

근로자성 판단기준: 사용종속성을 넘어 — 백화점 위탁판매원 사건을 계기로 —

김 린*

목 차

- I. 들어가며
- II. 백화점 판매원의 근로자성 유무
- III. 근로자성 인정 요건으로서의 사용종속관계에 대한 비판
- IV. 사용종속관계 부존재시 근로자성 인정방안의 시론적 대안 모색 - 사업편입성
- V. 나가며

I. 들어가며

1. 난각번호를 아시나요?

시중에서 달걀을 살 때 유심히 보면 각 달걀마다 일련의 문자열이 찍혀있는 것을 알 수 있다. 이 문자열을 난각번호라고 부르는데, 총 10개의 숫자나 문자로 구성되어 있다. 앞 4개의 숫자는 달걀의 산란일자, 다음 다섯자리는 생산자 고유번호, 그리고 마지막 숫자는 닭의 사육환경에 관한 정보가 담겨 있다. 난각번호는 얼마전부터 각 달걀마다 필수적으로

투고일 2020. 8. 20, 심사일 2020. 9. 2, 게재확정일 2020. 9. 8.

* 인하대학교 법학전문대학원 교수, 변호사.

표시하도록 의무화 되었다. 이 중 필자가 관심을 가진 부분은 마지막 숫자이다. 4번은 한 마리당 0.05제곱미터) 정도의 면적이 부여된 케이지에서 사는 닭이 산란한 달걀에, 3번은 4번보다 약간 더 큰 0.075제곱미터 당 한 마리꼴인 케이지에 사는 닭이 산란한 달걀에, 2번은 축사내 방목을 통해 사육된 닭이 산란한 달걀에, 1번은 자유방목으로 사육된 닭이 산란한 달걀에 각각 붙는다.²⁾ 이 번호는 닭의 사육환경에 대한 표시이지만, 마치 달걀이라는 노동의 결과물을 얻기 위한 노동환경을 비유하기에 아주 적절하다. 각 닭이 처해있는 상황은 그들에 대한 지휘·감독의 구체성의 정도나 강도에 비유될 수 있다. 4번에서 1번으로 숫자가 작아질수록 지휘·감독의 구체성의 정도는 완화되고 상대적으로 닭의 재량권은 넓어진다. 4번 닭장에 사는 닭은 좁은 공간에서 몸 하나 움직이기도 쉽지 않을 것이다. 3번 닭장은 공간은 조금 넓어졌지만 4번 닭과 마찬가지로 자신이 산란한 달걀의 질과 양을 감시당한다. 이에 반해 2번은 노동공간이 넓은 것은 물론이고 여러 마리가 섞여 있으므로 구체적으로 어느 닭이 어떤 달걀을 낳았는지 확인하기가 쉽지 않다. 1번의 경우에는 자신이 노동을 한다는 사실조차 인식하지 못할 환경이다. 그러나 2번이나 1번의 사육환경에 있는 닭도 결국 달걀을 생산한다. 닭의 산란위치가 닭마다 일정하지 않으므로 처음에는 양계업자가 달걀을 찾아 줌 해매야 할 수도 있지만 계속 하다 보면 곧 익숙해질 것이다. 양계환경이 다르긴 하지만 달걀이라는 노동의 결과물은 어떤 방식이건 산출된다. 다만 달걀의 질과 양에 대한 평가는 좀 다를 수 있다. 1번 닭의 경우 인터넷후기를 보면 대체로 씨알이 작고 껍질이 얇다는 평이 많다. 그러나 건강한 환경에서 자란 닭이 우리 건강에도 좋을 것이라는 믿음을 가진 소비자는 1번 닭이 산란한 달걀을 기꺼이 살 것이고, 동물복지가 강조되는 최근의 분위기에서 이런 소비자는 점점 늘어날 것으로 전망된다. 양계업자도 이러한 소비자의 선호를 좇아 사육방식을 변화할 것이다. 소비자의 선호를 좇는다는 말은 금전적 이윤을 추구하거나 좋은 가치를 선호한다는 의미가 포함

1) 참고로 A4용지의 넓이가 0.06237제곱미터이다.

2) 「식품등의 표시기준」(식품의약품안전처고시 제2020-37호) [도 5] 달걀 껍데기의 사육환경번호 표시 방법 참조.

되어 있다.³⁾

2. 인간의 노동으로 시선을 돌리며

근로자를 통해 근로를 제공받는 사용자 역시 소비자의 선호, 새로운 경영기법의 개발, 기술혁신 등 사업환경의 변화에 맞춰 노동을 사용하는 방식을 변화시켜 나간다. 그러한 방식에는 지휘명령의 정도 역시 포함된다. 판례는 근로자성을 판단하는 요건 중 하나로 사용종속관계의 존재를 제시해 왔다. 사용종속관계를 인정하는 여러 판단기준 중에서 지휘감독의 경우 2006년 이전 판결에서는 ‘구체성’을 요구하다가 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결[부산학원 사건] 이래 이를 ‘상당성’으로 완화해 현재에 이르고 있다.⁴⁾ 위 양계 사례에 비유한다면 4번의 경우에만 근로자로 인정하다가 2번이나 3번으로 확대한 수준이라고 보면 좀 더 이해가 쉬울 것이다. 하지만 이 판결이 제시한 ‘상당성’의 의미를 해석함에 있어서 구체적으로 2번이나 3번이나를 두고는 이견이 존재할 수 있다. 실제로 근로자성을 다투는 사건에서 재판부가 추구하는 사용종속관계관(觀)이 어떠한가에 따라 동일한 사실관계에 대한 심급별 평가가 달라지고 그로 인해 결론이 시계추처럼 오락가락하는 경우를 여러 번 목도한 바 있다.

아래에서는 최근 이러한 문제로 여러 사건의 공방이 이루어지고 있는 예로 백화점 위탁판매원⁵⁾ 사건을 살펴본다. 다만, 기존의 근로자성에 대한 일반적인 검토방식인 해당 사안의 사실관계 및 그에 대한 법원의 판단을 상세히 검토하기보다는, 그러한 위탁판매원이라는 일자리가 생겨난 경위를 추적하고, 그러한 변천의 속내를 좀 더 거시적인 관점에서 살펴본다. 이는 앞에서 본 양계 사례를 일의 세계의 단면에 빚대어 보기 위

3) 물론 양계업자가 동물복지에 대한 사명감을 가지고 이윤에 대한 관심을 최소화하는 경우도 있겠지만, 이 역시 양계업자가 추구하는 가치를 달성한다는 점에서 이익이라 평가할 수는 있다.

4) 판례의 판단기준 변천에 대해서는 강성태·유성재·박제성·박은정, 『자영업자 사회법제 연구- 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, 2019, 15-17쪽 참조.

5) 판매관리자라고 하기도 하고, 판매원 사이에서 직급이 높거나, 혹은 여러 매장을 두루 관리하는 경우에는 중간관리자라고 칭한 사례도 있다.

함이다.

이를 바탕으로 근로자성 판단기준, 특히 사용종속관계를 요구하는 전통적 입장의 문제점을 비판적 시각으로 검토하고, 이를 보완할 방안을 시론적으로 모색해 본다.

II. 백화점 판매원의 근로자성 유무

1. 백화점 상품의 거래구조

주지하다시피 우리나라에서 백화점은 당대 최고 품질의 상품을 소비대중에게 판매하는 공간이다. 국내 백화점은 대규모유통업체가 운영하고 있는데, 소비자 입장에서는 백화점을 거래상대방으로 하여 그들이 판매하는 물건을 사는 것이지만, 그 이전 단계, 즉 백화점 매장에 해당 상품이 공급되는 단계에서는 크게 두 가지의 거래 방식이 존재한다. 하나는 백화점 운영회사가 직접 해당 제품을 도매로 구매해 판매하는 형태이다. 여기에는 재고가 발생한 경우 그 위험을 백화점 운영회사가 부담하는지 아니면 상품을 백화점에 공급한 업체(이하 “납품업체”라 한다)가 부담하는지에 따라 ‘직매입거래’와 ‘특약매입거래’의 유형이 존재한다.⁶⁾ 다음으로, 백화점 운영회사가 백화점 내에 위치한 일정한 공간을 물건의 제조·수입업체에게 임대해 주는 것이다. 이 제조·수입업체는 해당 공간에서 스스로 판매활동을 하며, 백화점 운영회사에게 고정의 수수료로 지급하거나, 판매액의 일정률 또는 일정액을 수수료 등의 명목으로 지급하는데, 수수료

6) **대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률** 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. “직매입거래”란 대규모유통업자가 매입한 상품 중 판매되지 아니한 상품에 대한 판매책임을 부담하고 납품업자로부터 상품을 매입하는 형태의 거래를 말한다.

5. “특약매입거래”란 대규모유통업자가 매입한 상품 중 판매되지 아니한 상품을 반품할 수 있는 조건으로 납품업자로부터 상품을 외상 매입하고 상품판매 후 일정률이나 일정액의 판매수익을 공제한 상품판매대금을 납품업자에게 지급하는 형태의 거래를 말한다.

의 결정유형에 따라 관행적으로 전자를 ‘임대갑’, 후자를 ‘임대을’이라 칭한다. 전체적으로 총 네 가지의 거래유형으로 구분된다. 각 유형 내에서도 납품업체 혹은 임대업체가 취급하는 상품의 종류, 거래상 지위 등에 따라 세부적인 차이가 존재하기는 하나, 2013년 기준 매출액 대비 특약매입거래가 약 70%, 임대을이 15%, 직매입이 6% 정도를 차지하는 것으로 알려져 있다.⁷⁾ 각 거래형태별로 취급상품의 유형과 특징은 아래와 같다.

<표> 거래형태별 상품의 유형과 특징⁸⁾

거래 형태	상품유형	상품특징	매장형태
직매입	식품류, PB상품, 직수입상품	수요가 규칙적이며, 재고 위험이 적은 상품(식품), 또는 백화점 전용 기획상품으로 반품이 안 되는 상품(PB)	직영매장으로 편집샵(multi-shop) 운영
특약매입	의류, 잡화, 가정용품, 스포츠용품, 전자제품 등	상품의 수요가 불규칙하거나 브랜드 선호도가 높은 상품	납품업체의 전용 브랜드 매장
임대갑	식당가, 커피숍, 안경원, 사진관, 여행사, 시계/귀금속, 카메라 등	상품구색으로 필요하지만 전문성이 요구되어 관리가 어려운 상품	입점업체의 브랜드 매장
임대을	스낵, 베이커리, 서점, 문구, 음반, 악기, 액세서리 등	점포운영과 관련성이 밀접해 매출관리가 필요하지만 직접 관리하기 어려운 상품	입점업체의 브랜드 매장

2. 백화점 위탁판매원의 근로자성에 대한 논란

가. 위탁판매원의 지위

노동법적 관점에서는, 각 거래유형에 의해 백화점에 공급된 상품을 현

7) 임채운·이호택, 우리나라 백화점의 매입관행 개선방안, 『Korea Business Review』 제17권 3호, 한국경영학회, 2013, 235-236쪽 참조.

8) 임채운·이호택, 위 논문, 237쪽에서 인용.

장에서 판매하는 사람이 누구와 어떤 내용의 계약을 체결하고 실제로 이행하는지가 주된 관심사이다. 일반적으로 직매입거래의 경우 백화점 운영회사가 직접 고용한 사원이 판매를 하고, 임대형거래의 경우에는 임차업체가 고용한 직원이 판매활동을 한다. 특약매입의 경우에는 납품업체가 백화점 운영회사로부터 배정받은 매장 혹은 매대에 판매인력을 파견하고 이들이 판매를 담당하는 형태가 주를 이룬다. 그러나 여기에서 ‘고용’이라는 표현을 사용하였다고 하여, 반드시 판매원들이 근로계약을 체결하는 것은 아니고, 각 상품 유형이나 특징에 따라 위탁판매계약이 체결되기도 한다.

위탁판매계약을 체결하고 백화점 매장에서 상품 판매나 관리 등을 하는 사람을 백화점 위탁판매원이라 칭할 수 있는데 이들은, 주로 특약매입거래나, 임대형 계약을 체결한 납품업체가 관리 또는 임차한 해당 브랜드 매장에서 의류나 신발, 잡화 등을 취급한다.

백화점 운영회사들은 1980년대 이전에는 자신의 매장을 임대방식으로 운영하는 경우가 많았다. 전산기술이 발달하지 않는 등 매장 자체를 백화점 운영회사가 직접 관리하는 것이 쉽지 않았기 때문이다. 즉, 당시에는 백화점 운영회사는 유통회사라기보다는 임대업자에 가까웠다고 볼 수 있다. 그런데 1980년대에 접어들면서 판매량에 연동하는 수수료체계가 늘어나기 시작해 1990년대에 무자료거래 근절 등 거래 투명화의 영향으로 특약매입거래방식으로 전환이 이루어져, 2000년대에는 특약매입거래방식이 주된 관행으로 자리잡았다.⁹⁾ 즉, 성과를 강조하는 거래체계가 시간이 흐를수록 확대된 것이다. 그 결과 개별 납품업체의 경우에도 처음에는 근로계약 형태로 판매원을 고용해 백화점에 파견하다가, 2000년대에 본격적으로 성과를 중요시하는 위탁계약 방식으로 전환된 것으로 볼 수 있다.¹⁰⁾

9) 임채운·이호택, 위 논문, 235쪽 참조.

10) 서울중앙지방법원 2019. 7. 12. 선고 562597 판결의 사실인정에 의하면 삼성물산의 경우 종래 정규직원을 백화점 내 매장에 파견하다가 1997~1998년경 이후부터 위탁판매계약을 체결하여 판매업무를 수행하였다고 한다.

나. 근로자성 인정례

백화점 위탁판매원에 대해서는 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다 59146, 62456, 63299 판결[발렌타인 사건]에 의해 근로자성이 인정되어 납품업체에게 퇴직금 지급의무가 인정된 바 있다.¹¹⁾ 이 판결에서 근로자성 판단과 관련이 있는 사실관계를 소개하면 다음과 같다.

- (1) 이 사건의 피고(주식회사 발렌타인)는 넥타이, 스카프, 가방 등 수입·제조·판매업을 영위하고 있는데, 백화점 운영회사와 특약매입거래계약을 체결하고, 판매업무를 수행할 인력을 파견하였다.
- (2) 피고는 파견인력과 판매용역계약을 체결하였는데, 계약서에는 ① 계약기간(1년), ② 근무장소, ③ 판매브랜드, ④ 판매용역 수수료 등이 기재되어 있었다.
- (3) 피고는 처음 백화점 판매원들을 영업부 소속 정규직으로 고용하여 오다가, 2005. 8. 무렵 백화점 판매원들로부터 일괄적으로 사직서를 제출받고 2005년 말경 퇴직금을 지급한 다음, 위 백화점 판매원들과 판매용역계약을 체결하였다. 2005~2008년 중반까지는 종전 급연봉보다 약 24.45% 인상된 금액을 기준연봉으로 정하고 이 기준연봉의 85~130% 한도(매출이 저조해도 85%가 보장되고, 매출이 좋더라도 130%를 넘지 않음)에서 매장 전체 매출에 따라 수료를 지급하다가 2008년 중반부터는 다시 고정보수를 지급하였고, 그러다 2012년부터는 다시 매출액 연동형으로 변경하였는데, 이 과정에서 판매원의 동의를 따로 받지 않았다.
- (4) 백화점 판매원들은 계약체결시 지정된 근무장소(주로 백화점)에서

11) 이 세 판결은 동일한 대법관으로 구성된 재판부(대법관 이기택, 김용덕, 김신, 김소영)가 같은 날 판결하였는데, 모두 주식회사 발렌타인이 피고인 퇴직금청구사건으로 병합되지 않은채 별도의 사건으로 판결이 선고되었다. 2015다 59146호 및 2015다63299호 판결은 김신 대법관이, 2015다62456호 판결은 이기택 대법관이 각각 주심이다. 다만, 이 사건 모두 결론은 동일하나, 주심이 누구냐에 따라 판결문의 내용에 약간의 차이가 있다. 아래에 소개하는 사실관계는 일반적으로 문헌에서 많이 소개되는 사건번호인 2015다59146호 판결에서 인정한 사실을 필자가 정리한 것이다.

그 백화점 영업시간 동안 지정된 물품(피고가 납품한 물품)만을 지정된 가격으로 판매하여 왔으며, 피고는 전산 시스템을 통하여 각 매장의 재고 현황을 실시간으로 파악할 수 있었고, 피고 본사 영업부 직원이 약 1주일 간격으로 매장을 방문하여 판매 현황 등을 확인하고, 연 2회 신상품 소개 등에 관한 상품설명회를 열기도 하였으나, 업무 수행과 관련하여 별도의 교육을 실시한 바 없다.

- (5) 피고는 내부 전산망을 통하여 백화점 판매원들에게 업무와 관련하여 각종 공지를 한 적도 있었는데, 대표적으로 ① 출근시간 및 시차의 등록 공지, ② 아르바이트 근무현황표 제출 공지, ③ 수선실 관련 공지, ④ 상품의 로스, 반품, 가격, 할인행사 등 관련 공지, ⑤ 재고실사 관련 공지, ⑥ 택배 관련 공지, ⑦ 상품 DP 수량 조사(사장님 지시사항) 관련 공지 등이 있었다.
- (6) 백화점 판매원들이 휴가, 병가 등을 사용할 경우 사전에 또는 사후에 피고에게 보고하고, 아르바이트생 근무현황표, 장기사원 근무현황표 등을 작성하여 보고하기도 하였고, 피고는 판매원들의 ‘병가 및 출산휴가 현황표’를 작성하여 보관하고 있었다.
- (7) 백화점 판매원들이 개인적인 출산, 휴가 등의 사유로 매장에서 근무할 수 없을 경우 자신의 계산으로 일시적으로 제3자를 통하여 근무를 대체하기도 한 것으로 보인다.
- (8) 각 매장에서 사용되는 비품, 작업도구 등은 모두 피고 소유로 무상으로 제공되었고, 백화점 판매원들의 책임 있는 사유로 발생하는 멸실, 훼손, 도난, 분실 등을 대비하여 판매보증금(기준연봉의 5%)이 적립되었으나, 실제로 공제되었는지 여부는 명확하지 않다. 한편, 피고는 일정한 기간마다 본사 인테리어 담당자를 각 매장으로 파견하여 무상으로 매장 진열 등을 새로 하여 주기도 하였다.
- (9) 피고는 명절, 근로자의 날 등 특정한 날에 백화점 판매원들 모두에게 정기금을 지급하기도 하였다.
- (10) 피고는 일부 백화점 판매원들에 대하여, 임시직원 임금의 허위 청구로 인한 횡령, 회식비 허위 청구 등을 이유로 징계권을 행사한 적도 있고, 일정한 경우 다른 매장으로 이동조치를 취하기도 한

것으로 보인다.

이러한 배경에서 2015다59146호 및 2015다63299호 판결(주심 대법관 김신)은 “백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결하여 그 계약의 형식이 위임계약처럼 되어 있지만, 그 실질은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로계약관계라고 봄이 상당하다”는 취지의 판시만을 추가하였다.

한편, 2015다62456호 판결(주심 대법관 이기택)은 위 사실관계 외에 “피고는 그 브랜드 제품을 전국에 산재한 백화점 약 75곳에 1곳당 2~3 개씩 개설한 매장에서 판매함으로써 매출을 올리는 회사이고, 각 매장에서 약 400명에 이르는 판매원¹²⁾들이 판매활동을 거의 전담하여 왔다”는 점을 판결문에 적시하며, 다음과 같은 점도 판시하였다는 특색이 있다.

“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.”

이 판시는 판매원들의 지위가 노무이용자의 사업전체에서 가지는 위치를 조망하는 취지로 통상 근로자성 판단이 문제되는 사건에서는 보기 어려운 판시라 눈길을 끈다.

다. 근로자성 부정례

그러나 위 대법원 판결에도 불구하고 백화점 위탁판매원의 근로자성에 대한 분쟁은 지속되고 있다. 그 원인은 판매원과 납품업체 사이의 계약관계가 다양하고, 그로 인해 사용종속관계 유무에 대한 평가가 달라질

12) 위탁판매원을 의미한다.

수 있기 때문이다.

근로자성을 부인한 최근 사례로는 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다207864 판결[삼성물산 사건]¹³⁾이 있다. 이 사건에서 “대법원은, ① 원고들이 피고와 체결한 위탁판매계약서에 나타난 근로자성을 긍정할 수 있는 요소들은 피고에 의해 독립적인 개인사업자인 대리점주에게도 유사하게 시행되었으므로, 근로자에 해당하는지 여부를 가리는 중요한 사항이라고 볼 수 없는 점, ② 피고가 원고들의 근태관리를 하지 않고, 원고들이 판매원으로 하여금 일정 정도 자신을 대체하여 근무하게 할 수 있는 등 원고들의 피고에 대한 종속성 및 전속성의 정도가 약한 점, ③ 원고들은 판매실적에 따라 상한 또는 하한이 없는 수수료를 지급받아 판매원의 급여, 일부 매장 운영 비용을 지출하여야 하므로, 일정 정도 자신의 계산으로 사업을 영위하였다고 보아야 하고, 위 수수료를 근로 자체의 대상적 성격으로 보기 어려운 점 등을 이유로, 원고들이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하여 원심을 수긍”하였다.¹⁴⁾ 이 판결은 앞의 발렌타인 사건과 비교하였을 때 업무보고, 판매가격 통제여부, 재고관리 등에서 유사하나, 근태관리를 하지 않은 점, 수수료의 상한이나 하한이 없다는 점, 계약체결시 실질적인 협상이 있었다고 볼 여지가 있다는 점, 위탁판매원이 공정거래분쟁조정협의회에 분쟁조정을 신청한 적이 있는 점, 일부 매장관리인은 영업법인을 설립한 경우가 있다는 점 등에서 차이가 있었고 법원은 이 점을 자영인의 징표가 강하게 드러난 것으로 본 것으로 이해된다.

13) 원심: 서울고등법원 2019. 12. 20. 선고 2018나2057880 판결, 1심: 서울중앙지방법원 2018. 8. 30. 선고 2017가합530644 판결. 1심판결에 대한 리뷰로는 노상현, “백화점에서 근무하는 위탁판매원의 근로자성 판단” 『노동리뷰』 통권 제166호, 한국노동연구원, 2019. 1, 141쪽 이하; 김린, “매장관리자의 근로자성” 『노동법학』 제68호, 한국노동법학회, 2018.12, 140쪽 이하.

14) 이는 “대법원 2020. 6. 25. 선고 중요판결 요지”에 소개된 위 판결의 내용을 인용한 것이므로, 판결원문과 문구가 정확히 일치하지 않을 수도 있다.

<https://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsViewAction2.work?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=7191&gubun=4&type=5>

이 밖에 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다207833 판결[코오롱인더스트리 사건]도 백화점 위탁판매원의 근로자성을 부인한 바 있다. 이 사건도 삼성물산 사건과 같이 수수료가 매출액에 연동되어 그 상한과 하한이 열려 있다.

3. 백화점 위탁판매원에 대한 판결례에 대한 검토

가. 백화점 판매원의 납품업체에서의 역할과 지위

백화점업계에서 판매업무는 판매원의 직접적인 인적 서비스에 의존하고 있으므로 판매원의 역할수행에 따라 매출이 현격한 차이를 보인다. 의류매장을 관리하는 샵마스터의 경우 패션의 흐름과 브랜드의 특성을 제일 잘 알고 있어야 하며, 소비자들을 직접 대하는 노하우로 소비자의 요구와 감각을 꿰뚫어 볼 수 있는 능력도 있어야 하고 상점을 관리하는 능력도 갖추어야 하는데, 이러한 능력을 갖춘 인재를 확보하는 것은 쉽지 않다고 알려져 있다. 백화점에서의 사업 성패를 좌우하는 요소는 판매원의接客기술과 서비스 수준, 상품에 대한 전문지식에 달려 있는 것이다.¹⁵⁾ 특히, 지금과 같이 기업 간 경쟁이 치열한 상황에서는 과거의 전통적인 통제 중심 조직문화 하에서의 수동적이고 타율적으로 업무를 수행하는 판매원을 대신해 변화하는 환경에 능동적으로 대응하고 자율성과 창의성을 갖춘 판매원을 절실하게 필요로 하며, 고객의 요구에 신속하고 정확하게 대응하는 판매원을 보유하고 있는지 여부가 기업의 성공을 위한 핵심요소로 부각되고 있다. 이처럼 판매원은 고객 및 시장중심적 활동을 직접적으로 수행하는 실행자인 동시에 그들의 성과는 기업의 매출로 바로 연결되기 때문에 기업에게는 매우 중요한 자산인 셈이다.¹⁶⁾

이러한 판매원의 업무특성에 의하면, 백화점 판매업무는 판매원 개인

15) 이상의 내용은 박혜선 외3, 백화점에 종사하는 샵마스터와 판매원의 현황과 역할분석, 『자연과학논문집』 제9권 제1호, 배재대학교 자연과학연구소, 1997, 145-148쪽 참조.

16) 정경식·한상린·이명성, 판매원의 기업가정신 결정요소와 기업가정신이 영업성과에 미치는 영향, 『유통연구』 21권 2호, 한국유통학회, 2016, 55-56쪽 참조.

의 인적 능력에 의존하는 측면이 강하므로 판매원에 대한 납품업체 차원의 규격화되고 구체적인 지휘·감독과는 어울리지 않는 성격이 존재한다. 납품업체들은 1980년대에는 판매원을 근로자로 채용해 사용하였으나, 판매업무의 위와 같은 특성을 파악한 이후 판매원을 구체적으로 지배하기 보다는 그들이 자신의 능력을 발휘하도록 촉진하는 쪽으로 선회한 것으로 보인다. 즉, 근로계약이 아니라 위탁계약을 체결하는 형태로 바뀐 것이다. 왜냐하면 판매원에게 판촉업무를 맡겨 알아서 판매활동을 하게 하더라도 판매원이 기업가정신 혹은 주인의식을 가진다면 납품업체의 이익에 부합하는 방향으로 행동한다는 점을 알게 되었기 때문이다. 기업가정신 내지 주인의식을 고취하는 가장 좋은 방법은 성과급 기반의 보수체계를 강화하는 것임은 다언을 요하지 않는다. 그 결과 완전 성과급제를 도입하여 판매원들이 이윤창출과 손실초래의 위험을 스스로 부담하게 함으로써 이들이 마치 독립사업자와 같은 외관을 띠게 된 경우도 생겨나게 되었다. 하지만 판매활동을 촉진하고 매출을 극대화하기 위한 관점에서 판매원과의 계약 형태나 내용이 구성되었다는 점에서 보면, 판매원도 결국 기업의 판매조직을 구성하는 인적 자산에 불과하다고 할 것이다.

그런데 납품업체는 백화점 운영회사와 체결한 ‘특약매입거래계약’에 따라 매장관리에 관해 구체적인 의무를 부담하는데 이는 매장에 근무하는 판매원에 의해 이행되어야 하는 것이 대부분이고 그러한 이행이 원만히 이루어지지 않으면 해당 매장에서 퇴출당할 수도 있다.¹⁷⁾ 납품업체로서

17) 발렌타인 사건 판결에서는 다음과 같은 사실인정이 등장한다. 즉, 피고와 백화점 운영회사와 체결한 ‘특약매입 표준거래계약서’에 의하면, 파견된 종업원 등은 피고가 납품한 상품의 판매업무와 상품의 진열·보관 및 관리 등 판매촉진 활동과 관련된 업무를 백화점 운영회사들의 매장관리 지침을 준수하는 범위에서 수행하여야 하고(제13조 제3항), 피고는 파견한 종업원 등으로 하여금 고객이 백화점에서 통상적으로 제공받을 것으로 기대하는 수준 이상의 서비스 품질을 유지할 의무가 있으며(제14조 제1항), 백화점 운영회사들은 파견된 종업원 등에 대하여 고객 서비스 향상을 위한 교육을 실시할 수 있고(제14조 제2항), 파견된 종업원 등이 통상의 상품정보 및 판매능력을 보유하고 있지 못하거나, 법률과 사회상규의 위반, 고객에 대한 서비스 마인드 부족 등으로 종업원 등으로 근무하기가 부적합하다고 판단되는 경우, 백화점 운영회사들은 피고에게 당해 종업원의 교체를 요구할 수 있다(제14조 제3항).

는 판매원을 자신의 이행보조자로 활용, 통제하면서 백화점 운영회사와의 관계를 유지해야하는 것이다. 나아가 발렌타인 사건들 중 대법원 2015다 62456호 판결에만 언급된 내용을 인용하면, “판매원의 근무태도는 매출에도 영향이 있을 뿐만 아니라 피고의 대외적인 이미지에도 큰 영향을 줄 수 있으므로” 판매원에 대한 교육이나, 근태관리도 납품업체로서는 놓칠 수 없는 부분이다.

정리하면, 납품업체는 판매원에게 한편으로 자유를 주기는 하지만 다른 한편으로 일정한 한계를 정하기도 하는데, 이는 마치 닭에게 산란을 위한 생활의 재량을 주면서도 활동범위를 설정하는 1번이나 2번의 양계업자의 행태와 동일하다. 판매원은 납품업체의 기업자산이면서 동시에 이행보조자로서의 2중적 지위에 있게 된다는 점에서 위탁판매원은 납품업체의 판매사업의 일부라고 보아야 한다.

나. 같은 사실, 다른 평가

백화점 위탁판매원에 대한 판결에서도 재판부마다 결론이 엇갈리는 경우가 있는데, 이는 대체로 새로운 사실의 인정이나 적용 법리의 상이함에 터잡은 것이 아니라 ‘사실에 대한 평가’의 차이에서 발생한다. 그러한 평가의 차이는 사용종속관계 유무에 대해 대법원이 제시한 여러 판단요소를 적용하면서 발생한다. 아래 표는 발렌타인 사건에서 동일한 사실관계에 대해 원심과 상고심 판결이 어떻게 다르게 평가를 했는지를 예시적으로 보여준다.

	원심 판결(근로자성 부정)	대법원 판결(근로자성 인정)
업무	일반적으로 위임계약에서도 특정한 시간과 장소가 정해진 업무를 위임하는 것이 충분히 가능하므로, 원고들의 업무장소가 백화점 매장으로, 업무시간이 백화점 운영시간으로 정해진 것은 백화점 매장 판매업무의 특성상 시간과 장소가 정해진 업무를 위임한 데	백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결할 때 지정된 근무장소(주로 백화점)에서 그 백화점 영업시간 동안 지정된 물품(피고가 백화점에 납품한 물품)만을 지정된 가격으로 판매하여 왔다.(중략) 이에 의하면, 백화점 판매원들은 백화점 등에서 근무할 때

	원심 판결(근로자성 부정)	대법원 판결(근로자성 인정)
	<p>다른 것일 뿐, 위임의 성질에 반하는 것이 아니다.</p>	<p>피고 본사 직원이 상주하지 않더라도 백화점 매장관리 지침을 준수하면서 백화점에서 요구하는 통상적인 수준의 서비스 품질을 유지할 것이 요구된다고 보인다.</p>
<p>업무감독</p>	<p>원고들이 수행하는 판매 업무의 방식은 피고의 상당한 지휘·감독을 받는 것이 아니라 원고들 개인의 재량과 역량에 따라 이루어졌고, 매장 운영은 원칙적으로 원고들에게 일임되어 있었다. 피고 본사에서 백화점 매장을 정기적으로 방문하였다고 하더라도 이는 매장 진열업무 지원이나 위탁자의 지위에서 피고가 행하는 최소한의 이행상황점검 차원에서 이루어진 것으로 보이므로, 이를 들어 원고들이 업무수행 과정에서 피고의 상당한 지휘·감독을 받았다고 볼 것은 아니다.</p>	<p>피고는 전산 시스템을 통하여 각 매장의 재고 현황을 실시간으로 파악할 수 있었고, 피고 본사 영업부 직원이 약 1주일 간격으로 매장을 방문하여 판매 현황 등을 확인하였으며, 연 2회 신상품 소개 등에 관한 상품설명회를 연 것 외에는 업무 수행과 관련하여 별도의 교육을 실시한 바 없다. 이는 백화점 판매원들이 피고와 판매용역계약을 체결하는 방식 전·후로 큰 차이가 없는 것으로 보인다.</p>
<p>근태관리</p>	<p>피고는 평소 판매원들의 출·퇴근 상황에 관하여 관리를 하지 아니하였고, 일시적으로 판매원들에게 출근등록을 요구한 적이 있으나 이에 관하여 검증이나 제재가 이루어지지 않는 않았다. 또한, 위임의 경우에도 수입인은 위임인의 청구가 있는 때에는 위임사무의 처리상황을 보고하여야 하는바(민법 제683조), 위와 같은 일시적인 출근등록 요구는 이러한 위임인의 청구권 행사의 범주에서 크게 벗어나지 않는다.</p>	<p>피고는 판매용역계약을 체결한 이후 내부 전산망을 통하여 백화점 판매원들에게 업무와 관련하여 각종 공지를 한 적도 있었는데, 대표적으로 ① 출근시간 및 시차의 등록 공지, ② 아르바이트 근무현황표 제출 공지, ③ ~ ⑦ 생략) 등이 있었다. 피고는 위와 같이 근태를 관리하거나 업무 관련 공지를 한 것은 일시적이었다고 주장하나, 그 기간 등은 명확하지 않다.</p>

	원심 판결(근로자성 부정)	대법원 판결(근로자성 인정)
휴가사용	원고들이 휴가 사용을 피고 본사에 통지하기는 하였으나, 이는 휴가에 대한 사전 허가를 받기 위한 것이 아니라 업무협조를 위한 것으로 볼 수 있다.	백화점 판매원들은 휴가, 병가 등을 사용할 경우 사전에 또는 사후에 피고에게 보고하고, 피고는 백화점 판매원들의 ‘병가 및 출산 휴가 현황표’를 작성하여 보관하고 있었다.
보수	피고가 지급하는 수수료는 기본적으로 판매원들이 수행한 업무실적의 결과에 비례하여 결정되는 구조이다. 수수료 액수에 상한선과 하한선을 두었던 사실, 특정 시기에는 고정급을 지급하기도 한 사실은 인정되나, 이는 피고가 판매하는 상품의 특성상 월별 매출액 편차가 큰 점을 고려하여 판매원들을 배려하는 차원에서 취해진 조치이거나 경기 불황이라는 특수한 상황 하에서 판매원들의 요청에 따라 일시적으로 취해진 조치이었다. 또한, 이는 판매용역계약의 내용 및 특성상 일정 시간 동안의 업무수행이 요구되므로 보수 체계에 그러한 특성이 반영된 것으로도 이해되고, 나아가 일반적인 위임계약에서도 위임업무의 내용 및 특성에 따라 고정적 보수를 지급하도록 약정하는 것이 충분가능하므로 위임의 성질에 반한다고 볼 수도 없다.	백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결한 이후 2008. 9. 경까지는 판매용역계약에서 정해진 수수료 비율에 의하여 각 매장에서 발생한 매출에 따라 계산된 수수료를 상한선(기존 연봉의 120% 또는 130%), 하한선(기존 연봉의 85%, 하한선은 매출액 대비 일정한 비율이 아니라 기존 연봉의 일정한 비율로서 실질적으로 고정 수수료의 의미로 보인다)의 범위 내에서 지급받았으나, 앞서 본 바와 같이 일부 백화점 판매원들에 대한 판매용역계약서에 수수료 비율의 기재가 없는 것도 있고, 계약기간이 종료되어 수수료율이 변경되는 경우에도 판매용역계약을 새로 체결하지도 않는 등에 비추어 백화점 판매원들과 피고가 협의하여 그 수수료 비율을 정하였는지 여부가 명확하지 않다.
정기급	피고가 원고들에게 근로자의 날 등에 일정 금원을 지급한 사실이 있으나, 이는 원고들의 종속성 여부를 판단함에 있어 비중 있는 사정이 될 수 없다.	피고는 명절, 근로자의 날 등 특정한 날에 백화점 판매원들 모두에게 정기금을 지급하기도 하였다.

다. 검토

하나의 사실에 대한 평가가 재판부마다 오락가락한다는 점은 해당 법률관계에 대한 예견가능성을 떨어뜨려 분쟁가능성을 높이고, 국민의 사법부에 대한 불신을 초래한다는 점에서 심각한 문제가 아닐 수 없다. 우왕좌왕하는 판결의 원인은 재판부별로 사용종속관계를 이해하는 성향의 차이 때문이다. 이에 근로자성을 다룬 판결에 대해 재판부의 사용종속관계에 대한 실질판단방식에 대해 편파적이라거나 실질을 간과했다는 취지의 문제를 제기하는 평석을 쉽게 찾을 수 있다. 노동사건에서는 법관의 노동에 대한 인식과 노동현장에 대한 이해도가 중요한 재판의 전제조건이 된다.¹⁸⁾ 그러나 재판부마다 노동에 대한 인식과 이해도는 천차만별이다. 근로기준법상 사용종속관계의 판단기준은 2006년 부산학원사건 판결에서 자세히 제시되었지만, 재판부마다 각 요소를 바라보는 관점이나, 각 요소별 중요도의 평가 비중이 상이해 위와 같은 문제가 발생하는 것이다. 위표에서 고정급유무, 업무시간이나 장소결정, 정기금지급여부 등에 원심과 대법원의 평가가 갈리는 부분을 본다면 문제의 심각성을 알 수 있다. 나아가 더 절망적인 점은 이러한 재판부 사이의 편차를 줄이는 것이 가능키나 한 것인지, 가능하다 하더라도 그 방법이 무엇인지를 파악하기조차 쉽지 않다는 사실이다.

한편, 대법원이 제시하고 있는 사용종속관계에 대한 판단기준은 매우 상세하다. 그 결과 새로운 사실관계 혹은 한 건의 예외 사정이라도 입증되면 판단에 영향을 미칠 수 있다. 즉, 근로자성 판단은 점점 노무이용자와 노무공급자 사이의 세부적인 그들만의 문제로만 집중되어 가고 있어 거시적 관점 이를테면, 그러한 유형의 일자리에 대한 구조적 문제나 연혁적 변천은 간과되기 일쑤이다. 비유컨대 나무만 보고 숲을 놓치는 형국이다. 앞의 문제점, 재판부별 관심사나 중요도 평가가 다르다는 문제점과 결합해 보면, 나무를 보더라도, 그 나무의 잎을 보는지, 열매를 보는지, 줄기를 보는지, 아니면 뿌리를 보는지 알 길이 없다.

양계업자가 달걀을 생산하는 1~4번 유형에서 닭은 노무공급자에 비유

18) 노상헌, 앞의 리뷰, 144쪽.

될 수 있다. 이 상황에서 닭의 근로자성을 판단해야 한다고 가정해 보자. 우리 사법부는 양계사업이라는 본질을 꿰뚫어 볼 수 있을지 걱정이다. 산란이라는 일을 하는 것은 동일하지만 닭장의 크기나, 사육방식에 변화가 발생할 때, 세부적인 사항에 민감하게 반응하는 현재의 재판관행에 따르면 법원의 판단은 대단히 흥미로운 결론을 보여 줄 지도 모르겠다. 예컨대, 3번에서 2번이나 1번으로 변화한 경우를 생각해 보자. 업무장소나 시간을 지정하지 않았고 실제로 일을 하는지 감시할 수도 없었으며, 닭들이 그들의 힘의 관계에 따라 조지 오웰의 「동물농장」에서와 같이 스스로의 조직을 갖추어 다른 닭으로 대체해 산란하게 할 수도 있다는 주장이 난무할 것이다. 이러한 주장에 법원이 솔깃하지 않을 리 없다. 하지만, 우리는 잘 알고 있다. 양계업자와 닭의 사이의 관계에서 양계업자는 노무를 수령하고 닭은 노무를 제공하고 있다는 그 본질에는 아무런 변화가 없다는 것을.

특고, 플랫폼일자리 등 근로기준법상 근로자성이 부정된 사건의 소식을 점점 자주 듣게 된다. 이 상황을 슬기롭게 해결하고 노동법을 회생시킬 수 있는 방법은 노무공급자와 노무이용자의 세부적인 관계에 집착하기 보다는 거시적 안목에서 그 노동이 목적하는 바가 무엇이고 어떤 구조하에서 이루어지는가를 파악할 필요가 있다. 이에 노동의 종류, 즉 사업별 내지 업종별로 숲을 바라보는 관점을 근로자성 판단에 가미할 필요가 있다.

사용종속관계 유무의 판단에 집착하는 현재의 근로자성 판단구조가 공고하게 자리잡고 있음을 인정한다면, 결국 우리 법원의 근로자성 평가에 관한 기준 그 자체를 근본으로 되돌아가 살펴보아야 하는 것은 아닐까.

Ⅲ. 근로자성 인정 요건으로서의 사용종속관계에 대한 비판

1. 문제 제기

사법부는, 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결[부산학원사건] 이래 근로기준법상 근로자성 판단시 적용하는 사용종속관계의 판단요소로 여러 가지를 제시하고 있는데,¹⁹⁾ 위에서 살펴본 백화점 위탁판매원 사건 판결에서도 법원은 결론을 내리기 위하여 많은 증거를 수집하여 사실을 인정하고 그러한 과정을 거쳐 인정된 사실을 평가하였다. 그러나, 발렌타인 사건과 삼성물산 사건을 비교해 보면 결국 판매원이 지급받은 보수에 고정급으로서의 성격이 있느냐 아니면 오로지 성과급이냐가 결론에 결정적 영향을 미쳤을 것이라는 강한 의심을 가지게 된다. 이에 사용종속관계 유무에 대한 판단요소가 사법적 판단에서 구체적으로 어떻게 작용되는지 감을 잡기가 쉽지 않음을 다시금 실감하게 된다. 유사한 사실관계라 하더라도 이를 판단하는 자의 사용종속관계관에 따라 결론이 오락가락하는 것이다. 도무지 예견가능성을 찾기도 어렵고, 무엇보다 사건의 당사자인 사용자나 근로자 쌍방을 설득하기도 어렵다. 좀 더 객관화되고 예견가능한 기준은 없는 걸까. 이러한 관점에서 근로기준법상 근로자에 대한 정의규정을 되짚어보고, 이로부터 다음과 같은 질문을 던져 보게 되었다.

“근로자성을 판단함에 있어서 사용종속관계의 존부가 반드시 필요한가?”

19) ① 업무 내용을 사용자가 정하고, ② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며, ③ 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ④ 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ⑤ 노무공급자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ⑥ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, ⑦ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, ⑧ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 ⑨ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑩ 근로 제공 관계의 계속성과 ⑪ 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, ⑫ 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, ⑬ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, ⑭ 근로소득세를 원천징수하였는지, ⑮ 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.

2. 판례 및 통설의 태도

거의 모든 노동법 교과서는 근로기준법 적용의 전제조건으로 사용종속 관계를 제시하고 있다.²⁰⁾ 판례 역시 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다”라고 하여 동일한 입장을 취하고 있다.

그런데, 근로기준법 제2조 제1항 제1호는 근로자에 대해 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람을 말한다”라고 정의하고 있는데, 이 문언상 어디에서 사용종속관계가 도출되는지 알기가 어렵다.²¹⁾ 근로기준법은 이 용어에 사용된 임금, 근로에 대해서도 별도의 정의를 하고 있는데(법 제2조 제1항 제3호, 제5호), 이 정의의 내용을 결합해 보면, 근로자는 “직업의 종류와 관계없이 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 모든 금품을 목적으로 사업이나 사업장에 정신티동과 육체노동을 제공하는 사람을 말한다”로 풀어진다. 법률의 해석은 1차적으로 법문언에 기초한 문리해석에 의하여야 하므로, 위 정의규정 자체를 가지고 근로자의 요건을 분석하면 (i) 직업의 종류와 관계없이, (ii) 임금을 목적으로, (iii) 사업이나 사업장에, (iv) 근로를 제공하는, (v) 사람과 같다.

그렇다면 대체 ‘사용종속관계 하에서’ 혹은 ‘인적 종속성 하에서’라는 요건은 위 문언 중 어디에서 도출되는가? 판례는 이미 오래전부터 근로자 개념에 대해 사용종속관계가 존재해야함을 실시하고 있지만, 그 문언적 근거를 밝힌 적은 없는 것 같다.

20) 예컨대, “노동법은 노동관계, 즉 근로자의 노동력 제공에 관련된 생활관계를 규율하는 법이다. 여기서 노동은 독립적 노동(예컨대 고객에 대한 자영업자의 노동)이 아니라 종속적 노동으로 한정된다.”(임종률, 『노동법』 제16판, 박영사, 2018, 3쪽).

21) 같은 취지로는 박종희, “근로기준법상 근로자개념-근로기준법의 적용확대와 선별적용과 관련하여”, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회, 2003, 72, 75쪽 참조.

실무가 중에는 이에 관한 답답함을 피력하는 경우가 있는데, 예를들면 ‘사용종속관계’라는 요건의 문언적 근거에 대해서 “일본의 노동기준법은 근로자를 정의하면서 ‘사용’이라는 문언을 삽입하고 있어 근로자의 개념 요소로 사용종속관계를 도출하기 쉬운 반면에 우리 근거법은 ‘사용’이라는 문언이 들어 있지 아니하여 상대적으로 법 문언으로부터 사용종속관계를 당연히 도출하기는 어려운 측면이 있어 보인다”는 지적이 있다.²²⁾ 즉, 명확한 문언적 근거가 없다는 점을 우회적으로 꼬집은 것이다. 한편, 구체적인 문언적 근거를 어떻게 해서든 찾기 위한 시도로 “법문의 ‘임금을 목적으로 근로를 제공한다’는 것의 의미를 ‘종속적 관계’에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금을 얻는 것을 뜻하는 것으로 파악한다”고 소개하는 선에서 마무리하는 경우도 있다.²³⁾

물론 법률해석이 반드시 문언에만 의존해야 하는 것은 아니다. 법의 취지나 체계, 입법자의 의도 등을 고려하는 이른바, 체계적 해석, 목적적 해석 등도 가능하다. 문언상 명확하지 않지만 판례나 통설이 당연한 요건으로 인정된다고 보는 경우가 비단 근로자 개념에만 있는 것은 아니다.²⁴⁾ 그러나, 근로기준법을 노동법 교과서가 아니라 법률 문언 그 자체로 접하는 일반 국민들의 입장에서 볼 때, 이러한 숨은 요건을 구체적 사건에서 요구하는 판례나 통설은 국민의 법치주의에 대한 기대에 온전히 부합하지 않는다는 문제가 있다.²⁵⁾ 나아가, 이러한 숨은 요건은 입법

22) 노동법실무연구회(권두섭·임상민 집필 부분), 『근로기준법주해 I』 제2판, 박영사, 2020, 112쪽.

23) 민변 노동위원회 편저, 『변호사가 풀어주는 노동법 I 근로기준법』 신판, 여림출판, 2014, 8쪽.

24) 법학을 공부한 사람들에게 비교적 널리 알려진 예로는, 형법상 재산죄의 구성요건 중 범문에 명확히 드러나지 않는 ‘불법영득의사’가 필요하다고 보는 사례가 있다. 그런데 불법영득의사는 범죄성립에 필요한 추가적 구성요건으로서 피고인을 국가로부터 보호하는 기능을 수행한다. 그런데, 사용종속관계는 약자인 노동하는 자가 근로기준법의 보호를 받기 위해 추가적으로 입증해야 하는 요건이라는 점에서 불법영득의사와는 정반대의 기능을 수행한다.

25) 참고로, 필자의 개인적 경험이기도 한, 누구나 법령을 검색할 수 있는 국가법령정보센터 홈페이지에서 근로기준법은 실시간검색순위 10위권을 벗어난 경우를 거의 보지 못하였다. 그만큼 많은 사람들이 근로기준법을 직접 찾아 읽고 있음을 알 수 있다.

적으로도 법률 개정의 방법으로 수정하기가 쉽지 않다는 문제점도 존재한다. 법률에 명시된 문언은 삭제하거나 수정하면 그만이나, 해석론에 의해서만 확립된 요건을 입법기술에 의해 변경하기란 여간 어려운 작업이 아니다.

3. 사용종속관계 요건 추종에 대한 비판

가. 사용종속관계론의 근거 - 계약자유 원칙에 대한 예외적 성격

문언적 불명확성은 그렇다고 치더라도 대체 통설이나 판례가 사용종속관계를 근로자에 대한 근로기준법상 보호의 전제로 요구하는 이유는 무엇인가. 이에 대해서는 김형배 교수가 다음과 같이 비교적 상세한 설명을 한 바 있다.

근로기준법(제2조 1 ①)은 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 근로자라고 규정하고 있으나, 노동법의 적용을 받기 위해서는 사용자와 근로자의 관계 내지 근로자의 노무제공의 성질 및 모습이 보다 구체적으로 규정되지 않으면 안 된다. 노무를 제공하는 자가 사용자와 대등한 독립적 관계에서 노동력을 제공하고 임금이나 보수를 받는 대등한 지위에 있는 경우에는 근로자보호법은 적용될 여지가 없다고 보아야 하기 때문이다. 대등한 당사자관계에서는 계약의 내용인 급부(노무제공)와 반대급부(보수지급)의 결정에서 대등한 교섭력을 가지게 되고 어느 일방당사자가 상대방에 대하여 우월적 지위에 있지 않기 때문에 약자에 대한 특별보호는 문제되지 않는다. 이와 같은 당사자들은 계약자유 원칙에 의하여 그들의 권리·의무의 내용을 스스로 자유롭게 결정할 수 있으며, 그렇게 하더라도 급부와 반대급부 사이에 실질적 공정성이 유지될 수 있기 때문이다.²⁶⁾

위 설명에 따르면, 계약관계는 원칙적으로 계약자유 원칙에 의해 당사자들이 자유로이 정하면 되므로 민법이 적용되지만, 계약당사자 일방이 약자인 경우에 특별한 보호가 있어야만 공정성이 유지될 수 있고, 그러

26) 김형배, 『노동법』 제26판, 박영사, 2018, 28쪽.

한 필요가 있는 경우에 한하여 노동법이 적용되어야 한다는 것이다. 즉, 노동법의 적용범위를 계약자유의 원칙에 대한 예외로서 인식하고 있다.

그런데, 이러한 입장이 현대사회에서 요구하고 있는 노동에 대한 보호를 온전히 수용하고 있다고 평가할 수 있는지는 의문이다. 위 이론은 노동법이 최초로 생겨난 100여년 전에는 유용한 이론이었을 것이다. 즉, ‘신분에서 계약으로’ 사회가 변화되어 모든 사람이 일단 법적으로는 대등한 지위에 있다고 간주되던 시절, 즉 민법이 득세하던 시절 구체적인 현실에서 노동하는 사회적 약자를 보호하기 위한 특별법으로서의 노동법이 예외적으로 필요한 이유를 제시하고 이를 통해 노동법의 교두보를 확보하려고 애쓰던 그 시절 말이다.²⁷⁾ 시간의 흐름에 따라 사람이 변하고, 또 그들의 생각도 변하기 마련이며, 자연 법적 보호 수준에 대한 기대는 높아진다. 1950년대와 비교할 수 없을 정도로 성장한 현재 대한민국의 인권의식을 생각해 보면 쉽게 이해할 수 있다. 이에 현대적 관점에서 볼 때 과거의 이 이론만으로 근로기준법의 사정거리가 충분한 설명이 된다고 보기는 어렵다. 이에 사용종속관계를 매개로 근로기준법상 보호범위를 확정하는 입장은 다음과 같은 관점에서 재고가 필요하다.

나. 비판① - 헌법상 근로의 권리 간과

원칙과 예외의 관계에서 예외는 늘 원칙에게 자리를 양보해야 한다. 예외는 축소되어야 마땅하고 원칙은 지켜져야 하기 때문이다. 노동법의 적용범위를 계약자유의 ‘원칙’에 대한 예외의 영역으로 본다면 노동법의 적용범위는 축소지향이 될 수밖에 없다. 위 김형배 교수의 기술은 그러한 의도를 내비치는데 인색함이 없다. 문제는 노동법 적용범위를 축소한다면 이는 곧 근로자의 권리를 줄이고, 사용자의 의무를 면제시키는 결과가 되고, 노동하는 자에 대한 보호가 소홀해 진다는 점이다.

노동법을 단지 민법의 하위 영역으로 본다면 계약자유의 원칙에 의해 그 적용범위가 조정될 수 있다고 볼 수 있지만, 우리나라의 현대 노동법은 민법을 벗어나 독자적인 헌법적 근거를 가지고 있다. 전통적인 공·사

27) 독일에서의 종속노동개념의 형성 경위에 대한 소개는 박종희, 앞의 논문, 77-81쪽 참조.

법 이분론에 의하면 노동법은 양 측면의 성격을 모두 가지고 있는 것이다. 따라서 민법을 중심으로 노동법을 이해하여 노동법에서 계약자유의 원칙을 강조하는 입장은 노동법의 나머지 절반 혹은 그 이상을 차지하고 있는 공법적 성격에 눈감아버리는 결과를 초래한다.

헌법은 개인들 사이의 관계 즉, 민사관계는 물론이고 개인과 국가와의 관계도 함께 규율한다. 즉, 민법보다 그 적용의 폭이 넓고 깊다. 계약자유의 원칙은 민사상 ‘원칙’에 불과하다. 계약자유의 원칙에 대해 직접적으로 규정하고 있는 헌법규정은 없다. 다만 행복추구권(제10조)이나, 직업의 자유(제15조), 경제질서(제119조) 규정 등으로부터 도출될 뿐이다.²⁸⁾ 그런데, 근로기준법은 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리, 제3항의 인간 존엄을 보장하는 근로조건 기준 법정화, 제34조 제1항 인간다운 생활을 할 권리 등에 명문 근거를 두고 있다. 즉, 국가가 이러한 기본권을 보장할 의무가 있는 것이다. 헌법재판소도 이 점을 밝히고 있다.

헌법이 보장하는 근로의 권리에는 ‘일할 자리에 관한 권리’뿐만 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 포함되는데, 일할 환경에 관한 권리는 인간의 존엄성에 대한 침해를 막기 위한 권리로서 건강한 작업환경, 정당한 보수, 합리적 근로조건 보장 등을 요구할 수 있는 권리를 포함한다(헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670 참조). 근로의 권리를 담보하기 위하여 헌법 제32조 제3항은 “근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”고 하여 근로조건 법정주의를 규정하고 있다.²⁹⁾

28) “헌법 제10조는 행복을 추구할 권리를 보장하고 있고, 여기의 행복추구권 속에는 일반적 행동자유권이 포함되며, 이 일반적 행동자유권으로부터 계약의 자유가 파생되는데, 계약의 자유란 계약 체결의 여부, 계약의 상대방, 계약의 방식과 내용 등을 당사자의 자유로운 의사로 결정하는 자유를 말한다. 또한 헌법 제119조 제1항은 우리나라의 경제질서가 개인과 기업의 경제상의 자유, 사유재산제도 및 사적자치에 기초한 자유시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있다. 그러나 이러한 계약의 자유 내지 경제상의 자유는 절대적인 것이 아니라 약자 보호, 독점 방지, 실질적 평등, 경제정의 등의 관점에서 법률상 제한될 수 있을 뿐 아니라 국가의 과세작용과 관련하여서도 적지 않은 계약을 받지 않을 수 없다.”(헌법재판소 2002. 1. 31. 2000헌바35 결정).

29) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2014헌바3 결정.

더욱이 헌법 제32조에서 사용되는 ‘근로’의 개념은 종속노동에 한정되는 것이 아니라 생계수단으로서의 노동 전반을 포괄하는 개념이다. 결국 계약자유 원칙은 헌법적 관점에서 볼 때 계약을 자유롭게 체결할 권리에 다름아니고, 근로의 권리와 관계에서 우월적 지위에 있다고 단정하기 어렵다. 기본권간의 충돌이 발생하는 경우 서로를 조화롭게 해석하여야 한다. 근로의 권리 등이 보장되어야 한다는 것도 원칙이고 헌법상 계약을 자유롭게 체결할 권리도 보장되어야 하는 것이 원칙이다. 이러한 관점에서 볼 때, 근로기준법을 계약자유 원칙의 예외로 보아 사용종속관계가 존재하는 경우에 적용해야 한다는 입장은 헌법이 규범력을 갖춘 현대적 관점에서 볼 때 재검토가 필요하다.

즉, 헌법 제32조 및 제34조의 관점에서 볼 때, 사용종속관계를 근로자성의 핵심적인 개념징표로 삼아야 할 이유는 없다고 본다. 사용종속관계론의 규범력이 강하면 강할수록 노동법은 점점 왜소해지고, 근로의 권리도 약해져만 갈 것이다. 노동법이 왜소해지는 것이 노동에 대한 보호를 천명하고 있는 헌법적 가치에 전혀 부합하지 않음은 두말의 여지가 없다.

다. 비판② - 노동에 대한 보편적 보호 미흡

노동법이 탄생한 후 시간이 많이 지났다. 그사이 노동의 종류도 육체노동에 기초한 공장제 노동으로부터 정신노동을 비롯하여 근자에 플랫폼 노동으로 총칭되는 새로운 노동 형태도 등장하였다. 그리고 노동하는 사람들의 지식 및 의식수준도 높아졌으며, 그들은 이제 자신의 요구사항을 능동적이고 적극적으로 말하기 시작했고 이는 앞으로 더욱 강화될 것이다. 이는 민주주의의 생활화와 궤를 같이 한다. 그 결과 노동법의 내용이 풍부해졌다. 근로기준법이 과거에는 단순히 앞에서 지적한 경제적으로 우월적 지위에 있는 사용자의 횡포로부터 공정성을 확보하여 근로자를 보호하는데 목적이 있다고 보았다면, 이제는 한 걸음 더 나아가 근로자가 제공하는 모든 노동을 보호해야 한다는 방향으로 확대되어 간다. 근로기준법이 제공하는 보호는 이제 노동하는 사람들의 입장에서는 마치 공기와 같이 당연한 수준의 보호로 인식되기에 이르렀고, 이는 단순히 국민의 기대가 그러하다는 것에 기인한 것이 아니라, 우리 헌법의 규범력이

이를 요구하고 있기 때문이다. 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하도록 규정한 헌법 제32조 제3항이 그러하다.

사용종속관계는 ‘사용자와의 관계’를 중심에 둔 개념이다. 그 결과 인간의 존엄성에 터잡은 노동 자체에 대한 보호를 포괄하지 못한다는 문제가 있다. 다양한 노동의 형태로 인해 노동에 대한 보편적 보호 요구가 강화되고 있는 현대의 욕구를 따라가지 못한다는 한계가 있다. 그러나 생계의 근간이 되는 ‘노동 그 자체’를 중심에 둔다면 노동을 제공한다는 사실이 중요하며, 사용자는 이에 따른 법령상 책임을 부담할 주체의 지위에 있을 뿐이라고 본다면, 헌법의 이념이 보다 더 잘 구현될 수 있는 규범적 구조를 확보할 수 있다. 이에 반해 사용종속관계에 대한 집착은 노동을 보편적으로 보호해야 한다는 포용성을 발휘하기 어렵다는 한계를 내재하고 있다.

라. 비판③ - 노동법적용 여부가 노무이용자의 자의에 좌우

사용종속관계는 계약자유의 원칙에 대한 예외적 상황임을 확인하기 위한 요건이라는 통설의 입장에 의하면, 다음과 같은 문제점이 발생한다. 통상 노무이용자가 노무공급자에 비해 우월적 지위에 있다. 우월적 지위에 있지 않더라도 노무제공에 관한 계약은 통상 노무이용자의 주도하에 기획되고, 노무공급자가 이에 응하는 모양새로 체결된다. 노무이용자는 자신이 원하는 바를 효율적으로 달성하기 위해 타인의 노동력 활용을 여러 가지로 연구하고, 최적의 모델을 발견한다. 앞에서 본 백화점 판매원을 이용하는 납품업체의 경우에도 30여년 전에는 이들과 근로계약을 체결하였으나, 백화점 상품 판매의 특성을 간파하고 최적화하기 방편으로 이들에게 성과급체계를 제안한 것이다.

사용종속성을 ‘인적 종속성’이라고 표현하기도 하는데, 이는 사용자의 지시에 근로자가 인격적으로 종속되어 따른다는 점에 착안한 용어로, 근로자가 타인인 사용자의 결정에 따라 노동을 한다는 의미에서 ‘타인결정성’을 중요 판단기준으로 삼고 있다. 노동의 내용에 대한 결정권한, 이를테면 지휘·감독에 대한 구체성의 정도에 대한 결정권이 사용자에게 있고 자신의 이윤을 극대화하기 위해 어느 정도의 종속을 요구할지도 그의 자

유이다. 즉, 노동법의 적용여부가 그의 선택에 달려있는 셈이다. 그런데, 그 방식과 내용이 무엇인가라는 우연한 사정에 의해 노무공급자에 대한 노동법적 보호가 제공되기도 하고 배제되기도 하는 것은 법적 안정성을 무너뜨린다. 이를 방지한다면 정부나 법원이 이해당사자 사이의 노동법 적용 범위를 조정(調整)하는 것이 아니라 노무이용자가 자신의 이익에 충실한 노무이용 구조를 짚으로써 노동법의 적용범위를 조종(操縱)하는 권한을 획득하는 결과가 되고 만다. 노무이용자가 자신의 비즈니스 모델을 결정하면서, 신기술 개발, 기술혁신, 빛나는 아이디어 등과 같은 보편적 이익(즉, positive sum)이 될 요소가 아니라, 노동법상 책임을 면탈함으로써 얻는 약탈적 이익(즉, zero sum)을 고려하도록 법제도가 유인하는 것은 정의롭지 못하다. 이를 헌법이나 법률이 허용해서도 안 되며, 사법부가 해석론을 통해 용인해서도 안 됨은 물론이다. 그러나 사용종속관계 인정에 있어 이러한 타인결정성의 성격을 배제 혹은 수정하는 해석론이 채택되지 않는 한 이 문제는 현재진행형이다.³⁰⁾

마. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 달걀생산모델을 4번에서 1번으로 바꾸더라도 닭이 산란을 위한 노력을 기울이고 양계업자는 여전히 달걀판매수익을 얻는다는 점에서 본질적인 변화는 없다. 백화점 납품업체가 근로계약을 체결한 판매원을 매장에 투입하는 것과 성과보상을 늘리고 매장운영의 자율성을 넓힌 위탁판매원을 투입하는 것은 모두 자신의 브랜드를 소비자에게 알리고 자신의 제품을 더 많이 팔기 위한 활동이라는 점에서 그 본질은 동일하다. 근로계약을 체결한 판매원을 투입하는 경우 마치 4번 닭과 같이 미주알고주알 사사건건 지휘·감독을 해야 했다면, 위탁판매원을 투입하는 경우에는 마치 1번 닭과 같은 넓은 재량을 부여했다는 차이가 있지만, 그 재량이라는 것도 결국 통제가능한 한계가 정해져 있으며, 동일한 목적을 가진 노무이용이라는 점에서 본질은 동일하다. 납품업

30) 타인결정성의 문제점을 극복하기 위한 독일의 노력에 관한 소개는 강성태, “근로자의 개념”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994, 55-65쪽 참조.

체가 백화점 운영회사로부터 제공받은 판매공간 그 자체와, 그 공간에서 판매활동을 함에 있어 백화점이 정한 규칙을 준수해야 한다는 사실에는 변함이 없기 때문이다.

그러나 판례는 사용종속관계를 엄격히 요구함으로써 1번과 4번을 구분하려고 애쓴다. 그 구분을 통해서 얻고자 기대하는 것은, 계약자유 원칙의 회복이지만, 다른 한편으로는 근로의 권리라는 헌법적 가치가 훼손될 수 있다.

노동을 한다는 점, 그것으로 생계를 유지한다는 점에서 노동하는 사람 각자는 헌법상 최소한의 보호는 받아야 하는데, 우리나라가 법률로 정한 최소한의 보호수준은 근로기준법이므로, 노동보호를 충실히 할 수 있는 범위까지 근로기준법의 보호대상은 확대되어야 한다. 이를 위해서는 계약 자유의 원칙이 제한되는지 여부가 아니라 노동보호의 필요성이 있는지를 판단하는 새로운 기준을 모색할 필요가 있고, 그러한 기준이 충족된다면 비록 사용종속관계가 인정되지 않더라도 근로자성을 긍정할 수 있을 것이다. 헌법재판소의 다음과 같은 판시를 새겨볼 필요가 있다.

근로조건을 정하는 것은 경제상황의 변화나 새로운 고용형태의 등장과 같은 현실의 변화에 따라 신속하고 탄력적인 대응이 필요한 분야이고, 어느 정도의 근로기준이 인간의 존엄성에 상응하는지에 관한 판단도 절대불변의 것이 아니라 사회·경제적 상황에 따라 변화하므로 시대상황에 부합하게 구체화될 필요가 있다.³¹⁾

정리하면, 사용종속관계가 존재하지 않는다고 해서 막바로 근로자성을 부인하여서는 안 된다. 헌법이 보호하고자 하는 노동은 종속노동만이 아니기 때문이다.

31) 헌법재판소 2019. 4. 11. 2013헌바112 결정.

Ⅳ. 사용종속관계 부존재시 근로자성 인정방안의 시론적 대안 모색 - 사업편입성

1. 사용종속성의 체계적 지위 변화 시도

현대 사회에서 나타나는 문제점을 포괄하지 못하는 판례와 통설의 사용종속관계 “요건”은, 더 큰 영역으로 확대되어 나가야 하는 노동법의 미래를 발목잡고 있는 것은 아닌지 생각해 볼 필요가 있다. 사용종속관계를 요건이라고 칭하는 것은 이것이 충족되지 않으면 노무공급자는 노동법 적용으로부터 문전박대를 당하기 때문이다. 이보다 먼저 사용종속관계에 대한 판단기준이 법적 근거가 불명확하다는 점에서 법치주의의 원칙에 부합하지 않는 면 역시 간과하기가 어렵다. 그러나 그렇다고 하여 사용종속관계이론을 당장 모조리 폐기하는 것도 바람직하지는 않다. 수십년간 쌓아온 근로기준법 적용의 원칙을 변경한다는 점에서 법적안정성에서의 문제가 발생하기 때문이다.³²⁾ 이에 사용종속관계의 존재는 근로자의 이익을 위한 원용은 허용되나, 그 반대는 허용되지 않는 방식을 통해 현재까지의 기준과 변화될 기준 사이의 과도기적 절충을 시도하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다. 즉, 노동보호를 달성할 수 있다면, 사용종속관계의 존재라는 요건을 적극적으로 원용하는 것은 무방하다. 그러나 사용종속관계가 부존재하는 경우에는 이를 이유로 근로기준법의 적용을 막바로 배제하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 환언하면 사용종속관계가 존재는 근로자성 인정의 충분조건이기는 하나 그 부존재가 근로자성 부인의 충분조건이 되지는 않도록 체계적 지위를 변화시키는 것이다.

2. 사업편입성에 대한 탐색

그렇다면 사용종속관계가 부존재하다고 인정되는 경우에는 어떤 근거를 통해서 노동보호의 필요성이 있다고 보아 근로자성을 인정할 수 있는지 검토가 필요하다.

32) 같은 취지 강성태·유성재·박제성·박은정, 앞의 책, 110쪽.

이에 대한 해법을 모색하기 위해서는 다시 근로기준법 제2조 제1항 제1호로 돌아가야 한다. 근로기준법상 근로자는 (i) 직업의 종류와 관계없이, (ii) 임금을 목적으로, (iii) 사업이나 사업장에, (iv) 근로를 제공하는, (v) 사람을 의미하는바, 이 요건 중 (iii) 사업 또는 사업장 개념에 관심을 두어야 한다. (iii)의 요건은 노동이 이루어지는 장소 혹은 노동의 대상을 제시하는 것으로서, 어느 노무공급자의 노동이 사업 또는 사업장에서 혹은 사업 또는 사업장을 위해 이루어진 것이라면 나머지 요건이 충족되면 사용종속관계가 인정되지 않더라도 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 수 있다.

이와 관련하여 근로자성의 인정요건으로서의 ‘사업 또는 사업장’의 의미에 대해서는 깊이 있는 연구가 진행되지는 않은 것 같다.³³⁾ ‘사업 또는 사업장’은 근로기준법, 산업재해보상보험법, 산업안전보건법 등 여러 노동법에서 사용되고 있는데, 노동법이 적용되는 터전이 어디인지를 특정하는데 필요하기 때문이다. 그러나 노동법 어디에서도 이를 별도로 정의하고 있지는 않다. 대법원은 최근 산업재해보상보험관계 적용단위로서 독립한 ‘사업 또는 사업장’의 의미에 대해 “일정한 장소를 바탕으로 유기적으로 단일하게 조직되어 계속적으로 행하는 경제적 활동단위를 가리키는 것”이라고 해석한 바 있다는 점을 참고할 수 있다(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012두5176 판결).³⁴⁾ 특히, 산재보험이 근로자를 업무상재해로부터 보호하기 위한 사회보험제도로써 근로기준법상 재해보상제도의 보장성을 강화한 것이라는 점에서, 근로기준법상 근로자개념을 해석하는 요건으로서의 ‘사업 또는 사업장’의 의미도 이와 마찬가지로 파악하여도 무방할 것이다. 이러한 해석에 의하면 ‘사업 또는 사업장’은 ① 일정한 장소에 기반할 것, ② 유기적인 단일한 조직일 것, ③ 계속적으로 행해질

33) 다만, 사업의 개념에 관한 연구로는 박제성, “사업 개념의 재검토:가능태로서의 사업”. 『노동법의 존재와 당위-김유성 교수 정년기념』, 박영사, 2006 참고.

34) 이밖에 퇴직금제도 설정대상인 ‘하나의 사업’에 대하여 “특별한 사정이 없는 한 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미한다”는 판결도 존재하나(대법원 1993. 10. 12. 선고 93다18365 판결), 기업은 영리를 목적으로 한다는 점에서 영리성이 필수적으로 요하지 않는 사업의 개념과 동일한 의미로 보기는 어렵다.

것, ④ 경제적 활동단위로 분석된다.³⁵⁾ 따라서 노무공급자의 노동이 이러한 요건을 갖춘 사업 또는 사업장에서 이루어지는 것이라면 그러한 노동에 대해서는 보호필요성이 있다고 볼 수 있다. 그것이 노동보호에 관한 헌법정신에 부합하기 때문이다.

이 중 근로자성 판단에 있어 특히 중요한 요건은 ②와 ④이다. 조직이란 사전적으로 “일정한 지위와 역할을 부여받은 사람이나 집단이 특정한 목적을 달성하기 위하여 질서 있는 하나의 집단을 이루는 것”을 의미한다. 어느 노무공급자의 노동이 이러한 조직의 일정한 목적달성을 위해 이루어지는 것이라면, 이 요건을 충족할 수 있을 것이다. 구체적으로 단일한 조직에 속해있는지를 확인하는 방법은 조직 내 누군가, 예컨대 기업의 경우라면 대표이사가 의사결정을 하였을 때, 그러한 의사결정의 내용을 실현하기 위해 반응하는 자가 있다면 그 자는 조직 내에 속한다고 볼 수 있다. 다만, 모든 의사결정에 반응할 필요는 없고 조직의 관점에서 중요한 의사결정에 반응하는 것으로 충분하다고 볼 것이다. 조직을 구성하는 자 사이의 관계는 반드시 근로계약일 필요도 없다. 위임의 형태도 얼마든 가능하다. 기업체 임원을 생각해 보면 쉽다. 따라서, 앞에서 살펴본 백화점 위탁판매원의 경우에도 그의 판매활동은 납품업체의 의사결정권자의 의사(이를 테면 제품의 판매가격이나 할인여부 지시, 백화점의 일상적 지시를 준수하라는 지시 등)를 따르며 이루어진다는 점에서 그는 판매조직의 일부에 속하므로 이 요건을 충족할 수 있다. 이 점은 발렌타인 사건 중 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다62456판결에만 명시된 인정사실인, “피고는 그 브랜드 제품을 전국에 산재한 백화점 약 75 곳에 1곳당 2~3개씩 개설한 매장에서 판매함으로써 매출을 올리는 회사이고, 각 매장에서는 약 400명에 이르는 판매원들이 판매활동을 거의 전담하여 왔다”는 점을 통해서 알 수 있다. 즉, 납품업체가 자체 브랜드를 보유하고 있고 이를 소비자에게 판매하여 이윤을 얻는 과정에서 위탁판매원들을 자신의 판매조직으로 포섭하지 않고는 이러한 거대한 판매망을 구축하는 것은 불가능하기 때문이다. 이러한 사실은 위 판결에 “피고의

35) 이 각 요건과 관련하여 산재보험법적 관점에서의 설명은 김린, “온주 산업재해보상보험법 제6조”, 2017 참조.

매출과 수익 규모는 각 매장의 매출 규모에 따라 좌우되므로 판매원들의 판매업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 부분이다.”라는 설시로도 연결된다.

④의 경제적 활동단위는 노무공급자가 제공하는 노동이 노무이용자의 이윤추구 등 경제적 활동 단위와 일치하거나 또는 이에 속하여야 한다는 취지로 해석할 수 있다. 발렌타인 사건에서 판시한 위와 같은 사실관계에 의하면, 위탁판매원의 판매활동은 노무이용자와 경제적 이익이 온전히 일치한다. 이 점은 근로자성이 부정된 코오롱인더스트리사건에서 원심법원의 다음과 같은 판시에서도 확인이 가능하다.

“피고가 매출 목표를 제시하거나 목표 달성을 독려한 것은 원고들의 매장이 백화점에서 퇴출되는 것을 막기 위한 목적도 있다. 일정한 매출액과 점유율에 관한 부분은 이 사건 계약이 지속되는 전제이자 피고뿐만 아니라 원고들과도 밀접한 경제적 이해관계가 있다.”³⁶⁾

이를 통해 백화점 내에서의 매장이 실적목표를 달성하고, 퇴출되지 않도록 하는데, 판매원과 납품업체는 공동의 경제적 이해관계를 가지고 있고, 이를 위해 하나의 단위처럼 움직였다는 점을 알 수 있다.

그렇다면, 위탁판매원의 노동은 일용 납품업체의 사업 또는 사업장의 일부로 편입된 상태에서 이루어졌다고 보아도 무방하다. 즉, 위탁판매원에 대해 제일모직 사건과 같이 재판부가 사용종속관계를 인정하지 않더라도, 사업 또는 사업장에 편입된 채 제공된 노동임이 인정되면 근로자성을 인정할 수 있다. 이러한 방식의 요건을 굳이 이름을 붙인다면 ‘사업 편입성’ 내지 ‘사업결합성’이라고 부를 수 있을 것이다.³⁷⁾

36) 서울고등법원 2019. 12. 20. 선고 2018나2054232 판결[코오롱인더스트리 사건].

37) 한편, 강성태 교수는 사용종속관계의 핵심적 내용으로 “사업결합성”을 제시하면서, 사업결합성의 구체적 징표를 다음과 같이 세 가지 관점으로 설명하였다. (1) 노무자체의 실질의 측면에서 ①공급되는 노무의 해당 사업에서의 중요성의 정도, ② 공급되는 노무와 해당 사업에서 이용되는 다른 노무와의 관련성의 정도, ③ 노무에 요구되는 기술이나 훈련의 정도, (2) 노무이용자의 권한의 측면에서 ① 노무이용자의 지휘감독의 존재여부, ②노무이용자의 노무공급관계의 성립과 종료에 대한 주도권의 존재여부, (3) 노무공급자의 측면에서 ①

이 요건은 노무공급자의 노무가 사업의 일부로 이용되었는가라는 거시적 관점을 고려하는데 주된 목적이 있다. 사용종속관계가 노무공급자와 노무이용자 사이의 미시적 관계에 집착함으로써 노무이용자에게 노동법 적용여부에 대한 우선권을 부여하는 문제점에 대한 대책을 강구하는데 특징이 있다.³⁸⁾ 따라서 현재 법원의 사용종속관계에 대한 판단기준 중 노무제공의 일신전속성, 근무시간과 장소에 대한 구속성, 작업도구 등에 대한 소유의 배제 등을 강하게 요구하거나, 보수가 근로제공의 대상이어야 한다는 등의 기준은 사업편입성의 관점에서 볼 때 근로자성을 판단하는데 중요한 요소가 될 수 없다. 사업편입성은 현재의 사용종속성보다 근로자성을 인정하는 범위가 확대되는데, 이는 현재 법원의 판단기준에 따른 사용종속관계가 있다면 사업편입성도 옹당 인정될 수 있음을 의미한다. 즉, 사업편입성의 개념이 현재의 사용종속관계에 관한 해석론을 완전히 배제하는 것이 아니라 이를 품으면서도 근로자성의 인정범위를 확대하는 효과를 가지고 올 것이라는 점에 주목할 필요가 있다. 즉, 사용종속관계가 인정되는 징표 중 하나로 사업결합성을 파악하는 것이 아니라 반대로 사용종속관계가 사업결합성을 인정하는 징표 중 하나라고 보아야 한다. 따라서 법원이 제시하고 있는 사용종속관계가 인정되지 않더라도 사업결합성이 인정된다면 근로자성을 인정할 수 있을 것이다.

한편, ①의 장소성과, ③의 계속성은 플랫폼노동(특히 웹기반형)과 같은 현재적 노동방식의 경우에는 의미를 지닐 수 있다. 특히, 웹기반형 플랫폼노동의 경우에는 장소가 특별한 의미를 가지기 어렵다. 나아가 플랫폼노동은 단속적으로 여러 플랫폼업체와 거래가 이루어지는 경우도 있어

노무이용자에 대한 노무공급의 계속성과 그 밀도의 정도, ② 시설과 장비의 소유, ③ 이익과 손실에 대한 기회의 존재여부, ④ 제3자의 노동력의 이용여부, ⑤노무공급자가 속하는 특정한 직종에 통상적으로 근로자가 취업하고 있는가의 여부가 그것이다(강성태, “근로자의 개념”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994, 136-140쪽).

38) 한편, ④의 개념은 통상 법인격을 기준으로 구분하는 하나의 기업체를 초과하여 여러 기업체를 하나의 경제단위로 묶는 해석론으로 발전할 수도 있을 것이다. 예를 들면, 외주화 내지 다단계 하도급에 의한 원·하청 관계, 파견 기타 간접고용의 문제 등에도 이 개념은 응용될 수 있는 잠재력이 있다.

계속성이나 전속성이 인정되지 않는다고 볼 수 있다. 그렇다면 결국 판례가 산재보험사건에서 제시한 위 ‘사업 또는 사업장’의 개념은 여전히 한계가 있다고 볼 수도 있을 것이다. 이에 사업편입성의 개념도 노동의 유형이 다변화하는 특색을 반영해 각 유형을 구분하고 유형별 특수성을 밝혀 그 개념 적용의 변주를 피해야 한다는 결론에 이른다.

요컨대, 사업편입성이라는 개념은 근로자에 대한 정의 규정에 등장하는 요건을 구체화하기 위한 시도의 일환인바 사업 또는 사업장 개념을 확정하고, 노무공급자가 하는 노동과의 관계를 밝힌다면 장기적으로 사용종속성을 대체하는 요건으로 자리매김을 할 수 있을 것이다. 물론 이 과정에서 현행 사용종속성에 대한 판단기준 중 현대의 노동환경에 부합하지 않는 요소들을 다듬어 흡수할 필요가 있다. 나아가 사업 내지 사업장별로 이용되는 노동 이르면 직종별 편입여부에 대한 판단기준을 수립해 보는 것도 가능하다. 아울러 미국의 공정근로기준법상 경제적 실체 테스트에 관한 기준,³⁹⁾ 캘리포니아주의 ABC 테스트 등을 참고할 필요도 있다.

V. 나가며

근로자의 개념은 법률의 문언 해석에서부터 출발해야 한다. 그러나 근로기준법의 문언상 사용종속관계하에서 근로를 제공해야 한다는 점을 읽어내기가 쉽지 않다. 그러나 통설과 판례는 우리보다 노동법연구의 역사가 긴 독일이나 일본의 이론을 참작하여 이를 요구해 왔었다. 사용종속관계론은 계약자유의 원칙에 대한 예외로서 노동법의 필요성을 인정받기 위한 노력의 일환으로 제시되었다는 점에서 그 역사적 의의는 존중할 필요가 있다. 그러나 우리나라 헌법은 종속노동만을 보호대상으로 설정하고 있지 않다는 점에서 사용종속관계를 기준으로 근로자성을 판단하는 이론은 부족함이 있다.

39) 이에 대한 소개로는 강성태, “직업안정법상 ‘직업’의 재검토-근로자 개념을 중심으로”, 『법학논총』 제33집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2016, 143-147쪽 참조.

이에 사용종속관계는 근로자의 이익으로 원용하는 것은 허용되, 그러한 관계가 인정되지 않는다고 하여 근로기준법 적용을 배제하여서는 아니되고, 근로기준법 상 근로자의 개념에 따라 헌법정신을 고려한 노동보호의 필요성을 충실히 살펴보아야 할 것이다.

여기에서 우리가 주목해야하는 문언은 ‘사업 또는 사업장에서’이다. 백화점 위탁판매원의 사례는 위탁계약을 통해 판매원에게 상당한 판매재량을 주고 나아가 보수의 완전성과급화를 시도한 경우이다. 현재 유행하고 있는 경영기법은 성과측정을 통해 노무제공자의 책임감과 의욕을 높임으로써 목표를 달성하도록 유도하는 이른바 책임주의에 기반 성과측정 방식이다. 이는 “성과 내지 실적에 따른 보수지급”이라는 문구를 노무제공계약에 삽입하도록 작용한다. 이 문구가 삽입된 계약을 체결하고 노무를 제공하는 자는 타인(즉, 노무이용자)의 지휘·감독을 받는 것이 아니라 최선의 결과를 내기 위해 자기로부터 스스로 지휘·감독을 받는다. 타인고용이 자기고용으로 변하는 마법의 단초가 바로 여기에 있다. 자기고용은 영어로 self-employed, 즉 자영업자이다. 이는 현재의 판례이론에 따르면 사용종속관계가 부인될 수 있는 아주 강력한 실질이다.

백화점 위탁판매원의 노무제공계약도 이와 다르지 않으며, 최근의 두 판례는 그렇게 근로자성을 부인하였다. 그러나 백화점 위탁판매원들이 납품업체의 판매업무에서 수행하는 역할과 이해관계를 고려할 때, 이들은 납품업체의 사업에 편입되어 있다고 볼 수 있다. 사업편입성이 인정되는 유상노동은 근로의 권리와 인간 존엄을 보장하는 근로조건의 법제화를 천명한 헌법적 가치에 비추어 볼 때 보호받아 마땅함에도, 계약자유에 근거하여 자기책임의 영역으로 내밀린다.

사용자와의 관계에서 종속되어 있으므로 보호받아야 하는 것이 아니라, 생계를 위해 노동을 하고 있다는 사실, 그 자체가 보호의 대상이 되는 해석론을 기대해 본다.

주제어: 근로자성, 사용종속성, 사업편입성, 근로의 권리, 백화점 위탁 판매원

참고문헌

- 김유성, 『노동법I』, 법문사, 2005.
- 김형배, 『노동법』 제26판, 박영사, 2018.
- 노동법실무연구회, 『근로기준법주해 I』 제2판, 박영사, 2020.
- 민변 노동위원회 편저, 『변호사가 풀어주는 노동법 I 근로기준법』 신판, 여림출판, 2014.
- 임종률, 『노동법』 제16판, 박영사, 2018.
- 고수현, “학습지교사, 야쿠르트 판매원의 근로자성 판단 —업무 특성에 따른 ‘근로기준법상 근로자성’ 판단의 틀 모색—”, 『노동법학』 제74호, 한국노동법학회, 2020. 6.
- 강성태, “근로자의 개념”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994.
- 강성태, “직업안정법상 ‘직업’의 재검토-근로자 개념을 중심으로”, 『법학논총』 제33집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2016.
- 강성태·유성재·박제성·박은정, 『자영업자 사회법제 연구- 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, 2019.
- 김 린, “매장관리자의 근로자성”, 『노동법학』 제68호, 한국노동법학회, 2018.12.
- 김 린, “온주 산업재해보상보험법 제6조”, 로앤비, 2017.
- 노상현, “백화점에서 근무하는 위탁판매원의 근로자성 판단”, 『노동리뷰』 통권 제166호, 한국노동연구원, 2019. 1.
- 박종희, “근로기준법상 근로자개념-근로기준법의 적용확대와 선별적용과 관련하여”, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회, 2003.
- 박제성, “근로자성에 관한 대법원의 법고창신(法古翻新)”, 『노동법연구』 제23호, 서울대노동법연구회, 2007.
- 박제성, “사업 개념의 재검토:가능태로서의 사업”. 『노동법의 존재와 당위-김유성 교수 정년기념』 박영사, 2006.
- 박혜선 외3, “백화점에 종사하는 샵마스터와 판매원의 현황과 역할분석”, 『자연과학논문집』 제9권 제1호, 배재대학교 자연과학연구소, 1997.
- 임채운·이호택, “우리나라 백화점의 매입관행 개선방안”, 『Korea Business Review』 제17권 3호, 한국경영학회, 2013.
- 정경식·한상린·이명성, “판매원의 기업가정신 결정요소와 기업가정신이 영업성장에 미치는 영향”, 『유통연구』 21권 2호, 한국유통학회, 2016.

<Abstract>

Criteria for Determination of Employees under the Labor Standards Act

— Beyond subordination relationship —

Kim, Lin*

The Supreme Court's precedent calls for a subordination relationship based on the criteria for recognizing employee under the Labor Standards Act (the “LSA”). Many scholars have not raised any particular issue on this point either. The LSA defines the term of employee as a person, regardless of the kind of occupation, who offers labor to business or a workplace for the purpose of earning wages. The interpretation of this term does not result in a subordination relationship. Nevertheless, the reason why precedents and theories require a subordination relationship as a criterion for determining employee is that they understood the LSA as an exception to the free contract principle. The introduction is set in more than 100 years before the Labor Law was born. However, over 100 years later, the rule by the Constitution was strengthened. Our constitution declares the right to work. The right to work does not only protect subordinate labor, but also all labor, which is a means of livelihood, is subject to protection. The approach from the perspective of right to work does not require the protection of the LSA to be limited to subordinate labor. The determining employee should be identified under the LSA from the perspective of effectiveness to guarantee the right to work. This requires a focus on the concept of a business or a place of

* Professor of Inha University Lawschool, Attorney at law

business, not the subordination relationship. In other words, whether to be incorporated into another person's business and provide labor is the key. The meaning of whether to be incorporated into another business should be interpreted to suit the new working environment and constitutional consciousness.

Key Words: employee under the Labor Standards Act, subordination relationship, incorporated into business, right to work, Salesperson at department store