

## 2011다78804 부당징계무효확인

(골프장 캐디들이 '근로기준법' 상의 근로자 및 '노동조합 및 노동관계조정법' 상의 근로자인지 여부)

공보관(전화 : 3480-1451)

대법원(주심 신영철)은 2014. 2. 13. **골프장에서 일하는 캐디들이 골프장을 운영하는 회사로부터 징계를 받은 후 위 회사를 상대로 제기한 징계무효확인 소송에서, 골프장 운영자는 내장객에게 캐디를 중개할 뿐 캐디와의 사이에 근로계약관계가 없고, 캐디는 내장객과의 법률관계가 있을 뿐이며, 캐디가 골프장 운영자로부터 일정한 정도 지휘·감독을 받는다 하더라도 반드시 근로기준법상 근로자성 판단 징표로서의 사용자의 근로자에 대한 구체적 지휘·감독권의 행사라고 볼 수 없다고 보아, 캐디는, 현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가' 라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 근로기준법 소정의 근로자로는 볼 수 없고, 다만 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 노동조합 및 노동관계조정법 소정의 근로자로는 볼 수 있다는 취지의 판결**을 선고하였음(대법원 2014. 2. 23. 선고 2011다78804 판결).

### I. 사안의 내용과 쟁점

#### ▣ 사안의 내용

- 1999. 10. : 지역별 노동조합인 전국여성노동조합은 골프장을 운영하는 피고 회사 내에 위 골프장의 경기보조원(캐디)을 가입대상으로 하여 피고 회사 내에 88CC 분회(이하 '이 사건 노조'라함)를 설치함. → 분회원은 총 180여 명의 캐디 중 140여 명임.
- 1999. 10. 7. : 이 사건 노조는 조합설립신고를 마침
- 2001년 경 : 전국여성노동조합은 피고와 단체협약을 체결하였고, 그 후 3차례 단체협약 갱신함. 최근 단체협약 갱신은 2008. 2. 17.임

- 2001. 8. 1. : 피고는 2001년 단체협약 체결 무렵 전국여성노조측의 요구에 따라 캐디 조장제를 폐지하고 자율수칙을 개정한 ‘경기보조원 수칙’을 마련하여 시행함.
- 2008. 9. 15. : 원고 甲이 골프경기보조 중 4번 홀부터 앞팀과의 거리가 벌어지기 시작하자, 뒷팀 고객들이 피고의 대표이사에게 항의하는 사태가 발생 → 경기 종료 후 甲과 경기팀장 A와 사이에 경기진행 지연 등을 지적하는 과정에서 상호간 고성인 오고감(이 사건의 발단).
- 2008. 9. 24. : 이 사건 골프장의 캐디마스터(피고 소속)는 원고 甲을 **제명조치함**

▶ 사유 : 원고 甲의 경기진행 소홀과 관련하여 처벌을 심의하는 도중임에도 불구하고 반성이나 개선의 정이 없으며, 오히려 허위사실 유포, 회사방침에 대항, 피켓시위 등 회사 이미지 실추 및 영업방해 가담 사실 등

- 2008. 11. 4. ~ 11. 26. **출장유보처분** : 피고는, ① 원고 乙에 대하여는 골프장 내장객에 대한 불친절 언행 및 허위사실 유포로 인한 명예훼손 등을 이유로, ② 원고 甲, 乙, 丙, 丁을 제외한 나머지 원고들을 포함한 총 52명에게는, 위 甲의 해고와 관련해 항의시위를 벌이고 인터넷 게시판에 회사 비방글을 올렸다는 것(업무방해, 허위사실 유포로 인한 명예훼손) 등을 이유로 하여 **각 출장유보처분함**
- 2008. 11. 30. : 이 사건 노조는 이날 피고에게 공문을 보내어 **副本회장인 원고 丙, 회계감사인 원고 丁이 2008. 12. 2.부터 같은 달 31.까지의 조합 활동으로 인하여 결장할 것이라**며 이에 대한 협조를 요청 → 피고가 불허함.
- 2009. 1. 14.까지 결장 : 그 와중에 원고 丙, 丁, 戊가 무단결장한 상태에서 노조활동을 하였고,
- 2009. 1. 14. **제명처분** : 이에 피고는 월 5회 이상의 무단결장을 이유로 원고 丙, 丁, 戊를 **제명처분함**.

▣ 이 사건의 쟁점은 **원고들의 근기법상 내지 노조법상 근로자성 인정 여부**임

- ▶ **▣ [특징]** 만약 **근로기준법**(이하 ‘근기법’이라 한다)상의 근로자성이 인정된다면 위 법 제23조에 따라 사용자의 징계처분의 자유는 제한되고 ‘정당한 이유’가 있을 때만 위 각 처분이 유효하게 된다. 그런데 **노동조합 및 노동관계조정법**(이하 노조법이라 한다)상의 근로자성만이 인정된다면 위 각 처분은 근기법이 아닌 노조법 제81조 소정의 부당노동행위 해당 여부에 대한 판단을 받게 된다.

## II. 판결 결과 및 판시 사항

### ■ 원심판결을 수긍함

- [1] 근기법상의 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 근무 시간과 근무 장소를 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, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).
- ▶ 그런데 원심은, 이 사건 캐디들은 그 운영자인 피고에 대하여 상당히 종속적인 관계에서 일정한 노무를 제공하고 있기는 하나, 한편 아래와 같은 사정, 즉 ① 우선 운영자인 피고와 그 경기보조원인 캐디들은 골프장 운영과 관련하여 근로계약관계를 전제로 하지 않는 일종의 공생(계약)관계로도 볼 수 있는 점, ② 피고가 캐디들 사이의 출장 순번을 정하는 것은 그들 사이에 동등한 용역제공 기회를 부여하기 위한 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 골프장을 운영함으로써 영리를 추구하는 피고로서는 캐디들로 하여금 일정액 이상을 받지 못하게 하고 정기적으로 경기보조업무 수행의 방법 등에 대하여 교육을 받도록 하는 것과 같은 최소한의 제약을 가할 수 있으며, 이러한 제약의 효과를 달성하기 위하여 캐디들이 이를 위반할 때에는 이 사건 골프장의 소유권 내지 시설관리권 또는 캐디들과 사이의 계약에 기하여 어느 정도의 불이익을 가할 수도 있고, 캐디들로서도 일응 이러한 제약을 감수한 것이라고 보아야 하는 점, ④ 이용객과 캐디 모두 피고가 사전에 공고한 캐디 피의 액수 자체를 하나의 기준으로 받아들이는 묵시적인 약정이 있다고 볼 수도 있는 점, ⑤

캐디들의 경기보조업무는 골프라는 운동의 성격이나 연혁, 외국의 골프장 운영실태 등에 비추어 볼 때 원래 골프장 측이 이용객에 대하여 당연히 제공하여야 하는 용역 제공이 아닌 점, ⑥ 또한, 피고는 캐디 피가 90,000원임을 공시하여 왔고, 캐디들은 이용객과 사이에 독립적으로 캐디 피에 대한 명시적인 약정을 체결하지 아니하며, 피고는 이용객으로부터 골프장 이용대금조로 그린 피만을 지급받고, 캐디 피에 대하여는 이용객이 캐디에게 직접 지급하도록 하는 내용으로 이용객과 사이에 골프장 시설 이용계약이 성립한 이상, 캐디는 직접 이용객을 상대로 그 캐디 피의 지급을 청구하는 것은 별론으로 하고 이용객의 캐디 피 지급거절 등에 대하여 귀책사유가 없는 피고를 상대로 직접 캐디 피의 지급을 구할 수 없고, 피고 역시 이용객을 상대로 직접 캐디 피의 지급을 구할 법적 근거가 없는 점, ⑦ 그리고 캐디들은 이용객으로부터 받는 캐디 피를 유일한 수입원으로 하고 있고, 피고로부터 휴업수당이나 수입감소 보전금을 지급받지 않았을 뿐만 아니라, 피고는 이용객으로부터 받는 그린 피에 대하여는 영업이익의 극대화를 위하여 주중 요금과 주말 요금을 차별화하면서도, 캐디 피에 대하여는 주중 요금과 주말 요금의 차이를 두지 않고 동일하게 게시하였는바, 이러한 사정에 비추어 보면, 피고의 입장에서는 캐디의 존재로 인한 부가적 이익을 보유하고자 일정한 조건하에 캐디들에게 이용객을 상대로 한 피고의 골프장을 활용한 경기보조 서비스의 수입활동을 허가한 것으로 봄이 상당하고, 캐디의 입장에서도 캐디 피를 이용객으로부터 직접 지급받는다든 점에서 노무제공의 상대방은 피고가 아닌 이용객으로 보아야 하고, 피고를 위하여 피고의 일반적·구체적인 각종의 지휘·감독에 따라 경기속도조절 업무, 자신들이 담당하지 아니한 이용객과 관련한 디보트 수리, 청소 및 무보수 당번 등의 업무를 수행하는 것은 피고로부터 이 사건 골프장의 출입 및 이용권한인 출장 기회를 제공받는 대가로 부수적으로 수행되는 것으로 봄이 상당하므로, 캐디 피는 캐디들이 피고에게 제공하는 노무 자체의 대상적 성격이 있다고 보기 어려우며, 이 사건 골프장 캐디들에게는 피고가 제정한 취업규칙이나 인사규정 등이 적용되지 아니하고, 피고가 이 사건 노동조합 분회의 요구에 따라 협의를 거쳐 제정한 경기보조원 수칙은 피고가 이 사건 골프장 운영과 관련하여 캐디들과 사이의 단체협약을 통하여 캐디들을 효율적으로 통제하기 위한 것일 뿐 근기법상 취업규칙에 해당한다고 보기 어려운 점 등 제반 사정을 모두 고려하여 보면, 원고 등 캐디들이 피고로부터 임금을 받을 목적으로 피고에 대하여 사용종속적인 관계에서 노무를 제공하고 있다고 보기는 어렵다고 판단하였고, 대법원은 이를 수긍하였다.

- [2] 노조법상의 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 그 사용·종속관계는 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없이 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독 관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정되는 것이다(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결, 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다64385 판결 등 참조).
- ▶ 원심은, 노조법상의 근로자의 경우 직접적인 근로계약의 존재를 직접적으로 요구하는 것은 아니므로 그 근로자성 판단기준의 징표를 임금의 종속성 판단 요소보다는 사용자의 지휘·감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 '업무의 종속성 및 독립사업자성'을 판단하는 평가요소로 삼아야 한다고 전제한다고, 피고가 캐디들의 근무내용, 근무시간 및 근무장소에 대하여 상당한 정도의 지휘·감독을 하고 있다고 볼 수 있는 점, 캐디들은 경기보조업무 수행 과정에서 필요한 작업도구를 피고로부터 제공받아 사용하며 노무 이외에 자신의 자본을 투여하는 일이 없고, 그 업무내용이 단순 노무제공의 측면이 강하며, 피고가 지정한 순번에 따라 출장의 기회를 제공받으므로 이용객을 임의로 선택하거나 교체를 요구할 수 없고, 캐디 피의 액수도 캐디들이 이용객과 사이에 임의로 정할 수 있는 것이 아니어서 캐디들 스스로 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 위험을 부담하는 독립사업자로 볼 수 없는 점, 이 사건 골프장의 캐디들은 출장일수가 적지 않고, 피고가 정하는 출장순번에 따라 출장하는데 자신의 출장순번이 언제 돌아올지 정확히 예측할 수 없어 실제로 이 사건 골프장 외의 다른 골프장에서 경기보조업무를 수행하는 것은 사실상 불가능하므로 피고에 전속되어 지속적인 경기보조업무를 수행하는 것으로 보아야 하는 점, 피고와 이 사건 노동조합 상호간에 상대방을 노조법상 사용자 또는 노동조합으로 인정하여 단체협약과 별도의 합의나 노동쟁의 조정절차 등을 거쳐 왔고 원고들은 이 사건 노동조합 소속 조합원들로 활동하여 온 점 등에 비추어, 이 사건 골프장의 캐디들에 대하여는 노조법상의 근로자성을 인정할 수 있다고 판단하였다.
- ▶ **대법원**은, 원심판결이 노조법상 근로자성 판단에 있어서 인적 종속성보다는 '업무의 종속성 및 독립종속성(경제적 종속성)'의 평가요소에 더 중점을 두었다고 하더라도, 원고들에 대하여 노조법상의 근로자성을 인정한 원심의 판단은 정당하다고 판결했다.

### III. 이 판결의 의의

■ 우리 대법원은 캐디의 지위와 관련하여 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결에서 ‘노조법’상의 근로자성을 인정한 이후, 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결에서 ‘근기법’상의 근로자성을 부인하였다.

그런데 근기법은 제2조 제1항 제1호에서 『“근로자”란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다』고 규정하고 있음에 비하여, 노조법은 제2조 제1호에서 『“근로자”라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다』고 정의함으로써 문언상으로는 노조법상의 근로자는 특정한 사용자에의 종속관계를 요구하고 있지는 않고 있는데, 이는 노동3권 내지 노동조합운동의 자격을 될 수 있는 한 넓게 인정하려는 취지에서 규정된 것이라고 해석할 수 있다.

- ▶ 위 근기법상의 위 규정은 노조법 제2조 제1호에 규정된 근로자의 정의와는 달리 ‘사업 또는 사업장에서’라는 요건을 부가함으로써 현재 근로를 제공하여야 하는 관계에 있는 자만을 근로자로서 파악하고 있는데, 이는 기본적으로 각 법률이 추구하는 목적이 다르기 때문이다. 즉, 근기법상 근로자는 주로 국가에 의해 설정되고 감독되는 근로조건 등의 최저한도의 보호를 받을 수 있는 자의 범위를 중심으로 구성된 개념인 반면, 노조법상 근로자는 헌법에서 보장하고 있는 노동3권을 향유하는 자의 범위를 중심으로 구성된 개념이기 때문이다.
- ▶ 이처럼 근기법과 노조법상 각 근로자의 개념에 관한 정의가 서로 상이하고, 그 결과 근로자 개념에 실업자 포함 여부가 달라져 서로 구별되는 개념이라 할 것이다. 즉, 근기법은 ‘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 각 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점, 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점, 이러한 근로자 개념의 판단상의 차이로 인해, 노조법상의 근로자

는 근기법상의 근로자 개념보다 넓은 수밖에 없다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두 8568 판결).

- ▶ 그런데, 대법원은 오늘 “골프장 운영자는 내장객에게 캐디를 중개할 뿐 캐디와의 사이에 근로계약관계가 없고, 캐디는 내장객과의 법률관계가 있을 뿐이며, 캐디가 골프장 운영자로부터 일정한 정도 지휘·감독을 받는다 하더라도 반드시 근기법상 근로자성 판단 징표로서의 사용자의 근로자에 대한 구체적 지휘·감독권의 행사라고 볼 수 없다고 보아, 원고 등 캐디들이 피고로부터 임금을 받을 목적으로 피고에 대하여 사용종속적인 관계에서 노무를 제공하고 있다고 보기는 어렵고(근기법상 근로자성 부정), 다만 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 노조법의 목적상, 캐디들의 경우 '업무의 종속성'이 강하고 '독립사업자성'이 약해(경제적 종속성이 강함) 노조법 소정의 근로자로는 볼 수 있다”는 취지의 원심의 판단을 수긍하는 판결을 선고하였다.
- ▶ 즉, 근기법이나 노조법이나 **종속노동의 대가로 생활을 영위하는 자의 보호를 목적으로 하는 점**에서는 차이가 없으므로, 이 사건과 같이 징계 등이 문제된 사건에서 근로자성을 인정하는데 있어서는 사용종속관계가 실질적으로 존재하는지를 살피되, 그 근로자적 성격의 징표 중에서, 근기법상의 근로자의 경우는 사용자가 노무제공자의 업무 내용을 결정하고 업무의 수행에 있어서 실질적으로 지시·감독을 하는 등 인적 종속성(사용종속성)의 측면을, 노조법상의 근로자의 경우는 '업무의 종속성' 및 '교섭상의 약한 지위(경제적 종속성)'에 보다 큰 무게를 두었다 하더라도 노조법상 근로자성을 인정한 원심의 판단을 수긍함으로써, 그 간 근기법상 근로자성 판단 징표에 대한 대법원 판례의 변화 속에 논란이 되고 있었던 골프장 캐디의 노동법상 근로자성 여부에 관한 기준의 판례의 입장을 재차 확인하였다는 점에서 의미가 있는 판결임.