



근로자, 포용적 접근

The new concept of employee including dependent self-employed through inclusive approach

저자 (Authors)	강성태 Kang, Seong-Tae
출처 (Source)	노동법연구 (48) , 2020.3, 1-34(34 pages) LABOR LAW REVIEW (48) , 2020.3, 1-34(34 pages)
발행처 (Publisher)	서울대학교 노동법연구회 The SNU Society of Labor Law
URL	http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE09326469
APA Style	강성태 (2020). 근로자, 포용적 접근. 노동법연구(48), 1-34
이용정보 (Accessed)	울산대학교 203.250.87.*** 2021/03/16 11:54 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

근로자, 포용적 접근*

강 성 태**

국문초록

근로자 논의에서는 두 가지를 구별해야 한다. 하나는 오분류의 재분류이고, 다른 하나는 대상이나 범위의 확대이다. 전자를 ‘근로자 찾기’라고 한다면, 후자는 ‘근로자 늘리기’라고 할 수 있겠다. 지난 20년 이상, 근로자 논의는 이른바 특고 논쟁에서 알 수 있듯이 근로자 찾기가 중심이었지만, 입법적 또는 해석론적 성과는 크지 않았다. 근로자 오분류를 시정하기 위한 판례의 변화도 살펴볼지만, 이 글의 주된 관심은 해석론과 입법론의 포용적 접근을 통한 근로자 늘리기에 있다. 주된 대상은 노무제공의 실질에서 근로자와 비슷한 자영업자 즉 종속적 자영업자를 주로 염두에 두었다. 특고의 경우, 상당수는 오분류에 해당할 것으로 그리고 나머지 대다수는 종속적(또는 고용형) 자영업자에 속할 것으로 생각한다.

주제어: 근로자, 포용적 접근, 노무제공자, 자영업자, 고용형(종속적) 자영업자, 사업형(독립적) 자영업자

* 이 글은 2019. 11. 15. 서울대학교노동법연구회 2019 추계학술대회 『노동법의 미래(1), 노동자』(서울대학교 근대법학100주년기념관)에서 발표한 “근로자, 포용주의적 접근”을 학술논문으로 수정한 것이며, 앞의 발표는 박제성 외, 『외국의 자영업 사회법제 연구(2): 사회법제의 적용 범위 논의를 중심으로』, 한국노동연구원, 2020 중에서 필자의 서술 부분에 기초하였다.

**姜成泰: 한양대학교 법학전문대학원 교수(kangst@hanyang.ac.kr).

목 차

- I. 서론
- II. 해석론
 - 1. 근로기준법
 - 2. 노동조합법
 - 3. 직업안정법과 산재보험법
- III. 입법론
 - 1. 나이테형 모델
 - 2. 근로기준법
 - 3. 노동조합법
 - 4. 직업안정법과 사회보험법

I. 서론

근로자 논의는 두 가지를 구별하는 것에서 시작해야 한다. 하나는 오분류의 재분류이다. 계약의 형식과 실질이 다른 경우로서 자영업자 계약을 체결하고는 실질적으로는 근로자로 사용하는 것이 오분류이며, 이를 법적으로 바로잡는 것 즉 실질에 맞게 법으로써 형식을 강제하는 것이 재분류이다. 다른 하나는 대상이나 범위의 확대 또는 그것을 위한 개념의 확대이다. 형식과 실질이 모두 자영업자를, 즉 계약이든 관행이든 개인사업자로 볼 수 있는 노무제공자를, 근로자에 포함시키는 것을 말한다. 전자를 ‘근로자 찾기’라고 한다면, 후자는 ‘근로자 늘리기’라고 할 수 있겠다.

지난 20년 이상, 근로자 논의는 근로자 찾기가 중심이었다. 국내에서는 이른바 특고가 논의의 주된 대상이었다. 시간과 논의의 양에 비해 성과의 미미함은 국내와 국외가 크게 다르지 않다. 스티엔 브뢰케(Stijn Broecke, Senior Economist and Lead of the Future of Work Initiative, OECD) 박사에게 따르면, OECD 국가들에서 오분류에 대항하여 취한 대표적인 조치들

은 다음과 같다.¹⁾ 첫째, 근로자와 자영업자의 구분을 명확하게 한다. 근로자의 요건을 정하는 방식보다는 캘리포니아주처럼 자영업자의 요건을 정하고 그것을 모두 충족하지 못한 경우는 근로자로 간주하는 방식이 효과적이다. 둘째, 근로자 지위를 확인하는데 드는 비용을 낮춘다. 증명책임의 전환, 소송 비용의 감소, 절차의 간소화, 노무제공자가 직면하는 위협의 제거, 보복으로부터 노무제공자의 보호 등이 대표적이다. 셋째, 행정당국이나 노동조합에게 제소권을 부여한다. 넷째, 오분류에 대한 책임 즉 사용자에게 대한 제재를 강화한다. 다섯째, 오분류 적발을 위한 근로감독을 강화하고 조세·사회보험료징수 당국과의 협력을 강화한다. 여섯째, 오분류의 이익 즉 오분류를 통해 기업과 노무제공자가 얻는 인센티브를 줄인다. 브리케 박사는 근로자와 자영업자 사이에 조세나 사회보험료 그 밖의 비용에서 차이가 크게 되면 자영업자 인센티브가 작동한다는 점을 지적했다. 영국과 네덜란드의 사례를 들면서, 노동 비용에서의 차이와 함께 여타 재정적 부담(non-labour cost)에서도 차이를 줄여야 한다고 강조했다.

이 글은 상대적으로 근로자 늘리기에 초점을 둔다. 우선, 두 가지 사실을 먼저 확인해 둔다. 하나는 근로자 찾기와 근로자 늘리기의 상대성이다. 근로자의 범위를 넓게 보는 입장에서 오분류의 대상이라고 생각하는 직종이 근로자의 범위를 좁게 보는 입장에서는 근로자 늘리기의 대상이 될 것이다. 지금 판례대로 한다면 학습지 교사는 근로자 늘리기의 대상이지만, 판례보다 확대된 기준을 염두에 둔 입장에서는 근로자 찾기의 대상이다. 다른 하나는 대상 확정의 난해성이다. 어떤 기준에서도 분류가 쉽지 않은 직업이 상당수 존재하며 점차 증가하고 있다. 노동법의 적용을 확대하기 위해 새로운 범주를 만들고자 할 때 가장 우려스러운 부분이 바로, 법적 지위의 하방 유도²⁾와 함께, 구별 비용의 증가이다.

1) Stijn Broecke, “Protecting the vulnerable self-employed - Some Policy Options”, The 10th Asia Future Forum, Seoul, 23-24 October 2019 참고

2) 예를 들어 준근로자라는 범주를 새로이 만드는 경우, 현실에서는 종래 근로자에 포함되었던 직종들의 고용형태와 노동 방식을 수정함으로써 준근로자에 포함되도록 만드는 제도적 유인이 될 수도 있다.

또한 ‘포용적 접근’이란 노동법을 취약한 자영업자(vulnerable self-employed)에게도 확장함으로써 노동법의 보호가 국민경제와 사회의 불평등과 격차를 완화하는데 기여해야 한다는 생각에 기초한다. 노동법의 연대성과 활력을 촉진하기 위해 노동법의 인적 적용대상을 점진적이고 단계적으로 확대하자는 주장이다. 보편주의적 접근이 주로 ‘일하는 모든 개인’을 상정한 것이라면, 포용적 접근은 ‘전통적인 근로자와 노동법의 보호 필요성이 유사한 종속적 자영업자’를 염두에 둔 것이다.³⁾ 판례 법리로 대표되는 법해석론을 포용적으로 개선한다면 골프장캐디와 학습지교사는 근로기준법상 근로자에, 프랜차이즈 가맹점주(가맹점 사업자)와 레미콘 운송차주는 노동조합법상 모든 보호에서 근로자에, 비전속적인 플랫폼노동 종사자는 사회보험법과 직업안정법에서 근로자에 포함될 수 있을 것이다. 입법적 개선의 측면에서는 보편주의적 접근과 문제의식, 기본 지향, 기본적인 틀과 방법론 등에서 상당히 유사하다. 이런 포용적 접근을 나이테형 모델이라고도 부른다.

이 글에서 노무제공자(worker)라는 용어는 경제적 대가를 받고 타인에게 개인적으로 노무를 제공하는 자를 말한다. 여기서 ‘개인적으로’(personally)라 함은 전적으로 또는 주로 혼자서 노무를 제공한다는 뜻이다. 노무제공자는 근로자(employee 또는 wage worker)와 자영업자(self-employed)로 구분되며, 형식상 자신의 이름으로 사업을 영위하는 자영업자는 다시 둘로 구분한다. 종속성 또는 근로자의 성격을 함께 가진 고용형 자영업자(dependent self-employed)와 독립성 또는 사업자의 성격을 주로 가진 사업형 자영업자(independent self-employed)이다.

노동법 적용에서 포용적 접근의 주된 대상은 고용형 자영업자이다. 지난 20년간 근로자 논의의 초점이 되었던 특고의 경우, 상당수는 오분류에 해당할 것으로 그리고 나머지 대다수는 고용형 자영업자에 속할 것으로 추측

3) 포용적 접근과 보편주의적 접근의 차이에 관해서는 박제성 외, 「외국의 자영업 사회법제 연구(2): 사회법제의 적용 범위 논의를 중심으로」, 한국노동연구원, 2020을 참고하기 바람.

한다. 고용형 자영업자 중에는 골프장 캐디, 학습지 교사, 야쿠르트 판매원 처럼 특정한 하나의 회사에 전속된 경우도 있고, 방송연기자나 플랫폼 배달원처럼 복수의 회사와 관계를 맺고 있는 있지만, 그렇다고 시장접근의 다른 선택지 즉 외부적 옵션이 없는 경우도 있다. 이처럼 구매자 독점 혹은 노동수요 독점(monopsony)은 일부 산업이나 직종에 종사하는 고용형 자영업자의 중요한 특징 중 하나이다.

프랜차이즈 가맹점주를 예로 든다면, ①가맹점주의 노무 제공에 가맹본부의 지배권이 일반 근로자에 대한 것과 동일 또는 유사한 경우라면 이는 근로자를 자영업자로 오분류한 것이고, ②가맹점주가 통상적이고 관행적인 가맹거래관계 즉 하나의 가맹본부와 가맹거래계약을 체결하고 스스로 노무를 제공하되 가맹사업자로서의 독립성을 가진다면 고용형 자영업자에 속할 것이며, 드문 예이긴 하지만, ③여러 가맹본부와 가맹거래관계를 맺고 여러 가맹점을 운영한다면 사업형 자영업자에 속할 것이다.

II. 해석론

1. 근로기준법

(1) 판례의 문제점

실무에서 주로 근로기준법상 근로자인가를 판단하는 기준은 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(이하 ‘1994년 기준’이라 함)과 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결(이하 ‘2006년 기준’이라 함)한다)이다.⁴⁾ 가령 법무법인 변호사에 대해 대법원 2012.12.13. 선고 2012다77006

4) 2006년 기준이 나온 이후에도 지금까지 두 기준은 실무상 병존한다. 왜 그 기준을 사용하고 다른 기준은 사용하지 않는지 이유를 밝히지 않는다. 두 기준의 사용과 사건의 성격 사이에 큰 연관성도 없는 것 같다. 하나의 문제를 판단하는 판례의 기준이 둘 이상이고 그런 상황이 10년을 훌쩍 넘어 지속되고 있는 것은 법적

판결은 1994년 기준을 적용하여 근로자성을 인정한 반면,⁵⁾ 우체국 보험관리사에 대해 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결은 2006년 기준을 적용하여 근로자성을 부정하였다.

두 기준 모두, 근로기준법상 근로자인지를 판단할 때, (가) 계약의 형식이나 명칭보다는 그 실질에 있어(실질 우선) (나) 노무제공자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였는지에 따라 판단하며(종속성 기준), (다) 종속성 여부는 지휘명령권의 존재와 같은 징표 하나에 의존하지 않고 노무제공 관계의 전체에 걸친 다양한 요소들을 종합적으로 고려하여 판단한다(종합 판단).

이론적으로만 보면 확실히 2006년 기준이 1994년 기준보다 발전된 것이다. 2006년 기준은 (가) 1994년 기준의“구체적이고 직접적인 지휘감독”을 “상당한 지휘감독”으로 완화하였고, (나) 노무제공자가 “스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지”라는 요소를 도입하여 노무제공자의 독립 사업자성에 대한 판단을 강화하였으며, (다) 단서를 통해 실질적 징표와 부수적 징표를 구별하고 부수적 징표의 부존재를 근로자성 불인정의 사유로 삼지 말도록 하고 있기 때문이다.

그러나 2006년 기준조차도 근로기준법상 근로자성 인정에 엄격한 편이다.⁶⁾ 다수 연구자의 주장과 달리 골프장 경기보조원(캐디)에 대해 노동조

안정성 등 어느 측면으로든 바람직하지 않다.

5) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006다60793 판결, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다 7973 판결 등도 2006년 판결 이후에도 여전히 1994년 판결의 판단방식을 사용하였다.

6) 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단”, 『노동법학』 제11호, 한국노동법학회(2000), 40-48면; 박지순, “특수형태근로종사자에 대한 노동법의 적용 가능성과 그 범위”, 『노동법학』 제23호, 한국노동법학회(2006), 229-277면; 윤애림, “ILO 고용관계 권고와 한국의 특수고용 임법논의”, 『노동법학』 제23호, 한국노동법학회(2006), 157-184면; 이승욱, “특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 모색”, 『노동법학』 제23호, 한국노동법학회(2006); 강성태, “특수고용직의 노동

합법상 근로자성은 인정하면서도 근로기준법상 근로자성은 인정하지 않고 있다.⁷⁾ 2006년 기준이 1994년 기준을 개선한 것은 맞지만, 그렇다고 2006년 기준이 충분한 것은 아니다. 새로운 직업과 직종의 등장, 새로운 경영 기법,⁸⁾ 경제 환경과 사회 상황의 변화 등에 적절하게 대처하지 못함으로써 노사정위원회 등 정부에서 정책적 대상으로 생각하는 특수형태근로종사자의 직업군들 상당수가 아직까지 판례상으로는 근로기준법상 근로자가 아니다. 최근에는 ‘균열일터’ 현상에 따라 전통적으로 근로자가 일했던 직업들이 빠른 속도로 자영업자의 직업들로 바뀌면서, 종속적인 근로자와 독립적인 자영업자라는 전통적인 구별법은 점차 희미해지고 자영업자와 근로자의 성격을 함께 가진 직업 종사자들이 증가하고 있다.⁹⁾

(2) 새로운 해석론

새로운 해석론은 근로기준법상 근로자에 전속성을 가진 고용형 자영업자 즉 ‘전속적인 고용형 자영업자’를 포함시키는 것을 목적으로 한다. 확장된 임금근로자라고도 할 수 있다. 확장된 기준으로의 전환을 위해 현행 판례의 기준에서, 실질 우선 원칙과 종속성 기준은 ‘원칙적으로’ 계승하면서도 판단의 방식과 기준은 수정할 필요가 있다. 기존의 판례 문장을 이용하

법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 『노동정책연구』7(3), 한국노동연구원(2007)”; 도재형, “입법과 사법의 사각지대, 특수형태근로종사자”, 『비공식취업 연구』, 한국노동연구원(2012), 172-209면 등.

7) 대법원 2014. 2. 13, 선고 2011다78804 판결.

8) 1980년대 중반부터 기업들은 수입을 창출하는 핵심 부문에 역량을 집중하면서 여타 부문의 고용을 없애거나 줄이는 새로운 인력조직 모델을 채택하기 시작했다. 이런 신인력정책은 1990년대 이후 확산되었는데 그 핵심은 자신이 상시 직접 고용하는 근로자의 수를 최소화하는 것으로, 인력 외부화(outsourcing)와 비근로자화(종래 근로자가 담당하던 업무를 자영업자에게 맡기거나 또는 사업상의 새로운 인력수요를 근로자가 아닌 자영업자 즉 개인사업자를 통해 해결하는 정책을 말한다)가 그것을 실현하는 대표적인 수단이었다.

9) 박제성, “비임금근로자의 법적 지위 - 배달대행기사의 사례를 중심으로 -”, 『사회보장법연구』 제6권 제1호(서울대사회보장법연구회), 신조사, 2017, 110-111면 참고.

여 새로운 기준을 쓴다면 아래와 같다.

근로기준법상 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급 계약인지보다 노무제공자가 계약의 내용과 이행의 실질에 있어 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 실질적으로 판단하여야 한다. 여기서 종속적인 관계는 예를 들어 사용자가 주로 업무 내용을 정하거나 근무 시간이나 장소를 지정하거나 취업규칙 또는 복무에 관한 규칙을 적용하거나 그 밖에 업무수행 과정을 직접 지배한 경우 또는 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격을 가진 경우에도 인정되지만, 그렇지 않더라도 업무를 매뉴얼이나 평가 등을 통해 통제하거나 근로제공 관계의 계속성이나 전속성이 있는 경우 등 간접적인 지배가 있는지 그리고 계약상 사용자가 보유하고 있는 제반 권한들도 함께 고려하여 종속적인 관계의 유무를 판단하여야 한다.

기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받았는지 등 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 있는 사정들은 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 되지만, 반면에 그러한 점들이 존재하였다면 사용자가 해당 노무제공자를 근로자로 취급하려고 한 중요한 징표가 될 것이다.

한편 노무제공자가 비품·원자재나 작업도구 등을 독자적으로 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 개인사업자의 징표를 가지는 경우라도 사용자와의 관계에서 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하게 된 경위와 투자액의 정도, 고용한 제3자의 수와 비중, 스스로 광고 등을 통해 여러 사용자와 계약을 체결하고 있는지, 스스로 이윤의 창출과 손실의 초래 등 시장 기회와 위험을 인수하고 있는지 등을 고려하여 노무제공자가 실질적으로 자신의 계산으로 독자적인 사업을 영위하고 있다고 보이는 경우가 아니라면 쉽게 근로자성을 부정하여서는 안 된다.

새로운 기준의 중요한 특징은 다음과 같다.

먼저, 실질 우선 원칙의 ‘실질화’이다. 종래 사례 중에는 실질 우선의 원칙이 형식적으로 적용될 수 있음을 보여주는 경우가 적지 않다. 가령 대법원 2012.1.12. 선고 2010다50601 판결¹⁰⁾과 대법원 2013.7.11. 선고 2012다57040 판결¹¹⁾이 대표적이다. 이런 문제점을 고치기 위해 2006년 기준을 “근로기준법상 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 노무제공자가 계약의 내용과 이행의 실질에 있어 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였는지 여부에 따라 실질적으로 판단하여야 한다.”로 고친다.

둘째, 종속성 기준에서 지배권의 현대적 성격을 반영한다. 전통적으로 지휘명령을 본질로 했던 지배권은 형태와 정도를 다양화하고 있다. 이런

10) 갑 주식회사에서 도급제 사원으로서 근무한 을, 병이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 문제된 사안에서, 을, 병이 갑 회사의 근로자에 해당한다고 볼 만한 사정들이 있기는 하나 을, 병과 갑 회사 사이에 각 노무도급을 내용으로 하는 계약이 체결된 점, 도급제 사원의 퇴근시간이 일반 사원과 달리 자유로웠고, 갑 회사 역시 도급제 사원에 대해서는 출·퇴근 카드의 작성 등을 요구하거나 취업규칙 또는 복무규정에 따른 규제를 하지 않은 점, 갑 회사가 도급제 사원의 업무수행에 관하여 구체적인 지시를 하거나 개별적으로 감독한 적이 없는 점, 갑 회사가 도급제 사원에게 취업규칙·복무규정·인사규정 등을 적용하거나 건강보험·국민연금·고용보험·산업재해보상보험 등에 가입해 주지 않았을 뿐 아니라 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수한 점, 도급제 사원의 보수(도급 금액)가 근무시간 등이 아닌 실제 작업한 물량에 따라 산정되었고 일반 사원과 달리 각종 수당이나 상여금, 휴가비 등을 지급받은 적이 없는 점 등을 종합하여 보면 을, 병이 갑 회사의 근로자라고 하기는 어렵다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

11) 갑이 운수회사인 을 주식회사와, 갑 소유이나 을 회사 명의로 등록된 화물트럭에 관한 ‘위·수탁 관리계약’ 또는 ‘제품 운송용역 계약’을 체결하여 을 회사가 위탁받은 제품운송업무 중 일부를 수행하면서 용역비 명목으로 매월 일정액을 지급받아 온 사안에서, 제반 사정에 비추어 갑은 일정한 자본을 투자하여 운송사업을 영위하는 지입차주로서 지입회사인 을 회사와 별도의 운송용역계약을 체결하고 그에 따른 용역비를 지급받은 것으로 봄이 타당하고, 갑이 상당기간 고정된 운송일정과 운송경로에 따라 특정 운송업무를 반복 수행하며 을 회사에서 일정한 금원을 지급받은 것은 위 운송용역계약의 내용과 특성에 따른 것일 뿐 그와 같은 사정만으로 갑이 을 회사에 대하여 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.

변화를 종속성 유무의 판단에도 반영해야 한다. ① 지배권의 존재 여부를 판단할 때는, 직접적인 지배는 물론이고 간접적 지배도 고려해야 하고 현실적이고 즉각적인 지휘감독뿐만 아니라 계약서상 유보된 권한이나 의무까지 함께 고려해야 한다. 또한 ② 부분적이고 관례적인 것이라고 하여 전체적인 지배의 모습을 파악할 때 함부로 배척해서는 안 된다. ③ 계약서와 실태가 다를 경우 후자를 중시해야 한다는 것을 계약서 그 자체를 무의미한 것으로 무시하라는 것으로 받아들여서는 안 된다. 계약서의 내용은 대체로 현실에서 실제로 행사되는 권한의 근거가 되기도 하고 그것과 연결되어 지배의 전체적인 모습을 완성하기도 한다. 노동관계에서의 지배는 직접 또는 간접적으로, 구속력이 있는 형태 또는 권고나 조언의 형태로 실행되는 지휘명령을 통해서도 이루어지기도 하지만, 궁극적으로는 계약을 정점으로 하여 제반 규칙을 통해 이루어진다. 그러므로 계약상 지배는 현실적 지배의 원천이자 장래 실행 가능한 지배의 범위이기도 하다. 이러한 점들을 반영하기 위해 2006년 기준의 관련 부분을 다음과 같이 수정한다. “여기서 종속적인 관계는 예를 들어 사용자가 주로 업무 내용을 정하거나 근무 시간이나 장소를 지정하거나 취업규칙 또는 복무에 관한 규칙을 적용하거나 그 밖에 업무수행 과정을 직접 지배한 경우 또는 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격을 가진 경우에도 인정되지만, 그렇지 않더라도 업무를 매뉴얼이나 평가 등을 통해 통제하거나 근로 제공 관계의 계속성과 전속성이 있는 경우 등 간접적인 지배가 있는지 및 계약상 사용자가 보유하고 있는 제반 권한들도 함께 고려하여 종속적인 관계의 유무를 판단하여야 한다.”

셋째, 형식적 징표의 비등가성을 명확하게 표현한다. 즉 근로자 판단에서 형식적 징표의 가치는 존재하지 않을 때와 존재할 때 같지 않음을 분명하게 실시한다. 이를 위해 2006년 기준의 관련 부분을 “기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받았는지 등 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 있는 사정들은 그러한 점들이 인정되지 않는다는

것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 되지만, 반면에 그러한 점들이 존재하였다면 사용자가 해당 노무제공자를 근로자로 취급하려고 한 중요한 징표가 될 것이다.”로 고쳐 쓴다.

넷째, 자영업자성과의 비교에서 유의할 점을 명확하게 한다. 현대 사회는 자본과 노동의 교차, 근로자성과 사업자성의 융합을 하나의 트렌드로 한다. 자본을 투자한 근로자나 타인을 고용한 근로자를 가능케 한다. 그러므로 독립 사업자로서의 징표가 일부 존재한다는 사실이 근로자성을 부정하는 손쉬운 이유가 될 수는 없다. 이러한 점들을 분명히 표현하기 위해 2006년 기준을 다음과 같이 고친다. “한편 노무제공자가 비품·원자재나 작업도구 등을 독자적으로 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 개인사업자의 징표를 가지는 경우라도 사용자와의 관계에서 비품·원자재나 작업 도구 등을 소유하게 된 경위와 투자액의 정도, 고용한 제3자의 수와 비중, 스스로 광고 등을 통해 여러 사용자와 계약을 체결하고 있는지, 스스로 이윤의 창출과 손실의 초래 등 시장 기회와 위험을 인수하고 있는지 등을 고려하여 노무제공자가 실질적으로 자신의 계산으로 독자적인 사업을 영위하고 있다고 보이는 경우가 아니라면 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.”

2. 노동조합법

(1) 판례의 변화¹²⁾

노동조합법상 근로자 분쟁의 대부분도 특고 분쟁이었다. 골프장 경기보조원, 레미콘 운송차주, 학습지교사, 보험모집인, 덤프트럭기사, 화물기사, 대리운전자, 퀵서비스 배달원, 수도검침원 등의 직종이 대표적으로 판례에서 근로자성이 다루어졌다. 법원은 골프장 캐디처럼 오래전부터 근로자성

12) 노동조합법상 근로자를 판단하는 판례의 변화와 새로운 판례의 의의에 관해서는 강성태, “노동조합법상 근로자를 판단하는 판례의 기준”, 『노동법학』 제72호, 한국노동법학회, 2019. 12. 참조 바람.

을 인정한 경우도 있지만, 대다수 직종 종사자들의 근로자성은 2018년 이전까지 부정했다. 노동조합법상 근로자를 판단하는 기준에서 1993년 골프장캐디 판결,¹³⁾ 2004년 서울여성노조 판결,¹⁴⁾ 2018년 학습지교사 판결(등)은 중요한 이정표이다.

1993년 골프장캐디 판결은 노동조합법상 근로자를 판단하는 기준을 상세히 밝힌 대법원의 첫 판결이다. 이 판결이 학계에서 유명해진 것은 기본 방식¹⁵⁾이 아니라 캐디피에 관해 언급한 부분 때문이다. 판결에서는 “캐디피는 근로기준법상의 임금이라고 단정하기는 어렵지만 …(중략)… 캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 ‘기타 이에 준하는 수입’으로 못 볼 바도 아니라고 보여”(진다)고 설시했다.¹⁶⁾ 이 판결은 2018년 학습지교사 판결 이전까지 취업자를 기준으로 할 때도 노동조합법상 근로자가 근로기준법상 근로자보다 넓다는 주장의 가장 유력한 근거의 하나로 사용되었다.¹⁷⁾

2004년 서울여성노조판결은 초기업별 노조에서 실업자의 노조 가입자격

¹³⁾ 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결.

¹⁴⁾ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결.

¹⁵⁾ 이 판결에서 밝힌 노동조합법상 근로자 판단의 기본 방식은 다음과 같다. “노동조합법상 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 감독 관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다.”

¹⁶⁾ 이 부분을 연구자들은, 근로기준법상 근로자는 임금을 받는 자에 한정되지만 노동조합법상 근로자는 기타 이에 준하는 수입을 받는 자까지 확대할 수 있다는 취지로 이해하였다.

¹⁷⁾ 예를 들어 강성태, 「근로자의 개념」, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1994, 176면; 김유성, 「노동법 II」(집단적 노사관계법), 법문사, 1999, 53면; 최영호, “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 『노동법연구』 13호(서울대노동법연구회, 2002), 145면; 박수근, “레미콘운송기사와 경기보조원의 근로자성에 관한 검토”, 『노동법학』 14호(한국노동법학회, 2002), 35면; 이병태, 「최신노동법」, (주)중앙경제사, 2008, 59면; 유성재, “구직자와 특수형태근로종사자의 노조법상 근로자성” 『법조』 716호, 2016, 260면 이하; 유성재·권오성, “가맹점사업자의 노조법상 근로자성”, 『법학연구』 제29권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2018, 81면 등.

을 인정하였다. 이 판결은 기업별 노조와 초기기업별 노조를 구별하여 노조법 제2조 제4호 라목의 단서가 오직 기업별 노조의 경우에만 적용된다는 점, 노조법상 근로자에는 원칙적으로 실업자가 포함된다는 점, 그리고 대법원 판결로는 처음으로 근로기준법과 노동조합법은 근로자를 판단하는 목적과 취지가 상이함을 밝혔다. 노동조합법상 근로자인가를 판단할 때는 단결권 등 노동3권의 보호 필요성이 궁극적 기준이 됨을 실시했다.

2018년 상반기부터 2019년 상반기까지 약 1년에 걸쳐 대법원은 노동조합법상 근로자를 판단하는 기준을 이전과는 완전히 다르게 제시하고, 판단의 기본적인 관점과 목적을 명확하게 표현했다. 연구자들 사이에서 흔히 학습지교사 판결,¹⁸⁾ 방송연기자 판결,¹⁹⁾ 매점운영자 판결,²⁰⁾ 카마스터 판결²¹⁾로 불리는 일련의 판결들을 통해 학습지교사, 방송연기자, 철도 매점

18) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결 [부당해고 및 부당노동행위 구제제심판청취소] 학습지 개발 및 교육 등의 사업을 하는 학습지교사 주식회사가 전국학습지산업노동조합 소속 조합원이면서 학습지교사들과 학습지회원에 대한 관리, 모집, 교육을 내용으로 하는 위탁사업계약을 체결하였다가 그 후 이를 해지하자 학습지교사들이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다는 이유로 구제명령을 신청한 사안에서, 학습지교사들은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 전국학습지산업노동조합도 노동조합법 제2조 제4호 본문에서 정한 노동조합에 해당한다고 한 사례.

19) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결 [교섭단위분리제심결정취소] 방송연기사를 조직대상으로 하는 노동조합이 한국방송공사와의 단체교섭에서 노동조합 소속 조합원들인 방송연기자들과 한국방송공사 소속의 다른 근로자들을 각각의 교섭단위로 분리하여 줄 것을 신청한 사안에서, 방송연기사는 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하므로, 노동조합이 노동조합법상 노동조합으로서 교섭단위 분리를 신청할 적격이 있다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

20) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결 [교섭요구사실의공고에대한재심결정취소] 코레일유통 주식회사와 철도역 내 매장에 관한 용역계약을 체결하고 매점 등을 관리하며 물품을 판매한 30여 명의 매점운영자들은 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하므로, 매점운영자들이 가입되어 있다는 이유로 참가인이 노동조합법상 노동조합에 해당하지 않는다고 할 수 없다고 한 사례.

21) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결 [부당노동행위구제제분취소등] 자동차 판매대리점주 갑이 자신의 대리점에서 카마스터(car master, 자동차 판매원)로 근무하던 을 등과 자동차 판매용역계약을 해지하자, 을 등 카마스터들과 을 등이 속한 병 노동조합이 갑의 계약 해지와 노동조합 탈퇴 중용행위가 부당노동행위에

운영자, 자동차 판매원을 노동조합법상 근로자로 인정했다.²²⁾ 1993년 골프장캐디 판결과 2004년 서울여성노조 판결이 모두 노동조합의 설립과 관련한 사건이었던 반면, 2018년 이후 네 판결은 단체교섭과 부당노동행위와 관련한 사건이었다. 포용적 접근의 좋은 사례를 보여준 것이다.

(2) 판례상 근로자를 판단하는 기준과 관점

2018년 학습지교사 판결 이후 대법원이 근로자를 판단하는 기준은 다음과 같다.

“구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수

해당한다는 이유로 노동위원회에 구제신청을 한 사안에서, 병 노동조합 소속 조합원인 을 등 카마스터들은 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당한다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

- 22) 네 개의 판결에는 많은 평석이 있다. 대표적으로는 임상민, “학습지교사의 근로자성”, 『대법원판례해설』 제115호, 법원도서관, 2018, 340-364면; 유성재, “학습지교사의 노조법상 근로자성”, 『노동법률』 통권327호(201808), 중앙경제사, 2018. 8., 142-143면; 김린, “노동조합법에 따른 근로자 판단기준”, 『월간 노동리뷰』 통권 161호, 한국노동연구원 2018. 8., 100-103면; 권혁, “학습지교사의 근로자성 판단”, 『법률신문』 4691호, 법률신문사, 2019. 4. 15.; 박귀천, “방송연기자 노동조합 사건으로 본 대법원 노조법상 근로자성 판단기준과 경향”, 『노동법률』 통권 331호 (2018. 12월호), 중앙경제사, 2018, 140-144면; 진창수, “방송연기자도 노동조합법상의 노동자인가”, 『법률신문』 4650호(2018. 11. 7.), 법률신문사, 2018; 김린, “방송연기자의 노동조합법상 근로자성 인정 여부”, 『월간 노동리뷰』 통권165호, 한국노동연구원, 2018. 12, 111-114면; 김린, “매점운영자의 노동조합법상 근로자성과 노동조합의 소극적 요건”, 『월간 노동리뷰』 통권 171호(2019년 6월호), 한국노동연구원, 2019. 6., 103-107면; 양승엽, “독립사업자의 노조법상 근로자성 판단 기준”, 『노동법학』 70호(한국노동법학회, 2019. 6., 333-336면; 김린, “카마스터의 노동조합법상 근로자성 인정여부”, 『노동법학』 제68호, 한국노동법학회, 2018. 12., 152-156면 등.

적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”

또 판단의 관점을 근로기준법과 달리해야 하는 이유를 다음과 같이 밝혔다.

“노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.”

(3) 단결 보호와 교섭 보호

새 판례는 노동조합법상 근로자에 관한 논의를 한 단계 올렸다. 판단의 기준뿐만 아니라 함께 밝힌 관점 등은 1993년 골프장캐디 판결과 2004년 서울여성노조 판결 이후 담보 상태에 머물러 있던 판례의 인식을 180도 변화시켰다. 20년 이상 지속된 학계의 관련 논의가 발전적으로 수렴한 것으로도 평가할 수 있겠다.

다만 새 판례의 기준과 관점에 대해서는, ‘노동3권의 보호 필요성’을 어떻게 판단할 것인가라는 의문도 있고 판례의 기준이 특정 사업자에 대한 전속성과 소득의존성을 중시한다는 비판도 있다. 그에 비해 필자의 의구심은 판결문에 드러나지 않는 부분에 있다. 판례의 새로운 기준이 단체교섭

을 주로 염두에 둔 것이라면, 약간의 기술적 보완이 필요하긴 하지만, 대체로 수긍할 수 있을 것 같다. 그러나 만약 단결권의 보장과 관련된 것들, 노동조합의 설립, 조합원의 범위, 노동조합의 조직과 운영 및 활동 등에 관한 것이라면 근로자의 범위를 정하는 기준으로서는 어색하다.

노동조합법상의 보호는 크게 노동조합의 결성과 가입 및 활동 등과 관련한 권리와 보호 즉 단결 보호와 사용자의 단체교섭 의무를 전제로 하는 교섭 보호로 나눌 수 있을 것 같다. 그런데 두 보호의 성격은 상당히 다르다. 단결 보호가 자유권 보장의 내재적 효과를 확인하면서 주로 국가의 불간섭이 요청되는 영역이라면 후자는 사회권 보장을 위해 국가의 적극적 개입을 요구하는 영역이다. 이러한 차이는 보호 대상이나 적용 대상의 차이로 연결될 수도 있을 것이다.

노동조합법상 근로자의 범위는 단결권을 중심으로 살필 때와 단체교섭(의무)을 중심으로 살필 때 다를 수 있다고 보는 이유는 ‘노동3권의 보호 필요성’이라는 판례의 기본 관점과 관련이 있다. 흔히 판례의 입장이라고 하는 단체교섭 중심설에 선다면, 단체교섭의 가능성과 필요성이 노동조합법상 근로자성을 정하는 가장 중요한 기준이 될 것이다. 특정 사용자와의 단체교섭 가능성과 필요성이 없거나 크지 않은 노무제공자는 노동3권 보장의 필요성도 없으므로 굳이 노동조합법상 근로자로 볼 이유도 없어지게 된다. 이 입장은 노동3권의 향유 주체의 범위가 다르지 않고, 지금의 실무 관행과 해석을 그대로 유지할 수 있는 장점이 있다. 그에 비해 노동조합법상 근로자의 범위가 근로기준법상 그것과 크게 차이가 없게 될 것이다. 다만 단체교섭 중심설에서도 단체교섭의 가능성과 필요성을 얼마나 엄격하게 볼 것인지 아니면 보다 유연하게 볼 것인지에 따라 노동조합법상 근로자의 범위는 차이가 날 것이다.

그에 비해 단결권 보호의 필요성을 노동조합법 적용의 기준으로 삼는다면 근로자의 범위는 상당히 다르게 된다. 기실 단결권 보장이라는 관점에서 본다면 인적 적용 대상에 제한을 두는 것 자체가 어색하다. 독일 기본법상 단결의 자유(제9조 제3항)처럼 직업의 자유를 향유할 수 있는 사람

(모든 사람)이면 누구나 단결 자유를 향유할 수 있어야 할 것이다. 직업 또는 경제적 이익의 유지와 향상을 위해 단결할 자유는 일하는 사람이면 누구든지 누려야 할 것이기 때문이다. 그러한 자유의 보장으로 인해 특정 인이 특별히 더한 의무나 책임을 부담하는 것도 아니다. 그러므로 근로자의 범위 또는 그 확대 가능성은 단체교섭권 중심설보다 넓어지게 된다. 반면에 노동3권의 향유 주체가 권리별로 달라지고 그 자격의 증명을 둘러싼 분쟁은 증가될 것이다.

(4) 해석론의 개선

단체교섭(의무) 또는 교섭보호를 기준으로 하면서, 고용형 자영업자 중에서 단체교섭 보장의 필요성이 있는 노무제공자들까지 노동조합법상 근로자에 포함될 수 있도록 하기 위해서는, 판례를 다음과 같이 개선해야 할 것이다.

“노동조합법상 사용자가 단체교섭 의무를 지려면 단체교섭을 요구하는 노동조합에 자신이 사용하는 근로자가 가입하고 있는 경우이다. 여기서 자신이 사용하는 근로자라 함은 사용자의 사업을 위하여 개인적으로 노무를 제공하고 그 대가로 임금, 급료 그 밖에 수입을 얻는 자를 말하고, 노무를 제공하게 된 계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다. 구체적으로는 해당 노무가 사용자의 사업 수행에 통합되어 있는 지, 노무 제공의 중요한 내용과 조건을 사용자가 결정하는지, 해당 노무가 사용자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무 제공에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 해당 노무제공 관계의 지속성이나 전속성 그 밖에 노무제공자와 사용자 사이의 거래 관행이나 교섭 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 한편, 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 위의 근로자에 해당하는지는 개별적으로 노무를 제공하고 그 대가로서 생활하는 자로서 단체교섭을 통해 노무 제공 조건의 유지·개선과 경제적·사회적 지위의 향상이 가능하고 또한 필요한지라는 관

점에서 판단하여야 한다.”

그에 비해 단절 보호를 중심으로 한다면, 아래처럼 현재의 판례와는 상당히 다른 방식이 제시될 수 있을 것이다. 그 결과 고용형 자영업자는 모두 노동조합법상 근로자에 포함될 것이다.

“노동조합법상 근로자라 함은 임금을 받고 생활하는 자는 물론이고 그 밖에 그에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자로서, 독립적으로 사업을 영위하는 경우가 아닌 한 경제적 대가를 받고 개인적으로 노무를 제공하는 경우를 널리 포함한다. 여기서 독립적으로 사업을 영위한다는 것은 노무제공자가 관행상 독립적인 직종이나 직업 혹은 사업에 종사하면서 노무 제공에 있어 계약은 물론 실제로도 상대방의 지휘명령이나 지시로부터 자유롭고 또한 노무제공이 상대방이 영위하는 사업의 통상적 경로와 별개로 수행하는 경우를 말한다.”

3. 직업안정법과 산재보험법

(1) 직업안정법

판례는 직업안정법을 적용하기 위한 전제로서 근로기준법상 근로자 또는 그가 취업한 고용이어야 한다고 본다.²³⁾ 이 점은 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도5995 판결에서 확립되었다. 같은 판결은 “직업안정법은 근로

23) 직업안정법상 근로자 정의 규정이 따로 없는 상황에서 판례가 취한 태도는 크게 세 시기로 구분할 수 있다. 최초에는 노동조합법상 근로자 개념을 사용하였다. 그 후 1990년대에는 대부분 직업이나 근로자에 대한 언급 없이 곧바로 직업안정법위반죄의 성립 여부를 정하였다. 2000년대 이후(대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도 4901 판결 이후)는 근로기준법상 근로자에 관한 판례 법리를 통해 직업안정법상 근로자 여부를 정하고 있다. 자세한 내용은 강성태, “직업안정법상 ‘직업’의 재검토- 근로자 개념을 중심으로 -”, 『법학논총』 33호, 한양대학교 법학연구소(2016. 12.), 127면 이하 참조.

자의 직업안정을 도모하는 데 그 목적을 두고 있음에 비추어 보면, 같은 법 제34조 제1항에서 금지하는 허위구인광고 등의 행위자로 되어 처벌될 수 있는 ‘근로자모집을 하는 자나 이에 종사하는 자’에 해당하기 위해서는 그가 모집하는 근로자가 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공할 의무를 지고 대가를 얻는 자여야만 할 것이고, 이 때의 근로자는 근로기준법의 근로자와 그 의미가 같다고 보아야 할 것”이라고 밝혔다.

판례는 직업안정법상 직업을 임금근로자의 그것으로 제한함으로써 그 밖의 다양한 직업을 직업안정법의 적용 대상에서 제외하고 있다. 즉 근로기준법의 기준을 직업안정법에 그대로 가져옴으로써 임금근로자를 제외한 노무제공자를 직업 활동의 입구에서부터 배제시키고 있는 것이다.²⁴⁾ 그런데 판례의 해석은 직업안정법이 적용 대상을 정함에 있어 ‘근로계약’이 아니라 ‘고용계약’이라는 다른 용어를 명시적으로 사용한 점을 무시한 것일 뿐만 아니라 무엇보다 직업안정법의 목적과 취지를 오해한 것이라고 생각된다.

따라서 해석론의 개선은 직업안정법의 목적과 취지의 고찰로부터 출발해야 한다. 직업안정법은 헌법의 직업선택의 자유 및 근로의 권리에 기초한다. 이와 관련해 헌법재판소는 직업의 의미를 “생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적인 소득활동을 의미하며, 이러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다.”고 보며,²⁵⁾ 근로의 권리도 “인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국

24) 직업안정법과 근로기준법에서 분쟁이 발생하는 방식의 상이성을 고려하면 직업안정법 사건에서 근로기준법상 근로자 판단기준을 사용하는 것의 문제점은 한층 커진다. 예를 들어 근로기준법상 근로자 분쟁이란 퇴직금 지급 또는 해고 무효를 주장하면서 근로자 지위를 다툰다. 이때 법원은 당사자 사이의 계약 내용과 함께 노무 제공의 실태를 알 수 있고 이를 기초로 근로자 여부를 결정하면 된다. 그러나 직업안정법 사건은 다르다. 사후적이고 결과적인 실태 파악이 가능한 근로기준법 분쟁과 달리 노무가 실제로 제공되기 이전에도 직업안정법위반죄의 성립 여부가 다투어질 수 있다.

25) 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 97헌마194.

가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리”라고 광의로 파악한다.²⁶⁾ 바로 이러한 헌법상 직업의 자유와 근로의 권리를 구체화하는 법률이 직업안정법이다. 그러므로 직업안정법상 직업은 헌법상 관련 기본권 보장의 취지에 부합하도록 가능한 한 넓게 즉 대다수 국민이 소득 활동에 종사하는 직업을 포함하도록 해석해야 한다.

한편, 직업안정법이 직업적 관계의 형성 단계 즉 노동시장에서 종속성 문제를 해결하기 위한 법률이라는 점에서 본다면 직업안정법상 근로자의 범위에는 임금근로자는 물론이고 고용형 자영업자도 포함되도록 해석해야 한다. 새로운 해석론에서는 특히 단결보호를 기준으로 노동조합법상 근로자를 판단하는 새로운 해석 기준을 유추하는 것이 도움이 될 것이다. 새 해석 기준은 아래와 같다.

“직업안정법상 근로자라 함은 경제적 대가를 목적으로 타인의 사업에 취업하여 생활하는 자를 말하며 독립적으로 사업을 영위하는 자는 제외한다. 여기서 독립적으로 사업을 영위하는 자라 함은 취업자가 관행상 독립적인 직종이나 직업 혹은 사업에 종사하면서 노무 제공에 있어 계약과 실질에서 모두 상대방의 지휘명령이나 지시로부터 자유롭고 또한 노무 제공이 상대방이 영위하는 사업의 통상적 경로와는 별개로 수행하는 자를 말한다.”

(2) 산재보험법

산재보험법상 근로자는 근로기준법상 근로자를 의미한다(제5조 제2호 본문). 판례는 이에 따라 산재보험법상 근로자의 해석에서 근로기준법상 근로자에 관한 기준을 그대로 적용한다. 그 결과 근로기준법상 근로자의 해석론상 문제점들을 산재보험법상 근로자 판단 역시 고스란히 공유한다.

산재보험법의 또 다른 적용 대상인 ‘특수형태근로종사자’에 관해 산재보

26) 헌법재판소 2007. 8. 30. 2004헌마670.

협법 제125조제1항은 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 근로기준법 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서 ‘주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하고, 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자’(제1, 2호) 중에서 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자”라고 정의한다. 배달원의 가입 자격이 문제된 사건에서 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017두74719 판결은 “산업재해보상보험법이 특수형태근로종사자 보호를 위한 특별규정을 둔 취지는 근로기준법상 근로자에 해당하지는 아니하나 업무상 재해로부터 보호할 필요성이 있는 경우에 해당 종사자를 보호하기 위함이다. 그런데 원심이 특수형태근로종사자의 전속성을 판단하면서 제시한 기준은 결국 근로기준법상 근로자성을 판단하는 기준과 크게 다르지 않다. 이러한 기준에 따를 경우 위와 같은 법의 취지를 몰각시키게 된다.”고 하여, 켄서비스기사의 특수형태근로종사자성을 인정하였다.

이러한 해석론에 관한 개선 의견은 다음과 같다. 지금으로서는 산재보험법상 근로자에 관한 해석론의 개선은 입법적 제한이 있다. 산재보험법이 명시적으로 같은 법상 근로자는 근로기준법상 근로자라고 규정하고 있기 때문이다. 그러므로 현재 가능한 해석론의 개선은 근로기준법상 해석론의 개선과 같을 수밖에 없다. 현실적으로는 임금근로자 외에 전속적인 고용형 자영업자가 근로자의 범위에 포함될 수 있도록 해야 할 것이다. 또한 특수형태근로종사자와 관련해서는 산재보험의 적용을 필요로 하는 다양한 분야의 고용형 자영업자가 포함될 수 있도록 시행령에서 열거한 직종들을 개방적으로 해석할 필요가 있다. 이와 관련하여 산재보험법 제125조에 있는 “근로기준법 등이 적용되지 아니하여”라는 문구는, 노무제공자의 실태 파악에 따른 결과적인 상태를 표현한 것에 불과하므로, 특수형태근로종사자성을 따질 때는 무시하는 것이 타당할 것이다.

Ⅲ. 입법론

1. 나이테형 모델

서론에서 밝힌 대로 이 글의 주된 관심은 오분류의 시정보다는 근로자의 확대에 있다. 진짜 종속적인 자영업자 혹은 고용형 자영업자 곧 실질적으로도 자영업자와 근로자의 속성을 함께 가진 혹은 두 속성이 혼재하는 노무제공자를 노동법의 보호 속으로 포함하는 것에 맞추어져 있다. 포용적으로 고용형 자영업자에 노동법을 확장하는 방법에는 노동법 전체의 적용을 통일적으로 확장하는 방식과 노동법의 보호 내용에 따라 적용 범위를 달리하는 방식이 있을 수 있겠다.

(1) 통일적 확장 방식²⁷⁾

유성재 교수가 소개한 독일의 예는 통일적 확장 방식의 좋은 사례이다.

1992년에 개최된 59차 독일법률가대회(Deutscher Juristentag)에서 발표된 ‘통일노동법모임’(Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht)의 근로계약법(안)²⁸⁾의 근로자 정의규정이 그것이다. 이 법안의 제1조 제3항은 Wank교수의 목적론적 개념형성론에 따라 다음과 같이 근로자 개념을 정의하였다.

통일노동법모임의 근로계약법(안) 1992	
제1조(근로계약) ③ 시장에서 경영자로서의 활동하는 자는 근로자로 보지 아니한다.	§ 1 Arbeitsvertrag (3) Personen, die aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten, sind keine Arbeitnehmer.

27) 박제성 외(2020), 앞의 책 중에서 유성재 교수의 발표 부분 참고.

28) Entwurf eines Arbeitsvetragsgesetzes vom des Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht 1992(Gutachten D für den 59. Deutschen Juristentag).

Wank교수는 근로자를 판단할 때 독일의 판례가 사용하는 ‘지시종속성’과 ‘조직적 편입’등의 표지는 계속하여 사용할 수 있겠지만, 이들은 그 자체가 중요한 것이 아니라 ‘경영의 기회와 위험(unternehmerische Chancen und Risiken)’의 존부를 확인하기 위한 목적 하에서 사용되어야 한다고 주장한다. 유성재 교수에 따르면, ‘경영에 대한 기회와 위험’은 경영위험의 자발적 인수 또는 시장에서의 자유를 의미한다고 한다.²⁹⁾

(2) 내용별 확장 방식³⁰⁾

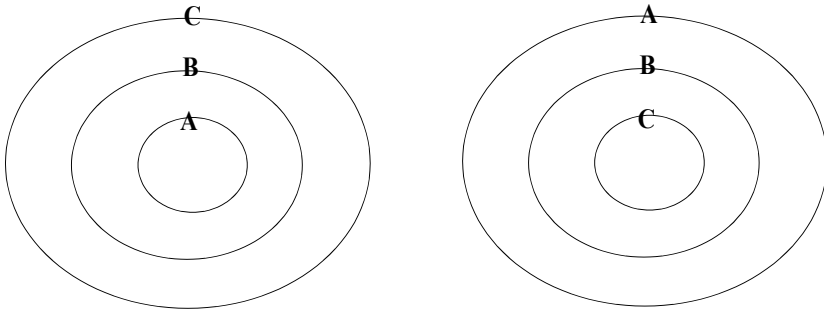
그에 비해 필자는 포용적 접근을 취하면서도 노동법의 보호 내용에 따라 적용 대상을 삼분할 것을 주장한다. 이 방식의 이름은 나이테형 모델이다.

먼저, 나이테형 모델을 그림으로 나타내면 [그림 1]과 같다.

이 모델은 노동법의 보호 내용은 핵심적 보호, 중간적 보호, 기초적 보호로 나누며, 인적 대상은 임금근로자(A그룹), 고용형 자영업자(B그룹), 사업형 자영업자(C그룹)로 구분한다. 임금근로자(A그룹)에게는 핵심적 보호를 포함한 모든 보호를, 고용형 자영업자(B그룹)에게는 핵심적 보호를 제외한 중간적 보호와 기초적 보호를, 사업형 자영업자(C그룹)에게는 기초적 보호만을 적용하는 방식이다.

29) 유성재 교수는 “이 기준에 의하면 우리나라의 학습지교사와 골프장캐디들은 학부모 또는 방문객들과 가격을 흥정할 수 없다는 점에서 경영위험의 자발적 인수(시장에서의 자유)가 존재한다고 볼 수 없고 따라서 이들은 근기법상의 근로자로 분류되게 된다. 주의할 것은 경영위험을 인수하였다고 하여 항상 근로자성이 부정되는 것은 아니라는 점이다. 왜냐하면, 경영에 따른 위험과 책임만 부담하고 경영활동에 따른 혜택(이익)이 동반되지 않는 경우와 같이 ‘경영위험의 인수’는 인정되지만 ‘경영위험의 자발적 인수’는 인정되지 않는 경우도 존재할 수 있기 때문이다. 따라서 ‘경영위험의 인수’는 인정되지만, ‘경영위험의 자발적 인수’가 인정되지 않는 경우에는 근로자성을 당연히 부정하여야 할 것이다.”고 한다.

30) 박제성 외, 『외국의 자영업 사회법제 연구(2): 사회법제의 적용 범위 논의를 중심으로』, 한국노동연구원(근간) 중에서 필자의 발표 부분 참고.



[보호 대상]

- A그룹: 확장된 임금근로자
- B그룹: 고용형 자영업자
- C그룹: 사업형 자영업자

[보호 내용]

- A: 전반적 노동보호
- B: 포용적 노동보호
- C: 기초적 노동보호

[그림 1] 나이트 모델

한편, 노동 보호는 노동권이라고도 할 수 있는데, 그 적용 대상의 범위에 따라서는 보편적 노동권, 포용적 노동권, 핵심적 노동권으로 바꾸어 부를 수도 있다. 즉 개인적으로 행하는 경제적 노동에 주어지는 법적 보호를 노동권이라 하고 지금의 임금근로자에게 주어지는 보호를 핵심적 노동권이라고 한다면, 고용형 노동에 주어지는 보호는 포용적 노동권, 사업형 노동을 포함한 노동 일반에도 적용되는 보호는 보편적 노동권이라고 할 수 있다.

이 모델의 가장 큰 특징은 노동법 적용은 모든 개인적 노무제공자로 보편화하되, 적용되는 노동 보호의 구체적 내용은 노무제공의 종속성 정도에 따라 상대화하는 것이다. 현실적으로 보면 종래와 달리 자영업자에게도 노동법이 적용된다. 그러나 적용되는 내용은 임금근로자와 다르다. 즉 종속성과 독립성의 정도에 따라 보호의 내용과 정도가 상대화된다. 그 결과, 독립성을 강한 사업형 자영업자의 경우에는 기초적인 노동권만이 보장된다. 좀 더 자세하게 설명하면 아래와 같다.³¹⁾

‘기초적 보호에 속하는 노동권’은 시장에서 독립성과 자율성을 가진 사업형 자영업자까지 포함하여 모든 노무제공자에게 적용한다. 달리 보면 사업형 자영업자에게는 기초적 노동권만이 보장된다. 여기에는 차별금지와 중간착취 금지와 같은 노동의 기본 원칙, 산업안전, 연소자 보호, 부모 휴가와 가족돌봄, 성희롱과 괴롭힘의 금지 등 일터 인권 등이 포함될 것이다. ‘포용적 노동권’은 임금근로자와 고용형 자영업자에게 적용한다. 달리 보면 종속적 자영업자가 대부분인 고용형 자영업자는 노동에서 독립성과 종속성이 혼재하므로 ‘기초적 보호에 속하는 노동권’ 외에 ‘포용적 노동권’까지 보장한다. 여기에는 현행 노동권 중에 연차유급휴가, 계약의 명시, 해고(해지) 절차 등이 속할 것이다. ‘핵심적 노동권’은 지금과 마찬가지로 임금근로자에게만 적용한다. 여기에는 정당해고, 취업규칙 불이익 변경, 근로시간과 휴식, 임금채권 최우선 변제 등이 포함된다.

현행 노동관계법을 통해 설명을 보충하면 다음과 같다. 우선 현재 근로기준법 중에서 중요한 보호에 속하는 정당한 이유 없이 해고되지 않을 권리, 가산임금을 받을 수 있는 권리 등은 고용 보호라고 하고, 노동조합법상 노동조합을 결성하고 그에 가입하여 활동할 수 있는 권리는 단결 보호 그리고 특히 사용자에게 단체교섭 의무를 지우는 권리는 교섭 보호라 부르도록 한다.

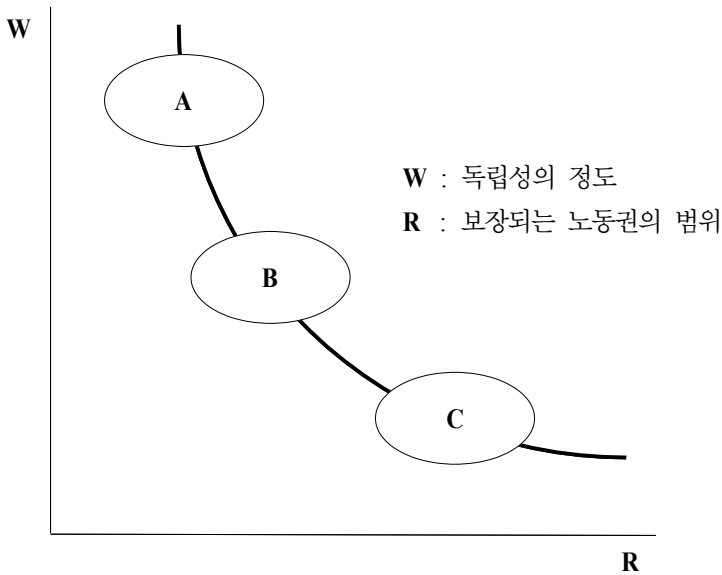
입법론으로 구현될 나이테형 모델에서 고용 보호는 완화된 인적 종속성을 기준으로 임금근로자에게 적용한다. 둘째, 교섭 보호는 사업 종속성이 있는 고용형 자영업자까지 적용한다. 그에 비해 단결 보호, 연소자 보호, 모성 기타 가족돌봄책임에 따른 보호, 기초적 휴식제도, 노동에서 인권 보호, 직업소개와 사회보험 등은 기초적 노동권으로서 모든 노무제공자에게 적용하는 것이다.

한편, 무엇이 포용적 노동권인지 또는 핵심적 노동권에 어떤 노동 보호가 속하는지는 자영업자가 종사하는 직종과 업종에 따라 다를 수 있고, 또

31) 다만 아래의 설명은 큰 틀에 관한 것이어서 노동 보호의 분류와 구체적인 내용에서는 앞으로의 연구와 논의를 통해 변경할 가능성이 충분히 존재한다.

한 도입의 시급성에서도 차이가 날 수 있다. 그러므로 고용형 자영업자에 대한 권리와 보호의 확대에서는 사회적 대화 또는 사회적 교섭을 통해 제도화할 권리와 보호의 종류와 시기를 정하는 것도 좋은 방법이 될 수 있다.

이상의 논의를 정리해서, 노무제공자를 독립성의 정도에 따라 나누어 세로축에, 주어지는 노동권 보장의 범위와 정도를 가로 축에 그리면 [그림 2]와 같다.



[그림 2] 노동의 독립성과 보호의 범위

2. 근로기준법

현행 근로기준법에는 나이테형 모델에서 전제하는 세 가지 유형의 노동권이 혼재되어 있다. 새로운 입법에서는 이를 구분하여 임금근로자, 고용형 자영업자, 사업형 자영업자에게 각각 필요의 정도에 따라 적용할 필요가 있다.

첫째, 보편적 노동권의 성격을 가지는 노동에서의 기본 원칙(차별금지, 폭행금지, 중간착취 금지 등), 안전과 보건, 연소자 보호, 부모 휴가, 성희롱 및 괴롭힘 금지 등은 모든 노무제공자에게 적용한다. 현실적으로는 사업형 자영업자에게도 최소한 보편적 노동권에 따른 보호는 주어지게 된다.

둘째, 포용적 노동권의 성격을 가지는 연차유급휴가, 계약의 명시, 해고(해지) 절차 등은 임금근로자와 고용형 자영업자에게 적용한다.

셋째, 핵심적 노동권이라고 할 수 있는 정당해고(정당한 이유없이 해고되지 않을 권리), 취업규칙 불이익 변경, 가산임금과 퇴직금, 임금채권 최우선 변제 등은 임금근로자에게 적용한다. 다만 임금근로자는 지금의 판례보다 완화된 것으로서 개선된 해석론에 따라 전속적인 고용형 자영업자까지 포함하는 개념이 되어야 한다.

이렇게 되면 근로기준법은 ‘일하는 모든 사람을 위한 노동보호법’으로 재정립되게 된다. 보호의 대상은 원칙적으로 경제적 대가를 받고 일하는 모든 개인이 되며, 포용적 노동권의 대상인 고용형 자영업자와 핵심적 노동권의 대상인 임금근로자에 대해서는 별도로 정의하게 될 것이다. 그리고 보호의 방식은 ‘전부 아니면 전부’(all or nothing)라는 현재의 방식과 달리, 노무제공자라면 어떤 경우에도 최소한도(at least)의 보호로서 기초적 노동권의 보호가 주어지고 그 위에 해당 노무제공자의 종속성과 보호 필요성에 따라 그 이상의 보호가 더해지는 방식이 될 것이다.

3. 노동조합법

입법론으로 구현될 수 있는 새로운 모델에서 단결 보호는 개인적으로 노무를 제공하고 경제적 대가로 생활하거나 생활하고자 하는 자 모두에게 적용하되, 교섭 보호는 임금근로자에 더하여 사업종속성이 있는 고용형 자영업자까지 적용하는 것이 바람직하다. 좀 더 부연하여 설명하면, 노동3권의 행사에 따른 민·형사면책은 보편적인 기초적 노동권에, 노동쟁의 조정과 노사협의회에 관한 권리는 포용적 노동권에, 단체교섭 의무와 부당노동

행위 구제 절차와 벌칙 등은 핵심적 노동권의 대표가 될 것이다.³²⁾ 한편, 영국에서도 단결의 자유는 독립적 자영업자(independent worker)를 포함한 모든 노무제공자에 대하여 보장된다. 그에 비해 단체교섭과 쟁의행위 그 밖의 단결활동과 관련한 중요한 집단적 노동권은 임금근로자(employee)와 종속적 자영업자(worker)에게 보장된다.

이를 위해 노동조합법의 총론에서 근로자는 “개별적으로 노무를 제공하고 그 경제적 대가로서 생활하는 자”로 정의하고, 단체교섭과 단체협약의 적용에서 근로자는 다음과 같이 규정할 수 있을 것이다.³³⁾

「제3장 단체교섭과 단체협약

제 조(용어의 정의) ① 이 장에서 근로자라 함은 타인의 사업을 위하여

32) 2019. 7. 4. 유럽연합은 우리 정부에 한-EU FTA 제13장(무역과 지속가능한 발전) 제14조 제1항에 따라 전문가 패널의 설치를 요청하면서, 노동조합법 제2조 제1호의 근로자에 특고 등이 포함되지 못한 점, 노동조합법 제2조 제4호 라목에 따라 해직조합원을 이유로 노동조합 자격을 부인하는 점, 노동조합법 제12조에 따라 설립신고증이 재량적으로 교부되는 점, 노동조합법 제23조 제1항에 따라 해직자는 노동조합의 임원이 될 수 없는 점 등이 국제노동기준에 반한다고 주장했다. 그런데 이러한 주장을 보면서, 단결권 보호와 단체교섭권 보장의 연계에 관한 유럽 국가들과 우리나라의 차이가 크다는 느낌을 받았다. 우리에게 잘 알려져 있는 유럽 국가들의 노동법은 노동조합의 성립과 단체교섭이나 단체협약의 체결을 곧장 연결하지는 않는다. 우리나라에서 노동조합의 성립은 광범위한 법적 보호로 곧바로 연계된다. 예를 들어 노동조합법을 비롯한 각종 노동관계법은 노동조합에 원칙적으로 단체교섭권을 보장하며, 노동조합의 단체교섭권에 대응하여 사용자는 단체교섭의 법적 의무를 지고 부당한 거부에 따른 법적 책임을 지게 된다. 이 외에도 노동조합은 각종 국가기구에의 참여권 또는 추천권, 노동위원회에 부당노동행위 구제와 노동쟁의 조정의 신청권, 조세감면 혜택 등의 보호를 누린다. 그에 비해 유럽 국가들에서는 단체교섭이나 단체협약 등에 참여하기 위해서는 노동조합 외에 다른 자격을 요구한다. 프랑스의 대표성 있는 노동조합, 독일의 협약체결 능력이 있는 근로자단결체(노동조합), 영국의 자주적인 노동조합 등은 그 예이다.

33) 이하의 규정 형식은 Coverall 사건에 적용된 메사추세츠 일반법령 제149장 제148(B)조를 참고한 것이다. 이에 관해서는 강성태, “프랜차이즈 관계와 노동법의 적용 - 미국법의 최근 동향을 중심으로 -”, 『노동법학』 제70호(한국노동법학회, 2019. 6.), 89-92면 참고.

노무를 제공하고 경제적 대가를 얻는 개인을 말한다. 다만 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 자영업자의 경우에는 그러하지 아니 하다.

- 1호 노무 제공과 관련하여 계약으로나 실질로나 타인의 지시로부터 자유롭다.
 - 2호 노무는 타인 사업의 통상적 경로를 벗어나 수행된다.
 - 3호 개인은 동종 업계의 관행상 독립적인 직종, 직업, 또는 사업에 종사한다.
- ② 제1항 단서 각 호에 대해서는 사용자가 증명하여야 한다.」

4. 직업안정법과 사회보험법

(1) 직업안정법

헌법상 직업의 자유와 근로의 권리의 보장 취지에 맞게 직업안정법의 적용 대상을 새롭게 설계하기 위해서는, 직업안정법상 직업의 범위를 임금 근로자의 근로활동이 아니라 국민 일반의 전반적인 소득활동으로 넓혀야 한다. 나이테형 모델에서 설명한다면, 직업정보제공, 직업소개, 직업훈련 등 고용정책입법의 대상은 원칙적으로 모든 노무제공자(및 그 희망자)로 하여 보편적 노동권의 대상으로 하고, 고용보험 사업은 포용적 보호의 대상으로 하며, 인력공급사업 등에 관한 규제는 핵심적 보호의 대상으로 될 것이다. 이를 위해서는 직업안정법의 목적과 직업소개의 목적 등에 관한 규정을 다음과 같이 개정해야 할 것이다.

먼저 법의 목적은 “이 법은 헌법상 직업의 자유와 근로의 권리를 구체화하여 모든 국민이 완전하고 생산적이며 자유롭게 선택된 일자리를 구할 수 있도록 보장하며 취업자의 직업안정을 도모하도록 한다.”로 개정한다.

직업소개의 정의(제2조의2 제2호)는 “이 법에서 직업소개라 함은 직업의 종류를 불문하고 구인자와 구직자 사이에 취업관계가 성립되도록 정보를 제공하거나 개입하거나 그 밖에 중개하는 일체의 행위를 말한다.”로 개정한다.

(2) 산재보험법과 고용보험법

사회보험법은 가장 빨리 모든 노무제공자에게 적용을 확대할 수 있는 영역이다. 물론 지금도 특수형태근로종사자와 중소기업주 등 자영업자에게도 사회보험법이 적용되고 있지만, 이들은 근로자와 다른 범주이다. 또한 사회보험법상 근로자도 근로기준법상 근로자 개념과 기준을 그대로 사용한다. 그러나 고용보험법과 산재보험법은 노무제공 과정에서의 인적 종속성보다는 노동시장에서의 경제적 종속성의 해결을 과제로 하므로 노동조합법상 근로자에 더욱 친하다.

산재보험은 산업안전보건법과 함께 일하는 모든 노무제공자에게 적용되는 보편적인 노동권으로 자리잡아야 한다. 이 점은 고용보험도 마찬가지이다. 그런데 사회보험에서는 법의 원칙적 적용 대상과 실질적 적용 사이에는 시기적 차이가 있을 수도 있다. 보험료의 부담과 징수 및 보험급여의 종류와 보호의 정도 등 보험 기술적 요인이 먼저 해결되어야 하기 때문이다.

플랫폼 노동과 같은 고용형 자영 노동의 증가는 산재보험과 고용보험의 적용과 관련하여 또 다른 문제를 제기한다. 산재보험과 고용보험은 주로 사업을 단위로 적용되는데 플랫폼 노동종사자의 대부분은 복수의 사업과 관계를 맺고 노동을 제공하기 때문이다. 이 문제는 보험 기술적인 것으로서 해당 종사자의 소득을 기준으로 사업을 정하거나 이들과 관련해서는 보험 적용의 특례를 두어 처리하는 방법이 가능할 것이다.

(논문발표 2019.11.15. 논문접수 2020.2.29. 심사의뢰 2020.3.2. 게재확정 2020.3.12.)

참고문헌

- 강성태, 『근로자의 개념』, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1994.
- 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단”, 『노동법학』 제11호, 한국노동법학회, 2000.
- 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 『노동정책연구』7(3), 한국노동연구원, 2007.
- 강성태, “직업안정법상 ‘직업’의 재검토 - 근로자 개념을 중심으로 -”, 『법학논총』 33호, 한양대학교 법학연구소, 2016.
- 강성태, “노동조합법상 근로자를 판단하는 판례의 기준”, 『노동법학』 제72호, 한국노동법학회, 2019.
- 강성태, “프랜차이즈 관계와 노동법의 적용 - 미국법의 최근 동향을 중심으로 -”, 『노동법학』 제70호, 한국노동법학회, 2019.
- 권 혁, “학습지교사의 근로자성 판단”, 『법률신문』 4691호, 법률신문사, 2019.
- 김 린, “노동조합법에 따른 근로자 판단기준”, 『월간 노동리뷰』 통권161호, 한국노동연구원, 2018.
- 김 린, “방송연기자의 노동조합법상 근로자성 인정 여부”, 『월간 노동리뷰』 통권165호, 한국노동연구원, 2018.
- 김 린, “카마스터의 노동조합법상 근로자성 인정여부”, 『노동법학』 제68호, 한국노동법학회, 2018.
- 김 린, “매점운영자의 노동조합법상 근로자성과 노동조합의 소극적 요건”, 『월간 노동리뷰』 통권 171호, 한국노동연구원, 2019.
- 김소영, “특수고용관계에 있는 근로자들의 노동법적 문제” 『사회변동과 사법질서』(김형배교수 정년퇴임기념논문집), 2000.
- 김유성, 『노동법 II』(집단적 노사관계법), 법문사, 1999.
- 도재형, “입법과 사법의 사각지대, 특수형태근로종사자”, 『비공식취업 연구』, 한국노동연구원, 2012.
- 박귀천, “방송연기자 노동조합 사건으로 본 대법원 노조법상 근로자성 판단기준과 경향”, 『노동법률』 통권 331호(2018. 12월호), 중앙경제사, 2018.
- 박수근, “레미콘운송기사와 경기보조원의 근로자성에 관한 검토”, 『노동법학』 14호, 한국노동법학회, 2002.
- 박제성, “비임금근로자의 법적 지위 - 배달대행기사의 사례를 중심으로 -”, 『사회보장

- 법연구」 제6권 제1호(서울대사회보장법연구회), 신조사, 2017.
- 박제성 외, 『외국의 자영업 사회법제 연구(2): 사회법제의 적용 범위 논의를 중심으로』, 한국노동연구원, 2020.
- 박지순, “특수형태근로종사자에 대한 노동법의 적용가능성과 그 범위”, 『노동법학』 제23호, 한국노동법학회, 2006.
- 양승엽, “독립사업자의 노조법상 근로자성 판단 기준”, 『노동법학』 70호, 한국노동법학회, 2019.
- 유성재, “구직자와 특수형태근로종사자의 노조법상 근로자성” 『법조』 716호, 한국법학원, 2016.
- 유성재, “학습지교사의 노조법상 근로자성”, 『노동법률』 통권327호(2018년 8월호), 중앙경제사, 2018.
- 유성재·권오성, “가맹점사업자의 노조법상 근로자성”, 『법학연구』 제29권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2018.
- 윤애림, “ILO 고용관계 권고와 한국의 특수고용 입법논의”, 『노동법학』 제23호, 한국노동법학회, 2006.
- 이병태, 『최신노동법』, ㈜중앙경제사, 2008.
- 이승욱, “특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 모색”, 『노동법학』 제23호, 한국노동법학회, 2006.
- 임상민, “학습지교사의 근로자성”, 『대법원판례해설』 제115호, 법원도서관, 2018.
- 진창수, “방송연기자도 노동조합법상의 노동자인가”, 『법률신문』 4650호, 법률신문사, 2018.
- 최영호(2002), “계약근로형 노무공급자의 근로자성”, 『노동법연구』 13호, 서울대노동법연구회, 2002.

David Weil, *The Fissured Workplace - Why work became so bad for so many and what can be done to improve it*, Harvard University Press, 2014.

Entwurf eines Arbeitsvetragsgesetzes vom des Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht 1992(Gutachten D für den 59. Deutschen Juristentag).

Stijn Broecke, “Protecting the vulnerable self-employed - Some Policy Options”, The 10th Asia Future Forum, Seoul, 23-24 October 2019.

<Abstract>

The new concept of employee including dependent self-employed through inclusive approach

Kang, Seong-Tae *

Employee issues shall start with distinguishing two categories. One is the reclassification issue or misclassification one. Here the misclassification means the difference between substance and form of the work contract, where making a contractor as self-employed but substantially hiring and using as an employee. The reclassification is to compel the self-employed contract to employment contract in right way of law, that is to coerce the contract form be consistent with the substance of working relationship by the law. The other is the enlargement of the subject and the range in labor law, or the enlargement of the concept of employee in order to expand coverage of labor law. In other words, it is the inclusion of some self-employed into the scope of employee under labor legislations.

Over the past twenty years, employee issues have been focused on the misclassification issue. Domestically, special forms of workers similar to wage employees('tukgo') have been the main labour issue. Many academic and practical proposals have been put forth in order to cover dependent self-employed under labor law. Meaningful progress has been made in case law, but little in the field of legislation. It is the same situation inside or outside of the country that the improvements

* Professor, School of Law, Hanyang University.

concerning this issue were unsatisfactory as considered the time and quantity of the discussion.

This article relatively highlights on the enlargement of the employee concept through inclusive approach. This is largely based on the thoughts that the protection of the labour law shall contribute to the national economy and alleviation of the social inequality, by expanding the labour law to the vulnerable self-employed as well. The inclusive approach mainly concentrates on ‘self-employed similarly working as wage employee’. To cover those dependent self-employed under the labour law, we need some improvement in both the legislation and the construction of case law.

Key Words: employee, inclusive approach, worker, self-employed, dependent self-employed, independent self-employed