

## 근로자성 판단기준과 체크리스트

### I. 문제의 소재

제 4차 산업혁명의 도래로 직업의 종류가 다양해지고, 그 중에는 근로자성과 사용자성을 동시에 가지고 있는 직업이 존재함에 따라 점점 근로기준법상 ‘근로자성’ 판단이 모호해지고 있다. 기업은 더 많은 이윤 창출과 서비스의 전문성 등을 이유로 근로자를 직접 고용하는 대신 외주화와 같이 간접고용을 선호하고 있다. 이러한 예로 지입차주, 서비스 기사, 배달기사, 매점운영자, 콜센터 직원, 채권추심원, 도급운송기사, 카마스터, 프리랜스 등이 등장하였다. 원칙적으로 상기 직업 종류는 각자의 업무를 자신의 책임하에 자율적으로 수행해야 함에도 불구하고 기업은 업무의 효율성 증대를 위하여 이들의 업무수행에 직접적, 간접적으로 관여하게 된다. 즉, 도급업무나 개인사업자 업무의 특징이 독립적으로 업무를 완수를 하는 것인데, 사업주가 이들을 직접 관리 감독하게 되면 그 시점부터 진정 도급의 형태가 아닌 불법파견의 리스크를 갖게 된다. 이러한 경우 기업은 당장 이들에 대한 고용의무와 퇴직금, 사회보험료 등 추가 인건비를 부담해야 한다.

원칙적으로 근로기준법상 근로자성 판단은 2006년 대법원 판례를 기준으로 삼고 있지만, 직업의 특성 및 업무 성격에 따라 별적으로 판단되어야 하고 판례에 따라 다소 법관의 성향이 일부 포함된 경우가 있어 근로자성 판단 기준을 만드는데 어려움이 있다. 이러한 이유로 아래에서는 2006년 대법원 판례를 바탕으로 각 사례별 판단 기준을 정립하고자 한다.

### II. 근로자성 판단기준

#### 1. 근로기준법상의 근로자성

근로자성 판단기준으로 근로기준법의 근로자 개념을 바탕으로 한 기준판례를 구체적으로 살펴보고자 한다.

근로기준법은 근로자란 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다”(제2조 제1항 제1호). 이 정의에 포함된 사항은 (i)근로자는 사용자와 근로계약을 형성하고 근로자를 제공하는 것이고, (ii)근로자는 임금, 즉 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 이에 대한 대가(임금)를 받아 생활하는 자이다.<sup>1</sup> (iii)근로자는 특정 사업 또는 사업장에서 그 사업 또는 사업장의 사용자와 사용종속관계를 형성하고 있다.<sup>2</sup>

근로자에 대한 개념을 이해하는데 대표적인 판례가 2006년 학원강사에 대한 근로자성 판단기준이다. 이 판례는 근로자에 대한 개념을 사용종속관계로 표시하는 징표를 열거하면서 사용자의 우월한 지위에서 정해지는 판단기준은 제한적으로 해석되어야 한다고 명시하고 있다.<sup>3</sup>

"근로기준법상의 근로자에 해당하는지의 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다

<sup>1</sup> 임종률, 『노동법』, 제17판, 중앙경제사, 2019, 29면

<sup>2</sup> 하갑래, 『근로기준법』, 제32판, 중앙경제사, 102면

<sup>3</sup> 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결 (종합반 강사의 근로자성 판단)

그 **실질에 있어** 근로자가 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고,

여기에서 **종속적인 관계가 있는지 여부는** 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 **사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에**, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다."

## 2. 판례의 사용종속관계의 이해

판례는 근로자성을 판단할 때, 위에서 제시된 ‘사용종속관계의 구체적 판단기준’을 가지고 판단하며, 판단방법은 특정한 사안에 대해 개별적이고 종합적으로 검토하여 이러한 기준을 다수 충족하게 되면 근로기준법상 근로자라고 본다. 이 기준을 인적종속, 경제적 종속성 그리고 이중적판단 요소로 구분할 수 있다.<sup>4</sup>

### (1) 인적종속관계

인적종속요소는 사용자가 근로자를 업무수행과정에서 관리 감독하는 정도이다. 최근 판례는 다양한 직업의 발생과 업무의 독립적인 수행 등을 고려하여 인적 종속성 판단에 있어 사용자의 업무지시를 ‘구체적이고 개별적인 지휘·감독’에서 ‘상당한 지휘감독’으로 완화하여 판단하고 있다.<sup>5</sup> 구체적으로 1) 계약의 종류, 2) 근로자의 채용, 해고, 징계 등 징계 권한 행사 여부, 3) 출퇴근, 휴가 등 통제를 받는지 여부, 4) 업무지휘 감독을 받는지 여부, 5) 근로시간과 근무장소 구속 여부를 가지고 판단한다.

### (2) 경제적 종속관계

경제적종속요소는 근로자가 스스로 이윤을 창출할 수 있는지의 여부에 따라 결정된다. 시간제 강사의 경우에는 학원에서 수강한 학생의 수에 따라 수강료를 사용자와 나누어 가지는 성과급급제를 사용하였고, 이 경우 시간제 강사의 경우에는 근로자로 보지 않았다.<sup>6</sup> 구체적으로 1) 비품, 원자재 작업도구 소유여부, 2) 업무 중 발생 비용을 회사가 처리해주는지의 여부, 3) 제3자 대한

<sup>4</sup> 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성 판단”, 『노동법학』 제11호, 2000, 35면 이하

<sup>5</sup> 대법원 2006.12.07. 선고 2004다29736 판결 (종합반 강사에 대한 근로자성 인정)

<sup>6</sup> 대법원 1996.7.30. 선고, 98도732 판결, 입시학원 단과반 강사 근로자성 부인 사건

대행 가능여부와 타 업무 종사 가능 여부, 4) 이윤창출 가능여부와 개인의 수익사업 가능여부, 5) 독립사업으로 회사에 복무 중 타 사업에 종사여부, 6) 사업위험 부담여부, 7) 보수가 근로의 대가 인지 여부, 8) 장기근속이 가능한 업무인지의 여부와 근로의 전속성(업무수행 중 타사에 취업금지) 여부를 말한다.

### (3) 이중적 요소

이중적 판단요소는 “기본급이나 고정급이 정하여졌는지; 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항; 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지” 등 인데 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 이것이 인정 된 경우에는 근로자성 판단을 긍정하는 요소가 될 수 있지만, 이것이 부정된다고 해서 이 기준만을 이유로 근로자성을 부인해서는 안될 것이다.<sup>7</sup> 구체적으로 1) 업무수행자에 대해 고정급이 있는지의 여부, 2) 근로소득세 부담과 4대보험의 가입여부가 이에 해당한다.

### 3. 판례의 사용종속관계 기준을 이용한 판단

#### <근로자성 파악을 위한 체크리스트 및 판단<sup>8)</sup>>

대법원 판례 기준 (판단 잣대)	근로자성 분석 세부 내용	점수	판단	
			근로자	사용자
1)인적종속성 (가중치 각 항목2점 = 총 10점)	① 계약 종류	계약의 종류(근로계약 또는 위임계약)	2	
	②취업규칙 적용 및 인사권 행사	취업규칙, 사규 적용여부 판단, 근로자 채용, 해고, 징계 권한 행사	2	
	③출퇴근, 휴가 통제	사용자 출퇴근 및 휴가사용 통제여부	2	
	④업무수행 중 지휘, 감독 여부	업무수행 중 상당한 지휘감독 여부	2	
	⑤근로시간, 근로장소 구속	근로시간이 정해져 있거나 근로장소 제한 여부	2	
2)경제적 종속성 (가중치 각 항목1점 = 총 8점)	①비품,원자재,작업도구소유	작업도구 소유여부, 업무상 손해 책임여부	1	
	②비용처리	운영비 지원여부, 업무수행 발생비용 처리, 법인카드 제한 없이 사용여부	1	
	③제3자대행가능, 타업무 종사	전속적 사용여부, 부채지 제3자에 대체 가능여부	1	
	④이윤창출, 개인사업성	본인의 노력으로 이윤창출 가능여부, 개인이 수익사업을 할 수 있는지 여부	1	
	⑤독립사업	회사에 복무 중 타사업에 종사 가능여부	1	
	⑥사업실패 책임	사업실패에 대한 책임	1	
	⑦보수 근로대가	임금이 매출에 대한 평가인지, 매월 근로의 대가로 받는 고정급인지여부	1	
	⑧근로의 계속성, 전속성 여부	계속적 근로여부(장기근속 여부), 업무수행중 타사에 취업금지 여부	1	
3)2중적	① 고정급여부	주요 급여의 구성항목이 기본급인지 성과급인지 여부	1/0	

<sup>7</sup> 대법원 2007.9.7. 선고 2006도777 판결. 미용학원 강사의 근로자성 인정사건

<sup>8</sup> 정봉수, “원어민 강사의 노동법적 지위에 관한 연구”, 고려대학교 석사논문, 2013, 79면: ‘근로자성 판단기준 가중치 산정’를 가지고 재편집하여 작성.

요소 (긍정일 때만 항목당1점)	②근로소득세, 4 대보험	사업소득세 부담, 4대보험 적용 및 4대보험료 납부여부	1/0		
평가점수 (20점 만점)	<해당되는 사항만 판단하고 점수 반영>			0점	0점

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

근로자성 판단은 사용종속관계를 중심으로 하고, 각 사안별로 해당 판단항목 별로 개별적으로 분석하고 종합적으로 판단하여야 한다. 즉 1) 인적종속성(10점), 2) 경제적 종속성(8점), 3) 이중적 요소(긍정 일때만 점수 반영, 2점)으로 총 20점을 기준으로 판단하였다. 판단지표가 되는 해당항목이 없을 경우 그 부분은 반영하지 않는다.

### III. 근로자성 판단 기준 적용

#### 1. 사례 : 프리랜스 원어민 강사의 근로자성 사건

##### (1) 사건개요

2011년 2월 22일, 원고(원어민 강사) 17명은 피고(C 어학원)를 상대로 퇴직금 등을 미지급하였다고 진정을 제기하였다. 노동청은 1년 6개월의 조사기간을 통해, 원고 24명은 프리랜서이고 근로자가 아니라는 판단을 하고 사건을 종결시켰다. 이에 원고들은 민사소송을 제기하였고, 서울중앙지방법원은 2013년 10월 17일에 원고들은 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판결(2011가합121413)을 하였고, 피고는 결과에 불복하여 재심을 신청하였다. 고등법원은 초심판결을 유지하였다(고등법원 2014. 11. 24. 선고 2013나68704 판결). 대법원도 2015년 6월 11일자로 C어학원의 원어민 강사들이 프리랜서가 아닌 근로자임을 인정하고, 피고에게 원고의 근로자 신분으로 발생하는 퇴직금, 연차휴가수당, 주휴수당에 대해 지급의무가 있다고 판결하였다(대법원 2014다88161).

##### (2) 사실관계<sup>9</sup>

- 1) 피고는 외국인 어학강사와 ‘외국어 강의서비스’를 제공하는 계약을 체결하였다.
- 2) 원고는 피고가 지정한 강의교재를 사용하며 필요한 경우, 강의교재 제작에 참여하고 이에 상응하는 보수를 받고 있다.
- 3) 원고는 계약상 강의 이외에도 학부모 상담 등의 추가업무를 수행하며, 이에 상응하는 보수를 받는다.
- 4) 원고에게 적용되는 별도의 취업규칙 및 인사규정은 존재하지 않으나, 피고가 작성한 강사 복무규정을 준수해야 한다.
- 5) 강의실에 CCTV가 설치되어 강의내용을 모니터링하고 이를 평가하여 강의의 개선 및 향상, 재계약의 체결여부 또는 수강생이 제기한 클레임의 해결 등에 사용하고 있다.
- 6) 피고가 수석강사를 고용하여 원고의 강의방법 및 기술 등을 지도·교육한다.

<sup>9</sup> 주요내용은 이 사건의 대법원판례와 관련된 하급심 판례 (서울고법 2014. 11. 24. 선고 2013나68704)을 참고하여 기술하였음.

7) 원고는 피고가 지정한 강의 시간대에 피고가 제공한 강의실을 사용하여 강의를 하되, 구체적인 강의시간 및 강의장소는 피고와 원고가 협의하여 결정한다.

8) 원고는 강의에 필요한 도구 및 자재 등을 소유하고 있지 않고, 피고가 제공하는 것을 사용하고 있으며, 본인 대신에 제3자를 고용하여 대리강의를 할 수 없다.

9) 원고는 강의시간에 비례하여 시간당 3만원부터의 시간급을 받고 있으며, 수강인원에 따라 수입금을 피고와 원고간에 배분하는 성과급제는 채택되지 않았다.

10) 피고와 원고와의 강의 서비스계약은 1년 단위로 매년 체결되어 왔다.

11) 원고는 강의시간 이외에도 자유로이 다른 어학원 또는 다른 회사에 취업할 수 없다. 이는 원어민강사의 비자(E-2)가 다른 사업장의 취업을 제한하고 있기 때문이다.

12) 원고는 근로소득세 대신에 사업소득세를 납부하고, 4대보험에 가입되어 있지 않다.

## 2. 근로자성 판단기준 적용

대법원 판례 기준 (판단 잣대)		근로자성 분석 세부 내용	점수	판단	
				근로자	사용자
1)인적종속성 (가중치 각항목2점 = 총 10점)	① 계약 종류	‘외국인 강의 서비스’ 도급계약 체결	2		2
	②취업규칙 적용 및 인사권 행사	취업규칙 및 인사규정은 존재하지 않으나, 강사 복무규정을 준수	2	2	
	③출퇴근, 휴가 통제	사전에 배포된 수업시간 준수	2	2	
	④업무수행 중 지휘, 감독 여부	독자적으로 수업을 하나, 강의실 CCTV로 감시하여 수업평가 받음	2	1	
	⑤근로시간, 근로장소 구속	지정한 강의 시간대에 피고가 제공한 강의실을 사용	2	2	
2)경제적 종속성 (가중치 각항목1점 = 총 8점)	①비품,원자재,작업도구소유	피고가 지정한 강의교재를 사용, 강의에 필요한 도구 및 자재 등을 소유하고 있지 않고, 피고가 제공하는 것을 사용	1	1	
	②비용처리		1		
	③제3자대행가능, 타업무 종사	제3자를 고용하여 대리강의를 할 수 없다	1	1	
	④이윤창출, 개인사업성	수강인원에 따라 수입금을 피고와 원고간에 배분하는 성과급제는 채택되지 않았다.	1	1	
	⑤독립사업	불가능	1	1	
	⑥사업실패 책임	없음.	1	1	
	⑦보수 근로대가	강의시간에 비례하여 시간당 3만원부터의 시간급	1	1	
	⑧근로의 계속성, 전속성 여부	강의서비스계약은 1년 단위로 매년 체결되어 왔다.	1	1	
3)2중적 요소 (공정일 때만 항목당1점)	① 고정급여부	강의시간에 비례하여 시간당 3만원부터의 시간급	1/0		
	②근로소득세, 4대보험	사업소득세 납부, 4대보험 미가입	1/0		
평가점수 (20점 만점)		원어민 강사들은 근로자성이 강함.		14	2점

본 프리랜스 원어민 강사의 근로자성 여부는 위의 근로자성 판단지표와 같이 인적종속성과 경제적 종속성에서 근로자성을 인정하고 있음을 판단할 수 있다.

## V. 결론

근로자성 판단기준은 업종별로 특징적 판단 잣대를 적용해야 하며, 해당 업종도 사용자의 관여 정도가 어느 정도인지에 따라 달라진다. 따라서 사실관계에 따라 사용자의 인적종속관계를 중심으로 경제적 종속관계를 보충하는 차원에서 해당 사안별로 구체적이고 종합적으로 판단하여야 근로자인지 개인사업자인지에 대한 정확한 구분이 가능할 것이다.