

노동정책연구

연구논문

2004. 제4권 제2호 pp. 69~94

© 한국노동연구원

골프장 경기보조원의 노동법적 지위에 관한 고찰

- 판례와 행정해석 분석 및 입법적 해결을 위한 제언 -

장의성*

골프장 경기보조원(이하에서는 편의상 ‘캐디’라 함)에 관한 가장 큰 문제는 “대법원 판례가 캐디의 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라고 함)상의 근로자성을 인정하지만 근로기준법상 근로자로 인정하지 않는다”는 이유로 현장에서는 골프장측이 근로자 대우를 하지 않으려는 경향이 있다는 점이다.

상기와 같은 대법원의 태도에 비해 종전 노동부(2003년 6월13일 이전)는 캐디의 근로기준법상 근로자성 여부를 판단함에 있어 개별 사안별로 사용자와 노동자간의 사용종속관계의 정도, 즉 인적 종속성의 정도에 따라 인적 종속성의 비중이 크면 근로기준법상 근로자로 보았다.

이와 같은 행정해석을 노동부가 견지해 온 이유는 “대법원이 근로기준법상 근로자인지 여부를 직업군(群)으로 판단하는 것이 아니라 사업장별로 사용자와 노동제공자의 사용종속관계의 정도에 따라 판단하고 있다”는 전제를 기초로 하고 있었던 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고 대법원이 인적 종속성이 강한 캐디에 대해서도 일관성 있게 근로기준법상 근로자로서의 지위를 부정(대판2002도601, 2002.6.28)하자, 노동부도 2003년 6월에 “캐디는 대법원을 비롯 법원에서 근로기준법상 근로자성을 일관되게 부인하므로, 근로기준법상 사용종속관계의 판단지표를 고려할 것도 없이, 근로기준법상 근로자가 아니다”라고 행정해석을 변경하였다.

필자는 이와 같은 상황에서 캐디에 대해 해석론이나 판례로 앞으로도 계속해서 근로기준법상 근로자인지 아닌지를 판단한다는 것은 의미없는 일이라고 보고 입법적 해결의 필요성을 주장한다. 왜냐하면 대법원의 입장은 “캐디에 관한 한 직업군 전체가 근로기준법상 근로자가 아니다”라고 밝히고 있어 사용종속관계 기준에 입각한, 더 이상의 개별 사안별 판단을 기대하지 못하기 때문이다.

투고일: 2004년 3월 29일, 심사의뢰일: 5월 17일, 심사완료일: 6월 7일

* 노동부 부이사관, 고려대학교 법과대학 박사과정(dam408@hanmail.net)

이에 반해 필자는 캐디의 경우 노무제공 내용의 본질상 근로기준법상 근로자에 가깝다고 생각한다. 따라서 필자는 캐디의 경우 근로기준법상 제61조 대상업종 근로자로 신규로 규정하되 동 조항의 적용을 소급하지 않고 개정법 시행 시기로 하는 것이 바람직한 입법적 해결방안이라고 주장한다.

핵심용어 : 골프장 경기보조원(캐디), 노동법적 지위, 근로기준법상 근로자, 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자, 사용종속관계

I. 들어가며

최근 들어 고용형태가 다양화되면서 특수형태근로종사자의 노동법적 지위, 특히 근로기준법상의 근로자성과 집단적 노사관계법상의 지위가 크게 논란이 되고 있다. 이들 특수형태근로종사자는 한편으로는 회사와의 사용종속관계가 일반 근로자와는 다르다는 점, 특히 계약 체결의 내용이 성과에 따른 보수를 지급받는 등 자영인으로서의 요소를 가짐과 동시에 전형적인 자영인과는 달리 어느 정도의 사용종속관계를 인정할 수 있는 요소들도 있어 이들이 근로자인지 자영인인지가 다투어지고 있다.

이와 같이 이해관계 당사자들이 근로자성 여부를 두고 첨예하게 다투고 있는 이유는 근로자성이 인정된다면 노동법의 전면적 보호를 받게 되고, 그렇지 않은 경우는 자영인으로서 노동법의 보호 밖에서 일반 사법상의 지위를 갖게 될 뿐이기 때문이다.

따라서 특수형태근로종사자들은 근로자성을 인정받아 각종 노동법의 보호를 받으려고 하는 반면, 제공노무 이용자로서의 사용자는 근로자성 인정으로 소요될 비용 부담과 집단적 행동의 우려 때문에 근로자성을 인정하지 않으려 한다.

법적으로 볼 때 이와 같은 갈등의 주원인은 현행 법체계가 노동법 적용의 전제조건으로서 근로자일 것을 요구한다는 점, 즉 근로자성 여부가 노동법 적용의 선결 문제가 된다는 데 있다.²⁾

1) 강문대, 「골프장 캐디에 대한 행정법원 판결에 대한 검토」, 워킹보이스인터넷판 1면, 2004에서는 “최근 이 문제가 첨예한 대립의 양상을 띄면서 제기되는 것은 이 문제의 이해당사자의 입장에서 볼 때 이 싸움에서 승리하느냐 그렇지 못 하느냐에 따라 얻는 것과 잃는 것이 너무나 많이 차이가 나기 때문이다. 근로자 입장에서 볼 때 이 싸움에서 승리한다면, 고용의 안정을 확보할 수 있을 뿐만 아니라 각종 수당 및 퇴직금 수령의 혜택을 볼 수 있고, 최소한 노조를 조직하여 사용자와 대등한 입장에서 교섭할 수 있게 된다. 만약 이 싸움에서 패한다면 이와 같은 것들을 전혀 보장받을 수 없게 된다. 그것은 사용자의 입장에서 정반대의 위치에서 마 찬가지이다”라고 견해를 피력하고 있다.

현재 우리나라에서 논란이 일고 있는 특수형태근로종사자의 유형으로는 보험설계사, 학습지 상담교육교사, 레미콘 차주 겸 운송기사와 골프장 경기보조원(이하에서는 편의상 ‘캐디’라 함) 등이 있다.

그러나 이들 유형은 노동조합과 같은 조직화된 그룹이고, 이들 조직을 통해 요구사항을 관철하기 위하여 집단적 행동을 보여 사회적으로 이슈화되어 있기 때문에 문제가 될 뿐 조직화되어 있지 않은 특수형태근로종사자도 상당수 존재하며 앞으로도 계속해서 발생할 것이다.

이하에서는 우리 사회에서 문제되고 있는 특수형태근로종사자 중 캐디의 노동법상 문제점을 집중적으로 살펴보고자 한다.

즉 캐디의 경우는 ① 사업장마다 지휘감독이 다르고 관리규정의 작성과 적용이 상이하여 캐디의 근로자성에 대한 통일적 처리가 어렵다는 점, ② 노동조합이 있는 경우에도 출장정지 등의 제재조치 등 부당해고나 부당노동행위의 소지가 있는 사업장이 존재한다는 점, ③ 캐디의 근로기준법상의 근로자성을 부인하는 판례와 행정해석은 어느 정도 일관성을 유지하고 있으면서도, 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 함)상의 근로자성에 대해서는 법 적용상의 일관성이 없기 때문에 사용자측은 ‘사용종속관계는 집단법이나 개별법에서 동일하게 판단되어야 한다는 점’에서 노동조합법상의 근로자성마저 부인하려고 한다는 점, ④ 노동조합이 있는 경우 캐디에 대한 지휘통제, 감독이 완화된다는 점, ⑤ 진정자영인과 위장자영인의 영역이 혼재되어 있고 일부 사업장의 경우 형식은 진정자영인을 취하면서 실질은 지휘감독권을 행사하는 경우가 있다는 점, ⑥ 캐디의 경우는 골프장이나 내장객과의 어떤 계약서도 체결하지 않으며, 내장객으로부터 캐디피를 받는다는 점이 골프장과의 근로관계를 부인하는 주된 논거로 사용된다는 점, ⑦ 캐디의 존재가 골프장의 수입에 직결되어 노캐디 시스템은 골프장 사업이 독과점의 형태를 취하는 한 일부 회사 및 내장객의 의견(캐디는 있어도 그만, 없어도 그만이며, 근로자성이 인정되면 노캐디로 전환할 것이고 이로 인해 실직자가 늘어날 것)이 될 수 있으나 대부분 회사의 입장이 아니라는 점, ⑧ 회원 제도의 경우 회원과 캐디의 관계 설정이 불분명하다³⁾는 점, ⑨ 노동조합이 없는 경우 캐디에 대한 대우를 잘해주고 대신 노조나 집단활동을 인정 안 하는 골프장도 있다는 점, ⑩ 핵심적 요구사항(성희롱을 포

2) 정인수·김영문, 「4개 직종 검토보고서」, 노사정위원회특수형태근로종사자특별위원회, 2004.3, 107쪽 참조.
 3) 정인수·김영문, 앞의 논문 110쪽 중 “유성CC의 경우 운영위원회에 의해 단체협약 무효확인의 소송이 제기되어 있다는 것은 회원·골프장·캐디 간의 관계가 불분명하다는 것을 의미하는 것”이라고 주장한다.

함한 경기과 직원, 고객 등에 의한 비인격적 대우, 과도한 징계권, 정년제의 보장, 산재 내지 직업병의 보호, 4대 사회보험의 적용, 노동조합의 인정, 단체교섭의 수용, 무보수 노력 동원, 고용안정 내지 해고보호, 캐디의 카트 사고시의 손해배상, 퇴직금 등이 지역 별로, 노조가 있는 경우와 그렇지 않는 경우가 다르다는 점이 문제점이라고 할 수 있다.

그러나 캐디에 관한 가장 큰 문제는 대법원 판례가 캐디의 노동조합법상의 근로자성을 인정한 바가 있음에도 근로기준법상 근로자로 인정하지는 않았다는 이유로 현장에서 골프장측이 근로자 대우를 하지 않으려는 경향이 있다는 점이다.

따라서 이를 토대로 노동조합을 조직하여 활동하고 있는 사업장의 경우는 집단법상의 근로자성 인정 문제를 떠나, 근로기준법상 근로자가 아니기 때문에, 즉 자영업인에 준하는 관계로 근로자 대우를 하지 않아도 노동법적으로 문제가 되지 않는지, 노동조합이 없는 사업장의 경우는 종래 제공하는 노무급부 형태는 변하지 않았는데 법률 적용 실무에서 근로기준법상 근로자성을 부정하기 때문에 노동조합이 설립되기 전까지는 근로자 대우를 부정해도 되는지가 현안 문제로 대두되고 있다.

이하에서는 골프장 캐디의 근로자성 판단 문제에 대한 법원과 노동부의 견해를 살펴본 다음, 이 문제가 왜 입법론적 해결이 바람직한가를 생각해 보고자 한다.

II. 대법원 판례에 대한 분석

지금까지 캐디의 근로자성 판단에 관해서는 대법원의 대표적인 두 가지 판례⁴⁾가 있다. 하나는 노동조합법상 근로자로 인정한 유성CC사건⁵⁾ (이하 ‘①판례’이라 함)이고, 또 다른 하나는 근로기준법상 근로자를 부인한 양주CC사건⁶⁾ (이하 ‘②판례’라고 함)이다. 두 판례의 논거를 상호 비교해 보면 대법원의 캐디에 대한 관점이 어떻게 변모했는지도 알 수 있다.

필자의 이와 같은 비교분석 방법에 대해 이의를 제기할 수도 있다. 즉 캐디가 노동조합법상 근로자라는 것과, 근로기준법상 근로자가 아니라는 것은 집단적 근로관계적 보호냐, 개별적 근로관계적 보호냐 하는 법익 자체가 다르고, 양 법상 근로자성을 판단하

4) 이 밖에도 대판 2002도601, 2002.6.28이 있으나 동 판례는 부산지법 2001노2542, 2002.1.15 판결(골프장 캐디는 근로기준법상 근로자로 볼 수 없다는 판결)의 확정판결일 뿐이다.

5) 대판 90누1731, 1993.5.25.

6) 대판 95누13432, 1996.7.30.

는 기준 자체가 다르기 때문에 직접적인 논거의 비교분석은 적절치 않다는 지적이다.

그러나 캐디의 노무제공 형태나 사용자의 지휘·감독 형태의 변천이 거의 없는 상태에서 동일한 노무 형태에 대해 ‘사용종속관계’라는 하나의 기준을 가지고 결론에 있어 달리 판단하였기 때문에 이와 같은 비교도 의의가 있다고 본다.

이하에서는 ①판례와 ②판례의 논거의 비교를 통해 대법원 재판부 시각을 정밀하게 분석해 보기로 하자

1. 근로계약(고용계약관계) 존재 여부

①판례에서는 “캐디가 소외회사에 의하여 소외회사의 골프장 캐디로 선발·채용될 때에는 캐디와 소외회사 사이에 캐디는 소외회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무제공을 하기로 하고 그 대가로 소외회사로부터 캐디피로서 1경기당 일정한 금액인 금 5,000원을 지급받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고, 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근사하다고 보이므로”라고 하여 고용계약관계의 존재를 인정하였다.

그러나 ②판례에서는 “캐디는 골프장 시설운영자인 참가인과 사이에 근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있지 아니하고 있고”라고 하여 ‘노무공급계약의 부존재’를 근로자 불인정 요소의 하나로 지적하였다.

여기서 간과해서는 안 될 점은 두 판례 모두 원론적인 면에서는 “계약의 형식에는 관계없이 그 실질에 있어 사용종속관계가 인정되면 근로자로 볼 수 있다”고 전제로 하고 있다는 것이다.

그런데 ①판례에서는 “타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다”고 하여 노무공급의 형식상 요건이 중요하지 않다는 점을 분명히 천명하고 있다. 심지어는 ‘위임, 무명계약’이란 표현까지 써 가면서 폭넓은 노무공급 형태를 인정하고 있다.

그러나 ②판례에서는 “그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어”라고 하여, 형식을 따지지 않는 듯하면서도 노무공급계약 형태를 ‘근로계약, 고용계약, 도급계약 등’으로 제한하는 듯한 인상을 주면서, 각론에서는 앞서 설명한 바와 같이 형식상 서면에 의한 ‘노무공급계약의 부존재’를 적시하고 있다.

2. 캐디피의 임금성 여부

①판례에서는 “캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 ‘기타 이에 준하는 수입’으로 못 볼 바도 아니라고 보여지는 점”이라고 하여 캐디를 노동조합법상 근로자로 보는 데 문제가 없음을 밝히고 있다.

②판례에서는 “내장객으로부터 직접 캐디피라는 명목으로 봉사료만을 수령하고 있을 뿐 참가인과 같은 골프장 시설운영자로부터는 어떠한 금품도 받지 아니하고”라고 하면서 “캐디가 내장객으로부터 자신의 용역 제공의 대가인 캐디피를 받지 못한 경우에도 골프장측에 캐디피의 지급을 청구할 수 있는 것은 아니라 할 것이다”라는 해석으로 캐디피의 임금성을 부인하고 있다.

이러니컬하게도 캐디피는 원래 내장객이 그린피를 낼 때 함께 입금시킨 캐디피를 골프장측에서 캐디에게 전달하였었다. 그러나 ①판례의 사건이 법원에 제기된 이후 캐디피는 내장객이 직접 캐디에게 지급하는 방식으로 전환되었다는 사실이다.

다만 ①판례의 판결문에서도 “캐디피의 지급방법을 내장객이 캐디에게 직접 지급하는 방법으로 변경하였다고 해도 캐디피의 지급 의무가 있는 것으로 보이는 소외회사가 소외회사의 골프장에서 경기에 임하려면 어차피 캐디피를 지불해야만 할 입장에 있는 내장객으로부터 캐디피를 수령한 것으로 하고 그 대신 내장객에게 캐디에 대한 캐디피의 지급을 위임한 것으로 보아야 할 것이므로 지급방법 변경으로 캐디피의 지급 주체가 달라진다고 볼 수는 없을 것이다”라고 판시한 바 있다.

그럼에도 불구하고 ②판례에 와서는 “내장객으로부터 캐디피를 직접 수령한다는 이유”로 캐디피의 임금성을 부인하고 있다.

3. 전속성 여부

①판례에서는 “캐디의 업무의 성질이나 소외회사에 의하여 근무시간 등이 정해져 있고, 매일 출근하여야 하는 관계상 다른 회사에의 취업이 사실상 곤란하여 캐디들은 소외회사에 거의 전속되어 있다고 보여지는 점”이라고 하여 캐디와 골프장측 사이에 종속적 노동관계를 인정한 바 있다.

②판례에서는 “캐디의 경우 순번의 정함은 있으나 근로시간의 정함이 없어 자신의 용역 제공을 마친 후에는 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고”라고 하면서, “근로시간의 정함이 없는 까닭에 캐디가 자신의 용역 제공을 마치는 시간은 오로지 내장객의 경기

속도에 좌우될 수밖에 없다”고 판시하여 전속성을 부인하고 있다.

4. 제재의 법적 성격

①판례에서는 골프장측이 “캐디마스터 등 소외회사측의 업무 지시나 결정에 위반하거나, 무단결근 등의 경우에는 벌칙으로서 캐디들의 수입에 결정적인 타격을 주는 일정기간 근무 정지나 배치 거부 등의 제재를 가하고 있고, 소외회사측에 의하여 지명된 캐디 조장에 의하여 캐디를 통제하고 있는 점” 등을 들어 캐디에 대해 제재·통제를 가하고 있다고 본다.

②판례에서는 “캐디를 관리하는 참가인의 직원인 캐디마스터의 지휘·감독은 캐디의 업무 내용이나 업무 수행방법에 관한 구체적이고 직접적인 지휘·감독이 아니고 그 시설을 이용하여 용역을 제공하는 캐디를 관리하기 위하여 경기수칙을 교육하고 내장객에 대한 예절 등을 준수하도록 독려하는 것에 불과”하다고 하면서, “캐디가 내장객에 대한 경기보조 업무 수행을 해태하여도 그 용역을 제공하는 순번이 맨 끝으로 배정되는 등의 사실상 불이익을 받고 있을 뿐”이며, “이와 같은 불이익은 캐디의 용역 제공을 알선하는 골프장측의 입장에서는 불가피한 조치”라고 하면서 사용종속관계를 부인하고 있다.

즉 현실적으로 일어나고 있는 제재를 ‘사실상 불이익’이라 하면서 제재로서의 성격을 인정하지 않고 있다.

5. 휴업수당 지급, 근로소득세 원천징수 여부

①판례에서는 근로기준법상 휴업수당 지급 여부나 근로소득세 납부 또는 원천징수 여부 등에 관해 언급이 없었다⁷⁾.

그러나 ②판례에서는 “캐디가 내장객의 감소 등으로 인하여 예정된 순번에 자신의 귀책사유 없이 용역 제공을 할 수 없게 되더라도 참가인이 캐디피에 상응하는 금품이나 근로기준법 소정의 휴업수당을 전혀 지급하고 있지 아니하며”라고 하면서, “캐디는 근로소득세를 납부하고 있지 않고, 참가인도 캐디가 받는 캐디피에 대하여 근로소득세를 원천징수하고 있지 않으며”라고 하여 ‘휴업수당 미지급, 근로소득세 미납부, 근로소득세 원천징수하지 않음’ 등을 근로기준법상 근로자가 아닌 증거로 보고 있다.

7) ①판례의 하급심판결(서울고법 89구9762, 1990.2.1)에서는 노동조합법상 근로자가 아니라는 논거의 하나로서 “갑근세 원천징수도 하지 않음”을 들었다.

6. 종합 평가

상기 두 판례를 종합적으로 평가해 보면 다음과 같다.

우선 노무공급계약이 존재하느냐의 문제이다. 과연 골프장측과 캐디 사이에 아무런 계약관계가 없는 것인가, 서면에 의한 노무공급계약이 없다고 해서 노무공급계약이 없는 것인가, 노무공급계약이 없다면 누구나 골프장에 와서 캐디일을 할 수 있는 것인가 등을 반문해 볼 때 ②판례는 수긍할 수가 없다.

캐디피를 지급받는 사람이 캐디라는 사실을 가지고 캐디피의 임금성을 부인하는 것도 받아들이기가 곤란하다. 왜냐하면 캐디피 액수 및 수준의 결정에 있어 골프장측이 직·간접적으로 규제하고 있고, 캐디피를 초과하는 금품 수령시 제재를 가하는 등 통제를 감안 할 때, 근로의 대가로서 임금성이 인정된다고 보아야 할 것이다.

캐디의 전속성 문제도 마찬가지로 문제를 제기할 수 있다. 현실에 있어 골프장이란 것이 한 지역에 모여 있는 것이 아니고, 인근 지역에 있다고 하여도 이동시간 등을 고려할 때 오전 라운딩은 A골프장, 오후 라운딩은 B골프장에서 경기보조를 할 수 없음은 자명한 사실이다.

제재의 경우에 있어서도 캐디마스터가 캐디에 대한 교육을 시키고 캐디가 잘못을 했을 경우 불이익 취급을 하는 것은 직접적인 지휘·감독이라고 보아야 한다. 즉 이때의 캐디마스터의 역할은 일반 회사에서 부서장을 통해 지휘·감독을 하는 것과 다름이 없는 것이다.

또한 근로기준법상 근로자로서 휴업수당 지급은 근로기준법상 사용자와 근로자 사이에 사용종속관계가 있으면 당연히 사용자가 지켜야 할 법상 의무의 문제이지, 이를 통해 사용종속관계가 있거나 또는 없음을 반증하는 증거가 아니라는 점이다. 특히 휴업수당 지급 여부 결정이나 실제 지급에 있어 사용자에게 주도권이 있고, 사용자가 이를 이행하지 않음을 사용종속관계의 존재 증거로 거론한다는 것은 본말이 전도된 것이다.

‘근로소득세 납부 또는 원천징수’의 문제도 비록 세법상의 문제이기는 하지만 근로자로 인정되면 당연히 납부하는 것인데, 근로자로 인정하기 싫어 원천징수를 하지 않는 사용자 책임이 더 큰 것이라고 생각한다. 즉 근로소득세에 관한 사용자의 부작위가 근로기준법상 근로자로서의 성립을 부인하는 논거가 된다면 이 또한 원인과 결과가 뒤바뀐 것이라고밖에 볼 수 없다.

이와 같은 내용을 종합적으로 볼 때, 캐디의 근로기준법상 근로자성을 부인하고 있는 대법원의 태도가 최근 급변하고 있는 노동시장의 실태를 제대로 반영하고 있는지에 대

해서 회의적으로 보는 시각이 많다. 즉 대법원의 견해는 근로기준법상 근로자 개념을 지나치게 형식적으로 판단하여 근로자의 범위를 지나치게 협소하게 인정하고 있는 결과, 최근 속출하고 있는 새로운 형태의 근로관계를 포괄하기에는 한계가 많다고 보는 시각⁸⁾이 그것이다.

이러한 비판적 시각도 충분히 경청할 만한 가치가 있다고 생각한다.

필자는 골프장측에서 캐디의 근로자성을 인정하지 않기 위해, 즉 노동법적 보호를 회피하기 위해 골프장측이 외형적으로 취하는 행동들, 예를 들면 ① 노무관리 대리인(캐디 마스터 등 활용)을 내세우거나 ② 명시적인 고용계약을 꺼려 하거나 ③ 캐디피를 손님으로 하여금 직접 지급하도록 하는 조치(근로의 대상을 간접적으로 지급) ④ 갑근세를 납부하지 않음 등에 대해 ②의 판례가 너무 관대한 모습을 보이고 있지 않는가 하는 점을 지적하고자 한다.

다시 말하면 ②판례는 캐디의 입장에서 불리한 점을 부각시켜 판결을 내렸고, 오히려 캐디에게 유리한 요소 ① 업무의 내용이 골프장측에 의해 정해진다는 점, ② 골프장측에 의하여 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는다는 점, ③ 근로자 스스로가 제 3자를 고용하여 업무를 대행하게 할 수 없다는 점, ④ 비품이나 작업도구 등이 골프장측의 소유였다는 점, ⑤ 근무시간이 골프장측에 의해 일정한 방식으로 지정된다는 점, ⑥ 캐디들이 스스로 거래처를 개발하거나 고객 유치를 위해 노력하지 않는 점은 전혀 없는 점 등의 요소는 간과하거나 중요한 요소로 고려하지 않았다는 점이다.

결론적으로, 유성CC사건을 판시한 대법원 재판부는 골프장과 캐디 사이의 사용종속 관계를 분명히 인정하고 있다.

반면, 그로부터 3년여 뒤인 양주CC사건을 판시한 대법원 재판부는 골프장과 캐디 사이의 사용종속관계를 분명히 부인하고 있다.

그런데 두 가지 판례 모두가 사용종속관계를 기준으로 구체적 판단 지표를 가지고 판단하면서 그 판단 지표들이 어떠한 비중을 갖고 있는지, 그들 상호간의 관계는 어떠한지를 가리지 않고 그때그때마다 비중을 달리하는 방식으로 판단하였다는 것이다.

특히 아쉬운 점은 ②판례는 그동안 근로기준법상 근로자성 판단에 있어 구체적 지표로 잘 사용하지 않던 지표, 예를 들면 근로소득세 납부와 원천징수 여부, 근로기준법상

8) 강문대, 앞의 논문, 3쪽 참조. 이러한 관점에서 볼 때 대법원의 견해는 다음과 같은 문제를 제기한다고 한다. ① 전통적인 지휘명령성 내지 사용종속성의 요소를 지나치게 많이 고려함으로써 근로자성을 결정할 때 중요하게 고려되어야 하는 반대의 측면, 즉 노무공급자의 사용자성에 대한 고려가 상대적으로 적다는 점 ② 지휘명령성의 요소를 고려함에 있어서는 고전적·전통적 의미에서 파악하고 있다는 점 ③ 실질적 징표와 형식적 징표를 구별하지 않아 그 중요성 판단이 제대로 되지 않는 점을 들고 있다.

휴업수당 지급 여부 등을 활용해서 근로자성을 부인하는 논거로 활용하고 있다는 점이다.

필자의 생각으로는 양주CC사건을 판시한 대법원 재판부는 근로기준법상 근로자로 판결할 경우 전국의 모든 골프장에서 제기될 퇴직금청구소송 및 법정수당청구소송 등을 염려한 것이 아닌가 생각된다.

이로 인해 골프장이 전부 망할지도 모른다는 현실적 고려가 사용종속관계 불인정 논거의 저변에 깔려 있는 것이 아닌가 생각된다.

Ⅲ. 노동부 행정해석에 대한 분석

1. 근로기준법상 근로자성에 대한 노동부 견해⁹⁾

가. 종전 행정해석의 입장

사용종속관계와 근로의 대가로서 임금을 지급받고 있는지 여부를 가지고 개별 사례 별로 판단하여 일부 캐디에 대하여 근로기준법상 근로자로 인정하였다. 구체적인 인정 사례¹⁰⁾로서는 PSCC사건(근기 68207-2077, 1999. 8.24), ○○CC사건(근기 68207-1451, 2000. 5.13), BCC사건(근기 68207-1448, 2000. 5.13) 등을 들 수 있다.

노동부는 캐디의 근로기준법상 근로자 여부를 행정해석함에 있어 사용종속관계 측면에서는 근무규정(일명 ‘자율수칙’)을 취업규칙으로 보고 불성실 근무에 대해 회사가 제재하는지 등에 중점을 두어 판단하였으며, 캐디피의 임금성 여부는 회사가 캐디피의 수준을 직접 결정하거나 규정된 캐디피 초과시 제재를 가하는 등 직·간접적 관여 여부를 중점적으로 보았다고 설명하고 있다.

나. 노동부의 행정해석 변경 이유

상기와 같이 구체적인 사실관계를 토대로 캐디의 근로기준법상 근로자성을 판단하던 노동부는 2003년 4월과 6월 두 차례에 걸쳐 입장정리 행정해석을 하게 된다. 즉, 캐디를

9) 장의성·조재정, 『최신근로기준법 노동부 행정해석모음』, (주)중앙경제, 115~117쪽에서 인용.

10) 또한 노동부는 캐디를 근로기준법상 근로자로서 인정하지 않은 사례도 있는데, 구체적인 불인정 사례로서는 HHCC사건(근기 68207-1450, 2000.5.13), HYCC사건(근기 68207-1449, 2000. 5.13) 등을 들 수 있다.

근로기준법상 근로자로서 인정하지 않는다는 것이다.

그렇게 변경하게 된 이유로서는 캐디에 대해 법원에서 일관되게 근로기준법상 근로자성을 부정함으로써 더 이상 노동부의 해석과 판단 기준을 유지하기 어렵게 되었다는 것이다.

최근 행정법원에서도 근로자성 여부가 다투어지고 있으나 당사자 사이에 질서유지를 비롯한 기타의 사유로 다소간의 제약이 가해지는 관계가 있는 점을 인정하면서도 캐디가 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자로 볼 수 없다고 일관되게 부인¹¹⁾하는 점도 고려되었다고 한다.

특히 그동안 행정해석에서 캐디에 대해 근로자로 인정한 사업장 중 가장 사용종속성이 높다고 보여지는 PSCC사건¹²⁾조차 대법원이 근로기준법상 근로자성을 부정한 점도 노동부 행정해석 변경의 아주 주요한 이유라고 할 수 있다.

〈표 1〉 PSCC의 사례

경기보조원 모집	○ 회사측이 모집광고(서류 및 면접)→20일 교육 실시
자율수칙 제정, 내용, 위반시 제재 여부	○ 캐디의 업무준칙은 회사에서 제정 - 소정교육 이수 의무 - 회사 주관 점호 참석 의무 - 규정복장 착용 의무 - 근무태만, 무단결근, 규정 봉사료 초과요구 등 불성실 근무시 제재사항 규정 · 경미한 사항→경기과 · 중대한 사항→이사장에게 보고 후 처리
캐디피의 결정 및 고정급여 유무	○ 캐디피 : 주변 골프장 및 협회의 권장에 의거 결정(추가 캐디피 요구시 제재 가함) ○ 고정급여 : 없음
관리감독 유무	○ 회사측이 제정한 업무준칙에 의거 제재 및 교육 등의 의무가 부여됨.

11) 캐디에 대해 최근 행정법원의 근로기준법상 근로자성을 부인한 사례로는 G컨트리클럽사건(서울행법 2002구30598, 2001.8.21.), HY컨트리클럽사건(서울행법 2001구20079, 2001.11.2 및 2001구19932), D관광개발사건(서울행법 2001구33013, 2002.2.7)

12) 근기 68207-2077, 1999.8.24.

다. 노동부의 현재 입장

노동부는 캐디에 대해 개별 사안별로 근로기준법상 근로자인지 여부를 판단하는 것 자체를 포기한 듯하다. 즉 ○○골프장 캐디사건¹³⁾에서 앞 부분에 근로기준법 근로자로서 사용종속관계를 판단하는 일반적인 지표를 나열한 다음, 해당 사례의 사실관계가 그 지표에 해당되는지를 판단하지 않았다. 그 대신 “구체적인 사실관계는 불분명하나 근로 형태 등에 있어 동 사업장과 유사한 캐디에 대하여 법원에서 일관되게 근로자성을 부정하고 있는 점에 비추어 볼 때 근로기준법상 근로자로 인정하기 어렵다”는 해석을 하고 있다.

이는 캐디에 관한 한, 구체적인 사실관계에 입각하여 사용종속관계의 구체적 지표에 해당되는지 여부를 따질 필요 없이, 법원의 입장을 무조건 수용한다고 밝힌 것이다.

이와 같이 노동부는 캐디에 관한 한 법해석으로 근로기준법상 근로자로 인정하기는 곤란하다고 인지¹⁴⁾한 듯하다.

2. 노동조합법상 근로자성에 대한 노동부 견해

가. 종전의 행정해석 입장

노동부는 1993년도 대법원 판결의 입장을 수용, 캐디와 사용자 사이에 종속적 근로관계가 인정되는 경우 노동조합법상의 근로자성을 인정하여 왔다.

그 논거로는 “캐디의 채용·근로제공 및 근태관리 등이 사용자에 의하여 결정되는 등 캐디와 사용자와의 사이에 종속적인 근로관계가 있고 근로제공의 대가로 사용자가 임의로 정한 봉사료를 내장객으로부터 제공받기로 묵시적인 약정이 있는 경우라면 캐디를 노조법상 근로자로 보는 것이 타당¹⁵⁾”하다는 것이다.

이와 같은 행정해석에 따라 노동조합이 설립되었는데 유성컨트리클럽노조(1999.6.25, 대전유성구청), 대둔산컨트리클럽노조(1999.12.20, 금산군청) 등이 그 대표적인 예이다.

나. 최근의 입장

2003년 12월 노동부는 종래의 근무방식 및 대법원 입장이 변경되지 않은 점을 감안하

13) 근기 68207-418, 2003.4.8.

14) 이와 같은 견지에서 보면 캐디에 대해 근로기준법상 근로자로서의 보호를 하려면 입법적으로 구체적인 명문규정을 두어 해결하지 않으면 안 된다는 주장을 할 수 있게 된다.

15) 노조 01254-354, 1998.6.10.

여, 노조법상의 근로자성을 인정하였다.

즉 최근 행정해석¹⁶⁾을 통해 “현재까지 캐디를 노조법상 근로자로 인정한 1993년도 대법원 판결이 변경된 바도 없으므로 PCC캐디에 대하여도 달리 볼 사정이 없는 한 이와 같은 기준에 따라 노조법상의 근로자로 인정할 수 있을 것으로 사료된다”고 한 바 있다.

3. 종합 평가

노동부는 골프장 캐디에 대해 근로기준법상으로 근로자로 볼 수 없으나, 노동조합법상 근로자로는 볼 수 있다는 것이 2004년 현재의 입장인 것으로 판단된다.

그러나 여기서 근로기준법상 근로자성 여부에 관해 노동부 행정해석에 대한 재평가를 해보아야 한다고 생각한다.

종전 노동부(2003년 6월 13일 이전)는 골프장 캐디의 근로기준법상 근로자성 여부를 판단함에 있어 사용종속관계의 정도, 즉 인적 종속성의 정도에 따라 인적 종속성의 비중이 크면 클수록 근로기준법상 근로자로 보았다.

그러나 상대적으로 인적 종속성은 옅되, 경제적 종속성이 강한 경우에는 근로기준법상 근로자로 볼 수 없다고 해석하고 있었다.

이는 대법원 판례와 정면으로 배치되는 것 같지만, 반드시 그렇다고 볼 수 없다. 왜냐하면 대법원은 근로기준법상 근로자에 해당되는지 여부는 ① 계약의 형식 불문 ② 실질적인 사용종속관계 ③ 임금을 목적으로 하였는지 여부 등을 사용종속관계의 일반적인 판단 지표, 즉 ㉠ 업무내용의 사용자 지정성 여부 ㉡ 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받는지 여부 ㉢ 업무수행 과정에서 사용자의 구체적·직접적 지휘감독성 여부 ㉣ 사용자에 의한 근무시간과 장소의 구속성 여부 ㉤ 제3자 업무대체성 여부 ㉦ 비품·원자재·작업도구 등 소유관계 ㉧ 보수에 관한 사항(보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부, 기본급·고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부) ㉨ 근로제공관계 계속성과 사용자에의 전속성 유무와 정도 ㉩ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부 ㉪ 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판시하고 있다.

다시 말하면, 대법원은 근로기준법상 근로자인지 여부를 직업군(群)으로 판단하는 것이 아니라 사업장별로 사용자와 노무제공자의 사용종속관계의 정도에 따라 판단할 수 있음을 밝힌 것이라고 말할 수 있다. 따라서 대법원의 판단 시각을 토대로 노동부의 행

16) 노조 68107-654(2003.12.23).

정해석도 인적 종속성이 강한 경우는 근로기준법상 근로자로, 인적 종속성이 상대적으로 옅거나 경제적 종속성보다 약한 경우는 근로기준법상 근로자가 아닌 것으로 해석하고 있었다.

그럼에도 불구하고 대법원이 골프장 캐디에 대해 예외없이 일관성 있게 근로기준법상 근로자로서의 지위를 부정하자, 노동부도 인적 종속성의 강도와는 무관하게 “골프장 캐디는 대법원을 비롯 법원에서 근로기준법상 근로자성을 일관되게 부인하므로, 근로기준법상 사용종속관계 판단 지표를 고려할 것도 없이, 근로기준법상 근로자가 아니다”라고 해석할 수밖에 없음을 시인하고 있다.

여기서 캐디 문제를 입법적으로 해결할 수밖에 없다고 판단하는 중요한 이유를 필자는 발견하게 된다. 즉 법원이 법해석의 원칙을 사전에 정해 놓았다고 하더라도, 실제 구체적인 사례 적용에 있어서는 그때그때마다 달리 적용하거나, 판단 지표의 비중을 달리 한다면, 추후에는 그러한 여지가 없도록 명문의 규정을 두어 해결하는 것이 바람직하다는 의미이다.

IV. 종합적 고찰과 입법적 제언

지금까지 특수형태근로종사자 중 캐디에 대한 법원과 노동부의 근로자성 판단에 대해 알아보았다.

캐디의 근무 실태에 비추어 간과해서는 안 될 사항은 거의 동일한 형태의 일을 하면서도 사업장마다 ① 인적 종속성이 강한 경우 ② 인적 종속성은 약하면서 경제적 종속성이 강한 경우 ③ 인적 종속성과 경제적 종속성의 강도가 분산되어 판단이 모호한 경우 등 다양한 형태의 스펙트럼이 존재한다는 사실이다.

그럼에도 불구하고 이는 현행 노동법상 근로자성 판단이 근로자로서의 혜택을 All or Nothing의 방식으로 선택케 함으로써 사실상 근로자에 가까운 캐디들조차도 노동법상 보호를 받지 못하게 되는 것이 현실이다.

1. 캐디의 근로기준법상 근로자 인정 여부

우리나라의 경우 판례가 개별적 효력설을 취한다고는 하나 일단 어떤 직업군 중 하나의 사례가 근로자로 판명되면 쏠림현상에 의해 같은 직업군 전체를 근로자로 보는 경향

이 있다.

예를 들어, 대법원이 어떤 캐디에 대하여 근로기준법상 근로자로 볼 경우, 근로자로 인정된 당해 캐디들은 당연히 3년치를 소급해서 근로기준법상 법정 금품(퇴직금, 연장·야간·휴일근로수당 또는 유급주휴수당, 휴업지불 등) 또는 법정 근로조건(산전후휴가, 생리휴가, 연차유급휴가 등)을 요구할 것이다. 이에 덧붙여 다른 골프장 캐디들도 유사한 소송을 제기할 것이고, 전국 골프장이 이른바 캐디 소송 열풍에 휩싸일 것이다.

사실 필자가 확인해 본 결과 우리나라의 경우에도 골프장 캐디들에 대해 근로기준법상 근로자로 운용하던 골프장도 있었다.

예를 들면 곤지암컨트리클럽(경기도 광주군 소재)의 경우 1993년 12월 개장하면서 캐디 65명(캐디 포함 당시 총 종사자수 92명)이 회사소속 신분으로서 근로자로 인정받아 왔다. 그러나 다른 골프장에서 특수형태근로종사자처럼 캐디들에 대해 인사노무관리를 하자, 곤지암컨트리클럽도 캐디들에 대해 1996년 9월 15일 전원 퇴직처리하고 퇴직금을 지급하였으며 이때부터 자유직업인(특수형태근로종사자형태)으로 일하고 있다고 한다.

또한 앞서 예를 들었던 양주컨트리클럽사건에서도 서울고법에서는 근로기준법상 근로자로 판시한 경우가 있었으나, 대법원의 판결로 근로기준법상 근로자성이 부인되었다.

그리고 노동부도 1994년(근기 68207-906, 1994.6.2)¹⁷⁾ 1999년, 2000년에 일부 골프장 캐디가 근로기준법상 근로자로 볼 수 있다는 행정해석을 한 바가 있으나, 최근 ‘2003년 캐디에 대한 노동부 입장정리 행정해석’에서 보듯이, “대법원 판례가 지속적으로 골프장 캐디에 대해 근로기준법상 근로자의 지위를 부인하고 있기 때문에 행정해석을 ‘캐디는 근로기준법상 근로자로 볼 수 없다’로 변경”하였다. 따라서, 캐디들은 더 이상 판례나 행정해석을 통해 근로기준법상 근로자로서 인정받을 수 있는 여지가 없어져 버린 셈이다.

17) 동 행정해석에서 캐디의 사용종속관계를 인정한 요소를 요약하면 ① 회사측의 모집공고에 의거하여 서류심사 및 면접을 통하여 선발하고 소정교육 후 캐디로서 자격을 인정함 ② 회사측이 제정한 캐디의 업무준칙이 있고, 특히 근무태만·무단결근·봉사료 초과요구 등에 대한 엄격한 제재를 규정하고 있음 ③ 회사측에서 캐디피에 대하여 사실상 일정액을 받도록 직·간접적으로 규제하고 있으며, 캐디피는 캐디의 노무제공 대가를 내장객의 봉사료의 명목으로 지급하도록 관행화된 것이라고 볼 수 있으므로 사실상 임금으로서의 성격으로 볼 수 있음 ④ 캐디의 업무준칙 위반시 회사측에서 배치중지 명령을 내릴 수 있도록 업무준칙에 규정되어 있음 등이다.

2. 법원이 캐디의 노동조합법상 근로자성을 인정한 이유

골프장 캐디의 노동조합 인정과 관련하여 대법원은 ‘근로기준법상 근로자인정’과는 다른 태도를 보이고 있다. 대법원은 다른 특수형태근로종사자는 별론으로 하더라도, 골프장 캐디만큼은 노동조합법상 근로자로 인정하고 있고, 노동부 행정해석의 경우도 대법원과 같은 입장¹⁸⁾을 취하고 있다.

그리고 우리가 간과해서는 아니 되는 사실은 학설이나 판례 모두 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자는 명백히 구분된다는 점을 모두 인정하고 있다는 점이다. 그러나 현실에서는 골프장측이 “극심한 분규 탓으로 인해 근로자도 아닌 자들의 집단압력으로 불가피하게 노조를 수용하게 되었다”고 항변하거나 “설혹 단체협약을 체결하더라도 노조의 법상 지위는 인정하지 않는다”고 주장¹⁹⁾한다. 우리나라 사회보장제도²⁰⁾가 근로기준법상 근로자 개념과 연계되어 있어 골프장측이 사회보험 미적용을 근거로 근로기준법상 근로자가 아님을 주장²¹⁾하는 근거로 사용하기도 했었다. 이러한 골프장측의 주장에 있어서 가장 핵심적인 의미는 근로기준법상 근로자가 아니기 때문에 노동법상 근로자로서의 대우를 받아서는 안 된다는 것으로 추측된다.

필자는 캐디에 대해 대법원이 근로기준법상 근로자로 볼 수 없지만, 노동조합법상 근로자로는 볼 수 있다는 견해를 다음과 같이 해석하고 있다.

캐디는 근로기준법상 근로자로서 가질 수 있는 법정 근로조건 또는 사회보장 혜택 등을 강행적 또는 당연히 누릴 수는 없지만, 단체교섭을 통해 근로기준법 내용과는 다른 단체협약 내용으로서 근로조건(예 : 1년 1주 휴가 등)은 향유할 수 있도록 한 취지가 아

18) 그러나 최근 서울행정법원 판례(서울행법 2001구6783, 2001.9.4)는 캐디의 노동조합법상 근로자성도 부인하고 있어 “하급심 법원이 노조법상 근로자성마저 포기하는 것 아닌가” 하는 인상을 주고 있다.

19) 이호근, 「특수형태근로종사자 실태조사결과」, 『특수형태근로종사자관련논의자료집』, 노사정위원회, 2003.9. 290쪽에서는 이런 현실을 두고 “노조의 합법적인 인정이 유보되고 있는 실정”이라고 표현한다.

20) 산업재해보상보험법 제4조제2호, 고용보험법 제2조제1호에서도 산재보험과 고용보험의 피보험자 개념으로 근로기준법상 근로자로 하고 있고, 2003년 12월 31일 새로 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행하게 될 「고용보험및산업재해보상보험의보험료징수등에관한법률」 제2조에서도 피보험자를 근로기준법상 근로자임을 명백히 규정하고 있다.

21) 이호근, 위의 책, 292쪽에 의하면 아이러니컬하게도 캐디의 경우 실태조사시 골프장측에서 “근로기준법·노동조합법상 근로자성 문제를 유발하지 않는다면 산재보험에 가입하도록 정책이 만들어져도 괜찮다”는 입장을 피력한 경우도 있었다는 점이다. 즉 이는 캐디의 경우 산재보험을 우선 적용하는 방안에 대해 골프장측은 그 비용보다는 그것이 근로자성 인정 문제로 연계될 가능성에 대해 우선적으로 관심이 있음을 보여주는 사례라 하겠다.

닌가 생각한다. 즉 골프장측이 근로기준법 준수 의무가 없어 설혹 근로기준법에 위반되어도 처벌 문제가 발생되지 않는다. 그러나 단체협약 체결로 그 골프장 고유의 협약상 근로조건이 형성된다면 골프장측이 이를 위반하였을 경우 노동조합법 제92조제1호에 의거하여 1,000만 이하의 벌금형에는 처할 수 있다고 본다.²²⁾

3. 입법적 해결의 필요성

캐디에 대해 해석론이나 판례로 앞으로도 계속해서 근로기준법상 근로자인지 아닌지를 판단한다는 것은 의미없는 일이라고 보아야 한다.

그동안 대법원의 입장은 캐디에 대해 현행 근로기준법상 근로자 개념 체계를 유지하는 한, “캐디는 근로기준법상 근로자가 아니다”라고 밝히고 있기 때문이다.

필자가 “현행 근로기준법상 근로자개념을 그대로 두고, 단지 해석론이나 판례 등을 통해 골프장 캐디를 사안별로 근로자 여부를 판단하는 것은 이미 소용 없는 일이라고 주장하는 이유”는 다음과 같다.

지금 와서 대법원이 판례를 변경한다면 3년 소급 금품 및 법정 근로조건 문제가 현실적으로 부딪치게 된다. 그럴 경우 퇴직금 및 법정 수당, 주휴수당, 연차유급휴가 등을 감당할 수 있는 골프장은 거의 없다고 본다.

따라서 법적 안정성과 현실적 타당성 등을 고려해 볼 때 캐디의 문제는 다른 특수형태 근로종사자와 같이 소급형 판례를 통해서가 아니라 미래형 입법을 통해 해결하는 것이 맞는 해법이라고 본다. 미래형 입법 내용으로서는 ① 골프장 캐디가 특수형태근로종사자라는 점을 인정하고 준근로자 개념을 도입하여 앞으로 근로기준법상 일부 규정의 부분적 보호를 하겠다는 입법 방식(이하 ‘제1방안’이라 함)²³⁾과 ② 근로기준법상 제61조의 근로시간·휴게·휴일규정 적용제의 업종근로자로서 신규로 규정하는 입법 방식(이하 ‘제2방안’이라 함)이 있을 수 있다.

제1방안은 근로기준법상 준근로자 개념을 규정하고, 노동부 내 각계 전문가들이 참여

22) 이와 같은 주장과는 다르게, 최근 서울행정법원 판례(서울행법 2001구6783, 2001.9.4)에서는 근기법상 근로자와 노조법상 근로자는 ‘단지 근로자보호를 위한 방법론적 차이’에 불과한 것이라고 하여, “사용종속성이나 근로의 대상성에 관한 판단에 있어 양법사이에 어떤 차이가 있다고 할 수 없다”고 판시하면서, 캐디의 노조법상 근로자성을 부인하고 있다.

23) 제1방안은 노동부가 2000년 10월 4일 경제장관회의에 상정한 안과 입법정책적 관점이 유사하다. 당시 노동부는 비정규직 보호대책의 일환으로 근로기준법상 준근로자 개념을 도입하고 임금지불, 해고제한, 재해보상 등의 규정만을 적용하는 방안을 제시하였으나 경제부처의 반대로 입법화되지는 못하였다. 그러나 당시 노동부안에는 ‘근로자진단위원회’ 규정 등은 없었다.

하는 「근로자진단위원회」를 법적 기구로 만든 다음, 개별 사안별로 민원 제기(주로 행정 해석 의뢰방식 등)를 통해 ① 근로기준법상 근로자인지 ② 준근로자인지 ③ 자영인인지를 판단하도록 하는 것이다. 이 방안은 우선 근로기준법 제14조2(준근로자의 정의 및 적용범위)를 신설하여 제1항에서 “준근로자란 제14조의 근로자와 달리 노무공급에 있어 제3의 노동력을 이용하지 않으면서도 작업이 특정한 자나 사업장과의 연관성이 있고 수입의 상당 부분이 특정한 자나 사업장에 의해 지급되는 업무에 종사하는 자를 말한다.”고 규정하고, 제2항에서 “제1항의 준근로자에 대해서는 대통령령이 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다”고 규정하며, 대통령령에서 ‘해고제한·재해보상·임금지불’ 등 근로기준법상 일부 조항만 적용하도록 하는 것이다. 아울러 근로기준법 제14조3(근로자진단위원회 구성 및 운영)을 신설하여 “① 노무제공자가 근로자, 준근로자 또는 사용자인지를 판단하기 위하여 근로자진단위원회를 노동부에 둔다. ② 근로자진단위원회는 노동부 장관이 추천하는 3인, 노사정위원회 위원장이 추천하는 3인, 중앙노동위원회 위원장이 추천하는 3인, 간사위원 1인 등 총 10인으로 구성하되 위원장은 위원들이 호선한다. ③ 근로자진단위원회 간사위원은 노동부 근로기준국장이 담당한다. ④ 근로자진단위원회의 운영에 관한 사항은 대통령령으로 정한다” 등을 규정한다. 이렇게 하여 캐디도 근로자진단위원회의 결정에 따라 ‘근로자’ 또는 ‘준근로자’로서 보호를 받게 하는 방법이다.

제2방안은 현행 근로기준법 제61조제4호를 제5호로 하고 제4호에다가 ‘골프장에서 경기보조에 종사하는 자’를 신설하거나, 근로기준법시행령 제30조에 ‘골프장에서 경기를 보조하는 업무’를 규정하는 방법이다. 이와 같은 입법 방식을 택한 이유는 현행 근로기준법상 업종별 또는 종사업무별 근로자에 대해 부분 적용을 규정하는 조항이 제61조뿐이라는 데 있다. 물론 제2방안으로 입법할 경우 캐디에 대해 퇴직금·휴업수당 규정 등은 적용된다.

제1방안과 제2방안은 입법정책적으로 커다란 차이점이 있다. 제1방안은 종전 근로자와 사용자의 이원적 분류방식에서 근로자·준근로자·사용자 등 삼원적 분류방식으로의 전환을 의미하고, 제2방안은 종전 이원적 분류방식을 유지하면서도 캐디가 근로기준법상 근로자임을 명백히 규정하는 방법이라 할 수 있다.

결론적으로 필자는 캐디의 경우 근로기준법상 근로자에 가깝다고 생각한다²⁴⁾.

24) 同旨, 노사정위원회의 특수형태근로종사자특별위원회 국외실태조사팀이 2003년 12월 11일 독일 베를린 사용자단체(BDA) 방문시 BDA내 노동법담당전문변호사(Dr.Sven-Frederik Balders)가 「우리나라 골프장 캐디 질문서」에 대한 답변을 통해 “인적 종속성이 있는 일종의 소득이 높지 않은 취업자에 해당하는 근로자로 볼 수 있으며, 해고제한규정 역시 이들 캐디에게도 적용된다고 본다. 또한 1인 사업주(Ich-AG)형이라 하더라도 질문서에 언급된 전제를 제시하면

그러나 지금까지 대법원이 근기법상 근로자로 보지 못한 사유가, 3년소급금품 및 근로조건 문제라고 보고 있고 이렇게 될 경우 골프장업계 자체 붕괴²⁵⁾로 이어질수 있다는 우려에서 나온 것이라고 생각한다.

따라서 필자의 견해로는 제2방안 즉, 캐디의 경우 근로기준법상 제61조 대상업종근로자로 신규로 규정²⁶⁾하되 동조항의 적용을 소급하지 않고 개정법시행시기²⁷⁾로 하는 것이 바람직한 입법태도²⁸⁾라고 생각한다.

이렇게 하는 것이 캐디에 대한 노동법적 지위를 옳게 평가하고, 제자리를 찾아주는 것이라고 생각한다.

근로자라 할 수 있다”고 답변.(노사정위원회특수형태근로종사자특별위원회, 「특수형태근로종사자관련의국의법제도, 대책방안및논의현황<ILO, 프랑스, 독일>」, 2004.3, 59쪽)

- 25) 필자가 2000년 노동부 근로기준과장 시절 골프장협회 고위간부가 사무실로 찾아와, “골프장 캐디를 앞으로 근로기준법상 근로자로 보겠다고 하고, 지나간 과거는 묻지 않겠다고 하는 정책이면 모르겠지만, 무조건 근로기준법상 근로자라 하고 과거 3년간의 각종 미지급 금품을 모두 소급해서 지불하라는 정책을 펴나간다면 그에 따를 수도 없고, 만약 그렇게 되면 전국의 골프장 대부분이 문을 닫아야 할 것”이라는 취지로 발언을 한 바 있다.
- 26) 필자가 캐디를 근로기준법상 제61조 대상업종근로자로 신규로 규정하자고 주장한다고 해서 다른 특수형태근로종사자도 비슷한 해결책을 모색하자고 주장하는 것은 아니라는 점을 분명히 하고자 한다. 필자는 특수형태근로종사자로 지칭되는 직업군 중 ‘캐디’에 관한 한, ‘근로기준법상 근로자’에 가깝다고 생각하기 때문에 이와 같은 입법적 해결책을 제시한 것이다.
- 27) 소급효를 두지 않는 중요한 이유는, 근로기준법 제61조 대상근로자라고 하더라도, 기왕의 노무제공으로 인한 근로조건까지 소급한다면 골프장측이 퇴직금·휴업수당 등 소요금품 부담은 엄청난 금액이 될 것이기 때문이다. 또한 미래형으로 적용하게 되면 캐디피도 캐디가 아닌 골프장측이 수령하게 될 것이고, 갑근세 납부, 사회보험료 납부, 퇴직금 적립 등 근로자로서 관련된 일련의 조치가 이루어질 것으로 예상되므로, 골프장이 캐디로 인해 부도가 나는 경우는 발생하지 않을 것이다.
- 28) 임종률 교수는 필자의 주장과 같이 규정할 경우 “캐디는 지금까지 근로기준법상 근로자로서 동법이 전면적으로 모두 적용되었으나 개정법 제61조에 의해 부분적으로 적용되는 것”으로 해석될 수 있다고 한다. 따라서 임 교수는 필자의 주장과 같은 효력을 내고자 한다면 근로기준법 제10조(적용범위)에 “캐디는 근로기준법 제61조 대상근로자로 한다”는 별도의 규정을 신설해야 가능하다고 보고 있다.

첨 부

골프장 캐디 실태조사 보고서에 나타난 특징

지금까지 캐디의 근로자성 판단을 위한 실태조사 보고는 ① 노사정위원회의 과거 비정규특위의 자체 조사와 ② 1999년도 노동부의 「근로자로 보기 어려운 여성취업자의 실태 및 개선방안」, 그리고 ③ 노사정위원회 특수형태근로종사자 특별위원회 「골프장 경기보조원 전문소위」의 심층면접 조사 등이 대표적인 것으로 파악되고 있다.

이하에서는 골프장 캐디 실태조사 보고서에 나타난 특징을 살펴보기로 한다.

1. 노사정위원회 비정규특위의 조사

먼저 2002년 10월부터 11월 사이에 실시된 조사 결과²⁹⁾에 따르면, “노무제공 및 급부 관계에 대한 논쟁이 중요한 초점이 된 부문으로서 그간 사회적 주목과 함께 일부 캐디의 경우 노조설립필증을 교부받아 합법적인 노동조합 활동을 전개하고 있으나, 여전히 대다수 사업장의 경우 경기보조원의 근로자성 문제를 두고 다툼이 지속되고 있으며, 노조의 합법적인 인정이 유보되고 있는 실정”이라는 지적을 하고 있다.

근로형태를 형식적으로 결정하는 계약서와 관련하여 “근무와 관련하여 입사시 별도의 계약서 등이 존재하지 않고 이력서가 유일한 증빙서류인 경우가 일반적”이라고 한다.

캐디 업종의 장래 전망과 관련하여 “일본의 경우 고객들에 의한 셀프 운영방식이 일반적이고, 부득이하게 필요한 경우 경비보조원을 사용하며 대개 50세가 넘는 프로 경비보조원들이 다수 존재한다. 우리나라에서는 현재 경기보조원들이 반드시 동행하고 있지만, 향후 일본·미국 등의 경우와 같이 골프가 대중화 추세와 더불어 멀지 않은 장래에 셀프 운영방식이 일반화될 것으로 예상하고 있다”고 한다.

사업장 내 상해 및 산재와 관련하여서는 회사측에서 여러 종류의 보험상품을 소개해 주고, 캐디들이 선택하여 가입하면 회사측에서 대략 20~30% 정도를 보조해 주고 있다고 한다.

29) 노사정위원회, 『특수형태근로종사자관련논의자료집』, 2003. 9. 3, 285쪽 이하 참조.

그런데 캐디를 위한 산재보험 적용과 관련하여 가장 특기할 만한 사항이 있다. 회사측은 근기법·노조법상 근로자성 문제를 유발하지 아니한다면 산재보험에 가입하도록 정책이 만들어져도 괜찮다는 입장을 피력하였다고 한다. 즉 캐디에 산재보험을 우선 적용하는 방안에 대해 사업주들은 그 비용보다는 그것이 근로자성 인정 문제로 연계될 가능성에 대해서 우선적으로 관심이 있다는 것이다.

동 조사보고서는 근로자성 인정을 위한 사실관계의 확인을 위하여 캐디들의 근무상태를 항목별로 객관적으로 기술하고 있다. 그러나 이러한 조사로부터 근로자성이 인정되어야 하는지에 대해서는 구체적으로 언급하지 않고 있다.

2. 1999년도 노동부 용역에 의한 조사³⁰⁾

이 조사는 특수형태근로종사자를 유형화하여 골프장 경기보조원, 방문지도교사, 보험대리인, 서적판매사원, 화장품판매사원, 식품판매사원, 자동차판매사원 등 7개 직군을 대상으로 사업체 100개와 취업자 100명을 조사하였다.

이 중 캐디와 관련해서는 20개 사업체를 조사대상으로 하여 12개 업체에서 조사를 완료하였고, 조사대상 캐디는 조사된 사업체에서 임의로 5개사를 추출하고 회사별로 조사대상 캐디 20명을 임의 추출하여 조사하였다.

조사 결과 사용종속관계의 판단에 있어서 가장 중요한 판단 지표인 업무수행에 대한 지시·감독 여부에 대해서는 캐디의 75%가 주당 1회에서 12회 이상 업무지시를 받고 25%는 업무지시를 전혀 받지 않는 것으로 나타났다. 업무지시는 정규직 관리자(66.7%)와 비정규직 관리자인 캐디마스터(33.3%)가 하고 있는 것으로 나타나, 조직 내에 노무제공자를 관리할 수 있는 관리자를 상설적으로 배치하고 있는 사실은 사용종속관계가 있음을 정황하는 증거로 보고 있다.

징계와 관련해서는 캐디들이 업무지시를 위반한 경우 55.6%가 경고를 하고 있고, 44.4%는 계약을 해지하는 것으로 조사되고 있다. 골프장이 캐디들에 대해 징계를 한다는 것은 사용종속관계가 존재한다는 것을 보여준다고 본다.

교육훈련과 관련해서는 94.7%가 기초교육훈련을, 70.5%가 전문교육을 실시하고 있으며, 교육시 금전 보상은 거의 하지 않는 것으로 보고 있는바, 캐디를 채용한 후 회사의 주관하에 직무 등에 필요한 교육을 시키는 경우 사용종속관계를 인정할 수 있는 하위의 기준이 충족된 것으로 보고 있다.

30) 김소영·김태홍, 『근로자로 보기 어려운 여성취업자의 실태 및 개선방안』(노동부 용역연구), 1999 참조.

그러나 무엇보다 중요한 것은 캐디들의 노무수행 내용이 골프장 운영상 불가결한가 하는 점이다. 만일 노무수행 내용이 골프장에 불가결하지 않다면 골프장은 구태여 캐디들을 활용하지 않고 다른 계약방식으로 처리하든지, 캐디 없는 골프장을 운영하게 될 것이고, 결과적으로 캐디들의 근로자성도 문제되지 않을 것이다. 그런데 골프장측은 75%가 캐디의 업무를 핵심적인 업무라고 응답하여 캐디의 경기보조업무가 골프장 운영상의 불가결한 요소라고 보았다.

임금지급 형태에 있어서도 91.7%는 본인이 직접 내장객으로부터 수익을 확보하고 있고, 8.3%만이 골프장 측으로부터 급여를 받는 것으로 나타났다.

이와 같은 점을 보면, 캐디피를 사용자가 지급하지 않지만 내장객이 지급하는 캐디피가 개별적 팁처럼 불규칙한 것이 아니라 정액이며, 캐디피와 사용자가 계약을 할 당시 캐디피의 금액에 대해서도 언급한다는 점을 감안하면 지급 방법이나 지급 주체에 관계 없이 사용자가 지급하는 것이라고 본다. 말하자면 회사측에서 캐디피에 대하여 사실상 일정액을 받도록 직·간접적으로 규제하고 있으며, 캐디피는 캐디의 노무제공 대가를 내장객이 봉사료의 명목으로 지급하도록 관행화된 것으로 볼 수 있으므로 사실상 노무의 대상으로서 임금이라고 본다.

계약관계 및 계약의 형태에 있어서는 골프장들의 75%가 캐디들과 체결한 계약은 근로계약, 위탁계약 등 어느 것에도 포함되지 않는다고 응답하고 있고, 8.3%만이 근로계약을 체결하였다고 응답한 것으로 조사되었다. 그러나 근로자성은 계약의 명칭이나 형식보다는 노무제공의 실질에 따라 판단해야 한다는 판례의 원칙을 확인하고 있다.

이상과 같이 캐디들이 골프장과 사용종속관계에 있는지를 조사하기 위하여 하위 판단 기준의 충족 여부를 실사한 결과 동 보고서는 캐디들의 근로자성은 부인하기 어렵다는 결론을 내리고 있다. 다만, 캐디들의 근로실태가 일률적이지 않고 근로자성에 부합하는 실태의 격차가 커서 근로자로서 성격이 강한 경우가 있는 반면에, 근로자성이 약하거나 부인되는 사례도 있을 수 있기 때문에 각 골프장의 근로실태에 따라 개별적이고 구체적으로 근로자성을 인정해야 한다고 보고 있다.

3. 노사정위원회 특수형태근로종사자특별위원회 「골프장경기보조원전문소위」의 심층면접조사

이 조사는 노사정위원회 특수형태근로종사자특별위원회가 2003년 11월 20일부터 2003년 12월 24일까지 「골프장경기보조원전문소위」를 구성하여 사업장별 노사에 대해 심층면접조사를 한 것이다.

다른 조사에 비해 특기할 만한 사항이 있다면 ① 노조 인정에 대한 회사태도 ② 노캐디 시스템에 대해 노사 반응 ③ 고용안정 문제에 대한 견해 ④ 법제도 개선시 희망사항 등을 조사해 봄으로써 종전 조사와는 달리 노사의 속마음을 비교적 알 수 있었다는 점이다.

가. 회사측이 면담 거부한 분규사업장 사례

대체로 노조 자체는 인정하나 법적 지위는 인정하지 않겠다는 것이 회사의 입장이다. 회사는 캐디가 필수라고 인정하는데 그 이유는 사고 감소와 원활한 경기 진행을 위한 것이라고 답하였다.

카트 사고와 함께 캐디들을 연장자 순으로 해고한다는 회사 방침이 노조결성의 동기가 되었다.

노동조합 탄압이 심각하므로 이에 대한 보호가 필요하며 출산시 업무복귀가 보장되어야 한다고 노조측은 주장하고 있다.

나. 노조결성 사업장 사례

캐디가 독립된 자영인임에도 불구하고 극심한 분규 탓으로 회사가 불가피하게 노조를 인정하였다.

회사측은 노캐디 시스템으로 전환 의사가 있다고 하지만 노조측은 노캐디 시스템에 대해 회사도 반대하고 고객도 대체로 반대하는 것으로 파악한다.

노조측은 근로자성 인정과 4대 사회보험 적용, 퇴직금 등을 법제도 개선시 희망한다. 회사측은 근로자성을 인정하든 부정하든 지위를 명확히 해달라는 주장을 하였다.

다. 노조결성 사업장이면서 회사측과 소송진행중인 사업장 사례

노조가 문제되면서 회사측이 형식만 근로자성 인정 소지를 없애려고 한다고 주장한다. 즉 직무내용 변동이 없는데도 사용자가 노조의 실체를 인정하지 않으려 한다는 것이다.

회사측은 캐디가 있어도 그만, 없어도 그만이라고 하면서, 다만 근로자성이 인정되면 노캐디로 전환이 가능하다고 주장한다.

법제도 개선시 노조측은 노조활동 및 근로자성 인정과 함께 고용안정과 정년보장, 산재보험 등이 필요하다고 주장한다.

라. 노조없는 사업장 사례

회사측은 1일 2끼 식사 제공 등 대우를 잘해주고 대신 노조나 집단활동을 인정 안하는 정책을 사용하고 있다고 답변한다. 또한 일부 캐디 선동으로 불법파업시 캐디 자율규정으로 퇴사조치하겠다는 견해를 밝히고 있다.

노캐디 시스템에 대해서는 회사의 입장도 “캐디들은 회사에 수익을 주는 자이므로 노캐디를 원치 않는다”는 주장이다.

법제도 개선시 희망사항으로는 타구 사고에 대한 불안감이 많으므로 산재 등 실질적인 도움을 주는 것이 필요하며 퇴직금 보장을 주장한다.

마. 캐디관리 위탁사업장 사례

회사측은 과거의 아픈 상처³¹⁾ 때문에 무노조 정책을 하고 있지만 가능한 한 캐디의 이익을 위해 노력한다고 주장한다. 특히 근무통제 강화가 집단행동의 원인이라고 판단되어 의사소통에 각별히 유의한다고 한다.

회사는 노캐디 도입 의사가 있으나 캐디들은 반대하고 있다. 캐디들은 캐디제가 골프장 수익에 절대적으로 필요하며, 노캐디 시스템으로 완전경쟁체제가 되지 않는 한, 회사도 노캐디에 반대하는 것이 진의일 것이라고 주장한다.

참고 문헌

- 강문대. 「골프장 캐디에 대한 행정법원 판결에 대한 검토」. 워킹보이스인터넷판, (2004).
- 강희원·김영문. 『근로자개념과 계약의 자유: 자영인과 근로자의 구별을 중심으로』. 중앙경제사, (2001.6.20).
- 김상호·권혜자·최영진. 『비정규근로자의 법적보호방안』. 국회환경노동위원회, 2003.1.
- 김형배·박지순. 『근로자개념의 변천과 관련법의 적용(유사근로자에 관한 비교법적 고찰)』. 한국노동연구원, (2004).
- 노사정위원회. 『특수형태근로종사자관련논의자료집』, (2003. 9).

31) 전 경영주 시절 회사가 노조를 억압하고, 장기간 파업으로 인한 손실과 회사의 부도로 타인에게 인수되었으며, 이 과정에서 회사가 무노조를 설득하고 캐디들이 노조를 탈퇴한 바 있다.

- 노사정위원회 특수형태근로종사자특별위원회. 『4개직종검토보고서(보험설계사, 골프장 경기보조원, 학습지 교사, 레미콘 기사)』. 노사정위원회, (2004.3).
- _____. 『특수형태근로종사자 관련 외국의 법제도, 대책방안 및 논의 현황(ILO, 프랑스, 독일)』, 노사정위원회, 2004. 3.
- 박중희. 「근로기준법상 근로자개념(근로기준법의 적용확대와 산별적용과 관련하여)」. 『노동법학』 제16호(2003년 6월호), 한국노동법학회.
- 박지순. 「독일의 노동시장 및 노동법개혁(노동법과 사회법에서의 새로운 패러다임의 모색)」. 고려대학교대학원 2004년 1학기 「노동법특수문제 연구」 강의자료
- _____. 「텔레아라바이트 종사자의 법적 지위」. 『제38회 안암법학회 2004년춘계학술 발표회』. 안암법학회.
- 윤조덕 외 8인. 『비정규직 근로자 산재보험 적용실태와 특수형태근로종사자에 대한 적용확대』. 한국노동연구원, (2004).
- 조용만. 『특수고용관계종사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근』. 한국노동연구원, (2003. 4. 30).
- 장의성. 『최신근로기준법 노동부행정해석모음』. (주)중앙경제, (2001. 7).
- 장의성 · 조재정. 『최신근로기준법노동부행정해석모음』. 중앙경제사, (2004. 1).
- 특수형태근로종사자특별위원회. 『특수형태근로종사자국내외보호대책』. 노사정위원회, (2003. 9.27).
- “‘Economically Dependent Workers’. Employment Law and Industrial Relations.”
In *European Industrial Relations Observatory On-line*(www.eiro.eurofound.
ie), (May 2002).
- ILO. *The Scope of the Employment Relationship*. (2003).

Employment Status of Golf Caddies in Korean Labor Laws

Jang Eui-Sung

This paper proposes that the issue of employment status of golf caddies who are treated as atypical workers in the Korean labor market should be addressed legislatively.

As the legislative solution, the paper suggests the amendment of Article 61 of the Labor Standards Act.

At present, the courts do not regard golf caddies as workers prescribed by the Labor Standards Act.

The paper asserts that the courts' unfavorable interpretation of employment status of golf caddies has continued regardless of the intention of the legislative organizations, and that new interpretation is still unlikely to come in the near future.

Key words : employment status, golf caddies, legislative solution, amendment,
Labor Standards Act