

**민변 노동위원회-오사카노동자변호단**

**제14회 정기교류회**

民弁 労働委員会-大阪労働者弁護団

第14回 定期交流会

**<한·일 노동법상의 노동자성>**

**<日韓 労働法の労働者性>**

■일시 : 2011. 11. 12.(토) 10시~16시

■장소 : 민주노총 대회의실



MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society

민주사회를 위한 변호사모임



## <자료집 순서>

○ 제14회 민변 노동위원회-오사카노동자변호단 세미나 순서 .....	1
○ 오사카노동자변호단 참가자 명단 .....	2
○ 제1주제 : 일본 노동법상의 노동자성(第1テーマ : 日本 労働法の労働者性)	
일본에서의 노동자개념의 현상과 과제(노동기준법편) .....	3
노동관계법 연구회 보고서-노동조합법상 노동자성 판단기준에 대하여 .....	33
'일본에서 노동자개념의 현상과 과제'에 관한 토론문 .....	73
'노동조합법상 노동자성 판단기준에 대하여'에 관한 토론문 .....	77
○ 제2주제 : 한국 노동법상의 노동자성(第2テーマ : 韓国 労働法の労働者性)	
韓國 労働法上 勤勞者の 概念 .....	79
'韓國 労働法上 勤勞者の 概念'에 대한 토론문 .....	95
○ 제3주제 : 노동형사사건에 대한 질의응답(第3テーマ : 労働刑事事件に関する Q&A)	
노동형사사건에 대한 질문서 .....	99
노동형사사건 질문에 대한 답변 .....	103





## 제14회 민변 노동위원회-오사카노동자변호단 세미나 순서

□ 세미나 사회 : 강문대 변호사(민변 노동위원회 부위원장)

■ 인사말 : 정연순 변호사(민변 사무총장)

### ■ 제1주제 일본 노동법상의 노동자성 /10:00~11:30

- 발제 1: 일본에서의 노동자개념의 현상과 과제 /히라카타 카오루 변호사
- 발제 2: 노동조합법상의 노동자성 판단기준에 대하여 /나카가와 다쿠 변호사
- 토론 1: '일본에서의 노동자개념의 현상과 과제'에 대한 토론/서보열 변호사
- 토론 2: '노동조합법상의 노동자성 판단기준에 대하여'에 대한 토론/권두섭 변호사

■ 점심식사(경향신문사 별관 1층 식당 : 정동국시/신의주참쌀순대) /11:30~13:00

### ■ 제2주제 한국 노동법상의 노동자성 /13:00~14:30

- 발제 : 한국 노동법상 노동자 개념 /김진 변호사
- 토론 : 나카가와 다쿠 변호사/기타모토 슈지 변호사

### ■ 세미나 총평 /14:30~14:50

- 박수근 교수(한양대학교 법학전문대학원)
- 와키타 시게루 교수(류코쿠대학 명예교수)

■ 휴식 /14:50~15:00

### ■ 제3주제 노동형사사건에 대한 질의응답 /15:00~16:00

- 질의 : 오다 고지 변호사
- 응답 : 송영섭 변호사(금속노조 법률원장)

# 오사카노동자변호단 참가자 명단

2011年11月 参加者名簿

	氏名		性別	備考
1	脇田 滋	와키타 시게루	男	龍谷大学 名誉教授
2	在間秀和	자이마 히데카즈	男	弁護士
3	北本修二	키타모토 슈지	男	弁護士
4	丹羽雅雄	니와 마사오	男	弁護士
5	小田幸児	오다 고지	男	弁護士
6	岸上英二	기시가미 에이지	男	弁護士
7	平方かおる	히라카타 가오루	女	弁護士
8	大橋さゆり	오하시 사유리	女	弁護士
9	七堂眞紀	시치도 마키	女	弁護士
10	梁英哲	랑 영 철	男	弁護士
11	大山弘通	오야마 히로미쓰	男	弁護士
12	中島ふみ	나카지마 후미	女	弁護士
13	大山 蓮	오야마 렌	女	大山・中島 娘 1 歳
14	金 奉植	김 봉 식	男	弁護士
15	尹 文熙	윤 문 희	女	研究者 金奉植弁護士妻
16	金 真希	김 진 희	女	金・尹 娘 1 歳
17	中川 拓	나카가와 다쿠	男	弁護士
18	佐伯良祐	사에키 료수케	男	弁護士
19	亀石倫子	가네이시 미치코	女	弁護士
20	久堀 文	구보리 후미	女	弁護士
21	下藤哲夫	가토우 데쓰오	男	ユニオンおおさか

教授 1 名・弁護士 16・研究者 1 名・家族 2 名・労働組合員 1 名 = 計 21 名

## 일본에서의 노동자개념의 현상과 과제(노동기준법편)

변호사 히라카타 카오루

### 1. 문제의 소재

#### (1) 서언

일본에서 노동기준법이나 노동조합법 등 주요한 제 법규, 노동법상의 판례법리, 취업규칙 등은 「노동자」를 적용대상으로 하고 있다. 그러나 이 「노동자」의 개념에 대해서 노동법상 통일적인 정의규정을 두고 있지 않다. 또한 정의규정을 두고 있는 노동기준법, 노동계약법 및 노동조합법에서도 그 정의규정은 개괄적이다. 한편 노무공급을 위한 계약형식이나 노무공급형태가 다양화되고 있는 현실이 있다. 그래서 법이 규정하는 노동자의 정의규정이 어떤 노무공급형태의 자를 포함하는지 여부가 즉, 어떤 노무공급형태의 자에게 당해 노동법규의 보호가 미치는지 여부가 자주 문제가 된다.

#### (2) 노동제법규에서 정의규정

-**노동基準法** 제9조: 이 법률에서 「노동자」라 함은 직업의 종류를 불문하고, 사업 또는 사업소(이하 「사업」이라 한다)에 사용되는 자로, 임금을 지급받는 자를 말한다.

-**노동契約法** 제2조 제1항: 이 법률에서 「노동자」라 함은 사용자에게 사용되어 노동하고 임금을 지급받는 자를 말한다.

-**노동組合法** 제3조: 이 법률에서 「노동자」라 함은 직업의 종류를 불문하고, 임금, 급여 기타 이것에 준하는 수입에 의해서 생활하는 자를 말한다.

#### (3) 다양화된 노무공급계약, 노무공급형태와 다양화의 이유

##### 가. 계약형식의 다양화

통상의 노동계약 이외에 촉탁, 도급, 위임, 업무위탁 등 여러 가지 계약형식이

종종 이용된다.

나. 노무공급형태의 다양화

일인 십장, 전세차량(차량 소유)운전자, 프리 카메라맨, 위탁판매원, 재택근무, 보험조사원 등 사업장에서 사용자의 지휘명령 하에 노무를 제공한다고 하는 전통적인 「노동자」 개념에서 빠져나오는 노무공급형태가 존재한다.

다. 다양화의 이유

실질적으로는 노동자임에도 노동자가 아니라고 하여 각종 노동자보호법이나 사회보장제도의 적용을 면한다거나, 세금부담을 경감하려고 하는 사용자의 탈법적 의도에 의한다. 정보화 사회에 따른 노동형태의 변화, 노동자 자신의 의식의 변화(사용자의 지휘명령을 떠나서 자유롭게 일을 하고 싶다)도 있다는 의견도 있다.

## 2. 일본에서 판례, 학설의 상황

### (1) 판례의 상황

#### 가. 전세차량 운전자(지입차량 운전자)의 노동자성

-橫浜南労基署長(旭紙業)사건. 最高裁 第1小法廷 1996. 11. 28. 판결

##### [사안의 개요]

자기 소유의 트럭을 지입하고 회사의 지시에 따라 제품 등의 운송에 종사하고 있던 운전자(전세차량 운전자)가 적재 작업 중에 넘어져 골절 등의 부상을 입어 労災保險法 소정의 요양·휴업보상금부를 청구했지만, 労働基準監督署長에 의해 노재보험법 상의 노동자에 해당하지 않는다고 하여 부지급 결정을 받았기 때문에 그 취소를 구한 소송.

##### [판시]

노동자성을 부정하여, 노재보험의 부지급 결정을 긍정.

노재보험법상의 노동자는 노동기준법상의 노동자와 같다.

① 회사가 하는 운전자(상고인)에 대한 업무지시는 운송물품, 운송처 및 납입시

각에 한정되고, 운송경로, 출발시간, 운전방법 등에는 미치지 않으며, 또한 일회의 운송업무를 마치고 다음의 운송업무를 지시가 있기까지는 운송 이외의 다른 일을 지시하는 경우는 없었다. ② 근무시간은 회사의 일반 종업원과 달리 시업시각 및 종업시각이 정해져 있지 않으며, 당일의 운송업무를 마친 후에는 다음 날의 최초 운송업무를 지시를 받아 그 하적을 마치면 귀가할 수 있으며, 다음 날은 출근하지 않고 직접 최초 운송처에 대한 운송업무를 하는 것으로 되어 있었다. ③ 보수는 트럭의 적재가능량과 운송거리에 따라 정한 운임표에 의해 작업량 지급방식이었다. ④ 상고인이 소유하는 트럭의 구입대금, 유류대금, 수리비, 운송시의 고속도로요금 등은 상고인이 부담하고 있었다. ⑤ 소득세의 원천징수, 사회보험 및 고용보험의 보험료 공제는 되고 있지 않으며, 상고인은 사업소득으로서 확정신고를 하고 있었다.

위 사실관계 하에서는, 상고인은 업무용 기자재인 트럭을 소유하고 자기의 위험과 계산 하에서 운송업무에 종사하고 있던 것인 이상, 회사는 운송이라는 업무의 성질상 당연히 필요로 하는 운송물품, 운송처 및 납입시각의 지시를 하고 있던 이외에는 상고인의 업무수행에 관해 특단의 지휘감독을 하고 있었다고는 할 수 없으며, 시간적, 장소적인 구속의 정도도 일반 종업원과 비교하여 훨씬 느슨하며, 상고인이 회사의 지휘감독 하에서 노무를 제공하고 있었다고는 평가할 수 없다. 보수의 지급방법, 제세공과금의 부담 등에 대해서 보더라도 상고인이 노동기준법상의 노동자에 해당한다고 해석하는 것을 상당하게 하는 사정은 없다. 그렇다면 상고인은 전속적으로 회사의 제품 운송업무에 종사하고 있으며, 회사 운송계의 지시를 거부할 자유가 없었던 점, 매일 시업시각 및 종업시각은 위 운송계의 지시내용 여하에 따라서 사실상 결정되는 것으로 된 점, 위 운임표에 정해진 운임은 트럭협회가 정한 운임표에 의한 운임표보다도 15% 낮은 액수로 되어 있던 점 등 원심이 적법하게 확정된 기타 사실관계를 고려하여도 상고인은 労働基準法상의 노동자라고는 할 수 없으며, 労働者災害補償保険法상의 노동자에도 해당하지 않는다.

#### 나. 영화촬영기사의 노동자성

-新宿勞基署長사건. 東京高裁 2002. 7. 11. 판결

[사안의 개요]

영화촬영기사(카메라맨)가 영화촬영에 종사 중, 숙소에서 뇌경색이 발병한 후 사망하여서 동인의 자녀가 노재보험법의 유족보상금부 등을 청구하였지만, 노동기준감독서장에 의해 노재보험법 상의 노동자에 해당하지 않는다고 하여 부지급 결정을 받았기 때문에 그 취소를 구한 소송.

[판시]

노동자성을 긍정, 노재보험의 부지급 결정을 취소.

노재보험법상의 노동자는 노기법상의 노동자와 같다.

① 업무수행상의 지휘감독관계

영화제작에 있어서 촬영기사는 감독의 이미지를 파악하여 자기의 기량이나 감성을 바탕으로 영상에 구체화하고, 감독은 영화제작에 관하여 최종적인 책임을 지는 것이며, 본건 영화의 제작에 있어서도 렌즈의 선택, 카메라의 포지션, 사이즈, 앵글, 피사체를 찍는 방법 및 촬영방법 등에 대해서는 모두 감독의 지시 하에 행해지고, 망 카메라맨이 촬영한 필름(컷의 무더기) 가운데 컷의 채택이나 필름의 편집을 최종적으로 결정하는 것도 감독이었던 것이 인정되고, 이것들을 고려하면 본건 영화에 관해서 최종적인 결정권한은 감독에게 있었던 것이며, 망 카메라맨과 감독과 사이에는 지휘감독관계가 인정된다.

② 보수의 성격·금액

망 카메라맨의 보수는 본건 영화 1편의 촬영작업에 대한 것으로 120만 엔으로 촬영일수에 다소의 변동이 있어도 보수의 변경은 없는 것으로 되어 있었지만, 회사(프로덕션)에서 정하고 있는 일당과 예정촬영일수를 기초로 해서 산정한 액수에 협의에 참가 등을 고려하여 정해진 것이기 때문에, 노동자성에 대해서 의심의 여지가 없는 다른 촬영조수, 조명기사 등에 대해서 지급되고 있던 보수와 본질적인 차이가 있다고는 할 수 없다. 또한 망 카메라맨은 합계 33일간 본건 영화의 촬영 등에 종사하고 그 도중에 사망했지만, 촬영의 3분의 2를 소화하였다는 이유로 84만 엔이 지불되고 있었다. 33일간이라는 일수는 당초의 촬영예정기간인 50일의 약 3분의 2에 상당하며, 위와 같이 지급이 된 것도 또한 다른 촬영조수 등에 대해서 일당을 기초로 일수에 따라 보수가 지급되고 있었던 것과 整合性을 갖는다. 따라서 망 카메라맨에게 지급된 보수는 작업총량의 요소가 강한 보수라기보다는 오히려 임금의 성격이 강한 것이었다고 할 수 있다.

③ 일의 의뢰 등에 대한 승낙여부의 자유

일단 계약을 체결한 이상 망 카메라맨은 제작진행계(兼務助監督)가 프로듀서의 지시 하에 작성한 예정표에 따라서 행동하여야 하며, 또한 촬영기사로서 감독의 이미지를 영상에 구체화해야 할 입장에 있었기 때문에 본건 영화의 촬영에 관해서 망 카메라맨이 구체적인 개개의 일에 대해서 이것을 거부할 자유는 제약되어 있었다고 할 수 있다.

④ 시간적·장소적 구속성

망 카메라맨은 본건 영화의 촬영에 종사하는 것에 의해서 예정표에 따라 집단적으로 행동하며, 일하는 장소도 로케이션(촬영지, location) 및 로케이션 헌팅(location hunting)의 현장으로 지정되어 있던 것이고, 시간적·장소적 구속성이 높은 것이었다고 할 수 있다. 이 점에 관해 원판결(노동자성을 부정)은 이러한 구속은 영화제작의 성질 내지 특수성에 의한 면이 크고, 「사용자」의 지휘명령의 필요에서 되고 있는 것은 아니라는 취지로 실시하지만, 이러한 구속에 대해서 영화제작의 성질 내지 특수성만을 강조하는 것은 상당하지 않으며, 이러한 시간적·장소적 구속도 영화를 제작하려는 사용자의 업무상 필요성에서 이루어지고 있는 것이라고 보아야 한다.

⑤ 노무제공의 대체성의 유무

회사는 망 카메라맨의 촬영기사로서의 기술에 주목한 감독의 추천이 있었기 때문에 동인과 사이에 본건 계약을 체결하기에 이른 것이며, 망 카메라맨에게는 사용자의 양해 없이 스스로의 판단으로 다른 자에게 노무를 제공하거나 혹은 보조자를 사용하는 것이 인정되고 있었다고는 할 수 없으며, 망 카메라맨의 일에 대체성이 인정되고 있다고는 할 수 없다. 이것은 지휘감독관계를 긍정하는 요소의 하나이다.

⑥ 기계·기구의 부담관계

망 카메라맨이 본건 영화의 촬영에 사용한 촬영기구는 극히 일부 자기 카메라를 사용한 이외에는 모두 회사의 것이며, 이 사실도 망 카메라맨의 노동자성을 엿보이게 하는 요소라고 할 수 있다.

⑦ 전속성의 정도

망 카메라맨이 경제적으로 회사의 일에 의존하고 있었다고는 할 수 없으며, 망 카메라맨의 회사에 대한 전속성의 정도는 낮았다. 그러나 본건에 있어서 지휘감독관계가 인정되는 것에 비추어보면 전속성의 정도가 낮았다고 해도 이것이 곧바로 망 카메라맨의 노동자성의 판단에 큰 영향을 미치는 것이라고는 할 수 없

다.

⑧ 복무규율의 적용

망 카메라맨에게는 회사의 취업규칙은 적용되지 않으며, 망 카메라맨의 보수 지급시기도 회사의 종업원과는 다른 시기로 되어 있었다. 그러나 이러한 사실도 지휘감독관계가 인정되는 본건에 있어서는 노동자성의 판단에 큰 영향을 미치는 것은 아니라고 해야 하는 이상, 망 카메라맨뿐만 아니라 회사의 종업원이든지 아닌지는 묻지 않고, 로케이션 기간 중에는 촬영 스텝에 대해서 취업규칙이 적용되지 않는 것이 통례였기 때문에, 망 카메라맨에 대해서 회사의 취업규칙이 적용되지 않았다는 것은 반드시 그 노동자성을 부정하는 요소라고는 되지 않는다.

⑨ 제세공과금 등의 부담관계

망 카메라맨의 보수에 대해서는 「예능인보수에 관한 원천징수」가 되고 있었으며, 망 카메라맨은 확정신고를 하고 있었지만, 소득세의 신고형식만을 파악하여 사용종속관계를 부정하는 것은 상당하지 않다. 다른 한편 회사가 산재보험료의 산정기초로 망 카메라맨에 대한 보수를 포함하고 있었던 것은 노동자성을 긍정하는 하나의 요소가 된다.

이상의 ① - ⑨에 의해 망 카메라맨은 회사(사용자)와 사용종속관계 하에서 노무를 제공하고 있었다고 인정되고, 노기법 9조의 「노동자」에 해당하며, 노재보험법의 「노동자」에 해당한다고 판단.

다. 대학병원 수련의의 노동자성

-関西医科大学 수련의 사건. 最高裁 第2小法廷 2005. 6. 3. 판결

[사안의 개요]

K(수련의)는 関西医科大学을 졸업한 후 의사국가시험에 합격. 그 후 関西医大 부속병원에서 임상연수(이비인후과)를 받고 있었던 바, 급성심근경색에 의해 급사. 関西医大의 연수 프로그램에 의하면 2년간의 연수기간 중 제1기째에는 외래진료로 병력의 청취, 증상의 관찰, 검사, 진단의 실시, 처치, 작은 수술의 시행 등을 경험하여 기술의 습득과 능력의 습득을 목표로 하는 이외에, 입원환자의 주치의로 일하고, 기초적인 지식, 기술을 배우며, 의사로서 필요한 태도를 몸에 익히며, 제2기째에는 관련 병원에서 더욱 고도의 연수를 하는 것으로 되어 있었



다. K는 1기째의 연수기간 중이며, 오전 7시30분부터 오후 10-11시까지 병원에서 근무, 휴일에도 빈번히 호출되고 있었다. 병원에서 장학금으로 월 액 6만 엔의 지급을 받고 있었다.

K의 부모는 대학병원에서 수련의는 노동기준법, 최저임금법의 노동자에 해당한다고 주장하며, K는 최저임금법을 밑도는 임금밖에 지급받지 않았다고 하여, 차액임금의 지급을 구했다.(그 외에 K의 사망이 병원의 안전배려의무위반에 의한 과로가 원인으로 손해배상청구소송등도 제소)

[판시]

노동자성을 긍정

(별소 손해배상청구사건 등에서도 모두 노동자성을 긍정)

수련의는 의사국가시험에 합격하고 의사명부에 등록되어 厚生大臣의 면허를 받은 의사이며, 의료행위를 업으로서 할 자격을 가지고 있는 것이지만, 의사는 면허를 받은 후에도 2년 이상 대학의 의학부, 대학병원 등에서 임상연수를 수행하도록 근무하는 것으로 한다고 의사법에 의해 정해져 있다. 이 임상연수는 의사의 자질 향상을 도모하는 것을 목적으로 하는 것이며, 교육적인 측면을 가지고 있지만, 그 프로그램에 따라서 임상연수 지도의의 지도하에 수련의가 의료행위 등에 종사하는 것을 예정하고 있다. 그리고 수련의가 이렇게 하여 의료행위 등에 종사하는 경우에는 이러한 행위 등은 병원의 개설자를 위한 노무의 수행이라는 측면을 불가피하게 갖게 되며, 병원의 개설자의 지휘감독 하에 이것을 한다고 평가할 수 있는 한, 위 수련의는 노동기준법 9조 소정의 노동자에 해당한다고 해야 한다.

이것을 본건에 대해서 보면, 본건 병원의 이비인후과에서 임상연수의 프로그램은 수련의가 의료행위 등에 종사하는 것을 예정하고 있으며, K는 본건 병원의 휴진일 등을 제외하고 상고인(병원)이 정한 시간 및 장소에서 지도의의 지시에 따라서 상고인이 본건 병원의 환자에 대해서 제공하는 의료행위 등에 종사하고 있었다고 하는 점이며, 이것에 더해서 상고인은 K에 대해서 장학금 등으로 금원을 지급하고, 이러한 금원에 관해 급여 등에 해당하는 점으로서 원천징수까지 하고 있었다고 하는 것이다.

그렇다면 K는 상고인의 지휘감독 하에서 노무의 제공을 한 것으로 노동기준법 9조 소정의 노동자에 해당하며, 최저임금법 2조 소정의 노동자에 해당한다고 해

야 하기 때문에 상고인은 동법 5조 2항에 의해 K에 대해 최저임금과 동액의 임금을 지급해야 할 의무를 지고 있던 것이라고 해야 한다.

라. 목수의 노동자성

-藤沢労基署長사건. 最高裁 第1小法廷 2007. 6. 28. 판결

[사안의 개요]

「会社1本」이라 불리는 작업장을 갖지 않고, 타인을 고용하지 않고 혼자서 工務店(토목건축사무소)의 일을 도급 형태로 일하는 목공(X)이 아파트 내장공사에 종사하던 중, 부상을 당해서 노재보험법에 기초한 요양보상금부 및 휴업보상금부의 신청을 하였으나, 노재보험법상의 노동자가 아니라는 이유로 부지급결정이 된 것에 대해서 그 취소를 구한 사건

[판시]

노동자성을 부정

① 지휘감독의 유무

X는 토목건축사무소의 요청에 따라 위 공사에 종사하고 있었지만, 일의 내용에 대해서 마무리의 확실성, 균질성이 요구되는 것 때문에 토목건축사무소부터 치수, 사양 등에 관해 어느 정도 세세한 지시를 받고 있었지만, 구체적인 공법이나 작업절차의 지정을 받는 것은 아니고 자신의 판단으로 공법이나 작업절차를 선택할 수 있었다.

② 시간적 구속성

X는 작업의 안전 확보나 인근 주민에 대한 소음, 진동 등에 대한 배려 때문에 소정의 작업시간에 따라서 작업하는 것이 요구되고 있었지만, 사전에 토목건축사무소의 현장감독에게 연락하면 공기에 늦지 않는 한 일을 쓴다든지 소정의 시각보다 뒤에 작업을 개시한다든지, 소정의 시각 전에 작업을 끝내는 것도 자유이었다.

③ 전속성

X는 당시 다른 일을 하고 있지 않았지만, 이것은 토목건축사무소가 X를 끌어당기기 위해서 우선적으로 일을 돌리는 등 배려하고, X 자신도 토목건축사무소에서 장기에 걸쳐서 일을 하는 것을 희망하여 내용에는 다소 불만이 있어서도

그 일을 받으려고 하고 있었던 것에 의한 것이며, 토목건축사무소는 X에 대해 다른 토목건축사무소의 일을 하는 것을 금하고 있지는 않았다.

④ 보수의 성질

토목건축사무소와 X의 보수 결정은 완전한 작업량 지급방식이 중심이었다. 단가는 X와 토목건축사무소와 사이에서 협의하여 그 액수에 동의한 경우에 종사하는 것으로 되어 있었다. X는 청구서에 의해 보수의 청구를 하고 있었다. X의 보수액은 토목건축사무소 종업원의 급여보다도 상당히 고액이었다.

⑤ 생산수단의 소유관계

X는 일반적으로 필요한 목공도구 일습(한 벌)을 스스로 소유하고, 이것들을 현장에 반입하여 사용하고 있으며, X가 토목건축사무소가 소유하는 공구를 빌려서 사용한 것은 당해 공사에서만 사용하는 특수한 공구가 필요한 경우에 한정되어 있었다.

⑥ 취업규칙의 적용관계, 보험의 가입 등

X는 토목건축사무소의 취업규칙, 그것을 기초로 한 연차유급휴가나 퇴직금제도의 적용을 받지 않고, 또한 X는 국민건강보험의 피보험자로 되어 있으며, 토목건축사무소를 사업주로 하는 노동보험이나 사회보험의 피보험자로 되어 있지 않고, 나아가 토목건축사무소는 X의 보수에 대해서 급여소득에 관계되는 급여로서 소득세의 원천징수를 하고 있지 않았다.

이상의 ① - ⑥에 의하면 X는 토목건축사무소의 지휘감독 하에 노무를 제공하고 있었던 것이라고 평가할 수 없으며, 토목건축사무소에서 X에게 지급된 보수는 일의 완성에 대해서 지급된 것이고, 노무 제공의 대가로 지급된 것이라고 보는 것은 곤란. X가 자기 소유의 도구를 반입 사용상황, 토목건축사무소에 대한 전속성의 정도 등에 비추어보아도 X는 노동기준법상의 노동자에 해당하지 않으며, 노제보험법상의 노동자에도 해당하지 않는다.

마. **악단원의 노동자성**

-티볼리 재팬 사건. 岡山地裁 2001. 5. 16. 판결

[사안의 개요]

회사가 운영하는 티볼리공원의 전속합주악단원들(회사와 사이에 기간을 1년으로 하는 출연위탁계약을 체결)이 기간만료에 의한 계약종료를 이유로 다음 해의 계

약이 되지 않았던 것에 대해서, 본건 계약갱신거절은 해고권의 남용으로 무효라고 주장하여 종업원지위확인소송을 제기

[판시]

노동기준법상의 노동자성을 긍정하고, 회사로서도 계약을 갱신하는 것에 의해 고용관계를 계속하는 것을 예정하고 있으며, 악단원으로서도 계약이 당연히 갱신되어 고용계약은 당연히 계속하는 것이라고 기대하고, 신뢰하고 있었기 때문에 회사는 단순히 기간이 만료한 것만을 가지고 갱신거절을 하는 것은 신의칙상 허용되지 않으며, 특단의 사정이 필요.

노동기준법상의 노동자성에 대해서 이하와 같음.

노사관계의 유무는 당해 계약이 명칭이나 형식 만에 의해서 정하는 것은 아니고, 실질적으로 한쪽 당사자가 다른 쪽 당사자로부터 유형무형의 경제적 이익을 얻고, 일정한 노동조건 하에서 다른 쪽 당사자에 대하여 육체적 정신적 노무를 공급하는 사용종속관계에 있는지 여부에 의해 판단하여야 한다.

피용자가 사용자가 지시하는 시간, 장소에서 지시된 내용의 업무를 수행하는 등 노무의 제공이 지휘감독 하에서 행하여지고, 그 노무의 대가로서 보수를 받아, 그 대가를 주된 수입원으로 하여 생계를 유지하고 있는 경우에는 실질적으로 보아 사용종속관계가 있다고 해석하는 것이 상당하다.

본건에서는 악단원의 연주 회수, 일정 일시, 장소, 곡목, 연주순, 악단원의 구성 등이 회사에 의해서 결정되고 악단원측에 결정권한은 없으며, 회사가 준비한 악기나 비품을 사용할 수 있으며, 결석한 경우의 대역은 회사에서 준비하는 것으로 되고 있는 등 악단원은 회사의 지휘감독 하에서 업무를 하고 있으며, 보수액이 악단원의 모집 단계에서 회사에 의해서 결정되고, 결석한 경우에는 위약금을 지급해야 하는 등, 노무제공과 보수의 대가성이 있다고 인정되는 것에서 본건 계약은 그 실질에 있어 노동계약이다.

바. 수신료 수금 등 수탁자의 노동자성

-NHK西東京營業センタ 사건. 東京高裁 2003. 8. 27. 판결

[사안의 개요]

NHK(공공방송기관)과 위탁계약에 기초한 수신료 수금업무 등에 종사하는 자(수

금인)가 NHK로부터 당해 위탁계약을 해제 당하였기 때문에 해고무효확인과 임금지급청구소송을 제기

[판시]

수금인의 노동자성을 부정. NHK와 수금인과의 계약은 노동계약은 아니고, 위탁과 도급 양자의 성질을 아울러 갖는 혼합계약이라고 판단.

본건 위탁계약에 있어서는 사용종속관계를 규율하는 근본규범이라고 해야 할 취업규칙의 정함이 없고, 수탁업무는 계약에 의해서 한정되어 있으며, 수탁업무의 수행의무는 적어도 노동계약으로 보이는 광범위한 노무제공의무와는 완전히 이질적인 것인 점, 업무수행시간, 장소, 방법 등 업무수행의 구체적 방법은 모두 수탁자의 자유재량에 맡겨져 있는 이상 겸업은 자유이고, 수탁업무 자체를 다른 곳에 재위탁하는 등의 업무의 대체성도 인정되고 있는 것이며, 노동시간, 취업장소, 취업방법 등이 정해져 있는 노동계약과는 대체로 이질적인 점, 보수는 사업비 명목으로 지급되고 있지만, 그 산출방법은 요컨대 작업총량 지급방식이고, 수탁업무의 대가로 보는 것이 상당하며, 일정시간의 노무제공 대가인 임금과는 질적으로 다르며, 이것을 반영하여 보수의 세법상 구분도 사업소득으로 되어 있으며, 수탁자들은 그것에 따라서 경비공제를 한 뒤 사업소득으로서 확정신고를 하고 있는 점 등 계약의 중요하고 본질적인 부분에 걸쳐서 노동계약과는 대체로 양립하지 않는 이질적인 여러 사정이 많이 인정된다.

그렇게 보면 노동계약성의 판단기준을 사용종속관계의 유무에서 구한다는 수금인의 기본적 견해 자체의 당부는 차치하고, 그 생각에 선 경우에도 본건 위탁계약에 대해서 수금인과 NHK와 사이에 사용종속관계를 인정하는 것은 곤란하다고 해야 하고, 오히려 위 인정에 의하면 굳이 본건 위탁계약의 법적 성질을 말하면 위임과 도급의 성격을 아울러 갖는 혼합계약으로서의 성격을 갖는 것으로 이해하는 것이 상당.

사. 證券外務員의 노동자성 1

-山崎証券사건. 最高裁 第1小法廷 1961. 5. 25. 판결

[사안의 개요]

證券外務員은 증권회사와 계약을 바탕으로, 증권회사의 고객으로부터 주식 기타

유가증권의 매매, 또는 그 위탁의 매개, 중개 또는 그 대리로 주문을 받아 이것을 증권회사를 통하여 판매 기타 유가증권의 거래를 성립시키는 이른바 外務行爲에 종사한다. 증권회사는 이에 대하여 보수로서 거래량에 따른 임금을 지급함과 동시에 외무원이 한 유가증권의 매매위탁을 수리해야 할 의무를 부담한다. 증권회사로부터 계약해제에 대하여 증권외무원이 해고예고수당의 지급을 청구.

[판시]

증권외무원의 노동자성을 부정. 노동기준법의 적용부정.  
당해 계약은 위임 혹은 위임 유사계약.

#### 아. 證券外務員의 노동자성 2

-泉証券사건. 大阪地裁 2000. 6. 9. 판결

[사안의 개요]

증권회사와 1년 계약의 영업촉탁계약을 체결하고 증권외무원으로 근무하고 있던 자가 계약을 7회 갱신한 후 갱신거절된 것에 대해서 해고법리가 적용 내지 유추된다고 하여 그 무효를 주장하며, 종업원 지위의 확인과 임금의 지급을 청구한 사안. 동 증권회사에는 社員外務員(영업담당의 사원)과 歩合制의 外務員(능력제의 외무원)이 존재했다.

[판시]

증권외무원의 노동자성을 긍정.

營業囑託制度는 일본증권업협회의 규칙개정에 의해 증권업무 종사 경력 10년 미만의 자에 대해서 능력제외무원으로 계약할 수 없는 것으로 되었기 때문에 능력제외무원 육성을 위한 제도로서 설치된 것이고, 그 제도의 취지에서 보면 당연히 영업촉탁계약을 체결한 자에 대한 증권회사의 지휘감독이 요구되며, 영업촉탁계약서에도 출근의무나 보고의무가 명기되어 있으며, 인사과장에게 오전 8시 50분부터 오후 4시까지의 영업전념, 출근부의 날인, 시간중의 외출이나 휴무에 대해서 신고서를 내도록 지시하는 등 현실적으로 지휘감독이 되고 있으며, 또한 보수에 대해서는 고정급부분이 존재하고 있다. 이러한 점에 의하면 본건 영업촉탁계약은 고용계약이라고 해야 한다.

(2) 학설의 상황

가. 下井隆史說

취로형태의 다양화에 착안. 지휘명령 하의 노동이라는 사태가 다소 간에 존재하는 것이 명확하다면 개개의 제도·이론의 취지·목적 등과 관련해서 문제처리가 되어야 함. 해고예고제도의 적용이나 산재보상청구권의 유무에 대해서 각각의 제도·이론의 구체적인 목적·취지와 관련해서 적용대상자가 확정된다.

나. 西谷敏說

노동기준법의 노동자는 통일적인 개념이며, 그 판단기준은 인적 종속성과 경제적 종속성의 복합이면서도 경제적 종속성이 인정되는 한 말하자면 「준」노동자로서 노동기준법의 노동자 이외에도 해고제한이 적용되어야 함.

다. 鎌田耕一說

노동자와 자영업자의 중간에 위치하는 제3의 카테고리로서 「계약노동자」를 입법으로 명기하여 일정한 보호를 인정하는 것을 제창

라. 吉田美喜夫說

지휘명령관계(인적 종속성)보다도 노동자의 조직적 종속성(기업조직에 편입)이나 경제적 종속성(노동수단의 소유, 계약내용결정의 비대등성 등)을 중시하는 방향  
○근 교다기즈이 츠오 이도시키도로 츠누 거

는 요소로서 ⑥사업자성의 유무(기계·기구의 부담관계, 보수의 액, 업무수행상의 손해에 대한 책임 등), ⑦전속성의 정도 등을 든다.

### 3. ILO 2006년 고용관계보고(제198호)

#### (1) 권고

- 가. 고용관계존재에 관련한 법령 등에 의한 노동자보호의 필요성
  - 나. 「고용관계 위장」 관행의 문제성(권리·의무가 불분명, 법해석·적용상의 한계와 고용관계존재확인 곤란, 노동자가 당연히 받아야 할 보호박탈)
  - 다. 「고용관계 위장」에 대한 가맹국의 책무(특히 애매한 노동자에 대한 유효하고 효과적인 보호)
  - 라. 노사정 협의에 의한 정책의 필요성
  - 마. 노동자의 국제이동과 보호의 필요성
  - 바. 문제를 사회전체로 확산  
을 지적하고,
- 
- 가. 고용관계에 있는 노동자를 보호하기 위한 국내정책
  - 나. 고용관계의 존재 결정
  - 다. 감시 및 실시  
를 정하고 있다.

#### (2) 고용관계의 존재판정을 둘러싼 3가지 원칙

- 가. 사실우선의 원칙(권고 9항)  
당사자의 합의나 계약의 형식이 아니라 사실을 우선하여 고용관계의 존재를 판단하는 것을 재확인.
- 나. 고용관계 존재판정의 지표(권고 13항)  
가맹국은 고용관계가 존재하는 것에 대해서 명확한 지표를 국내법령 또는 다른 방법에 의해서 정의할 가능성을 고려해야 한다.



- ① 복종과 종속
- ② 타인의 지시와 통제에 의해 노동이 행하여지는 것
- ③ 노동자가 기업조직에 통합되어 있는 것
- ④ 오로지 또는 주로 타인의 이익을 위해 노동이 행하여지는 것
- ⑤ 노동자 자신에 의해서 노동이 행하여지는 것
- ⑥ 계약의 상대방이 요구한 특정한 노동시간 또는 특정장소에서 노동이 행하여지는 것
- ⑦ 특정 기간 또는 일정한 시기, 계속하여 노동이 행하여지는 것
- ⑧ (상대방이) 노동자에게 대기를 요구하는 것
- ⑨ 노동을 요구하는 상대방이 도구, 재료, 기계를 제공하는 것
- ⑩ 노동자에 대한 보수가 정기적으로 지급되고 있는 것
- ⑪ 이 보수가 노동자의 유일한, 혹은 주된 수입의 원천이 되고 있는 것
- ⑫ 식사대, 주거, 교통수단, 혹은 그것들을 위한 비용을 지급하는 것
- ⑬ 주휴나 연휴 등의 권리가 보장되는 것
- ⑭ 노동을 요구하는 상대방이 교통비를 지급하는 것
- ⑮ 노무제공자가 재정적 위험을 부담하는 것

다. 법적추정·간주(권고 11항)

고용관계의 존재에 대해서 결정을 용이하게 하기 위해 「- 또는 그 이상의 관련 된 지표가 존재하는 경우에는 고용관계가 존재한다고 하는 법적인 추정을 부여 하는 것」 「가장 대표적인 사용자단체 및 노동자단체와 사전에 협의한 후, 일반 적 또는 특정 부분에 있어서 특정의 특성을 갖는 노동자를 피용자 또는 자영업 자의 어디라고 간주하는 것을 결정하는 것」 이라는 방법을 권하고 있다.

#### 4. 노동기준법연구회 보고와 ILO권고의 비교

- (1) 계약형식이 아니라 실태를 중시하여 노동자성을 판정하는 것으로 하는 점은 합치
- (2) 노기연보고는 ILO권고와 같이 위장형식에 의한 사용자책임회피를 배제하여 노동자보호를 도모하는 관점이 희박.
- (3) 노기연보고는 당사자의 합의나 약정에 의해 사실을 우선하는 관점이 명확하지 않다.

- (4) 노기연보고는 추정, 간주라는 유효한 방법을 제시하고 있지 않다.
- (5) 노기연보고는 채택근무 등 비정규 노동자를 노동자개념에서 배제할 가능성을 갖는다.

5. 「노동자가 기업조직에 통합되고 있는 것」의 지표의 중요성

6. 「타인의 지시와 통제에 의해 노동이 행해지는 것」은 포괄적인 지휘명령

특히 사업장의노동형은 지휘명령을 업무수행단계에서만 파악하면 노동자성이 부정된다. 업무수행방법의 매뉴얼화, 교육, 휴대전화, 전자메일 등에 의한 감시, 업무의 결과에 대한 검사 등을 통한 실질적인 지휘감독도 고려해야 함.

## 日本における労働者概念の現状と課題 (労基法編)

2011年11月12日

大阪労働者弁護団所属 弁護士 平方かおる

### 1 問題の所在

#### (1) はじめに

日本における労働基準法や労働組合法など主要な諸法規、労働法上の判例法理、就業規則などは「労働者」を適用対象としている。しかし、この「労働者」の概念について、労働法上、統一的な定義規定は置かれていない。また、定義規定を置いている労働基準法、労働契約法及び労働組合法にしても、その定義規定は概括的である。一方、労務供給のための契約形式や労務供給形態が多様化している現実がある。そこで、法が規定する労働者の定義規定が、ある労務供給形態の者を含むのか否か、すなわち、ある労務供給形態の者に当該労働法規の保護が及ぶのか否かが、しばしば問題となる。

#### (2) 労働諸法規における定義規定

##### 労働基準法第9条

この法律で「労働者」とは、職業の種類を問わず、事業又は事業所（以下「事業」という。）に使用される者で、賃金を支払われる者をいう。

##### 労働契約法第2条第1項

この法律において「労働者」とは、使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者をいう。

##### 労働組合法第3条

この法律で「労働者」とは、職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者をいう。

#### (3) 多様化した労務供給契約、労務供給形態と多様化の理由

##### i 契約形式の多様化

通常の労働契約以外に、嘱託、請負、委任、業務委託など、さまざまな契約形式がしばしば利用される。

##### ii 労務供給形態の多様化

一人親方、傭車（車もち）運転手、フリーカメラマン、委託販売員、在宅勤務、保険調査員など、事業場において使用者の指揮命令の下で労務を提供するという伝統的な「労働者」概念からはみ出す労務供給形態が存在する。

iii 多様化の理由

実質的には労働者であるのに、労働者でないとして、各種労働者保護法や社会保険制度の適用を免れたり、税負担を軽減しようとする使用者の脱法的意図による。情報化社会化による労働形態の変化、労働者自身の意識の変化（使用者の指揮命令を離れて自由に仕事がしたい）もあるという意見もある。

## 2 日本における判例、学説の状況

### (1) 判例の状況

- i 傭車運転手（車持ち込み運転手）の労働者性—横浜南労基署長（旭紙業）事件 最高裁第1小法廷1996.11.28判決

[事案の概要]

自己所有のトラックを持ち込み、会社の指示に従って製品等の運送に従事していた運転手（傭車運転手）が積み込み作業中、転倒し骨折等の傷害を負い、労災保険法所定の療養・休業補償給付を請求したが、労働基準監督署長により労災保険法上の労働者に該当しないとして不支給決定を受けたため、その取消を求めた訴訟。

[判旨]

労働者性を否定し、労災保険の不支給決定を肯定。

労災保険法上の労働者は労基法上の労働者と同じ。

①会社による運転手（上告人）に対する業務指示は、運送物品、運送先及び納入時刻に限られ、運転経路、出発時刻、運転方法等には及ばず、また、一回の運送業務を終えて次の運送業務の指示があるまでは、運送以外の別の仕事が指示されることはなかった、②勤務時間は、会社の一般の従業員とは異なり、始業時刻及び終業時刻が定められておらず、当日の運送業務を終えた後は、翌日の最初の運送業務の指示を受け、その荷積みを終えれば帰宅することができ、翌日は入社せずに、直接最初の運送先に対する運送業務を行うこととされていた、③報酬は、トラックの積載可能量と運送距離によって定まる運賃表により出来高払いであった、④上告人の所有するトラックの購入代金、ガソリン代、修理費、運送の際の高速道路料金等は上告人が負担して

いた、⑤所得税の源泉徴収、社会保険及び雇用保険の保険料の控除はされておらず、上告人は事業所得として確定申告をしていた。

上記事実関係の下では、上告人は、業務用機材であるトラックを所有し、自己の危険と計算の下に運送業務に従事していたものである上、会社は、運送という業務の性質上当然に必要なとされる運送物品、運送先及び納入時刻の指示をしていた以外には、上告人の業務の遂行に関し、特段の指揮監督を行っていたとはいえ、時間的、場所的な拘束の程度も、一般の従業員と比較してはるかに緩やかであり、上告人が会社の指揮監督の下で労務を提供していたとは評価できない。報酬の支払方法、公租公課の負担等についても、上告人が労働基準法上の労働者に該当すると解するのを相当とする事情はない。そうであれば、上告人は、専属的に会社の製品の運送業務に携わっており、会社の運送係の指示を拒否する自由はなかったこと、毎日の始業時刻及び終業時刻は、右運送係の指示内容のいかんによって事実上決定されることになること、右運賃表に定められた運賃は、トラック協会が定める運賃表による運送料よりも15%低い額とされていたことなど原審が適法に確定したその余の事実関係を考慮しても、上告人は、労働基準法上の労働者ということはできず、労働者災害補償保険法上の労働者にも該当しない。

ii 映画撮影技師の労働者性—新宿労基署長事件 東京高裁2002.7.11判決

[事案の概要]

映画撮影技師（カメラマン）が、映画撮影に従事中、宿泊先で脳梗塞を発症した後死亡したため、同人の子が労災保険法の遺族補償給付等を請求したが、労働基準監督署長により労災保険法上の労働者に該当しないとして不支給決定を受けたため、その取消を求めた訴訟。

[判旨]

労働者性を肯定し、労災保険の不支給決定を取消。

労災保険法上の労働者は労基法上の労働者と同じ。

① 業務遂行上の指揮監督関係

映画製作においては、撮影技師は、監督のイメージを把握して、自己の技量や感性に基づき、映像に具体化し、監督は、映画製作に関して最終的な責任を負うというものであり、本件映画の製作においても、レンズの選択、カメラのポジション、サイズ、アングル、被写体の写り方及び撮影方法等については、いずれも監督の指示の下で行われ、亡カメラマンが撮影したフィルム（カットの積み重ね）の中からのカットの採否やフィルムの編集を最終的に決定するのも監督であったことが認められ、これらを

考慮すると、本件映画に關しての最終的な決定権限は監督に於つたのであり、亡カメラマンと監督との間には指揮監督關係が認められる。

② 報酬の性格・金額

亡カメラマンの報酬は、本件映画1本の撮影作業に對するものとして120万円とされ、撮影日數に多少の変動があつても報酬の変更はないものとされてゐたが、会社（プロダクション）で決まつてゐる日當と予定撮影日數を基礎として算定した額に打ち合わせへの参加等を考慮して決められたものであるから、労働者性について疑う余地のない他の撮影助手、照明技師等について支払われていた報酬と本質的な差異があるということとはできない。また、亡カメラマンは、合計33日間本件映画の撮影等に從事してその途中で死亡したが、撮影の3分の2を消化したという理由で84万円が支払われていた。33日間という日數は当初の撮影予定期間である50日の約3分の2に相当し、上記のような支払がなされたこともまた、他の撮影助手等について日當を基礎に日數に応じて報酬が支払われていたことと整合性を有する。

従つて、亡カメラマンに支払われた報酬は、出来高的な要素の強い報酬というよりは、むしろ賃金の性格の強いものであつたといふことができる。

③ 仕事の依頼等に対する諾否の自由

一旦契約を締結した以上、亡カメラマンは、製作進行係（兼務助監督）がプロデューサーの指示の下に作成した予定表に從つて行動しなければならなくなり、また、撮影技師として監督のイメージを映像に具象化すべき立場に於つたから、本件映画の撮影に關し、亡カメラマンが具体的な個々の仕事についてこれを拒否する自由は制約されてゐたといえる。

④ 時間的・場所的拘束性

亡カメラマンは、本件映画の撮影に從事することにより予定表に從つて集團で行動し、就労場所もロケ及びロケハンの現場と指定されてゐたものであつて、時間的・場所的拘束性が高いものであつたといえる。

この點に關し、原判決（労働者性を否定）は、このような拘束は映画製作の性質ないし特殊性による面が大きく、「使用者」の指揮命令の必要からされてゐるものではない旨説示するが、このような拘束について映画製作の性質ないし特殊性のみを強調することは相当ではなく、かかる時間的・場所的拘束も映画を製作しようとする使用者の業務上の必要性からなされるものとみるべきである。

⑤ 勞務提供の代替性の有無

会社は、亡カメラマンの撮影技師としての技術に着目した監督の推薦があつたため

に、同人との間で本件契約を締結するに至ったものであって、亡カメラマンには、使用者の了解を得ずに自らの判断で他の者に労務を提供させ、あるいは補助者を使うことが認められていたとはいえ、亡カメラマンの仕事に代替性が認められているとはいえない。このことは、指揮監督関係を肯定する要素の1つである。

⑥ 機械・器具の負担関係

亡カメラマンが本件映画の撮影に使用した撮影機材は、ごく一部自己のカメラを使用したほかはすべて会社のものであり、この事実も亡カメラマンの労働者性をうかがわせる要素といえる。

⑦ 専属性の程度

亡カメラマンが経済的に会社の仕事に依存していたということとはできず、亡カメラマンの会社への専属性の程度は低かった。しかし、本件において、指揮監督関係が認められることに照らすと、専属性の程度が低かったとしても、このことが直ちに亡カメラマンの労働者性の判断に大きな影響を及ぼすものとはいえない。

⑧ 服務規律の適用

亡カメラマンには、会社の就業規則は適用されず、亡カメラマンの報酬の支払時期も、会社の従業員と異なる時期とされていた。しかし、これらの事実も指揮監督関係が認められる本件においては、労働者性の判断に大きな影響を及ぼすものではないというべきである上、亡カメラマンのみではなく、会社の従業員であると否とを問わず、ロケの期間中は、撮影スタッフに対しては就業規則が適用されないのが通例であったから、亡カメラマンに対して、会社の就業規則が適用されなかったことは、必ずしもその労働者性を否定する要素とはならない。

⑨ 公租公課などの負担関係

亡カメラマンの報酬については「芸能人報酬に関する源泉徴収」が行われており、亡カメラマンは確定申告をしていたが、所得税の申告形式のみをとらえて使用従属関係を否定することは相当でない。他方、会社が労災保険料の算定基礎に亡カメラマンに対する報酬を含めていたことは、労働者性を肯定する1つの要素となる。

以上①～⑨により、亡カメラマンは会社（使用者）との使用従属関係の下に労務を提供していたと認定し、労基法9条の「労働者」に該当し、労災保険法の「労働者」に該当すると判断。

- iii 大学病院研修医の労働者性—関西医科大学研修医事件 最高裁第2小法廷2005.6.3判決  
〔事案の概要〕

K(研修医)は関西医科大学を卒業後、医師国家試験に合格。その後、関西医大付属病院で臨床研修(耳鼻咽喉科)を受けていたところ、急性心筋梗塞により急死。関西医大の研修プログラムによれば、2年間の研修期間中、第1期目は外来診療で病歴の聴取、症状の観察、検査、診断の実施、処置、小手術の施行等を経験し、技術の習得と能力の修得を目指すほか、入院患者の主治医を務め、基礎的な知識、技術を学び、医師として必要な態度を身につけ、第2期目は関連病院でさらに高度な研修を行うことになっていた。Kは第1期目の研修期間中であり、午前7時30分から午後10~11時まで病院に勤務、休日も頻繁に呼び出されていた。病院から報奨金として月額6万円の支払いを受けていた。

Kの両親は、大学病院の研修医は労基法、最低賃金法の「労働者」にあたると主張して、Kは最低賃金法を下回る賃金しか支払われなかったとして、差額賃金の支払いを求めた。(他に、Kの死亡が病院の安全配慮義務違反による過労が原因として損害賠償請求訴訟なども提訴。)

[判旨]

労働者性を肯定。(別訴損害賠償請求事件などでもすべて労働者性肯定。)

研修医は、医師国家試験に合格し、医籍に登録されて、厚生大臣の免許を受けた医師であって、医療行為を業として行う資格を有しているものであるが、医師は、免許を受けた後も、2年以上大学の医学部、大学病院などで臨床研修を行うように努めるものとすると医師法により定められている。この臨床研修は、医師の資質の向上を図ることを目的とするものであり、教育的な側面を有しているが、そのプログラムに従い、臨床研修指導医の指導の下に、研修医が医療行為等に従事することを予定している。そして、研修医がこのようにして医療行為等に従事する場合には、これらの行為等は病院の開設者のための労務の遂行という側面を不可避免的に有することとなるのであり、病院の開設者の指揮監督の下にこれを行ったと評価することができる限り、上記研修医は労働基準法9条所定の労働者に当たるものというべきである。

これを本件についてみると、本件病院の耳鼻咽喉科における臨床研修のプログラムは、研修医が医療行為等に従事することを予定しており、Kは、本件病院の休診日等を除き、上告人(病院)が定めた時間及び場所において、指導医の指示に従って、上告人が本件病院の患者に対して提供する医療行為等に従事していたというのであり、これに加えて、上告人は、Kに対して奨学金等として金員を支払い、これらの金員につき給与等に当たるものとして源泉徴収まで行っていたというのである。

そうすると、Kは、上告人の指揮監督の下で労務の提供をしたものとして労働基準法9条所定の労働者に当たり、最低賃金法2条所定の労働者に当たるというべきであるか



ら、上告人は、同法5条2項により、Kに対し、最低賃金と同額の賃金を支払うべき義務を負っていたものというべきである。

iv 大工の労働者性—藤沢労基署長事件 最高裁第1小法廷2007.6.28判決

〔事案の概要〕

「会社1本」と呼ばれる作業場を持たず、他人を雇わず、一人で工務店の仕事を請け負う形態で稼働する大工(X)が、マンションの内装工事に従事中負傷したため、労災保険法に基づき療養補償給付及び休業補償給付の申請をしたところ、労災保険法上の労働者でないとの理由で不支給決定がなされたことに対し、その取消を求めた事件。

〔判旨〕

労働者性を否定。

① 指揮監督の有無

Xは、工務店からの求めに応じて上記工事に従事していたが、仕事の内容について、仕上がり画面の画一性、均質性が求められることから、工務店から寸法、仕様等につきある程度細かな指示を受けていたものの、具体的な工法や作業手順の指定を受けることはなく、自分の判断で工法や作業手順を選択することができた。

② 時間的拘束性

Xは、作業の安全確保や近隣住民に対する騒音、振動等への配慮から所定の作業時間に従って作業することを求められていたものの、事前に工務店の現場監督に連絡すれば、工期に遅れない限り、仕事を休んだり、所定の時刻より後に作業を開始したり所定の時刻前に作業を切り上げたりすることも自由であった。

③ 専属性

Xは、当時、他の仕事をしていなかったが、これは、工務店が、Xを引きとどめておくために、優先的に仕事を回すなど配慮し、X自身も、工務店の下で長期にわたり仕事をするを希望して、内容に多少不満があってもその仕事を受けるようにしていたことによるものであって、工務店は、Xに対し、他の工務店等の仕事をするを禁じてはいなかった。

④ 報酬の性質

工務店とXとの報酬の取決めは、完全な出来高払の方式が中心であった。単価は、Xと工務店との間で協議し、その額に同意した場合に従事することとなっていた。Xは請求書によって報酬の請求をしていた。Xの報酬額は、工務店の従業員の給与よりも相当高額であった。

⑤ 生産手段の所有関係

Xは、一般的に必要な大工道具一式を自ら所有し、これらを現場に持ち込んで使用しており、Xが工務店の所有する工具を借りて使用していたのは、当該工事においてのみ使用する特殊な工具が必要な場合に限られていた。

⑥ 就業規則の適用関係、保険の加入など

Xは工務店の就業規則、それに基づく年次有給休暇や退職金制度の適用を受けず、また、Xは、国民健康保険の被保険者となっており、工務店を事業主とする労働保険や社会保険の被保険者となっておらず、さらに、工務店は、Xの報酬について給与所得に係る給与等として所得税の源泉徴収をしていなかった。

以上①～⑥によれば、Xは工務店の指揮監督の下に労務を提供していたものと評価することはできず、工務店からXに支払われた報酬は、仕事の完成に対して支払われたものであって、労務の提供の対価として支払われたものとみることは困難。Xの自己使用の道具の持込み使用状況、工務店に対する専属性の程度等に照らしても、Xは労働基準法上の労働者に該当せず、労災保険法上の労働者にも該当しない。

v 楽団員の労働者性—チボリ・ジャパン事件 岡山地裁2001.5.16判決

[事案の概要]

会社が運営するチボリ公園の専属吹奏楽団員ら（会社との間で期間を1年とする出演委託契約を締結）が、期間満了による契約終了を理由として翌年度の契約がなされなかったことに対して、本件契約更新拒否は解雇権の濫用で無効であると主張して従業員地位確認訴訟を提起。

[判旨]

労基法上の労働者性を肯定し、会社としても契約を更新することにより雇用関係を継続することを予定しており、楽団員としても契約が当然に更新され、雇用契約は当然に継続するものであると期待し、信頼していたから、会社は単に期間が満了したことのみをもって更新拒否することは信義則上許されず、特段の事情が必要。

労基法上の労働者性について以下のとおり。

労使関係の有無は、当該契約の名称や形式のみによって定まるものではなく、実質的に、一方の当事者が他方の当事者から有形無形の経済的利益を得て、一定の労働条件のもとに、他方の当事者に対し肉体的精神的労務を供給するという使用従属関係にあるかどうかにより判断すべきである。

被用者が、使用者の指示する時間、場所において、指示された内容の業務を遂行する

など、労務の提供が指揮監督下に行われており、その労務の対価として報酬を得て、その対価を主たる収入源として生計をたてているような場合は、実質的にみて使用従属関係があると解するのが相当である。

本件では、楽団員の演奏回数、日程・日時、場所、曲目、演奏順、楽団員の構成等が会社によって決められ、楽団員側に決定権限はなく、会社の準備した楽器や備品を使用することができ、欠席した場合の代役は会社で準備することになっているなど楽団員は会社の指揮監督の下に業務を行っており、報酬額が楽団員の募集の段階で会社によって決められ、欠席した場合には違約金を支払わなければならないなど、労務提供と報酬に対価性があると認められることから、本件契約はその実質において労働契約である。

- vi 受信料集金等受託者の労働者性－NHK西東京営業センター事件 東京高裁2003.8.27 判決

〔事案の概要〕

NHK（公共放送機関）との委託契約に基づき受信料集金業務等に従事する者（集金人）がNHKから当該委託契約を解除されたため、解雇無効確認と賃金支払請求訴訟を提起。

〔判旨〕

集金人の労働者性を否定。NHKと集金人との契約は、労働契約ではなく、委任と請負の両者の性質を合わせ持つ混合契約であると判断。

本件委託契約においては、使用従属関係を規律する根本規範というべき就業規則の定めはなく、受託業務は契約により限定されており、受託業務の遂行義務は少なくとも労働契約にみられるような広範な労務提供義務とは全く異質のものであること、業務遂行期間、場所、方法等業務遂行の具体的方法はすべて受託者の自由裁量にゆだねられている上、兼業は自由であるし、受託業務自体を他に再委託する等の業務の代替性も認められているのであり、労働時間、就業場所、就業方法等が定められている労働契約とはおよそ異質であること、報酬は事務費の名目で支払われているが、その算出方法は要するに出来高払方式であって、受託業務の対価とみるのが相当であって、一定時間の労務提供の対価である賃金とは質的に異なっており、これを反映して報酬の税法上の区分も事業所得とされており、受託者らはそれに従い、経費控除をした上で事業所得として確定申告をしていること等契約の重要かつ本質的部分にわたって労働契約とはおよそ相入れない異質の諸事情が多々認められる。

そうしてみると、労働契約性の判断規準を使用従属関係の有無に求めるという集金人

の基本的考え方自体の当否はさておき、その考えに立った場合であっても、本件委託契約について集金人とNHKとの間に使用従属関係を認めることは困難であるというべきであり、むしろ上記認定によると、強いて本件委託契約の法的性質をいえば、委任と請負の性格を併せ持つ混合契約としての性格を有するものと理解するのが相当。

vii 証券外務員の労働者性1－山崎証券事件 最高裁第1小法廷1961.5.25判決

[事案の概要]

証券外務員は、証券会社との契約に基づき、証券会社の顧客から株式その他の有価証券の売買またはその委託の媒介、取次またはその代理の注文を受け、これを証券会社を通じて売買その他の有価証券取引を成立させるいわゆる外務行為に従事する。証券会社は、これに対する報酬として出来高に応じ賃金を支払うと共に外務員のした有価証券の売買委託を受理すべき義務を負担する。証券会社からの契約解除に対し、証券外務員が解雇予告手当の支払を請求。

[判旨]

証券外務員の労働者性を否定。労基法の適用否定。

当該契約は委任もしくは委任類似の契約。

viii 証券外務員の労働者性2－泉証券事件 大阪地裁2000.6.9判決

[事案の概要]

証券会社と1年契約の営業嘱託契約を締結し、証券外務員として勤務していた者が契約を7回更新した後、更新拒否されたことに対して、解雇法理が適用ないし類推されるとしてその無効を主張し、従業員たる地位の確認と賃金の支払を請求した事案。同証券会社には、社員外務員（営業担当の社員）と歩合制の外務員が存在した。

[判旨]

証券外務員の労働者性を肯定。

営業嘱託制度は、日本証券業協会の規則改正により、証券業務従事歴10年未満の者について歩合外務員として契約できないこととなったため、歩合外務員育成のための制度として設けられたものであり、その制度の趣旨からすれば、当然に営業嘱託契約を締結した者に対する証券会社の指揮監督が要求され、営業嘱託契約書にも出社義務や報告義務が明記されており、人事課長において、午前8時50分から午後4時までの営業専念、出勤簿の押印、時間中の外出や休務について届けを出すように指示するなど、現実に指揮監督がされており、また、報酬については、固定給部分が存在している。これらによれば、本件営業嘱託契約は雇用契約であるというべきである。

(2) 学説の状況

i 下井隆史説 (相対的労働者概念説)

就労形態の多様化に着目。指揮命令下の労働という事態が多かれ少なかれ存在することが明らかであれば、個々の制度・理論の趣旨・目的などとの関連において問題処理がなされるべき。解雇予告制度の適用や労災補償請求権の有無について、それぞれの制度・理論の具体的な目的・趣旨との関連において、適用対象者が確定される。

ii 西谷敏説

労基法の労働者は統一的概念であり、その判断基準は人的従属性と経済的従属性の複合であるとしつつも、経済的従属性が認められる限りで、いわば「準」労働者として、労基法の労働者以外にも解雇制限が適用されるべき。

iii 鎌田耕一説

労働者と自営業者の中間に位置する第3のカテゴリーとして「契約労働者」を立法で明記し、一定の保護を認めることを提唱。

iv 吉田美喜夫説

指揮命令関係 (人的従属性) よりも、労働者の組織的従属性 (企業組織への組み入れ) や経済的従属性 (労働手段の所有、契約内容決定の非対等性など) を重視する方向に判断基準の軸心を移動させようとするもの。

(3) 労働基準法研究会報告

1985年に労働大臣の諮問機関である労働基準法研究会が、それまでの判例を整理する形で労基法上の労働者性判断基準について整理、報告した。

その内容は以下のとおり。

労基法上の労働者性は、「使用従属性」を中心に判断される。その判断要素は、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無、③勤務場所、勤務時間に関する拘束性の有無、④労務提供の代替性の有無、⑤報酬の労働対償性。さらに労働者性の判断を補強する要素として、⑥事業者性の有無 (機械・器具の負担関係、報酬の額、業務遂行上の損害に対する責任など)、⑦専属性の程度など、をあげる。

### 3 ILO 2006年「雇用関係勧告」(第198号)

#### (1) 勧告

- i 雇用関係存在に関連した法令等による労働者保護の必要性
- ii 「雇用関係の偽装」慣行の問題性(権利・義務が不分明、法解釈・適用上の限界と雇用関係存在確認の困難、労働者が当然受けるべき保護剥奪)
- iii 「雇用関係偽装」に対する加盟国の責務(特に脆弱労働者への有効かつ効果的保護)
- iv 政労使協議による政策の必要性
- v 労働者の国際移動と保護の必要性
- vi 問題の社会全体への広がり

を指摘し、

I 雇用関係にある労働者を保護するための国内政策

II 雇用関係の存在の決定

III 監視及び実施

を定めている。

#### (2) 雇用関係の存在判定をめぐる3つの原則

##### i 事実優先の原則(勧告9項)

当事者の合意や契約の形式でなく、事実を優先して雇用関係の存在を判断することを再確認。

##### ii 雇用関係存在判定の指標(勧告13項)

加盟国は、雇用関係が存在することについての明確な指標を国内法令又は他の方法によって定義する可能性を考慮すべきである。

##### a ①服従と従属

②他人の指示と統制により労働が行われること

③労働者が企業組織に統合されていること

④専らまたは主に、他人の利益のために労働が行われること

⑤労働者自身によって労働が行われること

- ⑥契約の相手方が求めた特定の労働時間または特定の場所で労働が行われること
- ⑦特定の期間または一定の時期、継続して労働が行われること
- ⑧(相手方が)労働者に待機を求めること
- ⑨労働を求める相手方が、道具、材料、機械を提供すること
- b ⑩労働者に対する報酬が定期的に支給されていること
  - ⑪この報酬が労働者の唯一の、あるいは主な収入の源泉となっていること
  - ⑫食事代、住居、交通手段、あるいはそれらのための費用を支払うこと
  - ⑬週休や年休などの権利が保障されること
  - ⑭労働を求める相手方が交通費を支払うこと
  - ⑮労務提供者が財政的危険を負担しないこと
- iii 法的推定・みなし(勸告11項)

雇用関係の存在についての決定を容易にするため、「一又はそれ以上の関連する指標が存在する場合には、雇用関係が存在するという法的な推定を与えること」「最も代表的な使用者団体及び労働者団体との事前の協議の後、一般的又は特定の部門において特定の特性を有する労働者を被用者又は自営業者のいずれかであるとみなすことを決定すること」という方法を勧めている。

#### 4 労基研報告とILO勸告の比較

- (1) 契約形式ではなく、実態を重視して労働者性を判定すること、とする点は合致。
- (2) 労基研報告は、ILO勸告のように偽装形式による使用者責任回避を排除して労働者保護をはかるという視点が希薄

(2) 労基研報告は、当事者の合意や約字より、実態を優先する視点が明確でない。

る。業務遂行方法のマニュアル化、教育、携帯電話、電子メールなどによる監視、業務の結果に対する検査などを通じた実質的な指揮監督も考慮に入れるべき。

以上



# 노동관계법 연구회 보고서

## - 노동조합법상 노동자성 판단기준에 대하여

### 1. 총론

#### 1) 노동조합법상의 노동자성 검토의 의의

최근 노동자의 노무제공형태가 다양화되는 중 업무위탁, 독립 자영업자라는 취업형태가 증가하고 있다. 노동정책연구·연수기구의 추산에 의하면, 업무위탁을 받아 노무를 제공하는 개인 자영업자 수는 2005년 기준 약 125만 명이라고 한다.<sup>1)</sup> 그러한 노무공급자가 노동조합을 결성하여, 회사에 대해 단체교섭을 요구하는 예가 증가하고 있지만, 노조법 3조에서 정하는 ‘노동자’에 해당하는지 여부에 대해서 판단이 곤란한 사례가 많고, 확립된 판단기준이 없었기 때문이기도 해서, 노동위원회 명령과 하급심 판결이 다른 결론이 나오거나 하여, 법적안정성 측면에서도 문제가 있다. 그리하여 단체교섭에 대해 사용자와 노동자 쌍방에 예측가능성을 높이기 위해, 작년 11월부터 본 연구회에서 노동기준법과 노동계약법상 노동자성과 이동(異同) 등 다양한 과제가 있다는 점을 인식하면서, 노조법상 노동자성의 판단기준을 검토하기 시작했다.

올해 4월 노조법상 노동자성이 다투어진 사례에 대해 최고재판소에서 일정한 판단기준이 나왔지만, 개별 사례 판단에 머무른 것이기도 하여, 본 연구회에서, 노동조합법의 취지·목적, 제정시 입법자 의사, 학설, 노동위원회 명령·재판례 등을 참고하여, 노동자성 판단기준을 제시하기로 하였다.

#### 2) 노동조합 성립 등과 노동자성의 관계

영국 통설에 의하면, 중세 직인 길드가 노조의 원형이었고, 산업혁명에 의해 공장제가 확립되면서 생산수단 소유관계가 변화한 것이 직인 길드에서 노조로의 전환점이 되었다. 처음 노동조합은 동종 직인에 의한 공제조합이었으나, 조합원의 생활에 관한 것에서 점차 공통이익인 노동조건 교섭 등도 하게 되고, 표준임금 설정 등이 이루어졌다. 이와 같이 자영업자가 노동조합을 결성하고, 사용자와의 사이에 단체교섭 등을 해왔다는 역사적 경위가 있다.

우리나라에서도 메이지시대 노조의 맹아기에 활판인쇄직공과 철공들로부터 노조 조직화의

1) 「프로젝트 연구시리즈 no. 4 다양한 노무제공형태의 실태와 과제」, 독립행정법인 노동정책연구·연수기구, 2007년 3월

움직임이 확장되어, 자본주의 기반이 확립되어 개화기로 들어오게 되면 양복직공과 선박기술 공 등 직업별 노동조합이 많이 결성되었다. 이러한 노조의 전개도 있고 해서, 전쟁 전부터 몇 번이나 노동조합법 제정의 시도가 있었으나, 결국 실현되지는 못했다. 일본에서 노동조합법이 실현된 것은 전쟁직후인 1945. 12. 구 노조법이 제정된 때였다. 구 노조법 제정시 제국 의회 논의에서는 도급 등 계약형태로 자기의 노무에 의해 보수를 받아 생활하는 자에 대해서도 노동조합을 조직하여 단체교섭 등을 행하는 것이 보장되도록 하려는 의도가 포함되어 있었다.<sup>2)</sup>

구 노조법은 1949년에 전면 개정되어 현행노조법이 되었는데, 그 때 행정구제주의를 채용한 부당노동행위제도도 도입되었다. 개정시에는 연합군 최고사령관총사령부(GHQ)의 큰 영향 하에서 미국의 전국노동관계법(NLRA)를 참조하였다. 당시 미국에서는 1935년 NLRA(이른바 와그너법)이 1947년 테프트하틀리법에 의해 개정되었으나, 일본 노동조합법 개정에서 미국에서 테프트하틀리법이 제정되었다고 해서 마찬가지로 법률을 제정할 필요는 없다는 뜻의 국회 답변이 있었다.<sup>3)</sup> 또한 노조법상 노동자개념에 대해서 노동자개념을 한정한 테프트하틀리법 등을 참조하여 한정을 가하는 것도 가능하였으나, 그러한 논의가 행해졌는지는 확인할 수 없다. 노동자 정의규정(노조법 3조)은 문언을 구어로 바꾸는 것 외에 종래와 마찬가지로 국회에서 답변이 있었는데,<sup>4)</sup> 노동자개념에 대해서는 구 노조법 제정시 견해를 유지하는 입장이었던 것으로 보인다.

2) 구 노조법 제정시 제국의회에서 노동조합법의 노동자에 대해 아래와 같은 논의가 있었다(1945. 12. 13. 중의원 노동조합법안 위원회)

- 야마자키 : 나막신 끝부분을 만들거나 부인의 머리 도구를 만드는 하나의 큰 제조 업체가 있고, 그 때 한 개 얼마 씩에 도급을 받아, 아내, 자식과 함께 하는 업체가 많이 증가하고 있습니다 (생략) 그런 가족들이 10가족, 20가족, 100가족씩 조합을 만들었다면 그 관계는 어떻게 될까. (생략) 하나의 공장에서 일급, 월급으로 정해 같은 공장에서 일하는 것과 비교하여, 이러한 수공업의 도급이라고 하는 것은 한 개 얼마에 청부를 받아와 집에서 하는 일로, 물건의 제조를 외주화하는 것의 하나이기는 하지만, 시간에 따른 것이 아니라 한 개당 얼마에 도급을 받아 일하는 계약자입니다. 그 점을 아십니까?
- 아시다 국무 대신 : (생략) 대공장에서든 거래량에 따라 지불하는 것이 있습니다. 채석장이나 군수 공장에서도 있었습니다. 거래량에 따라 지불하거나 시간에 따라 지불한다고 해서 조합법 적용이 달라지는 것은 생각하기 어렵습니다.
- 야마자키 위원 : 그렇다면 마지막으로 정리하건대, 그러한 개별 계약자가 물건을 만들어 협상하는 경우에는 단결권을 인정하고 교섭권도 인정하는 것으로 명확하게 생각하고 있는 것이네요?
- 아시다 국무 대신 : 그렇습니다.

3) 노동 조합법 개정시 국회에서 테프트 하트 레이 방법에 대해 다음과 같은 논의가 있었다.

※ 1948. 6. 8. 중의원 본회의

- 쿠라이시 다다오 군 : 미국에서 문제가 된, 그 테프트 하틀리 법도 노동 단체의 맹렬한 반대와 대통령의 거부권 발동이 있었음에도 불구하고, 의회에서 압도적인 지지를 얻고 제정되었는데, 그 사정을 조용히 관찰해볼 필요가 있는 것이 있습니다.
- 카토 국무 대신 : 테프트하틀리법이 미국에서 제정된 것은 미국의 전혀 특수한 조건에서 태어난 법률입니다. 일본에서는 어느 나라를 흉내낼 수없이 일본의 현실 정세 하에서 적당한 입법이 바람직합니다. 따라서 미국 테프트하틀리법이 제정된다고 이를 흉내처럼 일본에서 제정하지 않아도 된다고 생각하고 있습니다.

4) 노동조합법 개정시 국회에서 노동자 정의규정에 대해 다음과 같은 논의가 있었다.

※1949. 5. 4. 중의원 노동위원회

스즈키 국무대신 : 노동조합및노동관계조정법 일부 개정법률안에 대하여... 당위원회상정되었는데, 축조에 의해 조금 상세히 설명하겠습니다 ... 제3조의 노동자 개념도 현행법과 마찬가지로 ...

카라이 정부위원 : 노조법안 및 노동관계조정법 일부 개정에 대한 축조해설을 하고자 합니다 ... 제3조는 현행법 제3조 그대로를 구어체로 바꾼 것입니다.

노동조합의 형태로는, 기업별 조합 외에 지역별, 산업별 등 다양한 형태가 있으나, 노동조합법은 노조의 조직형태를 구별하지 않고, 요건을 충족하면 노조법상 적합한 조합으로 보호된다고 하고 있다. 그러므로 노조의 조직형태에 의해 노조법상의 노동자성 판단이 달라지는 것은 아니다.

또한 현재도 미국, 영국에서는 예능관계자, 프로스포츠 선수, 건설노동자 등 자영적인 형태로 취업하고 있는 자가 노동조합을 결성하여 단체교섭을 행하고, 노동조건과 복리후생에 대해 사용자 또는 사용자단체와 노동협약을 체결하고 있다. 배타적 교섭대표 제도를 채용하는 미국에서는 이러한 노조가 전국노동관계국(NLRB)가 실시하는 선거에서 피용자 대표로 인정되고, 교섭단위내의 전체 피용자에 적용되는 노동협약을 체결하고 있다.

3) 제 외국에서의 노동법상 노동자성

영국에서는 개별 노동관계법규에 의하여 노동자의 개념은 다르지만, 집단적 노동관계법은 노동계약을 체결하여 취업하는 피용자(employee)보다 넓은 개념인 노동자(worker)에게 적용되고 있다. 노동자에는 피용자에 더하여, '직업적 또는 상업적 사업의 고객으로서의 지위를 가지지 않는 계약 상대방으로, 당해 개인본인이 노동 또는 서비스를 행하고, 또는 수행하는 것을 약속하는 기타 계약'을 체결하여 취업하는 개인이 해당하고<sup>5)</sup>, 구체적으로는 프리랜서 취업자, 개인사업주, 가내노동자등도 일반적으로 노동자에 포함된다고 본다.

독일에서는 개별적 노동관계법과 집단적 노동관계법에서 구별없이 통일적인 노동자개념을 사용하고 있으나, 노무의 급부에 있어서 인적 독립성이 인정되어 '노동자(Arbeitnehmer)'에 해당하지 않는 자영업자로 분류되지만 특정한 상대방과의 사이에 경제적인 비독립성상태에 있는 사람에 대해, 제정법상 '노동자 유사의 자(arbeitnehmerähnliche Personen)'이라는 넓은 개념을 두어, 노동협약법등의 적용을 인정하고 있다.

미국에서는 집단적 노동관계는 전국노동관계법(NLRA)를 중심으로 규율하고 있고, 1935년 NLRA(이른바 와그너법)하에서는 연방최고재판소가 경제적 상태를 중시한 판결을 하여, 수급인이라도 사용자와의 관계에서 경제적 실태가 고용에 가까운 자라면, 동법 적용대상이 된다고 하였다. 1947년 태프트하틀리법에 의한 NLRA개정으로 독립한 수급인이 명문으로 제외되었으나, 이 개정은 전쟁 직후 대규모 파업이 다발하는 등 배경으로 한 것이어서, 그 후 NLRA의 적용대상이 너무 좁다고 하는 던롭위원회 보고서(1994년)등에서 비판을 받았다.

4) 노조법과 독점금지법의 관계

미국과 유럽 제국에서 처음에는 피용자와 독립자영업자가 미분화되어 있었기 때문에, 노동조

5) 1992년 노동조합및노동관계(통합)법 제296조 1항 등

합과 사업자단체를 모두 독점금지법의 적용대상으로 하여, 경쟁제한 행위 금지가 노동조합운동의 규제에 사용되었던 역사가 있다. 그 후 노동조합 운동이 사업자단체의 경쟁제한행위와 구별되고, 독점금지법의 적용대상에서 제외되었다. 반면 우리나라에서는 노동조합법과 독점금지법이 거의 같은 시기에 제정되었기 때문에, 경쟁제한행위를 금지하는 규정은 노동조합운동 규제에 사용되었다는 역사적 경위는 없다.

우리나라에서의 노동조합에 대한 독점금지법 적용 가부에 대해서는, 독점금지법 제정시, 노동조합은 사업자가 아니라는 점, 사업자단체 활동이 독점금지법이 아니라 사업자단체법으로 규제되어 있었던 점 등을 이유로 하여, 독점금지법은 노동조합에 적용되지 않는다고 보았던 것 같다.

1953년의 개정에 의해 사업자단체법 내용이 독점금지법에 흡수되고, 현행 독점금지법은 사업자단체 규제의 규정도 가지고 있다. 뿐만 아니라 동법에는 사업자의 이익을 위해 하는 행위를 행하는 종업원 등도 사업자단체에 해당한다고 하고 있다. 또한 독점금지법의 '사용자'는 법인인지 여부를 불문하고 경제활동을 행하는 사람이면 폭넓게 해당한다고 본다.

독점금지법의 사용자의 정의가 광범위하여 노동조합법의 적용대상과 중복될 수도 있지만, 구체적인 독점금지법 적용의 경우에는 당해 노동자(사업자)의 행위가 '공공의 이익에 반하여' 행해지는 것은 아니라고 해석하여 금지되는 부당한 거래행위에 해당하지 않는다고 해석하는 것 등으로 노동조합법과 저촉은 회피할 수 있을 것임을 감안하면, 노동조합법상의 노동자성을 생각함에 있어, 노동조합법의 관점에서 검토하는 것에 문제는 없다.

## 2. 노동조합법상의 노동자성의 기본적인 구조

노동자 개념은, 이론적으로는 개개의 노동관계법규의 취지·목적에 따라 그 범위를 확정한다고도 볼 수 있다. 그러나 개별적 노동관계법에서의 노동자개념은, 많은 개별적 노동관계법이 노동기준법과 밀접한 관계를 가지고 제정되었던 경위와 노동기준법으로부터 분리 독립한 경위 등으로부터, 노동기준법의 노동자개념과 통일적으로 해석되고 있다. 반면 집단적 노동관계법상의 노동자개념은 노동조합법상의 노동자개념으로 포착할 수 있다. 따라서 양자는 노동기준법과 노동조합법에서의 노동자 정의 규정의 차이도 있고, 반드시 일치하지는 않는다고 해석되어 왔다.

직장에서 노동조건을 최저기준을 정하는 것을 목적으로 하는 노동기준법상 노동자는, 동법이 정하는 노동조건에 의한 보호를 받는 대상을 확정하기 위한 개념이고, 동법 제9조에 의해 사업 또는 사무소에 사용되는 자로, 임금을 지급받는 자라고 정의되어 있다. 그리하여 많은 노동보호법, 예컨대 최저임금법 2조 1호, 노동안전위생법 2조 2호, 임금지불확보법 2조 2항 등은 명시적으로 당해 법률에서 노동자를 노동기준법 9조에 정한 노동자를 말한다고 정의하고 있다. 또한 노재보험법과 같이 법률상 노동자의 정의 규정을 두고 있지 않은 법률도 당해법

률의 목적·취지와 노동기준법과의 관계에서 해석한 규정의 존재에서, 그 법의 노동자는 노동기준법상 노동자를 가리키는 것으로 해석되고 있다 또한 노동계약의 기본적인 이념 및 노동계약의 성립과 변경 등에 관한 원칙을 정하고 있는 것을 목적으로 하는 노동계약법상의 노동자는, 노동계약의 당사자로서 동법이 정하는 노동계약의 법적 룰의 적용대상이 되는 자를 확정하기 위한 개념으로, 동법 2조 1항에 의해 사용자에게 사용되어 노동하고, 임금을 지불 받는 자라고 규정되어 있다. 노동기준법상의 노동자에게 붙어 있는 ‘사업에 사용되고 있다’는 요건이 붙어 있지는 않지만, 그 이외의 요건에 대해서는 기본적으로 차이가 없다. 이와 같이 노동기준법과 노동계약법에서 노동자 정의 규정은 거의 같은 내용이기 때문에, 노동기준법상 노동자 판단기준은 노동계약법상 노동자성 판단에서도 일반적으로 타당하다고 본다.

반면 노동조합법 3조의 ‘노동자’ 정의에는 ‘사용되어’라는 요건이 포함되어 있지 않기 때문에, 실업자라도 ‘임금, 급료 기타 이에 준하는 수입으로 생활하는 자’인 이상은, 동법의 ‘노동자’에 해당하고, 동법의 보호를 받는 직업별 노동조합과 산업별노동조합 등의 구성원이 될 수 있다. 또한 동법은 “노동자가 사용자와의 교섭에서 대등한 입장에 서는 것을 촉진함으로써 노동자의 지위를 향상시키는 것”을 목적으로 하여, 그 노사대등의 교섭을 실현해야 하고, 단체행동권이 보장된 노동조합의 결성을 옹호하여, 노동협약 체결을 위한 단체교섭을 조성하는 것을 목적으로 한다(노동조합법 1조 참조). 이러한 점에서 보면, 동법의 노동자는 주체가 되어 노동조합을 결성하는 구성원으로서(노동조합법 2조 참조), 사용자와의 사이에서 단체행동권 행사를 담보한 단체교섭법제에 의한 보호가 보장되어야 하는 자를 가리키는 것으로 본다. 따라서 노동조합법에서의 노동자는, 노동조건을 최저기준을 실체법상 강행적으로 별칙의 담보를 통해 설정하는 노동기준법의 노동자와, 노동계약에서의 권리의무관계를 실체법상으로 설정하고, 일부에서는 강행법규를 포함하고 있는 노동계약법상 노동자와는 달리, 단체교섭의 조성을 중핵으로 하는 노동조합법의 취지에 비추어, 단체교섭법제에 의한 보호를 해야 하는 대상자라는 관점에서 검토해야 할 필요가 있다.

#### ※ 노동조합법상의 노동자와 동법 제16조의 ‘노동계약’

단체교섭을 조성한다고 하는 노동조합법의 목적에 비추어, 노동조합법상의 노동자 개념이 노동기준법상의 노동자개념보다 넓다고 하는 경우, 노동기준법상의 노동자는 아니지만 노동조합법상 노동자에는 해당하는 자가 체결한 노무공급계약이 노동조합법 16조에서 말하는 ‘노동계약’에 해당하는지, 쟁점이 있다. 만일 해당하지 않는다고 하면, 그러한 노무공급자를 조직한 노동조합이 체결하는 노동협약에는 규범적 효력이 생기지 않는다는 사태가 된다. 이를 고려하여 노동조합법상의 노동자개념은 역시 노동기준법상 노동자개념과 마찬가지로 한정적으로 해석해야 하는지가 문제된다.

그러나 노동조합법 16조의 ‘노동계약’ 개념은, 노동기준법이 제정되기 이전 구 노동조합법 당

시부터 존재하고, 노동기준법상의 노동자개념에 한정하여 해석할 필요성이 없다는 것은 고려하면, 노동조합법 16조가 말하는 '노동계약'은 노동기준법상의 노동자에 해당하지 않는 노무공급자가 체결하는 노무공급계약도 포함한다고 본다. 따라서 노동기준법상의 노동자는 아니지만 노동조합법상의 노동자에는 해당하는 자를 조직한 노동조합이 체결한 노동협약에 규범적 효력이 생긴다고 보는 것은 충분히 가능하다. 또한 만일 이와 같이 해석하지 않는다 해도, 채무적 효력만을 가지는 노동협약도 단체교섭 목적이 될 수 있다는 점, 노사관계법상은 단체교섭이 행해지는 것 자체로 노사 간에 의사소통이 이루어져 분쟁의 해결에 도움이 되는 의의가 인정된다는 것을 고려하면, 규범적 효력이 생기지 않기 때문에 단체교섭이 무의미한 것은 아니다.

따라서 노동조합법 16조에서 말하는 노동계약은 어찌되었든 간에 동법의 노동자성 판단을 노동기준법에서와 마찬가지로 해석해야 하는 것은 아니다.

### 3. 노동조합법상 노동자성을 판단한 최고재판소 판결의 분석

#### 1) CBC 관현악단 노조사건 판결

○ CBC 관현악단 노조사건의 최고재판결에서는 이하의 점을 고려하여 판단했다고 본다.

- 출연계약이, 개별교섭의 번잡함을 피하기 위하여, 악단원을 미리 회사 사업조직으로 편입해 두려고 하는 것이었다.
- 출연요구를 거절하는 것은 계약상 금지되어 있는 것은 아니지만, 계약 해제, 차년도 갱신 거절이 있을 수 있는 것은 당사자가 의식하고, 원칙적으로는 발주에 응하여 출연할 의무가 있다.
- 회사가 수시로 일방적으로 지정하는 것에 의해 악단원에게 출연을 요구할 수 있고, 악단원이 원칙적으로 그에 따라야 할 기본적 관계가 있는 이상, 회사는 노동력의 처분에 대한 지휘명령의 권능을 가진다.
- 악단원은, 연출에 대해 재량이 없기 때문에, 출연보수는 연주라는 노무제공 그 자체에 대한 대가이다.
- 출연보수 일부인 계약금은, 악단원의 생활 자금으로 일응의 안정한 수입을 보장하기 위해 최저보장금으로서의 성질을 갖는다.

○ 당사자사이 관계를 판단함에 있어서, 계약상 어떠한 의무가 설정되어 있는지 뿐만 아니라, 다음 해 갱신거절이 있을 수 있다는 당사자의 인식 등의 실태를 포함하여 검토하고 있다. 다만 최고재판소 조사관 해설에서는 이 점을 “법률상 의무를 부담하는 관계라는 점을 명

확하게 하는 것"이라고 하였고, 이 해설이 그 이후 하급심 판결에 영향을 줄 가능성이 있다는 지적이 있다.

○ 또한 회사의 발주에 원칙적으로 따라야 하는 기본적인 관계가 있는 이상, 회사는 노동력의 처분에 대해 지휘명령의 권능을 가진다고 하여, 노동력의 처분권 유무에 착목하여 판단하고 있다.

○ 나아가 악단원이 연출에 대해 재량권이 없는 것에서, 출연보수는 연주라는 노무제공 그 자체에 대한 대가라고 하는 점에서, 노무공급의 양태·성격이 보수의 성격에 영향을 미친다고 판시하였다.

## 2) 신국립극장 운영재단 사건과 INAX 유지보수(maintenance) 사건 판결

○ 신국립극장운영재단 사건의 최고재판결에서는 이하의 점을 고려하여 판단을 한 것으로 본다.

·출연기본계약은, 재단의 각 공연을 원활하고 확실하게 실행할 목적으로 체결한 것이고, 계약 멤버는 각 공연의 실행에 불가결한 노동력으로서 재단의 조직에 편입되어 있었다.

·당사자의 인식과 계약의 실제 운용에 있어서는 계약 멤버는 기본적으로 재단으로부터 개별 공연의 요청에 응해야 하는 관계에 있다.

· 재단은, 출연기본계약 내용을 일방적으로 결정하고, 시즌 중 공연건수, 순서 등 계약멤버가 가창의 노무를 제공하는 양태도 일방적으로 결정하고, 계약 멤버 측에 교섭의 여지가 없었다.

· 계약 멤버는 재단이 지정하는 일시, 장소에서 노무를 제공하고 가창 기술의 제공 방법과 연습에 참여 상황에 대해 재단의 감독을 받아 재단의 지휘 감독하에 가창의 노무를 제공하여 시간적인 위치적으로 일정한 구속을 받고 있었다.

· 계약 멤버의 보상은 출연 기본 계약에서 정한 방법으로 산정되고 예정 시간 이상 연습에 참가한 경우에는 초과 연습 수당도 지급하고, 보상 금액의 합계는 연간 약 300 만 원이며, 가창의 노무의 제공 그 자체의 대가였다.

○ INAX 유지 보수 사건의 최고재판소 판결에서는 다음 사항을 고려하여 판단을 한 것으로 보인다.

· 회사 직원 200여 명 중 주된 사업의 수리 보수 업무에 종사하는 자는 금회 일부 (2007.년

업무이나 기념일을 지정하고 매일 하나의 CE 업무를 수행하고 있으며 CE는 회사의 사업 수행에 불가결한 노동력으로 그 지속적인 확보를 위해 회사의 조직에 포함되고 있었다.

· 회사와 CE와의 업무 위탁 계약의 내용은 회사가 정한 각서에 의해 규율되고 있으며, 별도의 수리 보수 등의 의뢰 내용을 CE가 변경할 여지가 없고 회사가 계약 내용을 일방적으로 결정 하고 있었다.

· CE의 보수는 미리 정해진 청구 금액에 해당 CE 대해 회사가 결정한 급마다 정해진 일정 비율을 곱한 시간의 수당 등에 상당하는 금액이 가산되어 지급하고, 노무 제공 대가의 성격이 있다.

· CE의 승인 거부를 이유로 채무불이행 책임을 추궁된 적이 없었다고 해도 당사자의 인식이나 계약의 실제 운용에 있어서는, CE는 회사에서 별도의 수리 보수 등의 요청에 응해야 하는 관계에 있었다.

· CE는 회사가 지정한 담당 지역에서 정해진 시간에 회사에서 주문 연락을 받고 있었다. 또한,接客 태도 등까지 포함된 설명서에 따라 업무 수행이 요구되고 있으며 CE는 회사의 지휘 감독하에 노무를 제공하고 장소적 시간적으로 일정한 구속을 받고 있었다.

· 평균적인 CE가 자신의 영업 활동을 할 시간적 여유가 부족 것으로 추인되고, 기록상으로도 CE 스스로 영업 주체가 되어 정비 보수를 실시하고 사례는 거의 존재하지 않았다.

○ 모두 사례 판단이며, 노동조합법상 노동자에 대한 일반론은 제시되어 있지 않다.

○ ① 사업조직에 편입, ② 계약의 일방적인 결정, ③ 보수의 노무 대가성, ④ 업무 요청에 응해야 관계, ⑤ 지휘 감독 하에 노무 제공 일정한 시간적 장소적 구속이라는 5개의 판단요소를 공통으로 사용하고 있다. 이 중 ② 계약 내용의 일방적 결정에 대해 CBC 관현악단 노조 사건은 언급이 없었지만 두 판결에서는 판단요소의 하나로 하고 있다.

○ 결정 요소의 순서를 보면, INAX 유지 보수 사건에서는 먼저 ① 사업조직에의 삽입과 ② 계약 내용의 일방적 결정을 판단 후, 보완 ④ 업무 요청에 응해야 관계나, ⑤ 지휘 감독 아래 노무 제공 일정한 시간적 장소적 구속을 검토하고 있다. 이에 반해 신국립극장 운영재단 사건은 ④ 업무 요청에 응해야 하는 관계가 두 번째로 판단되고 있지만 이것은 비슷한 사건인 CBC 관현악단 노조 사건 최고재판소 판결의 설시를 모방했을 가능성과 신국립극장 운영재단 사건으로 출연 기본 계약과 개별 공연 출연 계약이 분리되어 전자에서 개별 공연에 출연하는 법적 의무는 없다고 하는 구조가 큰 쟁점이 되었던 것 등이 영향을 미쳤을 가능성이 있다.

노동기준법의 노동자성 판단은 우선 지휘 감독 하에 노무 제공과 시간적 장소적 구속 여부를 검토하는 것이 통례라는 것과 비교하면 두 판결은 노동조합법상 노동자 에 대해 노동기



준법과 다른 시각에서 판단한다는 최고재판소의 의도가 엿보인다.

○ 각 요소 결정에서 당사자의 인식 및 실태로서, 계약 내용 협상의 여지가 있었는지 개별 업무 요청에 응해야 관계에 있었는지 등 계약서 기재 및 법적 의무의 존부보다 당사자의 인식 및 계약의 운용이나 취업의 실태를 중시하는 자세를 분명히 하고 있다.

개별 업무 요청에 응해야 관계에 대해서는 CBC 관현악단 노조 사건 최고재판소 판결이 "출연해야 할 의무"라는 표현을 사용했던 반면, 비록 계약 조건에 의무 규정이 없고, 또는 업무 요청 거부를 이유로 채무불이행 책임을 추궁한 적이 없었다고 해도, "각 당사자의 인식이나 계약의 실제 운용에서" 개별 요청에 "응해야 하는" 관계에 있었다고 하여 법적 의무가 계약상 설정되어 있었는지 여부가 아니라 당사자의 인식과 계약 운용 실태에서 요청에 응해야 관계에 있는지 여부를 판단하는 점을 분명히 하고 있다.

○ ①사업조직에의 편입에 대해 계약의 목적, 사업의 수행에 불가결한 노동력으로서의 입지, 평가 제도에 의한 관리 등을 파악하여 조직에 편입되어 있었다고 평가하고, ②계약내용의 일방적인 결정, ④ 업무 요청에 응해야 하는 관계와는 다른 독자적인 판단요소로 보고 있다.

○ ⑤지휘 감독하에 노무 제공·일정한 시간적 장소적 구속에 대해 두 판결의 원심에서는 일정한 지휘 감독이나 구속이 있음을 인정하면서, 위탁 계약의 성격 및 노무의 특수성에 유래하는 것이라고 하여 노동조합법상 노동자성을 긍정하는 요소로 평가하지 않았지만, 두 판결은 노동자성을 보완적으로 긍정하는 요소로 평가하고 있다.

○ INAX 유지보수 사건 최고재판소 판결에서는 노동자가 실제로 직접 영업 활동을 하고 수익을 올렸는지 여부를 검토하고, 사업자성의 정도는 노동조합법상 노동자성을 약화시키는 요소로 고려대상으로하고 있다고 본다.

#### 4. 노동조합법상 노동자성의 판단요소의 개념

노동조합법의 취지와 입법자 의사를 감안하면 동법상의 노동자는 모두 팔아버릴 수 없는 자신의 노동력이라는 특수한 상품을 제공하고 대가를 얻어 생활하는 것이므로 상대방과 개별 교섭에서는 교섭 능력에 격차가 발생하여, 계약 자유의 원칙을 관철하지 못하는 부당한 결과가 발생하기 때문에 노동조합을 결성하고 집단적인 교섭 보호가 도모되어야 하는 사람이 폭넓게 포함된다고 본다. 또한, 동법 3조의 문언, 학설, 지금까지의 노동위원회 명령, 3. 절에서 본 CBC 관현악단 노조 사건, 신국립극장 운영재단 사건, INAX 유지 보수 사건의 최고재판소 판결 등을 감안하면 이 법상 노동자성은 다음의 판단요소를 사용하여 종합적으로 판단해

야한다. 이 경우 각 판단요소를 종합 감안하여 위의 노동조합법 취지에서 노동자성을 판단하는 것이므로, 만일 ①에서 ③까지의 기본적인 판단요소의 일부가 충족되지 않았다고 하더라도 그 즉시 동법상의 노동자성이 부정되는 것은 아니다. 또한 각 요소를 단독으로 볼 때 그것 자체만으로 노동자성을 긍정되는 것까지는 아니더라도 ④와 ⑤의 보충적인 판단요소를 포함하여 다른 요소와 함께 종합적으로 판단하여 노동자성을 긍정되는 경우도 있음을 유의할 필요가 있다. 또한 각 결정 요소의 구체적인 검토에 있어서는 계약의 형식에만 얽매이지 것이 아니라 당사자의 인식(계약의 형식에 대한 인식이 아니라 당해 계약에 따라 어떻게 행동해야할지 행위 규범에 관한 인식)과 계약의 실제 운용을 중시하여 판단해야 한다.

#### 기본적인 판단요소

- ① 사업조직에 편입
- ② 계약 내용의 일방적 일상적인 결정
- ③ 보수의 노무 대가성

①은 노무공급자가 상대방의 업무 수행에 불가결하거나 긴요한 인력으로 조직에 확보되어 있으며, 노동력의 이용을 둘러싸고 단체 교섭을 통해 문제를 해결해야 할 관계가 있다는 것을 보여준다. ②는 상대방에 대해 노무공급자 측에서 단체교섭 법제 보호를 보장해야 협상력 격차가 있다는 것을 보여준다. ③은 노동조합법 3조 노동자 정의 규정에 명시된 "임금, 급료 기타 이에 준하는 수입"에 대응한 것으로, 노무공급자가 자신의 노동력을 제공하고 보상을 얻고 있다는 것을 보여준다. 이상과 같은 이유로 각각 노동조합법상 노동자성을 판단의 기본적인 판단요소라고 본다.

#### 보충적인 판단요소

- ④ 업무의 요청에 응해야 관계
- ⑤ 넓은 의미의 지휘 감독 하에 노무 제공 일정한 시간적 장소적 구속

④는 노무공급자가 자기의 노동력을 상대방에게 제공하지 않는다는 선택이 곤란하고, 노무공급자가 노동력의 처분 권한을 상대방에게 맡기고 취업해야 관계에 있다는 인식이 당사자 사이에 존재 하는 것을 추인하고 ①사업조직에 편입 판단에 해당하고 이것을 강화하는 것으로 감안되는 요소이다. ④가 완전히 인정되지 않아도 다른 사정으로 ①이 긍정되면 노동자성 판단에 소극적인 영향을 주는 것은 아니다. ④의 판단에 있어서는 계약에 설정된 법적 권리의 무 관계에만 한정하여 판단할 것이 아니라 당사자의 인식이나 계약의 실제 운용을 중시하여

판단되어야 한다.

⑤는 상대방에게 인적 종속되는 것을 추인하는 것이며, 노동조합법 3조 노동자 정의는 노동기준법 9조에서와 같은 "사용되는"이라는 문구가 없기 때문에 기본적인 판단요소는 생각할 수 없지만, 이러한 사정이 존재하면 노동자성을 긍정하는 방향으로 작동하는 보완적인 판단요소이다. 최고재판소 판결에서는 반드시 노동기준법상 노동자성을 긍정해야 정도에 이르지 않을 것 같은 넓은 의미의 지휘 감독 하에서 노무공급과 노무공급의 일시·장소에 대한 일정한 구속에도 노동조합법상 노동자성을 긍정적으로 평가하는 요소로 감안되고 있다.

소극적인 결정 요소

⑥ 현저한 사업자성

원래 자기의 노동력을 제공하지 않는 자 또는 항상적으로 자신의 능력으로 이득하는 기회가 있어 스스로 위험을 맡아 사업을 행하는 등의 사업자성이 현저한 자는, 상대방의 사업조직에서 독립하여 노동력을 스스로를 위해 사용할 수 있어, 계약내용 등에 대해 실제로 교섭이 가능하며, 보상에 대해서도 상대방에게 노동력을 제공한 데 따른 대가라고는 할 수 없는 점 등으로부터, 단체 교섭에 의한 보호의 필요성이 높지 않다고 본다. 따라서 현저한 사업자성이 인정되는 경우에는 종합 판단에서 노동자성을 소극적으로 해석할 수 있는 판단요소로 감안된다.

5. 각 판단요소에 대한 구체적인 판단

<기본적인 판단요소>

① 사업조직에 편입

노무공급자가 상대방의 업무 수행에 불가결하고 긴요한 인력으로 조직에 확보되어 있는가?

이 판단요소는 노동기준법상의 노동자성의 판단요소로는 일반적으로 거론되고 있지 않지만, 노동조합법상 노동자성의 판단에 있어서는 4에 기재된 대로 상대방의 업무 수행에 불가결하고 긴요한 인력으로 조직에 확보되어 있으며, 노동력의 이용을 둘러싸고 단체 교섭을 통해 문제를 해결해야 할 관계가 있음을 나타내는 것으로서 기본적인 판단요소로 본다.

과거 노동위원회 명령이나 판례를 보면, 다음과 같은 사정이 있는 경우 사업에의 편입을 긍정적으로 본다. 그러나 이러한 사정이 없는 경우에도 즉시 사업조직의 편입이 부정되는 것은

아니다.

○ 계약의 목적 : 계약의 형식에 관계없이 상대방과 노무공급자 계약이 노동력을 확보하는 목적으로 체결되어 있다.

○ 조직에의 편입 상황

· 업무 수행의 양적 내지 질적인 면에서 불가결하고 긴요한 역할을 하는 노동력으로 조직에 자리매김되어 있다 (다만, 당해 노무공급자가 집단으로 존재하지 않는다고 하여, 사업조직에의 편입이 부정되는 것은 아니다.)

· 평가 제도와 연수 제도를 마련, 업무 지역과 업무 일을 할당 등 상대방이 노무공급자를 관리하고 있다.

· 일손이 부족할 때는 다른 사업자에 위탁하지만, 일반적으로 노무공급자에게만 위탁하고 있다.

○ 제3자에 대한 표시 : 상대방의 이름이 기재된 제복 착용, 명함, 신분증 휴대 등이 요구되는 등 제3자에게 상대방이 노무공급자를 자기 조직의 일부로 다루고 있다.

○ 전속성

· 상대방으로부터 수탁하고 있는 업무 유사한 업무를 계약상 다른 상대방으로부터 수탁할 수 없다.

· 상대방으로부터 수탁하고 있는 업무 유사한 업무를 다른 상대방으로부터 수탁하는 것에 관하여, 계약상 설정된 권리의무로서는 제약이 없지만, 당사자의 인식이나 계약의 실제 운영은 제약이 있고 곤란하다.

· 상대방으로부터 수탁하고 있는 업무 유사한 업무에 대하여, 다른 상대방과 계약 관계가 전혀 또는 거의 없다.

② 계약 내용의 일방적·정형적인 결정

계약 체결의 측면에서 노동 조건이나 제공하는 노무의 내용을 상대방이 일방적·정형적으로 결정하고 있는가?
---

이 판단요소는 노동기준법상의 노동자성의 판단요소는 일반적으로 거론되고 있지 않지만, 노동조합법상 노동자성의 판단에 있어서는 4에 기재된대로 상대방에 대해 노무공급 사용자 측에 단체교섭법제의 보호를 보장해야 할 협상력 격차가 있음을 나타내는 것으로서, 기본적인 판단요소 본다.

과거 노동위원회 명령이나 판례를 보면, 다음과 같은 사정이 있는 경우, 계약 내용의 일방적 일상적인 결정이 긍정적으로 본다. 그러나 이러한 사정이 없는 경우에도 즉시 계약 내용의 일방적 일상적인 결정이 부정되는 것은 아니다.

○ 일방적인 노동 조건의 결정

- 계약 체결 및 갱신 때 노무공급자가 상대방과 개별적으로 협상하여 노동조건 등 계약 내용을 변경할 여지가 실제로 없다 (단, 노동시간 등에 변경 여지가 있더라도 그것이 노동조건의 극히 일부에 한정되는 경우 계약내용의 일방적·정형적인 결정이 부정되는 것은 아니다.)
- 노동조건의 중핵인 보상에 대해, 산출기준, 산출방법을 상대방이 결정하고 있다.

○ 정형적인 계약양식의 사용 : 상대방과 노무공급자와 계약에 정형적인 계약 형식이 사용되고 있다.

③ 보수의 노무 대가성

노무공급자의 보수가 노무공급에 대한 대가 또는 이와 유사한 것으로서 성격이 있는가?

이 판단요소는 4에 기재한 바와 같이, 노동조합법 3조의 노동자 정의규정 문언상 명시된 ‘임금, 급료 기타 이에 준하는 수입’에 해당하는 요소이며, 노무공급자가 자신의 노동력을 제공하고 보수를 받고 있음을 나타내 그 보상의 노무 대가성을 기초 짓는 것으로서, 노동조합법상 노동자성 판단의 기본적인 판단요소로 본다. 그러나 동법 3조는 "임금, 급료 기타 이에 준하는 수입"으로 규정하고 있으므로, 노동자성 판단요소로 보수의 노무대가성은 좁은 의미의 사용종속성을 판단하는 것이 아니라 노동기준법상의 임금보다 넓게 "기타 이에 준하는 수입"을 포함하여 해석해야 한다. 또한 보수의 노무대가성은 노무제공의 태양과도 관련이 있어, 노무제공에 대한 재량을 부여받지 않은 경우의 보수는, 노무제공의 대가로 간주되는 것이 통상적이다.

과거 노동위원회 명령이나 판례를 보면, 다음과 같은 사정이 있는 경우 보수의 노무대가성이 긍정적으로 해석하는 것으로 본다. 그러나 이러한 사정이 없는 경우라도 즉시 보수의 노무대가성이 부정되는 것은 아니다.

○ 보수의 노무대가성

- 상대방이 노무공급을 평가하여 이에 대한 보상금을 지급하는등 일의 완성에 대한 보수와는 다른 요소가 가미되어 있다.
- 시간외수당이나 휴일수당 유사한 것이 지급되고 있다.
- 보수가 업무량과 시간에 따라 산출된다 (다만 일의 결과에 따른 급여라고 해서 곧바로 거

래량 공급도 즉시 보수의 노무대가성은 부정되지 않는다)

○ 보상의 성격

- 일정한 금액의 지불을 보장하고 있다.
- 보상이 일정한 기일에 정기적으로 지급되고 있다.

<보충적인 판단요소>

④ 업무의 요청에 응해야 하는 관계

노무공급자가 상대방에서 개별 업무의 의뢰에 대해 기본적으로 응해야 하는 관계에 있는가?

이 판단요소는 4에서 기재한대로 노동조합법상 노동자성의 판단에 있어서 ①사업조직에의 편입을 강화하는 것으로 감안되는 보충적인 판단요소이다. 구체적인 판단에 있어서는 계약서의 기재 및 계약에 설정된 법적 의무의 존부에만 한정하지 않고, 각 당사자의 인식이나 계약의 실제 운용을 중시해야 한다. 신국립극장 운영재단 사건과 INAX 유지보수 사건의 최고재판소 판결도, 문연상, CBC 관현악단 노조 사건 최고재판소 판결이 "출연해야 의무"라고하고 있던 것에 대해 개별 요청에 "응해야 하는 관계"로 노동자성을 긍정하는 요소로 실시하고 있으며, 법적 의무가 계약상 설정되어 있었는지 여부가 아니라 실제로 판단해야 한다는 점을 명확히 하고 있다. 또한 사용자의 구체적인 작업요청 등에 대해서 거부하는 자유가 없는 것은, 노동기준법상의 노동자성을 판단에서는 지휘 감독 관계를 추인하는 (반대로 말하면 그것이 인정되지 않으면 지휘 감독 관계를 부정적으로 해석) 중요한 요소가 된다고 하고 있으나, 노동조합법상 노동자성을 판단에서는 그것이 인정되면 ①사업조직에의 편입을 강화하는 요소에 그치는 것으로 본다.

과거 노동위원회 명령이나 판례를 보면, 다음과 같은 사정이 있는 경우에 업무 요청에 응해야 하는 관계가 긍정되는 것으로 보인다. 그러나 이러한 사정이 없는 경우에도 즉시 업무 요청에 응해야 하는 관계가 부정되는 것은 아니다.

○ 불이익 취급의 가능성

- 계약상은 개별 업무의뢰 거부가 채무불이행을 구성하지 않더라도 실제 계약운영, 노무공급자의 업무 요청 거부에 대해 계약해지 및 계약갱신 거부 등, 불이익 취급이나 제재 가능성이 있다.

○ 업무 의뢰 거부 가능성

· 실제 계약의 운용이나 당사자의 인식에서 노무공급자가 상대방에서 개별 업무 요청을 거부할 수 없다.

○ 업무의 의뢰 거부 실태

· 실제로 개별 업무의 의뢰를 거부하는 노무공급자가 거의 존재하지 않는다. 또한 요청 거부 사례가 존재해도 예외적인 사건에 불과하다.

⑤ 넓은 의미에서의 지휘 감독 하 노무제공, 일정한 시간적 장소적 구속

노무공급자가 상대방의 지휘 감독 하에 노무를 제공하고 있다고 넓은 의미로 해석할 수 있는가, 노무 제공에 있어서 시간과 장소에 대해 일정한 구속을 받고 있는가?

이 판단요소는 4에서 기재한대로 노동조합법상 노동자성을 긍정하는 방향으로 작동하는 보충적인 판단요소이다. INAX 유지보수 사건의 최고재판소 판결에서는, 각종 매뉴얼에 따라 업무를 수행하고, 업무 종료 후 각종보고 등에 대하여 원심 수리 보수 업무의 기본적인 업무 위탁계약 내용에 따른 제약에 불과 지휘감독 관계에 있다고 평가할 수 없다고 하는 사정을 인정한 다음, 이것을 "지휘 감독 하에 노무를 제공하고"있다고 평가하고 있다. 이처럼 반드시 노동 기준법상 노동자성을 긍정할 정도에 이르지 않는 듯한 넓은 의미의 지휘 감독 하에서 노무공급도 노동조합법상 노동자성을 긍정적으로 평가하는 요소로 감안되고 있다. 또한 신국립극장 운영재단 사건과 INAX 유지보수 사건의 최고재판소 판결에서는 노무 제공의 일시, 장소의 구속에 대해 "일정한"이라고 표현하여 느슨하게 파악하고 있으며, 노동기준법상 노동자성을 긍정해야 정도에 이르지 않는 구속도 노동조합법상 노동자성을 긍정적으로 평가하는 요소로 감안되고 있다.

과거 노동위원회 명령이나 판례를 보면, 다음과 같은 사정이 있는 경우 넓은 의미의 지휘 감독 하에 노무 제공과 노무공급의 일시, 장소에 대한 일정한 구속이 긍정되는 것으로 보인다. 그러나 이러한 사정이 없는 경우에도 즉시 넓은 의미의 지휘 감독 하에 노무 제공과 일정한 시간적 장소적 구속이 부정되는 것은 아니다.

○ 노동 공급 측면에 대한 자세한 지시

- 일반 위탁 계약의 업무 지시 내지 설명도를 넘어 매뉴얼 등에 의해 작업순서, 마음가짐,接客 태도 등을 지시하고 있다.
- 상대방으로부터 지시된 작업 순서 등에 대해 사실상 제재가 있는등, 노무공급자가 그들을 준수해야한다.
- 업무를 상대방의 직원도 담당하고 있는 경우, 당해 업무의 태양과 절차에 대해 노무공급자

와 상대방 직원과 거의 차이가 보이지 않는다.

· 노무제공의 태양에 대해 노무공급자에 재량의 여지가 거의 없다.

○ 정기적인보고 등의 요구

· 노무공급자에게 업무종료시 보고를 요구하는등 노무제공 과정을 상대방이 감독하고 있다.

○ 노무공급자의 재량의 여지

· 업무량과 노무를 제공하는 일시, 장소에 대한 노무공급자에게 재량의 여지가 없다.

○ 출근 및 대기 등의 유무

· 일정한 시간에 출근 및 대기가 필요하는 등 노무공급자의 행동이 구속되는 일이 있다.

○ 실제 구속의 정도

· 노무공급자가 실제로 일정 정도의 시간을 해당 업무에 사용하고 있다.

<소극적인 판단요소>

⑥ 현저한 사업자성

노무공급자가 항상적으로 자기의 능력으로 이득을 보는 기회가 있고, 스스로 위험을 맡아 사업을 하는 자로 볼 수 있는가?

이 판단요소는 4에 기재한대로 사업자성이 현저하게 인정되는 경우에는 노동자성의 평가에 대해 소극적인 작용할 수 있는 판단요소이다. 또한 판례에서는 노동기준법상 노동자성의 판단에 있어서 업무에 이용하는 장비 소유의 유무를 중시하지만, INAX 유지보수 사건 최고재판소 판결에서는 업무위탁 계약, 각종 기기사용, 차량·공구 등은 원칙적으로 노무공급자가 자체 조달한다고 하더라도, 그러한 사정을 노동자성을 부정하는 방향으로 중시하지 않는 의도가 엿보인다. 또한 노동위원회 결정 등에서도 실제로 노무공급자가 보조 재료를 부담하고, 작업에 필요한 도구, 기계류를 소유하고 있었다고 해도 노동자성을 긍정하고, 노무공급자가 사용차량을 여러 대 보유하고 타인을 고용했다 해도 노동자성을 긍정한 사례가 있다 (도쿄 헛뿌센들工 조합자격 재심사 사건, 思川砂利 사건).

과거 노동위원회 명령이나 판례를 보면, 다음과 같은 사정에서 현저한 사업자성이 인정되는 경우에는 판단요소의 종합 판단의 결과로 노동자성이 소극적으로 해석될 수 있을 것으로 보인다.



- 자기의 능력으로 이득 기회
  - 계약에서뿐만 아니라 실행에도 자체적으로 영업활동을 하는 등, 자기의 판단으로 손익을 변화시킬 여지가 광범위하게 있다.
  
- 업무의 손익 부담
  - 상대방으로부터 수탁하고 있는 업무에서 예상치 못한 이익이나 손실이 발생한 경우 상대방이 아니라 노무공급자 자신에게 귀속 (단, 상대방이 일방적으로 결정한 계약에 의해 노무공급자가 일방적으로 손실을 입는 경우는 사업자성이 현저하다고 보지 않는다)
  
- 타인 노동력의 이용 가능성
  - 노무공급자가 타인을 사용하고 있다.
  - 계약에서뿐만 아니라 실행에도 상대방으로부터 위탁 업무를 타인에게 대행하게 하는 것에 제약이 없다.
  
- 타인 노동력의 이용 실태
  - 현실에 상대방으로부터 위탁 업무를 타인에게 위임할 사람이 존재한다.
  
- 다른 주요 사업 유무
  - 상대방으로부터 수탁하는 사업 이외에 주요 사업을 실시하고 있다.
  
- 장비, 재료의 부담
  - 노무공급자가 일정 규모의 시설 자금 등을 보유하고 있다.
  - 업무에 필요한 장비 비용, 교통비, 보험료, 수리비 등 경비를 실제로 노무공급자가 부담하고 있다 (단, 상대방이 일방적으로 결정한 계약에 의해 노무공급자 측에 기재 등의 비용 부담이 요구되는 경우는 사업자성이 현저하다고 평가되지 않는다)

**労使関係法研究会報告書**  
**(労働組合法上の労働者性の判断基準について)**

平成23年7月

**労 使 関 係 法 研 究 会**

## 劳使關係法研究会委員

(座長) 荒木 尚志 東京大学大学院法学政治学研究科教授

有田 謙司 西南学院大学法学部教授

竹内 (奥野) 寿 立教大学法学部准教授

橋本 陽子 学習院大学法学部教授

原 昌登 成蹊大学法学部准教授

水町 勇一郎 東京大学社会科学研究所教授

山川 隆一 慶應義塾大学法科大学院教授

(敬称略・五十音順)

労使関係法研究会報告書 目次

1. 総論	1
(1) 労働組合法上の労働者性を検討する意義	1
(2) 労働組合の成り立ち等と労働者性との関係	1
(3) 諸外国における労働法上の労働者性	3
(4) 労働組合法と独占禁止法との関係	4
2. 労働組合法上の労働者性の基本的考え方	5
3. 労働組合法上の労働者性を判断した最高裁判所判決の分析	7
(1) CBC管弦楽団労組事件最高裁判決の分析	7
(2) 新国立劇場運営財団事件とINAXメンテナンス事件の最高裁判所判決の分析	7
4. 労働組合法上の労働者性の判断要素の考え方	10
5. 判断要素ごとの具体的判断	12
<基本的判断要素>	
①事業組織への組み入れ	12
②契約内容の一方的・定型的決定	13
③報酬の労務対価性	13
<補充的判断要素>	
④業務の依頼に依すべき関係	14
⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束	15
<消極的判断要素>	
⑥顕著な事業者性	17

## 1. 總論

### (1) 労働組合法上の労働者性を検討する意義

近年、労働者の働き方が多様化する中で、業務委託・独立自営業者といった就労形態にある者が増えている。労働政策研究・研修機構の試算によれば、業務委託を受けて労務を提供する個人自営業者の数は2005年時点で約125万人とされている。<sup>1</sup>

そのような労務供給者が労働組合を結成し、会社に団体交渉を求める例が増加しているが、労働組合法第3条で定義される「労働者」に該当するか否かについて判断が困難な事例が多い中で、確立した判断基準が存在しなかったこともあり、労働委員会の命令と下級審の判決で異なる結論が示され、法的安定性の点からも問題となってい

組合を組織して団体交渉等を行うことを保障しようとする意図がうかがわれる<sup>2</sup>。

旧労働組合法は 1949 年に全面改正され、現行の労働組合法となるが、その際には行政救済主義を採用する不当労働行為制度も導入された。改正時には、連合国軍最高司令官総司令部（GHQ）の多大な影響下でアメリカの全国労働関係法（NLRA）が参照された。当時、アメリカでは 1935 年の NLRA（いわゆるワグナー法）が 1947 年のタフト・ハートレー法によって改正されていたものの、日本の労働組合法改正にあたって、アメリカでタフト・ハートレー法が制定されたからといって同様の法律を制定する必要はない旨の国会答弁がなされている<sup>3</sup>。また、労働組合法上の労働者概念について、労働者概念を限定したタフト・ハートレー法等を参照して限定を加えることもあり得たが、そのような議論がなされたことは確認できない。労働者の定義規

（労働組合法第 3 条）は文語を口語に改めただけで従来と同様であると国会で答弁

定（労働

法制定時の帝国議会において、労働組合法の労働者について以下のような議論があった。

<sup>2</sup> 旧労働組合法

月 13 日衆議院労働組合法案委員会  
員

※1945 年 12  
○山崎（常）委

作る、或は婦人の頭の道具を作ると云ふのは、一つの大きな製造業者があつて、それか  
に請合つて来て、妻もやれば自分もやる、子供にも手傳はず、斯う云ふ業者が將來うん  
、（略）さう云ふものが十軒或は二十軒、百軒と云ふやうな工合に組合を作つた場合に、  
なるか。（略）一つの工場で日給幾ら、月給幾らと云ふやうに一つの工場内に立籠つて働  
の請負と云ふものは、一箇幾らで請合つて来て家でやる仕事です、品物の製造を出す所  
、だが併し是は時間も制限せられずに一箇幾らで請合つて来てやる所の請負業者です、  
せうか。

下駄の鼻緒を  
ら一箇幾らづつ  
と殖えて來ます  
其の關係はどう  
く、此の手工業  
は一つなのです  
其の點御分り  
○芦田國務大臣  
（略）大工場  
た、出來高拂で  
のであります。

でも出來高拂と云ふのがあります、石炭山に於ちありませうし、軍需工場に於ちもあつ  
るとか、時間拂であるとか云ふことに依つて、組合法の適用が變るとは考へられない

○山崎（常）委  
それでは最後  
結權も認めて下  
でせうね。

員  
に止めを刺して置きますが、さう云ふ個々の請負業者が物を作つて交渉する場合には團  
さる、交渉權も認めて下さる、斯う云ふ工合にはつきり考へて居て差支へございませぬ

○芦田國務大臣  
御解釋の通り

であります。

<sup>3</sup> 労働組合法改

改正時の国会において、タフト・ハートレー法について以下のような議論があった。

※1948 年 6

月 8 日衆議院本会議

○倉石忠雄君

いて問題になつた、あのタフト・ハートレー法のごときも、労働団体の猛烈なる反対と、  
の発動ありたるにもかかわらず、議会において圧倒的なる支持を得て、これが成立を見  
を静かに観察してみる必要があるのであります。

アメリカにお  
大統領の拒否權  
たる、あの事情  
○加藤國務大臣

トレー案がアメリカにおいて制定されたことは、アメリカにおけるまつたく特殊なる條  
た法律であります。日本においては、私どもはどこの國をまねることもなく、日本にお  
下において適當であると思ふ立法がなされることが望ましいのであります。従つて、ア  
・ハートレー案が制定されたからといって、これを物まねのごとく日本において制定す  
このように信じております。

タフト・ハー  
件のもとに生れ  
ける現実の情勢  
アメリカにタフト  
る必要はない、



態を重視した判断を示し、請負人であっても使用者との関係において経済的実態が雇用に近い者であれば、同法の適用対象としていた。1947年のタフト・ハートレー法によるNLRA改正によって独立の請負人が明文で除外されたが、同改正は戦後直後の大規模ストライキの多発等を背景としており、その後、NLRAの適用対象が狭すぎるとしてダンロップ委員会報告書（1994年）等で批判されている。

(4) 労働組合法と独占禁止法の関係

アメリカやヨーロッパ諸国では、かつて被用者と独立自営業者が未分化であったため、労働組合法と事業者団体をともに独占禁止法の適用対象とし、競争制限行為の禁止が労働組合運動の規制に用いられた歴史がある。その後、労働組合運動は事業者団体の競争制限行為と区別され、独占禁止法の適用対象外となった。他方、我が国においては、労働組合法と独占禁止法がほぼ同時期に制定されたため、競争制限行為を禁止する規定が、労働組合運動の規制に使われたという歴史的な経緯はない。

我が国における労働組合に対する独占禁止法の適用の可否については、独占禁止法の制定時は、「労働組合は事業者ではないこと」、「事業者団体の活動が独占禁止法ではなく事業者団体の法で規制されていたこと等の理由から」、「独占禁止法は労働組合に適用されないと考えられていた」とみられる。

1953年の改正によって事業者団体の法の内容が独占禁止法に取り込まれ、現行独占禁止法は事業者団体規制の規定も置いている。加えて、同法には、事業者の利益のためにする行為を行う従業員等も事業者団体の規制との関係では事業者とみなす規定が存在し、従業員の継続的な集まりも事業者としての共通の利益の増進が目的であれば独占禁止法の事業者団体に該当するとされている。また、独占禁止法の「事業者」は、「法入か否かを問わず経済活動を行う者であれば幅広く該当すると解されている。

独占禁止法の事業者の定義が広範で労働組合法の適用対象と重複することはありうるが、具体的な独占禁止法の適用の場面では当該労働者（事業者）の行為が「公共の利益に反して」なされたものではないと解する等して、禁止された不当な取引制限に該当しないと解すること等により労働組合法との抵触は回避しうることに鑑みると、労働組合法上の労働者性を考えるにあたっては、労働組合法の観点から検討を行うことで問題はない。



## 2. 労働組合法上の労働者性の基本的な考え方

労働者の概念は、理論的には個々の労働関係法規の趣旨・目的に応じてその範囲を画定することも考えられる。しかし、個別的労働関係諸法における労働者概念は、多くの個別的労働関係法が労働基準法と密接な関係を持って制定された経緯や、労働基準法から分離独立した経緯等から、労働基準法の労働者概念で統一的に解されている。他方、集团的労働関係法上の労働者概念は労働組合法上の労働者概念で捉えられてきた。そして、両者は労働基準法と労働組合法における労働者の定義規定の違いもあり、必ずしも一致しないと解されてきた。

職場における労働条件の最低基準を定めることを目的とする労働基準法上の労働者は、同法が定める労働条件による保護を受ける対象を確定するための概念であり、同法第9条により事業又は事務所に使用される者で、賃金を支払われる者と定義されている。そして、多くの労働保護法、例えば、最低賃金法第2条第1号、労働安全衛生法第2条第2号、賃金支払確保法第2条第2項などは、明示的に、当該法律における労働者を、労働基準法第9条に規定する労働者をいうと定義している。また、労災保険法のように法律上に労働者の定義を置いていない法律も、当該法律の目的・趣旨や労働基準法との関係に触れた規定の存在から、同法における労働者は労働基準法上の労働者を指すと解されている。なお、労働契約の基本的な理念及び労働契約の成立や変更等に関する原則を定めることを目的とする労働契約法上の労働者は、労働契約の当事者として同法が定める労働契約の法的ルールの適用対象となる者を確定するための概念であり、同法第2条第1項により使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者と定義されている。労働基準法上の労働者に課されている「事業に使用される」という要件が課されていないが、それ以外の要件については基本的に変わらない。このように、労働基準法と労働契約法で労働者の定義規定はほぼ同じ内容であるので、労働基準法上の労働者の判断基準は労働契約法の労働者性判断においても一般的に妥当すると考えられる。

他方、労働組合法第3条の「労働者」の定義には、「使用され」という要件が含まれていないため、失業者であっても、「賃金、給料その他これに準ずる収入によつて生活する者」である以上は、同法の「労働者」に該当し、同法の保護を受ける職業別労働組合や産業別労働組合等の構成員となることができる。また、同法は、「労働者が使用者との交渉において対等の立場に立つことを促進することにより労働者の地位を向上させること」を主旨とし、その労使対等の交渉を実現すべく、団体行動権の保障された労働組合の結成を擁護し、労働協約の締結のための団体交渉を助成することを目的としている（労働組合法第1条参照）。これらのことからすれば、同法の労働者は、主体となって労働組合を結成する構成員として（労働組合法第2条参照）、使用者との間で団体行動権の行使を担保とした団体交渉法制による保護が保障されるべき者を指すと解される。

したがって、労働組合法における労働者は、労働条件の最低基準を実体法上強行的に、罰則の担保を伴って設定する労働基準法上の労働者や、労働契約における権利義務関係を実体法上設定し、かつ一部に強行法規を含んだ労働契約法上の労働者とは異なり、団体交

渉の助成を中核とする労働組合法の趣旨に照らして、団体交渉法制による保護を与えるべき対象者という視点から検討すべきこととなる。

(※) 労働組合法上の労働者と同法第 16 条の「労働契約」

団体交渉を助成するという労働組合法の目的に照らして、労働組合法上の労働者概念が労働基準法上の労働者概念より広いとした場合、労働基準法上の労働者ではないが、労働組合法上の労働者には該当する者の締結する労務供給契約が労働組合法第 16 条にいう「労働契約」に該当するか、という論点がある。仮に、該当しないとすると、それら労務供給者を組織した労働組合が締結する労働協約には規範的効力が生じないという事態が生ずる。このことを考慮して、労働組合法上の労働者概念はやはり労働基準法上の労働者概念と同様に限定的に解すべきことになるかが問題となる。

しかし、労働組合法第 16 条の「労働契約」の概念は、労働基準法が制定される以前の旧労働組合法当時から存在し、労働基準法上の労働者概念に限定して解する必然性はないことを踏まえると、労働組合法第 16 条にいう「労働契約」は、労働基準法上の労働者に該当しない労務供給者の締結する労務供給契約をも含むと解される。したがって、労働基準法上の労働者ではないが労働組合法上の労働者には該当する者を組織した労働組合が締結した労働協約に規範的効力が生じると解することは十分可能である。なお、仮にこのように解さないとしても、債務的効力のみを有する労働協約も団体交渉の目的となりうること、労使関係上は団体交渉がなされること自体に労使間で意思の疎通が図られ紛争の解決に資するという意義が認められることを踏まえると、規範的効力が生じないために団体交渉が無意味となるわけではない。

したがって、労働組合法第 16 条にいう労働契約をいずれに解するとしても、同法の労働者性の判断を労働基準法におけると同様に解すべきことにはならない。

3. 労働組合法上の労働者性を判断した最高裁判所判決の分析

(1) CBC 管弦楽団労働組事件最高裁判決の分析

- CBC 管弦楽団労働組事件の最高裁判決では以下の点を考慮して判断を行ったとみられる。
  - ・ 出演契約が、個別交渉の煩雑さを回避するために、楽団員をあらかじめ会社の事業組織の中に組み入れておこうとするものであった。
  - ・ 出演発注を断ることは契約上禁じられてはいないが、契約の解除、次年度の更新拒絶があり得ることを当事者が意識しており、原則として発注に応じて出演すべき義務があった。
  - ・ 会社が随時一方的に指定するところによって楽団員に出演を求めることができ、楽団員が原則としてそれに従うべき基本的関係がある以上、会社は労働力の処分につき指揮命令の権能を有していた。
  - ・ 楽団員は、演出について裁量を与えられていないため、出演報酬は演奏という労務提供それ自体への対価であった。
  - ・ 出演報酬の一部たる契約金は、楽団員の生活の資として一応の安定した収入を与えるための最低保障給たる性質を有していた。
- 当事者間の関係を判断するに当たって、契約上どのような法的義務が設定されていたかだけでなく、次年度の更新拒絶があり得るといった当事者の認識等の実態を含めて検討している。ただし、最高裁判所調査官解説においては、この点は「法律上の義務を負う関係であることを明らかにしたものと」されており、この解説がその後の下級審判決に影響を与えた可能性があるとの指摘がある。
- また、会社の発注に原則として従う基本的関係がある以上、会社は労働力の処分につき指揮命令の権能を有していたとしており、労働力の処分権の有無に着目して判断している。
- さらに、楽団員が演出について裁量を与えられていないことから、出演報酬は演奏という労務提供それ自体への対価であったとしている点で、労務供給の態様・性格が報酬の性格に影響を与えることが示されている。

(2) 新国立劇場運営財団事件と INAX メンテナンス事件の最高裁判所判決の分析

- 新国立劇場運営財団事件の最高裁判決では以下の点を考慮して判断を行ったとみられる。

出演基本契約は、財団の各公演を円滑かつ確実に行う目的で締結されたものであり、契約メンバーは、各公演の実施に不可欠な労働力として財団の組織に組み入れられていた。

当事者の認識や契約の実際の運用においては、契約メンバーは基本的には財団からの個別公演の申込みに応ずべき関係にあった。

財団は、出演基本契約の内容を一方的に決定し、シーズン中の公演件数、演

- 目等、契約メンバーが歌唱の労務を提供する態様も一方的に決定しており、契約メンバーの側に交渉の余地はなかった。
- ・ 契約メンバーは、財団が指定する日時、場所で労務を提供し、歌唱技能の提供の方法や稽古への参加状況について財団の監督を受け、財団の指揮監督の下で歌唱の労務を提供しており、時間的・場所的に一定の拘束を受けていた。
  - ・ 契約メンバーの報酬は、出演基本契約で定めた方法で算定され、予定時間を超えて稽古に参加した場合には超過稽古手当も支払われており、報酬の金額の合計は年間約 300 万円であって、歌唱の労務の提供それ自体の対価であった。
- INAX メンテナンス事件の最高裁判決では以下の点を考慮して判断を行ったとみられる。
- ・ 会社の従業員約 200 名のうち主たる事業である修理補修業務に従事する者はごく一部（平成 19 年当時は 27 名）で、会社は、約 590 名のカスタマーエンジニア（以下「CE」という。）を管理し、全国の担当地域に割り振って日常的な修理補修等の業務に対応させていた。また、各 CE と調整しつつ業務日や休日を指定し、毎日いずれかの CE に業務を遂行させており、CE は会社の事業の遂行に不可欠な労働力として、その恒常的な確保のために会社の組織に組み入れられていた。
  - ・ 会社と CE との業務委託契約の内容は、会社が定めた覚書によって規律されており、個別の修理補修等の依頼内容を CE が変更する余地がなく、会社が契約内容を一方的に決定していた。
  - ・ CE の報酬は、予め決まった請求金額に当該 CE につき会社が決定した級ごとに定められた一定率を乗じ、時間外手当等に相当する金額が加算されて支払われており、労務の提供の対価の性質を有する。
  - ・ CE の承諾拒否を理由に債務不履行責任を追究されることがなかったとしても、各当事者の認識や契約の実際の運用においては、CE は会社からの個別の修理補修等の依頼に応ずべき関係にあった。
  - ・ CE は会社が指定した担当地域内で、決められた時間に会社から発注連絡を受けていた。また、接客態度等まで記載されたマニュアルに基づく業務遂行を求められており、CE は会社の指揮監督の下に労務の提供を行い、場所的・時間的に一定の拘束を受けていた。
  - ・ 平均的な CE が独自の営業活動を行う時間的余裕は乏しかったものと推認され、記録上も CE が自ら営業主体となって修理補修を行っていた例はほとんど存在していない。
- いずれも事例判断であり、労働組合法上の労働者について一般論は提示されていない。
- ①事業組織への組み入れ、②契約内容の一方的決定、③報酬の労務対価性、④業務の依頼に応ずべき関係、⑤指揮監督下の労務提供・一定の時間的場所的拘束の 5 つの判断要素を共通に用いている。

②契約内容の一方的決定について、CBC 管弦楽団労組事件では言及がなかったが、両判決では判断要素の一つとしている。

- 判断要素の順番を見ると、INAX メンテナンス事件では、まず①事業組織への組み入れと②契約内容の一方的決定を判断し、その後、補完的に④業務の依頼に応ずべき関係や、⑤指揮監督下の労務提供・一定の時間的場所的拘束を検討している。これに対して、新国立劇場運営財団事件では、④業務の依頼に応ずべき関係が2番目に判断されているが、これは同様の事件である CBC 管弦楽団労組事件最高裁判決の説示にならった可能性や、新国立劇場運営財団事件で出演基本契約と個別公演出演契約が分離され、前者からは個別公演に出演する法的義務はないとする仕組みが大きな争点となっていたことなどが影響した可能性がある。

労働基準法の労働者性の判断ではまず指揮監督下の労務提供や時間的場所的拘束の有無を検討するのが通例であることと比較すると、両判決には、労働組合法上の労働者性について労働基準法とは異なる視角から判断を行うという最高裁判所の意図が窺える。

- 各要素の判断において、当事者の認識や実態として、契約内容の交渉の余地があったか、個別の業務依頼に応ずべき関係にあったか等、契約書の記載や法的義務の存否よりも当事者の認識や契約の運用や就労の実態を重視する姿勢を打ち出している。

個別の業務依頼に応ずべき関係については、CBC 管弦楽団労組事件最高裁判決が「出演すべき義務」という表現を用いていたのに対し、たとえ契約書の条項に義務付けの規定がなく、あるいは、業務依頼の拒否を理由に債務不履行責任を追及されることがなかったとしても、「各当事者の認識や契約の実際の運用において」個別の依頼に「応ずべき関係にあった」としており、法的義務が契約上設定されていたか否かではなく、当事者の認識や契約運用実態から依頼に応ずべき関係にあったか否かを判断する点をより明確にしている。

- ①事業組織への組み入れについて、契約の目的、事業の遂行に不可欠な労働力としての位置づけ、評価制度による管理等を捉えて、組織に組み入れられていたと評価しており、②契約内容の一方的決定、④業務の依頼に応ずべき関係とは異なる独自の判断要素としている。
- ⑤指揮監督下の労務提供・一定の時間的場所的拘束について、両判決の原審では一定の指揮監督や拘束性があることを認めながら、委託契約の性質や労務の特殊性に由来するものとして労働組合法上の労働者性を肯定する要素としては評価していなかったが、両判決では労働者性を補完的に肯定する要素として評価対象としている。
- INAX メンテナンス事件最高裁判決では、就労者が実態として独自に営業活動を

#### 4. 労働組合法上の労働者性の判断要素の考え方

労働組合法の趣旨や立法者意思を踏まえると、同法上の労働者には、売り惜しみのきかない自らの労働力という特殊な財を提供して対価を得て生活するがゆえに、相手方との個別の交渉においては交渉力に格差が生じ、契約自由の原則を貫徹しては不当な結果が生じるため、労働組合を組織し集団的な交渉による保護が図られるべき者が幅広く含まれると解される。加えて、同法第3条の文言、学説、これまでの労働委員会命令、3で記載した CBC 管弦楽団労組事件、新国立劇場運営財団事件、INAX メンテナンス事件の最高裁判所判決等を踏まえると、同法上の労働者性は以下の判断要素を用いて総合的に判断すべきである。この場合、各判断要素を総合勘案して上記の労働組合法の趣旨から労働者性を判断するものであるため、仮に①から③までの基本的判断要素の一部が充たされない場合であっても直ちに同法上の労働者性が否定されるものではない。また、各要素を単独に見た場合にそれ自体で直ちに労働者性を肯定されるとまではいえなくとも、④及び⑤の補充的判断要素を含む他の要素と合わせて総合判断することにより労働者性を肯定される場合もあることに留意する必要がある。さらに、各判断要素の具体的検討にあたっては、契約の形式のみにとらわれるのではなく、当事者の認識（契約の形式に関する認識ではなく、当該契約の下でいかに行動すべきかという行爲規範に関する認識）や契約の実際の運用を重視して判断すべきである。

##### 基本的判断要素

- ①事業組織への組み入れ
- ②契約内容の一方的・定型的決定
- ③報酬の労務対価性

①は労務供給者が相手方の業務の遂行に不可欠ないし枢要な労働力として組織内に確保されており、労働力の利用をめぐる団体交渉によって問題を解決すべき関係があることを示す。②は相手方に対して労務供給者側に団体交渉法制による保護を保障すべき交渉力格差があることを示す。③は労働組合法第3条の労働者の定義規定に明示された、「賃金、給料その他これに準ずる収入」に対応したものであり、労務供給者が自らの労働力を提供して報酬を得ていることを示す。以上のような理由から、それぞれ労働組合法上の労働者性判断における基本的判断要素と解される。

##### 補充的判断要素

- ④業務の依頼に必ず関係
- ⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束

④は、労務供給者が自己の労働力を相手方に提供しないという選択が困難であり、労務供給者が労働力の処分権を相手方に委ねて就労すべき関係にあるという認識が当事者間に存在することを推認させ、①の事業組織への組み入れの判断に当たってこれを補強するものとして勘案される要素である。④が完全に認められなくても、他の事情から①が肯定されれば労働者性の判断に消極的に影響するものではない。④の判断にあたっては、契約上設定された法的権利義務関係のみに限定した判断ではなく、当事者の認識や契約の実際の運用を重視して判断されるべきである。

⑤は、相手方に人的に従属していることを推認させるものであり、労働組合法第3条の労働者の定義には労働基準法第9条におけるような「使用される」という文言が無いため基本的判断要素とは考えられないが、これらの事情が存在すれば労働者性を肯定する方向に働く補完的判断要素である。最高裁判所判決においては、必ずしも労働基準法上の労働者性を肯定すべき程度に至らないような広い意味での指揮監督の下における労務供給や、労務供給の日時・場所についての一定の拘束であっても、労働組合法上の労働者性を肯定的に評価する要素として勘案されている。

消極的判断要素

⑥顕著な事業者性

そもそも自己の労働力を提供していない者、あるいは恒常的に自己の才覚で利得する機会を有し自らリスクを引き受けて事業を行う者等の事業者性が顕著である者は、相手方の事業組織から独立してその労働力を自らのために用いているということができ、契約内容等について実際に交渉することが可能であり、報酬についても相手方に労働力を提供したことによる対価とはいえないことなどから団体交渉による保護の必要性が高くはないと解される。したがって、顕著な事業者性が認められる場合は、総合判断において、労働者性を消極的に解し得る判断要素として勘案される。

## 5. 判断要素ごとの具体的判断

### <基本的判断要素>

#### ①事業組織への組み入れ

労務供給者が相手方の業務の遂行に不可欠ないし枢要な労働力として組織内に確保されているか。

この判断要素は、労働基準法上の労働者性の判断要素としては一般に挙げられていないが、労働組合法上の労働者性の判断においては、4に記載したとおり、相手方の業務の遂行に不可欠ないし枢要な労働力として組織内に確保されており、労働力の利用をめぐる団体交渉によって問題を解決すべき関係があることを示すものとして、基本的判断要素と解される。

過去の労働委員会命令や裁判例をみると、以下のような事情がある場合に、事業組織への組み入れが肯定的に解されるものと考えられる。ただし、これらの事情がない場合でも直ちに事業組織への組み入れが否定されるものではない。

#### ○契約の目的

- ・ 契約の形式にかかわらず、相手方と労務供給者の契約が、労働力を確保する目的で締結されている。

#### ○組織への組み入れの状況

- ・ 業務の遂行の量的ないし質的な面において不可欠ないし枢要な役割を果たす労働力として組織内に位置付けられている（ただし、当該労務供給者が集団として存在していなくても、事業組織への組み入れが否定されるわけではない。）。
- ・ 評価制度や研修制度を設ける、業務地域や業務日を割り振るなど、相手方が労務供給者を管理している。
- ・ 人手が不足したときは他の事業者にも委託するが、通常は労務供給者のみに委託している。

#### ○第三者に対する表示

- ・ 相手方の名称が記載された制服の着用、名刺、身分証の携行等が求められているなど、第三者に対して相手方が労務供給者を自己の組織の一部として扱っている。

#### ○専属性

- ・ 相手方から受託している業務に類する業務を、契約上他の相手方から受託す



ることができない。

- ・相手方から受託している業務に類する業務を他の相手方から受託することについて、契約上設定された権利義務としては制約がないが、当事者の認識や契約の実際の運用上は制約があり困難である。
- ・相手方から受託している業務に類する業務について、他の相手方との契約関係が全く又はほとんど存在しない。

### ②契約内容の一方的・定型的決定

契約の締結の態様から、労働条件や提供する労務の内容を相手方が一方的・定型的に決定しているか。

この判断要素は、労働基準法上の労働者性の判断要素としては一般に挙げられていないが、労働組合法上の労働者性の判断においては、4に記載したとおり、相手方に対して労務供給者側に団体交渉法制による保護を保障すべき交渉力格差があることを示すものとして、基本的判断要素と解される。

過去の労働委員会命令や裁判例をみると、以下のような事情がある場合に、契約内容の一方的・定型的決定が肯定的に解されるものとする。ただし、これらの事情がない場合でも直ちに契約内容の一方的・定型的決定が否定されるものではない。

#### ○一方的な労働条件の決定

- ・契約締結や更新の際に、労務供給者が相手方と個別に交渉して、労働条件等の契約内容に変更を加える余地が実際がない（ただし、労働時間などに変更を加える余地があっても、それが労働条件のごく一部に限られる場合は契約内容の一方的・定型的決定が否定されるわけではない。）。
- ・労働条件の中核である報酬について、算出基準、算出方法を相手方が決定している。

#### ○定型的な契約様式の使用

- ・相手方と労務供給者との契約に、定型的な契約書式が用いられている。

### ③報酬の労務対価性

労務供給者の報酬が労務供給に対する対価又はそれに類するものとしての性格を有するか。

この判断要素は、4に記載したとおり、労働組合法第3条の労働者の定義規定の文言上明示された「賃金、給料その他これに準ずる収入」に対応した要素であり、労務供給者が自らの労働力を提供して報酬を得ていることを示し、その報酬の労務対価性を基礎づけるものとして、労働組合法上の労働者性の判断における基本的判断要素と解される。ただし、同法第3条は「賃金、給料その他これに準ずる収入」と規定しており、労働者性の判断要素としての報酬の労務対価性とは、狭い意味の使用従属性を判断するものではなく、労働基準法上の賃金よりも広く「その他これに準ずる収入」も含めて解されるべきである。なお、報酬の労務対価性は労務提供の態様とも関連しており、労務提供につき裁量を与えられていない場合の報酬は、労務提供の対価とみられるのが通常である。

過去の労働委員会命令や裁判例をみると、以下のような事情がある場合に、報酬の労務対価性が肯定的に解されるものとする。ただし、これらの事情がない場合でも直ちに報酬の労務対価性が否定されるものではない。

○報酬の労務対価性

- ・ 相手方の労務供給者に対する評価に応じた報奨金等、仕事の完成に対する報酬とは異なる要素が加味されている。
- ・ 時間外手当や休日手当に類するものが支払われている。
- ・ 報酬が業務量や時間に基づいて算出されている（ただし、出来高給であっても直ちに報酬の労務対価性が否定されない。）。

○報酬の性格

- ・ 一定額の支払いが保証されている。
- ・ 報酬が一定期日に、定期的に支払われている。

<補充的判断要素>

④業務の依頼に応ずべき関係

労務供給者が相手方からの個々の業務の依頼に対して、基本的に応ずべき関係にあるか。

この判断要素は、4に記載したとおり、労働組合法上の労働者性の判断において、①の事業組織への組み入れを補強するものとして勘案される補充的判断要素である。具体的な判断にあたっては、契約書の記載や契約上設定された法的義務の存否のみに限定せず、各当事者の認識や契約の実際の運用を重視すべきである。新国立劇場運営財団事件

と INAX メンテナンス事件の最高裁判所判決でも、文言上、CBC 管弦楽団労組事件最高裁判決が「出演すべき義務」としていたのに対し、個別の依頼に「応すべき関係」として労働者性を肯定する要素に掲げており、法的義務が契約上設定されていたか否かではなく実態から判断する点をより明確にしている。なお、使用者の具体的な仕事の依頼等に対して拒否する自由を有しないことは、労働基準法上の労働者性判断においては、指揮監督関係を推認させる（逆に言えばそれが認められなければ指揮監督関係を否定的に解する）重要な要素になるとされているが、労働組合法上の労働者性判断においては、それが認められれば①の事業組織への組み入れを補強する要素であるにとどまると解される。

過去の労働委員会命令や裁判例をみると、以下のような事情がある場合に、業務の依頼に必ずしも関係が肯定される方向で判断されるものと考えられる。ただし、これらの事情がない場合でも直ちに業務の依頼に必ずしも関係が否定されるものではない。

○不利益取り扱いの可能性

- ・ 契約上は個別の業務依頼の拒否が債務不履行等を構成しなくても、実際の契約の運用上、労務供給者の業務依頼の拒否に対して、契約の解除や契約更新の拒否等、不利益な取り扱いや制裁の可能性がある。

○業務の依頼拒否の可能性

- ・ 実際の契約の運用や当事者の認識上、労務供給者が相手方からの個別の業務の依頼を拒否できない。

○業務の依頼拒否の実態

- ・ 実際に個別の業務の依頼を拒否する労務供給者がほとんど存在しない。また、依頼拒否の事例が存在しても例外的な事象にすぎない。

⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束

労務供給者が、相手方の指揮監督の下に労務の提供を行っているとは広い意味で解することができるか、労務の提供にあたり日時や場所について一定の拘束を受けているか。

この判断要素は、4に記載したとおり、労働組合法上の労働者性を肯定する方向に働く補充的判断要素である。INAX メンテナンス事件の最高裁判所判決では、各種マニュアルに基づく業務遂行、業務終了後の各種の報告等について、原審で修理補修業務の基

本的業務委託契約の契約内容による制約にすぎず指揮監督関係にあるとは評価できないとされた事情を認定した上で、これを「指揮監督の下に労務の提供を行って」というと評価している。このように、必ずしも労働基準法上の労働者性を肯定すべき程度に至らないような、広い意味での指揮監督の下における労務供給であっても、労働組合法上の労働者性を肯定的に評価する要素として勘案されている。また、新国立劇場運営財団事件と INAX メンテナンス事件の最高裁判所判決では、労務提供の日時、場所の拘束について「一定の」と表現して緩やかに捉えられており、労働基準法上は労働者性を肯定すべき程度に至らない拘束であっても、労働組合法上の労働者性を肯定的に評価する要素として勘案されている。

過去の労働委員会命令や裁判例をみると、以下のような事情がある場合に、広い意味での指揮監督下の労務提供や、労務供給の日時、場所についての一定の拘束が肯定的に解されるものとする。ただし、これらの事情がない場合でも直ちに広い意味での指揮監督下の労務提供や一定の時間的場所的拘束が否定されるものではない。

○労務供給の態様についての詳細な指示

- ・ 通常の委託契約における業務内容の指示ないし指図を超えて、マニュアル等により作業手順、心構え、接客態度等を指示されている。
- ・ 相手方から指示された作業手順等について、事実上の制裁があるなど、労務供給者がそれらを遵守する必要がある。
- ・ 業務を相手方の従業員も担っている場合、当該業務の態様や手続きについて、労務供給者と相手方従業員とでほとんど差異が見られない。
- ・ 労務の提供の態様について、労務供給者に裁量の余地がほとんどない。

○定期的な報告等の要求

- ・ 労務供給者に対して業務終了時に報告を求めると、労務の提供の過程を相手方が監督している。

○労務供給者の裁量の余地

- ・ 業務量や労務を提供する日時、場所について労務供給者に裁量の余地がない。

○出勤や待機等の有無

- ・ 一定の日時に出勤や待機が必要である等、労務供給者の行動が拘束されること

◎実際の拘束の度合い

- ・ 労務供給者が実際に一定程度の日時を当該業務に費やしている。

<消極的判斷要素>

⑥ 顕著な事業者性

労務供給者が、恒常的に自己の才覚で利得する機会を有し自らリスクを引き受けて事業を行う者とみられるか。

この判断要素は、4に記載したとおり、事業者性が顕著に認められる場合には労働者性の評価につき消極的に作用し得る判断要素である。なお、裁判例においては、労働基準法上の労働者性の判断にあたって、業務に用いる機材の所有の有無を重視するものも見られるが、INAXメンテナンス事件最高裁判所判決からは、業務委託契約上、各種機器、使用車両、工具等は原則として労務供給者が自己調達するとされていたとしても、それらの事情を労働者性を否定する方向では重視しないという意図が窺える。また、労働委員会決定等においても、実態として労務供給者が補助材料を負担し、作業に必要な工具類、機械類を所有していたとしても、労働者性を肯定し、また、労務供給者が使用車両を複数台保有して他人を雇用していたとしても、労働者性を肯定している事例がみられる（東京ハップサンダル工組合資格再審査事件、思川砂利事件）。

過去の労働委員会命令や裁判例をみると、以下のような事情から、顕著な事業者性が認められる場合には、判断要素の総合判断の結果として、労働者性が消極的に解されるものと考えられる。

○自己の才覚で利得する機会

- ・ 契約上だけでなく実態上も、独自に営業活動を行うことが可能である等、自己の判断で損益を変動させる余地が広範にある。

○業務における損益の負担

- ・ 相手方から受託している業務で想定外の利益や損失が発生した場合に、相手方ではなく労務供給者自身に帰属する（ただし、相手方が一方的に決定した契約により、労務供給者が一方的に損失を被るような場合は、事業者性が顕著であると評価される訳ではない。）。

○他人労働力の利用可能性

- ・ 労務供給者が他人を使用している。
- ・ 契約上だけでなく実態上も相手方から受託した業務を他人に代行させることに制約がない。

○他人労働力の利用の実態

- ・ 現実に、相手方から受託した業務を他人に代行させる者が存在する。

○他の主たる事業の有無

- ・ 相手方から受託する事業以外に主たる事業を行っている。

○機材、材料の負担

- ・ 労務供給者が、一定規模の設備、資金等を保有している。
- ・ 業務に必要な機材の費用、交通費、保険料、修理代などの経費を、実態として労務供給者が負担している（ただし、相手方が一方的に決定した契約により労務供給者側による機材等の経費の負担が求められている場合は、事業者性が顕著であると評価される訳ではない。）。

2 旧労働組合法制定時の帝国議会において、労働組合法の労働者について以下のような議論があった。

※1945年12月13日衆議院労働組合法案委員会

○山崎（常）委員

下駄の鼻緒を作る、あるいは婦人の頭の道具を作るというのは、一つの大きな製造業者があって、それから一個いくらずつに請合ってきて、妻もやれば自分もやる、子供にも手伝わせる、そういう業者が将来たくさん増えてきます、（略）そういうふものが10軒あるいは20軒、100軒というような具合に組合を作った場合に、その関係はどうなるか。（略）一つの工場の日給いくら、月給いくらというように一つの工場内に立て籠もって働く、この手工業の請負というのは、一個いくらずつで請合ってきて家でやる仕事です、品物の製造を出す所は一つなのです、だがしかしこれは時間も制限させられずに一個いくらずつで請合ってきてやる所の請負業者です、その点おわかりでしょうか。

○芦田国務大臣

（略）大工場でも出来高払いというのがあります、石炭山においてもあるでしょうし、軍需工場においてもあった、出来高払いであるとか、時間払いであるとかいうことによって、組合法の適用が変わるとは考えられないのであります。

○山崎（常）委員

それでは最後に止めを刺して置きますが、そういう個々の請負業者が物を作って交渉する場合には団結権も認めて下さる、交渉権も認めて下さる、そういうようにはっきり考えていて差支えないでしょうね。

○芦田国務大臣

ご解釈の通りであります。

3 労働組合法改正時の国会において、タフト・ハートレー法について以下のような議論があった。

※1948年6月8日衆議院本会議

○倉石忠雄君

アメリカにおいて問題になった、あのタフト・ハートレー法のごときも、労働団体の猛烈なる反対と、大統領の拒否権の発動があったにもかかわらず、議会において圧倒的な支持を得て、これが成立を見た、あの事情を静かに観察してみる必要があるのであります。

○加藤国務大臣

タフト・ハートレー案がアメリカにおいて制定されたことは、アメリカにおけるまったく特殊な条件のもとに生まれた法律であります。日本においては、私どもはどこの国をまねることもなく、日本における現実の情勢下において適当であると思う立法がなされることが望ましいのであります。従って、アメリカにタフト・ハートレー案が制定されたからといって、これを物まねのように日本において制定する必要はない、このように信じております。



토론문1

‘일본에서 노동자개념의 현상과 과제’에 관한 토론문

서보열 변호사

1. 노동자개념 검토 실익

근로기준법상의 근로자에 해당할 경우 최저임금법, 산업재해보상보험법, 산업안전보건법상 근로자에도 해당하여 해당 법률의 적용을 받게 되어 법상 보호를 받지만 그렇지 않을 경우는 법의 보호에서 제외되는 문제가 있다.

특히 고용형태가 다양화 되면서 기존 근로계약과는 상이한 형태의 노무공급이 다양하게 이루어지고 있고, 이와 같은 노무공급형태에 대하여 노동법상 보호를 하여야 할 것인지 논란이 된다. 특히 이른바 ‘특수고용관계에 있는 노무공급자’에 대한 노동자성 여부가 실무상 다투어지고 있는데, 이러한 특수고용관계에 있는 노무공급자에 대하여 근로기준법상 노동자개념에 포섭하여 보호를 할 것인지 문제된다.

근로기준법상(개별근로관계에 있어서의) 노동자성에 대한 기존 판례 동향을 살펴보고, 오늘날 다양화 되고 있는 노무공급형태에 대하여 보호방안은 무엇인지 검토를 요한다.

2. 근로기준법상의 근로자성에 대한 판례의 동향

가. 기존 대법원은 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고/ 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며/ 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부/ 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부/ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무/ 비품, 원자재나

작업도구 등의 소유관계/ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부/ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부/ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항/ 근로제공관계의 계속성/ 사용자에의 전속성의 유무와 정도/ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부/ 양 당사자의 경제·사회적 조건/ 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다”라고 판시(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결)함.

나. 노동자성 부정례

- 지입차주 겸 운전사(94도2122), 레미콘차주 겸 운전기사(96누1795)
- 전기요금 위탁수금원(78다510), 학습지 교사(95다20348), 보험설계사(98두9219)
- 골프장캐디(95누13432), 재봉공(99도2451)

다. 노동자성 긍정례

- 방송사 시청료 위탁징수원(91다21381)
- 수용장 전속 운전기사(99다48986), 방송사드라마제작국 외부제작요원(2000다27671)
- 전공의로 임명된 인턴·레지던트(88다카21296)

라. 기존 판례에 대한 비판 및 최근 판례의 변화

기존 대법원 판례에 대하여는 사용자의 지휘, 감독 여부에 대한 지나친 강조, 전통적인 근로자상에 지나치게 구애되어 있는 점, 각 판단 요소 상호간의 관계, 상대적 중요성에 대한 기준 제시의 결여라는 비판이 제기됨. 다만 최근 대법원은 근로자의 개념과 관련하여 다소 변화된 입장을 보임. 즉, “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, 위에서 말하는 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 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한

다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장 제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다”(대법원 2007.1.25. 선고 2005두8436 판결)라고 판시하여 종전과 다른 모습을 보임.

- 대학교 시간강사(2005두13018), 학원차량 지입 운전기사(2007다37165)
- 채권추심인(2008두1566)

### 3. 결 론

오늘날 노무공급형태의 다양화로 인하여 전통적인 사용종속관계론에 기한 노동자성 판단은 노동자보호에 한계를 보임. 특히, 특수고용관계에 있는 노무공급자에 대한 사용자의 해고로부터의 보호, 4대보험의 적용을 통한 최소한의 사회안전망 제공, 인간다운 생활보장을 위한 임금보장을 위하여 기존의 사용종속관계론에 대한 수정이 불가피 함. 특수고용노동자에 대한 특별법 제정을 통한 보호는 노동자성을 부인한다는 것을 전제로 한다는 점에서 문제가 있음.

#### - 프로야구 선수의 일본 노동기준법상 근로자성 여부

한국 입수혁 선수 사례, 최근 석면이 함유 된 한국야구장 흡 사례 등-산재법 적용 여부, 일본 프로야구선수가 경기 중 부상을 당할 경우 일본산재법 적용여부?

- 일본의 경우 노동기준법이 적용되지 않는 특수고용관계에 있는 노무공급자에 대한 특별법이 있는지 여부, 있다면 그 내용, 특별법이 없다면 개별규정에서 별도로 보호규정을 두고 있는지 여부(한국의 경우 산업재해보상보험법 개정을 통하여 근로자성이 부인되던 보험설계사, 학습지교사, 골프장캐디 등에 대하여 산재법 적용규정 됨)
- 일본의 경우 노동기준법이 적용되지 않는 특수고용관계에 있는 노무공급자에 대한 최저 보수 제한 규정이 있는지



토론문2

‘노동조합법상 노동자성 판단기준에 대하여’에 관한 토론문

권두섭(공공운수법률원/변호사)

1. 비정규직의 한 유형인 특수고용 노동자 문제와 관련하여 발제자께서 일본에서의 논의를 알려주신 것에 감사드리며, 실무에 많은 도움이 될 것 같습니다. 토론자가 아직 일본에서의 논의에 문외한이라는 점을 감안해 주신다면 발제문을 보면서 드는 궁금한 것을 질문드리고 싶습니다.

2. 한국에서는 2006년 학원강사의 퇴직금 판결(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결) 이후 대법원은 근로기준법상 근로자의 개념에 관하여 종래 학계의 비판을 수용하여 세부 판단지표를 수정하였습니다.(자세한 것은 김진 변호사님의 발제문 참조)

- 일본 최고재판소는 근로기준법상 근로자 개념을 판단하는 사건에서 ‘일반적인 판단기준’을 제시하고 있는지요.

- 발제문에 보면 일본 최고재판소가 노조법상 근로자인지 여부를 판단하는 사건에서 일반적인 판단기준을 제시하고 있지는 않는 것 같습니다. 결국 해당 사건에서 여러 가지 종속성에 관한 사실관계를 나열한 다음에 종합적으로 고려하여 결론을 내리는 것으로 보이는데, 노조법상 근로자 판단사건과 근로기준법상 근로자 판단 사건에서 법원이 종합적으로 고려하기 위해 나열하는 종속성에 관한 사실관계 표지들에 차이가 있는지요.

3. 발제문에서 제시하고 있는 기본적인 판단요소로서 ‘사업조직에 편입’과 관련하여 사업조직에 편입되어 있다면 근로자성을 긍정하는 요소이기는 하겠지만, 특정 운송업체에 편입되어 있지 않은 화물운송노동자, 일시적으로 사업주가 아닌 개인에게 노무를 제공하는 일용노동자도 생각해 볼 수 있습니다. 노조법상 근로자가 ‘노무공급자들 사이의 단결 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 접근하는 것이라면, 특정 사업과 결합되어 있어야 하는지 의문이 드는데, 이에 대한 의견은 어떠신지요.

4. 일본 노조법이나, 한국의 노조법상 노조법상 근로자 개념에 관한 법률규정이 동일합니다.

일본 최고재판소나, 학계에서는 '기타 이에 준하는 수입'이라는 문언에 주목하여 노조법상 근로자성을 폭넓게 인정해야 한다는 논의가 있을 것 같은데, 그 내용을 자세히 소개해 주시면 감사하겠습니다.

5. 일본 후생노동성이나, 노동위원회, 법원에서 근로기준법상 근로자성은 부정되었으나, 노조법상 근로자성은 인정되어 노동조합 활동(단결권, 단체교섭, 협약 체결, 쟁의행위 등)을 하고 있는 고용형태나, 근로자들이 있는지요.

6. 감사합니다.

## 韓國 勞働法上 勤勞者의 概念

김진 변호사<sup>1)</sup>

### I. 勤勞基準法上 勤勞者의 概念

#### 1. 勤勞者의 概念要所

근로기준법 제2조 제1호는 근로기준법의 적용대상이 되는 근로자의 개념을 아래와 같이 정의하고 있다.

근로기준법 제2조 【정의】 ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “근로자”란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.

이러한 법문의 정의에 따르면 「근로자」란 ① 직업의 종류와 관계없이, ② 사업 또는 사업장에서, ③ 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말하는데, 이러한 근로자 개념의 구성요소들을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

#### 가. 職業 種類의 不問

먼저 근로자인지 아닌지를 판단함에 있어서 직업의 종류는 따지지 않는다. 곧 제공하는 노무의 내용이 정신노동이든 육체노동이든 가리지 않고, 상용·일용·임시직·축탁직·아르바이트·파트타임(단시간근로)·계약직 등 고용형태나 고용기간도 불문하며, 도급계약이든 위임계약이든 그 계약의 형식에도 구애받지 않는다.

#### 나. 事業 또는 事業場

「사업」이란 경영상 일체를 이루면서 계속적·유기적으로 운영되고 전체적으로 독립성을 갖춘 기업체 조직을 뜻한다. 곧 물적 시설과 노동력을 유기적으로 결합하여 계속적으로 일정한 목적을 추구하는 사회적 활동체로서, 업(業)으로서 계속성을 가지는 이상 모든 사업체가 여기

1) 본 발제문은 김도형 변호사가 작성하였으나, 부득이한 사정으로 인하여 김진 변호사가 대신 발제함·편집자 주.

서 말하는 사업에 해당하므로, 개인사업체인지 법인사업체인지 상관없고, 사기업은 물론이고 국가 또는 지방자치단체의 사업, 국영기업체나 정부투자기관 등 공기업도 모두 사업에 포함된다. 또한 반드시 영리를 목적으로 하는 사업일 필요는 없고, 사회사업이나 종교사업 등 비영리사업도 포함되며, 사업에 해당하는 이상 그 사업이 1회적이거나 사업기간이 일시적이더라도 무관하다.

#### 다. 賃金 目的의 勤勞提供關係 - 使用從屬關係

근로기준법상 근로자는 「임금을 목적으로 근로를 제공하는 자」이어야 한다. 다수 학설과 판례는 독일과 일본의 전통적 이론인 「사용종속관계론」 내지 「종속노동론」을 받아들여, 법문의 「임금을 목적으로 근로를 제공한다」는 의미를 「종속적 관계에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금을 얻는 것」를 뜻하는 것으로 파악한다.

## 2. 勤勞者性 判斷基準

### 가. 大法院 判例의 基本的 態度

종래 대법원은 사안별로 사용종속관계의 존재 여부를 심리하여 근로자성을 판단하였지만, 1994년도까지는 무엇을 사용종속성의 징표로 보아야 할 것인지에 관한 일반적 판단기준이 대법원 판례에서 자세하게 실시된 바는 없었다. 그러다가 《대법원 1994. 12. 9. 선고 94다 22859 판결》에서는 종전 학설과 판례에서 주장된 내용을 종합적으로 정리하여 근로자성 판단의 기본기준을 다음과 같이 제시하였고, 이후의 판례들은 2006년도에 이르기까지는 모두 이 판례의 설시를 그대로 따르고 있다.

#### ▶대법원 1994.12.9. 선고 94다22859 판결(근로자성 판단기준)

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에



의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

**(1) 판단의 기본원칙**

위에서 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다는 부분은 노무제공계약의 형식보다 노무제공관계의 실질이 중요하다는 근로자성 판단에 대한 기본원칙을 실시한 것이라고 할 수 있다.

**(2) 구체적 판단기준**

이어서 판례가 열거하고 있는 사용종속성의 존재 여부를 판단하는 구체적 기준들은 다음과 같이 분류할 수 있다.

- 1) 총괄적 판단기준
  - ㉠ 양 당사자의 경제·사회적 조건
- 2) 인적 종속성의 요소
  - ㉡ 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지는지 여부
  - ㉢ 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지 여부
  - ㉣ 업무수행과정에 있어서 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부
  - ㉤ 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부
- 3) 경제적 종속성의 요소
  - ㉦ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무
  - ㉧ 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계
  - ㉨ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 정도
- 4) 기타 요소
  - ㉩ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부
  - ㉪ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부
  - ㉫ 근로소득세의 원천징수 여부
    - ① 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서 지위를 인정받는지 여부

**나. 새로운 大法院 判例의 傾向**

위와 같은 근로자성 판단에 관한 대법원의 기본적 태도는 2006년도까지 일관되게 유지되어 왔다. 그러다가 《대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결》에서는 다음과 같이 기존의 판단방법을 보완하는 새로운 판단기준을 제시하였다(밑줄 친 부분이 수정된 부분임).

▶대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결(근로자성 판단기준)

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 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, 근로제공관계의 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.

이러한 대법원 판례의 새로운 경향은 과거 판례들이 지나치게 좁은 의미의 사용종속성(인적 종속성)에 집착하고 사용자가 우월적 지위에서 임의로 정할 수 있는 사정들을 근로자성 부인의 근거로 삼았던 것에서 벗어나, 근로기준법의 보호를 받을 수 있는 근로자의 인정 범위를

### 3. 具體的 事例에서 勤勞者性 認定 與否

#### 가. 裁量勤務型의 경우

노무제공의 형태가 노무이용자의 사업장 밖에서 주로 업무를 수행하는 외근형의 경우 또는 외근형은 아니더라도 수행하는 업무의 성격이 지적 활동의 영역 등에 속하여 전문성이 크게 요구되는 경우 등에는 업무수행과정(특히 근무시간)에 있어서 노무제공자에게 상당한 수준의 재량이 허용되는 경우도 있다.

이러한 재량근무형의 경우에는 전통적 의미의 사용종속성인 인적 종속성은 비교적 약하지만 경제적 종속성에 있어서는 통상 근로자와 별 차이가 없어, 인적 종속성의 지표와 경제적 종

속성의 징표 중에서 어느 쪽 요소를 중시하고 조직적 종속성의 요소를 어느 정도 고려하는가에 따라 근로자성 인정 여부가 갈릴 수 있게 된다.

### (1) 外勤型의 勤勞者性

외근형 노무제공자의 근로자성에 대하여 대법원 판례는 신문사 광고외근원<sup>2)</sup>, 신문판매 확장 업무를 수행하는 신문사 확장요원<sup>3)</sup> 광고수탁 및 광고료 수금업무에 종사하는 광고영업사원<sup>4)</sup>, 한국방송공사 위탁직 시청료징수원<sup>5)</sup>, 카드회사의 채권추심원<sup>6)</sup>, 신용정보회사의 채권추심원<sup>7)</sup> 등의 경우 근로자로 인정하였다. 그러나 한국전력 주식회사 위탁수금원<sup>8)</sup> 생명보험회사 외무원<sup>9)</sup> 보험회사 보험모집인<sup>10)</sup> 방문판매회사 판매대리인<sup>11)</sup> 학습지 제작·판매회사의 교육상담교사<sup>12)</sup>, 신용정보회사와 계약을 체결하고 채권추심업무를 수행한 사람<sup>13)</sup> 등의 경우는 근로자가 아니라고 보고 있다.

### (2) 講師 等 其他 裁量勤務型의 勤勞者性

외근형 이외에 담당업무의 성격상 지적 활동 등 전문성이 크게 요구되는 관계로 업무수행과정에서 인적 종속성의 요소가 상당히 약한 재량근무형 중에서 근로자성 여부가 가장 많이 다투어진 직업은 대학교, 학원 등에서 강의에 종사하는 강사이다. 대법원 판례 중에는 입시학원 단과반 강사의 경우 근로자성을 부정한 사례<sup>14)</sup>가 있지만, 미술고등학교에서 실기 지도를 하는 시간강사의 근로자성을 인정한 사례<sup>15)</sup>가 있고, 특히 2006년 이후 새로운 판례 경향 속에서 대학교의 시간강사<sup>16)</sup> 대학입시학원 종합반 강사<sup>17)</sup> 대학입시학원 담임강사<sup>18)</sup> 미용학원 강사<sup>19)</sup> 회사의 전속강사<sup>20)</sup>, 사립학교법인이 설치·경영하는 대학교 산하 한국어학당의 강사<sup>21)</sup> 등의 경우 모두 근로자로 인정하고 있다.

2) 대법원 1988.11.8. 선고 87다카683 판결.  
 3) 대법원 1996.10.29. 선고 95다53171 판결.  
 4) 대법원 2001.6.26. 선고 99다5484 판결.  
 5) 대법원 1993.2.9. 선고 91다21381 판결.  
 6) 대법원 2008.5.15. 선고 2008두1566 판결.  
 7) 대법원 2010.4.15. 선고 2009다99396 판결.  
 8) 대법원 1978.7.25. 선고 78다510 판결.  
 9) 대법원 1990.5.22. 선고 88다카28112 판결.  
 10) 대법원 2000.1.28. 선고 98두9219 판결.  
 11) 대법원 2002.7.12. 선고 2001도5995 판결.  
 12) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결.  
 13) 대법원 2009.5.14. 선고 2009다6998 판결.  
 14) 대법원 1996.7.30. 선고 96도732 판결.  
 15) 대법원 2003.11.28. 선고 2003두9336 판결.  
 16) 대법원 2007.3.29. 선고 2005두13018,13025 판결.  
 17) 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결.  
 18) 대법원 2007.1.25. 선고 2005두8436 판결.  
 19) 대법원 2007.9.7. 선고 2006도777 판결.  
 20) 대법원 2008.9.11. 선고 2008다27035 판결.  
 21) 대법원 2008.3.27. 선고 2007다87061 판결.

그 밖에 방송회사와 전속계약을 체결하고 입사한 TV 관현악단원<sup>22)</sup> 한국방송공사 드라마제작국의 외부제작요원<sup>23)</sup>, 고정급 외에 성과급 등을 제공받는 회사의 기술 총책임자<sup>24)</sup>의 경우 대법원 판례는 근로자성을 인정하고 있다.

이에 비해 유흥업소 출연가수<sup>25)</sup> 양복점 제봉공<sup>26)</sup>, 간병인협회 소속 간병인<sup>27)</sup>의 경우 등에는 근로자성이 부정된 사례가 있다.

#### 나. 獨立事業者의 外觀을 띠고 있는 경우

노무제공자가 스스로 비품·원자재·작업도구 등을 소유하거나 부가가치세법상 사업자등록을 하고 있는 등 외관상 자신의 계산으로 사업을 영위하는 독립사업자(자영업자) 형태를 취하고 있는 경우에는 특히 경제적 종속성 여부와 관련하여 근로자성이 문제된다.

#### (1) 持入車主 겸 運転士

실무상으로 가장 많이 문제가 되어 온 것은 자기 소유의 차량을 운송사업면허가 있는 사업체의 명의로 등록하고 그 사업장에서 자기의 계산으로 운전업무에 종사하는 이른바 지입차량의 차주 겸 운전사의 근로자성 여부이다. 이에 대해 대법원 판례는 지입차량의 차주 겸 운전사는 임금을 목적으로 지입회사에 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자라고 볼 수 없다는 태도가 주류를 이루고 있다.<sup>28)</sup>

#### (2) 小社長

종전에는 단순한 근로자에 불과하였다가 어떠한 계기로 하나의 경영주체로서의 외관을 갖추고 종전의 사용자(母企業)와 도급계약을 맺는 방법으로 종전과 동일 내지 유사한 내용의 근로를 제공하는 이른바 소사장의 형태를 취한 경우, 그 소사장이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 스스로 종전의 근로관계를 단절하고 퇴직한 것인지 아니면 그 의사에 반하여 강제적·형식적으로 소사장의 형태를 취하게 되었는지 여부, 사업계획, 손익계산, 위험부담 등의 주체로서 사업운영에 독자성을 가지게 되었는지 여부, 작업수행과정이나 노무관리에 있어서 모기업의 개입 내지 간섭의 정도, 보수지급방식과 보수액이 종전과 어떻게 달라졌으며 같은 종류의 일을 하는 모기업 소속 근로자에 비하여는 어떠한 차이

22) 대법원 1997.12.26. 선고 97다17575 판결.

23) 대법원 2002.7.26. 선고 2000다27671 판결.

24) 대법원 2009.4.23. 선고 2008도11087 판결.

25) 대법원 1994.4.29. 선고 93누16680 판결.

26) 대법원 2001.8.21. 선고 2001도2778 판결.

27) 대법원 2009.3.12. 선고 2009도311 판결.

28) 대법원 1995.6.30. 선고 94도2122 판결, 대법원 1997.11.14. 선고 97누13016 판결, 대법원 1997.12.26. 선고 97누16534 판결, 대법원 1998.5.8. 선고 98다6084 판결, 대법원 2000.10.6. 선고 2000다30240 판결, 대법원 2006.10.13. 선고 2005다64385 판결 등.

가 있는지 여부 등도 아울러 참작하여야 한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>29)</sup>

### (3) 기타

판례 중에는 자기 소유의 오토바이를 이용하여 택배업무에 종사한 배달원,<sup>30)</sup> 의류제조 공장에서 별도의 사업자등록을 하고 봉제업무를 수행한 자,<sup>31)</sup> 화물 운송업을 영위하는 회사와 '화물자동차 운전 용역(도급) 계약'을 체결한 운송기사<sup>32)</sup>의 경우 근로자로 인정한 사례가 있다.

#### 다. 實習生 등 被教育者的 地位가 並存하는 경우

근로자가 사용자에게 근로를 제공하는 지위 외에 실습생, 수련의 등 피교육자적 지위를 함께 갖고 있더라도 채용에 관한 계약내용, 작업의 성질과 내용, 보수의 여부 등 그 근로의 실습 관계에 의하여 사용종속관계에서 근로가 제공되는 한 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>33)</sup>

이에 따라 고등학교 졸업예정자인 실습생,<sup>34)</sup> 전문의시험 자격 취득을 위한 필수적인 수련과정에서 수련병원에 근로를 제공한 전공의<sup>35)</sup>, 수련기관인 의과대학 소속 전공의<sup>36)</sup>, 공립병원의 전공의<sup>37)</sup> 등의 경우 근로자에 해당하는 것으로 판례는 보고 있다.

#### 라. 報酬의 賃金性이 問題되는 경우

사업장을 이용하는 고객으로부터 받는 봉사료(팁)가 노무제공자가 얻는 보수의 전적인 또는 주된 수입원으로 되는 경우에는 노무제공에 대한 대가의 임금성이 문제가 되어 근로자성 여부가 다투어지게 된다. 이러한 경우 해당 사업의 사업주가 봉사료를 일정액으로 정하거나 사실상 일정액을 받도록 직·간접적으로 규제하고 봉사료를 사용자가 관리·분배하는 경우에는 근로기준법상의 근로자로 보아야 한다.<sup>38)</sup> 구체적인 사례에서 판례는 안마시술소 소속 안마사<sup>39)</sup>는 근로자로 인정하고 있으나, 유흥업소 접대부,<sup>40)</sup> 골프장 경기보조원(캐디)<sup>41)</sup>의 경우에

29) 이러한 판단기준에 따라 소사장의 근로자성을 인정한 판례로는 대법원 2004.3.11. 선고 2004두916 판결이 있고, 부정하는 취지의 판례로는 대법원 1995.6.30. 선고 94도2122 판결이 있다.

30) 대법원 2004.3.26. 선고 2003두13939 판결.

31) 대법원 2009.10.29. 선고 2009다51417 판결.

32) 대법원 2010.5.27. 선고 2007두9471 판결.

33) 대법원 1987.6.9. 선고 86다카2920 판결.

34) 대법원 1987.6.9. 선고 86다카2920 판결.

35) 대법원 1991.11.8. 선고 91다27730 판결.

36) 대법원 2001.3.23. 선고 2000다39513 판결.

37) 대법원 1998.4.24. 선고 97다57672 판결.

38) 대법원 1996.9.6. 선고 95다35289 판결.

39) 대법원 1992.6.26. 선고 92도674 판결.

40) 대법원 1996.9.6. 선고 95다35289 판결.

는 근로자가 아니라고 하고 있다.

#### 마. 外國人 勤勞者

출입국관리법 제18조는 외국인이 국내에서 취업하고자 할 때에는 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 하고, 이러한 체류자격을 가지지 아니한 외국인은 고용해서는 아니 된다고 규정하고 있다. 그러나 이러한 외국인 고용제한 규정은 취업자격이 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것일 뿐이지, 나아가 취업 자격이 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서 신분에 따른 노동관계법상 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로 볼 수는 없다.<sup>42)</sup> 따라서 취업 자격이 없는 외국인이더라도 근로계약을 체결하고 근로제공을 한 이상에는 근로기준법의 보호를 받는 근로자에 해당된다.

나아가 산업기술연수사증을 발급받은 외국인이 정부가 실시하는 외국인 산업기술연수제도의 국내 대상 업체와 사이에 연수계약을 체결하고 산업연수를 하는 경우, 그 계약의 내용이 단순히 산업기술의 연수에 그치는 것이 아니고 대상 업체의 사업장에서 실질적으로 대상 업체의 지시·감독을 받으면서 근로를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하여 왔다면 당해 외국인도 근로기준법상 근로자에 해당하고,<sup>43)</sup> 국내 회사의 중국 현지법인과 출국연수약정 명목의 계약을 체결하고 해외투자법인 산업연수생의 신분으로 입국한 중국인 근로자들도 근로기준법 및 최저임금법상 근로자에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>44)</sup>

#### 바. 會社 任員의 勤勞者性

회사의 업무집행권을 가진 이사, 감사 등 임원은 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 지급받는 고용관계에 있는 근로자가 아님이 원칙이나, 그 임원으로서 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 지급받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받는 경우라면 그러한 임원은 근로기준법상 근로자에 해당한다.<sup>45)</sup> 따라서 법인등기부에 이사로 등기되어 있더라도 개별적 근로관계에서는 근로자로서 보호를 받을 수 있다.<sup>46)</sup>

41) 대법원 1996.7.30. 선고 95누13432 판결.

42) 대법원 1995.9.15. 선고 94누12067 판결.

43) 대법원 1995.12.22. 선고 95누2050 판결, 대법원 2005.11.10. 선고 2005다50034 판결.

44) 대법원 2006.12.7. 선고 2006다53627 판결.

45) 대법원 2003.9.26. 선고 2002다64681 판결 등

46) 대법원 2002.9.4. 선고 2002다4429 판결.

주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를 대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가지므로 특별한 사정이 없는 한 근로자에 해당하지 않지만, 주식회사의 대표이사로 등기되어 있는 자라고 하더라도, 대표이사로서의 지위가 형식적·명목적인 것에 불과하여 회사의 대내적인 업무집행권이 없을 뿐 아니라 대외적인 업무집행에 있어서도 등기 명의에 기인하여 그 명의로 집행되는 것일 뿐 그 의사결정권자인 실제 경영자가 따로 있으며, 자신은 단지 실제 경영자로부터 구체적·개별적인 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 경영성과나 업무성적에 따른 것이 아니라 근로 자체의 대상적 성격으로 보수를 지급받는 경우에는 예외적으로 근로자에 해당하는 것으로 인정될 수도 있다.<sup>47)</sup>

한편 위와 같이 근로자성이 인정되는 회사의 임원 중에 뒤에서 서술하는 바와 같이 근로기준법상 사용자 개념에 포섭되는 「근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자」에 해당하는 자는 회사에 대한 관계에서는 근로를 제공하는 근로자의 지위에 있는 한편 자기보다 하위에 있는 근로자에 대한 관계에서는 사업주로부터 부여받은 지시권과 감독권을 행사하는 사용자의 지위에도 있게 되는 이중적 지위에 서는 경우가 있을 수 있다.<sup>48)</sup> 이러한 점에서 근로기준법상 근로자 개념은 근로자 보호라는 견지에서 상대적으로 규정되는 것이라고 할 수 있다.

#### 사. 特殊形態勤勞從事者

2007. 12. 14. 법률 제8694호로 전면개정된 「산업재해보상보험법」 제125조에서는 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 근로기준법 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서, ① 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것, ② 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니할 것이라는 2가지 요건을 갖춘 자 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 「특수형태근로종사자」의 노무를 제공받는 사업 또는 사업장에 대해서는 동법을 적용하는 것으로 규정하고 있다.

이에 따라 산업재해보상보험법의 적용을 받는 특수형태근로종사는 다음과 같다(동법 시행령 제125조).

(1) 보험 또는 공제를 모집하는 사람으로서 다음의 어느 하나에 해당하는 자

- ① 「보험업법」 제83조 제1항 제1호에 따른 보험설계사
- ② 「보험업법」 제83조 제1항 제5호 중 보험대리점 또는 보험중개사의 사용인으로서 같은 법에 따라 모집에 종사할 사람으로 신고된 사람
- ③ 「농업협동조합법」에 따른 공제를 모집하는 사람

47) 대법원 2009.8.20. 선고 2009두1440 판결.

48) 대법원 1976.10.26. 선고 76다1090 판결.

- ④ 「우체국 예금·보험에 관한 법률」에 따른 우체국보험의 모집을 전업으로 하는 사람
- (2) 「건설기계관리법」 제3조 제1항에 따라 등록된 콘크리트믹서트럭을 소유하여 그 콘크리트믹서트럭을 직접 운전하는 사람
- (3) 「통계법」에 따라 통계청장이 고시하는 한국표준직업분류상의 세세분류에 따른 학습지 교사
- (4) 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제19조에 따라 체육시설업의 등록을 한 골프장에서 골프경기를 보조하는 골프장 캐디

이러한 특수형태근로종사자에 해당하는 보험설계사·보험모집인, 레미콘 차량의 차주 겸 운전수, 학습지 교사, 골프장 캐디 등은 그 동안 근로자성 여부가 첨예하게 다투어져 왔던 직역이었는데, 앞서 본 바와 같이 대법원 판례는 위 4가지 직종에 종사하는 노무제공자에 대해서는 근로기준법상 근로자로 인정하지 아니한 바가 있다. 이에 따라 근로자와 유사하게 노무를 제공하는 위 4가지 직종 종사자들에 대해서는 특수형태근로종사자로 분류하여 업무상 재해에 관하여 산재보험의 보호를 받을 수 있도록 산업재해보상보험법을 개정하게 된 것이다.

하지만 이에 따라 특수형태근로종사자로 분류되는 직종에 종사하는 자라고 해서 근로기준법상 근로자성이 전면적으로 부정되는 것은 아니고, 구체적인 노무제공의 상태에서 사용종속관계에서 근로를 제공하는 근로자로 인정된다면 산재보험관계 기타 개별적 근로관계에 있어서 근로자의 지위에서 노동법상 보호를 받게 되고, 이들이 근로자로 인정되지 않는 경우에 비로소 특수형태근로종사자의 지위에서 산업재해보상보험법의 적용을 받게 되는 것이라는 점을 유의해야 한다.

## II. 勞動組合法上 勤勞者의 概念

### 1. 勞動組合法上 勤勞者의 定義

「노동조합 및 노동관계조정법」<sup>49)</sup>에서 “근로자”란 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”를 말한다. 즉 노조법이 적용되는 근로자의 개념은 “직업의 종류를 불문”, “임금·급료 기타 이에 준하는 수입”, “이에 의하여 생활하는 자”라는 세 가지 개념요소로 구성되어 있다.

노조법 제2조 【정의】 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

49) 이하 이 글에서는 ‘노동조합 및 노동관계조정법’을 ‘노조법’이라 약칭한다.



1. “근로자”라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.

**가. 職業의 種類를 不問**

직업의 종류를 따지지 않으므로 정신노동과 육체노동의 구별도 문제가 되지 아니하며, 상용·일용·임시직·촉탁직 등의 근무형태나 직종·직급 등도 근로자 여부를 판단하는 기준이 되지 않는다.

**나. 賃金·給料 其他 이에 準하는 收入**

먼저 “임금”이라 함은 “사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”을 말하는바(근로기준법 제18조), 계약의 형식을 불문하고 사용종속관계 아래에서 근로자가 제공하는 근로에 대하여 사용자가 그 근로의 대상으로 지급하는 일체의 금품은 모두 임금에 해당한다. “급료”는 임금의 개념에 포함되는 것으로 해석하더라도 무방하다고 보인다.

문제는 “기타 이에 준하는 수입”을 어떻게 볼 것인지 여부이다. 이것 또한 임금의 개념에 포함시켜 독자적 의미를 부여하지 않는 견해가 있으나, 집단적 노사관계법의 적용 대상인 근로자의 개념은 개별적 근로관계법상의 그것보다 넓게 파악해야 하는바, “기타 이에 준하는 수입”이 그러한 해석이 가능할 수 있는 근거가 되는 개념요소로 작용하는 것으로 보아야 한다. 대법원도 골프장 캐디가 노동조합을 조직할 수 있는 근로자에 해당하는 것으로 본 판례에서, 캐디가 회사로부터 지급받는 보수인 캐디피는 근로기준법상의 임금이라고 단정하기는 어렵지만 노조법상의 “기타 이에 준하는 수입”으로 못 볼 바가 아니라고 판시<sup>50)</sup>하여, 이 개념요소에 대하여 독자적 의미를 부여하고 있다.

**다. 이에 의하여 生活하는 者**

여기서 “생활”의 의미는 현실적으로 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하고 있는 것뿐만 아니라 그에 의하여 생활할 수밖에 없는 경우도 포함하는 것으로 해석하여야 한다. 따라서 반드시 현실적으로 취업하고 있는 근로자뿐만 아니라 실업 중인 근로자나 해고된 근로자라고 하더라도 자신의 노동력을 제공하고 임금·급료·기타 이에 준하는 수입을 얻어 생활할 의사나 능력이 있는 자는 노조법의 적용 대상인 근로자에 해당한다.

이 점에서 근로기준법 등 개별적 근로관계법상의 근로자 개념이 사용종속관계 아래에서 사용자에게 현실적으로 근로를 제공하고 있는 취업자만을 대상으로 하고 있는 것과 가장 큰

50) 대법원 1993.5.25. 선고 90누1731 판결.

차이를 나타낸다고 할 수 있다.

## 2. 勞組法 第2條 第4項 但書 (라)目에서 規定한 「勤勞者」 概念의 解釋

노조법 제2조 【정의】 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

4. “노동조합”이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다.

가. 사용자 또는 향상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우나, 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우

다. 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우

라. 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. 다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 제심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.

### 가. (라)目에서 規定한 勤勞者의 意味

위와 같이 노조법 제2조 제4호 (라)목 본문은 근로자단체가 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우에는 이 법에 의한 적법한 노동조합으로 보지 않는다고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 “근로자”란 이 법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 근로자의 개념과 동일한 것으로 보아야 한다. 즉 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 해고된 근로자라고 하더라도 자신의 노동력을 제공하고 임금·급료·기타 이에 준하는 수입을 얻어 생활할 의사나 능력이 있는 자는 모두 필요성이 있는 한 근로자의 범위에 포함되고, 따라서 노동조합에 가입할 수 없는 ‘근로자가 아닌 자’란 이와 같이 실업 중이거나 해고된 근로자를 제외한 다른 사람을 가리킨다.

대법원도 노조법 제2조 제1호 및 제4호 (라)목 본문에서 말하는 ‘근로자’에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다고 판시하고 있다.<sup>51)</sup>

### 나. 解雇의 效力을 다투는 勤勞者의 解釋

#### (1) (라)목 단서 규정의 입법 취지

(라)목 단서는 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위

51) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결 지역별 노동조합이 그 구성원으로 ‘구직중인 여성 노동자’를 포함하여 노동조합설립신고를 한 경우, ‘구직중인 여성 노동자’는 노동조합및노동관계조정법상의 근로자가 아니라 는 이유로 노동조합설립신고를 반려하는 것은 위법하다고 판단한 원심판결을 수긍한 사례.

원회의 재심판정이 있을 때까지 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 안 된다고 규정하고 있는데, 이러한 단서 규정은 1987. 11. 28. 노동조합법을 개정하면서 신설된 규정으로서, 노동조합의 설립 및 존속을 보호하고 사용자의 부당한 인사권의 행사에 의하여 노동조합의 활동이 방해되지 않도록 하기 위한 데에 그 입법 취지가 있었다.<sup>52)</sup>

그런데 원래의 규정 내용은 “다만 해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.”라는 것이었는데, 1997. 3. 13. 노동조합 및 노동관계조정법을 새로 제정하면서 현행 규정과 같은 내용으로 변경되어 해고의 효력을 다투는 근로자에 대한 보호 범위를 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 한 경우 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지로 축소하게 되었다. 이와 같이 개정하게 된 이유는 피해고자의 권리남용 및 단체교섭시의 피해고자 복직 요구 등 피해고자를 둘러싼 노사분쟁의 장기화를 방지한다는 데에 있었지만, 이에 대하여는 해고근로자의 보호 범위를 지나치게 축소한 것이라는 비판이 제기되고 있다.

**(2) (해)목 단서 규정의 적용 범위**

대법원은 (해)목 단서 규정은 ‘기업별 노동조합’의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고, 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에까지 적용되는 것은 아니라고 해석하고 있다<sup>53)</sup>

즉 노동조합의 조직형태가 특정 사용자와 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자를 구성원으로 하는 기업별 노동조합의 경우에는 해고된 근로자는 노동조합의 구성원(조합원) 자격이 없고, 따라서 해고근로자를 구성원으로 하는 기업별 노동조합은 적법한 노동조합으로서 설립·존속할 수 없게 되는데, 이와 같은 기업별 노동조합의 경우에 위 (해)목 단서 규정이 적용되어 해고근로자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 하면 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 조합원 자격을 유지할 수 있게 되고, 당해 노동조합도 설립과 존속에 있어서 적법한 노동조합으로 보호를 받게 된다. 그렇지만 기업별 노동조합과 달리 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 해고된 근로자를 구성원으로 한다고 해서 노조법에 의한 노동조합성이 부인되지 않으며 해고근로자의 구성원 자격에도 아무런 제한이 없고, 따라서 위 (해)목 단서의 규정도 당연히 적용받지 않게 된다.

**(3) (해)목 단서 규정의 적용 요건**

(해)목 단서의 규정에 의한 해고의 효력을 다투는 근로자에 해당하기 위해서는 노동위원회에

52) 대법원 1997.5.7. 선고 96누2057 판결.  
53) 대법원 2004.2.27. 선고 2001두8568 판결.

해고에 대하여 부당노동행위 구제신청을 해야만 한다. 따라서 법원에 해고무효확인의 소를 제기하거나 노동위원회에 근로기준법상의 부당해고 구제신청만을 제기한 경우에는 위 라목 단서 규정에 의한 보호를 받을 수 없게 된다.

노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투는 근로자가 조합원 자격을 유지할 수 있는 기간은 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지이다. 따라서 중앙노동위원회에서 부당노동행위에 의한 해고가 아니라는 재심판정이 내려지면 해고근로자의 조합원 자격을 상실되고, 그 후 재심판정에 대한 행정소송에서 부당노동행위에 해당한다는 이유로 재심판정을 취소하는 판결이 선고되더라도 그 판결이 확정될 때까지는 조합원 자격을 회복할 수 없게 된다. 그렇지만 중앙노동위원회의 재심판정 결과 부당노동행위에 의한 해고로 인정되면 사용자가 불복하여 행정소송을 제기하더라도 조합원 자격은 계속 유지되고, 그 재심판정을 취소하는 법원의 확정판결이 있게 되면 그 시점에서 조합원 자격을 상실하는 것으로 해석하여야 한다.

한편 해고근로자가 법원으로부터 근로자 지위의 보전을 명하는 가처분결정을 받는 경우에는 해고무효확인소송의 본안판결이 선고될 때까지 임시적으로 사용자와의 관계에서 근로자의 지위를 유지할 수 있게 되므로, 이 경우에는 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 제기하였는지의 여부와 관계없이 조합원 자격도 유지되는 것으로 보아야 한다. 따라서 부당노동행위에 의한 해고에는 해당하지 않으나 일반적인 해고의 정당성을 갖추지 못한 부당해고의 경우에는 이러한 근로자지위보전 가처분을 통하여 조합원 자격을 인정받을 수 있을 것이다.

#### (4) (라)목 단서 규정 적용의 효력

(라)목 단서의 요건을 갖추어 해고의 효력을 다투는 근로자는 기업별 노동조합의 설립 및 존속요건과 관련하여 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 안 되므로, 이러한 해고근로자를 조합원으로 하여 설립하거나 존속하는 기업별 노동조합은 적법한 노동조합으로서 보호를 받을 수 있게 된다. 나아가 해고의 효력을 다투는 근로자 개인에게는 조합원의 지위가 보장되므로,<sup>54)</sup> 노조 임원선거에 출마하거나 단체교섭 또는 쟁의행위에 참가하는 등의 노동조합 활동을 하는 데에 있어서 해고근로자는 아무런 장애나 지장을 받지 않는다.

그렇지만 (라)목 단서 규정의 효력이 노동조합의 조합원으로서의 지위와 관련되지 않은 근로자와 사용자와의 개별적인 근로계약관계 일반의 효력에까지 그 적용이 확대되지는 않으며, 공법(公法)상의 지위 또한 인정되지 않는 것으로 대법원은 해석하고 있다.<sup>55)</sup>

54) 대법원 1991.11.8. 선고 91도326 판결, 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다14413 판결 등.

55) 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다42354 판결, 대법원 1990. 3. 13. 선고 89도2399 판결 등.

### Ⅲ. 결 론

근로기준법상 근로자는 개별적 근로관계에서 노동법이 정한 보호를 받을 사람이 누구인가를 확정하는 개념으로서, 집단적 노사관계에서 노동3권을 행사할 수 있는 사람의 범위를 정하는 노조법상 근로자 개념과는 구별된다. 곧 노조법 제2조 제1호에서는 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 근로자로 규정하여 근로기준법상 근로자 개념과 다르게 규정하고 있다.

따라서 노조법상 근로자에는 취업하고 있지 않은 실업자도 포함될 수 있지만, 근로기준법상으로는 현실적으로 취업하고 있지 않은 사람은 근로자로서 보호를 받지 못한다. 반대로 개별적 근로관계에서는 근로자로서 보호의 대상이 되더라도 노조법상 사용자의 이익대표자에 해당하면 노동조합에 가입할 수 없게 된다. 또한 노조법 제2조 제4호 (라)목에서 해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자로 보는 것은 노조법상 특칙이므로 근로기준법상 근로자에는 해당되지 않는 것으로 해석되고 있다.

즉 근로기준법은 「현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가」라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노조법은 「노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가」라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로, 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 것이다.<sup>56)</sup>

56) 대법원 2004.2.27. 선고 2001두8568 판결.



## ‘韓國 勞働法上 勤勞者の 概念’에 대한 토론

### ■ 弁護士 中川 拓 변호사 나카가와 타쿠

1. 韓國勞組法 2 条 4 項但書 4 については、組合の設立申告時に、組合員中に勤勞者でない者がいることを理由とした返礼処分が行われ、これが取消訴訟で争われることが多いようである。

한국노조법 2조 4항 단서에 대해서는, 노조설립시 조합원 중 근로자 아닌 자를 이유로 하여 반려처분이 행해지고, 이것이 취소소송으로 다투어지는 경우가 많은 것 같습니다.

組合が設立された後も、日本の労働組合の労働委員会手続利用時の資格審査のように、組合員中に勤勞者でない者がいるか否かが問題となることがあるのか。

조합이 설립된 후에도, 일본에서 노조의 노동위원회절차 이용시 자격심사와 같이 조합원 중 근로자 아닌 자가 있는지 여부가 문제되는 경우가 있습니까.

2. 不当労働行為による解雇でない場合、勤勞者地位保全仮処分が認容されれば韓國勞組法 2 条 4 項但書 4 の適用が回避できるとのことであるが、日本の仮処分では、労働者が地位保全と賃金仮払いを求めても、裁判所は、賃金仮払いのみ認め、地位の保全は必要ないとして却下する例が多い。

부당노동행위에 의한 해고가 아닌 경우, 근로자지위보전 가처분이 인용되면, 한국노조법 2조 4항 단서 4의 적용을 회피할 수 있으나, 일본의 가처분에서는 노동자가 지위보전과 임금지불을 구해도 법원은 임금지불만 인정하고 지위 보전은 필요하지 않다고 각하하는 예가 많습니다.

韓國では、地位保全と賃金仮払いが分けて判断されることはないのか。

한국에서는 지위보전과 임금지불이 달리 판단되는 경우는 없습니까.

3. 韓國では、1993年5月25日の大法院判決で、ゴルフ場の女性キャディーについて、キャディー・フィーを勞基法上の賃金ではないとしつつ、勞組法上の賃金に準ずる収入にあたるとして、勞組法上の労働者性を認めたと聞いている。

한국에서는 1993. 5. 25. 대법원 판결에서 골프장 경기보조원에 대해서 캐디피를 근기법상의 임금은 아니라고 하면서도, 노조법상의 임금이 준하는 수입에 해당한다고 하여 노조법상 노동자성을 인정하였다고 들었습니다.

韓國では、業務委託・請負等の形式の労働者について、勞基法上の労働者性の判断基準とは別

に、労組法上の労働者性の判断基準が裁判例や学説で議論されているのか。

한국에서는 업무위탁·도급 등의 형식의 노동자에 대해, 근기법상 근로자성의 판단기준과 별도로, 노조법상 근로자성의 판단기준이 판례와 학설에서 논의되고 있습니다.



■ 弁護士 北本 修二 변호사 키타모토 슈지

1. 韓国判例では、雇用契約のない使用者に対して団交応諾義務を認めていますか。

認めているとすればどのような場合ですか。

한국판례에서는 고용계약이 없는 사용자에 대해 단체교섭응낙의무를 인정하고 있습니다. 인정하고 있다면 어떤 경우입니까.

日本では朝日放送事件・最高裁平成7年2月28日第三小法廷判決があります。

「雇用主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ具体的に支配、決定することができる地位にある場合はその限りにおいて」団交応諾義務があるというものです。）

일본에서는 아사히방송 사건 최고재판소 1995. 2. 28. 판결이 있습니다. “부분적이라도 고용주와 동일시할 수 있는 정도로 현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 경우는 그 한도에 있어서” 단체교섭응낙의무가 있다고 한 것입니다.

2. 韓国判例では、労働組合の集団行動（ピケッティング、抗議宣伝活動など）の違法性判断についてどのような基準ないし傾向にあるでしょうか。

한국판례에서는 노동조합의 집단행동(피케팅, 항의선전활동 등)의 위법성 판단에 대하여 어떠한 기준 내지 경향이 있습니까.

日本では、御国ハイヤー事件・最高裁平成4年10月2日第2小法廷判決は「説得活動の範囲を超えて当該自動車等を労働者側の排他的占有下に置いてしまうなどの行為をすることは許されず」というもので、「説得」は許容されると考えられます。

일본에서는, 고쿠니 하이야 사건 최고재판소 1992. 10. 2. 판결은 “설득활동의 범위를 넘어서 당해자동차 등을 노동자측의 배타적 점유하에 두어 버리는 등의 행위를 하는 것은 허용되지 않는다”고 하여, ‘설득’은 허용된다고 보고 있었습니다.

しかし、最近大阪地裁では、連帯関生支部の何らの実力行動の伴わない2名程度の工場出荷の監視行為についても違法として使用者に対する損害賠償が認められた例があり、労働組合の現場行動ないし「実力行動」に著しい制約を加える傾向があります。하지만 최근 오사카 지방재판소에서는 연대노조 판서 레미콘지부의 어떠한 실력행동도 수반하지 않은 2명 정도의 공장출하감시행위에 대해서도 위법하다고 하여 사용자에 대한 손해배상이 인정된 예가 있어, 노동조합의 현장활동 내지 ‘실력행동’에 현저한 제약을 가하는 경향이 있습니다.

以上



## 노동형사사건에 대한 질문서

2011. 9. 26.

변호사 오다 고지

### 1. 노동형사사건의 개요에 대해서

- (1)노동형사사건에 대해서 적용될 죄명에는 어떤 것이 있습니까? (일본의 경우 업무방해, 불퇴거, 폭행, 상해, 폭행행위, 사기등)
- (2)2000년 이후의 노동형사사건의 건수추이를 알려주십시오
- (3)요즘의 노동형사사건의 특징은 어떤 것입니까?

### 2. 신체 구속상황에 대해서

- (1) 노동사건에서 노동자가 체포나 기소된 경우 신체구속율은 얼마정도입니까? 한국의 연구자들의 논문을 보면 전체로서는 약 14%라고 하는데 노동형사사건의 경우에는 어떻습니까?
- (2)구속영장을 청구할 때 피의자신문수속 (한국형사소송법 201조 2)로 인해 구속영장기각율은 약25%(일본에서는 약2%)라고 하는데 노동형사사건의 경우 구속영장기각율은 어느 정도입니까?
- (3)구속영장 청구할 때, 검사가 법원에 제출한 자료들 중에 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소/고발장, 피의자진술을 기재한 서류, 피의자가 제출한 서류를 변호인이 열람할 수 있다 (한국형사소송규칙 96조 21)고 하는데, 실제로 열람제도는 이용되어 있습니까?
- (4)구속영장 청구할 때 피의자신문에 변호인이 입회하려고 할 때, 노동형사사건에 있어서는 어떤 준비 활동을 합니까? 그리고 그 준비 활동을 위해 시간이 어느 정도 걸립니까?
- (5)구속적부 심사수속(형사소송법214조2)에 대해서 법원은 심사에 있어서 수사의 편의는 고려되지 않는다고 들었는데 맞습니까?

### 3. 보석(한국형사소송법 94조 이하)에 대해서

- (1)구속적부 심사수속 도입 후, 보석제도의 적용은 어떻게 변했습니까?
- (2)보석에 대한 인용 또는 각하는 어떻게 변했습니까?
- (3)보석될 때 어떤 조건이 붙습니까? 예컨대 같은 노동조합원, 회사동료와 접촉내지 면담금지라는 조건이 붙을때가 있습니까?

#### 4. 접견교통권에 대해서

- (1) 변호인의 피의자 피고인과 접견교통권(한국형사소송법34조)는 어떤 제한도 받지 않을 것 같은데 실태를 알려주십시오.
- (2) 변호인이 의사로 하여금 진료를 받도록 할 수 있다고 하는데 실태를 알려주십시오
- (3) 변호인이외의 일반인과 피의자 피고인과의 접견금지 물건수수 통신제한 등에 대해서는 한국형사소송법 91조에 규정이 있는데 접견금지결정은 피구속자중에 어느정도의 비율로 내려질 겁니까?
- (4) 의류양식/의료품 수수를 금지 또는 압수할 수 없다고 되어있는데 실정을 알려주십시오
- (5) 일본에서는 노동형사사건 뿐만아니라 일반사건에서도 기소후에도 접견금지가 계속될 경우가 있는데, 한국에서는 그런 사례가 있습니까? 만약에 있다면, 어떤 경우에 어떤 사유가 고려됩니까?

이상

## 労働刑事事件についての質問

2011年9月26日

### 第1 労働刑事事件の概要について

- 1 労働刑事事件について、適用される罪名はどのようなものがありますか（日本の場合、業務妨害、不退去、暴行、傷害、暴力行為、詐欺等）
- 2 2000年以降の労働刑事事件の件数の推移を教えてください。
- 3 近時の労働刑事事件の特徴はどのようなものですか。

### 第2 身体拘束状況について

- 1 労働事件で労働者が逮捕、起訴された場合、身体拘束率はどれくらいですか。韓国の研究者等の論文によると、全体として約14%とのことですが、労働刑事事件の場合はいかがでしょうか。
- 2 拘束令状請求時の被疑者尋問手続（韓国刑事訴訟法201条の2）により、拘束令状棄却率は約25%（日本では約2%弱）とのことですが、労働刑事事件の場合、拘束令状棄却率はどの程度でしょうか。
- 3 拘束令状請求の際、検事が裁判所に提出した資料のうち、拘束令状請求書及びそれに添付された告訴・告発状、被疑者の陳述を記載した書類、被疑者が提出した書類を弁護人は閲覧することができる（韓国刑事訴訟規則96条の21）とのことですが、実際に閲覧制度は利用されている実情にありますか。
- 4 拘束令状請求時の被疑者尋問に弁護人が立ち会うにあたって、労働刑事事件においてどのような準備活動を行うのですか。どれくらいの時間をかけていますか。
- 5 拘束適否審査手続（刑事訴訟法214条の2）について、法院は、審査に際して捜査の便宜については考慮されないとの話を聞いていますが、そのとおりでしょうか。

### 第3 保釈（韓国刑訴法94条以下）について

- 1 拘束適否審査手続導入後、保釈制度の運用はどのように変わりましたか。

- 2 保釈についての認容もしくは却下はどのように変化しましたか。
- 3 保釈に際し、どのような条件が付くでしょうか。例えば、同じ労働組合員、会社の同僚との接触ないし面談禁止という条件が付くことがあるでしょうか。

#### 第4 接見交通権について

- 1 弁護人の被疑者・被告人との接見交通権（韓国刑事訴訟法34条）はいかなる制限も受けないようですが、この実態を教えてください。

2 弁護人は医師をして診療させることができますとありますが、実情を教えてください。

刑事訴訟法91条に規定があるようですが、接見禁止決定がされるのは、被拘束者のどの程度の割合ですか。被疑者と被告人とでは差はありますか。

は韓国  
のうち

衣類・糧食・医療品の授受を禁止又は押収することができないとありますが、その実情を教えてください。

4 衣類  
を教え

日本では、労働刑事事件のみならず一般事件でも起訴後も接見禁止が続き、家族とも接見禁止が続くことがあります。韓国ではそのような事例はありますか。あるとすれば、どのような場合で、それはどのような事由が考慮されるのですか。

5 日本  
見禁止  
どのよ

以上

## 노동형사사건 질문에 대한 답변

2011. 11. 12.

송영섭 변호사(금속노조 법률원장)

### 1. 노동형사사건의 개요에 대해서

(1)노동형사사건에 대해서 적용될 죄명에는 어떤 것이 있습니까? (일본의 경우 업무방해, 불퇴거, 폭행, 상해, 폭행행위, 사기등)

- 노동사건에 주로 적용되는 죄명은 폭행과 상해죄, 협박과 강요죄, 명예훼손과 모욕죄, 재물손괴죄, 업무방해죄, 주거침입 및 퇴거불응죄, 공무집행방해죄, 집회및시위에관한법률위반, 일방교통방해죄, 범인은닉 및 범인도피죄 등이 있음.

- 「폭력행위등 처벌에 관한 법률」에서는 ①2인 이상이 공동하여 폭행, 상해, 협박, 강요, 재물손괴, 주거침입, 퇴거불응한 경우 형법 본조에 정한 형의 1/2까지 가중토록 규정하고 있고, ②단체나 다중의 위력 또는 단체나 집단을 가장한 위력, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하고 위 각죄를 범한 경우에는 1년 이상(폭행, 협박, 주거침입, 퇴거불응, 재물손괴), 2년 이상(존속폭행, 체포, 감금, 존속협박, 강요), 3년 이상(상해, 존속상해, 존속체포감금, 공갈)으로 정하고 있음.

- 「폭력행위등 처벌에 관한 법률」은 1961년 5. 16. 박정희정권의 군사쿠데타 이후 같은 해 6월 국제재건최고회의에서 ‘집단적 또는 상습적으로 폭력행위등을 자행하여 사회질서를 문란하게하고 사회적 불안을 조성하는 자등을 처벌함을 목적’으로 제정되어 독재권력에 대항하는 민주화운동과 노동운동을 탄압하는 도구로 사용되어 왔음. 노동조합은 단체성을 실질적 요건으로 하므로 쟁의행위 등 노조 활동과정에서 발생된 대부분의 사안에서 형법보다는 공동폭행, 집단폭행, 흉기휴대폭행 등의 「폭력행위등 처벌에 관한 법률」이 적용되고 있음.

- 업무방해죄는 노동조합이 쟁의행위에 대한 대표적인 처벌규정임. 법원은 그동안 노동조합의 쟁의행위가 위력에 의한 사용자의 업무방해행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 전제로 다만 쟁의행위가 주체, 목적, 절차, 방법에 있어 적법할 경우 위법성이 조각되는 것으로 해석해 왔으며, 이는 경찰과 검찰, 노동부 등 노동관련 수사기관 및 행정기관의 과도한 개입의

근거로 활용되어 왔음.

- 대법원(2011. 7. 14. 선고 2009도4083)은 “파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 봄이 상당하다.”라고 하여 업무방해죄의 구성요건요소인 “위력”을 충족시킬 수 있는 기준을 새롭게 제시함. 이번 판결은 비록 소수의견이기는 하지만 5명의 대법관이 ‘파업은 업무방해죄로 처벌할 수 없다’는 의견을 제시하였음. 위 판결 이후 금속노조 KEC 파업 사례, 기아자동차 연장근로거부 사례 등에서 파업이 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어졌다고 보기 어렵고 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란되었다고 볼 수 없다는 이유로 업무방해죄 성립을 부정함.

## (2)2000년 이후의 노동형사사건의 건수추이를 알려주십시오

2003년부터 2006년까지의 각 년도별 노동형사사건 중 제1심 판결을 통해 확인되는 건수추이는 아래와 같음.<sup>1)</sup>

### ▶2003년

2003년 노동형사사건의 형사공판사건에서 근로자가 피고인인 판결문의 총수는 274개로 하나의 판결로 선고되는 것을 한 사건으로 분류한다면 사건수는 모두 274건임. 적용된 총 죄의 수는 1,853개이므로 하나의 판결에서 평균 6.8개가 경합된 것임.

2003년에 선고된 제1심 노동형사사건 중 쟁의행위사건에 대하여 적용된 죄의 개수는 모두 1,299개이고, 그 중 업무방해죄가 적용된 것이 462개로서 쟁의행위사건의 약 35.6%를 차지함. 나머지 적용된 죄명과 개수를 살펴보면 집시법위반이 125개, 폭처법위반(주거침입)이 136개, 지방공무원법위반이 88개, 폭처법위반(상해)이 84개, 폭처법위반(손괴)이 69개, (특수)공무집행 방해죄가 63개, 노조법위반이 55개, 폭처법위반(체포감금)이 18개, 폭처법위반(폭행)이 18개, 명예훼손죄가 14개, 모욕죄가 4개임. 쟁의행위사건 중 상해, 폭행, 협박, 손괴, 주거침입, 체포감금 등을 행사하여 처벌받은 수가 354개(27.3%)이고 여기에 명예훼손죄와 모욕죄가 적용된

1) 법무부와 대법원에 관련자료의 정보공개를 요구하였으나 아직까지 응답이 없음. 국가인권위원회가 발간한 ‘노동사건에 대한 형법적용 실태조사(판결을 중심으로) 보고서’(2007. 6.)를 인용함.



경우를 합하면 372개(28.6%)임.

쟁의행위가 아닌 기타노동사건의 적용된 죄의 개수는 총 554개. 이중 업무방해죄는 80개로 기타노동사건 중 업무방해죄가 적용된 죄의 비율은 약 14.4%임. 기타노동사건에서 가장 많이 적용된 죄는 (특수)공무집행방해죄로 96개이고, 다음으로 집시범위반으로 84개임. 쟁의행위 아닌 기타노동사건이 집회, 시위가 많은 비중을 차지하고 이 과정에서 경찰과의 충돌이 잦기 때문에 기타노동사건에서 다수를 점하고 있는 것임.

[표 3-3] <2003년 1심 쟁의행위의 정당성 요건 사유별 분석>

유형		업무방해죄		노조법위반죄		합계	
주체 (A)	1. 복수노조	24	40	0	2	24	42
	2. 비공인파업	0		0			
	3. 주체가될수없는자	16		2			
	4. 기타	0		0			
목적 (B)	1. 사용자의 처분권한에 속하지 않는 사항	62	116	1	2	63	118
	2. 권리분쟁	3		0			
	3. 경영권인사권	51		1			
	4. 평화의무위반	0		0			
시기절차 (C)	1. 결의하자	13	60	1	14	14	74
	2. 조정전치위반	20		1			
	3. 조정중재위반	27		12			
방법 (D)	1. 폭력	74	82	2	4	76	86
	2. 직장점거	3		1			
	3. 기타	5		1			
		298		22		320	

▶ 2004년

2004년 노동형사사건의 형사공판사건에서 근로자가 피고인인 판결문의 총수는 256개. 적용된 총 죄의 수는 1,941개이므로 하나의 판결에 평균 7.6개임.

쟁의행위사건에 대하여 적용된 죄의 개수는 모두 1,447개이고, 그 중 업무방해죄가 적용된 것이 443개로 쟁의행위사건의 30.6%를 차지함. 그 외에 집시범위반이 105개, 폭처법(주거침입)이 193개, (특수)공무집행방해죄가 85개, 폭처법(상해)가 93개, 지방공무원법위반이 85개, 노조법위반이 38개, 명예훼손이 22개, 모욕이 8개, 폭처법(체포감금)이 6개임.

쟁의행위가 아닌 기타노동사건의 적용된 죄의 개수는 총 494개. 이중 업무방해죄는 9개로 1.8%임. 가장 많이 차지하고 있는 것은 집시법위반이 130개이고 (특수)공무집행방해죄가 46개임.

[표 3] <2004년 1심 쟁의행위의 정당성 요건 사유별 분석>

유형		업무방해죄		노조법위반죄		합계		
주체 (A)	1. 복수노조	0	31	14	0	45	0	
	2. 비공인파업	0			0		0	
	3. 주체가될수없는자	26			14		40	
	4. 기타	5			0		5	
목적 (B)	1. 사용자의 처분 권한에 속하지 않는 사항	102	127	0	22	444	102	
	2. 권리분쟁	1					0	1
	3. 경영권인사권	23					0	23
	4. 평화의무위반	1					0	1
시기·절차 (C)	1. 결의하자	40	82	3		85	40	
	2. 조정전치위반	33					1	34
	3. 조정중재위반	9					2	11
방법 (D)	1. 폭력	126	182	5		187	128	
	2. 직장점거	16					0	16
	3. 기타	40					3	43
		422				444		

▶2005년

2005년 노동형사사건의 형사공판사건에서 근로자가 피고인인 판결문의 총수는 387개이고 적용된 총 죄의 수는 1,949개로 평균 5.0개의 죄명이 적용됨.

2005년에 선고된 노동형사사건 중 쟁의행위시간에 대하여 적용된 죄의 개수는 모두 1,388개이고, 그 중 업무방해죄가 적용된 것이 366개로 쟁의행위사건의 26.5%임. 그 외에 지방공무원법 위반이 229개, 폭처법(주거침입)이 157개, 폭처법(손괴)가 128개, (특수)공무집행방해가 107개, 폭처법(손괴)가 94개, 폭처법(상해)가 88개, 노조법위반이 28개, 명예훼손과 폭처법(폭

행)이 각 23개임. 쟁의행위사건 중 상해, 폭행, 협박, 손괴, 주거침입, 공갈, 체포감금 등이 적용된 죄의 수가 437개(31.6%)이고 여기에 명예훼손죄와 모욕죄가 적용된 경우를 합하면 462개(33.4%)임.

쟁의행위 아닌 기타노동사건의 적용된 죄의 개수는 총 566개임. 이중 업무방해죄는 98개(17.3%)임. 기타노동사건에 적용된 죄로는 명예훼손죄가 45개로 가장 많고, 집시법 35개, (특수)공무집행방해 24개, 폭처법(주거침입) 22개, 폭처법(손괴) 16개 등임.

[표 5-3] <2005년 1심 쟁의행위의 정당성 요건 사유별 분석>

유형		업무방해죄		노조범위반죄		합계	
주체	1. 복수노조	0		0		0	
	2. 비공인파업	0		0		0	

320개, 폭처법(손괴)가 286개, 폭처법(상해)가 258개, 폭처법(체포감금)이 106개, 폭처법(폭행)이 104개, 폭처법(협박)이 10개, 폭처법(공갈)이 1개로 폭처법위반이 총 1,085개를 차지하여 정의행위사건의 38.8%라는 높은 비율을 나타냄. 정의행위사건 중 상해, 폭행, 협박, 손괴, 주거침입, 공갈, 체포감금 등이 적용된 수가 1,202개(43.0%)이고 여기에 명예훼손과 모욕죄가 적용되는 경우를 합하면 1,285개(46.0%)임.

정의행위가 아닌 기타노동사건에 적용된 죄의 개수는 총 1,027개로 이중 업무방해죄는 189개 (18.4%). 그 외에 집시법위반으로 148개 (특수)공무집행방해로 115개로서 약자를 합하면 기타 노동사건에서 25.6%를 차지함.

[표 6-3] <2006년 1심 정의행위의 정당성 요건 사유별 분석>

유형		업무방해죄		노조법위반죄		합계	
주체 (A)	1. 복수노조	0	13	0	1	0	14
	2. 비공인파업	1		0			
	3. 주체가될수없는자	9		0			
	4. 기타	3		1			
목적 (B)	1. 사용자의 처분권한에 속하지 않는 사항	3	12	0	0	3	12
	2. 권리분쟁	0		0			
	3. 경영권인사권	6		0			
	4. 평화의무위반	3		0			
시기·절차 (C)	1. 결의하자	1	54	0	10	1	64
	2. 조정전치위반	3		0			
	3. 조정중재위반	50		10			
방법 (D)	1. 폭력	49	142	0	3	49	145
	2. 직장점거	25		3			
	3. 기타	68		0			
		221		14		235	

(3)요즘의 노동형사사건의 특징은 어떤 것입니까?

▶사용자의 단체협약해지에 따른 노사관계악화

- 사용자가 단체협약의 자동연장협정 조항에 따른 효력연장기간 중에 일방적으로 단체협약을 해지하는 경우가 빈번히 발생되고 있음. 사용자의 일방적 통보에 의한 단체협약의 해지는 주로 공공부문에서 유행처럼 퍼지고 있으며 단체협약을 통해 이미 형성된 노사간 역학관계를 깨뜨리는 수단으로 행해지고 있는 실정임.
- 2009년 2월 한국노동연구원, 5월 서울시가 공공노조의 서울지역 상용직지부, 해양수산개발원, 6월 한국직업능력개발원, 7월 예금보험공사, 국민건강보험공단, 11월 한국철도공사, 과학기술정책연구원, 5개의 한국발전회사, 한국가스공사, 여성정책연구원, 12월 한국건설기술연구원, 2010년 1월 한국보건사회연구원, 2월 국립극장지부, 3월 사회연대연금지부 등에서 사용자에 의한 일방적인 단체협약의 해지가 이루어짐. 2008년 11월 서울특별시 교육청을 필두로 하여 2009년 대전교육청·제주교육청 등이 줄지어 전교조에 단체협약의 해지를 통보하였음.
- 단협해지통보는 민간부문까지 빠르게 확산되고 있고, 금속노조 사업장에서만 약 12개 사업장의 단체협약에 대하여 사용자의 단협해지가 이루어짐.

▶ 선별적 직장폐쇄를 통한 사업장 출입봉쇄

- 유성기업을 비롯하여 최근 주요한 파업 사업장인 금속노조 한진중공업지회, 구미 KEC지회, 전북 민주버스노조 파업, 금속노조 대구 상신브레이크지회, 경주 발레오만도지회 등에서 직장폐쇄가 모두 확인되고 있음.
- ‘노조의 파업 → 조합원 퇴거와 시설보호를 명분으로 사설경비용역 투입 → 물리적 충돌 유발, 사업장에서 배제 → 교섭거부, 해태, 고소고발, 손배 가압류조치 등 노조에 대한 공격적 태도 동시 수반 → 노조 무력화 시도’라는 패턴이 반복되고 있음.
- 직장폐쇄는 노동조합의 정의행위로 인하여 노사간의 교섭력의 균형이 깨지고 오히려 사용자측에게 현저히 불리한 압력이 가해지는 상황에서 회사를 보호하기 위하여 수동적, 방어적인 수단으로서 상당성이 인정되는 범위 안에서 부득이하게 개시되는 경우에 한하여 할 수 있다고 보는 것이 통설과 판례임. 따라서 노동조합 조직력의 약화나 근로조건에 대한 인하 등 적극적 목적을 위해 사용하는 경우, 즉 근로조건에 관한 사용자 자신의 주장을 관철시킬 것을 목적으로 하는 이른바 ‘공격적’ 직장폐쇄는 방어목적 벗어난 것이므로 그 정당성이 인정되지 않음.
- 그러나 상당수의 직장폐쇄가 공격적으로 행해지고 있고 직장폐쇄 이후 노조의 현장복귀 결

정에 따른 사업장 출입마저 봉쇄되고 있음. 노조는 일괄복귀를 요구하나 회사는 선별복귀 방식을 주장하며 직장폐쇄 지속하고, 손배·가압류 선별적 철회 및 징계처분의 차별적 적용 등을 근거로 조합원들에 대한 선별복귀를 시행함.

▶전임자 급여지급금지규정을 이유로 한 쟁의목적의 정당성 부정

2010년 1월 1일 법률 제9930호로 개정되어 2010년 7월 1일부터 적용되고 있는 개정 노조법은 노동조합 전임자와 관련 다음과 같은 규정들을 신설하였음.

- 전임자에 대한 급여지급금지(제24조 제2항),
- 근로시간면제 한도(타임오프제도) 도입(제24조 제4항),
- 전임자 급여 관련 쟁의행위 금지(제24조 제5항)
- 근로시간면제 한도를 위반한 쟁의행위 형사처벌(제92조 제1호)

위 규정을 근거로 전임자 급여를 지급한 사용자에 대하여 부당노동행위로 처벌하고, 전임자 급여지급을 목적으로 한 쟁의행위에 대하여 목적의 정당성을 부정하고 업무방해죄로 처벌함.

▶행정기관의 단체협약 시정명령, 불이행시 형사처벌

- 유일교섭단체조항, 초기업별 노동조합의 해고자의 조합원 지위규정, 복수노조 창구단일화시 사용자의 자율교섭동의 조항, 전임자 급여지급 조항, 교섭위원 유급처리 규정, 노조재정자립 기금, 노조사무실 사용료(전기, 수도, 전화 등)를 비롯한 단체협약상 시설편의제공, 단체협약 해지권 제한규정 등에 대한 시정명령(단체협약 시정명령 취소소송 진행)
- 시정명령 불이행에 대한 형사처벌(시정명령 불이행죄에 대한 위헌법률심판 진행)

▶정부의 공공기관 선진화 방안과 쟁의행위 처벌

- 철도노조는 2009. 11. 26. 4:00 파업에 돌입하였는데, 다음날인 11. 28. 이명박 대통령이 '적당히 타협해선 안 된다'며 엄정한 대응을 지시하자, 경찰과 검찰은 노조간부 15명에 대하여 11. 28. - 11. 30.까지 3일 연속으로 휴대폰 문자메시지로 소환통보를 한 다음에 전격적으로 체포영장을 발부받았으며, 12. 1. 철도노조 사무실에 대한 압수수색을 실시하였음.
- '철도노조의 파업 배경, 철도선진화계획 추진 상황과 본건 파업에 이르기까지 각종 집회의 주장 내용, 각종 성명서, 보도자료 등에 의하면 철도노조는 일관되게 5,115명 정원감축 등 정

부의 공기업 선진화 방안 저지를 주장해왔고, 따라서 본건 파업은 사용자의 경영권의 본질을 침해하는 것으로 근로조건의 향상과 무관한 목적상 불법'이라는 이유로 지도부 포함 189여명을 업무방해죄로 기소하였음2).

▶노동현장에서의 경비용역의 폭력행위

- 쟁의행위 발생시 회사는 사설경비업체의 용역경비를 회사 내에 배치하여 조합원들에 대한 일상적인 감시, 현장 출입통제, 홍보물 배포 등 일상적 조합활동 물리적 저지 등을 행하고 있으며, 유성기업과 같이 조합을 자극하여 물리적 행사를 유도하거나 폭력행위를 함.
- 용역경비가 노조활동을 감시하고 불법행위를 함으로써 궁극적인 이익 향유 주체는 사용자임에도 사용자는 사실상 처벌되지 않음. 용역경비들의 불법행위에 대한 공범이 인정되지 않는 한 처벌불가.
- 공권력의 직유무기가 더해져 경비용역의 폭력이 일상화됨. 용역경비들의 고소·고발에는 즉각 대응하고 현행범 등으로 체포함. 반면 노동조합과 노동자들의 고소 시 용역경비의 인적 사항 불특정 등을 이유로 무혐의처리, 현장 출동하더라도 용역경비들의 폭력행위에 대하여 수수방관하거나 사실상 용역이 경찰의 조력자로 활동. 반면 조합원들은 다수 형사처벌과 징계절차 진행.

## 2. 신체 구속상황에 대해서

(1) 노동사건에서 노동자가 체포나 기소된 경우 신체구속율은 얼마정도입니까? 한국의 연구자들의 논문을 보면 전체로서는 약 14%라고 하는데 노동형사사건의 경우에는 어떻습니까?

법원행정처가 발간한 2011년 사법연감에 따르면 1심 형사공판사건에서 구속기소된 피고인이 2006년 4만6275명에서 2010년 3만1015명으로 감소하였고, 구속인원수를 접수 인원수로 나눈 비율인 구속인원 비율은 2006년 20.3%에서 2007년 16.9%, 2008년 14.4%, 2009년 14.0%, 2010년 11.8%로 감소되었다고 함. 전체 형사사건 중 노동형사사건에 대한 신체구속율은 확인되지 아니함.

---

2) 또한 공사는 노조 집행부 전원을 포함한 노조간부 195명에 대하여 해임, 파면 등 배제징계를 단행하였고 11,563명에 대하여 징계조치를 강행하고 189명을 업무방해죄로 고소하였으며, 224명의 노조간부를 상대로 96억원의 손해배상소송을 제기하는 등 사상 유례가 없는 탄압을 가하고 있음.

(2)구속영장을 청구할 때 피의자신문수속 (한국형사소송법 201조 2)로 인해 구속영장기각율은 약25%(일본에서는 약2%)라고 하는데 노동형사사건의 경우 구속영장기각율은 어느 정도입니까?

전국지방법원의 구속영장 발부율은 2007년 76.2%, 2008년 75.5%, 2009년 74.9%, 2010년 75.8%임. 반면 압수수색영장 발부율은 2009년 98.5%임.<sup>3)</sup>

○ '11.1-7월 구속영장 신청 발부 및 미발부율

구 분	2011.1-7월				
	영장신청	발부	발부율(%)	미발부	미발부율(%)
계	21,329	15,806	74.1	5,523	25.9
서울청	5,102	3,666	71.9	1,436	28.1
부산청	1,625	1,249	76.9	376	23.1
대구청	766	609	79.5	157	20.5
인천청	937	706	75.3	231	24.7
광주청	643	478	74.3	165	25.7
대전청	713	531	74.5	182	25.5
울산청	570	373	65.4	197	34.6
경기청	4,003	2,922	73.0	1,081	27.0
강원청	631	449	71.2	182	28.8
충북청	745	550	73.8	195	26.2
충남청	873	666	76.3	207	23.7
전북청	603	478	79.3	125	20.7
전남청	1,221	933	76.4	288	23.6
경북청	1,172	899	76.7	273	23.3
경남청	1,569	1,174	74.8	395	25.2
제주청	156	123	78.8	33	21.2

[자료출처 : 경찰청]

(3)구속영장 청구할 때, 검사가 법원에 제출한 자료들 중에 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소/고발장, 피의자진술을 기재한 서류, 피의자가 제출한 서류를 변호인이 열람할 수 있다(한국형사소송규칙 96조 21)고 하는데, 실제로 열람제도는 이용되어 있습니까?

열람제도는 이용되고 있으나 영장실질심사를 준비하는 시간은 촉박한 반면 수사기록에 대한 복사가 허용되지 않으므로 충분한 피의자 방어권 행사가 어려움. 검사의 구속영장 청구시기는 체포시점에 따라 달라지나 통상 오후 4~6시 경이고 늦으면 밤 10시를 전후에서 영장청구

3) 법무부와 대법원에 관련자료의 사실조회를 하였으나 관련 자료회신이 없어 노동형사사건의 영장발부율은 확인 되지 않습니다.



를 하기도 함. 영장실질심사는 다음날 오전 10시~11시, 또는 오후 2시경에 법원에서 진행됨. 우선 구속영장청구서를 열람·복사하여 피의자 접견하고, 필요시 법원 영장계에서 수사기록에 대해 열람함. 열람한 내용을 토대로 다시 피의자로부터 확인이 필요한 사항이 있을 경우 재차 피의자 접견이 필요하다. 시간적으 하계로 인하여 재차 접견은 거의 어려운 구속영장청

: 피의자 접견 자료, 고소·고발장, 피의자신문조서, 노동조합이나 동료, 가족 등으로부터 확보된 자료를 통해 구속영장 청구에 대한 의견서 작성 및 자료정리

- 소요되는 시간

: 구속영장이 청구된 시점과 영장실질심사 심문시점에 따라 다소 차이가 있음. 통상적으로 구속영장 대응을 위한 변호인 접견에 3~4시간(이동시간 포함), 자료확보에 2시간, 수사기록 열람에 2시간, 기록 정리에 4~8시간 가량 소요됨.

(5)구속적부 심사수속(형사소송법214조2)에 대해서 법원은 심사에 있어서 수사의 편의는 고려되지 않는다고 들었는데 맞습니까?

형사소송법 제70조에서 ①죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고, ②주거가 없거나, 증거인멸우려 있거나, 도망하거나 도망할 염려가 있는 경우에 구속할 수 있도록 규정하고 있고, 위 구속사유를 심사함에 있어 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하도록 규정하고 있음.

구속을 통한 심리적 압박에 의한 자백강요 및 합의강요, 공범관계 자백 등은 구속영장 심사의 고려대상이 아님. 다만 자백여부나 수사협조 등 범행 후의 정황은 증거인멸우려 내지 도망할 염려의 유무의 판단자료가 됨. 따라서 피의자의 부인이 정당한 방어권에 해당하는지 아니면 증거인멸이나 도망할 우려의 근거로 볼 수 있는지는 수사자료 상 피의자가 죄를 범하였다고 불만한 이유가 어느정도 확실한지 여부에 따라 달리 판단됨. 실무상으로 피의자의 범행부인을 증거인멸 및 도망우려의 근거로 주장하는 것에 대하여는 구속이 자백강요의 수단으로 활용될 수음을 주장하며, 일반적으로 자백강요 내지 수사편의를 이유로 구속할 수 없다는 것 자체는 인정되고 있음.

3. 보석(한국형사소송법 94조 이하)에 대해서

(1)구속적부 심사수속 도입 후, 보석제도의 적용은 어떻게 변했습니까?

1995. 12. 29. 형소법 개정으로 기소전 보석제도(보증금 납입조건부 피의자 석방제도)가 도입되었음.

과거 기소 전에는 구속적부심사제도, 기소 이후에는 보석제도로 양분되어 운영되었으나, 기소전 보석제도의 도입으로 구속이 적법하더라도 일정한 경우(증거인멸우려, 피해자 위해우려)가 아닌 한 보증금 납입을 조건으로 석방을 명할 수 있게 됨. 형식적으로는 주거가 없거나, 도망하거나 도망할 염려가 있어 구속사유가 인정되는 경우에 기소전 보석의 대상이 될

것이나, 실무상으로는 구속사유 전반에 대하여 재검토하여 어느 정도가 구속이 필요한 사유가 인정되나 보증금 납입을 조건으로 석방하더라도 피의자의 재판출석이 담보되는 경우에 인정됨. 제도 도입이후에는 그 적용이 미미하였으나 최근들어 기소전 보석제도가 활용되는 사례들이 발견됨.

**(2)보석에 대한 인용 또는 각하는 어떻게 변했습니까?**

전국 법원 평균 보석허가율은 2007년 46%, 2008년 45%, 2009년 45%, 2010년 1~6월 46%임. 특이점은 보석취소율이 급격히 상승하였는데, 서울중앙지방법원의 경우 2008년 7.4%에서 2009년 15.9%, 2010년 상반기엔 26.7%임.

**(3)보석될 때 어떤 조건이 붙습니까? 예컨대 같은 노동조합원, 회사동료와 접촉내지 면담 금지라는 조건이 붙을 때가 있습니까?**

형사소송법상 증거인멸하지 않겠다는 서약서, 주거제한조치, 피해자나 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족에 대한 위해금지 및 그 주거·직장 접근 금지, 피고인 이외의 자가 작성한 출석보증서, 법원의 허가 없이 출국하지 않겠다는 서약 등을 조건으로 붙일 수 있도록 정하고 있음.

보석시에는 주로 법원이 지정하는 일시, 장소에 출석하고 증거를 인멸하지 않겠다는 서약서, 주거제한조치, 보증금 납입 등을 조건으로 하고 석방 이후 지정조건으로 소환시 반드시 정해진 일시, 장소에 출석할 것, 주거변경시 법원에 신고의무, 출국하거나 3일 이상 여행시 미리 법원에 신고하여 허가를 받을 것, 피해자 등에 대한 생명·신체·재산에 해를 가하는 행위를 하지 아니할 것 등을 부여하고 있음. 간혹 변호인이 작성한 출석보증서 제출을 조건으로 하는 경우도 있음.

피해자 등에 대한 위해금지 및 접근금지를 조건으로 하는 경우는 있으나, 피해자 내지 사건의 목격자 보호 목적이 아닌 노동조합 활동의 차단을 위해 노동조합원, 회사동료와 접촉 내지 면담금지라는 조건을 붙이는 경우는 없고 법적 근거도 없음.

과거 검찰이 법원의 보석허가결정에 대하여 불복하는 경우는 거의 없었으나 최근 들어 노동사건이나 시국사건 등에서 보석결정에 대한 즉시항고를 제기하는 경우가 늘고 있음. 다만 아직까지 즉시항고가 받아들여지는 경우는 거의 없음.

#### 4. 접견교통권에 대해서

(1) 변호인의 피의자 피고인과 접견교통권(한국형사소송법34조)은 어떤 제한도 받지 않을 것 같은데 실례를 알려주십시오.

변호인 또는 변호인이 되려는 자는 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있도록 규정하고 있으며, 변호인의 접견교통권은 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분 또는 법원의 결정으로 제한할 수 없다고 해석됨. 형소법상 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자에 대한 변호인의 접견교통권을 직접적으로 제한하는 규정을 따로 두고 있지 않음. 따라서 시간과 장소에 구애됨이 없이 체포, 구속 피의자 및 피고인에 대한 접견교통권이 인정됨.

대법원은, '형사소송법상 체포 또는 구속은 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자 또는 피고인의 도망이나 증거인멸을 방지하고 출석을 보장하기 위해 이루어지는 것이므로, 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자에 대한 변호인의 접견교통권은 위와 같은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하고, 이러한 한계를 일탈하는 접견교통권의 행사는 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없는 것으로 보아야 할 것이다.'라고 하면서도 '다만, 신체구속을 당한 사람에 대한 변호인의 접견교통권은 헌법상 기본권의 하나로 보장되고 있는 신체구속을 당한 사람이 변호인의 조력을 받을 권리와 표리관계에 있는 것이므로 그 접견교통권의 행사가 위와 같은 한계를 일탈한 것이라고 인정함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상의 기본적 권리로서의 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다.'고 하여 접견교통권의 제한에 신중한 입장임.

변호인이 피의자를 접견할 때 국가정보원 직원이 승낙 없이 사진촬영을 한 것은 접견교통권 침해에 해당한다고 하고, 변호인이 되려는 변호사는 국가정보원에게 변호인이 되려는 의사를 표시함에 있어 국가정보원이 그 의사를 인식하는 데 적당한 방법을 사용하면 되고, 반드시 문서로서 그 의사를 표시하여야 할 필요는 없다고 한 사례, 접견신청일 당일 접견이 이루어지지 않은 것은 접견불허가처분이 해당한다는 사례, 변호인 접견교통 금지상태에서 이루어진 피의자신문조서의 증거능력 부인한 사례 등이 있음.

그러나 접견교통권은 실제 수사기관의 위법·탈법행위로 인하여 언제든지 제약될 가능성이 존재함. 침해 유형으로는 경찰서에서 피의자 접견시 변호사 신원확인을 이유로 정문출입을 일정시간 봉쇄하거나, 노조원들의 경찰서 항의방문을 이유로 변호사의 출입을 막는 경우, 경찰서 내 접견실 미비로 인하여 비밀보장이 어려운 경우, 가시거리 내에서 가청거리 밖에서

지켜볼 수 있으나 경찰이 가청거리 내로 들어오는 경우, 수사진행을 이유로 충분한 피고인 접견시간의 확보를 방해하는 경우, 체포현장에서 전경병력에 의해 고착되어 있는 피의자에 대한 변호인 접견을 막무가내로 거부하는 경우 등이 있음. 이 경우 접견권을 두고 경찰과 변호인간 신경전을 벌이는 경우가 허다함. 간혹 국가배상을 통한 사후적인 책임추궁을 하는 경우도 있음.

**(2) 변호인이 의사로 하여금 진료를 받도록 할 수 있다고 하는데 실태를 알려주십시오**

형소법 제34조에서 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 피고인 또는 피의자를 접견하고 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다고 정하고 있음. 경찰은 병원의 진료가 필요한 피의자 등에 대하여 치료를 받을 수 있는 조치를 취하여야 하나 피의자 등이 요구하여도 병원 진료를 적극적으로 받도록 조치하지 않고 있음. 따라서 물리적 충돌이 발생된 집회시위 등으로 인해 연행이 된 경우 부상자에게 적절한 치료를 받을 수 있도록 하는 것은 변호인 접견에서 중요한 부분임.

심한 부상자가 있는 경찰서에 우선 접견을 실시하고 경찰서 도착 즉시 부상자의 병원치료를 위한 절차를 먼저 진행하고 나서 나머지 피의자들에 대한 접견을 실시함. 적절한 치료가 이루어지지 못함으로 인한 책임추궁의 문제가 있으므로 변호인의 진료 요구시 경찰은 대부분 응하고 있음.

**(3) 변호인이외의 일반인과 피의자 피고인과의 접견금지 물건수수 통신제한 등에 대해서는 한국형사소송법 91조에 규정이 있는데 접견금지결정은 피구속자중에 어느정도의 비율로 내려질 겁니까?4)**

비변호인과의 접견교통권은 피의자 또는 피고인이 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있을 때 금지할 수 있다고 정하고 있음. 피고인에 대한 제한은 법원이 직권으로 하거나 검사의 청구에 의한 법원의 결정으로 하나, 피의자에 대한 접견교통권의 제한은 수사기관의 결정에 의하여 할 수 있도록 되어 있어 자의적인 접견 제한이 이루어지고 있음.

2009년 쌍용자동차 공장점거 농성 이후 체포된 조합원에 대하여 수사기관은 동료 조합원은 물론 가족에 대한 접견금지까지 하였음. 광노현 서울시교육감에 대하여 검찰은 서울시교육청

4) 법무부와 대법원에 관련자료의 사실조회를 하였으나 관련 자료회신이 없어 접견금지결정의 비율은 확인되지 않습니다.

의 접견을 금지시켰는데, 이는 기소전까지는 교육감으로서의 법적 권한이 있음에도 수사편의를 위해 결재업무 등을 수행하지 못하도록 한 것임.

(4) 의류/양식/의료품 수수를 금지 또는 압수할 수 없다고 되어있는데 실정을 알려주십시오

의류, 양식, 의료품은 경찰서나 구치소에 영치하는 방식으로 체포된 피의자 또는 피고인에게 전달됨. 반면, 미체포 피의자에 대한 의류, 양식, 의료품 전달을 둘러싸고 사안에 따라 경찰과 국가인권위원회의 입장이 상반됨.

(5) 일본에서는 노동형사사건 뿐만아니라 일반사건에서도 기소후에도 접견금지가 계속될 경우가 있는데, 한국에서는 그런 사례가 있습니까? 만약에 있다면, 어떤 경우에 어떤 사유가 고려됩니까?

관련 자료회신이 없어 확인되지 않습니다.

이상