

외국인회사 대표이사의 근로자성 판단 정봉수 노무사 / 강남노무법인

I. 문제제기

일반적으로 대표이사는 회사와 위임계약 관계를 가지므로 노동법이 적용되지 않는다. 대표이사가 노동법에 적용되지 않는다는 것은 일반근로자가 누리는 부당해고구제, 퇴직금, 산업재해보상, 실업급여 등을 받을 수 없다는 것이다. 대표이사는 회사를 대외적으로 대표하고, 대내적으로 인사, 운영, 자금의 결정권을 가지는 최종결정권자이므로 근로자가 될 수 없다. 그러나 대표이사가 실제 사용자에게 고용되어 형식상 등기되어 있고, 대외적 활동을 위한 대표자이지 실제로는 사용자로부터 상당한 지휘 감독을 받아 업무를 수행하는 경우에는 사용자로 보지 않고 근로기준법상 근로자로서 인정되어 노동법적인 보호를 받을 수 있다.

특히, 다국적기업이 한국내 외국인회사를 설립한 경우, 업무의 효율적 운영을 위하여 고용된 현지인을 대표이사로 내세우는 경우가 많다. 이 경우에 한국의 대표이사나 지사장은 등기여부와 상관없이 실질적으로 사업주로서의 권한이 없는 경우가 많아 근로자성에 대해 다툼이 발생하는 경우가 많다. 이에 대해 근로자와 사용자의 구분, 외국인회사의 특징과 대표이사의 근로자성 판단기준에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

II. 근로자와 사용자의 구분

1. 사용자 개념

사용자라고 하면 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 대한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다(근로기준법 제2조제1항제2호). 여기서 '사업주'라고 하면 근로자를 사용하여 사업을 하는 자를 말한다(임금채권보장법 제2조). '사업경영담당자'는 사업경영 전반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말한다. 즉, 대표이사, 등기이사 등이 여기에 포함되고, 대표이사나 이사의 직을 가지고 있지 않더라도 실질적으로 회사의 경영권을 행사하는 자는 경영담당자에 해당된다.¹

대표이사나 임원은 회사의 정관에 의하여 대표권과 업무집행권을 가진 자로서 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로 근로기준법상 근로자가 아니다. 그러나 형식상 등기된 대표이사나 임원이라도 실제로 사용자로부터 상당한 지휘, 감독을 받아 노무를 수행하고 그 노무의 대가로 일정한 보수를 받아왔다면 근로기준법에 정한 근로자라 할 수 있다.²

¹ 대법원 2006.5.11. 선고 2005도8364 판결; 임종률, 『노동법』, 제14판, 2016, 박영사, 40면

² 대법원 2003.9.26. 선고 2002다64681 판결

2. 근로자 개념

근로기준법 제2조제1항제1호에서 규정하는 근로자는 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다. 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 실질적으로 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다.³ 주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를 대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가지므로 사용자에 속한다. 다만 대표이사로서의 지위가 형식적·명목적인 것에 불과하여 실제 경영자로부터 상당한 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 근로 대가로 임금을 지급받은 경우에는 근로기준법상 근로자에 해당된다.⁴

III. 외국인회사의 대표이사의 특징

1. 외국인회사의 대표이사

다국적기업이 설립한 국내의 외국인회사가 일정한 전결권한 내에서 자율적으로 경영을 하는 경우에는 외국인회사의 대표이사는 일정한 범위내에서 독립적 경영을 위임 받은 사용자로서 역할을 하기 때문에 근로자가 아닌 사용자로서의 신분을 유지한다.

이와 관련하여 판례는 “일반적으로 다국적기업은 국적이 다르고 법적으로 분리된 여러 기업으로 구성된 기업집단으로서의 특성을 지닌다. 기업집단으로서의 다국적기업은 구성기업들의 대등한 연합체가 아니라 지배기업인 모기업이 기업집단의 정점에 위치하여 다국적 기업에 대한 모든 사항을 총괄해서 결정한다. 종속기업은 지배기업인 모기업의 통제하에 놓이게 되어 지배기업인 모기업과 종속기업 사이에 지배종속관계가 존재하게 된다. 이에 따라 지배기업인 모기업의 대표이사 등 임원들과 종속기업의 대표이사 등 업무집행권을 가진 임원들 사이에도 지배기업과 종속기업의 지배종속관계가 투영되어 일정한 수준의 지휘·감독관계가 발생한다. 이는 하나의 기업 내에서의 사용자와 근로자 사이의 지배종속관계와 유사한 면이 있으나 어디까지나 지배기업과 종속기업 사이의 기업간 관계에서 발생하는 지배종속관계라는 점에서 구별된다. 따라서 비록 종속기업의 대표이사 등 업무집행권을 가진 임원들과 모기업 임원들 사이에 일정한 지휘·감독관계가 존재한다고 하여 그러한 사정만으로 종속기업의 업무집행권을 가진 임원들을 종속기업의 근로자라고 볼 수 없다.”⁵ 고 한다. 그럼에도 불구하고 외국인회사의 대표이사가 업무수행 중에 본국의 지휘감독을 상당히 받아 그 독립성이 거의 없이 하나의 중간 관리자와 같은 역할을 하는 경우에는 외국인회사의 지사장은 사용자로서의 신분이 부인되고 근로자로 인정될 수 있다.

2. 외국인회사 대표이사의 근로자성 판단

‘근로기준법상의 근로자’에 해당하는지의 여부는 그 실질에 있어 그가 사업 또는 사업장에

³ 대법원 2013.9.26. 선고 2012도6537 판결 등 참조

⁴ 대법원 2014.5.29. 선고 2012다98720 판결 등 참조

⁵ 서울고등법원 2012.12.21. 선고 2012나52795 판결 참조

임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이지,⁶ 법인등기부에 임원으로 등기되었는지 여부에 따라 판단할 것은 아니다.⁷ 주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를 대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가지는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 근로자에 해당하지 않는다. 그러나 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 해당한다.⁸

따라서 외국인회사 대표이사의 근로자성 관련하여 판단에 영향을 미치는 중요한 요소는 (i)상당한 지휘 감독의 존재여부, (ii)대표이사의 등기 여부이다.

(1) 상당한 지휘 감독의 존재여부

근로자성 판단기준 판례의 내용 중 “업무수행 과정에서 사용자의 구체적·개별적 지휘감독을 받았는지 여부” 부분은 1996년 “단과반 강사의 근로자성”에 대한 판결⁹에서 인용되었으나, 2006년 “종합반 입시강사의 근로자성”에 대한 판례¹⁰에서는 “상당한 지휘·감독을 하는지”로 완화되고 있다. 대표이사인 경우에도 상당한 지휘·감독을 받은 경우에는 근로자성을 인정하고 있다. 이러한 변화는 기존의 생산직과 사무직의 단순구조에서 복합적인 서비스 산업으로 변화하면서 다양한 직업이 발생하였기 때문이다.¹¹

(2) 대표이사의 등기여부

집행임원의 등기여부에 따라 근로자성이 인정되는 경우가 많다. 일반적으로 등기된 이사의 경우에는 근로자성을 부인하며, 상당한 지휘 감독을 받고 있다는 사실이 있는 경우에만 근로자성을 인정하고 있다. 반면에 비등기 이사의 경우에는 원칙적으로 근로자성을 인정하나 독자적인 의사결정권이나 업무집행권이 강하게 인정되는 경우에 한해서 근로자성을 부인한다.¹²

IV. 근로자성 판단기준 및 대표이사의 근로자성 실무적 판단

1. 근로자성 판단의 일반적인 기준

근로자성 판단의 전환점이 된 판례기준은 2006년 종합반 강사의 근로자성을 판단할 때 사용된 기준이다. 이 기준은 외국인회사 대표이사의 근로자성 판단에 있어서도 인용할 수 있다고 본다.

⁶ 대법원 1999.2.24. 선고 98두2201 판결, 대법원 2001.2.9. 선고 2000다57498 판결 등 참조

⁷ 대법원 2002.9.4. 선고 2002다4429 판결 참조

⁸ 대법원 2009.8.20. 선고 2009두1440 판결 참조

⁹ 대법원 1996.7.30. 선고 96도732판결

¹⁰ 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736판결

¹¹ 배동희, “판례분석을 통한 근로자성 판단기준에 관한 연구”, 고려대학교 박사논문, 2016, 59면; 정봉수, “원어민 강사의 노동법적 지위에 관한 연구”, 고려대학교 석사논문, 2013, 32면.

¹² 안태식, “법인등기임원의 근로자성 판단기준”, 「법과 정책연구」, 제22호, 한국정책학회, 2014.6. 624면.

대법원은 근로자 여부를 판단하는 명확한 기준을 제시하고 있다. 첫째는 계약의 형식과 무관하다. 둘째, 사용종속관계 기준을 아래의 9가지로 나열하고 있다. 셋째, 사용종속관계 판단기준으로 제시된 항목에 있어 사용자가 일방적으로 결정할 수 있는 부분인지 여부까지 고려한다.

판례는 “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, 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며, 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ②사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ③노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 ④제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 재산으로 사업을 영위할 수 있는지, ⑤노무제공을 통한 이익의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 ⑥보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지, ⑦기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 ⑧근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 ⑨근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.¹³

이 기준을 적용함에 있어서 주의할 점이 있다. 첫째, 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.¹⁴ 둘째, 상기 기준은 형식적·확일적으로 적용되는 것이 아니라, 상기 기준에 부합되는 사실관계가 존재하는 경우에도 이것이 사용자의 우월한 지위에 기인하는 것인지 아니면 업무의 특수성상 당연히 존재하는 것인지의 여부를 판단하여야 한다.¹⁵

2. 근로자성 파악을 위한 체크리스트 및 판단¹⁶

대법원 판례 (9가지: 판단요소 세부내용)		대표이사의 근로자성 분석 세부 내용	검토의견	
			근로자	사용자
1)사용자의 지휘,감독 여부	①취업규칙(사규) 적용 여부 및 근로계약의 종류	취업규칙, 사규 적용여부 판단, 계약의 종류(근로계약 또는 위임계약)	X	●
	②인사권 행사여부	근로자 채용, 해고, 징계 권한 행사	●	X
	③출퇴근, 휴가 통제, 징계	사용자 출퇴근 및 휴가사용 통제 없었음. 징계한 전례가 없었음		
	④업무집행권 및 자금집행권	독자적 업무수행 및 업무수행 중 상당한 지휘감독 여부 및 자금 집행시 전결규정과 실제 집행가능성		
2)근무시간과	⑤근로시간 구속	출퇴근시간, 출근일 등 시간적 구속		

¹³ 대법원 2006.12.07. 선고, 2004다29736 판결, 종합반 입시강사의 근로자성

¹⁴ 대법원 2006.12.07. 선고, 2004다29736 판결, 종합반 입시강사의 근로자성

¹⁵ 대법원 2006. 5. 11. 선고, 2005다20910 판결, 레미콘 운송업자 사건

¹⁶ 정봉수, “원어민 강사의 노동법적 지위에 관한 연구”, 79면: ‘근로자성 판단기준 가중치 산정’를 가지고 재편집하여 작성.

근로장소 구축	⑥근로장소 구축	근로장소가 정해져 있거나 근로장소 제한 여부		
3)비품,원자재 작업도구,비용 처리 여부	⑦비품,원자재,작업 도구소유	작업도구 소유여부, 업무상 손해 책임여부		
	⑧비용처리	운영비 지원여부, 업무수행 발생비용 처리, 법인카드 제한 없이 사용여부		
4)제3자대행 여부	⑨제3자대행가능, 타업무 종사	전속적 사용여부, 부재시 제3자에 대체 가능여부		
5)노무제공을 통한이윤창출, 독립사업영위 여부	⑩이윤창출	본인의 노력으로 이윤창출 가능여부		
	⑪독립사업	회사에 복무중 타사업에 종사여부		
	⑫적자 위험 책임	적자에 대한 위험부담 여부		
6)보수의 성격 근로 대가여부	⑬보수 근로대가	임금이 매출에 대한 평가인자, 매월 근로의 대가로 받는 고정급인지여부		
	⑭개인사업성	개인이 수익사업을 할수 있는지 여부		
7)기본급,고정 급 지급여부	⑮고정급여부	주요 급여의 구성항목이 기본급인지 성과급인지 여부		
8)근로소득세, 4대보험적용 여부	⑯근로소득세, 4대보험	사업소득세 부담, 4대보험 적용 및 4대보험료 납부여부		
9)근로제공의 계속성,전속성 여부	⑰근로의 계속성	계속적 근로여부(장기근속 여부)		
	⑱근로의 전속성	업무수행중 타사에 취업금지 여부		
평가의견		<특정 사안에 대한 근로자성 판단에 대한 의견 서술적 기술>	0개	0개

* 검토의견에 있어 가중치를 나누어 근로자성이 강한 경우 근로자 부분에, 사용자성이 강한 경우 사용자 부분에 표시한 그 개수를 합하여 근로자성 여부를 판단한다.

V. 결론

외국인회사 대표이사의 근로자성을 판단함에 있어 그 대표이사의 등기이사여부, 임원의 위임계약 작성여부, 대표이사의 호칭 등을 가지고 쉽게 근로자성을 부정하는 경향이 있다. 특히, 다국적기업의 특징으로 외국인회사 사업목적상 모기업과 한국의 종속기업과의 관계에서 업무보고나 지시를 받는 경우에 이를 개인적 관계에서의 지배종속관계와 구분하여야 한다는 판례가 있으나, 그러한 구분이 명확히 이루어질 수 있는지 의문이다. 적지 않은 외국인회사 대표이사는 인사권, 업무집행권, 그리고 자금사용 결정권 없이, 회사 운영 전반에 대해 일일이 본사 상급자의 지시를 받아야 하고, 또한 모기업의 부서별로 보고라인을 통해 각 부서장에게 이중 삼중으로 보고를 해야 하는 경우가 많다. 이러한 경우 외국인회사의 대표이사도 근로자신분을 유지한다고 할 수 있다. 따라서 외국인회사 대표이사의 신분을 판단할 때에는 형식적인 등기여부, 대외적 호칭, 임원계약서 작성여부에 따라 판단할 것이 아니라 대표이사로서의 실질적인 권한인 업무집행권, 인사권 행사 여부, 자금집행 결정권 등을 종합적으로 판단하여야 할 것이다.