

일본 노동조합법상의 근로자 개념*

- 최고재판소 판례법리를 중심으로 -

송강직**

차 례

- I. 서론
- II. 노동기본권보장 법리의 특징
 - 1. 노동조합설립 보장의 특징
 - 2. 단체교섭당사자로서의 노동조합
- III. 최고재판소의 판례법리
 - 1. CBC管弦樂團事件
 - 2. 新國立劇場運營財團事件
 - 3. INAX메인テナンス (メンテナンス) 事件
 - 4. 朝日放送事件
 - 5. 앞으로의 전망
- IV. 검토
 - 1. 최고재판소 판결에 대한 한계론
 - 2. 필자의 사건에서의 최고재판소판결의 의미
- V. 결론

* 이 연구는 동아대학교 교내연구비 지원에 의한 것임

** 동아대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2011. 10. 31 / 심사일자 : 2011. 11. 25 / 게재확정일자 : 2011. 12. 7

I. 서론

근로자 개념은 세계적으로 많은 논란이 있다고 할 수 있다. 한국과 일본의 경우 근로기준법 또는 노동관계법들의 적용을 받는, 바꾸어 말하면 노동법상 보호의 주체가 될 수 있는 근로자¹⁾ 개념에 있어서 특히 판례법리는 상당히 다른 모습을 보여주고 있다고 할 수 있다.

근로자 개념을 개별법 적용의 대상에 있어서 다양하게 규정하고 있는 영국의 경우 대표적인 용어로 노무자(worker) 개념을 들 수 있다. 이는 종전의 근로자(employee), 독립계약자(independent contractor), 자영인(self-employed) 등과 구별되는 개념으로서, 국가최저임금법(National Minimum Wage Act 1998. Sec.54(3)), 근로시간규정(Working Time Regulation 1998. regulation 2.1), 고용권법(Employment Rights Act 1996. Sec.230(3))등의 적용에 있어서는 노무자에게도 그 적용의 대상으로 하고 있다. 이러한 개념의 등장은 노동관련법들의 보호 대상자로서 사용종속적인 노무제공관계만을 그 보호의 대상으로 하던 것과는 다르다. 예를 들면, 도급계약에 의한 독립적인 건축노무자에 대하여, 자신이 일하던 한 회사로부터 연말일시폐업(Christmas/New Year closure)에 의하여 일시해고된 경우에 있어서, 근로자(employee)는 아니지만 근로시간규정에 의하여 일한 기간에 대한 연차유급휴가 청구를 인정한 것,²⁾ 같은 취지에서 건축벽돌공에 대하여 연차유

1) 일본의 경우 헌법에서는 근로자, 근로기준법 등 노동관계법들에서는 노동자로 표현하고 있다. 이하에서는 일본이라는 외국법을 검토하는 것이기는 하지만 우리나라에서 소개하는 것이므로 근로자라는 용어를 사용하기로 한다. 참고로 일본에서 헌법에서는 근로자로, 노동관계법들에서는 노동자로 표현하는가 하는 것에 대하여 필자의 경우 의문을 가지고 이를 일본 연구자에게 물어 본 적이 있다. 사건을 전제로 답한 것을 소개하며, 헌법은 미국 점령 하에서 제정된 것이기 때문에 이데올로기적인 측면에서 근로자로 하였고, 노동관계법들에서는 그 당시 입법안에 많은 관계를 하였던 末廣嚴太郎 박사가 고집하여 노동자로 표현 된 것이라고 하였다. 이 개념에 관하여 신인령 교수는(노동기본권, 미래사, 1985), “헌법 제31조의 ‘근로자’는 ‘노동자’와 같은 의미라고 하겠다. 근로자라 하면 자영업자로서 종속노동이 아닌 독립노동에 종사하는 자까지도 포함하는 것 같은 어감을 주므로, 노동자가 보다 적절하지만 법전상 사용되고 있는 용어이므로 이하에서는 두 용어를 같은 것으로 혼용하기로 한다”고 한다(3쪽, 주5).

2) Byrne Brothers(Framwork)Ltd v Baird(2002) ICR 667.

급휴가를 인정한 사례가 있다.³⁾

다른 한편 우리나라의 경우 학원 강사의 근로기준법상의 근로자 개념을 비롯하여,⁴⁾ 일시적인 실업상태에 있는 자이거나 구직활동 중인 자의 근로자성을 비롯하여,⁵⁾ 골프장 경기보조원·학습지도교사⁶⁾·레미콘운송차주⁷⁾·보험모집인 등의 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동관계법’

3) Wright v Redrow Homes(Yorkshire)Ltd(2004) ICR 1126.

4) 대법원은, “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이익의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.”고 하여(대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결), 결론적으로 대학입시학원 종합반 강사들 근로기준법상의 근로자성을 인정하였다.

5) 대법원은, “지역별 노동조합의 성격을 가진 원고가 그 구성원으로 '구직중인 여성 노동자'를 포함시키고 있다 하더라도, '구직중인 여성 노동자' 역시 노조법상의 근로자에 해당하므로, 구직중인 여성 노동자는 근로자가 아니라는 이유로 원고의 이 사건 노동조합설립신고를 반려했던 이 사건 처분을 위법하다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단은 정당”하다고 하였다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결).

6) 대법원은, 전국학습지산업노동조합은 결국 근로자가 아닌 자로 구성된 단체로서 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상 노동조합에 해당한다고 볼 수 없어 피고 회사가 위 선정자조합의 단체교섭요구에 응하지 않은 것은 노동조합법상 부당노동행위로 볼 수 없다고 판단한 원심판결에 대하여, 관계 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 노동조합법상의 근로자의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다고 하였다(대법원 2005.11.24. 선고 2005다39136 판결).

7) 대법원은, 레미콘운송차주들에 대하여 노동조합법 소정의 근로자라고 볼 수 없다고 판단한 것은, 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 심리를 다하지 아니하거나 노동조합법상의 근로자의 개념에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다고 하였다(대법원 2006.5.11. 선고 2005다20910 판결).

이라 함)상의 근로자성이 문제되어 오고 있다.⁸⁾

일본의 경우도 노동기준법상의 근로자성뿐만 아니라⁹⁾ 노동조합법상의 근로자성이 많은 논란을 불러 일으켜 왔다. 그런데 최근에 일본 최고재판소는 노동조합법상의 노동자성 판단과 관련하여 새로운 판례법리를 전개하였다. 일본의 노동조합법상의 근로자 개념의 문제는 거의 대부분이 단체교섭의 당사자로서의 지위에 집중되어 왔다고 할 수 있다.

본고는 일본 최고재판소가 전개한 판례법리를 중심으로 노동조합법상의 근로자 개념에 관하여, 필요한 범위 내에서 우리나라의 법리와 비교를 통하여, 검토하는 것을 그 목적으로 하고자 한다.¹⁰⁾

-
- 8) 서울고법(2011.09.02, 2010누22308) 판결은 경기보조원의 노동관계법상의 근로자성을 인정하여 노동조합설립을 인정하는 판결을 하였으나, 판례법상 확립된 법리라고 평가할 수는 없는 단계가 아닌가 생각된다.
- 9) 脇田滋, ‘個人請負労働者の保護をめぐる解釋・立法の課題—2006念ILO雇用關係勸告を手がかりに—’, 『노동법논총』 제21집, 한국비교노동법학회, 2011, 101-166쪽; 岩永昌晁, ‘勞基法上の労働者’, 『勞働法重要判例を読む』(唐津博·和田肇(編), 日本評論社, 2008), 32~43쪽.
- 10) 본 논문에 대하여 매우 정확하고 부족한 설명에 대한 친절한 지적을 하여 준 심사자에게 심심한 감사를 드린다. 심사결과서에 의하면, ① 최근에 문제되고 있는 골프장 경기보조원의 노조설립문제'라고 하였는데, 투고자도 알겠지만, 서울고법 2011.09.02, 2010누22308판결처럼 노조설립은 이미 되어 있으며, 부당노동행위가 문제된다는 것(대법원의 판례법리는 아니라는 것을 서술하였음), ② 투고논문 5쪽 상단에서 '우리나라에서의 법리에서도 주목할만 한 것'이라고 하였는데, 이미 대법원 2010. 3. 25. 2007두8881판결(현대중공업)에서 고용관계 없어도 부당노동행위의 사용자가 될 수 있어, 표현을 고칠 필요성이 있다는 것(일본과의 입법차이를 결론에서 수정하여 서술하였음), ③ '일본 노동위원회와 비교할 때 법원은 매우 협소하게 이를 해석'라는 의미에 대하여 그 이유를 설명하여 주었으면 하는 것(본고에서 검토하고 있는 최근의 최고재판소판례를 소재로 하급심의 태도에서 알 수 있다는 것을 서술하였음), ④ 최고재판소의 판결에 동조하는 입장(노조법상의 근로자 개념을 근로계약 또는 이에 준하는 관계에 있는 자에 대해 한정 해석하는 견해)에 대한 소개도 병행하는 것이 좋겠다는 지적이었다(학설에서는 큰 이견이 없다는 것을 서술하였음). 관련되는 부분에서 수정 보완할 수 있었던 것에 대하여 재삼 감사드린다.

II. 노동기본권보장 법리의 특징

1. 노동조합설립 보장의 특징

우리나라 헌법 제33조와 같이 일본의 경우에도 헌법 제28조에서 근로자의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장하고 있다.

그런데 우리나라의 경우 노동조합설립 및 가입은 노동관계법상의 근로자가 아닌 자가 가입하게 되면 노동조합설립신고서가 반려될 수도 있으며(제2조 4호 및 제12조 제3항), 이 경우 노동조합이라는 명칭을 사용하여서도 아니된다(제7조 제3항).¹¹⁾ 따라서 우리나라에서는 노동관계법상의 근로자가 아니면 노동조합 결성 그 자체가 금지되게 된다.

그러나 일본의 경우 노동조합 결성 그 자체와 관련하여 근로자성이 문제되는 경우는 보이지 않는다. 물론 일본 노동조합법 제3조의 근로자 정의 또한 ‘직업의 종류를 불문하고, 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’라고 규정하고 있어, 우리나라와 같은 내용의 근로자 정의규정을 두고는 있으나, 일본의 경우 노동조합 설립신고 제도를 전제로 노동조합설립을 인정하고 있지는 않다는 것에 주목할 필요가 있다. 따라서 일본의 경우 우리나라에서는 노동조합에 가입을 하게 되면 노동조합으로서 신고증을 교부받을 수 없는 위임이나 도급에 의한 노무에 종사하는 자가 노동조합에 가입한다고 하더라도 특별히 당해 노동조합에 대하여 그 적격성이 문제되지 않는다는 것이다.

이러한 노동조합이 노동기본권행사와 관련하여 특별히 문제되는 경우는 부당노동행위구제신청 등과 같은 일정한 행정서비스를 제공받기 위해서는 노동위원회에 의한 자격심사를 거쳐야하는데,¹²⁾ 이 단계에서는 노동

11) 제93조(벌칙)는 “다음 각호의 1에 해당하는 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제7조제3항의 규정에 위반한 자”라고 규정하고 있고, 대법원은(2008.9.11. 선고 2004도746 판결), “원심은 그 판시와 같은 이유로 위 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없고 이를 위반할 경우에 처벌하는 조항이 근로자들의 평등권 및 단결권을 침해하고 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다고 판단하였는바, 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 그 판단에 상고이유 주장과 같은 헌법위반 등의 잘못이 없다.”고 한다.

12) 노동조합법 제5조 제1항은, 노동조합은 노동위원회에 증거를 제출하여 자주적인 노

조합법상의 근로자가 아닌 자가 노동조합을 결성하고 가입하고 있다면 그 적격성에 문제가 제기될 수 있을 것이다. 그런데 이러한 노동조합 적격성 심사에 있어서도 이러한 문제가 현실화 된 경우는 보이지 않으며,¹³⁾ 문제가 된 것은 후술하는 판례법리에서 알 수 있는 바와 같이 이들 노동조합이 단체교섭을 신청하는 경우에 상대방인 사용자(putative employer)가 이를 거절하는 경우의 부당노동행위의 성립과 관련하여 문제가 발생할 뿐이다.

우리나라의 노동관계법과 일본의 노동조합법상 근로자 개념은 노동조합설립신고제도의 유무와 관련하여 자연스럽게, 전자의 경우 앞서의 사례에서 알 수 있는 바와 같이 노동조합설립신고와 관련하여 당해 노동조합의 적격성과 관련하여 문제가 발생되고 있고, 후자의 경우에는 노동조합의 단체교섭과 관련하여 문제가 발생하고 있는 것으로 이해할 수 있다.¹⁴⁾

필자의 사건을 피력한다면, 헌법상 노동기본권이 보장되고 있는 법체계 하에서는 근로자들의 노동조합설립은 완전하고도 충분한 자유설립주의로 하되, 설립 이후의 구체적인 권리행사 단계에서, 즉 노동쟁의신고를 통한 조정제도의 향유, 노동위원회에 대한 부당노동행위 구제신청 등과 같은 경우에, 일정한 적격성 여부를 심사하는 것은 가능하다고 생각된다. 최근에 문제되고 있는 골프장 경기보조원의 노동조합설립문제 또한 우리나라의 노동조합결성과 관련한 문제점을 노정하는 것으로 볼 수 있다. 필자는 이러한 점에서 우리나라의 노동조합설립문제는 일본의 노동조합설립제도와 같이 결성권 보장, 그 이후의 구체적인 권리보장은 당해 사례에 따라 판단할 문제로 접근하는 방식으로 전환하여야 할 것으로 생각한다.¹⁵⁾

동조합이라는 것, 사용자로부터 경비의 지원을 받지 않는 다는 등의 규정에 적합하다는 것을 입증하지 아니하면 동법상의 절차에 참여할 자격이 없고, 동법상의 구제가 부여되지 않는다고 규정하고 있다.

- 13) 일본의 경우 노동조합에 심지어 학생이 가입하고 있는 경우라고 하더라도 노동조합법상의 근로자가 노동조합활동을 주도하고 있다면 노동조합으로 인정되는 것으로 해석되고 있다. 민주시민을위한변호사모임(역)/西谷敏(저), 일본노동조합법, 박영사, 2009, 92-94쪽.
- 14) 崔弘曄, '集團的勞使關係法上の勞働者概念', 『노동법논총』 제21집, 한국비교노동법학회, 2011, 196쪽.
- 15) 불필요한 사회적 갈등을 없애는 측면뿐만 아니라, 논리적인 측면에서도 노동조합결

2. 단체교섭당사자로서의 노동조합

우리나라의 경우 노동조합으로서 설립되어 행정관청으로부터 신고증을 교부받게 되면 노동조합으로서의 적격성이 인정되는 것이기 때문에 설립 신고증만 교부받게 되면 그 후의 노동관련법상의 보호문제는 전면적으로 발생하게 된다. 예를 들면 단체교섭의 당사자 문제의 경우 조합원 가운데 특정 회사의 근로자를 포함하고 있다면 이들 근로자(들)를 위하여 당해 근로자의 사용자에게 단체교섭을 신청할 수 있게 되며(단 한명의 근로자를 위한 단체교섭도 가능), 사용자는 정당한 이유없이 이를 거절할 수 없다(노동관계법 제29조, 제30조, 제81조 4호). 바꾸어 말하면 우리나라에서는 노동조합이 설립되어 행정관청으로부터 신고증을 교부받은 경우에는 자신들의 조합원을 위하여 적법한 단체교섭사항에 대하여 조합원의 사용자 내지 사용자단체를 상대로 하여 단체교섭을 청구하게 되면(복수노동조합이 설립되어 있는 경우에는 단체교섭창구단일화 절차에 의하여) 원칙적으로 사용자는 이에 응할 의무를 지게 되고, 사용자의 거절은 예외적으로 정당한 이유가 없는 경우에 한정하여 인정되는 것에 지나지 않는다.

반면에 일본의 경우에는 노동조합설립 및 가입의 자유가 보장되나 노동쟁의 조정, 부당노동행위 구제신청 등과 같은 행정서비스를 받고자 하는 경우에는 노동위원회의 자격심사를 받아야 한다. 따라서 노동조합이 결성되어 있다고 하여 원칙적으로 단체교섭권을 당연히 갖는 것은 아닌 것이다. 왜냐하면 노동조합이 결성되어 있다고 하더라도 노동조합으로서의 실체를 갖고 있다는 것 자체로서 곧 단체교섭의 당사자로서의 지위를 갖는 것은 아니기 때문이다. 그러나 평상시 노동조합으로서 조직을 갖추

성 그 자체를 제한하는 형태의 접근은 스스로 한계를 지닐 수밖에 없기 때문이다. 하나의 예를 들면 판례법리에 따르면 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직활동 중인 자의 경우에는 초기업단위의 노동조합결성을 보장하면서, 학습지교사 등과 같은 노무에 종사하는 자들에게는(그 가운데는 절대 다수가 임시적으로 종사하는 것으로 인식하고 있음) 근로자가 아니라고 하여 노동조합결성 내지 가입 그 자체를 금지하고(따라서 노동조합을 통하여 다른 직장을 찾기 위한 정보를 얻는 길을 차단함), 나아가 그러한 자들이 가입한 노동조합을 노동조합으로 보지 않고 이들이 가입하거나 결성한 단체가 노동조합이라는 명칭을 사용하는 것만으로 형사처벌의 대상이 된다는 현행법체계를 과연 합리적으로 이해할 수 있는 것인가 하는 의문이 남는다.

고 활동하는 것에 사실상 아무런 제한을 받지 않던 노동조합이라고 하여도, 조합원을 위하여 당해 조합원과 근로계약 내지는 일정한 노무공급관계를 맺고 있는 사용자 등에 대하여 단체교섭을 청구하는 경우에, 당해 조합원이 과연 사용자라고 주장하는 자와의 관계에서 노동조합법상의 보호(부당노동행위 구제신청 등) 주체로서의 근로자 지위를 갖는가 하는 문제가 발생하게 된다. 반대로 노동조합으로서 자격심사를 거쳐 법인으로서 등기를 한 경우에는 부당노동행위성립시 그 구제신청 등을 포함하여 노동조합법상의 보호를 받게 됨은 물론이다.¹⁶⁾

여기서 일본에서는 종래 노동조합법상의 근로자 개념에 대하여, 노동위원회는 다소 완화된 형태의 근로자 개념을 인정하면서 부당노동행위구제신청을 받아들이는 경향이 강하였지만, 최고재판소의 노동조합법상의 근로자 개념 판단 이후에도 이하의 하급심 법원의 경우는 여전히 매우 협소하게 이를 해석하여 왔다고 할 수 있다.

이하에서 항을 바꾸어 일본 최고재판소 판례를 중심으로 노동조합법상의 근로자 개념을 어떻게 판단하여 왔고, 나아가 현시점에서의 도달점에 대하여 보기로 한다.

Ⅲ. 최고재판소의 판례법리

노동조합법상의 근로자인지 아닌지를 판단하기 위해서는 구체적인 노무공급형태에 대한 사실관계가 매우 중요하다고 할 수 있다. 따라서 이하의 최고재판소 사례에 대하여 사실관계를 비교적 구체적으로 보면서 노동자성에 대한 판단을 검토하기로 한다.

16) 노동조합법상의 근로자 개념과 관련하여 논란이 될 수 있는 프로야구선수회와 같은 조직이라고 하더라도 노동위원회로부터 자격심사증명서를 교부받았다면, 동 일본프로야구회(선수들을 구성원으로 함)는, 각구단이 소속한 센터리그와 퍼시픽리그의 어느 한쪽의 연맹에 소속하게 되어 있고 이 양 연맹과 각 구단 사이에 일본프로페셔널야구협약을 체결하여 프로야구조직을 구성하고 있는 상황에서 위 프로야구조직에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있다고 한 사례가 있다(東京高等裁判所, 2004.9.8, 勞働判例879号, 92쪽. 상세한 것은, 山田哲, ‘プロ野球組織の団体交渉における当事者適格’, 『勞働判例解説集』(第2卷), 日本評論社, 2009, 249~252쪽).

1. CBC管弦樂團事件

이 사건은 노동조합법상 근로자 개념이 단체교섭을 요구할 수 있는 주체로서의 근로자가 문제된 사안으로 후술하는 최근의 최고재판소판결까지 리딩케이스로 자리매김하여 오고 있었다.

우리나라에서 일찍부터 소개되어 오고 있는 사례인데, 사실관계의 개요를 보면 다음과 같다. CBC방송회사는 관현악단을 만들어, 악단원과 방송출연계약을 체결하였는데, 처음에는 전속출연계약으로 출발 하여, 갱신도 가능한 1년간 계약기간으로 하여, 악단원은 동 회사가 지정하는 일시, 장소, 방송프로그램 내용 등에 따라 방송출연 의무를 부담하면서, 다른 회사로의 출연계약은 금지되었다. 그 후 위 전속출연계약은 자유출연계약이라는 이름으로 바뀌었고, 따라서 악단원의 다른 회사로의 출연계약은 자유롭게 되었으나, 동 방송회사의 출연발주가 있으면 지정된 방송프로그램에 우선적으로 출연할 의무를 지게 되었다. 이러한 상황 하에서 악단원들은 노동조합을 결성하여 CBC방송회사에 대하여 단체교섭을 요구하였으나, 동 회사는 악단원이 노동조합법상의 근로자 아니라는 이유로 단체교섭을 거절하였다.

최고재판소는 일반적인 판단법리를 전개하기 보다는 근로기준법상의 근로자 판단에서 사용되어 온 여러 사정들을 종합하여 판단하는 형태를 취하였다. 세 가지의 측면에서 노동조합법상의 근로자 여부를 판단하였는데, ① 사업조직으로 편입, 즉 출연에 관하여 악단원들에게 어떠한 의무도 부여하지 않고 단순히 임의의 협력만을 기대한 것으로 해석되지 않고 오히려 원칙적으로 발주에 따라서 출연하여야 할 의무가 있다는 것을 전제로 하면서, 예외적으로 개별사안에 따라 다른 회사출연을 이유로 출연하지 못하는 경우가 있더라도 그 자체로 당연히 출연계약위반의 책임을 묻지 않겠다는 취지의 계약이라고 판단한 것, ② 노무제공과정에서의 지휘감독에 대하여, 악단원은 그 활동의 성격상 회사로부터 시시때때로 일정한 시간적 구속을 받는 것은 아니어서 출연시간 이 외의 경우에는 원칙적으로 자유이지만, 필요한 경우에는 수시로 일방적인 지시에 의하여 악단원에게 출연을 요구할 수 있고, 악단원이 원칙적으로 이에 따를 의무

가 있는 이상, 예컨대 회사의 사정으로 출연시간이 감소한 경우라고 하더라도 악단원의 출연노동력을 처분함에 있어서 지휘명령의 권능을 갖는 것은 아니라고 할 수는 없다는 것, ③ 보수의 노무대가성에 관하여, 악단원의 출연 보수는 유명예술가와는 달리 연주에 따른 예술적 가치를 평가한 것이라기보다는 연주라고 하는 노무제공 그 자체의 대가로서 보는 것이 상당하다고 하면서, 이 일부인 계약금은 악단원의 생활에 기여하는 자금으로서 일정한 안정된 수입을 부여하기 위한 최저보장급으로서의 성질을 갖는다고 판단하였다.

결론적으로 노동조합과의 단체교섭 거부는 정당한 이유가 없는 것으로서 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.¹⁷⁾

2. 新國立劇場運營財團事件

新國立劇場運營財團은 오페라공연 합창단원 가운데, 원칙적으로 연간 모든 공연에 출연이 가능한 계약멤버에 대하여는 매년 기본계약을 체결하고 나아가 각 공연별로 출연계약을 체결하고 있었다. 오페라가수인 甲은 계약멤버로서 있었는데 2003년에 다음의 시즌에 계약멤버에 불합격이라는 통보를 받고, 자신이 가입한 노동조합이 이와 관련하여 단체교섭을 요구하였지만, 동 재단은 甲과의 사이에 고용관계가 없다는 것을 이유로 위 단체교섭을 거부하였다. 이에 노동조합이 동 재단을 상대로 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 하였고, 이에 지방노동위원회 및 중앙노동위원회는 동 재단에 대하여 단체교섭에 응할 것을 내용으로 하는 구제명령을 내렸다. 뒤이어 동 재단이 중앙노동위원회를 상대로 동 구제명령을 취소를 구하는 소를 제기하였다.

동경지방법재판소는, 甲이 연간 230일 동안 시간적인 구속을 받으면서 공연수입으로 생활하고 있지만, 노동조합법상 근로자인지 여부는 법적인 지휘명령, 지배감독관계의 유무에 따라 판단하여야 할 것이고, 경제적인 약자인가의 여부는 결정적인 요소가 아니라고 하면서, 계약멤버는 기본계약을 체결하는 것만으로는 개별공연출연의무를 부담하는 것은 아니며, 개별

17) 最高裁判所1976.5.6. 最高裁判所民事判例集30卷4号, 437쪽.

공연출연계약을 체결하지 않는 한 개별공연업무수행을 위한 일시, 장소, 방법 등의 지휘감독은 미치지 않는다는 것, 기본계약을 체결하는 것으로는 보수의 지급도 없다는 것, 예정된 공연 이외의 출연은 사실상의 문제이지만 요구받는 것도 아니기 때문에 지휘명령, 지배감독관계는 희박하다는 것 등에서 甲은 노동조합법상 근로자에 해당되지 않는다고 판단하여 부당노동행위의 성립을 부정하였다.¹⁸⁾ 동경고등재판소 또한 계약멤버의 경우에는 법적인 지휘명령 내지는 지배감독관계의 성립을 인정할 여지가 없다고 하고, 나아가 개별공연출연계약을 체결할 것인가 아닌가 하는 자유, 즉 공연별로 노무제공의 승낙의 자유가 있다고 하여, 원심인 동경지방법재판소의 판결을 유지하였다.¹⁹⁾

그러나 최고재판소는, ① 출연기본계약서는 동 재단이 시험적인 심사를 거쳐 일정수준 이상의 가창능력을 가진 것으로 인정되는 자를 원칙적으로 연간 시즌의 모든 공연에 출연이 가능한 계약멤버를 확보함으로써 공연들을 원활하고도 확실하게 수행할 것을 목적으로 체결된 것이라고 말할 수 있기 때문에 계약멤버는 공연실시에 불가결한 가창노동력으로서 동 재단의 조직에 편입되어 있다고 볼 것, ② 계약멤버는 출연기본계약서 체결에 있어서 동 재단으로부터 모든 개별공연에 출연하기 위하여 가능한 한 조정을 다하도록 요망된다는 것, 동 계약서에는 재단은 계약멤버에 대하여 재단이 주최하는 오페라공연에 출연할 것을 의뢰하면 동 멤버는 이를 승낙할 것, 계약멤버는 개별공연에 출연하고 필요한 연습 등에 참가하며, 기타 개별공연에 부수하는 업무로서 동 재단과 합의하는 것을 행한다고 기재되어 있고, 공연일람표에는 공연명, 공연시기, 상영횟수, 당해 계약멤버의 출연유무 등이 기재되어 있는 것 등에 비추어 보면, 비록 출연기본계약서 조항에 개별공연출연계약의 체결을 의무화하는 규정이 없고, 계약멤버가 개별공연에 대한 출연을 사퇴하는 것을 이유로 동 재단으로부터 재계약시에 불이익한 취급을 받는다는지 제재를 받는다는지 하는 것은 없었다고 하더라도 그것을 갖고 계약멤버가 아무런 이유도 없이 완

18) 東京地方裁判所, 2008.7.31, 勞働判例967号, 5쪽.

19) 東京高等裁判所, 2009.3.25, 勞働判例981号, 13쪽.

전히 자유롭게 공연을 사퇴할 수 있었다고 말할 수 없으며, 오히려 계약 멤버가 개별공연출연을 사퇴한 예는 출산이나 육아 또는 다른 공연출연 등의 사유와 같은 매우 미미한 정도에 머물고 있었다는 것을 보면, 계약 멤버는 기본적으로 동 재단으로부터의 개별공연출연 제의에 응하여야 하는 관계에 있었던 것으로 보는 것이 상당하다는 것, ③ 출연기본계약의 내용을 보면, 동 재단이 일방적으로 결정하고 있었고, 계약멤버의 가창노무제공의 태양도 오로지 동 재단이 연간시즌의 공연건수, 공연제목, 각 공연의 일정 및 상연횟수, 이에 요구되는 연습의 일정, 연습위한 합창단의 구성의 일방적인 결정 등으로 계약멤버의 교섭의 여지가 없었다는 것, ④ 계약멤버는 동 재단이 결정한 일정 등에 따라 동 재단이 지정하는 일시 및 장소에서 각 공연에 따른 가창노무를 제공하고 있었고, 가창노무제공의 방법이나 내용에 관하여는 동 재단이 선정한 가창지휘자 등의 지휘를 받았고, 00참가 상황에 관하여는 동 재단의 지휘 감독을 받고 있었기 때문에, 계약멤버는 동 재단의 지휘감독 하에서 가창노무를 제공하고 있었다는 것, ⑤ 공연이나 연습의 일시나 장소 등은 동 재단이 일방적으로 결정하고 있었고, 계약멤버인 甲이 공연에 출연하거나 연습에 참가하기 위하여 신국립극장에 나간 일수가 1년간 230일이라는 사실은 계약멤버는 시간적으로도 장소적으로도 일정한 구속을 받고 있었다는 것, ⑥ 계약멤버는 동 재단의 지시에 쫓아서 공연 및 연습에 참가하여 가창노무를 제공한 경우, 출연기본계약서 별지 보수일람표에서 들고 있는 단가 및 계산 방법으로 산정된 보수의 지급을 받고 있었기 때문에 예정된 시간을 초과하여 연습에 참가한 경우에는 초과시간에 따라 구분된 초과연습수당도 지급되고 있었고, 甲에게 지급된 보수의 합계는 연간 약 300만엔이었기 때문에²⁰⁾ 그 보수는 가창노무제공 그 자체에 대한 대가로 보는 것이 상당하다는 것, ⑦ 종합적으로 이상의 제반의 사정을 고려할 때에 계약 멤버인 甲은 동 재단과의 관계에 있어서 노동조합법상의 근로자에 해당하는

20) 이 금액은 대략 동경에서 1인이 원룸 등을 통하여 월세를 낸다면 매우 절약하는 것을 전제로 겨우 생활할 수 있는 정도의 금액이라고 하겠다. 필자가 동경에서 약 25년 전에 월 21만엔 정도의 당시 문부성장학금을 수령하였는데 그 금액이 결코 적지 않은 경우였음에도 불구하고 3인 가족기준으로 유학생 생활이라는 단순한 생활을 유지하는 정도였다.

다고 봄이 상당하다고 하고, 이를 전제로 하여 甲이 동 재단으로부터 불합격통지를 받은 것과 단체교섭에 응하지 않은 것에 대한 부당노동행위 성립 여부에 대하여 심리를 더하도록 하기 위해 동경고등재판소의 판결을 파기하고 이를 환송하였다.²¹⁾

3. INAX메인テナンス (メンテナンス) 事件

INAX메인テナンス회사는 일본의 유명한 위생생활도기산업을 영위하는 회사로서 애프터서비스를 위하여 INAX가 100%출자한 자회사이며, 동 자회사가 취급하는 업무는 모회사제품인 변기, 세면기 등의 위생기, 욕조, 세면화장대, 온수세정변좌기, 가스·석유급탕기, 타일 등의 수리 및 유지관리로서 취급하는 부품과 부품수는 방대한 것으로 알려지고 있다.

자회사의 업무에 종사하는 사원의 대부분이 전국에 약 500인 이상인 고객기술직(customer engineer, CE)으로 구성되어 있다. CE는 개인사업자로 위 자회사와 업무위탁계약을 체결하고 있으나, 업무수행에 있어서 수리·보수 등의 의뢰에 대하여 거의 쉬는 시간도 없이 대응하여 왔고, 수리를 위뢰한 고객과의 관계에서는 위 자회사의 사원으로서 접하여 왔으며, 위 자회사로부터 배급받은 제복과 명찰을 달고 업무를 수행하여 왔다. 때로는 개인고객으로부터 이치에 맞지 않는 불평이나 수리요청에 대응하는 경우도 있었다. CE는 자회사로부터 독립하여 업무를 수행할 의사도 없었고 능력도 없었는데, 예를 들면 CE가 직접고객과 거래하여 위 자회사제품을 개인적으로 판매하기라도 하면 위 자회사로부터 계약해제를 당하기도 하였다. 또한 CE는 위 자회사가 지불율의 인하나 휴일출근 등 무리하면서도 어려운 문제를 부탁하여도 이를 거절할 수 없는 상황이었다.

이러한 상황 하에서 CE가 특히 직접고객과 거래하여 위 자회사제품을 개인적으로 판매하기라도 하면 위 자회사로부터 계약해제를 당하는 것에 불안을 느껴 이에 노동조합을 결성하였고, 단체교섭사항으로 부당노동행위를 하지 않을 것, 조합원의 근로조건 변경 및 계약내용변경은 노동조합과 사전협의하고 합의에 의하여 할 것, 조합원의 수당, 할증임금, 출장비

21) 2011.4.12, 勞働法律旬報1745号, 勞働旬報社, 76쪽.

용 등을 지불할 것, 조합원의 연수입보장(최저 550만엔), 대여하는 기자재 손상을 회사가 부담할 것, 산업재해보상보험에 가입시켜줄 것 등을 주장하여, 위 자회사에 단체교섭을 요구하였으나, 위 자회사는 CE들은 노동조합법상 근로자가 아니라는 것을 이유로 이를 거절하였고, 노동조합은 노동위원회에 부당노동행위구제신청을 하였다.

오사카부(府)노동위원회는 CE는 노동조합법상 근로자라고 인정하고 위 자회사에 대하여 단체교섭에 응할 것과 사과문게재를 명하였고, 중앙노동위원회도 위 위원회의 구제명령을 지지하였다. 동경지방법판소는 중앙노동위원회의 구제명령을 지지하였고 나아가 긴급명령까지 명하였으나,²²⁾ 동경고등재판소는 1회의 심리만으로 중앙노동위원회의 구제명령을 취소하였다.²³⁾

최고재판소는, 앞의 신국립극장운영재단사건에와 거의 같은 판단요소를 갖고 구체적으로 판단하였다(다만, 대가의 보수성은 판단요소에 들어 있으나 보수액에 관하여는 없음). 그 판단요소별로 보면, ① 자회사의 주된 업무를 CE가 담당하고 있었다는 것, 업무일과 휴일을 지정하고, 일요일 및 공휴일에도 교대로 업무를 담당하도록 요청한 사실에서 자회사의 조직에 편입되어 있었다고 보는 것이 상당하다는 것, ② 업무위탁계약의 내용은 자회사가 정한 각서에 의하여 규율되고 있었으며, CE측이 변경할 수 있는 여지가 없었기 때문에 회사가 CE와의 계약체결에 있어서 일방적으로 결정하고 있었다고 보아야 할 것, ③ CE의 보수는 자회사가 결정한 고객 등에 대한 청구금액에 자회사가 결정한 급수별로 정한 일정률을 곱하여, 여기에 시간외수당 등에 상당한 금액을 가산한 금액을 지급하는 것으로 이는 노무의 제공에 대한 대가로서의 성질을 갖는 다는 것, ④ 자회사로부터 수리업무를 의뢰받은 경우 CE는 업무를 곧바로 수행하여야 하고, 위 의뢰를 거부한 경우의 비율은 1%정도에 지나지 않으며, 위탁업무 계약은 자회사가 이의가 있는 경우 갱신되지 않는다는 것, 보수액은 자회사가 결정하는 급수에 따라 차이가 발생하고, 담당지역도 자회사가 결정

22) 東京地方裁判所, 2009.4.22, 勞働判例982号, 17쪽.

23) 東京高等裁判所, 2009.9.16, 勞働判例989号, 12쪽.

한 사실 등에 비추어 볼 때에, 위 업무의뢰에 대한 거부를 이유로 채무불 이행책임을 추궁당하는 경우가 없었다고 하더라도, 자회사의 수리보수 등의 의뢰에 응하는 관계에 있었다고 보는 것이 상당하다는 것, ⑤ CE는 자회사가 지정한 담당지역 내에서 자회사로부터 의뢰받은 수리업무를 수행한 것, 원칙적으로 업무일 오전 8시 30분부터 오후 7시까지 자회사로부터 발주연락을 받고 있었고, 고객에게 가서 일을 할 때에는 자회사의 제복과 명찰을 휴대하여 작업함으로써 자회사의 사업이라는 것을 나타낸 것, 업무종료시 업무내용에 관한 보고를 하였으며, 전국적인 기술수준의 확보를 위하여 CE로서의 마음가짐과 역할,接客태도 등에 이르기까지 기재된 각종 매뉴얼을 받았고, 이 매뉴얼에 따라 업무를 수행하도록 요구받는 등, CE의 업무수행과정에 그 방법을 비롯하여 자회사의 지휘감독 하에서 업무가 이루어진 것, 업무수행의 장소 및 시간에 있어서 일정한 제약을 받았다고 할 수 있다는 것 등으로부터 노동조합법상의 근로자에 해당한다고 하였다. 결론적으로 위 단체교섭요구사항이 의무적인 교섭사항에 해당하며,²⁴⁾ 정당한 이유가 없는 단체교섭거부로서 부당노동행위에 해당한다고 하여, 동경고등재판소의 판결을 취소하였다.²⁵⁾

4. 朝日放送事件

아사히방송사건은 노동조합법상 사용자 개념이 문제된 사건으로 유명하다. 그러나 단체교섭의 당사자로서의 지위와 관련한 것이기 때문에, 이를 반대로 해석하면 노동조합법상의 근로자 개념과 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있어 이를 보기로 한다. 다른 한편 일본의 노동조합법 제3조는 근로자의 정의를, 동 제7조 2호에서는 부당노동행위의 유형 가운데 ‘고용하는 근로자’대표와의 정당한 이유없는 단체교섭거부를 금지하고 있어, 후술하는 검토에서 보는 바와 같이 고용하는 근로자를 설정함에 있어서 근로계약의 당사자뿐만 아니라 사용자개념의 확대를 통한 단체교섭권관

24) 일본 최고재판소가 단체교섭사항에 대하여 의무적인 교섭사항이라고 한 것은 이 사건이 처음이다.

25) 2011.4.12, 勞働法律旬報1745号, 勞働旬報社, 81쪽.

련 사건의 해결이 필요로 하는 부분도 있다는 것, 학설에 따라서는 일본 노동조합법 제7조 2호의 ‘고용하는 근로자’에서 문제되는 것은 사용자 개념이라는 것을 강조하는 입장도²⁶⁾ 있기 때문에 여기서 부언하여 두고자 하는 것이다.

먼저, 사건의 개요를 보면 다음과 같다.

아사히방송사건은 피상고인인 동 방송회사가, 민간방송회사로부터 텔레비전 프로그램 제작을 위한 영상촬영, 필름촬영, 조명 등의 업무를 도급받아 운영하는 소외회사 A 및 B, 그리고 A의 조명업무를 도급받은 C회사의 종업원들을, 자신의 방송프로그램제작을 위한 업무에 종사시켰다. 아사히방송회사와 이들 A, B, C회사와의 사이의 도급계약에는 작업내용이나 파견인원에 따른 일정액의 비율로 산출된 도급대금을 지불하는 것으로 되어 있었다.

반면 상고보조참가인인 노동조합은 일정 지역 내 민간방송회사 등의 도급업무를 수행하는 기업들의 종업원들로 구성되어 있으며, 위 A, B, C회사 종업원 70명 가운데 7명이 노동조합에 가입하고 있었다.

아사히방송회사는 방송프로그램 제작에 앞서 매월 1개월간의 방송프로그램제작 순서를 정하는 편성일정표를 작성하고, 이를 A, B, C에게 교부하며, 위 일정표에는 일별로 제작프로그램명, 작업의 시업 및 종업시간, 작업장소 등이 기재되어 있었고, 이들 수급인 회사들은 1주간 또는 10일마다 프로그램 연락서를 작성하여 누구를 어떠한 프로그램 제작업무에 종사하게 할 것인가 하는 것을 결정하는 형태를 취하였으나 실제로는 파견되는 종업원은 거의 동일인으로 고정되어 있었다.

A, B, C회사의 종업원들은 아사히방송회사의 업무에 종사함에 있어서, 각자 담당하는 프로그램편성일정표에 따르는 한편, 아사히방송회사가 작성하여 교부하는 대본 및 제작진행표에 따른 작업내용, 작업절차 등의 지시에 따라, 아사히방송회사가 지급 내지 대여하는 기자재를 사용하여, 동 회사의 작업질서에 편입되어 진행되는 형태였고 동 회사의 종업원들과 함께 일을 하였다. A, B, C회사의 종업원들은 업무수행과정은 아사히방

26) 毛塚勝利, “妥当な結論だが、不透明さを増やす判断枠組み”, 労働法律旬報1745号, 労働旬報社, 34쪽.

송회사 디렉터의 지위감독 하에서 행하여졌고, 디렉터는 작업시간을 변경한다든지 예정시간표를 초과하여 작업을 한다든지 할 필요가 있는 경우에 자신의 판단으로 위 3사 종업원에게 지시를 하였고, 휴게시간의 결정에 있어서도 언제 어느 정도의 시간을 가질 것인가 하는 것도 작업의 진행상황에 따라 스스로의 판단에 의하여 이를 결정하였다.

위 3사 종업원들의 근무시간 등에 대한 판단은 당해 종업원들의 신고에 의하여 출근표에 기재되고 3사가 이에 근거하여 잔업시간을 계산하여 매월 임금을 지급하여 왔다. 위 3사는 각각 취업규칙을 작성하고 있었고, 노동조합과 임금인상 등에 대한 단체교섭을 하여 단체협약을 체결하고 있었다.

이러한 상황에서 위 노동조합은 아사히방송회사를 상대로 임금인상, 일시금 지급, 수급인회사 종업원의 사원화, 휴게시설치 등을 포함한 근로조건들에 대하여 단체교섭을 요구하였지만 동 회사는 자신은 이들 수급인회사 종업원들에 대한 관계에서 사용자의 지위에 있지 않다고 하면서 이를 거절하였다.

오사카부노동위원회 및 중앙노동위원회는 아사히방송회사는 위 단체교섭을 거부하여서는 아니된다는 부당노동행위 구제명령을 내렸다.

이에 아사히방송회사는 위 부당노동행위 구제명령의 취소를 구하는 소송을 제기하였고, 동경지방법재판소는 부당노동행위구제에 있어서 사용자를 근로계약의 당사자인 사용자에게 한정하는 것은 정당하지 않다고 하면서, 부당노동행위의 취지, 목적, 노동조합법 제1조의 목적, 사용자에게 부과되는 여러 의무 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다는 일반적인 기준을 제시한 뒤에, 위 3사들에게 자신의 근로자들과 같이 지휘, 감독, 기타 노무제공과정에서 문제가 된 여러 사정을 실질적으로 결정하여 직접적으로 지배하였기 때문에, 위 조합원들과 아사히방송회사와의 사이에는 노무제공에 대한 지휘, 감독이라고 하는 직접적인 관계가 존재한다고 인정하여, 노동조합법상의 부당노동행위 금지 주체로서의 사용자에게 해당한다고 하였다.²⁷⁾ 그러나 동경고등재판소는 실제로 근로자와 근로계약을 체

27) 東京地方裁判所, 1990.7.19, 勞働判例566号, 17쪽.

결하고 있는 경우에, 그것이 형식적인 것에 지나지 않고 실제로는 근로계약상의 사용자 이외의 자가 임금, 근로시간, 배치 등의 기본적인 근로조건을 결정하고, 근로자의 노무제공을 지휘명령하고 있는 것으로 상식적으로 판단할 수 있는 경우에 비로소 그 자를 사용자로 인정할 수 있을 것이라고 하면서, 위 3사는 사업주체로서 독립성을 갖추고 있고, 고용주로서 역할을 하고 있다고 하면서 위 3사가 이들 조합원들의 근로자라고 하여 동경지방법재판소의 판결을 취소하였다.²⁸⁾

다음으로 최고재판소의 판단을 보면 다음과 같다.

최고재판소는, 아사히방송회사는 실질적으로 볼 때에 근로조건을 결정에 있어서 위 조합원들의 기본적인 근로조건 등에 관하여 고용주인 3사와 부분적으로나마 동일시할 정도의 현실적이고도 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 자로 볼 수 있다고 하면서, 그 범위 내에서 노동조합법상의 부당노동행위의 주체로서의 사용자 지위를 갖는다고 하였고, 구체적으로는 아사히방송회사가 스스로 결정할 수 있는 방송프로그램 제작업무에 관한 근무의 할당 등 작업과 관련한 조건들에 대한 개선요구에 대하여는 정당한 이유없이 이를 거절할 수 없다고 하여 이 부분에 대한 부당노동행위의 성립을 인정하였다.²⁹⁾

5. 앞으로의 전망

일본 최고재판소의 최근의 두 사례에서의 판단은 종래 CBC관현악단사건에서의 종합적인 판단 방법을 계수한 것으로 이 선례의 법리의 방향에 놓여 있다고 할 수 있다. 앞서서도 말한 바와 같이 CBC관현악단사건 후 하급심에서는 다양한 고용형태의 현재화 과정에서 종합적인 판단의 방식이 아니라 비전형적인 노무제공형태에 대하여 이를 노동조합법상의 근로자로서 판단하는 것에 매우 인색하였다는 것은 사실이다.

이러한 관점에서 볼 때에, 후술하는 바와 같은 판결의 한계는 별론으로 하더라도, 최근의 두 사건에서의 최고재판소의 판결은 매우 의미있는 판

28) 東京高等裁判所, 1992.9.16, 勞働判例624号, 64쪽.

29) 最高裁判所民事判例集49卷2号; 勞働判例668号, 11쪽.

결이라고 할 수 있을 것이며, 앞으로의 노동조합법상의 근로자 판단에 있어서 하급심 등에 결정적인 영향을 미칠 것으로 예상된다.³⁰⁾

IV. 검토

최고재판소는 新國立劇場運營財団事件 및 INAX메인テナンス(メンテナンス)事件에서 악단원 및 CE들의 노동조합법상의 근로자성을 인정하였다. 이러한 점은 일본 내에서 학자들이나 특히 노동자측 변호사들로부터 환영받고 있다.³¹⁾ 그러나 ① 노동조합법상의 근로자성 판단에 대한 일반 법리를 전개하지 못하였고 CBC관현악단사건에서와 같이 사례판단만을 하였다는 한계가 있다는 것, ② 노동조합법 제3조의 근로자 정의와 동법 제7조 2호의 ‘고용하는 근로자’와의 관계에 대하여 정면으로 논하지 않았다는 것에 대한 한계가 있었다는 지적이 공통적이다.³²⁾

- 30) 빅터서비스엔지니어링(ビクターサービスエンジニアリング)사건은 수리업무위탁계약을 체결한 경우의 사례인데, 개인대행점을 운영하면서 수리업무위탁계약을 체결한 자들이 노동조합을 결성하여 수리업무위탁계약서상의 위탁자에게 처우개선을 위한 단체교섭을 요구하였는데, 위 위탁자가 고용관계의 존재를 부정하면서 단체교섭을 거절한 사건이다. 동경고등법원은 고용관계가 존재하지 않는다는 위탁자의 손을 들어 주었는데, 현재 최고재판소에 계류 중이다. 일본 국내에서 동 판결의 내용이 최근의 최고재판소의 판결례에 따라 노동조합법상의 근로자로서 인정과 부당노동행위의 인정으로 나올 것이라는 것에 의문을 품는 자는 없다는 사실은 이를 잘 증명하여 준다고 하겠다. 이 재판과정에서 현실참여를 한 西谷敏교수의 의견에서 관하여는, “勞組法上の「労働者」の判断基準—ビクターサービスエンジニアリング事件に関する意見書”, 勞働法律旬報1734号, 勞働旬報社, 2-15쪽 참조.
- 31) 학설의 입장은 대체로 그 견해를 같이하고 있다고 할 수 있다. 판례입장에 상대적으로 가까운 해석론을 전개하고 있는 荒木尙志 교수도 위 최고재판소 판결에 대한 견해는 아니지만, 근로계약 당사자가 아니라고 하더라도 단체교섭 보호를 할 필요성 내지 적절성이 인정되는 경우에는 노동조합법상의 근로자를 긍정하여야 한다고 주장한다(「勞働法」, 有斐閣, 2009, 476쪽).
- 32) 이들 최고재판소판결에 대하여 노동법률순보는 특집을 냈다. 특집호에 실린 여러 논문들의 공통된 주장은 ①과 ②에 집중되고 있다. 최고재판소 근로자측의 변호인이었던, 宮里邦雄, “新國立劇場運營財団事件およびINAXメンテナンス事件の最高裁判決—その意義と射程”, 勞働法律旬報1745号, 勞働旬報社, 7-13쪽; 古川景一, “新國立劇場合唱団員事件”, 勞働法律旬報1745号, 勞働旬報社, 14-19쪽 등을 포함하여, 村田浩治·河村學, “INAXメンテナンス事件最高裁判決について”, 동 20-24쪽; 西谷敏, “ゆきすぎた形式主義に歯止めをかけた判決”, 동 24-30쪽; 毛塚勝利, 앞의 논문, 31-35쪽; 野田進,

검토에서는 이러한 점에 대한 논의들과 그 외 필자의 사건을 더하는 것으로 한다.

1. 최고재판소 판결에 대한 한계론

먼저, 노동조합법상의 근로자판단에 대한 일반적인 법리의 부재에 관하여서이다.

노동조합법상 근로자성의 판단 기준과 관련하여 일반론을 전개한 것으로 CBC관현악단사건에서의 조사관의 해설을 들 수 있는 정도이다.³³⁾ 그러나 그 내용은 법적인 판단에 입각한 것으로서³⁴⁾ 위 두 개의 최고재판소판결에 의하여 명백히 배척되었다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 위 최고재판소판결은 노동조합법상의 근로자성 판단에 관한 일반적인 기준은 제시하지 않고, CBC관현악단사건에서와 같은 사례판단을 하는 것에 그치고 있어, 근로기준법상의 근로자성과 노동조합법상의 근로자성의 구별에 대한 불명확성, 나아가 종합적인 판단이라는 형식을 취하고 있기 때

“勞働者性に關する最高裁二判決”, 동 36-40쪽; 和田肇, “勞組法上の「勞働者」に關する最高裁二判決を讀む”, 동 41-45쪽; 土田道夫, “勞組法上の勞働者—二つの最高裁判決を受けて”, 동 46-50쪽; 山川美貴, “勞組法上の勞働性—新國立劇場運營財團事件・INAXメンテナンス事件最高裁判決の意義・評価と今後の課題”, 동 51-55쪽; 矢野昌浩, “勞働組合法における勞働者概念—雇用勞働と企業組織をこえる勞働法にむけて”, 동 56-61쪽 등이다.

33) 佐藤繁, 最高裁判所判例解説民事編, 1976年度, 205쪽 이하.

34) 조사관해설은 노동조합법상의 근로자성에 대한 판단으로서의 일반론을 서술하고 있는데, 그 내용은, 근로기준법과 노동조합법상이 근로자를 구별하지 않고 취급하고 있다는 것, 최고재판소판결이 법적인 지휘명령만을 문제 삼고 있어 이른바 경제적인 종속성의 존부에 관하여는 문제시하지 않았다는 것, 일의 승낙의 자유가 법률상의 의무를 부담하는 관계로서 파악하고 있는 것 등의 점들에서 부적절하며, 전체로서 판결의 사정거리를 부당하게 좁게 해석하는 것이었고(村田浩治·河村學, 앞의 논문, 21쪽; 西谷敏, 앞의 논문, 26쪽), 실무상으로 하급심 등에 있어서 조사관의 해설은 많은 영향을 미친다는 점을 고려하면 이번에 최고재판소는 위 조사관의 해설과는 다른 입장을 보인 것으로 이해할 수 있다. 그러나 여전히 불법파견 내지는 위장도급의 판단에 있어서는 계약형식을 중중하는 판결이 이어지고 있으며, 이번 최고재판소판결이 이들 위장도급 등에 대한 판단에서 어떻게 변할 것인지 필자로서는 많은 관심을 갖고 있다(일본의 파견과 위장도급 등에 관하여는, 송강직, “일본 근로자파견과 위장도급의 쟁점”, 「노동법연구」 제29호, 서울대학교노동법연구회, 2010, 135-141쪽 참조).

문에 사전예측이 곤란하다는 한계를 극복하지 못한 것이다.³⁵⁾

이러한 최고재판소의 판결의 한계에 대하여, 학설은 노동조합법상의 근로자성 판단에 대한 일반론으로서 근로기준법상의 근로자성과의 구별기준 등에 대한 최고재판소의 견해를 밝히지 못한 것에 대하여 비판을 하고 있다.³⁶⁾

다음으로, 노동조합법 제3조의 근로자 정의와 동법 제7조 2호의 ‘고용하는 근로자’와의 관계에 관하여서이다.

일본 노동조합은 우리나라 노동관계법(노동기본권보장의 주체로서의 근로자 정의와 부당노동행위에서 보호되는 주체가 일치함)과는 달리(그럼에도 불구하고 우리나라의 법해석에 있어서도 실질적으로 동일한 문제가 발생할 수 있다는 것에 주의할 필요가 있음), 동법 제3조에서는 근로자의 개념에 ‘임금, 급여 기타 이에 준하는 수입에 의존하여 생활하는 자’로, 동법 제7조 2호에서 부당노동행위의 보호대상이 되는 자로서 ‘사용자가 고용하는 근로자’가 불일치하고 있어 이에 관한 논의가 일고 있다. 위 두 사건에서 최고재판소는 악단원 및 CE들의 노동조합과 단체교섭을 거부한 것이 사용자가 고용하는 근로자와의 관계인지를 판단하지 않고 단순히 노동조합법상의 근로자에 해당하게 때문에 이들과 단체교섭을 거부한 것은 사용자의 부당노동행위라고 판단하고 있다. 학설의 대부분은 노동조합법상의 근로자는 실업자도 포함될 수 있는 것이기 때문에 이를 넓은 의미로 파악하되, 부당노동행위성립과 관련하여서는 사용자가 고용하는 근로자에는 근로계약관계에 있지 않은 모회사 또한 자회사가 고용하는 근로자에 대한 관계에서는 이를 확대하여 적용하는 등 사용자개념의 확대를 통하여 가능하다는 입장,³⁷⁾ 노동조합법 제3조의 근로자는 단결권의 고유한 권리향유자로서의 문제로 보아야 하는데 판례는 이를 단체교섭시스템과 관련하여 고찰함으로써, 판례는 단체교섭거부사안에 있어서 노동조

35) 西谷敏, 앞의 논문, 30쪽.

36) 西谷敏 교수는 근로자성에 대한 일반적인 기준을 명시하지 않고 사례판단에 머문 것에는, 그 자체 어려운 작업이라는 것을 인정하면서 동시에 학설에서도 정설이 따로 형성되어 있지 못한 것도 최고재판소로 하여금 일반론을 전개하는 것에 주저하게 한 것은 아닌가 하는 지적을 한다(앞의 논문, 26쪽).

37) 毛塚勝利, 앞의 논문, 34쪽.

합법 제3조의 근로자성판단을 통하여 동법 제7조 2호의 근로자 해당 여부를 판단한 것이라고 하여 이를 비판하는 입장,³⁸⁾ 노동조합법 제3조는 특정한 사용자와 관계가 문제되는 것은 아니며 실업자도 근로자로 인정되는 것이기 때문에, 부당노동행위와 관련하여 고용하는 근로자라 함은 단체교섭과의 관계에서 이해하여야 할 것이라고 하는 입장,³⁹⁾ 근로기준법 제9조의 근로자 정의 가운데 ‘사용하는’ 것과 노동조합법 제7조 2호의 ‘고용하는’ 것과는 일치하지 않으며, 노동조합법 제7조 2호는 동법 제3조의 근로자로 볼 수 있는 자가, 문제가 발생하고 있는 기업과의 사이에 어떤 노무제공의 관계에 있는 것으로서 그 요건이 충족되는 것으로 해석하는 입장⁴⁰⁾ 등이 논의되고 있다.

2. 필자의 사건에서의 최고재판소판결의 의미

필자의 입장에서 위 新國立劇場運營財団事件 및 INAX메인트넌스(メンテナンス)事件의 최고재판소판결의 의미를 피력한다면 다음과 같은 세 가지로 요약할 수 있겠다.

첫째, CBC관현악단사건에서의 최고재판소의 선례로서의 판례법리의 가치를 이번 판결들에서 확인할 수 있었다는 것이다.

CBC관현악단사건 이후 최고재판소판례에서 고용형태의 다양화에 따른 비전형적인 노무공급형태의 노무공급자의 단체교섭당사자로서의 지위를 인정한 사례가 없고, 오히려 노무공급형태 등의 형식적인 법적 판단에 중점을 두는 하급심판례들이 많이 나타나면서, 필자 또한 위 CBC관현악단사건에서의 최고재판소의 판례법리가 사문화되어가면서 선례로서의 의미가 퇴색되고 있는 것은 아닌가 하는 의문을 가진 것이 사실이다. 필자는

38) 山川美貴, 앞의 논문, 52-53쪽; 矢野昌浩, 앞의 논문, 59쪽.

39) 野田進, 앞의 논문, 40쪽. 野田進 교수는 INAX메인트넌스(メンテナンス)事件에서의 동경지방법재판소가 노동조합법상의 근로자에 관하여, 노동조합운동의 주체가 되는 지위에 있는 자로서, 일상적인 선정활동에서부터 단체교섭이나 단체협약의 체결, 쟁의행위 등의 활동을 통하여, 경제적 지위의 향상을 도모하려고 하는 근로자라고 한 것을 평가하면서, 최고재판소 또한 이러한 시점에서 이론적인 근거를 세울 필요가 있었다고 주장한다.

40) 和田肇, 앞의 논문, 44쪽.

신국립극장운영재단사건 및 INAX메인트넌스사건에서 최근 최고재판소의 판례법리는 CBC관현악단사건에서의 이른바 개별사례에서의 사실관계에 기초한 종합적인 판단의 접근방법을 취함으로써 CBC관현악단사건의 판례법리를 계승한 것으로 이해할 수 있다는 점에서 CBC관현악단사건의 선례로서의 가치를 유지하였다고 평가할 수 있다고 생각한다.

둘째, 우리나라에서 이와 같은 종류 내지는 유사한 노무제공자들의 단결권 및 단체교섭권 등의 노동기본권보장의 현실에 대한 한계가 쉽게 극복되지 않는 상황에서, 우리나라와 비슷한 현실을 걸어 온 일본에서 위와 같은 판례가 갖는 의미는 남다르게 느껴진다는 것이다. 우리나라에서는 준사업자로 분류될 수 있는 이들 노무제공자들은 노동조합 결성 자체가 문제되고 실제로 이들 노무종사자들이 가입한 노동조합은 근로자가 아닌 자가 가입한 노동조합이 되어 관할 행정관청에 노동조합설립신고를 하더라도 신고증이 반려되는 상황이다. 그런데 일본 최고재판소는 노동조합법상의 근로자에 해당한다고 하여 이를 인정한 것은 분명 근로자의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등에 대한 보장의 면에서 볼 때에 앞선 법리라고 할 것이다. 일본 내에서 한정하여 보면 만시지탄의 감은 있다고 할 것이나 노동법적 원리에서 보면 자연스런 결론이라고 생각되며, 법적 원리에서 엄격하게 해석하여 오던 하급심 판례의 다수의 흐름 가운데서 나온 것인 만큼,⁴¹⁾ 그 위미를 축소하여 평가할 것도 아니라고 생각한다.

셋째, 일본 노동법학자들의 현실참여적인 학술활동이 인상 깊었다는 것이다. 학자들은 이번 사건과 관련하여 학술활동을 통하여 현실참여적인 연구결과물을 많이 내면서, 새로운 판례법리의 형성을 위하여 노력하였다는 것이다. 짧게는 우리나라 남부지역과 일본 관서지방 노동법연구가들을

41) 2008년 7월부터 2010년 8월 사이에 동경지방법판소 및 동경고등법원에서 노동위원회 부당노동행위구제명령을 반복한 판결이 6건 계속되었고, 이들의 공통점은 노무 공급계약형식을 중시하고, 법적인 사용종속관계를 전제로 노동조합법상의 근로자를 판단하여 왔고, 그 결과 노동조합법상 근로자로 인정하지 않았다. 村田浩治·河村學, 앞의 논문, 21쪽. 이러한 동경지방법판소 및 동경고등재판소의 노동조합법상의 근로자성에 대한 판단은, 이전의 CBC관현악단사건에서 동 판결에 관한 위 조사관해설에 영향을 받은 것으로 이해되고 있다(佐藤繁, 앞의 「最高裁判所判例解説民事編」, 205쪽 이하).

중심으로 년 1회 공통의 주제로 갖고 토론하는 모임인 한일노동법포럼의 일본측 참가자들만 하더라도 연구논문뿐만 아니라 일본 재판소를 상대로 한 의견서제출 등의 활동을 적극적으로 하여 온 것을 가까이에서 볼 수 있었다. 우리나라도 학회 가운데는 민주주의법학연구회가 가장 많은 현실 참여를 하여 오고 있으며, 그 외 많은 사회단체들의 자발적인 연구회활동도 이루어지고 있다. 그런데 일본의 경우 우리나라보다 실제 활동하는 연구가들을 기준으로 볼 때에 3-4배 많다고 할 수 있으며, 노동법률순보, 계간노동법, 노동판례 등과 같은 많은 전문학술지가 법적인 관점에서 출판되고 있어, 연구가들과 그 결과물의 교류가 활발하다고 할 수 있으며, 결과적으로 노동법학의 이론적 발전에 기여하고 있는 현실을 볼 때에, 우리나라에서의 전문학술지의 성숙이 보다 더 앞당겨 질 수 있었으면 하는 바람을 갖게 된다.

V. 결 론

이상의 논의들을 요약하는 것으로 결론에 갈음하고자 한다.

첫째, 新國立劇場運營財団事件 및 INAX메인テナンス(メンテナンス)事件에서의 최고재판소판결은 악단원 및 CE에 대하여 노동조합법상의 근로자로 인정하면서 이들이 결성한 노동조합과 정당한 이유없이(노동조합법상의 근로자가 아니라는 이유) 단체교섭을 거부하는 것은 부당노동행위가 된다는 것을 분명히 하였다는 점에서 매우 큰 의미가 있다고 하겠다. 이러한 판결 내용은 아직도 법원은 엄격한 법적인 권리 내지 의무의 관점에서 노동조합법상의 근로자개념을 판단하고 있는 우리나라의 현실을 감안할 때에 그 시사하는 바가 크다고 하겠다.

둘째, 위 최고재판소판결은 노동조합법 제3조의 근로자 개념과 부당노동행위와 관련한 동법 제7조 2호와의 관계에 대하여 아무런 판단을 하지 않은 채 침묵을 하였다는 한계를 드러냈다는 것이다. 이러한 이면에는 노동조합법 제3조의 근로자의 노동기본권 범위를 단체교섭권과 관련하여 파악하고자 하는 것이 그 내면에 있지는 않은가 하는 의구심을 갖게 한

다. 노동조합은 특정한 사용자와의 관계에서 근로계약, 나아가 고용관계(자회사와 일정한 고용관계를 형성하고 있는 자의 모회사와의 관계로 확대될 수 있다는 것을 포함)의 형성에 따른 부당노동행위구제와는 별개의 것이라는 것을 명확히 했어야 하였다는 점에서 위 최고재판소판결은 그 한계를 지닌다고 하겠다.

셋째, 노동조합법상의 근로자성을 판단함에 있어서 종합적인 판단이라는 방법을 취하면서 사례판단에 치중한 것은 명확성의 결여, 이와 관련하여 예측가능성을 어렵게 만드는 것으로서 비판을 받지 않을 수 없다고 하겠다.

마지막으로 우리나라와 일본은 부당노동행위 구제신청의 주체로서의 근로자 논의에 있어서 차이가 있다는 것이다. 즉 우리나라의 경우 노동관계법 제81조 3호는 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위” 라고 규정하고 있어 노동관계법상의 근로자와 부당노동행위와의 관계에서 구제신청 주체로서의 고용관계의 여부에 대한 논의가 적어도 법문상 존재하지 않는 반면에, 일본 노동조합법 동법 제7조 2호는 “사용자가 고용하는 근로자의 대표자와 단체교섭을 하는 것을 정당한 이유없이 거절하는 경우” 라고 규정하고 있어 부당노동행위 구제신청 주체로서의 근로자 정의와 관련한 ‘고용관계’에 대한 일본 해석론과는 차이가 있다는 것이다. 일본 학설의 다수입장은 동 법 제3조의 근로자(실제로 실업자, 학생, 일반시민 등도 인정되고 있음)와 동 법 제7조 2호의 근로자는 전자가 넓은 의미로 보아야 하고, 후자는 자회사 근로자의 모회사와의 관계 등을 포함하여 일정한 고용관계가 형성되는 경우에는 부당노동행위의 구제신청과 관련하여 이를 인정할 수 있는 것으로 해석한다. 이러한 부당노동행위의의 입법내용에도 불구하고 최고재판소는 수급인 근로자들의 도급인에 대한 단체교섭권을 인정하고 있는 것은 우리나라에 시사하는 바가 크다. 우리나라의 경우 판례법리는 부당노동행위 규정에 ‘고용하는 근로자’라는 규정이 없음에도 불구하고 단체교섭권에 있어서는 소극적이라고 하겠다.

참 고 문 헌

1. 단행본

신인령, 노동기본권, 미래사, 1985

민주시민을위한변호사모임(역)/西谷敏(저), 일본노동조합법, 박영사, 2009

2. 논문

崔弘曄, ‘集團的勞使關係法上の勞働者概念’, 『노동법논총』 제21집, 한국비교노동법학회, 2011

송강직, “일본 근로자과건과 위장도급의 쟁점”, 『노동법연구』 제29호, 서울대학교노동법연구회, 2010

脇田滋, ‘個人請負勞働者の保護をめぐる解釋・立法の課題—2006念ILO雇用關係勸告を手がかりに一’, 『노동법논총』 제21집, 한국비교노동법학회, 2011

岩永昌晃, ‘勞基法上の勞働者’, 『勞働法重要判例を讀む』(唐津博・和田肇(編), 日本評論社, 2008

山田哲, ‘プロ野球組織の団体交渉における当事者適格’, 『勞働判例解説集』(第2卷), 日本評論社, 2009

毛塚勝利, “妥当な結論だが、不透明さを増やす判断枠組み”, 『勞働法律旬報』 1745号, 勞働旬報社, 34쪽

西谷敏(의견서), “勞組法上の「勞働者」の判断基準—ビクターサービスエンジニアリング事件に関する意見書”, 『勞働法律旬報』 1734号, 勞働旬報社, 2-15쪽

西谷敏, “ゆきすぎた形式主義に歯止めをかけた判決”, 『勞働法律旬報』 1745号, 勞働旬報社, 24~30쪽

宮里邦雄, “新國立劇場運營財団事件およびINAXメンテナンス事件の最高裁判決—その意義と射程”, 『勞働法律旬報』 1745号, 勞働旬報社, 7-13쪽

古川景一, “新國立劇場合唱団員事件”, 『勞働法律旬報』 1745号, 勞働旬報社, 14-19쪽

村田浩治・河村學, “INAXメンテナンス事件最高裁判決について”, 『勞働法律旬報』 1745号, 勞働旬報社, 20~24쪽

野田進, “勞働者性に關する最高裁二判決”, 『勞働法律旬報』 1745号, 勞働旬報

社, 36~40쪽

和田肇, “勞組法上の「労働者」に関する最高裁二判決を読む”, 労働法律旬報 1745号, 労働旬報社, 41~45쪽

土田道夫, “勞組法上の労働者一二つの最高裁判決を受けて”, 労働法律旬報 1745号, 労働旬報社, 46~50쪽

山川美貴, “勞組法上の労働性一新國立劇場運營財団事件・INAXメンテナンス事件最高裁判決の意義・評価と今後の課題”, 労働法律旬報1745号, 労働旬報社, 51-55쪽

矢野昌浩, “労働組合法における労働者概念一雇用労働と企業組織をこえる労働法にむけて”, 労働法律旬報1745号, 労働旬報社, 56~61쪽

佐藤繁, 最高裁判所判例解説民事編, 1976年度, 205쪽

3. 판례

대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결

대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결

대법원 2005.11.24. 선고 2005다39136 판결

대법원 2006.5.11. 선고 2005다20910 판결

대법원 2008.9.11. 선고 2004도746 판결

서울고등법원 2011.09.02, 선고 2010누22308 판결

最高裁判所1976.5.6. 最高裁判所民事判例集30卷4号, 437쪽

最高裁判所, 2011.4.12, 労働法律旬報1745号, 労働旬報社, 76쪽

最高裁判所, 2011.4.12, 労働法律旬報1745号, 労働旬報社, 81쪽

最高裁判所民事判例集49卷2号; 労働判例668号, 11쪽

東京高等裁判所, 2004.9.8, 労働判例879号, 92쪽

東京地方裁判所, 2008.7.31, 労働判例967号, 5쪽

東京高等裁判所, 2009.3.25, 労働判例981号, 13쪽

東京地方裁判所, 2009.4.22, 労働判例982号, 17쪽

東京高等裁判所, 2009.9.16, 労働判例989号, 12쪽

東京地方裁判所, 1990.7.19, 労働判例566号, 17쪽

東京高等裁判所, 1992.9.16, 労働判例624号, 64쪽

Byrne Brothers(Framwork)Ltd v Baird(2002) ICR 667

Wright v Redrow Homes(Yorkshire)Ltd(2004) ICR 1126

<국문초록>

본고는 新國立劇場運營財団事件 및 INAX메인テナンス (メンテナンス) 事件에서의 일본 최고재판소의 판결을 소재로 하여 이른바 개인도급계약형식에 따라 노무제공을 한 자의 노동조합법상의 근로자성을 검토한 것이다.

일본 최고재판소의 판결에 관한 연구결과는 세 가지의 문제로 집약할 수 있을 것이다.

첫째, 근로자성을 인정한 결론에 있어서는 평가할만하다는 것이다. 특히 우리나라의 판례법리, 즉 독립된 계약자 형태의 노무제공에 대하여 지나치게 법적인 관점에서 파악함으로써 그 판단결과는 노무제공의 실태와는 괴리가 있다는 것이다. 근로기준법상의 근로자성 판단에서와 같이 노동관계법에서도 완화된 종속성 내지는 실태에 입각한 판단이 요청된다고 하겠다.

둘째, 노동조합법상의 근로자성 판단에 대한 일반법리가 전개되지 못하였다는 것이다. 종래의 CBC관현악단사건에서와 같은 종합적인 판단이라는 방법을 취함으로써 사례판단에 한정되어, 명확성 및 예측가능성이 결여되고 있다는 것이다.

셋째, 노동조합법 제3조의 근로자 개념과 동법 제7조 2호의 고용하는 근로자 등과의 단체교섭문제에 있어서 최고재판소는 이들 두 규정의 관계에 대하여 명확한 입장을 밝힌 바가 없다. 학설상 다수의 입장은 동법 제3조의 근로자와 동법 제7조 2호의 근로자는 전자가 넓은 의미로 보아야 하고, 후자는 자회사 근로자의 모회사와의 관계 등을 포함하여 일정한 고용관계가 형성되는 경우에는 부당노동행위의 구제신청과 관련하여 이를 인정할 수 있는 것으로 해석한다. 그럼에도 불구하고 최고재판소는 수급인 근로자들의 도급인에 대한 단체교섭권을 인정하고 있다는 것은 우리나라에 시사하는 바가 크다고 하겠다.

주제어 : 근로자, 독립된 계약자, 경제적 종속성, 기업조직으로의 편입, 부당노동행위

A Definition of an Employee under the Trade Union Act in Japan

Song, Kang-Jik*

In this article, I intend to analyze the definition of an employee under the Trade Union Act in Japan. Recently, the Supreme Court of Japan held that not only opera singer but also customer engineer is an employee under the Act.

Conclusions are as follows:

First, it is noteworthy that the Supreme Court reaffirmed the principle of all circumstances established by CBC case. The case focused on deciding that who is an employee under the Act. Notwithstanding this holding of the Supreme Court, district courts and courts of appeals, in deciding this kind of question, have emphasized especially on the side of a legal right and obligation on a contract between an employer and a potential employee. Therefore an independent contractor has not been generally recognized as an employee under the Act. However, even though he or she was, as an independent contractor in name, offering its work to his or her putative employer, the Supreme Court applied the principle of all circumstances to both cases and held in favor on the workers on April, in 2011.

Second, the Supreme Court failed to make a general legal principle for deciding that who is an employee under the Act. According to the above holdings of the Supreme Court, nobody can anticipate whether he or she is an employee or not in a concrete case.

Finally, the Supreme Court did not also make its opinion clearly about the relations between an employee of the Section 3 of the Act and an employee whom an employer employs under the Section 7(2) of the Act. In conclusion, it can be said that the Supreme Court has narrowly and strictly interpreted an employee of the Section 3. That is to say, only where an employee is recognized as an employee of the Section 7(2), the employee will be also an employee of the

* Professor of Dong-A School of Law

Section 3. In Japan, however, the majority interprets that an employee by the Section 3 should be distinguished from the employee whom an employer employs by the Section 7(2). Consequently, according to the majority opinions, unemployed persons, students and citizens will be also included in the definition of an employee by the Section 3.

Key Words : Employee, Independent Contractor, Economic Reality Test, Integration Test, Unfair Labor Practice