

## 특수고용의 국제동향

장화익 (한국직업능력개발원 연구위원)

### ■ 국제 동향

고용관계에서 법령이나 단체협약에 의한 제도화가 진전되어 근로조건 보호나 사회보장제도가 충실할수록 사용자가 이러한 제도 적용을 잠탈·회피하는 위법한 노동력 이용을 도입하여왔다. 그 결과, 형태는 노동자이면서 계약 형식으로는 고용되지 않은 '위장노동(특수고용)'<sup>1)</sup> 현상이 세계적인 차원에서 확대되고 있다. 세계각국에서 비정규고용의 한 형태로서 도급노동을 이용한 새로운 노동형태가 확산되고 있다. 특히 노조나 노동법제의 규제가 약한 국가(예를 들어 미국 등)에서는 도급 형식의 노동(contract labor)이 증가하고 있다.<sup>2)</sup>

그러나 많은 나라에서는 이러한 노동법 회피 동향에 대하여, 단체협약이나 법적 규제가 등장하여 비정규노동의 하나로서의 '위장고용'의 문제를 적확히 파악, 노동법 적용의 확대방향으로 대응해 온 데 주목할 필요가 있다. 영국의 '노무하청', 독일의 '위장 자영업', 캐나다의 '종속적 도급계약자' 등 자영적 노동의 개념이 검토되어 왔다.<sup>3)</sup> 예를 들어 프랑스에서는 상품판매 등 인적 종속성은 약하나, 노동법의 보호 적용이 타당한 특정 직업에 종사하는 자와 기업과의 계약을 노동계약으

1) 우리나라에서는 특수고용(화물지입차주, 골프장캐디, 학습지교사, 방송구성작가, 보험모집인, 애니메이터 등)이라고 불리는 반면, 일본에서는 위장고용으로 불린다. 본고에서는 양자를 혼용한다.

2) 仲野組子, 『아메리카의 비정규노동』(정목서집, 2003년); 鎌田耕一 편저, 『계약노동의 연구』(다하출판, 2001년) 참조

로 간주한다. 이러한 ‘계약노동’은 노동법 보호를 면하려는 사용자에 대응하는 논의라 할 수 있다. 이러한 도달점의 하나로서 ILO에서는 새로운 국제노동기준이 생겨났다. 1997년과 1998년에 ‘계약노동(contract labor)이라는 주제로 도급 형식에 의한 노동자 보호에 관한 문제를 계속 논의하였다. 2003년의 총회 논의(‘위장고용’에 관한 권고 책정에 합의)를 거쳐 2006년 6월 15일 95회 총회에서 노동자 개념에 대해 논의하여 ‘고용관계에 관한 권고(198호)’를 채택하였다.

## ■ ILO권고의 주요 내용<sup>4)</sup>

먼저 조약이 아닌 권고로 채택된 이유는, “이미 세계적 현상으로 되어 있는 불안정고용을 근절하기보다 안전한 고용이 제공되어야 한다는 목표 아래 각국의 노사정이 의견을 집약한 점”에 의의가 있다고 할 수 있다. 권고의 주요내용은 다음과 같다.

전문에서는 먼저 각국이 사용자와 피용자(employee) 사이에, 고용관계 존재에 관련한 국내 법령이나 단체협약에 의해 노동자를 보호<sup>5)</sup>할 것을 요청한다. 이때에 법령과 그 해석이 decent work 목표에 합치하고, 고용관계 당사자간의 교섭상 지위의 불균형성을 중시하도록 요청한다. 그리고 위장고용 관행의 문제점을 지적한다. 즉 ① 관계당사자의 권리의무가 명확하지 않고, ② 고용관계를 위장하려는 시도가 있고, ③ 법체계에나 적용·해석상의 한계가 있는 경우 고용관계의 존재 확인이

3) 村田浩治, 「오오사카과견청부센터 결성의 의의와 역할」, 『労働法律旬報』 1634호(2006.10.25), 46쪽 이하; 노동정책연구·연수기구, 「노동자의 법적개념 : 7개국의 비교법적 고찰」, 2005.2; 道田陽一, 「고용 유사의 노동도급계약과 노동법에 관한 각서」, 西村健一郎 外篇, 『신시대의 노동계약법이론』(신산사, 2003), 36~40쪽.

4) 脇田滋, 「‘위장노동’ 극복과 ‘노동자’ 성 판단」, 『労働法律旬報』 1634호(2006.10.25), 6쪽 이하.

5) 동 권고에서 보호가 필요한 범주는 ① 위장(disguised) 고용, ② 애매한(ambiguous) 고용, ③ 다수당사자(multiple parties) 고용으로 나눌 수 있다. 본 권고에서는 3개의 개념을 정의하지 않고 있다. 다만, 여기에서 애매한 노동은 ‘고용관계와 자영의 중간에 있는 것은, 정식으로 자영업이나 수입을 위해 1인이나 수인의 고객에 의존하는 ‘경제적으로 의존하는 노동자’로 정의 가능하다. 二片せず, 「고용관계에 관한 권고」의 성립에 대하여, 『労働法律旬報』 1634호(2006.10.25), 50쪽 이하.

어렵다는 것, ④ 계약형태 때문에 근로자가 받아야 할 보호가 박탈되는 경우가 있는 것을 명확히 지적한다.

그리고 권고의 본문에서는 각국의 사정에 적합하게 근로자와 근로자가 아닌 자의 구별 기준을 정할 것을 요구한다. 그 구체적인 내용으로는 ① 자영업자와 노동자를 구분하는 기준의 제시, ② 진정한 법적 지위를 은폐하는 위장고용의 극복과 박탈된 노동자 보호, ③ 다수 당사자가 관련하는 계약(간접고용)에서, 노동자 보호 책임이 누구에게 있는지 확인할 기준의 확보, ④ 적절, 신속, 간이, 공정, 유효한 구제제도, ⑤ 분쟁해결기관(법원, 근로감독기관 등) 관계자에 대한 국제노동기준 등의 교육 실시이다.

그리고 각국이 법률이나 관습 등을 통해 구체적 지표를 정의할 것을 원칙으로 하나, 고용관계 존재의 판단 기준(indicator)에 대한 상세한 기준을 제시한다. 즉 노동자성 판단에 대하여 크게 두 그룹으로 나누어 14개의 구체적 지표를 제시한다. (a) ① 타인의 지시와 통제에 의한 노동 ② 근로자의 기업조직에의 통합, ③ 오로지 또는 주로 타인의 이익을 위한 노동, ④ 근로자 자신에 의한 (personally) 노동, ⑤ 계약상대방이 요구하는 특정 시간이나 장소에서의 노동, ⑥ 특정 기간 또는 일정 기간의 계속노동, ⑦ (상대방이) 근로자에 대한 대기(worker's availability) 요구, ⑧ 노동을 요구하는 상대방이 도구, 재료, 기계를 제공, (b) ⑨ 근로자에 대한 정기적인 보수 지급, ⑩ 그 보수가 근로자의 유일 또는 주된 보수의 원천, ⑪ 식비, 주거, 교통수단, 또는 이를 위한 비용지불, ⑫ 주휴나 연휴 등의 권리 보장, ⑬ 노동을 구하는 상대방이 교통비 지급, ⑭ 노무제공이 재정적 위험(financial risk)을 부담하지 않을 것 등이다. 예를 들어, 계약이 어떠한 반대의 합의, 관계자간의 합의에 의해 특징지어져도 업무수행과 노동자 보수에 관한 사실에 입각해 행해져야 한다(권고 제9조).

그리하여 고용관계 존재의 판단에서 종래의 좁은 판단 수단(계약형식, 임금지불형식 등)이 아니라 광범위한 수단 도입이 강조되었다. 또한 하나 또는 복수의 관련 지표가 있으면 고용관계 존재의 법적 추정(legal presumption)도 허용한다. 나아가 노사단체의 사전협의를 거쳐 일반적 또는 특정 부문의 노동자성 판단 기준의 설정도 허용한다. 특히 주목할 점은, 노무제공자를 노동자와 자영업자로 이분하는 것을 기본으로 한다. 지금까지의 논의 중에 노동자와 자영업자 중간에 '제3의 카테고리'를 용인하는 것도 제안하였으나, 이에 대한 언급이 없고 이분론에서 있다고 생각된다.<sup>6)</sup>

## ■ 일본의 특수고용

### 실태

노동시장 전체를 보면 정규직은 62.5%이고 정규직 외 31.9%, 임시직 4.7%로 비정규직 등이 매년 늘어나고 그 수준도 높다<sup>6)</sup>고 할 수 있다. 이와 같이 늘어나는 비전형고용·취업형태의 특징은 ① 단기·유기고용화, ② 간접고용화, ③ 사업장의 노동·재택노동화, ④ 개별노동화 등으로 볼 수 있다. 노동자성이 문제로 되는 형태의 勞務給付者<sup>8)</sup>로는 ① 외근형(생명보험·증권회사 외무원, 전기·가스검침원), NHK수신료수금원, 영업외근원, 신문배달, 전단지 배포원, ② 경영자형(회사임원으로서 외사기관의 업무수행), ③ 운동, 예술형(스포츠선수, 음악가·연주가, 배우, 성우 등), ④ 가택내취로형(가내, 재택근로자 등), ⑤ 전문지식·기술형(변호사, 의사, 공인회계사, 연구·개발자, 취재·편집·프로그램 제작자, 디자이너, 원예사, 미용사, 수리·건설·제조직원 등), ⑥ 자영운송형(트럭 소유 용차운전자, 개인택시운전자 등), ⑦ 가사노동형(홈헬퍼, 베이비시터 등) 을 들 수 있다.

특히 예를 들어 傭車운전자, 증권·보험의 외무원, 전기·가스 등의 위탁검침원 및 수금원, 프리랜서 카메라맨이나 컴퓨터 기술자 등은 ‘노동계약’ 하에 일하지 않는다. ‘위탁’, ‘도급’ 등의 계약으로 노무를 제공하나 일하는 방법은 노동자와 거의 같거나 유사한 상태이므로 ‘노동자’와 유사한 법적 보호가 필요한 경우도 생긴다. 또한 백화점이나 슈퍼마켓 등의 판매원 중에는 당해 매장에서 판매하는 상품의 취급 회사에는 고용되어 있으나, 취업 장소인 백화점이나 슈퍼마켓과는 고용 기타 계약관계가 전혀 없는 사람도 있다<sup>9)</sup>. 이와 같이 고용형태나 취로형태, 취업형태가 다양화되

6) 김철희, 「ILO ‘고용관련권고’의 의미와 시사점」, 『월간 비정규노동』 2006년 7월호 참조.

7) 우리나라의 경우 비정규직은 546만 명(전체 임금근로자 대비 35.5%)으로 2004년 이후 정체현상을 보이는 바, 2004년 이후 본격적인 비정규직 대책추진(06.11.30, 비정규직보호법 국회 통과) 등에 기인한 것으로 보인다.

8) 후생연금보험법 제9조의 ‘사용되는’ 자의 범위도 이와 같다. 川口美貴, 「노동자개념의 재구성」, 『계간 노동법』 제209호(2005년 여름), 140쪽.

면 보호방안에 대한 다각적 검토가 요구된다.

## 노동자성 판단기준

### 후생노동성의 판단기준

1985년 12월 19일 노동대신의 사적 자문기구였던 노동기준법연구회는 「노동기준법의 ‘노동자’의 판단기준에 대하여」라는 보고서를 정리하였는데, 이는 당시의 판례나 학설을 정리한 것이다. 보고서는 노동자성의 유무는 ‘사용된다=지휘감독하의 노동’이라는 노무제공의 형태 및 ‘임금지불’이라는 보수의 노무에 대한 對償性의 두 가지 기준(사용종속성)에 의해 판단하나, 한계적 사례에서는 ‘사용종속성’의 유무를 판단함에 있어 전속도, 수입액 등의 제 요소도 고려하여 노동자성 유무를 종합 판단할 수밖에 없었다. 또한 노동자성의 판단을 법률, 제도 등의 목적·취지와 관련하여 사례별로 판단하는 방법도 가능하나, 노동기준관련법제에서는 사용종속관계에 있는 노동자의 보호를 공통 목적으로 하고 있고, 전국 통일적인 감독행정을 위하여도 공통의 판단이 필요하다고 하였다.

그리고 ‘노동자성’ 판단에는 고용계약, 도급계약이라는 형식적인 계약 명칭에도 불구하고, 실질적인 사용종속성을, 노무제공의 형태나 보수의 노무대상성 및 관련된 제 요소를 감안하여 종합적으로 판단할 필요가 있다고 한다. 다수의 학설<sup>10)</sup> 및 판례 등에 나타나는 구체적인 판단 기준을 살펴보고 다음의 기준을 제안하였다(주요 항목 발췌).

9) 二片すず, 앞의 논문, 50쪽.

10) 그리고 노동자성 판단은 현실의 취업실태에서 객관적이고 계약형식 등에 나타난 당사자 의사에 의하지 않는다는 것이 다수 학설이다(柳屋孝安, 「개별적 노사관계에서의 노동자」, 『노동판례백선』 [제7판] 165호(2002. 11), 5쪽).

## I '사용종속성'에 관한 판단기준

### (1) '지휘감독하의 노동'에 관한 판단기준

- ① 일의 의뢰, 업무종사의 지시 등에 대한 諾否의 자유 유무
- ② 업무수행상의 지휘감독 유무(업무의 내용 및 수행방법에 대한 지휘명령의 유무, 기타 통상 예정된 업무 이외의 업무 종사(판단보강요소), 구속성의 유무, 대체성의 유무(지휘감독관계의 판단보강요소))

### (2) 보수의 노무대상성에 관한 판단기준

## II '노동자성' 판단을 보강하는 요소

### (1) 사업자성 유무

- ① 기계·기구의 부담관계, ② 보수액, ③ 기타

### (2) 전속성의 정도(판단보강요소)

- (3) 기타 (선고과정, 급여소득 원천징수, 노동보험 적용, 복무규율 적용, 퇴직금제도, 복리후생 적용 (보강사유))

그리고 용차계약<sup>11)</sup>과 재택근로에 대하여 상세한 판단기준을 제시하고 있다. 또한 1993년 5월 공표된 노동대신 노동기준법연구회 노동계약법제등부회 보고<sup>12)</sup>는, 노동자성에 대해 몇 가지 주목할 만한 문제제기를 하면서도 원칙상 노동기준법 제9조에 대한 종래의 확설·판례·행정해석이 채용해 온 지배종속의 실태를 유지하는 방향을 시사했다. 나아가 1996년 노동성 연구회 보고<sup>13)</sup>에서

11) 자동차운전자의 근로시간 개선의 필요성을 인정한 노동성에서는 「자동차운전자 노동시간 개선기준(1989.3.1, 基發 제93호)」을 통달하였다(小畑明, 「운수산업에서의 위장고용의 실태와 향후 대응」, 『노동법률순보』, 1634호(2006.10.25), 58쪽 이하)

12) 노동성노동기준국 편, 「금후의 노동계약법제의 바람직한 방향에 대하여(1993)」, 50쪽 이하.

13) 노동기준법연구회노동계약법제등부회노동자성검토전문부회보고 '건설업노임하청종사자 및 예능관계자에 관한 노동기준법의 "노동자"의 판단기준에 대하여,' 5쪽.

는 건설업계 하청종사자·예능관계자에 관하여, “보수가 기간급, 일급, 월급 등 시간을 단위로 하여 계산되는 경우에는 사용종속성을 보강하는 중요한 요소가 된다. 보수를 일정 단위로 하는 등 성과로 계산하는 경우나, 보수 지불면에서 노임하청 종사자측의 청구서가 제출된 경우에도, 단순히 이것만으로 사용종속성을 부정하는 요소가 되지 않는다.”고 하였다.

그러나, 이에 대하여는 ① 위장노동의 배제·극복이라는 목적이 ILO권고에 비해 애매하고 중립적이라는 점, ② 일본의 고용관행에서 정규노동자, 정사원을 노동자의 모델로 간주하고 비정규노동자를 노동자에서 제외할 여지를 남긴 점, ③ 노동자와 노동자가 아닌 자의 중간적 범주를 용인할 여지를 남긴 점 등에서 이후의 판례에도 영향을 미칠 수 있는 문제점을 내포하고 있다는 지적이 있다<sup>14)</sup>. 노동자성이 문제가 되는 형태의 노무급부자로는 외근형, 경영자형, 운수·예술형, 재택취로형, 전문지식·기술형, 자영운송형, 가내노동형 등으로 분류된다<sup>15)</sup>.

## 최근의 판례

판례들은 1985년 연구회보고의 판단골격 자체를 거의 답습하고 있으나, 최고재 판례만으로도 노동자성을 부정한 横滨南勞基署長(旭紙業)사건(최1소판 1996.11.28)이 있는 한편, 노동자성을 인정한 安田병원사건(최3소판 1998.9.8), 관서의과대학연수의(미불임금)사건(최2소판 2005.6.3)으로 판단이 나뉜다<sup>16)</sup>. 실제의 판단에서 동요가 보인다. 최근의 주된 판례는 붙임 표와 같다<sup>17)</sup>.

14) 脇田滋, 앞의 논문, 9쪽 이하.

15) 川口美貴, 앞의 논문, 140쪽. 이외에도 우리나라의 소사장과 같은 사업장내 자영사업자도 문제가 되고 있다.

16) 한편 회사 대표자의 지휘감독하에서 노무를 제공한 ‘전무이사’에 대하여 종업원용 퇴직금규정이 적용된다는 판례가 있다(興榮社事件 最1小判 1995.2.9, 노동판례 681호 19쪽).

17) 최근의 근로자성을 둘러싼 판례동향에 대하여는 川口美貴, 앞의 논문; 皆川宏之, 「노동자성에 대하여-노동법학의 입장에서」, 『주리스트』 1320호(2006.10.1) 138쪽 이하 참조.

## 근로자성 판단에 적극적인 재판례

최고재는 병원내 취로의 두 사례에서 付添婦와 研修醫의 사례에서 사용자의 지휘명령을 받아 노무제공을 하고 있는 것이 명확하다고 하여 근로자성을 인정하였다. 安田병원사건 판결에서는 付添婦에 대한 채용, 근무상 지휘명령과 감독, 월급여 지급 등에서 실질적인 사용종속관계가 존재하여 묵시의 근로계약 성립을 인정했다. 關西의과대학연수의(미불임금)사건 판결에서는, 대학병원 연수의가 지정된 시간과 장소에서 指導醫의 지시에 따라 노무를 제공하므로 근로자로 판단하였다.

이에 대하여 하급심 판결이나 노동위원회 명령에서는 악극단원, 용차운전자, 외근근로자 등의 사용종속성을 둘러싸고 노동자성을 긍정하였다. 이와 같은 예능관계에서 적극적인 판단을 한 3가지 사례로는, 테마파크의 전속 연주단원에 대하여 연주 일정이나 악극 단원 편성 등에서 사용자측에서 결정권이 있고 보수의 노무대상성이 있다고 인정한 치보리·재팬사건 판결<sup>18)</sup>이 있다. 그리고 프로덕션에 소속한 영화 촬영기사가 촬영 업무로 숙박하던 여관에서 뇌경색으로 사망한 사건에서 新宿勞基暑長高裁判決<sup>19)</sup>은 감독지시에 따르는 등 노무제공 실태, 일의 諾否자유 제약, 시간적·장소적 구속성, 촬영기사의 소유 등 종합 판단에서 노동기준법상의 근로자로 판단하였다. 이와 관련하여 中部放送·CBS관현악단노조사건 최고재 판결에서는 노동기준법상의 판단요소와 유사한 기준을 가지고 노조법상의 노동자성을 인정하였다<sup>20, 21)</sup>. 또한 新國立劇場勞委命숨은, 오페라합창단

18) 岡山地裁 2001.5.16, 노동판례 821호, 54~80쪽. 이 건은 고용계약(계약기간 1년)의 명칭의 계약서를 2년째에 고용형태에서는 변화가 없음에도 불구하고 ‘출연계약’으로 명칭을 바꾸었다. 또한 유기계약에도 고용계속의 합리적 기대가 인정되면 갱신 거절은 특단의 사유가 필요하다고 판시했다(同旨. 龍神택시사건 大阪高判 1991.1.16 노동판례 581호, 36쪽). 則武透, 「치보리·재팬사건」, 『노동법률순보』 1634호(2006.10.25), 33쪽 이하.

19) 2004.7.11, 판례시보 1799호, 166쪽. 이 판결에 대한 긍정적인 입장은 矢部恒夫, 「프리랜서 카메라맨의 勞災인정판결을 계기로 노동자개념을 생각한다」, 『일본노동법학회지』 101호, 121쪽 이하. 반면 부정적인 견해로는 土田道夫, 『노동경제속보』, 1832호, 26쪽. 유보적인 견해로는 柳屋孝安, 「영화촬영기사의 노동자성」, 『쥬리스트』, ‘2002년 중요판례해설(2003년)’ 200쪽. 부정적이면서도 입법정책을 제안하는 입장은 島田陽一, 「고용관계유사의 노무제공계약과 노동법」, 『노동법률순보』, 1536호, 4쪽 이하. 長坂俊成 「영화촬영에 종사하는 계약을 체결한 프리랜서 카메라맨의 노재법상의 노동자성」, 『계간노동법』, 제203호(2003년 겨울호), 237쪽.

계약멤버에 대하여 ① 출연 의뢰에 대한 자유의 제한, ② 지휘자나 재단의 지휘감독하에서 시간적·장소적 제약을 받는 것, ③ 전속성의 정도가 낮지 않은 것, ④ 출연 보수에 가창이라는 노무제공 자체에 대한 대가라는 면이 있는 것을 인정한다(그러나 같은 사건 동경지재판결(2006년 3월 30일)은 반대의 판단을 하였다).

한편 사용자의 직접 감독하에 지휘명령을 받지 않는 '사업외 노동'에 대하여는 노동자성을 부인한 예가 많으나, 하급심에서는 노동자성을 인정한 예도 적지 않다. 山昌사건 판결에서는 償却방식에 의한 가동 형태로 전환하려는 트럭운전사에 대하여 전속성을 인정하여 노동기준법 제27조의 '生産高規制 기타 도급제로 사용되는 근로자'로서 근로자성을 인정하였다. 또한, 아사히急配사건 결정은 업무위탁계약에 의한 운송회사 운전사에 대하여 복무규정이 있고, 업무의 실정, 저임금이라는 점 등을 이유로 근로계약 관계에 있다고 하여 해고무효 가처분을 결정하였다. 한편 최근의 生興株式會社해고사건(2005.6)<sup>22)</sup>에서 25년간 주로 배송업무 등에 종사해 오다가 고용관계가 종료된 사례에서 업무전속성, 업무상 지휘, 시간적·장소적 구속성을 감안해 도급계약이 아니라고 보아 노동자지위 가처분신청이 인정되었다. 이들 사례들은 모두 이전에 정사원이었던 자를 업무위탁형식으로 변경한 사례였다. 이 밖에도 비교적 용이하게 제반 사정을 평가하여 노동자성을 긍정한 사례가 있었다<sup>23)</sup>.

한편 프로야구선수<sup>24)</sup>, 가내노동자 등은 노동기준법상의 노동자에는 반드시 해당되지 않으나, 재

20) 최1소판 1976.5.6, 노동판례 252호, 27쪽. 橋本陽子, 「집단적 노사관계에서의 노동자」, 『노동판례백선』 [제7판] 165호(2002.11), 8-9쪽.

21) 노동기준법, 노조법상의 노동자 개념의 통일적 이해 여부에 대한 학설은, 菅野和夫, 『노동법(제7판)』 (유비각, 2005년), 470쪽. 우리나라와의 비교평가에 대하여는 장의성, 「우리나라 특수고용형태종사자의 노동법적 보호방안에 관한 연구」(고려대학교 박사학위논문), 2005.12. 145쪽 이하.

22) 原野早知子, 「生興株式會社解雇事件」, 『노동법률순보』, 1634호(2006.10.25), 18쪽 이하.

23) 北浜土木碎石事件, 金沢地判 1987.11.27, 노동판례 520호, 75쪽; 日野興業事件, 大阪地決 1988.2.17, 노동판례 513호, 23쪽.

24) 일본프로야구조직사건, 동경고결 2004.9.8 노동판례 879호, 90쪽. 中内哲 「동사건비평」, 2004년도 중 요판례해설(『주리스트』, 1291호, 2005년) 233쪽 이하 참조.

판례 및 노동위원회 결정에서 노조법상의 노동자로 인정된 사례가 있다. 또한 최고재는 노조법상의 노동자에 대하여 노조법 제3조의 '사용하는'의 문언에 따라 노동기준법상의 노동자보다도 지휘감독이나 구속의 정도는 완화되어도 좋다고 판단한 것으로 보인다<sup>25)</sup>.

또한, INAX매인터너스大阪府勞委命숨은 업무위탁형식으로 일하는 'CE(Customer Engineer)'에 대하여 채용, 연수 복무규율, 업무허락의 제약, 회사에 의한 업무감독, 보수가 노동대상성을 가진 실태를 인정하여 회사에 단체교섭을 명하고 있다. Japan Network Service사건 판결은 '신규사업개발부장'이 전속성, 납기에 의한 구속, 근무시간 관리, 정액보수 등에서 노동기준법상의 노동자로 판단하였다. 또한 大阪中央勞基署長(오카자키)사건 판결은, 등기부상 이사로서 출장 중에 사망한 건에 대하여, "실태는 회사의 업무집행 권한이 없고 회사 의사결정에도 참여하지 않는다"고 하여 노재보험법상의 노동자성을 인정하였다.

### 〈근로자성 판단에 소극적인 재판례〉

근로자성 판단에 소극적인 판례에서 주목할 것은 용차운전사, 증권외무원<sup>26)</sup>, 목공, 수신료수금원 등이다. 어느 것이든 사용자의 직접 감독 아래가 아닌 사업장 외에서 취로하므로 시간적·장소적 구속 정도가 미약한 유형이 많다는 점이 주목된다<sup>27)</sup>. 이러한 판례 경향의 선례가 된 横浜南勞基署長(旭紙業)사건 최고재판결(제1소판 1996.11.28)에서는 ① 운전사가 트럭을 소유하여 자기의 위험과 계산하에 업무에 종사, ② 회사는 업무수행에 특단의 지휘감독을 하지 않고 시간적·장소적 구속 정도도 일반 종업원보다 훨씬 낮아 회사 지휘감독하에 노무제공한다고 보기에 부족, ③ 보수 지불방법, 조세공과금 부담 등을 보아도 노동기준법상의 노동자에 해당하지 않는다고 판단했다. 본건 판결은 노재보험법과 노동기준법의 노동자는 동일하다는 지금까지의 학설과 판례를 지지한 취지의 판

25) 한신관광사건 최1소판 1987.2.26, 판례시보 1242호, 122면. 水口洋介, 「노동자성에 대하여-노동측의 입장에서」, 『주리스트』, 1320호(2006.10.1), 148쪽.

26) 대평양증권사건 大阪地決 1995.6.19 노동판례 682호, 72쪽 등.

27) 皆川宏之, 「노동자성에 대하여-노동법학의 입장에서」, 『주리스트』, 1320호(2006.10.1) 143쪽.

결이다<sup>28, 29</sup>. 같은 용차(지입차주)운전사 사례에서 도급계약에 의한 용차운전사에 대하여 加部建材・三井住建道路事件地裁判決이 노조법상의 노동자성을, 堺勞基署長事件判決은 노동기준법상의 노동자성을 각각 부인했다. 유우팩사건(신호지재2005(오)제9013호, 2005.11.11 결정)에서는 우체국의 운전사중 용차계약을 맺은 자에 대하여는 사업자성을 인정하고 나머지(용차계약없이 직접 고용)에 대하여는 근로자성을 인정하였다<sup>30</sup>. 탱크로리차의 용차운전사에게도 근로자성을 부인하였다<sup>31</sup>.

또한, NHK西東京營業센터事件 高裁判決(2003.8.27, 판례시보 1859호 154면)은, NHK와 위탁계약을 통해 수신료 수금업무에 종사한 자가 ① 취업규칙에 정함이 없고, ② 수탁업무가 광범위한 노무제공업무와는 전혀 이질적이고, ③ 재위탁이 용인되고, ④ 세법상 사업소득으로 된 점 등, 사용종속관계가 있다 할 수 없고, 본건 위탁계약의 법적 성질은 위임과 도급 성격을 함께 가진 혼합계약성격을 가진다(NHK盛岡방송국사건 판결<sup>32</sup>도 같은 취지). 노무대체의 대체성이 긍정되는 경우에는 노동자성이 부인되는 경우가 많다<sup>33</sup>.

이른바, 노임목공 부상사건에서, 노재보험급부 부지급결정을 둘러싼 다툼에서, 横浜地法, 東京高法에서 노동자성을 부인하여 현재 대법원에서 상고 중이다. 똑같이 혼자 일하는 앵커의 고용보협 가입을 둘러싼 사례에서, 池袋職安所長(앵커工業)사건 판결은, 고용보험법 제4조 제1항의 노동자성을 부인하였다.

또한, 신국립극장운영재단사건판결<sup>34</sup>(東京地裁 2006.3.30, 노동경제판례속보 1936호, 18쪽)은, 출연기본계약에 의해 오페라 공연 등에 출연한 악단원이 출연기본계약 갱신거절을 다룬 사례인

28) 다만, 노재보험법상의 노동자성이 문제가 되어 '동일한 판단을 한 원심이 정당'하다고 인정한 최고재판례는 日田勞基署長事件 最判 1989.10.17 노판 556호, 88쪽 등이 있다.

29) 개별적 노동관계를 규율하는 입법이나 판례법리, 나아가 취업규칙의 적용대상이 되는 노무공급이 동일한지에 대하여는, 판례는 지금까지 그 적용대상을 구별하지 않고 노동자성을 판단하는 경향이 있다.

30) 永鳥靖久, 「유우팩사건」, 『노동법률순보』, 1634호(2006.10.25), 26쪽 이하

31) 協和運輸事件 大阪地判 1999.12.17 노동판례 781호, 65쪽)

32) 仙台高裁 2004.9.29, 노동판례 881호 15쪽. 小西康之, 「NHK와 수신료수금등 수탁자와의 사이의 위탁계약의 법적 성질」, 『주리스트』, 1314호(2006.6.15)

33) 岡山대학학우회 [촉탁원계약해제] 사건판결, 廣島高岡山支判 2005.2.27, 노동판례 855호, 82쪽)

바, ① 계약체결 諾否의 자유가 있는 점, ② 시간적·장소적 구속도 업무의 특성에 있는 점, ③ 연습 참가는 부수적이고 출연이 주된 점, ④ 보수에 노무대상성이 없는 점 등을 들어 출연계약은 근로계약이 아니라고 하였다.

## 〈평가〉

판례가 근년의 근로자성을 부인하는 이유로서 주목할 만한 것은 ① 지휘명령을 업무수행 단계에 한정, ② 사업장의 노동에 의한 시간적·장소적 구속의 약함, ③ 정사원과의 차이, ④ 당사자가 선택한 점, ⑤ 세법, 노동·사회보험의 미적용 등을 들 수 있다.

사용자의 노동자에 대한 지휘명령은, 업무의 종류에 따라 다양하나, 일반적으로 ① 업무 내용의 지시(일·업무의 종류, 수행방법, 노동밀도, 품질의 지시 등), ② 업무수행에 대한 감독·지시(작업감시, 시간관리, 취업장소 지정, 복장의 지시, 업무수행방법 변경 지시 등), ③ 업무 완성에 대한 검사·지시(업무수행 결과의 승인·수정·보정의 지시, 평가 등)의 3단계를 통해 실현된다 할 수 있다<sup>34)</sup>.

전통적인 공장 제조업에서는 3단계 모두가 적용될 수 있고, 실제로는 ② 지휘감독 단계가 중시된다. 그러나 도급, 성과급 등 비전형 고용형태가 늘어나는 점을 감안할 때 이른바 ‘경제적 종속성’이 근로자성 판단에 큰 비중을 갖게 되고, 위장고용 배제를 위하여도 3단계가 가지는 실질적인 의미를 중시할 필요도 있다.

## 〈사업장의 노동〉

정보기술이나 산업구조의 변화로 자택이나 서치라이트 오피스 등에서 ‘텔레워크나 재택노동’으로 불리는 취업형태가 증가하는 한편, 자동차운전사나 영업활동에서도 지휘명령권을 가진 사용자와 일정 거리를 두고 취로하며 업무수행 단계에서 직접 업무지시를 받지 않는 점이 특징이다. 그

34) 동건은 계약형식의 변화에도 불구하고 5년이 넘는 기간 갱신이 계속되어 왔다. 水口洋介, 「신국립극장 합창단고용증지사건」, 『노동법률순보』, 1634호(2006.10.25), 36쪽 이하.

35) 脇田滋, 「고용·취업형태의 변화와 노무지휘권」, 일본노동법학회 편, 『강좌21세기 노동법』, 제4권 노동계약(유비각, 2000.10), 80쪽 이하

러나 휴대전화·단말, 인터넷, GPS와 AVM(Automatic Vehicle Monitoring) 연결시스템 등에 의해 대부분의 사업장의 노동이 ‘사업장내 노동화’ 하는 상황이 발생한다는 점에서 지휘명령 판단에서 법적으로도 중시해야 한다<sup>36)</sup>.

이에 대해서는 노동기준법 제38조의2 제1항, 제2항에 근거한 ‘간주노동시간제’가 있고, 행정통달에서 ‘무선이나 무선호출기에 의한 수시 지시’의 경우에는 사용자의 구체적 지휘감독하에 있으므로 간주노동시간을 적용하지 않도록 한 바 있다(1988.1.1 基發 1호). 또한 관련하여 후생노동성은 재택근무(telework)<sup>37)</sup>에 대해 ‘지금까지 일반적이던 사업자의 지배나 관리가 미치는 사업소 등에서의 근무와 관련된 노무관리를 전제로 한 노동기준관계법 적용관계 등을 정리·수정하여 적절한 노무관리가 행할 필요’를 인정하여 가이드라인(2004. 3. 5 基發 제0305003호)을 발표하고, 정보통신기술을 활용한 재택근무에 대하여 ‘간주노동시간제’의 적용을 용인하였다(2004. 3. 5 基發 제0305001호)<sup>38)</sup>. 이에 대하여는 사업장의 노동이 통신기술의 발달로 원칙상 이미 사용자의 지휘감독하에 있어 넓은 의미의 사업장내 노동화되고 있어 예외적으로 간주노동제가 도입될 수 있다는 비판이 있다<sup>39)</sup>.

#### 〈사회보험 등 적용관계 판단〉

한편 정규사원에게는 기업내 복지나 노동·사회보험(피용자보험)이 적용되나 비정규노동자는 탈법적으로 이를 배제하는 고용관행이 확대되어 왔다. 그러나 横浜南勞基署長(旭紙業)사건 최고재판결에서는 노동·사회보험 적용, 사업소득 취급에 대하여 “법령에 반하는 것이라도 탈법적인 것이 아니고 거시적으로는 차치하고 그 시점에서는 적어도 쌍방에 이익이 있으므로 그대로 취업형태로 인정하는 것이 상당하다”고 하였다. 노동·사회보험 등 부정적인 차별적 상황을 근로자성

36) 脇田滋, 앞의 책, 85쪽 이하.

37) 비노동자로서의 텔레워커의 개별적 및 집단적 법적 보호에 대하여는 長坂俊成, 「텔레워커의 법적 성질과 법적 보호의 방향」, 『계간노동법』, 제193호, 151쪽 이하.

38) ‘정보통신기기를 활용한 재택근무의 적절한 도입 및 실시를 위한 가이드라인’ 후생노동성노동기준국 2004년 3월 5일(<http://mhlw.go.jp/houdou/2004/03/h0305-1 a.html>).

39) 脇田滋, 앞의 논문, 14쪽.

을 부인하는 요소로 할 수 없다는 지적이 있다<sup>40</sup>.

## 〈제3의 영역 인정관련〉

현행법은 노동자 혹은 자영업자의 이분법을 사용하고 노동자성이 인정되면 현행 노동법상의 두터운 보호를 받는다. 그러나 노동자성을 부인하는 법원 판례에서 공통점은 이분법과는 다른 ‘중간적인 계약’의 존재를 인정한다. 즉 ‘노동자와 사업주의 중간형태(橫浜南勞基暑長(旭紙業)’ 사건 최고재판결), ‘위임과 도급의 성격을 병용한 혼합계약의 성격(NHK서동경영업센터사건 고재판결)’ 등이다. 이에 대하여는 입법적으로 노동자와 자영업자 간에 ‘제3의 카테고리’를 중간적인 개념으로 주장하는 학설도 있다<sup>41</sup>. 그러나 이에 대하여는 ① 법위반이나 사용자 책임 회피가 확대되는 일련의 실정에서 애매한 개념은 위장고용의 추인으로 연계, ② 노조가 주변노동자의 권리보호 차원에서 ‘제3의 카테고리’를 확대해 온 EU와는 달리 정사원 축소 경향, ③ 2006년 ILO권고가 이분법을 지향한 점, ④ 이미 도입된 가내노동법이 ‘제3의 카테고리’를 설정하였으나 효과가 없다는 점을 들어 폐해가 많다는 지적이 있다<sup>42</sup>.

## ■ 향후 과제

2006년 9월 4일 후생노동성 통달<sup>43</sup>에서는, 도급사업이 제조업의 대규모 사업장 등에서 활용되는 현상이고 고용된 노동자가 다수라는 인식하에 있다. 그 중에는 계약의 형식은 도급이나 발주자가 직접 도급노동자를 지휘명령하는 등 노동자 파견사업에 해당하는 위장도급이 적지 않게 발견

40) 국립병원의 임금직원에 대하여 ILO는 이를 명확히 차별적이라고 지적하고 있다.

41) 道田陽一, “고용유사의 노동고급계약과 노동법에 관한 각서”, 西村健一郎 外篇, 『신시대의 노동계약법 이론』(신산사, 2003); 柳屋孝安, 『현대노동법과 노동자개념』(신산사, 2005년). 한편 노동자성의 판단 기준의 확장 등의 입법정책을 제안하는 견해도 있다. 永野秀雄, 「계약노동자 보호의 입법적 과제」, 『일본노동법학회지』, 102호(2003.10), 112쪽.

42) 脇田滋, 앞의 논문, 15쪽.

된다고 인식한다. 이에 따라 노동관계법상의 책임소재가 애매하게 되므로 지도감독 강화 등에 의해 제조업을 중심으로 위장도급의 방지·해소를 도모한다. 구체적인 내용으로는, 사업주 등에 대한 노동관계법 등의 주지 철저, 위장도급에 대한 상호 정보제공의 철저, 직업안정과 근로기준행정의 공동감독<sup>44)</sup> 및 지도감독의 강화를 주요 내용으로 하고 있다.

이에 대하여는 ‘위장도급의 해소’가 위장도급의 적정화에 지나지 않는다는 노동계측의 비판<sup>45)</sup>이 있다. 즉 노동자가 위장도급이라는 인식하에 파견법 제40조에 따라 사용자측에 직접고용을 신청하고, 노동관서에 이를 신고한 사례를 든다. 이에 대하여 후생노동성에서는 파견법 제35조에 의한 통지(파견기간 만료의 예고기간)가 없으므로 제40조의 고용노력의무는 없다는 입장을 밝혔다. 이 건은 결국 당사자 사이에 파견이라는 인식이 없이 행해지는 도급에 있어 파견법의 형식에 맞추어 법을 집행하려는 행정당국과 실체가 파견이 분명하다면 파견법으로 규율해야 한다는 노동계와 분명한 의견 차이를 보이고 있다.

결국 일본에서도 2004년 제조업 파견이 합법화(2004년부터 1년, 2007년부터는 3년)되었음에도 제조업을 중심으로 하는 위장도급이 사회문제화되고 있다. 그리고 이외에도 다양한 형태의 위장도급이 문제로 되고 있는바 대응책 마련이 필요한 시점이다. 이와 관련하여 후생노동성의 연구회 보고<sup>46)</sup>는 SOHO, 텔레워크, 재택취업, 독립계약자 등 고용과 자영의 중간적인 노무방식이 증가하는 한편, 일방적인 단가 인하, 일의 중단 등이 당사자간 교섭력의 차이에서 생기는 분쟁이 많다는 인식을 하였다. 그리하여 노동기준법상의 노동자 이외의 자<sup>47)</sup>도 노동계약법제의 대상으로 검토할

43) 후생노동성 基發 제0904001호, ‘위장청부의 해소를 향한 당면의 대처에 대하여.’

44) 우리나라의 경우에는 근로자파견법 소관을 고용정책실에서 근로기준국으로 이관(2004.2)함에 따라 근로감독관이 파견업무에 대하여도 지도감독을 하도록 일원화되었다(2005).

45) 丸山正晶, 「光洋실링테크노 ‘위장도급’ 노동자의 시점」, 『노동법률순보』, 1634호(2006.10.25), 60쪽 이하.

46) 후생노동성, “금후의 노동계약법제의 방향에 관한 연구회보고서”, 2005.9.17, 15쪽 이하.

47) 그러한 자의 특징으로는 ① 개인일 것, ② 도급계약, 위임계약 기타 이에 유사한 계약에 근거하여 역무를 제공할 것, ③ 당해 역무의 제공을 본인 이외의 자가 대행하는 것을 예정하지 않음, ④ 그 代償으로서 금전상의 이익 향유, ⑤ 수입의 대부분을 특정인과 지속적인 계약에서 얻고 이에 의해 생활할 것 등을 든다.

필요가 있다. 그러나 실태가 다양하고 대상을 넓게 할 필요성 등을 감안하여 구체적인 대안을 제시 하는 단계에는 이르지 않았다. **KLI**

## 노동자성을 둘러싼 최근 판례(불입)

(2007년 1월 18일 작성완료)

인정 여부	사건명	판결 기관 및 판결 일시	노동제공 유형
부정	横浜南勞基署長(旭紙業)事件	最一小判 1996.11.28	용차운전사
부정	堺勞基署長事件	大阪地判 2002.3.1	"
부정	姫路勞基署長(勞災保險關連)事件	神戸地判 2003.2.19	"
부정	加部建材・三井住建道路事件	東京地判 2003.6.9	"
긍정	生興事件	大阪地決 2005.6.24	"
긍정	山昌事件	名古屋地判 2002.5.29	용차트럭운전사
긍정	아사히急配事件	大阪地裁堺支決 2000.5.14	위탁운전사
부정	加部建材・三井道路不當勞動行爲再審事事件	중노위명령 2005.11.30	용차운전사
인정	關西醫科大學研修醫(未拂賃金)事件	最2小判 2005.6.3	研修醫
인정	關西醫科大學研修醫(未拂賃金)事件	大阪高判 2002.5.9	"
인정	關西醫科大學研修醫(未拂賃金)事件	大阪高判 2002.5.10	"
인정	安田病院事件	最3小判 1998.9.8	病院付添婦
인정	일본프로야구조직사건(노조법)	東京高決 2004.9.8	프로야구선수
부정	NHK西東京營業센터事件	東京高判(2003.8.27)	수신료수금원
부정	NHK盛岡放送局事件	仙台高裁 2004.9.29	"
긍정	興榮社事件	最1小判 1995.2.9	전무이사
긍정	双美交通事件	東京地判 2002.2.12	이사
긍정	大阪中央勞基署長(오카자키)事件	大阪地判 2003.10.29	전무이사
긍정	Japan Network Service事件	東京地判 2003.4.28	개발부장
긍정	中部放送・CBS관련악단노조사건	最一小判 1976.5.6	악단원
긍정	치보리・재팬사건	岡山地裁 2001.5.16	악단원
부정	新國立劇場運營財團事件	東京地判 2006.3.30	합창단원
긍정	新國立劇場事件	東京都勞委命令 2006.3.30	합창단원
긍정	新宿勞基署長事件	東京高判 2004.7.11	영화촬영기사
부정	"	東京地判 2001.1.25	"
긍정	INAX메인터넌스사건	大阪府勞委命令 2006.7.24	CE(Customer Engineer)
긍정	클럽"이시카와"(입점계약)사건	大阪地判 2005.8.26	클럽호스티스
부정	藤沢勞基署長事件	横浜地判 2004.3.31	일인사업(목공)
부정	池袋職安所長(앵커工業)사건	東京地判 2004.7.15	앵커

---

---

## 참고문헌

---

---

- 장의성(2005), “우리나라 특수고용형태종사자의 노동법적 보호방안에 관한 연구”(고려대학교 박사학위논문),
- 김철희(2006), 「ILO ‘고용관련권고’의 의미와 시사점」, 『월간 비정규노동』, 2006년 7월호.
- 菅野和夫(2005), 『노동법(제7판)』, 유비각.
- 仲野組子(2003), 『아메리카의 비정규노동』, 청목서점.
- 鎌田耕一 편저(2001), 『계약노동의 연구』, 다하출판.
- 柳屋孝安(2005), 『현대노동법과 노동자개념』, 신산사.
- 노동정책연구·연수기구(2005), 「노동자의 법적개념:7개국의 비교법적 고찰」.
- 노동성 노동기준국편(1993), 「금후의 노동계약법제의 바람직한 방향에 대하여」,
- 후생노동성(2005), 「금후의 노동계약법제의 방향에 관한 연구회보고서」,
- 노동기준법연구회노동계약등법제부회노동자성검토전문부회보고, 「건설업노임하청종사자 및 예능관계자에 관한 노동기준법의 “노동자”의 판단기준에 대하여」.
- 후생노동성 노동기준국(2004), 「정보통신기기를 활용한 재택근무의 적절한 도입 및 실시를 위한 가이드라인」, 3월 5일.
- 脇田滋, 「고용·취업형태의 변화와 노무지휘권」, 일본노동법학회 편, 『강좌21세기 노동법』 제4권 노동계약(유비각, 2000.10)
- 道田陽一(2003), 「고용유사의 노동고급계약과 노동법에 관한 각서」, 西村健一郎 外篇, 『신시대의 노동계약법이론』, 신산사.
- 矢部恒夫(2003), 「프리랜서 카메라맨의 勞災인정판결을 계기로 노동자개념을 생각한다」, 『일본노동법학회지』 101호
- 永野秀雄(2003), 「계약노동자 보호의 입법적 과제」, 『일본노동법학회지』, 102호(2003.10)
- 長坂俊成(2003), 「텔레워커의 법적 성질과 법적 보호의 방향」, 『계간노동법』, 제193호.
- 長坂俊成(2003), 「영화촬영에 종사하는 계약을 체결한 프리랜서 카메라맨의 노재법상의 노동자

- 성], 『계간노동법』, 제203호(2003년 겨울호)
- 川口美貴(2005), 「노동자개념의 재구성」, 『계간노동법』, 제209호(여름)
  - 柳屋孝安(2002), 「개별적 노사관계에서의 노동자」, 橋本陽子, “집단적 노사관계에서의 노동자” 이상 『노동판례백선』, [제7판] 165호(2002.11)
  - 柳屋孝安(2003), 「영화촬영기사의 노동자성」, 『주리스트』, ‘2002년 중요판례해설(2003년)’
  - 中内哲(2005), 「프로야구조직사건비평」 2004년도 중요판례해설(주리스트 1291호)
  - 小西康之(2006), 「NHK와 수신료수금등 수탁자와의 사이의 위탁계약의 법적 성질」, 『주리스트』, 1314호(2006.6.15)
  - 水口洋介(2006), “노동자성에 대하여-노동측의 입장에서”/ 皆川宏之, 「노동자성에 대하여-노동법학의 입장에서」, 이상 『주리스트』, 1320호(2006.10.1)
  - 島田陽一, 「고용관계유사의 노무제공계약과 노동법」, 『노동법률순보』, 1536호.
  - 脇田滋, 『‘위장노동’ 극복과 ‘노동자’ 성 판단』/ 村田浩治 “오오사카과견청부센터 결성의 의의와 역할”/ 水口洋介, “신국립극장합창단고용중지사건”/ 永鳥靖久, “유우팩사건”/ 則武透, “치보리·재팬사건”/ 丸山正晶, “光洋실링테크노 ‘위장도급’ 노동자의 시점”/ 二片すず, “고용관계에 관한 권고”의 성립에 대하여”/ 小畑明, “운수산업에서의 위장고용의 실태와 향후 대응”/ 原野早知子, “生興株式會社解雇事件,” 이상 『노동법률순보』, 1634호(2006.10.25)