■ 연구총서 ■ 2004-10

일반 사법상 근로자보호제도에 관한 연구Ⅰ

-독일민법전(BGB)의 고용계약과 근로계약-

한국노총 중앙연구원

발 간 사

노동운동을 둘러싼 환경변화가 급속도로 진행되고 있다. 무엇보다도 신자유주의 공세는 불평등구조를 심화하고, 비정규직노동자를 급증시키며, 노동자의 개인주의 몰입 현상을 낳고 있다.

또한 신자유주의 흐름 속에 기업경쟁력 강화의 논리가 펼쳐지고 있는바, 세계화의 높은 파고를 뛰어 넘기 위해 기업의 경쟁력이 강화되어야 하며 노동조합은 무리한 요구로 이와 같은 대응에 발목을 잡아서는 안된다는 것이다. 노동조합의 무분별한 요구는 한국 산업의 공동화를 초래하고 자본의 해외진출을 가속화시킨다는 주장이다.

그러나 이러한 논리들은 노동자의 양보와 희생만을 강요하는 점에서 진정한 해결책이 될 수 없으며, 공동선에 기초하는 사회적 질서가 될 수 없음은 명백하다. 오히려 약자를 보호하고 강자의 권한남용을 제한하는 가운데, 합리성에 기초하여 노사 상호인정하고 서로 양보하며, 상생을 도모하는 방안이 제시되어야 마땅하다.

이런 점에서 노동자의 희생만을 강요하는 방식이 아니라 노동자에게 희망을 주고 열심히 국가와 사회를 위해 일할 수 있도록 하는 동기를 제시하는 것이 무엇보다도 필요하다고 할 것이며 난제를 해결함에 있어서도 문제의 요인을 정확하게 제시하고 협조를 구하는 것이 마땅한 방법이라고 본다.

본 연구에서는 최근에 비교적 활발하게 논의된 민법개정 작업과 관련하여, “일반 사법상의 근로자 보호제도”에 관한 주의를 환기시키고자 독일, 스위스 등 선진국의 민법에서 규정하는 근로자보호내용을 파악하려는 데 목적을 두고 있다.

우리나라의 민법은 제655조부터 663조까지 단 9개의 조문만으로 고용계약을 규율하고 있는바, 그 규율대상도 몇 가지에 한정되어 있을 뿐 더러 법적 효과에 있어서도 거의 근로자의 보호효과를 낳지 못하기 때문에 후진성을 면하지 못하고 있다. 따라서 독일, 스위스와 같은 선진국에서의 민법개정 추세대로, 우리나라에서도 민법이 근로자보호를 위해 어떤 규율내용들을 포함할 것인지 논의의 필요성이 충분히 있는 것이다.

아무쪼록 이 보고서가 노동운동의 발전과 근로자의 보호에 도움이 되기를 바라며, 끝으로 이 연구작업을 맡은 김상호 교수(스위스편Ⅱ), 박지순 박사(독일편Ⅰ)의 수고에 대해 고맙게 생각하며 이 연구에 실린 내용은 연구자의 견해일 뿐 한국노총의 공식입장과 다를 수 있음을 밝혀둔다.

2004. 12.

한국노동조합총연맹

위 원 장 이 용 득

일반 사법상 근로자보호제도에 관한 연구 I

-독일민법전(BGB)의 고용계약과 근로계약-

박 지 순

고려대학교 강사

/ 목 / 차 /

제1장 서론 ····· 1

제2장 독일민법전과 노동법의 역사적 변천 ····· 5
I. '종속노동'의 근대법적 편입 ····· 5
1. 로마법적 영향 ····· 5
2. 게르만법의 전통 ····· 6
3. 종속노동에 관한 근대법의 확립 ····· 7
II. 계약자유의 원칙과 한계 ····· 9
1. 계약자유원칙의 전개 ····· 9
2. 계약자유원칙의 제한 ····· 12
3. 독일학계의 대응 ····· 16
III. 고용계약과 근로계약: 독일민법전의 제정 ····· 18
1. 독일민법전제정의 배경 ····· 18
2. 독일민법 제1초안 ····· 19
3. 독일민법 제2초안 ····· 21
4. 결론 ····· 24
IV. 1920년대의 바이마르시대: 노동법의 독자화 ····· 24
V. 1969년 제1차 노동법정비법률: 고용계약과 근로계약의 이원적 구성 ····· 27
VI. 2002년 채권법현대화법률에 의한 개정: 독립에서 통합으로 ····· 29
VII. 결론 ····· 31

제3장 독일 고용계약법의 체계 ····· 34
I. 고용계약과 근로계약 ····· 34
II. 고용계약상의 “계속적 고용관계”의 의미 ····· 37
1. 서설 ····· 37
2. 계속적 채권관계 ····· 38
3. 계속적 고용관계 ····· 39
4. 계속적 고용관계의 구체화 ····· 40

제4장 개별 조항의 검토 ····· 43
I. 소비자개념과 근로자 - 근로관계에 대한 소비자보호법의 적용여부 ····· 43
1. 문제의 소재 ····· 43
2. 소비자와 근로자의 관계에 관한 학설 ····· 45
3. 개별 문제에 대한 영향 ····· 47
II. 근로관계와 채무불이행법(급부장애법) ····· 51
1. 제275조와 근로자의 급부의무 ····· 51
2. 중대한 사유에 의한 계속적 채권관계의 해지 ····· 61
III. 근로관계와 약관규제법 ····· 63
1. 근로계약에 대한 내용통제의 법적 함의 ····· 63
2. 약관규제와 노동법의 특수성 ····· 66
3. 집단법적 계약과 약관규제 ····· 69
IV. 고용계약법과 근로관계 ····· 70
1. 차별금지와 관련된 규정 ····· 70
2. 사업양도시의 근로관계 승계와 관련된 규정 ····· 75
3. 경영장애시의 사용자의 휴업수당지급의무 ····· 80
4. 사용자의 배려의무 및 보호의무에 관한 규정 ····· 82

5. 근로관계상의 책임에 관한 입증책임의 전환에 관한 규정 ····· 84
6. 근로관계종료관련 보호조항 ····· 87

제5장 보론: 채권법현대화와 노동법과 민법의 관계 ····· 93
I. 노동법과 민법의 체계적 관계와 그 변천 ····· 93
II. 노동법과 민법의 재통합의 전제조건 ····· 95
1. 노동법에 있어서 私法的 기본관념의 강화 ····· 95
2. 민법의 개방성과 운동성의 요청 - 노동법의 특수성 고려 ····· 100
III. 노동법과 민법의 재통합에 있어서 소비자보호법이 갖는 의미 ····· 102
1. 노동법과 소비자보호법의 異同 ····· 102
2. 노동법의 특수성과 소비자보호법 ····· 103

제6장 맺음말 ····· 105
참고문헌 ····· 108

제1장 서론

노동법의 보호대상은 근로자이다. 근로자는 신분적 개념이 아니라 사용자와 근로계약이라는 채권계약을 체결함으로써 성립된 계약관계인 "근로관계"에 있는 자를 의미하는 계약법적 개념이다.[1] 따라서 노동법은 일차적으로는 근로관계라는 계약관계에 대하여 적용되는 법규의 총체를 의미한다. 우리 민법전은 채권계약으로서의 근로계약을 직접 규정하고 있지 않다. 우리 민법전은 같은 의미의 계약관계를 "고용계약"이라는 전형계약으로 규율하고 있을 뿐이다. 따라서 근로계약과 고용계약의 개념적 관련성이 우선 확정되어야 한다. 그런데 근로계약에 대해서는 근로기준법(이하 근기법이라 한다) 제17조에 그 개념이 정의되어 있다. 그에 의하면 "근로계약이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 체결된 계약을 말한다." 그런데 고용계약에 관한 민법 제655조는 "고용은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정"한 계약이라고 규정하고 있다. 이와 같이 민법상의 고용계약이나 근기법상의 근로계약은 사용되는 용어의 차이를 제외하면 형식적으로 동일한 법적 구조를 가진 계약임을 알 수 있다.[2] 다만 근기법이 근로계약의 개념을 별도로 정의하고 있다는 점을

1) 노동법을 민법으로부터 독립시키면서 근로자의 포괄적인 종속적 지위를 신분적 개념으로 이해하고 이를 노동법의 출발점으로 삼았던 초기 노동법학의 경향은 이제 더 이상 견지될 수 없다고 보고 신분에서 계약으로(from status to contract) 노동법의 의미 내용이 변화하고 있다는 취지의 글로는 Söllner, FS für Zöllner, S. 949. 또한 신분 및 계약개념에 대하여는 강희원, 「역할질서로서 노동법」, 11쪽 이하 참고.

2) 박종희, 「근로기준법상 근로자개념」, 93쪽 이하 참고.

적극적으로 고려하면 근기법이 적용되는 고용계약을 특별히 근로계약이라고 부르고 있다고 볼 수도 있다.[3)]

이와 같이 근로계약을 민법상의 고용계약과 동일한 것으로 보든, 아니면 근기법상의 독자적인 계약유형으로 이해하든 근기법이 적용되는 고용계약인 "근로계약"은 私法的 성격만을 가지고 있지 않다는 것은 분명하다. 그것은 근기법이 근로계약의 내용을 최저기준이라는 전제하에 법률로 규율하면서 행정적 근로감독에 의하여 그 준수를 강제하고 그 위반에 대하여는 형벌을 부과함으로써 公法的 규제방법을 채택하고 있기 때문이다. 바로 이와 같은 이유에서 근로계약의 독자적 성격을 주장하는 견해도 적지 않게 나오고 있다. 또한 우리나라의 경우에는 기업별 노동조합과 개별사업주가 당사자가 되어 체결하는 기업별 단체협약이 사실상 근로관계의 기준적 내용을 결정하고 있다. 따라서 우리 노동법의 근로조건결정 메커니즘은 근로기준법에 의한 공법적 강행규정과 기업별 단체협약에 의한 근로조건의 기준이 주된 역할을 수행한다고 할 수 있다.

물론 그와 같은 고용관계에 대한 공법적 규제방법이 사용자의 탈법적 행태를 어느 정도는 효율적으로 제지할 수 있다는 점에서 전혀 장점이 없는 것은 아니다. 그렇지만 제조업 중심의 산업사회에서 정보화에

---

3) 김형배, 『노동법』, 58쪽도 같은 취지로 이해된다. 대법원은 근로자개념에 관한 판결에서 근기법상의 근로자, 즉 근로관계의 존부를 판단하기 위해서는 "민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라" 판단해야 한다고 한다(기본판결: 대판 1994.12.9, 94다22859). 이 판결의 논지에 의하면 민법상의 고용 또는 도급은 근기법상의 근로계약과는 구별된다는 전제에 서게 된다. 다시 말해서 근로계약이란 근기법이 적용되는 독자적 계약유형이라는 논리가 형성된다. 이와 같은 논지를 비판한 견해로 박종희, 앞의 글, 75쪽.

기초한 서비스산업사회로의 전환이라는 새로운 국면을 맞이하고 있는 현대적 노동시장에서는 고용형태의 다양화를 통하여 근로기준법의 적용을 피해가려는 사용자의 계약교섭상의 행동방식이 더욱 교묘해지고 있다. 뿐만 아니라 노동조합을 교섭당사자로 하여 근로조건의 기준을 결정한다 하더라도 현실적으로 노동조합의 조직률이 점차 저하됨으로써 사실상 근로조건의 합리적 결정메커니즘은 매우 제한적으로 기능할 수밖에 없을 것이라는 점도 고려되어야 한다.

이와 같이 근기법이 더 이상 광범위한 노무제공자의 보호기제로서 기능하지 못하고 또한 경우에 따라서는 개별 근로자가 스스로 사용자와 계약조건을 교섭하여 근로계약을 체결해야 할 수요가 발생하고 있다는 점을 감안하면 일반법으로서 민법의 고용계약을 재평가하고 계약내용을 구체적으로 검토해야 할 필요성이 점차 커지게 된다. 그렇지만 노무제공자의 사적 자치 또는 계약자유의 실현도 자유방임적으로 방치되면 교섭상의 강자인 사용자의 일방적 결정에 종속되며 이는 자기결정이 아닌 타율적 결정으로서 사적 자치의 이상과는 거리가 멀게 될 것이다. 따라서 근로자의 계약교섭상의 지위를 보장하면서 자기결정에 의한 근로조건의 형성을 촉진하기 위해서는 지금까지의 근로계약의 계약법적 성과를 반영하여 근로자를 위하여 교섭의 최저선을 확보해 주어야 할 것이다. 그러나 우리 민법의 고용계약법은 그와 같은 최저선을 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라 오히려 19세기적 자유방임주의에 기초한 계약관을 그대로 유지하고 있다. 물론 이는 근기법과 같은 노동법에 계약법적 형성기능을 맡김으로써 民法典 상의 고용계약은 사실상 휴면규정이 되었다는 점과도 무관하지 않을 것이다. 그렇지만 근로자의 개성과 업무의 성격변화에 따른 당사자의 의사자치에 기초한 계약

교섭실태가 점점 확대되고 있는 현대적 노동시장의 발전이라는 관점에서 노동법이 근로관계 당사자의 개별적 이해관계를 더욱 충실히 반영하는 근로관계를 형성하기 위해서는 근로계약법의 일반이론을 재검토하지 않으면 안 될 단계에 와 있다고 생각된다.[4)]

그러나 문제는 우리 노동법학계가 근로계약법에 관한 법리적 연구를 충분히 축적해 놓고 있지 않다는 점이다. 따라서 우리 민법전의 고용계약법을 재구성하기 위한 방법론의 일환으로 비교법적 방법을 사용하여 외국의 선진적인 고용계약법의 구조를 검토하고 이로부터 우리가 시사를 얻을 수 있도록 하는 것은 적지 않은 의미를 가질 것으로 보인다. 이와 같은 관점에서 이 글은 독일의 고용계약(Dienstvertrag)과 근로계약(Arbeitsvertrag)을 연구대상으로 삼았다. 이미 독일의 법제도에 관한 소개가 적지 않지만 고용계약과 근로계약의 상호관계에 관한 연구는 독일에서 노동법이 태동하던 당시부터 현재까지 민법과 노동법의 핵심적인 주제로서 다루어지고 있다는 점에서 여전히 그 논의의 기본방향과 논의내용은 우리의 연구에도 중요한 시사를 줄 수 있기 때문이다. 이 연구에서는 우선 역사적으로 독일의 고용계약과 근로계약의 발전과정을 살펴보고 양자의 관계를 규명한 다음 현행 민법상 고용계약의 법적 구조를 검토하기로 한다. 또한 현대적인 채권법의 전개과정에서 근로계약에 대한 새로운 시각을 소개하고 앞으로 발전방향에 대하여 논의의 장을 열어 보고자 한다.

---

4) 이에 관한 논의로는 김형배, 「한국노동법의 개정방향과 재구성」, 15쪽; 이철수, 「전환기의 노사관계와 노동법」, 22쪽 이하; 유성재, 「(가칭) 근로계약법의 제정 필요성」, 443쪽 이하 참고.

제2장 독일민법전과 노동법의 역사적 변천

I. ‘종속노동’의 근대법적 편입

서양의 법제사를 돌아보면 인간의 노동은 이미 로마제국시대부터 **법적 규율의 대상**이었다. 그렇지만 당시에는 계약의 목적으로서 “종속노동”은 큰 의미가 없었다. 왜냐하면 당시의 종속노동은 노예노동을 의미하였기 때문에 자유로운 사인간의 계약관계와는 거리가 멀었고, 영업활동과 상거래가 증가하기 시작한 중세이후부터 비로소 종속노동을 대상으로 하는 “근로관계”가 법적으로도 의미를 갖기 시작하였기 때문이다. 근로관계를 계약의 대상으로 하는 독일법의 전통은 보통법으로서의 로마법과 고유한 게르만법의 양대 체계를 기초로 한다.[5)]

1. 로마법적 영향

근로계약법에 관한 최초의 법적 규율은 고대 로마법의 locatio conductio제도에서 행해졌다.[6)] “locatio conductio”는 물건의 임대차, 도급계약 및 고용계약을 포괄하는 제도였다. 로마법은 고용계약의 독자적 의미를 인식하지 못한 채 물건의 임대차에 부속시켰다. 그것은 로마제국의 경제체제가 노예제도에 의하여 지탱되고 있다는 점에 기인한다. 노예들은 부자유노동(operae illiberales)을 담당하였고 근로관

5) 이에 관한 일반적 서술은 Thomas Weiß, Die Entwicklung des Arbeitsvertrags und das BGB, 1991, S. 33 ff.

6) 자세한 것은 Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, §42 Rn. 1 ff.

계를 구성하는 독립적 법주체로 인정받지 못하였다. 그들은 물건과 마찬가지로 임대차의 대상일 뿐이었다. 반면에 정신적, 창조적 노동을 수행하는 이른바 고급노동(operae liberales)[7]은 자유인의 몫이며 이들은 임금이라는 반대급부를 목적으로 하지 않고 자신들의 명예에 상응하는 謝禮를 받을 뿐이었다. 그들은 노동의 구속을 받지 아니하였으므로 종속노동과는 종류를 달리 하였다. 로마법은 이를 위임계약(mandatum)으로 구성하였다.

그렇지만 사회경제적 조건이 변화하면서 "종속노동"의 범주가 발전하였다. 노예들은 자유인으로 방면되어 사적 법률행위를 수행할 수 있는 법주체로서 성장하였다. 종래 수행해오던 노동은 이제 노예로서가 아니라 계약이라는 수단을 통하여 독립적인 주체로서 계속해서 담당하였다. 뿐만 아니라 로마법시대에는 계약관계에 기초한 종속적 노동의 급부형태 또한 다양화되었다. 예컨대 가사사용인의 노동관계가 독립적인 계약관계로 발전하였다. 이와 같은 노무제공관계에서 근대적인 노동법의 맹아가 싹트기 시작하였고 독일 민법전의 제정에도 중요한 영향을 미쳤다. 결과적으로 로마법적 전통에서 근로관계는 재산법적 채권관계로서 임대차와 고용 및 도급계약을 포괄하는 locatio conductio로 시작하였다는 점을 알 수 있다. 이 점은 나중에 독일민법전의 제정 당시에도 고용계약의 기초를 결정하였다는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

2. 게르만법의 전통

독일은 초기 중세까지는 황무지를 개간하는 정도의 농업경제가 지배

7) 예컨대 의사, 변호사, 교사 등의 활동이 여기에 속하였다.

하였다. 종속노동은 주인과 재산법적 계약관계가 아닌 인법적 관계(personenrechtliches Verhältnis)[8]에 있던 부자유인과 자유민에 의하여 수행되었다.[9] 그런데 십자군전쟁을 계기로 사정이 크게 변하였다. 자유로운 상거래와 생산을 추구하는 시민이 도시를 형성하면서 11-12세기부터는 농업경제 외에 시장생산, 도시경제 그리고 화폐 및 거래경제가 발전하였다. 무역과 생산에 필요한 노동력수요로 인하여 수많은 농촌노동력이 도시로 유입되었고 농업경제를 지배하였던 인법적 구속관계는 도시에서는 이제 더 이상 기능하기가 어렵게 되었다. 자유노동력은 계약을 체결하여 노무를 제공하는 단계로 나아갔다. 그렇지만 이 계약은 자유롭게 체결될 수 없었다. 계약은 국가와 상공업자들의 일방적 규율체계에 의하여 일방적으로 결정되었다. 당시 도시와 농촌 그리고 각 직능단체들은 저마다 독자적인 권리와 의무체계, 즉 법체계를 가지고 있었다. 인격적 권리와 신분적 권리는 장소적, 직업적 권리와 결부되어 법질서의 전체를 통일적으로 조망하는 것이 불가능할 정도였다.

3. 종속노동에 관한 근대법의 확립

근대적 계몽이 진행하면서 인적, 신분법적 구속은 비인격적 계약적 구속관계로 대체되어 갔다. 독일은 로마법을 계수하면서 법체계적으로 재산법적 채권관계를 확립해 갔다. 매매계약은 교환과 구별되었으며 게르만법적인 요식주의는 불요식의 채권적 약속개념으로 전환되었다.

---

8) 인법적 관계란 가족법과 유사한 법률관계를 의미한다. 따라서 인법관계는 재산법인 채권관계와 구별된다. 인법관계로서의 근로관계의 의미에 대해서는 김형배·박지순, 『근로자개념의 변천과 관련법의 적용』, 9쪽 이하 참고.

9) 자세한 것은 Weiß, 앞의 책, S. 36 ff.

15세기가 지나면서 로마법체계가 독일국가 들에게서 보충적 법제도로 수용되면서 locatio conductio의 하위영역으로 고용계약(locatio conductio operarum)의 의미가 확립되었다. 그렇지만 여전히 근로관계에 관한 전체적인 규율내용은 빈곤하였다. 비농업분야에서 근로계약 및 근로관계는 인격적 구속관계가 없는 채무로서 간주되었다. 법률관계의 흠결을 보충하기 위하여 임대차법이 차용되었으므로 임대차관련법이 여전히 母法으로 기능하였다. 로마법적 전통과 게르만법적 전통은 18세기 말 제정된 프로이센 一般分邦法(Allgemeines Preußisches Landrecht)에서 개별적으로 통합되면서 근로계약에 관한 법제도의 발전에 분기점을 이루게 된다.

일반분방법은 1794년 프로이센의 지배를 받던 국가에 대하여 적용된 일상생활에 관한 법적 규율로서 독일민법전의 原型이라고 할 수 있다.[10] 일반분방법은 근로계약을 독립시켜(제1부 제11장 제8절) 규율하였는데, 물건 대 행위 또는 행위 대 행위의 급부약속을 근로계약으로 정의하였다. 이 절은 일반규정 외에도 고용된 육체노동자, 일용직 노무자와의 계약 그리고 수공업자와 예술가의 계약에 관한 특별규정을 두고 있다. 일반분방법상의 고용계약규정은 특히 로마법과는 달리 근로계약의 대상에는 이제 정신적 노동도 포함되어 육체적 노동과 정신적 노동은 더 이상 구별하지 않는다는 점에서 통일적인 근로계약의 구성에 기여하였다. 또한 일반분방법은 로마법적 전통과는 달리 고용계약법을 임대차와 법체계상 분리하였다. 이를 통하여 고용계약 또는 근로계약의 독자적 발전의 기초가 확립되었다고 할 수 있다.

---

10) 자세한 것은 Ji-Soon Park, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, 2004, S. 14 ff.

II. 계약자유의 원칙과 한계

1. 계약자유원칙의 전개

(1) 출발점

법체계적 구성 못지않게 오늘날의 근로계약법의 기초에 결정적인 중요한 역할을 담당한 것은 계약자유의 원칙이다. 계약자유는 사법의 일반원칙인 사적 자치원칙의 계약법적 구체화라고 할 수 있다. 계약자유는 17세기에 융성하였던 자연법사상의 계약이론으로 발전하였다. 자연법사상은 계약에서 모든 권리의 근거를 찾았고 계약자유는 그의 본질적 구성부분을 이룬다고 보았다.[11] 그 이론적 근거는 Adam Smith가 중심이 된 국민경제학파가 제공하였다..[12] 그는 서로 대등한 힘을 갖는 경쟁자에 의하여 대등한 가치를 갖는 급부의 교환원칙을 정립하였다. Adam Smith는 노동력과 관련하여 무산자는 자유경제체제에서 자신의 노동력을 더 나은 가격으로 판매함으로써 자신의 지위를 개선할 수 있다고 믿었다. 자연법이론에 기초한 자유주의의 영향으로 종속노동에 종사하는 자의 법적 지위도 변화하였다. 왜냐하면 종래 계약적 성격을 가진 법률관계는 신분적 또는 길드적 구속에 놓여 있었고 당사자의 자유로운 합의가 존립할 여지가 없었기 때문이다. 노동법상의 계약자유는 역사적으로 18세기를 거쳐 자유주의의 경제적 성과가 가시화되면서 비로소 현실화되었다. 특히 수공업적 개별생산체제가 산업적 대량생산체제로 전환된 것이 그 사회경제적 배경을 이룬다. 이와 같은 생산체제

---

11) 이에 관해서는 Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 249 f., 293 f., 430 f.를 참고.
12) Weiß, 앞의 책, S. 44 ff.

의 전환은 독일의 경우 19세기 중반 무렵 완성되었고 경제체제의 구조에 결정적인 변화를 초래하였다. 경제와 사회 각 분야에 "근대적 산업화로의 전환"이 이루어진 것이다.[13] 이와 같은 변화는 영업의 자유 및 계약의 자유를 불가결한 전제로서 요구하며, 노동력제공자를 포함한 개개인을 경제주체로서 승인함으로써 국가의 후견으로부터 해방시키는 정치적, 법적 변화를 촉진하였다. 이제 근로자는 사용자와 자유롭게 교섭하고 그 결과에 따라 노동을 제공할 수 있게 된 것이다.

(2) 법적 규율의 발전

경제적 자유주의와 그에 기초한 계약자유의 원칙은 당시 법률에서도 이미 반영되고 있었다. 그 출발점은 역시 앞에서 설명한 일반분방법이었다. 이 법에 의하여 공장은 길드의 강제로부터 해방되었다. 다만 국가에 의한 영업허가와 감독을 받는다는 점에서 불충분하게 규율되었을 뿐이었다. 그러나 1810년부터는 국가에 의한 허가규정 및 감독규정이 폐지되면서 영업의 전면적 자유가 허용되었다. 이로써 독일의 경제적 기초가 서서히 산업국가적 면모를 갖추기 시작하였다.[14] 일방분방법이 규정하고 있는 공장근로자의 근로관계도 비록 여전히 과거의 길드적 일방적 결정이 잔존하였고 있긴 하지만 대체로 계약자유의 기초가 형성되었다고 할 수 있다. 다만 일방분방법은 공장근로자에 관해서만 규율하고 있을 뿐이고 그 밖의 근로관계에 대해서는 규율하고 있지 않다. 예컨대 상업사용인의 근로계약에 관해서는 1861년의 독일상법전이 처음으로 법적 규정을 두었다. 이 법률은 근로관계의 자유로운 형성을 확립

13) Weiß, 앞의 책, S. 46 및 거기에 인용된 문헌 참고.
14) Weiß, 앞의 책, S. 47.

하였다. 농업분야에 관해서는 이미 1810년에 사용인법(Gesindeordnung)이 규정하고 있다.[15] 이 법률은 종래 강력한 지주종속성(Gutsuntertängigkeit)을 본질로 하였던 농업분야의 사용인의 임금과 기타 부대비용에 관해서는 예외 없이 자유로운 합의의 대상으로 규정하였다. 정치적 내지 입법적 발전의 가장 중요한 사건들은 19세기 중엽에 이루어졌다. 예컨대 1848년 프로이센에 상공업과 공공노동에 관한 부처(이른바 상공노동부)가 설치되었고, 위에서 이미 언급한 것처럼 1861년에 상법전이 제정되었다. 1845년에는 프로이센 영업령(Gewerbeordung, 공장법이라고 부르기도 한다)에 영업의 자유가 규정되었고, 그에 이어 1869년과 1871년에 다른 독일국가의 영업령도 마찬가지로 규정되었다. 영업의 자유가 일반화되면서 자유로운 근로계약은 노동질서의 기초로 확립되었다.[16]

(3) 부작용

19세기가 경과하면서 당시 노동관계를 구속하였던 지주종속성, 신분적 구속, 길드적 구속 등이 형식적으로는 폐지되고 국가적 공장규제가 폐지되면서 공장노동자도 자유로운 합의에 기초하여 근로관계를 형성할 수 있게 되었다. 이와 같이 노동관계에 작용하였던 종래의 봉건적, 신분적 구속으로부터의 자유는 계약자유의 원칙으로 귀결되었는데, 이 원칙은 자주적인 인간상을 전제로 하는 것이고, 이 자주적 인간상은 사회적 구속으로부터 벗어난 개별존재로서 교섭당사자 사이에는 형식적으로 대등한 서로 독립된 주체를 의미하는 것이다. 이와 같은 관념을

15) Park, 앞의 책, S. 16 f.
16) Park, 앞의 책, S. 17 f.

현실로 전환시키는 과정에서 사회적으로 감당하기 어려운 문제들이 등장하였음은 주지의 사실이다.[17] 계약자유의 원칙은 종래 사회적, 신분적 구속관계를 자유롭게 교섭할 수 있는 대등한 관계로 바꾸었다는 점에서 사회적 정의를 위하여 일보 전진한 것으로 평가될 수 있지만, 현실적으로 착취의 문제를 발생시켰다. 왜냐하면 사용자와 노동자의 지위의 대등성은 노동, 즉 일자리가 충분히 존재할 때에만 현실적으로 작용할 수 있기 때문이다. 그러나 19세기의 산업화로 인하여 농촌인구가 대거 도시로 이주하면서 이들은 결국 산업예비군(실업자)으로 편입되는데 지나지 않았다. 또한 영업의 자유가 도입되기 전부터 이미 대규모 공장에서는 근로조건은 통상 취업규칙(Arbeitsordnung)에 의하여 규율되었다. 이 취업규칙은 법기술적으로 근로계약의 구성부분으로 간주되었다. 이와 같은 관행은 개별 공장의 대규모 공장으로의 계속적인 팽창으로 점점 일반화되어 갔다. 그런데 현실적으로는 이러한 방법으로 기업주는 계약조건을 저임금의 안정적 확보를 목적으로 배타적으로 지배할 수 있었다. 현실적 관계를 고려하면 종속성의 종류가 과거 법적 지위의 영역에서 실제적 영역으로 바뀌었을 뿐이다. 즉 근로자의 종속성은 과거 노예나 부자유인의 법적 지위로부터 발생하는 것이 아니다. 그와 같은 법적 차별은 폐지되었고 종속성은 사회적 여건에서 비롯되고 있는 것이다.

2. 계약자유원칙의 제한

(1) 국가적 개입에 의한 사회적 보호

17) Weiß, 앞의 책, S. 49 f.; Georg Annuß, Der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2003, S. 283, 285 f.

계약자유는 근로자의 착취문제를 낳았고 이것이 사회적 문제로 등장하면서 국가는 개입을 통하여 근로자의 사회적 지위를 개선하는 것이 불가피하다고 보았다. 독일 최초의 보호법률은 프로이센에서 제정된 아동노동의 금지에 관한 1830년의 법률이었다. 아동노동의 금지는 군사력유지를 위한 불가결한 조치이면서 동시에 아동노동의 착취로 인하여 시민사회 자체가 붕괴할 수 있다는 위기의식에서 비롯되었다.[18] 특히 Robert von Mohl은 사회의 빈곤문제가 계속해서 악화되는데 따르는 사회적 위험성을 지적하였다.[19] 즉 이러한 위험은 시민사회의 안정성뿐만 아니라 존립 자체를 위협한다고 보았다. 이와 같은 문제의식에 따라 기업이 갖는 영업의 자유와 계약자유의 장점을 일반적인 보호목적과 결합시키는 법정책적 목표가 정립되었다. 1849년과 1853년에는 아동노동의 보호를 위하여 현물지급을 금지하고 근로감독제도를 도입하는 등의 제도개선이 이루어졌고, 1845년의 프로이센 영업령은 재해예방규정을 도입하였다. 그리고 1849년에는 노동보호입법을 통하여 휴게시간의 연장이 이루어졌다. 이와 같이 계약자유와 결부된 부작용은 이미 19세기 중반부터 인식되고 있었고 국가는 공법적 규제를 통하여 부분적으로 이 문제를 해결하려고 시도하였음을 알 수 있다. 1868년에 북부독일연합의 영업령이 제정되었는데 이 법률에 규정된 보호규범들은 1871년부터 공장근로계약법을 제국 전체에 통일적으로 적용하도록 규정하고 있다. 이 법률에서는 대규모공장에 대하여 취업규칙의 제정을 의무화하였다.

당시 노동보호입법의 조치는 위와 같이 다양한 계기를 가지고 있었

18) Weiß, 앞의 책, S. 51.

19) 자세한 인용은 Weiß, 앞의 책, S. 57.

지만 계약자유의 원칙에 직접 개입하는 것이어서는 안 된다는 전제를 벗어나지 않았다. 그것은 "자신의 시간과 노동력을 자신에게 유리한 방향으로 자율적으로 처분할 수 있는 인간의 자연적 자유가 침해될 수 있기 때문"이었다.[20] 당시 법률은 사용자가 원칙적으로 단지 국가에 대해서만 보호규정을 준수할 의무를 부담시켰다. 강행적 보호규정의 준수를 강제하는 것은 사실상 사적자치의 원칙을 형해화할 수 있다는 의문이 없었던 것은 아니다. 그렇지만 그 보호규정들이 계약자유원칙에 대한 직접적인 침해로 볼 수 없고 단지 어느 정도의 제한을 설정하는데 불과하므로 자유주의의 대원칙은 유지할 수 있다는 것이 당시의 지배적 견해이었다.[21] 이와 같은 모순적 관점은 보호입법이 결국 사용자가 주인으로서 자신의 부하나 신하를 위하여 배려의무를 부담하도록 하는 과거의 가부장적 사상을 온존, 유지한다는 점을 고려하면 더 잘 이해될 수 있을 것이다.

(2) 이해관계의 조정으로서 집단적 보호의 요청

계약자유의 부작용으로 발생한 노동자생활의 빈곤화는 국가의 보호입법조치 외에도 특히 19세기 후반기에 적극적인 노동운동을 촉발시키는 계기가 되었다. 국가는 처음에는 근로조건의 집단적 형성을 목표로 하는 단결활동을 금지하였지만, 나중에는 단결체를 통한 집단적 합의를 허용하기에 이른다. 물론 이 합의의 강행적 효력은 인정하지 않았다. 영업령은 상당한 제한을 전제로 집단적 합의(단체협약)를 목적으로 하는 단결활동을 용인하였고, 부분적으로 국가가 참여하여 통일적인 임

20) 인용은 당시 프로이센 수상이었던 Hardenberg, 1817의 연설, Weiß, 앞의 책, S. 52의 각주 참고.

21) Weiß, 앞의 책, S. 53의 각주 참고.

금규정을 정립하기도 하였다.[22] 1848년에 창설된 프로이센 상공노동부는 각 지역단위로 (예컨대 우리의 행정체계로 보면 읍면동과 군 그리고 도단위로) 사용자와 근로자대표로 구성되고 해당 지역의 담당공무원을 의장으로 하는 노사위원회를 설치하여 노사공동의 이해관심사를 교섭하고 경우에 따라서는 이를 토대로 법률안이 마련되도록 하였다. 이른바 노사정위원회의 맹아적 형태라고 할 수 있다. 그렇지만 당시에는 정치적 세력이 강대하였기 때문에 이것이 노사의 자율적 교섭의 실질을 갖기는 어려웠다.

노동운동의 결과로 나타난 집단적 노동법분야의 의미 있는 사건은 다음과 같다.[23] 우선 1848-49년도에는 인쇄공과 담배제조공으로 구성된 최초의 노동조합이 결성되었다. 이를 기초로 종래의 단결권금지규정이 제거되었다. 그렇지만 노동조합을 통한 근로자의 직접적인 이익대표가 온전히 실현된 것은 아니었다. 왜냐하면 파업권은 계속해서 금지대상이었기 때문이다. 그럼에도 불구하고 1873년 독일민법전 제정기초위원회의 활동이 종료되기 전에 제국차원에서 인쇄공단체협약이 체결되었고 1891년도에는 건설공단체협약이 체결되었다. 부분적인 제약을 거쳐 이제 근로계약을 집단적 권리를 기초로 자유롭게 교섭할 수 있는 토대가 마련된 것이다. 계약자유의 전제가 되는 실제적 내지 법적 대등성은 어느 정도 접근할 수 있게 되었기 때문이다. 결과적으로는 한편으로 수요와 공급이라는 시장법칙에 기초한 자유주의적 원칙이 유지되고 다른 한편으로 노동자들의 집단적 권리를 통하여 노동과 임금의 等價値化에 영향을 미칠 수 있게 된 것이다.

---

22) Weiß, 앞의 책, S. 54의 각주 참고.

23) 이에 관해서는 Weiß, 앞의 책, S. 54 f.

3. 독일학계의 대응

계약자유의 원칙의 도입은 자유로운 근로계약의 발전에 중요한 의미를 갖는다. 그 이전에는 근로관계는 노동과 임금의 교환관계와 사용자의 지배영역에 대한 편입이라는 두 측면이 불가분하게 결합되어 있는 법률관계로 인식되었으나, 계약자유의 원칙이 확립되면서 노동력의 상품화가 인정되고 노무제공 자체와 그 방식은 법적으로 구별되었다. 그 결과 근로자에 대한 사용자의 전인격적 지배관계를 원인으로 하는 사용자의 배려의무는 근거를 상실하게 되었다. 그러나 대규모기업의 탄생으로 근로자의 집중이 발생하면서 사회적 문제가 발생하고 이를 자주적으로 해결하기 위한 근로자의 단결체가 속속 조직되기에 이른다. 1839년부터 보호입법이 제정되기 시작하였다. 국가에 대한 사용자의 의무는 그때까지 무제한적으로 적용되던 계약자유에 사실상 제한을 가하기 시작하였다. 비슷한 시기에 최초의 노동조합과 단체협약이 탄생하였다.[24] 이를 통해서 근로관계 당사자의 개별적 합의와 국가가 제정한 법률 사이에 집단적 노동법이 체계화되는 계기가 마련되었다. 또한 근로관계에 대하여 한편으로 계약자유의 원칙이 적용되면서 다른 한편으로 이를 제한하는 긴장관계가 자리하게 되었다. 그렇지만 노무공급계약의 모든 현상형태에 공통적인 근로계약에 대한 통일적 유형은 아직 존재하지 않았다.

영업령은 1861년 제정된 독일통일상법전과 마찬가지로 근로자의 취업에 관하여 함께 규율하는 원칙적인 조항을 가지고 있지만 근로관계법은 다양하게 산재되어 있는 독자적인 직업법속에서 개별적으로 규정

24) Weiß, 앞의 책, S. 56.

되어 있었다. 독일민법전의 제정은 이와 같은 당시의 사정에서 통일적인 근로계약법을 발전시키는 계기가 되었다.

이 과정에서 당시의 사회문제에 대하여 고민하던 저명한 경제학자와 법학자들이 모여 1872년 "사회정책을 위한 단체(Verein für Socialpolitik)"를 결성하였다.[25] 이 단체의 주된 목표는 노동자들의 보호필요성을 대중적으로 인식시키고 학문적 활동을 통하여 사회적 발전에 상응하는 보호정책이 현실화되도록 영향력을 행사하는데 있었다. 특히 Wilhelm Roscher의 발의와 Robert v. Mohl의 준비작업에 기초하여 "사회정책을 위한 단체"의 회원들은 다음과 같이 합의하였다. 우선 근대 근로계약에 있어서 노동자의 실체적 자유의 결여가 사회적 문제의 원인임을 지적하고 그에 따라 국가는 노동자의 자기결정과 인격의 자유를 방해하는 모든 장애를 제거하여야 할 의무를 부담한다고 선언하고, 현실적으로 자유로운 근로계약을 보장하기 위해서는 하층계급의 사회적 지위를 개선하는 것이 가장 중요한 의미를 갖는다고 주장하였다. 이 단체는 그들의 주장을 근거지우는 이론에 관하여 한 목소리를 내지는 못하였지만 맨체스터 자유주의(Menchester Liberalism)나 당시 사회주의적 경향을 모두 반대하며, 근로계약 당사자의 자유로운 결정은 "휴머니즘과 사회의 일반적인 도덕적 요청과 부합하는 한에서만 정당화될 수 있다"는 신념을 제시하였다. 이와 같은 도덕적 구속력은 근로관계에 대한 외부적 개입을 통해서 실현될 수 있는 것이 아니며, 오히려 기업주와 노동자의 실체적 대등을 현실화하기 위하여 노동자의 "자력구제와 자기책임"이 강화되어야 한다. 이와 같은 목표를 실현하기 위

25) 이에 관해서는 Annuß, 앞의 논문, S. 290 ff. 및 그에 인용된 각주 참고.

한 방법은 다양하게 제기되었다. 특히 Schmoller[26]는 가부장적 내지 국가주의적 해법을 제시하였다. 그에 의하면 일차적으로 국가권력이 근로관계에서의 자유의 조건을 보장하여야 한다고 보았다.[27] 이에 대하여 Brentano는 고전적 자유주의적 경향에 기초하여 물론 국가는 위기상황에서는 불가결하게 개입하여야 하지만 일차적으로 자유의 실현은 단결체의 과제영역이라고 보았다.[28] 그렇지만 이 두 입장은 근로계약이든 상품의 매매계약이든 구조적으로 전통적인 채권법적 특별구속관계가 존재한다는 당시의 지배적인 견해를 수용하였다는 점에서는 공통적이었다.

III. 고용계약과 근로계약: 독일민법전의 제정

1. 독일민법전제정의 배경

독일민법전은 법체계적 관점에서 보면 근로계약에 대하여 특히 중요한 의미를 갖는다. 그것은 한편으로는 당시 전체 독일 제국에 통일적으로 적용되는 시민법규정을 제정하였다는 점이고, 다른 한편으로는 시민법의 모든 분야에 대하여 대등하게 적용되어야 하는 일반적 규정을 정립하는 것, 다시 말하면 통일적 시민법을 창출하는 것을 법전화의 기본적 과제로 삼았다는 점이다. 이것은 다시 근로계약에 대하여 한편으

26) Gustav Schmoller는 1890년부터 1917년까지 오랫동안 이 단체의 의장을 지내면서 이 단체의 성격을 사회주의적 경향으로부터 정치적으로 중립적이고 분과학을 아우르는 종합적인 학술단체로 변모시켰다.

27) Schmoller, Preußische Jahrbücher 14(1864), S. 393, 418 ff.

28) Brentano, Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht, 1877(Nachdruck 1994), S. 216 ff.

로는 시민법 내에서의 지위에 관한 문제를 제기하였고 다른 한편으로는 모든 근로관계에 대하여 일반적으로 적용되는 원칙의 문제를 수반하였다.

노동에 관한 계약을 민법전에 포함하는 것은 절차적으로는 당시 제국의회의 의원이었던 Lasker의 제안에 의하여 이루어졌다.[29] 제국헌법은 원래 민법에 대한 입법관할을 규정하고 있지 않았다. Lasker는 이에 대하여 이의를 제기하였고, 그 결과 1873년에 전체 시민법에 대한 제국의회의 입법관할이 확립되었다. 1873년 12월 12일에 독일제국에 적용되는 일반적인 민법전의 제정을 위한 준비위원회가 구성되었다. 이 준비위원회는 당시의 법전들과 다양한 법률안들을 검토하여 민법을 "오늘날의 학문적 발전의 요청에 상응하는 형태로 법전화"하도록 결정하였다. 특히 근로계약의 분야에서는 당시 존재하고 있던 영업령 및 상법의 규정을 고려하고 근로자의 사회적 조건들이 간과되어서는 안 된다는 원칙을 정립하였다. 그렇지만 제1초안에서는 근로계약에 대하여 단지 8개의 조문만이 규정되었다.

2. 독일민법 제1초안

제1초안 위원회의 과제는 무엇보다도 당시 존재하던 다양한 시민법적 규율질서를 통일화하고 그를 통하여 일목요연하게 개관할 수 있도록 하는 것이었다.[30] 시민법체계에 관한 당시의 법학적 논쟁을 모두 설명하는 것은 이 연구의 성격상 어려우므로 요약하여 설명하면 다음

29) Weiß, 앞의 책, S. 58 f.; Annuß, 앞의 논문, S. 292 f.
30) 이에 관한 역사적 참고자료는 Weiß, 앞의 책, S. 60-62의 각주 참고.

과 같다. 우선 독일제국의 통일적 시민법질서의 형성에 제공되는 이른바 법재료는 크게 게르만법적 전통과 로마법적 전통이 양대 지주를 구성한다. 그런데 당시 민법전편찬사업에 있어서 게르만법학은 로마법에 대하여 체계적으로 부차적 역할만을 가지고 있었다. 그것은 게르만법적 전통으로부터 확립된 시민법질서가 통일성과 완결성을 결여하고 있다는 데서 기인한다. 예컨대 게르만법에 기초한 채권법은 신분법(Standesrecht), 길드법(Zunftsrecht) 그리고 전통적인 단체법(Genossenschaftsrecht)의 규정으로 구성되어 있었기 때문이다. 따라서 채권법은 거의 배타적으로 로마법적 기초위에서 초안이 마련되었다. 이처럼 로마법적 전통에 입각하여 "일목요연함"과 "질서"를 민법전 제정의 목표로 삼았기 때문에 고용계약 편에 대해서는 비교적 적은 조항만을 둘 수밖에 없었다. 이와 같은 결과는 특히 고용관계의 다양한 모습에 기초한 다양한 규율문제에 대한 대답을 회피하고 고급노동(operae liberales)과 저급노동(operae illiberales)의 구별을 단념한데서 명백해진다. 당시 민법전 제1초안의 기초자는 당시의 상법전과 영업법의 규정을 반영하였다. 예컨대 즉시해지에 관한 일반규정을 당시 상법전과 영업령에서 계수하였으나, "중대한 사유가 있을 때"라는 요건은 포기하였다. 영업법상 규정된 보호의무(예컨대 영업령 제120조)위반에 대한 계약법적 효과를 규정하는 것도 불필요하다고 보았다. 제1초안의 제359조, 제244조, 제144조(현행법의 제242조)의 "신의칙"조항으로 일정한 법률효과가 발생할 수 있다고 보았다. 계약자유의 원칙 자체도 제562조(현행법 제616조)에서 이미 언급되었다. 제1초안에서는 왜 근로계약이 이와 같은 전제 하에서 재산법적 교환계약으로 그리고 계약자유의 거의 무제한적인 적용 하에서 고용계약으로 구성되었는지에 관한 의문이

제기되었다.

3. 독일민법 제2초안

제1초안의 고용계약관련 규정이 지나치게 형식적 계약자유에 고정됨으로써 노무자에 대한 보호문제가 간과되고 있다는 비판이 봇물같이 쏟아져 나왔지만 이는 고용계약의 구조를 전면적으로 바꾸는 데는 실패하였고 단지 부분적으로 수정되는데 만족해야만 하였다. 즉 독일민법전 기초자는 제1초안과 마찬가지로 고용계약의 의미를 임대차와의 유사성에 기초하여 동일한 정형적 표현양식을 채택하였다(제611조). 그에 의하면 일방 계약당사자는 "상대방에게 노무급부를 부담하고 상대방은 노무의무자에 대하여 보수지급을 주된 의무"로 한다. 독일민법의 기초자는 고용계약의 법적 구조를 물건의 교환을 목적으로 하는 계약모델(예컨대 매매계약)에 기초하여 급부와 반대급부의 체계로 정리하고 여기에 계속적 채권관계(Dauerschuldverhältnis)의 특수성(사용자의 배려의무 및 보호의무)을 부분적으로 반영하였다. 이렇게 하여 근로계약은 일반 고용계약의 하위유형으로서 전형적인 채권관계로 독일민법전에 정착하였다. 동시에 독일민법전의 고용계약 편에 사용자의 특별한 배려의무와 보호의무에 관한 몇 개의 규정이 추가되었다. 그것은 노무제공자가 자신의 책임 없이 노무를 일시적으로 제공할 수 없게 된 경우에 사용자의 임금지급의무에 관한 규정(제615조 및 제616조)과 노무자의 생명과 건강을 위협하는 위험에 대한 사용자의 보호의무에 관한 규정(제617조 내지 제619조) 등이다.[31] 그 밖의 구체적인 보호규정

31) 자세한 것은 다음의 제4장을 참고.

에 대해서는 “사회적 의미를 고려하여 그리고 해당 고용관계의 특수성을 감안하여 특별한 규정이 요청되는 고용관계에 대해서는 특별법의 제정에 맡기는” 타협을 선택하였다.[32] 제2초안은 1896년 의결을 거쳐 1900년부터 시행되었다.

제1초안에 비하여 제2초안이 지니는 특징은 우선 계약자유의 원칙에 대한 어느 정도의 제한을 수용하였다는 점을 들 수 있다.[33] 예컨대 제2초안 기초위원회는 고용계약에 대하여 계약자유원칙이 적용됨을 천명하면서도 사용자의 수령지체에 관한 제615조는 일반적 계약자유원칙의 예외를 의미한다고 보았다. 다음으로 고용(근로)관계에 보호규정(제617조, 제618조)이 도입되었다. 이로써 사용자의 보호의무는 근로계약의 주요 구성부분이 되었다. 이 규정들은 제1초안에서는 특별법에 의한 규율대상이었지만 제2초안에서는 고용계약의 전형적 내용으로 일반화된 것이다. 특히 이와 같은 관점은 법체계상 매우 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 이 규정을 통하여 당시 제1초안까지 견지되었던 사법과 공법이라는 법체계적 이원주의가 붕괴되었기 때문이다. 종래에는 근로자의 보호필요성은 공법상의 문제로서 국가적 보호의 대상이지, 私法關係의 적용대상은 아니라고 보았다. 그렇지만 계약자유의 원칙이라는 사법관계의 핵심적 요소는 이를 통해서 배제되거나 예외가 되는 것은 아니라고 보았다. 이와 같이 국가적 보호규정을 계약관계의 내용으로 입법된 데는 특히 Menger, Gierke 그리고 Dühring의 이론이 지대한 영향을 미쳤다.[34] 우선 Menger는 고용관계의 개혁과 私法의 재구성을

32) Struckmann, Stenographie Ber. RT, Bd. 136, S. 2797 D.

33) 제2초안에 대한 자세한 입법적 과정은 Weiß, 앞의 책 S. 68 ff.

34) 자세한 학설사적 개관은 Martin Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in

주창하였는데, 근로자는 이제 국가의 강제보험에 의하여 부상, 장애 등에 대한 보상을 받을 수 있게 됨으로써 고용주의 이기적 착취를 강화시켰기 때문에 이를 막을 수 있는 견제장치가 私法 내에 필요하다고 보았고, 나아가 노동자본(노동력)은 국가적 자산이므로 공법과 사법에 의하여 동시에 보호를 받아야 한다고 보았다. 민법전과 국가의 행정작용의 협력을 통하여 비로소 고용주와 근로자 사이의 관계를 타당하게 형성할 수 있다는 것이다.[35] Gierke도 하나의 시민법체계에 "순수한" 私法과 公法과 혼합된 特別私法으로 혼재되어 있는 私法의 이중성을 비판하였다.[36] 즉 Gierke는 사회적 조항이 포함된 통일적 사법의 필요성을 역설하였다. 그는 한 사회의 사회적 과제를 특별법에 떠넘기는 것은 민법전의 중대한 오류라고 지적하고 민법전의 지나친 개인주의를 비판하였다. 더 나아가 민법전은 단순히 권리남용만을 금지할 것이 아니라 사회적으로 명령된 범위 내에서 법적 의무가 부과되어야 한다고 보았다. 사법도 강자에 대한 약자의 이익과 개개인의 이기주의에 대한 사회전체의 이른바 공익을 보호해야 하는 소명을 가지고 있으며 이는 민법전의 사상적 체계에 반영되어야 한다고 주장하였다. Dühring은 관점을 달리 하여 공법으로서의 노동법의 독자적 성격을 강조하였다.[37] 그에 의하면 근로자에 대한 사실상 계약노예시스템을 척결하기 위해서는 국가가 직접 개입하는 입법이 이루어져야 한다고 보았다. 이상과 같은 비판은 모두 근로자의 특별한 보호필요성을 강조한 것으로 많든 적든 민

Deutschland, 1995, S. 219 ff. 참고.

35) Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890, S. 180 ff.

36) Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 13 ff.

37) Dühring, Cursus der National- und Socialökonomie, 1925, S. 254, 352

법전의 제정에 사상적으로나 실질적으로 영향을 미쳤다.

4. 결론

현행 독일민법전이 된 제2초안은 현대적 노동법의 중요한 특징을 부각시키고 있다. 우선 민법전의 기본원리라고 할 수 있는 계약의 자유는 사회적 약자에 대한 국가적 차원의 보호와 私法的 관계를 분리시켰고 약자보호규정을 사용자와 근로자의 내부적 계약관계로 편입시켰다는 점이다. 다음으로 민법전의 고용계약에 관한 규정은 종래 규정되지 아니하였던 모든 근로관계에 대한 일반규정을 총화한 것이며, 근로관계법의 계속적인 발전의 계기를 부여하였다. 다만 민법전의 고용계약편이 일반적 근로관계법을 포함한 모든 고용에 대하여 적용되는 상위개념으로 규정되었기 때문에 각각의 고용형태에 특수하게 적용되어야 할 보호규정들은 더 이상 법체계적으로 통일적으로 규정될 수 없으며, 각각의 특별법적 규율과제가 정치적 목표로 제시되었다. 그러나 이로 인하여 근로계약과 일반적 고용계약의 긴장관계는 계속해서 독일 법학계의 핵심적 논쟁주제로 남을 수밖에 없었다.

Ⅳ. 1920년대의 바이마르시대: 노동법의 독자화

독일민법전의 시행 이후 독일법학계는 '형식적 대등성'에 결부된 근로관계의 문제점을 인식하면서도 일단 근로관계를 쌍무적 채권관계의 일종으로 수용하였다. Stadthagen은 독자적인 근로계약법의 제정이 시기적절하지 않다고 보고 근로자의 생활개선은 집단적 이익대표의 수단

을 통하여 실현되어야 할 것으로 보았다.[38] 그러나 노동법의 독자성을 강조하는 일군의 학자들은 근로관계를 순수한 채권관계로 보는데 반대하면서 근로계약의 법적 성질에 관한 논의를 촉발시켰다.

Hugo Sinzheimer는 근로관계를 채권법적 관계뿐만 아니라 사용자의 특별한 배려의무를 발생시키는 공동체관계로 파악하였다.[39] 이러한 관점에서 Sinzheimer는 특히 법사회학적 관점에서 "노동법을 그 법정신이 서로 다른 일반 민법으로 가능한 한 해방시켜 민법과 독립적으로 존재하는 사회법의 새로운 세계관을 세우는 것"을 법정책적 과제로 삼았다.[40] 사회법의 세계관은 인간의 실체적, 물질적 존립을 중시하고 그를 통해서 추상적 人을 실체적 사람으로 인식하는 것이다.[41] 이를 통해서 근로계약을 "종속노동의 고용계약"으로 인식하고 채권법적 관점에 기초하되 인법적 요소가 두드러지는 계약유형으로 정립하였다.[42]

Potthoff는 경제학적 시각에서 근로계약의 특징을 지적하였다.[43] 그에 의하면 독일민법전의 개인주의적 관점은 인법적 및 공동체적 관계를 기초로 하는 근로관계와는 부합할 수 없으므로, 인법적 공동체관계에 기초한 새로운 통일적인 근로관계법의 정립이 불가피하다고 주장하

---

38) Stadthagen, Das Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1904, S. 14 ff.

39) Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 1907, S. 2 ff.

40) Sinzheimer, Über die Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland, 1914, S. 35, 49.

41) Sinzheimer, Das Weltbild des bürgerlichen Rechts, 1932, in: Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 2, 1976, S. 313, 314 f.

42) Sinzheimer의 전체적인 노동법관에 대해서는 김영문, 「노동관의 변천과 노동법」, 207쪽 이하를 참고.

43) Potthoff, Arbeitsrecht. Das Ringen um werdendes Recht, 1928.

였다. Potthoff는 경제학자답게 인간을 법적 주체로서 뿐만 아니라 국민경제의 가장 중요한 대상으로 인식하고 인간의 노동력을 가장 중요한 생산력으로 인식하였다. 따라서 노동법의 가장 중요한 과제는 노동하는 사람의 인격에 재갈을 물리고, 공익에 유해한 영향을 미치는 계약자유를 止揚하는데 있다고 보았다. Gierke는 이미 앞에서 살펴 본 바와 같이 순수법리적 시각에서 위의 Sinzheimer와 Potthoff의 견해를 뒷받침하고 있다. Gierke는 고용관계를 로마법적 전통에 의한 순수한 채권법적 관계로 보는데 반대하고 오히려 독일전통법상의 충실고용계약(Treudienstvertrqg)로 보아야 한다고 주장하였다.[44] 충실고용계약은 채권계약이 아니라 인법적 계약으로 계약 당사자의 권리와 의무는 인적인 법적 지위에서 비롯된다고 한다. 이와 같은 인법적 성격은 개별적인 특별법의 영역에서 이어져 내려오다가 민법전에서 일반화된 것이라고 하였다. 독일의 전통적인 충실고용계약을 기초로 근로관계를 인법적 공동체관계로 이해하는 견해는 바이마르시대를 풍미하는 노동법 및 민법의 이론으로 발전하였다. 그 중심에는 Nikisch가 있다. Nikisch는 Gierke를 인용하여 근로관계의 인법적 요소를 강조하고 이로부터 근로자의 충실의무와 사용자의 배려의무의 법리적 근거를 마련하였다.[45]

Nikisch의 기본적 관점은 근로계약의 일차적 특징이 급부교환에 있는 것이 아니라 사용자와 근로자의 계속적 관계의 창출에 있으며 급부의무는 그 이후에 점차 구체화된다는 것이다. 이와 같이 근로관계의 성질을 인법적 성격과 공동체적 요소로 구성하여 근로관계를 일반적 채권관계와 구별하고 독자성을 도출하려는 이론적 시도는 - 특히 공동체

44) Gierke, Wurzeln des Dienstvertrags, FS für Heinlich Brunner, 1914, S. 37 ff.
45) Nikisch, Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag, 1926

관계의 요소의 경우에는 - 지금까지도 계속된다. 그와 같은 견해에 의하면 독일민법전은 법률에 명시적으로 그와 다른 규정이 없거나 근로계약의 고유한 성격에 부합하지 않는 경우에는 근로관계에 대하여 적용되지 않는다는 것이다. 그러나 현대 독일노동법학계의 주류는 근로계약의 채권법적 성격을 확인하고 근로관계의 독특한 법이론과 제도가 일반 민법의 테두리 안에서 설명된다는 입장을 견지하고 있다.[46] 특히 1969년과 2001년의 독일민법전의 개정은 이와 같은 지배적 견해를 확인하고 있다.

V. 1969년 제1차 노동법정비법률: 고용계약과 근로계약의 이원적 구성

독일학계와 실무계는 사법상의 고용계약과 그를 기초로 성립되는 이른바 자유고용관계를 한편으로 하고, 근로계약과 그를 기초로 성립되는 근로관계를 다른 한편으로 하는 양자의 차별화를 인정하게 된다. 그에 의하면 고용계약과 근로계약은 임금을 목적으로 노무급부를 제공하는 사법상의 급부교환관계라는 점에서는 공통적이지만, 노무 또는 노동의 급부의무를 부담하는 자의 인적 종속성의 정도가 다르다는데 차이가 있음을 인정하였다. 따라서 독일의 노동력제공의 법적 기초는 자영인의 노무제공관계를 규율하는 (자유)고용관계와 근로자의 노무제공관계를 규율하는 근로계약으로 대별된다.[47]

---

46) 자세한 것은 김형배·박지순, 『근로자개념의 변천과 관련법의 적용』, 20면 이하.
47) 이에 관해서는 이종복, 「해지와 해고제한의 법원리」, 438쪽 이하. 이 점은 우리나라의 고용계약의 이해와 전혀 다르다. 우리의 경우에는 자영인의 법률관계를 위임계약으로, 근로자의 법률관계를 고용계약을 이해하는 것이 다수설이다.

독일민법전의 법문에서 고용계약과 근로계약이 각각 독립적인 전문용어로 나뉘어 사용되기 시작한 것은 1969년의 "제1차 노동법정비법률"에 의해서이다. 이 법안의 정식명칭은 "해고관련법과 그밖의 노동법적 조항의 개정에 관한 법률"이다.[48] 이 개정법률에 의하여 다음과 같은 표현들이 민법전에 도입되었다. "제622조에서 말하는 근로관계가 아닌 고용관계에 대해서는" 제621조가 근로관계에 대해서 적용되는 것과는 다른 해고예고기간에 관한 규정을 규율한다. 또한 제627조 제1항도 "제622조상의 근로관계가 아닌 고용관계"에 대해서만 적용된다. 그런데 제622조는 "사무직 근로자와 생산직 근로자(양자를 모두 근로자라 부른다)의 근로관계"를 적용대상으로 하고, 제623조는 그저 "근로관계"를 적용대상으로 한다. 이와 같은 개정은 고용계약을 자유고용관계와 종속적 고용관계, 즉 근로관계로 구별하는 종래의 일반적 입장을 재확인 한 것이다.

그 후 독일의 입법자는 이와 같은 독일민법전의 고용계약편의 규율형식을 활용하여, 유럽공동체의 발전에 따라 그 회원국의 법적 통일성과 조화를 목적으로 제정된 다양한 "노동법적 입법지침"(arbeitsrechtliche Richtlinien)들을 국내법화하면서 상당수의 입법지침을 독일민법전의 고용계약편 내에 반영하기 시작하였다. 이렇게 반영된 입법지침의 규율로 인하여 독일민법전은 모든 종류의 고용계약에 적용되지 아니하고 근로계약에 대해서만 적용되는 일련의 규정을 추가로 갖게 되었다. 예를 들면 남녀의 차별금지에 관한 제611조의 a, 제611조의 b, 제612조 제3항, 제612조의 a과 사업양도시의 근로관계의 승계

48) 이 법률에 관한 소개는 Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, BB 1969, S. 1042 ff.

에 관한 제613조의 a 등이 그것이다. 이와 같이 독일민법전은 이제 근로관계의 특수성에 기초한 독자적 규율내용을 근로계약 내지 근로관계라는 개념으로 적극적으로 민법전에 편입시키고 있다.

VI. 2002년 채권법현대화법률에 의한 개정: 독립에서 통합으로

1896년 제정되고 1900년부터 시행되기 시작한 독일 민법전을 현대사회의 변화된 시대상과 현실적 필요에 부합되도록 정비하는 것을 목적으로 2001년 11월 26일 공포되고 2002년 1월 1일부터, 그리고 계속적 채권관계에 대해서는 2003년 1월 1일부터 시행되고 있는 독일의 개정민법이 처음부터 노동법분야의 개혁을 주된 목적으로 삼지 않았음은 입법이유서 및 각종 입법자료를 통해 알 수 있다. 잘 알려진 대로 채권법현대화의 핵심대상은 이행불능을 중심개념으로 하여 불능과 지체의 이원적 구성을 취하였던 종래 급부장애법을 의무위반(Pflichtverletzung)을 중심으로 통일적으로 재편하고, 과책을 요건으로 하지 않는 해제권을 도입하며, 소멸시효법을 현대적 필요에 따라 재편하고, 매매와 도급계약에서의 하자담보책임을 채무불이행법(급부장애법)의 재편에 맞추어 재구성하며, 그밖에도 관습법상의 법제도를 성문법화하고 단행법률로 민법전 밖에 놓여 있던 소비자보호법령을 민법전으로 흡수하는 데 있었다.[49] 그런데 애초 입법과정에서 별다른 주목을 받지 못하고 부수적, 후차적으로 고려되었던 노동법상의 규율, 즉 근로

49) 독일 채권법 현대화를 위한 법률의 입법배경 및 그 개관에 대해서는 김형배 외 지음, 『독일 채권법의 현대화』, 2003 을 참고.

계약관계를 전제로 하는 규정들이 최근 매우 의미 있게 논의되고 있다.[50] 그것은 법개정시 근로관계에 대하여 특별한 의미를 갖는 규정들이 상당수 포함되었음에도 불구하고 개정작업이 이례적으로 짧은 기간 내에 수행되면서 그 개정논의가 위에서 언급한 채권법상의 핵심대상에 국한되었고, 대부분의 노동법관련규정들이 개정의 막바지단계에 도입되면서 그에 대한 심도 있는 논의가 입법과정에서 충분히 이루어지지 못하였다는데 그 첫번째 이유가 있다.[51] 또한 법질서 내에서의 노동법의 지위를 둘러싸고 노동법과 민법의 체계상의 긴장관계가 여전히 유지되고 있는 상황에서 새로운 규율내용이 양 법영역의 관계에 대하여 어떠한 영향을 미칠 것인지 새롭게 주목되고 있다는 점도 그 이유가 되고 있다.[52]

채권법의 현대화를 목적으로 개정된 독일 민법의 내용 중 노동법적 규율로서 특히 주목되고 있는 개별 문제를 개관하면 다음과 같다. 우선 일반 급부장애법의 영역에서는 근로관계를 직접 그 대상으로 하는 것으로서 급부의 이행과 관련하여 법익과 의무가 충돌할 경우 채무자인 근로자의 급부거절권을 규정한 독일 민법 제275조 제3항[53]과 근로자의 책임에 관련된 제619조의 a, 사용자의 경영위험부담에 관한 제615조 제3문 그리고 계속적 채권관계의 즉지해지에 관한 일반규정으로 제

50) 이에 관해서는 특히 Däubler, NZA 2001, S. 1329; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., 2003; Henssler, RdA 2002, S. 129 ff.; Löwisch, FS für Wiedemann, 2002, S. 311; Richardi, NZA Sonderbeilage zu Heft 16/2003, S. 14.

51) Däubler, NZA 2001, S. 1329; Löwisch, FS für Wiedemann, S. 311; Henssler, RdA 2002, S. 129.

52) 이러한 관점에서 Richardi, NZA Sonderbeilage zu Heft 14/2003, S. 14; Preis, NZA Sonderbeilage zu Heft 14/2003, S. 19

53) 해당 개정 법률의 한국어 번역은 김형배 외, 앞의 책, 부록을 참고.

314조 등이 주목된다. 또한 새로운 소멸시효의 규정이 근로관계상의 청구권에 대하여 어떠한 영향을 미치는지, 그리고 이 규정이 근로계약이나 단체협약에서 정하고 있는 독자적인 시효조항과 어떠한 관계에 있는가도 또한 관심의 대상이 되고 있다. 보통거래약관에 관한 법률이 민법전에 통합되면서 무엇보다도 근로관계와 약관규제에 관한 규정의 관계가 중요한 쟁점으로 떠오르고 있다. 왜냐하면 과거의 보통거래약관법 제23조 제1항은 노동법의 영역을 그의 적용대상에서 배제해 놓았던데 반하여 이번 개정에서는 제310조 제4항에 의하여 근로계약도 노동법의 특수성을 적정하게 고려하는 것을 전제로 보통거래약관의 규제대상, 즉 내용통제의 대상에 포함되었기 때문이다. 이와도 관련되는 것으로서 최근 크게 논란이 되고 있는 쟁점은 근로자를 제13조상의 소비자로 볼 수 있는가 하는 것이다. 제13조에서 소비자의 정의를 규정하면서 근로자를 소비자에 포함할 수 있도록 법문이 구성되었기 때문이다. 원래 독자적으로 발전되어 온 노동법과 소비자보호법의 이원적 보호체계가 이를 통해서 변화될 것인가라는 私法體系의 문제로서 중요한 쟁점이 되고 있다.

VII. 결론

독일 민법전의 編制와 내용의 전개과정은 근로계약과 근로관계에 대한 인식과 그에 기초한 노동법의 발전과정을 보여주는 바로미터의 기능을 한다. 독일 민법전은 자유주의와 자본주의의 보편적 행위원칙에 기초하여, 노동의 사회경제적 의미와는 무관하게 순수채권법적 규율을 목적으로 제1초안을 구성하였다. 이와 같은 구성은 노동의 사회적 문제

에 대한 해결을 개별 고용관계의 특수성을 고려하여 각각의 특별입법에 맡기려는 의도에서 비롯되었다. 그 특별입법은 국가에 대한 사용자의 의무를 중심으로 하는 공법적 형식을 의미하였다. 그 결과 제1초안은 전체 고용관계에 보편적으로 적용될 수 있는 8개의 조문만을 가진 매우 간결한 고용계약법을 두었다. 그렇지만 이는 곧바로 격렬한 비판에 직면하고 만다. 독일 민법전 제1초안은 고용의 사회적 의미를 무시한 지나치게 관념적 편성이라는 것이다. 그러나 주로 고용관계의 실제적 모습에 천착하여 그 사회적 관계를 계약의 실질적 내용으로 구성하고자 하였던 비판세력들은 당시의 지배적 사조를 넘지 못하고 부분적으로 타협하는데 그치고 말았다. 그 결과 현행민법전의 고용계약법은 근로관계를 포함한 전체 고용관계에 보편적으로 적용되는 채권법적 규율내용을 담되, 특히 계속적 고용관계의 특성을 반영하여 사용자의 배려의무와 보호의무를 계약내용으로 편입함으로써 고용의 사회적 의미를 어느 정도 반영하였다. 그러나 근로자의 사회적 문제를 해결할 수 있는 실질적 규정과 제도는 여전히 민법전 밖에서 구하도록 하였다.

바이마르시대에는 특히 근로자의 사회적 문제해결을 위한 실질적 노동법제도를 집단적 노동법분야에서 찾고 그 체계화를 시도하였다. 다른 한편으로는 근로계약상의 문제들을 전통적인 채권법적 법이론이 아니라 노동법적 특수성에 기초하여 해결하고자 근로관계의 법적 성격을 독자적으로 구성하기에 이른다.

그렇지만 자본주의의 현대적 전개과정에서 시민법의 무제한적 자유주의 이데올로기는 사회적 약자의 보호를 목적으로 하는 사회국가원리에 의하여 수정되고 이는 시민법의 고전적 체계에도 큰 영향을 미쳤다. 현대자본주의의 사회적 약자를 상징하는 소비자보호문제를 민법의 일

반적 주제로 인식하고 근로계약 및 근로관계상의 근로자보호문제 또한 시민법의 예외적 현상이 아니라 오히려 본질적 문제라는 인식으로 나아가고 있다. 이를 위한 특별규정들은 이제 원칙과 예외의 관계구조로 보지 아니하고 다양한 급부유형에 따른 다양한 원칙의 병존적 조화의 관점에서 파악하는 흐름이 전개되고 있다.

우선 독일민법전은 고용계약법을 모든 고용관계에 공통적으로 적용될 수 있는 보편적 규정만을 한정하여 규율하는 태도를 버리고 고용관계의 중심을 이루고 있는 근로관계에 관한 규정을 고용계약법 내에 편입시켜 그 규율범위를 확대하고 있다. 다른 한편으로 민법전의 전체적인 구조에서 고용관계 내지 근로관계에 대하여 적용되었던 특수한 제도들을 채권법제도의 일반적 틀로 편입시켰다. 이렇게 함으로써 독일민법전은 고용관계 내지 근로관계를 과거의 고전적 자유주의에 기초한 순수채권법적 구성에서 근로관계의 사회적 의미를 반영하는 사회적 시민법으로 발전하였으며, 노동법의 체계에 대해서도 중요한 의미적 변화를 가져왔다.

1958년에 제정된 우리 민법전의 고용계약법은 독일 민법전 제1초안의 구성형태와 매우 유사하고, 개별적 근로관계라는 계약관계를 근로기준법이라는 공법적 형식을 통하여 규율하도록 하는 법체계적 모순을 정착시키는데 일조한 것으로 보인다. 그러나 무엇보다도 우리 민법전의 시대에 뒤떨어진 구성체계를 비판하지 않을 수 없다. 우리 민법전의 고용계약 편은 계약관계의 사회적 실재에 대한 인식과 통찰 없이 19세기 당시의 계약에 대한 인식수준 (즉 이른바 극단적 자유주의에 기초한 Manchestertum)을 무비판적으로 수용한 것에 지나지 않기 때문이다.

제3장 독일 고용계약법의 체계

I. 고용계약과 근로계약

독일민법전은 제2편 채권관계, 제7장 개별 채권관계, 제6절 고용계약(Dienstvertrag)에서 (자유)고용계약과 근로계약(Arbeitsvertrag)의 중요한 내용을 규율하고 있다.

(자유)고용계약과 근로계약은 본질적으로 공통의 계약유형적 특성을 지니고 있다. 우선 양자는 쌍무적인 급부교환계약으로서 임금(보수)을 목적으로 노무급부의 제공을 대상으로 하고, 무엇보다도 계속적 채권관계의 실질을 가지고 있으며, 나아가 계약관계를 종료하기 위해서는 합의(합의해지)나 일방적인 계약종료의 의사표시(해지, 해고)를 필요로 한다는 점에서 계약유형적 공통점을 가진다.

독일민법전이 고용계약을 독자적인 기본유형으로 인식한 것은 비교적 새로운 법발전의 결과로 볼 수 있다. 왜냐하면 과거 로마제국시대에 전개된 로마법적 전통이 이른바 보통법이라는 이름으로 19세기 전반까지 독일을 비롯하여 전 유럽대륙을 지배하고 있었던 바, 로마법에서는 고용계약을 독자적인 계약유형으로서 통일적으로 규율하고 있지 않았다. 그런데 1896년 제정되고 1900년부터 시행된 독일민법전이 그와 같은 전통으로부터 결별한 것이다.[54]

과거 로마법의 전통에 의하면 고용은 부자유인(노예)의 노동을 유상으로 사용하는 용익권을 정한 것으로서 물건의 임대차와 동일한 법적

54) Weiß, 앞의 책, 33면 이하

유형으로서 통일적으로 규율되었다. 또한 이러한 의미에서 고용과 도급도 그 차별성이 인정되지 않았다. 물건의 임대차와 고용과 도급의 유일한 차이점은 그 유상의 대가인 급료의 성격에 관한 것뿐이라고 보았다. 독일 민법전은 이와 같은 전통적인 이해방법을 탈피하여 임대차와 노무공급계약(고용과 도급)을 구별하고 각각 별개의 제목으로 독립적으로 규율하기 시작하였다.[55]

로마법적 관점에서는 교사나 의사 그리고 변호사와 같은 이른바 고급노동을 보수(임금)를 목적으로 노무를 제공하는 계약유형으로 분류하는 것은 불경스럽다는 인식이 있었다. 따라서 이 계층은 자신의 업무수행을 위하여 그 서비스를 받는 자들과 무상의 위임계약을 체결하고 노무수령자는 그 대가로서 급부자의 명예를 위하여 謝禮를 지급해야할 倫理的 義務를 부담하는 것으로 이해하였다. 따라서 고용계약은 처음에는 이와 같은 고급노동을 규율대상으로 삼지 않았으며, 부자유신분에 있는 자들의 고용만을 대상으로 하였다. 그런데 독일민법전은 제정당시 자신들의 업무활동에 대하여 고용계약 (또는 도급계약)의 규정을 적용하는데 극력 반대하였던 의사와 변호사의 반발을 무릅쓰고 제611조 제2항에 "모든 종류의 노무는 고용계약의 대상이 될 수 있다"고 명시적으로 규정하기에 이르렀다. 도급계약에서도 유사한 법문을 두었다.[56] 고급노동을 대상으로 하는 고용계약에 대해서는 제627조에 하나의 특별규정을 두고 있을 뿐이다. 이 규정은 고급노동을 목적으로 하는

55) Herrmann, Operae liberales, operae illiberales - vom Schicksal einer Unterscheidung, ZfA 2002, S. 3 ff.

56) 제631조 제2항: 도급계약은 물건의 제작과 가공뿐만 아니라 노동과 서비스에 의하여 야기되는 또 다른 일의 성과도 그 대상으로 할 수 있다.

고용계약관계에 대한 즉시해지의 가능성을 규정한 것이다.

독일민법전은 고용계약의 뒤를 이어 도급계약을 규율하고 있다. 이와 같은 규율체계는 원래 고용과 도급을 동일한 법적 유형으로 인식하였던 과거 로마법적 전통과의 결별을 확인하는 것이긴 하지만, 양 계약의 대상이 사실상 공통적이라는 이유로 고용과 도급의 구별이 어려움을 감수해야 한다는 점을 은연중에 반영하고 있다고 지적된다. 이와 같은 전통적인 이론적 배경 때문에 과거 19세기의 민법학은 고용과 도급을 포괄하는 노동에 관한 계약을 "노동계약(Arbeitsverträge)"이라는 상위개념 아래에 분류하였고, 이와 같은 경향은 1900년대 초반 Ph. Lotmar를 거쳐, 1958년 H. Lehmann의 교과서에까지 이어지고 있었다.[57]

그 후 1969년 민법전의 개정을 기점으로 근로관계에 적용되는 특별규정이 민법전에 편입되기 시작하였다는 점은 이미 앞에서 지적하였다. 이를 통하여 이제 고용계약은 근로계약과 자유고용계약이라는 두 개의 범주를 갖는 상위계약유형으로 정립되었다. 최근 2001년 12월 23일 개정된 독일민법전에 의하여 고용계약 편에 새로이 노동법적 규율이 추가되었다. 특히 소비자보호법에 속하는 약관규제법이 이제 근로계약에도 적용됨으로써 근로계약상의 근로자와 사용자의 약정도 소비자보호의 관점에서 민법적 내용통제의 대상이 되었다.

이렇게 하여 독일민법전의 고용계약편은 근로계약과 계속적 고용관계에 대해서 적용되는 제611조의 a, 제611조의 b, 제612조 제3항, 제

57) 그의 교과서체계는 노무공급계약편을 "노동계약과 노동채권관계, 특히 유상의 고용계약, 도급계약, 중개계약 그리고 현상광고 그리고 무상의 위임계약과 사무관리"라고 분류하였다. Lehmann, in: Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Band: Recht der Schuldverhältnissen, 1958, § 99 III 3.

612조의 a, 제613조의 a, 제615조 제3호, 제616조, 제617조, 제618조, 제619조, 제619조의 a, 제622조, 제623조, 제629조, 제630조와 근로관계가 아닌 자유고용계약에 대하여 적용되는 제621조와 제627조 그리고 모든 고용계약에 대하여 적용되는 기타의 규정으로 구성되어 있다.

II. 고용계약상의 "계속적 고용관계"의 의미

1. 서설

민법전의 규범구조를 일별하면 개별규정의 적용범위와 관련하여 입법자가 일부 규정에 "계속적 고용관계(dauerndes Dienstverhältnis)"라는 요건을 추가함으로써 피용자에 대한 보호의 크기를 달리하고 있음을 알 수 있다. 이 때 계속적 고용관계는 근로관계와 동일한 의미로 사용되고 있지 않음은 분명하다. 그것은 제627조에서 고용관계(Dienstverhältnis)와 근로관계(Arbeitsverhältnis)를 구별하고 있기 때문이다.[58] 따라서 독일민법전의 고용계약 편은 자유고용계약과 근로계약을 나누고 자유고용계약은 다시 계속적 고용관계와 일반고용관계로 구별하는 삼원적 구조를 취하고 있다. 특히 계속적 고용관계는 고용관계가 계속적 채권관계로서의 성격을 일반적으로 가지고 있음을 전제한다면 그 의미와 내용이 계속적 채권관계로서 통상의 고용관계와 어떻게 구별되는지 의문이 있게 된다.

58) 제627조에서는 제622조의 근로관계가 아닌 고용관계에서 제626조와는 다른 즉시해지요건을 규정하고 있다.

2. 계속적 채권관계

계속적 채권관계라 함은 채권법상의 일반개념의 하나로서 계약이 일회적인 급부관계로 그치지 아니하고 일정한 기간 동안 급부의 범위가 시간의 길이에 따라 정해지는 채권관계를 의미한다.[59] 즉 노무의무자의 급부는 시간적 요소에 의하여 결정되는 종류적 표지에 의하여 양적으로 결정된다. 따라서 시간적 요소는 노무의무자의 채무에 대하여 본질적이면서 구성적 기능을 갖는다. 이와 같이 계속적 채권관계의 본질적 표지인 시간적 요소는 기간의 정함이 없는 고용계약뿐만 아니라 기간의 정함이 있는 고용계약, 심지어 극단기간의 고용관계에도 모두 해당된다.

왜냐하면 후자의 경우에도 노무의무자의 채무범위는 시간적 요소에 의하여 측량될 수 있는 것이기 때문이다. 일정한 목적의 달성을 위하여 체결된 고용계약도 그 보수의 결정기준 등에서 보이듯이 시간적 요소를 전적으로 배제하지 못하므로 계속적 채권관계의 실질을 갖는다. 이와 같이 근로계약을 포함한 모든 고용관계는 급부의 범위가 시간적 요소에 의하여 결정된다는 점에서 본질적으로 계속적 채권관계이다. 고용계약법은 이러한 계속적 채권관계의 성질을 고려하여 일반적 채권관계에 대한 다수의 특별규정을 두고 있다.[60] 예컨대 계속적 관계에서 비롯되는 당사자의 특별한 신뢰관계를 전제로 한 부수적 의무(Nebenpflichten)가 다양하게 인정되고, 계약관계의 종료사유로서 해제가 아닌 소급효 없는 해지(Kündigung)가 적용된다든지, 수령지체에 관

59) 이에 관해서는 김형배, 『채권각론』, 86쪽 참고.
60) 이종복, 「해지와 해고제한의 법원리」, 444쪽 참고.

한 특별규정의 적용 그리고 고용관계의 무효 또는 취소시 소급효의 제한 등이 잘 알려진 특별규정이다.[61]

3. 계속적 고용관계

모든 고용계약이 처음부터 계속적 채권관계(Dauerschuldverhältnis)로서의 성질을 지니고 있다면 제617조 제1항 제1문, 제627조 제1항, 제629조 그리고 제630조 제1문이 적용요건으로 들고 있는 "계속적 고용관계"(dauerndes Dienstverhältnis)는 일반적인 계속적 채권관계와는 다른 의미를 지니고 있으며, 입법자는 이를 통해서 고용관계의 발현형태를 다양화하고 있음을 어렵지 않게 추측할 수 있다. 특히 이를 요건으로 하는 규정은 일반적 고용관계에 비하여 노무자의 보호를 강화하는데 공통점이 있다. 그렇지만 언제 계속적 고용관계를 인정할 수 있는지 여부에 대해서는 아무런 설명이 없다. 따라서 학설과 판례는 각 조문의 보호목적을 고려하여 계속적 고용관계의 의미를 해석하고 있다. 전통적인 견해는 고용관계가 법적으로 또는 사실상 **비교적 장기간 계속되는** 경우에 이를 인정한다. 비교적 장기간의 판단은 개별적 사례마다 거래관행을 고려하여 판단한다.[62] 그렇지만 계속적 고용관계를 별도로 규정한 목적이 노무제공자에 대한 보호의 수준을 향상시킴으로써 법적 지위를 보호하고 상대적으로 사용자의 법적 지위가 제약되는데 있다면 이와 같은 단순히 기간의 장단만으로는 그와 같은 특별한 목적이 충분

61) 근로계약의 무효 및 취소에 관해서는 김형배, 『노동법』, 238쪽 이하 참고.
62) Soergel/Kraft, §617 Rn. 2; MünchKomm/Schaub, §617 Rn. 7; Staudinger/Preis, §627 Rn. 15.

히 설명되지 않는다.[63] 계속적 고용관계의 중심요건은 노무자보호적 성격을 정당화하는 것이어야 하기 때문이다. 독일연방대법원은 1989년의 판결에서 계속적 고용관계의 중요한 판단기준을 제시하였다.[64] 그에 의하면 "계속적 고용관계"는 계약당사자 사이에 어느 정도의 인적 구속관계를 요건으로 한다. 반면에 학설의 일부는 인적 관점보다는 노무급부의 종류를 계속적 고용관계의 판단기준으로 삼는다.[65] 그에 의하면 계속적 고용관계는 지속적이며 장기적인 과업의 수행을 목적으로 하는 고용관계를 의미한다. 이 경우에 비로소 당사자 사이의 계약관계가 상호 증가된 배려 및 보호의무와 충실의무를 발생시키기 때문이다. 이를 통해서 계속적 고용관계에 대한 통일적인 해석기준을 도출할 수 있다고 본다. 즉 해당 규정들은 각각의 특수한 보호목적을 갖는 것이 아니라 다른 고용관계에 대비하여 공통적인 특별한 보호적 지위가 발생하는 것이다.

이와 같은 독일고용계약법의 규범구조에서 우리는 독일민법상의 보호규정의 적용을 고용관계의 성격에 따라 단계적으로 구별하고 있음을 알 수 있다. 그것은 근로관계와 계속적 고용관계 그리고 그 밖의 자유고용관계이다.

4. 계속적 고용관계의 구체화

독일민법전의 규범구조를 보면 근로관계는 계속적 고용관계에 해당

---

63) 이에 관해서는 Oetker, Das Dauerschuldverhältnis, S. 197.

64) BGH (1989.2.1), BGHZ 106, S. 341.

65) Oetker, Das Dauerschuldverhältnis, S. 198; auch Jacobi, ArbR, S. 47 f.

하지만 모든 계속적 고용관계가 근로관계를 의미하지는 않는다. 양자의 구별은 보호내용의 강도를 결정하기 때문에 일반적으로 동일시할 수 없기 때문이다. 적어도 계속적 고용관계는 근로관계에서 요구하는 인적 종속성(우리나라에서 사용하는 사용종속관계)을 필요적 요건으로 보지 않는다. 물론 학설에 따라서는 계속적 고용관계에 대하여 적용되는 사용증명서발급에 관한 제630조는 전형적으로 근로관계에 대하여 적용된다는 이유로 계속적 고용관계를 근로관계로 제한해석하려는 견해도 없지 않다. 그러나 그와 같은 결과는 계속적 고용관계의 전체를 근로관계로 평가한다는 것이 아니라 사용자가 피용자의 급부내용을 평가할 수 있어야 한다는 점을 이유로 들어 그 적용대상을 제한하는데 지나지 않는다. 판례와 학설에 의하여 통상 적용되는 계속적 고용관계의 표지에 의하면 사용자와 피용자 사이에 어느 정도의 인적 구속관계가 있어야 한다. 따라서 예컨대 노무제공자가 불특정 다수를 상대로 자신의 노무를 제공할 수 있는 자유가 있는 경우에는 그와 같은 인적 구속관계는 인정되지 않는다. 물론 그밖에도 피용자가 사용자에 대하여 경제적 또는 사회적 종속관계에 있어야 하는 것은 아니지만, 제617조는 해당 고용관계가 노무제공자의 주된 생계활동이어야 함을 추가로 요구하고 있다. 그에 비하여 제627조는 그와 같은 추가적 요건을 요구하지 않는다. 그렇지만 제630조와 마찬가지로 제627조의 경우에도 목적론적 축소해석이 요구된다고 하겠다. 왜냐하면 즉각적이고 무조건적인 계약관계의 해소는 고용관계가 노무제공자의 존립의 기초가 아닐 경우에만 비로소 사회적으로 유지될 수 있기 때문이다. 제629조도 제617조, 제627조 그리고 제630조와 마찬가지로 이와 같은 의미의 계속적 고용관계를 전제로 한다. 즉 제629조에서 보장하는 피용자의 구직을 위한 휴

가청구권은 사용자의 계속적 고용관계에서 비롯하는 특수한 배려의무의 반영이다. 피용자는 기존의 계약관계가 종료할 경우 그에 이어서 즉시 새로운 일자리를 확보할 수 있어야 계속해서 생존의 기초를 확보할 수 있기 때문이다. 각 해당규정의 내용에 대해서는 다음의 개별조항편에서 자세히 다루기로 한다.

제4장 개별 조항의 검토

I. 소비자개념과 근로자 – 근로관계에 대한 소비자보호법의 적용여부

1. 문제의 소재

소비자보호에 관한 단행법률(방문판매법, 통신판매법)들이 민법전으로 통합되고 또한 유럽연합의 입법지침에 의하여 전자거래에서의 계약체결에 관한 규정들이 새로 도입되면서[66] 그 자체로서는 직접적인 관련성이 보이지 않던 노동법과 소비자보호법의 관계가 새로 논란이 되고 있다. 문제의 핵심은 근로자가 근로계약관계의 범주 내에서 사용자에 대하여 소비자의 지위도 함께 갖는가 그리하여 근로자는 노동법상의 보호 외에도 소비자보호에 관한 제반 권리를 원용할 수 있는가 하는 점이다. 이 문제는 이미 채권법현대화법률이 제정되기 이전에 2000년 6월 27일 공포된 "통신판매와 소비자보호법상의 다른 문제와 유로(Euro)화로의 통화전환에 관한 법률"에 의하여 도입된 제13조가 소비자의 개념을 "자신의 영업활동이나 독립사업자로서의 직업활동에 속하지 아니하는 목적을 위하여 법률행위를 하는 모든 자연인"이라고 정의하면서 비롯되었다.[67] 소극적 요건으로 구성된 정의규정의 문언에 의하면 근로자는 전형적으로 종속적 지위를 갖는 자로서 근로계약상의 합의는 결코 근로자의 영업적 또는 독립사업자로서의 직업적 활동에

---

66) 소비자보호법의 민법전편입에 관해서는 하경효, 「소비자보호법의 통합수용」, 김형배 외, 『독일채권법의 현대화』, 2003, 135면 이하 참고.

67) 참고로 Henssler, RdA 2002, S. 129, 133 f.

고하는 법률행위가 아니기 때문에 근로자도 사용자에 대하여 소비자로서의 지위에 서게 된다. 이 점은 이 규정의 모태가 된 유럽연합의 입법지침과 비교해도 명백히 드러난다. 소비자보호에 관한 입법지침에 의하면 "소비자보호법은 근로관계와는 관련되지 아니하며", 소비자의 개념에서도 "(종속적, 비종속적 지위에 관계없이) 어떠한 직업적 활동의 수행을 위하여 행해진 모든 법률행위"를 배제함으로써 직업적 활동의 수행을 위하여 근로계약을 체결한 근로자는 처음부터 소비자가 될 수 없다. 이에 반해서 독일의 입법자는 의도적으로 입법지침에서의 소비자개념의 소극적 요건을 "독립사업자로서의 직업적 활동"으로 축소시킴으로써 근로자도 근로관계의 범주에서 소비자로 볼 수 있도록 법형성을 한 것이다.[68]

근로자를 소비자로 볼 수 있는가라는 문제는 민법전에 수용된 소비자보호법이 근로자에 대해서도 적용될 수 있는가라는 문제영역과 연결된다. 물론 근로자도 근로관계 밖에서는 당연히 소비자가 될 수 있지만, 여기서 문제되는 것은 근로관계 내에서, 즉 근로계약의 상대방인 사용자에 대하여 소비자의 지위를 갖는가 하는 점이다. 개정 민법에서는 특히 다음 세 개의 문제영역이 그 법적 효과와 법리구성적 측면에서 현실적 중요성을 갖는다.[69] 우선 소비자로서 계약관계의 당사자가 된 경우에는 소비자보호의 관점에서 약관규제법적용의 효율성제고를 위하여 규정된 제310조 제3항의 특칙이 정형계약으로서의 근로계약에 대해서도 적용되는가, 또한 전형적인 소비자계약에 대해서 적용되는 철회

68) 이와 같은 입법자의 의도에 관해서는 Löwisch, FS für Wiedemann, S. 311 f.를 참고.

69) Henssler, RdA 2002, S. 129, 134 f.

권(Widerrufsrecht)이 근로관계상의 특수한 계약, 예컨대 합의해지(Aufhebungsvertrag)에 대해서도 적용되는가 그리고 금전채무의 지체시 발생하는 지연이자율(제288조)도 그 법률관계에 소비자가 참여하는지 여부에 따라 달리 정해지는데(즉, 소비자가 당사자인 경우 5%, 그렇지 아니한 경우 8%), 근로자에 대해서도 소비자와 같은 지연이자율이 적용되는가 하는 것이다.

2. 소비자와 근로자의 관계에 관한 학설

근로자가 근로관계에서 사용자에 대하여 소비자의 지위를 갖는가 라는 문제에 대해서는 학설상으로 찬반양론이 팽팽하게 대립하고 있다.[70] 우선 이를 부정하는 견해는 대체로 다음과 같이 주장한다. 먼저 입법안에 대한 의견서, 심의서는 민법상의 소비자보호법의 규범목적을 잘못 이해하고 있다. 소비자보호법규는 경제적 관점에서 시장에서 재화나 용역을 구입하고 그에 대하여 '대가를 지급하는 경제주체'를 보호하는데 목적이 있는 반면에 노동법에서 근로자는 기업에 노무를 제공하고 그에 대하여 '임금을 청구하는 자'로서 보호할 만한 가치가 있는 자를 말한다. 그에 따라 소비자보호법과 노동법은 서로 독자적인 보호제도로서 발전되어 온 것이기 때문에 각각의 법영역은 서로 다른 제도에 의하여 상대화되어서는 안 된다. 이러한 관점에서 사법질서는 소비자계약과 근로계약을 서로 구별되어야 하는 각각의 특수채무계약으로

70) 학설대립의 현황에 대해서 자세한 분류는 Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 93; Preis, NZA Sonderbeilage zu Heft 14/2003, S. 19, 21 Fn. 26, 27.

이해하며, 근로자를 소비자와 동일시하게 되면 그와 같은 법체계가 혼란스러워진다고 본다. 독일 민법시행법률(EGBGB) 제29조 및 제29조의 a와 제30조는 한계를 벗어나는 소비자계약과 근로계약에 대하여 적용되는 법을 각각 상이하게 규율하고 있으며, 유럽공동체의 명령(EG-Verordnung 2001/44/EG) 제15조 이하에서도 裁判籍과 관련하여 양 계약을 구별하고 있다는 점도 법체계적으로 고려되어야 한다고 본다. 따라서 제13조의 해석에 있어서는 그 상위개념으로서 사용된 표제어가 제시하는 대로 "소비자"(Verbraucher)의 어원적, 개념적 함의에서 출발해야 한다. 그에 의하면 "소비자는 시장에서 재화 또는 용역의 수요자로서 사적 소비를 위하여 구매하는 자"임에 반하여, 근로자는 스스로 자신의 노무를 시장에 내놓고 그에 대하여 대가를 받는 자이므로 양자의 동일화는 사법의 기본체계에 부합되지 않는다.[71]

그에 반하여 찬성론자는 제13조에서 사용되고 있는 "소비자"라는 표제어는 단순히 법기술적 상위개념일 뿐 그 자체로는 소비자라는 법개념의 구성요건적 표지를 갖추지 못하고 있다고 반박하고 따라서 제13조의 법률문언에서 제시된 구성요건에 따라 소비자성이 판단되어야 한다고 본다. 그에 의하면 소비자로서 행해는 법률행위가 반드시 소비적 목적(konsumtiver Zweck)을 가질 필요는 없으며, 근로계약의 체결은 영업활동이나 독립사업자로서의 직업활동에 귀속될 수 없는 목적을 위하여 행해진 법률행위이므로 근로자도 당연히 소비자로 인정된다. 이 견해는 채권법현대화법률의 입법과정에서도 뒷받침되고 있다.

제13조의 입법이유서[72]에 근로계약을 소비자개념에서 배제하려는

---

71) Bauer/Kock, DB 2002, S. 43; Natzel, NZA 2002, S. 595; Löwisch, FS für Wiedemann, S. 311, 316.

그 어떠한 관점도 포착되지 않을 뿐만 아니라 약관규제법에 관한 입법이유서[73]에서 보듯이 노동법의 보호수준이 민법의 보호수준이하로 후퇴하여서는 안 된다는 점이 명시적으로 지적되고 있다는 점도 고려되어야 한다. 뿐만 아니라 민법과 노동법의 재통합의 관점에서도 민법총칙상의 정의규정은 근로계약에 대해서도 효력을 가져야 한다는 점이 지적된다. 입법자는 소비자의 정의를 총칙편 제13조에 수용함으로써 그 효력이 전체 계약법에 미치도록 의도한 것이다.[74] 노동법 내지 근로관계의 특수성은 약관규제법처럼 각각의 사안관련성을 고려하여 적용되고 있다. 목적론적 관점에서도 근로자는 전통적으로 종속적으로 행위하는 자로서 "단순소비자"에 비하여 더 큰 보호가치를 갖는다. 왜냐하면 단순소비자는 계약체결을 포기할 수 있으나(예컨대 신문구독의 경우), 근로자는 계약의 체결에 전적으로 의존하기 때문이다. 더욱이 소비자개념을 특정 계약유형으로 좁게 한정할 필요는 더더욱 없다. 다만 법률의 규정에 의하여 (예컨대 소비자소비대차계약에 관한 제491조 제2항 제2문, 부작위소송법 제15조) 또는 체계적, 목적론적 이유에 의하여 서로 다른 취급이 불가피할 경우에는 노동법에 대하여 소비자보호법이 적용되지 아니할 수 있도록 이미 법률에서 그와 같은 적용의 유연성이 행해지고 있다는 점이 지적되고 있다.[75]

3. 개별 문제에 대한 영향

72) BT-Drucksache 14/6040, S. 243

73) BT-Drucksache 14/6857, S. 17.

74) BT-Drucksache 14/6040, S. 166.

75) 특히 Preis, NZA Sonderbeilage zu Heft 14/2003, S. 22 f.

소비자개념에 관한 이와 같은 견해의 대립이 근로자에 대한 소비자보호법의 적용과 관련된 현실적 쟁점에 대하여 그 법리구성에 있어서는 차이가 있다하더라도 법률효과에 대해서도 서로 다른 결과를 초래하는 것은 아니다. 반대론자라 하더라도 소비자보호법이 노동법에 대하여 유추적용될 수 있음을 인정하고, 찬성론자도 경우에 따라서는 체계적, 목적론적 해석에 의하여 근로자에 대하여 소비자보호법의 적용을 부인하기 때문이다.

우선 근로자가 방문판매에 관한 제312조, 경우에 따라서는 통신판매에 관한 제355조를 원용하여 근로관계의 합의해지(Aufhebungsvertrag)를 철회할 수 있는가 라는 문제가 발생한다. 이에 대하여 근로자를 소비자로 보는데 반대하는 입장에서는 제312조와 제355조의 경우에는 유추적용의 요건이 충족되지 않음을 들어 그 적용을 부인한다. 그에 대하여 찬성론자는 예를 들면 노동법에 대한 제312조의 적용문제를 법체계적 관점과 목적론적 관점에 의하여 해결한다. 즉, 법률문언상으로는 "직장에서의 구두의 교섭에 의하여"라는 구성요건표지가 합의해지에 대해서도 충족될 수 있지만 이때의 철회권은 그 조문의 상위개념이 보여주듯이 "특수한 판매형식"에 대해서만 적용될 수 있다. 뿐만 아니라 소비자가 계약체결 이전에 봉착하는 비전형적 상황에서 보호되어야 한다는 목적론적 관점이 근로계약의 합의해지에 대해서는 인정되지 않는다. 따라서 철회권은 특정 계약유형에 종속되는 것으로서(vertragstypenbezogen) 판매계약에 대해서만 적용되는 소비자보호유형이라고 본다.[76]

---

76) 한편으로는 Henssler, RdA 2002, S. 129, 134 f. 다른 한편으로는 Preis, NZA Sonderbeilage zu Heft 14/2003, S. 23.

약관규제법상 소비자를 위한 특별규정인 제310조 제3항[77]이 근로계약에 대해서도 적용될 수 있는가 라는 문제에 대해서도 반대론자는 새 약관규제법이 의도적으로 노동법상의 개별 계약을 약관규제의 대상에 편입시키고 있을 뿐만 아니라 소비자를 위한 특별규정이 소비자가 계약조건의 내용에 대하여 아무런 영향을 미칠 수 없다는 사정을 고려하여 규정된 것이라는 점을 전제로, 이와 같은 기본관념은 통상 교섭과정에서 약자로서의 지위에 있는 근로자에 대해서도 마찬가지로 인정될 수 있으므로 근로계약에 대해서 제310조 제3항 제2문의 유추적용이 가능하다고 본다. 찬성론자는 소비자보호를 위한 특별규정이 특정 계약유형을 전제로 하지 아니하는 일반원칙을 채권법에 정한 것이라면 제310조 제3항도 근로계약에 당연히 적용되어야 한다고 본다.[78]

끝으로 제288조는 (소비자가 그 법률관계에 참여하는 경우) 금전채무의 지체에 대하여 기본이율에 5%의 지연이자가 가산되지만 (제1항), 소비자가 해당 법률관계에 참여하지 아니하는 경우에는 8%의 지연이자가 가산된다(제2항)고 규정하고 있다. 찬성론자는 근로자도 제288조

---

77) 약관규제법은 소비자계약에 대해서는 그 적용을 한층 강화하기 위하여 제310조 제3항에서 소비자를 위한 특칙을 규정하고 있는데, 먼저 제1호에 의하면 약관제공자가 직접 약관을 편입하지 않더라도 제3자에 의하여 편입된 이상 이는 사업자에 의하여 편입된 것으로 본다. 다만 소비자가 직접 약관을 편입한 경우에는 적용되지 않는다. 제2호에서는 약관이 다수의 동종 계약에 편입된 경우뿐만 아니라 일회적인 사용을 목적으로 사업자가 사전에 작성하였다면 이 법에 의한 내용통제의 대상이 된다고 규정되어 있다. 제3호는 내용통제와 관련하여 계약체결에 수반된 제반 사정도 함께 고려할 것을 규정함으로써 심사의 기준을 소비자보호의 목적을 위하여 한층 강화하고 있다. 이에 관해서는 Hennrichs, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, 2002, S. 202 ff. 참고.

78) 이와 같은 관점에 대해서는 특히 Anwaltkommentar-BGB/Hennrichs, § 310 Rn. 10; Hennrichs, in Dauner-Lieb u.a., a.a.O., S. 202 ff. 참고..

제2항에서 의미하는 소비자이고, 이 규정은 특정 소비자계약을 전제로 하지 않는 일반적 보호규정이므로 근로계약상의 청구권에 대해서도 제1항에 따라 낮은 비율의 지연이자가 적용된다고 본다. 반대론자도 비록 근로자가 제13조의 사용자는 아니지만 소비자에 대하여 적용되는 낮은 이율을 근로자에 대해서 적용하고자 한다. 제288조의 모태인 유럽연합의 입법지침에 의하면[79] 높은 비율의 지연이자가 적용되는 "사업상 거래"라 함은 기업간 또는 기업과 공공기관간의 거래로 정의되어 있고, 규율목적도 중소기업이나 영세기업을 거래상대방인 대기업의 지급지연으로부터 보호하는데 있다는 점을 감안할 때, 목적론적 내지 입법지침 합치적 해석에 따라 제288조 제2항은 공공기관을 포함한 기업 간의 거래관계에 대해서만 제한적으로 적용되어야 한다.[80] 따라서 반대론자의 입장에서도 근로자와 사용자의 거래관계에서 발생한 지체에 대해서는 제288조 제2항이 아닌 제1항의 규정이 유추적용된다.[81]

결론적으로 근로자를 소비자로 볼 수 있는가 하는 문제는 노동법의 패러다임과 관련된 중요한 주제이다. 다만 구체적 적용례와 관련해서는 법률상 그 적용이 배제된 경우나 법체계적, 목적론적 관점에서 그 적용이 부인되는 경우를 제외하면 일반적 소비자보호법의 내용은 원칙적으로 근로계약에 대해서도 적용된다고 볼 수 있다. 근로자를 소비자로 보는데 반대하는 견해도 유추적용 또는 목적론적 축소해석을 통해 같은 결론에 이르고 있음을 위의 예를 통해서 알 수 있다. 그러한 한에

79) 2000/35/EG: 사업상 거래에 있어서 금전채무의 지체를 극복하기 위한 입법지침

80) 지연이자에 관한 입법지침에 관해서는 Anwaltkommentar-BGB/Schulte-Nölke, Verzugs-Richtlinie, Rn. 1; 제288조에 대한 간략한 체계적 기술은 Schulte-Nölke, in: Dauner-Lieb u.a, S. 172.

81) Hennsler, RdA 2002, S. 129, 135.

서 근로자가 제13조의 소비자개념에 포함되는가 하는 문제에 대한 논쟁은 적어도 법률효과의 측면에서 보면 아직 결정적인 차별성을 보여주지는 않는다.

II. 근로관계와 채무불이행법(급부장애법)

1. 제275조와 근로자의 급부의무

(1) 제275조의 규율구조

제275조는 채무자의 급부의무의 배제요건, 즉 어떤 요건하에서 채무자가 자신의 일차적 급부의무로부터 면제되는지를 정하고 있다. 그에 의하면 급부가 객관적으로(für jedermann) 또는 주관적으로 (für den Schuldner) 불능인 경우에는 채무자는 급부의무로부터 면제되며(제1항), 급부의 이행에 소요되는 비용이 채권관계의 내용 및 신의칙에 비추어 채권자의 급부이익과 감당하기 어려울 정도의 현저한 불균형을 야기하여 급부에 대한 기대가능성이 없는 경우(제2항)와 채무자가 개인적으로 급부의무(즉 노무급부의무)를 부담하는 경우로서, 채무자 측의 급부장애요소와 채권자의 급부이익을 교량할 때 그 급부가 채무자에게 기대가능하지 않은 경우(제3항)에는 채무자는 급부의 이행을 거절할 수 있다. 제1항이 불능으로 인한 급부의무의 당연배제요건(Einwendung)이라면 제2항과 제3항은 항변권(Einrede)으로서 급부거절권의 요건구성을 취하고 있다.[82] 이와 같은 요건구성의 차이는 급부

82) 양자의 법리적 구별에 관해서는 Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 23 f.

의무의 면제사유와도 관련된다. 즉 제1항에서의 급부의무배제사유는 객관적, 주관적 불능뿐만 아니라 원시적, 후발적 불능도 포함하는 모든 종류의 불능[83]인데 반하여 제2항과 제3항은 채무자에 의한 급부의무의 이행이 더 이상 기대가능하지 않다(Unzumutbarkeit)는 이유로 급부의무의 면제가능성을 인정하고 있다는 점에서 제1항과 구별된다.[84] 따라서 제2항과 제3항의 경우에 채무자가 자신의 채무적 범위를 넘어서는 노력을 경주하여 급부를 이행함으로써 채권자에 대한 반대급부청구권을 보유하거나 채권자의 이차적 급부의무, 즉 손해배상청구권을 저지할 수 있는 여지를 부인할 필요가 없으므로, 제1항과는 달리 급부의무의 당연면제가 아니라 단지 거절권 만을 인정하고 있는 것이다. 그렇지만 제1항의 불능사안과 제2항 및 제3항의 기대불가능사안은 급부제공의 '실제적 가능성' 여부만을 놓고 본다면 그리 어렵지 않게 구별될 수 있을 것이지만, 이른바 주관적 불능의 경우에는 양자의 구별이 용이하지 않다는 문제점이 있다.[85] 입법이유서에 의하면 제2항의 기대불가능사안은 급부가 사실상 또는 현실적으로 가능하지 않은 경우에만 해당될 수 있다. 다시 말해서 급부이행의 장애요소가 이론적으로는 제거될 수 있으나, 합리적인 채권자라면 그 제거를 예상할 수 없는 사정에 대해

83) 따라서 종래 주관적 불능을 의미하는 것으로 사용되던 무자력(Unvermögen)이라는 개념(구법 제275조 제2항, 제279조 참고)은 이제 더 이상 법률용어로 사용되지 않는다.
84) 채무실현의 곤란을 의미하는 경제적 불능은 행위기초의 탈락에 관한 원칙(제313조)에 의하여 해결된다. 이에 관해서는 김형배, 「일반급부장애법의 체계와 내용」, 김형배 외, 『독일채권법의 현대화』, 13쪽 이하 참고.
85) 일부의 견해에 의하면 제1항의 주관적 불능은 채무자 스스로는 급부를 이행할 능력이 없지만 그 급부가 타인에 의해서 또는 타인의 도움으로 이행될 수 있는 경우로 보고 그러한 한에서 제1항은 "진정한" 또는 "실질적" 불능으로 제한된다고 본다. 이에 관해서는 Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb u.a., S. 109 참고.

서만 적용된다.[86] 따라서 제2항은 이른바 비례성원칙에 기초하여 권리남용금지원칙을 구체화한 것으로 설명된다.[87] 끝으로 제2항과 제3항은 급부의무의 이행이 기대불가능하다는 점에서는 같지만, 제2항이 급부의 이행을 위하여 요구되는 비용과 채권자의 급부이익 사이에 현저한 불균형이 있을 것을 요건으로 하는데 반하여, 제3항은 채무자의 관점에서, 즉 급부의 장애요소와 급부를 통해서 얻는 채권자의 이익을 교량하여 그 급부의 이행이 기대가능한가를 따진다는 점에서 구별된다. 뿐만 아니라 제2항에서 고려되는 채무자의 과책은 제3항에서는 아무런 역할을 하지 않는다는 점도 양자의 구별에서 의미가 있다.[88] 그리고 그 적용대상과 관련하여도 제2항과 제3항은 규율구조상 서로 배척하는 것이 아니므로 개인적으로 제공되는 급부, 즉 노무급부에 대해서 원칙적으로 양 조항이 병존적으로 적용될 수 있겠으나, 제3항은 제2항에 비하여 채무자에게 급부이행에 대한 경미한 노력만을 요구하기 때문에, 제2항에 의해서만 채무자에게 노무급부 거절권을 허용하는 사례는 생각하기 어렵다. 따라서 현실적으로는 양자의 관계에 대한 물음은 크게 의미가 없다고 하겠다.[89]

(2) 제275조 제1항과 근로관계

제275조 제1항은 급부의 불능으로 인한 급부위험부담의 귀속원칙을 정한 규정이다. 특히 일신전속적인 노무급부관계에 있어서 제275조 제

86) BT-Drucksache 14/6040, S. 129 f.의 입법이유 참고. 따라서 이론적으로는 주관적 불능의 사례는 제1항에 해당되는 것이지만 그 주관적 불능과 기대불가능의 경계가 모호한 사안은 제2항에 포함될 수 있을 것이다.

87) Canaris, JZ 2001, S. 499, 505; Dauner-Lieb, in Dauner-Lieb u.a., S. 109.

88) Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 57.

89) 이에 관해서는 참고로 Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 59.

1항은 실질적 불능의 사례, 예컨대 전체 사업의 휴업, 화재 등으로 인한 작업장의 멸실, 노동허가의 상실, 교통기관의 파업이나 기상의 악화로 거리가 빙판길이 되어 출근할 수 없는 경우 그리고 논란이 되는 사안으로서 채무자의 질병으로 인한 불능의 사례가 여기에 해당된다. 이에 비하여 기대불가능의 관점은 제275조 제3항에서만 고려된다. 질병이 원인이 된 노무급부의 불능이 불능사안인지 기대불가능사안인지에 관하여는 다음 항에서 구체적으로 검토한다.

다른 한편으로 근로자의 노무급부채무에 대하여 제275조 제1항은 급부의무의 한계를 정함과 동시에 급부장애의 구성요건을 정하는 이중적 기능을 수행한다. 왜냐하면 노무급부채무는 절대적 정기채무(absolute Fixschuld)이므로 追完된 노무의 급부는 원래 채무의 내용인 급부와는 다른 급부를 의미하고 따라서 지연된 노무는 제1항의 불능의 범주에 포함되기 때문이다. 따라서 근로자는 제275조 제1항에 따라 추완급부의무(Nachholungspflicht)를 부담하지 않는다.[90] 다만 단체협약이나 경영협정 또는 근로계약에서 추완급부가 합의되거나 이른바 선택적 근로시간제(Gleitzeitarbeit)와 근로시간계좌제도(Arbeitszeitkonten)[91]에서도 추완급부가 합의될 수 있다.[92]

(3) 제275조 제3항에 의한 근로자의 급부거절권

위에서 본 바와 같이 제275조 제3항은 특히 노무급부계약에 대한 특

90) Söllner/Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, 13. Aufl., 2003, S. 294 참고.
91) 근로시간의 유연화를 위한 제도로서 월 또는 연 단위로 일정한 조정기간을 두고 그 기간 동안 근로시간을 임의로 길거나 짧게 구성하는 제도를 의미한다. 제공된 근로시간만큼 예금통장처럼 입금하여 조정기간 동안 실제로 근무한 전체 근로시간이 소정의 근로시간에 맞추어 지도록 하는데 특징이 있다.
92) Preis, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, 2. Aufl., 2003, S. 499.

별규정의 성격을 갖는다. 따라서 고용 또는 근로계약뿐만 아니라 도급 및 위임계약에 대해서도 적용될 수 있다. 이 규정은 급부제공의 장애사유와 채권자의 급부이익을 교량하여 노무급부의 제공이 더 이상 기대가능하지 않는 경우에 적용된다. 이 규정은 1984년에 처음 구성된 채권법개정위원회의 초안(Kommissionsentwurf), 2000년의 연방법무성의 토의안(Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierngsgesetzes) 및 2001년의 급부장애법소위원회에 의한 토의안수정본(Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfes)[93]에는 규율되지 않았다가 2001년 의회에 회부된 정부안(Regierungsentwurf)의 제275조 제2항 제2문에 처음 삽입되었고, 입법과정에서 제3항으로 독립해서 규정되었다. 이 규정은 같은 조 제2항과 마찬가지로 채무자에게 급부거절권을 부여한 것이긴 하지만, 이 규정의 대표적인 적용사례가 사업장의 안전성 미비로 인하여 생명, 신체 또는 건강에 대한 위협이 존재하는 경우, 근로자 자신의 질병, 가족구성원의 질병으로 인한 병구완, 양심의 결정에 따른 노무급부의 거부라는 점에서 볼 때 여기서는 제2항과 달리 주로 채무자의 주관적 사정 내지 관점에 기초한 급부의 기대불가능성이 문제된다는 점에 특징이 있다.[94]

이와 같은 사례들은 제275조 제2항 또는 제313조의 행위기초의 장애에 관한 원칙이 규율대상으로 하는 이른바 '실질적, 경제적 계약장

93) 채권법현대화법률의 개정과정에 대한 역사의 개관으로는 Dauner-Lieb, in Dauner-Lieb u.a., S. 1 ff. 참고. 그리고 소멸시효와 관련되기는 하지만 일반적인 전개로서도 의미를 갖는 것으로 신유철, 「독일 개정민법상의 소멸시효」, 김형배 외, 『독일 채권법의 현대화』, 186쪽 이하 참고.

94) Dauner-Lieb, in Dauner-Lieb u.a., S. 110; Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 58.

애사유'에 비교하여 '관념적, 개인적 계약장애사유'로 분류된다.[95] 여기서 언급된 사례들은 제275조 제3항의 제정 이전에는 서로 다른 법제도에 의하여 해결되었다. 예를 들면 사용자가 근로자의 안전과 보건을 위한 보호의무를 위반하여 작업장의 위험도를 증가시킴으로써 노무급부이행으로 생명, 신체 및 건강상의 위해가 초래될 수 있는 경우에, 과거 독일 노동법원은 구법 제273조의 채권적 유치권(Zurückbehaltungsrecht)의 적용대상으로 보았다.[96] 양심의 갈등으로 인하여 노무급부가 기대될 수 없는 경우에는 제315조의 공정성통제(Billigkeitskontrolle)를 통하여 사용자의 지시권을 제한함으로써 별도의 급부거절권을 인정하지 않은 경우도 있다.[97] 이에 반하여 신체, 건강 또는 인격의 침해로 인한 노무급부의 거절 또는 양심적, 종교적 신념과의 충돌, 긴급한 가족에 대한 긴급한 의무 등으로 인한 노무급부의 거절 등의 사례에 대하여 학설은 제242조의 일반조항을 급부거절권의 근거규정으로 보았다. 그에 의하면 기본권의 객관적 가치질서형성기능과 관련하여 기본권은 사법의 일반조항을 통하여 사인 간에 간접적으로 실현되는 것으로 보고 있기 때문이다(이른바 기본권의 간접적 대사인효).[98]

그런데 이 사례들은 이제 제275조 제3항에 포괄적으로 편입되었다. 근로자의 노무급부의 제공이 근로자의 생명과 건강을 현저히 위태롭게 하는 경우에는 노무급부의 기대가능성이 없으므로 근로자는 제275조

95) Henssler, RdA 2002, S. 129, 131.

96) BAG AP Nr. 23 zu § 618 BGB; BAG DB 1997, S. 535.

97) BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit.

98) Henssler, AcP 190(1990), S. 538, 545 ff.; 같은 취지로 Henssler, RdA 2002, S. 129, 132.

제3항에 의하여 급부를 거절할 수 있다. 과거 채권적 유치권의 인정을 위하여 요구되던 사용자의 보호의무위반의 요건은 제275조 제3항에서는 더 이상 요구되지 않는다.[99] 채권법현대화법률의 입법이유서가 제시한 사례로서 생명이 위험할 정도로 아픈 자식을 둔 공연예술인도 자식의 병구완을 위하여 노무급부를 거절할 수 있다.[100]

양심상의 이유로 인한 급부거절의 사례[101]에 대해서 개정민법은 분명한 태도를 취하지 않고 있다. 입법이유서는 위의 사안을 행위기초의 장애에 관한 원칙(제313조) 또는 신의칙에 따라 해결될 수 있을 것이라고 보면서도 제275조 제3항의 적용가능성을 유보해 놓고 있다.[102] 제275조 제3항은 일신전속적인 노무급부의무의 사례만을 대상으로 하며, 제2항과 달리 주관적 급부장애의 사안을 포섭하는 규정으로서 근로계약과 그밖의 고용계약을 중심적인 적용대상으로 한다. 반면에 실질적, 경제적 급부장애의 사안을 목적으로 구상된 행위기초의 장애에 관한 원칙은 양심의 갈등 내지 충돌로 인한 개인적 급부장애에 대해서는 적용되기 어렵다. 제313조가 이 사안에 적용되기 위해서는 이 제도를 새로운 관점에서 재구성해야 한다. 따라서 현행법상 양심의 이유로 인한 급부거절은 채무자의 관념적, 주관적 영역에서 불거져 나온 계약장애의

---

99) 그 현실적인 적용례로서 제275조 제3항에 의하여 근로자는 전쟁, 폭동위험지역으로의 배치를 거절할 수 있다.

100) BT-Drucksache 1/6040, S. 130.

101) 독일에서 문제가 된 대표적인 사례로, 전쟁광을 미화하는 책자의 인쇄를 지시받은 인쇄공의 인쇄거부(BAG NZA 1986, S. 21), 원자력무기의 사용으로 인한 방사능오염을 치료하는 의약품의 연구, 제조를 지시받은 의사의 거절행위(BAG NZA 1990, S. 144),망명신청이 기각된 자들을 본국으로 귀국시키는데 투입된 비행기조종사의 운행거절(Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 12. Aufl., 2001, Rn. 71) 등을 들 수 있다.

102) BT-Drucksache 14/6040, S. 130.

전형적인 사례로서 제275조 제3항에 귀속되는 것이 타당하다고 생각된다.[103]

그에 비해서 질병으로 인한 노동능력의 상실과 같은 경우에는 문제가 복잡해진다. 이 경우에는 급부의 면제를 제275조 제3항에 따라 채무자의 급부거절권의 행사에 맡길 것인지 아니면 제1항의 사례로서 당연히 급부의무가 면제되는 것으로 볼 것인지가 다투어지기 때문이다. 입법자는 이 사안을 명백히 제275조 제3항에 의한 기대불가능사안으로 보고 있다.[104] 그렇지만 타당한 견해에 의하면 이 경우에는 사안이 구별되어야 한다. 즉 근로자가 객관적으로 급부를 제공할 수 없을 정도로 건강상의 문제를 가지고 있다면 제275조 제1항에 의하여 법률상 당연히 급부의무가 면제된다고 보아야 한다. 반대로 근로자가 잠재적으로 노무를 수행할 수 있는 상태에 있다면 그는 제275조 제3항에 의하여 노무급부의 기대불가능을 이유로 급부거절권을 원용할 것인지 스스로 결정하게 된다. 그런데 입법과정에서는 제275조 제3항과 임금계속지급법(Entgeltfortzahlungsgesetz)에 따른 법률효과의 관계가 충분히 고려되지 않았다는 지적이 있다. 임금계속지급법의 취지에 의하면 근로자는 질병시 법률상 당연히 (ipso iure) 급부의무로부터 면제된다는 것이 전제된 것으로 본다. 따라서 질병을 이유로 하는 급부거절권을 별도로 인정할 이유가 있는지 의문이 제기된다. 입법이유서에 의하면 제275조 제3항은 임금계속지급법에 대하여 우선적 지위를 갖는다.

(4) 급부거절에 따른 법률효과

---

103) Henssler, RdA 2002, S. 129, 131; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 90; Olzen/Wank, Schuldrechtsreform, § 275 Rn. 31.
104) BT-Drucksache 14/6857, S. 47.

근로자가 제275조 제3항에 따라 급부거절권을 행사하면 그의 급부의무는 면제된다. 반면에 근로자는 원칙적으로 제326조 제1항(구법 제323조)에 따라 동시에 반대급부청구권, 즉 임금청구권을 잃게 된다 (이른바 no work no pay 원칙). 다른 한편으로 제326조 제1항에 대한 예외로서 민법은 제615조와 제616조를 두고 있는데, 먼저 제616조에 의하면 예컨대 비교적 단기간 가족구성원에 대한 간병이 불가피한 경우에, 그로 인하여 급부제공의 기대가능성이 없다 하더라도 그 기간에 대하여는 반대급부청구권, 즉 임금청구권이 탈락되지 않는다. 또한 건강상의 위해가 우려되는 사안에서는 급부제공의 기대가능성여부는 구체적으로 지시된 업무에 관련되므로 사용자는 그에게 허용된 지시권의 범위 내에서 근로자가 다른 업무를 수행하도록 시도하여야 한다. 사용자가 이와 같은 의무를 위반하면 제615조 제1문에 의하여 근로자는 임금청구권을 계속 보유하게 된다.[105] 그러나 근로자가 양심의 갈등으로 노무급부의 제공을 거부한다면 이에 대해서는 제615조 또는 제616조가 적용될 수 없다. 헌법상의 양심의 자유는 근로자에 대하여 그의 주관적 양심과 충돌하는 노무급부를 거절할 수 있는 권리만을 승인하고 있기 때문이다. 따라서 주관적 양심의 결정에 따른 경제적 결과 (즉, 노무급부의 거절로 인한 반대급부위험)를 계약상대방(사용자)에게 전가하는 것은 허용되지 않는다. 근로자는 자신의 결정에 따른 경제적 손실의 위험을 감수함으로써 자신의 윤리적 결정의 진정성을 입증하는 것이 타당하기 때문이다. 반대로 사용자도 법질서가 허용하는 범위 내에서 지시권을 행사하고 그를 통해 합법적이고 정당한 경제적 이익을 추구해

105) Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 95.

야 한다는 점이 고려되고 있다.[106]

제275조에 의하여 노무급부의무가 면제된 근로자에게 이미 임금이 지급된 경우에는 제326조 제4항에 따라 제346조 이하의 규정, 즉 해제 시 청산관계에 따른 반환의무가 준용된다. 그런데 구법에서는 이미 지급된 급부는 부당이득법에 의하여 청산되기 때문에 근로자는 제818조 제3항에 따라 현존이익의 부존재항변(Entreicherungseinrede)을 원용함으로써 반환의무로부터 해방되었다. 그런데 새 법은 근로자에게 더 이상 이러한 가능성을 인정하지 않고 제346조 제2항에 따라 가액상환의무를 부담시킴으로써 근로자의 책임을 오히려 가중시키는 결과를 낳는다는 비판이 있다.[107] 특히 근로계약이 취소된 근로자에게 기지급된 임금에 대해서는 현존이익이 없음을 이유로 상환의무가 배제될 수 있지만, 급부의무의 불능 내지 기대불가능을 원인으로 하는 경우에는 근로자가 언제나 상환의무를 부담한다는 결과는 부당하다는 것이다. 따라서 이에 대해서는 제346조 제3항 제3문을 유추적용하여 상환의무의 배제가능성을 열어두는 견해[108] 와 제326조 제4항의 목적론적 축소해석을 통해 문제를 해결하자는 견해[109]가 있다. 반면에 취소와 불능의 법률효과의 차이는 전체 채권법에서도 승인되는 것이므로 근로자에 대하여 그 예외를 인정해야 할 필연적 근거가 없으며 그와 같은 예외는 입법자가 명시적으로 규율하고 있는 경우에만 가능하다는 점을 들어 현행법에 따라 근로자의 가액상환의무를 인정해야 한다는 견해[110]가

106) Kohte, NZA 1989, S. 161, 167; Reuter, BB 1986, S. 385, 389; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 71; 같은 취지로 BAG NZA 1990, S. 144; BAG NZA 1986, S. 21.
107) Löwisch, NZA 2001, S. 465, 467; Joussen, NZA 2001, S. 745, 750.
108) Kaiser, JZ 2001, S. 1057, 1062 ; Anwaltkommentar-BGB/Hager, § 346 Rn. 51.
109) Canaris, JZ 2001, S. 499, 509.

대립되고 있다.

현행법에서는 근로자가 노무급부를 거절할 수 있는 경우라 하더라도 객관적 의무위반이 반드시 부인되어야 하는 것은 아니므로 채권자, 즉 사용자는 제280조 제1항, 제281조, 제283조 그리고 제311조 a 제2항의 요건이 충족되면 근로자에 대하여 손해배상청구를 할 수 있다.[111] 그러나 통상적으로는 제280조 제1항 제2문에 따른 귀책사유의 요건이 근로계약에 대해서 입증책임의 전환을 규정한 제619조 a에 의하여 실제로 입증되기가 어려운 경우가 많다. 근로자의 노무급부거절이 계약체결전 또는 계약체결시 통지의무의 불이행과 관련되어 있는 경우에는 계약체결상의 과실책임(culpa in contrahendo, 이제 제311조 제2항) 에 따라 손해배상의무가 고려될 수 있다.

제275조 제3항에 의한 급부거절권의 행사는 근로자에게 또 다른 이유에서 불리하게 작용할 수 있다. 급부의 장애가 비교적 장기간 계속되는 경우에는 사용자는 일신상의 이유를 들어 근로자를 해고(해지)할 수 있기 때문이다. 다만 급부거절권의 행사는 그 어떠한 비난사유에 해당되지 않으므로 그를 이유로 행한 해고는 무효이다.

2. 중대한 사유에 의한 계속적 채권관계의 해지

채권법현대화법률은 제314조를 추가하여 계속적 채권관계의 일방 당사자가 중대한 사유가 있는 때에는 해지기간을 준수할

110) 대표적으로 Henssler, RdA 2002, S. 129, 132.

111) 손해배상청구권의 개별 요건과 효과에 대해서는 김형배, 「일반급부장애법의 체계와 내용」, 김형배 외, 『독일채권법의 현대화』, 21쪽 이하 참고.

필요 없이 즉시 해지할 수 있는 권리를 규정하였다(제1항 제1문: außerordentliche 또는 fristlose Kündigung). 여기서 말하는 중대한 사유란 해지권자로서는 모든 개별사정과 양 당사자의 이익을 교량하더라도 약정된 계약기간의 종료 내지 일정한 해지기간의 만료시까지 계약관계의 유지가 기대될 수 없게 된 사유를 말한다(제1항 제2문). 중대한 사유가 계약상의 의무위반에서 비롯된 경우에는 그 위반의 제거를 위하여 설정된 기간이 아무런 성과 없이 도과하거나 소정의 최고(Abmahnung)절차가 충족되면 해지할 수 있다(제2항 제1문). 이 때 그와 같은 기간설정이 불필요한 경우에 대해서는 해제의 요건을 정한 제323조 제2항이 준용된다(제2항 제2문). 해지는 해지권자가 해지사유를 인지하게 된 때부터 상당한 기간내에 가능하다(제3항). 손해배상청구권은 해지에 의하여 영향을 받지 아니하므로 해지권자는 일정한 요건이 충족되면 병존적으로 손해배상을 청구할 수 있다(제4항). 제314조에 대하여 고용관계의 즉시해지에 관한 제626조는 고용계약에 대한 특별규정으로서 의미를 갖는다. 특별규정으로서 제626조에서는 특히 해지사유의 인지후 2주 이내에 해지할 수 있도록 해지권행사기간을 명시한 점(제2항 제1문), 해지상대방의 요청이 있는 경우에 해지사유를 통지하도록 한 점(제2항 제2문)등이 피용자보호의 관점에서 의미를 갖는다. 그렇지만 제314조도 일반규정으로서 노동법상 그 의미가 적지 않다.[112] 우선 거절최고(Abmahnung)의 요건을 정하고 있다든

112) Schumacher-Mohr, DB 2002, S. 1606, 1608.

가 시정기간을 부여하도록 한 제314조의 규정은 특별규정인 제626조를 보충하는 것으로 이해될 수 있기 때문이다. 판례[113]에 의하여 발전된 거절최고의 요건은 제314조에서 그 법률상 근거를 확보하게 된 것이다. 따라서 거절최고는 이제 해지사유와 관계없이 원칙적으로 포기될 수 없는 해지요건으로서 확립되었다. 또한 제626조는 개별 근로관계에 대해서 적용되므로 단체협약의 즉시해지와 관련해서는 제314조가 일반규정으로서 노동법상의 의미를 갖는다. 이미 독일노동법원은 단체협약의 즉시해지요건을 계약의 유지가 '현저하게' 기대불가능한 경우로 엄격하게 정하였다. 따라서 즉시해지는 협약교섭을 유책하게 지연하거나[114] 평화의무 내지 실행의무를 중대하게 위반하거나[115] 또는 단체협약의 내용형성의 기초가 된 법률이 폐지된 경우[116]와 같이 아주 드물거나 예외적 사안에 대해서 이른바 최후수단으로 인정되었다.

III. 근로관계와 약관규제법

1. 근로계약에 대한 내용통제의 법적 함의

제305조 이하가 시행되기 전까지 판례는 종래의 보통거래약관의 규

113) BGH DB 2000, S. 964; BGH DB 2001, S. 2438.

114) BAG AP Nr. 4 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

115) Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 772; Däubler, TVG, 3. Aufl.,1992, Rn. 1445.

116) BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG; BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG Rückwirkung; Gamillscheg, S. 772.

제에 관한 법률, 즉 약관규제법 (AGBG)이 근로계약에 대해서 적용되는지 여부를 통일적으로 판단하지 아니하였다. 즉 한편으로는 구 약관규제법 제23조 제1항이 노동법을 그 적용대상으로부터 배제하였다는 점을 들어 그 적용이 부인되었고, 다른 한편으로는 그럼에도 불구하고 약관규제법의 목적과 취지에 따라 근로계약에 대해서도 내용통제가 인용되고 있었다.[117] 입법자는 이와 같은 법적 불안정성을 구 약관규제법에 있던 노동법에 대한 적용배제규정을 삭제함으로써 해소하고자 하였다.[118] 입법이유서에 의하면 근로자는 자신의 경제적 존립기반을 직장에 전적으로 의존하기 때문에 사용자가 일방적으로 정한 근로조건에 대하여 법원의 심사를 받도록 하는 것은 근로자의 보호에 대단히 중요한 의미를 갖는다고 보았다.

또한 약관의 내용통제를 통한 계약당사자의 보호가 근로자에 대해서 배제된다면 노동법이 일반 민법의 보호수준에 비해 뒤처진다는 점도 고려되었다. 그 결과 법적으로 정형화된 근로조건에 대해서는 다른 계약관계에서와 마찬가지로 제307조의 일반조항에 의한 내용통제 및 제308조와 제309조에 의한 조항금지규정에 의하여 법원의 심사가 가능하게 되었다.[119] 이와 같이 노동법에 대한 포괄적 적용배제규정의 삭제

---

117) 전자의 관점으로는 BAG NZA 1994, S. 759; BAG RdA 2002, S. 38. 후자의 관점으로는 BAG NZA 1994, S. 937; BAG NZA 1999, S. 659.

118) BT-Drucksache 14/6857, S. 53 f.; BT-Drucksache 14/7052, S. 189.

119) 민법에 편입된 약관규제법상의 개별 조항의 개관에 대해서는 박종희, 「보통거래약관법의 민법에의 통합」, 김형배 외, 앞의 책, 159쪽, 169쪽 이하 참고. 노동법상 중요하게 다루어지는 약관규제법상의 주제는 대체로 제척기간(Ausschlußfrist)조항, 계약벌(Vertragsstrafe)조항, 사용자의 일방적 급부결정권(Leistungsbestimmungsrecht), 즉 지시권관련조항, 계약관계 종료 후의 경업금지조항 그리고 근로계약의 합의해지에 관한 조항 등이다. 각각의 문제에 대해서는 Henssler, RdA 2002, S. 129, 137 ff. 참고.

는 노동법을 시민법에 한걸음 접근시키는 계기가 되고 있다. 그렇지만 약관규제와 관련하여 과거의 약관규제법이 노동법을 그 적용에서 배제하였던 의미가 함께 고려되어야 할 뿐만 아니라 이와 같은 노동법과 민법의 동화는 일방통행적이어서는 안 된다. 즉, 진정한 개별적 합의가 존재하는 사안에서는 노동법에 대하여 이제 더 많은 계약자유, 사적 자치가 인정되어야 한다. 이러한 이유에서 근로계약을 약관규제법체계에 편입시킨다는 것은 노동법의 기본관념을 과거의 독자성관점에서 일보 후퇴시키고 계약자유로 일보 전진시킨 것으로 평가될 수 있다.[120] 예를 들면 종래 독일노동법원은 계약내용의 통제와 관련하여 사전에 정형화된 계약과 개별적 합의를 사실상 구별하지 아니하였다.[121] 그러나 이제 약관규제법이 근로계약에 적용됨으로써 독일노동법원은 위의 양자를 구별하여야 한다. 왜냐하면 개인적으로 교섭하여 행해진 개별약정에 대해서는 제307조 이하의 내용통제가 적용되지 않기 때문이다(제305조의 b).[122] 물론 사용자는 약관제공자로서 해당 계약내용이 개별적으로 교섭된 계약조건임을 입증하여야 하며, 그와 같은 개별약정에 대해서는 여전히 양속위반에 의한 무효(Sittenwidrigkeit, 제138조 제1항)의 가능성이 열려져 있다는 점이 고려될 수 있다. 예를 들면 거래관념에 반하는 낮은 임금의 약정이 여기에 해당된다.[123]

---

120) 이러한 관점에 선 것으로 Reuter, in: Eckert/Delbrück(Hrsg.), Reform des deutschen Schuldrechts, 2003, S. 99, 111; Preis, NZA Sonderbeilage zu Heft 16/2003, S. 19. 그리고 다음의 VII을 참고.

121) BAG NZA 1994, S. 937; BAG NZA 1995, S. 305; BAG NZA 2002, S. 551; Dieterich, RdA 1995, S. 129, 135.

122) Hanau, NJW 2002, S. 1240, 1242; Preis, Sonderbeilage zu NZA Heft 16/2003, S. 19, 20; Thüsing, NZA 2002, S. 591, 594.

123) 그에 관해서는 Erfurter Kommentar/Preis, § 612 BGB Rn. 3 참고.

2. 약관규제와 노동법의 특수성

노동법이 약관규제법에 편입되었다고 해서 약관규제법이 전면적으로 적용되는 것은 아니다. 제310조 제4항 제2문에 의하면 법원은 약관의 내용심사를 수행함에 있어서 "노동법의 특수성"을 적절하게 고려하여야 할 의무를 부담한다. 이와 관련하여 우선 고려될 수 있는 것은 법률상의 근로계약법이 주로 편면강행적이어서 근로자의 불이익을 의미하는 그와 다른 약관상의 근로조건은 허용되지 않으므로 내용통제가 큰 의미를 못가질 수 있다. 다만 당사자의 합의에 의하여 변경될 수 있는 일부 임의규정 (예를 들면 수령지체나 경영위험시 사용자의 임금지급의무를 정한 제615조 또는 기타 민법총칙이나 채권법총론상의 규정)이나, 법률규정을 보충하는 근로계약조건 (예를 들면 제척기간의 약정)에 대하여는 내용통제가 의미를 가질 수도 있을 것이다. 그렇지만 "노동법의 특수성고려"는 현실적으로 그 이상의 어려운 문제를 내포하고 있다. 특히 이 문제와 관련해서는 노동법과 민법의 관계를 체계적으로 어떻게 이해하는가에 따라 서로 다른 견해가 주장될 수 있다. 노동법의 독자성 내지 고유성을 강조하는 견해는 이 규정을 노동법에 대한 민법의 영향범위를 최소화하거나 노동법의 보호목적을 강조하기 위하여 인용한다.[124] 그에 의하면 노동법에 대한 약관규제법의 확대적용이 근로자의 보호에 필요한 정도의 것이어야 하고, 그에 따라 입법자의 의사도 종래의 법적 관계에 대한 그 어떠한 변경을 의도하지는 않은 것으로 해석된다고 본다. 이러한 관점에서 약관규제법상 일반적으로 승인

124) 특히 노동법실무자들에게서 이러한 경향이 두드러지는데 참고로 Lingemann, NZA 2002, S. 181.

된 제도로서 '효력을 보유한 축소해석의 금지원칙'(Verbot der geltungserhaltenden Reduktion)이 있는데, 이는 의하면 특정 약관조항이 내용통제에 의하여 무효가 된 경우 그 조항을 유효한 조건으로 변경시켜 그 효력이 유지되도록 하는 법적 기술이 금지된다는 것을 의미한다. 그러나 그와 같은 원칙이 노동법에 대해서는 타당하지 아니하다는 비판과 함께, '노동법의 특수성'의 고려는 이와 같은 '효력을 보유한 축소해석'이 노동법에 대해서는 가능하도록 기능한다고 주장한다. 더 나아가 노동법의 특수성이란 근로자의 교섭상의 종속성을 의미하므로 내용통제는 특별히 근로자를 위하여 엄격히 행해져야 한다거나, 임금약정의 적정성에 대해서도 이 규정을 근거로 약관규제법에 의한 심사가 가능하며, 이 때 단체협약이 그 척도로 기능한다는 견해까지 주장되기도 한다.[125] 그에 반하여 다른 견해에 의하면 전체적인 관점에서 보면 현재의 노동법상의 보호메커니즘을 통해 근로자의 이익이 적어도 대등하게 관철되고 있고 평균적, 표준적 평가기준을 갖고 있는 약관규제법이 오히려 노동법의 보호목적의 실현에 장애요소로 작용할 수 있다고 한다. 예컨대 입법자나 단체협약 당사자 또는 사업장의 노사대표가 특정 근로자 내지 특정 직업그룹에 대하여 보호필요성이 없음을 이유로 의도적으로 관련 근로자의 권리보장을 포기하였음에도 불구하고, 그에 대하여 추상적 위험상황을 목적으로 하는 약관규제법을 원용하는 것은 사리에 반하는 것으로 보아야 한다. 즉 노동법의 특수성고려는 근로자와 사용자의 이해관계의 적정한 조정의 관점에서 적용되어야 하고, 약관규제법의 보호목적과 부합되고 근로자이익의 보호가치가 사용자

125) Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1333 f.; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 242; Lakies, NZA-RR 2002, S. 337.

의 그것보다 능가하는 경우에만 약관규제를 통하여 사적자치에 개입하는 것이 정당화된다는 것이다.[126]

타당한 견해에 의하면 이 규정은 가능한 한 법률에 합치되도록 해석되어야 한다. 약관규제법은 조항금지를 포함한 내용통제의 모든 원칙들이 모든 계약관계에 공히 적용될 수 있다고 보지 않는다. 약관규제법은 특정 법영역의 특수성에 상응하는 법적용을 고려하도록 규정하고 있다. 예를 들어 제310조 제1항 제2문에 의하면 내용통제를 수행할 경우 "상거래에 적용되는 관습과 관례가 상당하게 적용"되어야 한다. 또한 채권법현대화법률의 입법이유서에 의하면 제310조 제4항 제2문은 한편으로는 계속적 채권관계로서의 근로관계에 무제한으로 적용되기 어려운 '평가가능성 없는 조항의 금지'와 관련되며,[127] 다른 한편으로는 교회노동법의 특수성이 고려될 수 있을 것이라고 설명하고 있다.[128] 즉 적어도 입법이유서에 의하면 제310조 제4항 제2문에서 말하는 "특수성"은 지나치게 강조될 필요도 또 전혀 무시되어도 안 될 것이다. 따라서 이 규정의 적용은 위의 제310조 제1항 제2문과 같은 맥락에서 이해되어야 할 것이다. '노동법의 특수성' 을 법적 특수성으로 한정하느냐 아니면 실제적 특수성으로 넓혀서 이해하는가가 논란이 된다. 유력설에 의하면 계약내용형성과 관련하여 종래의 관행 내지 그와 같은 사실만으로 노동법의 특수성이 인정되어 내용통제의 적용이 배제될 수는 없다.[129] 반면에 다른 견해에 의하면 노동법의 특수성을 법적 특수성으

126) Henssler, RdA 2002, S. 129, 135 f.
127) BT-Drucksache 14/6857, S. 54
128) BT-Drucksache 14/7052, S. 189
129) 상세한 것은 Thüsing, NZA 2002, S. 591, 592 ff.

로 한정하게 되면 구체적으로 노동법상의 규정과 동일한 보호가 행해져야만 내용통제로부터 벗어날 수 있기 때문에 너무 좁은 관점이라고 비판하고 중요한 것은 노동법상 당사자의 이해관계라고 보고 실제적 특수성을 중시한다.[130] 그렇지만 법적 특수성으로 이해하는 견해도 단순히 실정법상의 규율을 기준으로 하는 것은 아니며 근로관계에 내재하는 특수성, 예컨대 장기적인 계속적 채권관계의 관점도 함께 고려되어야 한다는 입장이므로 양 견해의 차이는 실제로는 그리 크지 않은 것으로 보인다.

3. 집단법적 계약과 약관규제

단체협약이나 경영협정과 같은 노동법상의 특유한 집단법적 계약규정에 대하여 약관규제법은 제310조 제4항에서 두 가지 관점을 고려하고 있다. 그 하나는 약관규제에 관한 규정은 단체협약이나 경영협정 등에는 적용되지 아니한다는 소극적 적용배제의 관점이다.[131] 예컨대 근로관계의 해지예고기간을 규율한 제622조 제1항 및 제2항의 규정은 같은 조 제4항 제1문에 의하여 단체협약에서 그와 다른 약정이 가능한데, 이를 근거로 하여 법정 해지기간을 단체협약에서 대폭 단축시키더라도 (예를 들어 1일의 해지기간) 이는 제307조 제2항 제1문에서 의미하는 부당한 불이익으로 보지 않는다. 단체협약에서 드물지 않게 보여지는 사례로서 수령지체나 경영위험의 경우 사용자의 임금지급의무를 제한하는 규정이나, 근로자의 불완전이행에 의한 임금삭감규정 그리고 채

130) Henssler, S. 636.

131) 참고로 Gotthardt, ZIP 2002, S. 277, 281; Lingemann, NZA 2002, S. 181, 189.

권적 유치권의 제한에 관한 규정 등도 마찬가지로 약관규제의 대상이 되지 않는다. 다른 하나는 단체협약과 경영협정 등은 제307조 제3항에서 의미하는 법규정과 동일한 것으로 간주된다는 것이다. 제307조 제3항은 내용통제에 관한 각 규정은 정형계약상의 근로조건이 법률의 규정과 다르거나 법률의 규정을 보충하는 규율이 합의된 경우에 적용된다고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 법률은 단체협약과 경영협정을 포함하는 것으로 이해된다.[132] 다만 단체협약은 그 협약의 구속력이 미치는 자에 대해서만 적용되므로 협약체결 당사자의 구성원이거나 적어도 일반적 구속력확장에 의하여 단체협약의 적용범위에 속하게 된 근로관계에 대해서만 법규정으로서 기능하며, 경영협정의 경우에는 당연히 해당 사업장의 전체 종업원에 대해서만 적용된다.

Ⅳ. 고용계약법과 근로관계

1. 차별금지와 관련된 규정

132) 이 규정이 의미하는 바에 대해서는 논란이 있다. 한 견해는 이 규정을 기초로 정형적으로 약정된 임금액 등의 근로계약상의 규율에 대해서도 단체협약상의 임금수준에 따라 내용통제의 대상이 된다는 점을 강조한다. 즉 단체협약 등은 내용통제의 기준으로 작용한다는 것이다(Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1335; Lakies, NZA-RR 2002, S. 337, 344; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 31 Rn. 7d). 그에 반해서 계약의 본질적 내용(essentialia negotii)은 약관규제법의 기준에 따른 내용통제의 대상이 되지 아니하며, . 제307조 제3항 제2문에 따라 단지 주된 급부의무의 투명성통제(Transparenz-Kontrolle)만이 발생한다는 것이다. 가격이나 급부에 관한 조항이 투명한, 즉 명확한 경우에만 각 당사자는 시장합치적으로 행위할 수 있기 때문이다 (이러한 입장에 선 것으로는 Preis, NZA Sonderbeilage zu Heft 14/2003, S. 19, 31 f.; Reichold, ZTR 2002, S. 202, 206).

(1) 법률의 규정

제611조의 a 性과 관련된 불이익금지

① 사용자는 근로자와 약정하거나 일정한 조치를 행할 경우, 특히 근로관계의 성립, 승진, 지시권의 행사 또는 해고를 함에 있어서 性을 이유로 근로자에게 불이익을 주어서는 안 된다. 다만 근로자와의 약정이나 어떤 조치가 근로자가 제공하여야 할 노무가 속하는 종류를 대상으로 하는 것이고 特定 性이 그 노무의 불가결한 조건인 경우에 한하여 성을 이유로 하는 서로 다른 취급이 허용된다. 소송에서 근로자가 성에 따른 차별대우를 추단하게 하는 사실을 소명하는 경우에는 사용자는 성과 무관한 객관적인 이유가 차별대우를 정당화한다는 점 또는 성이 제공되어야 할 노무의 불가결한 조건이라는 점에 대하여 입증책임을 부담한다.

② 사용자가 근로관계의 성립 시에 제1항에 규정된 불이익금지를 위반하는 경우에는 그로 인하여 불이익을 당한 구직자는 적정한 금전배상을 청구할 수 있다. 그러나 근로관계의 성립에 관한 청구권은 성립하지 아니한다.

③ 채용 시 불이익 없는 선발을 하였다 하더라도 해당 구직자가 고용되지 아니하였을 경우에는 사용자는 최고 3개월의 임금의 범위에서 적절한 금전배상을 하여야 한다. 임금이란 지원자가 근로관계가 성립하였을 달에 정규의 근로시간으로 노무를 제공하였다면 얻었을 금전급여 및 현물급여를 말한다.

④ 제2항 및 제3항에 의한 배상청구권은 구직에 대한 거절의 의사표시의 도달로서 개시되는 기간 내에 서면으로 행하여져야 한다. 그 기간

의 길이는 구하려던 근로관계에 있어서 손해배상청구권의 행사에 관하여 규정된 제척기간에 의하여 정하여진다. 다만 그 기간은 적어도 2개월 이상이 되어야 한다. 구하려던 근로관계에 대하여 그 기간에 관한 정함이 없는 경우에는 그 기간은 6개월이다.

제611조의 b 채용모집

제611조의 a 제1항 제2문에 정하여진 사정이 존재하지 않는 한, 사용자는 남성 또는 여성만을 채용한다는 모집공고를 공개적으로 또한 사업내부에서도 할 수 없다.

제612조 보수

③ 근로관계에 있어서 동일한 노무 또는 동가치의 노무에 대하여 근로자의 성별을 이유로 다른 성별의 근로자보다 적은 보수를 약정할 수 없다. 보다 적은 보수의 약정은 근로자의 성을 이유로 한 특별보호규정이 적용된다는 이유로 정당화되지 않는다. 제611조의 a 제1항 제3문은 여기에 준용된다.

제612조의 a 불이익취급금지

사용자는 약정이나 조치를 행함에 있어서 근로자가 허용된 방법으로 그의 권리를 행사하는 것을 이유로 근로자에게 불이익을 주어서는 안 된다.

(2) 규율의 배경

독일민법 제611조의 a, 제611조의 b, 제612조 제3항 및 제612조의 a 등은 여성과 남성의 대등한 권리(독일기본법 제3조 제2항 제1문) 및 특정 성의 우월적 지위 내지 불이익의 금지(같은 법 제3조 제3항 제1문)에 관한 헌법상의 원칙을 개별 법률에 구체화한 것으로 1980년 8월

21일에 도입되었다.

또한 이 규정들은 남녀의 차별적 대우를 금지하는 유럽공동체의 입법지침을 국내법으로 전환한 것이다. 여기에 해당하는 유럽공동체의 입법지침으로는 “채용과 직업교육 그리고 승진 및 근로조건에 관한 유럽공동체의 입법지침(RL vom 9.2.1976, 76/207/EWG)”과 “남녀의 동일임금에 관한 입법지침(RL vom 10.2.1975, 75/177/EWG)” 그리고 “사업양도시 근로자의 청구권보장에 관한 회원국의 법규정의 동화에 관한 입법지침(RL vom 14.2.1977, 77/187/EWG)” 등이 있다. 각 조항의 의미를 나누어 설명하면 다음과 같다.

(3) 성을 이유로 하는 차별대우의 금지 - 제611조의 a

이 규정은 근로관계의 성립뿐만 아니라 근로관계 중이나 근로관계의 종료 시에도 포괄적으로 객관적인 사유가 없는 한 직접 또는 간접적인 성차별을 금지하는 내용을 담고 있다. 따라서 이 규정은 모든 차별대우 금지에 관한 원칙규정이라고 볼 수 있다. 성을 이유로 하는 채용상의 불이익, 특히 임신여성에 대한 채용거부 그리고 승진이나 사용자의 지시에 의하여 이루어지는 업무의 할당 그리고 해고 등이 대표적인 사용자의 차별적 행태로 규정되어 있다. 특히 해고와 관련해서는 정년규정의 차별도 포함된다. 그리고 사용자의 행태는 일방적 조치뿐만 아니라 근로자와의 약정도 포함하여 판단된다. 즉 객관적 사유가 없는 한 당사자의 합의를 이유로 차별을 정당화하지 못한다.

차별금지위반의 법률효과로서 같은 조 제2항 이하에서는 우선 원칙적으로 차별내용을 담고 있는 당사자의 모든 약정은 무효이며(강행적 효력), 차별로 인한 배상의무 및 그 구체적인 배상액산정의 원칙을 정

하고 있다. 다만 근로관례의 성립과 관련하여 성차별로 인하여 채용되지 못하였다고 주장하는 구직자는 근로관계성립청구권을 갖지 못하고 금전배상으로 만족해야 한다. 그런데 금전배상의 범위와 관련하여 종래의 규정은 모든 사안에 대하여 최고 3개월의 세입공제전 총임금을 한도로 하고 그것도 차별을 받은 구직자가 복수일 때는 전체 배상액을 6개월 임금상당액으로 제한하였다. 뿐만 아니라 그 배상에 대하여 사용자의 귀책사유를 요건으로 규정하였다. 그러나 유럽법원은 독일민법의 이 규정이 성차별을 금지한 유럽공동체 입법지침 76/207/EWG과 합치되지 않는다고 판결하였다.[133] 그에 따라 현행 규정과 같이 사용자의 귀책사유요건은 배제되고 손해배상의 범위도 조정되었다. 손해배상의 범위도 최적의 지원자격을 갖춘 자와 그렇지 않은 자를 구별하여 전자에 대해서는 배상액의 한도를 정하지 아니하고 후자의 경우에도 3개월의 세입공제 후 임금으로 하되 복수의 피해자가 있는 경우 전체 배상액의 한도를 두지 않았다.

(4) 채용공고상의 차별금지 - 제611조의 b

이 규정은 제611조의 a를 보충하는 규율로서 역시 헌법상의 평등원칙과 유럽연합의 차별금지 입법지침을 구체적으로 실현하는데 의의가 있다. 이 규정은 객관적이고 합리적 이유가 없는 한 모집과 채용 시에 특정 성을 차별하는 내용으로 채용공고를 하지 않을 것을 명령하고 있다. 이 규정은 채용공고에 관한 강행적 명령을 담고 있지만 그 위반에 대한 효과를 규율하고 있지 않다. 다만 경영조직법상의 종업원대표인 경영협의회(Betriebsrat)는 사용자가 이 규정을 위반하여 채용공고를

133) EuGH (1997.4.22) Rs C 180/95 - Draempaehl -.

행할 경우 경영조직법상의 규정(제99조 제2항 제5호)을 기초로 채용에 대한 동의를 거부할 수 있다.

(5) 동일가치노동 동일임금원칙 - 제612조 제3항

이 규정도 앞의 규정들과 마찬가지로 1980년에 유럽공동체의 법적 조화를 위하여 새로 편입된 것으로 동일가치노동에 대한 동일임금의 원칙을 개별 법률에 구체화하여 규정하고 있다. 이 규정을 통하여 추상적인 평등원칙을 표현한 동일가치노동 동일임금은 구체적인 청구권기초를 갖게 되었다. 즉 하나의 강행적 금지규정일 뿐만 아니라 동일임금을 적극적으로 요구할 수 있는 청구권의 법적 근거가 된다.

(6) 불이익취급금지의 원칙 - 제612조의 a

근로자가 앞에선 든 법률상의 권리를 행사하였음을 이유로 불이익하게 취급해서는 안 된다는 일반원칙을 구체적으로 규율한 것으로 앞의 규정들과 함께 1980년에 도입되었다.

2. 사업양도시의 근로관계 승계와 관련된 규정

(1) 법률의 규정

제613조의 a 사업양도시 권리와 의무

① 사업 또는 사업의 일부가 법률행위로 다른 사업주에게 양도된 경우에는 양수인은 양도 당시 존재하는 근로관계상의 권리의무를 승계한다. 단체협약의 규범적 부분 또는 경영협정에 의하여 규율되는 권리·의무는 새로운 사업주와 근로자 사이의 근로관계의 내용이 되며, 양도 후 1년이 경과하기 전에는 근로자에게 불리하게 변경될 수 없다. 새로

운 사업주에게 다른 단체협약이나 경영협정이 적용될 경우에는 제2문이 적용되지 않는다. 단체협약이나 경영협정이 효력을 상실하거나 또는 쌍방이 원래의 단체협약에 구속되지 아니하고 새로운 사업주와 근로자가 다른 단체협약의 적용범위 내에서 그것을 적용하기로 합의한 경우에는 제2문의 기간이 경과하기 전이라도 권리・의무는 변경될 수 있다.

② 종전의 사용자는 제1항에 정한 의무가 사업양도 전에 발생하고 또한 사업양도 후 1년이 경과하기 전에 이행기가 도래한 한에서, 이에 대하여 새로운 사업주와 함께 연대채무자로서 책임을 진다. 이러한 채무가 사업양도 후에 기한이 도래하는 경우에는 종전의 사용자는 채무의 산정기간 중 사업양도 당시 이미 경과한 부분에 상응하는 범위 내에서만 이러한 책임을 진다.

③ 제2항은 법인 또는 인적상사회사가 조직변경으로 소멸하는 때에는 적용되지 아니한다.

④ 사업 또는 사업일부의 양도를 이유로 하는 종전의 사용자 또는 새로운 사업주의 근로자의 근로관계의 해지는 효력이 없다. 다른 이유로 근로관계를 해지할 권리는 영향을 받지 않는다.

⑤ 종전의 사용자 또는 새로운 사업주는 사업양도 관련 근로자들에게 사업양도 이전에 문서형식으로 다음의 사항들에 대하여 통지하여야 한다.

1. 사업양도의 시기 또는 계획된 시기
2. 사업양도의 이유
3. 사업양도가 근로자에게 미치는 법적, 경제적 그리고 사회적 효과
4. 장차 근로자에 대하여 취해질 조치

⑥ 근로자는 제5항에서 규정한 서면통지가 이루어진 후 1월 이내에는 서면으로 자신의 근로관계의 이전에 대하여 거부할 수 있다. 거부의 의사는 종전 사용자에게 또는 새로운 사업주에 대하여 행할 수 있다.

(2) 규정내용

제613조의 a는 1972년에 행해진 경영조직법의 개정과 함께 독일민법전에 새로 도입된 규정으로 1972년 1월 19일부터 시행되고 있다. 이 규정은 법률행위에 의한 (즉, 당사자의 계약에 의하여) 사업양도(Betriebsübergang)가 발생한 경우 사업의 양수인은 사업의 이전 당시 현존하는 근로관계에 기한 권리와 의무를 인수한다는 점을 명시적으로 규율하고 있다. 이 규정이 도입되기 전에는 법률행위에 기하여 이루어진 사업양도에 대하여 어떠한 법률효과가 귀속되는지 논란이 크게 일었다.[134] 1972년에 처음 이 규정이 도입된 뒤 제613조의 a는 여러 차례 개정되었다. 주된 개정사유는 사업양도에 관한 유럽공동체의 입법지침의 제정(RL vom 14.2.1977, 77/187/EWG; RL vom 29.6.1998, 98/50/EG - 사업개념의 구체화에 관한 입법지침)이다. 가장 최근에는 입법지침 2001/23/EG에 의하여 제5항과 제6항이 추가되었다.

제613조의 a는 근로관계에 대하여 법률행위에 의한 **개별적인 권리의 승계**를 규율한다. 반면에 전체적인 권리승계를 야기하는 사업주의 변경은 법률에 의하여 이전에 관한 교섭 없이 발생한다. 예컨대 상속에 의하여 새 사용자는 전체적 권리승계자로서 구 사용자의 모든 권리와 의무를 인수한다. 회사의 합병이나 분할의 경우에는 권리승

134) 대표적으로 Schwarz, Das Arbeitsverhältnis bei Übergang des Unternehmens, 1967.

계자에 대한 권리와 의무의 이전에 대해서는 기업의 구조조정에 관한 법률(Umwandlungsgesetz)[135] 제20조, 제131조가 적용되며 특히 같은 법률 제324조는 기업의 합병과 분할의 경우에도 민법 제613조의 a 제1항과 제4항 내지 제6항이 준용된다는 것을 명시적으로 규정하고 있다.

제613조의 a의 규범목적은 사업의 양수인이 자신의 필요에 부합하는 근로자들만을 계속취업시키는 것을 방지하기 위하여 양도 당시 근로관계에 있는 모든 근로자들에게 원칙적으로 존립보호를 보장하는데 있다. 또한 기존 근로관계에서 발생한 근로자의 기득이익을 보호하는 것도 중요한 목적이다(이상 제613조의 a 제1항과 제4항). 이를 위하여 기존의 근로관계에서 발생한 근로자의 청구권에 대하여 양도인과 양수인에게 연대책임을 부담시킴으로써 특정인에 대하여 책임이 전적으로 부담되는 일이 발생되지 않도록 하고 있다(제2항). 또한 단체협약이나 기타 집단적 합의사항이 어떤 경우에 계속해서 적용될 수 있는지에 관해서도 규율하고 있다.

이 규정의 핵심적 내용은 사업의 양도인과 양수인이 사업양도를 이유로 행한 해고를 무효로 함으로써 해고보호제도의 흠결을 보충하는 기능을 담당한다는 점이다. 이 규정은 강행규정이므로 양도·양수의 당사자는 약정을 통하여 이 규정의 적용을 배제할 수 없으며, 근로자에게 불리하게 변경할 수 없다.

이 규정에서 가장 중요한 쟁점은 사업(Betrieb)의 개념이다. 독일민법과 노동법은 일반적으로 사업의 개념을 다음과 같이 정의한다. 사업이

135) 독일의 기업구조조정에 관한 법률은 하경효·박종희 참고.

란 사업주가 혼자 또는 근로자와 더불어 물적・비물질적 수단을 동원하여 특정한 노동기술적 목적을 계속적으로 수행하는 조직적 단위이다.[136] 이와 같은 일반적인 사업의 개념은 제조업분야의 경우처럼 물질적 사업요소(예컨대 공장건물을 포함한 부동산・기계・차량・원재료 등)을 가지고 있는 경우에는 별 문제가 없다. 그렇지만 물질적 요소 또는 비물질적 요소(예컨대 특정한 사업의 Know-how나 고객명부 등)가 사업수행에 있어서 종속적 역할을 하거나 별 의미가 없는 경우(예를 들면 건물을 청소하는 업무를 外注하는 경우)에는 사업의 개념을 확정하기가 용이하지 않게 된다. 독일연방노동법원의 판례는 제613조의 a가 적용되는 사업양도의 요건을 다음과 같이 구성하였다.[137] 즉 사업양수인이 물질적 또는 비물질적 수단으로 구성된 경제적 단위를 그 동일성을 유지한 채 양수하고 종래 그 경제적 단위를 통해 추구하던 (사업) 목적을 계속해서 유지하는 경우에 사업양도를 인정하였다. 최근의 유럽연합 입법지침(2001/23/EG)은 사업양도를 다음과 같이 정의하였다(제1조 제1항 b호). 즉 사업양도란 동일성을 유지하는 경제적 단위의 이전을 의미하며 여기서 사업이란 어떤 경제적인 주된 활동이나 종된 활동을 추구하기 위하여 자료나 재료를 조직적으로 결합시킨 것을 의미한다. 이 경우 사업이란 기업의 목적활동에 따라 그 판단기준이 다르게 정해지게 된다. 예컨대 제조업의 경우에는 기계와 같은 물적 대상 그리고 Know-how와 같은 비물질적 수단의 이전이 결정적인 의미를 가지며, 서비스업의 경우에는 고객의 명부가 중요한 의미를 갖게 될 것이다. 그밖에도 사업수단이 거의 있지 않은 육체적 노동력이 주요 대상

136) BAG NZA 1985, S. 776 ff.
137) BAG NZA 1999, S. 704 ff.

인 용역업무의 경우에는 그들의 공동의 활동을 통해 계속적으로 결합되어 있는 근로자집단 자체가 경제적 단위를 구성할 것이다.

3. 경영장애 시의 사용자의 휴업수당지급의무

(1) 법률의 규정

제615조 수령지체와 경영위험시 보수

사용자가 노무의 수령을 지체하고 있는 때에는 노무자는 지체로 급부하지 못한 노무에 관하여 약정된 보수를 추완급부의무를 부담하지 않고 요구할 수 있다. 다만 그는 노무급부를 하지 않음으로써 절약한 것 또는 자신의 노무를 전용하여 취득하거나 악의적으로 취득하지 아니한 것의 가액을 공제하여야 한다. 제1문과 제2문의 내용은 사용자가 노동손실에 대한 위험을 부담하여야 하는 경우에도 적용된다.

(2) 규정내용

독일에서는 이른바 "무노동무임금원칙"(제326조 제1항)에 대한 예외로서 근로자와 사용자 쌍방의 귀책사유 없이 경영장애가 발생하고 그로 말미암아 노무급부가 불능이 된 경우(이른바 사용자의 귀책사유 없는 휴업)에도 사용자는 계속해서 임금을 지급해야 한다는 경영위험부담이론이 오래전부터 정착되었다. 경영장애는 예컨대 정전・원자재의 부족・기계의 고장 또는 행정처분 등에 의한 사업의 정지 등 사용자의 세력범위 내에 있는 사유에 의하여 발생한 급부장애를 말한다.[138]

그런데 독일노동법과 민법학계는 이미 오래전부터 제615조가

138) 김형배, 『노동법』, 292쪽 참고.

전통적으로 성립되어 온 고용계약상의 '기초적 위험부담이론'(Subtratsgefahrtragung)을 민법전에 수용한 것으로 보고 사업상의 이유로 발생한 경영장애도 이와 같은 위험부담의 영역에 해당되므로 제615조가 직접 적용된다고 주장하였다.[139)]

2002년부터 시행되고 있는 개정민법전은 이상과 같은 논의를 기초로 제615조에 제3문을 추가하고 경영장애가 사용자의 수령지체에 해당됨을 명시적으로 규정하였다. 이로 인해서 근로자는 사후보완적인 급부의무를 부담하지 아니하고 약정된 임금을 청구할 수 있다. 반면에 그 기간 동안 다른 곳에서 벌어들인 수입이 있거나 이를 악의로 회피한 경우에는 그로 인해 절약된 비용이 정산된다.

입법자는 이를 통해서 경영위험부담에 관한 판례의 전통적 태도가 아니라 학설의 견해를 수용하였다. 이는 특히 종래의 규범구조에 비하여 명백히 확대된 적용범위를 갖는 제275조와 제326조 제1항의 불능관련규정이 근로자의 책임과 관련하여 불필요한 해석문제를 낳을 소지가 있기 때문에 제615조에 제3문을 추가하여 제275조 및 제326조 제1항의 적용을 차단하고 제615조 제1문과 제2문에 따라 사용자가 경영장애시 노무의 중단에 따른 위험을 부담한다는 점도 명백히 한 것으로서 이해되고 있다.[140)]

제615조는 임의규정이므로 근로계약이나 단체협약을 통하여 그와 다른 약정이 가능하다. 다만 근로계약상의 약정에 대해서는 약관규제

---

139) 대표적으로 Picker, JZ 1979, S. 285; Rückert, ZfA 1983, S. 1, 15 ff.; 하경효, 앞의 글, 302쪽 이하 참고.

140) BT-Drucksache 14/7052, S. 204; Henssler, RdA 2002, S. 129, ; Löwisch, FS für Wiedemann, S. 311, 331.

법에 따라 법원의 심사가능성이 열려 있다.[141]

4. 사용자의 배려의무 및 보호의무에 관한 규정

(1) 법률의 규정

제616조 일시적 장애

노무자는 그의 일신상 이유로 비교적 길지 아니한 기간 동안 귀책사유 없이 노무급부를 하지 못하게 되었다는 이유로 보수청구권을 상실하지 아니한다. 다만 그 장애기간 동안 법률상 의무에 기하여 성립된 의료보험 및 재해보험으로부터 취득한 금액은 공제되어야 한다.

제617조 노무자의 질병

① 노무자의 생업활동의 전부 또는 주요부분을 요구하는 계속적 고용관계에 있어서 노무자가 가정적 공동생활영역에 수용된 경우에 노무자에게 질병발생시 사용자는 그것이 노무자의 고의 또는 중과실에 기인한 것이 아니라면 필요한 간호와 치료를 6주까지 제공하여야 한다. 다만 그 이전에 고용관계가 종료하는 경우에는 그러하지 아니하다. 간호와 치료는 의료시설에 대한 수용으로 제공될 수 있다. 비용은 질병기간 동안에 대하여 지급의무를 부담하는 보수로부터 공제될 수 있다. 노무자가 제626조에 의하여 질병을 이유로 고용을 해지한 경우라도 이로 인하여 발생한 고용관계의 종료는 고려되지 않는다.

② 간호 및 치료에 대하여 보험 또는 공공의료시설에 의하여 사전대비가 마련되어 있는 경우에는 사용자의 의무는 발생하지 않는다.

---

141) 이에 관해서는 아래의 V 참고.

제618조 안전배려의무

① 사용자는 그가 노무의 실행을 위하여 제공하여야 하는 장소·장비나 기구를 설치 및 유지하고 또한 자신의 명령 또는 지시를 받아 행하여지는 노무급부를 지휘함에 있어서 노무급부의 성질상 허용되는 한도에서 노무자가 생명과 건강에 대한 위험으로부터 보호되도록 이를 하여야 한다.

② 노무자가 가정적 공동생활에 수용된 경우에는 사용자는 거실과 침실, 식사 및 노동시간과 휴식시간에 관하여 노무자의 건강, 풍기 및 종교를 고려하여 필요한 시설과 규율을 행하여야 한다.

③ 사용자가 노무자의 생명 및 건강에 관하여 부담하는 의무를 이행하지 아니한 경우에는 그의 손해배상의무에 대하여 불법행위에 관한 제842조 내지 제846조의 규정이 준용된다.

제619조 보호의무의 강행성

제617조 및 제618조에 의하여 사용자가 부담하는 의무는 계약으로 사전에 이를 배제하거나 제한할 수 없다.

(2) 규정내용

근로자가 사용자에 대하여 부수의무로서 근로계약상의 충실의무를 부담하는 것과 마찬가지로 사용자는 근로자에 대하여 근로계약에 기한 부수의무로서 배려의무 및 보호의무를 부담한다. 이와 같은 의무의 내용은 독일민법 제정당시에 근로자에 대한 사회적 배려사상에 기초하여 도입된 것이다.

사용자의 배려의무는 특히 신의성실의 원칙에서 비롯되는데 독일민

법은 제616조에는 그중에서도 일반적인 무노동무임금제도의 예외적 사정을 규정하고 있다. 여기에 해당되는 사안은 근로자가 일신상의 사정으로 그러나 자신의 귀책사유 없는 사정으로 노무제공을 할 수 없게 된 경우로서, 예컨대 질병・요양・각종 사건 및 가족 구성원에게 생긴 중대한 사정 등의 이유로 비교적 짧은 기간 동안 노무를 제공할 수 없게 된 때에는 사용자는 그 기간에 대하여 임금을 지급하여야 한다. 제617조는 근로자가 질병에 걸려 요양이 필요한 경우에 소정의 요건을 전제로 그 비용을 사용자가 부담하도록 한 규정이다.

또한 사용자는 보호의무를 부담하는데 제618조는 근로자가 노무수행 중에 생명과 건강의 위험상태에 빠지지 않도록 사용자의 보호의무를 규정하고 있다. 근로자의 안전과 보건에 관해서는 최근에 특별법에서 상세하게 규정하고 있다. 민법 제618조는 그와 같은 특별법률의 근거규정으로서 일반적 원칙을 규정한 것으로 이해되고 있다. 사용자의 보호의무를 구체화한 법률로는 산재보험법과 같은 사회보험법외에 노동안전보건법(Arbeitsschutzgesetz, 1996년 제정)이 대표적이다.

5. 근로관계상의 책임에 관한 입증책임의 전환에 관한 규정

(1) 법률의 규정

제619조의 a 근로자의 책임에 관련된 입증책임

제280조 제1항[142]과 달리 근로자는 근로관계에서 비롯하는 의무위

142) 제280조 제1항 제2문은 채권관계상 과책의 입증책임에 관한 일반규정으로서 채무자가 의무위반에 대한 책임이 없음을 입증한 경우에는 손해배상의무를 부담하지 않는다는 것이다.

반으로 발생한 손해에 대하여 그와 같은 의무위반이 단지 자신의 책임 있는 사유로 인한 경우에만 사용자에 대하여 배상하여야 한다.

(2) 규정내용

채무자가 계약상의 의무위반에 대하여 과책이 없음을 주장한다면 제280조 제1항 제2문에 따라 원칙적으로 이를 주장하는 채무자가 입증책임을 부담한다. 그런데 제619조의 a는 책임을 부담하는 채무자가 근로자인 경우에 대하여는 그 예외로서 입증책임을 채권자인 사용자에게 전환시키고 있다.

민법 개정이전에도 이미 독일 노동법원은 사안을 나누어, 종래의 적극적 채권침해사례에 대해서는 입증책임을 전환하였지만, 근로자의 책임 있는 사유로 발생한 불능이나 지체에 기한 손해배상청구권에 대해서는 개정 전 구민법 제282조와 제285조에 따라 채무자인 근로자가 입증책임을 부담한다고 보았다. 독일노동법원은 입증책임전환의 근거를 사용자의 우월적인 사업조직가능성 내지 조직권한에서 찾았기 때문이다. 따라서 예컨대 노무제공을 위하여 출근하지 아니하거나 정시에 출근하지 아니한 경우에는 그와 같은 사유는 사용자의 경영조직적 영역 밖에 놓여 있기 때문에 그를 정당화할 수 있는 사유를 근로자가 제시하여야 한다. 따라서 제619조의 a는 목적론적 축소해석에 의하여 사용자의 우월적인 조직권한이 실현된 경우에 한하여 적용된다고 본다.[143] 이 경우에만 사용자의 위험의 가중이 정당화될 수 있기 때문이다. 결국 제619조의 a는 주된 급부의무의 불완전이행 또는 보호의무 등의 위반으로 발생한 사용자의 손해배상청구권에 대해서만 적용된다.[144]

---

143) Oetker, BB 2002, S. 43, 44; Gotthardt, Rn. 135.

가) 입증책임의 전환

채무자가 계약상의 의무위반에 대하여 과책이 없음을 주장한다면 제280조 제1항 제2문에 따라 원칙적으로 이를 주장하는 채무자가 입증책임을 부담한다. 그런데 제619조의 a는 근로자의 책임이 문제되는 사안에 대하여는 그 예외로서 입증책임을 채권자인 사용자에게 전환시키고 있다. 그런데 그 법문에 의하면 입증책임의 전환은 의무위반의 전체 사례에 대하여 적용된다. 학설은 이와 같은 결과에 반대하고 있다.

나) 근로자 책임제한원칙과의 관계

채권법현대화법률은 사업내부적 손해조정(innerbetrieblicher Schadensausgleich)을 목적으로 하는 종래의 근로자의 책임제한원칙을 그대로 유지하였다. 다만 연방정부는 자신의 법률안의견서에서 개정된 제276조 제1항을 통하여 근로자책임제한 법리의 법적 근거를 확보 할 수 있다는 견해를 피력하였다.[145] 제276조 제1항에 의하면 책임의 가중이나 경감이 법정되지도 않고 채권관계의 내용, 특히 담보나 조달위험의 인수로부터도 이러한 책임이 도출될 수 없는 경우에는 채무자는 고의와 과실에 대하여 책임을 져야 한다. 그런데 근로자책임의 경감은 "채권관계의 내용"으로부터 나온다는 것이다. 따라서 종래 제254조의 과실상계의 원리를 유추적용하였던 근로자책임제한법리[146]가 이제는 제276조 제1

144) 이와 같은 결과의 타당성은 입법이유서에서도 밝혀진다. 제619조의 a는 의회의 입법절차에서 충분히 논의되지 않고 뒤늦게 끼워 넣어진 것으로 현행법의 내용을 명백히 하는데 의의가 있는 것으로 설명되었다. 따라서 종래의 입증책임전환원칙을 수정해야 할 그 어떠한 객관적 사유도 존재하지 않는다. 이에 대해서는BT-Drucksache 14/6040, S. 136.

145) BT-Drucksache 14/6857, S. 48.

146) 그에 관해서는 Müchener Handbuch zum Arbeitsrecht / Blomeyer, § 59 Rn. 34 f. 및 거기에 인용된 문헌 참고.

항이라는 직접적인 근거를 확보하였다는 것이다. 그러나 제254조에 기초한 공동책임사상을 유추적용하는 것은 사업내부적 손해조정의 다양한 측면을 고려하는데 요구되는 유연성이 반영될 수 있고, 그와 같은 장점은 특히 손해의 분담이 요청되는 중간과실의 영역에서 두드러지게 발휘된다. 이에 반해서 제276조 제1항은 경과실의 경우에 손해배상의 포괄적 면제를 정당화하는 근거로는 적용될 수 있지만 특히 중간과실에서와 같이 근로자에게 기대가능한 배상액을 산정하는데 요구되는 전체적인 이익교량의 근거로 삼기에는 적절하지 않다는 문제가 있다. 그 경우에는 제276조 제1항에서 말하는 "채권관계의 내용"을 넘어서는 다양한 기준, 예컨대 근로자의 귀책사유의 정도, 업무의 위험성, 손해액, 사용자가 계상하고 있었거나 보험에 의하여 전보될 수 있는 위험성의 정도, 사업 내에서의 근로자의 지위 내지 임금액의 정도 그리고 근로자의 인적, 경제적 관계 등이 모두 고려되어야 하기 때문이다.[147] 그리고 제276조 제1항은 임의규정으로서 당사자의 계약상의 책임에 관한 약정이 우선적으로 적용되기 때문에 강행적 효력이 인정되는 근로자책임제한이론과 부합되지 않는다.[148] 사용자가 계약상의 합의를 이유로 근로자의 책임제한을 형해화하면 사업내부적 이익조정의 원리는 원래 의도하였던 사회정책적 기능을 충족할 수 없기 때문이다.

6. 근로관계종료관련 보호조항

147) BAG GS NJW 1995, S. 210, 213; BGH NJW 1996, S. 1532.

148) Gotthardt, Das Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 185.

(1) 법률의 규정

제622조 근로관계의 해고기간

① 근로자의 근로관계는 4주의 기간으로써 역상의 월의 15일 또는 그 월말에 해지될 수 있다.

② 사용자가 해고할 경우에는 근로관계가 사업 또는 기업에서의 근속기간이,

1. 2년 이상인 경우에는 1월의 예고기간을 두어 역상의 월의 말일에,
2. 5년 이상인 경우에는 2월의 예고기간을 두어 역상의 말일에,
3. 8년 이상인 경우에는 3월의 예고기간을 두어 역상의 말일에,
4. 10년 이상인 경우에는 4월의 예고기간을 두어 역상의 말일에,
5. 12년 이상인 경우에는 5월의 예고기간을 두어 역상의 말일에,
6. 15년 이상인 경우에는 6월의 예고기간을 두어 역상의 말일에,
7. 20년 이상인 경우에는 7월의 예고기간을 두어 역상의 말일에 효력이 발생하는 해고를 할 수 있다. 근속기간을 산정함에 있어서 근로자가 25세가 되기 전의 기간은 산입하지 아니한다.

③ 최장 6개월까지로 약정된 시용기간 중에는 근로관계는 2주의 예고기간으로 해지될 수 있다.

④ 단체협약에서 제1항 내지 제3항과 다른 내용이 약정될 수 있다. 그 단체협약의 적용범위 내에서 단체협약의 구속력이 미치지 아니하는 사용자와 근로자 사이에 제1항 내지 제3항과 다른 단체협약의 규정의 적용이 합의된 경우에는 해당 단체협약의 규정이 적용된다.

⑤ 제1항에 정해진 것보다 단기의 예고기간은 다음 각호의 경우에 한하여 개별약정에 의하여 합의될 수 있다.

1. 근로자가 일시적인 보조원으로 채용된 경우, 다만 근로관계가 3개월 이상 계속된 경우에는 그러하지 아니하다.
2. 사용자가 직업훈련을 위한 재직자를 제외하고 상시 20인 이하의 근로자를 사용하고 또한 예고기간이 4주보다 짧지 아니한 경우, 재직근로자의 수를 산정함에 있어서 단시간근로자의 주당 근로시간이 10시간 미만인 경우에는 이를 0.25, 20시간 이하인 경우에는 0.5, 30시간 이하인 경우에는 0.75인으로 계산한다.

제1항 내지 제3항에 정해진 것보다 장기간의 예고기간을 개별약정으로 정하는 것은 무방하다.

⑥ 근로자가 해지하는 경우에는 사용자에 의한 해지보다 장기간의 예고기간이 약정되어서는 안 된다.

제623조 해고의 서면방식

해고나 합의해지계약에 의하여 근로관계를 종료할 경우에 그 효력이 인정되기 위해서는 서면방식을 요한다. 다만 電子的 방식[149]은 인정되지 아니한다.

제629조 구직을 위한 시간의 보장

계속적 고용관계의 해지 후에는 사용자는 노무자의 요구가 있으면 다른 고용관계를 구하기 위한 적정한 시간을 보장하여야 한다.

제630조 사용증명서발급의무

계속적 고용관계의 종료 시 노무자는 상대방에 대하여 고용관계와 그 기간에 대하여 서면의 증명서를 발급해 줄 것을 청구할 수 있다.

149) 따라서 예컨대 E-mail에 의한 통지는 허용되지 않는다.

증명서에는 요구가 있으면 노무급부의 내용이나 급여 등의 사항까지 기입될 수 있다. 전자문서에 의한 증명서의 발급은 인정되지 아니한다.

(2) 규정내용

가) 예고기간에 관한 규정

제622조는 근로관계에 적용되는 통일적인 해고예고기간을 규정하고 있다. 이 조항은 1969년 9월 1일부터 시행된 제1차 노동법정비법률에 의하여 도입된 것으로 종전에는 특히 고급노동에 종사하는 노무제공자(교사, 의사, 변호사, 기업체임원 등)에 대한 해고예고기간을 정하였다. 그리고 일반근로자의 해고예고기간에 대해서는 영업령(Gewerbeordnung)과 독일상법전 등에 분산되어 규율되고 있었다. 그런데 1969년 이 규정을 개정하여 모든 근로관계에 대하여 적용되는 통일적인 해고예고기간을 정한 것이다.

당시 제622조는 근로관계의 종료시 준수해야 할 해고예고기간을 규정하면서 사무직 근로자와 생산직 근로자를 차별하였다. 예컨대 기본적 예고기간을사무직의 경우 6주로, 생산직의 경우 2주로 하되, 근속연수에 따라 연장한 것이다. 그런데 이와 같은 차별은 헌법에 합치되지 않는다는 비판에 직면하게 되었다. 독일연방헌법재판소는 이에 관한 결정에서(30.5.1990, AP BGB § 622 Nr. 28) 이 조항은 헌법상의 평등권에 반하므로 1993년 6월 30일까지 개정하도록 판결하였다.

이와 같은 과정을 거쳐 1993년 10월 7일부터 새로 개정된 규정이 적용되었다. 그에 의하면 사무직 근로자와 생산직 근로자에 대해서는 동일한 해고예고기간이 적용된다. 그러나 해고예고기간의 통일화는 입법자의 재량에 의하여 절충적으로 결정되었다. 기본예고기간은 모든

근로자에 대하여 4주로 하되, 시용기간중의 해고는 2주로 한다. 근로자의 근속연수에 따라 해고예고기간은 연장되는데, 2년부터 20년의 근속연수에 대하여 1월부터 7월의 해고예고기간이 차등적용된다. 이 규정에서 정하고 있는 해고예고기간은 단체협약에서 달리 정할 수 있다(대단체협약임의법률).

나) 근로자 해고시 서면방식규정

독일민법전은 2000년 3월 30일 제정된 개정법률에서 해고, 해지 및 합의해지 그리고 기간제 근로계약에 대하여 서면방식주의를 채택하였다. 이 요건은 제623조에 규율되었다.[150]

제623조는 해고 및 합의해지 그리고 기간제 근로계약에 대하여 서면으로 체결될 것을 요건으로 한다. 이를 통해서 계약자유의 원칙에 의한 방식자유주의의 예외를 인정한 것이다. 서면에 의하지 아니한 해고나 합의해지 그리고 기간제 근로계약의 체결은 무효가 된다.

이와 같은 서면방식주의는 법률행위의 성립시기와 내용을 명료하게 할 뿐만 아니라 분쟁에 대비한 증거자료가 확보됨으로써 법적 안정성의 강화와 소송실무상의 장점을 지니고 있다.

다) 근로자의 구직을 위한 휴가청구권

근로관계가 종료하면 근로자는 가능한 한 신속하게 새로운 일자리를 찾아야 한다. 그런데 근로자가 여전히 취업상태에 있는 동안에는 구직과정에서 면접 등의 절차에 필요한 시간을 확보하기 어렵다. 또한 근로자가 이미 유급휴가를 사용하였다면 이를 위하여 별도의 휴가를 얻을 수도 없다. 이와 같은 사정 때문에 사용자는 배려의무에 기하여 새로운

150) 자세한 내용은 박지순, 「독일의 최근 노동입법동향」, 233쪽 이하 참고.

일자리를 구하는데 필요한 자유시간을 보장해 주어야 하는 의무를 부담한다. 독일민법 제629조는 이와 같은 사용자의 의무를 구체적으로 규정하고 있다. 제629조에 의하면 사용자는 근로자에게 구직에 필요한 적정한 범위의 시간을 보장하여야 한다. 이 규정은 강행규정이다.

라) 사용증명서발급에 관한 규정

모든 근로자는 새로운 일자리에 지원할 경우 자신의 직업상의 경력(구체적인 수행업무와 그 기간 및 직위 등)에 관한 증명서를 필요로 한다. 경력증명서 등과 같은 사용증명서는 가장 중요한 지원서류의 하나이다. 사용증명서는 해당 근로자의 직업적 발전을 보장하고 제3자의 채용결정에 대한 부담을 경감시키며 동료근로자에게도 해당 근로자의 직업적 성과의 판단에 명료성을 줄 수 있다는 장점을 갖는다.

이와 같은 이유로 독일민법 제630조는 근로자에게 사용증명서발급청구권을 인정하고 있다. 사용자는 이에 따라 사용증명서를 발급해줄 의무를 부담한다. 사용증명서발급에 관한 규정은 이 이외에도 영업령, 상법전 그리고 직업훈련법 등에 각각의 적용범위에 속하는 근로자그룹에 대한 특칙이 있지만 그 내용은 동일하다.

제5장 보론: 노동법과 민법의 관계

I. 노동법과 민법의 체계적 관계와 그 변천

잘 알려진 바와 같이 노동법이 私法秩序의 일부인 근로관계를 규율하는 법임에도 불구하고[151] 노동법과 민법은 역사적으로 체계적 긴장관계를 유지하여 왔다. 그것은 민법이 통상 사회적 문제(soziale Frage)로 표현되는 노동법상의 근본문제, 즉 구조적으로 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하는데 필요한 규율내용을 제대로 갖추지 못하고 있다는 데서 기인한다.[152] 이와 같이 민법전이 '사회적 문제'에 대한 해결능력을 갖추지 못함으로써 민법전 시행직후인 20세기 초반부터 노동문제의 해결은 민법으로부터 해방된 노동법에 의하여 독자적으로 수행되어야 한다는 공감대가 넓게 자리하게 되었다.[153] 이러한 인식은 오랫동안 노

151) Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 37:"Arbeitsrecht ist das für Arbeitsverhältnisse maßgebende Recht"; Söllner/Waltermann, Arbeitsrecht, S. 1: "Das Arbeitsrecht regelt die durch Arbeitsvertrag begründeten Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern."

152) Otto von Gierke는 1889년 당시 독일민법 제1초안에 대하여 고용계약에서 조차 절대적 계약자유가 관철되는 독일민법전의 자유주의적 사상적 기초를 비판한 바 있다. Gierke의 비판은 제2초안에서 피용자를 위한 부분적인 사회적 보호규정(이른바 ein Tropfen sozialen Öls)이 도입되는 계기가 되었다. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 23, 29.

153) Sinzheimer, Über die Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland, 1914. 그에 의하면 "노동법은 그 정신이 노동법과는 상용할 수 없는 일반 민법으로부터 가능한 한 해방되어야 한다"(Das Arbeitsrecht ist vom allgemeinen bürgerlichen Recht, dessen Geist ihm fremd ist, möglichst zu emanzipieren)고 하였다.

동법의 기본적 관념으로서 인정되어 왔다. Gamillscheg 교수에 의하면 "노동법은 이미 오래전부터 민법전과 결별"하였으며, "노동법은 고유한 규범과 고유한 원칙 그리고 고유한 해석방법을 갖는 독자적 법영역"이고, 독일 노동법원은 독자적인 법전을 갖추지 못한 실정에서 "노동법을 부단히 발전시켜온 대체입법자"로서의 기능을 수행해 왔다고 한다.[154] 바로 이러한 이유 때문에 독일의 法院은 노동법을 민법전으로부터 독립시키는데 주저하지 않았다. 그에 의하면 노동법은 그의 私法 상의 규범을 포함하여 전체적으로 지난 수십 년에 걸쳐 민법과 수직관계가 아닌 수평관계에서 독자적이고 고유한 법영역으로 발전해 왔다.[155]

그러나 이와 같은 영역분리적 사고는 독일 민법이 초기 산업사회의 사회적 모델로부터 벗어나 이미 오래전부터 사회적 문제에 대해서도 대응해오고 있다는 사실을 간과하고 있다는 비판이 있다. 예를 들면 독일연방대법원(Bundesgerichtshof)은 민법에 있어서 실질적 대등성의 결여문제에 대하여 법형성의 방법으로, 예컨대 내용통제의 법리구성을 통하여 대응하였다. 입법자도 특히 1970년대 이후 이른바 '社會的 私法' 분야를 발전시켜 오고 있다.[156] 이는 1976년의 보통거래약관법 제

154) Gamillscheg, AcP 176(1976), S. 197 ff., AcP 164(1964), S. 385, 388, 445. 이에 관해서는 또한 朴志淳, 「독일의 노동법원제도」, 『노동과 법』 제4호(2004), 90쪽 이하 참고. 이와 같은 관점은 특히 민법학자들로부터 오래전부터 논쟁의 대상이 되어 왔다. 특히 비판적인 견해로는 Zöllner, AcP 176(1976), S. 221 ff.; Richardi, ZfA 1988, S. 221 ff.

155) BVerfGE 7, S. 342.

156) 이와 같은 관점은 일찍이 Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, FS für den Juristentag, Bd. 1, 1960, S. 101 ff.; Weitnauer, Der Schutz der Schwächeren im Zivilrecht, 1975 에서 제기되었다. 또 같은 관점에서 하경효, 「노동법의 기능과 법체계적 귀속」, 246쪽.

정에서 두드러지게 나타나고 있다. 보통거래약관법은 엄밀한 의미에서의 '소비자보호법'만으로 국한되지 않는 사회적 보호법률의 의미를 갖는다.[157] 또 다른 한편으로 유럽연합의 입법지침을 통하여 단계적으로 소비자보호법이 확대되어 가고 있다. 이 소비자보호법은 제13조의 소비자개념에서 의도하고 있는 것처럼 "영업적 또는 자영적 직업활동의 실행으로 법률행위를 체결하지 아니하는 자는 사회적 보호필요성(Schutzbedürftigkeit)이 있다"는 보호적 관념에 기초하고 있다. 채권법 현대화법률에 의하여 이제 사회적 사법의 중심적 구성요소인 노동법과 소비자보호법이 더욱 광범위하게 민법전으로 수용, 통합되고 있다.[158] 이는 과거 근로자의 사회적 보호라는 기본이념을 기초로 독자적 노선을 강요받았던 노동법이 민법과 재통합되는가, 그렇다면 그것은 어떠한 전제조건 하에서 가능한가라는 사법체계적 기본문제를 다시금 제기하고 있다고 보인다. 결국 과거에 개별 문제에 대하여 노동법과 민법의 법리적 접근가능성이 논의되던 것에서[159] 한층 더 나아가 노동법과 민법의 체계적 재통합의 문제가 제기되는 것이다.

II. 노동법과 민법의 재통합의 전제조건

1. 노동법에 있어서 私法的 기본관념의 강화

157) Ulmer, in: Heinrichs/Löwe/Ulmer, 10 Jahre AGB-Gesetz, 1987, S. 1 ff.; Staudinger/Richardi, 12. Aufl.(1993), Vorb. zu §§ 611 ff. Rn. 121.

158) 특히 이 점을 강조한 견해로는 Reuter, a.a.O.(주 68), S. 99 ff.

159) 노동법과 민법의 재접근(Wiederannäherung)의 관점에서 사용자의 경영위험을 다룬 것으로 Picker, Arbeitsvertragliche Lohngefahr und dienstvertragliche Vergütungsgefahr, FS für Kissel, 1994, S. 813 ff.

일반적으로 노동법과 민법의 관계를 규정하는 중심적인 주제는 노동법이 사적 자치(Privatautonomie)라는 私法의 기본관념을 어떻게 인식하는가 그리고 어떤 범위에서 사적 자치가 노동법에서도 기능력을 갖는가라는 문제와 민법의 일반규정이 노동법에서도 일반규정으로서 의미를 갖는가라는 문제와 관련된다. 노동법에서 사적 자치의 기능범위를 축소하고자 할 경우에는 노동법의 독자성이 강조될 수 없으며, 민법의 일반규정이 노동법적 사안에 대하여 적용되지 않는다면 노동법은 자신의 고유한 규범내용을 독자적으로 형성해가지 않으면 안 되기 때문이다.

사적 자치의 관념[160]은 한편으로는 노동법 특유의 집단법적 규율제도인 단체협약 또는 기타의 노사협정 등의 이른바 집단적 자치와의 긴장관계로 인하여, 다른 한편으로는 근로자가 갖는 전형적인 구조적 약자의 지위로 인하여 노동법학의 태동기부터 이미 핵심적 문제로서 의미가 다투어져 왔다. 물론 집단적 자치의 우위성으로 인하여 근로계약 당사자의 개인적 자치가 부분적으로 제한되고 있음은 부인될 수 없다. 그러나 그와 같은 집단적 자치를 통해서 사적 자치가 부정되는 것이 아니라 오히려 사적 자치는 집단적 자치를 통하여 실현되고 있다고 보아야 한다. 법질서는 사적 자치를 언제나 유일한 지도원리로만 승인하고 있지 않다. 사적 자치는 때로는 법질서에 의하여 다른 기본관념과 끊임없이 긴장관계에 서 있다. 예를 들면 헌법은 개개인에게 보장된 경제적 자유를 사회국가원리를 매개로 하여 사회적 관계의 정의를 위한

160) 가장 일반적으로 잘 알려진 사적 자치의 정의는 법률에 의하여 허용된 범위 안에서 "개개인이 자신의 의사에 따라 법률관계를 독자적으로 형성하는 원리"를 의미한다. BVerfG NJW 1986, S. 2697.

국가의 책임과 접목시키고, 경제법은 이와 같은 헌법상의 기본태도를 사회적 시장경제질서의 관념을 구체적으로 발전시켰다.[161] 이와 같이 법질서는 사적 자치를 다른 법원리의 작용을 통해서 수정되거나 보완되는 원리로 이해하고 있다. 노동법에서의 집단적 자치도 사적 자치의 실현이라는 가치를 위한 보조수단일 뿐, 사적 자치를 배제하고 독자적인 가치를 갖는 제도로 이해되어서는 안 된다. 집단적 자치는 불가피하게 요청되는 집단적 이익의 형성수단으로서 개인적 차원의 사적 자치와 병존적인 것으로 이해되어야 한다.[162] 다시 말하면 사용자와 개별 근로자의 양면적 관계로서의 근로관계의 핵심영역은 개인적 사적 자치의 활동분야로서, 기업차원의 또는 노동시장차원의 다면적 관계에서 비롯되는 근로자와 사용자의 권리에 관해서는 협약자율 등 집단적 자치가 작용하는 영역으로 이해되고 이 두 영역이 겹쳐지는 곳에서는 기본권충돌시 적용되는 헌법상의 실제적 조화(praktische Konkordanz)의 원리 또는 규범조화적 해석에 따라 규율되어야 한다.[163] 따라서 사적 자치는 법체계상 노동법의 기본적 원리로서 승인되고, 집단적 자치의 보장이 사적 자치를 포기하거나, 기본가치로서 또는 해석원칙으로서 계약자유를 원용하는 것을 배제하는 방향으로 전개되어서는 안 된다. 일반적 사적 자치, 계약자유를 제한하기 위해서는 법률의 규정이 요구되는 것도 이 때문이다. 독일 영업령(Gewerbeordnung) 제105조는 (별

161) Junker, NZA 1997, S. 1305.

162) 이와 같은 관념은 이미 Nikisch, Arbeitsrecht I, 3. Aufl., 1961, S. 33 f.에서 보인다.

163) 이에 관해서는 Reuter, RdA 1991, S. 193, 203. 특히 하경효 , 앞의 글, 240쪽 이하는 이와 같은 관점에서 유리한 조건 우선의 원칙(Günstigkeitprinzip)을 검토한 것으로 생각된다.

단의 강행적인 법률상의 규정이나 단체협약 및 경영협정에 관련 규정이 없는 한) "사용자와 근로자는 근로계약의 체결, 내용 그리고 형식에 대하여 자유롭게 합의할 수 있다"고 규정함으로써 근로계약의 자유로운 형성, 즉 사적 자치를 원칙으로서 천명하고 있다.

다른 한편으로 사용자에 대한 근로자의 구조적 약자의 지위 또한 노동법에서 사적 자치의 후퇴를 정당화한 요소였다. 그와 같은 근로자의 지위는 통상 그는 자신 및 가족의 생계를 직장에 의존하고 근로자는 전망에 대한 통찰력과 유연성을 지니고 있지 않기 때문에 노동시장은 그에게 현실적으로 다른 가능성을 제공해주지 않는다는 점으로부터 발생된다고 보았다.[164] 따라서 근로계약은 사용자의 경제적, 지적 우위성이 지배하는 제도로서 당사자의 이익조정의 수단으로서는 기능력이 없다는 것이다.[165] 그러나 이와 같은 과거의 관점이 현대사회의 노동시장의 현상에 여전히 부합되는지 의문이다.[166] 전체적인 노동법의 원리를 사회적 권력관계라는 하나의 관점만 가지고 일률적으로 裁斷하는 데 대한 비판이 점차 높아지고 있다. 법학은 노동법에 있어서도 극단 사이의 선택이 아니라 상호이해관계의 조정적 해결을 위한 당사자의 이익교량으로서 의미를 갖는다.[167] Fastrich 교수가 지적한 것처럼 근로자가 얼마나 보호필요성이 있는가라는 물음은 그 근로자에게 어느 정도의 자기책임(Selbstverantwortung)이 기대가능한가에 달려 있다.[168] 보

---

164) Dieterich, RdA 1995, S. 129, 135.

165) Gamillscheg, Die Grundrecht im Arbeitsrecht, 1989, S. 29 f.

166) 이러한 관점에서 우리나라 노동법의 개정방향을 제시하는 견해로는 김형배, 「현대적 노사관계와 노동법의 개정」, 157쪽 이하.

167) Junker, NZA 1997, S. 1305, 1309.

168) Fastrich, FS für Kissel, 1994, S. 193, 195.

호필요성과 자기책임은 상호배제적인 것이 아니라 함께 고려되는 것이다. 노동시장의 실제적 사정 또한 사적 자치에 대한 차별화된 관점을 요구한다. 사적 자치는 언제나 기업주의 자치만을 의미한다는 관점은 항상 타당한 것이 아니다. 기업의 인사실무에 있어서 근로자 개인적인 희망이나 필요가 고려되는 것은 이미 현실이 되고 있다. 특히 서비스 및 정보화 사회로 표현되는 현대사회에 있어서 근로자가 더 큰 개별적 규율권능을 가지는 경우도 적지 않다. 따라서 노동법도 이제 과거의 고정관념에서 벗어나 사적 자치와 집단적 자치의 조화적 공존을 수용하여야 할 것이다.

노동법에 있어서 私法的 觀念의 강화라는 주제는 사적 자치를 더욱 적극적으로 고려한다는 측면 외에도 노동법이 민법의 일반원리와 규범의 적용을 회피하여서는 안 된다는 점을 강조한다. 우리 노동법의 예에서도 보이듯이 독자적인 근로계약법이 구비되지 못하고 있기 때문에 근로계약법의 형성에 있어서 일반 민법의 적용가능성의 문제는 언제나 논란이 되어 왔다. 법률행위에 관한 일반규정, 급부장애에 관한 일반규정 등도 노동법상의 문제를 해결하는데 규준이 되어야 한다.[169] 물론 노동법적 사안이 갖는 특수성을 고려할 때 그와 같은 규준이 헌법상의 타당한 가치와 원칙의 실현과 괴리가 클 경우에는 민법의 일반원칙에 대한 예외적인 법형성이 가능할 수 있다는 점은 부인되지 않는다. 그러나 노동법상 규율의 흠결이 있음에도 불구하고 처음부터 사법으로부터 도피하는 것은 법질서의 기본적 전제에도 부합하지 않을 뿐만 아니라 노동법 도그마틱의 구조를 형성하는데도 장애가 된다. 왜냐하면 사적

169) 특히 이 점을 다룬 것으로는 하경효 , 앞의 글, 223쪽 이하.

자치에 기하여 합의된 근로계약이 노동법의 출발점이면서 동시에 집단적 자치의 토대라는 것은 노동법에 있어서 사법의 부정에도 불구하고 변하지 않는 본질이기 때문이다.

독일의 채권법현대화법률 이전에도 근로계약의 취소법리, 근로자책임제한 등 노동법적 문제를 일반 사법의 원리에 의하여 이론을 구성하는 학설과 판례가 확립되었을 뿐만 아니라[170] 채권법현대화법률도 이와 같은 사법적 기본관념에 기초하여 노동법적 규율대상을 부분적으로 민법전에 수용함으로써 노동법과 민법의 재통합을 촉진하고 있다. 예를 들면 급부의무의 거절의 항변에 관한 제275조 제3항, 경영위험을 사용자의 수령지체로 파악하는 제615조 제3문, 입증책임에 관한 제619조의 a 그리고 소멸시효의 통일적 규율 등과 근로계약에 대한 소비자보호법의 원칙적 적용을 규정한 것은 그 대표적인 예라고 할 수 있다.

2. 민법의 개방성과 운동성의 요청 — 노동법의 특수성 고려

노동법이 사법적 기본관념을 공유하는 것만으로 노동법과 민법의 재통합이라는 話頭가 완성되지 않는다. 노동법을 고유한 성격을 지닌 독자적 법영역이 아니라 상법 또는 회사법과 마찬가지로 민법에 대하여 특별사법으로 이해한다면, 개별 사안에 대한 적합한 노동법적 규범이 존재하지 않을 경우 민법의 일반규정들이 일반적인 정의관념의 표상으로서 직접 고려된다는 점은 위에서 이미 지적하였다. 그렇지만 이것이 민법의 일반 규정을 적용함에 있어서 근로관계의 특수성 내지 고유성이 완전히 무시되어도 좋다는 것을 의미하지 않는다.[171] 상법이나 회사

170) 자세한 것은 하경효 , 앞의 글, 225쪽 이하.

법의 사안에서 그 특수한 사안구조와 규율구조가 중요하게 고려되면서도 민법의 일반적 성격이 부인되지 아니하고 사안에 따라 민법의 규정이 수정 적용되는데서 볼 수 있듯이 일반법인 민법과 특별사법은 계속해서 상호조율과정을 밟을 수밖에 없는 운명적인 관계를 지니고 있다. 이러한 조율과정은 체계에 반하는 것이 아니며 오히려 특별사법을 민법과 방법적으로 타당하게 접목시키는데 필수적인 과정으로 이해된다. 그런데 민법은 이 과정에서 개방성(Offenheit)과 운동성(Beweglichkeit)을 견지하여야 한다. 그렇지 않으면 일반법으로서 민법은 사법의 통일화을 위하여 필수적으로 요청되는 보충적 기능 내지 기본적 전제기능(Grundlagefunktion)을 수행할 수 없게 되고, 私法學이라는 박물관의 剝製로서 현실적 적용가능성을 갖지 못하는 전시품에 지나지 않게 된다. 따라서 이 개방성과 운동성은 민법이 포기해서는 안되는 우선적 가치를 지닌 과제이며 이를 통해서 전체 私法體系가 각 구성부분 간의 가치적 모순을 극복하고, 무엇보다도 법적 안정성이 존중되는 동질적인 법영역으로서 유지될 수 있다는 점이 강조되지 않을 수 없다. 민법전의 체계 내에서 노동법적 특수성을 수용한다는 것은 이제 더 이상 이질적인 제도의 부자유스러운 동거가 아니라 현대적 생활관계의 모습과 내용을 민법에 적극적으로 반영함으로써 현대적 私法秩序에서도 민법이 사법의 기본법으로서 기능력을 유지할 수 있음을 의미한다. 스위스의 채무법이 이미 1970년대 초에 고용계약을 근로계약으로 개칭하고 노동법적 제도를 민법의 체계내로 수용한 것이나, 1999년 1월 1일부터 시행되고 있는 네덜란드 민법이 유연화와 사회적

171) 같은 취지로 하경효 , 앞의 글, 222면.

안정성의 동시추구라는 새로운 패러다임으로 근로계약법을 통합, 수용하는 것은 이러한 경향을 반영하는 것이며, 독일 채권법현대화법률은 그에는 미치지 못하지만 민법전의 일반적인 제도에 노동법의 특수성을 반영하면서 함께 규율하는 것은 적지 않은 변화일 뿐만 아니라 노동법과 민법의 재통합을 위한 의미있는 진전이라고 하지 않을 수 없다.

III. 노동법과 민법의 재통합에 있어서 소비자보호법이 갖는 의미

1. 노동법과 소비자보호법의 異同

노동법과 소비자보호법은 그 보호대상이 다르다는 점, 그리고 노동법에서는 전통적으로 당사자의 대등성을 확보해주는 제도로서 노동법의 본질적 내용의 일부를 구성하는 집단적 자치제도가 소비자보호법에서는 인정되지 않는다는 점을 들어 서로 독자적인 보호메커니즘을 갖는 것으로 인식되어 왔다.[172] 그러나 이 두 법영역은 계약법상 계약당사자의 불균등관계를 시정하기 위하여 이른바 '사회적 사법'으로서 발전되어 왔다는 점에서는 차이가 없다. 사회적 사법의 기본적 특징은 강행규정 및 부분적으로는 공법상의 규율을 포함하고, 계약당사자에게 철회권(Widerrufsrecht) 내지 반환권(Rückgaberecht)을 부여한다든지, 내용통제(Inhaltskontrolle)를 통하여 약자의 지위에 있는 당사자를 불리한 계약으로부터 보호하는데 있다. 노동법은 특히 약관규제법과의 관계에서 점점 그 고유성 내지 독자성의 지위가 의문시되고 있다. 노동법과 사회법에서는 오래전부터 누가 사회적 보호를 향유하는가 라는 주제가

172) 특히 Löwisch, FS für Wiedemann, S. 311, 315.

특히 근로자 내지 취업자개념을 통하여 큰 쟁점이 되어 왔다. 계약법에서도 이와 관련된 쟁점이 발생하였다. 즉 독립사업자 또는 근로자 유사의 자영사업자는 약관규제법의 보호를 향유하는데 반하여 보호필요성의 크기가 더 큰 근로자에 대해서는 노동법에 대한 적용배제라는 구 약관규제법 제23조에 의하여 약관규제법이 적용되지 않았던 것이다. 따라서 독일 채권법현대화법률은 私法的 보호프로그램의 일환으로 노동법과 소비자보호법상 서로 밀접하게 연결되어 있는 구성요건을 소비자보호라는 범주에서 결합시키고자 하였다. 그 결과 약관규제법은 이제 근로계약에 대해서도 적용되며, 소비자계약에 관한 특칙이 근로계약에 대해서도 적용된다는 데 대해서 거의 일치되어 있다(앞의 Ⅴ. 2 참고). 이와 같은 構想이 일반적으로 타당한가 하는 의문이 없는 것은 아니지만[173] 독일채권법현대화법률은 이를 기정사실화함으로써 이와 같은 경향을 확인하였다고 보인다.

2. 노동법의 특수성과 소비자보호법

노동법은 일반 급부장애법에서만 그 특수성이 고려되는 것이 아니라 (예를 들면 제275조 제3항, 제314조, 제615조, 제619조의 a 등) 사법적 보호법제도, 즉 소비자보호법 내에서도 특수성이 고려되고 있다. 이 점은 근로자도 '계약거래상의 약자'로서 약관규제법의 적용을 받는다는 점과 그렇지만 그 경우에도 노동법의 특수성이 고려되어야 한다는 점이 법문에서 함축적으로 표현되고 있다고 생각된다. 물론 제13조에 따라 근로자가 직접 소비자의 지위에 서는지 여부는 여전히 크게 논란이

173) Preis, ZHR 158(1994), S. 567 참고.

되고 있다. 그러나 제310조 제3항에서 근로계약도 소비자계약으로 해석하고, 제288조에서 근로자에 대해서는 이른바 소비자의 이자규정이 적용되는 등 개별적으로는 이미 근로자와 소비자의 접근이 확대되어가는 것은 분명하다. 소비자계약은 이미 사법에서 그 보호필요성이 인정되었고, 또한 최근 민법전으로 통합됨으로써 사법의 전형적인 법제도로 자리매김하였다. 그리고 노동법에 대해서도 소비자계약을 매개로 하여 민법상의 보호규정이 확대 적용되었다. 즉 채권법현대화법률은 민법의 일반 규정에서 근로계약의 특수성을 고려할 뿐만 아니라 노동법을 소비자보호규범과 부분적으로 결합함으로써 노동법과 민법의 재통합을 시도하고 있는 것으로 생각된다.

다른 한편으로 약관의 내용통제에서 개별계약상의 합의와 사전에 정형화된 근로조건의 합의가 엄격히 구별된다. 실제로 당사자가 교섭하여 체결한 개별 약정에 대해서는 내용통제가 적용되지 않으며[174] 그에 대해서는 제138조의 양속위반규정만이 유일한 정당성판단기준이 된다. 이로써 노동법상의 사적 자치의 의미가 재차 확인된 것으로 이해될 수 있다. 약관규제법이 소비자보호법이나 기타의 정형계약과 마찬가지로 근로계약을 기본적으로 통일적인 내용통제의 대상에 포함하였기 때문이다. 다만 사법상의 법제도를 적용함에 있어서 노동법이 갖는 특수한 보호제도(예를 들어 단체협약)도 함께 고려되어야만 한다. 이는 사적 자치와 집단적 자치의 조화적 공존을 고려한 것으로 이해된다.

---

174) 물론 사용자는 약관제공자로서 문제가 된 약정이나 조항이 개별적으로 교섭된 계약조건이어서 약관규제의 대상이 되지 않음을 입증해야 한다. 이에 관해서는 BGH NJW 1998, S. 2600, 2601 참고.

제6장 맺음말

독일민법전에 규율되어 있는 고용계약은 자유고용계약과 근로계약을 포함하는 상위개념으로 정립되었다. 이는 우리나라의 경우와는 다른 체계적 구성이라고 할 수 있다. 우리나라의 경우 다수설은 고용계약과 근로계약은 동일한 계약으로 이해한다. 여기에는 유상의 위임계약의 법적 성질을 어떻게 규정하는가가 결정적인 영향을 미치는 것으로 보인다. 유상위임을 인정하지 아니하는 독일민법은 대가적 견련성과 유상성을 갖는 모든 노동활동을 고용과 도급의 두 영역으로 분류하고 그 중에서 일의 완성이 아닌 일 그 자체의 급부를 목적으로 하는 계약유형을 고용으로 분류하였다. 고용계약은 다시 비자주적, 종속적 관계에서 노무제공을 목적으로 하는 근로계약과 자주적, 독립적 노동을 목적으로 하는 자유고용계약이라는 하위유형으로 구성된다.

고용계약의 사회적 보호조항의 범위와 내용은 이미 19세기말의 독일민법전의 제정당시부터 격렬한 논쟁의 대상이 되어 왔다. 그 뒤에 여러 차례에 걸쳐 행해진 독일민법전 개정의 중요한 주제의 하나는 노동법적 규율내용을 고용계약 편에 편입하는 것이었다.

여기에는 여러 가지 이유가 작용한 것으로 보인다. 그 중 하나는 독일노동법에는 독자적인 근로계약법전이 존재하지 않는다는 점이고, 다른 하나는 헌법 또는 유럽연합의 입법지침에 의하여 부과된 입법과제를 현행 고용계약 편에 반영함으로써 어느 정도 정책적 목표를 달성할 수 있다는 점이 고려된 것으로 생각된다.

결과적으로 독일민법전은 근로관계에 대한 상당수의 사회적 보호조

항을 두게 되었으며 그에 따라 독일민법은 사회적 사법의 성격이 강화되어가는 경향을 보이고 있다. 더욱이 독일민법의 고용계약은 계약유형적으로는 근로계약과 자유고용계약으로 이분되고 있지만 자유고용계약을 다시 계속적 고용관계와 일반 고용관계로 구별하고 계속적 고용관계에 대하여 추가적인 보호규정을 두고 있다. 결과적으로 3분적 구성이라 할 수 있다.

2002년부터 시행되고 있는 독일의 채권법현대화법률은 애초 입법취지에서 드러나지 않았음에도 불구하고 노동법에 대해서도 적지 않은 변경을 가져 왔다. 이와 같은 변경은 한편으로는 민법의 일반체계적 관점에서, 다른 한편으로는 노동법의 특수성의 고려라는 관점에서 수행되고 있다. 민법은 노동법의 개별 사정을 특히 일반 급부장애법과 고용계약법에 반영하면서 이를 예외적 사정이 아닌 민법이 전제하여야 하는 전형적 사안으로 발전시켰다. 그러나 이에 그치지 않고 사법의 보호적 기능을 현실화한다는 관점에서 소비자보호법제도를 매개로 하여 근로자를 보호하려는 패러다임을 발전시켰다. 물론 노동법과 소비자보호법의 관계에 대해서는 좀 더 비판적으로 검토되지 않으면 안 되지만 이와 같은 새로운 패러다임은 근로자의 이익의 우선적 보호라는 이익투쟁적 관점에서가 아니라 현대적 사법체계의 통일적 재편이라는 법정책적 목표를 달성하기 위하여 형성된 것으로 보인다. 결국 독일 채권법현대화법률은 개정된 개별 규정이 지니는 법이론적 의미 못지않게 전체적으로 노동법과 민법의 재통합의 과정으로서 이해될 수 있을 것이다. 이는 특히 독일의 통일근로계약기본법의 제정논의나 우리나라의 경우 근로기준법체제의 근로계약법체제로의 전환과 같은 입법정책에 대하여 중요한 시사를 제공한다.

민법이 자기결정의 원칙에 따라 개인 간의 거래생활에 관한 일반적 행위규칙을 설정한 것이라는 본연의 의미를 충실히 실현할 수 있기 위해서는 각 거래영역의 현실적 실태를 반영하여 당사자의 자기결정이 손상되지 않도록 기본적 조건을 마련하여야 한다. 특히 인간의 노동을 계약목적으로 하는 고용관계에서는 당사자가 실질적인 자기결정에 의한 노동력의 거래를 실현할 수 있도록 계약내용에 관한 법적 규율이 요청된다. 특히 노동력거래의 기본원칙으로서 차별금지에 관한 규정과 근로자의 보호와 배려에 관한 사용자의 의무내용 그리고 급부의 장애가 발생한 경우 반대급부의 운명에 관한 규정 그리고 근로관계의 종료에 관한 특별규정 등에 관한 독일 민법전의 규율구조는 하나의 시사점을 제시하는 것으로 의미가 있다. 특히 민법의 고용계약 편은 그 성질상 노동법상의 근로계약에 관한 규정에 대하여 보충적으로 적용된다는 점을 고려할 때, 민법의 고용계약 편도 충분히 현실적 거래관계의 내용을 반영해 두지 않으면 안 된다.

참고문헌

[국내문헌]

강희원, 「역할질서로서 노동법」, 『노동법에 있어서 권리와 책임』(김형배교수화갑기념논문집), 1994.

김영문, 「노동관의 변천과 노동법」, 『한림법학 FORUM』 제6권, 1997.

김형배, 『노동법』, 신판(증보판), 2005, 박영사

김형배, 『채권각론』, 신정판, 2001, 박영사

김형배, 「현대적 노사관계와 노동법의 개정」, 『법학논집』(고려대) 제33집, 1997

김형배 외 5인 공저, 『독일 채권법의 현대화』, 2002, 법문사

김형배・박지순, 『근로자개념의 변천과 관련법의 적용』, 2004, 한국노동연구원.

박종희, 「근로기준법상 근로자개념」, 『노동법학』 제16호, 2003.

박지순, 「독일의 최근 노동입법」, 『노동법학』(한국노동법학회) 제12호, 2001.

유성재, 「(가칭) 근로계약법의 제정 필요성」, 『사법질서의 변동과 현대화』(김형배교수고희기념논문집), 2004.

이종복, 「해지와 해고제한의 법원리」, 『사법관계와 자율』, 1993.

하경효, 「고용계약에 있어서의 반대급부위험의 부담」, 『민사법학』(한국 민사법학회), 제9, 10호, 1993.

하경효, 「노동법의 기능과 법체계적 귀속」, 『사회변동과 사법질서』(김형배교수정년퇴임기념논문집), 2000.

[주요외국문헌]

Annuß, Georg, Der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2003, S. 283.

Becker, Martin, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995.
Brentano, Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht, 1877.
Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003.
Gamillscheg, Franz, Die Grundrecht im Arbeitsrecht, 1989.
Gierke, Otto von, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.
Gierke, Otto von, Wurzeln des Dienstvertrags, FS für Heinlich Brunner, 1914.
Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., 2003.
Herrmann, Elke, Operae liberales, operae illiberales - vom Schicksal einer Unterscheidung, ZfA 2002, S. 1.
Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002.
Kaser, Max/Knütel, Rolf, Römisches Privatrecht. 17.Aufl., 2003.
Menger, Anton, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890.
Nikisch, Arthur, Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag, 1926.
Oetker, Das Dauerschuldverhältnis, 1994.
Park, Ji-Soon, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, 2004.
Richardi, Reinhrad/Wlotzke, Ottfried(Hrsg.), Müchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2000.
Schaub, Günter, Handbuch des Arbeitsrechts, 10. Aufl., 2002.
Schliemann, Haral(Hrsg.), Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Aufl., 2002.
Sinzheimer, Hugo, Über die Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland, 1914.
Söllner, Alfred, "From status to contract", FS für Zöllner, 1999, S. 949

Söllner, Alfred/Waltermann, Raimund, Grundriss des Arbeitsrechts, 13.
Stadthagen, Das Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1904.
Weiß, Thomas, Die Entwicklung des Arbeitsvertrags und das BGB, 1991.
Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Gerog, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 1997.
Aufl., 2003.

<저자 약력 및 주요 저서>

- 박 지 순

【주요약력】

- 고려대학교 법과대학 졸업
- 독일 Augsburg 대학교 박사과정 졸업(법학박사)
- 고려대, 경찰대 강사

【주요연구논문】

- 독일의 노동시장 및 노동법개혁
- 텔레워크의 의의와 노동법적 기본문제
- 기간제근로의 노동법적 문제와 입법적 과제
- 유럽노동법에 관한 기초적 연구
- 근로자개념의 변천과 관련법의 적용(공저)
- 독일의 유사근로자(특수형태고용종사자)의 유형과 노동법상의 지위에 관한 연구

연구총서 2004-10

일반 사법상 근로자보호제도에 관한 연구Ⅰ

- 독일민법전(BGB)의 고용계약과 근로계약 -

인　　쇄 · 2004년 12월 26일
발　　행 · 2004년 12월 30일
발 행 인 · 이 용 득
발 행 처 · 한국노동조합총연맹
140-050 서울시 용산구 청암동 168-24
(代) 02-715-0898
등　　록 · 81. 8. 21 (13-31호)
인　　쇄 · (주) UIL커뮤니케이션즈
135-080 서울시 강남구 역삼동 834-20
T.553-2005　F.557-3800

가격 : 7,000원