

화해를 통한 노동분쟁 해결

I. 문제의 소재

노동위원회에 접수된 전체사건 중 화해로 종결된 사건의 비율이 2010 년 기준 25%, 2011 년 32%, 2012 년 34%, 2013 년 34 %로 점차 확대되고 있다.¹ 이는 2007 년 4 월 ‘노동위원회법’에 ‘화해조항’이 명문으로 도입된 이후 노동위원회가 화해제도를 노동분쟁을 해결하는 중요한 수단으로 간주하고 있기 때문이다.² 노동위원회의 판정은 어느 한 당사자의 일방적 이익을 가져오고, 다른 상대방에게는 모든 것을 잃는 결과를 가져오기 때문에 이에 대한 불복으로 인하여 노동분쟁이 장기화 되는 경향이 있다. 화해는 회사와 근로자가 해고 사건을 원만하게 해결하도록 하여 노동분쟁이 장기화 되는 것을 사전에 방지하는 역할을 수행한다. 화해제도의 이러한 중요한 역할에도 불구하고, 실무에서 우연하게 이루어지는 분쟁해결 방식으로 간주되고 있다. 따라서 화해를 통해 노사분쟁을 합리적으로 해결한 실사례에서 화해제도를 이해하고, 이를 적극적인 활용방법을 모색할 필요가 있다.

II. 화해의 법적지위 및 활용

1. 화해의 법적 지위

민법에서 ‘화해’는 당사자가 상호 양보하여 당사자간의 분쟁을 종지할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다. 화해계약은 당사자 일방이 양보한 권리가 소멸되고 상대방이 화해로 그 권리를 취득하는 효력이 있다(제731조, 제732조). 판례의 입장도 화해의 효력에 대해 화해계약이 성립되면 특별한 사정이 없는 한 그 창설적 효력에 의하여 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸되는 것이므로 계약당사자 간에는 종전의 법률관계가 어떠하였느냐를 묻지 않고 화해계약에 의하여 새로운 법률관계가 생기는 것으로 봤다.³

노동위원회법(제16조의3호)에 따르면, 노동위원회는 「노동조합 및 노동관계조정법」 제84조 또는 「근로기준법」 제28조의 규정에 따른 판정·명령 또는 결정이 있기 전까지 관계 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 화해를 권고하거나 화해 안을 제시할 수 있다. 당사자가 합의해 작성된 화해조서는 「민사소송법」에 따른 ‘재판상 화해’의 효력을 갖는다.

2. 화해의 활용

(1) 화해의 선택

노동위원회의 부당해고 사건에 있어 화해는 주로 심문회의에서 공익위원이 화해를 권고하고 어느 일방이 이를 수용할 때, 화해의 시간이 부여되는 방식으로 진행된다.

¹ 고용노동부, 「고용노동백서」, 2014.

² 이승길/조성관, “노동위원회의 운영상 개선방안에 관한 소고”, 「노동법논집」 제27호, 비교노동법학회, 2013.4, 260면.

³ 대법원 1992.9.22. 선고 92다25335 판결.

보통 부당해고 사건을 진행함에 있어 어느 일방이 화해를 요구할 경우에는 이를 요구하는 일방이 자신들의 주장이 약하다는 것을 인정하는 모습으로 비취질 것을 우려하여 심문회의까지는 화해를 먼저 제안하지 않는 경우가 많다.

사용자의 입장에서는 부당해고로 판정이 날 가능성이 높을 경우 화해를 수용한다. 또한 정당한 해고로 인정받을 것이 확실시되더라도 합의금이 아주 적다면 근로자가 재심신청을 사전에 방지하기 위해 화해를 수용하기도 한다. 반면에, 근로자는 복직이 되더라도 (i)계속 근무가 불가능한 경우, (ii)새로운 직장에 취업한 경우, (iii) 부당해고로 인정받기가 어려운 경우 합의를 수용한다.

(2) 화해의 금액

화해 금액은 보통 ‘근로자의 급여’를 기준으로 계산된다. 해고 사건에 있어 근로자가 유리한 입장에 놓여 있으면, 해고기간의 임금과 추가로 근무하면 받을 수 있는 기간에 대한 임금을 요청하기 때문에 1년치까지의 급여를 합의금으로 청구하기도 한다. 이에 반해 근로자가 해고사건에 대해 불리한 경우에는 해고기간의 임금 정도만 받고 화해하는 경우가 많다. 따라서 노동위원회는 부당해고 여부를 판정하기에 앞서 심문회의에서 사실관계를 통해 해고가 정당한지 부당한지를 어느 정도 심문이 있은 이후에 화해를 권유하며 합의금도 제시하게 된다. 양 당사자의 합의금액이 차이가 난 경우에는 노동위원회의 조정을 통해 합의금이 어느 정도 좁혀져서 합의가 되도록 유도한다. 그럼에도 불구하고 최종적으로 합의되지 않은 경우 심문회의에서 곧바로 부당해고 여부를 판정하지 않고, 며칠의 기회를 주어 회사와 근로자가 합의하기도 한다.

(3) 화해의 양식

실제로 대부분의 화해는 아래의 ‘화해조서’ 작성이라는 형식을 취한다.

| |
|--|
| <p style="text-align: center;"><u>서울지방법노동위원회 화해조서</u></p> <p>사건번호: 서울2014부해2689 000코리아(주) 부당해고 구제신청 근로자: 000 사용자: 000코리아 주식회사</p> <p style="text-align: center;"><u>화해조건</u></p> <p>1. 이 사건 근로자와 사용자는 2014. 9. 15자로 근로관계를 종료하는 것을 한다. 2. 이 사건 사용자는 근로자에게 퇴직금을 포함한 화해 합의금으로 금0천0백만원(실 수령기준)을 2014. 11. 26.(수)까지 이 사건 근로자의 기존 급여계좌로 지급한다. 3. 위 조건이 이행되면, 이 사건 당사자들은 이 사건 근로관계 종료와 관련하여 향후 일체의 민·형사 및 행정상 기타 어떠한 방법으로도 이의를 제기하지 아니한다. 위 000코리아(주) 부당해고 구제신청 사건에 대하여 위와 같은 조건으로 화해하였으며, 본 화해조서는 「노동위원회법」 제16조의3 제5항에 의해 「민사소송법」에 따른 재판상 화해의 효력이 있음을 확인한다.</p> <p style="text-align: right;">2014년 11월 19일</p> <p>근로자대리인: 000 (서명 또는 날인) 사용자대리인: 000 (서명 또는 날인)</p> <p style="text-align: right;">서울지방법노동위원회 단독심판위원회 위원장 공익위원 000 (서명)</p> |
|--|

3. 화해와 금전보상과의 차이

‘금전보상제도’는 부당해고로 판정났으나 근로자가 원직복직을 원치 않아 대신 금전으로 보상하는 제도이다(근로기준법 제30조). 금전보상 청구는 심문회의 개최일을 통보 받기 전까지 하여야 하며, 보상금액의 산정기간은 해고일로부터 당해 사건의 판정일까지로 한다(노동위원회 규칙 제64조, 제65조). 따라서 금전보상은 해고기간 동안의 임금만 청구할 수 있으며, 해고에 대한 정신적 보상(위자료)에 대해서는 인정되지 않기 때문에 보상금이 낮아 제한적으로 사용될 수 밖에 없다.⁴

이에 반해 화해는 금전보상 수준에 대한 어떠한 구속 없기 때문에 부당해고로 판정될 가능성이 높으면 더 많은 합의금을 청구할 수 있고, 반면에 정당한 해고로 판정될 가능성이 높으면 1개월치 해고예고수당 정도의 임금으로 합의되는 경우도 있다.

III. 화해를 통한 노동분쟁 해결사례

1. A 회사의 해고 사건

A회사는 대만계 반도체 회사로 한국에 5명의 직원을 사용하고 반도체 부품을 전자회사에 판매하고 있다. 최근에 회사는 적자가 계속되고 있어 이에 대한 원인이 한국 지사장의 영업능력 부족이라 판단하였다. 이에 회사는 2014년 8월에 해고예고수당만을 지급하고 지사장을 즉시 해고하였다. 곧바로 지사장은 부당해고 구제신청을 노동위원회에 신청하였다.

노동위원회는 2014. 11. 19. 심문회의를 개최한 바, 회사가 주장하는 지사장의 영업실적 부족의 원인 중 하나로 회사의 반도체 가격경쟁력이 높지 않았고, 지사장의 지위가 사용자인지에 대해 실제로 영업부서장 정도의 역할만 하였고, 독립된 사업체의 대표자 역할을 하지 못하였다는 사실관계가 확인됨으로써 회사에 불리한 분위기였다.

노동위원회는 지사장이 복직한다면 회사의 신임을 잃은 이상 계속 근로가 불가능하다고 판단하게 되었다. 이러한 상황에서 노동위원회는 화해를 제시한 바, 회사와 지사장은 화해하겠다고 의사표시를 하였다. 이 심문회의의 화해 조건으로 근로자는 12개월의 임금보상을 요구한 바, 회사는 해고예고수당과 공인노무사의 수임료 등을 고려해 3개월의 임금보상한다고 입장을 표명하였다. 이에 공익위원은 당사자 쌍방에게 8개월의 임금보상(안)을 제시하였으나, 회사는 이를 거부하였다. 이에 노동위원회는 1주의 화해기간을 추가로 주면서 동 기간내 합의하지 않으면 부당해고의 여부를 판정한다고 하였다.

이에 회사를 대리한 공인노무사는 현재 회사가 지방노동위원회에서 불리한 입장이고, 부당해고로 판정시 재심절차 등 추가적 법률비용이 발생한다는 점을 설명해 회사가 추가 5개월치의 임금보상을 합의안으로 받아 냈다. 한편, 근로자 측도 공익위원의 제시안을 수용한 상태로 8개월치 임금보상 합의안은 수용하겠다는 입장이었다. 이에 사측 공인노무사는 근로자측 공인노무사에게 연락해 실제로 퇴직금 계산에 있어 상시 근로자

⁴ 조성혜, “부당해고시 금전보상제도에 대한 비판적 검토”, 「노동정책연구」 2009년 제9권, 154면

수 5인 이내의 기간을 고려할 경우 약 2개월치 임금이 축소된다는 사실을 설명하면서 기존의 8개월치 임금보상에서 6개월치로 조정하였다. 최종 1개월치 임금보상 차이에 대해 회사를 추가적으로 설득하였고, 노측에게도 추후 근로자가 부담해야 할 위험을 설명해 5.5개월치로 양보해 최종합의에 이르렀다.

2. B회사의 해고사건

B 회사는 스위스에 본사를 둔 다국적 기업의 한국지사이다. 근로자는 2012. 12. 1 에 한국지사 상무로 발령을 받아 새로이 2 년간의 근로계약을 체결하고 근무를 시작하였다. 근로자는 성실히 근무하던 중 갑작스럽게 2013. 8. 30 에 해고통지를 받았다. 해고 이유는 근로자가 2012 년 본사에서 근무시 거래업체와 부당거래에 관여한 것이었다. B 회사는 본 사안을 자체 조사하지 않은 채 B 회사 본사의 해고요청 통지에 따라 그 근로자를 해고하였다. 이에 근로자는 노동위원회에서 부당해고 구제신청을 하였고, 이 사건과 관련해 노동위원회의 심문회의가 2013. 12. 17. 오후에 열렸다.

심문회의에서 B 회사가 본사의 요청에 의해 취업규칙에 의한 징계절차도 거치지 않은 채 근로자를 일방적으로 해고한 것이 인정되어 부당해고로 판정될 것이 명백하였다. 심문회의 의장은 양당사자에게 합의를 제안한 바, 이를 수용하였다.

하지만 합의금액에 대해서는 다툼이 있어 쉽게 해결되지 않았다. 근로자도 업무복귀가 사실상 어려운 상황이었고, 회사도 부당해고 판정을 피할 수 없는 입장이었다. 근로자는 계약기간이 11 개월 가량 밖에 남아 있지 않았기 때문에 11 개월치의 임금보상을 요구하였다.

이에 대해 회사는 부당해고로 판정이 날 경우의 위험 등을 고려해 6 개월치 임금보상을 제시하였다. 최종 양당사자가 상호 양보해 9 개월치에 조정된 임금보상으로 합의되었다.

VI. 결론

노동위원회에서 화해제도는 판정보다 한 당사자에게 주어지는 일방적 손해를 예방하고, 차후 원만한 관계를 유지하며, 분쟁을 확정적으로 종결한다는 점에서 큰 장점이 있다. 다만, 화해의 성립 여부는 당사자가 처해 있는 객관적인 상황과 당사자의 주관적인 감정에 의해 영향을 받기 때문에 실무에서 화해로 문제해결을 하기 어렵다. 따라서 화해 성립에 대한 불확실성을 줄이기 위해 ‘금전보상제도’를 개선하여, 해고기간 중 임금 상당액이 아닌 근속년수만큼의 급여보상을 추가 삽입한다면, 불확실한 화해제도를 ‘금전보상제도’로 흡수할 수도 있을 것이다.

외투기업의 한국지사장의 해고/권고사직 사례

I. 문제의 소재

한국에 외국인투자기업(외투기업)들이 많이 진출하면서 한국지사장(이하 지사장이라 한다)의 ‘해고’ 문제가 발생하고 있다. 일반적으로 지사장이 한국에서 독립된 사업장의 대표라면 ‘근로(고용)계약’을 맺은 근로자가 아닌 ‘위임계약’을 맺은 사용자로서 근로기준법의 보호를 받지 못한다. 외투기업은 처음에는 한국의 ‘영업지점’이나 ‘연락사무소’ 형태로 출범하였으나 점차 사업을 확장하게 되면서 기업운영/인사/회계 체계를 독립적으로 갖추게 된다. 이러한 현실 속에서 초기 투자단계에서 외투기업의 지사장은 근로자의 신분을 유지할 가능성이 크다.

만약, 지사장이 근로자라면 근로기준법상 ‘정당한 사유’를 갖추어야 해고를 할 수 있고, 부당한 해고가 되면 부당해고구제절차에 따라 ‘노동위원회’에 부당해고 구제신청을 통해 근로기준법상 구제를 받게 된다(원직복직, 해고기간중 임금지급 또는 금전보상). 물론, 지사장이 사용자라면 외투기업의 본사와 지사장간에 체결한 위임계약의 내용에 따라 위임관계를 해지할 수 있다. 하지만, 법률적 위험으로 근로자에 염두를 두고서 권고사직을 통해 당사자 합의에 의한 근로계약 종료로 원만한 해결방안을 찾는 것이 보다 현실적인 해결방안이라고 보여진다.

본고에서는 외투기업의 지사장 해고사건에서 지사장이 근로기준법상 근로자 또는 사용자인지가 중요한 판단요소가 된다. 이에 지사장의 사용자성 및 근로자성 판단기준을 살펴본 후, 실제 사례에 대한 문제해결 방법으로써 권고사직을 통한 방안을 강구해보고자 한다.

II. 지사장의 신분에 대한 판단기준

1. 현행 근로기준법상의 지사장의 신분 여부

현행 근로기준법상 근로자라 함은 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 중심개념으로 두고 있으며⁵, 또한 노무제공자와 노무이용자 사이에 사용종속관계를 근로자의 핵심적인 요소로 파악하고 있다. 즉, 근로자란 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자라고 할 수 있다.⁶

또한 대법원 판례⁷는 “근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공했는지 여부에 따라 판단해야 할 것이므로, 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적 명목적인 것이고 실제로는 매일 출근해 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상 근로자에 해당한다”고

⁵ 이병태, 『노동법』, 제9판, 중앙경제사, 55면

⁶ 임종률, 『노동법』, 제11판, 박영사, 29면

⁷ 대법원 2003.9.26. 선고 2002다64681 판결.

판시함으로 사용자에게 해당하는 여부에 대하여 실질적 업무집행권을 가지고 있었는지가 주요 판단의 기준으로 삼고 있다.

그리고, 대법원 판례는 아래의 내용을 구체적으로 고려하고 종합적으로 판단하여 근로자성 여부를 판단하여야 한다고 제시하고 있다.⁸

- (1) 업무의 내용이 사용자에게 의해 정해지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에 있어서도 사용자로부터 **구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부**;
- (2) 사용자에게 의해 근무시간과 근무장소를 지정되고 이에 구속을 받는지 여부;
- (3) 비품·원자재나 작업도구 등을 소유관계;
- (4) 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정해져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항;

2. 지사장 신분의 판단기준에 대한 특징

지사장의 신분에 대한 판례의 판단기준에서 다음의 3가지의 특징을 확인할 수 있다.

- (1) 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업(장)에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단해야 한다.
- (2) 그 계약이 민법상의 고용, 위임, 도급 등 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 따라 판단하여야 한다. 즉, 근로자성 판단은 당사자 사이에 체결된 계약의 형식적인 관점에서 판단하는 것이 아니라 실제 이루어진 구체적인 관계에 따라 판단하여야 한다는 의미이다.
- (3) 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.

III. 지사장 해고사례

1. 법률자문의 경과

프랑스의 A 법무법인은 2014 년 12 월 초 프랑스에 본사를 둔 한국자회사의 한국지점장의 해고와 관련해 법률자문을 요청하였다. 이 사건과 관련해, A 법무법인의 노동전문변호사는 법률적 판단, 절차에 따른 준비사항, 법적 위험(legal risk)에 대한 내용, 구체적 실행방법에 대하여 서면 의견서를 받은 후 그 내용을 전화로 일일이 확인하는 치밀함을 보였다. 며칠 후, 일본 도쿄의 아시아 지역본부 부사장이 찾아와 법률관계, 고용계약서에 의한 회사의 책임, 해임 절차, 해임을 위한 서류준비 및 계약 종결을 위한 인터뷰 요령 등에 대하여 구체적으로 문의하였다. 부사장은 위의 법률적 검토를 기초로 2014.12.17. 지사장과 개별면담을 통해 해고가 아닌 일정한 보상절차로 원만하게 권고사직으로 마무리했다.

2. 지사장의 기초자료

- 1) 회사인원: 100 명(서울본사 30 명, 부산공장 70 명);
- 2) 지사장 호칭 및 계약형태 : 사장 및 한국에서 체결된 고용계약;

⁸ 대법원 2006.12.07. 선고 2004다29736 판결은 근로자성 판단기준임. 이에 대해 임원의 사용자성에 대한 기준은 예시된 4가지로 판단하였다.

- 3) 지사장 국적 : 호주인⁹;
- 4) 입사일 : 2012.4.2.(근속기간 2년 8개월);
- 5) 기본 연봉: 3억원, 성과급 보너스: 20%;
- 6) 신분관계: 등기된 대표이사이고, 제한된 전결범위 내에서 운영, 인사, 회계에 관한 독자적 권한 가짐
- 7) 고용계약서의 해고 관련 조항(매 1년에 대해 60 일분의 퇴직금 지급, 회사의 실적이 미흡한 경우 30 일전에 근로자에게 통지하고 해고 가능)

IV. 사례의 법률 검토, 평가 및 권고사직제도의 활용

1. 사례의 법률 검토

본 사례의 처리와 관련해, 2014년 12월 초부터 프랑스 A 법무법인의 노동변호사에게 해당 지사장의 신분에 관한 법률검토를 해주었고, 지사장의 사용자 신분에 적합한 고용관계 해지절차와 필요한 절차 통지 요령 및 관련 서류를 제공하였다. 이에 따라 회사는 해고 절차를 진행하였다. 아래의 문답서는 A 법무법인과 본 노무사간에 있었던 이 지사장 해고와 관련된 주요 내용이다.

Q: 이 고용계약을 종료하는 최선의 방법은?

A: 고용계약서의 내용을 검토해 볼 때, 회사는 사용자 신분인 지사장에 대해 계약내용에 따라 업무실적 저조를 이유로 계약해지 및 권고사직이 가능하다.

Q: 지사장이 권고사직을 거부시 법률분쟁 가능성은?

A: 지사장의 근로자성 여부가 다툼만한 상황이라고 판단되어, 지사장이 권고사직을 거부했을 때, 회사는 1개월 전에 위임계약을 종료할 수 있다(당사자간의 근로계약 6.2 - 계약종결). 지사장이 신분이 사용자라면 부당해고 구제신청을 할 수 없다. 현행 근로기준법은 근로자만 보호하는 법이기 때문이다. 하지만, 지사장의 근로자성이 인정된다면, 그 해결방안은 매우 난해한 상황에 빠질 수 있다고 판단된다.

Q: 권고사직 절차시 필요한 서류는 무엇인지?

A: 회사는 (1) ‘권고사직에 대한 합의서’, (2) ‘해고통지서’의 두 종류의 서류가 필요하다. 회사는 지사장과의 최종면담에서 실적이 미흡한 점에 대한 계약종료의사를 전달하고, 권고사직 합의서에 수용할 수 있도록 요청한다. 만약 지사장이 권고사직을 거부시 예고수당만 지급하고 즉시해고할 수 있다는 메시지를 전달해야 한다.

Q: 한국법에 지사장의 권고사직 거부시 예상되는 최고와 최악의 시나리오?

⁹ 국내에서 발생하는 노동분쟁은 ‘속지주의 원칙’에 따라 국내법이 적용된다. 비록 당사자가 외국인 회사와 그 회사와 계약을 맺은 외국국적 근로자라고 하더라도 한국의 노동법이 우선적으로 적용된다. 아래는 그 내용과 관련된 준거법의 적용근거이다(국제사법 제28조).

국제사법 제28조 (근로계약) ①근로계약의 경우에 당사자가 준거법을 선택하더라도 제2항의 규정에 의하여 지정되는 준거법 소속 국가의 강행규정에 의하여 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다.

②당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 근로계약은 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법에 의하며, 근로자가 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우에는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의한다.

A: 지사장이 근로기준법에 보호를 받지 않아 회사의 권고사직을 거부해도 문제가 없을 것이라 판단된다. 민법의 계약불이행 책임밖에 없는데, 계약상에 실적 미흡으로 위임관계가 종료라면 이에 대해 충분한 대응이 가능할 것이라 본다. 이는 계약법상 정당한 계약 종결로 인정받아 민사소송 등의 제기 가능성은 거의 없다고 할 수 있다.

하지만, 지사장이 근로자라면, 부당해고구제신청을 대비하기 위한 만반의 준비가 필요하다. 경험상 이것은 한국에서 매우 곤란한 문제를 야기할 것이다. 지방노동위원회를 통한 부당해고 구제신청, 또는 법원을 통한 해고무효확인 소송의 제기가 가능하다. 그 해결방안을 강구하는 데에는 많은 시간과 비용이 들 것으로 판단된다.

Q: 권고사직과 관련된 예상비용은?

A: 지사장의 근무성과가 좋지는 않았지만, 그 동안 회사에 기여하였고, 지사의 근로자들에게 신뢰받고 있어 원만한 권고사직이 바람직하다. 기본적으로 퇴직금은 2 년 근무에 대한 4 개월치 급여, 추가로 근로종료 위로금 0 개월치 급여가 적당하다. 실제로 퇴직 위로금에 대한 판단은 회사의 유사한 선례/지급여력, 근로자의 근속년수/기대치 등을 고려해 결정하면 될 것이다.

2. 평가

일반적으로 외투기업의 지사장은 본사의 직접지시를 받아 업무를 수행하기 때문에 비록 한국지사의 대표로 일하고 있지만, 실제로는 근로자성이 사용자성보다 더 많은 노동법상의 근로자에 해당되는 경우가 많다. 이러한 경우 지사장을 해고하려면 ‘정당한 이유’가 있어야 한다. 이를 갖추기 어렵다면 해고대상 지사장에 대해 회사가 수용 가능한 퇴직위로금조로 지급해 권고사직으로 원만하게 종결하는 것이 바람직하다. 위의 지사장 해고 사례는 회사가 사전 법률자문을 통해 회사의 법률위험을 사전에 파악하고 충분히 준비하고 대응해 소송에 따른 비용절감 및 지사장과의 원만히 해결된 모범사례라고 생각된다.

3. 권고사직 제도의 활용

권고사직제도는 사용자의 권유가 있지만 결국 노사가 서로 합의하여 근로관계를 종결하는 것이기 때문에 노사분쟁을 사전에 해결할 수 있는 바람직한 방법이라 할 수 있다. 그런데 우리나라 노동법에는 정당한 이유 없이 근로자를 퇴직시킬 수 없기 때문에 회사는 여러 방법을 이용하여 권고사직을 권유한다. 하지만 퇴직 시켜야 하는 근로자가 발생하여 권고사직을 권유하는 경우, 근로자가 이를 거부하는 경우에 사용자는 상당한 어려움에 봉착하게 된다.

금전적 보상을 통한 권고사직 제도는 회사의 입장에서 보면, 특정사유가 발생할 때에만 회사에서 사용되고 있으며, 갑작스럽게 권고사직을 제안을 받은 근로자 입장에서 보면, 고용 해지 이후에 장기간의 재취업활동을 해야 하는 이유로 사용자의 금전적 보상이 적다고 느낄 수 밖에 없고, 이로 인한 노동분쟁이 계속 이어질 수 밖에 없는 실정이다. 따라서 회사가 근로기준법상 해고의 정당한 이유를 갖지 못한 상태에서 일방적으로 고용을 해지해야 할 경우를 대비하여 사전에 노사가 합의한 보상금액을 취업규칙이나 근로계약에 정해 놓는다면 장차 발생할 수 있는 잠재적 노사분쟁을 예방하는데 도움이 될 수 있지 않을까 싶다.

5 인 미만 외국기업 국내 영업사무소 직원의 노동법 적용관련 사례

I. 문제의 소재

현행 근로기준법은 원칙적으로 상시근로자 수 5 인 이상의 사업장에 적용되고, 상시근로자 수 5 인 미만의 사업장은 제한된 범위 내에서 적용하고 있다. 특히, 근로자의 근로조건에 직접적 영향을 주는 부당해고, 퇴직금(2012 년 12 월 이전), 연장/야간/휴일근로에 대한 가산임금, 연차휴가 등은 상시근로자 수 5 인 미만 사업장에 적용되지 않는다.

본사가 외국에 있는 외국기업의 경우 근로기준법의 적용과 관련해 상시근로자 수 산정 시 국내사무소 근로자만으로 판단할 것인지, 해외 본사 인원도 포함해 판단할 것인지에 대하여 논란이 있어 왔다. 이에 최근 행정해석과 노동위원회의 부당해고구제신청 판정은 사업의 독립성이 국내사무소에 없다면 해외 본사의 인원까지 포함해 산정한다고 판단하고 있다. 그런데, 이러한 판단은 노동시장에 큰 파장을 몰고 올 수 있다. 왜냐하면 지금까지 노동법은 ‘속지주의 원칙’에 따라 다국적 기업의 국내 영업사무소에서 상시근로자 수의 산정은 국내의 근로자수만 가지고 판단하여 왔기 때문이다.

본고에서는 다국적 기업의 국내 사무소의 근로기준법 적용과 관련한 실무사례를 검토해 보고자 한다.

II. 행정해석 및 노동위원회 판례

1. 행정해석

현행 근로기준법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 ‘사업장’이라 한다)에 적용한다(제11조).¹⁰ 상시 근로자 수의 ‘산정방법’을 명시하고 있다(「근로기준법 시행령」 제7조의 2).¹¹

¹⁰ 근로기준법상 사업 또는 사업장의 판단기준(근로기준법-8048, 2007.11.29.)

1) 본사, 지점, 출장소, 공장 등이 동일한 장소에 있는 경우에는 원칙적으로 분할하지 않고 1개의 사업으로 본다.

2) 본사, 지점, 출장소, 공장 등이 장소적으로 분산되어 있을 경우에는 원칙적으로 각각 별개의 사업으로 본다. 다만, 장소가 분산되어 있다 할지라도 지점, 출장소, 공장 등의 업무처리 능력을 감안할 때 하나의 사업이라고 말할 정도의 독립성이 없으면 상위 조직과 일괄하여 하나의 사업으로 본다.

3) 본사와 장소적으로 분산되어 있는 지점, 출장소, 공장 등이 다음 각1호에 해당하는 경우는 독립성이 있는 것으로 보고 별개의 사업 또는 사업장으로 본다.

① 한국 표준산업 분류상 산업이 다른 경우,

② 서로 다른 단체협약 또는 취업규칙을 적용 받는 경우,

③ 노무관리, 회계 등이 명확하게 독립적으로 운영되는 경우.

¹¹ 근로기준법 시행령 제7조의2(상시 사용하는 근로자 수의 산정 방법) ① 법 제11조 제3항에 따른 "상시 사용하는 근로자 수"는 해당 사업 또는 사업장에서 법 적용 사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 년 인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정한다.

행정해석¹²은 (1) 외국에 본사가 있는 법인이 국내에 사업 또는 사업장으로 볼 수 있는 형태의 지점(영업소)등을 운영하는 경우라면 달리 볼 사정이 없는 한 「근로기준법」이 적용되며 상시 근로자수 판단도 「근로기준법 시행령」 제7조의 2에 따른다(본사 포함하여 인원수 산정).

(2) 한편 외국 회사에서 직접 근로계약을 체결하고 국내 현지 법인체에 근로자를 파견해, 근로자의 인사 및 노무관리 등을 외국회사에서 직접 관장하는 경우에는 「근로기준법」이 적용되지 않는다. 다만, 이 경우에도 근로자가 일상적으로 국내에서 노무를 제공하고 있다면 「국제사법」 제28조 규정에 따라 국내법의 강행규정에 의해 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수는 없다.”

따라서 1) 외국법인이 우리나라에 지점을 설치하고 지점 등기 및 사업자 등록을 한 후, 사업활동을 하고 있지만 국내 지점에 근무하는 근로자가 5인 미만이며 사업의 독립성이 없는 경우라도 외국법인의 상시근로자를 포함해 5인 이상이 되면, 5인 이상의 사업 또는 사업장에 적용되는 근로기준법이 국내 영업소에 근무하는 근로자에게도 적용된다(예 : 부당해고 구제신청, 퇴직금 등).

2) 외국법인이 단순한 연락 업무나 시장조사를 목적으로 연락사무소만 설치한 후 외국본사와 근로계약을 체결하고 5인 미만의 근로자를 근무하게 하는 경우, 국내 연락사무소의 직원에게 5인 이상의 사업에 적용되는 근로기준법의 규정이 적용되어 본사를 상대로 부당해고 구제신청 등을 할 수 있다.

2. 노동위원회 판정례

(1) SS Global 부당해고 구제 재심신청¹³

“이 사건의 근로자 채용, 해고에 대한 모든 결정 및 절차 또한 SS Global 서울사무소가 아닌 SS Global 본사에서 진행한 점 등에 비추어 보면, 서울 사무소는 독립된 사업 또는 사업장이라 볼 수 없고, 따라서 서울사무소에 근무하는 근로자 수가 상시 5인 미만이라 하더라도 SS Global 법인 전체 근로자의 수가 외국에 근무하는 근로자 수를 포함하여 5인 이상인 사업장으로 근로기준법상 해고제한 규정이 적용된다.”

따라서 이 판정은 경영상 해고를 판단함에 있어, 외투기업의 영업소가 5인 미만 사업장이라고 하더라도 근로기준법의 적용을 받으므로, 경영상 해고의 절차적 요건을 갖추어야 정당한 해고가 된다고 판단하였다.

¹² 근로개선정책과-438, 2014. 1. 28.

¹³ 중앙노동위원회 2013부해417 (판정일자 미확인)

(2) 라리탄컴퓨터 부당해고구제 재심신청¹⁴

“상시 근로자수가 5 인 미만인 라리탄코리아는 외국계회사의 국내 연락사무소에 불과하여 독립된 사업장이라 볼 수 없으므로, 외국회사 전체를 하나의 사업장으로 보아 근로자수가 5 인 이상에 해당되어 근로기준법 적용대상이다.”

III. 사례의 적용

1. 사실관계

호주의 A 주정부는 2011. 7. 11. 한국의 현지직원 B 와 서비스계약을 체결하고 B 를 도급업자로 채용하여 한국시장 개척, 한국기업체 조사, 주정부의 투자홍보 목적으로 활용하고 있다.

B 직원은 한국과 일본을 관할하는 주정부의 지역본부장에게 업무지시를 받아 업무를 수행하고, 근로시간과 근로장소가 정해져 있으며, 매월 고정된 급여(\$A5,800)를 받고 있다. 또한 업무시간 내에는 다른 업무에 종사할 수 없는 신분을 유지하고 있다.

2012. 7. 1. 부로 1 년간 재계약이 되었고, 2013. 7. 1. 부터 추가적인 계약 없이 일하고 있으며, 2014. 1. 1. 한국지사장이 별도로 취임 한 이후, 한국지사장에게만 업무를 보고하고 지시를 받아 업무를 수행하고 있다. 한편, 당사자간 법적 분쟁 시 호주법에 따른다는 준거법을 계약서에 명시하고 있다.

여기서 B 직원의 경우 한국지사장이 퇴직을 강요하고 있는데, 부당해고 구제신청을 할 수 있는지와 퇴직금 등의 금전보상을 받을 수 있는지가 문제되었다.

2. 법적 검토

위의 사례에서 근로기준법 적용과 관련해 3 가지의 주요 쟁점이 있다. (1) 도급계약을 체결한 경우, B 직원이 독립적인 사업자인지 아니면 근로자인지에 대한 판단이다. (2) 상시 근로자 수 5 인 미만인 국내 사업장에서 근로를 제공하는 B 의 부당해고 구제신청 가능 여부와 퇴직금 지급대상 여부이다. (3) 당사자간의 분쟁에 대한 준거법을 호주 주정부 법으로 합의하였는데, 본 사안에 대한 법적 분쟁의 관할이 호주의 주정부 법원에 있는지 아니면 한국 노동관청에 있는지 대한 판단이다.

(1) 도급계약 체결시 근로자인지 여부

현행 근로기준법에 근로자는 “직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”라고 정의하고 있다(제 2 조). 즉, 근로자란 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자라고 할 수 있다.¹⁵

¹⁴ 중앙노동위원회 2007 부해 61 (판정일자 미확인)

¹⁵ 임종률, 『노동법』 제 11 판, 박영사, 2013, 29 면.

대법원 판례(대법원 2008.9.11. 선고 2008 다 27035)는 “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”고 일관되게 판시하고 있다.

또한, 판례에서 제시하고 있는 근로자의 구체적인 판단기준을 다음과 같다. 1) 업무내용이 사용자에게 의하여 정해지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지의 여부; 2) 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지의 여부; 3) 근로자 스스로가 제 3 자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무; 4) 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계; 5) 보수가 근로자체의 대상적 성격을 가지고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정해져 있는지 여부 등 보수에 관한 사항; 6) 근로제공 관계에 계속성과 사용자의 전속성 유무와 정도; 7) 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의해 근로자로서 지위를 인정 받는지의 여부.

본 사안에서 근로자에 대한 노동법과 대법원 판결 내용을 고려하여, 앞에서 서술된 사실관계를 검토해 볼 때, 직원 B 는 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있는 근로기준법상의 ‘근로자’라 판단된다.

(2) 국내 사무소가 5 인 미만 사업장인 경우 근로기준법 적용 여부

앞서 설명한 행정해석을 보면, 5 인 미만의 다국적기업의 주재사무소의 경우, 상시근로자 수를 해외 본사의 직원까지 합산하여 산정하여 근로기준법이 적용된다(근로개선정책과-438, 2014.1.28).

마찬가지로 **중앙노동위원회**에서도 해외 본사의 직원 수까지 합산하여 상시근로자 수가 5 인 이상인 경우 부당해고 구제신청이 가능하다는 판정하고 있다(2013 부해 417, 2007 부해 61).

본 사안에서 B 가 근무하는 국내 사무소에 사업의 독립성이 없다면, 근로기준법 상시근로자 수 5 인 미만 제한 적용 법리가 적용되지 않으므로 퇴직금의 산정도 최초 입사한 시점부터 적용해 산정하는 것이 타당하다고 본다.

(3) 분쟁 관할을 호주 B가 속한 주정부로 한 경우

준거법과 관련된 국제사법¹⁶은 채권과 관련한 당사자의 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의하도록 하고 있으나(제 25 조), 근로계약 부분은 “근로계약의 경우에 당사자가 준거법을 선택하더라도 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법 또는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의하여 부여되는 보호를 박탈할 수 없다”(제 28 조).

¹⁶ 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할권에 대한 원칙과 준거법을 정한 법

국내에서 발생하는 노동분쟁은 ‘속지주의 원칙’에 따라 국내법이 적용된다. 비록 외국 회사와 근로자가 분쟁 발생시 관할을 호주의 특정 주로 정했다 하더라도 근로자보호를 위한 강행규정인 근로기준법이 우선적으로 적용되는 것이다.

따라서 본 사안에서 호주의 주정부와 도급계약을 체결하였다고 하더라도 사용자의 지시와 관리감독을 받으며 일상적으로 국내에서 임금을 목적으로 근로를 제공하였다면 국제사법 제 28 조(근로계약)¹⁷에 의해 강행법인 근로기준법이 적용된다고 볼 수 있다.

IV. 결 론

외국기업의 국내 사무소의 상시근로자수가 5 인 미만인 경우 부당해고의 구제신청 대상이 되지 않는 ‘각하’ 사유였다. 하지만, 최근 행정해석과 노동위원회 판정과 같이 노무나 재정의 독립성이 없는 국내 사무소 상시근로자수는 해외 본사의 직원까지 합산하여 산정하고 그 수가 5 인 이상인 경우 국내 근로기준법이 전면 적용되므로 노무관리에 유념해야 한다.

이에 최근에 본 노무법인에 의뢰한 홍콩 본점을 두고 국내 연락사무소에서 발생한 부당해고 구제신청 사건(서울 2014 부해 3600)도 회사에서 징계해고시 절차차규정 미준수로 상당한 금전보상(1 년 1 개월에 대한 퇴직금 및 6 개월치 임금)을 하고 해고사건을 마무리해야 했다.

¹⁷ 국제사법 제28조 (근로계약) ①근로계약의 경우에 당사자가 준거법을 선택하더라도 제2항의 규정에 의하여 지정되는 준거법 소속 국가의 강행규정에 의하여 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다.

②당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 근로계약은 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법에 의하며, 근로자가 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우에는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의한다.

③ 근로계약의 경우에 근로자는 자신이 일상적으로 노무를 제공하거나 또는 최후로 일상적 노무를 제공하였던 국가에서도 사용자에게 대하여 소를 제기할 수 있으며, 자신이 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하거나 아니하였던 경우에는 사용자가 그를 고용한 영업소가 있거나 있었던 국가에서도 사용자에게 대하여 소를 제기할 수 있다.

기준법의 적용제한:

상시 4인 이하 사업장의 근로자와 가사사용인

I. 들어가며

근로자이지만 노동법의 적용을 받지 못하거나 노동법의 보호를 제한적으로 받는 근로자들이 있다. 그 대표적 사례가 5인 미만 사업장의 근로자와 가사사용인이다. “근로기준법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사(家事)사용인에 대하여는 적용하지 아니한다(근로기준법 제11조)”라고 명시하고 있다.

근로기준법의 적용제한과 관련하여 다음과 같은 문제가 대두되고 있다. 첫째, 5인 미만 사업장에 근무하는 근로자에게는 근로기본권이 제대로 보장되지 않았으나 최근에 적용되지 않았던 퇴직금 조항이 적용되면서 5인 미만 사업장 근로자들이 자신들의 권리를 찾는 분쟁이 자주 발생하고 있다는 점이다. 따라서 이들 5인 미만의 근로자에 대한 근로기준법 적용 조항들에 대해서도 살펴볼 필요가 있다고 하겠다 둘째, 가사사용인이 특정 가정에 전속되어 가사일에 종사하는 경우에는 근로기준법이 적용되지 않는 것이 분명하다. 하지만, 가사사용인이 회사에 소속되어 회사로부터 급여를 받으면서 회사 사장의 집에서 가정부, 집사, 운전기사 등으로 일하는 있는 경우에 근로기준법의 적용을 받을 수 있지가 문제가 된다. 특히, 업무수행 중 업무상 상해를 입은 경우 산업재해로 처리 여부, 퇴직금의 지급 여부 등에 대해 분쟁이 발생하고 있다.

II. 상시 4인 이하 사업 또는 사업장에 근무하는 근로자

1. 문제제기

2010년 12월부터 4인 이하 사업장의 근로자들도 퇴직금 규정을 적용 받게 됨에 따라 이들 취약 근로자들에 대해 사회적 관심을 끌리고 있다. 적용되지 않는 주요 규정으로는 1)해고의 제한; 2)휴업수당; 3)법정근로시간의 제한, 4)연장/야간/휴일 근로에 가산임금; 5) 연차유급휴가 등이 적용되지 않는다. 이러한 핵심 조항이 적용되지 않으므로 근로기본권의 보호를 받지 못하는 취약한 근로환경에서 근무하는 근로자들과 할 수 있다. 이하에서는 근로기준법에 적용되는 내용과 적용되지 않는 부분을 구분하여 구체적으로 살펴보고자 한다.

<상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용하는 법규정>

| 구분 | | 적용법규정 |
|---------------------------|----------------|--|
| 근로기준법 | 제 1 장 총칙 | 제 1 조부터 제 13 조까지의 규정 |
| | 제 2 장 근로계약 | 제 15 조, 제 17 조, 제 18 조, 제 19 조제 1 항, 제 20 조부터 제 22 조까지의 규정, 제 23 조제 2 항, 제 26 조, 제 35 조부터 제 42 조까지의 규정 |
| | 제 3 장 임금 | 제 43 조부터 제 45 조까지의 규정, 제 47 조부터 제 49 조까지의 규정 |
| | 제 4 장 근로시간과 휴식 | 제 54 조, 제 55 조, 제 63 조 |
| | 제 5 장 여성과 소년 | 제 64 조, 제 65 조제 1 항·제 3 항(임산부와 18 세 미만인 자로 한정한다), 제 66 조부터 제 69 조까지의 규정, 제 70 조제 2 항·제 3 항, 제 71 조, 제 72 조, 제 74 조 |
| | 제 6 장 안전과 보건 | 제 76 조 |
| | 제 8 장 재해보상 | 제 78 조부터 제 92 조까지의 규정 |
| | 제 11 장 근로감독관 | 제 101 조부터 제 106 조까지의 규정 |
| | 제 12 장 벌칙 | 제 107조부터 제 116조까지의 규정(상시 4명 이하 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용되는 규정을 위반한 경우로 한정한다) |
| 최저임금법 | | 모든 근로자 |
| 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 | | 모든 근로자 |
| 산업재해보상보험법 | | 모든 근로자(단, 5인 미만 농, 임, 어민 등 일부 업종은 제외) |
| 고용보험법 | | 모든 근로자(단, 5인 미만 농, 임, 어민 등 일부 업종은 제외) |

2. 4인 이하 사업장에 적용되는 주요 규정

4인 이하 사업장 적용되는 주요 규정으로는 1)근로계약의 서면작성, 2)주휴일, 3)휴게, 4)재해보상, 5)임금청산, 6)임금지급, 7)해고시기 제한, 8)해고예고, 9)출산휴가 등 관련 조항이 적용된다.

해고의 제한규정이 적용되지 않지만, 근로자를 해고하고자 할 경우에는 적어도 30일전에 해고예고를 하여야 하고 이를 하지 못한 경우 1개월의 해고예고수당을 지급해야 한다. 그리고 근로의 대가인 임금에 대해서는 대부분 적용된다. 즉, 최저임금이 적용되고, 임금지급시기를 준수해야 하고, 임금체불에 대한 벌칙조항이 적용된다. 특히 퇴직금의 경우에는 2010.12.1부터 적용되어 최초 2년이 되는 2012.12.1까지는 법정퇴직금의 50%, 그 이후부터는 100% 지급해야 한다. 근로연수가 많은 경우라도 이 퇴직금규정 시행시기부터 계산하여 지급해야 한다. 뿐만 아니라 업무상 재해를 당한 경우에는 일반근로자와 동일하게 산업재해보상보험법에 따른 요양보상, 휴업보상, 장해보상 등 보상규정 일체를 적용 받는다.

3. 4인 이하 사업장에 적용되지 않는 주요 규정

4인 이하의 사업장에 근로하는 근로자에게 아래의 규정이 적용되지 않기 때문에 근로기본권의 보호를 받지 못하고 열악한 근로환경에 처해 있다고 할 수 있다.

(1) 해고 등의 제한: 1)정당한 이유가 없어도 근로자들을 마음대로 해고하거나 징계할 수 있다. 2)근로자가 부당한 해고를 당했어도 노동위원회에 의한 구제를 받을 수 없다. 3) 사용자의 일방적인 해고에 대한 서면통지 의무가 없으며, 4)경영상 해고제한 규정에도 적용되지 않으므로 회사 사정이 좋지 않을 때에는 언제든지 해고할 수 있다. 5)파견근로나 단기간 근로자를 사용할 경우에 자유롭게 언제든지 해고할 수 있기 때문에 2년의 사용기간제한 규정 적용 없이 계속 사용할 수 있다.

(2) 휴업수당: 회사가 휴업하면 휴업수당을 받을 수 없다. 따라서 회사가 필요시 임의적으로 휴업을 하더라도 특별히 휴업수당을 지급하지 않기 때문에 사용자의 귀책사유로 휴업을 하여도 근로자들은 그 휴업기간 동안 임금이 지급되지 않는다.

(3) 근로시간의 제한: 4인 이하의 사업장은 주40시간 근로자나 주5일제도 해당이 없고 하루 8시간을 초과해 무제한으로 연장근로를 시킬 수 있다. 연장근로도 주12시간 한도에 대한 제한이 없고, 연장근로나 야간근로(22시~06)에 근무를 하거나 휴일에 근무를 해도 50%의 할증임금을 받지 못한다.

(4) 연차유급휴가: 일반 근로자가 1년에 근무에 15일의 연차휴가를 유급으로 사용할 수 있으나, 4인 이하 사업장 근로자들은 유급휴가가 발생하지 않는다. 따라서 휴가를 사용하고자 할 경우에는 사용자의 승인을 얻어 무급으로 휴가를 사용할 수 있다.

III. 사업장 소속의 가사사용인의 근로기준법 적용여부

1. 문제제기

가사사용인이란 가정의 가사업무에 종사하는 가정부, 파출부, 유모, 집사 등의 근로자를 말한다. 가사사용인은 주로 개인의 사생활과 관련된 가사에 종사하기 때문에 국가가 그들의 근로시간이나 임금에 관하여 감독하기 어렵기 때문에 근로기준법의 적용에서 제외하고 있다. 따라서 회사에서 고용한 자라 하더라도 회사 사장의 가정에서 가사노동에 종사하는 경우에는 근로기준법이 적용되지 않는다. 그러나, 회사에 채용되어 회사 규정의 적용을 받지만 회사의 사장 집에 파견되어 정원관리, 경비원, 집사, 운전기사 등의 업무를 담당 할 경우 근로기준법 적용여부에 대해 논란이 있을 수 있다. 이 문제와 관련하여, 유사한 사례를 가지고 판단하고자 한다.

2. 근로기준법이 적용되지 않는 가사사용인으로 각하 판정한 사례¹⁸

근로자가 해고되어 부당해고 구제신청을 가져갔던 경우로서 “이 사건 근로자들은 이 사건 사용자의 채용공고를 보고 채용되었다고 주장하나 근무장소가 이 사건 사용자의 대표이사가 개인적으로 소유한 별장이었다는 점, 별장에서 대표이사와 그의 남편에 의한 면접을 통하여 채용되었다는 점, 별장관리업무는 건설업을 주로 행하고 있는 이 사건 사용자의 사업내용과 직접적인 연관이 없고 이 사건 사용자에게 수익을 창출하는

¹⁸ 경기지노위, 2012부해1130 (주)건교산업 부당해고 구제신청 사건

업무를 하였다고 보기 어려운 점 등을 비추어 볼 때 이 사건 사용자가 채용한 근로자가 아닌 이 사건 사용자의 대표이사가 개인적으로 채용한 근로자로 근로기준법 제11조의 가사사용인에 해당하여 해고처분의 존재 및 정당성 여부에 대하여는 별도로 논할 필요 없다 할 것이다”라고 하여 근로기준법 적용을 배제하고 있다.

3. 근로기준법이 적용된다고 본 사례¹⁹

근로자가 대표이사의 자택에서 근무하게 된 경위를 살펴보면, 회사에서 채용하여 회사의 관리부로 소속을 두게 하고 대표이사의 자택에서 근무하도록 명령을 내린 것으로 확인되고, 이후 임금지급관계, 복무관계, 퇴직금 지급 등 노동관계법에 따라 발생하는 제반 사항에 대하여 회사에서 일괄적으로 관리해온 것으로 확인되며, 제세공과금의 납부와 사회보장제도 등 대외적인 권리·의무관계에 있어서도 회사에 귀속되어 행하여진 점을 종합할 때 근로자는 대표이사가 사적인 용도로 사용하였다 하나 법인인 회사 소속 근로자로 보는 것이 타당하며, 독립적인 지위에서 개인 가정에 고용되어 개인가사서비스, 운전기사, 정원관리원 등의 산업활동을 행하는 가사사용인과는 달리 보아야 할 것이다. 따라서, 원처분기판에서 근로자가 사업주의 자택에서 근무하였다는 이유로 가사사용인으로 잘못 판단하여 유족급여 및 장의비청구서를 반려 처분한 것은 부당하다.

3. 소결(小結)

사례를 살펴보면, 회사에서 채용되어 회사의 사장 집에서 가사를 맡고 있는 가정부로 업무를 수행하는 경우에는 순수 가사사용인으로 근로기준법에 적용되지 않으나, 사장 집에 파견하여 경비업무, 전속기사, 조경업무 등을 할 경우에는 근로기준법에 적용되는 경향이 있다. 따라서 그 가사사용인의 업무의 성격, 업무의 범위, 회사업무와 관계 등을 구체적으로 파악하여 근로기준법에 적용여부를 판단하여야 할 것이다.

IV. 맺는 말

근로기준법의 적용이 제외되거나 제한되는 대상은 4인 이하의 사업장에 근무하는 근로자와 가사사용인이다. 4인 이하의 사업장 근로자는 근로자로서 보장받아야 할 해고 등 제한 규정, 근로시간 제한 규정 등의 적용이 배제됨으로써 노동기본권이 제한 받고 있다. 이 영세 사업장에 근무하는 근로자들도 최소한의 노동기본권 보장을 위해서는 근로시간의 제한, 사업주의 귀책사유에 대한 휴업수당 및 연장/야간/휴일 근로에 대한 가산임금 규정이 확대적용 되어야 할 것이다. 또한 가사사용인도 임금의 목적으로 근로를 제공하는 자이므로 근로자의 영역에 속하지만, 특정 개인의 가정집에서 가정부, 집사, 정원사 등으로 근로를 제공한다는 점과 개인 가정에 전속되어 업무를 수행하므로 근로기준법상의 근로자라 할 수 없다. 그러나, 사업장에서 특정 임원의 개인 집에서 파견근무를 하고 회사자체적으로 인사관리를 하는 경우에는 일반 근로자로 볼 수도 있다. 따라서 가사사용인이라는 명칭에 구애됨이 없이 구체적인 업무내용을 가지고 판단하여야 할 것이다.

¹⁹ 산심위2004-910, 2004.09.14

법정 정년제 도입과 노동법적 고려사항

I. 정년제 도입

‘정년제’란 당해 사업장의 취업규칙 또는 근로계약에서 정한 연령이 되면 근로자의 재계약 의사 및 근로능력여하에도 불구하고 근로계약 관계를 종료시키는 제도를 의미한다. 정년제에 대한 노동법 규정은 강행규정이 아닌 노력 조항이었으나, 2013 년 5 월 법률개정에 따라 법정 정년제가 도입되었다. 이에 따라 기존의 기업체가 사용하고 있던 만 60 세가 되지 못한 정년제는 무효가 되고, 무효가 된 정년제는 만 60 세의 정년제도로 자동변경 된다. 또한 기존의 노사합의로 수용한 직급정년제가 인정되었으나, 법정정년제가 도입됨에 따라 만 60 세 이내에서는 무효가 된다. 정년을 정하지 않은 회사가 법정 정년제 도입을 이유로 정년제를 도입하는 경우에는 근로조건의 불이익 변경이 되고 이러한 일방적인 변경은 규범적 효력이 없다.

이 법개정 내용은 법정정년제과 더불어 임금 체계개편을 등 필요한 조치를 요구하고 있지만, 실무에서는 강행 규정에 대해서만 현실적으로 적용될 것으로 보인다. 왜냐하면 정년연장에 대한 임금체계 개편에 대해서는 근로조건의 불이익 변경에 해당되므로 근로자대표(또는 근로자의 과반수를 대표하는 노동조합)의 합의가 필요하기 때문이다. 이와 관련하여 법정정년제 도입에 따른 그 적용 내용, 그로 인한 임금체계 개편과 임금피크제 도입에 따른 노동법적 고려사항에 대해 검토해보고자 한다.

<「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 변경내용(2013.5.22)>

(기존) 제 19 조(정년) 사업주가 근로자의 정년을 정하는 경우에는 그 정년이 60 세 이상이 되도록 노력하여야 한다.

(변경) 제 19 조(정년) ① 사업주는 근로자의 정년을 60 세 이상으로 정하여야 한다.

② 사업주가 제 1 항에도 불구하고 근로자의 정년을 60 세 미만으로 정한 경우에는 정년을 60 세로 정한 것으로 본다.

제 19 조의 2(정년연장에 따른 임금체계 개편 등) ① 제 19 조제 1 항에 따라 정년을 연장하는 사업 또는 사업장의 사업주와 근로자의 과반수로 조직된 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다)은 그 사업 또는 사업장의 여건에 따라 임금체계 개편 등 필요한 조치를 하여야 한다.

② 고용노동부장관은 제 1 항에 따라 필요한 조치를 한 사업 또는 사업장의 사업주나 근로자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 고용지원금 등 필요한 지원을 할 수 있다.

③ 고용노동부장관은 정년을 60세 이상으로 연장하는 사업 또는 사업장의 사업주 또는 근로자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 임금체계 개편 등을 위한 컨설팅 등 필요한 지원을 할 수 있다.

부 칙 : 이 법은 공포 후 1 년이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제 19 조, 제 19 조의 2 제 1 항 및 제 2 항의 개정규정은 다음 각 호의 구분에 따라 시행한다.

1. 상시 300 명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제 4 조에 따른 공공기관, 「지방공기업법」 제 49 조에 따른 지방공사 및 같은 법 제 76 조에 따른 지방공단: 2016. 1. 1.

2. 상시 300명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장, 국가 및 지방자치단체: 2017. 1. 1.

II. 법정 정년제의 적용²⁰

1. 법정정년에 미치지 못한 정년제 사업장의 경우

법정정년인 60 세 미만으로 설정된 정년은 법정정년제 실시로 인하여 무효가 되고, 그 무효가 된 정년제는 60 세 정년이 강제적으로 적용된다. 따라서 기존 회사에서 설정된 정년제는 법정 정년제 도입으로 인해 무효가 되고 법정정년이 회사의 정년이 된다.

2. 정년규정이 없던 회사가 법정정년제 도입으로 인해 정년제를 설정한 경우

1) 판례(대법 96 다 2507, 1997.05.16.): 취업규칙에 정년규정이 없던 운수회사에서 정년규정을 신설한 경우, 그 운수회사의 근로자들은 정년제 규정이 신설되기 이전에는 아무런 제한없이 계속 근무할 수 있었으나, 그 정년규정의 신설로 인하여 정년에 이르고, 회사의 심사에 의하여 일정한 경우에만 정년을 넘어서 근무할 수 있도록 되었다면 이와 같은 정년제 규정의 신설은 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하는 불이익한 근로조건을 부과하는 것에 해당한다.

2) 판례(부산지법 2007 가합 2704, 2007.09.07): 근로자들은 정년규정이 신설되기 전에는 만 60 세를 넘더라도 아무런 제한 없이 계속 근무할 수 있었던 사실이 인정되고, 정년규정의 신설로 인하여 비로소 만 60 세로 정년에 이르게 되고 피고와의 협의에 의하여 일용직의 신분으로만 만 60 세를 넘어서 계속 근무할 수 있게 되었으므로, 위와 같은 정년제 규정의 신설은 근로자가 가지는 기득의 권리나 이익을 박탈하는 불이익한 근로조건을 부과하는 것에 해당한다고 할 것이다.

3. 정년제 경과 후 계속 사용한 경우

정년이 경과한 후에도 사용자의 묵시적 동의하에 계속해서 근로하였다면 특별한 사정이 없는 한 정년초과 만을 이유로 해고할 수 없다. 정년퇴직자 재고용시의 근로계약기간의 만료시점은 정년 이후 재고용계약시 근로계약기간을 정할 경우는 동 계약기간의 만료로, 기간을 정하지 않은 경우에는 해고의 정당한 사유가 있는 때에 해고가 가능하다.

4. 법정 정년제하에서 직급정년제가 존재하는 경우

정년규정은 당해 사업장에 있어서 근로자가 제공하는 근로의 성질, 내용, 근무형태 등 제반 여건에 따라 합리적인 기준을 둔다면 같은 사업장내에서도 직책 또는 직급에 따라 달리 정할 수 있다(대판 90다16245, 1991.4.9.). 따라서, 직급별로 임기를 정하고 임기만료 이후 연임하지 못하면 퇴직토록 하는 방식의 직급별 임기제(또는 직급정년제)를 시행하거나, 일반정년제와 직급별 임기제를 함께 시행한다 하더라도 이를 반드시 범위반으로 보기는 어렵다(근로기준법-856, 2005.10.31.) 그러나 이 규정은 법정정년제 도입한 이후에는 법정 정년이내에서는 무효이고, 법정 정년 이후에는 가능하다고 할 수 있다.

5. 요양중인 자의 정년이 된 경우

업무상 재해를 당하여 요양중인 근로자가 정년에 달한 경우 사용종속관계는 정년일 전일까지 유지된다(근기 01254-9824, '91.7.6).

6. 정년연령이 넘는 근로자를 채용한 경우

채용 당시 근로자의 연령이 취업규칙에서 정한 정년 이상인 사실을 알고서 근로자를

²⁰ 참조: 정년제 관련 업무처리 지침 《근기 68201-690, 2000. 3. 10》

채용하였다면 취업규칙상의 정년을 이유로 해고하는 것은 부당하다(근기 68207-658, '94.4.18).

7. 정년과 퇴직시점

퇴직시점을 명확히 하여야 한다. 정년퇴직 시점에 대한 노사간 다툼을 방지하기 위해서는 정년해당 연령을 시기(始期)나 종기(終期)를 정하는 것이 바람직하다. 퇴직시점을 명확히 정하지 않고 관행적으로 운용해 온 경우에는 그 관행에 따라 퇴직시점이 결정된다. 정년을 법정정년으로 하고 있는 A사업장에서 일하는 근로자 甲(생년월일이 1958년 4월 1일)의 정년으로 인한 퇴직 시점은 다음과 같다.

- 1) 정년이 60세라는 경우: 만60세에 도달(시작)하는 날을 말한다(대법 71다2669, '73.6.12). 2018년 4월 1일.
- 2) 정년퇴직 시점을 정년이 시작된 첫날로 규정한 경우: 갑의 정년퇴직 시점은 2018년 4월 1일
- 3) 정년에 도달한 달의 말일로 규정한 경우: 갑의 정년퇴직 시점은 2018년 4월 30일
- 4) 정년에 도달한 해의 분기 말일로 규정한 경우: 정년에 도달한 해의 2/4 분기 말일로 규정하고 있다면 갑의 정년퇴직 시점은 2018년 6월 30일
- 5) 정년에 도달한 해의 반기 말일로 규정한 경우: 정년에 도달한 해의 상반기 말일로 규정하고 있다면 갑의 정년퇴직 시점은 2018년 6월 30일
- 6) 정년에 도달한 해의 말일로 규정한 경우: 갑의 정년퇴직 시점은 2018년 12월 31일
- 7) 정년이 종료되는 날로 규정한 경우: 갑의 정년퇴직 시점은 2019년 3월 31일

III. 임금체계의 개편과 임금피크제 도입

<각국의 근속연수별 임금격차(제조업 10인 이상 사업체, 2010년), 숫자(%)>

| | 한국 | 독일 | 스페인 | 프랑스 | 이탈리아 | 스웨덴 | 영국 | 일본 |
|-----------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 1년 미만 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 |
| 1~6년 미만 | 134.9 | 128.4 | 114.6 | 113.2 | 126.6 | 110.9 | 116.1 | 129.8 |
| 6~10년 미만 | 188.0 | 157.6 | 125.0 | 124.5 | 129.2 | 115.7 | 125.0 | 148.5 |
| 10~15년 미만 | 211.1 | 166.2 | 133.5 | 132.6 | 136.9 | 116.1 | 134.3 | 168.7 |
| 15~20년 미만 | 261.9 | 170.6 | 149.8 | 143.3 | 140.6 | 114.6 | 139.2 | 202.5 |
| 20~30년 미만 | 313.0 | 191.2 | 168.2 | 146.3 | 152.7 | 110.8 | 156.7 | 241.6 |

출처: 정진호(2011), 이지만('정년 60세 안착을 위한 임금정책' 서울대고용복지법센터 주최 학술 토론회, 2014.1.22) 재인용

1. 임금체계의 개편과 노동법적 고려사항

우리나라 기업들의 임금구조가 근속연수에 기초한 호봉제를 다수 채택하고 있어, 정년제 연장은 추가 인건비를 사업주에게 부담시키는 임금구조이므로 이법 제19조의2 제1항에서, “정년을 연장하는 사업 또는 사업장의 사업주와 근로자의 과반수로 조직된 노동조합(그러한 노조가 없는 경우 근로자의 과반수를 대표하는 자)은 그 사업 또는 사업장의 여건에 따라 임금체계 개편 등 필요한 조치를 하여야 한다.”라고 명시하고 있다. 이 규정은 정년 만 60세로의 변경은 법적 의무화 되었으나, 임금체계 개편을

강조하면서도 실제로 임금구조를 생산성과 성과에 연동된(직무급) 임금체제로 변경하는 경우에는 근로자들에게 근로조건 불이익 변경이므로 취업규칙의 불이익 변경 절차와 같이 대상 사업장의 근로자의 과반수의 동의를 받도록 되어 있다. 사용자가 일방적으로 임금체제를 개편한 경우에는 기존의 근로자들에게 변경한 효력이 발생하지 않고, 이 변경된 이후에 입사하는 근로자들에게는 변경된 취업규칙이 적용된다. 다만, 임금체제의 불리한 변경이 그 필요성 및 내용에서 사회통념상 합리성이 인정되는 경우에는 대상 근로자들의 집단적 동의가 없더라도 그 대상 근로자들에게 적용된다. 여기서 ‘사회통념상 합리성’은 엄격하게 제한된다.

이와 관련된 대법원 판례는 다음과 같은 내용을 담고 있다(대법 2009다32362, 2010.01.28). “사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하지만, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그의 적용을 부정할 수는 없다. 한편, 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 한 근로기준법을 사실상 배제하는 것이므로 제한적으로 엄격하게 해석하여야 한다.”

2. 임금피크제의 도입과 노동법적 고려사항

임금피크제는 생산성과 임금이 연동되지 않는 호봉제 임금체제에서 정년을 연장해주는 조건으로 인건비를 낮추어 적용하는 방법이다. 법정 정년이 만 60 세로 정해졌기 때문에 임금피크제를 도입하기 위해서는 법정 정년 이후의 기간에 대해서 노사합의 또는 개별적 재고용을 형태를 취하여 적용할 수 있을 것이다. 법적 정년 이내에서 임금피크제의 도입은 근로조건 불이익 변경이므로 근로자의 과반수를 대표하는 노동조합의 대표자(그러한 노조가 없는 경우 근로자대표)의 동의를 요구한다. 이러한 집단적 동의절차 없이 고용을 보장하는 대신에 임금을 낮추는 것은 정년제가 도입된 상태에서 불가능하다. 따라서 임금체제의 개편과 같이 법정 정년 내에서의 임금피크제의 도입은 근로조건 불이익 변경에 해당되므로 해당근로자의 집단적 동의를 요구를 요구하고 있다.

통상임금 관련 대법원 전원합의체 판결의 내용

I. 대법원 합의체 판결(2 개 통상임금 관련 사건)

1. 제 1 판결 임금사건 (대법원 2013. 12. 18. 선고, 2012 다 89399 판결)

(1) 주요 사실관계:

피고회사는 상여금지급규칙에 따라, 이 사건 상여금을 짝수 달에 지급하되, 근속기간이 2 개월을 초과한 근로자에게는 전액을, 근속기간이 2 개월을 초과하지 않는 신규 입사자나 2 개월 이상 장기 휴직 후 복직한 자, 휴직자에 대하여는 상여금지급대상기간 중 해당 구간에 따라 미리 정해 놓은 비율을 적용하여 산정한 금액을 각 지급하였다. 상여금 지급대상기간 중에 퇴직한 근로자에 대해서는 근무일수에 따라 일할계산하여 지급하였다. 피고와 노동조합은 2008. 10. 8. 체결한 단체협약에서 통상임금에 산입될 임금의 범위를 정하면서, 이 사건 상여금이 근로기준법 소정의 통상임금에 해당하지 않는다는 전제하에 이 사건 상여금을 통상임금 산입에서 제외하였다.

(2) 이 사건의 쟁점:

- 1) 피고회사의 이 사건 상여금이 통상임금에 해당하는지 여부;
- 2) 노사가 이 사건 상여금을 통상임금 산정에서 제외하기로 합의하였음에도, 근로자인 원고가 그 합의의 무효를 주장하며 추가임금을 청구하는 것이 신의칙에 반하는지 여부

(3) 판결:

1) 이 사건 회사의 1 임금산정기간인 1 개월을 초과한 2 개월마다 지급되더라도 정기적으로 지급되었기 때문에 정기성 요건 충족한다. 또한 그 지급여부 및 지급액이 이미 모든 근로자에게 일률적으로 확정되어 있기 때문에 일률성과 고정성 인정된다. 근속기간에 따라 달리 지급되므로(2 개월 기준) 일률성이 없거나 사전에 확정되어 있지 않은 임금으로 오인할 수 있으나, 초과근로를 하는 시점(통상임금 산정이 필요한 시점)에서 볼 때, 해당 근로자가 2 개월의 근속기간을 채우고 있는지 여부는 이미 확정되어 있는 사실이고, 중간퇴직자에게도 근무일수에 비례하여 상여금을 지급하므로, 일률성과 고정성이 인정된다. 위에서 설명한 바와 같이, 휴직자에 대한 특별한 취급도 해당 개인의 특수한 사정을 고려한 것에 불과하므로, 통상임금성 인정에 장애사유가 되지 않는다. 따라서 이 사건 정기상여금은 통상임금에 해당한다.

2) 근로기준법이 정한 기준보다 낮은 임금 등 불리한 근로조건 계약은 무효(근로기준법 제 15 조 참조)이다. 따라서 법률상 통상임금에 해당하는 정기상여금 등의 임금을 통상임금에서 제외하기로 노사가 합의하였다 하더라도 위 합의는 근로기준법에 위반되어 무효이다. 위와 같은 합의가 무효이므로, 법률상 통상임금에 해당하는 임금을 통상임금 산정에 포함시켜 다시 초과근로수당을 계산한 다음, 소급하여 이미 지급받은 것과의 차액을 추가임금으로 청구할 수 있는 것이 원칙이나, 정기상여금에 기초한 추가임금 청구는 신의칙에 의해 제한되는 경우가 있다. 통상임금 제외 합의가 아예 없었던 사업장의 경우에는 당연히 통상임금으로 산정되지 아니한

정기상여금 등을 포함시켜 계산한 차액을 추가임금으로 청구할 수 있다. 다만, 사용자가 소멸시효 항변을 할 경우 최종 3년분만 인정 가능하다.

2. 제 2 판결 임금사건 (대법원 2013. 12. 18. 선고, 2012 다 94643 판결)

(1) 주요 사실관계 및 쟁점: 액수를 지급 직전 노사협의를 통해 정하기로 한 김장보너스의 통상임금 해당 여부. 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 한 것으로 볼 여지가 있는 설·추석 상여금, 하기휴가비, 선물비, 생일자지원금, 개인연금지원금, 단체보험료 등의 통상임금 해당 여부

(2) 판결: 이 사건 회사의 설·추석 상여금, 하기휴가비, 선물비, 생일자지원금, 개인연금지원금, 단체보험료 등은 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 한 것으로 볼 여지가 있음에도 불구하고, 이에 대한 추가심리 없이 이를 통상임금으로 인정한 원심은 심리가 미진하므로 파기한다.

II. 통상임금의 판단 기준

1. 통상임금의 개념

통상임금이란 근로계약에서 정한 근로를 제공하면 확정적으로 지급되는 임금이다. 명칭과 관계없이 통상임금의 법적인 요건을 갖추면 모두 통상임금에 해당한다. 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금, 해고예고수당 및 연차휴가수당 등을 산정하는 기준임금이 된다. 근로기준법상 초과근로수당은 통상임금에 50%를 가산한 150%이다.

2. 통상임금의 요건

(1) 통상임금의 개념적 징표와 요건: 통상임금은 초과근로수당 산정 등을 위한 기초임금이므로, 근로자가 근로계약에 따른 정상적인 근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 가치를 금전적으로 평가한 것이어야 한다(소정근로의 대가). 따라서 근로계약에서 정한 근로가 아닌 특별한 근로를 제공하고 추가로 지급받은 임금은 통상임금 아니다. 또한 근로자가 실제로 초과근로를 제공하기 전에 미리 확정되어 있어야 한다. 그래야만 실제 초과근로가 제공될 때 사전에 확정된 통상임금을 기초로 하여 가산임금을 곧바로 산정할 수 있기 때문이다. 통상임금의 요건 → 근로의 대가로서의 임금이 ①정기성, ②일률성, ③고정성을 모두 갖추고 있어야 통상임금에 해당한다.

(2) 정기성 요건: 미리 정해진 일정한 기간마다 정기적으로 지급되는 임금이어야 한다. 어떤 임금이 1 개월을 초과하는 기간마다 지급이 되더라도, 일정한 기간마다 정기적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있다.

[정기상여금의 경우] 보통 근로의 대가를 1 개월에 한 번씩 월급으로 받지만, 정기상여금은 월급과 달리 2 개월마다 지급하는 회사도 있고, 분기마다 지급하는 회사도 있고, 1 년마다 지급하는 회사도 있을 수 있다. 이처럼 상여금이 월급과는 달리 2 개월마다, 3 개월마다, 6 개월마다, 1 년마다 등으로 지급이 되더라도 정기적으로만 지급이 되면 정기성을 갖춘

것이다. 따라서 1 개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이 일반적인 정기상여금도 통상임금이 될 수 있다.

(3) 일률성 요건: ‘모든 근로자’ 또는 ‘일정한 조건이나 기준에 달한 모든 근로자’에게 일률적으로 지급되어야 통상임금이 될 수 있다. 모든 근로자에게 지급되는 것은 아니더라도 일정한 조건이나 기준에 달한 근로자들에게는 모두 지급되는 것이면 일률성이 인정된다. 따라서 여기서 ‘일정한 조건’이란 시시때때로 변동되지 않는 고정적인 조건이어야 한다. 휴직자나 복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정한 임금의 지급이 제한되어 있더라도, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려한 것일 뿐이므로, 정상적인 근로관계를 유지하고 있는 근로자에 대하여 그 해당 임금의 일률성이 부정되지는 아니한다. 즉 그 해당 임금도 통상임금이다.

통상임금이 소정근로의 가치를 평가한 개념이므로 ‘일정한 조건 또는 기준’은 ‘근로’와 관련된 조건이어야 한다. 따라서 ‘부양가족이 있는 근로자’에게만 지급되는 가족수당은 그 조건이 근로와 무관하므로 통상임금 아니다. 다만, 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하면서, 실제로 부양가족이 있는 근로자에게는 일정액을 ‘추가로’ 지급하는 경우, 그 기본금액은 모든 근로자에게 일률적으로 지급되는 근로의 대가와 같으므로 통상임금에 해당한다. 그러나 추가 지급되는 가족수당은 통상임금 아니다.

(4) 고정성 요건: 초과근로를 제공할 당시에, 그 지급 여부가 업적, 성과 기타 추가적인 조건과 관계없이 사전에 이미 확정되어 있는 것이어야 고정성이 인정된다. 따라서 고정적인 임금이란, 명칭을 묻지 않고, 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음날 퇴직한다 하더라도 근로의 대가로 당연히도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금을 의미한다. 일반적인 정기상여금의 경우 이미 정기적인 지급이 확정되어 있기 때문에 고정성이 인정된다. 근로제공 이외에 추가적인 조건이 충족되어야 지급되는 임금이나, 그 충족 여부에 따라 지급액이 달라지는 임금 부분은 고정성이 없어 통상임금 아니다. 여기서 ‘추가적인 조건’이란 ‘초과근무를 하는 시점에 성취 여부가 불분명한 조건’을 의미한다. 다만, 그 조건에 따라 달라지지 않는 부분만큼은 고정성이 있어 통상임금이 될 수 있음을 유의해야 한다. 실제 근무성적에 따라 지급여부나 지급액이 달라지는 성과급과 같은 임금이 고정성이 없어 통상임금이 될 수 없는 대표적인 경우이다. 다만, 이 경우에도 최소한도로 보장되는 부분만큼은 근무성적과 무관하게 누구나 받을 수 있는 고정적인 것이므로, 통상임금이다.

(5) 판단기준: 야간, 휴일, 연장근무 등 초과근로수당 산정 등의 기준이 되는 통상임금이 되기 위해서는, 초과근무를 하는 시점에서 판단해 보았을 때, 근로계약에서 정한 근로의 대가로 지급될 어떤 항목의 임금이, 일정한 주기에 따라 정기적으로 지급이 되고(정기성), ‘모든 근로자’나 ‘근로와 관련된 일정한 조건 또는 기준에 해당하는 모든 근로자’에게 일률적으로 지급이 되며(일률성), 그 지급 여부가 업적이나 성과 기타 추가적인 조건과 관계없이 ‘사전에 이미 확정되어 있는 것’(고정성)이어야 하는데,

이러한 요건을 갖추면 그 명칭과 관계없이 통상임금에 해당한다.

III. 구체적인 적용

1. 근무기간에 따라 달라지는 임금(근속수당 등)

근속기간은 근로자의 숙련도와 밀접한 관련되므로 일률성에 있어서 ‘근로와 관련된 일정한 조건 또는 기준’에 해당하고 그 조건 또는 기준을 충족한 모든 근로자에게 지급되는 임금이므로 일률성이 인정된다. 초과근로를 하는 시점에서 보았을 때, 그 근로자의 근무기간이 얼마나 되는지는 이미 확정되어 있는 사실이지, 성취 여부가 불확실한 조건이 아니다. 따라서 고정성 인정되므로 통상임금이다.

2. 근무일수에 따라 달라지는 임금

근로제공 이외에 일정 근무일수를 채워야 한다는 추가적인 조건 달성이 필요하므로, 초과근로를 제공하는 시점에서 확정할 수 없는 불확실한 조건에 해당하여 고정성이 없어 통상임금이 아니다. 즉 근로자가 그 근무일수를 다 채워서 지급되기 때문에 그에 해당하는 임금을 받을 수 있을지 여부가 불확실하다.

3. 특정시점에 재직 중인 근로자에게만 지급되는 임금

근로와 무관하게 재직만이 지급 조건이므로 소정근로의 대가로 보기 어렵다. 초과근로를 제공하는 시점에서 보았을 때, 그 근로자가 그 특정시점에 재직하고 있을지 여부는 불확실하기 때문에 고정성이 없다. 그 특정시점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하기 때문이다. 다만, 근로자가 특정시점 전에 퇴직하더라도 그 근무일수에 비례한 만큼의 임금을 받을 수 있다면, ‘근무일수에 비례하여 지급되는 한도에서는’ 당연히 통상임금이다.

예컨대, 짝수 달마다 상여금을 지급하고, 이와 별도로 추석과 설날에 명절 상여금을 지급하기로 하였는데, 2 달마다 지급되는 상여금은 퇴직시에 일할계산하여 지급하기로 하였지만, 명절 상여금은 명절이 되기 전 퇴직한 사람에게는 지급하지 않기로 한 경우: 2 달마다 지급되는 상여금은 지급여부가 확정되어 있고 상여금 지급시점에 퇴직하더라도 근무일수에 비례하여 근무일수만큼을 지급하기 때문에 통상임금이다. 그러나 명절상여금은 명절 지급일 이전에 퇴직하면 전혀 지급받지 못하기 때문에 통상임금이 아니다.

4. 특수한 기술, 경력 등을 조건으로 하는 임금 (기술수당, 자격수당, 면허수당 등)

특수한 기술이나 경력이라는 ‘근로와 관련된 일정한 조건 또는 기준’에 해당하는 모든 근로자’에게 일률적으로 지급이 되므로 일률성 요건 충족된다. 근로자가 초과근로를 제공하는 시점에서 보았을 때, 해당 기술의 보유나 특정한 경력의 구비 여부가 이미 확정되어 있기 때문에 고정성이 인정된다. 따라서 통상임금에 해당한다.

5. 근무실적에 좌우되는 임금

성과급은 특정기간 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급여부나 지급액이 결정되는

임금이다. 초과근로를 제공하는 시점에서 근무실적에 대한 평가와 그에 따른 성과급 지급여부 및 지급액이 확정되어 있지 아니하다. 따라서 사전에 확정될 수 없는 사실을 조건으로 하기 때문에 고정성이 인정되지 않아 통상임금 아니다. 다만, 근무실적에서 최하등급을 받더라도 최소한의 일정액은 보장되는 경우라면, 그 최소한도의 금액만큼은 받는 것이 확정되어 있기 때문에 고정적인 임금으로서 통상임금에 해당한다. 전년도 근무실적에 따라 당해 연도에 성과급의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우에는, 초과근무를 제공하는 시점인 당해 연도에는 그 성과급의 지급 여부나 지급액수가 확정되어 있으므로 고정성이 있어 통상임금에 해당한다. 단, 전년도에 지급해야 할 것을 그 지급시기만 늦춘 것에 불과한 것일 경우에는 일반적인 성과급과 마찬가지로, 고정성이 없어 통상임금이 아니다.

[구체적인 사례]

- 근무실적을 A, B, C 로 평가하여 최하 C 등급은 100 만원, B 등급은 200 만원, A 등급은 300 만원의 성과급을 지급하기로 하였다면 최소 100 만원은 보장되므로 100 만원만큼만 통상임금, 나머지는 통상임금 아님
- 근무실적을 A, B, C 로 평가하여 최하 C 등급은 0 원, B 등급은 200 만원, A 등급은 300 만원의 성과급을 지급하기로 하였다면, C 등급을 받을 경우 성과급이 없기 때문에 위 회사의 성과급은 전부 통상임금이 아님

6. 지급액수가 확정되어 있지 않은 김장보너스

단체협약상 ‘김장철에 김장보너스를 지급하며, 지급금액은 노사협의 하여 지급한다.’ 라고 되어 있고, 매년 김장보너스 지급 직전에 노사협의를 통해 그 금액이 정해졌는데, 금액이 일정하지 않았던 경우. 초과근로를 제공하는 시점에서, 노사협의를 따른 그 지급액수를 확정할 수 없으므로, 사전에 이미 확정되어 있는 임금이 아니다. 따라서 고정성 없으므로, 통상임금 아니다.

| 임금명목 | 임금의 특징 | 통상임금 해당여부 |
|------|------------------------------------|--|
| 기술수당 | 기술이나 자격보유자에게 지급되는 수당(자격수당, 면허수당 등) | 통상임금○ |
| 근속수당 | 근속기간에 따라 지급여부나 지급액이 달라지는 임금 | 통상임금○ |
| 가족수당 | 부양가족 수에 따라 달라지는 가족수당 | 통상임금× (근로와 무관한 조건) |
| | 부양가족 수와 관계없이 모든 근로자에게 지급되는 가족수당 분 | 통상임금 ○ (명목만 가족수당, 일률성 인정) |
| 성과급 | 근무실적을 평가하여 지급여부나 지급액이 결정되는 임금 | 통상임금× (조건에 좌우됨, 고정성 인정×) |
| | 최소한도가 보장되는 성과급 | 그 최소한도만큼만 통상임금○ (그 만큼은 일률적, 고정적 지급) |
| 상여금 | 정기적인 지급이 확정되어 있는 | 통상임금○ |

| | | |
|------------------------------|--|--------------------------------------|
| | 상여금(정기상여금) | |
| | 기업실적에 따라 일시적, 부정기적, 사용자 재량에 따른 상여금 (경영성과분배금, 격려금, 인센티브) | 통상임금× (사전 미확정, 고정성 인정×) |
| 특정시점 재직 시에만 지급되는 금품 | 특정시점에 재직 중인 근로자만 지급받는 금품(명절귀향비나 휴가비의 경우 그러한 경우가 많음) | 통상임금× (근로의 대가×, 고정성×) |
| | 특정시점 되기 전 퇴직 시에는 근무일수 비례하여 지급되는 금품 | 통상임금○ (근무일수 비례하여 지급되는 한도에서는 고정성○) |

IV. 정기상여금의 통상임금 포함에 따른 추가임금 청구와 신의칙 적용

법률상 통상임금에 해당하는 정기상여금 등을 통상임금 산정에서 제외하기로 하는 노사합의는 근로기준법에 위반되므로 무효이다. 그러나 ‘정기상여금’에 있어서, 노사가 그간의 사회적 인식과 근로관행에 따라 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰하여 이를 통상임금 산정에서 제외하기로 합의하고 이를 토대로 임금총액과 다른 근로조건을 정하였다.

①임금에 관한 노사 합의시 기업의 한정된 수익 내에서 세부항목별이 아닌 임금총액을 기준으로 임금 등을 정하는 것이 일반적이고, ②노사가 정기상여금이 통상임금에 해당함을 알았다면 다른 조건 등을 변경하여 합의된 종전 총액과 실질적인 차이가 없도록 조정하였을 것이며, ③만약 정기상여금이 통상임금 산정에서 제외된 부분만을 무효로 주장하면서 근로자가 추가임금을 청구할 수 있다면, 근로자는 임금협상 당시 노사가 서로 합의한 조건에 따른 임금을 모두 지급받으면서, 다른 한편으로는 그 합의된 조건이 무효임을 주장하며 기업의 한정된 수익을 넘는 추가임금을 지급받게 되는 결과가 된다.

이는 근로자의 추가청구로 인해 사용자 측이 예기치 못한 과도한 재정적 지출을 부담하게 됨으로써 기업에 중대한 경영상 어려움을 초래하게 되기 때문에 정의와 형평 관념에 비추어 용인될 수 없다. 이러한 경우에 한해서는 근로자의 추가임금 청구가 신의성실의 원칙에 위반되어 허용될 수 없다. 즉 이러한 경우에는 정기상여금을 통상임금 산정에 포함시켜 다시 계산한 통상임금을 기초로, 소급하여 초과근로수당 차액을 청구할 수가 없다.

위장도급 사례 및 판단기준

I. 서론

우리나라의 비정규직 문제는 1998 년 IMF 경제위기를 겪으면서 근로기준법의 ‘정리해고’ 규정과 ‘근로자 파견법’을 도입하면서 시작되었다. 기업들은 인건비를 절감하려는 차원에서 인력 확보와 방출의 유연성을 가진 비정규직 근로자의 사용을 합법적으로 확대하게 되었다. 이러한 비정규직 확산이 사회적 양극화 현상을 심화시키는 등 심각한 사회문제로 대두되면서 2007 년 7 월부터 비정규직 근로자를 보호하고 정규직으로 고용을 촉진하기 위해 비정규직 보호법이 시행되었다. 이 법의 핵심적인 내용은 비정규직 사용을 2 년으로 제한하였고, 그 사용기간 중에도 동일업무를 하는 정규직과 차별을 없애는 것이었다. 이 법이 비정규직 확산을 제한하는데 많은 기여를 하였음에도 불구하고 아직도 많은 기업들은 여러 가지 편법을 동원하여 비정규직의 고용을 계속해서 유지해 오고 있다. 기업들이 편법적으로 비정규직의 고용을 유지해온 대표적인 사업이 사내도급을 가장한 불법파견이다. 이와 관련하여 최근 대표적인 대법원 판례 2 개가 나왔는데 이 판례들을 통해 그 판단기준을 살펴보고자 한다.

II. 현대미포조선 사내하청 근로자 해고사건

1. 사건개요

현대미포조선(이하 “원청회사”)은 사내하청인 용인기업(이하 “하청업체”)에 노동조합이 설립되자 하청업체와의 도급계약을 해지하였고, 이에 따라 하청업체는 2003.1.31. 폐업되었다. 이로 인하여 하청업체에 소속된 근로자 30명은 모두 해고되었고, 이들은 원청회사를 상대로 ‘근로자지위 확인청구소송’을 제기했다. 하급심인 부산고등법원은 원청회사와 하청업체 간에 도급관계가 인정된다고 보아 근로자들의 청구를 기각하였으나 대법원은 원청회사와 하청업체의 근로자들 간에 묵시적인 근로계약 관계가 인정된다는 판결을 하였다.

2. 대법원 판결 (2008.7.10. 대법 2005다75088)

가. 묵시적 계약관계 법리: ‘원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 근로자는 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 근로자와 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다’ (대법원 2003. 9. 23. 선고

2003두3420 판결)

나. 사실관계: 원고들이 소속된 하청업체는 약 25년간 오직 피고 회사로부터 선박엔진 열교환기, 세이프티 밸브의 검사·수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 왔는데, 원청회사는 하청업체가 모집해 온 근로자에 대하여 원청회사가 요구하는 기능시험을 실시한 다음, 그 채용 여부를 결정하였고, 그 시험합격자에게만 원청회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였으며, 하청업체 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, 하청업체 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사하였다.

뿐만 아니라, 원청회사는 원고들의 출근, 조퇴, 휴가, 연장근무, 근로시간, 근무태도 등을 점검하고, 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서, 업무 협력 방안을 결정하여 원고들을 직접 지휘하거나 또는 하청업체 소속 책임자를 통하여 원고들에게 구체적인 작업 지시를 하였으며, 하청업체가 당초 수급한 업무 외에도 원고들로 하여금 원청회사 소속 부서의 업무를 수행하게 하거나, 하청업체의 작업물량이 없을 때에는 교육, 사업장 정리, 타 부서 업무지원 등의 명목으로 원고들에게 매월 일정 수준 이상의 소득을 보장하는 등, 직접적으로 원고들에 대한 지휘감독권을 행사하였다.

더 나아가, 하청업체는 원칙적으로 수급한 물량에 대하여 시간단위의 작업량 단가로 산정된 금액을 원청회사로부터 수령하였지만, 원청회사는 하청업체 소속 근로자들이 선박 수리와 직접적인 관련이 없는 원청회사의 다른 부서 업무지원, 안전교육 및 직무교육 등에 종사하는 경우 이에 대한 보수도 산정하여 그 지급액을 결정하였을 뿐만 아니라, 원고들에게 상여금, 퇴직금 등의 수당을 직접 지급하였다.

마지막으로, 하청업체는 사업자등록 명의를 가지고 소속 근로자들에 대한 근로소득세 원천징수, 소득신고, 회계장부 기장 등의 사무를 처리하였으나, 이러한 사무는 피고 회사가 제공하는 사무실에서 이루어졌을 뿐만 아니라, 하청업체는 독자적인 장비를 보유하지 않았으며, 소속 근로자의 교육 및 훈련 등에 필요한 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였다.

다. 판단: 이러한 사실관계를 본 법리에 비추어 살펴보면, 하청업체는 형식적으로는 원청회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나, 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 원청회사의 일개 사업부서로서 기능하거나, 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 원청회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 근로자들과 원청회사 사이에는 직접 원청회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 볼 수 있다.

III. 현대자동차의 위장도급 사건

1. 사건개요

현대자동차 울산공장(이하 “원청회사”)의 사내하도급 업체인 예성기업(이하 “하청업체”)은 의장공정을 맡아 업무를 수행하던 중, 노동조달 활동을 이유로 2005. 2. 2. 근로자 15명을 해고하였다. 이에 근로자들은 ‘부당해고 및 부당노동행위 구제신청’을 원청회사와 하청업체를 상대로 제기하자 하청업체는 곧 바로 폐업하였다. 이 사건은 하급심에서는 원청회사가 사용자가 아니고 실제 사용자인 하청업체는 폐업하였다는 이유로 모두 기각되었으나, 대법원은 원청회사와 하청업체와의 묵시적 고용관계는 부정하였으나, 원청회사와 하청업체간에 파견관계가 성립된다고 인정하였다. 개정전의 파견법에 따라 근로자의 근속년수가 2년을 넘는 경우 “고용의제” 조항에 따라 근로자가 사용사업주에 고용된 것으로 본다고 인정을 받았다.

2. 대법원 판결 (2012.2.23. 선고 2011두7076판결)

가. 근로자파견 법리: 근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자의 형식적이고 명목상 정한 계약형식과 상관없이, 계약 목적 또는 대상의 특정성, 전문성 및 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.

나. 사실관계: 자동차 생산에 직간접적으로 필요한 작업 중에서 컨베이어 시스템에 의한 자동차 조립 업무인 의장 공정은 하청업체의 기술성과 전문성에 대한 요구 정도가 낮고 노무 제공 과정상 하청업체는 그 근로자에 대한 지시권이 미약하다.

하청업체 근로자들은 컨베이어벨트 좌우에 원청회사의 정규직 근로자들과 혼재하여 배치되어 원청회사 소유의 생산 관련 시설과 부품, 소모품 등을 사용하여 원청회사가 미리 작성하여 교부한 각종 작업지시서 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행하였고, 이 과정에서 하청업체의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었다.

원청회사는 하청업체 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 있었고, 원청회사의 정규직 근로자와 마찬가지로 하청업체 근로자들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서 등을 결정하였다. 원청회사는 하청업체 근로자들을 직접 지휘하거나 또는 하청업체 소속 현장관리인 등을 통하여 하청업체 근로자들에게 구체적인 작업지시를 하였다. 하청업체 근로자들이 수행하는 업무의 특성 등을 고려하면, 하청업체 현장관리인 등이 그 근로자들에게 구체적인 지휘명령권을 행사하였다 하더라도, 이는 원청회사가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하였다.

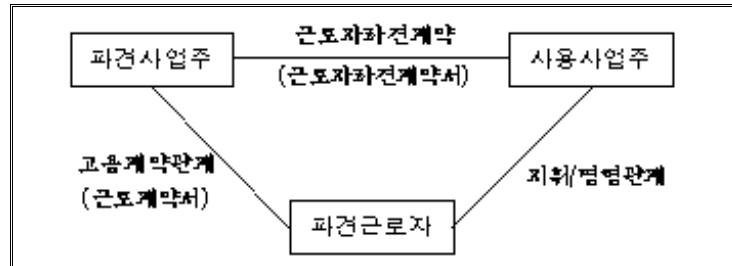
원청회사는 하청업체 근로자들에 대하여 시업과 종업 시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정하였고, 원청회사의 정규직 근로자에게 산재, 휴직 등 사유로 결원이 발생하는 경우 하청업체 소속 근로자로 하여금 그 결원을 대체하여 작업하게 하는 경우도 있었다.

다. 판단: 환송심인 고등법원은 ‘근로자파견 법리’와 사실관계를 바탕으로 근로자가 하청업체에 고용된 후 원청회사에 파견되어 원청회사로부터 직접 노무지휘를 받는 근로관계 있다고 판단하였다.

IV. 판단기준

1. “근로자파견” 판단기준에 대한 노동부 지침 (노동부 2007.6.)

가. 근로관계: ‘근로자파견’은 근로자파견사업을 행하는 자인 ‘파견사업주’가 근로자를 고용하여 근로자파견계약에 따라 제3자인 사용사업주에 근로자를 공급하는 사업을 말한다. 파견근로자는 사용사업주의 사업장에서 사용사업주의 업무지시에 따라 업무를 수행한다.



나. 판단 방법

- 1) ‘근로자파견’에 해당하는지의 여부는 근로자와 고용계약을 체결한 파견사업주에 대하여 사업주로서의 실체를 인정할 수 있는지를 먼저 판단한다.
- 2) 파견사업주가 사업주로서의 실체가 인정되지 않는 경우에는 당해 근로자를 고용하지 않고 사용하는 사용사업주가 당해 근로자를 직접 고용한 것으로 추정한다.
- 3) 파견사업주가 사업주로서의 실체가 인정되는 경우에는 당해 근로자가 사용사업주의 지휘·명령을 받는지 여부를 조사하여 당해 고용관계가 ‘근로자파견’에 해당하는지를 판단한다.

다. 판단의 기준

1) 파견사업주에 대한 사업주로서의 실체 판단

파견사업주에게 다음 각호의 권한이나 책임이 존재하지 않는 경우에는 파견사업주의 실체가 인정되지 않는다.

- ① 채용·해고 등의 결정권; ② 소요자금 조달 및 지급에 대한 책임; ③ 법령상 사업주로서의 책임(4 대보험, 사업소세 등); ④ 기계, 설비, 기자재의 자기 책임과 부담; ⑤ 전문적 기술·경험과 관련된 기획 책임과 권한

2) 사용사업주의 지휘·명령에 대한 판단

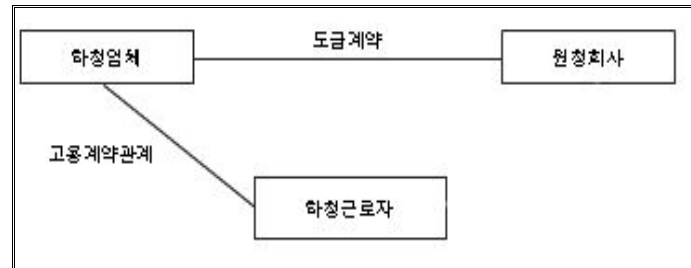
사용 사업주가 당해 근로자에 대하여 다음 각 호의 권한을 행사하는 경우에는 사용 사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사한 것으로 판단한다.

- ① 작업배치·변경 결정권; ② 업무 지시·감독권; ③ 휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권; ④ 업무수행에 대한 평가권; ⑤ 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권

2. 불법파견 관련 “사내하도급” 점검지침 (노동부, 2004.7)

가. 근로관계: 도급은 당사자 일방이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하는 것을 말한다 (민법 제664조).

사내하도급(사내하청)은 원청회사가 자기 사업장 내에서 이루어지는 업무의 일부를 하도급업체로 하여금 수행토록 하는 도급의 유형이다.



나. 판단방법 및 판단기준

사내하청이 ‘인사노무관리의 독립성’이나 ‘사업경영상의 독립성’ 중 어느 하나라도 결여된 경우 근로자파견사업으로 인정한다.

1) 인사노무관리의 독립성은 사내하청이 다음의 사항에 대하여 근로자를 직접 지시하고 관리하는 등 노동력을 직접 이용하는 경우를 말한다.

① 채용·해고, 징계 등 인사결정권; ② 작업배치·변경결정권; ③ 업무지시·감독감독권; ④ 업무수행방법, 결과 평가에 관한 사항; ⑤ 원도급 근로자와 혼재작업 여부, 업무상 차이; ⑥ 휴가, 병가 등 근태관리; ⑦ 연장, 휴일, 야간근로 등 근로시간 결정권; ⑧ 기타 근로기준법, 노동조합법상의 사용자

2) 사업경영상의 독립성은 사내하청이 다음의 사항에 대하여 원청회사로부터 독립하여 업무를 처리하는 경우를 말한다.

① 소요자금 조달 · 지급 책임; ② 법률상 사업주로서의 책임; ③ 기계, 설비, 기자재의 자기책임과 부담; ④ 기획 또는 전문적 기술, 경험

V. 결론

위장도급에 대한 가장 대표적인 사례로 2가지 사례를 언급하였다. 첫째, 현대미포조선 사례는 도급형태의 계약관계가 있지만 인사노무의 독립성과 사업경영상의 독립성이 없는 목시적인 근로관계로 인정된 대표적인 위장도급 사건이었다. 둘째 현대자동차 불법파견사례는 원청회사와 하청업체 간에 분명한 계약관계는 인정되지만, 원청회사가 사용자사업주로서의 업무를 지시하고 감독하는 가운데 하청업체근로자가 원청회사 근로자와 함께 컨베이어시스템에서 혼재하여 일하였기 때문에 하청회사는 도급의 독립성을 상실하여 불법파견으로 인정된 사건이었다.

포괄임금제의 제한사항

I. 들어가며

매월 고정적인 임금을 지급하는 포괄임금제는 관리의 편리성이 있지만, 근로기준법에 저촉될 수 있기 때문에 예외적인 경우에만 허용된다. 포괄임금제는 업무의 특수성 또는 계산의 편의를 고려하여 연장·야간·휴일근로 수당 등 법정 수당을 포함하여 임금총액을 결정하고 이에 따라 매월 고정적 급여를 지급하는 제도를 말한다. 이 제도는 업무의 성격 또는 근로형태의 특수성으로 인하여 근로시간 산정이 어려운 경우나 근로시간 산정이 가능하더라도 실무상 계산의 편의를 위해 사용되고 있다. 그런데 근로기준법상 발생하는 각종 법정수당을 지급하지 않기 위해 포괄임금제를 악용하는 경우도 많이 있다. 근로기준법상 법정수당은 원래 실제근로제공을 통해서 발생하는 수당인데, 포괄임금제는 미리 법정 수당을 모두 포함하고 지급하는 것이어서 근로기준법 위반의 소지가 크므로 이에 대해 판례나 행정해석에서는 엄격한 제한을 두고 허용하고 있다. 포괄임금제를 인정하는 경우는 두 가지로 분류할 수 있다. 첫째는 업무가 근로시간 산정이 어려운 특수한 형태의 근로이고, 둘째는 근로시간 계산이 가능하지만 계산의 편의를 위해 고정연장근로수당을 신설하여 포괄임금제로 하고 있는 경우이다. 아래에서는 포괄임금제와 그 제한사항에 대해 살펴보려고 한다.

II. 포괄임금제와 관련된 판례의 법리²¹

근로기준법 제 17 조는 “사용자는 근로자에 대하여 임금, 근로시간 기타의 근로조건을 명시하여야 한다. 이 경우 임금의 구성 항목, 계산 방법 및 지불방법에 관한 사항에 대하여는 서면으로 명시하여야 한다.”고 규정하고 있다. 동법 제 56 조는 “기준 근로시간을 초과하여 근로한 연장근로와 야간근로 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100 분의 50 이상을 가산한 임금을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이러한 규정들과 통상임금에 관하여 정하고 있는 규정에 의하면, 사용자는 근로계약을 체결함에 있어서 기본임금을 결정하고 이를 기초로 하여 근로자가 실제로 근무한 근로시간에 따라 연장근로, 야간근로, 휴일근로 등이 있으면 그에 상응하는 연장, 야간, 휴일근로수당 등의 법정수당을 산정하여야 한다.

이러한 원칙적인 임금 지급 방법은 근로시간 수의 산정을 전제로 한 것인데, 예외적으로 감시·단속적 근로 등과 같이 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을 고려할 때 근로시간의 산정이 어려운 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 사용자와 근로자 사이에 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 법정수당까지 포함된 금액을 월 급여액이나 일당임금으로 정하거나, 기본임금을 미리 산정하면서도 법정 제수당을 구분하지 아니한 채 일정액을 법정 제수당으로 정하여 이를 근로시간 수에 상관없이 지급하기로 약정하는 내용의 포괄임금제에 의한 임금 지급 계약을 체결할 수 있다.

²¹ 대법원 2005.8.19, 2003다66523 정리요약

이러한 포괄임금은 그 근로자에게 불이익이 없고 여러 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 유효하다.

그러나 위와 같이 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면, 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한, 상기한 바와 같은 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금 지급의 원칙이 적용되어야 할 것이다. 따라서 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제방식의 임금지급계약을 체결하는 것은 근로기준법에 명백히 위반되므로 허용될 수 없다고 하겠다.

III. 업무의 특수성에 따른 포괄임금제

1. 적용대상

판례는 근로시간 파악이 어려운 화물운송운전자, 감시 단속적 근로자에 해당하는 경비원, 근로계약이 하루 단위로 이루어지는 일용직 근로자, 소정근로시간이 현저히 적은 단시간 근로자, 격일제근로자 등에 대해서 근로형태의 특수성에 따른 포괄임금제를 인정하고 있다. 이들 업무는 현실적으로 근로시간 측정이 곤란하여 노사간 근로계약에 의하여 실제 연장·휴일근로 시간에 관계없이 월별로 일정 시간분 또는 일정액의 연장·휴일 근로수당 등을 지급받기로 하고 당해 근로자가 일정기간 동안 아무런 이의 없이 동 수당을 수령해 온 경우, 제반 사정에 비추어 근로자에게 불이익이 없다고 인정될 때에는 포괄임금제를 인정하고 있다.²²

2. 관련사례

(1) 포괄임금제에 의한 임금지급계약이 체결된 경우, 근로자가 포괄임금으로 지급받은 연장근로수당 또는 이에 갈음한 연장수당, 야간수당, 휴일수당 등에는 근로기준법의 규정에 의한 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당이 모두 포함되어 있다. 사업장에 포괄임금제에 의한 임금지급계약이 체결된 경우에는 연장 근로에 대한 수당과의 차액을 지급할 필요가 없다.²³

(2) 원고들이 피고 S 건설에게 제공한 근로는 신체 또는 정신적 긴장이 적은 감시적 업무로서 1 일 24 시간 경비·순찰이라는 근로형태의 특수성으로 인하여 근로기준법상의 기준 근로시간을 초과한 연장근로, 야간근로, 휴일근로가 당연히 예상된다 할 것이어서, 원고들과 피고 S 건설 사이에 체결된 근로계약은 기본임금을 정하고 이를 기초로 각종 수당을 가산하여 지급하는 통상적인 임금지급방식이 아니라, 근로시간, 근로형태와 업무의 특성상 시간 외, 야간, 휴일에 근로자가 실제로 근무한 시간을 확정하기 어려운 점 등을 참작하여 각종 수당을 모두 포함한 일정액을 매월 지급하기로 하는 이른바 포괄임금제에 의한 임금지급방식을 취하고 있었던 것으로 봄이

²² 임금근로시간정책팀-2534, 2006.9.1.

²³ 대법원 2002.06.14, 2002다16958

상당하고, 원고들이 피고 S 건설에 입사할 당시 위와 같은 근로형태의 특수성을 고려하여 포괄임금제 약정을 하였고, 각 입사 후부터 G 아파트 경비업무를 종료한 때까지 단체협약을 내세워 위 포괄임금제 약정의 효력을 다투지 아니한 점에 비추어 보면, 위 포괄임금제 약정이 무효라고 볼 수는 없다.²⁴

(3) 한국방송공사가 방송제작비지급규정에 따라 원고들에게 지급한 보수 중 기본 사역료는 09:00 부터 21:00 까지의 근무에 대한 대가로 보아야 하고, 한편 피고 공사는 원고들의 근로 내용이나 근로형태의 특수성을 고려하여 원고들이 09:00 부터 21:00 까지 사이에 근무한 경우에는 그 근무시간의 양과 질을 불문하고 방송제작비 지급규정의 임시보조요원 사역료 지급기준에 따른 일당 전액을 지급하여 왔고, 원고들을 포함한 피고 공사의 근로자들이 이에 동의하여 아무런 이의 없이 이를 수령하여 왔을 뿐만 아니라 그것이 원고들에게 적용되는 취업규칙에 비추어 원고들에게 불이익하다고 볼 수도 없다는 점에서 피고 공사와 원고들 사이에는 09:00 부터 21:00 까지의 근로에 대하여 시간외수당을 포함한 포괄임금계약이 체결되었다고 봄이 상당하므로 원고들은 이와는 별도로 피고 공사에 대하여 18:00 부터 21:00 까지 해당되는 시간외수당의 지급을 구할 수는 없다.²⁵

IV. 계산의 편의에 따른 포괄임금제

1. 적용대상

근로시간 측정이 가능하면서 연장, 야간근로가 근로의 내용에 당연히 내재되어 있지는 않아, 근로형태나 업무의 성격이 포괄임금제에 해당되지 않는다 하더라도 계산의 편의와 근무의욕 고취를 목적으로 취업규칙이나 근로계약으로 일정액의 가산수당을 제수당으로 하여 지급하는 포괄임금제를 도입할 수 있다. 그 대표적인 것이 고정연장근로수당이라 할 수 있다. 이 경우, 실제로 정해진 고정연장근로보다 더 연장근로를 한 경우에는 별도의 법정수당을 지급해야 하며, 고정연장 근로시간을 채우지 못한 경우에도 고정연장근로수당을 공제할 수 없다. 예를 들어 주 10 시간의 연장고정수당을 포함한 포괄임금인 경우에는 근로계약서에 기본급과 연장근로수당을 명확하게 기재하여야 하고, 또한 급여지급대장에서도 별도의 임금구성 항목인 고정연장수당을 구분되어 있어야 한다.

2. 포괄임금제를 악용한 사례

(1) 포괄임금제 근로계약이 근로기준법에서 정한 월차휴가 수당보다 적은 금액으로 합의되어 있고, 연차휴가 수당에 관하여 당사자 사이에 합의가 이루어지지 않아

²⁴ 서울고법 2004.7.23, 2004 나 2740

²⁵ 대법원 2006.04.28, 2004다66995

근로자들에게 불이익하다고 판단되므로, 근로자들이 체결한 포괄임금제 근로계약은 연차 및 월차휴가 수당의 포함 여부에 관하여 무효라고 할 것이다.²⁶

(2) 연 월차유급휴가에 대하여는 미사용 연 월차유급휴가보상금을 월급액 속에 포함하여 미리 지급하는 근로계약을 체결하는 것은 그 수당을 지급한 이후에도 해당 근로자가 연 월차휴가를 사용할 수 있도록 허용하는 경우에만 인정될 수 있을 것이며, 휴가 사용을 허용하지 아니하는 경우에는 근로기준법상 근로자에게 인정된 연 월차휴가를 청구 사용할 권리를 제한하는 것이 되어 인정될 수 없다고 사료된다.²⁷

(3) 근로시간의 산정이 어려워 연장근무를 하는 것으로 보아 임금을 지급하기로 하는 포괄임금계약을 체결하였을 경우 연장 근무를 한 사실이 없는 경우에도 연장 근무수당을 지급하여야 한다.²⁸

(4) 포괄임금약정을 체결하였더라도 근로기준법에 의하여 계산한 연장근로수당에 현저히 모자란 경우에는 해당 약정은 무효이다. 근로형태와 내용 등에 비추어 이 사건은 근로시간의 산정이 어려운 경우 등이 아님을 전제로 하여, 임금 체계가 일정금액의 연장근로수당을 지급하기로 하는 포괄임금제인데, ‘봉사료’ 지급이 중단된 날 (2004. 5. 1.경) 이후에는 원고들이 지급 받은 연장근로수당이 근로기준법의 기준에 의하여 계산한 연장근로수당에 현저하게 미치지 못하였고, 그 미달되는 부분의 포괄임금약정은 무효라고 보아 피고가 원고들에게 그 부분 임금을 지급할 의무가 있다.

29

V. 맺은 말

포괄임금제는 업무의 특성에 따라 근로시간 산정이 어려운 화물운송기사, 경비원, 격일제근로자, 일용직 근로자 등에 적용되고 있다. 이러한 분야의 업무에 포괄임금제를 적용함으로써 합리적이고 타당성 있는 임금을 적용할 수 있으며, 이에 따른 근로의욕 고취와 임금계산의 편의를 가져올 수 있다. 그러나 근로시간 계산이 명확한 업무의 경우에도 포괄임금제를 도입하여 법정 가산임금 일체를 포함하여 지급하거나 심지어 연월차수당, 퇴직금까지 포함하여 지급하는 경우를 볼 수 있다. 이는 명백한 근로기준법의 위반의 여지가 있으며, 근로자와의 분쟁으로 응당 이어질 수 있다. 따라서 포괄임금제에 대한 정확한 이해를 통해 포괄임금제를 남용하는 일이 없어야 할 것이며, 해당 분야의 근로자에 대해서는 법정수당을 고려한 임금을 책정함으로써 근로의욕을 저하시키지 않도록 하여야 할 것이다.

²⁶ 수원지법 2008.01.11, 2007나17199

²⁷ 근로기준법-7485, 2004.10.19

²⁸ 광주지법 2010.06.30, 2009나4816

²⁹ 대법원 2010.05.13, 2008다6052

2014 ~ 2016 년 달라지는 주요 노동법

| | 주요 내용 | 개정 전 | 개정 후 | 법규 및 시행일 |
|---|------------------------------|---|---|--|
| 1 | 최저임금 전년대비 7.1% 인상 | -시급 : 5,210 원 -일급 (8 시간): 41,680 원 -월급(주 40 시간제: 209 시간): 1,088,890 원 | -시급: 5,580 원 -일급(8 시간): 44,640 원 -월급 (주 40 시간제: 209 시간): 1,166,220 원 | 2015 년 최저임금고시 (2015.1.1) |
| | 감시단속적 근로자 | 최저임금의 90% | 최저임금의 100% 적용 | 2014.12.31. 적용 |
| 2 | 육아휴직 | 사업주는 근로자가 만 8 세 이하 또는 초등학교 2 학년 이하의 자녀를 양육하기 위하여 휴직을 신청하는 경우에 이를 허용 하여야 한다. | | 남녀고용평등법 제 19 조 (2014.1.4) |
| 3 | 채용절차법 도입 | 『채용절차의 공정화에 관한 법률』이 2015년부터 시행되어 사업장 규모에 따라 단계적으로 확대 적용 ○거짓 채용광고 금지 ○반환절차 고지의무 ※위반시 300만원 이하 과태료 ○채용여부가 확정된 이후 미채용된 구직자는 채용서류 반환청구권 행사 가능 | | -300인이상 : 2015.1.1. 시행 -100인 ~ 300인 : 2016.1.1. 시행 -30인 ~ 100인 :2017.1.1.시행 |
| 4 | 법정 정년 제 도입 | 법정정년제 도입 (2016.1.1) : 60 세 ○ 300인이상 사업장: 2016.1.1. 부로 적용 ○ 300인미만 사업장: 2017.1.1. 부로 적용 | | 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제 19 조 |
| 5 | 고용노동부 에 산재사 고 의무신 고 | ○ 근로복지공단에 사망자 또는 4일 이상의 요양재해에 대하여 요양급여, 유족급여를 신청하는 경우 산업재해 조사표 작성·제출 의무 면제 | ○ 산업재해 발생시 1 개월 이내에 관할 지방고용노동 관서에 산업재해 조사표 작성·제출 의무화 ○ 보고기준 : 사망자 또는 3일 이상의 휴업재해로 변경 | 산업안전보건법 시 행규칙 제4조 (2014.7.1) |
| 6 | 근로조건 서면 명시 의무 | 기간제·단시간 근로조건 서면 명시 의무 위반 시 1 차 시정 지시 후, 미이행시 500 만원 이하의 과태료 부과 | 기간제·단시간 근로조건 서면 명시 의무 위반 시 과태료 즉시 부과 (500 만원 이하의 과태료) | 기간제법 제 17 조 관련 근로감독규정 변경 (2014.8.1) |

<4대 법정보험제도 (2015)>

| 구 분 | | 고용보험 | 산재보험 | 국민연금 | 건강보험 /장기요양보험 |
|-------------|-----|--|---|------------------------------|-------------------------------|
| 가입 대상 | | 65세 미만자 | 모든 근로자 | 18세 이상 60세 미만자 | 모든 근로자 |
| 가입 제외 | | 사업주, 외국인 | 사업주 (예외적 가입 가능) | 1월 미만 근무자 | 1월 미만 근무자 |
| 외국인 가입여부 | | 가입을 희망할 경우에 가입 가능 | 가입대상 | 원칙적 가입대상 ※국가별 차등 적용 | 가입대상 |
| 보험료 | 근로자 | 임금총액×0.65% (실업급여) | 없 음 | 표준보수월액 × 4.5% | 건강보험=표준소득 월액 × 3.035% |
| | | | | | 장기요양=건강보험 료× 6.55% |
| | 사용자 | 실업급여: 임금총액×0.65% 고용안정· 직업능력개발 사업: 0.25~0.85% (사업규모별 차이) | 임금총액× 0.007~0.340 (업종별 차이) | 표준보수월액 × 4.5% | 건강보험=표준소득 월액 × 3.035% |
| | | | | | 장기요양=건강보험 료× 6.55% |
| 보장 내용 | | 실업급여 고용안정·직업능력개 발사업 | 요양급여 휴업급여 장해급여 유족급여 장의비 상병보상연금 간병급여 직업재활급여 | 노령연금 장애연금 유족연금 | 요양비 건강검진 장애인 보장구 급여비 |
| 주관 (수행) | | 노동부 (고용지원센터, 근로복지공단) | | 보건복지부 (국민연금관리 공단) | 보건복지부 (건강보험공단) |