

## 취업형태의 다양화에 따른 법제정비방안 (Ⅱ)

- 특수고용직 종사자의 노동법적 지위를 중심으로 -

영문제목:

Diversification of employment types and characteristic of  
employee

영문이름: Seoung-Jae Yu

## 국 문 요 약

취업형태의 다양화는 비정규직 근로자의 증가와 함께 특수고용직종사자의 증가를 가져왔다. 이러한 특수고용직종사자의 증가로 인하여 최근 이들의 근로자성은 사회적 문제로 대두되게 되었다. 물론 보험모집인, 학습지교사, 레미콘운송차주로 대표되는 이들 특수고용직종사자들은 근로자성에 의문이 제기되고 있다는 점에서 단시간근로자, 기간의 정함이 있는 근로계약자 및 파견근로자와 같이 근로자성이 문제되지 않는 비정규근로자와 구별되어 진다(비정규직근로자의 노동법적 문제에 대하여는 취업형태의 다양화에 따른 법제정비방안(Ⅰ) 참조). 아래에서는 특수취업 종사자의 근로자성과 관련된 해석론적 논의와 함께 입법론적 논의 및 경제법적 보호방안에 관한 논의에 대하여 살펴보았다.

본 연구는 총 6장으로 구성되어있다. 제1장에서는 특수고용직 종사자의 실태와 그 문제점을 다루고 있다. 제2장에서는 우리 나라에서의 특수고용직 종사자의 근로자성에 대하여 살펴보았다. 특히, 판례의 문제점과 이에 대한 학계의 의견을 비판적 입장에서 소개하고 분석하였으며, 쟁점 직업군의 근무실태와 이들의 근로자성에 대하여 살펴보았다. 제3장에서는 외국(독일·프랑스·일본·미국)의 입법례와 시사점을 소개하였다. 제4장에서는 해석론 및 입법론적 대안을 제시하였다.

결론적으로 다양한 형태로 나타나고 앞으로도 새로운 형태의 출현이 예상되는 특수고용직 종사자의 문제를 입법에 의한 확실적인 해결하는 데는 우리가 있다고 본다. 따라서 해석론적 접근방법이 유효하다고 판단되고, 다만 이에 대한 새로운 기준을 제시할 필요가 있다고 본다. 다만, 집단적 노사관계법상의 근로자성과 관련하여 판례가 변경되지 않는다면 부득이 근로기준법과 노동조합및노동관계조정법상의 근로자 개념을 분리하기 위한 입법론적 조치가 필요하다고 본다. 새로운 기준으로 는 법에 있어서 개념을 범들요건과 범들효과 사이의 의미관련성으로부

터 형성하는 목적론적(teleologisch) 개념형성방법이 적합하다고 본다. 왜냐하면 목적론적 개념형성방법만이 기존 관례의 문제점을 극복해 줄 수 있기 때문이다.

- ※ 키워드 : 근로자, 근로자성, 개념형성, 목적론적 접근방법, 학습지교사, 보험모집인, 골프경기보조원, 레미콘 운송차주, 준근로자, 취업형태의 다양화, 유형적 접근방법, 특수고용직종사자

## Abstract

According that employment types are getting more various, workers at some special types of occupation(insurance salesmen, visiting teachers of magazine, drivers of ready-mixed concrete) have increased in number as well as contingent workers and there has been a social problem about whether they are the employees in the application of the Korean Labor Law or not.

So this thesis intends to examine the interpretational and legislative opinions on the characteristic of employee in the application of Korean labor law and the protective plans of economic laws.

After analyzing actual conditions and problems of this special scope of workers in Chapter 1, I have reviewed if they can have the characteristic of employee in Korean labor law in chapter 2. Especially, I have commented the judicial decisions and critical academic views on these decisions and then examined some kinds of this scope of workers as legal issues in this chapter. In chapter 3, I have introduced the Laws of the other countries(Germany, France, Japan and U.S.A.)and their lessons. In the last chapter, I have concluded the thesis suggesting two alternatives, interpretational and legislative alternatives, to solve this problem.

I think it's not a good way to set boundaries to the scope of workers in the application of the Korean labor law by legislation because employment types are getting more and more various. So, interpretational alternative is a better

way to solve this problem only if there are new standards of judgement. To set new standards, teleological method of confirming the concept from meaning relationship between legal conditions and legal effect can be the best way because by this way alone we can overcome the obstacle of the judicial decisions.

※ **Key Words** : *employment type, diversification of employment types, contingent worker, insurance salesman, visiting teachers of magazine, drivers of ready-mixed concrete, the Labor Law, interpretational alternatives, legislative alternatives, teleological method of confirming the concept, characteristic of employee*

## 목 차

국문 요약 .....	3
Abstract .....	5
제 1 장 서 설 .....	11
제 1 절 문제제기 .....	11
제 2 절 특수고용직 종사자의 실태 .....	12
제 2 장 우리 나라에서의 특수고용직 종사자의 근로자성 ...	13
제 1 절 실정법상의 규정 .....	13
제 2 절 근로자성에 대한 판례 .....	13
1. 근로기준법상의 근로자성 판단기준 .....	13
2. 노동조합및노동관계조정법상의 근로자개념과의 관계 .....	14
3. 문제점 .....	15
제 3 절 학 설 .....	17
1. 유형적 접근방법을 통한 개념형성 .....	17
2. 실정법상의 정의규정에 의한 개념형성 .....	18
3. 계약법적 접근방법에 의한 개념형성 .....	19
4. 새로운 접근방법에 대한 검토 .....	20
(1) 유형적 접근방법을 통한 개념형성에 대한 검토 .....	20
(2) 실정법상의 정의규정에 의한 개념형성에 대한 검토 .....	20
(3) 계약법적 접근에 의한 개념형성에 대한 검토 .....	22
제 4 절 쟁점 직업군의 근로자성에 대한 검토 .....	23
1. 학습지교사의 근로자성 .....	23
(1) 학습지교사의 근무실태 .....	23
(2) 학습지교사의 근로자성에 대한 판례 .....	24
(3) 학습지교사의 근로자성에 대한 행정해석 .....	24
(4) 검 토 .....	25

2. 보험설계사의 근로자성 .....	26
(1) 보험설계사의 근무실태 .....	26
(2) 보험설계사의 근로자성에 대한 관례 .....	27
(3) 보험설계사의 근로자성에 대한 행정해석 .....	28
(4) 보험설계사의 근로자성에 대한 학설 .....	28
(5) 결  토 .....	29
3. 골프경기보조원의 근로자성 .....	30
(1) 골프경기보조원의 근무실태 .....	30
(2) 골프경기보조원의 근로자성에 대한 관례 .....	30
(3) 골프경기보조원의 근로자성에 관한 행정해석 .....	33
(4) 결  토 .....	33
4. 레미콘 운송차주의 근로자성 .....	33
(1) 레미콘 운송차주의 근무실태 .....	33
(2) 레미콘 운송차주의 근로자성에 대한 관례 .....	34
(3) 레미콘 운송차주의 근로자성에 대한 행정해석 .....	37
(4) 결  토 .....	37
제 3 장 외국의 입법례 .....	39
제 1 절  독  일 .....	39
1. 근로자 개념에 관한 실정법상의 정의 .....	39
(1) 개별적 노사관계법 .....	39
(2) 집단적 노사관계법 .....	39
(3) 사회보장법 .....	41
(4) 노동쟁송법 .....	44
2. 근로자 개념에 관한 관례 .....	44
(1) 헌법재판소의 관례 .....	44
(2) 제국법원의 관례 .....	45
(3) 연방노동법원의 관례 .....	46
(4) 기타 법원의 관례 .....	47

3. 근로자 개념에 관한 학설 .....	47
(1) 통일적 근로자 개념 .....	47
(2) 존재론적 개념형성 방법 .....	48
(3) 목적론적 개념형성 .....	48
4. 시사점 .....	59
<b>제 2 절 프랑스</b> .....	60
1. 개 관 .....	60
2. 근로자 개념에 관한 노동법전상의 정의 .....	61
(1) 개별적 근로관계법 .....	61
(2) 집단적 근로관계법 .....	64
(3) 사회보장법 .....	64
3. 근로자 개념에 관한 판례 .....	64
(1) 개 관 .....	64
(2) 조직된 사업체에의 편입 .....	65
(3) 타인을 위한 기업에의 참여 .....	65
4. 시사점 .....	65
<b>제 3 절 일본</b> .....	66
1. 노동기준법상의 근로자 개념 .....	66
(1) 노동기준법상의 정의56 .....	66
(2) 노동기준법상의 근로자 개념에 관한 판례57 .....	66
(3) 노동기준법상의 근로자 개념에 관한 학설57 .....	67
2. 노동조합법상의 근로자 개념 .....	69
(1) 노동조합법상의 정의 .....	69
(2) 노동조합법상의 근로자 개념에 관한 판례 .....	69
(3) 노동조합법상의 근로자 개념에 관한 학설 .....	70
3. 시사점 .....	71
<b>제 4 절 미 국</b> .....	71
1. 개 관 .....	71



2. 근로자 개념에 관한 실정법상의 정의 .....	71
(1) 연방공정근로기준법 .....	71
(2) 연방노동관계법 .....	72
(3) 연방사회보장법 .....	72
3. 근로자 개념에 관한 판례 .....	72
(1) 관리·통제권한 기준 .....	72
(2) 경제현실기준 .....	73
4. 시사점 .....	73
제 4 장 법제정비방안 .....	75
제 1 절 해석론적 방안 .....	75
제 2 절 입법론적 방안 .....	75
1. 입법제안 .....	75
(1) 근로기준법상의 근로자성을 인정하는 방안(제1안) .....	75
(2) 준근로자 개념을 도입하는 방안(제2안) .....	76
(3) 집단적 근로관계법상의 근로자성을 인정하는 방안(제3안) ...	76
(4) 경제법리에 의하여 해결하는 방안(제4안) .....	77
2. 입법제안에 대한 의견 .....	77
(1) 제1안에 대한 찬·반 의견 .....	77
(2) 제2안에 대한 찬·반 의견 .....	78
(3) 제3안에 대한 찬·반 의견 .....	78
(4) 제4안에 대한 찬·반 의견 .....	79
제 3 절 결 론 .....	80
1. 기본원칙 .....	80
2. 새로운 해석기준 .....	81
(1) 새로운 해석기준의 필요성 .....	81
(2) 목적론적 개념형성방법 .....	81
참 고 문 헌 .....	83

## 제 1 장 서 설

### 제 1 절 문제제기

취업형태의 다양화는 비정규직 근로자의 증가와 함께 특수고용직종사자의 증가를 가져왔다. 이러한 특수고용직종사자의 증가로 인하여 최근 이들의 근로자성은 사회적 문제로 대두되게 되었다. 물론 보험모집인, 학습지교사, 레미콘운송차주로 대표되는 이들 특수고용직종사자들은 근로자성에 의문이 제기되고 있다는 점에서 단시간근로자, 기간의 정함이 있는 근로계약자 및 파견근로자와 같이 근로자성이 문제되지 않는 비정규근로자와 구별되어 진다. 그리고 이러한 특수고용직종사자는 위에서 언급한 직업군 이외에도 택배서비스 배달원, 레미콘 운송차주 등이 있을 수 있다. 그러나 이들 직업군이 가지는 문제점은 위에서 언급한 직업군에서 발생하는 문제점과 근본적으로는 차이가 없기 때문에, 아래에서는 위에서 언급한 직업군을 중심으로 논의하기로 한다.

근로자의 개념과 근로기준법 및 노동조합및노동관계조정법의 적용범위가 일치하는 것은 아니다. 나아가 동일한 자연인이 근로기준법상의 일부규정에서는 근로자로 인정됨에도, 일부규정에서는 근로자로 인정될 수 없는 경우도 있다. 여기서 근로자의 개념을 논하는 것은 개별 법규의 적용범위를 정하는 것이 아니라, 노동법 전체를 관통하는 통일된 근로자 개념을 설정하기 위함이다. 즉, 근로자 개념의 통일적 파악에 대해서 찬성하지만, 개별 법규 및 규정의 적용을 위한 구체적 판단에 있어서는 구별하여 판단하여야 한다.<sup>1)</sup>

아래에서는 특수취업 종사자의 근로자성과 관련된 해석론적 논의와 함께 입법론적 논의 및 경제법적 보호방안에 관한 논의에 대하여 살펴보기로 한다.<sup>2)</sup>

- 
- 1) 同旨: 久保敬治, 三判勞働法, ミネルウア 書房, 1976, 8면 이하(강성태, 근로자의 개념, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1994, 91면 각주 254에서 재인용).
  - 2) 입법적 보호방안에 대하여는 김재훈, "특수형태근로 종사자에 관한 법적 보호방안", 노동법연구 제13호, 2002, 147면 이하; 강희원·김영문, 근로자개념과 계약의 자유 - 자영인과 근로자의 구별을 중심으로 -, 2001, 307면 이하 참조. 경제법적 보호방안에 대하여는 권재원, "독점규제법 및 약관규제법의 적용을 통한 학습지교사 보

## 제 2 절 특수고용직 종사자의 실태

비전형근로(계약직근로, 단시간근로, 파견근로)와 함께 특수형태근로 종사자의 수가 급증하고 있는 것을 파악되고 있다. 2002년 8월에 통계청이 실시한 경제활동인구조사 부가조사에 의하면 비정규 근로자는 772만 명으로 전체근로자의 56%를 차지하고 있다고 한다.<sup>3)</sup> 통계청의 2001년 「경제활동인구부가조사」에 의하면 골프 경기보조원, 학습지 교사, 보험 상품 판매원 등 특수고용직 종사자의 규모는 전체근로자의 6%(78만9천명)를 차지하는 것으로 파악되어, 2000년 부가조사결과인 65만 7천명(5.1%)에 비하여 다소 증가하였다.<sup>4)</sup> 골프 경기보조원은 1998년 기준으로 1만 2천 여명, 학습지 교사는 10만 여명, 보험설계사는 21만 여명으로 파악되고 있다.

이들은 주로 근로계약이 아닌 위촉계약 등을 체결하고 있지만, 간접적·포괄적으로 사용자의 지시를 받고 있다는 공통점을 가지고 있다. 그리고 위에서 언급한 직업군의 경우 보험설계사를 제외하고는 노동조합을 결성하여 활동하고 있으며, 이들 노동조합들은 노동부로부터 노조 설립 신고필증을 교부 받았다. 그리고 이들은 동일한 직업군의 경우에도 사업장마다 근무실태가 다양할 뿐만 아니라, 동일한 사업장에서도 그 근무실태가 수시로 변경되고 있는 특징을 가지고 있다. 또한 이들 직업군에 속한 자들은 주로 실적에 따라 급여를 받고 있어 개인별 소득차가 매우 큰 것도 또 하나의 특징이다.

호방안 검토, 「학습지교사 효율적 보호 방안에 관한 태도론회」, 2003, 127면 이하 참조.

3) 한겨레신문 2001년 5월 11일 1면 및 3면.

4) 특수형태근로 종사자에 대한 쟁점 및 대책방안, 노사정위원회 비정규근로자대책특별위원회 전문위원, 2002. 2., 1면.

## 제 2 장 우리 나라에서의 특수고용직 종사자의 근로자성

### 제 1 절 실정법상의 규정

현행 근로기준법은 제14조에서 “이 법에서 ‘근로자’라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”라고 정의하고 있으며, 노동조합및노동관계조정법은 제2조제1호에서 근로자를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 정의하고 있다.

### 제 2 절 근로자성에 대한 판례

#### 1. 근로기준법상의 근로자성 판단기준

근로기준법상의 근로자의 개념에 관하여는 1994년까지 통일된 기준이 없었다. 그러나 1994년 대법원은 근로기준법상의 근로자성의 판단에 관한 기본원칙을 정립하였으며 이후 대법원은 일관되게 이 입장을 유지하고 있다. 1994년 판결<sup>5)</sup>은 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, ①업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, ②사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, ③근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, ④비품, 원자재나 작업도구 등의 소

5) 대판 1994. 12. 9. 94다22859.

유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 ⑤기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑥근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, ⑦사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, ⑧양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다”고 하고 있다.

종합해 본다면 대법원은 근로자성을 ‘사용종속관계’의 존재여부를 기준으로 판단하며, 사용종속관계의 존재여부는 계약의 형식이나 명칭이 아니라 노무공급관계의 실질을 기준으로 하며, 노무공급관계의 실질은 제반요소를 종합적으로 고려하여 판단하고 있다. 즉, 대법원은 근로자 개념을 유형적 접근방법<sup>6)</sup>에 의해 판단하고 있음을 알 수 있다. 유형적 접근방법은 개념이 추상적이고 일반적이며 그 개념 속에 포함된 현상들을 포섭하기에 충분한 체계를 갖추지 못한 경우에 사용되는 방법<sup>7)</sup>으로 이는 개념표지들의 수요가 정해져 있지 않으며, 개념표지들 중의 일부는 포기가 가능하고, 개개의 개념표지들 상호간의 관계가 확정적이지 않다는 특징을 가진다.<sup>8)</sup>

## 2. 노동조합및노동관계조정법상의 근로자개념과의 관계

판례는 근로기준법상의 근로자의 개념과 노동조합및노동관계조정법상의 근로자의 개념을 명시적으로 구별하고 있지는 않다. 그러나 근로기준법상의 근로자의 개념과 노동조합및노동관계조정법상의 개념을 동일한 것으로 보는 것이 판례의 일반적인 경향이라고 판단된다. 예를 들어 판례는 “노동조합의 구성원인 근로자와 사용자 사이에는 고용에 따른 종속관계가 있어야 하고 이러한 관계가 없는 자는 노동조합법이 정한 적법한 노동조합을 조직할 수 없다”고 하고 있기 때문이다.<sup>9)</sup> 그러나

6) 유형적 접근방법에 대하여는 박중수, “유형개념의 이해”, 법철학연구 제5권 제1호, 2002, 157면 이하 참조.

7) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 290 ff.

8) Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 128 ff.

9) 대판 1992. 5. 26. 90누9438. 同旨: 대판 1970. 7. 21. 69누152.

앞에서 살펴본 골프장 캐디와 관련된 판결<sup>10)</sup>과 최근 서울행정법원<sup>11)</sup>은 “구직 중인 여성노동자”의 가입을 허용하고 있는 노동조합 규약이 ‘근로자가 아닌자의 노동조합 가입을 허용하는 것’은 아니라고 판결함으로써 근로기준법상의 근로자의 개념과 노동조합및노동관계조정법상의 근로자의 개념을 구별하는 판결도 있다.

### 3. 문제점

근로자 개념에 관한 현행법은 입법론적인 문제점과 해석론적인 문제점을 모두 가지고 있다고 보여진다. 먼저 입법론적 관점에서 현행 실정법상의 근로자 개념에 대한 정의규정(근로기준법 제14조 및 노동조합및노동관계조정법 제2조제1호)이 제시하고 있는 개념표지(Merkmale)들이 법률효과와의 의미관련성을 고려하여 도출한 결과와 일치하지 않아 근로자성을 판단하는 기준으로 활용될 수 없다는 문제점을 가지고 있다.

해석론적 관점에서는 근로자 개념에 관한 대법원의 관례가 다시 두 가지 문제점을 가지고 있다고 보여진다. 그 하나는 관례가 근로자성의 판단을 유형적으로 접근함과 동시에 사용종속관계의 존재여부를 확인하기 위한 사실적 징표들을 병렬적으로 나열함으로써, 이들 사이에 선후관계 또는 우열관계를 확인할 수 없어 판결에 대한 예측가능성의 부재와 법원의 자의(恣意)가 개입될 여지가 높아 법적 안정성이 심히 침해되고 있다는 것이다.<sup>12)</sup> 다른 하나는 근로자성의 판단을 위하여 관례가 ‘사용종속관계’를 확인하기 위하여 제시하고 있는 ‘세부 개념표지(Untermerkmal)’들이 법률효과와 의미관련성(Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge)을 결하고 있다는 점이다. 즉 이들 요소들은 우리가 일상생활에서 가장 쉽게 접할 수 있는 전형적인 근로자의 유형, 예를 들면 공장 근로자로부터 ‘사용종속관계’의 존재유무를 판단하는 기준을 도출하고 있을 뿐, 이러한 기준들이 어떠한 법률적 근

10) 대판 1993. 5. 25. 90누1731.

11) 서울행정법원 2001. 1. 16. 2000구30925.

12) 同論: 강희천·김영문, 앞의 책(註 2), 283면. 유형적 접근방법의 문제점에 대하여는 아래 III. 1. 및 3. (1) 참조.

거에 의하여 자영업자와 근로자들 구별하기 위한 기준이 되었는지(즉, 이들 개념표지들이 법률효과와 어떠한 의미관련성을 가지고있는 지)를 설명하지 못하고 있다.

좀 더 구체적으로 살펴본다면 근로자와 자영업자의 구별은 근로계약(고용계약)과 도급 및 위임계약에 근거한 노무제공계약을 구별하는 것이다. 따라서 근로자와 자영업자에 대한 구별기준은 바로 근로계약(고용계약)에 대한 법적용의 효과<sup>13)</sup>와 위임 및 도급계약에 대한 법적용의 효과의 차이를 고려하여 도출하여야 할 것이다. 그러나 판례가 제시하고 있는 기준으로서의 '전속관계의 유무', '근무시간 및 근무장소의 지정 유무' 및 '근무에 대한 용낙 또는 거부 자유의 유무'는 법률효과를 고려하여 도출한 기준이라고 보기 힘들다. 왜냐하면 '전속관계의 유무'가 근로자와 자영업자를 구별하기 위한 기준이 되기 위해서는 전속계약에 대하여는 근로계약(고용계약)에 관한 법률효과가 발생하고 그렇지 않은 계약에 대하여는 위임 또는 도급계약에 관한 법률효과가 발생하여야 하는데 전속관계의 유무에 따라 이러한 법률효과와의 차이가 발생한다는 것이 현행법상 확인되지 않기 때문이다. 나아가 판례가 제시하고 있는 근로자와 자영업자를 구별하기 위한 또 다른 기준인 '노무제공의 대체성 유무' 역시 법으로부터 도출할 수 있는 근로자와 자영업자를 구별하기 위한 기준으로는 적합하지 않다고 보여진다. 왜냐하면 '노무제공의 대체성'에 대한 제한 규정은 민법의 고용계약에 관한 규정(민법 제 657조)에서 뿐만 아니라 위임계약에 관한 규정(민법 제 682조)에서도 발견되기 때문이다. 판례는 또한 '근로소득세원천징수' 등을 '사용종속관계'의 판단기준으로 제시하고 있는 데, 이는 판례도 스스로 인정하고 있는 바와 같이 각각의 법 분야에 있어서 근로자 개념은 서로 다를 수 있다는 사실을 간과한 것으로 '사용종속관계'의 판단기준으로는 적합하지 않다고 보여진다. 마지막으로 판례는 '업무수행과정에 있어서 지휘명령의 유무', '재료·업무용기구의 부담관계' 및 '보수의 성격' 등을 '사용

13) Wank교수는 현행 독일 노동법은 직업보호(Berufsschutz)와 존립보호(Existenzschutz)라는 두 가지 법률효과를 실현하고자 하였다고 보았다.(이에 대하여는 Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 59 ff. 참조).

종속관계'를 판단하는 기준으로 제시하고 있다. 그러나 이는 근로기준법이 근본적으로 사회적·경제적 힘의 불평등관계에 있는 당사자들이 실질적으로 평등한 상태에서 계약을 체결할 수 있도록 당사자들의 계약의 자유를 제한하기 위하여 제정·운영되고 있다는 점을 간과한 결정이라고 보여진다. 왜냐하면 위에서 언급한 세 기준들에 의하여 근로자성을 판단할 경우 사용자는 실질적으로 '사용종속관계'를 유지하면서도, 외형적으로 '사용종속관계'가 존재하지 않는 것처럼 위장할 수 있는 즉, 법을 우회할 수 있는 가능성을 가지게 되기 때문이다.

### 제3절 학설

#### 1. 유형적 접근방법을 통한 개념형성

우리 나라의 판례가 근로자성의 판단에 있어서 중요하게 고려되어야 할 사실적 징표(실질적 징표)와 부수적인 징표(형식적 징표)를 구별하지 않은 채, 제반 사실적 징표들을 병렬적으로 나열하는 데서 발생하는 문제점을 극복하기 위하여 근로자성 판단에서 복수의 사실적 징표를 나열하는 지금의 모습을 버리고 실질적 징표와 형식적 징표를 구별하여 판단하여야 한다는 주장이 제기되었다.<sup>14)</sup> 이 학설은 실질적 징표로서 '지휘감독의 존재여부', '제공된 노무와 당해 사업과의 관계' 및 '노무공급자의 사정'을, 그리고 형식적 징표(사용자의 선택에 의하여 그 운영상태의 변경이 가능한 사항과 결부된 요소)로는 '보수액', '보수의 종류', '지급의 태양', '사용자에 의한 세금·사회보험료의 지급여부', '취업자에 관한 인사고과서류의 작성여부' 및 '부업에 관해 허가를 얻어야 할 계약상의 의무'를 들고 있다.

특히, 이 학설은 실질적 징표로서 '지휘감독의 존재여부'의 판단과 관련해서는 오늘날 사용자의 지휘명령권이 종래와 같이 직접적·구체적인 것에서 간접적·포괄적인 것으로 변하고 있다는 점을 충분히 고려하여 지휘감독의 존재여부를 보다 포괄적인 의미로 파악할 것을, 그리고 지

14) 장성태, "복수고용관계와 근로기준법상 근로자성 판단", 노동법학 제11호, 2000, 35면 이하.



취명명관계의 반대측면이라고 할 수 있는 노무공급자의 독립사업자성(노무공급자의 독자적인 시장접근성의 유무와 정도, 사업자로서의 능력이나 경제적 능력의 유무, 독립적 사업수행에 필요한 도구나 시설을 실제로 직접 소유 또는 관리하고 있는가의 유무), 즉 '노무공급자의 사정'을 근로자성 판단의 실질적 지표에 포함시킬 것을 주장하고 있다.<sup>15)</sup>

## 2. 실정법상의 정의규정에 의한 개념형성

근로자성 판단에 관한 또 다른 새로운 시도로 실정법상의 정의 규정에 충실하게 근로자개념을 형성하자는 주장이 있다. 이 학설은 우리나라의 경우 근로기준법 제14조에 근로자에 대한 정의규정을 두고 있으므로, 근로자 개념에 대한 정의규정을 가지고 있지 않은 독일과 달리 근로자 개념은 실정법상의 정의규정에서 출발하여야 한다고 주장한다.<sup>16)</sup>

그리고 이처럼 근로자 개념을 실정법상의 정의규정에서 출발하여 형성할 경우 우리나라는 일본의 경우와 달리 '사용종속성'이 근로자성의 판단기준이 될 수 없다고 주장한다. 왜냐하면 일본의 경우에는 노동기본법 제9조가 "이 법률에서 근로자라 함은 직업의 종류를 묻지 않고 사업 또는 사무소에 사용되는 자로서, 임금이 지급되는 자를 말한다"고 하고 있기 때문에 사용종속관계를 근로자성 판단의 중심으로 삼을 만한 충분한 법적 근거를 가지고 있지만, 이런 법적 근거를 가지고 있지 못한 우리나라의 경우 '사용종속성'이란 요소가 도입될 여지가 없다는 것이다.

이 학설은 근로기준법상의 근로자 개념을 근로(고용)계약관계 당사자의 의미로 이해하고, 근로자성을 판단하기 위한 새로운 기준으로 '계속

15) 강성태, 앞의 논문(註 14), 37면 이하. 이와 유사한 견해로는 오문완, 비전형근로의 법률문제 - 학습지 교사의 근로자성을 중심으로 -, 한국경영자총협회, 2001, 45면 이하; 최영호, "계약근로형 노무공급자의 근로자성", 노동법연구 제13호, 2002, 123면 이하.

16) 박종희, "근로기준법상의 근로자개념", 노동법학 제16호, 2003, 83면. 이와 유사한 주장으로는 근로자성을 판단하는 세부기준을 근로기준법 제14조에 합치하도록 단순화하는 작업이 필요하다고 보고, 이에 따라 근로자성 판단기준으로 '근로가 사용자의 개별적인 지시 감독 하에 수행되고 있거나 혹은 사업장조직에 편입되어 지시 감독을 받는지 여부' 및 '보수가 근로 자체에 대한 대가로서의 의미를 갖는지 여부'를 제시하고 있는 견해가 있다(김상호, "비정규직 근로자 보호를 위한 기본방향", 안암법학 제17호, 203, 153면 이하).

적인 근로의 제공', 그에 따른 본질적 결과로서의 '지시권에의 구속', '사업 또는 사업장에서'라는 '노동조직에의 편입', '임금의 대가성'을 들고 있고, 부수적인 판단요소로 '일신전속성'과 '독자적인 기업활동 주체 여부'를 들고 있다.

### 3. 계약법적 접근방법에 의한 개념형성

한편 관례·학설이 근로계약적 요소를 무시하고 실질관계에만 집착하여 근로자성을 판단하려 하였다가 지적하면서 근로자성 판단에 있어서 계약자유가 여전히 기능 할 수 있다는 점을 강조한 학설이 있다.<sup>17)</sup> 이 학설은 원칙적으로 강행법규인 노동법의 적용을 당사자의 처분에 맡겨 둘 수는 없지만, 헌법상 보장된 계약자유와 원칙과의 관계에서 이 원칙의 전제인 당사자의 대등성이 손상되고 있지 않으면 계약유형의 선택은 당사자에게 맡겨질 수 있다고 주장한다.<sup>18)</sup> 즉, 노동법의 규정들이 강행적 성격을 갖는다고 하더라도 근로관계는 사적자치에 의한 법률관계이기 때문에 어떤 사람이 근로자이고 자영업자인지는 우선 계약내용의 형성에 달려 있으므로, 근로자성을 판단함에 있어서 법률행위에 의하여 어떠한 형태로 노무를 제공하기로 약정하였는가가 우선적으로 고려되어야 한다고 한다. 이러한 이유에서 이 학설은 근로자성이 인법적으로(personenrechtlich)가 아니라 계약법적으로 정해져야 한다는 견해에 찬성하면서, 객관적 상황에 따라 계약이 자유협동자의 계약으로서 인정될 수 있는 한, 노동력 이용자가 근로계약이 아닌 자유협동계약을 선택했다 하더라도 계약자유가 남용이 될 수 없다고 보았다. 그러므로 근로계약에 의해서 수행되는 활동이 처음부터 절대적으로 존재하는 것이 아니라, 다른 계약 유형에 의해서도 가능하며 그 선택은 당사자의 자유에 맡겨져 있으므로, 동상적으로 근로관계에 의해서 수행되는 노동력 제공의 기능도 자유협동계약을 통하여 수행될 수 있다고 보고 있다.

17) 강희원·김영문, 앞의 책(註 2), 288면 이하.

18) Preis, Grundlage der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 380 ff.

#### 4. 새로운 접근방법에 대한 검토

##### (1) 유형적 접근방법을 통한 개념형성에 대한 검토

실질적 기준과 형식적 기준의 구별을 통한 개념형성을 주장하는 학설은 근로자 개념의 형성을 위한 사실적 징표들을 실질적 징표와 형식적 징표로 구별함으로써 모든 사실적 징표들을 병렬적으로 나열하고 있는 판례보다는 진일보한 시도라고 평가된다. 그러나 이 학설은 판례의 유형적 접근방법을 그대로 답습함으로써 유형적 접근방법에서 발생하는 근본적인 문제는 해결하지 못한 한계를 가지고 있다고 본다. 최근 법학을 비롯한 일부 학문분야에서 유형적 접근방법이 많은 관심을 끌고 있으나 유형적 접근방법은 범적용자로 하여금 실정법규정에서 이탈하게 하여 법률상 요건의 개별징표들의 의미를 퇴색하게 하고 범적용을 주관화 할 위험이 있으며, 나아가 법규정의 본래의미보다 범적용자 개인의 감정이 전면에 등장하게 되어, 신중해야 할 실정법 해석과 적용이 조기에 포기되거나 법도그마틱에 있어서 근거지움의 흠결(Begründungsdefizität)을 더해주는 결과를 낳는다는 비판을 받고 있다.<sup>19)</sup> 또한 유형적 접근방법은 구체적 타당성의 보장이라는 장점이 있지만, 예측가능성(Vorhersehbarkeit)의 결여로 인한 법적 안정성이 침해될 위험성이 있다.<sup>20)</sup>

##### (2) 실정법상의 정의규정에 의한 개념형성에 대한 검토

정의규정에 의한 개념형성을 주장하는 학설이 제기하고 있는 바와 같이 법률 또는 목적론적 접근에 의해서는 명확한 근거를 확인할 수 없는 '사용종속관계'를 기준으로 근로자성을 판단해서는 안 된다는 지적과, "입법자가 법률에 근로자 개념에 대해 정의하고 있다면 원칙적으로 개

19) Rütters, Rundfunkfreiheit und Arbeitsrechtsschutz, RdA 1985, S. 129 ff.; Weber-Grellet, "Der Typus des Typus", in: Festschrift für Heinrich Beisse, 1997, S. 551, 567.

20) 拙稿, "법에 있어서 개념의 형성", 경제기술법연구, 관동대학교 사회경제기술법연구소, 1999, 185면 이하.

념형성은 필요하지 않다"라는 지적<sup>21)</sup> 및 "법률문언을 출발점으로 삼는 법해석의 일반원리에 기초한다면, 적어도 근기법상 근로자 개념에 대한 판단은 법률에 나타난 정의규정에서 시작하여야 한다"라는 지적<sup>22)</sup>에는 전적으로 동의한다. 그러나 앞의 주장은 정의규정이 개념형성을 위해 제시하고 있는 개념표지(Merkmale)들이 법률효과와의 의미관련성을 고려하여 도출한 결과와 배치되지 않는 경우에 한하여 정당성을 가진다.<sup>23)</sup> 이들 양자가 일치하지 않는 경우에는 법률언어에 반하는 법해석이 허용되는 것과 같이 정의규정과 다른 개념형성이 필요하고 가능하게 된다.<sup>24)</sup> 이 경우에도 법률언어 또는 정의규정은 법해석의 출발점이지만 법해석의 한계는 아니다.<sup>25)</sup> 따라서 정의규정에 따라 개념형성을 형성하기 위해서는 개념형성을 위해 제시하고 있는 개념표지와 법률효과와의 의미관련성을 고려하여 도출한 결과와 일치할 것이 전제되어야 한다. 그러나 현행 근로기준법 제14조와 노동조합및노동관계조정법 제2조제1호는 이러한 경우에 해당하지 않는다고 보여진다.

왜냐하면 근로기준법 제14조는 "직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다"고 규정하고 있는 데, 이때 '직업의 종류를 불문하고'는 근로기준법의 개방성을 밝힌 점에는 의의가 있지만, 그것 자체로는 근로자성을 정하는데 적극적인 의미를 가지지 못하고, '사업 또는 사업장에서'의 '사업' 역시 '사회생활상의 업(業)으로서 계속적으로 행해지는 것'이면 족하기 때문에, 근로자성의 결정에서는 중요한 의미를 가지지 못하고 있으며, '임금을 목적으로 근로를 제공하는'에서의 '임금'에 대해서는 "근로자에게 지급되는 일체의 금품"이라고 정의(근로기준법 제18조)하고 있어 근로자의 정의와 순환론적으로 작용하고 있고, '근로'에 대하여는 "정신노동과 육체노동"이라고 정의하고 있어 육체노동과 정신노동이 모두 포함된다는 점을 강조하고 있을 뿐 '노동' 그 자체에 대해서는 아무런 정의를 내리고 있

21) 박종희, 앞의 논문(註 16), 83면.

22) 박종희, 앞의 논문(註 16), 84면.

23) Vgl. Wank, a.a.O.(註 8), S. 63 f.

24) Wank, a.a.O.(註 8), S. 23 ff.

25) Zippelius, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., 1990, S. 72 ff.

지 않아 정의규정으로서의 별다른 의미가 없기 때문이다.<sup>26)</sup> 이러한 문제점은 근로자의 개념에 대하여 정의하고 있는 노동조합및노동관계조정법 제2조제1호의 경우에도 동일하게 나타나고 있다.

나아가 근로계약의 개념으로부터 근로자의 개념을 도출하려는 시도는 근로계약과 위임계약(독일의 고용계약)을 구별하는 데에는 유용할 수 있으나, 근로자는 도급계약을 체결하고 노무를 제공하는 도급인과의 구별되어야 한다는 점에서 근로자성의 판단기준을 도출하기에 적합한 방법은 아니라고 판단된다.<sup>27)</sup>

### (3) 계약법적 접근에 의한 개념형성에 대한 검토

계약법적 접근에 의한 개념형성을 주장하는 학설이 제기하고 있는 기존의 판례·학설이 계약유형의 선택에 관한 당사자의 의사를 무시하고 지나치게 실질관계에만 집착하여 근로자성을 판단하고 있다는 지적에는 동의한다. 그러나 실질관계를 중시하는 '법형식의 강제(Rechtsformzwang)'이론<sup>28)</sup>을 주장한다고 하여 어떠한 경우에도 당사자에 의한 계약형식에 대한 선택의 가능성을 부정하는 것은 아니지만, 당사자가 근로관계의 실질이 존재함에도 불구하고, 이를 다른 이름으로 명명하였다 하여 근로관계와 결부된 법률효과를 적용하지 않음으로 인하여 당사자가 의식적 또는 무의식적으로 근로자에 대한 노동법상의 보호를 상실시킬 수 있도록 하여서는 안 될 것이다.<sup>29)</sup> 따라서 계약형식에 대한 선택의 자유는 당사자 자치가 인정될 수 있는 범위에서, 당사자(특히 노무제공자)의 진정한 자유의사에 의하여 행사된 경우에 한하여 인정될 수 있다고 보여진다. 결국 계약형식에 대한 당사자의 선택의 자유는 당사자 자치가 인정될 수 있는, 즉 당사자에 대한 보호가 필요하지 않다는 '객관적인 사실(sachlicher Grund)'<sup>30)</sup>이 존재하고, 당사자의 선

26) 同前: 강성태, 앞의 논문(註 14), 37면.

27) Wank, a.a.O(註 13), S. 259 ff.; Rosenfelder, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, 1982, S. 89 ff.

28) '법형식의 강제(Rechtsformzwang)'란 근로자성을 당사자의 의사가 아니라 취업의 실재를 기준으로 판단하는 것을 말한다. 이에 대하여는 MünchArbR/Richardi, § 23 Rn. 52 ff. 참조.

29) Vgl. BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

30) BAG AP Nr. 12 § 611 BGB Abhängigkeit. 이러한 접근방법은 근로자의

택이 진정한 자유의사에 의한 것이라는 것이 확인될 수 있는 매우 제한적인 경우에 한하여 허용될 수 있다.<sup>31)</sup> 따라서 근로자성의 판단에 있어서 당사자의 의사를 지나치게 강조하는 것은 근로관계의 존부와 결부된 법률효과를 의식적 또는 무의식적으로 상실시킬 위험이 있다.

## 제 4 절 쟁점 직업군의 근자성에 대한 검토

### 1. 학습지교사의 근로자성

#### (1) 학습지교사의 근무실태

학습지교사는 학습지회사에서 노무를 제공하고 있으면서 교사로서의 역할 즉, 회원을 관리하는 자를 말한다. 2000년을 기준으로 학습지교사의 수는 10만 여명에 달하는 것으로 파악되고 있다.<sup>32)</sup> 학습지교사는 학습지회사와 위탁계약(위임계약)을 체결하고 있다. 회원도 학습지교사가 아닌 학습지회사와 계약을 체결하게 되며, 이 과정에서 학습지교사는 학습지교사는 그 계약업무들 대행하게 된다. 위탁내용은 학습지교재들 공급받아서, 회원을 주 1회 관리하며, 신규회원을 모집하고, 회비를 수납하는 것이다.<sup>33)</sup>

학습지교사는 본인이 지원한 사업장(지국 또는 지역국)으로 배치될 수 있으나, 회사의 사정에 의하여 인근 다른 사업장으로 배치되기도 하므로 학습지교사가 근무장소를 결정할 수 있는 여지는 적다. 또한 회원은 학습지교사와 체결한 계약에 의하여 학습지교사의 방물을 받게 된다. 즉, 학습지교사 또는 회원의 선택에 의하여 학습지교사나 회원이 결정되고 있지 않아 양자에게 모두 시장에서의 자기결정권이 보장되지 않고 있다. 학습지교사는 학습지회사가 제공한 '표준관리방식'과 '진도결

자발적 의사에 의하여 '기간의 정함이 있는 근로계약'을 체결한 종전의 독일 연방노동법원의 판결(BAG, AP Nr. 16, 42 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag)에서도 동일하게 나타나고 있다.

31) Wank, a.a.O.(註 13), S. 104 ff.

32) 학습지교사협회, "위탁사업자 학습지 교사 실태", 노사정위원회 제출자료, 2000. 1. 17 및 2001. 9. 24.

33) 학습지교사의 근무실태에 대하여는 양경숙, 학습지교사의 근로기준법상 근로자성 판단, 고려대학교 노동대학원 석사학위논문, 2002. 참조.

정 프로그램과'에 따라 교육방법과 진도를 결정하도록 되어 있어 업무 수행상의 독자성이 보장되어 있지 않다. 학습지교사의 보수는 월회비입 금액을 기준으로 산정하고 있다. 그리고 학습지교사는 당일 활동사항을 유선으로 보고하여야 하고, 회원의 진도를 결정한 후에는 관리자로부터 결재를 받아야 한다는 점에서 업무수행내용에 대하여 학습지회사의 감독을 받고 있다. 나아가 학습지회사는 학습지교사에 대하여 겸업을 금지하고 있고, 겸업을 하는 경우에는 계약을 해지할 수 있게 된다.

### (2) 학습지교사의 근로자성에 대한 판례

학습지 교사에 대하여 대법원<sup>34)</sup>은 “학습지 등을 제작·판매하는 회사와 위탁업무계약을 체결한 교육상담교사의 경우, 그 위탁업무의 수행 과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행 시간 등에 관하여 그 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 그 회사로부터 지급받는 수수료는 그 위탁업무 수행을 위하여 상담교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 신규 회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금 실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행 실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 종속적인 관계에서의 근로제공의 대가로서의 임금이라 보기 어려운 점 및 그 밖에 업무수행 시간의 정함이 없는 점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 교육상담교사는 그 회사와의 사이에 사용·종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로자로 볼 수 없다”고 하였다.

### (3) 학습지교사의 근로자성에 대한 행정해석

노동부<sup>35)</sup>는 ①규정상 출퇴근 시간은 없으나, 지국별로 전담사항의 전달, 교육 및 회비입금을 위하여 09:00~10:00에 출근한다는 점, ② 회원증감사항, 회비 수금사항 등을 기재한 업무일지를 작성하여 지국장의 결재를 받는 등 지국장의 업무독려를 받고 있다는 점, ③주5일 근무를 원칙으로 하고 있고, 지도과목 수에 따라 5일 전후의 근무가 가

34) 대판 1996. 4. 26. 95다20348.

35) 1999. 11. 24. 서울 북부지방법사무소의 전의회서(오문완, 앞의 책(註 15), 55면에서 재인용).

능하다는 점, ④회사가 정한 구역 내에서 임무를 수행해야 하고 회사의 승인이 없는 한 1인당 과목관리 수는 150과목을 초과할 수 없으며 학생 1인당 학습시간도 10분 내지 15분으로 정해져 있다는 점, ⑤교사 중에서 일정한 자격이 있는 자를 주임·계장·계장직무 대행교사로 선발하여 지점관리국장을 보좌하고 교육훈련 및 지도감독을 하게 하는 등 교사들을 계층적으로 운영하고 있다는 점에서 회사의 지휘·감독이 존재하는 것으로 보았다. 또한 ①회사의 징계규정의 적용을 받거나 근태관리를 받고 있지 않으나, 관리능력 부족으로 인정되는 경우 관리과목 일부들 회수하거나 다른 교사에게 이관할 수 있고 회사의 규정이나 지시를 위반한 경우 위탁계약을 해지할 수 있고, ②위탁계약은 통상 1년 기간으로 체결되나, 회사가 정한 규정 또는 지시사항을 위반하였을 때, 당해 지점관리국의 평균관리 과목수와 비교하여 관리과목수가 현저하게 미달되는 경우, 수급율이 전사평균수급율에 현저히 미달되는 경우 등의 사유가 있는 경우에는 회사는 계약기간에 관계없이 위탁계약을 해지할 수 있다는 점에서 회사규정 또는 지시에 위반한 경우에 제재가 존재한다고 보았다. 나아가 상담교사의 학습지도, 회비수금, 회원의 신규모집 업무는 근로의 성질과 내용상 본질적으로 자율성을 내포하고 있으므로 회사의 개별적·구체적 지휘감독을 받을 수 없지만 업무수행결과에 대해 독려를 받고 제재를 받는 자는 점과 교사가 회사로부터 지급받는 수수료는 회원모집 실적 및 회비의 수금실적에 따라서 그 지급여부 및 지급액이 결정되어 임금성이 문제가 되지만 교사의 업무가 신규회원모집, 학습 지도, 회비수금이라는 점을 감안할 때 수수료는 노무대가성이 있다고 판단된다는 점에서 「노동조합및노동관계조정법」상의 근로자에 해당한다고 보았다.

#### (4) 결 토

대법원<sup>36)</sup>은 업무 내용이나 수행방법 및 업무수행 시간 등에 관하여 학습지회사의 지휘·감독을 받지 않는 점, 회비의 수금실적이라는 위탁업무의 이행실적에 따라 수수료를 지급하고 있는 점 등을 이유로 학습

36) 대판 1996. 4. 26. 95다20348.



지교사의 근로자성을 부정하고 있다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 학습지교사는 자신의 활동영역(지구 또는 지역국)을 선택할 수 있는 자유를 제한 받고 있고, 회원 역시 학습지교사를 선택할 수 있는 자유를 제한받고 있다는 점에서 '경영위험의 자발적 인수'가 있었다고 볼 수 없다. 나아가 학습지교사가 월회비입금액을 기준으로 보수가 결정되고 있어 학습지교사가 시장에서 경영위험을 자발적으로 인수하고 있는 것으로 보여지지만 이들 학습지교사는 경영위험만을 인수하고 있고, 경영위험에 상응하는 '경영에 대한 기회'가 보장되고 있지 않다는 점에서 '경영위험의 자발적 인수'가 인정될 수 없다. 따라서 학습지교사의 경우 목적론적 개념형성방법에 의한 근로자성의 판단기준인 '경영위험의 자발적 인수'가 존재한다고 볼 수 없어 근로자성이 인정된다.<sup>37)</sup>

학습지교사의 보수가 다음에 살펴 볼 보험설계사와 같이 입금액에 따라 보수가 결정되어 보수가 노무의 대가가 아닌 것으로 보여지나 실질에 있어서는 이들의 보수가 입금액에 따라 결정되고 있지 않다. 예컨대 월회비입금액에 대한 수수료들 학습지교사가 보수로서 지급받는 것이라면 입금액에 대한 부분을 수수료로 인정하여 입금한 교상에게 지급되어야 하는데 사실상 학습지회사의 인수인계규정에서는 학습지교사가 월회비를 입금하였다 하더라도 그 회원을 관리하지 않고 있다면 관리한 교사(또는 관리해야 할 교사)에게 인계인수수당이라 해서 수수료들 정산하고 있다. 따라서 학습지교사의 보수는 회원관리에 대한 즉, 노무제공에 대한 보수의 성격을 갖는다.<sup>38)</sup>

## 2. 보험설계사의 근로자성

### (1) 보험설계사의 근무실태

보험설계사란 특정한 보험자에게 종속하여 보험자를 위하여 보험계약의 체결을 증개하는 자로서 일반적으로 보험모집인이라고도 한다. 즉,

37) 계약의 형식에 관계없이 그 실질을 기준으로 근로자성을 판단하는 판례의 입장에 따라 실질관계의 분석에 따라 학습지교사의 근로자성을 인정하는 견해도 있다(오문환, 앞의 책(註 15), 63면).

38) 이에 대하여은 양경숙, 학습지교사의 근로기준법상 근로자성 판단, 고려대학교 노동대학원 석사학위논문, 2002, 140면 참조.

보험설계사는 일반국민에게 보험상품을 소개하여 보험에 가입할 것을 권유하고, 보험에 가입하려는 자가 있는 경우에는 이들의 보험가입의 청약의사를 보험회사에 전달하여 보험자와 보험청약자 사이에 보험계약이 체결되도록 노력하고, 보험계약을 체결하면 그에 대한 수수료를 받으면서 활동하는 자이다.<sup>39)</sup> 이들은 보험회사와 고용계약을 체결하지 아니하고 외형상 독립사업자 형태를 취하면서 사용자와 위촉계약이나 도급계약 등의 다양한 형식의 계약을 체결하고, 근로소득세를 납부하지 않고 사업소득세를 납부하며, 산업재해보상보험법 등 사회보장도 적용받지 못하고 있다. 보험업법 제2조제8호는 보험설계사를 “보험회사를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자(법인이 아닌 사단 및 재단을 포함한다)로서 제84조의 규정에 의하여 등록된 자”라고 정의하고 있으며, 동법 제85조제1항은 보험회사가 다른 보험회사에 속하는 보험설계사에게 모집을 위탁하지 못하도록 하고 있고, 동법 동조 제2항은 보험설계사가 소속보험회사의 보험회사를 위하여 모집하지 못하도록 하고 있다. 현재 이러한 보험설계사의 수는 약 21만명 정도로 추산되고 있다.<sup>40)</sup> 보험설계사는 학습지교사 및 골프장 캐디의 경우와 달리 노동부로부터 노동조합설립 신고필증을 받지 못해 유권해석에 의한 노동조합 및노동관계조정법상의 근로자로도 인정받지 못한 상태에 있다.

## (2) 보험설계사의 근로자성에 대한 판례

판례<sup>41)</sup>는 “원고가 제공하는 노무는 참가인 회사의 사업의 중요한 부분에 속하고, 또 보험모집인의 업무수행이 개인의 자율과 능력에 달려 있는 것이어서 그 업무수행에 관한 참가인 회사의 지시감독은 간접적인 형태로 이루어질 수밖에 없다는 특성을 감안하더라도, 원고의 근로시간 및 근로내용이 참가인 회사에 의하여 지배, 관리된다고 볼 수는 없으므로 원고가 참가인 회사와 종속적인 관계에서 노무를 제공하였다고 할 수 없다”고 하여 보험설계사의 근로자성을 부정하고 있다. 다른 판

39) 주영은, “보험모집인의 법적 지위”, 연세법학연구, 1992, 429면 이하.

40) 김재훈, “특수형태근로종사자에 대한 생계 및 대책방안”, 노사정위원회 비정규직위 제2분과위 6차회의(2002. 1. 7.)자료.

41) 대판 2000. 1. 28. 98두9219. 同旨: 대판 1990. 5. 22. 88다카28112.

례<sup>42)</sup>에서는 “모집인은 기본급 내지 고정급이 없고 보험모집실적이 있는 때에만 일정비율에 따른 수당의 지급을 받고 근무시간의 제한도 없고, 업무수행에 있어서 피고회사로부터 직접 구체적인 지휘감독을 받지 않고 자주적으로 행한다는 사실”을 근거로 보험설계사(모집인)의 근로자성을 부정하였다. 한편 보험수금원에 대하여는 판례<sup>43)</sup>가 근로자성을 인정하고 있다. 그러나 보험설계사(모집인)과 보험수금원은 전자는 보험계약체결을 중개하는 자이고 후자는 보험료의 수금업무를 수행하는 자로서 전자에게는 정상적인 모집활동을 실천한 자로서 기준요건을 달성한 자에게 기본수당 등 각종수당이 등급에 따라 지급되는 데 반하여, 후자에게는 등급에 따라 기본수당이 지급되며 신계약모집실적 유무에 관계없이 최저보장수당이 지급된다는 점에서 차이가 있다.

### (3) 보험설계사의 근로자성에 대한 행정해석

이들 보험설계사는 노동조합을 결성하였고 노동부로부터 노동조합설립 신고필증 받아 유권해석에 의한 노동조합및노동관계조정법상의 근로자로는 인정받고 있다.

### (4) 보험설계사의 근로자성에 대한 학설

#### 1) 근로계약관계로 보는 견해

이 견해<sup>44)</sup>는 보험회사와 보험설계사가 체결한 계약은 근로계약(고용계약)으로 노동법이 적용될 수 있다고 한다. 이 견해에 의하면 비록 계약의 명칭이 위촉계약이라고는 하나 실질을 살펴보면 생활설계사가 보험회사의 사업에 전속적으로 편입되어 보험회사가 요구하는 업무를 담당하고 그 과정에서 필요한 범위에서 보험회사의 지휘감독을 받으며 독자적인 사업자로서의 시장접근성이나 전문적인 능력을 갖추었다고 분

42) 대판 1977. 7. 10. 77다372.

43) 대판 1984. 12. 11. 84다카1192. 반면 판례는 한국전력(주)의 수금사원에 대하여는 “수금위탁계약은 근로의 제공과 임금의 지급 그 자체에 중점이 있다기보다는 수금의 실적에 중점이 있고 업무처리에 있어서도 수금원의 독립성이 강하게 인정되고 있어 종속적 노동관계에 해당한다고 보기 어렵”다는 것을 이유로 근로자성을 부정하였다(대판 1978. 7. 25. 78다510).

44) 주영은, 앞의 논문(註 39), 429면 이하.

수 없기 때문에 결국 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 것이다.

### 2) 위임계약관계로 보는 견해

이 견해<sup>45)</sup>는 보험회사와 보험설계사가 체결한 계약은 민법상의 위임 계약으로 노동법이 적용될 수 없다고 한다. 즉, 근로계약이라 함은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 하는 것으로서, 여기에서 임금이라 함은 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말하는 것인 바, 보험설계사에게 지급되는 보수는 근로의 대상이 아니고, 그 실적에 따르는 것이므로 임금이라 할 수 없고, 따라서 보험설계사는 임금을 목적으로 하여 근로를 제공하는 근로자라고 할 수 없다고 한다.

### 3) 혼합계약으로 보는 견해

이 견해<sup>46)</sup>는 생활설계사와 보험회사가 체결한 계약은 단순한 위임계약 내지는 근로계약(고용계약)의 어느 하나로 보지 않고 명칭이 위촉계약으로 되어 있지만 생활설계사가 보험회사로부터 어느 정도 지휘·감독을 받으면서 노무를 제공하고 다른 보험회사들 위하여는 노무를 제공하지 못하고, 생활설계사가 보험계약의 성립을 조건으로 보험회사로부터 보수를 지급받으며, 보험모집의 실적에 따라 보수의 상당부분이 결정되는 점 등을 고려하여 고용 내지 위임계약과 유사한 혼합계약으로 파악한다.

## (5) 검토

보험설계사의 경우 보험시장에서의 결정권을 향유하지 못하고 있다는 점에서 '경영위험을 자발적 인수'가 없어 근로자로 판정되어야 할 것처럼 보여진다. 그러나 보험설계사의 보수가 실적에 따라 결정되고 있음에 비추어 볼 때 근로자성을 인정하기는 힘들다고 보여진다. 즉, 앞에

45) 장희원·김영문, 앞의 책(註 2), 356면; 양승규, "보험모집인의 법적 지위", 노동법과 현대법의 제문제(남관 심대식박사화갑기념), 1983, 436면.

46) 이러한 입장에 따른 판결로는 서울지방법원 남부지원 2002. 11. 7. 2001가합 143212이 있다. 위 판결에 대하여는 김선수, "부당한 생활설계사 해촉에 대한 구제방법", 노동법률 2003년 1월호 19면 이하 참조.

서 살펴본 학습지교사와 비교해 볼 때 학습지교사의 보수는 노무제공에 대한 대가인데 반하여, 보험설계사의 경우에는 노무의 대가가 아니라 보험계약을 중계한 실적에 따라 결정되고 있기 때문이다.

### 3. 골프경기보조원의 근로자성

#### (1) 골프경기보조원의 근무실태

골프경기보조원의 근무실태는 사업장에 따라 다르게 나타나고 있어 일괄적으로 말할 수 없다.<sup>47)</sup> 골프경기보조원은 회사의 내규에 의해서든 현실적으로든 2개 이상의 사업장에서 동시에 근로를 제공할 수 없다. 골프경기보조원은 33.3%가 출근시간이 정해져 있고, 조회 미참석 시 82.9%가 경고를 받고 있다. 또한 골프장측은 골프경기보조원이 업무지지를 위반한 경우 55.6%가 경고를 하고 있으며, 44.4%가 계약을 해지하고 있다. 임금지급은 91.7%는 골프경기보조원이 직접 내장객으로부터 수익을 확보하고 있고, 8.3%만이 사용자로부터 급여를 지급받고 있다. 내장객이 지급하는 캐디피의 경우 개별적 덩치럼 불규칙한 것이 아니라 정액이며, 내장객과 사용자가 계약할 당시 캐디피의 금액에 대해서도 언급하고 있어, 회사측에서 캐디피에 대하여 사실상 일정액을 받도록 직·간접적으로 규제하고 있다. 그러나 근로소득세를 납부하고 있는 골프경기보조원은 4.3%에 불과하다. 1998년 전국 골프장에서 근무하는 경기보조원 총 수는 12,175명으로 파악되고 있다.<sup>48)</sup>

#### (2) 골프경기보조원의 근로자성에 대한 판례

##### 1) 근로기준법상의 근로자성

골프장에서 일하는 캐디에 대하여 대법원<sup>49)</sup>은 “①골프장 시설운영자와 사이에 근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있

47) 골프경기보조원의 근무실태에 대하여는 김소영·김태홍, 근로자로 보기 어려운 여성취업자의 실태 및 개선방안, 1999, 151면 이하를 참조하였다.

48) 노사정위원회 비정규직근로자대책위원회 전문위원, 특수형태근로 종사자에 대한 쟁점 및 대책방안, 비정규직근로자대책 특별위원회 제2분과 회의(2002. 2. 8.) 자료.

49) 대판 1996. 7. 30. 95누13432.

지 않고, ②그 경기보조업무는 원래 골프장측이 내장객에 대하여 당연히 제공하여야 하는 용역 제공이 아니어서 캐디에 의한 용역 제공이 골프장 시설운영에 있어서 필요불가결한 것이 아니며, ③내장객의 경기보조업무를 수행한 대가로 내장객으로부터 직접 캐디 피(caddie fee)라는 명목으로 봉사료만을 수령하고 있을 뿐 골프장 시설운영자로부터는 어떠한 금품도 지급받지 아니하고, ④골프장에서 용역을 제공함에 있어 그 순번의 정함은 있으나 근로시간의 정함이 없어 자신의 용역 제공을 마친 후에는 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, ⑤내장객의 감소 등으로 인하여 예정된 순번에 자신의 귀책사유 없이 용역 제공을 할 수 없게 되더라도 골프장 시설운영자가 캐디 피에 상응하는 금품이나 근로기준법 소정의 휴업수당을 전혀 지급하고 있지도 아니하며, ⑥내장객에 대한 업무 수행과정에서 골프장 시설운영자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않으며, ⑦근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧내장객에 대한 경기보조업무 수행을 해태하여도 그 용역을 제공하는 순번이 맨 끝으로 지정되는 등의 사실상의 불이익을 받고 있을 뿐 달리 골프장 시설운영자가 캐디에 대하여 회사의 복무질서 위배 등을 이유로 한 징계처분을 하지 아니하는 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는근로기준법 제14조 소정의 근로자로 볼 수 없다"고 하였다.

## 2) 노동조합및노동관계조정법상의 근로자성

대법원은<sup>50)</sup> "노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다고 보아야 할 것이며, 그 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질 관계에 의하여 결정된다 할 것이고, 그 사용종속관계가 인정되는 한 노동조합법상의 근로자로 보아도 무방할 것이다"고 전제하고 "①소외회사

50) 대판 1993. 5. 25. 90누1731.

에 소속된 캐디들은 내장객의 경기보조업무들 수행함에 있어서 캐디마스터등 소외회사의 직원의 지시를 받으며, 출근에 있어서도 소외회사에 의하여 지정된 번호순서에 따라 출근시간이 정하여 지며, 새벽근무도 해야하고, 휴장일에도 출근하여 교육이나 골프장 시설청소 등을 해야 하는 등 소외회사의 지휘감독하에 노무를 제공하여야 하며, 캐디가 캐디마스터등 소외회사측의 업무지시나 결정에 위반하거나, 무단결근등의 경우에는 벌칙으로서 캐디들의 수입에 결정적인 타격을 주는 일정기간 근무정지나 배치거부등의 제재를 가하고 있고, 소외회사측에 의하여 지명된 캐디조장에 의하여 캐디들 통제하고 있는 점, ②또한 캐디는 내장객보조업무가 종료되면 소외회사로부터 보수 즉 캐디피를 지급받는 바, 위 캐디피는 근로기준법상의 임금이라고 단정하기는 어렵지만 캐디가 소외회사에 의하여 소외회사의 골프장 캐디로 선발, 채용 될 때에 캐디와 소외회사 사이에 캐디는 소외회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무제공을 하기로 하고 그 대가로 소외회사로부터 캐디피로서 1경기당 일정한 금액인 금 5,000원을 지급받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고, 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근사하다고 보므로 캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 "기타 이에 준하는 수입"으로 못 볼 바도 아니라고 보여지는 점(캐디피의 지급방법을 내장객이 캐디에게 직접 지급하는 방법으로 변경하였다고 해도 이는 위에 보인 바와 같이 캐디피의 지급의무가 있는 것으로 보이는 소외회사가 소외회사의 골프장에서 경기에 임하려면 어차피 캐디피를 지불해야만 할 입장에 있는 내장객으로부터 캐디피를 수령한 것으로 하고 그 대신 내장객에게 캐디에 대한 캐디피의 지급을 위임한 것으로 보아야 할 것이므로 캐디피의 지급방법 변경으로 캐디피의 지급주체가 달라진다고 볼 수는 없을 것이다), ③그외에도 캐디의 업무의 성질이나 소외회사에 의하여 근무시간 등이 정해져 있고 매일 출근하여야 하는 관계상 다른 회사에의 취업이 사실상 곤란하여 캐디들은 소외회사에 거의 전속되어 있다고 보여지는 점 등이 엿보이는 바, 이러한 사정들에 비추어 보면 소외회사 골프장 소속의 캐디들은 소외회사와의 사이에 종속적노동관계에 있다고 보아야 할 것이다"고 하여 캐디들의 노동조합법상의 근로자로 보았다.

### (3) 골프경기보조원의 근로자성에 관한 행정해석

이들 골프경기보조원은 노동조합을 결성하였고 노동부로부터 노동조합설립 신고필증 받아 유권해석에 의한 노동조합및노동관계조정법상의 근로자로는 인정받고 있다.

### (4) 검토

골프경기보조원의 경우 사업장별로 근무실태의 격차가 커서 일률적으로 판단하기는 힘들다고 보여진다.<sup>51)</sup> 특히, 주의할 것은 앞에서 살펴본 판례에서 근로기준법상의 근로자성이 부정되고 노동조합및노동관계조정법상의 근로자성이 인정되었으나, 이는 개별사업장의 근무실태의 차이에서 발생한 차이로 이들 근거로 모든 골프장 캐디의 근로기준법상의 근로자성은 부정되고 노동조합및노동관계조정법상의 근로자성은 인정된다는 것은 아니라는 점이다.

## 4. 레미콘 운송차주의 근로자성

### (1) 레미콘 운송차주의 근무실태

먼저 레미콘 운송차주는 회사에 고용되어 회사 소유의 레미콘 차량을 운전하는 레미콘 차량기사들과는 달리 레미콘 차량을 소유하고 레미콘 회사와의 계약에 따라 레미콘을 운반하는 자를 말한다. 레미콘 회사와 운송차주는 레미콘 운반도급계약이라는 명칭으로 계약을 체결하고, 운반단가와 도급료는 운반량에 따라 정산한다는 점을 구체적으로 명시하고 있으며, 계약수행시 제비용의 부담을 수급인이 부담하도록 하고 있다. 그러나 사업장에 따라서는 근무수칙으로 회사가 지정한 시간에 대기, 운반지시에 순응, 회사의 지시에 따른 퇴근·운휴, 지시에 따르지 않는 조조출하·야간출하운반금지, 대리운전의 원칙적 금지, 회사의 근무수칙 내지 제반업무 지시사항의 성실히 이행, 유사계약의 금지, 원거

51) 同前: 김소영·김대홍, 앞의 책(註 47), 157면 참조.



리·소운반량에 대한 배차지시 불응 금지 등을 규정하고 있다. 또한 일부 계약서에는 특약조항으로 계약위반에 대해서는 경고 및 배차금지 사유로서 무단결근, 연장근무거부, 조조근무거부, 운행거부 등을 규정하고 지시권 위반과 계약불이행에 대한 징계사유를 두거나 이를 계약해지 사유로 규정하고 있다.<sup>52)</sup>

## (2) 레미콘 운송차주의 근로자성에 대한 판례

### 1) 근로기준법상의 근로자성

레미콘 운송차주의 근로기준법상의 근로자성에 대하여 대법원<sup>53)</sup>은 “①피고가 원고 등 운전사들이 운반할 레미콘의 양과 운반 장소를 지정하였고 이들 지정함에 있어서 전날 운반량이 가장 적은 운전사로 하여금 다음날 운반량이 가장 많은 레미콘을 운반할 수 있도록 순서를 조절하였으나, 이는 피고가 위의 레미콘 운반 도급계약에 따라 각 운전사들에게 개별적으로 운반할 레미콘과 운반 장소를 배정하지 않을 수 없는 데 운전사들의 요청에 의한 함의로 운전사들 사이에 월간 운반량이 균형을 이루도록 하기 위함이었고, ②원고들에 대하여 취업규칙의 적용이 없고, 원고들은 필요할 때에는 피고에게 사전 통보만에 의하여 운휴할 수 있으며, 원고들이 계속하여 출근하지 아니하여 레미콘 운반 업무에 종사하지 아니하더라도 계약 해지 등의 불이익을 받을 뿐이고 결근을 이유로 징계처분을 받는 것은 아니고, ③원고들의 업무가 대체로 08:00 시작되어 17:00에 종료되나, 이는 피고의 취업규칙상 종업원들의 시업 시각이 08:00이고 종업시각이 17:00인 관계로 원고들의 레미콘 운반도 레미콘을 제조하는 종업원들의 근무 시간에 맞추어 행해질 수밖에 없는 까닭으로 보이고, ④원고들은 부득이한 경우이기는 하지만 대리운전자들 내세울 수 있을 뿐만 아니라 계약기간 중 유사한 업종과의 계약 체결이 금지될 뿐 유사한 업종이 아닌 한 다른 사업장에 근로를 제공하

52) 레미콘 운송차주의 근무실태에 대하여는 강희원·이상운·조준모·김영문, 특수고용직 종사자의 법적 지위 - 레미콘 운송차주를 중심으로 -, 2002, 96면 이하를 참조하였다.

53) 대판 1997. 11. 28. 97다7988. 같은 취지의 판결로는 대판 1997. 2. 14. 96누1795이 있다.

는 것이 금지되지 아니하고, ⑤원고들에 대하여 근로소득세가 원천징수되지 아니하고, 오히려 원고들은 사업자등록을 마치고 부가가치세를 납부하였으며, 산재보험, 의료보험, 국민연금 등의 혜택이 없고, ⑥원고들이 레미콘 차량 운행에 대한 비용의 일부로서 타이어 비용 또는 타이어 펑크 수리비용을 부담하였고, ⑦피고가 지급하는 운임은 원고들이 제공한 근로의 질이나 양에 비례하여 결정된다기보다는 오로지 운반한 물량이라는 객관적으로 수행된 업무 실적의 결과만에 의하여 산정되고, ⑧ 원고들은 월간 실운반량이 월간 기준 운반량에 미치지 못할 때에도 실운반량에 일정액의 단가를 곱하여 산출한 금액 외에 미달한 양에 대하여 실운반량에 대한 단가보다 저액의 단가를 곱하여 산출한 금액을 지급받았으나 이는 레미콘 수요가 건설 경기 및 계절에 따라 변동의 폭이 심하기 때문에 비수기에 레미콘 운전사들의 이직을 방지하기 위한 수단으로 보일 뿐만 아니라 근로시간에 응하여 일정액의 임금이 보장된 것도 아니고, ⑨레미콘 차량이 피고의 소유이기는 하나 피고는 원고들이 출근하지 아니하더라도 그들에게 배정된 레미콘 차량을 타인으로 하여금 운전하도록 하지 아니하였고, ⑩원고들은 피고의 원거리 또는 소량 운전의 배차 지시를 거부할 수 없고, 피고의 레미콘 공장의 신설, 증설이 있을 경우에는 피고의 이동 지시에 따라야 하지만, 이는 피고가 고객에게 레미콘을 확실하게 공급하기 위하여 마련한 운반 도급계약의 내용에 불과하고 원고들이 이를 위반하였다고 하더라도 계약 해지의 사유가 될 뿐 이에 대하여 복무질서 위배 등을 이유로 한 징계처분을 할 수는 없는 사실을 알 수 있다. 사정이 그러하다면 원고들은 피고에 대하여 사용종속관계 하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지) 제14조 소정의 근로자라고 볼 수는 없을 것이다"고 하였다.

## 2) 노동조합및노동관계조정법상의 근로자성

레미콘 운송차주의 노동조합및노동관계조정법상의 근로자성에 대하여 대법원<sup>54)</sup>은 레미콘 운송차주들이 레미콘 회사의 지시에 따라 회사가

54) 대판 2003. 1. 10. 2002다57959.

제작한 레미콘을 회사가 지정한 장소에 운송해야 하는 등 그 업무 내용이 회사에 의하여 정해지고, 운반의뢰 불이행이나 구내 도박 및 음주 등의 경우에 배차중지 등의 불이익을 받을 수 있으며, 회사로부터 근무 태도에 대하여 교육받는 등 업무수행 과정에 있어서도 회사의 구체적인 지휘·감독을 받아 마치 고용관계에 유사한 외관을 형성한 면이 없지 않지만, 그와 같은 사실만으로 운송차주들이 회사의 근로자라고 단정지을 수 없고, 오히려 회사가 레미콘을 필요로 하는 건설현장으로부터 공급주문을 받는 주체인 이상, 운반도급계약의 상대방인 운송차주들로 하여금 운반장소들 지정하여 운송을 위탁하는 것은 운반도급계약의 기본적인 내용에 속하는 사항이고, 운송차주들이 회사가 제조한 레미콘을 위와 같은 방식으로 운반하는 것은 레미콘의 정확한 강도와 규격에 대한 품질보증이 필요하고 생산 후 90분 이내에 현장에 도착해야 하는 레미콘 자체의 특성에 기인한 바가 크며, 레미콘 제조사가 레미콘 타설 시간을 조정할 수 있는 것이 아니라 수요자인 건설현장의 공정관리상 원하는 시간에 맞추어 타설하여야 하는데, 운송차주들이 건설현장에서 원하는 시간을 개별적으로 파악하기 어려우므로 일반적으로 회사가 운송차주들에게 출하시간을 알려줄 수밖에 없는 점, 운송차주들이 회사의 물량을 안정적이고 독점적으로 운반함으로써 자신들의 경제적 이익을 증대시키기 위해 회사와 장시간의 운반도급계약을 체결한 이상 회사의 신용과 영업상의 이익을 위하여 그 업무수행 과정에서 어느 정도 회사의 지휘·감독을 받는 것은 불가피한 점, 운송차주들의 복귀시간이 정해져 있지 않고 그 복귀여부도 자유로운 점, 운송차주들이 스스로 제3자들 고용하여 업무를 대행하는 것이 불가능하지 않은 점, 레미콘 운송 차량의 소유권이 운송차주들에게 있고 그 차량의 관리도 운송차주들 스스로 하여온 점, 근로소득세를 회사가 원천징수한 것이 아니라 운송차주들이 각자 사업자등록을 하여 사업소득세 및 부가가치세를 납부한 점, 운송차주들이 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고, 기본급이나 고정급이 정하여져 있지 아니한 점 등을 종합하면, 레미콘 운송차주들이 종속적인 고용관계에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받는 근로자라고 볼 수 없다고 하였다.

## (3) 레미콘 운송차주의 근로자성에 대한 행정해석

이들 레미콘 운송차주들은 노동조합을 결성하였고 노동부로부터 노동조합설립 신고필증 받아 유권해석에 의한 노동조합및노동관계조정법상의 근로자로는 인정받고 있다.

## (4) 검토

레미콘 운송차주의 경우 사업장별로 근무실태의 격차가 커서 일률적으로 판단하기는 힘들다고 보여진다. 그리고 판례가 근로기준법상의 근로자성과 노동조합및노동관계조정법상의 근로자성을 모두 '사용종속관계'라는 동일한 기준에서 판단함으로써 인하여 발생하는 문제점에 대하여는 이미 위(제2장 제2절 3.)에서 언급하였으므로 여기에서는 반복하여 언급하지 않기로 한다.

레미콘 운송차주의 근로자성을 판단함에 있어서 주의하여야 할 것은 레미콘 운송의 특성상 요구되는 지시권과 사용자의 지시권과의 구별이라고 생각된다. 레미콘 운송차주의 경우 레미콘 운송업무의 특성상 레미콘 회사의 구체적 지시를 따르지 않을 수 없는 점이 있으나 이들 근거로 근로자성을 판단하는 것은 옳지 않다고 본다. 왜냐하면 이러한 요소들은 전통적인 '사용종속관계'의 판단에는 유용한 기준이 될 수 있으나, 경영위험이론에 의한 '경영위험의 자발적 인수' 여부를 판단하기 위한 기준으로는 유용하지 않기 때문이다. 따라서 이러한 레미콘 운송의 특성상 요구되는 일정시간 및 일정장소에 대기할 이유로 근로자성을 인정하는 것은 부당하다고 보여진다.

그러나 수리비용을 레미콘 운송차주가 부담하였다는 것을 근로자성의 부정하는 근거로 인용하고 있는 판례의 접근방법은 '경영적 결정의 자유'의 인수가 없는 단순한 '경영위험'의 인수를 기준으로 근로자성을 판단한 것으로 경영위험이론에 의할 경우 수긍하기 힘든 부분이다. 하지만 다른 사업장에 근로를 제공하는 것이 금지되지 아니한 레미콘 운송차주와 사전 통보만에 의하여 문휴가 가능하고 이들 이유로 징계처분을 받지 않는 레미콘 운송차주 및 지급하는 문휴가 제공한 근로에 비례하

여 결정된다기보다는 객관적으로 수행된 업무 실적에 의하여 산정되는 레미콘 운송차주에 대하여는 근로자성을 인정하기 힘들다고 보여진다. 이들의 경우에는 '경영위험의 자발적 인수'가 인정될 가능성이 높기 때문이다.

## 제 3 장 외국의 입법례

### 제 1 절 독일

#### 1. 근로자 개념에 관한 실정법상의 정의

##### (1) 개별적 노사관계법

개별적 노사관계법을 규율하는 통일·독립된 실정법은 없다. 즉, 개별적 노사관계법에 통일적으로 적용될 수 있는 근로자개념에 관한 법규정 역시 없다. 그러나 개별적 노사관계를 규율하는 특별법의 하나인 「연방휴가법(Bundesurlaubsgesetz)」 제2조는 제1문에서 동법상의 근로자를 노무직 근로자와 사무직 근로자라고 정의하고, 제2문에서 “경제적 종속성으로 인하여 유사근로자로 간주되는 자”도 근로자로 본다 하고 있다. 연방휴가법 제2조제2문의 “유사근로자”의 범위에 대하여는 확정된 견해가 존재하지 않는다. 관례는 「단체협약법」 제12a조에 의한 “유사근로자”를 「연방휴가법」상의 “유사근로자”로 보고 있다.

한편 상법 제84조제1항제2문에서도 근로자와 구별되는 자영업자에 대한 정의규정을 두고 있다. 상법 제84조제1항제2문은 자영업자를 “통상 자유롭게 자신의 활동을 영위하고 자신의 근무시간을 결정할 수 있는 자”로 정의하고 있다. 통설은 동조합을 당사대리인(selbständige Handelsvertreter)과 사무직 근로자(Angestellte)를 구별하기 위한 조합으로 이해하고 있다. 따라서 동조합으로부터 근로자와 자영업자를 구별할 수 있는 법적 기준이 도출되는 것은 아니라고 보고 있다.

##### (2) 집단적 노사관계법

집단적 노사관계법을 규율하는 통일·독립된 실정법 없다. 즉, 집단적 노사관계법에 통일적으로 적용될 수 있는 근로자개념에 관한 법규정 역시 없다. 독일의 집단적 노사관계법은 주로 단체협약법(Tarifvertragsgesetz)의 규율을 받고 있음. 단체협약법 제12a조는 유사근로자에게도 동법이 적용된다고 하면서, 유사근로자의 개념에 대하여 정의

하고 있다. 그 내용은 아래와 같다.

단체협약법 제12a조 유사근로자(Arbeitnehmerähnliche Personen)
<p>(1) 본 법의 규정들은 다음에 해당하는 경우에도 적용한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 경제적으로 종속되고 근로자와 마찬가지로 사회적 보호필요성이 있는 자로서 고용계약 또는 도급계약에 의하여 타인을 위하여 활동하고, 노무의 제공을 직접(persönlich) 그리고 주로 다른 근로자들과의 협력 없이 수행하며 가. 통상 1인을 위하여 활동하는 자 또는 나. 평균적으로 수입의 절반 이상을 1인으로부터 확보하고 있는 자(이를 판단하기 힘든 경우에는 단체협약에 특별한 규정이 없는 한 최종 6월간을, 활동기간이 6월 미만인 경우에는 활동기간을 기준으로 한다)</li> <li>2. 제1호에 언급된 자로서 유사근로자를 고용한 자 및 제1호에 언급된 자와 유사근로자가 위임 또는 도급계약을 기초로 형성한 법률관계</li> </ol> <p>(2) 유사근로자가 수인을 위하여 활동하는 경우에도 이들이 콘체른(주식법 제 18조) 형태로 결합되어 있거나, 이들이 동일한 조직공동체 또는 지속적인 생산공동체에 소속되어 있다면 이들은 1인으로 취급된다.</p> <p>(3) 제1항 및 제2항의 규정은 예술·학술 혹은 언론분야에서 노무를 제공하는 자와 이러한 활동에 직접적으로, 특히 기술적으로, 참여하고 있는 자로서 특정인으로부터 취득한 자신의 평균수입이 제1항 제1호 b목이 요구하고 있는 절반에 미치지 못하지만 3분의 1 이상인 자에 대하여도 적용한다.</p> <p>(4) 이 규정은 상법 제84조에 의한 상사대리인에 대하여는 적용하지 아니한다.</p>

한편 중업원평의회법(Betriebsverfassungsgesetz) 제5조제1항은 “근로자(Arbeitnehmer)란 사무직 근로자(Angestell, 노무직 근로자(Arbeiter) 및 직업교육생(Berufsausbildung Beschäftigte)을 말한다”고 하고 있다. 이러한 표현은 직장노후복지법(Betriebliche Altersversorgung) 제17조제1항, 민법(BGB) 제622조제1항, 연방휴가법(Bundesurlaubsgesetz) 제2조제1문, 노동법원법(Arbeitsgerichtsgesetz) 제5조제1항제1문 역시 이와 같은 정의규정을 두고 있다. 그러나 이와 같은 정의규정은 근로자의 개념을 확정하는 데 아무런 도움을 줄 수 없다. 왜냐하면 이러한 정의규정은 근로자란 누구인가라는 질문을 노무직 근로자와 사무직 근로자가 누구인가라는 질문으로 바꾸어 놓은 것에 불과하기 때문이다.

### (3) 사회보장법

독일 사회보장법은 근로자라는 개념을 사용하지 않고 '노무제공자(Beschäftigten)'라는 개념을 사용하고 있다. 사회보장법상의 '노무제공자'는 노동법상의 근로자에 유사근로자를 추가한 것이다. 따라서 유사근로자를 제외한 사회보장법상의 '노무제공자'와 노동법상의 '근로자'는 동일한 개념으로 이해되고 있으며, 연방사회법원 역시 '노무제공자'와 '자영업자'의 구별을 연방노동법원의 기준에 따르고 있다.<sup>55)</sup>

먼저 사회보험의 총칙에 해당하는 사회법전 제4편 제7조제1항은 "노무제공관계라 함은 독립성이 없이 노무를 제공하는 것으로, 특히 근로관계들 말한다. 노무제공관계의 성립여부는 지시권의 행사에 따른 노무제공여부 및 노무제공자가 지시권자의 작업조직에의 편입을 고려하여 판단한다"고 하고 있다.

#### 1) 1998년 개정

한편 사회보장법상의 근로자(노무제공자)의 개념과 관련하여 1998년 12월 19일에 독일 사회보장법전 제4편의 개정<sup>56)</sup>이 있었다. 독일 사회보험에 관한 일반원칙을 정하고 있는 독일 사회법전 제4편 제7조제4항의 신설이 그것이다. 동 규정은 사회보험과 관련하여 일정한 요건을 충족할 경우 "노무제공자"성이 추정되도록 함으로써 좀 더 수월하게 위장 자영업자를 억제하기 위하여 개정되었다.

그러나 사회법전 제4편 제7조제4항이 신설되었다고 하여 '노무제공자'성의 판단을 동 규정에서 출발하는 것은 잘못이다. 사회보험법상의 '노무제공자'성의 판단은 여전히 동법 제7조제1항에 의한 '노무제공관계'의 성립여부를 확인하여야 할 것이다. 사회법전 제4편 제7조제4항에 의한 추정여부는 동법 제7조제1항에 의하여 '노무제공자'성이 명확하게 성립되지도 부정되지도 않은 경우에 한하여 적용되게 된다.

55) Wank, a.a.O.(註 13), S. 349.

56) BGBl. I 1998, S. 3846.



사회법전 제4편 제7조(노무제공관계)
<p>(4) 열리활동을 하면서</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 자신의 업무와 관련하여 가족구성원을 제외하고 사회보험의 가입의무가 있는 근로자를 사용하고 있지 않을 것.</li> <li>2. 통상 그리고 주로 1인의 위임인을 위하여 일하고 있을 것.</li> <li>3. 노무제공자가 근로관계의 전형적인 업무를 수행하고 있을 것. 특히 위임인의 지시를 받아 업무를 수행하고 회사의 조직에 편입되어 있을 것.</li> <li>4. 시장에서 독자적인 경영활동을 하지 않을 것</li> </ol> <p>가운데 두 가지에 해당하게 되면 노무제공자로 추정되어 진다. 제1문은 자신의 활동에 대한 결정권을 가지고 자신의 근무시간을 스스로 결정할 수 있는 당사대리인에 대하여 적용하지 않는다. 제1문의 가족구성원이라 함은</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 배우자</li> <li>2. 2촌 이내의 혈족</li> <li>3. 2촌 이내의 인척</li> <li>4. 피보험자 또는 피보험자의 배우자에 의하여 양육되는 자(사회법전 제56조 제2항제2호)</li> </ol> <p>이 요건이 충족될 경우 위임인을 사용자로 본다.</p>

1998년 개정된 사회법전 제4편 제7조제4항제1문은 기존의 독일의 입법형식이나 법체계와는 다른 특이한 구성형식을 가지고 있다. 독일은 법에 있어서 개념의 형성과 관련하여 개념적 접근방법이 주류를 이루고 있었다. 개념적 접근방법이란 유형적 접근방법과 대비되는 개념형성방법으로 특정 개념에의 해당여부를 도출된 '개념표지(Merkmal)'의 충족여부를 기준으로 판단하는 방법이다. 이 방법에 특정 물체나 사람이 어떠한 개념에 포함되기 위해서는 반드시 도출된 모든 개념표지를 충족하여야 한다. 이에 반하여 유형적 접근방법에서는 하나의 개념을 형성하기 위하여 많은 기준들이 사용되지만 이들 모든 기준이 충족되어야 어떠한 물체나 사람이 특정 개념에 포함되어 지는 것은 아니다. 사회법전 제4편 제7조제4항제1문은 '노무제공자'의 개념을 형성하면서 유형적 접근방법을 사용하고 있다는 점에서 기존의 독일에서의 법개념의 형성방법과 구별되어 진다. 근로자의 개념과 관련해서는 독일 연방노동법원 역시 유형적 접근방법을 취하고 있다.

## 2) 1999년 개정

1998년에 개정된 사회법전 제4편 제7조제4항은 여러 가지 점에서 학계의 비판을 받았다.<sup>57)</sup> 먼저 개정법은 사회법전 제4편 제7조제1항과 제4항의 관계를 명확히 하지 않았다는 점이 지적되었다. 왜냐하면 개정된 법은 '노무제공자성의 판단이 모호한 경우 보험자는 직권주의원칙에 따라 사회법전 제7조제1항의 충족여부를 입증할 책임이 있는 지 아니면 동법 제7조제4항에 의하여 '노무제공자'성을 추정하고 '노무제공자'가 아니라고 주장하는 자가 입증책임을 질 것인지들 명확히 하지 않고 있기 때문이다.

나아가 동 개정안은 가족구성원만을 고용하여 영리활동을 하고 있는 자의 경우 가족구성원이 아닌 자를 고용 영업하고 있는 자보다 동 규정에 의하여 '노무제공자'로 인정될 가능성이 높으며, 동법 제7조제4항제2문은 상사대리인에 대하여 제7조제4항제1문의 적용을 배제하고 있어 다른 영리활동자에 비하여 사회보험에 대한 가입의무가 없음을 입증하기가 수월하다는 점에서 평등의 원칙에 반한다는 비판을 받았다. 이러한 비판을 고려하여 1999년 12월 20일 동 규정이 다시 개정<sup>58)</sup>되었다. 그 내용은 다음과 같다.

사회법전 제4편 제7조(노무제공관계)
<p>(4) 사회법전 제5편 제206조 또는 사회법전 제6편 제196조에 의한 협력의무를 부담하지 않으면서 영리활동을 하는 자로서 아래의 요건 가운데 3 가지 요건을 충족하는 자는 '노무제공자'로 추정된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 자신의 업무를 월 평균수입이 통상 630마르크 이상을 초과하는 보험가입 의무가 있는 타인을 사용하지 않고 수행하고 있을 것,</li> <li>2. 통상 그리고 주로 1인의 위임인을 위하여 일하고 있을 것,</li> </ol>

57) 1998년 개정된 독일 사회법전 제4편 제7조제4항의 문제점에 대한 비판은 Polster, "Das Ende der Scheinselbständigkeit und gleichzeitig der freien Mitarbeiter.", NJW 1999, S. 925 ff.; 抽稿, "위장 자영업자 억제를 위한 독일의 법제도 - 독일 사회법전 제4편 제7조제4항 -", 「디지털경제시대를 위한 노동법 및 사회보장법의 대응」, 한국법제연구원, 2000, 91면 이하 참조.

58) BGI. I 1999, S. 2.

3. 위임인 또는 위임인에 준하는 자가 자신이 수행하는 업무를 통상 그들이 고용한 다른 근로자들에게 수행하도록 하고 있을 것
4. 당해 영리활동이 전형적인 경영자로서의 거래에 해당하지 않을 것
5. 수행하는 업무가 그가 위임인과 '노무제공관계'에서 수행하던 업무와 일치할 것

제1문은 자신의 활동에 대한 결정권을 가지고 자신의 근무시간을 스스로 결정할 수 있는 상사대리인에 대하여 적용하지 않는다. 추정에 대하여 당사자는 항변할 수 있다.

1999년의 개정을 통하여 1998년에 개정된 사회법전 제4편 제7조에 대한 문제점은 대부분 해결되었다. 먼저, 제1문의 규정을 통하여 동법 제7조제1항과 제4항의 관계를 명확히 하였다. 즉, 사회법전 제7조제4항제1문의 개정을 통하여 동법 제7조제4항의 신설로 인하여 사회보험에 있어서의 직권주의 원칙이 변하지 않았음을 명백히 하였다. 다음으로 동법 제7조제4항제2문의 개정을 통하여 가족구성원만을 고용하여 영리활동을 하고 있는 자에 대한 평등권침해 가능성을 배제하였다. 그러나 상사대리인에 대한 예외규정은 그대로 둬으로써 평등권침해의 소지를 안고 있다.

#### (4) 노동쟁송법

노동법원법 제5조제1항제2문은 "가내근로자(Heimarbeiter)와 가내근로자법 제1조에 의하여 가내근로자와 동등한 지위에 있는 자 및 경제적 종속성으로 인하여 유사근로자로 취급되는 자도 근로자로 본다"고 하고 있다.

### 2. 근로자 개념에 관한 판례

#### (1) 헌법재판소의 판례

독일 연방헌법재판소<sup>59)</sup>는 방송국과 자유협업자(Rundfunkmitarbeiter) 사이에 체결된 기간의 정함이 있는 계약의 정당성에 관한 결정에

59) BVerfGE 59, S. 231 = AP Nr. 1 zu Art. 5 GG Rundfunkfreiheit; BVerfG AP Nr. 4 zu Art. 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit.

서 '프로그램의 내용형성에 관여하는 자유협업자'에 대하여 방송국은 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 자유가 있다고 하였다. 연방헌법재판소는 이 사건에서 방송국은 기본법 제5조제1항에 의하여 보장되는 방송의 자유를 향유하고 있으며, 다양한 프로그램의 제공은 방송의 자유의 내용에 포함되며, 다양한 프로그램의 제공을 위해 인사의 유연성이 불가결하다고 보았다.

그러나 연방헌법재판소의 위 결정이 근로자성에 대하여도 판단을 내리고 있는 지에 대하여는 의견이 대립하고 있다.<sup>60)</sup> 일부에서는 헌법재판소는 위 결정에서 먼저 근로자성을 판단하고 그 근로자성의 유무에 따라 기간의 정함이 있는 근로계약의 허용여부를 달리 판단하고 있다는 입장이다. 이에 반하여 일부에서는 헌법재판소는 위 결정에서 근로자성에 대하여는 전혀 언급을 하지 않다고 보고 있다. 연방노동법원을 후자의 견해에 따르고 있다. 그러나 연방헌법재판소는 위 결정에서 근로자성의 판단과 관련하여 명확한 의사를 표현하고 있지 않아, 위의 어느 견해에 따르더라도 위 결정으로부터 근로자성의 판단에 관한 새로운 기준이 도출되는 것은 아니다. 연방노동법원도 이러한 이유에서 방송의 자유가 근로자성의 판단에 아무런 영향을 미치지 않음을 명백히 하고 있다.

## (2) 제국법원의 판례

독일 연방노동법원의 근로자성의 판단을 위한 기준은 '인적 종속성(persönliche Abhängigkeit)'이다. 그러나 독일 법원이 처음부터 근로자성을 이러한 기준에 따라 판단하였던 것은 아니다. 제국법원<sup>61)</sup>의 초기 판결에서는 '경제적 종속성(wirtschaftliche Abhängigkeit)'을 기준으로 근로자성의 존재여부를 판단하였었다. 그러나 제국법원은 곧 판례를 변경<sup>62)</sup>하여 근로자성의 판단기준을 '경제적 종속성'에서 '인적 종속성'으로 변경하였다. 이러한 판례의 변화로 '경제적 종속성'은 더 이상 근로자성의 인정을 위한 필요조건도 충분조건도 아니게 되었다.

60) 이에 대하여는 Wank, a.a.O.(註 13), S. 10 ff.

61) RAG Benschlg. 4. 143.

62) RAG Benschlg. 8. 451, 452.

### (3) 연방노동법원의 판례

#### 1) 총 설

법원이 이처럼 '인지 종속성'을 근로자성의 판단기준으로 제시하였지만, '인지 종속성' 역시 추상적이어서 근로자성의 판단문제는 '인지 종속성'의 존재여부를 어떻게 확인할 것인가라는 문제로 이전되었을 뿐 결코 문제가 해결된 것은 아니었다. 연방노동법원은 '인지 종속성'을 확인하기 위한 다수의 개념표지(Merkmale)들을 제시하면서 '유용성'과 '법적 안정성'을 위하여 근로자개념은 유형적으로 판단할 수밖에 없다고 하였다.<sup>63)</sup> 근로자개념을 유형적으로 판단한다는 것은 반드시 연방노동법원이 근로자성의 판단을 위하여 제시한 개념표지들이 모두 충족되어야만 근로자성이 인정되는 것이 아니라는 것이다. 즉, 일부 개념표지들이 충족되지 않아도 근로자성이 인정될 수 있다는 것이다.

이러한 유형적 접근방법은 사건의 결과를 예측하기 힘들게 함으로써 법적 안정성을 침해한다는 점에서 바람직하지 않다. 그러나 이러한 문제가 근로자성을 판단하기 위한 개념표지의 수를 늘린다고 해결될 수 있는 문제도 아니라고 본다. 왜냐하면 법원이 존재론적 관점에서 근로자성을 판단하기 위한 개념표지를 늘린 경우 사용자들은 이러한 개념표지를 충족시키지 않으면서 인지 종속성을 유지시킬 수 있는 계약유형을 개발할 것이기 때문이다. 따라서 이러한 딜레마에서 벗어나기 위해서는 목적론적 관점에서 권리와 의무를 연동시키는 것이 필요하다고 본다. 예를 들어 노무제공자로부터 시장에서의 자유롭게 활동할 수 있는 영업을 기회를 박탈한 자는 노동법상의 사용자로서의 의무를 부담하도록 하고, 노동법상의 의무를 부담하지 않으려고 한다면 노무제공자에게 시장에서 자유롭게 활동할 수 있는 기회를 보장해 주어야 할 것이다.

#### 2) 연방노동법원이 제시한 개념표지들

연방노동법원은 '타인의 지시에 따르는 조직 안에서 노무를 제공하는 것'을 '인지 종속성'을 확인하는 데 가장 중요한 개념표지로 보았다. '타

63) BAG 23.4.1980 AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

인의 조직'에 편입된다는 것은 노무제공의 시간, 장소, 길이 및 내용이 '사용자의 지시권(Weisungsrecht des Arbeitgebers)' 아래 놓이게 된다는 것을 의미한다. 구체적인 사건에서 '인적 종속성', 특히 '사용자의 지시권'의 존재를 확인하기 위한 상황증거로 연방노동법원은 네 가지의 개념표지(작업방법에 대한 종속성, 시간적 종속성, 장소적 종속성, 조직적 종속성)들을 제시하고 있다.<sup>64)</sup>

초기 연방노동법원의 판결에서는 위에서 언급한 기준들 외에도 '사회보험법상의 보험료 납부여부' 또는 '세법상의 지위' 등을 '인적 종속성' 판단을 위한 고려요소로 보았었다. 그러나 초기의 판결들을 제외한 판결에서 연방노동법원은 이들 표지들을 더 이상 '인적 종속성'을 판단하기 위한 기준으로 인정하지 않고 있다.

#### (4) 기타 법원의 판례

위에서 언급한 바와 같이 근로자의 개념은 노동법에서뿐만 아니라 사회보장법 영역에서도 매우 중요한 의미를 지닌다. 물론 사회보장법에서는 근로자라는 표현대신 '노무제공자(Beschäftigten)'라는 표현을 사용하고 있다. 그러나 '노무제공자성'의 판단과 관련하여 연방사회법원은 연방노동법원의 판단기준을 준용하고 있다.<sup>65)</sup> 물론 연방사회법원은 사회보장법의 목적상 '노무제공자성'을 판단함에 있어 '사회적 보호필요성(soziale Schutzbedürftig)'을 고려하여야 할 것이다.

### 3. 근로자 개념에 관한 학설

#### (1) 통일적 근로자 개념

법에 있어서 개념은 해당 법의 목적 및 취지에 따라 달라질 수 있다.<sup>66)</sup> 따라서 노동관계법 전체에 적용될 수 있는 통일된 근로자의 개념을 도출한다는 것은 이상적인지 몰라도 가능하지는 않다고 본다. 그

64) Vgl. MünchArbR/Richardi, 2. Aufl., § 24 RdNr. 22 ff.

65) 상세는 Wank, a.a.O.(註 13), S. 346 ff.

66) 법에 있어서 개념의 형성에 대하여는 Wank, a.a.O.(註 8) 및 拙稿, "법에 있어서 개념의 형성", 경제기술법연구, 1999, 175면 이하 참조.

럼에도 불구하고 학계에서는 꾸준히 통일된 근로자의 개념을 형성하기 위하여 노력하고 있다.<sup>67)</sup> 이는 노동법 전체를 관통하는 근로자의 개념을 형성함으로써 노동법을 체계적이고 일관성 있게 적용하기 위함이라고 이해되어진다. 그렇기 때문에 개별 법들의 적용에서 통일된 근로자의 개념을 그대로 사용할 수는 없다. 개별 법들에 적용될 근로자의 개념은 개별 법들의 목적과 취지에 맞게 다시 형성되어야 할 것이다. 그러나 특정 법들이나 조항의 적용에 있어서 통일된 근로자의 개념과 다른 근로자의 개념을 사용할 필요성이 인정되지 않는다면 해당 법들이나 조항의 적용에 통일된 근로자의 개념이 사용되어야 할 것이다.

## (2) 존재론적 개념형성 방법

노동법이 성립된 이후 근로자개념을 형성하기 위한 많은 노력들이 있어 왔다. 그러나 노동법 생성 초기에 형성된 대부분의 이론들은 근로자의 개념을 목적론적(teleologisch)으로 접근하지 않고 존재론적(ontologisch)으로 접근하는 한계를 가지고 있다. 존재론적으로 접근방법은 그 개념에 해당하는 전형적 집단들에 존재하는 현상들로부터 개념표지를 도출하고자 한다. 존재론적 접근방법의 대표적 예로는 '경제적·사회적 생활조건'<sup>68)</sup>이나 '보호필요성'<sup>69)</sup>에 따라 근로자성을 판단하려고 하였던 학설들이 여기에 속한다.

## (3) 목적론적 개념형성

### 1) 목적론적 개념형성의 등장

우리 나라에서와 마찬가지로 독일에서도 노동법이 성립된 이후 근로자개념을 형성하기 위한 많은 노력들이 있어 왔다. 그러나 노동법 생성 초기에 형성된 대부분의 이론과 독일을 비롯한 우리 나라의 판례는 아

67) 이에 대하여는 Wank, a.a.O.(註 13), S. 37 ff.

68) Ranke, "Arbeitnehmerbegriff und sozio-ökonomischer Strukturwandel", AuR 1979, S. 9 ff.

69) Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 14 ff.

직까지 근로자의 개념을 목적론적(teleologisch)으로 접근하지 않고 존재론적(ontologisch)으로 접근하는 한계를 가지고 있다. 이러한 존재론적 접근방법의 문제점을 비판하면서 등장한 것이 목적론적 접근방법에 의한 개념형성이다.<sup>70)</sup> 존재론적 접근방법은 그 개념에 해당하는 전형적 집단들에 존재하는 현상들로부터 개념표지를 도출하는 데 반하여, 목적론적 접근방법은 법률요건과 법률효과 사이의 의미관련성(Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge)을 고려하여 법개념을 형성하려는 시도이다. 이러한 목적론적 접근방법에 의한 근로자 개념형성의 시도는 Wank교수의 '경영위험이론(Die Theorie des freiwilligen Unternehmerrisikos)'<sup>71)</sup>으로 대표되고 있지만, 이러한 시도는 Wank교수 이전에도 존재하였다. 그러나 Wank교수 이전의 시도<sup>72)</sup>들은 목적론적 관련성이 절여된 개념징표를 사용함으로써 그 설득력이 부족하였으나, Wank교수에 의하여 시도된 경영위험이론은 목적론적 개념형성이론을 한층 심화시켰다는 평을 받고 있다.

근로자의 개념에 관한 Wank교수 이론의 첫 번째 특징은 영리활동자(Erwerbstätiger)를 자영업자와 근로자로 대별한다는 점이다.<sup>73)</sup> 근로자의 개념에 관한 기존의 이론들이 "고용계약(Dienstvertrag)"과 "근로계약(Arbeitsvertrag)"을 구별<sup>74)</sup>하는 데 초점을 맞추고 있었던 데 반하여 Wank 교수는 영리활동자를 자영업자와 근로자로 구별하고,

70) Wank교수의 접근방법은 Wank, a.a.O.(註 8) 참조.

71) Wank 교수가 이야기하는 경영위험의 인수는 위에서 언급한 노무제공 방법에 대한 결정권을 가지고 그에 따른 결과에 대한 위험을 부담하느냐의 문제로 기존의 경영위험이론(Betriebsrisikolehre)과 구별된다. 기존의 경영위험이론은 기업도산시 임금삭감문제 또는 파업시의 사용자의 임금지급의무와 관련하여 주장된 이론이다.

72) Lieb, "Beschäftigung auf Produktionsdauer - Selbständige oder unselbständige Tätigkeit?-", RdA 1977, S. 210, 212; Rancke, "Arbeitnehmerbegriff und sozio-ökonomischer Strukturwandel", AuR 1979, S. 9 ff.; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 14 ff.

73) Wank, a.a.O.(註 13), S. 82 ff.

74) 우리 나라와 달리 독일 민법은 위임계약을 무상으로 하고 있기 때문에 변호사, 의사와 같은 자영업자들이 체결한 계약을 고용계약으로 보게 된다. 그리고 고용계약(Dienstvertrag)을 협의의 고용계약과 근로계약(Arbeitsvertrag)으로 구분하고 있다. 즉, 독일의 경우 변호사, 의사와 같은 자영업자가 체결하는 계약을 협의의 고용계약으로 보고 있다.



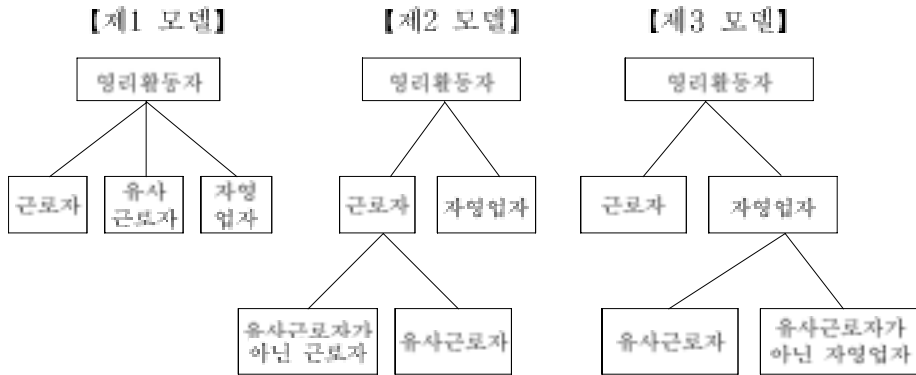
고용계약을 체결한 경우와 도급계약을 체결한 경우들 모두 자영업자로 분류하고 있다. Wank교수의 접근방법이 가지는 또 다른 특징은 영리활동자(Erwerbstätiger)를 자영업자와 근로자로 구분하는 2분법적 접근방법을 전제로 하고 있으며, 이러한 2분법적 접근방법을 전제로 근로자와 자영업자는 서로 대립되는 개념으로, 근로자성의 판단기준은 근로자에 적용된 법효과와 자영업자에 적용된 법효과의 차이에서 도출하여야 한다고 주장하고 있다. 결론적으로 Wank교수는 근로자성의 개념표지로 '인적 종속성' 대신 '경영위험의 자발적 인수(freiwillige Übernahme des Unternehmerrisikos)'를 제시하였다. 아래에서는 각각의 특징들에 대하여 좀 더 상세히 살펴보기로 한다.

## 2) 2분법적 접근(Das duale Modell der Erwerbstätigkeit)

앞에서 설명한 바와 같이 Wank교수는 영리활동자들 자영업자 또는 근로자로 분류할 수 있다는 2분법을 전제로 하고 있다. 2분법적 접근방법이 가지는 의미는 유사근로자(Arbeitnehmerähnliche)를 어떻게 분류할 것인가에 있다. 왜냐하면 현행 독일 노동법에는 실정법에 유사근로자 개념이 사용되고 있기 때문이다(§ 12a TVG, § 2 BUrlG, § 5 Abs. 1 Satz 1 AbrGG). 이러한 사실에 기초할 때 이론적으로 영리활동자에는 자영업자, 근로자, 유사근로자라는 세 그룹이 있다고 전제할 수도 있고,<sup>75)</sup> 영리활동자에는 자영업자와 근로자가 있지만 유사근로자는 자영업자의 하위개념이라고 보는 방법과 유사근로자는 근로자의 하위개념이라고 보는 방법<sup>76)</sup>도 가능하다.

75) Hromadka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht - zur Diskussion um die "neue Selbständigkeit", NZA 1997, S. 567, 575 f.; Wachter, Wesensmerkmale der arnehmerähnlichen Person, 1980.

76) Buhl, Zur Problematik der Arbeitnehmerbegriffs, Diss. 1978, S. 56 ff., 129 ff., 141, 146, 192; Rancke, Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht, 1978, S. 82 ff., 115 ff.; Söhnen, Die Selbständigkeit der freien Mitarbeiter, Diss. 1975, S. 84 ff.; Traeger, Die Reichweite des arbeitsrechtlichen Sozialschutzes, 1981, S. 23, 95 ff.; Wolterreck, "Wo der Sozialstaat versagt: Freie Mitarbeit", AuR 1973, S. 129.



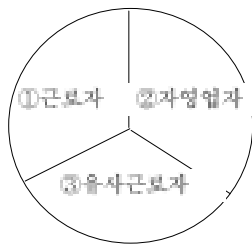
이와 관련하여 Wank교수는 유사근로자를 자영업자의 하위개념으로 근로자와 자영업자 사이에 존재하는 독립된 존재가 아니라고 보았다. 왜냐하면 현행 독일 노동법은 '유사근로자'라는 개념을 사용하고 있지만, 법이 '유사근로자'에게 발생시키고 싶어하는 별도의 법 효과가 존재하는 것은 아니고,<sup>77)</sup> 단지 이 개념을 통하여 일정한 요건을 갖춘 자영업자에게 노동법의 일부 규정을 유추 적용한 것에 불과하다는 것이다. 이는 독일 노동법에는 '중견간부(Der leitende Angestellte)'라는 개념이 실정법에 사용되고 있지만 '중견간부'를 근로자와 자영업자와 대등한 지위에 있는 개념으로 보지 않는 것과 유사한 경우라고 보여진다.

이러한 주장은 다음과 같은 사실을 통하여 확인할 수 있다고 보여진다. 독일 단체협약법 제12a조에 의하면 유사근로자로 판단되기 위해서는 '자기의 노동력을 투입하고, 본질적으로 근로자들 사용하지 않을 것', '경제적 종속성', '근로자와 같은 정도의 사회적 보호필요성' 및 '고용계약 또는 도급계약에 기초하고 있어야 한다. 독일 연방휴가법 제2조와 노동법원법 제5조도 경제적 종속성을 유사근로자의 판단기준으로 사용하고 있다. 즉, 독일의 통설과 판례는 근로자성을 판단하기 위한 기준으로 '인적 종속성'을 그리고 유사근로자성을 판단하기 위한 기준으로 '경제적 종속성'을 제시하고 있다. 결국 독일의 현행법은 자영업자, 근로자, 유사근로자의 구별과 관련하여 '인적 종속성'과 '경제적 종속성'

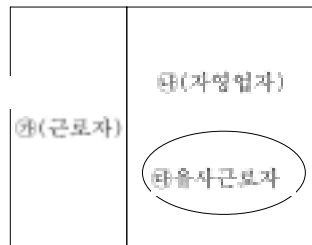
77) Wank, a.a.O.(註 13), S. 235 ff.

이라는 두 기준만을 제시하고 있다. 그러나 이러한 독일의 통설과 판례에 의하면 '유사근로자'는 근로자 및 자영업자와 대등한 지위에 있는 제 3의 개념이라는 삼분법적 접근방법은 인정될 수 없다. 왜냐하면 아래 【표 1】에서 보는 바와 같이 독립된 세 가지의 개념을 상호 구별하기 위해서는 적어도 세 가지의 구별기준이 필요하기 때문이다. 두 가지 구별기준만으로 세 가지의 개념을 구별할 수 있기 위해서는 【표 2】, 【표 3】에서와 같이 ㉞가 ㉝의 일부이거나 ㉞가 ㉟의 일부인 경우 가능하다. 왜냐하면 【표 2】의 경우에는 ㉞와 ㉝의 구별이 필요하지 않고, 【표 3】의 경우에는 ㉞와 ㉟의 구별이 필요하지 않기 때문이다.

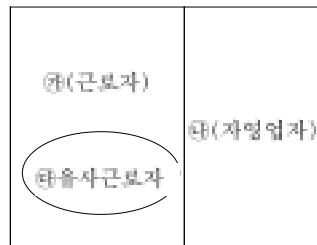
【표 1】



【표 2】



【표 3】



【표 1】의 경우 ①의 근로자와 ②의 자영업자를 구별하는 기준으로 '인적 종속성'을 제시하고, ②의 자영업자와 ③의 유사근로자 또는 ①의 근로자와 ③의 유사근로자를 구별하기 위한 기준으로 '경제적 종속성'을 제시하였다면 ②와 ③의 구별기준 또는 ①과 ③의 구별기준이 추가로 필요하다는 것이다. 또한 【표 1】의 모형에 따른 경우 ③의 유사근로자에게 ①의 근로자에 적용되는 법규정을 적용하기 위해서는 ①과 ③이 유사한 법률관계에 있어야 하는데 ①은 '인적 종속성'을 가진 집단이고 ②는 '경제적 종속성'을 가진 집단으로 유사성이 존재하지 않는 문제점이 있다. 따라서 이러한 독일의 입법상황은 만약 근로자성을 '인적 종속성'과 '경제적 종속성'을 함께 고려하여 판단한다면<sup>78)</sup> 정당화될 수 있

78) Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person, 1980.

을 것이다. 그러나 '경제적 종속성'을 근로자성의 판단기준으로 인정하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 근로자성이 인정되는 근로관계에서는 '경제적 종속성'이 나타날 수 있지만, '경제적 종속성'이 인정된다고 하여 항상 근로자성이 인정되는 것은 아니어서 '경제적 종속성'은 더 이상 근로자성을 판단하기 위한 필요조건도 충분조건도 될 수 없기 때문이다.<sup>79)</sup> 나아가 근로자성을 '경제적 종속성'만을 기준으로 판단하는 경우에도 【표 1】의 ③의 유사근로자에게 ①의 근로자에 적용되는 범규정을 적용하고 있는 현행 독일법의 입법체계를 설명할 수 있을 것이다. 그러나 이 경우에는 다시 ①의 근로자와 ③의 유사근로자를 구별할 기준이 없다는 문제점이 발생한다.

나아가 독일 단체협약법 제12a조는 근로자에게는 당연히 적용되는 단체협약법의 적용을 유사근로자에게 보장하고 있다는 점에서 【표 3】과 같이 유사근로자를 근로자의 하위개념으로 보려는 주장은 사회학적 관점에서는 타당할 수 있으나 법학적 관점에서는 설득력이 없다고 보여진다.

결국 근로자와 자영업자의 개념은 서로 대립되는 개념(kontradiktorische Begriffe)으로 근로자 개념의 형성은 자영업자와의 구별기준을 제시하는 것으로 충분하다는 것을 의미한다. 그리고 이러한 개념 형성방법은 유사근로자 개념의 도입으로 방해받지 않는다는 것을 의미한다.<sup>80)</sup> 그리고 이러한 2분법적 접근방법은 실정법에서 유사근로자라는 개념을 사용하고 있는 독일에서도 타당성이 있기 때문에, 근로자성의 판단과 관련된 우리의 법체계가 독일법과 커다란 차이점이 발견되지 않고 실정법에 '유사 근로자'와 같은 개념을 사용하고 있지 않은 우리나라의 상황에서는 더욱 설득력이 있다고 보여진다. 또한 이러한 접근 방법은 입법을 통하여 '준근로자'의 개념을 도입한다고 하여도, 그 입법이 독일의 '유사근로자' 또는 '중견간부'의 예에서 살펴본 바와 같이 노동법의 일부규정의 적용을 확대시키거나 축소시키는 방법으로 이루어지는 경우에는 계속 유효하다고 보여진다.

S. 203 f., 208.

79) Vgl. MünchArbR/Richardi, § 23 Rn. 15.

80) Wank, a.a.O.(註 13), S. 40 f.

### 3) 경영위험이론

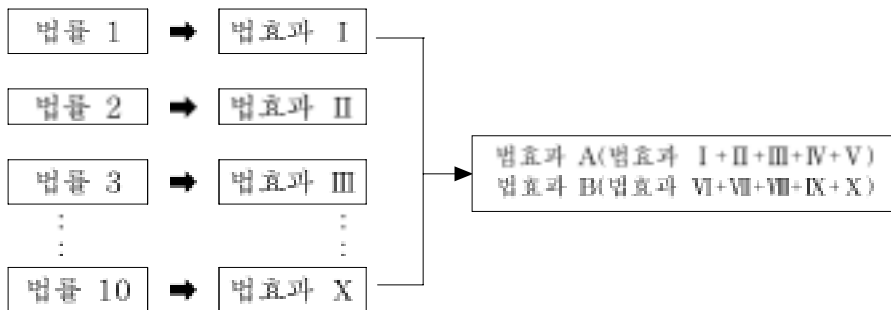
#### (가) 총 설

Wank교수는 기존의 통설과 판례가 개념표지로서의 '인적 종속성'과 근로자성이 인정된 경우 발생하는 법률효과인 '유급휴가의 보장' 또는 '해고의 보호'가 어떠한 의미관련성(Sinnzusammenhang)을 가지고 있는 지를 설명하지 못하고 있다고 보았다. Wank교수는 목적론적 개념 형성방법에 따라 근로자성의 개념표지로 '인적 종속성' 대신 '경영위험의 자발적 인수(freiwillige Übernahme des Unternehmerrisikos)'를 제시하였다. 그리고 '경영위험'의 인수여부는 '위험'의 인수만을 중심으로 판단할 것이 아니라 '사업에 대한 결정의 자유'와 '사업활동에 따른 결과가 누구에게 구속되고 있는 지'를 함께 고려하여 판단하여야 한다고 한다. 또한 Wank교수는 모든 노동법에 적용되는 전형적인 근로자상을 염두에 두고 문체에 접근하고 있다.

#### (나) 통일적 근로자 개념

Wank 교수는 법체계에 공통되는 통일된 근로자 개념(ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff)이 존재한다고 주장한다. 즉, 노동법, 헌법, 사회보장법 등에 공통적으로 적용될 수 있는 근로자의 개념을 인정한다. 그는 통일된 법질서(Einheit der Rechtsordnung)를 위하여 통일적 근로자의 개념이 필요하다고 보고 있다. 이는 현행 법질서가 근로자에게 어떠한 법적 보호를 할 것인가에 대한 통일된 목적이 존재한다는 것을 의미한다. 그러나 그가 통일된 근로자 개념을 인정한다고 하여 법개념, 특히 근로자 개념의 상대성을 부정한다는 것은 아니다. 전체 법질서가 추구하는 법효과와 별도로 개별법규가 추구하는 법효과가 존재할 수 있기 때문에, Wank교수도 이들 개별법에 있어서 근로자의 개념은 서로 다를 수 있다고 하고 있다. 현실적으로 볼 때 서로 다른 사회적·시대적 배경에서 제정된 개별법들이 하나의 일치된 법효과를 추구한다는 것은 이상적이기는 하지만 매우 드물다고 보고 있다.<sup>81)</sup> 그가 말하는 통일된 근로자의 개념은 현행법을 적용했을 경우

발생하는 법효과를 종합할 때, 전체 별질서가 추구하고 있는 법효과의 적용대상을 도출할 수 있다는 것이다.



#### (다) 노동법의 효과

Wank교수는 위에서 언급한 방법을 통하여 현행 노동법이 근로자의 '직업의 보호(Berufsschutz)' 및 '생존보호(Existenzschutz)'라는 법효과를 목적으로 하고 있다고 보았다.<sup>82)</sup> 그리고 '직업의 보호'는 다시 근로시간, 휴가 및 산업안전에 관한 규정을 통한 근로자의 안전과 건강에 대한 보호와 같은 '업무관련 직업보호(Arbeitsbezogener Berufsschutz)'와 단체협약 및 공동결정제도를 통하여 작업환경의 결정에 대한 참여 및 개선 가능성의 보장과 같은 '인격보호(Persönlichkeitschutz)', 위험작업에 관한 책임제한과 같은 '조직위험으로부터의 보호(Schutz vor Organisationsrisiken)'로 구분할 수 있고, '생존보호'는 시장위험(예: 최저임금의 보장) 및 개인적 위험(예: 질병 등의 경우에도 임금의 보장)으로부터의 '존립보호'와 해고로부터의 보호와 같은 '지속성의 보장(Kontinuitätsschutz)'으로 구분된다고 한다.<sup>83)</sup>

이에 반하여 자영업자에 대하여는 법이 이러한 효과의 발생을 목적으로 하고 있지 않다고 보았다. 이러한 법률효과의 차이는 사용자가 근로자로부터 시장에서 자유롭게 영리활동을 할 수 있는 자유를 박탈한 것

81) Wank, a.a.O.(註 13), S. 382 f.; ders., a.a.O.(註 8), S. 110 ff.

82) 우리 나라의 경우에도 이 점에 있어서 차이가 없다고 생각된다.

83) Wank, a.a.O.(註 13), S. 59 ff.

으로 인하여 정당화 된다고 보았다. 즉, 자영업자는 자신의 사업에 대한 결정의 자유(unternehmerische Entscheidungsfreiheit)를 향유하는 대신 스스로 이러한 위험에 대처하여야 하는 반면, 이러한 자유를 향유할 수 없는 자는 노동법을 통하여 이러한 위험으로부터 보호 받게 된다는 것이다.<sup>84)</sup>

(라) 경영위험의 자발적 인수

① 경영위험

이러한 현행 노동법의 효과로부터 Wank교수는 근로자와 자영업자의 구별기준을 제시하고 있다. 즉, 근로자에 대한 '직업의 보호' 및 '생존보호'는 자영업자에게 보장된 '경영위험(경영활동의 자유)'와 기능적 보상관계에 놓여 있으므로, 근로자와 자영업자의 구별은 '경영위험의 자발적 인수'여부를 기준으로 판단하여야 한다는 것이다. 그리고 이러한 '경영위험의 자발적 인수'는 '경영적 결정의 자유(unternehmerischer Entscheidungsfreiheit)'와 '결정에 대한 경제적 책임(finanzieller Zurechnung)'을 포괄하는 개념이다.<sup>85)</sup>

Wank교수는 '경영적 결정의 자유'의 존부에 대한 판단을 위해서는 기존의 판례가 근로자성의 판단을 위하여 사용하고 있던 '세부 개념표지(예: 장소, 시간적 배분의 구속, 지시권에의 귀속과 같은 '지휘명령 귀속성' 및 위탁자의 인적·물적 설비에 대한 의존과 같은 '조직적 편입')'를 계속 사용될 수 있다고 보았다. 물론 이들 '세부 개념표지'들을 목적론적 관점에서 접근하는 이해의 전환을 전제로 한다.<sup>86)</sup> 예를 들어 '지휘명령의 귀속성(Weisungsabhängigkeit)' 및 '조직적 편입(organisatorische Eingliederung)' 그 자체가 중요한 것이 아니라 이에 결합된 '경영에 대한 기회와 위험(unternehmerische Chancen und Risiken)'의 존재여부를 판단하게 된다. 이러한 '세부 개념표지'에 대한 이해의 전환으로 인하여 비록 Wank교수가 '경영위험의 자발적 인수'를 위하여 기

84) Wank, a.a.O.(註 13), S. 127, 389 ff. 참조.

85) Wank, a.a.O.(註 13), S. 148, 168.

86) Wank, a.a.O.(註 13), S. 390.

존의 '세부 개념표지'를 그대로 사용하고 있지만, 그의 접근방법은 '세부 개념표지'들을 '경영위험의 자발적 인수'라는 방향성을 가지고 고려하고 있다는 점에서, 다수의 '세부 개념표지'들이 의미관련성을 상실한 채 고려되던 기존의 접근방법과 구별되어 진다.<sup>87)</sup>

Wank교수는 또한 '경영적 결정의 자유'의 존부를 판단하는 요소로 '시장에서의 위치(Marktorientierung)'과 '고유의 기업조직(eigene Unternehmensorganisation)'을 들고 있다. 시장에서 다수의 계약 당사자를 위하여 일하고, '고유의 기업조직'을 가지고 있는 자는 통상 자영업자이다. 물론 이들도 목적론적으로 고려되어야 할 것이다. 따라서 '고유의 기업조직'을 가지고 있는 경우에도 시장에서의 경영에 대한 자유가 존재하지 않는다면 근로자로 보아야 한다.

나아가 Wank교수는 보수(Entgelt)와 재산(Vermögen)도 '경영위험'의 인수 여부를 판단하는 요소로 인정하고 있다.<sup>88)</sup> 물론 고려의 대상이 되는 보수와 재산은 노무공급관계로 비롯한 것으로 제한된다. 자영업자에게는 급여변화의 위험이 존재한다. 이 경우에도 단순히 급여변화의 위험 그 자체가 '경영위험'의 인수여부를 판단하는 고려요소가 되는 것이 아니라 근본적으로는 급여변화의 위험과 결합된 기회 존재를 고려하는 것이다.

## ② 자발적 인수

Wank교수는 '경영위험(Unternehmerrisiko)'을 부담하고 있다고 하여 모두 자영업자는 아니라고 한다. 자영업자로 인정되기 위해서는 경영위험을 자발적으로 인수하였을 것이 추가적으로 요구된다는 것이다. 그렇지 않을 경우 '경영위험'을 부담하면서 시장에서의 자유를 박탈당하였음에도 불구하고 자영업자로 취급되어 노동법의 보호를 받지 못할 위험이 있기 때문이다. 이러한 경영위험의 자발적 인수여부는 경영

87) 같은 맥락에서 Wank교수는 목적론적 접근을 통하여 '세부 개념표지'들이 일정한 방향성 아래에서 고려될 수 있다면, 목적론적 접근방법이 반드시 '세부 개념표지'들의 적용과 관련하여 유형적 접근방법을 배제시키는 것은 아니라고 한다(Wank, a.a.O.(註 13), S. 391).

88) Wank, a.a.O.(註 13), s. 134 ff.



위험에 상응하는 '경영에 대한 기회'의 존재여부에 의하여 확인될 수 있을 것이다. 즉, '경영위험'의 인수여부는 '경영적 결정의 자유'만을 기준으로 할 것이 아니라, '사업활동의 결과'가 누구에게 귀속되고 있는 지를 함께 고려하여야 한다.<sup>89)</sup>

(마) Wank교수의 접근방법에 대한 독일에서의 반응

최근 Wank교수의 접근방법에 반대하는 논문들이 등장하고 있다. 이들 논문들은 크게 두 부류로 분류될 수 있다. 하나는 Wank교수의 2분법적 접근방법을 비판하는 논문이고, 다른 하나는 Wank교수가 대안으로 제시한 '경영위험이론'에 대한 비판이 그것이다. 먼저, 2분법적 접근방법을 비판하는 견해에 의하면 Wank교수는 역사적, 규범적, 그리고 기능적으로 구분이 가능한 유사근로자의 개념을 부인하는 오류를 범하고 있다고 한다.<sup>90)</sup> Wank교수의 2분법에 대하여는 이미 위(IV. 2.)에서 언급하였으므로 여기에서 다시 언급하지 않기로 한다.

다음으로 경영위험이론을 비판하는 견해에 의하면 Wank교수의 '경영위험이론'은 근로자와 '유사근로자'의 구별기준을 제시하지 않고 있다는 비판이 있다.<sup>91)</sup> 그러나 이러한 비판은 '유사근로자'는 자영업자의 하위개념으로 먼저 근로자와 자영업자를 구별한 후에 자영업자와 유사근로자를 구별할 필요성이 생긴다는 점에서 타당성을 인정하기 어렵다. 나아가 시장상황의 다양성을 너무나 단순화하고 있으며, 노동력을 제공하는 근로자를 시장에서 활동하지 않거나 시장활동을 수동적으로 수용하는 자로 보고 있으나 현실적으로는 근로자도 사용자와 동일하게 시장에서 위험을 분담하여 활동하는 경제주체라는 점을 간과하는 오류를 범하고 있다는 비판도 있다.<sup>92)</sup> 그러나 Wank교수가 이야기하는 '경영위

89) Wank, a.a.O.(註 13), S. 129.

90) Hromadka, "Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht", NZA 1997, S. 569 ff.; Buchner, "Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen - Jedem das Gleiche oder jedem das Seine?", NZA 1998, S. 1144 ff.; : 이에 대하여는 또한 강희원·김영문, 앞의 책(註 2), 178면 이하 참조

91) Löwisch/Rieble, § 12a TVG, Rn. 15.

92) Rommé, "Unternehmerisiko", ZfA 1997, S. 251. 이에 대하여는 강희원·김영문, 앞의 책(註 2), 178면 이하 참조.

험'의 인수는 노무제공과 관련된 위험(예를 들어 어떤 물건을 얼마만큼의 이윤을 남겨 팔 것인가에 대한 결정과 그에 따른 결과)을 누가 부담하느냐에 관한 문제로서 근로자가 노무제공과 관계없는 영역에서 시장에서의 위험을 험량하여 활동하지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니라는 점에서 이러한 주장은 받아들이기 어렵다.

이러한 비판에도 불구하고 최근의 연방노동법원, 州노동법원 및 연방사회법원에서 Wank교수의 이론을 수용한 판결이 부분적으로 등장하고 있다.<sup>93)</sup> 이들 판결들은 지금까지 근로자성의 개념표지로 사용하던 '인적 종속성'을 계속 사용하면서도, 인적 종속성의 판단을 '경영위험'의 인수여부를 기준으로 판단하는 특징을 보이고 있다. 나아가 입법론적으로 1992년 독일법조인대회에 제출된 근로계약법(안)<sup>94)</sup> 제1조제3항이 "시장에서 경영활동을 하는 자는 근로자가 아니다"라고 하여 '경영위험이론'에 근거하여 근로자의 정의규정을 신설하려하였으나 동법(안)은 입법화되지 못하였다. 또한 1999년 12월 20일 개정<sup>95)</sup>된 독일 사회법전 제4편(공통규정) 제7조제1항제2문은 근로관계로 대표되는 '취업활동(Beschäftigung)'의 성립여부를 '인적 종속성'이 아니라 "지시에 따른 활동(Tätigkeit nach Weisungen) 및 지시자의 조직에의 편입(Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers)을 근거로 판단한다"고 하고 있다.

#### 4. 시사점

근로자성과 관련된 독일 법제도의 고찰을 통하여 유사근로자의 노동법상의 지위와 관련하여 다음과 같은 시사점을 발견할 수 있다.

첫째, 독일의 사회보험법 제4편 제7조제4항의 개정과 관련된 경험에서 보는 바와 같이 근로자와 자영업자의 구별문제는 입법론적으로 해결

93) BAG AP Nr. 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit: BSGE 51, S. 164, 167; BSG DB 1979 Beil. 8 = AP Nr. 29 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BSG NZA 1991, S. 907.

94) Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes vom Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht 1992: in Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Band 1, Teil D.

95) BGBl. I, 2000, S. 2.

될 수 있는 문제는 아니라고 보여진다.

둘째, 경영위험이론의 타당성 여부와 무관하게 학설은 근로자개념은 존재론적 접근방법이 아니라 목적론적 개념형성방법에 의하여 접근되어야 한다는 데 의견이 일치하고 있다.

셋째, 독일에 있어서 통설과 판례의 입장은 유사근로자를 자영업자의 하위개념으로 분류하는 2분법적 접근방법을 취하고 있다는 점이다. 따라서 이들 유사근로자에게는 원칙적으로 노동법규정이 적용될 수 없다. 물론 실정법 규정을 통하여 특정 법률의 적용을 예외적으로 이들에게까지 확대하는 경우에는 그러하지 아니하다.

넷째, 집단적 노사관계법의 적용대상과 개별적 노사관계법의 적용대상을 구별하고, 집단적 노사관계법의 적용대상을 유사근로자에게까지 확대하였다. 개별적 노사관계법상의 근로자가 아닌 유사근로자에게 집단적 노사관계법의 적용확대를 위하여 입법론적 해결방법을 택하고 있다. 즉, 유사근로자에게 적용될 수 있는 노동법상의 규정은 개별법들에서 명시하고 있다.

## 제 2 절 프랑스

### 1. 개 관

프랑스에서는 근로자 또는 근로계약의 개념에 관하여 입법적으로 규정하고 있는 바는 없다. 따라서 프랑스에서도 근로자성의 판단은 판례에 의하여 규율되고 있다. 근로자성을 판단함에 있어서 기준이 되는 것은 법적 종속관계의 존재여부이다. 그러나 학설은 20세기 초 사용종속에 가까운 법적 종속(subordination juridique) 개념에서 경제적 종속(dépendance économique)개념을 정립하였다.<sup>96)</sup> 즉, 경제적 종속을 노동법의 적용대상을 결정하는 표지로 삼게 되었다.

노동법전 제7권(livre)에서는 특정 종사자군에 대한 특칙을 두고 있다. 이러한 특칙에는 일정한 요건을 충족하면 근로자성을 인정하는 직

96) 이에 대하여는 김상호·권해자·최영진, 비정규근로자의 법적 보호방안, 2002, 110면 이하 참조.

업군과 종속관계가 인정되지 않아 근로자성이 인정되지 않는 자들의 일부에 대하여 법률의 규정을 통하여 근로자성을 추정하는 직업군이 있다. 외무원·대리인·외판원(VRP: voyageurs, représentants et placiers), 재택근무자는 첫 번째 유형의 직업군에 속하고, 연예인·예술가, 모델은 두 번째 유형의 직업군에 속한다. 이런 특수고용직 종사자의 근로조건은 일반 근로자들에게 적용되는 근로조건의 내용을 일부 변형하여 적용하거나 그 적용을 배제하는 특약을 통하여 규율되고 있다.<sup>97)</sup> 다른 한편 근로자의 지위는 당연히 인정되지만 사용자 또는 업무의 특수성 등으로 인해 일반 근로자와 달리 취급되어야 할 직업유형에 대하여는 노동법상의 일부규정의 적용을 배제하거나 해당 직업유형에 고유한 규율의 내용을 별도로 정하고 있다. 공동주택의 수위·고용원, 가사사용인이 이러한 직업군에 속한다. 이렇게 근로자성이 추정될 수 있는 자의 범위는 통일적으로 규율되지 않고, 직업군에 따라 개별적으로 규율된다.

## 2. 근로자 개념에 관한 노동법전상의 정의

### (1) 개별적 근로관계법

#### 1) 외무원·대리인·외판원(VRP)

프랑스 노동법전 제7권 제5편에서는 외무원·대리인·외판원(VRP)의 개별적 계약관계에 대하여 규정하고 있다. 외무원·대리인·외판원(VRP)은 구매 주문을 얻기 위해 회사 외부에 있는 고객을 방문하는 일을 주로 수행하는 자를 말한다.

프랑스 노동법전 L. 751-1조에서는 “계약의 목적이 ‘대행(representation)인 외무원·대행인·판매원과 사용자간의 합의는 명시적인 약정이나 묵시적인 합의에도 불구하고 다음의 네 가지 요건을 충족하는 경우에는 근로계약에 해당한다”고 하고 있다.<sup>98)</sup> 그 네 가지 요건이란

97) 상세는 조용만, 「프랑스의 근로자개념과 특수고용관계법제」, 『특수형태 근로종사자 관련 논의자료집』, 노사정위원회, 2003, 115면 이하 참조.

98) 김상호·권해자·최영진, 앞의 책(註 96), 113면.

외무원·대행인·판매원들이 하나 또는 다수의 사용자들 위하여 일할 것, 외무원·대행인·판매원들이 실제로 배타적이고 지속적으로 대행업을 수행할 것, 외무원·대행인·판매원들이 자영소득행위들 일체 하지 않을 것, 외무원·대행인·판매원들이 구매·판매하려는 용역 혹은 품목에 대한 급부의 특성, 혹은 그들이 활동해야 하는 지역, 혹은 그들이 방문해야 하는 고객의 부류, 혹은 보수율을 약정에 의하여 정하고 대행인이 이에 구속될 것이다. 그러나 이들은 근로의 형태에 특수성이 있기 때문에 일반 근로자와 구별되는 특수한 근로자로 보아야 한다. 예를 들어 이들의 근로형태는 근로시간에 따라 근로하는 것이 아니므로 원칙적으로 최저임금제(Salaire minimum de croissance)가 적용되지 아니한다.<sup>99)</sup>

## 2) 재택근무자

프랑스의 경우 재택근무자로 인정되면 일반 근로자에게 적용되는 모든 규정의 적용을 받을 수 있게 된다(노동법전 L. 721-6조 제1항). 즉, 재택근무자의 근로자성이 법에 의하여 인정되고 있다. 재택근무자로 인정되기 위해서는 다음의 네 가지 요건을 충족하여야 한다.<sup>100)</sup> 그 네가지 요건이란 하나 또는 둘 이상의 사업장의 이익을 위하여 일정한 보수들 대가로 하여 자신에 직접적으로 부여되거나 중개인을 통해 부여된 업무를 수행할 것, 주문자 사업장 외의 장소인 자신의 주거에서 업무를 수행할 것, 일정한 보수의 수령 및 보수계산기준의 사전 결정, 독자적으로 업무를 수행하거나 자신의 배우자나 부양가족 또는 보조자 1인과 더불어 업무를 수행할 것이다.

반면 다음의 사항들은 재택근무자성의 판단에 영향을 미칠 수 없다고 하고 있다(L. 721-1조 제2항). 재택근무자와 주문자 사이에 법적인 종속관계가 존재하는 지 여부, 재택근무자가 주문자의 즉각적이고도 통상적인 감독 하에서 근로하는지 여부, 재택근무자가 일하는 장소 및 그가 사용하는 설비가 본인의 소유인지 여부, 근로가 이루어지는 시간량

99) Dictionnaire RF 2000 Social, p. 641(김상호·권해자·최영진, 앞의 책(註 96), 114면 각주 181에서 재인용).

100) 이에 대하여는 조용만, 앞의 논문(註 97), 122면 이하.

에 대한 것 등이다. 즉, 재택근로자의 요건이 충족된 경우에는 법적 종속관계가 존재하지 않아도 근로자성이 인정된다.

### 3) 연예인·예술가

연예인·예술가는 근로자로 추정된다(L. 762-2조 제1항). 그러나 근로자가 아니라는 것을 사용자가 입증한 경우에는 근로자성이 부정된다.<sup>101)</sup> 연예인·예술가에 대하여는 보수의 지불방법, 보수액, 계약의 명칭에 불문하고 근로자성이 추정되고, 자신의 기교를 자유롭게 표현할 수 있는 자유를 갖는다는 점과 사용하는 도구의 전부 또는 일부를 소유하고 있거나 자신이 직접 출연하는 때에 보조자들 고용한다는 점에 의해 근로자성에 대한 추정이 번복되지 않는다(L. 762-2조 제2항). 연예인·예술가의 범위와 관련하여 법은 오페라가수, 배우, 무용가, 가수, 지휘자, 관현악 편곡자 등을 예시적으로 열거하고 있다(L. 762-2조 제3항).

### 4) 모델

모델도 근로자로 추정된다. 그러나 반증에 의하여 근로자성이 부정될 수 있다(L. 763-1조 제1항).<sup>102)</sup> 모델에 대하여는 보수의 지불방법, 보수액, 계약의 명칭에 불문하고 근로자성이 추정되고, 업무수행에 있어서 완전한 행동의 자유를 보유한다는 증명에 의해 이러한 추정이 번복되지 않는다(L. 763-1조 제2항).

### 5) 공동주택의 수위·고용원

공동주택의 수위·고용원이라 함은 근로계약에 부수하여 해당 건물에 주거하면서 건물의 경비, 관리 또는 이러한 직무의 일부를 행하고 소유주 또는 임차인으로부터 보수를 지급받는 모든 자를 말한다(L. 771-1조 제1항).<sup>103)</sup> 이들 공동주택의 수위·고용원은 근로자성이 인정되는 자로 노동법의 적용을 받는다. 그러나 업무의 특성상 근로시간에 관한

101) 이에 대하여는 조용만, 앞의 논문(註 97), 123면 이하.

102) 이에 대하여는 조용만, 앞의 논문(註 97), 125면 이하.

103) 이에 대하여는 조용만, 앞의 논문(註 97), 126면 이하.

규정과 정리해고에 관한 규정의 적용이 배제된다. 또한 휴가에 관하여는 별도의 규정을 두고 있다(L. 771-4조 및 L. 771-5조).

#### 6) 가사사용인

가사사용인은 사인(私人)에게 고용되어 가사에 종사하는 자를 말한다(L. 772-1조).<sup>104)</sup> 이들에 대하여는 업무의 특성상 근로시간 및 주휴에 관한 규정과 정리해고에 관한 규정의 적용이 배제된다. 이들의 근로조건은 주로 단체협약의 적용을 받고 있다.

### (2) 집단적 근로관계법

집단적 근로관계법상의 근로자의 개념에 대한 특별규정은 존재하지 않는다. 현실적으로는 특수고용직 종사자들도 노동조합을 결성하여 활동하고 있다.

### (3) 사회보장법

사회보험의 의무가입대상에 대하여 노동법전은 “諸임금생활자나 근로하는 자는 그 명칭이 어떠하든 혹은 어디에서 근무를 하든 혹은 몇 명의 사용자를 위하여 일을 하든, 보수의 수준이 어떠하든 혹은 계약의 형태, 성질 또는 그 유효여부가 어떠하든 간에 의무적으로 (보험)에 가입한다”고 규정하고 있다(L. 311-2).

## 3. 근로자 개념에 관한 판례

### (1) 개 관

판례는 “근로관계의 존재는 단지 당사자간의 표시 의사에 의하여 결정되지 않고 또한 당사자들의 합의에 따른 명칭(dénomination)에도 좌우되지 않으며 오로지 근로자의 활동이 행하여진 실제의 조건에 좌우된다”고 하고 있다.<sup>105)</sup> 판례가 근로자성의 인정을 위하여 요구하고 있

104) 이에 대하여는 조용만, 앞의 논문(註 97), 127면.

105) Cass. soc. 19 décembre 2000, n° 5371 FSPBRI, Jurisprudence sociale.

는 요건은 '조직된 사업체에의 편입(l'intégration dans un service organisé)'와 '타인을 위한 기업에의 참여(la participation à l'entreprise pour d'autrui)' 두 가지 이다.<sup>106)</sup>

### (2) 조직된 사업체에의 편입

조직된 사업체에의 편입은 근로자가 사용자로부터 구체적인 지시(directives)를 받아 노무를 제공하는지와 같은 실제적인 감독하여 놓이는지 여부에 의하여 결정되게 된다. 이러한 지시와 감독의 정도는 사안에 따라 다양하게 하게 나타날 수 있으며, 당사자의 능력과 업무에 따라서도 달라진다고 한다. 그리고 조직된 사업체에 편입된 경우에는 지시의 존재가 추정된다고 한다. 왜냐하면 사용자의 조직에 편입되면 사용자의 지시에 따라 노무를 제공하게 되는 것이 일반적이기 때문이다. 사업체에의 편입여부는 '근로시간 및 시간편성', '근무장소', '원료의 제공', '서류제공'을 참조하여 판단한다.<sup>107)</sup>

### (3) 타인을 위한 기업에의 참여

이 기준은 두 가지 의미를 가진다. 하나는 자신의 고유한 기업을 운영하는 자는 근로자로 인정될 수 없다는 것이고, 다른 하나는 기업의 위험(risques)을 부담하는 한 근로자가 아니라는 것이다.<sup>108)</sup> 따라서 근로자는 회사의 직원이면서 동시에 자신의 근로자와 자신의 고객을 가질 수 없다. 근로자는 오로지 타인의 회사를 위하여 기업에 참여한다.

## 4. 시사점

프랑스의 경우 원칙적으로 '법적 종속관계'를 기준으로 근로자성을 판단하고 있지만, 근로자성이 문제되는 집단에 대하여 직업군에 따라 특

p. 264(김상호·권혜자·최영진, 앞의 책(註 96), 110면 각주 168에서 재인용).  
 106) 이에 대하여는 김상호·권혜자·최영진, 앞의 책(註 96), 110면 이하 참조.  
 107) Couturier, précité, p. 98(김상호·권혜자·최영진, 앞의 책(註 96), 111면에서 재인용).  
 108) Couturier, précité, p. 98(김상호·권혜자·최영진, 앞의 책(註 96), 111면에서 재인용).



별규정을 두고 있다. 특히, 이러한 특별규정들은 이들 직업군의 범위에 대한 통일적 기준이나 이들 직업군에 적용될 통일적 규정을 두는 형식이 아니라 직업군 별로 별도의 규정을 두고 있다는 점이다. 따라서 일정한 직업군에 대하여는 일정한 요건을 충족하면 근로자로 인정되도록 하고, 일정한 직업군에 대하여는 근로자성을 추정하는 규정을 두고 있으며, 일정한 직업군에 대하여는 노동법의 일부규정의 적용을 배제하고 있다. 즉, 프랑스의 경우에는 특수 고용직 종사자의 노동법적 문제를 입법을 통하여 해결하고 있으며, 그 해결방법은 각각의 직업군에 따라 별도의 규정을 두는 방법을 취하고 있다.

### 제 3 절 일 본

#### 1. 노동기준법상의 근로자 개념

##### (1) 노동기준법상의 정의<sup>56</sup>

일본 노동기준법 제 9 조에서는 “이 법률에서 「노동자」란, 직업의 종류를 불문하고, 사업 또는 사업장(이하 「사업」 이라고 한다.)에 사용되고, 임금을 지불 받는 자를 말한다”라고 정의하고 있으며, 동법 제 11 조에서는 임금을 “임금, 급료, 수당, 상여 그 밖에 명칭의 여하를 불문하고, 노동의 대상으로서 사용자가 노동자에 지급한 전부의 것”이라고 정의하고 있다.

##### (2) 노동기준법상의 근로자 개념에 관한 판례<sup>57</sup>

일본의 판례<sup>109)</sup>는 노동기준법상의 근로자의 개념을 계약의 형식이나 명칭에 구애되지 않고 근로관계의 실태에 있어서 ‘사업에서 사용되고’ 그 대가로 ‘임금’을 받는 지 여부, 즉 사용종속관계를 중심으로 판단하고 있다. 이때 ‘사업에서 사용되고’에 해당하는 지 여부는 “구체적인 업무의 의뢰, 업무종사자의 지시등에 대한 승낙거절의 자유”, “업무의 내용과 수행방법에 대하여 지휘명령을 받고, 근무장소와 시간이 구속되

109) 동경지판 1973. 2. 6. 노동판례 179호.

며, 업무수행을 타인에게 대체할 수 있는 지 여부"를 기준으로 판단하고, 보수가 '임금'에 해당하는 지 여부는 "액수·계산방법·지급형태"와 "급여소득의 원천징수의 여부, 고용보험·후생연금·건강보험 보험료의 징수여부"를 기준으로 판단하고 있다.

### (3) 노동기준법상의 근로자 개념에 관한 학설<sup>57</sup>

#### 1) 사용종속성에 의해 판단하려는 견해

개별적 근로관계법상의 근로자성은 사용종속성을 기준으로 판단되어야 한다는 견해로 이 학설에는 다시 이러한 사용종속성을 경제적 종속성과 인적 종속성을 복합적으로 고려하여 판단하려는 복합설,<sup>110)</sup> 기업에 대한 구속성을 기준으로 사용종속관계를 판단하려는 계급적 종속성설,<sup>111)</sup> 조직적 종속성을 기준으로 사용종속관계를 판단하려는 조직적 종속성설<sup>112)</sup>이 대립하고 있다.

#### 2) 개별법규·제도의 목적에 따른 상대적 판단하려는 견해

사용종속성에 기초한 근로자성 판단에 반대하는 견해는 크게 두 가지로 나누어진다. 그 하나는 근로자의 개념은 상대적인 것으로 근로자의 개념은 각 법규의 목적에 따라 상대적으로 파악하여야 하며, 개별 법규에 있어서도 각 법규의 개별제도의 효과에 따라 그 적용범위를 각각 설정하여야 한다는 견해이다.<sup>113)</sup> 다른 하나는 사용종속성이 인정된다는 것은 단지 노동법의 적용대상이 될 수 있는 가능성일만을 보여주는 것에 불과하고 근로자성의 최종판단은 '제도·이론의 취지·목적'에 따라

110) 片岡昇, "特殊勤務者の法的問題 - 外務員", 季刊労働法 제60호, 総合労働研究所, 1967, 143면 이하; 青本宗也, "特殊勤務者の勤務者性", JURIST 第619號, 96면 이하(강성태, 누가 근로자인가 - 근로기준법상 근로자의 개념 -, 2000, 62면 이하에서 재인용).

111) 山本吉人, 雇用形態と労働法, 総合労働研究所, 1970, 142면 이하(강성태, 앞의 책(註 110), 66면 이하에서 재인용).

112) 恒藤武二, 労働基本法, ミネルウア 書店, 1979, 36면 이하(강성태, 앞의 책(註 110), 68면 이하에서 재인용).

113) 有泉亨, "労働者概念の相對性", 中央労働時報 제486호, 2면 이하(강성태, 앞의 책(註 110), 69면에서 재인용).

개별적으로 결정되어야 한다고 한다.<sup>114)</sup>

### 3) 노동기준연구회의 의견

일본에서 노동기준법상의 근로자성에 관한 통일적 기준을 마련하기 위한 시도의 하나로 '노동기준법 시행의 실태 및 문제점에 관한 조사연구'를 위하여 노동대신의 자문기관으로 설치된 노동기준법연구회의 활동을 들 수 있다. 동연구회는 1985년 12월 9일 「노동기준법의 '근로자'의 판단기준에 관하여」라는 보고서를 제출하였다. 이 보고서는 근로자성의 판단을 계약형식과 무관하게 실질관계들 중심으로 판단하여야 하며, '사용종속관계'를 기준으로 근로자성을 판단할 것을 주장하였다.<sup>115)</sup> 그리고 '사용종속관계'의 판단을 위한 세부기준과 관련하여 '사용종속성에 관한 판단기준'과 '근로자성의 판단을 보강하는 요소'로 구분하고 전자들 다시 '지휘감독하의 근로'에 관한 판단기준과 '보수의 노무대상성'에 관한 판단기준으로 구분할 것을 제안하였다. 또한 이러한 판단기준에 의해서도 사용종속성을 판단하기 곤란한 경우에는 제반요소들 종합적으로 고려하여 판단할 것을 제안하였다. 이 보고서의 구체적인 내용은 다음과 같다.

#### ① 사용종속성에 관한 판단기준

사용종속성에 대한 판단기준으로는 '지휘감독하의 근로'와 '보수의 노무대상성'을 제시하였다. 그리고 전자인 '지휘감독하의 근로'에 관한 판단기준으로는 '구체적인 업무의 의뢰, 업무종사의 지시 등에 대한 승낙 거절의 자유 유무'와 '업무수행상의 지휘감독의 유무'를 제시하였다. 나아가 후자인 '업무수행상의 지휘감독의 유무'의 판단기준으로는 '업무내용 및 수행방법에 관하여 사용자의 구체적인 지휘·명령을 받는지 여부', '사용자의 명령, 의뢰에 따라 통상 예정되어 있는 업무 이외의 업

114) 下井隆史, 勞働契約法の理論, 有斐閣, 1985, 56면(강성태, 앞의 책(註 110), 69면 이하에서 재인용)

115) 小嶋典明, "勞働者の判斷基準", 『季刊勞働法』, 제139호, 總合勞働研究所, 1986, p. 19 이하 참조; 강성태, 「근로자의 개념」, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994, 82면 이하.

무에 종사하는 경우가 있는 지 여부', '근무장소 및 근무시간이 지정되고, 관리되고 있는 지 여부' 및 '노무공급에 대체성이 인정되는지 여부'이 제시되었다. 한편 후자인 '보수의 노무대상성'에 관한 판단기준으로는 '보수의 성격이 사용자의 지휘감독 하에서 일정시간 노무를 제공하고 있는 것에 대한 대가로 판단되는 지 여부'를 제시하였다.

## ② '근로자성'의 판단을 보강하는 요소

보고서는 '근로자성'의 판단을 보강하는 요소로 '사업자성의 유무'와 '전속성의 정도'를 제시하였다. 그리고 전자인 '사업자성의 유무'는 '기계, 기구의 부담관계'와 '보수의 액'을 기준으로, 후자인 '전속성의 정도'는 '타사의 업무에 종사하는 것이 제도상 제약되거나 사실상 곤란한지 여부'와 '보수에 생활보장적인 요소가 강하다고 인정되는 지 여부'를 기준으로 판단하도록 하였다.

## 2. 노동조합법상의 근로자 개념

### (1) 노동조합법상의 정의

일본 노동조합법 제3조는 "이 법률에서 「노동자」란, 직업의 종류를 불문하고, 임금, 급료 그 밖에 이것에 준한 수입에 의하고 생활한 자를 말한다"고 하고 있다.

### (2) 노동조합법상의 근로자 개념에 관한 판례

집단적 근로관계법상의 근로자의 개념에 대하여 판례는 노동조합법의 목적과 취지가 노동기본법과 다르므로 노동조합법상의 근로자의 개념은 노동기본법상의 근로자개념과는 별도로 동법의 목적과 취지에 따라 결정되어야 한다고 보고 있다. 그러나 노동조합법상의 근로자성을 판단하는 가장 중요한 기준은 '임금, 급료 그 밖에 이에 준하는 수입'을 얻고 있는가의 여부인데, '임금, 급료 그 밖에 이에 준하는 수입'을 얻고 있는지의 여부는 결국 사용종속관계에 의하여 판단될 수밖에 없기 때문에 노동조합법상의 근로자성 역시 사용종속관계를 기준으로 판단할 수

밖에 없다는 것이 관례의 입장이다.<sup>116)</sup>

### (3) 노동조합법상의 근로자 개념에 관한 학설

집단적 근로관계법상의 근로자의 개념에 대하여 일본의 학설은 노동조합법의 목적과 취지가 노동기본법과 다르므로 노동조합법상의 근로자의 개념은 노동기본법상의 근로자개념과는 별도로 동법의 목적과 취지에 따라 결정되어야 한다는 데에는 의견이 일치하고 있다. 그러나 노동조합법상의 근로자성을 판단하는 가장 중요한 기준은 '임금, 급료 그 밖에 이에 준하는 수입'을 얻고 있는가의 여부인데, '임금, 급료 그 밖에 이에 준하는 수입'을 얻고 있는지의 여부는 결국 사용종속관계에 의하여 판단될 수밖에 없기 때문에 노동조합법상의 근로자성 역시 사용종속관계를 기준으로 판단할 수밖에 없다는 것이 다수설의 입장이다.<sup>117)</sup> 이에 반하여 소수설<sup>118)</sup>은 노동조합법 제3조에서의 근로자 개념의 정의와 노동기본법 제9조<sup>119)</sup>에서의 근로자 개념의 정의가 다른 점을 강조하면서 노동기본법상의 근로자성 판단기준인 '사용종속성'을 노동조합법상의 근로자 판단기준에 추가하는 것은 동법의 입법취지에 부합되지 않는다고 한다.

116) 東京電力常備職員勞組事件 中勞委 1960. 3. 23; NHK 廣島中央放送局事件 廣島地勞委 1961. 6. 30; 同事件 廣島地判 1966. 8. 8; Radio 中國事件 廣島地判 1966. 2. 21; NHK 大阪放送局事件 大阪地勞委 1968. 12. 12; 中部日本放送事件 愛知地勞委 1966. 2. 19; 同事件 名古屋地判 1971. 12. 17; 同事件 名古屋高判 1974. 9. 18; 高石市水道事業事件 大阪地勞委 1975. 7. 10(강희원·김영문, 앞의 책(註 2), 219면 이하에서 인용).

117) 東京電力常備職員勞組事件 中勞委 1960. 3. 23; NHK 廣島中央放送局事件 廣島地勞委 1961. 6. 30; 同事件 廣島地判 1966. 8. 8; Radio 中國事件 廣島地判 1966. 2. 21; NHK 大阪放送局事件 大阪地勞委 1968. 12. 12; 中部日本放送事件 愛知地勞委 1966. 2. 19; 同事件 名古屋地判 1971. 12. 17; 同事件 名古屋高判 1974. 9. 18; 高石市水道事業事件 大阪地勞委 1975. 7. 10(강희원·김영문, 앞의 책(註 2), 219면 이하에서 인용).

118) 菅野和夫, 勞働法 第5版, 468면 이하.

119) 노동기본법 제9조는 근로자를 "직업의 종류를 불문하고, 사업 또는 사업장(이하 '사업'이라고 한다.)에 사용되고, 임금을 지불 받는 자"라고 정의하고 있다.

### 3. 시사점

일본의 경우 실정법상의 정의 및 판례는 우리 나라와 매우 유사한 양상을 보이고 있다. 개별적 근로관계와 관련해서는 학설 및 노동연구회의 보고서에서도 우리와 유사한 논의가 이루어지고 있음을 볼 수 있다. 그러나 집단적 근로관계와 관련해서는 일본은 개별적 근로관계법상의 근로자 개념과 집단적 근로관계법상의 근로자 개념을 실질적으로 구별하지 않는 것이 다수설이나, 우리 나라의 경우에는 이를 구별하는 것이 다수설의 입장이다. 이러한 현상은 우리 나라의 경우 1997년 이후 산별노조의 설립이 허용되고 현실적으로도 산별노조가 결성되었다는 점과 무관하지 않다고 본다. 일본과 같이 기업별 노조가 대부분인 경우에는 양자를 구별할 필요가 없기 때문이라고 보여진다.

## 제4절 미 국

### 1. 개 관

미국에서는 노무를 제공하되 노동법의 적용을 받을 수 없는 자를 독립계약자(independent contractor)라고 부르고 있다. 즉, 독립계약자란 사용자와 계약을 맺고 근로를 제공하는 등 일정업무를 수행하게 되나 사용자의 지휘·명령에 따르지 아니하고 독자적으로 업무를 수행하는 자를 말한다.

### 2. 근로자 개념에 관한 실정법상의 정의

#### (1) 연방공정근로기준법

연방공정근로기준법(FLSA: Fair Labor Standards Act) 제3조(e)는 "사용자에게 고용된 모든 개인(include any individual employed by an employer)"이라고 정의하고 있다.<sup>120)</sup>

120) 사회보장법(Social Security Act)은 근로관계에 대하여 "제공된 근로의 성격과 상관없이 모든 영역(any service of whatever nature performed)"라고 정의하고 있다.

## (2) 연방노동관계법

미국의 집단적 근로관계는 연방노동관계법(NLRA: National Labor Relations Act)에 의해서 규율된다. 동법의 인적 적용대상과 범위에 대한 규정인 동법 제2조 (3)에서는 독립계약자를 동법의 적용대상에서 명시적으로 배제하고 있다.<sup>121)</sup> 따라서 독립계약자는 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 없다.

## (3) 연방사회보장법

연방사회보장법(Social Security Act)은 근로관계를 “제공된 근로의 성격과 상관없이 모든 서비스를 제공하는 계약(any service of whatever nature performed)”으로 정의하고 있다.<sup>122)</sup>

# 3. 근로자 개념에 관한 판례

## (1) 관리·통제권한 기준

연방공정근로기준법(Fair Labor Standards Act)에서 처럼 근로자의 개념에 대한 특별한 정의규정이 없는 경우 미국 판례는 근로자 개념을 보통법(common law)상의 “관리·통제권한기준(right of control test)”을 기준으로 판단하고 있다.<sup>123)</sup> 즉, 사용자가 근로제공의 결과를 관리·통제할 수 있는 근로를 제공한 자는 근로자를 인정된다. 따라서 독립계약자(independent contractors)의 경우도 ‘관리·통제권한기준’에 의하여 근로자성을 판단하며, 형식상 외형상의 명칭·분류는 독립계약자와 근로자를 구별하는 기준이 되지 않는다.<sup>124)</sup>

121) 29 U.S.C. § 152 (3).

122) 29 U.S.C. § 151 ~ 169; 29 U.S.C. § 210 ~ 219; 42 U.S.C. § 310 ~ 306.

123) Singer Manufacturing co. v. Rahn, 132 U.S. 518(1889); U.S. v. Silk, 331 U.S. 704(1947); Bartels v. Birmingham, 332 U.S. 126(1947)(강희원·이상윤·조준모·김영문, 앞의 책(註 52), 195면 각주 209에서 재인용).

124) Brock v. Superior Care, 840 F. 2d 1054(2d Cir. 1988)(강희원·이상윤·조준모·김영문, 앞의 책(註 52), 199면 각주 221에서 재인용).

미국연방대법원은 '관리·통제권한기준'의 판단요소로서 다음의 13가지 요소를 제시하고 있다.<sup>125)</sup> 13가지 요소는 '근로제공의 방법 및 수단'에 대한 고용자의 관리·통제권한', '필요한 기술', '작업도구의 제공자', '근무장소(the location of the work)', '고용기간', '공용자가 추가업무를 할당할 권한을 가지고 있는 지의 여부', '피고용자가 근로제공 시간대 및 길이에 관하여 재량권을 갖고 있는 지 여부', '임금의 지불방법', '고용 및 임금지급 지원에 있어서의 피고용자의 역할', '제공되는 근로의 성격이 고용자의 통상업무에 해당되는 지의 여부', '고용인이 영업중인 지의 여부', '근로자후생복지의 혜택여부' 및 '피고용인의 세금처리 방안'을 말한다.

## (2) 경제현실기준

앞에서 말한 관리·통제기준에 의하여 근로자의 범위에서 배제되는 자라 할지라도 경제현실기준(economic realities test)에 의하여 근로자로 인정받을 수 있다.<sup>126)</sup> 경제현실기준은 "당해 고용인이 경제현실상 그가 서비스를 제공하는 사업에 경제적으로 의존하고 있는 지의 여부"를 의미한다. 미국연방법원은 '경제현실기준'의 판단요소로서 다음의 5가지 요소를 제시하고 있다.<sup>127)</sup> 5가지 요소는 '사용자가 행사하는 관리·통제의 정도', '고용인과 사용자간의 투자의 상대적 크기', '고용인의 이익 또는 손실기회에 대한 사용자의 개입·결정의 정도', '업무수행에 필요한 기술 및 주도권', '고용관계의 지속성'을 말한다.

## 4. 시사점

미국에서의 근로자성의 판단은 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 먼저 통일된 근로자 개념을 도출하지 않고 개별법에서 해당 법률의 적용

125) 강희원·이상윤·조준모·김영문, 앞의 책(註 52), 196면 이하 참조.

126) *Rutherford Food Corp. v. McComb*, 331 U.S. 722(1947)(강희원·이상윤·조준모·김영문, 앞의 책(註 52), 197면 각주 215에서 재인용).

127) *Reich v. Circle C. Investment, Inc.*, 998 F. 2d 324(5th Cir. 1993); *Herman v. Express Sixty-Minutes Delivery Services, Inc.*, 161 F. 3d 299(1998)(강희원·이상윤·조준모·김영문, 앞의 책(註 52), 198면 각주 217에서 재인용).



을 받게 될 대상을 명확히 규율하고 있으며, 각각의 법에서의 근로자의 개념은 다른 법의 근로자의 개념에 영향을 받지 않는다는 점이다.

## 제 4 장 법제정비방안

### 제 1 절 해석론적 방안

다양한 형태로 나타나고 앞으로도 새로운 형태의 출현이 예상되는 특수고용직 종사자의 문제를 입법에 의한 획일적인 해결하는 데는 무리가 있다고 본다. 즉, “이법론적 검토의 필요성을 인정하면서도 현실적으로 근기법상의 근로자 개념을 확대 규정하여 특수고용관계에 있는 근로자들을 포섭하거나, 준근로자(유사근로자)개념을 도입하여 근기법의 적용대상을 확대한다 하여도 특수고용관계에 있는 근로자들의 근로실태가 워낙 다양해서 또 다시 법원의 판단에 의존하지 않을 수 없다는 점과 보호범위들 어떤 기준에 의하여 어디까지 할 것이냐의 문제는 여전히 남게 되어 입법론적으로 매우 신중하게 접근해야 할 문제라고 판단된다”.<sup>128)</sup> 따라서 해석론적 접근방법이 유효하다고 판단되고, 다만 이에 대한 새로운 기준을 제시할 필요가 있다고 본다.

### 제 2 절 입법론적 방안

#### 1. 입법제안

##### (1) 근로기준법상의 근로자성을 인정하는 방안(제1안)

이 안(案)<sup>129)</sup>은 노동시장의 전반적 변화를 전제로 근로기준법상의 근로자성 판단기준을 새로 설정하여 특수고용직 종사자들로 근로기준법상의 근로자개념에 포함될 수 있도록 하는 방안이다. 이 안(案)은 근로기준법 제14조를 개정하여 “고용계약을 체결하지 않은 자라 하더라도

128) 김소영, 고용형태의 다양화와 법·제도 개선과제, 한국노동연구원, 2001, 117면.  
 同答: 박수근, “레미콘운송기사와 경기보조원의 근로자성에 관한 검토”, 노동법학 제14호(2002), 49면; 이호근, “특수형태 근로종사자 실태조사 결과”, 『특수형태 근로종사자 관련 논의 자료집』, 노사정위원회, 2003, 305면.

129) 한국여성단체연합, 한국여성노동자협의회, 전국여성노동조합 등의 2000년 9월 19일 입법 청원안 참조. 한나라당 환경·노동위원회의 법률안(2000. 10.) 역시 같은 의견을 담고 있다.

특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자는 근로자로 본다”는 규정을 동조 제2항으로 신설할 것을 주장하고 있다. 또한 이 안(案)은 사용자의 개념에 관한 제15조도 개정하여 “근로계약체결의 형식적 당사자가 아니라고 하더라도 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 혹은 영향력이 있는 자는 사용자로 본다”는 규정을 동조 제2항으로 신설하고, “전항의 실질적 지배력 혹은 영향력이 있는 자는 임금·근로시간·복지·해고 등 그가 영향을 미친 근로조건에 대하여 근로계약체결 당사자와 함께 연대책임을 진다”는 규정을 동조 제3항으로 신설할 것을 주장하고 있다. 나아가 이 안(案)은 노동조합및노동관계조정법에서도 사용자의 정의규정(동법 제2조제2호)을 개정하여 “근로계약체결의 형식적 당사자가 아니라고 하더라도 당해 노동조합의 상대방으로서의 지위를 인정할 수 있거나 또는 근로자의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 같다”는 문구를 동법 제2조제2호제2문으로 추가할 것을 주장하고 있다.

### (2) 준근로자 개념을 도입하는 방안(제2안)

이 안(案)<sup>130)</sup>은 근로기준법상의 근로자와 노동조합및노동관계조정법상의 근로자의 개념을 분리하고, 근로기준법상의 근로자로 인정될 수 없는 특수고용직 종사자에 대하여도 노동조합및노동관계조정법상의 근로자성을 인정하는 방안이다. 이 안(案)은 노동조합및노동관계조정법 제2조제1호를 개정하여 경제적 종속성이 강한 ‘근로자와 유사한 자’에게 까지 노동조합및노동관계조정법상의 근로자 개념을 확대할 것을 주장하고 있다.

### (3) 집단적 근로관계법상의 근로자성을 인정하는 방안(제3안)

이 안(案)<sup>131)</sup>은 근로기준법상의 근로자성을 전부 또는 전부(all or nothing) 형태로 판단하는 데서 나타나고 문제점을 극복하기 위하여

130) 노동부, 「비정형근로자 보호대책」, 2000. 10. 4.

131) 한국노총 2000년 11월 입법청원안.

노동법상의 일부규정의 적용을 받는 준근로자 개념을 새로 도입하는 방안이다. 이 안은 준근로자에 대하여 보수, 해고제한, 업무상 재해에 관한 규정은 적용하되, 퇴직금, 근로시간, 휴일, 휴가에 관한 규정은 적용하지 않는 것을 예로 들고 있다.

#### (4) 경제법리에 의하여 해결하는 방안(제4안)

이 안(案)<sup>132)</sup>으로는 경제법(약관규제법, 독점규제및공정거래에관한법률, 하도급거래공정화에관한법률) 적용을 통해 불공정거래행위 등을 시정하는 방식에 의해 보호하는 방안을 들 수 있다.

## 2. 입법제안에 대한 의견

### (1) 제1안에 대한 찬·반 의견

#### 1) 찬성 의견

근로기준법상의 근로자성을 인정하는 방안(제1안)에 찬성하는 견해에 의하면 고용형태의 다양화로 인하여 지배력의 행사가 간접적·포괄적으로 이루어지고 있음에 비추어 '인적 종속성'을 기준으로 한 전통적인 근로자성의 판단은 문제점이 있기 때문에, '조직적 종속성'내지 '경제적 종속성'을 기준으로 근로자성을 판단하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>133)</sup>

#### 2) 반대 의견

그러나 제1안에 반대하는 견해에 의하면 이 안(案)에 따라 특수고용직 종사자의 근로자성을 인정할 경우 이들에 대하여 모든 노동법상의 규정을 적용해야 하는 문제가 발생한다. 특수고용직 종사자들에 대한 노동법적 보호필요성은 인정되나 이들이 수행하고 있는 직무의 특성에 비추어 볼 때 이들에게 노동법의 모든 규정을 적용하는 것은 기존의 법

132) 권재일, "독점규제법 및 약관규제법의 적용을 통한 학습지교사 보호방안 검토", 학습지교사 효율적 보호 방안에 관한 대토론회 자료집, 2003, 127면 이하.

133) 한국여성단체연합, 한국여성노동자협의회, 전국여성노동조합 등의 2000년 9월 19일 입법 청원안 참조. 한나라당 환경·노동위원회의 법률안(2000. 10.) 역시 같은 의견을 담고 있다.

체계와 맞지 않는 문제점이 있다.<sup>134)</sup>

(2) 제2안에 대한 찬·반 의견

1) 찬성 의견

준근로자 개념을 도입하는 방안(제2안)을 찬성하는 견해는 제1안이 '전부 또는 전무(all or nothing)' 형태로 접근하는 문제점을 해결하기 위하여 도입한 절충안이다.<sup>135)</sup> 따라서 이 안(案)은 특수고용직 종사자의 특성을 고려하여 노동법의 규정을 탄력적으로 적용할 수 있는 장점이 있다.

2) 반대 의견

그러나 이 제2안에 반대하는 견해에 의하면 준근로자 개념을 도입하기 위해서는 어떠한 기준에 따라 준근로자의 범위를 설정하고, 어떠한 규정을 적용하고 어떠한 규정을 적용하지 않을 것인지에 대한 구체적인 검토가 있어야 하는데 아직 이러한 준비가 충분하지 못하다고 한다.<sup>136)</sup> 또한 준근로자의 도입으로 인하여 오히려 근로자성이 인정되어 노동법이 전면적으로 적용될 수 있는 근로자에 대하여 노동법의 일부 규정만을 적용하는 사용자의 탈법적 남용가능성을 배제할 수 없는 문제점이 있다.

(3) 제3안에 대한 찬·반 의견

1) 찬성 의견

집단적 근로관계법상의 근로자성을 인정하는 방안(제3안)에 찬성하는 견해에 의하면 특수고용직 종사자와 같이 경제적으로만 종속된 자를 근로자와 동일시 할 수는 없지만, 경제적으로 종속된 지위에서 실질적으로 근로자와 유사하게 수행한다는 사실에 비추어 헌법상의 단결권주

134) 한국경영자총연합회, 비정규직 보호에 관한 정형제 입장, 2000. 참조.

135) 노동부, 「비정형근로자 보호대책」, 2000. 10. 4.

136) 강희현·김영문, 앞의 책(註 2), 339면 이하.

제에 포함하여야 한다는 것이다.<sup>137)</sup>

## 2) 반대 의견

그러나 제3안에 반대하는 입장에 의하면 이와 유사한 법제들 가진 독일의 경우와 달리 우리 헌법 아래에서는 이러한 입법이 허용되지 않는다고 한다. 왜냐하면 독일 기본법 제9조제3항은 “근로조건과 경제조건”의 유지·개선을 위하여 “모든 사람과 모든 직업”에 대하여 단결체를 결성할 자유를 보장하고 있는 데 반해 우리 헌법 제33조제1항은 “근로조건”의 향상”을 위하여 “근로자”에게 근로3권을 보장하고 있기 때문이다.<sup>138)</sup>

## (4) 제4안에 대한 찬·반 의견

### 1) 찬성 의견

경제법리에 의하여 해결하는 방안(제4안)을 찬성하는 견해에 의하면 특수고용직 종사자들을 노동법에 의하여 보호하는 것이 법리상 쉽지 않은 현실에서 무리하게 전적으로 노동법에 의한 보호만을 고집할 필요가 없다고 한다. 경제법의 중요영역인 독점규제및공정거래에관한법률과 약관규제법은 노동법과는 그 추구하는 법익이 다를지라도 현실적으로는 노동법에 의한 보호 못지않게 학습지교사의 권익보호에 유익한 도구가 될 수 있다고 한다.<sup>139)</sup> 한편 제4안의 한계성을 인정하면서도 노동법적 대책방안이 마련될 때까지 활용할 수도 있을 것이라는 견해도 있다.<sup>140)</sup>

### 2) 반대 의견

이에 반하여 제4안에 반대하는 견해에 의하면 기본적인 접근방식에 있어서 경제법은 약자보호라는 측면보다는 오히려 국민경제의 건전한 발전을 목표로 하는 경제정책적 입법이라는 점에서 근로관계법과 정책

137) 한국노총 2000년 11월 입법청원안.

138) 하경효, “근로자유사종사자에 대한 집단법적 보호가능성”, 비정규특위 공익위원 간담회 자료(2002. 9. 30.) 참조.

139) 권재연, 앞의 논문(註 132), 127면 이하.

140) 이에 대하여는 김재훈, “특수형태근로 종사자에 관한 법적 보호방안”, 노동법연구 제13호, 2002, 161면 이하 참조.

이념상의 차이가 있다고 한다.<sup>141)</sup> 즉, 경제법은 경쟁질서의 유지와 소비자보호에 초점을 두고 있고, 국민경제 전체의 입장에서 그 조직과 활동을 규제하는 것을 목적으로 한다는 점에서 근로관계법과 차이가 있다고 한다. 또한 특수고용직 종사자들을 경제법으로 보호하는 것은 현행 독점규제및공정거래에관한법률 제19조(부당한 공동행위의 금지), 제23조(불공정거래행위의 금지) 및 제26조(사업자단체의 금지행위)가 개정되지 않는 한 유효·적절한 보호방법이 될 수 없다는 주장도 있다.<sup>142)</sup>

### 제 3 절 결 론

#### 1. 기본원칙

앞에서 언급한 바와 같이 다양한 형태로 나타나고 앞으로도 새로운 형태의 출현이 예상되는 특수고용직 종사자의 문제를 입법에 의한 획일적인 해결하는 데는 무리가 있다고 본다. 따라서 해석론적 접근방법이 유효하다고 판단되고, 다만 이에 대한 새로운 기준을 제시할 필요가 있다고 본다.

그러나 해석론적 해결방안이 우선되어야 한다는 결론은 개별적 근로관계법상의 근로자성의 판단과 관련한 것으로, 집단적 근로관계법상의 근로자성과 관련해서는 입법론적 보완이 필요하다고 보여진다. 왜냐하면 우리 관례는 기업별 노조를 기초로 형성되어 산별노조가 허용된 새로운 현실에 적합하지 않기 때문이다. 즉, 우리 관례는 기업별 노조들 기초로 노동조합및노동관계조정법상의 근로자성을 근로기준법상의 근로자와 유사한 기준에 의하여 판단하고 있다. 그러나 이러한 접근방법은 개별 법에서의 근로자의 개념은 개별 법의 목적과 취지에 맞게 형성되어야 하며, 기업별 노조만이 허용되던 시기에는 근로기준법상의 근로자의 개념과 노동조합및노동관계조정법상의 근로자의 개념을 유사한 기준으로 판단하는 것이 정당성을 인정받을 수 있을 지 몰라도, 산별노조가

141) 김재훈, "특수형태근로종사자에 대한 쟁점 및 대책방안", 「특수형태 근로종사자 관련 논의자료집」, 노사정위원회, 2003, 97면 이하.

142) 박수근, "특수형태근로종사자에 대한 노조법상 근로자성 인정여부에 대한 검토", 「특수형태 근로종사자 관련 논의자료집」, 노사정위원회, 2003, 250면.

허용된 지금은 인정될 수 없다고 보여진다. 따라서 집단적 노사관계법상의 근로자성과 관련하여 판례가 변경되지 않는다면 부득이 근로기준법과 노동조합및노동관계조정법상의 근로자 개념을 분리하기 위한 입법론적 조치가 필요하다고 본다.

## 2. 새로운 해석기준

### (1) 새로운 해석기준의 필요성

판례는 근로자성을 '사용종속관계'의 존부에 따라 판단하고 있는데, 판례가 근로자성의 판단기준으로 삼고 있는 '사용종속관계'가 노동법 적용의 효과인 '직업보호' 및 '생존보호'와 어떠한 의미관련성이 있는 지 확인할 수 없다. 판례의 이러한 문제점은 존재론적(ontologisch) 접근방법에 그 원인이 있다고 생각한다. 이러한 사실은 판례가 '사용종속관계'의 존재여부를 확인하기 위하여 사용하고 있는 '세부 개념표지(Untermerkmale)'들이 근로자와 자영업자들 구별하기 위한 기준이라기보다는 전형적인 근로자들이 가지고 있는 특징들이라는 점을 통하여 확인할 수 있다. 이러한 존재론적 접근방법은 특징한 사물이 가지고 있는 현상을 설명하기에는 적합하나 특정 개념과 특정 개념을 구별하는 기준을 도출하기에는 적합하지 않은 문제점을 가지고 있다. 따라서 근로기준법상의 근로자성의 판단을 위한 새로운 기준이 필요하다.

### (2) 목적론적 개념형성방법

우리 나라에서 시도된 새로운 해석방법으로는 근로자성을 판단하는 기준을 형식적 징표와 실질적 징표로 구별하는 견해와 실질법상의 정의규정에 충실한 해석을 하자는 견해를 들 수 있다. 그러나 두 견해는 다음과 같은 점에서 문제가 있다고 본다. 먼저 근로자성을 판단하는 기준을 형식적 징표와 실질적 징표의 구별로 구별하는 견해는 여전히 유형론적 접근방법을 택하고 있다는 점에서 수용하기 힘들다. 왜냐하면, 유형론적 접근방법은 법적 안정성과 법률명확성을 침해할 위험성이 크기 때문이다. 따라서 법적 안정성과 법률명확성을 위하여 근로자성은 유형



(Typus)이 아닌 개념징표(Merkmal)에 따라 판단되어야 할 것이다. 그리고 이러한 개념징표는 목적론적 개념형성방법에 따라, 즉 법률효과와의 의미관련성 아래 도출되어야 할 것이다. 다음으로 실정법상의 정의규정에 따르자는 견해는 범목적에 따라 범문언에 반하는 법해석을 허용하는 목적론적 법해석에 반하는 견해이다. 왜냐하면 목적론적 관점에서 요구되는 근로자성의 판단기준과 정의규정에 제시된 근로성의 판단기준이 우연히 일치할 경우에는 이들 정의규정에 따른 범개념의 형성이 문제되지 않으나, 양자가 일치하지 않음에도 불구하고 정의규정을 존중하고 범 목적을 고려하지 않는다는 것은 일반적으로 인정된 목적론적 법해석(목적론적 개념형성)에 반하기 때문이다.

따라서 법에 있어서 개념의 형성은 법률요건과 법률효과 사이의 의미관련성을 강조하는 목적론적(teleologisch) 접근방법에 의하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 목적론적 개념형성방법만이 기존 관례의 문제점을 극복해 줄 수 있기 때문이다. 특히, 목적론적 개념형성방법에 따라 '경영위험의 자발적 인수' 여부를 기준으로 근로자성을 판단하려는 Wank 교수의 이론<sup>143)</sup>이 새로운 해석기준이 될 수 있다고 본다. Wank 교수의 접근방법은 실정법 적용의 결과로부터 노동법의 목적을 도출함으로써 지나치게 범문언의 의미를 축소시키고 있는 자유법학의 문제점을 극복하는 한편, 이러한 목적에 맞추어 법을 적용함으로써 지나치게 형식논리에 집착하여 발생하는 해석법학의 문제점을 동시에 극복하였다는 점에서 의의가 있다고 평가된다. 또한 법에 있어서의 개념의 형성은 근로자적 요소와 자영업자적 요소를 동시에 가지고 있는 교차지점에 존재하는 영리활동자들의 근로자성 판단에 초점이 맞추어 져야 할 것이다. 이러한 관점에서 전형적인 근로자에게서 나타나는 요소에서 근로자성의 판단기준을 도출하지 않고 자영업자와 근로자의 차이점에서 근로자성의 판단기준을 찾고 있는 Wank 교수의 접근방법은 우리에게 주는 시사점이 매우 크다고 할 것이다.

143) Wank, a.a.O.(註 8); ders. a.a.O.(註 13).

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 강성태, "특수고용관계와 근로기준법상 근로자성 판단", 노동법학 제11호, 2000, 35면 이하.
- 강성태, 근로자의 개념, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994.
- 강성태, 누가 근로자인가 - 근로기준법상 근로자의 개념 -, 2000.
- 강희원·김영문, 근로자개념과 계약의 자유 - 자영인과 근로자의 구별을 중심으로 -, 2001.
- 강희원·이상윤·조준모·김영문, 특수고용직 종사자의 법적 지위 - 레미콘 운송차주를 중심으로 -, 2002.
- 권재열, "독점규제법 및 약관규제법의 적용을 통한 학습지교사 보호방안 검토", 학습지교사 효율적 보호 방안에 관한 대토론회 자료집, 2003, 127면 이하.
- 김상호, "비정규직 근로자 보호를 위한 기본방향", 안암법학 제17호, 203, 153면 이하.
- 김상호·권혜자·최영진, 앞의 책, 110면 이하 참조.
- 김선수, "부당한 생활실제사 해촉에 대한 구제방법", 노동법들 2003년 1월호 19면 이하.
- 김소영, 고용형태의 다양화와 법·제도 개선과제, 한국노동연구원, 2001, 117면.
- 김소영·김태홍, 근로자로 보기 어려운 여성취업자의 실태 및 개선방안, 1999.
- 김재훈, "특수형태근로 종사자에 관한 법적 보호방안", 노동법연구 제 13호, 2002, 161면 이하.

- 김재훈, "특수형태근로종사자에 대한 쟁점 및 대책방안", 『특수형태 근로종사자 관련 논의자료집』, 노사정위원회, 2003, 97면 이하.
- 박수근, "레이콘운송기사와 정기보조원의 근로자성에 관한 검토", 노동법학 제14호(2002), 49면.
- 박수근, "특수형태근로종사자에 대한 노조법상 근로자성 인정여부에 대한 검토", 『특수형태 근로종사자 관련 논의자료집』, 노사정위원회, 2003, 250면.
- 박종수, "유형개념의 이해", 법철학연구 제5권 제1호, 2002, 157면 이하.
- 박종희, "근로기준법상의 근로자개념", 노동법학 제16호, 2003, 83면 이하.
- 양정숙, 학습지교사의 근로기준법상 근로자성 판단, 고려대학교 노동대학원 석사학위논문, 2002.
- 양승규, "보험모집인의 법적 지위", 노동법과 현대법의 제문제(남관 심태식박사화갑기념), 1983, 436면.
- 오문완, 비전형근로의 법률문제 - 학습지 교사의 근로자성을 중심으로 -, 한국경영자총협회, 2001, 45면 이하.
- 오문완, 비전형근로의 법률문제 - 학습지 교사의 근로자성을 중심으로 -, 한국경영자총협회, 2001.
- 유성재, "법에 있어서 개념의 형성", 경제기술법연구, 관동대학교 사원 경제기술법연구소, 1999, 185면 이하.
- 유성재, "위장 자영업자 억제를 위한 독일의 법제도 - 독일 사회법전 제4편 제7조제4항 -", 『디지털경제시대를 위한 노동법 및 사회보장법의 대응』, 한국법제연구원, 2000.
- 이호근, "특수형태 근로종사자 실태조사 결과", 『특수형태 근로종사자 관련 논의 자료집』, 노사정위원회, 2003, 305면.
- 조용만, "프랑스의 근로자개념과 특수고용관계법제", 2002, 노사정위원회

발표문 참조.

- 주영은, "보험모집인의 법적 지위", 연세법학연구, 1992, 429면 이하.
- 최영호, "계약근로형 노무공급자의 근로자성", 노동법연구 제13호, 2002, 123면 이하.
- 하경효, "근로자유사종사자에 대한 집단법적 보호가능성", 비정규특위 공익위원 간담회 자료(2002. 9. 30.).
- 학습지교사협회, "위탁사업자 학습지 교사 실태", 노사정위원회 제출자료, 2000. 1. 17 및 2001. 9. 24.

## 2. 외국문헌

- Buchner, "Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen - Jedem das Gleiche oder jedem das Seine?", NZA 1998, S. 1144 ff.
- Buhl, Zur Problematik der Arbeitnehmerbegriffs, Diss. 1978.
- Hromádka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht - zur Diskussion um die "neue Selbständigkeit -", NZA 1997, S. 567 ff.
- Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995.
- Lieb, "Beschäftigung auf Produktionsdauer - Selbständige oder unselbständige Tätigkeit?-", RdA 1977, S. 210 ff.
- Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 1992.
- Richardi, Münchenerhandbuch Arbeitsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 2000.

- Polster, "Das Ende der Scheinselbständigkeit und gleichzeitig der freien Mitarbeiter\_", NJW 1999, S. 925 ff.
- Preis, Grundlage der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993.
- Rancke, "Arbeitnehmerbegriff und sozio-ökonomischer Strukturwandel", AuR 1979, S. 9 ff.
- Rancke, Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht, 1978.
- Rommé, "Unternehmerrisiko", ZfA 1997, S. 251.
- Rosenfelder, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, 1982.
- Rüters, Rundfunkfreiheit und Arbeitsrechtsschutz, RdA 1985, S. 129 ff.
- Söhnen, Die Selbständigkeit der freien Mitarbeiter, Diss. 1975.
- Traeger, Die Reichweite des arbeitsrechtlichen Sozialschutzes, 1981.
- Wachter, Wesensmerkmale der arbeitsnehmerähnlichen Person, 1980, S. 203 f.
- Wachter, Wesensmerkmale der arbeitsnehmerähnlichen Person, 1980.
- Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988.
- Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985.
- Weber-Grellet, "Der Typus des Typus", in: Festschrift für Heinrich Beisse, 1997, S. 551 ff.

Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und  
Gemeinschaftsverhältnis, 1966.

Woltereck, "Wo der Sozialstaat versagt: Freie Mitarbeit",  
AuR 1973, S. 129.

Zippelius, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., 1990.

菅野和夫, 労働法 第5版, 弘文堂, 2000.

久保敬治, 三判労働法, ミネルウア 書房, 1976.

有泉亨, "労働者概念の相對性", 中央労働時報 제486호, 2면 이하.

青木宗也, "特殊勤務者の 勤勞者性", ジュリスト 第619號, 96면 이하.

片岡昇, "特殊勤務者の法的問題 - 外務員", 季刊労働法 제60호, 總合勞  
働研究所, 1967, 143면 이하.

山本吉人, 雇用形態と労働法, 總合労働研究所, 1970, 142면 이하.

小嶋典明, "労働者の判断基準", 「季刊労働法」 제139호, 總合労働研究所,  
1986, p. 19 이하.

下井隆史, 労働契約法の理論, 有斐閣, 1985.

恒藤武二, 労働基本法, ミネルウア 書店, 1979.