KangNam
Labor Law Firm
Room #1501, A-1501 406, Teheran-ro, Gangnam-gu, Seoul, 06192, Republic of Korea
Tel: +82-(0)2-539-0098
Fax: +82-(0)2-539-4167
www.k-labor.com

History 연혁

2020

- Mar.25. : Published, "**The Practical Guide for Foreign Employment and Immigration**"(2nd ed.) "**외국인 고용과 비자 실무가이드**" 개정판 출간
- May13. : Published, "**Manual on Working Hours, Holidays and Leaves**" 영문/국문 "**근로시간, 휴일, 휴가 매뉴얼**" 출간

2019

- Dec.01. : Published, "**Wage Manual**" 영문/국문 "**실무자를 위한 임금 매뉴얼**" 출간
- Sep.09. : Published, "**Labor Union Manual**" 영문/국문 "**실무자를 위한 노동조합 매뉴얼**"
- May.22. : Published, "**Manual for Lawful Dismissal**" "**실무자를 위한 해고 매뉴얼**" 출간
- Mar.25. : Published, "**The Practical Guide for Foreign Employment and Immigration**" "**외국인 고용과 비자 실무가이드**" 출간

2018

- Nov.01. : Published "**Workforce Restructuring Manual**" 영문/국문 "**실무자를 위한 인력 구조조정 매뉴얼**" 출간
- Apr.01. : Congratulation! KangNam Labor Law Firm was selected as one of ten law firms by foreigners living in Seoul. 외국인이 뽑은 10대 로펌에 선정

2016

- Jun. : Published, "The Korean Labor Law Bible" (5th ed.) 한국노동법 영문해설 (5판)
- Mar. : Competed update of Mobile App: Korean Labor Law (4th generation) 영문노동법 4세대 모바일 앱(영한노동법전, 한국노동법 영문해설, 노사문제 사례집)

2015

- Jun. : Publication of A Bilingual Code of Korean Labor Law(3rd) 영한노동법전 (제3판)

2014

- Mar. : "**Korean Labor Law : Disputes & Resolutions**" Printing the 3rd edition "**노사문제 사례별 대응방안**" 제3개정판 출시(실제사례, 행정해석, 판례중심) Compete update of App: Korean Labor Law (3rd Generation) 영문노동법 3세대 앱개발 (제3세대)

2012

- May : Published "**A Bilingual Code of Korean Labor Law**" (2nd ed.) **영한노동법전** 2판
- Apr. : Introduction of App (a bilingual code of Korean labor law bible) 영한노동법전 앱개발

2011

- July : Published, "**The Korean Labor Law Bible**" (4th ed.) **한국노동법 영문해설** (4판)
- May : Published, "**A Bilingual Code of Korean Labor Law**" **영한노동법전** 출간
- Mar. : Registered "**Publishing Business**" **출판사업 등록**

2010

- Aug. : Published, "**Korean Labor Law : Disputes and Resolutions**" (2nd edition) '**노사문제 사례별 대응방안**' (2판) 출간

2009

- Feb. : Published, "**The Korean Labor Law Bible**" (3rd edition) **한국노동법 영문해설** (3판) 출간

2008

- Mar. : Published "**Quarterly Labor Cases**" "**노동사례 사건**" 계간지 발행
- Jan. : Published "**Korean Labor Law : Disputes and Resolutions**" (2nd edition) '**노사문제 사례별 대응방안**' (초판) 출간

2006

- Feb. : Published, "**The Korean Labor Law Bible**" (2nd edition) **한국노동법 영문해설** (2판) 출간

2005

- Feb. : Established "**KangNam Labor Law Firm**" **강남노무법인 오픈**
- Jan. : Published, "**The Korean Labor Law Bible**"(1st edition): **한국노동법 영문해설** 출간

연소근로자의 근로조건

Ⅰ. 문제의 소재

연소자는 성인으로 성장하는 과정에 있기 때문에 신체적 정신적으로 미숙하고, 의무교육을 받아야 하기 때문에 특별한 보호의 대상이 된다.[1] 헌법(제32조 제5항)에 연소자의 근로는 특별한 보호를 받아야 한다고 규정하고 있으며, 근로기준법 제5장에서 연소자의 근로조건에 대해 구체적으로 기술하고 있다. 연소근로자는 24시간 편의점, 패스트푸드점, 생산 공장 등에서 단시간 근로자, 기간제 근로자, 현장실습생 등으로 일하고 있다. 따라서 연소근로자의 근로조건을 고려할 때, 연소자, 단시간 근로자, 기간제 근로자, 5인 미만 사업장의 근로조건을 모두 염두에 두고 판단하여야 한다. 특히, 현장실습생의 경우 학생 신분인지 근로자 신분인지에 따라 근로조건이 달라지게 된다.

연소자도 일반근로자와 마찬가지로 근로기준법의 모든 규정이 적용된다. 일반적으로 차별금지, 강제근로의 금지, 폭행의 금지, 근로계약의 서면작성, 부당해고 제한, 정리해고 제한 등에 적용된다. 다만, 5인 미만 사업장의 경우에는 해고제한, 휴업수당, 가산임금, 연차유급수당 등이 적용되지 않는다.[2]

연소근로자의 근로조건을 각 부분별 구체적으로 열거하고 특별한 보호규정을 기술하고, 법적인 쟁점이 되는 현장실습생에 대한 판단기준에 대해 살펴보고자 한다.

---

1) 임종률, 노동법(18판), 박영사, 2020, 611면; 하갑례, 근로기준법(33판), 중앙경제, 2020. 693면.

2) 상시 5인 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용하는 법규정

구분		적용법규정
근로기준법	제1장 총칙	제1조부터 제13조까지의 규정
	제2장 근로계약	제15조, 제17조, 제18조, 제19조제1항, 제20조부터 제22조까지의 규정, 제23조제2항, 제26조, 제35조부터 제42조까지의 규정
	제3장 임금	제43조부터 제45조까지의 규정, 제47조부터 제49조까지의 규정
	제4장 근로시간과 휴식	제54조, 제55조, 제63조
	제5장 여성과 소년	제64조, 제65조제1항·제3항(임산부와 18세 미만인 자로 한정한다), 제66조부터 제69조까지의 규정, 제70조제2항·제3항, 제71조, 제72조, 제74조
	제6장 안전과 보건	제76조
	제8장 재해보상	제78조부터 제92조까지의 규정
	제11장 근로감독관	제101조부터 제106조까지의 규정
	제12장 벌칙	제107조부터 제116조까지의 규정
최저임금법		전사업장
남녀고용평등법		전사업장
산업재해보상보험법		전사업장 (단, 5인 미만 농, 임, 어민 등 일부 업종은 제외)
고용보험법		전사업장 (단, 5인 미만 농, 임, 어민 등 일부 업종은 제외)
노동조합 및 노동관계조정법		전사업장

Ⅱ. 연소자의 범위와 사용금지 직종

1. 연소근로자의 범위

사용자는 15세 미만인 사람은 근로자로 사용하지 못한다. 다만, 예외적으로 고용노동부장관이 의무교육에 지장이 없다고 판단하여 취직인허증을 발급하는 경우에 한해 13세이상 15세미만자도 근로자로 사용할 수 있다(근기법 제64조, 시행령 제35조). 사용자는 18세 미만인 사람에 대하여는 그 연령을 증명하는 가족관계기록사항에 관한 증명서와 친권자(부모) 또는 후견인(친권자 부재)의 동의서를 사업장에 갖추어 두어야 한다(제66조).

2. 사용금지 직종

근로기준법에서 사용자는 임산부와 18세 미만자를 도덕상 또는 보건상 유해 · 위험한 사업에 사용하지 못한다(제65조). 금지직종은 고압작업 및 잠수작업, 18세 미만 청소년의 고용이나 출입을 금지하고 있는 직종이나 업종, 교도소와 정신병원에서의 업무, 소각과 도살의 업무, 유류를 취급하는 업무 등이다.[3] 다만, 유류를 취급하는 업무 중 주유업무는 제외한다.

사용자는 여성과 18세 미만인 사람을 갱내(坑內)에서 근로시키지 못한다. 다만, 보건・의료, 보도・취재 등 업무를 수행하기 위하여 일시적으로 필요한 경우에는 그러하지 아니하다. (제72조)[4]

사용자는 양성공, 수습, 그 밖의 명칭을 불문하고 기능의 습득을 목적으로 하는 근로자를 혹사하거나 가사, 그 밖의 기능 습득과 관계없는 업무에 종사시키지 못한다(제77조).

청소년보호법에서 미성년자(19세 미만)에 대해 출입과 고용을 금지하는 업소(청소년 보호법 제2조 5목)는 다음과 같다.

(1) 청소년 출입・고용금지 업소: 유흥주점, 단란주점, 비디오방, 노래방(청소년의 출입이 허용되는 시설을 갖춘 업소에는 출입만 가능), 전화방, 무도학원업, 무도장업, 사행행위 영업, 성기구 취급업소

---

3) 금지직종은 ①「산업안전보건기준에 관한 규칙」고압작업 및 잠수작업, ②「건설기계관리법」,「도로교통법」 등에서 18세 미만인 자에 대하여 운전, 조종면서 취득을 제한하고 있는 직종과 업종의 운전, 조정업무, ③「청소년보호법」 등 다른 법률에서 18세 미만 청소년의 고용이나 출입을 금지하고 있는 직종이나 업종, ④ 교도소와 정신병원에서의 업무, ⑤ 소각과 도살의 업무, ⑥ 유류를 취급하는 업무(주유업무는 제외한다), ⑦ 2-브로모프로판을 취급하거나 노출될 수 있는 업무, ⑧ 그 밖에 고용노동부장관이 심의를 거쳐 지정하여 고시하는 업무.

4) **제42조(갱내근로 허용업무)** 법 제72조에 따라 여성과 18세 미만인 자를 일시적으로 갱내에서 근로시킬 수 있는 업무는 다음 각 호와 같다. 1. 보건, 의료 또는 복지 업무. 2. 신문・출판・방송프로그램 제작 등을 위한 보도・취재업무. 3. 학술연구를 위한 조사 업무. 4. 관리・감독 업무. 5. 제1호부터 제4호까지의 규정의 업무와 관련된 분야에서 하는 실습업무

(2) 청소년 고용금지 업소: 숙박업, 이용업, 목욕장업 중 안마실을 설치하거나 개실로 구획하여 하는 영업, 담배소매업, 유독물 제조・판매・취급업, 티켓다방, 주류판매 목적의 소주방, 호프, 카페 등 형태의 영업, 음반판매업, 비디오물 판매・대여업, 일반게임장, 만화대여업

Ⅲ. 근로계약의 특별보호

연소근로자와 사용자는 근로조건의 결정 시 동등한 지위에서 자유로운 의사에 의하여 근로계약을 작성하여야 한다(제4조). 이 경우 친권자[5]나 후견인[6]이 미성년자의 근로계약을 대리할 수는 없으나, 근로계약이 미성년자에게 불리하다고 인정하는 경우에는 이를 해지할 수 있다(제67조). 민법상 19세 미만인 미성년자는 독자적으로 계약체결 등 법률행위를 할 수 없고, 친권자나 후견인의 동의를 받아 법률행위를 할 수 있다. 노동법에서도 연소근로자는 근로계약시 친권자의 동의서를 제출해야 한다. 그러나 연소근로자는 임금청구, 노동조합 가입 등의 법률행위를 독자적으로 할 수 있다.

사용자는 연소자와 근로계약 체결시 필수 기재사항에 대해 서면으로 작성하여 교부하여야 하고, 근로조건이 변경된 경우 변경된 근로계약서를 교부하여야 한다(제17조). 서면 명시내용은 다음과 같다. ① 임금: 임금의 구성항목, 계산방법, 지급방법. ② 소정근로시간: 연소자의 법정 근로시간 내에서 정해져야 한다 (1일 7시간, 1주 35시간 이내). ③ 주휴일: 1주 15시간 이상 근무한 경우에는 1주일에 평균 1일 이상의 유급 주휴일을 주어야 한다. ④ 유급휴가: 5인 이상의 사업장은 월차 유급휴가와 연차 유급휴가를 보장하여야 한다. ⑤ 취업의 장소와 종사하여야 할 업무.

Ⅳ. 임금

사용자는 연소근로자에게 임금을 직접, 통화로, 그 전액을 지급하여야 하고, 매월 1회 이상 일정한 기일을 정하여 지급하여야 한다(제43조). 연소근로자가 퇴직하거나 해고로 인하여 근로관계가 종료된 경우에는 14일 이내에 임금, 퇴직금, 기타의 금품을 지급하여야 한다(제36조). 사용자가 임금을 친권자에게 지급하면 안된다(제68조). 사용자의 귀책사유로 연소근로자가 근로를 제공하지 못한 경우에는 평균임금의 70%의 휴업수당을 지급하여야 한다(제46조). 연소근로자가 질병이나 재해 등의 비상한 상황이 발생해 그 비용을 충당하기 위해 임금지급일 전에 기왕의 근로에 대한 임금을 지급해 줄 것을 요구하면 사용자는 지급해야 한다(제45조).

임금은 최저임금 이상으로 책정되어야 하고, 연소자라는 이유로 최저임금을 저하시킬 수 없다.

---

5) 민법 제909조(친권자) ①부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다.
6) 민법 **제928조(후견인)** 미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 친권의 전부 또는 일부를 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인을 두어야 한다.

다만, 1년 이상의 근로계약을 체결하고 수습 중인 근로자의 경우에는 최저임금의 10%를 감한 범위내에서 정할 수 있다. 그러나 그 업무가 단순 노무업무의 경우에는 해당되지 않는다(최저임금법 제5조).

연소근로자가 1년 이상 계속근무한 후 퇴직하는 경우에는 계속근로년수 1년에 30일분의 평균임금으로 하는 퇴직금을 지급하여야 한다(제34조). 다만, 근로시간이 4주간 평균 1주 근로시간이 15시간 미만인 경우에는 퇴직금 지급의무가 없다. 1주 평균 15시간 미만인 달과 그 이상인 달이 섞여 있는 경우에는 1주 평균 15시간 이상인 달만 계산하여 그 기간이 1년 이상인 경우에 한해 퇴직금이 발생한다(제18조).

V. 근로시간과 휴식의 특별보호

15세 이상 18세 미만인 사람의 근로시간은 1일에 7시간, 1주에 35시간을 초과하지 못한다. 다만, 당사자 사이의 합의에 따라 1일에 1시간, 1주에 5시간을 한도로 연장할 수 있다. 1주란 휴일을 포함한 7일을 말하기 때문에 연소근로자가 근로할 수 있는 최장시간은 주40시간이 된다. 따라서 연소근로자에 대해서는 탄력적 근로시간제와 선택적 근로시간제가 적용되지 않는다(제51조, 제52조).

사용자는 연소근로자의 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 중에 주어야 한다. 이 경우 휴게시간은 연소근로자가 자유롭게 이용할 수 있어야 한다(제54조).

연소근로자가 1주 15시간 이상 계속 근무한 경우에는 유급 주휴일을 부여 받는다(제55조). 연소근로자가 1주간 소정근로일수를 개근한 경우에는 1일 이상의 주휴수당을 주어야 한다(제55조). 연소자의 주휴수당은 단시간 근로자의 근로조건과 같이 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정된다(제18조).[7]

연소근로자가 소정근로시간을 초과하여 근무한 경우에는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산한 연장근로수당을 지급하여야 한다(기간제법 제6조).

사용자는 18세 미만자를 오후 10시부터 오전 6시 까지의 시간과 휴일에 근로시키지 못한다. 다만, 사용자가 18세 미만자의 동의와 고용노동부장관의 인가를 받으면 야간시간과 휴일에 근로를 할 수 있다(제70조). 고용노동부의 인가기준에 따르면,[8] 연소자가 다수 아르바이트를 하고 있는 패스트푸드점에 대하여 업종의 특성상 야간 가동(영업)이 불가피 하다고 볼 수 있지만, 연소근로자의 건강보호 및 학습보장, 귀가 등 안전을 고려하여 특별한 사유가 없는 한 오후 12시까지 제한적으로 인가한다. 여기서 "특별한 사유"라 함은 사업주의 야간근로

7) 1일 4시간, 1주일에 5일, 시간급 10,000원 인 경우, 주휴수당은 단시간근로자의 비례원칙에 따라 계산된다. (주 20시간 / 40시간) x 8시간 = 4시간; 4시간 x 10,000원 = 40,000원이 된다.
8) 고용노동부의 연소근로자 야간근로 인가업무 처리지침(평등정책과-2004.7.26)

필요성과 연소근로자의 건강 등에 무리가 없는 경우를 말한다.

사용자는 연소근로자가 1년간 80%퍼센트 이상 출근한 경우에 15일을 연차휴가를 주어야 한다. 사용자는 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 연소근로자 또는 1년간 80퍼센트 미만 출근한 연소근로자에게는 1개월 개근 시 1일의 유급휴가를 주어야 한다(제60조).

Ⅵ. 4대보험 적용

연소근로자에 대해서 4대보험을 원칙적으로 가입해야 한다. 다만, 현장 실습생이 근로자가 아닌 학생 신분이면 4대보험 가입대상이 아니다. 연소근로자에 있어 4대 보험별로 조금씩 다르게 적용된다. (1) 산업재해보상보험: 근로자를 사용하는 모든 사업장에 적용되므로 연소근로자에게도 당연히 적용된다. 다만, 근로자가 아닌 현장실습생은 예외적으로 산재보상의 대상이 된다(산재법 제123조). (2) 고용보험: 1일 이상 고용된 연소근로자는 고용보험에 가입되지만, 1개월의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간 근로자는 제외된다. (3) 국민연금과 국민건강보험: 국민연금은 사업장에서 근무하는 18세 이상 60세 미만 자이다. 그러나 국민건강보험은 연령과 상관없이 사업장에서 근로를 하는 모든 근로자에게 적용된다. 가입제외 대상은 동일하게 고용기간이 1개월 미만인 일용근로자, 1개월의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간 근로자이다.

Ⅶ. 연소자 관련 법적 쟁점

직업계고등학교 3학년의 실습생이 근로자인지의 여부는 학생 신분인지 아닌지에 따라 달리 적용되고 있다. 현장실습생의 주 목적이 학점이수 등 실질적 학습능력을 위한 것이면 근로자로 볼 수 없다. 그러나 현장실습생이 사업주와의 사용종속관계가 인정되면 근로기준법상 근로자에 해당된다.

1. 학생 신분인 경우[9)]

2 + 1 체제의 공고실습생은 산업교육진흥법에 의거하여 고교 3년 과정중에 3학년(1년) 과정을 학생의 신분으로 산업체현장에서 현장실습을 실시한다. 산업체, 학교, 학생간에 표준협약서를 체결하고, 산업체와 학교측이 협의하여 작성한 현장실습계획에 따라 학생이 현장실습을 실시한다. 산업체에서는 학교측이 정한 기준에 따라 실습생의 현장실습 내용을 평가하여 그 결과를 학교측에 통보하는 것으로 되어 있다. 현장 실습은 산업교육진흥법에 따라 교육과정의 일부로써 공고생이 향후 산업에 종사하는 데 필요한 지식・기술・태도 습득을 목적으로 한다. 이 경우에는 실습생은 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 보기 어렵다.

9) 행정해석: 고용지원 실업급여과-262, 2011.1.19; 근기 68207-1833, 2002.5.4

2. 근로자 신분인 경우[10)]

졸업예정 실습생도 사용종속관계가 인정되면 근로자에 해당되고 근로기준법이 적용된다. 즉 고등학교 졸업예정자인 실습생이고 또 그 작업기간이 잠정적인 것이라 할지라도 바로 이러한 사유만으로 근로기준법을 적용받지 않는 근로자라고 단정할 수는 없다. 사업주와 실습생 사이의 채용에 관한 계약내용, 작업의 성질과 내용, 보수의 여부 등 실질적인 관계에 의하여 근로기준법 제2조의 규정에 의한 사용종속관계가 있음이 인정되는 경우에는 그 실습생은 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당된다.

Ⅷ. 결론

연소근로자는 정신적, 신체적으로 성장단계에 있고, 교육이 우선되어야 하는 시기이므로 성인근로자와는 달리 특별한 보호가 필요하다. 이러한 취지에서 근로기준법 제5장에서 특별보호의 내용을 구체화하고 있다. 최근 현장실습 중인 학생들의 산재가 발생하는 경우가 허다하여 이에 대한 주의가 요구된다. 연소근로자는 아직 성장단계에 있고, 신체적으로나 정신적으로 약한 사람들이기에 특별한 보호가 절실히 필요하다. 연소근로자의 특별보호 요건은 모두 강행규정으로 사업주가 이를 위반시 처벌의 대상이 된다는 사실을 명심하여야 할 것이다.

불법파견 판단지침과 판단 사례

Ⅰ. 문제의 소재

파견근로자를 사용하는 것은 기업체에서 고용의 유연화와 인건비 절감차원에서 큰 도움이 되기 때문이다. 그러나 이러한 파견근로자는 제한된 업종에 한해, 2년 밖에 사용할 수 없어 기업체에서는 파견근로 형태로 계속 유지할 수 있는 방법을 모색하게 되었다. 이러한 파견과 같은 효과를 가지면서 지속적으로 사용할 수 있는 것이 사내하도급이다. 사내하도급은 업무의 독립성과 전문성을 요구하고 있다. 그러나 우리나라의 많은 회사들이 이러한 전문적인 업무에 대하여 외주를 주는 것이 아니라 인건비를 아낄 수 있는 단순업무나 부족한 인력을 하도급이라는 형태로 활용하는 경우가 많다. 기업체가 하도급 근로자의 업무를 지휘·명령하게 되면 이는 불법파견으로 인정되어 직접고용의무와 함께 형사처벌을 받게 된다(파견법 제6-2조).

고용노동부는 불법파견을 방지하기 위하여 “파견과 도급의 구분을 위한 ‘근로자 파견’의

10) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2920 판결.

판단지침 지침" (2007.4.19)을 제시하였다. 그럼에도 불구하고 불법파견과 위장도급이 전산업으로 확대되어 왔다. 이에 고용노동부는 기존의 지침에 추가하여 "근로자파견 판단기준에 관한 지침" (2019.12.30)을 통해 판단기준을 구체화하고 있다.

Ⅱ. 불법파견 여부 판단

1. 불법파견의 이해

근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것이다(파견법 제2조). 근로자파견에 해당하는지 여부는 사용사업주(원청)와 파견사업주(하청)간 체결한 계약의 명칭이나 형식보다는 그 사실관계를 기준으로 판단한다.

도급이란 수급인이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고, 도급인은 그 일의 결과에 대해 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제664조). 수급인이 스스로의 재량과 책임하에 자기가 고용한 근로자를 사용하여 일을 완성하는 것을 의미한다. 사내하도급은 자신의 사업장 내에서 이루어지는 업무의 일부를 도급업체로 하여금 수행하도록 하는 것을 말한다. 수급인의 근로자가 도급인의 사업장에서 도급인의 지휘·명령을 받고 도급인에게 근로를 제공하는 경우에는 파견관계가 성립하는데, 이 경우 근로자파견요건을 갖추지 못하였기 때문에 불법파견이 된다.[11]

2. 위장도급과 불법파견 판단절차

우선, 하도급 업체가 실체가 있는 회사인지 확인한다. 실체가 없으면 해당 하도급 근로자를 직접고용 하라는 지시를 내린다. 하도급의 실체가 인정되는 경우에는 그 다음으로 하도급 회사의 위장도급 여부를 판단한다.

(i) 수급인의 사업주로서의 실체 판단: 기업체 내에서 외부인력을 활용하여 업무를 수행하는 경우, 우선 수급인이 사업주로서 실체가 인정되는지 여부를 검토한다. 수급인이 사업주로서 실체가 인정되지 않는 경우에는 수급인 소속 근로자는 도급인 회사에 직접적인 근로계약 관계가 있음을 인정한다.

(ii) 근로자파견 해당 여부 판단: 수급인이 사업주로서 실체가 인정되는 경우에는 도급인 회사가 수급인 소속 근로자를 실제로 지휘·명령하여 사용하는지를 검토하여 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단한다.

Ⅲ. 위장도급 판단기준과 사례

1. 수급인이 사업주로서의 실체 판단

11) 임종률, 노동법(18판), 박영사, 2020, 647면; 하갑례, 근로기준법(33판), 중앙경제, 2020. 793면.

대법원은 근로계약 관계를 숨기기 위한 도급계약과 관련하여 다음과 같은 기준을 제시하고 있다. "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 근로계약 관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다" [12]

수급인이 사업주로서 실체가 인정되는지 여부는 수급인과 도급인 사이에 체결된 계약의 형식, 명칭 등과 관계없이 수급인이 사업주로서의 독자성이나 독립성을 갖추고 있는지를 종합적으로 고려하여 판단한다. 그러나 수급인이 어느 정도의 사업주로서 독자성이나 독립성이 있는 경우에는 사업주로서의 실체가 있다고 판단한다.[13]

(1) 채용, 해고 등의 결정권: 수급인이 소속 근로자의 근로조건과 인사노무 관련 사항을 결정하는지 여부를 검토한다.

(2) 소요자금 조달에 대한 책임: 수급인이 사업체 설립비용, 사무실 임대비용, 기타 사업을 하기 위해 필요한 자금을 스스로 마련하는지 여부를 검토한다.

(3) 법령상 사업주로서의 책임: 수급인이 근로소득세 원천징수와 4대보험 가입여부, 취업규칙을 마련하여 시행하였는지를 검토한다.

(4) 기계, 설비, 기자재의 소유: 수급인이 독자적으로 사업을 하기 위해 필요한 기계, 설비, 기자재 등을 소유 여부를 검토한다.

(5) 전문적 기술·경험: 수급인이 사업에 필요한 전문적 기술이나 경험을 가지고 독자적으로 사업을 기획하고 경영상 의사결정권을 행사하는지 여부를 검토한다.

2. 판단 사례

(1) 사업주로서 실체를 인정한 사례

<금호타이어 사건: 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905>

① 하청이 원청과는 별도의 회사를 설립하여 독립적 사업주체로 활동하고 사업자 등록; ② 4대보험 가입; ③독자적인 취업규칙 마련 및 이를 근거로 근태관리권 행사

<인천공항공사 사건: 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012다79439>

12) 현대미포조선 사건: 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결
13) 대법원 2015.2.26. 선고 2010다106436 판결

① 하청이 별도의 취업규칙, 근태관리 및 징계권 행사; ② 해당 원청 외에 타 업체와도 용역계약 체결, 소속 근로자 2,730여명이 여러 업체에서 용역업무 수행

(2) 사업주로서 실체를 부인한 사례

<SK인사이트 사건: 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420>

① 원청이 하청근로자들에 대해 원청 직원들과 구분 없이 업무를 지시하고 제반 인사관리 직접 수행; ② 하청은 원청의 자회사가 주식 100%를 보유, 원청의 업무만 도급 받아 수행

➜ 원청은 위장도급의 형식으로 근로자를 사용하기 위해 하청의 법인격을 이용한 것에 불과, 실질적으로는 직접 채용한 것과 마찬가지로 근로계약관계가 존재한다.

<현대미포조선 사건: 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088>

① 하청은 약25년간 오직 원청으로부터 업무를 도급받아 수행하면서 원청이 채용여부 결정, 징계요구, 승진대상자 명단 통보; ② 원청이 근로시간과 연장근로를 결정하여 작업지시, 도급업무 외의 원청 업무도 수행하도록 함; ③ 원청이 상여금, 퇴직금 등 직접 지급

➜ 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 원청의 일개 사업부서로 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행

IV. 불법파견 판단기준과 사례

대법원은 불법파견에 대해 다음과 같이 기준판례를 제시하였다. "근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자의 형식적이고 명목상 정한 계약형식과 상관없이, 계약 목적 또는 대상의 특정성, 전문성 및 기술성, 계약당사자의 기업으로 실체 존부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다." [14]

1. 원청의 상당한 지휘·명령

도급인이 수급인 소속 근로자에 대해 직·간접적으로 업무수행의 구체적 사항에 관한 지시를 하고, 수급인 소속 근로자가 이에 구속되는지 등 상당한 지휘·명령 인정여부를 검토한다.

14) 현대차 사건: 대법원 2012.2.23. 선고 2011두7076판결.

수급인의 현장대리인이 수급인 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령을 하였다고 하여도 도급인이 결정한 사항을 전달하는 것에 불과한 경우에는 근로자파견의 징표에 해당할 수 있다. 다만, ① 도급인은 도급 작업의 범위를 특정하는 등 도급인의 권한에 속하는 정도의 지시만 하고, 구체적인 작업내용은 수급인의 현장 대리인이 결정하여 지시하는 경우, ② 도급인이 수급인 소속 근로자에게 상시적으로 지시하는 것이 아니라 긴급상황이나 일시적으로 지시하는 경우, ③ 산업안전보건법 제63조에 따라 도급인의 안전조치 및 보건조치를 해야 하는 경우에는 근로자파견의 징표에 해당한다고 보기 어렵다.

〈판단 사례〉

〈지휘·명령에 해당될 수 있는 경우〉

○ 원청이 하청근로자에 대해 일반적인 작업배치와 변경결정권을 가지고, 작업장소, 작업시간 등을 결정한 경우[15]

○ 원청이 작업방법과 내용 등이 기재된 업무매뉴얼이나 작업지침 등을 작성하여 하청근로자에게 교부하고, 하청근로자는 그에 따라 업무를 수행한 경우[16]

〈지휘·명령에 해당되기 어려운 경우〉

○ 하청이 계약이행을 위한 작업계획을 자체적으로 수립하고, 이에 따라 작업에 투입할 근로자 수, 작업배치와 변경, 작업시간 등을 독자적으로 결정하는 경우; ㅇ원청이 업무매뉴얼을 두는 등의 방법으로 하청근로자들의 업무에 관여했더라도, 하청소속 현장관리인이 작업지시를 하면서 근태관리 한 경우[17]

2. 도급인 사업으로의 실질적 편입

① 수급인 소속 근로자가 도급인 소속 근로자와 하나의 작업 집단으로 구성되어 공동 작업을 하거나, ② 도급인이 수급인 소속 근로자에게 계약상 업무 외의 업무도 수행하도록 하거나, ③도급인의 근로자 결원 발생 시 수급인 소속 근로자로 하여금 대체하도록 하는 등 도급인이 수급인 소속 근로자를 자신의 근로자와 마찬가지로 자신의 사업에 편입하였는지의 여부다.

수급인 소속 근로자가 도급인 소속 근로자와 같은 공간에서 같은 업무를 공동작업을 통해 수행하는 경우 근로자파견에 해당할 개연성이 높다. 근무 장소가 같더라도 개별 근로자들이 소속된 수급인의 계약 목적에 따른 업무를 각자 독립적으로 수행하는 경우에는 도급인의 사업에 편입되었다고 보기 어렵다.

---

15) 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.
16) 금호타이어 사건: 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결.
17) KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.

〈판단 사례〉

〈원청 사업 편입에 해당될 수 있는 경우〉

○ (같은 장소) 하청근로자와 원청근로자가 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 함께 수행하는 경우[18]

○ (다른 장소) 하청근로자와 원청근로자의 작업장소가 공간적으로 떨어져 있더라도, 하청근로자들이 일련의 공정 중 하나, 또는 하나의 공정 중 세분화된 작업단계에 참여하고 밀접하게 연동되어 진행되는 경우[19]

〈원청 사업에의 편입에 해당된다고 보기 어려운 경우 〉

○ (같은 장소)근로자가 도급인소속 근로자와 같은 공간에서 함께 근무하더라도, 업무내용이 서로 다르고, 도급인소속 근로자의 업무와 무관하게 독립적으로 이루어지는 경우[20]

○ (다른 장소) 하청근로자가 원청근로자와 혼재하여 동일한 업무를 수행하는 것이 아니고, 공정 간 유기성도 크지 않은 경우[21]

3. 인사노무 관련 결정

수급인이 업무에 투입될 하도급 근로자의 인사노무와 관련된 사항을 결정하고 관리 권한을 독자적으로 행사하는지 검토한다.

〈판단 사례〉

〈인사권을 행사하지 않은 경우〉

○ 하청이 근로자를 신규 배치하는 경우 원청의 승인을 받아야 하고, 원청이 근로자의 교체를 요구하면 하청은 이를 반드시 따르도록 되어 있는 경우[22]

○ 하청근로자의 업무시간, 연장근로 여부 등을 원청이 결정하는 경우[23]

〈인사권을 행사한 경우 〉

○ 하청이 업무수행에 필요한 교육을 자체적으로 실시하고, 채용·징계 등에 관한 기본적 권한을 가지고 근로자들의 근태관리를 직접 한 경우[24]

---

18) 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.
19) 금호타이어 사건: 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결.
20) KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.
21) 한국타이어 사건: 대법원 2018. 12. 13 선고 2015나2023411 판결.
22) 군포시 사건: 대법원 2016. 7. 22. 선고 2014다222794 판결.
23) 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

4. 업무의 전문성과 기술성

수급인 소속 근로자가 수행할 업무가 구체적으로 확정되어 있는지, 도급인 소속 근로자의 업무와 구별되고 전문성과 기술성이 있는지를 검토한다.

<판단 사례>

< 전문성·기술성 등이 없는 경우 >

○ 하청의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 원청의 필요에 따라 하청의 업무가 결정되는 경우; ㅇ하청근로자의 업무가 원청근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 않는 경우[25]

<전문성·기술성 등이 인정되는 경우 >

○ 하청근로자의 업무가 원청근로자의 업무와 달라 독립적으로 이루어지는 경우;

○ 하청근로자가 도급계약에서 정한 업무만 수행하고, 원청의 지시에 따른 추가적인 업무는 수행하지 않는 경우[26]

5. 기업조직과 설비 등 보유

수급인이 도급계약 등의 당사자로 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비, 장비 등을 갖추고 있는지를 검토한다.

<판단 사례>

<독립적 기업조직·설비를 갖추지 못한 경우>

○ 하청의 고유기술이나 자본이 투입되지 않는 경우[27]

○ 하청이 별도의 인적·물적 시설을 갖추지 않고 다수의 근로자들로만 구성되어 있고, 특유의 전문성도 갖추지 않은 경우[28]

<독립적 기업조직·설비를 갖춘 경우>

○ 하청이 도급계약 목적 달성을 위한 조직을 갖추고 있고, 실제로 해당 원청 외의 다수 업체를 상대로 업무를 수행하고 있는 경우[29]

---

24) KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.
25) 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.
26) KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.
27) 현대차 사건: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.
28) 금호타이어 사건: 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결.
29) KT&G 사건: 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.

Ⅳ. 결론

최근 한 외국계 자동차회사의 한국자회사에 대해 불법파견 개선 컨설팅을 진행하였다. 현 실태에 대한 진단과 함께 노동법, 판례, 고용노동부의 지침에 따라 불법파견 개선사항을 제시해 주었다. 이 회사의 컨설팅을 진행하면서 놀라웠던 사실은 회사를 사람의 몸으로 비유할 때, 머리와 가슴만 직영으로 관리하고, 몸통과 수족은 하도급으로 진행하고 있었다. 이 회사의 차량 판매, 차량 배송, 차량부품 창고, 사내 전산관리, 차량 품질관리, 고객관리 콜센터, 사내차량 관리, 사내교육 등이 모두 하도급으로 관리되고 있었다.

이러한 형태의 하도급 관리는 글로벌 경쟁체제 하에서 기업이 손쉽게 비용을 절감하고 고용조정을 할 수 있는 수단으로 활용하고 있다. 그러나 이러한 하도급 활용은 엄격한 도급관계를 유지해야만 가능하다. 도급의 특성인 독립성과 전문성을 유지해야만 한다. 앞서 설명한 불법파견 판례에 따라 철저하고 지속적인 관리가 되지 않은 이상 불법 파견이 되기 쉽다.

지입차주의 근로자성 판단기준

Ⅰ. 문제의 소재

근로자성에 대한 판단기준에 대한 기준이 더욱 중요해지고 있다. 근로자가 근로계약을 작성하고 근무를 제공한 경우나, 프리랜서가 전문성을 가지고 독립적으로 용역을 제공한 경우에는 문제가 없다. 일반적으로 근로자성의 다툼의 문제가 되는 것이 근로자와 프리랜서 사이의 직군들에서 문제가 많이 발생하고 있다. 특히, 지입차주와 같이 운송차량을 소유하고 근로를 제공하는 경우 근로기준법 상 근로자로 볼 수 있는지 따져볼 일이다. 본인 소유의 차량을 가지고 물품 납품에 종사하는 운전기사의 경우 운송용역을 제공하고 용역비를 수령하기 때문에 근로자가 아닌 자영업자이다. 그러나 최근에는 특정 업체에 전속되어 지입차주로 등록하고 운전기사로 해당회사의 상당한 업무지시를 받으면서 일해 온 경우에는 근로자로 인정받는 경우가 많다. 이에 비해 물류회사 소속으로 운송건수에 따라 용역비를 받는 경우에는 전속성과 계속성이 있더라도 근로자로 인정받지 못한다. 즉, 이는 사용자와 용역제공자 간 인적종속성이 강하면 근로자로 인정받고, 인적 종속성 없이 경제적 종속성만 인정되는 경우에는 근로자로 인정받지 못하고 있다.

이번에는 지입차주의 근로자성에 대해 살펴보고, 사안별 판단기준을 구체적으로 살펴보고자 한다,

II. 지입차주의 근로자성 판단

1. 근로자성 판단의 일반적인 기준

근로자성에 대해서는 근로기준법 제2조 제1항 '근로자'의 정의에서 찾고 있다. "근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다." 라고 기재하고 있다. 앞의 정의로 보면 ① 근로의 대가는 임금을 목적으로 하며, ② 사용자의 사업 또는 사업장에 전속되어야 하고, ③근로인 노동력을 제공해야 한다는 것이다. 이 3가지를 모두 충족하는 것이 근로자이고, 이 중 하나라도 부족하면 근로자라고 볼 수 없다.[30]

이러한 근로자의 정의에 대해 법원은 사례별로 판단을 달리하여 왔으나, 대법원은 종합반 입시강사의 근로자성 판단(2004다29736)판결에서 명확한 기준을 제시했는데 이후 근로자성 사건을 다룰 때 이 판례가 기준이 되고 있다.[31] 첫째는 계약의 형식이 도급계약인지 여부와 상관없이 실질적인 관계를 중시한다. 둘째, 사용종속관계 기준을 아래의 9가지로 나열하면서, 인적 종속성, 경제적 종속성, 가중요소를 살핀다. 셋째, 사용종속관계의 판단기준을 적용함에 있어 사용자의 힘의 우위에서 결정할 수 있는 요소에 대해서는 근로자성 가중요소는 되지만, 판단의 부정적 요소로 볼 수 없다는 기준을 제시하고 있다.

이 판례는 **"근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급 계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다.** 여기서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 **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 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도** 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다" 고 판시하고 있다.[32]

---

30) 임종률, 노동법(제18판), 박영사, 2020, 33면.
31) 임상민, 전속 지입차주인 운송기사의 근로자성, 저스티스, 한국법학원, 2014.4. 318면; 윤애림, 화물운송 차주겸 기사의 근로자성, 노동법학(44), 2012.12. 한국노동법학회, 186면; 양성엽, 지입차주의 근로자성 판단기준, 노동법학(63), 한국노동법학회, 2017.9. 153면; 구건서, 지입차주 겸 운전기사 판결 비교를 통한 근로자 개념의 재검토, 노동법포럼(12), 노동법이론실무학회, 2014.4. 82면.
32) 대법원 2006.12.07. 선고, 2004 다 29736 판결, 종합반 입시강사의 근로자성

2. 지입차주의 업무와 근로자성 판단

지입제란 화물자동차 소유자와 화물자동차 운송사업자 사이에 체결하는 계약으로, 대외적으로는 화물자동차 소유자(지입차주)가 그 소유의 차량명의를 화물자동차 운송사업자(지입회사)에 신탁하여 그 소유권과 운행관리권을 지입회사에 귀속시키되, 대내적으로는 위 지입차량의 운행관리권을 위탁받아 지입회사에 일정액의 관리비를 지급하기로 하는 계약을 말한다.[33] 이 지입차주가 지입회사의 근로자인지의 여부에 대해 지입차량의 실질적 소유나 운행이 지입차주에 의해 지배관리 되었던 경우에는 근로자성을 부인하고 있다.[34]

지입차주에 대한 근로자성 판단에 있어 그 업무의 특성이 일반근로자와 다르기 때문에 일반적인 기준과 차이가 나는 점은 다음의 4가지가 핵심 요소를 이루고 있다. 특히, 하기 사항을 개별적으로 고려하여 종합적으로 판단하고 있다.

첫째, 사용자가 지입차주에 대해 지휘, 감독을 할 수 있는지의 여부이다. 사용자가 지입차주에 대해 업무지시, 출퇴근, 업무할당 등을 직접 지시하는 경우에는 근로자성이 강하다고 판단하고 있다. [35]

둘째, 지입차주의 보수 결정방식이다. 운송횟수나 그 내용에 따라 보수가 결정되는지, 아니면 월 일정한 고정된 보수를 받고 일하는지에 따라 그 판단을 달리하고 있다. 일반적으로 고정된 보수를 받는 경우에는 사업에 대한 리스크가 없고, 본인의 노력여부와 상관없이 보수가 정해지기 때문에 근로자성이 강하다고 보았다.[36]

셋째, 지입차주가 자신의 계산으로 노무제공여부를 결정하는 경우가 아니라 사용자의 사업목적에 따라 노무를 제공하는 경우에는 종속성이 강하다고 보았다.[37]

넷째, 근로제공의 계속성과 사용자에 대한 전속성 여부에 따라 근로자성을 판단하는데 중요한 참고사항이 된다.[38]

III. 지입차주의 근로자성 판단 잣대

1. 지입차주에 대한 근로자성 판단 기준

근로기준법상 근로자여부에 대한 판단에 있어 첫 번째는 계약의 형식이나 명칭이 아닌 노무제공관계의 실질적 판단이고, 둘째로 노무제공관계의 판단 징표를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 셋째로 사용자가 경제적 우월한 지위에 기인하는 요소는 별도로 판단하여야 한다. 이 판단기준에 의한 징표를 1) 인적 종속요소, 2) 경제적 종속요소, 3)가중요소로 구분하여

33) 윤애림, 화물운송 차주겸 기사의 근로자성, 노동법학(44), 2012.12. 한국노동법학회, 171면
34) 행정해석 2000.3.10 근기68201-695; 대법원 2013.7.11 선고 2012다57040 판결.
35) 대법원 2013.4.26 선고 2012도5385 판결
36) 대법원 2011.6.9 선고 2009두9062 판결
37) 서울행정법원 2007.11.29 선고 2007구합2241 판결
38) 서울행정법원 2018.7.20 선고 2018구단57660 판결

그 성질을 파악할 수 있다. 이를 구분하는 이유는 대법원의 판단기준이 병렬적으로 나열하고 있기 때문에 근로자성 판단에 있어 혼란을 주고 있기 때문이다. 따라서 이러한 일반적인 근로자성 판단요소를 기준으로 점수화하고 있는 것은 각기 다른 사례에 있어서도 객관적인 판단을 유지하기 위해서이다. 특히, 가중요인은 사용자가 경제적 우위에서 일방적으로 정할 수 있는 사항이기 때문에 이에 해당될 경우 근로자성 판단기준에 가중되지만, 이 부분이 없다고 하여 근로자성 판단에 있어 감소요인은 되지 않는다.

2. 근로자성 파악을 위한 체크리스트 및 판단[39)]

대법원 판례 (9가지: 판단요소 세부내용)			지입차주의 근로자성	검토의견	
				근로자	사용자
인 적 종속성	1) 사용자의 지휘, 감독 여부	① 사규 적용여부	사규 적용여부 판단	×/○	×/○
		② 출퇴근, 휴가 통제, 징계	출퇴근 및 휴가사용 통제 없었음		
		③ 업무지시, 관리감독 여부	업무수행 중 상당한 지휘감독 여부		
	2) 근무시간과 근로장소 구속	④ 근로시간 구속	출퇴근시간, 출근일 등 시간적 구속여부		
		⑤ 근로장소 구속	근로장소가 정해져 있거나 근로장소 제한 여부		
경제적 종속성	3) 비품,원자재작업 도구, 비용처리 여부	⑥ 작업도구소유	작업도구 소유여부		
		⑦ 차량 비용처리	운영비/수리비 지원여부		
	4) 제3자대행여부	⑧ 제3자대행가능	부재시 제3자에 대체 가능여부		
	5) 노무제공을 통한 이윤창출, 독립 사업 영위여부	⑨ 이윤창출, 적자 위험책임, 독립사업여부	이윤창출 가능여부, 적자 위험 부담, 독립사업 여부		
	6) 보수의 성격 근로 대가여부	⑩ 보수지급 기준	고정된 보수여부, 운행 횟수에 따른 보수 결정여부		
	7) 근로제공의 계속성, 전속성 여부	⑪ 근로의 계속성	장기 근로여부		
		⑫ 근로의 전속성	업무 중 타사에 복무가능 여부		
가 중 요 인	8) 기본급, 고정급 지급여부	⑬ 기본급 지급여부	주요 급여의 구성항목이 기본급인지 성과급인지 여부		
	9) 근로소득세, 4대보험적용 여부	⑭ 근로소득세, 4대보험 적용	사업소득세 부담, 4대보험 적용 및 4대보험료 납부여부		
평가의견				○개	○개

* 위의 표 사용방법은 근로자성이 강한 경우 근로자 부분에, 사용자성이 강한 경우 사용자 부분에 표시한 그 개수를 합하여 근로자성 여부를 판단한다.

39) 정봉수, "원어민 강사의 노동법적 지위에 관한 연구", 고려대학교 석사학위 논문 79면.

Ⅳ. 지입차주의 근로자성 판단 적용

1. 근로자성을 부인한 판결

(1) 대법원 2013.7.11. 선고 2012다57040 판결 (지입차주)

운수회사에서 지입차주로 운송용역계약에 따라 상당기간 고정된 운송일정과 운송경로에 따라 반복적으로 특정 운송업무를 반복 수행한 경우에 근로자로 볼 수 없다고 판결을 하였다. 원심은(수원지법 2011나20352)는 인적, 경제적 종속성을 판단하여 근로자로 인정하였다. 그러나 대법원은 원고가 피고 운수 회사와 제품 운송용역계약을 체결하고, 그에 따른 용역을 제공한 것이기 때문에 근로자로 볼 수 없다고 판단하였다. 그러나 이 판결은 기존 대법원의 근로자성의 판단기준에 역행하는 판결이라는 비판을 많이 받고 있다.[40]

(2) 대법원 2000.10.6 선고 2000다30240 판결 (지입차주 등록한 후 개인사업자)

지입차주가 자신의 명의로 사업자등록을 하고 자기 책임하에 개인운송사업을 하다가 사업장에서 다친 경우 근로자로 볼 수 없으며 개인사업자로 본다.

(3) 서울행정법원 2016.4.7. 선고 2015구합76254 판결 (개인사업자)

사업주가 지입차주들에게 화물배송업무만 배정하였을 뿐 개별 지입차주들을 관리 감독하지 않았다. 지입차주들은 화물배송업무를 자신이 직접 수행하거나 제3자를 고용하여 수행하는 것에 상관없이 배정된 화물배송업무를 완료하기만 하면 약정된 금액의 돈을 지급 받을 수 있었다.

(4) 대법원 2005.6.24. 선고 2005두3875 판결 (물품운송계약 따른 지입차주)

지입차주는 물품운송계약에 따라 사용자가 지정한 특정회사의 물품을 정기적으로 배달하고, 월 고정된 보수를 받았다. 이 사건에 있어 사용자는 지입차주에 대해 출퇴근 의무, 보고의무, 직접적인 업무지시 등이 없었다.

(5) 대법원 2011.6.9 선고 2009두9062 (화물량에 따른 운임을 받은 지입차주)

위탁차량 관리계약을 체결하고 자신의 비용으로 차량을 관리하면서 필요한 경우 다른 차량이나 사람으로 대체할 수도 있을 정도로 자유로운 상태에서 화물을 운송하고 화물량에 따라 운임을 지급받았다면 운송수입을 목적으로 하는 사업자이다.

---

40) 임상민, 전속 지입차주인 운송기사의 근로자성, 저스티스, 한국법학원, 2014.4. 323면; 박은정, 운송용역계약을 체결한 화물운송기사의 근로자성, 노동리뷰(제104호), 한국노동연구원, 2013.11; 구건서, 지입차주 겸 운전기사 판결 비교를 통한 근로자 개념의 재검토, 노동법포럼(12), 노동법이론실무학회, 2014.4. 92면.

2. 근로자성을 인정한 판결

(1) 대법원 2013.4.26 선고 2012도5385 판결 (회사 직영 지입차주)

특정 회사에 종속적인 관계에서 자신들 소유인 차량을 이용하여 근로를 제공하고 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 고정적 임금을 받아왔다. 사용자가 생산한 철선 제품을 사용자의 지시에 따라 서울근교에 직접 운송해 왔다.

(2) 서울고등법원 2018.4.4. 선고 2017누67843 판결 (운송회사의 월대지입차주)

운송회사에는 두 가지 직군이 있다. 운송건당 운송료를 지급하는 고정지입차주와 매월 고정된 금액을 받는 월대지입차주가 있다. 고정지입차주는 매 건당 운송수수료를 받기 때문에 운송량의 변화에 따른 위험을 스스로 감수해야 한다. 그러나 월대지입차주는 운송회사의 긴급운송이나 예상할 수 없는 경우에 대처하기 위하여 언제나 회사의 긴급 사항에 대하여 준비해야 하였다. 이 월대지입차주는 퇴직금을 받을 자격이 있는 근로자이다.

(3) 서울행정법원 2018.7.20 선고 2018구단57660 판결 (회사 직영 지입차주)

회사 소속 직영으로 있던 기사가 지입차주로 변경되었지만, 실제로 기존의 업무와 별 차이가 없었다. 지입차주는 배송업무 뿐만 아니라 회사의 지시에 따라 잔무를 처리하였다.

(4) 서울행정법원 2007.11.29 선고 2007구합2241 판결 (운송회사 종속 지입차주)

형식적으로는 회사와 화물운송용역계약을 체결한 개인사업자인 것처럼 보이지만 그 실질은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다. 종속적인 관계의 내용은 화사로부터 매월 일정한 금액을 받았고 출퇴근 시간을 준수하였으며, 휴무와 정년 규정이 적용되었다. 또한, 회사에 전속되어 업무수행을 하였으며 운행일지등을 작성하여 보고하였고 경조사 시에도 휴무규정이 적용 되었다.

V. 결 론

지입차주의 근로자성 판단에 있어 외형적 운송용역계약의 내용 보다는 실질적인 운용형태에 따라 근로자성을 판단하고 있다. 아직도 현장에서는 실질적인 지입차주가 근로자이면서도 운송용역계약에 따라 개인사업자로 간주되면서 근로자로서 보호받아야 할 근로기준법상 어떠한 혜택도 받지 못하는 경우가 많다. 따라서 이러한 지입차주에 대한 근로자성 판단기준을 명확히 하여 노동법의 사각지대를 없애야 할 것이다.

직장내 한국과 서양 문화 차이의 이해

I. 서론

우리나라가 미국, 유럽연합과의 자유무역협정을 체결함에 따라 더 많은 외국인 회사들이 한국에서 지사를 설립하고 있으며, 이에 한국인 회사들도 이러한 선진국 시장과 경쟁하기 위해서 더 많은 전문직 외국인들을 고용하여 사용하고 있다. 한국인과 서양인이 같이 하나의 기업 또는 사무실에서 함께 협력하여 업무를 수행함에 있어 언어적 차이뿐만 아니라 서로 다른 문화적 차이로 인하여 불필요한 오해를 일으키거나 업무상 큰 과실을 가져오는 경우를 많이 볼 수 있다. 이러한 문화적인 차이는 각국의 고유한 문화적 배경에서 나오는 것으로 이를 이해하지 못하면 상대방을 이해하는데 어려울 뿐만 아니라 업무상 적지 않은 손실로 직결이 되는 경우가 많다. 이는 각국의 고유한 문화적 배경이 직장 내에서의 수직적 상하관계, 언어적으로 표현 방법에 따른 인간관계, 나이와 직책에 따른 호칭관계, 자기 표현방법 등에서 많은 차이를 발생시키기 때문이다. 이러한 문화적 차이에 대해 그 대표적인 내용을 사례와 한국에서 직장생활을 하는 외국인들의 경험을 중심으로 살펴보고자 한다.

II. 비행기 추락사고와 관련된 문화적 차이의 비밀

『1997년 8월 6일 오전 1:42분경 대한항공 여객기가 괌 공항에 착륙을 시도하던 중 험악한 날씨로 인한 시계 불량과 조종사들의 누적된 피로 등으로 인하여 활주로를 벗어나 공항 인근 야산에 추락하였고 탑승객 254명 중 228명이 사망하였다. 당시 조종사들이 기상악화로 활주로가 보이지 않는 상태에서 착륙을 시도하고 있었다. 기체가 하강하면서 지표근접경보장치가 500피트(150미터) 경보음을 알렸을 때, 부기장은 "착륙, 포기합시다." 라고 기장에게 말했다. 그런데 이는 '권유' 하는 방식의 어조였다. 기장이 대처를 하지 아니하자 부기장이 "안보이죠. 착륙 포기" 를 말하자 이때에야 기장이 착륙포기를 결정하였다. 이러한 사이에 기체는 하강하여 추락하고 말았다. 만약에 부기장이 긴급한 상황에 맞추어 권유의 방식이 아닌 '명령' 하는 어조로 말하였다면, 긴급한 상황에 즉시 대처하여 이 항공기 추락사고를 예방할 수 있었을 것이다.』[41]

2001년 대한항공은 델타 항공으로부터 데이비드 그린버그를 비행안전 책임자로 영입하여 항공안전에 대한 근본적인 원인을 찾고 그 예방방향을 제시하였다. 그린버그는 대한항공의

41) 말콤 글래드웰, "아웃라이어" 7장. 252페이지, '비행기 추락에 담긴 문화적 비밀'

항공기 추락사고의 주요한 원인을 한국의 복잡한 경어체계와 수직적인 계급문화에서 찾았다. 그린버그는 "대한항공의 공용어는 영어다. 만약 대한항공의 조종사로 남고 싶다면 영어를 유창하게 구사할 수 있어야 한다"는 규칙을 세웠다. 영어에는 이러한 경어체계가 없고, 서로 계급간에 권위가 낮다. 즉, 이 계급간의 권위에 대한 차이를 나타내는 '권력간격지수 (Power Distance Index)'에 있어 한국은 최상에 해당되고, 미국은 최하위에 해당된다. 기장과 부기장과의 관계는 서로 보완해서 항공기를 운행하여야 하는 관계임에도 불구하고, 한국의 조종사들은 기장과 부기장과의 상하관계가 명확하고, 부기장은 기장의 명령에 복종해야 하는 관계다. 더욱이 부기장의 사소한 실수에 대해 기장은 부기장의 손을 친다든지 하면서 훈계를 할 수 있고, 이것이 자연스럽게 받아들여진다. 또한 이러한 상하관계에 있어 복잡한 경어체계가 존재한다. 상급자는 하급자에게 말을 낮추어 얘기하고, 하급자는 상급자에게 말을 높이는 말을 사용한다. 예를 들어, 아주 낮춤(해라), 예사 낮춤(하게), 예사 높임(해요), 아주 높임(하십시오) 등이다. 이러한 경직된 상하관계, 경어체계의 언어사용에 있어, 부하가 상급자의 잘못을 바로 지적할 수 없을 뿐만 아니라 간접화법으로 상급자의 감정을 상하지 않게 하면서 상황을 전달한다.

대한항공은 그린버그 씨를 영입한 이후 사고가 거의 사라지면서 대내외적인 신뢰를 완전히 회복할 수 있었다. 그린버그씨가 위에서 언급한 영어교육 강화와 아울러, 군 출신이 주류였던 조종사 인력에 민간 출신의 비중을 늘리는 등의 방법으로 조종실 내의 문화를 개선했으며 기술적 용어와 소통 절차 등을 표준화했다. 이러한 조직문화의 변경을 통해 대한항공은 유사한 항공기 사고를 예방할 수 있었고, 타 항공회사의 벤치마킹 대상이 되었다. 2010. 4. 10. 폴란드 레흐 카친스키 대통령이 탑승한 항공기가 러시아의 한 공항에 안개가 심하게 낀 상태에서 무리하게 착륙하던 중 추락하여 97명이 숨졌다. 이 사건 직후, 폴란드 최대 일간지 가제타 비보르차는 대한항공 사례를 소개했다. "1990년대 말 대한항공은 크고 작은 사고가 잇따르면서 에어프랑스와 델타항공으로부터 제휴청산을 요구 받았으며, 미국 연방항공국(FAA)이 안전등급을 하향 조정하는 등 위기를 맞았으나 항공 안전컨설팅을 통해 위기를 극복했다. 해법은 '영어로 얘기하라'는 것이었다. 한국은 상사나 연장자에 대한 존경심이 강해 기장이 실수하더라도 부기장이 직언을 하지 못하는 경우가 많았다. 영어 대화를 통해 '언어의 덫'에 갇혀 있던 위계적 문화를 타파할 수 있었다."

III. 호칭과 나이와 관련된 문화적 차이

1. 호칭과 관련된 문화적 차이

한국에서는 호칭이 아주 중요하며 회사에서 그 호칭을 사용하며 말한다. 이에 반해 서양 사람들은 그 호칭을 사용하지 않고, 그 대신에 이름을 부르거나 성 앞에 'Mr/Mrs/Ms/Miss'를

사용한다. 단지 호칭은 그 책임자 여부를 표시할 뿐이고 실제로 사용은 되지 않는다. 서양식 호칭은 지위고하를 막론하고 Mr/Mrs. 등으로 부르며, 서로 친밀하게 된 경우에는 나이나 계급에 상관없이 이름을 부를 수 있다. 한국에서는 그 호칭에 따라 그 신분을 표시하여 사용한다. 따라서 그 나이에 맞지 않는 낮은 호칭을 사용하게 되면, 모멸감을 느끼거나 열등감을 갖게 된다. 이러한 이유로 영업부 직원들의 경우에는 실제 직급과 관계없이 업무상 필요에 따른 상위 직급을 사용하기도 한다. 아래는 한국의 기업체에서 사용하는 명칭으로 실제로 누구를 부를 때나 호칭할 때 붙여 사용한다.

Korean Titles	Chinese Titles	Pronunciation	English Title
회장	會長	Hway jang	Chairman
대표이사	代表理事	Dae pyo isa	Representative Director
사장	社長	Sa jang	President
부사장	副社長	Bu sa jang	Vice President
전무이사	專務理事	Jun moo isa	Executive Managing Director
상무이사	常務理事	Sang moo isa	Managing Director
이사	理事	Isa	Director
부장	部長	Bu jang	General (Senior) Manager
차장	次長	Cha jang	Manager
과장	課長	Gwa jang	Section Chief (Manager)
대리	代理	Dae ri	Assistant Manager
사원	社員	Sa won	Employee

2. 나이와 관련된 문화적 차이

서양사람들은 서로가 마음에 든다고 생각하면 나이와 상관없이 친구가 될 수 있다. 이에 반해 한국에서는 나이가 같은 사람들끼리만 친구가 될 수 있다. 서양사람들은 친구들의 나이를 경험이 많은 것으로 인정하고 상황에 따라 그 연장자를 나이 많은 것에 대해 존경을 표할 뿐이어서 친구가 되는데 나이가 별로 장애가 되지 않는다.

한국의 직장문화에서 있어 자신의 연장자 보다 더 높은 자리에 올라가는 것은 쉽지 않다. 나이가 적은 사람이 먼저 승진하여 나이 많은 사람들을 이끌어야 하는데, 상명하복의 조직문화에서 있어 나이 많은 사람들이 잘 따르려고 하지 않기 때문이다. 이에 반해 서양문화는 나이와 상관없이 그 직책을 수행하는 능력을 보고 존경을 표하고 따른다.

IV. 행동에서 나타난 문화적 차이

아래는 한국에서 거주하며 직장생활을 하는 외국인들이 가장 크게 느끼는 문화적 차이에 대한 사례를 모아보았다.[42)]

1. "한국문화는 상대방이 어떤 것을 줄 때 2~3번 정도 거절한 후 받는 것이 공손한 것이다. 서양문화에서는 상대방이 어떤 것을 준다고 했을 때, 당신이 그것을 원한다면 곧바로 받는다."
2. "서양문화에서는 '감사합니다'를 무척 많이 사용한다. 한국에서는 친구들 사이, 배우자 사이, 가족들 사이에 작은 선물에 대해 전혀 감사한다는 표현을 하지 않는다. 이와 달리 서양문화는 이러한 감사한다는 표현을 하지 않는 것은 아주 무례한 것으로 받아들인다. 그래서 우리 서양인들은 물건을 사고 거스름돈을 주는 판매원에게 까지 '고맙습니다'라고 표현한다.
3. "한국에서는 식사할 때 가정에서는 가장 연장자가 먼저 식사를 할 때 까지, 학교에서는 선생님이 먼저 식사를 시작할 때 까지 기다린다. 이에 반해, 서양문화는 이러한 절차는 전혀 고려의 대상이 되지 않는다."
4. "일반적으로 한국인들은 당신을 알고 있을 때, 아주 친절하게 대하고 도움을 준다. 그러나 만약 한국인들이 당신을 모르고 있는 경우에는 당신이 존재하지 않는 것 같이 당신의 존재를 무시한다. 이에 반해서 서양문화에서는 당신과 서로 모르는 사이이지만, 서로 우호적으로 대한다. 예를 들어, 인사를 하고 가벼운 대화를 나눈다."
5. "오케이, 오케이, 오케이" 또는 "예, 예, 예"를 말하는 것에 대해 영어에서는 아주 무례한 것이다. 한국에서는 '정말로 이해 했다'와 '예, 곧바로 하겠습니다.'라는 의미로 사용한다. 그런데 영어 표현에서는 '오케이 입다무시오. 더 이상 당신 얘기를 듣지 않겠소'라는 의미로 사용한다."
6. "한국인들은 상급자에게 직접적으로 얘기하지 않는다. (예를 들어, 부당하게 대우를 받았다든지, 상급자가 잘못된 행동을 했을 때). 서양사람들은 보통 상급자에게 직접 얘기하고 따진다.
7. "서양문화에서는 대학원의 지도교수와 전공분야에 대해 자연스럽게 토론하고, 질문하고 자신의 반대 의견을 낼 수 있지만, 반면 한국문화에서는 지도교수의 의견에 반대할 수 있는 분위기가 아니며, 일방적으로 듣고 수용하는 것이 일반적이다."
8. "영어를 사용하여 호칭을 부를 때, 일반적인 실수는 외국인의 이름 앞에 'Mr. Shawn' 또는 'Miss Jennifer라고 하는 것으로 이것은 잘못된 호칭이다. 한국에서는 일반적으로 사용하는 이름 뒤에 '씨'를 사용하는 형태에서 즉 '쇼온 씨' '제니퍼 씨'로 이해할 수 있지만, 영어식 호칭은 반드시 가족 성 앞에 Mr/Miss를 사용해야 한다. 즉, Shown Stenson 인 경우 'Mr. Stenson' 이고 'Jennifer Beal'는 'Miss Beal' 또는 'Mrs. Beal'(물론 결혼 한 경우)이 된다."

---

42) 문화적 차이에 대한 의견은 한국에서 2년 이상 거주하고 있는 숙명여대 박사과정 이탈리아 학생, 대우중공업 캐나다 직원, 이탈리아 대사관 이탈리아 직원, SDA 학원 남아공 원어민 강사, SBNTECH 폴란드 직원 등을 통해 획득한 서면 자료에 의거하여 작성되었음.

IV. 결론

한국문화와 서양문화의 문화적 차이는 깊고 그 내용도 다양하다. 이를 이해하지 못한다면 글로벌 시대에 많은 외국사람들과 같이 직장생활을 하지만, '가까운 사람, 먼 이웃사람'의 관계가 될 수 밖에 없다. 한국문화와 서양문화의 차이를 이해하고 서양인들의 문화를 인정하고 수용하는 것은 같이 일하는 외국인들과 더 발전적이고 협력적으로 관계를 구축하면서 일할 수 있다는 것을 뜻한다. 그리고 이를 통해 업무의 효율을 높여 좀 더 글로벌 시각에서 글로벌 기업의 수준으로 유수의 기업들과 경쟁하면서 기업의 경쟁력을 향상시킬 수 있을 것이다.

개인정보 보호법과 회사 내 인사관리

I. 서론

인터넷 활용이 빈번한 정보화 사회로 인하여 개인정보를 쉽게 획득할 수 있고, 이를 남용하는 사례가 많이 발생하고 있다. 최근에 금융회사, 검색엔진 사이트, 게임사에서의 해킹 등으로 인하여 많은 개인정보가 대량으로 유출된바 있고, 이것이 스팸메일, 명의도용, 보이스 피싱, 신분증 위조 등의 형태로 변화되어 추가 피해를 발생시키고 있다. 이에 따라 개인정보에 보호에 일관성 있는 조치를 위하여 「개인정보 보호법」이 2011. 3.29. 제정되었고 2011. 9.30 부로 시행되고 있다. 이 법은 개인정보 보호에 대한 법을 통합하는 일반법이며 강력한 처벌조항을 가지고 있다. 따라서 이 법은 일반 온라인 정보뿐만 아니라 오프라인의 개인정보를 다루는 모든 업무에 적용된다.
이러한 개인정보를 보호하기 위한 이 법에 대한 주요 내용을 먼저 알아보고, 회사의 노무관리 차원에서 어떤 대응이 필요한지에 대해 살펴보고자 한다.

II. 개인정보 보호법의 주요 내용

「개인정보 보호법」은 개인정보의 수집, 유출, 오용, 남용으로부터 사생활의 비밀을 보호함으로써 국민의 권리와 이익을 증진하고자 개인정보 처리에 관한 사항을 규정하고 있다. 이 법의 다음의 6가지 주요 내용을 포함하고 있다.

1. 보호의무 적용대상의 확대

「개인정보 보호법」은 일반법으로 개인정보처리자와 정보주체(대상 개인)와 관계에 적용된다. 기존에는 「정보통신법」이나 「신용정보법」등과 같이 개별법에 따라 시행되던 개인정보 보호 의무대상을 공공 및 민간 부문의 모든 개인정보처리자로 확대 적용하고 있다. 따라서 인터넷을 기반으로 영업을 하지 않는 일반 회사의 경우에도 동일하게 개인정보 보호에 관하여 동일한 법 적용이 된다.

2. 개인정보 보호범위의 확대

컴퓨터 등에 의해 처리되는 정보 외 동사무소 민원신청서류 등 종이문서에 기록된 개인정보도 보호대상에 포함하고 있다. 개인정보란 개인의 정체성(identity)을 구별하거나 밝혀낼 수 있는 정보(성명, 주민등록번호, 생일, 주소, 등) 및 특정 개인의 과거 및 현재의 상황이나 상태를 나타낼 수 있는 정보(교육상황, 재정상황, 진료 및 건강 상태 등)를 말한다.

3. 고유 식별정보 처리 제한

주민번호 등 법령에 따라 개인을 고유하게 구별하기 위해 부여된 고유 식별정보는 원칙적으로 처리가 금지되어 있다. 법령에서 규정하였거나 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 명백히 필요하다고 인정되는 경우 처리가 가능하다. 인터넷에서 회원가입 조건으로 본인의 주민번호를 사용하지 못하도록 되어 있다. 이를 위반 시 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

4. 영상정보 처리기기 규제

공개된 장소에 영상정보 처리기기 설치 및 운영을 제한하고 있다. “영상정보처리기기”란 일정한 공간에 지속적으로 설치되어 사람 또는 사물의 영상 등을 촬영하거나 이를 유, 무선망을 통하여 전송하는 일체의 장치로서 폐쇄회로텔레비전(CCTV) 및 네트워크카메라를 말한다. 설치 목적을 벗어난 카메라 임의조작, 다른 곳을 비추는 행위, 녹음 기능을 금지하고 있다. 이를 위반하는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

5. 개인정보 수집 및 이용

개인정보 수집에 대해 일정한 사유가 있는 경우로 제한하고 있으며, 그 목적에 맞게 이용하도록 하고 있다. 그 일정한 사유란, 1) 정보주체의 동의가 있는 경우, 2) 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, 3) 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우, 4) 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우, 5) 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우, 6) 개인정보처리자의 정당한 이익을

달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우, 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우로 한다. 이를 위반한 경우 5천만 원 이하의 과태료를 부과한다.

6. 개인정보 유출통지 및 신고제 도입

개인정보 처리자는 개인정보가 유출되었음을 알게 되었을 때에는 지체 없이 정보주체에게 다음의 사실을 알려야 한다. 1) 유출된 개인정보의 항목, 2) 유출된 시점과 그 경위, 3) 유출로 인하여 발생할 수 있는 피해를 최소화하기 위하여 정보주체가 할 수 있는 방법 등에 관한 정보, 4) 개인정보 처리자의 대응조치 및 피해 구제절차, 5) 정보주체에게 피해가 발생한 경우 신고 등을 접수할 수 있는 담당부서 및 연락처.

개인정보 유출에 대한 통지의무를 위반한 경우에는 3천만 원 이하의 과태료를 부과한다. 또한 조치결과의 신고를 하지 아니한 경우에는 3천만 원 이하의 과태료를 부과한다.

III. 인사관리와 관련된 개인정보 관리

개인정보 보호와 관련하여 일반 회사에도 동일하게 적용된다. 인사관리와 관련 하여서는 주로 직원 개인정보 관리에 대한 내용과 영상정보처리기기의 사용, 관리와 관련이 있다.

1. 회사 내 직원 개인정보 관리에 대한 내용

개인정보를 수집하여 이용하는 대하여 엄격하게 제한하고 있지만, 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대해 임금을 지급하는 근로계약을 체결할 경우에는 사용자는 근로자의 성명, 주민등록번호, 주소, 임금, 기타의 일체의 자료를 반드시 알아야 한다. 이는 “계약의 체결, 이행을 위해 불가피하게 필요한 경우” 에 해당된다. 이러한 근로계약에 따른 4대보험 관리, 연말정산, 각종 증명서 발급, 그리고 퇴직 후의 사용증명서 발급을 위해 개인정보 관리가 필수적이라 할 수 있다. 따라서 개인정보 사용에 대한 개인동의서는 필요 없다고 할 수 있다. 그러나 근로자의 동의서를 받지 않는다 하더라도 근로계약 체결 시 근로계약서 내용에 개인정보 수집, 이용에 관한 사항을 알리는 것이 필요할 것이다. 그 내용은 개인정보 수집 목적, 열람 및 정정 방법, 보유기간, 퇴직 후 직원 정보 처리에 대한 절차 등이다.

직원 채용시 이력서 등을 통하여 얻게 되는 직원 개인정보는 “정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우” 에 해당하는 것으로 보아 그 수집·이용에 대하여 동의가 면제되는 것으로 볼 수 있는지? [43]

「근로기준법 시행령」 제27조에 의하면 사용자는 직원의 성명, 주민등록번호, 임금 계산 기초가 되는 사항과 기타 근로조건에 관한 사항을 임금 대장에 기록하여야 하는 바, 이는 법령이 정한 경우에 해당한다. 기타 정보의 경우에도 구직예정자의 개인정보 또한 그 수집, 이용과 관련하여 법 제15조제1항 제4호 (계약의 체결 및 이행에 필요한 경우)에 의하여 구직 예정자의 동의가 면제될 수 있을 것이다. 다만 기본적으로 직원에 관한 정보는 계약체결 목적 뿐만 아니라 복지, 노조관리, 교육 등의 목적으로 활용 여지가 높고 민감정보를 수집할 여지가 있기 때문에, 채용 시에는 입사서류에 채용을 포함한 회사의 개인정보 이용목적, 기간 등을 명확히 기재하여 대상자에게 알리는 것이 바람직하다.

채용 시에 주민등록번호 등 고유 식별정보와 민감정보를 수집하는 경우에는 법령에 구체적인 근거가 있는 경우를 제외하고 정보주체에게 별도의 동의를 얻어야 한다.

2. 회사 내 영상정보처리기기의 사용과 관리

누구든지 공개된 장소에 영상정보처리기기를 설치, 운영하여서는 아니된다. 다만, 허용되는 경우는 다음과 같다. 1) 법령에서 구체적으로 허용하는 경우, 2) 범죄를 예방 및 수사를 위하여 필요한 경우, 3) 시설안전 및 화재 예방을 위하여 필요한 경우, 4) 교통단속을 위하여 필요한 경우, 5) 교통정보의 수집, 분석 및 제공을 위하여 필요한 경우이다. 이렇게 허용되는 경우에도 정보주체가 쉽게 인식할 수 있도록 안내판 등을 설치하여야 한다.

'공개된 장소'란 도로, 공원, 광장 등의 공공장소와 불특정 다수가 출입하거나 이용할 수 있도록 허용된 장소를 의미한다. 기업 건물의 로비 등은 불특정 다수가 출입하고 있으므로 여기에 설치된 영상정보처리기기는 설치제한 규정에 적용된다. 그러나 출입이 엄격히 통제되고 있고 내부 직원이나 허가를 받은 사람만 출입이 허용되는 기업 사옥의 내부 공간은 '비공개된 장소'에 해당하므로 설치 제한 규정을 적용을 받지 않는다. 다만, 이 경우에 기업이 업무를 목적으로 개인영상정보를 수집하기 위하여 내부 공간에 영상정보처리기기를 설치, 운영하는 경우에는 이 법의 다른 개인정보 보호원칙이 적용된다. 즉, 그 구성원의 동의를 받거나 개인정보 처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우 등에 한하여 영사정보처리기기 설치, 운영이 허용된다.

사례: 근로 모니터링[43]

민간기업 등에서 근로 모니터링 등을 목적으로 영상정보처리기기를 설치·운영하는 경우가 있다. 근로 공간에 설치된 영상정보처리기기는 사용자 측의 근로 관리권한과 근로자 측의 사생활 보호권이 서로 상충될 우려가 있다.

43) "개인정보 보호법령 해설집" (행정안전부, 2011.12. 90페이지)

외부인의 출입이 통제되는 근로공간은 원칙적으로 '비공개된 장소'에 해당하므로 이 법 제25조는 적용되지 않으며, 그 외의 일반적 개인정보보호 원칙 적용을 받는다.

이와 관련하여, 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」에서는 CCTV와 같은 근로자 감시 장비는 노사 양자의 협의사항으로 규정하고 있으므로, 근로 모니터링 목적의 CCTV 설치 범위 및 사생활 침해 방지조치 등을 노사 협의에 따라 정하여 설치·운영할 수 있다.

Ⅳ. 결론

「개인정보 보호법」은 개인정보의 무분별한 수집과 이용, 오남용으로부터 사생활의 비밀을 보호하기 위하여 만들어진 일반법으로 강력한 처벌 조항을 가지고 있다. 따라서 인사관리에 있어 직원인사관리 자료를 철저히 관리하여야 할 것이며, 인사관리 외의 목적으로 사용할 경우, '개인정보 사용동의서'를 받아서 장차 발생할 수 있는 분쟁을 사전에 예방하여야 할 것이다. 또한 사업장 내에서 CCTV를 활용함에 있어서 작업장 근로자들을 감시나 노동조합사무실 출입을 감시로 오해 받지 않도록 하여야 할 것이다.

퇴사 직원의 업무 자료 삭제 행위에 대한 민·형사상 책임 관계

I. 질의 내용

이 사건 근로자 (이하 "근로자"라 함)는 파견회사인 A 회사에 채용되어 파견근로계약을 체결하고 2011년 1월 20일자로 사용업체인 B 회사에 사장실 비서로서 업무를 개시하였다. 근로자는 한 달 남짓 근로를 제공해 오던 중 상사로부터 질책을 듣고 난 직후인 2011년 2월 21일경 스스로 퇴직의사를 밝히고 다음 날인 2월 22일부터 출근하지 않았다. 그런데 그의 후임자가 2월 22일 오후부터 출근하여 업무를 개시하려던 차에 과거 4년간 전임 비서들이 관리하였던 업무상 전자 데이터 및 파일들이 컴퓨터에서 모두 삭제되었다는 사실을 확인하게 되었다.

근로자가 퇴사하면서 회사의 귀중한 업무와 관련된 컴퓨터파일을 삭제한 행위에 대한 민형사상 책임을 물을 수 있을 것인지?

44) "개인정보 보호법령 해설집" (행정안전부, 2011.12. 166페이지)

II. 형사상 책임

1. 관련 형법규정

(1) 재물손괴의 성립 (형법 제366조)

타인의 재물, 문서 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 기 효용을 해한 자는 3년이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

(2) 업무방해죄의 성립 (형법 제314조)

① 제313조(신용훼손)의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 컴퓨터등 정보처리장치 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자도 제1항의 형과 같다.

2. 의견

재물손괴죄와 업무방해죄는 각각 성립되는 형법상 범죄행위에 해당합니다. 근로자가 지난 4년간의 업무관련 자료를 모두 삭제하였던 증거가 확실한 경우에는 상기 두 죄목에 모두 해당될 수도 있습니다. 특히 사용업체 B 회사의 사업상 활용가치가 있는 자산을 손괴한 것이므로 제366조의 재물손괴죄 성립은 어렵지 않을 것으로 보입니다. 그런데 제314조에 의한 업무방해죄는 재물손괴의 결과로서 사용회사의 사업 또는 업무에 장애를 발생케 하였을 때 비로서 성립될 수 있습니다.

삭제한 자료의 중요성이라는 질적인 측면과 얼마나 많은 자료를 삭제한 것인가 하는 양적 측면, 근로자 반성의 정도를 모두 고려하여 법원에서 양형하겠지만, 대게는 이런 경우 두 가지 죄를 각각 성립한 것으로 보아 중형을 선고하기 보다는 둘 중 더 형량이 높은 죄목 하나를 선택하여 형량을 결정하는 것이 일반적입니다. 당해 법인은 사용업체인 B 회사의 피해상황과 정도를 정확히 알 수 없어 구체적인 답변은 할 수 없을 것이나, 유사한 사건의 경우 피고인에게 100만원 가량의 벌금형을 선고하였던 사례를 접한 바도 있습니다.

한편, 유의해야 할 점은 무혐의로 인정할 수 있는 여지도 있습니다. 예컨대, 근로자가 삭제한 자료가 원본 또는 하드카피로 우선 보존이 되고 있으며, 전자기록은 보조적이고 부수적인 보관 수단일 뿐, 재산적 가치가 희박하다고 여겨지는 컴퓨터 기록을 삭제하였을 경우 업무방해죄나 재물손괴죄의 책임을 불인정한 사례도 있었습니다.

III. 민사상 책임

1. 관련 민법규정

(1) 불법행위 책임에 대한 손해배상 (민법 제750조)

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

(2) 채무불이행과 손해배상 책임 (민법 제390조)

채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된때에는 그러하지 아니하다.

2. 의견

당해 사안의 경우 형사 책임과 동시에 민사상 손해배상을 청구하여 삭제한 자료의 재산적 가치에 상당한 금액을 금전적으로 배상 받을 수도 있습니다. 이 사건의 경우 민사상 책임은 민법상 불법행위 책임과 동시에 채무불이행 책임, 즉 고용관계 하에 있는 피고용인이 고용인의 사업상 전자기록을 선량하게 보관 또는 보존하였다가 인계할 채무를 져버린 것에 대한 손해배상 책임을 물을 수 있다 할 것입니다.

다만, 이는 손괴된 자료의 재산적 가치를 측정하고, 손해 금액을 얼마로 산정할 수 있을 것인지에 대해 입증할 책임이 원고 회사 측에 있다 할 것이므로 만일 손괴로 인한 재산적 피해 상황을 원고 회사가 입증하지 못 할 경우 민사상 손해배상 청구는 기각될 가능성도 배제할 수 없습니다.

IV. 법적 절차

1. 형사 고소 절차

일반적으로 사건 발생지 또는 피고 주소지를 관할하는 경찰서에 고소장을 접수합니다. 고소할 때는 형법상 성립 가능한 죄목을 모두 주장하는 것이 유리합니다. 당초 고소장을 접수할 때 수사기관이 놓치지 않고 모두 검토해 볼 수 있도록 재물손괴죄는 물론 업무방해죄도 함께 명시하여야 합니다. 어차피 기소할 죄목은 수사기관이 조사를 마치고 난 후 판단하여 입건할 사항이므로 어느 조항에 해당하는지에 관한 세부적인 판단을 미리 할 필요 없습니다.

더욱이, 경찰서는 수사기관이다 보니 양측의 진술과 제출 자료는 상대방이 동의하지 않는 한 열람하여 볼 수가 없습니다. 즉, 상대방이 어떤 자료를 제출하고, 어떤 진술을 하였는지에 관해 직접적으로 알 수 있는 방법이 없는 한계가 있습니다.

2. 민사상 손해배상 청구 절차

사건 발생지 또는 피고 주소지를 관할하는 지방법원에 민사상 손해배상청구소송을 제기하여야 합니다. 이 역시 불법행위 및 채무불이행에 대한 책임을 모두 제기하여 손해배상을

주장할 수 있습니다. 소송이 유리한 점은 상대방이 어떤 진술을 하건, 어떤 자료를 제출하던 모든 진술과 자료를 직접 보고, 듣고 받아 볼 수 있습니다. 따라서 상대방이 허위 자료를 제출하거나 법정에서 허위의 진술을 하는 경우에 대해 일일이 반박할 수 있는 정당한 절차적 기회를 보장받을 수 있습니다.

다만, 손해배상 금액을 얼마나 어떻게 산정할 것인지에 대해 입증책임이 모두 원고측에 있으므로 삭제한 자료의 재산적 가치를 얼마로 환원할 것인지 대한 검토가 선행되어야 합니다.

V. 의견 종합

경찰서에 형사고소장을 접수하거나 법원에 민사소송을 제기하는 것은 동시에 진행 할 수도 있습니다. 다만, 요즘에는 둘을 동시에 진행하는 것을 지양하는 추세입니다. 수사기관에서는 고소인이 민사소송에 이용할 목적으로 수사를 의뢰하였다고 취지를 오해하면서 사건에 부정적인 영향을 미치게 하기도 합니다. 따라서 형사든 민사든 두 가지 방법 중 한가지를 먼저 처리하고 난 후 결과에 따라 다른 한가지 방법을 마저 사용하는 것이 더 효과적입니다. 보통은 형사고소부터 진행하고, 수사기관에서 결과가 나오면 그에 따라 민사소송을 진행하게 됩니다. 반대의 순서로 진행해도 문제없습니다.

그런데, 이런 사건은 삭제된 자료의 재산적 가치를 산정하여 손해액을 산출하는 일이 어려워서 민사소송의 실익이 없는 경우도 있습니다. 이런 점을 염려하신다면, 차라리 형사고소부터 진행하여 적은 금액의 벌금형이라도 받게 하여 기업 내부 질서를 바로 세우고 기강을 살리는 실익을 취하는 것이 바람직한 법적 대응이 될 것으로 사료되는 바입니다.

영업양도와 근로관계에 관한 판례법리

I. 문제의 소재

최근 경기악화로 인하여 기업의 구조조정과 M&A(인수 및 합병)가 활발히 진행되고 있다. 이 경우 사업조직의 변동이 발생되는데, 근로자는 고용을 계속 유지하면서 사업주가 교체된다. 이렇게 사업주는 변경되었지만 동일한 영업이나 업무를 하면서 근로자가 고용을 유지하는 것을 영업양도라고 한다. 이 영업양도에 있어서 상법, 민법, 그리고 노동법에는 근로자의 고용관계나 근로조건의 변동에 대한 명확한 규정이 없기 때문에 관련 내용에 대해 판례의 법리에 의존할 수밖에 없다. 아래에서는 판례에 있는 영업양도의 기본 법리, 근로관계의 승계의 내용과 한계, 그리고 취업규칙이나 단체협약과의 관계에 대해 자세히 알아보고자 한다.

II. 영업양도의 기본법리

1. 영업양도의 기본 원칙

(1) 영업양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉, 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업 일부만의 양도도 가능하다. 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계된다. 여기서 영업의 동일성 여부는 양도계약 관계가 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정 되는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정된다. 예를 들어, 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면, 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 본다.[45]

(2) 사업양도는 전부 또는 중요한 일부에 대해서도 가능하며, 근로관계 승계의 효과가 발생하는 사업의 일부 양도가 있다고 하기 위해서는 적어도 양도되는 사업의 물적 시설과 인적 구성이 일정한 사업목적을 일관성 있게 사업양도 전이나 그 후에 있어서 수행할 수 있는 기능적 일체성을 유지할 수 있어야 한다.[46]

(3) 영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 당해 분야의 영업을 경영함에 있어서 무(無)로부터 출발하지 않고 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다.[47]

2. 영업양도의 예외

(1) 특약이 있는 영업양도: 영업이 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되고, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제23조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다. 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.[48]

(2) 인력 제외한 자산매매계약: 포스코(양수인)가 삼미특수강(양도인)이 경영하던 특정의 사업

45) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455(부당해고); 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결
46) 대법원 2005.6.9. 선고 2002다70822 판결
47) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35085 판결
48) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결

부문을 인수할 때에 공장의 자산은 인수하고 채권, 채무는 전혀 인수하지 않으면서 양도인 소속 근로자 대다수를 채용했지만 수습기간을 거쳐 재배치하는 등 그 인적 조직을 해체하고 양수인의 방침에 따라 재구성을 하였다. 이 경우에는 사업의 양도가 아니라 자산양도로 인정된다.[49]

III. 영업양도와 근로관계의 승계

1. 원칙

(1) 다른 기업의 사업부문의 일부를 양수하는 계약을 체결하면서 그 물적 시설과 함께 그 사업부문에 근무하는 근로자들에 대한 권리의무도 함께 포괄승계 받기로 약정하는 경우에도 원칙적으로 해당 근로자와의 근로관계는 영업양수인에게 승계된다. 다만, 이때 승계되는 근로관계는 그 계약체결일 현재 실제로 그 영업부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미한다고 할 것이고, 계약체결일 이전에 해당 영업부문에서 근무하다가 해고 또는 면직된 근로자로서 그 해고 및 면직처분의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계하는 것은 아니다.[50]

(2) 영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계되는 것으로, 영업 양도시 퇴직금을 수령하였다는 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 인수한 회사와 새로운 근로관계가 시작되었다고 볼 수 없다. 다만, 근로자가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속 근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 이와 달리 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속 근로관계는 단절되지 않는다.[51]

2. 예외

(1) 영업양도에 의하여 승계되는 근로관계는 계약체결일 현재 실제로 그 영업부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미하고, 계약체결일 이전에 해당 영업부문에서 근무하다가 해고된 근로자로서 해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계되는 것은 아니다. 그러나 근로자들이 회사의 전적명령에 동의하지 아니함으로써 전적명령 자체가 아무런 효력이 없음이 객관적으로 명확하게 되었을 뿐만 아니라, 양수회사가 영업양수를 할 당시 근로자들에 대한 전적명령이 아무런 효력이 없게 된 사실을 알고 있었음이 명백하다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계가 양수회사에게 그대로 승계된다.[52]

---

49) 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결: 삼미특수강 사건; 임종률, "노동법", 박영사, 14판, 522면
50) 대법원 1993. 5. 25. 선고 91다41750 판결; 대법원 1997.7.14. 선고 91다40276 판결
51) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2000다18608 판결【퇴직금】
52) 대법원 1996. 5. 31. 선고 95다33238 판결

(2) 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는 것이지만 근로자가 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수 있다. 또한 이와 같은 경우 근로자가 자의에 의하여 계속근로관계를 단절할 의사로 양도기업에서 퇴직하고 양수기업에서 새로이 입사할 수도 있다. 이때 근로관계 승계에 반대하는 의사는 근로자가 영업양도가 이루어진 사실을 안 날로부터 상당한 기간 내에 양도기업 또는 양수기업에게 표시하여야 한다.[53]

IV. 취업규칙과 단체협약의 변동

1. 취업규칙과의 관계

(1) 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자는 승계한 법인에서도 종전의 근로관계와 동일한 근로관계를 유지하게 되고, 사용자가 일방적으로 취업규칙을 변경하거나 종전의 근로관계보다 불이익 하게 승계한 법인의 취업규칙을 적용하기 위해서는 종전의 근로계약상 지위를 유지하던 근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 있어야 하며, 이러한 동의가 없는 한 승계한 법인의 취업규칙을 적용할 수 없다. 이 경우 종전의 근로조건을 그대로 유지한 채 승계한 법인에서 근무하게 되는 근로자에 대하여는 종전의 취업규칙이 그대로 적용된다.[54]

(2) 영업양도나 기업합병 등에 의하여 근로계약 관계가 포괄적으로 승계된 경우에 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제94조 제1항 소정의 당해 근로자 집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없는 것이다. 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금 규정을 적용해야 해서 결과적으로 하나의 사업 내에 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우에까지 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고는 볼 수 없다.[55]

2. 단체협약과의 관계

(1) 회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되어 종전 취업규칙이 그대로 적용되더라도 합병 후 노동조합과의 사이에 단체협약의 체결을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경, 조정하는 새로운 합의가 있으면 그 새로운 단체협약이 유효하게 적용된다.[56]

---

53) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다45217 판결 (퇴직금)
54) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결
55) 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다41659 판결 [퇴직금]

(2) 복수의 회사가 합병 되더라도 피합병회사와 그 근로자 사이의 집단적인 근로관계나 근로조건은 합병회사와 합병 후 전체 근로자들을 대표하는 노동조합과의 사이에 단체협약의 체결을 통해 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경, 조정하는 새로운 합의가 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들과 합병회사 사이에 그대로 승계된다. 합병회사의 노동조합이 유니언 숍의 조직형태를 취하고 있었다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 피합병회사의 근로자들까지 아우른 노동조합과 합병회사 사이의 새로운 합의나 단체협약이 있었을 때까지는 피합병회사의 근로자들이 자동적으로 합병회사의 노동조합의 조합원으로 되는 것은 아니다.[57]

V. 결론

형식적으로는 자산매매계약을 통해 선별적으로 근로자들을 재고용 하지만, 실질적으로 영업양도인 경우에 이는 부당해고의 문제가 된다. 영업양도의 경우 일반적으로 고용관계가 승계되는 것이 원칙이지만, 자산매매 계약을 하는 경우에는 그 자산에 소속되어 영업하는 근로자들에 대한 재고용의 문제가 발생하지 않는다. 따라서 이러한 법적 논리를 악용하여 실질적인 영업양도이면서도 형식상으로 자산매매계약을 통해 근로자들을 해고하는 경우가 많이 발생하고 있기 때문에 영업양도의 판례법리를 엄격하게 적용하여야 하겠다.

리텐션 보너스(사이닝 보너스)와 법적 효력

I. 문제의 소재

회사는 우수한 인력을 장기간 확보하기 위한 방법으로 여러 방법을 사용하고 있다. 그 대표적인 것이 2가지가 있는데, 바로 취업규칙이나 근로계약서에 경업금지조항[58]을 두어 경쟁사로의 전직을 방지하거나 사이닝보너스[59]를 이용하여 금전적으로 근로자를 구속하여 전직을 제한하는 것이다. 경업금지조항은 근로자의 직업선택의 자유를 제한할 수 있기 때문에 그 효력을 인정받기가 쉽지 않다. 대법원은 “사용자와 근로자 사이에 경업금지약정이 존재한다고 하더라도, 그와 같은 약정이 헌법상 보장된 근로자의 직업선택의 자유와 근로권 등을 과도하게 제한하거나

56) 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001다24051 판결 [임금]
57) 대법원 2004.5.14. 선고 2002다23185 판결
58) 경업금지조항은 근로계약서에 경쟁회사로의 이직을 하지 않겠다고 서약하는 것으로, 차후 이를 위반한 경우에 회사는 근로자에게 손해배상을 청구할 수 있다.
59) 사이닝보너스는 우수한 인재를 채용하기 위하여 기업이 근로자와 근로계약을 체결함과 동시에 근로자에게 일시불로 지급하는 특별보너스를 말한다.

자유로운 경쟁을 지나치게 제한하는 경우에는 민법 제103조에 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 보아야 한다"[60]고 판시하고 있다. 따라서 기업에서는 우수한 인력에 대해 직접적인 효력이 있는 사이닝보너스를 이용하여 이직을 방지하는 경우가 많다.

최근 리텐션 보너스[61] 조항의 효력에 대해 기업으로부터 문의가 들어왔다. 연봉의 30%를 보너스로 정하고, 첫해의 1월 급여일에 보너스의 50%를 지급하고, 다음 해의 1월에 나머지 보너스 50%를 지급한다. 그 대가로 근로자는 3년 차까지 근무해야 한다. 회사에서는 "리텐션 보너스의 효력기간 중인 근로자가 3년 이내에 퇴직하는 경우에는 수령한 금액 일체를 반납하여야 한다"는 규정을 설정하려고 하였을 때 그러한 보너스 반환 규정의 법적 효력 여부에 대해 검토를 요구하였다. 이에 대해 필자는 관련된 임금의 속성, 강제근로금지, 위약예정의 금지 등 법적 판단 하에 유사한 판례를 비교•검토하여 3년간 리텐션 보너스 설정이 가능하다는 법적 의견을 최종적으로 제시하였다.

이번 호에서는 위의 사례에 대해 구체적으로 살펴보고 덧붙여 (ii) 특별보너스의 성격과 근로기준법 위반여부, (iii) 사이닝보너스의 법적 효력과 관련된 사례, (iv) 사이닝보너스의 판단 기준에 대해서도 검토해보고자 한다.

II. 특별보너스의 성격과 근로기준법 위반 여부 판단

1. 근로기준법상 '임금'의 정의 및 고용노동부의 판단 기준

근로기준법 제2조의 규정에 의한 '임금'이라 함은 "사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품"을 말한다. 상여금의 임금성 여부에 대해서는 그 지급이 단체협약, 취업규칙 등에 지급조건과 지급시기 등이 정해져 있거나 전 근로자에게 관례적으로 지급하면 이를 임금으로 볼 수 있으며, 특별상여금의 경우에도 상기와 같은 요건이 충족될 때에 임금성이 인정될 수 있다. 고용노동부는 '리텐션보너스'의 법적 성질에 대해 그 지급이 단체협약, 취업규칙 등에 전혀 정한 바가 없고, 그 지급사유 등이 연장되는 근무기간에 한해 발생하는 등 사용자가 일시적으로 또는 임의로 지급하는 경우라면 근로기준법상 임금으로 볼 수 없다고 판단하고 있다.[62] 따라서 그러한 보너스는 퇴직금 계산 등을 위한 평균임금에도 포함되지 않는다.

2. 사이닝보너스 반환약정의 근로기준법의 위반 여부

근로기준법 제7조에서 규정한 '강제근로의 금지'는 **"①사용자는 폭행, 협박, 감금 그 밖에**

60) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다 82244 판결.
61) 설정된 의무재직기간을 근무하지 못할 경우 미리 지급된 금액의 일부 또는 전부를 반환하도록 약정하는 보너스를 실무상 사이닝(Signing) 보너스, 리텐션 (Retention) 보너스 등의 명칭으로 사용하고 있다.
62) 노동부 행정해석: 근로기준과-883, 2010.04.27)

정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 ②근로자의 자유의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못한다" 고 기술하고 있다. 그러나 근로계약에 따른 근로제공 의무를 이행하도록 지시, 감독하거나 적법한 제재를 가하는 것은 강제근로가 아니다.[63] 제7조(강제근로의 금지)의 벌칙조항은 5년이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있는 반면, 제20조(위약예정의 금지) 위반의 경우에는 벌칙을 500만원 이하의 벌금으로 하고 있다. 사이닝보너스 반환 약정의 법적 유효성 판단에 있어서는 근로자의 자발적 의사로 그러한 약정이 체결되므로 폭행, 협박, 감금 등의 직접적 신체적 정신적 구속만을 규율 하는 근로기준법 제 7조보다는 '위약 예정 금지'를 규정하고 있는 근로기준법 제 20조의 적용이 타당하다고 본다.[64]

근로기준법 제20조에 규정한 '위약금 예정의 금지' 조항은 "사용자는 ① **근로계약 불이행**에 대한 ② **위약금 또는 손해배상액을 예정**하는 ③ **계약을 체결하지 못한다.**" 고 명시하고 있다. 이는 근로자의 계약 불이행을 이유로 사용자에게 실제로 발생한 손해의 종류나 정도를 묻지 않고 일정 금액을 배상하도록 미리 약정함으로써 근로자의 의사에 반하여 근로의 계속을 강제당하는 것을 방지하려는 취지이다.[65] 민법은 계약관계에 있어서 계약이행을 담보하기 위하여 계약체결 당시에 미리 채무불이행에 대하여 위약금 또는 손해배상을 약정할 수 있다(민법 제398조 '배상액의 예정'). 그러나 근로계약 불이행에 대한 위약금을 예정하는 것은 사용자에게는 우수한 인력을 장기간 확보하는 수단이 되지만 근로자에게는 퇴직을 원하더라도 위약금 지급의 부담 때문에 퇴직을 어렵게 하기 때문에 이를 금지하고 있다.[66] 위약예정을 금지하는 조항에 대해 기존의 임금에 대한 위약금 형식으로 배상금을 예정하는 근로계약은 허용되지 않지만, 연수비 상환, 사이닝보너스의 경우에는 의무재직기간 설정에 있어 합리적이고 타당성이 있는 내용인 경우에는 퇴직의 자유를 부당하게 제한하지 않으므로 허용되고 있다.[67]

III. 사이닝보너스 반환 약정의 유효성에 대한 판례

1. 사이닝보너스의 반환약정이 유효한 경우

(1) 수원지방법원 2003.5.13. 선고 2002가합12355 판결: 입사 당시 회사로부터 전속계약금 조로금 1억 5,000만원을 지급받기로 하고 3년간 회사를 위해 전속적으로 근무하기로 하되, 위 기간 중 회사와 동종의 사업목적을 가진 다른 회사로 전직할 경우에는 전속계약금 전액을 회사에 반환하기로 하는 계약을 체결한 직원이 입사 후 7개월 만에 경쟁업체로

63) 임종률, 「노동법」, 제14판, 박영사, 2916.2. 378면.
64) 권오성, '사이닝보너스 반환약정의 유효성에 관한 연구", 「성신법학」, 성신여자대학교 법학연구소, 2013.2. 136면.
65) 대법원 2004. 4. 28 선고, 2001다53875 판결.
66) 임종률, 「노동법」, 제14판, 박영사, 2016.2. 388면.
67) 대법원 2008. 10. 23 선고, 2006다37274 판결.

전직한 경우 이러한 전속계약금 반환약정의 유효성이 문제된 사안이다. 이 사건에서 법원은 전속계약금은 회사가 직원이 근무하는 동안 지급받게 될 근로계약상의 임금과는 별도로 지급한 금액이라는 이유로 근로기준법 제20조의 적용을 배제하고, 직원은 회사에 전속계약금을 반환해야 한다고 판단하였다.

(2) 서울중앙지방법원 2013.4.29. 선고 2013카합231 판결: 근로자는 회사로부터 사이닝보너스 5,000만원을 지급받고, 수령일로부터 2년 이내 퇴사시 수령한 사이닝보너스를 반환하기로 하는 약정을 체결하고, 7개월 만에 퇴사한 사안이다. 이 사건에서 법원은 회사가 근로자에 대해 별도의 상여금을 지급하면서 일정기간 이내 퇴직하는 경우 이를 반환하기로 하는 약정은 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 부당하게 강제하는 것이라고 보기 어려우므로, 근로기준법 제20조에 위반돼 무효라고 보기 어렵다고 판단했다.

(3) 창원지법 2007.11.17. 선고 2007나9102 판결: 회사와 근로자간에 근속연수에 따라 통상임금의 12개월분에서 41개월까지 차등하여 회사가 근로자에게 특별상여금을 지급하기로 하되, 근로자가 이를 지급받은 날로부터 2년 이내에 회사의 의사에 반하여 사직하고자 하는 경우에는 이 특별상여금은 2년을 채우지 못한 기간에 해당하는 비율의 금원을 회사에 반환한다' 는 취지의 노사합의서가 체결되었다. 이에 따라 회사로부터 보상금을 지급받은 근로자가 보상금 수령일 익일에 회사에 사직원을 제출한 사안이다. 이에 법원은 노사간에 2년간 의무근무를 조건으로 보상금을 지급하는 내용이고, 근무시간이 1년에 불과한 근로자가 종전에 수령한 임금을 반환하는 것이 아니고, 직장의 선택의 자유나 퇴직의 자유를 제한하는 규정으로 볼 수 없다고 하여, 회사의 반환청구를 긍정하였다.

2. 사이닝보너스 반환약정이 무효인 경우

(1) 대법원 2008.10.23. 선고 2006다37274 판결: 근로자가 입사하면서 회사로부터 5억원을 지급받되, 영업비밀을 침해하지 않고 약정한 10년 동안 근무하겠다는 등을 약속하면서 만약 이를 이행하지 않을 때에는 10억원을 지불하기로 하는 약정을 한 사안에서, 대법원은 위 약정은 피고가 약정 근무기간 이전에 퇴직하는 등 위 약속을 위반하기만 하면 그로 인해 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발행했는지 묻지 않고 바로 미리 정한 10억원을 사용자에게 손해배상액으로 지급하기로 하는 것이므로 근로기준법 제20조가 금지하는 전형적인 위약금 또는 손해배상액의 예정에 해당해 그 효력을 인정할 수 없다고 보았다.

(2) 인천지방법원 부천지원 2009.4.10. 선고 2007가합3994 판결: 근로자는 최소 5년간 근무하는 조건으로 입사하고, 금 5,000만원을 지급받으면서 계약을 이행하지 못할 경우 계약금 성격의 지급금액에 대한 3배를 배상한다는 취지의 약정을 했으나, 입사 후 5개월 만에 퇴사했고, 이에 회사가 1억 5,000만원을 청구한 사안이다. 위 협약서는 직원이 약정근무기간 이전에 퇴직하기만 하면 사용자의 손해를 묻지 않고 바로 1억5,000만원을 사용자에게 손해배상액으로 지급해야 하는 약정이므로, 근로기준법 제20조에 위반된다고 법원은 판단했다.

3. 사이닝보너스 사건에 대법원 입장[68]

(1) 사건경위: 로봇닥터(ROBODOC)를 제조하는 원고회사가 2009.1.13. 연료전지 분야의 유경험자로 약 4년 여 동안 S사에 재직하고 있던 피고를 스카우트 하면서 연봉과 별도로 1억원을 사이닝보너스로 지급한다는 채용합의서를 작성하였다. 이 채용합의서에는 원고회사가 7년간 피고의 고용을 보장하고, 피고는 원고의 회사에 7년간 근무해야 한다는 내용이 포함되어 있었다. 피고는 2010. 4. 12. 개인사유를 이유로 원고회사에서 사직하였고 회사는 이를 이유로 사이닝 보너스의 반환을 청구하였다. 이에 대해 1심은 원고 회사의 청구를 기각하였다(동부지방법원 2010가합13266판결). 이에 원고회사는 항소하였는데, 2심인 서울고등법원은 원고회사가 피고에게 지급한 사이닝보너스는 ① 이직사례금의 성격뿐 아니라, ② 7년간 전속하는 데 따른 전속계약금, ③ 임금 선급금으로서의 성격을 전제로 한 것이고, 이러한 '7년 근속약정'을 위반한 피고는 회사에게 사이닝보너스의 일부인 7천만을 지급하라는 취지의 원고 일부 승소판결을 하였다(서울고등법원 2011나22827판결).

(2) 대법원의 판결 내용: 그러나 대법원은 원고인 회사의 청구를 기각하면서 "기업이 경력 있는 전문 인력을 채용하기 위한 방법으로 근로계약 등을 체결하면서 ① 일회성의 인센티브 명목으로 지급하는 이른바 사이닝보너스가 이직에 따른 보상이나 근로계약 체결에 대한 대가로서의 성격만 가지는지, ② 더 나아가 의무근무기간 동안의 이직금지 내지 전속근무 약속에 대한 대가 및 임금 선급으로서의 성격도 함께 가지는지는, 계약서에 특정 기간 동안의 전속 근무를 조건으로 사이닝보너스를 지급한다거나 그 기간의 중간에 퇴직하거나 이직할 경우 이를 반환한다는 등의 문언이 기재되어 있는지 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다" 라는 전제로 봤을 때 **본 사건에 대해서는 구체적 대가적 지급성격이나 반환의무에 대한 기술이 없기 때문에 본 사건의 사이닝보너스는 사례금 성격으로 판단하였다.** 즉, 본 사안에 대한 사이닝보너스는 제반 사정을 고려하였을 때 이직사례금의 성격만을 가지므로, 의무 재직기간 근무 위반을 이유로 그 반환을 청구할 수 없다고 판단한 사례이다.

Ⅳ. 결론 (사이닝보너스에 대한 판단기준)

사이닝보너스의 판단기준은 다음의 원칙을 준수해야 한다.

(i) 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 문제가 되는 경우에는 ① 문언의 내용, ② 그러한 약정이 이루어진 동기와 경위, ③ 약정에 의하여 달성하려는 목적, ④ 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.[69]

---

68) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2012다55518 판결
69) 대법원 2005.5.27. 선고 2004다60065 판결, 대법원 2007.9.209. 선고 2006다158166 판결.

(ii) 타 업체로의 전직을 막기 위한 특별한 목적으로 전직을 제한하면서 사용자가 근로자에게 임금과는 별도로 제공하는 사이닝보너스에 대해 기간만료 전의 전직 등 근로자의 특약 불이행을 이유로 반환약정을 하는 것은 유효하다. 그러나 이러한 반환약정은 원칙적으로 ① 제공되는 사이닝보너스의 액수와 근로계약기간 및 전직제한의 정도가 적정하게 균형을 이뤄야 하고, ② 근로자의 전직 자유의 본질적인 내용을 침해해서는 아니 되며, ③ 제공된 사이닝보너스가 임금으로서의 성격을 가지고 있어서는 안 되며, ④근로자의 전직에 사용자의 귀책사유가 없어야 한다.[70]

다시 말해서, 사이닝보너스가 일정 의무복무기간을 근무할 것을 조건으로 지급되는 것이라는 점을 분명히 하여야 하고, 그러한 의무복무기간이 가급적 단기간 이어야 하며, 근로자가 의무복무기간 내에 전직하는 경우 그 배상액이 수령한 금액 내여야 하고, 근로자가 자발적으로 퇴직하는 경우에만 사이닝보너스 반환 약정이 효력을 갖는다고 할 수 있다.

비자와 외국인 고용관계

I. 문제의 소재

2018년 6월 말 현재, 국내에 체류하는 외국인은 2,291,653명이며, 그 중 외국인 등록자는 1,198,900명, 외국인국적동포는 423,393명, 단기체류자는 664,360명이다. 국내체류 외국인은 전체국민의 4.5%에 해당되고, 앞으로 5년 뒤에는 300만명으로 늘어나 전체국민의 6%가 될 것으로 예상된다. 이렇게 급격히 증가하는 외국인들로 인해 고용잠식은 되지 않을까, 외국인의 흉악범죄는 더 늘지 않을까 하는 우려의 목소리가 있으나, 외국의 우수한 고급인력을 유치하거나 3D 업종(힘들고, 더럽고, 위험한 작업)의 단순업무에 값싸고 숙련된 외국 기능인력을 지속적으로 사용한다는 점에서 긍정적인 면이 훨씬 많다고 할 수 있다.

그러나 아쉽게도, 이러한 외국인들이 어디에서 어느 정도 규모로 일하고 있는지 제대로 정리된 것이 없다. 또한 어떤 자격으로 어느 종류의 일을 하고 있는지, 어떤 외국인을 채용할 수 있는 지는 알기가 쉽지 않다. 왜냐하면 복잡한 출입국관리법에 의해 너무 많은 비자유형이 있기 때문이다. 이에 현재 36가지 비자유형을 그룹별로 구분하여 정리하고, 채용 가능한 비자는 어떤 것이며, 이것이 출입국관리법과 노동법과는 어떤 관계에 있는지 구체적으로 검토해 보고자 한다.

---

70) 서울중앙지방법원 2005.1.25. 선고 2004가단128716 판결

II. 비자의 성격과 유형구분

1. 비자의 성격 및 비자별 체류현황

[외국인 체류자격, 체류현황, 1회 체류 상한기간][71]

No	그룹	체류자격	체류현황	1회 체류	No	그룹	체류자격	체류현황	1회 체류
1	A: 공적인 업무	A-1(외교)		업무 기간	19	E: 장기 취업 경제 활동	E-1(교수)	2,414	5년
2		A-2(공무)			20		E-2(회화지도)	13,539	2년
3		A-3(협정)			21		E-3(연구)	3,164	5년
4	B: 무비자	B-1(사증면제)	218,884	협정 기간	22		E-4(기술지도)	165	
5		B-2(관광통과)	143,900		23		E-5(전문직업)	606	
6	C: 단기 체류	C-1(일시취재)		90일	24		E-6(예술흥행)	3,307	2년
7		C-3(단기방문)	215,218		25		E-7(특정활동)	20,338	3년
8		C-4(단기취업)	2,588		26		E-9(비전문취업)	268,208	
9	D: 비취업 전문 인력	D-1(문화예술)	62	2년	27		E-10(선원취업)	15,281	1년
10		D-2(유학)	91,816		28	F: 장기 체류, 가족 관계, 투자 이민, 등	F-1(방문동거)	110,784	2년
11		D-3(기술연수)			29		F-2(거주)	40,870	5년
12		D-4(일반연수)	50,221		30		F-3(동반)	21,814	동반
13		D-5(취재)	97		31		F-4(재외동포)	432,485	3년
14		D-6(종교)	1,658		32		F-5(영주)	138,143	없음
15		D-7(주재)	1,312		33		F-6(결혼이민)	121,700	3년
16		D-8(기업투자)	5,893		34	G: 기타	G-1(소송, 기타)		1년
17		D-9(무역경영)	2,576		35	H: 관광/ 방문취업	H-1(관광취업)		협정
18		D-10(구직)		6개월	36		H-2(방문취업)	243,339	3년

71) 출입국·외국인정책 통계월보(2018년 6월호), 출입국·외국인정책본부. 체류현황 중 "( ) 괄호 안의 숫자는 단기 체류자임. 이탤릭체로 밑줄표시가 된 체류자격은 취업활동이 가능.

국내체류 외국인들을 이해하기 위해서는 체류목적과 체류자격을 알 수 있는 비자의 성격을 알아야 한다. 비자는 외국인이 방문국에서 체류하면서 행하는 사회적 경제적 활동이나 신분의 종류를 말한다. 비자종류에 따라 외국인의 입국목적, 경제활동여부, 가족관계여부, 해외동포여부를 쉽게 구분할 수 있다. 현재, 출입국관리법에서는 외국인의 체류자격을 A ~ H의 8개 그룹으로 구분하고 총 36가지의 유형을 정하고 있다. A 그룹은 외교관과 그 가족들이 해당되며 주로 공적인 업무를 수행한다. B 그룹은 관광과 같이 단기간 체류하며 국가간에 협정에 따라 비자 발급이 생략된다. C 그룹은 90일 이하의 단기체류로 보도활동, 단기방문, 단기취업이 이에 속한다. D 그룹은 장기체류로 비취업 전문인력으로 문화예술 활동, 유학, 기술연수, 어학연수, 언론 주재원, 종교활동, 기업 파견 주재원, 기업투자, 무역경영, 구직비자가 여기에 속한다. E 그룹은 장기 취업을 할 수 있는 비자로 교수, 원어민 강사, 연구원, 기술지도원, 전문직, 비전문직, 선원 등이 여기에 속한다. F 그룹은 가족관계 등에 근거한 동거로 장기체류가 해당된다. G 그룹은 특정유형에 속하지 않지만 긴급상황 등에 대응하기 위한 임시체류 자격이다. 마지막으로 H 그룹에는 관광취업과 외국국적 동포취업이 속해있다.

2. 비자의 유형[72)]

(1) A 그룹: 주로 외국과의 국제적 관계에서 공적인 업무수행

1) 외교(A-1): 외국정부의 외교사절단이나 영사기관의 구성원과 그 가족
2) 공무(A-2): 외국정부 또는 국제기구의 공무를 수행하는 사람과 그 가족
3) 협정(A-3): 협정에 따라 외국인등록이 면제되는 사람과 그 가족. 예로 「대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정(SOFA)」

(2) B그룹: 무비자 단기체류

1) 사증면제(B-1): 사증면제협정을 체결한 국가의 국민으로서 그 협정에 따른 활동. 2015년 6월 기준으로 102개국과 사증면제협정
2) 관광•통과(B-2): 관광•통과 등의 목적으로 사증 없이 입국

(3) C그룹 : 단기체류로 90일 이하의 체류를 허용

1) 일시취재(C-1): 일시적인 취재 또는 보도활동
2) 단기방문(C-3): 시장조사, 업무연락, 상담, 계약 등의 상용활동과 관광, 통과, 요양, 친지방문, 친선경기, 각종 행사나 회의 참가 등.
3) 단기취업(C-4): 단기간 영업활동 대상. 일시 흥행, 광고•패션 모델, 강의•강연, 연구, 기술지도 등 수익을 목적으로 취업활동

72) 「출입국관리법 시행령」 제12조 [별표 1]

(4) D그룹: 비취업 전문인력, 장기체류

1) 문화예술(D-1): 수익을 목적으로 하지 않는 학술 또는 예술 관련 활동
2) 유학(D-2): 전문대학 이상의 교육기관에서 정규과정의 교육
3) 기술연수(D-3): 연수조건을 갖춘 사람으로서 국내의 산업체에서 연수
4) 일반연수(D-4): 대학부설어학원에서 한국어를 연수, 국공립연구기관이나 연수원 등에서 기술•기능을 연수. 외국기업의 기업체 인턴.
5) 취재(D-5): 외국의 신문, 방송, 잡지, 그 밖의 보도기관으로부터 파견 또는 계약에 따라 국내에 주재하면서 취재 또는 보도활동
6) 종교(D-6): 외국의 종교단체 또는 사회복지단체로부터 파견되어 대한민국에 있는 지부 또는 유관 종교단체에서 종교활동
7) 주재(D-7): 외국 회사의 본사, 지사 등에서 1년 이상 근무한 사람으로서 그 계열회사, 자회사, 지점 전문인력으로 파견
8) 기업투자(D-8): 「외국인투자 촉진법」에 따른 외국인투자기업의 경영・관리 또는 생산・기술 분야에 종사하려는 필수 전문인력. 지적 재산권을 가진 창업자
9) 무역경영(D-9): 대한민국에 회사를 설립하여 경영하거나 무역
10) 구직(D-10): 교수(E-1)부터 특정활동(E-7)까지의 체류자격에 해당하는 분야에 취업하기 위하여 연수나 구직활동

(5) E 그룹: 장기 취업 경제활동

1) 교수(E-1): 전문대학 이상의 교육기관이나 이에 준하는 기관에서 전문 분야의 교육 또는 연구・지도 활동
2) 회화지도(E-2): 자격요건을 갖춘 외국인으로서 외국어전문학원, 초등학교 등에서 외국어 회화지도
3) 연구(E-3): 각종 연구소에서 자연과학 분야의 연구 또는 산업상 고도기술의 연구・개발
4) 기술지도(E-4): 자연과학 분야의 전문지식, 기술을 제공
5) 전문직업(E-5): 국가공인 자격이 있는 사람으로서 대한민국 법률에 따라 할 수 있도록 되어 있는 의료 등의 전문업무
6) 예술흥행(E-6): 수익이 따르는 음악, 미술, 문학 등의 예술활동과 연예, 연주, 연극, 운동경기, 광고・패션 모델, 그 밖에 이에 준하는 활동
7) 특정활동(E-7): 전문적인 지식, 기술 또는 기능을 가진 외국인력
8) 비전문취업(E-9): 비전문직 업종에 종사, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」에 따른 국내 취업요건을 갖춘 사람
9) 선원취업(E-10): 해운, 수산업, 크루즈산업 사업체에서 6개월 이상 노무를 제공할 것을 조건으로 선원 근로계약을 체결한 일반 선원

(6) F 그룹: 장기체류자격으로 가족관계 등에 근거한 동거, 투자이민

1) 방문동거(F-1): 친척 방문, 가족 동거, 피부양, 그 밖에 이와 유사한 목적으로 체류하려는 사람; 외국인이 사용하는 외국인 가사보조인

2) 거주(F-2): 가. 국민의 미성년 외국인 자녀 또는 영주(F-5) 체류자격을 가지고 있는 사람의 배우자 및 그의 미성년 자녀; 나. 국민과 혼인관계에서 출생한 사람; 다. 난민 인정을 받은 사람; 라. 기업투자(D-8) 체류자격으로 3년 이상 계속 체류하고 있는 사람; 기타 법무부장관이 인정하는 7가지에 해당하는 사람.

3)동반(F-3): 문화예술(D-1)부터 특정활동(E-7)까지의 체류자격에 해당하는 사람의 배우자 및 미성년 자녀

4) 재외동포(F-4): '재외국민'과 '외국국적동포'로 구분된다. 재외국민은 국민으로 외국의 영주권을 취득한 자이고, 외국국적동포는 본인, 부모의 일방 또는 조부모의 일방이 대한민국의 국적을 보유하였던 자로서 외국국적을 취득한 자

5) 영주(F-5): 가. 주재(D-7)부터 특정활동(E-7)까지의 체류자격이나 거주(F-2) 체류자격으로 5년 이상 대한민국에 체류하고 있는 사람; 나. 국민 또는 영주(F-5) 체류자격을 가진 사람의 배우자 또는 미성년 자녀로서 대한민국에 2년 이상 체류하고 있는 사람; 기타 법무부장관이 인정하는 12가지.

6) 결혼이민(F-6): 가. 국민의 배우자; 나. 국민과 혼인관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 부 또는 모; 다. 국민인 배우자와 혼인 중 배우자의 사망이나 실종, 그 밖에 자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인관계를 유지할 수 없는 사람.

(7) G 그룹: 기타 내용(G-1), 위에서 본 특정한 유형에 해당하지 않는 경우로서 긴급상황 등에 대응하기 위한 임시체류 등을 규율 한다.

(8) H 그룹: 관광취업과 방문취업

1) 관광취업(H-1): 대한민국과 "관광취업"에 관한 협정이나 양해각서 등을 체결한 국가의 국민으로서 협정 등의 내용에 따라 관광과 취업활동

2) 방문취업(H-2): 외국국적동포에 해당하고, 만 25세 이상인 사람 중에서 활동범위 내에서 체류하려는 사람

III. 출입국관리법과 노동법과의 관계

국내에서 취업이 가능한 비자자격으로 C-4(단기취업), E그룹 전체, F-2(거주), F-4(재외동포), F-5(영주), H-1(관광취업)과 H-2(방문취업)가 있다. 외국인도 근로기준법 제6조(균등한 처우)에서 국적으로 이유로 차별을 금지하고 있기 때문에 대한민국 국민과 동일하게 노동법의 보호를 받고 있다. 그런데 불법체류자들도 노동법적인 보호의 대상인 되는가에 대해서는 의문이 있을 수 있다. 불법체류자라고 하면 ① 비자 없이 근로를 한 외국인, ② 비자기간이 만료된 외국인, 또는 ③ 비자의 체류자격이 허용하지 않는 업종에서 취업활동을 하는 자를 말한다. 불법체류자는 출입국관리법 위반을 이유로 처벌과 동시에 강제출국 되지만, 노동법은 출입국관리법

위법여부와 관계없이 불법체류 외국인이 제공한 근로에 따른 노동법상 권리를 인정하고 있다. 예컨대, 불법체류 외국인이더라도 업무상 재해를 당한 경우에 산업재해보상법상 보호를 받을 수 있고, 또한 기왕의 근로에 대한 퇴직금, 연차휴가 청구권을 청구할 수 있다.

이와 관련하여 대법원은 출입국관리법과 노동법의 관계를 다음과 같이 판시하고 있다. "출입국관리법은 외국인이 대한민국에서 체류하여 행할 수 있는 활동이나 대한민국에 체류할 수 있는 신분 또는 지위에 관한 체류자격과 그 체류기간에 관하여 규율 하면서 외국인 고용 제한을 규정하고 있다. 그 입법취지가 단순히 외국인의 불법체류만을 단속할 목적으로 한 것이라고는 할 수 없고, 취업자격 없는 외국인의 유입으로 인한 국내 고용시장의 불안정을 해소하고 노동인력의 효율적 관리, 국내 근로자의 근로조건의 유지 등의 목적을 효율적으로 달성하기 위한 것이다. 이는 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다." [73]

IV. 결론

출입국관리법의 비자유형은 크게 A 부터 H 까지의 8가지 그룹으로 분류되고, 그 안에 총 36개의 세부 비자유형이 있다. 이러한 구분방식은 너무 복잡하여 일반인들이 이해하기 어렵다. 가급적 외국인력을 활용하는 고객의 입장에서 기본 8개의 그룹을 입국목적, 경제활동여부, 가족관계, 재외동포 여부 등을 기준으로 명확히 재 분류할 필요가 있어 보인다. 특히 D그룹과 E 그룹은 지나치게 세분되어 있어 이를 단순화시킬 필요가 있다. 왜냐하면 무수히 많은 직업을 세부적으로 구분하여 통제하는 것은 사실상 불가능하기 때문이다. 또한 외국인력 채용에 있어 출입국관리사무소의 재량사항이 너무 많고 채용절차가 너무 복잡하다. 따라서 외국 전문인력을 보수수준에 따라 분류하고, 전문인력 고용을 출입국관리사무소에서 통제하기보다는 이들을 고용하는 사업주에게 고용세를 부과하는 방식으로 시장의 자율적인 통제가 가능한 관리 방식을 제안한다.

소정근로시간과 포괄임금제

I. 문제의 소재

73) 대법원 1995.09.15 선고, 대법 94누12067 판결(불법체류자에 대한 산재보험 적용)

근로기준법이 변경되면 관련 판례도 변경된다. 대표적인 것이 근로계약에 소정근로시간이 필수기재사항으로 도입됨에 따라, 포괄임금제에 관한 대법원 판례의 변경이다. 2007년 7월 1일 이전에는 근로기준법상 근로계약 체결 시 임금, 근로시간, 기타의 근로조건을 명시했지만, 그 이후에는 임금, **소정근로시간**, 법정휴일, 법정휴가와 기타 근로조건을 명시하였다. 이는 기존의 근로계약은 '근로시간' 만을 명시하여 그 내용이 명확하지 않았지만, 개정법은 '소정근로시간'이라 명시하도록 규정하고 있다. 즉, 소정근로시간은 법정근로시간 (1주40시간, 1일 8시간) 내에서 근로자와 사용자가 일하기로 정한 시간을 말한다(근기법 제2조 제8항). 이는 1주 근로시간인 40시간, 1일 8시간 내에서 근로자와 사용자가 근로시간을 정하여야 한다는 것이다. 따라서 개정법 이후에는 소정근로시간에 따른 임금을 명시하도록 되어 있어 사실상 포괄임금제를 제한하고 있다.[74]

변경전 (2007.7.1. 이전)	변경후: 근로기준법 [시행2007.7.1] [법률 제8293호, 2007.1.26, 일부개정].
제24조(근로조건의 명시) 사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금, 근로시간, 기타의 근로조건을 명시하여야 한다.	제24조(근로조건의 명시) 사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금, 제20조의 규정에 따른 소정근로시간, 제54조의 규정에 따른 휴일, 제59조의 규정에 따른 연차유급휴가 그 밖에 대통령령이 정하는 근로조건을 명시하여야 한다.

이러한 변화의 내용을 제대로 알기 위해서는2007년의 근로기준법 변경과 함께 도입된 소정근로시간의 의미는 어떤 것인지에 대해 구체적으로 살펴볼 필요가 있으며, 이와 관련하여 판례의 변경된 내용이 어떤 것이고, 앞으로 변경된 포괄임금제를 타당성 있게 도입하기 위한 근로계약 체결방식에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

II. 소정근로시간

1. 소정근로시간에 관한 법규정

소정근로시간은 근로기준법 제50조(법정근로시간), 제69조(연소자의 근로시간) 또는 「산업안전보건법」 제46조(유해 위험한 작업)에 따른 근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 말한다. 이는 법정 근로시간 내에서 소정근로시간을 정해야 하는 것을 말한다. 근로기준법 제17조는 근로계약 체결 시 임금과 소정근로시간, 기타의 근로조건을 명시하도록 하고 있다. 따라서 근로계약에서 정하는 임금은 1주 40시간 내에서 정하도록 하고 있으므로,

74) 임종률, 「노동법」 제17판, 박영사, 2019, 470면.

원칙상 포괄임금은 근로기준법 위반이 된다. 근로기준법 제58조는 근로자가 출장이나 그 밖의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우에는 소정근로시간을 근로한 것으로 본다고 규정하고 있다. 단시간 근로자의 경우에도 "사용자는 단시간근로자에 대하여 근로기준법 제2조의 소정근로시간을 초과하여 근로하게 하는 경우에는 당해 근로자의 동의를 얻어야 한다. 이 경우, 1주간 12시간을 초과하여 근로하게 할 수 없다. 사용자가 단시간 근로자의 소정근로시간을 초과하는 연장근로에 대하여 통상임금의 100분의 50이상을 가산하여 지급하여야 한다" 고 규정하고 있다(기간제법 제6조). 기존에는 법정근로시간을 초과하는 근로시간만 연장근로에 따른 연장근로가산수당을 지급하도록 하였으나, 단시간근로자의 경우에는 법정근로시간에 미치지 못하더라도 소정근로시간을 초과하는 경우 연장근로가산수당을 지급하도록 하고 있다(2014.3.18. 도입). 이는 단시간 근로자의 소정근로시간이 주20시간인 경우 이를 초과했을 때 연장근로에 대한 가산임금을 지급해야 한다는 것이다.

2. 소정근로시간으로 제한하는 이유

소정근로시간은 법정근로시간 내에서 근로자와 사용자가 일하기로 정한 시간을 말한다. 여기서 법정근로시간이라고 하면 일반적으로 1주 40시간, 1일 8시간을 말한다. 연장근로는 법정근로시간을 초과하여 최대 1주 12시간까지로 제한하고 있다(근기법 제53조). 단시간근로자의 연장근로도 단시간근로자의1주 소정근로시간에 가산하여 12시간 한도 내에서 인정된다. 즉, 단시간근로자의 연장근로는 법정근로시간이 아닌 소정근로시간을 기준으로 판단한다(기간제법 제6조). 근로기준법 제17조에서는 근로계약서의 소정근로시간을 필수 기재사항으로 하여, 임금과 소정근로시간을 정하도록 하고 있으며, 이는 근로시간을 제한하여 근로자의 건강과 행복추구권을 보장하고 사용자의 권리남용을 방지하기 위한 것이다.

포괄임금제는 소정근로시간에 대한 기본임금을 미리 산정하지 않고, 법정근로시간과 추가 연장근로시간에 대한 제수당을 합한 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정해 근로자에게 지급하기로 하는 임금제도를 말한다.[75] 근로기준법상 근로계약 작성시 필수 기재사항인 기본임금과 소정근로시간을 정하도록 명시되어 있는 점을 볼 때, 포괄임금제는 사실상 근로기준법을 위반하는 임금지급제도라고 할 수 있다.

III. 포괄임금제에 대한 판례 변경

1. 판례의 변경내용

기존의 판례는 2007년 7월 이전의 것으로 근로계약을 체결할 경우 임금, 근로시간 등 기타의 조건을 명시하여야 한다는 내용에 따라 소정근로시간에 대한 부분을 구체적으로 판단하지

75) 이승길, "포괄임금제의 법리와 효용성에 관한 연구", 「노동법논총」 제29호, 한국비교노동법학회, 2013.12. 575면.

않았다. 즉, 기본임금을 미리 산정하지 않은 채 제 수당을 합한 금액을 월 급여액으로 지급하는 포괄임금이 근로자에게 불이익이 없다면 유효한 것으로 인정하였다. 이에 따라 근로시간 산정이 어려운 특수한 형태의 근로뿐만 아니라, 근로시간 계산이 가능하지만 편의를 위해 고정연장 근로수당을 신설하여 포괄임금제로 하는 경우도 허용하였다.

그러나 2010년 대법원은 포괄임금제의 유효성을 판단하는 요건으로 '근로시간의 산정이 어려운지의 여부'를 제시하고 근로시간의 산정이 가능한 경우에는 포괄임금제가 허용되지 않는다는 취지의 판결을 내렸다.[76] 이 판례는 근로기준법 제17조 근로계약의 내용에 따라 소정근로시간을 필수기재 사항으로 명시하고 있기 때문에 나온 판례라고 본다. 즉, 근로계약 체결 시 기본임금은 소정근로시간을 기준으로 정하여야 하고, 근로시간 산정이 가능한 경우에는 원칙적으로 포괄임금제를 도입할 수 없다. 따라서 포괄임금제는 근로시간 계산이 어려운 감시 단속적 근로자 등에 대하여는 적용되지만, 근로시간 산정이 가능한 근로자에 대해서는 포괄임금제로 인정받기가 쉽지 않다.

근로기준법의 개정안으로 인해 포괄임금의 판례 변화는 다음과 같다.

대법원 판례: 변경전 (2007.7.1. 이전)	변경후: 근로기준법 [시행2007.7.1]
대법원은 "근로시간, 근무형태와 업무의 성질 등을 참작하여 계산의 편의와 직원의 근무의욕을 고취하는 뜻으로 근로자의 승낙을 받고, 그것이 단체협약이나 취업규칙에 비추어 근로자에게 불이익이 없으며 여러 사정에 비추어 정당하다고 인정되면 포괄임금제의 임금약정은 유효하다"고 판시하여 왔다.[77]	2010년 대법원은 근로시간 산정이 어려운 경우와 그렇지 않은 경우로 구분하였다. ① "감시단속적 근로 등과 같이 근로시간의 산정이 어려운 것으로 인정되는 경우에는 이른바 포괄임금에 의한 임금지급계약을 체결하더라도 그것이 달리 근로자에게 불이익이 없고 여러 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 유효하다." 그러나 ② "근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용된다"고 한다.[78]

76) 임동채, 조영길, 김준근, "포괄임금제 효력에 관한 '해군복지근무지원단 판결'의 타당성 고찰", 「강원법학」 제56호, 2019.2. 강원대학교 비교법학연구소, 453면.
77) 대법원 1993.10.25. 선고 83도1050, 대법원 1997.4.25. 선고 95다4056 판결, 대법원 1998.3.24. 선고 96다24699, 대법원 1999.5.28. 선고 99다2881 판결, 대법원 1999.6.11 선고 98다26385 판결 등 다수.
78) 대법원 2010.5.13. 선고 2008다6052 (해군복지근무지원단 사건)

2. 현행 포괄임금제에 대한 판례의 경향

2007년 7월 이후, 포괄임금제에 대한 일관성 있는 판례가 제시되면서 기존의 포괄임금제를 부정하고 있다. 2014년 대법원 판례는 이와 관련하여 명확한 설명을 하고 있다(대법원 2014.6.26. 선고 2011도12114 판결). 포괄임금제를 인정할 수 있는 경우로, "감시 단속적 근로 등과 같이 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을 고려할 때 근로시간의 산정이 어려운 것으로 판단되는 경우에는 사용자와 근로자 사이에 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 법정수당까지 포함된 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 기본임금을 미리 산정하면서도 법정 제수당을 구분하지 아니한 채 일정액을 법정 제수당으로 정하여 이를 근로시간에 상관없이 지급하기로 약정하는 내용의 이른바 포괄임금제에 의한 임금지급계약으로 체결하더라도 그것이 달리 근로자에게 불이익이 없고 여러 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 유효하다." 고 판시하고 있다.

또한 판례는 포괄임금제를 부정하는 경우로, "그러나 위와 같이 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 하므로, 이러한 경우에 앞서 본 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결한 때에는 그것이 근로기준법이 정한 근로계약에 관한 규제를 위반하는지를 따져 포괄임금에 포함된 법정수당이 근로기준법이 정한 기준에 따라 산정된 법정 수당에 미달한다면 그에 해당하는 포괄임금제에 의한 임금지급계약 부분은 근로자에게 불이익하여 무효라 할 것이고 사용자는 근로기준법의 강행성과 보충성 원칙에 의하여 근로자에게 그 미달하는 법정수당을 지급할 의무가 있다." 고 판시하고 있다.

3. 근로시간 산정이 어려운 경우

근로시간의 산정이 어려운 경우에 대해서는 포괄임금제를 도입할 수 있으며, 이러한 업무는 근로기준법상 제시된 다음과 같은 업무라고 볼 수 있다.

(1) 감시 단속적 근로: 감시 단속적 근로자로서 사용자가 고용노동부장관의 적용제외 인가를 받은 경우 근로기준법의 근로시간, 휴게, 휴일 규정을 적용하지 아니한다. 이는 고용노동부장관의 승인을 전제로 근로시간의 적용이 제외된다(근기법 제63조 제3항).

(2) 사업장 밖 근로: 근로자가 출장 및 기타 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우, 소정근로시간을 근로한 것으로 본다(제58조 제1항).

(3) 재량근로: 근로기준법 제58조 제3항의 재량근로업무는 전문적 업무로 근로의 양보다는 질이나 성과가 중시되어 근로시간 산정이 어려운 업무를 말한다. 해당업무를 소정근로시간으로 인정받기 위해서는 근로자대표와의 서면합의가 필요하다. 구체적 업무로는 연구개발이나 정보처리시스템의 설계나 분석업무, 신문이나 방송 등 기사의 취재 편성 업무, 디자인

이나 고안업무, 방송이나 영화 제작의 프로듀서나 감독 업무 등이 있다(제58조 제3항).

Ⅳ. 포괄임금제 도입에 대한 실무사례

1. 식당 업무의 포괄임금 계약서

(1) 포괄임금제: 1주 6일 근무, 1일 근로시간 8시간으로 오전 11시부터 오후 10 시까지 (휴게시간 14:00-17:00 3시간 포함), 급여는 300만원으로 연장근로 수당을 포함한다. 위와 같이 포괄임금제 근로계약서를 작성한 경우에는 300만원이 기본급이 되므로 매월 추가로 1주 8시간(1월 35시간)에 대한 연장가산임금 753,588원을 지급해야 한다.

(2) 개선방향: 소정근로시간은 1주 40시간, 1일 8시간을 근무한다. 이에 대한 월 기본급은 2,401,560원이다. 1주에 1일을 추가로 근무하므로 연장근로수당 598,437원을 추가 지급한다. 따라서 월 수령액은 300만원으로 한다. 월 임금에 기본급 80%, 고정연장수당 20%를 설정함으로써 1주 8시간, 1월 35시간에 대한 고정연장수당을 포함한다. 포괄임금으로 인정받기 위해서는 소정근로시간에 대한 월지급 임금을 명확히 하여야 하고, 추가로 발생하는 연장근로에 대한 근무시간과 임금을 추가 계산하여 지급하면 합법적인 포괄임금 계약서로 인정된다.

2. 사무직 근로자의 포괄임금

(1) 예상문제: 사무직 근로자의 경우, 월 임금을 76%를 기본임금으로 24%를 고정 연장수당으로 설정하였다. 이 기준을 가지고 1주 40시간 근무에 추가로 1주10시간의 연장근로를 포함하고 있다는 포괄임금제 근로계약서를 작성하였다. 회사는 근로자에게 연장근로 유무와 상관없이 일정액의 월임금을 지급하였고, 이 때문에 연장근로 10시간 까지는 고정연장수당을 지급하지 않아도 된다. 이러한 사무직 근로자의 포괄임금제는 현행법상 가능한가?

(2) 포괄임금제의 위반 여부 판단: 위의 사무직 근로자에 대한 포괄임금제가 가능한지 여부에 대해 판례는 2가지의 기준을 가지고 있다. 첫 번째는 외국계 생명보험회사의 사무직 근로자로 월 20시간의 연장근로에 대한 고정연장수당을 정하여 급여 지급이 이루어졌다. 이 경우 법원은 회사업무 특성상 과업 중심의 업무 문화가 일상화 되어 생산직 근로자와 달리 근로시간 산정이 어렵다고 판단하였다. 이와 같은 경우에는 포괄임금제를 인정하고 있다.[79] 두 번째는 사무직 근로자의 경우로 1주 40시간 근무에 대해 주당 10시간의 고정연장근로수당을 정한 단체협약을 체결하여 포괄임금제를 실시하였다. 근로자가 1주에 연장근로가 이루어지더라도 주10시간 까지는 연장근로수당을 지급하지 않았다. 이에 대해 대법원은 임금체계를 월별 보수액을 기준으로한 시간급 금액이 산정되었다고 볼 수 없고, 근로시간 산정이 가능한 근로자에 대한 포괄임금제 제한법리에 비추어 볼 때, 정당한 포괄임금제로

79) 서울중앙지법 2018.2.13. 선고 2017가단5061696 판결.

볼 수 없다고 판단하였다.[80]

본 사안을 포괄임금제 판례법리와 위의 2가지 사례를 가지고 판단해 볼 때, 사무직 근로자의 임금체계에서 고정연장수당을 통한 포괄임금제에 대한 판단 기준은 해당 직종에 대한 근로자의 업무가 근로시간 산정이 가능한 업종인지 여부에 따라 포괄임금제의 정당성 여부를 판단할 수 있을 것이다.

V. 결론

근로계약서에 필수사항으로 소정근로시간을 기재하도록 한 취지는, 근로자가 법정근로시간 내에서 근로를 제공함으로써 인간의 존엄성을 지키면서 행복추구가 가능한 근로조건을 보장하기 위한 것이다. 포괄임금제는 근로자의 장시간 근로를 조장하고 있기 때문에 제한적으로 근로시간 산정이 어려운 업종에 한해 적용되어야 할 것이다. 특히 사무직 근로자의 경우, 장시간 근로가 고정연장수당인 포괄임금제를 통해서 만연해 왔다. 이는 임금을 소정근로시간에 맞추어 정하여야 하는 임금산정 원칙을 위반하였다고 할 수 있으므로 사무직의 고정연장수당을 통한 장시간 근로는 제한되어야 할 것이다.

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 채용심사 비용은 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.[81] 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).

---

80) 대법원 2009.12.10. 선고 2008다57852 판결.

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

그리고 최근 공•사기업체에서 채용비리 사건들이 연이어 발생되면서 채용절차의 공정성을 담보할 수 있도록 제도적 보완의 필요성이 대두되었다.[82] 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 제재방안을 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.[83]

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 채용공고에서 제시한 직종, 고용형태 및 근로조건을 임의로의 변경은 신의성실의 원칙에 맞지 않고 구직자의 구인공고에 대한 신뢰는 보호할 필요성이 있음을 고려한 것이다. 채용광고에 제시된 근로조건의 변경금지는 구직자가 사용자에 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.[84]

---

82) 신권철, "채용의 공정 – 채용비리를 중심으로,「노동법학」(제67), 2018.9. 한국노동법학회, 95-96면.
83) 고용노동부, "채용절차 공정화에 관한 법률 업무 매뉴얼", 2015, 23-25면.
84) 고용노동부, "채용절차 공정화에 관한 법률 업무 매뉴얼", 2015, 37면.

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 명시하여 노동법으로써 불공정 행위를 처벌하도록 하고 있다. 채용비리에 있어 형법 제314조[85]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.[86] 따라서 이번 채용비리를 채용절차법에서 금지함으로써 기존에 채용비리행위 제재에 대한 공백을 일부 보완하였다는데 그 의미가 있다.[87]

3. 직무와 관련 없는 개인정보 요구 금지 (법 제4조의3)

사용자는 구직자에 대하여 그 직무의 수행에 필요하지 아니한 개인정보를 기초심사자료에 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.[88]

---

85) 제314조(업무방해) ① 제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.
② 컴퓨터등 정보처리장치 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자도 제1항의 형과 같다.

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

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

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

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 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.[89]

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 청구권한이 있음을 고지하여야 한다. 고지방법은 채용절차에 있어 해당사항에 대해 지체없이 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).[90]

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 부담비용이 평균 15만5천원(경제적 비용 6만3천원+시간적 비용 9만2천원)이고, 취업성공시 까지 1인당 449만 5천원(29회 지원)에 달한다고 조사되었다.[91] 구직자가 채용서류를 돌려받게 되면 그만큼 구직에 필요한 비용을 절감할 수 있다.

사용자는 최종 채용이 거절된 구직자가 채용서류 반환을 청구하는 경우에는 본임임을 확인한 후 구직자가 반환을 청구한 날로부터 14일 안에 구직자에게 채용서류를 발송하거나

89) 고용노동부, "채용절차 공정화에 관한 법률 업무 매뉴얼", 2015, 64-65면.
90) 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.
91) 신계륜 민주통합당 의원이 취업전문사이트 '사람인'에 의뢰해 설문조사 결과(2013년 2월 3일).

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 반환 미청구시 채용서류의 반환을 청구일까지, 반환 요청시에는 채용서류를 첨부한 특수취급 우편물의 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」[92]에 따라 채용서류를 파기해야 한다(법 제11조 제4항). 이 경우 채용서류의 파기할 시점은 개인정보보호법에서 명시하고 있듯이 '지체 없이'(5일 이내) 파기해야 한다.[93] 개인정보의 파기방법은 ① 전자적 파일 형태인 경우: 복원이 불가능한 방법으로 영구 삭제, ② 기록물, 인쇄물, 서면, 그 밖의 기록매체인 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 기여 할 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

92) 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.

93) 행정안정부, 고용노동부, "개인정보보호 가이드라인-인사,노무분야", 2012. 23면.

제한하고, 구직자의 권리가 보장될 수 있도록 하여야 할 것이다.

부패방지법(김영란법)과 사업주 의무

I. 문제의 소재

우리나라는 선진국에 이르렀음에도 불구하고 여러지표에서 나타나는 공직사회의 도덕성은 낮은 편이다. 2015년 국민권익위원회의 부패인식도 조사결과 국민의 57%가 공직사회가 부패하였다고 응답하였으며, 2015년 국제적 기준에서도 우리나라 부패인식지수(CIP)는 56점(100점 만점)으로 OECD 회원국 기준 37개국 중 27위를 차지하였다.[94] 따라서 부패방지를 위한 기존의 법체계의 한계와 공직사회의 부패를 추방하고 투명한 사회로의 진입을 위해 부패방지법 제정이 절실히 요구되었다. 이에 '부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률'(이하 '김영란법' 또는 '청탁금지법')이 국가권익위원회 김영란 위원장의 제안으로 2015년 3월 27일 제정되어 2016년 9월 28일 시행되었다. 이 김영란법은 공직자의 범위에 언론인, 사립학교 관계자, 심지어 그 배우자까지 포함시킴으로써 일반국민들의 생활과도 밀접하게 관련되어 있다.[95] 특히 양벌규정이 김영란법에 포함되어 직원의 부정청탁과 금품제공이 회사의 사용자 책임으로까지 확대 적용됨에 따라 회사의 면책을 위한 철저한 조치가 필요하게 되었다.

아래에서는 김영란법의 주요 내용인 불법청탁과 금품수수의 원칙과 예외에 대해 살펴보고, 기업체에서 관심이 있는 양벌규정에 대해 구체적으로 언급하고자 한다.

II. 청탁금지법의 내용

1. 목적 및 적용범위

(1) 목적: 김영란법은 공직자에 대한 부정청탁과 금품수수를 금지함으로써 공직자의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 목적으로 한다. 이 청탁금지법은 부정청탁 그리고 금품수수의 금지라는 두 개의 축으로 이루어져 있다.

(2) 적용범위: 청탁금지법이 적용되는 자는 아래와 같다.

1) 공직자 등은 ① 공무원, ② 공직유관단체의 직원,[96] ③ 공공기관의 직원, ④ 사립학교의

94) 국민권익위원회 자료, "부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률 해설" 2016.

95) 적용대상의 너무 광범위하다 하여 위헌심사까지 청구하였으나, 모두 기각되었다. 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고, 2015헌마236, 412, 662, 673(병합) 결정.

96) 공직유관단체: 한국은행, 공기업(한국전력공사 등), 지방공사(서울메트로 등), 정부출자/ 출연/ 보조기관(대한

교직원, ⑤ 언론사의 직원을 말한다.

2) 공직자 등의 배우자

3) 공무수행인: ① 각종 위원회에 참여하는 민간위원, ② 공공기관의 업무를 위임받는 자, 위탁하는 자, ③ 공공기관에 파견근무하는 민간인, ④ 심의·평가업무를 담당하는 외부 전문가

4) 일반국민: 공직자 등에게 부정청탁을 하거나 금품을 제공한 민간인.

2. 부정청탁금지[97]

(1) 내용(14가지): 청탁금지법은 직접 또는 제3자를 통하여 직무를 수행하는 공직자 등에게 부정청탁을 하는 것을 금지하였다.

① 인가·허가 등 직무처리,

② 행정처분·형벌부과 감경·면제,

③ 채용·승진 등 인사 개입,

④ 공공기관 의사결정 관여 직위 선정·탈락 등에 개입,

⑤ 공공기관 주관 수상·포상 등 선정·탈락에 개입,

⑥ 입찰·경매 등에 관한 직무상 비밀 누설,

⑦ 특정인 계약 당사자 선정·탈락에 개입,

⑧ 보조금 등의 배정·지원, 투자 등에 개입,

⑨ 공공기관이 생산·공급하는 재화 및 용역의 비정상적 거래,

⑩ 학교 입학·성적 등 업무처리·조작,

⑪ 징병검사 등 병역 관련 업무처리,

⑫ 공공기관이 실시하는 각종 평가·판정 업무 개입,

⑬ 행정지도·단속 등 대상 선정·배제, 위법사항 묵인, ⑭ 사건의 수사·재판 등 업무처리이다.

(2) 예외: 정당한 권리, 주장 또는 요구가 위축되는 것을 방지 하기 위하여 아래의 7가지에는

적십자사 등), 업무위탁기관(농협중앙회 등), 임원선임기관(근로복지공단 등).

97) 부정청탁에 대한 제재 (청탁금지법 제22조, 제23조)

위반 행위자	제재수준
직접 부정청탁을 한 이해당사자	제재 없음.
제3자를 위하여 부정청탁을 한 이해당사자	1천만원 이하 과태료
제3자를 위하여 부정청탁을 한 일반인	2천만원 이하 과태료
제3자를 위하여 부정청탁을 한 공직자 등	3천만원 이하 과태료
부정청탁에 따라 직무를 수행한 공직자 등	2년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금

청탁금지법이 적용되지 않는다.

① 법령·기준에서 정한 절차, 방법에 따른 요구, 건의 등,

② 공개적으로 특정 행위를 요구,

③ 선출직 공직자, 시민 단체 등이 공익 목적으로 제3자 고충민원 전달,

④ 법정기한 내 업무처리 요구 진행상황 확인·문의,

⑤ 직무 또는 법률관계에 관한 확인, 증명 등 신청·요구,

⑥ 질의·상담을 통한 법령·제도 등 설명·해석 요구,

⑦ 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위.

3. 금품수수금지[98]

(1) 내용: 기존의 뇌물죄는 처벌을 위해 '직무관련성'과 '대가성'을 모두 필요로 하지만, 청탁금지법은 '대가성'을 요구하지 않고, 100만원을 초과하는 금품의 수수에는 직무관련성도 없어도 처벌된다. 공직자가 받은 물품이 1회 100만원 또는 회계연도 기간 300만원을 초과하는 경우에는 직무 관련 여부와 관계없이 공직자와 제공(제공의 약속)한 자 모두 처벌된다. 다만, 수수한 금품이 1회 100만원 이하, 회계연도 300만원 이하인 경우에는 직무관련이 있어야 처벌된다.

여기서 금품 등이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 편의 제공과 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형·무형의 이익을 포함한다. 구체적으로

① 금전, 부동산, 숙박권, 회원권, 입장권 등,

② 음식물, 주류, 골프 등의 접대, 교통·숙박 등의 편의 제공,

③ 채무 면제, 취업 제공, 이권 부여 등 경제적 이익제공이 있다.

직무관련성은 '그 지위에 수반하여 취급하는 사무'를 의미한다. 구체적으로

① 법령상 일반적·추상적 권한에 속하는 직무,

② 사실상·관례상 처리하는 직무,

③ 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위,

④ 직무와 밀접한 관련이 있는 직무행위를 포함한다.

---

98) 금품수수에 대한 제재 (청탁금지법 제22조, 제23조)

위반행위자	제재수준
· 1회 100만원 또는 매 회계연도 300만원 초과 금품 등 수수 공직자들 · 배우자의 위 금품 등 수수 사실을 알고도 신고하지 않은 공직자등 · 위 금품 등을 공직자등 또는 그 배우자에게 제공한 자	3년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금
· 직무와 관련하여 1회 100만원 이하의 금품 등을 수수한 공직자 등 · 배우자의 위 금품 등 수수 사실을 알고도 신고하지 않은 공직자 등 · 위 금품 등을 공직자 등 또는 그 배우자에게 제공한 자	수수금액의 2배 이상 5배 이하 과태료
· 외부강의 등 초과 사례금을 수수한 후 신고/반환을 하지 아니한 공직자등	500만원 이하 과태료

(2) 예외: 다만, 법을 위반하지 않고 금품수수가 가능한 8가지 사항이 있다.

① 공공기간이 지급하거나 상급공직자가 위로 격려, 포상 등의 목적으로 하급 공직자에게 제공하는 금품,

② 원활한 직무수행 사교·의례, 경조금 목적으로 제공되는 3만원 이내 음식물, 5만원 이내 선물 (다만, 농수산물 선물은 10만원한도), 5만원 이내 경조사비 (다만, 화환, 조화는 10만원 한도),

③ 사적 거래로 인한 채무의 이행, 정당한 권원에 의하여 제공되는 금품,

④ 공직자등의 친족이 제공하는 금품 등 (친족: 배우자, 8촌이내의 혈족, 4촌이내의 인척),

⑤ 공직자등 관련 단체가 내부 기준에 따라 구성원에게 제공하는 금품이나 장기적이고 지속적 친분관계를 맺고 있는 자가 질병 등으로 어려운 처지에 있는 공직자등에게 제공하는 금품 등,

⑥ 공직자등의 직무와 관련한 공식적 행사에서 주최자가 참석자에게 통상적인 범위에서 일률적으로 제공하는 교통, 숙박, 음식물 등,

⑦ 불특정 다수인에게 배포하기 위한 기념품, 홍보용품 등이나 경연, 추첨 등을 통하여 제공하는 경품, 상품 등,

⑧ 그 밖에 다른 법령, 기준 또는 사회상규에 따라 허용되는 금품 등이 이에 해당된다.

III. 양벌규정과 사용자 의무

1. 개념

양벌규정이란 근로자의 업무관련 위반행위에 관하여 그 행위자만을 처벌하는 것이 아니고 행위자를 고용한 사용자도 행위자와 같이 처벌하는 제도를 말한다. 청탁금지법 제24조(양벌규정)에서는 근로자가 이 법을 위반하는 금품수수와 부정청탁의 위반행위를 한 경우에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 사용자도 처벌한다고 규정하고 있다. 다만, 사용자가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 면책된다는 규정을 함께 마련하고 있다.

판례는 양벌규정의 면책사유인 “법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리하였는지 여부는

① 당해 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 당해 법률의 입법 취지, 처벌조항 위반으로 예상되는 법익 침해의 정도, 그 위반행위에 관하여 양벌규정을 마련한 취지 등은 물론

② 위반행위의 구체적인 모습과 그로 인하여 실제 야기된 피해 또는 결과의 정도,

③ 법인의 영업 규모 및 행위자에 대한 감독가능성 또는 구체적인 지휘감독 관계,

④ 법인이 위반행위 방지를 위하여 실제 행한 조치 등을 전체적으로 종합하여 판단하여야 한다” 고 판시하고 있다.[99]

[99] 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5824 판결 , 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결 등

2. 구체적 사례[100]

1) 부정청탁

사례1: 건설회사 소속 직원X가 건축법령을 위반하여 건축허가를 내어 줄 것을 ○○구청 건축허가 담당공무원A에게 청구한 경우: 건설회사는 양벌규정 적용시 2천만원 이하의 과태료를 부담한다.

사례2: 건설회사 소속 직원X가 건축허가를 내어 줄 것을 00구청 건축허가 담당공무원A에게 청탁하면서 70만원 상당의 양주를 전달한 경우: 건설회사는 형법상 '뇌물'로 인정시 건설회사측에는 양벌규정은 적용되지 않는다. 그러나 형법상 '뇌물'로 인정되지 않을 시에는 양벌규정을 적용하여 2천만원 이하의 과태료를 부담한다.

2) 금품수수

사례1: 건설회사는 00구청에 건축허가를 신청하여 심사 대기중인 상황에서, 구청 건축허가 담당공무원A에게 건설회사 소속의 임원X가 70만원 상당의 양주를, 직원Y는 50만원 상당의 상품권을, 직원Z는 20만원 상당의 식사를 각각 업무로 만난 자리에서 제공한 경우: 건설회사는 양벌규정 적용시 280만원~700만원 과태료를 부담한다.

사례2: 건설회사의 소속직원X,Y가 직무와 관련한 회식에서 언론사 직원A,B,C,D를 초청하여 1차에서 식사비용 12만원, 2차에서 술값 24만원을 결제한 경우: 근로자X,Y, 의 일련의 행위는 1개의 행위로 평가되므로, 양벌규정 적용시 1개의 과태료 부과하여 12만원~30만원 과태료를 부담한다. 과태료의 근거는 수수금액의 2배 이상 5배 이하: (12만원/6명)+(24만원/6명)=6만원

3. 외국사례

1) 미국의 부패방지 법률준수의무: 기업이 평소 얼마나 효과적인 부패방지 법률준수를 수립해서 운영하고 있었는지 여부가 기소 여부 결정 및 양형 결정에 있어서 가장 중요한 사유 중의 하나이다. 단순히 법률준수서를 마련하였다고 능사가 아니며 그 법률준수가 효과적으로 운영되고 있는지가 관건이다. 미국은 부패방지법의 가이드를 두고 사업주의 상당한 주의와 감독 의무를 구체적으로 명시하고 있다.

2) 영국의 뇌물방지법: 상사조직의 임직원, 에이전트, 자회사 등 관련자가 그 상사조직을 위해 사업을 획득하거나 사업과정에 유리한 혜택을 얻을 의도로 다른 사람에게 뇌물을 제공하였을 경우 그 상사조직에 대해 형사책임을 부과한다. 다만, 상사조직이 관련자의 뇌물 행위를 방지하기 위한 적절한 조치를 취하였음을 입증할 경우에 면책이 가능하다.

---

100) 권익위원회 자료, 2016.

Ⅳ. 결론

김영란법과 관련하여 회사의 관심사는 근로자의 김영란법 위반행위에 대해 사용자 책임에 대한 면책여부이다. 양벌규정으로 인해 회사의 책임을 면책받기 위해서는 회사의 규정의 완비, 윤리교육실시, 위반한 자에 대한 징계처분 등 사전적, 사후적 조치를 강구해야 한다. 특히, 이번 김영란법 시행과 함께 기업의 접대문화 영업방식이 본인 뿐만 아니라 회사에 까지 피해를 줄 수 있다는 인식을 확산시켜야 할 것이다. 회사의 대응전략을 준비함에 있어 미국의 부패방지에 대한 준법제도나 영국의 뇌물방지를 위한 회사의 조치의무가 참고가 될 수 있을 것이며, 사용자의 상당한 주의, 감독의무를 다하여야 하겠다.