 고 약속해야 할 것이다.

## 별첨 : [민주노총 우선 입법요구안]

### (1) 「노동조합 및 노동관계조정법」 개정안

현행법	개정안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. "근로자"라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. "근로자"라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다. <u>다만, 다음 각목의 1에 해당하는 자는 근로자로 본다.</u> <u>가. 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자</u> <u>나. 실업상태에 있거나 구직 중인 자</u> <u>다. 기타 노무를 제공하는 자로서 이법에 따른 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령이 정하는 자</u>

가. 「노동조합 및 노동관계조정법」이 적용되는 ‘근로자’ 정의조항에 “자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자”, “기타 노무를 제공하는 자로서 이법에 따른 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령이 정하는 자” 등을 포함하도록 함.

나. 국가인권위원회의 권고, 국제노동기구의 협약 및 권고, 외국의 입법 사례 등을 참조할 때, 노동조합 및 노동관계조정법의 적용을 받아야 할 근로자의 핵심 판단 지표는 “독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하는 것이 아니라 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공”하는 것과 “노무를 제공하고 그 대가를 받아 생활하는 것”이라 할 수 있음. (개정안 제2조 제1호 가목)

다. 특히 일감 확보의 불안정성으로 인하여 둘 이상의 자로부터 일감을 얻고 있는 비전속적 특수고용 노동자가 법의 보호에서 제외되지 않도록, “기타 노무를 제공하는 자로서 이법에 따른 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령이 정하는 자”를 노동

조합 및 노동관계조정법상 근로자에 포함되도록 함. (개정안 제2조 제1호 다목)

제33조(기준의 효력) ① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 등 근로자에게 효력이 있는 사용자가 정한 기준 또는 근로계약 등 개별계약의 부분은 무효로 한다.

② 근로계약 등 개별계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

- 근로기준법상 근로자에는 해당되지 않지만 노조법상 근로자에 해당하는 경우에도 단체협약의 규범적 효력이 인정되어야 하고, 규범적 효력이 인정되지 않을 경우에 노조법상 근로자로 인정하는 의미가 없게 됨, 현행 노조법 제33조도 당연히 이렇게 해석되어야 마땅하나, 해석상의 논란이 제기될 경우에 법적 쟁송의 재연이라는 불필요한 사회적 비용이 지출될 것임, 이러한 해석상의 불필요한 오해와 논란을 불식시키기 위해 위와 같이 표현을 수정하여 근로기준법상 근로자를 전제로 한 조항이 아니라는 점을 명확히 하려는 것임

## (2) 산재보험 관련 개정안

### 1) 「산업재해보상보험법」 개정안

#### ① 산업재해보상보험법상 ‘근로자’ 정의 개정

가. 산재보험법이 확대 적용되어야 할 특수고용의 핵심 개념을 ‘다른 근로자를 고용하지 않고 본인이 직접 노무를 제공’과 ‘독립된 자신의 사업이 아닌 타인의 사업을 위한 노무의 제공 및 그에 따른 대가로 생활’로 압축함.

나. 여기서 ‘다른 근로자를 고용하지 않고 본인이 직접 노무 제공’의 의미는, 예를 들어 건설운송이나 화물운송에서 차주가 여러 대의 차를 가지고 그 차량을 운행하는데 다른 근로자를 고용하는 경우는 제외된다는 것임. 그러나 다른 근로자를 ‘고용’하는 것이 아니라, 다른 근로자로 하여금 일시적으로 자기 대신 운행하게 한다거나 가족 등의 도움을 받는 경우(철도매점의 경우)는 여기에 해당하지 않음.

현행법	개정안
제5조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.	제5조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

<p>1. 생략</p> <p>2. "근로자"."임금"."평균임금"."통상임금"이란 각각 「근로기준법」에 따른 "근로자"."임금"."평균임금"."통상임금"을 말한다. 다만, 「근로기준법」에 따라 "임금" 또는 "평균임금"을 결정하기 어렵다고 인정되면 고용노동부장관이 정하여 고시하는 금액을 해당 "임금" 또는 "평균임금"으로 한다.</p> <p>제125조 &lt;삭제&gt;</p>	<p>1. (현행과 동일)</p> <p>2. "근로자"란 근로기준법에 따른 근로자를 말한다. 다만, 각 목의 1에 해당하는 자 중 대통령령이 정하는 자도 이 법상 근로자로 본다.</p> <p>가. 타인을 고용하지 않고 본인이 직접 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자</p> <p>나. 기타 노무를 제공하는 자로서 이법에 따른 보호의 필요성이 있는 자</p> <p>3. "임금"."평균임금"."통상임금"이란 각각 「근로기준법」에 따른 "임금"."평균임금"."통상임금"을 말한다. 다만, 「근로기준법」에 따라 "임금" 또는 "평균임금"을 결정하기 어렵다고 인정되면 고용노동부장관이 정하여 고시하는 금액을 해당 "임금" 또는 "평균임금"으로 한다.</p>
--	--

<p>산업재해보상보험법 시행령 제0조</p> <p>법 제5조 제2호에서 대통령령이 정하는 자란 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.</p> <p>1. 보험 또는 공제를 모집하는 사람으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자</p> <p>가. 「보험업법」 제83조제1항제1호에 따른 보험설계사</p> <p>나. 삭제 &lt;2011.1.24&gt;</p> <p>다. 「농업협동조합법」에 따른 공제를 모집하는 사람</p> <p>라. 「우체국 예금·보험에 관한 법률」에 따른 우체국보험의 모집을 전업으로 하는 사람</p> <p>2. 「건설기계관리법」에 따라 건설기계사업을 하는 자 중 본인이 직접 노무를 제공하는 사람.</p> <p>3. 한국표준직업분류표의 세세분류에 따른 학습지 교사</p> <p>4. 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제19조에 따라 체육시설업의 등록을</p>
---

한 골프장에서 골프경기를 보조하는 골프장 캐디
5. 한국표준직업분류표의 세 분류에 따른 택배원인 사람으로서 택배사업(소화물을 집화·수송 과정을 거쳐 배송하는 사업을 말한다)에서 집화 또는 배송 업무를 하는 사람
6. 한국표준직업분류표의 세 분류에 따른 택배원인 사람으로서 퀵서비스업자로부터 업무를 의뢰받아 배송 업무를 하는 사람
7. 화물자동차 운수사업법」 제40조 제1항에 따라 화물자동차 운송사업의 경영의 위탁을 받은 자 중 본인이 직접 노무를 제공하는 자
8. 대리운전기사 (관련 조문 보완 필요)
9. 간병 노동자 (관련 조문 보완 필요)
- 종략-

② 현행 특례적용조항(제125조) 삭제

2) 고용보험및산업재해보상보험의보험료징수등에관한법률 개정안

① 근로자 정의 규정 개정

- 산업재해보상보험에 관하여는 근로자의 정의 규정을 산업재해보상보험법 제5조 제2호의 근로자 정의규정을 따르도록 함

현행법	개정안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. 생략 2. "근로자"란 「근로기준법」에 따른 근로자를 말한다.	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. (현행과 동일) 2. "근로자"란 근로기준법에 따른 근로자를 말한다. <u>다만, 산업재해보상보험에 관하여는 산업재해보상보험법 제5조 제2호에 따른 근로자를 말한다.</u>

② 사용자가 둘 이상인 경우 보험료 부담 주체

가. 2개 이상의 사업주로부터 일감을 얻고 있는 특수고용 노동자(특히 건설, 화물, 퀵서비스기사, 대리운전기사 등)를 배제하지 않는 것이 중요하고, 이러한 경우 보험

료 징수를 위하여 아래와 같이 징수법을 개정하도록 요구함.

나. 13조의 2의 신설

- 고용보험의 경우 이미 대학 시간강사처럼 2개 이상의 사업에 고용된 근로자에 대한 규정을 마련하고 있음. 아래 고용보험법 제18조 및 시행규칙 제14조 참조
- 현재 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용에 있어 보험료의 산정 기초가 특수고용 노동자의 실제 소득이 아니라 고용노동부장관이 고시하는 기준 소득으로 되어 있는 점을 감안하고, 특수고용 관계에서의 실제 보수 산정의 어려움을 고려하여, 노무제공시간을 우선적 기준으로 삼아 보험료를 부담하는 사업주를 특정하도록 함. 통상 외국의 입법례는 '소득의 절반 이상을 얻는 사업'의 사업주가 보험료를 부담하도록 하고 있으나, 이를 도입할 경우 특수고용 관계에서의 보수를 실제로 파악 내지 신고한다는 것이 전제가 되어야 함.

※ 고용보험법 제18조(피보험자격 이중 취득의 제한) 근로자가 보험관계가 성립되어 있는 둘 이상의 사업에 동시에 고용되어 있는 경우에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 그 중 한 사업의 근로자로서의 피보험자격을 취득한다.

※ 고용보험법 시행규칙 제14조(둘 이상의 사업에 고용된 자의 피보험자격) 법 제18조에 따라 보험관계가 성립되어 있는 둘 이상의 사업에 동시에 고용되어 있는 근로자는 다음 각 호의 순서에 따라 피보험자격을 취득한다. 다만, 일용근로자와 일용근로자가 아닌 자로 동시에 고용되어 있는 경우에는 일용근로자가 아닌 자로 고용된 사업에서 우선적으로 피보험자격을 취득한다.

1. 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 제16조의3제2항에 따른 월평균보수가 많은 사업
2. 월 소정근로시간이 많은 사업
3. 근로자가 선택한 사업

다. 13조의 3 신설

- 화물, 건설, 퀵 서비스, 간병의 경우에 다수의 사용자에게 고용되어 있는 형태임. 가장 심각한 것은 퀵 서비스 노동자의 경우 하루에도 몇 개의 업체에서 배달 업무를 지시 받는 상태임. 건설 장비의 경우에도 일부는 1일에 두 개 이상의 사업장으로 일을 하기도 함.
- 이런 경우 13조의 2의 규정을 우선 적용하는 것으로 하되, 관련 사업체가 영세하고, 관리가 안 되어 적용 실질화에 어려움을 받는 경우에는 공동관리 기구를 구성하는 것으로 함.
- 현재 하역노조에게 적용하고 있는 산재보험 관리 기구를 원용하되, 보험료 부담 관련 독소조항을 배제하는 별도의 제도가 필요함.

현행법	개정안
제5조(보험가입자) ① 생략 ② 생략 ③ 산업재해보상보험법을 적용받는 사업의 사업주는 당연히 산업재해보상보험법에 따른 산업재해보상보험(이하 산재보험이라 한다)의 보험가입자가 된다. <단서 신설>	제5조(보험가입자) ① <u>현행과 동일</u> ② <u>현행과 동일</u> ③ <u>산업재해보상보험법을 적용받는 사업의 사업주는 당연히 산업재해보상보험법에 따른 산업재해보상보험(이하 산재보험이라 한다)의 보험가입자가 된다. 다만 법 제13조의 3에 따른 공동산재보험관리기구도 보험가입자로 본다.</u>
제13조의 2 신설	<u>제13조의 2(보험료의 징수) ① 산업재해보상보험법 제5조 제2호 단서에 따른 근로자가 둘 이상의 사업에 동시에 사용되고 있는 경우 다음 각 호의 순서에 따른 사업의 사업주로부터 보험료를 징수한다.</u> 1. <u>사업주의 업무를 위하여 노무를 제공한 월평균시간이 많은 사업</u> 2. <u>해당 근로자의 노무소득의 절반 이상을 얻는 사업</u>
제13조의 3 신설	<u>제13조의 3(공동사업주의 산재보험관리기구)</u> ① <u>법 제13조의 2에도 불구하고 사업주의 확정이 어려운 경우에는 고용노동부장관이 정하는 바에 따라 해당 근로자의 노무제공에 관련된 사업주 또는 사업주와 화주의 단체 등이 업종별, 지역별로 공동사업주의 산재보험 관리기구(이하 공동산재보험관리기구라고 한다)를 구성하여야 하고, 공단의 승인을 받아야 한다. 이 경우에 종사자 단체도 포함시켜야 한다.</u> ② <u>공동산재보험 관리기구는 공단에 승인을 신청한 날의 다음 날부터 법 제5조 제3항에 따른 보험가입자의 지위를 가지며, 산재보험의 보험관계가 성립한</u>



	<p>다.</p> <p>③ <u>산업재해보상보험법 제5조의 2 하단에 적용되는 근로자의 보험료 산정의 기초가 되는 보수액은 고용노동부장관이 정하여 고시하는 금액으로 하고, 산재보험료율은 그 사업이 적용받는 사업의 산재보험료율로 한다.</u></p> <p>④ <u>공동산재보험 관리기구가 납부하여야 하는 산재보험료, 이 법에 따른 가산금, 연체금, 체납처분비 및 징수금은 기구를 구성하는 사업주 또는 사업주와 화주의 단체 등이 연대하여 낼 의무를 진다. 다만, 종사자 단체는 제외한다.</u></p> <p>⑤ <u>공단은 공동산재보험 관리기구를 보험사무대행기관으로 보아 대통령령으로 정하는 바에 따라 징수비용과 그 밖의 지원금을 교부할 수 있다.</u></p> <p>⑥ <u>제1항 및 제5항에 따른 공동산재보험 관리기구의 구성 및 운영, 승인의 요건 및 절차, 징수비용과 지원금 교부에 관한 사항은 고용노동부령으로 정한다.</u></p>
--	--

#### <참고>

지난 2014년 10월 15일 정부는 [시간선택제 일자리 활성화와 여성고용 후속·보완 대책]을 발표하면서, 고용보험은 여러 개 사업장에서 가입할 수 있도록 하고 개인별 소득·근로시간을 합산해 실업급여를 받을 수 있도록 할 방침이며, 산재보험급여 역시 복수 사업장의 임금을 합산·적용해 수령액이 올라가도록 법 개정을 추진할 계획을 밝혔다. 이는 시간제 고용 활성화 대책의 일환이지만, 복수의 사업에 노무를 제공하는 노동자도 근로기준법과 사회보험관계법상 ‘근로자’이고 이들에 대한 노동법적 보호가 가능하다는 점을 반증해 준다.

[한정애 국회의원 노조법 개정안]

노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안  
(한정애의원 대표발의)

의안 번호	
----------	--

발의연월일 : 2017. 2. 6.

발 의 자 : 한정애·김성수·김정우·김종훈·박 정.

박찬대·박홍근·변재일·소병훈·송옥주·최도자 (11인)

제안이유 및 주요내용

고용형태의 다양화로 학습지 교사, 레미콘 운전기사, 보험설계사, 애니메이션 작가, AS기사, 화물차 운전기사, 덤프 운전기사, 간병인, 퀵서비스, 방송사 구성작가, 철도매점 판매원, 대리 운전자, 텔레마케터, 채권추심인 등 특수한 고용형태로 일하는 종사자들이 계속 증가하고 있음.

이와 같은 특수형태근로종사자들은 실제로는 타인의 사업에 편입되어 사용자의 상당한 지휘·감독을 받으며 노무를 제공하고 있어 일반 근로자와 다를 바 없음에도 불구하고 근로계약을 체결하지 않았다는 이유로 근로자로 인정받지 못하고 있으며, 근로조건도 매우 열악한 상황임.

이에 근로자의 개념에 특수형태 근로종사자들을 포함시킴으로써 법의 사각지대를 해소하고 특수형태근로종사자들의 권리를 보호하려는 것임(안 제2조제1호 단서 신설).

법률 제 호

## 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안

노동조합 및 노동관계조정법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제2조제1호에 단서를 다음과 같이 신설하고, 같은 호에 각 목을 다음과 같이 신설한다.

다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 근로자로 본다.

가. 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자

나. 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령이 정하는 자

## 부 칙

이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

## 신·구조문대비표

현 행	개 정 안
<p>第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.</p> <p>1. "勤勞者"라 함은 職業의 種類를 불문하고 賃金·給料 기타 이에 준하는 收入에 의하여 生活하는 者를 말한다.</p> <p><u>&lt;단서 신설&gt;</u></p> <p><u>&lt;신 설&gt;</u></p> <p><u>&lt;신 설&gt;</u></p> <p>2. ~ 6. (생략)</p>	<p>第2條(定義) ----- -----.</p> <p>1. ----- ----- ----- -----</p> <p><u>다만, 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 자는 근로자로 본다.</u></p> <p><u>가. 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자</u></p> <p><u>나. 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령이 정하는 자</u></p> <p>2. ~ 6. (현행과 같음)</p>

[토론문]

## 특수고용노동자 노동기본권쟁취투쟁의 역사를 통해 본 입법의 필요성

이영철 민주노총 특수고용대책회의 의장

### 1. 머리말

○ 발제문은 특수고용 노동자 노동자성에 관한 판례의 변화와 권리보장의 입법의 필요성에 대한 내용이지만, 발제문에 대한 의견에 앞서,

○ 특수고용노동자 당사자로서, 특수고용노동자 태생과 특수고용노동자의 투쟁과정에 대한 말씀을 먼저 드리겠습니다. 이는 앞서 발제한 발제문에서도 나와 있듯이, 판례의 변화와 정부의 입장 변화가 특수고용노동자들의 투쟁의 역사와 함께 하기 때문입니다.

### 2. 특수고용노동자 태생과 특수고용노동자의 규모

○ 80년대 후반부터 90년대까지 자본은 경영상의 불안정성을 극복하고, 고용에 대한 책임을 회피하는 대신, 이윤은 더 가져가기 위한 방식의 신 노무관리인 ‘고용의 외부화’를 선택합니다. ‘고용의 외부화’는 기존의 업무방식과 내용은 유지하면서, 책임은 회피하려는 ‘이윤은 사유화하고, 책임은 사회화’하려는 전형적인 자본의 신자유주의 전략에 의한 것이었습니다. 이로 인해 탄생한 것이 ‘형식은 사업자, 노동(업무)은 노동자’인 소위 ‘특수고용노동자’라고 불리우는 노동자의 탄생이었습니다.

○ 특수고용노동자란 사용자가 노동자를 개인사업자로 등록하도록 하는 등의 고용방식으로 형식 상 사업자화하여 근로계약 대신 위탁, 도급 등의 계약을 체결하고 일을 시키는 형식의 고용형태를 말하며, 학습지 교사, 건설기계노동자, 보험모집인, 애니메이터, A/S기사, 화물차운전자 등과 같이 전 산업에서 개인사업자화되어 노동자성이 부정되고 있는 다양한 노동자들입니다. 특수고용노동자는 전 산업에 걸쳐 전방위적으로 양산됨을 알 수 있

습니다.

○ 2015년 12월 국가인권위원회 ‘특수형태근로종사자의 인권상황 실태파악’을 통해 발표한 내용에 따르면, 임금노동자 중 특수고용노동자(1,336,591명)와 자영업자 중 특수고용노동자수(844,581명)를 합하면, 2014년 한국의 전체 취업자 25,684,174명 중 특수고용노동자는 2,296,775명으로 8.9%를 차지하고 있습니다.

○ 이처럼, 갈수록 특수고용노동자들은 증가하지만, 이들의 노동자성은 부정되고 있기에, 노동기본권을 되찾기 위해서는 끝도 없는 투쟁을 하고 있습니다.

### 3. 특수고용노동자의 투쟁의 역사\*

\*민주노총 비정규 운동사 특수고용노동자 조직.투쟁의역사 중 발췌

#### 1) 특수고용노동자들의 조직화의 촉발

1999년 11월 7일 재능교육교사노조가 건설되었음. 33일간의 파업투쟁을 통해 노동조합 설립신고증을 교부받고 임.단협을 체결하자, 이는 다른 학습지 업체들에서의 조직 확대로 이어져 나갔고, 아이템폴, 대교, 구몬, 한솔, 웅진 등 학습지 업계에서 차례차례 노동조합이 결성되었고, 2000년 전국학습지산업노조를 설립하기에 이릅니다.

또한 골프장 경기보조원의 경우에도 1999년 6월 25일 유성CC노동조합이 결성되었음. 이를 시작으로 골프장 경기보조원들이 조직되기 시작했고, 대둔산CC, 대영CC, 그리고 해를 넘기는 한성CC의 투쟁 등, 사업장별로 노동조합이 조직되고, 그 투쟁 속에서 단협을 쟁취하고 노동조건을 보호, 향상시켜가는 활동을 전개했다. 이는 2002년에는 골프장 단일노조 결성을 위한 문제의식으로까지 발전해 나갔습니다.

그 외에도 애니메이션 노동조합이 1997년 7월 결성되었고, 2000년 5월에는 전국보험모집인 노조가, 2000년 9월에는 레미콘 운송차주로 결성된 건설운송노동조합이, 2001년 1월에는 홍익매점 노동조합이, 2001년 5월에는 신문판매인노동조합이 결성되었습니다.

특수고용이라는 특징 등으로 인해 노동조합 설립신고증을 교부받는 과정이 순탄하지만은 않았음. 재능교육교사노동조합은 투쟁을 통해 설립신고필증을 받아냈으나, 보험모집인의 경우에는 관할 관청을 상대로 한달 여 간 투쟁을 진행했으나 끝내 법외노조로 남게 되었음. 건설운송노조의 경우에는 사용자가 전국 조직임에도 영등포구청에 설립신고를 한 것

을 이유로 노조설립 및 신고절차의 적법성에 대하여 다투었으나, 법원에서 적법성이 인정되면서 노동조합 설립신고필증이 교부될 수 있었음. 복수노조 문제도 존재했는데, 홍익매점의 경우에는 홍익회 노동조합과의 복수노조 시비로 인해 울산까지 가서 설립신고증을 받았고, 또 대교의 경우에는 학습지 산별노조를 건설하여 지부를 형성하는 방식으로 노동조합을 세웠습니다.

노동조합 설립 과정에서부터 노동자성을 인정받기 위해, 또 사측의 복수노조 시비 등을 극복하기 위해 투쟁을 벌여야 했지만, 특수고용 노동자도 노동조합을 설립할 수 있다는 흐름이 형성되면서, 1999년~2000년대 초반은 특수고용 노동자들의 대중적 조직화와 투쟁이 활발하게 일어나기 시작했던 시기였습니다.

## 2) 특수고용 노동자 결사의 확대

위탁계약직이든, 개인사업자이든 형식에 불문하고 노동조합의 결성이 가능하다는 것은 관련 노동자 조직의 확대로 이어져 2000년대 중반기에 들어서면서는 광범위한 규모의 조직화와 대규모 투쟁이 전개되기 시작하였음. 2003년에는 화물지입차주들이 화물연대를 결성하여 다단계 운송구조로 인한 문제, 낮은 운임, 휴게소 사용 등에 대한 문제를 제기하며 투쟁을 시작했고, 2004년에는 덤프차량 운전자들이 덤프연대로 조직되어 도로법 개정을 비롯한 제도적 문제들을 제기하며 투쟁을 시작했습니다.

해고에 맞서 투쟁을 하면서 노동조합에 가입하거나, 단체를 결성하기도 하였음. 2003년에는 서울대학교 병원에서는 간병인 노동자들이 무료소개소 폐지에 맞서 서울대병원 노조에 가입하여 투쟁을 전개했고, 2006년에는 (주)삼성에스원에서 일하던 영업전문직 노동자 1700명이 한꺼번에 계약해지 통보를 받으면서 삼성에스원노동자연대를 결성하여 투쟁에 나섰습니다.

2006년 11월 12일에는 퀵서비스노동조합이 건설되었고, 2005년경부터는 지역별로 대리운전 노동자들의 노동조합 결성이 시작되어 2012년 4월 9일에 전국대리운전노동조합을 설립하였음. 그러나 특수고용이라는 고용형태로 인해 노동조합 설립신고필증이 교부되기는 어렵다고 판단했고, 퀵서비스노동조합이나 전국대리운전노동조합은 설립신고증을 교부받지 않은 법외노조 상태로 활동을 이어오고 있습니다.

이러한 특수고용 노동자의 조직 확대는 주로 노동조합 방식이 아닌 노동자의 단결체를 구성하는 방식으로 나아가거나, 설립신고증 교부를 통한 법내노조 지위 확보를 우선 목표

로 두지 않고, 조직화와 당면한 직종별 요구를 드러내는 것을 통해 조직을 세워내는 것을 우선적 목표로 하였음. 법적지위의 불안정성으로 인해 교섭을 통한 직접적 노동조건 향상을 이루기는 쉽지 않고 노동자성 관련 시비가 지속되지만, 한편으로는 보다 폭넓은 조직화의 길을 여는 것이기도 했습니다.

### 3. 특수고용노동자들의 투쟁에 따른 정부 등의 입장변화

○ 1980년대 후반부터 1990년대 초반으로 집중된 특수고용노동자의 양산에 따라, 1990년대 중반부터 특수고용노동자들이 개별적으로 노동자성을 인정받기 위한 법적 다툼은 지속되었습니다. 1999년 재능교육교사노조의 노조 결성을 시작으로 특수고용노동자들이 노조를 결성하고, 노동기본권 쟁취를 위한 투쟁을 시작하였고, 더 나아가, 2000년대 중반부터는 전 산업에 걸쳐 광범위하게 특수고용노동자들의 투쟁이 확산되었습니다.

○ 이 투쟁의 성과로 2007년 9월 17일 국가인권위원회는 ‘국회의장에게 특수고용노동자에게 인권보호와 사회·경제적 보호를 위해 입법을 조속히 하라’는 권고문을 발표하였습니다.

또한, 17대 국회에서는 단병호의원을 비롯한 많은 국회의원들의 ‘특수고용노동자 노동기본권’ 보장을 위한 노조법 개정(안)을 발의하여, 특수고용노동자의 노동기본권 보장 요구가 전사회적인 요구가 되었습니다. 이에, 노동부도 특수고용노동자의 노동자성을 전면 부정해왔던 입장에서 한발 물러서, 산재와 고용보험에 대한 일부 적용 제도개선을 발표하였습니다.

○ 특수고용노동자들의 적극적인 노동자성 인정 요구와 현실적인 상황을 반영하여, 2000년 중반부터 법원도 특수고용노동자에 대한 노동자성 판단의 기준을 △구체적, 개별적 지휘감독에서 ‘상당한 지휘감독’으로 완화하고, △독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할수 있는지 여부로 변화하여 실질적으로 특수고용노동자들이 독립적인 사업운영의 주체가 아님을 반영하고, △임금 등에 대하여서는 ‘사용자가 우월적인 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다’라는 점을 인정 하는 방향으로 판례가 변화되었습니다.

○ 이러한 전 사회적인 관심 속에서 특수고용노동자들의 노동자성인 인정은 현재 ‘산업재해보상보험법’과 ‘고용보험법’에서는 특례조항으로 사회보장적 영역의 일부에서만 보장받고 있습니다. 17대, 18대 국회에서 발의된 수많은 법안이 있었지만, 자본의 반대와 국회에서의 소극적인 노력으로 결국 특수고용노동자들의 노동기본권 보장의 입법은 되지 못하였습니다.



#### 4. 발제문에 대한 의견

○ 발제문은 ‘노조 할 권리를 보장 할 필요성이 있으니, 판례에만 맡겨두고 방치 할 것이 아니라 입법적으로 해결해야 하며, 대신 공약으로 노동3권 인정해야’ 한다고 말하고 있습니다.

○ 발제문의 내용에 동의함은 물론이며, 토론자로 참석한 분들께 한 말씀을 드리고자 합니다. 특수고용노동자는 결코 특수하지 않은 노동자이며, 우리가 이러한 고용형태로 변질 되도록 해달라고 한 적은 한 번도 없기에, 진정한 노동자인 우리를 있는 그대로 노동자로 인정해달라는 강력한 요구를 합니다.

[토론문]

## 비정규직 해결의 출발점 - 특수고용노동자의 노동기본권 보장

김선수(변호사)

### 1. 헌법 및 법률 용어로서 ‘노동자’ 찾기, ‘특수형태근로 종사자’가 아니라 ‘특수고용 노동자’

- 이번 개헌 과정에서 헌법에 사용된 ‘근로’ ‘근로자’ ‘근로조건’을 ‘노동’ ‘노동자’ ‘노동조건’으로 개정하여 ‘노동’이란 용어 되찾기.
- 개헌 논의 과정에서 헌법상의 ‘여자’를 ‘여성’으로, ‘신체장애자’를 ‘장애인’으로 변경하여야 한다는 점에 공감대 형성. 그렇다면 ‘근로자’도 ‘노동자’로 변경해야 마땅함.
- 국어사전적 의미(네이버국어사전)
  - 근로: ‘부지런히 일함.’ 동원체제적 느낌을 주는 용어라는 지적에 동의.
  - 노동: ‘1. 사람이 생활에 필요한 물자를 얻기 위하여 육체적 노력이나 정신적 노력을 들이는 행위’
  - 근로자: ‘근로에 의한 소득으로 생활을 하는 사람’
  - 노동자: ‘1. 노동력을 제공하고 얻은 임금으로 생활을 유지하는 사람. 법 형식상으로는 자본가와 대등한 입장에서 노동계약을 맺으며, 경제적으로는 생산수단을 일절 가지는 일 없이 자기의 노동력을 상품으로 삼는다.’
- 법률 용어로서는 ‘노동’ ‘노동자’가 적절함에도 1948년 헌법 제정 당시의 이데올로기적·체제적 대립 상황에서 ‘근로’ ‘근로자’란 용어가 헌법에 사용됨.
- ‘노동조합’ ‘노동쟁의’ ‘고용노동부’ ‘노동관계조정법’ 등 ‘노동’이란 용

어가 법률상 사용되고 있음. 근로기준법은 1953년 제정될 때부터 ‘근로’란 ‘정신노동과 육체노동을 말한다’고 정의. ‘정신노동’과 ‘육체노동’을 포괄하는 용어는 ‘노동’임에도 갑자기 ‘근로’로 변환된다. ‘정신노동’을 하는 사람은 ‘정신노동자’이고, ‘육체노동’을 하는 사람은 ‘육체노동자’이며, ‘정신노동자’와 ‘육체노동자’를 포괄하는 용어는 ‘노동자’이지 갑자기 ‘근로자’로 변하는 것은 이상함.

- 대한민국 자유민주주의체제의 우월성이 명확한 증명된 시점에서 우리 사회에서 일반적으로 사용되는 용어인 ‘노동’과 ‘노동자’를 헌법상 용어로 복원하는 것이 필요.
- 노동에 대한 우리 사회의 인식을 개선하는 출발점이 될 것임.
- 국회 논의 과정에서 이 부분이 받아들여지지 않는다면, 국민투표 과정에 양 노총이 반대캠페인을 대대적으로 벌여서 부결시키고, ‘노동자’로 용어를 바꾸어 다시 개정 절차를 밟으라고 요구해야 함.

## 2. 비정규직 해결의 출발점

### □ 국제노동기준과 국가인권위원회의 권고 이행

- 국가인권위원회는 헌법과 세계인권선언, 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」, 국제노동기구(ILO) 헌장, ILO헌장의 부속서인 국제노동기구의 목적에 관한 선언, ILO 제100호 동일가치근로에 대한 남녀근로자의 동등보수에 관한 협약, ILO 제111호 고용 및 직업에 있어서 차별대우에 관한 협약 등 국제인권규범에 근거하여 권고한 것임. 인권의 관점에서 이루어진 것이므로 타협이나 양보의 대상이 되어서는 안 됨.

### □ 특수고용노동자 관련 국가인권위원회의 권고

날짜	제목	내용
2007.09.17.	특수형태근로종사자 보호방안에 대한 의견 표명	‘특수형태근로종사자’의 개념은 근로기준법 제2조 제1호에 따른 근로자로 해석되는 자가 아니면서, 특정한 노무제공 상대방에 대하여 개인적으로 직접 노무를 제공하고, 수입의 전부 또는 상당부분을 그 사업주에게 의존하는 자로서, 근로자와 유사한 보호의 필요성이 인정되는 자로 설정. 위장된 고용관계의 규제: 노동행정기관은 ILO의 「고용관계에 관한 권고」의

		<p>취지에 따라 위장된 고용관계를 해소할 수 있는 판단기준과 실행 프로그램을 제시하고 적극적인 행정력을 동원하여 이를 해소해 나가야 할 의무를 지고 있다. 더불어 위장된 고용관계로 변형시키고자 하는 유인을 없애기 위한 효과적 조치를 개발해 나가야 한다. 그러나 중요하게는 법원이 이들 위장된 고용관계에 있는 자에 대하여 적극적으로 노동관계법상 근로자성을 인정함으로써 적절한 규제가 이루어질 수 있다.</p> <p>△ 특수형태근로 종사자의 보호에 관한 법률을 조속히 제.개정</p> <p>△ 개별적 관계에서 계약의 존속 보호, 보수의 지급 보호, 휴일.휴가의 보장, 성희롱의 예방.구제, 산업안전.보건, 모성보호, 균등처우, 노동위원회에 의한 권리구제.분쟁해결 및 근로감독관에 의한 감독 등에 관한 규정을 둘 것</p> <p>△ 집단적 관계에서 노동3권 보장</p> <p>△ 사회보장제도와 관련하여 산업재해보상보험법, 고용보험법, 국민연금법과 국민건강보험법의 직장(사업장)가입자 규정이 적용될 수 있도록 할 것</p> <p>△ 이른바 ‘위장자영안’에게는 일반 근로자와 동일한 노동법적 보호가 이루어질 수 있도록 특수형태근로 종사자의 개념 및 판단기준을 법률에 명시할 것</p>
2014.11.27.	산재보험 적용 범위 확대를 위한 제도개선 권고	<p>산재보험 적용 확대의 기준을 현재 산재보험의 적용을 받고 있는 6개 직종과 유사한 정도의 사업장 전속성으로 삼는 것은 6개 직종 외 특수형태근로 종사자의 사회적 보호 필요성 및 산재보험이 갖는 사회보장적 성격을 감안할 때 바람직하다고 보기 어렵다. 특수형태근로종사자는 임금 및 고용 안정성 등 근로조건, 사회보험 등 사회보장적 보호수준 면에서 정규직 근로자에 비해 대부분 열악한 조건에 놓여있고, 이러한 상황은 사업장 전속성이 강하든 약하든 특수형태근로종사자들에게 공통적으로 나타나는 것이다.</p> <p>특수형태근로종사자가 전형적인 근로자와는 다른 형태로 노무제공을 하는 것은 사실이지만 사업주에 대한 경제적 종속성 면에서는 큰 차이가 없고 사회적 보호필요성은 사업장 전속성이 약한 종사자라 하여 크게 다르지 않다. 따라서 현재 산재보험의 적용을 받고 있는 6개 직종 외에도 특수형태근로종사자 모두를 산재보험 적용대상으로 인정하는 방향으로 「산재보험법」의 관련 규정이 개정될 필요가 있다.</p>

## □ 국민권익위원회 권고

2013. 1. 2. ‘특수형태근로종사자 권익보호 등에 관한 법률’ 제정을 고용노동부에 권고, 주요내용은 근로기준 설정, 권익구제체계 구축 및 사회보험제도 개선.

## □ ILO 협약 및 권고

### ○ 결사의 자유 협약(제87호)에 관한 이해

군인과 경찰을 제외하고 모든 노동자에게 스스로 선택한 단체를 조직하거나 가입할 수 있는 권리를 보장하고 있으며, ILO는 고용관계의 존재 여부를 기준으로 하여 결사의 자유가 보장되는 자의 범위를 결정하여서는 아니 된다는 입장을 취하고 있음. 결사의 자유에는 파업권이 포함된다는 것이 ILO의 확립된 원칙임.

### ○ 고용관계에 관한 권고(제198호, 2006)

- 고용관계에 대한 판단은 ‘사실 우선의 원칙’에 따라 이루어져야 함(제9조 고용관계에 있는 노동자 보호를 위한 국가 정책의 목적으로서, 고용관계의 존재에 대한 판단은, 주되게는 노동의 수행 및 노동자에 대한 보수 지급과 관련된 사실에 따라 이루어져야 하며, 사실과 상반되는 계약형태 내지 당사자 간에 합의된 바와 상관없이 이루어져야 한다.)
- 고용관계의 추정: 고용관계의 판단을 원활히 하기 위하여, 하나 또는 그 이상의 고용관계의 지표가 존재하는 경우 고용관계의 존재를 법적으로 추정하는 제도의 도입을 권장
- 고용관계의 범위와 관련된 문제의 해결책으로서 단체교섭 및 사회적 파트너들과의 대화를 촉진해야 함

### ○ ILO 결사의 자유 위원회의 보고서

2007년 민주노총과 금속연맹이 비정규직 노동자의 노동기본권 침해를 국제노동기구 결사의 자유 위원회에 제소한 이래 4차례 보고서 발표. 2012년 3월 ILO 집행이사회는 한국정부에 대한 권고가 포함된 결사의 자유 위원회 보고서를 채택. 사내하청 노동자와 특수고용 노동자의 노동3권 침해 상황에 대한 국제노동기구의 심각한 우려와 강력한 권고 표현.

#### **ILO 결사의 자유 위원회 363차 보고서(2012. 3. 28.) 특수고용 관련 권고**

- 화물노동자를 포함한 특수고용 노동자들이 자신의 선택에 따른 노동조합에 가입하는 등 노동3권을 온전히 누릴 수 있도록 보장할 것
- 특수고용 노동자들로 구성된 노동조합들이 자신의 결정에 따라 총연맹과 산별연맹 등 상급단체에 가입할 자유를 보장할 것
- 건설노조와 운수노조에 특수고용 노동자들을 조합원 범위에서 배제하도록 한 정부의 시정명령을 철회할 것 또한 이후 특수고용 노동자가 포함되어 있다는 이유로 법외노조 취급을 하는 등 행위를 하지 말 것

### 3. 특수고용노동자 관련 입법을 위한 노력

#### □ 경과

- 1999년 재능교육교사노조 결성. 이후 학습지 교사, 보험모집인, 골프장 경기보조원, 애니메이터, 레미콘 운송기사, 화물운송기사, 간병사, 덤프트럭 운송기사, 퀵서비스기사, 대리운전기사 등 특수고용 노동조합 조직.
- 2000년 이후 노동계 특수고용노동자를 노동법상 근로자로 포함시키는 내용의 입법안 마련, 입법청원.
- 2000년 10월 정부 ‘비정형 근로자 보호대책’ 발표. 이후 계속 특수고용 노동자에 대한 노동법 적용에 반대하는 입장 유지
- 2003년 9월 노사정위원회에 특수형태근로종사자 특별위원회 구성.
- 2005년 노사정위원회 특수형태근로종사자 특별위원회 공익위원 의견 정부에 이송. 공익위원안 ‘유사근로자 단결권 보장 등에 관한 법률안’을 제정하여 「근로기준법」과 「노조법」상 근로자에 해당하지 않지만, ① 특정 사업자를 위해 노무를 제공하고 얻은 수입으로 생활하는 자, ② 타인을 고용하지 않고 본인이 직접 노무를 제공하는 자, ③ 노무 제공에서 직·간접적으로 사용자의 지휘·감독을 받는 자 등을 ‘유사근로자’로 하고, 노동2권(쟁의권 제외)과 몇 가지 개별법적·사회보장법적 보호 부여하는 방안.
- 2006년 10월 25일 정부 ‘특수형태근로 종사자 보호 대책’ 발표. 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 특례 적용, 노무를 제공받는 사업주와 특수고용 노동자 사이에 공정거래법·약관법 적용 등을 골자로 함.
- 2007년 6월 5일 4차례의 기초안 협의에 의해 정부안 확정, 발의. ‘특고종사자는 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사한 노무를 제공하지만 근로기준법 등 노동관계법이 적용되지 않는 자. 그 중 특고종사자의 범위를 시대에 맞게 유연하게 정하기 위해 대통령령으로 정하는 직종으로 한정.’
- 2007년 6월 14일(17대 국회) 김진표 의원 대표발의 「특수형태근로종사자 보호 등에

관한 법률(안)」. 특수형태근로종사자에 대해 계약해지의 제한, 연차휴가, 보수지급의 원칙 등 개별적 보호, 노동조합이 아닌 단체의 결성 및 사업주와 협의권만 인정.

17대 국회에서 단병호 의원 대표발의안(노동계 의견 반영)

- 2007년 공정거래위원회 ‘특수형태근로종사자에 대한 거래상 지위 남용 행위 심사지침’ 제정. 전혀 실효성 없음. 2013년 학습지교사와 레미콘기사와 관련하여 6개의 업체에 시정명령을 한 사건의 결정문 외에는 다른 사례를 찾아볼 수 없음. 이들 사건에서 해당 사업자에게 내려진 주문은 장차 문제가 된 거래상 지위 남용 행위를 하지 말며 계약서를 수정하라는 내용으로 과징금 부과도 이루어지지 않았음. 공정거래위원회를 중심으로 한 경제법적 해결은 근로자성을 배척하는 전제에서 현행법 하에서도 취할 수 있는 방법이나 특수고용 노동자에 대한 보호 필요성을 충족하기에는 명백한 한계가 있음.
- 2007년 11월 산업재해보상보험법에 ‘특수형태근로종사자에 대한 특례’ 조항 도입. 특수고용노동자에게도 산재보험을 적용하겠다는 취지지만 특수고용노동자는 노동자가 아니라는 전제가 깔려 있음. 일반적인 노동자와 달리 특수고용노동자가 산재보험에 가입하는 경우에는 보험료를 납부해야 함.
- 2008년 11월 11일(18대 국회) 김상희 의원 대표 발의 「특수형태근로종사자의 지위 및 보호에 관한 법률(안)」(민주당의 당론법안). 특수형태근로종사자에게 단체를 조직하고 교섭할 권한 인정, 교섭 결렬시 조정 및 중재를 거치도록 하고 집단행동 금지. 18대 국회에서 홍희덕 의원 대표 발의안(노동계 의견 반영)
- 2009년 노동조합법상 근로자가 아닌 특수고용 노동자가 포함되어 있다는 이유로 건설노조, 공공운수노조 등 규약 시정명령.
- 민주노총 특수고용 대책회의는 2011~12년 집중적 토론을 통해 특수고용 공동의 우선 요구로 노조법 2조 개정을 통한 노동3권의 보장과 산재보험 전면·동등 적용 요구 마련.
- 민주노총 2012년 노조법 2조 개정을 핵심 요구로 내걸고 ‘비정규직 없는 일터·사회 만들기 1천만 선언운동’ 전개.
- 19대 국회 김경협 의원 대표발의로 노동조합법 제2조 개정안, 심상정 의원 대표발의로 산재보험법 제5조 개정안 발의.

- 2012년 9월 5일(19대 국회) 김경협 의원 대표발의 노조법 개정안.<sup>39)</sup> 2012년 11월 21일 제311회 국회 4차 환경노동위원회 법안심사소위에서 새누리당의 소위원장 김성태 의원과 간사 이완영 의원이 실업자, 구직자, 특수형태 세 가지 중에서 특고노동자의 근로자 개념 확대는 절충이 될 수 있을 것이라 제안.<sup>40)41)</sup> 합의에 이르지 못하고 입법 실패.
- 2016년 7월 1일 「산업재해보상보험법」 제125조 특례 적용 범위에서 특고 업종 3개 추가. 기존 ‘보험모집인, 레미콘 지입차주, 학습지 교사, 골프장 경기보조원, 택배기사, 컵서비스 기사’ 직종에, ‘대출모집인, 신용카드회원 모집인, 대리운전 업무를 하는 사람’을 포함.

- 
- 39) 김경협 의원 외 127인, 「노동조합 및 노동관계조정법 개정안」(제안일자: 2012.9.5. 의안번호 1589) 제2조 1. "근로자"라 함은 다음 각 목에 해당하는 자를 말한다.  
 가. 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자  
 나. 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자  
 다. 일시적인 실업상태에 있거나 구직중인 자  
 라. 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있어 대통령령으로 정한 자.
- 40) 제311회 국회 4차 환경노동위원회 회의록(법안심사소위, 2012. 11. 21., 46~50면)
- 이완영 위원: 저는 현장의 노사관계를 누구보다 많이 한 사람으로서, 제가 수정안을 한번 제안해 볼까요? 지금 실업자, 구직자, 특수형태 세 가지가 있는데 특수형태만 하면 어때요?
  - 은수미 위원: 그게 무슨.....
  - 이완영 위원: 지금 설명도 특수형태를 얘기했잖아요?
  - 김경협 위원: 예, 특수형태.
  - 이완영 위원: 예, 특고만 얘기했잖아요. 특고만 넣고 실업자하고 구직자는.....
  - 소위원장 김성태: 받아, 내가 볼 때는 이것만 해도 큰 발전이니까.
  - 김경협 위원: 실직자는.....
  - 이완영 위원: 예, 빼고, 구직자하고. 근로 조건이 향상이 안 됐잖아요.
  - 소위원장 김성태: 실업자하고 구직자는 빼고.
- <이후 실업자의 노조법상 근로자성 관련 논란>
- 소위원장 김성태: 오늘 노동조합 및 노동관계조정법은 사실상 28개의 개정안 내용을 담고 있습니다. 지금 이제 근로자 개념 확대 1건만 가지고도 벌써 이렇게 시간이.....
  - 김경협 위원: 그다음에 또 몇 건 있잖아요?
  - 소위원장 김성태: 지금 많습니다. 노조 전임자도 있고 많은 내용을 담고 있습니다마는, 오늘은 시간 관계상.....
  - 김경협 위원: 타임오프제 건도 있고요.....
  - 소위원장 김성태: 나중에 한 번 또 논의를 하겠습니다. 그러니까 걱정하지 마시고.....
  - 김경협 위원: 언제 하실 겁니까?
  - 소위원장 김성태: 별도의 심시기일을 정해서 논의하도록 하겠습니다. 그래서 오늘 노동조합 및 노동관계조정법은 마지막으로 소위 위원장으로서 특고노동자들의 근로자 개념을 확대하는 부분은 제가 볼 때는 여기서 절충이 될 것 같아요. 민주당에서 위원님들이 받아 주시면 그것은 정리하도록 하겠습니다.
  - 한정애 위원: 저희 그거 받습니다. 그거 받는데, 그거에다 플러스로 받자는 얘가지요.
  - 소위원장 김성태: 그것은 곤란하지요.
- 41) 윤애림, “특수고용 문제해결의 출발점, 노동3권 보장과 산재보험 동등적용”, 『20대 국회 비정규직 입법과제 대토론회, 특수고용노동자 언제까지 노동법의 사각지대에 방치할 것인가』, 2016. 9. 6., 55~56면.



○ 20대 국회 입법발의안

산재법 개정안: 특고 관련 특례 조항에서 적용제외 신청 조항 개정. 특수형태근로종사자의 산재보험 적용제외 신청을 일정기간 휴업하는 등 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에만 허용하도록 적용 제외신청 사유를 제한, 특수형태근로종사자의 ‘적용 제외 신청제도’를 폐지하여 일반 근로자와 마찬가지로 예외 없이 산업재해보상보험을 적용, 제125조제4항 본문에 당연적용 원칙을 표현하고 적용제외 신청을 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에만 가능하도록 제한하되 최소한의 기준을 명시하는 방안 등

노조법 개정안 및 근로기준법 개정안: 근로자 정의 조항의 개정

2017년 2월 6일 한정애 의원 대표발의안 노조법 개정안. 노조법 제2조 제1호 단서 신설.<sup>42)</sup>

□ 평가

○ 17대 국회, 18대 국회까지는 노동법상 근로자 정의를 확대하는 내용의 개정안은 민주당 의원들만 동조하고, 열린우리당 또는 민주당은 ‘유사근로자’ 또는 ‘특수형태근로종사자’ 특별법을 발의했음.

○ 19대 국회 이후부터는 민주당까지도 노동법상 근로자 정의를 확대하는 내용의 법안 발의. 이 방안이 올바른 해결책이라는 점에 공감대가 형성된 것으로 평가할 수 있음.

○ 대법원이 2006년 판결 이후 개별 사건에서 ‘근로자’ 인정에 좀 유연하고 탄력적인 태도를 보이고 있으나, 여전히 중요 특수고용노동자들의 근로자성을 부정하고 있어 입법에 의한 해결이 절실한 상황이 이어지고 있음.

○ 노조법 개정을 통해 노동3권을 부여하는 것을 기본으로 삼고, 산재보험법을 개정하여 통하여 산재보험의 적용을 받도록 하는 것을 우선적 과제로 설정한 주체발표자의 견해에 찬성함. 노동3권을 인정함으로써 교섭력의 균형을 맞춰주어 계약조건을 스스로 결정하고 계약의 체결과 이행 과정에서 발생하는 인권 침해 문제를 국가의 직접적 개입 없이 자치에 의해 마련할 수 있다는 점에서 경제법이나 노동개별법에 의한 해결방안과

42) 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 근로자로 본다.

가. 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자

나. 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령이 정하는 자

비교하였을 때보다 유효적절한 수단이 됨. 사회보장법의 영역과 관련하여, 특수고용노동자가 종속적 관계에서 노동을 제공하고 업무상 질병이나 재해, 계약해지 등으로 인한 사회적 위험으로부터 보호받을 필요가 있으므로 산재보험 및 고용보험의 가입 자격을 인정해야 함.

#### 4. 개헌에서 반영할 사항

개헌 국면이 전개된다면 그 과정에서 노동헌법을 관철시켜야 할 것임.

일할 권리와 노동3권 조항에서 최소한의 요구안을 정리할 필요 있음.

#### □ 일할 권리(노동의 권리)

- ① 모든 사람은 일할 권리를 가진다. 국가는 노동자의 고용의 증진과 적정임금 및 동일가치노동 동일임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.
- ② <삭제(근로의 의무)>
- ② 노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 공동으로 결정하되, 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한 기준을 저하하여서는 안 된다.
- ③ 취업 중인 노동자는 정당한 이유 없이 해고되지 않으며, 상시적 업무에는 기간의 정함이 없이 직접 고용된다.
- ④ 국가유공자상이군경.전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 일할 기회를 부여 받는다.

#### ○ ‘근로의 권리’ 를 ‘일할 권리(또는 노동의 권리)’ 로 변경하고 ‘근로의 의무’ 삭제

- ‘일할 의무’ 는 공동체 유지를 위한 도덕적 의무로 인정할 수는 있지만, 강제근로금지 원칙에도 반할 소지가 있어 헌법적 의무로 규정하는 것은 의문이 있음.
- 모든 사람이 일할 수 있도록 일자리를 제공하는 것은 국가의 의무이지 이를 국민의 의무로 강제하는 것은 바람직하지 않음.

#### ○ 노동조건 결정에 관한 기본 원칙의 헌법 명시

- 노동자의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위해 노동법상 원칙으로 확립된 노동조건 결정에 관한 기본원칙을 헌법에 명문화할 필요 있음.
- 비정규직 문제 등 심각한 차별과 양극화 해소를 위해서도 절실하게 필요함.
- 헌법에 명시할 기본원칙으로는 동일가치노동 동일임금 원칙, 노동조건에의 노사대등 공동결정 원칙(근로기준법 제4조), 정당한 이유 없는 해고 금지, 상시업무의 정규직·직접고

용 원칙 등, ‘동일노동 동일임금’ 원칙으로 충분하고 ‘가치’란 용어가 들어갈 경우 혼란의 여지가 있다는 주장도 있으나, 이미 사회권규약 제7조에서 ‘동일가치노동에 대한 동일한 보수’를 사용하고 있고, 「남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률」 제8조에서 “사업주는 동일한 사업 내의 동일가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있음.

- 정당한 이유 없는 해고 제한을 헌법에서 규정한 예로는 핀란드 헌법 제18조, 유럽연합 기본권 헌장 제30조 등이 있음.

## □ 노동3권

- ① 노동자는 경제적·사회적 지위 향상 및 노동조건 유지·개선을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ② 국가는 노동자단체가 자유롭게 규약과 규칙을 작성하고 대표자를 선출하며 활동할 권리를 보장하여야 하고 방해하여서는 아니 되며, 노동자단체는 국가에 의하여 해산되거나 활동이 정지되지 아니한다.
- ③ 경찰과 군인의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.
- ④ 영리를 목적으로 하는 사기업의 노동자는 이익의 분배에 균점할 권리가 있다.

### ○ 공무원인 노동자의 노동 3권 제한 조항(제33조 제2항) 삭제

- 제헌헌법부터 제4차 개정헌법까지 “근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장된다.”고 규정. 노동조합법(법률 제280호, 1953.3.8., 제정)은 “근로자는 자유로 노동조합을 조직하거나 또는 이에 가입 할 수 있다. 단, 현역군인, 군속, 경찰관리, 형무관사와 소방관사는 예외로 한다.”고 규정하여 공무원 중 극히 일부에 대해서만 노동조합 결성 금지.
- 제5차 개정헌법에서 “공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다.” → 현행 헌법 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”
- 노동3권에 대한 제한은 ILO 제87호 협약의 기준에 따라 군인과 경찰공무원에 대해서만 법률에 의하여 가능하도록 명확히 함.

### ○ 주요방위산업체 노동자의 단체행동권 부인·제한 조항(제33조 제3항) 삭제

- 유신헌법 이전에는 존재하지 않던 조항
- 변천과정

헌법	내용
유신헌법	공무원과 국가지방자치단체·국영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향

	을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.
5공화국 헌법	국가지방자치단체·국공영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.
현행 헌법	법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

- 과도한 제한으로서 폐지 필요. 필수공익사업 또는 필수유지업무 등으로 규율하는 것으로 충분
- 2014년 개정안은 필수공익기관 근로자의 단체행동권 제한 근거를 명시했으나(안 제39조 제3항), 이는 노동3권 확대에 역행하는 것으로서 부당함.

#### ○ 노동3권의 목적 확대

- 노동3권의 목적을 ‘근로조건의 향상을 위하여’ 라고 규정하고 있기 때문에 이를 지나치게 협소하게 해석하여 노동자의 고용보장 등과 관련된 중요사항이 소위 경영권 사항이라는 이유로 쟁의행위의 정당성을 부인하고 있는 실정임.
- 이러한 문제점을 해소하기 위해 노동3권의 목적을 ‘경제적·사회적 지위 향상 및 노동조건의 유지·개선을 위하여’ 로 규정하여 쟁의행위의 목적을 확대함. 현행 노동조합 및 노동관계조정법의 목적 조항에 있는 내용을 헌법에 반영.

#### ○ 국가의 노동3권 보장 의무 및 국가에 의한 해산·활동정지 금지 명시

- 노동조합 조직과 활동 및 쟁의행위에 대한 행정관청의 지나친 개입과 간섭 등을 예방하기 위해 국가의 의무를 명확히 규정할 필요 있음.
- ILO 제87호 협약에서 규정하고 있는 국가의 보장 의무 및 노동단체 해산이나 활동 정지 금지를 명문화함.

#### ○ 제헌헌법 이래 규정되었다가 5·16 쿠데타 후 삭제된 이익균점권 조항

- 제헌헌법부터 4차 개정헌법까지 규정. 국가재건최고회의가 만든 제5차 개정헌법에서 폐지된 이래 오늘날까지도 회복되지 않고 있음.
- 근로자의 이익분배균점권이 법률에 의하여 구체화되거나 현실적으로 실현된 적은 없으나 이런 조항이 존재할 수 있다는 것 자체가 노동에 대한 헌법의 존중을 보여주는 것임.

- 재벌 대기업이 이익을 독점하는 시대, 노동조합 조직율과 단체협약 적용율 10% 내외, 노동기본권이 실질적으로 보장되지 못하는 비정규직이 전체 노동자의 절반, 한마디로 노동은 대표되지 못하고 있는 것이 현실임. 이익균점권 조항이 존재한다는 것 자체가 노동에 대한 헌법의 존중을 보여주는 것이고, 법률로 구체화되겠지만 오늘날 노동자의 경영참여, 노조할 권리의 보장, 단체협약의 효력 확장제나 산별교섭 촉진 등 노동자 대표성 제고, 노동소득 분배율 제고를 위한 사회정책적 수단 강구 등을 위한 헌법적 선언이자, 구체적인 청구권으로 명시가 필요.

### ○ 단결권의 주체 확장(?)

- 유럽연합 기본권헌장(2010) 제12조(결사의 자유) 제1항은 “모든 사람은 평화로운 집회의 자유와 모든 차원의 결사의 자유, 특히 자신의 이익보호를 위해 노동조합을 형성하고 가입할 수 있는 권리를 포함하는 정치문제, 노동조합, 공적 문제를 위한 결사의 자유를 가진다.” 고 규정하여 노동조합을 형성하고 가입할 수 있는 자유의 주체를 노동자로 한정하지 않고 ‘모든 사람’ 으로 하고 있음.
- 독일 기본법도 단결권의 주체를 노동자에 한정하지 않음(제9조 (3) 근로조건 및 경제조건 유지 및 개선을 위한 단체를 결성할 권리는 모든 개인 및 직업에 보장된다.).
- 단결권의 주체를 노동자로 한정하지 않으면 특수고용노동자의 노동법상 노동자 해당 여부에 관계없이 단결권을 향유할 수 있을 것임. 그러나 노동3권 중에서 단결권만 분리하여 그 주체를 ‘모든 사람’ 으로 확대하는 것은 노동3권이 노동자들의 투쟁에 의해 획득된 기본권이라는 점에서 신중한 접근이 요구됨.

## 5. 맺음말

- 한정에 의원 대표발의 노조법 개정안은 2012년 11월 21일 제311회 국회 4차 환경노동위원회 법안심사소위에서 새누리당의 소위원장 김성태 의원과 간사 이완영 의원이 수용할 수 있다고 제안했던 내용임. 이 법안을 처리하는 것으로부터 특수고용 노동자 문제 해결은 출발하여야 할 것임.

## [토론문]

이승욱 (이화여대 법학전문대학원 교수)

### ○ 노조법 관련

- 발제자는 현행 노조법의 기본적인 틀을 유지하면서, 특수고용 종사자 등을 그대로 편입시키는 것을 제안하고 있음.
- 그런데, 전체적으로 현행 노조법이 특고 유형의 노무제공자나 구직자실업자도 염두에 두면서 제도화되어 있다고 보기는 어려움.
  - 이러한 유형의 노무제공자를 노조법 속에 포함시키기 위해서는 기존 법조항의 취지와 상충되는지 여부, 새로운 유형의 노무제공자에 대한 규율이 합리적으로 이루어질 수 있는지 등의 관점에서 노조법 개별조항과의 정합성을 면밀하게 분석할 필요가 있음.
  - 노조법에 새로운 유형의 노무제공자를 포섭하는 것에 대한 필요성을 인정하더라도, 그 포섭 이후 노조법이 예정하는 집단적 근로조건형성에 대한 제도적 장치가 효과적으로 작동할 수 있는지에 대한 검토가 필요함.
- 발제자(내지 민주노총 입법요구안)는 직종별로 대통령령에 의해 노조법상 지위를 부여하는 방법을 제안하고 있으나,
  - 첫째, 특별한 직종에 대해 직종별(‘개인별’이 아니라)로 노조법상 근로자의 지위를 인정하는 것을 ‘대통령령’에 의해 하도록 하는 것이 ‘수단’이나 체계의 측면에서 적정한지 여부
  - 둘째, 첫째와 관련, 구체적으로 어떤 직종을 특정할 것인지에 대한 기준이 개정요구안에서는 지나치게 모호하여 그 기준이 사실상 없는 것이나 마찬가지이기 때문에, 대통령령에 지나친 재량을 부여하고 있을 뿐만 아니라, 구체적으로 어떠한 직종을 지정하는지에 대한 분쟁이 발생할 가능성이 매우 높음.
  - 셋째, 특정한 직종에 대해서 일률적으로 노조법상 근로자 지위를 부여하는 것은 해당 직종에 일정한 정도의 균질적인 노무제공관계가 존재한다는 것이 전제가 되어야 하나, 과연 특수고용이 문제되는 직종 내에서의 보편적 규율의 필요성이 인정될 정도의 균질성이 있는지에 대해서는 의문이 있음.
- 이상의 점을 고려하면, 발제자의 입장을 전제로 하더라도, 입법요구안 제2조 1호 다목의 기준을 보다 상세히 제시할 필요가 있고, 새로운 유형의 노무제공자 및 구직자실업 상태에 있는 자에 대해 노조법 전체를 적용할 것인지, 일부 조항을 적용할 것인지, 별

도의 규정을 둘 필요는 없는지 등에 대한 검토가 필요함.

- 이러한 점을 전제로 하지 않으면, 현행 노조법 체제 하에서 발제자의 제안과 같은 내용이 실제 시행된다고 하더라도 현실적인 상황이 현재와 본질적으로 달라지지 않을 가능성이 있음.
  - 설립신고증 교부 등 노조 설립 자체를 둘러싼 분쟁이 현재와 마찬가지로 여전히 발생할 가능성을 배제할 수 없고,
  - 구직 중에 있는 자와 실업상태에 있는 자와 관련하여서도 현실적으로 여러 가지 문제가 발생하는 등
  - 제안 내용을 법률에 규정함으로써 특수 고용 종사자에 대해 노조 설립과 활동의 가능성을 제시하기는 하겠지만, (이것은 현행법의 해석으로도 가능한 상황임) 실제로 그렇게 실효성 있게 운영될 수 있다는 점을 보장하기는 어려울 수 있음.
- 또한 특수고용의 경우 직종별 또는 고용형태에 따라 사용자 또는 사용자단체를 특정하기 어려운 경우가 있을 수 있기 때문에(산재보험에 관한 입법요구안이 제안하는 것과 같은 공동산재보험관리기구가 필요한 상황), 이 문제에 대해서도 별도의 대책을 강구할 필요가 있음.
- 발제문과 같이 노조법에 의한 대응방법도 불가능한 것은 아니지만, 직종별 특수성을 배려한 특별법을 제정하는 것도 입법적으로는 선택가능한 옵션이라고 판단됨.
- 향후 비정규 근로자 등 노동조합 조직율이 극히 낮은 부문을 포함하여 근로자대표기능의 효과적인 보장이라는 관점에서 전체적인 집단적 노동관계제도에 관한 근본적인 재검토가 필요하다고 판단됨.

## ○ 산재보험법 관련

- 산재보험법상 근로자 정의를 근기법상의 정의와 연동시키는 현행법제도는 산재보험법의 취지와 목적을 제대로 반영시킬 수 없는 점에서 문제가 있음.
- 정책적 관점에서도 특고의 확산은 피보험자풀의 축소와 긴밀하게 연동되기 때문에 사회보험재원 확보라는 관점에서도 산재보험법을 비롯한 사회보험법의 적용대상은 가능한 확대하는 것이 바람직하다는 측면에서 접근할 필요가 있음.
- 이런 관점에서 특고 종사자를 의무적 가입대상으로 하는 것이 바람직하다고 판단됨.
- 다만 구체적으로 어떤 방식으로 운영할 것인지에 대해서는 추가적인 검토가 필요함.
- 예컨대 사업주 확정이 곤란한 경우의 ‘공동산재보험관리기구’ 구상도 검토할 가치가 있으나, 구체적인 내용은 입법요구안을 보다 정치화시킬 필요성이 있음.
  - 공동산재보험관리기구를 운영할 경우 개별 사업주가 부담하는 보험료 보다 개별 부담 액수가 많아질 가능성이 높은 점, 사업자의 가입 강제 여부와 그 방법, 산재보험료 등의 연대책임 부과의 적정성과 방법 등에 대해서 추가적인 검토가 필요

함.

- 보다 근본적으로는 공단 외의 관리기구를 두는 것이 정책적으로 바람직한지에 대한 고민이 필요.
- 따라서 사업주 확정이 곤란한 경우 입법요구안의 제안 이외에, 특고 종사자의 의무가입을 전제로 하면서도 다른 선택가능한 정책적 옵션에 대한 충분한 검토와 연구가 필요.
- 산재보험법은 산업안전보건법과도 관련성이 있는 점을 고려, 산업안전보건법과의 관계도 추가적으로 검토할 필요가 있음.



[토론문]

## 인권위의 관련 권고, 실태조사, 국제인권규범 등에 기초하여 특수형태근로종사자 보호 입법 필요성에 대해

송경숙(국가인권위원회 노동인권전문관)

1. 인권위는 지난 2007년 국회와 정부에 특수형태근로종사자 보호를 위한 조속한 법률 제·개정을 권고<sup>43)</sup>하였고, 2014년에는 모든 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용을 권고<sup>44)</sup>한 바 있음. 이번 토론회를 계기로 그동안 법적 보호의 사각지대에 놓여있던 특수형태근로종사자의 노동인권 개선을 위한 사회적 합의의 장이 다시 한 번 열리기를 희망.
2. 발제자께서는 특수형태근로종사자의 '노동자성'에 관한 판례의 태도 변화를 기초로, 특히 특수형태근로종사자의 '노조할 권리' 보장이 무엇보다 시급하고 이를 위해 국회와 정부의 입법적 해결 노력이 필요함을 중요하게 지적. 본 토론은 그에 덧붙여 인권위의 관련 권고나 실태조사, 국제인권규범 등에 기초하여 특수형태근로종사자 보호 입법 필요성에 대해 말씀드리고자 함.

### 3. 특수형태근로종사자 보호 입법의 필요성

#### 1) 규모 및 직종 증가로 인한 보호 사각지대 확대

- 인권위, 권익위, 고용노동부 등에 의해 실시된 실태조사에 의하면, 특수형태근로종사자는 1990년대 이후 교육·운송·판매 등 몇몇 서비스업무 직종에서 출현하기 시작하여, 현재 40여개 직종에 달할 정도로 다양한 업무에 사용되고 있고, 그 규모가 약 100만명<sup>45)</sup>에서 많게는 200만명<sup>46)</sup>을 넘어서는 것으로 조사.

43) 국가인권위원회, 「특수형태근로종사자 보호방안에 대한 의견표명」(2007. 9. 17.)

44) 국가인권위원회, 「산재보험 적용범위 확대를 위한 제도개선 권고」(2014. 11. 27.)

- 사업운동을 위한 노무공급방식으로 특수형태근로종사자가 근로자를 대체하고 있거나 (재택집배원 사례), 특수형태근로종사자 사용이 용이한 사업이 새롭게 창출(배달앱, 심부름앱기사 사례)되고 있음. 어떤 경우이든 사회적 보호로부터 배제된 근로계층의 확대 가능성을 의미하므로 시급한 보호 노력 필요.

## 2) 현행 경제법적 보호제도의 낮은 실효성

### ○ 개별적 권리

- 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호에 대한 노사정 간 의견 대립으로, 특수형태근로종사자는 '사업자' 간 불공정거래행위를 금지하는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」 등 경제법적 방식으로 보호.
- 공정거래위는 「공정거래법」 제23조 및 같은 법 시행령 제36조에 따라 2007년 「특수형태근로종사자에 대한 거래상지위남용행위 심사지침」을 제정, 특수형태근로종사자에 대한 사업자들의 거래상지위남용행위를 규정하고, 그 피해 신고 및 심사 절차를 마련하고 있음.
- 그러나 지난 10년간 사업주의 거래상지위남용행위에 대한 특수형태근로종사자의 신고건수가 매우 적을 뿐 아니라, 피해구제의 실효성도 낮음.

### ○ 집단적 권리

- 특수형태근로종사자의 집단적 이익은 노조법이 아닌 헌법상 (일반)결사의 자유로도 대변될 수 있다고 하는 주장이 있음.
- 그러나 독립사업자 신분의 특수형태근로종사자들이 집단적 대응을 할 경우 이는 「공

45) 국민권익위원회는 특수형태근로종사자를 2010년 기준 약 115만명으로 추산하였고(「특수형태근로종사자 권익보호 방안 보고서」, 2012. 12.), 고용노동부 연구용역보고서는 2011년 기준 약 40개 직종 128만명 수준에 달한다고 보았음(「특수형태업무종사자 근로실태조사」, 한국노사관계학회, 2011).

46) 인권위 실태조사(2015)는 ①임금노동자 중 특수형태근로종사자, ②자영업자 중 특수형태근로종사자를 판별하여 규모 추정을 한 결과, 2014년 기준 특수형태근로종사자는 임금노동자 중 약 135만명, 자영업자 중 약 85만명으로, 전체 규모는 230만명 수준에 이르는 것으로 추정함(「민간부문 비정규직 인권상황 실태조사-특수형태근로종사자를 중심으로」, 한국비정규노동센터, 2015).

정거래법」상 부당한 공동행위(법 제19조)로 간주되어 시정조치 및 과징금 부과 대상이 될 가능성이 있음<sup>47)</sup>.

- 이처럼 이익단체는 「노조법」상 노조와 달리 사업주가 노무제공조건에 관한 협상에 성실히 응하지 않을 경우 이를 강제할 방법이 없어, 헌법상 결사의 자유 보장만으로는 특수형태근로종사자들의 경제적·사회적 지위 개선에 실효적 효과를 얻기 어려움.

### 3) 특수형태근로종사자의 단결권 제약에 대한 국제사회의 우려

#### ○ 노동조합 결성·가입에 대한 국제인권규범

- 「세계인권선언」 제23조, 유엔 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제22조, 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」 제8조는 ‘모든 사람’이 자신의 이익을 보호하기 위하여, 또는 경제적·사회적 이익의 증진·보호를 위하여 노동조합을 결성하고 가입할 권리를 가짐을 명시.
- 국제노동기구(ILO)는 「결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약」(제87호) 제2조 및 제4조에서 근로자와 사용자에 행정당국의 허가 없이 자유롭게 단체를 설립하고 가입할 권리를 가지며, 그 단체는 행정당국에 의해 해산되거나 활동이 정지되어서는 안 된다는 것을 회원국에게 요구하고 있음.

#### ○ 인권위도 2007년 권고에서 “특수형태근로종사자는 「근로기준법」상 근로자에 해당하

47) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조(부당한 공동행위의 금지) ①사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
2. 상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위
3. 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위
4. 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위
5. 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위
6. 상품 또는 용역의 생산·거래 시에 그 상품 또는 용역의 종류·규격을 제한하는 행위
7. 영업의 주요부문을 공동으로 수행·관리하거나 수행·관리하기 위한 회사등을 설립하는 행위
8. 입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자(競落者), 투찰(投札)가격, 낙찰가격 또는 경락가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위

지는 않는다 하더라도, 상대방에 대한 교섭력의 불균형으로 인해 보호가 필요한 측면에서 「헌법」 제33조의 기본권의 주체로서의 근로자 범위에서 배제될 이유는 없다고 할 것이며, 따라서 근로자와 마찬가지로 노동3권이 보장되어야 한다”는 입장을 밝힌 바 있음.

- 그러나 보호 입법이 지연되는 사이 특수형태근로종사자들이 노동조합을 통해 스스로 지위 개선을 하려 하면, 특수형태근로종사자의 노조법상 근로자성을 인정하지 않는 사업주(계약해지, 교섭불응 등) 및 행정기관(노조설립신고 반려, 규약 시정명령 등)에 의해 특수형태근로종사자들의 단결권 등 집단적 권리 행사가 제약받는 상황이 나타나고 있고, 이에 대한 국제사회의 우려도 지속.

## ○ 대표적 사례가 2009년 전국건설노조 사건

- 2006~2007년 화물차, 레미콘, 덤프트럭 등 기사들이 전국운수산업노동조합, 전국건설노동조합에 가입한 것에 대해, 2008년 관련 사업자협회가 노동부에 노조법 위반 진정을 하자 2009년 1월 노동부가 전국운수노조 및 전국건설노조에 규약 시정 명령을 내린 사건이 2009년 6월 ILO 결사의자유위원회에 협약 위반으로 제소(Case 2602).
- 이에 대해 ILO 결사의자유위원회는 2011년과 2012년 두 차례에 걸쳐 우리 정부에 “자영”노동자들(“self-employed” workers)의 자유로운 노동조합 결성·가입 권리를 보장할 것, 특수형태근로종사자들이 가입한 노조에 대한 규약 시정명령을 철회할 것을 권고(2011년 3월 제359차 보고서<sup>48)</sup>, 2012년 3월 제363차 보고서<sup>49)</sup>).

48) 국제노동기구 결사의자유위원회 제359차 보고서(2011. 3.)

370. (b) 위원회는 정부가 화물차 운전자 등과 같은 “자영”노동자를 포함한 모든 노무제공자들이, 그들의 이익을 방어하거나 증진시키기 위해 스스로 선택한 단체에 가입할 수 있는 권리, 그리고 그들이 설립 혹은 가입한 단체가 사전 인가를 받지 않고 그 단체의 규약을 따를 것만을 조건으로 하여 연합단체와 총연합단체에 가입할 권리 등 결사의 자유를 완전히 누릴 수 있도록 필요한 조치를 취할 것을 요청한다.

(d) 위원회는 정부가 관련 당사자들과 협의하여 상호 수용가능한 해결책을 마련해 자영노동자들이 자신의 이권을 넓히고 보호하기 위해 제87호 및 제98호 협약에 의거 노조권을 완전히 누릴 수 있도록 할 것을 요청한다. 또한 전국건설노조와 전국운수노조의 노조원들이 각 노조를 대표하지 못하게 할 수 있는 어떠한 조치도 취해서는 안된다. 위원회는 정부가 이러한 협의의 결과에 관한 정보를 지속적으로 제공할 것을 요청한다.

49) 국제노동기구 결사의자유위원회 제363차 보고서(2012. 3.)

467. (e) 위원회는 정부가 다음에 대해 필요조치를 취할 것을 거듭 요청한다.

(i) 화물트럭기사 등 ‘자영업’ 노동자들이 특히 스스로 선택하여 단체에 가입할 수 있는 권리와 같은 결사의 자유를 누릴 수 있도록 할 것

(ii) 이를 위해 관련 당사자들과 협의하여 상호 수용가능한 해결책을 마련해 자영업인 노동자들이 자신의 이권을 넓히고 보호하기 위해 제87호 및 제98호 협약에 의거 노조권을 누릴 수 있도록 할 것

- 2016. 6. 15. 유엔 평화적 집회 및 결사의 자유 특별보고관도 국내 특수형태근로종사자의 결사의 자유 제한 상황에 대한 우려 표명<sup>50)</sup>.

4. 국제노동기구(ILO)는 긴 논쟁 끝에 2006년 「고용관계에 관한 권고」(Employment Relationship Recommendation)를 채택하여, 고용형태의 다양화라는 세계적 변화 속에서 기존의 법제도로는 보호되지 못하는 근로계층에 대한 보호 기준 확립 등 적극적인 국가정책 시행을 권고.

- 1990년대 이후 영국, 독일, 프랑스 등 서구 주요국들이 노동법 및 사회보험법의 적용 대상이 되는 ‘근로자’ 개념을 재정립하는 방법 등을 통해 특수형태근로종사자를 법적 보호 범위 안으로 포섭하는 노력을 지속해 온 것에 비해, 우리나라의 특수형태 근로종사자에 대한 보호 성과는 미흡한 상황.

- 특수형태근로종사자에 대한 노동법적, 사회보험적 보호에 대한 국회와 정부의 적극적인 인식 및 역할 기대.

- 
- (iii) 해당되는 경우 자영업 노동자에게 적합한 구체적인 단체교섭 매커니즘을 마련할 수 있도록 자영업 노동자의 단체교섭 관련 특이성을 파악할 수 있도록 해당 사회적 파트너와 협의할 것.

위원회는 또한 정부가 다음에 대해 필요조치를 취할 것을 요청한다.

- (i) 화물트럭기사들이 설립 혹은 가입한 단체가 사전 인가를 받지 않고 스스로 선택하여 그 단체의 규약을 따를 것만을 조건으로 하여 연합단체와 총연합단체에 가입할 권리를 가질 것
- (ii) 전국건설노조와 전국운수노조에서 자영업자 기사를 조합원 범위에서 배제하도록 한 정부의 규약 시정명령을 철회하고, 노동조합 및 노동관계조정법 시행령의 제9조 2항에 의거 노조원들이 각 노조를 대표하지 못하게 하는 해당 연합단체에 대한 조치를 삼갈 것 (특수형태근로종사자가 포함되어 있다는 이유로 법외노조 취급을 하는 등 행위를 하지 말 것). 위원회는 이와 관련하여 취해지거나 계획 중에 있는 모든 조치를 통지 받을 것을 요청한다.

- 50) 60. 자영업자들을 비롯하여, 고용계약이 아닌 성과를 기반으로 하여, 고용주가 아닌 의뢰인으로부터 보수를 받는 특정 노동자들은 ‘특수형태근로자’ 혹은 ‘위장 고용’의 관계에 있는 것으로 여겨진다. 이들이 설립한 조합은 노조법 하에서 노동조합으로 인정받지 못한다. 또한 이러한 조합이 합의한 사항은 단체협약에 부여되는 구속력을 가지지 못한다. 고용주들은 이러한 협약 준수를 거부할 수 있다. 그 예로, 특별보고관은 전국공공운수노동조합 화물연대본부 풀무원분회 조합원들의 협약 구속력 인정 요구를 고용주가 거부하였다고 들었다. 이와 유사하게, 전국건설노동조합 고용주들은 ‘독립계약자’가 포함될 수 있다는 이유로 노조 인정을 거부한 것으로 알려졌다. 오늘날처럼 역동적이며 지속적으로 변화하는 경제적 상황 속에서, ‘고용’이 무엇인가에 대해 현학적이고 구시대적인 해석에만 기대는 것은 노동자의 권리 보호 측면뿐만 아니라 향후 한국의 경제 성장에 대한 상상력의 실패를 의미한다.

61. 특별보고관은 직업에 상관없이 모든 근로자에게 노조를 설립하고 가입할 권리를 포함한 결사의 자유를 보장해야 한다는 결사의자유위원회의 입장을 재확인한다. 노조에 누가 가입할 수 있는지를 결정하는 것은 정부의 역할이 아니다.

## [참고] 특수형태근로종사자 보호 관련 그간의 인권위 대응

### 1. 권고·의견표명

#### 가. 특수형태근로종사자 보호에 관한 법률 제·개정 권고(2007)

- 권고대상 : 국회의장, 노동부장관
- 권고내용 : 특수형태근로종사자 보호에 관한 법률의 조속한 제·개정
  - 계약의 존속 보호, 보수의 지급 보호, 휴일·휴가의 보장, 성희롱의 예방·구제, 산업안전보건, 모성보호, 균등 처우, 노동위원회에 의한 권리구제·분쟁해결 및 근로감독관에 의한 감독 등에 관한 규정 마련.
  - 특수형태근로종사자들의 계약조건을 유지·개선하고 경제적·사회적 지위를 향상시킬 수 있도록 노동3권 보장.
  - 「산업재해보상보험법」, 「고용보험법」, 「국민연금법」과 「국민건강보험법」의 직장(사업장) 가입자 규정 적용
  - 특수형태근로종사자의 개념 및 판단기준을 법률에 명시

#### 나. 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용 확대 권고(2014)

- 권고대상 : 고용노동부장관, 국회의장
- 권고내용 : 모든 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용 권고
  - 「산재보험법」 적용을 받고 있는 6개 직종 특수형태근로종사자가 실질적인 보호를 받을 수 있도록 적용제외 신청제도 폐지, 종사자의 보험료 부담 면제 또는 지원 방안 마련
  - 6개 직종 외 모든 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용

### 2. 실태조사

- 국가인권위원회(2006), 「특수고용종사자 노동권 침해 실태조사-5개 직군을 중심으로」(연구수행기관: 한국노동사회연구소).
- 국가인권위원회(2015), 「민간부문 비정규직 인권상황 실태조사-특수형태근로종사자를 중심으로」(연구수행기관: 한국비정규노동센터).











