

# 근로자성에 관한 재검토

- 업종별 근로자성을 중심으로

- 일시** 2020년 7월 9일(목) 13:30 ~ 18:00  
**장소** 한국노동연구원 7층 중회의실  
**주최** (사) 한국노동법학회 · 한국노동연구원

 **한국노동법학회**  
Korean Society Of Labor Law

 **한국노동연구원**



# 초대의 글

## 한국노동법학회 · 한국노동연구원 공동 학술대회

2020년 한국노동법학회의 첫 번째 정기학술대회를 이제야 열게 되었습니다. 이번 학회의 개최에는 난관이 많았지만, 다행스럽게도 한국노동연구원과 공동으로 비대면 위주의 온오프 병행 방식으로 학술대회를 개최합니다. 사회와 발표 및 토론에 참여해 주신 교수님들, 한국노동연구원의 연구위원님들 그리고 각종 지원과 배려를 아끼지 않은 연구원의 모든 분들께 깊이 감사드립니다.

Covid-19의 영향은 지금까지만 해도 역사적으로 기록될만 하지만, 아직도 여전히 진행 중이고 앞으로의 상황이나 그 끝도 쉽게 짐작하기 어렵습니다. 코비드19의 영향을 받지 않은 곳은 거의 없지만, 노동을 통해 생활하는 시민들이 받은 타격은 특히 크고 심각합니다. 취약계층일수록 고통은 더 큼니다. 근로자 이외의 자기 노동을 통해 생계를 유지하는 다양한 계층의 노동자들에게도 고용유지지원금을 확대하고 전국민 고용보험을 기정사실화하며 기본소득을 이야기하는 것도 이 때문입니다. 일하는 노동자로서 시민의 보호를 일차적 목적으로 하는 노동법학을 둘러싼 상황은 그 어느 때보다 엄중하고 우리의 책임 또한 막중합니다.

이번 학술대회는 두 개의 파트로 구성됩니다. 1부는 “근로자성에 관한 재검토- 업종별 근로자성을 중심으로” 입니다. 2006년 이후 정체된 판례 이론 곧 산업과 직종을 불문하고 동일하고 일률적인 분석틀을 사용하는 판례 법리를 한 단계 발전시키려는 시도입니다. 2부는 “국가재난사태와 노동법의 대응에 관한 긴급 좌담회” 입니다. 1부는 실시간으로 공개되는 반면, 2부는 비공개로 진행하고 추후 그 논의들을 공유하도록 하겠습니다. 직접 얼굴을 맞대면하지는 못하겠지만, 온라인으로라도 원격으로 얼굴을 보면서 학문적 토론이 활발하게 진행될 수 있기를 희망합니다. 여러분의 적극적인 참여를 부탁드립니다.

어려운 상황에도 불구하고 이번 학술대회의 준비와 진행을 위해 힘써 주신 한국노동법학회와 한국노동연구원 여러분들께 고마움을 전합니다. 아무쪼록 이번 학술대회의 논의들이 향후 노동법학은 물론 향후 노동을 둘러싼 연구의 좋은 밑거름이 되길 기원합니다.

한국노동법학회 회장  
한양대학교 법대 교수  
강 성 태

한국노동연구원 원장  
배 규 식

# PROGRAM

개 회 식	
13:30 ~ 13:40 (10')	등록 및 안내
13:40 ~ 14:00 (20')	전체 사회: 조상균(전남대학교 법학전문대학원 교수)
	내빈소개 및 축사
	환영사: 배규식 (한국노동연구원 원장) 축 사: 강성태 (한국노동법학회 회장)
제1부 근로자성에 관한 재검토	
사회: 이병희 (한국노동연구원 사회정책본부장)	
14:00 ~ 16:10 (130')  <a href="#">Zoom 중계</a>	<ul style="list-style-type: none"> <li>주제발표1 : 박제성 (한국노동연구원 연구위원) “클라우드형 플랫폼 근로의 법률관계 : 초단기 기간제 근로계약”</li> <li>주제발표2 : 김 린 (인하대학교 법학전문대학원 교수) “근로자성 판단기준: 사용종속관계에서 사업편입성으로 - 백화점 위탁판매원 사건을 계기로”</li> <li>주제발표3 : 정영훈 (국회미래연구원 연구위원) “프리랜서 PD의 개별적 근로관계법상의 근로자성 검토”</li> </ul>
	주제토론 - 방준식 (영산대학교 법학과 교수) - 남궁준 (한국노동연구원 연구위원) - 박은정 (인제대학교 공공인재학부 교수)
16:10 ~ 16:30 (20')	휴 식
제2부 국가재난사태와 노동법의 대응에 관한 긴급 좌담회	
사회: 문무기 (경북대학교 법학전문대학원 교수)	
16:30 ~ 18:00 (90')  <a href="#">Offline</a>	토론자
	- 오상봉 (한국노동연구원 고용안전망센터장) - 이정희 (한국노동연구원 국제협력실장) - 김근주 (한국노동연구원 연구위원) - 유성재 (중앙대학교 법학전문대학원 교수) - 조용만 (건국대학교 법학전문대학원 교수)
18:00	폐 회

# Contents

한국노동법학회 · 한국노동연구원 하계학술대회

## 주제 발표

- 제1주제 : 클라우드형 플랫폼 근로의 법률관계 - 초단기 기간제 근로계약  
[발표문] 박제성 박사(한국노동연구원) ..... 3
- 제2주제 : 근로자성 판단기준 : 사용종속관계에서 사업편입성으로 - 백화점 위탁판  
매원 사건을 계기로  
[발표문] 김 린 교수(인하대학교 법학전문대학원) ..... 23
- 제3주제 : 프리랜서 PD의 개별적 근로관계법상의 근로자성 검토  
[발표문] 정영훈 박사(국회미래연구원) ..... 51

## 토론문

- [토론문] 방준식 교수(영산대학교) ..... 97
- [토론문] 남궁준 박사(한국노동연구원) ..... 101
- [토론문] 박은정 교수(인제대학교) ..... 105



주제 발표 1

# **“클라우드형 플랫폼 근로의 법률관계 : 초단기 기간제 근로계약”**

박제성 박사(한국노동연구원)





# 클라우드형 플랫폼 근로의 법률관계

## : 초단기 기간제 근로계약

박 제 성\*

### 目 次

- I. 서론
- II. 초단기 기간제 근로계약의 의의
- III. 초단기 기간제 근로계약 개념의 현실적 적용
- IV. 추가적으로 검토해야 할 쟁점
- V. 결론

## I. 서론

플랫폼 근로는 더 이상 낯선 용어가 아니다. 그런데 아직까지 법학적 분석의 대상이 되고 있는 것은 주로 음식배달대행이나 대리운전처럼 기존에 이미 오프라인 방식으로 형성되어 있던 시장에 디지털 플랫폼을 얹어서 중간관리자를 경유하는 방식의 플랫폼 근로라고 할 수 있다.

반면에 미국이나 유럽의 플랫폼 근로, 대표적으로 우버와 같이 플랫폼이 새롭게 시장을 구성하고 거기에 노동력을 직접 결합시키는 방식의 플랫폼 근로는 아직 한국에서는 본격적인 분석의 대상이 되지 못하고 있다. 이런 유형의 플랫폼 근로를 기존의 형식과 구별하기 위하여 일단 “클라우드형 플랫폼 근로”로 부르고자 한다.

클라우드형 플랫폼 근로는 근로를 제공하는 자(근로자)의 범위가 일반 다중으로 개방되어 있다는 점에서, 플랫폼을 이용하는 중간관리업자가 특정 근로자 집단을 관리하는 기존

---

\* 한국노동연구원 연구위원

플랫폼 근로와는 다르다.

또한 이것은 최종적 단계에서는 한 명의 근로자가 플랫폼에 근로를 제공하는 계약관계로 수렴된다는 점에서, 불특정 다수의 조각근로를 하나의 결과물로 종합하여 서비스를 제공하는 본격적 의미의 클라우드 근로(AMT, Crowdworks 등)와도 다르다. 그래서 이 글에서는 “클라우드형”이라고 부른다.

한국에서는 예를 들면 배민커넥트나 쿠팡플렉스가 클라우드형 플랫폼 근로에 속한다고 할 수 있다. 클라우드형 플랫폼 근로는 근로제공의 가능성이 불특정 다수에게로 개방되어 있다. 플랫폼에 접속할지 여부, 언제 어디에서 접속할지 등이 근로자의 선택에 맡겨져 있다. 접속한 다음에도 콜을 잡을지 여부를 근로자가 자유롭게 선택할 수 있다. 플랫폼에 접속하지 않아도, 콜을 잡지 않아도 별도의 불이익은 없다.<sup>1)</sup> 또 일거리가 플랫폼 상에 상존하기 때문에 언제든지 접근할 수 있다. 즉 부업으로 할 수 있는 여지가 크다. 다른 말로 하면 전속성이 약하다. 이러한 사정 등으로 인해 클라우드형 플랫폼에서 근로를 제공하는 자의 법률관계는 근로계약관계로 인정받기가 어려워 보인다.

그러나 본 논문에서는 클라우드형 플랫폼 근로의 법률관계를 근로계약관계로 해석할 수 있다는 점을 논증하고자 한다. 즉 근로자가 서비스 제공 요청을 수락하는 시점부터 각 서비스의 제공이 완료되는 시점까지를 기간으로 정한 “초단기 기간제 근로계약”으로 해석할 수 있다는 것이다.

기존의 해석론은 플랫폼 근로자와 플랫폼 사업주 사이의 계약관계의 성격을 판단함에 있어서, 근로계약관계로의 재분류를 인정하는 입장이든 부정하는 입장이든, 플랫폼 근로자가 플랫폼 사업주에게 상시적으로 고용되어 있다고 볼 수 있는지 여부를 암묵적으로 전제하고 있는 것으로 보인다. 근로계약관계가 인정되므로 상시고용관계가 있다는 식으로 생각하거나, 반대로 상시고용관계가 아니므로 근로계약관계로 볼 수 없다는 식으로 말이다.

여기에는 근로계약관계를 “계속적 채권관계”<sup>2)</sup>로 생각하는 경향이 작용했을 것이다. 그래서 근로계약관계가 존재한다고 말할 수 있으려면, 복수의 日, 月, 年에 걸친 계약관계일 뿐만 아니라, 하루 중에서도 상당한 정도의 시간에 걸쳐 있는 계약관계여야 한다는 관념을 은연중에 품게 된 것이 아닐까 한다. 물론 전통적인 근로계약관계의 모습은 계속적 관계가 맞다. 그러나 디지털 세계에서는 항상 그런 것만은 아닐 수 있다.

디지털 세계에서 계약이 체결되는 모습은 과거와 다를 수 있다. 分 단위의 근로계약도 가능할 수 있다. 단시간 근로에서 말하는 “단시간”이 반드시 시간 단위로 끊어지는 것은 아니기 때문이다. 근로기준법 제2조는 이렇게 정한다. “단시간근로자란 1주 동안의 소정

1) 클라우드형 플랫폼 근로의 정의상 원칙적으로는 그렇다. 만약 앱 비접속시 또는 콜 거부시 근로자에게 불이익이 있다면 근로계약관계의 존재 여부 판단에 있어서 중요한 고려사항이 될 것이다.

2) 임종률(2020), 『노동법』, 제18판, 박영사, 360.

근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정 근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다.” 그러므로 예를 들어 통상 근로자의 소정근로시간이 주 40시간이라고 하면, 그것보다 1분이라도 짧은 근로자는 단시간근로자로 정의될 것이다. 분 단위로 본다면(초 단위까지는 생각하지 말자) 소정근로시간이 1분에서 39시간 59분까지 모두 단시간 근로에 해당할 것이다.

그렇다면 분 단위로 계약기간을 정하는 근로계약도 가능할까? 본론으로 들어가서 검토하기로 한다.

## II. 초단기 기간제 근로계약의 의의

기간제 근로계약은 기간을 정한 근로계약이다. 기간제법 제4조에 의하면 근로계약의 기간을 정하는 방식에는 두 가지가 있다. 하나는 계약의 목적에 고유한 기간을 정하는 방식이다. 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정하거나, 기존 근로자의 일시적 부재 기간을 대체하기 위한 경우 등이 이에 해당한다. 또 하나는 계약의 목적과 상관없이 전체 기간의 상한을 정하는 방식이다. 현행법상 이 기간은 원칙적으로 2년을 넘지 못한다.

반대로 근로계약 기간의 하한을 정하고 있는 규정은 없다. 그러므로 이론상 시간 단위 또는 분 단위의 기간제 근로계약도 불가능하지는 않다. 다만 과거의 아날로그 시대에는 시간 단위라면 몰라도 분 단위 기간제 근로계약은 별로 의미가 없었을 것이다. 그러나 디지털 기술은 분 단위의 계약을 가능하게 한다.

클라우드형 플랫폼 근로의 계약관계를 기간제 근로계약으로 재분류하려면 두 가지를 논증해야 한다. 첫째, 이 계약관계가 근로계약관계라는 점을 논증해야 한다. 둘째, 이 근로계약의 기간을 특정해야 한다. 특정하지 못하면 기간의 정함이 없는 근로계약으로 재분류될 것이다.

### 1. 근로계약관계인가?

클라우드형 플랫폼 근로의 계약관계는 근로계약관계인가? 그렇다. 이것은 근로자가 콜을 수락하는 순간 또는 서비스가 개시되는 특정 시점에 체결되는 근로계약이다. 플랫폼이 앱에 콜을 띄우는 행위 또는 서비스 제공에 대한 최종적인 요청을 “청약”으로 볼 수 있고, 근로자가 콜을 수락하는 행위 또는 서비스 개시에 착수하는 행위를 “승낙”으로 볼 수 있다.

클라우드형 플랫폼 근로에서는 적어도 근로자가 쿨을 수락하는 순간부터는 실시간 위치 파악을 통해 업무 수행 과정에 대한 플랫폼의 프로그래밍과 모니터링이 행해진다는 점, 그 과정에서 문제가 생겼을 경우 플랫폼에 의한 지시(안내)가 전달된다는 점, 근로자의 이동 경로는 스스로 선택하는 것이 아니라 앱이 제시하는 최적화 이동 경로를 따른다는 점 등으로 볼 때, 근로자가 쿨을 수락한 시점부터 수행하는 업무는 자기의 계산과 위험으로 하는 것이 아니라, 플랫폼의 지시와 감독 아래, 또는 프로그래밍과 모니터링 아래에서 하는 것이라는 점을 알 수 있다.

또한 근로자가 제공하는 서비스의 내용과 가격은 근로자 스스로 결정하는 것이 아니라 플랫폼에 의하여 일방적으로 결정된다는 점, 근로자는 스스로의 고객(시장)을 개척하는 것이 아니라 플랫폼의 고객(시장)을 통해서만 서비스를 제공할 수 있다는 점 등에서 볼 때에도, 근로자는 자기의 계산과 위험으로 사업을 하는 것이 아니라 플랫폼이 조직하고 관리하는 사업에 편입되어 있다는 점을 알 수 있다.

그런 이유들에서 근로자가 적어도 쿨을 잡는 순간 플랫폼과의 사이에서 체결되는 계약은 근로계약이라고 봄이 상당하다.

근로자가 쿨을 잡는 순간 근로계약이 체결되는 것이므로,<sup>3)</sup> 근로자가 쿨을 수락하지 않을 수 있고 수락하지 않더라도 불이익을 받지 않는다는 사정, 특정 플랫폼에 전속되어 있는 것은 아니고 부업으로 할 수도 있다는 사정, 언제 어디에서 일할(접속할) 것인지 근로자 스스로 자유롭게 선택할 수 있다는 사정 등은 근로계약관계의 존재 여부를 판단하는 데 있어서 아무런 문제가 되지 않는 것이다.

## 2. 근로계약의 기간

그렇다면 이 근로계약의 기간은 어떻게 특정되는가? 이 근로계약은 “특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우”<sup>4)</sup>에 해당한다. 앱에서 쿨을 수락하고 업무를 완료하기까지가 그 기간이다.

그리고 그 기간이 그대로 근로시간이 된다. 클라우드형 플랫폼 근로의 근로계약은 근로

3) 초단기 기간제 근로계약을 인정하는 경우에도, 근로자가 앱 접속 후 쿨을 경쟁적으로 수락하기 위하여 매우 높은 긴장도 속에서 대기해야 하는 상황에 처한다는 실태 조사를 근거로, 쿨 수락시가 아니라 앱 접속시에 근로계약이 체결되는 것으로 보아야 하고, 대기시간에 대해서는 적어도 휴업수당 등의 보상이 있어야 한다는 의견이 제시될 수 있을 것 같은데, 클라우드형 플랫폼 근로에서는 모든 의사표시가 앱 위에서 진행되기 때문에, 적어도 법적으로는 근로자가 쿨을 ‘못’ 잡은 것인지, ‘안’ 잡은 것인지 입증하기가 어렵지 않을까 생각한다. 그런 점을 고려한다면, 근로자가 앱 접속 후 쿨을 ‘안’ 잡고 있는 시간까지 대기시간으로 간주해서 휴업수당을 지급해야 한다면, 쿨을 잡는 사람보다 ‘안’ 잡고 있는 사람이 더 혜택을 보는 역설이 발생할 수도 있을 것이다. 그러므로 쿨 수락시에 근로계약이 체결되는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 물론 이것은 어디까지나 근로자에게 앱 비접속의 자유 및 쿨 거부 of 자유가 있다는 것을 전제로 한다. 만약 근로자에게 그러한 자유가 없는 경우라면 앱에 접속한 시점에 근로계약이 체결되는 것으로 보아야 할 것이다.

4) 기간제법 제4조 제1항 제1호.

시간과 계약기간이 일치하는 매우 독특한 근로계약이 될 것이다.

그러나 이런 근로계약이 과연 그렇게 독특한 것이기만 할까? 건설현장의 일용직을 생각해보자. 근로시간이 하루 8시간 정도로 상대적으로 길게 정해져 있다는 점만 다를 뿐, 근로시간과 계약기간이 일치하는 근로계약이라는 점에서는 다르지 않다.

### 3. 프랑스 사례 : 우버 사건

근로자 X는 2016년 10월 12일 우버회사에 파트너로 등록하고 우버기사로 일했다. 그러면서 X는 우버회사의 요구에 따라 자영근로자(자영업자)로 사업자등록을 했다. 우버회사는 2017년 4월 7일에 X의 계정을 차단했다. X는 노동법원에 소송을 제기했다. X의 주장을 요약하면 다음과 같다.

자신이 2016년 10월 12일부터 2017년 4월 7일까지 단속적으로 수행한 총 2,038건의 운송 서비스는 2,038건의 초단기 기간제 근로계약(원문에서는 “micro CDD”로 표현됨)의 연속으로 판단되어야 한다. 따라서 2,038건의 기간제 근로계약 전체는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 재분류되어야 한다. 이에 따라 노동법전 및 운송업의 단체협약 규정에 따른 임금률을 기초로 연장근로, 휴일근로, 야간근로 등에 대한 가산임금 및 부당해고에 대한 보상금 및 각종 위법행위에 대한 손해배상금을 지급해야 한다. X가 청구한 총 금액은 119,694,754.03유로(약 1억 6000만원)이다.

1심 파리노동법원은 X와 우버 사이의 법률관계는 근로계약이 아니라 상사계약이므로 노동법원의 관할이 아니라는 이유로 X의 청구를 각하했다.<sup>5)</sup> 그러나 항소심인 파리고등법원은 이를 근로계약관계로 인정하면서 사건을 파리노동법원으로 환송했다.<sup>6)</sup> 우버는 상고를 제기했고, 마침내 2020년 3월 4일 프랑스 대법원은 X와 우버 사이의 법률관계를 근로계약관계로 인정하였다. 판결 이유는 다음과 같다.

종속관계는 근로자가 사용자의 지시감독권 아래에서 근로를 제공할 때 존재한다. 사용자의 지시감독권은 사용자가 근로자에게 업무를 지시하고, 지시 이행 여부를 감독하고, 지시 불이행을 제재할 수 있는 권한을 갖고 있을 때 존재한다. 사용자가 근로의 이행조건을 일방적으로 결정하는 경우에는 근로자가 사용자의 사업에 편입되어 근로를 제공한다는 사실이 종속관계를 긍정하는 하나의 징표를 구성할 수 있다.

첫째, 우버기사는 우버회사가 만들고 관리하는 운송서비스 제공사업에 편입되었다는 점, 이 운송서비스는 우버회사의 플랫폼에 의해서만 존재한다는 점, 우버기사는 스스로

5) Conseil de prud'hommes de Paris, 2018. 6. 28.

6) Cour d'appel de Paris, 2019. 1. 10.

의 고객을 전혀 개척하지 않으며, 운송서비스의 가격 및 이행조건을 자유롭게 결정할 수 없다는 점 ;

둘째, 우버 플랫폼에 접속함과 동시에 우버기사가 우버회사의 사업에 편입되는 것이므로, 우버기사가 운행일과 운행시간을 선택할 수 있다는 사정은 종속적 근로관계의 성립을 배척하지 않는다는 점 ;

셋째, 우버기사는 운행경로를 자유롭게 선택하는 것이 아니라 플랫폼에 의하여 주어진 경로를 운행하며, 주어진 경로를 운행하지 않는 경우에는 요금조정이 적용된다는 점 ;

넷째, 최종 목적지가 우버기사에게 알려지지 않는 경우도 있는데, 이 경우 우버기사는 적절하다고 생각하는 경로를 진정으로 자유롭게 선택할 수가 없다는 점(독립적인 운전자라면 자기가 원하는 대로 경로를 선택할 수 있을 것이다) ;

다섯째, 우버회사는 우버기사가 세 번 이상 운송을 거부하면 앱 접속을 일시적으로 차단할 수 있으며, 일정한 비율 이상으로 콜을 취소하거나 “문제적 행동”이라는 메시지가 뜨는 경우 우버기사는 자기 계정에 접근이 차단될 수 있다는 점 등으로 볼 때,

우버회사는 우버기사에게 업무를 지시하고, 지시 이행 여부를 감독하며, 지시 불이행을 제재할 수 있는 권한을 갖고 있다는 결론을 도출할 수 있으며, 따라서 우버기사의 자영근로자 지위는 허구적인 것이다.<sup>7)</sup>

다만, 근로자 X는 2,038건의 운송서비스가 초단기 기간제 근로계약의 연속이며, 따라서 이 전체가 기간의 정함이 없는 근로계약으로 재분류되어야 한다고 주장했는데, 대법원은 이 주장 자체에 대해서는 명시적으로 판단하지 않고, 근로계약관계의 존재 여부를 판단하는 일반 법리를 제시한 후, 사실관계 검토를 통해 X와 우버 간의 법률관계를 근로계약관계로 판단하는 논리구조를 취하였다.

그럼에도 불구하고 프랑스 대법원이 “우버 플랫폼에 접속함과 동시에 우버기사가 우버회사의 사업에 편입되는 것이므로, 우버기사가 운행일과 운행시간을 선택할 수 있다는 사정은 종속적 근로관계의 성립을 배척하지 않는다는 점”을 판단 이유 중의 하나로 들고 있는 것은, 근로자 X의 주장에 어느 정도 동조하고 있는 것이 아닌가 하는 짐작을 하게 만든다.<sup>8)</sup>

7) Cour de cassation, Chambre sociale, 2020. 3. 4., No. 19-13316. 이 사건 판결에서 프랑스 대법원이 준거로 삼고 있는 판례(Soc., 1996. 11. 13., No. 94-13187, Société générale 사건)는 종속관계의 개념을 기존보다 엄격하게 해석하는 법리를 제시한 판례이다. 1980년대까지 프랑스 판례는 사업편입성 개념을 통해서 종속관계를 넓게 해석하는 입장을 보여주고 있었다. 이러한 판례의 경향에 제동을 걸기 위해서 우파 정부는 1994년에 자영업자 추정법(마들렌 법)을 만들었다. 위 1996년 판결은 1994년 법의 취지를 반영하여 종속관계를 엄격하게 해석하는 새로운 법리를 제시한 것으로 평가된다. 특히 사업편입성의 의미를 축소시켰다. 즉 이제 사업편입성은 결정적 징표가 아니라 사용자가 근로이행조건을 일방적으로 결정하는 경우에만 하나의 종속관계 징표를 구성할 수 있을 뿐이라고 한다.

### III. 초단기 기간제 근로계약 개념의 현실적 적용

#### 1. 적용례 1 : 배민커넥트

기자들의 실제 체험기<sup>9)</sup>를 토대로 재구성해 본 배민커넥트의 실태는 대강 다음과 같다. 먼저 온라인으로 커넥터 지원을 하고, 원하는 날짜와 원하는 배민지점에서 사전교육을 받아야 한다. 사전교육의 내용은 배달앱 사용법, 주문받는 법, 배달시 주의사항, 대처방법, 안전교육 등이다. 교육이 끝나면 회사(갑)와 커넥터(을) 사이에 계약이 체결되고, 3만원의 보증을 내고 배달키트(배달가방, 헬멧, 우의, 크로스백 등)를 제공받는다.

앱을 실행하면 내가 있는 곳 근처의 음식점에서 “배차요청” (콜)이 들어온다. 동선과 배달시간 등을 고려해 인근의 커넥터 5~7명에게 콜을 보여주는 “경쟁추천배차” 방식이다. 누군가 먼저 콜을 잡으면 내 앱에서는 사라진다. 초보는 콜을 잡는 것도 수월하지 않다. 하지만 초보 커넥터에게는 특정 콜을 수행하기에 가장 적합하다고 생각되는 배달기사 한 명에게만 15초 동안 콜을 보여주는 “단독추천배차” 방식을 도입했다. 15초 내에 배차요청을 수락하지 않으면 차순위 커넥터에게 콜이 넘어가고, 마지막에는 일반 배민라이더스 라이더에게(배민커넥터와 배민라이더스 라이더는 다르다) 전달된다.<sup>10)</sup>

콜을 수락하고 나면 “조리요청” 을 눌러 음식점에 조리주문을 넣어야 한다. 음식점에 도착하면 “가게도착” 을 누르고, 음식을 픽업한 뒤 “픽업완료” 를 누른다. 고객에게 음식을 인도하고 나면 “전달완료” 를 누른다. 그러면 최초 배차요청 수락에서 배달완료까지 총 소요된 시간이 표시된다. 배달 과정의 정보들은 모두 회사와 고객에게 전송된다.

“동시배차” 또는 “묶음배달” 이라는 것이 있다. 같은 배달경로에 여러 건의 배달을 동시에 수행하는 것이다. 한 번 이동으로 여러 배를 벌 수 있기 때문에 많은 커넥터들이 동시배차를 원한다. 물론 위험이 있다. 식당에 늦게 도착하거나 조리가 늦어져 예정된 시각에 픽업을 하지 못하면 픽업시간이 초과되었다는 경고가 표시된다. 그러면 커넥터는 고

8) 영국에서도 비슷한 문제의식이 발견된다. 이에 대해서는 심재진(2020). 「영국노동법의 인적 적용범위와 플랫폼 노동」, 『노동법학』, 제73호, 93 이하 참조.

9) 박주희, 「음식배달 2시간 동안 4건... 손에 쥔 건 1만8500원」, 『한국일보』, 인터넷판, 2020. 2. 8., <https://www.hankookilbo.com/News/Read/202002051125717679> (2020. 4. 24) ; 김혜선, 「체험기 : 배민커넥트 투잡의 꿈, 시급 5천원으로 끝났다」, 『뉴스포스트』, 인터넷판, 2019. 11. 29., <http://www.newspost.kr/news/articleView.html?idxno=74121> (2020. 4. 24) ; 강신우, 「세모탈 : 퇴근한 뒤 배민 커넥트로 출근! 4시간 일하고 번 돈은?」, 『서울경제』, 인터넷판, 2019. 10. 10., <https://www.sedaily.com/NewsView/1VPGU3W4N2/GD02> (2020. 4. 24).

10) 엄지용, 「배달의 민족 배달 알바 ‘배민커넥트’, 직접 해 봤습니다」, 『Byline Network』, 인터넷판, 2019. 7. 10., <https://byline.network/2019/07/10-74/> (2020. 4. 24).

객에게 배달이 늦어진다는 “지연요청”을 하고, 배달시간을 맞추기 위해서 무리하게 운행을 하게 되는 만큼 사고 위험이 높아진다. 돌발상황이 발생하면 배민커넥트 고객센터가 앱의 메신저를 통해서 안내를 한다.

이 체험기자들 중의 한 명은 퇴근 후부터 밤 11시 경에 업무종료 버튼을 누를 때까지 총 3시간 50분 동안 모두 9건의 배달을 했고, 총 이동거리는 7.9킬로미터, 배달료 합계는 45,500원이었다. 여기에서 소득세 3.3%가 공제되고, 산재보험료가 총배달료와 상관없이 매주 3500원씩 공제된다.<sup>11)</sup>

커넥터가 쿨을 수락하는 순간부터 실시간 위치 파악을 통해 업무 수행 과정에 대한 플랫폼의 모니터링과 프로그래밍이 행해진다는 점, 커넥터는 업무 수행의 각 단계마다 단추를 눌러 업무 이행 과정을 보고(전송)해야 하고, 이 정보는 회사와 고객에게 모두 공유된다는 점, 그 과정에서 문제가 생겼을 경우 플랫폼 고객센터에서 메신저를 통해서 행동 지침을 전달(안내)한다는 점, 커넥터의 이동 경로는 스스로 선택하는 것이 아니라 앱이 제시하는 최적화 이동 경로를 따른다는 점 등으로 볼 때, 커넥터가 쿨을 수락한 시점부터 수행하는 배달업무는 자기계산과 위험으로 하는 것이 아니라, 플랫폼의 지시와 감독 하에서 하는 것이라는 점을 알 수 있다.

나아가 커넥터가 제공하는 서비스의 가격은 커넥터 스스로 결정하는 것이 아니라 플랫폼에 의하여 일방적으로 결정된다는 점, 커넥터는 스스로의 고객(시장)을 개척하는 것이 아니라 플랫폼의 고객(시장)을 통해서만 서비스를 제공할 수 있다는 점 등에서 볼 때에도, 커넥터는 자기계산과 위험으로 사업을 하는 것이 아니라, 플랫폼이 조직하고 관리하는 배달서비스 제공사업에 편입되어 있다는 점을 알 수 있다.

그런 이유들에서 커넥터가 쿨을 잡는 순간 플랫폼과의 사이에서 체결되는 계약은 근로계약이라고 봄이 상당하다. 이것은 커넥터가 쿨을 잡는 순간 체결되는 근로계약이다. 플랫폼이 앱에 쿨을 띄우는 행위를 “청약”으로 볼 수 있고, 커넥터가 쿨을 수락하는 행위를 “승낙”으로 볼 수 있다.

커넥터가 쿨을 잡는 순간 근로계약이 체결되는 것이므로, 커넥터가 쿨을 수락하지 않을 수 있고 수락하지 않더라도 불이익을 받지 않는다는 사정, 배민 플랫폼에 전속되어 있는 것은 아니고 부업으로 할 수도 있다는 사정, 언제 어디에서 일할(접속할) 것인지 커넥터 스스로 자유롭게 선택할 수 있다는 사정 등은 근로계약의 성립 여부를 판단하는 데 있어서 아무런 문제가 되지 않는 것이다.

이 근로계약은 매번의 음식배달이라고 하는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약이다. 커넥터가 앱에서 배달요청을 수락하고 고객에게 전달을 완료하기까지가 그

---

11) 산재보험료는 회사와 근로자가 절반씩 부담한다고 한다(배민커넥트 인터넷 사이트, <http://www.baeminriders.kr/connect.html>, 2020. 6. 22).



기간이다. 즉 배민커넥트의 계약관계는 매번의 음식배달에 필요한 시간을 기간으로 정한 초단기적 기간제 근로계약관계이다.

## 2. 적용례 2 : 쿠팡플렉스

실제 체험기를 토대로 재구성해 본 쿠팡플렉스의 실태는 대강 다음과 같다.<sup>12)</sup> 우선 전용 앱이나 인터넷으로 쿠팡플렉스 신청을 한다. 인터넷으로 하는 경우 쿠팡 홈페이지에서 이름과 휴대전화번호 그리고 희망지역만 작성해서 제출하면 간단하게 신청이 끝난다. 그런 다음 안내문자에 따라 앱을 설치하고 앱에서 날짜와 시간대를 선택할 수 있다. 시간대는 주간배송(10시~21시), 야간배송(23시~07시), 주간/야간배송(10시~익일 07시)으로 나뉜다. 희망업무유형을 선택하고(배송, 반품, 배송/반품 중에서 택일), 차량정보를 등록한 다음 “신청하기”를 누르면 된다. 이 글에서 인용하는 체험기는 모두 야간배송(새벽배송)을 신청한 사례들이다.

플렉스 신청으로 하고 나면 쿠팡으로부터 쿠팡플렉스 배송이 확정되었다는 안내문자가 온다. 안내문자에는 배송날짜, 배송지역, 상품수령장소(쿠팡물류창고), 상품수령시간(새벽 배송은 02시 30분), 배송완료시간(야간배송이라면 07시까지로 표시된다) 및 배송가격이 표시된다. 배차확정 후 다시 쿠팡 담당자로부터 배차확정에 동의하는지 여부를 확인하는 알림 메시지가 온다. 동의의 의사를 표시하면 계약이 성립하게 된다.

계약 성립 후 사전 취소 없이 정해진 시간에 상품수령장소에 나타나지 않으면 이른바 “노쇼”로 처리되는데, 당해 노쇼 행위 자체에 대해서 위약금이나 손해배상이 예정되어 있지는 않지만, 다음 번 플렉스 신청 때 불이익이 주어질 수 있다. 상품수령시간까지 상품수령장소로 가야하기 때문에 보통 집에서 30~40분 정도 미리 출발한다. 상품수령장소에 도착하면 물류를 분류해야 한다. 쿠팡에서 미리 분류한 다음 플렉서에게 배당하는 것이 아니라 플렉서가 스스로 자기가 배송할 물품들을 분류해야 한다. 이른바 “까대기”라고 부르는 작업이다. 이런 저런 사전 작업에 소요되는 시간이 약 1시간 정도. 배송에 소요된 시간은 한 사람의 경우에는 44개를 배송하는 데 1시간 50분, 또 한 사람은 24개 배송하는 데 마찬가지로 1시간 50분.

44개 배송한 사람은 박스 1200원 x 35건, 비닐 1100원 x 9건 해서 총 51,900원 수입. 24개 배송한 사람은 1200원씩 해서 총 28,800원. 여기에서 소득세 3.3% 공제하고 지급. 그러나

12) Gwak\_Story, 「쿠팡플렉스 #1. 무엇이며 어떻게 가입 신청하고 하는 일은? (대구)」, <https://gwak.tistory.com/43> (2020. 4. 28) ; 동민이집, 「쿠팡플렉스! 직접 해보고 느낀 이상과 현실. 새벽배송 후기(feat. 초보자 지침서)」, <https://m.blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=hz39094&logNo=221562711387&proxyReferer=https%2F%2Fwww.google.com%2F> (2020. 4. 27) ; 떡깨비 상크, 「쿠팡플렉스 새벽배송 체험 후기! 리얼 리뷰! 쿠팡플렉스 시급으로 계산하면 얼마?」, <https://mukkkabishank.tistory.com/62> (2020. 4. 27).

자동차 기름값, 부품 소모비 등을 다시 제해야 하므로 실질 소득은 조금 더 줄어든다.

이것은 근로계약이다. 모든 택배가 바코드로 처리되어 배송 상황이 실시간으로 파악된다. 정해진 시간까지 배송이 무사히 완료될 수 있다면 쿠팡은 직접 개입할 이유가 없다(유보적 지시권). 쿠팡이 개별 플렉서의 배송 경로와 속도를 직접 통제할 필요가 없다. 이것은 마치 택배 회사에 직접 고용된 근로자가 배송하는 경우에도 마찬가지이다. 이 경우 사용자의 지시권은 택배 그 자체에 物化되어 있다고 할 수 있다. 특히, 쿠팡플렉스의 경우 (물류 창고마다 조금씩 실태가 다른 것처럼 보이기도 하는데) 플렉서가 직접 물류를 분류한다는 점에서 이를 근로계약으로 간주할 수 있는 여지가 더 많다고 할 것이다.

쿠팡플렉스는 <플렉스 신청 - 배차확정문자 - 배차확정동의 - 상품수령장소 입차>의 과정으로 전개되는데, 앞의 실태에서 본 바에 의하면 플렉서가 배차확정에 동의의 의사를 표시한 때, 즉 승낙의 의사표시를 한 때 근로계약이 성립한다고 볼 수 있다. 그렇다면 쿠팡이 배차확정문자를 보내고 플렉서에게 동의의 의사를 묻는 행위는 청약이 되고, 플렉서가 플렉스 신청을 하는 행위는 청약의 유인이 될 것이다.

플렉서가 배차확정동의를 하는 시점에 근로계약이 체결되는 것이므로 배차장소와 일시를 자유롭게 선택할 수 있다는 사정, 배차확정동의를 하지 않을 수도 있다는 사정 등은 근로계약관계의 존재를 입증하는 데 아무런 상관이 없는 것이다. 배송 지역과 시간을 직접 선택할 수 있다는 사정은 근로계약이 체결되기 이전의 계약 성립을 둘러싼 조건에 불과하다. 이것은 마치 내가 종로에 있는 식당에서 주말 알바를 할 것인가, 마포에 있는 식당에서 주중 알바를 할 것인가 선택할 수 있는 것과 같다.

이 근로계약은 플렉서가 상품수령시간에 상품수령장소에 입차할 것을 조건으로 계약의 효력이 발생하는 정지조건부 계약이라고 할 수 있다. 플렉서가 계약 성립 후 사전 취소 없이 정해진 시간에 상품수령장소에 나타나지 않으면 이른바 “노쇼”로 처리되는데, 당해 노쇼 행위 자체에 대해서 위약금이나 손해배상이 예정되어 있지는 않지만, 다음 번 플렉스 신청 때 불이익이 주어질 수 있다.

그리고 입차 여부는 플렉서의 일방적 의사에 의존하므로 隨意條件이지만, 의사결정에 의한 사실상태(상품수령장소에 입차)의 성립도 있어야 한다는 점에서 單純隨意條件이라고 할 수 있다. 이것은 유효한 조건이다.<sup>13)</sup>

이 근로계약은 “특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한”<sup>14)</sup> 기간제 근로계약이다. 상품수령장소 입차를 정지조건으로 하는 계약이므로, 플렉서가 정해진 시간에 상품수령장소에 입차함으로써 계약의 효력이 발생한다. 따라서 입차 시점부터 배송을 완료하는 시점까지가 “특정한 업무의 완성에 필요한 기간”에 해당한다고 볼 수 있다.

13) 박윤직(2006). 『민법총칙』. 제7판. 박영사. 306.

14) 기간제법 제4조 제1항 제1호.

즉 쿠팡플렉스의 계약관계는 택배배송에 필요한 시간을 기간으로 정한 초단기 기간제 근로계약관계이다.

#### IV. 초단기 기간제 근로계약과 노동법의 적용

이렇게 해석할 경우, 적어도 근로자가 쿨을 수락한 후 업무를 수행하는 동안은 근로계약의 이행 도중이 된다. 그러므로 이 기간/시간과 관련해서는 기본적으로 노동법상의 관련 규정들이 적용될 수 있을 것이다. 구체적으로 몇 가지 경우를 살펴보자.

##### ① 주휴와 연차휴가

1주 동안의 소정근로시간이 평균하여 15시간 미만인 근로자의 경우에는 주휴와 연차휴가에 관한 규정이 적용되지 않는다.<sup>15)</sup> 초단기 기간제 근로계약에서는 여러 개의 쿨을 합산하면 1주 15시간 이상일 수 있겠지만, 그것은 실근로시간일 뿐, 각각의 쿨이 개별 근로계약으로 정의되기 때문에, 위에서 예로 든 사례들에 비추어 본다면 각각의 경우가 초단시간 근로에 해당할 가능성이 크다.

##### ② 가산임금

초단기 기간제 근로계약에서는 각각의 쿨이 개별 근로계약으로 정의되므로, 주 40시간 초과근로를 의미하는 연장근로는 발생하지 않을 것이다.

그러나 야간근로와 휴일근로는 근로시간의 길이와 상관없이 日과 時에 따른 근로의 배치에 관한 것이므로, 초단기 기간제 근로계약에서도 야간근로와 휴일근로는 발생할 수 있고, 따라서 이에 대해서는 가산임금이 적용된다.

##### ③ 직장 내 괴롭힘 금지

근로기준법 제76조의2 이하에 의한 직장 내 괴롭힘의 금지에 관한 규정이 적용된다. 다만, 여기에서 말하는 “직장”의 의미는 넓은 의미로 해석되어야 한다.<sup>16)</sup> 플랫폼 勞動者는 공장이나 사무실 등 한 장소에 고정되어 일하는 것이 아니라 거리를 이동하면서 일하는 路動者이기 때문이다.

##### ④ 고용보험

15) 근로기준법 제18조 제3항.

16) 2019년 6월 21일 국제노동기구 제190호 「일터 괴롭힘 금지에 관한 협약」 제3조 참조.

현재의 고용보험은 주된 사업을 기준으로 적용되기 때문에, 플랫폼 근로를 부업으로 하는 근로자는 주업인 사업에서만 고용보험에 가입하게 된다.<sup>17)</sup>

만약 플랫폼 근로를 주업으로 하는 경우라면 플랫폼 사업에서 고용보험이 적용될 것이다. 하지만 이 경우에도 1주 동안의 소정근로시간이 평균하여 15시간 미만인 초단시간 근로자인 경우에는 고용보험이 적용되지 않는다.<sup>18)</sup> 다만, 이 경우에도 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자와 일용근로자(1개월 미만 동안 고용되는 근로자)<sup>19)</sup>는 고용보험이 적용된다.<sup>20)</sup>

구직급여의 수급자격은 원칙적으로 이직일 이전 18개월 동안 피보험 단위기간이 합산하여 180일 이상이어야 한다.<sup>21)</sup> 이 때 피보험 단위기간은 “날”을 단위로 계산하기 때문에,<sup>22)</sup> 그 날에 몇 시간 일했는지는 상관이 없다. 플랫폼 근로를 수행한 날이 모두 피보험 단위기간으로 합산된다.

실업의 인정과 관련하여, 일용근로자의 경우에는 1개월 동안의 근로일수가 10일 미만이면 실업이 인정되고, 건설일용근로자의 경우에는 14일간 연속하여 근로내역이 없으면 실업이 인정된다.<sup>23)</sup> 일용근로자가 아닌 플랫폼 근로자의 경우에는 실업의 인정이 문제될 수 있다. 현행 규정상으로는 플랫폼 사업주가 매월 15일까지 신고하는 플랫폼 근로자의 전월 근로내역을 살펴<sup>24)</sup> 근로일수가 0이면 실업으로 인정할 수 있을 것이다.(우리는 지금 특고의 고용보험 적용이 아니라, 초단시간 기간제 근로자의 고용보험 적용을 논하고 있는 것이다.)

## ⑤ 산재보험

산재보험은 고용보험과 달리 주된 사업에만 적용되는 제한이 없다. 산재보험법에 따르면, “둘 이상의 사업에서 근로하는 단시간근로자(일용근로자는 제외)에게 평균임금을 적용하는 경우”에는 “평균임금 산정기간 동안 해당 단시간근로자가 재해가 발생한 사업에서 지급받은 임금과 같은 기간 동안 해당 사업 외의 사업에서 지급받은 임금을 모두 합산한 금액을 해당 기간의 총일수로 나눈 금액”으로 한다.<sup>25)</sup>

17) 고용보험법 제18조. 이 경우, 월평균보수가 많은 사업, 월 소정근로시간이 많은 사업, 근로자가 선택한 사업의 순으로 피보험자격이 결정된다. 다만, 일용근로자와 일용근로자가 아닌 자로 동시에 고용되어 있는 경우에는 일용근로자가 아닌 자로 고용된 사업에서 우선적으로 피보험자격을 취득한다(시행규칙 제14조).

18) 고용보험법 제10조 제1항 제2호 및 시행령 제3조 제1항.

19) 고용보험법 제2조 제6호. 임금 계산이나 지급이 일 단위로 이루어진다 해도 근로계약기간이 1개월 이상인 경우에는 고용보험법에서 정의하는 일용근로자에 해당하지 않는다.

20) 고용보험법 시행령 제3조 제1항 단서.

21) 고용보험법 제40조.

22) 고용보험법 제41조.

23) 고용보험법 제40조 제1항 제5호.

24) 고용보험법 제15조 및 시행령 제7조.

25) 산재보험법 제36조 제5항과 시행령 제23조 및 제24조.

산재보험의 적용과 관련하여 문제될 수 있는 것은 출퇴근 재해의 인정 여부일 것이다. 즉 콜과 콜 사이의 이동 중에 사고를 당했을 경우 이것을 출퇴근 재해로 볼 수 있는가 하는 문제이다.

산재보험법에 의하면, “사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출퇴근하는 중 발생한 사고” 또는 “그 밖에 통상적인 경로와 방법으로 출퇴근하는 중 발생한 사고”는 출퇴근 재해로 인정된다.<sup>26)</sup>

그렇다면 플랫폼 사업주가 교통수단을 제공하는 경우라면 말할 것도 없거니와, 적어도 해당 플랫폼 근로를 수행하기 위하여 필요한 통상적인 경로와 방법으로 이동하는 중 발생한 사고는 출퇴근 재해로 인정되어야 하지 않을까 한다.

## ⑥ 퇴직금

근로자퇴직급여보장법 제8조에 따르면 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하는 제도를 설정하여야 한다. 별도의 배제 규정이 없으므로 플랫폼 근로자에게도 적용된다.

그렇다면 클라우드형 플랫폼 근로자의 계속근로기간은 어떻게 계산할 수 있는가? 대법원 판례의 취지에 비추어 본다면,<sup>27)</sup> 예를 들어 주말 이틀에만 플랫폼 근로를 하는 경우라면 주중의 공백기간을 전부 계속근로기간으로 포함시키기는 어려울지도 모른다.

그렇다면 주말 이틀씩 하는 것을 모두 모아 365일을 채워야 하는가? 아니다. 법에서 말하는 계속근로기간 1년은 365일을 의미하는 것이 아니다. 주말 이틀만 플랫폼 근로를 하는 식으로 1년을 했다면 그것도 계속근로기간 1년으로 인정할 수 있다.

이러한 해석이 사용자에게 부당하게 부담을 지우는 것인가? 아니다. 계속근로기간은 1년을 채웠지만 주말만 일했기 때문에 평균임금은 얼마되지 않으므로 사용자에게 부당한 부담을 지운다고 할 수는 없다.

3개월을 12주로 잡고, 1주에 주말 이틀씩 일했다면 총 24일이다. 하루에 4시간 일해서 5만원을 벌었다고 가정하면 3개월 동안 총 120만원이다. 이를 총일수 90일로 나누면 평균임금은 13,333원이다.<sup>28)</sup> 퇴직금을 1년에 30일의 평균임금으로 계산하면 40만원이다. 주말마

26) 산재보험법 제37조.

27) 대법원, 2019. 10. 17., 2016두63705. “기간제법 규정의 형식과 내용, 입법 취지에 비추어 볼 때, 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 근로관계가 존재하지 않는 공백기간이 있는 경우에는, 공백기간의 길이와 공백기간을 전후한 총 사용기간 중 공백기간이 차지하는 비중, 공백기간이 발생한 경위, 공백기간을 전후한 업무내용과 근로조건의 유사성, 사용자가 공백기간 동안 해당 기간제근로자의 업무를 대체한 방식과 기간제근로자에 대해 취한 조치, 공백기간에 대한 당사자의 의도나 인식, 다른 기간제근로자들에 대한 근로계약 반복, 갱신 관행 등을 종합하여 공백기간 전후의 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가될 수 있는지 여부를 가린 다음, 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총 기간을 산정할 수 있는지 판단하여야 한다.”

28) 평균임금의 개념의 대해서는 근로기준법 제2조 참조.

다 1년을 플랫폼 근로자로 일하고 퇴직금으로 40만원을 받는 것이 사용자에게 그렇게 큰 부담으로 보이지는 않는다.

반대로 주중 5일만(하루에 8시간씩) 일하고 주말에는 쉬는 경우를 가정해 보자. 하루 8시간에 10만원 벌었다면, 3개월=12주=60일의 근로일을 곱해서 총 600만원이다(계산의 편의상 주휴수당은 제외했다). 이를 총일수 90일로 나누면 평균임금은 66,667원이고, 퇴직금은 200만원이다. 하루 8시간씩 주 5일 근무면 전속이라고 할 수 있다. 이 정도라면 우리 노동법에서 예정하고 있는 퇴직금 제도의 취지에 어긋난다고 볼 수는 없을 것이다.

### ⑦ 해고

기본적으로 매번의 업무는 각각 초단기 기간제 근로계약이므로 업무의 완료와 동시에 기간의 만료로 근로계약은 종료된다. 그러므로 거기에는 해고의 개념이 적용될 여지가 없다.

다만, 초단기 기간제 근로계약이 짧은 공백기간을 사이에 두고 반복갱신되어 그 전체를 하나의 무기근로계약으로 재분류할 수 있는 경우, 아마도 전업으로 하는 경우가 여기에 해당될 수 있을 것인데, 이 경우에는 앱 접속 차단을 해고로 간주할 수 있을 것이다. 그러므로 거기에는 정당한 이유가 있어야 할 것이다.

### ⑧ 노동삼권

일용직 근로자의 노동조합이 아무런 문제 없이 인정되는 것과 마찬가지로 클라우드형 플랫폼 근로자의 노동조합도 아무런 유보 없이 인정된다.

특히 클라우드형 플랫폼 근로에서는 근로 제공의 가능성이 불특정 다수에게로 개방되어 있다는 특성으로 인해, 여기에서 체결되는 단체협약의 적용 기준은 근로자 쪽이 아니라 사용자 쪽에 맞춰진다. 즉 근로자의 인적 특수성(조합원 자격)과 무관하게, 사용자인 플랫폼과 근로계약을 체결하는(즉 쿨을 수락하는) 모든 근로자에게는 동일한 협약상의 근로조건이 적용된다는 것이다.

그런 점에서 클라우드형 플랫폼 근로의 단체협약은 조합원의 근로조건을 개선한다는 목적보다는 플랫폼이 조직하는 시장에 참여하는 모든 행위자에게 공통적으로 적용되는 규칙을 설정하는 것을 목적으로 삼게 된다고 할 수 있다. 다시 말하면, 매 순간마다 플랫폼 시장에 들고나는 사람들의 면면은 바뀌겠지만, 누구든지 일단 플랫폼 시장에 참여하는 동안에는 공통의 규칙을 따르게 된다는 것이다.

이 말은 결국 플랫폼 단체협약은 만인효(erga omnes)를 승인하지 않을 수 없다는 것이고, 그런 점에서 플랫폼 단체협약의 발전은 종래의 단체협약법제를 재검토할 수 있는 단초

가 될 수 있을 것이다.

## V. 추가적으로 검토해야 할 쟁점

### 1. 초단기 기간제 근로계약은 영시간계약인가?

클라우드형 플랫폼 근로의 법률관계를 초단기 기간제 근로계약으로 해석하는 입장은 영국에서 크게 문제되었던 “영시간계약”<sup>29)</sup>을 인정하는 셈이라는 비판이 가능할 것 같아서 이 문제에 대한 추가적인 검토가 필요해 보인다.

영시간계약에 관한 합의된 정의는 없다. 일용 “소정근로시간 없이 사용자가 필요에 따라 근로자를 호출하면 근로자가 그것에 응해 근로를 제공하기로 하는 계약”이라고 할 수 있다. 이것은 넓은 의미의 영시간계약이다. 여기에 전속성, 즉 근로자는 다른 사용자를 위해 일할 수 없으며 사용자가 호출하면 근로자는 이에 응해야 한다는 내용이 포함되어 있으면 좁은 의미의 영시간계약이 된다.

좁은 의미의 영시간계약은 영국 고용권법 제27조에서 정의하고 있는 것이다. 이에 따르면 (1) 사용자의 재량에 따라 조건부로 일을 하거나 서비스를 제공하는 경우, 그리고 (2) 어떤 업무와 서비스를 언제 제공해야 하는지에 대한 확실성이 근로자에게 없는 경우에는 전속성 조항의 구속력이 배제된다.<sup>30)</sup> 즉 전속성은 법적 구속력이 없다.

그렇다면 전속성을 제외한 나머지 부분은 법적 구속력이 있는가? 이 질문은 무의미하다. 전속성이 빠진 영시간계약은 알맹이가 없기 때문이다. 사용자의 호출에 근로자가 응락할 수도 있고 거부할 수도 있다면, 그리고 거부에 대해서 아무런 계약상의 책임을 지지 않는다면, 법적 구속력이 있다고 할 수도 없지만, 설령 있다고 한들 그게 무슨 의미가 있겠는가?

영시간계약에 전속성이 포함되어 있고 그것을 위반했을 때 근로자에게 책임이 발생하는가 여부를 둘러싸고 비로소 영시간계약이 노동법적 논쟁의 대상으로서 의미가 있는 것이다. 전속성이 없는 영시간계약은 유의미한 노동법 논쟁의 대상이 되는 영시간계약이 아니라 다른 계약일 뿐이다.

알랭 쉬피오가 영시간계약의 효력에 대해서 분석하면서, 프랑스 민법에 따르면 영시간계약은 “채무의 적법한 원인(cause)”<sup>31)</sup>이 결여되어 있기 때문에 무효이며,<sup>32)</sup> 영국 보통

29) 이에 대해서는 이정희(2015). 『영시간 계약』. 한국노동연구원 참조.

30) 이정희. 위의 책. 11.

31) 프랑스 구민법전 제1108조. 프랑스 민법상 원인 개념에 대해서는 여하운(2016). 「프랑스 민법상의 원인

법에 의하더라도 영시간계약은 約因(consideration)이 결여되어 있기 때문에 무효라고 해석할 때,<sup>33)</sup> 이것은 전속성이 내재된 영시간계약에 대해서 말한 것이다.

해석에 의하든 실정법의 규정에 의하든 영시간계약의 전속성 조항은 무효가 될 것이다. 그렇다면 전속성을 뺀 나머지 부분으로서의 영시간계약은 근로계약이 체결될 수 있는 상황을 미리 묘사해 둔 것에 불과하다. 사용자가 실제로 근로자에게 근로 제공을 요청하고 근로자가 이를 수락하여 근로를 제공하기로 하면 이 때 근로계약이 성립하는 것이다.

김기선은 “0시간 계약은 근로조건을 정한 포괄적 합의에 해당하기는 하지만, 그 자체로 근로계약은 아니라고 봐야 할 것이다. (...) 각 근로제공시에 별도의 근로계약이 성립되는 것으로 보는 것이 적절할 것”<sup>34)</sup>이라고 했는데, 적절한 지적이다.

클라우드형 플랫폼 근로에서 플랫폼과 근로자가 사전에 체결하는 계약이 영시간계약과 유사하다고 할 수 있을지도 모르겠다. 여기에 전속성이 포함되어 있다면, 혹은 양 당사자의 권리와 의무가 牽連性을 담보하지 못하는 방식으로 규정되어 있다면, 프랑스와 영국의 해석론을 차용할 경우 그러한 계약은 무효이거나 법적 구속력이 없다고 할 수 있을 것이다. 우리 민법상으로는 쌍무계약의 전연성 개념에 의거하여 무효로 해석할 수 있다.

어쨌든 그것은 근로계약이 체결될 수 있는 조건을 공유하는 일종의 프로토콜에 그치는 것일 뿐, 그 자체가 근로계약인 것은 아니다. 근로계약은 플랫폼이 콜을 띄우고(청약) 근로자가 그것을 수락했을 때(승낙) 성립하는 것이다.

## 2. 근로계약의 병존

초단기 기간제 근로계약은 다른 근로계약과 병존을 용이하게 한다. 비취업자나 자영근로자가 클라우드형 플랫폼 근로를 하는 것은 별 문제가 없다. 전자의 경우에는 근로시간의 총량에 상관없이 전업으로 근로하는 것이 되고, 후자의 경우에는 그로 인해 발생하는 문제를 자영근로자인 당사자가 부담하면 되기 때문이다. 현행법상으로도 자영근로와 근로계약을 병행하는 것을 금지하는 규정은 없다.

그런데 이미 다른 직장에서 근로계약관계에 있는 근로자가 여가시간을 활용하여 플랫폼 근로를 하는 경우에는 문제의 소지가 있다.

우선 공무원이나 공공기관 종사자의 경우에는 법령으로 영리 행위의 겸업을 금지하는 규정을 두고 있는 경우가 있다. 이런 경우에는 플랫폼 근로를 부업으로 하는 것이 징계와

---

(cause)론을 정리하며 : 2016년 개정 프랑스 민법의 cause의 삭제에 대한 감회를 곁하여, 『인권과정의』, 2016년 12월호, 55 이하 참조.

32) 한국 민법에서도 이와 같은 純粹隨意條件은 무효로 보는 데 이설이 없다(곽윤직, 앞의 책, 306).

33) 알랭 쉬피오(2019). 『숫자에 의한 협치』, 한울아카데미, 363 이하.

34) 김기선(2015). 「0시간 계약」, 『월간노동법률』, 2015년 3월호.



관련하여 문제될 수 있을 것이다.

그 외 민간 근로자의 경우에는 별도의 금지 합의가 없는 한, 두 개 이상의 근로계약을 병행하는 것 자체는 문제가 없다. 오전에는 종로 식당에서 단시간 근로를 하고 오후에는 마포 식당에서 단시간 근로를 하는 것과 마찬가지로 때문이다. 판례에 따르면, “근로자가 다른 사업을 겸직하는 것은 근로자 개인능력에 따라 사생활의 범주에 속하는 것이므로 기업질서나 노무제공에 지장이 없는 겸직까지 전면적, 포괄적으로 금지하는 것은 부당하다.”<sup>35)</sup>

혹시 부업을 하는 것이 근로자 측에서 근로계약상의 부수적 의무, 가령 이른바 성실의무나 직무전념의무를 위반한 것이 될 수 있을까? 긍정하는 견해도 있지만,<sup>36)</sup> 경쟁 플랫폼 업체에 종사하고 있으면서 부업으로 하는 경우가 아닌 한(이런 경우에는 경업금지의무 위반에 해당할 수 있을 것이다) 문제 없다고 보아야 할 것이다. 다음날 근로계약상의 주된 의무를 충실히 수행하기 위하여 노동력을 온전히 보전할 의무 같은 것이 인정될 수 있을까? 그런 의무가 인정된다면 퇴근 후 술 마시는 행위 자체가 문제될 것이다.

두 개 이상의 근로계약이 각각으로는 주 40시간 미만이지만 합해서 주 40시간을 초과하면 어떻게 되는가? 우선 가산임금과 관련해서는, 현행법은 “당사자 간에 합의하면” (근로기준법 제53조)이라는 식으로, 근로계약을 단위로 해서 연장근로시간을 계산하므로, 각각의 근로계약에서 주 40시간을 초과하지 않는다면 가산임금 지급의무는 발생하지 않는다고 할 것이다.

그러나 별칙의 적용과 관련해서는 좀 복잡하다. 근로기준법 제50조는 이렇게 정하고 있다. “1주 간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다.” 그리고 이 규정을 “위반한 자”는 별칙에 처한다(제110조). 이에 대해서는 근로시간 계산의 기준이 무엇인가에 따라 두 가지 해석론이 가능하다.

첫째, 근로계약이 아니라 근로자 또는 사용자 개인이 기준이라고 해석하는 것이다. 법문에 좀 더 충실한 해석이다. 그러므로 법문을 엄격하게 적용한다면, 두 개 이상의 근로계약을 통산해서 주 40시간을 초과하여 근로한 근로자는 처벌을 받게 될 것이다. 그리고 그 근로자에게 일을 시킨 사용자도 처벌을 받게 될 수 있다(사용자의 형법상 책임을 확정하기 위해서는 고의, 과실, 인과관계와 객관적 귀속, 미수 등 형법총론의 개념을 다루어야 하는데 이 부분은 생략한다). 이러한 해석론이 인정된다면, 풀타임 근로자는 별칙을 감수하지 않는 한 플랫폼 근로를 부업으로 할 수 없을 것이다(52시간의 주당 최대근로시간은 동일한 근로계약의 당사자 간에 적용되는 것이다).

둘째, 가산임금의 경우와 마찬가지로 근로계약이 근로시간 계산의 기준이라고 해석하는

35) 서울행정법원, 2001. 7. 24., 2001구7465 판결. 최석환(2019). 「멀티잡 종사자의 노동법적 규제」, 『노동법연구』, 제47호, 218에서 재인용.

36) 가령 최석환, 위의 글, 221 이하 참조.

것이다. 이에 따르면 각각의 근로계약에서 주 40시간을 초과하지 않는 한 별칙은 적용되지 않을 것이다. 다만, 이렇게 해석할 경우 근로시간 규제가 약화될 우려가 있는 것은 사실이다.

근로시간의 公序적 성격을 강조하는 입장에서는 첫 번째 해석을 지지할 것이다. 반대로 근로자 개인의 자유를 좀 더 강조하는 입장에서는 두 번째 해석론을 지지할 것이다. 참고로 프랑스나 독일 같은 나라는 첫 번째 입장을 취하고 있으며, 미국 같은 나라는 두 번째 입장을 취하고 있다.<sup>37)</sup>

마지막으로, 플랫폼 근로를 하다가 다쳤고,<sup>38)</sup> 그래서 주업인 직장에 출근하지 못했다면 주업의 사용자는 이를 이유로 해고할 수 있는가? 이것은 일신상의 사유로 인한 해고에 해당할 것이다. 이에 관한 별도의 양해 약정이 없는 한 긍정해야 할 것이다. 부업의 근로계약에서 발생한 문제를 주업의 사용자가 부담하도록 할 근거는 없기 때문이다.

## VI. 결론

근로계약은 일종의 사업편입계약이라고 할 수 있다. 여기서 말하는 사업편입이란 사업을 하나의 인적·공동체적 관계로 정의하고, 근로자가 그러한 관계 속으로 통합된다는 것을 의미하는 것이 아니다. 다만, 사업을 경제활동의 자유 또는 그러한 자유의 법률적 형식으로 정의하고, 근로자가 사용자의 주된 사업을 구성하는 데 필요한 노동력으로 결합되어 있다는 뜻이다.

사업편입은 동전의 양면과 같은 두 가지 사실을 수반한다. 하나는 타율성의 승인이고, 또 하나는 자율성의 상실이다. 타율성의 승인이란 근로자가 타율적 근로관계, 즉 지시종속적 근로관계 속으로 들어간다는 뜻이다. 플랫폼 근로에서는 근로자가 플랫폼에 의한 제어·통제 시스템에 종속된다는 것을 의미한다. 자율성의 상실이란 근로자가 타율성 승인의 결과로서 자기 이름과 위험으로 사업을 영위하는 자율성을 상실한다는 뜻이다. 플랫폼 근로에서는 근로자가 제공하는 서비스의 내용과 가격 및 고객을 근로자 스스로 결정할 수 없다는 것을 의미한다.

37) 최석환. 위의 글. 233 이하. 다만, 미국의 경우에도 이른바 공동사용자 개념이 적용되는 경우에는 가산임금의 계산에 있어서 복수의 사용자를 위하여 일한 시간을 통산한다(앞의 글, 235). 프랑스의 경우, 노동법전 L.3121-20조에 따르면, “동일한 한 주의 최대근로시간은 48시간이다.” 그 위반에 대하여는 근로자와 사용자 모두에게 과태료가 부과된다(L.8115-1조). 특히 사용자에게는 근로자 각 한 명당 과태료가 따로 부과된다.

38) 대법원에 따르면, 여러 개의 사업장을 옮겨 다니며 근무한 근로자가 작업 중 사망한 경우에 그 사망이 업무상 재해에 해당하는지의 여부를 판단함에 있어서는, “망인이 사망할 당시의 사업장에서 수행한 업무뿐만 아니라 사망 전에 근무하였던 사업장에서 수행한 업무도 모두 포함시켜 판단의 자료로 삼아야 한다.”(대법원, 2010. 1. 28., 2009두5794).

클라우드형 플랫폼 근로에서는 콜 수락과 동시에 근로자가 플랫폼의 사업에 편입됨으로써 근로계약관계가 성립하게 되는 것이므로(초단기 기간제 근로계약), 그 전에 근로자가 앱 접속을 거부할 수 있다든지, 콜을 거부할 수 있다든지 하는 사정은 근로계약관계의 존재 여부를 판단함에 있어서 아무런 고려 사항이 될 수 없는 것이다.

클라우드형 플랫폼 근로의 법률관계는 기간만 초단기일 뿐 근로계약관계에 해당하므로 그에 따라 노동법상의 관련 규정을 적용하면 될 것이다.



**“근로자성 판단기준:  
사용종속관계에서  
사업편입성으로 ”**

**- 백화점 위탁판매원 사건을 계기로**

김 린 교수(인하대학교 법학전문대학원)



# 근로자성 판단기준: 사용종속관계에서 사업편입성으로

- 백화점 위탁판매원 사건을 계기로

김 린\*

## 目 次

- 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 표시하도록 의무화 되었다. 이 중 필자가 관심을 가진 부분은 마지막 숫자이다. 4번은 한 마리당 0.05제곱미터<sup>1)</sup> 정도의 면적이 부여된 케이지에서 자란 닭이 산란한 달걀에, 3번은

\* 인하대학교 법학전문대학원 교수

1) 참고로 A4용지의 넓이가 0.06237제곱미터이다.

4번보다 약간 더 큰 0.075제곱미터당 한 마리꼴인 케이지에서 자란 닭이 산란한 달걀에, 2번은 축사내 방목을 통해 사육된 닭이 산란한 달걀에, 1번은 자유방목 사육된 닭이 산란한 달걀에 각각 붙는다.<sup>2)</sup> 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 몸하나 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 양계업자가 달걀을 찾아 좀 헤매야 할 수도 있지만 정기적으로 하다보면 그도 역시 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 쫓아 사육방식을 변화할 것이다. 소비자의 선호를 쫓는다는 말은 금전적 이윤을 추구하거나 좋은 가치를 선호한다는 의미가 포함되어 있다.<sup>3)</sup>

## 2. 인간의 노동으로 시선을 돌리며

근로자를 통해 근로를 제공받는 사용자 역시 소비자의 선호, 새로운 경영기법의 발견, 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[부산학원사건] 이래 이를 ‘상당성’으로 완화해 현재에 이르고 있다.<sup>4)</sup> 위

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

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, 15-17면 참조.



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 재판부(혹은 주심)가 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 위탁판매원<sup>5)</sup> 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 살펴 본다. 이는 앞에서 본 양계 사례를 일의 세계의 단면에 빚대어 보기 위함이다.

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.<sup>6)</sup> 다음으로, 백화점 운영회사가 백화점 내에 위치한 일정한 공간을 물

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

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.

건의 제조·수입업체와 같은 다른 사업자에게 임대해 주는 것이다. 이 제조·수입업체는 해당 공간에서 스스로 판매활동을 하며, 백화점 운영회사에게 고정의 수수료로 지급하거나, 판매액의 일정률 또는 일정액을 수수료 등의 명목으로 지급하는데, 수수료의 결정유형에 따라 관행적으로 전자를 ‘임대갑’, 후자를 ‘임대을’이라 칭한다. 전체적으로 총 네 가지의 거래유형으로 구분되나, 각 유형 내에서도 납품업체 혹은 임대업체가 취급하는 상품의 종류, 거래상 지위 등에 따라 세부적으로는 각각의 특징이 존재하며, 2013년 기준 매출액 대비 특약매입거래가 약 70%, 임대을이 15%, 직매입이 6% 정도를 차지하는 것으로 알려져 있다.<sup>7)</sup> 각 거래형태별로 취급상품의 유형과 특징은 아래와 같다.

<표> 거래형태별 상품의 유형과 특징<sup>8)</sup>

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 현장에서 판매하는 사람은 누구와 어떤 형태의 계약을 체결하는지가 주된 관심사가 된다. 일반적으로 직매입 거래의 경우 백화점 운영회사가 직접 고용한 사원이 판매를 하고, 임대형거래의 경우에는 임차업체가 고용한 직원이 판매활동을 한다, 특약매입의 경우에는 납품업체가 백화점 운영회사가 배정한 매장 혹은 매대에 판매인력을 파견하는 형태가 주를 이룬다. 그러나 여기에서 ‘고용’이라는 표현을 사용하였다고 하여, 반드시 판매원들이 근로계약을 체결하는 것은 아니고, 각 상품 유형이나 특징에 따라 위탁판매계약이 체결되기도 한다.

7) 임채운·이호택, 우리나라 백화점의 매입관행 개선방안, Korea Business Review, 제17권 3호, 한국경영학회, 2013, 235~236면 참조.

8) 임채운·이호택, 위 논문, 237면에서 인용.

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 많았다고 한다. 전산기술이 발달하지 않는 등 매장 자체를 관리하는 것이 쉽지 않았기 때문이다. 즉, 당시에는 백화점 운영회사는 유통회사라기 보다는 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.<sup>9)</sup> 즉, 성과를 강조하는 거래체계가 시간이 흐를수록 확대된 것이다. 그 결과 개별 납품업체의 경우에도 위판례에서 인정한 바와 같이 처음에는 근로계약 형태로 판매원을 고용해 백화점에 파견하다가, 2000년대에 본격적으로 위탁계약 방식으로 전환된 것으로 볼 수 있다.

#### 나. 근로자성 인정례

백화점 위탁판매원에 대해서는 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146, 62456, 63299 판결 [발렌타인 사건]에 의해 각각 근로자성이 인정되어 납품업체에게 퇴직금 지급을 명한 바 있다.<sup>10)</sup> 이 판결에서 근로자성 판단과 관련이 있는 사실관계를 소개하면 다음과 같다.

(1) 이 사건의 피고(주식회사 발렌타인)는 넥타이, 스카프(머플러), 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(매

9) 임채운·이호택, 위 논문, 235면 참조.

10) 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. 2015다59146호 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.

출이 저조해도 85%가 보장되고, 매출이 좋더라도 130%를 넘지 않음)에서 매장 전체 매출에 따라 수수료를 지급하다가 2008년 중반부터는 다시 고정보수를 지급하였고, 그러다 2012년부터는 다시 매출액 연동형으로 변경하였는데, 이 과정에서 판매원의 동의를 따로 받지는 않았다.

(4) 백화점 판매원들은 계약체결시 지정된 근무장소(주로 백화점)에서 그 백화점 영업시간 동안 지정된 물품(피고가 백화점에 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 허위청구로 인한 횡령, 회식비 허위 청구 등을 이유로 징계권을 행사한 적도 있고, 일정한 경우 다른 매장으로 이동 조치를 취하기도 한 것으로 보인다.

이러한 배경에서 2015다59146호 및 2015다63299호 판결(주심 대법관 김신)은 “백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결하여 그 계약의 형식이 위임계약처럼 되어 있지

만, 그 실질은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로계약관계라고 봄이 상당하다”는 일반적인 취지의 판시만을 추가하였다.

한편, 2015다62456호 판결(주심 대법관 이기택)은 위 사실관계 외에 “피고는 그 브랜드 제품을 전국에 산재한 백화점 약 75곳에 1곳당 2 ~ 3개씩 개설한 매장에서 판매함으로써 매출을 올리는 회사이고, 각 매장에서는 약 400명에 이르는 판매원<sup>11)</sup>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 위와 같은 대법원 판결에도 불구하고 백화점 위탁판매원의 근로자성에 대한 분쟁은 지속되고 있다. 그 원인은 판매원과 납품업체 사이의 계약관계가 다양하고, 그로 인해 사용종속관계 유무에 대한 평가가 달라질 수 있기 때문이다.

근로자성을 부인한 최근 사례로는 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다207864 판결[제일모직 사건]<sup>12)</sup>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 근무관리를 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 지급

11) 위탁판매원을 의미한다.

12) 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, 141면 이하; 줄고, “매장관리자의 근로자성” 노동법학, 제68호, 한국노동법학회, 2018.12, 140면 이하.

받아 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.<sup>13)</sup> 이 판결은 앞의 발렌타인 사건과 비교하였을 때 근태관리나 업무보고, 판매가격 통제여부, 1999년 경 근로자로 근무하다가 계약형태가 전환된 경우가 있는 점 등에서 유사하나, 수수료의 상한이나 하한이 없다는 점, 계약체결시 실질적인 협상이 있었다고 볼 여지가 있다는 점, 공정거래분쟁조정협의회에 분쟁조정을 신청한 적이 있는 점, 일부 매장관리인은 영업법인을 설립한 경우가 있다는 점 등에서 결정적인 차이가 있고 재판부는 이 점을 자영인의 징표가 강하게 드러난 것으로 본 것으로 이해된다.

이 밖에 서울고등법원 2019. 12. 20. 선고 2018나2054232 판결[코오롱인더스트리 사건]도 백화점 위탁판매원의 근로자성을 부인한 바 있다.<sup>14)</sup> 이 사건도 제일모직 사건과 같이 수수료가 매출액에 연동되어 그 상한과 하한이 열려 있다.<sup>15)</sup>

### 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 성패요소는 판매원의接客기술과 서비스 수준, 상품에 대한 전문 지식에 달려 있는 것이다.<sup>16)</sup> 특히, 오늘날과 같이 기업 간 경쟁이 치열한 상황에서 과거의

13) 판결문이 공개되지 않아 구체적 판시는 확인이 어렵다. 다만 대법원이 공개한, “대법원 2020. 6. 25. 선고 중요판결 요지”에서 그 취지는 확인이 가능하다.

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

14) 이 사건의 상고심은 대법원 2020다207833호로 계속중이나 2020. 7. 9. 판결선고를 앞두고 있다.

15) 이 판결에 대한 리뷰로는 양승광, “백화점에서 근무하는 위탁판매원의 근로자성 판단”, 노동법학 제73호, 한국노동법학회, 2020.3. 248면이하 참조. 1심: 서울중앙지방법원 2018. 9. 6. 선고 2017가합526959 판결. 1심판결에 대한 리뷰로는 노상현, “백화점에서 근무하는 위탁판매원의 근로자성 판단”, 노동리뷰, 통권 제166호, 한국노동연구원, 2019.1, 141면 이하 참조.

16) 이상의 내용은 박혜선 외3, 백화점에 종사하는 샵마스터와 판매원의 현황과 역할분석, 자연과학논문집, 제9권 제1호, 배재대학교 자연과학연구소, 1997, 145~148 참조.

전통적인 통제 중심의 조직문화 하에서 수동적이고 타율적인 판매원의 행태를 대신해 변화하는 환경에 능동적으로 대응하고 자율성과 창의성을 갖춘 판매원이 절실히 필요한 시대가 되었으며 고객의 요구에 신속하고 정확하게 대응하는 판매원의 행동은 기업의 성공을 위한 핵심요소로 부각되고 있다. 이처럼 판매원은 고객 및 시장중심적 활동을 직접적으로 수행하는 실행자인 동시에 그들의 성과는 기업의 매출로 바로 연결되기 때문에 기업에는 매우 중요한 자산인 셈이다.<sup>17)</sup>

이러한 판매원의 업무특성에 의하면, 백화점 판매업무는 판매원 개인의 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 지배하기보다는 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 이익 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 손실의 초래의 위험을 스스로 부담하게 함으로써 이들이 마치 독립사업자 같은 외관을 띄게 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 매장관리 등에 관해 구체적인 의무를 부담하는데 이는 매장에 근무하는 판매원에 의해 이행되어야 하는 것이 대부분이고 그러한 이행이 원만히 이루어지지 않으면 해당 매장에서 퇴출당할 수도 있다.<sup>18)</sup> 납품업체로서는 판매원을 자신의 이행보조자로 활용, 통제하면서 백화점 운영회사와의 관계를 유지해야하는 것이다. 나아가 발렌타인 사건 중 2015다62456호 판결에만 언급된 내용인, “판매원의 근무태도는 매출에도 영향이 있을 뿐만 아니라 피고의 대외적

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

18) 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).

인 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 평가의 차이에서 발생한다. 그러한 평가의 차이는 사용종속관계 유무에 대해 대법원이 제시한 여러 판단요소를 적용하면서 발생한다. 아래 표는 발렌타인 사건에서 동일한 사실관계에 대해 원심과 대법원 판결이 어떻게 다르게 평가를 했는지를 예시적으로 보여준다.

	원심 판결(근로자성 부정)	대법원 판결(근로자성 인정)
업무 장 소 와 시 간	일반적으로 위임계약에서도 특정한 시간과 장소가 정해진 업무를 위임하는 것이 충분히 가능하므로, <u>원고들의 업무장소가 백화점 매장으로, 업무시간이 백화점 운영시간으로 정해진 것은 백화점 매장 판매업무의 특성상 시간과 장소가 정해진 업무를 위임한 데 따른 것일 뿐, 위임의 성질에 반하는 것이 아니다.</u>	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, <u>백화점 판매원들은 백화점 등에서 근무할 때 피고 본사 직원이 상주하지 않더라도 백화점 매장관리 지침을 준수하면서 백화점에서 요구하는 통상적인 수준의 서비스 품질을 유지할 것이 요구된다고 보인다.</u>
업무 감 독	원고들이 수행하는 판매 업무의 방식은 피고의 상당한 지휘·감독을 받는 것이 아니라 원고들 개인의 재량과 역량에 따라 이루어졌고, 매장 운영은 원칙적으로 원고들에게 일임되어 있었다. <u>피고 본</u>	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



	<p>사에서 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>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>
근태관리	<p>피고는 평소 판매원들의 출·퇴근 상황에 관하여 관리를 하지 아니하였고, 일시적으로 판매원들에게 <u>출근등록을 요구한 적이 있으나 이에 관하여 검증이나 제재가 이루어지지는 않았다</u>. 또한, 위임의 경우에도 수임인은 위임인의 청구가 있는 때에는 <u>위임사무의 처리상황을 보고하여야 하는바(민법 제683조)</u>, 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 <u>출근시간 및 시차의 등록</u> 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>
휴가사용	<p>원고들이 <u>휴가 사용을 피고 본사에 통지하기는 하였으나, 이는 휴가에 대한 사전 허가를 받기 위한 것이 아니라 업무 협조를 위한 것으로 볼 수 있다</u>.</p>	<p>백화점 판매원들은 <u>휴가, 병가 등을 사용할 경우 사전에 또는 사후에 피고에게 보고하고, 피고는 백화점 판매원들의 '병가 및 출산휴가 현황표'를 작성하여 보고하고 있었다</u>.</p>
보수	<p>피고가 지급하는 <u>수수료는 기본적으로 판매원들이 수행한 업무실적의 결과에 비례하여 결정되는 구조이다</u>. 수수료 액수에 <u>상한선과 하한선</u>을 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 불황이라</p>	<p>백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결한 이후 2008. 9.경까지는 판매용역계약에서 정해진 수수료 비율에 의하여 각 매장에서 발생한 매출에 따라 계산된 수수료를 <u>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</u>의 범위 내에서 지급받았으나, 앞서</p>

	<p>는 특수한 상황 하에서 판매원들의 요청에 따라 일시적으로 취해진 조치이었다. 또한, 이는 판매용역계약의 내용 및 특성상 일정 시간 동안의 업무수행이 요구되므로 보수체계에 그러한 특성이 반영된 것으로도 이해되고, 나아가 <u>일반적인 위임계약에서도 위임업무의 내용 및 특성에 따라 고정적 보수를 지급하도록 약정하는 것이 충분히 가능하므로 위임의 성질에 반한다고 볼 수도 없다.</u></p>	<p>본 바와 같이 일부 백화점 판매원들에 대한 판매용역계약서에 수수료 비율의 기재가 없는 것도 있고, 계약기간이 종료되어 수수료가 변경되는 경우에도 판매용역계약을 새로 체결하지도 않는 등에 비추어 백화점 판매원들과 피고가 협의하여 그 수수료 비율을 정하였는지 여부가 명확하지 않다.</p>
정 기 금	<p>피고가 원고들에게 근로자의 날 등에 일정 금액을 지급한 사실이 있으나, 이는 <u>원고들의 종속성 여부를 판단함에 있어 비중 있는 사정이 될 수 없다.</u></p>	<p>피고는 명절, 근로자의 날 등 <u>특정한 날에 백화점 판매원들 모두에게 정기금을 지급하기도 하였다.</u></p>

#### 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. 그러한 우왕좌왕의 원인은 재판부별로 사용종속관계를 이해하는 기준이나 성향의 차이 때문이다. 이에 근로자성을 다른 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.<sup>19)</sup> 그러나 재판부마다 노동에 대한 인식과 이해도는 천차만별이다. 근로기준법상 사용종속관계의 판단기준은 2006년 부산학원사건 판결에서 자세히 제시되었지만, 재판부마다 각 요소를 바라보는 관점이나, 각 요소별 중요도의 평가나 비중이 상이해 위와 같은 문제가 발생하는 것이다. 위 표에서 고정급 유무, 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 가능한지, 가능하다면 어떤 방법이 있는지를 파악하기조차 쉽지 않다는 사실이다.

한편, 대법원이 제시하고 있는 사용종속관계에 대한 판단기준은 매우 상세하다. 그 결과

19) 노상헌, “백화점에서 근무하는 위탁판매원의 근로자성 판단” 노동리뷰 통권 제166호, 한국노동연구원, 2019. 1, 144면.

새로운 사실관계 혹은 한 건의 예외 사정이라도 입증되면 판단에 영향을 미칠 수 있다.<sup>20)</sup> 즉, 근로자성 판단은 점점 노무이용자와 노무공급자 사이의 세부적인 그들만의 문제로만 집중되어 가고 있다. 그러한 유형의 일자리에 대한 구조적 문제는 간과되기 일쑤이다. 즉, 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 비유될 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 않을리 없다. 하지만, 우리는 잘 알고 있다. 양계업자와 닭의 사이의 관계에서 양계업자는 노무를 수령하고 닭은 노무를 제공하고 있다는 그 본질에는 아무런 변함이 없다는 것을.

특고, 플랫폼일자리 등 근로기준법상 근로자성이 부정된 사례의 소식을 점점 자주 듣게 된다. 이 상황을 슬기롭게 해결하고 노동법을 회생시킬 수 있는 방법은 노무공급자와 노무이용자의 세부적인 관계에 집착하기 보다는 거시적 안목에서 그 노동이 무엇이고 어떤 구조로 돌아가는가를 파악할 필요가 있다. 이에 노동의 종류, 즉 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 근원으로 되돌아가 살펴 볼 필요가 있는 것은 아닐까.

### III. 근로자성 인정 요건으로서의 사용종속관계에 대한 비판

#### 1. 문제 제기

---

20) 제일모직 사건의 대법원 판결문을 입수해 발렌타인 사건과 비교해 본다면 아마 더 선명히 알 수 있을 것이다.

사법부는, 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결[부산학원사건] 이래 근로기준법상 근로자성 판단시 적용하는 사용종속관계의 판단요소로 여러 가지를 제시하고 있는데,<sup>21)</sup> 위에서 살펴본 백화점 위탁판매원 사건 판결에서도 법원은 결론을 내리기 위하여 많은 증거를 수집하여 사실을 인정하고 인정된 사실을 평가하였다. 그러나, 발렌타인 사건과 제일모직 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 되는바, 유사한 사실관계라 하더라도 이를 판단하는 자의 사용종속관계관에 따라 결론이 오락가락한다. 도무지 예견가능성을 찾기도 어렵고, 무엇보다 사건의 당사자인 사용자나 근로자 쌍방을 설득하기도 어렵다. 좀 더 객관화되고 예측가능한 기준은 없는 걸까. 이러한 관점에서 근로기준법상 근로자에 대한 정의규정을 되짚어보고, 이로부터 다음과 같은 질문을 던져 보게 되었다.

“근로자성을 판단함에 있어서 사용종속관계의 존부가 반드시 필요한가?”

## 2. 판례 및 통설의 태도

거의 모든 노동법 교과서는 근로기준법 적용의 전제조건으로 사용종속관계를 제시하고 있다.<sup>22)</sup> 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 임금

21) 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 사용자에게 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.

22) 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, 3면).

을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람을 말한다” 라고 정의하고 있는데, 이 문언상 어디에서 사용종속관계가 도출되는지 알기가 어렵다.<sup>23)</sup> 근로기준법은 이 용어에 사용된 임금, 근로에 대해서도 정의를 하고 있다. 이 정의를 결합해보면, 근로자는 “직업의 종류와 관계없이 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 모든 금품을 목적으로 사업이나 사업장에 정신노동과 육체노동을 제공하는 사람을 말한다” 로 풀어진다고 볼 수 있다. 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 설시하고 있지만, 그 문언적 근거를 밝힌 적은 없는 것 같다.

대체로 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 근기법은 ‘사용’ 이라는 문언이 들어 있지 아니하여 상대적으로 법 문언으로부터 사용종속관계를 당연히 도출하기는 어려운 측면이 있어 보인다” 는 지적이 있다.<sup>24)</sup> 즉, 명쾌한 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.<sup>25)</sup>

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.<sup>26)</sup> 그러나, 근로기준법을 노동법 교과서가 아니라 법률 그 자체로 접하는 일반 국민들의 입장에서, 이러한 숨은 요건을 구체적 사건에서 요구한다는 사실은 국민의 법치주의에 대한 기대에 부합하지 않는다는 문제가 있다.<sup>27)</sup> 나아가, 이러한 숨은 요건

23) 같은 취지로는 박종희, 근로기준법상 근로자개념-근로기준법의 적용확대와 선별적용과 관련하여, 노동법학, 제16호, 한국노동법학회, 2003, 72, 75면 참조.

24) 노동법실무연구회(권두섭·임상민 집필 부분), 근로기준법주해 제2판, 박영사, 2020, 112면.

25) 민변 노동위원회 편저, 변호사가 풀어주는 노동법 I 근로기준법, 신판, 여림출판, 2014, 8면

26) 법학을 공부한 사람들에게 비교적 널리 알려진 예로는, 형법상 재산죄의 구성요건 중 법문에 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.

27) 참고로, 필자의 개인적 경험이기도 하나, 누구나 법령을 검색할 수 있는 국가법령정보센터 홈페이지에서 근

은 입법적으로도 법률 개정의 방법으로 수정하는 것도 쉽지 않다는 문제도 존재한다. 법률에 명시된 문언은 삭제하거나 수정하면 그만이나, 그러한 명시없이 해석론에 의해서만 확립된 요건을 입법기술에 의해 변경하기란 여간 어려운 작업이 아니다.

### 3. 사용종속관계 요건 추종에 대한 비판

#### 가. 사용종속관계론의 근거 - 계약자유의 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.<sup>28)</sup>

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, 그러한 필요가 있는 경우에 한하여 노동법이 적용되어야 한다는 것이다. 즉, 노동법의 적용범위를 계약자유 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 전에

---

로기준법은 실시간검색순위 10위권을 벗어난 경우를 거의 보지 못하였다. 그만큼 많은 사람들이 근로기준법을 직접 찾아 읽고 있음을 알 수 있다.

28) 김형배, 노동법 제26판, 박영사, 2018, 28면.

는 유용한 이론이었을 것이다. 즉, ' 신분에서 계약으로 ' 사회가 변화되어 모든 사람이 일단 법적으로는 대등한 지위에 있다고 간주되던 시절, 즉 민법이 독재하던 시절 구체적인 현실에서 노동하는 사회적 약자를 보호하기 위한 특별법으로서의 노동법이 별도로 필요한 이유를 제시하고 이를 통해 교두보를 확보하려고 애쓰던 그 시절 말이다.<sup>29)</sup> 즉, 시간의 흐름에 따라 사람이 변하고, 또 그들의 생각도 변하기 마련이며, 자연 법적 보호 수준에 대한 기대는 높아진다. 이에 현대적 관점에서 볼 때 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 진다.

노동법을 단지 민법의 하위 영역으로 본다면 계약자유 원칙에 의해 그 적용범위가 조정될 수 있다고 볼 수 있지만, 우리나라의 노동법은 민법을 벗어나 독자적인 헌법적 근거를 가지고 있다. 전통적인 공사법 이분론에 의하면 노동법은 양 측면의 성격을 모두 가지고 있는 것이다. 따라서 민법을 중심으로 노동법을 이해하여 노동법에서 계약자유 원칙을 강조하는 입장은 노동법의 절반 아니 그 이상에 눈감아버리는 것과 같다.

헌법은 개인들 사이의 관계 즉, 민사관계는 물론이고 개인과 국가와의 관계도 함께 규율한다. 즉, 민법보다 그 적용의 폭이 넓고 깊다. 계약자유 원칙은 민사상 '원칙'에 불과하다. 계약자유 원칙에 대해 직접적으로 규정하고 있는 헌법규정은 없다. 다만 행복추구권(제10조)이나, 직업의 자유(제15조), 경제질서(제119조) 규정 등으로부터 도출될 뿐이다.<sup>30)</sup> 그런데, 근로기준법은 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리, 제3항의 인간 존엄을 보장

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

30) "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 자유시장경제 질서를 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 제약을 받지 않을 수 없다." (헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2000헌바35 결정).

하는 근로조건의 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 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리를 포함한다(헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670 참조). 근로의 권리를 담보하기 위하여 헌법 제32조 제3항은 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”고 하여 근로조건 법정주의를 규정하고 있다.<sup>31)</sup>

더욱이 헌법 제32조에서 사용되는 ‘근로’의 개념은 종속노동에 한정되는 것이 아니라 생계수단으로서의 노동 전반을 포괄하는 개념이다. 결국 계약자유원칙은 헌법상 계약을 자유롭게 체결할 권리에 다름아니고, 근로의 권리와는 관계에서 우월적 지위에 있다고 보기 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 되어야 한다.

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 공장제노동으로부터 정신노동을 비롯하여 근자에 플랫폼노동으로 총칭되는 새로운 노동 형태도 등장하였다. 그리고 노동하는 사람들의 지식 및 의식수준도 높아졌으며, 그들의 자신의 요구사항을 능동적이고 적극적으로 말하기 시작했고 이는 앞으로 더욱 강화될 것이다. 이는 민주주의의 생활화와 궤를 같이 한다. 그 결과 노동법의 내용이 풍부해졌다. 근로기준

31) 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2014헌바3 결정.



법이 과거에는 단순히 앞에서 지적인 경제적으로 우월적 지위에 있는 사용자의 횡포로부터 공정성을 확보하여 근로자를 보호하는데 목적이 있다고 보았다는 이제는 여기에서 한 걸음 더 나아가 근로자가 제공하는 모든 노동을 보호해야 한다는 것으로도 확대되어 간다, 근로기준법이 제공하는 보호는 이제 노동하는 사람들의 입장에서는 마치 공기와 같이 당연한 수준의 보호로 인식되기에 이르렀고, 이는 단순히 국민의 법감정이 그러하다는 것에 기인한 것이 아니라, 우리 헌법에 근거한 것이다. 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하도록 규정한 헌법 제32조 제3항이 그러하다. 사용종속관계는 사용자와의 관계를 중심에 둔 개념이다. 그 결과 인간의 존엄성에 터잡은 노동 자체에 대한 보호를 포괄하지 못한다는 문제가 있다. 다양한 노동의 형태로 인해 노동에 대한 보편적 보호요구가 강화되고 있는 현대의 욕구를 따라가지 못한다는 한계가 있다. 그러나 노동 그 자체를 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 법적 구조를 확보할 수 있다. 그러나 사용종속관계에 대한 집착은 노동을 보편적으로 보호해야 한다는 포용성을 가지고 있지 못하다.

## 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 주도하게 기획되고, 노무공급자가 이에 응하는 모양새로 체결된다. 노무이용자는 자신이 원하는 바를 효율적으로 달성하기 위해 타인의 노동력 활용을 여러 가지로 기획하고, 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 지휘감독에 대한 구체성의 정도에 대한 결정권이 사용자에게 있고 자신의 이윤을 극대화하기 위해 어느 정도의 종속을 요구할지도 그의 자유이다. 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 사

이의 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 안되며, 사법부가 해석론을 통해 용인해서도 안 되는 물론이다. 그러나 사용종속관계 인정에 있어 이러한 타인결정성의 성격을 배제 혹은 수정하는 해석론이 채택되지 않는 한 이 문제는 현재진행형이다.<sup>32)</sup>

## 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 더 많이 팔기 위한 활동이라는 점에서 그 본질은 동일하다. 근로계약을 체결한 판매원을 투입하는 경우 미주알고주알 사사건건 지휘·감독을 해야 했다면 위탁판매원에게는 넓은 재량을 부여했지만, 그의 재량은 마치 1번 축사와 같이 그 한계가 정해져 있을 뿐이다. 납품업체가 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, 계약자유의 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. 노동보호를 달성할 수 있다면, 사용종속관계의 존재라는 요건을 적극적으로 원용하는 것은 무방하다. 즉, 사용종속관계가 존재한다면 전통적인 이론의 틀에 따라 근로기준법의 적용을 긍정하더라도 무방할 것이다.<sup>33)</sup> 그러나 사용종속관계가 부존재하는 경우에는 이를

32) 타인결정성의 문제점을 극복하기 위한 독일의 노력에 관한 소개는 강성태, 근로자의 개념, 서울대학교 법학 박사학위논문, 2004, 55-65면 참조.

33) 사용종속관계에 대한 판단기준이 법적 근거가 불명확하다는 점에서 법치주의의 원칙에 부합하지 않는 면이 있다. 그러나 그렇다고 하여 사용종속관계이론을 모조리 폐기하는 것도 수십년간 쌓아온 근로기준법 적용의

이유로 근로기준법의 적용을 막바로 배제하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 이 경우에는 노동보호의 필요성이 있는지를 또 다른 새로운 기준에 의해 모색할 필요가 있고, 그러한 기준이 충족된다면 비록 사용종속관계가 인정되지 않더라도 근로자성을 긍정할 수 있을 것이다. 헌법재판소의 다음과 같은 판시를 새겨볼 필요가 있다.

근로조건의 기준을 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.<sup>34)</sup>

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

#### IV. 사용종속관계 부존재시 근로자성 인정방안의 시론적 대안 모색 - 사업편입성

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 그 요건이 충족되지 않으면 노무공급자는 노동법 적용으로부터 문전박대를 당하기 때문이다. 이에 사용종속관계의 존재는 근로자의 이익을 위한 원용은 허용되나, 그 반대는 허용되지 않아야 하는 것이다.

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

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 사업

---

원칙을 변경한다는 점에서 법적안정성에서의 문제는 있다(같은 취지 강성태·유성재·박제성·박은정, 앞의 책, 110면). 이에 현실적 방안으로 사용종속관계론은 유지하되 다만, 근로자성을 부인하는 절대적 기준으로 활용되지 않도록 하는 선에서 타협을 보고자 한다.

34) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2013헌바112 결정.

장 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. 다만, ‘사업 또는 사업장’은 근로기준법, 산업재해보상보험법, 산업안전보건법 등 여러 노동법에서 사용되고 있는데, 노동법이 적용되는 터전이 어디인지를 특정하는데 필요하기 때문이다. 대법원은 최근 산업재해보상보험 관계 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 참고 할 수 있다(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012두5176 판결).<sup>35)</sup> 특히, 산재보험이 근로자를 업무상재해로부터 보호하기 위한 사회보험제도로서 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 것, ④ 경제적 활동단위로 분석된다.<sup>36)</sup> 따라서 노무공급자의 노동이 이러한 요건을 갖춘 사업 또는 사업장에서 이루어지는 것이라면 그러한 노동에 대해서는 보호필요성이 있다고 볼 수 있다. 그것이 노동보호에 관한 헌법정신에도 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 누군가가 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 형태로도 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 지

35) 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.

36) 이 각 요건에 대해 다소 부족하지만, 산재보험법적 관점에서의 설명은 좋고, 온주 산업재해보상보험법 제6조, 2017. 참조.

시를 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 2015다 62456판결에만 명시된 인정사실인, “피고는 그 브랜드 제품을 전국에 산재한 백화점 약 75곳에 1곳당 2~3개씩 개설한 매장에서 판매함으로써 매출을 올리는 회사이고, 각 매장에서 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 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.”<sup>37)</sup>

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 무방할 것이다. 즉, 위탁판매원에 대해 제일모직 사건과 같이 재판부가 사용종속관계를 인정하지 않더라도, 사업 또는 사업장 편입된 채 제공된 노동임이 인정되면 근로자성을 인정할 수 있는 것이다. 이러한 방식의 요건을 굳이 이름을 붙인다면 ‘사업편입성’ 내지 ‘사업결합성’이라고 부를 수 있을 것이다.<sup>38)</sup>

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

38) 강성태 교수는 사용종속관계의 핵심적 내용으로 “사업결합성”을 제시하면서, 사업결합성의 구체적 징표를 다음과 같이 세 가지 관점으로 설명하였다. (1) 노무자체의 설질의 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, ② 노무이용자의 노무공급관계의 성립과 종료에 대한 주도권의 존재여부, (3) 노무공급자의 측면에서 ① 노무이용

이 요건은 노무공급자의 노무가 사업의 일부로 이용되었는가라는 거시적 관점을 고려하는데 주된 목적이 있다. 사용종속관계가 노무공급자와 노무이용자 사이의 미시적 관계에 집착함으로써 노무이용자의 노무이용권한에 우선권이 주어지는 문제점에 대한 보완책인 것이다.<sup>39)</sup>

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 계속성이 인정되지 않는다고 볼 수 있다. 그렇다면 결국 판례가 산재 보험사건에서 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 일부를 다듬어 흡수하는 것도 가능하다. 사업 내지 사업장별로 이용되는 노동 이르면 직종별 편입여부에 대한 판단기준을 수립해 보는 것도 가능하다. 양계사업의 경우 산란이 그 사업의 핵심이고, 백화점 납품업체의 자체 브랜드 판매가 그 사업의 핵심인데, 이는 각각 닭과 위탁판매원이 수행하고 있다.

## V. 나가며

근로자의 개념은 법률의 문언에서부터 출발해야 한다. 그러나 근로기준법의 문언상 사용종속관계하에서 근로를 제공해야 한다는 점을 읽어내기가 쉽지 않음에도 우리보다 노동법연구의 역사가 긴 독일이나 일본의 이론을 참작하여 통설과 판례는 이를 요구해 왔었다. 그러나 사용종속관계론은 계약자유의 원칙에 대한 예외로서 노동법의 필요성을 인정받기

---

자에 대한 노무공급의 계속성과 그 밀도의 정도, ② 시설과 장비의 소유, ③ 이익과 손실에 대한 기회의 존재 여부, ④ 제3자의 노동력의 이용여부, ⑤ 노무공급자가 속하는 특정한 직종에 통상적으로 근로자가 취업하고 있는가의 여부가 그것이다(강성태, 근로자의 개념, 서울대학교 법학박사학위논문, 2004, 136-140면).

39) 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.

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.

이에 사용종속관계는 근로자의 이익으로 원용하는 것은 허용하되, 그러한 관계가 인정되지 않는다고 하여 근로기준법 적용을 배제하여서는 아니되고, 근로기준법 상 근로자의 개념에 따라 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. 현재의 판례이론에 따르면 사용종속관계가 부인될 수 있는 아주 강력한 실질이지만, 그들이 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 보호받아마땅하다.

사용자와의 관계에서 보호받는 것이 아니라 노동을 하고 있다는 그 자체가 보호의 대상이 되는 해석론을 기대해 본다.





주제발표 3

# **“프리랜서 PD의 개별적 근로관계법상의 근로자성 검토”**

정영훈 박사(국회미래연구원)



# 프리랜서 PD의 개별적 근로관계법상의 근로자성 검토

정영훈\*

## 目 次

- I. 전반적인 문제 상황
- II. 청주방송(CJB)의 고 이재학 PD 사건의 사안과 법적 쟁점
- III. 유사 사건 판결 검토
- IV. 해외 사례의 검토 - 독일과 일본
- V. 결론 - 청주방송(CJB)의 고 이재학 PD 사건의 근로자성

## I. 전반적인 문제 상황

방송사업자<sup>1)</sup>든 소위 외주제작사든 방송프로그램을 제작할 때 직접/무기의 고용계약을 체결한 사람뿐만 아니라 무수히 많은 기간제 고용과 고용계약 이외의 계약을 체결한 비정규 인력을 외부로부터 받아들여 활용한다. 방송산업 및 방송프로그램 제작의 특성상 이러한 방식의 인력 활용은 불가피한 측면이 있다는 점은 부정할 수 없다. 그 인력 활용 방식은 건설업이나 조선업과 매우 유사하다.

하지만, 방송프로그램 제작 현장에서 발생하는 노동문제는 건설업이나 조선업보다 더 심각하다. 방송프로그램 제작의 특성이나 특수성을 이유로 위탁, 도급, 위촉, 프리랜서라는 명목 하에 전근대적이고 악질적 불공정 관행이 만연해 있는 곳이 방송프로그램 제작 현장

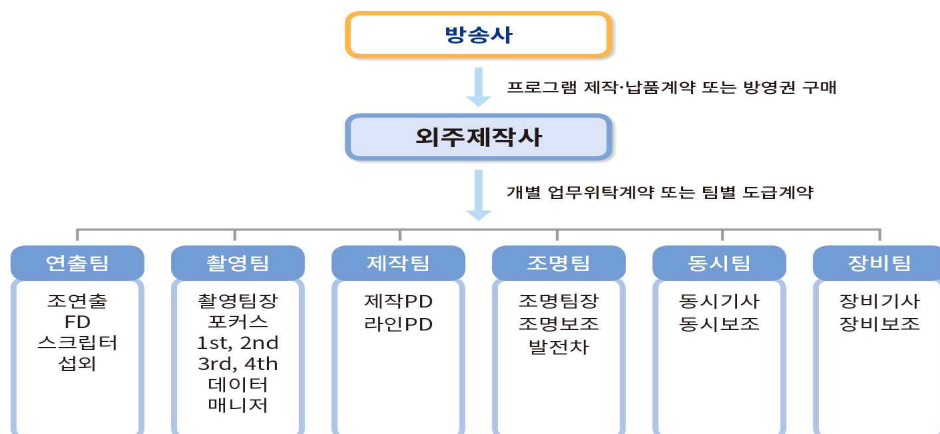
\* 국회미래연구원 연구위원

1) 방송법 제2조 제3호는 방송사업자의 유형을 지상파방송사업자(지상파방송사업을 하기 위하여 제9조 제1항의 규정에 의하여 허가를 받은 자), 종합유선방송사업자(종합유선방송사업을 하기 위하여 제9조제2항의 규정에 의하여 허가를 받은 자), 위성방송사업자(위성방송사업을 하기 위하여 제9조 제2항에 따라 허가를 받은 자), 방송채널사용사업자(방송채널사용사업을 하기 위하여 제9조제5항의 규정에 의하여 등록을 하거나 승인을 얻은 자), 공동체라디오방송사업자(안테나공급전력 10와트 이하로 공익목적으로 라디오방송을 하기 위하여 제9조 제11항의 규정에 의하여 허가를 받은 자)로 정하고 있다.

이라고 할 수 있다. 매우 간단한 내용의 구두 합의만으로 계약이 성립하고 전문 인력이 방송프로그램 단위로 활용되고 담당자의 일방적인 말 한마디로 계약이 해지되는 것이 일상다반사인 곳이 방송프로그램 제작 현장이다. 이러한 문제는 이미 오래 전부터 지적되어 왔던 만큼 분쟁도 적지 않았고, 이를 해결하기 위한 정책 제언을 담은 보고서도 다수 존재한다. 그러나 여전히 해결의 실마리를 찾기 어렵다. 그나마 최근 몇 년 간 방송제작 과정에서의 불행한 사건·사고가 언론 보도를 통해서 알려지고, 유명 영화감독과 유명 드라마 PD 등이 제작 환경의 변화를 주장하면서 이 문제에 대한 사회적 관심이 조금 높아졌다.

방송프로그램 제작 인력에 관한 노동문제를 해결하기 위한 방법은 여러 가지 방향에서 모색할 수 있겠지만, 무엇보다 중요한 것은 근로기준법 및 노동조합법상의 근로자에 해당하는 사람에 대해서는 그 법적 지위를 명확히 확인하고 그 지위에 따른 권리와 보호를 보장하는 것이다. 사회보험 관련법, 공정거래 관련법, 방송문화사업 관련법 등의 분야에서 이들의 지위 향상을 위한 모색을 하는 것이나 관련 당사자 간의 자율적인 개선 노력을 촉진하는 것도 매우 중요하겠지만<sup>2)</sup>, 있는 노동법조차 제대로 지켜지지 않은 현실을 시정하지 않고는 전반적이고 근본적인 개선은 기대할 수 없을 것이다. 방송프로그램의 제작에 참여하는 사람이 노동법상의 근로자인지를 가려내는 작업은 이들의 노동환경 개선을 위한 첫 번째 과제라는 점은 이에 관한 거의 모든 정책보고서가 제언하고 있다.

[그림 1] 드라마 제작 현장 구조



※ 출처 : 고용노동부 2019. 7. “드라마 제작현장 근로감독 결과 발표”

2) 2019년 6월에 지상파 방송 3사(한국방송공사, 문화방송, 에스비에스), 한국드라마제작사협회, 전국언론노동조합, 희망연대노조 방송스태프 지부 등은 ‘지상파 방송 드라마 제작 환경 개선 공동협약’을 구성하여 드라마 제작 스태프와 표준 근로 계약서를 작성하고 노동 시간을 단축하는 내용의 ‘지상파 방송 드라마 제작 환경 가이드라인 기본 합의서’를 체결하고 연출분야, 촬영분야, 조명분야, 기타 분야의 근로환경 가이드라인을 작성하였다.

고용노동부도 2018년과 2019년에 두 차례에 걸쳐서 관련 분야 노조의 요구에 따라서 드라마 외주 제작 현장에 대한 근로감독을 실시하고 근로자성이 부인되고 있던 현장 스태프에 대해서 근로기준법상의 근로자성을 확인하고 그에 따른 근로기준법 등의 위반에 관해서 시정조치를 하였다. 고용노동부가 2019년 7월 18일에 발표한 “드라마 제작현장 근로감독 결과 발표”에 의하면 고용노동부는 2019년 4월부터 6월까지 한국방송공사에서 방영 중인 4개 드라마 제작 현장을 대상으로 근로감독을 실시하였고, 근로감독 대상 드라마의 제작 현장에 종사하는 스태프 184명 중에서 드라마 제작팀(연출팀, 제작팀, 촬영팀, 조명팀, 녹음팀, 장비팀 등)에 속해 있는 팀원급 현장 스태프 137명을 근로기준법상의 근로자라고 인정하였다. 이와 같은 점은 방송프로그램 제작 현장에서 노동법의 적용이 공공연히 회피되고 있다는 점뿐만 아니라 회피 여부의 판단이 그다지 어렵지 않다는 점을 알려준다. 고용노동부의 보도 자료에서 밝히고 있는 것처럼 팀원급 스태프는 “형식적으로는 업무 위탁 계약(프리랜서 계약)이지만 감독 등 팀장급 스태프로부터 상당한 지휘·감독”을 받고 있다는 점은 그다지 어렵게 않게 확인될 수 있기 때문이다.

하지만 “감독·프로듀서(PD) 등 팀장급 스태프”로 가면 판단이 다소 복잡해진다. 위의 보도자료에서도 밝히고 있는 것처럼 “팀장급 스태프 등의 경우 해당 분야의 전문성과 경험을 바탕으로 본인 책임 아래 독자적으로 업무를 수행하고 있어서 근로 계약에 해당하는 것으로 보기 어렵다.”는 것이다. 이것은 흡사 하나의 방송프로그램을 만드는 것은 일정한 구조를 형성하고 있는 건축물이나 배를 만드는 것과 같아서 위의 그림과 같이 다양한 전문 분야로 분업화되어 있고 그 각 분야를 책임지고 있는 사람은 자신의 전문적 능력을 독자적으로 발휘하여 맡겨진 각 부문의 일을 완성(수행)할 때 하나의 방송프로그램이 만들어진다는 관점에 입각하고 있는 듯하다.

방송프로그램 제작이 상당히 높은 수준의 분업 체제를 형성하면서 각 부문 간의 “협업”을 통해서 이루어지는 것이고, 인력의 활용은 특정 프로그램 단위로 이합집산적으로 이루어진다는 관점에 매몰되면 방송프로그램을 제작한다는 최종적인 목적을 달성하기 위하여 누군가가 총괄적으로 지휘감독한다는 사실이 외면되고 도급인(또는 위임인)이 수급인(또는 수임인)에게 도급 계약(또는 위임계약)의 목적을 달성하기 위하여 계약의 본질적인 부분을 확정하여 전달한다는 점이 부각된다.

청주방송(CJB)의 고 이재학 PD 사건(이하 ‘청주방송 사건’이라고 한다)에서 원고의 근로자성을 부정한 청주지방법원 판결<sup>3)</sup>에서는 바로 위와 같은 관점과 인식이 단적으로 드러나 있다. 종래 이 사건과 유사한 사안(방송프로그램의 제작을 담당하는 PD나 VJ의 근로자성)에서 근로자성을 긍정한 판결<sup>4)</sup>이 몇 차례 있었기 때문에 이 판결의 결론은 상당히 이

3) 청주지방법원 2020. 1. 22 선고 2018가단31613 판결.

4) 대법원 2014. 4. 10 선고 2011두19390 판결(“MBC 뉴스 후 제작PD 사건”); 대법원 2011. 3. 24 선고 2010두1074(“KBS 뉴스타임 VJ 사건”); 서울행정법원 2017. 12. 7 선고 2017구합58731 판결(“TBS 객원

례적이라고 생각된다. 하지만 결론이 이례적인 것에 비하여 원고의 근로자성을 부정하는 논거는 상당히 빈약하다. 이 판결에서는 단지 “또 피고 회사의 지휘·감독이 원고가 참여한 특정 프로그램의 진행 및 완성과 관련하여 그 프로그램 제작의 특수성에 따른 지휘·감독(일반적으로 건설 공사의 경우에도 공사도급인이 전체 공사의 일정 조정과 하자 없는 일의 완성 등을 위하여 공사수급인들을 지휘·감독한다)을 넘어서서 이루어진 것으로 볼 만한 증거도 없다.” 고만 할 뿐이다. 이 판결에서는 ‘프로그램 제작의 특수성에 따른 지휘·감독의 범위 내’ 라고 단언하지만 그렇게 단언한 근거를 밝히고 있지 않다. 이 사건에서 원고측 변호인은 원고가 방송프로그램을 제작하면서 청주방송의 정규직 CP 등으로부터 지휘감독을 받았다고 주장하면서 많은 증거를 제출하였지만, 핵심적인 증거는 모두 무시되고 있다.

따라서 본 발표에서는 청주방송(CJB) 사건 판결을 소재로 하여 소위 프리랜서 PD의 근로자성 판단에 관해서 검토해 보고자 한다.

## Ⅱ. 청주방송 사건의 사안과 법적 쟁점

### 1. 사안의 개요

이 사건 원고는 2004년 6월 청주방송의 “전국 탑10 가요쇼”의 조연출을 시작으로 다수의 정규 편성 방송과 특집 방송의 조연출을 맡았다. 청주방송이 2008. 6. 자회사를 설립하자 원고는 자회사의 계약직 직원이 되어 청주방송이 자회사에 제작을 위탁한 방송 프로그램의 제작에 참여하는 하는 한편, 청주방송이 제작하는 방송 프로그램의 제작에 계속 참여하였다. 이후 원고는 자회사를 퇴사하고 2011. 3. 사업자 등록(상호 : JH M&P)을 하고 그 명의로 청주방송의 방송 프로그램의 제작에 참여하였는데, 이와 함께 개인 명의로도 청주방송의 방송 프로그램의 제작에 참여하였다.

청주방송은 원고가 방송프로그램 제작에 참여하면 회당 단가로 JH M&P에게 지급하였는데, 개인 명의로 제작에 참여하는 것은 원고에 개인 명의의 계좌로 지급하였다. 그런데 2013년부터 JH M&P 명의로 보수가 지급되지 않고 원고 개인 명의로 보수가 지급되기 시작하였고, 2013. 11. 25. 원고는 JH M&P의 폐업을 신고하였다.

폐업 신고 이후에도 원고는 계속하여 2018년 청주방송의 방송 프로그램 제작 참여에서

---

PD 사건”; 이 판결 이후 서울시는 프리랜서 피디 PD, 프리랜서 기자, 프리랜서 작가, 프리랜서 카메라감독 등 ‘프리랜서’ 및 파견용역이라는 고용형태를 가진 tbs교통방송 비정규직 총 272명을 직접 고용하겠다고 발표하였다.)

배제되기까지 청주방송의 방송 프로그램의 제작에 참여하였는데, 2015년 이후부터 원고가 제작한 참여한 청주방송의 방송 프로그램과 원고의 역할은 아래 <표 1>과 같다.<sup>5)</sup>

<표 1> 2015년 이후 원고가 제작에 참여한 프로그램 및 역할

연도	정규방송	역할	특집방송 및 행사	역할
2015.	PD리포트 통	조연출 (1.6.~3.24.)	피산세계유기농엑스포 개막식 생중계	연출
	TV닥터 건강클리닉	조연출 (1.17.~12.26.)	창사음악회	연출
	피플&이슈	조연출 (5.10.~12.27.)	중국인유학생페스티벌	연출
	파워특강 건강이 최고	송출 (1.~6.)	박달가요제	연출
	충주 가요아카데미	진행 (6.~12.)	제천한방바이오 박람회 음악회	연출
	쇼! 뮤직파워	연출 (3.~12.)	속리산 단풍가요제	연출
			청주파워리얼음악회	연출
			피산세계유기농엑스포 개막 기념 축하음악회	연출
2016.	청 풍논객	조연출 (5.~12.)	어린이합창단	연출
	피플&이슈	조연출 (1.3.~12.25.)	글로벌명품시장특집음악회	연출
	TV닥터 건강클리닉	조연출 (3.5.~12.31.)	선거특집방송	조연출
	시장에 가자	조연출 (10.)	박달가요제	연출
	아름다운충북	연출 (5.~11.)	농정방송	연출
	쇼! 뮤직파워	연출 (5.~11.)	중국인유학생 페스티벌	연출
2017.	토크콘서트 화통	조연출 (1.28.~6.10.)	제천국제한방바이오	연출
	청 풍논객	조연출 (1.~4.)	제즈청남대와만나다	조연출
	TV닥터 건강클리닉	조연출 (1.~7.15.)	전국채전 축하음악회	조연출
	피플&이슈	조연출 (1.~7.16.)	박달가요제	연출
	로그인코리아	연출 (12.)		
	아름다운충북	연출 (5.~11.)		
	쇼! 뮤직파워	연출 (5.~12.)		
2018.	로그인 코리아	연출 (1.~4.)		
	아름다운 충북	준비		연출
	쇼! 뮤직파워	준비		연출

5) 원고의 역할에 관해서는 당사자 사이에 주장이 엇갈리고 있다. 이 사건 피고 청주방송은 원고가 “연출”의 역할을 했다는 것을 일관되게 부인하면서 원고는 다만 “AD”의 역할만 했다고 주장하고 있다. 판결에서도 피고의 주장을 인정하고 있다.

원고는 2006년 청주방송에서 방송 프로그램의 제작에 참여하기 시작할 때부터 2018년에 제작 참여가 중단될 때까지 청주방송과의 사이에 계약서를 작성해 본 적이 없다.<sup>6)</sup> 청주방송의 정규직 직원인 CP나 PD가 자신이 맡은 방송프로그램의 제작 참여에 할 것을 원고에게 이야기하면 원고가 이에 참여하는 방식으로 이루어졌다. 청주방송의 CP나 PD가 원고에게 방송 프로그램의 제작에 참여할 것을 이야기했을 때 원가를 이를 거부한 적이 있는지, 거부한 적이 있다면 그 때 청주방송의 반응은 어땠는지에 대해서는 불명확하다.

2011. JH M&P라는 상호로 개인사업자 등록을 한 후에도 고인은 오로지 청주방송의 업무만 진행했다. 그 결과 청주방송에서 지급한 금액이 JH M&P의 유일한 수입이었다. JH M&P의 2011. 4. 1.부터 6. 30.까지의 수입은 18,400,000원인데 이 금액은 모두 청주방송이 지급한 것이었다. 2011. 7. 1.부터 12. 31.까지의 수입은 40,000,000원인데 이 역시도 모두 청주방송이 지급한 것이었다. 2012. 1. 1.부터 12. 31.까지의 수입은 56,300,000원인데 이 역시도 모두 청주방송이 아름다운 충북 제작비로 지급한 것이었다. 2013.에는 JH M&P를 거치지 않고 고인이 직접 청주방송으로부터 급여를 받았기 때문에 2013.에는 JH M&P를 통한 수입은 존재하지 않았다. 고인은 2013. 11. 25. JH M&P에 대한 폐업 신고를하였다. 이후에도 고인의 소득은 청주방송으로부터 받은 급여가 절대적이었다. 2013년 이후 원고의 소득 내역은 아래 <표 2>와 같다.

<표 2> 2013년부터 2017년까지 원고의 수입 내역

	청주방송이 지급한 내역	고인의 전체 수입
2013.	32,100,000	34,700,000
2014.	27,250,000	신고결정내역없음
2015.	40,450,000	42,530,000
2016.	46,700,000	46,700,000
2017.	40,900,000	42,600,000

2017년도의 원고가 참여한 방송프로그램 별 회당 보수는 “토크콘서트 화통/ 조연출 : 300,000”, “청풍논객/조연출 : 100,000”, “TV닥터 건강클리닉/조연출 300,000”, “피플 &이슈/조연출 : 50,000”, “로그인코리아/연출 : 650,000”, “아름다운충북/연출 : 400,000”, “제천국제한방바이오/연출 : 1,000,000”, “재즈 청남대와 만나다/조연출 : 300,000”, “전국체전 축하음악회 조연출 200,000”, “박달가요제 연출 900,000” 이다.

프로그램 제작에 필요한 카메라, 방송 차량, 무대, 세트, 스튜디오, 조명장비, 컴퓨터 등의 장비 및 비품은 청주방송이 제공했다. 프로그램 제작에 필요한 일체의 인력도 청주방송의 비용으로 충원했다. 외부 촬영이 있을 경우 고인은 회사에 배차신청서를 제출하였고, 회사 소속 기사들이 운전하는 회사의 차량으로 이동하였다. CG작업은 청주방송의 CG실에

6) 다만, 2008. 6. 피고의 자회사에 원고가 계약직 직원으로 근무하였을 당시에는 계약서를 작성하였다.



서 진행했다. 편집도 청주방송 편집실에서 진행되었다. 편집 업무를 하기 위해서는 편집 프로그램이 필요하고 청주방송이 아닌 곳에서는 회사 서버에 연결이 안 되어 회사 서버에 있는 영상물을 가져올 수 없기 때문에 편집실이 아닌 곳에서 편집 업무를 하는 것은 사실상 불가능했다. 외부에서 촬영하는 프로그램의 경우 고인은 미리 청주방송에 장비를 요청하여 청주방송이 제공하는 장비(ENG카메라, 6밀리 카메라)를 사용하거나 청주방송의 승인을 받아 외부장비(지미짚, 음향 등)를 섭외하였다. “아름다운 충북”의 경우 ENG 카메라 2대, 6MM 카메라 2대, 드론 카메라, 고정 카메라 등을 청주방송으로부터 제공받아 사용하였다. 오스모(OSMO)짐벌 1대, 액션캠 2~3대는 고인이 직접 마련하여 초반에 사용하였으나, 청주방송이 이 장비들을 구매한 후에는 청주방송의 오스모 짐벌과 액션캠을 사용하였다.

## 2. 판결 요지

이 사건 판결은 근로자성 판단기준에 관해서 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결과 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결의 기준을 인용하고 있는데, 각 요소에 대한 판단이 아래와 같이 매우 간소하다.

“2) … 원고의 근무형태를 보면, 원고는 정규직원들과 달리, 다른 프리랜서들과 마찬가지로 특정 시간 및 장소에 출퇴근할 의무가 없었고, 피고 회사가 원고의 근무관리를 하거나 지각 또는 결근으로 인한 징계 등의 불이익을 주지 않았으며, 휴가 등에 관하여도 피고 회사의 취업규칙을 적용 받거나 관리감독을 받지 않았다.

원고는 스스로 일하는 시간 및 장소를 결정할 수 있었으나, 다만 계약된 특정 방송 프로그램이 정해진 시간에 방송되어야 할 필요성과 다른 사람들과 협업을 할 필요성이 있는 범위 내에서 일하는 시간 및 장소가 제약될 뿐이었다.

나아가 원고는 해당 방송프로그램이 종료되면 더 이상 피고 회사에 출근할 의무가 없었고, 원고가 스스로의 시간과 능력에 따라 피고 회사 외의 다른 방송사의 프로그램제작에 관여하거나 기타 다른 일을 하는 것에 대하여 피고 회사로부터 통제나 관리·감독을 받지 않았다.

3) 피고 회사의 직원들이 기간에 따라 정해진 기본급, 상여금 및 성과급, 연차 수당

등을 지급 받았던 것과 달리, 원고는 다른 프리랜서들과 마찬가지로, 피고 회사에서 촬영하는 특정 방송 프로그램, 예컨대 ‘TV여행 아름다운 충북’, ‘쇼!뮤직파워’ 등의 각 프로그램별로 프로그램 제작 전에 미리 정해진 바에 따라 촬영에 참가한 횟수에 따른 보수를 지급받았고, 해당 프로그램이 종료되면 일체의 보수를 지급 받지 않았다. 그리하여 원고는 2014년에는 전혀 보수를 지급 받지 않았고, 매년 혹은 매월의 보수 액수도제작에 참여한 프로그램의 수에 따라 큰 차이가 있었다. 또 오랫동안 원고는 4대보험에 가입되어

있지 않았고, 근로소득 원천징수가 이루어지지 않았음에도 불구하고 이에 관하여 아무런 이의를 제기하지 않았고, 오히려 사업자로서 부가가치세 및 종합소득세를 납부해 왔다.

4) 원고가 보조금, 각종 섭외, 협력업체와의 협업 등에 관한 업무를 하였고, 피고 회사로부터 일정하게 업무에 관하여 지휘·감독을 받은 것은 사실이다. 그러나 그와 같은

업무는 원고의 참여 프로그램에 한하여 그 제작에 필요한 부수적인 업무 범위 내의 것으로 보일 뿐 그 범위를 초과하여 일반적인 피고 회사의 업무에 관하여 지속적으로 이루어진 것으로 볼 만한 증거는 없다. 또 피고 회사의 지휘·감독이 원고가 참여한 특정프로그램의 진행 및 완성과 관련하여 그 프로그램 제작의 특수성에 따른 지휘·감독(일반적으로 건설 공사의 경우에도 공사도급인이 전체 공사의 일정 조정과 하자 없는 일의 완성을 위하여 공사수급인들을 지휘·감독한다)을 넘어서서 이루어진 것으로 볼만한 증거도 없다.

5) 원고의 주장처럼, 원고가 ‘TV여행 아름다운 충북’ 과 ‘쇼!뮤직파워’ 라는 프로그램과 명함에서 ‘PD’라는 직함을 사용한 것은 사실이다. 그러나 ‘쇼!뮤직파워’의 제작비 예산집행 내역서에는 원고가 AD로 참여하였고, 원고에게 700,000원의 보수가 책정되어 있으며, 그 무렵 제작된 각종 프로그램의 예산 내역서에도 원고가 AD로 표기되어 있고 해당 프로그램에 대하여 원고의 보수가 별도로 책정되어 있다.

그리고 피고 회사가 원고에게 근무 장소 및 제작도구의 일부를 제공하거나 편집실의 사용을 허락한 것은 사실이나, 이것은 피고 회사가 다른 프리랜서와 마찬가지로 업무 편의를 위하여 그렇게 하였을 수 있으므로, 이러한 사정만으로는 원고가 다른 프리랜서와 달리, 피고 회사에게 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 보기 어렵다.

6) 마지막으로, 갑 제34, 35, 36호증의 각 1(각 진술서)의 각 기재는 그 각 진술자들이 이 법정에 증인으로 출석하여 증언한 바가 없어 그 진술의 신빙성을 인정하기 어렵다.”

### 3. 법적 쟁점

#### (1) 첫 번째 쟁점 : 당사자 간의 계약 내용은 무엇인가?

이 사건 판결에서 가장 큰 문제점은 청주방송과 원고 사이에 체결된 계약의 내용이 무엇인가가 확정되어 있지 않다는 점이라고 할 수 있다. 양 당사자 간의 계약에 의하여 원고가 이행하여야 할 채무의 주된 내용이 무엇이고, 피고와의 어떠한 관계에서 원고가 그것을 이행하기 위하여 어떻게 업무 처리를 하였는지에 관하여 명확하게 인정하고 있지 않다.

이에 관해서 이 사건에서 피고 측 대리인은 “피고 회사와 원고와의 도급계약의 본질은

‘방송이 가능한 형태로 완성된 프로그램을 제작’ 하는 것”에 있다고 하고 하면서 “그러한 계약에 따라서 통상 프로그램이 제작되어 송출되기까지의 완성이 일의 완성에 해당하며, 그에 따른 조연출의 업무를 하였음은 기 제출 준비서면에 자세히 나타냈고”라고 하고 있다. 이러한 점은 판결에서도 그대로 인정되고 있다. 이 판결은 “원고는 피고 회사의 정규직 입사 과정을 거쳐 입사를 한 것이 아니라, 프리랜서인 AD로 피고 회사의 프로그램 제작에 관여하기 시작하여 오랫동안 AD로 일을 하였다.”고 하고 있다. 이 점에 대해서 원고 측 대리인이 준비서면에서 정확하게 지적하였지만, 이에 대해서 판결문에는 아무런 언급이 없다.

그런데 이렇게 청주방송의 방송프로그램 제작에서 원고의 역할과 지위를 AD라고 한다면 통상적으로 PD 또는 연출자의 지휘 아래 프로그램의 제작 또는 연출을 보조하는 AD의 업무가 위임이나 도급계약의 대상이 될 수 있는 것인지는 의문에 봉착하지 않을 수 없지만 이 점에 대해서는 판결에서는 아무런 언급이 없다. 이러한 점에 대해서도 원고 측 대리인이 정확하게 지적하고 있다. 하지만 이 판결에서는 다음과 같이 실시하고 있다.

“1) 일반적으로 방송 프로그램을 제작하기 위해서는 CP, PD, AD, 작가, 진행자, 카메라맨, 기술국원, 지원팀 등 다양한 사람들이 참여하여 협업을 한다. 그 참여자들이 모두 방송사의 정규직 근로자들은 아니고, 프로그램의 특성과 필요에 따라 정규직과 프리랜서가 함께 참여한다. 그들 중 ① CP(Chief Producer)는 해당 방송 제작국에 할당된 프로그램을 맡은 PD들을 조율하고 관리·기획하는 역할을 하고, ② PD(Producer)는 프로그램을 기획하고 구성하며, 필요한 인물을 섭외하는 것은 물론 전반적인 과정을 거쳐 완성된 프로그램을 만드는 역할을 하고, ③ AD(Assistant Director)는 PD의 업무를 보조하며 출연자의 섭외, 촬영, 종합편집, 촬영 시 스태프들의 식사 관리 등 광범위한 보조업무를 한다. 그리고 CP나 PD는 방송국의 정규직원이 담당하는 것이 일반적이거나, AD는 정규직원이 아닌 프리랜서가 담당하는 것이 일반적이다.”

정상적으로 제작된 방송프로그램이라면 AD 또는 조연출이 있으면 반드시 PD 또는 연출자가 있을 것이다(이 판결은 PD와 연출의 역할도 잘 구분하지 못하고 있는 것이 아닌가라는 의문이 들기도 한다). 그리고 연출이 있다면 조연출은 연출의 지휘명령에 따라서 연출을 도와 방송프로그램을 제작하였을 것이다. 조연출이 연출의 지휘명령 없이 방송프로그램 제작에서 역할을 하였다는 말은 어불성설이다. 이 점은 위에서 본 2019년 고용노동부의 근로감독 결과가 잘 말해준다.

## (2) 두 번째 쟁점 : “연출”계약의 법적 성질

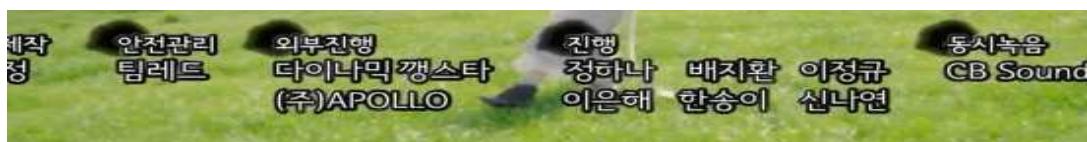
이렇게 보면 청주방송(CJB) 사건에서 원고의 근로자성을 긍정하는 논증은 그리 어렵지 않아 보이기도 한다. 피고가 즐기차기 주장하듯이 원고의 실제 역할이 AD였다면 분명히 원고가 참여한 각 방송프로그램에서 “연출”의 역할을 한 사람이 있었을 것이고, 그 사람과의 관계에서 지휘감독의 사실을 입증하면 되기 때문이다.

그런데 이 사건에서 원고와 피고가 제출한 증거를 보면 사안이 다소 복잡하다. 당사자들의 말과 실체가 다르다. 원고는 청주방송의 방송프로그램 제작에 참여한 이래 어떤 방송프로그램 제작에서는 “연출”의 역할을 하기도 하고, 어떤 방송프로그램 제작에서는 “조연출”을 맡기도 했기 때문이다. 원고 측 변호인이 제출한 증거에 의하면 원고가 제작에 참여한 방송프로그램 중 몇몇 프로그램의 일부 편의 엔딩 크레딧에는 원고가 “연출”로 되어 있고, 어떤 프로그램의 엔딩 크레딧에는 “조연출”로 되어 있다.<sup>7)</sup> 이들 증거의 방송 화면 이미지를 보면 연출이 있으면 조연출이 있고, 조연출이 있으면 연출이 있는 것으로 되어 있다. 원고 측이 제시한 증거에 의하면 이 사건에서 원고는 2017년만을 보아도 총 7개의 정규편성 프로그램 제작에 참여하였고, 3개의 특집 행사에 참여한 것으로 되어 있는데, 어떤 프로그램(“TV 여행 아름다운 충북”과 “쇼! 뮤직파워”)에서는 “연출”로, 어떤 프로그램에서는 “조연출”의 역할을 하였다. 원고는 방송연출 직종에서 일반적으로 경력 코스라고 할 수 있는 조연출 - 연출의 경로를 거치면서 청주방송에서 연출자로서 방송프로그램 제작에 참여하게 되었지만, 방송프로그램 제작에서 “연출”의 역할을 맡게 된 해에도 개별 방송프로그램에 따라서 조연출, 편집, FD, 진행<sup>8)</sup> 등의 다른 역할을 한 것이다.

이 사건에 원고 측은 원고가 대내·대외적으로 청주방송 소속 정규직 피디로 인식되어 업무를 수행하였다고 주장하였지만, 청주방송 측에서는 원고는 프리랜서 AD에 지나지 않았다고 반박하고 있는데, 판결은 청주방송 측 주장을 인정하고 있다.<sup>9)</sup> 원고 측에서 “프리

7) 원고 제출 증거상의 이미지를 보면 각 방송프로그램의 방송 연월일이나 편이 기재되어 있지 않지만, “로그인 코리아”라는 방송프로그램(2017년 늦가을부터 2018년 5월 사이에 방송 추정)의 엔딩 크레딧 이미지에는 “연출”은 청주방송의 편성제작국 편성팀장인 “신현중”이고, “조연출”에는 “이재학, 김성은, 김수연”으로 되어 있다. 그리고 “토크콘서트 화통”에는 “연출”은 청주방송의 편성제작국 편성팀장인 “신현중”이고, “조연출”에는 “이재학, 김수연”이었다.

8) 예능프로그램 등의 제작에서는 제작 인력분야는 점점 분화되어 “진행”이라는 부문이 등장하였다. 아래의 엔딩 크레딧(“무한도전(2018년 종영)”)에서 알 수 있듯이 “무한도전”의 기획제작팀은 “진행”에 필요한 인력을 “다이나믹캐스타”이라는 방송제작인력 전문 파견업체도 이용하였다.



9) 이 사건 판결은 “ 5) 원고의 주장처럼, 원고가 ‘TV여행 아름다운 충북’과 ‘쇼!뮤직파워’라는 프로그램과 명함에서 ‘PD’라는 직함을 사용한 것은 사실이다. 그러나 ‘쇼!뮤직파워’의 제작비 예산 집행 내역서에는 원고가 AD로 참여하였고, 원고에게 700,000원의 보수가 책정되어 있으며, 그 무렵 제작된 각종 프로그램의 예산 내역서에도 원고가 AD로 표기되어 있고 해당 프로그램에 대하여 원고의 보수가 별도로 책정되어 있다.”라고 하

랜서”라는 프레임을 제거하기 위해서라고 이와 같은 주장을 하였다고 생각되는데, 원고가 청주방송 소속의 정규직 피디와 거의 동일한 정도의 연출 업무 등을 수행하고 있다는 점을 강조하였다. 이렇게 되면 도급계약으로서의 방송프로그램 “연출” 계약이 근로계약이라는 점을 입증하여야 한다. 도급계약으로서의 방송프로그램 “조연출” 계약이라는 것이 어불성설에 가깝다는 점은 위에서 언급하였지만, “연출” 계약은 진정한 도급계약으로서 성립할 여지가 있기 때문에 그것의 실체를 검토하여야 한다. 나아가 어떤 방송프로그램 제작에 있어서 “PD” 계약을 체결한 것이라고 주장한다면, 역시 이 계약도 진정한 도급계약이 될 수도 있기 때문이다. 경우에 따라서는 PD의 역할을 하면서 연출자의 역할을 할 수도 있기 때문에 “PD·연출계약”이라는 것도 있을 수 있고, 이 계약도 역시 진정한 도급계약이 될 수 있을 것이다.

외주제작을 하는 경우에 PD와 연출을 역할이 더욱 명확히 구분된다. 예를 들어 EBS “극한직업”의 2020.6.10. 방영된 편의 경우 엔딩크레딧에서는 ‘책임프로듀서 심예원’, ‘프로듀서 한상호’ ……의 순서로 기재되고 가장 마지막에 ‘연출 김정일’로 끝난다. 여기서 ‘김정일’이 이른바 독립 PD, 프리랜서 PD이다.

### (3) 세 번째 쟁점 : 계약관계 존재의 이해 방법

위의 쟁점에 관해서 원고와 청주방송국 사이에 지휘명령 관계의 존재가 입증될 수 있다고 하더라도 원고와 청주방송국 사이에 근로계약관계가 성립하고 있다고 하기에는 좀 더 설명이 필요하다. 이 사건의 사안이 다소 독특하기 때문이다.

위에서 언급한 동종 유사 사건에서는 VJ나 객원 피디 등은 일정한 기간에 특정한 하나의 방송프로그램의 제작에 참여하고 있었기 때문에(특정한 하나의 방송프로그램이 폐지되면 곧이어 이어지는 특정한 방송프로그램의 제작에 참가하고 있기 때문에) 이들 VJ 등과 방송국 사이에 존재하는 해당 방송프로그램 제작에 관한 계약의 법적 성질이 무엇인지를 검토하여 그것이 근로계약이라고 한다면 일정한 시점부터 근로계약관계가 성립하고 있다고 할 수 있다. 하지만, 이 사건에서는 원고는 청주방송국의 복수의 방송프로그램 제작에 참여하고 있다는 특징을 가지고 있다. 시간적으로 연쇄하여 참여하는 것이 아니라 동시에 여러 방송프로그램의 제작에 참여한 것이다.

이와 같은 상황에서 청주방송은 원고가 참여한 각 방송프로그램에 관해서 청주방송과 원고와의 사이에는 도급계약과 유사한 프리랜서 계약이 각각 성립하고 있다고 주장하게 된다. 물론 각 방송프로그램의 각 회차 별로 도급계약과 유사한 프리랜서 계약이 성립한 것이라고 주장할 수도 있을 것이다. 심지어는 두 경우가 혼합되어 있다고도 주장할 수 있

---

고 있다.

다. 각 방송프로그램별로 계약서가 없다보니 이를 알 수가 없다. 이에 반하여 원고는 어떤 특정 시점부터인지는 알 수 없지만 청주방송과 원고 사이에 근로계약관계가 성립하고 있다고 주장한다.

양측에서 제출한 증거에 따르면 원고는 2017년에 총 7개의 편성 프로그램 제작과 3개의 특집 행사(가요제 등) 방송프로그램 제작에 참여한 것으로 되어 있는데 이를 건 수로 보면 188건으로 보수의 총액은 40,900,000원이다. 2016년에도 비슷한 숫자의 방송프로그램 제작에 참여하였는데, 이를 건 수로 보면 307건이고, 보수의 총액은 46,700,000원이다. 이 사건에서 청주방송과 원고 사이에 근로계약관계가 성립하고 있다는 원고의 주장을 선택하면 이와 같은 관계를 전체적으로 보면서 청주방송이 원고에게 어떠한 방송프로그램 제작에 참여할 것인지, 그리고 그 방송프로그램 제작에서 원고가 업무(연출, 조연출, 편집 등)를 수행할 것인지를 지정한 것이 된다. 외관상으로는 업무의 내용을 청주방송이 지정하고 원고가 이를 수행하는 것으로 보이는데, 이는 전형적이고 핵심적인 근로계약관계의 징표라고 할 수 있다.

하지만 이를 설명하는 데 다소 난점이 있다. 위의 사실관계에서 보면, 원고와 청주방송 사이에 존재하는 개개의 방송프로그램 제작 관계를 하나의 다발로 묶고 이를 하나의 법률관계로 평가하는 것이 쉽지 않기 때문이다. 만약 이를 하나의 법률관계라고 평가할 수 있다고 한다면 이 법률관계의 성격은 근로관계라고 판단할 수밖에 없을 것이다(업무의 내용을 청주방송이 결정하고 원고는 이를 수행할 수밖에 없는 관계에 있기 때문이다). 하지만 이러한 평가는 당사자의 의사, 특히 청주방송의 의사를 지나치게 의제하였다는 비난을 직면하게 될 것이다. 즉 원고와 청주방송국 사이에는 그 계약의 법적 성격은 차치하고 포괄적인 내용의 방송프로그램 제작에 관한 계약이 체결되어 있어서 원고의 채무 이행 방법은 청주방송국이 정한다고 의제하여야 하기 때문이다.<sup>10)</sup> 물론 이것은 계약 해석의 문제이지는 하지만, 사실관계의 존재로부터 계약 당사자의 두 의사표시의 합치가 무엇인지를 도출하는 것은 쉽지 않을 것이다.

만약 이러한 논증을 이론적으로 설명하는 것이 부담스럽다면, 개개의 방송프로그램 제작 관계의 법적 성격을 모두 근로계약관계로 평가하고 개개의 근로계약관계의 다발을 묶어서 하나의 큰 근로계약관계의 다발로 하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다. 이러한 접근도 결국 각각의 근로계약관계를 독자적인 계약관계라고 보지 않고 더 큰 하나의 근로계약관계로 흡수시켜서 하나의 근로계약관계로 보고자 하는 것이다.

이러한 접근도 역시 이론적 설명에 부담을 느낀다면, 다음과 같은 접근도 고려해 볼 수

---

10) 예를 들어 드라마 제작에서 진행요원(Floor director; FD)나 기록요원(Scripter)의 역할을 하는 계약의 경우에는 이들이 구체적으로 어떠한 드라마 제작에 투입될 것인지는 각 프로그램의 연출자나 조연출의 요청에 따라서 드라마 기획반 차장이 정하여 개별 요원에게 통지하면 그에 따라서 노무를 제공하여야 하는 계약은 근로계약으로 볼 수밖에 없을 것이다(대법원 20002. 7. 26 선고 2000다27671 판결; 서울고등법원 2000. 4. 29 선고 99나47909 판결; 서울남부지방법원 1999. 7. 29 선고 98가합11896 판결)

있다. 원고와 청주방송 간에는 개개의 방송프로그램 제작 계약이 시간의 단절 없이 이어지고 있다는 점에 착안하는 것이다. 원고가 연출 등을 맡았던 개별 방송프로그램 중에는 연간으로 볼 때 주, 격주 등과 같이 일정한 주기로 방송되는 것이 없다. 하지만 전체 기간을 보면 관계의 단절이 없다. 예를 들어 원고가 “연출”을 담당한 “TV 여행 아름다운 충북”과 “쇼! 뮤직파워”의 경우에 “아름다운 충북”은 매년 6월부터 11월까지 충청북도 내 11개 시군을 촬영하여 50분물 22회를 제작하는 것이고, “쇼! 뮤직파워”는 매년 5월부터 11월까지 12회를 기준으로 하여 6개월간 1개월에 1~2회의 촬영(1회 촬영에 2회분을 제작함)을 하는 것이었다. 이들 두 방송프로그램만 놓고 보면 원고는 12월부터 익월 3, 4월까지 청주방송과의 관계가 단절된다.<sup>11)</sup> 하지만 이들 두 방송프로그램의 제작에 참여하지 않는 기간에도 원고는 청주방송의 여타 방송프로그램 제작에 참여하고 있었기 때문에 원고와 청주방송 사이에 어떠한 법적 관계가 단절된 기간은 없다고 할 수 있다. 이러한 사실 관계 하에 원고가 참여한 개개의 방송프로그램 제작 계약을 모두 근로계약이라고 논증한다면 원고는 2년의 계속 사용기간을 넘어서 사용되고 있었다는 점도 논증될 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 유사 사건 판결 검토

“PD” 또는 “연출(조연출)” 계약이 근로계약에 해당되는지를 판단하기 위한 유형 특유의 징표를 발견할 가능성을 탐색하기 위하여 방송프로그램 제작에 참여하는 유사 직종에 관한 사건의 판결을 살펴보기로 한다.

#### 1. KBS 뉴스타임 VJ 사건<sup>12)</sup>

11) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결(학원강사 판결)에서는 “근로계약기간이 만료하면서 다시 근로계약을 맺어 그 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복된 계약기간을 합산하여 계속 근로 여부와 계속 근로 연수를 판단하여야 하고, 갱신되거나 반복 체결된 근로계약 사이에 일부 공백 기간이 있다 하더라도 그 기간이 전체 근로계약기간에 비하여 길지 아니하고 계절적 요인이나 방학 기간 등 당해 업무의 성격에 기인하거나 대기 기간·재충전을 위한 휴식 기간 등의 사정이 있어 그 기간 중 근로를 제공하지 않거나 임금을 지급하지 않을 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 근로관계의 계속성은 그 기간 중에도 유지된다.”고 하면서 “대학입시학원 종합반 강사들이 매년 계약기간을 2월 중순경부터 그 해 11월경까지로 정한 근로계약을 반복하여 체결한 경우, 계약기간이 아닌 기간에 강사들이 수능시험 문제 풀이, 논술 강의, 대학 지원자 및 대학 합격자 파악·보고 등의 업무를 수행한 점 등에 비추어 볼 때 계약기간이 아닌 기간도 강의 외 부수업무 수행과 다음 연도 강의를 위한 재충전 및 강의 능력 제고를 위한 연구기간으로서 근로관계가 계속되었다”고 하고 있다.

12) 서울행정법원 2009. 6. 24 선고 2008구합25500 판결; 서울고등법원 2010. 5. 4 선고 2009누22043 판결; 대법원 2011. 3. 24 선고 2010두10754 판결(부당해고구제사건); 이 사건 대법원 판결에 대한 평석으로는 박

## (1) 판결의 판단

이 사건에서 대법원은 판결은 판단기준으로서 학원강사 판결<sup>13)</sup> 및 채권추심원 판결<sup>14)</sup>의 심사기준을 그대로 인용하면서 다음과 같은 사실관계 및 그 평가에 근거하여 근로자성을 인정하였다.

① 참가인들이 KBS의 채용공고에 의하여 영상취재요원으로 채용되어 KBS가 기획 의도한 특정한 장소에서 특정한 시간 내에 일정한 영상을 촬영하여 이를 수정·편집하여 온 점

② VJ들은 영상제작에 관하여 그 작업의 특성상 일정한 재량을 가지고 작업을 하여 왔으나 KBS 소속 취재 담당기자의 기획의도에 따라 제작된 촬영 및 편집구성안에 따라 구체적인 인터뷰 내용 및 촬영 방법 기타 영상 내용 등에 대하여 촬영 작업부터 편집 작업까지 지속적으로 수정 지시를 받아 왔고 위와 같은 촬영 및 편집구성안 이외에도 현장에서 구두로 또는 이메일을 통하여 지속적인 수정 지시를 받아 온 점

③ VJ들은 위와 같은 업무수행의 대가로 프로그램 아이템의 촬영 영상당 일정액으로 계산된 금액을 지급받은 것이 아니라 매월을 기본단위로 하여 일당 일정액에 실제 근무일수를 곱한 금액을 급여로 지급받아 온 점

④ KBS가 VJ들에게 다른 회사의 영상취재요원으로 근무하는 것을 금지하지 아니하였다고 하더라도 VJ들의 KBS에 대한 업무일지 등에 기재된 실제 근무일과 근무시간상 VJ들이 KBS의 영상취재요원으로 근무하면서 KBS가 아닌 다른 회사의 영상관련업무에 종사하는 것은 사실상 불가능한 것으로 보이는 점

⑤ KBS는 영상취재요원에게 위와 같은 업무를 수행하게 하면서 그 업무 수행에 잘못이 있는 경우 그 잘못의 경위를 기재한 시말서 등을 징구하여 온 점

⑥ KBS는 2년 또는 5년 동안 참가인들과의 근로관계를 지속적으로 유지해 오다가 이른바 비정규직 보호법 발효를 앞둔 2007. 8. 2. 참가인들에 대하여 위와 같은 비정규직 보호법의 적용을 배제하기 위한 목적으로 사업자등록을 요구한 후 이 사건 계약종료에 이르게 된 것과 KBS 스스로 작성한 ‘VJ 운영개선방안’의 내용 등에 비추어 KBS 스스로도 VJ들과 같은 영상취재요원의 근로형태가 근로기준법에 정한 근로자로 인정받을 수 있다는 것을 충분히 예상하고 있었다고 보이는 점

---

제성, “영상취재요원(VJ)의 근로자성(노동판례리뷰)”, 노동법학 제39호(2011), 403-406

13) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결

14) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결



⑦ VJ들이 정해진 기본급이나 고정급을 지급받은 것은 아니고 KBS로부터 근로소득세를 원천징수당하지 아니하였으며 KBS가 VJ들에 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 KBS가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다고 여겨지는 점

⑧ 비록 VJ들이 6mm 카메라를 직접 소유하고 있고 KBS로부터 명시적인 출·퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도 VJ들은 KBS와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 KBS에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다.

## (2) 이 사건의 근로자성의 긍정적 지표 및 부정적 지표

VJ는 일반적으로 6mm 비디오카메라를 가지고 방송물 등을 직접 기획, 취재, 촬영, 편집하는 일을 담당한다. 주제를 정하고 전체적인 방향에 대해 기획하는데, 화면에 담을 사람을 섭외하고 촬영하며, 주제와 관련된 인터뷰를 하고 편집과 녹음을 하는 직업을 말한다.<sup>15)</sup> VJ는 직접 기획, 취재, 촬영, 편집을 혼자서 한다는 점에서 PD와 연출을 겸하는 것이다.

이 사건의 VJ가 근로자성이 인정될 수 있었던 결정적 이유는 업무 내용을 사용자가 정하고 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지라는 핵심적인 징표가 상당히 쉽게 드러나 있기 때문이라고 할 수 있다. 위에서 보면 KBS의 취재담당기자의 기획의도에 따라 제작된 ‘촬영 및 편집구성안’에 따라 구체적인 인터뷰 내용 및 촬영 방법 기타 영상 내용 등 촬영 및 편집 단계에서 지속적으로 수정 지시를 받아 왔다는 점이 증명되었다. 특히 KBS의 취재담당기자의 기획의도에 따라 취재담당기자 및 구성작가가 작성한 ‘촬영 및 편집구성안’이 존재하고 있고, 촬영 및 편집에서 있어서도 취재담당기자 및 구성작가가 이를 수시로 확인하고 수정 지시를 하였다는 점이 인정되었다는 점이 결정적이라고 할 수 있다. 그리고 이에 더하여 VJ의 업무수행의 대가가 프로그램 아이템의 촬영 영상당 일정액으로 계산된 금액을 지급받은 것이 아니라 매월을 기본단위로 하여 일당 일정액에 실제 근무일수를 곱한 금액을 급여로 지급받아 왔기에 보수의 임금성이 긍정되기 매우 쉬웠다. 뉴스라는 방송에서 나가서 어느 한 꼭지의 방송프로그램의 제작이라는 특성상 취재담당기자 등은 기획의도대로 촬영과 편집 등이 이루어지도록 그 과정에서 매우 면밀하게 체크하고 수정하도록 하는 행위는 그 성질상 VJ가 촬영하고 편집한 영상물의 완성도를 높이기 위한 정도의 범위를 훨씬 넘게 된다.

15) 한국직업능력개발원 커리어넷 직업정보(<https://www.career.go.kr/>)

이에 비하여 근로자성 부정적 지표는 사용자의 우월적 지위에 의해서 사실상 임의로 정할 수 있는 사항들, 취업규칙의 적용, 근로소득세의 원천징수나 4대 보험 가입 등 정도이다.

위와 같은 사실관계를 청주방송 사건의 원측 변론 내용과 비교하여 보면, 고 이재학PD가 몇몇 방송프로그램 제작에 연출로서 참여하면서 CJB의 PD나 CP로부터 어떠한 지시 등을 받았는지가 KBS 뉴스타임 VJ 사건처럼 명확하게 드러나 있지 않다.

## 2. MBC 뉴스후 제작PD 사건<sup>16)</sup>

### (1) 판결의 판단

이 사건 대법원은 원심의 근로자성 판단을 별다른 설시 없이 그래도 인정하고 있는데, 원심의 설시를 보면 다음과 같다.<sup>17)</sup>

① 제작PD들이 수행한 업무는 프로그램 제작이라는 공동의 목표를 위하여 정규직 근로자들과 함께 유기적으로 결합하여 수행하는 것으로서 그중 일부분만 따로 떼어 내어 이를 독립된 사업자에게 업무위탁을 할 만한 성격으로 보이지 않는 점

② 이 사건 프로그램들은 사회적으로 민감한 시사프로그램으로서 단순히 몇 차례의 작업만으로 완성되는 것이 아니라 여러 단계의 제작과정과 협업과정을 거쳐야 되는 것이고 단계마다 MBC의 기획의도에 맞도록 수정·보완의 과정을 거쳐야 하므로, 그 과정에서의 MBC의 개입과 관여 및 그 정도는 업무위탁의 결과물에 대한 사전적 요구 및 사후적 평가나 건의의 수준을 넘어 일상적이고 지속적인 개입으로서 곧바로 제작PD의 업무를 구속하는 점을 고려하면 업무수행과정에서 MBC의 상당한 지휘·감독이 있었다고 평가하기에 충분한 점

③ 제작PD들이 제작하는 프로그램은 1주일에 1회씩 정기적으로 방송되므로 이에 따른 업무일정표가 사실상 짝 짜여 있어서 그 흐름에 맞춰 업무를 하였기 때문에 업무 일정상 다른 장소에서 근무하는 것이 불가능하고 MBC 소유의 편집장비 및 카메라, 스튜디오 등을 이용하여야 하였으므로 근무장소는 고정되어 있었음

㉔ 제작PD들은 그 업무를 수행하기 위하여 근로를 제공하는 것 외에 별도로 자본을 투자하거나 장비를 갖추 필요가 없었고, 그 업무의 성격 및 MBC가 이들을 선발한 경위에 비

16) 서울행정법원 2010. 10. 8 선고 2010구합6502 판결; 서울고등법원 2011. 6. 30 선고 2010누37973 판결; 대법원 2014 4 10 선고 2011두19390 판결(부당해고구제사건)

17) 원심도 역시 근로자성 판단기준으로서 학원강사 판결을 인용하고 있다.

추어 보면 그 업무를 직접 수행하지 않고 제3자를 고용하여 대행하게 한다는 것은 쉽게 상상하기 어려우며, 특별히 이들이 추가로 수취할 이윤도 없고 나아가 손실의 위험도 없었던 점에 비추어 보면 독립된 사업자로 볼 만한 여지는 쉽게 찾기 어려움

㉔ 프로그램 제작 횟수에 상응하여 일률적으로 주급으로 급여를 수령하기는 하였으나 보수 자체에 있어서 특별히 변동이 있을 수 없고 2005년경 3회를 제외하고는 결방이 있더라도 고정적으로 급여를 지급받아 왔으며 급여가 근로시간과는 무관하게 책정되었으나 이들의 근무시간은 충분히 예측가능하고 근무시간의 장단에 있어서 그 변동이 크지 않은 점을 고려하면, 이들이 근로의 대가로 보수를 수령하였다고 볼 수 있음

㉕ 제작PD들은 정해진 프로그램의 제작 그리고 그 제작 과정에서 자신들이 맡은 업무만을 처리하기는 하였으나 이는 정규직 근로자들과 별반 차이가 없었던 것으로 보이고, 1주 단위로 꼭 짜인 업무를 반복적으로 수행한 점에 비추어 보면 다른 영업활동을 할만한 여유도 없었고 실제로 그렇게 한 바도 없었으므로 MBC의 업무만을 전속적으로 한 것으로 인정됨

## (2) 이 사건의 근로자성의 긍정적 지표 및 부정적 지표

원심 판결은 참고인 근로자를 “제작 PD” 라고 칭하고 있는데, 이들이 제작에 참여한 프로그램의 제작 과정과 이들의 업무는 다음과 같다.

① 기획 및 주제선정(기자 및 데스크가 프로그램의 성격 및 기본방향 확정) → ② 조연출과 제작PD가 방송아이템에 관한 각종 방송자료 수집 → ③ 기자와 취재PD가 취재 → ④ 구성작가가 취재된 결과를 토대로 편집구성안을 작성하여 부서장의 수정과 승인을 받으면 제작PD가 편집구성안에 따라 사전제작물인 프로로그와 예고 제작 → ⑤ 기사(원고) 작성(취재담당기자와 구성작가) → ⑥ 기사 검수(취재데스크와 부서장이 원고를 수정하고 최종 승인) → ⑦ 취재담당기자가 기사의 내용을 읽은 오디오 테이프와 최종 원고를 가져오면 취재데스크 및 부서장의 최종적인 기획의도에 따라 제작PD가 VCR 가편집 → ⑧ 부서장의 지휘 아래 제작PD가 스튜디오 녹화 진행 → ⑨ 부서장의 편집내용 추가, 삭제, 변경 지시에 맞춰 제작PD가 최종가편집 → ⑩ 부서장, 차장의 지휘 아래 제작PD가 완성품 제작

이상의 사실관계에서 보면 원심 판결이 판단한 바와 같이 시사프로그램의 특성상 여러 단계의 제작과정과 협업과정을 거치고 각 단계마다 MBC가 이에 개입하고 관여하게 되는데, 원심은 이에 대해서 “MBC의 개입과 관여 및 그 정도는 업무위탁의 결과물에 대한 사전적 요구 및 사후적 평가나 건의의 수준을 넘어 일상적이고 지속적인 개입으로서 곧바로

제작PD의 업무를 구속”한다고 평가하고 있다. 이와 같은 판단은 위의 KBS 뉴스타임 VJ 사건 판결보다 사안의 본질을 정확하게 꿰뚫어보면서 이를 명쾌하게 설명하고 있다는 점에서 매우 중요한 의미가 있다. KBS 뉴스타임 VJ 사건 판결과 이 판결의 사안도 상당히 뉴스나 시사프로그램이라는 점에서 방송사의 관여와 개입이 일상적으로 지속적으로 이루어질 수밖에 없다는 특성과 본질을 제대로 파악한 것이다.

이에 비하여 근로자성 부정적 지표는 KBS 뉴스타임 VJ 사건 판결과 같이 사용자의 우월적 지위에 의해서 사실상 임의로 정할 수 있는 사항들, 고정급, 취업규칙의 적용, 근로소득세의 원천징수나 4대 보험 가입 등 정도이다.

### 3. CJB 조연출 사건

#### (1) 판결의 판단

서울행정법원<sup>18)</sup>은 프리랜서 조연출의 업무상 사망에 관한 유족급여 및 장의비 불승인 처분취소 소송에서 사망한 프리랜서 조연출의 근로자성을 다음과 같이 인정하였다.

① 망인은 주로 프로그램 담당 연출자를 보조하고 프로그램을 편집하는 업무를 하였는데, 그 업무수행과정에서 그 구체적인 업무 내용은 프로그램 담당 연출자에 의하여 결정되어 그의 지시 및 감독을 받았던 것으로 보인다

② 망인이 수행한 업무 중 연출자 보조 업무는 그 성질상 당연히 근무장소가 촬영 현장이 될 수밖에 없는 것으로 보인다. 또한 프로그램 편집 업무의 경우에도 프로그램 편집 업무는 해당 프로그램 작가 등과 협의하여 진행할 수밖에 없는 점, 망인이 수행한 프로그램 편집 업무는 촬영된 영상을 방송용으로 편집하는 것이므로 프로그램 편집 업무를 이 사건 회사 내 편집실이 아닌 다른 장소에서 용이하게 할 수 있다고 볼 수는 없는 점, 실제로 망인이 프로그램 편집 업무를 이 사건 회사 내 편집실이 아닌 다른 장소에서 하였다고 볼 만한 증거가 없는 점 등에 비추어 보면 장소적 구속성이 인정됨

③ 망인은 조연출로 업무를 수행하면서 이 사건 회사에서 제공하는 일체의 기기 및 물품을 이용하였던 것으로 보이고, 달리 망인이 업무를 수행하는 데에 필요한 기기 및 물품을 자신의 비용으로 구입하였다고 볼 만한 증거가 없음. 또한 망인의 연출자 보조 및 편집 업무의 특성에 비추어 보면, 망인이 임의로 제3자에게 망인의 업무를 대체하게 할 수 있었다고 보기도 어려움

18) 서울행정법원 2013. 10. 10 선고 2013구합7810 판결(부당해고구제사건); 이 사건 판결에 대한 평석으로서는 양승엽, “방송프로그램 객원 제작자의 근로자성 판단 기준(노동판례리뷰)”, 『월간 노동리뷰(2018년 4월호)』, 99-101.

④ 망인은 기획제작국에서 제작하던 ‘시장에 가자’ 프로그램의 조연출로 업무를 수행하다가 편성제작국에서 제작하던 ‘생방송 투데이’ 프로그램의 제작이나 이 사건 회사에서 방송한 특집방송에도 조연출로 참여하게 되었으나 망인이 ‘생방송 투데이’ 프로그램이나 특집방송의 연출자와 개별적으로 새롭게 용역계약을 체결하였다고 볼 만한 증거가 없음.

⑤ 망인이 이 사건 회사로부터 수령한 보수는 프로그램 방송 횟수에 따라 산정되기는 하지만 망인이 수행한 업무 결과에 따라 그 보수가 변동되지도 않고, 망인이 각각의 프로그램마다 용역계약을 체결하여 이에 대한 수수료를 지급받은 것으로 보기는 어려우므로 망인이 이 사건 회사로부터 수령한 보수는 망인의 근로 자체에 대한 대상적 성격을 갖는 것으로 봄이 타당함

## (2) 이 사건의 근로자성의 긍정적 지표 및 부정적 지표

이 사건에서 CJB는 망인에 대해서 “소속”을 ‘기획제작국’으로, “직위”를 ‘조연출’로, 근로기간을 ‘2011. 7. 14.부터 현재까지’로 하는 내용으로 경력증명서를 발급해 준 적이 있기 때문에 망인이 기획제작국이 제작하는 방송프로그램의 “조연출”이었다는 점에 대해서는 다툼의 여지가 없다.

이 사건 판결은 CJB와 망인의 업무수행 관계에 관해서 “이 사건 회사 내 기획제작국에서 제작하는 프로그램인 ‘시장에 가자’의 연출자 ○○○는 대학교 4학년 재학 중이던 망인에게 위 프로그램의 조연출을 맡겨 연출자 보조 및 편집 업무 등을 주로 하도록 하였다. 망인은 촬영 장소에서 연출자를 보조하였고, **연출자로부터 지시 및 감독을 받으면서** 업무를 수행하였다.”고 간단하게 사실관계를 확정하고 있다.<sup>19)</sup> 그리고 “망인은 2012년 3월경부터 이 사건 회사 내 편성제작국에서 제작하는 프로그램인 ‘생방송 투데이’의 ‘방대한의 방가방가 시골여행’에도 조연출로 제작에 참여하였고, 위 프로그램의 **연출자의 지시 및 감독을 받으면서** 연출자 보조 및 편집 업무 등을 수행하였다.”고 하여 역시 매우 간단하게 사실관계를 확정하고 있다.

이 사건에서는 망인의 역할이 조연출이라는 것으로부터 별다른 증거와 논증 없이 망인이 CJB의 정규직 PD인 연출자로부터 지시 및 감독을 받으면서 근로를 제공했다고 하고 있

19) 망인의 ‘시장에 가자’ 프로그램 제작(60분물)에 관한 주 단위 일정을 보면, “‘시장에 가자’ 프로그램은 매주 수요일 11:00경 방송되는데, 방송되기 전에 촬영을 한 후 방송용으로 편집을 하고, 음악 및 효과음 등을 더하는 작업을 한 후 종합적으로 편집하여 방송되었다. 이에 따라 매주 수요일부터 일요일까지는 촬영 및 편집을 하고, 월요일에는 음악 및 효과음 등을 더하는 작업을 하고 종합 편집을 준비하며, 화요일에는 종합 편집을 하는 방식으로 프로그램이 제작되었는데, 망인은 위 프로그램 제작 과정 중 주로 촬영 당시 연출자를 보조하고, 위 프로그램 작가와 함께 토요일과 일요일에 이 사건 회사 내 편집실에서 비치된 기기를 이용하여 촬영된 것을 방송용으로 편집하는 작업을 하였다.”고 한다.

다는 점이 특징적이다. 망인의 노무제공의 실질을 이렇게 평가할 수 있기 때문에 생방송 투데이’ 프로그램의 제작이나 이 사건 회사에서 방송한 특집방송에도 조연출로 참여하였다고 하여도 이러한 사실의 존재로는 망인과 CJB와의 사이에 근로계약관계가 존재하였다는 점이 부정될 수는 없을 것이다.

이 사건 판결은 근로자성의 긍정적 지표를 매우 확실하게 인정하고 있기 때문에 근로자성 부정적 지표들(사실상 임의로 정할 수 있는 사항들, 고정급, 취업규칙의 적용, 근로소득세의 원천징수나 4대 보험 가입 등)에 대해서는 아예 언급조차 하지 않고 있다.

방송프로그램의 제작에 있어서 조연출의 역할이 연출과 분리되어 독자적인 위탁(또는 도급)계약이 대상이 될 수 있으려면 조연출이 스스로 업무의 수행 방법 등을 결정할 권한을 가지고 있어야 하지만, 상식적으로 이러한 조연출은 불가능하다는 점은 이 판결이 다시 한번 확인해 주고 있다.

나아가 이러한 점은 근로기준법 제58조 제3항의 재량근로제의 대상 업무를 정하고 있는 동 법 시행령 제31조에서도 간접적으로 확인된다. 동 법 시행령 제31조 제3호는 “신문, 방송 또는 출판 사업에서의 기사의 취재, 편성 또는 편집 업무”를, 제5호는 “방송 프로그램·영화 등의 제작 사업에서의 프로듀서나 감독 업무”를 규정하고 있다. 고용노동부의 해석<sup>20)</sup>에 의하면 제3호의 “편성·편집 업무”란 “취재 대상 선정 등의 기획 및 취재로 얻은 것을 프로그램으로 구성하기 위한 편성 또는 편집을 말함”이라고 하고 있고, 제5호에 대해서는 “‘프로듀서의 업무’는 제작 전반에 대해 책임을 지고 기획의 결정, 스태프의 선정, 예산 관리 등을 총괄하는 것을 말하며, ‘감독 업무’는 스태프를 통솔·지휘하여 현장에서 제작 작업을 총괄하는 것을 말함”고 정하고 있다. 향후 입법정책적으로도 조연출의 업무가 “업무의 성질에 비추어 업무 수행 방법을 근로자의 재량에 위임할 필요가 있는 업무”가 해당될 가능성은 전혀 없다고 하여 과언이 아닐 것이다.

## 4. TBS 객원PD 사건

### (1) 판결<sup>21)</sup>의 판단

이 사건에서 서울행정법원은 다음과 같이 교통방송의 “객원PD”<sup>22)</sup>의 근로자성을 긍정하였다.<sup>23)</sup>

20) 고용노동부, “재량간주근로시간제 운영 가이드”, 2019. 7. 31.

21) 서울행정법 2017. 12. 7 2017구합58731 판결

22) 이 사건 원고인 TBS는 원고를 업무위탁계약을 체결한 프리랜서 프로듀서라 하고 있는데, TBS에서는 임기제공무원 PD를 ‘직원 PD’라고 하고, 임기제공무원이 아닌 PD를 ‘객원 PD’라고 불렀다.

23) 이 판결은 근로자성 판단기준으로서 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결과 학원강사 판결을 인용하

① 객원PD(참가인)는 TBS에서 특정 방송 프로그램의 제작업무를 수행하였는데, 방송아이템 선정에는 팀장이 참여하는 주간업무회의에서의 논의 결과가 상당한 영향을 미치는 것으로 보일 뿐만 아니라 객원PD는 사전에 상급자에게 보고하여 결제를 받은 후에야 비로소 방송프로그램 출연자를 선정할 수 있었던 점, 객원PD는 팀장, 제작부장으로부터 방송큐시트에 결제를 받았던 점, 실제 TBS 방송 국장은 직원 PD를 통해서 객원PD를 포함한 전체 객원PD에게 지시를 하는 등 카카오톡 채팅방을 통해서 객원 PD들에게 수시로 업무지시를 하였고, 객원 PD들은 그 지시를 그대로 이행하였던 점, TBS는 객원 PD의 출근을 관리하였던 점 등을 고려하면 객원 PD는 위 업무 수행과정에서 TBS로부터 ‘위탁 업무에 관한 사전적 요구 또는 사후적 평가’ 등의 정도를 넘어서 일상적·지속적으로 구체적인 지휘·감독을 받았음

② 객원PD의 업무는 TBS에 소속된 다른 근로자들(직원 PD, 기자, VJ 등)과 함께 유기적으로 결합하여 이루어지는 것으로서 독립된 사업자에게 위탁할 만한 것으로 보기 어려움

③ 객원PD를 비롯하여 생방송 프로그램을 제작하는 객원 PD는 TBS가 정한 방송프로그램을 제작하기 위하여 비교적 일정한 시각에 출퇴근하였고, TBS는 객원의 PD의 출퇴근시각을 관리하였다. 객원PD는 TBS의 스튜디오, 카메라, 장비 등을 이용하여 하였으므로 근무 장소 또한 고정되어 있었고, 객원PD가 이를 임의로 선택할 여지는 없었음

④ TBS는 방송텔레비전 사무실에 책상, 컴퓨터, 전화기, 사무용품 등을 객원PD에게 조공하였고, 객원PD가 방송 프로그램 제작에 사용한 스튜디오, 방송장비 등도 모두 TBS가 소유하거나 관리하는 것이었음.

⑤ 객원PD가 방송 프로그램 제작 횟수에 따라서 TBS로부터 그 보수를 지급받았으나 그와 같은 보수 자체가 방송프로그램에 드는 시간과 노력을 고려한 제작비지급규정에 따라서 결정되었을 뿐만 아니라 방송 프로그램이 항상 고정적으로 배정되어 근무시간이 충분히 예측가능하고 보수 자체에도 특별한 변동이 없었다. 이를 고하면 객원PD가 TBS로부터 지급받은 보수는 근로의 대가임

⑥ 객원PD는 특정 방송프로그램의 제작과 관련하여 방송 아이템 선정, 스튜디오 운영 등의 업무를 처리하고 주간업무회의 등 각종 회의에 참여하였는데, 이는 직원 PD의 업무와 다르지 않았음. 또한, 객원PD는 매일 최소 9시간 30분 가량 반복적으로 업무를 수행하여 다른 영업활동을 하거나 다른 직업을 가질만한 여유가 없었고, 실제로 다른 직업을 가지지 못하였음.

⑦ 객원PD가 TBS에서 방송프로그램을 제작하는 동안 기본급이나 고정급의 정함이 없었고, 사업소득세가 원천징수 되었으며 각종 사회보험에서 근로자로 인정받지 못하였다는 점, TBS의 취업규칙이나 인사규정을 적용받지 않았다는 점이나 객원PD가 근로자가 아님

---

고 있다.

을 전제로 한 이 사건 업무위탁계약서의 문구나 표현 등은 원고가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 수 있는 것들로서, 객원PD와 TBS 사이의 근로관계의 실질을 판단함에 있어서 부차적인 요소에 불과함.

## (2) 이 사건의 근로자성의 긍정적 지표 및 부정적 지표

이 사건에서 객원 PD가 방송프로그램 제작에서의 역할은 판결문의 서두에서 확인된 것처럼 “연출”이다. 참가인인 객원 PD가 계약 해지 직전에 연출을 담당하였던 “서울의 오늘(2016년 6월 폐지)”은 월요일부터 금요일에 오전 8:00부터 10시 25분까지 총 3부로 나누어서 생방송으로 진행되는 것이었는데, 객원 PD는 매우 새벽 5시에 출근하여 당일 새벽 뉴스 리포트 VCR 등 영상, 대본 및 자막을 체크하는 등 방송을 준비하고, 방송 후에는 수정 지시에 따라서 ‘다시보기 영상’을 수정하고 퇴근하였다. 즉 이 사건 객원 PD는 아침 방송인 “서울의 오늘” 연출자인 것이다.

이 사건 판결도 앞의 MBC 뉴스후 제작PD 사건 판결에서와 마찬가지로 “업무 수행과정에서 TBS로부터 ‘위탁 업무에 관한 사전적 요구 또는 사후적 평가’ 등의 정도를 넘어서 일상적·지속적으로 구체적인 지휘·감독을 받았다.”고 평가하고 있다. 이 사건 판결에서는 이러한 “일상적·지속적으로 구체적인 지휘·감독”가 있었다고 인정한 근거를 보면, 다음과 같다. 첫째, 방송아이템 선정에는 팀장이 참여하는 주간업무회의에서의 논의 결과가 상당한 영향을 미치는 점, 둘째로 객원PD는 사전에 상급자에게 보고하여 결제를 받은 후에야 비로소 방송프로그램 출연자를 선정할 수 있었던 점, 셋째로는 객원PD는 팀장, 제작부장으로부터 방송큐시트에 결제를 받았던 점, 넷째로는 실제 TBS 방송국장은 직원 PD를 통해서 객원PD를 포함한 전체 객원PD에게 지시를 하는 등 카카오톡 채팅방을 통해서 객원 PD들에게 수시로 업무지시를 하였다는 점이다.

이 사건에서 이와 같은 관여·개입·지시의 내용과 앞에서 본 KBS 뉴스타임 VJ 사건과 MBC 뉴스후 제작PD 사건을 비교해 보면, 상대적으로 지휘·감독의 수준이 낮은 것으로 보이기도 한다. “일상적·지속적으로”이라고는 하지만, 이 사건 방송프로그램은 월-금 생방송으로 진행되는 것이기 때문에 무언가의 관여나 개입은 일상적·지속적일 가능성이 있다. 그리고 “구체적”이라고는 하지만 방송아이템 선정과 방송프로그램 출연자 선정, 방송큐시트 결제 등에 있어서 팀장, 제작부장, 방송국장 등이 구체적으로 어떻게 개입하고 관여하였는지에 대해서 인정사실에서 명확히 드러나 있지 않다. 즉, 방송아이템 및 방송프로그램 출연자 선정, 그리고 방송큐시트 작성에 있어서 객원 PD에게 어느 정도의 재량이 주어져 있었는지, 또는 팀장이나 제작부장이 어느 정도의 결정권을 가지고 있었는지가 명확히 드러나 있지 않다. 다만, 이 점에 관해서 인정사실을 보면, 방송아이템 선정에 있어서



TBS의 피용자인 팀장과 작가가 관여하고 있는 점과 방송프로그램에 들어가는 영상은 TBS의 피용자인 VJ와 기자가 별도로 제작한다고 하고 있기 때문에 방송아이템 및 방송프로그램 출연자 선정, 그리고 방송큐시트 작성에 있어서 객원 PD의 재량은 위탁이나 도급이라고 할 만큼 높아 보이지는 않는다. 이에 비하여 객원 PD들에게 수시로 이루어졌다고 하는 업무지시에 관해서는 인정사실에서 상당히 구체적으로 드러나 있다. 생방송 프로그램 PD 단체 카톡방의 존재 및 이를 통한 지시의 존재, 그리고 TBS의 텔레비전 편성 부장의 증언이 그것이다. 편성부장의 증언에 의하면 “방송프로그램이 연출 및 제작 업무에 있어서는 직원 PD와 객원 PD의 차이가 없다. 방송심의규정 준수를 확인하기 위하여 객원 PD는 사전에 상급자에게 보고하여 결제를 받은 후 방송프로그램 출연자를 선정할 수 있다. 팀장, 제작부장, 국장 등이 객원 PD에게 휴대전화나 문자 메시지로 자막 수정이나 속보 반영 등을 지시하는 것은 의견을 전달한 것이고 그 경우 객원 PD는 위 전달과 같이 방송프로그램에 반영한다” 고 하고 있다. 이상의 인정사실을 보면 이 사건 판결이 평가하고 있는 것처럼 ‘위탁 업무에 관한 사전적 요구 또는 사후적 평가’ 등의 정도를 넘는 일상적·지속적인 구체적인 지휘·감독의 존재가 있었다는 점은 비교적 용이하게 인정될 수 있을 것이다.

## 5. 정리

이상의 사건들 중에서 CJB 조연출 사건은 “조” 연출이라는 역할 자체에서 그 근로자성이 용이하게 인정될 수 있는 것이었고, 이 점은 이미 2018년도 및 2019년도 고용노동부의 근로감독에서도 잘 드러나 있다.

CJB 조연출 사건 이외의 세 사건을 보면 한 가지 공통적인 특징이 존재한다. KBS 뉴스타임 MBC 뉴스후, TBS 서울의 오늘을 제작함에 있어서 그 프로그램의 성격상 VJ, 제작PD, 객원 PD의 업무를 따로 떼어 내어 이를 독립된 사업자에게 업무위탁을 하여 제작할 수 있는 성격의 프로그램이 아니라는 점이다. MBC 뉴스후 제작PD 사건 판결과 TBS 객원PD 사건 판결은 공통적으로 이들의 업무가 방송국에 소속된 다른 근로자들(직원 PD, 기자, VJ 등)과 함께 유기적으로 결합하여 이루어지는 것으로서 독립된 사업자에게 위탁할 만한 것으로 보기 어렵다고 지적하고 있다. 뉴스타임, 뉴스후, 서울의 오늘이라는 방송의 목적과 내용을 생각해 보면, KBS의 “6시 내고향”의 어느 한 꼭지에 들어갈 지역 특산물에 관한 영상물을 어떤 VJ로 하여금 제작하도록 하는 것과는 질적으로 다른 유기적 결합이 ‘상·하’는 ‘좌우’로 요구될 것이다. 물론 근로자인지의 여부에서 핵심적인 것은 지휘·감독이 존재하는지 여부이고, ‘정규직 근로자와 유기적으로 결합하여 이루어지는 것으로서 독립된 사업자에게 위탁할 만한 것으로 보기 어렵다’ 고 하는 판단도 결국은 지휘·감독

의 존재를 근거로 하여 최종적이고 확정적으로 내릴 수 있는 것이다.

어쨌든 이상의 판결들은 상당한 수준 이상의 지휘감독관계가 존재하는지에 대해서 면밀하게 사실관계를 인정하고 평가하여 그에 근거하여 근로자인지 여부를 판단하는 전통적인 방법을 사용하고 있다. 그리고 이러한 판단 방법을 사용하여도 지휘감독관계 여부를 판단하는 것이 그렇게까지 어렵거나 애매하지 않은 사안이었다고 할 수 있다. 즉, ‘위탁 업무에 관한 사전적 요구 또는 사후적 평가’의 정도를 넘었다는 것을 인정하기에 충분할 정도로 방송사가 그 업무의 처리에 구체적으로 개입하였다는 증거가 많았다고 할 수 있다.

그렇기 때문에 이상의 판결들에서는 방송프로그램의 제작에 참여하는 전문 인력의 근로자성 판단기준에 관해서 여전히 해명되지 못한 부분들이 존재한다. 첫 번째로는 상당한 수준의 전문적 능력과 그에 따른 재량을 가지고 방송프로그램 제작에 참여하는 사람들에 대해서는 어떻게 판단해야 하는지이다. 2018년과 2019년 고용노동부 근로감독에서 근로자로 판단하지 않은 소위 팀장급 스태프의 경우가 이에 해당된다. 둘째로는 “위탁업무의 사전적 요구 또는 사후적 평가”와 지휘감독의 관계를 어떻게 평가해야 하는지이다. 방송프로그램 내용 등에 관해서 사전적 요구나 협의에서 위탁자가 매우 상세하고 구체적으로 요구하여 이에 따라서 내용이 결정되고 있거나 촬영된 영상물에 대해서 위탁자가 검토하고 구체적이고 상세하게 수정을 요구하고 그에 따라서 수정되는 경우가 있을 수 있는데, 이러한 요구 등을 지휘감독으로 볼 수 있는지에 대해서 어떻게 판단할 것인지이다.

청주방송 사건에서도 원고는 2016년부터 방송프로그램에 따라서 “연출”을 하기도 하고 “조연출”을 하기도 하였다. 피고 청주방송은 부인하고 있지만, “연출”을 하였다면 “연출”과 지휘감독관계의 관계에 대해서 살펴볼 필요가 있다.

## IV. 외국 사례의 검토 - 일본과 독일을 중심으로

### 1. 일본

#### (1) 노동기준법연구회 보고서의 판단기준

일본 노동행정 당국은 1980년대에 들면서 근로자성이 근로기준행정에서 빈번하게 문제가 되자 근로기준법의 적용 관계를 명확히 하기 위하여 근로기준법상의 근로자판단기준을 정립하기 위해서 노동성(현 후생노동성) 대신의 자문기구인 근로기준법연구회에서 이를 논의하도록 하였는데, 동 연구회는 1985년 12월에 “근로기준법상의 「노동자」의 판단기

준에 대하여” 라는 보고서를 발표하였다.<sup>24)25)</sup>

그 뒤에 1985년 보고서 발표 이후 일본 노동성은 1990년대 들어 근로자성이 문제가 된 직종을 대상으로 근로자성 판단을 명확히 할 필요성이 있다고 판단하고 근로기준법연구회의 노동계약등법제부회 산하에 노동자성검토전문부회를 설치하여 1인 도급(手間請け)<sup>26)</sup>에 의한 건설 종사자와 예능관계 종사자에 관한 노동자성 판단기준을 발표하였다.<sup>27)</sup> 이 보고서는 새로운 기준을 제시하고 있다기보다는 1985년 보고서가 제시한 기준을 실제 사안에 맞게 구체적으로 해설하고자 하는 성격의 것이다. 이 보고서에서 “예능관계 종사자”의 근로자성 판단기준에 관한 중요한 부분을 원문 그대로 옮기면 다음과 같다.

### 제3 예능종사자에 대해서

#### 1. 서

예능종사자의 경우에는 다양한 직종, 계약형태가 존재하는데, 이 판단기준에서는 배우 및 기술 스태프(촬영, 조명, 녹음 등)에 대해서 영화나 TV프로그램의 제작회사와의 관계에서 근로자에 해당하는지에 관한 기준을 제시한다. 따라서 배우가 이른바 프로덕션 등에 소속되어 그와의 사이에 근로계약관계에 있다고 생각되는 경우, 또는 스태프가 제작회사로부터 업무를 위탁(도급) 받은 회사에 고용되어 있다고 생각되는 경우에도 있지만, 이와 같은 케이스는 이 판단기준에서는 염두에 두고 있지 않다.

영화나 TV프로그램을 제작할 때에는 일반적으로는 통상 제작회사에 고용된 프로듀서가 작품 제작을 위하여 필요한 전체 예산이나 일정을 관리한다. 또한, 프로듀서의 관리 범위 내에서 감독이 배우에 대해서 또는 감독 내지 촬영, 조명 등의 Chief Staff이 세컨드 이하의 스태프에 대해서 촬영상의 지시를 한다. 이와 같은 경우에도 제작 회사는 감독이나 Chief Staff을 통해서 배우나 세컨드 이하의 스태프에 대해서 총괄적으로 지시를 하고 있다고 생각된다. 따라서 제작회사가 배우나 스태프에 대해서 직접 지시를 하지 않는다고 하여 해당 배우나 스태프가 제작회사와의 관계에서 근로자성을 곧바로 부정되

24) 보고서 원문은 <https://site.mhlw.go.jp/osaka-roudoukyoku/library/osaka-roudoukyoku/H23/23kantoku/roudousyasei.pdf>.

25) 이 보고서의 근로자성 판단기준에 관해서는 권두섭 외 5인, 『특수고용 노동기본권 보장에 관한 해외법제도와 한국적 함의』(민주노동법률원 총서 004), 2019, pp.120-124 참조.

26) “手間請け”에 대해서 이 보고서는 “공사의 종류, 坪단가, 공사면적 등에 따라 총노동량 및 총보수의 예정액이 결정되고 노무제공자에 대해서 노무제공의 대가으로서 노무제공의 실적에 따른 비율로 보수를 지불한다고 하는 건설업에서 노무제공방식”이라고 정의하고 있다.

27) 보고서 원문은 <https://oyakata.jp/pdf/rouki-kenkyu-h0803.pdf>.

어서는 아니 된다.

## II. 판단기준

### (1) 사용종속성에 대한 판단기준

#### 1) 지휘감독하의 근로

① 일의 의뢰, 업무에 종사할 것을 내용으로 하는 지시 등에 대한 낙부의 자유 예를 들면 특정 일시, 장소를 지정한 로케이션 촬영 참가의 의뢰와 같은 사용자의 구체적인 일의 의뢰, 업무에 종사할 것을 내용으로 하는 지시 등에 대해서 낙부의 자유를 갖는 것은 지휘감독관계의 존재를 부정하는 중요한 요소가 된다.

다른 한편, 이와 같은 낙부의 자유가 없다는 것은 일용 지휘감독관계를 긍정하는 요소의 하나가 된다. 단, 당사자 간의 계약에 따라서는 일정한 포괄적인 일의 의뢰를 수락한 뒤에 당해 포괄적인 일의 내용을 이루는 개개의 구체적인 일의 의뢰에 대해서는 거부할 자유가 당연히 제한되는 경우가 있다. 또한 전속도급과 같은 사실상 일의 의뢰를 거부할 수 없는 경우도 있다. 이와 같은 낙부의 자유의 제약이 바로 지휘감독관계를 긍정하는 요소로는 되지 않고 계약 내용이나 일의 의뢰를 거부할 자유가 제한되는 정도 등을 감안할 필요가 있다.

#### ② 업무수행상의 지휘감독의 유무

##### (a) 업무의 내용 및 수행방법에 대한 지휘명령의 유무

…… 한편, 배우나 스태프 등 예술적·창조적인 업무에 종사하는 자에 대해서는 업무의 성질상, 그 수행 방법에 대해서 일정 정도 본인의 재량에 맡기지 않을 수 없기 때문에 반드시 연기·작업의 세부에 이르는 지시를 행하지 않고 대략적인 지시에 머무르는 경우가 있는데 이것이 곧바로 지휘감독관계를 부정하는 요소로는 되지 않는다.

##### (b) 기타

“사용자”의 명령, 의뢰 등에 의하여 통상 예정되어 있는 업무 이외의 업무에 종사하는 것을 거부할 수 없는 경우에는 “사용자”의 일반적인 지휘 감독을 받고 있다고 하는 판단을 보강하는 중요한 요소가 된다. 예를 들면 스태프가 본래 자기가 담당하는 파트의 업무 외에 감독의 명령, 의뢰 등에 의해서 다른 파트의 업무에 종사하는 것을 거부할 수 없는 경우에는 일반적인 지휘감독을 받고 있다고 하는 판단을 보강하는 요소로 된다.

### ③ 구속성의 유무

업무장소가 스튜디오, 로케이션 현장으로 지정되어 있는 것은 업무의 성질상 당연한 것이기 때문에 이것이 바로 지휘감독관계를 긍정하는 요소가 되지는 않는다.

영화나 TV 방송의 촬영에 있어서 근무시간이 지정·관리되는 것이 통상이다. 이 경우에도 예를 들면 장면설정과의 관계상, 특정의 시간대밖에 촬영할 수 없는 등의 사업의 특수성에 의한 경우에는 이러한 지정은 지휘감독관계를 긍정하는 요소라고는 할 수 없다. 다른 한편, 사용자가 업무의 수행을 지휘명령할 필요에 따른 것이라면 지휘감독관계를 긍정하는 요소로 생각된다. 예를 들면 하루의 촬영 가운데 감독 등이 행하는 구체적인 촬영시간, 휴식, 이동시간 등에 관한 결정이나 지시에 따르지 않으면 안 되는 것, 감독의 지시에 따라서 일단 정해져 있던 촬영 시간대가 바뀐 경우에 이것에 따르지 않으면 안 되는 것은 지휘감독관계를 긍정하는 요소로 된다.

### ④ 대체성의 유무

사용자의 양해를 얻지 않고 스스로의 판단에 의하여 다른 사람에게 노무를 제공하게 하거나 보조자를 사용하는 것이 인정되어 있는 등과 같이 노무 제공에 대체성이 인정되어 있는 경우에는 지휘감독관계를 부정하는 요소의 하나가 된다.

## 2) 보수의 노무대상성에 관한 판단기준

영화나 TV 방송의 촬영에 대한 노무제공에 관한 계약에 있어서는 촬영에 필요한 예정 일수를 고려하면서 작품 한편 당 얼마라고 하는 식으로 보수가 정해지는 것이 일반적인데, 구속시간, 일수가 당초의 예정보다 연장되는 경우에 보수가 그에 따라서 증가하는 경우에는 사용종속성을 보강하는 요소로 된다.

## (2) 근로자성의 판단을 보강하는 요소

### 1) 사업자성의 유무

#### ① 기계, 기구, 의상 등의 부담관계

예를 들면 배우가 자신이 가지고 있는 의상을 이용하여 연기를 하는 경우, 그것이 저가의 경우라면 문제는 없지만, 현저히 고가인 경우에는 사업자로서의 성격이 강하고 근로자성을 약하게 하는 요소로 된다.

#### ② 보수의 액수

보수의 액이 당해 기업에서 동일한 업무에 종사하고 있는 정규직 근로자에 비하여 현저하게 고액인 경우에는 일반적으로 사업자에 대한 대금의 지불이라고 인정되어 근

로자성을 약화시키는 요소가 되는데, 배우나 스태프의 경우에는 비교해야 할 정규직 종업원이 거의 없기 때문에 근로자성의 판단요소가 되기 어렵다. 단 동종의 업무에 종사하는 다른 사람과 비교해서 보수의 액이 현저히 고액인 경우, 예를 들면 No-Rank라고 불리는 것과 같이 고액의 보수를 받는 배우의 경우에는 사업자로서의 성격이 강하고 근로자성을 약하게 하는 요소로 된다.

### ③ 기타

배우나 스태프가 업무를 행함에 있어서 제3자에게 손해를 준 경우에 당해 배우나 스태프가 전적으로 책임을 져야 할 때에는 사업자성을 보장하는 요소로 된다.

### 2) 전속성의 정도

…… 구체적으로는 다른 회사의 업무에 종사하는 것이 계약상 제약되거나 시간적 여유가 없는 등과 같이 사실상 곤란한 경우에는 전속성의 정도가 높고 경제적으로 당해 기업에 종속되어 있다고 생각되기 때문에 근로자성을 보장하는 요소의 하나로 생각된다.

### 3) 기타

보수에 대해서 급여소득으로서의 원천징수를 하고 있는 것은 근로자성을 보장하는 요소의 하나로 된다.

## (2) 영화촬영감독의 근로자성에 관한 판결

예능관계 종사자의 근로기준법상의 근로자성에 관한 대표 판례는 영화촬영기사의 근로자성에 관한 東京高等裁判所 2002년 7월 11일 판결이다.<sup>28)</sup> 이 판결의 사안은 산업재해보상보험법의 급여 청구에 관한 것이다.

사안의 개요는 다음과 같다. 영화촬영감독이었던 망인 A는 영화 프로덕션 B와 영화를 촬영하기 위한 촬영감독으로서 계약을 하였다. 촬영기간은 1985년 10월부터 1986년 5월까지이고, 그 사이 지방 촬영은 3회로 총 50일이 예정되어 있었다. 이 계약에서 망인 A의 보수는 120만엔이었다. 망인 A는 이 계약에 따라서 지방에서의 영화 촬영기간 중에 지정된 여관에서 취침하다가 뇌경색으로 사망하였다. 이에 망인 A의 상속인인 X는 망인 A의 사망이 산재법상의 재해에 해당한다고 하여 Y(新宿労働基準監督署長)에게 유족보상금부를 청구하였으나 동 서장 및 노동보험심사회는 망인 A가 근기법상의 근로자가 아니라고 하여

28) 이 사건에서 원고가 항소심에서 승소하자 정부가 상고를 포기하였기 때문에 항소심이 그대로 확정되었다.

부지급처분(재결)을 내렸다. 이에 X는 본건 부지급처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

이 사건의 1심 판결(東京地方裁判所 2001. 1. 25)는 위에서 언급한 1985년의 보고서와 1996년의 보고서의 판단기준을 인용한 뒤, ① 일의 의뢰 등에 대한 낙부의 자유, ② 업무수행 상의 지휘감독관계, ③ 장소적·시간적 구속성, ④ 노무제공의 대체성, ⑤보수의 성격·액수, ⑥ 기계·기구의 부담관계, ⑦ 전속성의 정도, ⑧ 복무규율의 적용에 대해서 각각의 사실관계를 평가하고 모든 측면에서 근로자성의 요소가 긍정될 수 없거나 근로자성의 판단을 약화시키고 있다고 판단한 뒤 결론적으로 X의 청구를 기각하였다.<sup>29)</sup>

이에 대해서 항소심인 東京高等裁判所는 1심 판결을 취소하고 망인 A의 근로자성을 인정하였는데, 업무수행상의 지휘감독관계에 대해서 다음과 같이 판단하고 있는 점이 주목된다.

“영화제작에 있어서는 촬영감독은 감독의 이미지를 파악해서 자기의 기량이나 감성에 기해서 영상에 구체화하고 감독은 영화제작에 관해서 최종적인 책임을 진다. 본 건 영화의 제작에 있어서도 렌즈의 선택, 카메라의 포지션, 사이즈, 앵글, 피사체의 촬영방법 등에 대해서는 모두 C감독의 지시 하에 이루어지고 망인 A가 촬영한 필름 가운데 채택 여부나 편집을 최종적으로 결정하는 것도 C감독이었다는 것이 인정되는 것이어서 이러한 사실들을 고려하면 본건 영화에 관한 최종적인 결정권한은 C감독에게 있었다고 보아야 하기 때문에 망인 A와 C감독과의 사이에는 지휘감독관계가 인정되어야 한다고 해야 한다(영화제작에서 존재하는 특수성, 즉 각 직능별의 전문성과 예술성, 상당 정도의 재량이 존재한다고 하여도 이러한 행위가 감독의 통괄 하의 업무로서 이루어지고 감독으로부터 독립하여 이루어지는 것은 아니기 때문에 이러한 특수성이 망인 A와 C감독 사이의 지휘감독관계를 부정하는 요소로 되지는 않는다.)”

위 판결은 업무수행상의 지휘감독관계에 관한 판단 이외에도 ‘장소적·시간적 구속성’에 대해서 영화 제작의 성질 내지는 특수성만을 강조하는 것은 적절치 않고 소요되는 시간이나 장소적 구속도 영화를 제작하려고 하는 사용자의 업무상의 필요성으로부터 이루

29) 이 판결은 지휘감독관계에 대해서 “본 건 영화에 관해서 최종적으로 책임을 지고 있는 것은 A감독이고 망인 A가 촬영한 필름 가운데서 어떠한 것을 채택할지 여부나 필름을 어떻게 편집할지를 최종적으로 결정하는 것은 A감독이지만, 예술성을 추구한다고 하는 입장에서는 A감독도 망인도 동등한 입장이라는 점, 어떠한 것을 채택할지를 위하여 컷쉬를 보는 것은 스태프 전원으로서 각 스태프가 자유롭게 의견을 서로 나눈다는 점 등을 생각해 보면, 이에 관한 최종적인 결정권한이 A감독에게 있다는 것은 감독과 촬영감독과의 직능 내지는 업무분담의 문제이기 때문에 사용자의 지휘명령이라고 보는 것은 상당하지 않다. 이것은 본래 영화제작은 촬영, 녹음, 연출 등 다양한 전문적 기술이 집합된 것으로서 각 스태프에게는 각각 독립적인 직능이 있어서 전문적으로 나뉘어 있는 자기의 직능 이외의 일을 한다는 것을 생각할 수도 없다. 영화제작은 본래 이러한 직능에 따라서 고도로 전문적인 기술 등을 발휘하면서 협력협동하여 하는 것이다.”고 하고 있다.

어지는 것이라고 해야 한다고 하고 있다. 그리고 ‘보수의 성격·액수’에 대해서는 망인 A의 보수는 노무제공기간을 기준으로 해서 그 보수액을 산정한 것이라고 평가하고 있으며, ‘전속성의 정도’에 대해서는 지휘감독관계가 인정되고 있는 것에 비추어 보면 전속성의 정도가 낮았다고 해서 이것을 들어 바로 망인 A의 근로자성의 판단에 큰 영향을 미치는 것이라고 할 수는 없다고 판단하고 있다.

### (3) 시사점

#### 1) 의의

위에서 본 1996년의 보고서가 제시한 기준에서는 가장 주목되는 점은 크게 부분이다. 하나는 서두의 지적이다. “제작 회사는 감독이나 Chief Staff을 통해서 배우나 세컨드 이하의 스태프에 대해서 총괄적으로 지시를 하고 있다”는 점이다. 즉, “제작회사가 배우나 스태프에 대해서 직접 지시를 하지 않는다고 하여 해당 배우나 스태프가 제작회사와의 관계에서 근로자성을 곧바로 부정되어서는 아니 된다.”고 하는 것이다. 이러한 지적은 “업무의 내용 및 수행방법에 대한 지휘명령의 유무”에 관한 판단에 있어서 “배우나 스태프 등 예술적·창조적인 업무에 종사하는 사람”은 “업무의 성질상, 그 수행 방법에 대해서 일정 정도 본인의 재량에 맡기지 않을 수 없기 때문에 반드시 연기·작업의 세부에 이르는 지시를 행하지 않고 대략적인 지시에 머무르는 경우가 있는데 이것이 곧바로 지휘감독관계를 부정하는 요소로는 되지 않는다.”라고 표현되어 있다. 업무의 수행 방법에 있어서 재량이 있다고 하여 그것을 가지고 근로자성을 곧바로 부정할 수 없다고 하면서, 그 지시의 수준에 대해서 총괄적인 지시나 대략적인 지시라고 하고 있다. 영화와 같은 영상물제작에 있어서 제작회사 - 제작회사 소속의 프로듀서 - 감독이나 Chief Staff - 배우나 세컨드 이하의 스태프 간의 지휘감독 관계가 존재할 수 있게 된다.

그런데 위의 판결은 위의 판단기준보다 한 걸음 더 나아가 제작회사 - 감독 - 촬영부의 Chief Staff인 촬영감독의 관계를 인정하고 제작회사가 감독을 통해서 촬영감독의 업무의 내용을 결정하고 그 업무 수행 방법에 대해서 지휘명령을 했다고 인정하고 있다. 이 사건에서 영화라는 영상물을 제작함에 있어서 촬영이라는 업무의 내용과 방법을 최종적으로 결정하는 사람은 촬영감독이 아니라 감독이라는 것이다. 이 점이 이 사건 판결의 가장 큰 특징이라고 할 수 있다.<sup>30)</sup>

30) 水口洋介, “最新労働判例解説 フリーカメラマンに労働者性を認定—新宿労基署長(映画撮影技師)事件(東京高裁平成14.7.11判決)を契機として〔含 質疑応答〕”. 労働法学会会報 No.53(2002), p.14.



## 2) 시사점

이러한 기준과 판결의 판단으로부터 제작회사-감독을 정점으로 하는 지휘명령관계의 가능성을 도출할 수 있다면, 방송프로그램제작에 있어서도 방송사 - 프로듀서 - 연출자로 이어지는 지휘명령관계의 가능성을 충분히 도출할 수 있을 것이다. 이러한 도출을 위해서는 방송프로그램의 제작에 있어서 연출자가 방송사업자와 “연출계약”이라는 체결하였다고 할 때 근로계약이 아닌 연출계약의 본래적 의미가 무엇인지를 파악하여야 한다. 이 직업의 사람이 본래 무엇을 하는 사람인지에 관한 직업상(Berufsbild)이 무엇인지를 알아야 한다.

연출자의 직업상이 법적인 개념은 아니지만, 직업능력개발의 커리어넷 직업정보는 다음과 같이 설명하고 있다.

“방송연출가는 라디오 또는 텔레비전의 프로그램을 기획하고 제작한다. 시나리오작가를 선정하여 제작될 프로그램의 계획을 설명하고 완성된 대본을 평가한다. 프로그램을 기획하고 이에 적당한 방송 작가와 제작진, 연기자들을 선출한다. 완성된 대본을 평가하고 배역을 정하며, 의상, 무대배경, 음악, 카메라작업, 시간배정 등을 결정하기 위해 제작진과 협의하고 제작에 참여하는 모든 사람들의 활동을 조정한다. 촬영일정을 결정하고 장소섭외, 무대배경설치, 소품 및 장비준비 등을 지시하여 촬영, 녹화를 총지휘한다. 주어진 예산 한도 내에서 프로그램을 제작하기 위해 제작에 드는 예산과 지출을 검토, 조정한다.”

유명 PD가 저술한 『영상 콘텐츠 제작 사전(이영돈, 커뮤니케이션북스, 2014)』에서는 “연출자는 대본의 가시화 작업을 하는 사람이다. 드라마에서 대본은 작가가 쓴 스토리일 것이고 시사 교양 다큐에서의 대본은 현실에서 표현하고자 하는 어떤 현상이 될 것이다. 대본의 가시화(Visualization) 작업이란 영상화 작업을 말한다.” 고 하면서, “연출이란 선택을 하는 과정이다. 연출자 앞에는 수많은 선택이 기다리고 있다. 어떤 배우를 선택할 것인가, 어떤 곳을 선택할 것인가, 어떤 컷을 선택할 것인가, 어떤 세트를 선택할 것인가, 어떤 음악을 선택할 것인가, 어떤 구성을 선택할 것인가 등등” 이라고 하고 있다.

연출과 연출가의 역할을 이와 같이 볼 때 프로그램 제작에 있어서 필수적인 요소들의 선택에 있어서 최종적으로 결정할 수 있는 권한이 없다면 그 연출가가 방송프로그램의 제작에 참여하는 출연진과 전문 인력을 지휘·명령하고 있을지라도 그 최종 권한을 가진 자의 근로자일 수밖에 없을 것이다. 제작자와 협의할 수는 있겠지만, 방송프로그램의 제작에 있어서 연출자의 역할에 속하는 것들 중에서 핵심적인 것들에 대한 최종 결정권이 연출자에게 없다면, 이 연출자가 제작자와 체결한 계약은 근로계약일 수밖에 없을 것이다.

## 2. 독일

### (1) 방송프로그램 제작 인력의 근로자성에 관한 연방노동법원의 판단

연방노동법원이 정립한 근로자성 판단 기준의 핵심은 인적 종속성의 존재 여부이다. 이에 대해서 기존에 우리나라의 많은 문헌에서 상세히 소개·분석되었기 때문에 여기에서는 방송프로그램 제작 인력의 근로자성에 관한 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht, BAG)의 판단을 중심으로 살펴본다.

방송프로그램 제작 인력의 근로자성에 관해서 판단한 연방노동법원의 판결은 매우 많다. 하급심 판결까지 포함하면 우리의 경우와 비교도 되지 않을 정도로 그 수가 많다. 판결의 수뿐만 아니라 이들의 근로자성이 다투어진 역사도 상당히 길다. 1970년대에 들어서기 전까지만 해도 이들의 근로자성에 관한 논의가 거의 없었지만, 1970년 들어서면서 근로자성을 다투는 법적 분쟁이 급격하게 증가하였다고 한다. 독일공영방송연합(Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD))에 소속된 방송국에서만 1974년부터 1980년까지 약 550건의 근로자지위를 전제로 한 소송이 제기되었고, 이 중 약 450건에서 근로자지위가 인정되었다고 한다.<sup>31)</sup>

이러한 과정에서 세 개의 판결이 눈에 띈다. 하나는 연방노동법원의 1978.3.15.판결<sup>32)</sup>이다. 그리고 다른 하나는 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht, BVerfG)의 1982.1.13. 결정<sup>33)</sup>이다. 마지막은 연방노동법원의 새로운 흐름을 대표한다고 할 수 있는 1994.11.30. 판결<sup>34)</sup>인데, 이는 위의 연방헌법재판소 결정을 고려한 것이다.

### (2) 연방노동법원의 1978.3.15.판결

이 판결에서는 TV방송에서 작가와 연출자로서 근무하던 사람의 근로자성이 다투어졌다. 지방노동법원에서는 근로자성이 인정되었지만, 주노동법원에서는 근로자성이 부정되었는데<sup>35)</sup>, 연방노동법원은 근로자성을 인정하였다.

31) BVerfG v. 13.01.1982(BVerfGE 59, 237).

32) BAG v. 15.3.1978(BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit)(BAGE 30, 163).

33) BVerfG v. 13.01.1982(BVerfGE 59, 231)

34) BAG v. 30.11.1994(BAG AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit)(BAGE 78, 343).

35) Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 4. Oktober 1976.

이 판결은 자유 직업 종사자(Freie Mitarbeiter)의 법률관계와 근로관계는 인적 종속성(persönlichen Abhängigkeit)의 정도에 따라서 구별되어야 한다는 종래의 판례에 따른다고 하면서도 매우 독특한 세부 기준을 제시하였다.<sup>36)</sup> 이 판결은 종래의 기준에 대해서 “이를 짧게 정리하면 근로자(Arbeitnehmer)는 타인결정적인 노무를 제공하지만 이에 비하여 Dienstvertrag를 체결한 자영업자는 상당 정도로 자신이 결정한 노동을 수행한다. 이미 예전부터 연방노동법원은 인적 종속성을 이러한 의미로 이해하여 왔다.” 고 하고 있다.

하지만 이어서 “이 경우 노동조직적 관점(arbeitsorganisatorische Gesichtspunkte)은 노무제공자(Mitarbeiter)가 타인결정적 노무를 제공하여야 한다는 뒷받침하는 중요한 지표이다.” 고 하면서 방송프로그램 제작 인력의 근로자성을 판단하는 상당히 독특한 지표를 제시하고 있다. 이에 관한 중요한 부분을 인용하면 다음과 같다.

“노무제공자가 어떠한 정도로 인적으로 종속되어 있는지에 관한 문제에 있어서는 특히 각각의 업무의 특성이 고려되어야 한다. 모든 종류의 근로자에 대해서 완전히 유효하게 적용될 수 있는 추상적인 기준이라는 것은 존재하지 않는다. 도급제 근로자, 선장, 무용수 등의 근무관계에 있어서 이들이 인적으로 종속되어 있는지를 판단하는 통일적인 척도는 존재할 수 없다.”

“a) 라디오방송과 TV방송은 별론으로 하고 이제까지 그 구별의 어려움은 특히 노무제공자(Mitarbeiter)가 자신의 직업을 사업(Betrieb)의 외부에서 수행하면서 그 성격상 특정한 근로시간과 특정한 근로장소에 구속되지 않는 경우에 존재한다. 독립적인 상업대리인과 인적으로 종속적인 상업사용인의 구별이 그 전형적인 예이다. 인적 비종속성은 특히 노무제공자의무자가 자신의 업무를 자유롭게 수행할 수 있고 스스로 정할 수 있는 경우에 존재한다(상법전 제84조 제1항 제2문). 이러한 기준은 직접적인 적용 영역을 넘어서 비교될 수 있는 상황에 있는 다른 노무제공자에게도 적용될 수 있다. 연방노동법원이 판단한 음악제작 참여자 사례가 그 예이다(Urteil des Senats vom 21. September 1977 – 5 AZR 373/76 – AP Nr. 24 zu § 611 BGB Abhängigkeit). 이 사안의 법률관계의 특징도 노무제공자가 자신의 근무시간을 스스로 결정할 수 있고 자신의 업무를 방송사업자로부터 독립하여 자유롭게 처리할 수 있다는 점에 있었다.

b) 연방노동법원이 이제까지 판단하였던 라디오방송과 TV방송의 여타의 노무제공자는 그 양상이 다르다. 현재 판단하고 있는 사안의 경우도 그러하다. 여기에서는 주로 정신적·예술적 영역에서의 급부가 문제가 된다. 여기에서는 자발적이고 창의적인 능력이 기대된다. 따라서 이들 노무제공자는 지시구속성으로부터 폭넓게 벗어나 있다. 리포터, 연출자, 편집자, 영화감독으로서 정보를 취합하고 가공하며, 대본을 쓰고 인터뷰를 준비

36) 이 판결은 인적 종속성이야말로 노동법의 확대 발전을 이끌어온 핵심적인 요인들 중에 하나라고 하고 있다.

하고 진행하며 영화를 준비하고 촬영하는 이러한 노무제공자는 특히 시간과 장소에 구속되지 않고 사전 준비 작업을 할 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 이것이 이들 노무제공자가 인적으로 종속되어 있지 않다는 것을 의미하지는 않는다. 이들은 다른 근거들에 의해서 타인결정적인 노동을 수행하여야 한다. 이들은 방송국이 자신들에게 그때그때마다 제공하는 기술적 장치의 도움을 받아야만 자신들의 노무를 제공할 수 있다. 그들이 계약상 의무인 노무를 제공할 수 있기 위해서는 스튜디오, 카메라, 기타의 기술적 설비를 사용한다. 반대의 예로서 독립 저널리스트를 들 수 있는데, 이들은 미디어의 기술적인 수단과는 관계 없이 자신의 위험으로 취로한다. 나아가 이들 노무제공자 그룹의 인적 종속성은 다음의 경우에도 나타난다. 즉, 그들은 폭넓게 팀을 형성하여 팀 단위에서 일한다는 점이다. 노무제공을 위해서는 팀을 형성하여 팀 단위로 노동이 이루어질 수밖에 없다. 모든 노무제공자들은 노동조직 속에서 편제되어야 한다. 따라서 라디오방송과 TV방송의 이러한 노무제공자들의 특수한 인적 종속성은 기술적 장비와 팀에 대한 종속에 종속한다(참고. 이러한 점에서 Urteil des Senats vom 9. März 1977 [TV리포터 관련 사건] – AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit [판단 이유 중 2 c]; Zeuner, RdA 1975, 84 [zu I a.E.], "타인결정적 조직 내에서 일신전속적 노동을 하도록 되어 있는 것은 근로자개념의 Merkmal로 보아야 한다; 유사한 견해 G. Hueck, RdA 1969, 216 [218 zu Fußn. 26]; Heußner, AuH 1975, 307 [311 zu Fußn. 62]). 이러한 종속성은 전통적인 근로자(예를 들어 고숙련 근로자나 숙기사)의 종속성과는 다른 것이기는 하지만, 그 정도에 있어서 더 약하지 않다.

이와 함께 다음의 점도 고려된다. 즉, 라디오방송과 TV방송의 이들 노무제공자들은 자신의 노동력을 사업주(Unternehmer)처럼 자신이 설정한 목적에 따라서 시장에서(am Markt) 자신의 책임과 위험으로 사용하지 않고, 다른 자의 이익을 위해서(fremdnützig) 자신의 노동력을 방송국의 프로그램 계획과 편성에 따라서 방송국이 사용하는 것에 의존하고 있다는 점도 함께 고려된다. 이러한 점도 역시 인적종속 노동의 표지이다(참조. Urteil des Senats AP Nr. 20 zu § 611 BGB Abhängigkeit [소품담당자 – 판단 이유 중 II 1 c] Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 14 ff., und Lieb, Schwerpunkte Arbeitsrecht, 1975, S. 4 ff.).

c) 기술적이고 정신적이며 예술적인 영역에서 라디오방송과 TV방송의 이들 노무제공자들은 인적 종속성 하에서 타인이 결정한, 그리고 타인의 이익을 위한 노무를 제공하기 때문에 그들은 전형적으로 사회적 보호필요성이 있다. 그들은 직업적으로 방송국에 의존할 수밖에 없는데, 이 방송국에서 그들은 일자리(Arbeitsplatz)를 얻고 있다. 이 점도 바로 근로자를 특징지우는 지표이다. 자신의 일자리를 타인, 즉 사용자에게서만 발견할 수 있는 사람에게는 노동법이 부여하는 사회적 보호와 일자리의 보장이 필요하다. 반대

로 자신의 목적을 위해서 다른 사람의 노무제공을 이용하고 그로부터 이익을 얻는 사람은 법질서에 의하여 사용자에게 부과된 의무를 이행하여야 한다. 그러나 방송국의 기술적 장치를 이용하여야만 노무를 제공할 수 있고 방송국에 조직적으로 편입되어 있는 라디오방송과 TV방송의 이들 노무제공자들은 전형적인 방송국의 근로자이다.

이와 같은 검토 방법을 통해서 근로자 개념을 확장하는 것이 허용되지 않는 것은 아니다. 종래 자유 노무제공계약으로 분류되었던 계약유형을 노동법의 영역으로 끌어오는 것이 아니다. 오히려 기술적인 발전에 의해서 발생한 새로운 직업 유형을 올바르게 이해하고 그에 알맞은 관계를 우리의 법체계 속에서 올바르게 정서하는 것이다.“

이 판결에서 가장 특징적인 점은 라디오방송과 TV방송의 방송프로그램 제작에 참여하는 인력의 특수성을 고려하여 그 근로자성을 판단할 때 기술적 장비와 팀에 대한 종속을 인적 종속성의 핵심적인 지표로 보고 있는 점이다. 나아가 경제적 종속성까지도 중요한 판단 요소로 보고 있다.

### (3) 연방헌법재판소의 1982.1.13. 결정

위에서 언급한 바와 같이 1970년대에 들어서면서 방송프로그램 제작 참여 인력의 근로자성이 긍정된 하급심 판결이 무수히 등장하고, 1970년대 후반에는 이들 판결이 연방노동법원에 의해서 속속 확정되면서 패소한 방송국들이 이들 재판이 방송국의 방송의 자유(기본법 제5조 제1항 제2문)<sup>37)</sup>을 침해하였다고 하여 헌법소원(이른바 재판소원)을 제기하였다. 위에서 본 연방노동법원의 판결을 포함하여 총 8건의 연방노동법원의 판결과 3건의 주노동법원의 판결에 대해서 기본권 침해를 이유로 하는 헌법소원이 제기되었다. 연방헌법재판소는 총 11건의 판결 중에서 10건에 대해서 기본권 침해를 인정하였다.

연방헌법재판소는 이 사건에서 침해되었다고 주장되는 기본법 제5조 제1항 제2문의 방송의 자유의 내용. 그리고 방송의 자유와 사회국가원리의 관계에 대해서 다음과 같이 확정한다.

---

37) 기본법 제5조

- (1) 모든 사람은 각자 말이나 글, 그림으로 자유로이 자신의 의견을 표명하고 전파할 권리 및 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다. 출판의 자유와 방송 및 영상을 통한 보도의 자유가 보장된다. 검열은 금지된다.
  - (2) 이 권리들은, 일반법률의 조항과 청소년보호를 위한 법률규정 및 개인의 명예권에 의해 제한된다.
  - (3) 예술과 학문, 연구와 교수(Lehre)는 자유이다. 교수의 자유를 내세워 헌법에 대한 충실에서 벗어나지 못한다.
- (헌법재판소 헌법재판연구원, 독일기본법·헌법재판소법·헌법재판소규칙, 2016)

“방송의 자유는 노동법상의 보호 조항의 근거가 되는 사회국가원리와 실제적 조화(praktischer Konkordanz)<sup>38)</sup>의 방법으로 정서되어야 한다.

“심사 기준은 기본법 제5조 제1항 제2문이다. 이 기본권에 의해서 기본법 제5조 제2항의 ‘일반법률’의 한계 내에서 기본권에 의해서 보장되는 방송의 자유에 대한 헌법적 보호는, 방송국에게 부과된 의무인 프로그램 내용의 다양성을 방송국 노무제공자의 선정, 배치, 채용에 있어서도 고려할 수 있는 권리에도 미친다.”

“방송국에 부여된 프로그램의 다양성은 본질적으로 인적 조건(personelle Voraussetzungen)에 의존하는 것이 때문에 방송국은 이러한 조건을 제약하거나 심지어 폐기하려고 하는 조치에 대해서 프로그램의 자유로서의 방송의 자유를 원용할 수 있다: 프로그램의 선정, 내용, 형성은 외부의 간섭으로부터 보호되는 것이고, 이것은 프로그램을 형성하는 인력의 선정, 채용, 투입에 대해서도 적용되어야 한다. 다양성 있는 프로그램을 제작하는 인적 조건을 갖추고 유지해야 하는 의무는, 외부의, 특히 국가의 영향으로부터 벗어나서 방송국의 프로그램 제작 인력의 선정, 채용, 투입에 대해서 결정할 수 있는 권리와 묶여 있는 것이다. 이러한 권리는 방송의 자유에 대한 헌법적 보장에 포함되어 있다.

이상의 사항을 고려할 때 프로그램 제작 인력의 결정에 대한 이와 같은 기본권적 보호는 라디오 및 TV방송에서 내용적 형성의 역할을 하는 인력에 한정된다. 특히 이는, 그들이 전형적으로 정치적, 학문적, 예술적 또는 여타의 다른 전문 사항에 대한 자신의 견해, 자신의 지식과 정보, 자신의 개인적인 예술적 능력과 표현력을 방송물에 담는 경우이다. 예를 들어 연출자, 감독, 사회자, 평론가 등이 그러하다. 방송의 자유에 대한 보호는 제작 인력의 선정 외에도 어떠한 사람이 상시적이고 고정적으로 채용될 것인지, 또는 그 채용이 프로그램 편성 계획 등을 이유로 특정한 기간 동안 아니면 특정한 프로젝트에 한정될 것인지, 그리고 어느 정도의 빈도로 그 인력이 투입될 것인지에 대한 판단도 대상으로 한다. 이는 노무제공자와의 법적 관계를 형성할 때 그때그때 적합한 계약형태를 선택할 권한도 포함한다.

이에 대해서 기본법 제5조 제1항 제2문의 헌법적 보호는 위에서 언급한 관련성이 존재하지 않는 경우에 방송 제작 인력의 인사에 관한 판단은 포함하지 않는다. 이것은 특히 방송물의 내용 형성에 직접적으로 참여하지 않는 사람에 대한 결정일 경우에 그러하다. 기술직원 또는 행정직원뿐만 아니라 그들의 업무가 프로그램

38) “praktischer Konkordanz”을 ‘규범조화적 해석’이라고 번역하는 사람도 있다(헌영, 한국헌법론, 박영사, 2017, p.207).

의 제작에 관련이 있더라도 그것의 기술적 재현에 한정되어 있거나 내용적 영향력이 없는 사람도 이에 속한다.”

“법원은 이러한 헌법적 상황을 인식하지 못하였기 때문에 노동법을 기본법 제 5조 제1항 제1문의 관점에서 해석하고 적용하지 않았다. 따라서 상시 고용(Festanstellung)에 관한 판단에 적용된 척도들이 헌법의 기준에 합치되는지 여부에 관한 심사가 충분히 면밀하게 이루어지 않았다. 특히 상시채용이라는 수단의 비례성에 대해서 검토되지 않았다. 따라서 결과적으로 상시 고용에 관한 판단에 적용된 척도와 관점은 타당하지 않다고 평가된다. 따라서 위의 판결들은 노무제공자의 사회적 이익과 방송국의 이익을 균형적으로 조정하지 않고 후자의 이익만을 일방적으로 고려하였다.”

“1) 내지 7), 그리고 9) 내지 11)의 판결에는 이러한 오류가 있다. 법원이 만약 방송의 자유에 대한 헌법적 보호 범위를 인식하고 고려하였다면 법원은 다른 결론에 도달할 수도 있었다는 점을 배제할 수 없다.”

연방헌법재판소의 이 결정은 전형적으로 정치적, 학문적, 예술적 또는 여타의 다른 전문 사항에 대한 자신의 견해, 자신의 지식과 정보, 자신의 개인적인 예술적 능력과 표현력을 방송물에 담아서 방송물의 내용을 형성하는 제작 인력에 관한 인사적 판단은 기본법이 보장하는 방송의 자유(프로그램의 자유)에 의해서 보호되기 때문에 이들이 근로자인지, 근로자로서 노동법적 보호를 받아야 하는지, 기간의 제한이 없는 근로계약을 체결하고 있는지에 관한 판단에서는 방송국이 가지는 프로그램의 자유라는 이익을 근로자의 노동법을 통한 사회보호라는 이익과 비례성 있게 고려하여야 한다는 점에 있다. 즉, 근로자로 인정하는 것, 나아가 기간의 제한이 없는 근로계약을 체결하고 있는 근로자로 인정하는 것(= 사회국가원리를 실현하기 위한 수단)에 의하여 방송국이 가지는 프로그램의 자유가 지나치게, 즉 비례성을 상실하여 제한된 것은 아닌지를 면밀하게 고려했어야 한다는 것이다.

이러한 판단을 구체적으로 어떻게 하는지에 대해서는 아래의 연방대법원 판결에서 어느 정도 제시되어 있다.

#### (4) 연방노동법원의 1994.11.30. 판결

이 판결은 연방헌법재판소의 1982.1.13. 결정의 의의와 내용에 대해서 언급하면서 이 결정 이후에 등장한 연방노동법원 판결의 경향에 대해서도 실시하고 있다. 특히 연방헌법재판소의 1982.1.13. 결정의 영향에 따라서 연방노동법원의 1978.3.15. 판결에서 제시된 독특한 판단 요소는 더 이상 채용되지 않을 것임을 명확히 밝히고 있다. 이 판결이 제시하고

있는 근로자성 판단기준에 대해서 정리하면 다음과 같다.

“자유 직업 종사자의 법률관계와 근로관계는 인적 종속성의 정도에 따라서 구별된다. 경제적 종속성은 필요하지도 않고 충분하지도 않다.”

“근로자는 제3자가 정한 노동조직 내에서 자신의 노무를 제공하는 사람이다.”

“타인의 노동조직에의 편입(Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation)은 특히 취업자가 사용자의 지시권 하에 놓여있는 경우에 나타난다. 지시권은 업무의 내용, 실행, 시간, 기간, 장소에 관계된다. 그러나 전문성이 높은 업무에 있어서 지시구속성은 전형적이지 않다: 업무의 성격에 의해서 노무제공자에게 높은 정도로 형성의 자유, 창발성, 전문적 독자성이 인정되는 것도 가능하다.”

“인적 종속성의 정도는 각각의 업무 특성에도 의존하고 있다(BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit). 모든 근로관계에 적용될 수 있는 추상적인 기준은 설정될 수 없다. 많은 업무들이 근로관계에서도 자유근무관계에서도 이루어질 수 있다(BAG AP Nr. 59 zu § 611 BGB Abhängigkeit). 반대로 통상적으로는 근로관계에서 수행될 수 있는 업무가 존재한다. 근로관계의 존재는 업무의 조직 또는 성격으로부터도 도출될 수 있다. 연방노동법원은 다수의 판결에서 이러한 이해에 중요한 의미를 부여하였다.”

연방노동법원은 이와 같이 근로자성의 판단 기준으로 인적 종속성을 명확히 확인하고 이 판단기준은 라디오 및 TV방송 분야에서도 여전히 중요하다고 하면서도 앞에서 본 연방헌법재판소의 판결을 고려하여 다음과 같은 설시하고 있다.

“(3) 연방노동법원의 새로운 판결에 의하면 프로그램 형성적 업무의 경우에도 근로관계가 긍정될 수 있는데, 이는 방송국이 특정한 시간적 범위 내에서 그 노동력의 제공을 이용할 수 있을 경우이다(BAG AP Nr. 66 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit). 예를 들면, 상시적으로 노무제공을 할 수 있는 상태(ständige Dienstbereitschaft)가 기대되는 경우(BAG AP Nr. 35 zu § 611 BGB Abhängigkeit) 또는 작업자가 그에 상당한 합의도 없이도 상당한 범위에서 동원되는 경우, 즉 그에게 결국은 근무가 지시되는 경우가 그러한 경우이다. 상시적으로 노무제공을 할 수 있는 상태는 당사자의 명확한 합의에 의해서도 계약관계의 사실상의 이행으로부터도 나타날 수 있다. 작업자가 자신의 책상을 가지고 있는지, 또는 사무실을 이용할 수 있는지는 등은 중요한 의미를 가지지 못한다. 하지만 작업자가 근무계획(Dienstplan)에 편제되어 있고 각각의 근무에 대해서 사전에 합의되지 않고 근무하는 경우에는 이와 다르다. 이것은 근로자성을 긍정하는 강력한 지표이다.



작업자가 프로그램 형성적으로 작업을 하는 경우에도 근로관계는 존재할 수 있다. 그러나 이 경우에는 그 작업자는 광범위한 내용적 지시에 따라야 한다. 즉, 그에게 아주 작은 정도로만 형성재량, 창발성, 독자성이 남겨져 있는 경우이다.”

“3. 프로그램 형성에 관여하지 않는 전형적인 방송 업무에 관해서 연방노동법원은 수차례에 걸쳐서 이러한 업무는 통상적으로 근로관계에서만 수행될 수 있다고 판단하였다 (BAG AP Nr. 15 zu § 611 BGB Rundfunk; BAG AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit). 이는 특히 아나운서, 통역자와 같이 반복적인 업무를 하는 외국어 사용 직종의 업무가 그러하다.”

이 판결은 근로자성 판단에 관한 종래의 연방노동법원의 기준에 입각하면서도 연방헌법 재판소의 1982.1.13. 결정을 고려하여 프로그램 형성적 업무에 종사하는 사람과 그렇지 않은 업무에 종사하는 사람의 근로자성 판단에 관해서 비교적 상세하게 언급하고 있다. 이 판결은 프로그램 형성적 업무에 종사하는 사람이든 그렇지 않은 업무에 종사하는 사람이든 근로자일 수도 있고 아닐 수도 있을 가능성에 대해서 언급하고 있지만, 프로그램 형성적 업무에 종사하는 사람의 근로자성은 그렇지 않은 사람에 비해서 상대적으로 엄격하게 판단되고 있다.

이러한 판단 방법에 대해서는 연방노동법원의 2013. 4. 17 판결<sup>39)</sup>이 다음과 같이 잘 정리하고 있다.

“d) 프로그램 형성적 업무에 종사하는 사람의 경우에도 명확한 합의에 반해서 그가 광범위한 내용적 지시에 따르고 있을 때, 즉 그에게 아주 작은 정도로만 형성 재량, 창발성, 독자성이 주어져 있을 때, 그리고 방송국이 어떠한 시간적 범위 내에서 그 노동력을 활용할 수 있을 때에는 근로관계가 존재한다. 후자는 다음과 같은 경우이다. 즉 상시적으로 근무가능상태가 기대되거나 작업자가 상당한 범위에서 그에 상당하는 합의 없이도 근무계획에 의해서 동원되는 때, 즉 그에게 결국 근무가 지시되는 때이다(BAG 20. Mai 2009 – 5 AZR 31/08 – Rn. 22 mwN).

e) 프로그램 형성적 업무가 아닌 업무에 종사하는 작업자의 경우에 그 근로자성은 일반적인 기준(allgemeine Kriterie)에 따라서 판단될 수 있다. 상황에 따라서는 이러한 사람도 자유 노무제공자일 수 있다. 연방노동법원은 여러 차례에 걸쳐 방송국의 프로그램 형성적 업무가 아닌 업무는 통상적으로는 근로관계에서만 수행될 수 있다고 하였다 (BAG 30. November 1994 – 5 AZR 704/93 – zu B II 3 der Gründe mwN, BAGE 78, 343). ... 프로그램 형성적 업무에 종사하는 사람은 그렇지 않은 사람의 경우에서 기대

---

39) BAGE 145, 26.

되는 것보다 더 종종 근로자성의 기준을 충족할 것이다.”

연방노동법원의 2013. 4. 17 판결은 1994.11.30. 판결보다 명확하게 방송 제작 인력의 근로자성 판단 방법에 대해서 정리하고 있다. 즉, 프로그램 형성적 업무에 종사하는 사람과 그렇지 않은 사람으로 나누어서 판시하고 있을 뿐만 아니라 전자에 관한 판단기준도 두 가지의 경우로 나누어서 실시하고 있다. (a) 광범위한 내용적 지시에 따르고 있을 때, 즉 그에게 아주 작은 정도로만 형성 재량, 창발성, 독자성이 주어져 있을 때, 와 (b) 방송국이 어떠한 시간적 범위 내에서 그 노동력을 활용할 수 있을 때에는 근로자성이 된다고 하면서 (b)에 관해서는 다시 ㉠ “상시적으로 근무가능상태가 기대되거나” ㉡ “작업자가 상당한 범위에서 그에 상당하는 합의 없이도 근무계획에 의해서 투입되는 경우라고 설명하고 있다.

사실 (a)만으로는 프로그램 형성적 업무에 종사하는 사람의 근로자성은 거의 인정되기 어려울 수 있었을 가능성이 높았는데, (b)를 고려하면서 이러한 협소한 인정 요소에 다소 숨통이 트이고 있다. 특히 (b)에 관해서 ㉠와 ㉡의 판단 요소를 다시 세분화함으로써 판단을 용이하게 하도록 하고 있다.

## (5) 의의 및 시사점

방송 제작 인력의 근로자성에 판단에 관한 독일 연방노동법원의 판단 기준은 연방헌법 재판소의 결정에 강한 영향을 받으면서 근로자 인정 범위가 다소 축소되었다는 인상을 지을 수 없다.

프로그램 형성적 업무에 종사하는 사람과 그렇지 않은 사람을 유형적으로 구분하여 상당히 유형론적으로 근로자성을 판단하려고도 하지만, 근로자성 판단에 관한 원칙적인 태도는 여전히 견지하고 있다. 어느 유형에 속한다고 하여 근로자가 아니거나 근로자라고 하거나 하는 입장을 취하고 있지는 않다.

이상에서 본 요소들 중에서 가장 인상적인 점은 (b)에 관해서 ㉠와 ㉡의 판단 요소이다. 이는 법적인 의무를 확인하고 이를 인정했거나 아니라 그러한 사실상의 상태를 확인하고 이를 ‘종속적인 상태’라고 법적으로 평가한 것이라고 할 수 있다. 이러한 판단 요소는 청주방송 사건에서도 유의미한 시사점을 줄 것으로 생각된다. 청주방송 사건에서 원고는 2016년에 307건, 2017년에 188건의 프로그램 제작에 참여한 점에서 보면 상시적은 노무제 공준비상태(ständige Dienstbereitschaft)에 있었다고도 볼 수 있을 것이기 때문이다. 물론 개별 건에 대해서 거부할 수 있었는지, 또는 거부한 적이 있었는지, 거부하였다면 어떠한 불이익이 있었는지 등에 대해서 나름 검토가 필요할 것이다.

## V. 청주방송 사건 원고의 근로자성

### 1. “위탁업무의 사전적 요구 또는 사후적 평가”와 지휘감독

MBC 뉴스후 제작PD 사건과 TBS 객원PD 판결은 “위탁업무의 사전적 요구 또는 사후적 평가”라는 언급을 하고 있다. 그런데 근로자성 인정 판단에 있어서 사전과 사후가 아니라 업무의 과정에 대한 관여나 개입은 긍정적 요소가 된다는 점은 분명하지만, 사전과 사후에 있어서의 관여나 개입을 어떻게 평가해야 할 것인지라는 문제가 제기된다. 통상의 수준이라는 것이 무엇인지를 판단할 수 있는 일률적인 기준을 세우기는 매우 어렵지만, 방송프로그램 제작에서 각 부문별 전문 영역 별로 접근해 보면 연출에 대해서는 다음과 같이 생각해 볼 수 있다.

사전적 요구나 사후의 평가가 결국 연출의 업무 수행에 있어서 핵심적인 사항에 대한 결정권을 제한하고 연출이 이를 받아들이는 것이라면 이는 위탁업무에 있어서 통상적인 범위의 사전적 요구나 사후적 평가라고 할 수는 없을 것이다. 예를 들어 방송 작가와 제작진을 모두 위탁자가 선정해놓고, 그 방송작가를 통해서 방송프로그램 제작을 위한 기획을 하고 출연진과 일정을 잡으며 이를 위탁자가 확인해야만 연출자가 방송프로그램의 연출을 할 수 있다면 이러한 사전적 요구는 위탁자의 지휘감독이라고 해야 할 것이다. 사후적 평가도 역시 마찬가지이다. 어느 회차의 방송프로그램을 연출한 뒤에 다음 회차의 방송프로그램의 연출을 하기 전에 위탁자가 이전 회차의 방송프로그램에 대해서 평가하는 경우 연출자가 이를 다음 회차의 방송프로그램 제작에 반영할 수밖에 없는 경우에 이는 통상적인 사후적 평가라고 할 수 없고 역시 지휘감독이라고 할 수밖에 없을 것이다.

방송프로그램을 제작하는 방송사업자에 있어서는 당해 프로그램을 제작을 담당하는 사람들이 있기 마련이고 일반적으로 방송사업자의 정규직 근로자인 CP와 PD가 이러한 역할을 한다. 그렇다면 CP 및 PD와 프리랜서 연출자와의 관계에서 당해 방송프로그램의 제작을 위한 연출에 있어서 핵심적인 사항을 프리랜서 연출자가 최종적으로 결정할 수 있는지를 살펴봐야 할 것이다.

### 2. 청주방송과 원고와의 계약 내용은 구체적으로 무엇인가?

2017년에 CJB의 기획제작국장을 했던 ‘○○○국장’의 증언을 보면 ‘○○○국장’은 고 이재학 PD의 역할에 대해서 조연출이지 연출이 아니라는 점을 강조하고 있다. 콘티나 기획안에 연출로 기재된 것은 업무수행의 편의나 관례에 불과하며 프리랜서라는 점을 고려하여 연출 개념을 조금 허락한 것이라고 하고 있다. 이와 같이 CJB의 주장은 공식적으로 고 이재학 PD를 연출이 아니라 조연출이라고 하면서도<sup>40)</sup> 실제 방송프로그램의 제작에 있어서 실질적인 역할은 “연출”로 하고 있다.

만약 CJB의 주장처럼 조연출이었다고 한다면 사건은 그다지 어렵지 않게 근로자성이 인정되는 것으로 결론이 났을 가능성이 높다. 앞에서 이미 청주방송 조연출 사건에서 청주지방법원은 조연출의 근로자성을 매우 간단하게 인정하였기 때문이다. 그러나 이 사건의 청주지방법원 재판부는 이상하게도 조연출 계약도 독자적인 위탁(또는 도급)계약의 대상이 될 수 있다는 점에 추호의 의심도 보이지 않고 있다. PD는 정규직, AD는 프리랜서라는 이상한 공식마저 버젓이 판결문에 쓸 정도이다. 나아가 ‘○○○국장’이 방송프로그램의 제작에 관해서 본인이 프리랜서와 정규직을 총괄적으로 지휘감독하였다고 증언을 하였음에도 재판부는 이를 전혀 고려하지 않고 있다.

### 3. 업무의 내용 및 수행방법의 최종 결정권

청주방송이 만약 고 이재학 PD가 ‘프로듀서’ 또는 ‘연출’이었다고 주장하면서 그에 맞는 권한과 책임을 부여하여 방송프로그램을 제작하게 하였다고 했다면, 이 사건은 프로듀서 또는 연출로서의 고 이재학 PD에 대한 지휘감독을 누가 어떻게 했는지를 입증해야 하여야 하는 다소 어려운 상황에 직면했을지 모른다.

청주방송(CJB)의 고 이재학 PD 사건에서 연출자로서의 결정권의 범위 등에 대해서 원고 변호인이 제출한 증거 등을 통해서 살펴보면, 실제 촬영 현장에서는 조연출, 출연진, 카메라 감독 등을 지휘한 것으로 보인다. 그러나 프로그램을 기획하고 이에 적당한 방송 작가와 제작진을 선정하며 촬영 일정을 정하고 장소를 섭외하는 것 등에 관해서도 연출자가 최종적으로 결정할 수 없었던 것으로 보인다.

고 이재학 PD가 제작에 참여한 방송프로그램 중에서 원고 측이 제출한 증거(엔딩크레딧)에서 “연출”로 표시되어 있는 정규 편성 방송프로그램(“아름다운 충북”, “로그인 코리아”, “쇼! 뮤직파워”)을 대상으로 보면, 원고 측 제출 증거만으로는 이들 각 프로그램에서의 결정 체계가 명확히 드러나지 않는다. 앞에서도 언급하였지만 지상파 방송사의

40) 2015년 8월 29일에 열린 제19회 박달가요제의 녹화에 관한 CJB의 큐시트를 보면 “책임 PD”는 이주홍으로, “연출”은 이재학으로 되어 있다. 하지만 이 가요제에 관한 출장신청서에는 “국장 이주홍, 팀장 이동기, 조연출 이재학”으로 되어 있었다.

경우 일반적으로 존재하는 CP-PD-연출로 이어지는 지휘명령의 계통이 이들 각 프로그램마다 어떻게 형성되어 있는지가 명확히 밝혀져 있지 않다. 다만, ‘○○○국장’의 증언을 보면 자신의 역할에 대해서 “쇼! 뮤직파워”의 기획을 담당하고 전체를 관장하고 지휘감독하는 CP역할을 했다 “고 하면서 프리랜서와 정규직 모두 총괄적으로 지휘하였다고 하고 있다. 이러한 점은 “쇼! 뮤직파워”의 큐시트에서도 나타난다. 여기에는 “기획 : ○○○ 연출 : 이재학 작가 : △△△”으로 되어 있다. “작가 : △△△”는 원고 측 변호인을 통해서 제출한 자필 진술서에서 ‘○○○국장’의 지휘 감독을 받으면서 “쇼! 뮤직파워”, “아름다운 충북” 등의 제작에서 고 이재학 PD가 연출 업무를 수행하였다고 하고 있다. 그러나 재판부는 “진술자들이 이 법정에 증인으로 출석하여 증언한 바가 없어 그 진술의 신빙성을 인정하기 어렵다.”고 하고 있다.

따라서 향후의 재판에서는 각 프로그램의 진행 단계에서 프로그램 제작에 관한 핵심적인 요소들에 대해서 최종적으로 결정할 권한이 누구에 있었고, 어떻게 행사되었는지가 다시 한번 구체적으로 입증될 필요가 있을 것이다.

그런데 한 가지 흥미로운 점은 청주방송은 2017. 노무법인 유엔에 비정규직 실태 진단 및 컨설팅을 의뢰하였고, 노무법인 유엔은 설문조사 등의 방식으로 컨설팅을 진행했는데, 고 이재학 PD에 관해서 VJ업무와 AD업무를 수행하고 있다고 기술하고 있다는 점이다. 여기에서는 VJ업무에 대해서 촬영일정을 결정하며 업무내용은 회의에서 결정된 주제 및 장소에서 촬영을 해야 하므로 이와 반하는 작업은 할 수 없으나 그 과정 중에서 재량으로 일부 수정이 가능하며 촬영 후 편집 업무량과 시간은 조절하기 때문에 상당한 재량이 인정되어 업무변경권의 인정 정도가 높다고 평가하고 있는 점이다. 하지만 고 이재학 PD에 관해서 VJ업무에 더하여 AD업무를 하고 있기 때문에 시간적·장소적 구속성 및 전속성이 높다고 하고 있다. VJ업무에 대해서 상당한 재량을 인정하고 있지만 구체적으로 어떠한 범위에서 어떠한 수준의 재량권이 있었는지에 대해서는 구체적인 언급은 없다.

#### 4. 낙부(諾否)의 자유 - 상시적인 취업가능상태(?)

대법원의 근로자성 판단기준에는 일의 의뢰 등에 대한 낙부의 자유에 대해서는 명확하게 하나의 판단 요소로 하고 있지 않는 듯하다. 그런데 위에서 본 일본의 판단기준은 이를 매우 중시하고 있고, 일본 최고재판소의 판단기준도 역시 마찬가지이다. “지휘감독하의 근로” 인지를 판단하는 첫 번째 요소로 보고 있을 정도이다. 즉 낙부의 자유를 갖는 것은 지휘감독관계의 존재를 부정하는 중요한 요소로 보고 있다. 오페라 합창단 합창단원의 근로자성이 다투진 사건(新國立劇場合唱團 사건)에서 이 점은 근로자지위확인소송에서 패소한 매우 중요한 요인이었다.<sup>41)</sup> 부당노동행위구제신청취소송사건에서도 이 점은 1심과 항

소심 소송에서 패소한 중요한 요인이었다.

청주방송(CJB)의 고 이재학 PD 사건에서 고 이재학PD는 2016년부터 다수 프로그램에서 연출, 조연출, 진행 등의 역할을 맡았는데, 그 과정을 보면 담당PD 등의 제안에 따라서 수시로 역할을 맡은 것으로 되어 있다. 이 점에 대해서 청주방송은 원고의 자유로운 의사에 따라서 일을 할 것을 결정한 것이라고 하지만, 원고 측 대리인은 “우월적 지위에 있는 피고가 정규 프로그램이나 특집 방송 등 원고가 담당할 업무를 지정하는데 종속적 지위에 있는 프리랜서가 이를 거부하는 것은 불가능합니다. 만약 원고가 피고의 이와 같은 지시를 거부한다면 원고는 더 이상 피고 회사에서 근무할 수 없습니다. 따라서 원고가 제작에 참여할 프로그램은 피고 회사의 국장 또는 PD가 지정하긴 하지만 원고가 자율적으로 참여 여부를 판단할 수 있다는 ○○○의 증언은 사실과 다르고 오히려 원고의 담당 프로그램(업무)을 피고 회사가 우선적으로 지정(지시)한다는 증언이 원고의 주장을 정확히 뒷받침하고 있습니다.” 라고 반박하고 있다.

만약에 이 사건에서 낙부의 자유가 있는지가 쟁점이 된다면, 이를 어떻게 판단하여야 할지가 문제가 될 수 있다. 전체로서 근로계약이 성립해 있다고 한다면 당연히 어떤 PD의 연출 또는 연출 등의 제안을 거부할 수 없을 것인데, 여기서 거부할 수 없다는 점은 “실태”를 통해서 입증할 수밖에 없는 요소가 될 것이다. 명확한 계약 자체가 존재하지 않기 때문에 법적인 의무의 존재를 확인하는 것이 매우 어려울 것이다. 이와 같은 방법으로 낙부의 자유가 존재하지 않았다는 것이 입증될 수 있다면 이 요소만으로도 근로자성이 강하게 긍정될 수 있을 것이다.<sup>42)</sup>

이 점의 판단에 있어서 법적으로 거부권이 있었다는 점은 그다지 의미가 없을 것이다. 오히려 중단 없이 제작에 참여하고 있었다는 점, 거부권이 실제로 사용되어 본 적이 없었다는 점, 사용자는 근로자에 대해서 업무의 참여를 제안하면 근로자가 이를 받아들일 것이라는 기대하고 있었다는 점, 그리고 근로자가 사용자가 업무의 참여를 제안하면 이를 받아야 들여야 한다는 의무감과 이에 터잡은 계속적 취업기회 제공에 대한 신뢰가 존재한다는 점이 중요하게 평가되어야 할 요소가 아닌가 생각된다.

41) 東京地裁 2006. 3. 30 판결; 東京高裁 2007. 5. 16 판결; 最高裁 2009. 3. 27(상고불수리)

42) 부당노동행위구제신청취소소송사건 最高裁 판결(2011. 4. 12)은 이 점에 관해서 먼저 사업조직편입성을 긍정하고 그리고 나서 낙부의 자유에 관해서 상세히 실시하고 있다. 즉 “출연공연계약서의 조항에 개별공연출연계약의 체결을 의무 지우는 취지를 명시하고 있는 규정은 없고 계약 멤버가 개별공연에의 출연을 사퇴하는 것을 이유로 피상고 재단으로부터 재계약에 있어서 불리한 취급을 받거나 제재를 받거나 하는 것은 없었다고 하더라도 이러한 사실로부터 바로 계약 멤버가 어떠한 이유도 없이 완전히 자유롭게 공연을 사퇴할 수 있다고 할 수 없고 오히려 계약 멤버가 개별공연에의 출연을 사퇴한 예는 출산, 육아나 다른 공연에의 출연 등을 이유로 하는 경우인데 이는 매우 드문 것이었다는 사실에 비추어 보면 각 당사자의 인식이나 계약의 실제 운영에 있어서는 계약 멤버는 기본적으로 피상고 재단으로부터의 개별공연출연의 청약에 응해야 할 관계에 있었다고 보는 것이 상당하다.”

주제 토론

# **“근로자성에 관한 재검토 -업종별 근로자성을 중심으로” [토론문]**

방준식 교수(영산대학교 법학과)

## [토론문]

방 준 식\*

발표문은 잘 읽어 보았습니다. 깊이 있는 발표내용에 대해 그에 합당한 토론문을 작성할 능력이 안 되어, 그냥 읽으면서 궁금한 사항을 질문하는 것으로 토론문을 대신하는 점 양해바랍니다.

1. 클라우드형 플랫폼 근로관계를 초단기 기간제 근로계약관계로 구성한 점에 대해서는 그 동안 근로시간과 관련하여 고민하지 못했던 타당한 착안이라고 생각합니다. 이들에 대한 법률관계를 명확히 할 수 있다는 점과 근로자성을 판단할 수 있는 새로운 접근방법이라고 보기 때문입니다. 다만 도급계약의 ‘일의 완성’이나 위탁계약의 ‘타인의 업무처리’ 처럼 시간이나 기간의 개념이 없는 논리구성도 여전히 유지되지 않을까 싶습니다. 어차피 근로자성 판단에는 계약유형이 상관없는 것이고 실질적으로 사업편입에 따라 근로자성이 존재하는 것을 입증하면 되기 때문입니다. 굳이 근로계약관계로 한정지은 이유를 알고 싶습니다.

2. 프리랜서 PD의 근로자성 판단에 있어서 통상 하나의 고정된 방송국과의 전속계약을 피해 프리랜서로서 활동하게 되는데, 이재학 PD처럼 사실상 프리랜서 PD도 일감을 받는 업체가 고정되어 있고 그 과정조차 단순하다면 전속성이 그대로 유지되어 근로자성이 인정되어야 하는데 청주방송사건에서는 근로자성을 부정한 근거와 이유가 무엇인지 궁금합니다.

3. 근로자성 판단기준을 종래 대법원 판례의 사용종속관계에서 사업편입성으로 그 인정범위를 확대하자는 견해는 노동법 적용의 사각지대에 있거나 보호필요성이 있는 근로자에게 노동법의 적용을 가능하게 한다는 점에서는 동의합니다. 그런데 ‘사업편입성’도 개념적 한계가 있어 보입니다. 도대체 어느 정도까지가 편입인지, 또 그 입증책임은 어떻게 누가 해야하는지 불명확하고, 결국 또 다른 판단지표들이 요구되는 건 아닌지 궁금합니다.

---

\* 영산대학교 법학과 교수



4. 사업편입성이라는 근로자성 판단기준에 따르면, 웬지 사업과 연관되기만 하면 근로자성이 인정되어 그 범위가 너무 확대되지 않을까 우려가 됩니다. 물론 보호필요성이 있는 근로자를 노동법의 보호영역에 포함시킨다는 점에서는 타당할 수 있지만, 그 동안 대법원이 쌓아온 기존의 판단지표, 예를 들어 ‘상당한 지휘명령’ 이나 ‘보수의 노동대가성’ 과 같은 판단지표가 요구되는 이유가 있다고 보는데 이에 대해서는 어떻게 생각하는지 의견을 듣고 싶습니다.

5. 종래 인적 종속성이 없거나 희박한데 경제적 종속성이 인정되는 경우 특수형태근로종사자라는 개념을 도입하여 별도의 보호를 하고 있다고 보는데..만일 사업편입성으로 판단한다면 현재 대부분의 특고근로자들은 근로자성이 인정된다고 보아야 하는 건지요?

6. 사업편입성에 따른 근로자성 판단과 현재 노동조합법상 근로자개념과의 관련성에 대해서 설명을 부탁드립니다.



주제 토론

# **“근로자성에 관한 재검토 -업종별 근로자성을 중심으로” [토론문]**

남궁준 박사(한국노동연구원)



## [토론문]

남 공 준\*

### 박제성 박사님과 정영훈 박사님께 드리는 질문:

근로계약의 특징 중 하나로서 근로자는 (약정된 시간과 장소에서) 자신의 노동력을 사용자가 처분 가능한 상태에 둘 의무를 부담합니다. (물론 이때 근로자는 해당 시간 동안에는 자신의 노동력에 대한 경제적 자유를 잃게 됩니다) 따라서 사용자가 근로자의 노동력을 실제 활용하지 않거나 혹은 활용했지만 그것이 수익으로 연결되지 않는 결과는 사용자가 부담해야 하는 경영위험입니다. 클라우드형 플랫폼 노동을 초단기 기간제 근로계약으로 이룬구성하는 것은 발제문에서 명쾌하게 설명된 것처럼 해석론으로서의 설득력도 있고 근로자 보호 측면에서 많은 실질적 장점을 갖고 있습니다. 그럼에도 복수의 초단기 기간제 근로계약 전체를 하나의 근로계약으로 보려는 시도 혹은 몇몇 외국 법제에서처럼 근로계약은 아니지만 노무공급계약으로서 부분적 보호를 제공하려는 시도는 여전히 의미를 갖는다고 생각합니다. 특히 초단기 계약과 계약 사이에 존재하는, 성공적으로 수익을 창출하지는 못했지만 (해당 클라우드형 플랫폼 업종의 실태를 고려할 때) ‘사실상’ 노무를 제공할 준비가 되어 있는 상태를 법적으로 어떻게 평가해야 할지는 중요한 쟁점이라고 생각합니다. ①법적 공백으로 돌지, ② ‘법적으로’ 노무를 제공할 준비가 되어 있어야 하는 상태에 준하는 것으로 보아 근로계약상 근로시간으로 간주할지, 아니면 ③그 중간의 무엇인가로 보아 그에 합당한 법적 효과를 귀속시킬 수 있도록 해석론적·입법론적 해결을 도모할지가 그것입니다. 저는 개인적으로 ①, ②, ③을 나누는 합리적 기준을 발굴·정립해서 노무제공관계 당사자 일방이 중간지대나 회색지대에서 발생하는 책임을 전적으로 부담하지 않도록 했으면 합니다. 이러한 관점에 대해 박제성 박사님과 정영훈 박사님의 견해를 여쭙고자 합니다.

---

\* 한국노동연구원 연구위원

## 김린 교수님께 드리는 질문:

사업편입성을 근로자성 판단의 주요 기준으로 고려해야 한다는 교수님 견해의 취지에 크게 공감합니다. 제가 학위공부를 했던 영국에서도 얼마 전부터 사업편입성으로 번역될 수 있을 것 같은 integration이 근로자성 판단의 징표로 크게 각광받아오고 있습니다. 다만 개인적으로 풀지 못했던 의문을 이번 기회를 빌어 교수님께 질문을 드리고자 합니다. 첫째, 사업편입성 개념과 기존의 조직적 종속성 개념과는 어떻게 구별되는가요(혹은 같은 개념인지요). 둘째, 저는 노동법이 여러 가지 목적을 추구하고 있고 근로자성의 개념표지로 흔히 거론되는 인적 종속성(subordination)이나 경제적 종속성(dependence 또는 economic dependence)은 그 목적 중 더욱 중요한 목적을 노동법의 인적 적용범위를 확장하기 위해 변용한 것이라고 생각합니다. 이를테면 대등한 인간이 근로관계 속에서 상대방의 지시(권)에 복종해야 하는 상황은 근로계약 특성상 불가피하면서도 인격권을 침해할 수 있고 민주성이 결핍된 것이기 때문에 규범적으로 부정적이고, 경제적으로 상대방에게 의존하는 상황은 온갖 불공정한 근로조건을 감내하는 사회적·사실적 조건이자 원인이 되는 병리적 현상이라는 식입니다. 그런데 사업편입성은 그 자체로 어떤 규범적 가치를 지니고 있는 것 같지는 않고, 따라서 노동법의 인적 적용범위를 정하는 핵심기준이 될 수 있을까 하는 의문이 생깁니다. 다만 강한 사업편입성의 존재는 해당 사업을 유기적·통일적·조직적으로 운용하기 위해 사업주가 사업/조직 내 모든 노무제공자에게 지시권을 행사해야 할 강한 유인의 존재와 해당 노무제공자의 스스로의 능력으로 사업을 할 수 없어 동 사업주에게 경제적으로 의존할 수밖에 없다는 사정의 존재를 추정케 하는 요인이라고 생각합니다. 즉 사업편입성은 인적·경제적 종속성을 대체하는 개념이라기 보다는 인적·경제적 종속성의 존재를 증명할 수 있는 유용한 도구 개념으로 활용될 수 있지 않을까 생각합니다. 이러한 점에 대한 교수님의 견해를 여쭙고자 합니다.

주제 토론

# **“근로자성에 관한 재검토 -업종별 근로자성을 중심으로” [토론문]**

박은정 교수(인제대학교 공공인재학부)

## [토론문]

박 은 정\*

오늘 학회의 여러 발제문들은 근로기준법상 근로자성이 문제되는 사례들을 중심으로 클라우드형 플랫폼 노동 종사자, 백화점 위탁판매원, 프리랜서 PD의 근로자성에 대하여 검토하고 있다. 모든 발제자들께서, 기존의 근로기준법상 근로자성 판단 기준의 틀에 대한 문제제기와 함께, 역시 기존의 근로기준법상 근로자성 판단 기준을 벗어난 근로자성 인정이 요구된다는 개선 과제를 제시하여 주고 있는 것으로 보인다. 각 발제문의 특징을 검토해 보자면, 박제성 박사께서는 근로계약이 계속적 관계이어야 한다는 틀을 벗어나 ‘초단기적 근로계약’의 성립이 가능할 수 있고 이를 통해 클라우드워크 형 플랫폼 노동관계 종사자의 노동관계를 해석하고 하였고, 김린 교수께서는 ‘난각번호가 찍히는 달걀의 상황’을 노동관계에 비유하면서 기존 사용종속론의 허구(?)를 드러내보이고자 하였으며, 정영훈 박사께서는 ‘낙부의 자유’에 기댄 사용종속론의 문제점을 일본의 사례 비교연구를 통해 제기하고자 하였다. 세 발제문이 문제삼고자 하는 사용종속론의 문제점은 각각 다른데, 박제성 박사는 ‘계속적 근로계약관계’를 중심으로 하는 논의에 대한 비판을, 김린 교수는 ‘전통적 지휘감독론’을 중심으로 하는 논의에 대한 비판을, 정영훈 박사는 ‘계약거절의 자유’를 중심으로 하는 논의에 대한 비판을 다루고 있어, 이들 모두가 종합되면 결국 기존 사용종속론에 대한 포괄적이면서 종합적인 연구로서 의미를 가질 것으로 보인다.

근로자의 사용종속성에 관한 논쟁이 낡은 것이라는 점에 대해서는 상당한 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다. 특히 계속되고 있는 고용형태의 다양화, 혁신이라는 단어 하에서 노동법의 규제를 벗어나려는 시도들이 근로자성 판단 기준에 대한 논의를 넓히면서 깊어지게 하고 있는데, 그럼에도 불구하고 여전히 기본적인 전제를 전통적 사용종속관계론에 두고 있는 일부의 시각은 여전히 난각번호 4번이 아니면 안된다는 것이어서, 난각번호 1번이 찍힐 달걀을 보고 있는 사람들에게는 답답할 따름이지만, 난각번호 4번을 고집하는 사람들에게도 나름의 이유(물론, 변화의 흐름을 따라잡지 못한 채 뒤떨어진 이유일 것

---

\* 인제대학교 공공인재학부 교수



이라고 생각되기는 하지만)는 있지 않을까 추측해본다.

최근 다른 회의자리에서, 종속론이 등장하게 된 배경에 대한 설명을 듣게 될 기회가 있었다. 종속성을 인적 종속성과 경제적 종속성으로 구분할 때, 인적 종속성이 먼저이고 경제적 종속성이 후발적 개념일 것같은 느낌을 받지만, 사실 역사적으로 보면 보호필요성이라는 관점에서 경제적 종속성에 대한 한계로 인적 종속성론이 발전되어 왔다는 것이다.

“일찍이 독일제국 시절에 근로자로서의 사회경제적 불평등한 지위로 인해 계약체결의 단계에서 사용자에 의해 일방적으로 결정된 근로조건을 수용할 수 밖에 없어 사용자와 평등한 입장에 설 수 없다는 관점이라고 할 수 있는 ‘경제적 종속성’ 개념이 등장했음. 근로자가 생산수단을 소유하지 못하며, 그로 인해 불가피하게 자기의 노동력 처분을 통해 얻어진 소득이 유일한 생존의 기반이 되므로 필연적으로 자기의 노동력을 상품으로 삼는 것임. 이처럼 근로자로서의 사회경제적 불평등한 지위로 인해 계약체결의 단계에서 사용자에 의해 일방적으로 결정된 근로조건을 수용할 수 밖에 없어 사용자와 평등한 입장에 설 수 없다는 관점이 ‘경제적 종속성’임. 즉, 경제적인 불평등한 조건을 가진 자력없는 공장근로자들의 사회적 보호를 위해 경제적 종속성이라는 사회적 규범을 노동법의 유력한 기반요소로 채택해 이를 수용하는 형식으로 노동법의 역사가 출발함. 당시에 경제적 종속성은 현실적으로 대다수의 근로자가 생계유지 수단으로 노동에 의존할 수밖에 없는 사정을 감안하여 근로자의 판단표지로서 결정적인 역할을 수행하였음. 그러나 20세기 초 독일 제국노동법원은 예컨대 독립적인 상인의 경우에도 경제적 종속관계가 있을 수 있다는 점을 제기하여 경제적 종속성은 근로자와 자영자를 구분하는 기준으로서 한계에 직면하게 되었음.<sup>46)</sup> 이후 1920년대부터 독일에서는 근로자성 판단기준으로서 인격적 종속성이 전면에 등장하게 되었고, 다른 한편으로는 경제적 종속성을 근로자와 유사한 경제적 조건 하에 노무를 제공하는 소위, 유사근로자의 보호를 위한 규범적 요건으로 인식하게 되었음. 독일에서는 1920년대부터 학설, 판례, 입법에서 노동법의 적용대상을 근로자(Arbeitnehmer)와 유사근로자(arbeitnehmerähnliche Person)로 구분하게 됨(유사근로자에 대해서는 단체협약법, 연방휴가법, 노동법원법 적용).”<sup>47)</sup>

그런데 이제 인적종속성이라는 개념이 오히려 보호가 필요한 노동자들을 배제시키는 기제로 작용하고 있고, 다시 경제적 종속성 기준이 주목을 받고 있는 아이러니함을 지적한 것이다.

46) 오상호, “독일의 근로자개념과 근로자성 판단”, 강원법학 제44호, 강원대학교 비교법학연구소, 2015. 2, 356쪽 이하.

47) 2020년 6월 26일에 박귀천 교수가 ‘일하는 사람 보호를 위한 제도연구 포럼’에서 발표한 내용.

“결국 근로자 개념이나 노동법의 적용대상이라는 것은 자연적인 불변의 개념이 아니라 어차피 시대 상황, 사회경제적 조건 하에서 인간에 의해 만들어진 개념이기 때문에 근로자 개념 내지는 노동법적 보호 대상이 되는 범주는 인간에 의해 변경 내지 대체될 수 있는 개념이라고 할 수 있다.” 48)49)

○ 원론으로 돌아가서, 근로기준법의 역할 찾기<sup>50)</sup>

헌법 제32조 제1항과 제2항은 국민의 근로의 권리와 의무를, 제3항은 근로조건 법정주의를, 제4항과 제5항은 각각 여성과 연소자의 근로가 특별한 보호를 받음을 규정하고 있다. 통상적으로 근로기준법의 헌법적 근거를 위 헌법 제32조로부터 찾기는 하지만, 헌법상 근로의 권리와 의무, 근로조건 법정주의의 실현이 근로기준법상의 근로자에게만 해당하는 것이라고는 보지 않는다. 입법정책상 근로기준법에서 위와 같은 근로자의 개념과 근로기준법의 적용 범위를 설정하는 한편, 해당 범위의 근로자들에게 헌법 제32조 제1항의 근로권의 내용을 실현시키고 있는 것이다. 다시 말하면, 헌법 제32조 제1항은 국민의 근로의 권리를 기본권으로 규정하고 있는데, 특히 헌법 제32조 제3항은 제1항의 근로의 권리를 실현시키는 수단으로서 근로조건 법정주의를 선택한 것이고, 헌법 제32조 제3항의 근로조건 법정주의라는 입법정책의무를 우리나라는 근로자에 대한 근로조건법정주의로서 근로기준법으로 실현시키고 있다고 말할 수 있다.

헌법상 근로권에 대한 선행 연구가 풍부하지는 않은 가운데, 헌법 제32조 제1항의 근로권에는 종속성(이것은 인적 종속성을 기본으로 하며 경제적 종속성은 예외적으로 수용되는 것이라고 한다)이 내재되어 있고, 따라서 종속적 근로자가 아니면 근로권의 향유주체가 아니며, 일할 환경으로서의 근로조건 법정주의도 적용되지 않는다고 보는 견해가 있다.<sup>51)</sup> 한편, 헌법 제32조 제1항이 국민에게 근로권이 있음을 규정하고 있기는 하지만, 국민이라는 표현이 모든 국민을 의미한다고 볼 수는 없다. 여기에서 제헌헌법의 입법과정을 담은 국회 속기록에서도 국민이라고 말하는 대신 ‘근로대중’이라는 표현이 자주 등장하였고, 따라서 이때의 국민은 “근로의 의사와 능력이 있는 국민”으로 해석하여 이미 근로계약 관계를 맺고 있는 근로자 뿐만 아니라, 노동시장에서 장래 근로관계를 예정하는 자들도 포함된다고 보는 견해도 있다.<sup>52)</sup> 그러나 헌법상 근로의 권리를 “일할 권리”라고 바꿔 읽는

48) Forst, Gerrit, Arbeitnehmer-Beschäftigte-Mitarbeiter, RdA 2014, S. 157, 164.

49) 각주 2)의 박귀천 교수 발제문에서 인용.

50) 박제성·강성태·유성재·박은정, 『자영업자 사회법제 연구: 사회법제의 인적 적용범위를 중심으로』, 한국노동연구원, 2019, 22쪽 이하의 내용 발췌인용.

51) 이달휴(2011), “헌법상 근로권에 있어서 근로자개념”, 『공법연구』 12(2), 한국비교공법학회, p.16.

52) 한인상(2014), “근로권의 의의와 주요 입법과제”, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, p.86.

것도 가능하다. 그러므로 이것이 종속적 근로자만이 아닌 종속적 자영업자, 나아가 모든 일하는 국민의 일할 권리를 의미하는 것이라고 전향적으로 해석할 수도 있다. 그리고 이러한 해석의 입장에 따라 국가의 근로조건법정에 대한 정책의무가 도출될 수 있다.

#### ○ 종속성의 원인 확인하기

사용자에 대한 노동법의 책임 부과는 계약의 비대등성으로부터 출발한다. 근로자에게서 나타나는 사용자에 대한 종속성은 계약의 비대등성의 결과이지 원인이 아니다. 사용자가 근로자에 대하여 갖는 지휘감독권은 비대등한 계약의 내용일 뿐 사용자로서의 지위를 취득하기 위한 조건이 아니다. 노동법 이전에 계약의 비대등성을 극복하기 위한 노력이 있었고 그 노력의 결과가 노동법제라면, 복합적 요인으로 인한 노동관계의 변화에 따라 극복해야 할 문제는 종속성의 변화에 대한 탐지가 아니라 계약의 비대등성에 대한 탐지이다. 노동법제 안으로 포섭해야 할 계약의 비대등성을 노동법제가 포섭하지 못한다면, 노동법은 결국 변화에 따른 폐기물이 될지도 모른다.

그런데 우리는 지금 종속론에 간혀 계약의 결과 내지 내용만을 보고 계약의 성립 가능성을 예단하고 있는 것은 아닌가하는 생각이 든다. 나아가 비대등한 계약체결 과정에서 나타나는 권익침해를 예방하고 근로자들에게 일할 권리를 보장하고자 했던 노동법제의 적용 범위 확대를 논하면서 주어진 권리의 실현이 가능한지 여부만을 고려하고 있다는 생각도 든다.

그러한 생각이 자주 들게 만드는 것이 ‘사용자 없는 노동’이라고 하는 디지털 플랫폼을 매개체로 하는 일자리(이를 통상 ‘플랫폼 노동’이라고 부르니 여기에서도 일단 그렇게 부르다)에 관한 분석들이다. 플랫폼 노동관계에서 사용자 책임을 논의하는 것이 어려워 보이는 이유는, 플랫폼 노동관계에서 계약의 비대등성을 발견하는 것이 어렵기 때문이다 (혹은 어렵다고 주장되기 때문이다). 그 주된 이유는 일감의 처리에 대한 결정권을 플랫폼 노동자가 갖고 있기 때문이다. 일감의 처리에 대한 결정권을 플랫폼 노동자가 갖고 있다는 것은 플랫폼 노동계약 성립의 주도권을 플랫폼 노동자가 갖고 있다는 것으로서, 그렇기 때문에 일감을 배분하는 플랫폼 사업주는 노동관계에서의 사용자가 아니라 단지 일감의 중개자에 지나지 않는 것처럼 보여지기도 한다. 그러나 이러한 관점은 우리가 이미 전형적인 노동법의 패러다임에 지나치게 얽매임에 따라 플랫폼이 만들어내고 있는 패러다임 - “근로계약도 없고, 사용자인 회사도 없으며, 노동관계가 전개되는 공간으로서의 사업도 없다”<sup>53)</sup> - 에 빠져들었기 때문일지도 모른다.

53) 조세프 디링어(2016), “고용의 우버화와 사회법의 응전”, 『국제노동브리프』 (2016년 9월호), 한국노동연구원, 33쪽에서 제기하고 있는 플랫폼 자본주의의 비전형적 삼면관계에 대한 설명으로부터 인용.

발제문들을 통해 위와 같은 원론적인 고민들을 읽을 수 있었는데, 정리하면서 다음과 같이 몇 가지 질문을 남겨본다.

첫째, 박제성 박사께서는 클라우드워크형 플랫폼 노동의 계약관계를 초단시적 기간제근로계약 관계로 바라보고 있는데, 플랫폼 노동관계를 근로계약관계로 보는 경우, 일감 기준 건당 근로계약에 체결되었는지의 문제도 물론 중요하지만, 일감과 일감 사이의 간격, 그러므로 ‘초단기 근로계약’ 사이의 빈 공간을 어떻게 채울 것인지가 더욱 중요하다는 생각이 든다. 아울러, 이를 초단기 근로계약으로 보아 분단위 근로계약으로 간주하는 경우, 근로시간에 기초한 근로기준법제는 그렇다면 분 단위로 비례적 결정된다면 되는 것인지, 그래서 시간당 8590원인 최저임금은 1분당 143원을 받으면 된다는 것인지, 혹은 1초당 2.4원을 받으면 된다는 것인지 등이 문제되는게 아닐까 생각된다. 이러한 근로조건 결정은 기본적으로 근로기준법 등 노동관계법제가 근로시간을 중심으로 사고하고 있다는 것인데, 노동환경의 변화와 함께 노동에 대한 산정 및 평가기준에 대한 변화도 수반되어야 하는 것이 아닐까 생각된다. 이에 대한 의견을 듣고 싶다.

둘째, 김린 교수께서는 사용종속관계가 없다고 해서 근로자성이 부인되어서는 안된다는 것, 사용종속관계가 없는 경우 사업편입성을 중심으로 근로자성이 인정되어야 한다고 말하고 있다. “노동보호의 필요성이 있는지를 또 다른 새로운 기준에 의해 모색할 필요가 있고, 그러한 기준이 충족된다면 비록 사용종속관계가 인정되지 않더라도 근로자성을 긍정할 수 있을 것” 이라고 하였는데, 그 다른 기준이 사업편입성이 아닌가 생각된다. 그리고 이 부분에서 말하고 있는 바 사업편입성은 사업에 필수적 부분인가, 경제적 이해관계가 일치하는가로부터 판단되고 있는 듯하다. 그런데 노동법 교과서에서 배웠던 ‘근로계약 편입설’ 이라는 것이 있다. 계약 없는 노동관계의 성립을 인정하자는 입장이다. 예를 들어, 채용계약이 체결되었으나 그것이 어떠한 이유로 무효임에도 불구하고, 그 무효를 알고 또는 알지 못하고 근로관계가 진행되는 경우 이것도 하나의 노동관계로 이해하자는 입장이고, 이에 따르면 노동관계와 노동계약의 차이를 강조하면서 노동관계 자체를 하나의 법적 관계로 이해하자는 학설이라고 설명된다. 기본적으로 계약설이 지배적인 가운데 계약설의 한계를 극복하기 위한 학설로서 의미가 있지만, 적잖은 비판을 받기도 한 것으로 설명되고 있다. 김린 교수의 ‘사용종속관계가 없는 경우 사업편입성’ 에 관한 대안을 읽다 보니 문득 근로관계의 성립요건에 관한 ‘편입설’ 이 겹쳐지는 느낌을 받았다. 다른 한편으로, 정영훈 박사의 발제문에 나오는 독일 연방법원이 제시하고 있는 근로자성 판단기준에서의 ‘타인의 노동조직에의 편입’ 이라는 기준도 겹쳐있는 인상을 받았다. 이에 대한

김린 교수의 의견을 듣고 싶다.

셋째, 정영훈 박사의 발제문 가운데 ‘낙부의 자유’는 근래 전통적인 노동관계의 틀을 벗어난 특수형태노동이나 플랫폼노동과 관련하여 자주 등장하는 말이 아닌가 싶다. 계약의 청약에 대한 승낙 여부의 자유가 있기 때문에 종속노동관계가 아니라는 것인데, 사실 실현되기 어렵긴 하지만 ‘낙부의 자유’는 전통적 개념의 근로자 또한 당연히 갖고 있는 것이다(즉, 취업을 거절할 자유). 노동의 수행이 종속적이라는 것과, 근로계약의 체결 과정에서 계약체결의 자유권을 갖는다는 것은 분명히 큰 차이가 있을 것인데, 고 이재학 PD 사건과 같은 경우에 있어 ‘낙부의 자유’는 계약의 비대등성에 대한 문제를 지적한 것이 아닌가 생각된다. 여러 가지 문제점을 지적해 주셨는데, 전체적으로 정영훈 박사께서 생각하시는 개선(?)방향이 궁금하다.