

노동조합법상의 근로자 개념에 관한 한일(韓日) 최고 법원의 법리 비교*

조 경 배**

차 례

I. 서 론

II. 노조법상 근로자 개념의 비교 검토

1. 근로기준법의 근로자 개념과의 관계
2. 근로자성 판단의 고려요소
3. 사실관계의 평가 및 판단방식
4. 노조법상 근로자 개념의 일반적인 정의의 가능성
5. 노조법의 근로자 정의조항과 단체교섭거부 부당노동행위 조항과의 관계
6. 기타 고려해야 할 사항

III. 결론을 대신하여

* 이 논문은 2013학년도 순천향대학교 교수 연구년제에 의하여 연구하였음

** 순천향대학교 법학과 교수

접수일자 : 2014. 10. 27. / 심사일자 : 2014. 11. 25. / 게재확정일자 : 2014. 11. 28.

I. 서론

최근 대법원은 당사자가 동일한 한 사건에서 ‘근로기준법’ 및 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노조법’이라 한다)의 근로자 정의조항의 의미를 동시에 판단하면서 각기 다르게 일반론을 전개한 바 있는데 두 개념이 서로 차이가 있다는 점을 분명하게 드러낸 최초의 사례가 아닌가 한다.¹⁾ 또한 이 사건에서 원심²⁾은 근로자성의 판단방식과 관련하여 동일한 사실관계를 두고 그 법적 평가를 달리하면서 근로기준법상의 근로자성은 부인하고 노조법상의 근로자성은 인정하였는데 대법원은 이를 정당하다고 판결하였다. 이와 같이 판례는 두 개념 간의 차이뿐만 아니라 노조법상의 근로자 개념을 근로기준법상의 그것보다 넓게 보아야 한다는 점을 분명히 한 것으로 보인다.

그런데 한국과 유사한 상황이 일본의 경우에도 최근 있었다. 일본의 최고재판소는 출연계약에 따라 공연에 출연하는 합창단원과 주택설비기기의 수리보수 업무를 담당하는 기술자³⁾의 노조법상의 노동자성과 관련하여 2011년 4월 12일 같은 날 선고를 하였는데 실무에서는 물론이고 학계에서도 비상한 관심을 모았다.⁴⁾ 일본의 경우에도 노동기준법 및 노동계약법상의 노동자 개념과 노조법상의 노동자 개념이 서로 다르고 후자가 전자보다 넓은 개념이라는 것이 지배적인 견해였지만 최고재판소는 노조법상의 노동자에 대한 일반적인 정의를 내리지 않고 사례판단으로 일관함으로써 이 점을 분명히 밝힌 적이 없었다. 또한 학설의 경우에도 대부분 두 개념의 상대성을 인정하고는 있지만 그러한 판단의 고려요소 및 그 평가방식과 관련해서는 견해차가 적지 않았다. 물론 위 두 판결도 중

1) 대법원 2014. 2. 13. 선고, 2011다78804 판결.

2) 서울고등법원 2011. 8. 26. 선고, 2009나112116 판결

3) 한국의 전자제품 등의 AS기사와 유사한 직종이다.

4) 신국립극장운영재단 사건과 INAX maintenance 사건(最高裁 平成 21·4·12 裁時 1529号 1頁, 4頁). 이 두 판결이 주목을 끌게 된 이유는 노조법상의 노동자성을 중앙노동위원회는 인정한 반면 동경고등재판소가 이를 부정하는 취소판결을 내림으로써 중노위와 동경고재가 대결하는 양상을 보였는데 여기에 수많은 노동법학자들이 동경고재의 판결을 비판하는 한 목소리를 냄으로써 비롯된 것이다.

전과 마찬가지로 사례판단에 그치고 있어 최고재판소가 두 개념 및 그 판단방법의 차이점과 관련하여 명확한 기준을 제시하였다고 단언하기는 어렵다. 하지만 일본의 경우에도 당사자가 동일한 사건이 근로기준법상의 노동자성은 부인된 반면 노조법상의 근로자성은 인정됨으로써 적어도 최고재판소가 노조법상 노동자 개념의 독자성을 전제로 판결했다고 보아도 무리는 없을 것 같다.⁵⁾

이와 같이 근로기준법 및 노조법상의 근로자 개념에 관하여 한일 양국에서 법적인 논란이 끊임없이 일어나고 있는 것은 기업조직의 변화에 따른 고용형태의 다양화로 근로자와 자본가적 기업이라는 전통적인 구분법에 의하여 명확히 구분하기 어려운 중간영역의 노무제공형태가 전반적으로 확산되고 있기 때문이다. 우리나라의 경우에도 근래에 들어서 ‘특수형태근로종사자’(또는 특수고용노동자)로 불리는 보험모집인, 골프장경기보조원, 학습지교사, 택배배송인, 개인화물운송사업자 등 ‘비 근로자화’ 현상이 급격히 늘어난 것도 주지의 사실이다. 이러한 특수한 형태의 노무제공자의 법적 지위는 계약형태나 노무제공 실태에 따라 다양한 모습을 보이는데 현행법의 체계상 근로자로 인정되지 못할 경우 개인사업주로 취급되어 근로기준법이나 사회보험법의 적용대상에서 제외되는데 그치지 않고 노동3권도 자유롭게 행사할 수 없다.⁶⁾ 더구나 한국의 노동법령과 판례 등 노동법질서는 노동3권을 적극적으로 보장하기보다는 이를 엄격히 제한하는 방향으로 형성되어 왔기 때문에 이러한 형태의 노무제공자들이 노조법상의 지위를 갖지 못할 경우에는 단순히 법적 보호의 사각지대에 처하는 정도가 아니라 삶의 터전 자체가 파괴당할 수 있는 상황도 초래된다. 노동조합 등 단결체를 조직하거나 가입하려해도 아무런 법적 보호 장치가 없어 사업주의 일방적인 계약해지의 위협에 직면하게 될 뿐

5) 신국립극장운영재단 사건의 경우 최고재판소는 개별 출연계약에 의하여 공연에 출연하는 오페라합창단원의 계약종단에 따른 지위확인을 구하는 민사소송에서 근로자성을 부인한 하급심의 판결을 수용하여 상고수리신청을 각하한 반면, 같은 당사자의 노조법상의 근로자성과 관련해서는 단체교섭거부에 대한 부당노동행위사건에서 단체교섭상의 지위를 인정한 것이다.

6) 조경배, “노동3권의 주체로서 근로자개념과 특수고용노동자”, 노동법학 제22호, 2006, 402쪽

아니라 이들의 단체교섭요구를 거의 무시하거나 거부하고 있으며 심지어 집단적인 단체행동의 경우에는 단순한 노무제공의 거부만으로도 업무방해죄로 처벌되는 등 국가와 사용자로부터 노동3권을 전혀 보장받지 못하는 상황이 되는 것이다.⁷⁾

이 글은 이러한 상황인식을 바탕으로 하여 노동법적 규율이 고용구조의 다변화에 대응할 수 있도록 집단적인 근로관계의 주체인 노조법상의 근로자 개념을 다시 한 번 조명해보고자 한다. 지금까지 이 쟁점에 관하여는 학술적으로는 많은 논의들이 있어왔지만 한일 양국의 최고 법원은 뚜렷한 태도를 취한 바가 없었다. 하지만 이제 양국의 최고 법원이 뭔가 새로운 변화를 보이고 있기 때문에 이러한 변화가 어떠한 함의를 갖는지를 한번 되새겨볼 필요가 있다. 따라서 이 글은 노조법상의 근로자 개념과 관련하여 한국과 일본의 판례 법리를 비교하여 그 유사점과 차이점 그리고 그 배경이 되는 양국의 입법구조 및 논리적 근거들을 체계적으로 검토함으로써 새로운 판단기준을 정립하는 데 몇 가지 시사점을 얻고자 한다.⁸⁾

II. 노조법상 근로자 개념의 비교 검토

노조법상의 근로자 개념에 대한 법적인 쟁점은 매우 다양하고 복잡한데 논점을 명확히 하기 위하여, 이하에서는 ①근로기준법의 근로자 개념과의 관계, ②근로자성 판단의 고려요소, ③사실관계의 평가 및 판단방식, ④노조법상 근로자 개념에 대한 일반적인 정의의 필요성, ⑤노조법의 근로자 정의조항과 단체교섭거부 부당노동행위 조항과의 관계, ⑥그 밖에 고려해야 할 사항이라는 여섯 가지 범주로 나누어 검토해보기로 한다.

7) 조경배, 앞의 글, 같은 쪽

8) 일본 최고재판소의 두 판결은 한국에서는 크게 주목을 받지 못한 것 같다. 이 판결에 대한 소개와 내용을 간략하게 정리한 것으로는 송강직의 글(“일본노동조합법상의 근로자 개념”, 법제연구 제41호, 2011, 337-366쪽)과 최홍엽의 글(“노동조합법상의 근로자성에 대한 일본의 논의-2011년 최고재판소의 두 판결을 계기로”, 법학논총 제19호, 2012)이 있다.

1. 근로기준법의 근로자 개념과의 관계

(1) 학설

노조법의 근로자 개념과 관련하여 가장 기본적이면서도 핵심적인 논점은 근로기준법의 근로자 개념과는 다른 독자성을 명확히 인정할 수 있는가, 만약 그렇다고 한다면 그 근거는 무엇인가 하는 점이다. 달리 말하면 노동법의 인적 적용대상의 범위로서 근로자 개념을 노동법 전체에 걸쳐 통일적으로 파악해야 할 것인가 아니면 개별 법령에 따라 상대적으로 파악해야 할 것인가 하는 것이다.

우선 한국의 경우에 법문의 정의상 근로기준법과 노조법상의 근로자의 구별은 근로자 개념의 문제라기보다는 각종 노동관계법의 적용여부를 판단하는 기준이라고 보고 고유한 의미의 노동법은 취업근로자를 그 대상으로 한다면서 통일적 개념설을 취하는 견해⁹⁾도 있지만, 제도의 구체적인 목적이나 취지를 고려하여 개별 제도마다 각각 판단해야 한다는 상대적 개념설을 취하는 견해가 다수이다.¹⁰⁾ 양설의 중간설로서 인적종속성에 기초한 통일적 개념설에 의하면서도 노동법의 이념이 생존권의 배려에 있는 만큼 인적종속성은 없으나 경제적 종속성이 있는 취업자에게는 입법이나 해석론에 의하여 적용 또는 유추적용 해야 한다는 견해가 있다.¹¹⁾

일본의 경우에도 상대적 개념설이 다수이다. 통일적 개념설을 취하는 입장의 경우에도 그 논거는 오히려 한국의 경우와는 상반된다. 즉 인적종속성(또는 사용종속성)의 판단요소를 배제하고 경제적 종속성 개념을 주된 매개 고리로 하여 노동기준법, 노동계약법, 노동조합법 등 노동법상의 노동자개념을 통일적으로 파악하자는 식이다. 구체적으로는 스스로 노무

9) 김형배, 노동법, 박영사, 2011, 42쪽 이하

10) 김유성, 노동법 I, 법문사, 2005, 23쪽; 박홍규, 고용법·근로조건법, 삼영사, 2002, 190쪽; 이영희, 노동법, 법문사, 2001, 383쪽.

11) 임종률은 근로자 개념을 입법내용에 따라 협의의 근로자와 광의의 근로자로 나누고 특히 노조법이 근로자를 광의로 정의한 취지를 사업주에 고용되어 있지 않거나 종속노동에 해당된다고 보기 어려운 자에게 근로기준법 등을 적용하기는 지나치거나 곤란하거나 하지만, 이들이 자력으로 단결하여 그 생활조건을 개선하기 위한 노력을 할 수 있는 길은 열어줄 필요가 있기 때문이라고 한다(임종률, 노동법, 박영사, 2014, 35쪽). 일본에서는 西谷敏, 鎌田耕一 등이 이러한 입장을 적극적으로 취하고 있다.

를 공급하고 그 대상으로서 보수를 지급받는 자로서 노무공급의 상대방과의 관계에서 독립사업자 또는 독립노동자가 아닌 자로 정의하는 방식이다.¹²⁾ 이 견해에 대하여는 경제적 종속성설의 주된 고려요소인 ‘계약내용의 일방적 결정여부’는 노조법상의 노동자로 인정하기도 어려운 자영업자에게도 흔히 볼 수 있는 현상으로서 이 요소만으로 노동자개념을 정의하는 것은 노동자의 외연을 현저하게 불명하게 하는 것이라는 비판이 있다.¹³⁾

한편 지배적인 견해인 상대적 개념설은 노조법의 조문 및 입법목적상의 차이에 주목하고 사용종속성의 요소를 배제하지는 않지만 경제적 종속성을 중심으로 하여 노동기준법상의 노동자성보다 넓게 파악해야 한다는 입장이다. 차이점의 근거에 대하여는 노동기준법 제9조 및 노동계약법 제2조 1항의 각 정의조항과 노조법 제3조의 정의조항의 차이를 기초로 하여 학설상으로 노동기준법상의 노동자는 노동조건이나 노동계약의 보호를 위한 법규의 보호를 받아야 할 자를, 노조법상의 노동자는 단체교섭의 조성을 위한 노조법의 보호를 받아야 할 자를 정하기 위한 것이라는 것이다.¹⁴⁾ 따라서 노조법상의 노동자는 노동계약 아래 사용종속관계에 있는 자 외에도 이런 자와 동등한 정도로 단체교섭의 보호를 받아야 할 필요성과 적절성이 인정되는 노무공급자를 의미한다고 보아 노동기준법 보다는 보다 넓게 보아야 한다는 것이다. 그런데 상대적 개념설을 취하는 논자들도 두 개념이 다르다는 점에서는 견해가 일치하지만 어떻게 다른가 하는 판단기준에 있어서는 차이가 있다. 대체적으로 두 부류로 나누어 볼 수 있다.¹⁵⁾ 그 하나는 ①사업조직의 편입성, ②계약내용의 일방적 결정, ③사용종속성의 요소인 ‘보수의 노무대상성’을 중심적인 판단요소로 하고 또 다른 사용종속성의 판단요소인 ‘지휘감독하의 노동’은 보완적인 요소로서 필요불가결한 것으로 볼 필요는 없다는 견해이다. 다른 하나는

12) 川口美貴, “労働組合法上の労働者と理論的課題,” 勞委勞協 642호, 2009, 2頁.

13) 土田道夫, “『労働者』性判断基準の今後-勞基法・労働契約法上の『労働者』性を中心に,” *ジュリスト* no.1426, 2011, 57頁.

14) 菅野和夫, *労働法(第9版)*, 弘文堂, 2010, 511頁.

15) 이하 土田道夫, 前掲注 13), 54頁 참조.

노조법상의 노동자성은 사용종속성의 요소를 포함하여 ①, ②를 함께 중심적인 판단요소로 보는 반면 노동기준법, 노동계약법상의 노동자성에서는 ①, ②는 단지 보강하는 요소에 그치는 것으로 보는 견해이다. 즉 후자에 있어서는 사용종속성의 요소를 모두에게 공통된 중심요건으로 보아야 한다는 게 핵심이다. 그 이유로 노조법의 문언 상 임금의 법적 성격이나 단체교섭이 노동계약을 기초로 전개된다는 점에서 모두 ‘사용종속관계 하에서의 노동’을 기반으로 하고 있다는 점을 강조하고 있다. 다만 노조법 3조의 취지·목적에 감안하여 계약의 실제 운용이나 당사자의 인식에 따라서 보다 실질적 또는 유연하게 해석해야 한다는 것이다.¹⁶⁾ 결국 후자는 노조법상의 노동자개념의 상대적 성격을 긍정하면서 판단요소들 간에 어디에 더 비중을 둘 것인가에 따라 노동기준법 및 노동계약법상의 노동자개념과 구별된다고 보면서도 사용종속성의 요소(특히 지휘감독하의 노동)를 판단기준에서 배제해서는 안 된다는 입장이라고 할 수 있다.

(2) 판례

판례의 경우에는 한국이나 일본 모두 종래에는 노동법의 각 영역에 따른 별도의 판단기준을 제시하지 않고 통일적으로 판단하는 경향이 일반적이었다. 그런데 최근 들어 서두에서 말한 대로 두 개념의 차이를 뚜렷하게 구분하는 판단기준을 제시하는 사례가 생기기 시작한 것이다.

1) 일본

먼저 일본의 경우, 노조법상의 근로자 개념에 대해서 노동위원회와 재판소는 대체로 1985년 노동기준법연구회보고서인 ‘노동기준법의 노동자의 판단기준에 관하여’¹⁷⁾에서 제시한 기준을 참조하여 때로는 노동기준

16) 土田道夫, 前掲注 13), 55頁.

17) 労働省労働基準局編, 労働基準法の問題点と対策の方向-労働基準法研究会報告書, 日本労働協會, 1986, 53頁. 이 보고서는 노동자성의 판단기준을 크게 ‘사용종속성’에 관한 판단기준과 이를 보강하는 요소로 나누었다. 다시 전자에 관하여는 ‘지휘감독하의 노동’과 ‘보수의 노무대상성’에 관한 기준으로 이분하여 ① 일의 의뢰, 업무종사의 지시에 대한 낙부의 자유, ② 업무수행상의 지휘감독, ③ 시간적 장소적 구속성, ④ 대체성을 ‘지휘감독하의 노동’의 판단요소로 제시하고 ⑤ 보수의 산정방법이나 지불

법상의 판단방법과 동일하게, 때로는 판단요소들 간에 중점적으로 고려하는 요소를 달리하는 방식으로 판단해왔다. 다양한 고려요소들의 종합적인 판단이라는 성격상 근로기준법상의 판단방식과 뚜렷하게 구분되지는 않았다. 크게 논란이 되었던 앞의 사례에서도 하급심은 노조법상의 노동자를 “타인과의 간에 있어서 법적인 사용종속관계에 있어서 그의 지휘감독 하에서 노무에 복무하고 그 제공하는 노동의 대가로서 보수를 받는 자”로 정의하면서 사용종속관계나 법적인 의무의 유무와 같은 관점으로부터 노동기준법상의 중심적인 평가요소만을 가지고 판단하고 노조법상의 독자적인 개념 설정의 가능성을 인정하지 않았던 것이다.¹⁸⁾ 반면에 최고재판소는 뒤에서 상세하게 살펴보겠지만 ①사업조직에의 편입성, ②계약내용의 일방적 결정, ③보수의 노무대상성, ④일의 승낙 및 거절의 자유, ⑤업무수행 방법 등에 관한 지휘감독 또는 시간적·장소적 구속성이라는 다섯 가지를 주된 평가요소로서 열거하고 이들 요소들 간에 비중을 달리하여 하급심을 부정하는 판단을 하였다. 최고재판소는 비록 일반론을 제시하지 않고 사례판단의 방식을 취하기는 하였지만 근로기준법상의 근로자성 판단에서는 특별히 고려하지 않았던 ①사업조직의 편입성, ②계약내용의 일방적 결정이라는 새로운 판단요소를 제시하고 이를 우선순위에 높음으로써 판단요소들의 내용과 이들 간의 비중에 있어서 근로기준법과는 상당히 차이를 보이고 있다.

2) 한국

가. 2014년 캐디 판결 이전

한편 한국의 경우 대법원은 노조법상 근로자 개념을 일반적으로 정의하는 방법을 취하면서도 적어도 2014년 캐디판결 이전까지는 그것이 근로기준법과는 다르다는 의의 차이점에 대하여 직접적인 표현을 하지는 않았다. 비록 개별적인 고려요소의 평가방식과 관련하여 근로기준법보다

방법을 ‘보수의 노무대상성’의 판단요소로 제시하였다. 노동자성을 보장하는 요소로서는 ④ 사업자성(기계기구의 부담관계, 보수액)과 ⑤ 전속성을 제시하였다.

18) INAXメンテナンス事件, 東京高判, 平成 21・9・16.

넓게 이해하여 판단한 사례들이 없는 것은 아니었지만 그렇다고 하여 명확하게 판단기준을 달리함으로써 개념상의 차이를 직접적으로 제시한 적은 없었다.¹⁹⁾ 이 때문에 하급심에서는 근로기준법의 근로자와 노조법의 근로자가 동일한 개념임을 전제로 노조법상의 근로자성을 부인하는 사례도 있었다.²⁰⁾ 다만 실업자가 노조법상의 근로자의 범위에 포함된다는 판결을 통하여 기업별 노조가 아닌 한 직접적인 고용관계의 존재는 근로자성을 인정함에 있어서 필수적인 요건이 아님을 밝힌 바는 있다.²¹⁾

노조법상의 근로자 개념에 대하여 일반론을 전개한 대표적인 대법원 판결로는 1993년과 2014년의 골프장경기보조원 사건 판결(이하 ‘캐디 판결’)²²⁾과 2006년의 레미콘 차주 겸 운송기사 사건 판결(이하 ‘레미콘 판결’)²³⁾이 있다. 근로기준법상의 근로자 개념과의 차별성 및 독자성과 관련하여 판례가 어떠한 입장을 취하고 있는지를 살펴보면, 일단 표현상으로는 근로기준법상의 근로자 개념에 관한 서술방식과는 상당히 차이가 있음을 알 수 있다. 우선 시기적으로 앞선 1993년 캐디 판결과 레미콘 판결은 동일한 일반론을 제시하고 있는데 이 점은 2014년 판결에서도 그대로 이어진다. 이 판결들에서는 모두 공통적으로 ‘사용종속관계’의 판단요소로서, ①사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계, ②보수의 노무대가성, ③노무의 성질과 내용의 3가지를 예시하였다. 예시된 근로자성 판단의 고려요소가 근로기준법에 비하여 비교적 간결하기도 하지만 ③의

19) 골프장 경기보조원의 법적지위와 관련하여 근로기준법상의 근로자로 인정하지는 않았으나 노조법상의 근로자로 인정한 예가 있는데 그 근거로서 캐디피를 노조법 소정의 ‘기타 이에 준하는 수입’으로 보았다는데 특징이 있다. 즉 캐디피는 근로기준법상의 임금이라고 단정하기는 어렵지만 캐디가 회사에 의하여 선발되어 채용될 때 캐디와 회사 사이에 캐디는 회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무제공을 하기로 하고 그 대가로 회사로부터 일정한 금원을 받기로 하는 묵시적인 약정이 있다고 보고 이 약정을 ‘고용관계에 근사한 것’으로 보았다(대법원 1993. 5. 25 선고, 90누1731 판결).

20) 서울행정법원은 “근로자인지 여부를 판단하는 기준인 사용종속성이나 근로의 대상성에 관한 판단에 있어서 근로기준법과 노동조합법 사이에 어떤 차이가 있다고 할 수 없다”고 하면서 “단지 근로자보호를 위한 방법론적인 차이가 있는 것에 불과한 것”으로 보아 근로자성을 부인하였다(2001. 9. 4. 선고, 2001구6783 판결).

21) 대법원 2004. 2. 27. 선고, 2001두8568 판결.

22) 대법원 1993. 5. 25. 선고, 90누1731 판결; 대법원 2014. 2. 13. 선고, 2011다78804 판결.

23) 대법원 2006. 12. 07. 선고, 2004다29736 판결.

‘노무의 성질과 내용’이란 판단요소는 근로기준법상의 근로자 개념을 판단할 때는 거의 제시하지 않았던 것이다. 그런데 문제는 이 판단요소가 구체적으로 무엇을 의미하는지가 판결문만으로는 짐작하기 어렵다는 점이다. 캐디의 경우에는 ‘근무시간 등이 정해져 있고 매일 출근하여야 하는 관계상 다른 회사에의 취업이 사실상 곤란하여 거의 전속되어 있다’는 전속성 요소를 제시한 것 외에는 별다른 설시가 없다. 또 레미콘운송차주의 경우에는 차량의 소유관리와 같은 생산수단의 소유관계가 고려된 것 같고 반면에 회사에 대한 전속성은 오히려 업무의 성질상 불가피하거나 노무제공자가 스스로 선택한 것으로 평가절하 되고 있다. 그런데 잘 알려져 있듯이 이러한 판단요소들은 근로기준법상의 근로자성을 판단할 때 이미 대법원이 열거한 것과 동일한 것들이다. 두 판결만 두고 본다면 ③의 판단요소는 근로기준법상의 근로자성 판단요소와 다른 별개의 기준을 제시한 것이라고 보기는 어렵게 된다. 그렇다면 결국 노조법상의 근로자 개념에 대하여 대법원은 비록 일반론의 전개에서는 근로기준법과는 다른 모습을 보였으나 구체적인 판단요소의 내용과 그 평가방식까지 함께 고려한다면 실질적으로 별다른 차이점을 제시하지 않았다고 할 수 있다. 다만 캐디 판결의 경우에는 ②의 요소와 관련하여 노조법 정의조항의 문언상의 차이점, 즉 캐디피를 “기타 이에 준하는 수입”으로 보아 고용계약관계에 ‘근사’하다는 점을 근로자성을 긍정하는 요소로 판단하였는데 반드시 고용관계를 전제로 하는 것은 아니라는 점만을 근로기준법과의 차이점으로 제시한 정도이다. 물론 ③의 ‘노무의 성질과 내용’이란 판단요소는 전속성이나 생산수단의 소유관계와 같은 사업자성 요소와 일본 최고재판소가 제시한 판단요소 가운데 ①노동력의 조직에의 편입성, ② 계약내용의 일방적 결정과 같은 조직적 종속성 및 경제적 종속성의 요소를 담을 수 있는 가능성은 충분히 있다. 하지만 이러한 가능성은 근로기준법상 근로자성 판단의 두 핵심 요소인 ①사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계 및 ②보수의 노무대가성 요소와의 관계에서 어디에 더 중점을 둘 것인가 또는 이러한 종속의 정도를 어느 범위까지 필요로 할 것인가에 따라서 그 결과는 판이하게 달라질 수도 있다. 만약 위 두 판결이 근로기준법상의 그것

과는 다른 독자적인 노조법상의 근로자 개념에 관한 선례로서의 평가될 수 있는 가치를 가지려면 적어도 이러한 점들이 고려되었어야 하는 것이다. 이러한 측면에서 판단요소의 열거 순서나 사실관계의 법적 평가만을 두고 평가한다면 근로기준법상의 근로자성 판단기준과 구별되는 뚜렷한 기준을 명확히 제시했다고 보기에는 어렵다. 다만 그 가능성만 열어둔 것에 지나지 않는다는 정도의 평가를 할 수 있을 것 같다.

나. 2014년 캐디 판결

그런데 2014년 캐디 판결은 종전 판례와는 달리 대법원이 어떠한 입장을 취하고 있는지를 조금은 더 분명하게 확인할 수 있었다는 점이 의의가 있다고 할 수 있다. 그 하나는 동일한 노무제공자에 대하여 근로기준법상의 근로자성 및 노조법상의 근로자성이 동시에 쟁점이 되었기 때문에 대법원이 이 두 법 영역에서 노동자 개념을 통일적으로 파악하고 있는지 아니면 상대적으로 파악하고 있는지를 알 수 있었다는 점이다. 두 번째는 각 법역 상의 근로자 개념의 평가요소의 내용과 평가요소들 간의 비중에 어떠한 차이가 있는지 확인해 볼 수 있다는 점이다. 이하에서는 이 점에 대하여 차례대로 살펴보기로 한다.

먼저 근로자 개념의 상대성 문제에 대하여 대법원은 명시적으로 직접 언급하지는 않았지만 근로기준법상의 근로자와 노조법상의 근로자의 일반적인 정의를 각각 다르게 실시하였고 참조판례로서 인용한 선례 또한 각각 달리하였다. 또한 동일한 노무제공자에 대하여 근로기준법상의 근로자성은 부정하였지만 노조법상의 근로자성은 인정하였다는 점에서 두 개념을 각기 달리 이해하고 있음을 명확하게 보여주었다. 대법원은 근로기준법상의 근로자 개념에 대해서는 2006년 대학입시학원 종합반 강사 사건 판결²⁴⁾(이하 ‘학원강사 판결’)을, 노조법상의 근로자 개념에 대해서는

24) 대법원은 입시학원종합반강사 사건에서 종전과는 달리 처음으로 근로기준법상 근로자 개념과 관련하여 그 판단요소들 간의 비중에 차이를 두는 판결을 한 바 있다. “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 업

1993년 캐디 판결 및 2006년 레미콘 판결을 참조판례로서 인용하면서 각각의 판결에서 제시한 일반론을 그대로 실시하고 있다. 따라서 위 세 판례가 각각 근로기준법상의 근로자 개념 및 노조법상의 근로자 개념을 판단하는 일반론으로서의 선례임을 확인해주고 있음을 알 수 있다. 그런데 근로자 개념의 차이의 근거가 과연 무엇이나 하는 점과 관련해서는 ‘노조법상의 근로자의 경우 직접적인 근로계약의 존재가 요구되는 것은 아니’라는 것 빼고는 그 법적 논거를 직접 밝히지 않았다. 이런 점에서 2014년 캐디 판결이 2004년 실업자의 노조법상 근로자성에 관한 대법원 판결에서 밝힌 논거의 연장선상에 있다는 것은 분명하지만 ‘직접적인 근로관계의 존재유무의 불필요성’이라는 점을 제외하고 다른 어떤 적극적인 요건이 필요한지는 명확하게 알 수 없다. 다만 이 판결의 원심²⁵⁾이 노조법상 근로자는 “직접적인 근로계약의 존재가 요구되는 것은 아니므로 그 근로자성 판단기준의 징표를 임금의 종속성 판단요소보다는 사용자의 지휘·감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 ‘업무의 종속성 및 독립사업자성’을 판단하는 평가요소로 삼아야 한다.”고 보았는데 이 점에 대하여 대법원은 정당하다고 판단하였다. 하지만 원심의 이러한 표현도 전통적인 인적종속성의 판단요소와 경제적 종속성의 판단요소가 혼재되어 사용되고 있어 그 내용이 불투명할 뿐만 아니라 근로기준법상의 근로자 개념의 판단과 어떠한 차별성이 있는지 잘 알 수가 없다.

두 번째로, 근로자 개념에 대한 이러한 일반론과는 별도로 구체적인 판

무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 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”(대법원 2006. 12. 07. 선고 2004다29736 판결).

25) 서울고등법원 2011. 8. 26. 선고, 2009나112116 판결.

단요소에 대한 평가를 함께 고려할 때 과연 대법원이 종전 판례에 비해 보다 뚜렷한 노조법상의 근로자 개념을 제시한 것으로 볼 수 있는가 하는 점에서는 불명확한 점이 해소되었다고는 말하기 어렵다. 오히려 판단 요소에 대한 평가에만 초점을 맞추면 노조법상의 근로자 개념에 관하여는 종전보다 상대적으로 유연한 태도를 취한 반면, 거꾸로 근로기준법상의 근로자 개념에 대하여는 보다 엄격한 태도로 돌아선 것으로 보인다. 근로기준법상의 근로자성에 관한 종전의 학원강사 판결에서 강조한 두드러진 세 가지 특징, 즉 ①지휘명령 요건의 완화, ②사업자성 요소의 구체화, ③사용자가 경제적인 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 요소의 비중 감소가 이 번 캐디의 근로기준법상의 근로자 개념의 판단요소에서는 거의 고려되지 않았다. 판결문언과는 달리 실질적으로는 강사판결을 선례로 삼았다기보다는 그 이전의 보다 엄격한 판단으로 회귀하였다고 보는 것이 맞을 것이다. 즉 구체적인 판단요소의 평가라는 측면에서 본다면 직접적인 고용관계의 존재여부라는 요건을 제외하고는 노조법상의 근로자 개념이 강사판결의 근로기준법상의 근로자 개념과 유사해지고 근로기준법상의 근로자 개념은 강사판결 이전으로 회귀한 느낌이 든다.²⁶⁾

26) 대법원은 근로기준법상 근로자성의 판단요소와 관련해서는 직접 판단하였다. (a) 근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있지 않고, (b) 캐디의 경기보조업무가 골프장 시설운영에서 필요불가결한 업무가 아니고, (c) 사용자가 보수를 지급하고 있지 않고, (d) 근로시간이 정해져 있지 않고 용역제공 후 곧 바로 이탈이 가능하고, (e) 내장객의 감소로 용역제공이 불가능한 경우 별도의 금품이나 휴업수당을 지급하고 있지 않고, (f) 경기보조업무 수행과정에서 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받지 않고, (g) 근로소득세를 납부하지 않고, (f) 업무해태의 경우 사실상 불이익을 받을 뿐 회사의 복무질서 위배 등을 이유로 한 별도의 징계처분을 하지 않은 점 등 8가지를 들었다. 구체적인 판단요소의 종류와 배치라는 측면에서 2006년 강사 판결과 비교해 보면 상당한 차이가 나는데 다시 그 이전의 판결로 후퇴하였다는 느낌을 지울 수 없다. 근로기준법상 근로자로 인정되기 위하여 필요한 지휘·감독의 정도가 ‘상당한’ 것에서 다시 ‘구체적이고 직접적인’ 것으로 바뀌었고, 사업자로서의 독립성이나 경영이익 및 위험의 자기부담과 같은 경제적 종속성의 요소는 전혀 고려하지 않았다. 반면 형식적인 계약의 체결여부, 보수의 직접 지급여부 및 방식, 근로소득세의 납부 및 취업규칙의 적용여부 등과 같이 학원강사 판결에 따른다면 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 요소들을 주된 기준으로 배치하였다. 사실상 학원강사 판결의 선례로서의 가치를 완전히 부정할 셈인데도 도대체 무슨 근거로 일반론의 실시에서는 그 판결을 참조판례로 예시하였는지는 알 수가 없다.

근로기준법상의 근로자 개념에 대한 판례의 태도변화에 대한 보다 정밀한 분석은 이 글의 논의범위를 벗어나므로 다음 기회로 미루기로 하고 여기서는 노조법상의 근로자 개념에 초점을 맞추기로 한다. 노조법상의 근로자성 판단에서는 인적 종속성보다 업무의 종속성 및 독립종속성(경제적 종속성)을 나타내는 요소에 더 중점을 둔 원심의 판단을 정당하다고 본 점에서 종전과는 달리 좀 더 분명한 표현을 사용하였다는데 의의가 있는 것 같다. 하지만 조직적 종속성이나 경제적 종속성의 요소가 근로자성 판단에 있어서 주요 기준이 될 수 있다는 점을 시사하긴 했으나 인적 종속성을 어느 정도 고려해야 하는지에 대해서는 분명하지 않다. 만약에 앞서 말한 것처럼 강사 판결과 동일한 정도의 종속성을 요구하는 것이라면 여전히 상당한 정도의 지휘감독이 필요한 것으로 인정하는 셈이 되어 노조법상의 근로자 개념의 판단요소로서 지휘감독의 인적 종속성을 전혀 무시해서는 안 된다는 입장을 취하고 있는 것으로 볼 수 있을 것 같다.

결론적으로 말하자면 노조법상 근로자 개념의 독자성의 근거에 있어서 한일 양국의 최고법원은 노조법의 입법취지와 법문상의 차이에 주목하고 있는 점에서 동일하다. 다만 한국의 경우에는 노조 조직형태의 특수성을 추가로 들고 있다는 점에서는 약간의 차이를 보이고 있다. 이 차이는 일본에는 없지만 해고자 등 종업원이 아닌 근로자가 가입한 기업별노조의 성립을 부정하는 한국 특유의 조합통제 조항(노조법 제2조 제4호 라목)의 존재에서 비롯된 불필요한 혼란 때문인 것으로 여겨진다.

(참고표) 최고 법원의 판례상 노조법 및 근로기준법상의 근로자 개념의 판단요소

근로자성 판단 요소	일본		한국	
	노조법	노동기준법	노조법	근로기준법
① 노동력의 조직에의 편입성	○	×	×	×
② 계약내용의 일방적 결정	○	×	○	×
③ 보수의 산정·지불방법 등 보수의 노무대가성	○	○	○	○
④ 일의 승낙 및 거절의 자유	○	○	○	×
⑤ 업무수행 방법 등에 관한 지휘감독 또는 시간적·장소적 구속성	○	○	○	○
⑥ 독자적인 영업활동 등의 사업자성	△ (INAX 사건)	×	○	○
⑦ 대체성	×	○	× ○	○
⑧ 기계기구의 부담, 보수 액 등에 나타난 사업자성	×	△	× ○	○
⑨ 전속성	×	△	○	○
⑩ 취업규칙·복무규정 등의 적용여부	×	×	× ○	○
⑪ 근로소득세 등의 원천징수여부	×	×	× ○	△
⑫ 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위	×	×	× ○	△

- : 주된 고려요소
- △ : 보충적 고려요소
- × : 전혀 또는 거의 고려하지 않음

2. 근로자성 판단의 고려요소

(1) 판단요소의 차이

노조법의 근로자성 판단에 있어서 고려해야 할 요소와 관련하여 살펴 보면 한국과 일본은 전혀 다르다고 할 만큼 차이가 크다. 일본의 최고재

판소는 사례판단의 방식을 취하고 있지만 조직적 종속성과 경제적 종속성을 나타내는 요소들을 주된 판단기준으로 삼고 인적종속성을 나타내는 징표들을 보완적으로 고려하고 있다. 반면 한국의 대법원은 일반론을 제시하고 있기는 하지만 고려되는 판단요소들의 종류와 이들 간의 비중이 일본의 그것과는 상당히 다르고 불투명하다. 또 각 판단요소들의 내용과 의미도 불명확한 부분이 많다.

일본의 경우에는 이른바 5요소, ①사업조직의 편입성, ②계약내용의 일방적 결정, ③보수의 노무대상성, ④일의 승낙 및 거절의 자유, ⑤업무수행 방법 등에 관한 지휘감독 또는 시간적·장소적 구속성이 열거되었다.²⁷⁾ 이 가운데 ①사업조직에의 편입성(조직적 종속성)과 ②계약내용의 일방적 결정(경제적 종속성)이란 두 요소는 노동기준법 및 노동계약법상의 근로자성을 판단할 때는 전혀 고려되지 않았던 것이다. 조직적 종속성의 징표는 CBC관련약단사건²⁸⁾에서 처음으로 제시된 바 있었지만 앞의 두 판결에서는 ②계약내용의 일방적 결정이란 판단요소를 새로이 추가함으로써 노조법상 근로자성 판단의 독자성을 명확히 하는 중요한 특징이 되었다. 반면에 한국은 ①사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계, ②보수의 노무대가성, ③노무의 성질과 내용의 세 요소를 예시하고 있다. 일본과 비교하면 ①사업조직의 편입성, ②계약내용의 일방적 결정이란 독자적인 판단요소가 빠져있고 ③의 ‘노무의 성질과 내용’이란 판단요소가 추가되었다. 하지만 앞서 말했듯이 ③의 판단요소는 그 의미가 불명확하여 ①지휘·감독관계 및 ②보수의 노무대가성과의 관계에서 어디에 더 중점을 둘 것인가에 따라 정반대의 결론도 도출될 수 있다. 또 2014년 캐디 판결에서는 ‘업무의 종속성’ 또는 ‘독립종속성’이란 표현을 사용하고 있는데 이러한 용어 자체가 일반적으로 사용되는 것이 아니어서 무엇을 의미하는지 이해하기 힘들다. 일본의 예처럼 계약내용의 일방적 결정이나 노무수령자에의 조직적 편입과 같은 보다 분명한 내용으로 보완될 필요가 있다.

27) 중노위는 최고재판소가 제시한 5가지 요소를 가지고 일반론을 전개하였다(ソクハイ事件中勞委決定).

28) 最判 昭和51.5.6 民集30卷4号, 437頁.

(2) 판단요소 간 고려 비중의 차이

판단요소의 내용에도 차이가 있지만 판단요소들 간의 고려비중에 있어서도 큰 차이가 있다. 다만 일본의 경우에 최고재판소의 두 판결의 취지에 대하여 약간의 견해차가 존재한다. 사례판단 방식을 취하여 여러 판단요소를 종합적으로 평가하고 있고 또 판단요소들 간에 고려 비중의 차이를 명시적으로 밝히지 않았기 때문에 이에 대한 해석도 다르다. 물론 판단요소들을 열거한 순서에 의미를 부여하는 견해가 많기는 하지만 의문을 제기하고 있는 견해도 없지 않다. 예를 들어 ①사업조직의 편입성, ②계약내용의 일방적 결정, ③보수의 노무대상성을 주된 요소로, 나머지를 보충적으로 고려하고 있다고 평가하는 견해²⁹⁾가 있는 반면 ①사업조직의 편입성, ②계약내용의 일방적 결정을 주된 판단요소로 보고 부수적으로 ⑤지휘감독하의 노무제공을 취급하고 있다 보는 견해³⁰⁾도 있다. 비록 노동위원회와 재판소, 특히 동경고등재판소가 법리적인 다툼 양상을 보인데 대해 최고재판소가 결론을 내린 것이기는 하나 이론적으로 명백하게 결말을 지은 것은 아니라는 견해가 대부분이다.³¹⁾

어쨌든 조직적 종속성(사업조직에의 편입)과 경제적 종속성(계약내용의 일방적 결정, 일의 승낙 및 거절의 자유)을 나타내는 지표를 중심으로 하지만 인적종속성(보수의 노무대상성 및 지휘명령에 따른 구속성)도 함께 고려한다는 취지 정도로 이해할 수 있을 것 같다. 다만 두 판결에서는 이전에는 없던 ②계약내용의 일방적 결정이라는 판단요소가 새로 추가됨으로써 단체교섭에 의한 보호의 필요성 유무를 보다 강조하는 방향으로 전환된 것이 아닌가 하는 인상을 주고 있다.

한편 한국의 대법원의 경우에도 역시 종합적인 판단방식을 취하고 있어 어떤 판단요소가 더 중점적으로 고려되어야 하는지에 대하여는 명확히 밝히지 않았다. 다만 열거의 순서에 의미를 부여한다면 일본과는 반대로 되어있다는 점을 지적할 수 있을 것 같다. 일본에서는 보충적 요소라

29) 菅野和夫, “業務委託契約者の労働者性”, *ジュリスト* no.1426, 2011, 8頁.

30) 岩村正彦/荒木尙志/村中孝史, “[鼎談] 労働組合法上の労働者性をめぐって”. *ジュリスト* no.1426, 2011, 45頁.

31) 水町勇一郎, “労働組合法上の労働者性”, *ジュリスト* no.1426, 2011, 10頁.

고 평가되는 인적종속성(①지휘·감독관계의 여부, ②보수의 노무대상성) 요소가 먼저 오고 무엇을 의미하는지 불분명한 ③노무의 성질과 내용이 뒤로 배치되어 있다. 물론 대법원이 “설령 원심이 근로자성 판단에 있어서 인적종속성 보다는 업무의 종속성 및 독립종속성의 평가요소에 더 중점을 두었다하더라도.....원심의 판단은 정당한 것”이라는 설시를 하고 있어 특정한 평가요소를 중시하는 것은 아니라는 해석도 가능하다. 원심은 ①지휘·감독의 정도, ②독립사업자성 여부를 주된 판단기준으로하고 ③보수의 노무대가성은 부차적인 요소로 취급하였다.³²⁾ 대법원의 일반론과 비교하면 일단 열거 순서에서 차이가 있고 ‘노무의 성질과 내용’의 의미를 독립사업자성 여부와 관련하여 이해하고 있다고 볼 수 있다. 그런데 ‘업무의 종속성’이란 용어와 관련하여 원심은 지휘감독의 정도, 즉 인적종속성으로 이해하고 있는 것으로 보이는 반면 대법원은 조직적 종속성 또는 경제적 종속성으로 이해하고 있는 것 같다. 어쨌든 판단요소의 고려 비중이라는 측면에서 보면 대법원은 직접적인 판단을 유보하고 있기 때문에 앞서 본대로 근로기준법상의 근로자 개념과의 차이를 분명하게 제시하지는 않은 것 같다. 또한 경제적 종속성의 요소가 근로자성 판단에 있어서 주된 판단요소가 될 수 있다는 점을 시사하긴 했으나 이와 함께 인적 종속성을 어느 정도 고려해야 하는지에 대해서도 분명하지 않다. 비록 ‘상당한’이란 표현을 사용하고는 있지만 지휘감독이라는 인적종속성의 요소를 중시하고 있는 점에서 근로기준법상의 근로자성 판단기준과의 차별성을 명확히 하지 않는 등 혼란을 초래하고 있다는 점에서도 여전히 해결해야 할 과제를 남기고 있다고 하겠다.

32) 서울고등법원 2011. 8. 26. 선고, 2009나112116 판결. 원심은 일반론을 전개하였는데 노조법상 근로자는 “직접적인 근로계약의 존재가 요구되는 것은 아니므로 그 근로자성 판단기준의 징표를 임금의 종속성 판단 요소보다는 사용자의 지휘·감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 ‘업무의 종속성 및 독립사업자성’을 판단하는 평가요소로 삼아야 한다.”고 보았다.

3. 사실관계의 평가 및 판단방식

근로자성의 판단에 있어서는 그 평가요소가 되는 구체적인 사실관계에 대한 평가와 그 판단방식이 중요하다. 왜냐하면 동일한 사실관계를 두고도 강조점에 따라 규범적 평가는 얼마든지 달라질 수 있기 때문이다. 이 점에 있어서도 한국과 일본은 많은 차이를 보이고 있다.

(1) 일본

일본의 경우 사실관계의 평가방식에 관한 논란은 5요소 가운데 ②계약 내용의 일방적 결정, ④일의 승낙 및 거절의 자유, ⑤업무수행 방법 등에 관한 지휘감독 또는 시간적·장소적 구속성에 주로 관련된 것이다. 특히 ④에 관련된 사실관계의 평가방식의 차이에 따라 ②와 ⑤에 대한 판단결과가 달라졌는데 이 점에서 하급심과 최고재판소가 두드러진 차이를 보였다. 신국립극장사건에서 동경지방법판소와 고등재판소는 당사자 간의 계약문언의 내용을 중시하여 기본계약에는 개별 공연출연에 대한 법적인 의무가 없기 때문에 승낙의 자유가 없다고는 할 수 없다는 점과 지휘명령도 오페라공연이라는 집단적 무대예술의 성격상 당연한 것이라고 보았다. 이리하여 계약내용을 재단이 일방적으로 결정했다는 사실이나 공연출연에 의해 생계를 유지해왔다는 사정은 노조법상의 근로자성을 판단하는 기준이 되는 ‘법적인 지휘명령·지배감독관계’의 유무와는 관련이 없다는 취지로 판결하였다. 업무수행의 방법이나 시간적·장소적 구속성을 부정하지는 않았지만 그러한 요소는 업무위탁의 성질상 또는 무대예술의 성격상 당연한 것이라고 경시한 것이다. 하지만 최고재판소는 계약문언보다 당사자의 인식이나 계약의 실제 운용을 중시하여 기본적으로 재단으로부터의 개별 공연출연의 신청에 응해야 하는 관계에 있다고 보고 “어떤 이 유가 없어도 완전히 자유롭게 공연을 거절할 수 있다고 말할 수는 없다.”고 반대로 판단하였다. 일의 승낙 및 거절의 자유라는 평가요소를 판단함에 있어서는 당사자의 인식이나 계약의 실제 운용을 중시한 것이다. 그리하여 명시적인 법적인 의무는 없어도 사실상 구속될 수밖에 없는 사정이

존재한다는 점을 강조하였다.³³⁾

한편 INAX사건에서는 회사의 주된 사업을 담당하는 자인지 또는 회사의 업무수행에 불가결한 노동력인지 하는 ①회사의 사업조직에의 편입여부를 중시하고, ②보수가 시간외 수당을 포함하여 회사가 정한 방식에 따라 정해진다는 사실을 우선시하였다. 그 결과 전속성 요건과 관련해서도 계약상으로는 가능하다고 해도 독자적으로 영업할 시간적 여유가 없다는 점과 예외적인 사실을 중시하는 것은 상당하지 않다고 실시하였다. 여기서도 형식적인 내용보다는 실질적인 사실관계를 중심으로 사업조직에의 편입성과 계약내용의 일방적 결정이라는 요건이 일단 충족되면 지휘감독이나 보수의 노무대가성은 추가적인 판단요소로서 긍정적인 방향으로 작용하고 있음을 알 수 있다. 결국 당사자의 인식이나 계약의 실제운용을 중시한 최고재판소는 재단이 선정한 자료부터 업무수행의 내용이나 방법 및 연습에의 참가를 지휘감독 받는다는 점이나 보수의 산정방식, 시간별 산정, 초과시간 수당 등이 노무의 제공에 대한 대가라는 점 등이 어느 정도만 인정되면 근로자성을 긍정하는 방향으로 해석하고 있다.

또한 지휘감독하의 노무제공이라는 요소는 근로기준법상의 근로자성 판단에서는 한국이나 일본 모두 일반적으로 맨 처음 실시하는 판단요소이지만 노조법상의 근로자성 판단에서는 최고재판소는 한국과는 달리 마지막으로 언급하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 이는 사실관계의 평가에 있어서도 노동기준법에서 요구하는 것만큼 강한 정도의 구속성을 필요로 하는 것은 아니라는 해석을 가능하게 한다. 실제로 동일한 사실관

33) 최고재판소는 상대방의 요구를 거절할 경우 계약상 채무불이행의 제재가 있느냐 없느냐 보다 실제로 당사자들이 어떻게 받아들이고 있는가 하는 실태가 중요하다는 점을 강조하였다. 이는 법적인 의무의 유무가 중요한 것이 아니라 당사자의 현실적인 인식이 더 중요하며 노무제공자가 일부 거절한 경우가 있어도 출산이나 육아, 다른 공연의 출연 등의 다른 부득이한 사정에 의한 것이고 당사자의 인식이 요구를 받으면 당연히 응해야 하는 것으로 생각하고 있다면 자유가 제한된다고 보았다. 실제로 요구거절에 대하여 직접적으로 아무런 계약상의 부담이 없더라도 계약갱신이나 재계약과 같은 다음 계약을 거절당할 수 있기 때문에 승낙 및 거절의 자유가 있다는 판단은 쉽게 내릴 수 있는 게 아니다. 이 점은 두 판결의 선례라고도 할 수 있는 CBC관련악단 사건에서는 직접 언급되었는데 ‘사실상 거부할 수 없는’ 관계라는 점을 중시하였다.

계를 두고 하급심에서는 집단적 무대예술이나 위탁업무라는 업무의 성질상 당연히 발생하는 지휘감독상의 구속이라고 판단한 반면 최고재판소는 객관적으로 지휘감독을 받고 있다는 사실 그 자체를 인정하여 정반대의 결론에 이르게 된다. 그런데 비록 오래된 사건이기는 하나 다른 사건의 경우 최고재판소는 용차(傭車)운전자의 노동기준법상의 노동자성과 관련하여 지휘감독상의 구속성을 업무의 성질상 당연한 것으로 보아 노동자성을 부정한 사례가 있었다.³⁴⁾ 이러한 것들을 종합해보면 지휘감독상의 구속성이라는 평가요소의 판단에 있어서는 사실관계의 객관적인 존재유무가 중요하고 그 구속의 근거가 무엇이냐는 별로 의미가 없는 것으로 보고 있다고 할 수 있다. 따라서 아무런 구속이 존재하지 않는다면 이는 노동자성을 부정하는 요소로 작용하겠지만 구속으로 볼 수 있는 사정이 있으나 다만 그것이 약하다고 하는 사실은 노동자성을 부정할 수 있는 요소가 아니라 다른 요소에 비중을 더 두어야 함을 의미하는 것으로 보고 있다고 해석할 수 있을 것 같다.

그밖에 후술하는 한국의 경우에 중요하게 고려되었던 사업자성 요건이나 전속성 요건은 특별히 고려되지 않았다. 특히 INAX사건에서는 전속성 요건과 관련하여 계약상으로는 가능하다고 해도 독자적으로 영업할 시간적 여유가 없다는 점과 예외적인 사실을 중시하는 것은 상당하지 않다고 보았다. 여기서는 회사의 주된 사업을 담당하는 자가 누구인지 또는 회사의 업무수행에 불가결한 노동력이라는 점에서 회사의 조직에의 편입여부를 중시하고 보수가 시간외 수당을 포함하여 회사가 정한 방식에 따라 정해진다는 계약내용의 일방적 결정이라는 요소를 강조하였다.

(2) 한국

이에 비하여 한국의 대법원은 주로 사업자성 요건과 전속성 요건에 초점을 맞춘 것으로 보인다. 2014년 캐디 판결에서는 근로자성 판단을 위한 사실관계로서, (a)근무내용, 시간, 장소 등의 상당한 지휘감독, (b)작업도구를 제공받고 노무 외에 자신의 자본을 투여하는 일이 없이 단순한 노무

34) 横滨南劳基署長事件, 最一小判平成 8.11.28, 劳判714号14頁.

제공, (c)보수액이나 고객의 선택에 대한 자유가 없어 독립사업자성이 없음, (d)사실상 전속되어 지속적인 보조업무를 수행, (e)당사자 간에 상대방을 노조법상 당사자로 인정하고 단체협약과 별도의 합의나 노동쟁의절차를 거쳐 온 점 등의 사실관계를 열거하였다. 이 가운데 (e)는 사용자가 언제든지 임의로 바꿀 수 있는 관행과 같은 것이어서 크게 의미를 부여하지 않는다면 지휘감독의 '상당성', 사업자성 요소의 결여, 전속성 요소의 존재라는 세 요소가 노조법상의 근로자성을 인정하는데 결정적으로 작용했다고 볼 수 있다. 그런데 지휘감독이란 요소도 구체적이고 직접적인 것이 아니라 '상당한' 정도면 충족될 수 있는 것이어서 적극적인 요건이라기보다는 지휘감독란 요소가 거의 또는 전혀 없으면 근로자성이 부정된다는 정도의 소극적인 의미로 이해될 수 있다. 또한 전속성 요건의 경우에는 법적인 구속성으로서가 아니라 '사실상' 전속된 경우로 보고 있다. 결국 사실관계의 평가방식에서는 사업자적 독립성 결여와 전속성 요건을 충족하면 지휘감독이란 요소는 어느 정도만 갖추어도 노조법상의 근로자성을 매우 폭넓게 인정할 수 있다는 판단을 하고 있다고 볼 수 있다. 그렇다면 이 판결은 2006년 레미콘 판결보다 한층 진화된 것이라고 평가하지 않을 수 없다. 레미콘 운송차주의 경우에는 업무수행과정에서 구체적인 지휘·감독을 받고 있다는 사실과 전속성을 인정하였음에도 그러한 사정은 레미콘 운송업무의 성질상 불가피하거나 운송이익 증대를 위하여 스스로 감수한 결과라고 보았다. 여기에 더하여 복귀시간 등 업무종료 시간이 자유롭고, 스스로 제3자를 고용하여 업무를 대행하는 것이 불가능하지 않으며, 차량의 소유와 관리를 스스로 하여 온 점, 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고, 기본급이나 고정급이 정하여져 있지 아니한 점, 근로소득세의 원천징수여부 등이 근로자성을 부인하는 사실관계로서 평가된 것이다. 캐디판결에서의 사실관계와 비교하면 업무의 대행가능성과 차량의 소유관리를 제외하곤 거의 유사하다고 볼 수 있다. 그런데 이 같은 사정은 독립적인 사업자성을 나타내는 징표도 될 수 있지만, 한편으론 업무의 대체성이 하나의 가능성에 지나지 않고 사실상 곤란하다는 점이나 복장이나 차량 관리에 관하여 구체적으로

점점을 받고 다른 레미콘 회사의 운송업무에 이용할 수 없는 등 사업상 독립성을 상당부분 제한받고 있는 사정을 함께 고려하면 독립 사업자성은 실제로 매우 약하다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 차량의 소유와 관리의 독립성과 취업규칙의 적용여부 등 그 밖의 부수적인 사실들을 이유로 오히려 구체적인 지휘감독의 존재를 나타내는 사실들을 업무의 성질상 불가피한 것으로 본 것이다. 반면에 2014년 캐디 판결에서는 취업규칙의 적용여부 등 부수적인 요소들은 전혀 고려되지 않았고 보수액이나 고객의 선택에 대한 자유와 같은 사업자성 요소를 처음으로 제시하고 전속성 요건도 다른 사업장의 근로자가 ‘사실상’ 불가능하다는 점이 고려되었다. 이런 측면에서 레미콘 판결에 비하여 노조법상의 근로자성 판단에 있어서는 진일보한 측면이 있다는 점을 부인할 수 없다. 하지만 이는 앞에서 보았다시피 판단요소의 순서나 판단요소간의 고려 비중의 관점과 종합해서 볼 때 오히려 불명확성을 훨씬 키운 측면도 적지 않다고 할 수 있다. 전자의 관점에서는 근로자성이 좁게 인정될 여지가 컸었던 반면, 사실관계의 평가에서는 오히려 이와 반대되는 결과가 생길 여지가 많게 되어 일관성이 떨어지는 문제를 안고 있는 것이다.

4. 노조법상 근로자 개념의 일반적 정의의 가능성

한국과 일본의 노조법은 거의 동일한 내용의 근로자 정의조항을 두고 있다. 노조법상의 정의조항은 근로기준법과 비교할 때 “임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 하는 매우 느슨한 형태로 표현되어 있다. 문언 상으로 볼 때 반드시 ‘임금’생활자만을 의미하는 것은 아니라는 점은 분명하지만 이러한 표현만으로는 노조법의 적용대상인 근로자와 비적용대상인 다른 노무제공자와의 구분이 뚜렷하지 않다. 따라서 이를 구분하는 보다 구체적인 정의나 판단요소가 필요한데 앞서 보았듯이 일본의 경우에는 일반론적인 정의 대신 5가지 정도의 징표를 가지고 사례별로 판단하는 방식을 취하고 있다.³⁵⁾ 이에 비하여 한국의 경우에

35) 일반론을 제시하지 않는 이유에 대하여는 단결권이 인정되어 온 역사적인 성격 때문에 반드시 논리적으로만 도출하기는 어렵다는 점과 고용형태의 급격한 변화라는 원

는 엄밀한 의미의 일반론이라 보기는 어렵지만 어느 정도 일반론을 제시하고 있다.

노조법상의 근로자 개념에 대하여 일반론을 전개한 대표적인 대법원 판결로는 앞의 캐디 판결과 레미콘 판결이다. 이 판결들은 공통적으로 노조법상의 근로자를 일반적인 차원에서 “타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자”로 정의하고 있다. 그런데 이러한 정의는 단순히 표현상의 오류라고 보기에는 상당한 문제의 소지를 안고 있다. 판결문에서 쓰고 있는 ‘사용’이란 용어는 일본의 사례를 참조한 것 같아 보이는데 일본의 경우에도 하급심에서 가끔 사용되긴 하지만 최고재판소에서는 사용하지 않는다. 법문에서도 일본에서는 노동기준법 및 노동계약법상의 근로자 정의조항에서는 쓰이고 있지만 노조법상의 정의조항에서는 이런 표현이 없다. 통상적으로 사용이란 용어가 지휘·감독이라는 인적종속성을 표현하는 의미를 담고 있는 것이어서 노조법상 근로자의 개념을 일반적으로 정의하는데 쓰게 되면 근로기준법상의 근로자 개념과 혼동되어 판단기준의 혼란과 불투명성을 초래할 수 있다.³⁶⁾ 이는 현실적인 근로관계가 없어 전혀 ‘사용’되고 있지 않는 실업자도 당연히 노조법상의 근로자가 될 수 있다고 본 판례의 태도에 비추어 보더라도 모순된 것임에 틀림없다. 결국 판례가 전개한 일반론에서 ‘사용’이란 표현을 배제하고 보면 남는 것은 ‘종속성’과 ‘노무대가성’이다. 그런데 노무대가성이란 표현도 통상적으로 제공되는 것이 상품이나 노무

가 과도기적인 느낌이 강한 현시점에서는 노조법상 노동자성에 관한 일반론을 제시하기에는 아직 시기상조라는 인식 때문에 그것이 문제되는 사례들의 공통요소를 추출하는 방식을 취할 수밖에 없었을 것으로 추정하는 것 같다(岩村正彦/荒木尙志/村中孝史, 前掲注 30), 30-31頁). 하지만 하급심은 최고재판소와는 달리 일반론을 전개하였다. 앞의 INAXメンテナンス事件에서 동경고등재판소는 노조법상의 노동자를 “타인과의 간에 있어서 법적인 사용종속관계에 있어서 그의 지휘감독 하에서 노무에 복무하고 그 제공하는 노동의 대가로서 보수를 받는 자”로 정의하였다(INAXメンテナンス事件, 東京高判, 平成 21·9·16). 이 하급심의 일반론은 사용종속관계나 법적인 의무가 있느냐 하는 시점에서 근로기준법상의 판단요소만을 가지고 판단하고 노조법상의 독자적인 개념 설정의 가능성을 인정하지는 않았다.

36) 사용관계를 ‘지휘·명령’ 관계의 의미로 규정하고 이를 고용관계와 대비하여 엄격히 분리함으로써 사용사업주, 파견사업주 등으로 정의한 근로자파견법 제2조 제1호의 근로자파견 정의조항의 표현과 비교해 보아도 혼동의 위험성이 있음을 알 수 있다.

의 결과가 아니라 노무 그 자체라는 정도를 의미한다. 따라서 근로자성이 주로 쟁점이 되고 있는 업무처리 노무도급의 경우에는 뚜렷한 구분기준으로 작용하기에는 불충분한 것이어서 일반론으로서의 의의가 충분하다고 보기는 어렵다.

한편 노조법상의 근로자에 대한 일반론적인 의미 규정과 관련하여 대법원은 다른 사례에서 노조법의 입법목적을 '노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가.'라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 보고 실업자나 구직자도 노조법상의 근로자가 될 수 있다고 판단한 바 있다.³⁷⁾ 이러한 취지에 따르면 적어도 일반론의 차원에서는 노동3권 보장의 필요성이란 보다 추상적인 요건 정도가 의미가 있는 것으로 보인다. 하지만 이러한 일반론은 다시 이를 구체화할 수 있는 판단요소(예를 들면 일본 판례의 '계약내용의 일방적 결정' 등)를 무엇으로 보아야 하는가 하는 점에서 여전히 의문을 남긴다.

그런데 근로자 개념이 쟁점이 되는 개별적인 영역들을 보다 세심히 살펴보면 과연 인적 적용대상 범위의 확정 차원에서 노조법 전반에 걸친 통일된 일반적인 개념정의를 가능한지에 대해서는 의문이 있다. 노조법은 자유권적인 측면에서 일반 결사의 자유와 마찬가지로 근로자에게 단결의 자유를 소극적으로 보장하는 조항을 비롯하여 단체협약의 규범적 효력이나 부당노동행위의 금지 등 생존권적 측면에서 개별 근로자 및 사용자의 개인적인 자유를 제한하는 방식으로 보다 적극적으로 보장하는 조항을 모두 포괄하고 있다. 또 부당노동행위 구제제도 내에 있어서도 해고나 반조합계약과 같이 근로계약의 직접적인 당사자가 책임주체를 전제로 한 조항에서부터 단체교섭거부, 해고외의 기타 불이익취급, 지배개입과 같이 반드시 근로계약을 전제로 하지는 않거나 계약당사자 외의 현실적인 침해행위자에 대한 규제가 필요한 조항도 있다. 그 밖에도 노동3권을 국가가 직접적으로 규제하는 각종 제한금지 조항에 이르기까지 법적 성질이 다른 여러 가지 내용을 함께 담고 있다. 각각의 행위 유형 및 법적 성격이 다른 다양한 개별 영역들과 근로자 개념의 단일하고 통일적인 형성이

37) 대법원 2004. 2. 27. 선고, 2001두8568 판결.

어떻게 체계적으로 서로 조율할 수 있는지에 대한 보다 세심하고 구체적인 검토가 필요하다는 것이다.

보다 구체적인 예를 들자면 단결의 자유에 속하는 노조의 설립이나 가입자격과 관련된 조항의 경우에는 일반 결사의 자유와 하등 다를 게 없기 때문에 근로자 개념을 엄격하게 제한해야 할 근거가 없다. 반면에 노동조합에게 특정한 법적 권리를 부여하고 사용자에게 강제적인 구속력을 갖는 공법 또는 사법상의 일정한 의무를 부과하는 경우에는 근로기준법상의 접근방식과 유사해질 수 있다. 단체협약의 규범적 효력이 미치는 당사자의 범위나 부당노동행위 구제신청의 당사자 적격 문제 등이 여기에 해당할 것이다. 단체협약의 규범적 효력은 개인의 계약의 자유를 제한하는 것이기 때문에 이러한 자유의 제한은 자유의 허구성에 대한 생존권적인 관점에서의 국가의 후견인적 지위에서 접근하는 것으로서 근로기준법의 접근방식과 유사하다. 또한 부당노동행위제도도 행정처분이나 형벌이라는 국가의 강제력의 사용과 결합되어 있어 개인의 자유를 강도 높게 제한하는 것이기 때문에 죄형법정주의 원칙상 엄격하게 해석할 필요가 있는 것도 사실이다. 따라서 일단은 노조법 제3조의 근로자 개념과 부당노동행위의 보호대상인 근로자 개념은 구분해서 볼 필요가 있다고 본다.

5. 노조법의 근로자 정의조항과 단체교섭거부 부당노동행위 조항과의 관계

일본의 경우에 노조법상의 노동자라고 할 때는 노조법 제3조(노동자 정의조항)의 노동자성 문제인지 아니면 제7조 제2호(단체교섭거부의 부당노동행위 조항)의 ‘고용한’ 노동자의 문제인지가 논란이 될 수 있다.³⁸⁾ 최고재판소는 노동자성이 다투어진 관련 사건이 모두 단체교섭거부의 부당노동행위에 관한 것이었지만 노조법 제3조의 일반적인 노동자성 문제로 다루었다. 적어도 판결문의 내용만을 놓고 보면 명시적인 설시는 없으나 특별한 구별 없이 사용하고 있는 것으로 보아 동일한 것으로 보고 있는 것

38) 노동조합법 제7조 제2호는 한국과는 달리 “사용자가 ‘고용한’ 노동자의 대표자와 단체교섭 하는 것을 정당한 이유없이 거절하는 것”이라고 규정하고 있다.

같다. 일본의 학설도 대부분 이 점을 대수롭지 않게 보는 경향이 있다. 그러나 최고재판소가 제시한 판단요소에는 언제나 노무의 지휘감독 등 고용관계의 속성에 밀접한 요소, 즉 사용종속적 요소를 항상 예시하고 있다는 점에서 이 점을 전혀 무시하고 있다고 보기는 어렵다. 이런 점에서 일본의 경우 적어도 해석론으로서는 법문의 특성상 고용관계의 틀에 갇혀 근로자의 범위가 좁게 해석될 가능성이 언제나 존재한다. 최고재판소 판결도 이러한 점을 의식하고 있는 것 같고, 앞서 본 하급심 판결이 고용관계를 나타내는 지표에 집착하는 이유도 여기에 있지 않나 추측해볼 수 있다. 따라서 노조법 제3조의 노동자 정의조항과 단체교섭거부 부당노동행위 조항과의 관계를 어떻게 설정할 것인가가 문제가 된다.

한편 한국의 경우에는 법문상 이러한 문제가 발생하지 않는 것처럼 보이지만 반드시 그런 것만은 아니다. 이는 단체협약의 규범적 효력과 관련하여 근로기준법상의 근로자가 아닌 노조법상의 근로자로 구성된 노동단체가 체결한 협약의 법적 성격을 어떻게 볼 것인가 하는 문제와도 연결된다. 이 문제는 노조법상의 근로자와 근로기준법상의 근로자의 범위가 다르고 또한 전자를 후자보다 넓게 보아야 한다는 판례의 견해에 따를 때 생기게 되는 난제 중의 하나이기도 하다. 노조법 제33조는 단체협약에 정한 기준에 반하는 취업규칙과 근로계약을 무효로 하고 이를 단체협약에 정한 기준으로 보충하도록 정하고 있다. 만약 근로기준법상의 근로자가 아닌 노조법상의 근로자가 사용자와 체결한 개별적인 계약을 근로계약으로 볼 수 없다면 근로기준법상의 근로자가 아닌 노조법상의 근로자로 구성된 노동조합이 체결한 단체협약은 규범적 효력이 미치지 못한다는 해석도 가능해질 수 있다. 그렇다면 근로자성이 주로 다투어지는 단체교섭거부사건에서 굳이 근로자 개념을 확대해야 할 이유가 있는가 하는 의문이 생길 수 있다. 물론 단체협약에는 규범적 효력 외에도 채무적 효력이 있고 또 단체협약에 이르지 않아도 노사의 의사소통의 장으로서의 단체교섭도 충분한 의의가 있다고 볼 여지는 있다.³⁹⁾ 이러한 절충적인 방안 외에도 근로기준법상의 근로계약은 아니더라도 이에 준하는 것으로

39) 岩村正彦/荒木尙志/村中孝史, 前掲注 30), 47頁.

보는 유추해석도 생각해 볼 수도 있다. 하지만 이 경우에는 형벌에 의한 실효성의 담보라는 근로기준법의 특성상 무리한 해석이 될 수 있다. 이와 같은 점들을 고려해본다면 궁극적으로는 근로기준법상의 근로자와 노조법상의 근로자를 동일적으로 파악하는 것이 바람직할 수도 있다. 하지만 어떠한 공통된 판단요소를 가지고 평가할 것인가가 항상 문제로 남을 것이다.

그런데 다른 측면에서 보면 노조법상의 근로자 개념을 근기법과 동일적으로 파악하는 것이 법체계상 맞지 않을 수 있다. 노동조합은 노조법 제1조에서 명시하고 있듯이 고용·근로조건을 둘러싼 단체교섭의 당사자로서의 근로관계를 넘어서 보다 더 넓은 역할을 수행한다. 근로관계라고 하는 특정한 기업과의 관계를 초월하여 통상 사회적·정치적 기능이라고 부르는 역할을 동시에 수행하는 것이다. 노조법 제2조 제4호의 노동조합의 정의조항도 이러한 취지를 명시하고 있다. 이와 같이 노조법의 목적과 노동조합 및 근로자 정의조항의 취지를 종합하면 노조법 제2조 제1호의 근로자 개념은 단체교섭을 포함하여 폭넓은 사회적·경제적 이익증진을 도모하기 위하여 노동조합을 결성하여 활동할 수 있는 주체를 정의한 것으로 해석할 수 있다. 따라서 노조법 일반의 근로자 개념과 단체교섭의 조성·촉진을 위하여 이에 반하는 부당노동행위를 금지한 단체교섭거부의 보호대상자로서의 근로자 개념은 반드시 일치해야 할 이유는 없는 것이다. 나아가 자본의 전제에 대항하는 경제적 민주주의의 버팀목으로서 노조의 역할은 점점 더 그 의미가 중요해지고 있다. 노조법상의 근로자 개념은 이러한 시대적 역할에 맞도록 해석되어야 한다. 다른 나라의 입법례를 보더라도 집단적 노동관계법 영역에서는 한국이나 일본과 같이 근로자에 대한 통일된 정의조항을 두고 있는 경우는 오히려 드물고 노사의 자율적 영역으로 남겨두고 있는 것이 일반적이다. 한국의 경우에는 기업별 노조 조직과 기업단위의 단체교섭이 오랜 관행으로 정착되어 온 결과 이러한 측면에 대한 인식이 제대로 부각되지 못하였을 뿐이다. 하지만 한국에서도 간접고용화나 비노동자화 현상의 심화는 역으로 이러한 인식의 중요성을 깨우쳐주고 있다. 따라서 노조법 일반의 근로자성 문제를 단지

단체교섭을 촉진하기 위한 부당노동행위구제제도상의 근로자성 문제에 한정해서는 안 된다. 또한 현행법의 구조상 노조법상의 근로자성 유무는 쟁의행위를 비롯한 단체행동권 행사의 정당성여부와도 직결되기 때문에 노조법 전체의 시야에서 바라보아야 한다. 결국 노조법 제3조의 노동자개념은 단체교섭 문제에 한정하지 않고 보다 넓은 노동조합운동의 주체 또는 단결활동의 주체라는 관점에서 정의하고 이를 위한 구체적인 판단기준을 설정할 필요가 있다. 반면에 단체교섭거부 부당노동행위의 구성요건의 하나인 근로자 개념은 그가 소속된 노동조합이 그 상대방과의 관계에 있어서 단체교섭을 구할 입장에 있는가 여부가 중요한 의미를 가진다. 여기서는 그 노무제공자가 노조법 일반의 근로자임을 전제로 하여 그 근로자의 노무공급에 관한 제 조건에 관하여 소속된 노동조합과 그 상대방간에 이해대항 관계가 있고 단체교섭을 통하여 그 해결을 도모하는 것이 단결권보장의 의의와 부당노동행위구제제도의 취지·목적에 비추어 유의미한지 여부가 판단의 포인트가 될 것이다.⁴⁰⁾

6. 기타 고려해야 할 사항

(1) 근로자성이 쟁점이 되는 사안의 차이와 한국적 상황의 특수성

노조법상의 근로자성 문제는 한일 양국에 공통된 점도 있지만 동일하게만 취급할 수 없는 특수한 상황도 아울러 존재한다. 근로자성 문제가 실제 소송으로 진행된 사례가 그리 많지는 않지만 쟁점이 된 상황을 노무제공자의 유형과 사안별로 검토해보는 것도 이 문제를 해결하는 데 유의미한 시사점을 얻을 수 있을 것 같다. 우선 노무제공자의 유형별로 보면 일본에서는 전속 또는 우선출연 계약의 예능인·전속 영화배우·자유출연 계약의 악단원이나 합창단원·프로야구선수 등의 특수기능자, 용차덤프차량 운전기사·배송원 등 운송업무종사자, 검침원·집금원 등의 외무원, 주택설비기기수리 기사·음향제품수리 개인대행점 등 AS기사이다. 이들의 대부분은 노동위원회나 하급심에서 근로자성이 인정되었는데 앞에서 본

40) 西谷敏/道幸哲也/中窪裕也編, 新基本法コンメンタール労働組合法, 日本評論社, 2011, 39頁.

바와 같이 자유출연계약의 합창단원과 주택설비기기수리 기사·음향제품 수리 개인대행점 등 AS기사는 노동위원회에서는 인정되었으나 하급심에서 근로자성이 부정되었다가 대법원에서 뒤집힌 사례이다.

반면에 한국에서는 실업자, 외국인, 학습지교사, 보험모집인, 골프장캐디, 레미콘차량 기사 겸 차주 등이 문제가 되었다. 일본과 비교해보면 일본에서는 거의 존재하지 않거나 미미한 직종이 한국에서 주로 문제가 되고 있고, 심지어는 당연히 노조법상의 근로자성이 인정되는 실업자나 외국인까지도 한국에서는 문제가 되었다는 점을 알 수 있다. 또한 일본에서 주로 논란이 되고 있는 노무제공자의 유형이 한국에서는 법정다툼으로 이어지지 않은 것은 그러한 노무형태가 존재하지 않아서가 아니라 문제가 되는 사안이 전혀 다른데서 연유한 탓도 있는 것 같다. 일본에서 노조법상의 근로자성이 다투어진 사안은 대부분 단체교섭거부의 부당노동행위 사건이다. 사업주들이 ‘비 근로자화’ 과정에서 이들의 단체가 노조가 아니라는 이유로 단체교섭요구를 거부한데 대하여 부당노동행위법상 구제신청 당사자로서의 자격이 문제가 된 것이다. 이에 반하여 한국의 경우에는 상황이 훨씬 복잡다단하다. 일차적으로는 정부의 노조설립 자격심사 과정에서 노조의 성립 자체가 주로 문제가 되었다. 그리고 부당노동행위가 문제된 경우에도 조합활동과 관련된 불이익취급 및 지배개입여부가 논란이 되었다. 이 가운데 전자의 문제의 배경에는 노조법의 구조상의 차이가 있다. 한국의 경우에는 노조의 성립요건 자체부터 매우 제한적으로 규정하고 이를 설립신고제도와 연결시킴으로써 사실상 허가주의로 운용되어 왔기 때문이다. 여기에 기업별 노조라는 조직형태의 특수성이 함께 맞물려서 취업여부나 국적과는 관계없이 산업구조의 변화에 따라 근로자가 자주적으로 업종별 노조에서 출발하여 산업별, 연합노조 형태 등으로 발전시켜왔던 노조의 역사에 대한 인식의 부족이 가세된 것으로 보인다. 이런 점에서도 노조법상의 근로자 개념이 근로기준법상의 그것과는 물론이고 노조법 내에서도 법규의 취지에 따라 달리 규정될 여지가 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

(2) 쟁의행위의 주체에 관련된 업무방해죄 및 쟁의행위 규제조항의 적용과 관련하여

일본의 입법이나 판례의 경향을 비교법적으로 검토함에 있어서 반드시 고려해야 할 게 또 있다. 폭넓게 결사의 자유가 보장되는 일본의 법체계에서는 비록 노동조합이 아니더라도 노무제공자들의 단체행동이 민형사상의 책임을 부담할 일이 적지만 한국과 같이 노무제공자들의 집단행동을 근원적으로 위법 시 하고 제한된 범위 내에서만 합법성을 부여하는 법 구조에서는 사정이 크게 달라진다. 현행 노동관련 법령에는 쟁의행위를 제한 또는 금지하는 수많은 조항들이 있고 또한 형법상의 업무방해죄는 노동조합이 아니라도 적용될 수 있다. 하지만 그렇다고 하더라도 근로자로 인정되어 노동조합의 자격을 인정받을 경우에는 그나마 노조법의 보호를 받을 가능성이 있지만 그렇지 못한 경우에는 집단적인 행동 자체가 곧바로 업무방해죄로 처벌받을 수 있는 위험성이 커진다. 노사 간의 집단적인 갈등을 합법적인 틀 내에서 공정하고 평화적으로 해결하는 것이 중요한 것만큼 노조법상의 근로자 개념을 가능한 한 넓게 보아야 할 필요성이 입법구조 자체에서 요청되고 있는 셈이다. 노조법상의 근로자 개념을 확정함에 있어서 이러한 점도 고려되지 않으면 안 된다.

Ⅲ. 결론을 대신하여

이상과 같이 한일 양국의 최고 법원은 근로기준법상 근로자 개념과 구별되는 노조법상 근로자 개념의 독자성에 대하여 종전에 비해 보다 적극적인 입장을 취하기 시작한 것으로 보인다. 선불리 단언하기는 어렵지만 조직적, 경제적 종속성을 나타내는 지표들의 중요성이 높아진 반면 인적 종속성을 나타내는 지표들은 이제는 만약 그것이 전혀 없으면 근로자성을 부정하게 된다는 의미의 소극적인 역할로 변해가고 있다. 이러한 변화의 이면에는 산업구조 및 경영기법의 변동에 따른 고용형태의 다양화로 근로자의 조직적, 경제적 종속은 지속 또는 심화되어 가는 반면 인적 종속은 약해지는 현상이 갈수록 두드러지고 있다는 현실인식이 어느 정도 반

영되어 있는 것 같다. 업무수행의 자율성의 증가로 인적 종속성을 나타내는 전통적인 지표들의 결정적인 역할이 줄어들고 점점 더 보완적인 요소로 변모해가는 것도 근로자성 판단기준의 사회적 타당성을 확보하기 위한 사법부의 노력의 일환이 아닌가 생각된다. 이런 의미에서 노조법상의 근로자성 판단에 관한 한국과 일본의 최고 법원의 기본적인 입장의 변화는 주목할 만한 가치를 가지고 있다. 물론 고용형태의 다양화 현상을 근로자의 독립성의 증가로 읽을 수도 있겠지만 독립성의 증가가 아니라 종속의 방식이 바뀌어 가는 것으로 이해하는 것이 보다 현실에 적합한 해석인 것 같다. 그렇다면 종속성을 판단하는 요소들에 대한 규범적 평가도 이러한 변화에 맞추어나가지 않으면 안 되지 않나 생각된다.

한편 한일 양국의 최고 법원의 태도변화에는 이와 같은 긍정적인 측면도 지니고 있지만 면밀한 검토가 필요한 여러 가지 한계도 분명히 존재한다. 앞에서 보았듯이 일본 최고재판소의 두 판결에 대해서는 긍정적인 평가뿐만 아니라 법리적인 불투명성 및 한계에 대한 지적도 다수 있다. 또한 얼핏 보면 유사해보이지만 노조법상의 근로자에 관한 법령상의 규정방식, 일반론적인 정의와 사례판단 방식, 근로자성 판단의 고려요소와 사실관계의 판단방식 등과 관련하여 상당한 차이가 있다. 나아가 이 개념이 쟁점이 되는 문제 상황도 한국과는 많이 다르다는 점 등 유의해야 할 대목 또한 적지 않다. 또한 한국의 경우에는 노조법상의 근로자성 판단의 고려요소 및 그 평가방식과 관련하여 종전과는 다른 기준을 제시한 것처럼 보이기는 한데 그 근거를 명확히 밝히지 않는 등 여전히 일관된 기준이 없어 법적 안정성의 문제점을 드러내고 있다. 이러한 문제점들에 대한 보다 깊이 있는 논의가 노동법학의 중요한 과제로 남겨져 있다는 점을 마지막으로 지적해두고 싶다.

참 고 문 헌

- 김형배, 노동법(제20판), 박영사, 2011.
- 김유성, 노동법 I, 법문사, 2005.
- 박홍규, 고용법·근로조건법, 삼영사, 2002.
- 송강직, “일본노동조합법상의 근로자 개념”, 법제연구 제41호, 한국법제연구원, 2011.
- 이영희, 노동법, 법문사, 2001.
- 임종률, 노동법(제12판), 박영사, 2014.
- 조경배, “노동3권의 주체로서 근로자개념과 특수고용노동자”, 노동법학 제22호, 한국노동법학회, 2006.
- 최홍엽, “노동조합법상의 근로자성에 대한 일본의 논의 - 2011년 최고재판소의 두 판결을 계기로”, 법학논총 제19호, 조선대학교 법학연구원, 2012.
- 岩村正彦/荒木尙志/村中孝史, “[鼎談] 労働組合法上の労働者性をめぐって”.
ジュリスト no.1426, 2011.
- 川口美貴, “労働組合法上の労働者と理論的課題”, 勞委勞協 642호, 2009.
- 水町勇一郎, “労働組合法上の労働者性”,ジュリスト no.1426, 2011.
- 菅野和夫, 労働法(第9版), 弘文堂, 2010.
- 菅野和夫, “業務委託契約者の労働者性”,ジュリスト no.1426, 2011.
- 土田道夫, “「労働者」性判断基準の今後-勞基法·労働契約法上の「労働者」性
を中心に”,ジュリスト no.1426, 2011.
- 西谷敏, 労働法(第2版), 日本評論社, 2013.
- 西谷敏/道幸哲也/中窪裕也編, 新基本法コンメンタール労働組合法, 日本評論社, 2011.
- 労働省労働基準局編, 労働基準法の問題点と対策の方向-労働基準法研究会
報告書, 日本労働協會, 1986.

<국문초록>

한일 양국의 최고 법원은 근로기준법상 근로자 개념과 구별되는 노조법상 근로자 개념의 독자성에 대하여 종전에 비해 보다 적극적인 입장을 취하기 시작한 것으로 보인다. 조직적, 경제적 종속을 나타내는 지표들의 중요성이 높아진 반면 인적종속을 나타는 지표들은 근로자성을 나타내는 적극적인 역할에서 이제는 그것이 전혀 없으면 근로자성을 부정하게 된다는 의미에서 소극적인 역할로 작용하는 기능적인 이동 현상이 나타나고 있는 것 같다. 이러한 변화의 이면에는 산업구조 및 경영기법의 변동에 따른 고용형태의 다양화로 근로자의 조직적, 경제적 종속은 지속 또는 심화되어 가는 반면 인적 종속은 약해지는 현상이 갈수록 두드러지고 있다는 현실인식이 어느 정도 반영되어 있는 것 같다. 업무수행의 자율성의 증가로 인적 종속성을 나타내는 전통적인 지표들의 결정적인 역할이 줄어들고 점점 더 보완적인 요소로 변모해가는 것도 근로자성 판단기준의 사회적 타당성을 확보하기 위한 사법부의 노력의 일환이 아니가 생각된다. 이런 의미에서 노조법상의 근로자성 판단에 대한 한국과 일본의 최고 법원의 기본적인 입장의 변화는 주목할 만한 가치를 가지고 있다. 물론 고용형태의 다양화 현상을 근로자의 독립성의 증가로 읽을 수도 있겠지만 독립성의 증가가 아니라 종속의 방식이 바뀌어 가는 것으로 이해하는 것이 보다 현실에 적합한 해석인 것 같다. 그렇다면 종속성을 판단하는 요소들에 대한 규범적 평가도 이러한 변화에 맞추어나가지 않으면 안 되지 않나 생각된다.

한일 양국의 최고 법원의 태도변화에는 이와 같은 긍정적인 측면도 지니고 있지만 면밀한 검토가 필요한 여러 가지 한계도 분명히 존재한다. 일본 최고재판소의 두 판결에 대해서는 긍정적인 평가뿐만 아니라 법리적인 불투명성 및 한계에 대한 지적도 다수 있다. 또한 얼핏 보면 유사해 보이지만 노조법상의 근로자에 관한 법령상의 규정방식, 일반론적인 정의와 사례판단 방식, 그 고려요소와 판단방법 등과 관련하여 상당한 차이가 있고 나아가 이 개념이 쟁점이 되는 문제 상황도 한국과는 많이 다르다

는 점 등 유의해야 할 대목 또한 적지 않다. 또한 한국의 경우에는 노조법상의 근로자성 판단의 고려요소 및 그 평가방식과 관련하여 종전과는 다른 기준을 제시한 것처럼 보이기는 한데 그 근거를 명확히 밝히지 않는 등 여전히 일관된 기준이 없어 법적 안정성의 문제점을 드러내고 있다. 이러한 문제점들에 대한 보다 깊이 있는 논의가 노동법학의 중요한 과제로 남겨져 있다.

주제어 : 노조법상의 근로자 개념, 근로기준법상의 근로자 개념, 고용형태의 다양화, 특수형태근로종사자, 사용종속관계, 조직적 종속성, 경제적 종속성, 인적 종속성

A Comparative Review on Legal Reasoning of Korean and Japanese Supreme Courts concerning the Concept of Worker in Labour Union Law

Cho, Kyung-Bae*

The Supreme Courts of Korea and Japan seem to start taking a more positive stance than in the past with respect to the identity of the worker in Trade Union Law distinguished from the concept of worker in Labor Standards Law. The importance of the indicators of organizational or economic dependency is growing whereas the indicators that show personal dependency turn to act as a passive role in determining whether he/she is a worker or not. This change are reflecting an awareness that economic dependency of workers has been persisting or intensifying while personal dependency has been weakening to some extent due to the diversification of employment in accordance with the changes in the industry structure and management skills. It can be seen as part of efforts of the judiciary to ensure the adequacy of worker's criteria that the decisive role of the traditional indicators of personal dependency is changing into more and more complementary elements identifying the worker. In this sense, a recent change in the basic position of the Supreme Courts of Korea and Japan is considerably noteworthy

The change in the attitude of the Supreme Courts has such a positive aspect, but it also has several limitations that need a careful review. There are a number of critical comments about the judicial ambiguity in the evaluation of the Japanese Supreme Court rulings. Even though similar at first glance, there exist significant differences from Korea with regard to several statutory provisions relating to the worker, general definition vs. case by case judgement, etc. Furthermore, it is to be noted that there is a

* Professor, Soonchunhyang Univ.

considerable difference in such a situation as this issue occurs. Although it looks like the Supreme Courts of Korea has suggested a different view from previous years with respect to the factors to be considered in the determination of whether the worker is or not and the evaluation method for the related facts, it still includes a variety of issues to be resolved. For the stability of the application and interpretation of law, a more in-depth discussion for establishment of consistent and clear criteria remains as an important task of labour law.

Key Words : concept of worker, diversification of employment, labour of special type, relation of dependency, organizational dependency, economic dependency, personal dependency

