

# 特殊形態勤勞從事者에 대한 經濟法的 保護

申 榮 秀\*

## 차 례

- I. 서 론
  - 1. 문제의 소재
  - 2. 논의의 범위
- II. 특수형태근로종사자의 법적 지위 재조명
  - 1. 근로자성 인정에 관한 판례 및 행정해석의 태도
  - 2. 특수형태근로종사자의 사업자성 검토
  - 3. 제3의 법적지위 인정 여부
  - 4. 법적지위의 불문명성과 향후 논의의 방향
- III. 특수형태근로종사자에 대한 경제법적 보호의 법리적 근거
  - 1. 경제법적 보호방안에 대한 종래 인식
  - 2. 경제적 약자 보호규범으로서의 경제법
  - 3. 경쟁법을 통한 경제적 약자보호
  - 4. 공정거래법의 인적적용범위와 사업자성
  - 5. 특수형태근로종사자의 법적지위와 공정거래법의 적용문제
- IV. 공정거래법을 통한 구체적 보호방안
  - 1. 특수형태근로종사자를 상대로 한 시장지배적 지위남용
  - 2. 특수형태근로조사자를 상대로 한 부당한 공동행위
  - 3. 특수형태근로종사자를 상대로 한 불공정거래행위
- V. 공정거래법 이외의 경제법적 보호방안에 대한 검토
  - 1. 약관규제법을 통한 보호
  - 2. 하도급법을 통한 보호
  - 3. 직종별 감독·관련 법규를 통한 보호
  - 4. 최적의 방안 도출
- VI. 결론에 대신하여
  - 1. 특수형태근로종사자에 대한 거래상 지위남용 심사지침의 제정 필요성
  - 2. 지침의 방향

\* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

## I. 서론

### 1. 문제의 소재

경제적 지위의 복잡성이 법적 보호수단의 다양성을 언제나 담보하는 것은 아니다. 독립사업자와 근로자의 중간영역에 해당하는 특수형태근로종사자(레미콘지입차주, 골프장캐디, 학습지교사, 보험설계사 등)의 경우가 그러한데, 이들이 처한 이중적 혹은 중간자적 지위는 오히려 보호의 사각지대로 이들을 내몬 원인으로 작용하였다. 사업자로서의 경제적 독립성과 노동자로서의 교섭력도 갖고 있지 못한 이들을 어떻게 보호해야 할 것인지는 그래서 우리사회의 오랜 현안이자 난제가 되어 왔다. 이 문제를 둘러싸고 그 동안 제시되었던 주장과 해법들은 일일이 열거하기도 어려우리만치 다양하고도 첨예하였다. 관심이 제고되고 논의가 깊어질수록 해결의 규범적 실마리를 찾는 일 역시 그래서 점점 더 어려웠던 것으로 보인다.

종래 주도되어 온 노동법적 논의가 한계에 부딪힌 상황에서 이제 돌파구 모색작업은 제3의 법역으로 확장되고 있다. 그 일환으로 현재 고려중인 대안의 하나가, 이들을 과연 경제법을 통해 보호할 수 있을지에 관한 것이다. 이미 그 ‘뜨거운 감자’는 노동부에서 노사정위원회를 거쳐 공정거래위원회로 넘겨진 상태이다.

하지만 새로운 해법 또한 별다른 진전을 보지 못한 가운데 담보상태에 빠져 있다. 노동법적 방안이 그러했던 것처럼, 이들을 보호하기 위한 효과적인 수단은 눈에 띄이는데 그것을 손에 쥐기 위한 법리적 징검다리가 마련되지 않았다는 것이 정책가들이 토로하는 한계이다. 하지만, 노동법의 경우와는 달리 경제법적 보호와 관련하여 제기되는 논란에 있어서는 일종의 법리적 오해에 기인한 것이 아닌가 싶은 부분도 없지 않다. 그러다 보니 회피할 수 있는 우회로가 있음에도 논란이 불필요하게 재생산되는 것은 아닌가 생각된다.

본고는 이러한 시점에서 특수형태근로종사자를 경제법 차원에서 보호하는 일이 왜 가능한지를 살펴보고, 현행 규정의 해석상 최적의 관련규정을 도출하는 한편 법제적 보완방향을 제시하고자 하려는 목적으로 쓰여졌다. 이를 위하여 먼저 특수형태근로종사자의 법적 지위를 규명해보고, 그 경제적 종속성의 존재 여부와 불공정한 거래관행의 표출형태를 살펴 본 후, 현행법제에 의한 보호방안의 현황과 한계를 지적하기로 한다. 그리고 결론에 대신하여 공정거래법상 불공정거래행위의 한 유형으로서 거래상 지위남용행위를 통한 구체적인 보호방안을 제시해 보기로 한다.

## 2. 논의의 범위

특수형태근로종사자의 유형은 레미콘기사, 학습지 교사, 보험설계사, 골프장 캐디 외에도 다양하며 특히 최근에는 종전에 목격할 수 없었던 새로운 근로종사자 형태도 출현하고 있다. 대리운전종사자나 퀵서비스배달원, 화물차운전자, 덤프종사자 등이 그러한데, 이에 따라 역무의 성격 내지 지위간의 편차도 더욱 확대되는 상황이다. 하지만 이하에서는 특수형태근로종사자의 전 유형을 고찰의 대상으로 삼지 않으며, 현재까지 학계와 실무계, 법원에서 중점적인 논의대상이 되었던 학습지교사, 레미콘 기사, 보험설계사, 골프장 경기보조원 등 4대 직종으로 범위를 국한하기로 한다. 논의의 집중과 완결성을 높이기 위한 목적도 있지만, 이들 4대 직역이 제공노무의 성격과 시장상황 면에서 전체 특수근로직역전반의 표본적 위치에 서있는 만큼 이들을 통해 여타 관련 직종에 대한 유추적용이 용이할 것으로 판단되기 때문이다.

이들 네 가지 특수형태근로형태는 각기 고유의 특수성과 함께 유사성을 가지고 있는바, 우선 업무의 통제필요성, 계약체결의 주체 등의 면에서 레미콘 기사와 골프장 보조원, 그리고 학습지 교사와 보험설계사를 각각 별개의 부류로 유형화해 볼 수 있다. 이를 테면 레미콘 기사와 골프장경기보조원의 경우, 업무가 일상적으로 동일하게 반복

되고 사업자에 의한 업무내용에 대한 통제가 용이하다는 공통점이 있으며, 제3자와의 계약체결주체가 소속회사라는 점 보수의 결정은 고객에 대한 노무제공 횟수와 직접적으로 관련된다는 점에서도 유사성을 보인다. 아울러 계약내용의 이행이 노무제공의 핵심이며, 상조회 조직이 결성되어 있어서 이들이 노무관리 및 전체 종사자에 대해 일정한 대표성 가진다는 점도 특징이다.

반면에 학습지교사와 보험설계사의 경우는 보수결정에 있어서 계약체결 실적이 중요한 비중을 차지하며, 상대적으로 업무내용에 대한 통제의 필요성이 크지 않다는 점에서 공통된다. 또한 제3자와의 계약체결에 노무제공자의 개입여지가 큰데다 계약체결 자체가 노무제공의 주된 내용을 구성하고 있다는 점도 앞의 유형과 구별된다. 아울러 앞의 유형과는 달리 상조회가 결성되어 있지 않으며, 노무관리 및 조직화에 관심이 덜하다는 점도 특징으로 들 수 있다. 물론 공통유형 속 하더라도 개별 근로형태 간에도 일정한 이질적 요소들은 존재한다.

이처럼 일정한 거리를 두고 분포되어 있는 네 가지 직역에서는 근로종사자들이 고유의 경제적, 법적 지위를 가지고 사업자와 거래관계에 서게 되며, 이러한 지위에 기인한 각종 거래관행을 통하여 특수형태근로종사자 전반에 적용할 수 있는 공통의 표지 및 고유의 위법성 판단요소들이 도출될 수 있다고 본다. 이하에서는 주요 4대 직종을 중심으로 먼저 특수형태근로종사자의 법적 지위를 어떻게 볼 것인지를 살펴보기로 한다.

## II. 특수형태근로종사자의 법적 지위 재조명

### 1. 근로자성 인정에 관한 판례 및 행정해석의 태도

특수형태근로종사자가 처한 경제적 또는 거래상 지위는 자본주의 시장질서 하에서 열위에 처한 경제주체를 계약법 외의 후견적 법리에

따라 보호하고자 하는 근대법 이념의 범위 내에 위치해 있다. 그런 점에서 이들의 약자적 지위를 배후에서 조력하고, 그 지위로부터 발생하는 불공정관행을 억제하기 위한 규범을 발견·적용하는 일은 법·정책적 차원에서 우선순위를 가지는 하나의 과제라 할 수 있다. 이 과제를 수행하려 함에 있어서 가장 먼저 고려되어야 하는 것은 역시 노동법을 통한 특수형태근로종사자 보호의 가능성이다. 주지되어 있듯이, 노동법이 가장 적극적이면서도 완결적 보호수단을 보유하고 있기 때문이다. 단, 이 문제에 대한 노동법 적용을 위해서는 특수형태근로종사자들이 근로자로서의 법적 지위를 가지고 있을 것이 전제되어야 한다. 따라서 노동법이 상정하는 근로자성의 개념적 본질을 규명하고 그 본질에 특수형태근로종사자가 포섭되는지를 살피는 일이 보호책 강구의 첫 번째 작업이라고 할 수 있다.<sup>1)</sup>

특수형태근로종사자의 근로자성에 관해서는 그 동안 많은 논의와 사례가 축적되어 왔으며, 현재는 대법원 판례와 노동부 행정해석의 명확한 태도로 인해 해석론적인 가닥은 어느 정도 잡혀진 상태이다. 이를 테면, 특수형태근로종사자의 소위 ‘경제적 종속성’은 인정되지만, ‘사용종속성’ 내지 ‘인적 종속관계’가 전제되지 않는 한 노동법상 근로자로 보기 어렵다는 것이다. 그 결과 신문판매요원이나 방송사악단 등 일부 특수형태근로종사자에 대해서 근로자성이 인정된 사례도 있

1) 현행법상 근로자의 개념에 관해 정의하고 있는 규범은 주지하듯이, 근로기준법과 노동조합및노동관계조정법(이하, ‘노동조합법’)이다. 그런데 양법이 ‘근로자’ 개념에 대해 규정하는 방식에는 약간의 차이가 있다. 즉 근로기준법 제14조에서는 “이 법에서 말하는 근로자는 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”라고 규정하고 있는데 비하여, 노동조합법 제2조 1호에서는, “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”를 근로자로 보고 있다. 조문구성상 노동조합법상이 ‘사업 또는 사업장’을 근로자성 요건에서 제외하고 있다는 점이 차이라고 할 수 있다. 하지만 이 점이 양법상의 근로자성을 구별하는 핵심요소는 아니며, 오히려 양법의 입법목적과 방법론을 통해 근로자를 바라보는 시각적 차이를 살펴볼 필요가 있다. 다만 이에 관해서는 이미 노동법학계에서 심도 깊은 분석이 제시되어 있는데다 본고의 연구범위도 벗어나므로 여기서는 더 이상 살피지는 않기로 한다.

었지만, 상기의 네 가지 유형에 국한하면 근로자성은 전반적으로 부정되고 있다.

먼저 학습지 교사의 경우는 대법원 판결이 명확치 않은 측면은 있으나 사실상 근로자성을 부정하는 쪽으로 가닥이 잡혔으며,<sup>2)</sup> 노동부의 행정해석도 양법 하의 근로자성을 부인하는 것으로 입장이 정리되어 있다.<sup>3)</sup> 레미콘 기사<sup>4)</sup>의 경우는 일부 하급심이 근로자성을 인정한 적이 있으나 대법원이 부정하는 것으로 확인하였고<sup>4)</sup> 노동부 행정해석도 일부 근로자성을 인정한 사례가 있었지만 결국은 부정하는 것으로 결론이 내려진 바 있다.<sup>5)</sup> 보험설계사에 대해서는 노동조합법상 근로자성에 관한 대법원 판결은 부재하나 고등법원이 노동계의 주장을 받아들이지 않은 사례가 있었으며<sup>6)</sup> 근로기준법상의 근로자성 역시 일관되게 부인해 오고 있다.<sup>7)</sup> 행정해석도 마찬가지이다.<sup>8)</sup> 이에 비해 골프장 캐디에 대해서는 일부 하급심이 근로자성을 부인하고 대법원이 오히려 근로자로 본 사례가 있었는데<sup>9)</sup> 이 점에서 다른 유형의 특수형태 근로종사자와 다소 차이가 있다. 하지만 이들을 근로자로 보기 어렵다는 전반적인 시각을 부인할 정도는 아니다. 요컨대, 법 개정이 있지 않고서는 현행법상 특수형태근로자를 근로자로 보기 어렵다는 것이 현재까지 법원 및 정책당국이 견지하고 있는 시각이라고 볼 수 있다.

그런데 대법원 판례와 노동부 행정해석의 입장은 4대 직종의 특수형태근로종사자들이 근로자에 해당하지 않는다는 점을 확인했을 뿐이며, 이들이 어떤 법적 지위를 가지는지를 적극적으로 규명한 것은 아

2) 대판 1996.4.26, 95다20348, 서울지판 2001.7.9, 2001카합317.

3) 근기 68207-3902, 2001.11.14, 노조 01254-282, 1999.12.17.

4) 대판 1995.6.30, 94도2122, 대판 2003.1.10, 2002다57959.

5) 근기 68207-989, 2000.3.31.

6) 서울고판 1991.5.16, 89구13327.

7) 대판 2000.1.28, 98두9219; 대판 1997.11.28, 1997다7998; 대판 1996.4.26, 1995다20348; 대판 1990.5.22, 1988다카28112.

8) 근기 68107-251, 2003.2.24.

9) 대판 1992.4.28, 91누8104.

니다. 법원의 완고한 입장에도 불구하고 특수형태근로종사자의 법적 지위의 규명작업은 여전히 과제로 남아 있다. 즉 이들이 근로자가 아니라면 과연 어떤 지위를 가진 경제적 주체로 보아야 할 것인지의 문제이다.

## 2. 특수형태근로종사자의 사업자성 검토

### (1) 사업자성 검토의 취지

근로자성에 대한 판단의 다음 단계로서는 특수형태근로종사자의 사업자성을 검토할 필요가 있다. 사업자(Unternehmer, Undertaking)는 독점규제및공정거래에관한법률(이하, ‘공정거래법’)에서 정의하고 있는 개념으로서 동법의 인적적용범위를 결정하는 기준이기도 하다. 본래 노동법상 근로자와 대비되는 개념으로는 사업자 대신 자영인 내지 자영업자라는 용어가 사용된다. 여기서 자영인이 사업자와 동일한 것으로 볼 수 있는지가 문제인데, 이를 규명하기 위해서는 별도의 검토가 필요하겠지만, 일견 용어의 어감이나 관련법이 바라보는 시각 면에서 완전히 일치되는 개념은 아닌 것으로 생각된다. 본래 사업자에 대응하는 개념은 소비자 내지 가계라고 할 수 있으며,<sup>10)</sup> 근로자는 자영인과 병렬적 관계에, 사업자와는 수직적 내지 대립적 관계에 서는 것으로 보이기도 하기 때문이다. 하지만 양자의 동질적 부분이 이질적 영역에 비해 훨씬 넓다는 점에는 의문이 없다. 또한 본고에서 논하고자 하는 경제법적 보호수단 모색을 위해서도 자영인 보다는 사업자를 논해야 할 실익이 크다. 따라서 일응 근로자성과 대비되는 관념으로 사업자성을 사용하며 양자를 구별하지 않기로 한다. 이하에서는 현행법 해석상 근로자로 보기 어려운 특수형태근로종사자들이 사업자에게는 해당되는지를 현행 규정의 해석론을 중심으로 살펴보기로 한다.

10) 정호열, 「경제법」, 박영사, 2006, 73면.

## (2) 사업자성의 법적 판단기준

현행법 체계상 사업자에 대한 개념규정을 두고 있는 법률은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하, ‘공정거래법’)이다. 현행 공정거래법은 제2조 제1호 제1문은 “제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를” 사업자로 규정함으로써 동법의 수범자 내지 규율대상로 한정함으로써 동법의 인적 적용범위를 제한하고 있다. 상법상의 회사 내지 기업과 구별되는 관념을 반영한 것이자 시장참가자에 대한 규율이라는 공정거래법의 고유한 성격을 고려한 용어선택으로 이해된다.<sup>11)</sup>

한편 조문의 표현에서 나타나듯이, 공정거래법상의 사업자는 ‘사업’의 개념에 의존하고 있는데, 이 때 사업의 구체적 범위는 매우 광범위하나, 통설은 상법상의 영업은 물론이고 타인에게 일정한 경제적 이익을 제공하고 이에 상응하는 반대급부를 받는 행위를 지속적 또는 반복적으로 하는 일체의 경제활동으로 파악하고 있다.<sup>12)</sup> 따라서 이러한 의미에서의 사업을 영위하는 자를 곧 사업자라 할 수 있겠다.

그러나 일용 ‘사업의 영위’로 요약될 수 있는 이 사업자성 표지는 절대적인 것이 아니며 이에 덧붙여 추가적인 요건이 필요하다는 견해도 제시된다. 이 견해에 따르면 사업의 영위가 독자적으로 이루어지는 경우에 비로소 당해 경제주체의 사업자성을 인정할 수 있다고 한다.<sup>13)</sup> 이 때 독자성은 사업활동 및 그와 관련된 결정을 자유롭고 독립적으로 내릴 수 있음을 의미하는 바, 다수의 경제주체가 결합되어 있는 조직구조일수록 사업자성의 판단이 용이하지 않을 수 있다. 또한 판단기준으로서 독립된 법인격을 보유하고 있는지와 같은 형식적인 기준을 원용하는 것은 적절치 않아 보이며, 거래나 사업상의 위

11) Fritz Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, C. F. Müller, 1999, 150면 이하.

12) 정호열, 앞의 책, 72면, 차성민, “공정거래법의 인적 적용범위”, 권오승 편, 「공정거래법강의Ⅱ」, 법문사, 2000, 79면.

13) 홍명수, “학습지회사와 학습지교사의 관계에 관한 경제법적용의 검토”, 「4개 직종 검토보고서」, 노사정위원회, 2004.3, 218~219면 참조.

험이 구체적으로 누구에게 귀속되느냐와 같은 실질적인 판단기준이 보다 유용할 것이다.<sup>14)</sup>

### (3) 특수형태근로종사자의 경우

사업의 영위를 사업자성의 요건으로 한정할 경우에는 특수형태근로종사자를 사업자로 인정하기가 어렵지 않다. 반면 사업의 독자성을 기준에 추가할 경우에는 경제적 종속관계에 놓인 특수형태근로종사자에게 사업자성을 인정하기 곤란한 경우가 있다.

먼저 학습지 교사의 예를 들 수 있다. 학습지교사와의 위탁사업자 계약을 체결하는 경우에 학습지교사가 사업자로 등록할 것을 요구받는다. 또한 계약서상에 학습지교사가 고유사업을 영위하는 사업자로 지칭되는 것이 거래실질이다. 그런데 사업자등록에 관한 법적 근거는 부가가치세법 제5조에 규정되어 있는데, 동법이 요구하는 사업자등록은 부가가치세를 부과하고 징수함에 있어서 조세행정 편의적인 성격이 강하며, 이러한 규정이 공정거래법상 사업자판단을 대신하기에는 곤란한 측면이 있다.<sup>15)</sup> 거래실질면에서도 사업자로의 지칭 보다 앞서 검토되었던 학습지교사의 경제적 종속성 여부가 사업자성 인정에 더 중요한 비중을 두고 고려되어야 하므로, 학습지교사가 교육서비스를 피교육자에게 제공함에 있어서 학습지회사로부터 완전히 독립된 결정 권한을 갖고 있다고 보기는 어렵다. 학습지교사가 부담하는 위험도 피교육자와의 관계가 아니라 주로 학습지회사와의 관계에서 야기되기 때문이다.

레미콘 기사의 경우도 레미콘 회사와 주로 도급계약을 체결하고 있지만, 도급계약이 전제하는 노무의 완성에 있어서 수급자의 자율성이

14) E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implication* 2nd ed., Matthew Bender, 1994, 153면 참조. 한편 사업의 위험귀속을 기준으로 삼을 경우, 노동법상 근로자성 판단의 기준으로서 경영위험의 감수를 드는 견해와 부합하여 노동자/자영업자 2분설을 취하기에 용이해 지며, 자영업자 개념과 사업자 개념은 좀더 가까워질 것이다.

15) 홍명수, 앞의 보고서, 219면.

보장되는지가 중요하며, 자율성이 보장되지 않는다면 도급계약의 형식에도 불구하고 레미콘 기사를 독립된 사업자로 볼 수 있을지 의문이다.<sup>16)</sup> 레미콘 운반도급계약서에서 레미콘 기사에게 통상적으로 요구하는 운행가능상태 유지 및 대기 의무, 직접운행 의무, 믹서트럭의 사전정비 의무, 안전운행 의무 등을 감안한다면 사업자 인정과정에서 요구받을 수 있는 독립성이 레미콘 기사에게 있다고 보기 어렵기 때문이다. 사업자에 의한 고도의 지휘감독을 받는 골프장 경기보조원이거나, 상품판매에 대한 독립적 권한이나 자기결정권을 가지고 있지 못한 보험설계사의 경우도 크게 다르지 않다.

이상을 종합하면 특수형태근로종사자가 사업자에 해당하는지는 사업영위여부를 사업성 판단기준으로 할 것인지, 아니면 일정정도 독립성이나 독자성을 요구할 것인지, 혹은 서비스제공의 외형에도 불구하고 종속적 실질을 얼마나 감안할 것인지에 따라 달라질 수 있는 매우 불확정적이고 유동적인 개념이다.

이처럼 개념의 표지도 확정되어 있지 않은데다 사업자적 관점에서 개별 특수형태근로종사자의 유형별 편차도 큰 편이어서, 현재로서는 이들의 사업자성을 일률적으로 인정하기 쉽지 않은 것으로 판단된다.

### 3. 제3의 법적지위 인정 여부

결국 근로자가 아닌 것은 명확하지만 그렇다고 곧바로 사업자로 인정하기도 어렵다면, 근로자와 사업자의 중간영역에 있는 제3의 법적 지위가 존재하여 특수형태근로종사자가 여기에 속하는지도 생각해 볼 수 있다.

이에 관해서는 이미 1990년대에 독일에서 논의가 된 바 있었는데, 우리나라에서도 대략 이에 기초한 견해들이 제시되고 있다.<sup>17)</sup> 하지만

---

16) 홍명수, 앞의 보고서.

17) 유성재, “목적론적 개념형성 방법에 의한 근로자성 판단”, 법조 (제569호), 법조협회, 2004.2, 43-71면, 박지순, “유사근로자의 법적지위 및 보호방안 연구”, (노사정위 특위 발표자료), (2005.4.12).

현재까지는 제3의 지위 인정 자체에 대해서도 합의를 도출시키지 못한 것으로 보인다. 이를테면 기존의 근로자 개념을 확장하여 그 한계영역에 분포해 있는 노무제공자들을 근로자의 범주에 포함시키려는 주장과, 근로자와 통상적인 자영인 사이에 있으면서 사회경제적 조건이 근로자에 비견되는 소위 ‘유사근로자(arbeitnehmeraehnliche Personen)’라는 제3의 지위를 인정하려는 입장의 대립이 그것이다. 이 가운데 전자는 노동시장에서의 노무제공자를 근로자와 자영인(혹은, 사업자)으로 이원화하는 기존의 입장을 견지한 것인데 반해, 후자가 곧 양자 사이에 유사근로자라는 제3의 존재를 인정한 것으로서 소위 삼원주의로 불리는 견해이다.<sup>18)</sup>

물론 전자의 경우도 특수형태근로종사자에 대한 노동법 및 사회보장법 적용가능성을 확장해 보려는 취지라는 점에서는 후자와 다르지 않다. 이 가운데 어느 견해를 다수설로 볼 수 있을지는 명확치 않지만, 설령 삼원주의에 따르더라도 노동법 및 사회보장법의 내용과 범위는 추후 논의과제로 남겨져 있다. 생각건대, 제3의 법적 지위 인정 역시 현재로서는 해석론을 통해 규명되기에 한계가 있으며, 오히려 후술하는 바와 같이 입법론의 근거로서 더 큰 의미를 지니는 것으로 보인다.

#### 4. 법적지위의 불분명성과 향후 논의의 방향

이상을 종합할 때, 특수형태근로종사자의 법적 지위는 여러 단계에서 모색이 가능하지만 현 단계로서는 어디에도 합의가 도출되어 있지 않다. 이 때문에 특수형태근로종사자를 직접적으로 보호하려다 보니 이들의 법적지위가 가장 중요한 관건이 되었으나, 관건으로서의 법적 지위에 대해 전혀 합의점을 찾을 수 없어서 구체적인 해결책을 마련

18) 이원주의의 대표적 학자는 Rolf Wank이며, 삼원주의는 Hromadka, Buchner 등이 대표적 학자로 소개되고 있다.(이에 관련된 자세한 논의는 유성재 앞의 논문 및 박지순 위의 논문 참조)

하지 못하는 악순환이 반복된 것으로 보인다.

특히 특수형태근로종사자의 법적 지위에 관해 법원이 판례를 변경하거나 학계가 법리를 수정하지 않는 한, 노동법을 동원한 보호수단의 강구에는 분명한 한계가 있어 보인다. 더욱이 근로자성 판단기준이 판례를 통해 수렴되면서 특수형태근로종사자와 거래하는 사업자들이 계약체결시 가급적 근로자성을 인정받기 어려운 방식으로 계약을 체결하는 경향이 강하게 나타나고 있어서 이들을 근로자로 볼 수 있는 여지랄지 노동법을 통한 보호가능성은 향후 더 적어 질 것으로 예상된다.

그런 점에서 ‘근로자성’에 관한 담론에 몰입하여 노동계와 경영계가 대립하는 현재의 상황은 적절한 합의점 도출을 지연시킬 뿐이라고 생각된다. 그 절차지연에 따른 피해도 결국에는 특수형태근로종사자에게 귀착될 수밖에 없다. 따라서 법적 지위에 집착하여 선행논쟁을 답습하기보다는 새로운 접근방식을 통해 문제를 해결하려는 노력이 필요하다. 이점에 대해서는 이해당사자간에 어느 정도 공감대도 형성된 것으로 보인다.<sup>19)</sup> 이 새로운 접근법은 가급적 특수형태근로종사자의 법적 지위에 대한 논란에도 불구하고 이들에 대한 보호방안을 강구할 수 있는 것이어야 한다. 즉 특수형태근로종사자의 법적 지위 여하에 관계없이 그 상대방 사업자의 불공정한 거래관행을 규제함을 통해서 이들을 반사적으로 보호하는 우회적 접근이 현실성과 효율성을 공히 담보할 수 있다.<sup>20)</sup>

앞에서 고찰한 법적지위 관련 논의를 토대로 할 때, 현 시점에서 고려될 수 있는 방안은 대략 세 가지로 정리된다. 먼저 사용자/근로자라는 전통적 산업사회의 이분법적 분류법을 유지하되, 특수형태근로종사자의 법률적 신분을 현행법상 근로자 개념에 포섭하는 방안이 고려

19) 노사정위원회 특수형태근로종사자특별위원회, 「4개직종 검토보고서」, 2004.3 참조.

20) 물론 이 경우에는, 후술하는 바와 같이, 특수형태근로종사자의 법적지위 보다 그 상대방 사업자의 법적지위가 중요한 의미를 가지게 될 것이다.

될 수 있다(제1안). 다만 이를 위해서는 근로자 개념에 관한 현재의 법 규정을 개정하여 경제적 종속성까지 포섭할 수 있도록 확장하는 작업이 선행되어야 한다. 이를테면, 근로기준법 제14조나 노동조합법 제2조 제1호 소정의 근로자 정의조항을 개정하거나, 이들 조항은 그대로 두되 별도의 조문을 통하여, 특수형태근로종사자도 위 근로자에 포함하되 구체적인 법 적용에 관해서는 예외를 둘 수 있다는 식의 규정을 삽입하는 방안을 생각할 수 있다. 이때는 해당 법률의 정의규정에서 특수형태근로종사자의 개념을 명시하든지, 시행령 등 하위규범에서 유형과 범위를 정하도록 위임하는 조치가 뒤따라야 한다.

두 번째로 중장기적으로 자영업과 근로자의 중간적 속성을 띤 그룹을 별도의 집단으로 설정하여 독립적인 법리에 따라 보호하는 방안을 모색할 수 있다(제2안). 이 문제를 다룰 별도의 특별법을 제정하는 방안으로서, 가령 ‘특수형태근로종사자의 법적 지위 및 보호에 관한 특별법’<sup>21)</sup>의 제정을 고려해 볼 수 있다.

끝으로 기존의 규범체계 가운데 노동법 외의 수단을 동원하여 사회적 보호를 강구하는 방안을 모색할 수 있다(제3안). 즉, 경제법(공정거래법)이나 약관규제법, 사회보장법의 적용을 통해서 특수형태근로종사자에 대한 불공정행위를 금지하거나 사회보험 등의 적용을 받도록 하는 방안이다. 공정거래법이나 약관규제법을 통해 소속회사의 불공정행위를 규제하거나, 표준약관을 제정하는 방안이 강구될 수 있으며, 사회보장법상 각종 사회보험의 수혜대상에 특수형태근로종사자를 포함시키는 방안을 생각해 볼 수 있다.

이들 세 유형의 대안을 비교하면, 제1안은 상기한 바와 같은 장점이 있기는 하나 종래 형성된 근로자 개념을 근본적인 수정해야 하는 것이어서 학계의 합의도출이 선행되어야 한다. 설령 합의가 이루어지더

21) 이러한 내용의 입법방안에 관해서는 이미 시안이 제시된 바도 있다. 장의성, “우리나라 특수형태근로종사자의 노동법적 보호방안에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2005.12. 참조.

라도 특수형태근로종사자외의 이해관계집단에 대해서도 중대한 변화를 초래하게 되므로 또 다른 논란을 야기할 수 있다. 따라서 입법추진시 새로운 쟁점과 정치적 논란을 감수해야 하는 부담스러운 방안이 될 것으로 생각된다.

제2안은 특수형태근로종사자에 국한하여 문제를 해결할 수 있는 가장 근본적이고도 직접적인 방안이다. 하지만 보호수준의 조정이나 분쟁해결 방식 등에 있어서 노동계와 경영계의 합의를 도출할 수 있을지가 역시 관건으로 보인다. 이 역시 적지 않은 논란의 소지가 있는 만큼 법제화과정에서 절차적, 시간적 비용소모를 감수해야 할 것으로 예상된다.

제3안에서도 일부 법개정이 필요할 수 있는데다, 보호의 정도와 취지에 있어서 노동관련법을 적용받는 경우에 비해 미약하다는 한계가 있다. 하지만, 근로자성 인정을 둘러싼 논란을 우회하여, 특수형태근로종사자에 대한 보호방안을 강구할 수 있다는 장점이 있으며, 거래 상대방인 소속회사에 의한 각종 불법행위를 규제함으로써 간접적으로 근로종사자를 보호하는 효과도 기대해 볼 수 있다. 다른 보호방안과 병행하여 추진할 수 있다는 점도 이 방안이 가진 장점이다.

각 대안이 모두 장단점을 공유하고 있기 때문에 절대적인 기준 보다는 비교우위를 중심으로 최적안을 도출할 필요가 있다. 생각건대 기존의 논의가 한계에 부딪힌 현 시점에서는 특수형태근로종사자에 대한 보호의 완결성 보다는 단기적 실행가능성을 중심으로 대안이 모색되어야 한다. 그런 점에서 별도의 관련 법률의 제·개정방안 보다는 기존 규범체계를 유지한 상태에서 관련법의 해석을 통한 보호책 강구가 현실성과 집행효율성 측면에서 비교우위에 있는 것으로 평가된다.

제3안은 그간 차선책으로서 의미를 가졌던 것으로 보이며, 일부 논의도 전개된 바 있다. 하지만 현재까지는 본격적인 대안이 제시되지 못한 상태이다. 이하에서는 특수형태근로종사자에 대한 사회적 보호

의 당위성을 전제로 할 때, 현행 노동관련 법제가 가지는 한계와 논란을 극복하는 한편, 현실적이면서도 단기적 해법으로서 경제법을 통한 보호방안은 어떻게 전개되어야 하며, 문제점과 해결책은 무엇인지를 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 특수형태근로종사자에 대한 경제법적 보호의 법리적 근거

#### 1. 경제법적 보호방안에 대한 종래 인식

특수형태근로종사자에 대한 경제법적 보호방안에 대한 관심은 이미 학계 안팎에서 제기된 바가 있었으며, 관련기관도 대안의 타당성에 대한 검토작업에 이미 착수한 것으로 알려진다. 하지만 지금까지는 특수형태근로종사자 보호라는 정책적 목표와 경제법 본질에 관한 법리적 이해 사이에 정합성을 도출하지 못한 채 담보상태에 놓여 있다.

이처럼 논의진전을 보지 못한 이유는 다음의 두 가지 논란 때문인 것으로 보인다. 먼저 i) 경제법 특히 공정거래법은 본래 시장경제질서의 유지 및 자유롭고 공정한 경쟁을 촉진하기 위한 규범이기 때문에, 경제적 약자 보호규범으로서 노동법이 수행해 온 역할을 대체하기는 한계가 있다는 시각이 존재한다. ii) 여기에 더하여 경제법은 대체로 사업자를 규율대상으로 하기 때문에, 특수형태근로종사자의 사업자성이 전제되지 않는 한 동법의 적용이 곤란하다는 주장도 발목을 잡고 있다. 그렇다면 과연 경제법은 본래부터 경제적 약자 보호에 적합치 않은 규범인지, 설령 그렇다고 하더라도 노동법의 역할을 대체할 수 있는 것인지, 소위 경제법에서 얘기되는 사업자성의 본질은 무엇인지를 살펴볼 필요가 있다.

## 2. 경제적 약자 보호규범으로서의 경제법

일반적으로 경제법은 노동법과 함께 공법과 사법 이외에 제3의 법역에 속하는 것으로 인식된다. 또한 자본주의 시장경제의 내재적 한계를 극복하기 위하여 형성된 것이라는 기능적 관점에서 양법의 공통성 내지 인접성이 인정될 수 있다. 특히 생산요소시장과 상품시장의 연동성에 따라서는 상호법익에 대한 고려가 규범적 판단에 불가피한 경우도 있을 수 있으며, 소위 공동결정제도(Mitbesimmung)와 같이 양법익이 교차하는 영역도 나타나고 있다.<sup>22)</sup>

반면 기능적 관점이 아닌 입법목적과 규율대상에 주목하면 양법의 이질성은 확연하다. 노동법은 개별경제주체 혹은 구체적인 사안을 중심으로 근로자의 보호방법에 주안점을 둔 규범인데 반하여, 경제법은 본래 경제질서 전반의 운영원리에 주목하는 법분과라는 점에서 그러하다. 즉 경제법은 국민경제적 차원에서 헌법이 선언한 경제질서를 정당하게 형성하기 위해 마련된 법규범의 총체이며,<sup>23)</sup> 이 점에서 개별 사안에서 근로자 보호의 이념을 관철하기 위해 구체적인 법률관계를 타당하게 규율하려는 노동법과 다르다.

경제법이 경제적 약자보호에 적합하지 않은 규범이라고 보는 일각의 주장은 바로 이 같은 경제법의 기본관념에 기초한 것으로 보인다. 그렇다면 이는 지나치게 추상적으로 접근하거나 경제법의 일부 역할에만 국한하여 설명한 측면이 있다. 위의 통설적 경제법 개념에 기초할 때 개별국가의 경제법의 내용은 그 나라 헌법이 선언한 경제질서에 따라 결정되며, 따라서 나라마다 지극히 다양한 형태로 표출되기 마련이다. 그런데 시장경제와 자본주의를 근간으로 하는 우리의 경제질서는 기본적으로 시장의 기능을 유지하기 위한 감시자적 기능(경쟁

22) Fritz Rittner, *Wirtschaftrecht*, C.F. Mueller, 1987, S. 17.

23) *Id.*, S. 20-21.

법 또는 독점금지법)이 경제법의 가장 중요한 부분을 차지하고 있으나, 다른 한편 헌법 제119조 제2항 이하에서 선언한 경제질서를 형성하기 위해서는 시장의 참여자나 형성자(공공재 및 규제산업 관련법) 그리고 시장의 보완자(소비자관련법, 중소기업관련법)로서의 역할도 요구받고 있으며, 이러한 목적에 기여하기 위한 법규범의 총체를 경제법으로 포괄할 수 있다.<sup>24)</sup> 중소기업이나 소비자와 같은 경제적 약자를 보호하기 위한 규범들은 이미 시장의 보완규범으로서 우리 경제법의 범주 내에 이미 포섭되어 있으며, 이를 구현하기 위한 실정법들이 존재하고 있다.

이 점에서 경제적 약자보호의 관념에 관한 논란은 우리 경제법의 본질과 포괄성을 간과한 측면이 있다. 다만 시장보완을 위한 현행 법체계에서 특수형태근로종사자의 보호를 염두에 둔 법령은 존재하지 않으므로, 별도의 입법적 조치가 필요한 상태라고 할 수 있으며, 만일 그와 같은 필요에 따라 법제화가 이루어진다면 해당 법률을 경제법의 한 분과로 불러도 무방할 것이다.

문제는 이 경우 앞에서 지적한 규범적 대응방안 가운데 제2안의 범주에 속하게 되므로 전술한 취약점을 갖는다는 것이다. 따라서 본고에서 논의할 대상으로는 적절하지 않으며, 기존의 경제법 가운데 관련규범의 해석을 통한 보호방안 강구에 집약하여 논의를 전개할 필요가 있다. 즉, 경제적 약자보호라는 관념이 우리 경제법 관념에 포섭되어 있음은 확인할 수 있지만, 직접 관련되는 실체법이 존재하지 않은 만큼 경제법의 다른 영역에서 대안이 모색되어야 한다. 그 가운데 시장 참여 내지 형성규범으로서의 경제법은 적합지 않은 만큼, 현재의 경제법의 테두리 내에서는 시장의 감시규범으로서의 경제법 즉, 경쟁법(competition law, wettbewerbsrecht) 내지 독점금지법(antitrust law, kartellrecht)을 통해 구체적인 보호방안을 강구할 수밖에 없을 것으로 보여진다.

24) 권오승, “경제적 경쟁에 있어서 국가의 역할”, 『서울대 법학』 제45권 제1호 2004. 3., 159~175면 참조.

### 3. 경쟁법을 통한 경제적 약자보호

시장경제를 기본으로 하는 우리 경제질서에 있어서 시장이 자유롭고 공정한 경쟁을 통해 본연의 기능을 수행하도록 하는 것은 가장 중요한 경제법의 목적이 되며, 그런 의미에서 경쟁법은 경제법의 중핵이자 경제헌법의 실천적 구현수단으로서의 지위를 가진다. 다만 경쟁법은 본래 시장경제질서의 보호·유지를 위해 자유롭고 공정한 경쟁을 촉진함으로써 궁극적으로 경제적 효율성과 소비자후생을 도모하려는데 목적이 있다.<sup>25)</sup> 미국의 셔먼법(Sherman Act)이나 클레이튼법(Clayton Act), 혹은 독일의 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)의 본래 목적이 그러한 것으로 해석되어 왔다. 이 목적에 충실하자면 특수형태근로종사자가 처한 경제상의 종속관계와 그로 인해 감수해야 할 불공정한 거래관행은 경쟁법이 포섭할 수 있는 범주 내에 존재하더라도, 그것은 경쟁질서 자체를 정당하게 형성하기 위한 목적의 범위 내에서 의미를 가지며, 이들의 이해관계가 유리하게 조정될 수 있는 가능성은 경쟁법 작동의 결과 부수적으로 기대되는 효과로서 지위를 가지게 될 뿐이다.

그런데 20세기 자본주의가 고도화되면서 경쟁법 혹은 독점금지법의 보호법익이 ‘경쟁’자체에만 머무르지 않고 ‘경쟁자나 거래상대방, 혹은 소비자’에까지 확장되는 성향이 강하게 나타나게 되었다. 오히려 이 부분은 현대 경쟁법에 있어서 중요한 한 축으로 자리잡고 있다.<sup>26)</sup> 이를 테면, 시장의 경쟁자체의 보호를 직접적인 목적으로 하는 초창기의 경쟁법 이외에도 1914년의 미국 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)에서는 제5조 등의 포괄적 성격의 규정<sup>27)</sup>을 통하여

25) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*(3rd. ed.), Thomson West, 2005, pp.74~77.

26) 佐藤一雄, 「美國獨占禁止法」, 信山社, 2005., 7頁.

27) 이른바, UDAP 규정으로 일컬어지는 동법 제5조의 전단에서는 “상거래에 관련되거나 상거래에 영향을 미치는 불공정 또는 기만적 행위나 관행(unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce)”를 위법으로 규정하고 있다.

소비자 보호를 중요한 법익으로 포섭하고 있다. 독일 경쟁제한방지법 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschaenkungen; GWB)의 경우도 제19조 이하에서는 경쟁을 제한하는 특정한 사업자의 일방적인 관행을 금지하고 있다.<sup>28)</sup> 이 규정에 의하면 우월적 지위에 있는 사업자는 수직적인 관계에 있는 사업자에 대하여 객관적 및 합리적 사유가 없는 한 직접 또는 간접적 차별을 해서는 안 되도록 하고 있으며, 이를 노동법상의 차별금지원칙과 같은 맥락에서 이해하는 견해도 제시되고 있다.<sup>29)</sup>

이점은 우리 공정거래법도 예외가 아니며, 미국의 FTC 제5조의 이념과 일본의 사적독점금지법의 입법형식을 채용한 제23조 소정의 불공정거래행위 규제 조항은 불공정한 경쟁수단 내지 거래방법을 통해 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 위법한 것으로 금지하고 있다. 이때의 공정거래저해성은 공정경쟁저해성보다 광위의 개념으로 이해되는데, 공정거래위원회의 실무는 이를 ‘경쟁제한성(anti-competitiveness)’과 ‘불공정성(unfairness)’으로 나누는 한편 불공정성을 다시 ‘경쟁수단의 불공정성’과 ‘거래내용의 불공정성’으로 재분류하고 있다.<sup>30)</sup> 여기서 거래내용의 불공정성은 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있는 행위를 의미하는 것으로서 시장경쟁을 제한할 것을 전제로 하지 않는다. 때문에 현행 법령 하에서는, 후술하는 것처럼, 경쟁이외에 경쟁자 내지 거래상대방, 그리고 소비자 혹은 근로자까지를 직접적인 보호대상으로 삼는 규정이 다수 존재하며, 문제된 행위가 경쟁에 직접적인 영향을 미치지 않더라도 소비자, 근로자 등 거래상대방을 강제하는 등의 불공정성이 입증될 때에는 범위반으로 규제받도록 하고 있다.

28) 이 규정의 취지는 경제적으로 종속적인 사업자가 경제적 우위에 있는 계약상대방의 남용행위로 인하여 정상적인 경제행위를 방해받거나 차별받는 것을 방지하는데 있다.

29) 박지순, 앞의 논문.

30) 공정거래위원회, 불공정거래행위 심사지침 및 사건처리 흐름도, 공정거래위원회, 2005.6. 2~3면.

이 가운데는 경제적으로 종속된 자영업자를 우월적 지위에 있는 거래상대방으로부터 보호하기 위한 조항도 포함되어 있다. 이 규정의 도입취지는 경제적 약자인 사업자에게 그들의 경제적 위험에 상응하는 경제활동기회를 부여하는 데 있다.<sup>31)</sup> 이를 통해 경제법에서는 독립사업자로서의 법적 지위에 영향을 주지 않으면서 노동법에서 포섭되지 않는 경제적 종속성 포섭할 수 있는 가능성을 열어 둔 것으로 해석된다.

다만, 이때의 경제적 종속성은 지속적인 관계에서 발생하는 데 비해, 경제법상의 거래상 지위는 일시적 관계에서도 발생할 수 있다는 점에 차이가 있다. 이 점에서 거래상의 지위는 경제적 종속관계 보다 넓은 개념이며, 거래상의 우월적인 지위 속에 경제적 종속성 개념을 포섭함에도 법리적 문제가 없다.

#### 4. 공정거래법의 인적적용범위와 사업자성

한편 경쟁법의 규율대상 측면에서 볼 때 독립적인 경제적 생산단위로서의 ‘사업’개념에 기초한데 반하여 ‘종속노동’을 그 대상으로 한다는 점에서 노동법과 차이가 있다. 따라서 근로자와 그의 조직 내지 단체는 일차적으로 경쟁법의 규율대상이 되지 않는다. 예컨대 판매조직에서 일하는 취업자가 형식적으로 자영업인의 지위에 있다 하더라도 실질적으로는 근로자로서 판단되는 경우에는 경쟁법의 적용은 배제된다.

특수형태근로종사자 문제의 경제법적 해결방안에 대해 논란이 되는 또 하나의 문제가 이와 관련된다. 곧 경쟁법 즉 우리 공정거래법이 사업자에게만 적용되는 법이라는 점이다. 그런데 이런 논란은 공정거래법에 있어서 사업자의 지위에 대한 법리적 측면에서의 오해와 이 문제를 둘러싼 이해관계자들의 실리적 입장대립 때문에 발생한 것으로 볼 수 있다.

31) 공정거래위원회가 제정하여 현재 운영중인 불공정거래행위 심사지침을 보면, 거래상 지위의 남용은 거래상 우월적 지위를 가진 사업자가 경제적 약자인 거래상대방을 착취하는 행위로 규정되고 있다.

먼저, 사법부의 대세적 입장에도 불구하고 특수형태근로종사자의 근로자성에 대한 논란이 여전한데다 일부 특수형태근로종사자에 대해서는 근로자성을 인정한 예도 존재하는 것이 사실이다. 또한 직종별 차이가 큰 만큼 아직 유권해석을 받지 않은 신규 특수형태근로종사자의 근로자성 인정여부를 예측할 수 없다는 점에서도 통합적 개념으로서 특수형태근로종사자의 근로자성 인정여부는 여전히 중립적 상태에 놓여 있다. 이처럼 특수형태근로종사자의 근로자성을 전혀 배제할 수 없는 현실에서 사업자를 적용대상으로 하는 공정거래법을 적용하는 것이 규범적으로 가능한지에 대한 우려가 공정거래법 적용에 관한 부정적 견해의 첫 번째 이유로 보인다.

이에 비해 두 번째 이유는 좀 더 실리적이다. 현재의 법해석상 공정거래법상 사업자성과 노동법상 근로자성이 경계선을 두고 맞닿아 있는 개념으로 볼 것인지는 명확치 않지만, 이 중 어느 하나가 규명되면 나머지는 배척되는 점은 관계에 있음은 분명하다. 즉 공정거래법상의 사업자성을 인정하면 노동법상의 근로자성이 부인하는 결과가 되며, 그 역도 성립된다. 이 때문에 노동계에서는 특수형태근로종사자 문제에 공정거래법을 적용하는 것이 자칫 이들의 사업자성을 인정한다는 의미이고, 근로자성 부인을 확정짓는 계기가 될 수 있다는 점을 우려하고 있다. 반면 경영계는 같은 이유로 공정거래법 적용에 찬동하는 태도를 보인다.

하지만 이런 시각은 공정거래법상 사업자성 인정과 동법을 통한 특수형태근로종사자의 보호가 전혀 다른 차원의 문제라는 점을 간과하고 있다. 공정거래법의 적용과 특수형태근로종사자의 사업자성 또는 근로자성 규명은 별개의 사안으로 다루어져야 한다는 것이다. 공정거래법의 수범자가 사업자임에는 분명하지만, 이는 법위반 행위자의 사업성이 법적용의 전제조건이라는 의미이며, 보호대상에게 까지 사업자성을 요구하는 것은 아니기 때문이다. 공정거래법을 적용하기 위해

서는 특수형태근로종사자를 상대로 각종의 불공정계약체결 및 거래관행을 강제하는 회사의 사업자성만 인정되면 족한 것이며, 거래상대방인 특수형태근로종사자의 사업자성까지 갖추어야 할 필요가 없다. 현행 불공정거래행위심사지침을 보더라도 거래상 우월한 지위를 가진 자를 사업자로 명시하고 있는데 비해, 열등한 지위를 가진 자는 거래상대방으로만 표기하고 있다는 점에서도 확인할 수 있다.

다만, 특수형태근로종사자에 대해 사업자성을 인정할 경우에는 이들이 집단적으로 소속 회사에 대응할 경우 공정거래법상 부당한 공동행위에 해당할 수 있다는 점에 사업자성이 의미를 가지게 될 것이다. 아울러 최종소비자에 대해서도 공급자로서 독자적 지위에 서기 때문에 공정거래법의 규율대상에 포섭될 수 있다는 점도 유의할 필요가 있다. 따라서 사업자로 인정되면 노동법의 보호를 받을 수 없다는 점과 공정거래법의 수범자로서 규율대상이 될 수 있다는 점이 명확해지는 의미는 있겠으나, 사업자인지 여부를 굳이 따지지 않더라도 공정거래법을 통한 보호의 가능성은 이미 열려 있는 것이다.

한편, 경제법의 다른 분과의 적용에 있어서도 특수형태근로종사자의 사업자성이 적극적으로 요구되는 지에 관해서는 개별적인 검토를 요한다. 가맹사업법의 경우에는 가맹본부와 가맹점사업자의 관계를 규율하는 것이므로, 동법의 적용을 받기 위해서는 특수형태근로종사자가 사업자일 것이 필요하다. 반면 약관규제법의 경우에는 인적 적용범위에 있어서 공정거래법과 구조적으로 유사하다. 약관규제법은 사업자와 고객 사이에 적용되는바, 이때 고객은 약관을 계약내용으로 할 것을 제안 받은 자를 의미하며 소비자에 국한되지 않는다.<sup>32)</sup> 따라서 특수형태근로종사자의 사업자성 판단이 약관규제법 적용을 위한 요건이 되는 것은 아니다.

---

32) 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994, 111면.

## 5. 특수형태근로종사자의 법적지위와 공정거래법의 적용문제

노동법과 경제법이 기능면에서 인접해 있기는 하지만, 구체적인 근로종사자의 보호문제에 있어서는 여전히 노동법을 통한 방안이 우선적인 지위를 가짐에는 의문이 없다. 즉 경제법적 검토는 노동법을 통한 해결이 미흡함에 따라 보충적으로 의미를 가져 왔던 것으로 보인다.<sup>33)</sup> 따라서, 근로자성을 인정할 수 있는 경우에는 일차적으로 노동법적 보호조치를 동원하게 될 것이며, 이 수단이 가장 직접적이고 효과적인 방안임은 분명하다.

하지만 앞에서 살펴본 것처럼, 양법의 규율대상과 보호대상이 대응관계에 있지 않으므로, 특수형태근로종사자의 노동법적 보호와 별개로 특수형태근로종사자와 거래하는 사업자를 규제하는 것은 가능하다. 이 경우 관건은 현행 공정거래법에 의해 직·간접적 보호대상이 되는 범위가 어디까지이며, 그 범위 내에 특수형태근로종사자가 포함되는가 하는 점이 될 것이다.

먼저 공정거래법의 규율대상은 사업자에 국한된다는 점은 전술한 바와 같다. 반면 사업자의 규율을 통한 직·간접적 보호대상은, 경쟁, 경쟁사업자, 거래상대방(거래사업자, 소비자) 등 다양하다. 특히 특수형태근로종사자의 경제적 종속성에 기인한 각종 불공정한 관행들은 공정거래법상 시장지배적 지위남용이나 불공정거래행위와 직접적인 관련성을 가지는데, 현행 공정거래법상 행위자의 거래상대방의 범위는 매우 광범위한 것으로 볼 수 있다. 이를 테면 불공정거래행위 가운데 경쟁자체를 보호목적으로 하는 경우는 주로 ‘경쟁제한성’을 문제삼는 규정에 따라 사업자에 대한 규제가 행해지며 이때는 주로 경쟁사업자가 반사적으로 보호된다. 거래거절, 차별적 취급, 구속조건부 거래 등이 이에 해당한다. 반면 거래상대방을 보호하는 규정들은 주로 ‘불공정

33) 홍명수, “학습지회사와 학습지교사의 관계에 대한 경제법 적용의 검토”, 「4개 직종 검토보고서」, 노사정위원회, 2004.3, 210면.

성'을 문제삼는 유형과 관련되며, 거래상대방 사업자나 소비자등이 직접적으로 보호된다. 부당한 고객유인, 거래강제, 사업활동방해, 거래상 지위남용 등이 이와 관련되어 있다. 이 경우에는 위법성의 성립요건으로서 시장의 경쟁제한이나 경쟁사업자의 수적 감소를 전제하지 않으며, 경쟁수단의 불공정성의 입증으로 위법이 됨은 전술한 바와 같다.

이처럼 불공정거래행위자의 상대방의 법적 지위는 사업자일수도 있고 그렇지 않을 수도 있는데, 사업자가 아닌 자로는 소비자가 대표적이겠지만 그 외의 제3의 경제주체도 상정해 볼 수 있다. 특히 주목할 것은 이 가운데 사업자에 소속된 임직원 내지 근로자를 직접 보호대상으로 하는 경우도 있다는 점이다. 법 제23조 제1항에서 열거하고 있는 불공정거래행위 가운데 거래강제의 한 유형인 사원판매가 여기에 해당한다.

요컨대, 특수형태근로종사자가 공정거래법상 사업자에 해당하는지는 동법의 적용의 전제요건이 아니며, 오히려 보호대상에 포섭될 수 있는지가 보다 중요하다고 하겠다. 그렇다면 현행 법령의 서술방식이나 통설적인 해석론에 비추어 특수형태근로종사자가 거래상대방이 되는 한 불공정거래행위 금지를 통한 반사적 보호 대상이 된다는 점에는 의문이 없다. 따라서 법적 지위의 명확한 규명이 전제되지 않더라도 사업자이든, 근로자이든 혹은 제3의 법적 지위를 가지는 공정거래법을 통한 규제는 가능하다고 볼 수 있는 것이다.

## IV. 공정거래법을 통한 구체적 보호방안

### 1. 특수형태근로종사자를 상대로 한 시장지배적 지위남용

특수형태근로종사자의 거래상대방 사업자에 대해서는 공정거래법상 모든 규제가 적용이 될 수 있다. 우선 당해 회사가 시장지배적 지위

에 있다면, 시장지배적 지위남용행위에 대한 규제가 적용될 것이다. 그런데 현재까지 나타난 특수형태근로관계에서는 사업자의 시장지배적 지위를 인정할 만한 예를 찾기 쉽지 않다. 레미콘 기사, 골프장 경기보조원의 경우는 사실상 소속회사의 시장지배적 지위를 상정하기 어려워 보이므로 일응 논의의 대상이 되지 않을 것으로 판단된다. 시장지배적 지위남용이 발생할 수 있는 경우는 비교적 과점상태의 시장구조를 가진 보험산업과 학습지 산업이라고 할 수 있다.<sup>34)</sup> 하지만 현재의 점유율 분포로는 공정거래법이 요구하는 시장지배적 지위의 추정요건에는 미치지 못하며,<sup>35)</sup> 또한 진입장벽이 거의 없이 수많은 영세사업자가 난립하고 있는 당해 시장의 특성상, 현실적으로 학습지회사 중 시장지배적 지위에 있는 사업자를 파악하기란 어려울 것으로 보인다. 반면 보험설계사의 경우는 소속 보험회사의 시장지위에 따라 설계사에 대한 가격남용, 출고조절 등이 시장지배적 지위남용으로서 문제될 가능성이 있다<sup>36)</sup>

## 2. 특수형태근로종사자를 상대로 한 부당한 공동행위

공정거래법은 제19조 제1항에서는 사업자들이 가격 또는 기타의 거래조건 등에 관하여 합의하는 것을 부당한 공동행위로 규제하고 있다. 현행법은 공동행위의 성립요건으로서 공동성을 합의만으로 충족되는 것으로 규정하고 있으며, 합의에 기초한 행위에 까지 이를 것을 요구하지 않는다. 사무처리 위탁에 관한 노무를 제공받는 입장에 있

34) 이 가운데 학습지 회사를 예로 들면 현재 학습지 산업의 구조는 (주)대교, (주)구몬, (주)웅진, (주)재능교육, (주)한솔교육이 선도기업으로서 시장의 약 50%에 육박하는 점유율을 보유하고 있다.

35) 공정거래법은 제4조에서 하나의 사업자의 시장점유율이 50% 이상이거나, 3 이하의 사업자의 시장점유율 합계가 75% 이상인 경우에, 시장지배적 지위가 추정되는 것으로 규정하고 있다.

36) 하지만 현재까지는 이러한 시장을 대상으로 하여 공정거래위원회의 심결이나 법원의 판례가 도출된 예는 찾아 볼 수 없다.

는 소속회사들이 보수나 기타 거래조건 등에 관하여 합의할 경우에는 부당한 공동행위로 처벌될 수 있다. 한편 부당한 공동행위가 사업자 단체를 매개로 하여 이루어질 수도 있다. 가령 학습지회사로 구성된 단체가 통일적인 거래조건 등을 마련하여 단체 구성원들에게 적용할 경우에는 동법 제26조 제1항 제1호에서 규정하는 사업자단체 금지행위에 해당될 수 있다.

### 3. 특수형태근로종사자를 상대로 한 불공정거래행위

#### (1) 개 관

공정거래법상 불공정거래행위란 법 제23조 1항 각호에 열거된 행위로서 ‘공정한 거래’를 저해할 우려가 있는 행위를 말한다. 이때 ‘공정한 거래의 저해’의 표지를 일률적으로 정의하기는 어려우며 구체적인 사안에서 경쟁수단의 공정성, 거래의 내용이나 조건의 공정성, 판단의 자주성 등이 침해되는지의 여부를 고려하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다. 한편 공정거래저해의 우려가 있는 것만으로 족하며, 우려의 정도는 구체적인 위험성에 까지 이를 것을 요하지는 않으며 추상적인 위험성만으로도 충족되므로 어느 행위 유형보다 범위가 적용이 용이하면서도 범위가 넓다.

현행 공정거래법 시행령 별표에서 열거한 ‘불공정거래행위의 유형 및 기준’ 가운데 관련성 있는 유형을 중심으로 특수형태근로종사자의 문제와 관련하여 의미있는 유형들을 살펴보면 다음과 같이 정리된다.

#### (2) 거래거절행위와의 관련성

먼저 특수형태근로종사자와 거래하는 사업자가 이들의 노무제공을 부당하게 거절하거나 재계약을 거부하는 경우에는 거래거절행위에 해당될 수 있다. 사법상의 거래에 있어서 계약의 자유 내지 거래상대방

선택의 자유가 인정되므로, 특정 거래상대방에 대한 거래거절행위는 본래 사적자치원칙이 적용된다. 그러나 거래거절의 상대방에게 선택의 기회가 현저히 제한되는 정도에 의하여 이루어질 때에는 그것이 정당한 이유가 없거나 부당한 한도 내에서 공정거래법상 불공정거래행위의 하나로 금지된다. 이에 따라 동종 근로종사자들의 권익보호를 위한 단체 행동을 주도한 특수형태근로종사자에 대하여 계약을 거절하거나 거래실적이 미미한 경우에 거래의 중단을 하는 경우, 당해 관련 시장에서의 사업활동이 실질적으로 제한되는 경우에는 거래거절로서 위법성이 인정될 수 있다. 다만 이때는 특수형태근로종사자는 사업자일 것이 요구된다.

### (3) 가격차별과의 관련성

비용이나 업무수행과 관련된 기타 조건에서 차이가 없음에도 불구하고, 이들에 대한 보수나 그 밖의 조건을 다른 교사에 비하여 불리하게 할 경우에, 동법 제23조 제1항 1호 후단에서 규정하는 차별적 취급에 해당할 수 있다. 이때의 차별은 가격이나 거래조건에 관한 것일 수도 있으며 집단적으로 이루어지는 것일 수도 있다. 이 경우에는 해석상 특수형태근로종사자의 사업자성이 요구되지 않는다.

### (4) 거래상 지위남용과의 관련성

한편 특수형태근로종사자와 관련하여 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공 그리고 경영간섭행위가 있을 경우에는 거래상 지위의 남용으로 규제될 수 있다. 이때 남용행위로 보기 위해서는 거래상대방에 대해 우월한 지위를 가지는 것으로 족하며<sup>37)</sup> 시장지배적 지위까지 가지고 있을 것은 요구되지 않는다.

37) 공정거래위원회는 약관과 관련된 심결에서 학습지회사가 학습지교사에 대하여 계약당사자로서 우월적 지위에 있다고 판단하였다. 공정거래위원회 1999. 5. 26, 의결 제99-118호.

먼저 사무처리 위탁과 관련하여 일정한 상품의 구입을 강제하거나 업무와 무관한 상품 및 용역을 자신 또는 자신이 지정하는 사업자로 부터 구입하도록 하는 경우에는 구입강제에 해당할 수 있으며, 거래 상대방에게 찬조금 협찬 등 경제상 이익을 제공토록 강요한다면 이익 제공강요에 해당할 수 있다. 또한 학습지산업과 같이 회원제로 운영 되는 사업의 경우 특수형태근로종사자가 역무를 제공하던 고객이 회원을 탈퇴하거나 구독을 중단하는 경우 그 회비 등을 특수형태근로종사자에게 전가시키거나,<sup>38)</sup> 사업자가 정한 규칙을 골프장 경기보조원이 위반한 경우에 업무와 관련없는 징계나 잔디보수 등 불이익을 주는 행위는 불이익을 제공으로 규제받을 수 있다. 한편 보험회사가 설계사에게 목표를 할당하여 실적을 유지토록 강제하고 이를 근거로 계약관계의 해지나 해촉 혹은, 수당지급의 제한 사유로 이용하는 행위는 판매목표 강제로 문제삼을 수 있다. 끝으로 경영간섭은 거래 상대방의 임직원을 선임·해임함에 있어 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나 거래 상대방의 생산품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위를 의미하며, 통상적으로 간섭받는 자가 사업자일 것을 전제한 유형이어서 일견 특수형태근로종사자에 대한 불공정거래관행에 대한 관련성이 적은 것으로 보인다. 하지만 특수형태근로가 개인사업자나 개인적으로 업무를 수행하는 경우는 물론 조직적으로 제공되는 구조도 예상할 수 있으며, 사업자가 근로종사자의 노무제공과 관련하여 부당하게 간섭하는 경우에도 경영간섭을 원용될 수 있을 것으로 생각된다. 현행 불공정거래행위 지침에서도 거래 상대방이 소비자가 아닐 것만을 요구하고 있으며, 적극적으로 사업자성을 요건으로 하고 있지는 않다.

---

38) 공정위 1999.5.26 의결, 제99-118호, 9810경축1809(K 학습지 회사의 불이익제공사건)

### (5) 구속조건부거래와의 관련성

한편 거래지역 또는 거래상대방의 제한규정을 학습지 교사의 구역이나 피교육대상을 인위로 할당하는 관행에 적용시킬 수 있는 가능성이 있다.<sup>39)</sup> 다만 구속조건부 거래는 연혁적으로 수직적 구조 하에서의 비가격제한에 대한 규제의 일환으로 태동된 것으로 유통과정에서 상위에 있는 사업자가 하위에 있는 사업자에게 일정한 제한을 가함으로써 하위에 있는 사업자 상호간의 경쟁을 제한하는 것을 규제하기 위한 것이라는 점에서 동 규정이 학습지회사와 학습지교사의 관계에 적용될 수 있는지에 관해서 논의의 여지가 있다.

### (6) 사업활동방해행위와의 관련성

동법 제23조 제1항 제5호 및 동법 시행령 ‘유형 및 기준’ 8호에 의하여, 사업자가 부당하게 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위는 사업활동 방해로서 불공정거래행위에 해당한다. 동 규정의 적용을 위해서는 거래거절과 마찬가지로 특수형태근로종사자의 사업자성이 전제되어야 한다. 특수형태근로종사자가 거래처를 옮기지 못하도록 방해하는 행위가 거래상대방 선택의 기회를 제한하는 것으로서 문제될 수 있다.

## V. 공정거래법 이외의 경제법적 보호방안에 대한 검토

### 1. 약관규제법을 통한 보호

#### (1) 약관규제법의 적용 가능성과 실제사례

특수형태근로종사자들이 소속회사와 위탁 및 도급 등의 계약체결을 하는 경우 대부분 사전에 작성해놓은 약관을 활용하는 경우가 많으며

39) 권재열, “공정거래법 및 약관규제법의 적용을 통한 학습지교사 보호방안 검토”, 학습지교사 효율적 보호 방안에 관한 대토론회, 2003. 10, 141-142면.

로, 계약단계에서 발생하는 각종 불공정행위는 약관규제법을 통해서도 규율할 수가 있다. 특히 학습지 교사의 경우가 빈번히 행해지는데, 이에 따라 약관규제법 위반사례도 학습지교사의 경우에 대해 집중적으로 발생하고 있다.

공정거래위원회에서 다루어진 사례들을 보면, 과목수 감소에 따른 책임을 관리교사에게만 부과시키는 조항, 위탁사업계약이 해지된 경우 학습지회사와 학습지교사 간에 정산기간에 차등을 둔 조항, 학습지회사가 계약해지시 과목인수금 또는 반환예치금을 반환하면서 그 시기를 50일 또는 2개월 등 장기간으로 규정한 조항 등에 대하여, 공정거래위원회는 이들을 동법 제6조 제2조 제1항에 해당하는 고객에게 부당하게 불리한 조항으로 판단하여 시정조치를 명하였다.<sup>40)</sup>

계약해지와 관련하여서도 공정거래위원회는 학습지교사가 학습지회사의 업무상 지침에 위배되는 행위를 하거나 업무태도 및 교육성적이 현저하게 불량한 경우나 교사로서 갖추어야 할 자질이 부족하여 관리회원에게 피해를 끼친 경우 등을 계약해지사유로 규정한 조항에 대하여, 동법 제9조 제2호에 해당하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 것으로 판단하였다.<sup>41)</sup> 또한 계약 해지 후 3개월 이내에 타 학습지 업체에 근무할 수 없도록 한 조항에 대하여 동법 제11조 제3호에서 규정하는 고객이 제3자와 계약을 체결하는 것을 부당하게 제한하는 조항으로 판단하였으며,<sup>42)</sup> 학습지교사가 개인적인 사정으로 계약을 해지한 때에는 45일 전에 통지하여야 한다는 조항에 대하여, 동법 제12조 제2호에서 규정하는 고객의 의사표시의 형식이나 요건에 대하여 부당하게 엄격한 제한을 가하는 조항에 해당하는 것으로 판단하였다.<sup>43)</sup>

40) 공정거래위원회 1999. 11. 20, 의결 제99-261호 및 공정거래위원회 1999. 11. 20, 의결 제99-228호.

41) 공정거래위원회 1999. 11. 20, 의결 제99-261호, 공정거래위원회 1999. 11. 20, 의결 제99-228호.

42) 공정거래위원회 1999. 11. 20, 의결 제99-262호.

43) 공정거래위원회 1999. 11. 20, 의결 제99-228호.

그 밖에 도급계약의 본질에 비추어, 일의 완성 이외에 포괄적인 의무의 부과는 약관규제법 제6조 제2항 제1호에서 규정하는 고객에게 부당하게 불리한 조항으로서 불공정약관조항으로 판단될 여지가 있으며, 민법이 예정하지 않은 계약해지의 사유에 관해서도 문제의 소재가 있다. 가령 회사경영이 곤란한 경우에 일방적으로 계약을 해지할 수 있다거나 그에 관한 손해배상 책임에 관해 아무런 규정을 두지 않는 것은<sup>44)</sup> 약관규제법 제9조 제2호 내지 제6조 제2항 제1호에 따라 불공정 약관조항으로 판단될 수 있다.

## (2) 약관규제법을 통한 규제의 효용 및 한계

비록 학습지 교사에 국한되어 활용되어 온 측면이 있기는 하지만 특수형태근로종사자와 소속회사간의 거래 공정성을 도모하기 위한 규범으로서 약관규제법은 매우 중요한 의미를 가지는 것으로 판단된다. 이미 도출된 바 있는 공정거래위원회의 심결이나 법원의 판례를 통하여 불공정성의 시정이 상당히 이루어진 바 있으며, 특히 학습지교사의 지위개선에 크게 기여한 것으로 평가된다.<sup>45)</sup> 향후 공정성과 관련하여 의문이 있는 조항들을 약관규제법을 통해 시정하는 조치가 특수형태근로종사자의 보호에 실질적인 수단이 될 수 있다.

그럼에도 불구하고 약관규제법을 통한 규제 자체가 지니는 내재적 한계는 불가피하다. 현재로서는 특수형태 노무공급계약에 있어서 약관을 통한 계약체결방식이 보편적인 것으로 보이지는 않으며, 사업자가 개별 근로종사자를 상대로 업무위탁계약 내지 도급계약 등을 체결하는 경우가 여전히 주를 이루고 있다. 설령 특정 약관조항이 공정거

44) 민법 제673조는 “수급인이 일을 완성하기 전에는 도급인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다”고 규정하고 있다.

45) 반면 약관규제법이 계약서 자체의 불공정한 조항을 시정할 수 있을 뿐이며, 사무처리 과정에서 발생하는 현실적인 불이익을 시정하는 것에는 내재적인 한계가 있다는 지적도 있다(정환, “학습지교사 경제법적 보호방안의 타당성 검토”, 학습지교사 실태조사 및 발전방안 학술 심포지움, 2003. 11, 112~113면).

래위원회로부터 불공정한 것으로 판명되더라도 당해 약관조항이 무효되는 효력은 발생하지만 특수형태근로자로서는 다시 법원을 통해 구체적인 구제를 받아야 한다. 즉 행정적 규제의 효율성은 약관조항의 일반적 무효판정에 그치며 개별 당사자의 구제에는 한계가 있어서 약관규제법을 통한 간접적 보호 역시 완결적이지 못하다.

이 점에서 약관을 통한 계약체결로 인한 불공정성을 약관규제법에 따라 규제하되, 약관을 통하지 않은 계약체결 일반에서 발생하는 불공정성을 규제하고 특수형태근로종사자에 대한 반사적 보호수단으로서 사후적, 구체적, 개별적 규제수단인 공정거래법을 보충적으로 활용하는 조치가 뒤따라야 한다.

## 2. 하도급법을 통한 보호

현재 특수형태근로종사관계 가운데 레미콘 기사는 운반에 대한 하도급계약방식으로 계약을 체결되는 경우가 대부분이므로, 하도급거래 공정화에 관한 법률을 통해 거래상 불공정·불합리한 문제점을 개선할 여지가 있다.

구체적으로는 거래대금 및 거래조건의 결정과정에서 이루어지는 불공정 관행에 대해서는 부당한 하도급대금의 결정금지 규정(제4조), 부당감액의 금지(제11조), 부당한 대물변제의 금지(제17조)등이 적용될 수 있으며, 거래과정에서 나타나는 지위남용행위에 대해 물품 등의 구매강제금지(제6조), 부당반품의 금지(제10조), 부당한 경영간섭의 금지(제18조), 보복조치의 금지(제19조)이 적용가능하고, 거래의 부당한 해지 및 해촉의 경우에는 부당한 위탁취소의 금지(제8조)를 통한 규제가 가능함. 기타 탈법행위의 금지(제20조) 규정도 광범위한 적용범위를 가지고 있다. 하지만 계약체결형태나 직종 면에서 특수형태근로종사자 문제 해결의 수단으로서의 범위가 너무 제한적이라는 한계는 가지고 있다.

### 3. 직종별 감독·관련 법규를 통한 보호

현행법상 보험설계사는 보험업법에 따라 금융감독위원회의 규제를 받고 있다. 보험업법은 보험업을 영위하는 자의 건전한 운영을 도모하고 보험계약자·피보험자 그 밖의 이해관계인의 권익을 보호함으로써 보험업의 건전한 육성과 국민경제의 균형있는 발전에 기여함을 목적으로 하고 있다. 하지만 주로 보험계약자의 보호와 피해방지에 주안점이 주어져 있으며, 법의 제정취지나 집행기관으로서의 금융감독위원회의 역할에 비추어 볼 때 보험모집인으로서 보험설계사가 처한 경제적 종속성 및 불공정한 거래관행을 개선하는 역할을 부여하는 것이 적절한지 의문이다.

현행법에서도 보험설계사 보호를 직접 염두에 둔 규정은 존재하지 않는다. 다만 보험업법에서는 보험설계사를 보험모집인의 하나로 제4장에 규정하고 있으나, 주로 보험설계사 등록요건(제84조) 및 모집제한(제85조), 등록취소(제86조) 등 규제를 목적으로 한 조항들이라고 할 수 있다. 따라서 입법적 보완이 이루어지지 않고서는 현행법의 해석을 통한 보험설계사의 보호방안을 도출하기는 어려울 것으로 보인다. 다만 보험설계사와 관련된 은 잔여수당의 미지급, 증원강요, 자기계약 및 대납 강제 등의 사례가 있는데, 이 중에서 보험업법 제101조에서는 자기계약 및 대납금지에 대한 일반적 감독규정을 두고 있는데 이를 통해 잔여수당의 미지급, 증원강요, 자기계약 및 대납 강제거래의 우월적 지위 남용행위 규제 가능성을 고려해 볼 여지는 있다.

한편 골프장 경기보조원과 관련된 감독규정은 『체육시설의 설치·이용에 관한 법률』을 들 수 있으나 원칙적으로 체육시설 운영자 혹은 사업시행자와 체육시설 이용자와의 관계를 규율하기 위한 것으로서 사업자에 의한 불공정거래행위 규제근거로 삼기에는 한계가 있다. 기타 학습지교사, 레미콘기사, 기타 쿼서비스배달원 등에 관해서는 현행법 체계상 감독법 내지 관련규범 자체가 존재하지 않는다. 전반적으

로 직종별 관련법을 통한 보호 방안은 현 단계에서는 대안으로서 충분한 규범적 도구들을 갖추지 못한 것으로 판단된다.

#### 4. **칙적의 방안 도출**

약관규제법을 통한 보호는 계약체결방식이 약관을 통한 경우로 한정되는데다, 행정적으로 불공정한 약관조항의 무효조치 이외에 구체적인 피해보상을 위해 소제기가 필요하므로 보호수단으로서 다소 미흡하다. 하도급법의 경우 레미콘 기사의 경제적 종속성에 기인한 각종 불공정 거래관행을 시정할 수 있는 효과적인 수단이 될 수 있으나, 계약의 체결방식과 직종에 있어서 제한적이어서 특수형태근로종사관계 전반을 규율하는 데에는 한계가 있다. 기타 보험업법 등 관련법에서도 보험설계사나, 학습지교사 기타 특수형태근로종사자를 염두에 둔 규정이 존재하지 않아서 입법적 보완이 이루어지지 않고서는 현행법을 통한 보호는 강구되기 어려운 것으로 판단된다.

그런 점에서 공정거래법 적용을 통한 방안이 특수형태근로관계에서 발생하는 불공정성의 규제 내지 근로종사자의 보호를 위해 비교우위를 가진 것으로 판단된다. 공정거래법의 규정 가운데는 법 제23조 소정의 불공정거래행위 금지조항이 직접적인 관련성을 갖고 있으며, 이 가운데 거래상지위남용행위가 특수형태근로종사자의 보호를 하기에 가장 적절한 것으로 보인다.

특수형태근로관계에서 발생하는 각종 불공정거래행위는 거래상 지위남용행위 외에도 법 제23조제1항 각호에 열거된 행위전반과 직·간접적인 관련성을 가지고 있다. 하지만 특수형태근로관계에 존재하는 경제적 종속성의 측면에서 보면 거래상 우월적 지위가 동 개념을 포섭하기에 가장 적절하면서도 유사한 개념으로 볼 수 있는데다, 현재 불공정거래행위의 집행에 있어서 경쟁제한성과 불공정성을 기준으로 양분하고 있는 실무현실을 감안할 때, 불공정성을 위법성 판단의 기

준으로 삼고 있는 거래상 지위남용금지 규정이 법 적용 및 입증에 용이한 것으로 판단된다. 가령 계약의 일방적 해지는 법 제23조제1항 1호 전단의 거래거절에 해당하지만, 동 행위는 유의미한 수준의 경쟁제한 내지 경쟁사업자의 수적감소를 입증하지 못하면 불공정성 내지 공정거래저해성이 인정되기 어렵다. 따라서 경제적 종속관계에서 발생하는 불공정한 거래관행을 포섭하기에는 불공정성(unfairness)을 요건으로 하는 행위유형들이 보다 효과적이라 할 수 있다.

불공정성을 요건으로 하는 행위로는 거래강제나, 사업활동방해, 부당한 고객유인, 거래상 지위남용행위가 있으나, 이 중 거래상 지위남용이 가장 포괄적이면서도 관련성이 큰 유형임에 의문이 없다. 특히 거래거절이나 사업활동방해의 경우는 해석상 거래상대방이 사업자일 것이 강하게 요구되고 있어서 특수형태근로종사자의 법적지위 규명작업이 완료되지 않은 현 상태에서는 보호수단으로서 한계에 직면할 가능성이 있다. 예를 들어 레미콘회사나 골프장운영자가 레미콘 기사나 골프장 경기보조원과의 계약관계를 부당하게 해지하거나, 합리적 이유 없이 다른 특수형태근로종사자에 비해 차별취급하는 행위, 또는 학습지회사가 교사에 대해 구역을 배정하는 행위 등은 각각 거래거절과 가격차별, 구속조건부거래와 관련되면서 동시에 거래상지위남용행위로서 불이익제공행위나 이익제공강요, 경영간섭 등으로도 규제할 수 있으므로 거래상 지위남용금지규정이 가장 포괄적인 관련성을 가지는 것으로 판단된다.

## VI. 결론에 대신하여

### 1. 특수형태근로종사자에 대한 거래상 지위남용 심사지침의 제정 필요성

이상에서 살펴 본 바와 같이, 특수형태근로종사자의 보호는 노동법의 보완 내지 보충적 수단으로서나마 경제법이 보유한 다양한 규범적 도구를 활용함으로써 상당한 효과를 거둘 수 있을 것으로 판단된

다. 이를 위해 기존의 관련 규범적용을 적극 고려하는 한편, 실무적으로는 수범자의 예측가능성과 집행기관의 일관적이고 투명한 법 적용을 위해 법 위반이 집중적으로 발생하는 행위유형을 중심으로 일종의 가이드라인을 제정, 운용할 필요가 있다.

현행 규정상으로는 공정거래법 제23조의 불공정거래행위 가운데 제1항5호의 거래상 지위남용행위가 가장 광범위한 관련성과 적용가능성을 가지고 있는 것으로 판단되는 만큼, 사업자의 준수사항에 관한 지침을 별도의 고시 형식으로 제정하는 방안이 특수형태근로종사자에 대한 현실적인 보호수단이 될 것으로 사료된다. 물론 거래상 지위남용행위는 불공정거래행위의 한 유형으로 규정되어 있는 만큼 기작성되어 있는 불공정거래행위 심사지침의 활용을 우선 생각해 볼 수 있다. 현행 불공정거래행위 심사지침에서도 비교적 상세하게 대상행위 및 위법성 판단기준 그리고 범위반행위의 예시가 제시되어 있는 만큼 법집행자의 일관적이고 투명한 법적용 및 수범자의 예측가능성이 어느 정도 확보되어 있다.

하지만 현행 불공정거래행위 심사지침에서 열거한 거래상 지위남용행위는 주로 유통과정상의 중소기업 보호나 소비자상대 거래에 주안점이 두어진 것으로 보호대상이 중소기업자 및 소비자인 경우가 많다. 행위유형도 특수형태근로관계에서 발생하는 것과는 다소 차이가 있다. 특히 특수형태근로종사자를 거래상 지위남용으로 문제삼을 수 있는 행위 유형은 통상적인 제조업 내지 유통업에서 발생하는 불공정거래행위와는 다른 특성을 가지고 있으며, 경제적으로는 근로자에 가까운 지위를 가지지만 법적으로 근로자성이 인정되지 않는 특별한 상황까지는 염두에 두고 있지 못하다. 그런 점에서 별도의 심사지침을 제정하여 법집행기관인 공정거래위원회로 하여금 특수형태근로종사자의 인적 특수성 및 이들에 대한 거래상 지위남용의 경제적 특수성을 면밀하고 정확하게 심사토록 조력할 필요가 있다.<sup>46)</sup>

46) 일본의 公正取引委員會도 역무위탁과정에서 발생하는 우월적 지위남용문제를 규

## 2. 지침의 방향

심사지침의 제정에 있어서 다음의 몇 가지 방향을 고려하여야 한다. 먼저 동 지침의 지위와 타 법규 및 내규와의 관계를 정리하여야 한다. 특히 사업자의 행위가 동 심사지침에서 정하는 거래상 지위의 남용 심사기준에 저촉되지 않더라도 법 제23조제1항에서 규정하는 불공정거래행위는 물론 시장지배적 지위남용, 부당한 공동행위, 사업자단체 금지행위 등 다른 금지행위에는 해당될 수 있음을 명시할 필요가 있다. 앞서 지적한 바와 같이 특수형태근로종사자의 보호에 있어서 경제법과 노동법이 상호 배타적인 관할권을 가지는 것이 아닌 만큼 노동법상 혹은 다른 특별법의 규정에 의해 근로자성이 인정되어 노동법의 보호를 받는 경우에도 이 지침의 적용이 배제되지 않는다는 점을 확인하여야 한다.

한편 특수형태근로종사자의 유형이 매우 다양하며 제공되는 역무의 이질성 내지 그 편차가 비교적 크다고 할 수 있다. 또한 향후 출현하게 될 새로운 근로종사자를 포섭 가능성을 염두에 두어야 한다. 따라서 특수형태근로종사자들에게 공통적으로 존재하는 요소를 추출하여 공통의 고려요소 및 위법성 판단기준으로 제시할 필요가 있다. 다음으로 개별 직종이나 세부 지위남용 유형을 중심으로 현재 판례나 공정거래위원회의 심결 등을 통해 위법성 판단기준이 도출된 사례들을 심사지침에 반영하여 한다.

근로자성과 사업자성이 모두 명확치 않으므로, 지침에서는 특수형태 근로자의 사업자성이 요구되지 않는다는 점도 명시할 필요가 있다. 현행 불공정거래행위 심사지침에서는 사업자의 거래상대방에 대해 사

---

을하기 위해, 지난 1998년(平成 10년 3월)에 「役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針」을 제정하여 운영해 오고 있다. 다만 이 지침에서 규율대상으로 삼은 역무들이 우리나라의 특수형태근로종사자들이 제공하는 노무와 완전히 일치하는 것은 아니다.

업자이어야 하는지를 기준으로 하지 않고 소비자를 포함시킬 것인지를 기준으로 삼는 방식을 취한다. 이에 따라 거래상대방에 사업자와 소비자가 포함된다고 하거나, 거래상대방에 소비자는 포함되지 않는다는 방식으로 규정되어 있다. 일반적으로 거래상 지위남용이 인정되기 위해서는 사업자가 거래상 우월적 지위에 있을 것이 요구된다. 이 점은 불공정거래행위 심사지침에서도 중요한 고려요소로서 다루어지고 있다. 하지만 경제적 종속성을 지고 있는 특수형태근로종사자의 경우는 상대사업자의 거래상의 지위를 별도로 입증할 필요가 없다. 경제적 종속성은 거래상 열등한 지위를 당연히 내포하고 있기 때문이다. 따라서 심사지침에서는 불공정거래행위 심사지침과는 달리 거래상 지위를 별도로 따질 필요가 없다는 점을 명시하는 것이 바람직하다.

아울러 일반 불공정거래행위의 심사에 있어서는 거래상대방의 예측 가능성이 있었을 경우 위법성이 감면될 가능성을 인정하고 있지만 특수형태근로종사자의 경우는 거래상의 우월적 지위에 의한 개별 행위를 예측할 수 있더라도 그 경제적 종속성으로 인하여 이를 회피할 수 없는 경우가 많다. 따라서 비록 특수형태근로종사자가 당해 불공정한 구속행위를 예측할 수 있었던 경우에도 위법성 판단에는 영향을 미치지 않는다는 점을 확인할 필요가 있다.

주제어 특수형태근로종사자, 사업자, 거래상 지위남용, 경제적 종속성, 불공정 거래행위

## A Study on the Protection of the Special Type Employees through the Economic Law

Shin, Young - Su\*

The Issue of the protection of the special type employee whose legal status is in middle between labors and undertakings(or self-employed) has been a longstanding problem in this society. Former discussions on this issue have mainly been about how to protect them through the labor law. Since the korean courts have consistently denied considering them as labors, however, the protection through the labor law has turned out to be a kind of unuseful.

In this circumstance, the focus on the issue begun to turn to the possibility of protection through the economic law. But another controversial discussions have been raised on that way. Current disputes seems to have mainly come from the following two arguments; the economic law is not an appropriate method for the protection of the economic weak, and even so, in order to apply the economic law in this issue, the undertakings position of the special type employee should be premised.

This article argued that current controversies about the protection of them through the economic law are erroneous. It showed firstly that the economic law is closely related to the issue of protecting the economic weak, and secondly that whether they are undertakings is one thing, to protect them by the economic law another. Rather it explained the economic law can be more useful tool to accomplish such politic goal.

Upon this basis, the article analysed related stipulations under current the economic law and examined that the regulation on abuse of

---

\* Associate Research Fellow, Korea Legislative Research Institute, Ph.D. in law

transactional prominent position has the most extensive coverage on this issue. As a conclusion, it suggested to enact a guideline of the regulation on abuse of transactional prominent position for the protection of the special type employee.

**KEY WORDS** special type employee, undertaking, economic subordination, abuse of transactional prominent position, Unfair Trade Practice