

고용보험법, 남녀고용평등법

제·개정 법률안 국회 본회의 통과(2019.8.2)

고용보험법 개정안

<1> 실업급여 지급수준 인상 및 지급기간 확대 (시행: 2019.10.1)

- 실직자의 생계지원을 통한 재취업 활동 촉진을 위해 **올해 10월 1일부터** 실업급여의 지급수준이 평균임금의 50%에서 60%로 인상된다.
- 또한 **지급기간**도 실직자의 연령과 고용보험 가입기간에 따라 **현행 90~240일**에서 **120~270일까지** 확대될 예정이다. 실업급여 하한액은 실업급여 지급수준 및 지급기간 확대 등을 고려하여 **최저임금의 90%에서 80%로** 조정된다.

<임금근로자 실업급여 지급기간 개정 내용(단위: 일) >

현행						2019.10.1 이후					
구분	피보험기간					구분	피보험기간				
	1년 미만	1 ~ 3년	3 ~ 5년	5 ~ 10년	10년 이상		1년 미만	1 ~ 3년	3 ~ 5년	5 ~ 10년	10년 이상
30세 미만	90	90	120	150	180	50세 미만	120	150	180	210	240
30 ~ 49세	90	120	150	180	210	50세 이상, 장애인	120	180	210	240	270
50세 이상 장애인	90	150	180	210	240						

<2> 초단시간 근로자의 실업급여 수급요건 완화 (시행: 2019.10.1.)

- 현재는 실업급여 수급요건이 이직 전 18개월 이내에 유급근로일이 180일 이상 되어야 하므로 주 2일 이하 또는 주 15시간미만 근로하는 초단시간 근로자는 18개월 동안 유급근로일이 최대 156일에 불과하여 실업급여를 받을 수 없었다. 그러나 앞으로는 초단시간 근로자도 이직 전 24개월 동안 180일 이상 근로하면 실업급여를 받을 수 있도록 하여 실업급여 수급권을 강화하였다.

남녀고용평등법

〈1〉 배우자 출산휴가 확대 (시행: 2019.10.1.)

- 현행 법에 따른 배우자 출산휴가 기간*은 3~5일(최초 3일 유급)이나, 이번 법 개정으로 10월 1일부터 휴가기간이 유급 10일*로 확대된다.
- 유급 휴가기간 확대에 따른 중소기업의 부담을 덜어주기 위해 정부는 중소기업(우선지원대상기업) 근로자의 유급 5일분에 대해서는 배우자 출산휴가급여(통상임금의 100%, 월 상한 200만 원)를 지급할 계획이다.
- 휴가 청구시기도 현재는 출산한 날부터 '30일 이내'이나 이를 '90일 이내'로 확대하고, 1회 분할 사용할 수 있도록 하였다.

구 분	현 행	개 선 안
사용기간	3~5일(유급 3일+무급 2일)	유급 10일
정부지원	없음	우선지원대상기업 근로자, 5일분, 통상임금 100% 지원
청구시기	출산한 날부터 30일 이내	출산한 날부터 90일 이내
분할사용	원칙적 불가(노사합의 시 가능)	1회 분할사용 허용

〈2〉 육아기 근로시간 단축 확대 (시행: 2019.10.1.)

- 그간 만 8세 또는 초등 2학년 이하 자녀를 둔 근로자는 육아휴직과 육아기 근로시간 단축 기간을 합하여 최대 1년까지만 사용할 수 있어서 육아휴직을 1년 한 경우에는 근로시간 단축을 사용할 수 없었다. 그러나 앞으로는

육아휴직을 사용해도 **육아기 근로시간 단축**은 기본 1년이 보장되고, **육아휴직 미사용 기간은 추가로 근로시간 단축으로 사용***할 수 있게 된다.

* (예시) ① 육아휴직 1년 + 근로시간 단축 1년, ② 육아휴직 6개월 + 근로시간 단축 1년 6개월, ③ 육아휴직 미사용 + 근로시간 단축 2년

○ 또한 **단축할 수 있는 근로시간**이 현재는 **1일 2~5시간**(단축 후 근로시간: 주 15~30시간)이었으나, 앞으로는 **1일 1~5시간**(단축 후 근로시간: 주 15~35시간)으로 **완화**되어 **육아기에 하루 1시간씩 근로시간을 단축하는 것도 가능**해진다.

* 1일 1시간 단축분에 대한 정부의 임금감소분 지원(육아기 근로시간 단축급여) 인상(2019.10.1.) 예정(통상임금의 80→100%, 월 상한 150→200만 원)

□ (**육아기 근로시간 단축 확대**) 사용기간을 **최대 1→2년으로 확대*** 및 **日 1시간 근로시간 단축 허용***, **분할 사용 횟수 확대**(최소 3개월 단위)

* 日 1시간 단축분에 대한 육아기 근로시간 단축급여 인상(통상임금의 80→100%)

구분	현 행	개 선 안
단축시간	일 2~5시간(주 10~25시간)	일 1~5시간(주 5~25시간)
정부지원	통상임금의 80%(월 상한 150만원) x 근로시간 단축비율	· (일 1시간 단축분) 통상임금의 100%(월 상한 200만원) x 근로시간 단축비율 · (나머지 단축분) 현행수준 유지
사용기간	육아휴직 + 근로시간 단축 = 최대 1년	육아휴직 최대 1년 + 근로시간 단축 = 2년 * 근로시간 단축은 1년 이상 가능
분할사용	육아휴직과 근로시간 단축을 합하여 1회 허용	· (육아휴직) 1회 분할사용 허용 · (근로시간 단축) 최소 3개월 단위로 자유롭게 가능 (분할사용 횟수제한 없음)

〈3〉 가족돌봄휴가 신설 및 가족돌봄휴직 돌봄범위 확대 (시행: 2020.1.1.)

- 지금까지는 **가족돌봄휴직**^{*}(연간 최대 90일)을 사용하려면 **한번에 최소 30일 이상**을 사용해야 했지만, 앞으로는 연간 90일 중에 **10일은 하루 단위로** 사용할 수 있도록 내년부터 **‘가족돌봄휴가’**가 신설된다.

* 근로자가 가족의 질병, 사고, 노령을 이유로 그 가족을 돌볼 필요가 있는 경우에 가족돌봄을 위한 휴직을 신청할 수 있는 제도

- **가족의 질병, 사고, 노령, 자녀양육**의 사유에 가족돌봄휴가를 사용할 수 있으므로 근로자는 **단기적인 가족 간병**이나 **자녀의 학교행사 참석** 등을 위해서 동 제도를 활용할 수 있다.

- 한편, 돌봄 대상 ‘가족’의 범위도 현행 ‘부모, 배우자, 자녀 또는 배우자의 부모’에 ‘조부모 및 손자녀’를 추가하여 앞으로 **조손가정**의 경우도 가족돌봄휴직·휴가를 사용할 수 있게 된다.

현행	개정안
가족돌봄휴직제도	가족돌봄휴가 추가 신설
가족의 질병·사고·노령 사유만 인정	현행 휴직사유+ <u>자녀 양육 사유</u> 추가
연간 90일 : 사용기간 단위 <u>최소 30일</u>	<u>연간 휴직기간 90일 중 10일은</u> <u>1일 단위로 사용</u>

〈4〉 가족돌봄 등을 위한 근로시간 단축청구권 도입

- 현재 근로시간 단축 청구는 임신·육아의 경우에만 허용되지만, 향후 가족 돌봄, 본인 질병·사고, 은퇴준비(55세 이상), 학업을 위한 경우에도 허용되어 다양한 근로시간 단축 수요에 활용할 수 있게 된다. (4가지 사유 추가)

구 분	주요 내용
청구 사유	① 가족돌봄, ②본인 질병·사고, ③은퇴준비, ④학업기간
사용 기간	1년(단, 합리적 사유가 있는 경우 2년 범위 연장), 학업은 연장 없음
단축 시간	주 15~30시간으로 단축
거부 사유	① 대체인력 채용이 불가능, ② 사업 운영에 중대한 지장을 초래, ③ 기타 대통령령에서 정하는 사유
권리 보호	① 해고 등 불이익 처우 금지, ② 단축 종료 후 동일업무 복귀의무 ③ 불리한 근로조건 금지, ④ 연장근로 요구금지 ⑤ 평균임금 산정기간 제외
시행시기	- 상시 300인 이상 사업 또는 사업장, 공공기관 등(2020.1.1. 시행) - 상시 30인 이상 300인 미만 사업 또는 사업장(2021.1.1. 시행) - 상시 30인 미만 사업 또는 사업장(2022.1.1. 시행)

채용절차에 있어 사업주의 의무

I. 문제의 소재

기업에서 근로자 채용은 원칙상 사용자의 고유 권한 사항으로, 기존에는 이를 규율하는 법이 없었다. 사용자가 근로자를 채용하고자 할 때 요구하는 채용서류와 채용심사비용은 구직자들에게 큰 부담이 되고 있으나, 우리나라의 채용시장의 관행상 사용자가

이를 적극적으로 반환하거나 구직자의 요구에 따라 돌려주는 경우는 거의 희박하다. 또한 사용자가 근로자를 채용할 의사가 없으면서 구직자의 사업 아이디어를 수집하거나, 사업장을 홍보하기 위한 목적으로 거짓으로 채용하거나 구인 공고를 내는 등 채용과정에서 부조리가 발생하고 있다.¹⁾ 이에 2014년 채용절차의 공정화에 관한 법률(이하 “채용절차법”)이 제정되면서 상시 30명 이상 근로자를 사용하는 사업장의 경우, 채용과정에서 발생하는 사용자의 권한을 일부 제한하고 있다(제3조).

그리고 최근 공·사기업체에서 채용비리 사건들이 연이어 발생되면서 채용절차의 공정성을 담보할 수 있도록 제도적 보완의 필요성이 대두되었다.²⁾ 이에 2019년 7월 17일자로 채용절차법이 일부 개정되었다. 이번 채용절차법 일부개정사항은 “누구든지 법령을 위반하여 채용에 관한 부당한 청탁, 압력, 강요 등의 행위를 할 수 없도록 금지하고(제4조의2 제1호), 누구든지 채용과 관련하여 금전, 물품, 향응 또는 재산상의 이익을 제공하거나 수수하는 행위를 할 수 없도록 금지(제4조의2 제 2호)하는 내용을 담고 있습니다. 또한 이를 위반 시 벌칙 조항(제17조)을 신설해 실효성 있는 제재 방안을 포함하고 있다.

본고에서는 채용상 불공정 제재와 채용상 지켜야 할 의무에 대해 자세히 살펴본다. 이를 통해 채용절차에 있어 사업주의 의무를 이해하는데 도움이 되었으면 한다.

II. 채용상 불공정 제재

1. 거짓 채용광고 금지 (법 제4조)

사용자는 근로자를 채용할 의사가 없으면서 채용을 가장하여 아이디어를 수집하거나 사업장을 홍보하기 위한 목적 등으로 거짓의 채용광고를 내면 안 된다. 이를 위반하면 5년 이하 징역 또는 2,000만원 이하 벌금의 형사 처벌을 받게 된다(법 제16조). 이는 취업하기 위해 채용광고를 보고 응모한 구직자의 권익을 보호하고, 사회적 비용과 피해의 발생을 방지하기 위한 것이다.³⁾

1) 이승길, 이주호, “노동법상 사용자의 채용자유와 제한 -채용절차법을 중심으로-”, 「사회법 연구」, 제26조, 2015. 8, 한국사회법학회, 112면.

2) 신권철, “채용의 공정 - 채용비리를 중심으로, 「노동법학」(제67), 2018.9. 한국노동법학회, 95-96면.

또한 사용자는 정당한 사유 없이 채용광고 내용을 구직자에게 불리하게 변경하거나 구직자를 채용한 후 정당한 사유 없이 채용광고에서 제시한 근로조건을 불리하게 변경해서는 안 된다. 그리고 사용자는 구직자에게 채용서류 및 이와 관련한 저작권 등의 지식 재산권을 자신에게 귀속하도록 강요해서도 안 된다. 이를 위반하면 500만원 이하 과태료를 부과 받게 된다 (법 제17조).

이는 사용자가 채용광고에서 제시한 직종, 고용형태 및 근로조건을 임의로의 변경은 신의성실의 원칙에 맞지 않고 구직자의 구인광고에 대한 신뢰는 보호할 필요성이 있음을 고려한 것이다. 채용광고에 제시된 근로조건에 변경금지는 구직자가 사용자에게 비하여 열위에 있는 현실을 감안하여 근로조건을 구직자에게 불리하게 변경하는 것을 금지하여 구직자의 권익을 보호하려는 취지이다. 그리고 구직자가 제출한 저작권이나 지적재산권에 관하여서는 「저작권법」과 「지식재산기본법」 등 관련 법령에서 그 권리를 보호하고 있지만, 실질적 보호가 미흡하기 때문에 채용절차법에서 금지규정을 도입하면서 직접적인 보호의 범위가 확대되었다.⁴⁾

2. 채용비리 금지 (법 제4조의2)

사용자가 누구를 채용할지 여부는 사용자의 고유권한 이므로 존중되어야 한다. 그러나 사용자가 개별채용이 아닌 공개경쟁을 통해 채용하는 경우에는 채용공고에 따른 공정한 경쟁의 기회를 부여하여야 한다. 이번 2019년 7월에 개정 시행된 채용절차법은 공정한 취업기회를 박탈하고 건전한 고용질서와 사회통합을 저해하는 채용비리 등을 방지하기 위하여 채용에 관한 부당한 청탁, 압력, 강요 등의 행위 및 채용과 관련하여 금전, 물품 등을 제공하거나 수수하는 행위를 금지하고 있다. 이를 위반하는 경우 3천만원 이하의 과태료를 부과하고 있다.

기존의 채용비리에 대한 처벌은 형법의 업무방해죄를 적용하였으나, 법리상 업무방해죄의 적용에는 한계가 있기 때문에 이번 채용절차법에서는 위의 내용을 새롭게 명시

3) 고용노동부, "채용절차 공정화에 관한 법률 업무 매뉴얼", 2015, 23-25면.

4) 고용노동부, "채용절차 공정화에 관한 법률 업무 매뉴얼", 2015, 37면.

하여 노동법으로써 불공정 행위를 처벌하도록 하고 있다. 채용비리에 있어 형법 제 314조⁵⁾의 업무방해죄가 성립되기 위해서는 위계나 위력 정보처리 등을 통한 수단상의 위법이 있어야 하고, 사람의 업무 즉 타인의 업무에 대한 방해가 있어야 한다. 그런데 부정채용의 관여자는 통상 해당 회사의 의사결정권자로서 채용업무는 본연의 업무에 해당하고 업무방해죄 성립을 위한 '타인의 업무'에는 해당되지 않는다는 법률상의 한계가 존재하였다.⁶⁾ 따라서 이번 채용비리를 채용절차법에서 금지함으로써 기존에 채용비리행위 제재에 대한 공백을 일부 보완하였다는데 그 의미가 있다.⁷⁾

3. 직무와 관련 없는 개인정보 요구 금지 (법 제4조의3)

사용자는 구직자에 대하여 그 직무의 수행에 필요하지 아니한 개인정보를 기초심사 자료에 기재하도록 요구하거나 입증자료로 수집하여서는 아니된다. 그러한 수집이 제한된 개인정보는 (i) 구직자의 본인의 용모, 키, 체중 등의 신체적 조건, (ii) 구직자 본인의 출신지역, 혼인여부 및 재산, (iii) 구직자 본인의 직계 존비속 및 형제자매의 학력, 직업, 재산 등이다. 이를 위반한 경우, 500만원 이하의 과태료를 부과한다. 다만, 입법과정에서 채용서류에 증명사진 부착은 수집제한에서 제외되었다. 그 이유는 증명사진의 경우는 채용시험이나 면접에서 수험생 동일성 확인을 위해 반드시 필요한 자료라고 판단하였기 때문이다.⁸⁾

4. 구직자에게 채용심사 비용 부담 금지 (법 제9조)

사용자는 채용심사를 목적으로 구직자에게 채용서류 제출에 드는 비용 외 일체의 금전적 비용(채용심사비용)을 부담시킬 수 없다. 다만, 사업장 및 직종의 특수성으로 인해 불가피한 사정이 있는 경우, 고용노동부 장관의 승인을 받아 구직자에게 채용

5) 제 314 조(업무방해) ①제 313 조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

②컴퓨터등 정보처리장치 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자도 제 1항의 형과 같다.

6) 정종철, "부정채용과 그에 따른 법적 책임", 「노동법률」, 2018년 6월호, 중앙경제사.

7) 신권철, "채용의 공정 - 채용비리를 중심으로", 앞의 논문, 95-96면.

8) 광옥희 기자, "채용절차법 통과됐지만, '증명사진'은 요구 가능하다", 「노동법률」, 2019년 5월호, 중앙경제사.

심사 비용 일부를 부담하게 할 수 있다. 이를 위반시 300만원 이하의 과태료를 부과한다.

여기서 채용심사 비용은 사용자가 채용을 계획하고 준비하는데 드는 비용부터, 채용광고 등의 비용, 채용서류를 접수 받은 후 해당 구직자에 대한 채용적격 여부를 심사하는데 드는 비용 등 채용과 관련하여 사용자에게 직접 또는 간접적으로 발생하는 일체의 비용을 말한다. 이 부분에 대해 수익자부담원칙에 따라 사용자가 전적으로 부담하여야 한다.⁹⁾

III. 채용상 지켜야 할 의무

1. 고지의무

사용자는 구직자에 대하여 총 4번의 고지 의무가 있다. 채용서류가 잘 접수 되었는지, 채용일정 및 과정은 어떻게 진행되고 있는지, 채용여부 및 불합격자 서류반환 청구 권한이 있음을 고지하여야 한다. 고지방법은 채용절차에 있어 해당사항에 대해 지체 없이 홈페이지 게시, 휴대전화에 의한 문자전송, 전자우편, 팩스, 전화 등을 이용한다.

- ① 응시 접수 단계에서의 고지 : 채용서류의 접수사실 (법 제7조 제2항);
- ② 채용 과정 단계에서의 고지 : 채용일정 및 채용과정 (법 제8조);
- ③ 채용 확정 단계에서의 고지 : 채용여부 (법 제10조);
- ④ 채용 확정 후의 고지 : 채용서류 등의 반환 등 (법 제11조 제6항).¹⁰⁾

2. 서류반환 의무 (법 제11조, 제17조 제3항)

사용자가 근로자를 채용과정에 있어 구직자의 능력을 파악하기 위해 다양한 종류의 자격증명서, 입증자료 등을 요구하기 때문에 구직자가 기업 1개소를 지원하는데 부담

9) 고용노동부, “채용절차 공정화에 관한 법률 업무 매뉴얼”, 2015, 64-65면.

10) 사용자가 구직자에게 알려야 할 구체적인 사항 (i) 채용서류의 반환을 청구할 수 있다는 사실, (ii) 반환청구 대상 채용서류의 종류 및 범위, (iii) 반환청구 제출 방법, (iv) 반환 청구기간 및 이행기간, (v) 반환 방법 및 비용부담, (vi) 채용서류의 보관기간 및 파기이다.

비용이 평균 15만5천원(경제적 비용 6만3천원+시간적 비용 9만2천원)이고, 취업성공 시 까지 1인당 449만 5천원(29회 지원)에 달한다고 조사되었다.¹¹⁾ 구직자가 채용서류를 돌려받게 되면 그만큼 구직에 필요한 비용을 절감할 수 있다.

사용자는 최종 채용이 거절된 구직자가 채용서류 반환을 청구하는 경우에는 본인임을 확인한 후 구직자가 반환을 청구한 날로부터 14일 안에 구직자에게 채용서류를 발송하거나 전달해야 한다. 다만, 홈페이지 또는 전자우편으로 제출했거나 사용자의 요구 없이 자발적으로 구직자가 채용서류를 제출한 경우는 반환 의무를 지지 않는다. 사용자는 구직자의 반환 청구에 대비해 구직자의 채용여부가 확정된 후 14일부터 180일 안에서 회사가 정한 기간만큼 채용서류를 보관해야 하며, 보관 기간은 구직자에게 고지해야 한다. 채용서류 반환에 드는 비용은 원칙적으로 사용자가 부담하나, 구직자의 신청에 따라 수취인 부담으로 발송하는 경우에는 구직자가 부담할 수도 있다. 만약, 채용서류의 보관 의무를 다하지 않거나 이러한 사실을 구직자에게 알리지 않으면 과태료 300만원 이하에 처해지게 된다.

3. 서류의 보관 및 삭제

사용자는 대통령령으로 정하는 기간 동안 채용서류를 보관해야 한다. 다만, 천재지변이나 그 밖에 사용자에게 책임 없는 사유로 채용서류가 멸실된 경우, 사용자는 채용서류의 반환 의무를 이행한 것으로 본다(제11조 제3항). 보관 기간은 반환미청구시 채용서류의 반환을 청구일까지, 반환 요청시에는 채용서류를 첨부한 특수취급우편물의 발송일까지 또는 구직자에게 전달한 시점까지이다(시행령 제3조).

채용서류에는 구직자의 개인정보가 담겨있어 사생활 보호의 필요성이 높으므로 일정 기간이 지나면 그 서류를 파기해야 한다. 반환 청구기간이 지나거나 채용서류를 반환하지 않은 경우 「개인정보보호법」¹²⁾에 따라 채용서류를 파기해야 한다(법 제11조 제4항). 이 경우 채용서류의 파기할 시점은 개인정보보호법에서 명시하고 있듯이

11) 신계륜 민주통합당 의원이 취업전문사이트 '사람인'에 의뢰해 설문조사 결과(2013년 2월 3일).

12) 개인정보보호법 제21조(개인정보의 파기) ①개인정보처리자는 보유 기간의 경과, 개인정보의 처리 목적 달성 등 그 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체 없이 그 개인정보를 파기하여야 한다. 다만, 다른 법령에 따라 보존하여야 하는 경우에는 그러하지 아니한다.

‘지체 없이’(5일 이내) 파기해야 한다.¹³⁾ 개인정보의 파기방법은 ① 전자적 파일 형태인 경우: 복원이 불가능한 방법으로 영구 삭제, ② 기록물, 인쇄물, 서면, 그 밖의 기록 매체인 경우: 파쇄 또는 소각한다(개인정보보호법시행령 제16조).

IV. 맺음말

사용자의 채용권한은 사용자의 고유한 권한으로 어떠한 제한조치가 없었기 때문에 지금까지 채용과정에서 사용자의 권리남용으로 인하여 사회적 비용이 발생하였고, 채용비리 등으로 사회적 문제를 발생시켰다. 이러한 점에서 채용절차법은 사용자의 채용과정에 있어 권리남용을 일부 제한하고, 구직자의 구직활동비를 줄이고, 공정한 채용절차를 확립하는데 크게 기여할 것이라 생각된다. 다만, 아직까지 채용절차법에 대한 사회적 인식이나 홍보가 부족하여 실질적으로 구직자들이 보호를 받을 수 있다는 사실을 인지하지 못하는 경우가 많다. 앞으로 채용절차법의 엄격한 법집행을 통해 사용자의 채용상 무제한의 권한을 일부 제한하고, 구직자의 권리가 보장될 수 있도록 하여야 할 것이다.

육체노동자 기동연한연장에 따른 법적 환경의 변화

I. 문제의 소재

대법원은 2019년 2월 21일 일반 육체노동자 기동연한(취업가능한 연령)¹⁴⁾을 기존 60세에서 65세로 연장하는 전원합의체 판결을 내렸다. 육체노동자 기동연한은 1989년 대법원 전원합의체 판결을 통하여 55세에서 60세로 변경되어 지난 30년간 60세로 유지되어 왔으나 최근 2019년 2월에 육체노동자들의 취업가능 연령을 65세로 연장한

¹³⁾ 행정안전부, 고용노동부, “개인정보보호 가이드라인-인사,노무분야”, 2012. 23면.

¹⁴⁾ 기동연한은 취업가능연령으로 법원은 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등의 사회적, 경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년 제한 등 제반 사정을 조사하여 도출된다(대법원 2012.4.13. 선고 2009다77198, 77204 판결).

것은 사회적으로 큰 변화를 예고하지 않을 수 없다.

당장 이러한 변화로 일반 육체노동자 뿐 아니라 무직자, 미성년자, 학생, 전업주부 등 소득활동을 하고 있지 않은 국민들의 민사상 손해배상액 산정 기준 나이를 기존 60세에서 65세로 적용할 것이다. 다만, 육체노동자 가동연한과 그 궤를 같이 하는 고령자 고용법¹⁵⁾에서 규정하는 법정정년이 현재 2013년부터 60세로 정하고 있는 점을 고려해 보았을 때, 이번 육체노동자의 취업가능 가동연한을 65세로 연장한 것은 단순히 손해배상의 추가보상 뿐 아니라 법정정년의 연장요구 등 우리 사회 전반에 다양한 영향을 미치게 될 것으로 예상된다. 특히 우리나라가 당면한 저출산 고령화 문제와도 상당한 관련이 있다. 우리나라의 65세 이상의 인구비율은 2018년에 14.3%로 이미 고령화 사회에 진입했고, 2025년 20%로 초고령 사회로 진입할 것이다.¹⁶⁾

II. 육체노동자의 가동연한 연장에 관한 판례의 의의

우선 육체노동자의 가동연한 연장에 대한 대법원 전원합의체 판결의 내용¹⁷⁾을 구체적으로 살펴보고자 한다.

1. 사실관계

2015년 8월 9일, 5세 남자아이가 수영장 물에 빠져 익사하는 사건이 발생하였다. 아이부모는 수영장 주인과 안전관리책임자를 상대로 업무상 주의의무위반을 이유로 민사상 손해배상을 청구하였다. 법원은 1심과 항소심에서 손해배상 산정 시, 피해자가 성인이 된 후 21개월의 군 복무를 마친 때부터 60세가 되는 때까지 도시 일용근로자의 임금을 적용하였다. 그러나 대법원(상고심)은 육체노동의 경험칙상 가동연한을 60세로

¹⁵⁾ 고령화사회를 맞아 고령자들의 고용을 촉진하기 위해 1991.12.31.「고령자고용촉진법」이 제정되었고, 2008.3.21.에 이 법이 「고용상연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하, '고령자고용법')로 명칭이 변경되었다.

¹⁶⁾ UN에서는 65세 이상의 인구비율이 7% 이상이면 고령화 사회, 14% 이상이면 고령사회, 20% 이상이면 초고령 사회로 본다; 하갑래, 「근로기준법」 제28판, 중앙경제, 603면; 통계청, 「장래인구특별추계 2017-2067」, 2019.3, 12면.

¹⁷⁾ 대법원 2019.2.21. 선고 2018다248909 판결을 정리하여 기술

보아온 판례를 계속 유지할 수 없다고 판단하면서, 2018년 11월 28일 공개변론을 거쳐 2019년 2월 21일 전원합의체 판결을 통해 일반 육체근로를 하는 사람들의 가동연한을 65세로 상향조정하였다.

2. 육체노동자 가동연한 확대에 미친 사회적 영향

대법원은 우리나라 사회적·경제적 여건의 변화와 자연수명의 연장, 그리고 제도적 변화를 고려하여 육체근로자의 취업가능 연한을 변경하였다. 일반적으로, 육체노동자가 일을 할 수 있는 최고나이, 가동연한에 대한 결정은 다음 3가지를 고려하여 결정된다.¹⁸⁾

(i) 생물학적으로 가능한 육체노동 나이

(ii) 육체노동을 희망하는 나이

(ii) 사회가 육체노동에 대하여 어느 선까지 수용할 수 있는가

대법원은 이러한 기준을 근거로 다음의 7가지를 구체적으로 예시하고 있다.

- ① 국민의 평균수명은 종전 전원합의체 판결 당시(1989년) 남자 67.0세, 여자 75.3세였는데, 2017년에는 남자 79.7세, 여자 85.7세로 늘어났다.
- ② 우리나라 1인당 GDP는 종전 전원합의체 판결 당시 (1989년) 6,516달러이었는데, 2018년에는 30,000달러에 이르렀다.
- ③ 종전 전원합의체 판결 당시, 기능직공무원 중 주로 육체적 업무를 내용으로 하는 철도원, 토목원, 건축원, 기계원 등의 정년은 법령상 58세였는데, 2013년 이후 기능직공무원을 포함한 공무원 대부분의 정년이 60세로 연장되었다. 민간부문에서도 2017년 1월 1일부터 모든 근로자에 대하여 정년을 60세 이상으로 하도록 의무화되었다. 그리고 고용노동부 보도자료 등에 따르면 실제로 2016년 기준 정년제를 운영 중인 사업장의 평균 정년이 60.4세이다.
- ④ OECD가 발표한 자료에 따르면, 우리나라의 경우 공식 은퇴연령보다 실질 은퇴연령이 높는데 2011년부터 2016년까지 실질적인 평균 은퇴연령은 남성 72.0세, 여성 72.2세로 OECD 평균 남성 65.1세, 여성 63.6세보다 높을 뿐만 아니라 회원국 중에서도 가장 높게 나타나고 있다.

¹⁸⁾ 도재형, 일반 육체노동자의 가동연한, 「노동리뷰」, 2019년 4월호(통권 제169호)

- ⑤ 고용보험법은 1993년 12월 27일 제정 당시에는 60세 미만으로 새로이 고용된 자에 대해 적용하였으나, 2013년 6월 4일 개정 이후 65세 미만으로 고용되거나 자영업을 개시한 자에 대하여도 적용하되 65세 이후 새롭게 고용되거나 자영업을 개시한 자는 제외하고 있다.

〈시대적 변화에 따른 연령연장〉¹⁹⁾

항목	1980년대	2010년대
기대수명	(1989년) 남자 67.0세, 여자 75.3세	(2017년) 남자 79.7세, 여자 85.7세
1인당 GDP	(1989년) 6,516달러	(2018년) 30,000달러
육체근로자 가동 연한	(2013년 이전) 55세	(2013년 이후) 60세 (2019년 이후) 65세
법정 정년		공무원 (2013년) 60세, 모든 근로자 (2017년) 60세
공식은퇴연령		(2011년부터 2016년) 남성 72세, 여성 72.2세 (동일 기간 OECD 평균) 남성 65.1세, 여성 63.6세
고용보험, 실업급여	(2013년 이전) 60세 미만	(2013년 이후) 65세 까지
국민연금수령	(2013년 이전) - 일반노령연금: 60세 - 조기노령연금: 55세	(2013-2017) 61세 (2018-2022) 62세 (2023-2027) 63세 (2028-2032) 64세 (2033년 이후) 65세
고령인구 구성비		(2017년) 13.8%, (2025년) 20%, (2036년) 30%

¹⁹⁾ 대법원 판례(2018다248909) 반영; 통계청, 「장래인구특별추계 2017-2067」, 2019.3, 12면.

- ⑥ 국민연금의 수급개시연령은 점차 늦춰져서 2013년~ 2017년에는 61세, 2018년~ 2022년에는 62세, 2023~2027년에는 63세, 2028~ 2032년에는 64세, 2033년 이후는 65세이다. 공무원연금 및 사립학교 교직원 연금의 수급개시연령도 2021년까지는 60세이나, 2022년에는 61세, 2024년에는 62세, 2027년에는 63세, 2030년에는 64세, 2033년 이후에는 65세부터로 연장되었다.
- ⑦ 각종 사회보장법에서, 국가가 적극적으로 생계를 보장하여야 하는 고령조건을 65세 이상으로 정하고 있다.

3. 대법원 합의체판결내용

대법원은 1989년 12월 26일 선고한 전원합의체 판결(88다카16867)에서 일반 육체 노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 가동연한을 경험칙²⁰⁾상 55세라고 본 기존 견해를 폐기하였다. 그 후부터 현재에 이르기까지 육체 노동의 가동연한을 경험칙상 60세로 보아야 한다는 견해를 유지하여 왔다. 그런데 우리나라의 사회 경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상되고 법제도가 정비개선됨에 따라 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변하였기 때문에 기존의 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한, 60세를 넘어 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다고 판시하였다.

III. 육체노동자 가동연한 연장에 따른 법적 환경의 변화

불법행위로 인한 손해는 적극적 손해, 소극적 손해 및 위자료²¹⁾로 구성된다. 적극적 인 손해는 불법행위로 인한 피해자의 금전 지출을 의미하며, 치료비, 간병비, 장례비, 피해 차량 수리비 등이 이에 해당한다. 소극적 손해는 불법행위가 없었더라면 얻을 수 있었으나 불법행위가 발생하였기 때문에 얻을 수 없게 된 이익을 의미하며, 가동연한

²⁰⁾ 여기서 경험칙이라 함은 민사소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니나, 특별한 사정이 없는 한, 경험칙에 비추어 모든 증거를 검토하여 어떠한 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것임이 필요하다고 판시하고 있다(대법원 2019.2.21. 선고 2018다248909 판결).

²¹⁾ 서울중앙지방법원은 2015년 3월 1일 이후 교통과 산재사고의 정신적 위자료에 있어 피해자 측의 과실이 없이 사망한 경우 1억원을 기준으로 삼고 있다.

동안의 일실수입과 일실퇴직금이 이에 해당된다.²²⁾ 이와 관련하여 자동차 보험의 보상과 업무상 재해의 민사상 손해배상이 직접적 영향을 받고 있다.

1. 자동차 보험 손해배상금

손해배상금 산정에 있어 취업가능연한과 관련된 연령기준을 2019년 5월 1일부터 현행 60세에서 65세로 상향됨에 따라, 각 보험사는 자동차보험 표준 약관을 변경하였다. 그 내용은 ① 사망, 후유장애 상실수익액 취업가능연한, ② 사망, 후유장애 위자료 감액 연령, ③ 부상으로 인한 휴업손해액 취업가능연한 등이 현 60세에서 모두 65세로 상향조정 되었다.

예를 들어, 35세 일용직 근로자가 교통사고로 사망했을 경우 지금까지는 60세까지 25년 동안 일한 것으로 가정하고 상실수익액 2억 7,700만원을 지급했다. 그러나 앞으로는 30년 일한다고 보고 3억 200만원을 주게 된다. 62세 일용근로자의 부상으로 인한 휴업손해는 지금까지 0원이었으나, 변경된 법에 따르면 1,450만원을 받는다.

〈자동차보험 대인배상에서 가동연한 상향에 따른 일실이익 증가 예시²³⁾〉

구분	피해자	현행(60 세)	변경(65 세)	증감
사망 상실수익액	35 세 일용근로자	2 억 7,700 만원	3 억 200 만	2,500 만원
부상 휴업손해	62 세 일용근로자	0 원	1,450 만원	1,450 만원

2. 산재근로자의 민사상 손해배상 산정

근로자가 산업재해로 사망한 경우에 회사는 산업재해보상보험으로 처리하고, 그 보상책임을 면하게 된다. 그러나 근로자의 사망에 있어 회사의 안전조치 미흡 등 회사의 과실 책임이 있는 경우에는 회사는 재해자의 유족에 대해 산재보상 외에 민사상 손해배상 책임을 져야 한다. 민사상 손해배상의 범위는 회사의 과실과 상당 인과관계에 있는 재해자의 모든 손해를 말하며, 판례에서 인정하는 손해배상의 범위는 적극적손해,

²²⁾ 「손해배상소송」, 사법연수원, 2008, 108면 참조

²³⁾ 대법원 2018다248909 판결 관련 2018.11.28. 공개본론 손해보험협회 발표자료.

소극적손해 및 정신적손해로 구분하고 있다. 일반적으로 근로자가 사망한 경우, 그 배상 범위는 적극적 손해인 병원비와 장의비, 소극적 손해인 일실수입(사망한 시점에서 퇴직시점까지의 잃게 된 수입금)과 일실퇴직금 (조기퇴직으로 인해 발생하는 퇴직금 손해액), 그리고 정신적 손해인 위자료로 구성되고 있다. 여기서 일실수입은 지금까지는 60세 까지를 기준으로 계산하였지만, 앞으로는 65세까지 계산하므로 민사상 손해배상액이 증가한다.

IV. 결론

육체노동자의 정년이 65세로 상향되어, 각종 보상금액이 높아짐에 따라서 보험료 상승이 예상되고, 법정정년의 연장에 대한 논의가 본격화될 것이다. 일본은 1994년에 '60세 정년제'를 도입하였고, 20년이 지난 2013년부터 '65세 정년제'를 시행하고 있다.²⁴⁾ 우리나라는 2013년 고령자고용법에 의해 정년을 60세로 도입하였으나, 국민연금의 수급시점이 점차적으로 65세로 연장되고 있고, 이에 따른 고용보험 의무적용 가입연령도 65세(고용보험법 제10조)로 확대되었다. 이러한 추세를 볼 때, 우리나라의 법정정년 연장은 불가피한 선택으로 가까운 시일내에 빠르게 도입될 것이다. 따라서 기업체는 법정 정년 연장에 대해 미리 준비하는 차원에서 인건비 상승요인인 호봉제를 폐지하고, 직무별 임금제도를 도입하거나 연장된 정년기간에 대해 임금피크제를 도입하여 시행하여야 할 것이다.

노동조합 결격사유

I. 문제의 소재

근로자는 헌법으로 보장하고 있는 기본권에 따라 자유롭게 노동조합을 설립하고 가입할 수 있다. 다만, 노동조합 및 노동관계조정법 (이하 “노조법”)에서는 노동조합의 결격사유로 ‘사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는

²⁴⁾ 이정, “일본 65세 정년연장, “고용에서 연금” 연착륙 위한 것”, 「노동법률」, 2013년 5월호, 중앙경제

경우'를 규정함으로써 가입 제한 범위를 '사용자' 뿐 아니라 '사용자의 이익대표자'로 넓게 해석하고 있다. 노조법에서 이와 같이 노동조합 가입범위를 제한하는 이유는 i) 사용자에 속하는 자가 노동조합에 가입하여 노동조합의 조직운영에 지배·개입하는 행위를 방지함으로써 노조의 자주성을 보호하고자 하는 것이며 ii) 한편으로는 사용자의 노무관련 기밀에 관한 사항이 노조에 누설됨을 예방하여 노사 교섭력의 균형을 기하고자 하는 데 있다.²⁵⁾ 이러한 이유로 가입이 제한되는 근로자가 노동조합에 가입하는 경우 노조법상 결격사유가 있다고 판단하여 노조법상 노동조합의 권리를 인정받지 못하게 된다.

최근 한 공기업의 사무직 근로자 100여명이 노동조합을 결성하고 고용노동부로부터 '노동조합 설립신고증'을 교부 받았다. 그러나 사용자는 노동조합의 조합원 중 노조법상 가입제한범위에 해당하는 직원들이 일부 포함되어 있다고 주장하며 고용노동부에 사무직 노조설립 신고증을 반려해달라는 진정을 제기한 사건이 있었다. 이하에서는 이 사건 사용자의 주장대로 조합원들이 실제 노조법상 가입제한범위에 해당하는지 관련 법리에 따라 검토하고자 한다.

II. 노동조합의 결격사유 판단기준

1. 노동조합 설립요건

노조법 제 2조 제 4호는 “노동조합이란 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지 · 개선 기타 근로자의 경제적 · 사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다” 고 규정하면서('실체적 요건'), 동법 제 10조 제1항에서 설립신고라는 '형식적 요건'을 규정하고 있다. 노조법은 이와 같이 적법한 노동조합이 설립되기 위해서는 실체적 요건과 형식적 요건을 모두 충족해야 한다는 입장이며 실질적 심사주체는 행정관청이 담당하고 있다.

실체적 요건은 노동조합이 주체성, 자주성, 목적성, 단체성을 갖추었는지 심사하는 것으로,²⁶⁾ 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는

²⁵⁾ 고용노동부 행정해석: 노조 01254-665, 1996.6.28.

경우, 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조 받는 경우, 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 등의 사유에 해당하는 때에는 노조법상 노동조합으로 보지 않는다. 이는 노동조합의 실체적 요건인 노동조합의 주체성, 자주성, 목적성과 단체성을 갖추어야 한다는 것이다.

형식적 요건은 노동조합이 설립신고를 하여 신고증을 교부 받아야 한다. 노동조합을 설립하고자 하는 자는 노동조합의 민주적 자주적 운영을 명시한 규약을 첨부하여 설립 신고서를 제출하여야 하고 (제10조제1항), 행정관청은 설립하고자 하는 노동조합이 결격사유에 해당하는 경우에는 설립신고서를 반려하여야 한다(제12조제3항). 노동조합의 설립에 관하여 신고주의를 택한 취지는 노동조합의 조직체계에 대한 행정관청의 효율적인 정비·관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 보호·육성하려는 데에 있다.²⁷⁾

2. 설립요건 결격사유와 범의 노동조합

설립신고서를 접수한 행정관청은 i) 보완이 필요한 경우 또는 ii) 반려해야 할 경우를 제외하고 3일 이내²⁸⁾에 신고증을 교부해야 한다. 노동조합의 설립은 허가제가 아니라 신고제라는 점에서 신고증을 교부받은 경우, 설립신고서를 행정관청에 접수한 날부터 노동조합의 법적 효력이 발생된다.

i) ‘보완이 필요한 경우’는, 일부 미비사항을 개선하면 설립 신고필증이 발행되는 경우인데 설립신고증에 규약이 첨부되어 있지 않거나, 규약을 직접, 비밀, 무기명 투표로 제정하지 않은 경우 보완명령을 하며, 보완기간은 20일이다.

ii) 한편 노동조합 설립에 ‘결격사유’가 포함된 경우 행정관청은 노조설립신고를

26) 임종률, 「노동법」 제17판, 박영사, 2019, 60면.

27) 대법원 1997.10.14. 선고 96누9829 판결

28) 민원처리에 관한 법률 제 19조 제 1항 “ 민원의 처리기간을 5일 이하로 정한 경우, 민원의 접수시각부터 ‘시간’단위로 계산하되, 공휴일과 토요일은 산입(算入)하지 아니한다. 이 경우 1일은 8시간의 근무시간을 기준으로 한다.

반려할 수 있으며, 30일의 기간을 정하여 시정을 요구하고 그 기간내에 이를 이행하지 아니하는 경우 당해 노동조합에 대하여 법외 노조 판단을 한다.²⁹⁾

노동조합은 자유설립 원칙임에도 불구하고, 일정한 요건을 갖춘 노동조합에 대해서만 행정관청은 노동조합 신고증을 교부해주고 있다. 이렇게 노조법에 따라 설립되지 않은 노동조합은 법외 노조라고 하여 노조법의 보호를 받지 못한다. 그 유형으로는 ① 설립 신고를 하지 않거나, ② 신고수리가 거부되거나, ③ 신고 수리된 후 사후적으로 법외 노조 통보를 받은 단결체가 있다.

법외노조가 되면 박탈되는 노조법상 권리로는 ① 조합활동 및 쟁의행위에서 민·형사상 면책권(제3조 및 제4조), ② 법인격 취득(제6조), ③ 노동쟁의조정신청권 및 부동노동행위 구제신청권(제7조 제1항 및 제82조), ④ 노동조합 명칭사용(제7조), ⑤ 조세면제권(제8조), ⑥ 단체교섭 및 협약체결 권한(제29조), ⑦ 교섭창구 단일화절차 참여권(제29조의2), ⑧ 노동조합의 주도에 의한 쟁의행위(제37조), ⑨ 필수유지업무 근무 근로자의 지정권(제42조의6), ⑩ 특별조정위원회에 대한 배제권(제72조), ⑪ 부당노동행위 구제신청권(제81조)이 있다.

III. 관련사례 검토

노동조합이 설립을 위해 설립신고서를 행정관청에 제출한 경우, 행정관청은 설립하고자 하는 노동조합에 결격사유가 있는 경우 시정을 명하고 시정되지 않는 경우 신고증 교부를 하지 않거나, 기존의 노동조합에 대해서는 설립신고를 취소시킬 수 있다. 그 결격사유는 주로 2가지로 구분할 수 있다. 첫째, 사용자의 지위에 있는 자와 사용자의 이익대변자의 참가를 허용한 것이다. 둘째, 노조규약이 민주성과 자주성을 잃었거나 노조법을 위반하는 내용을 담고 있는 경우이다.

²⁹⁾ 노조법 제12조 제2항, 제3항 제1호, 노조법 시행령 제9조 제2항.

1. 사용자의 지위에 있는 자나 사용자의 이익대변자가 조합원인 경우

관련 행정해석은 노조법 제2조 제2호에서 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자라 함은

(i) 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여 받은 자를 말하는 것으로 채용, 해고, 전보 등 인사·노무관리를 담당하는 자이다.

(ii) 임금, 근로시간, 휴게시간 기타 근로조건의 결정과 노동관계에 관한 기밀사무를 담당하는 자,

(iii) 대내외 관계규정 기타의 방침결정에 대하여 권한을 갖거나 이에 직접 관여하는 자로서 일반적으로 인사·노무담당 직원 및 책임자, 경영기획담당 직원 및 책임자 등이 이에 해당한다. 또한 동법 제2조 제4호 가목 후단의 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자와 유사한 의미를 가지나, 통상 사용자에게 전속되어 사용자의 업무를 보조하는 비서, 전용 운전수와 사용자의 지시를 받아 근로자에 관한 감시·감독적 지위에 있는 감사담당 부서의 직원, 그리고 회사내의 경리·회계를 전담하는 부서의 직원 및 책임자, 회사내의 재산보호·출입자의 감시·순찰 등의 경찰적 업무를 담당하는 경비직 등이 이에 해당된다.³⁰⁾

다만, 형식적인 직급 명칭이나 지위보다는 직무내용 및 근로자에 관한 사항에 관여 정도 등 구체적인 사실관계를 토대로 인사·급여·후생·노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독 등에 관한 권한과 책임을 사업주 또는 사업의 경영담당자로부터 부여받고 있는지 여부, 근로자에 관한 사항에 관여정도 등을 감안하여 판단하여야 한다. 또한 근로관계에 대한 계획과 방침 등 사용자의 기밀에 속하는 사항을 접하고 있는 경우 등 구체적인 사실관계를 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다.³¹⁾

2. 규약위반에 따른 노동조합 설립 취소: 전국교직원노동조합

30) 고용노동부 행정해석: 노조 01254-665, 1996.6.28.

31) 해정해석: 노조 01254-383, 1999.5.24; 노조 01254-665, 1996.6.28.

노조법에 정해진 결격사유 중 규약 기재사항 위반으로 설립이 취소되어 범외노조가 된 대표적 사례가 전국교직원노동조합(전교조)이다.

(1) 전교조의 범외 노조 배경³²⁾

전교조는 1989년 5월에 창립되었으며, 초등, 중등 교원을 가입범위로 하는 전국 규모의 단위노동조합으로 2015년 기준 5만여명의 조합원으로 구성되어 있다. 전교조는 그 동안 촛지추방, 체벌금지, 사학비리근절 등에 나서 참교육에 기여했다는 평가와 함께 교원평가제 반대, 정치적 이념수업 등으로 부정적 평가도 공존하고 있다.

전교조가 합법화된 1999년 6월 27일 전교조는 해직 교원(9명)도 가입할 수 있도록 내부 규약의 부칙 조항(5조)을 신설하였으나, 행정관청에 설립신고를 할 때에는 본 조항이 포함되지 않은 규약을 제출하였다 즉, 1999년 전교조 설립신고 시에 해직자도 조합원 가입범위에 포함된다는 규정을 숨겼다.

고용노동부는 2010년 전교조가 해직자를 조합원으로 두고 있다는 보수성향 시민 단체의 진정이 접수되어 전교조의 규약을 점검하였고, 그 결과 전교조의 규약 부칙 5조가 노조법³³⁾과 교원노조법³⁴⁾에 위배된다고 판단하여 2010년 3월 첫 번째 시정명령을 내렸다. 고용노동부의 범외노조 통보 배경은 첫번째는 교원노조법의 제2조와 노조법 제2조 제4호에 따라서 교원이 아닌 자가 조합원이 될 수 없고, 교원이 아닌 자가 가입된 전교조는 노동조합의 결격사유가 된다는 것이다. 둘째로 노조법 시행령 9조 제2항 따라 설립신고서 반려사유가 발생한 경우 시정을 요구하고 시정명령이 이행되지 않으면 노조설립을 취소한다는 것이다.

32) 인터넷 백과사전: 위키피디아/나무위키, "검색어: 전국교직원노동조합", 2019.8.18. 검색.

33) 노조법 제2조 제4호 노동조합 결격사유 : 라. 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. 다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.

34) 제 2 조 【정의】 이 법에서 "교원"이란 「초·중등교육법」 제 19 조제 1 항에서 규정하고 있는 교원을 말한다. 다만, 해고된 사람으로서 「노동조합 및 노동관계조정법」 제 82 조제 1 항에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 사람은 「노동위원회법」 제 2 조에 따른 중앙노동위원회(이하 "중앙노동위원회"라 한다)의 재심판정이 있을 때까지 교원으로 본다.

(2) 전교조의 위헌심판 제기³⁵⁾

전교조는 해직자 가입을 허용하지 않는 노조법과 이를 준용한 교원노조법은 헌법상 단결권을 침해하고 있다는 점, 노조법 시행령 제9조 제2항(행정관청의 노조법 결격 사유에 대한 시정명령)에 관하여 국회에서 제정한 법률에서 구체적인 사항을 위임하지 않은 사항은 행정부처가 제정하는 시행령이나 시행규칙에서 정할 수 없다는 점 등을 들면서 위헌심판 청구를 하였다.

(3) 헌법재판소의 판결³⁶⁾

헌법재판소는 2015년 5월 28일 전교조의 위헌심판 청구를 기각하는 결정을 내렸고, 그 내용은 다음과 같다. “교원이 아닌 사람이 교원노조에 일부 포함돼 있다 하더라도 이를 이유로 법외노조로 할 것인지 여부는 행정당국의 재량적 판단에 달려 있다. 그리고 조합원 자격을 상실한 사람이 일부 포함돼 있는 노조를 상대로 법외노조통보를 한 재량적 판단에 대해서는 전교조에서 활동하는 자격 없는 조합원의 수, 그러한 조합원들이 교원노조 활동에 미치는 영향, 자격 없는 조합원의 노조활동을 금지 또는 제한하기 위한 행정당국의 적절한 조치 여부, 해당 노동조합이 이를 시정할 가능성이 있는지 여부 등을 종합해 볼 때 적법한 재량의 범위 안에 있다”고 판단하였다.

또한 헌법재판소는 “노동조합법이 노동조합의 설립에 관하여 신고주의를 택하고 있는 것은 소관 행정당국으로 하여금 노동조합의 조직체계에 대한 효율적인 정비, 관리를 통하여 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 보호, 육성하고 그 지도와 감독에 철저를 기하기 위한 노동 정책적인 고려에 그 취지가 있다”³⁷⁾고 판시하고 있다. 특히 전교조가 전국을 대상으로 단위노동조합으로 되어 있기 때문에 노조법 제2조 제4호에 해당되어 교원이 아닌 자의 가입을 허용하는 경우에는 노조 설립의 결격사유가 된다는 것이다.

35) 서울고등법원 2014. 9. 19. 2014 아 413 결정.

36) 헌재 2015.5.28. 선고 2013헌마671, 2014헌가21 결정

37) 헌재 2008.7.31. 선고 2004헌바9 결정

IV. 결론

사용자가 노동조합을 지배하기 위해 노조법상 사용자의 지위에 있는 자나 사용자의 이익대변자를 조합원으로 가입시킴으로써 노동조합을 사용자의 지배하에 두는 경우에는 노조의 주체성과 자주성을 침해하는 것이다. 이와 반대로 사용자의 이익을 대변하는 자가 노동조합에 다수 가입되어 사용자가 기밀사항을 준수할 수 없을 때 이는 오히려 노동조합이 사용자를 관리하는 상태가 되어 노사간의 힘의 우위가 유지될 수 없다. 따라서 노사간의 대등한 관계 유지를 위해 행정관청은 노동조합 설립의 결격사유에 대해 관여가 필요하다고 할 수 있다.

이와 같은 논리로 이 사건의 공공기관 사무직 노조가 사용자의 지위에 있는 자와 사용자의 이익대변자를 조합원으로 두는 것은 노조설립의 결격사유가 된다고 판단된다. 따라서 행정관청은 노조법 시행령 제9조 제2항에 따라 본 노동조합의 실태를 점검하고 노조의 결격사유가 있는 경우 30일 이내에 시정을 명하고, 기한내에 시정되지 않는 경우 노조법 위반을 이유로 사무노조에 대해 노조설립을 취소하여야 할 것이다.

현대의 노동법상 근로자성에 대하여

I. 서론

다양한 직업이 발생하면서 일반 근로자가 아닌 용역계약이나 프리랜서 계약을 통해 일하지만 노동법상 근로자로 인정받지 못하는 경우가 많이 발생하고 있다. 일례로³⁸⁾, 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

38) 대법원 2015.6.11 선고 2014다88161판결. C여학원 퇴직금 미지급사건

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 사업장에’, ‘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.³⁹⁾

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.⁴⁰⁾ 여기서 사용종속관계를 해석하는 방법차원에서 학설이 1) 해석론적 입장과 2) 실정법상 입장으로 나누어진다.

2. 학설의 구분

(1) 해석론적 이론

이 학설은, 현재 판례가 취하고 있는 문제점, 즉 사용종속관계를 바탕을 둔 근로자성 판단 논리의 사실적 징표들을 병렬적으로 나열하는 데서 발생하는 문제점을 극복하기

³⁹⁾ 임종률, 『노동법』, 제13판, 2015, 박영사, 32면

⁴⁰⁾ 하갑래, 『노동법』, 제 27 판, 2015, 중앙경제, 102 면

위하여 근로자성을 실질적 징표와 형식적 징표를 구별하여 판단하여야 한다고 주장한다.⁴¹⁾ 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 인사과거서류의 작성여부’ 및 ‘부업에 관해 허가를 얻어야 할 계약상의 의무’를 들고 있다.⁴²⁾ 즉, 이러한 구분을 통해 근로자성 판단기준에서 사용종속관계의 요소 중 형식적 징표는 배제하고, 실질적 징표를 가지고 판단하여 한다고 주장한다.

(2) 실정법상 이론⁴³⁾

이 학설은 실정법상 정의 규정에 충실하게 근로자개념을 형성하자는 주장이다. 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.

41) 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성 판단”, 『노동법학』 제 11 호, 2000, 35 면

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

43) 박종희, “근로기준법상의 근로개념”. 『노동법학』, 제 16 호, 2003, 74-76 면

둘째, ‘사업 또는 사업장에서’에 대해서는 사용자의 사업 또는 사업장에서 근로 제공이 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, 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.

판례⁴⁴⁾는 “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

- ① 업무 내용을 사용자가 정하고
- ② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며
- ③ 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지,
- ④ 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지,
- ⑤ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나
- ⑥ 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 재산으로 사업을 영위할 수 있는지,

⁴⁴⁾ 대법원 2006.12.07. 선고, 2004 다 29736 판결, 종합반 입시강사의 근로자성

- ⑦ 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와
- ⑧ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지,
- ⑨ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및
- ⑩ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항,
- ⑪ 근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도,
- ⑫ 사회보장제도에 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.”⁴⁵⁾

(2) 판례의 해석

판례의 근로자성 판단기준에 대해 구체적으로 살펴볼 때, 다음의 세 가지의 주요 핵심적인 내용을 가지고 있다고 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

⁴⁵⁾ 대법원 2006. 5. 11. 선고, 2005 다 20910 판결, 레미콘 운송업자 사건

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 종속관계의 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 사업 소득세 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.

프리랜서와 근로자

I. 프리랜서의 근로자 지위 인정 여부(최근 사례)

프리랜스(위임) 계약은 당사자 일방(위임인)이 상대방(수임인)에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약이다(민법 제 680 조). 근로계약 상의 근로자가 사용자의 지휘·명령에 따라 비자주적인 노동을 제공하는 것과는 달리, 프리랜스 계약에 있어서 수임인(프리랜서: freelancer)은 자기의 재량에 의하여 독자적으로 위임사무를 처리할 수 있다는 것이다. 프리랜서는 자유계약자로서 위임인이 자신에게 위임한 업무에 대해 독자적으로 업무를 처리하고 위임인의 지시·감독을 받지 않기 때문에, 원칙적으로 노동법의 적용(보호) 대상에서 제외된다.

국내의 한 대형 C 학원에서 근무하였던 외국인 강사 17 명이 2011. 2.22. C 학원을 상대로 강남노동사무소에 퇴직금 등 임금 〇억 〇천만 원의 미지급에 대해 진정을 제기하였다. C 학원에서는 ‘강의서비스 계약서’를 작성하였던 해당 강사들은 프리랜서들이기 때문에 이들에게 노동법상의 퇴직금을 지급할 의무가 없다고 주장하였다. 이에 대해 해당 강사들은 비록 상기 계약서가 프리랜스 계약서이지만, 실질적으로 C 학원의 지휘·감독 내지 엄격한 통제 하에 근로를 제공하였고 근로장소와 근로시간에 대해 구속을 받았으며, 또한 시간급 고정임금을 받았다고 주장하였다. 이 사건에 있어 주요 쟁점은 당연히 해당 강사들이 근로기준법상의 근로자들인지 아니면 프리랜서들(민법상의 수임인들)인지를 명확히 하는 데에 있었다. 여기에서는 C 학원의 해당 강사들이 근로자로서의 지위를 인정받을 수 있는지 여부에 대해 판례와 행정해석을 가지고 구체적으로 판단하고자 한다.

II. 프리랜서의 근로자 지위를 부정하는 주요 사례들

(1) 대리운전기사가 근로기준법상의 근로자가 아니다

“회사는 대리운전을 요청하는 고객의 정보를 대리운전기사에게 제공하고 대리운전 기사는 정보제공을 받기 위한 휴대폰 단말기의 구입, 사용비용을 부담하고 자신의 비용으로 대리운전 중 교통사고를 내는 경우에 대비한 보험에 가입하는 점, 대리운전 기사는 근무시간이 정해진 것이 아니어서 원하는 때에 자유롭게 출퇴근할 수 있었고 고정급을 받는 것이 아니라 1 건의 정보제공이 있을 때마다 정보제공에 따른 수수료가 지급되었던 점, 복무규정이 적용되지 않아 업무태만, 지시불이행 등을 이유로 징계

처분을 할 수 없다는 점을 볼 때, 대리운전기사는 근로자가 아니다.” (대구지법 2007 가단 108286)

(2) 이사로서 모든 업무에 관해 재량을 갖고 독자적으로 그 업무를 수행해 왔으며, 업무집행에 관하여 지휘·감독을 받지 않았다면 근로자로 볼 수 없다

“회사법인 등기부에 이사로 등기되었다는 점, 모든 업무에 관해 재량을 갖고 독자적으로 그 업무를 수행해 왔던 점, 회사로부터 업무추진비 명목의 신용카드를 제공받아 이를 사용하고, 차량도 제공받아 이를 독자적으로 사용해 왔던 점, 실질적 대표자에게 구체적인 업무집행에 관하여 지휘·감독을 받은 것이 아니라 보고에 불과하다는 점 등을 종합하여 보면 당해 이사는 근로자로 볼 수 없다.” (법원 2005 구합 36158)

(3) 노무제공자가 노무를 제공하였다고 하더라도 사용종속관계가 인정되지 않을 경우 근로기준법상 근로자로 볼 수 없다

“근무장소가 당해 사업장으로 제한되어 있고, 노무제공자들이 제 3자를 고용하여 업무를 대행하게 할 수 없어 업무의 대체성이 없다고 하더라도 노무제공자들에게 기본적으로 출·퇴근에 대한 제한이 없어 근무시간의 제한을 받지 않고 있는 점, 업무수행과정에서 어느 정도의 지휘·감독권을 행사하였으나 근무위반 등 행위에 대한 징계권이 없는 점, 작업의 대가가 근로 자체의 대상적 성격을 가진다고 볼 수 없고, 기본급, 고정급이 정해져 있지 않는 점, 노무공급관계의 성립과 종료는 노무제공자측에게 있다고 보이는 점 등을 종합하면, 근로자로 보기 어렵다.” (부산지법 2006.5.17.선고, 2005 구단 1293 판결)

(4) 위탁업무의 이행실적에 따라 대가를 받는 학습지교사는 근로자가 아니다.

“학습지교사가 회사로부터 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행 시간 등에 관하여 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니하는 점, 학습지교사는 회사의 정사와 달리 그 채용부터 소속지국의 결정, 출퇴근시간, 겸업의 자유, 위탁관계의 종료에 이르기까지 그 제한이 거의 없는 점, 회사로부터 지급받는 수당은 그 위탁업무 수행을 위하여 학습지교사가 제공하는 근로의

내용이나 시간과는 관계없이 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 근로제공의 대가로서의 임금이라고 보기 어려운 점 등 여러 사정을 종합하여 보면 근로자라고 볼 수 없다.” (법원 2003 구합 21411)

(5) 골프장 캐디는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 수 없다

“캐디들은 봉사료 이외에 회사로부터 어떠한 금전적 대가도 받고 있지 않고, 용역 제공에 있어 순번은 있으나 근로시간의 정함은 없으며 자신의 용역 제공을 마친 후 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, 업무 수행과정에서 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독은 거의 받고 있지 아니한 채 단지 내장객의 요구나 지시에 따라 자신의 용역을 제공하고 있는 점 등 여러 사정을 종합하여 보면 근로자로 보기 어렵다.” (서울행법 2001 구 33013)

III. 근로자 지위 인정 여부의 구체적 판단기준

“근로기준법상의 근로자에 해당하는지를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 **그 실질에 있어** 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로자가 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단한다.” (대법 2008 다 27035)

노동부는 이러한 대법원 판례의 기준에 따라 아래의 7 가지의 세부기준을 종합적으로 고려하여 근로자인지 프리랜서인지 판단하려고 한다.

(1) 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부:

지휘·감독이란 사용자의 지휘·감독을 받아 사용자가 원하는 내용의 일을 하는 것을 말하는 것으로서 다음과 같은 기준들을 종합적으로 고려하여 판단한다.

① 채용 · 교육 · 퇴직 등 노무관리의 수행 여부

② 업무내용의 결정과 업무지시에 대한 승낙 · 거절 자유의 여부

(2) 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부:

① 사용자가 출퇴근시간이나 출근일을 정하는 경우 등은 시간적 구속에 해당한다.

② 작업장소가 정해져 있거나 사용자가 지시한 장소에서 근로하는 경우 등은 장소적 구속에 해당한다.

(3) 근로자 스스로가 제 3 자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무: _

노무제공의 비대체성은 사용종속관계에 대한 기본적인 판단기준은 아니나, 대체성이 인정되는 경우에는 지휘 · 감독관계가 부인되는 요인의 하나이다.

(4) 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계:

업무수행자가 소유하고 있는 기계 · 기구가 매우 비싸거나, 업무상 손해를 본인이 부담한다면 스스로의 계산과 위험부담으로 행하는 사업자의 성격이 강하고 근로자성을 약하게 하는 요소가 된다.

(5) 보수가 근로자체의 대상적 성격을 가지고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 등 보수에 관한 사항:

① 보수가 일의 성과에 관계없이 고정급 부분이 있고, 업무의 배분 등에 의해 사실상 고정급으로 되어 있으며, 그 금액이 생계유지 기능 등 생활보장적인 요소가 강하다고 인정되는 경우에는 근로자성이 인정된다.

② 보수 수준이 당해 기업에서 같거나 비슷한 업무를 하는 종업원에 비해 현저히 높다고 하면, 이는 스스로의 계산과 위험으로 사업경영을 행하는 사업자에 대해 지불하는 대가로 인정될 수 있어 근로자성이 약해진다.

(6) 근로제공 관계에 계속성과 사용자에게의 전속성 유무와 정도:

전속성은 제도적으로 타사의 업무에 종사하는 것이 금지되거나 또는 현실적으로

근로자가 시간적 여유가 없어서 2 개 이상의 사업장에 동시에 근로를 제공할 수 없다면 전속성이 있다.

(7) 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정 받는지 여부:

보수에 대해 근로소득세를 납부할 경우에는 근로자성을 긍정적으로 판단하는 보강 요소가 되며 단, 근로소득세 부과대상이 아니라는 이유만으로 임금이 아니라고 할 수는 없다.

IV. 학원 강사의 근로자 지위 인정 여부의 판단 (결론)

이번 C 학원의 해당 강사들은 노동사무소로부터 임금을 목적으로 근로를 제공하였던 근로계약 상의 근로자로 판단을 받았다. 따라서 이들이 C 학원에 청구한 근로기준법에 의해 보장된 퇴직금, 주휴수당, 연차유급휴가에 대해 미지급 임금으로 확정 받을 수 있었다. 노동사무소의 판단에 관한 세부내용은 공개되지 않기 때문에, 다음의 관련 판례를 통해 그 판단 이유를 추정해 볼 수 있다.

“학원과의 **사용종속관계 하에서 근로를 제공**하는 강사들은 근로자에 해당하여 퇴직금을 지급해야 한다.”(수원지법 2007 고단 5596)

- 1) 학원의 강사들이 어떤 과목의 강의를 할 것인지 여부는 학원에서 결정하는 것이고, 강의시간 및 장소 역시 사실상 학원에서 지정하였던 점,
- 2) 학원에서는 강사들에게 강의의 질과 내용 등을 독려하는 문건을 수시로 전달하였을 뿐만 아니라, 때로는 학원 운영과 관련한 전반적인 방침을 전달하기도 하는 등 사실상 여러 면에서 강사들을 지휘·감독하였던 것으로 볼 수 있는 점,
- 3) 강의 자료 등을 제외한 나머지 거의 모든 비품, 원자재, 작업도구가 모두 학원 소유이고,
- 4) 강사들은 질병이나 예기치 않은 경조사 등 아주 예외적인 경우가 아닌 한 사실상 다른 제 3 자를 고용하여 강의를 대행하게 할 여지가 없었던 점,
- 5) 강사들은 시간당 일정액에 정해진 강의시간 수를 곱한 금액을 보수로 지급받는 등 그 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격임이 분명하고, 학원의 수입 증감이

강사들 개인의 보수에는 전혀 영향을 미치지 않는 점,

- 6) 한편, 일부 강사들의 경우 피고인들이 운영하는 위 학원에서 강의를 하면서 다른 학원에서도 강의를 하기도 하였다는 점에서 사용자에게 대한 전속성 여부가 문제가 될 소지가 있으나, 이는 실질적으로 보면, 그러한 강사들의 경우 담당하고 있는 강의 과목의 특성상 피고인들이 운영하고 있는 학원에서 배정된 강의 시간 자체가 상대적으로 적었기 때문이다.
- 7) 비록 피고인들이 운영하는 학원이 일반 교직원과 강사의 이원적인 체제로 운영되고 있고, 강사들의 경우 취업규칙에 적용을 받지 않으며, 근로소득세를 원천 징수당하지 않고, 직장의료보험이 아닌 지역의료보험에 가입하였다고 하더라도 이는 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 마음대로 정할 수 있는 것들로서 근로자인지 여부를 결정하는 데에 있어 부차적 징표에 불과하다.

외국인회사 대표이사의 근로자성 판단

I. 문제제기

일반적으로 대표이사는 회사와 위임계약 관계를 가지므로 노동법이 적용되지 않는다. 대표이사가 노동법에 적용되지 않는다는 것은 일반근로자가 누리는 부당해고 구제, 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.⁴⁶⁾

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.⁴⁷⁾

2. 근로자 개념

근로기준법 제2조제1항제1호에서 규정하는 근로자는 직업의 종류와 관계없이 임금을

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

47) 대법원 2003.9.26. 선고 2002다64681 판결

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.⁴⁸⁾ 주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를 대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가지므로 사용자에게 속한다. 다만 대표이사로서의 지위가 형식적·명목적인 것에 불과하여 실제 경영자로부터 상당한 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 근로 대가로 임금을 지급받은 경우에는 근로기준법상 근로자에 해당된다.⁴⁹⁾

III. 외국인회사의 대표이사의 특징

1. 외국인회사의 대표이사

다국적기업이 설립한 국내의 외국인회사가 일정한 전결권한 내에서 자율적으로 경영 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

48) 대법원 2013.9.26. 선고 2012도6537 판결 등 참조

49) 대법원 2014.5.29. 선고 2012다98720 판결 등 참조

가진 임원들을 종속기업의 근로자라고 볼 수 없다.”⁵⁰⁾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 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이지,⁵¹⁾ 법인등기부에 임원으로 등기되었는지 여부에 따라 판단할 것은 아니다.⁵²⁾ 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.⁵³⁾

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 판결⁵⁴⁾에서 인용되었으나, 2006년 “종합반 입시강사의 근로자성”에 대한 판례⁵⁵⁾에서는 “상당한

50) 서울고등법원 2012.12.21. 선고 2012나52795 판결 참조

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

52) 대법원 2002.9.4. 선고 2002다4429 판결 참조

53) 대법원 2009.8.20. 선고 2009두1440 판결 참조

54) 대법원 1996.7.30. 선고 96도732판결

55) 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736판결

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.⁵⁶⁾

(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 경우에만 한해서 근로자성을 부인한다.⁵⁷⁾

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. 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

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

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

종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다.
여기서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는

- ① 업무 내용을 사용자가 정하고, 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며,
업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지,
- ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지,
- ③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나
- ④ 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 재산으로 사업을
영위할 수 있는지,
- ⑤ 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지
- ⑥ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지,
- ⑦ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및
- ⑧ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 사회보장제도에 관한 법령에서
근로자로서 지위를 인정받는지
- ⑨ 근로제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도 등의 경제적·
사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.⁵⁸⁾

이 기준을 적용함에 있어서 주의할 점이 있다. 첫째, 기본급이나 고정급이 정하여
졌는지, 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.⁵⁹⁾ 둘째, 상기 기준은 형식적·획일적으로 적용되는 것이 아니라, 상기 기준에
부합되는 사실관계가 존재하는 경우에도 이것이 사용자의 우월한 지위에 기인하는 것
인지 아니면 업무의 특수성상 당연히 존재하는 것인지의 여부를 판단하여야 한다.⁶⁰⁾

58) 대법원 2006.12.07. 선고, 2004 다 29736 판결, 종합반 입시강사의 근로자성

59) 대법원 2006.12.07. 선고, 2004 다 29736 판결, 종합반 입시강사의 근로자성

60) 대법원 2006. 5. 11. 선고, 2005 다 20910 판결, 레미콘 운송업자 사건

2. 근로자성 파악을 위한 체크리스트 및 판단⁶¹⁾

대법원 판례 (9가지: 판단요소 세부내용)		대표이사의 근로자성 분석 세부 내용	검토의견	
			근로자	사용자
1) 사용자의 지휘, 감독 여부	① 취업규칙(사규) 적용 여부 및 근로계약의 종류	취업규칙, 사규 적용여부 판단, 계약의 종류(근로계약 또는 위임계약)	X	●
	② 인사권 행사여부	근로자 채용, 해고, 징계 권한 행사	●	X
	③ 출퇴근, 휴가 통제, 징계	사용자 출퇴근 및 휴가사용 통제 없었음. 징계한 전례가 없었음		
	④ 업무집행권 및 자금집행권	독자적 업무수행 및 업무수행 중 상당한 지휘감독 여부 및 자금 집행시 전결규정과 실제 집행가능성		
2) 근무시간과 근로장소 구속	⑤ 근로시간 구속	출퇴근시간, 출근일 등 시간적 구속		
	⑥ 근로장소 구속	근로장소가 정해져 있거나 근로장소 제한 여부		
3) 비품, 원자재작업 도구, 비용처리 여부	⑦ 비품, 원자재, 작업도구소유	작업도구 소유여부, 업무상 손해 책임여부		
	⑧ 비용처리	운영비 지원여부, 업무수행 발생비용 처리, 법인카드 제한 없이 사용여부		
4) 제3자 대행여부	⑨ 제3자대행가능, 타업무 종사	전속적 사용여부, 부재시 제3자에 대체 가능여부		
5) 노무제공을 통한 이윤창출, 독립사업영위 여부	⑩ 이윤창출	본인의 노력으로 이윤창출 가능여부		
	⑪ 독립사업	회사에 복무중 타사업에 종사여부		
	⑫ 적자 위험 책임	적자에 대한 위험부담 여부		
6) 보수의 성격 근로 대가여부	⑬ 보수 근로대가	임금이 매출에 대한 평가인자, 매월 근로의 대가로 받는 고정급인지 여부		
	⑭ 개인사업성	개인이 수익사업을 할수 있는지 여부		
7) 기본급, 고정급 지급여부	⑮ 고정급여부	주요 급여의 구성항목이 기본급인지 성과급인지 여부		
8) 근로소득세, 4대보험적용 여부	⑯ 근로소득세, 4대보험	사업소득세 부담, 4대보험 적용 및 4대보험료 납부여부		
9) 근로제공의 계속성, 전속성 여부	⑰ 근로의 계속성	계속적 근로여부(장기근속 여부)		
	⑱ 근로의 전속성	업무수행중 타사에 취업금지 여부		
평가의견		<특정 사안에 대한 근로자성 판단에 대한 의견 서술적 기술>	0개	0개

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

* 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.

명품매장 점장의 근로자성 부인 사건

I. 사건개요 (점장의 퇴직금등 청구 사건⁶²⁾)

00 명품회사의 한국 법인 (이하 “회사”) 으로부터 2012 년 7 월에 불만족스럽게 계약이 해지된 매장 점장 2 명이 2012 년 10 월에 퇴직금, 연차수당 등 법정수당을 회사가 미지급 하였다고 노동부에 진정을 제기하였다. 이 임금채불 진정사건에서 회사는 점장들이 수수료 용역 판매수탁자이기 때문에 근로기준법에 의한 퇴직금이 발생하지 않는다고 주장하였다. 반면 진정인들은 고정급여와 성과급을 받고 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하였기 때문에 근로자라고 주장하면서, 퇴직금, 기타 법정수당을 포함하여 8000 여만 원을 청구하였다. 이 사건을 조사한 근로감독관은 근로자의 주장에 타당성이 있다고 하면서 회사에 어느 정도의 합의를 요구하였다. 하지만 회사 입장에서는 2 곳의 매장뿐만 아니라 다른 16 개 매장의 점장들도 유사한 금품을 청구할 것이 예상되었기 때문에 진정인들과 합의를 할 여지를 두지 않으려 하였다. 이 진정사건의 조사가 통상 진정처리기간인 2 개월을 훨씬 넘긴 7 개월 만인 2013 년 4 월 중순이 되어서야 담당 근로감독관이 진정인들을 근로자가 아닌 독립계약자로 인정하여 퇴직금 등의 청구를 기각하였다. 아래에서는 이 진정사건의 사실관계, 관련 쟁점, 당사자의 주장, 관련 대법원 판례와 노동부의 판단기준 등에 대해 살펴 보고자 한다.

II. 사실관계 및 쟁점

1. 사실관계

○ 회사는 위 2 명의 점장들(진정인들)과 매장판매 일체를 도급하는 판매수탁자로서

62) 정봉수 노무사가 2012.10부터 2013.4월 까지 서울강남지청에서 사용자를 대리한 사건

판매용역계약 (sales service contract)을 체결하였고, 점장들은 판매용역계약을 근로 계약보다 선호하였으며, 유사 명품 업체들도 매장의 점장을 독립계약자로 사용하는 형태가 많음.

- 점장 A(진정인 중 한 명)는 2008 년 9 월부터 수수료 계약을 체결하고 청담동 점장으로 근무하던 중 매장 리뉴얼 공사로 인하여 회사가 타지역 점장으로 발령을 내자, 이에 불만을 가지고 수수료 계약을 스스로 해지함. 점장 B(진정인 중 다른 한 명)는 2010 년 9 월에 근로자로 입사하여 점장으로 근무 중 회사와 합의로 2011 년 9 월 퇴직금 등 일체의 금품을 정산하고 근로관계를 종료한 후, 판매용역 계약서를 작성하여 수수료 점장으로 근무하였음. 회사는 점장 B 의 실적부진으로 판매용역 계약을 갱신하지 않아 계약이 해지되었음.
- 점장의 수수료는 기본금 200 만원 + 정상판매 매출액 대비 4%와 할인 행사시 매출액 대비 2%이고, 계약기간은 6 개월이며 1 개월 전 계약해지 통보 없을 시 자동갱신조항이 있음.
- 점장들에게 적용되는 별도의 취업규칙, 인사규정은 존재하지 않으며, 또한 일반 직원에게 적용되는 취업규칙, 인사규정은 점장에게 적용되지 않음.
- 점장들은 매월 1 회 회사의 영업회의에 참석할 뿐, 일일보고 또는 주간보고가 없음. 다만, 해당지점의 직원이 매출현황을 전산시스템을 통해 본사로 보고가 이루어짐.
- 매장은 점장과 해당 매장의 직원 2~4 명으로 구성되어 있고, 점장을 제외한 직원은 본사로부터 근로자로서 관리감독 및 연차휴가 등의 통제를 받음.
- 매장의 점장들은 근로장소는 정해져 있으나 근로시간은 자유로이 활동하였으며, 출퇴근 여부에 대해 본사의 통제를 받지 않음.
- 점장들은 상품 판매에 필요한 비품, 상품, 유니폼 등을 소유하고 있지 않고, 회사에서 제공하는 것을 사용하고 있으나, 매장에서 필요한 비용, 즉 전화비, 수선비

등을 부담하였음. 아울러 제 3 자를 고용하여 대리 점장을 맡길 수 없었음.

- 점장들은 파트타임 직원을 임의적으로 고용하여 사용할 수 있었으나, 그 비용은 회사에서 지급하였음.
- 점장들은 매출액 향상을 위해 본인의 비용으로 VIP 식사 접대, 골프접대, 유인물 발송을 하였으며, 때로는 본사의 표준 할인가격보다 점장이 임의로 추가 할인하여 고객에게 판매하는 경우도 있었음.
- 회사에서는 매출 및 근무태도와 관련하여 어떠한 징계나 제재를 가한 사례도 없었고, 계약갱신 거부 외에는 특별히 제재할 수단이 없었음.
- 점장들은 근로소득세 대신에 사업소득세를 납부하고, 4 대보험에 가입되어 있지 않음.

2. 쟁점

점장의 임금채불 진정사건에 있어 주요 쟁점은 점장이 판매위탁 계약서를 작성한 독립계약자임에도 불구하고 근로기준법상 퇴직금을 청구하였으므로, 사실관계를 통해 회사와 점장 간에 사용종속관계가 있었는지 여부를 파악하는 것이다. 판매 위탁도급 계약서에 있어, 매장 전체를 도급받은 것이 아니고, 매장의 점장만 독립계약자이고, 그 밑에서 일하는 직원은 회사의 근로자로서 근로관계를 유지하고 있는 상황에서 점장만이 독립계약 판매수탁자로서 인정받을 수 있는지가 문제가 된다.

III. 회사의 주장

1. 현 점장들의 사용종속관계 판단

회사는 2 명의 점장들의 임금채불 진정사건에 대해, 점장은 근로기준법상 근로자가 아니기 때문에 퇴직금, 연차유급휴가 등의 청구의 대상이 되지 않는다고 주장하였다. 그 설명의 근거는 아래 표와 같다.

대법원 판례 (9가지: 판단요소 세부내용)		사실관계	검토의견	
			근로자	사용자
1)사용자의 지휘,감독 여부	①취업규칙 적용	취업규칙 미적용	X	●
	② 근로 계약서 작성	판매위탁 계약서 작성	X	●
	③출퇴근, 휴가 통제, 징계	사용자 출퇴근 및 휴가사용 통제 없었음. 징계한 전례가 없었음	X	●
	④업무지시	사용자 업무보고나 업무지시 없었음	X	●
2)근무시간과 근로장소 구속여부	⑤근로시간 구속	근로시간 통제 없었음.	X	●
	⑥근로장소 구속	근로장소는 구속됨	●	X
3)비품, 원자재작업 도구, 비용처리 여부	⑦비품,원자재, 작업도구소유	사용자가 부담	●	X
	⑧비용처리	수선비, 전화비 점장 부담	X	●
4)제3자 대행여부	⑨제3자 대행가능, 타업무 종사	전속적 근무하므로, 제3자대행 불가능, 타업무 종사가능함	●	X
5)노무제공을 통한이윤창 출, 독립사업 영위여부	⑩이윤창출	본인의 노력으로 이윤창출, 업무시간 중에 손님접대 골프 접대함	X	●
	⑪독립사업	제한적 독립사업성		●
	⑫손실 위험 책임	적자에 대한 부담은 회사가 책임짐	●	X
6)보수의 성격 근로 대가여부	⑬보수 근로대가	매출에 대한 평가로 급여결정	X	●
	⑭개인사업성	개인이 매출 창출함	X	●
7)기본급, 고정급 지급여부	⑮고정급여부	기본수당 200만원 + 수수료4%, 따라서 기본급 정해져 있음	●	X
8)근로소득세, 4대보험적용 여부	⑯ 근로 소득 세 , 4 대보험	사업소득세 부담, 4대보험 미적용	X	●
9)근로제공의 계속성, 전속성 여부	⑰근로의 계속성	계속 근로	●	X
	⑱근로의 전속성	업무위탁으로 위탁기간중 전속됨	●	X
평가의견		개인사업자의 속성이 근로자의 속성보다 더 많으므로, 위탁계약에 따른 업무도급 으로 볼 여지가 많다고 사료됨	7개	11개

2. 사용자의 주장의 요지

상기의 표에서와 같이 점장들은 1)근로계약서가 아닌 판매위탁계약을 작성하여 회사와 대등한 위치를 가지고 있고, 2)독립계약자로서 매출액을 올리기 위해 스스로 노력하였으며, 3)업무수행 중에 회사의 지휘·감독을 받지 않은 채, 해당 지점의 매출향상을 위해 개인의 비용과 시간을 투자해서 영업활동을 하였다. 그리고 회사에서는 어떠한 비용처리나 업무지원을 해준 적이 없으며, 점장들은 매출에 따라 수수료를 수령하였다. 따라서 진정한(2 명의 점장)과 회사 사이에 사용종속관계가 있었다고 보기 어렵다.

IV. 관련 대법원 판례 및 근로감독관 판단

1. 관련 대법원 판례

대법원은 근로자 여부를 판단하는 사용종속관계 기준을 9 가지로 설명하고 있고, 이 9 가지 항목 중 근로자성이 강한 점과 사용자 성이 강한 점을 비교·분석하여, 그 상대적 우위를 가늠하여 대상자의 근로자여부를 판단하고 있다. 또한 이러한 우위여부를 판단하는 데에 있어 가중치는 1) 사용자의 지휘 감독의 여부, 2) 보수의 노무대가성 여부, 3) 노무의 성질과 내용을 고려하여 부여하였다. 그러나, 사용자가 힘의 우위에서 결정하는 임금, 4 대보험 가입여부는 근로자 여부를 판단하는 데에 있어서 중요한 요소로 보지 않고 있다. 점장이 노동법상 근로자에 해당하는지의 여부에 관한 대법원 판단기준은 다음과 같다.

“근로기준법상의 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, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는

- 1) 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며
업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지,
- 2) 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지,
- 3) 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나
- 4) 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을
영위할 수 있는지,
- 5) 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지,
- 6) 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및
- 7) 근로소득세의 원천징수 여부 등보수에 관한 사항,
- 8) 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도,
- 9) 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
크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게
부정하여서는 안 된다 (대법2004다29736, 2006.12.07.).”

2. 근로감독관의 판단기준

담당 근로감독관은 본 사건의 진정인들(2 명의 점장들)을 근로자로 인정할 수
있는지 여부를 판단을 하는 데에 있어서 상당한 어려움을 겪었다 한다. 특히
점장 B의 경우에는, 근로자 신분에서 독립계약자로 신분이 변경되었음에도 불구하고,
여전히 동일매장에서 동일한 유형의 일을 하였기 때문에 근로자로서 볼 소지가
많았다. 하지만, 근로자성 판단지침에 따라 검토한 결과, 독립계약자로서의 성질이
다소 우세하다고 판단하였다.

“근로자가 아닌 속성으로 1) 판매위탁 도급계약을 체결한 동기에 있어서도 점장
스스로 선택한 계약이었고, 독립계약자 점장계약이 근로자로서 임금을 받는 것보다
유리한 계약조건이었다. 2) 점장이 스스로 비용을 부담하여 매출증대 활동을 하여 더

많은 이윤추구를 하였다. 3) 업무수행중 회사로부터 업무 관리감독이 없었고, 자율적으로 매장을 운영하였다. 이와 같은 특성을 살펴볼 때, 회사와 점장 간에 사용종속관계가 있었다고 보기 어렵다.”

V. 회사의 사후 대책

상기 점장들의 이번 임금청구 사건을 통해 회사는 노동부로부터 점장의 독립계약자 신분을 인정받았지만, 근로자로서의 성질도 상당 부분이 인정되었기 때문에 앞으로 유사한 분쟁이 발생하지 않도록 사용자의 대책이 필요하다고 본다. 따라서 첫째 매장의 점장을 근로자 또는 독립계약자로 운영할 것인지에 대해 분명하게 구분하여 운영해야 할 것이며, 둘째, 판매위탁계약으로 매장을 운영할 경우, 점장의 독립적 신분을 강화하는 차원에서 판매수수료를 높이고 기본급을 없애야 할 것이다. 셋째, 점장이 매장을 개인도급이 아닌 매장별 도급형태로 운영할 수 있도록 하는 방안도 마련하여야 할 필요가 있다고 하겠다.

텔레마케터의 근로자 여부 판단

I. 들어가며

특수고용 종사자는 특정 사업장에서 노무를 실질적으로 제공하고 있지만, 노동법이 인정하는 근로자로 인정받지 못하는 자들을 말하며, 대표적인 사례로는 골프장 캐디, 학습지 교사, 레미콘 운송차주, 텔레마케터 등 있다. 이들이 노동법의 근로자로 인정받지 못하는 이유는 이들의 업무속성이 사용자와의 사용종속관계가 없을 뿐만 아니라 하나의 사업주에 대해 전속성이 없기 때문이다. 그러나, 최근에는 하나의 사업장에 종속되어 있고, 사용자로부터 사용종속 관계가 어느 정도 인정되는 특수고용 종사자를

노동법상 근로자로 인정하는 판례가 발생하고 있다. 이런 판례는 노동법이 인정하는 근로자인지 여부는 실질적으로 사용종속 관계에 있었는지 여부를 가지고 판단하여야 하며, 기존의 중요한 판단기준이 되었던 기본급 지급여부, 4대보험 가입여부, 근로소득세의 원천징수 여부는 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 결정할 여지가 크기 때문에 이러한 부분만을 가지고 결정할 것이라 아니라고 본다.

특수고용 종사자 중, 특히 텔레마케터의 근로자성 인정여부는 사업주가 텔레마케터의 업무수행에 있어 어느 정도의 사용종속성을 가지느냐에 따라 유동적으로 결정된다. 텔레마케터는 보험모집, 기획부동산 중개, 원거리 판매 등에 종사하고 있으며, 주 수입원이 그 개인의 판매 실적에 따라 보수가 결정되기 때문에 근로자성에 대한 다툼이 많다. 아래에서는 텔레마케터의 근로자성에 대해 판단기준과 대표적 사례를 가지고 텔레마케터의 근로자성을 살펴보고자 한다.

II. 근로자 여부 판단기준

1. 텔레마케터의 근로자성에 대한 판단기준은 노동부 행정해석이나 법원의 판단이 동일하다. 즉 텔레마케터가 실질적으로 임금을 목적으로 사용종속 관계에서 근로를 제공하였는지를 판단하고 있다. 다만, 행정해석은 근로자성 판단 고려 요소들(9 가지)의 평균적인 기준으로 텔레마케터의 근로자성 여부를 판단하는 경향이 있지만, 판례는 사용자의 경제적 우위로 결정되는 요소보다는 업무의 실질적 종속성으로 근로자성 여부를 판단하는 경향이다.
2. 근로자성에 대한 판례⁶³⁾의 판단기준은 다음의 법리와 같다. “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 종속적인 관계가 있는지 여부는,

63) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결 참조

- ① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지,
- ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지,
- ③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나
- ④ 제 3 자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 사업을 영위할 수 있는지,
- ⑤ 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지,
- ⑥ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지,
- ⑦ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및
- ⑧ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항(4 대보험 가입여부),
- ⑨ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도 등을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수 하였는지, 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.”

III. 근로자 인정사례 (원거리 판매 텔레마케터의 해고사건)⁶⁴⁾

1. 사건의 사실관계

사회복지법인(회사)은 30 여명을 고용하여 원거리 판매 텔레마케터로 사용하여 왔다. 이 사건의 텔레마케터 (이하 ‘원고’)는 2003.11.11. 회사에 입사하여 근무하던 중, 회사가 새로이 제시한 “위촉계약서”에 서명을 거부하자, 2006.10.19 서명을 거부한다는 이유로 원고를 해고하였다. 이에 원고는 노동위원회 부당해고 구제신청을 하였으나, 당사자 적격을 갖추지 못하였다는 이유로 구제신청이 각하되었고, 중앙노동위원회 재심에서도 동일한 결과를 받아 행정소송을 제기하였다.

⁶⁴⁾ 2008.03.21, 서울행법 2007구합19539

2. 업무의 내용

- (1) 회사의 텔레마케터들은 전화로 회사가 발간하는 월간지를 후원자들에게 판매하고 그 구독료 명목의 후원금을 모금하는 업무를 수행하였다.
- (2) 원칙적으로 평일 10:00 부터 17:00 까지 회사 사업장 내 텔레마케팅실(TM 실)의 칸막이로 구획된 부스에서 근무하고 '후원금 입금실적의 22%에 해당하는 성과급', '일 1 만 원의 출근수당' 및 '월 10 만 원의 만근수당'을 합한 금액을 "임금" 명목으로 지급받았다.
- (3) 회사는 업무에 필요한 책상, 전화기 등 사무용품을 제공하고, 후원자에게 발송하는 우편물 내용을 발송 전에 감독·통제하였다.
- (4) 회사는 '월 1,000 통화'를 업무기준으로 제시하며 신규후원자의 모집을 독려하였으나, 위 업무기준에 못 미친 것을 이유로 징계 등의 제재는 없었다.
- (5) 회사는 매일 퇴근 전에 당일 후원의사가 있었던 예상후원자와의 상담내용 및 그 인적사항 등을 서면보고 하도록 하였다.
- (6) 회사는 관리부장이 주관하는 월 업무회의 및 수시회의를 통하여 새로운 지시사항 및 업무상 주의사항 등을 통보하였다.
- (7) 회사는 출결상황표를 작성하였는데, '조퇴 2 회'를 '결근 1 일'로 처리하였다.

3. 행정법원의 판단

- (1) 회사는 원고에게 예상후원자들의 인적사항을 제공하고 업무방식을 한정하며 우편물의 내용물을 감독·통제하는 등의 방법으로 '구체적 통화대상 및 통화내용'을 제외한 업무 내용을 대부분 정하였다.
- (2) 원고는 비록 각종 근로조건 등에 있어서 취업규칙의 적용을 받지 아니하였으나, 취업규칙의 내용이나 그 적용 여부 등은 사용자가 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 사항에 해당된다.
- (3) 회사는 빈번한 회의를 통하여 원고에게 지시·주의사항을 통보하고 업무방식을 교육하며 업무기준을 제시하였고, 매일 원고로부터 업무수행결과를 구체적으로 보고받았다.
- (4) 회사는 원고의 근무시간과 근무장소를 지정하였고, 출결상황표의 작성과 출근수당 및 만근수당의 지급을 통하여 원고로 하여금 근무시간에 구속을 받게 하였다.

- (5) 회사는 원고에게 업무에 필요한 기본적인 사무용품을 모두 제공하고 전화요금 등 업무비용까지 부담하였다.
- (6) 원고는 매월 출근수당 및 만근수당으로 40 만 원을 지급받았던바, 원고가 지급받은 출근수당 및 만근수당은 사실상 '기본급'의 성격을 가진다.
- (7) 원고는 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고 이른바 4 대보험을 가입하지 아니하였으나, 이는 회사가 우월한 지위를 이용하여 임의로 정한 데 따른 것으로 보인다.
- (8) 원고는 약 3 년에 이르는 기간 동안 회사의 텔레마케터로서 근무한 것은 원고의 근로 제공의 계속성 및 회사에 대한 전속성이 인정된다.
- (9) 따라서 원고는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 할 것이고, 이 사건 근로관계 종료는 '사용자의 일방적 의사에 의한 근로관계의 해지'로서 해고에 해당한다고 할 것이다.

IV. 근로자로 인정하지 않은 사례

1. 보험모집 텔레마케터⁶⁵⁾

(1) 업무 내용

- ① 텔레마케터의 업무는 회사에서 생산한 보험상품을 고객에게 전화상으로 안내하고 판매하는 일로서 이 업무를 수행하기 위해 사측의 관리자로부터 상품에 대한 교육, 판매 기술에 대한 교육 등 업무 수행에 필요한 제반 교육을 받았고,
- ② 사측의 취업규칙에 적용 받지 않으나, 영업복무규정에 따라 업무를 수행했다.
- ③ 회사에서 제공한 사무실에 출퇴근하고 있으며, 출근 후에는 사측에서 정한 근무 시간표에 따라 퇴근시간까지 업무를 수행하고,
- ④ 계약서상 겸업이 금지되어 있지 않으나 일반적으로 개인의 영업행위가 불가능한 실정이고,
- ⑤ 작업을 위한 사무실과 책상, 컴퓨터, 전화 등의 시설을 사측으로부터 제공받고,
- ⑥ 회사는 영업규정 등에 의하여 기본급 성격의 활동수당 및 보험계약실적에 따른 상여금을 지급하고,
- ⑦ 자유소득자라는 이유로 사업소득세만 납부하고, 근로소득세와 4 대보험료는 납부하지 않음

⁶⁵⁾ 행정해석: 노조68107-874, 2001.08.02

(2) 노동부의 판단

근로자성이 부인되는 요소로

- ① 고용계약이 아닌 민법 제 689 조의 "위촉계약"을 체결하고,
- ② 보험모집이라는 위촉업무를 수행함에 있어 회사에서 제공하는 통신장비 등을 이용하나, 자신의 재량과 역량에 따라 자율적으로 보험모집활동을 하며,
- ③ 실적없이 지급되는 수당이 존재하지 않으며, 기본급이라고 주장하는 활동수당(60 만 원)도 월 10 건 이상의 계약실적이 있는 경우에만 지급되는 등 수당과 상여금등이 자신의 모집실적에 따라 지급된다는 점,
- ④ 회사의 취업규칙 등 제규정이 적용되지 않고, 지각·조퇴·결근 등에 따른 징계나 별도의 수당삭감등 제재제도가 없다는 점,
- ⑤ 회사측에서 제공된 고객명단에 대해 반드시 전화를 하여야 하는 것은 아니며, 그에 따른 별도의 제재도 없다는 점 등을 고려할 때, 보험모집 텔레마케터는 근로자에 해당한다고 보기 어렵다.

2. 기획부동산 텔레마케터⁶⁶⁾

(1) 업무내용

- ① 회사에서 제공한 토지 등의 부동산을 불특정 다수의 고객에게 지정된 장소에서 전화나 상담을 통하여 부동산을 판매하는 업무이며,
- ② 회사로부터 텔레마케터가 지급받는 금품은 매월 고정급으로 80~120 만원이 지급되고 결근시에는 1 일당 50,000 원을 위 고정급에서 공제하고,
- ③ 고객의 상담에서부터 현지답사, 체결에 이르기까지 텔레마케터가 전담하고 있으며 건당 계약금액에 8~10%의수수료를 판매수당을 지급받고,
- ④ 일정한 장소에서 하루 8 시간 주 5 일 근무를 제공한다.

(2) 노동부의 판단

기획부동산 업체 '텔레마케터'의 경우 토지를 전화나 상담을 통해 판매하는 업무를 주로 수행하고 있고

- ① 근무장소와 시간이 특정되어있다 하나 이는 통신판매의 특성상 판매 효율성을

⁶⁶⁾ 적용팀-6107, 2006.12.12

높이기 위한 것이다.

- ② 고객유치에서 계약체결에 이르기까지의 업무수행을 본인의 판단에 의해 독립적으로 행하고 있어 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 받는 것으로 보기 어렵다 할 것이며 또한,
- ③ 근무일에 따라 고정급을 지급받고 있으나 이는 일종의 판매 활동비 명목으로
- ④ 사업소득으로 신고하며,
- ⑤ 주된 수입원은 토지를 판매하고 지급받는 고액의 판매수당이므로 텔레마케팅 종사 근로자는 사용종속관계에서 근로를 제공하는 근로자에 해당하지 않는 것으로 판단된다.

IV. 맺는 말

산업의 변화에 따라 기업들은 텔레마케터를 다양한 분야에 활용하고 있다. 기업들이 처음에는 텔레마케터를 도급 또는 사무위임의 형태로 사용하였기 때문에 별 문제가 발생하지 않았다. 하지만, 점차적으로 기업들이 영업이익의 확대를 위하여 텔레마케터의 업무수행에 직접적으로 관여하게 된다. 이러한 과정에서 기업은 텔레마케터를 직접적으로 관리감독을 할 수 밖에 없게 되는데, 이렇게 되면 텔레마케터의 신분이 민법의 수임인에서 노동법의 근로자로 변하게 된다. 이렇게 신분이 변경된 텔레마케터의 경우, 사용자는 노동법상의 해고의 제한, 퇴직금, 연차휴가, 사회보장보험 등의 책임을 져야 한다. 따라서 사용자는 텔레마케터의 업무에 대한 사용자의 구속 강도에 따라 텔레마케터의 신분이 민법의 수임인에서 노동법의 근로자로 변경될 수 있다는 사실을 인지하고, 텔레마케터를 운영할 때는 텔레마케터를 자유소득자로 사용할 것인지 아니면 전속적으로 관리·감독하는 근로자로 사용할 것인지에 대해 고민을 해야 할 것이다.

한준기 전문위원의 경영칼럼

디지털시대, 애자일 조직을 다시 말하다

- 조직과 제도보다 문화 혁신이 먼저, 종합적인 성과 평가와 관리도 전제돼야

‘애자일(Agile)’ 조직이 거의 모든 기업에게 화두가 되고 있다. 소위 국내 우수기업의 최고경영자들도 이 단어를 즐겨 사용하면서 그들 기업의 변화와 혁신을 위한 키워드로 강조하고 있는데, 디지털, 4차산업혁명 등의 시대적 상황과 맞물려서 그 관심이 더 고조되고 있는 듯하다. 애자일은 사전적 의미로는 ‘민첩하다’ ‘기민하다’라는 뜻으로, 경영환경의 변화에 따라 불확실성이 높아진 시장에서 빠르게 시도하고 지속적 개선으로 변화에 대응해가면서 시스템이나 제품을 개발하는 비즈니스 운영 방식을 말한다. 본래는 1990년대 후반 미국 소프트웨어 개발업체에서 유래된 것으로, 상세 업무계획을 수립 한 후 분석, 기획, 개발 등을 단계별로 순차적으로 진행하는 전통적인 개발방식(Waterfall)과 대비가 되는 개념이라 할 수 있다.

근본적으로 우리가 애자일 조직을 지향하면서 강화된 자율성을 바탕으로 더욱 민첩하고 기민하게 움직이는 것을 개인적으로는 적극 지지한다. 그러나 김빠지는 소리처럼 들리겠지만 동시에 여전히 우리 기업의 현주소는 애자일조직으로 변신하기에는 상당히 어려운 태생적인 한계를 아직 갖고 있다는 생각을 떨칠 수 가 없다. 즉, 작금에 모든 경영자들의 관심사가 된 애자일 조직이 몇 가지 근본적인 배경 때문에 또 한 번 잠깐 반짝하는 경영 조류로 잠시 머물다 슬며시 사라져버리는 것이 아닐까 하는 우려가 있다.

□ 한국식 위계 조직으로는 성공 어려워

비록, 최근 젊은 신세대 경영자들을 중심으로 일부 스타트업 기업들이 애자일의 참신한 기업문화를 만들어가고 있다지만, 여전히 대부분의 한국의 기업들은 전통적인 군대식 위계조직과 보고체제로 이루어져 있다. 말하자면, 조직의 유연성이 떨어진다는 뜻이다. 또한 우리 기업의 절대 다수의 구성원들의 역할과 책임에 대한 유연성 역시

떨어진다. 자신에게 주어진 역할과 책임에 매몰되어 있고 지속적으로 내 역할에 명확한 선을 그어달라는 피드백이 업종과 기업의 크기 불문하고 지속적으로 요청이 되고 있는 사항이다. 애자일 조직이 근본적으로 지향하고 있는 철학과 180도 배치되는 모양새이다. 게다가 4차산업혁명 환경에서 현장 중심의 소통과 상호발전작용의 중요한 키가 될 수 있는 종합적이면서도 상시적인 성과관리 시스템 역시 대부분의 기업에서 부재 상태이다. 개별 기업 밖으로 눈을 돌린다면, 산업간의 경계가 상당히 견고하여 상호 인적자원 교류가 아직은 활발치 않고, 노동시장의 구조자체 역시 경직되어 있는 것이 사실이다. 객관적인 상황은 좋은 편이 아니다.

그럼에도 불구하고 애자일 조직을 만드는 것이 우리기업들이 여기서 주저앉지 않고 다음 단계로의 도약을 위한 피할 수 없는 숙제라고 한다면 크게 세 가지 핵심영역을 중심으로 갈 수 있는 방안을 제안해보고자 한다. 바로 일하는 방식과 문화의 변화, 목표설정과 성과관리 방식의 변화, 그리고 새로운 조직 구조로의 변화가 바로 그것이다.

첫째, 일하는 방식과 조직 문화에 있어서 변화가 있어야 한다. 어쩌면 제일 중요한 부분이기에 우선적으로 손을 대어야 할 곳이다. 그런데 아이러니하게도 우리 기업에서는 일하는 방식과 조직문화를 보다는 조직 구조나 제도를 먼저 바꾸려는 경향이 있다. 물론 조직구조나 제도를 제대로 바꾸는 것은 정말 중요하다. 제대로만 바꿀 수 있다면 결과를 만들 수 있는 합리적인 접근방법이라고 말할 수도 있겠지만, 애자일 조직으로의 변화에 있어서 핵심은 하드웨어가 아닌 소프트웨어임을 감안한다면, 비즈니스 현장의 작은 부분에 있어서부터 일하는 방식과 문화의 변화를 모색해야 한다. 흔히 애자일 조직문화의 벤치마킹 모델로 많이 거론되고 있는 넷플릭스나 구글, 자포스, 마이크로소프트 등의 기업을 보더라도 조직구조나 제도에 있어서는 획기적인 것들이 그리 눈에 띄지는 않는다. 그들은 자신들과 동일한 가치를 지향하는 인력들을 타협하지 않고 절대기준으로 정말 제대로 선발하고 그런 구성원들과 '정말 다른 생각과 방식으로' 일을 하려고 한다. 그것이 이들을 세상사람들이 부러워하는 애자일 조직으로 만든 것이다.

기업의 상황에 따라 다소 상이할 수는 있겠지만, 일하는 방식과 조직문화를 만들어 가는 과정 속에서 우리가 한 번 시도해볼 만한 정신이 몇 가지 있다. 자율과 책임 정신, 그리고 개방화를 먼저 꿈고 싶다. 다시 넷플릭스의 사례로 넘어가보자. 이들의 일하는 방식의 핵심은 자율과 책임이다. 지난해 만났던 이 회사 아시아태평양 본부의

채용책임자는 그들 문화의 가장 큰 특징을 직원이 스스로 의사결정 할 수 있도록 격려 해준다는 것이다(encourage independent decision-making by employees). 이 회사의 임직원들은 물을 싫어한다. 거꾸로 말하면 물과 제도를 따지는 사람을 가급적 선발하려 하지 않는다는 것이다. 그냥 본인이 의사결정을 하고 책임지면 된다. 휴가를 쓰는 것도 그렇고 회사 비용을 사용하는 문제에서도 마찬가지이다. 단, 중요한 전제가 있다. 회사에 가장 이로운 방향으로 행동하면 된다는 것이다. 이는 스타트업을 넘어서 유니콘 기업으로 성장한 한국기업 토스(비바리퍼블리카)에 있어서도 마찬가지이다. 이들은 이를 실현하기 위해 회사 상황에 대한 최고 수준의 정보를 임직원들에게 제공하고 있다. 한편 더 많은 기업들이 개방화라는 정신하에 플랫폼이나 클라우드 소싱 등의 방식을 통해 고객이나 외부 전문인력들을 직접 제품개발에 참여시키기도 하고, 산업간의 장벽을 깨뜨리는 과감한 외부인재 영입을 하는 모습을 보여주기도 한다.

□ 조직 개편도 ‘애자일’ 하게 진행해야

둘째, 목표설정과 성과관리 방식의 변화, 다시 말해서 종합적인 성과관리시스템의 도입과 구체적인 실행이 꼭 필요하다는 주장을 하고 싶다. 그 이유는 아주 간단하다. 애자일 조직의 핵심은 빠른 속도로 비즈니스 현장에서 계속 소통하며 상호작용을 하는 가운데 제품을 개발하고 문제를 해결하는 과정이 꾸준히 이루어져야 한다는 것이다. 당연히 그 속에서 성장과 발전이 함께 일어나야만 하는 것이다. 그 주인공은 개개의 관리자와 직원이다. 현재까지 이를 제대로 수행할 수 있는 검증된 가장 좋은 방법은 목표를 같이 수립하고 사업성과의 진도를 계속 점검하며 때로는 피드백과 코칭을 하고 과정과 결과모두에 대하여 균형 잡힌 평가를 하는 것이다. 단순히 지금까지의 비즈니스 성과결과만을 평가하는 과거지향적 성과평가(performance appraisal)가 아닌 미래지향적 육성에 초점을 둔 종합적인 성과평가와 관리(Performance assessment)가 이루어져야만 한다. 더욱이 우리가 호흡하고 있는 4차산업혁명의 시대에는 기술과 산업발전의 속도가 너무 빠르기때문에, 대다수 조직에서는 공히 준비된 역량을 온전히 갖춘 인재가 부족한 현상이 발생할 것이 너무도 뻔하기때문에, 이러한 종합적인 성과관리 시스템을 통해서 그 갭을 메우는 것이 효율성과 효과측면에서 최적의 옵션이 될 수 있는 것이다.

운용적인 측면에서 이미 많은 다국적기업들이 보여준 새로운 개념의 성과관리 시스템에서 힌트를 충분히 얻을 수 가 있을 것이다. 먼저, 단순한 성과지표(KPI)만을

수립하고 이를 평가해서는 안 된다는 것이다. 공식적 성과지표(KPI)를 넘어 과정과 상황까지 균형 있게 평가할 수 있어야 한다. 이는 전술적인 성과뿐만 아니라, 구성원 개개인이 보여준 상황에 대처하고 해결하는 적응적, 대응적 성과 그리고 그 가운데 발휘한 리더십과 태도 등을 같이 포함하여 평가를 해야 한다는 것이다. 동시에 직원들의 공감대를 중심으로 목표수립부터 평가결과 확정과 그 커뮤니케이션까지 그들의 참여가 이루어져서 객관성과 납득성이 최대한 제고되어야 하고, 상시적인 역량개발 중심의 대화가 지속되어야 한다는 것이다. 다시 말하자면 새로운 성과관리 시스템이 단순한 평가의 도구로 전락하는 것을 막아야 하며 전체 목표달성을 위한 커뮤니케이션의 도구로 활용될 수 있어야 한다.

끝으로, 조직구조를 애자일 조직에 맞게 개편을 해보는 것이다. 앞서 제기한대로 단순히 애자일한 조직으로 변신시키기 위해 조직구조만을 덩석 바꾼다면 아마도 기대했던 효과를 거두는 것이 쉽지 않을 수도 있다. 성공적인 애자일 조직을 운영하는 기업의 경우를 보면 현장에서 일하는 방식이나 문화를 바꾸기 시작했고 그런 과정에서 새로운 조직문화와 일하는 방식을 극대화시키기 위해서 기존 제도가 바뀌어야 한다는 것을 발견했고, 그 일환으로 성과관리제도에 변화를 주고 조직구조를 변형시키는 작업을 선택하곤 했다. 애자일 조직에 맞는 조직개편의 핵심은 온전하게 자율적인 권한과 책임을 부여하는 경영단위를 구성하는 것, 기능적 위계적 조직이 아닌 유연한 네트워크 조직으로의 변신을 하는 것, 그리고 자율적인 경영단위 간의 협업을 극대화 시키며 시너지를 낼 수 있는 연결고리 역할을 하는 포지션을 운영하는 것 등이다.

이러한 조직 구조의 변화가 전사차원에서 큰 범위에서 전격적으로 이루어질 수 있다면 좋겠지만, 기술적인 측면에서 볼 때 실험적으로 작게 시작을 해서 점진적으로 확대시키는 방안이 어찌면 우리 현실에서는 더 시행착오를 줄일 수 있는 옵션이 될 수도 있을 것이다. 또한 설령 조직자체를 완전한 자율경영조직으로 바로 변형시키지는 못하더라도 일을 진행하는 방식자체를 권한이 확실히 부여된 프로젝트나 태스크 포스 중심으로 운영을 해봄 직 하다. 그렇게 되면 좀 더 네트워크 형태의 협업이 이루어질 수 있는 한국조직에 최적화된 방식을 찾을 수도 있을 것이다. 중요한 것은 자신의 조직도 속에만 갇혀있는 부서의 사일로(functional silos)을 벗어나는 것이다. 최정예 특수부대로 구성이 된 미국의 합동특수부대사령부의 장병들이 2003년 이라크와 전쟁 초반에 자신들만의 조직도에 갇혀서, 물 흐르듯 유연하게 네트워크 조직으로 움직이는 알카에다에 고전하다가, 각 조직을 연결하며 협력을 이끌어 준 브로커역할을 만들면서

전세를 자신들의 페이스로 이끌었던 사건이나, 애자일 조직으로 변신을 선언한 ING (오렌지라이프)가 조직간에 활력을 불어넣기 위해 각 독립경영체 간을 조율하는 트라이브 리드(tribe lead)나 애자일 코치(agile coach)역할을 만들어서 운영하는 모습에서 충분한 시사점을 얻을 수 있을 것이다.

지난 반세기 동안 수많은 경영조류가 우리기업을 찾아왔던 것처럼, 애자일 조직이라는 새로운 선물이 우리 앞에 놓여있다. 이것이 또다시 한차례의 지나가는 유행이 아닌 수그러들지 않은 광풍이 되게 하려면 본질을 제대로 이해하고 그 핵심영역부터 대단해 보이지는 않지만 작더라도 중요한 발걸음을 떼어보는 것이 중요하다. 시대가 아무리 바뀌었고 여전히 상상할 수 없는 속도로 변하고 있다고는 하지만 기업이 원하는 건강한 성장은 지속적인 좋은 성과를 통해서만 이루어지고 그것을 영속적으로 가능하게 하는 것은 구성원들이 만드는 기업의 문화이다. 그렇기에 수 많은 기업들이 눈에 보이지 않는 가치관과 일하는 문화에 그렇게 많은 시간을 투자하려고 하는 것이다. 경영학의 구루 피터 드러커도 “문화는 아침식사로 전략을 먹는다(Culture eats strategy for breakfast)”라고 말한 것을 보더라도 아무리 좋은 전략과 실행계획과 제도가 있더라도 보이지 않지만 가장 강력하게 작동하는 소프트웨어이자 철학이라고 할 수 있는 조직문화와 일하는 방식이 뒷받침이 되지 않는다면 모든 것이 사상누각이 될 수 있을 것이다. 일상의 문화에서 시작해서 제도가 바뀌고 조직의 모형도 바뀌는 새로운 여정의 시작을 기대해본다.

“해고통보에도 지켜야 할 품격이 있다” 기업들 ‘이별의 정석’ 을 공부할 때

한 기업이 퇴직 권고를 수용하지 않는 직원에게 오랜 시간 교묘히 정신적 육체적 고통을 가하여 뇌졸중과 우울증까지 이르게 했다는 뉴스를 접했다. 쌍방의 입장을 떠나서 새삼 타산지석의 교훈을 새겨볼 직한 일이다. 우리 기업들이 인사관리를 하면서 가장 빈번하게 범하는 오류 가운데 하나는 직원을 채용할 때는 다소 머리가 차갑지 못하고, 직원을 떠나보낼 때는 웬지 가슴이 따듯하지 못한 경향이 있다는 것이다. 처음엔 장밋빛 허니문이 마치 쪽 이어질 듯 그럴싸한 분위기를 잡아놓고, 이별할 때는 대충 작별인사만 하면 그것이 끝인지 알고 떠나가는 사람에게 아름다운 여운을 잘 남겨주지 못한다.

자발적, 비자발적 구분을 떠나 퇴사라는 사건은 이제는 너무도 흔히 접하게 되는

직장생활의 한 단면이 되어버렸다. 젊은 세대들은 채워지지 않는 그 무언가로 인해 퇴직을 결심하고, 아직 경쟁력이 있는 이들은 시장에 러브 콜에 또 한 번의 도전을 선택하고, 상품가치를 잃은 자 들은 한파가 몰아치는 거리로 내몰리고 있다. 인재전쟁이라는 기치아래 모두가 어떻게 잘 뽑을 것인가의 노하우에 대해서는 고민하면서도 정작 어떻게 잘 보내줄 것인가에 대해서 고뇌하는 회사를 찾아보기란 거의 ‘미션 임파서블’의 수준이다. 피부로 체감하는 불경기지수가 한층 높아진 작금에, 성장기를 지나 안정기에 접어든 기업들의 경우는 신규 영입하는 임직원 숫자보다 내보내는 숫자가 더 늘어나는 것이 외면 못하는 현실이다.

직원과의 잘못된 이별은 예기치 못한 손실을 필연적으로 가져온다. 비자발적 퇴사의 경우에는 그 파급력 더 크다. 상처는 퇴사자에게만 해당되는 것은 아니다. 남은 사람들도 흔들리기 때문이다. 한 취업포털 사이트의 설문을 보면 70%이상의 직원들이 동료 퇴사시 동반퇴사 등의 충동을 느꼈다고 한다. 이는 직· 간접적으로 직원들의 몰입의 저하를 가져오고 기업 생산성에 부정적 영향을 미치게 된다. 더 심각한 문제는 남은 직원들은 떠나는 동료들의 쓸쓸한 뒷모습에 자신의 미래의 운명을 곧장 투영시킨다는 것이다. 설상가상으로 법적인 분쟁으로까지 번지면 시간적, 금전적 손실은 증폭되고, 언론이나 소셜미디어를 통한 기업 이미지 추락은 불을 보듯 뻔한 일이다. 오늘날 대부분의 구직자들은 이직 시 해당회사의 전·현직 임직원들이 익명의 소셜 미디어 상에 올려놓은 회사추천점수나 최고경영자의 리더십 평가점수를 상당히 신뢰하고 있기 때문이다.

경영환경의 변화로 인해 불가피하게 직원을 내보내야 할 경우는 최소한의 준비기간과 적절한 수준의 위로금을 줄 수 있도록 하는 것이 좋다. 당사자에 대한 진정성 있는 커뮤니케이션은 아무리 강조해도 지나침이 없다. 훈련되지 않은 관리자나 시대 상황을 오판해서 인공지능이나 첨단 정보통신을 이용하려고 했다가 최악의 상황을 연출할 수도 있다. 영화 ‘인 디 에어’(원제 up in the air)에서 해고통보 전문가라는 주인공으로 분한 ‘조지 클루니’가 대량해고시대에 폭발하는 고객수요를 따라잡기 위해 화상인터뷰로 해고통보를 하자는 보스의 제안에 “해고통보에도 지켜야 할 품격이 있다.”라고 일침을 놓은 것은 시사하는 바가 크다. 자발적으로 퇴직하는 직원에게도 귀를 기울이고 그들을 진정으로 이해해주고 새로운 성공을 응원해주는 것을 절대 빼놓지 말아야 한다.

이외에도 지켜야 할 원칙도 있다. 논란의 여지는 있겠지만 심각한 문제를 일으키고 떠나는 자까지 따듯함으로 감싸줄 수 만을 없을 것이다. 그러나 성실한 근무태도를 보인 직원들에게 크고 작은 도움을 줄 수 있다면 서로 윈-윈 할 수 있는 상황이 연출 될 것이다. 퇴직 후에도 정기적인 연락 등을 통해 인연을 유지할 수 있다면 이들을 평생고객이자 파트너로 만드는 것은 생각만큼 어렵지가 않다. 기업과 직원의 이별은 둘 만의 문제로 끝나지 않는다는 것을 잊지 말아야 할 것이다. 이별을 잘 하려면 결국 평소의 꾸준한 관리와 공감대 형성이 전제가 되어야 한다. 그 어느 때보다도 ‘이별의 정석’을 공부해야 할 시기이다.

강남노무법인 추계세미나 개최안내

1. 일시 : 2019년 11월 5일(화)
2. 장소 : 선릉역 1번 출구 상제리제센터 2층,
동보성 세미나실
3. 주제 : 금번 당 법인에서 진행되는 추계세미나에서는
최근 개정된 노동관계 이슈는 물론,
인사 노무의 각 전문가를 초빙하여 진행될
예정입니다. 많은 관심 부탁드립니다,
상세 내용은 강남노무법인 홈페이지를
확인해 주십시오. (www. K-labor.com)

