

현대의 노동법상 근로자성에 대하여

정봉수 노무사 / 강남노무법인

I. 서론

다양한 직업이 발생하면서 일반 근로자가 아닌 용역계약이나 프리랜서 계약을 통해 일하지만 노동법상 근로자로 인정받지 못하는 경우가 많이 발생하고 있다. 일례로¹, 대형학원에서는 강사와 강의서비스계약을 체결하여 프리랜서 형태의 독립사업자로 업무를 수행하게 하는 경향이 있어 이에 대해 노동법적 다툼이 되는 경우가 있다. 강사가 근로자가 아닌 독립사업자가 되는 경우에는 노동법에서 보호하고 있는 임금 및 휴가와 관련된 규정, 부당해고로부터의 신분상 보장, 산업재해 등의 사회보험의 보호를 전혀 받을 수 없다. 하지만 강사가 근로자로 인정되는 경우에는 노동법의 전면적인 보호를 받을 수 있다. 따라서 강사의 측면에서는 근로자성을 인정받아 각종 노동법의 보호를 받으려고 하는 반면, 학원의 측면에서는 근로자성 인정으로 지출될 비용의 부담과 강사들의 집단적 행동의 우려 때문에 근로자성을 인정하지 않으려 한다.

이러한 이유로 근로자성을 정확히 판단하는 것이 노동관련 분쟁의 해결에 큰 의미가 있으며, 근로자성 판단을 위한 관련 법령, 학설, 판례를 살펴보고자 한다.

II. 근로자성 판단

1. 개념

근로기준법 제2조 제1항은 “‘근로자’란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.”라고 정의하고 있다. 근로자의 개념 요소를 ‘직업의 종류를 불문하고’, ‘사업 또는 사업장’, ‘임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’라고 설명하고 있다. 근로자의 개념 설정에서 임금을 그 중심 개념으로 두고 있으며, 또한 노무제공자와 노무이용자 사이에 사용종속관계를 근로자의 핵심적인 요소로 파악하고 있다. 즉, 근로자란 “사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”라고 할 수 있다.²

사용종속관계란 근로자가 사용자에게 고용되어 근로를 제공한다는 것으로 사용자의 지휘·명령을 받는 근로자가 그 사용자가 원하는 내용의 일을 하는 것을 말한다. 근로자는 근로의 대가로 임금을 받고 노동력을 제공하는 것이므로 ‘사용종속관계 아래서 근로를 제공하는 자’로 이해할 수 있다.³ 여기서 사용종속관계를 해석하는 방법차원에서 학설이 1) 해석론적 입장과 2)

¹ 대법원 2015.6.11 선고 2014다88161판결. C어학원 퇴직금 미지급사건

² 임종률, 『노동법』, 제13판, 2015, 박영사, 32면

³ 하갑래, 『노동법』, 제27판, 2015, 중앙경제, 102면

실정법상 입장으로 나누어진다.

2. 학설의 구분

(1) 해석론적 이론

이 학설은, 현재 판례가 취하고 있는 문제점, 즉 사용종속관계를 바탕으로 둔 근로자성 판단 논리의 사실적 징표들을 병렬적으로 나열하는 데서 발생하는 문제점을 극복하기 위하여 근로자성을 실질적 징표와 형식적 징표를 구별하여 판단하여야 한다고 주장한다.⁴ 이 학설은 실질적 징표로서 ‘지휘감독의 존재여부’, ‘제공된 노무와 당해 사업과의 관계’ 및 ‘노무공급자의 사정’, 형식적 징표로 사용자의 선택에 의하여 그 운영실태의 변경이 가능한 사항과 결부된 요소가 되는 항목으로써 ‘보수액’, ‘보수의 종류’, ‘지급의 방법’, ‘사용자에 의한 세금·사회보험료의 지급여부’, ‘취업자에 관한 인사고과서류의 작성여부’ 및 ‘부업에 관해 허가를 얻어야 할 계약상의 의무’를 들고 있다.⁵ 즉, 이러한 구분을 통해 근로자성을 판단기준에서 사용종속관계의 요소 중 형식적 징표는 배제하고, 실질적 징표를 가지고 판단하여 한다고 주장한다.

(2) 실정법상 이론⁶

실정법상 정의 규정에 충실하게 근로자개념을 형성하자는 주장이다. 이 학설은 우리나라의 경우 근로기준법 제2조 제1항에 근로자에 대한 정의 규정을 두고 있으므로, 근로자성 판단은 이러한 정의규정에서 출발하여야 한다고 주장한다. ‘근로자’의 정의에 포함된 항목으로 ①“직업의 종류와 관계없이” ②“임금을 목적으로” ③“사업이나 사업장에” ④“근로를 제공하는 자”여야 한다는 네 가지 요소가 있다. 위의 네 가지 기준 중 “직업의 종류와 관계없이”는 근로자성과는 무관하므로 이를 제외한 세가지를 가지고 판단할 수 있다. 첫째, 임금을 목적으로 근로를 제공한다는 것이다. 여기서 “임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖의 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.”(근로기준법 제2조 제5항). 따라서 임금으로 인정되기 위해서는 근로의 대가성만 구비되면 충분하며, 그 형태에는 제한이 없다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 임금이 근로시간 단위별로 책정되지 않고 일의 성과단위로 책정되더라도 그것이 근로의 대가로 인정되는 한, 임금으로 인정될 수 있다. 둘째, ‘사업 또는 사업장에서’에 대해서는 사용자의 사업 또는 사업장에서 근로제공이 이루어지는 것을 의미한다. 근로시간, 장소, 방법 등에 관한 별도의 지시권 행사가 없음에도 노동조직 자체에서 요구되는 방식에 따라 근로제공의 구체적인 내용이 결정되기도 한다. 셋째, ‘근로를 제공’은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하는 것이므로 이는 사용자의 지시권에 의한 구속이라고 할 수 있다. 사용자의 지시권에 대한 구속은 시간적 측면,

⁴ 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성 판단”, 『노동법학』 제11호, 2000, 35면

⁵ 유성재, 『취업형태의 다양화에 따른 법제정비방안(II)-특수고용직 종사자의 노동법적 지위를 중심으로』, 한국법제연구원, 2003

⁶ 박종희, “근로기준법상의 근로개념”. 『노동법학』, 제16호, 2003, 74-76면

장소적 측면 그리고 방법상 측면으로 나누어 접근할 수 있다. 이러한 세가지 측면은 모두 갖추어야 하는 것은 아니고, 전체적으로 고려하여 지시권에 구속이 존재하는지 여부를 가지고 판단하여야 한다.

3. 판례

(1) 판례의 기준

종합반 강사에 대한 근로자성 판단 사례에 있어서 대법원은 근로자 여부를 판단하는 명확한 기준을 제시하고 있다. 첫째는 계약의 형식과 무관하다. 둘째, 사용종속관계 기준을 12가지로 나열하고 있다. 셋째, 사용종속관계 판단기준으로 제시된 항목에 있어 사용자가 일방적으로 결정할 수 있는 부분인지 여부까지 판단하여야 한다고 설명하고 있다. 이 판례는 근로자성 판단에 대한 기준으로 사용되고 있으며, 그 판단기준은 다음과 같다.

판례⁷는 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급 계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 ①업무 내용을 사용자가 정하고 ②취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 ③업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ④사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ⑤노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 ⑥제 3 자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 재산으로 사업을 영위할 수 있는지, ⑦노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 ⑧보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對價的) 성격인지, ⑨기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 ⑩근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑪근로제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, ⑫사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수 하였는지, 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.”

"상기 기준은 형식적·획일적으로 적용되는 것이 아니라, 상기 기준에 부합되는 사실관계가 존재하는 경우에도 이것이 사용자의 우월한 지위에 기인하는 것인지 아니면 업무의 특수성상 당연히 존재하는 것인지의 여부를 판단하여야 할 것이다."⁸

⁷ 대법원 2006.12.07. 선고, 2004다29736 판결, 종합반 입시강사의 근로자성

⁸ 대법원 2006. 5. 11. 선고, 2005다20910 판결, 레미콘 운송업자 사건

(2) 판례의 해석

판례의 근로자성의 판단기준에 대해 구체적으로 살펴볼 때, 다음의 세 가지의 주요 핵심적인 내용을 가지고 있다는 볼 수 있다. 첫째, 근로기준법상 근로자를 판단할 때 판례는 근로기준법 제2조 제1항의 규정을 가지고 판단하고 있다. “근로기준법상의 근로자에 해당하는 여부를 판단함에 있어서는 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것”이라고 하여 ‘근로자’ 정의 규정을 포함하고 있다. 즉, 이는 근로자가 사용자와의 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공한다는 것을 의미한다.

둘째, 판례는 “근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 따라 판단하여야 한다.”고 보고 있다. 이러한 판례의 입장이 근로자 판단은 당사자 사이에 체결된 계약의 형식적인 관점에서 판단하는 것이 아니라 실제 이루어진 구체적인 관계에 따라 판단하여야 한다는 의미이다.

셋째, 판례는 근로기준법상 근로자 인정을 실질적으로 ‘종속적 관계에서’ ‘근로를 제공’하는지의 여부에 따라 판단하고, 그 종속관계 여부를 판단하기 위한 여러 기준을 제시하면서 이들을 종합적으로 고려하여 판단한다는 구도를 취하고 있다. 특히, 이 종속관계를 징표를 12가지 항목으로 나누고 있으며, 이러한 항목 중 근로자성이 강한 점과 사용자성이 강한 점을 비교·분석하여, 그 상대적 우위를 가늠해서 대상자의 근로자 여부를 판단하고 있다.

III. 결론

학설과 판례는 다음과 같은 기준을 가지고 일관성 있게 판단하고 있다. 고용관계에 있어 1) 사용종속관계의 존재여부에 따라 근로자성을 인정할 수 있고(종속성에 의한 판단), 2) 사용종속관계의 존재여부는 계약의 형식이나 명칭이 아니라 노무공급관계의 실질적 사실관계에 따라 판단하며(실질적 판단), 또한 3) 노무공급관계의 실질적 사실관계는 그것을 둘러싼 제반 요소를 종합적으로 고려하여 판단한다(종합적 고려). 따라서 사용종속관계에 의한 판단기준은 근로관계의 실질적 관계를 가지고 종합적으로 판단하여야 할 것이다. 판례는 근로자성 판단기준에서 고용계약의 형식에 구애됨이 없이 판단하여야 하고, 사용자의 경제적 우위에 의하여 쉽게 결정될 수 있는 사업소득세 납부여부, 4대보험 가입여부 등은 근로자성 판단에서 중요한 부분이 될 수 없다고 보고 있다. 이는 실질적인 근로관계를 파악하여 근로자성 여부를 판단한다는 점을 강조하고 있는 부분이라 할 수 있다.

