

근로자개념의 변천과 관련법의 적용

- 유사근로자에 관한 비교법적 고찰 -

김형배 · 박지순

목 차

요 약	i
I. 문제의 소재	1
II. 새로운 노무공급의 유형과 근로자개념	3
1. 개별 사례군과 근로자개념	3
2. 근로자개념의 문제성	6
III. 근로자개념의 변천	9
1. 사용종속관계이론의 역사적 배경과 그 비판	9
2. 채권관계로서의 근로관계의 재고찰	22
3. 채권법적 관계와 단체법적 관계	27
4. 경제적 종속성에 기초한 근로자개념	31
5. 근로자와 사업자의 대비를 통한 목적론적 개념구성이론	36
6. 경제적 종속성 관점에 대한 비판과 유사근로자개념의 재인식	38
IV. 근로자와 자영사업자 그리고 유사근로자의 삼원적 구성	43
1. 근로자와 유사근로자의 구별	43
2. 외국의 노동법에 있어서 유사근로자제도	48
3. 유럽연합의 최근 동향	86
V. 유사근로자와 노동법의 체계에 대한 구상	90
1. 유사근로자의 개념과 요건	90

2. 노동법의 다층화 가능성	93
3. 유사근로자에 대한 노동법의 적용관계	95
VI. 결 론	107
참고문헌	109

요 약

노동법은 근로관계 당사자의 권리와 의무를 규율하는 것을 목적으로 하여 출발하였다. 따라서 누가 근로자인가 하는 근로자개념의 문제는 노동법의 핵심적인 주제가 되어 왔다. 그 동안 우리 학계와 실무에서는 사용종속관계의 기준을 가지고 근로자인지 여부를 일률적으로 판단하여 왔다. 그런데 현행법은 노무 제공자의 보호를 목적으로 하는 노동관계법의 규범이 그와 같은 사용종속관계에 있는 근로자에 대해서만 무제한으로 적용되는 것으로 보고 있으며, 같은 노무를 제공하더라도 근로계약관계가 아닌 다른 법률관계를 기초로 하는 경우에는 노동법의 보호를 전혀 받지 못한다는 경직된 이원적 구성(all or nothing)을 취하고 있다. 그러나 지난 수년간의 노동 현실은 이러한 체계의 타당성이 의심될 정도로 크게 변모하여 왔다. 질적으로 다양한 노동력에 대한 수요가 늘고 있을 뿐만 아니라 노동력을 공급하는 주체에 대한 기본 관념 또한 변하고 있다. 특히 정보통신기술의 발달을 기초로 한 서비스산업의 확대는 종래의 공장제 산업구조하에서의 수동적 위계질서에 따른 기술 중심적 노동조직을 능동적이고 창조적이며 자기 책임적 협력자들의 집합체로서 인간 중심의 노동조직으로 바꾸어 놓고 있다. 따라서 노동법의 목적 및 기능과 관련하여 과거의 근로자개념이 여전히 타당한지, 근로자개념과 노동법의 적용관계가 어떻게 재구성되어야 하는지가 문제가 되고 있다.

인격적 종속성 또는 사용종속관계의 기준으로 대표되는 전통적인 근로자개념에 의하면, 사업주의 경영조직에 편입되어 있지 않거나 느슨하게 편입되어 있을 뿐 상대적으로 사업주의 지시권에 구속되어 있지 않은 노무 제공자들은 통상 자영사업자(Selbständige)

로 분류된다. 그러나 이들 중에는 순수한 사업자로서의 지위가 인정될 수 없는 경우도 존재한다. 왜냐하면 그들 중에는 자신의 고유한 사업조직을 가지고 있지 않을 뿐만 아니라, 피용자와 마찬가지로 사용자와의 경업을 회피해야 할 의무도 부담하며 경제적으로도 특정 사용자에게 전적으로 의존하는 경우가 적지 않기 때문이다. 상당수의 업종에서 전통적으로 근로자에 의하여 수행되던 업무가 당사자 사이의 계약상의 합의에 의하여 자유로운 사업자로서의 활동으로 바뀌고 있다. 그러나 문제는 이와 같은 고전적인 근로자와 자영사업자의 구분이 현실적으로 명확하게 이루어지지 못하는데 있다. 즉 노무를 공급하려는 자는 노무를 필요로 하는 상대방과 계약자유에 기초하여 스스로 어떤 계약관계하에서 노무를 제공할 것 인지를 결정한다. 그러나 현실적으로 노무 제공자가 구조적인 교섭력의 불균형으로 말미암아 상대방에게 자신의 이익을 충분히 관철시킬 수 없다면, 그리고 현실의 노무공급 과정에서 그 경제적 종속성으로 인하여 사실상 교섭상대방으로서의 지위를 향유할 수 없다면, 어떤 형태로든 그들을 위한 보호시스템이 가동되지 않을 수 없다. 다시 말해서 불평등한 조건에서 이루어진 계약관계의 내용에 대하여 일정한 수정이 가해지지 않으면 안 된다. 그런데 우리 노동법이 취하고 있는 흑백논리적 법의 적용은 이러한 현실적 요청에 부합되지 않는다. 이 문제에 대하여 두 가지 방안이 논의되고 있다. 하나는 현행법상 또는 실무상의 비현실적인 근로자개념 내지 그 요건을 수정하여 근로자개념을 현실에 맞게 변화시킴으로써 현실과의 괴리를 좁히는 것이며, 다른 하나는 노동법의 적용을 다원화함으로써, 즉 그 적용 대상을 다원화함으로써 현실 노동시장의 전개에 탄력적으로 대응하는 방안이다.

근로자의 사회적 보호필요성에 초점을 맞추어 근로자의 범위를 확대하려는 근로자개념의 대안적 모델은 특히 경제적 종속성의 기준을 가지고 판례와 다수설이 취하고 있는 인격적 종속성의 기준을 대체하고자 하는 데 그 특징이 있다. 그 전제로서 일반적으로 노

무공급관계를 근로자와 자영사업자의 대칭적 개념을 기초로 분류한다. 그러나 비종속성 또는 독립성이 단지 경제적 자주성 여부에 의해서만 판단된다는 것은 수긍되기 어렵다. 경제적 종속성이 있는 경우에도 업무와 관련된 광범위한 자주성이 인정될 수 있으며 시장의 조건에 따른 경제적 종속성의 극복은 노동법이 아니라 경제법의 과제라는 점이 간과되고 있기 때문이다. 다른 한편으로 계약상 서로 대등하지 않은 위험의 분배를 시정하는 것을 노동법에 고유한 특성으로 설명하면서 이를 근로관계와 다른 법률관계와의 본질적인 구별 표지로 삼는 것은 노동법에 대한 체계적 이해를 달리하는 것이다. 특히 근로자와 자영사업자의 이원적 구성을 취하면서 근로자의 개념 표지로 들고 있는 개별 요건에 대해서도 비판이 적지 않다. 예컨대 직접 채용하고 있는 종업원이 없고 자신의 사업장이 별도로 없으며 경영자본을 보유하고 있지 않는 채, 다시 말해서 자신의 기업조직을 보유하지 않고서 노무를 제공하는 자는 대체로 근로자인 경우로 보아야 하지만 언제나 그런 것은 아니다. 독립적인 자영사업자로서의 활동이라 하더라도 별도의 종업원을 채용하지 않고 혼자서 업무를 수행하는 경우가 적지 않을 뿐만 아니라, 자신의 고유한 사업장 또는 경영자본이 필요한지 여부는 업무의 종류에 따라 결정될 수 있는 것들이기 때문이다. 반대로 인격적 종속성하에서 노무를 제공하는 근로자라 하더라도 자신의 장비를 투입하는 경우도 있을 수 있다. 따라서 이러한 기준들을 노동법의 보호가 필요한 노무 제공자와 그렇지 않은 노무 제공자를 구별하는 데 적용하는 것은 적어도 규범적으로는 인정되기 어렵다. 또한 여러 계약 상대방을 상대하지 않고 단지 한 사업주를 위하여 노무를 제공하는 경우에는 이른바 시장적 요소가 결여되어 근로자의 지위를 인정하자는 주장은 경제적 현실을 무시하는 것이다. 그 밖에 자영사업자로서의 위험의 부담과 이윤추구 가능성이 적정하게 분배되고 있는가가 규명되어야 한다는 관점은 노무 제공자가 독자적인 이윤추구의 기회를 부여받고 있는지 여부를 출발점으로 한

다. 만약 그렇지 않다면 위험의 부담은 자유의사에 의한 것이 아니라 강요된 것으로서 이 경우에는 근로자의 지위만이 인정된다는 것이 대안적 근로자개념의 주요 테제이다. 그러나 사업자로서의 위험을 자유의사에 의하여 부담하는가 아니면 일방적으로 감수하는가는 노무 제공자와 노무 수령자 사이의 법률관계에 대하여 아무런 관련성을 가지고 있지 않으며 기회와 위험의 관계는 시장적 상황에 달려 있는 것이지 계약과 관련되는 것은 아니다. 또한 계약이 어느 일방에 대하여 통상적인 범위를 넘어서 과도하게 부담을 주는 경우에는 그 약정이 구조적으로 대등하지 않은 당사자의 지위에 의한 결과인지 여부를 규명하고 경우에 따라서 현행 사법의 일반조항하에서 그 시정을 명령할 수도 있을 것이다.

근로관계는 일반적인 채권관계로서 그 법적 기초는 근로계약이다. 따라서 근로계약관계에서 노무를 제공하는 자는 근로자이고 근로계약관계 이외의 법률관계에서 노무를 제공하는 경우에는 그에 상응하는 법적 지위를 갖게 된다. 근로계약관계를 다른 법률관계와 구별하는 본질적인 징표는 그 계약의 급부 대상과 그 급부의 실현방법이다. 따라서 일의 완성을 목적으로 하는지, 또는 미리 사전에 특정되어 있는 개별 업무의 수행을 목적으로 하는지, 아니면 처음부터 급부의 대상이 확정되지 않고 특정 시간의 범위 내에서만 노무를 제공하는 것으로 약정하고 그 구체적인 확정은 계약 상대방의 특징에 맡기기로 하였는지 등에 따라 계약의 유형이 결정된다. 당사자가 계약에서 특정 업무를 구체적으로 명시하고 그것만을 급부의 대상으로 약정할 경우에도 업무의 구체적인 처리 과정 및 그 실현방법이 상대방의 결정에 달려 있거나 업무를 처리하는 구체적인 시간에 대해서 자기결정권을 갖지 못하는 경우에는 근로계약의 존재를 인정해야 할 것이다. 그 밖에 종래 인격적 종속성의 구체적인 표지로 설명되던 경영체로의 편입 사실 등도 경우에 따라서는 개별적인 근로관계의 판단에 유용한 보충적 요건으로서 기능할 수도 있다. 다만 그를 통해서 근로관계를 전체적으로 사용자에

대한 근로자의 인격적 종속관계 내지 사용종속관계로 인식하고 전 인격적 종속을 근로관계의 본질적 표지로 삼는 인법적 관점은 현대계약법의 사상이나 노동시장의 현실적인 전개 및 변화된 근로자상에 더 이상 부합되지 않는다는 점이 함께 고려되어야 할 것이다. 그러나 Reuter 교수의 지적처럼 이와 같은 채권법적 관점만으로는 노동법의 전체적인 보호체계가 잘 설명되지 않는다. 또한 일부의 규정들은 오히려 근로자의 경제적 종속성의 조정을 위하여 기능하는 경우도 있다. 여기서 근로관계의 특성이 규명되어야 한다. 노동법은 근로계약이라는 계약유형적 측면만을 고려하는 데 그치지 않고 노동시장에 있어서의 근로자의 지위도 함께 고려하는 복합적인 성격을 갖고 있는 것이다.

현행 법질서는 경제적 약자를 보호하기 위한 제도로 노동법만을 두고 있는 것은 아니다. 개별 거래에 있어서 소비자도 경제적 약자로 이해되며, 자영사업자간의 거래라 하더라도 당사자 일방의 시장적 지위가 상대적으로 우월한 경우에는 그 상대방은 경제적 약자의 지위에 있을 수밖에 없다. 전자에 대해서는 약관규제에 관한 법률 등 소비자보호법 체계가 보호필요성의 요청을 충족하고 있으며, 후자에 대해서는 특히 최근 비약적으로 발전하고 있는 경제법의 규정들, 그 중에서도 시장적 지위의 남용을 제한하는 각종 규정들이 시장적 지위가 우월한 일방 당사자의 경제적 힘의 남용을 제한함으로써 경제적 약자의 보호체계를 이루고 있다. 특히 자영사업자로서 한 사업주만을 상대로 노무를 제공하는 자는 그에 대한 의존도가 절대적일 뿐만 아니라 자신의 자유로운 경제적 활동이 상대적으로 우월한 상대방에 의하여 제약되거나 부당한 위험을 감수해야 하는 경우가 있으므로 이 규정들은 이러한 사안에 개입함으로써 정상적인 경쟁을 촉진할 수 있다. 이를 통하여 경제적 자유와 경쟁에 기초한 거래 가능성이 보장된다. 약관규제법이나 경쟁의 제한에 따른 경제적 이익조정 내지 경쟁금지의 제한에 관한 규정과 같은 상법상의 규정이 일반적으로 이러한 기능을 수행하게 된

다. 근로자개념을 이러한 영역에까지 확장하여 경제적 위험과 기회의 적절한 분배가 이루어지고 있지 않은 상태에서 노무를 제공하는 자까지를 전면적으로 노동법의 보호 범위에 포함시켜야 한다면 현행 법질서의 기초가 전면적으로 재구성되어야 할 것이다. 다만 자유로운 노무공급계약에 의하여 상대적으로 근로자와는 다른 지위에서 노무를 급부하는 자가 다른 일반적인 자영업자에 비하여 사업주에 대한 그의 경제적 종속성이 매우 클 경우에는 사실상 근로자에 준하여 보호될 필요성이 있을 수 있다. 따라서 이들에 대해서 사법상의 계약적 지위(즉 자영업자로서의 법률관계)를 보장하면서 동시에 경제적 종속성에 기한 보호필요성에 상응하여 노동법상의 개별보호규정을 제한적으로 적용하는 방법이 합리적인 해결책이 될 것으로 생각된다. 그 결과 노동법이 적용되는 대상은 근로자뿐만 아니라 근로자에 유사하게 사회적 보호필요성이 있는 자, 즉 유사근로자로 확대된다.

이와 같은 노동법의 적용 대상의 확대는 독일, 오스트리아, 스위스, 포르투갈, 네덜란드 그리고 프랑스 등 유럽연합의 주요 회원국의 비교법적 연구를 통하여 확인될 수 있다. 대부분의 유럽연합의 국가들은 근로자와 자영업자 사이에 유사근로자의 중간적 범주를 두어 양자택일적 보호체계를 유연한 보호체제로 전환하였다. 각 국가의 실정에 따라 약간의 차이는 있지만 대체로 유사근로자는 법률관계 유형으로는 자영업자이지만 경제적으로 특정 사업주에 종속됨으로써 근로자에 비교될 만한 사회적 보호필요성이 인정되는 자로 정의되고 있다(특히 독일 단체협약법 제12조의 a 참조). 이와 같이 노무공급 유형을 三分하여 각각에 대하여 노동법상의 지위를 부여하는 방법은 현재 노동법이 처한 위기를 타개하는데 도움이 될 뿐만 아니라 근로자와 자영업자의 구분이 모호한 사안에 대해서도 합리적인 해결방안을 제기해 줄 수 있다는 장점이 있다. 다만 유사근로자에 대한 구체적인 노동법의 보호 내용은 개별 국가마다 조금씩 다르게 규율되고 있으며, 유사근로자의 단

체에 대하여 근로삼권을 인정할 것인지, 개별적 노동법의 보호 범위를 어디까지 인정할 것인지, 특별법을 통하여 규율할 것인지, 아니면 일반 노동관계법의 일부 규정을 준용의 형태로 유사근로자에 적용할 것인지 등등 여전히 어려운 문제들이 남아 있다. 채권관계로서의 근로관계의 본질과 경제적 종속관계에 기초한 사회적 보호 필요성은 노동법의 보호 범위를 결정하는 두 측면을 이룬다. 노동법은 그 적용 범위를 정할 경우에 이와 같은 두 측면을 고려하여야 하고, 그것이 일반적인 법체계의 규율질서와 부합되도록 그 보호범위가 결정되어야 한다. 이런 점을 고려하면서 유사근로자에 대한 노동관계법의 보호 범위를 체계적으로 일관성있게 규율해 나가는 것이 필요하다고 생각된다.

I. 문제의 소재

근로자개념, 엄밀히 말해서 근로계약관계와 그 밖의 노무공급관계를 구별하는 문제는 노동법이 그 독자적인 성격을 갖추기 시작한 이래로 핵심적인 문제에 속한다.¹⁾ 왜냐하면 현행법에서는 노무 제공자의 보호를 목적으로 하는 법규들이 근로자에 대해서만 또는 해당 법률에 정한 근로자의 요건을 충족하는 경우에만 무제한으로 적용되며, 같은 노무를 제공하더라도 근로계약관계가 아닌 다른 법률관계에 있거나 해당 법률의 요건을 충족하지 못하는 경우에는 전혀 노동법의 보호를 받지 못하기 때문이다.²⁾ 그동안 우리 학계와 실무에서는 이른바 사용종속관계의 기준을 가지고 근로자인지 여부를 일률적으로 판단하여 왔다. 그러나 지난 수년간의 노동계의 현실은 이러한 체계의 타당성이 의심될 정도로 크게 변모하여 왔다. 질적으로 다양한 노동력에 대한 수요가 늘고 있을 뿐만 아니라 노동력을 공급하는 주체에 대한 기본 관념 또한 변하고 있다.³⁾ 특히 정보통신기술의 발달을 기초로 한 서비스산업의 비약적인 증대는 종래의 공장제 산업구조하에서의 수동적, 위계질서에 따른 기술중심적 노동조직을 능동적이고 창조적이며 자기 책임적인 협력자들의 집합체로서 인간 중심적 노동조직으로 바꾸어 놓고 있다.⁴⁾ 더욱이나 기업은 세계적인 규모의 경쟁체제하에서 시장 변화에 대한 적응력을 높이기

1) Boemke, ZfA 1998, S. 286; Söllner, FS für Zöllner, 1998, S. 949 ff.; Reuter, FS für Dieterich, 1999, S. 473ff.

2) 이른바 노동법의 Alles-oder-nichts-Prinzip에 관해서는 Heinze, NZA 1997, S. 1, 4 참고.

3) 현대사회에 있어서 근로자상의 변화에 관해서는 김형배, 「현대적 노사관계와 노동법의 개정」, 『법학논집』 제33집, 고려대학교, 1997, 157면 및 Hilger, RdA 1989, S. 1, 2; 특히 교과서로는 Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 11. Aufl., E 10 d., S. 158 f. 그리고 보호 필요성의 승인과 인간상 사이의 관계에 대해서 Fastrich, FS für Kissel, 1994, S. 193 ff.

4) Reuter, FS für Dieterich, S. 473, 475 및 다음의 III. 3. 참고.

2 근로자개념의 변천과 관련법의 적용

위하여 혁신적인 구조조정을 단행하고 그에 상응하는 경영조직을 개선하고 있다. 예컨대 아웃소싱에서 보여지듯이 종래 근로계약관계를 기초로 근로자가 행하던 업무를 근로자가 아닌 독립적인 개인 사업자로 하여금 자기 책임으로 수행하도록 하는 노동력 공급시스템이 확대되고 있다. 이러한 노동시장의 패러다임의 변화가 과연 종래의 전통적인 근로자상에 기초한 노동법의 패러다임에 아무런 영향을 주지 않을 수 있는가? 노동법의 목적 및 기능과 관련하여 과거의 근로자개념이 여전히 타당한지, 근로자개념과 노동법의 적용관계가 어떻게 재구성되어야 하는지에 대하여 끊임없이 문제가 되고 있다. 특히 새로운 세기에 들어선 지금 노사관계의 발전에 관한 테마는 노동시장과 같은 거시적인 관점에서 뿐만 아니라 근로자와 사용자 사이의 계약당사자관계와 같은 미시적 관점에서도 논의의 대상이 되고 있다. 노동시장과 근로계약관계의 기본 틀은 법률과 판례, 단체협약 및 국제적인 영향 등을 통하여 끊임없이 변화하고 있기 때문이다. 노동법은 한편으로는 사회적 제도와 경제적 시장, 기술 및 기업전략에 의하여 집약적인 영향을 받으면서, 다른 한편으로는 그로부터 발생하는 문제점에 능동적으로 대응해야 한다는 과제를 안고 있다. 따라서 근로자개념에 대한 문제성은 단지 노동법과 사회보험법의 관점에서만이 아니라, 노무제공 형태의 발전과 관련하여 노동시장의 발전적 전개라는 관점에서, 더 나아가 안정적 경제성장과 실업문제 해결을 위한 국가의 당면한 경제·사회정책적 관점에서도 그 중요성이 크게 부각되고 있다.⁵⁾

5) 근로자개념을 실업문제 해결의 관점에서 다룬 것으로는 Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1151 ff.

II. 새로운 노무공급의 유형과 근로자개념

1. 개별 사례군과 근로자개념

우리나라에서는 주로 학습지교사, 보험설계사, 골프장의 캐디, 레미콘 차량기사 그리고 화물트럭기사 등의 사례와 관련하여 근로자개념이 문제되고 있다.⁶⁾ 그러나 산업구조가 고도화되면서 실제 노동시장에서는 이들 이외에도 근로자 여부가 문제되는 사례가 점점 증가·확대되고 있다. 대부분의 취업활동의 경우 근로자 또는 개인 사업자의 구별은 크게 문제되지 않는다. 다만, 예를 들어 전기·가스·수도계량기 검침원, 시청료 징수원 등과 같이 사실상 오래 전부터 근로자나 사업자의 어느 한 영역으로 분류하기가 매우 어려운 중간적 취업집단이 존재해 왔다. 그런데 이러한 중간 영역의 양적 규모가 최근 상당히 확대되고 있다. 특히 수년 전부터 일부 기업에서 근로자를 취업시킬 때의 장점과 자영사업자를 취업시킬 때의 장점을 서로 결합시키는 인력관리정책이 시도되면서 새로운 고용형태에 관한 논의가 급속하게 전개되고 있다. 예컨대 기업이 판매중개인을 취업시킬 경우 형식적으로는 자영사업자의 지위를 부여하고 다른 한편으로 계약조건을 통하여 일반적인 근로자에 대한 경우와 유사한 정도로 지휘감독을 행사한다. 그러나 법적으로는 자영사업자이기 때문에 이들에 대하여 노동법 내지 사회보험법상의 부담과 비용이 발생하지 않는다는 이점을 기업측은 누리게 된다.⁷⁾ 이러한 직업군에 속하는 자들은 유럽 등에서 이미 외관자영사업자(Scheinselbständige), 새

6) 이들 개별 사례에 대한 우리 판례와 행정해석의 태도에 관해서는 김형배, 『노동법』(제13판), 2002, 248면 이하 참고.

7) Wank, Brennpunkt des Sozialrechts 1996, 1997, S. 78, 79; Meyer/Paasch/Ruthenberg, Soziale Sicherheit, 1988, S. 77; Skaupy, NJW 1992, S. 1785; Kretschmer, Brennpunkt des Sozialrechts 1996, 1997, S. 98 등 참고.

4 근로자개념의 변천과 관련법의 적용

로운 유형의 자영사업자(neue Selbständige) 또는 유사사업자(quasi-self-employed) 내지 유사근로자(quasi-employee) 등으로 표현되면서 그 법적 지위가 검토되고 있다.⁸⁾ 특히 독일에서 이 문제와 관련된 대표적 사례로서 다루어진 예는 다음과 같다. 먼저 작업이 기상 상황에 밀접히 관련되어 있고 전체 공정이 여러 개의 개별적 내지 소규모의 작업으로 구성되어 있는 건설업종에서 용접 또는 비계설치 등의 하청작업을 담당하는 개별 취업자의 법적 지위⁹⁾, 일정한 사용료를 지불하고 특정 상품 또는 서비스의 고유 명칭과 상표 내지 그 판매기법 등에 대하여 배타적 사용권을 획득하는 프랜차이즈에서 그 가맹계약자(Franchise-Nehmer)의 법적 지위¹⁰⁾, 신문, 출판업종에서 특히 신문배달업무¹¹⁾, 근로관계에 있지 않으면서 정기적으로 일정수의 사진 등을 제공하기로 한 자의 지위¹²⁾, 방송 등 미디어업종에서 프로그램의 제작에 종사하는 자의 법적 지위¹³⁾, 근거리 운송, 택배업종에 종사하는 자로서 소형운송사업자로

8) 이에 대해서는 Einem, BB 1994, S. 60 ff. 참고.

9) Julius, Die rechtliche und rechtstatsächliche Lage der “Neuen Selbständigen”, 1995, S. 14, 24 ff.

10) 가맹점계약자(Franchise-Nehmer)의 근로자지위를 부인한 예: BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 32. 가맹점계약자(Franchise-Nehmer)의 경제적 종속성을 시인하고 적어도 유사근로자의 법적 지위를 인정한 예: BAG EzA § 5 ArbGG 1979 Nr. 24. 그 밖에 프랜차이즈의 기본 속성과 근로자개념의 일반적 적용에 관한 다툼에 대해서는 Horn/Henssler, ZIP 1998, S. 581 ff.; Weltrich, DB 1988, S. 606 ff.; Wank, DB 1992, S. 90 ff. 등 참고.

11) 근로자의 지위를 인정한 예: BAG EZA § 7 BetrVG 1972, Nr. 1. 반면에 해당 신문배달 종사자의 배달 범위가 혼자서는 불가능하여 보조노동력의 도움이 불가피한 경우에 근로자의 지위를 부인한 예: BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 61.

12) 구체적인 사진촬영의 지시에 따르지 않고 자유롭게 그 제출 기한을 결정한다는 점에서 근로자의 지위를 부인한 예: BAG EzA § 5 BetrVG 1972 Nr. 51.

13) 일반적으로 프로그램의 제작에 직접 관여하지 않는 종사자, 예컨대 정기적·일상적으로 외국어 번역작업에 종사하는 자, 아나운서는 일반적으로 근로관계에서 노무를 제공하는 자로 인정하지만(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 64), 프로그램 제작에 직접 영향을 미치는 경우에는 근로관계하에서 뿐만 아니라 자영사업자의 지위에서 업무를 수행할 수도 있다고 봄으로써 이들이 방송사의 시설장비와 팀 동료와의 협력관계에 의존하고 있다는 사실만으로는 근로자지위를 인정하지 않고 있다(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 55). 그 밖에 부업으로 방송리포터업무에 종사하는 경우에는 통상 근로자의

등록하고 자기 차량을 지입하여 업무를 수행하는 자의 법적 지위¹⁴⁾, 자신이 선택한 장소나 사용자 또는 사업주에 의하여 장비가 갖추어진 장소에서 회사의 정보처리시설과 연결하여 단순 또는 전문적인 업무를 수행하거나 통신시설을 통해 사업주의 경영과 연결되어 업무를 수행하는 이른바 원격통신근로(Telearbeit)에 종사하는 자의 법적 지위¹⁵⁾, 종합적인 교양강좌를 개설하고 있는 학원이나 시민대학 그리고 그 밖에 음악학원의 교사나 강사의 법적 지위¹⁶⁾, 보험 분야에서의 보험대리인의 법적 지위¹⁷⁾, 그 밖에 유한회사의 출자사원이면서 동시에 일정한 업무에

지위가 인정되지 않지만(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmbegriff Nr. 69), 상당한 범위에서 계속해서 업무대기 상태에 있으면서 사전 합의가 없더라도 회사의 업무시간 계획에 따라 투입이 일방적으로 정해지는 경우에는 근로자의 지위를 인정하고 있다(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmbegriff Nr. 43; BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmbegriff Nr. 55).

- 14) 최근 판례에서 차량에 회사명·색상 및 로고를 부착하고 택배물을 수령·배달하면서 수시로 회사와의 연락을 통하여 소화물을 운송하며, 업무시간대가 평일 오전 6시부터 오후 4시 또는 5시에 이르는 등의 근무상황에서는 그 형식적 관계 여하에 불구하고 근로관계가 인정된다고 판단하고 있다(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmbegriff Nr. 63). 그 밖에 운전면허학원을 위하여 부업으로 운전교육을 담당하고 있는 자를 근로자가 아니라고 한 예: BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmbegriff Nr. 53
- 15) 이에 관해서는 박지순, 「텔레워크의 의의와 노동법적 기본문제」, 『인터넷法律』 제23호(2004. 5), 119면 이하 참고. 그밖에도 Wank, Telearbeit, 1997, Rn. 57; Boemke, BB 2000, S. 147; MünchArbR/Richardi, 2. Aufl., 2000, § 24 Rn. 86 참고. 그러나 아직 이들의 법적 지위를 직접 다룬 판례는 나오지 않고 있다.
- 16) 판례는 일반교양강좌를 담당하는 학원의 교사에 대해서는 일반적으로 근로자로서의 지위를 인정하지만(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 62), 예외적으로 교사가 수업시간에 대해서만 급부를 제공하고 그 밖의 서비스업무를 담당하지 않는 경우에는 근로자의 지위를 부인한다(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 31). 또한 시민대학에서 우리의 검정고시에 해당하는 정규학교과정을 제외한 일반강좌의 강사는 사안에 따라 근로자나 자영사업자의 지위를 가질 수 있다고 한다(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 46). 또한 음악학원의 강사의 경우에도 마찬가지이다(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 60).
- 17) 일반적으로는 독일상법 제84조의 대리상의 지위가 인정된다(BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 60; BAG NZA 2000, S. 534). 그러나 하급심판례 중에는 사업상의 위험 부담에 상응하는 경제적 기회가 보장되어 있지 않다는 이유로 근로자의 지위를 인정한 예도 있다(LAG Nürnberg LAGE Nr. 34 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff).

종사하는 자¹⁸⁾ 및 그 업무집행사원¹⁹⁾ 또는 법인의 대표기관의 구성원,²⁰⁾ 그리고 단체구성원의 신분에 기하여 그 규약에 따라 노무를 제공하는 경우²¹⁾ 등도 적지 않게 다루어지는 사례이다. 세계화로 대표되는 세계경제의 통일화 경향은 노동시장의 수요체계에도 영향을 미치고 있으므로 이러한 문제는 비단 어느 한 지역에서만 발생하는 것이 아니다. 유럽 등 선진산업국가에서 발생되고 있는 이러한 현실적 문제들은 우리나라에도 잠재적으로 내재하고 있는 것이므로, 조만간에 외부에 표출될 것이 분명하다. 따라서 이미 지난 수십년간 이 문제와 씨름해 온 독일의 실무를 참고하는 것은 우리에게도 시사하는 바가 적지 않을 것이다.

2. 근로자개념의 문제성

인격적 종속성 또는 사용종속관계의 표지(標識)에 의하여 대표되는 전통적인 근로자개념에 의하면, 사업주의 경영조직에 편입되어 있지 않거나 느슨하게 편입되어 있을 뿐 상대적으로 사업주의 지시권에 구속되어 있지 않은 노무 제공자들은 통상은 자영업자(Selbständige)로 분류될 것이다. 그러나 이들 중에는 순수한 사업자로서의 지위가 선뜻 인정될 수 없는 경우도 존재한다. 왜냐하면 이들은 자신의 고유한 사업조직을 가지고 있지 않을 뿐만 아니라, 피용자와 마찬가지로 사용자와의 경업을 회피해야 할 의무도 부담하기 때문이다. 최근 크게 문제되고 있는 ‘노동법으로부터의 탈출’ 또는 ‘비전형근로의 확대’라는 일반적인 현상은 이 문제 영역의 현실적 의미를 설명해 주고 있다.²²⁾ 즉 상당수의 업종에서 전통적으로 근로자에 의하여 수행되던 업무가 당사자 사이의 계약상의 합의에 의하여 자유로운 사업자로서의 활동으로 바뀌고 있기 때문이다. 그 원인은 다양하다. 그러나 여기서 우리가 유의해야 할 것은 노사의 결합형태가 바뀌게 되는 주된 원인은 기업측 사정에서 연유한다

18) BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 68.

19) BAG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 76.

20) BAG EzA § 5 ArbGG 1979 Nr. 33.

21) BAG EzA Art. 140 GG Nr. 26.

22) Bauschke, RdA 1994, S. 209; Pfarr, FS für Kehrman, 1997, S. 75 f.

는 사실이다. 즉 근로자를 사업자로 대체하는 것이 생산품목의 다양화와 유연성을 확보하는 데 유리하고, 경우에 따라서는 생산성이 보다 개선될 수 있기 때문이다.²³⁾ 더 근본적인 문제로서는 기업측의 인건비 절감의 효과를 내놓을 수 없다.²⁴⁾ 물론 자영사업자가 근로자에 비하여 상대적으로 유리한 장점도 언급될 수 있다. 즉 자영사업자에게는 근로자에 비하여 고소득의 기회가 주어지고, 기업이나 사용자에 대하여 활동의 자유를 가질 수 있다. 또한 사회보험의 가입이 강제당하지 않고, 세법상 사업자로서 융통성이 더 있다는 점도 경우에 따라서는 장점으로 작용할 수도 있다.²⁵⁾ 그러나 이와 같은 고전적인 근로자와 자영사업자의 구분이 현실적으로 명확하게 이루어지지 못하는 데 문제가 있다. 즉 노무를 공급하려는 자가 노무를 필요로 하는 상대방과 계약자유에 기초하여 스스로 어떤 계약 관계하에서 노무를 제공할 것인지를 결정한다. 이 때 고소득 가능성과 업무수행의 자율성을 원하는 자는 자영사업자의 지위를 요구할 것이고, 직장의 상대적 안정성과 각종 사회적 보호를 향유하고 싶을 때는 근로자의 지위를 선호하게 된다. 즉 근로자와 근로자가 아닌 자의 구별은 각각의 계약관계에 내재되어 있는 본질적 급부 내용과 당사자의 자유로운 의사형성에 따라 결정된다. 그러나 현실적으로 노무 제공자가 구조적인 교섭력의 불균형으로 말미암아 상대방에게 자신의 이익을 충분히 관철시킬 수 없다면, 그리고 현실의 노무공급 과정에서 그의 경제적 종속성으로 인하여 사실상 시장적 지위를 향유할 수 없다면, 어떤 형태로든 그들을 위한 보호시스템이 가동되지 않을 수 없을 것이다. 다시 말해서 불평등한 조건에서 이루어진 계약관계의 내용에 대하여 일정한 수정이 가해지지 않으면 안 된다. 그런데 우리 노동법이 취하고 있는 흑백논리적 적용관계는 이러한 현실적 요청에 부합되지 않는다. 이 문제에 대하여 두 가지 방안이 논의될 수 있다. 하나는 현행 법상 또는 실무상 적용되어 온 비현실적인 근로자개념 내지 그 요건을 수정하여 근로자개념을 현실에 맞게 변화시킴으로써 현실과의 괴리를

23) Bauschke, RdA 1994, S. 209, 211.

24) Mayer, FS für Däubler, 1999, S. 77, 79 f.

25) Worzalla, Arbeitgeber 1995, S. 47.

8 근로자개념의 변천과 관련법의 적용

좁히는 것이며,²⁶⁾ 다른 하나는 노동법의 적용을 다원화함으로써, 즉 그 적용대상을 다층화함으로써 현실 노동시장의 전개에 탄력적으로 대응하는 방안이다.²⁷⁾ 이러한 논의는 어느 것이나 종래의 근로자개념의 반성과 비판에서 출발하는 것이며, 체계적이고 현실성 있는 근로자개념의 새로운 구성을 시도하는 것으로서 그 논의는 현행 우리 노동법의 체계와 구성에 대한 재검토와 연결되어 있다.

26) 이 입장에서는 현재의 근로자개념을 수정함으로써 그 범위를 확대하려고 시도한다. 대표적으로 Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; Einem, BB 1994, S. 60 ff.; Steinmeyer, DVBl. 1995, S. 962, 967.

27) 이른바 노동법의 다층적 구조론(Abstufungstheorie)을 주장하는 그룹이 이에 속한다. Hromadka, NZA 1997, S. 569 ff.; Heinze, NZA 1997, S. 1 ff.

III. 근로자개념의 변천

1. 사용종속관계이론의 역사적 배경과 그 비판

가. 인법적 공동체관계이론

근로관계를 사용종속관계로 파악하는 이론은 독일에서 전개된 인법적 공동체관계(personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis)이론과 그 맥락을 같이한다. 인법적 공동체관계이론은 독일에서 20세기 초반에 전개된 근로관계이론인데, 그 뿌리는 게르만법 전통으로 거슬러 올라간다.²⁸⁾ 고용관계 내지 근로관계를 인법적(personenrechtlich)으로 이해하는 사고는 특히 구체적으로는 프로이센 일반분방법(Allgemeines Landrecht für preußischen Staaten: ALR, 1794)에서 드러나고 있었다.²⁹⁾ 이 법에서 수공업 근로자(Handarbeiter)와 농가에 단기간 고용되어 일당을 수령하는 일용 근로자(Tagelöhner)의 근로관계는 임대차나 도급계약과 같이 일반적인 채권관계편(제1부 제11장)으로 분류해 놓았으나, 특히 농가에 상시 고용되어 있는 가사사용인(Gesinde, Dienstbote)에 관한 법은 제2부 인법과 신분법편에서 가족법에 연결하여 규율하고 있다(ALR II 5 §§ 1 ff.). 이와 같은 편별은 법률효과의 차이를 발생시키는데, ALR II 5 §§ 64, 70에 의하면 가사사용인은 자신의 노무를 신의에 따라 이행하여야 하고, 노무 이외의 영역에서도 사용자의 복리를 위하여 봉사하여야 하며 그에게 발생할 수 있는 손해와 불이익을 회피하여야 할 의무를 부담한다고 규정하고 있다.³⁰⁾ 오늘날 독일민법 제617조에 규정되어

28) Mayer-Maly, RdA 1989, S. 233, 238.

29) 특히 이에 관해서는 Bernert, Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert, 1972, S. 63.

30) MünchArbR/Blomeyer, 2. Aufl., 2000, § 51 Rn. 4.

있는 근로자의 질병시 임금계속지급의무는 이미 ALR II 5 §§ 86 ff.에서 규정되어 있었다. 그러나 수공업 근로자와 일용근로자에 대한 ALR I 8 §§ 895 ff.에서는 이러한 규정이 존재하지 않는다. 다시 말해서 질병시의 임금지급규정은 가사사용인에 대해서만 규율되어 있었을 뿐이었다. 다른 한편으로 ALR은 가사사용인법을 전적으로 인법으로만 규율한 것은 아니었다. 즉 이 관계를 고용임차(Dienstmiete, ALR II 5 § 2)로 표현함으로써 보통법인 로마법과 결부시키고 있다(locatio conductio operarum). 당시 Savigny는 로마법의 제한적인 규정들은 가사사용인법의 성립에 대해서 별다른 영향을 미칠 수 없었다고 보고, 따라서 ALR이 이러한 법률관계를 인법으로 수용한 것은 타당하다는 견해를 보였다.³¹⁾ 그러나 19세기에 이르러 계속되는 분방법의 형해화와 그에 상응하여 점점 더 의미가 커지고 있던 로마법의 영향으로 인하여 근로관계는 애당초 노예에 대한 물건 임차에서 비롯된 locatio conductio operarum에 관한 로마법의 규정을 토대로 유상쌍무적 법률관계, 즉 채권관계라는 인식이 점점 확대된다.³²⁾ 19세기 중반에 이미 이러한 로마법적 관점은 게르만법의 관점과 대비되어 논의되고 있었다. Savigny가 고용계약의 경우 게르만법의 토대 위에서 전개된 내용에 대하여 로마법상의 규정을 대체하거나 보완할 수 있는 가능성을 인정하였음에도 불구하고³³⁾, 로마법과 게르만법의 대립은 점점 예각을 세우고 있었다. 1853년에 간행된 『로마법과 게르만법 사이의 원칙적 차이』라는 제목의 문헌에서는 고용이 약속된 노무와 그를 조건으로 하는 임금의 급부에 대한 쌍무적 관계로 제한되고, 계약 당사자는 이를 넘어서는 그 어떠한 채무도 부담하지 않는다는 것은 로마법 원칙에 따른 것이고, 반면에 고용임차 당사자 사이의 구체적인 인격적 관계로부터 쌍무적인 충실의무가 발생한다는 관점은 게르만법적 전통에 의한 것이라고 쓰고 있다.³⁴⁾ 판텍텐법학에서

31) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. Bd., S. 366 f.; Gelder, AuR 1971, S. 300, 301 참고.

32) Bernert, a.a.O., S. 44.

33) Savigny, a.a.O., S. 366.

34) Schmidt von Ilmenau, Der prinzipielle Unterschied zwischen römischem und germanischem Recht, S. 270.

는 고용 내지 근로관계는 순수한 채권법적 관계로서 그리고 고용임차로서 물건의 임차와 유사한 것으로 보고 있다.³⁵⁾ 즉 근로관계는 노무와 임금의 교환관계일 뿐이고, 그 밖의 프로이센 가사사용인법의 배려·충실의무에 대해서는 아무런 언급이 없다.

독일민법의 기초자들은 근로관계의 법적 성질에 관하여 우선은 위의 로마법적 관점에서 출발하였다. 반면에 민법전과는 별도로 제정되어 있는 가사사용인법(Gesindeordnungen)에서 전통적인 가족법적 관점이 고수되고 있었다.³⁶⁾ 독일민법 제1차 초안에서는 고용관계가 가사사용인법과 완전 분리되어 순수한 교환관계로 구성되었다. 이에 대해서 Gierke는 순수한 채권관계만으로는 민법상의 고용계약으로 규율되는 그 밖의 노무 제공자의 인법적 측면을 충분히 고려할 수 없다고 비판하였다.³⁷⁾ 이러한 비판을 고려하여 제2차 민법 초안에서는 계약의 대상으로서 노무와 임금의 교환을 넘어서는 사용자의 의무(예컨대 독일민법 제617조(노무자의 질병), 제618조(보호조치의무))를 규정하였고, 이를 배려의무라고 표현하였다.³⁸⁾ Gierke는 근로계약이 갖는 인법적 성격을 전통적인 독일법상의 충실고용계약(Treudienstvertrag)에서 그 근거를 발견하고 이에 관한 포괄적인 논문을 1914년에 발표하게 된다.³⁹⁾ 이 견해는 곧바로 채택되지 못하고 제1차 세계대전이 끝난 후에야 비로소 배려의무와 충실복종의무이론의 형태로 발전된다. 그러나 Lotmar를 비롯한 당시 학계의 다수설은 여전히 근로관계를 쌍무적인 채권관계로 파악하고, 이들 의무들을 인법적 공동채관계로서의 근로계약의 본질로부터 도출하는 Gierke와 달리 실정법상의 규정(프로이센 가사사용인령 제70조, 독일상법전 제60조, 제61조, 독일민법 제618조)을 그 근거로 이해하였을 뿐이었다.⁴⁰⁾ 그러나 이 견해는 가사사용인법이 민법전의 고용계약편으

35) 특히 Dankwardt, Jher. Jahrbücher, 1875, S. 256, 257.

36) Gelder, AuR 1971, S. 300, 301.

37) 이에 관해서는 Jobs, ZfA 1972, S. 305 ff. 참고.

38) Mugdan, Bd. 2, S. 904 ff., 1286 f.

39) Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrags, FS für Brunner, 1914, S. 37 ff.

40) 원칙적인 설명으로는 Lotmar, Der Arbeitsvertrag, 1. Bd., 1902, S. 32. 그 밖에 Kaskel, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1928, S. 83, 116, 157; Schwerdtner, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, 1970, S. 29; Richardi, ZfA

12 근로자개념의 변천과 관련법의 적용

로 흡수되고, 경영위험부담론에 관한 제국법원의 킬(Kiel) 전차사건판례⁴¹⁾에서 보듯이 공동체관계이론이 지지를 얻고 있던 사정과 관련하여 그 힘이 급속도로 위축되었다. 당시의 법원은 특히 위의 사건과 관련하여 개인주의적 관점에 기초한 민법전이 노동법 사례에 대하여 더 이상 타당하게 적용될 수 없음을 지적하고 사회적 관계이론으로부터 전개된 공동체 사상을 기초로 민법상의 일반규정의 적용을 부인하였다. 특히 그 결정적 계기는 1920년에 제정된 경영협의회법상의 공동결정제도의 도입이었다.⁴²⁾ 법원은 이를 통해서 사용자와 근로자는 법적으로 공동체 관계로 전이되었다고 보았다.⁴³⁾ 이와 같은 인식을 통하여 고용계약에 관한 민법전의 빈약한 보호규정들이 범형성의 방법으로 그리고 수많은 개별 입법을 통하여 근로자의 처지를 개선하는 방향으로 보완될 수 있었다.

나. 인법적 공동체관계와 근로자의 개념

a) 인법적 공동체관계이론은 이와 같이 근로관계에 특수하게 존재하는 당사자의 권리와 의무의 근거 및 책임법상의 특수성을 민법체계로부터 벗어나 노동법의 고유한 독자적인 성격을 설명하기 위하여 주장된 이론이다.⁴⁴⁾ 그런데 노동법의 인적 적용범위를 확정하기 위하여 사용되는 근로자개념은 이와 같은 근로관계의 본질에 관한 논의와 사실상 같은 맥락에서 논의되어 왔고, 심지어는 근로자개념으로부터 근로관계의 본질이 해명될 수도 있다는 것이 노동법학계에서의 다수설의 태도였다.⁴⁵⁾ 이에 따르면 근로자개념은 사실상 모든 노동법상의 문제에 대해

1988, S. 221, 236..

41) RGZ 106, 272, 275. 이에 관해서는 김형배, 「경영위험부담론」, 『법률행정론집』 제10집, 고려대학교, 1972, 267면 이하 참고.

42) Reuter, RdA 1988, S. 280, 281.

43) RGZ 106, S. 272, 275; RAG ARS 3, S. 116, 120.

44) 대표적으로 Gierke 외에 Sinzheimer, Potthoff 등이 이를 주장하였다. 이에 관해서는 Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl., 1963, S. 131 및 Richardi, ZfA 1988, S. 221 ff. 참고.

45) Hueck의 1920년대 저술활동은 여기에 초점이 맞추어져 있었다. 그러나 비단 인

서 의미를 가지고 있는 노동법의 중심개념을 이룬다.⁴⁶⁾ 근로자개념은 상법에서 상인개념과 같은 기능을 수행하며, 법률관계의 본질적 속성이 근로자 여부를 정하는 것이 아니라 그 법률관계에 참가한 자의 속성이 근로자 여부를 결정하게 된다.⁴⁷⁾ 이에 따르면 근로자는 사법상의 계약 또는 그와 동일시될 수 있는 법률관계를 기초로 타인에게 사용되어 노무를 제공하는 자로 정의하는 것이 일반적인 견해였다. 이 때 ‘타인에게 사용되어’라는 표지는 일반적으로 근로자가 사용자에게 대하여 인격적 종속관계에 서 있음을 의미한다고 설명되었다.⁴⁸⁾ 따라서 근로자가 인격적 종속성하에서 제공하는 노무는 일반적인 물건의 급부와는 다른 특수성을 지니고 있고, 이 특수성이 근로관계의 내용에 영향을 미치게 된다는 것이 종래 다수설의 설명이었다.⁴⁹⁾

b) 근로자를 사용자에게 대하여 인격적 종속관계에 있는 자로 이해하는 전통적인 견해에 의하면, 인격적 종속성이란 근로관계 중에 사용자의 포괄적인 지휘감독하에 자신의 전인격을 맡긴다는 것을 의미한다. 인격적 종속성의 존부를 판단하는 핵심기준은 사용자의 지시권에 대한 구속관계로 설명되었다.⁵⁰⁾ 그렇지만 노무급부의 내용이 개별적인 상대방의 지시에 의하여 특정되기보다는 오히려 경영내부 조직관계에서 비롯된 규율관계를 통해서 강제되는 경우가 일반적이었기 때문에 현실적으로는 경영에 대한 조직적 구속(또는 경영조직에 대한 편입)⁵¹⁾에 의하여 인격적 종속성 여부가 결정된다고 보았다. 1920년대의 Alfred Hueck와 Arthur Nikisch의 논쟁에서 비롯되고, 특히 Hueck에 의하여 일반화

법적 공동체관계를 주장하는 자들만이 근로관계를 결정하는 데 있어서 근로자개념을 그 출발점으로 삼은 것은 아니었다. 근로관계를 순수한 채권법적 관계로 보는 입장에서도 근로관계의 개념을 근로자의 개념을 매개로 설명하고자 하였다. 이에 관해서는 Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, E 1, S. 144 참고.

46) Mayer-Maly, Arbeiter und Angestellter, 1969, S. 2.

47) Mayer-Maly, a.a.O., S. 2; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 89.

48) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 34 f., 41.

49) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 129.

50) MünchArbR/Richardi, 2. Aufl., 2000, § 24 Rn. 17 ff., 22.

51) 편입설에 대한 자세한 설명은 김형배, 『노동법』, 제13판, 2002, 194면 이하 참고.

14 근로자개념의 변천과 관련법의 적용

된⁵²⁾ 이와 같은 전통적 근로자개념에 의하면, 근로자의 전인격이 사용자의 의사에 종속된다는 점에 근로관계의 본질적 요소가 있고, 그로부터 발생하는 근로자와 사용자의 긴밀한 결속관계가 근로관계의 독자적인 판단 표지로서 이해되고 있는 것이다. 즉 인법적 공동체관계는 근로관계의 결과로서만 이해된 것이 아니라 근로자와 사용자 사이의 인적 결합의 성립에 대해서도 결정적인 요건이 된 것이다. Hueck는 이러한 의미의 인격적 종속성이 있는 경우에만 근로관계가 성립될 수 있다고 정의하였다.⁵³⁾

다. 인격적 종속성 표지의 전개와 의미

a) 인법적 공동체사상 및 그에 기초한 인격적 종속성이론은 나치정권에 의하여 공동체 정신과 지도자 사상에 근거한 근로자의 충실의무를 일방적으로 강요하는 이데올로기로 변질된다.⁵⁴⁾ 그러나 제2차 세계대전이 끝난 후 Hueck는 인법적 공동체 사상과 인격적 종속성이론이 나치에 의하여 남용된 것일 뿐이라고 하고 그 타당성을 계속 주장하였고⁵⁵⁾, 다수의 노동법학자들은 이에 따르게 된다. 그 결과 전후(戰後)에도 여전히 근로관계의 판단 표지를 계약 내용이 아니라 계약당사자의 ‘인격’에 둬으로써 법률관계의 분류를 ‘근로계약의 정의’를 통해서가 아니라 ‘근로자개념’을 통해서 수행하도록 하게 된다. 그러나 20세기의 후반부에 급격한 경제발전을 계기로 다양한 직업군이 새로이 창출되면서 이러한 전통적인 근로자개념을 통해서는 더 이상 설명할 수 없는 한계 영역에 속하는 사례들이 점점 증가하였다. 특히 1960년대 말부터는 방송, 언론

52) Hueck, in: Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 1. Aufl., S. 25 및 7. Aufl., S. 34 ff.; MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 24.

53) Hueck, a.a.O.

54) 이 시기의 근로관계이론에 대해서는 특히 Rütters, Die unbegrenzte Auslegung - Zum Wandel des Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1968, S. 396; Jobs, ZfA 1972, S. 305 및 그 밖에도 Schwerdtner, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, S. 30 ff.; Richardi, ZfA 1988, S. 221, 237 참고.

55) Hueck, Treugedanke im Deutschen Privatrecht, S. 13.

사의 저널리스트, 리포터 또는 사진기자 등의 직업군의 법적 지위에 관한 소송이 노동법원의 근로자 판단에 관한 소송의 대부분을 차지할 정도였다.⁵⁶⁾ 그러나 지시권구속관계와 편집설을 주축으로 한 인격적 종속성이론을 가지고는 이들 사례에 대하여 만족스러운 해결책을 제시해 주지 못하자, 다양한 보충적인 징표들을 인격적 종속성의 판단에 끌어들이었다. 이를 통해서 종래의 인격적 종속성에 대하여 다소의 방향 전환이 불가피하게 되었다. 그 배경에는 무엇보다도 전통적인 근로자개념의 뿌리였던 기본적 전체에 대한 비판이 큰 역할을 하였다. 즉 근로관계를 인법적 관계로 이해하는 관점은 종래 계약 외적 요소를 가지고 법률관계를 설명하려는 것이므로, 계약법의 테두리 내에서 그 계약관계를 파악하는 현대의 시민법 도그마틱에 부합되지 않는다는 것이다(이에 관해서는 다음의 라. 참고).⁵⁷⁾ 그러나 판례와 다수설은 이러한 경향만으로는 현실의 근로관계 및 그에 기초한 당사자의 권리, 의무의 개별 내용을 확정할 수는 없다고 보고 여전히 이른바 인법적 관점을 함께 고려하고 있다. 그 결과 전통적인 인격적 종속성만을 개념 표지로 삼는 것은 현실적으로나 이론적으로 더 이상 관철될 수 없게 되었다. 따라서 독일연방노동법원은 특히 1970년대 이후의 근로자개념에 관한 모든 판결에서 근로자개념의 중심 표지를 인격적 종속성이 아니라 인격적 종속성의 ‘정도’라는 다소 완화된 표현으로 바꾸면서 사실상 선언적 의미만을 부여하게 되었다.⁵⁸⁾ 독일연방노동법원이 일반적 정의개념으로서 인격적 종속성이라는 표현 자체를 포기할 수 없는 것은 특히 독일상법전 제84조 제1항 제2문과 관련이 있는 것으로 보인다. 근로자개념에 대하여 독립적인 정의규정을 가지고 있지 않은 독일 노동법과는 달리 이 규정만이 유일하게 자영업자로서의 대리상의 요건을 정하고 있다. 그에 따르면 “본질적으로 자유롭게 업무내용과 업무시간을 결정할 수 있는 자는 (근로

56) 이를 근로자개념의 위기라고 본 견해로는 Stolterfoht, DB 1973, S. 1069; Lieb, ZVersWiss 1976, S. 209.

57) 특히 MünchKomm/Söllner/Müller-Glöge, § 611 Rn. 121 ff.; Söllner, FS für Zöllner, S. 949, 950 ff.

58) 대표적으로 BAG AP Nrn. 6, 12, 14, 21, 23, 24, 26 und 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

자가 아닌) 자영사업자”의 지위를 갖는다. 물론 이 규정은 독립적인 대리상과 종속적인 상업사용인의 구별을 직접적인 대상으로 하고 있다. 그러나 법원은 이 규정이 그 직접적인 적용범위를 넘어서 근로계약과 그 밖의 노무공급계약을 구별할 경우에도 고려될 수 있는 일반적인 법적 가치평가기준을 포함하고 있는 것으로 보았다.⁵⁹⁾ 왜냐하면 사실상이 독일상법 제84조 제1항 제2문은 근로자와 자영사업자의 구별기준을 제시하고 있는 유일한 규범이기 때문이다.⁶⁰⁾ 독일연방노동법원은 이와 같은 법적 평가에 기초하여 근로자개념의 일반적인 정의를 시도하고 있는데, 그에 의하면 근로관계는 ‘인격적 종속성의 정도’에 의하여 자유로운 고용계약과 구별되며 인격적 종속성의 정도는 근로자가 제3자(사용자)에 의하여 결정되는 노동조직(즉 사업 또는 사업장) 내에서 근로시간과 장소 내지 업무내용에 관한 사용자의 지시에 따라 (다시 말하면 사용자의 지휘감독하에) 노무를 제공하고 있는지의 여부에 의하여 결정된다고 한다.⁶¹⁾ 다시 말해서 인격적 종속성의 존부를 판단할 수 있는 결정적인 기준은 업무의 내용과 수행방법, 그 시간과 기간 그리고 업무장소 등과 관련된 사용자의 지시권의 범위와 사용자에 의하여 조직된 노동 과정에 대한 편입의 정도에 따라 결정된다.⁶²⁾

b) 그런데 업무의 내용과 수행방법에 관한 지시권의 범위는 사실상 상대적으로만 적용할 수 있는 기준이다. 업무의 전문성이 높아질수록 그 내용이나 방법에 대하여 사실상 지시권 행사의 범위가 협소해질 수 밖에 없기 때문이다.⁶³⁾ 다른 한편으로 도급계약의 경우에도 도급인은

59) 특히 BAG NZA 1995, S. 622, 623; BAG NZA 1996, S. 1145, 1148 참고.

60) 이에 반해서 예컨대 Lieb 교수는 이 상법 조항이 1953년에 도입된 것이므로 이 조항의 도입 당시의 지배적인 노동법이론이 반영된 것일 뿐이므로 이 규정을 노동법에서 일반화하는 것을 비판하며, 당사대리인을 넘어서 사안에 대한 확대 적용을 경계하고 있다. 이에 관해서는 Lieb, Arbeitsrecht, § 1 I 1, S.4.

61) 독일연방노동법원의 일관된 관례. 대표적으로 BAG 24.6.1992, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 46; BAG 12.9.1996, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 59.

62) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 22 ff.

63) Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2 ff.; Heubeger, Sachliche Abhängigkeit,

일의 완성에 필요한 정도의 지시권을 행사할 수 있으나 그 경우에 수급인이 도급인의 근로자가 되는 것이 아니다.⁶⁴⁾ 그리고 근로시간이나 근로장소에 관해서도, 예컨대 재량근로시간의 도입 또는 재택근로의 확대에 의하여 그 기준의 의미는 상대화되고 있는 추세이다. 결국 독일연방노동법원은 개별 사안에서 인격적 종속성의 정도를 판단하기 위해서는 현실적으로 노무가 수행되고 있는 구체적인 사정들을 종합적으로 고려함으로써 비로소 바람직한 결론에 도달할 수 있다고 한다. 이를 위해서는 방법론적으로 유형론적 고찰방법을 채택하는 수밖에 없다.⁶⁵⁾ 현실적으로 모든 근로자에 대하여 적용될 수 있는 통일적이고 일관된 기준은 존재할 수 없으며, 근로자성 여부를 판단하는 데 있어서는 유형적 관점에서의 '정도'의 문제로 귀착하게 된다. 결국 근로자의 '개념'이 아니라 근로자의 '유형'이 사용될 수 있다고 한다.⁶⁶⁾ 이 견해에 따르면 인격적 종속성을 판단하는 데 있어서 결코 포기해서는 안 되는 결정적 기준이란 존재할 수 없고, 다만 종합적인 고찰에 사용되는 개별 징표들만이 존재할 수 있을 뿐이라고 한다. 그리고 이러한 근로자의 유형은 시대와 사회의 변화에 따라 다르게 파악될 수 있다. 결국 인격적 종속성이란 Richardi의 지적과 같이 확정된 구체적인 내용을 제시하지 못하고 그로부터 아무런 구별 기준을 도출할 수도 없는 공허한 공식에 지나지 않게 된다.⁶⁷⁾

1982, S. 39 ff. 우리 근로기준법도 일부 업무에 대해서는 사용자의 업무수행방법 및 근로시간에 대한 지시권이 의미가 없음을 인정하고 있다(이른바 재량근로에 관한 근기법 제56조 제3항). 이에 속하는 업무의 종류는 동 시행령에 정해 놓고 있는데(제26조), 이 업종에 속하는 직업군에 대해서는 사실상 종속성 요건이 크게 완화되고 있다.

64) 이에 관한 자세한 설명으로는 Richardi, FS 125jähriges Bestehen der juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 607, 614.

65) 특히 이에 대한 명백한 언급은 BAG AP Nr. 34-36 zu § 611 BGB Abhängigkeit. 유형론적 방법에 관해서는 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1985, S. 209 ff.; Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971. 그리고 방법론상 유형론적 관점에 대한 비판으로는 Kindhäuser, Rechtstheorie 12(1981), S. 226, 근로자개념에 있어서 유형론적 방법의 적용에 대한 비판으로는 Rütters, DB 1982, S. 1869, 1871; Heuberger, a.a.O., S. 126 f.; Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 24.

66) Hilger, RdA 1989, S. 1, 2; Zöllner, ArbR, 2.Aufl., 1979, § 4 III d, S. 41.

18 근로자개념의 변천과 관련법의 적용

67) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 20.

c) 인격적 종속성의 정도를 판단하기 위하여 사용되는 개별 징표들은 대체로 다음과 같은 카테고리로 제시되고 있다. 전통적인 요소로서 근로시간과 장소 및 업무에 관련된 사용자의 지시권의 범위와 사용자에게 의하여 구성된 경영조직에의 편입 외에도 규칙적인 출근 또는 출석의무와 부업의 허용 여부, 노무의 일신전속적 성격, 업무수행장소, 경영조직적 관점에서의 공동협력관계 및 그 밖에도 고정급의 보장 여부와 자신의 고유한 사업조직의 보유 여부 등이 거론되고 있다.⁶⁸⁾ 반면에 보수의 지급형태, 소득세 및 각종 사회보험기여금의 징수 여부, 종업원 신분자료의 작성 등의 사항은 유형론적 고찰방법에서도 중요하게 고려될 수 없다는 게 일반적인 견해이다.⁶⁹⁾

d) 이에 비해서 노무 제공자의 경제적 종속성은 근로자 여부를 판단하는 데 있어서 구성적 역할을 수행할 수 없다는 것이 일관된 독일연방노동법원과 다수설의 입장이다.⁷⁰⁾ 그러나 노동법의 발생 초기에는 경제적 종속성을 근로자에 대해서 개념본질적인 것으로 보았다. 왜냐하면 당시 공장의 임금근로자의 현실적인 처지와 무자력으로 인한 특별한 사회적 보호 필요성이야말로 노동법의 발전에 결정적인 출발점이 되었기 때문이다. 따라서 당시에 인격적 종속성 외에도 경제적 종속성은—그것이 근로자의 지위에 대하여 개념상 불가결한 요소는 아니었지만—현실적으로 대다수의 근로자가 생계유지 수단으로 직장에 의존할 수밖에 없는 사정을 감안하여 근로자의 판단 표지로서 결정적인 역할을 수행하였다.⁷¹⁾ 그러나 20세기 초의 독일 제국노동법원은 예컨대 독립적인 상인의 경우에도 경제적 종속관계가 있을 수 있다는 점을 이유로 경제적 종속성과 결별하기 시작하였다.⁷²⁾ 독일연방노동법원도 이러한 관점에 서

68) Berger-Delhey/Alfmeier, NZA 1991, S. 257 ff.; Reinecke in: Henssler/Olbing/Reinecke/Voelzke, Das arbeits- und sozialrechtliche Korrekturgesetz und die Scheinselbständigkeit, 1999, Rn. 143 f.

69) 특히 BAG NZA 1996, S. 1145, 1148; Schaub, Arbeitsrecht, 10. Aufl., 2002, § 36 I 및 거기서 인용된 판례 참고.

70) 특히 최근의 BAG DB 1999, S. 436 참고.

71) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 18. 당시의 판례로 대표적인 것은 RAG ARS 4, S. 143과 ARS 13, S. 42.

서 경제적 종속성만으로는 근로자 여부를 판단하는 데 필요조건도 충분 조건도 될 수 없다는 확고한 견해를 선포하기에 이르렀다.⁷³⁾ 그러나 여기에는 근로관계를 급부 교환의 경제적 형태로서가 아니라 공동체관계 및 조직관계로서 파악하는 기본적 인식이 그 기저에 깔려 있는 것이다.⁷⁴⁾ 그 밖에 특히 독일의 경우 유사근로자와의 구별 문제 및 단시간 근로자와 단기취업관계를 근로관계에 포섭하기 위한 실용적 근거도 그 배경이 되고 있다(다음의 IV. 참고).⁷⁵⁾

e) 구체적인 사례에서 노무 제공자가 근로자인지 아니면 도급이나 위임 등 다른 법률관계를 기초로 노무를 제공하는지의 여부를 판단하는 데 있어서는 위와 같은 구체적인 개별 징표를 참고하여 계약 내용을 객관적으로 해석함으로써 결정된다. 다시 말해서 당사자가 명시적으로 근로계약이 아닌 도급이나 위임으로 합의하였다 하더라도 실제로 있어서는 사용자의 지시권에 따라 노동을 제공한다면, 그 계약이행의 객관적인 내용이 법률관계 결정의 기준이 된다. 그런데 이른바 ‘잘못된 표시(falsa demonstratio)’의 경우는 일반적인 법원칙에 의하여 당연히 당사자의 실제적인 의사가 적용되므로⁷⁶⁾ 크게 문제되지 않는다. 노동법의 근로자개념과 관련하여 문제되는 것은 해당 근로계약관계가 노무 제공의 실태에 비추어보면 근로관계로 인정될 수 있으나, 당사자들이 그와 다른 법률관계로 합의한 경우이다. 독일연방법원과 다수설은 노동법이 취업자에게 강행적인 보호를 허용하고 있는 한, 당사자들이 근로계약이 아닌 다른 법률관계로 약정하더라도 노동법의 보호 내용을 회피할 수 없다는 원칙을 확립하였다.⁷⁷⁾ 따라서 노무 수령자가 노무 제공자에 대

72) 특히 RAG ARS 8, S. 451, 452.

73) 대표적으로 BAG AP Nm. 6 u 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit 및 그 이후의 일관된 견해.

74) 이에 관해서는 특히 Konzen, ZfA 1982, S. 259, 289 참고.

75) Konzen, a.a.O.

76) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 59.

77) 이러한 법원칙을 이른바 법형식강제(Rechtsformzwang) 또는 유형강제(Typenzwang)라고 부른다. 특히 Söllner 교수는 이를 채권법 도그마틱의 일반원칙으로 이해한다(Söllner, FS für Zöllner, S. 959). 이에 대한 대표적인 논문으로 Jahnke,

하여 통상적인 근로자와는 달리 세부적인 사항에서 어느 정도의 자율성을 부여하고 있더라도, 노무 제공의 전체적인 사정을 고려할 때 객관적으로 근로관계의 성질을 지니고 있다면 이는 근로관계로서 인정된다.

라. 인법적 공동체관계이론 및 인격적 종속성이론에 대한 비판

전통적인 근로자개념에 대한 비판은 크게 보면 두 가지 방향에서 행해지고 있다. 그 하나는 노동법의 이론적 기초를 이루는 종래의 인법적 공동체관계에 대해서이고, 다른 하나는 ‘인격적 종속성’의 표지 그 자체의 비현실성에 대한 것이다. 이와 같은 비판은 ‘근로자개념’에 대한 논의를 ‘근로관계의 본질’에 대한 논의로 전환시키는 데 많은 공헌을 하였다고 생각된다.

근대노동법의 사상적 기초를 형성했던 이른바 인법적 공동체관계이론은 시장경제체제를 바탕으로 하는 현대사회의 전개와 근로자상의 변화 등으로 말미암아 더 이상 관철될 수 없게 되었다(앞의 다. 참고). 인법적 요소는 인간의 노동에 대하여 시장에서 거래될 수 있는 상품이라는 관념을 인정하지 않음으로써 이 관념에 기초한 계약법적 요소가 배제되고 가부장적 가족관계를 강조하는 이데올로기적 효과를 가져왔다(pacta sunt servanda 대신에 bonus pater familias).⁷⁸⁾ 물론 Hueck는 인법적 성질이 근로자의 인격을 근로관계의 목적으로 하는 것은 아니라고 변호한 바 있다. 그에 의하면 인법적 공동체관계의 본질은 사용자와 근로자의 인격적 공동협력이나 이해관계의 동일성 또는 신념공동체관계에 있는 것이 아니라, 오히려 근로관계가 양 당사자의 긴밀한 인격적 관련성을 성립시킴으로써 민법상의 일반적인 신의성실의 원칙을 넘어서는 충실의무와 배려의무를 발생시킨다는 점을 표현하기 위해서 이 개념을 사용하는 것일 뿐이라고 그 의미를 상대화하였다.⁷⁹⁾ 그러나 인법

ZRP 146 (1982), S. 595 ff. 판례로는 BAG AP Nrn. 10, 21, 26, 34 u. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

78) 참고로 Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung, 1989, S. 21.

79) Hueck, in: Hueck/Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1, § 22, S. 131.

적 공동체관계라는 표현은 현행 법체계 내에서 그 어디에도 근거를 찾을 수 없을 뿐만 아니라⁸⁰⁾ 근로관계를 인법적 관계 또는 공동체적 관계로 이해하는 이면에는 이 근로관계를 재산법적 영역에서 끌어내려는 것이 의도되어 있다.⁸¹⁾ 현행 민법에 따르면 인법적 관계는 보호, 교양(教養) 내지 부양(扶養)의 권리의무관계를 내용으로 한다.⁸²⁾ 그러나 모든 인(人)은 우선 스스로 자기 자신의 행복을 도모할 수 있는 권리를 갖는다는 것이 민법의 일반원칙이고, 이러한 권리는 인격의 자유로운 발현에 대한 기본권을 통하여 헌법상 보장되고 있음을 고려한다면 보호, 교양(教養) 내지 부양(扶養)에 대한 권리와 의무의 부여는 법률에 의하여 정해진 제한된 사안에 대해서만 발생할 수밖에 없다. 예컨대 혼인관계나 친자관계 및 후견관계가 그 대표적인 예이다. 따라서 인간의 존엄 내지 인격의 자유로운 발현과 같은 헌법상의 가치체계는 노동의 종속성을 인격의 종속성으로 이해하는 관점과는 명백히 상반되는 것이다. 뿐만 아니라 인법적 관점은 산업사회에서의 근로관계의 특징이라고 할 수 있는 익명성이 의미하듯이 계약당사자가 현실적으로 서로 다른 법감정을 가질 수밖에 없다는 사정과 부합될 수 없고, 일반적인 사회이데올로기로부터 영향을 받을 가능성이 크다는 사실도 역사적으로 입증되었다.⁸³⁾ 더욱이나 노동법체계 내에서도 당장 명백히 다른 사상적 기초에서 출발하는 협약자율 내지 쟁의행위법과도 충돌될 수밖에 없다. 따라서 오늘날 다수의 견해는 근로관계를 통하여 오로지 노무급부에 관련된 근로자의 의무만이 발생될 뿐이며, 사적인 생활 영역과 관련된 의무나 책무는 근로계약으로부터 도출되지 않는다는 데 견해가 일치되어 있다.⁸⁴⁾ 종래 인법적 요소를 근거로 하여 설명되던 근로관계의 특수한 법률효과가 오늘날에는 채권관계의 일반이론을 기초로 설명되고 있다.⁸⁵⁾ 물론 근로관

80) Soergel/Kraft, § 613 a Rn. 25; Weber, RdA 1980, S. 289, 292.

81) Richardi, ZfA 1988, S. 221, 228. 그 밖에 위의 주 42) 참고.

82) Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., 1994, S. 9 ff. und S. 1002 ff.

83) Reuter, a.a.O., S. 21. 예컨대 독일의 경우 나치시대의 지도자주의에 기초한 근로관계이론과, 우리나라의 경우 유신 이후 근로자의 근로3권을 사실상 부인해 온 노사가족주의를 들 수 있을 것이다.

84) Staudinger/Richardi, § 611 Rn. 378 ff.; MünchArbR/Blomeyer, § 51 Rn. 16 ff.

계를 채권관계로 이해하더라도 그로부터 직접 근로자개념에 대한 정의가 내려지는 것은 아니다. 근로관계를 채권법적 계약관계로 이해한다는 것은 노동법의 핵심개념을 전통적인 신분개념인 ‘근로자’에서 ‘근로계약’으로 노동법의 중심적인 연결점을 옮겨 놓는다는 것을 의미한다.⁸⁶⁾ 다시 말하면 노동법의 적용범위 및 노동법의 근거와 한계가 이제 더 이상 보호받아야 할 대상의 신분에 따라 정해지는 것이 아니라 근로계약을 통해서 성립된 근로관계의 존부에 의하여, 즉 계약관계의 본질과 그 객관적 내용에 따라 결정된다는 것을 의미한다. 예컨대 Zöllner교수의 표현에 의하면 노동법이란 ‘근로관계에 대하여 적용되는 법’이라고 한다.⁸⁷⁾ 이는 종래의 일반적인 교과서가 노동법을 ‘종속적 임금노동을 행하는 자의 특별법’ 또는 ‘종속근로자의 특별법’⁸⁸⁾이라고 정의하는 방식과는 그 방향이 달라져야 함을 의미한다.

2. 채권관계로서의 근로관계의 재고찰

a) 노동법의 인적 적용범위를 정하는 데 있어서 인격적 종속성에 기초한 근로자개념만으로는 근로관계의 본질을 정확히 설명할 수 없으며 따라서 결정적인 기준이 될 수 없음은 이미 1920년대에 Jacobi 교수가 지적한 바 있다.⁸⁹⁾ Jacobi는 비자주적, 종속노동을 대상으로 하는 근로계약은 고용계약의 한 구성 부분을 이루며, 이를 다른 노무공급계약과 구별하기 위해서는 두 개의 요소를 서로 대비시켜야 한다고 한다.⁹⁰⁾ 첫

85) Staudinger/Richardi, Vorb. z. §§ 611 ff. Rn. 117 ff. 및 하경효, 「노동법의 기능과 법체계적 귀속」, 『사회변동과 사법질서』(김형배교수 정년퇴임기념논문집), 2000, S. 221, 223면 이하 참고. 반대의 견해로는 Gamillscheg, AcP 176(1976), S. 97 ff.

86) Söllner 교수는 근로자개념에서 근로계약의 개념으로 노동법의 접점이 이동하는 것을 현대사회에서의 노동법의 패러다임의 변화 또는 사고체계의 토대의 변화로 받아들인다. Söllner, FS für Zöllner, S. 949, 950.

87) Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 1998, § 4 I 1, S. 37.

88) Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1961, S. 1, 5; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1, S. 1.

89) Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 34 ff.

90) Jacobi, a.a.O., S. 46 f.

번째 요소는 결과특정적 노무급부와 시간으로 정해진 노무급부의 구별이다. 전자는 일의 완성을 목적으로 하는 도급의 기본이 되는 것이며 후자는 노무가 종료되는 시점만이 정해진 경우로 전자와 대비된다. 두 번째 요소는 대상이 구체화된 노무급부와 단지 종류로만 정해진 노무급부의 대비이다. 다시 말해서 미리 특정 개별급부로 구체화된 노무급부를 약정하였는지, 아니면 사전에 그와 같은 특정된 구체적 노무를 약정하지 않았는지 여부가 규명되어야 한다. 전자의 노무급부 유형은 통상적으로는 일의 결과에 대한 약정과 함께 발생되기도 하고(이 경우에는 도급에 해당된다), 시간의 특정으로 나타나기도 한다(이 경우에는 근로계약이 아닌 고용계약, 즉 자유로운 고용계약에 해당된다). 반면에 후자의 경우 노무급부 의무자는 자신의 노동력을 일단 어떤 특정한 내용을 가진 것으로서 상대방의 처분에 맡기고, 그 구체적인 급부의 실현은 근로관계가 진행되면서 이루어지게 된다. 이 유형이 원래의 근로계약으로 분류된다.⁹¹⁾ 그리고 이 근로계약에는 계속적 채권관계의 형태에서 발생하는 법적 상태, 즉 모종의 지배관계가 발생되는데 이것이 근로계약의 본질적인 특징을 이룬다.⁹²⁾ 왜냐하면 개별 노무급부는 미리 확정된 것이 아니라 근로관계의 진행중에 비로소 구체화되는데 이는 근로계약을 통하여 노무의 수령자에게 주어진 노동력의 처분권이 계속적 채권관계에서 실행되기 때문이다. Jacobi는 근로계약이 지배종속관계를 낳는다는 점에 대해서는 이견이 없지만⁹³⁾ 단순히 인격적 종속성의 존부만을 근로계약의 표지로 삼는 데는 반대한다. 노무급부 자체는 노동력 보유자의 인격과 분리될 수 없고 따라서 노무급부자가 타인에게 노무를 급부하기 위해서는 결국 자기 자신을 투입하는 것이므로 인격적 종속성은 근로관계뿐만이 아닌 모든 종류의 노무급부에서 발생하기 때문이다. 다만 이와 같은 종속적 관계는 매우 다양한 종류와 강도로 발현되는데, 예

91) Jacobi, a.a.O., S. 47.

92) Jacobi, a.a.O., S. 48.

93) 이러한 점에서 Jacobi의 경우에도 당시의 지배적인 관점의 영향을 어느 정도 받았던 것으로 보인다. 왜냐하면 Jacobi는 이러한 지배관계를 독일법적 전통의 고용계약 또는 중실고용계약의 인법적 법률행위에 대한 가교로 이해하고 있기 때문이다. Jacobi, a.a.O., S. 49.

를 들면 노동의 종류와 기간, 그 규칙성, 노무급부의 대가성, 경영조직 내에서 노무를 제공할 경우 경영의 규모와 경영방식 및 그 장소적 위치 등등에 따라 상이할 수밖에 없다.⁹⁴⁾ 그렇다면 인간노동력이 경제적 재화로 전이된다는 사실에서 비롯된 이른바 계약법적 요소 외에 노무급부자가 노무수령자의 인격에 종속된다는 인법적 요소(근로자의 노동력의 사용자의 처분에 맡겨진다는 점)가 언제부터 본질적으로 발생하는가가 확정되지 않으면 안 된다. 그런데 인격적 종속성이론과 같이 단지 현저한 종속성이 존재하여야 한다는 식의 대답은 결국 문제 제기의 반복에 지나지 않는 것이라고 비판한다.⁹⁵⁾ 인격적 종속성이든 ‘타인 사업에 대한 조직적 편입’이든 이는 근로계약이 존재하는 경우에 비로소 발생하는 법률효과를 의미하는 것이기 때문이다. Jacobi에 의하면 근로계약은 경제적 종속성 없이도 존재할 수 있으며, 대부분의 경우 근로자의 경제적 종속성이 발생하긴 하지만 이는 현상적인 것일 뿐 본질적인 것으로 볼 수 없다고 하면서 배척하고 있다.⁹⁶⁾ Jacobi의 견해는 다음과 같이 요약될 수 있다. 근로계약관계는 개별 노무급부가 사전에 계약을 통하여 구체적으로 정해져 있는 것이 아니라 노무제공자의 노동력 자체가 노무수령자의 처분에 놓이게 되고 노무급부가 개별적으로 사용자에게 의해서 특정됨으로써 다른 법률관계와 구별되는 지배종속관계의 성격을 보유하게 된다. 그리고 이러한 의미에서의 노무급부 의무자의 종속성은 법률질서 내에서 인법적 요소의 고려가 회피될 수 없을 정도로 본질적이어야 하며 이는 법률관계를 전체적으로 인법으로 이동시키는 것이 아니라 원칙적으로 거래법에 속하는 법률관계 질서에 인법적 관점을 고려한다는 의미라고 설명하고 있다.⁹⁷⁾

94) Jacobi, a.a.O., S. 50.

95) Jacobi, a.a.O., S. 51.

96) Jacobi, a.a.O., S. 53.

97) Jacobi, a.a.O., S. 53 f. 따라서 Joost 교수는 현재 독일노동법원의 판례의 견해가 사실상 Jacobi의 견해와 Nikisch의 경영편입이론의 진테제(Synthese)로서 성립된 것으로 본다. Joost, FS für Wiese, 1997, S. 197.

b) Jacobi의 견해는 전통적인 이데올로기와 계급적 이데올로기가 혼재되어 다투던 1920년대에는 사실상 크게 부각되지 못하였다. 그후 전통적인 인법적·인격적 종속이론이 지배해 오다가 근로관계를 채권관계로 파악하면서 다른 법률관계와 구별해야 한다는 견해가 E. Wolf 교수에 의하여 제시되었다.⁹⁸⁾ 그에 의하면 전통적인 방법론에 따라 근로계약을 다른 계약 유형과 구별하기 위해서는 우선 상위의 類 개념이 파악되어야 하고 이로부터 특정된 대상의 성질을 나타내는 표지를 확정하여야 한다. 그리고 이 경우 類 개념으로서는 일반적인 고용계약만이 고려될 뿐이고,⁹⁹⁾ 그 특징적 표지는 계속적 채권관계라고 한다.¹⁰⁰⁾ 그에 의하면 근로계약이란 계속적 채권관계로서 이루어지는 고용계약이다. 즉 급부해야 할 노무가 '종류'로만 정해져 있고, '이행'에 의하여 그 채권관계가 종료하는 것이 아니라 해지나 해지계약을 통해서만 종료될 수 있는 계약이다.¹⁰¹⁾ 이러한 정의에서는 특히 '시간'의 요소가 큰 역할을 하게 된다. 즉 근로관계의 본질적인 요소는 약속된 노무의 제공을 '시간'으로 제한되지 않는 기간 동안 수행한다는 것이다. 근로계약이 아닌 고용은 객관적으로 구체화된 노무에 대한 계약유형으로 이해된다. 다시 말하면 급부의 종류와 내용이 처음부터 개별적으로 정하여진다.

c) Jacobi 교수에 의하여 정립되고 E. Wolf 교수에 의하여 부활된 채권법적 테제는 특히 Richardi 교수 등에 의해서 발전되고 있다.¹⁰²⁾ Richardi에 의하면 인격적 종속성의 개념은 공허할 뿐만 아니라 내용적으로도 모호한 것이어서 근로계약과 그 밖의 노무공급계약을 구별하기 위한 표지로서 부적절하다고 전제하고, 따라서 인격적 종속성의 정도를 근로자개념의 표지로 하는 것은 기본적으로 문제 제기를 되풀이하는 것

98) Wolf, Das Arbeitsverhältnis, 1970.

99) Wolf, a.a.O., S. 79 ff.

100) Wolf, a.a.O., S. 91 ff.

101) Wolf, a.a.O., S. 98.

102) Richardi, ZfA 1988, S. 221 ff. 및 FS 125jähriges Bestehen der juristischen Gesellschaft zu Berlin, S. 622; Staudinger/Richardi, Vorb. zu §§ 611 BGB Rn. 199 ff.

이므로 결국 근로자개념의 일반적인 이해를 포기하는 것이라고 한다.¹⁰³⁾ Richardi에 의하면 노동법의 적용 여부는 인법적으로 결정되는 것이 아니라 “계약법상 어떻게 내용이 형성되었는가의 문제”라고 하고,¹⁰⁴⁾ 이 때 근로관계를 인정할 수 있는 본질적인 표지는 시간적 요소라고 한다. 따라서 미리 구체적으로 특정된 노무를 제공하기로 한 자는 타인에게 사용된 것이 아니며 따라서 노무급부의 수령자에게 사용자로서의 위험을 부담시키는 것은 옳지 않다고 한다.¹⁰⁵⁾ 반면에 Jacobi의 테제를 좇아 법률행위에 의하여 미리 구체화되지 않은 개별 급부가 시간으로만 정해져 있는 경우에는 그로 인하여 노무급부의 수령자에 대한 법적 종속이 발생한다고 본다. 다시 말해서 법률행위에 의하여 약정된 급부의 내용으로부터 노동법에 대한 기본 구성요건을 이루는 종속성이 발생하는 것이지 선험적으로 존재하는 근로자의 인격적 종속성으로부터 발생하는 것이 아니다.¹⁰⁶⁾ 따라서 Richardi는 근로자개념이 계약법적으로 확정되는 것이 불가피하다고 강조한다.¹⁰⁷⁾ 또한 법률개념을 목적론적으로 정의하는 경우에는 하나의 개념에 서로 다른 수많은 법률효과들이 결부되어 있고, 따라서 노동법 규정들의 실제적 적용근거가 근로자개념을 판단하는 데 함께 고려되어야만 한다고 한다.¹⁰⁸⁾ 예컨대 타인에 의하여 정해진 노동조직에서 노무를 제공하는 것은 일반적인 채권법적 교환관계에 적용되는 위험부담원칙과는 다른 결과를 야기한다. 즉 사용자는 경영장애로 인한 노무급부의 불능시 임금의 위험을 부담한다. 이 때 독일민법 제326조 제1항 (개정 전 독일민법 제323조)가 적용되는 것이 아니라 제615조가 적용된다. 사용자에 의한 노동조직의 입안, 조직 및 관리는 근로자의 책임위험에 대해서도 영향을 미치고¹⁰⁹⁾ 또한 사용자의 배려의무의 근거가 된다. 다른 한편으로 근로자가 취업관계의 유

103) Staudinger/Richardi, Vorb. zu §§ 611 ff. BGB Rn. 165, 166, 197 참고.

104) Staudinger/Richardi, Vorb. zu §§ 611 ff. Rn. 165 ff.

105) Staudinger/Richardi, Vorb. zu §§ 611 ff. Rn. 178.

106) Staudinger/Richardi, Vorb. zu §§ 611 ff. Rn. 178.

107) 특히 Richardi, DB 1999, S. 958, 960 참고.

108) 이하의 예는 모두 Richardi, DB 1999, S. 958, 960.

109) 이는 근로자의 업무상 과실로 인한 손해 발생시 근로자의 책임을 제한하는 근거가 된다. 이에 대해서는 김형배, 『노동법』, 236면 이하 참고.

지에 대하여 갖고 있는 이른바 ‘계속성의 이익’은 해고보호에 대한 실체적인 적용근거를 이룬다고 본다. 이를 통해서 근로자는 자신의 근로관계의 사회적 존립보호 및 계약 내용의 보호를 실현할 수 있게 된다. 헌법상의 단결권보호 및 협약자율제도는 시장경제를 지향하는 경제헌법 내에서 근로자의 시장적 지위의 특수성을 근거로 한 것이다. 경영조직법과 공동결정법의 경우 경영과 기업의 기능이 사용자에게 의한 노동조직의 입안, 조직 그리고 관리를 요건으로 하며, 그로부터 종속성이 발생하지만 이는 근로자의 집단적인 참여를 통하여 줄어나갈 수 있다는 사실이 고려되고 있다고 한다. Richardi는 이와 같은 개별 노동법제도의 보호목적 내지 그 적용근거를 통하여 노동법의 인적 적용범위가 확정될 수 있다고 한다. 그러나 노동법 규정의 실체적인 적용근거는 매우 다양하기 때문에 그 근거가 어느 한 영역에 적용된다고 해서 반드시 그 밖의 범위에도 포함되어야 한다고 단정할 수 없다.¹¹⁰⁾ 따라서 Richardi의 관점에 따르면 개별 법률마다 각각 상이한 근로자개념이 존재할 수 있게 된다.¹¹¹⁾

3. 채권법적 관계와 단체법적 관계

—근로관계의 요건으로서 사업소속성—

a) Reuter 교수도 이미 오래 전부터 근로관계를 더 이상 지배관계, 다시 말해서 인법적 공동체관계로서 이해하지 않으며 원칙적으로 독일민법 제611조 이하에 기초한 채권관계로서 파악하고,¹¹²⁾ 근로관계의 기초를 역시 Jacobi의 테제를 인용하여 미리 구체적으로 정해지지 않은 계속적 노무급부와 임금의 교환관계로 본다.¹¹³⁾ 물론 Reuter도 노동법의

110) Richardi, DB 1999, S. 958, 961.

111) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 48. 이러한 이유에서 서로 상이한 노동법 규범에 대하여 각각의 서로 다른 근로자개념이 발전하는 것이지, 일반적 통일적 근로자개념이 선형적으로 존재할 수 없다는 결론에 이르고 있다. 그러나 이러한 방법이 실무에서 그대로 실행될 수 있는지는 의문이다. 특히 이에 대한 비판으로 Worzalla, HzA, Gruppe I, Rn. 106, 214/29 참고.

112) Reuter, FS für Dieterich, S. 473, 485 ff.

전통적인 기초는 근로자의 지시권복종관계에서 그 단초를 갖고 있다고 인정한다. 즉 종래에는 개괄적으로만 정해진 노무의 내용이 의무자의 재량에 의해서가 아니라 권리자에 의하여 구체화되고, 이와 같은 사용자의 권리는 노무와 인격의 일체성으로 인하여 근로자의 인격에 대한 처분권을 의미한다는 점에서 인격적 종속성으로서 이해되었다고 한다. 그로부터 근로관계는 다른 독립적인 노무공급관계와는 달리 단순한 채권관계가 아니라 인법적 공동체관계로서의 지배관계로 파악되었으므로, 그러한 지배를 억제하고 줄여나가기 위해서 노동법을 통한 법적 개입을 요구하게 된 것이라는 전통적인 견해가 확립되었다고 설명한다.¹¹⁴⁾ 그러나 최근의 노동계의 변화는 이와 같은 전통적인 관점과 모순되는 방향으로 전개되고 있다고 지적한다. 특히 경영학의 이론과 실무에서는 이미 근로자에 대한 인식의 전환이 이루어지고 있다. 그에 의하면 근로자는 사용자가 테일러 또는 포드 시스템에 따라 노동분업적이고 위계질서 중심의 이른바 기술 중심적 경영조직에 투입하는 인적 수단으로 인식하는 관점은 이미 낡은 것이 되었다. 오히려 근로자는 사용자가 부여한 과제를 최적으로 수행할 수 있는 독자적인 업무수행을 위하여 초빙된 공동협력자로 인식하고 있다(이른바 인간 중심적 경영조직이론).¹¹⁵⁾ 통상적인 근로계약의 내용도 이에 따라 바뀌고 있는데, 오늘날 근로자는 전형적으로 자신의 노동력을 사용자의 처분에 맡기는 것을 의무로 하는 것이 아니라 자신의 최선의 지식과 양심에 따라 사업의 과제를 달성하는 데 기여하는 것을 의무로 한다.¹¹⁶⁾ 계약에서 구체적으로 확정되지 아니한 노동의무의 내용은 본질적인 범위에서는 사용자의 지시권에 의해서가 아니라 의무적 재량에 의하여 근로자에 의해서 구체화되고 있는 것이다. 이러한 의미에서 지배관계는 이제 채권관계로 탈바꿈하고 있으며 인격적 종속성을 주장하는 것은 이러한 현실에 부합되지 않는 것이라고 비판한다.¹¹⁷⁾

113) 특히 Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung, S. 24 ff.

114) Reuter, FS für Dieterich, S. 474.

115) Reuter, FS für Dieterich, S. 475.

116) Reuter, FS für Dieterich, S. 475.

117) Reuter, FS für Dieterich, S. 475 f.

b) 그러나 일반적으로 단순한 채권관계에 있어서는 오로지 개인적 자치만이 인정되는 데 비하여 근로관계에 대해서는 당사자의 개인적 자치 뿐만 아니라 협약자율과 공동결정과 같은 집단적 자치가 영향을 미치고 있다. 따라서 채권관계로서의 근로관계에 대해서 이러한 노동법상의 특별한 제도들이 인정되는 근거가 제시되지 않으면 안 된다. 그 근거를 비교적 최근까지는 전통적인 종속성 관점에서 찾는 것이 일반적이었으나 이 관점에서는 종속성의 본질과 그를 극복하기 위해서 사용되는 법률적 수단들의 본질과 기능이 소홀히 다루어짐으로써 획일적 기준만을 가지고 상이한 사안을 판단한다는 점이 비판되고 있다.¹¹⁸⁾ Reuter에 의하면 노동 과정에서 사용자가 행사하는 지배권의 제한이 근로자의 개인적 자치에 의해 가능하지 않다는 것은 노무급부가 개별적, 고립적으로 행해지는 것이 아니라 다른 근로자와 결합하여 제공되기 때문이라고 본다. 언제, 어떻게, 그리고 어디서 노무를 제공해야 하는가는 근로자와 개별적으로 협상해서 될 일이 아니며, 근로자들의 사업상의 결합체로서 ‘노동단체(Arbeitsverband)’와 통일적으로 규율해야 할 문제이다.¹¹⁹⁾ 단체를 이루어 노무를 제공한다는 것은 채권법적 관점에서는 이해될 수 없는 것으로서, 근로자에게 있어서는 자기 외에 누가 어떤 기능을 가지고 같은 노동단체에 소속되어 있는지가 중요한 요소가 된다.¹²⁰⁾ 다시 말하면 채권관계로서의 근로관계에는 단체법적 조직을 전제로 하는 단체적 관계가 함께 발생한다. 채권법적 관계와 단체법적 관계가 서로 결합하면서 단체법적 관계에 기초한 법률효과는 채권법적 관계에 기초한 근로관계에도 전반적으로 영향을 미치게 된다.¹²¹⁾ 반면에 노무 제공이 다른 노무 제공자와 연대하여 통일적으로 행해지는 것이 아니라면(즉 개별

118) Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts, S. 25.

119) Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts, S. 32 및 FS für Dieterich, S. 488 ff.

120) Reuter는 이 점에서 상대적 정의에 기초한 노동법상의 균등대우원칙이 의미를 갖는다고 본다(Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts, S. 32; FS für Dieterich, S. 491).

121) Reuter, FS für Dieterich, S. 491. 예컨대 일반적인 단체법적 원칙에 의하면 단체구성원의 사원권 박탈에 대하여 강한 제한이 가해지는 것과 마찬가지로 근로자의 사업소속성(Betriebszugehörigkeit)이 해고보호제도의 근거가 된다고 한다.

적, 독립적으로 행해진다면) 근로관계가 아닌 순수한 채권관계로 본다. 여기에는 현대 민법이 추구하고 있는 사회적 목적이 중요한 역할을 한다. 즉 현대민법은 채권법학이 개인 사이의 추상적 관계에만 집착하고 그 구체적인 현실을 무시한다는 과거의 비판을 수용하여 구체적인 현실에 상응하는 실제적 규율을 해나가고 있다. 예를 들면, 노무 제공자는 자신 및 가족의 생계를 노동의 대가인 임금에만 의존한다는 전형적인 경제적 종속성을 고려하여 마련된 독일민법 제616조, 제617조, 제618조 등과 같은 다양한 보호규정들이 비단 근로자들에게만 적용할 것이 아니라 독립적인 자영사업자들에게도 유사한 사정이 인정되는 한 확대적용될 수 있는 것이다.¹²²⁾ 다만, 유사근로자에 대하여 사업소속성이 없음에도 독일 단체협약법이 협약자율을 인정하고 있는 것은 일반적인 채권법에는 부합되지 않지만, 예컨대 경쟁법상 특정 요건하에서 허용되는 특별카르텔¹²³⁾과 마찬가지로 경제적 종속성의 조정을 위한 대항적 카르텔로서 법정책적인 고려하에 입법자에 의하여 예외적으로 승인된 것으로 이해한다.¹²⁴⁾

c) 이와 같이 Reuter는 경영체에서의 단체적 관계에 근로관계의 본질이 있다고 보고 있다.¹²⁵⁾ 근로계약은 단지 이러한 노동단체에 대한 수용 여부를 전제하는 것으로 그 대상은 노무의 개시와 조직노동에 한정된다. 실제 근로관계의 본질적인 내용은 전체 구성원의 이해관계를 반영하여 집단적 교섭에 의해서만 합리적으로 규율될 수 있는 것이며, 그의 통상적인 형성수단은 경영조직법에 의한 경영협정이라고 본다. 따라

122) 이러한 의미에서 사회적 보호를 가진 채권법상의 고용관계가 근로관계에 대비될 것이다. Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts, S. 31.

123) 이 경우에는 주무 장관의 허가를 그 요건으로 한다. § 8 GWB.

124) Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts, S. 31. Reuter 교수는 이러한 예외가 의미를 갖기 위해서는 현실적으로 경제적으로 종속되어 있지 아니한 관리직 간부근로자(leitende Angestellte)에 대해서는 일반근로자로서 향유하는 노동법의 보호규제가 제한적으로 적용되어야 한다고 주장한다. 예컨대 그들을 조직대상으로 하는 단체의 노동조합 지위를 인정하지 않는다.

125) Reuter의 근로관계이론에 대해서는 위에서 든 문헌 외에도 RdA 1991, S. 193; ZfA 1993, S. 221, 226 ff. 참고.

서 노동단체에서의 근로자와 그 밖의 노무 제공자의 본질적인 차이는 결국 사업소속성이 있는지 여부이며 이는 종래의 근로자개념의 변화를 논할 때 중요하게 고려해야 할 요소가 된다고 한다.¹²⁶⁾ 따라서 Reuter의 테제에서는 사업소속성의 전제가 되는 이른바 ‘노동단체’의 존재가 일반적인 노동법상의 법률 효과를 설명할 수 있는 근거가 되며(대표적으로 하자 있는 근로계약에 대한 무효 내지 취소의 소급효제한, 사용자의 균등대우원칙의 준수 의무, 사용자의 해고권의 제한 및 경영조직법의 단체관련성 등),¹²⁷⁾ 근로관계는 이제 더 이상 채권법적 교환관계로서가 아니라 ‘단체적 관계(Verbandsbeziehung)’로서 특징지워진다고 한다.¹²⁸⁾ 그리고 순수한 채권관계로서의 고용관계에서는 경제적 종속성의 존부가 민법상의 사회적 조항의 적용 여부를 결정하게 된다. 따라서 노동법의 적용과 관련된 노무공급관계의 법적 형태는 노동단체에 조직된 근로자와 순수한 채권관계에 있는 노무 제공자의 이원적 구조로서 설명된다는 입장이다.¹²⁹⁾

4. 경제적 종속성에 기초한 근로자개념

a) 근로자의 개념을 새롭게 정의하려는 시도들은 대부분 경제적 관점을 중요시한다. 그 이론적 기초는 Wiedemann이 1966년 발표한 “Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis”가 제 공해 주었다. Wiedemann은 근로자가 자신의 노동력 전부를 타인의 처분에 맡기고 취업하고 있는 동안은 자신의 노동력에 대한 처분 가능성을 잃게 된다는 점이 근로관계의 본질적인 요소라고 이해한다.¹³⁰⁾ 근로

126) Reuter의 테제는 근로자개념에 대한 문제만이 아니라 경영의 개념에 대한 문제를 추가적으로 야기한다.

127) Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts, S. 32.

128) 특히 Reuter, RdA 1991, S. 193, 196, 197.

129) Reuter, FS für Dieterich, S. 473, 479. Reuter의 테제는 헌법상 보장된 개인의 계약자유와 협약자유에 대해서 경영협의회에 의한 사업장 단위의 자율적 내용형성의 우위성을 근거지우는 것인데, 이와 같은 Reuter의 이론은 자신이 다른 논문(FS für Hilger/Stumpf, 1983, S. 573 ff.)에서 비판하였던 노동법학에서의 법사회학적 방법론에 기초하고 있다는 점이 주목을 받고 있다.

자는 근로관계에 있는 동안은 더 이상 스스로 구체적인 업무 내용을 결정할 수 없고 사용자만이 이를 자유롭게 결정할 수 있으며, 그로부터 발생하는 위험에 대하여도 사용자가 전적으로 부담한다. 근로자는 자신의 생계유지 활동을 타인의 처분에 맡김으로써 그 결과로 경제적으로 종속적인 지위에 서게 된다. 바로 이것이 사용자에게 근로자의 사회적 보호를 위한 다양한 법률상의 의무를 부담시키게 되는 근거가 된다.¹³¹⁾ 이때 노동법의 보호규정들은 계약 당사자의 밀접한 인격적 결합의 결과로서가 아니라 노동력처분권의 양도에 대한 사용자의 직접적인 반대급부로서 설명된다.¹³²⁾ 그 결과 근로자의 생계보호와 사회보장적 조치는 사용자가 부담하는 계약상의 주된 의무를 구성하며 임금지급은 그 한 측면에 지나지 않는다고 본다. 그러므로 Wiedemann은 노동법의 보호규범들은 근로계약의 쌍무적 구조 속으로 포섭되는 것이라 한다.¹³³⁾ 예를 들면 경영위험의 경우와 같이 노무를 제공하지 못하게 된 경우에도 임금을 계속 지급하도록 하는 제도는 노무 제공과 임금의 쌍무적 견련성을 단절시키는 것이 아니라 노동력의 양도와 근로자의 생계보호 및 사회보장의 쌍무적 견련관계의 본질적 내용이 된다고 한다. 결론적으로 Wiedemann에 의하면 노무의 타인결정성이라는 요소가 아니라 노무급부의 타인유익성(Fremdnützigkeit)이 근로계약의 본질적인 요소가 된다고 한다.¹³⁴⁾ 그러나 Wiedemann의 테제의 목적은 새로운 근로자개념을 만드는 데 있는 것이 아니라 근로관계 내에서의 부담의 분배를 자신의 경제적 구조이론의 틀 속에 설명하는 데 있었기 때문에 근로자개념 자체에 대한 더 자세한 논의가 이루어지지 않았다.

b) Wiedemann의 이론을 기초로 근로자개념에 직접 접근한 분은

130) Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 14 ff.; 같은 취지로 Martens, RdA 1979, S. 439.

131) 같은 취지로 Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2, 5.

132) Wiedemann, a.a.O., S. 16.

133) Wiedemann은 '교환계약'이라는 개념으로 이를 분명히 하고자 한다.

134) 이는 다음에서 보게 되는 Lieb 교수의 테제에서 더욱 분명히 사용된다. Lieb, Arbeitsrecht, 8. Aufl., 2003, Rn. 11 ff.

Lieb 교수이다.¹³⁵⁾ 그에 의하면 우선 생계유지 수단으로서 인간의 노동력은 원칙적으로 두 가지 방법에 의하여 이용될 수 있다. 그 하나는 근로관계하에서 자신의 노동력을 포괄적으로 사용자의 처분에 맡김으로써 독자적인 사업자로서의 자기노동력의 투입이 불가능하게 되어 근로자로서의 보호 필요성이 발생한다는 것이다. 다른 하나는 위와는 반대로 스스로 자기 노동력을 자영사업자로서 투입하는 것이다.¹³⁶⁾ 예컨대 자영상인이나 예술가들은 그의 노동력을 자신의 처분에 따라 상대방을 바꾸어 가면서 사용하고 그를 통해 자신의 노무에 대한 고정적인 시장을 형성하며 상대적으로 높은 소득을 추구하게 된다. 사업자로서의 활동은 반드시 자본의 투입을 요건으로 하는 것이 아니며, 시장지향적인 노동력의 투입만으로도 가능하다고 본다(이른바 Human Kapital).¹³⁷⁾ 독립적인 사업자로서의 노무 제공은 근로계약이 아닌 그 밖의 노무공급계약(자유로운 고용계약, 도급 또는 위임)을 법률상의 기초로 한다. 이에 의하면 근로자는 사업자가 아닌 자이며, 사업자는 자신의 노동력에 대한 자율적인 가치실현권을 가지고 그로부터 발생하는 기회와 위험을 스스로 부담하는 자로 정의된다.¹³⁸⁾ 특히 이 견해는 1992년 제59차 독일법학자대회에서 발표된 근로계약법 초안에서 이른바 노무 제공자의 시장적 지위에 관한 Wank의 테제와 함께 근로자개념에 관한 기본입장으로 채택된 바 있다.¹³⁹⁾ 그 밖에도 전통적인 근로자개념의 핵심적인 표지인 이른바 지시권복종관계는 근로자와 사업자의 구별이 모호한 한계 영역에서만, 그것도 제한적으로 적용될 수 있을 뿐이라고 한다.¹⁴⁰⁾

135) 대표적 문헌으로는 RdA 1974, S. 257 ff.; RdA 1977, S. 210 ff.; ZVersWiss 1976, S. 207 ff. 또한 그의 교과서 Arbeitsrecht, Rn. 11 ff.

136) Lieb, RdA 1977, S. 210, 215 f.; Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 12,

137) Lieb, RdA 1974, S. 257, 259.

138) Lieb, RdA 1977, S. 210, 215.

139) 따라서 이를 Lieb/Wank 테제라고 하기도 한다. 이에 관해서는 Beilage zu NZA 1992, Heft 17 참고. Wank의 테제에 대해서는 다음의 5. 참고.

140) Lieb, RdA 1974, 257, 260. 예컨대 고정급을 받고 노무를 제공하는 경우에는 처음부터 이윤에 대한 참여기회가 배제되기 때문에 기업가적 거래가 불가능하지만, 장기간의 취업관계에 있으면서 변동제에 의한 대가를 받기로 합의한 경우에는 취업자가 자신의 노동력을 합리적으로 사용함으로써 이윤추구의 가능성이 있는지, 아니면 지시권복종관계로 인하여 그러한 가능성이 배제되는지 여

이러한 Lieb의 테제는 사실상 20세기 초의 경제적 종속성론에 그 뿌리를 두고 있다. 이미 지적인 바와 같이 경제적 종속성은 인격적 종속성과 역사적으로 근로자개념 내지 근로관계의 중심적 표지의 지위를 놓고 다투었으나, 독일의 판례와 다수설이 결국 경제적 종속성 기준과 결별하게 된 배경에는 경제적 종속성을 중심 표지의 하나로 삼을 경우 복지 수준의 향상으로 인하여 특정한 근로자집단이 노동법의 적용대상에서 배제될 수도 있다는 우려가 작용하였고, 또한 최근에는 뒤에서 살펴볼 유사근로자와의 구별의 모호성에서 비롯되었음을 Lieb는 지적한다.¹⁴¹⁾ 그러나 근로자개념의 기본적 표지로서 자기 노동력의 경제적 처분가능성의 상실은 개개인의 구체적인 경제사정에 의해서가 아니라 추상적으로도 판단되는 것이며, 또한 바로 그렇기 때문에 경제적으로는 보호 필요성이 있으나, 사업자로서의 처분가능성을 유지하고 있는 유사근로자와 구별될 수 있다고 한다.¹⁴²⁾

c) 근로자개념을 자신의 독립적인 생계유지능력의 결여에서 비롯되는 사회적 보호필요성만으로 판단하는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다.¹⁴³⁾ 사용자는 근로자의 생존에 대해서 포괄적으로 책임을 부담하는 것이 아니며 이는 오히려 사회보험법의 영역에서 다루어지기 때문이다.¹⁴⁴⁾ 사용자의 배려의무는 매우 제한적인 범위에서만 근로자의 생활 위험에 개입하게 된다. 또한 해고보호제도는 이른바 근로자에 대한 생존의 배려에 그 기원을 두고 있는 것이 아니라 근로관계의 상대적인 존립보호를 실현하는 데 목적이 있다. 즉 그것은 계약관계를 해소함에 있어서 객관적으로 승인될 수 있는 사유가 없는 한에서 사용자의 해지의 자유를 배제하는 것일 뿐이다.¹⁴⁵⁾ 뿐만 아니라 생존배려의 테제는 단기 간의 근로관계나 단시간 근로관계에 대해서는 노동법이 제한적으로 적

부에 따라 근로자인지 여부가 판단된다고 한다.

141) Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 13.

142) Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 14.

143) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 24 ff.

144) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 37, 38.

145) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 37.

용된다는 점에 대한 근거를 제시하지 못한다. 또한 사회적 보호필요성의 존부를 취업의무자가 자신의 노동력에 대해서 스스로 처분가능성을 가지고 있는가에 따라 판단하는 데도 문제성이 지적된다.¹⁴⁶⁾ 왜냐하면 사회적 보호 필요성이란 구체적인 취업관계가 어떻게 형성되어 있는가에 따라 판단되는 것이지 취업의무자에게 취업관계 외에 별도로 노동력의 처분가능성이 보유되어 있는가에 의하여 결정되는 것은 아니기 때문이다. 노무제공자가 취업관계 외의 다른 곳에서 예컨대 부업 등의 형식으로 자신의 노동력을 기업가적으로 사용하는지 그리고 이 일이 어느 정도로 노무제공자의 생존유지에 기여하는지 여부는 노무수령자에게 아무런 의미가 없다. 끝으로 독립적 생존능력의 결여에 따른 보호 필요성을 중심 기준으로 삼게 되면 오히려 노동법의 적용기준이 축소되는 결과를 낳는다.¹⁴⁷⁾ 즉 Lieb의 테제에 의하면 타인의 이익을 위한 노무제공의무가 장기간으로 약정된 경우에 비로소 스스로의 생존배려능력이 상실되기 때문에 단기취업관계의 경우에는 노동법의 적용이 축소되거나 배제된다.¹⁴⁸⁾ 그러나 이러한 테제에는 통상적인 자영업자나 예술가들과는 달리 단순노무직의 경우에는 단기적인 보조업무가 단순히 반복되는 일용근로자들이 주를 이루고 있으므로 이들에 대해서는 고정상용근로자들에 비하여 훨씬 더 보호 필요성이 인정된다는 점이 간과되고 있다.¹⁴⁹⁾

부분적인 문제점에도 불구하고 Wiedemann 교수와 Lieb 교수의 견해는 학계에서 상당한 지지를 받았다.¹⁵⁰⁾ 실무의 경우 다수의 판례에서는 여전히 전통적인 근로자개념에 따라 인격적 종속성을 기초로 판단하지만 보충적으로 이러한 관점을 종합적인 검토에서 함께 다루는 경우도 있다.

146) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 38.

147) MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 39; Heuberger, Sachliche Abhängigkeit, S. 78.

148) Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 15.

149) Rosenfelder, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, 1992, S. 100 f.

150) 특히 Ballerstedt, RdA 1976, S. 8; Konzen, ZfA 1982, S. 289 ff.; Heinze, NZA 1986, S. 548. 그리고 결론에는 차이가 있지만 Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 198.

5. 근로자와 사업자의 대비를 통한 목적론적 개념구성이론

Wank 교수는 위에서 본 Wiedemann 교수와 Lieb 교수의 관점을 자신의 교수자격논문에서 더욱 발전시켰다. 특히 그의 이론은 방법론적으로 종래의 이론들과 다른 독자성을 지니고 있다.¹⁵¹⁾ Wank는 Lieb처럼 생계유지활동으로서 노동력의 제공은 기본적으로 근로자와 자영사업자의 두 가지 법적 지위를 통해 가능하다는 견해를 채택하면서¹⁵²⁾ 동시에 근로자개념의 결정시에는 자영사업자의 대비개념으로서뿐만 아니라 노동법 규범의 보호의 방향도 함께 고려되어야 한다고 주장한다. 즉 근로자개념에 대한 역사적인 전개 과정에서 종종 소홀히 다루어지고 있는 노동법의 목적론적 관점은 근로자개념을 정의하는 데 있어서 가장 타당한 출발점이라고 본다.¹⁵³⁾ 그에 의하면 먼저 근로자와 자영사업자의 구별목적이 고려되어야 한다. 이러한 이원적 모델에 의하면 스스로 자신의 보호를 도모할 수 있는 자영사업자와 다양한 보호입법을 통하여 보호되어야 할 근로자가 구별되는 것이다.¹⁵⁴⁾ 그에 의하면 기업가로서 활동하는 자영사업자는 한편으로 시장의 사정에 따른 위험을 부담하지만, 다른 한편으로 특별한 이윤획득기회를 갖게 된다. 따라서 기업가로서 시장 위험을 스스로 감수하면서 시장에 독립적 지위를 가지고 참여하고, 그에 대하여 기업가로서 향유하는 이윤추구의 기회가 그 위험 부담에 대하여 교착적 관계에 있는 경우에는 자영사업자로서의 지위가 인정된다.¹⁵⁵⁾ Wank는 종래의 인격적 종속성 기준도 사업자로서 갖는 기회와 위험과 결부하여 이해하고자 하는데, 예를 들면 긴밀하게 노무수령자의 지시권에 종속되어 있어서 사실상 위험에 대한 부담만을 감수할 뿐 이윤에 대한 기회가 없는 자는 근로자이고, 반면에 노무수령자의 지

151) Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; DB 1992, S. 90; Empirische Befund zur Scheinselbständigkeit, 1997.

152) Wank는 이를 생계활동의 이원적 모델(ein duales Modell der Erwerbstätigkeit)이라고 불렀다. Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 82 ff. 및 117 ff.

153) Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 58 ff.

154) Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 82 ff.

155) Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 122, 127.

시를 상대적으로 적게 받음으로써 자기자신의 이윤추구활동을 수행할 수 있는 기회가 보장되어 있는 경우에는 자영사업자가 된다.¹⁵⁶⁾ 최근 독일연방노동법원은 Wank의 테제에 대하여 직접적인 의견표명을 하지는 않았지만 어떤 기업의 판매시스템에서 업무를 수행하는 자의 지위가 근로자인지, 아니면 자영사업자인지를 판단해야 하는 사안에서 해당 노무제공자가 노무수령자의 지시에 구속되고 종속적인지, 아니면 본질적으로 지시권으로부터 독립되어 있기 때문에 독자적인 이윤추구 가능성이 있는지 여부를 유일한 판단 기준이라고 판시하였다.¹⁵⁷⁾ 그 밖에 몇몇 하급심판례에서도 독자적인 이윤추구 가능성과 위험의 부담이 교착적 관계에 있는가를 판단하는 사례들이 나타나고 있다.¹⁵⁸⁾ 결국 어떤 노무의 수행이 근로관계가 아닌 법률관계에 의한 것이라고 말할 수 있기 위해서는 계약이행의 구체적인 종류와 방법에서 사업자로서의 위험 부담과 그에 상응하는 활동의 자유가 대칭적으로 존재하여야만 한다. Wank는 이러한 기본적 입장을 가지고 구체적인 요건화를 시도한다.¹⁵⁹⁾ 즉 그에 의하면 자신의 고유한 노동조직과 자본을 가지고 직접 피용자를 사용하면서 불특정 다수의 계약파트너를 상대로 노무를 제공하는 경우에는 전형적인 자영사업자의 지위를 갖는다고 한다. 반대로 근로자로서의 지위가 인정되기 위해서는, 첫째, 독자적인 기업조직을 갖추고 있지 않아야 한다. 즉 자신의 노무를 제공하기 위하여 별도의 피용자를 취업시켜서는 안 되고, 자신의 개인 사업장을 가지고 있지 않아야 하며 사업자본을 보유하고 있지 않아야 한다. 둘째, 자신의 노동력을 시장에 내놓지 않아야 한다. 즉 한 사람이나 예외적으로 극소수의 사업주를 위해서만 자신의 노무를 제공하여야 한다. 셋째, 계약 내용이나 구체적인 업무수행 과정상 적절한 이윤추구의 기회와 위험의 부담이 교착적 관계에

156) Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 117 f.

157) BAG EzA § 5 ArbGG 1979 Nr. 24.

158) LAG Köln, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29; LAG Niedersachsen, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 24; ArbG Nürnberg, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 57; LG München, BB 1997, S. 1796; ArbG Oldenburg, NZA-RR 1997, S. 162.

159) Wank, DB 1992, S. 90 및 그의 Empirische Befund, S. 76.

있지 않아야 한다. 즉 업무장소나 업무시간에 대하여 자율적으로 결정할 수 없으며 독자적인 고객을 확보하는 것도 금지되어 있을 뿐만 아니라, 특히 판매직의 경우 가격을 결정할 수 있는 자유를 갖지 못하고 있는 경우에는 근로자의 지위를 갖는다. 그렇지만 이러한 요건에 의해서도 법적 지위의 판단이 모호한 사안에서는 현실적으로 노무제공자가 자의의사에 따라 위험을 감수하는지 여부에 주목한다.¹⁶⁰⁾ 예컨대 자영사업자로서 시장에 처음 진출하는 경우에는 경험의 축적과 전문성을 확보하기 위하여 특정 사업주를 위해서만 활동하거나 사업자로서의 자신의 활동의 자유가 제한되는 것을 감수하는 경우에는 노무 제공자가 ‘스스로’ 그 위험을 감수한 경우로서 판단할 수밖에 없을 것이다. 그러나 이 경우에도 그에 상응하는 독립적인 이윤추구 가능성이 존재하지 않는다면 비록 외형적으로는 사업자의 모습을 갖추고 있다고 하더라도 그의 법적 지위는 근로자라고 한다.

6. 경제적 종속성 관점에 대한 비판과 유사근로자개념의 재인식

가. 비판의 관점

근로자의 사회적 보호필요성에 초점을 맞춘 근로자개념의 대안적 모델은 위에서 지적한 것처럼 특히 경제적 종속성의 기준을 가지고 판례와 다수설이 취하고 있는 인격적 종속성의 기준을 대체하고자 하는 데 그 특징이 있다. 그 전제로서 일반적으로 노무공급관계를 근로자와 자영사업자의 대칭적 개념을 기초로 분류한다. 그런데 바로 이 점에서 다수설은 수긍하지 않는다. 즉 비종속성 또는 독립성이 단지 경제적으로 자주적인 경우에만 존재한다는 점이 논증되지 않는다고 지적한다.¹⁶¹⁾ 경제적 종속성이 있는 경우에도 업무와 관련된 광범위한 자주성이 인정될 수 있으며 시장의 조건에 따른 경제적 종속성의 극복은 노동법이 아니라 경제법의 과제라는 점이 간과되고 있다고 한다.¹⁶²⁾ 다른 한편으로

160) 특히 Wank, Brennpunkte des Sozialrechts 1996, 1997, S. 83.

161) Hromadka, NZA 1997, S. 569, 575.

Wank의 주장대로 목적론적인 법률개념 결정이 방법론적으로 타당하다고 하더라도 그 점이 직접 Wank의 이론을 정당화해 주지는 않는다고 한다. 노동법의 체계적 이해와 관련하여 계약상 서로 대등하지 않은 위험의 분배를 시정하는 것을 노동법의 고유한 특성으로 설명하면서 다른 법률관계와의 본질적인 구별 표지로 삼는 것은 논리적 비약이라고 보기 때문이다.¹⁶³⁾

그리고 Wank가 대안으로 제시한 근로자개념의 요건에 대해서도 많은 논문에서 비판하고 있다.¹⁶⁴⁾ 예컨대 직접 채용하고 있는 종업원이 없고 자신의 사업장이 별도로 없으며 경영자본을 보유하고 있지 않는 채, 다시 말해서 자신의 고유한 사업조직을 보유하지 않고서 노무를 제공하는 자는 대체로 근로자인 경우가 일반적이긴 하지만 반드시 언제나 그런 것은 아니다. 독립적인 자영사업자로서의 활동이라 하더라도 별도의 종업원을 채용하지 않고 혼자서 업무를 수행하는 경우가 적지 않을 뿐만 아니라 자신의 고유한 사업장 또는 경영자본이 필요한지 여부는 업무의 종류에 따라 결정될 수 있는 것들이기 때문이다. 반대로 인격적 종속성하에서 노무를 제공하는 근로자라 하더라도 자신의 장비를 투입하는 경우도 물론 있을 수 있다. 따라서 이러한 기준들을 노동법의 보호가 필요한 노무 제공자와 그렇지 않은 노무 제공자를 구별하는 데 적용하는 것은 적어도 법적으로는 승인될 수 없는 것이라고 한다.¹⁶⁵⁾ 또한 여러 계약 상대방을 상대하지 않고 단지 특정의 한 사업주를 위하여 노무를 제공하는 경우에는 이른바 시장적 요소가 결여되어 있으므로 근로자의 지위를 인정하자는 주장은 경제적 현실을 무시하는 것이라고 한다. 예컨대 근로자가 아닌 사업자로 인정되는 대리상의 상당수가 여러 사업주를 위하여 업무를 수행하는 것이 아니라 특정 사업주를 위하여 업무를 수행한다는 현실이 간과되고 있다.¹⁶⁶⁾ 그 밖에 자영사업자로서

162) Rieble, ZfA 1998, S. 327, 341 ff.

163) Rieble, ZfA 1998, S. 327, 340 f.

164) Hromadka, NZA 1997, S. 569, 576; Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1147 f.; Rommé, ZfA 1997, S. 251, 253.

165) Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1147.

166) Buchner, a.a.O.

의 위험의 부담과 이윤추구 가능성이 적정하게 분배되고 있는가가 규명되어야 한다는 관점은 노무제공자가 독자적인 이윤추구의 기회를 부여받고 있는지 여부를 출발점으로 한다. 만약 그렇지 않다면 위험의 부담은 자유의사에 의한 것이 아니라 강요된 것으로서 이 경우에는 근로자의 지위만이 인정된다는 것이 Wank의 테제이다(위의 5. 참고). 그러나 사업자로서의 위험을 자유의사에 의하여 부담하는가 아니면 일방적으로 감수하는가는 노무제공자와 노무수령자 사이의 법률관계에 대하여 아무런 관련성을 가지고 있지 않으며, 기회와 위험의 관계는 시장적 상황에 달려 있는 것이지 계약과 관련되는 것은 아니라고 비판한다.¹⁶⁷⁾ 또한 계약이 어느 일방에 대하여 통상적인 범위를 넘어서 과도하게 부담을 주는 경우에는 그 약정이 구조적으로 대등하지 않은 당사자의 지위에 의한 결과인지 여부를 규명하고, 경우에 따라서 현행 사법의 일반 조항하에서 그 시정을 명령할 수도 있을 것이다.¹⁶⁸⁾ 그런데 무엇보다도 비판의 주된 과녁은 그 이론이 취하고 있는 생계유지활동의 이원적 모델에 맞추어져 있다. 이미 알려진 바와 같이 독일에서는 법률상 근로자와 자영사업자 외에 그 중간에 근로자에 유사한 노무제공자의 범주가 설정되어 있다. 그리고 이른바 시장적 지위에 근거한 사회적 보호 필요성의 요건은 바로 이 세 번째 유형의 노무제공자에 해당된다.¹⁶⁹⁾ 즉 법률은 이원적 모델이 아니라 삼원적 모델을 취하고 있다. 따라서 Wank의 이론은 새로운 입법안으로서는 모를까 적어도 법 적용상으로는 현행 법의 체계에 부합하지 않는다는 것이 가장 크게 지적되고 있는 문제점이다.¹⁷⁰⁾

167) 특히 이에 대해서는 Rommé, ZfA 1997, S. 251, 258; Hromadka, DB 1998, S. 195, 196 참고.

168) BVerfG AP Nr. 35 zu Art. 2 GG; BAG EzA § 3 EFZG Nr. 5.

169) Boemke, ZfA 1998, S. 285, 299, 322.

170) 특히 MünchArbR/Richardi, 2. Aufl., § 24 Rn. 44; Hromadka, NZA 1997, S. 569 ff.; Boemke, ZfA 1998, S. 285, 321 f.; Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1146. 참고.

나. 독립적인 유형으로서 유사근로자

독일 노동법은 예컨대 단체협약법 제12조의 a, 노동법원법 제5조, 연방휴가법 제2조 그리고 취업자에 대한 성희롱방지법 제1조 제2항과 같은 일부 개별 법률에서 유사근로자를 명시적으로 적용범위로 규정하고 있으며, 경영조직법 제5조 제1항 제2문은 유사근로자의 전통적 유형인 가내근로종사자도 그 적용범위로 하고 있다(그 밖에 보호 필요성이 있는 대리상에 대한 보호규정으로 독일상법전 제92조의 a 참고). 대체로 유사근로자는 법률관계 유형으로는 자영업자로서 자유고용계약 또는 도급계약관계에 서 있지만 경제적으로 특정 사업주에 종속됨으로써 근로자에 비교될 만한 사회적 보호 필요성이 인정되는 자로 정의되고 있다(독일단체협약법 제12조의 a 참조). 따라서 독일노동법에서는 근로자와 자영업자 외에 유사근로자가 독립적인 범주로 인정되고 있다.¹⁷¹⁾ 물론 위에서 언급한 법률 외에 유사근로자에 대해서 현행법상 적용되는 규정이 매우 제한적이기 때문에¹⁷²⁾ 이와 같은 빈약한 보호규정을 가지고 근로자에 준하는 사회적 보호 필요성이 있는 유사근로자를 독립적인 범주로 삼기에는 다소 곤란한 측면이 없는 것은 아니다.¹⁷³⁾ 그러나 적어도 경제적 종속성에 기초하여 근로자와 자영업자의 이원적 모델을 주장하는 것은 이와 같은 명시적인 법률의 태도를 무시한 새로운 법제정의 문제라는 점에서 비판의 대상이 되고 있으며,¹⁷⁴⁾ 다소 빈약한 현행법상 유사근로자에 대한 보호규정이 빈약하다는 문제는 노

171) Hromadka, DB 1998, S. 195, 196; Hanau, Die Anforderungen an die Selbständigkeit des Versicherungsvertreters nach den §§ 84, 92 HGB, 1997, S. 7f.; Preis, Die Zukunft der Medien, 1998, § 75, 87; Reinecke, ZIP 1998, S. 581.

172) 유사근로자에 대해서도 적용되는 그 밖의 노동관계법률로는 우리의 산업안전보건법에 해당하는 노동보호법(Arbeitsschutzgesetz)과 사업장에서의 노령연금 개선을 위한 법률(Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung) 등이 있다. 이에 관해서 자세한 것은 다음의 IV. 2. 가. 3) d)를 참고.

173) BAG EzA § 5 ArbGG 1979 Nr. 24; Hromadka, FS für Söllner, 2000, S. 461.

174) Hromadka, DB 1998, S. 195, 196; Horn/Henssler, ZIP 1998, S. 589, 598; Reinecke, ZIP 1998, S. 581, 585 참고.

44 근로자개념의 변천과 관련법의 적용

동관계법규의 유추적용을 통한 보호규정의 확대 가능성이 있으므로 보완될 수 있다는 점이 주장된다.¹⁷⁵⁾ 이와 같이 노무공급 유형을 삼분(三分)하여 각각의 노동법상의 지위를 판단하는 방법은 현재 노동법이 처한 위기를 타개하는 데 도움이 될 뿐만 아니라 근로자와 자영업자의 구분이 모호한 사례에 대해서도 합리적인 해결방안을 제기해 줄 수 있다는 장점이 고려될 수 있다. 이에 관해서는 장을 바꾸어 자세히 검토하기로 한다.

175) Appel/Fantziöch, AuR 1998, S. 93 ff.

IV. 근로자와 자영사업자 그리고 유사근로자의 삼원적 구성

1. 근로자와 유사근로자의 구별

가. 채권관계로서의 근로관계

근로관계는 일반적인 채권관계로서 그 법적 기초는 근로계약이다.¹⁷⁶⁾ 따라서 근로계약관계에서 노무를 제공하는 자는 근로자이고 근로계약 관계 이외의 법률관계에서 노무를 제공하는 경우에는 그에 상응하는 법적 지위를 갖게 된다. 근로계약관계와 다른 법률관계를 구별할 경우의 본질적인 징표는 그 계약의 급부대상이다. 다시 말해서 일의 완성을 목적으로 하는지, 또는 미리 사전에 특정되어 있는 개별 업무의 수행을 목적으로 하는지, 아니면 미리 급부의 대상이 확정되지 않고 특정 시간의 범위 내에서만 노무를 제공하는 것으로 약정하고 그 구체적인 확정은 계약상대방의 특정에 맡기기로 하였는지 등에 따라 계약의 유형이 결정되는 것이다. 따라서 근로계약관계에서는 급부의 대상은 처음부터 정해져 있지 않든가, 아니면 적어도 포괄적으로만 이를 정하고 있을 것이 요구된다. 다만 당사자는 계약에서 특정 업무를 구체적으로 명시하고 그것만을 급부의 대상으로 약정할 수 있다. 이 경우에도 업무의 구체적인 처리 과정 및 그 수행 방법이 상대방의 결정에 달려 있거나 업무를 처

176) 우리 민법에서 근로관계의 법적 기초는 민법 제655조 이하의 고용계약이다. 다만 독일민법에서와는 달리 유상위임이 인정되는 우리 민법체계하에서 고용계약이 근로계약과 동일한 의미인지, 아니면 근로계약을 하위개념으로 하고 자유로운 고용계약을 포함하는 상위개념으로 이해할 수 있는지 여부는 여전히 해명되어야 할 문제로 남아 있다. 이를 위해서는 특히 위임의 급부목적과 고용의 급부목적의 동일한 것인지 여부가 우선적으로 고려되어야 할 것으로 본다. 이에 관해서는 김형배, 『채권각론(계약법)』, 신정판, 2003, 562, 674면 참고.

리하는 구체적인 시간에 대해서 자기결정권을 갖지 못하는 경우에는 보충적으로 근로계약의 존재를 인정해야 할 것이다. 독일상법 제84조 제1항 제2문의 규정은 그러한 의미에서 여전히 중요한 기준을 제시해 주는 것으로 판단된다. 그 밖에 종래 인격적 종속성의 구체적인 표지로 설명되던 경영체로의 편입 사실 등도 경우에 따라서는 개별적인 근로관계의 판단에 유용한 보충적 요건으로서 기능할 수 있다는 사실은 부인되지 않는다. 다만 그를 통해서만 근로관계를 전체적으로 사용자에게 대한 근로자의 인격적 종속관계 내지 사용종속관계로 인식하고 전인격적 종속을 근로관계의 본질적 표지로 삼는 인법적 관점은 현대계약법의 사상이나 노동시장의 현실적인 전개 및 변화된 근로자상에 더 이상 부합되지 않는다.

더욱이나 근로자는 자신이 수행하는 노무와 관련하여 그 내용 및 방법에 대하여 높은 수준의 자율성과 책임을 가지고 있는 경우가 있다. 노무 자체는 점점 더 과제지향적이 되고 있다. 이는 노무의 내용과 방법에 관한 지시권복종관계로 이해되던 인격적 종속성의 보편적 성격이 그 중요성을 잃어가고 있음을 의미한다. 그러나 Reuter 교수의 지적처럼 채권법적 관점을 가지고서는 노동법의 전체적인 보호체계가 잘 설명되지 않는다. 또한 일부의 규정들은 오히려 근로자의 경제적 종속성의 조정을 위하여 기능하는 경우도 있다. 여기서 근로관계의 특성이 규명되어야 한다. 노동법은 근로계약이라는 계약유형적 측면만을 고려하는 데 그치지 않고 노동시장에 있어서의 근로자의 지위도 함께 고려하는 복합적인 성격을 갖고 있는 것이다.

나. 보충적 충분조건으로서의 근로자의 경제적 사정

이미 지적한 것처럼 독일의 경우 전통적으로 근로자의 지위를 판단하는 데 경제적 종속성을 그 기준으로 요구하고 있지는 않다. 그러나 근로자에게 경제적 종속성이 통상적으로 존재하며 이것이 근로자의 경제적 보호를 목적으로 하는 노동법상의 보호규정에 반영되어 있음은 의문의 여지가 없다.¹⁷⁷⁾ 독일연방방법원이 개별적인 사안에서 경제적 종속관계를

판단기준으로 삼지 않은 것은 사실이지만, 그 이면에는 일반적인 계약 유형으로서의 근로관계의 보호와 경제적 종속성으로부터 발생하는 보호의 내용이 차별화되어야 한다는 의도가 깔려 있다.¹⁷⁷⁾ 여기서 몇 가지 경우를 생각해 볼 수 있다. 우선 대부분의 경우 근로관계의 계약유형 요소와 경제적 종속성 사이에는 병존 가능성이 존재한다. 즉 노동조직과 노무의 실행방법에 관하여 사용자에 대한 근로자의 종속성이 크면 클수록 경제적 종속성 또한 더 커진다는 점은 일반적으로 인식되고 있는 사실이다. 그러나 다른 한편으로 이른바 계약유형으로서의 근로관계의 보호는 반드시 노무제공자가 경제적으로 종속적인 지위에 있어야 함을 요건으로 하지 않는다. 예컨대 개인적으로 부유한 자라 하더라도 근로관계에 있는 경우에는 노동보호법 또는 휴가법에 따른 권리를 향유한다. 반면에 일반적인 노무급부관계가 근로계약에 기초하지 않더라도 경제적 종속성만으로 노동법상의 일부 규정의 적용 가능성이 열려져 있어야 한다. 다만 주의할 것은 노동법의 전체 보호규정이 일반적인 계약유형적 보호규정과 경제적 조정기능을 갖는 보호규정으로 확일적으로 분리되어 적용될 수는 없다는 점이다. 일반적으로 경제적 종속상태에 있는 근로자는 근로관계의 유형적 특성상 자기 노동력에 대한 처분권이 없기 때문에 통상의 시장적 약자로서의 사업자, 다시 말해서 경제적 종속성이 인정되는 사업자에 비하여 그 경제적 생존배려 가능성이 한층 축소되어 있으므로 이를 조정하기 위해서는 더 많은 보호를 받도록 할 수밖에 없다는 사정이 고려되어야 하기 때문이다.¹⁷⁹⁾

다. 근로자와 유사근로자의 체계적 구별의 필요성

현행법체계는 경제적 약자를 보호하기 위한 제도로 노동법만을 두고 있는 것은 아니다. 개별 거래에 있어서 소비자도 경제적 약자로 이해되며, 자영업자간의 거래라 하더라도 당사자 일방의 시장적 지위가 상

177) Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1146.

178) Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1146, 1151.

179) 이에 관해서는 Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1151 참고.

대적으로 우월한 경우에는 그 상대방은 경제적 약자의 지위에 있을 수 밖에 없다. 전자에 대해서는 약관규제에 관한 법률 등 소비자보호법체계가 보호필요성의 요청을 충족하고 있으며, 후자에 대해서는 특히 최근 비약적으로 발전하고 있는 경제법의 규정들, 그 중에서도 시장적 지위의 남용을 제한하는 각종 규정들이 시장적 지위가 우월한 상대방의 경제적 힘의 남용을 제한함으로써 경제적 약자의 보호체계를 이루고 있다.¹⁸⁰⁾ 특히 자영업자로서 특정의 한 사업주만을 상대로 노무를 제공하는 자는 그에 대한 의존도가 절대적일 뿐만 아니라 자신의 자유로운 경제적 활동이 상대적으로 우월한 상대방에 의하여 제약되거나 부당한 위험을 감수해야 하는 경우가 있으므로, 이 규정들은 이러한 사례에 개입함으로써 정상적인 경쟁을 촉진할 수 있다. 이를 통하여 경제적 자유와 경쟁에 기초한 거래가능성이 보장된다. 약관규제법이나 그 밖의 상법상의 규정들, 예컨대 경쟁의 제한에 따른 경제적 이익조정청구권 내지 경쟁금지의 제한에 관한 규정들이 또한 일반적으로 이러한 기능을 수행하게 된다.¹⁸¹⁾ 근로자개념을 이러한 영역에까지 확장하여 경제적 위험과 기회의 적정한 분배가 이루어지고 있지 않은, 즉 시장적 지위가 약한 노무제공자까지 전면적으로 노동법의 보호범위에 포함시켜야 한다면 현행법체계의 기초는 전면적으로 재구성되어야 할 것이다. 따라서 자유로운 노무공급계약에 의하여 상대적으로 근로자와는 다른 법적 지위에서 노무를 급부하는 자가, 다른 일반적인 자영업자에 비하여 사업주에 대한 그의 경제적 종속성이 매우 현저함으로써, 사실상 근로자에 준하여 보호될 필요성이 있음을 전제로 이들에 대해서 사법상의 계약적 지위(즉 자영업자로서의 법률관계)를 보장하면서 시장적 지위에서 비롯된 보호필요성에 상응하여 노동법상의 개별보호규정을 제한적으로 적용하는 방법이 합리적인 해결책이 될 것으로 보인다. 즉 이들에 대해서는 경제법적 보호와 제한된 노동법적 보호가 하나의 독자적 보호체계로서 구성되어야 할 것이다.¹⁸²⁾ 반면에 이들 자영업자를 일반적

180) 특히 이에 관해서는 Rieble, ZfA 1998, S. 327 ff. 참고.

181) 자세히는 Buchner, NZA 1998, S. 1146, 1151 참고.

182) 특히 Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1151에서 이 관점이 강조되고 있다.

으로 근로자로 포섭하는 것은 근로자와 자영업자의 법률관계를 분명히 구별하고 있는 우리 법체계에서는 수용될 수 없는 일이다. 현행법상 근로자는 절대적인 후견적 보호를 필요로 하는 근로관계의 당사자로 이해되기 때문이다.

그 밖에도 자영업자이면서 경제적으로 근로자에 준하는 보호가 필요한 그룹을 근로자와 일반 자영업자 사이의 중간에 위치시킴으로써 법체계상 어떤 장점 내지 합리성이 있는지를 언급하지 않을 수 없다.¹⁸³⁾ 즉 현행법상으로는 다양한 사회적 보호규정으로 중무장된 노동법과 단순히 경제법상의 경쟁규정을 중심으로 규율되는 자영업자에 관한 법이 서로 상대방에 대하여 배타적인 관계에서 이원적 구조로 구성되어 있으나, 이 사이에 제한된 노동법의 보호를 받는 중간지대를 둠으로써 확일적, 양자택일적 체계를 유연한 체계로 전환시킬 수 있다는 점이다. 직업활동에 종사하는 취업자가 구체적인 사회적 보호필요성의 크기에 따라 서로 차별적으로 노동법의 보호영역에 포섭될 수 있다면, 전부 아니면 전무로 대표되는 흑백논리적인 현행 노동법의 경직된 체계는 노동시장의 변동에 탄력적으로 대처할 수 있는 체계로 변모하게 될 수 있을 것이다.¹⁸⁴⁾

구체적으로 누구를 노동법의 일부 보호를 필요로 하는 이른바 유사근로자로 보아야 할 것인지, 그리고 어떠한 노동법적 보호규정들이 이들 그룹에 대하여 적용될 수 있는가는 개별 보호규정들의 보호목적도 고려하면서 연구되어야 할 것이다. 이에 관해서는 다음에서 살펴볼 외국의 유사근로자제도, 그중에서도 독일, 오스트리아, 스위스, 포르투갈, 네덜란드 그리고 프랑스 등 유럽연합의 주요회원국의 사례를 통하여 중요한 시사점을 얻을 수 있을 것으로 생각된다.

183) Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1151.

184) 이러한 관점에서 같은 취지로 Heinze, NZA 1997, S. 1 ff. 또한 하경호, 앞의 논문(주 85), 224면 참고.

2. 외국의 노동법에 있어서 유사근로자제도

가. 독 일

1) 유사근로자개념의 등장

이미 지적인 바와 같이 전통적인 근로자개념은 주로 공장에서 취업중인 산업근로자의 보호를 목적으로 하여 전개되었다. 그러나 일찍이 이러한 개념범주만으로는 현실적으로 보호필요성이 존재하는 모든 취업자를 보호할 수 없다는 사실도 인식되고 있었다. 1869년의 독일의 공장법(gewerbeordnung)은 전통적인 근로자상에 상응하지 아니한 그룹도 그 보호 범위에 포함하였다. 이 법 제136조에 의하면 사업주가 설치한 공장 외에서, 즉 가내공업의 형태로 사업주를 위하여 활동하는 자도 이 법상의 근로자로 규정하였다. 이 법률은 계약관계를 기준으로 일반 근로자와 가내공업종사자를 구분하지 아니하고, 공장 외부에서 노무를 제공함으로써 사실상 사업주의 사업 수단을 사용하지 않으며 그의 노동통제를 받지 않지만 자신의 노무의 결과가 직접 최종소비자에게 판매되는 것이 아니므로 경제적으로 사업주에 의존할 수밖에 없다는 점을 중요시하고 있다.¹⁸⁵⁾ 이 법률이 유사근로자도 적용대상으로 하는 최초의 것으로 인정되고 있다. 이러한 관점은 오늘날 유사근로자개념의 기본 토대를 이루고 있다.¹⁸⁶⁾ 특히 제1차 세계대전 이후 유사근로자에 대한 논의는 더욱 확대되었다. 사실상 유사근로자개념을 이론적으로 발전시킨 이는 Melsbach였다. 그는 비록 근로자는 아니지만 근로자와 유사한 근로조건하에서 활동하는 모든 노무공급자들을 특별규정의 형태로 또는 유추적용의 방법으로 보호해야 한다고 주장함으로써 그 전까지 주로 가내근로자와 동일시되던 유사근로자의 범주를 본질적으로 확대하였다. 그리고 이러한 인적 그룹을 유사근로자로 번역되는 ‘Arbeitnehmerähnliche

185) Endemann, AuR 1954, S. 210; Hromadka, NZA 1997, S. 1249; Pfarr, FS für Kehrman, S. 75, 77 참고.

186) 독일에서의 가내노동법의 발전과 그에 따른 가내근로자의 법적 지위의 발전에 관해서 자세한 것은 Hromadka, NZA 1997, S. 1249, 1250 이하를 참고.

Personen'으로 정의하였다.¹⁸⁷⁾ 유사근로자를 실체법 내로 편입하기 위하여 진행된 논의에서 우선 문제가 된 것은 과연 어느 자영업자를 유사근로자로 판단할 것인가 하는 것이었다. 이 문제와 관련하여 특히 대리상과 상업사용인의 구별이 당시로서는 가장 큰 쟁점이 되었다. 그러나 1923년 통일근로계약법전 초안의 입법이 좌절됨으로써, 유사근로자의 통일적인 실체법적 지위에 대한 규정이 이루어지지 않은 가운데, 유사근로자에 대한 규율은 개별법에서 특히 소송법과 단체협약법에서 제한적으로 다루어졌으며, 그 실체법적 보완은 판례와 학계에 맡겨지게 되었다.¹⁸⁸⁾

2) 유사근로자의 고전적 사례: 가내근로자와 전속적 대리상

근대노동법이 형성되기 시작하던 당시에 근로자개념과 관련된 주된 테마는 가내근로자와 전속적 성격을 지닌 대리상의 근로자성에 대한 논란이었다. 이 두 사안은 각각의 특수한 성격으로 인하여 특별입법의 형식으로 그 종사자의 보호필요성이 고려되었다. 이것이 유사근로자라는 법제도의 출발점을 이룬다.

a) 가내근로자와 가내노동법

aa) 가내근로자의 의의와 가내노동법의 적용대상

통설과 판례에 의하면 가내근로자(Heimarbeiter)는 그의 근로자성에 관한 오랜 논쟁에도 불구하고 그들이 인적 종속성을 갖지 않았다는 이유로 근로자가 아니라는 데 이견이 없다.¹⁸⁹⁾ 따라서 노동법은 가내근로자에 대하여 원칙적으로 적용되지 않는다. 그러나 다른 한편으로 그들은 독립적인 사업주와는 달리 특수한 성격의 경제적 종속성을 갖기 때문에 사회정책적으로 일반 독립사업주와는 달리 취급되어야 한다는 견해가 크게 대두되었다. 이와 같이 '인적 자주성과 경제적 종속성'은 오늘

187) Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 24.

188) 특히 Pfaff, FS für Kehrman, S. 75, 77 참고.

189) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1, S. 55 f.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 53; BAG AP Nr. 3 zu § 2 HAG.

날 가내노동법의 규율과 그와 더불어 유사근로자의 규율에 대한 키워드를 제공하는 계기가 되었다.¹⁹⁰⁾

가내근로자의 사회적 보호를 목적으로 하는 가내노동법(Heimarbeitsgesetz)은 1911년 처음 독립적인 법률로 제정된 이후¹⁹¹⁾ 1934년 지금의 명칭으로 전면개정되고 1974년 현행과 같이 개정되었다.

가내노동법의 적용대상이 되는 가내근로자는 좁은 의미의 가내근로자(Heimarbeiter)와 가내공업자(Hausgewerbetreibende) 그리고 이들과 동등한 지위에 있는 자로 구성된다. 먼저 좁은 의미의 가내근로자는 “자신이 직접 선택한 작업장(자신의 집이든 또는 제3의 장소이든)에서 혼자 또는 가족의 조력을 얻어 사업주 또는 중간사업주의 위탁으로 생계를 목적으로(erwerbsmäßig) 노무를 제공하는 자로서, 그렇지만 노동결과물로 얻은 가치를 직접, 간접으로 업무위탁자인 사업주에게 인도하는 자”를 말한다(제2조 제1항). 가내공업자는 “자신의 작업장에서 2인 이하의 근로자나 가내근로자를 사용하면서 사업주나 중간사업주의 위탁으로 상품을 생산하거나, 가공하거나 또는 포장하는 업무를 수행하는 자로서, 그렇지만 노동결과물의 가치를 위탁사업주에 인도하는 자”를 말한다(제2조 제2항). 그 밖에 1934년 이래로 특정한 인적 범위에 대해서는 가내근로자와 동등한 지위를 부여함으로써 가내노동법의 보호범위에 포함하고 있다. ‘(가내근로자와) 대등한 지위에 있는 자’는 그들의 사회적 보호필요성이 그와 같은 보호를 정당화하고 이 점이 관할관청인 가내근로위원회에 의하여 승인된 경우에 가내노동법상의 보호대상이 된다. 대등한 지위를 결정하는 기준은 1974년의 같은 법 개정시 도입되었는데 그에 의하면 그들의 사회적 보호필요성을 위한 일반적인 기준은 ‘경제적 종속성의 정도’가 된다(제1조 제2항 제2문). 이 경제적 종속성의 정도는 다시 개별적 기준에 의하여 구체화되는데, 그것은 자신이 직접 사용하는 근로자의 수, 위탁사업주에 대한 종속성의 정도, 시장에 대한 직접적 진출의 가능성, 독자적인 투자의 크기와 유형 그리고 매출액의 정도 등이다(제1조 제2항 제3문).

190) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1, S. 58.

191) 당시에는 Hausarbeitsgesetz로 명명하였다.

bb) 가내근로자에 대한 보호규정 개관

가내근로자는 유사근로자의 기원적 형태이면서 동시에 유사근로자의 하위 직업군으로서 중요한 카테고리를 형성한다. 가내근로자에 대한 사회적 보호의 역사는 노동보호입법의 역사와 함께 출발한다.¹⁹²⁾ 왜냐하면 가내근로는 사업주에 대한 경제적 종속 못지않게 경기변동에 대한 강한 의존성으로 인하여 언제나 사회적 곤경의 위험에 노출되어 있어서 그들에 대한 보호는 늘 사회정책적 관심사가 되어 왔기 때문이다.¹⁹³⁾ 가내근로의 보호체계는 두 방향으로 전개되어 왔다. 그 하나는 가내노동법을 통한 독자적인 보호체계로서 가내노동법은 일반 근로자에 대한 보호체계를 모델로 하여 노동안전과 건강보호, 임금 내지 보수의 보호, 계약해지로부터의 보호 및 집단적 노동법상의 규율 등으로 구성되어 있다. 다른 하나는 일부 개별 노동법령에 근로자와 더불어 가내근로자도 그 적용대상에 편입시킴으로써 보호하는 것이다. 아래에서는 가내노동법과 가내근로자에게도 적용되는 노동관계법의 주요 내용을 개관하기로 한다.

(가) 안전 및 보건, 그 밖의 위험으로부터 보호

사업주는 가내근로를 자신의 사업조직에 편입시키게 되면 우선 일반적인 보호의무를 부담하게 된다. 우선 사업주는 계속적이고 흠결없는 통제가 가능하도록 가내근로종사자의 명단을 작성하고 이를 감독관청에 제출한다(제6조). 새로운 사업주를 감독체계에 편입하기 위하여 사업주는 최초의 가내근로이용시 통지의무를 부담한다(제7조). 사업주의 보호의무의 구체화로서 사업주는 가내근로자에게 그가 수행해야 할 업무의 종류와 방법을 설명하여야 하고, 이 업무와 결부된 사고 내지 건강상의 위험정도를 그 조치내용을 포함하여 주지시켜야 한다(제7조의 a). 사업주는 임금명세서를 발급하여야 하고 기타의 계약조건을 명시적으로 알려야 한다(제8조). 임금 계산 및 그 지급과 관련된 서류를 발행, 보

192) 가내근로에 대한 보호법의 역사에 관해서는 Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, HAG (Kommentar), Einleitung Rn. 1 ff. 참고.

193) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, HAG (Kommentar), Einleitung Rn. 2.

관하고 경우에 따라 제출해야 할 의무를 부담한다(제9조). 가내근로자에 대한 차별대우나 초과부담을 회피하기 위하여 가내근로의 업무량을 할당할 경우 개별 가내근로자의 급부능력을 고려하여 균일하게 보장하여야 한다(제11조).¹⁹⁴⁾ 다른 한편으로 가내근로의 할당이나 결과수령시 불필요하게 지체하는 행위도 회피되어야 한다(제10조). 특히 제10조의 의무를 위반하면 사업주는 계약상 또는 불법행위에 기하여 손해배상의무를 부담하게 된다. 사업주는 그 밖에도 자신이 인도한 기술적인 작업수단이나 원료에 의하여 가내근로자가 안전 내지 건강상의 피해를 입지 않도록 배려하여야 한다(제16조).

(나) 임금의 보호

가내노동법은 임금보호와 관련하여 가내근로자의 보수청구권이 실현될 수 있도록 국가가 개입할 수 있는 규정을 두고 있다. 즉, 주의 최고노동관청은 가내근로자를 대신하여 보수를 지급하지 않는 사업자에게 일정한 보수의 ‘최저액’을 지급하도록 요구할 권한을 가지며(제24조), 이를 해태하는 사업주에 대해서는 주정부가 소를 제기할 수 있다(제25조).

(다) 계약해지로부터의 보호

가내노동법은 가내근로자에 대하여 특별한 해지보호규정을 두고 있다. 가장 대표적인 해지보호규정은 계약관계의 기간에 상응하는 해지예고기간의 설정과 그 기간동안의 보수지급의무 등으로 요약될 수 있다.¹⁹⁵⁾ 그에 의하면 가내근로자는 특정 사업자나 중간영업자에 주로 취업되어 있는 경우에는 그 사업자에 대하여 일반적인 고용관계에 적용되는 독일 민법 제621조의 해지예고기간이 아니라 근로관계에 적용되는 제622조의 해지예고기간이 적용된다(제29조 제3항). ‘주로 취업되어 있다’는 의미는 가내근로자가 취업하는 시간적 범위뿐만 아니라 보수액 등 유사근로자의 일반적 판단 표지에 의하여 정해진다.¹⁹⁶⁾ 계약해지가

194) 자세한 것은 Schaub, ArbR-Handb, § 163 Rn. 15 참고.

195) 상세하게는 KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 98 ff.

통지된 가내근로자에 대해서는 그 해지예고 기간 동안에도 종래 수령하였던 보수액이 보장된다(제29조 제7항). 사업주는 가내노동법상의 해지예고 기간 동안 실제 업무량을 감축시키거나 일감을 주지 않음으로써 해지예고 기간의 설정의 의미를 무력화시킬 수 있다. 그러나 가내근로관계의 실현은 가내근로자에 대하여 재정적 기초를 의미하기 때문에 그 기간 동안에는 주문 일감이 감소되더라도 지난 24주 동안 평균적으로 취득한 보수액이 보장되어야 한다(이른바 보장임금).¹⁹⁶⁾ 이는 해지의 통지가 없이 일방적으로 주문량이 감소되는 경우에도 마찬가지로 적용된다(제29조 제8항). 그에 의하면 가내근로자는 지난 1년간 규칙적으로 주문받아 온 업무량이 그 평균을 기준으로 4분의 1이 감축되는 경우에는 위와 마찬가지로의 방법으로 보수액을 보장받는다.

(라) 협약을 통한 근로조건의 규율

가내노동법 제17조에 의하면 가내근로자에 대해서는 노동조합과 사업주 또는 그 단체 사이에 체결된 단체협약과 동일한 성격의 ‘서면합의’를 통하여 그들의 근로조건이 정해질 수 있다.

(마) 가내근로자에 대한 노동법적 규율에 대한 개관

가내노동법상의 보호규정 외에도 가내근로자에 대해서는 법률의 규정에 의하여 일반 개별 노동법이 적용될 수 있다. 예를 들면 질병으로 인한 휴무시 임금계속지급에 대한 법률(Entgeltfortzahlungsgesetz)에 의하면 가내근로자에 대해서는 소정의 산정비율에 따라 질병시 임금이 계속 지급된다(제3조, 제10조). 연방휴가법(Bundesurlaubsgesetz)은 가내근로자에 대한 연차휴가산정 및 그 관련문제에 대한 특칙을 규정하고 있으며(제12조), 그 밖에도 여성인 가내근로자는 모성보호법(Mutterschutzgesetz)상 임신과 출산을 위한 특별보호 대상이 된다(제1조 제2호, 제24조). 그 밖에도 경영조직법은 가내근로자를 일정한 요건하에 경

196) KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 108.

197) KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 122; Otten, Heim- und Telearbeit, § 29 Rn. 46, 58.

영협의회 구성을 위한 근로자에 해당한다고 규정하고 있다(제5조 제1항 제2문).

b) 전속적 대리상(Handelsagentur, Handelsvertreter)의 보호

aa) 전속적 대리상의 특별한 지위

가내근로자와 달리 대리상을 유사근로자로서 부분적인 노동법의 보호영역에 편입시키는 것은 그리 간단한 문제가 아니다. 왜냐하면 그들은 상법상의 독립적인 상인에 속하고 따라서 독립적인 사업주이기 때문이다. 그러나 이와 같은 직업군에서도 경제적 약자에 대하여 노동법적 보호가 필요하다고 인정되는 한 노동법의 적용이 요청될 수 있다. 왜냐하면 경제적 종속성으로 인하여 대리상으로서의 업무를 독립사업주의 그것으로 보기가 어려운 경우가 적지 않기 때문이다. 그런데 대리상이 근로계약관계에 서 있지 아니하다는 이유로 노동법의 적용으로부터 완전히 배제된다는 것은 실체에 부합되지 않는 결과를 가져올 것이라는 우려가 크게 지배하였다. 그래서 근대노동법의 초기 단계에 특히 노동법원의 관할권과 관련하여 그와 같은 대리상들이 유사근로자로 인정될 수 있는지 여부를 둘러싸고 크게 다투어졌다.¹⁹⁸⁾ 노동법원의 설립 이전에는 이미 상인법원(Kaufmannngerichte)¹⁹⁹⁾에서도 근로자인 상업사용인과 대리상의 구별이 큰 쟁점이었다. 이 양자의 구별문제는 그 후 1953년에 개정된 독일 상법전 제84조를 통해서 입법적으로 해결되었다. 그러나 여전히 남는 문제는 특정 대리상이 독립적인 상인인가 아니면 유사근로자의 성격을 지니는가 하는 것이었다. 대리상이 원칙적으로 독립적인 상인으로서 유사근로자에 편입되지 않으며 재판 관할도 보통재판장에 의한다는 점은 부인되기 어렵지만, 개별 사례마다 그 구체적인 사정을 고려하면 부분적으로 노동법의 보호를 필요로 하는 경우도 적지 않게 발생하고 있다는 점에 이견이 없다. 특히 이러한 관계는 그 대리상이

198) 이에 관한 대표적인 문헌으로 Scheider, Zum Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person, 1933, S. 33.

199) 이에 관한 간단한 역사는 박지순, 「독일의 노동법원제도」, 『노동과 법』, 제4호(2004), 46면 이하 참고.

일정한 상인과의 관계에서 사회적 사정이 일반 근로자에 비하여 하등 차이가 없을 정도의 강한 경제적 종속관계에 놓여지는 경우에 인정될 수 있다.²⁰⁰⁾ 그러나 경제적 종속성의 인정 기준은 일률적으로 정해질 수 없고 사안에 따라 유연하게 판단되어야 한다는 견해가 확립되었다. 바이마르공화국 시절 독일 제국노동부의 행정해석에 의하면,²⁰¹⁾ “대리상이 자신의 고유한 사업 수단 및 근로자와 독립적인 사무실도 없이 업무를 수행하고 또한 그가 한 회사만을 대리하며 대리상계약의 거래조건이 그 대리상의 경제적 독립성을 허용하지 아니하고 결과적으로 근로자와 비교할 수 있을 정도의 지위에 두는 경우에는 유사근로자로 인정할 수 있다”고 한다.

bb) 대리상에 대한 특별보호규정

독립적인 대리상은 위에서 본 것처럼 가내근로자와 더불어 일정한 요건하에서 유사근로자의 전형적인 예로 인식되어 왔다. 입법자는 이 점을 고려하여 대리상에 대하여 독일 상법전 제84조 이하에 특별규정을 두고 있다.²⁰²⁾ 특히 주목할 만한 사실은 1989년 10월 23일 ‘대리상의 권리의 조정’을 위한 유럽공동체의 입법지침²⁰³⁾을 통하여 대리상의 사회적 보호가 그의 경제적 종속성으로 인하여 개선되었다는 점이다.

(가) 해지예고 기간

기간의 정함이 없이 개시된 대리상관계를 통상 해지할 경우에는 상법 제89조에서 정한 예고 기간을 준수하여야 한다. 해지예고 기간은 근로관계에 대한 독일 민법 제622조의 기본 취지를 고려하여 대리상이 비록 근로자는 아니지만 대리상관계에 일반적인 계속적 구속성을 감안하여 노동법에 유사한 적정한 예고 기간을 둔 것이다. 계약 기간에 따라 최고

200) Scheider, a.a.O., S. 35.

201) NZfA 1926, S. 303.

202) 근로자인 사업사용인에 대해서는 같은 상법전 내에 별도의 규정이 있음을 유의하여야 한다.

203) 이 입법지침에 관해서는 Ankele, DB 1989, S. 2211; Eckert, NZA 1990, S. 384 참고.

6개월까지 정해진 예고 기간은 당사자의 합의로 연장할 수는 있지만 단축시킬 수 없다. 부업으로서 대리상을 영위하는 자에 대해서는 보호 필요성이 경감되므로 제89조가 아닌 제92조의 b가 적용된다.

(나) 대리상관계의 즉시해지

독일 상법 제89조의 a는 즉시해지에 관한 독일 민법 제626조에 대하여 특별규정으로서의 의미를 갖는다. 따라서 즉시해지에 관한 제626조의 일반적인 취지가 그대로 적용된다. 즉 즉시해지를 위해서는 중대한 사유가 있어야 하며, 그와 같은 사유의 발생을 인지한 후 2주 이내에 해지권을 행사하여야 한다.²⁰⁴⁾

(다) 보상청구권

계약관계의 종료 후 근로자 유사 또는 기타 독립적인 대리상은 본인인 사업주가 해당 대리상과의 거래관계로부터 새로운 고객을 확보하였거나 계약관계의 종료 후에도 현저한 이득을 얻고, 반대로 대리상은 계약관계의 종료로 말미암아 그가 계속해서 그 거래관계로부터 획득하였을 보수를 상실하게 된 경우, 그리고 그와 같은 일실회익의 보상이 형평에 부합하는 경우에는 제89조의 b가 정한 기준에 따라 그에 대한 보상청구권을 갖는다.²⁰⁵⁾ 이 보상청구권은 위의 해지예고 기간의 경우와 마찬가지로 부업으로서 활동하는 대리상에게는 적용되지 않는다.²⁰⁶⁾

(라) 경업금지의 약정

본인인 사업주와 대리상은 원칙적으로 계약관계의 종료 후 경업금지를 얼마든지 자유롭게 약정할 수 있다. 그러나 그와 같은 경업금지 약정은 독일 상법 제90조의 a에 따라 근로자인 상업사용인의 경우와 유사하게 제한적 요건하에서만 유효하게 된다. 우선 그와 같은 약정은 서면의

204) KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 222.

205) 우리 상법 제92조의 2가 이와 유사한 규정을 두고 있다.

206) 이 규정의 문제성에 대해서는 MünchKomm-HGB/Hoyningen-Huene, § 92 b Rn. 19 참고.

형식을 갖추어야 하고, 이 서면이 대리상에게 교부되어야 한다. 또한 이 약정은 최고 2년을 한도로 할 수 있으며, 경업금지가 적용되는 구체적인 지역이나 고객의 범위가 확정되어 있어야 한다. 그리고 경업금지가 약정된 기간 동안에는 적정한 금전보상이 행해져야 한다. 이 규정은 대리상에게 불리하게 변경되어서는 안 된다.

(마) 전속적인 대리상을 위한 특별보호의 가능성

한 회사에 전속되어 있는 대리상에 대해서는 위의 규정말고도 추가로 특별한 보호 가능성이 열려 있다(제92조의 a). 이 규정에 의하면 사회적 경제적 보호 필요성이 불가피하게 요청되는 경우 회사에 전속된 근로자 유사 대리상에 대해서는 국가가 그들의 최저근로조건을 시행령을 통하여 규율할 수 있도록 허용하고 있다. 반면에 단체협약법 제12조의 a에 따라 단체협약을 통한 근로조건 규율은 전속적 대리상에 대해서는 유사근로자임에도 적용되지 아니한다. 이와 같이 국가가 직접 개입하여 보호하는 해결방안은 단체협약을 통한 유사근로자의 근로조건 보호방안과는 서로 엄격히 구별된다고 할 수 있다.

3) 유사근로자의 노동법상의 규정

a) 비단 독일에서만뿐만 아니라 전세계적으로도 유사근로자 자체를 실정법의 체계에 처음으로 편입시킨 법률은 1926년에 제정된 노동법원법이다.²⁰⁷⁾ 이 법 제5조에 의하면 유사근로자에 대해서도 노동법원의 관할이 미친다고 규정하고 있다. 그 근거로서 유사근로자는 일반 민법과 상법의 관점에서 보면 자영업자로 판단되지만, 경제적 관점에서는 오히려 특정 사업주에 대하여 근로관계와 동일한 관계에 서 있다는 점을 들고 있다.²⁰⁸⁾ 1934년의 노동법원법에서는 경제적 종속성을 명시적으로 유사근로자의 구성요건으로 규정하였으며 이 태도는 현재까지 유지되

207) Wachter, ZIAS 2000, S. 250, 251.

208) 자세한 Hromadka, NZA 1997, S. 1249, 1251 참고. 유사근로자를 노동법원의 재판관할에 두는 현실적 이익에 대해서는 특히 Buchner, NZA 1998, S. 1146, 1148 참고.

고 있다.

b) 1963년 1월 8일 제정된 연방휴가법은 유사근로자에 대하여 실제적인 청구권을 인정한 최초의 법률로 기록될 수 있다.²⁰⁹⁾ 이 법률은 유사근로자에 속하는 인적 범위를 오늘날의 그것과 일치시켰다는 점에서 의의가 있다. 이 법의 입법 이유에서는 가내공업종사자(가내근로자) 외에 그와 유사한 지위에 있는 자, 특히 대리상, 전문가, 음악가, 작가 그리고 신문기자 등이 유사근로자의 범주에 속한다고 명시하였다. 이로써 종래 가내근로자와 동일시되던 유사근로자는 오히려 상위 개념으로 이해되고 그 하위 개념으로 가내근로자를 위시한 다양한 직업군이 포함되게 되었다. 그러나 당시만 해도 여전히 유사근로자의 체계적인 이해에 대한 입법자의 어떤 뚜렷한 법정정책적 의도는 발견되지 않았다.²¹⁰⁾

c) 유사근로자의 권리에 대한 이정표를 세운 것은 무엇보다도 1974년 11월 1일 시행된 단체협약법 제12조의 a의 규정이다.²¹¹⁾ 그에 의하면 경제적으로 종속되고 근로자에 비견될 만한 사회적 보호필요성이 인정되는 자, 즉 유사근로자에 대해서는 협약자율을 보장한 단체협약법의 규정이 적용된다. 그 요건으로서 유사근로자는 고용(여기서는 근로계약이 아닌 자유로운 고용계약을 의미하며, 우리나라의 유상위임과 같은 의미로 새기는 것이 타당하다) 내지 도급계약에 근거하여 자신의 종업원을 사용하지 아니하고 개인적으로 타인에 대하여 노무를 제공하여야 한다. 또한 주로 한 사업주를 위하여 업무를 수행하여야 하고 그로부터 자신이 받는 전체 수입 중에서 평균적으로 절반 이상을 수령하고 있어야 한다. 이 법에서 원래 의도하였던 대상은 예술가로서, 작가로서 또는 언론인으로서 노무를 제공하거나 특히 그와 같은 업무에 기술적으로 직접 공동협력관계에서 노무를 제공하는 자이다.²¹²⁾

209) 자세한 것은 Pfarr, FS für Kehrmann, S. 75, 78 참고. Wank 교수는 이를 그와 같은 의미에서 유일한 법률이라고까지 하고 있다. 그의 Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 244 참고.

210) Pfarr, FS für Kehrmann, S. 75, 78.

211) Hromadka. NZA 1997, S. 1249, 1251; Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1148 참고.

IV. 근로자와 자영사업자 그리고 유사근로자의 삼원적 구성 61

212) 단체협약법 제12조 a의 제정 배경 및 그 과정에 대해서 상세한 것은 Pfarr, FS für Kehrman, S. 75, 79 f. 참고.

d) 그 밖에도 1996년 8월 7일 제정된 노동 과정에서의 안전과 건강보호를 목적으로 하는 안전보호조치의 촉진에 관한 법률(간단히 노동보호법이라고 한다: Arbeitsschutzgesetz) 제2조 제2항 제3호에서는 유사근로자에 대해서도 이 법의 적용을 규정하고 있으며, 1994년 6월 24일 제정된 취업자에 대한 성희롱방지법 제1조 제2항 제1호, 미성년근로자의 보호에 관한 법률 제1조 제1항 제3호도 유사근로자를 적용범위에 포함하고 있다. 그리고 우리나라의 퇴직금제도와 유사한 「사업장에서의 노령연금제도의 개선에 관한 법률」 제17조 제1항 제2문에서도 제한적으로 유사근로자를 그 적용대상으로 삼고 있다. 그 밖에 사업 차원의 가내근로자도 광의의 유사근로자에 속하므로 이들의 법적 보호에 관하여 통일적으로 규율하고 있는 가내근로자 보호에 관한 법률(흔히 가내노동법이라고 부른다: Heimarbeitsgesetz)도 유사근로자의 노동법적 보호체계의 일부를 구성하며, 마찬가지로 의미에서 가내근로자에 대해서도 적용되는 휴일 및 질병시 임금계속지급에 관한 법률도 넓은 의미에서 이 영역에 속한다고 볼 수 있다. 이와 같은 특별규정 외에 고용에 관한 민법의 일반규정도 규율목적에 따라 근로자와 유사근로자를 구별하지 않고 적용되는 경우가 있다. 예컨대 고용상의 특별규정으로서 우리의 휴업지급제도에 유사한 수령지체에 관한 규정(제615조), 단기간의 휴직시의 임금의 계속지급에 관한 제616조, 사용자의 일반적인 보호의무와 배려의무를 규정하고 있는 제618조 그리고 취업증명서 발급에 대한 사용자의 의무를 규정하고 있는 제630조 등이다.

4) 유사근로자의 구체적인 기준

a) 위에서 살펴본 바대로 유사근로자의 개념을 규정하고 있는 법률은 노동법원법, 연방휴가법 그리고 단체협약법 등인데, 그 중에서도 노동법원법과 연방휴가법에서는 유사근로자의 요건으로 단지 경제적 종속성의 존부만을 언급하고 있고, 반면에 단체협약법에서는 더 구체적으로 경제적 종속성과 근로자에 준하는 사회적 보호 필요성을 그 요건으로 정하고 있다. 문제는 이들 규정들이 유사근로자를 근로자와 자영사업자에 이은 제3의 그룹으로서 이들과 병렬적으로 자리매김할 수 있는지 여

부에 있다. 이에 대한 판단을 위해서는 유사근로자에 대한 ‘일반적’ 정의가 가능한지가 중요한 해결 기준이 된다. 유사근로자를 자영업자의 하위개념으로 인식하고 그 어떤 독자적인 지위를 인정하지 않는 Wank의 견해에 의하면 그에 대한 일반적인 개념 정의는 존재할 수 없다.²¹³⁾ 이 견해에 의하면 각 개별 법률에 규정된 각각의 요건규정은 해당 법률에 국한된 적용범위를 정한 것에 지나지 않는다. 반면에 유사근로자를 근로자와 자영업자와 함께 독자적인 제3의 영역으로 인정하는 입장에서는 단체협약법 제12조의 a의 규정을 통하여 유사근로자의 ‘일반적 개념 정의’를 시도한다. 이미 지적한 것처럼 노동법원법이나 연방휴가법이 법정책적으로 유사근로자의 보호체계를 명백히 그 규율의도로 한 것은 아니었는 데 반하여, 단체협약법에서는 유사근로자에 대하여 법률상 정의를 내리고 있는 것으로 평가되기 때문이다. 이는 단체협약법 제12조의 a의 제정을 전후한 독일노동법원의 일반적인 견해도 이 규정의 요건을 받아들이고 있다는 점에서도 확인될 수 있다. 다만 단체협약법 제12조의 a가 그 요건으로서 경제적 종속성과 사회적 보호 필요성을 중첩적으로 언급하고 있다는 점에서 구체적으로 이 요건 구성을 어떻게 이해할 것인가가 현실적으로 문제 된다.

b) Hromadka에 의하면 경제적 종속성과 사회적 보호 필요성의 상호관계는 다음과 같이 해석된다. 유사근로자는 자신의 사업주에 대한 경제적 종속성으로 인하여 근로자처럼 사회적으로 보호받을 필요성이 있는 자이다.²¹⁴⁾ 그러나 이것만으로는 근로자에 유사하다는 동어반복적 표현에 불과하므로 “고용 또는 도급계약을 근거로 타인을 위하여 노무를 제공하는... 경우”라는 조건문을 통하여 그 의미를 분명히 하고 있다는 것이다. 다만 이 규정만으로는 유사근로자의 범위가 제한될 수 있으므로 제3항에 “자신의 전체 수입의 전부 또는 3분의 1 이상을 특정한 사업주에게만 의존하는 자”를 추가함으로써 유사근로자의 범위를 확

213) Wank 교수의 근로자개념에 대해서는 위의 III. 5. 참고. 그리고 Wiedemann/Wank, TVG, § 12 a, Rn. 13 ff., 33 ff. 참고.

214) NZA 1997, S. 1249, 1254 참고. 그 밖에 Kempen/Zachert, TVG, § 12 a Rn. 9.

대하고 있는 것으로 해석한다. 결국 Hromadka에 의하면 “유사근로자는 근로자가 아니면서 개인적으로 그리고 본질적으로 다른 종업원을 사용하지 않고 비교적 장기간 그리고 본질적으로 단지 한 사업주를 위하여 활동하는 자로서, 그로부터 평균적으로 적어도 전체 수입의 3분의 1 이상 또는 그 전액을 보수로 받는 자이다.”²¹⁵⁾ Lieb는 구체적으로 해당 노무 제공자의 전체 수입 액수를 직접 문제삼고 그로부터 상대방의 생존 배려적 조치에 대한 종속성이 있는지 여부를 요건으로 하자고 한다.²¹⁶⁾

5) 사회보험법상의 취업자 요건의 개정과 근로자개념에 대한 영향

유사근로자의 노동법상의 지위에 대한 논쟁은 일반적인 근로자개념의 문제와 직접 관련되어 있으며 여전히 학계와 실무에서 치열하게 논의되고 있는 테마이다. Wank와 같이 목적론적인 법률개념론에 기초하여 취업관계의 형태를 근로자와 자영사업자의 이원적 모델로 이해하는 입장에서는 노무 제공자의 시장적 지위, 즉 노무 제공 결과에 대한 위험의 자율적인 부담과 그에 상응하는 이윤추구 기회와 확보에 기초하여 근로자를 자영사업자와 구별하고, 유사근로자는 법률에서 정하고 있는 경우에만 그 요건에 기초하여 해당 법률효과를 귀속시킨다. 따라서 유사근로자의 일반적 개념화에 반대한다. 따라서 당연히 유사근로자에 대한 법적 보호의 확대는 가능하지도 바람직하지도 않다는 결론을 취한다.²¹⁷⁾ 반면에 다수설은 근로자, 자영사업자 및 유사근로자를 병렬적인 세 가지의 취업관계 유형으로 이해하고 유사근로자의 일반적인 정의를 시도한다. 그리고 그 보호의 범위를 합리적으로 확대하려는 경향을 보이고 있다.²¹⁸⁾ 그런데 2000년 1월 1일부터 시행되고 있는, 사회보험법 적용대상의 요건을 정한 독일의 사회법전 제4편 사회보험법 제7조 제4항의 규정은 근로자개념과 유사근로자개념의 논쟁을 새로운 차원으로 이끌고 있다.²¹⁹⁾ 우선 노동법의 적용을 받는 근로자처럼 사회보험법의

215) NZA 1997, S. 1249, 1254.

216) RdA 1974, S. 261, 268.

217) 특히 Wiedemann/Wank, TVG, 6. Aufl., § 12 a Rn. 13 ff., 참고.

218) 특히 Hromadka, NZA 1997, S. 569, 577 ff. 및 NZA 1997, S. 1249 ff.; Appel/Frantziöch, AuR 1998, S. 93 ff. 참고.

적용을 받는 ‘종속적 취업자’의 요건을 일반적인 근로자의 개념과 유사근로자의 개념을 혼합하여 구성함으로써 5개의 표지로 세분화하고 있다. 이에 의하면 사회보험법의 적용대상인 종속적 취업자는 전형적으로는 사업주의 지시권에 따라 노무를 제공하고 사업주의 노동조직에의 편입을 요건으로 하는 노동법상의 근로자를 의미하지만(같은 법 제7조 제1항), 근로관계에 있지 아니하면서 생계유지를 목적으로 노무를 제공하는 자라도 다음의 다섯 요건 중 세 가지 이상의 요건이 충족되면 이 법상 임금을 목적으로 노무를 제공하는 취업자로 추정된다(같은 조 제4항).

첫째, 자신의 노무 제공과 관련하여 통상적으로 다른 근로자를 채용하지 않고 있으며, 한 달 수입이 일반적으로 325유로(Euro)를 상회하는 자,

둘째, 장기간 그리고 본질적으로 한 사업주를 위하여 활동하고 있는 자,

셋째, 그의 사업주 또는 사업주와 유사한 자가 동일한 업무를 통상의 근로자로 하여금 수행케 하고 있는 경우,

넷째, 그의 업무가 사업주로서의 전형적인 상거래로 인식될 수 없는 경우,

다섯째, 그의 업무가 과거에 자신이 동일한 사업주를 위하여 사회보험법상의 취업관계하에서 이미 제공하였던 업무와 동일한 업무를(자영업자로서) 제공하는 경우이다.

이 요건 중 세 가지 이상을 충족하면 당연히 사회보험법상의 ‘취업자’가 되는 것이 아니라 다만 취업자로 추정될 뿐이다. 따라서 사업주의 반증 가능성이 열려 있다. 그리고 자신의 근로자를 취업시키지 않고 개인적으로 노무를 제공할 것을 정한 첫째 요건과, 전형적인 근로관계상의 노무급부를 수행하는지 여부를 문제삼는 셋째 요건, 그리고 근로자에서 자영업자로 신분을 변경할 경우 종래의 지위를 계속 보장하는 다섯째의 요건 외에 두 번째의 요건과 네 번째의 요건은 근로자개념에 대하여 Wank가 제시한 유력설의 견해를 반영한 것이다.

219) 이 법의 개정 과정과 그 입법 이유에 관해서는 Abschlußbericht der Kommission “Scheinselbständigkeit”, NZA 1999, S. 1260 ff. 참고.

원래 사회법에서는 취업자와 비취업자의 이원적 모델만이 존재하고—Wank는 근로자—자영사업자라는 자신의 이원적 모델을 여기서 착안한 것으로 보인다—유사근로자의 존재는 인정되지 않는다. 그런데 전통적으로는 사회법상의 취업자개념과 노동법상의 근로자개념은 사실상 같은 것으로 취급되어 왔다. 바로 이 점에 문제의 소지가 있는 것이다. 즉 앞으로도 여전히 사회법과 노동법의 개념이 같은 방향으로 갈 것인가,²²⁰⁾ 아니면 이 규정을 계기로 앞으로는 사회법상의 취업자와 노동법상의 근로자개념이 분리될 것인가 하는 것이 문제 된다. 현재로서는 후자의 관점이 우세하다.²²¹⁾ 특히 이 규정이 처음 도입된 1998년에는 애초 근로자와 자영사업자의 중간 지대에 놓여 있으면서 근로자와 유사한 법적·경제적 지위에 있는 이른바 외관자영사업자(Scheinselbständige)의 사회적 보호 필요성에 부응하여 이들을 사회보험제도에 편입시키는 것을 목적으로 하였으나, 학계와 실무계의 강력한 반발에 부딪히면서 1년 뒤 자영사업자의 축진을 위한 법률에 의하여 그 규정목적이 선회되었다는 점은 이에 대한 중요한 근거로서 설명될 수 있다.²²²⁾ 다시 말해서 이 규정의 요건에 의하여 사회보험법의 적용을 받는 취업자로서 분류되더라도 노동법상의 근로자가 되는 것은 아니다.²²³⁾ 즉 노동법상으로는 여전히 자영사업자의 지위를 유지하면서, 경우에 따라서는 유사근로자의 지위에 있을 수도 있다. 그러나 계약적 지위와 시장적 지위, 다시 말해서 지시권의 복종관계와 경제적 종속관계의 구별이 점차 모호해지고 있는 현대 노동시장의 추세가 계속될 경우 그 분리를 전제로 하는 삼원적 모델이 언제나 타당하다고 장담할 수는 없을 것이다. 그리고 전통적으로 사회법과 노동법의 적용범위를 일치시키고 있는 실무계의 관행이 앞으로 근로자개념에 영향을 미칠 수도 있을 것이다. 그리고 현재

220) 이 경우에는 노동법상의 근로자개념은 사회보험법상의 취업자개념으로부터 영향을 받을 수밖에 없을 것이다. 이 견해에 선 것으로는 특히 Wank, RdA 1999, S. 297 ff.

221) 특히 Buchner, DB 1999, S. 146 ff.; Löwisch, BB 1999, S. 102 ff.; Richardi, BB 1999, S. 958 ff.

222) 이에 관한 입법배경에 대해서는 Bauer/Diller/Schuster, NZA 1999, S. 1297 ff.; Reiserer, BB 2000, S. 94 ff. 참고.

223) MünchArbR/ Richardi, § 24 Rn. 11.

경영조직법의 개정 과정에서 유사근로자를 경영상의 공동결정시스템에 편입시킬 것인지 논의중에 있는데 이것도 앞으로의 연구에 많은 영향을 미칠 것으로 보인다. 그러나 적어도 현행법체계하에서는 입법자의 결단이 없는 한 삼원적 모델하에서 합리적인 구별 기준과 법률효과를 규명해 가는 것이 일차적인 과제가 될 것이다.²²⁴⁾

나. 오스트리아의 유사근로자제도

오스트리아의 노동법도 독일과 마찬가지로 유사근로자의 법개념을 인정하고 있다. 원칙적으로 오스트리아에서도 노동법의 적용은 근로자를 전제로 하기 때문에 유사근로자의 개념은 노동법규정의 적용범위를 한계지우기 위한 수단으로 이용된다. 다만, 몇몇 법률에서는 유사근로자 내지 가내근로자에 대하여 그 적용을 확대하기도 한다.

1) 오스트리아 노동법의 유사근로자제도의 발전과 법률의 규정

오스트리아의 유사근로자제도의 전개 과정은 독일과 매우 흡사하다. 즉 제1차 세계대전 직후 유사근로자제도가 노동법에 등장하게 된다. 1918년 12월 19일의 가내노동법은 유사근로자를 규율하는 최초의 노동입법이다. 엄격한 의미의 유사근로자는 노동재판관할적에 유사근로자를 편입함으로써 비롯되었다. 오스트리아의 노동재판적에 대한 최초의 입법은 1922년 4월 5일의 공장법원법(Gewerbegerichtsgesetz)이라 할 수 있다. 당시 공장법원법은 사용자와 그 근로자의 근로관계 및 고용관계(Arbeits-oder Dienstverhältnis), 그리고 같은 사업에 소속된 근로자 사이의 관계에서 비롯된 권리분쟁에 대해서 관할권을 행사하였는데(제1조 제1항), 당시 공장법원법상의 근로관계 또는 고용관계의 개념은 근로계

224) 그런데 위의 사회법전 제4편 제7조 제4항의 추정규정은 2002년 12월의 거듭된 개정시에 삭제되고 전혀 다른 규정 내용으로 대체되었다. 그럼에도 불구하고 사회보험 실무에서는 사회보험 의무가입자의 판단 징표로 구 조항의 내용이 여전히 의미를 갖고 있는 것으로 보인다. 독일 사회법전상의 취업자개념의 개정 및 삭제 과정과 그 법적 의의에 관해서는 박지순, 「독일의 노동시장 및 노동법개혁」, 『노동법학』 제18호(2004), 291, 319면 이하 참고.

약에 기초한 근로관계만으로 이해한 것이 아니라 가내근로관계와 기업 및 중간영업자(Zwischenmeister) 사이의 관계 또한 포함하는 것으로 이해되었다.²²⁵⁾ 1985년 대폭 개정된 현행 노동 및 사회법원법은 노동법원의 관할에 관한 제51조에 이 법의 적용을 받는 사용자 및 근로자개념을 신설하고 그 제3항에 “가내근로에 대하여 임금보호를 향유하는 자(Nr. 1)와 그 밖의 영업적 가내근로에 종사하지 않는 자로서 근로관계에 있지 않으면서 특정인의 위탁과 계산으로 노무를 제공하고 경제적 종속성으로 인하여 근로자와 유사한 것으로 간주될 수 있는 자”를 유사근로자로 규정하였다.

오스트리아에서는 유사근로자의 노동법적 지위를 소송법에서뿐만 아니라 실체법에서도 확대하려는 입법적 시도가 있었다. 1960년에 연방정부에 의하여 마련되었던 오스트리아노동법전 제1부 초안(개별적 노동법)의 제226조 제1항은 가내근로자와 더불어 타인의 위탁과 계산으로 노무를 제공하면서 경제적 종속성으로 인하여 근로자와 유사한 자로 간주될 수 있는 자에 대하여도 “법률관계의 성질이 허용하는 범위 내에서” 이 법률이 포괄적으로 적용된다고 규정하였다. 그러나 이 법률 초안 전체는 입법되지 못하였다.

유사근로자와 관련하여 주목할 만한 입법적인 전개는 1965년 3월 31일의 「피용자책임법(Dienstnehmerhaftpflichtgesetz)」을 통해서 이루어졌다. 이 법률은 독일에서 판례와 학설로 발전되어 온 근로자의 책임경감에 관한 원칙²²⁶⁾을 실정법으로 규율한 것이다. 이 법률 제1조 제1항 제2호에 의하면 유사근로자는 명시적으로 이 법률의 적용범위에 포함된다. 이 법률의 유사근로자의 정의는 위의 노동법전 초안에서의 그것과 동일하다. 이 법률은 오스트리아 노동법에서 유사근로자를 그 적용범위로 하는 최초의 실체적 노동법이다. 그 밖에도 1975년 3월 20일의 「외국인취업법」도 근로관계 및 유사근로관계에 대하여 적용되며, 1977년 6월 2일의 「기업 파산에 따른 임금보장에 관한 법률(Insovenz-Entgelt

225) Wachter, Arbeitnehmerähnliche Personen im österreichischen Arbeits- und Sozialrecht, ZIAS 2000, S. 250, 251.

226) 이에 관해서는 김형배, 『노동법』, 236면 이하 참고.

sicherungsgesetz)」에서도 유사근로자는 사회정책적 이유에 기하여 재정적 기여금의 부담없이 이 법률의 적용범위에 포함되었으며, 이 법률의 규정은 유사근로자의 청구권에 대해서도 그 의미에 따라 적정하게 적용됨을 정하고 있다. 그런데 이 규정은 재정의 고갈이라는 정책적으로 불가피한 이유로 인하여 1997년의 개정시에 대체규정 없이 삭제되었다. 사회정책적인 관점에서는 적절한 기여금의 납부를 전제로 그와 같은 보호를 유지하는 것이 바람직했을 것이라는 견해가 있다.²²⁷⁾ 끝으로 유사근로자는 1988년 3월 23일 제정된 「노동력과견법(Arbeitskräfteüberlassungsgesetz)」에서도 명시적으로 언급되고 있다. 이 법률은 근로자 파견에 관하여 규율하고 있는데, ‘노동력’의 개념 정의에서 ‘근로자와 유사근로자’를 의미한다고 규정하고 있다(§ 3 IV S. 1).

그러나 이상과 같이 명시적으로 유사근로자를 적용대상으로 하는 경우를 제외하면 그 밖의 노동법을 유사근로자에게 확대적용하는 데 대해서는 상당히 소극적이다.²²⁸⁾

2) 최근의 동향

유사근로자에 관한 가장 최근의 입법적 조치는 1999년 「언론인법(Journalistengesetz)」의 개정에서 행해졌다.²²⁹⁾ 이 개정법률은 독일 단체협약법과 유사하게 특정 직업군에 속하는 유사근로자의 ‘재정적 근로조건’에 관하여 집단계약, 즉 단체협약의 체결을 가능하게 하는 법률적인 기초를 마련하였다. 이와 같은 개정을 가능하게 한 배경은 다음과 같다. 우선 언론 분야에 종사하는 프리랜서의 수가 급증하고 있고, 오스트리아의 모든 전문언론인 중의 절반 이상이 프리랜서로 활동하고 있으며, 프리랜서는 언론인이라는 직업에 진출하기 위한 출발점을 의미하고 있다는 점이다. 「언론인법」의 내용적 모델은 가내노동법의 규율 내용과 같다. 이제 유사근로자라는 표현은 법률에서는 더 이상 사용되지 않는다. ‘상시적 프리랜서’라는 표현이 본질적으로 유사근로자를 의미한다는

227) Wachter, ZIAS 2000, S. 250, S. 253.

228) Wachter, ZIAS 2000, S. 250, 253.

229) 오스트리아 법률공보, 1999년 178호 참고.

것은 법률상의 정의규정이나 입법자료를 통해서 분명해지고 있다.²³⁰⁾ 그런데 「언론인법」의 규정은 모든 유사근로자에 대해서 적용되는 것이 아니라 언론 분야에 종사하는 ‘상시적 프리랜서’에 대해서만 적용되며, 그들을 위하여 체결되는 단체협약도 전체 근로조건을 모두 규율하는 것이 아니라 그 ‘상시적 프리랜서’의 보수규정이나 비용보상에 관한 것으로서 이른바 재정적 근로조건에 제한된다.

결과적으로 오스트리아 노동법은 유사근로자성이 인정되는 특정 직업군에 대하여 단체협약의 체결을 제한적으로 승인하긴 하지만 전체 유사근로자를 협약자율의 체계로 포괄하지 않으며, 그 규율 내용도 명시적으로 제한되어 있다는 점에서 독일 단체협약법의 규율구조와 차이를 갖는다.

3) 유사근로자의 개념에 관하여

오스트리아 노동법에서도 일반적인 견해에 의하면 근로자개념은 경제적 종속성 그 자체만으로는 설명될 수 없고, 단지 조직적 관점, 즉 인적 종속성을 가지고 설명된다고 보고 있다.²³¹⁾ 그에 대하여 유사근로자는 직접 경제적 종속성에 연결되는 법개념이다. 이 때 특히 재정적 부분에 관한 요인은 그 핵심적인 판단 기준으로서 기능한다. 즉 유사근로자는 경제적 종속관계하에서 노무를 제공하는 자를 말한다.²³²⁾

경제적 종속성은 하나의 유형적 개념으로서, 경제적 관점에서 해당 노무자의 자유로운 노동력처분 가능성이 현저하게 제한된다는 점이 결정적인 기준이 된다.²³³⁾ 경제적 종속성은 다시 두 개의 하위 요소로 나

230) Wachter, ZIAS 2000, S. 250, 255.

231) 특히 Spielbüchler, in: Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht, Bd. I, 4. Aufl., 3 참고.

232) 이와 같은 취지로 VwGH v. 21. 10. 1998, ARD 1998, 7. 99. 이 판례에 의하면 유사근로자의 경제적 종속성은 일반 근로자와 유사한 경제적·사회적 조건하에서 노무를 제공하는 자로서 노무급부의 수령자에 대하여 인적으로 종속적이지 않아도 인정된다고 한다.

233) 오스트리아의 유사근로자의 개념에 대해서는 Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person, 1980, Berlin을 참고. 이하의 설명도 이 문헌에 의한다.

눌 수 있는데, 그것은 재정적 요소와 조직적 요소이다.

재정적 요소는 해당 노무의 제공으로부터 획득하는 수입에 생계를 전적으로 의존한다는 것을 의미한다. 노동법에서 이와 같은 생존 기초의 관점은 경제적 종속성의 일반적인 이해라고 할 수 있다. 다만, 이 관점은 해당 생계활동으로부터 받는 수입이 없다면 경제적으로 존립할 수 없다는 식으로 지나치게 엄격하게 이해되어서는 안 된다. 즉 생계유지를 위해서는 그와 같은 수입에 ‘상당한 정도’의 의존성을 갖는 것으로도 충분하다. 경제적 종속성의 판단은 법적인 요소뿐만 아니라 사실적 요소가 함께 고려될 수 있다.²³⁴⁾

경제적 종속성의 두 번째 요소는 조직적 관점이다. 경제적 종속성으로서의 조직적 관점이라 함은 일반적으로 타인을 위하여 노무를 제공하는 자가 자신이 수행하는 업무와 관련하여 독자적인 처분권을 제한받거나 적어도 부분적으로 이 처분권을 노무 수령자에게 이전하는 것으로 이해된다. 구체적으로는 통상 근로자개념에서 사용되는 인적 종속성의 개별 요소와 동일한 맥락으로 사용된다. 따라서 근로자유사성을 위하여 요구되는 조직적 요소는 다시 상한 기준과 하한 기준으로 구성된다. 상한 기준이란 근로자성이 인정되는 정도의 인적 종속성이 있는 경우이고, 하한 기준이란 ‘어느 정도의’ 인적 종속성의 요소가 필요하다는 것이다. 따라서 인적 관점에서 전혀 종속성이 없거나 거의 무시할 정도의 종속성이 있는 경우에는 근로자유사성을 인정할 수 있는 정도의 경제적 종속성이 승인되지 아니한다.²³⁵⁾

4) 사회법 분야에서의 유사근로자의 지위

오스트리아에 있어서 유사근로자는 특히 사회법에서 중요한 의미를 가지고 있다.²³⁶⁾ 우선 분명한 것은 현행 사회법의 규정에서는 공식적으

234) 참고로 OGH v. 13. 3. 1997, RdW 1997, S. 620. 이에 의하면 근로자유사성은 직업적 영역에 존재하는 것이므로 여가시간의 활용을 목적으로 수행하는 활동에 대해서는 처음부터 근로자유사성이 인정되지 않는다.

235) 이러한 관점에서 OGH v. 8. 2. 1996, ObS 1, 10/96.

236) 이에 대한 참고문헌으로는 Mosler, Sozialrechtliche Fragen der Scheinselbständigkeit, in: Resch(Hrsg.), (Schein-)Selbständigkeit, Wien 2000, S. 45 ff.;

로 ‘유사근로자’라는 법률용어가 사용되지 않지만, 학설과 실무상으로는 일반화된 개념이라는 점이다.²³⁷⁾ 노동법에서처럼 사회법에서도 ‘유사근로자’라는 개념을 사용하는 것은 사회법에서도 노동법에서와 마찬가지로 법적용을 위하여 유사근로자가 갖는 매개적 기능, 즉 일반적 근로자로 분류될 수 없는 경제활동종사자도 사회보험법의 적용범위에 포함시키는 기능을 갖기 때문이다. 다만, 사회보험법상의 유사근로자개념은 노동법상의 유사근로자개념과 부분적으로 겹치기는 하지만 반드시 일치하지 않는다. 따라서 노동법상의 유사근로자에 해당한다 하더라도 이것이 사회보험법의 적용에 직접 관련되지는 않는다.

a) 오스트리아 사회법에서 피용자(Dienstnehmer)의 개념

피용인의 법률상의 정의는 「일반사회보험법(Allgemeines Sozialversicherungsgesetz: ASVG)」 제4조 제2항에 있다. 그에 의하면 사회보험법상의 피용인은 “인적·경제적 종속관계에서 임금을 목적으로 취업하는 자이며, 여기에는 취업시 경제활동의 자주적 실행이라는 표지와 비교하여 인적·경제적 종속성의 표지가 압도적인 자도 포함된다”. 이와 같은 정의규정은 최근 독일의 사회법전 제4편 제7조 제4항의 구 조문의 그것과 유사한 맥락을 보여준다. 여기서는 이 문제에 대하여 더 깊이 들어가지 않기로 한다.

b) 자유노무제공자(freie Dienstnehmer)의 사회보험법 편입

근로자가 아닌 노무 제공자가 증가한다는 것은 근로자군이 감소됨을 의미하고 따라서 필연적으로 사회보험 제정의 결손을 야기하기 때문에 유럽연합의 사회복지국가들에 있어서 노동시장의 유연화를 통하여 발생하는 ‘사회보험법으로부터의 도피’를 막는 일은 매우 중요한 정책과제에 속한다. 오스트리아의 입법자도 독일과 마찬가지로 이와 같은 과제를 입법적 수단을 통하여 해결하고자 하였다.

Schrank/Grabner, Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. Aufl., 1998.

237) 이에 관해서는 Krejci/Marhold, in Tomandl(Hrsg.), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, 1.2.2.1.2.

우선 일반사회보험법(ASVG) 제4조 제4항에서는 “자유로운 고용계약에 기초하여 특정의 또는 불특정의 시간에 노무급부를 제공할 의무가 있는 자로서, 특히 ① 농사일을 위하여 이웃을 돕는 경우를 제외하고 판매업, 일반영업, 기타 직업에 종사하거나 또는 사단법인과 같은 단체에 소속되어서 그 사용인을 위해서, ② 지방자치단체나 기타 공공부문의 법인 및 행정기관 등을 위해서, 그리고 이 노무 제공자가 임금을 목적으로 노무를 제공하며, 해당 노무를 본질적으로 일신전속적으로 제공하며 실질적으로 자신의 고유한 사업 수단을 가지고 있지 아니한 경우에는 이 법률상의 피용자와 동등한 지위에 있다. 다만 이 노무 제공자는 그와 같은 업무의 수행을 이유로 영업인 사회보험법(Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz), 자유직업인보험법 또는 공무원보험법에 가입되지 않아야 한다.”

이 규정을 분석하면 사회보험법상 피용자와 동등한 지위에 서는 피용자가 아닌 자, 즉 유사피용자는 우선 노무 제공의 법률관계의 성질상 자유고용계약관계에 있어야 한다. 다음으로 노무 제공의 유상성(Entgeltlichkeit), 본질적 일신전속성을 지니고 있어야 하며 실질적인 사업 수단을 소유하지 않아야 한다(적극적 요건). 그리고 동일한 노무 제공을 이유로 다른 사회보험법에 편입되지 않아야 한다(소극적 요건).

이와 같은 요건을 충족하면 해당 자영업자는 이른바 유사피용자로서 일반사회보험법상의 보험의무(의료, 재해 및 연금보험)를 부담하게 된다.

c) 새로운 자영업자군(Neue Selbständige)의 편입

위에서 본 것처럼 사회보험법상의 유사피용자는 노무 제공의 법적 성질이 자유고용계약으로 제한되어 있다. 따라서 고용이 아닌 다른 계약관계(예컨대 도급)에 기초하여 노무를 제공하는 자는 피용자를 위한 사회보험에 편입되지 아니한다. 이와 같은 노무 제공자에 대해서는 오히려 영업인 사회보험법에 해당 규정을 두고 있다. 영업인 사회보험법은 독립적인 자영업자를 위한 사회보험법이다. 오스트리아에서는 바로 이 직업군을 통상 ‘새로운 자영업자(Neue Selbständige)’라고 부른다. 이 점은 독일과는 사뭇 다르다. 영업인 사회보험법 제2조 제1항에 의하면, “사업상의 활동을 기초로 소득세법상의 수입을 목적으로 하는 자영업

종사자”는 달리 사회보험이 적용되지 아니하는 한, 이 법상의 의료보험과 연금보험에 의무가입하게 된다. 새로운 자영인에 대해서 직업상의 제한은 존재하지 않는다. 유일한 표지는 ‘사업상의 활동에 기한 소득’이다. 이와 같이 오스트리아의 사회보험법은 모든 생계소득을 사회보험에 편입시킨다는 정책적 목표를 지니고 있으며,²³⁸⁾ 새로운 자영인으로서의 의무보험 가입은 전체적인 생계활동자를 위한 잔여사안 포섭의 성격을 아울러 가지고 있다.

다. 스위스

1) 유사근로자의 개념

스위스채무법 및 노동법도 법률에서 직접 근로자개념을 정의하고 있지 않지만, 학설과 판례는 기본적으로 인적 종속성에서 출발하고 있다. 학설과 판례는 사법상의 계약을 기초로 타인의 노동조직에 편입되어 그를 통해서 타인결정적으로 노무를 제공하는 자를 근로자로 본다.²³⁹⁾ 스위스 연방법원은 근로자성의 판단에 있어서 법적 종속성을 결정적인 표지로 삼는데, 이 법적 종속성은 조직적 구속성을 통한 인적 종속성을 달리 표현하는 것이다.²⁴⁰⁾ 그에 비하여 사법상의 계약을 기초로 일신적으로 노무를 제공하긴 하지만 타인의 노동조직에 편입되지 않고 따라서 인적 종속성이 없지만, 계약 상대방에 대하여 상당한 정도로 경제적 종속관계에 있는 자로서, 예컨대 방송 등 언론사의 프리랜서, 학원 등의 독립적 강사, 한 회사에 전속된 대리상, 프랜차이즈 가맹계약자 또는 주유소 운영자 등은 유사근로자 또는 외관자영사업자로 표현하여 그들의 특수한 지위를 법적으로 보호하고자 한다.²⁴¹⁾

238) Wachter, ZIAS 2000, S. 250, 264.

239) 대표적으로 Rehinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., 2002, Rn. 23.

240) BGE 78 II 36. ‘법적 종속성’의 표현은 프랑스 노동법의 표현을 따른 것으로 보인다.

241) Rehinder, a.a.O., Rn. 25.

2) 유사근로자에 관한 현행법규정

스위스 채무법은 근로자에 대해서만 통일적으로 규정된 노동입법인 근로계약편의 규정(OR 319-362)²⁴²⁾이 적용되며, 자유직업종사자, 즉 우리나라에서 특수고용의 형태로 분류되는 자영직업군에 대해서는 도급 또는 위임에 관한 규정이 적용된다. 그런데 1971년의 근로계약법의 전면 개정시 종래 독일이나 오스트리아와 마찬가지로 단행법률로 규율하고 있던 가내노동법, 즉 가내근로자에 관한 특별법을 근로계약편 제351조 이하에 편입시키고 이에 대하여 근로계약의 일반규정을 적용하는 개정을 단행하였다. 이로써 스위스 노동법은 종래 독일이나 오스트리아에 유사하였던 가내근로에 대한 입법적 태도(즉, 특별법을 통한 규율)를 버리고 프랑스법과 마찬가지로 근로계약의 일반적 속성을 지니고 있지 아니한 가내근로에 대하여 이를 근로계약으로 의제함으로써 노동법적인 보호가 미치도록 하였다.²⁴³⁾

그렇지만 이를 통해서 가내근로자는 조직적으로는 종속적이지 않지만, 경제적으로 종속성을 지니는 유사근로자의 전형적인 범주에 속한다는 점이 부인되는 것은 아니다. 스위스 채무법의 입법자는 유사근로자 중에서 가내근로자의 형태에 대해서만 프랑스의 입법례를 좇아 근로계약에 편입시키는 법률상 의제를 채택한 것이고, 그 밖의 유사근로자의 형태에 대해서는 규율하지 않은 채 현 상태를 유지하였을 뿐이다. 스위스 채무법상으로 이와 같이 근로계약에 편입되지 아니한 유사근로자의 계약관계는 채무법 제394조 제2항에서 이른바 대리인계약법(Agenturvertragsrecht)을 준용하도록 규율하거나 연방법원의 판례²⁴⁴⁾처럼 비전형계약(Vertrag sui generis)으로 다루어지고 있다.

3) 유사근로자에 대한 노동법의 적용

이상의 규율구조를 통해서 분명해지는 것은 유사근로자의 법적 지위

242) 다만, 직업소개 및 직업훈련에 관한 법률과 남녀의 평등지위에 관한 법률은 특별법으로 구성되어 있다.

243) 이에 관해서는 Regli, Die Heimarbeit in der Schweiz, 1979; Stadler, Der Schutz des Heimarbeitnehmers, 1982 참고.

244) BGE 109 II 466, 110 II 383, 112 II 46 등 참고.

가 가내근로자의 경우를 제외하고 스위스 채무법상의 근로계약편의 적용을 받지 않으며, 그들의 법률관계는 경제법, 즉 카르텔법의 적용대상으로 머물러 있다는 점이다.²⁴⁵⁾ 그러나 근로자와 자영사업자의 중간에 위치하는 유사근로자를 이와 같이 전적으로 노동법의 적용으로부터 배제하는 데 대해서는 그들이 갖는 경제적 종속관계 및 일신적 노무급부성에 비추어 바람직하지 않다는 견해가 일반적이다.²⁴⁶⁾

연방법원은 정당한 사유가 명백하지 아니하는 한 일반적인 유사근로자를 가내근로자와 다르게 취급하는 것은 자의적인 것이라는 입장을 취하면서 노동법의 강행규정들은 유사근로자에게도 유추적용될 수 있다고 보고 있다.²⁴⁷⁾ 학설은 더 나아가 스위스노동법의 규범구조상 근로관계에 대해서만 적용되는 단체협약(Gesamtarbeitsvertrag)의 규범적 규정은 유사근로자에게 적용될 수 없으나, 연방법원의 입장과 같은 이유에서 그 적용을 확대할 수 있다고 본다.²⁴⁸⁾ 연방법원은 연간 100매 이상의 사진을 동일한 출판사에 제공하는 프리랜서 사진기사는 그 출판사에 대하여 경제적으로 종속관계에 서 있으며 따라서 강행노동법규가 유추적용된다고 판시한 바 있다.²⁴⁹⁾ 이 점에 비추어 유사근로자의 단체에 의한 취업조건의 집단적 형성은 카르텔법의 적용을 받지 않는다는 사실이 확인될 수 있다. 그러한 한에서 독일의 단체협약법 제12조의 a의 취지와 유사하다고 볼 수 있다.

라. 포르투갈

1) 근로계약법상의 '근로계약유사의 계약'의 개념—유사근로자의 개념

포르투갈에서는 1969년 11월 24일 제정된 「근로계약법」 제2조에서 근로계약과 유사한 계약이라는 표제로 다음과 같이 규정하고 있다.

“특별입법의 대상이긴 하지만, 가내근로를 대상으로 하는 계약이나

245) Künzi, Soziale Sicherung freier Berufsjournalisten, 1998, S. 142 ff.

246) 대표적으로 Rehinder, a.a.O., Rn. 25.

247) BGE 118 II 157; Rehinder, a.a.O.

248) Stöckli, Berner Kommentar, Art. 356 OR Rn. 64.

249) BGer. v. 8.6.1993, JAR 1994, S. 272.

자신의 작업장에서의 노무급부를 대상으로 하는 계약 또는 노무자가 스스로 원료를 구매하고 그 원료 판매자에게 완성품을 특정 가격으로 공급하는 계약 등은 그 계약의 당사자인 노무자가 채권자에 대하여 경제적 종속상태에 있다고 인정될 수 있는 한에서 여기서 규정된 원칙의 적용을 받는다.”

이 조문은 1969년의 근로계약법의 입법자가 유사근로계약자로 인정한 사정들이 법적 종속관계에 있는 근로자에 비교하여 실체적 모습이 유사하다는 점을 인정한 것을 반영하고 있지만, 그로부터 발생하는 법적 효과에 관해서는 분명한 규정을 두고 있지 않다.²⁵⁰⁾ 근로계약과의 유사성이라는 관점에서 보더라도 포르투갈의 입법자는 독일의 입법자와는 달리 이와 같은 동일성의 원칙으로부터 아무런 분명한 법률효과를 도출해 내지 아니하였다. 어느 정도의 보호 필요성이라는 관점에도 불구하고 이를 실제적인 법적 해결로 현실화하는 데까지 나아가지는 않았던 것이다.

우선 위의 규정으로부터 알 수 있는 것은 입법자는 유사근로계약의 대상으로서 노무급부의 두 가지 유형을 서로 나누어 규정하였다는 점이다. 하나는 가내근로 또는 자신의 작업장에서 수행하는 업무이고, 다른 하나는 노무자가 원료를 직접 조달하고 그 완성품을 원료 제공자에게 사전에 약정된 가격으로 공급하는 사정이다. 노무자가 자신의 계약 상대방에 대하여 경제적 종속성이 있다면 이 계약 상대방은 근로계약에 인접하는 규율의 적용을 받게 된다.

여기서 사용되는 경제적 종속성의 의미도 주로 사회경제적(sozio-ökonomisch) 성격을 갖는 것이므로 규범적으로 구체화되어야 할 필요가 있다. 학설은 이 개념을 다음과 같은 단계로 이해하고자 하였다. 먼저 근로자가 자신의 생계수단의 전체적인 가치 또는 대부분을 노무급부로부터 획득한다는 사실의 결과로 이해되었다. 다음 단계로 경제적 종속성은 생산 과정이 상대방에 의하여 통제된다는 사정으로부터 도출된다는 견해가 나타나게 되었다. 다시 말해서 거래관계 당사자 사이에 일

250) Abrantes, Dem Arbeitsvertrag gleichgestellte Verträge im portugiesischen Recht, ZIAS 2000, S. 266, 267.

종의 배타적 종속관계가 존재하고, 노무 제공이 일반적으로 타인에 의하여 지배되는 생산 과정에 편입되며 그로부터 생계의 전체적 부분이 확보되어야 한다는 것이다. 이와 같은 개념 구성은 사실상 근로자의 법적 종속성에 가깝게 기술된 것이긴 하지만, 타인에 의하여 지배되는 조직에의 구속성은 근로관계를 특징지우는 사용자의 계약상의 권한에까지 이르는 정도의 것이 아니다. 유사근로관계가 근로계약관계와 유사성이 인정될 수 있는 근거는 생산물을 시장에서 처분 및 수익할 것인지를 결정하는 자, 즉 사용자에게 의하여 계약관계가 통제될 수 있다는 점에서 찾는다. 결국 유사근로계약은 다음과 같이 정의될 수 있다. 법적으로는 독립적인 노무 제공을 약정하였으나, 즉 언제, 어디서, 어떻게 노무급부를 수행할 것인지는 노무 제공자가 직접 결정하지만(형식적 자주성), 경제적으로 우월한 상대방이 통제하는 조직에 편입됨으로써 노무자의 업무에 대한 감독이 가능하게 되는 계약을 의미한다. 예컨대 계약 상대방은 계속적으로 달성되어야 할 목표를 설정함으로써, 업무의 간접통제를 행사하게 된다.

이상에서 본 바와 같이 포르투갈에서는 ‘근로계약에 유사한 계약’이란 원칙적으로 독일의 가내근로를 대상으로 하는 계약관계를 의미하는 것으로 이해될 수 있다. 다만 이를 가내근로라는 테두리로 제한하여 규율하기보다는 다소 넓은 범위에서, 즉 확대된 가내근로를 의미하는 것으로 이해된다. 경제적 종속관계를 더 넓게 이해하여 가내근로를 제외한 기타의 유사근로자를 포함하는 법률상의 규정은 존재하지 않는 것으로 보인다. 다만, 근로계약법 제2조의 규정을 통하여 기타의 유사근로자에 대한 유추적용의 가능성은 열려 있는 것으로 생각된다.

2) 유사근로계약의 실체법적 효력에 관한 1991년의 시행령 제440호의 규정
근로계약법은 유사근로계약의 개념만을 규정하여 놓았을 뿐 그 실체법적 효력에 관하여는 침묵하였기 때문에 유사근로계약에 대한 실체적 효력을 둘러싸고 학계에서 매우 크게 논쟁이 일어났다. 학계의 견해는 대체로 두 가지 흐름으로 진행되었는데, 그 하나는 유사근로계약에 대한 노동보호법의 적용에 관한 법률규정의 흠결로 보고 일반 규정으로부터

유추적용해야 한다는 입장과, 근로계약법 제2조의 규정은 앞으로 입법자가 실현해야 할 프로그램적 성격을 갖는 것이므로 노동보호규정의 적용은 특별규정의 매개 없이는 불가능하다는 입장이었다.²⁵¹⁾ 그러나 이와 같은 견해의 대립은 1991년 11월 14일 법시행령(Gesetzes-Dekret) 제440호의 제정으로 입법적으로 해소되었다. 새 규정은 근로계약법 제2조에서 규정한 형식적 독립성과 경제적 종속성을 갖는 모든 사정에 대하여 적용된다.

법제사적인 관점과 비교법을 통하여 드러나듯이 유사근로계약관계에 있는 자, 즉 유사근로자는 그 경제적 종속성에도 불구하고 인적 종속성과 동일한 의미로 사용되는 법적인 종속성이 결여되어 있기 때문에 노동보호법규의 적용에 있어서 근로자와 완전한 동일화는 가능하지 않다는 점에서는 견해의 대립이 없다. 이 점은 특히 포르투갈의 노동법에서는 유사근로자에 대하여 집단적 노동법이 적용되지 않는다는 점에서 독일 등 다른 나라의 예와는 구별된다.²⁵²⁾

이 법률은 원래 근로자에 대한 노동보호를 우선적으로 규정한 것이다. 예컨대 작업장의 안전과 보건(제3조), 근로자의 건강(제3조 및 제4조), 보수(제6조), 계약의 해지(제8조), 사회보험(제11조) 등 사용자의 의무를 중심으로 규율하고 있다.

이 법률의 입법자는 이와 같은 근로자에 대한 보호규정이 유사근로계약에 전반적으로 확대되는 것을 경계하면서도 유사근로계약이 갖는 경제적·사회적 조건이 조정될 수 있도록 다음과 같은 규정을 두고 있다. 우선 사용자는 자신의 사업에 취업된 가내근로자를 등록하여야 할 의무를 부담하고(제5조), 그 가내근로자가 최초의 취업시 그리고 정기적으로 의사의 진단을 받도록 할 의무를 부담한다(제4조). 법률은 양 계약당사자의 긴밀한 접촉관계에서 비롯되는 부가적인 행태상의 의무를 규정하고 있는데, 예를 들면 사용자는 가내근로자의 사적 영역과 고유한 처분권을 존중하여야 한다(제2조의 1). 감독관청 또한 근로자의 주거에 대한 개입을 엄격하게 제한받는다(제12조). 보수와 관련해서도 ‘관련 업무수

251) 이와 같은 학설 대립의 상세는 Abrantes, ZIAS 2000, S. 266, 269 참고.

252) Abrantes, ZIAS 2000, S. 266, 270.

행을 위한 평균적 시간'과 같은 가내근로 특유의 제도들이 새로 규정되었다. 사회보험제도도 가내근로자에게 적용되며(제11조), 계약의 종료와 관련해서는 입법자는 근로자 일반의 존립보호라는 측면과 기업측이 갖는 가내근로의 특성에 상응하는 유연성의 관점이 조화될 수 있도록 규율하고 있는데, 구체적으로는 원칙적으로 계약의 일방 당사자의 해지는 근로관계의 종료를 수반하는 효과를 가지며, 노무급부의 불이행이나 기타 해지의 정당한 사유가 있는 경우 또는 해지예고 기간을 준수하여 해지하는 경우에는 그 계약관계는 해소된다. 다만, 주문이 아직 완성되지 아니하였음에도 도중에 해지가 행해지면 그 주문 완성에 남은 기간이 두 달 이하인 경우에는 노무자는 잔여 기간에 대하여 해지가 없었더라면 받을 수 있었던 보수의 50%의 범위 내에서 임금조정청구권을 갖는다.

이와 같이 특히 가내근로를 중심으로 근로계약 유사의 법률관계를 인정하고 부분적으로 이에 대한 보호규정을 두어 규제하고 있지만 실무상으로는 여전히 다수의 계약관계가 법률의 통제나 규제로부터 벗어나 있는 것으로 분석된다. 이는 포르투갈 노동법에 있어서 유사근로계약에 대한 하나의 특징을 이룬다고 볼 수 있다.²⁵³⁾

마. 네덜란드

1) 근로자와 자영업자 그리고 유사근로자의 삼분원칙

다른 나라와 마찬가지로 네덜란드에서도 전통적으로 노동법의 적용가능성을 판단하는 도구로서 근로자와 자영업자의 구분을 이용하여 왔다. 네덜란드어로 'zelstandigen'으로 표현되는 엄격한 의미의 자영업자에 대해서는 모든 노동법상의 보호조치가 적용되지 않는다. 그렇지만 노동법의 보호규정의 일부는 유사근로자에 대해서도 적용된다. 주지하듯이 유사근로자에게는 지시권구속관계가 결여되어 있기 때문에 근로계약의 카테고리에 포함되지는 않는다. 그런데 네덜란드의 사회법(WAO)과 실업법(WW)에서는 근로계약관계에 있는 근로자에 대해서뿐만 아니라 가내근로자와 2명을 초과하는 계약파트너를 갖지 않는 소규

253) Abrantes, ZIAS 2000, S. 266, 272.

모사업자(Kleinunternehmer)와 같은 경제적으로 종속성을 지니는 기타의 그룹에 대해서도 법률상의 보험급여가 적용되어야 한다고 규정하고 있다. 이와 같이 경제적으로 종속적인 지위에 있는 자에 대한 보호범위는 지시권구속성이 분명하지 않은, 즉 근로계약관계가 없는 경우에까지 확대되고 있다.

네덜란드에서 전체 경제활동인구 중에서 독립사업자가 차지하는 비중은 다른 국가와 마찬가지로 상당히 빠른 증가추세를 보여준다. 1992년에는 전체 경제활동인구의 7%에 해당되던 독립사업자의 비중이 1998년 통계에서는 이미 95만 명으로 당시 전체 경제활동인구 530만 명의 거의 20%에 가깝게 증가하고 있다. 물론 이 독립사업자의 상당수는 자기 근로자를 갖지 아니한 1인 기업적 자영사업자이다.²⁵⁴⁾

2) 네덜란드의 근로자개념

네덜란드 민법(Burgerlik Wetboek) 제7편 제610조에 의하면 근로계약은 다음의 세 가지 요소를 갖추어야 한다. 우선 근로자는 자신의 노무를 일신전속적으로 제공하여야 하고, 사용자는 그에 대하여 임금을 지급하여야 하며, 사용자에 대하여 근로자는 지시권종속관계에서 있어야 한다. 그 밖에도 민법의 규정에 의하면 근로자는 자신의 노무를 ‘일정한 기간 동안(gedurende zekere tijd)’ 수행하여야 한다. 그러나 이 규정은 독자적인 의미를 갖지 못한다. 이 규정은 단지 사용자는 약정된 기간 동안 근로자의 노동력을 처분할 권한을 갖는다는 점을 의미하는 데 지나지 않기 때문이다.²⁵⁵⁾ 따라서 근로자와 자신의 노동력을 스스로 처분할 수 있는 자영사업자의 구별이 필요하게 되는데, 이는 독일과 마찬가지로 지시권구속관계라는 표지로부터 나오게 된다.²⁵⁶⁾

다른 나라의 예에서 보듯이 지시권구속성의 의미를 둘러싸고 네덜란드에서도 많은 논란이 야기되었다. 법원은 대체로 이를 엄격하게 해석

254) 이 통계는 Jaspers, Quasi-Employee, Quasi-self-employees: More than just a name, ZIAS 2000, S. 233, 234; Peijpe, Arbeitsvertrag und Scheinselbständigkeit in den Niederlanden, RdA 1998, S. 200, 201를 참고로 하여 재구성하였다.

255) Peijpe, RdA 1998, S. 200, 203.

256) Jaspers, ZIAS 2000, S. 233, 239 f.

하지 않는 것으로 보인다. 원칙적으로 지시권구속성은 사용자가 명령과 지시를 내릴 수 있는 권한을 가지고 있는가에 따라 판단되고, 사용자가 그와 같은 권한을 실제로 사용하는지 여부는 문제 되지 않는다.²⁵⁷⁾ 사용자의 권한에 속하는 명령과 지시는 반드시 노무의 내용과 그 실행방법에 관련되지 않아도 무방하다. 또한 상당한 정도의 업무수행의 독립성을 보장받고 있는 고도의 전문성을 갖춘 근로자의 경우에서 보는 것처럼 사용자가 업무계획, 자유시간, 팀워크에 대한 참여 등등과 같은 전체 업무관리적 차원의 사항을 결정하는 때에는 지시권구속성의 표지는 충족되는 것으로 본다.²⁵⁸⁾

다른 한편으로 사업주와의 구조적 관계로부터 발생하는 경제적 종속성의 정도는 직접 근로자성을 결정하지 않는다. 최근의 판례에서는 방송과 언론 분야의 프리랜서 활동은 그들이 풀타임 또는 거의 풀타임에 가깝게 근무를 함으로써 그들의 자유로운 활동 가능성이 현저하게 제한되더라도 고용계약하에서 근무한 것이라고 볼 수 없다고 판시하고 있다.²⁵⁹⁾ 이 점은 근로계약성의 판단은 해당 노무 제공자가 생계수단으로서의 소득조건에 의존하고 있는지를 기초로 하지 않는다는 점을 보여준다. 또한 법원은 또 다른 핵심적인 요소를 근로자성 판단의 기초로 삼는데, 그것은 근로자가 스스로 선택한 지위와 실무에서의 그의 행태적 요소이다. 최근의 한 판례에서 법원은 노무 제공자가 자신을 스스로 독립사업자, 프리랜서로 명백히 하거나 적어도 고용계약상의 근로자로서 표시하지 않았다면 나중에 다시 고용계약상의 근로자로서의 지위를 주장하지 못한다고 결정한 바 있다.²⁶⁰⁾

257) 네덜란드 최고법원(Hoge Raad)의 일관된 견해: HR 17.4.1984, NJ 1985, Nr. 18, Peijpe, RdA 1998, S. 200, 203에서 재인용.

258) HR 17.6.1994, NJ 1994, Nr. 757. Peijpe, RdA 1998, S. 200, 203에서 재인용.

259) Jaspers, ZIAS 2000, S. 233, 241.

260) HR 14.11.1997, NJ 1998, Nr. 149. 이 판결은 노동법상 근로자성 판단의 특수한 원칙을 새로 형성하였다고보다는 모순행위금지의 원칙(*venire contra factum proprium*)이라는 일반원칙에서 그 근거를 구해야 할 것이다.

3) 외관자영업자 또는 유사근로자에 대한 법적 보호

a) 네덜란드에서도 이른바 외관자영업자 또는 유사근로자에 해당하는 노무 제공자의 수가 매우 빠르게 증가하고 있고, 이들에 대한 보호 규정의 확대가 시급한 사회문제로 대두됨에 따라 네덜란드의 입법자는 두 가지 방향에서 이 문제에 대응하고 있다. 그 하나는 종래의 공법적 규율의 적용범위에 유사근로자를 포함하는 것이며, 다른 하나는 새로 제정된 「노동시장의 유연성과 사회적 안전을 위한 법률(Flexibility & Security Act)」의 적용범위인 근로계약관계의 판단방법과 기준을 효율적으로 규율함으로써 한계 영역에 있는 외관자영업자를 사법상의 보호범위에 포함시키는 것이다. 우선 후자의 경우를 살펴보면 다음과 같다.²⁶¹⁾

b) 1999년 1월 1일부터 이른바 「유연성과 사회적 안전성을 위한 법률」이 시행되고 있는데, 이 법률의 입법자는 이른바 노동시장의 유연화의 결과로서 노동법의 적용범위가 공동화(空洞化)될 수 있음을 인식하고, 근로자성이 노무 제공자의 의사나 노무 제공 관계의 실질에 반하여 부당하게 부인되지 않도록 근로자성 판단의 방법과 기준을 제시하였다. 우선 근로계약관계의 존재에 대하여 입증하는 것은 개별근로자에게는 대단히 어려운 일이므로, 근로자의 입증 부담을 경감 내지 전환하기 위하여 근로계약법상의 법적 추정(Rechtsvermutung; presumption of law) 제도를 도입하였다. 이와 같은 추정의 목적은 당연히 노동법상의 강행 법률의 적용을 회피하려는 사용자측의 의도를 극복하는 데 있다. 따라서 법적 추정제도는 애당초 근로계약이라는 법률관계를 외연적으로 확대하는 데 그 목적이 있는 것은 아니지만, 결과적으로 실무상 그와 같은 효과, 즉 근로자개념의 확대의 효과가 발생할 수 있다는 점이 부인되지 아니한다.²⁶²⁾ 또한 새 규정에 의하면 노무 제공자가 임금을 목적으로 3개월을 계속해서 타인을 위하여 노무를 제공하면 근로계약관계에 있음이 추정된다. 이 기간 동안 적어도 매주 노무 제공이 이루어지거나 월

261) 상세히는 Jaspers, ZIAS 2000, S. 233, 242; Peijpe, RdA 1998, S. 200, 206 f. 참고.

262) Jaspers, ZIAS 2000, S. 233, 242; Peijpe, RdA 1998, S. 200, 207.

20시간을 최저한으로 하여 노무 제공이 이루어져야 한다. 이는 노무 제공자가 사용자와의 관계에서 지시권구속성이 있다는 사실을 입증할 필요가 없음을 의미한다. 반면에 사용자는 해당 노무 제공자에 대한 노동법의 적용을 거부하면 지시권구속관계가 없음을 입증하여야 한다. 이와 같은 입증책임의 전환은 단지 비전형근로관계에 대해서만 적용되는 것이 아니라 앞서 언급한 요건(타인을 위하여, 임금을 목적으로 그리고 일정 기간에 대하여)을 충족하는 모든 계약에 대해서 적용된다. 결과적으로 이 규정은 이른바 한계 영역에 있는 노무 제공자 또는 직업군에 대한 노동법적 보호의 확대를 목적으로 한다는 것이 분명해진다.²⁶³⁾ 이는 또한 독일에서 구 사회법전 제4편 제7조 제4항(1998년 제정, 1999년 개정, 2002년 삭제)의 규범목적과도 유사하다는 점이 그 특징이라고 할 수 있다.²⁶⁴⁾ 다만 독일에서는 그와 같은 추정 규정이 사회보험법의 적용에 국한된 데 비하여 네덜란드에서는 근로계약관계 일반에 적용된다는 점이 다르다.

c) 공법적 성격을 갖는 노동보호법규 또는 사회보험법에서는 더 적극적으로 유사근로자를 그 적용범위에 포함하고 있다. 그 적용범위는 위의 사법 분야에서보다 훨씬 더 광범위하다. 따라서 공법상의 노동보호법규에서는 독일에서와 같은 유사근로자, 즉 독립사업자로서 법률관계가 확정된 자라도 경제적 종속성에 기초한 사회적 보호 필요성이 있으면 보호대상으로 한다. 우선 예로 들 수 있는 것은 「사업장에서의 안전과 건강에 관한 법률(Act on Safty and Health at the workplace)」과 「근로시간법(Act on Working Times)」이다. 이 법률들은 타인의 지배하에 노무를 수행하는 자에 대한 보호를 목적으로 한다. 따라서 이 법률들은 이른바 유사근로자(Arbeitnehmerähnliche; quasi-employee)에 대해서도 적용된다. 이 때 적용범위에 해당하는지 여부를 판단하는 기준은 종속성 표시이다. 이 표시는 근로자와 유사근로자를 한편으로 하고 독립적인 자영인을 다른 한편으로 하는 구별에 필수적인 기능을 한다. 여기서

263) Jaspers, ZIAS 2000, S. 233, 242.

264) 이에 관해서는 앞의 가. 5)를 참고.

종속성 기준이란 인적인 사용종속관계가 아니라 경제적 종속성을 포함하는 것으로 해석되지만 네덜란드의 실무상 어느 정도까지의 종속성이 판단 기준이 되는지 여전히 분명하지 않다는 문제가 있다.²⁶⁵⁾

d) 1945년에 제정된 「고용관계에 관한 임시령(Extraordinary Decree on Employment Relationships)」은 해고에 관한 규정²⁶⁶⁾도 포함하고 있는데, 여기에는 근로자 및 유사근로자와 독립사업자를 구분하는 유용한 기준이 규정되어 있다. 그에 의하면 “타인을 위하여 일신상으로 노무를 제공하는 자로서 그 노무가 통상 다른 2인 이상의 사업주를 위하여 행하여지는 것이 아니며 또는 수행되는 노무가 우연적 성격을 갖는 것이 아닌 경우”에는 이 법의 보호를 향유한다고 한다(동 법령 제1조). 따라서 노무를 전체적으로 3인 이상의 타인을 위하여 제공하거나 그 노무가 명백히 우연적 성격을 갖는 경우에는 독립사업자로서의 성격을 갖는 것이며, 종속성의 정도가 매우 약하다고 보았다.

e) 네덜란드의 사회보험법(Dutch social security law)도 같은 방향으로 규율하고 있다. 이에 의하면 원칙적으로 사회보험법은 근로계약을 체결한 근로자에 대해서 적용된다. 그런데 이 인적 적용범위는 유사근로자에 대해서도 확대된다. 이와 같은 적용범위의 확대는 일정한 사정하에서 계약상의 약정에 기초하여 개인적으로 노무를 수행하면서 그것이 회사나 사업의 범위 내에서 약정된 것이 아닌 경우에까지 미친다. 뿐만 아니라 그 고용관계가 근로계약을 기초로 하는 것이 아니지만 근로계약관계와 비교 가능한 것으로 간주될 수 있는 일정한 조건하에서 유사상의 노무를 수행하는 자도 여기에 포함된다. 그 조건이란 첫째, 노무 제공자가 최소한 주 2일 이상을 근무할 것, 둘째, 노무 제공의 약정은 최소 30일 이상의 기간으로 행해질 것 그리고 셋째, 보수액은 법정 최저

265) Jaspers, ZIAS 2000, S. 233, 243.

266) 이 규정은 해고절차에 대한 공법적 규제를 정하고 있다. 즉 사용자는 근로자를 해고하기 전에 지방노동청장에게 해고 허가를 받아야 하고, 이 허가가 흠결되면 해고는 무효가 된다. 허가 없이 해고된 근로자는 해고무효확인인 소를 제기할 수 있다. Jaspers, ZIAS 2000, S. 233, 243 참고.

임금의 40% 이상일 것 등이다.²⁶⁷⁾

바. 프랑스

1) 근로자개념과 유사근로자

프랑스 노동법상의 근로자개념은 법적 종속성(subordination juridique)을 출발점으로 하는데, 독일의 인적 종속성과 그 표현을 달리하지만 지시권구속관계를 그 기본 표지로 한다는 점에서 본질적으로 동일한 법적 기초 위에 서 있다고 할 수 있다.²⁶⁸⁾ 따라서 법적 종속성은 노무 제공자가 자신 또는 가족의 생계를 구조적으로 사용자와의 사업관계에 의존한다는 의미로 사용되는 경제적 종속성(dépendance existentielle)과 구별된다. 경제적 종속성은 대체로 두 가지 개별 표지를 갖는데, 그 하나는 노무 제공자가 자신 및 가족의 생계를 전적으로 또는 주로 그 노무의 제공으로부터 획득한다는 점, 즉 해당 노무관계가 생계의 기초(Existenzgrundlage)를 이룬다는 점과 다른 하나는 사업주, 즉 계약 상대방에 대하여 노무 제공의 진속성을 지니고 있다는 점이다.²⁶⁹⁾

그렇지만 프랑스 노동법전은 유사근로자의 일반적 정의를 내리지 않고 또 그에 대하여 적용되는 일반적 노동보호법규의 내용을 정함이 없이 노동법전 제7편에서 유사근로자의 특성을 갖는 직업집단을 독립적으로 규율함으로써 열거적·개별적 방법에 의한 특별법적 보호체계를 구성하고 있다는 데 특징을 가지고 있다. 여기에 해당되는 특수직업군은 평소 지시권구속관계에 기초한 근로자성이 의심되는 자로서 대리상, 가내근로자, 유한회사의 사원(社員)이 아닌 이사(gérant salarié), 언론 분야 종사자 및 예술·예능계 종사자 등이다. 그런데 이와 같은 유사근

267) 이에 관해서는 Jaspers, ZIAS, 200, S. 233, 244, 그리고 네덜란드의 최저임금법과 사회보험법과의 관계에 관해서는 같은 글, 주 31을 참고.

268) 독일 학계에서는 인적 종속성이 갖는 전근대적 뉘앙스로 인하여 프랑스처럼 그 의미 내용이 손상되지 않으면서 법적 종속성이라는 표현을 사용하자는 견해가 나오기도 하였다. Hromadka, NZA 1997, S. 592.

269) 조임영, 「종속관계의 변화와 노동법」, 『민주법학』 제24호, 2003, 357면 이하의 P. Cuche의 견해인용 참고.

로자성을 가진 특수 직업집단의 노동법으로의 편입은 서로 다른 법기술을 통하여 이루어지는데, 대체로 첫째, 근로계약의 의제, 둘째, 근로관계의 추정을 통한 입증책임의 전환 그리고 셋째, 법률관계의 성격에 관계 없이 노동법의 적용을 확대하는 방식이다.²⁷⁰⁾ 이 중 세 번째가 유사근로자에 대한 노동법의 확대적용의 전형적인 방법이고 첫 번째와 두 번째의 방법은 오히려 한계 영역에 있는 직업군에 대한 근로자개념의 확대를 시도한 것으로 이해된다. 이하에서는 이와 같은 방법론에 기초하여 각 개별 직업군에 대한 노동법 적용이 어떠한 모습으로 나타나는지를 간단히 살펴보기로 한다.²⁷¹⁾

2) 근로관계의 의제

1인 또는 2인의 사업주에 사실상 전속되어 활동하는 대리상으로서 자신의 개인적 계산으로 시장에 참여하지 않으며, 거래조건과 지역 그리고 고객의 범위가 사업주의 가이드라인에 의하여 결정되고 그에 대하여 사실상 독자적 결정권이 없는 경우에는 근로자로 의제된다. 이렇게 근로자로 의제된 대리상은 일반 근로자와 마찬가지로 원칙적으로 노동법이 적용되고 사회보험의 의무가입 대상이 된다. 다만, 직업적 특수성을 고려하여 보호법규의 적용이 수정되거나 배제되는 경우도 있으며,²⁷²⁾ 해당 직업군에 특유한 제도를 두기도 한다. 예컨대 대리상에 대해서는 고객확보수당의 보호규정이 있다.

3) 근로관계의 추정

언론 분야 종사자 및 예능계 종사자에 대해서는 일정한 요건을 갖춘 경우 근로자성을 추정하고 이들이 근로자가 아님을 계약 상대방이 입증하도록 함으로써 입증책임을 전환하고 있다. 예컨대 언론 분야 종사자

270) 이에 대해서는 조임영, 앞의 글, 349면을 참고.

271) 이 장은 조임영, 앞의 글 349면 이하; 조정배, 「독립노동과 유사근로자 그리고 위장자영인」, 『민주법학』 제25호, 2004, 305면 이하를 참고하면서 제도적 취지에 맞게 부분적으로 수정하여 기술하였다.

272) 보수나 연차유급휴가수당의 계산에 대한 특례가 인정되며, 근로시간이나 최저임금에 관한 규정은 적용되지 않는다.

는 하나 또는 복수의 언론사에서 생계를 목적으로 직업활동을 하는 자로서 이 업무활동으로부터 전적으로 또는 주로 생계소득을 얻는 경우에는 근로관계가 추정된다. 예능계 종사자의 경우에도 보수를 목적으로 공연 등을 수행할 것을 약정하면 근로계약으로 추정된다. 이들 사안의 경우에 보수액과 계약형식에 대한 당사자의 표현 등은 추정에 아무런 영향을 주지 못하며, 예능계 종사자의 경우 예술에 대한 표현의 자유를 향유한다는 점과 작품활동에 필요한 작업도구를 직접 조달하거나 보유한다는 점 그리고 자신의 작품활동을 위하여 필요 최소한의 보조인력을 사용한다는 점은 이른바 반증요건으로 인정되지 않는다. 이렇게 해서 근로관계가 추정되면 원칙적으로 노동법의 적용을 받는다. 여기에도 직업적 특수성에 의한 부분적인 수정이 있으며, 일반 노동법에는 없는 특별한 규정이 있다.²⁷³⁾

4) 특수노무공급관계에 대한 노동법 적용의 확대

가내근로자 또는 유한회사 등의 사원이 아닌 이사 등에 대해서는 앞의 경우와 달리 근로관계의 의제나 추정방식에 의해서가 아니라 이들의 법률관계가 근로관계가 아님을 명백히 하면서도 노동법의 일부 규정을 적용하는 이른바 전형적인 유사근로자형에 관한 규정을 두고 있다.

5) 특 징

근로자성이 문제 되는 이른바 한계 영역의 사안과 일반적 유사근로자의 영역을 일반화하여 규정하지 아니하고 특정 직업군을 중심으로 규율하는 것은 프랑스 노동법의 특성에 속한다. 물론 근로관계의 추정 등을 통하여 한계 영역에 있는 노무 제공자에게 유리하게 노동법 또는 사회보험법의 적용 가능성을 부여하는 것은 네덜란드나 독일의 예가 보여주듯이 어느 정도 일반적인 경향을 보이고 있으나, 이를 특정 직업군에 한정하는 입법태도에 대해서는 의문이 있다. 그리고 최근의 노동형태의 다양화 경향은 비단 위에서 언급한 직업군에 한정되지 아니하고 새로운

273) 예컨대 언론인에 대한 특별해고수당에 관한 이른바 양심조항(노동법전 L. 761-7). 이에 관해서는 조임영, 앞의 글 351면 참고.

직업군으로 확대되고 있음에 비추어 보더라도 프랑스식의 입법 방향은 어느 정도 한계성을 지니고 있는 것으로 보인다. 특히 이와 같은 규정들이 1930년대와 1940년대에 도입되었다는 점도 이와 무관하지 않다고 생각된다. 또한 대리상의 경우와 같이 근로계약관계를 의제하는 사안에 대해서는 이것이 근로계약관계를 추정하는 직업군 및 사안과 어떠한 본질적 차별성을 갖는지 좀더 자세한 연구가 필요하다고 하겠다.

3. 유럽연합의 최근 동향

a) 유럽연합은 1998년에 전문가그룹을 구성하여 ‘노동과 노동법의 미래에 관한 연구’를 위임한 결과로서 “The changing nature of work and the future of labour law in Europe” 이라는 보고서를 발표한 바 있다.²⁷⁴⁾ 이 연구에서는 현재의 노동법 시스템을 포드 시스템의 생산방식이 낳은 산물이라고 분석하고 있다. 즉 주로 남성근로자에 의한 대량생산방식에 따라 표준화된 근로시간에 한 직장에서 동일한 사용자를 상대로 하여 자신의 노동생활의 대부분을 보내는 모델을 기초로 한 것이다. 그러나 이러한 종류의 노동은 현재의 포스트포드주의 시대에는 그 수가 현저하게 줄어들고 있다. 따라서 그 패러다임은 더 이상 타당하지 않으며, 전체 노동법체계는 새로운 사정에 적응해야 한다는 주장을 담고 있다. 이 보고서에서는 근로자개념에 대해서도 나름의 입장을 채택하고 있다.²⁷⁵⁾ 우선 전문가그룹은 자유로운 고용계약의 증가, 즉 자영업자의 확대를 통한 취업의 증가는 노동법의 미래에 대해서도 중요하게 다루어져야 할 문제로서 이러한 경향은 긍정적 측면과 부정적 측면을 다 가지고 있다고 한다. 긍정적 측면은 기업의 입장에서 독립적이고 자율적이며 전문성이 강한 인력에 의하여 혁신과 적응을 위한 계기가 확보되었다는 점이고, 반대로 부정적인 측면은 종종 충분한 직업훈련을 받지 못한 한계근로자들을 노동법의 보호로부터 배제하려는 목적으로 이

274) EU-Kommission, Bericht der Sachverständigen-Gruppe, 1998. 6. 이에 대한 소개로 Jacobs, NZA 1999, S. 23 ff.

275) 보고서의 7면부터 24면까지가 이 테마를 다루고 있다.

리한 취업군에 편입시킨다는 점이다. 이 문제에 어떻게 대처할 것인지를 놓고 이 보고서는 다음과 같이 제안하고 있다. 우선 일반원칙으로서 법률관계의 성질을 당사자의 계약상의 결정에 맡기지 않고 실제적인 계약관계의 실체에 따라 판단할 것을 강조하고 있다. 그리고 이 전문가그룹은 근로자성의 판단에 있어서 경제적 종속성도 고려되어야 한다고 보고 사실상 한계 영역에 있는 노무 제공자에 대하여 노동법의 적용을 확대할 것을 제안한다. 또한 1999년 1월 1일부터 시행되고 있는 네덜란드 민법의 근로계약규정을 참고할 것을 제안하고 있는데, 그에 의하면 “보수를 목적으로 타인을 위하여 3개월을 계속하여 매주 또는 적어도 월 20시간 이상 노무를 제공하는 자는 근로계약관계에 있음이 추정된다”고 한다. 이는 새로운 정의규정이 아니라 독일의 구 사회보험법 제7조 제4항에서와 같이 입증책임을 전환시킨 규정이다. 즉 해당 노무 제공자가 근로자가 아니라는 사실을 사용자가 입증하라는 것이다. 다음으로 자영사업자그룹을 축진하는 것이 그들로부터 사회보장 혜택을 빼앗는 것을 목적으로 하는 것은 잘못된 것이라고 함으로써 그들에게도 사회적 보호수단이 마련되어야 할 것이라고 제안한다. 경제적으로 종속적 지위에 있는 취업자를 위한 최저한의 보호를 창출함으로써 근로자와 그 밖의 계약관계에서 취업하고 있는 자 사이의 현격한 보호의 괴리가 예방될 수 있을 것이라고 한다. 즉 근로자와 사업자 사이에 제3의 법적 카테고리의 필요성을 강조하고, 이와 관련하여 독일의 유사근로자제도 및 앞에서 예를 든 여러 국가들에서도 이에 비견되는 제도가 있음을 주목하고 있다.

b) 전문가그룹은 특히 네덜란드의 최근 노동법 개혁을 주시하고 있는데, 이는 네덜란드가 유럽연합권 내에서 최근 경제성장과 실업문제를 가장 모범적으로 해결하고 있는 것으로 평가되고 있는 사정과 무관하지 않을 것이다.²⁷⁶⁾ 여기서는 이른바 ‘타인을 위한 노무공급관계’를 독일과 마찬가지로 세 개의 카테고리로 나누고 있으나 그 카테고리에 대한 노

276) 네덜란드의 근로자개념에 관해서는 Peijpe, RdA 1998, S. 200 ff.; Jaspers, ZIAS 2000, S. 233 ff. 참고.

동법 및 사회보험법의 구체적인 적용관계에는 차이를 보이고 있다. 즉 종속노동을 대상으로 하는 민법상의 고용계약(민법전 제10편 제7장), 자영업자의 업무를 내용으로 하는 계약관계 그리고 그 양자의 중간적 계약관계의 세 카테고리가 있다. 이 중 두 번째 유형에 해당하는 경우에도 전면적으로 노동법의 적용이 배제되는 것이 아니며, 세 번째 유형에서는 독일의 유사근로자에 가까운 노무제공관계가 인정되는 경우에는 노동법의 보호규정이 자동적으로 전부 적용되고, 그렇지 않은 경우에는 노동법의 일부 규정이 적용될 수 있다고 한다.²⁷⁷⁾ 특히 네덜란드에서는 고용관계가 민법상의 고용계약과 노동법상의 고용계약을 모두 기초로 하고 있는데 유사근로자의 고용관계는 일반적인 노동법관계에 의하여 지배되는 통상적인 고용관계로 본다는 점이 독일과 확연히 구별된다.²⁷⁸⁾ 그런데 그 배경에는 근로조건의 유연화(flexibility)와 사회적 안정망의 개선(security)을 목적으로 1999년 1월 1일부터 시행되고 있는 유연화와 사회보장에 관한 법(Flexibility and Security Act)으로 대표되는 입법정책이 어느 정도 성공을 거두고 있다는 점이 지적되고 있다. 즉 이른바 노동법의 탈규제화가 이루어져 종래의 강행적인 노동보호규정이 상당히 완화되고, 그 기능을 사회보험이 어느 정도 흡수하는 방향으로 전개되고 있으므로 유사근로자에 대하여 일반 노동법이 전면적으로 적용되더라도 그것이 노동시장을 경직화시키지 않을뿐더러 경제계에 대해서도 사실상 큰 부담이 되지 않기 때문이다.²⁷⁹⁾

c) 또한 유럽연합은 노동법 및 사회법에 있어서 근로자의 지위와 자영업자의 지위 사이의 사회적 보호의 격차를 완화하여야 한다는 입장을 취하고 있다. 포스트포드주의 시대에는 자영업자의 문화가 허용될 뿐만 아니라 오히려 촉진되어야 한다. 이를 위해서는 자영업자로서 활동하는 데서 오는 사회적 위험이 감소되어야 할 것이기 때문이다.²⁸⁰⁾

277) 예컨대 이들 그룹에 대해서도 임금계속지급규정, 해고보호규정, 협약규정 및 최저임금보호규정 등이 적용된다. Jacobs, NZA 1999, S. 23, 25; Jaspers, ZIAS 2000, S. 233 ff.

278) Jaspers, ZIAS 2000, S. 233, 236 f.

279) Jaspers, ZIAS 2000, S. 233, 242.

이 때 등장하는 문제는 자영업자에 대한 기초적인 사회적 보장이 확보되어야 한다는 점이다. 자영업자이면서 동시에 사회적 보호 필요성이 인정되는 유사근로자에 대한 기초적 사회보장이 나라마다 다르게 규율되고 있는 사정을 감안하면 자연인인 전체 독립사업자에 대하여 기초적 사회보장을 확보해 주는 것이 다소 시기상조로 보일 수 있지만, 개별 국가가 자영업자에 대하여 기초적 사회보장을 인정하게 되면 이른바 ‘외관자영업자로서의 도피’와 같은 비정상적 상황의 발생은 감소될 수 있을 것으로 생각된다. 이에 대해서는 특히 네덜란드의 예가 주로 인용되고 있다.²⁸¹⁾ 네덜란드에는 개인 자영업자에 대해서도 기초적 사회보장제를 실시하는데, 구체적으로는 모든 주민에 대하여 450유로의 노령연금을 지급할 뿐만 아니라, 유족연금 또한 같은 액수로 보장하고, 그 중에서 자영업자에 대해서는 같은 액의 장애연금이 지급되며, 노령자영업자에 대해서는 실업급여가 지급되고, 모든 주민에 대하여 고도의 간병이 필요한 경우를 대비하여 간병보험을 의무화하며 또한 자녀수당을 지급하도록 하고 있다. 그 밖에도 아직 현실화되고 있지 않지만 자영업자에 대한 사회적 보호의 확대방안으로 최저임금제를 확대실시하고 자영업자를 상업등기나 직업등기에 등재하도록 하고 이 등재를 마친 자영업자에 대해서는 자신과 가족 또는 자신이 고용한 근로자를 위한 법정 책임보험을 의무적으로 가입하도록 하는 방안도 제시되고 있다.²⁸²⁾

280) 특히 ‘자영업자의 문화(Selbständigen-Kultur)’에 관해서는 Linnenkohl, Selbständigen-Kultur und Arbeitsmarkt, BB 1999, S. 48 ff. 참고.

281) 참고로 Jacobs, NZA 1999, S. 23, 25.

282) Jacobs, NZA 1999, S. 23, 25 참고.

V. 유사근로자와 노동법의 체계에 대한 구상

1. 유사근로자의 개념과 요건

가. 유사근로자의 개념과 사회적 보호의 요청

이상의 논의에 기초하여 유사근로자의 개념은 다음과 같이 설명될 수 있다. 유사근로자는 해당 사업주와 ‘특정 노무’의 제공을 약정하고 그 업무수행과 관련하여 사업주의 특정한 지시 내지 지휘감독에 구속되지 않는다는 의미에서 근로계약이 아닌 그 밖의 노무공급계약, 즉 자유로운 고용계약 또는 도급이나 위임에 의거하여 노무제공의무를 부담하는 자연인이다. 따라서 유사근로자의 ‘급부관계’에 대해서는 원칙적으로 각각의 법률관계에 기준이 되는 법이 적용된다. 그러나 유사근로자는 일반적인 자영업자와는 달리 주로 특정 사업주에 대해서 노무를 제공하고, 자신의 사업조직이나 자신이 고용한 종업원과 함께 노무를 제공하는 것이 아니라 오로지 일신상으로 노무를 제공함으로써 사업주에 경제적으로 의존되어 있고 시장의 수요에 따라 자신의 노동력을 처분할 수 있는 가능성이 사실상 없다는 점에서 근로자와 유사한 경제적·사회적 조건에서 노무를 제공하는 자이다. 따라서 유사근로자에게는 근로자에 준하는 사회적 보호 필요성이 요청되고 그 때문에 원래의 ‘급부관계와 노동법관계’가 한정적으로 혼합되어 있는 영역을 이룬다. 유사근로자에 대해서 제한적인 노동법 적용이 요청되는 헌법상의 근거는 다음과 같이 설명할 수 있다. 우선 경제적 종속관계로 이해되는 당사자의 시장적 지위의 차이는 대부분의 경우 계약상의 교섭력의 차이를 가져온다. 원래 헌법은 개개인의 자기결정의 자유를 보장하기 위하여 사적 자치를 인정하고 있다. 그러나 계약 당사자의 일방이 계약 내용을 사실상 일방적으로 결정할 수 있을 정도로 상대방에 대하여 우월적 지위에 있을 때에는

그 상대방에게는 자기결정이 아닌 타인결정만이 주어지게 된다.²⁸³⁾ 물론 이 경우에 그와 같은 구조적인 불평등이 현실적으로 인식 가능한 상태에 있어야 한다. 어쨌든 경제적으로 종속적 지위에 있는 계약 당사자에 대하여 그 계약의 효과는 현저하게 불리하게 작용할 것이며, 이는 사적 자치가 헌법상의 기본권의 구속을 받는 법과 법률의 테두리 내에서만 기능할 수 있다는 점, 헌법은 가치중립적 질서를 의미하는 것이 아니라 기본권의 규정을 통하여 시민법을 포함한 모든 법영역에 적용되는 객관적 기본 결정을 내리고 있다는 점 그리고 민법상의 그 어떤 규정도 기본권에서 표현되고 있는 원리와 모순되어서는 안 된다는 헌법상의 일반원칙과 충돌될 수 있다. 계약 당사자 일방의 힘의 우위에 기초하여 자기결정이 아닌 타인결정이 지배하는 사적 자치에 대해서는 계약법의 적용만으로 기본권이 보장되는 당사자의 정당한 이익이 보호될 수 없다. 따라서 계약상의 교섭력 차이가 현저하게 되고, 이로 인하여 기본권 실현의 장애가 발생하면 국가는 당사자의 이익조정을 위하여 강행법률 등을 통하여 개입하게 된다.²⁸⁴⁾ 또한 사적 자치의 헌법상 보장 및 이른바 사회국가의 원칙으로부터 이러한 계약에 대하여 내용 통제가 정당화된다. 이러한 원칙은 유사근로자에 대한 실체법적 보호에 대해서도 하나의 기본 관점이 될 수 있다. 유사근로자의 법률관계에서 사실상 사업주가 계약 내용을 일방적으로 결정할 수 있을 정도로 당사자 사이의 대등성이 결여되어 있는 때에는 이 계약은 내용 통제의 대상이 된다. 그리고 실제 노무공급 과정에서 근로자에 준하는 보호 필요성이 인정될 만한 사정이 있는 경우에는 유사근로자가 보호상태에서 제외되지 않도록 국가의 보호의무가 작동해야 하는 것이다.²⁸⁵⁾

283) BVerfGE 89, S. 214 f.(Bürgschaft); BVerfGE 81, S. 242 ff.(Handelsvertreterentscheidung).

284) Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 37 f.; Badura, Arbeit als Beruf, FS für Herschel, 1982, S. 21, 34; BVerfGE 81, S. 242 ff.

285) Appel/Fantziöch, AuR 1998, S. 93, 96.

나. 유사근로자의 요건

일반적으로 유사근로자는 사업주에 대하여 경제적으로 종속되어 있고 근로자에 준하여 사회적으로 보호 필요성이 있다는 점에서 그 밖의 자영사업자와 구별된다. 따라서 첫째 요건은 유사근로자의 경제적 종속성이다. 취업자가 본질적으로 하나의 사업주를 위하여 노무를 제공하고 그로부터 얻는 보수가 그의 생존의 근거를 이룰 때 경제적 종속성이 인정된다.²⁸⁶⁾ 다시 말하면 특정의 한 사업주를 위한 노무의 제공이 경제적 종속성의 중점을 이룬다. 독일 단체협약법 제12조의 a의 요건을 참고로 하면 취업이 주로 특정의 한 사업주에 대하여 이루어지거나 특정의 한 취업관계로부터 적어도 자기 수입의 대부분을 얻는 경우가 이에 해당된다. 반면에 업무활동이 넓게 분산되어 있어 특정의 한 사업주에게 자기 전체 업무시간의 절반 이상을 사용하지 않으며 또한 전체 수입의 절반 이상을 특정의 한 사업주에게서 받고 있지 않다면, 그 사업주에 대한 경제적 종속성이 인정되지 않는다.²⁸⁷⁾ 두 번째 요건으로 경제적 종속성 외에 근로자에 준하는 사회적 보호 필요성이 인정되어야 한다. 이는 개별적 사안의 구체적인 사정을 고려하여 급부되는 노무가 사회학적 관점에서 근로자의 노무와 비교가능한 경우에 인정된다. 그러나 실제로는 특히 경제적 종속성과의 관계에서 논란이 되고 있다.²⁸⁸⁾ 독일의 다수설에 의하면 이 경우에 재정적 관점도 중요한 고려의 대상이 된다고 한다. 즉 노무 제공자가 다른 수입을 통해서 충분히 사회적으로 생존해 나갈 수 있는지 여부가 중요한 기준이 된다고 한다.²⁸⁹⁾ 그러나 이 경우에는 경제적 종속성과 사회적 보호 필요성 요건이 독자적인 구성요건임에도 불구하고 그 의미가 뒤섞여 버리기 쉽다. 따라서 사회적 보호 필요성은 취업자가 자신의 사업조직을 갖지 아니하고 또한 보조 노동력의

286) BAG AP Nr. 2 zu § 2 BUrlG mit Anm. G. Hueck; BAG AP Nr. 9 zu § 5 ArbGG 1979; Boemke, ZfA 1998, S. 209, 218.

287) AP Nr. 9 zu § 5 ArbGG 1979; Boemke, ZfA 1998, S. 209, 218.

288) 이에 관해서는 앞의 IV. 2. 가. 4) 참고.

289) BAG AP Nr. 1 zu § 12 a TVG mit Anm. Otto; Löwisch/Rieble, TVG, § 12a Rn. 12.

협력 없이 순전히 일신적으로 노무를 제공한다는 점을 그 특징으로 삼는 것이 타당할 것이다.

2. 노동법의 다층화 가능성

유사근로자개념의 인정은 결국 노동법의 적용관계를 다층화해야 하는 과제를 낳는다. 이를 위해서는 현행 노동법의 보호규정들을 그 보호 목적에 따라 차별화해야 한다. 이와 관련하여 다음과 같은 견해가 도움이 될 수 있을 것으로 생각된다. 먼저 Wank의 견해에 의하면²⁹⁰⁾ 노동법의 보호구조는 전통적으로 행해진 보호대상에 따른 편별—즉 임금, 건강, 해고 등—에 의해서가 아니라 근로자의 보호가 필요한 위험발생의 원천에 따라 노동법규범을 크게 직업보호(Berufsschutz)와 생존보호(Existenzschutz)라는 두 카테고리 분류한다. 직업보호 영역은 구체적인 직업과 관련된 보호규정들이 해당되는데 다시 세 개의 분야로 세분된다. 먼저 근로자의 신체적 위험을 보호하는 이른바 좁은 의미의 노동보호규정이 한 분야를 이루고, 다음으로 예컨대 공동결정제도를 통하여 사용자의 지시권을 축소한다든지, 채용시에 사용자의 질문권을 제한하거나 또는 근로자의 양심의 자유를 보장하는 근로자의 인격보호규정과 그리고 끝으로 구체적인 기업의 운영과 관련되는 경제적 위험으로부터 근로자를 보호하는 규정(예컨대 경영위험부담론이나 근로자의 책임제한)들이 각각의 분야를 구성한다. 생존보호 영역은 근로자를 자신의 직업과는 무관하게 근로자의 사적 생활 영역에서 발생하는 위험을 보호하는 규정들로 구성되는데, 여기에는 다시 시장의 변동에서 기인한 사정을 근로자측에 부담지우는 것을 제한하는 규정들, 예컨대 경영상 필요에 의한 해고의 제한, 기간의 정함이 있는 근로계약의 제한 및 협약을 통한 임금의 보장 등이 하나의 분야를 형성하고, 근로자를 사적인 생활에 영향을 미치는 위험으로부터 보호하는 규정이 다른 한 분야를 형성한다. 예를 들면 우리의 퇴직금제도에 유사한 직장의 노령연금제도, 질

290) Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 58 ff.

병시의 임금의 계속지급 및 일신상의 이유로 인한 해고의 제한 등이 여기에 해당된다. Wank는 이 후자의 영역에 속하는 보호규정들은 노동법의 본질을 이루는 것이 아니며 따라서 근로자개념과 밀접한 관련성을 갖는 것이 아니라고 본다.²⁹¹⁾ 따라서 Wank 자신은 비록 유사근로자에 대한 보호법의 확대를 주장하지는 않지만 결과적으로 그 가능성을 제시하고 있다. 다시 말하면 이러한 규정들은—그 규정 자체가 부담을 안고 있는 것이기는 하지만—유사근로자에게 적용되어도 좋을 것이다.

Hromadka의 분류도 많은 시사를 하고 있다.²⁹²⁾ 그에 의하면, 첫째, 사용자의 경제적·정보적 우월성으로 인하여 부당한 근로조건의 위험이 발생하고 이에 대하여 협약자율과 부분적으로 경영협의회를 통한 공동결정, 약관규제법에 의한 통제 및 사회적 보호규정들이 이에 대응하는 방향으로 기능한다. 둘째, 사용자가 지시한 장소 및 그가 제공한 수단과 재료를 가지고 노무를 수행함으로써 그로부터 근로자의 생명, 건강, 소유권에 대한 위험이 발생한다. 이에 대해서는 산업안전에 관한 기술적인 노동보호규정이 대응하고 있다. 셋째, 사용자의 통제권과 지시권은 근로자를 대상적 지위로 격하시킨다. 이러한 위험은 경영 단위의 공동결정과 사회적 노동보호법을 통하여 완화될 수 있다. 넷째, 노무급부시간의 특징은 노무 제공자가 다른 생계유지활동을 할 수 있는 가능성을 제한한다. 이에 대해서 사용자는 임금지급 위험을 부담한다. 다섯째로, 사용자가 지시한 업무를 이행해야 하는 계약상의 의무는 근로자가 시장적 기회를 활용할 수 있는 가능성을 제한한다. 따라서 노동법은 근로자에게 고정적인 수입을 보장하고 그의 책임 위험을 완화(채무불이행 또는 불법행위법상의 과실기준의 완화)한다. 그런데 Hromadka에 의하면 위의 Wank와 마찬가지로 질병시 임금의 계속지급과 해고보호제도와 같은 노동법상의 생존보호적 규정을 일반적인 생활 위험의 보장으로 분류하고 이를 종속노동의 속성과는 아무런 관련이 없는 것으로 파악하고 있다. 그러나 해고보호법의 본질을 생존보호적 영역에서 찾을 것인지, 아니면 자유권보호적 영역에서 찾는가에 따라 그 분류는 달라

291) Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 82 ff.

292) Hromadka, NZA 1997, S. 569,

질 것이다.²⁹³⁾

3. 유사근로자에 대한 노동법의 적용관계

가. 일반 사법원칙의 적용

우리 민법상의 고용관계규정은 피용자에 대한 사회적 보호규정(예컨대 독일민법 제616조 내지 제619조 참조)을 두고 있지 않다. 다만, 근로자의 책임제한의 문제라든지 또는 사용자의 경영위험부담이론 등이 법형성적 방법에 의하여 전개될 가능성이 논의되고 있는 정도이다. 물론 고용의 대부분은 현실적으로 근로계약으로 분류되고 따라서 근로기준법의 보호하에 놓여 있다. 그렇지만 우리 민법 자체에 사회적 현실을 반영하는 보호규정이 빈약하고 따라서 이는 실재성에 반하는 것으로서 대부분 특별법에 의한 보완을 불가피하게 요청하게 된다. 이 점은 현실적으로 유사근로자에 대해서도 근로기준법상의 일부 보호규정을 직접 적용할 수밖에 없도록 하는 한계로 작용한다.

나. 근로기준법

1) 문제점

우리 근로기준법은 전형적으로 공장근로자의 노동보호를 그 기준으로 하여 제정된 것이고 이러한 성격은 지금도 크게 변하지 않고 있다. 그 단적인 예는 취업규칙에 관한 규정에서 찾아볼 수 있다. 즉 사용자는 여전히 노동 과정에서 필수적인 기본적 근로조건의 대부분을 일방적으로 규율할 권리를 가지고 있으며 그에 의하여 작성된 기준에 관해서는 법률에 준하는 효력이 사실상 인정되고 있다. 물론 새로 그 기준을 변경할 경우에 그것이 종전의 기준에 비하여 불리한 때에 한하여 근로자의 대표에 의한 동의를 받도록 함으로써(제97조 제1항) 부분적으로 민주적

293) Reuter, FS für Dieterich, S. 482. 이에 관해서는 다음의 3. 나. 6)을 참고.

진전을 하였지만 사용자의 일방적인 규율권한 자체는 본질적으로 변함이 없다. 근로기준법의 이러한 성격에 미루어 보건대 근로기준법상의 근로자개념은 필연적으로 공장 내지 사업에 대한 조직적 구속성을 본질적인 요건으로 한다.²⁹⁴⁾ 다시 말해서 근로자는 사업에 대하여 테일러 내지 포드 시스템적인 결속관계에 있을 것을 요구한다. 특히 근로기준법상의 근로자개념을 다룬 우리 판례의 대부분이 사업에 대한 긴밀한 소속성을 중요한 표지로 다루는 것은 바로 이 점과 관련이 있다. 이와 같이 종래의 산업사회적 모델을 지향하고 있는 근로기준법의 구조는 서비스사회로 변화되고 있는 현실의 발전에 비추어보면 이미 낡은 것으로 판단된다. 그러나 주로 서비스산업에 집중되어 있는 새로운 노무공급형태에 대하여 근로기준법상의 보호제도들을 그 목적에 따라 각각의 적용범위를 결정한다는 것은 간단한 문제가 아니다. 여기서는 근로기준법의 구조적인 문제점에도 불구하고 위에서 검토한 분류방법을 참고로 하여 유사근로자에게도 적용될 수 있는 보호규정을 찾아보고자 한다.

2) 임금보호에 관한 규정

일반적으로 근로자에게 있어서 임금은 생존을 확보하는 데 유일한 수단이기 때문에 근로기준법에서 임금지급방법과 비상시 지급, 휴업시의 일정한 임금의 계속지급 및 퇴직금제도를 규정하고 있고, 별도의 최저임금법을 통하여 기초적인 최저임금액을 보호하고 있다. 유사근로자도 사업주로부터 획득하는 수입에 자신의 생계를 전적으로 의존하고 있다는 점에서 일반근로자와 차이가 없다. 따라서 유사근로자의 생계보장적 차원에서 임금보호에 관한 근로기준법 및 최저임금법의 규정은 원칙적으로 유사근로자에 대하여 확대적용되어야 할 것이다.

3) 연차유급휴가에 관한 규정

독일의 연방휴가법은 경제적 종속관계에 있는 유사근로자에 대해서도 유급휴가권을 인정하고 있다. 유사근로자도 그의 경제적 종속성으로

294) 우리 근로기준법이 5인 이상의 사업장에 대해서 적용하는 것은 바로 이 점을 의미한다. 특히 같은 취지로는 Reuter, 앞의 III. 1. 라. 참고.

인하여 유급휴가에 대한 청구권을 가짐으로써 자기 노동력에 대하여 일반 근로자와 원칙적으로 동일한 보호를 필요로 하기 때문이다.²⁹⁵⁾ 다만 이 경우에 휴가지정권이 사업주에 유보되어 있는지, 아니면 유사근로자가 직접 시기를 지정할 수 있는지 여부가 문제 될 수 있으나, 유사근로자는 근로자와는 달리 자신의 업무내용과 업무시간을 스스로 결정할 수 있는 위치에 있기 때문에, 즉 사업주의 지시권에 종속되어 있지 않기 때문에 원칙적으로 스스로 휴가의 시기를 정할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 다만, 유사근로자도 휴가권의 실행시 민법상의 신의칙에 따라 사업주의 이해관계를 적절하게 고려해야 할 의무를 부담한다고 새겨야 할 것이다.²⁹⁶⁾ 이와는 반대로 특정 장소와 시간 동안 사용자의 지휘감독하에 노무를 제공하는 것을 전제로 하여 마련된 휴게·휴일 및 월차휴가 제도는 제도의 취지상 유사근로자에 대해서 적용될 수가 없을 것이다.

4) 근로시간에 관한 규정

근로기준법상의 근로시간은 근로자가 사용자의 지휘감독하에 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말한다.²⁹⁷⁾ 구체적인 근로시간의 결정은 원칙적으로 사용자의 지시권 행사에 의하여 결정된다. 따라서 업무시간을 자유롭게 선택하고 결정할 수 있는 유사근로자에 대해서는 기본적으로 그 보호의 실익이 없을 것이다. 다만, 예외적으로 사업주의 사업조직하에서 개별적으로 또는 그 사업에 소속된 다른 근로자와의 협력을 통하여 업무를 수행하는 유사근로자의 경우에는 근로자에 준하여 근로시간에 관한 근로기준법의 적용이 요구될 수 있을 것이다.

5) 산업안전 및 재해보상에 관한 규정

사업주가 제공하는 장소 또는 그가 제공하는 수단과 재료를 가지고 업무를 수행하는 경우에는 근로자와 유사근로자를 가릴 것 없이 노무제공자의 생명과 건강을 보호해야 할 필요성이 인정된다. 노무자의 안

295) Dersch/Neumann, Bundesurlaubsgesetz, 8. Aufl., 1997, § 2 Rn. 68.

296) Herschel, DB 1977, S. 1188 ff.

297) 김형배, 『노동법』, 317면.

전과 보전에 관한 보호는 사실상 노동법의 범위에 한정되는 것은 아니기 때문이다. 재해보상제도 역시 동일한 관점에서 사후구제적으로 시행되는 것이므로 마찬가지로 고려되어야 한다.

6) 해고보호에 관한 규정

a) 우선 노동법상의 해고보호제도의 보호목적을 어디에 두는가에 따라 유사근로자에 대한 그 적용 여부가 결정될 수 있다. 즉 노무 제공자의 경제적 생존에 우선적 보호목적이 있는가,²⁹⁸⁾ 아니면 노무 제공자의 자유보호적 효과에 그 본질이 있는가가 문제 된다. 전자의 견해를 취한다면 전통적인 근로자를 넘어 유사근로자에 대해서도 해고보호제도의 적용이 가능하게 되지만, 후자의 견해를 취하면 노무 제공자의 경제적 생존의 관점은 그 적용범위에 대하여 아무런 역할을 하지 못하며 노무 제공자가 자신의 노무 제공 범위에서 사용자나 동료근로자에 의한 통제와 규율의 위험에 내맡겨져 있는지 여부가 중요하게 고려될 것이다.²⁹⁹⁾ 이에 대한 해답은 결국 이와 같은 개별 제도가 전체 보호체계와 어떻게 관련되어 있는가에 의하여 주어질 수 있다. 해고보호제도가 일찍 정착된 독일의 경우, 최초의 일반적인 해고보호는 1920년의 경영협의회법에서였다. 이에 의하면 근로자의 경영조직적 권리와 자유를 보호하기 위한 측면에서 해고보호가 도입되었다.³⁰⁰⁾ 그 후 1951년의 해고보호법에서는 그와 같은 경영조직법과의 직접적인 관계가 해소되긴 하였지만, 그 보호목적을 개별 근로자의 경제적 생존의 보호에 둔 것이 아니라 사업에서의 근로자의 대상적 지위의 극복에 두었다. 즉 근로자는 해고보호를 배경으로 사업에서의 권리와 자유를 향유할 수 있는 지위에 있게 된 것이다.³⁰¹⁾ 이러한 이유에서 현행의 독일 해고제한법은 사업소속성을 해고보호의 요건으로 하고 있으며, 유사근로자에 대하여 그 적용이 인정되지 않고 있다.³⁰²⁾ 우리 근로기준법의 태도도 이와 크게 다르지

298) Hilger, RdA 1981, S. 265, 267.

299) Reuter, FS für Dieterich, S. 473, 482.

300) Herschel, BB 1977, S. 708, 709 참고.

301) Herschel, RdA 1975, S. 28, 30 f.; Reuter, FS für Dieterich, S. 473, 483.

302) BAG AP Nr. 7 zu § 5 ArbGG 1953; BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

않다. 근로기준법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하고 있는 사업 또는 사업장에 적용되며(제10조 제1항), 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대해서는 시행령에서 적용가능한 일부 규정들을 정하도록 하고 있는데(제10조 제2항 및 시행령 제1조의 2), 일반적인 해고보호규정인 제30조 제1항과 제31조의 규정은 여기서 배제되어 있다. 이는 해고보호제도가 개별 근로자의 사업소속성 내지 사업과의 관계를 그 요건으로 한다는 점을 분명히 하고 있는 것이다. 일반적으로 소규모의 사업을 운영하는 사업주는 자신의 종업원과 긴밀한 관계에서 서로 협력하고 있기 때문에 그 사업의 경영 평화와 경영의 기능을 위하여 불가피하게 요구되는 해고를 완화하는 데 그 목적이 있다고 설명된다.³⁰³⁾ 다시 말해서 종속적 지위에 있는 취업자가 모두 해고보호제도를 향유하는 것은 아니며, 더욱이나 사업에 대한 긴밀한 소속성이 일반적으로 결여되어 있는 유사근로자에 대해서는 근로기준법의 해고보호는 인정되기 어려울 것이다. 그 대신에 유사근로자에 대해서는 민법 제103조 및 제2조의 적용을 통하여 해고보호의 일반원칙이 고려될 수 있다.³⁰⁴⁾ 즉 계속적 채권관계에 대한 민법상의 신의칙 및 권리남용의 원리에 의하여 최소한의 보호가 도출될 수 있을 것이다.

b) 유사근로자의 존속보호와 관련하여 민법 제103조는 현저한 공서양속 위반의 사례에 대해서만 적용될 수 있기 때문에 현실적으로는 신의칙의 적용가능성이 크다고 할 수 있다. 원칙적으로 민법상의 법률관계에서 일방이 신의칙에 반하여 자신의 우월적 지위를 이용하여 상대방에게 부당한 불이익을 주는 경우에 민법 제2조의 적용은 보다 신축적으로 적용될 수 있을 것이다. 민법의 신의칙은 현실적으로도 근로기준법의 해고보호규정 외에 취업자의 직장을 보호하는 중요한 기능을 담당하고 있다. 특히 독일의 판례는 독일 민법 제242조의 신의칙은 해고와 관련하여 헌법합치적으로 해석되어야 한다고 설시하고 있다.³⁰⁵⁾ 다시 말하

303) 이에 대해서는 독일 해고제한법의 입법이유서 참고: BT-Drucksache I/2090, S. 11 및 취업촉진법에 대한 입법이유서: BT-Drucksache 13/4612, S. 9 참고.

304) 특히 Endemann, AuR 1954, S. 210, 213.

면 직업의 자유를 보장하고 있는 독일 기본법 제12조 제1항(우리 헌법 제15조 참조)은 취업자의 직장상실에 대하여 적절한 조치를 취하여야 할 국가의 보호의무를 포함하고 있다고 해석됨으로써, 해고보호법이 적용되는 근로자의 특별한 종속근로관계에 그 보호범위가 한정되지 아니하고 해고보호법이 적용되지 않는 취업관계에 대해서도 민법의 일반조항, 즉 신의칙을 통하여 해고보호법에 준하는 보호의 효력이 미칠 수 있다고 한다. 동 제12조 제1항을 기초로 형성된 해석원칙에 의하면 사업주는 유사근로자와의 법률관계를 해지할 경우 자신의 이익만이 아니라 유사근로자의 이익도 함께 적절하게 고려해야만 한다. 그 밖에 유사근로자에 대해서는 민법 제660조 제2항에 따라 해지기간이 적용될 수 있을 것이다.

다. 노동조합및노동관계조정법

a) 이미 독일의 예에서 살펴본 것처럼 독일 단체협약법 제12조의 a는 유사근로자에 대하여 협약자율을 인정하고 있다. 그리고 이는 단체교섭의 당사자가 유사근로자를 적용대상으로 하는 협약의 체결을 위하여 교섭하고 쟁의행위를 행사할 수 있음을 의미한다.³⁰⁵⁾ 독일 단체협약법 제12조의 a에서는 이에 관한 아무런 언급이 없지만 쟁의행위에 관하여 독립적인 법률을 두고 있지 않은 독일의 사정을 감안한다면 법률이 유사근로자에게 협약자율의 권리를 승인한 것은 그 실현을 위한 수단, 즉 쟁의행위권까지도 사용할 수 있음을 두 권리의 내적인 관련성으로부터 당

305) BAG AP Nr. 12 zu Art. 13 Einigungsvertrag; BVerfGE 84, S. 133 ff. (Warteschleife).

306) MünchArbR/Otto, §285, Rn. 57. 이에 대한 반대의 견해로는 Stöcker, DB 1973, S. 1068, 1073. Lieb 교수는 유사근로자의 쟁의행위수단은 사실상 사업주로부터 제시되는 새로운 업무를 거부하는 것이라고 보고 있다. 왜냐하면 현재 존속중인 고용 또는 도급계약의 범위 내에서 그 이행을 거부하는 것은 허용될 수 없는 계약침해로 보기 때문이다(RdA 1974, S. 257, 268). 그러나 파업권은 협약자율을 실현하기 위해서 헌법상 보장되는 보완적 수단이고 이 점을 승인한다면 그와 같은 제한은 근거가 없다고 보는 것이 일반적인 견해이다(특히 Wiedemann/Wank, § 12 a Rn. 91).

연히 도출할 수 있다. 따라서 유사근로자의 적법한 파업은 기존의 계약 관계를 소멸시키는 것이 아니라 단지 그 주된 의무를 정지시킬 수 있을 뿐이다.³⁰⁷⁾ 다른 한편으로 독일 단체협약법의 이와 같은 규율태도를 비판적으로 보는 견해도 적지 않다. 그것은 첫째 협약자율의 권리가 보장되기 위해서는 그 전제로서 단결권의 행사가 보장되거나 또는 현실적으로 단결체의 형성이 가능하여야 하는데, 유사근로자의 직업군과 같이 서로 이해관계가 판이하게 다른 인적 집단 속에서 이것이 현실적으로 가능할 수 있는가라는 의문이 제기된다.³⁰⁸⁾ 그러나 더 본질적인 문제제기는 협약자율의 본질에서 비롯된다. 즉 협약자율제도는 주로 근로관계에 있어서 교환의 정의를 개선하는 수단이라는 점이다. 협약자율제도를 그와 같이 이해하는 것은 비록 종래의 동종의 근로자집단의 투쟁적 관점에 뿌리를 두고 있기는 하지만 어느 정도 이해할 수 있는 설명이다. 다만 개인적 교환계약에서 집단적 교환계약으로 바뀌어지는 과정에서 교환계약의 정당성 확보의 근거가 되는 경쟁이라는 조건이 배제되고 있음이 제대로 인식되지 못하고 있다는 것이다.³⁰⁹⁾ 집단적 노사관계법에서 경쟁이론을 대신하고 있는 힘의 균형이론은 당사자 일방에 대한 상대방의 독단적 지위를 방어하는 데 중요한 수단이 되지만, 이른바 경쟁 원리에 반하는 교환계약의 내용은 제3자와 일반공중의 이익과 조화되지 않을 수도 있다. 이러한 관점에서 법적 지위가 사업자인 그룹에 대하여 경쟁제한적인 권한을 부여한다는 것은 자명한 것으로 받아들여지기 어려울 것이다.³¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 단체협약법 제12조의 a가 도입될 수 있었던 것은 단결 및 협약자율의 권리를 기본권으로 정하고 있는 독일 기본법 제9조 제3항이 그 적용대상을 노동법상의 근로관계로 제한하고 있지 않다는 사정에서 기인하고 있다. 즉 기본법 제9조 제3항은 그 인적 적용범위를 구체적으로 정하고 있지 않으며, 단지 ‘근로조건 내지 경제조건’이라는 개념을 사용하고 있음을 근거로 이것이 종속노동절서

307) Wiedemann/Wank, § 12 a Rn. 91; Löwisch/Rieble, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 1997, 70.2, Rn. 268.

308) Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1148.

309) Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts, S. 28 f.

310) 특히 Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1148.

에 적용되는 것이라고 판단하고 있는 것이다.³¹¹⁾ 그렇지만 이를 인격적 종속성하에서 노무를 제공하는 근로자에게만 인정되는 것이 아니라 경제적 종속관계에 있고 그로 인하여 사회적 보호 필요성이 인정되는 자에 대해서도 넓게 인정될 수 있다고 하는 것이 다수설의 견해이다. 넓은 의미에서 종속적인 지위에서 취업하고 있는 자는 그의 계약 상대방에 대하여 열악한 지위에 있게 되고 따라서 집단적으로 그에 대항할 수 있는 조직과 단체협약을 통한 집단적인 이해관계의 규율이 요청되기 때문이다.³¹²⁾ 따라서 단체협약에 의한 규율이 가지고 있는 경쟁제한적 요소에도 불구하고 유사근로자에 대하여 사업주를 상대로 하는 집단적인 이익추구의 길을 열어 놓음으로써 카르텔법과의 충돌을 예방하고 있다.

b) 그런데 우리나라의 규율체계에서는 문제가 좀더 복잡하다. 왜냐하면 독일 기본법과는 달리 우리 헌법은 명시적으로 근로자에 대하여 근로3권을 보장하고 있기 때문이다. 따라서 하위 법률 또는 법형성적 판례에 의하여 근로자가 아닌 자에 대하여 근로3권을 보장하게 되면 당장 헌법에 위반될 소지가 발생할 수도 있다. 그러나 법형식적으로는 근로자가 아닌 사업자로 분류되지만 경제적·사적 또는 지식정보적 이유에서 사업자로서의 자주성을 갖지 못할 뿐만 아니라 사업주와 경쟁을 통하여 독자적인 이해관계의 조율을 할 수 없는 직업군이 상당수 존재하고, 이에 속한 취업자수 또한 무시할 수 없을 정도이다. 이미 위에서 지적한 것처럼 원칙적인 관점에서 상호 연대적인 이익추구를 목적으로 하는 단체협약 내지 쟁의행위법이 이들에 대하여 전혀 적용 못될 바도 아니다. 왜냐하면 이러한 권리는 전통적인 근로자개념으로서 사용종속관계를 요건으로 하는 것이 아니라 취업관계의 성립과 관련하여 교섭력의 대등성이 결여되어 있는 그룹에 대해서 적용되어야 하기 때문이다. 따라서 이러한 필요성과 헌법상의 규정을 조화하기 위해서는 결국 노동법상의 일반 법개념으로서 유사근로자개념의 독자성이 인정되어야 한다. 이렇게 함으로써 헌법 제33조상의 근로자는 일반적인 근로자 외에 유사

311) Löwisch/Rieble, § 12 a Rn. 2.

312) 특히 Löwisch/Rieble, § 12 a Rn. 2에서 언급된 문헌 참고.

근로자도 포함하는 개념으로 이해될 수 있을 것이다. 노조및쟁의조정법 제2조 제1호의 근로자개념은 바로 이러한 해석을 가능하게 하는 신축성을 지니고 있다. 즉 이 규정에 의하면 이 법에서의 근로자요건을 “직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 정하고 있을 뿐이다. 특히 근로기준법에서와는 달리 경제적 생활관계를 요건으로 한 것은 이 법이 전통적인 의미에서의 근로자뿐만 아니라 유사근로자에 대해서도 적용될 수 있는 근거로 해석될 수 있다. 따라서 이 요건을 판례처럼 근로기준법상의 사용종속관계, 다시 말해서 엄격한 인격적 종속성관계로 해석할 아무런 근거가 없다. 이 점은 이미 실업중인 자도 이 법의 근로자로 해석하고 있는 데서 밝혀지고 있다. 다만 이미 위에서 지적한 것처럼 사용자에 의하여 조직된 사업에서 다른 근로자와 단체적 관계에서 사용자에 대하여 상대적으로 동일한 이해관계를 가지고 있는 일반근로자와는 달리 유사근로자의 법률관계는 각각의 독자적인 이해관계를 중심으로 개별적으로 결합되어 있다. 따라서 이러한 서로 다른 이해관계를 현실적으로 어떻게 통일하여 교섭할 수 있는지 여부가 문제 될 수 있다. 그 밖에 다양한 사업주를 상대로 노무를 제공하는 파편적인 유사근로자를 하나의 단결체로 결성하는 것 자체가 의문일 뿐만 아니라 그 단결체에 대한 상대방을 누구로 특정할 수 있는지는 더더욱 어려운 문제이다. 따라서 우선은 사업조직적 체계상의 유사성을 가진 취업군에 대해서만, 즉 한 사업주를 상대로 다수의 유사근로자가 취업하고 있는 경우에만 이와 같은 협약자율의 가능성이 인정되는 것이 현실적이라고 생각된다.

c) 다른 한편 동일한 단체협약 내에 일반 근로자의 근로조건뿐만 아니라 유사근로자의 취업조건이 함께 규율될 수 있는가 하는 점이다. 예컨대 근로자로 구성된 통상적인 노동조합이 같은 회사에 취업중인 유사근로자를 위하여 단체협약을 체결할 수 있는지 여부가 문제 된다. 여기서 우선적으로 검토되어야 하는 것은 유사근로자의 근로3권이 일반근로자의 근로3권과 본질적으로 다른 것인가 하는 점이다. 만약 그렇다면 유사근로자의 동의가 전제되지 않은 채 체결된 통일단체협약은 그 효력

이 인정될 수 없다.³¹³⁾ 그러나 일반근로자의 단체협약과 유사근로자의 단체협약은 그 구체적인 규율대상이 다를 뿐이지 권리의 본질을 달리 이해해야 할 필연성이 없다. 따라서 근로자로 구성된 노동조합이 그 조합원이 될 수 없는 유사근로자를 위하여 단체협약을 체결하는 것(이른바 제3자를 위한 계약)은 명백히 현행법에 반하겠지만, 현재의 노동조합이 유사근로자의 가입을 허용하고 있다면 이들을 위하여 단체협약을 체결하는 것은 법적으로 문제 되지 아니한다고 판단된다.

라. 근로자참여및협력증진에관한법률

유사근로자에 대한 이 법의 적용가능성은 해고보호제도에서와 마찬가지로 이 법의 보호목적을 어디에 두는가에 따라 달리 판단될 것이다. 즉 참여및협력법이 근로자의 경제적 종속성에 대한 대응으로서 근로자의 대표자로 하여금 사용자와 함께 노사협의회를 구성하여 종속적인 근로자를 위해서 근로조건의 형성에 개입하는 것을 목적으로 한다면 동일한 사정에 있는 유사근로자에 대해서도 이 법이 적용될 수 있을 것이다. 실제로 독일의 경영조직법에 대해서는 이와 같은 취지로 그 보호목적을 설명하는 견해가 있다.³¹⁴⁾ 반면에 경영협의회를 통하여 전체 근로자 이익을 대표하도록 한 것은 근로자의 명예와 존엄 그리고 인격의 발현이 근로관계에서 실현되도록 보장하는 데 그 보호목적이 있으며, 더불어 근로조건의 형성에 대하여 협력함으로써 참여의 목적을 추구하는 데 있다고 설명하는 견해도 있다.³¹⁵⁾ 이에 의하면 경영에서의 지배관계가 부분적으로 민주화되는 데 의의가 있다고도 한다.³¹⁶⁾ 이 경우에는 경영조직법은 경영관련적 근로관계에 대한 특별법으로서 그 요건은 사용자 및 동료근로자와의 밀접한 공동협력관계 내지는 위계질서로 특징되는 사

313) 이러한 입장에 선 것으로 Lieb, RdA 1974, S. 257, 267.

314) Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1418 ff.; Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 542 ff. 및 Richardi, Betriebsverfassung und Privatautonomie, 1973 참고.

315) Reuter, FS für Dieterich, S. 473, 489 f.

316) GK/Wiese, BetrVG, 7. Aufl., 2002, Einleitung Rn. 434 ff.

업소속성에 있게 된다.³¹⁷⁾ 만약 이 제도를 사업소속성이 없으면서 경제적 종속관계에 있는 자에게까지 확대적용한다면 거대한 공급회사와의 계약을 통하여 그 근로조건이 결정되는 소규모의 판매상(예를 들면 정유회사와 개별 주유소의 관계, 기타 프랜차이즈관계)에게 동일한 권리를 보장해야 하고, 그렇지 않다면 헌법상의 평등권 위반의 문제가 발생할 수도 있음이 지적되고 있다.³¹⁸⁾ 우리 참여및협력법은 경제적 종속관계에 있는 근로자를 위한 계약상의 보조장치로 이해하기에는 아직 미비한 점이 많으며, 더욱이 현행법상 동일한 사업장 단위에서 조직되어 있는 노동조합이 이러한 목적을 집중적으로 수행하고 있음을 감안한다면, 오히려 소유권에 기한 배타적 경영질서에 대하여 근로자의 참여와 협력을 통해서 산업민주주의를 실현하는 데 이 법의 주된 목적이 있는 것으로 이해될 수 있다. 따라서 이 제도를 유사근로자에 대해서 확대적용하는 것은 현행법의 구조상 어려울 것으로 판단된다.

마. 사회보험법

사회보장기본법 제3조 제2호에 의하면, 사회보험은 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처함으로써 국민건강과 소득을 보장하는 제도를 말한다. 구체적으로 사회보험의 과제는 수급권자의 건강과 급부능력의 보호, 유지, 개선 및 재생산을 위한 불가결한 조치를 보장하고 질병, 모성, 생계능력의 감소 내지 연령으로 인한 경제적 불안정을 배려하는 데 있다.³¹⁹⁾ 우리의 경우 의료보험법, 국민연금법, 고용보험법 그리고 넓게는 산업재해보상보험법 등이 대표적인 사회보험으로 분류될 수 있다. 사업주만이 보험 가입자가 되는 산재보험법과 달리 그 밖의 사회보험에서는 근로자가 사용자와 함께 가입자가 된다. 그런데 이들 사회보험법의 적용대상이 되는 근로자는 예외없이 사용종속관계를 전제로 하는 근로기준법상의 근로자를 의미한다(국민연금법 제3조

317) Reuter, FS für Dieterich, S. 473, 488, 490 f. 및 앞의 III. 3 참고.

318) Reuter, FS für Dieterich, S. 473, 490.

319) Waltermann, Sozialrecht, 2000, Rn. 37 참고.

제1호, 산업재해보상보험법 제4조 제2호 및 건강보험법 제3조 제1호 그리고 고용보험법 제2조 참고). 물론 자영사업자는 원칙적으로 자신의 비용으로 사적인 보험을 통하여 위험에 대비할 수 있다. 그러나 재정적 능력이 이에 미치지 못하고 생계수단의 대부분을 본질적 사업주로부터 받는 수입에 의존하고 있는 유사근로자는 근로자에 준하는 사회적 보호 필요성이 있다고 보아야 하기 때문에 이들에게 직장 가입자로서 사회보험에 가입할 자격을 주지 않는 것은 정당하지 않다고 판단된다. 유사근로자를 제도적으로 인정하고 있는 대부분의 나라에서는 노동보호법의 적용 여부와는 달리 유사근로자에게 폭넓게 사회보험법을 적용하는 예가 많다. 취업관계에 있는 유사근로자에 대하여 사회보험법의 적용을 확대하는 것이 원래의 사회보험법의 목적과 과제에도 부합된다.

VI. 결 론

채권관계로서의 근로관계의 본질과 경제적 종속관계에 기초한 사회적 보호 필요성은 노동법의 보호범위를 결정하는 두 측면을 이룬다. 노무 제공자가 근로관계에 있는 경우에 대부분 경제적 종속성이 함께 존재한다는 점에서 근로관계의 존부는 근로자 여부를 결정하는 일차적인 기준이 된다. 다른 한편으로 사회적 보호 필요성이 있다고 하여 반드시 근로계약관계를 전제로 하는 것은 아니다. 노동법은 그 적용범위를 정할 경우에 이와 같은 두 측면을 고려하여야 하고, 그것이 일반적인 법체계의 규율질서와 부합되도록 그 보호범위가 결정되어야 한다. 노무 제공 관계의 삼원적 구성(근로자-유사근로자-자영사업자)은 그러한 의미에서 전체 법질서의 규율체계와 노동법의 보호목적의 조화에 기여할 수 있는 것으로 평가된다.

그러나 유사근로자의 문제는 도그마틱상의 개념 구성 문제 외에도 현재 노동법이 처한 위기상황과 관련되어 있다. 그것은 기업들이 현재의 경제위기 내지 기업위기에 대하여 노동법을 하나의 장애물로 인식함으로써 노동법의 적용을 피할 수 있는 조직적·인사정책적 조치를 선호하고 있다는 데서 유사근로자의 보호문제가 크게 현실화되고 있기 때문이다. 따라서 법이론적 관점에서 유사근로자제도가 경직된 노동법의 보호체계를 완충하는 구실을 하고 급속하게 변화하는 노동시장의 수요상황에 탄력적으로 대처할 수 있는 측면이 있지만, 그 외에도 우선 노동법이 경제주체에 대하여 부담을 주는 장애물로서가 아니라 노동시장의 평화를 보장해 주는 제도적 장치로 이해되어야 한다는 점이 강조되지 않을 수 없다. 그렇기 때문에 노동법도 그 수규자(受規者)로부터 필요성을 인정받기 위해서는 스스로 구조조정의 대상이 되어야 한다. 다시 말하면 이해관계 당사자의 자율과 책임에 기초한 조직원리에 따라 재구축되어야 한다. 바로 이 때문에 근로자개념의 문제는 노동법의 규율 내용과 체

계가 끊임없이 변화하고 있는 현실을 타당하게 반영하여야 한다는 점과 직접적 관계에 있으며, 또한 그 경우에 노동시장의 이른바 삼원적 구성도 보다 효과적으로 정착될 수 있을 것이다.

참고문헌

- 강성태, 「특수고용관계와 근로기준법상 근로자개념의 판단」, 『노동법률』, 2001. 3.
- 강희원·김영문, 『근로자개념과 계약의 자유』, 중앙경제사, 2001.
- 김형배, 『노동법』, 제13판, 2002.
- _____, 『채권법각론(계약법)』, 신정판, 2003.
- _____, 「경영위험부담론」, 『법률행정논집』 제10집, 고려대학교, 1972.
- _____, 「현대적 노사관계와 노동법의 개정」, 『법학논집』 제33집, 고려대학교, 1997.
- 박종희, 「근로기준법상의 근로자개념」, 『노동법학』 제16호, 2003.
- 박지순, 「독일의 노동법원제도, 비교법적 관점에서 본 독일 노동재판제도의 기초연구」, 『노동과 법』 제4호, 2004.
- _____, 「텔레워크의 의의와 노동법적 기본문제」, 『인터넷法律』 제23호, 2004.
- _____, 「독일의 노동시장 및 노동법개혁」, 『노동법학』 제18호, 2004.
- 조경배, 「독립노동과 유사근로자 그리고 위장자영인」, 『민주법학』 제25호, 2004.
- 조임영, 「종속관계의 변화와 노동법」, 『민주법학』 제24호, 2003.
- 하경효, 「노동법의 기능과 법체계적 귀속」, 『사회변동과 사법질서』 (김형배 교수 정년퇴임기념논문집), 박영사, 2000.
- Adomeit, Klaus: Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht, NJW 1996, S. 1710.
- Ankele, Jörg: Das deutsche Handelsvertreterrecht nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, DB 1989, S. 2211.
- Annuß, Georg: § 242 BGB als Fundament eines allgemeinen Kündigung

- sschutzes?, BB 2001, S. 1898.
- Appel, Clemens/Franzioch, Petra: Sozialer Schutz in der Selbständigkeit, AuR 1998, S. 93.
- Arbantes, José João: Dem Arbeitsvertrag gleichgestellte Verträge im portugiesischen Recht, ZIAS 2000, S. 266.
- Baumbach, Adolf/Knigsberger, Paul: Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. 12. 1926, 2. Aufl., Berlin, 1930.
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, 29. Aufl., München, 1995.
- Bauschke, Hans-Joachim: Auf dem Weg zu einem neuen Arbeitnehmerbegriff, RdA 1994, S. 209.
- _____: Arbeitnehmerähnliche Personen, Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellungen, Heidelberg, 2001.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin/Lorenzen, Stefanie: Das neue Gesetz zur "Scheinselbständigkeit", NZA 1999, S. 169.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin/Schuster, Doris-Maria: Das Korrekturgesetz zur "Scheinselbständigkeit", NZA 1999, S. 1297.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Krets, Jérôme: Gesetze für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, NJW 2003, S. 537.
- Bechtold, Rainer: Kartellgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München, 2002.
- Bengelsdorf, Peter: Die (neue) Scheinselbständigkeit zur schwierigen Handhabung des § 7 IV SGB IV, NJW 1999, S. 1817.
- Berger-Delhey, Ulf/Alfmeier, Klaus: Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer?, NZA 1991, S. 257.
- Bernert, Gnther: Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert, Marburg 19.
- Berning, Harald: Die Abhängigkeit des Franchisenehmers, Konstanz, 1993.
- Beuthien, Volker/Wehler, Thomas: Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA 1978, S. 2.
- Bieback, Karl-Jürgen: Die Neuregelung zu "Scheinselbständigen" und

kleinen Selbständigen in § 7 SGB IV und § 2 Nr. 9 SGB VI, SGB 2000, S. 189.

Bodewig, Theo: Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, BB 1997, S. 657.

Boemke, Burkhard: Das Dienstverhältnis des GmbH-Geschäftsführer zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht, ZfA 1998, S. 209.

_____: Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis, Grundsatzfragen sinnvoller Abgrenzung von Arbeitnehmern, Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen, ZfA 1998, S. 285.

Brecht, Hans-Theo: Heimarbeitsgesetz, München, 1977.

Buchner, Herbert: Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in: Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellungen, Heidelberg, 1994/1995.

_____: Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen jedem das Gleiche oder jedem das Seine?, NZA 1998, S. 1144.

_____: Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige in der Sozialversicherung Gesetz zu "Korrekturen in der Sozialversicherung", DB 1999, S. 146.

_____: Die arbeitnehmerähnliche Person, das unbekannte Wesen, ZUM 2000, Sonderheft, S. 624.

Buchner, Herbert/Becker, Ulrich: Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz, 6. Aufl., München 1998(Zit.: Bearbeiter, in: Buchner/Becker).

Bydlinski, Franz: System und Prinzipien des Privatrechts, Wien/New York, 1991.

Däubler, Wolfgang: Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeits- und Sozialrecht und im EG-Recht, ZIAS 2000, S. 326.

Dieterich, Thomas: Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, S. 129.

- Dütz, Wilhelm: Arbeitsrecht, 8. Aufl., München, 2003.
- Eckert, Hans-Werner: Das neue Recht der Handelsvertreter Die Umsetzung der EG-Richtlinie in deutsches Recht, NZA 1990, S. 384.
- Einem, Hans-Jörg von: "Abhängige Selbständigkeit", BB 1994, S. 60.
- Endemann, Helmut: Die arbeitnehmerähnlichen Personen, AuR 1954, S. 210.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Gnther, 3. Aufl., München, 2003.
- Falkenberg, Rolf-Dieter: Freier Mitarbeiter Arbeitnehmer arbeitnehmerähnliche Person, DB 1969, S. 1409.
- Fastrich, Lorenz: Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München, 1992.
- Franziöch, Petra: Abhängige Selbständigkeit, Eine Untersuchung der rechtlichen Stellung von Selbständigen in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit, Berlin, 2000.
- Gelder, Alfons van: Besprechung der Schrift von Ernst Wolf(Das Arbeitsverhältnis), AuR 1971, S. 300.
- Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl., Neuwied/Kriftel 2002(Zit.: GK/Bearbeiter).
- Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsrechtlichen Vorschriften, 6. Aufl., Neuwied/Kriftel 2002 (Zit.: KR/Bearbeiter).
- Germelmann, Claas-Hinrich/Matthes, Hans-Christoph/Müller-Glöge, Rudi/Prtting, Hanns: Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München, 2002.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar: Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., München, 1994.
- Gierke, Otto von: Wurzel des Dienstvertrags, in: Festschrift für Heinrich Brunner zum 50jährigen Doktorjubiläum, München/Leipzig, 1914, S. 37.

- Griebeling, Gert: Der Arbeitnehmerbegriff und das Problem der "Scheinselbständigkeit", RdA 1998, S. 208.
- Hanau, Peter/Adomeit, Klaus: Arbeitsrecht, 13. Aufl., Neuwied / Kriftel, 2002.
- Hanau, Peter/Strick, Kerstin: Die Abgrenzung von Selbständigen und Arbeitnehmern (Beschäftigten) im Versicherungsaußendienst, DB 1998, Beil. 14, S. 1.
- Hase, Karl v./Lembke, Mark: Das Selbstbeurlaubungsrecht arbeitnehmerähnlicher Personen, BB 1997, S. 1095.
- Heinze, Meinard: Wege aus der Krise des Arbeitsrechts Der Beitrag der Wissenschaft, NZA 1997, S. 1.
- Henrici, Horst: Ausstrahlung des § 7 Abs. 4 SGB IV n.F. auf das Arbeitsrecht?, AuR 2000, S. 171.
- Herschel, Wilhelm: Die arbeitnehmerähnliche Person, DB 1977, S. 1185.
- Heuberger, Georg: Sachliche Abhängigkeit als Kriterium des Arbeitsverhältnisses Königstein, 1982.
- Hilger, Marie Luise: Zum Arbeitnehmer-Begriff, RdA 1989, S. 1.
- Hohmeister, Frank/Goretzki, Susanne: Verträge über freie Mitarbeit, 2. Aufl., Heidelberg, 2000.
- Hromadka, Wolfgang: Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, NZA 1997, S. 569.
- _____: Arbeitnehmerähnliche Personen, Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen, NZA 1997, S. 1249.
- _____: Zum Arbeitsrecht der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen, Eine rechtspolitische Skizze, in: Heinze, Meinard/Hromadka, Wolfgang/Kübler, Gerhard (Hrsg.): Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrhunderts, FS für Söllner zum 70. Geburtstag, 2000, S. 461.
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Karl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl., 1963.

- Jacobi, Erwin: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig, 1927.
- Jacobs, Antoine: Arbeitnehmer und Selbständige – Einige Bemerkungen aus internationaler Sicht, NZA 1999, S. 23.
- Jacobs, Matthias: Der arbeitnehmerähnliche Selbständige, ZIP 1999, S. 1549.
- Jahnke, Volker: Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung bei der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, ZHR 146 (1982), S. 5.
- Jaspers, Teun: Quasi-Employee, Quasi-self-employees: More than just a name – The case of The Netherlands and Belgium –, ZIAS 2000, S. 233.
- Kreuder, Thomas: Arbeitnehmereigenschaft und “neue Selbständigkeit” im Lichte der Privatautonomie, AuR 1996, S. 386.
- Lampe, Christian: Arbeitsrechtliche Folgen der aufgedeckten “Scheinselbständigkeit”, RdA 2002, S. 18.
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Aufl., München, 1986.
- _____: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin, 1985.
- Leenen, Detlef: Typus und Rechtsfindung, Berlin, 1971.
- Lieb, Manfred: Arbeitsrecht, 8. Aufl., Heidelberg, 2003.
- _____: Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen. Überlegungen zur individual- und kollektivrechtlichen Stellung sogenannter freier Mitarbeiter aus Anlaß des geplanten 12 a TVGE, RdA 1974, S. 257.
- Linnenkohl, Karl: Selbständigen-Kultur und Arbeitsmarkt, BB 1999, S. 48.
- Lotmar, Philipp: Arbeitsvertrag, Band I, Leipzig, 1902.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz. Kommentar, München, 1992.
- _____: Der arbeitsrechtliche Teil des sogenannten Korrekturgesetzes, BB 1999, S. 102.

- Lund, Heinrich: Tarifaautonomie für arbeitnehmerähnliche Personen, BABl. 1974, S. 682.
- Mayer, Udo: Aktuelles zur Scheinselbständigkeit, FS für Däubler, 1999, S. 77.
- Mayer-Maly, Theo: Arbeiter und Angestellter, München, 1969.
- Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg, 2002.
- _____: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 11. Aufl., München, 2003.
- Melsbach, Erich: Deutsches Arbeitsrecht, Berlin, 1923.
- MünchKommHGB: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1: Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1-104 HGB, München 1996 (Zit.: MchKommHGB/Bearbeiter).
- Neuvians, Nicole: Die arbeitnehmerähnliche Person, Berlin, 2002.
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht I, 3. Aufl., Tübingen, 1961.
- Oetker, Hartmut: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen, 1994.
- Otten, August Wilhelm: Heim und Telearbeit. Kommentar zum HAG und heimarbeitsrelevanten Normen sowie Erläuterungen zur Telearbeit, München, 1996.
- Peijpe, Taco van: Arbeitsvertrag und Scheinselbständigkeit in den Niederlanden, RdA 1998, S. 200.
- Pfarr, Heide M: Die arbeitnehmerähnliche Person Neue Selbständigkeit und deren arbeitsrechtliche Beurteilung, in: Engelen-Kefer, Ursula/Schoden, Michael/Zachert, Ulrich (Hrsg.): Arbeitsrecht in der Bewährung, FS für Karl Kehrman zum 65. Geburtstag, Köln, 1997, S. 75.
- Plander, Harro: Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis: An den Betriebs- und Personalräten vorbei?, Baden-Baden, 1990.
- Regli, Flavius: Die Heimarbeit in der Schweiz, Bern, 1979.
- Rehbinder, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern, 2002.

- Reinecke, Gerhard: Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung?, ZIP 1998, S. 581.
- Reiserer, Kerstin: "Scheinselbständigkeit" Arbeitnehmer oder Selbständiger?, BB 1998, S. 1258.
- Reuter, Dieter: Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung, Göttingen, 1989.
- _____: Die Wandlung des Arbeitnehmerbegriffs Befund und Konsequenzen, in: Hanau, Peter/Heither, Friedrich/Kühling, Jürgen (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, München, 1999, S. 473.
- Richadi, Reinhard: Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag, in: FS zum 125jährigen Bestehen juristischer Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 607.
- _____: Der Arbeitsvertrag im Zivilrechtssystem, ZfA 1988, S. 221.
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht 2. Aufl., München, 2000 (Zit.: MünchArbR/Bearbeiter).
- Rieble, Volker: Die relative Verselbständigung von Arbeitnehmern Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts?, ZfA 1998, S. 327.
- Rommé, Oliver: Unternehmerisiko, ZfA 1997, S. 251.
- Rüthers, Bernd: Die unbegrenzte Auslegung - Zum Wandel des Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1968.
- Schaub, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch, 10. Aufl., München, 2002.
- Schliemann, Harald: Flucht aus dem Arbeitsverhältnis falsche oder echte Selbständigkeit ?, RdA 1997, S. 322.
- Schmidt, Klaus/Koberski, Wolfgang/Tiemann, Barbara/Wascher, Angelika: Heimarbeitsgesetz, 4. Aufl., München, 1998.
- Schmidt von Ilmenau: Der prinzipielle Unterschied zwischen römischem und germanischem Recht, 1853.
- Sinzheimer, Hugo: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena 1927.
- Skaupy, Walther: Zu den Begriffen "Franchise", "Franchisevereinbarung",

- und "Franchising", N7W 1992, S. 1785.
- Soergel, Hans-Theodor: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4/1. Schuldrecht III/1 (§§ 516-651), 12. Aufl., Stuttgart, Berlin / Köln 1997 (Soergel/Bearbeiter).
- Söllner, Alfred: Arbeitsrecht, 12. Aufl., München, 2002.
- _____: "From status to contract", Wandlung in der Sinndeutung des Arbeitsrechts, in: Lieb, Manfred/Noack, Ulrich/Westernmann, Harm Peter (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Zilner zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1999, S. 949.
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch: §§ 611-615, 13. Bearbeitung, Berlin, 1999 (Staudinger / Bearbeiter).
- Steinmeyer, Heinz-Dietrich: Sozialdumping in Europa. Perspektiven einer arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsprechung, DVBl. 1995, 962.
- Stolterfoht, Joachim N.: Die Selbständigkeit des Handelsvertreters, Düsseldorf, 1973.
- _____: Tarifautonomie für arbeitnehmerähnliche Personen?, DB 1973, S. 1068.
- Wachter, Gustav: Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person, Berlin, 1980.
- _____: Arbeitnehmerähnliche Personen im österreichischen Arbeits- und Sozialrecht, ZIAS 2000, S. 250.
- Waltermann Raimund: Sozialrecht, Heidelberg, 2000.
- Wank, Rolf: Arbeitnehmer und Selbständige, München, 1988.
- _____: Die "neue Selbständigkeit", DB 1992, S. 92.
- Weltrich, Ortwin: Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag, DB 1988, S. 806.
- Wiedemann, Herbert: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe, 1966.
- Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 6. Aufl., München 1999.

- Wolf, Ernst: Das Arbeitsverhältnis Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis?, Marburg, 1970.
- Worzalla, Michael: Neue Formen der Selbständigkeit, Arbeitgeber, 1995, S. 47.
- Zeuner, Albrecht: Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regeln, RdA 1975, S. 84.
- Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg: Arbeitsrecht, 5. Aufl., München, 1998.