

|      |         |
|------|---------|
| 정책자료 | 2005-02 |
|------|---------|

# **독일의 유사근로자 [특수형태고용종사자]의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구**

박지순

## 목 차

|                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------|----|
| 요 약 .....                                                        | i  |
| 제1장 연구의 목적과 방법 .....                                             | 1  |
| 제1절 연구의 목적 .....                                                 | 1  |
| I. 고용구조의 탄력화에 대한 노동시장의 요청 .....                                  | 1  |
| II. 자영인 또는 독립사업자의 사회적 보호필요성의 문제 .....                            | 2  |
| III. 특수형태고용종사자의 노동법상의 지위의 확정 .....                               | 4  |
| 제2절 연구방법과 기대효과 .....                                             | 5  |
| 제2장 독일에서의 유사근로자 개념의 전개와 판단기준 -<br>법률요건적 측면 .....                 | 7  |
| 제1절 법률문언에서 나타난 유사근로자의 개념 .....                                   | 7  |
| I. 서설 .....                                                      | 7  |
| II. 독일의 법률규정에서 나타난 유사근로자의 개념 .....                               | 8  |
| 1. 노동법원법 제5조 제1항 제2문 - 노동법원의<br>관할범위의 확대 .....                   | 8  |
| 2. 연방휴가법 제2조 제2문 - 연차휴가청구권의 인정 .....                             | 10 |
| 3. 단체협약법 제12조의 a - 유사근로자에 대한<br>협약자율의 인정 .....                   | 11 |
| 4. 그밖의 법률에서의 유사근로자의 규정 .....                                     | 14 |
| III. 독립법률에서 규율된 유사근로자의 특수형태 .....                                | 15 |
| 1. 가내근로자(die in Heimarbeit Beschäftigten,<br>Heimarbeiter) ..... | 15 |
| 2. 1회사 전속적 대리상(Ein-Firmen-Vertreter) .....                       | 19 |

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| 제2절 법적 유형(Typus)으로서 유사근로자의 개념 .....          | 22 |
| I. 유사근로자의 개념 확정을 위한 방법론적 전제 .....            | 22 |
| 1. 유형(Typus)과 개념(Begriff) .....              | 22 |
| 2. 유형론적 고찰방법에 의한 유사근로자의 구별 .....             | 24 |
| II. 유사근로자성의 판단기준에 대한 법체계적 구성 .....           | 26 |
| 1. 서설 .....                                  | 26 |
| 2. 자영인으로서 유사근로자의 계약유형적 특징 .....              | 27 |
| 3. 일신전속적 노무급부의무 .....                        | 30 |
| 4. 경제적 종속성의 내용 .....                         | 33 |
| 5. 사회적 보호필요성의 의미와 판단기준 .....                 | 41 |
| 6. 결론: 유사근로자의 개념과 노동법적 보호의 정당화 근거 .....      | 49 |
| 제3절 토론: 오스트리아와 프랑스에서의 유사근로자 개념 .....         | 51 |
| I. 오스트리아의 법률규정 .....                         | 51 |
| 1. 오스트리아 노동법에서의 유사근로자제도의 발전과<br>법률의 규정 ..... | 52 |
| 2. 사회보험법상의 자유노무제공자(freie Dienstnehmer) ..... | 54 |
| 3. 소결 .....                                  | 61 |
| II. 프랑스의 법률규정 .....                          | 62 |
| 1. 근로자 개념과 유사근로자 .....                       | 62 |
| 2. 근로관계의 의제 .....                            | 63 |
| 3. 근로관계의 추정 .....                            | 63 |
| 4. 특수노무공급관계에 대한 노동법적용의 확대 .....              | 64 |
| 5. 특징 .....                                  | 64 |
| III. 소결 .....                                | 65 |
| 제3장 유사근로자의 전형적 사례 .....                      | 66 |
| 제1절 방법적 서설 .....                             | 66 |
| 제2절 독일 판례에서 나타난 개별 사례의 검토 .....              | 68 |
| I. 판매업종사자, 프랜차이즈 .....                       | 68 |
| 1. 프랜차이즈의 계약유형 .....                         | 68 |

|                                           |            |
|-------------------------------------------|------------|
| 2. 프랜차이즈 가맹자의 근로자성을 인정한 사례 .....          | 69         |
| 3. 프랜차이즈 가맹자의 유사근로자성을 인정한 사례 .....        | 70         |
| II. 운송업종사자, 택배종사자 .....                   | 73         |
| 1. 운송업종사자의 계약유형 .....                     | 73         |
| 2. 운송업종사자의 근로자성 판단 .....                  | 74         |
| 3. 운송업종사자의 유사근로자성 판단 .....                | 76         |
| III. 미디어분야 종사자 .....                      | 78         |
| 1. 미디어분야의 계약유형적 내용 .....                  | 78         |
| 2. 프로그램 내용형성에 관련된 종사자의 근로자성 판단 .....      | 80         |
| 3. 프로그램 내용형성에 관련된 종사자의 유사근로자성 .....       | 82         |
| IV. 대리상, 보험대리상 .....                      | 86         |
| 1. 서설 .....                               | 86         |
| 2. 대리상의 유사근로자성 .....                      | 88         |
| V. 강의, 교육분야 종사자 .....                     | 89         |
| 1. 전형화 및 개별화된 근로자성 .....                  | 89         |
| 2. 교육기관 종사자의 유사근로자성 .....                 | 91         |
| VI. 그 밖의 사례 .....                         | 92         |
| 1. 정보통신분야 종사자 .....                       | 92         |
| 2. 로펌의 고용변호사 또는 세무사 .....                 | 94         |
| 3. 유한회사(GmbH)의 업무집행사원(단체의 기관) .....       | 96         |
| VII. 결 론 .....                            | 99         |
| <b>제4장 유사근로자에 대한 법적 보호-법률효과적 측면 .....</b> | <b>101</b> |
| 제1절 서설 .....                              | 101        |
| I. 검토의 대상 .....                           | 101        |
| II. 유사근로자의 법적 보호를 위한 헌법적 근거 .....         | 103        |
| 1. 취업자의 보호를 목적으로 하는 기본권 .....             | 103        |
| 2. 기본권 질서와 사적자치 .....                     | 105        |
| 3. 근로의 권리(직업의 자유)와 국가의 보호의무 .....         | 107        |
| 4. 보호의무의 발생 근거 .....                      | 108        |

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| 5. 보호의무의 실현 .....                              | 110 |
| 6. 소 결 .....                                   | 112 |
| 제2절 독일 경제법상의 보호규정 .....                        | 113 |
| I. 서설 .....                                    | 113 |
| II. 경제법상 사업 또는 사업자의 개념 .....                   | 114 |
| III. 경제적으로 종속적인 자영인에 대한 경제법상의 주요<br>보호규정 ..... | 115 |
| 1. 경쟁제한적 약정의 금지 .....                          | 115 |
| 2. 시장지배적 내지 시장우월적 지위의 남용금지 .....               | 117 |
| 3. 경쟁법과 노동법의 관계 .....                          | 118 |
| IV. 결론 .....                                   | 119 |
| 제3절 독일 민법의 고용계약편의 규정 .....                     | 120 |
| I. 고용계약규정 적용의 문제점 .....                        | 120 |
| II. 개별고용계약 규정의 개관 .....                        | 121 |
| 1. 임금(보수)의 보호를 위한 규정 .....                     | 121 |
| 2. 사용자의 배려의무 .....                             | 124 |
| 3. 계약관계의 종료에 대한 규정 .....                       | 126 |
| 제4절 유사근로자에 대한 독일 노동법상의 보호규정 .....              | 131 |
| I. 일반적 노동보호법률 .....                            | 131 |
| 1. 단체협약법 .....                                 | 131 |
| 2. 연방휴가법 .....                                 | 137 |
| 3. 노동법원법 .....                                 | 140 |
| 4. 취업자보호법 .....                                | 140 |
| 5. 노동보호법(안전보건법) .....                          | 141 |
| 6. 사업장연금법 .....                                | 142 |
| II. 특수직업군에 관한 특별보호법규 .....                     | 142 |
| 1. 가내노동법상의 특별규정 .....                          | 142 |
| 2. 대리상에 대한 특별규정 .....                          | 149 |
| 3. 가내노동법 또는 대리상의 보호규정의 유추적용 가능성 .....          | 153 |
| III. 유사근로자에 대한 노동법의 적용확대가능성 .....              | 155 |

|                                  |            |
|----------------------------------|------------|
| 1. 서설 .....                      | 155        |
| 2. 특히 균등대우원칙의 적용문제 .....         | 157        |
| <b>제5장 우리나라의 특수형태고용 사례 .....</b> | <b>162</b> |
| 제1절 서설 .....                     | 162        |
| 제2절 구체적인 사례 .....                | 164        |
| I. 골프장 경기보조원 .....               | 164        |
| 1. 골프장 경기보조원의 사실관계 .....         | 164        |
| 2. 법원의 근로자성 판단 .....             | 165        |
| 3. 판례의 문제점과 노동법적 과제 .....        | 167        |
| II. 학습지교사의 근로자성 .....            | 169        |
| 1. 학습지교사의 사실관계 .....             | 169        |
| 2. 법원의 근로자성 판단 .....             | 170        |
| 3. 판례의 문제점과 노동법적 문제 .....        | 171        |
| III. 보험모집인의 법률관계 .....           | 174        |
| 1. 보험모집인의 사실관계 .....             | 174        |
| 2. 법원의 근로자성 판단 .....             | 175        |
| 3. 판례의 문제점과 노동법적 과제 .....        | 176        |
| IV. 건설운송종사자, 레미콘운송차주의 근로자성 ..... | 177        |
| 1. 사실관계 .....                    | 177        |
| 2. 법원의 근로자성 판단 .....             | 179        |
| 3. 판례의 문제점과 노동법적 과제 .....        | 180        |
| V. 방송사 구성작가 및 프리랜서 .....         | 182        |
| 1. 사실관계 .....                    | 182        |
| 2. 판례의 견해 .....                  | 183        |
| 3. 판례의 문제점과 노동법적 과제 .....        | 184        |
| 제3절 소결 .....                     | 185        |
| <b>제6장 결론 .....</b>              | <b>187</b> |
| <b>참고문헌 .....</b>                | <b>195</b> |

## 요 약

### 1.

최근 사회적 보호필요성이 있는 자영인을 일반적으로 특수형태고용종사자 또는 준근로자 등으로 표현하고 그들의 사회적 보호를 위한 법적 방안에 대한 연구가 활발하게 진행되고 있다. 이러한 신자영인집단의 증가는 한편으로는 노동시장의 유연성을 촉진하지만 다른 한편으로는 이들에 대하여 근로자에 준하는 사회적 보호필요성의 문제가 발생하기 때문이다. 신자영인의 사회적 보호필요성의 문제는 비전형근로자에 대한 노동법적 보호와 함께 현대 노동법과 사회법이 직면하고 있는 중심주제가 되고 있다. 그러나 우리의 경우에는 아직 이러한 직업군에 대한 법제도가 마련된 바 없기 때문에 아직 법적 분석 및 연구대상이 존재하지 않는다. 그러므로 주로 외국의 법제도나 사례분석을 통하여 정책적 시사점을 찾을 수밖에 없는 실정이다. 이러한 이유에서 이 글은 이 문제를 이미 1세기 전부터 연구 및 규율대상으로 한 독일의 법제도를 체계적으로 분석하고 이로부터 유사근로자에 대한 개념구성 및 보호방안에 대한 시사를 얻는 데 목적을 두고 있다. 이 연구는 이른바 취업형태의 ‘삼원주의’에 기초하여 특수형태고용종사자의 노동법상의 지위를 규명하는 것을 출발점으로 한다. 이를 위해서 우선 유사근로자의 개념요소를 확정하여 이 법제도가 일반 근로자와 전형적인 자영업자와 어떻게 구별되는지 규명하고(법률요건적 측면), 다음으로 이들에 대하여 적용될 수 있는 노동법 내지 사회보험법의 범위(법률효과적 측면)가 검토된다.

### 2.

독일의 현행법상 유사근로자는 인적 자주성에 기초하여 노무를 제

ii 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

공하지만 특정 사업주에 경제적으로 종속되어 있고 근로자에 비교할 만한 사회적 보호필요성이 있는 모든 취업자를 포함하는 하나의 유형(Typus) 개념으로 사용되고 있다. 유사근로자의 개념을 구체화하기 위해서는 유형적 방법론에 입각하여 복수의 징표들이 상호 보완적으로 그리고 유동적으로 표지를 형성한다.

유사근로자의 유형을 특징짓는 요소는 우선 유사근로자는 근로자에 비하여 인적 종속성이 미약하고 경제적 존립(생계)을 위하여 특정 사업주에 대하여 계속적으로 노무를 제공한다는 데 있다(경제적 종속성). 유사근로자의 전제가 되는 경제적 종속성은 다시금 사회적 보호필요성의 요건으로 보충된다. 특정의 사업주에 대한 노무의 제공에 의하여 취득하는 반대급부로부터 생계를 의존한다는 의미로 이해되고 있는 경제적 종속성은 취업자를 시장에서 기업가적 기회를 가지고 있고 또 그로부터 자신의 존립을 유지해가는 것이 기대되고 있는 진정한 의미의 자영인과 구별하는 데 중요한 역할을 수행한다는 점은 이론이 없다. 그러나 이와 같은 의미의 경제적 종속성으로부터 왜 그 취업자가 근로자와 유사하게 노동법상의 보호를 향유해야 하는가가 충분히 해명되지 않는다. 근로자에 대한 특별한 노동법적 보호는 근로계약에 기초하여 자신의 노동력을 타인의 기업적 목적을 위한 사용에 맡기고, 조직적 및 실질적 관점에서 타인의 생존배려에 의존한다는 점에서 발생하기 때문이다. 따라서 근로자에 유사한 사회적 보호필요성은 경제적 종속성 외에도 제한적이긴 하지만 노동법상의 보호를 정당화할 수 있는 요건으로서 구성되어야 하는 것이다. 이와 같은 관점에서 사회적 보호필요성은 해당 취업자의 전체적인 사회적 지위로부터 조직적·재정적 관점에서 전형적인 근로자와의 유사성을 인정할 수 있는 필요최소한의 징표에 의하여 인정될 수 있을 것이다. 사회적 보호필요성은 유사근로자의 노무수행의 종류와 방법에 의하여 표징되고 더불어 유사근로자의 수입 정도가 함께 고려되어 판단된다. 따라서 유사근로자가 독자적인 사업수행능력을 가지고 있고, 또한 노동수입이 계속적으로 고유한 생계수단으로서 충

분하다고 볼 수 있는 경우에는 사회적 보호필요성이 인정되지 않는다. 유사근로자의 전형적인 사례는 역사적으로 발전해 온 가내근로자와 1회사 전속적 대리상이다. 그러나 그 외에도 1회사 전속적 대리상과 유사한 업무수행 모습을 가진 다양한 판매종사자(예컨대 프랜차이즈가맹자, 중개상 등)과 운송업종사자, 미디어 및 예능분야의 프리랜서, 학원의 강사 또는 교사, 정보처리종사자 등 점점 늘어나고 있는 추세에 있다. 유사근로자라는 유형의 구체화는 근로자 개념과의 관련하에서 특히 그들의 고유한 직업적 업무수행 특성을 고려하여 결정된다.

### 3.

유사근로자는 본질적으로 자영인과 동일한 계약적 지위를 갖지만 근로자와 마찬가지로 생명, 건강, 소유권 그리고 취업자로서의 인격권의 침해에 대한 위험과 사업주에 의한 소득의 상실과 취업관계의 종료 등과 같은 직업적 위험을 안고 있다. 따라서 유사근로자에 대해서도 자영인에 대한 경제법상의 보호뿐만 아니라 노동법 및 사회보험법의 적용이 요청된다. 특히 유사근로자에 대한 보수는 경제적 종속성으로 말미암아 그들이 자주적으로 위험을 전보할 수 있을 정도로 충분하게 그 액이 정해지지 않는 것이 일반적이다. 따라서 보수와 같은 기본조건은 단체협약을 통하여 결정되는 것이 바람직할 것이다. 협약자율을 유사근로자에게로 확대함으로써 자율적인 취업조건 형성가능성을 가진다는 것은 유사근로자의 현실적 보호에 기여할 것으로 보인다. 각각의 유사근로자집단에 대한 개별적 단체협약은 그 보호범위를 구체적으로 확정할 수 있고, 보수와 업무수행상의 조건을 실태에 맞게 형성할 있다는 점에서 장점을 가지고 있다. 그렇지만 유사근로자의 경우 노동조합과 같은 단체결성이 용이하지 않고 조직력도 일반 근로자에 비하여 크지 않기 때문에 협약능력의 인정은 특정 분야에 대하여 제한적으로만 기능할 가능성이 크다. 따라서 협약자율이 가능하지 아니한 경우에는 보충적으로 국가는 최저취업

조건, 특히 보수의 기준에 대하여 법정하는 방법이 강구되어야 할 것이다. 독일의 경우에는 특히 가내노동법 제19조와 상법 제92조의 a의 규정을 유추적용함으로써 이와 같은 방법이 가능하고, 우리의 경우에는 이에 관한 특별규정이 없으므로 특별법의 제정에 의해서만 가능할 것으로 보인다. 그밖에 유사근로자에 대하여 적용될 수 있는 노동법의 개별적 보호규범을 일률적으로 제시하는 것은 어려운 일이다.

노동법의 수많은 보호규정들은 근로자의 사용종속성 내지 경제적 보호필요성이 서로 얹혀 그 규범목적에 형성하기 때문이다. 따라서 비교적 체계적인 보호내용을 가지고 있다는 독일의 경우에도 유사근로자의 보호법제에 관한 어떤 일관성과 규칙성을 찾기가 어렵다는 지적은 유사근로자의 보호체계의 구성의 어려움과 한계를 보여준다. 그럼에도 불구하고 독일의 노동법체계에서 하나의 시사점을 얻는다면 우선 독일민법은 계약관계의 성립과 내용 그리고 종료에 관한 기본적인 사항에 대하여 계약법적 보호체계를 규율하고 있다. 이 규율내용은 비단 근로관계에 대해서만 적용되지 아니하고 이른바 자유고용계약에 대해서도 원칙으로서 적용된다. 또한 중요 노동법률의 적용범위를 유사근로자에게로 확대하는 입법정책을 취하고 있다. 대표적으로 단체협약법, 연방휴가법, 안전보건관련법령이 여기에 해당된다. 또한 비록 유사근로자 일반을 적용범위로 포함하고 있지 않지만 그 보호목적에 따라 유사근로자에 대해서 유추적용될 수 있는 가능성이 있다. 우선 가내근로자의 보호를 목적으로 하는 가내노동법과 특히 대리상을 규율대상으로 하는 독일상법의 보호규정들이 고려된다. 더욱이 가내근로자와 대리상은 유사근로자의 시원적 형태이므로 이들에 관해서 적용되는 법령을 유사근로자 일반에 적용하는 것은 적극적으로 고려될 수 있을 것이다.

#### 4.

독일법상의 유사근로자제도의 고찰로부터 얻을 수 있는 시사점은 다음과 같다. 사용종속성은 없으나, 경제적으로 종속된 취업자를 노

동법에 근로자와 동일하게 편입하여 보호수준을 통일화하는 것은 현행법질서의 체계에 반할 뿐만 아니라 법정책적으로도 바람직하지 않을 수 있다. 그와 같은 보호수준의 통일화는 유사근로자의 법적 지위에 비하여 사업자에게 현저히 높은 의무를 부과하게 됨으로써 근로관계외에 자영취업관계라는 고용(취업)형태를 인정함으로써 노동시장의 유연화와 활력을 추구하려는 전체적인 노동시장정책과 부합하지 아니하기 때문이다. 한계영역 종사자의 증가는 노동계의 판도변화를 반영하는 것일 뿐만 아니라 노동법과 결부된 기업의 높은 비용관계(인건비 등)에 대한 경영계의 대응이라는 측면도 있다.

근로자 개념과 유사근로자제도는 이와 같은 관점을 적극적으로 평가하여 한편으로는 근로자의 실질을 갖는 자가 형식적인 계약자유를 이유로 노동법의 보호에서 이탈하지 않도록 하고, 사용종속성이 없지만 경제적으로 종속되어 사회적 보호필요성이 있는 자에 대해서는 경제법과 노동법의 공동대응을 통하여 필요한 범위에서 보호수준을 정할 필요가 있는 것이다. 뿐만 아니라 특수형태고용종사자의 노동법 및 사회법상의 지위의 연구는 비단 해당 취업자의 실체적 보호의 문제에만 국한되는 것이 아니라 기업의 인사노무관리의 유연화를 촉진하는 수단으로 기여할 수 있다. 기업은 단순히 인건비의 절감만을 도모할 것이 아니라 독립사업자의 지위에 상응하는 인사노무관리의 다변화를 수반하여야만 한다. 그렇지 않으면 해당 취업자에 대한 근로자성의 다툼으로부터 자유로울 수 없기 때문이다. 따라서 취업형태의 삼원론에 대한 논의의 활성화는 합리적 인사노무관리모델을 발전시키는 기업의 대응전략을 필연적으로 수반하게 된다.

## 제1장 연구의 목적과 방법

### 제1절 연구의 목적

#### I. 고용구조의 탄력화에 대한 노동시장의 요청

지난 외환위기를 전후로 노동시장의 유연화 또는 탄력화가 급격히 진행된 결과로서 특히 서비스업종을 중심으로 근로자성이 의심되거나 부인되는 就業群 또는 職業群 또한 빠른 속도로 증가하고 있다. 노동시장의 활력회복이라는 관점에서 보면 자영인 또는 독립사업자의 증가는 원칙적으로 환영할만하다. 왜냐하면 그를 통해서 넓은 의미의 ‘생계를 위한 활동’의 범주가 근로관계에 기초한 ‘근로자’ 이외의 새로운 노동력 제공의 법적 기초가 확대됨으로써 자유로운 인격의 발현을 목적으로 하는 직업활동의 범위가 확대되어 노동력을 제공하는 자의 관점에서는 다양한 선택의 기회를 가질 수 있으며, 나아가 일자리의 창출을 근로자 영역으로 제한하는 것보다 실업의 문제를 해소하는 데 훨씬 더 융통성을 가질 수 있기 때문이다.

실제로 독일의 경우에 ‘근로자로서의 취업에 의한’ 일자리의 확대정책은 한편으로는 경기침체로 인한 기업의 방어적 인사정책과 세계화로 인한 가격경쟁의 압박으로 인건비를 절감하여야 하는 기업의 현실적 어려움으로 인하여 이미 그 한계가 드러나고 있다. ‘일자리 나누기’라는

## 2 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

관점에서 적게 일하고 많이 취업하는 이른바 일자리분배정책도 기대한 만큼의 성과에는 미치지 못하고 있는 실정이다. 또한 우리나라의 경우에서 보듯이 이른바 비전형(비정규)근로자가 급격히 확대되고 있으나 그들의 근로조건이 비정상적으로 열악하게 결정되어 이른바 노동빈곤층을 형성함으로써 사회문제가 대두되고 있음을 고려하면 이와 같은 비전형 근로관계의 모델이 노동시장의 기능을 제고하는 데 바람직한 취업모델로 정착되기 어려운 것이 현실이다. 이러한 관점에서 자영인 또는 독립사업자의 고용모델은 기업의 인건비 부담의 경감과 취업자의 독립적인 사업활동의 가능성, 즉 이윤창출 가능성으로 인하여 노동시장의 경직성을 극복하고 노동의 사회적 의미를 확대하는 유력한 수단으로 평가될 수 있다.

이러한 이유로 유럽에서는 만성적인 고실업상태를 극복하려는 정책적 대안으로서 한편으로는 단시간근로 및 기간제와 같은 비전형근로자의 확대정책을 시행하고, 다른 한편으로는 특히 독일에서처럼 자영인 또는 독립사업자의 촉진정책을 병행적으로 추진하고 있다. 특히 독일은 최근의 노동시장개혁(이른바 Agenda 2010 또는 Hartz-Reform)에서 이른바 개인의 창업활동을 국가 차원에서 장려하고 지원하는 정책을 계속해서 입안하고 있다.<sup>1)</sup>

## II. 자영인 또는 독립사업자의 사회적 보호필요성의 문제

노동시장의 새로운 현상으로 등장하고 있는 자영인 또는 독립사업자는 전통적인 의미에서의 자영업자의 상(像)과는 사뭇 다르다. 즉 과거에는 일반적으로 근로자에 의하여 수행되던 업무영역들이 이른바 신자영인이라는 노무제공자에게 이전됨으로써 업무의 결정과 그 수행방법에서는 근로자와는 달리 노무제공자의 독립성이 확대되었으나, 업무위탁자(대부분 기업)에 대한 그들의 사회경제적 조건은 여전히 일반 근로자들과 다를 바 없거나 부분적으로는 그보다 열악한 상태에서 노무를

---

1) 독일의 노동시장 개혁에 관해서는 박지순, 『독일의 노동시장 및 노동법개혁』, 『노동법학』 제18호, 2004, 291쪽 이하 참고.

제공하는 경우도 상당수 존재하기 때문이다. 따라서 이러한 자영인군의 증가는 한편으로는 노동시장의 유연성을 촉진하지만 다른 한편으로는 이들에 대하여 근로자에 준하는 사회적 보호필요성의 문제가 발생한다. 이와 같이 신자영인의 사회적 보호필요성의 문제는 비전형근로자에 대한 노동법적 보호와 함께 현대 노동법과 사회법이 직면하고 있는 중심 주제가 되고 있다. 자본주의 경제의 질풍노동기로서 노동법과 사회법을 태동시켰던 지난 19세기의 이른바 사회적 빈곤문제(Soziale Frage)가 오늘날 이와 같은 주변부 그룹을 통하여 다시금 노동사회정책의 전면 에 부상하고 있다는 아이러니를 경험하고 있는 것이다.

우리나라에서도 최근 사회적 보호필요성이 있는 자영인 — 물론 그 중 상당수는 저자의 견해로는 아직 그 근로자성이 완전히 해명되지 않았다고 보이지만<sup>2)</sup> — 을 일반적으로 특수형태고용종사자 또는 특수고용종사자 등으로 표현하고 그들의 사회적 보호를 위한 법적 방안에 대한 연구가 활발하게 진행되고 있다.<sup>3)</sup> 그러나 그 대부분은 해당 취업자의 근로자로서의 지위를 규명하는 데 머물러 있다. 근로자성의 확정은 근로계약과 근로관계의 법체계적 의미와 법도그마틱의 개념결정 요소에 의하여 행해지는 것이므로 사회적 보호필요성이라는 사회학적 요소 내지 경제적 요소만으로는 이들의 근로자성 여부를 일률적으로 판단하기 어렵다. 따라서 근로자의 개념에 관한 일반적인 기준에 대한 연구는 그것대로 계속해서 연구의 대상으로 하면서 동시에 근로자의 개념 범주에 포함되기 어려운 특수형태고용종사자의 사회적 보호필요성을 제도적 보호의 대상으로 포섭시킬 수 있는 새로운 법제도적 대안을 모색하여 장기적으로 효율적인 모델을 형성해 가는 것이 전체 노동시장의

2) 이에 관해서는 다음의 제5장을 참고.

3) 이에 관한 주요 문헌으로는 강성태, 『특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단』, 『노동법학』 제11호, 2002, 35쪽 이하; 김소영, 『특수고용관계에 있는 근로자들의 노동법적 문제』, 『사회변동과 사법질서』(김형배교수정년기념논문집), 2000, 253쪽 이하; 김재훈, 『특수형태근로종사자의 법적 보호방안』, 『노동법연구』 제13호, 2002, 147쪽 이하; 박종희, 『근로기준법상의 근로자개념』, 『노동법학』 제16호, 2003, 69쪽 이하; 윤애림, 『특수고용노동자의 근로자성과 입법의 방향』, 『민주법학』 제23호, 2004, 1쪽 이하.

#### 4 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

관점에서 바람직할 것으로 생각된다.

이 점에서 독일이 최근의 노동시장 개혁에서 노정시켰던 논란과 혼선 그리고 일응의 해결은 우리에게 많은 시사를 준다. 독일에서도 지난 1990년대 이래로 이와 같은 특수형태고용종사자의 보호필요성이 큰 사회적 문제가 되었다. 한편으로는 근로자 개념의 확대를 통하여 상당수의 특수고용종사자를 근로자의 범주에 포함시키려는 시도가 행해졌고, 다른 한편으로는 근로자와 통상적인 자영인 사이에 사회경제적 조건이 근로자에 비견되는 이른바 유사근로자(arbeitnehmerähnliche Personen)라는 제3의 범주를 독일 노동법학에서 재발견함으로써 부분적으로 노동법 및 사회보험법을 적용할 수 있는 가능성을 열어놓았다. 전자의 주장이 노동시장에서의 노무제공자를 근로자와 자영인으로 엄격하게 이원화하는 이원주의에 기초하는 데 비하여 후자의 주장은 유사근로자를 근로자와 통상적인 자영인에 병존하는 독자적인 노무제공자로 파악한다는 점에서 생계활동의 삼원주의라 부른다.<sup>4)</sup> 그러나 삼원주의를 취하더라도 특수형태고용종사자에 대하여 실제로 적용될 수 있는 노동법 및 사회보험법의 내용과 범위를 둘러싸고 여전히 해결되지 않은 문제가 있다.

### Ⅲ. 특수형태고용종사자의 노동법상의 지위의 확정

이 연구에서는 이른바 취업형태의 ‘삼원주의’에 기초하여 특수형태고용종사자의 노동법상의 지위를 규명하는 데 목적을 둔다. 이를 위해서는 우선 ‘유사근로자’의 개념요소를 확정하여 이 법제도가 일반 근로자와 전형적인 자영업자와 어떻게 구별되는지 규명되어야 할 것이고(법률요건적 측면), 다음으로 이들에 대하여 적용될 수 있는 노동법 내지 사회보험법의 범위(법률효과적 측면)가 검토되어야 한다. 이를 통해서 특수형태고용종사자의 사회적 보호필요성이 임시적인 것이 아니라 항구

---

4) 이원주의는 독일의 소수설로서 대표적인 논자는 Rolf Wank교수이고, 삼원주의적 파악방법은 현재 독일의 다수설인데 Hromadka교수와 Buchner교수 등이 대표적이라고 할 수 있다. 각각의 주요 문헌은 이 책의 말미에 첨부한 문헌을 참고.

적으로, 우연적인 것이 아니라 보편적으로 그리고 예외적인 것이 아니라 노동법과 노동시장의 구조에 부합되는 형태로 체계화될 수 있을 것이다.

## 제2절 연구방법과 기대효과

이 연구는 주로 독일의 ‘유사근로자’제도의 전개 과정과 구체적인 법률규정을 비교고찰의 대상으로 삼았다. 특히 현실 노동시장에서 어떠한 분야에 이 제도가 구체적으로 문제되고 있는지, 그 속에서 해당 취업자의 근로자성과 자영업성 또는 근로자유사성이 어떠한 관점과 개념요소에 의하여 구별되고 있는지 실증적으로 분석한다. 또한 유사근로자에 대한 노동법 및 사회보험법의 적용을 둘러싼 논의에 대하여 입법적 또는 법정정책적 발전의 전개 과정을 추적함으로써 우리에게 대한 시사점을 찾도록 하는 데 주안을 둔다.

특수형태고용종사자의 노동법 및 사회법상의 지위의 연구는 비단 해당 취업자의 실체적 보호의 문제에만 국한되는 것이 아니라 기업의 인사노무관리의 유연화를 촉진하는 수단으로 기여할 수 있다. 기업은 단순히 인건비의 절감만을 도모할 것이 아니라 독립사업자의 지위에 상응하는 인사노무관리의 다변화를 수반하여야만 한다. 그렇지 않으면 해당 취업자에 대한 근로자성의 다툼으로부터 자유로울 수 없기 때문이다. 따라서 취업형태의 삼원론에 대한 논의의 활성화는 합리적 인사노무관리모델을 발전시키는 기업의 대응전략을 필연적으로 수반하게 된다.

이와 같은 점들을 고려하면서 이 연구에서는 독일의 노동법에서 발전된 유사근로자의 판단기준에 관한 법체계적 구성을 검토하면서 동시에 오스트리아와 프랑스의 유사근로자 개념에 대해서도 보론으로 소개한다(제2장). 다음으로 독일에서 현실적으로 근로자성이 문제되거나 유

## 6 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

사근로자성이 인정된 전형적인 사례들을 검토하여 그 현실적 의의를 검토하며(제3장), 독일법에서 유사근로자에 대한 노동법의 적용관계를 구체적으로 설명한다(제4장). 다음으로 우리나라에서 특수형태고용종사자로서 문제가 된 사례들의 근로자성 판단기준과 문제점을 분석한다(제5장). 그리고 끝으로 결론에 대신하여 유사근로자의 법적 지위의 발전에 대한 전체적인 분석을 시도한다(제6장).

## 제2장

### 독일에서의 유사근로자 개념의 전개와 판단기준 - 법률요건적 측면

#### 제1절 법률문언에서 나타난 유사근로자의 개념

##### I. 서설

독일에서는 유사근로자의 보호를 위한 법률규정이 아직 존재하지 않았던 1923년에 이미 당시의 제국노동성(Reichsarbeitsministerium)의 고위공무원이었던 뮐스바흐(Melsbach)가 근로자가 아니지만 그들과 동일한 경제적 조건으로 노동하는 자들의 법률관계에 대해서도 노동법의 규정을 적용하자고 제안한 것이 유사근로자 개념의 효시를 이룬다.<sup>5)</sup> 물론 Melsbach 뿐만 아니라 그 당시 다른 노동법학의 문헌들도 유사근로자를 보호필요성이 있는 就業群으로 인식하기 시작하였다. 그 이전에는 일반적인 근로자 외에 가내근로자(Heimarbeit)와 가내수공업자(Hausgewerbetreibende)만을 보호필요성이 있는 취업자로 보았고 이들에 대해서는 이미 1869년부터 노동법의 보호대상에 부분적으로 편입시키고 있었다.<sup>6)</sup>

그러나 1920년대 이후 본격적으로 전개된 독일 노동법학은 인적 중

---

5) Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, S. 24.

6) 당시 독일 영입령 제136조. 이에 관해서는 Hromadka, NZA 1997, S. 1249 참고,

속성에 기초한 근로자 개념과 근로계약의 개념을 확립하면서 경제적 종속성에 의하여 사회적 보호필요성이 발생하는 노무제공자를 노동법의 적용대상으로 삼는데 주저하였다. 그것은 당시 근로자 개념의 토대가 된 勤勞者像이 제조업을 중심으로 한 산업근로자를 모델로 하고 있었고 따라서 근로자 개념도 오로지 이른바 근로자의 사업조직적 편입이라는 사회적 현상에 기초한 인적 종속성만을 중심 표지로 하여 발전되었기 때문이다.<sup>7)</sup> 따라서 당시에 이미 독립적인 법률(가내노동법)에 의하여 보호를 받고 있던 가내근로자를 제외하고, 예컨대 예술활동종사자와 대리상 또는 보험대리상과 같은 이른바 자유직업종사자(freie Berufler)들의 상당수가 경제적 종속성은 인정되지만 그것만으로는 근로자성을 인정할 수 없으므로 노동법의 보호대상에서 배제되었기 때문에 이러한 직업 집단을 보호하는 법률규정이 필요하다는 인식이 확산되었다.<sup>8)</sup> 그렇지만 이러한 직업집단에 대한 사회적 보호의 확대에 야기될 경제적 부담으로 인하여 노동법적 보호규정은 개별적으로 그리고 파편적으로 발전하였다. 이와 같은 관점에서 아래에서는 독일노동법상 유사근로자의 보호제도가 발전되어 온 전개 과정을 집중적으로 다룬다.

## II. 독일의 법률규정에서 나타난 유사근로자의 개념

### 1. 노동법원법 제5조 제1항 제2문-노동법원의 관할범위의 확대

#### (1) 관련규정의 발전

1926년에 제정된 노동법원법(Arbeitsgerichtsgesetz) 제5조는 노동법원의 관할대상인 근로자의 개념에 ‘유사근로자’를 포함하여 그 적용범위를 확대하였다. 당시 법률은 유사근로자를 “근로관계에 있지 않으면

7) Gamillscheg, RdA 1998, S. 2, 8; Lieb, RdA 1977, S. 210, 212; Pfarr, FS für Kehrman, S. 75, 76 참고.

8) 이미 당시에 Kreller, AcP 122(1924), S. 1, 5; Potthoff, Arbeitsrecht, S. 28 f. 등이 이러한 견해를 주장하였다. 또한 이에 관해서는 Rancke, Die freie Berufe, S. 83 f.; Herschel, RdA 1952, S. 410, 411; Zeuner, RdA 1975, S. 84, 86 f. 등을 참고.

서 특정 타인의 위임과 계산으로 노무를 제공하는 자로서, 특히 원료나 재료를 스스로 조달하는 자”라고 표현하였다. 특히 어느 한 회사와 계속적 계약관계에서 전속적으로 노무를 제공하는 취업자가 여기에 해당되었다.<sup>9)</sup> 반대로 단지 업무 내지 사무를 중개만 하는 중개업자는 여기에 해당되지 않았다.<sup>10)</sup> 따라서 1926년의 노동법원법은 일신적인 노무제공을 통하여 자신의 수입을 획득하는 취업자만을 근로자에 준하여 노동법원의 관할이 미치는 자로 보았다. 당시의 입법 이유를 보면 법적으로 자영인인 취업자의 보호필요성은 그들의 경제적 지위가 근로자와 비교가능하다는 점에서 발생한다고 하였다.<sup>11)</sup> 1934년의 개정 노동법원법도 유사근로자의 개념을 더욱 정형화하여 “근로관계에 있지 않으면서 특정 타인의 위임과 계산으로 노무를 제공하고 또한 ‘경제적 종속성으로 인하여 근로자와 유사하다’고 인정되는 자”라고 규정하였다.<sup>12)</sup> 1953년의 개정 노동법원법은 “가내근로자와 그와 동등한 지위에 있는 자 그리고 경제적 종속성으로 인하여 유사근로자로 간주될 수 있는 자”를 근로자로 의제한다고 규정하였다.<sup>13)</sup> 1979년 개정된 현행 노동법원법도 이와 같은 규정 내용을 그대로 수용하였다.<sup>14)</sup>

## (2) 규정 내용의 의미론적 분석

독일노동법원법 제5조는 법기술적 관점에서 두 개의 의제를 통하여 유사근로자를 정의한다. 그 하나는 노동법원법 제5조 제1항 제2문에서 전통적인 유사근로자집단으로서 ‘가내근로자’를 유사근로자와 통합하여 근로자와 대등한 지위에 있는 자로 의제하였고, 동시에 그 자체로는 추상적 기준인 경제적 종속성을 근로자에 대한 결정적인 비교요소로서 제시하였다.<sup>15)</sup> 또한 노동법원법 제5조 제3항 제1문은 독일상법전 제92

9) BAG AP Nr. 3 zu § 5 ArbGG.

10) Gesetz (1926.12.23), RGBl. I, S. 507, 508.

11) Gesetz (1926.12.23), RGBl. I, S. 507, 508.

12) Gesetz (1934.04.10), RGBl. I, S. 319.

13) Gesetz (1953.09.03), BGBl. I, S. 1267.

14) Gesetz (1979.07.02), BGBl. I, S. 853.

15) Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, ArbGG, § 5 Rn. 20 ff.

10 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

조의 a에서 규정하고 있는 1회사 전속적 대리상(Ein-Firmen-Vertreter)이 월 1000유로 이하로 취업하는 경우에 이를 근로자로 의제하면서 그와 같은 전속적 대리상의 유사근로자성을 추정하였으며 이에 대해서는 반증이 불가능하다고 규정하였다(unwiderlegliche Vermutung).<sup>16)</sup> 노동법원법 제5조 제3항은 같은 법 제5조 제1항 제2문에 대하여 확정적 특별규정의 의미를 갖고 있다. 따라서 양 규정은 병존적으로 적용되지 아니한다. 이와 같이 독일노동법원법은 일용 유사근로자의 개념을 정의하면서 그에 대하여 노동법원에 의한 권리구제의 길을 열어놓았다. 이는 앞으로 노동법과 유사근로자의 법이 동질적으로 발전될 수 있도록 그 초석을 다진 것으로 평가되고 있다.

## 2. 연방휴가법 제2조 제2문 - 연차휴가청구권의 인정

독일연방휴가법은 노동법원법에 의하여 개시된 유사근로자의 노동법상의 지위를 한 단계 발전시켰다. 즉 이 법률은 적어도 형식적으로는 모든 유사근로자에 대하여 최초의 실체법적 보호규정이라는 점과 유사근로자를 근로자와 구별되는 독자적 적용범위로서 노동법의 카테고리 에 편입하였다는 점이다.<sup>17)</sup> 다만, 이 법률규정은 유사근로자의 법적 지위에 관한 치밀한 내용적 논의를 거쳐 나온 결과라기보다는 당시 연방휴가법 제정 이전에 각 주별로 독립되어 있던 휴가법의 인적 적용범위에 유사근로자가 포함되어 있었기 때문에 이를 단순히 수용한 데 지나지 않은 것이었다. 입법 이유서에 의하면 여기에 해당되는 직업군은 가내근로자 외에 대리상(Handelsvertreter), 예술가, 음악가, 작가 그리고 신문기자 등이었다.<sup>18)</sup>

연방휴가법 제2조 제2문은 유사근로자의 개념을 추상적으로 규율하고 있을 뿐 내용적으로 구체화하고 있지 않다. 다만 연방휴가법상의 휴

16) Grunsky, ArbGG § 5 Rn. 22.

17) Hromadka, NZA 1997, S. 1249, 1251. 반면에 Pfarr교수(FS für Kehrmann, S. 78)는 이 법률의 배경에는 입법자의 독자적이고 의식적인 법정책적인 의사를 찾아볼 수 없다고 한다.

18) BT-Drucks. IV/207, S. 4.

가청구권을 가지는 대리상에 대하여는 노동법원법 제5조 제3항의 요건(1회사 전속적 대리상이면서 월 1,000유로 이하의 수입을 갖는 자)이 적용되지 않는다. 이 규정은 노동법원법의 적용범위에만 해당될 뿐 다른 법률에 대해서도 적용되는 기준적 요건을 설정한 것은 아니기 때문이다.<sup>19)</sup> 그밖에도 연방휴가법 제2조 제2문은 유사근로자에 대하여 다른 요건을 정함이 없이 단지 '경제적으로 종속적인 자'로만 표현하고 있고 따라서 대리상에 대한 노동법원법 제5조 제3항 제1문의 제한규정이 적용되지 않음을 간접적으로 표현하고 있다.<sup>20)</sup> 따라서 대리상에 대해서는 다시금 유사근로자의 일반적 요건에 따라 판단해야 한다.

### 3. 단체협약법 제12조의 a - 유사근로자에 대한 협약자율의 인정

#### (1) 관련규정의 도입 배경

유사근로자는 1975년 이래로 단체협약법의 적용범위에 편입되어 근로자와 마찬가지로 자신들의 취업조건을 단체협약을 통하여 규율할 수 있게 되었다. 따라서 그의 실체법적 지위는 현저하게 개선되었다. 이와 같은 단체협약법의 개정을 가져온 계기는 1960년대 이래로 확장일로에 있는 방송사와 언론사에 종사하는 자유노무제공자(freie Mitarbeiter; freelancer)이다. 특히 방송사는 그들에 대하여 유일한 계약상대방이어서 자유노무제공자는 경제적으로 종속적일 수밖에 없고 현실적으로도 근로자에 비하여 대부분 열악한 근로조건을 가지고 있었다.<sup>21)</sup> 따라서 자유노무제공자는 노동법의 보호를 받기 위하여 붓물처럼 노동법원에 근로자지위확인의 소를 제기하기에 이르렀다. 노동법원은 상당수의 소송에서 근로자성을 인정하였고<sup>22)</sup> 결과적으로 근로자 개념의 확장이 이

19) Neumann/Fenski, BUrlG, § 2 Rn. 74, 76.

20) Dieckhof, DB 1963, S. 1120. 입법 이유서도 마찬가지로 태도이다. BT-Drucks. 4/785, S. 2.

21) 당시의 자유노무제공자의 현실적 상황과 입법 배경에 관해서는 Pfarr, FS für Kehrman, S. 75, 79. 동일한 취지의 독일 연방의회의 관할 상임위원회의 견해에 대해서는 BT-Drucks. 7/2025, S. 3, 6.

22) 이에 관한 독일 노동법원의 주요 판례로는 BAG AP Nr. 12, 16, 17, 18, 21, 25 zu § 611 BGB Abhängigkeit. 이와 같은 경향에 대하여 독일 연방헌법재판소

루어졌다.<sup>23)</sup> 그와 같은 배경하에서 독일 입법자는 방송사의 자유노무제 공자를 유사근로자라는 법적 범주를 통하여 보호하기로 하고 이들에 대해서 단체협약법의 적용을 허용하기에 이른 것이다. 그밖에도 단체협약법 제12조의 a 제1항은 유사근로자의 일반적인 개념에 대하여 매우 중요한 의미를 담고 있다.

## (2) 유사근로자 정의규정의 내용

단체협약법 제12조의 a 제1항 제1호 전단은 판례에서 발전된 유사근로자 개념의 내용을 되풀이한 것이다. 그에 의하면 “근로자와 비교가능할 정도의(또는 유사한) 사회적 보호필요성이 있는 모든 경제적으로 종속된 자는 근로자와 유사한 자이다.” 그렇지만 이 규정도 다른 법률의 정의규정과 마찬가지로 고도의 추상화된 개념을 사용하고 있으므로 그 구체화는 여전히 학설과 판례에 맡겨져 있다. 단체협약법 제12조의 a 제1항 제1호 후단과 같은 조 제2항 내지 제4항에서는 특히 단체협약법에 있어서 이와 같은 구체화의 필요성을 보충하고 있다. 특히 제12조 제1항 제1호의 a와 b는 문맥상 단체협약제도에 제한적으로 적용되어야 하며 법률상의 정의에 대한 일반적 구체화로 보기 어렵다는 견해가 있다.<sup>24)</sup> 그러나 이 후단의 규정은 추상적인 일반 조항으로 구성된 전단의 개념규정이 실무에서 적용될 수 있도록 구체화해 놓은 것이므로 이를 단지 단체협약법에 특수한 관련성을 갖는 제한적 의미로 축소적용해야 할 필연성은 없다.<sup>25)</sup> 적어도 이 규정은 유사근로자의 법률상 정의에 대하여 그 구체화를 위한 기준을 제시할 수 있는 것이다(이에 관해서 자세한 것은 다음의 III을 참고).<sup>26)</sup>

---

는 비판적인 견해를 표명하였다. BVerfGE 59, S. 231, 257 ff.

23) 이에 관해서 자세한 것은 Ji-Soon Park, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, S. 2 f.40 ff. 참고.

24) Kempen/Zachert, TVG, § 12a Rn. 13; Lund, BABI, 1974, S. 682, 683; Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 35 ff.; Wiese, Buchautoren, S. 33 f.; Wlotzke, DB 1974, S. 2252, 2257.

25) 참고로 BAG(1990.10.2) NZA 1991, S. 239; Kunze, UFITA 74(1975), S. 19, 21.

26) Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2, 9; Hromadka, NZA 1997, S. 1249, 1254; KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 8.

다만, 단체협약법 제12조의 a 제3항과 제4항은 단체협약법의 적용범위에 관한 특칙으로 보아야 할 것이다. 제3항은 방송사의 종사자나 예술분야 종사자가 어느 한 사업주에게서 자신의 전체 수입의 3분의 1 이상을 취득하는 경우에 경제적 종속성을 인정함으로써 앞의 제1항의 기준을 완화하고 있다. 독일 입법자는 이를 통해서 예술분야와 언론분야의 자유노무제공자를 가능한 한 넓게 단체협약제도에 편입시키고자 한 것이다.<sup>27)</sup> 또한 제4항은 대리상에 대하여 단체협약법의 적용을 배제하고 있다. 이 규정은 사업주들과 단체협약을 둘러싼 경쟁관계를 유발하지 않으려는 독일대리상연합회의 희망을 반영한 것이다.<sup>28)</sup> 또한 입법 이유서는 특히 1회사 전속적 대리상(Ein-Firmen-Vertreter)의 사회적 보호를 위하여 연방법무부와 노동부가 최저근로조건에 대한 법령을 제정할 수 있도록 독일 상법전 제92조의 a가 위임하고 있다는 점도 그 이유로 들고 있다. 다만, 이 규정은 1953년에 처음 도입된 이래로 아직 현실화되고 있지 않다(이에 관해서는 또한 다음의 2 (2)를 참고).

### (3) 일반적 정의규정으로서의 의미

유사근로자의 일반적 개념 구성에 대한 이 규정의 역할에 대해서는 견해가 대립되고 있다. 우선 유사근로자 개념에 대한 이 규정의 일반화를 부정하는 견해에 의하면 단체협약법 제12조의 a 제1항 제1호 전단의 정의규정은 그 법률에만 해당되는 것이므로 그로부터 유사근로자의 일반적 개념을 도출할 수 없고 단지 단체협약법의 적용대상만을 기술한 것에 지나지 않는다고 한다.<sup>29)</sup> 반면에 일반 개념으로서의 의미를 긍정하는 견해에 의하면 이 규정의 문언은 법률상 정의로서의 전형적인

27) 연방의회의 해당 상임위원회인 『노동복지위원회』의 견해, BT-Drucks. 7/2025, S. 6. 이 규정의 특별법적 의미에 대해서 이미 BAG AP Nr. 9 zu § 5 ArbGG 1979; Lund, BABl. 1974, S. 682, 683.

28) BT-Drucks. 7/975, S. 21; Kempen/Zachert, TVG, § 12a Rn. 2; Wlotzke, DB 1974, S. 2252, 2256. 정부원안은 대리상에 대한 예외규정 없이 모든 경제적 종속성이 있는 자에 대하여 단체협약제도를 확대적용하는 것이었다. 이에 대해서는 Ehrenheim, AuR 1973, S. 80, 82.

29) Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 37 ff.

모습을 가지고 있고, 이 법률은 입법 당시에 이미 관례에 의하여 전개되고 있던 유사근로자의 한계확정기준을 수용한 것이며 동시에 기타의 법률에서 사용되고 있는 규정 내용과 다를 바 없다는 점을 지적한다.<sup>30)</sup> 물론 법문언상으로는 노동법원법과 연방휴가법이 취업자의 ‘경제적 종속성’을 개념 표지로 하고 있는 데 비하여 단체협약법은 ‘경제적 종속성과 사회적 보호필요성’을 중첩적으로 적용하고 있다는 점에서 양 법률의 요건 구성이 차별화되는 것으로 보이지만, 긍정설은 노동법원법과 연방휴가법에서의 경제적 종속성의 표지를 단체협약법 제12조의 a의 정의 내용을 요약적으로 표현한 상위개념으로 이해한다. 만약 단체협약법상의 ‘사회적 보호필요성’을 추가적인 요건으로 이해한다면 이는 연방휴가법이나 노동법원법의 적용대상보다도 협소하게 적용될 것이기 때문이다. 그렇지만 노동법원법과 연방휴가법의 경제적 종속성을 단체협약법상의 요건 구성과 분리하여 이해하는 데 대한 목적론적 정당화 근거는 인정되지 않는다. 유사근로자의 요건을 사회적 보호필요성에서 구한 것은 경제적 종속성에 있는 자는 전형적으로 사회적 보호필요성과 결부되어 있다는 가치평가적 판단(wertende Erwägung)에 기초한 것이다. 다만, 이와 같은 사회적 보호필요성은 법률규정에 의하면 통상 **근로자의 사회적 보호필요성에 비견될 수 있어야 한다**. 이것이 근로자가 아니면서 근로자와 마찬가지로 (부분적이긴 하지만) 노동법의 보호를 받는 정당화 근거이기 때문이다. 이와 같은 의미에서 단체협약법상의 유사근로자의 정의는 노동법원법이나 연방휴가법의 그것과 다를 바 없다.<sup>31)</sup>

#### 4. 그밖의 법률에서의 유사근로자의 규정

유사근로자는 그 밖에도 우리의 산업안전보건법에 해당하는 노동보

30) 당시 입법 이유서 BT-Drucks. 7/975, S. 20. 그 입법이유서에 인용된 관례로서 BAG AP Nr. 17 zu § 5 ArbGG 1953; BAG AP Nr. 7 zu § 5 ArbGG 1979; BAG AP Nr. 2 zu § 2 BUrlG; BAG AP Nr. 3 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG AP Nr. 15 zu Nr. 15 zu § 850h ZPO; 그밖에도 Griebeling, NZA 1999, Sonderheft, S. 10, 13; Grunsky, ArbGG, § 5 Rn. 20 참고.

31) BT-Drucks. 7/975, S. 20. 또한 같은 견해로서 Herschel, DB 1977, S. 1185.

호법(Arbeitsschutzgesetz) 제2조 제2항 제3호와 연소근로자보호법(Jugendarbeitsschutzgesetz) 제1조 제1항 제3호 그리고 직장에서의 성희롱방지에 관한 취업자보호법(Beschäftigtenschutzgesetz) 제1조 제2항 제1호에도 근로자와 함께 해당 법률의 적용대상으로 편입되어 있다. 각 법률들의 규범 목적은 서로 다르지만, 유사근로자들도 각 법률이 예정하고 있는 개인적 법익 침해의 위험으로부터 보호되어야 한다는 점에서 공통적이다. 이 법률들은 유사근로자의 개념을 연방휴가법과 노동법원법의 해당 규정과 동일하거나 유사하게 규율하고 있다. 따라서 이 법률에서는 유사근로자의 개념에 대한 어떠한 차별화도 시도되고 있지 않다.

### Ⅲ. 독립법률에서 규율된 유사근로자의 특수형태

독일 노동법에는 유사근로자 전체를 적용대상으로 하여 추상적으로 규율된 법률규정 외에도 특정의 직업집단을 적용대상으로 하는 규정도 있다. 그것은 가내근로자를 적용대상으로 하는 가내노동법과 1회사 전속적 대리상을 적용대상으로 하는 상법 제92조의 a이다. 이 두 직업영역은 독일에서 유사근로자 개념이 형성되어 온 역사를 보여주며, 다른 유사근로자의 유형과 달리 독립된 법률에서 규율하고 있다는 특징을 지닌다.

#### 1. 가내근로자(die in Heimarbeit Beschäftigten, Heimarbeiter)

독일에서 가내근로자의 법적 보호는 특별법으로 제정된 가내노동법(Heimarbeitsgesetz)과 부분적이긴 하지만 가내근로자를 적용대상으로 하는 노동관계법률에 의하여 상대적으로 넓게 이루어지고 있다.<sup>32)</sup> 일반적인 상위개념으로서의 가내근로자는 다시 그 직업 범주가 세 가지로 나뉜다. 그 하나는 전형적인 협의의 가내근로자이고, 다른 하나는 가내수

32) 독일의 가내노동법의 역사적 발전과정에 관해서는 Ji-Soon Park, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, S. 113 ff. 참고.

공업자이다. 그리고 끝으로 이들에 유사한 지위에 있는 이른바 유사가내근로자 또는 유사가내수공업자이다(독일가내노동법 제1조, 제2조의 정의규정 참고). 이 규정의 내용들은 역사적으로 유사근로자의 개념 형성에 큰 영향을 미치고 있다. 이하에서는 가내근로자를 광의의 의미로서 협의의 가내근로자와 가내수공업자를 통칭하는 용어로 사용한다. 다만, 필요한 곳에서는 협의의 가내근로자와 가내수공업자를 구별해서 사용하기로 한다.

#### (1) 가내근로자의 유사근로자성

가내근로자와 유사가내근로자는 통상 유사근로자의 하위그룹으로 인정되고 있다.<sup>33)</sup> 가내근로자의 경우에는 비록 특별법의 적용을 받는다는 특수성이 있고 또 그 법률들이 다른 모든 유사근로자에게도 적용될 수 있는 것은 아니지만, 그렇다고 해서 가내근로자의 유사근로자성이 부인되어야 할 근거는 없다. 그들에 대해서 일반적인 경제적 종속성과 사회적 보호필요성 외에도 직업적 특수성에 기초하여 추가적으로 요건구성이 되어 있기는 하지만 그로 인하여 유사근로자성이 부인되는 것은 아니다. 원래 유사근로자는 다양한 법률관계와 발현 형태를 가지고 있으며, 그에 따라 차별화된 법률규정이 적용될 수 있는 것이므로 그것을 유사근로자성에 반대되는 근거로 삼을 수 없기 때문이다.<sup>34)</sup> 독일의 법률규정도 이 점을 부인하지 않는다. 예컨대, 노동법원법 제5조는 “가내근로자 외에도 **그밖의** 유사근로자”라고 표현함으로써 가내근로자의 유사근로자성을 묵시적으로 전제하고 있다. 다른 법률들도 많은 적든 대체로 같은 규율 모습을 가지고 있다. 반대로 어떤 노동보호법규는 유사근로자 전체에 대해

33) Becker, Die freie Mitarbeit, S. 97; Brecht, HAG, § 2 Rn. 20 ff.; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1, S. 55; KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 77 f.; Rosenfelder, Status des freien Mitarbeiters, S. 275. 반면에 부분적으로 가내근로자에 대하여 독자적인 법적 지위를 인정하고 이들을 근로자 또는 유사근로자의 범주로부터 배제하려는 견해가 있다. Otten, NZA 1995, S. 289, 292 ff.; Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, HAG, Anh. § 19 Rn. 11.

34) 이 점을 타당하게 지적한 견해로서 KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 78.

서가 아니라 가내근로자들만을 근로자외의 적용대상으로 규정하는 경우가 있다. 예를 들면, 여성근로자의 특수한 지위를 보장할 목적으로 제정된 모성보호법과 아이의 양육을 위한 연방육아법의 경우에는 유사근로자 모두를 적용대상으로 하지 않고 그 중에서도 가내근로자만을 적용대상으로 한정하고 있다. 그리고 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz)도 가내근로자의 사업 편입성을 인정하여 종업원의 대표인 경영협의회 위원에 대한 선거권을 인정하고 있다(제5조 제1항). 이와 같이 가내근로자는 일반적으로 유사근로자이면서 동시에 가내근로자의 특유한 구성요건 표지를 기초로 특별한 노동법상의 지위가 인정되기도 한다. 이와 같은 경우에도 가내근로자의 유사근로자성이 부인되거나 달리 이해되는 것이 아니다. 단지 가내근로자에 대한 특별법적 규정으로 이해될 뿐이다.<sup>35)</sup>

## (2) 유사근로자의 개념 형성에 미친 영향

가내근로자와 그와 동등한 지위에 있는 자(유사 가내근로자)의 구별은 유사근로자성 일반에 대하여 상당한 의미를 주고 있다.<sup>36)</sup> 우선 가내노동법 제1조 제2항에서 규정하고 있는 가내근로자 및 그와 유사한 지위에 있는 자의 공통점은 인적으로 자주적이지만, 다시 말하면 근로자성을 인정할 수 있는 정도의 사용종속관계는 없지만 사업주에 대하여 경제적 종속관계에 있으며 사회적 보호필요성이 인정된다. 이와 같은 의미는 가내노동법 제1조 제2항으로부터 직접 도출된다. 가내근로자에 대해서는 이미 묵시적으로 그와 같은 요건이 내재되어 있음은 앞에서 지적한 바와 같다. 그런데 이 점은 다시 가내노동법 제1조 제2항 제2문에 의하여 간접적으로 확인되고 있다. 즉 그에 의하면 “경제적으로 종속적인 지위에 있고 사회적 보호필요성이 있어야” 가내근로자와 동등한 지위가 인정된다는 것이다. 가내노동법은 다시 제2조 제1항과 제2항에서 개별적인 개념정의와 그 구체적 구성요건을 규정하고 있다. 여기

35) Buchner/Becker, MuSchG, § 1 Rn. 66 ff.; Brecht, HAG, § 2 Rn. 2.

36) 이에 관해서 자세한 것은 Park, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, S. 161 ff. 참고.

서는 구체적으로 가내근로자의 경제적 종속성의 원인을 적시함으로써 결과적으로 그 구체적 판단기준을 정하고 있다. 그에 의하면 협의의 가내근로자와 가내수공업자는 타인을 위하여 타인의 위탁으로 업무를 수행한다는 점에서, 즉 그 위탁자만이 그 생산물을 시장에서 가치실현할 수 있다는 점에서 공통적이다. 따라서 이들은 경제적으로 위탁자의 업무중개에 의존할 수밖에 없으며, 기업가적 기회를 활용할 수 있는 지위에 있지 않다.<sup>37)</sup> 또한 그들은 종업원을 두지 않고 일신적으로 노무를 수행하거나 많아야 극소수의 보조노동력을 사용할 수 있을 뿐이라는 점도 가내근로자의 노무수행의 일반적 특징으로 평가된다. 가내노동법 제2조 제1항과 제2항에서 정의된 협의의 가내근로자와 가내수공업자의 개념은 다시금 제1조 제2항을 통하여 그 의미 내용이 구체적으로 확인된다. 여기서는 가내근로자와 동등하게 취급될 수 있는 이른바 **유사가내근로자**의 표지들이 자세하게 규율되고 있는데 그 내용이 유사근로자 개념과의 관련성을 강하게 내포하고 있기 때문이다. 그에 의하면 우선 유사가내근로자는 제1조 제2항 제1문의 a 내지 d의 각호를 충족하는 경우뿐만 아니라 제1조 제2항 제3문에서 제시하고 있는 징표를 근거로 하는 경제적 종속성에 의해서 인정될 수 있다. 그에 의하면 경제적 종속성의 판단에 결정적인 판단요소는 그 유사가내근로자가 일인 또는 여럿의 사업주에 종속되어 있는가 그리고 재화시장(상품판매시장)에 대한 접근가능성이 사실상 막혀 있어서 노동의 결과물에 대한 가치실현이 사업주에게 위양되는가 하는 점이다. 그러나 경제적 종속성의 본질적 요소라고 할 수 있는 이 항목들은 확정적인 것은 아니다.<sup>38)</sup> 따라서 그밖에도 취업자의 매출(매상)과 자기투자금의 액수도 경제적 종속성 판단에 영향을 미칠 수 있다. 또한 보조노동력의 수도 함께 고려된다.<sup>39)</sup>

37) BAG AP Nr. 2, 8 zu § 2 HAG; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch Bd. 1, S. 57; Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, HAG, § 2 Rn. 6, 23, 28, 41.

38) BAG AP Nr. 5 zu § 1 HAG; Brecht, BABl. 1974, S. 677; KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 96; Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, HAG, § 1 Rn. 35.

39) 이 규정은 단체협약법 제12조의 a가 제정되던 1974년에 같은 법률에 의하여

이상과 같이 가내근로자의 유사근로자성을 인정하는 결정적인 요소는 해당 취업자가 주로 특정의 사업주를 위하여 자신의 고유한 노무제공을 통하여 생계소득을 취하며 이 때 노동결과물의 가치실현은 사업주에 넘기게 되는 경우를 말한다. 사업주에 대한 법률관계의 형성에 대하여 중요한 기준은 예컨대 그의 투자(Investitionen) 여부와 계약 상대방인 사업주의 수가 될 것이다. 일반적 유사근로자에 비하여 가내노동법상의 특수성으로 볼 수 있는 것은 가내근로자는 자신의 작업장(Betriebsstätte)에서 업무를 수행한다는 점이다. 이에 비하여 유사근로자는 자신의 고유한 업무장소에서 노무를 수행할 수도 있지만 대체로 사업주(회사)의 작업장에서 업무를 수행하는 경우가 많다.

## 2. 1회사 전속적 대리상(Ein-Firmen-Vertreter)

a) 1953년 이후의 독일 상법의 전개 과정과 유럽연합의 대리상을 위한 입법지침의 주된 경향은 대리상(Handelsvertreter)이 그들이 대표하는 사업주 내지는 기업주에 대하여 보호필요성을 가진다는 점을 인정하는 것이었다. 따라서 대리상은 가내근로자 외에 유사근로자의 전형적인 개별유형을 이룬다.<sup>40)</sup> 그렇지만 모든 대리상이 근로자에 유사한 지위에 있다는 것도 타당하지 않다. 이 점은 특히 독일노동법원법 제5조 제3항 제1문이 규정하고 있다. 즉 이 법에 의하면 노동법원의 관할이 미치는 유사근로자는 지난 6개월을 평균하여 월 1,000유로를 넘지 아니하는 '1회사 전속적 대리상'에 대해서만 적용된다고 한다. 만약 모든 대리상이 유사근로자로서 사회적 보호필요성이 인정된다면 그와 같은 적용의 제한은 필요없을 것이다. 원래 대리상은 여러 명의 사업주를 계약 상대방으로 하여 활동할 수 있고, 근로자와 달리 한 명의 주된 계약상 대방에 구속되지 않으며, 따라서 경제적 종속성이 언제나 발생하는 것

삽입된 것이다. 입법 이유에 관해서는 BT-Drucks. 7/975, S. 13.

40) 역사적으로는 Park, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, S. S. 117 ff. Neumann/Fenski, BUrlG, § 2 Rn. 74; Einem, BB 1994, S. 60; Heubeger, Sachliche Abhängigkeit, S. 106 ff. 참고.

은 아니다.

1회사 전속적 대리상은 그에 비하여 특별한 지위에 놓여 있다. 상법 제92조의 a는 앞서 언급한 바와 마찬가지로 그들의 급부와 반대급부의 적정한 규율을 위하여 최저 근로조건을 시행령으로 규율할 수 있도록 명시적으로 위임하고 있다.<sup>41)</sup> 제92조의 a는 간접적으로 1회사 전속적 대리상의 특별한 사회적 보호필요성을 확인하고 있다. 따라서 이 규정은 근로자 유사 대리상의 패러다임을 설정하고 있는 것으로 보인다.<sup>42)</sup> 유사근로자성은 상법 제92조의 a의 적용요건은 아니지만 사업주에 대하여 경제적으로 특별히 종속관계에 있는 대리상의 일부를 구체적으로 규율하고 있다는 점이 특징이며, 이를 통해서 적어도 대리상의 유사근로자성에 대한 명백한 판단기준이 제시될 수 있다. 다만, 그것이 유사근로자성의 확정적 요건인가 하는 데 대해서는 논란이 있다.

상법 제92조의 a 제1항에 의하면 1회사 전속적 대리상의 요건은 계약상의 합의나 실제적 사정으로 인하여 1회사를 초과하는 여러 회사를 상대로 계약을 체결하는 것이 불가능한 경우이다. 대리상을 한 회사에 구속시키는 계약상의 약정이란 반드시 명시적으로 다른 회사를 위한 업무활동을 금지시키는 것일 필요는 없다. 즉 사실상 타인을 위하여 업무를 수행하는 것이 사실상 불가능할 정도의 약정이 있으면 충분하다.<sup>43)</sup> 따라서 예컨대 어느 대리상이 다른 회사를 위해서 활동하기 위해서는 현재 계약상대방의 동의를 얻어야만 한다고 약정한 경우에 그 대리상이 그 동의를 얻을 때까지는 1회사 전속적 대리상의 지위에 있게 되는 것이다. 그러나 대리상에 대한 競業禁止約定은 계약기간중 상법상의 이익보장의무의 내용이므로 1회사 전속적 대리상의 요건과는 무관하다.<sup>44)</sup>

b) 대리상 중에서 특히 보험대리상(Versicherungsvertreter)의 경우는

41) 입법 이유에 관해서는 BT-Drucks. 1/3856, S. 9 f.

42) Becker, Die freie Mitarbeit, S. 97; Neumann/Fenski, BURLG, § 2 Rn. 75.

43) OLG Stuttgart BB 1966, S. 1396; MünchKomm-HGB/Hoyningen-Huene, § 92 a Rn. 10.

44) LAG Düsseldorf Bb 1956, S. 593; MünchKomm-HGB/Hoyningen-Huene, § 92 a Rn. 11.

요건이 달리 적용된다(같은 조 제2항). 즉 보험대리상의 경우에는 여러 회사를 대리하더라도 그 회사가 동일한 콘체른(또는 모기업)에 속하는 경우에는 1회사 전속성이 인정되며, 따라서 사회적 보호필요성이 인정된다.

c) 1회사 전속적 대리상은 계약상 약정된 업무활동의 종류와 범위에 의하여 타인을 위한 중개가 불가능한 대리상이다. 왜냐하면 그들의 노동력은 이미 계약상대방과 체결한 하나의 계약에 의하여 다른 추가적인 활동이 배제될 수밖에 없을 정도로 전속되어 있기 때문이다.<sup>45)</sup> 그러나 이는 예컨대 질병이나 연령과 같이 개인적인 사정에 의하여 다른 업무수행에 지장을 받는 경우와는 구별되어야 한다.<sup>46)</sup> 상법 제92조의 a의 보호목적은 가능한 한 널리 현실화하기 위해서는 대리상이 다소 경미한 범위에서 타인을 위하여 업무를 수행할 수 있는 경우에도 1회사 전속성을 인정하여야 할 것이다. 1회사 전속적 대리상의 사회적 보호필요성은 그들이 **계속적으로 한 사업주와 구속관계에 있고 타인을 위하여 자유롭게 자신의 노동력을 처분할 수 없다는 점**에서 인정될 수 있다. 이와 같이 1회사 전속적 대리상의 보호가 요청되는 것은 특정 사업주에 대한 특별한 종속적 관계로 인하여 그 사업주는 대리상의 전체 노동력을 요구할 수 있고, 그 대리상은 다른 업무의 수행을 통하여 자신의 생계를 안정적으로 유지할 수 있거나 계약관계의 종료에 따르는 위험을 분산할 수 있는 가능성을 가지지 못한다는 점에 있다(자세한 것은 다음의 제2절 참고).<sup>47)</sup>

상법상의 1회사 전속적 대리상의 요건은 노동법원법 제5조 제3항 제1문의 요건과 일치하지 않을 수 있다. 따라서 후자에서 월 평균수입을 1,000유로로 한정된 것은 상법상의 1회사 전속적 대리상의 요건이 아니다.<sup>48)</sup>

45) MünchKomm-HGB/Hoyningen-Huene, § 92 a Rn. 12.

46) LAG Düsseldorf Bb 1956, S. 593; MünchKomm-HGB/Hoyningen-Huene, § 92 a Rn. 13.

47) Solterfoht, Selbständigkeit, S. 246.

48) KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 172.

## 제2절 법적 유형(Typus)으로서 유사근로자의 개념

### I. 유사근로자의 개념 확정을 위한 방법론적 전제

#### 1. 유형(Typus)과 개념(Begriff)

유사근로자제도의 발전 과정에서 확인될 수 있는 것은 유사근로자는 근로자와 자영인의 중간적인 법적 지위를 가지고 있다는 점이다. 다시 말하면 유사근로자는 인적 자주성을 가지고 있다는 점에서, 즉 사용종속관계가 없다는 점에서 근로자와 구별되지만, 경제적 종속성과 그로부터 귀결되는 사회적 보호필요성을 지니고 있다는 점에서 일반 자영인과 구별된다. 그런데 인적 자주성과 경제적 종속성이라는 구별 기준은 그 자체로는 실제적·구체적이라기보다는 이론적·추상적 성질을 지니고 있기 때문에 구체적인 사례에서 현실적으로 적용될 수 있기 위해서는 그 추상적인 특징을 실무상 적용할 수 있는 기준으로 구체화되어야 한다. 독일의 가내노동법 제1조 제2항 또는 단체협약법 제12조의 a 제1항은 경제적 종속성 내지 사회적 보호필요성을 부분적으로 개별화된 기준으로 보완함으로써 이와 같은 필요에 부응하고 있다.<sup>49)</sup> 일반적으로 추상화된 개념 표지는 개별적인 기준만으로는 그 법적 성질이나 법률관계를 완전하게 반영해 낼 수 없는 다양한 사안들을 위하여 각 개별 기준을 총합하여 법률용어로서 축소 내지 은유된 표현이다.<sup>50)</sup> 이와 같은 이유에서 독일 가내노동법 제1조 제2항 제3문에서 열거된 취업자의 경제적 종속성 판단을 위한 표지들은 그 자체로써 확정적인 기준이 되는 것은 물론 아니다. 더욱이 가내노동법의 특수한 성격상 그 종사자는 유

49) 다음 제3절 보론에서 예로 들고 있는 오스트리아 일반사회보험법 제4조 제4항도 마찬가지이다.

50) 법률 언어의 은유화에 대하여는 Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968, S. 77 f. 참고.

사근로자의 하위그룹을 형성할 뿐이지 유사근로자 자체와 동일시될 수 없기 때문이다.

일반적인 법률개념의 형성에 있어서는 의미 내용이 확정되어 있는 좁은 의미의 **개념**(Begriff)이나 ‘근로자’라는 법률개념과 마찬가지로 하나의 **유형**(Typus)이 사용될 수 있다. 특히 법학과 같은 경험학문에서 발전된 유형 또는 유형적 **개념**(Typus)은 현실적으로 문제되고 다양하게 발현되는 사안들을 범주화하는 데 유용한 도구로서 널리 활용되고 있다.<sup>51)</sup> 서로 대등한 의미를 갖는 판단 표지가 확정적으로 정의되어 있어 그 의미내용이나 표현이 분명하게 드러나는 **개념**(Begriff)에서는 전형적인 법률의 해석방법론에 따라 사안 포섭을 통하여 설명되는 것과는 달리 유형은 목적론적 관점을 지향하고 자신이 포착하고자 하는 대상을 다양한 징표를 통해서 설명해낸다. 즉 유형은 개념처럼 어떤 확정된 표현을 가지고 있지 않으며 오히려 그와 같은 유형을 특징짓는 다양한 징표들을 동원한다.<sup>52)</sup> 따라서 그 유형의 규범목적론적 가치맥락에 벗어나지 않는 한, 사안에 따라 또는 시대에 따라 법형성에 의하지 않고도 새로운 기준이 추가될 수도 있고, 각각의 징표들은 등급화 내지 차별화되어 적용되기도 하고, 일부 징표의 흠결이 다른 강력한 징표에 의하여 보완되기도 한다.<sup>53)</sup> 따라서 어떤 사안을 근로자 또는 유사근로자와 같은 어느 특정의 유형에 포섭시키기 위해서는 모든 징표들이 동등한 자격으로 존재할 필요가 없다. 따라서 개개의 사안이 특정 유형에 해당되는지 여부를 판단하기 위해서는 그 유형의 규범목적적 전제와의 관련성을 고려하면서 가치평가적인 종합적 고찰방법(wertende Gesamtbetrachtung)이 동원되는 것이다.<sup>54)</sup> 결국 유형 개념은 사태의 전개와 발전에 개방적이며 다

51) Wachter, Wesensmerkmale, S. 118.

52) Bydlinski, Methodenlehre, S. 544; Herschel, FS für Kunze, S. 225, 229, 233; Leenen, Typus, S. 34 ff.

53) 법학방법론상의 유형 개념에 관해서는 Bydlinski, Methodenlehre, S. 544; Herschel, FS für Kunze, S. 225, 229를 참고하고 유형의 표지들이 갖는 탄력성에 관해서는 특히 Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 299; Leenen, Typus, S. 34, 43 참고.

54) 이와 같은 의미에서 우리 법원이 근로자 개념의 판단에 있어서 이와 같은 종합적 고찰방법을 채택하고 있는 것은 근로자 개념을 좁은 의미의 ‘개념’으로서

24 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

양한 징표들은 확정적 표지에 의하여 구성되는 ‘개념’보다도 더 구체적이고 현실에 가깝게 구성될 수 있다.<sup>55)</sup>

## 2. 유형론적 고찰방법에 의한 유사근로자의 구별

‘유사근로자’라는 법률 개념은 특정 직종을 한정하여 표현하는 개념이 아니라 모든 직종을 아우르는 일반적 개념으로 자리하고 있다.<sup>56)</sup> 유사근로자의 개념이 이른바 좁은 의미의 개념으로서 성격을 지니는 것이 아니면 유형으로서의 성격을 지니는가는 이제 그 용어에 설정된 요건들이 하나의 표지를 통하여 해결되는가 하는 점에 달려 있다. 예컨대 앞서 예로 든 독일 가내노동법 제1조 제2항은 가내근로자와 대등한 지위에 있는 자의 요건으로서 경제적 종속성과 사회적 보호필요성을 규정하면서 특히 경제적 종속성에 대한 기준이 되는 판단 표지들을 다시 제1조 제2항 제3문에서 열거식으로 규정하고 있다. 그러나 여기서 열거된 표지들은 그 자체로서 확정적 의미를 갖는 것이 아니라 다른 사정들도 취업자의 경제적 종속성을 성립시킬 수 있음을 천명하고 있다. 결국 어떠한 경우에도 **근로자와의 유사성 내지 대등성**을 판단하기 위해서는 종합적인 고찰을 벗어날 수 없는 것이다. 따라서 독일 가내노동법 제1조 제2항이 비록 유사근로자에 대한 일반적 표지를 규율하는 것이 아니라 유사근로자를 구성하는 하나의 하위집단에 적용되긴 하지만 유사근로자의 용어가 유형적 성격을 가지고 있음을 반영하고 있는 것이라 할 수 있다. 단체협약법 제12조의 a 제1항 제1호의 경우에는 유사근로자에 대한 법률상의 정의를 내리고 있다. 그러한 한에서 개념적 정의로서 보일 수도 있다. 그러나 그 정의는 다시금 경제적 종속성과 사회적 보호필요성이라는 불특정 개념, 즉 다시 그 내용이 채워져야 하는 개념

---

가 아니라 ‘유형적 개념’ 또는 ‘유형’으로 이해하고 있다는 점을 전제로 하는 것이다.

55) Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 292.

56) 이에 관해서는 다음 제3절 오스트리아 일반사회보험법 제4조의 개정을 참고. 반면에 프랑스와 같은 특정 직업별 또는 특정 취업형태를 적용대상으로 하는 이른바 열거주의 법률형태는 현대적 취업관계의 전개와는 잘 부합되지 않는다.

요소로 구성되어 있다. 따라서 개념의 정의에 따른 규율방식을 취하고 있지만 그것이 유사근로자의 ‘유형’으로서 성격을 부인하는 것은 아니다.

또한 다양한 취업자의 법률관계 및 앞으로 발생할 잠재적 취업군의 법률관계를 판단하는데도 그 요건이 개별적으로 확정되어 있는 개념에 의하기보다 현실적 조건의 변동가능성을 다양한 징표를 통하여 포착해 낼 수 있는 유사근로자라는 유형을 적용하는 것이 더욱 적절할 것이다. 이상과 같은 ‘유형론적 고찰방법(typologische Betrachtungsweise)’은 개개의 구체적인 사례에서 그 유형을 통하여 실현하고자 하는 법적 가치를 현실화하는 개념에 비하여 훨씬 유리할 수 있다. 그런데 이와 같은 ‘유형’이란 것은 법률규정을 통하여 표현된 유사근로자의 공통분모를 통하여 구성되는 것이므로, 법질서의 체계 내에서 어떤 특정한 기능을 수행하는 규범적 개념이 된다. 따라서 ‘유형’이 새로운 변화가능한 징표에 의하여 구체적으로 현실적으로 포착되어지는 것이라 하더라도 그 유형을 결정짓는 추상적 공통분모는 규범적인 요소를 담고 있으며, 그 규범목적의 범위 내에서 새로운 징표를 통하거나 또는 종합적 고찰 방법을 통하여 확정되는 것이다.

유사근로자를 근로자나 자영업자와 구별하는 데 있어서 유형론적 방법론이 갖는 또 하나의 특수성은 인적 자주성 내지 경제적 종속성이 어떤 절대적인 표지를 구성하는 것이 아니라는 점이다. 구체적인 사례마다 각각의 직업집단 사이에는 그와 같은 징표가 차별적으로 존재하기 때문이다. 예컨대 지시권구속관계의 형태로 존재하는 인적 종속성은 근로자를 징표하는 것이긴 하지만 법률관계의 유형(즉 계약유형)에 따라 자영업인에게도 그 계약관계의 속성상 다소의 지시권구속관계가 불가피한 경우도 있다. 따라서 근로자와 유사근로자의 구별은 인적 종속성의 ‘정도 또는 크기’에 달려 있는 것이지, 인적 종속성과 인적 자주성을 一刀兩斷하여 적용할 수는 없는 것이다. 경제적 종속성도 마찬가지이다. 경제적 종속성은 유사근로자를 진정한 의미의 자영업자와 구별하는 절대적 기준이 아니다. 진정한 의미의 자영업인도 당연히 경제적 종속성을 지닐 수 있다(경제법상의 규정 참고). 따라서 진정한 의미의 자영업인과 유사근로자의 구별 또한 경제적 종속성의 ‘정도 및 크기’에 달려 있는 것이다.

## II. 유사근로자성의 판단기준에 대한 법체계적 구성

### 1. 서설

원칙적으로 유형을 구체화하기 위해서는 유형 자체가 규범적 성격을 지니고 있다는 점 그리고 구체화되는 기준이 지향해야 할 특성의 가치적 관점이 그 유형을 결정하고 있다는 점을 특별히 주의해야 한다. 따라서 유형의 징표적 개방성은 절대적인 것이 아니라 규범목적에 대하여 상대적인 것이다.<sup>57)</sup> 이 점은 개별적인 징표들이 현실적으로 존재하지 않는 경우에도 유형의 적용을 가능할 수 있게 만든다.

유사근로자의 유형을 법체계적 관점에서 구체화하기 위해서 독일에서는 단체협약법 제12조의 a 제1항이 중요하게 고려된다. 그것은 우선 규율체계상의 관점에서 이른바 유사근로자 개념에 대한 법률상 정의(Legaldefinition)를 내리고 있고, 가내노동법과는 달리 유사근로자 일반에 대하여 적용되기 때문이다. 뿐만 아니라 단체협약법 제12조의 a는 오랫동안 판례에 의하여 발전되어 온 유사근로자의 판단기준을 수용하고 있다. 이와 같은 이유로 위의 법률에서 제시되고 있는 기준들이 비록 절대적인 표지로서 평가될 수는 없지만 적어도 일응의 판단기준으로서 의미를 가질 수 있다.

우선 단체협약법 제12조의 a 제1항의 정의에 의하면 유사근로자는 고용 또는 도급계약에 의하거나 그와 유사한 법률관계에 의하여 노무를 급부하는 자로서 한편으로는 인적 종속성이 미약하여 근로자가 아니고 다른 한편으로는 상대방인 사업주에 대한 경제적 종속성과 근로자에 비견되는 사회적 보호필요성이라는 사회적 지위로부터 기업가, 자영인과 구별되는 취업자를 의미한다.<sup>58)</sup> 이를 통해서 유사근로자에 대한 본질적인 판단요소가 도출될 수 있다.

우선 유사근로자가 자영인으로서의 법률관계와 속성을 갖는다는 점

57) Larenz, Methodenlehre, S. 221 f.; Wachter, Wesensmerkmale, S. 116.

58) BAG(1993.4.15) NZA 1993, S. 789; ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 134; KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 9a를 참고.

에 대해서는 의심의 여지가 없다. 따라서 유사근로자는 ‘근로자에 유사한 자영인’이라는 표현이 더 적합한 표현일 수도 있다.<sup>59)</sup> 따라서 우선 유사근로자가 근로자와 어떠한 점에서 본질적인 차이를 갖고 있는지 살펴보는 것이 필요하다. 다음으로 모든 자영인이 보호필요성이 있거나 보호할 만한 가치가 있는 것은 아니다. 따라서 유사근로자는 경제적 종속성 및 사회적 보호필요성이라는 특별요건에 의하여 진정한 의미의 자영인과 구별하고 있다. 이는 법질서에 의한 사회적 보호를 필요로 하는 근로자와의 보호적 유사성을 밝히는 핵심적 표지이다. 그와 같은 이유로 유사근로자의 중심 기준이라고 할 수 있는 이 양자의 표지가 구체화되어야 한다.

## 2. 자영인으로서 유사근로자의 계약유형적 특징

유사근로자는 근로자가 아니므로 자영인으로서의 일반적인 법적 기초를 가지고 있다. 따라서 우선 자영인으로서 근로자와 대비되는 일반적 요건을 우선적으로 검토하는 것이 요구된다. 그것은 유사근로자제도가 우연적인 보호필요성이라는 사회정책적 목표에 의해서 그 법적 성질과는 무관하게 임의로 또는 즉흥적으로 보호되는 것이 아니라 일정하게 계약유형적 성격을 지닌 독자적 취업관계의 범주로서 그 법적 성격이 규명되어야 하기 때문이다.

### (1) 사법상의 계약관계

근로자와 마찬가지로 자연인만이 유사근로자로서 인정된다. 法人의 유사근로자성은 인정되지 않는다.<sup>60)</sup> 모든 유사근로자의 법률행위적 기초는 사법상의 채권계약으로서 그의 급부는 사법상의 합의에 기초하여 타인에 대하여 제공되어야 한다. 사법적 계약기초를 갖지 아니하는 노무 급부의 제공은 유사근로자의 법률관계를 형성하지 아니한다.<sup>61)</sup> 그밖에

59) Hromadka, FS für Söllner, S. 461, 466.

60) Germelmann u.a./Müller-Glöge, ArbGG, § 5 Rn. 20.

61) BAG(1986.11.18) MDR 1987, S. 610; Wachter, Wesensmerkmale, S. 98 f.

근로자의 경우와 마찬가지로 형식적인 계약관계의 표현은 고려되지 아니하며 노무급부의 종류도 유사근로자의 법률관계 형성에 아무런 영향을 주지 아니한다. 따라서 숙련적 내지 전문적 업무뿐만 아니라 단순 비숙련노무도 유사근로자의 대상이 될 수 있다.<sup>62)</sup>

## (2) 계약유형

유사근로자는 법적으로 자영인이다. 자영인의 개념은 특별히 법률상 정의된 바가 없다. 참고로 독일 상법전 제84조 제1항 제2문은 자영인을 “본질적으로 자유롭게 자신의 업무를 관리·조직하고, 자신의 근로시간을 결정할 수 있는 자”라고 규정하고 있다. 이 기준에 의하여 독일 상법전은 독립적인 대리상과 종속적인 상업사용인(즉 근로자)을 구별하고 있다. 그러나 이 규정은 자영인에 대한 구성적(konstitutiv) 정의 내용을 포함하고 있지는 않다. 왜냐하면 이 규정은 자영인이 단지 노무를 사용종속성 없이 급부한다는 점을 언명하는 데 그치고 있기 때문이다.

자영인을 인적으로 자주적인, 다시 말해서 사용종속성 없이 노무를 제공하는 자로 정의할 수 있다면 자영인의 노무에 관해서는 원칙적으로 위임과 도급을 포함하는 모든 노무공급계약 유형이 고려될 수 있을 것이다. 따라서 유사근로자의 법률관계는(넓은 의미의) 고용계약으로 제한되지 아니한다.<sup>63)</sup> 현실적으로도 동일한 노무가 고용계약 또는 도급계약의 대상이 될 수 있음은 물론이다. 이러한 이유로 독일 단체협약법 제12조의 a는 도급계약이 유사근로자의 법률관계를 창설할 수 있는 계약유형이라는 점을 적극적으로 수용하는 입법적 결정을 내렸던 것이다.<sup>64)</sup> 이렇게 보면 有償委任을 인정하고 있는 우리나라에서는 위임계약

62) BAG(1997.4.11) NZA 1998, S. 499.

63) 일찍이 Dersch/Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, § 5 Anm. 6. 그밖에도 Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2, 9; Herschel, DB 1977, S. 1187; Hromadka, NZA 1997, S. 1149, 1253 등 참고.

64) 이에 관해서는 Wlotzke, DB 1974, S. 2252, 2258; KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 11. 이에 비하여 오스트리아의 입법자는 사회보험법의 개혁에서 도급계약에 기초한 자영인에 대해서는 고용계약상의 자영인과 구별하여 새로운 자영인(Neue Selbständige)으로서 일반 사회보험법이 아니라 영업인 사회보험법의 적용대상으로 하고 있다(다음 제3절의 보론 참고).

에 기초한 노무급부도 유사근로자의 법률관계를 성립시킬 수 있으며, 고용과 도급의 요소를 포함하는 혼합계약 또는 비전형계약도 유사근로관계를 형성할 수 있다. 또한 노무공급계약의 유형은 민법전에만 규율되어 있는 것이 아니라 상법전에도 규율되어 있다. 상법전에 규율된 계약유형은 통상 민법전의 기본 계약유형을 조합하거나 결합시킨 경우가 일반적이므로 별도의 계약유형을 인정할 필요가 있는지 의문이 있으나, 각각의 계약유형이 급부 목적에 따른 특수성을 강하게 지니고 있으므로 상법전의 계약유형에 해당하는 노무제공자도 유사근로자성이 인정될 수 있다.

계약관계의 법적 성질은 유사근로자성의 판단에 적지 않은 의미를 가지고 있다. 예컨대 조합계약에 의하여 조합원의 지위에 있는 자는 비록 노무제공을 의무 내용으로 하더라도 유사근로자성이 인정되기 어렵다. 왜냐하면 그는 자신의 급부를 다른 조합원과 공동으로 추구하는 목적을 위하여 제공하며, 그에 대한 보수는 자신의 노무급부와는 직접적인 반대급부로서의 성격을 가지는 것이 아니기 때문이다.<sup>65)</sup> 결론적으로 유사근로자의 법률관계는 우리의 경우 고용계약과 근로계약의 관계가 논란이 되고 있으므로 적어도 도급 또는 위임의 요소를 지닐 것을 전제로 한다.

### (3) 근로자성의 흠결

인적 자주성이란 표지는 유사근로자를 근로자로부터 구별하는 중요한 기준이다. 인적 자주성은 근로자와의 동일성을 배제하고 유사근로자라는 근로자와 병존하는 법적 제도를 창출해 주는 여지를 제공한다. 그런데 유사근로자성을 판단하기 위해서는 독자적으로 인적 자주성을 확인하는 일이 쉽지 않다. 오히려 근로자성이 유사근로자성에 앞서 우선적으로 판단되어야 하고 그로부터 인적 자주성이 추단되는 과정을 밟게 된다. 따라서 구체적인 사례에서는 어떤 취업자가 근로자성이 인정되는지 여부가 먼저 판단되고, 만약 근로자로서 인정되면 유사근로자성의 문제는 더 이상 따져 들어갈 필요가 없게 된다.

이와 같이 유사근로자가 근로자와 구별되는 인적 자주성을 갖는다는

65) Maschmann, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, S. 111.

점은 유사근로자의 판단기준인 경제적 종속성 및 사회적 보호필요성 그리고 독일 단체협약법 제12조의 a에서 기술된 기타의 구체적인 표지가 근로자성의 판단 표지와는 직접적인 관련성을 갖지 못하며, 그 기준들이 자영인의 요건인 인적 자주성과 병존될 수 있는 것임을 밝혀주고 있는 것이다.

### 3. 일신전속적 노무급부의무

#### (1) 노무급부의 일신전속성의 법적 함의

일신전속적 노무급부는 근로자의 통상적인 노무제공의 모습이다. 노무급부의 일신전속성이란 노무급부의 채무자인 근로자 본인이 직접 업무를 수행하여야 한다는 점에서 업무의 대체성이 없음을 의미한다. 근로자는 자신의 노동력을 사용자의 처분에 맡기고 자신의 개인적 급부 능력에 따라 채무로서 노무를 급부하게 된다.<sup>66)</sup> 근로계약관계에서 이행 보조자를 사용하는 경우는 매우 예외적인 사정에 속한다. 이때에는 사용자와의 합의가 전제되어야 함은 물론이다. 이와 같은 예외가 인정되지 아니하는 경우에는 일신전속적 노무급부는 근로계약의 본질적 표지에 속하게 된다. 따라서 일신전속적으로 노무를 제공하지 않고 자신의 이행보조자를 통하여 노무를 제공하도록 할 수 있는 자는 사업주에 대하여 지시권의 구속을 받지 아니하므로 사용종속관계가 인정되지 않는다.<sup>67)</sup> 그러나 이와 같은 요소는 근로자성을 판단하는 데 충분조건이 되지 못한다. 그것은 근로계약이 아닌 노무공급관계에서도 일신전속적 노무급부가 가능하기 때문이다. 따라서 도급계약에서 수급인의 일신적 노무급부의무가 약정되었다 하더라도 그것만으로 수급인이 근로자의 지위에 서는 것은 아니다.<sup>68)</sup> 반면에 노무급부의무자가 일신전속성이 없다는 것은 자영인성을 인정하는 중요한 표지로 작용한다. 즉 전형적인 자영인은 급부의 업무대체성을 가지고 있다.<sup>69)</sup>

66) Staudinger/Richardi, § 611 Rn. 330 참고.

67) Boemke, DStR 2000, S. 1694, 1700; BAG (2001.12.12) NZA 2002, S. 787.

68) Palandt/Sprau, § 631 Rn. 12.

69) BAG (1998.9.30) NZA 1999, S. 374 참고.

## (2) 유사근로자의 요건으로서 일신전속적 노무급부의무의 의미

그런데 독일 단체협약법 제12조의 a에 의하면 채무로서의 노무급부는 “일신적으로 그리고 대체로 (다른) 근로자의 협력 없이” 제공되어야 한다. 즉 협력자의 도움 없는 일신적 노무급부의무를 유사근로자의 요건으로 하고 있는 것이다. 이 점에 관한 한 유사근로자는 근로자와 같거나 유사한 요건을 충족하여야 한다. 학설상으로는 이와 같은 요건의 의미가 달리 설명된다. 우선 취업자의 일신전속성을 경제적 종속성의 표지로 설명하는 견해가 있다. 즉 취업자는 자신의 처분가능한 노동력이 제한되어 있으므로 다른 근로자 등 협업자(Mitarbeiter)의 투입 없이는 임의로 자신의 사업을 확대할 수 없다. 복수의 계약상대방을 위해서 활동하기 위해서는 자신의 업무를 여러 협업자에게 배분할 수 있어야 하기 때문이다. 따라서 그는 대개 1인 또는 극소수의 사업주를 위하여 고정되어 있고 자신의 생계활동의 위험을 분산하기 어렵다. 그 결과 개별 사업주에 대한 종속성이 커질 수밖에 없다.<sup>70)</sup> 다른 한편으로 일신전속적 노무급부는 근로자와의 유사성을 판단하는 표지로서, “근로자에 비견될 만한 사회적 보호필요성”의 구체적 표현으로 이해된다고 한다. 즉 이 표지는 이렇다 할 자신의 노동조직을 갖추지 않고 사용자의 시설과 조직을 이용하여 노무를 제공하는 근로자의 일반적 특징으로 볼 수 있으며, 그로부터 근로자와 유사한 보호필요성이라는 관련성을 판단할 수 있다는 것이다.<sup>71)</sup> 또 다른 견해는 노무자가 부담하는 일신전속적 노무급부의무를 경제적 종속성과 사회적 보호필요성 외의 제3의 요건으로 이해한다. 단체협약법 제12조의 a가 규정하고 있는 사회적 보호는 개별적인 개인에 결부된 노동력에 대해서만 관련되는 것이므로, 기업गत 조직에 기초하여 노무를 제공하는 자는 그 보호 범위에 포함되지 아니한다는 점을 그 근거로 들고 있다.

70) 특히 Schubert, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, S. 35.

71) Boenke, ZfA 1998, S. 285, 319; Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 240.

### (3) 일신전속적 노무급부의무의 계약관련성

채권자는 원래 급부의 결과에 대해서만 관심을 가질 뿐, 급부행위 그 자체 또는 채무자의 인격 등에 대해서는 그러하지 아니하다. 따라서 일신전속적 급부의무는 민법체계상으로 보면 노무급부관계의 인적 관련성이 강조되는 예외적 구조에 속한다. 고용계약상의 일신전속성뿐만 아니라 사단법인의 기관이나 수임인, 임치인, 회사의 업무집행사원 등의 경우도 이와 같은 예외에 해당된다.<sup>72)</sup> 따라서 일신전속적 노무급부는 근로계약의 전형적인 모습이긴 하지만 그밖의 노무급부관계에서도 급부관계의 성질에 따라, 특히 계약당사자의 특별한 신뢰관계에 의하여 발생할 수 있음은 물론이다. 반면에 노무급부의무자가 일정한 사업 목적을 추구하는 기업가인 경우에는 원칙적으로 자신의 노무를 기업조직에 의하여 수행하게 하는 것이 보통이다. 따라서 이 경우에는 인적 급부관련성이 없다.

### (4) 일신전속적 노무급부의무와 독일 단체협약법 제12조의 a의 의미

일신전속적 노무급부의무는 원칙적으로 두 개의 요소로 구성된다. 그 하나는 노무급부의무자가 자신의 노무급부를 개인적으로 자신의 노동력을 가지고 제공하여야 한다는 것이고, 다른 하나는 노무급부를 위하여 제3의 보조노동력을 투입할 수 없다는 점이다. 그런데 유사근로자의 경우에 이와 같은 일신전속적 노무급부의무가 근로자의 경우처럼 엄격하게 이해되어야 하는가, 아니면 이 의무는 원칙적인 의미만을 가질 뿐 어느 정도 유연하게 적용될 수 있는가 하는 점이 문제된다. 근로관계의 경우에는 노무급부의 성질, 급부 약정의 내용 또는 사용자의 동의 등이 있는 경우에 그 예외가 인정된다.<sup>73)</sup> 유사근로자는 근로자와 동일한 정도의 일신전속적 노무급부의무를 가지는 것은 아니다. 이에 대하여 독일 노동법은 두 개의 관련 규정을 두고 있다. 그 하나는 단체협약법 제12조의 a이고, 다른 하나는 가내노동법 제2조이다. 그에 의하면 우선 친족법상 가족구성원의 조력은 유사근로자성의 인정에 영향을 미치지

72) Maschmann, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, S. 143.

73) 예컨대 간접적 근로관계가 인정된다.

않는다. 왜냐하면 이 경우 가족구성원의 조력은 근로자로서의 노동력을 의미하지 않기 때문이다. 독일 단체협약법 제12조의 a에서 규정하고 있는 ‘주로(본질적으로) 근로자의 협력 없이’에서 **주로(본질적으로)**의 의미는 유사근로자의 성격을 고려한 것으로 해석된다. 즉 유사근로자에 대해서는 경미하거나 일시적인 보조노동력의 사용이 인정된다는 것이다.<sup>74)</sup> 그러나 그와 같은 보조노동력의 사용이 무한대로 가능한 것이 아님은 물론이다. 독일 가내노동법 제2조 제2항에 의하면 가내수공업자의 유사근로자성이 인정되기 위해서는 2인 이내의 근로자를 사용하는 경우로 제한된다.

노무급부의무의 일신전속성이 노무공급관계가 지니는 특수한 **사회적 관점**을 보여주는 것은 분명하다. 왜냐하면 그로 인해서 노무의 제공은 노무제공자의 일신으로부터 분리될 수 없는 것으로 전환되고 따라서 당사자의 법적 긴밀도가 강화되어 쌍방의 부수적 주의의무가 확대되고 그로 말미암아 경제적 종속성의 관점이 설명하는 것처럼 자신의 생계 활동의 위험을 분산할 수 있는 기회를 상실하기 때문이다. 뿐만 아니라 자신의 사업조직을 갖지 못한다는 점은 근로자와 유사한 사회적 보호 필요성의 표지가 발생시킬 수 있는 요소이기도 하다. 그렇지만 이러한 결과들은 노무급부의 일신전속성 그 자체의 본질이라기보다는 일신전속성을 계기로 하는 것이다. 따라서 경제적 종속성과 사회적 보호필요성을 구체적으로 판단하기 위한 전제로서의 의미를 갖는 것이지 그것과 동일시하기 어려운 것으로 보인다.

#### 4. 경제적 종속성의 내용

##### (1) 서설

위에서는 유사근로자의 계약적 기초를 중심으로 그 요건을 검토하였고 이를 통해서 계약적 차원에서의 근로자와 유사근로자 그리고 자영인의 차별성과 유사성을 검토하였다. 그러나 그것만으로 유사근로자의 사회적 보호필요성 내지 보호가치가 충분히 설명되는 것은 아니다. 일

74) Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 71.

신적 노무급부의무를 부담한다 하더라도 노동법의 보호를 향유하는 (필요)충분조건으로서의 사용종속관계가 결여되어 있으면, 업무대체성이 없다는 점으로부터 직접 그 보호필요성이 승인되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 노동법은 유사근로자에 대하여 노동법의 보호를 귀속시킬 수 있는 요건을 마련해 두지 않으면 안 된다. 오래 전부터 유사근로자에 대한 보호체계를 승인하고 발전시켜 온 독일의 법질서는 독립적으로, 즉 지시권구속성이 없이 노무를 제공하는 자라 하더라도 사회적 보호필요성이 있을 수 있음을 인정하고 있다. 물론 노동법이(일부) 적용되는 인적 범위를 통일적으로 표현하고 있지는 않지만, 앞서 독일의 관련 법규정을 통해 확인하였듯이 **경제적 종속성하에서** 노무를 제공하는 자에 대하여 노동법상의 보호의 일부를 보장할 수 있다는 점에 대해서는 이견이 없다.<sup>75)</sup> 특히 독일의 노동법은 그와 같은 노동법상의 부분적 보호를 위하여 특히 ‘생계를 위하여 특정의 노무급부관계에 의존하고 있다’는 점에 경제적 종속성의 본질적인 표지를 설정하고 있음이 분명하다.<sup>76)</sup> 이와 같은 의미의 경제적 종속성은 역사적 경험에 의하면 사회적 약자의 보호를 목적으로 하는 사회적 법(Soziales Recht)이 성립하는 데 근거가 되었으며 그 결과 노동법학의 초기 단계에서는 인적 종속성과 더불어 근로자 개념의 표지로서 함께 기능하여 왔다. 이와 같은 관점은 경제적 종속성이 이미 근로자 개념의 논의에서 제2선으로 후퇴한 오늘날에까지도 종종 주장되고 있다.<sup>77)</sup>

## (2) 경제적 종속성의 구체화

유사근로자의 중심 표지로서 경제적 종속성의 규범적 의미 내용은 다음과 같이 단계적으로 발전하여 왔다.

가) 자신의 노동력에 관한 처분의 자유의 제한

a) 경제적 종속성에 관한 최초의 규범적 내용은 1926년에 제정된 독일 노동법원법에서 당시 시행되고 있던 가내노동법상의 가내수공업의

75) Buchner, ZUM 2000, S. 624, 626.

76) 특히 Hromadka, NZA 1997, S. 569, 575 f.; MünchArbR/Ricardi, § 24 Rn. 19.

77) 이러한 최근의 논의에 대해서는 김형배, 『노동법』, 53쪽 이하, 특히 62쪽 참고.

개념과 결부되어 전개되었다. 그에 의하면 유사근로자는 근로자와 매우 유사한 경제적 관계에서 특정 타인의 위탁과 계산으로 노무를 급부하는 자를 말하며, 이는 그 노무자가 직접 원료와 재료를 조달하더라도 무방하다고 설명되고 있다.<sup>78)</sup> 이로부터 ‘특정 타인의 업무위탁과 계산’이라는 경제적 종속성의 표지가 도출된다. 이 표지는 다시 특정 타인의 위탁이라는 요소와 그의 계산이라는 요소로 구성되는데, 전자의 경우에는 ‘위탁자와의 관계에 대한 어느 정도의 계속성’으로 이해되고 있다.<sup>79)</sup> 유사근로자도 본질적으로 자영인이기 때문에 특정의 제3자에 구속되어 있지 않으며, 따라서 임의의 제3자와 얼마든지 자유롭게 계약관계를 맺을 수 있다. 그러나 그 자영인이 유사근로자로 인정되기 위해서는 근로자와의 유사성이 있어야 하는데 그것은 다수의 제3자에 대하여 노무를 제공하지 않으며 또한 자신의 업무시간과 위탁자를 임의로 교체해서도 안 되고 특정 위탁자에 대하여 어느 정도의 기간적 계속성을 유지하여야 한다는 것이다.<sup>80)</sup> 다수의 고객을 상대로 또 상대방을 바꾸어가면서 노무를 제공할 수 있다는 것이 일반 자영인의 특징적인 모습이라면, 유사근로자의 특징은 단지 특정의 상대방에 대하여 계속적으로 노무를 제공한다는 점에 있다는 것이다. 계약관계의 기간이 길면 길수록 취업자와 그 계약상대방인 사업주의 관계는 법적으로나 경제적으로 밀접한 구속관계를 낳게 된다. 먼저 규범적으로 사업주는 계속적 고용관계에 기초하여 강화된 부수의무, 특히 보호의무 및 배려의무를 부담한다.<sup>81)</sup> 또한 경제적으로도 취업자의 경제적 존립의 계속적 보장을 위하여 그 특정의 사업주에 대한 종속성이 강화될 수밖에 없다.

b) ‘타인의 계산’이라는 요소는 ‘고유한 기업가적 위험’을 부담하지 않는다는 것을 의미한다.<sup>82)</sup> 따라서 타인의 계산이란 일반적인 기업가적

78) Dersch/Volkmar, ArbGG, § 5 Anm. 6; Hromadka, NZA 1997, S. 569, 572 f. 참고.

79) Dersch/Volkmar, ArbGG, § 5 Anm. 6c.

80) Scheider, Zum Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person, S. 25.

81) 이에 관한 자세한 논증은 Park, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, S. 173 ff. 참고.

82) Dersch/Volkmar, ArbGG, § 5 Anm. 6c.

위험, 즉 자본투자, 고객의 확보, 판매규칙, 원가계산 등은 위탁자가 기업가로서 부담하는 것이므로 이를 갖추게 되면 유사근로자성이 인정되기 어렵다.<sup>83)</sup> 유사근로자는 수요와 공급이라는 시장조건을 염려하지 않는다. 그는 위탁자와 그저 특정의 업무량과 그에 대한 보수를 약정하면 된다. 다시 말하면, 노무제공자는 직접 시장에 참여하지 않으며 자신의 노동생산물의 가치화를 위탁자에게 넘겨야 한다. 바로 이 점에서 경제적으로 종속적인 지위에 있게 된다는 것이다.<sup>84)</sup>

c) 이와 같은 기준은 한편으로는 타인을 위한 모든 업무활동이 결과적으로는 그 타인에게 유용화된다는 점에서 너무나 광범위하고 다른 한편으로는 이 기준이 특정 직업군에 대해서만 적용될 수 있을 뿐이라는 점에서 너무나 좁게 이해될 수 있다. 이 기준은 역사적으로 가내수공업자와 독립적인 영업인의 구별을 위하여 사용되어 왔다는 점에서 이를 알 수 있다.<sup>85)</sup> 따라서 1953년 개정된 독일 노동법원법에서는 가내노동법과의 관련성 없이 단순히 ‘경제적 종속성’을 유사근로자의 표지로 규율하고 있다.

#### 나) 취업자의 收入源: 경제적 생존의 기초

독일 연방노동법원(BAG)은 ‘재정적 요소’를 경제적 종속성의 판단기준으로 발전시켰다. 그에 의하면 노무제공자가 경제적 존립의 기초로서 자신의 노동력의 사용 및 그로부터 받는 수입에 의존하는 경우에는 경제적 종속성이 인정된다는 것이다.<sup>86)</sup> 그러나 이것만으로는 유사근로자의 판단기준으로 충분하지 않다. 왜냐하면 생계유지를 위하여 노무제공자는 임의로 다수의 위탁자를 위하여 업무를 수행할 수 있으며, 특정의 위탁자에게 의존하지 않을 수도 있기 때문이다. 따라서 이 때 그 업무는 여럿의 위탁자 중에서 특정의 위탁자에 대하여 주로 행해지고 그로부터 받는 수입이 결정적인 생존의 기초를 이룬다는 것이 추가로 요구

83) Hromadka, NZA 1997, S. 1249, 1252.

84) Herschel, DB 1977, S. 1185, 1187. 그에 의하면 이와 같은 요소는 경제적 종속성의 핵심적 요소이다.

85) Hromadka, NZA 1997, S. 569, 573.

86) 기본적으로 BAG (1967.6.8) DB 1967, S. 1374; 또한 BGH (1998.10.21) NZA 1999, S. 110 참고.

된다.<sup>87)</sup> 이와 같은 관점은 이미 노동법상 전통적인 경제적 종속성의 표지로 설명되어 왔다.<sup>88)</sup> 이와 같은 경제적 종속성은 특정의 계약상대방과 경제적 관련성 내지 소득관련성이 커서 이 업무를 포기함으로써 받게 되는 위험이 다른 새로운 경제적 계기를 가짐으로써 얻게 될 기회보다도 더 클 경우에 인정될 수 있다.<sup>89)</sup> 유사근로자의 노동력은 다양한 계약상대방에 대하여 제공될 수 있는 것이지만, 그 중 특정의 계약상대방과의 관계에 명백한 경제적 중점이 놓여 있어서 그로부터의 업무위탁이 없으면 자신의 경제적 존립을 유지하기 어려울 정도를 의미하게 된다.<sup>90)</sup>

다) 계약상대방과의 개별적 급부관계 : 독일단체협약법 제12조의 a에 의한 경제적 종속성의 구체화

a) 경제적 종속성이라는 일반적 요건은 독일 단체협약법 제12조의 a 제1항 제1호 a와 b호에서 더욱 구체화되어 있다.<sup>91)</sup> 법률규정의 구조를 보면 경제적 종속성이 인정되기 위해서는 a호와 b호에 열거된 표지가 각각 개별적으로 또는 중첩적으로 충족되어야 한다. 우선 a호에 의하면 노무제공자가 “주로 한 사람을 위하여 업무를 수행”하는 경우에 경제적 종속성이 인정된다. 이 표지는 다수의 견해에 의하면 근로시간 관련성으로 이해된다.<sup>92)</sup> 즉 ‘주로’라는 표현이 의미하는 바는 노무제공자가 전체 취업시간 중의 과반을 특정의 한 위탁자에게 사용한다는 것이다.

다음으로 b호는 보수액 관련성을 경제적 종속성의 표지로 들고 있다. 그에 의하면 노무제공자가 평균적으로 자신의 노무로부터 얻는 전체 소득의 과반을 특정 위탁자로부터 수령하는 경우이다. 이 때 그 액수가 하나의 계약 또는 복수의 계약으로부터 산정된 것인지 또한 그 밖의 소

87) BAG (1990.10.17) NZA 1991, S. 402; BAG (1997.1.14) NZA 1997, S. 399; BAG (2000.12.19) NZA 2001, S. 285.

88) Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrags, S. 94; Hromadka, NZA 1997, S. 569, 575 f.

89) Wachter, Wesensmerkmale, S. 77.

90) Grunsky, ArbGG, § 5 Rn. 17.

91) 독일 단체협약법의 해당 규정을 경제적 종속성 요건의 구체화로 보는 독일 연방노동법원의 판결은 BAG(1990.10.2) NZA 1991, S. 239.

92) Wlotzke, DB 1974, S. 2252, 2257; Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl., § 12a Rn. 26; Lund, BABl. 1974, S. 682, 683.

득이 어떠한 법률관계에서 획득된 것인지 여부는 전혀 중요하지 않다. 이 규정은 사회적 보호필요성이나 그로부터 발생하는 노동법의 적용가능성은 노무제공자가 어떤 노무로부터 경제적 생존의 기초를 확보하게 되는가 하는 점이지만, 종래 판례가 이를 “본질적으로 특정의 위탁자에 대해서만 노무를 제공하고 이로부터 수령하는 보수를 자신의 생계의 기초로 삼는 경우”라고 판시한 데 비하여 명백히 확대된 요건 구성을 취하고 있다. 그렇지만 적어도 단체협약법상의 구체화를 통하여 명백하게 된 것은 경제적 종속성은 특정의 위탁자(사업주)에 대해서 발생하는 것이며,<sup>93)</sup> 단체협약법상의 근로시간관련성 내지 보수액 관련성은 어느 것이나 ‘생존의 기초’에 대한 **최저기준**으로서 설정된 것이라는 점이다.<sup>94)</sup>

독일 단체협약법 제12조의 a 제3항은 예술분야 내지 언론, 방송분야 종사자에 대해서는 ‘보수액 관련성’의 기준을 과반이 아닌 3분의 1로 낮추어 적용하고 있다. 이는 이 분야의 종사자들이 대체로 다른 업종에 비하여 특정 사업주에 대한 구속의 정도가 낮다는 데 기인한다.<sup>95)</sup>

b) 경제적 종속성을 이와 같이 경제적 생존의 기초를 특정 사업주에게 의지한다는 의미로 이해할 경우에 해당 노무제공자의 사적인 재산관계가 유사근로자성 판단에 영향을 주는지 여부가 문제된다.<sup>96)</sup> 독일의 다수설에 의하면 사적인 재산관계가 근로자성의 판단에 영향을 주지 아니하듯이 유사근로자성 판단에 대해서도 영향을 주지 않는다고 본다.<sup>97)</sup> 반면에 일부 판례와 소수설은 노무제공 외의 소득이나 재산관계도 유사근로자성 판단에 고려되어야 한다는 견해를 보이고 있다.<sup>98)</sup> ‘경

93) Germelmann u.a. /Müller-Glöße, ArbGG, § 5 Rn. 20b; BAG(1990.10.17) NZA 1991, S. 402.

94) Hromadka, FS für Söllner, S. 461, 467. 따라서 여러 개의 파트타임으로 생계를 유지하는 자영업종사자는 이와 같은 기준을 충족하지 못하므로 특정 사업주에 대한 경제적 종속성을 주장할 수 없게 된다.

95) 이에 대해서는 이 법률의 입법 이유서 참고. BT/Drucks. 7/2025, S. 6.

96) 예를 들면 부동산의 임대수입으로 경제적 생존의 기초가 확보될 수 있는 경우, 주식 등 자본투자로부터 획득하는 이자수입 등으로 생계유지가 가능한 경우 등이 여기에 해당된다.

97) Wiedemann/Wank, TVG, 6. Aufl., § 12a Rn. 75; Kempen/Zachert, TVG, § 12a Rn. 10, 15; Rosenfelder, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, S. 291 f.

제적 생존의 기초'라는 표현에서 해당 업무로부터 획득하는 개인의 소득이 경제적으로 그의 생존에 절대적인 역할을 해야 한다는 의미로 이해될 수 있으며, 따라서 그가 자신의 노무제공 영역 밖의 소득원으로부터 생계(부양)비용을 획득하는 경우에는 유사근로자성이 배제된다는 것이 그 이유이다. 그러나 독일 연방노동법원이 다른 판례에서 밝혔듯이<sup>99)</sup> 경제적 종속성은 노무제공자의 '전체적인 행위 모습' 내지 '전체상'을 토대로 하여 정해지는 것이 아니라 특정의 계약관계에서 발생하는 구체적 사정을 중심으로 판단되는 것이다. 따라서 취업관계의 법적 성질은 그 취업관계로부터 직접 도출될 수 있는 표지에 기초하여 판단될 뿐이다.<sup>100)</sup> 사업주 내지 업무위탁자와의 법률관계와 관련이 없는 사적인 사정은 그 법률관계에서 비롯되는 법적 의무를 결정할 수 없는 것이기 때문이다. 노동법의 규율대상은 노동력의 투입에 관련된 법률관계이지 사적 재산의 활용문제가 아니다. 사적 재산관계를 노무제공을 목적으로 하는 법률관계의 성질 결정에 고려하는 것은 법적 안정성에도 영향을 미친다. 이와 같은 이유로 최근 독일의 판례는 과거와 달리 판단하고 있다.<sup>101)</sup>

### (3) 경제적 종속성의 척도로서 사업주의 기업위험(Unternehmerisiko)의 분담

최근 근로자 개념의 요건에 관한 논의에서 독일의 Wank교수의 견해를 토대로 '기업가적 위험' 또는 '경영위험'의 (자발적) 인수라는 다소 모호한 기준을 근로자성 판단기준으로 삼자는 주장이 제기되고 있다.<sup>102)</sup> '기업가적 위험의 인수'라는 기준은 목적론적 개념형성방법에 기초하여 근로자와 자영인의 한계를 확정할 수 있는 새로운 구성적 기준

98) BAG(1962.12.13) DB 1963, S. 345< Herschel, DB 1977, S. 1185, 1188< Grunsky, ArbGG, § 5 Rn. 18.

99) BAG(1973.6.28) DB 1973, S. 1756.

100) Wiedemann/Wank, TVG, 6. Aufl., § 12a Rn. 75; Hase/Lembke, BB 1997, S. 1095, 1096; Hromadka, NZA1997, S. 1249, 1252.

101) BAG(1993.4.15) NZA 1993, S. 789; BAG (1997.4.11) NZA 1998, S. 499; BAG(2000.8.30) NZA 2000, S. 1359.

102) 대표적으로 유성재, 『목적론적 개념형성방법에 의한 근로자성 판단』, 『법조』 제569호, 2004, 43쪽 이하 참고.

을 제시하고 있다는 것이다. 과연 이 요소를 근로자성을 판단하는 중요한 기준으로 적용할 수 있는가에 대해서는 의문이 있으나,<sup>103)</sup> 경제적 종속성에 기초한 유사근로자의 판단 지표로서는 어느 정도 의미성을 가질 수 있을 것으로 보인다. 왜냐하면 경제적 종속성은 일반적으로 자신의 사업적 기회와 위험을 다양하게 분산할 수 있는 가능성을 가지고 있는가라는 측면과 밀접한 관련을 가지기 때문이다. 예컨대, 사업주가 취업자의 노동활동의 결과물을 가치화함으로써 취업자는 시장에서 자신의 활동과 결부된 위험과 손실을 충당할 수 있는 이윤을 획득할 기회를 잃게 된다. 취업자는 재해, 질병 및 계약해지로 인한 수입의 상실 위험 등에 노출되어 있고 독자적 생존기반을 갖춘 자영인과 같은 시장 기회를 갖지 못한다.<sup>104)</sup> 사업주는 이윤획득에 아무런 영향을 미칠 수 없는 취업자에게 성과에 기초하여 보수를 지급하거나 손실에 참여하도록 함으로써 기업적 위험(매출위험)을 전가하기도 한다.<sup>105)</sup> 또한 경제적 종속성은 취업자를 불리한 계약을 감수하도록 강요한다. 이와 같이 기업가적 위험의 배분과 취업자의 경제적 종속성 사이에는 분명히 내용적 관련성이 존재한다. 기업가적 위험을 시장기회를 갖지 못한 취업자에게 배분되어 있는 경우에는 그 취업자의 사회적 보호필요성이 징표되고 유사근로자를 구별하는 데 유익할 수도 있다. 그러나 기업가적 위험에 기초한 구별은 경제적 종속성의 개념만큼이나 추상적이어서 다시금 구체화의 과정 없이는 적용할 수 없다. 또한 기업가적 위험이라는 기준 그 자체는 경제적 종속성과 독립하여 적용되는 것이 아니라 경제적 종속성의 요소를 보완하는 기능을 갖는다. 취업자의 경제적 종속성을 표상하는 모든 사정들은 그의 사업적 기회를 열악하게 만든다. 대부분의 경우 사업주는 취업자의 경제적 종속성을 이용하여 자신의 기업가적 위험을 그에게 전가한다. 이와 같은 의미에서 기업가적 위험이라는 요소는 (근로자 개념에 내재한) 독립적 개념 요소가 아니라 경제적 종속성의 일면을 표상하는 데 지나지 않는다.<sup>106)</sup>

103) 이에 대한 비판적 견해로는 김형배, 『노동법』, 62쪽 이하 참고.

104) Cramer, Rechtsstellung der arbeitnehmerähnlichen Agenten, S. 44 f.

105) Appel/Franzisch, AuR 1998, S. 93, 97.

106) 자세한 것은 Park, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, S. 99 ff.

#### (4) 요약

취업자의 경제적 종속성은 그 취업자가 자신의 경제적 생존의 기초를 특정 사업주에 대한 일신전속적 노무급부를 목적으로 하는 계속적 취업관계에 거의 전적으로 의존하고 있다는 점에서 발생한다. 취업자의 경제적 의존성을 판단하는 기준은 역사적으로 다양한 관점에 따라 발전되어 왔다. 각 단계에서 정립된 기준들은 서로 배타적인 관계에 있는 것이 아니라 경제적 종속성을 판단하는 종합적 기준으로 작용한다. 경제적 종속성을 표상하는 개별적 기준들을 요약하면 우선 특정 사업주와의 취업관계의 계속성과 그에 대한 노무활동 결과물의 시장가치화의 양도를 들 수 있다. 다시 말하면 노무제공자는 근로자와 마찬가지로 사업주를 위하여 노무를 제공한다.<sup>107)</sup> 이를 통해서 양 당사자의 계약관계는 더욱 강화된다(예컨대, 정기적인 보고의무, 부업의 금지, 위약벌과 같은 규정들이 계약에 편입되는 경우가 많다). 또한 취업자의 생존적 기초의 의미를 갖는 收入源이 특정 사업주에 집중되어 있는 경우에 경제적 종속성이 발생한다. 그리고 취업자가 자신의 노동력을 특정의 사업주에 대하여 주로 투입한다는 관점에서 근로시간 관련성(Arbeitszeitrelation)도 경제적 종속성의 판단기준이 된다. 그 밖에 기업가적 위험의 강제적 인수도 경제적 종속성을 구성하는 하나의 요소로 이해된다. 그러나 취업자의 개인 재산의 정도 또는 재산소득은 유사근로자성의 판단에 직접적인 영향을 주지 않는다.

### 5. 사회적 보호필요성의 의미와 판단기준

#### (1) 근로자와 유사근로자 유형의 가치적 맥락(Wertkontext)

노동법이 인적 종속성을 요건으로 하는 근로자만을 보호대상에 편입함으로써 또한 노동법의 보호가 부분적으로 요청되는 독자적인 취업군

107) Wiedemann교수와 Lieb교수는 이를 타인유익성(Fremdnützigkeit)이라고 표현한다. 이와 같은 타인유익성이 근로자의 전형적인 모습이긴 하지만 충분조건이라고 할 수는 없다는 것이 경제적 종속성과 인적 종속성의 경계를 가르는 인식이다.

으로서 유사근로자의 유형을 발전시켰다. 노동법과 근로자 개념이 전통적인 공장노동자를 모델로 삼았기 때문에 경제적 종속성에 기초하여 근로자와 유사한 보호필요성을 가진 모든 취업자를 보호대상으로 확대하기에는 너무나 협소하기 때문이다. 이들 취업집단은 이제 유사근로자라는 유형으로 결집되었다. 따라서 일반적으로 근로자에 대한 노동법적 보호를 위한 법적 규율의 전제가 되는 사회적 보호필요성이라는 표지는 이제 유사근로자 유형에 대한 노동법적 보호를 승인하는 가치기준으로서 작용한다. 유사근로자의 개념을 정의할 때 경제적 종속성과 병존하여 사회적 보호필요성을 규정하고 있는 것은 유사근로자의 보호필요성의 원인 또는 조건은 바로 경제적 종속성에 있다는 것이고, 따라서 근로자로 분류되기 어려운 취업자를 유사근로자로서 보호할 수 있기 위해서는 일차적으로 그의 경제적 종속성을 확인하고 그로부터 일반적 자영인과 구별되는 표지들을 확정하는 것이 필요하기 때문이다. 다시 말하면 경제적 종속성만으로는 유사근로자를 노동법의 보호영역에 편입시키기 위한 가치평가적 기준을 설명할 수 없으며 그를 위해서는 다시금 그로부터 귀납되는 사회적 보호필요성을 확정하여야 한다는 것이다.

## (2) 노동법적 보호의 정당화 근거

앞에서 살펴본 것처럼 유사근로자에 관한 독일 법제사와 개별입법의 내용을 검토하면 각 법률이 독자적인 정의규정을 두고 있음에도 불구하고 유사근로자의 유형(Typus)적 동일성이 보이며 그것은 역사적으로 경제적 종속성을 유사근로자의 요건으로 규정한 독일 노동법원법의 규정에서 출발한다는 점이 확인된다. 즉 경제적 종속성은 유사근로자성의 핵심적 표지이다. 그러나 이것만으로 유사근로자에 대한 노동법상의 보호가 정당화되지는 않는다. 왜냐하면 경제적 종속성의 정도는 앞서 그 구체화된 표지에도 불구하고 개별 노무제공자마다 상이한 모습으로 전개되는 것이 보통이고 경제적으로 종속되어 있는 모든 취업자들이 근로자와 유사한 정도로 사회적 보호를 필요로 하는 것은 아니기 때문이다.<sup>108)</sup> 바로 이 점은 경제적 종속성이 근로자 개념의 기본 표지성을

108) 이에 관해서는 특히 BGH (1997.8.6) WM 1998, S. 31(주유소 운영자의 유사

놓고 인적 종속성과 대결하다가 결국 근로자 개념에서 제외된 이유이기도 하다. 따라서 일찍부터 독일의 법원은 노동법의(부분적이긴 하지만) 보호가 요청되는 유사근로자의 법적 지위를 판단하는 기준으로 경제적 종속성 외에 다른 요건을 추가하였던 것이다. 그에 의하면 경제적으로 종속적인 자라 하더라도 거래 관념을 감안하여 그의 전체적인 사회적 지위에 따라 근로자에 비견할 만한 보호필요성이 있지 않으면 안 된다.<sup>109)</sup> 독일 노동법원은 이 점을 현행법의 규율구조에서 확인하고 있다. 즉 노동법원법 제5조의 입법자는 ‘그 밖의 자’에 해당되는 적용범위를 노동법원법 제5조 제1항 제2문에서 처음에 언급된 ‘가내근로자 및 그와 동등한 지위에 있는 자’의 관련성으로부터 자신의 의도를 제시하는데, 즉 경제적 종속성의 존재는 유사근로자의 결정을 위한 유일한 표지를 구성할 수 없으며 이와 같은 인적 적용범위는 그 유형에 따라 경제적 종속성을 가지면서 근로자에 유사한 자 따라서 사회적으로 보호필요성이 있는 자이어야 한다는 요건이 추가되어야 한다는 것이다. 독일 입법자는 단체협약법 제12조의 a를 제정하면서 이와 같은 다른 법률에서의 의도와 판례에서 전개된 법적 사고를 법률상의 정의라는 형식을 빌려 명백히 확정한 것이다.<sup>110)</sup>

### (3) ‘사회적 보호필요성’ 요건의 체계적 구성의 필요성

사회적 보호필요성을 경제적 종속성의 내용적 표현으로 이해하면 그리하여 경제적 종속성으로부터 사회적 보호필요성이 당연히 도출되는 것이라면 유사근로자의 보호필요성의 근거는 타인을 위한 활동에서 발생하는 경제적 종속성이 될 것이다. 그렇다면 경제적 종속성과 병존적으로 요건화되어 있는 사회적 보호필요성은 동어반복(Tautologie)에 지나지 않을 것이다.<sup>111)</sup> 이와 같은 견해에 의하면 경제적 종속성은 일률

근로자성 판단)을 참고.

109) 특히 BAG (1968.12.17) DB 1969, S. 1420; BAG (1973.6.28) DB 1973, S. 1756.

110) 특히 BAG (1993.4.15) NZA 1993, S. 789. 또한 RGRK-BGB/Schliemann, § 611 Rn. 1070.

111) 사회적 보호필요성을 그와 같이 이해하는 견해로는 Wachter, Wesensmerkmale,

적·추상적이 아니라 서로 상이하게 발현되는 것이므로 보호필요성의 크기도 그에 따라 달라져야 할지도 모른다. 그러나 경제적 종속성만으로는 그 보호범위가 너무나 광범위하고 또한 유사근로자로서 판단하는 일이 더욱 어려워질 것이다. 뿐만 아니라 근로자 개념에서 전개된 이론에 의하면 경제적 종속성은 근로자성 판단의 표지로서 현실적 적용가능성이 적으며 따라서 그 자체로서는 노동법이 적용되어야 할 사회적 보호필요성을 바로 근거지을 수 있는 것이 아니다. 오히려 경제적 종속성은 사회적 보호필요성이라는 별도의 요건을 통하여 또한 그와 함께 작용하여 유사근로자에 대한 노동법의 적용가능성을 열어놓는 것이다.<sup>112)</sup> 이 견해에 의하면 경제적으로 종속적인 자라 하더라도 사회적 보호필요성의 추가적 요건을 모두 충족하는 것은 아니므로 특히 독일 단체협약법 제12조의 a에서 추가적으로 규율되고 있는 사회적 보호필요성이 다시 유사근로자의 범위를 함묵적으로 제한하는 기능을 가지게 된다.<sup>113)</sup> 따라서 경제적 종속성이 인정되는 자 중에서도 근로자와 같이 인적 종속성의 요소를 갖추고 있지 않지만 그들의 사회적 유형론에 의하면 근로자에 비교될 수 있는 자를 노동법의 (부분적) 보호범위에 포함할 수 있는 것이다.<sup>114)</sup> 이 때 유사근로자의 요건으로서 사회적 보호필요성은 그 사회적 지위와 관련하여 근로자와의 비교가능성의 관련크기가 중요하게 고려된다.

#### (4) 사회적 보호필요성의 구체화

##### 가) 학설과 판례의 개관

경제적 종속성에 대한 병존적 요건으로서 요구되는 사회적 보호필요성은 그 자체로는 추상적이고 일반적인 개념이므로 그 내용을 구체화하여야 하며, 이 경우에는 유형으로서의 유사근로자의 판단을 위하여

S. 75 ff. 그리고 오스트리아에서의 경제적 종속성의 이해에서 이와 같은 경향을 볼 수 있다. 앞의 제1절 III. 참고.

112) 이를 적절하게 지적하는 견해로서 Buchner, RWS-Forum 2000, S. 161, 167.

113) Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2, 9; Wiese, Buchautoren, S. 75.

114) BAG(1990.10.2) NZA 1991, S. 239; BAG(1997.4.11) NZA 1998, S. 499; BGH(1998.10.21) NZA1999, S. 110.

개별 사례의 모든 구체적 사정을 함께 종합적으로 고려하여야 한다. 그런데 사회적 보호필요성의 구체적 내용(표지 또는 징표)에 대해서는 견해가 일치되어 있지 않다. 다수설에 의하면 노무제공자가 받는 보수의 규모, 보수액은 사회적 보호필요성의 필수적인 하위 표지를 구성한다.<sup>115)</sup> 여기에는 유사근로자가 근로자에 비교될 만한 경제적(재정적) 지위에 있는 취업자라는 현실적 관점이 기초되어 있다(이른바 재정적 관점). 전형적인 근로자는 일반적으로 경제적 존립의 취약점, 즉 자기 자신의 고유한 독립적 생계수단을 가지지 못하고 있다는 것이 근로자의 본질적 특징을 구성하며, 사회적 보호필요성의 표지는 바로 이 점에서 노동법적 보호를 위하여 유사근로자를 근로자에 연결시키는 고리로 기능할 수 있기 때문이다. 따라서 취업관계로부터 획득하는 보수의 절대적 액수가 그 취업자에 대하여 계속적으로 경제적 생존기초를 보장한다면 그 보수액이 취업자의 경제적 종속성에 대해서는 영향을 미치지 않지만 적어도 사회적 보호필요성을 배제하는 기능을 하게 된다는 것이다.<sup>116)</sup>

다른 한편으로 취업자의 사회적 보호필요성의 구체화는 그가 노무급부를 일신전속적으로 수행하는가 그리고 본질적으로 다른 근로자의 사용 없이 노무급부를 제공하는가에 달려 있다는 견해가 있다.<sup>117)</sup> 왜냐하면 이러한 취업자만이 근로자의 사회적 유형에 상응하기 때문이다.<sup>118)</sup> 이 견해에 의하면 다수설이 취하고 있는 재정적 관점은 우선 일반 근로자의 경우에도 특별한 전문성과 자질을 갖추거나 업무의 내용이 고도로 복잡한 경우에도 높은 보수를 받는 경우가 종종 있으며 이 경우에도 근로자의 보호가 배제되거나 축소되지 않는다는 점과 재정적 기준은 경제적 종속성과 사회적 보호필요성이라는 요건을 결국 혼재시켜

115) BAG(1990.10.2) NZA1991, S. 239; Lieb, RdA 1974, S. 257, 263 f.; Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl., § 12a Rn. 32; Wiese, Buchautoren, S. 76 ff.; Löwisch/Rieble, § 12a Rn. 12, Hauck, ArbGG, § 5 Rn. 11.

116) 유사한 견해로 Wlotzke, DB 1974, S. 2252, 2257.

117) Boemke, ZfA 1998, S. 285, 319; Hase/Lembke, BB 1998, S. 1095, 1096; Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 240 f.

118) 또한 Hromadka, FS für Söllner, S. 461, 467.

버리는 결과를 초래한다는 점에서 비판되고 있다.<sup>119)</sup>

독일의 판례는 위의 두 표지를 함께 수용하고 있다.<sup>120)</sup> 그에 의하면 취업자의 노무수행의 모습과 방법(즉 일신전속적 또는 독립적 사업조직 없는) 노무급부의무와 더불어 그 법률관계에서 발생하는 반대급부(보수)의 액수도 근로자에 비교되는 사회적 보호필요성의 특징을 설명하는 요소라고 보았다. 판례와 문헌의 일부는, 더 나아가 사회적 보호필요성은 종속성의 정도가 일반적으로 근로관계에서 실행되고 있는 정도와 비슷하고, 급부되는 노무가 그 사회적 유형에 비추어 근로자가 통상 수행하는 업무와 유사한 경우에 인정될 수 있다는 견해를 취하기도 한다.<sup>121)</sup>

#### 나) 근로자와의 유사성

유사근로자가 노동법의 보호를 받을 수 있는 실체적 근거로서 적용되는 사회적 보호필요성의 요건은 독일 단체협약법상의 명문규정과 독일 판례의 견해에서 명백히 나타나듯이 ‘전형적인 근로자와의 사회적 유사성’을 그 판단의 기초로 삼는다. 그런데 이와 같은 유사성의 판단 요소에는 근로자에 고유한 경제적 조건이 우선적으로 고려될 수 있다. 그것은 유사근로자에게는 개념필수적으로 근로자성의 판단에 요구되는 인적 종속성(또는 사용종속관계)이 결여되어 있기 때문이다. 또한 판례가 사용하고 있는 ‘유사근로자의 사회적 지위’라는 표현에서도 사실상 그와 같은 관점이 내재되어 있다고 볼 수 있다. 그러나 업무수탁자(취업자)의 근로자에 대한 유사성이 더욱 강조되고 또한 업무위탁자(사업주)에 대한 그의 종속성이 더욱 강력하게 요구되면 결국에는 근로자성에 더욱 가깝게 갈 수밖에 없다. 이것이 최근에 많이 발생하고 있는 이른바 외관자영인(Scheinselbständige)의 문제이다. 그런데 근로자와의

119) 특히 이를 지적하는 견해로 Boemke, ZfA 1998, S. 285, 319.

120) BAG(1993.4.15) NZA 1993, S. 789; BAG(1997.4.11) NZA 1998, S. 499; BAG(1997.7.16) NZA 1997, S. 1126; BAG(1998.4.11) NZA 1999, S. 53; BAG(1999.6.17) NZA 1999, S. 1176; BAG(2000.8.30) NZA 2000, S. 1359; BAG(2000.12.19) NZA 2001, S. 285.

121) BAG(1990.10.2) NZA 1991, S. 239; BAG(1993.4.15) NZA 1993, S. 789; OLG Köln(1993.8.13) NJW-RR 1994, S. 192; ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 134.

유사성을 판단하기 위한 요건으로서의 ‘사회적 보호필요성’은 근로자와의 구별 조건이 아니라 순수한 또는 진정한 자영업자와의 구별 조건이다. 또한 어떤 직업군이든 또는 노무공급 유형이든 간에 어느 정도의 지시권구속관계는 근로자가 아니더라도 불가피한 것일 수 있다.<sup>122)</sup> 따라서 ‘유사성’을 과도하게 강조하는 것은 일반시민에 대한 보호법의 적용에 있어서 관련 법규범의 보호목적을 가능한 한 넓게 해석하고 현실적인 생활관계의 필요에 탄력적으로 적용될 수 있도록 해야 한다는 일반적 법정신<sup>123)</sup>에 반하여 유사근로자의 범위를 과도하게 축소시킬 위험을 내포하고 있다. 다른 한편으로 사용종속관계 또는 지시권구속성의 정도에 따라 유사성을 판단하는 것은 근로자와 자영업자의 구별이 유동화됨으로써 근로자성의 판단에 혼란을 초래할 우려가 크다는 점도 간과할 수 없다.<sup>124)</sup> 따라서 비교의 기초로 적용되는 요소는 근로자의 특유한 전형성을 징표하는 ‘경제적·사회적 사정’으로 제한할 필요가 있다. 특히 근로자와 비견될 수 있는 사회적 보호필요성을 인정할 수 있는 불가결한 최소한으로서 여기에는 종래 판례와 학설의 견해를 종합하여 다음과 같은 요소가 제시될 수 있다.

a) 우선 **구조적-조직적 요소**(strukturell-organisatorisches Element)이다. 이 요소에는 무엇보다도 일신전속적인 노무급부의무가 고려된다. 이는 다시 노무제공자가 사업주에게 일신전속적으로, 다시 말해서 개인적 신뢰관계에 터잡아 노무를 제공할 의무를 부담한다는 계약유형적 측면뿐만 아니라 자신의 고유한 사업조직 또는 기업조직을 운영하거나 자신의 종업원을 채용하여 업무를 수행하는 것이 아니라는 조직적 요소를 의미하게 된다. 따라서 예컨대 경제적 종속성이 있는 자가 하청업자로 활동하면서 자신의 이행보조자로 하여금 업무를 수행하도록 할 수 있는 경우에는 유사근로자로서 인정되지 아니한다.<sup>125)</sup> 또한 취업자

122) 특히 Herschel이 이 점을 잘 지적하고 있다. Herschel, DB 1977, S. 1185, 1187. 그에 의하면 지시권구속은 물론 지시권으로부터의 자유도 유사근로자의 요건으로 삼을 수 없다고 한다.

123) Dietz/Nikisch, ArbGG, § 5 Rn. 5; Herschel, DB 1977, S. 1185, 1186.

124) 특히 Germelmann u.a./Müller-Glöße, § 5 Rn. 20 a.

125) BGH (1997.7.16) NZA 1997, S. 1126; BGH (1998.11.4) NZA 1000, S. 53.

와 사업주의 거래관계의 기간도 고려될 수 있다. 취업자가 일회적으로 또는 매우 짧은 기간에 대해서만 그것도 계속적인 계약의 반복갱신이 기대되지 않으면서 업무를 수행한다면 근로자에 비교되는 사회적 지위가 인정될 수 없다. 그 밖에 유사근로자는 자영인으로서 위탁된 업무를 수행할 것인지 여부를 결정할 자유가 원칙적으로 인정되지만 현실적으로 그와 같은 형식적인 결정의 자유가 사용될 수 없는 사정이 있다면 사회적 보호필요성을 인정하는 중요한 판단기준이 될 것이다.

b) 두 번째 요소는, 보수액과 같은 재정적 또는 물질적 요소(materielles Element)이다. 이 요소가 사회적 보호필요성의 판단기준이 되기 위해서는 앞서 지적한 대로 고소득 근로자도 노동법상의 보호를 향유한다는 사실을 어떻게 이해할 것인가라는 문제와 관련된다. 유사근로자에 대한 노동법적 내지 사회보험법상의 보호는 반대로 업무위탁자인 사업주에 대해서는 예상하지 못한 부담을 의미한다. 이러한 부담은 그 유사근로자의 보호필요성과 그를 사용하는 데 따른 업무위탁자의 장점이 서로 일정한 관련성을 지니고 있을 때라야 정당화될 수 있을 것이다. 그러나 만약 사업주가 사용자로서의 의무를 면하기 위하여 업무상 비교 가능한 근로자(동종 또는 유사의 업무에 종사하는 전형적인 근로자)에 비하여 상당히 고액의 보수를 지급한다면 그와 같은 사용자의 의무를 부담시키는 것은 기대가능하지 않을 것이다.<sup>126)</sup> 해당 취업자가 특별한 전문성과 자질을 갖추고 있거나 또는 업무의 성질상 높은 보수의 지급이 기대가능한 경우도 물론 고려되어야 할 것이다.<sup>127)</sup> 그러나 독일의 노동법원법 제5조 제3항에서 대리상에 대하여 정하고 있는 보수한도액(1,000유로)은 현실성을 결여한 것으로서 일반적인 유사근로자의 기준으로 고려될 수 없다.<sup>128)</sup> 앞서 지적하였듯이 해당 법률관계에서 지급되는 보수외의 기타의 소득, 예컨대 임대소득, 연금소득 또는 자본소득 등이 언제나 재정적 요소에 반영되어야 할 필연적 근거는 보이지 않는

126) 바로 이 점에서 Hromadka는 유사근로자의 평균보수의 상한을 정해야 한다고 제안하고 있다. Hromadka, NZA 1997, S. 1249, 1254.

127) Hase/Lembke, BB 1997, S. 1095, 1096 참고.

128) Hromadka, NZA 1997, S. 1249, 1254.

다.<sup>129)</sup> 물론 취업자의 자산소득이 상당히 취업관계에 대한 생존의 의존성이 크지 않을 경우에는 사회적 보호필요성이 부인될 수 있다. 그렇지만 이 경우에도 자신의 생계능력의 독자성을 의미하는 자산소득의 규모가 단지 일회적인 것이 아니라 지속적으로 해당 취업자의 독자적 생계능력을 보장할 수 있을 때에만 사회적 보호필요성을 부인할 수 있을 것이다. 그 규모는 일반적으로 월 단위의 평균적 생계비를 자산소득으로부터 충당할 수 있어야 할 정도에 이르러야 한다.

## 6. 결론 : 유사근로자의 개념과 노동법적 보호의 정당화 근거

특정의 사업주에 대한 노무의 제공에 의하여 취득하는 반대급부로부터 생계를 의존한다는 의미로 이해되고 있는 경제적 종속성은 취업자를 시장에서 기업가적 기회를 가지고 있고 또 그로부터 자신의 존립을 유지해 가는 것이 기대되고 있는 진정한 의미의 자영인과 구별하는 데 중요한 역할을 수행한다는 점은 이론이 없다. 그러나 이와 같은 의미의 경제적 종속성으로부터 왜 그 취업자가 근로자와 유사하게 노동법상의 보호를 향유해야 하는가가 충분히 해명되지 않는다. 근로자에 대한 특별한 노동법적 보호는 근로계약에 기초하여 자신의 노동력을 타인의 기업적 목적을 위한 사용에 맡기고, 조직적 및 실질적 관점에서 타인의 생존배려에 의존한다는 점에서 발생하기 때문이다. 따라서 근로자에 유사한 사회적 보호필요성은 경제적 종속성 외에도 제한적이긴 하지만 노동법상의 보호를 정당화할 수 있는 요건으로서 구성되어야 하는 것이다. 이와 같은 관점에서 사회적 보호필요성은 해당 취업자의 전체적인 사회적 지위로부터 조직적·재정적 관점에서 전형적인 근로자와의 유사성을 인정할 수 있는 필요최소한의 징표에 의하여 인정될 수 있을 것이다. 이 경우 취업자의 일신전속적 노무급부의무는 법률행위적 측면과 사실적 측면에서 사회적 보호필요성을 판단하는 요소로 기능한다.

129) 같은 취지로 Raab, in Anm. zu BAG(1998.9.30) RdA 1999, S. 334, 340. 그러나 일부 판례는 이와 같은 별도의 재산적 상태도 고려하고 있다. BAG (1990.10.2) NZA1991, S. 239.

이를 기초로 유사근로자의 개념을 정의하면 유사근로자는 경제적으로 종속된 취업자로서 근로자에 비교할 만한 사회적 보호필요성이 요청되는 자이다. 이와 같은 유형(Typus)에 해당하는 취업자는 무엇보다도 자신의 생존기반을 (i) 주로 1인의 업무위탁자(사업자)에게서 (ii) 일신전속적인 노무급부를 제공하는 (iii) 계속적인 취업관계에 있는 자이다. 이러한 유형의 취업자는 자신의 노무제공 결과의 가치실현을 사업자에게 맡기며 계약상대방인 사업자의 교체가 쉽지 않거나 그를 위하여 상당한 비용이 요구된다는 공통점을 갖는다. 이들은 자신의 활동의 계속성 또는 사업조직적 구성에 기하여 사업자와 상당히 밀접하게 결합되어 있다. 뿐만 아니라 이들의 수입과 재산상태가 자신들의 직업활동의 위험을 전보해 주거나 수입이 없는 경우에 생계를 유지시킬 수 있을 정도로 충분하지 않다는 점도 중요한 판단기준이 된다.

이와 같이 유사근로자의 사회적 보호필요성은 이들에게 최소한의 노동법적 보호를 보장하는 계기가 된다. 강행적인 법률규정의 면탈을 방지하지 하기 위해서는 유사근로자로서의 법적 지위를 판단할 경우 계약상 표시된 당사자의 의사만이 고려되어서는 안 된다. 이는 이차적으로만 고려될 뿐이다. 유사근로자의 경제적 종속성을 고려할 때 당연한 결과이다. 따라서 근로자와 유사근로자 그리고 자영인을 객관적으로 구분할 수 있기 위해서는 계약관계의 구체적·현실적 전개 모습을 대상으로 하여야 한다. 그러한 한에서 당사자 의사는 제한적으로 의미를 가질 뿐이며, 근로자성의 판단시와 마찬가지로 당사자의 임의적 결정의 자유는 제한된다(이른바 법형식강제가 여기서도 적용된다).<sup>130)</sup>

130) 근로관계에 있어서의 법형식강제 또는 유형강제에 관한 이론적 논의는 Park, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, S. 65 ff. 참고.

### 제3절 보론: 오스트리아와 프랑스에서의 유사근로자 개념

이 연구는 원래 독일의 유사근로자제도를 비교법 대상으로 하여 역사적으로 그리고 법리적으로 상세하게 검토하는 것을 목적으로 하였다. 그리하여 유사근로자라는 제도가 최근에 발생한 새로운 것이 아니라 근로자 개념의 역사와 그 궤를 같이하는 노동법의 중요한 제도로서 이미 노동법학이 탄생할 때부터 존재할 수밖에 없었던 노동법이 전제하여야 할 본질적 제도라는 점을 부각하는 데 집중하였다. 그렇지만 동시에 이 제도가 비단 독일에 한정된 예외적 제도가 아니라 대륙법계에서는 어느 정도 보편성을 지니고 있는 제도라는 점을 강조하고자 보론으로 오스트리아와 프랑스에서의 유사근로자에 관한 법률규정을 추가적으로 비교법 연구의 대상으로 소개한다. 다만, 오스트리아와 프랑스의 예는 유사근로자제도의 보편성을 확인할 수 있는 일종의 보조재료로서 한정적 의미를 두었기 때문에 그 이상의 자세한 고찰을 피하였다. 여기에는 첫째, 오스트리아와 프랑스는 유사근로자의 비중이나 그 법적 규율방식이 각각 다르고, 둘째, 프랑스의 경우에는 다른 곳에서 그 법률 구성과 내용이 어느 정도 소개되었다는 점을 고려하였다.

#### I. 오스트리아의 법률규정

오스트리아의 노동법도 독일과 마찬가지로 유사근로자를 법률상의 개념으로 사용하고 있지만 그에 대한 법적 정의를 구체적으로 두고 있지 않다. 현행법상 유사근로자에 대한 노동법상의 규정은 ‘외국인취업법’과 ‘피용자의 책임제한법’ 정도인데, 전자의 법률도 취업자의 보호에 규범목적이 있는 것이 아니라 오히려 외국인을 근로자로서 또는 유사근로자로서 취업시키기 위해서는 주무관청의 인가를 받도록 하는 노동시장정책적 규범목적을 가진 것이므로 유사근로자에 대한 노동법적 보호와는 거리가 멀다.

## 1. 오스트리아 노동법에서의 유사근로자제도의 발전과 법률의 규정

오스트리아에서의 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 勞動裁判管轄籍에 유사근로자를 포함함으로써 비롯되었다. 오스트리아의 노동재판적에 대한 최초의 입법은 1922년 4월 5일의 공장법원법(Gewerbegerichtsgesetz)이라고 할 수 있다. 당시 공장법원법은 사용자와 그의 근로자 또는 같은 사업의 근로자 사이의 근로관계 또는 고용관계(Arbeitsoder Dienstverhältnis)에서 비롯된 권리분쟁에 대해서 관할권을 행사하였는데(제1조 제1항), 당시 공장법원법상의 근로관계 또는 고용관계의 개념은 근로계약에 기한 근로관계만을 이해한 것이 아니라 가내근로관계와 기업과 중간영업자(중개인: Zwischenmeister) 사이의 관계도 포함하는 것으로 이해되었다.<sup>131)</sup> 1985년 대폭 개정된 현행 노동 및 사회법원법은 노동법원의 관할에 관한 제51조에 이 법의 적용을 받는 사용자 및 근로자 개념을 신설하고 그 제3항에 “가내근로에 대하여 임금보호를 향유하는 자(Nr. 1)와 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 제1부분 초안(개별적 노동법)의 제226조 제1항은 가내근로자와 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 전개

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

는 1965년 3월 31일의 ‘피용자책임법(Dienstnehmerhaftpflichtgesetz)’을 통해서 이루어졌다. 이 법률은 독일에서 판례와 학설로 발전되어 온 근로자의 책임 경감에 관한 원칙<sup>132)</sup>을 실정법으로 규율한 것이다. 이 법률 제1조 제1항 제2호에 의하면 유사근로자는 명시적으로 이 법률의 적용범위에 포함된다. 이 법률에서 규정하고 있는 유사근로자의 정의는 위의 초안에서의 그것과 동일하다. 이 법률은 오스트리아 노동법에서 유사근로자를 그 적용범위로 하는 사실상 유일한 실체적 노동법이다.

유사근로자에 관한 가장 최근의 입법적 조치는 1999년 ‘언론인법(Journalistengesetz)’의 개정이다.<sup>133)</sup> 이 개정법률은 독일 단체협약법과 마찬가지로 특정 유사근로자의 재정적 근로조건에 관하여 집단계약, 즉 단체협약의 체결을 가능하게 하는 법률적인 기초를 마련하였다. 이와 같은 개정을 가능하게 한 배경은 다음과 같다. 우선 언론분야에 종사하는 프리랜서의 수가 급증하고 있고, 오스트리아의 모든 전문언론인 중의 절반 이상이 프리랜서로 활동하고 있으며, 프리랜서는 언론인이라는 직업에 진출하기 위한 통로 그 자체를 의미하고 있다는 점이다. ‘언론인법’의 내용적 모델은 가내노동법의 규율 내용이다. 유사근로자라는 표현이 법률에서 사용되는 ‘상시적 프리랜서’라는 표현이 본질적으로 유사근로자를 의미한다는 것은 법률상의 정의규정이나 입법 자료를 통해서 밝혀지고 있다.<sup>134)</sup> 그런데 ‘언론인법’의 규정은 모든 유사근로자에 대해서 적용되는 것이 아니라 언론분야에 종사하는 ‘상시적 프리랜서’에 대해서만 적용되며, 그들을 위하여 체결되는 집단협약도 전체 근로조건을 모두 규율하는 것이 아니라 그 ‘상시적 프리랜서’의 보수규정이나 비용보상에 관한 것으로 제한된다.

결과적으로 오스트리아에 있어서는 유사근로자의 특정 그룹을 대상으로 할 뿐 전체 유사근로자를 협약 자율의 체계로 인입하지 않으며, 그 규율 내용도 명시적으로 제한되어 있다는 점에서 독일 단체협약법의 규율구조에 비하면 뒤쳐져 있음을 알 수 있다.<sup>135)</sup>

132) 근로자책임제한원칙에 관해서는 김형배, 『노동법』, 285쪽 이하 참고.

133) 오스트리아 법률공보 1999년 178호 참고.

134) Wachter, aa.O., S. 255.

135) 그 밖에 오스트리아의 유사근로자에 대한 자세한 내용은 김형배·박지순, 『근

## 2. 사회보험법상의 자유노무제공자(freie Dienstnehmer)

오스트리아에 있어서 유사근로자는 특히 사회보험법에서 중요한 의미를 가지고 있다.<sup>136)</sup> 우선 현행 사회법의 규정에서 확인할 수 있는 것은 사회법이 공식적으로 ‘유사근로자’라는 법률용어를 사용하지 않는다는 점이다. 사회법에서의 유사근로자 개념은 학설상으로 사용되는 개념이다.<sup>137)</sup> 이처럼 노동법에서와 같이 사회법에서도 ‘유사근로자’라는 개념을 사용하는 것은 사회법에서도 노동법에서 유사근로자에 대하여 연결되는 조문과 동일한 기능, 즉 일반적으로 근로자로 분류될 수 없는 경제활동종사자도 사회보험법의 적용범위에 포함시키는 기능을 갖는 규정이 있기 때문이다. 다만, 사회보험법상의 유사근로자 개념은 노동법상의 유사근로자 개념과 부분적으로 겹치기는 하지만 반드시 일치하지 않는다. 따라서 노동법상의 유사근로자에 해당한다 하더라도 이것이 사회보험법의 적용에 직접 관련되지는 않는다.

### (1) 사회보험법의 보호범위

a) 오스트리아 사회보험법의 보호범위는 원칙적으로 피보험자의 근로소득에 따라 결정되었다. 그런데 1997년의 사회보험법 개정에서는 원칙적으로 모든 생계활동을 사회보험 의무에 편입시켰다.<sup>138)</sup> 이와 같은 기본 구상은 두 개의 모델로 현실화되었다. 그 하나는 자영업종사자에 대한 것이고 다른 하나는 종속적 피용자에 대한 것이다. 자영업인의 기여금(보험료)은 세금납부액을 기준으로 산정되고 자영업인은 그의 보험료 전액을 부담한다. 자영업인은 보험료 납부의무를 부담하며 그에 대한 책임을 진다. 이와 같은 보험료 납부원칙은 특히 영업인 사회보험법(GSVG)을

로자 개념의 변천과 관련법의 적용』, 64쪽 이하 참고

136) 이에 대한 참고문헌으로는 Mosler, Sozialrechtliche Fragen er Scheinselbständigkeit, in: Resch(Hrsg.), (Schein-)Selbständigkeit, Wien 2000, S. 45 ff.; Schrank/Grabner, Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. Aufl., 1998,

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

138) 자세한 과정은 Grillberger/Mosler, Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige, 1998 참고.

모범으로 하여 BSVG, FSVG 그리고 NVG에서 규율되고 있다.

b) 일반적인 피용자(Dienstnehmer)와 ‘일반사회보험법(Allgemeines Sozialversicherungsgesetz: ASVG)’ 제4조 제4항에 의하여 새로이 보험 가입의무가 발생한 자유노무제공자(freie Dienstnehmer)의 경우에는 기본적으로 다른 보험법체계가 적용된다. 보험료의 산정 기초는 세금방식이 아니라 임금총액방식이다. 그 결과 보험료의 산정 기준이 다소 상회하였다. 왜냐하면 통상 세금방식에서 공제대상이 되는 항목들이 임금에는 그대로 포함되기 때문이다. 대신에 보험료 납부의 부담은 사용자와 피용자가 분담한다. 사용자의 기여분은 사용자의 고유한 재산에서, 피용자의 기여분은 피용자의 임금에서 공제된다. 사회보험 가입신고 및 보험료의 공제 내지 납부에 대한 책임은 사용자만이 부담한다.

## (2) 일반사회보험법 제4조 제4항에 의한 보험의무의 범위확대 - 자유노무제공자

### 가) 피용자(Dienstnehmer)의 개념과 구성요건

오스트리아 노동법의 근로자 개념도 독일의 근로자 개념과 크게 다를 바 없다. 즉 지시권종속관계에 기초한 인적 종속성을 근로자 개념의 본질적 판단요소로 삼는다. 구체적으로 근로자성을 판단하는 데 있어서도 독일에서의 근로자성 판단방법론과 동일하다. 우선 근로자성의 본질적 표지인 인적 종속성이란 근무장소, 근무시간 및 업무수행의 방식에 대하여 사용자의 지시에 종속되거나 이와 같은 근무조건이 이미 계약에서 구체화되어 있는 경우에는 그 과정이 사용자의 관리, 통제하에 놓여지게 된다는 것을 의미한다. 근로자성의 판단방법과 관련해서는 노동법의 강행규정이 잠탈되지 않도록 의심스러운 경우에는 모든 개별요소들을 교량하는 종합적 고찰방법에 의하여야 할 것이고, 특히 계약상의 약정과 업무수행상의 실제적 조건이 상이한 경우에는 후자가 결정적인 작용을 하게 된다. 인적 종속성의 결정기준은 모두 보편적으로 갖추어질 필요는 없다. 이것들은 업무의 내용이나 속성에 따라 또는 구체적인 업무실행에 따라 상이한 모습으로 존재하기 때문이다. 결정적인 것은 인적 종속성의 표지가 그 중요도와 의미성에 따라 개별적인 사례들을

종합적으로 판단할 경우에 주된 것으로서 나타나는가 하는 점이다.

오스트리아의 일반사회보험법에서는 근로자를 전통적인 민법의 개념에 따라 피용자라 칭하고 그 법률상의 정의를 제4조 제2항에 두고 있다. 그에 의하면 사회보험법상의 피용자는 “인적·경제적 종속관계에서 임금을 목적으로 취업하는 자이며, 여기에는 취업시 경제활동의 자주적 실행이라는 표지와 비교하여 인적·경제적 종속성의 표지가 우월한 자도 포함된다”. 즉 (i) 임금을 목적으로 (ii) 인적·경제적 종속성에서 노무를 제공하는 자이거나 의심스러운 경우에는 업무수행상의 인적·경제적 종속성 요소가 자영업자성보다도 우월한 자로 정의된다. 그런데 이와 같은 피용자의 정의가 오스트리아 노동법상의 근로자의 정의와 개념상 일치하는지는 분명하지 않다. 한편으로 적어도 경제적 종속성을 피용자개념의 본질적 표지로 삼는 것은 전통적인 근로자 개념과는 부합되지 않기 때문에 사회보험법상의 보호범위를 확정하기 위하여 사회보험법으로 제한된 피용자 개념으로 이해할 수도 있고,<sup>139)</sup> 다른 한편으로 오스트리아의 입법자가 이 법률을 통하여 근로자 개념의 정의를 확정하는 것으로 이해할 수도 있을 것이다. 분명한 것은 이 법의 피용자는 이른바 4대 사회보험(산재, 의료, 연금 그리고 실업보험 등)의 보험가입의무자로서 근로자의 법적 지위와 구별하는 것이 의미가 없다는 것이다.

나) 자유노무제공자(freie Dienstnehmer)의 개념과 구성요건

a) 자유고용계약(freier Dienstvertrag)은 원래 오스트리아 최고법원(OGH)의 판례에 의하여 형성되고 구체화된 것으로서 오스트리아 민법에서는 규율되어 있지 않다.<sup>140)</sup> 판례에 의하여 형성된 자유고용계약은 근로계약과는 달리 인적 종속성 없이 노무를 제공하는 법률관계를 의미한다. 노동과정을 자율적으로 규율하고 언제라도 변경할 수 있는 가

139) 참고로 Resch, Sozialversicherungspflicht für freie Dienstverträge, DRdA 2000, S. 15, 18.

140) Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA 1992, S. 93 ff.; Mazal, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag?, ecolex 1997, S. 278.

능성을 보유한다는 의미에서 인적 종속성, 즉 지시권종속관계가 없다는 것은 오스트리아 민법 제1151조의 근로(고용)계약과 민법의 규정이 없는 자유고용계약을 구별하는 기준이 된다.<sup>141)</sup> 그러나 인적 자주성이 경제적 종속성의 성립을 저지하는 것은 아니다. 예컨대 자기 자신의 기업조직이나 사업 수단을 갖고 있지 못하다는 의미에서의 경제적 종속성은 노동법원의 관할 결정의 요건이 되지만, 노동법의 적용 요건은 아니다.<sup>142)</sup> 따라서 노동법의 전형적인 내용인 임금, 휴가, 해고 등은 자유고용계약에 대해서 유추적용되지 아니한다. 다만, 계약관계의 해지에 따른 보상금의 지급과 같이 근로자성과 큰 의미관련성이 없는 제도는 물론 예외이다.

b) 근로자가 아닌 노무제공자의 증대는 필연적으로 사회보험 재정의 결손을 야기하기 때문에 유럽연합의 사회복지국가들에게 있어서 노동시장의 유연화를 통하여 발생하는 ‘사회보험법으로부터의 도피’를 막는 일은 중요한 정책과제에 속한다. 오스트리아의 입법자도 독일과 마찬가지로 이와 같은 과제를 입법적 수단을 통하여 해결하고자 하였다. 따라서 오스트리아의 사회보험법전의 입법자는 판례와 학설에 의하여 전개되었던 자유고용계약을 법전에 명시적으로 수용하여 그와 같은 법률관계에 종사하는 자유노무제공자에게 고용(근로)관계에 있는 피용자(근로자)와 사회보험법상 대등한 지위를 보장하고자 하였다.

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 직업법상의 권능이 있거나 또는 사단법인과 같은 단체에 속하여 그 사용인을 위하여, ② 지방자치단체나 기타 공공부문의 법인 및 행정기관 등을 위하여, 그리고 이 노무제공자가 임금을 목적으로 노무를 제공하며, 해당 노무를 본질적으로 일신전속적으로 제공하며 실질적으로 자신의 고유한 사업수단을 가지고 있지 아니한 경

141) OGH (1999.5.5) 9 ObA 10/99g, LE-AS 1.2.1. Nr. 3; OGH (1997.8.28) 8 ObA 2347/96x, LE-AS 1.2.1. Nr. 1.

142) OGH (1999.2.25) 8 ObA 38/99t, LE-AS 1.2.1. Nr. 2.

우에는 이 법률상의 피용자와 동등한 지위에 있다. 다만, 이 노무제공자는 그와 같은 업무의 수행을 이유로 영업인 사회보험법(Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz), 자유직업인보험법 또는 공무원보험법에 가입하지 않아야 한다.”

이 규정은 피용자(근로자)와 동등하게 사회보험의무가 발생하는 자유노무제공자의 개념을 정의하는 것이 아니라 사회보험의무가 발생하는 자유노무제공자의 구성요건만을 규정해 놓고 있다 그 구성요건은 세 가지로 설명될 수 있다. 첫째, 생계활동(Erwerbstätigkeit)은 보수를 목적으로 자유고용계약의 범주에서 수행되어야 한다. 둘째, 취업자는 특정의 사업주를 위하여 보수를 목적으로 본질적으로 일신상으로 노무를 제공하여야 하고, 이 경우 그는 중요한 사업수단을 보유하고 있지 않아야 한다. 이는 사실상 유사근로자의 표지에 상응하는 것이다.<sup>143)</sup> 따라서 개념의 간소화를 위하여 일반사회보험법 제4조 제4항상의 자유노무제공자를 통상 유사근로자로 표현하기도 한다. 끝으로 셋째, 그 업무는 영업허가(Gewerbeberechtigung)에 기초하여 수행되는 것이 아니어야 한다. 왜냐하면 이 경우에는 일반사회보험법이 아니라 우선적으로 자영인을 위한 사회보험법의 적용대상이 되기 때문이다.

c) 일반사회보험법 제4조 제4항의 자유노무제공자의 핵심적 구성요건은 ‘노무의 일신전속적 속성과 자기 사업조직의 결여’라고 할 수 있다. 원래 구법에 의하면 유사피용자(Dienstnehmerähnliche)의 개념을 두어 채권관계의 종류에 관계없이 사회보험의무를 인정하였고 그와 병존적으로 자유노무제공자에 대한 일반적 사회보험의무를 규정하였다.<sup>144)</sup> 그런데 1998년 1월 1일부터 시행되고 있는 현행 일반사회보험법은 노동법상의 유사근로자의 법적 유형에 상응하는 유사피용자라는 개념을 더 이상 사용하지 않는다. 종전에 유사피용자에 대하여는 다음과 같은 요건이 규정되었다. (i) 자본의 투입에 비하여 인적 노무제공이 주된 것이어야 한다. (ii) 취업자는 자신의 노무급부를 주로 한 사용자 또는 제한

143) Grillberger/Mosler, Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige, 1998, S. 42.

144) 이 규정은 1997년의 사회보험법전의 개정으로 현행과 같이 변경되었다.

된 사업주 그리고 그 고객과 그들과 경제적으로 밀접하게 관련된 기업을 상대로 제공하는 경우로서, 제한없이 그리고 계속해서 사업주를 교체하면서 활동하는 것이 아니어야 한다. (iii) 취업자는 이렇다 할 자신의 물질적·정신적 사업수단(예컨대 영업장소, 사업수단, 회사 장부에 대한 기재, 상인 부기, 개인적 광고 등)을 보유하고 있지 않는 경우이다. (iv) 취업자는 자신의 기업가적 처분 행위에 있어서 사업주로부터 법적·사실적 제한을 받고 있는 경우이다. 예컨대, 광범위한 경쟁금지 조항의 적용을 받거나 제한적으로만 자신의 고객을 가질 수 있다든지, 또는 특정 작업수단이나 생산품에 대한 구속이 강제되는 경우이다. 그런데 이제 이와 같은 유사피용자(유사근로자)의 기준은 일반사회보험법 제4조 제4항의 자유노무제공자에 대하여 더 이상 적용되지 않는다. 그 대신에 법률은 일신전속적 노무제공과 본질적인 자기 자신의 사업(조직)수단을 가지고 있지 않을 것이라는 단순화된 요건만을 규정하고 있다. 물론 이와 같이 추상화된 요건도 유사근로자와 비교하면 본질적 기본요소가 일치됨을 알 수 있다. 다시 말하면 이와 같은 요건 구성에서 경제적 종속성이 내포되어 있고 이는 동시에 유사근로자의 본질적 요건이기 때문이다.<sup>145)</sup> 사업조직이 존재하지 않는다는 것은 경제적 종속성으로부터 도출될 수 있는 요건, 즉 자신의 업무활동을 본질적으로 사업주의 사업수단을 가지고 수행한다는 것으로 대체될 수 있다. 타인의 사업수단을 가지고 수행하는 업무활동(즉 경제적 종속성)이란 인적 종속성의 결과라고 할 수도 있다고 본다.<sup>146)</sup> 심지어 일반사회보험법 제4조 제4항의 자유노무제공자에 대한 구성요건은 객관적으로 보면 유사근로자의 개념으로 귀결되는 것이라는 견해도 있다.<sup>147)</sup> 이상의 견해를 종합하면 이 법 제4조 제4항의 자유노무제공자는 사실상 유사근로자를 의미하는 것으로 보아도 무방하다. 다만, 이 경우에 유사근로자에 대하

145) Die Erl im AB zu § 4 Abs. 4 ASVG, 912 BlgNR 20. GP 5; Spielbüchler, in: Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I, 4. Aufl., 1998, S. 66 f. 참고.

146) RV zum StrukturanpassungsG, RV 72 BlgNR 20. GP 251.

147) Grillberger/Mosler, Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige, S. 42; 또한 Schrank/Grabner, WERKverträge und freie Dienstverträge, 2. Aufl., 1998, S. 40 ff..

여 적용되는 요건의 하나인, ‘한 사업주 또는 수적으로 제한된 사업주만을 위하여 노무를 제공할 것’이라는 요건이 제4조 제4항에는 규정되어 있지 않다. 그러나 얼마든지 해석론적 수정이 가능하므로 특히 목적론적 축소 해석을 통하여 그와 같은 요건이 추가되어야 한다는 견해도 있다.<sup>148)</sup>

이와 같은 요건을 충족하면 해당 계약당사자는 이른바 유사근로자로서 일반사회보험법상의 보험의무(의료, 재해 및 연금보험, 단 실업보험은 제외된다)를 부담하게 된다.

#### 다) 개별적 열거주의에서 추상적 포괄주의로

일반사회보험법 제4조 제4항의 도입으로 1998년 이전까지 적용되었던 같은 조 제3항이 삭제되었다. 구법에서는 개별화·구체화를 통하여 사회보험법의 적용을 받는 자영업 직업군을 열거주의방식에 따라 11개 업종으로 규정하였다.<sup>149)</sup> 그런데 1998년 1월 1일부터 시행되고 있는 현행법은 이와 같은 제4조 제3항을 삭제하고 같은 조 제4항을 통하여 근로자가 아니면서 사회보험법의 적용을 받는 노무제공자의 기준을 일반화·추상화하여 새로운 형태의 취업군에 대해서도 유연하게 적용될 수 있도록 한 것이다.

#### 라) 새로운 자영인(Neue Selbständige)의 사회보험으로의 편입

위에서 본 것처럼 사회보험법상의 유사근로자는 노무제공의 법적 성질이 자유고용계약으로 제한되어 있다. 따라서 고용이 아닌 다른 계약관계(예컨대, 도급)에 기초하여 노무를 제공하는 자는 피용자를 위한 사회보험에 편입되지 아니한다. 이와 같은 노무제공자에 대해서는 오히려 영업인사회보험법(Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz)에 해당 규정을 두고 있다. 영업인사회보험법은 독립적인 자영인을 위한 사회보험법이다. 오스트리아에서는 바로 이 직업군을 통상 ‘새로운 자영인

148) Resch, Sozialversicherungspflicht für freie Dienstverträge, DRdA 2000, S. 15, 19.

149) 이에 대한 자세한 내용은 김진수, 『오스트리아 특수형태근로 종사자에 대한 적용사례』, 윤조덕 외, 『비정규직 근로자산재보험적용실태와 특수형태근로종사자에 대한 적용확대』, 한국노동연구원, 381쪽 이하 참고.

(Neue Selbständige)’라고 부른다. 이 점은 독일과는 사뭇 다르다. 영업인사회보험법 제2조 제1항에 의하면, ‘사업상의 활동을 기초로 소득세법상의 수입을 목적으로 하는 자영업 종사자’는 다른 사회보험법에 편입되어 있지 않는 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,<sup>150)</sup> 새로운 자영인으로서의 의무보험가입은 전체적인 생계활동자를 위한 잔여사안포섭의 성격을 아울러 가지고 있다.

### 3. 소결

앞서 검토한 독일의 유사근로자 개념과 오스트리아의 일반사회보험법 제4조 제4항의 자유노무제공자(freie Dienstnehmer)의 구성요건은 다소의 차이를 보여준다. 오스트리아 일반사회보험법상의 피보험자로서 강제 가입되는 자유노무제공자는 보수를 목적으로 노무를 제공하는 자로서 인적 종속성이 없고 사업주의 조직에 대한 구속성이 없으나 자신의 사업조직이나 시설을 갖추지 아니하고 사업주의 시설과 조직을 이용하여 노무를 제공하는 자로 설명된다. 이 때 취업자의 일신전속적 노무제공의무는 요건이 아니다. 다시 말하면, 취업자는 자신의 노무를 다른 사람으로 하여금 대체 제공시킬 수 있다. 업무대체성이 인정되면 이 법주의 적용대상이 크게 확대될 수 있다. 따라서 오스트리아의 일반 노동법에서는 독일과 달리 유사근로자에 대한 노동법의 적용을 매우 조심스럽게 접근하고 있으며 사회보험에 의한 사회적 보호만으로 제한하는 경향을 보여준다. 따라서 유사근로자제도의 기본 구상에서 독일과 차이가 있다.

---

150) Wachter, ZIAS 2000, S. 264.

## II. 프랑스의 법률규정

### 1. 근로자 개념과 유사근로자

프랑스 노동법상의 근로자 개념은 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.<sup>151)</sup> 따라서 법적 종속성은 노무제공자가 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 노무제공자가 자신 및 가족의 생계를 전적으로 또는 주로 그 노무의 제공으로부터 획득한다는 점, 즉 해당 노무관계가 생계의 기초(Existenzgrundlage)를 이룬다는 점과, 다른 하나는 사용자, 즉 계약상 대방에 대하여 노무제공의 진속성을 지니고 있다는 점이다.<sup>152)</sup>

그렇지만 프랑스 노동법전은 유사근로자의 일반적 정의를 내리지 않고 또 그에 대하여 적용되는 일반적인 노동보호법규의 내용을 정함이 없이 노동법전 제7편에서 유사근로자의 특성을 갖는 직업집단을 독립적으로 규율함으로써 열거적·개별적 방법에 의한 보호체계를 구성하고 있다는 데 특징을 가지고 있다. 여기에 해당되는 특수직업군은 평소 지시권구속관계에 기초한 근로자성이 의심되는 사안으로서 대리상, 가내근로자, 유한회사의 사원이 아닌 이사(gérant salarié), 언론분야 종사자 및 예술예능계 종사자 등이다. 그런데 이와 같은 유사근로자성을 가진 특수 직업집단의 노동법으로의 편입은 서로 다른 법적 기제를 통하여 이루어지는데, 대체로 첫째 근로계약의 의제, 둘째 근로관계의 추정, 셋째 입증책임의 전환, 그리고 넷째 법률관계의 성격에 관계없이 노

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

152) 조임영, 『종속관계의 변화와 노동법』, 『민주법학』 제24호, 2003, 357쪽 이하의 P. Cuche의 견해인용 참고.

동법의 적용을 확대하는 방식이다.<sup>153)</sup> 이 중 세 번째가 유사근로자에 대한 노동법의 확대적용의 전형적인 방법이고, 첫 번째와 두 번째의 방법은 오히려 한계 영역에 있는 직업군에 대한 근로자 개념의 확대를 시도한 것으로 이해된다. 이하에서는 이와 같은 방법론에 기초하여 각 개별 직업군에 대한 노동법 적용이 어떠한 모습을 가지고 있는지 간단히 살펴보기로 한다.<sup>154)</sup>

## 2. 근로관계의 의제

하나 또는 둘의 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 의무가입대상이 된다. 다만, 직업적 특수성을 고려하여 보호법규의 적용이 수정되거나 배제되는 경우도 있으며,<sup>155)</sup> 해당 직업군에 특유한 제도를 두기도 한다. 예컨대, 대리상에 대해서는 고객확보수당의 보호규정이 있다.

## 3. 근로관계의 추정

언론분야 종사자 및 예능계 종사자에 대해서는 일정한 요건을 갖춘 경우 근로자성을 추정하고, 이들이 근로자가 아님을 계약 상대방이 입증하도록 함으로써 입증책임을 전환하고 있다. 예컨대, 언론분야 종사자의 경우 하나 또는 복수의 언론사에서 생계를 목적으로 직업활동을

153) 이에 대해서는 조임영, 앞의 글, 349면을 참고.

154) 이 장은 조임영, 앞의 글 349쪽 이하; 조경배, 『독립노동과 유사근로자 그리고 위장자영인』, 『민주법학』 제25호, 2004, 305쪽 이하를 참고하면서 제도적 취지에 맞게 부분적으로 수정하여 기술하였다.

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

하는 자로서 이 업무활동으로부터 전적으로 또는 주로 생계소득을 얻는 경우에는 근로관계가 추정된다. 예능계 종사자의 경우에도 보수를 목적으로 공연 등을 수행할 것을 약정한 경우에는 이를 근로계약으로 추정한다. 이들 사안의 경우에 보수액과 계약 형식에 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, 노동법 일반에는 없는 특별한 규정이 있다.<sup>156)</sup>

#### 4. 특수노무공급관계에 대한 노동법적용의 확대

가내근로자 또는 유한회사의 업무집행사원 등에 대해서는 앞의 경우와 달리 근로관계의 의제나 추정방식에 의해서가 아니라 이들의 법률관계가 근로관계가 아님을 명백히 하면서도 노동법의 일부 규정을 적용하는 이른바 전형적인 유사근로자형 규정을 두고 있다.

#### 5. 특징

근로자성이 문제되는 이른바 한계영역의 사안과 보편적인 유사근로자의 영역을 일반적으로 규정하지 아니하고 특정 직업군을 중심으로 규율하는 것은 프랑스 노동법의 특수성에 속한다. 물론 근로관계의 추정 등을 통하여 한계영역에 있는 노무제공자에게 유리하게 노동법 또는 사회보험법의 적용가능성을 부여하는 것은 네덜란드나 독일의 예가 보여주는 것처럼 어느 정도 일반적인 경향을 보이고 있으나, 이를 특정 직업군에 한정하는 입법 태도에 대해서는 의문이 있다. 그리고 최근의

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

노동형태의 다양화 경향은 비단 위에서 언급한 직업군에 한정되지 아니하고 새로운 직업군으로 확대되어 가고 있음에 비추어보더라도 프랑스식의 입법 방향이 갖는 한계성을 알 수 있다.<sup>157)</sup> 다만, 대리상의 경우와 같이 근로계약관계를 의제하는 사안에 대해서는 이것이 근로계약관계를 추정하는 직업군과 사안에 있어서 어떠한 본질적 차별성을 갖는지 좀더 자세한 연구가 필요하다고 하겠다.

### III. 소결

독일과 오스트리아의 예에서 보여주는 것처럼 유사근로자제도는 과거 직업별 개별적 규율모델에서 포괄적 일반개념으로 구성하고자 하는 경향을 보여주고 있다. 이는 유사근로자를 개별적 내지 우연적 카테고리로 한정적으로 적용해 왔던 과거의 제도만으로는 현대사회의 다양한 취업형태를 포괄할 수 없다는 한계에서 비롯된 것으로 보인다.<sup>158)</sup>

유사근로자의 보호필요성의 실현방법은 특정 직업군에 대한 특별입법적 방법과 협약자율방식에 의한 자율적 취업조건의 형성가능성 등으로 이원화될 수 있다. 그 밖에 개별 노동법 및 사회보험법에서 유사근로자를 적극적으로 보호범위에 포함하는 입법례가 많이 등장하고 있다. 특히 독일과 프랑스의 경우에는 노동법에 의한 보호가 주된 법정정책적 방향이고 오스트리아의 경우에는 사회보험법을 통한 보호가 주된 법정정책적 방향이 되고 있음을 알 수 있다.

유사근로자 개념은 근로자 개념과 불가분의 관련성하에서 전개되어 왔다. 한계영역 종사자의 보호필요성을 근로자 개념의 확대를 통해서가 아니라 유사근로자라는 범주를 통해서 실현하고자 하는 것이 일반적 경향임을 알 수 있다.

157) 이에 대해서는 조용만, 『프랑스의 근로자 판단기준과 특수형태근로 종사자의 법적 지위』, 노사정위원회 편, 『특수형태근로자 보호대책관련 외국사례』, 2003, 236쪽 이하 참고.

158) 이와 같은 포괄적 일반개념에 의한 규율모델에 대한 비판적 견해는 조용만, 앞의 글, 237쪽.

### 제3장

### 유사근로자의 전형적 사례

#### 제1절 방법적 서설

독일은 1974년에 단체협약법의 개정으로 유사근로자에 대하여도 협약자율을 승인하였음에도 불구하고 이와 같은 제도가 방송 및 예술분야의 특정직종에 한정적으로 적용되었을 뿐이었기 때문에 유사근로자 전반에 대한 관심을 환기시키는 데는 이르지 못하였다. 그러나 1990년 이래로 장기적이고 만성화되는 높은 실업률과 노동시장의 유연화에 대한 기업의 관심 등이 고조되면서 유사근로자는 노동시장정책의 중요한 수단으로 재인식되기에 이르고, 법 실무에서도 적지않은 판례가 축적되고 있다. 독일 판례는 특정 취업자를 유사근로자로 판단하는 데 있어서 독일 노동법원법 제5조 제1항과 독일 단체협약법 제12조의 a를 기초로 다음과 같이 유사근로자의 판단 표지를 정식화하고 있다. 유사근로자는 고용 또는 도급계약을 법적 기초로 하여<sup>159)</sup> 본질적으로 인적 종속성을 가지고 있지 않지만 경제적으로 종속성을 지니고 있으며 전체적인 사

159) 무상 위임만을 인정하고 있는 독일 민법에서는 고용계약을 상위개념으로 하여 그 아래에 근로계약과 자유고용계약을 위치시키고 있다. 우리 학계에서는 유상 위임을 인정하고 있으므로 고용계약은 근로계약과 동일시하고 자유고용계약은 유상 위임으로 파악하는 견해가 다수설인 듯하다. 이에 관해서는 박종희, 『근로기준법상 근로자개념』, 『노동법학』 제16호, 2003, 86쪽 이하 참고.

회적 지위를 고려할 때 근로자에 유사한 사회적 보호필요성이 인정되는 자를 의미한다.<sup>160)</sup> 그에 의하면 자영인으로 표현되는 취업형태는 인적 종속성(사용종속성)이 없거나 근로자로 인정하기 어려울 만큼 그 정도가 현저히 미약하므로 실질적으로 근로자로서 인정될 수 없는 경우에 다음 단계로 유사근로자성의 판단이 고려될 수 있다. 이때에는 인적 종속성의 표지를 대신하여 경제적 종속성과 사회적 보호필요성이 판단의 기준이 된다. 이 표지들은 통상 어느 특정의 사업주에 대하여 그 사업주가 제시한 조건에 따라 자신의 업무를 수행하는 자영인을 대상으로 하여 적용된다. 현실적으로 문제가 된 사례들은 유형적 고찰방법을 기초로 개별 사례의 종합적 관찰에 의하여 유사근로자성이 판단된다. 유형적 고찰방법에서는 특정 직업이나 직종에 따라 유사근로자를 선형적으로 확정하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 각 징표들을 객관화·절대화하여 구성요건화하는 것은 인정되지 아니한다. 위에서 제시한 기본 표지는 규범적 의미성 정도만을 가지는 것이다. 따라서 동일한 직종 내에서도 기업의 인사전략 내지 사업조직적 필요에 의하여 구체적인 개별계약에 따라 근로자, 유사근로자, 자영업자로서의 내용 형성이 얼마든지 가능하다. 아래에서는 근로자, 유사근로자 또는 자영인의 법적 지위를 다룬 판례의 대비적인 분석을 통하여 유사근로자의 판단기준을 확인하고 현실에서 전형화되고 있는 유사근로자의 유형들을 확인한다.

---

160) BAG (1990.10.2) NZA 1991, S. 239; BAG (1993.4.15) NZA 1993, S. 789; BAG (1997.4.11) NZA 1998, S. 499; BAG (1997.7.16) NZA 1997, S. 1126; BAG (1998.4.11) NZA 1999, S. 53; BAG (1999.6.17) NZA 1999, S. 1176; BAG (2000.8.30) NZA 2000, S. 1359; BAG (2000.12.19) NZA 2001, S. 285.

## 제2절 독일 판례에서 나타난 개별 사례의 검토

### I. 판매업종사자, 프랜차이즈

#### 1. 프랜차이즈의 계약유형

현대적 시장경제체제에서는 기업이 경쟁능력을 갖추기 위한 수단으로 과감한 구조조정을 단행하는 것이 일반적 경향이 되고 있다. 특히 과거 기업조직 내부에서 자신의 근로자를 사용하여 수행하던 작업 또는 부서를 이른바 아웃소싱을 통하여 독립사업화하고 다시 이들과 도급관계 내지 프랜차이즈관계를 맺어 업무를 계속 수행하게 하는 구조조정방식이 크게 활용되고 있다. 이 때 기업화되지 못하고 단지 개인적 차원에서 법적으로 독립하여 노무를 제공하는 자의 지위가 문제되고 있다. 이와 같은 노무제공형태의 전형적인 모습은 노무를 제공하는 계약당사자가 통상 자신의 고유한 자본을 투입하는 것이 아니라 다만 자신의 노동력을 투입하고 그 결과 독자적으로 시장적 지위를 갖지 못한 채 주로 특정의 사업주를 위하여 노무를 수행해야 하는 경우라고 할 수 있다.<sup>161)</sup> 그런데 이와 같은 사실만으로는 해당 노무제공자의 법적 지위를 판단하는 데 충분한 사실자료를 제공해 주지 못하는 것이 보통이다.

프랜차이즈는 그 가맹자(franchisee, Franchisenehmer)가 사업자(franchiser, Franchisegeber)의 제품, 상표, 광고 그리고 사업기법 등을 사용할 수 있게 함으로써 상품의 판매와 서비스의 공급을 원활하게 하는 것을 목적으로 확산되었다. 유럽공동체(EG)가 제정한 법령(Rechtsverordnung)<sup>162)</sup>은 프랜차이즈를 상표, 상호, 간판, 실용신안 및 의장, 저작권, 특허 내지 기타의 사업적 노하우와 같이 최종소비자에 대한 상품 판매나 서비스의 제공을 목적으로 이용되는 영업상 또는 정신적인 소유권에

161) Zachert, AuR 1988, S. 129, 135 참고.

162) 4087/88(1988.11.30), Abl. EG Nr. L. 359, S. 46.

대한 권리의 총체라고 표현한다. 따라서 프랜차이즈 가맹자의 법적 지위는 독립적인 기업가로서 대리상의 지위에 유사한 것으로 설명되고 있다.<sup>163)</sup> 특히 상품의 판매를 목적으로 하는 프랜차이즈 가맹자는 일반적으로 사업자에 대하여 전형적인 종속성의 모습을 연상하게 하는 밀접한 협력관계를 그 내재적 요소로서 수반한다. 예를 들면 일정한 사업지역을 특정하여 프랜차이즈 판매기법에 따라 판매업에 종사하도록 하는 점, 가맹자가 특정 프랜차이즈 사업자에 대해서만 계약관계를 가지고 있다는 점, 프랜차이즈 사업자의 노무제공요구권, 사업자의 상품에 대한 구속성, 공동광고, 가맹자의 판매활동에 대한 사업자의 통제권 그리고 경우에 따라 자기 종업원이 없는 1인 회사 형태의 가맹자의 모습 등에서 특히 그와 같은 특징이 설명된다. 이를 종속적 프랜차이즈(Subordinations-Franchising)라 부르기도 한다.<sup>164)</sup> 그렇지만 그러한 종속성 유사성의 모습이 반드시 프랜차이즈 가맹자를 근로자로 인정하게 하는 근거로 설명되지 않는다.<sup>165)</sup> 문제는 프랜차이즈관계가 가맹자를 독립사업자로서 구성하여 근로자성이나 유사근로자성을 배제하는 독립적인 계약유형으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 왜냐하면 가맹자가 인적으로나 경제적으로 종속성을 지니고 최종소비자에게 상품을 공급하는 지위에 있는 경우에는 가맹자의 독립성은 어쨌든 인정될 수 없기 때문이다.<sup>166)</sup>

## 2. 프랜차이즈 가맹자의 근로자성을 인정한 사례

판매형 프랜차이즈에 종사하는 자가 근로자인지 여부는 독일 연방노동법원의 일관된 입장에 의하면 그가 지시권의 구속을 받는다는 의미에서 사용종속성이 있느냐 아니면 시장에서 사업자의 지시권으로부터 자신의 기업가적 기회를 독자적으로 그리고 본질적으로 자유롭게 추구

163) Bodewig, BB 1997, S. 637; Martinek, ZIP 1988, S. 1632.

164) Martinek, Franchising, S. .

165) Horn/Henssler, ZIP 1998, S. 589, 596 ff.

166) 특히 Schmidt/Schwerdtner, Scheinselbständigkeit, Rn. 238. 또한 Horn/Henssler, ZIP 1998, S. 589도 참고.

할 수 있는가에 달려 있다.<sup>167)</sup> 이 때 프랜차이즈의 속성상 비교적 상세한 지침서가 존재한다는 점, 가맹자의 사업상의 의무가 규율되어 있다는 점 그리고 상품판매와 관련하여 사업자의 일정한 통제권이 내재되어 있다는 것이 어느 정도 고려되어야 하는지 문제될 수 있다. 중요한 것은 계약의 유형을 당사자들이 형식적으로 어떻게 표현하더라도, 즉 프랜차이즈라는 계약형식을 이용하더라도 근로자성의 판단은 구체적이고 실질적인 모습에 따라 객관적으로 행해진다는 점이다(이른바 유형강제). 그런데 독일 연방노동법원은 근로자 파견의 영역에서 활동하는 프랜차이즈 가맹자의 근로자성에 관한 판결에서 가맹자는 자신의 업무시간과 종업원의 근로시간을 자유롭게 결정할 수 있고 외근 업무와 내근 업무를 스스로 규율할 수 있다는 점을 들어 그의 근로자성을 부인하였다.<sup>168)</sup> 또 다른 판결에서는 1인의 종업원을 사용하고 있는 대리점 파트너의 근로자성이 문제되는데, 여기서도 그 대리점 파트너는 가게 영업시간을 자유롭게 정할 수 있고 상품의 진열과 배치 그리고 종업원의 고용에 제한을 받지 않는다는 이유로 근로자성이 인정되지 않았다.<sup>169)</sup> 이 사례들에서는 일반적인 근로자성의 판단 표지가 적용되었고, 프랜차이즈의 특유한 현상들은 별도로 고려되지 아니하였다.

### 3. 프랜차이즈 가맹자의 유사근로자성을 인정한 사례

다수설은 프랜차이즈계약의 법적 성격을 각각의 고유한 전체급부 모습에 기초하여 구체적인 계약 내용에 따라 고용계약적 요소, 라이선스 계약의 요소 또는 조합계약의 요소 등이 혼합하여 존재한다고 보는 반면에 물건의 판매를 목적으로 하는 프랜차이즈(Vertriebs-Franchise)에서는 대체로 고용계약에 기초한 노무제공관계가 인정될 수 있으며 현실적으로도 그 가맹자의 유사근로자성이 인정될 수 있다는 입장을 취하고 있다.<sup>170)</sup> 이들은 구매 내지 판매활동과 관련하여 각 판매방식의

167) 특히 BAG(1997.7.16) NZA 1997, S. 1126.

168) BAG(1980.4.24) DB 1980, S. 2039.

169) BAG(1990.2.12) BB 1990, S. 1064. 이와 유사한 판례로 BAG(1978.5.30) NJW 1979, S. 335.

범위 내에서 사업자의 이익을 위하여 급부를 제공한다고 보기 때문이다(Fremdnützigkeit).<sup>171)</sup> 독일 연방노동법원(BAG)은 유명한 아이스만(Eismann) 판결<sup>172)</sup>에서 프랜차이즈 가맹자의 경제적 종속성을 다음과 같은 이유로 인정하였다.

“가맹자는 계약관계의 내용에 따라 해당 사업자를 위한 활동 외에 이렇다 할 생계활동을 더 이상 수행할 수 없다. 왜냐하면 그는 배타적으로 사업자가 제공하는 상품의 종류에만 구속되었고 자신의 업무수행과 시간적 배치가 프랜차이즈 업무지침에 따라 확정되어 있기 때문에 시장에서 독립적인 기업가적 기회를 얻는다는 것이 불가능하기 때문이다.”

독일 연방대법원(BGH)도 같은 아이스만사건에 대한 판결에서 가맹자는 유일한 경제적 생존의 기초로서 이 프랜차이즈관계에 의존할 수밖에 없다는 점을 중시하였다.<sup>173)</sup> 물론 독립적이고 자율적인 기타의 생계활동의 자유가 계약상 배제되지는 않지만 독일 연방노동법원이나 연방대법원 모두 형식적인 계약상의 가능성이 아니라 그것의 현실적인 가능성에 초점을 맞추어 판단하였다. 또한 프랜차이즈 가맹자를 위한 업무활동지침서에 규율되어 있는 근무시간 및 판매방식 등에 관한 사항도 유사근로자성의 판단 징표로 삼았다. 반면에 프랜차이즈 가맹자가 자신의 이름으로 그리고 자기의 계산으로 거래를 수행한다는 점은 경제적 종속성을 판단하는 데 있어서 중요하게 고려하지 않았다.<sup>174)</sup> 특히

170) 특히 Martinek, Franchising, S. 288 ff. 참고. 여기서 말하는 고용계약적 성격이란 근로계약이 아니라 자유고용계약을 의미한다.

171) 또한 Horn/Henssler, ZIP 1998, S. 589, 599.

172) 이에 관한 판결로는 BAG (1997.7.16) NZA 1997, S. 1126. 독일 아이스만(Eismann) 회사는 각종 냉동식품을 냉동차량을 이용하여 이동판매하는 회사로서, 자기 소유의 냉동차량을 갖는 판매자와 프랜차이즈계약을 체결하여 각 판매 지역별로 할당하고 그 판매자의 소유의 이름과 계산으로 판매를 위탁하는 프랜차이즈 판매방식을 업계 최초로 도입하였다.

173) BGH (1998.4.11) NZA 1999, S. 53.

174) BAG (1997.9.8) NZA 1997, S. 1302 참고.

연방대법원은 프랜차이즈 가맹자의 보수의 정산방법에 주목하였다. 즉 가맹자가 한 달에 1회 월급여의 형태로 보수를 수령하는 것은 경제적 자주성과는 부합되지 않는다고 보았다.<sup>175)</sup>

물론 경제적 종속성은 유사근로자성을 판단하는 데 있어서 유일한 표지는 아니다. 즉 경제적으로 종속적인 자라 하더라도 그의 전체적인 사회적 지위를 고려할 때 근로자에 비교할 수 있는 사회적 보호필요성이 인정되어야 한다. 위의 독일 연방노동법원의 판례에 의하면 프랜차이즈 가맹자는 사업자에 대하여 특정 지역의 판매종사원으로서 업무를 수행해야 하는 의무를 부담한다. 즉 그는 독자적인 사업조직을 갖추고 있지 아니할 뿐만 아니라 개인적으로 종업원을 채용하여 업무를 수행하도록 하지 아니하고 마치 근로자인 영업사원과 유사한 형태로 판매업무에 종사하였다는 것이다. 이 판결은 바로 이 점이 유사근로자를 근거지우는 사회적 보호필요성의 인정 근거로 받아들였다. 그러나 그 가맹자가 현실적으로 독립적인 기업가적 이윤획득 기회를 향유할 수 있는가 하는 점에 대해서는 자세히 검토하지 않았다. 독일 연방대법원은 특히 가맹자가 전체적으로 근로자인 영업사원과 마찬가지로 사업자의 기업조직에 편입되어 있으며, 비록 자신의 개인 소유에 속하는 차량을 사용하긴 하였지만 그것만으로 고유한 사업조직을 갖추고 있다고 볼 수 없다는 점과 가맹자의 판매행위가 시간적 범위와 내용적 측면에서 사실상 지침을 통하여 정해져 있다는 점을 중요하게 고려하였다. 그 밖에 가맹자가 한 달에 공제 전 총수입(brutto)으로 평균 4,306마르크(약 2150유로)를 얻는다는 점도 사회적 보호필요성의 한 요소로 인정된다고 보았다. 독일 연방대법원은 이와 같은 사정을 고려하여 다음과 같이 판단하고 있다.<sup>176)</sup>

“프랜차이즈 가맹자가 소득세, 기타 보험료 등을 공제하면 더 많은 시간과 노력을 투입하였음에도 불구하고 같은 회사에 채용된 근로자인 판매사원에 비하여 더 나은 수입 기회를 가지고 있지 못하며 그럼에도 불구하고 자신의 영업활동에 대한 전적인 위험을

175) 또한 Hänlein, DB 2000, S. 374, 377.

176) BGH (1998.4.11) NZA 1999, S. 53.

부담하고 있다. 그와 같은 사정에 의하면 그 프랜차이즈 업무는 근로자와 구별되는 기업가적 기회를 주지 못하는 것이 분명하다.”

독일 연방대법원의 다른 판결에서 프랜차이즈 가맹자는 그 사업자와의 계약에서 사용자로서 근로자를 채용하여 업무를 수행할 것을 약정하였고 이를 통해서 독립적인 기업가로서 활동할 수 있다는 이유로 기타 다른 구체적 실태를 검토함이 없이 유사근로자성을 부인하였다.<sup>177)</sup>

## II. 운송업종사자, 택배종사자

### 1. 운송업종사자의 계약유형

최근 운송업분야에서도 경영합리화 내지 구조조정의 영향으로 다양한 고용형태가 나타나고 있는데, 그 중 하나는 대형 운송업체(Spediteur)가 자신의 사업을 소규모의 하청업체에 이관하고, 특히 과거에 회사의 종업원이었던 자를 그의 개인 차량을 이용하여 1인 회사로 등록하게 하여(이른바 지입차주의 형태로) 운송 내지 택배업무를 수행하도록 하는 것이다. 특히 근거리 택배운송자(Kurierfahrer)의 경우에는 고객과의 신뢰형성을 위하여 원청회사의 로고와 광고를 자기 차량에 부착하도록 함으로써 고객이 택배 운전자를 대기업 운송업체의 종업원으로 인식하도록 하고 있다. 또한 택배 운전자는 운송비용이 택배 중개업체에 의하여 일률적으로 정해지므로 고객에 대하여 자영인으로서 자신의 재정적 자율성을 가지고 있지 못한 경우가 일반적이다.

입법자는 원칙적으로 운송업자(Frachtführer)를 독립적인 상인으로 분류하고 있다. 그러면서 동시에 운송인은 법률에 의하여 상당한 지시권의 구속을 받는다고 규정하고 있다(독일 상법 제418조 참고). 여기서 규정하고 있는 지시권은 약관에 의하여 더욱 강화되기도 한다. 왜냐하면 원청운송업자는 하청운송업자에 대하여 계약상대방으로서 보험법상의 책무를 감안할 때 통제 및 관리권한을 포기할 수 없기 때문이다.<sup>178)</sup>

177) BGH(2000.1.27) NZA 2000, S. 390.

그런데 이 때문에 하청운송업자는 다른 자영업종사자에 비하여 직업적으로 높은 수준의 지시권구속관계에 놓이게 된다. 그렇지만 법률의 규정에 의하면 이를 통해서 근로관계가 인정될 수 있을 정도의 인적 종속성(사용종속성)에는 이르지 않는 것으로 평가(또는 의제)되고 있다.<sup>179)</sup> 다만, 그와 같은 비교적 높은 수준의 상법상의 지시권구속성이 인정되기 위해서는 하청운송업자가 물건의 운송위탁을 수령할 것인지를 여부를 자유롭게 결정할 수 있어야 한다는 점이 함께 고려되어야 한다. 이 점은 하청운송업자의 자영업인성에 대한 결정적 요소가 된다. 이때 운송위탁자, 즉 원청운송업자와의 법률관계는 비교적 장기간의 이른바 기본 운송계약(Rahmenvertrag)을 그 기초로 하며, 그와 같은 법률관계에 따라 자신의 차량에 그 회사의 색상과 로고를 표시한다고 해서 독립적 상인으로서의 하청운송업자의 지위는 영향을 받지 아니한다. 왜냐하면 원청운송업자가 광역운송체계를 구축하고 운송 조직을 집중화하기 위하여 다른 개별운송업자와의 협력을 통하여 물건의 운송업을 수행하려는 사업 목적을 설정하는 것은 얼마든지 가능한 운송업자로서의 구상이기 때문이다.<sup>180)</sup> 따라서 독일 연방노동법원에 의하면 운송업자가 자신이 이용하는 차량에 원청회사의 지시에 따라 회사의 통일성을 상징하기 위하여 특정의 디자인을 해야 할 의무를 부담한다는 것을 이유로 바로 근로자성이 인정되지는 않는다. 뿐만 아니라 그 운송업자가 원청회사의 주문을 기다리는 과정에서 어느 정도 업무 대기를 해야 한다는 점과 자신의 보조운전자를 원청회사에 신고해야 할 의무를 부담한다는 점도 그의 자영업인으로서의 지위에 영향을 주지 않는다고 보았다.<sup>181)</sup>

## 2. 운송업종사자의 근로자성 판단

운송업 분야에서도 독일 연방노동법원은 업종의 특수성에 기초한 계

178) 특히 최근의 BAG (2001.6.27) NZA 2002, S. 742 참고.

179) BAG (1997.11.19) NZA 1998, S. 364.

180) BAG (1997.11.19) NZA 1998, S. 364; BAG (1998.9.30) NZA 1999, S. 374; BAG (2001.6.27) NZA 2002, S. 742

181) BAG (1998.9.30) NZA 1999, S. 374.

약당사자의 구속과 노동법상의 근로자성 판단기준을 분리하여 판단하였다. 앞에서 지적하였듯이 하청운송업자와 원청운송업자 사이에는 장기간의 기본 운송계약이 체결되고 하청운송업자의 개인 차량에 원청회사의 상표와 로고, 색상 등이 통일적으로 부착되는 등의 공동 협력은 운송업자의 근로자성 판단에 큰 영향을 주지 않는다. 그리고 물건의 운송에 불가피하게 전제되는 ‘배달 기일의 준수’ 또한 독립적 운송업자의 전형적인 활동조건이다. 그러나 이러한 자영인으로서의 전형적 조건을 고려하더라도 구체적인 사례에서 그 운송업자가, 자신의 업무 및 그 수행방법을 본질적으로 자유롭게 정할 수 있는가 그리고 근로시간을 자유롭게 결정할 수 있는가 하는 등의 사용종속성 표지에 따라 근로자성의 인정가능성이 배제되는 것은 아니다.

독일 연방노동법원은 1997년 11월 19일의 판결에서 어느 하청운송업자의 근로자성을 다음과 같이 판단하였다.<sup>182)</sup> 해당 하청운송업자는 원청운송업자에게 월요일부터 금요일에 걸쳐 오전 6시부터 오후 16시 또는 17시까지 위탁받은 물건의 배송을 위하여 자신의 노동력을 제공하여야 하고, 매일의 업무시간 중에도 위탁자로부터 새로운 배송 주문을 계속해서 수령하여야 하므로 매시간 전화로 자신의 위치를 보고하여야 할 의무를 부담하고 있기 때문에 자신의 근로시간을 본질적으로 자유롭게 결정할 수 없다. 뿐만 아니라 하청운송업자가 언제 자신의 차량을 주유(注油)할 것인지, 필수적인 정비 점검과 세차, 청소 등을 언제할 것인지 그리고 어떤 장비를 갖추어야 하는지 등이 모두 계약시 교부된 업무활동지침 내에 자세히 규정되어 있기 때문에 업무수행 방법의 자유로운 형성가능성도 제한되어 있다. 이와 같이 업무수행 과정과 방법이 상세하게 규율되어 있는 것과 근로시간의 자율적 통제가능성이 없다는 것은 근로자성 판단에 본질적인 요소라 할 수 있는 인적 종속성을 징표하므로 독일 연방노동법원은 해당 운송업자의 근로자성을 인정하였다.

그에 반하여 1998년 9월 30일의 판결<sup>183)</sup>에서는 특정의 대형운송업체

182) NZA 1998, S. 364.

183) NZA 1999, S. 374.

만을 계약상대방으로 하는 하청운송업자에게 하루의 근로시간의 길이는 물론이고 그 시작과 종료가 미리 규율되어 있지 않으며, 자신의 고유한 고객을 위하여 자기의 계산으로 운송을 하기도 하고 타인(제3자)을 보조운전 내지 운송을 위하여 투입할 수 있는 경우 그리고 원청운송업자가 일방적으로 지정한 배송 주문을 수령해야 할 의무나 일정한 배송 업무량을 이행해야 할 의무를 부담하지 아니하는 경우에는 근로자성이 부인된다고 판단하였다. 다른 한편으로 원청운송회사와 하청운송업자의 계약에 부록으로 첨부하여 제시된 업무수행지침서에서 배송 업무수행과 관련된 사항이 구체적으로 적시되어 있다는 이유만으로는 근로자성을 판단하는 데 충분하지 않다고 보았다. 독일 연방대법원이 운송업자의 근로자성에 관하여 판결한 사례<sup>184)</sup>에서는 운송업자가 제3자를 보조운전자로서 투입할 수 있도록 계약에서 허용하고 있고 또한 이것이 구체적 사정에 비추어 현실화될 수 있는 경우에는 통상 근로자성과 부합되지 아니하는 독자적인 사업 내용의 형성가능성이 운송업자에게 허용된 것으로 볼 수 있으므로 해당 운송업자의 근로자성을 부인하는 중요한 이유라고 설명하고 있다.

### 3. 운송업종사자의 유사근로자성 판단

운송업자가 대형운송업자의 주문에 기초하여 자신의 계산으로 물건을 제3자에게 배송하는 계약은 그 각각의 구체적인 계약 내용에 따라 고용(또는 위임), 도급계약의 법적 성질을 가지므로 근로자가 아닌 운송업자라 하더라도 유사근로자로 인정될 수 있는 법적 기초를 지니고 있다.

독일 연방대법원의 위의 판결<sup>185)</sup>에서는 해당 운송업자가 곡물운송 전문차량에 의하여 곡물운송을 목적으로 대형운송업체와 계약을 체결할 당시에 별도로 다른 한 대의 화물차량을 보유하고 있었고 이를 위하여 1인의 운전기사를 채용하고 있었다. 그러나 운송업자는 두 대의

184) BGH (1998.10.21) NZA 1999, S. 110.

185) 위의 주 183) 참고.

화물차량을 운행하는 것이 수익성이 없다는 이유로 자신의 근로자를 해고하고 뒤이어 화물차량도 매각하였다. 그 후 대형운송업체와의 계약이 종료될 때까지 자신이 직접 곡물운송만을 담당하였다. 독일 연방대법원은 이 운송업자의 경제적 종속성을 판단하는 데 있어서 우선 사업자로서(별도의 화물차량을 통한) 부업 행위로부터 기타의 소득이 발생하고 있는지, 그리고 근로자를 해고한 이후에 자신의 경제적 존립의 근거가 전적으로 탈락되었는지, 또는 경우에 따라서는 제2의 화물차량을 매각하지 않았더라면 그로부터 자신의 자유시간을 활용하여 충분한 소득을 가질 수 있었는지 등을 판단의 기초로 삼았다. 독일 연방대법원은 다른 곳에서의 소득 또는 운송업자의 재산은 경제적 종속성의 인정에 부정적인 영향을 줄 수 있다는 견해를 취하고 있다.<sup>186)</sup> 그러나 이 경우에 운송업자가 자신이 보유하고 있던 두 대의 차량을 기업적으로 투입하는 것이 가능하지 않으며 따라서 근로자를 해고해야만 하였고 바로 뒤이어 그 화물차량을 매각하였다는 사정은 중요하게 고려되지 않은 것으로 보인다. 그것은 운송업자의 계산상의 잘못 또는 보수 단가가 너무 낮게 책정되어 수익성을 상실하였다는 사실은 이미 체결된 계약을 취소 내지 무효 또는 해지할 수는 있지만 그것만으로 근로관계 유사성을 직접 인정하는 것은 무리라는 판단이 내재되어 있는 것으로 보인다. 다른 한편으로 그 취업관계로부터 발생하는 자신의 소득이 탈락할 경우에 더 이상 자신의 생계를 영위할 수 있는 가능성이 없는 것인지가 자세히 검토되지 않았다. 사회적 보호필요성과 관련해서는 운송업자가 독립적인 사업주로서 고유한 기업조직을 운영하고 위탁된 업무수행을 위하여 자신의 종업원을 투입할 수 있는지 여부와 그 운송업자가 해당 취업관계로부터 근로자의 전형성과 부합되지 않을 정도로 고소득을 올리고 있는지 여부가 고려되어야 비로소 해당 취업자에 대한 사회적 배려가 이루어질 수 있다는 점이 감안되어야 할 것이다.

186) 이와 같은 견해에 대해서는 참고로 BAG (1961.12.23) DB 1962, S. 410; BAG (1990.10.2) NZA 1991, S. 239; BGH (1977.2.23) NJW 1977, S. 853; Grunsky, ArbGG, § 5 Rn. 17 f.

### Ⅲ. 미디어분야 종사자

#### 1. 미디어분야의 계약유형적 내용

미디어분야의 종사자는 독일에서는 오래 전부터 근로자 개념에 관한 논쟁의 화약고로 간주되었다.<sup>187)</sup> 왜냐하면 이 분야의 취업자들은 지난 1960년대 이래로 독일 노동법원에서 상당수의 근로자지위확인의 소를 제기하였을 뿐만 아니라 독일 연방헌법재판소와 연방노동법원의 입장의 차이로 인하여 긴장관계를 형성하기도 하였기 때문이다. 이는 미디어분야에 특히 많은 프리랜서들이 취업하고 있었기 때문만은 아니며 오히려 독일 기본법상의 언론의 자유(제5조)와의 관련성하에서 연방헌법재판소가 미디어분야의 업무상의 특수성을 광범위하게 인정함으로써 비롯되었다. 즉 독일 연방헌법재판소는 미디어업종은 자신들이 제작하는 프로그램의 선정이나 내용에 대하여, 그리고 이와 같은 프로그램을 제작하는 인력의 선정이나 채용 및 취업에 대하여 타인의 영향으로부터 보호되어야 한다는 점을 강조하였다. 다만, 연방헌법재판소는 그와 같은 미디어업종의 기본권은 프로그램을 직접 형성·제작하는 종사자, 예컨대 방송프로그램의 경우 그 편성과 내용에 영향을 주는 자에 대해서만 제한적으로 미친다고 보았다.<sup>188)</sup> 독일 연방노동법원은 미디어분야 종사자에 대한 특수한 근로자 개념을 발전시키는 대신에 유형론적 고찰방법으로 대응하였다. 우선 프로그램의 내용을 형성하는 종사자와 그렇지 아니한 종사자를 구별해야 한다는 것이다. 그에 의하면 프로그램 내용형성에 관련이 없는, 예컨대 기술적 업무에 종사하는 자는 통상적으로 근로관계에서만 노무를 제공할 수 있다. 반면에 프로그램 내용형성에 관여하는 종사자는 근로관계에서뿐만 아니라 프리랜서의 지위에서 노무를 제공할 수 있다.<sup>189)</sup> 따라서 구체적인 사안에서 해당 업무가

187) 참고로 Hochrathner, NZA-RR 2001, S. 561, 564.

188) BVerfG(1982.1.13) NJW 1982, S. 1447.

189) BAG(1994.2.16) NZA 1995, S. 21; BAG(1994.11.30) NZA 1995, S. 622; BAG (2000.1.19) NZA 2001, S. 1102.

프로그램 내용의 형성에 관련되는 것인지 여부는 근로관계 여부를 판단하는 일차적인 필터의 기능을 하게 된다.<sup>190)</sup> 연방헌법재판소의 일관된 입장에 의하면 프로그램 내용형성에 관련되는 종사자의 범위는 정치적·경제적·예술적 또는 기타의 전문적 분야에서 자신의 전문식견과 정보 그리고 자신의 예술적 능력과 영향력을 프로그램 내용형성에 전형적으로 미칠 수 있는 자를 대상으로 한다. 예컨대 감독 및 연출자, 진행자, 해설자, 전문가, 예술인 등이 여기에 해당된다.<sup>191)</sup> 반면에 기술인력과 행정인력 그리고 프로그램의 제작에는 함께 기여하지만 내용적으로 영향력을 지니고 있지 아니한 참여인력은 프로그램내용형성과 관련이 없는 종사자에 해당된다.<sup>192)</sup> 이 때 취업자가 어떠한 형식적 지위에 있는가가 아니라 구체적이고 자세한 개별 사례적 고찰이 선행되어야 한다는 점에 주의해야 한다.<sup>193)</sup> 뿐만 아니라 미디어분야의 프리랜서라 하더라도 진정한 의미의 자영인과 유사근로자가 구별되어야 한다. 특히 미디어분야의 종사자는 유사근로자의 개념과 특별한 관련성을 가지고 있다. 바로 이 분야의 종사자들이 독일 단체협약법 제12조의 a의 제정에 직접적인 계기가 되었고, 뿐만 아니라 이 종사자들을 조직 단위로 하는 노동조합이 실제로 계속해서 단체협약을 체결해 오고 있기 때문이다.<sup>194)</sup>

190) Hochrathner, NZA-RR 2001, S. 561, 563.

191) BVerfG (1982.1.13) NJW 1982, S. 1447; BVerfG (1992.12.3) NZA 1993, S. 653; BVerfG (2000.2.18) NZA 2000, S. 653; BVerfG (2000.7.19) NZA 2000, S. 1049; BVerfG (2000.8.22) NZA 2000, S. 1097.

192) 구체적인 예는 Wrede, NZA 1999, S. 1019, 1025 참고.

193) 예컨대 독일 연방노동법원은 라디오방송의 아나운서와 통역사를 프로그램 내용형성에 관여하는 종사자로 본 사례(1990.6.13, 5 AZR 419/89)가 있는 반면에 다른 판결에서는 프로그램 내용형성에 관련이 없는 종사자로 보고 있다(1994.11.30, NZA 1995, S. 622; 1998.3.11, NZA 1998, S. 705).

194) Buchner, ZUM 2000, S. 624, 630; Hochrathner, NZA-RR 2001, S. 561, 564. 예컨대 독일언론인연합(Deutsche Journalistinnen und Journalisten Union: DJU), 방송-영화-음반노동조합(Rundfunk-Film-Audiovisuelle Medien: RFAV) 등이 독일 최대의 산별노조인 연합서비스산업노조(Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft)에 가입되어 있으며, 조합원을 위하여 보수협약 등을 체결하고 있다. 이에 관해서는 산별노조 홈페이지([www.verdi.de](http://www.verdi.de))를 참고.

## 2. 프로그램 내용형성에 관련된 종사자의 근로자성 판단

미디어분야의 종사자의 근로자성과 관련해서 독일 연방노동법원은 언제나 타인의 사업조직에 대한 편입을 판단의 기초로 삼았다. 이와 같은 조직적 편입은 특히 취업자가 사용자의 지시에 복종하는지 여부에 따라 판단되고 있다.<sup>195)</sup> 지시권구속 여부는 다시 해당 종사자에 대한 방송사의 (업무)시간적 처분가능성을 기초로 판단된다. 예컨대, 방송사가 자신의 고유한 조직적 조치에 의거하여 종사자의 항상적인 업무 대기를 예상할 수 있다면 근로관계에 전형적인 인적 종속성이 발생한다는 것이다.<sup>196)</sup> 구체적으로는 예컨대 편집회의 또는 제작회의에 규칙적으로 참여해야 할 의무를 부담하는가, 휴가를 사용할 경우 이를 신고하거나 질병이 발생하여 휴가를 사용하여야 할 경우에 이를 편집회의에 통지해야 할 의무를 부담하는가 등이다.<sup>197)</sup> 다른 한편으로 방송사의 인력이나 시설·장비를 이용하여 업무를 수행해야 한다는 점은 과거의 판례에서는 조직적 편입을 입증하는 표지로 사용되었으나,<sup>198)</sup> 지금은 더 이상 근로자성 판단 표지로 중요하게 고려되지 않는다. 그것은 프리랜서의 법적 지위에 있는 종사자도 방송프로그램에서 자신의 기여 부분을 완성하거나 그 완성도를 높이기 위해서는 방송사의 인력이나 장비의 도움에 의존하지 않을 수 없는 경우도 있기 때문이다. 따라서 방송사의 인력이나 시설·장비에 대한 의존성은 조직적 편입 내지 인적 종속성을 추론할 수 있는 정황으로 평가될 수 없다. 그 대신에 연방노동법원은 1994년 11월 30일의 판결에서 프로그램 내용형성 종사자의 근로자성 판단을 위하여 새로운 ‘강력한 징표’를 인정하였다.<sup>199)</sup> 그에

195) BAG(1998.4.22) NZA 1998, S. 1336; BAG(2000.1.19) NZA 2000, S. 1102; BAG(2000.9.20) NZA 2001, S. 551.

196) BAG(1983.1.13) NJW 1984, S. 1985.

197) BAG(1992.3.15) AfP 1992, S. 398.

198) 1978년 3월 15일의 연방노동법원의 원칙판결에서 처음 이 기준이 적용된 이후 몇몇 판결에서도 적용되었다(참고로 BAG (1980.4.23) AP nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

199) NZA 1995, S. 622. 이와 같은 판례의 “방향전환”에 관해서는 특히 Dörr, ZTR 1994, S. 355; Wrede, NZA 1999, S. 1019, 1021 참고.

의하면 방송사가 미디어 종사자와 실질적인 사전협의 없이 일방적으로 ‘업무편성 및 배치계획(Dienstplan)’을 통지하고 종사자가 이를 따라야 하는 경우에는 종속성을 인정할 수 있는 의미 있는 징표로 본다.<sup>200)</sup> 독일 연방노동법원은 미디어업계의 현실적인 운영 모습을 토대로 그와 같은 업무 편성 및 배치명령이 행해지면 이를 구속력 없는 단순한 방송사의 제안으로 볼 수 없다는 점에서 출발하고 있다. 따라서 방송사가 일방적으로 업무편성 및 배치를 명령하고 또한 그것이 준수될 것이라고 기대하고 있으면서 동시에 이는 구속력이 없다는 유보를 하는 것은 대개 모순되는 행위이며 방송사의 통상적인 업무수행 모습에도 부합하지 않는다고 보았다. 이 때 특히 업무배치 및 편성계획에 따른 종사자의 업무배치가 실제로 발생하는지 여부가 결정적인 판단기준이 된다. 이로부터 근로자의 본질적 표지로서 종사자에 대한 방송사의 시간적 처분가능성이 설명된다고 본 것이다. 종사자의 인적 종속성을 근거지우는 업무편성 및 배치계획은 그 종사자를 일방적으로 특정 시간에 일정한 범위에서, 그리고 특정의 업무 내지 분야로 편입시키는 ‘지시’를 의미한다. 다만, ‘특정 시점까지 업무를 완성해야 한다’는 약속을 위와 같은 시간적 지시권구속성의 내용으로 직접적 관련성을 갖는다고 보기는 어렵다. 또한 방송시설의 이용을 적절하게 배치하기 위한 기구 및 장비의 배치계획은 위와 같은 의미의 업무편성 및 배치계획과 동일한 것으로 보기 어렵다. 다른 한편으로 미디어 종사자가 프로그램의 내용형성에 영향을 미치는 지위에 있다 하더라도 폭넓게 내용적 지시를 받기 때문에 사실상 그에게는 내용형성의 자유가 미미하게 있을 뿐인 경우에는 근로자성이 인정되고 있다.<sup>201)</sup>

독일 연방노동법원은 우연적 사정에 기인하거나 사용자가 자신의 조직권한에 의거하여 임의로 변경할 수 있는 형식적 요소들은 미디어 종사자의 근로자성 판단에 영향을 미치지 않는다. 예컨대, 종사자가 회사

200) 이미 이러한 관점에서 판단한 판례로는 BAG(1994.2.16) NZA 1995, S. 21; BAG(1994.7.20) NZA 1995, S. 161.

201) BAG(1995.2.22) AfP 1992, S. 398; BAG(1994.7.20) NZA 1995, S. 161; BAG (2000.1.19) NZA 2000, S. 1102.

내에 자신의 책상을 보유하고 자신만의 회사 구내 전화번호를 사용하는 등의 사정만으로는 근로자성을 인정하는 데 큰 의미가 없다. 또한 프리랜서의 업무가 그 프로그램에 책임을 부담하는 편성 담당자에 의하여 가끔씩 내용적 통제를 받는다 하더라도 그로 인해 본래적인 내용형성의 자유가 침해되었다고 직접 인정하기는 어렵다. 도급이나 위임(또는 자유고용)계약에서도 그와 같은 관리 및 통제는 전혀 낮은 것이라고 볼 수는 없기 때문이다.<sup>202)</sup> 같은 의미에서 프리랜서가 프로그램의 시간계획에 따라야 한다면, 위에서 언급한 바와 같이 특정 기한 내에 자신의 업무를 완성해야 할 의무를 부담하는 것 등은 근로자성 판단에 영향을 주지 않는다. 끝으로 방송사와 프리랜서의 계약기간도 근로자나 아니면 프리랜서나에 중요한 기준이 되지 못한다. 계약기간 그 자체는 노동법적 관점에서 보면 어떠한 징표적 효력을 가지지 못하기 때문이다.<sup>203)</sup>

### 3. 프로그램 내용형성에 관련된 종사자의 유사근로자성

미디어 종사자의 유사근로자성에 대한 논쟁은 다른 직업군이나 취업자에 비하여 특수한 측면을 지니고 있다. 왜냐하면 앞서 근로자성의 판단에 관해서 헌법재판소가 지적하였듯이 이 분야에서는 유사근로자의 일반적 개념만이 문제되는 것이 아니라 헌법상의 언론(방송)의 자유에 관한 기본권적 문제가 함께 존재하기 때문이다. 미디어분야에서 기본권이 문제되는 것은 방송사가 프로그램의 다양성에 대하여 헌법상 보장을 받고 있으므로 자신들의 프로그램이 그와 같은 다양성을 실현할 수 있는 전문성과 능력을 갖춘 인력에 의하여 새로운 정보 및 내용에 관한 시청자들의 다양한 요구가 반영되어 제작되기를 원하기 때문이다.<sup>204)</sup>

202) 특히 BAG (2000.1.19) NZA 2000, S. 1102.

203) 다수설: BAG (2000.1.19) NZA 2000, S. 1102; Schaffeld, AuA 1998, S. 408, 411. 반면에 BAG(1994.2.16) NZA1995, S. 21은 프로그램 내용형성에 관련되는 종사자가 매우 오랜 기간 동안 계속해서 사실상 풀타임으로 취업하고 있었다면 근로자성의 징표로 영향을 줄 수 있다고 보고 있다.

204) BVerfG(1982.1.13) NJW 1982, S. 1447.

방송사의 인력구성이 이러한 목적을 달성하기 위하여 어떻게 이루어져야 하는가는 일률적으로 정해질 수 없지만, 연방헌법재판소의 판결이 의도하는 바가 방송사의 인사정책적 탄력성 내지 유연성이 특별히 요청된다는 점을 강조하는 데 있음을 쉽게 알 수 있다. 그 때문에 방송사의 프로그램 내용형성에 관련된 종사자는 대체로 기간제 근로계약 또는 프리랜서계약에 의하여 업무를 수행하는 것이 허용되지만 특히 프리랜서와 같이 근로자가 아닌 특수한 법적 지위의 활용가능성에 더욱 비중을 두는 경향이 있다.<sup>205)</sup>

독일 연방노동법원은 방송사의 방송의 자유라는 기본권을 고려하여 종사자의 법적 지위의 유연성이 인정되어야 한다는 연방헌법재판소의 견해를 다음과 같이 고려하였다.<sup>206)</sup>

“프로그램 내용형성에 관련된 종사자에 대해서도 우선은 업무편성 및 배치계획에 대한 구속성에 따라 그의 법적 지위가 판단되어야 한다. 다른 한편으로 이들에 대한 기간제 근로계약의 체결가능성을 확대하면 기본권과 관련된 특수성이 충분히 고려될 수 있다. 따라서 미디어분야 종사자에 대한 근로자 개념의 변경이나 별도의 프리랜서제도를 창설할 필요가 없다.”

그러나 이와 같은 독일 연방노동법원의 태도는 학계에서 많은 비판을 받고 있다. 그것은 특히 연방노동법원이 업무편성 및 배치계획에 대한 구속성 여부를 근로자성 판단의 핵심적 징표로 삼는 것은 타당하지 않다는 지적과 함께 기간제 근로관계가 과연 방송업무상 요청되는 특수한 인적 유연성을 충족시킬 수 있는가 하는 점에서 비롯되고 있다.<sup>207)</sup> 방송사의 프로그램 제작은 상당수의 인력과 장비가 투입되어 이

205) 예컨대, Buchner교수는 후자의 법률관계가 방송사의 전체적인 이해관계에 부합된다는 견해를 취한다. ZUM 2000, S. 624, 632 f.

206) 명시적으로 BAG(1996.6.24) NZA 1997, S. 196; BAG(1998.4.22) NZA 1998, S. 1336. 최근 연방헌법재판소도 연방노동법원의 이와 같은 입장에 따르고 있다. BVerfG(2000.2.18) NZA 2000, S. 653.

207) Buchner, ZUM 2000, S. 624; Hochrathner, NZA 1999, S. 1016; Wrede, NZA

루어지는 고도로 복잡한 공정이다. 따라서 그 내용형성에 관여하는 종사자의 업무는 시간적으로 그 전체 프로그램에 구속될 수밖에 없다. 이와 같은 시간적 협력체제가 갖추어지지 않으면 주어진 조건하에서 프로그램을 제작하는 것이 대단히 곤란하게 될 수 있다. 이와 같은 인력·장비의 협력작업은 현실적으로 중앙집중적인 업무편성 및 배치계획에 의하여 실현될 수밖에 없다. 이와 같은 이유에서 그 계획에 대한 구속성을 근로자성의 핵심 표지인 인적 종속성의 징표로 삼는 것은 무리라는 것이다.<sup>208)</sup> 결과적으로 독일 연방노동법원은 미디어분야의 업무방식이나 환경에 대한 이해나 그 특수성에 대한 고려 없이 근로자 개념의 판단 징표를 사용하고 있다는 것이다. 다른 한편으로 기간제 근로관계가 언론방송의 자유를 고려한 방송 인력배치의 유연화를 실현하는데 적절한 형식이 되지 못한다는 비판이 있다.<sup>209)</sup> 방송분야의 특성상 노동수요의 범위가 미리 확정되기가 쉽지 않을 뿐만 아니라 기간제 근로의 사용에는 다양한 법률적인 제한이 있기 때문에 유연성의 요청을 충족시킬 수 없다는 것이다. 이 견해에 의하면 연방노동법원의 견해와 달리 기간제 근로보다는 프리랜서의 법률관계가 방송의 특수성에 따른 인력관리정책으로 더 적합하다고 본다. 그런데 이와 같은 프리랜서의 법률관계는 자영인을 전제로 하는 것이므로 그들에 대하여 발생할 수 있는 사회적 보호의 요청에 대해서는 ‘유사근로자제도’가 적합한 보호 제도로 고려될 수 있는 것이다.<sup>210)</sup>

이와 같은 학계의 비판은 독일 연방노동법원의 계속된 판결에 어느 정도 영향을 미쳤다. 연방노동법원은 2000년 1월 19일의 판결에서 ‘업무편성 및 배치계획’이 전반적이고 일률적으로 종업원의 업무수행에 구속력을 가질 때에만 근로자성의 판단 징표로서 인정함으로써 근로자성의 판단에 더욱 신중을 기하였다. 따라서 업무 특성에서 비롯되는 시간적 불가피성에 기인한 방송사의 시간적 처분가능성만으로는 지시권 구속관계를 인정할 수 없다고 보았다.<sup>211)</sup> 더 나아가 2000년 9월 20일의

1998, S. 1019.

208) Buchner, ZUM 2000, S. 624, 633; Wrede, NZA 1998, S. 1019, 1026.

209) 특히 Buchner, ZUM 2000, S. 624, 633.

210) Buchner, ZUM 2000, S. 624, 634; Hochrathner, NZA-RR 2001, S. 561, 564.

판결에서는 처음으로 ‘업무편성 및 배치계획’의 ‘강력한 징표적 기능’을 완회시켰다.<sup>212)</sup> 즉 그와 같은 업무배치계획에 편입된 모든 종사자가 근로자로서 간주될 수 없다는 점을 밝히면서 이를 취업형태의 3원론(근로자-유사근로자-자영업자) 및 유사근로자에 대한 실정법상 내지 단체협약을 통한 보호가능성과 결부시켰다.

결론적으로 미디어 분야에 종사하는 취업자의 법률관계에 대해서도 일반적인 근로자성 판단의 기준이 적용된다. 즉 시간적·장소적·내용적 관점에서 지시권구속성의 정도가 이들 종사자의 근로자성 판단의 기준이 된다. 프로그램의 내용형성에 관여하는 종사자에 대해서도 이와 관련하여 예외가 인정되지 않는다. 독일 연방노동법원이 업무편성 및 배치계획에 의한 방송사의 일방적인 지시를 인적 종속성의 강력한 징표로 인정하는 것은 그것이 노무제공의 시점과 내용, 그리고 범위를 특정하여 지시되는 것인 한, 그리고 해당 종사자가 현실적으로 그와 같은 지시를 거부할 수 있는 가능성을 가지고 있지 못하는 한 타당한 판단이라고 생각된다. 연방헌법재판소가 지적인 언론방송의 자유라는 특히 방송사에 대한 기본권의 보장은 법률상 부여된 내용형성 가능성의 범위 내에서만 그리고 그와 관련된 방송사의 처분 가능성의 범위 내에서 고려될 수 있는 것이다. 이러한 의미에서 ‘유사근로자제도’는 취업자의 법률관계의 확정을 위한 중요한 기능을 수행할 수 있다. 참고로 독일의 방송사들과 미디어분야 종사자들로 결성된 노동조합들(RFFU, IG Medien → ver.di로 통합됨) 사이에 체결된 단체협약에서 독일 단체협약법 제12조 a에서 규정하고 있는 경제적 종속성과 사회적 보호필요성에 관한 구체적인 요건을 규율하고 있다. 그에 의하면 단체협약법 제12조의 a의 경제적 종속성은 종사자가 전체 업무관련적 수입 중에서 적어도 절반을, 그리고 예능, 작가, 언론분야의 종사자의 경우에는 3분의 1을 얻는 경우에 인정되고, 사회적 보호필요성은 최근 6개월 내에 적어도 42일 이상 특정 방송사를 위하여 근무하고, 같은 기간 동안 자신의 보수가 통상 60,000마르크(30,000유로)를 넘지 않는 경우에 인정된다고 규율하

211) NZA 2000, S. 1102.

212) NZA 2001, S. 551.

86 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구  
고 있다.<sup>213)</sup>

#### IV. 대리상, 보험대리상

##### 1. 서설

일반적으로 대리상(Handelsvertreter)이라 함은, 중개상과 더불어 타인(사업주, 상인)의 이름과 계산으로(Fremdnützigkeit) 상품을 판매하는 것을 업으로 하는 직업군을 통칭하는 개념으로 사용되며, 그의 법적 지위에 관한 문제는 이미 앞의 장에서 설명한 바와 마찬가지로 독일을 비롯한 유럽에서는 이미 100년 이상의 역사를 가지고 있다.<sup>214)</sup> 물론 그에 관한 판례도 헤아릴 수 없을 만큼 축적되어 있다. 그런데 독일의 경우에 대리상과 상업사용인(독일의 경우 상업사용인은 통상적으로 근로자이다)의 구별기준으로서 상법 제84조가 적용된다. 물론 이 때에도 대리상과 상업사용인을 구별하기 위해서는 계약 내용과 그 실제적 전개 of 전체적인 내용이 종합적 고찰방법에 따라 평가되어야 함은 당연하다. 다만 그 기준이 되는 규범이 상법 제84조이므로 그로부터 구체적인 구별표지가 도출되어야 한다.<sup>215)</sup> 그런데 ‘외관자영인(Scheinselbständige)’의 법적 지위에 관한 논쟁은 지난 수년 이래로 특히 ‘보험대리상(Versicherungsvertreter)’의 법적 지위를 둘러싸고 첨예하게 전개되어 왔다. 이 논쟁은 학설과 판례에 대하여 종래의 자신의 입장을 ‘외관자영인’의 관점에서 재검토하도록 새로운 계기를 제공하였다.<sup>216)</sup> 여기서도 대리상이라는 직종의 속성으로서 (어느 정도의) 지시권구속성과 고유한 사업조직의 존재 등이 중요하게 고려되고 있다. 먼저 첫 번째 관

213) 이에 관해서는 Seidel, ZUM 2000, S. 660, 662; MünchArbR/Pallasch, § 200 Rn. 28 참고.

214) 여기에는 판매중개상의 다양한 유형이 포함된다. 예컨대 ArbG München EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 33 참고.

215) Oberthür/Lohr, NZA 2001, S. 126, 131; Hanau/Strick, DB 1998, S. Beil. 14, S. 2.

216) 이 점에 관해서는 Hanau/Strick, DB 1998, S. Beil. 14, S. 2 참고.

점에서는 대리상도 어느 정도 본인인 상인의 지시에 종속한다는 점이 고려되어야 한다고 한다. 이 점은 특히 독일상법 제86조 제1항의 상인의 이익유지의무(Interessenwahrnehmungspflicht)로부터 도출될 뿐만 아니라 대리상계약의 위임계약적 성격으로부터도 간접적으로 발생한다고 본다.<sup>217)</sup> 따라서 대리상의 근로자성을 판단하는 데 있어서 상인의 지시권의 존부만으로 판단하는 것은 충분하지 않으며 오히려 **지시권의 질적·양적 범위에 따라 차별화되어야** 할 것이다.<sup>218)</sup> 이러한 이유로 대리상의 업무수행에 있어서 장소적 내지 지역적 제한을 두는 것은 법률(상법 제87조)에 의한 것으로 대리상의 자영인성에 영향을 주지 아니한다.<sup>219)</sup> 그렇지만 대리상의 지시권구속성은 근로자의 그것과 질적으로 구별되는 것이므로 대리상과 근로자인 상업사용인의 구별에는 대리상의 계약유형상의 전형적인 구속성의 범위를 넘는 지시권구속성의 존부가 여전히 판단기준이 됨은 물론이다.<sup>220)</sup>

다른 한편으로 대리상이 계약상의 의무를 이행하기 위하여 자신의 고유한 사업조직과 종업원을 사용할 수 있다면 그리하여 시장에서 자신의 기업가적 기회를 활용할 수 있다면 근로자로서 기업의 조직에 편입될 가능성이 사라진다. 반대로 처음부터 기업가적 자유의 제한을 감수하는 전속적인 단독대리상의 경우도 있으므로 이 표지가 근로자성의 결정적인 기준으로 작용할 수는 없다.<sup>221)</sup> 또한 이 경우에도 보호필요성의 요청이 존재할 수 있으므로 그 경제적 종속성과 사회적 보호필요성의 요건이 충족되는 한 유사근로자로서 분류될 수 있음은 물론이다.<sup>222)</sup>

217) Hanau/Strick, DB 1998, S. Beil. 14, S. 6. 예컨대 대리상이 고객의 정보를 유출하지 않거나 상인에 대하여 경쟁을 하지 않을 의무는 이와 같은 의무로부터 당연히 도출되는 것이므로 인적 종속성의 징표로 인정되지 아니한다(BAG AP Nr. 5, 6 zu § 92 HGB).

218) Oberthür/Lohr, NZA 2001, S. 126, 131; BAG (1994.8.30) NZA 1995, S. 649.

219) MünchKomm-HGB/Hoyningen-Huene, § 84 Rn. 41; BAG (1999.8.3) NZA 2000, S. 487.

220) Germelmann u.a./Müller-Glöge, ArbGG, § 5 Rn. 24; Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 263.

221) Oberthür/Lohr, NZA 2001, S. 126, 133 f.

222) Oberthür/Lohr, NZA 2001, S. 126, 134.

## 2. 대리상의 유사근로자성

독일상법 제84조 제1항에 의하여 근로자가 아닌 독립적인 사업자의 법적 지위(자영인)를 갖는 대리상도 위에서 지적한 바와 같이 소정의 요건을 충족하면 유사근로자가 될 수 있다. 여기서는 근로자성 판단에 사용되는 징표나 관점은 더 이상 구속력이 없으며 유사근로자성 판단의 독자적인 기준, 즉 경제적 종속성과 사회적 보호필요성의 기준이 적용된다. 이 점과 관련하여 특정의 상인을 위해서만 업무를 수행하고 또 그로부터 낮은 수준의 보수를 받는 대리상(이른바 저소득의 1회사 전속적 대리상: geringverdienende Ein-Firmen-Vertreter)은 거의 예외 없이 유사근로자로 인정되고 있다.<sup>223)</sup> 반대로 근로자 유사 대리상은 모두 1회사 전속적 대리상일 필요는 없다. 복수의 상인을 위하여 업무를 수행하는 대리상도 경제적으로 종속성이 있고 근로자에 비교되는 사회적 보호필요성이 인정될 수 있기 때문이다.<sup>224)</sup> 다만, 이와 같은 경우에는 그 대리상의 전체 소득의 절반 이상이 특정 상인과의 계약관계로부터 획득하여야 한다. 또한 대리상은 자신의 노무급부를 일신전속적으로 제공하여야 하고 동종 업무의 근로자와 비교하여 그 보수가 일정한 한도를 넘지 않아야 한다. 그러나 보수액의 범위에 엄격하게 기준을 두게 되면 고려되어야 할 구체적 조건에 대한 평가가 제대로 이루어질 수 없다는 점도 감안해야 한다.<sup>225)</sup>

다른 한편으로 독일 노동법원법 제5조 제3항은 대리상에 대하여 노동법원의 관할요건을 별도로 정하고 있다. 이 규정은 노동법원의 관할 결정에 있어서 같은 조 제1항의 일반요건에 특별규정(*lex specialis*)으로서 우선 적용된다. 따라서 노동법원법 제5조 제3항, 즉 독일 상법 제92조의 a의 의미에서 1회사 전속적 대리상이고 그 보수가 1,000유로 이하의 기준을 충족하지 못하는 대리상에 대해서는 일반법원의 관할이 적용된다.

223) Preis/Stoffels, ZHR 1996, S. 442, 446 ff.

224) 특히 K. Schmidt, Handelsrecht, S. 751 f. 참고.

225) Preis/Stoffels, ZHR 1996, S. 442, 448.

독일의 판례에 의하면 대리상이 계약에 의거하여 다른 상인을 위하여 업무계약을 체결하는 것이 제한되어 있지 않을 뿐만 아니라 자신의 업무의 종류와 내용에 비추어 그것이 방해받지 아니하는 경우에는 1회 사 전속대리상으로 볼 수 없다고 한다.<sup>226)</sup> 그와 같은 법적 내지 사실적 가능성은 대리상계약을 통하여 급부해야 할 업무를 일신전속적으로 수행하지 않아도 된다는 점이 내재되어 있다. 그러나 대리상이 대리상계약에 의하여 자신의 업무를 수행함에 있어서 일신전속적인 노무급부의무를 부담한다면 다른 상인을 위하여 업무를 수행할 수 있는 사실상의 가능성이 배제될 수밖에 없을 것이다. 다만, 일신전속적인 노무제공의무는 자신의 사무를 보조할 근로자를 채용한다고 해서 배제되는 것이 아님을 주의해야 한다.<sup>227)</sup> 이 때 기준이 되는 것은, 법적으로나 사실상으로 그와 같은 복수의 상인을 대상으로 하는 활동이 가능한가이며, 대리상이 실제로 다른 상인을 위하여 활동하였는지 여부는 중요하지 않다. 대리상이 자신에게 부여된 가능성을 실제로 이용하지 않았다면 그는 독일상법 제92조의 a가 보장하는 보호를 향유할 이유가 없다는 점도 고려되어야 하기 때문이다.

## V. 강의, 교육분야 종사자

### 1. 전형화 및 개별화된 근로자성

강의 및 교육분야 종사자의 근로자성 판단에 대하여 독일 연방노동법원의 일관된 입장은 강의 종사자가 어느 정도로 교육기관에 조직적으로 편입되어 있는가, 또는 수업의 내용, 수업진행방법, 근로시간 그리고 노무제공과 관련된 기타의 사정들을 얼마나 함께 규율할 수 있는가에 따라 판단한다는 점이다.<sup>228)</sup> 연방노동법원은 유형적 고찰방법과 경험칙에 따라 교육기관의 강의 담당자(교사)의 지위를 판단하는데, 그에

226) OLG Köln (2000. 6.14) VersR 2001, S. 894.

227) OLG Düsseldorf (1997.12.5) NZA-RR 1998, S. 145, 147.

228) 관련된 많은 판례를 대신하여 최근의 판례로서 BAG(2000.10.11) 5 AZR 289/99.

의하면 우선 일반 학교수업 과정을 담당하는 교육기관의 교사는 통상 근로자의 지위를 갖는다고 본다. 이와 같은 분야에서는 학생들의 수업 내용과 평가에 공정성과 객관성이 보장되도록 법률에 의하여 교육체계가 구성되어 있다. 따라서 이를 담당하는 교사도 수업의 목적과 내용 그리고 그 방식에 대해서 일정한 지침을 따라야 하고 주무 관청의 감독의 대상이 되며, 통상 강의 외에도 학생지도와 관련된 부수적인 업무가 수반되기 때문이다. 그에 비하여 시민교양강좌나 음악학원 등과 같이 학교 수업과는 직접적인 관련 없이 행해지는 강의나 수업의 진행자는 일반적으로 자유노무제공자의 성격을 지니고 있다. 이들의 경우에는 학교교육에 준하는 어떠한 강제도 없으며 학생에 대한 형식적인 수료 절차도 없고 직업교육으로서의 기능도 없기 때문에 교사들에게 더 많은 자율성과 재량을 주기 때문이다.<sup>229)</sup> 그렇지만 이와 같은 분야에 종사하는 교사라 하더라도 당사자가 계약에 의하여 근로관계를 합의하였거나 근로관계의 인정에 필요한 인적 종속성이 개별적 사정에 비추어 존재할 경우에는 근로자의 지위가 인정되지 아니할 이유가 없다. 특히 인적 종속성의 징표로서 교육기관이 일방적으로 수업계획과 업무지시를 행하는 경우에 그러하다.<sup>230)</sup>

그런데 구체적으로 학원강사 또는 교육기관의 교사의 근로자성 판단에 관한 판결을 보면 같은 독일 연방노동법원 내에서도 합의부마다 판단의 기초를 조금씩 달리한다는 점이 주목된다. 예컨대, 제5부는 전형화된 고찰방법의 일반원칙이 학원강사 또는 교육기관의 교사들에 대해서도 적용될 수 있다고 본다. 왜냐하면 특정의 교육업무의 수행시에 교사가 수행해야 할 업무 내용이 규정집에 상세하게 규율되어 있고 또한 교육기관의 조직에 따라야 하는 객관적 불가피성이 있는 경우에는 교사는 교육활동을 인적 종속성 내지 조직적 편입에 의하여 급부하는 것으로 보아야 하기 때문이다.<sup>231)</sup> 그에 반해서 제7부는 개별화된 고찰방

229) BAG(2000.10.11) 5 AZR 289/99.

230) BAG(1991.11.13) NZA 1992, S. 1125; BAG(1992.6.24) NZA 1993, S. 174; BAG(1995.7.26) NZA 1996, S. 477; BAG(1996.9.12) NZA 1997, S. 600; Rohlfig, NZA 1999, S. 1027, 1029 참고.

231) BAG(1996.9.12) NZA 1997, S. 600; BAG(1997.11.19) NZA 1998, S. 595.

법에 비중을 둔다. 즉 강사나 교사의 근로자성을 판단하는 데 있어서 학교교육에 관한 법령과 교과(수업)계획에 대한 구속관계가 중심적인 표지가 아니라 강사나 교사가 시간적 관점에서 얼마나 교육기관의 지시권에 종속되는가, 구체적으로는 그 교과(수업)계획이 계약 체결시에 이미 확정되어 있는가, 아니면 교육기관과 교사 사이에 계약에 의하여 합의되어야 할 대상인가에 따라 판단된다고 본다.<sup>232)</sup> 이 견해에 의하면 계약관계의 유형을 그 수업의 내용이나 대상으로 결정하는 것은 정당하지 않다는 것이다. 그런데 제7부의 견해처럼 법률관계의 성질을 교과(수업)계획이 사전에 확정되어 있는지 여부에 의하여 판단하는 것은 설득력이 없다고 생각된다. 근로시간에 관한 엄격한 계약적 구속성은 그것이 계약 체결시에 이미 포괄적으로 규율되어 있다는 이유에 의해서만 인정될 수 있다는 것은 근로관계의 성격을 지나치게 단순화하기 때문이다. 따라서 이 경우에도 유형적 방법에 의하여 개별적인 계약 내용의 실행과정을 종합적으로 판단하여 결정되어야 할 것이다.

## 2. 교육기관 종사자의 유사근로자성

독일 연방노동법원은 계약상 약정되었으나 실제로는 진행되지 못한 수업에 대한 보수 지급을 청구하는 사건에서 영업을 목적으로 하는 직업훈련기관에서 강사로 활동하는 취업자는 유사근로자가 될 수 있으므로 그 소송의 관할은 노동법원법 제5조 제1항 제2문에 의하여 노동법원에 있다는 판결을 내린 바 있다.<sup>233)</sup> 이 사례에서는 우선 그와 같은 교육기관에서 강사로 활동 중인 자는 인적 종속성의 관점에서 근로자로 볼 수 없으나, 그로부터 자신의 전체 수입의 대부분을 얻고 있고 그 액수도 동종의 근로자에 비하여 내지는 전체 평균소득에 비하여 그리 높지 않다는 점에서 유사근로자성이 인정될 수 있다고 보았다. 그 밖에 계약관계의 실행 모습도 유사근로자성의 판단에 근거로서 도입되었다.

232) BAG(1991.10.30) NZA1992, S. 407; BAG(1991.11.13) NZA 1992, S. 1125; BAG(1992.3.11), 7 AZR 58/91.

233) BAG (1997.4.11) NZA 1998, S. 499.

예컨대, 블록식 수업으로 여러 주에 걸쳐 전일제로 강의가 진행되는 경우에는 근로자에 비교되는 사회적 보호필요성의 현저한 징표를 이룬다고 보았다. 왜냐하면 이 기간 동안에는 노무급부자는 수업시간이 계약에서 확정되어 있으므로 근로자와 마찬가지로 사업에 대하여 구속적 관계에 있기 때문이다. 또한 일정기간 동안 전일제의 업무적 관련성을 가지는 경우에는 업무 분량의 관점에서 기간제로 취업하는 근로자와 비교될 수 있다.

## VI. 그 밖의 사례

### 1. 정보통신분야 종사자

독일의 정보통신분야(IT)에서는 수많은 종사자들이 ‘정보처리기사(EDV-Berater)’라는 이름으로 정보처리 시설이나 장비에 대하여 자문과 업무를 처리하거나 프로그램 개발업무에 종사하고 있다. 이러한 업무에 종사하는 자들의 법률관계는 통상 고용계약이나 도급계약에 기초하여 성립된다.

특히 이들이 컨설팅회사와 기간의 정함이 있는 프로젝트 도급계약을 체결하여 그 회사를 위하여 소프트웨어의 개발을 주목적으로 활동하는 경우에 유사근로자성이 종종 문제된다. 독일의 한 하급심법원은 최근 판결에서 해당 취업자의 경제적 종속성과 사회적 보호필요성을 인정하여 유사근로자성을 긍정하였다.<sup>234)</sup> 그 취업자는 필요할 경우 주 40시간의 근무시간을 계약에서 정하였기 때문에 그 일 외의 다른 어떠한 생계활동을 수행할 수 없는 상황이었다. 따라서 그가 상대방인 컨설팅회사로부터 받는 보수는 그의 경제적 존립의 기초를 의미한다. 또한 그들의 계약조건에 의하면 업무 위탁기간이 도과하기 전 3주까지 컨설팅회사는 선택권을 행사하여 계약관계를 갱신할 수 있도록 함으로써 개개의 프로젝트가 끝나더라도 취업자는 자신의 업무나 시간을 자유롭게 사용할 수 없다는 점도 고려되고 있다. 사회적 보호필요성과 관련하여

234) OLG Düsseldorf (2000.3.22) CR 2000, S. 428.

이 취업자는 계약상대방인 컨설팅회사를 위하여 사실상 임대된 프로그래머 또는 소프트웨어 개발요원과 같이 업무를 수행하고 있다. 개별 업무 위탁기간을 6개월로 하고 다시 6개월의 연장을 선택권으로 약정하는 것이 대부분인데 이는 연쇄적 계약관계 유사한 형태를 가지며 따라서 근로자에 유사한 보호필요성을 긍정하는 징표로 인정된다. 앞서 연방노동법원과 달리 하급심은 이 사례에서 이들 정보처리 종사자들이 받는 보수의 액에 대해서는 동종의 업무에 종사하는 근로자들에 대해서도 그 임금액수가 문제가 되지 않기 때문에 특별히 검토할 필요가 없다는 견해를 취하고 있다.

또한 정보처리기사는 각각의 개별 프로젝트계약의 법적 기초로서 기본계약을 체결하고 계약상대방을 위한 하청회사로서 도급회사의 고객을 위하여 정보처리와 관련된 업무를 수행하기도 한다. 독일 하급심 판례는 이 경우에도 유사근로자성을 인정하였다.<sup>235)</sup> 그에 의하면 수급인으로 활동하는 정보처리기사는 계약에서 미리 정해 놓지 않고 필요할 때마다 회사측의 지시를 받아 지역을 할당받아 회사의 업무를 대신 처리하며 그 결과 자신의 근로시간을 자율적으로 조정 내지 결정할 수 있는 여지가 적고, 다른 소득을 얻을 수 있는 가능성이 없다. 따라서 경제적 종속성이 인정된다. 다른 한편으로 사회적 보호필요성과 관련해서는 두 가지의 사정이 고려되었다. 그 하나는 2개월의 프로젝트 기간 중의 월 근로시간에 비추어 보면(이 사안에서는 240시간)이 자신의 노동력을 달리 사용할 수 있는 가능성이 없을 정도로 업무 부담이 크다는 점이다. 또한 자신의 가용 근로시간을 모두 사용한다 하더라도 그 기간이 짧은 경우에는 그 업무활동의 경제적 준립기능(생계의 원천)이 인정되기 어려울 수도 있지만, 위의 프로젝트계약에 규정된 상대방의 일방적 연장 옵션에 의하여 계약의 구속이 12개월까지 존속할 수 있고 이 기간 동안에는 자신의 노동력을 완전 가동하는 것이 예상될 수 있으며 그러한 이유에서 다른 처분가능성이 없다는 점이 지적되었다. 이와 같은 정보처리 종사자의 계약상의 특수성은 경제적 종속성 외에 근로자에 유사한 사회적 보호필요성을 인정하는 근거로 인용되었다.

235) OLG Karlsruhe (2001.10.24) EWIR 1/02, S. 383.

## 2. 로펌의 고용변호사 또는 세무사

### (1) 근로자성 여부

로펌(Lawfirm, Anwaltssozietät)과 그 소속 변호사의 노무급부관계의 법적 기초는 통상 고용계약이나 조합계약으로 분류된다. 따라서 로펌의 변호사가 로펌과의 관계에서 근로자인지 여부를 결정하기 위해서는 그 법률관계의 성질을 검토하여야 한다. 변호사가 로펌에서 조합계약에 기초하여 업무를 수행하는 경우에는 당연히 근로자가 아니다. 그렇지만 다른 변호사에게 자신의 노동력의 처분을 맡기고 로펌이 할당하는 것 외의 다른 사건을 수임하지 않으며, 소송 등의 특별한 사유가 없는 한 통상 사무실에 출근하고 로펌의 영업이익과 손실에 참여하지 않으며 단지 확정적 고정급을 받는 경우에는 근로자성이 인정될 수 있다.<sup>236)</sup> 왜냐하면 변호사는 로펌에서 정하고 있는 업무조직의 범위 내에서 자신의 급부를 제공하며 그 업무조직 내에서는 자신이 수행하여야 할 노무급부의 시간, 기간 그리고 장소가 로펌의 지시권한에 구속되기 때문이다.<sup>237)</sup> 변호사가 지니고 있는 전문적인 요소들은 물론 이것이 독립적인 업무처리계약에서는 전형적인 것이지만 변호사와 로펌의 법률관계의 법적 성격을 규명하는 데는 아무런 역할을 하지 못한다. 변호사는 사법(司法)상의 독립적인 기관으로서 원칙적으로 내용적인 (전문적인) 지시권에 종속되지 아니한다. 전문적 지시권구속성이 없다는 것은 법률관계의 구별기준으로서 크게 영향을 주지 않는다. 반면에 변호사가 로펌 내 독립적인 공간을 가지고 있고, 독자적인 전문성을 가지고 있으며, 그리고 자신의 전체 노동력을 로펌이나 다른 변호사에게 맡겨 두지 않고 오히려 자신의 고객을 상대로 자신의 계산으로 상담하고 소송을 대리하는 경우에는 근로관계가 있다고 볼 수 없다.<sup>238)</sup>

세무사(공인회계사를 포함하여)의 경우에도 자유직업인으로서의 법률관계에 기초하여 회계업체와 세무상담업체를 위하여 활동하는 경우에

236) ERfK/Preis, § 611 BGB Rn. 102; BAG (1993.4.15) NZA 1993, S. 789.

237) ERfK/Preis, § 611 BGB Rn. 103 및 거기에 인용된 여러 하급심판례 참조.

238) LAG Frankfurt (1990.3.16) BB 1990, S. 2492.

통상적으로는 근로자는 물론 유사근로자로도 볼 수 없을 것이다.<sup>239)</sup> 세무사에 취업하여 세금 내역과 연간 회계자료를 스스로 선택한 날에 자택에서 수행하는 직원에 대해서도 통상 프리랜서로서 활동하는 것이라는 판례가 있다.<sup>240)</sup>

## (2) 유사근로자성

유사근로자의 법적 기초는 독일법에서는 고용계약이나 도급계약이 될 수 있다. 어느 변호사가 조합계약에 기초하여 로펌의 파트너가 된 경우에는 독일 노동법원법상의 유사근로자가 될 수 없다. 이 점은 그가 로펌에 경제적으로 종속되어 있더라도 영향을 받지 않는다. 경제적으로 종속되어 있더라도 조합계약에 기초하여 로펌에서 활동하는 변호사에게는 근로자 유사자의 사회적 보호필요성이 인정되기 어렵기 때문이다.<sup>241)</sup> 이 때 그 변호사의 업무 내용은 로펌과의 관계에서 서로 대등한 지위, 쌍무성 그리고 협력관계를 지향하고 있어야 하며 구체적으로는 인사정책상의 동등한 결정권한, 확정적 월 급여액, 로펌의 계좌에 대한 접근가능성 등이 그와 같은 조합계약의 내용이 된다. 반면에 변호사가 로펌에서 획득하는 수입에 전적으로 생계를 의존하고 근로자에 비견되는 사회적 보호필요성이 있는 경우에는 유사근로자로서의 지위를 갖게 된다. 이는 특히 그가 변호사 업무로부터 받는 수입이 그리 크지 않을 뿐만 아니라 변호사로서 부담하는 사업적 위험이 그와 적정하지 않은 분배관계에 있는 경우에 인정된다.<sup>242)</sup> 또한 사회적 보호필요성의 존부에 관해서는 변호사가 로펌의 영업이익이나 손실에 참가하지 않는다는 점, 자신의 업무에 대해서는 월 고정액이 지급된다는 점 그리고 특히 일반 근로자와 마찬가지로 주 소정의 근로시간을 근무할 것으로 기대되는 경우도 함께 고려하여야 한다. 그와 같은 시간적 업무활동의 범위는 자신의 노동력을 배타적으로 로펌에 투입하는 것이기 때문이다.<sup>243)</sup>

239) OLG Köln (2001.12.3) OLGR Köln 2002, S. 238.

240) LAG Köln (1988.3.23) DB 1988, S. 1403.

241) BAG (1993.4.15) NZA 1993, S. 789.

242) 특히 Henssler, Anm. zu BAG (1993.4.15) NZA 1993, S. 789.

243) OLG München (1998.11.24) NZA-RR 1999, S. 604.

### 3. 유한회사(GmbH)의 업무집행사원(단체의 기관)

#### (1) 서설

유한회사의 업무집행사원의 선임행위는 서로 다른 두 개의 법적 기초를 가지고 있다. 그 하나는 회사법상의 선임행위이고, 다른 하나는 일반 사법상의 채용계약이다. 양자의 법률관계로부터 상이한 법률효과가 발생한다. 회사법상의 선임행위에 의해서는 회사의 기관으로서의 권한과 의무, 특히 기관으로서의 대리권이 설정된다.<sup>244)</sup> 그러나 그와 같은 선임행위는 업무집행사원의 법적 지위를 충분히 갖추어 주지 못하기 때문에 채권법상의 약정을 통하여 보충하게 된다. 특히 이는 회사와 별도의 고용계약을 체결함으로써 이루어진다. 이와 같이 업무집행사원에 대해서는 회사법상의 선임관계와 일반 채권법상의 계약관계가 병존적으로 성립된다. 채용행위로서의 계약관계는 업무집행사원의 직무 인수 내지 실행에 대한 법적 근거뿐만 아니라 그의 개인적인 법적 지위를 규율한다.<sup>245)</sup> 그런데 회사와 업무집행사원의 고용계약은 판례와 다수설에 의하면 자유고용계약(우리의 위임계약에 해당)이며 근로계약이 아니라고 한다.<sup>246)</sup> 왜냐하면 유한회사의 업무집행사원은 기업기능의 담당자로서 의사형성기관이지, 회사로부터 노동법상의 지시권을 수령하여 자신의 업무를 수행하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 기관으로서의 지위와 근로자의 지위는 처음부터 조화될 수 없는 법적 지위이다. 반면에 확설의 일부는 사용자의 기능을 행사하는 것은 근로자의 지위와 병존할 수 있으므로 독일 유한회사법 제37조가 회사의 지시권(gesellschaftliche Weisungsrechte)을 규정한 것은 업무집행사원이 업무의 종류와 방법에 대하여 회사에 구속되어 있음을 의미한다고 본다.<sup>247)</sup> 독일 연방노동법

244) Lutter/Hommelhof, GmbH-Gesetz, Anh. § 6 Rn. 1.

245) Reuter, FS für Zöllner, S. 487, 488.

246) 최근 독일 연방대법원의 판례로서 BGH (2000.2.14) NZA 2000, S. 543; K. Schmidt, GesellschaftsR, § 36 II; Staudinger/Richardi, Vorbem. zu §§ 611 ff. Rn. 262 ff.

247) 특히 Diller, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, S. 89 ff.; 또한 Schaub, ArbR-Handb, § 14 Rn. 5.

원은 최근 자신의 종래의 입장을 변경하여 원칙적으로 이와 같은 가능성을 부인하지 않는다.<sup>248)</sup> 독일 연방노동법원에 의하면 유한회사의 업무집행사원은 실체법상 통상은 자유고용계약(위임계약)이 성립하지만 개개의 경우에 예외적으로 근로계약의 성립도 가능하다고 본다. 또한 업무집행사원과 유한회사의 고용관계는 반드시 언제나 자유고용관계(위임관계)이어야 하며, 기관의 지위와 근로자의 지위가 병존하지 못한다는 견해를 인정하지 않는다.<sup>249)</sup>

## (2) 유한회사의 업무집행사원의 근로자성

판례와 다수설은 업무집행사원의 근로자성에 관하여 우선 다음에 관해서는 의견의 일치를 보고 있다. 그것은 업무집행사원이 그 유한회사에 대해서가 아니라 제3의 회사와 고용관계를 맺고 있는 경우에는 그 고용관계는 예외적으로 근로관계가 성립될 수 있다는 것이다. 이는 특히 특정인이 자회사의 업무집행사원이면서 동시에 모회사의 근로자인 경우에 해당된다. 모회사의 근로자가 자회사인 유한회사에 업무집행사원으로 선임되면 모회사와의 근로관계가 묵시적으로 종료되는 것은 아니기 때문이다.<sup>250)</sup> 이와 같은 제3자의 고용관계 외의 사례에서도 독일 연방노동법원은 유한회사의 업무집행사원의 근로자성의 가능성을 열어 두고 있다. 그에 의하면 회사의 대표성, 기업의 의사형성 그리고 사용자 기능은 1인의 업무집행사원이 아니라 적어도 복수의 사원(기관)에 의하여 업무가 집행되는 경우에는 특정 업무집행사원이 근로자라 하더라도 그와 같은 전체 업무가 방해받지 않는다. 독일 연방노동법원의 견해에 의하면 어느 한 업무집행사원이 회사에 대하여 근로관계가 있는지 여부는 회사가 회사법상의 지시권 이상으로 그 사원의 급부행위와 관련하여 지시권한을 갖는지 여부에 달려 있다. 즉 조합원(유한책임사원)이 업무집행사원에게 노무에 수반하고 절차지향적인 지시를 하달하고 이러한 방법으로 구체적인 급부 제공의 방법을 결정할 수 있는 경

248) BAG (1999.5.6) NZA 1999, S. 839; BAG (1999.5.26) NZA 1999, s. 987.

249) BAG (1999.5.26) NZA 1999, s. 987.

250) 자세한 것은 Knott/Schröter, GmbHR, S. 238.

우에는 근로관계가 있다고 볼 수 있다. 급부제공의 방법이란 근무시간, 휴가에 관한 사항 또는 업무보고의무 등에 관련된 것이다.<sup>251)</sup> 또한 타인의 사업조직에 대한 편입의 관점은 아무런 지분을 갖지 않고 비교적 강한 지시권구속을 받는 단순 업무집행사원과 사원총회의 결정에 상당한 정도의 영향력을 갖는 사원인 업무집행사원이 구별되어야 한다.<sup>252)</sup> 업무집행사원이 회사법상의 영향력을 갖는 경우에는 근로관계는 처음부터 인정될 수 없기 때문이다.

### (3) 업무집행사원의 유사근로자성

유한회사의 업무집행사원의 채용관계가 자유고용관계인 경우에도 허용범위 내에서는 노동법의 일부 규정이 유추적용될 수 있다는 데 대해서는 견해가 일치되고 있다.<sup>253)</sup> 그렇지만 유추적용의 요건과 그 범위에 관해서는 회사법상의 문헌과 노동법상의 문헌이 서로 다른 견해를 주장하고 있다. 회사법학자들은 이른바 ‘보편적 고찰방법’을 주장하는데, 그에 의하면 노동법의 적용은 종속성의 정도와 계약당사자의 의사와는 무관하게 보호규범의 목적에 따라 고려될 수 있다. 이 때 그 요건으로서 그 업무집행사원이 기관으로서의 대표권을 가지고 있지 않거나 사용자로서의 권한과 기능을 전면적으로 가지고 있지 않으며, 그의 인적·경제적 존립의 보장이 요청된다고 인정되는 경우 등을 들고 있다. 그에 비하여 노동법학자들은 업무집행사원의 경제적 종속성과 그로 인한 사회적 보호필요성을 유추적용의 요건으로 제시하고 있다. 다시 말하면 업무집행사원의 유사근로자성이 노동법의 유추적용을 위한 결정적인 요건이 된다.<sup>254)</sup>

251) 독일 연방노동법원에 의하면 업무집행사원이 자신의 근무시간을 사업의 필요의 범위 내에서 자유롭게 그리고 자기책임으로 결정할 수 있고, 휴가에 대한 동의를 구할 필요가 없으며, 다른 업무집행사원에 대해서가 아니라 예컨대 유한책임사원에 대해서만 업무보고의무를 부담하는 경우에는 근로관계가 아니라 자유고용계약관계가 있는 것으로 본다.

252) 참고로 Kamanabrou, DB 2002, S. 146, 147.

253) Boenke, ZfA 1998, S. 209, 216; Lutter/Hummelhof, GmbH-Gesetz, Anh. § 6 Rn. 3

254) G. Hueck, RdA 1985, S. 25, 32 f.; Konzen, NJW 1989, S. 2977, 2978;

업무집행사원이 유사근로자로 인정되기 위해서는 단순업무집행사원, 과반의결권을 갖는 업무집행사원 그리고 소수의결권을 갖는 업무집행사원으로 구별되어야 한다. 우선 과반의결권을 갖는 업무집행사원은 회사와 동일시되어 경제적 종속성과 사회적 보호필요성이 없으므로 처음부터 유사근로자성이 인정될 수 없다. 단순업무집행사원의 경우에는 자신의 업무집행활동이 생존의 기초를 이루고 있고 관리직 사원(관리자, 이는 원칙적으로 근로자이다)과 비교될 정도로 회사에 구속되어 있으며 이례적으로 높은 보수를 받고 있지 않는 한 경제적 종속성과 사회적 보호필요성이 인정되므로 유사근로자가 될 수 있다. 그런데 소수의결권을 갖는 업무집행사원의 경우에는 과반의결권을 갖는 사원처럼 회사와 경제적으로 동일시되지 않으므로 단순업무집행사원과 마찬가지로의 요건(경제적 종속성과 사회적 보호필요성)에 따라 유사근로자의 지위가 인정될 수 있다고 보는 것이 다수설이다.<sup>255)</sup> 예컨대 어느 소수의결권 업무집행사원이 다른 소수의결권 업무집행사원과 함께 공동으로 지분의 과반을 행사할 수 있는 경우에는 이른바 ‘공동사업주’가 되기 때문에 유사근로자성이 인정될 수 없다.

## VII. 결 론

지금까지 독일에서 전개된 유사근로자 관련 사례 중에서 우리나라의 경우와 비교가능한 사례를 선별하여 근로자 개념과 대비하면서 검토하였다. 위에서 살펴본 것처럼 유사근로자 개념은 두 가지 방향으로 구분되어야 한다. 그 하나는 근로자에 대해서이고, 다른 하나는 자영인에 대해서이다. 그리고 이와 같은 구별을 위해서는 계약의 형식적인 표현이나 요소보다는 취업관계의 객관적 내용이 주된 판단기준이 되어야 한다. 그런데 유사근로자의 개념을 직접 근로자의 개념과 대비하여 이해하는 것은 옳바르지 않다. 그것은 근로자와 유사근로자 사이에 기본적으로 어느 정도의 유사성이 존재하고 있기 때문이다. 따라서 유사근

Henssler, RdA 1992, S. 289, 295.

255) BGH (1974.12.29) BGHZ 77, S. 94, 102 f.; Boemke, ZfA 1998, S. 209, 220.

로자가 지니고 있는 근로자와의 유사성을 검토하기 전에 우선 유사근로자의 자영인성이 일차적인 구별기준이 되어야 한다. 유사근로자성의 판단 표지로서 제시된 요소는 반대해석에 의하면 결국 근로자 개념에 대한 소극적 요소로서 기능할 수 있다. 다시 말하면, 경제적 종속성과 어느 특정의 한 사업주만을 위하여 노무를 제공하는 것은 근로자의 지위를 결정짓는 요소가 아닌 것이다. 이러한 요소들은 자영업자의 유사근로자성의 판단 표지로 사용될 뿐이다. 바로 이 점에서 취업형태의 삼분법에 의한 각각의 구별기준이 다시 한번 확인될 수 있다.

또한 위의 사례에서 본 것처럼 개별 사례의 구체적인 계약관계의 객관적인 전개 과정을 통하여 근로자 또는 유사근로자의 가능성이 판단된다. 이는 어느 직업군에 대한 선행적이고 추상적인 지위의 확정이 가능하지 않다는 점을 경고하는 것이다. 다시 말하면 동일한 업무라 하더라도 사업주는 근로관계를 통해서 또는 자영업관계를 통해서 인사노무관리를 수행할 수 있다. 다만, 각각의 법률관계에 따른 법적 권리와 의무가 보장되어야 한다. 자영인에 대해서는 자영인의 법적 지위가 보장되어야 한다. 그것은 업무시간의 결정과 수행방법 그리고 특정시간의 특정업무의 수행가능성에 대한 자율적 결정 가능성을 의미한다. 그렇지만 자영인이라 하더라도 그 업무수행의 방법이나 전체적인 소득관계를 통하여 유사근로자로서 부분적인 노동법의 보호가능성이 있다는 점도 고려되어야 한다. 결국 사용자는 세 가지의 취업형태를 자신의 사업 구상에 따라 활용할 수 있다는 점에서 인사노무관리의 유연성이 증대될 수 있다는 점이 장점으로 부각될 수 있을 것이다.

## 제4장

### 유사근로자에 대한 법적 보호 - 법률효과적 측면

#### 제1절 서설

##### I. 검토의 대상

이상에서는 노동법의(부분적) 보호를 필요로 하는 유사근로자의 요건이 무엇인지, 그리고 근로자 및 일반자영인과 각각 구별되는 본질적인 차별성은 어디에 있는지를 사례를 중심으로 검토하였다. 이 장에서는 유사근로자에 대하여 어떠한 법적 보호가 부여되어야 하는가라는 문제를 다룬다. 이 문제는 앞에서 검토한 유사근로자의 요건에 대하여 그 법률효과를 구성한다. 그런데 우리 노동법은 유사근로자제도를 처음부터 염두에 두고 입법을 한 것이 아니기 때문에 이에 관해서 특별한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 유사근로자로 인정되는 취업자에 대한 노동법적 보호의 문제는 우선 현행법의 유추적용의 문제가 될 것이고, 다음으로 입법론적 대안이 검토될 수 있을 것이다. 이 점은 이미 다른 곳에서 검토한 바 있다.<sup>256)</sup> 따라서 여기서는 유사근로자에 대한 나름의 보호체계를 입법적 내지 해석론으로 정립해 가고 있는 독일의 경우를 비교법적 관점에서 다루기로 한다.

256) 김형배·박지순, 『근로자개념의 변천과 관련법의 적용』, 2004, 한국노동연구원 참고

독일의 노동법은 일찍부터 유사근로자를 실체법적 내지 절차법적 보호체계로 편입하였고, 또한 유사근로자에 대한 실체법적 보호를 확대하여야 한다는 논의가 전개되었지만 실제 현행법의 규율구조 내에서 그 보호범위는 협소하였다.<sup>257)</sup> 그런데 유사근로자에 대한 실체법적 보호가 미흡하다면 자영인을 유사근로자로 분류하는 일은 그리 만족스러운 해결책이 되지 못한다. 왜냐하면 유사근로자는 근로자에 비교할 만한 사회적 보호필요성을 가지고 있음을 요건으로 하는데, 현행법상 그 보호필요성이 충족되지 못한다면 제도 자체의 의의가 감소되기 때문이다. 이 때문에 일찍부터 독일에서는 실체법적 보호가 미흡한 유사근로자라는 법적 제도를 비정상적인 제도 또는 없어도 되는 제도 정도로 폄하하였고, 또한 실무상으로도 노동법의 보호가 요청되는 취업자의 법적 지위를 소송에서 유사근로자로 다투기보다는 근로자로서 다투는 것이 일반적이었다.<sup>258)</sup> 그렇지만 현대적 노동시장의 전개에 따라 근로자와 자영인의 구별의 점점 어려워지자, 노동법의 일부를 유사근로자에게 이전함으로써 근로자 개념에 대한 분쟁을 감소시킬 수 있는 가능성을 열어두려는 시도들이 계속되고 있다. 문제는 과연 유사근로자에 대한 실체법적 보호가 어디까지 가능한가, 그리고 현행법체계상 어떠한 보호가 현실적으로 가능한가 하는 것이다. 여기서는 그동안의 독일에서의 실정법의 규율 내용과 현행법의 해석론을 토대로 유사근로자의 법적 성격에 상응하는 보호법체계를 설명하기로 한다. 이와 관련하여 이른바 자영인의 법적 성질에 비추어 경제법적 규율의 대상이 된다는 점과 독일의 고용관계이론상 자영인은 자유고용계약 또는 도급계약을 체결한 자라는 점에서 민법상의 고용계약의 적용가능성이 있다는 점, 그리고 노동법상 유사근로자에 대하여 보장되거나 해석론상 그 적용이 가능한 제도가 존재한다는 점 등 세 갈래의 보호법적 적용이 주된 검토 대상이 된다. 이 문제에 직접 들어가기에 앞서 먼저 유사근로자의 법적 보호를 위한 헌법적 기초를 간단히 검토하기로 한다.

257) 특히 유사근로자에 대한 해고보호규정의 적용배제가 가장 크게 비판되고 있다.

258) 참고로 D. Reuter, Die Arbeitsaufgabe und der Arbeitnehmerbegriff, S. 16; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 55.

## II. 유사근로자의 법적 보호를 위한 헌법적 근거

### 1. 취업자의 보호를 목적으로 하는 기본권

유사근로자의 법적 지위를 구체적으로 검토하기에 앞서 그들에 대한 법적 보호를 정당화하는 전제로서 그 법적 지위에 대한 헌법적 기초를 명확히 해 둘 필요가 있다. 일반적으로 유사근로자의 법적 지위가 걸쳐 있는 노동법과 경제법은 헌법적 가치질서에 바탕을 두며 그 내용은 기본권의 내용에 부합하여야 한다. 특히 취업자의 보호를 목적으로 하는 기본권으로 헌법 제15조의 ‘직업의 자유’와 제32조의 ‘근로의 권리’를 들 수 있다. 직업의 자유와 근로의 권리는 일반적으로 경제적·사회적 질서를 형성하는 객관적 가치질서의 기본 요소라는 점에서 국가의 보호의무를 발생시키는 기본권이며 동시에 개인의 방어권으로서의 성격을 갖는다고 설명된다.<sup>259)</sup> 다만, 양자는 ‘직업’이 자주적이든 종속적이든 사회질서가 허용하는 모든 생계활동을 의미하는 반면에, ‘근로’란 근로자가 사용자로부터 임금을 목적으로 제공하는 생계활동을 의미한다고 보아, 직업의 의미를 근로의 의미를 포함하는 넓은 개념으로 이해하고 있다는 점에서 구별된다.<sup>260)</sup> 내용적으로도 근로에 대하여는 국가의 보호의무의 내용을 특별히 구체적이고 개별적으로 규정하고 있다는 점이 특징이다. 필자의 견해로는 헌법 제32조의 근로를 이와 같이 (노동법상의) 근로자에 의한 근로로 좁게 해석해야 할 필연적 근거는 없다. 헌법은 오히려 경제적 종속성에 기초하여 자신의 자유의사에 따라 계약을 통하여 근로조건 내지 취업조건을 형성하는 것이 가능하지 아니한 취업자에 대하여 국가가 보호의무를 부담하도록 명령하고 있다고 보는 것이 타당하며, 이를 근로계약관계에 있는 자로 제한하는 것은 헌법의 기본권 보장 취지에 대한 부당한 축소해석으로 판단된다. 이러한 해석은 최근의 노동시장의 새로운 발전 과정에도 부합한다. 타인을 위한 취업활동 노동은 더 이상 근로자의 전유물이 아니며 근로자와 자유취업

259) 계희열, 헌법학(중), 보정판, 482, 706면 이하 및 그에 인용된 문헌 참고.

260) 특히 근로의 개념에 관해서는 권영성, 헌법학원론, 2002, 617면.

자가 각자의 계약상의 조건에 기초하여 분담하고 있는 것이 현실이다. 헌법상의 근로 개념은 이와 같은 변화된 사정을 감안하여 넓게 해석됨으로써 기본권이 부당하게 제한되지 않도록 해야 한다.<sup>261)</sup> 다른 한편으로 직업의 자유 또한 단순히 방어권의 성격을 넘어 국가의 보호의무를 발생시키는 객관적 가치질서를 의미한다는 것이 헌법학계의 일반적 견해이다. 즉 국가는 개인이 직업 선택과 그 행사를 통하여 자신의 인격을 자유롭게 발현할 수 있도록 보장하여야 하며 동시에 그것이 사인간에도 보장될 수 있도록 보호하여야 한다. 헌법 제32조를 근로자에 대한 보호명령으로 좁게 이해한다 하더라도 헌법 제15조는 일종의 잔여사안 포섭적 규정으로, 그 밖의 취업활동자에 대한 보호의무를 명령하고 있다고 생각된다. 따라서 ‘근로의 권리’와 ‘직업의 자유’에서 보장하고자 하는 국가의 보호의무의 본질적 내용을 규명하는 것은 경제적 종속성과 사회적 보호필요성을 가지고 있는 유사근로자에 대한 법적 보호의 헌법적 근거를 확인하는 작업이다. 특히 우리 헌법 제32조(근로의 권리)를 직접 명문으로 규정하고 있지 아니한 독일 기본법은 제12조의 ‘직업의 자유’에서 근로자와 자유직업인 특히 유사근로자를 포함하는 취업자에 대한 국가의 보호의무를 구체화하는 규범을 인식하고 있다는 점<sup>262)</sup>은 우리에게 중요한 비교법적 시사점을 줄 것으로 생각한다. 그 밖에도 유사근로자가 직업적 업무를 수행하는 과정에서 생명과 신체 그리고 인격권이 침해되지 않아야 할 기본권을 향유하며, 그리고 입법자는 유사근로자가 동일한 조건에서 불평등하게 대우받지 않도록 이른바 평등권을 실현하여야 할 의무도 또한 부담한다. 특히 평등권은 국가가 유사근로자 상호간의 불평등을 시정해야 할 뿐만 아니라 그들이 근로

261) 기본적으로 같은 출발점에 있는 견해로 박중희, 『근로기준법상 근로자개념』, 『노동법학』 제16호, 2003, 69쪽, 124쪽 이하 참고. 다만 박 교수의 견해는 근로자를 사용종속성 표지로 제한하여 이해하기보다는 사회적·경제적 보호필요성이 있는 자로 넓게 이해함으로써 사실상 유사근로자의 일정 부분을 근로자 개념으로 포섭하는 이론적 구성을 취한다.

262) 예컨대, Maunz/Dürig/Scholz, Kommentar zum GG, Art. 12 Rn. 18 ff. 참고. 그에 의하면 직업의 자유에 의한 국가의 보호의무는 근로자뿐만 아니라 유사근로자와 자영업자에게도 미친다고 설명한다(같은 책, Rn. 168 f., 252 ff..).

자에 비교할 만한 사회적 보호필요성을 지니고 있다는 점에서 차별을 정당화할 객관적 사유가 없는 한 근로자에 비하여 열악한 지위에 있게 해서는 안 된다는 것을 설명해 주는 기본권이다. 다만, 이 기본권들은 일반적인 성격을 가지는 것이므로 여기서는 신체의 자유나 평등권 등과 같은 개별 기본권목록을 다루지 않고, 국가의 보호의무와 사인(私人)간의 사적자치(私的自治)의 관계를 중심으로 유사근로자의 법적 지위에 대한 헌법적 근거로서 직업의 자유를 검토하는 것으로 제한한다.

## 2. 기본권 질서와 사적자치

일반적으로 기본권은 유사근로자의 사법(私法)상의 법적 지위와 관련하여 한편으로는 국가의 개입에 대한 방어권이면서, 다른 한편으로는 객관적 가치질서로서 국가의 보호의무를 발생시킨다. 뿐만 아니라 기본권으로 표상되는 객관적 가치질서는 사법영역(私法領域)에 대하여도 이른바(간접적) 대사인효를 갖는다.<sup>263)</sup>

유사근로자는 계약상대방인 사업주에 대하여 경제적으로 종속되어 있고 그로 인하여 사회적 보호필요성을 갖는다는 것이 그들의 법적 지위에 있어서 가장 두드러지는 특징이다. 따라서 헌법(기본권)은 입법자가 그들을 보호하는 조치를 내리도록 의무를 부과하며, 이와 같은 기본권의 보호의무에 기초하여 유사근로자는 국가에 대하여 보호를 요구할 수 있는 권리를 갖게 된다. 국가가 유사근로자에 대한 필요한 최소한의 보호 조치를 취하지 않는 경우에는 국가의 보호의무위반의 문제가 발생한다(이를 가리켜 과소침해금지의 원칙 - *Untermaßverbot* - 이라고 부른다).<sup>264)</sup> 그와 같은 보호의무는 일차적으로 입법자가 수행한다. 과소침해금지원

263) 기본권의 대사인효를 인정하는 독일 연방헌법재판소의 논거는 기본권이 더 이상 방어권으로서만 아니라 법질서 전체에 파급효과를 미치는 객관적 가치 질서를 설정하므로 이는 모든 법영역에서 동일한 효력을 가져야 하며 따라서 사법영역에도 적용되어야 한다. BVerfGE 7, S. 198, 204 f. 계희열, 『헌법학』 (중), 보정판, 85쪽 재인용.

264) BVerfGE 88, S. 203, 254; Canaris, JuS 1989, S. 161, 163 참고.

칙은 특히 독일연방헌법재판소가 계약자유원칙에 관한 기본판결이라고 할 수 있는 이른바 대리상판결(Handelsvertreterfall)<sup>265)</sup>과 보증계약판결(Bürgschaftsfall)<sup>266)</sup>에서 명시적으로 지적하였는데, 그에 의하면 입법자는 계약자유에의 결과가 일방 당사자의 구조적 불평등으로 인하여 그의 부당한 불이익을 초래할 경우에는 계약자유에 개입하여야 한다고 한다. 이에 대하여 과잉침해금지원칙(Übermaßverbot)은 입법자가 필요한 정도를 넘어서 과도하게 계약자유에 개입하는 것을 저지하는 기능을 수행한다. 또한 계약자유에 대한 입법적 개입은 어디까지나 일방 당사자의 구조적 불평등과 부당한 불이익이 있는 경우에만 요청된다는 점도 지적되어야 한다. 이에 비하여 판례는 개별 법률의 해석에서 특히 일반조항을 구체화하는 과정에서 그와 같은 보호의무를 고려할 뿐이다. 다만, 이 과정에서 예상하지 못한 법률의 흠결이 있다면 기본권의 가치질서가 그 적용 과정에서 반영되어야 하고, 그와 같은 법률의 흠결이 예정된 것이라면 입법적 부작위가 과소침해금지의 원칙을 위반하고 법형성을 위하여 원용된 규범이 기본권상 요청되는 최소한의 보호를 구체화하는 예외가 인정되지 아니하는 한 판례가 입법자를 대신하여 법형성하는 것은 원칙적으로 금지된다.<sup>267)</sup>

물론 입법자는 유사근로자의 보호를 구체화하는 과정에서 사업주의 영업의 자유가 부당하게 침해되지 않도록 기본권의 방어적 기능도 함께 고려하여야 한다. 즉 입법자는 유사근로자나 사업주 모두 기본권의 주체라는 점에서 쌍방의 기본권을 고려하여야 하며, 충돌하는 경우에는 상호 비례적으로 조화하여야 한다(이른바 praktische Konkordanz).<sup>268)</sup> 특히 유사근로자의 보호적 효력과 관련하여 헌법적 관점에서의 삼각관계가 존재한다. 즉 국가와 유사근로자, 국가와 사업주 그리고 시민상호간의 관계에서 법적 효력의 관계가 문제되는 것이다. 이것이 직접 충돌하는 영역이 이른바 근로의 권리 또는 직업의 자유이다. 아래에서는 우선 기본권이 보호하고자 하는 대상이 무엇인지를 규명하고 다음으로 어떠한

265) BVerfGE(1990.2.7) 81, S. 242.

266) BVerfGE(1993.10.19) 89, S. 214.

267) Dieterich, RdA 1995, S. 129, 134; Höfling, Vertragsfreiheit, S. 54.

268) 계희열, 『헌법학』(중), 97쪽 및 거기에 인용된 문헌 참고.

보호가 요청되는가를 기본권 이론에 비추어 해명하기 위하여 특히 직업의 자유에서 비롯되는 보호의무를 중심으로 설명하기로 한다.

### 3. 근로의 권리(직업의 자유)와 국가의 보호의무

근로의 권리는 물론이고 직업의 자유도 국가에 대하여 보호의무를 부과하고 있다.<sup>269)</sup> 즉 직업의 자유는 유사근로자가 사업주에 대한 경제적 종속성으로 인하여 기본권의 실현이 제한되는 것을 막고 그들의 법적 지위를 보장하도록 명령하고 있다. 이와 같은 보호의무는 특히 취업자가 현실적으로 기본권의 실현을 사업주가 방해하는 경우에 발생한다. 즉 유사근로자는 사업주와의 계약체결을 통하여 자신의 자유를 스스로 제한할 수 있지만(사적자치의 원칙) 그 계약을 통하여 취업자의 직업의 자유가 현실적으로 침해될 경우에는 기본권의 보호의무가 발생하는 것이다.<sup>270)</sup>

일반적으로 유사근로자와 사업주 사이에는 사적자치에 의한 계약자유 원칙이 지배한다. 계약은 자기결정의 메커니즘이다. 다시 말하면 계약은 사법상의 주체가 법률행위적 거래관계에서 자신들의 이익을 실현할 수 있도록 해준다.<sup>271)</sup> 계약은 당사자의 합의를 요건으로 하며, 그 결과 양 당사자의 어느 누구도 자신의 이익을 무제한으로 관철할 수 없다. 계약 내용은 당사자들의 대립되는 이익의 조정의 결과이며 그러한 의미에서 타협적 성격을 갖는다. 유사근로자가 사업주와 계약을 체결할 경우 자신의 이익을 계약 내용에 반영할 수 있는 경우에 비로소 이와 같은 계약의 자유가 현실화될 수 있다. 그러한 이유에서(유사근로관계의) 당사자의 합의는 원칙적으로 자신들이 의욕한 바를 표현한 것이며 그 합의에서 나타난 자유의 제한은 임의로, 즉 자기결정에 의하여 발생한 것이다.<sup>272)</sup>

그러나 그와 같은 자유주의적인 계약모델은 계약의 당사자가 대등하다는 관념에서 비롯되었음을 간과해서는 안 된다. 도식화하여 설명하면

269) 특히 Badura, FS für Herschel, S. 21, 34.

270) 특히 Franzioch, Abhängigke Selbständigkeit, S. 126.

271) Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie, S. 17.

272) Dieterich, RdA 1995, S. 129, 130.

계약은 두 당사자가 거의 대등한 정도의 힘의 균형에 서 있을 때 비로소 이익조정을 가능하게 한다.<sup>273)</sup> 그러나 당사자 중의 어느 누구 하나가 상대방의 요구사항을 전적으로 수용할 수밖에 없을 정도로 계약체결에 전적으로 의존하고 있는 경우에는 실질적인 계약자유가 결여하고 있으므로 종속적인 계약당사자는 자신의 이익을 상대방에 대하여 적정한 이익조정이 이루어지도록 계약 내용을 교섭할 수 없다. 따라서 이 경우에는 힘이 우월한 당사자의 이익만이 관철될 것이므로 계약은 고유한 이익조정적 기능을 상실할 수밖에 없다. 그 결과 계약자유는 종속적 당사자에 대해서는 자기결정의 행위가 아니라 상대방에 의한 타인결정의 메커니즘으로 전락하게 된다.<sup>274)</sup> 이와 같은 일방적인 계약 내용의 형성은 당사자들의 계약자유에 대한 침해를 의미하며 기본권에 기한 보호의무를 발생시킬 수 있다. 이 보호의무에 의하여 국가는 종속적 지위에 있는 당사자의 계약 내용형성의 자유를 보장하여야 할 의무를 부담하게 되는 것이다. 따라서 보호의무의 일차적 과제는 계약이 당사자의 자기결정을 실현할 수 없을 정도로 제 기능을 하지 못할 경우에 이를 복원하는 것이며 특히 사적자치의 제도를 형성함에 있어서 기본권상의 보호의무가 명하는 전제조건을 마련하는 데 있다.

#### 4. 보호의무의 발생 근거

헌법 자체는 언제 계약당사자의 교섭력의 대등성이 심각하게 손상되어 약자의 계약상의 이익실현이 위태롭게 되는지, 그리하여 기본권의 보호의무가 발동하는지 구체적으로 언명하고 있지 않다.<sup>275)</sup> 독일 연방헌법재판소는 이른바 대리상 판결에서 일방 계약당사자의 종속성을 인정할 수 있고 그에 대하여 기본권상의 보호의무의 이행을 위하여 법률상의 규율을 도입할 수 있는 구체적 표지는 특히 법적 안정성의 관점에서 전형적·유형적으로 파악될 수밖에 없음을 확인하였다.<sup>276)</sup> 두 당

273) Hesse, Verfassungsrecht, S. 37 f.

274) BVerfGE 81, S. 242, S. 254 ff.; Dieterich, RdA 1995, S. 129, 130 f.

275) BVerfGE 81, S. 242, 255.

276) BVerfGE 81, S. 242, 255. 이와 같은 취지로 BVerfGE 89, S. 214, 232.

사자의 실제적 교섭의 대등성은 사실상 측정하기 어려운 것이기 때문이다.<sup>277)</sup> 일방의 교섭력의 크기는 다양한 기준에 영향을 받으며 적극 내지 소극적 요소 및 각 요소들의 복합적 관계가 교섭력의 크기를 결정하므로 계약당사자의 대등성 판단은 사실상 곤란한 측면이 있다. 그러므로 개별적·구체적으로 계약당사자의 대등성을 탐구하는 것은 그다지 큰 의미가 없으며 오히려 우월한 계약당사자가 일방적으로 자신의 계약상의 이익을 관철하는 것을 가능하게 하는 '전형적으로 구조적인 불평등을 인정할 수 있는 계약'을 탐구하는 것이 현실적인 의미성을 가진다.<sup>278)</sup>

유사근로자는 계약의 체결과 관련하여 구조적 종속성을 지니고 있으므로 그 계약은 일반적으로 자기결정의 산물로 평가될 수 없는 것이 보통이다. 그러나 그들이 지니고 있는 교섭적 지위의 취약성이 반드시 사업주의 계약 내용에 대한 일방결정성을 근거지우는 것은 아니다. 그런데 앞에서 지적한 것처럼 직업의 자유에 기한 보호의무는 구조적인 종속성으로 인하여 계약자유가 실제로 기능할 수 없는 경우에만 개입할 수 있다. 결국 직업의 자유에 내재되어 있는 보호의무는 바로 계약자유로부터 도출되는 것이고 이는 계약상의 합의를 통하여 자신의 직업적 이해관계를 실질적으로 실현하는 데 정향되어 있음을 의미한다. 반면에 계약당사자 일방의 구조적 종속성 자체가 직업의 자유의 보호의무를 발생시키는 근거가 되는 것은 아니다. 일방 계약당사자의 구조적 종속성은 일방당사자에 의하여 자기결정이 아닌 타인결정적 산물로 변질되는 계약을 구분하기 위한 보조적 표지일 뿐이다. 따라서 유사근로자의 구조적 종속성은 필요조건이긴 하지만 기본권의 보호의무에 대한 충분조건이라고 할 수는 없다.<sup>279)</sup> 또한 계약자유는 복수의 기본권 주체들이 계약체결을 위하여 함께 협력하는 행위의 자유를 의미하며 따라서 계약당사자의 상호적 제한이 전제되어 있는 것이다. 계약자유는 유사

277) Dieterich, RdA 1995, S. 128, 131.

278) Dieterich, RdA 1995, S. 128, 131.

279) Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 49; Zöllner, AcP 196(1996), S. 1, 28 ff.

근로자가 그의 이익을 완벽하게 실현할 수 있도록 보장하지 않는다는 것이다. 따라서 유사근로자의 계약과 관련된 모든 불이익이 계약자유의 기능장애라고 단정할 수도 없다. 그와 같은 단정은 당사자의 실제적 의사와 모순될 수 있다. 따라서 직업의 자유에 기한 보호의무는 유사근로자의 계약자유의 실제로 침해되었을 때, 즉 계약이 그의 의도와는 다르게 그의 손해를 발생시키는 내용으로 합의되었을 때 비로소 발생하게 된다. 취업자가 계약체결 과정에서 사업주의 이해관계를 전적으로 수용할 수밖에 없고 그 결과 계약의 이익조정 메커니즘이 작동하기 어려운 경우에 비로소 그와 같은 계약자유의 침해를 인정할 수 있는 것이다.<sup>280)</sup> 그렇지만 계약상의 합의가 적정한 이익조정의 결과인가를 판단하는 것은 당사자의 구체적 대등성을 판단하는 것만큼이나 어려운 일이다. 계약 내용의 적정성(Angemessenheit)은 일차적으로는 당사자가 직접 판단할 수밖에 없다. 계약 내용이 실정법 질서가 전제하고 있는 통상적인 합의로부터 현저히 이탈하고 그로 말미암아 유사근로자에게 특별히 불이익이 발생하는 경우에 사업주가 계약조건을 자신의 교섭력의 우월성을 이용하여 일방적으로 결정하였다는 점을 인정할 수 있을 것이다.

## 5. 보호의무의 실현

입법자는 기본권의 보호의무를 어떠한 형태로 실현할 수 있는가? 원칙적으로 보호의무는 국가가 기본권으로 보장된(계약)자유의 침해를 제거하고 유사근로자의 계약자유를 회복하는 것을 목적으로 한다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 입법자는 일차적으로 유사근로자의 구조적 종속성을 완화하도록 시도할 수 있다. 그렇지만 유사근로자의 구조적 종속성은 다양한 원인들을 갖기 때문에 개별적인 여러 조치만으로 구조적 종속성이 제거될 수 있는 성질의 것이 아니다. 이는 노동보호법령과 단체협약이 근로관계에서 교섭력이 대등하지 아니한 계약관계의 원인을 전적으로 제거해 주지 못한다는 점을 보아도 알 수 있다. 다만, 근

280) 특히 BVerfGE 81, S. 242, 255; 89, S. 214, 232 ffö Dieterich, RdA 1995, S. 129, 130.

로자에 대한 보호체계가 유사근로자에 대해서도 어느 정도 준거가 될 수 있음은 분명하다.

기본권의 보호의무를 다하기 위해서는 일차적으로는 강행적 보호법률이 고려될 수 있다. 근로자만을 보호하는 강행법률은 노동시장의 변화를 정상적으로 반영하지 못하며, 국가의 보호의무를 제대로 실현할 수 없다. 따라서 다양한 노동법적 보호규정들이 유사근로자들에게도 적용될 수 있도록 그리하여 유사근로자의 계약형성에서 최저기준으로 기능할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 또한 협약자율을 유사근로자에게 확대함으로써 유사근로자의 구조적 종속성이 계약조건 형성에 미치는 영향을 최소화할 필요가 있다.

기본권으로서 직업의 자유에 기초한 계약자유 원칙은 계속적 계약관계에서 계약종료의 자유를 보장하며 따라서 사업주의 계약해지의 자유(Kündigungsfreiheit)도 보장한다. 그렇지만 그 이면에 존재하는 유사근로자의 취업관계의 존속에 관한 이익도 보호된다. 사업주는 해지권을 통하여 자신의 자유의지에 따라 일방적 형성권의 행사로 유사근로자와의 계약관계를 종료하기를 원한다. 반면에 유사근로자는 계약관계 존립의 이익을 현실화하기 위하여 그와 같은 계약관계의 종료에 아무런 영향을 미치지 못한다. 따라서 직업의 자유라는 기본권으로부터 취업자의 존립이익이 무시되거나 간과되는 것을 방지하도록 국가에게 보호의무가 부과될 수 있다. 입법자는 이 경우에 解雇(止)에 관한 법이 사업주의 자유와 취업자(유사근로자)의 존립이익을 다 같이 충족하도록 규율할 수 있을 것이다. 보호의무는 기본권의 내용이 침해되는 경우에 언제든지 개입할 수 있는 무기가 아니라 국가의 개입이 없다면 기본권이 효과적으로 보장될 수 없는 경우에 한하여 발생하는 것이다. 따라서 기본권 주체가 스스로 침해된 직장선택의 자유를 보호할 수 있는 경우에는 보호의무가 발생하지 않는다. 예를 들면, 계약당사자는 원칙적으로 계속적 계약관계를 체결할 때 동시에 그 종료에 관한 조건을 규율할 수 있다. 계약관계의 해지로부터 발생하는 불이익을 면하기 위하여 해지에 관한 조건을 형성할 수 있는 것이다. 그렇지만 유사근로자는 사업주에 대하여 구조적으로 종속되어 있고 따라서 계약체결시에 계약관계

의 존립에 관한 자신의 이익을 관철(예컨대, 계약에서 사업주의 해지사유를 제한함으로써)할 수 있는 사정에 있지 못한 것이 현실이다. 사업주가 이와 같은 유사근로자의 구조적 종속성을 이용하여 계약관계를 언제든지 제한없이 해지할 수 있다면 이는 유사근로자의 자기결정이 침해된 것이므로 유사근로자를 위한 보호의무가 발생하게 된다.

사업주의 일방적 해지의 자유로부터 유사근로자를 보호하기 위하여 국가는 우선 계약법상의 계약종료에 관하여 적정한 해지 예고기간을 설정하고, 계약관계를 즉시 해지하고자 하는 경우에는 그에 대한 중대한 사유를 요건으로 함으로써 어느 정도 취업자의 존립이익을 배려할 수 있을 것이다. 그렇지만 이것만으로 보호의무를 이행하였는가 하는 점은 여전히 의문이다. 유사근로자의 보호를 위하여 보호의무가 현실적으로 기능하기 위해서는 사업주의 계약종료의 자유 그 자체에 대한 개입을 불가피하게 만들기 때문이다. 이는 유사근로자의 최소한의 보호의무의 실현이라는 관점에서 이른바 과소금지의 원칙(Untermaßverbot)에 따라 인정될 수 있을 것이다. 그러나 계약종료에 대한 국가의 개입은 방어권으로서의 기본권의 본질과 충돌하기 때문에 비례성원칙의 한계를 지켜야 한다. 즉 과잉침해금지의 원칙(Übermaßverbot)이 고려되어야 한다. 입법자는 이와 같이 기본권의 두 대립적 지위를 조화하여 이익의 조정이 현실화될 수 있도록 하여야 한다(기본권의 실제적 조화의 원칙).<sup>281)</sup>

## 6. 소 결

유사근로자의 법적 지위에 관한 헌법적 기초는 사업주의 기본권과 유사근로자의 기본권에 함께 관련된다. 사업주에 대해서는 유사근로자를 위한 보호법률들이 그들의 기업가적 자유(영업의 자유) 및 재산권 행사의 자유를 제한하는 국가의 침해행위를 의미하며 따라서 그에 대하여 방어권으로서의 기본권이 문제된다. 반면에 유사근로자에 대하여는 방어권으로서의 기본권의 성격보다는 객관적 가치질서로서 기본권의 보호권적 성격이 중심과제가 된다. 근로의 권리 못지않게 직업의 자유는

281) 계희열, 『헌법학』(중), 110쪽 이하 및 거기에 인용된 문헌 참고.

국가가 유사근로자의 계약 내용형성의 자유뿐만 아니라 존립 보장의 이익도 보호하도록 의무지우고 있다. 물론 이 기본권 규정이 유사근로자에게 국가의 구체적인 조치에 대한 직접적 청구권을 인정하는 것은 아니지만 그들의 보호법익의 최소한의 보호가 보장될 수 있도록 입법자의 의무를 규정하고 있는 것으로 보아야 한다. 이 때 입법자는 자신의 임무(즉 입법)를 수행함에 있어서(과잉금지 및 과소금지의 원칙이 함께 적용되는) 비례성의 원칙에 구속된다. 기본권에 기한 국가의 보호의무는 사업주의 기본권에 대한 일정한 침해가 정당화되는 것이긴 하지만, 그 내용은 사업주의 기본권 침해와 보호법익 사이에 비례의 원칙이 적용되어야 한다는 것이다.

## 제2절 독일 경제법상의 보호규정

### I. 서설

유사근로자는 ‘경제적으로 종속성을 지닌 자영인’이다. 유사근로자의 경제적 종속성은 시장에서의 지위와 밀접하게 결부되어 있다. 왜냐하면 유사근로자는 자영인으로서 무엇보다도 기업가적 위험을 부담하기 때문이다. 자영인의 경제적 종속성에 대한 보호는 우선적으로 그의 거래 상대방인 기업의 경제적 힘의 우위의 남용을 제한하는 데 있다. 그에 비하여 유사근로자의 생활 내지 경제위험은 보충적으로 유사근로자의 구성요건을 충족하는 전제하에서 노동법을 통하여 분배될 수 있다.<sup>282)</sup> 따라서 현행법질서에 의하면 ‘시장관련적 경제적 종속성의 극복’이라는 과제는 일차적으로 경제법에 의하여 수행될 수 있다.<sup>283)</sup> “자신의 기업적 자유와 활동이 경제적으로 우위에 있는 계약상대방에 의하여 방해받

282) Rieble, ZfA 1998, S. 327, 349.

283) Rieble, ZfA 1998, S. 327, 339

고 부당한 위협에 빠지는 자는 경쟁법상의 권리구제수단에 호소할 수 있는 것이다.”<sup>284)</sup> 따라서 경제적으로 종속적인 유사근로자의 보호를 위해서는 이미 효과적으로 발전되어 온 경제법적 규정을 노동법과 병존적으로 적용하는 것이 고려될 수 있는 것이다.

독일 경제법은 크게 경쟁제한방지법(또는 카르텔법이라고 부른다: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB)와 불공정경쟁방지법(Gesetz über den unlauteren Wettbewerb: UWG)로 구성되어 있다. 이 두 법률은 우리나라의 『독점규제및공정거래에관한법률』과 유사한 규율구조를 지니고 있다.

## II. 경제법상 사업 또는 사업자의 개념

경제질서 그 자체를 실현하는 법규범과 법제도의 총체로서 경제법은 시장에서의 사업(Unternehmen)의 조직과 행태 및 그에 대응하는 국가의 기능을 규율대상으로 한다.<sup>285)</sup> 따라서 경제법에 속하는 개별 법률(특히 경쟁제한금지법(GWB)과 불공정경쟁방지법(UWG))의 적용범위는 노동법에 있어서 근로자개념과 마찬가지로 ‘사업 또는 사업자의 개념’을 기초로 할 수밖에 없다. 그렇지만 독일 경제법은 노동법과 마찬가지로 통일적인 사업의 개념을 정의하고 있지 않으므로 사업 개념은 경제법의 전체 경제적 기능과 법률의 목적을 고려하여 탐구되어야 한다.<sup>286)</sup> 그에 의하면 경제법적 의미에서 사업이란 상품이나 영업상의 성과의 생산을 목적으로 하는 독립적이고 생계활동의 범위 밖에 놓여 있는 모든 개인의 활동을 의미하며, 그와 같은 영업활동은 개인적 목적에 귀속되는 것이 아니어야 한다.<sup>287)</sup> 사업자(Unternehmer)는 사업의 담당자로서 전체 사업을 위하여 법적으로 그리고 경제적으로 책임을 부담하는 주체를 의미한다.<sup>288)</sup> 이와 같은 사업 또는 사업의 담당자로서 사업자의 구성요건

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

285) Rittner, Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 42.

286) 이른바 기능적 기업 개념에 관해서는 Rittner, Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 1.

287) 독일 연방대법원의 일관된 판례: BGHZ(1959.10.26) 31, S. 106. 또한 통설: Rittner, Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 2; Emmerich, Kartellrecht, S. 17.

은 일반적으로 매우 넓게 해석된다. 그것은 경제생활의 모든 범위와 단계에서 경쟁의 보호를 실현하기 위하여 경쟁법상 중요한 과정을 그 원인제공자의 법적 형식을 고려하지 않고 전부 포함시켜 내는 데 규범 목적이 있기 때문이다.<sup>289)</sup> 그에 의하면 상품 또는 서비스의 공급자로서 독립적으로 활동하는 자연인은 동일한 활동이 사적인 소비자로서 그리고 특히 근로자로서 평가되지 않는 한 경제법상의 사업 내지 사업자가 될 수 있다. 다수설에 의하면 예능인, 학문 종사자 그리고 자유직업인의 활동도 사업에 속하게 된다.<sup>290)</sup> 그러나 해당 사업자가 근로자로서의 법적 지위를 가지게 되면 경제법상의 사업자가 될 수 없다. 노동법상의 근로자인가 경제법상의 사업자인가의 문제는 우선적으로 노동법상의 근로자성 판단기준(인적 종속성의 존부)에 의하여 결정된다.<sup>291)</sup>

### Ⅲ. 경제적으로 종속적인 자연인에 대한 경제법상의 주요 보호규정

#### 1. 경쟁제한적 약정의 금지

독립사업자의 경제적 종속성과 관련하여 일차적으로 문제되는 것은 수직적 경쟁제한에 관한 것이다. 독일의 경쟁제한방지법 제14조는 가격이나 개별적인 가격구성 부분을 직접 또는 간접으로 고정시키거나(이른바 가격의 구속) 1차 계약에서 여러 조건에 대한 구속(이른바 조건의 구속)을 2차 계약의 전제로 삼는 등 사업자의 내용형성 자유를 제한하는 행위를 금지하고 있다.<sup>292)</sup> 그에 대하여 같은 법 제16조는 사업자가 제3

288) Rittner, Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 2.

289) BGH(1997.12.11) NJW 1998, S. 756; Emmerich, Kartellrecht, S. 17.

290) BGH(1976.3.22) NJW 1976, S. 1941; Emmerich, Kartellrecht, S. 18 f.; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 319 ff.; Bechtold, Kartellgesetz, § 1 Rn. 6. 그에 비해서 제한적으로 해석하는 견해는 Rittner, Wirtschaftsrecht, § 14 Rn. 11. 그는 자유직업의 카르텔법적 문제는 일반민법이나 불공정경쟁법 등에 맡기는 것이 바람직하다고 본다.

291) 특히 Rieble, ZfA 1998, S. 327, 350.

292) Emmerich, Kartellrecht, S. 107.

자와 계약을 체결할 수 있는지, 또는 어떤 조건에서 계약을 체결할 수 있는지를 약정함으로써(이른바 체결 구속 또는 배제적 구속) 계약상대방을 구속하는 수직적 합의를 금지하고 있다. 이는 사업자의 계약체결의 자유를 촉진하는 데 그 목적이 있다. 이 점은 특히 판매방식에 관하여 현실적으로 큰 의미가 있다. 왜냐하면 계약상 배타적으로 특정 구역이 할당된 판매중개인을 통한 판매는 경쟁제한방지법 제16조에 의하여 배타적 구속성에 기인하고 있는 것이기 때문이다. 이와 같은 규정을 통하여 제도로서의 경쟁 자체뿐만 아니라 경제적 행위의 자유가 제한된 (약)자의 개별적 이익도 보호를 받게 된다.<sup>293)</sup> 즉 이를 통해서 경제적 위험과 사업자로서의 기회가 조화된다. 다시 말하면 만약 계약상대방에게 종속되어 있는 사업자가 자신의 비용으로 제3자와 체결한 계약에 대한 경제적 위험을 부담해야 한다면 그는 그 위험을 계약 내용형성을 통하여 조정할 수 있어야 할 것이다.<sup>294)</sup> 그렇지만 처음부터 정당한 이유에 의하여 계약 내용형성의 자유가 제한되어 있는 사업자에 대해서는 경쟁제한방지법 제14조와 제16조가 적용되지 아니한다. 예컨대, 대리상과 위탁판매인은 가격과 판매조건에 대하여 거래주인 상인의 지시에 구속된다. 이와 같이 경쟁제한방지법 제14조와 제16조의 적용 여부는 계약의 본질에 좌우된다. 따라서 대리상이나 위탁판매인은 지시권한이 있는 상인인 사업자의 판매조직 내에 유효하게 편입되었으므로 경제적 종속성의 문제가 발생하게 된다. 이와 같은 사업자의 경제적 종속성은 경제적 위험을 거래주인 상인(본인)에게 귀속시키는 근거가 되며, 이에 대해서는 앞의 경쟁제한방지법상의 규정이 적용되지 않는다. 반면에 상품판매에 따른 경제적 위험이 중개인에게 있다면 같은 법 제14조와 제16조는 무제한적으로 적용된다. 제14조와 제16조는 중개인과 프랜차이즈 가맹자에 대해서도 적용된다. 왜냐하면 이들은 독립적인 상인으로서 자신들이 체결한 계약으로부터 발생하는 위험을 스스로 부담해야 하기 때문이다.<sup>295)</sup>

293) Commichau/Schwartz, Grundzüge des Kartellrechts, Rn. 243.

294) Rieble, ZfA 1998, S. 327, 351 f. 참고.

295) 최근 판례: BGH(1999.2.2) WuW/E DE-R, S. 264 ff.; Emmerich, Kartellrecht, S. 115.

## 2. 시장지배적 내지 시장우월적 지위의 남용금지

경쟁제한방지법은 제19조 이하에서 경쟁을 제한하는 특정한 사업자의 일방적인 행태를 금지하고 있다. 이 규정의 취지는 경제적으로 종속적인 사업자가 경제적 우위에 있는 계약상대방의 남용행위로 인하여 정상적인 경제행위를 방해받거나 차별받는 것을 방지하는 데 있다. 경제적으로 종속적인 소사업자에 대해서는 특히 제20조 제2항이 중심적인 의미를 갖는다. 왜냐하면 장애 내지 차별금지의 受規者는 시장지배적 사업자뿐만 아니라 시장적 지위가 우위에 있는 사업자도 포함하기 때문이다. 시장우월적 또는 시장우위적 사업자라 함은 비록 시장지배적 지위에 미치지 않는지만 다른 중소기업자가 그에 종속되어 있는 이른바 상대적 시장권력을 가진 사업자를 의미한다.<sup>296)</sup> 제20조 제2항 제1문은 다른 제3자와의 거래가능성이 충분하지 않거나 기대가능하지 않은 경우를 종속성으로 정의하고 있다. 따라서 소사업자에게 제3자와의 代替의인 거래가능성이 현실적으로 존재한다면 그와 같은 경제적 종속성은 인정될 수 없다. 사업상의(경제적) 종속성은 무엇보다도 시장우위적 사업자와의 장기간의 거래관계로부터 발생할 수 있다(이를 사업관련적 종속성이라 부른다). 왜냐하면 이 경우에 소사업자의 계약상대방의 변경은 기대범위를 벗어나는 높은 비용을 지불하여야만 가능할 수 있기 때문이다. 예컨대, 거대 자동차회사를 고객으로 하는 소규모 부품생산 사업자의 경우를 생각하면 이를 쉽게 알 수 있다. 특히 경제적으로 종속된 1인 회사 사업자의 보호와 관련해서는 이른바 차별금지가 중요한 의미를 가질 수 있다. 시장우위적 사업은 수직적인 관계에 있는 사업에 대하여 객관적 및 합리적 사유가 없는 한 직접 또는 간접적 차별을 해서는 안 된다.<sup>297)</sup> 이는 노동법상의 차별금지원칙과 마찬가지로이다. 차별이 허용되는 객관적 사유라 함은, 일반적으로 관계당사자(사업)의 이익형량적 관점에서 판단되는데, 이 경우에도 경쟁의 자유를 지향하는 경쟁제한방지법의 규율 목적이 함께 고려되어야 한다.<sup>298)</sup> 차별금지는 가격할인의 불허 또는

296) Emmerich, Kartellrecht, S. 227 f.

297) Rieble, ZfA 1998, S. 327, 353.

특정 상품의 구매 배제와 같은 계약 내용상의 차별로부터 보호뿐만 아니라 해당 사업자의 시장적 행태의 보호와도 관련된다. 예컨대, 시장우위적 사업자는 선택적 판매방식을 채택함에 있어서 그 선택의 기준이 객관적이고 적정하며 기대가능성을 유지하는 한도에서 자유로운 결정권을 가진다. 그 밖에 시장우위적 사업자는 민법상의 신의칙에 따라 종속적인 사업자 예컨대, 판매중개인의 이익을 고려하지 아니하고 판매중개인이 계약종료에 따라 업종의 전환이나 계약상대방의 전환을 위해 요구되는 합리적 범위의 기간을 부여함이 없이 단기간에 거래관계를 단절할 수 없다. 따라서 대리상에 대해서는 경우에 따라 계약관계의 전환에 따른 대리상의 투자에 대한 가치손실을 최소화하기 위하여 법정 내지 약정 해지기간보다도 장기간의 예고기간이 보장되어야 한다.<sup>299)</sup> 그에 반하여 이 범위를 넘어서는 종속적인 사업자를 위한 투자보호 및 사회적 보호는 제20조 제2항 제1문의 규율대상이 아니다. 그와 같은 보호는 경쟁제한방지법의 보호범위와 부합되지 않기 때문이다.<sup>300)</sup>

### 3. 경쟁법과 노동법의 관계

경쟁법과 노동법은 경제적 종속성을 가진 사업자에 대하여 기능적 관련성은 있지만 원칙적으로 각자 고유한 과제와 적용범위를 가지고 있다.<sup>301)</sup> 경쟁법은 독립적인 경제적 생산단위로서의 ‘사업’ 개념을 출발점으로 하지만 노동법은 종속노동을 그 대상으로 한다. 따라서 근로자와 그의 조직 내지 단체는 경쟁법의 대상이 되지 않는다.<sup>302)</sup> 예컨대, 판매조직에서 일하는 취업자가 형식적으로 자영인의 지위에 있다 하더라도 실질적으로는 근로자로서 판단되는 경우에는 경쟁법의 적용은 배제된다.

노동법은 근로자에 대해서 그의 경제적 부자유에 기초하여 적절한

298) Emmerich, Kartellrecht, S. 240.

299) 예컨대, 독일 연방대법원은 자동차 대리상에 대해서는 1년의 해지기간이 적정하다고 판결하였다. BGH (1995.2.21) WuW/E BGH S. 2983.

300) Emmerich, Kartellrecht, S. 232.

301) Rittner, Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 64 참고.

302) 기본적으로 Rittner, Wirtschaftsrecht, § 14 Rn. 3.

취업조건의 보호라는 보상적 조치만을 보장하게 된다. 반면에 경제적으로 약자인 사업자는 경쟁법을 통하여 영업활동의 자유를 향유하게 된다. 이와 같은 관점에서 유사근로자는 경제적으로 종속적인 자영인으로서 이중적 지위를 갖게 된다. 한편으로는 경쟁법적 수단을 가지고 부당한 경제적 기회와 위험의 분배를 시정할 수 있는 가능성과, 다른 한편으로는 부분적으로 노동법적인 보호, 특히 협약자유(단체협약을 통한 카르텔)시스템이 기능한다.<sup>303)</sup>

#### IV. 결 론

공정경쟁촉진을 목적으로 하는 경제법은 경제적으로 종속된 자영인을 시장우위적 사업자로부터 보호하기 위한 의미있는 규정을 두고 있다. 그 보호 취지는 경제적 약자인 사업자에게 그들의 경제적 위험에 상응하는 경제활동의 자유공간(시장기회)을 부여하는 데 있다. 이를 통해서 경제법은 독립사업자로서의 법적 지위에 영향을 주지 않으면서 위탁사업자와 수탁사업자 사이의 일정한 경제적 종속관계를 허용하고 있음을 확인할 수 있다. 그러므로 근로자 개념을 경제적 종속성을 가지고 정의하려는 시도는 적어도 경제법을 포함하는 현행 법체계와 부합되지 않는다는 점이 분명해진다.<sup>304)</sup>

다른 한편으로 경쟁제한방지법을 통한 권리구제수단은 유사근로자를 위한 전체 보호법체계 가운데 하나의 지주를 구성한다는 점이다. 이와 같은 경제법의 질서정책적 목적은 경제적 힘의 우위에 있는 사업자에 의한 불공정한 착취로부터 경제적 약자인 사업자를 보호하고 동시에 경제적 자유와 경쟁적 행위가능성을 보장하는 데 있다. 다시 말하면 경제적 종속성으로 인하여 유사근로자성을 지니는 사업자는 경제법의 보호규정을 통하여 자영인으로서의 본질에 부합하는 행위의 자유를 보장 받게 된다. 이는 자영인을 더욱 자영인답게 하는 법적 수단이라고 할 수 있다. 이에 비하여 유사근로자의 또 하나의 본질적 표지인 사회적

303) Rieble, ZfA 1998, S. 327, 357.

304) 자세한 것은 김형배·박지순, 앞의 책, 38쪽 이하 참고.

보호필요성은 경제법을 통해서 보장되는 것이 아니다. 경제법은 사회적 보호를 목적으로 하는 것이 아니기 때문이다. 이는 어디까지나 노동법상의 요건을 충족하는 것을 전제로 하는 노동법의 과제이다.

### 제3절 독일 민법의 고용계약편의 규정

#### I. 고용계약규정 적용의 문제점

독일 민법<sup>305)</sup> 제611조 이하는 고용계약(Dienstvertrag)에 관한 일반적 규정이다. 이 규정들은 법문에 의하면 두 개의 서로 다른 적용대상을 전제로 한다. 하나는 그 적용대상이 근로관계(Arbeitsverhältnis)이고, 다른 하나는 자유고용계약을 포함하는 모든 고용관계(Dienstverhältnis)이다. 이와 같이 고용계약을 근로관계와 자유고용관계로 구별하여 규정하는 것은 경제적 생존을 목적으로 하는 노무공급계약의 유형을 고용과 도급으로 이원화한 독일 민법의 전통 때문이다. 다시 말하면 위임은 무상으로만 가능하기 때문에 유상의 위임에 대해서는 모두 고용계약으로 분류된다. 그런데 독일 민법은 자유고용관계에 대해서도 어느 정도 진전된 보호제도를 두고 있기 때문에 특히 자영인에 대하여 적지않은 의미를 가지고 있다.<sup>306)</sup> 이와 같은 보호규정은 고용관계에 기초하고 있는 유사근로자에 대해서도 당연히 적용되기 때문이다. 독일에서는 법적으로 자영인인 유사근로자의 상당수는 고용계약을 법적 기초로 하고 있다. 그러나 이와 같은 규정들은 모든 고용관계에 무제한으로 적용될 수 있는 것이 아니라 규범의 의미와 목적에 따라 부분적으로 그 적용이 제한될 수 있음에 주의해야 한다. 또한 이 규정들이 도급계약을 법적 기초로 하는 유사근로자에 대해서도 적용될 수 있는지 여부도 검토되어야 한다.

305) 이 절에서 사용되는 조문에 법률명이 없는 것은 모두 독일 민법전을 의미한다.

306) 이에 관해서는 Rieble, ZfA 1998, S. 327, 341.

## II. 개별고용계약 규정의 개관

### 1. 임금(보수)의 보호를 위한 규정

#### (1) 보수약정의 의제와 그 액수(제612조)

독일 민법 제612조 제1항<sup>307)</sup>은 구체적 정황을 고려할 때 반대급부를 전제로 하여야지만 노무급부가 예상될 수 있는 경우에는 보수가 묵시적으로 합의된 것으로 의제하며, 이를 통해서 보수약정의 흠결로 인한 계약의 무효화를 저지하는 기능을 수행한다.<sup>308)</sup> 이 규정은 명시적으로든 묵시적으로든 보수가 약정되지 아니한 경우뿐만 아니라 제138조 제2항(우리 민법 제104조)에 따라 궁박 등에 의한 임금의 착취로 그 계약이 무효가 된 경우나 그 보수약정만이 무효가 된 경우에도 적용된다.<sup>309)</sup> 제612조 제2항은 보수가 명시적 또는 묵시적으로 합의되었거나 합의된 것으로 의제되었으나 그 액수가 확정되지 아니한 경우에 그 보수액의 결정방법을 정하고 있다. 그에 의하면 이 경우에 보수액은 허용되는 범위 내에서 최저액으로 약정된 것이 아니라 통상의, 관행적인 임금액으로 보장되어야 한다.<sup>310)</sup> 이 규정은 그 문언에 의하면 모든 고용관계에 대해서 적용되며 따라서 고용계약에 기초한 유사근로자의 법률관계에 대해서도 적용된다. 뿐만 아니라 독일 민법 제632조에 의하면 도급계약에 기초한 유사근로관계에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있다.

#### (2) 사업자 내지 노무수령자(사용자)에 의한 수령지체(제615조)

사용자가 노무의 수령을 지체하면 피용자(노무제공자)는 제615조 제1문에 따라 수령 지체로 인하여 급부할 수 없게 된 노무에 대해서도 사

307) 이 절에서 법률의 인용없이 조문만 기재된 것은 모두 독일 민법을 의미한다.

308) ErfK/Preis, §612 BGB Rn. 1.

309) ErfK/Preis, §612 BGB Rn. 3; Franzioch, Abhängige Selbständigkeit, S. 171 ff.; MünchKomm/Schaub, §612 Rn. 5. 그에 반하여 Staudinger/Richardi, §612 Rn. 25 ff.는 독일민법 제612조 제1항은 보수약정이 무효인 경우에만 적용된다고 한다.

310) Erman/Hanau, §612 Rn. 21; ErfK/Preis, §612 BGB Rn. 4, 37.

후적으로 급부의무를 부담하지 않고도 보수를 청구할 수 있다. 그러한 의미에서 제615조 제1문은 급부가 여전히 가능한 경우에는 채무자에게 追完給付義務를 부담시키는 채권자지체의 일반이론에 대한 예외를 규정하고 있다. 그런데 어느 경우에 이 규정이 적용되는가라는 제615조의 규율대상에 관한 논쟁은 독일의 一般私法과 노동법에서 전통적인 핵심 주제의 하나였다.<sup>311)</sup> 우선 주문 감소 또는 매출 감소 등으로 발생하는 이른바 ‘경제위험(Wirtschaftsrisiko)’에 대해서 채권자(사용자)는 일반적인 사용위험을 부담한다. 이는 제615조(사용자의 수령 지체)의 전형적인 적용대상에 속한다. 그에 비하여 이른바 ‘경영위험(Betriebsrisiko)’의 사례는 논란이 되었다. 독일 연방노동법원은 채권자(사용자)가 고의·과실 없이 노무의 수령을 할 수 없게 된 경우에는 “수령 지체와 불능은 서로 배척한다”는 민법의 일반적인 법리에 따라 제615조가 적용되지 않는다는 견해를 유지하였다. 따라서 이 경우에는 노동법상의 특수한 법리, 즉 경영위험부담론(Betriebsrisikolehre)을 발전시켰다. 반면에 유력설에 의하면 이와 같은 경영위험 사례도 경제위험과 마찬가지로 제615조의 규율대상으로 들어와야 한다고 보았다. 유력설은 이 규정을 고용계약법상의 채권자(사용자)의 전형적인 위험부담에 관한 원칙규정으로 보기 때문이다. 경영장애로 인하여 발생하는 위험부담원칙의 적용범위에 대한 이와 같은 입장의 차이는 특히 유사근로자에 대해서 서로 다른 법률효과를 발생시킨다. 왜냐하면 만약 독일 연방노동법원의 견해와 같이 경영위험부담론과 같은 특별한 노동법적 제도를 가지고 이 문제를 해결한다면 이는 통상 근로관계에 대해서만 적용될 것이지만, 유력설의 견해처럼 경영위험 사례를 고용계약의 일반적 법리인 제615조의 적용범위에 포함시키면 고용관계에 있는 유사근로자에 대해서도 적용될 수 있기 때문이다. 제615조는 근로관계에 대해서만 그 적용이 한정되지 않는다. 따라서 후자의 견해에 의하면 유사근로자도 유효한 고용관계에 있다면 제615조에 따라 경제위험뿐만 아니라 경영위험 사례에도 반대급부(보수)를 상실하

311) 이에 관해서는 하경효, 『고용계약에 있어서의 반대급부위험의 부담』, 『민사법학』 9·10호, 1993, 294쪽 이하; 박지순, 『임금위험 및 쟁의위험과 사용자의 임금지급의무』, 고려대 석사학위논문, 1995 참고.

지 않는다. 그 대신에 같은 조 제2문에 따라 그 기간 동안 절약할 수 있었던 부분과, 다른 곳에서 받았거나 받을 수 있었던 소득 부분은 원래의 보수청구권과 정산되어야 한다.

그런데 최근 2001년 12월 행해진 독일 민법의 개정에서 제615에 제3문이 추가되었다. 그에 의하면 “사용자는 휴업이 발생한 경우에 그 위험을 부담한다(*der Arbeitgeber trägt das Risiko des Arbeitsausfalls*)”. 문제는 이 규정이 학설의 일반적 견해를 받아들여 제615조가 일반적인 경영위험에 대해서도 적용된다는 점을 확인하였으나, 그 규율대상을 근로관계로 한정하였기 때문에 유사근로자에 대해서도 적용될 수 있는가 하는 점이다. 제615조의 전체 규율구조를 고려하면 이 규정의 적용범위를 근로관계로 제한할 것은 아니다. 다만, 이 규정은 도급계약에 대해서는 적용될 수 없으므로 도급관계에 기한 유사근로자에 대해서는 적용되기 어렵게 된다. 대신에 도급계약에 대해서는 제615조와 같은 취지를 갖는 제645조가 적용된다. 제645조는 도급계약에서의 고용계약적 요소라고 설명된다.<sup>312)</sup>

### (3) 단기간의 노무급부 불이행에 대한 임금의 지급(제616조)

제616조 제1문에 의하면 노무제공자의 보수지급청구권은 그가 비교적 짧은 기간 동안 그의 일신상의 사정에 의하여 자신의 고의 또는 과실 없이 노무급부를 하지 못하게 된 경우에도 인정된다. 이 규정도 제615조와 마찬가지로 위험부담에 관한 민법의 일반원칙의 예외를 구성한다. 다만, 제615조에서는 사용자의 사정에 기인하는 급부장애가 대상이라면 제616조에서는 노무제공자의 일신상의 사정이 급부장애 사유라는 점에서 양자는 구별된다. 예컨대, 가족의 사망이나 출산, 결혼식, 공적 업무 등이 이에 해당된다. 그런데 노무제공자의 질병으로 인하여 노무급부가 불가능하게 되거나 기대할 수 없게 된 경우에 일반 근로자에 대해서는 임금계속지급법(*Entgeltfortzahlungsgesetz*)이 특별법으로서 우선 적용된다. 법문상으로 이 법률은 유사근로자에 대해서 적용되지

312) 이에 대해서는 특히 Picker, JZ 1985, S. 693, 695, 698. 또한 원칙적으로 Hromadka, FS für Söllner, S. 461, 471.

않으므로 같은 사안에 대해서 유사근로자는 제616조 제1문에 따라 보수지급청구권을 갖게 된다.<sup>313)</sup> 그런데 임금(보수)을 청구할 수 있는 “비교적 짧은 시간의 노무의 불이행”은 어느 정도의 범위에서 결정될 수 있는가가 문제가 되는데 독일의 다수설은 그 장애기간과 고용관계의 전체 기간을 비교하여 개별적으로 판단하여야 한다고 본다. 이를 사용자의 부담관련적 교량(belastungsbezogene Abwägung)이라고 한다.<sup>314)</sup> 그에 비하여 소수설이 주장하는 사건관련적 교량(ereignisbezogene Abwägung)의 관점에서는 그 사유와 장애기간의 비례성에 따라 판단한다.<sup>315)</sup>

## 2. 사용자의 배려의무

### (1) 질병에 대한 배려(제617조)

제617조에 의하면 노무제공자는 사용자에게 대하여 자신의 질병치료와 요양에 들인 비용의 보상을 청구할 수 있다. 다만, 제617조에 의한 청구권은 그 문언에 의하면 제611조에 의한 고용계약을 법적 기초로 하며 “계속적으로 생계활동으로서 그리고 사용자의 주거영역에서 노무를 제공하는 피용자(다시 말하면 가사공동체로의 편입)”만을 대상으로 한다. 이 규정은 질병기간 동안 임금청구권을 보장하는 것이 아니라 계속적 관계로 인하여 사용자와 피용자 사이에 이른바 ‘증가된 급부관련성의 강도’에 기초한 사용자의 배려의무에서 발생하는 독자적인 급부로 설명된다.<sup>316)</sup> 그렇지만 제617조 제2항에 의하면 이 규정은 법정 의료보험의 적용을 받지 못하는 고용관계에 있는 자를 적용대상으로 하는 이른바 잔여사안포섭적인 성격을 갖는다고 설명된다.<sup>317)</sup> 만약 요건을 그와 같이 이해하면 이 규정의 현실적 의미는 그리 크지 않다. 왜냐하면

313) 이에 관해서는 Staudinger/Oetker, § 616 Rn. 54.

314) 독일 연방노동법원의 견해: BAG(1959.12.18) DB 1960, S. 357; Zöllner/ Loritz, Arbeitsrecht, S. 235.

315) Staudinger/Oetker, §616 Rn. 97; MünchArbR/Boewer, § 80 Rn. 18.

316) 이에 관해서 상세한 것은 Staudinger/Oetker, § 617 Rn. 7 참고.

317) 특히 ErfK/Dörner, § 617 BGB Rn. 3.

가사공동체로의 편입은 근로자성의 본질적 징표이며 근로자는 통상 의료보험에 강제가입되어 있기 때문이다. 노무제공이 도급계약에 기초한 경우에는 이 규정은 적용되지 않는다. 왜냐하면 도급인은 수급인과의 급부관련성 내지 그에 기초한 이익보장의무의 강도가 크지 않기 때문이다.

## (2) 안전 및 건강상의 위험으로부터 보호(제618조)

제618조 제1항은 노무제공자의 생명과 신체의 보호를 목적으로 하는 사용자의 민법상의 보호의무를 규정하고 있다.<sup>318)</sup> 이 규정은 사용자의 책임에 놓여 있는 危險源으로부터 노무제공자의 건강상태가 악화되는 것을 방지하는 데 목적이 있다. 같은 조 제2항에 의하면 이와 같은 보호의무는 노무급부를 위하여 사용자의 가사공동체로 편입된 자에 대해서도 적용된다. 제3항은 사용자가 前項의 부수적 의무를 위반하는 경우에 불법행위의 손해배상에 관한 규정을 준용하여 해당 노무제공자의 손해배상의 범위를 규율하고 있다. 그 동안 고유한 적용범위를 갖는 광범위한 공법상의 노동보호규범이 발전함에 따라 제618조의 현실적 의미는 점차 축소되고 있으나, 이 규정이 사용자의 보호의무에 대한 민법상의 근거를 정함으로써 기술적 노동보호에 관한 많은 규범들을 민법으로 통합시키고 있다는 점에서 법체계상으로 중요한 의미를 지니고 있다고 평가되고 있다.<sup>319)</sup> 제618조는 수많은 기술적 노동보호 입법을 통해서 구체화되고 있으며 각 규정들이 개별 취업자의 보호를 내용으로 하는 경우에는 공법적 보호를 넘어서(사법상으로도) 계약관계의 내용이 된다. 앞의 제617조와는 달리 제618조는 고용관계에 대해서뿐만 아니라 도급계약 등 기타의 노무공급계약에 대해서도 적용된다는 데 이견이 없다.<sup>320)</sup>

318) 자세한 것은 Staudinger/Oetker, § 618 Rn. 10; 이 규정의 사법적 성질에 관해서는 Nipperdey, Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. IV, S. 217.

319) 이에 관해서는 Staudinger/Oetker, § 618 Rn. 8 ff. 참고.

320) Staudinger/Richardi, § 611 Rn. 833; Staudinger/Oetker, § 618 Rn. 99 f.; ErfK/Wank. § 618 BGB Rn. 4; MünchKomm/Lorenz, § 618 Rn. 8.

### 3. 계약관계의 종료에 대한 규정

#### (1) 기간제 고용계약(제620조)

고용계약이 기간의 정함을 가진 경우에는 그것이 자유고용계약이든 근로계약이든 별도의 해지통고 없이 기간의 만료로서 계약관계는 종료한다(제620조 제1항). 고용관계가 시간으로 (다시 말하면 曆上으로) 정해져 있지 아니한 경우에도 노무의 속성이나 노무제공의 목적에 따라 기간이 정해질 수 있다. 이 때에도 기간의 정함이 인정되므로 목적의 달성은 기간 만료와 마찬가지로 다루어진다. 그런데 ‘기간제 근로계약’에 대해서는 단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률(Teilzeit- und Befristungsgesetz)의 특별규정이 적용된다. 이 법률은 기간제 근로계약의 요건으로 객관적 사유를 요구한다든가 또는 기간제근로의 전체 계약기간을 제한함으로써 근로자를 해고로부터 보호하는 현행 노동법의 규정을 면탈하는 것을 방지하는 데 주요 목적이 있다. 반면에 독립적인 노무급부를 내용으로 하는 자유고용관계의 경우에는 그와 유사한 보호가 규정되어 있지 아니하므로 자유고용계약의 반복적 기간 갱신은 객관적 사유가 없더라도 그리고 기간의 제한 없이 가능하게 된다.<sup>321)</sup>

#### (2) 통상 해지(제621조)

기간의 정함이 없는 고용관계가 성립되면 고용관계의 각 당사자는 원칙적으로 언제든지 계약관계를 해지할 수 있다. 그런데 이에 대해서는 제621조 소정의 예고기간이 지켜져야 한다. 근로관계에 대한 해고예고기간은 제622조에 비교적 장기간의 특별규정을 두고 있다. 제621조의 범문에 의하면 근로관계가 아닌 고용관계에 대해서는 제621조만이 적용된다. 따라서 유사근로자에 대해서는 제621조가 적용된다.<sup>322)</sup> 제621조에 의하면 고용관계 당사자는 계약관계를 해지할 경우 그 예고기간을 지켜야 하는데, 같은 조 제1호 내지 제4호까지는 보수의 산정기간을 기준으

321) KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 41.

322) 제622조는 근로관계의 해고예고기간을 정한 것이고, 제623조는 근로관계의 해고시에는 반드시 서면으로 이를 하도록 정한 규정이다.

로 해지예고기간을 규정하고 있다(예컨대 일급, 주급, 월급제 등에 따라 해지예고 기한이 달리 설정되고 있다). 그 밖에 보수가 그와 같은 시간적 단위로 지급되지 아니하는 경우(예를 들면 수고비, 수수료, 성과비 등으로 보수 지급방법이 정해져 있는 경우)에는 당사자는 언제든지 고용 관계를 해지할 수 있다(제5호 제1문). 그런데 그와 같은 고용관계가 (전적으로 또는 주로) 노무제공자에 대한 생계의 원천이 되고 있는 경우에는 최소 2주의 예고기간이 지켜져야 한다(제5호 제2문). 이 규정은 특히 유사근로자에 대해서 중요한 의미를 지니고 있다. 여기서 규정된 요건은 경제적 종속성을 의미하기 때문일 뿐만 아니라 제5호의 보수약정은 유사근로자의 일반적 보수약정의 모습을 전제로 한 것이기 때문이다.<sup>323)</sup>

### (3) 해지통고기간

기간제 고용의 종료에 관한 제620조와 일반 고용관계의 해지에 관한 제621조 모두 고용관계의 예상치 못한 종료에 대하여 어느 정도 보호적 성격을 지니고 있으나, 특히 계약의 반복 갱신이 이루어지는 경우나 기간의 정함이 있는 경우에 사전예고 없이 갱신을 거부하거나 기간 만료로 계약관계를 종료시킨다면 계약의 갱신을 기대하고 있던 유사근로자의 경제적 생존을 위태롭게 하는 결과를 낳는다. 따라서 유사근로자의 보호 문제에 관한 주요 논점의 하나는 계약관계의 종료와 관련하여 유사근로자를 예상하지 못한 계약의 종료에 대하여 어떻게 보호할 수 있는가 하는 것이다. 이와 관련하여 독일 민법은 아무런 규정을 두고 있지 않지만 독일 가내노동법(Heimarbeitsgesetz) 제29조와 유사근로자성을 지니고 있는 대리상에 관하여 독일 상법 제89조는 근로관계에 비교되는 해지예고기간을 특별히 규정하고 있다. 독일 연방노동법원은 이와 같은 법정신에 근거하여 가내근로자나 대리상이 아닌 유사근로자에 대해서도 그에 상응하는 해지예고기간을 판례법으로 형성하였다. 이를 특별히 해지통고기간(Ankündigungsfrist)이라 하여 민법상의 해지예고기간과 구별한다.<sup>324)</sup> 그에 의하면 계속적 고용관계의 경우에는 특정의

323) KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 50; MünchKomm/Schwerdtner, § 621 Rn. 10..

해지통고기간의 준수가 요구된다. 왜냐하면 그의 계약상대방에 경제적으로 종속된 자유노무제공자는 계약관계의 종료와 관련하여 어느 정도의 보호를 받아야 하는 것이 불가피하기 때문이다. 사업자는 노무제공자와 계속적 관계가 존재하면 자유노무제공자를 적정한 시점에, 예컨대 계속해서 예정된 업무위탁 2주 전에 이 사실을 통고하여야 한다. 이 기간을 지키지 아니하고 해지한 경우에는 다시금 같은 기간의 해지통고기간을 준수하여 해지하여야 하고 그 기간에 대해서는 제615조에 따라 노무제공자는 보수지급청구권을 갖는다.<sup>325)</sup>

#### (4) 즉시해지(제626조)

고용관계의 즉시해지는 제626조에 의하면 중대한 사유가 있는 경우에만 허용된다. 이와 같은 즉시해지는 근로관계든 자유고용관계든 구별하지 아니하고 적용될 뿐만 아니라 기간제 고용계약에 대해서도 적용된다. 즉시해지의 요건으로서 중대한 사유는 해지권자의 관점에서 볼 때 모든 개별 사정을 고려하더라도 그리고 양 당사자의 이익을 교량할 때 고용관계의 존속을 해지예고기간의 도과까지 또는 기간의 정함이 있는 경우 그 기간의 도과까지 도저히 기대 가능하지 않은 사유로 설명된다. 다른 한편으로 즉시해지는 그와 같은 중대한 사유가 발생한 후 그 사실을 인식한 때부터 2주 이내에 행해져야 한다(제626조 제2항 제1문, 제2문). 이와 같이 일종의 제척기간을 둔 것은 당사자의 자의로 이미 종료된 사유를 가지고 즉시해지를 하지 못하도록 하는 데 있다.<sup>326)</sup> 이 기간을 도과하면 중대한 사유가 탈락되므로 기간 도과후 동일한 사유로 행한 즉시해지는 효력이 없다.<sup>327)</sup> 그 밖에 해지권자는 상대방의 청구가

324) BAG(1986.3.26) NZA 1987, S. 238; BAG(1987.6.12) NZA 1988, S. 201; BAG(1998.4.22) NZA1998, S. 1277.

325) KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 57.

326) Jauernig/Schlechtriem, § 626 Rn. 19; MünchKomm/Schwerdtner, § 626 Rn. 188.

327) BAG(1972.7.6) DB 1972, S. 2119; Staudinger/Preis, § 626 Rn. 286 ff.; Jauernig/Schlechtriem, § 626 Rn. 21; MünchKomm/Schwerdtner, § 626 Rn. 189.

있으면 해지사유를 지체 없이 서면으로 통지하여야 한다(제626조 제2항 제3문). 이와 같은 해지사유통지의무는 즉시해지 자체의 유효요건은 아니지만 상대방에 대한 손해배상의무를 발생시킬 수 있다.

제627조는 특별한 고용관계에 대해서는 중대한 사유가 없더라도 즉시해지가 가능하다고 규정하고 있다. 특별한 고용관계의 요건으로는 확정급여를 받는 계속적 고용관계가 아니고, 고급노동을 급부하며 그리고 당사자 사이에 특별한 신뢰관계가 있을 것 등이다. 이에 대한 전형적인 예는 의사, 변호사 또는 가정교사와의 고용계약 등이다. 이 규정은 유사근로자에 대한 고용관계에 적용되지 않는다. 왜냐하면 유사근로자는 확정급여를 기초로 계속적 고용관계에 있기 때문이다. 이 때 확정급여라 함은 일반적으로 노무제공자에게 경제적 생존의 기초가 되는 생계비를 구성할 정도의 범위로 그 액수가 정해진 경우를 말한다.<sup>328)</sup>

#### (5) 구직을 위한 휴가의 보장(제629조)

사용자가 고용관계를 해지한 후 해당 고용관계가 완전히 종료할 때까지 피용자에 대하여 구직을 위한 시간을 보장해야 한다는 것은 근로자에 대해서 뿐만 아니라 계속적 고용관계에 있는 노무제공자에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 사용자가 노무제공자에 대하여 구직휴가를 보장하는 것은 단기간의 고용관계에 비하여 사용자의 배려의무가 강화되어 있다는 데 근거하고 있으므로 제629조는 유사근로자에 대해서도 적용될 수 있는 것이다. 그 이면에는 노무제공자가 가능한 한 조기에 고용계약을 체결하여 생계에 지장을 받는 일이 없어야 한다는 생존배려적 사고가 깔려 있다.<sup>329)</sup>

#### (6) 사용증명서의 발급(제630조)

사용증명서는 일반적으로 노무자가 직업적 계속성을 가지기 위해서

328) BGH (1993.1.13) LM § 627 BGB Nr. 14; MünchKomm/Schwerdtner, § 627 Rn. 7.

329) Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrags, S. 73. 또한 Staudinger/Preis, § 629 Rn. 1.

필요로 하는 증명서로서 새로운 사용자가 해당 노무자의 종래의 직업상의 경력을 파악하는 데 필수적인 정보이다. 제630조는 이와 같은 사용증명서의 발급 대상을 앞서 검토한 제617조, 제627조 그리고 제629조와 마찬가지로 이른바 ‘계속적 고용관계’에 있었던 노무제공자로 제한하고 있다. 구체적으로 어떤 자가 사용증명서발급청구권을 갖는가에 대해서는 논란이 있다. 유력설에 의하면 사용증명서는 목적론적 축소 해석에 의하여 근로자에 대해서만 발급될 수 있으며, 자영노무자는 그 대상에서 배제된다고 본다.<sup>330)</sup> 반면에 다수설은 유사근로자도 그 대상이 될 수 있다고 본다. 왜냐하면 유사근로자도 자신의 노무급부를 통하여 생계비용을 획득하고 따라서 다른 직장에 지원하기 위해서는 자신의 직업상의 활동에 대한 경력증명이 유효하게 기능하기 때문이다.<sup>331)</sup> 이와 같은 사용증명서는 유사근로자성을 지닌 대리상, 1인 회사 전속적 대리상, 유한회사의 업무집행사원 등도 제630조에 따라 사용증명서발급청구권을 갖는다고 인정되고 있다.

#### (7) 결론

제611조 이하의 근로관계에 대해서만 적용되는 규정을 제외하고 고용관계에 기초하는 모든 유사근로자를 적용대상으로 한다. 경제법적 규정과는 달리 독일 민법전의 ‘보호규정’들은 사회적 배려 사상에 기초하여 발생된 것이다. 이 경우 특히 ‘계속적 고용관계’에 대해서 적용되는 규정들은 유사근로자에 대하여 더 많은 보호가능성을 열어 주고 있다. 특히 독일 민법상 ‘계속적 고용관계’라 함은 사실상 유사근로자와 동일한 현상 형태를 가진 것이기 때문이다.<sup>332)</sup> 그렇지만 제611조 이하의 일반규정들은 비록 입법자가 계속적 고용관계 내지 유사근로자에 대한 보호의 필요를 입법의 배경으로 고려하고 있긴 하지만 유사근로자를 폭넓

330) ErfK/Müller-Glöge, § 630 BGB Rn. 8; Staudinger/Preis, § 630 Rn. 3; MünchKomm/Schwerdtner, § 630 Rn. 5.

331) Soergel/Kraft, § 630 Rn. 1; Erman/Hanau, § 630 Rn. 3; Hohmeister, NZA 1998, S. 571.

332) 이에 관해서는 Park, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, S. 175 ff. 참고.

게 보호하고 있지 못하다. 이들 규정들은 부분적으로 낡은 내용이 되었거나(예: 제617조), 특별법에 의하여 거의 적용되지 않거나(예: 제618조) 또는 임의규정으로서 당사자의 약정에 의하여 적용되지 않을 수 있는 경우가 대부분이기 때문이다(예: 제614조 내지 제616조, 제621조, 제625조, 제627조 등). 따라서 유사근로자의 사회적 보호를 위해서는 노동법 규범의 확대적용이 이루어져야 함은 당연히 지적될 수 있다.

## 제4절 유사근로자에 대한 독일 노동법상의 보호규정

### I. 일반적 노동보호법률

#### 1. 단체협약법

##### (1) 규범 목적

독일 단체협약법(Tarifvertragsgesetz) 제12조의 a에 의하면<sup>333)</sup> 유사근로자는 자신의 취업조건을 단체협약으로 규율할 수 있다. 이를 통해서 같은 법은 유사근로자에 대하여 근로자에 비견되는 보호필요성을 인정하고 있다. 그러나 학계에서는 이와 같이 유사근로자에 대해서 협약자율을 확대하는 것을 비판하는 견해가 없는 것은 아니다. 그에 의하면 유사근로자와 그들의 단체를 협약자율의 범위에 포함하는 것은 단결권의 역사적 전개 과정을 고려하지 아니하는 것으로 그로 인해서 독일기본법 제9조 제1항의 일반적인 결사의 자유와 같은 조 제3항의 단결의 자유의 구별이 상실될 것이라고 우려한다.<sup>334)</sup> 반면에 다수설은 단결의 자유라

333) 이하 이 항목에서 법률명 없이 인용된 조문은 모두 독일 단체협약법을 의미한다.

334) 이와 같은 입장에 선 견해로 Stölterfoht, DB 1973, S. 1068, 1072 f; Lieb, RdA 1974, S. 257, 267; Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1148. 후자의 견해에 의하면 유사근로자를 위한 협약자율의 허용은 기본법상의 자명한 결론이 아니라 단체협약법 제12조의 a의 규정으로 비로소 창설된 것이라고 본다.

는 기본권은 그 동안 그 의미가 상당히 변화하였고, 이제 기본법 제9조 제3항의 개별적(근로자 개인의 단결권) 내지 집단적(단결체의 단결권) 기본권은 유사근로자에게 열려져 있다는 견해를 취하고 있다.<sup>335)</sup> 왜냐하면 기본법 제9조 제3항은 그 보호 목적을 고려하면 노무수행 과정에서 근로자와 마찬가지로 자신의 개별적인 종속성의 보상을 위하여 집단적 대항세력을 형성하여 자력 구제할 수 있어야 하는 종속적 취업자와 그 계약상대방까지 확대되어야 하기 때문이다.<sup>336)</sup> 독일 연방헌법재판소는 경제적 종속성에 놓여 있는 자영업인도 법률과 단체협약의 보호를 필요로 한다고 명시적으로 이를 인정하였다.<sup>337)</sup> 그런데 이와 같은 견해의 대립은 근로자와 유사근로자를 적용대상으로 하는 통일적인 단체협약의 체결 가능성과 관련하여 적지않은 의미를 가지고 있다. 다만, 단체협약으로 근로조건을 규율하는 경우에도 유사근로자의 법률관계의 특수성은 충분히 고려되어야 한다. 왜냐하면 단체협약법은 유사근로자와 근로자의 상이한 법률관계로 인하여 직접 적용이 아니라 준용될 수 있는 데 지나지 않기 때문이다.<sup>338)</sup>

## (2) 단체협약의 당사자

유사근로자를 적용대상으로 하는 단체협약의 당사자는 한편으로는 개별 사업자(사용자)와 그 단체이고 다른 한편으로는 유사근로자를 조직대상으로 하는(노동조합과 같은) 단체가 된다. 유사근로자는 반드시 노동조합이 아니라도 협약 능력을 갖는 독자적인 직업단체를 결성할 수 있음은 물론이다.<sup>339)</sup>

335) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/1, S. 103; Schaub, ArbR-Handb, § 188 Rn. 2; MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 243 Rn. 22; Wiedemann/Wank, TVG, § 12 a Rn. 24.

336) MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 243 Rn. 24.

337) BVerfG (1990.2.7) NZA 1990, S. 389; 또한 BVerfG (1973.2.27) NJW 1973, S. 1320.

338) Schaub, ArbR-Handb, § 198 Rn. 2; Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 88.

339) Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 79.

### (3) 단체협약의 효력

채무적 부분에 관한 법원칙은 유사근로자에 대해서도 당연히 적용된다. 그러나 규범적 부분에 대해서는 유사근로자의 법률관계에 대한 고려가 요청된다. 규범적 부분에는 일반적으로 근로관계의 체결, 내용, 종료 그리고 그 밖에 사업상 내지 사업조직적 문제에 관련되는 모든 규율<sup>340)</sup>이 속하며 직접적이고 강행적인 효력(규범적 효력)이 미친다(제1조, 제4조 제1항).

구체적으로는 유사근로자의 단체협약에서도 고용계약이나 도급계약의 내용을 근로계약과 마찬가지로의 범위와 한계 내에서 규율할 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>341)</sup> 예컨대, 단체협약에서는 보수, 휴가 기타의 사회복지적 급부에 대한 최저기준이나 복수의 업무위탁계약이 연속해서 체결되는 이른바 기본적 취업관계(Rahmenbeschäftigungsverhältnis)의 기본 내용이 규율될 수 있다.<sup>342)</sup> 유사근로자를 적용대상으로 하는 계약 체결과 관련된 규범에서는 특히 그와 같은 기본적 취업관계하에서 ‘최저 취업기간’의 보장이 대상이 될 수 있을 것이다. 단체협약을 통한 최소기간의 취업보장은 유사근로자에 대한 일종의 고용보장의 효과를 가질 수 있다. 다만, 미디어분야의 경우에는 독일 기본법 제5조의 언론 및 방송의 자유와의 관련하여서 그와 같은 고용보장의 효과가 부인될 수 있다는 점도 고려되어야 한다. 또한 계약관계의 종료에 관련된 규범을 단체협약에서 규율할 경우에도 언론의 자유가 고려되어야 한다. 사업장규범의 경우에도 유사근로자의 법률관계의 특수성이 고려되어야 한다. 다시 말하면 사업장 규범은 유사근로자가 사업장 질서에 편입되어 있는 경우에 한하여 고려될 수 있는 것이다. 사업조직적 규범<sup>343)</sup>에 대해서는 경영조직법 제5조에서 가내근로자만을 예외적으로 언급하고 있으므로 일반적으로는 적용대상에서 제외된다고 볼 수 있다.<sup>344)</sup>

340) 이를 우리나라에서는 조직적 부분으로 분류하기도 한다. 김형배, 『노동법』, 768쪽 참고.

341) Schaub, ArbR-Handb, § 198 Rn. 12; Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 81.

342) Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 82; Wlotzke, DB 1974, S. 2252, 2258 ff.; Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 88.

343) 예컨대 유사근로자가 종업원대표의 선거 및 피선거권을 갖는가 하는 문제이다.

이와 같이 유사근로자의 개별적인 근로조건을 협약상 규율할 수 있도록 하는 것은 그들의 개별적 보호필요성에 대한 법질서의 대응이라는 관점에서 타당하다고 평가된다.

#### (4) 단체협약 체결의 종류와 방법

단체협약의 체결방법과 관련해서는 동일한 단체협약에서 근로자와 유사근로자의 근로조건이 함께 규율될 수 있는가, 그 단체협약을 쟁의 행위를 통하여 관철할 수 있는가 하는 점이 문제된다. 첫 번째 문제에 대해서는 유사근로자의 법제정 권한과 근로자에 관한 법제정 권한이 본질적으로 상이하기 때문에 동일한 단체협약으로 규율할 수 없으므로 단체협약의 일방 당사자는 상대방의 동의 없이는 통일적인 단체협약의 체결을 요구할 수 없다는 견해와 유사근로자도 기본법 제9조 제3항의 보호를 받기 때문에 법제정 권한에서 본질적 차이가 없으므로 동일한 단체협약에 의하여 통일적으로 규율해도 무방하다는 견해가 대립한다. 그렇지만 유사근로자와 근로자는 동일한 노동조합에 소속할 수 있다는 점에 대해서는 이견이 없다. 따라서 양 집단을 분리할 근거는 없으며 통일적인 단체협약의 체결은 전적으로 협약당사자의 전술적인 판단에 의하여 이루어질 뿐이라는 점이 설득력을 갖는다.<sup>345)</sup>

두 번째 문제의 경우에 유사근로자는 파업 등 단체행동을 통하여, 그 상대방은 일정한 요건하에 직장폐쇄 등을 통하여 단체협약의 체결을 관철할 수 있다는 점에 대해서 견해가 일치되어 있다. 왜냐하면 쟁의행 위권은 기본법 제9조 제3항에서 보장하고 있는 협약 자율에 대하여 당연히 뒤따르는 부속적 보장 내용이고, 이 점은 유사근로자에 대해서도 예외가 규정되어 있지 않기 때문이다. 따라서 유사근로자가 적법한 파업에 참가하는 경우에는 그의 개별적인 계약관계는 단지 정지될 뿐이다.<sup>346)</sup> 다만, 유사근로자를 위한 근로자의 동정파업 또는 그 반대의 동정파업의 적법성 여부는 논란이 되고 있다. 이에 대해서는 양 당사자는

344) Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 87; Kempen/Zachert, § 12a TVG Rn. 24.

345) 특히 Kempen/Zachert, § 12a TVG Rn. 22; Däubler, TVG, Rn. 156; Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 90.

346) Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 91.

법적·사회적 지위가 상이하므로 그 연대성 관념도 서로 구별되어야 한다는 입장과 예외적으로 구체적인 사정을 고려하여 그 허용 여부가 판단되어야 한다는 견해가 대립한다.<sup>347)</sup> 생각건대 이미 제12조의 a에 의하여 협약 자율과 쟁의행위 권한은 유사근로자와 그 상대방에게 확대되었으므로 이 영역에서는 근로자와 유사근로자의 구별은 의미가 없는 것으로 보인다. 따라서 제12조의 a에 관한 근로자와 유사근로자의 동등한 취급은 쌍방의 동정파업의 허용 여부에 대해서도 판단의 기준이 되어야 한다.<sup>348)</sup>

#### (5) 유사근로자를 위한 단체협약의 사례 - 미디어부문

단체협약법 제12조의 a는 앞서 지적하였듯이 1960년 후반 이래로 범람하기 시작한 근로자지위확인의 소가 밀물처럼 제기되자 입법자가 그에 대한 대응으로서 새로 제정된 것이다. 특히 그 주된 대상은 방송미디어분야의 자유노무제공자, 이른바 프리랜서로서, 그들의 근로조건을 단체협약으로 규율할 수 있도록 한 것이다. 그에 따라 몇몇 방송사들은 노동조합과 유사근로자를 위한 단체협약을 체결하기 시작하였다. 예컨대 1977년 9월 30일 북부독일방송(Norddeutsche Rundfunk: NDR)에 근무하는 유사근로자를 위하여 단체협약이 체결되었으며, 1992년 1월 1일부터 바이에른방송(Bayerische Rundfunk: BR)에 종사하는 유사근로자에 대해서 단체협약이 적용되고 있다.<sup>349)</sup> 이 단체협약 외에도 질병 발생시 보수의 계속지급과 임신수당 지급, 유급휴가의 보장과 가족수당의 지급 등에 관한 실행(부속)협정을 함께 체결하였다. 또한 1981년 9월 14일과 1989년 12월 19일 체결된 서부독일방송(Westdeutsche Rundfunk, WDR)의 유사근로자의 저작권에 관한 단체협약도 그 예로 제시될 수

347) 전자는 Lieb, RdA 1974, S. 256, 267; Kunze, UFITA 1975, S. 19, 37. 후자는 MünchArbR/Otto, § 286, Rn. 44 ff.; BAG (1985.3.5) NZA 1985, S. 504.

348) Wiedemann/Wank, TVG, § 12a Rn. 92.

349) 특히 이 단체협약은 미디어산업노동조합(IG Medien), 방송사, 영화 및 오디오 미디어분야 노동조합(RFFU), 독일사무직노동조합(DAG)이 연합하여 사용자단체인 바이에른 언론인협회와 체결된 것이다. 앞의 노동조합 3사는 2002년 ver.di라는 대규모의 서비스산업노동조합으로 통합되었다.

있다.<sup>350)</sup> 방송사 외에 일반 신문사의 경우에도 1988년에 유사근로자를 위한 단체협약이 체결되었는데, 헤센(Hessen) 주를 제외한 독일 전역에 적용된다.<sup>351)</sup>

단체협약의 내용을 구체적으로 살펴보면, 예컨대 바이에른방송(BR)-단체협약은 별도의 산별 단체협약이 적용되는 근로자와 65세 이상인 자로서 제3자와 근로계약을 체결하고 주 소정 근로시간의 절반 이상을 BR에서 노무를 제공하는 자에 대해서는 이 협약이 적용되지 않는다. BR-단체협약 제2조는 프리랜서의 경제적 종속성과 사회적 보호필요성의 구성요건을 규정하고 있다. 그 규정은 단체협약법 제12조의 a의 문언을 거의 인용하는 데 그치고 있다. 독일 연방노동법원이 유사근로자성의 판단 기준으로 사용하고 있는 ‘다른 곳에서의 소득’이라는 기준을 단체협약은 원칙적으로 규정하고 있지 않다. 그렇지만 단체협약 제4.3조는 해당 유사근로자의 소득이 감소될 경우에 보장되도록 규정하고 있는 이른바 ‘임금조정수당’은 동일한 미디어분야의 제3자에게서 유사한 소득을 가지고 있는 경우에는 정산 지급되도록 하고 있다. 또한 매년 6월 30일 이전에 자신의 노무를 개시하는 자에 대해서는 4월 1일부로, 다른 노무제공자에 대해서는 10월 1일부로 유사근로자의 법률관계가 개시되도록 일률적으로 규정하고 있는 점도 눈에 띈다. 유사근로관계는 자유노무제공자(프리랜서)가 BR에서 전혀 소득을 갖지 않거나 극히 낮은 소득을 가지고 있음이 확정되는 경우에는 그 해가 도과함으로써 종료된다(제4.1조). 부속협정 제6조는 일정한 요건하에서 예컨대 일정한 제작기간 동안 급료를 받는 자는 유사근로자를 적용대상으로 하는 단체협약에 편입되며 이들에게는 그 법적 지위와 관계없이 어느 정도의 사회적 보호규정이 적용된다. 그런데 그들이 근로자의 지위에 있는 경우에는 유사근로자를 위한 단체협약은 그러한 한에서 근로자를 위한 단체협약이 되는 것이다.<sup>352)</sup>

350) 이 단체협약은 RFFU, DAG와 라인-베스트팔렌언론인협회 사이에 체결되었다.

351) MünchArbR/Rüthers, § 201, Rn. 18.

352) Otto, RdA 1984, S. 261, 276, 279는 이와 같은 의미의 ‘공동단체협약’이 허용된다고 보고 있다.

## 2. 연방휴가법

### (1) 원칙

연방휴가법(Bundesurlaubsgesetz) 제2조 제2문에 의하면 유사근로자도 근로자와 마찬가지로 유급휴가청구권을 갖는다. 다시 말하면 유사근로자는 매년 일반근로자와 동일한 요건과 동일한 범위에서 유급의 휴가청구권을 갖는다. 그렇지만 이 경우에도 유사근로자의 법률관계가 갖는 현실적인 특수성이 고려되어야 한다.

### (2) 대기기간

법률상의 휴가청구권은 제4조<sup>353)</sup>에 의하면 6개월의 대기기간이 지나야 발생한다. 그런데 시간적으로 연속성이 없는 개별 위탁에 기하여 업무를 수행하는 유사근로자에 대해서는 대기기간의 산정이 용이하지 않다. 이때에는 업무위탁자(사용자)와 수탁자(노무제공자) 사이의 법적 관계를 판단기준으로 삼아야 할 것이다. 즉 당사자 사이에 명시적으로나 묵시적으로 포괄적인 기본 계약을 체결하였다면 이 법률관계는 계속적 법률관계로서 6개월의 대기기간이 연속적으로 산정된다. 반면에 서로 독립적인 개별 계약이 연속될 경우에는 최초의 업무수탁이 6개월 전에 있어야 하고 개별 업무위탁 사이에 시간적 간격이 그리 크지 않아야 한다.<sup>354)</sup> 그렇지 않으면 대기기간은 중단될 것이고 따라서 다음 개별 계약의 체결로 새로 기산된다.

### (3) 휴가의 시점

일반적으로 사용자는 근로자의 희망 휴가일을 우선적으로 고려하면서 휴가시기를 확정하여 보장하여야 한다. 사용자는 제7조 제1항에 의하면 긴박한 경영상의 필요가 있거나 또는 보호적 관점에 따라 휴가의 우선권을 갖는 근로자의 희망 휴가일을 고려하면서 휴가시기를 확정하게 된다. 문제는 유사근로자가 제7조 제1항과 반대로 독자적인 휴가지

353) 이 항목에서 법률명 없이 사용된 조문은 연방휴가법을 의미한다.

354) 참고로 Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 90.

정권을 갖는가 하는 점이다. 통상 사용자의 휴가의 시기지정권은 사용자의 지시권의 행사로서 실행된다. 그런데 유사근로자에게는 인적 종속성(사용종속관계)이 없으므로 사용자는 유사근로자를 상대로 노동법상의 지시권을 행사할 수 있는 권한을 가지고 있지 않다는 견해가 있다. 또한 유사근로자는 원칙적으로 사용자의 주문에 응해야 할 의무를 부담하지 않는다. 따라서 그에게는 이와 같은 자주성에 기초하여 독자적인 휴가지정권이 인정된다는 것이다.<sup>355)</sup> 그러나 통설은 이와 같은 견해를 부인한다. 왜냐하면 휴가의 시기적 확정은 사용자가 지시권에 기하여 행사할 수 있는 것이 아니라 제7조 제1항의 요건에 따른 ‘사용자의 휴가보장의무’로부터 발생하는 것이다.<sup>356)</sup> 이와 같은 의무는 휴가기간의 전후에 업무가 원활하게 연결되도록 배려하고 어느 정도 규모가 큰 주문의 경우에는 휴가가 종료될 때까지 보류할 수 있도록 하는 내용을 포함하고 있다.<sup>357)</sup> 이와 같은 의무는 유사근로자에 대해서도 필요하다고 할 수 있다.

#### (4) 휴가금

제11조에 의하면 휴가금은 휴가개시 전 13주 동안 평균적으로 획득한 임금을 기초로 산정된다. 이 규정은 유사근로자에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 다만, 유사근로자가 규칙적으로 투입되지 못함으로써 그의 소득이 각각의 주문의 상태에 따라 현저하게 변동될 수 있는 경우에는 이와 같은 산정방법은 타당성을 지닐 수 없을 것이다. 이와 같은 이유로 독일 연방노동법원은 예컨대 그 산정기간을 연장하는 방법을 통하여 개별적인 노무제공 관계에 대한 조정방안을 허용한다.<sup>358)</sup> 또한 노무가 제공되는 일을 단위로 하는 산정방법이 제안되기도 한다.<sup>359)</sup>

355) Hase/Lembke, BB 1997, S. 1095, 1097 ff.

356) BAG(1986.12.18) NZA 1987, S. 379; ErfK/Dörner, § 7 BUrlG Rn. 15; Leinemann/Linck, § 7 BUrlG Rn. 28.

357) Schaub, ArbR-Handb, § 102, Rn. 137.

358) BAG(1975.7.30) DB 1976, S. 106.

359) 예컨대 Seidel, BB 1970, S. 971, 975.

### (5) 휴가의 보상

휴가의 금전적 보상제도는 연방휴가법의 강행법률적 성격으로 인하여 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만, 예외적으로 제7조 제4항에 따라 근로관계의 종료에 따른 사용자의 휴가보상의무가 발생할 수 있다. 이와 같은 예외는 유사근로자에 대해서도 예컨대 개별 주문이 종료한 경우에 적용될 수 있는 듯이 보이지만 이는 휴가보상의 사회정책적 목적과 부합되지 않는다. 왜냐하면 유사근로자의 경우에는 개별 주문(계약)의 연속에 의하여 업무를 수행하는 것이 일반적이기 때문이다. 따라서 개별 주문이 종료될 때마다 그와 같은 예외규정을 원용하여 휴가보상금으로 휴가를 대체하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 이와 같은 사안의 경우에는 유사근로자에게 거래관계의 전체적 기간을 고려하여 휴가가 보장되어야 할 것이다.<sup>360)</sup>

### (6) 휴가중의 문제

제8조에 의하면 근로자는 휴가기간 중에 휴가 목적에 반하는 영업 내지 생계활동을 하지 못한다. 근로자가 이를 위반할 것이 예상되는 경우에는 사용자는 근로자가 해당 영업활동을 중단하도록 하는 부작위 청구권을 갖는다. 휴가기간 중의 영업 등의 활동은 근로관계에 기초한 근로자의 충실의무위반을 구성한다고 보기 때문이다.<sup>361)</sup> 그와는 반대로 유사근로자의 경우에는 근로자와 같은 사용종속관계가 없으므로 이 조항위반을 이유로 다른 곳에서의 생계활동의 부작위를 요구할 수 없다고 보아야 할 것이다. 원칙적으로 유사근로자는 복수의 계약상대방을 둘 수 있으며 이와 같은 영업의 자유는 휴가기간 중에도 보장되어야 하기 때문이다.<sup>362)</sup>

유사근로자에 대해서도 제9조에 의하여 휴가기간 중의 질병일수만큼 휴가가 연장되거나 사후적으로 보장되어야 한다. 물론 그에 대해서 유사근로자는 의사의 진단서를 첨부하여야 한다. 그러나 질병기간에 대해

360) Schaub, ArbR-Handb, § 102, Rn. 140.

361) Leinemann/Linck, § 8 BUrlG Rn. 1.

362) Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 96.

140 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

서는 근로자와 달리 임금계속지급청구권이 인정되지 않는다. 따라서 그 기간만큼 보수를 지급받지 못하게 된다.

### 3. 노동법원법

이미 앞서 설명한 바와 같이 유사근로자를 개념적으로 처음 정립한 법률은 노동법원법(Arbeitsgerichtsgesetz)이다. 이 노동법원법은 제5조에서 유사근로자를 노동법원의 소송 관할에 포함시켰다. 물론 노동법원법은 절차법이기 때문에 실체법적 보호가 부족한 상태에서 절차법적 보호가 무슨 의미가 있는가라는 지적도 있지만,<sup>363)</sup> 이는 노동법원을 통한 소송법적 보호의 의미를 과소평가한 것으로 비판된다. 왜냐하면 노동법원의 관할이 적용되는 경우에는 일반법원의 관할에 비하여 소송비용이 현저히 유리하다는 경제적 이익을 향유하게 되고 나아가 노동법적 문제에 관하여 전문성을 갖춘 법관과 명예법관이 심리와 판단에 참여하므로 근로자의 보호가 내용적으로도 크게 고양되는 측면이 있기 때문이다.<sup>364)</sup>

### 4. 취업자보호법

취업자보호법(Beschäftigtenschutzgesetz)은 직장내 성희롱으로부터 여성 및 남성근로자의 존엄을 보호하는 데 그 목적이 있다. 이 법률은 제1조에서 이 법률의 인적 적용범위를 근로자뿐만 아니라 유사근로자로 확대하였다. 유사근로자가 아닌 자영인은 사업장에서 노무를 제공하는 경우에도 이 법의 적용을 받지 아니한다.<sup>365)</sup> 이 법률을 적용할 경우에는 유사근로자의 법률관계가 갖는 인적 자주성의 특수성은 별도로 고려될 필요가 없다.

---

363) Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 244; Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 96.

364) Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1148; Rieble, ZfA 1998, S. 327, 346.

365) ErfK/Schlachter, § 2 BeschäftigtenschutzG Rn. 1.

## 5. 노동보호법(안전보건법)

노동보호법은 우리나라의 산업안전보건법과 마찬가지로 업무 중 근로자의 안전과 건강을 보장하고 개선하는 데 그 규율 목적이 있다. 이 법률의 적용대상에는 근로자만이 아니라 유사근로자도 포함된다(제1조 제1문). 이 법률은 노동보호를 위하여 업무상 재해의 예방을 위한 조치, 업무에 기인하는 근로자의 건강 손상을 예방하는 조치 그리고 노무자의 업무수행이 인간의 존엄을 실현하는 방향으로 조직될 수 있도록 하는 조치를 규율 내용으로 하고 있다(제2조 제1항). 이 법률을 유사근로자에 대하여 적용할 경우에는 그들이 근로자에 비하여 상당히 자유롭게 취업시간이나 장소를 결정할 수 있으며 또한 근로자에 비교하여 사용자의 사업장에 거의 편입되어 있지 않은 경우가 많다는 특성이 고려되어야 한다. 이와 같은 이유에서 노동보호법은 유사근로자에 대하여 수정적용될 수 있다.<sup>366)</sup> 이는 개별 노동보호조치를 유사근로자에 대하여 적용할 경우에 이 규정이 구체적으로 그들에 대하여 적용될 수 있는 것인지 여부가 검토되어야 한다는 것이다. 이 때 유사근로자의 보호필요성과 관련하여 개별 규정의 의미와 목적 그리고 사용자의 법적 내지 사실적 가능성이 함께 고려되어야 함은 물론이다.<sup>367)</sup> 예컨대 사용자는 자신의 사업장 외부에서 그리고 자신의 영향 범위 외부에서 발생한 위험에 대하여는 책임을 부담할 필요가 없으므로 유사근로자가 자신의 자택에서 업무를 수행하는 경우에는 노동보호법이 적용되지 않는다.<sup>368)</sup> 또한 유사근로자가 스스로 작업수단을 조달하거나 직접 지참하여 업무를 수행하는 경우에도 사용자는 그에 대해서 책임을 부담하지 않는다. 그러나 그와 같은 위험이 유사근로자에게 비합리적으로 전가된 경우에는 예외가 인정되어야 한다.<sup>369)</sup>

366) Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 96 f.

367) Kollmer/Vogl, ArbSchG, S. 19 f.

368) 이 점은 근로자의 지위로서 재택근무를 하는 경우와는 다르게 평가된다. 근로자가 재택근무를 수행할 경우에는 사용자는 업무에 적합한 환경과 시설을 갖추고 있는지 여부를 관리하여야 한다.

369) Kollmer/Vogl, ArbSchG, S. 19.

## 6. 사업장연금법

사업장연금법(Gesetz zur betrieblichen Altersversorgung) 제17조 제1항 제2문에 의하면 근로자 외에도 업무의 성격에 따라 사업주가 사업장연금법상의 급여를 약속한 자에 대해서도 이 법률의 적용대상이 된다. 일반적으로 이와 같은 인적 적용범위에는 유사근로자는 물론이고 기업의 운명에 대하여 영향을 미치지 못하며 타인의 위험에 종속되어 있는 예컨대 대리상이나 기타 프리랜서가 함께 포함된다.<sup>370)</sup> 유사근로자는 이 법률에 따라 사업주가 그에게 약속한 퇴직급여(연금)청구권을 가지며, 이 청구권은 해당 사업이 파산하더라도 보호를 받는다. 이 법률은 국가가 명령한 급여를 규율하는 것이 아니라 사업 차원에서 이미 약정된 퇴직급여의 지급과 관련된 기본적 규율을 담고 있는 것이다. 따라서 퇴직급여의 내용은 당사자의 합의로 자유롭게 약정될 수 있으며 이 법률의 적용 여부는 사업주가 그와 같은 급여를 보장하고 있는가 하는 점에 달려 있게 된다.

## II. 특수직업군에 관한 특별보호법규

유사근로자에 속하는 특수한 직업군으로 가내근로자와 특히 1회사 전속적 대리상이 이미 오랜 전부터 존재하여 왔음은 이미 앞에서 설명한 바 있다. 이들은 비록 근로자는 아니지만 전통적으로 근로자에 준하여 사회적 보호필요성이 인정되어 왔으며, 유사근로자라는 개념이 형성되기 전부터 이미 특수한 보호대상으로 다루어져 왔다. 입법자는 이들에 대해서 독자적인 법률을 통하여 사회적 보호를 배려하고 있다.

### 1. 가내노동법상의 특별규정

#### (1) 서설

가내근로자에 대해서는 가내노동법(Heimarbeitsgesetz)이 특별법으로

---

370) 이에 관해서는 Schaub, ArbR-Handb, § 81 Rn. 14 참고.

적용된다. 이 법률은 가내노동이 갖는 노동의 구조적 특성과 그 종사자들이 경기변동에 강하게 의존되어 있다는 점에서 가내근로자를 법적으로는 근로자의 지위에 있지 아니하지만 사회정책적으로 어느 정도 보호의 필요성이 인정된다는 점이 고려되어 제정되었다. 가내근로자에 대해서는 가내노동법에 의한 독자적인 보호규정과 그 밖에 일반 노동관계법령의 확대적용을 통한 보호 등 두 방향으로 전개되어 왔다. 여기서는 그 중에서도 가내노동법의 주요 보호규정을 설명하기로 한다. 가내노동법은 특히 노동행정에 의한 감독과 통제를 그 핵심기제로 한다는 점에서 우리 근로기준법의 체제와 유사한 점이 있다.

## (2) 노동보호 및 일반적인 위험으로부터의 보호

통상 위탁자(사업주)가 가내노동을 처음으로 해당 노무자(가내근로자)에게 위탁하게 되면 그때부터 일반적인 노동보호의무가 발생한다. 이와 같은 의무의 내용에는 언제라도 주무관청의 감독이 가능하도록 가내근로자의 명부를 작성할 것과 이를 해당 관청에 송부할 것(제6조), 새로운 위탁자(사업주)가 노동행정관청의 감독체계에 편입될 수 있도록 최초로 가내근로자를 사용할 경우 그 사실을 통지할 것(제7조) 등이 공법상의 의무로 규정되어 있고, 해당 가내근로자에 대하여 노무의 종류와 방법을 설명할 의무와 그 업무와 관련된 재해 내지 건강상의 위험 및 그에 대한 예방조치에 관한 설명의무(제7조의 a), 임금항목의 구체적 명시와 그 밖의 근로조건에 관한 명시 의무(제8조), 임금지급명세서의 발급·보관·교부의무(제9조) 그리고 가내근로자의 요청이 있는 경우 임금의 산정과 구성에 관한 설명의무(제28조) 등이 가내근로자에 대한 사업주의 의무로 규정되어 있다. 또한 가내노동법 제11조 제1항은 가내노동업무가 모든 가내근로자에게 각자의 개인적인 능력을 고려하면서 가능한 한 균등하게 배분되도록 규율하고 있다. 이는 가내근로자에 대한 차별적 대우 또는 과도한 부담을 회피하기 위한 조치로 설명되고 있다.<sup>371)</sup> 다른 한편으로 가내노동업무를 위탁할 경우 불필요한 시간이 지체되는 것도 회피되어야 한다(제10조). 업무위탁자(사업주)가 이

371) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, HAG, § 11 Rn. 1.

의무를 위반하면 불법행위에 기한 손해배상의무를 부담한다.<sup>372)</sup> 그 밖에도 업무위탁자는 자신이 가내근로자에게 제공한 업무 도구나 재료에 의하여 가내근로자가 부상을 입지 않도록 관리해야 할 의무를 부담한다(제16조).

### (3) 임금의 보호

가내노동법은 임금보호에 관한 포괄적 규정을 두기보다 임금청구권의 관철에 필요한 절차적 규정을 주로 규율하고 있다. 가내근로자는 임금청구권의 관철을 위한 가내노동법상의 보호를 향유한다. 예컨대 주(우리의 도에 해당) 단위의 상급 관청은 임금지급 의무자에게 일정한 ‘최저액’의 사후 지급을 명할 수 있는 권한을 갖는다(제24조) 제25조는 제24조에 의한 ‘최저액’ 청구권의 관철을 위하여 주정부의 訴權을 인정하고 있다. 그 밖에 업무를 수행하지 못한 경우에도 예외적으로 임금을 보장하기 위하여 임금계속지급법과 모성보호법상의 특별규정을 두고 있다.

### (4) 해고의 보호

가내노동법은 가내근로자에 대한 특별한 해고보호규정을 두고 있다. 특히 중요한 규정은 취업관계의 기간에 상응하는 해고예고기간의 설정과 그 해고예고기간 동안의 임금보호라고 할 수 있다.<sup>373)</sup> 우선 사업주가 가내근로자를 해고할 경우(엄밀하게 말하면 계약관계를 종료하고자 할 경우)에는 근로자에 대하여(즉 근로관계의 종료시) 적용되는 독일 민법 제622조 제1항과 마찬가지로 4주의 예고기간과 함께 曆上의 月の 15일과 말일을 기한으로 하여 해고할 수 있다(제29조 제3항). 이 때 가내근로자는 ‘주로’ 특정의 사업주(업무위탁자)를 계약상대방으로 하여 취업하고 있어야 한다. 그 취업관계가 해당 가내근로자의 주된 생계수단인지 여부의 판단은 유사근로자의 일반적 구성요건 표시와 마찬가지로 취업시간적 관점과 보수액의 규모에 의하여 결정된다.<sup>374)</sup> 상대적으로 장기

372) Schaub, ArbR-Handb, § 163, Rn. 15.

373) 이에 관해서 상세한 것은 KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 98 ff.

374) KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 108; 또한 Brecht, HAG, § 29 Rn. 16. 반대의견: Otten, Heim- und Telearbeit, § 29 Rn. 17. 그에 의하면 시

간의 계약관계를 유지하여 온 경우에는 해고예고기간도 독일 민법 제 622조 제2항과 마찬가지로 그에 상응하여 연장된다. 다만, 취업기간의 산정시 만 25세 이전의 취업기간은 배제된다(제29조 제4항). 여기에 해당되지 아니하는 취업기간에 대해서는 그 취업관계가 주된 것인지 배타적인 것인지 관계없이 일률적으로 2주의 예고기간이 적용된다(제29조 제2항, 이른바 해지통고기간).

가내근로자를 위한 또 다른 특별규정은 해고예고기간 중의 임금보호라고 할 수 있다(제29조 제7항). 이와 같이 가내근로자에 대하여 특별한 임금보호규정을 둔 것은 가내근로가 지니는 취업관계의 특수성에 기인한다. 다시 말하면 가내근로의 취업관계는 가내근로자의 경제적 생존 근거인데, 업무위탁자(사업주)는 가내근로자에게 할당되어야 할 업무량을 해고예고기간 동안 감소시킴으로써 사실상 가내근로자가 더 이상 보수를 획득할 수 있는 가능성을 막아 사실상 해고와 동일한 효과를 가질 수 있기 때문이다.<sup>375)</sup> 이에 따라 가내근로자는 해고예고기간 중 주 문량이 감소하더라도 지난 24주간 소득 평균에 해당하는 보수청구권을 갖는다는 것이 특별임금보호의 주된 내용이다. 이러한 임금보호를 ‘보장 임금제도’라고 부르기도 한다.<sup>376)</sup> 보장임금은 해고의 의사표시가 없이 업무량이 감소된 경우에도 적용된다(제29조 제8항). 구체적으로는 가내근로자가 최소 1년간 규칙적으로 수행한 업무량(제8항 제1문) 또는 취업기간이 1년 미만인 경우에는 그 기간 동안 규칙적으로 수행한 업무량(같은 항 제2문)의 4분의 1 이상이 감소된 경우에는 이른바 ‘보장임금’이 지급되어야 한다. 보장임금의 산정은 같은 조 제7항에서 규율하고 있다.<sup>377)</sup>

그 밖에 가내근로자는 경영조직법상 경영협의회의 구성원인 경우에

---

간적 요소만이 절대적 기준이라고 한다. 반대로 Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, HAG, § 29 Rn. 48 f.는 보수의 액만이 주된 요소라고 본다.

375) 이러한 관점은 특히 KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn.122 참고.

376) Otten, Heim-und Telearbeit, § 29 Rn. 46, 58.

377) 보장임금의 산정은 원칙적으로 해고통지 이전 24주간 가내근로자가 수행한 총임금을 기준으로 각각의 해고예고기간에 따라 차등적으로 이루어진다. 예컨대 해고예고기간이 2주일인 경우에는 그 12분의 1, 한 달인 경우에는 12분의 3 등이다.

는 일반근로자와 마찬가지로 해고보호의 적용을 받는다(제29조의 a).

#### (5) 임금 및 근로조건의 협약상 규율가능성

가내근로자도 노동조합에 가입하거나 조직하여 업무위탁자 개인 또는 단체를 상대로 집단적 서면합의를 체결하여 근로조건을 결정할 수 있다(제17조). 이 집단적 서면합의는 단체협약과 동일한 효력을 가지며 따라서 단체협약법의 적용을 받는다. 그러나 당사자간의 교섭이 결렬되어 분쟁상태에 빠지는 것을 방지하고 또한 그러한 분쟁이 평화적으로 종식될 수 있도록 당사자의 일방의 신청으로 ‘가내노동위원회’(Heimarbeitssausschuß)가 조정의 방법으로 개입할 수 있다. 가내노동위원회는 당사자의 의견을 듣고 조정안을 제출할 수 있고 당사자가 이에 동의하면 조정안은 단체협약과 동일한 효력을 갖게 된다(가내노동법 제18조). 가내노동위원회의 설치와 구성에 관해서는 가내노동법 제3조 이하에서 규정하고 있다. 우선 가내노동에 관한 행정적 감독과 지원은 주차원에서 관할하며 그 최고 관청은 주정부의 노동부가 맡게 된다(가내노동법 제3조). 주노동부는 관할지역 내의 사업주와 가내근로자를 대표하는 각 3인과 주노동부가 지명하는 의장 1인 등 총 7명으로 가내노동위원회를 설치한다(제4조).

그런데 만약 노동조합 또는 사업주단체가 없거나 소수의 조합원 또는 회원만을 대표하고 있고, 또한 보수가 불충분하게 지급되고 있거나 계약조건이 충분하지 않다고 판단하는 경우에는 가내노동위원회는 양측의 의견을 들어 보수와 그밖의 계약조건을 확정할 수 있는 권한을 갖는다(가내노동법 제19조). 이 때 가내노동의 사회적 내지 경제적 성격을 고려하여 가내근로와 동일하거나 동가치의 사업장노동에 비하여 가내근로자의 보수 및 근로조건이 협약임금이나 그밖의 협약상의 근로조건을 하회하는 경우에 보수와 근로조건이 충분하지 아니한 것으로 인정된다. 가내노동위원회가 결정한 보수와 그밖의 근로조건은 해당 관할지역 내의 모든 사업주와 가내근로자에 대하여 강행적 효력을 지닌다. 또한 가내노동위원회가 위와 같은 방법으로 가내수공업자의 근로조건을 결정한 경우에는 그 가내수공업자에게 고용되어 노무를 제공하는(2인 이하의) 보

조노동력에 대해서도 가내노동위원회는 최저근로조건을 결정할 수 있다(가내노동법 제22조). 이와 같이 독일 가내노동법은 행정기관에 의한 단체협약의 보충적 기능을 명시적으로 허용하고 있다. 이는 상당수의 유사근로자가 독자적인 단체를 가지고 있지 아니한 현실을 감안할 때 다음에서 보는 바와 같이 대리상에 대한 최저계약조건의 법정화 가능성과 함께 사업주와 취업자에 대한 직접적인 개입에 의한 국가의 적극적인 보호의무의 실현방안으로서 주목된다.

#### (6) 가내근로자에 대한 그밖의 노동법상의 규정

##### 가) 질병과 무노동유임금

임금계속지급법(Entgeltfortzahlungsgesetz)은 근로자가 질병으로 인하여 노무를 제공할 수 없게 된 경우에도 일정기간 동안 사용자의 임금지급의무를 규율하고 있는 법이다. 그런데 이 법률은 가내근로자를 그 적용대상에 포함시키면서 그 적용방법에 대해서는 독자적인 규율을 하고 있다. 가내근로자의 임금지급청구권은 가내근로자의 취업실태를 고려하여 실제적인 노동무능력의 상태와는 무관하게 포괄적인 경제적 보장을 목적으로 임금에 추가수당을 지급하는 방법으로 행해진다. 여기서 고려되는 가내근로의 특수성이란 한편으로는 가내근로자는 인적 자주성으로 인하여 질병으로 인한 노동무능력으로 임금이 탈락된다는 것이 근로자의 경우처럼 쉽게 이해되기 어렵다는 점, 다른 한편으로 그럼에도 불구하고 근로자의 경우와 마찬가지로 질병으로 인한 어느 정도의 평균적인 휴무가 예상될 수 있다는 점이다.<sup>378)</sup> 따라서 추가수당에 의한 지급은 질병으로 인하여 휴무하게 된 경우에 소득의 상실을 보전할 수 있기 위하여 일종의 적립금을 마련하는 데 기여할 수 있게 한다.<sup>379)</sup> 구체적으로는 법률 제10조 제1항 제1호에 의하면 그 추가수당은 개인적으로 종업원을 두지 않는 가내수공업자를 포함하여 가내근로자의 경우에는 3.4%로 산정되어 포괄적으로 지급된다. 그에 대하여 2명까지 종업원을 두고 있는 가내수공업자의 경우에는 6.4%의 추가수당이 지급된다(같

378) Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1149.

379) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, HAG, § 19 Anh. Rn. 47.

은 조 제1항 제2호). 이는 그 가내수공업자는 자신의 종업원에 대하여 사용자의 지위에 있으므로 그들의 청구권을 고려해야 하기 때문이다.<sup>380)</sup> 공휴일에 대한 임금지급의 경우에도 가내근로자에 대해서는 포괄적인 추가수당의 방법에 의하여 행해진다. 다시 말하면 공휴일수당은 각 공휴일에 대하여 평균임금의 0.72%의 수당이 추가로 지급된다(제11조).

#### 나) 모성보호 내지 양육에 관한 권리

가내근로를 수행하는 여성취업자도 원칙적으로 근로자에 대해서만 적용되는 모성보호법의 적용대상에 포함된다. 다만, 몇몇 규정은 가내노동의 특수성을 고려하여 그 적용이 배제되는 경우도 있다. 예컨대 授乳時間의 보장의 경우 가내근로자에게는 임금의 보장으로 대체된다. 특히 도급제임금의 경우에는 법률로 평균적 시간임금의 75%가 일률적으로 정해지고 가내근로자에 대하여 별도의 자유시간을 보장할 필요는 없다(제7조 제4항). 특별히 여성에게 부담을 주는 근로시간에 대한 취업금지에 관해서는 그 업무량에 대한 제한으로 대체된다. 가내근로자의 경우 근로시간의 시기와 종기가 규정되어 있지 않기 때문이다(제8조 제5항). 또한 가내근로자도 모성보호기간(임신기간 및 출산후 4개월) 동안은 소정의 특별한 해고보호를 향유한다(제9조). 즉 모성보호법 제9조 제4항은 원칙적으로 가내근로자가 임신 이전 13주 동안 보유하였던 업무량의 할당을 계속해서 유지해 줄 것을 청구할 수 있다.<sup>381)</sup>

그 밖에 가내근로자는 아이의 양육에 필요한 휴가청구권을 가지며(연방양육수당법 제20조 제2항) 또한 그 기간에 대한 해고보호를 향유한다(같은 법 제18조).

#### 다) 경영조직법상의 권리

독일 경영조직법에 의하면 가내근로자도 주로 특정 사업장을 위하여 노무를 제공한다면 경영조직법상의 근로자로 인정된다(제5조 제1항 제2문). 이 때 ‘주로’가 의미하는 바는 가내근로자의 이른바 경영조직법상의 근로자성을 인정하는 주된 기준이 될 것인데 이는 특정 사업을 위

380) Otten, Heim- und Telearbeit, Teil B, Rn. 8.

381) 구체적인 내용은 ErfK/Schlachter, § 9 MuSchG Rn. 23 참고.

한 노무제공이 다른 사업을 위한 업무수행에 비하여 압도적인 경우로 이해된다.<sup>382)</sup> 따라서 반드시 한 사업만을 위하여 배타적으로 업무를 제공하여야 하는 좁은 의미로 이해되지는 않는다.<sup>383)</sup> 다만, 가내근로자를 보조하는 가족구성원과 보조노동력(가내근로자에 고용된 종업원)은 사업의 구성원으로 인정되지 아니한다.<sup>384)</sup> 또한 경영조직법상의 근로자로 인정되는 가내근로자에는 가내수공업자는 포함되지 않는다. 따라서 여기에는 좁은 의미의 가내근로자만이 적용대상이 된다.

경영조직법상 근로자로 인정되는 가내근로자는 경영협의회 위원의 선출에 선거권과 피선거권을 가진다. 뿐만 아니라 기업 단위의 공동결정법의 적용 여부에 기준이 되는 기업의 규모의 산정에 가내근로자도 포함된다(공동결정법 제3조 참고).

#### 라) 파산과 임금채권의 보장

가내근로자도 일반 근로자와 마찬가지로 사업주가 파산선고를 받게 되면 파산이 발생하기 전 3월분의 임금에 대한 미지급이 있는 경우에는 우선적으로 파산배당금(Insolvenzgeld)청구권을 갖는다(사회법전 제3편 제183조). 가내근로자의 범위에는 가내수공업자는 배제된다(같은 법 제13조). 이 청구권은 현존하는 취업관계에서 발생하는 모든 보수에 대하여 인정된다. 반면에 취업관계의 종료로 인하여 또는 종료 이후의 기간 동안에 발생한 청구권은 보장되지 않는다(같은 법 제184조) 이 때 보호되는 임금(보수)청구권은 지급불능이 발생하기 전 최종 3개월분으로 한정된다.

## 2. 대리상에 대한 특별규정

### (1) 서설

가내근로자와 더불어 대리상도 특정한 요건하에서는 유사근로자의 전형적인 사례로 다루어졌다. 그에 따라 독일 입법자는 대리상에 대한

382) BAG (1974.7.29) DB 1975, S. 936.

383) Richardi, BetrVG, 7. Aufl., § 6 Rn. 39.

384) Schaub, ArbR-Handb, § 212 Rn. 6b.

특별규정을 상법전 제84조 이하에 규율하였다. 대리상에 대한 보호규정은 가내근로자에 대한 가내노동법과는 사뭇 다른 평면을 지니고 있다. 그 주된 내용은 역사적으로 1953년의 대리상법의 개혁을 통하여 그리고 1989년 10월 23일 제정된 대리상법의 조화를 위한 유럽공동체의 입법지침에 근거하여 크게 변모하였다. 이와 같은 개혁은 특히 대리상의 경제적 종속성에 기인한 계약대등성의 결여를 시정하는 데 목표가 두어졌다.

## (2) 대리상에 관한 일반적인 보호규정

### 가) 대리상을 위한 해고예고기간

기간의 정함이 없이 개시된 대리상관계를 통상해지할 경우에는 독일 상법 제89조에서 정한 예고기간이 준수되어야 한다.<sup>385)</sup> 해지에 따른 예고기간은 독일 민법 제622조의 노동법적 내용에 따라 계약기간의 길이에 상응하여 최고 6개월까지 규정되어 있다. 이는 대리상이 자영인이긴 하지만 대리상관계의 기초가 되는 계속적 구속에 대해서는 노동법과 유사한 규율이 적정하다는 판단에 따른 것이다.<sup>386)</sup> 예고기간은 당사자의 약정에 따라 연장될 수는 있지만 단축되어서는 안 된다(제89조 제2항). 부업으로 하는 대리상에 대해서는 제89조 대신에 제92조의 b가 적용된다. 그 밖에도 제89조의 특별규정이 없는 경우에는 근로관계에 대해서만 적용이 규정되어 있는 경우를 제외하고 독일 민법 제620조 이하의 규정이 적용된다.

### 나) 대리상관계의 즉시해지

제89조의 a는 즉시해지에 관한 독일 민법 제626조와 거의 유사하게 규정되어 있으나 특별법 우선의 원칙에 따라 대리상에 대해서는 독일 민법 제626조에 우선 적용된다. 그런데 제89조의 a에는 독일 민법 제626조 제2항 제1문에서와 같이 2주의 배제기간(중대한 이유를 인식한 날로부터 2주 이내에 해지하여야 한다)이 규정되어 있지 않기 때문에

385) 이 항에서 법률명 없는 조문의 인용은 모두 독일 상법전을 의미한다.

386) MünchKomm-HGB/Hoyningen-Huene, § 89 Rn. 2.

이 경우에는 독일 민법 제626조 제2항 제1문이 대리상에 대해서 적용되어야 하는 것인지 해석상의 논란이 있다. 독일 민법 제626조 제2항 제1문은 대리상에 대해서도 준용되어야 한다는 것이 다수의 견해이다. 제626조는 해고권자가 해고의 의사표시 가능성을 지나치게 오랫동안 가저서는 안 된다는 일반적 법정신을 표현한 것이므로 그 적용이 근로관계로 제한되어야 할 이유가 없으며, 일반적인 고용관계를 대상으로 하는 것이다. 특히 유사근로자의 성격을 갖는 대리상관계는 근로관계에 가까운 실질을 가지고 있으므로 제626조 제2항 제1문의 준용은 허용된다고 본다.<sup>387)</sup>

#### 다) 보상청구권

계약관계가 종료한 후 대리상은 경우에 따라서는 일정한 요건에 따라 보상청구권(Provisionsausgleichanspruch)을 갖는다(제89조의 b). 그 요건이란 첫째, 상대방인 사업자가 대리상의 활동으로 새로운 고객을 확보하고 대리상의 계약관계의 종료 후에도 현저한 영업상의 이익을 유지하는 경우(제1호), 그 대리상이 계약관계가 계속 유지된다면 자신이 획득한 고객과 이미 체결되거나 장래의 거래로부터 발생하는 보수에 대한 청구권을 계약관계의 종료 뒤에 잃게 되는 경우(제2호) 그리고 보상금의 지급이 제반 사정을 감안할 때 공평의 관념에 부합하는 경우(제3호) 등이다. 대리상은 위와 같은 요건이 충족되면 연간 보수액을 넘지 않는 범위에서 적절한 보상을 청구할 수 있다. 연간 보수액의 산정은 지난 5년간 또는 계약기간이 짧은 경우에는 그 기간 동안의 평균 소득으로 행해진다(제89조의 b 제1항 제1문, 그 최고 한도는 제89조의 b 제2항을 참고). 보상청구권은 대리상이 자신의 개인적 사정에 의하여 특별히 사업자가 조성한 계기가 없이 스스로 해지한 경우에는 인정되지 않는다(제89조의 b 제3항).

387) KR/Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 222; MünchKomm/Schwerdtner, § 626 Rn. 11 f.; Kindler, BB 1988, S. 2051.

라) 競業禁止約定

사업자와 대리상 사이에는 경업금지의 약정이 체결될 수 있다. 그런데 이와 같은 경업금지의 약정은 제90조의 a가 정한 요건에 따라 그 유효성이 판단된다. 제90조의 a는 근로자인 상업사용인의 경업금지 약정과 유사한 내용으로 규정되어 있다. 대리상의 영업행위를 제한하는 경업금지 약정은 우선 서면방식으로 이루어져야 하며, 그 서류를 대리상에게 교부하여야 한다. 또한 경업이 금지되는 기간은 2년을 초과해서는 안 되며, 장소적으로도 대리상의 관할 구역이나 고객 범위에 대해서만 미친다. 경업이 금지되는 기간 동안에는 사업자는 대리상에게 적절한 보상금을 지급하여야 한다. 이 규정은 당사자의 약정으로 대리상에게 불리하게 변경되어서는 안 된다.<sup>388)</sup>

(3) 1회사 전속적 대리상에 관한 특별보호

한 회사에 전속되어 대리상의 업무를 수행하는 자는 전형적인 유사근로자로서 분류된다. 1회사 전속적 대리상(EIn-Firmen-Vertreter)의 의미와 보호에 관해서는 제92조의 a에서 규정하고 있다. 그에 의하면 유사근로자인 1회사 전속적 대리상에 대하여 불가결하게 요청되는 사회적 내지 경제적 보호필요성은 정부의 위임입법(Rechtsverordnung)에 의하여 충족될 수 있는 가능성을 열어 놓았다. 그에 의하면 연방법무부는 연방노동부와 협의하여 1회사 전속적 대리상의 최저 취업조건을 위임입법으로 제정할 수 있다. 이는 단체협약법 제12조의 a 제4항이 다른 유사근로자들과 달리 대리상에 대해서는 협약 자율의 적용의 제외를 규정하고 있기 때문에 국가에 의한 최저 조건의 형성가능성은 그에 대한 대상적 가능성으로서 의미를 가지고 있다. 다만, 독일 정부는 이와 같은 위임입법권을 아직 행사하고 있지 않다.<sup>389)</sup>

388) MünchKomm-HGB/Hoyningen-Huene, § 90a Rn. 1 ff.

389) Buchner, NZA 1998, S. 1144, S. 1149.

### 3. 가내노동법 또는 대리상의 보호규정의 유추적용 가능성

가내근로자는 유사근로자에 속하는 직업군임에도 일반 유사근로자에 비하여 가내노동법이라는 독립된 단행법률과 임금계속지급법과 경영조직법과 같은 개별 노동법령을 통하여 강력한 노동법상의 보호를 받고 있다. 이와 같이 가내근로자에 대하여 일반 유사근로자에 비해 광범위한 노동법적 보호가 부여된 것은 역사적 맥락에서 그 의미를 찾고 있다. 말하자면 가내근로자는 특히 생산의 영역에서, 다음에서 보는 대리상의 경우에는 상업적 영역에서 동일한 사용자(계약상대방)를 위하여 활동하고 유사근로자의 주된 사례로 구성되어 왔다. 그런데 입법자는 독자적인 입법을 통하여 이들 직업군의 사회적 보호필요성을 고려하면서도 이들을 유사근로자라는 일반적 개념으로 법 구성할 것을 의도하지 않았다. 또한 특정 직업군에 대하여 가내노동법과 같은 단행법률을 제정하여 보호하는 것도 법기술적으로 가능하지 않은 일이다. 유사근로자에 해당되는 직업군은 매우 다양하기 때문이다. 따라서 유사근로자에 현재의 보호규정의 흠결은 부분적으로 가내노동법의 유추적용을 통하여 보충될 수 있을 것이다.<sup>390)</sup> 가내노동법을 일반 유사근로자에 대하여 유추적용하는 데 찬성하는 견해에 의하면 가내근로자와 그 밖의 유사근로자의 차이는 사실상 노무급부의 장소의 측면에서만 존재하기 때문이다. 이와 관련하여 1974년에 단체협약법이 제12조의 a를 도입하여 유사근로자에 대한 협약 자율을 인정하는 법개정을 단행할 때 가내노동법을 함께 개정하면서 가내근로자의 개념 요건으로서 종래에는 ‘영업상(gewerblich)’이라고 직업적 대상의 기준을 설정하였으나 이를 ‘생계를 위하여(erwerbsmäßig)’라고 변경하였다(가내노동법 제2조 제1항). 이를 통해서 기술적 발전에 기초하여 발생하고 있는 다양한 취업형 가내근로를 가내노동법의 적용대상으로 확대하고 있다. 이와 같이 가내근로자와

390) 이와 같은 관점에 선 견해로 Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1149; Hromadka, NZA 1997, S. 1249, 1255; Reinecke, ZIP 1998, S. 581, 588. 반면에 Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 165 f.는 가내근로자와 기타의 유사근로자는 내용적으로 서로 다른 그룹에 속한다는 이유로 유추적용을 반대한다.

기타의 유사근로자 사이에는 업무 장소와 관련된 사정에 기초한 차이를 제외하면 경제적 종속성이나 사회적 보호필요성의 관점에서 동일한 이해 관계를 갖는다고 볼 수 있으므로 가내근로자에 대한 보호규정은 유사근로자에 대해서도 유추적용되어야 한다고 본다. 특히 근로시간의 보호, 임금의 보호 및 해고의 보호에 관한 규정은 유사근로자 일반에 대한 실체 법적 보충이라는 관점에서 적지 않은 의미를 가질 것으로 보인다. 반면에 안전보건규정과 임금규정은 가내근로자의 특수한 여건을 고려한 특별 규정이므로 유추적용이 쉽지 않을 것으로 보인다. 일반 유사근로자에 대해서는 위에서 본 것처럼 독일 민법 제618조의 일반규정이나 노동보호법(우리의 산업안전보건법)이 직접 적용됨으로써 보호필요성이 충족된다.

가내노동법외에 가내근로자를 적용대상으로 하는 일반 노동법규(예컨대 임금계속지급법, 모성보호 내지 양육보장법, 경영조직법, 임금채권 보장법 등)를 기타의 일반적인 유사근로자에 대해서도 유추적용할 수 있는가 하는 문제는 좀더 복잡한 논의 양상을 띠고 있다. 가내근로자와 유사근로자의 본질적 동질성의 관점에서 보면 그와 같은 적용확대에 대해서 원칙적으로 의심하지 않는다.<sup>391)</sup> 다만, 법적 안정성의 명령에 따라 법규정은 명확하게 규율되어야 한다는 관점에서 보면 법규정은 개별 규정의 규범 목적을 고려하면서 규율하고자 하는 생활사안의 속성을 가능한 한 정확하게 표현해 내어야 한다. 예컨대, 노동법상의 개별 보호규정들은 노무급부의 실행 과정에서 사용자의 **‘광범위한 영향 내지 관리감독가능성’**(이것이 바로 근로자성의 본질이다)을 전제로 개별 근로자에 대한 보호를 실현하고 있는 데 반하여, 자영인으로서의 법적 성질을 지니는 유사근로자의 경우에는 이와 같은 사용자의 광범위하고 포괄적인 지휘감독가능성이 처음부터 인정되지 않는다. 반면에 가내노동법에서는 가내근로자 내지 유사근로자의 특수성(경제적 종속성과 그로 인한 사회적 보호필요성)을 고려하여 독자적 성격을 지닌 보호규정이 규율되고 있다. 그러한 이유로 가내노동법외에 구체적으로 가내근

391) 일찍이 이와 같은 견해로서 Schnorr von Carolsfeld, RdA 1968, S. 404, 407; 또한 Hromadka, NZA 1997, S. 1249, 1255; Reinecke, ZIP 1998, S. 581, 588 참고.

로자를 적용대상으로 명시하고 있는 노동법의 규정들은 사안에 따라 구체적인 보호 목적을 고려하여 일반 유사근로자에 대한 유추적용 여부가 판단되어야 할 것이다.

대리상에 대한 상법상의 일련의 보호규정들은 특히 유사근로자 중에서 대리상과 같이 판매부문에 종사하는 유사근로자들에 대해서는 보호의 기준적 역할을 할 수 있다. 따라서 예를 들면 프랜차이즈부문에 종사하는 유사근로자의 경우에는 대리상과 관련된 상법상의 보호규정들이 유추적용되어야 할 것으로 생각된다.

### Ⅲ. 유사근로자에 대한 노동법의 적용확대가능성

#### 1. 서설

지금까지 검토한 경제법과 민법, 상법 그리고 노동법상의 규정들이 유사근로자의 사회적 보호필요성을 충분히 만족시키고 있는가 하는 데 대해서는 여전히 논란이 되고 있다. 만약 현재 법질서가 유사근로자의 보호에 만족스러운 대답을 주지 못하다면 입법정책적인 고려 이전에 우선 가능한 것은 판례에 의하여 노동법의 일부 규정을 유사근로자에 대하여 유추적용하는 것이 방법이 될 것이다. 일찍이 독일 연방노동법원은 실제로는 매우 유보적으로 판단하고 있지만 유사근로자에 속하는 가내근로자에 대하여 그 규정이 가내근로자의 특수성에 부합하는 한에서 노동법의 일부 규정이 준용될 수 있을 것이라는 기본적 관점을 표명한 바 있다.<sup>392)</sup> 헌법상의 사회국가원리 및 평등권의 관점에서 사회적으로 근로자와 마찬가지로 보호필요성이 있는 유사근로자의 보호를 방치한다는 것은 헌법상의 사회국가원리나 평등권의 관념과 부합되지 않는다는 점에서 노동법의 일반규정을 유추적용함으로써 이와 같은 문제를

392) BAG(1955.12.14) AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; 개별적으로 경업금지와 관련하여 BAG(1997.1.21) NZA 1997, S. 1284; 반면에 임금규정과 관련하여 유보적 태도를 취한 판례로는 BAG(1957.6.19) AP Nr. 12 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

해결할 수 있을 것이라는 기대가 작용하였기 때문이다.<sup>393)</sup> 그러나 사회적 보호필요성만으로는 일반적으로 유추적용을 승인하기 어려운 점도 있다. 왜냐하면 취업하는 자에 대한 보호를 정당화하고 요청하는 노동법의 특수성은 바로 근로자성의 일반적 판단기준인 이른바 인적 종속성(사용종속관계) 내지 지시권구속관계에 그 본질이 놓여 있기 때문이다. 또한 유사근로자에 대한 현행 규정들이 유사근로자를 위한 노동법의 유추적용을 근거지울 수 있는 공통의 법정신을 내포하고 있는가 하는 데 대해서도 쉽게 대답하기 어렵다. 왜냐하면 입법자는 역사적으로 유사근로자에 대한 사회적 보호입법 기획을 가지고 있지 않았기 때문에 현행의 유사근로자 관련규정들이 명확하고 일관된 기준을 가지고 제정된 것이 아니라는 비판이 높기 때문이다.<sup>394)</sup>

노동법규정을 전체적으로 유사근로자에 대하여 유추적용하게 되면 이른바 취업형태의 삼원주의에 기초한 근로자와 유사근로자의 구조적 차이를 반영할 수 없게 된다는 법체계적 문제점이 지적된다.<sup>395)</sup> 그럼에도 불구하고 노동법의 적용범위를 각각의 법률관계가 지니는 ‘특별한’ 보호 필요성에 따라 단계화할 수 있다는 견해가 힘을 더해가고 있다.<sup>396)</sup> 그에 의하면 노동법의 규정이나 제도를 유사근로자에 대하여 확대적용할 경우에는 근로자와 유사근로자의 구조적인 차이에도 불구하고 개별적이고 구체적으로 그와 같은 규정이나 제도의 직간접의 적용이 법률의 의미와 목적으로부터 배제되지 않는가라는 물음을 던져서 검토되어야 할 것이다. 여기서는 다양한 노동법상의 제도 중에서 특히 균등대우에 관한 원칙이 유사근로자에 대해서 적용가능한지 여부를 검토하기로 한다.

393) Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2, 10; BVerfG(1999.3.2) NZA 1999, S. 435, 439.

394) 특히 Buchner, NZA 1998, S. 1144, 1148; 또한 Buchner/Becker, § 1 MuSchG Rn. 81. 이 견해에 의하면 예컨대 연차휴가에 대해서 근로자와 유사근로자가 대등한 대우를 받으면서 모성보호와 관련해서는 출산을 기다리는 모성의 보호가 휴가보다도 더욱 긴박함에도 불구하고 유사근로자를 보호대상으로 삼지 않는가라는 문제를 제기한다.

395) BAG (1957.6.19) AP Nr. 12 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; Buchner/Becker, § 1 MuSchG Rn. 81; Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2, 10.

396) Erman/Hanau, § 611 Rn. 143; Hromadka, NZA 1998, S. 569 ff; Reinecke, ZIP 1998, S. 581; Schliemann, RdA 1997, S. 322, 326.

## 2. 특히 균등대우원칙의 적용문제

### (1) 노동법상의 균등대우원칙

독일 노동법은 균등대우원칙과 관련하여 이른바 노동법상의 균등대우원칙(arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz)이라는 관습법상의 원칙을 발전시켰다.<sup>397)</sup> 독일 다수설에 의하면 이 원칙은 독일 기본법의 평등권에 관한 일반규정(제3조 제1항)이 근로관계에 적용되는 私法の 제도로 구체화된 것인데,<sup>398)</sup> 합리적인 이유 없이(aus sachfremden Gründen) 집단적으로 비교가능한 상태에 있는 다른 근로자들에 비하여 근로자이나 일정한 집단성을 갖는 근로자들을 권리에서 배제하거나 부담을 가하는 것을 차별의 관점에서 금지하는 제도이다. 이 제도는 비교가능한 근로자의 집단 형성이 가능할 것을 요건으로 하기 때문에 사용자가 개별 근로자와 자유롭게 근로조건의 약정을 할 수 있는 계약자유의 원칙을 깨뜨리지 못한다. 따라서 사용자는 얼마든지 개별 근로자의 근로조건을 유리하게 약정할 수 있다.<sup>399)</sup> 이와 같은 균등대우원칙은 일반적으로 사용자가 법률이나 단체협약에 의하여 그 지급이 의무화되어 있지 아니한 추가적 또는 임의적 급부(예컨대 특별보너스의 지급)를 약속하거나 업무 대기의 지시와 같이 사용자가 형성권 내지 지시권을 행사하는 경우에도 균등대우원칙이 적용될 수 있다고 본다.<sup>400)</sup> 특히 독일 노동법 실무에서는 사용자가 근로자에 대하여 사업 단위의 퇴직연금의 지급을 약속하는 경우에 이와 같은 균등대우원칙이 특별한 의미를 가지

397) 그 기원은 1938년 독일제국노동법원의 판결에서 비롯된다. RAG (1938.1.19) ARS 33, S. 172 ff.

398) Dütz, ArbR, Rn. 49; Hanau/Adomeit, ArbR, Rn. 69; MünchKomm/Müller-Glöge, § 611 Rn. 449. 다른 견해에 의하면 이 원칙은 사용자의 배려의 무나 독일 민법의 신의칙 또는 균등대우원칙의 일반적인 법정신 등 다양한 근거를 제시한다. 이 원칙의 법적 근거에 대한 학설의 대립에 관해서는 MünchArbR/Richardi, § 14 Rn. 7 f.를 참고.

399) 이 점을 확인한 판례로 BAG (1992.8.19) NZA 1993, S. 171; ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 715 및 거기에 인용된 다수의 문헌 참고.

400) 다수설: MünchKomm/Müller-Glöge, § 611 Rn. 453; Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, S. 309 ff.; 이견으로는 MünchArbR/Richardi, § 14 Rn. 14 ff.

고 있다.<sup>401)</sup> 사용자가 일반적인 균등대우원칙을 위반하면 독일 민법 제 134조(우리 민법 제103조)에 따라 사용자의 처분은 무효가 된다. 무효로 인하여 발생한 규율의 흠결은 균등대우 명령의 취지에 따라 보충된다. 통상적으로는 균등대우원칙의 위반으로 불이익을 당한 근로자가 해당 급부에 대한 청구권이 발생하거나(이를 이른바 상향식 조정이라고 부른다) 그 근로자를 균등대우원칙에 반하여 불이익을 주지 않을 이른바 사용자의 부작위의무가 발생한다.<sup>402)</sup> 그러나 상향식 조정은 근로자의 다수가 균등대우의 원칙에 따라 급부청구권을 갖게 되고 그로 인하여 사용자에게 현저한 재정적 부담이 발생할 수 있게 되는 경우에는 문제가 없지 않을 것이다. 따라서 일차적으로는 사용자가 어떻게 균등대우를 형성할 것인지 사용자에게 맡겨야 할 것이다.<sup>403)</sup>

노동법상의 균등대우원칙은 “같은 것은 같게, 다른 것은 그 속성에 따라 다르게 취급되어야 한다”는 이른바 초실정적인 분배적 정의의 명령에 기초한 것이다.<sup>404)</sup> 이와 같은 의미에서 균등대우원칙을 유사근로자에 대하여 적용하는 것은 원칙적으로 의심되지 않는다. 물론 사업주는 유사근로자인 노무제공자들과 각자 서로 다른 내용의 약정을 할 수 있음은 자명하다. 그 경우 근로자를 차별하는 방향으로 유사근로자에 대하여 특별한 급부를 약정하는 것은 현실적으로 매우 드물다. 그렇지만 유사근로자는 자신의 경제적 종속성으로 인하여 상대방인 사업자와 자유롭게 교섭하는 것이 어렵고, 따라서 사업자는 다른 유사근로자집단과 다른 취업조건의 합의를 요구할 수 있기 때문에 유사근로자들 내부에서는 일반적인 균등대우원칙이 당연히 적용된다고 할 것이다.<sup>405)</sup> 반면에 근로자와 유사근로자 사이의 균등대우원칙에 대해서는 다수설은 부정한다.<sup>406)</sup> 왜냐하면 균등대우원칙은 같은 것이 다르게 취급되는 경

401) 이에 관해서 자세한 것은 Staudinger/Richardi, § 611 Rn. 289 참고.

402) Otto, ArbR, Rn. 176 f.

403) 이와 같은 관점에서 BAG (1996.5.28) NZA 1997, S. 101; MünchArbR/Richardi, § 14 Rn. 39.

404) 이에 관해서는 G. Hueck, GedS für Dietz, S. 241 ff.; MünchArbR/Richardi, § 14 Rn. 3.

405) 또한 같은 취지로 Franzioch, Abhängige Selbständigkeit, S. 187.

406) 참고로 Schaub, ArbR-Handb, § 112 Rn. 12; ErfK/Preis, § 611 Rn. 718.

우에 적용되는 것인데, 근로자와 유사근로자는 인적 종속성의 관점에서 비교가능한 대상이 아니며, 노동법의 존재 목적인 근로자의 보호는 우선적으로 인적 종속성을 그 기본적 전제로 삼기 때문이다. 그런데 최근 독일 대법원(BGH)은 이와 같은 전통적인 견해와는 일정한 거리를 두는 판결을 내린 바 있다.<sup>407)</sup> 한 유한회사의 업무집행사원이 균등대우원칙에 따라 보수의 인상과 상여금의 지급을 청구한 사건에서 독일 연방 대법원은 업무집행사원이 한편으로는 회사에 지분 참여를 하지 않거나 소수로 참여하고 있으며 그러한 점에서 유사근로자의 지위를 가지는 경우, 다른 한편으로 근로계약 또는 고용계약이 통일적인 표준에 따라 체결되었거나 업무집행사원이 관리직 사원의 지위를 갖는 경우 그리고 고용계약의 내용이 관리직 사원과 기본적인 차이가 없는 경우에는 유한회사 업무집행사원(유사근로자)과 관리직 사원(근로자) 사이에도 균등대우원칙이 고려될 수 있다고 판시하였다. 이 판결은 실제로 관리직 사원과 크게 구별되지 아니하는 업무집행사원의 지위를 고려한 것이지만, 균등대우의 관점에서 유사근로자성을 지니는 업무집행사원과 관리직 사원의 비교를 허용한 것은 분명히 진일보한 것이라고 평가할 수 있다. 이와 같은 관점에서 근로자와 유사근로자 사이에도 양자에 대하여 통일적이고 표준적인 계약 내용이 적용되고 업무수행과 관련하여 큰 차이가 없는 경우에는 균등대우원칙의 적용가능성이 조심스럽게 제기되고 있다.<sup>408)</sup>

## (2) 남녀의 균등대우원칙

독일 민법 제611조의 a, 제611조의 b 그리고 제612조 제3항은 노동법에 있어서 양성평등의 동등한 지위를 보장하고 있다.<sup>409)</sup> 독일민법 제611조의 a는 근로계약의 체결(채용), 승진, 사용자의 지시권 및 해고와 관련된 균

407) BGH (1990.5.14) DB 1990, S. 1810.

408) 특히 Franzioch, Abhängige Selbständigkeit, S. 188.

409) 남녀의 균등대우와 관련된 독일 민법의 규정들은 채용, 직업교육 그리고 승진 및 근로조건과 관련하여 남녀의 균등대우원칙을 정하고 있는 1976년의 유럽공동체의 입법지침(76/207/EWG)과 남녀의 동일임금에 관한 유럽공동체 회원국의 법적 동화를 위한 1975년의 입법지침(75/117/EWG)을 국내법으로 전환한 것이다.

등대우의 측면을 규율대상으로 하는 데 비하여 제612조 제3항은 특별규정으로서 양성평등에 기초한 동일임금의 원칙을 규정하고 있다.<sup>410)</sup> 따라서 독일 민법 제611조의 a는 현재 진행 중인 근로관계상의 합의와 조치뿐만 아니라 근로관계의 성립에 대해서도 적용된다. 그에 의하면 성을 이유로 하는 그 어떠한 차별도 금지되므로 사용자는 처음부터 성을 자신의 결정에 있어서 차별의 근거로 삼아서는 안 되며 일련의 조치를 통해서 특정 성을 다른 성에 비하여 차별대우해서도 안 된다. 여기에는 직접적인 차별뿐만 아니라 간접적인 차별도 금지된다.<sup>411)</sup> 이와 같이 간접적 성차별도 그 적용대상으로 하는 것은 유럽법<sup>412)</sup>의 일관된 입장이기도 하다.<sup>413)</sup> 위와 같은 균등대우원칙에 반하는 약정이나 조치는 독일민법 제134조(우리 민법 제103조에 해당)에 의하여 무효가 된다. 사용자의 차별적 지시는 구속력이 없으므로 해당 근로자는 급부거절권을 행사할 수 있다. 다만, 그와 같은 금지가 독일 민법 제823조 제2항의 보호법규에 해당되어 불법행위책임을 발생시키는지 여부는 논란이 있다.<sup>414)</sup> 독일 민법 제611조의 a에는 독자적인 제재규정을 포함하고 있으며 불법행위책임을 엄격한 과책주의를 전제로 하기 때문에 불법행위법상의 보호가 추가로 필요하지는 않다는 것이 중론인 듯하다.<sup>415)</sup> 채용과 승진 등의 과정에서 차별이 발생한 경우에는 독일 민법 제611조의 a 제2항과 제5항에 따라 적정한 배상청구권이 인정된다. 반면에 적극적인 채용청구권이나 승진청구권은 발생하지 않는다.<sup>416)</sup> 그 밖의 약정이나 조치가 차별

410) MünchKomm/Müller-Glöge, § 611a Rn. 5.

411) 직접적 성차별 내지 간접적 성차별에 대한 법률상의 정의는 2001년 제정된 “연방행정과 사법에 있어서 여성과 남성의 동등한 지위에 관한 법률(Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes)” 제4조 제7항에서 내려지고 있다. 이 법률은 1997년 제정된 유럽공동체의 입법지침(97/80/EG)을 국내법으로 전환한 것이다.

412) 여기서 유럽법이란 유럽연합 차원의 법률(입법지침과 시행법)과 유럽법원의 판례를 의미한다.

413) 이에 관해서는 Schaub, ArbR-Handb, § 165 Rn. 27.

414) 찬성하는 견해로는 Soergel/Raab, § 611a Rn. 74; KR/Pfeiffer, § 611a BGB Rn. 127. 반대하는 견해로는 MünchKomm/Müller-Glöge, § 611a Rn. 41; Erman/Hanau, § 611a Rn. 18.

415) 참고로 ErfK/Schlachter, § 611a BGB Rn. 31.

을 전제로 한 것인 때는 그와 같은 차별적 조치가 계약위반 또는 인격권침해와 같이 청구권의 기초를 충족하는 경우에만 손해배상청구권을 발생시킬 뿐이다.<sup>417)</sup> 동일임금에 관한 제612조 제3항을 위반하는 임금의 약정도 독일 민법 제134조에 의하여 무효가 되며, 차별을 받은 자는 동일한 임금에 대한 청구권을 가지지만 손해배상청구권을 가지는 것은 아니라고 해석된다.<sup>418)</sup>

남녀의 균등대우원칙에 관한 규정은 그 적용대상을 명시적으로 근로관계로 한정하고 있다. 따라서 이 규정이 유사근로자에 대해서도 적용될 수 있는가에 관해서는 논란이 있다. 일부의 견해에 의하면 유사근로자는 자영인이므로 채용 또는 승진절차가 일반적으로 존재하지 않으며 또한 유사근로자는 기업의 임금 내지 급료의 체계에 편입되어 있지 않다는 점에서 한 이 규정의 적용은 의미가 없다고 본다.<sup>419)</sup> 다른 견해에 의하면 이 규정을 유사근로자에 대하여 적용하는 것이 헌법 내지 입법지침에 부합하는 해석이라고 본다.<sup>420)</sup> 왜냐하면 유럽공동체 입법지침 76/207/EWG(이는 독일 민법 제611조의 a를 통하여 반영되었다)의 제3조 제1항은 근로자가 아닌 모든 취업형태를 적용대상에 포함시키고 있다.<sup>421)</sup> 또한 동등임금의 원칙은 독일 기본법 제3조 제3항에 의한 균등대우원칙의 구체화이므로 이를 자유고용계약(유사근로자의 법률관계)에 대하여 적용하지 않는 것은 정당하지 않기 때문에 독일 민법 제612조 제3항을 유사근로자에게 유추적용하는 것은 헌법합치적 해석이라고 볼 수 있다. 더욱이 이는 유럽공동체조약 제119조 및 유럽연합조약 제141조 그리고 입법지침(75/117/EWG)의 내용과도 부합되는 것이라고 해석된다.<sup>422)</sup>

416) MünchKomm/Müller-Glöge, § 611a Rn. 43.

417) ErfK/Schlachter, § 611a BGB Rn. 31.

418) ErfK/Schlachter, § 611a BGB Rn. 68.

419) Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 157, 160.

420) Staudinger/Richardi/Annauß, § 611a Rn. 24, § 612 Rn. 202.

421) EuGH (1997.10.2) NZA 1997, S. 1221; Ermann/Hanau, § 611a Rn. 3.

422) Erman/Hanau, § 612 Rn. 27; Soergel/Raab, § 612 Rn. 48; MünchKomm/Schaub, § 612 Rn. 243.

## 제5장

### 우리나라의 특수형태고용 사례

#### 제1절 서설

우리나라에서도 산업구조가 고도화되면서 근로자 여부가 문제되는 이른바 한계영역 취업자의 근로자성에 관한 분쟁이 점점 증가하고 있다. 대부분의 취업활동의 경우 근로자 또는 개인 사업자의 구별은 크게 문제되지 않는다. 그렇지만 예를 들어 전기·가스·수도계량기 검침원, 시청료징수원 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 있는 것이다. 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 법 형식적으로는 이들이 자영사업자이기 때문에 사용자는 이들에 대하여 노동법 내지 사회보험법상의 부담을 안지 않는다는 장점이 활용되고 있는 것이다.<sup>423)</sup> 이러한 직업군에 속하는 자들은 유럽 등에서 이미 外觀自營

人(Scheinselbständige), 새로운 유형의 자영업자(neue Selbständige) 또는 유사사업자(quasi-self-employed) 내지 유사근로자(quasiemployee) 등으로 표현되면서 그 법적 지위가 검토되고 있다.<sup>423)</sup> 이와 같은 문제가 노동법의 현안으로 등장하면서 객관적인 업무실태를 보면 근로자로 볼 수 없지만 그 경제적 종속성과 그에 따른 사회적 보호필요성이 요청되는 이른바 근로자형 자영업인도 적지 않게 등장하고 있다. 따라서 이와 같은 범주에 속하는 자에 대한 노동법적 보호의 문제가 중요한 논의주제가 되어 왔다. 우리나라도 예외가 아니어서 특수형태고용 또는 특수고용형태종사자 등의 이름으로 이 범주에 속하는 사례에 대한 논의가 행해지고 있다. 그런데 문제는 이 사례에 속하는 집단이 과연 어디까지 근로자이고 어디부터 자영업인가 하는 점이 판례와 학설에서 분명하지 않다는 점이다. 유사근로자의 문제가 의미를 갖기 위해서는 우선 근로자와 자영업인의 경계가 명백히 확정되어야 한다. 그렇지 않으면 그 경계선상에 있는 다수의 취업자가 근로자성이 불분명하다는 이유로 일률적으로 유사근로자에 편입시켜 다루는 편법이 발생할 수도 있기 때문이다. 이는 유사근로자의 제도가 추구하는 목적이 아님은 분명하다.

이하에서는 근로자 개념이 다투어졌던 대표적인 사례를 정하여 그 사실관계와 법원의 판단 그리고 그 판단의 문제점과 노동법상의 과제라는 항목으로 검토한다.

423) 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.

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

## 제2절 구체적인 사례

### I. 골프장 경기보조원

#### 1. 골프장 경기보조원의 사실관계<sup>425)</sup>

골프장을 운영하는 회사는 내장객의 골프경기를 보조하기 위한 인력(경기보조원, 캐디)을 골프장 내에 두는데 이를 위하여 회사는 이른바 캐디마스터라는 정식 직원을 두어 이 인력의 충원 및 관리를 관장하도록 하고 있다. 캐디마스터는 경기보조원이 부족하게 되면 통상적으로 캐디양성학원에 캐디의 알선을 의뢰하여 학원의 소개로 지원자를 모집한다. 지원자는 이력서와 주민등록등본을 제출하고, 캐디마스터와의 면접을 거쳐 선발되며, 선발된 캐디에 대해서는 대체로 2주 내지 1개월에 걸쳐 회사의 직원으로부터 골프장의 코스와 코스의 보호를 위한 조치 내용, 내장객에 대한 예의 등 경기보조업무의 실무교육을 이수하고 경기보조원으로서 정식으로 근무한다.

경기보조원의 구체적인 업무 내용은 골프경기가 있는 날에 출근하여 보조원의 배치를 요청한 특정 내장객과 한 조를 이루어 경기를 보조하는 것인데, 대체로 캐디마스터에 의하여 정해지거나 또는 내부적으로 정해진 순번에 따라 배치가 이루어지며, 골프경기에서 주된 임무는 골프장의 특성을 조언하고 내장객의 골프가방을 운반하며, 내장객의 요구에 따라 골프채를 꺼내주고, 숲에 들어간 공을 찾거나 흠에 더럽혀진

---

425) 사실관계는 서울행판 2001.8.21, 2000구30598; 2001.9.4, 2001구6783; 2001.11.2, 2001구20079; 2002.1.17, 2001구199322003.1.10, 2002구합20886의 판결을 참고하여 작성한 것으로 각 사건의 사실관계에는 본질적인 차이가 없다는 점에서 골프장 경기보조원의 법률관계의 실태는 거의 정형성을 가지고 있다고 볼 수 있다. 이 점은 1990년대의 사안과 다소 구별되는 점이다 그밖에 김영문, 『특수형태근로종사자의 근로자성판단에 관한 법사실적 고찰』, 『안암법학』, 제18호, 113쪽 참고.

공을 청소하며, 경기 중 발생하는 잔디 파손부분을 손질하거나 벙커의 흔적을 지우는 일이다.

경기보조원에 대하여 회사는 별도의 출퇴근시간을 정하고 있지 않으며, 보조원은 경기보조업무가 끝난 후 골프장을 이탈할 수 있고, 그에 대해 회사에 별도로 출퇴근 여부를 보고하지 않는다. 그런데 경기보조원이 경기보조업무를 게을리 하거나 정해진 순번을 준수하지 못한 경우 그리고 회사가 정하거나 자율적으로 정한 ‘경기운영질서’를 위반한 경우에는 이른바 자율근무규정에 따른 이른바 ‘자율적’ 제재를 받게 되는데 그 제재 내용은 일반적으로 파손된 잔디의 손질, 시말서 작성, 경고, 순번 조정 및 경기배정상의 불이익 또는 심지어 재적처분까지 다양하게 규율되어 있다.

경기보조원은 경기보조업무를 수행한 대가로 경기 종료 후 내장객으로부터 캐디피라는 이름으로 경기당 소정의 봉사료를 지급받는데, 이 캐디피는 회사가 그 액수를 정하고, 이를 내장객에게 공고한다. 이에 따라 경기보조원은 캐디피를 소정액 이상으로 초과하여 받지 못하도록 한다.

또한 회사는 경기보조원을 근로자로 신고하지 않기 때문에 근로소득세를 원천징수하지 않으며, 사회보험 기여금(보험료)의 납부도 하지 않는다.

## 2. 법원의 근로자성 판단

a) 법원은 1996년 이전까지는 골프장 경기보조원의 법적 지위를 다소 사안마다 상이하게 판단하여 왔으나, 1996년 대법원이 그의 근로자성을 부인한 이후로<sup>426)</sup> 일관된 태도를 견지하고 있다.<sup>427)</sup> 그에 의하면 골프장 회사(이하 회사)와 경기보조원 사이에는 i) 근로계약이나 고용계약 등 어떠한 형태의 노무공급계약관계도 없다는 점, ii) 경기보조원의 업무는 내장객의 의무사항이지 회사의 서비스업무가 아니라는 점, iii) 회사

426) 대판 1996.7.30, 95누13432.

427) 자세한 판례 번호는 앞의 주를 참고

는 경기보조원에 대하여 그 어떠한 반대급부 의무를 부담하지 아니하며, 휴업수당을 지급하지 않는다는 점, iv) 업무수행 과정상 회사는 구체적 인 지휘감독권을 행사하지 않으며, 캐디마스터의 행위는 회사 운영상의 최소한의 질서유지 행위라는 점, v) 경기보조원에 대해서 취업규칙의 적용 등 사업편입 행위가 없으며, 경기보조원의 자율적 근무수칙만이 적용되고 있다는 점 그 밖에 vi) 회사는 세법 내지는 사회보험법상의 의무를 부담하지 않는다는 점을 이유로 경기보조원의 근로자성은 인정될 수 없다고 본다. 반면에 지금은 더 이상 주장되고 있지 않지만 1993년 대법원이 경기보조원의 (당시) 노동조합법상의 근로자성을 인정한 판례를 보면,<sup>428)</sup> i) 회사직원(캐디마스터)의 지휘감독행위를 적극적으로 인정하여 그가 경기보조원의 출근시간을 지정하거나 지정하도록 하는 것과 새벽 근무를 요구하는 것, 경우에 따라서 휴장일임에도 출근하여 잔디를 보수하게 하는 것은 경기보조원이 회사의 지휘감독을 받는다는 점을 인정하게 할 수 있고, 경기보조원의 수입에 직접적인 영향을 주는 근무와 배치의 제재는 징계로서의 성격을 가지며, iii) 내장객이 지급하는 캐디피는 회사에 의하여 그 지급이 위임된 것에 지나지 않으며 그 실질은 회사의 반대급부 의무이며, iv) 그 밖에 겸업불가나 매일 출근 등의 전속성 요소는 근로관계의 인정 요소가 된다고 보았다.

b) 경기보조원의 근로자성을 부인하는 최근의 경향에 의하면 회사와 내장객 그리고 경기보조원의 3자관계를 다음과 같이 이해한다. 우선 회사와 내장객 사이에는 골프장 이용에 관한 이른바 시설이용계약이 체결된다. 그 대가로서 회사는 소정의 이용료를 받는다. 경기보조원과 내장객은 각각 독자적인 사업주체로서 경기보조업무를 목적으로 하는 별도의 노무공급계약을 체결한다. 회사는 이와 같은 내장객과 경기보조원의 거래의 편의를 위하여 일정수의 보조원을 확보해 두고 일정한 순번을 정해준 다음 그 순번에 따라 보조원을 배치함으로써 내장객과 보조원 사이의 노무공급관계를 알선 내지 중개해 주는 역할을 수행한다는 것이다.<sup>429)</sup> 이와 같이 3당사자의 법률관계로 볼 때 회사는 경기보조원과

428) 대판 1993.5.25, 90누1731.

429) 김영문, 앞의 글, 133쪽 이하 참고.

직접적인 법률관계가 없으며, 노무제공의 법률관계는 오로지 경기보조원과 내장객 사이에만 존재하게 된다. 회사는 노동법적 관점에서 2선으로 물러나게 된다.

### 3. 판례의 문제점과 노동법적 과제

a) 우선 판례와 같이 3당사자의 법률관계를 이해하는 것은 경기보조원의 노무제공의 실태와 부합하지 않는다는 지적이 있다.<sup>430)</sup> 그에 의하면 판례의 3당사자관계의 판단은 경기보조원의 노무제공이 회사의 이익 창출 및 골프장 운영에 필수불가결한 요소라는 경기보조원 활동의 본질이 고려되지 않고 있다고 본다. 근로자성의 본질적 요건인 사용종속관계의 중요한 판단 표지의 하나는 해당 노무의 내용이 기업 운영상 불가결한 요소인가 하는 점인데, 경기보조원의 업무는 실태적으로나 관념적으로 그에 해당된다는 것이다.<sup>431)</sup> 다음으로 경기보조원의 업무수행 중에 발생하는 책임 문제에 대한 법적 해결 모습도 사용종속관계의 소재를 파악하는 중요한 판단기준이라는 전제하에 그 실태를 보면 내장객과 경기보조원 사이에 노무공급계약관계를 인정하게 되면 예컨대 경기보조원의 부주의로 내장객이 부상을 입는다는든가, 반대로 내장객의 부주의로 경기보조원이 부상을 입는 것은 양 당사자의 내부 문제로서 법적 해결방안이 주어지게 된다. 예컨대, 보조원이 내장객의 근로자인 경우 우선 전자의 경우에는 보조원의 '책임제한'이 발생하게 되고 후자의 경우에는 재해보상책임 또는 위험책임 문제가 발생하게 될 것이다. 그런데 실태를 보면 회사는 보조원을 위하여 상해보험 서비스를 제공하고 내장객을 위하여 회사가 전액 책임을 부담하고 있는바 이는 알선 내지 중개인으로서의 책임부담 범위를 넘어서는 것으로서 오히려 회사의 사용자성을 징표하는 것이다.<sup>432)</sup> 따라서 이와 같은 사실관계를 경기보조원의 근로자성 판단의 기초로서 적용하지 않는 것은 심리미진 내지 법리오해의 중

430) 김영문, 앞의 글, 136쪽 이하, 특히 144쪽 이하.

431) 김영문, 앞의 글 145쪽.

432) 김영문, 앞의 글 146쪽.

대한 잘못이 있는 것이며 3자관계의 본질을 과도하게 의제한 것이라는 지적을 면할 수 없을 것이다.

b) 그런데 만약 판례의 견해대로 3자간 법률관계가 인정되는 경우에도 다음과 같은 법률 문제가 발생한다. 회사가 경기보조원과 내장객의 노무공급계약을 알선·중개하는 것이라면 그 실태상 경기보조원의 법적 지위는 내장객에 대한 일용직 근로자의 성격을 가지게 되는데 과연 회사는 그와 같은 근로자의 직업소개에 관한 권한을 가지고 있는가 하는 점이다. 직업안정법상 직업소개를 위해서는 제18조 및 제19조에 의하여 소정의 요건을 충족하여야 하는데 골프장 회사는 이와 같은 요건을 충족하고 있는가? 그렇지 않으면 근로자 공급사업의 실질을 가지는 바 근로자 공급사업의 요건을 충족하고 있는가(직업안정법 제33조) 하는 점이 지적될 수 있을 것이다. 또한 회사가 경기보조원에 대하여 경기보조업무를 알선하는 제3자적 지위에 있다 하더라도 현실적으로 캐디피의 결정권한을 가지고 있고, 경기보조원의 업무 내용을 현실적으로 결정하고 있으며 업무수행상의 관리지침을 경기운영규칙이라는 형식으로 실시하고 있다면 경기보조원의 근로조건을 실질적으로 결정하는 권한을 가지고 있으므로 경기보조원의 단체교섭의 상대방으로서의 지위를 인정해야 할 것이다. 그렇지 않다면 경기보조원은 현실적으로 노무제공을 목적으로 법률관계를 갖는 근로자임에도 불구하고 자신의 취업조건의 개선을 위한 근로3권을 행사할 수 없다는 한계를 갖게 된다. 이는 우리 헌법의 기본권보장질서에 부합되지 않는 결과를 초래한다.<sup>433)</sup>

c) 골프장 경기보조원의 노동법적 지위와 관련하여 그의 근로자성이 부인될 경우 유사근로자성의 준부를 판단할 수 있다. 그런데 유사근로자성 또한 적어도 노무공급의 계약관계를 전제로 한다는 점에서 경기보조원과 회사 사이에 일체의 계약관계가 부인된다면 유사근로자성을 인정하는 것 또한 원칙적으로 불가능하게 될 것이다. 유사근로자성의 인정을 위해서는 당사자간에 근로계약이 아니라도 자영인으로서의 법

433) 이와 같은 관점에서 비록 근로계약관계가 없더라도 근로조건의 실질적 지배력이 있는 자를 단체교섭의 상대방으로 인정할 수 있다는 이론적 기초에 관해서는 김형배, 『노동법』, 910쪽 이하 참고.

를관계를 전제로 하기 때문이다. 반면에 만약 회사가 거래관계의 알선과 중개자로서의 지위로서 제2선으로 물러나길 원한다면 거래관계의 내용을 결정하는 일체의 행위는 아무런 權原 없이 행하는 것이며, 적어도 경기보조원과 내장객의 자유로운 계약관계의 형성이 보장되어야 한다. 그런데 회사가 경기보조원의 알선·중개의 독점권을 가지고 있다면 그리고 개별적 취업조건을 결정한다면 경기보조원은 회사에 대하여 경제적 종속성을 가지고 있는 것이라고 볼 수 있다. 다시 말해서 경제적 종속성의 관점에서는 회사는 경기보조원의 사회적 보호의 책임주체로 등장하게 된다. 이 경우에 적어도 경기보조원의 노동조합과 회사는 단체교섭의 당사자로서 경기보조원의 취업조건을 형성할 수 있다고 보아야 할 것이다.

## II. 학습지교사의 근로자성

### 1. 학습지교사의 사실관계

일반적으로 학습지교사라고 지칭되는 교육상담교사(이하 상담교사)는 학습지회사(이하 회사)와 이른바 업무위탁계약을 체결하여 회사가 학습지의 회원으로 모집한 학생의 학습 진행에 관련된 교육상담, 학습 교재의 전달 등과 같은 회원의 유지와 관리에 수반되는 업무를 수행하고, 또한 신규 회원의 입회를 위한 상담과 소개 등 회원 모집을 위한 업무와 입회비 내지 월회비를 수급하는 업무를 이른바 ‘위탁업무’라는 이름으로 수행한다.<sup>434)</sup>

상담교사에 대해서는 채용, 승진, 인사, 근무시간, 보수 및 징계와 관련된 일반 취업규칙이 아니라 ‘상담교사관리규정(이하 관리규정)’을 적용한다. 일반 취업규칙은 통상 직원이라 불리는 일반사원과 기능사원에 대해서만 적용된다. 관리규정은 직원에 대하여 적용되는 취업규칙과는 달리 출퇴근 시간이나 업무수행을 위한 구체적인 시간이 정해져 있지

434) 사실관계에 대해서는 대판 1996.4.26, 95다20348; 윤애립, 『특수고용노동자의 근로자성과 입법의 방향』, 『민주법학』, 제23호, 2003, 319쪽 이하 참고.

않고 인사규정과 관련해서도 채용 자격이나 기준 그리고 결격사유에 관한 규제가 일반 직원과는 달리 규정되어 있을 뿐만 아니라 계약체결 관련 서류에는 직원에게 요구되지 않는 ‘사업계획서’와 ‘재산세납입증명서’가 포함되어 있다. 상담교사는 경쟁업체에서의 근무가 제한되어 있을 뿐 다른 업종에서의 근무나 자신 명의의 영업활동을 제한받지 아니하며 회사의 복무질서 위반행위에 대한 징계규정이 적용되지 않고 다만 관리규정상의 사유에 의하여 위탁계약을 해지할 수 있는 해촉사유만이 규정되어 있다.

상담교사의 구체적인 업무수행 모습을 보면 상담교사는 회사의 지역별로 구성된 하부조직으로서 각 지국별로 배치되어 매일(?) 조회나 교육을 통하여 회사로부터 위탁업무의 실적 향상을 위한 지침을 받으며, 회원모집 내용이나 상담지도 결과 등을 보고하고 ‘업무일지’를 작성하여 지국 대표의 결재를 받는다. 또한 회사가 정한 규정이나 내규 및 회사가 지시하는 사항을 성실히 준수하도록 관리규정은 규정하고 있다. 그렇지만 그 밖의 업무의 내용, 수행방법 및 시간에 대한 구체적이고 직접적인 지휘감독을 받고 있지 않다.

상담교사의 보수는 신규 회원의 증감 및 월회비의 수금 실적에 따라 결정되는 수수료로 정해진다. 이 수수료 소득에 대해서 상담교사 각자는 사업자등록에 따라 사업소득세를 납부하며, 근로소득세납부대상이 아니며 기타 사회보험에 대한 직장가입자격을 갖고 있지 않다.

## 2. 법원의 근로자성 판단

대법원의 판례에 의하면 상담교사와 회사 사이에 체결된 업무위탁계약은 근로계약이 아니다. 업무위탁계약에서도 채용을 위한 모집 및 기타 선발행위가 가능하다. 구체적인 업무수행 과정에서 회사의 관리규정 준수 의무와 지국과의 관계에서 업무지휘감독관계에 있는 것은 인정되지만 이는 위탁업무의 원활한 수행을 위한 최소한의 지시(?)로서 업무위탁계약의 의무이행 과정의 일환으로 이루어진 것이므로 그로부터 구체적이고 직접적인 지휘감독 여부가 인정되는 것은 아니다. 상담교사가

수령하는 수수료는 근로의 내용이나 시간과 관계없이 신규 회원의 증가나 월회비의 수금 실적 등 위탁업무의 이행실적에 의하여 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이므로 종속적인 관계에서 근로제공의 대가로서의 임금으로 보기 어려우며, 업무수행시간의 정함이 없다는 점에서 사용종속성의 인정이 어렵다. 또한 상담교사가 근로소득세가 아닌 자유직업소득세를 납부한 것은 사업자등록에 따라 위탁업무를 수행한 데 따른 당연한 결과이지 편법적 노무관리를 위한 수단으로 보기 어렵다는 등의 이유로 회사와 상담교사 사이에는 사용종속관계에 기초한 근로계약관계가 체결된 것이 아니라 상담교사의 독립사업자성에 기초한 업무위탁계약이 체결된 데 지나지 않는다고 한다.

### 3. 판례의 문제점과 노동법적 문제

a) 판례에 의하면 상담교사와 회사 사이에 체결된 계약의 법적 성질은 사용종속관계가 인정되지 않으므로 근로계약관계가 아니며 따라서 위임계약에 기초한 업무위탁계약이다. 그러나 이와 같은 판단에 대해서는 다음과 같은 의문이 있다. 우리 대법원은 근로자성의 존부는 당사자가 합의한 계약의 형식적인 표현에 관계없이 그 실질적인 관계에서 볼 때 노무제공자가 사용종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단된다고 본다. 그런데 이와 같이 사용종속관계를 판단함에 있어서는 개별적인 사안에 따라 다시금 전속관계 여부, 근무에 대한 응낙 또는 거부의 자유의 유무, 근무시간과 장소의 지정여부, 노무제공의 대체성, 업무수행 과정상의 구체적 지휘감독의 요소, 비품, 원자재, 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격 등 여러 개별적인 판단요소를 종합적으로 판단한다. 종합적인 고려에서 특히 중요한 것은 어느 특정의 요소가 절대적인 기준적 의미를 갖는다는 것은 아니며 또한 이 요소들을 모두 갖추어야 한다는 것을 의미하는 것도 아니라는 점이다. 이러한 관점은 앞서 설명한 유형적 방법론에 다름 아니다.<sup>435)</sup>

435) 유형적 방법론의 법이론적 근거에 관해서는 Larenz, Methodenlehre, S. 357 ff. 및 앞의 제2장 I 을 참고; 근로자 개념에 관한 우리 판례의 유형적 방법론을

b) 그런데 우리 판례는 유형적 방법론을 외형적으로 사용하면서도 실제로는 개념적 방법론에 따라 근로자성을 판단하는 불일치를 노정하고 있다. 예컨대, 일반 직원에게 취업규칙을 적용하면서 상담교사에게는 관리규정을 적용하는 것이 과연 근로자성의 결정에 중요한 판단기준이 될 수 있는가? 취업규칙을 계약으로 이해하는 현행의 대법원 판례 및 다수설의 견해에 의하면 그 명칭에 상관없이 사용자가 일방적으로 작성하는 실질을 갖추는 한 하나의 사업에 그 적용대상을 달리하는 다수의 복수의 취업규칙이 존재할 수 있음은 물론이다. 그리고 그 내용은 각 직종마다 업무마다 각각의 구체적 특성에 맞게 내용적인 차별성을 가질 수 있는 것이다. 중요한 것은 그것이 해당 업무에 있어서 사용자의 업무지휘명령 내지 감독의 필요에 상응하여 작성된 것인가, 그리고 노무제공자는 그에 따라야 할 의무가 있는가, 또한 그와 같은 관리규정의 적용의 결과 노무제공자는 자신의 직업상의 자유를 행사할 수 있는 여지를 제한받고 있는가 하는 점이 될 것이다. 그런데 이 점은 특히 상담교사가 자신이 배치된 각 지국에 매일 출석하여 조회에 참석하고 업무실적의 향상을 위한 교육과 관련지침을 하달받으며, ‘업무일지’를 작성하고 결재를 받아야 할 의무를 부담한다면 상담교사에 대한 업무지휘명령권이 없다고 볼 근거가 있는지 의문이다. 이와 같은 정도의 구속성은 상담교사의 직업적 자유(이는 별도의 영업활동의 자유로 이해될 수 있다)의 행사를 제한하는 요소로 볼 수 있기 때문이다. 비교하여 설명하자면 예컨대, 회사에 1주일에 한 번 정도 출석하여 업무실적에 관한 보고와 정보의 교류를 수행하는 경우에는 상담교사의 직업상의 자유는 보장된다고 볼 수 있다. 그러나 매일 그와 같은 목적으로 출석하고 업무일지를 작성하는 경우에는 근로자성이 강하게 인정된다는 독일의 판례가 참고될 것이다.<sup>436)</sup> 다른 한편으로 업무의 특성상 근로시간의 정함이 없다는 것은 근로자성을 부인하는 이유가 될 수 없음은 근로기준법 제56조 제1항과 제3항을 통해서도 알 수 있다. 그와 같은 경우에는 사용자와 근로자대표의 서면합의로 정한 시간을 근로한 것으로 볼

인정한 견해로는 김영문, 앞의 글, 116쪽.

436) 이에 관해서는 앞의 제3장 IV, V를 참고.

뿐이다. 따라서 근로시간의 정함이 없음을 근로자성 부인의 근거로 삼는 것은 성급한 판단이다. 이와 같은 문제는 세법 관계에서도 나타난다. 세법상 근로소득세가 아닌 사업소득세를 부담하는 것은 어떠한 직군으로 신고하였는가에 따른 단순한 법률효과적 측면에 지나지 않는 것이므로 이를 법률요건의 차원에서 판단하는 것은 타당하지 않기 때문이다.

c) 일반적으로 근로자성은 업무의 종류와 내용으로부터 곧바로 도출되어지는 것은 아니다. 왜냐하면 어떤 업무도 원칙적으로 근로계약에 의해서든 위임 기타 자유노무공급계약에 의해서든 가능하기 때문이다. 근로관계 여부를 판단하는 기준은 실제 노무수행 과정에서 사용자에게 대한 사용종속관계가 발생하는가 하는 점에 있다. 따라서 회사는 상담교사와 근로계약을 체결할 수도 있고 업무위탁계약이라는 형태로 위임계약을 체결할 수도 있다. 중요한 것은 그 형식이나 표현이 아니라 실제 업무수행상의 객관적 실태이다. 따라서 대법원이 개별적 실태를 종합적으로 고려하여 상담교사와 회사에 위임계약이 체결된 것으로 볼 수도 있다. 그런데 학습지교사의 법률관계를 업무위탁관계로 보더라도 경우에 따라서는 상담교사의 회사에 대한 경제적 종속성이 인정될 수 있다. 예컨대, 상담교사가 독립사업자라는 법적 지위에도 불구하고 영업활동에 일정한 제한이 가해짐으로써 시장에서 위험과 동시에 영업기회를 갖지 못한다면, 그리고 특정 회사와의 계약관계가 재정적 측면이나 취업시간적 측면에서 자신의 생계활동의 주된 부분을 이루는 경우에는 그와 같은 경제적 종속성이 인정될 수 있다. 특히 업무지침 등의 형태로 상담교사의 겸업을 금지하는 규정은 경제적 종속성을 강력하게 징표하는 것으로 볼 수 있다.<sup>437)</sup> 그리고 상담교사는 자신의 업무수행에 있어서 근로자를 별도로 채용하여 업무를 대체할 수 있는 것도 아니며 별도의 사업조직을 가지고 있는 것이 아니어서 회사에 대한 전속성이 인정될 수 있다. 따라서 근로자와 유사한 정도의 사회적 보호필요성이 인정될 수 있다. 독일의 경우를 예로 들면 이와 같은 유사근로자의 요건을 갖추게 되면 우선 단체협약법상의 협약당사자의 지위가 인정되어 근로3권을 가진다. 협약 자율을 통하여 자신들의 취업조건을 집단적 자치

437) 윤애림, 앞의 글, 323면 주 3) 참고.

의 방법으로 규율하는 것이다. 이 점은 우리나라의 노동법의 일반적 체계와는 배치되는 것이다. 예컨대, 상담교사가 노동조합을 조직하여 회사와 단체협약 유사의 협약을 체결하였다 하더라도 상담교사의 노동조합 법상의 근로자성이 인정되지 않는 이상 위 노동조합은 단체협약법상의 노동조합이 아니므로 당사자 사이의 협약도 사법상의 계약에 지나지 않게 된다.

### Ⅲ. 보험모집인의 법률관계

#### 1. 보험모집인의 사실관계

보험모집인은 보험상품을 소개하고 일반인에게 보험가입을 권유하고 보험사업자(이하 회사)를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자이다(보험업법 제2조 제3항 참조). 따라서 보험모집인은 보험사업자를 대리하여 보험계약을 체결하는 보험대리상(Versicherungsvertreter)과는 구별된다. 보험업법에 의하면 보험모집인은 자신이 소속된 보험사업자 이외의 보험자를 위해서는 고객을 모집하지 못한다(제148조 제2항). 따라서 일반적으로 1회사 전속적 대리상과 같은 외양을 갖는다.<sup>438)</sup>

보험모집인은 회사와 위촉계약이라는 계약형식을 가지고, 통상 일반 직원에 적용되는 것과는 다른 보수규정과 기준에 의하여 이른바 보험계약의 성사에 따른 수수료의 형태로 보수를 지급받는다. 보수는 보험모집 실적에 따라 각종 수당이 차등적으로 지급된다. 보험모집인에 대해서는 취업규칙상의 징계에 관한 규정을 적용하지 않고 해촉규정만을 두어 “특별한 사유 없이 장기간 회사가 정한 표준활동을 실천하지 않거나, 일정기준 미만으로 실적이 불량한 경우”와 “정당한 사유 없이 회사의 정당한 지시에 불복한 경우” 등의 사유가 있는 경우에 회사는 보험모집인을 해촉할 수 있다고 정하고 있다.

보험모집인은 통상 월요일부터 금요일까지 조퇴와 석회시간에 소속된 회사의 영업소에서 보험상품 등에 관한 교육을 받고 보험계약 실적

438) 강희원·김영문, 『근로자개념과 계약의 자유』, 354쪽 참고.

을 확인받으며, 독립사업자로 신고되어 있으므로 사업소득세가 원천징수되며, 사회보험의 적용대상에서 제외되어 있다.

## 2. 법원의 근로자성 판단

대법원은 다음과 같은 이유에서 보험모집인의 근로자성을 부인하고 있다.<sup>439)</sup> 우선 보험모집인에 대하여는 사원 및 별정직 직원에 대한 인사규정과는 별도로 이른바 ‘외무원규정’을 두고 있고 회사의 보험모집인은 위 규정에 따라 위임·위촉계약에 의하여 그 업무를 위촉받도록 되어 있다. 보험모집인의 보수에 관하여서도 피고 회사의 직원에 대한 보수규정과는 별도로 외무사원지급규정, 일반외무원제수당지급규정, 일반외무원단체보험수당지급규정을 두고 이에 따라서 그 보수를 산정하며, 회사의 직원이 매월 일정한 고정급과 상여금을 지급받고 있는 데 반하여 보험모집인은 회사로부터 부여받은 보험모집책임액과 그 실적에 따라 일정 비율의 제 수당을 지급받았을 뿐이고 기본급이나 고정급의 임금이 따로 정해져 있지 않다. 회사의 직원은 배속된 부서에서 출퇴근 시간을 지키고 엄격한 통제를 받음에 반하여 보험모집인은 출퇴근사항이나 활동구역 등에 특별한 제한을 받지 않고 또한 보험가입의 권유나 모집, 수금업무 등을 수행함에 있어서 회사로부터 직접적이고 구체적인 지휘감독을 받지 않고 각자의 재량과 능력에 따라 업무를 처리하여 왔다. 보험모집인이 참석하는 조회나 석회는 출석의무가 부과된 자리가 아니며 이는 회사가 업무위탁자의 지위에서 보험상품의 내용이나 판매기법 등을 전수하고 실적을 확인하는 자리로서 보험모집인의 업무실적의 향상을 위한 교육과 최소한의 지시에 불과하다. 또한 보험모집인은 보험업법에 의하여 동일 업종에 대한 겸업이 금지되어 있을 뿐 다른 영업에 종사할 수 있는 가능성을 가지고 있으며, 제3자를 이용하여 업무를 수행할 수 있는 가능성이 있으므로 업무대체성이 있다. 그 밖에 세법 및 사회보험법상의 실태도 자영인에 부합된다.

439) 대판 1990.5.22, 88다카28112; 대판 2000.1.28, 98두9219.

### 3. 판례의 문제점과 노동법적 과제

a) 보험모집인의 판례의 경향도 앞선 다른 사례와 마찬가지로 문제점이 없지 않다. 우선 보험모집인과 체결한 위촉계약이라는 형태는 근로자성의 판단에 아무런 영향을 주지 않는다. 보험모집인에 대해서는 일반 직원에 대하여 적용되는 취업규칙과 보수규정이 직접 적용되지 아니하고 별도의(그 정도가 미미할 수도 있는) 해촉규정 및 보수규정이 적용된다는 점도 그 자체로서 근로자성의 부인 요소가 아니다. 중요한 것은 그 내용이 보험모집인의 사용종속성을 인정할 수 있는 실태를 징표하는 사항을 갖추고 있는가 하는 점이다. 그리고 세법 및 사회보험법상의 관계도 근로자성을 부인하는 근거로 인용될 수 없다. 보험모집인의 경우는 제3자를 이용한 업무대체성이 가능하다는 점에서 앞의 사례와 구별될 수 있다. 그렇지만 매일 일정한 시간에 행해지는 조회와 석회에 대한 참석이 의무 없이 회사와 보험모집인의 편의를 위해서 호의적으로 진행되는 것이라고 보는 것은 매우 안이한 판단이라 하지 않을 수 없다. 실제로 보험모집인에게 그와 같은 조회와 석회가 어떠한 의미를 갖는지에 대한 판단이 전제되어야 하기 때문이다. 경우에 따라서는 조회와 석회는 보험모집인의 출퇴근 통제기능과 업무수행상의 간접적 지휘감독기제로 이해될 수도 있다. 또한 동일 업종의 겸업금지외의 겸업이 허용된다는 점은 일반 근로자에 대해서도 이른바 부업의 형태로 가능한 것이므로 이를 자영인의 표지로 삼는 것도 부적절하다. 보수의 성격은 그 자체로서 근로자성 판단의 중요 기준이 될 수 없다. 성과급 내지 도급제의 임금지급방식도 근로자에게 가능하며 오히려 회사가 우월적 지위에 의하여 일방적으로 그 지급방식을 결정한 경우에는 그것만으로 보수의 근로대상성이 부인될 수 없기 때문이다.

b) 보험모집인의 업무수행은 고용, 도급, 위임 중 어느 것이나 또는 그 혼합계약적 기초에 따라 가능하다. 문제는 사용종속관계가 어떠한 관점에서 인정되거나 부인될 수 있는가 하는 점이다. 회사는 근로관계를 기초로 또는 자영사업자관계를 기초로 보험모집인의 업무내용을 형성할 수 있다. 다만, 이 경우에 자영사업자관계를 원한다면 그에 상응

하는 법률관계의 내용이 객관적으로 형성되어야 한다. 보험모집인이 객관적으로 자유롭게 자신의 업무시간과 장소를 결정할 수 있도록 영업소에 대한 출석 빈도가 최소화되어야 하는데 매일 일정한 시간을 정하여 회사에의 출석이 직·간접으로 강제된다면<sup>440)</sup> 그와 같은 자영인으로서의 특성은 더 이상은 존재하지 않을 수 있다. 따라서 사용종속관계의 모습은 실질적으로 보험모집인이 자신의 권한으로 업무시간과 장소 그리고 방법을 자유롭게 결정할 수 있는가 하는 관점에서 판단되어야 할 것이다. 예컨대, 보험모집인이 일주일에 한 번 영업소에 출석하여 그간의 업무 내용을 보고하거나 설명하는 것은 자영인이라 하더라도 허용될 수 있는 최소한의 회사의 개입이라고 볼 수 있을 것이다.

c) 보험모집인의 법률관계가 근로관계가 아니라 자영인관계라 하더라도 동종 업무에 대한 겸업금지로 인하여 회사에 대한 경제적 종속성을 더욱 강화하는 결과를 가져올 수 있다. 그 밖에 보험모집인의 구체적 실태를 따져 이 경우에도 근로자에 비견되는 사회적 보호필요성이 인정될 가능성이 있다. 따라서 이와 같은 경우에는 역시 ‘유사근로자’의 관점에서 노동법적 보호문제가 등장하게 된다.

#### IV. 건설운송종사자, 레미콘운송차주의 근로자성

##### 1. 사실관계<sup>441)</sup>

레미콘의 제조 및 판매를 담당하는 회사(이하 회사)는 레미콘의 수요자(주로 건설업자)에게 레미콘을 공급하기 위하여 레미콘운송차주(이하 운송차주)와 레미콘운반계약이라는 이름으로 운송도급계약을 체결한다. 운송차주의 대부분은 지입차주이고 일부는 회사로부터 레미콘 운반차

440) 예컨대, 조회 불참이 수당지급에 영향을 미친다면 이는 엄연히 간접적인 강제 수단으로 인정될 수 있다. 2000.10.30, 노조 68107-997 참고.

441) 사실관계는 인천지법 부천지원 판결 2001.4.13, 2001카합177; 이강성, 『레미콘운송차주의 근로자성 인정시 경제·사회적 영향분석』, 한국경영자총협회, 2001; 김영문·윤성천·이상윤(공저), 『레미콘운송차주에 관한 판례평석』, 한국경영자총협회, 2001; 윤에림, 앞의 글, 337쪽 이하 참고.

량을 직접 불하받고 있다. 지입한 차량에는 회사 명의가 도색되어 있으며 운송차주는 회사명과 로고가 새겨진 작업복을 회사로부터 지급받아 업무수행시 반드시 착용하여야 한다. 2000년 말 현재 전국의 레미콘 제조업체수는 723개이며 운송차주 수는 11,000명 이상에 이르고 있다. 따라서 운송차주의 구체적 업무실태를 일률적으로 설명하는 것은 곤란하며, 레미콘 운반의 특성을 감안하여 회사와 운송차주 사이에 체결된 운반계약서(이하 계약서)를 기초로 하되 객관적으로 나타나는 구체적인 업무수행 모습을 통하여 확정되어야 한다. 관련 판례와 그 분석에서 나타난 공통적인 사실관계는 다음과 같다.

운송차주는 회사가 지정하는 시간에 출근하여 공장 내에 대기하여야 하며 회사의 판단으로 퇴근, 운휴 등을 명할 수 있다(계약서 제6조 제10호). 운송차주는 원거리 소량운반 또는 조출, 연장 등을 이유로 회사의 배차지시에 불응할 수 없고 불응하면 회사의 제재를 받는다(제6조 제11호). 운송차주들은 여러 개의 조로 나뉘어 운송 전날 회사가 미리 조별로 출근시간을 정한 다음 게시판에 출근표를 부착하면 출근표상 지정된 출근시간을 준수하여야 하며, 운송업무가 없더라도 회사 내에 대기하여야 한다(제6조 제10호). 또한 퇴근시간은 일정하지는 않지만 당일 출하되어야 할 레미콘 물량이 모두 출하되어야만 퇴근이 가능하다는 점에서 출퇴근 등 근무시간에 대한 지시와 통제가 있다.

운송차주는 운반계약서에 따라 회사가 수요의 폭주로 다른 회사에서 생산한 레미콘을 운반하라는 회사의 지시가 있으면 그에 응해야 할 의무가 있으며(제6조 제6호), 회사는 업무수행에 수반되는 복무규정을 정하고 운송차주는 이를 이행하여야 할 의무를 부담한다. 예컨대, 복장 및 용모(제6조 제8호), 차량의 예방점검 및 관리, 경조사시 증빙서류의 제출과 회사로부터의 휴무기간의 지정을 받을 것(제13조), 회사의 명예를 훼손하거나 신뢰를 손상시키는 사건에 대하여는 계약해지 및 제재 조치를 정하고 있다(제16조, 제17조).

운송차주는 차량을 직접 운전하여야 하며 부득이한 경우에 회사의 허락을 받아 기간을 정하여 대리운전을 할 수 있도록 하고 있다(제6조 제7호). 그러나 현실적으로 운송차주는 1대의 레미콘 운반차량을 가지

고 있는 것이 보통이므로 제3자를 통한 업무대행은 사실상 발생하지 않는다. 그 밖에 운송차주는 회사의 승인 없이 제3자와 레미콘 내지 그 유사의 운송계약을 체결하거나 외부로 반출하여 운행할 수 없으며(제6조 제3호), 사실상 자신의 레미콘 차량을 이용하여 개인적인 영업행위를 할 수 없다. 더욱이 레미콘 차량이나 계약상의 관리의무를 제3자에게 양도하거나 처분할 수 없다(제6조 제2호)고 규정하여 계약기간 동안 회사와의 전속성이 인정된다.

## 2. 법원의 근로자성 판단

대법원은 회사와 운송차주 사이에 체결된 레미콘운반계약을 근로계약이 아닌 운반도급계약으로 본다. 그 근거로서 운송차주가 업무수행상 고용 유사 외관을 지니는 것은 레미콘 제작 및 특수성에 기인한 것이므로 이를 이유로 근로관계로 단정지을 수 없고, 운송차주는 회사가 생산한 레미콘을 안정적이고 독점적으로 운반함으로써 자신의 경제적 이익을 유지할 목적으로 회사와 장기적인 운반도급계약을 체결하였으므로 회사의 입장에서 회사의 신용과 영업상의 이익을 증대시키기 위하여 어느 정도 회사의 지휘감독이 불가피하다는 점을 들고 있다. 그 밖에 운송차주는 제3자를 위하여 고용하여 업무를 대체할 수 있다는 점과 레미콘 운송차량의 소유권 및 그 차량의 관리의무를 부담한다는 점도 근로자성을 부인하는 요소가 된다. 또한 이와 같은 판단에는 운송차주에 대하여 취업규칙이 적용되지 않는다는 점과, 보수가 기본급이나 고정급으로 정하여져 있지 않고 운송거리와 운반물량을 기초로 소정의 요율에 따라 정하여진다는 점 그 밖에 운송차주는 근로소득세의 원천징수가 없고 사업자로서 납세의무를 부담하며, 사회보험 가입사실도 없다는 점이 방증으로 제시되고 있다.

이에 반해서 같은 사건에 대하여 제1심은 대법원에 의하여 근로자성의 판단요소로 열거되고 있는 사항 중에서 취업규칙 적용 여부, 보수의 지급형태 그리고 세법 및 사회보험법상의 지위는 사용자인 회사가 경제적·사회적으로 우월한 지위를 이용하여 일방적으로 결정할 수 있는

것이므로 근로자성 여부의 판단기준으로 삼는 것은 잘못이며 따라서 계약관계의 객관적 내용, 즉 계약상의 합의와 실질적인 업무수행의 내용이 근로자성의 판단기준이 되어야 한다고 본다. 그에 의하면 업무수행 과정에서 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘감독을 받고 있고, 제3자를 통한 업무의 대체가 사실상 불가능하며 운송차주가 차량의 소유권에 기하여 개인적 영업활동을 수행할 수 없고 계약기간 동안 전속성이 인정된다는 점 그리고 운송차주의 경제적 지위를 보더라도 시장에서 독립적 사업자성을 유지할 수 없다는 점에서 운송차주의 근로자성을 인정한다.

### 3. 판례의 문제점과 노동법적 과제

a) 우선 위의 판례에서는 동일한 사안에 대하여 1심 법원과 2심 및 대법원이 전혀 다른 판단을 내리고 있다는 점에서 주목된다. 왜냐하면 양자의 견해는 서로 다른 근로자 개념 내지 근로자성 판단기준을 적용한 것이 아니라 오히려 지금까지 대법원에 의하여 확정된 근로자성 판단의 원칙이 그대로 적용되고 있음에도 불구하고 정반대의 판단을 내리고 있기 때문이다. 그 원칙이란 근로기준법상의 근로자란 임금을 목적으로 사용종속관계에서 사용자에게 근로를 제공하는 자를 의미하며 종속적 관계를 징표하는 제반 사정은 객관적이고 실질적인 기준에 따라 종합적으로 고려되어야 한다는 것이다. 이 때 계약의 형식적 표현은 고려되지 않으며 객관적 내용에 따라 그 계약의 성질이 결정된다. 그럼에도 불구하고 이처럼 서로 다른 결과가 나온 것은 필자의 견해로는 대법원은 레미콘운반계약의 개별적 특성을 강조하였고, 1심 법원은 그와 같은 계약의 개별적 특성보다는 보편적인 운송계약의 모델을 기준으로 삼은 것으로 보인다. 따라서 레미콘 운반계약을 일반적 운송계약에서 분리하여 독자적 계약형태로서(예컨대, 프랜차이즈의 경우처럼) 독자적인 형식과 내용을 인정할 수 있는가 하는 점이 문제된다. 만약 그렇지 않다면 근로자성의 판단에 있어서 레미콘운송계약의 특수성을 과연 어느 정도 반영할 수 있는가 하는 점이 문제될 것이다. 레미콘운

송계약을 일반적인 화물운송계약과의 차별화할 필요가 없다면 회사는 보다 안정성을 갖는 운반을 위하여 근로자를 채용하여 운반업무를 조직하는 것이 기업실무에 적합할지 모른다.

또한 1심 법원과 대법원의 판단에 있어서 두드러지는 차이점은 근로자성 판단에 있어서 이른바 형식적 기준의 역할이다. 1심 법원은 형식적 기준은 근로자에게 불리하게 고려되어서는 안 된다는 견해를 표명한 것으로 보인다. 반대로 대법원은 형식적 요건을 다른 실질적 요건과 차별 없이 적용하고 있다.

그 밖에 업무의 대체성과 관련하여 부득이한 경우 회사의 허가를 얻어 제3자에 의한 운송업무의 대행이 허용된다는 사실관계는 근로자의 경우에도 인정될 수 있는 것이어서 이를 운송차주의 자영인성의 근거로 삼는 것은 동의하기 어렵다. 또한 “운송차주가 출근하지 아니하여 레미콘운반업무에 종사하지 아니하더라도 계약해지 등의 불이익을 받을 뿐이고 결근을 이유로 징계처분을 받는 것은 아니”라는 판시 내용<sup>442)</sup> 또한 이해하기 어렵다.

b) 회사는 기업주로서 레미콘운송업무를 근로자를 통하여(이 경우에는 근로관계가 성립될 것이다) 또는 독립사업자를 통하여(이 경우에는 자영사업관계가 성립된다) 조직할 수 있는 형성의 자유를 갖는다. 업무의 종류로부터 직접 근로자성이 판단되지 않으며 같은 업무라도 사용자의 인사노무관리상의 구상에 따라 법률관계는 달리 형성될 수 있기 때문이다. 다만, 각각의 계약관계의 내용에 따라 사용자인 회사의 권한과 의무 및 노무제공자인 운송차주의 권한과 의무가 달리 정하여진다는 점이다. 독립사업자를 통하여 운반업무를 수행할 경우에는 근로자에 비하여 자영인으로서 업무수행상의 자율적 결정권한이 대폭 허용되지 않으면 안 된다. 반면에 회사는 근로관계상의 위험부담을 줄이고 인사노무관리상의 장점을 갖게 된다. 대법원의 일관된 견해처럼 계약의 형식이 아니라 내용을 중심으로 근로관계 여부를 판단하고자 하는 것은 사용자가 내용적으로는 근로관계로서 지휘감독상의 장점을, 형식적으로는 독립사업자로 함으로써 노무관리상의 장점을 갖는 것을 방지하는

442) 서울고판 2001.12.28, 2001라183.

데 있다는 점이 강조되어야 한다.

c) 회사와 운송차주 사이에 독립사업자로서의 권한과 위험이 적절히 분배되었다 하더라도 운송차주에 대한 노동법의 적용이 완전히 배제될 것은 아니다. 대부분의 실태조사에서 보듯이 운송차주는 특정 회사에 대한 전속성이 강하며, 안정적인 운반업무를 확보하기 위하여 회사와의 결속력이 강할 뿐만 아니라 업무 및 사업의 성격상 대체노동력의 고용 등을 통한 시장에서의 독립사업적 수행가능성이 사실상 없으므로 경제적 종속성과 사실상 근로자에 비견되는 사회적 보호필요성이 있으므로 자영업인으로서 법률관계에 있는 운송차주에 대해서는 ‘유사근로자’로서 노동법의 일부가 적용되는 것이 바람직할 것이기 때문이다.

## V. 방송사 구성작가 및 프리랜서

### 1. 사실관계

일반적으로 구성작가라 함은 방송프로그램의 대본을 집필하는 자로서 개인적인 창작 작업에 의하여 원고를 작성하는 일반 드라마작가와 달리 PD를 포함한 제작진들과 팀을 이루어 프로그램의 기획, 구성 및 제작 과정에 참여하면서 프로그램의 아이템을 제안하고 촬영구성안, 편집구성안, 큐시트 등의 각종 원고를 작성하며, 출연자를 섭외하고 촬영 및 편집에도 동행하며 프로그램의 제작 과정 전반에 관여하는 것이 일반적인 모습이다. 그리고 프로그램 내용의 구성 및 원고 작성이라는 본래의 업무 외에 자료조사, 출연자 섭외 등의 부수적 업무도 수행한다. 구성작가의 보수는 방송제작비 내의 원고출연료로 지급되며, 출연자의 출연료와 동일한 제작비 개념으로 간주된다. 보수의 결정도 구성작가의 경력과 능력 및 프로그램의 난이도에 따라 이루어질 뿐 근로시간과는 무관하게 이루어진다.<sup>443)</sup>

---

443) 방송국 구성작가의 업무실태에 관한 자세한 내용은 이진관, 『방송국 구성작가의 근로자성에 관한 연구 - KBS의 사례를 중심으로 -』, 고려대 노동대학원 석사학위논문, 2004 참고.

## 2. 판례의 견해

한 지방방송국 소속의 구성작가와 프로그램 진행자, 리포터 등 22명이 전국여성노조의 지부에 가입하고 단체교섭권을 그 지부에 위임하여 회사에 단체교섭을 요구하였으나 회사는 구성작가 등이 근로자가 아니라는 등의 이유로 교섭에 응하지 않자 노동조합은 회사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 제기한 사건에서 구성작가의 노조법상의 근로자성이 문제가 되었다. 이에 대하여 관할 지방노동위원회는 노조법상의 근로자성을 부인하는 판정<sup>444)</sup>을 내렸으나 중앙노동위원회는 노조법상의 근로자성을 인정하고 초심결정을 취소하였다.<sup>445)</sup> 이에 대해서 회사는 서울행정법원에 중노위의 재심판정을 취소하는 소송을 내어 승소하였고<sup>446)</sup> 2심에서도 그 원심판결은 인용되었다.<sup>447)</sup>

우선 중노위는 구성작가 등이 회사와 고용계약을 체결한 사실이 없고, 별도로 출퇴근시간을 정해 놓거나 출근 장소를 회사로 한정시켜 놓지 않은 것은 사실이지만, 프로그램 제작 과정에서 구성작가의 역할과 근무시간과 장소가 실질적으로 담당 PD에 의하여 결정된다는 점에서 노조법상의 근로자성이 인정된다고 보았다.

그에 반해서 원심인 서울행정법원과 서울고등법원은 구성작가가 제작진회의(스텝회의)에 반드시 참석해야 할 의무가 없고, 프로그램 내용의 구성 및 원고작성업무 외에 기타의 업무에 대해서는 참여가 강제되어 있지 않으며, 프로그램제작 팀체제 내에서 PD와 구성작가 사이에 업무수행을 지시감독하는 관계가 있다고 보기 어렵고, 회사의 입장에서 구성작가의 모집과 채용에 관여하지 않을 뿐 아니라 근무시간과 장소를 통제하지 않으며 구성작가의 전속성이나 대체성이 없지 아니하고 보수결정이 근로시간 등과는 무관하게 결정된다는 점에서 근로대상적 성격이 없다는 점 등에 미루어 구성작가의 노무제공이 회사에 대한 종속성이 인정될 정도로 지휘감독의 대상이 된다고 보기 어려우므로 근

444) 경남지노위 2001. 2001부노19.

445) 중노위 2002.3.15, 2001부노201.

446) 서울행판 2002.11.19, 2002구합13079.

447) 서울고판 2003.11.06, 2003누72.

184 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

로자성을 인정하기 어렵다고 하였다.

### 3. 판례의 문제점과 노동법적 과제

a) 방송사의 프로그램제작 종사자의 법적 지위는 앞서 독일의 예에서 본 바와 마찬가지로 근로자 개념의 발전에 있어서 중요한 계기를 제공하였다. 독일의 경우 근로자성의 핵심적 판단기준인 인적 종속성(즉 사용종속관계)의 개별 판단요소를 발전시켰으며, 이 과정에서 근로자성의 판단은 헌법상의 기본권(언론방송의 자유)과의 충돌가능성이 있다는 점도 고려되었다. 그 결과 프로그램제작에 내용적 형성가능성을 갖는 자의 경우에는 독립사업자(즉, 프리랜서)의 법적 지위와 근로자로서의 법적 지위를 동시에 가질 수 있으며, 프로그램의 내용 형성에 직접적인 영향가능성이 없는 직무종사자는 대체로 근로자의 지위가 인정된다는 유형적 판단기준을 발전시켰다. 또한 프리랜서와 근로자의 구별은 특히 지시권구속관계에 그 본질적 차이가 있으며, 예컨대 회사의 업무편성 및 배치계획에 일방적으로 복종해야 하는 경우에는 근로자성이, 그렇지 않는 경우에는 프리랜서의 지위가 인정될 수 있다는 구체적 판단기준을 도출하기도 하였다.

b) 독일의 이와 같은 사례가 우리나라의 방송사 구성작가에 대해서 그대로 적용되기는 어렵다고 볼 수 있다. 회사는 구성작가의 채용이나 배치 과정에서 사실상 아무런 권한이 없으며 업무의 개시와 종료는 대부분 담당 PD의 재량하에 이루어지고 있으며, 프로그램의 내용형성 과정에서 PD의 지시를 단순 집행하는 것이 아니라 자신의 의견을 적극적으로 반영하는 지위에 있기 때문이다. 프로그램 제작 과정에 참여한다는 것은 위와 같은 관점에서 본다면 근로자성의 요소가 아니라 오히려 프리랜서의 요소를 더 강하게 발현시키는 요소라고 볼 수 있다.

c) 문제는 구성작가가 프리랜서로서의 성격을 지니고 있다 하더라도 모든 구성작가가 일률적으로 그러하다고 볼 수 없으며, 구성작가 중에서 메인작가와 보조작가 그리고 신입작가의 경우를 나누어 각각의 업무실행에 따른 법적 지위가 결정되어야 한다. 또한 프리랜서로서의 구성작가는 비록 노동법상 근로자의 지위에 있지 않지만, 방송국에 대한

경제적 종속성이 현저히 크기 때문에 그에 대한 보호방안이 마련되지 않으면 안 된다. 독일 단체협약법이 특히 미디어분야 종사자의 프리랜서를 염두에 두고 유사근로자에 대한 협약 자율을 인정하는 입법을 하였다는 점은 이 점에서 시사하는 바가 크다고 하겠다.

### 제3절 소 결

우리나라에서 문제되고 있는 이른바 특수형태고용종사자의 법적 지위, 다시 말하면 근로자성 여부에 대한 검토에서 공통적으로 존재하는 문제점은 이들 사례에 해당하는 취업자에 대한 근로자성의 여부가 판례의 견해로부터 설득력있게 해명되지 않는다는 점이다. 이는 특수형태종사자의 법적 지위의 개선을 위한 프로젝트로서 유사근로자제도를 논의하기 전 단계의 문제이다. 우리 대법원은 근로자성의 판단기준을 매우 좁게 적용하기 때문에 서비스산업 중심의 현대적 노동시장의 전개에 효율적으로 대처하지 못하고 있다는 비판이 제기될 수 있다. 문제는 대법원이 적용하는 기준이 엄격하다는 점이 문제되는 것이 아니라 그 관점이 과거 제조업 중심의 2차산업적, 또는 포디즘적(fordistisch) 노무관리체제의 한계를 벗어나지 못하고 있다는 점이다. 판단기준을 엄격히 적용하는 것은 법적 안정성의 관점에서 환영할 만한 일이다. 객관적 사실관계를 엄격히 분석하여 타당한 법적 지위를 부여하는 일은 법원의 자명한 과제이기 때문이다. 그러나 그 적용근거가 현실적 타당성을 갖추고 있지 못하다면 이는 문제가 아닐 수 없다.

또한 대법원은 근로자 개념의 판단기준과 그 적용의 원칙을 적절하게 세우고 있음에도 불구하고 실제 적용하는 과정에서 방법적 오류를 범하고 있다는 점이 문제로 지적될 수 있다. 이와 같은 문제는 동일한 법리를 적용함에도 불구하고 특히 같거나 유사한 사실관계에서 대하여 대법원 내부적으로 또는 하급심과 그 결론을 달리하는 데서 나타난다. 일부 사례에서는 하급심이 맹목적으로 대법원의 판시 내용을 답습하는

경우도 나타난다.

이와 같은 이유에서 우리나라의 특수형태고용종사자의 법적 지위에 관해서는 크게 두 가지 관점에서 문제가 있다. 그 하나는 대법원이 근로자성 여부의 판단 범위를 지나치게 좁게 결정함으로써 근로자의 범위가 비정상적으로 협소해졌다는 점이다. 이는 특히 앞서 독일의 사례와 비교하면 더욱 분명해진다. 다른 하나는 근로자 범위를 축소한 결과 법적으로는 자영인의 지위에 있지만 실질적으로는 근로자로서의 경제적 종속성과 인적 종속성 따라서 사회적 보호필요성을 갖고 있는 이른바 한계영역에 놓여 있는 취업자의 범위가 확대되고 있으며 그럼에도 불구하고 한계영역 취업자에 대한 노동법적 보호제도가 현행법상 거의 전무하다는 점이다.

한계영역 취업자가 유일하게 노동법적 보호를 향유할 수 있는 법적 가능성은 노동조합을 조직하여 단체협약을 체결하여 취업조건을 자율적으로 결정하는 것이지만 이 또한 쉽지 않은 법적 장애를 안고 있다. 우리 대법원은 노조및조정법 제2조 제1호의 근로자의 정의를 법문언과 법체계에 반하는 방법으로 근기법상의 근로자 개념과 동일시함으로써 한계영역 취업자를 노조법상의 보호대상으로부터 제외하고 있기 때문이다.

사업주는 자신의 사업 목적을 실현하기 위하여 근로자든 독립사업자든 가장 적절한 노동력의 투입을 자유롭게 선택할 수 있다. 따라서 어떤 업무나 직업이 처음부터 근로자성이나 자영인성이 고정되어 있는 것은 아니다. 이는 그 계약의 내용에 따라 결정될 뿐이다. 객관적이고 실질적인 계약 내용에 따라 노무제공관계의 법률관계가 근로관계인지 아니면 독립사업자관계 결정될 것이다.

그런데 만약 어떤 취업자가 근로자성의 핵심적 요소를 갖추지 못하여 자영인으로 분류되더라도 그는 경제적 종속성과 근로자에 준하는 사회적 보호필요성을 갖추고 있는 경우에는 그에 대한 노동법의 보호가 전적으로 배제되어서는 안 될 것이다. 이와 같은 이유로 우리나라의 노동법도 이른바 특수고용형태종사자에 대한 노동법적 보호가능성을 열어 두어야 하며 독일의 유사근로자제도는 그와 같은 관점에서 중요한 의미를 가질 수 있다.

## 제6장 결론

### 1.

현대적 노동시장은 특수형태고용이라는 범주가 등장하면서 사용자의 노동력수급 기회를 넓혀 주고 있다. 과거에는 사용자는 자신의 사업실행을 위하여 필수적으로 요청되는 노동력의 투입을 거의 대부분 근로자의 범주에 의존하여 왔으나 최근에는 특수형태고용이라는 범주가 확대됨으로써 그 지위가 근로자에는 이르지 않지만 어느 정도의 전속성을 지닌 취업자를 사용할 수 있게 됨으로써 노동법과 사회보험법의 부담, 이른바 인건비의 부담을 덜고 노동력을 사용할 수 있는 기회가 확대된 것이다. 이와 같은 특수형태고용에 대해서 종래에는 대체로 비정규근로 또는 비전형근로의 범주로 이해하면서 같은 평면에서 그 노동법적 효과를 다루는 경향이 강하였다. 그렇지만 근로조건의 비정상적 저하 또는 노동법적 보호의 면탈이라는 현실적 사정이 비정규근로와 유사한 측면이 있으나 그 법적 기초는 판이하게 다르다는 점에 주의해야 한다. 우선 비정규(비전형)근로는 원칙적으로 근로계약에 기초한 근로관계를 전제로 한다. 따라서 관련 취업자는 이미 근로자로서 노동법과 사회보험법의 보호대상이다. 현실적으로 법질서가 허용하는 범위를 넘어서는 사회적 보호의 면탈은 범위반 행위로서 다루어져야 하고 노동법질서는 그와 같은 일탈현상이 되풀이되지 않도록 대책을 세워야 할 것이다. 반면에 특수형태고용종사자는 그 계약상 지위가 자영인이라는 점이 전제된다. 따

라서 근로자에 대해서 적용되는 노동법과 사회보험법은 이들을 적용범위에 포함하지 않는 한 이들에게는 적용되지 않는 것이 원칙이다. 이러한 이유로 근로자 개념은 노동법 적용의 관문으로 설명된다. 취업자는 근로자개념이라는 심사해 합격하여야만 노동법의 보호를 받을 수 있기 때문이다.

## 2.

문제는 현재 논의되고 있는 특수형태고용종사자의 경우에 비정규근로자와 마찬가지로 사회적 실태를 가지고 있다는 점이다. 근로자개념의 일반적 표지에 의하면 원칙적으로 근로자가 아니지만 그들의 노무제공 실태가 경제적 종속성과 근로자에 준하는 또는 거의 차이 없는 업무 내용 및 그 수행상의 유사성을 가지고 있다는 점에서 그들의 사회적·경제적 보호의 필요성이 일반 근로자와 별반 다를 바 없기 때문에 노동법 또는 사회보험법의 적용이 고려되어야 한다는 법정정책적 요청이 커지고 있다. 이와 같은 법정정책적 요청은 현행 노동법이 근로자와 자영인의 엄격한 구별을 전제로 하여 근로자만을 보호대상에 편입시켜 현대적 노동시장의 유연한 전개에 역행하는 규율구조를 유지하고 있다는 비판적 관점에 기초하고 있다. 그러나 무엇보다도 더 큰 문제로 지적되어야 할 점은 판례가 취하고 있는 전통적인 근로자 개념, 다시 말해서 근로자성을 판단하는 표지가 변화하는 노동력의 제공실태를 적절하게 반영하지 못함으로써 근로자성을 현실적으로 너무 좁게 인정하는 경향을 보여주고 있다는 점이다. 제5장에서 우리나라의 특수형태고용의 사례를 통하여 판례의 문제점을 지적한 바와 같이 우리 판례는 각 분야의 해당 취업자의 근로자성 여부를 업무 내용의 구체적이고 객관적인 분석보다는 추상적이고 일률적인 기준에 따라, 그리고 그 판결 결과의 사회적·경제적 파장을 지나치게 민감하게 고려하여 판단하고 있다는 비판을 면할 수 없다. 근로자 개념은 규범적인 것이다. 그 판단의 기준과 근거는 체계적 정합성과 구체적 타당성을 갖추어야 한다. 특수형태 고용 종사자의 자영인성을 인정하기 위해서는 자영인으로서의 법적 지

위가 사용자에게 의하여 준수되고 있는지, 취업자는 실제로 시장적 기회를 향유할 수 있는지 여부를 취업자의 관점에서 바라보아야 한다. 사용자가 일방적으로 형성하고 규율하는 형식과 내용을 판단의 기초로 삼는 것은 판례가 스스로 제시하고 있는 판단방법론에도 부합되지 않는다. 따라서 우리나라의 특수형태고용의 문제는 우선 근로자성에 대한 판단기준을 새로 정립하는 데서 출발하여야 한다. 그와 같은 현실적인 근로자 개념을 통해서도 더 이상 근로자성이 객관적으로 인정되기 어려운 범주에 있는 취업자에 대하여 비로소 이른바 ‘한계영역종사자’로서 근로자에 유사한 노동법 및 사회보험법적 보호의 가능성이 검토되어야 하는 것이다. 이것은 경제적 종속성 요소의 도입을 전제로 한 근로자 개념의 확대라는 관점과는 명백히 구별된다. 근로자 개념의 확대는 지금까지의 규범적 판단기준의 틀을 변경하여 현실적으로 경제적 종속관계에서 노동력을 제공하는 취업자까지도 근로자의 범주로 포함하여야 한다는 정책적 기초가 전제되어 있는 반면에 여기서 제시하고 있는 관점은 지시권구속관계에 기초한 사용종속관계라는 기존의 판단기준을 유지하면서 그 판단방법의 개념지향적 요소와 경직성을 탈피하여야 한다는 방법적 측면을 강조한 것이다.

### 3.

유사근로자의 문제는 이와 같은 과정을 통하여 더 이상 근로자로서 인정될 수 없는 객관적 판단을 거친 취업자에 대하여 그들의 사회적·경제적 보호의 필요성을 반영하기 위한 제도로 등장하였다. 아직 우리나라는 유사근로자제도를 도입하고 있지 않으며 그 의미와 내용도 잘 알려져 있지 않다. 따라서 일찍부터 이 제도를 도입 및 규율하고 있는 외국의 입법례를 비교법적으로 검토하는 것은 유익한 시사를 준다. 이와 같은 비교법적 검토를 통해서 유사근로자제도와 관련하여 검토해야 할 첫째 문제는 서비스산업을 중심으로 현대적 노동시장의 모습이 다양하게 전개하고 있다는 점을 고려할 때 유사근로자의 형태도 예측하기 어려운 다양성을 가질 수 있다는 점에서 유사근로자의 범주를 설정

함에 있어서 그 요건을 어떻게 정할 것인가 하는 점이다. 비교법적으로나 법사실적으로 우선 확인될 수 있는 것은 과거의 독일(가내노동법)과 프랑스의 방식처럼 전통적인 근로자 개념에 포함되지 아니하는 특정 직업군을 적용대상으로 하는 개별 법률을 통하여 규율하는 것은 어렵다는 점이다. 이와 같은 개별 법률적 규율은 앞서 지적한 바와 같이 보호필요성을 갖는 유사근로자의 다양성과 확대라는 현실과 부합되지 않기 때문이다. 따라서 보호 목적이 실현될 수 있도록 유사근로자의 범주를 가능한 한 정형화할 수 있는 공통의 요건을 ‘유형(Typus)적 관점’에서 추상화하여 규율하고 그 구체적인 판단은 학설과 판례에 맡기는 것이 현실적일 것으로 보인다.

#### 4.

독일법상 유사근로자는 경제적 종속성과 사회적 보호필요성을 가진 자로 정의된다. 유사근로자라는 용어는 인적 자주성에 기초하여 노무를 제공하지만 특정 사업주에 경제적으로 종속되어 있고 근로자에 비교할 만한 사회적 보호필요성이 있는 모든 취업자를 포함하는 하나의 유형(Typus)개념이다. 유사근로자의 개념을 구체화하기 위해서는 유형적 방법론에 입각하여 복수의 징표들이 상호 보완적으로 그리고 유동적으로 표지를 형성하게 된다. 유사근로자의 유형을 특징지우는 요소는 우선 유사근로자는 근로자에 비하여 인적 종속성이 미약하고 경제적 존립(생계)을 위하여 특정 사업주에 대하여 계속적으로 노무를 제공한다는 데 있다(경제적 종속성). 유사근로자의 전제가 되는 경제적 종속성은 다시금 사회적 보호필요성의 요건으로 보충된다. 특정의 사업주에 대한 노무의 제공에 의하여 취득하는 반대급부로부터 생계를 의존한다는 의미로 이해되고 있는 경제적 종속성은 취업자를 시장에서 기업가적 기회를 가지고 있고 또 그로부터 자신의 존립을 유지해 가는 것이 기대되고 있는 진정한 의미의 자영인과 구별하는 데 중요한 역할을 수행한다는 점은 이론이 없다. 그러나 이와 같은 의미의 경제적 종속성으로부터 왜 그 취업자가 근로자와 유사하게 노동법상의 보호를 향유해야 하는가가 충분

히 해명되지 않는다. 근로자에 대한 특별한 노동법적 보호는 근로계약에 기초하여 자신의 노동력을 타인의 기업적 목적을 위한 사용에 맡기고, 조직적 및 실질적 관점에서 타인의 생존배려에 의존한다는 점에서 발생하기 때문이다. 따라서 근로자에 유사한 사회적 보호필요성은 경제적 종속성 외에도 제한적이긴 하지만 노동법상의 보호를 정당화할 수 있는 요건으로서 구성되어야 하는 것이다. 이와 같은 관점에서 사회적 보호필요성은 해당 취업자의 전체적인 사회적 지위로부터 조직적·재정적 관점에서 전형적인 근로자와의 유사성을 인정할 수 있는 필요최소한의 징표에 의하여 인정될 수 있을 것이다. 사회적 보호필요성은 유사근로자의 노무수행의 종류와 방법에 의하여 표징되고 더불어 유사근로자의 수입 정도가 함께 고려되어 판단된다. 예컨대, 유사근로자가 독자적인 사업수행능력을 가지고 있고, 또한 노동수입이 계속적으로 고유한 생계수단으로서 충분하다고 볼 수 있는 경우에는 사회적 보호필요성이 인정되지 않는다. 유사근로자의 전형적인 사례는 역사적으로 발전해온 가내근로자와 1회사 전속적 대리상이다. 그러나 그 외에도 1회사 전속적 대리상과 유사한 업무수행 모습을 가진 다양한 판매종사자(예컨대 프랜차이즈 가맹자, 중개상 등)과 운송업종사자, 미디어 및 예능분야의 프리랜서, 학원의 강사 또는 교사, 정보처리종사자 등이 점점 늘어가고 있는 추세에 있다. 유사근로자라는 유형의 구체화는 특히 그들의 고유한 직업적 업무수행 특성을 고려하여 결정된다.

## 5.

유사근로자의 법적 지위는 민법, 경제법(경쟁질서법) 그리고 노동법의 각 범영역에서 각각의 인적 적용범위 내에 포함되는 경우에 비로소 이들 규정을 기초로 확정될 수 있다. 유사근로자의 지위는 그러한 이유에서 자영인과 근로자의 중간적 지위를 갖는다. 이들은 단지 부분적으로만 노동법상의 보호체계에 편입될 뿐이고 또한 근로자에 대해서는 적용되지 아니하는 경제법의 적용을 받는다. 개별 법률상의 규정 외에도 일반 계약법상 이들이 스스로 자신을 보호할 수 없는 경우에는 그

계약상대방은 유사근로자의 법익을 보호해야 할 보호의무를 부담한다. 따라서 유사근로자는 스스로 계약상의 위험으로부터 보호하도록 방치되어서는 안 되며 오히려 계약상대방인 사업주에게 제한된 범위가긴 하지만 유사근로자를 위한 일정한 보호를 부담시키는 것이 요구된다. 이는 유사근로자가 계약관계의 형성과정에서 상대방에 대하여 구조적으로 불평등한 지위에 놓여 있는 한 헌법상의 보호권으로서 기본권의 실현을 위한 입법자의 의무에 속한다.

## 6.

유사근로자는 그의 법적 지위가 독립사업자이기 때문에 그의 보호를 위해서는 일차적으로 경제법의 관련규정을 들지 않을 수 없다. 경제법은 경제적으로 종속된 자영인을 시장우위적 사업자로부터 보호하기 위한 규정을 두고 있다. 그 보호취지는 경제적 약자인 사업자에게 그들의 경제적 위험에 상응하는 경제활동의 자유공간(시장기회)을 부여하는데 있다. 경쟁제한방지법을 통한 권리구제수단은 유사근로자를 위한 전체 보호법체계에서 하나의 지주를 구성한다. 이와 같은 경제법의 질서정책적 목적은 경제적 힘의 우위에 있는 사업자에 의한 불공정한 착취로부터 경제적 약자인 사업자를 보호하고 동시에 경제적 자유와 경쟁상의 행위가능성을 보장하는 데 있다. 다시 말하면 경제적 종속성으로 인하여 유사근로자성을 지니는 사업자는 경제법의 보호규정을 통하여 자영인으로서의 본질에 부합하는 행위자유를 보장받게 된다. 그러나 유사근로자의 또 하나의 본질적 표지인 사회적 보호필요성은 경제법을 통해서 보장되는 것이 아니다. 경제법은 사회적 보호를 목적으로 하는 것이 아니기 때문이다. 이는 어디까지나 노동법상의 요건을 충족하는 것을 전제로 하는 노동법의 과제이다.

## 7.

독일에서도 유사근로자에 대한 통일적인 특별법체계가 존재하지 않으며 유사근로자에 대하여 적용될 수 있는 노동법의 개별적 보호규범이 파편적으로 존재할 뿐이다. 노동법의 수많은 보호규정들은 근로자의 사용종속성 내지 경제적 보호필요성이 서로 얹혀 그 규범목적은 형성하기 때문이다. 이와 같이 비교적 체계적인 보호 내용을 가지고 있다는 독일의 경우에도 유사근로자의 보호법제에 관한 어떤 일관성과 규칙성을 찾기가 어렵다는 현실은 유사근로자의 보호체계의 구성의 어려움과 한계를 보여준다. 그럼에도 불구하고 독일의 노동법체계에서 하나의 시사를 얻는다면 우선 독일 민법은 계약관계의 성립과 내용 그리고 종료에 관한 기본적인 사항에 대하여 계약법적 보호체계를 규율하고 있다. 이 규율 내용은 비단 근로관계에 대해서만 적용되지 아니하고 이른바 자유고용계약에 대해서도 원칙으로서 적용된다. 또한 중요 노동법률의 적용범위를 유사근로자에게로 확대하는 입법정책을 취하고 있다. 대표적으로 단체협약법, 연방휴가법, 안전보건관련법령이 여기에 해당된다. 또한 비록 유사근로자 일반을 적용범위로 포함하고 있지 않지만 그 보호 목적에 따라 유사근로자에 대해서 유추적용될 수 있는 가능성이 있다. 우선 가내근로자의 보호를 목적으로 하는 가내노동법과 특히 대리상을 규율 대상으로 하는 독일 상법의 보호규정들이 고려된다. 더욱이 가내근로자와 대리상은 유사근로자의 시원적 형태이므로 이들에 관해서 적용되는 법령을 유사근로자 일반에 적용하는 것은 적극적으로 고려될 수 있을 것이다. 그 밖에도 일반 노동법제도의 유사근로자에 대한 유추적용도 고려될 수 있다. 그런데 무엇보다도 유사근로자의 보호를 현실화할 수 있는 가장 유력한 수단은 단체협약이라고 할 수 있다. 협약 자율을 유사근로자에게로 확대함으로써 자율적인 취업조건의 형성가능성을 가진다는 것은 유사근로자의 보호에 기여할 것으로 보인다. 각각의 유사근로자집단에 대한 개별적 단체협약은 그 보호범위를 구체적으로 확정할 수 있고, 보수와 업무수행상의 조건을 실태에 맞게 형성할 있다는 점에서 장점을 가지고 있다. 그렇지만 유사근로자의 경우 노동조합과 같은 단체결

성이 용이하지 않고 조직력도 일반 근로자에 비하여 크지 않기 때문에 협약능력의 인정은 특정 분야에 대하여 제한적으로만 기능할 가능성이 크다. 따라서 협약자율이 가능하지 아니한 경우에는 보충적으로 국가는 최저취업조건, 특히 보수의 기준에 대하여 법정하는 방법이 강구되어야 할 것이다. 독일의 경우에 특히 가내노동법 제19조와 상법 제92조의 a의 규정을 유추적용함으로써 이를 실현할 수 있는 데 비하여 우리의 경우에는 이에 관한 특별규정이 없으므로 특별법의 제정에 의해서만 가능할 것으로 생각된다.

## 8.

결론적으로 사용종속성은 없으나, 경제적으로 종속된 취업자를 노동법에 근로자와 동일하게 편입하여 보호수준을 통일화하는 것은 현행법 질서의 체계에 반할 뿐만 아니라 법정책적으로도 바람직하지 않을 수 있다. 그와 같은 보호수준의 통일화는 유사근로자의 법적 지위에 비하여 사업자에게 현저히 높은 의무를 부과하게 되어 근로관계 외에 자영취업 관계라는 고용(취업)형태를 인정함으로써 노동시장의 유연화와 활력을 추구하려는 전체적인 노동시장정책과 부합하지 아니하기 때문이다. 한계영역 종사자의 증가는 노동계의 노무공급실태의 변화를 반영하는 것일 뿐만 아니라 노동법과 결부된 기업의 높은 비용관계(인건비 등)에 대하여 경영계의 대응이라는 측면도 있다. 근로자개념과 유사근로자제도는 이와 같은 관점을 적극적으로 평가하여 한편으로는 근로자의 실질을 갖는 자가 형식적인 계약자유를 이유로 노동법의 보호에서 이탈하지 않도록 하고, 사용종속성이 없지만 경제적으로 종속되어 사회적 보호필요성이 있는 자에 대해서는 경제법과 노동법의 공동대응을 통하여 필요한 범위에서 보호수준을 정할 필요가 있는 것이다.

## 참고문헌

- 강희원 · 김영문, 『근로자개념과 계약의 자유』, 중앙경제사, 2001.
- 계희열, 『헌법학(중)』, (보정판), 박영사, 2002.
- 김영문, 『특수형태근로종사자의 근로자성판단에 관한 법사실적 고찰』, 『안암법학』 제18호, 2004.
- 김영문 · 윤성천 · 이상윤(공저), 『레미콘운송차주에 관한 판례평석』, 한국경영자총협회, 2001.
- 김형배, 『노동법』(신판 보정판), 박영사, 2005.
- 김형배 · 박지순, 『근로자개념의 변천과 관련법의 적용』, 한국노동연구원, 2004
- 박종희, 『근로기준법상의 근로자개념』, 『노동법학』 제16호, 2003.
- 박지순, 『독일의 ‘아젠다 2010’과 노동시장 개혁에 관한 연구 - 독일 노동법과 노동시장의 현재와 미래 -』, 한국경영자총협회, 2004.
- 이강성, 『레미콘운송차주의 근로자성 인정시 경제, 사회적 영향분석』, 한국경영자총협회, 2001.
- 윤애림, 『특수고용노동자의 근로자성과 입법의 방향』, 『민주법학』 제23호, 2003.
- 이진관, 『방송국 구성작가의 근로자성에 관한 연구 - KBS의 사례를 중심으로 -』, 고려대 노동대학원 석사학위논문, 2004
- 조용만, 『프랑스의 근로자 판단기준과 특수형태근로 종사자의 법적 지위』, 노사정위원회 편, 『특수형태근로자 보호대책관련 외국사례』, 2003.
- Ankele, Jörg, Das deutsche Handelsvertreterrecht nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, DB 1989, S. 2211.
- Appel, Clemens/Franzioch, Petra, Sozialer Schutz in der Selbstständigkeit, AuR 1998, S. 93.
- 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.
- Bechtold, Rainer, Kartellgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München, 2002.
- Becker, Martin, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, Frankfurt am Main, 1995.
- Berger-Delhey, Ulf/Alfmeier, Klaus, Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer ?, NZA 1991, S. 257.
- Berndt, Joachim, Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter. Zur aktuellen Diskussion um die Scheinselbständigkeit, BB 1998, S. 894.
- Beuthien, Volker/Wehler, Thomas, Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA 1978, S. 2.
- Bezani, Thomas, Der arbeitsrechtliche Status von Rundfunk- und Fernsehmitarbeitern, NZA 1997 S. 856.
- Bieback, Karl-Jürgen, Die Neuregelung zu "Scheinselbständigen" und kleinen Selbständigen in § 7 SGB IV und § 2 Nr. 9 SGB VI, SGB 2000, S. 189.
- Birk, Rolf, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, Köln u.a., 1973.
- Bitter, Walter, Zur Stellung der freien Mitarbeiter, RdA 1978, S. 24.
- Blomeyer, Wolfgang, Otto, Klaus, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 2. Aufl., München, 1997.
- 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.
- \_\_\_\_\_, Arbeitnehmer Arbeitnehmerähnliche Selbständige, Status der Beschäftigten als Mittel der Durchsetzung der Unternehmensstrategie Chancen und Risiken, RWS Forum, Arbeitsrecht 1999, 2000, S. 161.
- \_\_\_\_\_, Die arbeitnehmerähnliche Person, das unbekannte Wesen, ZUM 2000, Sonderheft, S. 624.
- Buchner, Herbert/Becker, Ulrich, Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz, 6. Aufl., München, 1998.
- Buhl, Hans-Jürgen, Zur Problematik des Arbeitnehmerbegriffs, Göttingen, 1978.
- Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes), Berlin / New York, Band 2. Teil 3 / 1 §§ 611-620, 12. Aufl., 1997.
- Däubler, Wolfgang, Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeits- und Sozialrecht und im EG-Recht, ZIAS 2000, S. 326.
- Däubler, Wolfgang, Kittner, Michael/Klebe, Thomas, Betriebsver-

- fassungsgesetz. Kommentar für die Praxis, 7. Aufl., Frankfurt a.M., 2000.
- Dersch, Hermann/Volkmar, Erich, Arbeitsgerichtsgesetz, 4. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig, 1931.
- Dietz, Rolf/Nikisch, Arthur, Arbeitsgerichtsgesetz, München, 1954.
- Diller, Martin, Gesellschafter und Geschäftsführer als Arbeitnehmer, Köln, 1994.
- Dorndorf, Eberhard/Weller, Bernhard u.a., Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Aufl., Heidelberg, 1999.
- Dörner, Heinrich, Verbraucherschutz bei privatem Direktunterricht, NJW 1979, S. 241.
- Dörr, Dieter, Die Rundfunkfreiheit und der Status der freien Mitarbeiter, ZTR 1994, S. 355.
- 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.
- Emmerich, Volker, Kartellrecht, 9. Aufl., München, 2001.
- , Unlauterer Wettbewerb, 6. Aufl., München, 2002.
- Endemann, Helmut, Die arbeitnehmerähnliche Person, AuR 1954, S. 210.
- Erfurter Kommentar, zum Arbeitsrecht, hrsg. von Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Gnther, 3. Aufl., München, 2003.
- Erman, Walter/Westermann, Harm-Peter, Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 10. Aufl., Münster/Köln 2000.
- Falkenberg, Rolf-Dieter, Freier Mitarbeiter Arbeitnehmer arbeitnehmerähnliche Person, DB 1969, S. 1409.
- Fitting, Karl/Kaiser, Heinrich/Heither, Friedrich/Engels, Gerd/

- Schmidt, Ingrid, Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar, 20. Aufl., München, 2000.
- Franziöch, Petra, Abhängige Selbständigkeit, Eine Untersuchung der rechtlichen Stellung von Selbständigen in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit, Berlin, 2000.
- Gemeinschaftskommentar zum Bundesurlaubsgesetz, 5. Aufl., Neuwied/Berlin/Kriftel, 1992(Zit.: GK-BUrlG/*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(Zit.: Germelmann u.a./*Bearbeiter*).
- Gierke, Otto von, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889(Neudruck: Frankfurt am Main, 1948).
- Gotthardt, Michael, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., München, 2003.
- Griebeling, Gert, Der Arbeitnehmerbegriff und das Problem der Scheinselbständigkeit, RdA 1998, S. 208.
- Grunsky, Wolfgang, Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar, 7. Aufl., München, 1995.
- Hanau, Peter, Die Anforderungen an die Selbständigkeit des Versicherungsvertreters nach den §§ 84, 92 HGB, Karlsruhe, 1997.
- 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.
- , Qual der Wahl, Arbeitnehmer oder Selbstndiger, AuA

- 1998, S. 185.
- Hänlein, Andreas, Franchise. Existenzgründung zwischen Kartell-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht eine neue Erwerbsform im Aufwind?, DB 2000, S. 374.
- Hase, Karl v./Lembke, Mark, Das Selbstbeurlaubungsrecht arbeitnehmerähnlicher Personen, BB 1997, S. 1095.
- Heinze, Meinard, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, Gutachten für den 55. DJT, 1984, Bd. 1, Teil E.
- , Wege aus der Krise des Arbeitsrechts Der Beitrag der Wissenschaft, NZA 1997, S. 1.
- , Zukunft der Arbeitsbeziehungen, NZA 2001, S. 1.
- Henssler, Martin, Das Anstellungsverhältnis der Organmitglieder, RdA 1992, S. 289.
- Henssler, Martin/Olbing, Klaus/Reinecke, Gerhard/Voelzke, Thomas, Das arbeits- und sozialrechtliche Korrekturgesetz und die Scheinselbständigkeit, Heidelberg, 1999.
- Herschel, Wilhelm, Die typologische Methode und das Arbeitsrecht, in: Ballerstedt, Kurt/Friesenhajn, Ernst / Nell-Breuning, Oswald v. (Hrsg.): Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, Festgabe für Otto Kunze zum 65. Geburtstag, Berlin, 1969, S. 225.
- , Die arbeitnehmerähnliche Person, DB 1977, S. 1185.
- Hilger, Marie Luise, Zum Arbeitnehmer-Begriff, RdA 1989, S. 1.
- Hochrathner, Uwe J., Die Statusrechtsprechung des 5. Senats des BAG seit 1994, NZA-RR 2001, S. 561.
- Höfling, Wolfram, Vertragsfreiheit, Heidelberg, 1991.
- Hohmeister, Frank, Zeugnisanspruch für freie Mitarbeiter, NZA 1998, S. 571.

- \_\_\_\_\_, Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige in der Sozialversicherung, NZA 1999, S. 337.
- Hoyningen-Huene, Gerrick v./Linck, Rdiger, Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl., München, 2002.
- Hromadka, Wolfgang, Arbeitsrecht Quo vadis?, in: Festschrift 40 Jahre Der Betrieb, Stuttgart, 1988, S. 241.
- \_\_\_\_\_, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen, NZA 1997, S. 1249.
- \_\_\_\_\_, Zukunft des Arbeitsrechts, NZA 1998, S. 1.
- \_\_\_\_\_, Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers unter besonderer Berücksichtigung der neueren Gesetzentwürfe - , DB 1998, S. 195.
- \_\_\_\_\_, Zum Arbeitsrecht der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen, Eine rechtspolitische Skizze, in: Heinze, Meinhard/Hromadka, Wolfgang/Köbler, Gerhard(Hrsg.): Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrhunderts, FS für Söllner zum 70. Geburtstag, 2000, S. 461.
- \_\_\_\_\_, Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter, NJW 2003, S. 1847
- Hueck, Götz, Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers, RdA 1969, S. 216.
- \_\_\_\_\_, Gleichbehandlung und Billigkeitskontrolle, in: Hueck, Götz/Richardi, Reinhard (Hrsg.): GedS für Rolf Dietz, München, 1973, S. 241.
- \_\_\_\_\_, Zur arbeitsrechtlichen Stellung des GmbH- Geschäftsführers, ZfA 1985, S. 25.
- Jacobs, Matthias, Der arbeitnehmerähnliche Selbständige, ZIP 1999, S. 1549.
- Kamanabrou, Sudabeh, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-

- Geschäftsführers im Licht neuerer Rechtsprechung, DB 2002, S. 146.
- Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich, Tarifvertragsgesetz. Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Köln, 1997.
- Kilger, Hartmut, Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige, AnwBl 2000, S. 149.
- Kindler, Peter, Verwirkung des Rechts auf außerordentliche Kündigung: Für welche Dienstvertragstypen gilt § 626 Abs. 2 BGB, BB 1988, S. 2051.
- Kittner, Michael/Pieper, Ralph, Arbeitsschutzgesetz. Basiskommentar, Köln, 1997.
- Köhl, Dietmar, Die Einschränkung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, DB 1996, S. 2597.
- Kollmer, Norbert/Vogl, Markus, Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl., München, 1999.
- Konzen, Horst, Arbeitnehmerschutz im Konzern, RdA 1984, S. 65.  
———, Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG, NJW 1989, S. 2977.
- Kramer, Ralph, Die Scheinselbständigkeit und ihre individualarbeitsrechtlichen Folgen, Aachen, 1998.
- Kreuder, Thomas, Arbeitnehmereigenschaft und neue Selbständigkeit im Lichte der Privatautonomie, AuR 1996, S. 386.
- Kunz, Jürgen/Kunz, Petra, Freie Mitarbeiterverträge als Alternative zur Festanstellung?, DB 1993, S. 326.
- Kunze, Otto, Der neue § 12 a Tarifvertragsgesetz, UFITA 1975, S. 19.
- Lakies, Thomas, Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB  
Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078.

- , Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) Inhalt und Grenzen, BB 2003, S. 364.
- Lampe, Christian, Arbeitsrechtliche Folgen der aufgedeckten ‘Scheinselbständigkeit’, RdA 2002, S. 18.
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Aufl., Berlin u.a., 1991.
- Leenen, Detlef, Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung, dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin, 1971.
- Leinemann, Wolfgang, Kommentar zur Gewerbeordnung, Arbeitsrechtlicher Teil, begr. von Eugen Stahlhacke, Loseblatt, Stand Mai 2000.
- Leinemann, Wolfgang / Linck, Rüdiger, Bundesurlaubsgesetz, 2. Aufl., München, 2001.
- Lieb, Manfred, Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen. Überlegungen zur individual-und kollektivrechtlichen Stellung sogenannter freier Mitarbeiter aus Anlaß des geplanten § 12 a TVGE, RdA 1974, S. 257.
- , Unternehmerähnliche Arbeitnehmer. Überlegungen zur Rechtsstellung der im Angestelltenverhältnis tätigen Mitarbeiter des Werbeaußendienstes der Versicherungswirtschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer Abgrenzung zum selbständigen Vertreter, ZVersWiss 1976, S. 207.
- Linnenkohl, Karl, Selbständigen-Kultur und Arbeitsmarkt, BB 1999, S. 48.
- Louven, Klaus, Aus der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum sozialrechtlichen Status des GmbH-Geschäftsführers, DB 1999, S. 1061.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, München, 1992.

- Lund, Heinrich, Tarifautonomie für arbeitnehmerähnliche Personen, BABl. 1974, S. 682.
- Lutter, Marcus/Hommelhof, Peter, GmbH-Gesetz, 15. Aufl., Köln, 2000.
- Martinek, Michael, Franchising, Heidelberg, 1987
- Maschmann, Frank, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, Rechtliche Qualifizierung von Dienstleistungsverhältnissen als Abgrenzungs- und Einordnungsproblem, Berlin, 2001.
- \_\_\_\_\_, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, NZA Sonderbeilage zu Heft 24, 2001, S. 21.
- Mayer, Udo, Aktuelles zur Scheinselbständigkeit, in: Klebe, Thomas/Wedde, Peter/Wolmerath, Martin(Hrsg.): Recht und soziale Arbeitswelt, in: FS für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Frankfurt a.M., 1999, S. 77.
- Meisel, Peter/Sowka, Hans-Harald, Mutterschutz und Erziehungsurlaub, 5. Aufl., München, 1999.
- Melsbach, Erich, Deutsches Arbeitsrecht, Berlin, 1923.
- Mohr, Wolfgang, Der Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsund Steuerrecht, Frankfurt a. M., 1994.
- MünchKommBürgerlG, MünchKommBürgerlG Band 1. Einleitung und Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 4. Aufl., München, 2001.
- Band 2a. Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 4. Aufl., München, 2003.
- Band 4. Schuldrecht. Besonderer Teil (§§ 607-704), 3. Aufl., München, 1997.
- MünchKommHGB, MünchKommHGB Band 1: Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1-104 HGB, München, 1996.
- Neumann, Dirk/Fenski, Martin, Bundesurlaubsgesetz nebst allen anderen Urlaubsbestimmungen des Bundes und Länder, 9.

- Aufl., München, 2003.
- Neuvians, Nicole, Die arbeitnehmerähnliche Person, Berlin, 2002.
- Oberthir, Nathalie/Lohr, Martin, Der Handelsvertreter im Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht, NZA 2001, S. 126.
- Oetker, Hartmut, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen, 1994.
- , Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, AuR 1997, S. 41.
- Otten, August Wilhelm, Heim- und Telearbeit. Kommentar zum HAG und heimarbeitsrelevanten Normen sowie Erläuterungen zur Telearbeit, München, 1996.
- Otto, Hansjörg/Schwarze, Roland, Die Haftung des Arbeitnehmers, 3. Aufl., Karlsruhe, 1998.
- Pfarr, Heide M., Die arbeitnehmerähnliche Person Neue Selbständigkeit und deren arbeitsrechtliche Beurteilung, in: Engelen-Kaefer, Ursula/Schoden, Michael/Zachert, Ulrich (Hrsg.): Arbeitsrecht in der Bewährung, FS für Karl Kehrmann zum 65. Geburtstag, Köln, 1997, S. 75.
- Plander, Harro, Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis: An den Betriebs- und Personalrten vorbei?, Baden-Baden, 1990.
- , Erstreckung der Betriebsverfassung auf Arbeitnehmerähnliche durch analoge Anwendung der Heimarbeitsklauseln des § 6 BetrVG?, in: Klebe, Thomas/ Wedde, Peter/Wolmerath, Martin(Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt, FS für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Frankfurt a.M., 1999, S. 272.
- Preis, Ulrich, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied/Berlin/Kriftel, 1993.
- , Perspektiven der Arbeitsrechtswissenschaft, RdA 1995, S.

333.

———, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256.

———, Koordinationskonflikte zwischen Arbeits- und Sozialrecht, NZA 2000, S. 914.

Preis, Ulrich/Stoffels, Markus, Die Inhaltskontrolle der Verträge selbständiger und unselbständiger Handelsvertreter, ZHR 160 (1996), S. 442.

Raab, Thomas, Anm. zu BAG v. 30.9.1998, 5 AZR 563 / 97, RdA 1999, S. 339.

Rancke, Friedbert, Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftrecht. Materiale Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs, Berlin, 1978.

Reinecke, Gerhard, Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung?, ZIP 1998, S. 581.

———, Der Kampf um die Arbeitnehmereigenschaft prozessuale, materielle und taktische Probleme, NZA 1999, S. 729.

———, Vertragskontrolle im Arbeitsverhältnis, Sonderbeilage zu NZA Heft 3 / 2000, S. 23.

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.

Reuter, Michael, Die Arbeitnehmer und der Arbeitnehmerbegriff, Diss. Mainz, 1984.

Richardi, Reinhard, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 7. Aufl., München 1998.

———, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag, in: FS zum

- 125jährigen Bestehen juristischer Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 607.
- \_\_\_\_\_, Der Arbeitsvertrag im Zivilrechtssystem, ZfA 1988, S. 221.
- \_\_\_\_\_, Scheinselbständigkeit und arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff, DB 1999, S. 958.
- \_\_\_\_\_, Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht oder Teil des allgemeinen Zivilrechts, in: Heinze, Meinhard/Hromadka, Wolfgang/Köbler, Gerhard (Hrsg.): Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrhunderts, FS für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München, 2000, S. 957.
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht 2. Aufl., Mnchen, 2000.
- Rieble, Volker, Die relative Verselbständigung von Arbeitnehmern Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts?, ZfA 1998, S. 327.
- Rittner, Fritz, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg, 1987.
- Rohlfing, Bernd, Zum arbeitsrechtlichen Status von (Honorar-) Lehrkräften, NZA 1999, S. 1027.
- Rosenfelder, Ulrich, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, Berlin 1982.
- Rost, Friedhelm, Arbeitnehmerähnliche Personen, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 6. Aufl., Neuwied/Kriftel, 2002, S. 1133.
- Rumpenhorst, Elmar, Personalunion zwischen Arbeitnehmer und Selbständigem im gleichen Unternehmen, NZA 1993, S. 1067.
- Rüthers, Bernd, Rundfunkfreiheit und Arbeitsrechtsschutz, RdA

- 1985, S. 129.
- Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, 10. Aufl., München, 2002.
- Schliemann, Harald, Flucht aus dem Arbeitsverhältnis, falsche oder echte Selbständigkeit?, RdA 1997, S. 322.
- Schmidt, Ingrid, Verschiebung von Konflikten und Lösungen zwischen dem Arbeitsrecht und dem Sozialrecht, AuR 1997, S. 461.
- Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 2002.
- Schmidt, Klaus/Koberski, Wolfgang/Tiemann, Barbara/Wascher, Angelika, Heimarbeitsgesetz, 4. Aufl., München, 1998.
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig, Zum Wesen des Heimarbeitsverhältnisses, RdA 1968, S. 404.
- Seidel, Norbert, Die arbeitnehmerähnlichen Personen im Urlaubsrecht, BB 1970, S. 971.
- Söllner, Alfred, From status to contract, Wandlung in der Sinndeutung des Arbeitsrechts, in: Lieb, Manfred/Noack, Ulrich/Westermann, Harm Peter(Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, S. 949.
- Soergel, Hans-Theodor, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4/1. Schuldrecht III/1(§§ 516-651), 12. Aufl., Stuttgart, Berlin/Köln, 1997.
- Stahlhacke, Eugen/Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., München 2002 (Zit.: Stahlhacke/*Bearbeiter*).
- Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.  
Zweites Buch: §§ 611- 615, 13. Bearbeitung, Berlin, 1999.

- Zweites Buch: §§ 616– 630, 13. Neubearbeitung, Berlin, 2002.
- Zweites Buch: §§ 631– 651, 13. Bearbeitung, Berlin, 1994.
- Stolterfoht, Joachim N., Die Selbständigkeit des Handelsvertreters, Düsseldorf, 1973.
- \_\_\_\_\_, Tarifaautonomie für arbeitnehmerähnliche Personen?, DB 1973, S. 1068.
- Wachter, Gustav, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person, Berlin, 1980.
- Walker, Wolf-Dietrich, Die eingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des Schuldrechtsmodernisierung, JuS 2002, S. 736.
- Wank, Rolf, Die juristische Begriffsbildung, München 1985.
- \_\_\_\_\_, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988.
- \_\_\_\_\_, Die 'neue Selbständigkeit', DB 1992, S. 90.
- Weimar, Robert/Goebel, Dietrich, Neue Grundsatzfragen um Scheinselbständigkeit und arbeitnehmerähnliche Selbständige, ZIP 1999, S. 217.
- Weltrich, Ortwin, Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag, DB 1988, S. 806.
- Wiedemann, Herbert/Stumpf, Hermann, Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., München, 1977.
- Wiedemann, Herbert(Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 6. Aufl., München, 1999.
- Wiese, Günther, Buchautoren als arbeitnehmerähnliche Personen Zur Anwendung des § 12 a TVG, Wien, 1980.
- Wlotzke, Otfried, Neuerungen im gesetzlichen Arbeitsrecht, DB 1974, S. 2252.
- Wrede, Beatrice, Bestand und Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen in Rundfunk, Fernsehen und Presse,

210 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

NZA 1999, S. 1019.

Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg, Arbeitsrecht, 5. Aufl.,  
München, 1998 요약.