

특수고용관계 종사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근

조 용 만

목 차

요 약	i
I. 서 론	1
II. 근로계약과 구별되는 노무공급계약의 유형과 특징	2
1. 고용계약	2
2. 도급계약	3
3. 위임계약	4
III. 현행 노동법상의 근로자개념과 일반적 판단기준	5
1. 근로기준법상의 근로자	5
2. 노조법상의 근로자	7
IV. 특수고용관계 종사자의 현행 노동법상의 지위	9
1. 골프장 경기보조원	9
2. 학습지교사	13
3. 보험모집인	15
V. 주요 외국에서의 특수고용관계 규율방식	18
1. 독 일	18
2. 프랑스	21
3. 영 국	35
VI. 특수고용관계 종사자 보호를 위한 제도개선의 방향	41

요 약

오늘날 취업형태가 다양화되고 있고, 앞으로 더욱 그럴 것으로 예상된다. 전통적이고 전형적인 근로자 또는 자영업자의 상 그 어느 쪽에도 완전히 부합되지 않으나, 타인을 위하여 자신의 노동력을 활용하고 그에 따른 금전을 획득하여 생활하는 자를 일응 ‘특수고용관계 종사자’라고 칭할 수 있다.

노동법상의 보호 또는 권리보장은 근로자에게 인정된다. 근로자 아닌 자에게는 그러한 보호나 권리가 주어지지 않는다. 판례에 의하면, 근로기준법상의 근로자는 사용종속관계하에서 근로를 제공하는 자이다. 그리고 사용종속관계를 인정할 수 있는 구체적인 판단요소로 노무제공 방식의 타인결정·통제성, 보수의 근로대가성, 사업조직에의 결합성, 기타 법령상의 지위 등을 들고 있으며, 이러한 요소들을 종합적으로 고려하여 근로기준법상의 근로자 여부(즉, 인적종속관계 여부)를 판단한다. 근로기준법과 노동조합및노동관계조정법에서는 근로자의 개념을 달리 정의하고 있음에도 불구하고 양자를 동일시하는 판결례도 등장하고 있다. 따라서 이러한 판례의 입장에 따르면 경제적 또는 조직적으로 타인에게 종속되어 노동력을 제공하고 그에 따른 보수를 취득하고 있는 자라고 할지라도 엄밀하게 인적종속관계에 해당하지 않으면 노동법상 근로자의 지위가 부인된다. 그리하여 골프장 경기보조원(캐디), 학습지교사, 보험모집인 등에 대하여 많은 경우 법원은 근로자의 지위를 인정하지 않았다.

외국의 경우에도 전통적으로 근로자 여부를 판단하는 핵심기준은 인적종속관계였다. 그렇지만 근로제공의 방식이나 형태가 다양화되어 감에 따라 근로자의 범위를 보다 폭넓게 파악하고자

하는 해석론 및 입법차원의 노력이 진행되었다. 법해석론의 차원에서 인적종속관계를 보다 폭넓게 인정하기 위하여 판단기준을 다양화하는 시도가 이루어졌다. 그 외에도 입법차원에서도 특수고용관계 종사자를 노동법적으로 보호하기 위한 작업이 이루어졌다. 대표적인 예로, 독일에서는 유사근로자라고 하는 새로운 근로자개념의 범주를 설정하여 노동법상의 일정한 보호를 부여하는 통일적인 접근방식을 채택하였다. 프랑스에서는 특수고용관계 종사자의 구체적 유형별로 보호내용을 법적으로 규정하는 개별적인 접근방식을 채택하였다.

노동법은 종속노동의 범으로 불리듯이 종속노동은 근로자 여부를 판단하는 기준이다. 그런데 종속노동의 본질은 과거나 지금이나 변할 수 없지만, 종속노동의 현상 내지 외형은 달라질 수 있다. 독립노동의 외관을 하고 있는 종속노동이 존재할 수 있기 때문에 그 외관만을 보고 본질을 외면하는 불공정한 사태를 방지하기 위한 노력이 경주되어야 한다. 법해석론, 특히 판례에서 그러한 노력이 절실하게 요구된다. 그렇지만 우리 판례는 지금까지 그러한 노력에 인색하였던 경향을 보였고, 앞으로도 당분간은 계속 그러할 것으로 예상되고 있다. 그런 점에서 입법차원에서의 보호를 위한 논의가 활발하게 진행 중이다. 그렇지만 입법보호의 대표적 방식으로 독일식의 통일적 접근방식(유사근로자 개념의 도입과 일정한 노동법상의 보호부여)과 프랑스식의 개별적 접근방식(구체적 유형별 일정한 노동법상의 보호부여)은 각각 장단점을 갖고 있기 때문에 어느 쪽이 다른 한 쪽보다 우월하다고 선형적으로 전제할 수는 없다. 한편 노동법 차원에서의 보호 외에도 사회보장법, 경제법, 민상법 등의 차원에서 가능한 보호방안 역시 적극적으로 검토되어야 한다.

I. 서론

취업형태가 다양화되어 감에 따라 전통적인 근로계약관계에서 벗어난 여러 유형의 노무공급자들이 증가하였고, 그에 따른 법적 분쟁 역시 점차 증가하고 있다. 계약형식이나 근무형태, 보수지급방법 등에서 일반 근로자와는 다른 특별한 형태의 노무공급자를 이른바 ‘특수고용관계 종사자’라고 칭하고 있으며, 그 대표적인 예로 골프장 경기보조원, 보험모집인, 학습지교사 등이 있다.

노동법상의 근로자 여부를 판단하는 기준인 사용종속관계를 엄격하게 판단하고 있는 현행 판례 하에서 특수고용관계 종사자는 많은 경우 노동법상의 지위가 부인되고 있어서 노동법적 보호의 사각지대에 놓여 있다. 특수고용관계 종사자들은 그 이용자와의 관계에서 경제적 종속이나 조직적 종속의 측면이 존재하고 있고, 독자적인 시장접근성이나 사업자성을 인정하기 어려운 측면이 병존하고 있기 때문에 이들에 대한 법적 보호의 방안이 현안과제로 대두되고 있다.

법적 보호의 방안과 관련된 그 동안 논의는 근기법상의 근로자성 인정방안, 준근로자성 인정방안, 노조법상 근로자성 인정방안, 경제법리에 의한 해결방안으로 압축되고 있다. 이 글에서는 노동법 차원에서 접근할 때 바람직한 보호의 방향을 어떻게 설정할 수 있는가를 모색하고자 한다. 이하에서는 근로계약과 구별되는 노무공급계약의 유형과 특징, 현행 노동법상의 근로자 개념과 일반적 판단기준, 특수고용관계 종사자의 현행 노동법상의 지위, 주요 외국에서의 특수고용관계 규율 방식, 특수고용관계 종사자의 보호를 위한 제도적 개선방향의 순으로 고찰하고자 한다.

II. 근로계약과 구별되는 노무공급계약의 유형과 특징

타인의 노무를 이용하는 것을 목적으로 하는 계약을 총칭하여 흔히 노무공급계약이라고 말한다. 근로기준법상의 근로계약과 민법상의 고용계약·도급계약·위임계약은 모두 노무공급계약에 해당한다. 노무공급계약 가운데에서 어떠한 유형의 계약에 해당하는가에 따라 계약당사자의 의무와 책임은 달라진다. 따라서 근로계약과 구별되는 노무공급계약의 유형과 특징을 살펴 볼 필요가 있다.

1. 고용계약

고용계약은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 발생하는 계약이다(민법 제655조). 고용계약은 ‘노무의 제공’ 그 자체를 계약의 목적으로 하고 있다는 점에서 ‘일의 완성’을 목적으로 하는 도급계약이나 ‘사무의 처리’를 목적으로 하는 위임계약과는 그 성질을 달리한다. 고용계약은 근로계약과 본질적으로 그 성질을 달리하는 별개의 노무공급계약에 해당하는가에 관해서 견해의 차이가 존재한다. 민법학계에서는 일반적으로 양자의 동일성을 인정한다. 고용계약도 노무제공자의 종속적 지위를 전제로 하고 있다고 보고 있기 때문이다.¹⁾ 한편, 노동법학계에서도 양자의 동일성을 인정하는 견해²⁾

1) 박윤직(편집대표), 『民法注解』 제XV권, 채권(8), 박영사, 1999, 304면 참조. “노무자에 의해 제공된 노무를 어떠한 목적으로 어떠한 방법으로 사용하여 어떠한 결과를 가져올 것인가라고 하는 것은 전적으로 사용자의 권한에 속한다고 하겠다. 따라서 사용자는 노무제공자를 지휘·감독하는 권한을 가지게 되고, 그 결과 노무자는 자주성과 독립성을 상실하여 사용자에 대하여 종속적인 지위를 가지게 된다.”

2) 이병태, 『최신 노동법』, 중앙경제, 2001, 590~591쪽 참조. 동 저자에 의하면,

가 있지만, 일반적으로는 근로계약의 독자성³⁾을 강조한다.

민법과 노동법은 그 존재의 이념과 규율방법에서 차이가 있다는 점, 고용계약과 근로계약을 동일한 것으로 파악한다면 굳이 근로기준법에서 근로계약에 관한 별도의 정의규정을 둔 입법취지가 무엇인지 설명하기 곤란하다는 점, 근로기준법상의 근로계약관계가 부정된다고 하더라도 집단적 노동법상의 보호(즉, 노동3권의 보장)가 전적으로 배제되는 것은 아니기 때문에 ‘근로계약관계의 부정=민법상의 고용계약관계에 의한 규율’로 단정할 수는 없는 점, 고용계약이 전제로 삼고 있는 종속성의 구체적 내용이 무엇이며 노동법에서 논하고 있는 종속성과 동일한 것인지 아니면 차이가 있는 것인지에 대하여 민법학에서의 논의가 아직 충분치 못하다는 점 등에 비추어 볼 때 근로계약은 고용계약과 구별되는 노무공급계약으로 보아야 할 것이다.

2. 도급계약

도급계약은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약이다(민법 제664조). 고용계약이나 근로계약과 달리 도

“현대 민법학에서는 고용에서 종속성을 인정하고 이를 보호하여야 한다는 의지를 표시하는 이상 근기법의 보호대상이 되지 않는 근로자보호를 위해서는 굳이 이를 부정할 필요는 없다고 본다. …… 우리 민법에서는 유상위임을 비롯한 독립적 고용을 고용계약에서 배제하여 고용계약은 종속적 고용만을 계약의 목적으로 하고 있다고 본다면 구태여 양 계약을 성질상 다른 것이라고 볼 것은 아니다 라고 본다.”

- 3) 임종률, 『노동법』 제3판, 박영사, 2002, 306~307쪽 참조. 동 저자에 의하면, “근로계약은 민법상의 ‘고용’계약에 해당하는 경우가 대부분이지만 그것과 반드시 일치하는 것은 아니고, ‘도급’ 또는 ‘위임’의 형식을 취하는 노무공급계약일 수도 있고 또 민법상의 고용·도급 또는 위임의 계약형식을 취하지 않는 비전형의 노무공급계약일 수도 있다. 사업 또는 사업장이 아닌 곳에서의 계약, 동거의 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장에서의 친족 또는 가사사용인 등에 관한 계약은 민법상 ‘고용’계약임에는 틀림이 없지만 근로계약이라고 볼 수 없을 것이다.”

4 특수고용관계 종사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근

급계약은 노무제공 그 자체를 계약의 목적으로 하지 않는다. 약정된 ‘일의 완성’이라는 결과가 발생하여야 계약의 목적이 달성된다. 따라서 어떠한 방법으로 일을 완성할 것인가 하는 점은 전적으로 수급인의 권한과 재량에 속하는 사항이다. 그리고 일의 완성 이전에 발생하는 위험도 전적으로 수급인 스스로 부담한다. 수급인이 노무를 제공하였다고 하더라도 일의 완성이라는 결과가 발생하지 않으면 수급인은 도급인에게 보수를 청구할 수 없다.⁴⁾

3. 위임계약

위임계약은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생기는 계약이다(민법 제680조). 위임계약은 위임인이 위탁하는 일정한 사무의 처리(예컨대, 소송사건의 해결, 병의 치료 등)를 그 목적으로 한다. 그러나 위임은 사무가 처리되어 일정한 결과를 얻는 것(소송에서의 승소, 병의 치유 등) 자체를 목적으로 하지 않는다는 점에서 ‘일의 완성’을 목적으로 하는 도급과 구별된다. 그리고 도중에 위임이 종료되더라도 수임인은 이미 수행한 부분에 상응하는 보수를 받을 수 있다.⁵⁾ 한편, 위임은 노무의 제공 그 자체를 목적으로 하는 것도 아니라는 점에서 고용계약이나 근로계약과 차이가 있다. 위임은 위탁된 목적을 위하여 사무를 처리하는 것이고, 그 목적의 범위 내에서 수임인은 재량권을 갖는다.⁶⁾

4) 민법 제665조에 의하면 보수는 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급하여야 하지만 목적물의 인도를 요하지 아니하는 경우에는 그 일을 완성한 후 지체없이 지급하여야 한다.

5) 민법 제686조 제3항에 의하면 수임인이 위임사무를 처리하는 중에 수임인의 책임없는 사유로 인하여 위임이 종료된 때에는 수임인은 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다.

6) 그러나 수임인이 갖는 재량권에는 한계가 있다. 민법 제682조 제1항에 의하면 수임인은 위임인의 승낙이나 부득이한 사유없이 제3자로 하여금 자기에 갈음하여 위임사무를 처리하게 하지 못한다.

Ⅲ. 현행 노동법상의 근로자개념과 일반적 판단기준

현행 노동법에서 근로자의 개념에 대하여 근로기준법과 노동조합및 노동관계조정법(이하 노조법이라 함)은 각기 다른 규정을 두고 있다. 근로기준법 제14조에 의하면 근로자는 ‘직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’를 말한다. 노조법 제2조 1호에 의하면 근로자는 ‘직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’를 말한다.

1. 근로기준법상의 근로자

근로기준법은 근로조건의 최저기준을 정하여 이를 강제하고 그 위반에 대해서는 처벌하는 것을 통해 근로자의 기본적 생활을 보장·향상하는 것을 목적으로 한다. 따라서 근로기준법상의 근로자 개념은 근로기준법뿐만 아니라 그 밖의 개별적 근로관계법의 적용대상이 되는 근로자의 범위를 결정하는 기준으로 기능하고 있다.

대법원 1994년 12월 9일 선고 94다22859 판결을 통해 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 일반적 기준이 제시되었다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서는 사용자

6 특수고용관계 중사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근

로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공 관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. (대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결)

대법원은 계약의 형식에 관계없이 사용종속관계의 유무에 의해 근로자성 여부를 판단하고 있고, 사용종속관계의 구체적 판단요소로서 채택하고 있는 사항들은 다음과 같이 구분하여 정리할 수 있다.

그런데 판례는 위에서 언급하고 있는 여러 가지 요소들을 종합적으로 고려하여 근로자 여부를 판단하여야 한다고 말하고 있지만, 어떠한 요소들이 핵심적이고 본질적인 사항들인가에 관해서는 언급하고 있지 않다. 그렇지만 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이

사용종속관계의 구체적 판단요소(판례상의 기준)	
노무제공방식	<ul style="list-style-type: none"> · 업무내용 결정 등 구체적·개별적 지휘감독 유무 · 근무시간 및 장소의 지정 여부 및 그에 대한 구속성 유무 · 근로제공의 대체성 여부 · 작업도구 등의 소유(부담)관계
보 수	<ul style="list-style-type: none"> · 근로제공 자체의 대상성 여부 · 기본급, 고정급의 유무
사업조직에의 결합성	<ul style="list-style-type: none"> · 취업규칙, 복무(인사)규정 등의 적용 여부 · 근로제공관계의 계속성 · 사용자에게 전속성의 유무와 정도
법령상의 지위 등 기타 요소	<ul style="list-style-type: none"> · 근로소득세의 원천징수 여부 · 사회보장제도 등 여타 법령상의 근로자 지위 인정 여부 · 양 당사자의 경제·사회적 조건

그 실질에 있어 사용종속관계 유무를 판단하여야 한다는 점을 제시하고 있기 때문에 근로자 여부는 계약당사자들의 의사에 의해 좌우되는 것이 아니라 근로제공이 이루어지는 사실상의 조건에 의해 결정된다는 입장을 취하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 사용자의 의사에 의해 좌우될 수 있는 요소(예컨대, 기본급 유무)는 사용종속관계의 유무를 판단하는 본질적 징표로 보기 어렵다. 또한 근로기준법상의 근로자성 인정 여부에 따라 기타 법령의 적용 여부가 좌우되는 요소(예컨대, 사회보장제도상의 근로자 지위 인정 여부), 근로기준법과는 입법의 취지를 달리하는 법률에서의 취급실태에 관한 요소(예컨대, 근로소득세의 원천징수 여부)도 본질적 징표로 보기 어렵다. 결국 노무제공방식 및 사업조직에의 결합성에 속하는 요소들이 본질적 징표에 해당하는 것으로 해석할 수 있다.

2. 노조법상의 근로자

노조법은 노동3권의 보장을 통한 근로조건을 유지개선 및 근로자의 사회경제적 지위향상을 목적으로 한다. 따라서 노조법상의 근로자 개념은 노동3권을 향유할 수 있는 자의 범위를 결정하기 위한 기준으로 기능한다. 학설의 대부분은 근로기준법상의 근로자 개념과 노조법상의 근로자 개념은 다른 것이며 후자에는 현실적으로 취업하고 있지 않은 자도 포함된다는 점을 인정하고 있다. 그러나 판례의 지배적 입장은 양자를 동일한 것으로 파악하고 있다. 즉, 사용자와의 사이에 근로계약관계 내지 사용종속관계가 없다면 노조법상의 근로자에 해당하지 않는다는 것이 판례의 지배적 입장이다.

대법원은 1992. 5. 26. 선고 90누9438 판결에서 근로자와 사용자 사이에는 고용에 따른 종속관계가 있어야 하고 이러한 관계가 없는 자는 노조법이 정하는 적법한 노동조합을 조직할 수 없다고 보았다. 그런데 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결(유성관광개발컨트리클럽 사건)에서는 노조법상의 근로자 개념을 어느 정도 넓게 파악하고 있다. 즉, 노조법상의 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종

사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 하면서 특히 캐디 피는 근기법상의 임금이라고 단정하기는 어렵지만 캐디가 회사에 의하여 선발되어 채용될 때 캐디와 회사 사이에 캐디는 회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무제공을 하기로 하고 그 대가로 회사로부터 캐디 피로써 1경기당 일정한 금원인 금 5천원을 지급받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근사하다고 보이므로 캐디 피를 노조법 소정의 ‘기타 이에 준하는 수입’으로 못 볼 바도 아니라고 판단하였다.

한편, 하급심 판결이기는 하지만 레미콘 운전기사가 노조법상의 근로자에 해당하는가 여부가 다투어졌던 사안(서울고법 2001. 12. 28 선고 2001라183 판결)에서는 “노동조합법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서도 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 임금 등을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 근로자인지 여부를 판단하는 기준인 사용종속성이나 근로의 대상성에 관한 판단에 있어서 근로기준법과 노동조합법 사이에 어떤 차이가 있다고 할 수 없으므로, 근로자가 담당하는 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고, 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며, 업무수행과정에 있어서도 근로자가 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로자체의 대상적(對象的) 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 사용종속성과 근로의 대상성 여부를 판단하여야 할 것이다”고 하고 있다.

IV. 특수고용관계 종사자의 현행 노동법상의 지위

1. 골프장 경기보조원

가. 판례의 입장과 검토

경기보조원(이하 캐디라 함)을 노동법상의 근로자로 인정한 판례⁷⁾가 있지만 노동법상의 근로자성을 부인하고 있는 것이 일반적 경향이다. 근로법상의 근로자성을 부인하는 근거로 판례⁸⁾는 ① 근로계약·고용계약 등 노무제공계약의 미체결, ② 경기보조업무의 골프장 시설 운영에 있어서 필요불가결성 부재, ③ 캐디 피의 근로대가성 부인(사용자에 의한 금품 미지급 및 봉사료 액수의 미결정), ④ 용역제공의 동등한 기회부여 차원의 순번제는 있으나 근로시간의 정함이 없음, ⑤ 휴업수당의 미지급, ⑥ 업무수행에 대한 구체적이고 직접적인 지휘·감독의 부재(캐디 마스터의 지휘·감독은 캐디관리 차원의 경기수칙 및 예절 교육에 불과함), ⑦ 근로소득세의 원천징수 부재, ⑧ 경기보조업무수행 행태에 대한 징계처분 부재(순번에서의 사실상 불이익은 존재) 등을 들고 있다.

노무제공방식에 관한 판단 요소들은 사용종속관계의 인정 여부와 관련된 본질적 사항으로서 근로제공방식에 대한 사용자의 지휘·감독성, 노무제공의 진속성 등을 파악하기 위한 기준에 해당한다. 근로시간에의 구속성 여부는 의무적인 노무제공의 시간대에 관한 결정 권한이 본질적으로 노무제공자에게 있는가 아니면 이를 수령하는 자에게 있는가에 초점이 있는 것이다. 캐디는 순번에 따라 노무를 제공하므로 이용객의 다소에 따라 노무제공의 시간대와 총량이 달라질 수밖에 없

7) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731판결.

8) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결.

10 특수고용관계 종사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근

골프장 경기보조원의 근기법상 근로자성 부인 근거 (판례)		
노무공급계약	· 계약체결 여부	×
노무제공방식	· 업무내용의 결정 등 구체적·개별적 지휘감독	×
	· 근무시간 및 장소의 지정 및 그에 대한 구속성	×
	· 노무제공의 대체성 여부	
	· 작업도구 등의 소유(부담)관계	
보 수	· 근로제공 자체의 대상성 여부	×
	· 기본급, 고정급의 유무	×
사업조직에의 결합성	· 취업규칙, 복무(인사)규정 등의 적용 여부 · 근로제공관계의 계속성 · 사용자에의 전속성의 유무와 정도	×
법령상의 지위 등 기타 요소	· 근로소득세의 원천징수 여부 · 사회보장제도 등 여타 법령상의 근로자 지위 · 양 당사자의 경제·사회적 조건	×

지만 노무제공 시간에 관한 결정 권한을 보유하고 있지 않다는 점에 대해서는 고려하고 있는지 의문이다. 그리고 노무제공의 대체성 여부, 작업도구 등의 부담관계에 대해서는 구체적으로 판단하고 있지 않다. 한편, 사업조직에의 결합성에 관한 판단 요소들 가운데에서도 근로제공관계의 계속성 및 사용자에의 전속성의 유무와 정도에 관하여 구체적으로 판단하고 있지 않다.

나. 행정해석⁹⁾

1) 근로자성을 인정한 예(근기 68207-1448, 2000. 5.13)

① 경기과에서 충원계획을 작성하여 회사 대표에게 보고 후 충원여

9) 노동부, 『근로기준법 질의회시집』(2000. 4~2000. 11), 2000, 10~13쪽.

부 결정하고, 캐디양성 학원에 캐디알선을 의뢰하여 서류심사와 면접을 통해 선발하며 교육실시 후 근무 배치함.

- ② 경기보조원 자치내규는 경기보조원들에게 의견을 수렴하여 회사에서 작성한 후 경기보조원들이 알아볼 수 있도록 게시하는 등 근로기준법상 취업규칙에 해당한다고 볼 수 있음.

- 자치내규의 내용에는 i)보조원 생활의 규범 및 제재, ii)코스에서의 보조원의 규범과 제재, iii)규정복장 착용의무, iv)기숙사 제공, v)불친절·근무태만 등에 대한 제재 등을 규정함.

- ③ 캐디의 근무태만과 무단결근, 규정된 봉사료를 초과요구하는 경우 등 불성실근무에 대한 제재는 자치내규에 정해진 바에 따라 행함.

- 경징계일 경우에는 보조원 총괄책임자(조장) 및 그 상급자(캐디마스터)가 행사.

- 중징계일 경우 징계위원회를 개최하여 의결하고 있으며, 징계위원회의 위원장은 캐디마스터(회사직원)임.

- ④ 캐디 피는 주변골프장 캐디 피를 참고하여 회사에서 결정(협회 권장 캐디 피가 정해짐).

- 자치내규에 캐디 피 외에 별도의 사례명목으로 금전수수를 할 수 없도록 규정하고 이를 위반할 경우에는 징계위원회에 회부하는 등 제재조치를 취함.

- 회사측에서 캐디 피에 대해 사실상 일정액을 받도록 직·간접적으로 규제하고 있다고 볼 수 있음.

- 캐디 피는 캐디의 노무제공대가를 B골프장 대신 내장객이 봉사료의 명목으로 지급하도록 관행화된 것이라고 볼 수 있으므로 사실상 임금의 성격으로 볼 수 있음.

- ⑤ 캐디마스터는 회사 소속직원으로서, 캐디교육 및 당일휴가를 제외한 캐디 휴가부여권을 가지고 있으며, 징계위원회 위원장으로서 징계권도 행사하고 있음.

12 특수고용관계 종사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근

따라서 상기 ①~⑤의 내용을 종합적으로 고려할 때 B골프장 캐디의 경우 회사측과 캐디간에는 실질적으로 지휘·감독을 받는 사용종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제14조의 근로자에 해당한다고 보는 것이 타당함.

2) 근로자성을 부정한 예 (근기 68207-1449, 2000. 5.13)

- ① 적정 캐디인원 부족시 조장회의에서 인원 충원의 필요성을 경기과에 제기하면 경기과에서 학원을 통하여 충원하나, 이는 골프장 시설을 이용하는 캐디의 인력수급관리차원에서 이루어지고 있음.
 - 근무배치는 조장회의에서 미리 결정된 순번에 따라 순환배치됨.
- ② 캐디가 직접·비밀·무기명 투표로 선출한 조장회의에서 자율근무규정을 제정하여 시행하고 있으며, 캐디의 관리 및 사실상의 통제는 조장회의를 통하여 자율적으로 이루어짐.
- ③ 근무대만, 무단결근 등 불성실 근무에 대하여는 조장회의에서 당사자를 출석시켜 소명을 들은 이후 자율근무규정에 정한 제재의 방법에 따라 자율적으로 시행하고 있음.
- ④ 캐디 피는 조장회의를 통하여 결정(1인보조 40,000원, 2인보조 50,000원)함.
 - 일부 캐디의 경우 자율근무규정에 의한 소정의 캐디 피 이외에 묵시적 관행에 의하여 추가 캐디 피를 지급받고 있으며 이에 대한 제재는 없으며
 - 캐디 피를 자율적으로 결정할 뿐만 아니라 회사에서 직·간접적으로 규제하는 바가 없으므로 근로기준법상의 임금이라고 볼 수 없음.
- ⑤ 캐디마스터는 없고 모든 것은 캐디조장회의를 통하여 자율적으로 행해지고 있으며, 경기운영사항만을 경기과에서 지원함.
 - 경기과는 캐디의 업무내용이나 업무수행방법에 관한 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 하는 것이 아니고 그 시설을 이

용하여 노무를 제공하는 캐디를 지원하기 위하여 회사측의 공지사항(휴장일정, 개장시기 조정), 기타 고객에 대한 응대 요령, 친절교육 등을 행하는데 불과함.

따라서 상기 ①~⑤의 내용을 종합적으로 고려할 때 Y골프장 캐디의 경우 회사측의 관여없이 자율적으로 단체생활을 위한 자율근무규정을 제정하고 그에 따르는 바 회사측과 캐디간에는 실질적으로 지휘·감독을 받는 종속적인 관계에 있다고 볼 수 없으며 캐디 또한 회사의 직·간접적 규제가 없어 임금성이 인정되지 않는 바, 근로기준법 제14조의 규정에 의한 근로자로 볼 수 없다고 사료됨.

2. 학습지교사

가. 판례의 입장

대법원은 학습지 제작·판매 회사와 업무위탁계약을 체결하여 회원모집 및 유지관리, 회비수금 등의 업무를 수행하고 실적에 따라 수수료를 지급받는 학습지교사의 근로자성을 부인하고 있다.¹⁰⁾ 그 근거로 ① 취업규칙 및 인사규정의 적용을 받는 일반사원 등과는 다른 별도의 관리규정의 적용, ② 통상적으로 1년을 단위로 하는 업무위탁계약의 체결 및 위탁업무의 수행, ③ 위탁업무수행과정에서의 업무내용·수행방법·업무수행 시간 등에 관한 구체적이고 직접적인 지휘·감독의 결여(위탁업무실적의 독려 등을 위한 최소한의 지시·교육만이 존재), ④ 회비의 수금실적에 따른 수수료의 지급, ⑤ 관리규정상 출·퇴근시간이나 업무수행시간에 관한 규정 부재 및 자율·능력에 따라 위탁업무를 수행한 후 임의로 위탁업무 수행과정에서 이탈 가능, ⑥ 사업장 외부에서의 업무수행(주로 회원의 주거), ⑦ 일반 직원과 달리 완화된 다른 채용자격·기준 등의 적용 및 직원이 제출하지 않는 서

10) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결.

14 특수고용관계 종사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근

학습지교사의 근기법상 근로자성 부인 근거 (판례)		
노무공급계약	· 계약체결 여부	1년 단위 위탁계약체결
노무제공방식	· 업무내용의 결정 등 구체적·개별적 지휘감독 · 근무시간·장소의 지정 및 그에 대한 구속성 · 노무제공의 대체성 여부 · 작업도구 등의 소유(부담)관계	× ×
보 수	· 근로제공 자체의 대상성 여부 · 기본급, 고정급의 유무	× ×
사업조직에의 결합성	· 취업규칙, 복무(인사)규정 등의 적용 여부 · 근로제공관계의 계속성 · 사용자에의 전속성의 유무와 정도	×(별도규정) ×(경업제한)
법령상의 지위 등 기타 요소	· 근로소득세의 원천징수 여부 · 사회보장제도 등 여타 법령상의 근로자 지위 · 양 당사자의 경제·사회적 조건	× ×

류 제출(사업계획서, 재산세납입증명서), ⑧ 경업이나 동종의 경쟁업체를 제외한 다른 업종에의 근무 또는 자신명의의 영업활동의 미제한, ⑨ 회사의 복무질서 위반행위 등에 관한 징계규정을 두지 않고 관리규정에 위탁계약의 해촉사유만 규정, ⑩ 사업자등록에 다른 사업소득세의 납부 및 지역의료보험조합에의 임의가입 등을 들고 있다.

나. 판례의 검토

노무공급계약의 체결 여부에 대하여 계약의 형식에 관계없이 실질적으로 사용종속관계의 유무를 판단하여야 한다는 점을 일반기준으로 제시하면서도 통상 1년 단위의 위탁업무계약이 체결되고 있다는 점을 근로자성 부인의 근거로 들고 있다.

노무제공의 방식에 관한 사항에서 노무제공의 대체 가능 여부 및 작업도구 등의 부담관계에 대한 판단이 결여되고 있다. 근로시간 및

장소는 본질적으로 노무제공자인 학습지교사의 재량에 의한 결정 사항이라기 보다는 업무의 성격상 회원의 사정과 편의가 고려되어 사전에 정해지거나 경우에 따라 변경될 수 있는 사항이라는 점이 고려되고 있지 않다. 학습지교사가 담당하는 회원관리지역의 결정 및 변경권한이 학습지교사 본인에게 있는지 여부도 판단되고 있지 않다. 업무내용 및 그 수행방법도 학습지회사가 제작한 교재와 그에 다른 교육기법을 벗어나지 않는 한도 내에서 교사의 재량성이 인정되는 측면이 강하다. 종속관계는 근로제공과정에서의 기술적 독립성과 양립 가능하기 때문에 노무제공자가 자신의 노무를 제공하는 과정에서 기술적으로 일정 정도의 재량을 갖는다고 하여 그것이 근로자성을 전적으로 부인하는 결정적인 근거로 기능하는 것으로 파악하기는 어렵다.

사업조직에의 결합성에 관해서 살펴볼 때 학습지교사에게 별도로 적용되는 관리규정이 존재함에도 불구하고 정규직 사원에게 적용되는 취업규칙과는 다르다는 이유로 근로자성을 부인하는 논거로 삼고 있다. 근로기준법 시행령에 의하면 사용자는 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 통상근로자에게 적용되는 취업규칙과 별도로 작성할 수 있다고 규정하고 있는 바 직종을 달리하는 자에 대한 별도의 규칙이 작성되고 있다고 하더라도 그 문서의 성격을 취업규칙이 아니라고 볼 수 있는 것인지 의문이다. 그리고 계약갱신의 실태 등을 고려한 근로제공관계의 계속성에 대한 판단이 간과되고 있고, 동일 업종에의 점업을 제한하고 있음에도 사용자에의 전속성을 부인하고 있는 점을 납득하기 어렵다.

3. 보험모집인

가. 판례의 입장

대법원은 생명보험계약 체결의 중개와 보험료수금 및 그 수반업무를 대행하는 보험모집인의 근로자성을 부인하였다.¹¹⁾ 그 근거로 ① 위촉계약의 체결, ② 보험모집인에 대한 별도의 규정 존재, ③ 보험모

16 특수고용관계 종사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근

집인의 자격에 대한 특별한 제한 및 전형절차 부재, ③ 징계에 관한 규정은 없이 계약해지에 해당하는 ‘해촉’에 관한 규정만 존재, ④ 조 회·석회에의 참석의무 부재(보험계약 실적이 좋을 경우 조 회, 석회시 간 불참에 따른 별다른 불이익은 없었음), ⑤ 조 회, 석회시의 교육·실적확인 은 수탁업무의 원활한 수행을 위한 교육과 최소한의 지시에 불과, ⑥ 보험계약 실적에 따른 수당의 지급(정해진 실적미달시 기본 수당 미지급), ⑦ 법률(보험업법 제148조 제2항)에 의한 경업금지의 제한이 있으나 다른 영업종사에 대한 제한의 부재 및 사실상 가능, ⑧ 타인의 노동력의 이용 등 업무수행방식에 대한 제한 부재, ⑨ 업무수 행과정에서의 임의 이탈 가능, ⑩ 사업소득세의 원천징수 및 사회보험 의 미적용 등을 들고 있다.

나. 판례의 검토

캐디 및 학습지교사와 달리 보험모집인의 근로자성 여부에 대하여

보험모집인의 근기법상 근로자성 부인 근거 (판례)		
노무공급계약	· 계약체결 여부	위촉계약체결
노무제공방식	· 업무내용의 결정 등 구체적·개별적 지휘감독	×
	· 근무시간·장소의 지정 및 그에 대한 구속성	×
	· 노무제공의 대체성 여부	○
	· 작업도구 등의 소유(부담)관계	
보 수	· 근로제공 자체의 대상성 여부	×
	· 기본급, 고정급의 유무	×
사업조직에의 결합성	· 취업규칙, 복무(인사)규정 등의 적용 여부	×(별도규정)
	· 근로제공관계의 계속성	
	· 사용자에의 전속성의 유무와 정도	×(경업제한)
법령상의 지위 등 기타 요소	· 근로소득세의 원천징수 여부	×
	· 사회보장제도 등 여타 법령상의 근로자 지위	×
	· 양 당사자의 경제·사회적 조건	

11) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결.

대법원은 노무제공의 대체성, 사용자에게의 전속성에 대하여 구체적으로 판단하고 있다.

보험모집인의 경우에는 캐디나 학습지교사에 비하여 근로시간 및 근로장소의 결정에서 본인 재량성이 상대적으로 크다고 볼 수 있다.

V. 주요 외국에서의 특수고용관계 규율방식

1. 독 일

독일의 경우 근로자성 여부는 전통적으로 인적 종속성을 중심으로 하여 판단되었다. 다만, 개별 법률에서는 경제적 종속성을 고려하여 근로자와 유사한 자에 대하여 일정한 노동법적 보호를 행하고 있다.

가. 근로자성 판단기준

독일에서는 근로자의 개념에 관한 입법적 정의규정은 존재하지 않고 종속노동론에 기초한 판례법리에 의해 규율되어 왔다. 근로계약과 고용계약이라는 개념이 반드시 일치하는 것은 아니지만 노무제공의 독립성이 결여되어 있는 경우, 즉 노무를 제공함에 있어서 인적 종속성이 있는 경우를 근로계약의 특징으로 파악하였다.

어떤 자가 노무를 독립영업자로서 제공하는가 아니면 비독립적인 관계에서 제공하는가를 쉽게 판단할 수 없는 경우가 발생한다. 다만, 상법에서는 상업사용인과 대리상을 구별하고 있는데, 독립영업자는 ‘기본적 부분에서 자기의 활동을 자유로이 결정할 수 있고 근로시간을 자신이 결정할 수 있는 자’이다. 결정적인 것은 업무의 내용이지 당사자가 희망한 법적 효과와 실제로 업무내용에 대응하지 않는 계약의 명칭은 문제되지 않는다.

인적 종속성 여부에서 중요한 것은 노무를 제공하는 자의 경제적 종속성은 문제되지 않는다는 점이다. 인적으로 독립된 자는 비록 타인에게 경제적으로 종속되어 있다고 할지라도 근로자에 해당하지 않는다는 것이다.¹²⁾ 다만, 후술하는 바와 같이 개별 법률에서는 경제적 종속성을 이유로 근로자에 유사한 자에게까지 노동법의 적용을 확대하

는 방식을 취하고 있기는 하다.

법원은 전통적으로 인적 종속성을 일반적 기준으로 삼았지만 점점 많은 인력들이 자신의 업무수행방식과 시기를 결정하는 데 있어서 재량권을 가지게 됨에 따라 보호필요성이라는 관점에서 인적 종속성을 완화하기 위한 여러 가지 판단요소들을 확장시킴으로써 근로자의 인정범위를 확대하는 시도를 행하였다.

나. 법률에 의한 ‘유사근로자’ 개념 도입

근로자와 독립영업자의 중간 영역에 존재하는 노무공급자, 즉 인적 종속성이 존재하지 않아 근로자로 볼 수 없지만 경제적으로 종속되어 독립영업자로 보기 곤란한 자에 대하여 ‘근로자와 유사한 자’(Arbeitnehmerähnlichen)의 개념을 입법적으로 도입하여 몇 가지 노동법상의 보호(노동법원에 의한 분쟁해결, 연차유급휴가권, 단체협약 체결권 등)를 인정하고 있다. 즉, 단체협약법 제12조 (a)에서는 ‘근로자와 유사한 자’에 대하여 “경제적으로 종속되어 있고, 근로자와 마찬가지로 사회적 보호의 필요성이 있는 자로서 고용계약 또는 도급계약에 의하여 타인을 위하여 활동하고 노무의 제공을 직접적으로 그리고 다른 근로자들과 협력없이 수행하며 통상 1인을 위하여 활동하는 자 또는 평균적으로 수입의 절반 이상을 1인으로부터 확보하고 있는 자(이를 판단하기 곤란한 경우에는 단체협약에 특별한 규정이 없는 한 최종 6개월간을, 활동기간이 6개월 미만인 경우에는 활동기간을 기준으로 함)”라고 규정하고 있다. 또한 예술·학문 또는 언론분야에서 노무를 제공하는 자와 이러한 활동에 직접적으로, 특히 기술적으로 참여하고 있는 자로서 특정인으로부터 취득한 자신의 평균수입이 절반에 미치지 못하지만 3분의 1 이상인 자의 경우도 유사근로자에 포함된다. 그렇지만 상법상의 상업사용인은 이에 포함되지 않는다.

유사근로자와 그 상대방과의 분쟁은 노동법원에 의해 해결되며(노

12) Manfred Löwisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Werner-Verlag, 1991의 일본서 번역판 西谷敏 外 3人譯, 『現代ドイツ労働法』, 法律文化社, 1995, 3쪽 참조.

동법원법 제5조), 연차휴가와 휴일의 경우에는 일반근로자와 동일한 취급을 하며(연방휴가법 제2조), 유사근로자의 근로조건은 단체협약에 의해 규율될 수 있고(단체협약법 제12조 (a)), 직장에서의 성적인 부담에 대한 보호를 향유하고 있다(직장내 성적 부담에 대한 근로자보호법 제1조 제2항).

유사근로자에 포함되는 자로서 단독으로 또는 가족과 더불어 혹은 2인 이하의 보조자와 함께 위탁에 기초하여 가내에서 제품을 생산, 가공, 포장하거나 기타의 영업을 영위하더라도 노동성과의 이용은 사용자에게 위임되고 있는 가내근로자와 가내공업자가 있다. 이러한 자들에 대해서는 가내근로법(HAG)이 특별한 보호규정을 두고 있다. 동법에 의하면, 이러한 자들은 단체협약을 체결할 수 있다. 노동조합 및 위탁자단체가 존재하지 않는 경우 행정관청에 의해 설치된 가내근로위원회가 가내근로자·가내공업자와 위탁자간의 계약관계를 위하여 공임과 기타의 계약조건을 결정할 수 있다. 계약관계의 해지에 관한 최저기간도 설정되고 있다. 한편, 가내근로자·가내공업자와 위탁자간에 중간인이 개입하고 있는 경우에 위탁자가 중간인에 의한 공임지불이 충분하지 않음을 알 수 있었던 경우 또는 공임을 지불한 상대방의 중간인을 신뢰할 수 없음을 알고 있거나 알 수 있었던 경우 그 중간인과 더불어 가내근로자에 대하여 공임지불의 책임을 부담하여야 한다.

다. 소 결

독일에서는 근로자에 해당하는가 여부를 판단하기 위한 판례상의 기준이 확립·발전되었을 뿐만 아니라 여러 노동관계법률에서 유사근로자라고 하는 새로운 개념을 도입함으로써 부분적인 노동법상의 보호를 행하고 있다는 점이 특징이라고 말할 수 있다.

우선, 전통적으로 근로자성 여부는 인적 종속성을 기준으로 하여 판단되었고 경제적 종속성은 주된 고려대상이 되지 않았다. 독립영업(사업)자의 경우에도 넓은 의미의 경제적 종속성은 존재할 수 있기 때문이다.

그렇지만 입법에 의해 경제적 종속성이 고려되고 있다. 유사근로자의 개념이 설정된 이유가 바로 그러하다. 경제적 종속성 및 그에 따른 사회적 보호의 필요성을 인정하기 위한 객관적인 기준의 하나로 통상 1인을 위하여 활동하는 자가 아닌 경우에는 평균수입의 일정액 이상(1/2 또는 1/3)을 1인으로부터 획득하는가 여부를 법적 기준으로 삼고 있다. 즉, 통상적으로 복수의 사용자를 상대로 하여 노무를 제공하는 자는 소득의 상당부분을 특정인에게 의존하는 경우에 경제적 종속성을 인정하고 있는 것이다. 한편, 유사근로자로 인정되더라도 일반 근로자와는 달리 노동법상의 보호는 부분적으로 이루어진다.

2. 프랑스

프랑스의 경우 근로자 또는 근로계약의 개념에 관하여 입법적으로 규정하고 있는 바가 없다. 근로자에 해당하는가 여부는 노무를 제공하는 자와 이를 수령하는 자 사이의 계약이 근로계약에 해당하는가에 관한 판단의 문제로 보고 있다. 근로계약에 해당하면 근로자로서 인정되는 것이다. 그리고 이러한 근로계약의 해당 여부에 관한 판단은 기본적으로 노동법 및 사회보장법의 적용대상자를 확정하기 위한 문제로 제기되어 왔고, 오랜 기간에 걸쳐 축적된 판례법리에 의해 그 판단 기준이 확립되었다.

근로계약 해당 여부를 판단함에 있어서 가장 중요한 기준이 되는 것은 종속관계의 인정 여부이다. 이러한 종속관계를 프랑스에서는 ‘법적 종속’(subordination juridique)이라고 부른다. ‘법적 종속’은 ‘경제적 종속’(subordination économique)과는 구별되는 개념이고, 판례는 근로계약에 해당하는가 여부를 판단하기 위한 기준으로 경제적 종속이라는 개념을 채택하고 있지 않다.

그렇지만 특정 노무공급자의 경제적 종속을 입법적으로 고려하고 있다. 엄밀하게 법적 종속관계가 인정되지 않지만 경제적 종속관계가 인정될 수 있는 특수고용관계를 맺고 있는 노무공급자에 대하여 입법적으로 근로자성을 인정하거나 근로자성을 추정함으로써 일정한 보호

를 행하고 있다. 그리고 특수고용관계에 해당하는 자의 근로조건 등에 관한 특칙을 규정하고 있다. 이러한 특칙은 일반 근로자들에게 인정되는 근로조건을 일부 변형하여 적용하거나 그 적용을 배제하는 것을 주된 내용으로 한다.

요컨대, 프랑스에서도 근로자에 해당하는가 여부를 판단하기 위한 판례법상의 기준이 확립되어 있지만, 근로자에 유사한 지위를 갖는 자(이른바 ‘유사근로자’ 또는 ‘준근로자’)에 대한 통일적인 개념 정의를 판례 또는 입법상으로 정하고 있지는 않으며, 다만 입법에 의해 특수고용관계의 유형별로 그에 필요한 보호와 규제를 가하는 실용적인 접근법을 취하고 있다고 평가할 수 있다.

가. 근로자성 판단기준

1) 근로자성 여부에 관한 실질적 판단

이미 앞에서 언급하였듯이 프랑스 노동법전(Code du travail)¹³⁾은 근로자 및 근로계약에 관한 정의규정을 두고 있지 않고, 근로자에 해당하는가 여부는 노무제공자와 그 수령자 사이에 근로계약(contrat de travail)이 존재하는가 여부에 의하여 판단한다.

판례에 의하면, “근로계약의 존부는 계약당사자들의 의사 또는 계약 형식(즉, 계약명칭)에 의해 좌우되는 것이 아니라 노무제공이 이루어

13) 프랑스에서는 제·개정되는 모든 노동관계 법률 및 시행령은 노동법전으로 편입된다. 조문번호 앞에는 “L”이나 “R” 또는 “D”가 표시되는데 “L”은 법률(Loi)을 뜻하고, “R”이나 “D”는 시행령을 의미하게 된다. 노동법전은 권(livre), 편(titre), 장(chapitre), 절(section) 등의 항목으로 분류하여 노동관계 법률이나 시행령상의 내용을 해당 항목의 조문으로 배열하고 있다. 노동법전은 제1권~제9권으로 구성되어 있는데, 제1권은 노동관계약정, 제2권은 노동규율, 제3권은 직업소개 및 고용(placement et emploi), 제4권은 직업단체·근로자대표·근로자이익참가, 제5권은 노동분쟁, 제6권은 노동법령적용의 감독, 제7권은 특정 직업에 특수한 규율, 제8권은 해외영토에 적용되는 특별규정, 제9권은 평생교육의 일환으로서의 계속직업교육훈련에 관한 내용을 규정하고 있다.

지는 사실상의 조건에 의해 결정”된다.¹⁴⁾ 즉, 근로자에 해당하는가 여부는 당사자 사이에 체결된 계약의 성격에 의해 판단되고, 그 계약의 성격이 근로계약인가 여부는 노무제공이 구체적으로 어떠한 조건 하에서 이루어지는가에 의해 결정되고 있다. 계약을 체결할 때의 계약당사자들의 의사는 중요한 고려요소가 되지 않는다. 근로계약 여부의 판단은 객관적으로 이루어지는 것이다. 비록 계약당사자들이 도급계약, 위임계약, 임대차계약 등을 의도하여 그에 따른 약정을 하였다고 하더라도 노무제공이 이루어지는 사실상의 조건에 의해 근로계약관계가 인정되면 근로자성이 인정되는 것이다. 근로계약의 본질적 특성상 계약당사자간의 불평등성이 전제될 수밖에 없기 때문에 계약당사자의 의사 또는 계약명칭 등 계약을 구성하는 주관적 요소는 근로계약 및 근로자 해당 여부에 관한 본질적인 판단기준으로 취급되지 않는 것으로 평가할 수 있다.

다른 한편, 프랑스 노동법전은 노동법의 적용을 의도적으로 회피하기 위한 위장계약(예컨대, 위장도급계약, 위장하청계약 등)의 경우에는 그에 대한 벌칙의 적용을 규정하고 있다(L.362-3조 이하).

2) 근로계약의 정의

근로자 여부에 대한 판단기준으로 기능하고 있는 근로계약이 무엇인가에 대하여 판례는 “일방 당사자가 타방 당사자를 위하여 그 종속 하에서 임금(rémunération)을 대가로 근로(travail)를 제공하는 것을 목적으로 하는 계약”이라고 말하고 있다. 이러한 정의에 따르면, 근로계약은 근로제공, 임금, 종속관계를 핵심적 지표로 하는 계약을 뜻한다.

가) 사용자를 위한 근로제공

근로제공은 사용자를 위하여 행해져야 한다. 그리고 이러한 근로제공은 본인에 의해 직접적으로 이루어져야 하고 다른 사람이 대신할

14) Cass. soc., 17 avril 1991, n°88-40. 121, Scarline c/ Sté Lalau(파기원 사회부, 1991년 4월 17일 판결, Scarline사건).

수 없는 전속적 성격을 가져야 한다. 근로계약은 근로제공의 비대체성을 특징으로 하는 것이다. 사용자를 위한 현실적 근로제공 존재 여부에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다.¹⁵⁾

나) 임 금

임금은 근로계약의 필수적 요소로 취급된다. 근로계약은 유상계약이므로 임금을 대가로 하지 아니하는 근로제공은 근로계약에 해당하지 아니한다. 특히 임금이 근로제공의 성과에 관계없이 시간에 의해 계산되는 경우(예컨대 시급, 일급, 주급, 월급 등)에는 종속관계를 강하게 반영하게 된다. 그렇지만 성과급이나 수수료의 형태로 보수가 지불된다고 해서 이것이 근로자성을 전적으로 부인하는 결정적 요소가 되는 것은 아니다.¹⁶⁾ 이익분배에의 참여 역시 근로자성을 전면적으로 부인하는 근거가 되는 것은 아니지만 손실부담에의 참여는 종속관계를 부인하는 근거가 된다.¹⁷⁾

다) 종속관계

종속관계는 근로계약의 본질적 특징에 해당한다. 종속관계는 근로자가 근로제공 과정에서 사용자에게 종속된다는 것을 의미한다. 판례는 종속관계의 특징을 “명령·지시하고 감독(통제)하며 위반에 대해 징계할 수 있는 권한을 갖고 있는 사용자 하에서의 근로제공”으로 파악하고 있다. 그리고 이러한 종속을 ‘법적 종속’이라 부르고 있고, ‘경제적 종속’과는 구별하고 있다. 전통적으로 프랑스 판례는 경제적 종속이라는 개념을 근로자성 여부의 판단기준으로 삼고 있지 않다. 종속관계를 판단하는 중요한 지표로 판례는 두 가지를 들고 있다. 하나는 ‘근로제공의 방식에 관하여 사용자가 지휘·감독을 행하는가’ 하는 점

15) Cass. soc., 13 octobre 1993, n°89-45. 622, BHV c/ Certain (파기원 사회부, 1993년 10월 13일 판결, BHV사건).

16) Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeamaud, Droit du travail, 20e éd., Dalloz, 2000, p.163.

17) Ibid.

이다. 다른 하나는 ‘노무제공에 필수적인 수단을 사용자가 제공하고 있는가’ 하는 점이다.

먼저, 사용자에 의한 지휘·감독권의 행사라는 측면을 살펴보고자 한다. 근로계약을 체결함으로써 근로자는 사용자의 처분 하에 자신을 두는 데에 동의하는 것이고, 결국 자신의 독립성의 일부를 사용자에게 양도하는 것을 수락하는 것이다. 근로자에게 독립성이 부재한다는 점을 보여주는 모든 사실적 요소들은 근로계약의 존재를 인정할 수 있는 강력한 증거가 된다. 근로제공과정에서 노무제공자가 누리는 자유의 정도가 크면 클수록 근로계약관계가 인정될 수 있는 여지는 적게 된다. 그리고 종속관계는 노무제공자가 근로시간, 취업장소 등 근로제공과정에 대한 사용자의 지휘·감독에의 복종을 그 특징으로 한다. 예컨대, 영업소의 관리인 본인이 제품을 관리하지 아니하고 본사가 직접 채용한 견습근로자와 일하면서 본사의 감독인의 통제에 따르고 있는 경우에는 비록 영업소 관리인과 본사 사이에 관리계약(*contrat de gérance*)이라는 이름의 계약이 체결되어 있다고 하더라도 근로자로 인정된다.¹⁸⁾ 택시 소유주인 택시회사와 택시임대차계약을 체결하여 택시의 사용에 대한 임차료를 지급하고 있는 택시기사라고 할지라도 임대차계약에서 규정된 여러 가지 조건들에 비추어 볼 때 임대인과의 관계에서 종속상태에 있는 경우에는 근로계약관계가 존재하는 것으로 인정된다.¹⁹⁾ 그렇지만 다른 한편, 종속관계는 근로제공과정에서의 기술적 독립성과 양립할 수 있다. 즉, 노무제공자가 자신의 노무를 제공하는 과정에서 기술적으로 일정 정도의 재량성을 갖는다고 하여서 근로자성이 전적으로 부인될 수 있는 결정적인 근거가 되는 것은 아니라는 점이다.

다음으로, 종속관계는 사용자에 의한 노무제공수단의 제공을 특징으로 한다. 독립적 노무제공자와는 달리 근로자는 노무를 제공함에 있

18) Cass. soc., 27 février 1997, n°93-46. 712, UCA c/ Dausch(파기원 사회부, 1997년 2월 27일 판결, UCA사건).

19) Cass. soc., 19 décembre 2000, n°98-40. 572, Labbane c/ bastille Taxis(파기원 사회부, 2000년 12월 19일 판결, Labbane사건).

어서 사용자가 제공하는 수단을 활용한다. 결국 근로자라고 하는 개념은 원칙적으로 자신에게 고유한 인적 및 물적 수단을 보유하지 않는다는 점을 전제로 하고 있는 것이다. 오랜 동안 판례는 노무제공자의 ‘조직체에의 통합’이라는 요소를 근로계약의 존재를 특징짓는 것으로 파악하였다. 그렇지만 현재 판례의 입장에 따르면, 이러한 요소는 근로계약 존재의 한 가지 징표는 될 수 있지만 그러한 요소 자체만으로는 근로계약의 존재가 인정될 수 있는 충분한 증거가 되지 못하고 있다.²⁰⁾ 비록 조직체에 통합되어 있다고 할지라도 사용자의 지휘감독 하에 있지 않는 경우에는 근로자로 인정되지 않는 것이다.

나. 특수고용관계법제의 주요 내용

노동법전 제7권(livre VII)에서는 특정 산업 및 직업에 적용되는 특칙을 규정하고 있다. 이하에서는 특정 직업에 대한 노동법전상의 규율 내용을 고찰하고자 한다. 그 대상이 되는 직업범주는 외무원·대리인·외판원, 채택근무자, 연예인·예술가, 모델, 공동주택의 수위·고용원, 가사사용인 등이다. 이들 직업범주에 해당하는 노무제공자들은 법에 의해 근로자성이 인정 또는 추정되고 있지만 일반 근로자의 근로조건과는 다른 특수성을 고려하여 각 직업범주에 고유한 규율들을 정하고 있다.

1) 외무원·대리인·외판원(VRP : voyageurs, représentants et placiers)

가) 개념 정의

VRP는 주문을 받을 목적으로 기업 외부에서 고객을 확보하는 것을 주된 활동으로 하는데 VRP의 업무는 ① 기존의 고객 또는 잠재 고객

20) Cass. soc., 13 novembre 1996, n°94-13. 187, Société Générale c/ URSSAF de la Haute-Garonne(파기원 사회부, 1996년 11월 13일 판결, Société Générale사건).

의 방문, ② 기업외부에서의 활동, ③ 주문의 획득 및 전달을 그 특징으로 한다. 노동법전 L.751-1조에서는 VRP가 아래의 4가지 사항에 해당하는 경우에는 VRP와 이를 사용하는 자 사이에 체결된 계약은 그 명시적 규정이나 침묵에 관계없이 근로계약에 해당한다고 규정하고 있다.

- 하나 또는 둘 이상의 사용자의 이익을 위하여 근로할 것
- 대리인(représentant)으로서의 직업을 사실상 배타적이고 항상적으로 행할 것
- 본인의 이익을 위하여 어떠한 상업적 활동을 실제로 행하지 않을 것
- 판매 또는 구매를 위한 재화 내지 용역의 종류, 활동지역 또는 방문하여야 할 고객의 범주, 보수율을 정하는 약정을 사용자와 맺을 것

위의 4가지 요건 가운데에서 특히 4번째 요건과 관련하여 활동지역이 특정되지 않는 경우에는 방문하여야 할 고객의 범주에 관한 충분한 약정이 있어야 하고, 만일 활동지역 및 고객범주가 정해지지 않은 경우에는 VRP의 지위가 인정되지 않는다. 그리고 다른 직업활동이나 본인을 위한 상업활동을 금지하는 계약상의 조항이 부재한다고 하여서 VRP의 지위가 부정되는 것은 아니다(노동법전 L.751-1조 제2항).

나) VRP에게 적용되는 특칙

VRP와 사용자간의 계약은 기간을 정하지 않고 또는 기간을 정하여 체결될 수 있지만 기간을 정하지 않는 경우에는 계약해지의 예고기간(délai-congé)을 정하여야 하고 이러한 예고기간은 최저 1개월에서 최고 3개월로 그 최저기준이 법정화되어 있다(노동법전 L.751-5조 제1항). 3개월을 초과하지 않는 범위 내에서 시용기간(période d'essai)을 설정할 수 있다(L.751-6조). 또한 계약기간 동안 다른 특정 상품의 취급을 금지하는 조항이나 계약종료 후 일정 기간동안의 경업금지조항(clause de non-concurrence)을 둘 수도 있다(노동법전 L.751-3조).

보수는 정해진 급료의 형태, 실현된 매출액에 비례하는 수수료의 형태, 급료 및 수수료의 혼합형태로 지불될 수 있다. 수수료가 지급되는 경우에는 적어도 3개월마다 정산되어야 한다(노동법전 L.751-12). 이러한 수수료는 임금으로서의 성격을 갖는다. 그렇지만 원칙적으로 최저임금에 관한 법은 VRP에게 적용되지 않는다. 근로시간에 관한 규정도 적용되지 않는다. 그러나 일반근로자와 마찬가지로 연차유급휴가권은 인정된다.

계약종료와 관련하여 살펴보면, 기간의 정함이 없는 계약의 경우에는 계약해지(해고)예고(1개월~3개월) 및 예고수당제도가 적용된다(노동법전 L.751-5조). 또한 계약종료시에는 일정한 요건 하에서 고객수당금(indemnité de clientèle)이 지급된다. 이러한 고객수당금은 ① 사용자가 기간의 정함이 없는 계약을 일방적으로 해지하고, 이러한 계약해지가 VRP의 중대한 과실(une faute grave)에 기인하지 않는 경우 또는 노동능력의 영구적인 완전한 상실을 초래하는 사고 내지 질병에 의해 계약이 해지되는 경우, ② 기간의 정함이 있는 계약(유기계약)이 기간만료 이전에 사용자에게 의해 해지되고 VRP의 중대한 과실에 기인하지 않는 경우 또는 기간이 만료된 계약이 갱신되지 않는 경우에 그 지급이 예정되고 있다(노동법전 L.751-9조). 다만, 이러한 고객수당금은 VRP가 본인의 활동·노력에 의해 고객을 새롭게 확보·증대하는 등 그 기여에 대한 보상적 성격으로 지급되는 것이고, 따라서 고객수당금은 임금의 성격을 갖지 않는다.

2) 재택근무자(travailleur à domicile)

가) 개념 정의

재택근무자는 다음의 요건을 충족하는 자이다.

- 하나 또는 둘 이상의 사업장의 이익을 위하여 일정한 보수를 대가로 하여 자신에게 직접적으로 부여되거나 중개인을 통해 부여된 업무를 수행할 것
- 주문자 사업장 외의 장소인 자신의 주거에서의 업무수행

- 일정한 보수의 수령 및 보수계산기준의 사전 결정 → 예컨대, 편집자가 만화가의 작품을 거부하고 합의된 보수와는 상이한 금액을 지급할 수 있는 경우에는 이러한 만화가는 재택근무자에 해당하지 않는다는 것이 판례의 입장이다.²¹⁾
- 독자적으로 업무를 수행하거나 자신의 배우자나 부양가족 또는 보조자 1인과 더불어 업무를 수행할 것

위의 요건을 충족하는 재택근무자는 일반 근로자에게 적용되는 법령상의 규정들의 적용을 받게 된다(노동법전 L.721-6조 제1항). 즉, 재택근무자의 근로자성이 법에 의해 인정되고 있다. 그리고 재택근무자에 해당하는가 여부를 판단함에 있어서는 다음의 사항은 고려대상이 되지 않는다(노동법전 L.721-1조 제2항).

- 재택근무자와 주문자 사이에 법적인 종속관계가 존재하는지 여부
- 재택근무자가 주문자의 즉각적이고도 통상적인 감독 하에서 근로하는지 여부
- 재택근무자가 일하는 장소 및 그가 사용하는 설비가 본인의 소유인지 여부
- 재택근무자 스스로가 부수적인 재료를 조달하는지 여부
- 근로가 이루어지는 시간량

즉, 재택근무자로 간주될 수 있는 요건을 충족하고 있으면 비록 법적인 종속관계가 인정되지 않더라도 근로자성을 법적으로 승인하고 있는 것이다. 이는 재택근무자의 경제적 종속성을 고려하여 입법에 의한 보호를 부여하려는 태도로 해석할 수 있다.

나) 재택근무자에게 적용되는 특칙

주문자는 노동법상 사용자에게 인정되는 일반적 의무 및 재택근무자의 사용과 관련한 특별한 의무를 부담하게 된다. 예컨대, 계약을 중

21) Cass. soc., 22 janvier 1981, n°79-12. 795, Sté Gallimard c/ Audin et a.(과기원 사회부, 1981년 1월 22일 판결, Gallimard사건).

료하는 경우에는 정당한 이유가 있어야 한다. 그리고 재택근무자의 사용개시 및 종료시에 근로감독관에게 신고할 의무가 있다(노동법전 L.721-7조).

재택근무자의 근로조건과 관련하여 일정한 특칙이 법에 의해 규정되고 있다. 우선, 시간외근로와 관련하여 주문자가 정한 기간으로 인해 재택근무자가 1일 8시간을 초과하는 근로를 하여야 하는 경우 초과하는 2시간에 대해서는 25%의 할증, 초과하는 3시간째부터는 50%의 할증률이 적용된다(노동법전 L.721-16조). 연차유급휴가와 관련하여 주문자는 총보수의 10%에 상응하는 수당을 보수지급기에 보수와 더불어 지급하여야 한다.

3) 연예인·예술가 등(artistes de spectacles)

1969년에 제정된 법률은 연예인·예술가와 후술하는 모델의 근로자성을 법적으로 추정하고 있다. 이러한 법적 추정에 의해 입증책임의 전환이 이루어지게 되었고, 근로자가 아니라는 점(즉, 종속관계가 없다는 점)은 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다.

가) 근로계약의 추정

개인(자연인) 또는 법인이 보수와 교환하여 제작을 위하여 연예인·예술가의 협력을 확보하기 위한 모든 계약은 근로계약으로 추정되고, 다만 연예인·예술가가 상업등기부(le registre du commerce)에 등기한 조건에 따라 계약의 대상이 된 활동을 행하는 경우에는 그러하지 아니하다(노동법전 L.762-1조 제1항).

이러한 근로계약의 추정은 보수의 지불방법, 보수액, 계약의 명칭에 불문하고 이루어진다. 또한 연예인·예술가가 자신의 기교를 자유롭게 표현할 수 있는 자유를 갖는다는 점, 사용하는 도구의 전부 또는 일부를 소유하고 있거나 자신이 직접 출연하는 때에 보조자를 고용한다는 점에 의해 이러한 추정이 번복되지 않는다(동조 제2항). 근로계약의 추정이 적용되는 연예인·예술가의 범위에 대하여 법은 예시적으로

오페라가수, 배우, 무용가, 음악가, 가수, 지휘자, 관현악편곡자 등을 열거하고 있다(동조 제3항).

근로계약의 추정은 반증에 의해 번복될 수 있다. 구체적인 사실관계에 비추어 사용종속관계(이른바 법적인 종속관계)가 인정되기 어려운 경우 예컨대, 대중적 인기가 높은 스타의 경우에는 근로자성을 인정하기 어렵게 된다.

나) 근로계약의 체결과 관련된 특칙

근로계약은 개개 당사자간에 체결되어야 한다. 그러나 동일한 흥행물에 출연하는 복수의 연예인·예술가들 또는 동일한 오케스트라에 소속된 복수의 연주자들의 경우에는 공통의 계약서를 체결할 수 있다(노동법전 L.762-1조 제4항).

공통의 계약서를 체결하는 경우 계약서에는 사용되는 모든 연예인·예술가들의 성명과 이들 각자의 보수액을 기재하여야 한다(동조 제5항).

이러한 근로계약은 계약서에 기재된 연예인·예술가 각인으로부터 위임을 받는 것을 조건으로 하여 1인이 계약서에 서명할 수 있다(동조 제6항).

다) 보수관련 특칙

연기·연주 등의 녹화·녹음의 판매·활용과 관련하여 사용자 또는 여타의 모든 이용자들이 연예인·예술가에게 지불하는 보수는 이러한 녹화·녹음을 활용함에 있어서 연예인·예술가의 신체적 활동이 별도로 요구되지 않고 그 보수가 녹화·녹음의 판매 또는 활용과 관련하여 지급되는 것인 한 임금으로 간주되지 않는다(노동법전 L.762-2조). 엄밀한 의미에서의 임금은 계약서에 규정되어 있고 연예인·예술가 본인의 신체적 활동(직접적 출연)에 대하여 지급되는 것에 국한된다. 따라서 이른바 로열티(저작권사용료)는 임금에 해당하지 않게 된다.

4) 모델(Mannequin)

가) 근로계약의 추정

모델의 경우에도 연예인·예술가와 마찬가지로 법에 의해 근로계약이 추정되고 있다. 즉, 개인(자연인) 또는 법인이 보수와 교환하여 모델의 협력을 확보하기 위한 모든 계약은 근로계약으로 추정된다(노동법전 L.763-1조 제1항). 보수액, 보수의 지불방법, 계약의 명칭에 불문하고 이러한 근로계약의 추정이 이루어지며, 모델이 그 업무수행에 있어서 완전한 행위의 자유를 보유한다는 증명에 의해 이러한 추정이 번복되지 않는다(동조 제2항).

나) 근로계약관련 특칙

모델업체와 모델간의 근로계약, 모델업체와 모델사용업체간의 계약은 서면으로 체결되어야 하고 법(시행령)이 정하는 일정한 사항에 대하여 반드시 명시하여야 한다(노동법전 L.763-4조 제1항). 모델업체와 모델간의 근로계약은 ① 모델업체와 모델사용업체간에 체결되는 모델사용계약서의 교부일, ② 단체협약의 적용과 관련한 모델의 직업자격, ③ 모델에게 지급되는 임금·보수의 금액 및 그 결정·지급방식, ④ 보충적 퇴직금고 및 모델업체가 속하고 있는 사회보장기관의 명칭과 주소, ⑤ 모델 녹화물의 판매·사용·재생산에 따른 보수지급의 조건을 명시하는 규정 등을 포함하여야 한다(노동법전 R.763-1조).

다) 보수관련 특칙

모델에게 지급되는 보수와 관련하여 모델활동 녹화물의 판매 또는 활용과 관련하여 사용자 또는 여타의 모든 이용자들이 모델에게 지불하는 보수는 이러한 녹화물의 활용을 위한 모델의 신체적 활동이 별도로 요구되지 않고 그 보수가 녹화물의 판매 또는 활용과 관련하여 지급되는 것인 한 임금으로 간주되지 않는다(노동법전 L.763-2조).

모델에게 지급되는 임금은 모델사용업체가 모델업체에게 지급하는 금액의 일정 비율 이상이어야 하고, 이러한 비율은 모델활용유형에 따

라 단체협약으로 정한다(노동법전 L.763-5조). 그리고 모델의 양성 및 관리를 위해 모델업체가 미리 부담한 비용은 모델에게 지급되는 임금 및 기타 금품의 20%를 넘지 않는 선에서 공제를 통한 비용회수가 가능하다(노동법전 L.763-6조 제2항).

라) 기타 근로조건관련 특칙

모델의 근로조건과 관련된 특칙을 살펴보면, 우선 모델은 각각의 노무제공마다 그 기간에 불문하고 연차유급휴가보상수당에 관한 권리를 가지며, 그 수당액은 모델에게 지급되는 총보수액의 1/10을 하회할 수 없고, 노무제공 종료시에 지급되어야 한다(노동법전 L.763-7조).

모델이 노무를 제공하는 기간동안 모델이용자는 법령, 단체협약이 정하는 근로시간, 야간근로, 주휴, 공휴일, 위생·안전, 여성·연소자근로에 관한 규정의 적용에 관한 책임을 부담한다(노동법전 L.763-8조).

5) 공동주택의 수위·고용원(concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation)

가) 개념 정의

공동주택의 수위·고용원이라 함은 근로계약에 부수하여 해당 건물에 주거하면서 건물의 경비, 관리 또는 이러한 직무의 일부를 행하고 소유주 또는 임차인으로부터 보수를 지급받는 모든 자를 말한다(노동법전 L.771-1조 제1항).

나) 근로관계 규율의 특칙

공동주택의 수위·고용원은 원래 근로자의 지위를 당연히 인정받지만 이를 고용하는 고용주가 기업이 아니라 주택 소유자 또는 임차인이라는 점, 근로계약상의 근로제공에 수반하여 공동주택에 주거하는 점 등의 특수성이 있기 때문에 일반 근로자에게 적용되는 노동법의 일부 규정들이 적용되지 않거나 일반 근로자와는 다른 별도의 특별한 규정들이 적용된다.

우선, 명시적으로 적용이 배제되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 노동법전의 규정들이 적용되지만 근로시간에 관한 법규, 정리해고관련 법규 등은 적용되지 않는다. 그러나 일반근로자와 마찬가지로 연차휴가제도가 적용되고 다만, 그 적용관련 특칙(휴가기간 중의 근로자대체 등)이 노동법전 L.771-4조 및 L.771-5조에 규정되고 있다. 그리고 주휴, 공휴일 등에 관한 단체협약상의 규정이 적용된다.

다음으로, 해고하는 경우 최소 3개월 이전 또는 3개월의 임차료에 해당하는 보상금의 지급 없이는 퇴거시킬 수 없다. 이는 근로자의 주거와 관련한 보호제도라고 볼 수 있다. 다만, 근로자에게 그 직무상 중대한 귀책사유(faute grave)가 있는 경우 사용자의 신청에 따른 법원의 명령으로 즉각 퇴거가 허용된다(노동법전 L.771-3조).

6) 가사사용인(employé de maison)

가사사용인은 사인(私人)에 의해 고용된 가사(travaux domestiques)에 종사하는 자를 말한다(노동법전 L.772-1조).

가사사용인의 근로자성은 인정되지만 그 업무의 특수성 등으로 인하여 노동법상의 모든 규정이 적용되지는 않고 그 일부의 적용이 배제되고 있다.

명백히 기업에 적용되는 규정들을 제외하고는 노동법전상의 규정이 적용되는 것이 원칙이다. 그리고 가사사용인에게 적용되는 전국단체협약이 존재하고 있다. 근로시간, 주휴에 관한 노동법전의 규정은 적용되지 않지만 가사사용인 전국단체협약은 1주 40시간 근로, 연속하는 24시간 이상의 주휴를 규정하고 있다. 노동절 공휴일, 경조사(본인·자식의 결혼, 배우자·부모의 사망 등)에 따른 유급휴가, 연차휴가에 관한 규정은 적용된다(노동법전 L.772-2조 참고). 계약종료와 관련하여 해고에 관한 규정은 적용되는 것이 원칙이나 정리해고에 관한 규정은 적용되지 않는다.

다. 소 결

지금까지 프랑스에서의 근로자의 개념과 판단기준, 특수고용관계에 적용되는 법제도의 주요 내용을 살펴보았다. 이러한 고찰로부터 도출할 수 있는 특징과 시사점을 언급하면 다음과 같다.

첫째, 근로자 여부의 판단에 있어서 종속관계를 주요한 기준으로 삼고 있는데 이러한 종속관계를 법적 종속관계라고 부른다. 프랑스에서는 근로자 여부를 판단함에 있어서 경제적 종속관계를 판단 기준으로 삼고 있지 않다.

둘째, 엄밀한 의미에서의 법적인 종속관계가 인정될 수 없는 특수고용관계에 있는 자들(VRP, 재택근무자, 연예인·예술가, 모델)에 대해서는 그 경제적 종속성을 고려하여 입법적으로 근로자성을 인정하거나 추정하고 있다. 그렇지만 근로자에 유사한 자(이른바 유사근로자 또는 준근로자)라는 통일적 개념을 입법적으로 규정하고 있지는 않으며 특수고용관계 유형별로 그에 고유한 특별한 규정들을 마련하고 있다. 따라서 프랑스의 특수고용관계법제는 특수고용의 형태에 따른 유형별 규율의 입법태도를 취하고 있다고 평가할 수 있다.

셋째, 근로자의 지위는 당연히 인정되지만 사용자 또는 업무의 특수성 등으로 인해 일반 근로자와는 달리 취급되어야 할 직업유형(공통주택의 수위·고용원, 가사사용인)을 설정하여 노동법상의 일부 규정(주로 근로시간 및 정리해고관련 규정)의 적용을 배제하거나 해당 직업유형에 고유한 규율의 내용을 별도로 정하고 있다.

넷째, 특수고용관계에 해당하는 자들의 경우에도 단결권이 인정되고 이들에게 적용되는 단체협약이 현실적으로 존재하고 있다. 따라서 법이 규정하고 있지 않는 사항에 대해서는 대개 단체협약에서 규정하게 된다.

3. 영 국

영국의 경우 노동관계법에서 피용자 및 고용계약에 대한 개념을 규

정하고 있지만 궁극적으로 근로자성 인정 여부에 관한 판단기준은 판례에 의해 마련되어 왔다. 인적 종속성을 강조하였던 전통적 기준(이를 통제기준이라고 부름) 외에도 다른 여러 가지 기준들이 마련되어 있고 어떤 기준이 결정적인 기준으로 기능하고 있지는 않다. 다른 한편, 노동관계 제정법(법률)은 고용계약관계를 맺고 있는 전통적인 피용자뿐만 아니라 워커(worker)²²⁾라는 새로운 개념을 도입하여 법의 적용대상 범위를 확대하고 있다.

가. 근로자성 판단기준

노동관계법의 적용대상을 피용자(employee)로 한정하고 있는 경우가 많기 때문에 어떠한 노무공급자가 피용자에 해당하는가 하는 문제가 제기된다. 1996년 고용권리법(Employment Right Act)에 의하면, 피용자는 “고용계약(contract of employment)을 체결하였거나 고용계약 하에서 근로를 제공하고 있는 자(또는 고용이 종료된 경우에는 고용계약 하에서 근로를 제공하였던 자)”이다.²³⁾ 그리고 고용계약은 “노무공급계약(contract of service) 또는 도제계약(contract of apprenticeship)으로 그것이 명시적이든 묵시적이든 그리고 명시적인 경우 구두에 의한 것이든 서면에 의한 것이든 관계없는 계약”을 말한다.²⁴⁾

고용계약에 해당하는가 여부에 관하여 판례에 의해 확립된 전통적인 판단기준은 이른바 통제기준(control test)이라는 것이다. 이것은 사용자가 근로시간과 근로장소 및 작업방식에 대하여 결정·감독하는 권한을 갖고 있는가를 핵심 요소로 하고 있다. 그렇지만 기술이 발전하고 그와 더불어 노동방식 자체가 변화됨에 따라 이러한 전통적인

22) worker를 ‘근로자’로 번역하지 않고 ‘워커’라고 칭한 이유는 후술하는 바와 같이 우리나라에서 근로자에 해당한다고 볼 수 있는 개념인 ‘피용자’(employee)보다도 더 넓은 의미의 노무제공자를 뜻하는 것으로 사용되고 있는데 이를 근로자로 번역하게 되면 의미상의 혼란이 초래될 수 있기 때문에 다른 적합한 용어를 찾을 수 없어서 편의상 ‘워커’라고 부르고 있다.

23) 고용권리법 제230조 제1항.

24) 고용권리법 제230조 제2항.

통제기준으로는 타당한 결과를 도출할 수 없다는 점에서 새로운 판단 기준들이 제시되었고, 따라서 오늘날 어떠한 판단기준이 결정적인 기준으로 확립되었다고 말할 수는 없는 상황이다. 새로운 판단기준으로 대표적인 것을 언급하자면, 통합성 기준(integration test), 경제적 실체기준(economic reality test), 의무상호성 기준(mutuality of obligation test), 복합기준(multiple test) 등이 있다.²⁵⁾ ‘통합성 기준’은 노무제공자가 사용자의 조직에 완전히 통합되어 있는가를 판단기준으로 한다. 달리 말하면 이른바 조직적 종속성이 인정되는가를 핵심징표로 삼는 기준이라고 말할 수 있다. 예컨대, 징계·고충처리절차의 적용 여부, 부가급부제도의 적용 여부 등이 중요한 지표로 작용한다. 그렇지만 통합성기준은 통합성이라는 용어 자체가 애매하기 때문에 많은 판결례에 의해 지지되지는 않았다. ‘경제적 실체기준’은 노무제공자가 자신의 이익을 위해 사업을 행하고 있는가 그렇지 않으면 최종적 손실의 위험을 부담하고 이익의 기회를 갖는 다른 자를 위하여 근로를 제공하는가를 판단기준으로 한다. 예컨대, 보수지불방식, 타인을 고용할 수 있는 자유, 자신의 작업도구 제공 여부, 자신의 업무에 대한 투자, 세금납부방식 등이 중요 지표로 작용한다. 그런데 작가, 배우, 가수 등은 통상적으로 자신의 이익을 위한 사업을 갖고 있는 것이 아니라 생활비를 획득하고 있을 뿐이기 때문에 경제적 실체기준은 전문직 직업에 종사하는 자에는 그다지 유용하지 않다는 비판이 제기되고 있다.²⁶⁾ ‘의무상호성 기준’은 일정한 기간에 걸쳐 고용관계를 유지하고 있는 계약당사자간에 상호적인 의무가 존재하는가를 판단기준으로 한다. 예컨대, 고용의 기간, 고용의 정규성, 근로거부의 권리, 해당 사업분야의 관행 등이 중요 지표로 작용한다. 경제적 실체기준에 의하면 고용계약에 의해 고용되었다고 볼 가능성이 있는 자도 의무상호성 기준에 의하면 피용자로 보지 않게 될 가능성이 높게 된다. ‘복합기준’은

25) Brendan Burchell, Simon Deakin and Sheila Honey, The Employment Status of Individuals in Non-standard Employment, Research Paper for the Department of Trade and Industry, 1999, pp.5~11 참조.

26) Hall v. Lorimer [1994] IRLR 171 (CA).

위에서 설명한 어느 하나의 기준에 의해 피용자 여부를 결정적으로 판단할 수는 없고 여러 가지 요소를 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다는 것이다. 다음과 같은 3가지 요소, 즉 ① 노무제공자가 임금 기타의 보수를 대가로 사용자를 위해 어떤 노무를 수행하기 위하여 자신의 노동과 기술을 제공하는 것에 동의하고, ② 명시적 또는 묵시적으로 노무를 수행함에 있어서 상대방을 사용자라고 부르기에 적합할 정도로 상대방의 지배에 복종할 것을 합의하고, ③ 기타의 계약조항이 고용계약과 모순되지 않을 것을 구체적 요소로 하고 있다.²⁷⁾

나. 제정법(법률)에 의한 고용개념의 확대

여러 가지 제정법(법률) 가운데에는 그 입법목적에 의거하여 고용 개념을 확대하고 있는 경우가 존재한다. 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act)과 1976년 인종관계법(Race Relation Act), 1995년 장애인차별금지법(Disability Discrimination Act)은 고용에 대하여 “노무공급계약, 도제계약 또는 어떤 작업(any work)을 본인이 행하는 계약 하에서의 고용”으로 규정하고 있다. 그리고 1992년 노동조합 및 노동관계(통합)법(Trade Union and Labour Relation (Consolidation) Act)은 피용자 이외에 워커(worker)라는 개념을 사용하여 동법의 적용대상을 확대하고 있다. 그 개념규정에 의하면, 워커는 “어떤 자가 ① 고용계약 또는 ② 본인의 직업적 고객(a professional client)에 해당하지 않는 계약상대방에게 일정한 근로 또는 서비스를 직접적으로 제공할 것을 약정하는 여타의 계약 --- 하에서 (통상적으로) 근로하거나 근로하려고 하는 자”를 말한다.²⁸⁾ 그리고 1996년 고용권리법에서도 워커의 개념을 규정하고 있다. 즉, 워커는 “① 고용계약 또는 ② 명시적이든 묵시적이든 그리고 명시적인 경우 구두에 의한 것이든 서면에 의한 것이든 관계없이 자신의 직업적 또는 영업사업의 고객(a

27) 小宮文人, 『イギリス労働法』, 信山社, 2001, 56쪽 참조.

28) 노동조합 및 노동관계(통합)법(Trade Union and Labour Relation(Consolidation) Act) 제296조 제1항.

client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual)에 해당하지 않는 계약상대방에게 일정한 근로 또는 서비스를 직접적으로 제공할 것을 약정하는 여타의 계약을 체결하였거나 그러한 계약 하에서 근로하는 자(고용이 종료된 경우에는 그러한 계약 하에서 근로를 제공하였던 자)”를 말한다.²⁹⁾ 결국 개별적·집단적 노동관계법에서 위커는 전통적인 고용계약 하에서 근로를 제공하는 자(즉, 엄격한 의미의 근로자에 해당하는 피용자)에 국한되지 않고 있으며 계약상대방과 고객관계를 맺고 있는 진정으로 독립된 사업을 운영하는 자를 제외하고 근로 또는 서비스를 제공하는 자를 모두 포괄할 수 있는 넓은 개념으로 취급되고 있다.

다. 소 결

영국에서는 근로자성 여부를 판단하기 위한 판례상의 기준과 제정법(법률)상의 개념이 확립되어 있는데 그 특징을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 전통적으로 근로자에 해당하는가 여부는 고용계약관계를 맺고 있는 피용자인가 여부에 관한 문제로 다루어졌고 판례에 의해 그 판단기준이 설정되었다. 판례상의 기준에 의하면, 인적 종속성을 중심으로 하는 통제기준 이외에도 여타의 기준들이 제시되고 있지만 어느 하나의 기준이 절대적인 판단기준으로 기능하고 있지는 않다. 법원은 구체적인 사안에 대응하여 이러한 여러 기준들을 고려하여 적용하고 있다. 따라서 근로자성 여부를 판단함에 있어서 인적 종속성이 절대적 기준으로서의 지위를 차지하고 있는 것은 아니다.

둘째, 개별적 노동관계법(고용권리법)과 집단적 노동관계법(노동조합 및 노동관계(통합)법)에서는 피용자 개념 이외에도 위커라는 개념을 규정함으로써 법의 적용범위를 확대하고 있다. 상대방을 위하여 노무를 제공하는 계약관계가 비록 엄밀한 의미에서의 고용계약관계(즉 근로계약관계)에 해당하지 않는다고 할지라도 그 계약의 상대방이 노무

29) 고용권리법(contract of employment) 제230조 제3항.

40 특수고용관계 종사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근

제공자의 고객에 해당하지 않는 한 그러한 노무제공자는 독립의 사업자가 아니기 때문에 해당 법률의 적용대상자로 파악하고 있는 것이다.

VI. 특수고용관계 종사자 보호를 위한 제도개선의 방향

인적 종속성을 기준으로 하여 종속노동과 독립노동을 구별하는 전통적 이분법을 전제로 할 때 인적 종속성이 결여되어 있지만 경제적 종속성으로 인해 완전한 독립사업자로 볼 수 없는 특수한 노무공급자를 일응 특수고용관계 종사자로 볼 수 있다. 이러한 특수고용관계 종사자의 등장은 종속노동과 독립노동의 구별을 점점 더 어렵게 하고 있다. 그렇다면 ① 종속노동에 관한 종래의 판단기준을 완화하여 종속노동의 외연을 확대하여야 하는가(종속노동 외연확대론)? 아니면 ② 유사근로자와 같은 중간적 범주를 설정함으로써 전통적 구별을 다원화하여야 하는가(준종속노동 범주설정론)? 그것도 아니면 ③ 노동법 차원에서의 전통적 구별은 유지하되 사회보험제도 및 기타 민·상사법 등의 분야에서 그 지위개선을 추구하여야 하는가(비노동법적 지위개선론)?

첫째, 외국의 사례 및 경험에 비추어 알 수 있듯이 기본적으로 근로자성 여부에 관한 판단기준은 구체적 사안에 따라 판례에 의해 확립·발전될 수밖에 없는 측면을 부인하기 어렵다. 다만, 인적 종속성을 중심으로 하였던 판단기준에 머물지 않고 여러 가지 다양한 기준들이 모색되어 왔던 점이 간과되어서는 안 된다. 영국에서의 통합성 기준, 경제적 실체 기준, 복합기준 등을 그 예로 들 수 있다. 특히 노조법과 근기법상의 근로자개념은 서로 중첩되는 부분이 많지만 목적과 필요성이 다르므로 사용종속성의 구성요소와 판단방법도 다를 수 있다는 점 역시 고려되어야 한다. 이러한 측면에서 양자의 개념을 동일시하고 있는 일부 판례의 경향은 재고될 필요가 있다.

둘째, 특수고용관계 종사자의 문제를 입법적 규율에 의해 해결하고 있는 국가로서 독일은 유사근로자라는 중간적 범주를 새롭게 설정하여 부분적 보호를 행하고 있고, 영국은 워커라는 개념을 통해 노동관

계법의 적용을 확대하고 있고, 프랑스는 특수고용관계의 유형별로 규율의 내용을 달리하고 있다.

독일식으로 유사근로자라는 새로운 범주를 설정하는 방식은 특수고용관계 종사자의 법적 지위 인정문제를 통일적으로 처리할 수 있는 장점을 갖지만 특수고용형태가 현실적으로 매우 다양하고 장차 특수고용관계의 외연이 확장될 가능성이 크다는 점에서 유사근로자에 대한 정의 자체가 지극히 곤란하고 적용될 수 있는 보호의 내용 역시 상당히 한정적일 수밖에 없다는 한계가 존재한다. 유사근로자 내지 준근로자 개념이 도입되는 경우 일부 규정만이 적용되므로 상황에 따라 근기법상 근로자로 인정되어 근기법상 모든 권리를 인정받을 수 있는 근로자가 일부 규정만 적용받게 될 우려 내지 사용자의 탈법적 남용 가능성도 배제할 수 없게 된다. 아울러 이 방안은 준근로자 내지 유사근로자의 개념을 어떻게 설정할 것인지 하는 점, 무슨 기준으로 적용규정을 설정할 것인가 하는 점, 4인미만 사업장의 정규근로자에게 근로기준법이 부분 적용되고 있는 상황에서 특수형태근로 종사자에게 근기법을 적용시키는 것은 형평성에 반한다는 지적 등이 문제로 제기된다.

영국식으로 워커라는 개념을 설정하는 방식 역시 계약상대방이 노무제공자의 고객인가 여부는 궁극적으로 엄밀한 의미에서의 독립사용자의 경우를 제외하고는 근로자성을 인정하는 것으로 노동관계법의 적용대상을 확대하기 위한 장점을 갖고 있지만 일반근로자와 워커의 구별 자체가 모호해질 수 있다는 문제점을 안고 있다.

프랑스식으로 특수고용관계의 유형별로 보호필요성에 입각하여 보호의 내용을 달리 규정하는 개별적인 접근방향은 실태에 상응하는 실효적인 보호를 행할 수 있는 장점을 갖지만 특수고용관계 규율의 복잡성, 규율의 통일성 내지 일관성 결여, 현실적으로 가능한 입법규율 방식 등에서 한계가 존재한다.

셋째, 특수고용관계 종사자에 대한 노동법적 지위의 인정방향과 노동법 이외의 차원에서 그 지위를 개선하기 위한 방향은 구별하여 논할 필요가 있다.

우선, 사회보험제도의 적용 여부는 사회적 위험으로부터의 보호 필요성이라는 관점에서 접근 가능한 것이기 때문에 노동법상의 근로자 지위가 부인된다고 할지라도 보호필요성이 인정되는 특수고용관계 종사자에 대한 적용방안을 마련할 수 있을 것으로 본다.

민·상사법분야에서의 지위개선을 위한 방안도 고려할 필요가 있다. 예컨대, 보험모집인의 경우 프랑스의 고객수당제도를 적극적으로 고려해 볼만하다. 그러한 방향에서 현행 보험업법의 개정을 통해 일정한 요건 하에서 보험모집인의 위촉계약 종료후의 보험모집수당지급제도를 마련하는 방안을 모색할 수 있을 것이다.