

5인 미만 외국기업 국내 영업사무소 직원의 노동법 적용관련 사례

정봉수 / 강남노동법인

I. 문제의 소재

현행 근로기준법은 원칙적으로 상시근로자 수 5인 이상의 사업장에 적용되고, 상시근로자 수 5인 미만의 사업장은 제한된 범위 내에서 적용하고 있다. 특히, 근로자의 근로조건에 직접적 영향을 주는 부당해고, 퇴직금(2012년 12월 이전), 연장/야간/휴일근로에 대한 가산임금, 연차휴가 등은 상시근로자 수 5인 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).¹ 상시 근로자 수의 ‘산정방법’을 명시하고 있다(「근로기준법 시행령」 제7조의 2).²

행정해석³은 (1) 외국에 본사가 있는 법인이 국내에 사업 또는 사업장으로 볼 수

¹ 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.

² 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.

³ 근로개선정책과-438, 2014. 1. 28.

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 법인에게 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 재심신청⁴

“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.

(2) 라리탄컴퓨터 부당해고구제 재심신청⁵

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

III. 사례의 적용

⁴ 중앙노동위원회 2013부해417 (판정일자 미확인)

⁵ 중앙노동위원회 2007 부해 61 (판정일자 미확인)

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.⁶

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

⁶ 임종률, 『노동법』 제 11 판, 박영사, 2013, 29 면.

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 중앙노동위원회에서도 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 국제사법⁷은 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).

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)⁸에 의해 강행법인 근로기준법이 적용된다고 볼 수 있다.

IV. 결 론

⁷ 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할권에 대한 원칙과 준거법을 정한 법

⁸ **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 의하여, 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.

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.