

## 외국 대사관 직원의 노동법 적용과 한계

### I. 문제의 소재

주한 외국공관은 대사관, 영사관, 문화원 등 96개가 있고, 여기에 근무하는 한국인 근로자는 수천 명으로 추산된다. 외국대사관에 노무자문을 해주다 보면 잦은 질문이 한국근로자에 대한 ‘퇴직금 지급문제’이다. 사실 국내의 법정 퇴직금제도는 외국에는 없는 제도이고 근속년수가 길면 상당한 금액을 추가적으로 지출해야 하는데, 이를 본국의 승인을 받아야 한다.

노동법은 속지주의의 원칙에 따라 대한민국에서 근무하고 있는 모든 근로자에게 적용된다. 노동법 위반 시 형사처벌의 대상이 되는 강행법규이지만, 주한 외국공관에서 근무하는 한국인 근로자들의 경우, 노동법을 준수해야 하는 사용자가 외교관으로 ‘외교관계에 관한 비엔나협약’<sup>1</sup>에 따라 형사면책이 되어 법 집행 시 어려움이 많다. 한국노동법의 적용은 해고의 제한, 임금과 퇴직금의 지급보장, 산업재해보상, 노동3권의 보장 등 근로자의 기본권을 보장하는 것이다. 판례와 고용노동부 지침도 노동법의 보호와 한계를 규정하고 있어, 노동법 적용에 있어 외국대사관뿐만 아니라 그 사업장에서 근무하는 한국인 근로자에게도 혼란을 주고 있다. 이와 관련해 법령, 판례, 고용노동부 지침을 중심으로 검토해 본다.

### II. 기본원칙

#### 1. 관련 법령

한국근로자가 외국대사관과 체결하는 근로계약은 국내 근로기준법을 준수한다는 명문 규정이 없더라도, 대한민국 영토 내에서 적용되는 속지주의 원칙 (근로기준법 제12조)에 의거하여 한국 내 모든 근로자에게 적용된다. 심지어 불법체류 외국인근로자<sup>2</sup>도 노동법의 보호대상이 된다. 국제사법<sup>3</sup> 제28조에 “근로계약의 당사자가 준거법을 선택하였거나 선택하지 않은 경우에도 준거법 소속 국가의 강행규정에 의하여 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다”고 명시하고 있다. 또한 근로기준법 제15조에 의하여 당사자의 근로계약의 기준이 근로기준법에 미달하는 경우에는 그 부분에 대해서는 무효가 되고 무효가 된 부분은 근로조건의 최저기준을 정한 근로기준법의 근로기준이 적

1 이 협약은 외교관의 신분보장에 대한 국가간의 협약(조약)으로 1961.4.18 비엔나에서 작성되었고, 우리나라는 1970.1.27.(조약 제 365 조)로 대한민국 국회에서 비준하였다. ① 헌법 제 6 조 제 1 항은 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라고 명시되어 있다. ② 협약 제 31 조 제 1 항: 외교관은 접수국의 형사재판관할권으로부터의 면제를 향유한다. 외교관은 또한 다음 경우를 제외하고는 접수국의 민사 및 행정재판관할권으로부터의 면제를 향유한다.

2 서울경기인천 이주노동자노조 사건(대판(전원합의체) 2015625, 선고 2007 두 4995 판결)

3 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제 재판관할권에 대한 원칙과 준거법을 정한 법

용된다. 예를 들어 당사자간의 근로계약에 퇴직금 규정을 정하지 않는 경우에도 근로기준법에 따른 퇴직금지급 의무가 있다.

## 2. 고용노동부의 일반지침

고용노동부의 행정해석에 따르면, 주한 외국대사관에 근무하는 근로자에 대한 근로기준법 적용관계<sup>4</sup>에서 “속지주의 법리가 일반적으로 승인되고 있으므로 양국간에 별도의 체결된 협약(규정)이 없는 한, 주한 외국대사관이라 하여 국내법이 배제되지는 않는다. 다만, 주한 외국대사관은 외교관으로서 면책특권을 가지므로 “그에 대한 국내법의 집행(부당노동행위 구제신청이나 해고무효확인청구소송)에 있어 재판관할권이 국내에 없다(‘89.11.14. 대법 89 누 4765)”라는 법원 판결과 같이 추후 국내법의 집행에 있어서는 상당한 제한을 받을 수도 있을 것으로 사료된다.”고 명시하고 노동법 집행에 제한을 가하고 있다.

## 3. 법원의 판단

하지만 판례는 미군부대에서 고용되어 근무하다가 해고된 근로자가 미합중국을 피고로 하여 우리 법원에 제기한 해고무효확인 소송에서 우리나라 법원의 재판권을 인정하였다. 관련 고등법원이 근로자가 미국을 상대로 하는 소송에서 재판권이 없다는 이유로 사건을 각하 하였으나, 대법원은 미국을 상대로 하는 재판권을 인정하였다. 대법원은 “국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관계라고 할 수 없다. 따라서 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리 나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이다.”<sup>5</sup> 고 판시하고 있다. 즉, 대사관을 피고(상대편)로 하지 않고 대사관을 파견한 대상국가를 상대로 소송을 제기할 경우에는 재판 관할권이 인정될 수 있다.

4 고용노동부 지침: 근기 68207-3085, 2001. 9. 11)

5 대법원 1998. 12. 17. 선고 97 다 39216 전원합의체 판결

### III. 노동법 적용

#### 1. 근로기준법 적용

##### (1) 부당해고 사건<sup>6</sup>

1997년 5월 1일부터 계약기간 없이 주한 오스트리아 대사관에서 근무하던 안 모씨는 2010년 예산 삭감을 등을 이유로 근로계약 종료를 통보받자 오스트리아공화국을 상대로 소송을 제기하였다. 서울중앙지법 민사41부는 2014년 4월 6일 판결에서 안씨의 해고무효확인소송 건에 대해 일부 승소판결을 내렸다. “오스트리아공화국은 밀린 임금 등 9500만원을 지급하라.”고 판결하면서 아울러 “지난달 1일부터 안씨가 복직하는 날까지 월 250만원 상당의 월급을 지급하라”고 선고했다. 재판부는 “안씨는 피고의 주권 행사에 직접적으로 관련된 업무를 담당한 것이 아니라 한국어에 익숙하지 않은 대사관 직원들에 대한 보조적 역할을 수행한 것이며, 안씨에 대한 고용계약 및 해고는 피고의 주권적 활동과 관련된 것이기 보다는 피고가 사법적(私法的) 계약관계의 한쪽 당사자로서 한 행위로 봐야 한다”고 설명했다. 그러면서 “안씨의 해고에 대해 우리나라 법원이 재판권을 행사한다고 해도 피고의 주권적 활동에 부당한 간섭이 될 우려를 인정할 수 없다”고 판시했다. 이 판례는 1998년 주한미군 부대에서 근무하다가 해고된 한국인이 미국을 상대로 낸 해고무효확인 소송에서 “외국의 주권에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 외국의 사법적 행위에 대해 당해 국가를 피고로 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다”는 판례에 따른 것이다.

##### (2) 퇴직금제도

일반적으로 대사관에 근무하는 한국인 근로자에 대한 퇴직금은 사용자의 지급의무로 인식하여 지급하고 있기 때문에 다툼의 여지는 없다. 다만, 대사관에서 사용하는 개인 사용인인 가사사용인이나 정원사들에 대한 퇴직금지급 여부에 대한 논쟁이 있지만 일반적으로 퇴직금을 지급해야 하는 것으로 인식하고 있다.

##### (3) 산업재해보상보험법 적용

대사관은 근로기준법이 적용되는 사업장이지만 외교관의 지위에 대한 비엔나 협약에 따라서 법집행에 제약이 따른다. 산재법에 따른 보상의무가 있다고 하면 당연히 대사관이 산재가입의 의무사업자가 되어야 하지만, 현실에서는 산재보험료 납부의무를 강제하고 있지 않다. 산업재해가 발생할 경우 근로기준법 적용에 따라 산업재해 보상을 하여야 함에도 불구하고 국내법의 집행에 대한 재판 관할권이 국내에 없기 때문에 강제 집행을 통한 보험료의 체납처분도 불가능하다.<sup>7</sup> 따라서 산업재해 발생시 국내법 집행에 있어 상당한 제한을 받고 있다.

6 이 사건은 뉴시스 홍세희 기자가 2014. 4. 6. 보도한 자료로 다수의 언론사(중앙일보, 법률신문, 뉴시스, 등) 인용. 관련 서울중앙지법 판례는 미공개 판례임.

7 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다 16940 판결

## 2. 집단적 노사관계

대사관에서의 노동3권은 인정받기 어렵다고 본다. 1988년 6월 10일 프랑스대사관에서 한국인 직원들이 노동조합을 설립하고 대표자를 선출하자, 대사관은 노동조합 위원장을 해고하였다. 이에 노동조합은 주한 프랑스대사를 상대로 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 제기하는 한편 서울민사지방법원에서 해고무효확인청구소송을 제기하였다. 이 사건은 대사가 외교관으로서 면책특권을 가지므로 동인에 대한 재판관할권이 없다는 이유로 모두 각하되었다. 또한 관련하여 대법원에서도 “대사관에서 노조 대표자를 해고한 것이 부당노동행위에 해당하더라도 이를 사유로 한 노동위원회의 구제 명령에 의하여 동인이 다시 재직하게 되지 않는 이상 원고조합의 대표자로서의 지위는 상실되었다고 하겠다”라고 판시하였다.<sup>8</sup> 이 사건 이후 유사한 사례는 없으나 일반적으로 대사관에는 노동조합 설립이 인정되지 않는 것으로 인식되고 있다.

## 3. 4대사회보험료 납부의무

(1) 고용보험과 산업재해보상보험은 상시근로자 1인 이상을 사용하는 모든 사업 또는 사업장은 의무가입대상이다. 다만, 농업, 임업, 어업, 수렵업 중 법인이 아닌 자가 4명 이하의 근로자를 사용하는 경우에는 제외된다. 이에 대사관은 당연히 가입대상임에도 불구하고 외교공관의 특수성으로 인해 고용보험<sup>9</sup>과 산재보험 가입을 의무화하지 않아 대사관에 근무하는 한국인 근로자들이 실업급여와 산재보상의 혜택을 온전히 받지 못하는 사각지대에 놓여있다고 볼 수 있다. 따라서 근로자가 실제 산업재해 발생시 근로기준법에 의한 산재보상을 대사관의 본국을 상대로 보상을 청구하여야 할 것이다.

(2) 국민연금과 건강보험: 관련 법령상 1인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업장은 의무가입대상이다. 그러나 현실적으로 국민연금과 건강보험을 일부 대사관에서만 가입하고 있다<sup>10</sup>.

8 대법원 1989. 11. 14. 선고 89 누 4765 판결

9 고용노동부지침: 고용보험과-1333, 2005. 3. 3.

10 매일노동뉴스, “주한 외국공관 한국노동자 사회보장 ‘사각지대’”, 2003. 10. 13. 일자 보도자료

#### IV. 대사관 직원의 노동법 적용방안

##### 1. 대표 사례 (언론보도)

2009년 1월 31일 YTN 보도자료에 따르면, 2002년부터 인도대사관에서 운전사로 일했던 민정배씨는 2008년 말 하루아침에 실직자가 됐다. 인도법에 따라 예순이 넘으면 근무할 수 없고 퇴직금도 지불할 수 없다는 통보를 해고 하루 전에야 받았다고 한다. 이 사안에 대해 바람직한 구제방법을 검토해보면, 우선 해고된 민 씨는 인도대사관을 상대로 하는 것이 아닌 인도정부를 상대로 서울지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하여야 하고, 또한 서울지방노동청에 퇴직금미지급 진정사건을 제기 하여야 할 것이다. 앞서 언급한 1998년 12월 대법원 합의체 판결에 의하면 대사관과 관련된 주권적 문제가 아닌 **“외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다”**고 판시한 부분에 따라 인도정부를 상대로 하여 부당해고 및 퇴직금 미지급분을 청구할 수 있을 것이다.<sup>11</sup>

##### 2. 노동법의 보호 방향

많은 주한 외국공관 한국근로자들은 노동법 보호의 사각지대에 놓여있다. 근로자이면서 노동법의 보호를 받지 못하는 것은 헌법에 보장된 기본권의 보호를 받지 못하는 것과 같다고 할 수 있다. 근로를 제공한 대가로 지급되는 임금과 동일한 퇴직금을 받지 못한다는 것은 노예 노동한 것과 마찬가지다. 외국공관은 국제법에 따라 외교특권이 인정되어 재판권이 일반적으로 미치지 않는 것이다. 하지만 부당한 해고에 대한 구제신청, 산업재해에 대한 보상, 퇴직금 미지급에 대한 임금체불 사건 등은 근로자들의 생존권과 관련되기 때문에 신속하고 공정하게 처리하여야 하는 국민의 기본권 보호의 문제이다. 결국 고용노동부는 외국공관에서 일하는 한국 근로자들에 대해 노동법적 보호 방안을 신속히 강구해야 한다.

11 대법원 1998. 12. 17. 선고 97 다 39216 전원합의체 판결

## 임금 전액지급의 원칙과 예외

### I. 문제의 소재

A 회사는 자사제품에 대해 직원에게 연간 200 만원 한도 내에서 20%을 할인해주고 있다. 그 수혜대상은 직원본인과 동거 직계가족에 한한다. 한 직원이 이 규정을 위반하여 회사의 물품을 구입한 것이 확인되어 회사는 해당 근로자에게 서면경고를 하면서, 본인의 동의를 얻어 급여에서 부당이익금 50 만원을 공제하였다. 이와 같은 사례는 일반적으로 많이 발생하는 사례로서 임금채권과 손해배상 채권을 상계할 수 있는 지 여부에 대한 문제와 밀접한 관련이 있다.

근로의 대가로 받는 임금은 근로자의 생존권 보장에 직결되기 때문에 임금에서 채권의 공제를 엄격히 제한하고 있다. 근로기준법 제 43 조 제 1 항에서“임금은 전액을 지급하여야 하며, 임금의 일부 공제는 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에 한한다”고 명시하고 있다. 그 밖에도‘위약 예정의 금지’,<sup>12</sup> ‘전차금 상계의 금지’,<sup>13</sup> ‘강제저축의 금지’,<sup>14</sup> ‘제재 규정(감급)의 제한’<sup>15</sup> 등의 명시적 규정이 있다. 또한 임금 전액지급을 원칙으로 하면서 최소한의 예외를 두고 있다. 임금 공제가 합법적으로 가능한 것으로는 ①법령(법원의 판결문), ②단체협약, ③임금착오 지급에 의한 공제가 있다.<sup>16</sup> 다만, 임금채권에 대해 근로자의 동의를 전제로 전액지급의 예외, 즉 상계에 대한 예외를 인정하지만 엄격히 규제하고 있다. 이러한 전액지급의 예외에 대해 살펴보고자 한다.

### II. 전액지급의 원칙과 예외

#### 1. 전액지급의 원칙

임금 전액지급의 취지는 사용자가 일방적으로 임금을 공제하는 것을 금지하여 근로자에게 임금 전액을 확실하게 지급받게 함으로써 근로자의 경제생활을 위협하는 일이 없도록 그 보호를 도모하려는 데 있다. 임금의 전액지불에 대한 예외는 법령이나 단체협약으로 가능하다고 명시하여 엄격하게 제한하고 있다.<sup>17</sup> 법원은 “경영위기로 인하여 인원을 감축하면서 상여금을 일방적으로 삭감하고 이에 대해 근로자들이 별다른 이의 없이 근무하고 있는 경우에도 이는 사용자의 일방적인 임금삭감으로 근로자가 상여금 청구권을 포기하였다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있다.<sup>18</sup>

12 제 20 조 (위약 예정의 금지) 사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.

13 제 21 조 (전차금 상계의 금지) 사용자는 전차금이나 그 밖에 근로할 것을 조건으로 하는 전대(前貸)채권과 임금을 상계하지 못한다.

14 제 22 조 (강제 저축의 금지) ① 사용자는 근로계약에 덧붙여 강제 저축 또는 저축금의 관리를 규정하는 계약을 체결하지 못한다.

15 제 95 조 (제재 규정의 제한) 취업규칙에서 근로자에 대하여 감급(減給)의 제재를 정할 경우에 그 감액은 1 회의 금액이 평균임금의 1 일 분의 2 분의 1 을, 총액이 1 임금지급기의 임금 총액의 10 분의 1 을 초과하지 못한다.

16 김형배, 『노동법』 제 24 판, 박영사, 2015 년, 364 면; 임종률, 『노동법』, 제 14 판, 박영사, 2016, 417 면.

17 제 109 조 (벌칙) (1) 43 조를 위반한 자는 3 년 이하의 징역 또는 2 천만원 이하의 벌금에 처한다.

18 대법원 1999. 06. 11. 선고 98 다 22185 판결

## 2. 전액지급원칙의 예외

### (1) 법령에 의한 예외

법령에 의해 공제가 인정되는 경우는 소득세법, 4대보험징수법 등으로 명시된 경우에 한해서 가능하다. 또한 채권자가 법원에서 임금채권에 대한 압류 판결을 받은 경우에는 월 지급되는 임금에 한해서 최저생계비 150만원을 초과하는 임금의 2분의 1 상당액을 압류할 수 있다.<sup>19</sup>

특히 주목해야 할 최근 판례는 임금채권 압류는 월임금에서는 가능하지만, 퇴직금이나 퇴직연금에 대해서는 압류할 수 없다고 명확히 판결하고 있다. “근로자퇴직급여보장법 제7조에서 퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대하여 양도를 금지하고 있으므로 위 양도금지 규정은 강행법규에 해당한다고 볼 것이다. 따라서 퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대한 압류명령은 실체법상 무효이고, 제3채무자는 그 압류채권의 추심금 청구에 대하여 위 무효를 들어 지급을 거절할 수 있다. 한편 민사집행법은 제246조 제1항 제4호에서 퇴직연금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권은 그 1/2에 해당하는 금액만 압류하지 못하는 것으로 규정하고 있으나, 이는 위 퇴직급여법상의 양도금지 규정과의 사이에서 일반법과 특별법의 관계에 있으므로, 퇴직급여법상의 퇴직연금채권은 그 전액에 관하여 압류가 금지된다고 보아야 한다.”<sup>20</sup>

### (2) 단체협약에 의한 공제

단체협약에 의한 공제는 조합비 공제(check-off)가 대표적인 내용이다. 이와 관련하여 노동조합에서 매월 공제되는 조합원 조합비의 10 배에 상당하는 조합원 1인당 50 만원의 쟁의기금의 공제를 요구하는 경우에 회사는 이에 대해 협조해야 하는 문제가 있다. 이에 대해 고용노동부는 개인의 동의가 없더라도 노동조합의 적법한 결의 절차[조합원의 총회(대의원)의 의결이나 노조 규약상 관련이 있는 경우]를 통해 결정한 쟁의기금에 대해서도 조합비 공제로서 공제해주어야 하며, 이 경우에 조합원 개별 동의가 필요하지 않다는 입장이다.<sup>21</sup> 즉, 사용자가 노동조합이 회사를 상대로 투쟁하기 위한 조합비 특별공제를 거부하는 경우에는 부당노동행위에 해당된다고 볼 수 있다.

### (3) 임금계산 착오지급에 의한 공제

사용자가 임금계산의 착오 등으로 인하여 임금이 초과로 지급된 경우에는 급여계산상의 문제이므로 임금전액지급 원칙과 상관없이 급여나 퇴직금에서 정산이 가능하다. 다만, 이 경우에도 법원은 사용자가 근로자에게 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권을 상계하는 것은 퇴직금채권의 2분의 1을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 관하여만 허용된다고 보고 있다.<sup>22</sup>

19 대법원 1994. 3. 16. 선고 94 마 1822 판결; 민사집행법 제 246 조(압류금지채권) 제 1 항 제 4 호에서 급여·연금·봉급·상여금·퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액. 다만 단서에서 근로자의 급여 중 최저생계비(4인 가족 기준 150만원)에 해당금액의 압류금지

20 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013 다 71180 판결

21 고용노동부 행정해석: 2004. 6. 5. 노동조합과-1501

22 대법원 2010.5.20. 선고 2007 다 90760 전원합의체 판결

### III. 기타 공제(상계)의 가능 여부에 대한 판단기준 및 관련 사례

#### 1. 판단기준

근로자의 임금이 사용자가 가지는 근로자의 불법행위를 원인으로 하는 채권과 상계(공제)가 가능한지에 대해 근로기준법 제43조 제1항의 임금의 전액지급 원칙과 판례와 행정해석에서도 이를 금지하고 있다.<sup>23</sup> 이것은 상계(공제)라는 것이 사용자의 일방적인 의사표시에 의해서 행해지기 때문이다.

이에 대해 상계의 가능여부에 대한 판단기준을 판례<sup>24</sup>는 다음과 같이 판시하고 있다. “사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권을 가지고 일방적으로 근로자의 임금채권을 상계(공제)하는 것은 금지된다고 할 것이지만, 사용자가 근로자의 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 공제(상계)하는 경우에 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 제43조 제1항 본문에 위반하지 아니한다고 보아야 할 것이다. 다만 임금 전액지급의 원칙의 취지에 비추어 볼 때 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 기한 것이라는 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다.”라고 판시하고 있다.

#### 2. 관련사례

##### (1) 연수비 상환의 경우

기업체에서 비용을 부담 지출하여 직원을 해외에 파견하여 위탁교육을 시키고 이를 이수한 직원이 교육 수료일자로부터 일정한 의무재직기간 이상 근무하지 아니할 때에는 「기업체가 부담한 해당 교육비용의 전부 또는 일부를 상환하도록 할 수 있다. 따라서 해외 위탁교육을 받은 후 의무재직기간 동안 근무하는 경우에는 이를 면제하기로 한 기업체의 교육훈련규정」은 근로기준법 제20조에서 금지된 위약금 또는 손해배상 예정의 약정은 아니다. 근로기준법 제7조가 금지하는 사용자가 정신 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 근로자의 자유의사에 반하는 근로를 강요하는 것이거나 같은 법 제21조가 금지하는 전차금 기타 근로할 것을 조건으로 하는 전대채권과 임금을 상계하기로 하는 내용의 것이 아니라고 볼 수 있다.<sup>25</sup>

##### (2) 상여금의 삭감

기업의 경영상 어려움을 타개하기 위해서 노동조합과 합의를 통해서 상여금을 삭감하거나 반납하는 경우가 있다. 이에 대해 고용노동부는 이미 발생한 근로에 대한 상여금과 앞으로 발생할 상여금을 구분하여 판단하고 있다. 이미 발생한 근로의 대가로서의 상여금을 삭감(반납)하는 경우에는 노동조합과의 합의 또는 회사규정의 개정만으로는 무효이고, 개별 근로자들의 동의가 있어야 한다. 그러나 앞으로의 근로조건으로서의 상여금을 삭감(하향조정)하는 경우에는 노동조합과의 합의를 거쳐 단체협약을 개정하기

23 대법원 1976. 9. 28. 선고 75 다 1768 판결

24 대법원 2001. 10. 23. 선고 2001 다 25184 판결

25 대법원 1992. 2. 25. 선고 91 다 26232 판결(대한항공)

나 회사규정을 노조 또는 근로자 과반수의 동의를 얻어 변경하는 것으로 가능하며, 개별 근로자들의 동의는 필요하지 않다.<sup>26</sup>

법원에서 동일하게 판단하고 있다. 이미 지급청구권이 발생한 임금(상여금 포함)이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이어서, 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의를 받지 않는 이상 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수 없으므로, 단체협약으로 근로자에게 이미 지급한 임금을 반환하도록 하는 것은 그에 관하여 근로자들의 개별적인 동의가 없는 한 효력이 없다.<sup>27</sup>

### (3) 주택자금 등 대출금의 경우

회사가 주택자금을 근로자에게 대여해주고, 일정액을 급여에서 상환하다가 중도에 퇴직하는 경우에는 사용자가 퇴직금에서 주택자금 미상환된 전체금액에 대해 공제하는 경우에 전액지급 원칙에 위배되는지에 대한 문제가 있을 수 있다. 이에 대해 판례는 “단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자 단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서 체결과정에 있어서도 그 진정성과 명확성이 담보되어 있다는 점과, 개별 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 동의가 있는 경우 사용자는 근로자에 대한 자동채권과 근로자의 임금채권을 상계할 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 적법하게 체결된 단체협약이 사용자의 근로자에 대한 대출원리금 등 채권 등을 공제할 수 있도록 규정하고 있도록 한 단체협약이 임금전액지급 원칙에 위배되어 무효라고 볼 수 없다.”라고 판시하면서 퇴직금에서 주택자금 대출금 공제를 인정하고 있다.<sup>28</sup>

## IV. 결론

앞에서 인용한 사례와 같이 일상적으로 근로자의 불법행위에 대한 배상채권이나 기타 손해배상 채권 등에 대한 공제(변제)가 빈번하게 일어나고 있다. 하지만 이는 임금 지급의 전액지급 원칙을 위반하는 것이다. 임금 전액지급 원칙은 사용자가 가지는 근로자에게 가지는 일반채권을 일방적으로 임금채권에서 공제(상계)하는 것을 방지하기 위한 강행규정이기 때문이다. 따라서 사용자의 편의를 위해 일방적으로 급여에서 사용자가 근로자에게 가지는 채권을 급여에서 일방적으로 공제하는 경우에 그 행위는 무효이고 근로기준법 위반으로 처벌의 대상이 될 수 있다는 것을 명심하여야 할 것이다.

26 고용노동부 행정해석: 1999. 4. 15. 근기 68207-587

27 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009 다 76317 판결

28 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003 다 7623 판결

## 외국인근로자의 고용허가제 변천

### I. 문제의 소재<sup>29</sup>

‘2015년 법무부 출입국 통계’에 따르면 국내 체류 외국인이 2005년에 74만 7467명이었고, 10년이 지난 2015년에 189만 9519명으로 늘어났다. 2016년에는 200만을 넘을 것이 확실시되고 있고, 앞으로 10년 후면 300만명의 외국인들이 체류할 것이라 예상된다. 총인구 대비 국내 체류외국인 비율은 2005년에 1.5%, 2015년에 3.7%로 높아졌고, 2025년에 6%가 예상된다.

외국인 인력을 도입하는 제도에서도 많은 변화를 가져왔다. 중소기업의 인력난 해소를 목적으로 1993년부터 산업연수생 제도<sup>30</sup>에 의한 외국인근로자를 사용하였으나 송출비리, 인권침해 등의 문제가 많이 발생하였다. 이러한 단점을 보완하고 더 많은 이주근로자의 안정적 공급을 위해 2004년 8월부터 『외국인근로자의 고용 등에 관한 법률』(이하 “외국인고용법”)의 고용허가제를 도입하였다. 고용허가제에서 사용되는 외국인근로자는 비전문 취업사증(E-9)와 해외동포의 방문취업사증(H-2)을 발급받아 취업중인 자이다. 지난 10여년간 고용허가제로 입국하는 외국인들이 급격히 증가함에 따라 우리나라의 중소제조업, 건설업, 관련업종이 외국인의 노동력에 절대적으로 의존하게 되었다. 이에 따라 고용허가제는 도입 때와 달리 많은 변화가 있었다. 제도상에서 고용기간기간 연장, 사용가능업종 확대 뿐만 아니라 근로자들의 인권에서도 많은 신장을 가져왔다. 이러한 변화와 더불어 해외동포 근로자를 적극 포용하는 정책으로 인하여 점차 더 많은 해외동포가 국내인력시장에 투입되고 있다. 이러한 현황을 구체적으로 살펴보고자 한다.

### II. 고용허가제의 변천

#### 1. 송출국의 확대

외국인력 송출국가가 2004년도 6개국에서 2006년도 4개국 추가, 2007년도 5개국이 추가되어 현재 15개 국가로 확대되었다.

- 2004년 송출 국가(6개국): 필리핀, 몽골, 스리랑카, 베트남, 태국, 인도네시아
- 2006년 추가 국가(4개국): 우즈베키스탄, 파키스탄, 중국, 캄보디아
- 2007년 추가 국가(5개국): 방글라데시, 네팔, 키르기스스탄, 미얀마, 동티모르

29 법무부, 「사증발급 안내매뉴얼」, 출입국관리사무소, 2016. 4. 1.

최홍엽, 「외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구」, 박사학위 논문, 1997. 2.

노명중, 「외국인근로자 고용허가제 운영성과와 제도개선 방향」, 석사학위 논문, 2015. 7. 3.

이기호, 「한국의 이주노동 정책에 대한 비판적 연구」, 석사학위 논문, 2013. 2.

30 산업연수생제도는 2006 년까지는 고용허가제와 병행하여 시행하다가 2007. 1. 1. 폐지되었다.

## 2. 업종의 확대

외국인력 고용허용은 일반고용허가제의 경우 2004년 제조업, 건축업, 농축산업으로 시작해서 2014년 현재 어업, 일부 서비스업(냉장, 냉동창고 등)으로 확대되었다. 특례고용허가제의 경우 2004년 건설업, 일부 서비스업(6개)에서 2014년 현재 제조업, 농축산업, 어업 및 29개 서비스업(음식업, 가사 및 간병, 도소매업 등)으로 확대되었다.

<업종별 외국인근로자 도입 현황>

구분	2011	2012	2013	2014	
<b>총계</b>	<b>102,356</b>	<b>115,251</b>	<b>122,727</b>	<b>147,090</b>	
일반 고용 허가 제	소계	49,130	53,638	58,511	51,557
	제조업	40,396	45,632	48,967	40,875
	건설업	2,207	1,269	1,606	2,299
	농축산	4,557	4,931	5,641	6,047
	서비스	124	107	70	91
	어업	1,846	1,699	2,227	2,245
특 례 고 용 허 가 제	소계	53,226	61,613	64,216	95,553
	제조업	26,542	36,730	42,342	58,835
	건설업	7,343	1,700	187	3,270
	농축산	641	394	432	463
	서비스	18,329	22,476	21,061	32,739
	어업	188	124	120	149
	기타	183	189	74	77

<고용허가제에 따른 외국인근로자 도입 현황>

구분	2011	2012	2013	2014	
<b>총계</b>	<b>102,356</b>	<b>115,251</b>	<b>122,727</b>	<b>147,090</b>	
일반 고 용 허 가 제	신규 입국	40,130	50,288	44,395	43,276
	재입국 (성실)	-	1,853	5,169	1,602
	재입국 (특별 지정)	-	1,494	6,553	4,101
	재입국 (특별 임의)	-	8	2,394	1,948
	특례고용허가 제(H-2)	53,226	61,613	64,216	95,533

## 3. 체류기간의 확대

고용허가제 시행초기에는 3년의 체류기간으로 단기순환교체 원칙이 엄격히 준수되었으나 기업의 외국인력 숙련화 요구 등으로 점차 연장되어 2012년 2월에 성실 외국인 재입국 특례제도가 신설되었다(제18조의4). 기존의 체류기간 [3년 + 1년 10개월]이 만료되는 외국인 근로자 중 요건을 충족하는 자에 대하여 재입국의 고용허가를 신청할 경우 3개월 후에 재입국하여 취업할 수 있도록 허용하였다. 이 경우 추가적으로 1회에 한해 4년 10개월을 체류할 수 있으며, 최대 10년(9년 8개월)까지 체류할 수 있다.

2004년 8월	2005년 5월	2009년 12월	2012년 7월
3년	3년 + 3년 (중간에 1개월 출국)	4년 10개월 (3년 + 1년 10개월)	4년 10개월 + 요건 충족시 <sup>31</sup> 4년 10개월 추가 (3개월 출국) = 9년 8개월 (총기간: 10년)

#### 4. 내국인 구인노력의무 기간 단축

내국인의 노동시장 보호라는 원칙에 따라 2004년 도입 당시 고용센터에서 30일 이상 구인노력을 거친 후에만 허용되도록 내국인 구인노력 제도를 엄격히 적용하였으나, 2010년부터는 14일 이상으로 단축하였고, 신문이나 외부 방송을 통해 3일 이상 구인 광고를 실시한 경우에는 14일에서 7일로 완화하였다.

2004년 8월	2010년 4월
고용센터를 통해 30일 이상 내국인 구인노력 (정당한 사유없이 2회 이상 고용센터에서 알선한 내국인 채용을 거부하면 고용허가가 거부됨)	고용센터를 통해 14일 이상 내국인 구인노력. 다만 신문, 방송 등에 3일 이상 광고 시 7일로 단축. (정당한 사유없이 2회 이상 고용센터에서 알선한 내국인 채용을 거부하면 고용허가가 거부됨)

#### 5. 의무 출국기간 삭제

취업활동기간 (3년) 만료로 재고용시 「1개월이상 출국」 요건을 폐지하고 2년의 범위 내에서 1회에 한정하여 취업활동기간을 연장하였다(제 18 조의 2).

#### 6. 근로계약기간 조정

사용자와 외국인근로자간의 근로계약기간은 1년을 원칙으로 최대 3년의 범위 내에서 근로계약을 갱신할 수 있도록 하던 것을 1년 단위의 근로계약기간 상한을 폐지하고 취업활동기간(3년) 이내에서 자율적으로 결정하도록 개선하였다(제 12 조).

#### 7. 구직기간의 연장

외국인근로자가 사업장 변경 시 구직 기간을 2개월에서 3개월로 연장하였다(제 25 조). 사업장 변경이 자유로운 외국국적동포(H-2) 근로자는 적용되지 않는다.

31 다음의 세 가지 요건을 모두 충족하는 경우: ① 취업기간 중 사업장 변경이 없을 것; ② 외국인력정책위원회에서 도입업종이나 규모 등을 고려하여 내국인을 고용하기 어렵다고 정하는 사업장(50인 이하의 제조업, 농축산업, 어업); ③ 재입국 후에 1년 이상 근로계약을 체결하고 있을 것.

### III. 해외동포의 특례고용허가제 활성화

#### 1. 특례고용허가제의 배경

중국과 구 소련지역의 해외동포를 활용하게 되면서 시민사회와 사회각계에서 해외동포를 포용하여야 한다는 여론이 있었고, 미국과 일본 등 선진국에 있는 동포들은 취업활동자격(F-4)을 갖고 자유롭게 취업활동을 하고 있는 사정을 볼 때, 차별시정의 필요성이 제기되었다. 이러한 상황에서 2002년 12월 6일에 노동부고시(2002-29)로 「방문동거자의 고용관리에 관한 규정」을 제정하면서 40세 이상 국내 연고가 있는 동포를 대상으로 8개 서비스분야에 외국국적동포의 국내 취업 활동을 허용하는 취업관리제가 시행되었다.

이후 취업관리제는 2004년 8월 시행된 고용허가제로 통합되어 특례고용허가제로 운영되면서 건설업이 추가되었다. 그리고 중국, 구소련 동포로 대상을 대폭적으로 확대하였고, 취업업종에 있어서도 점차 확대되고 있다. 그 대상도 국내에 친족, 호적이 있는 만 25세 이상의 외국국적동포로 확대되었다. 이 이후 2007년 3월부터는 방문취업제가 시행되었다. 방문취업제는 국내에 연고가 없는 동포에게까지 그 취업기회를 확대하였고, 2016년 현재 취업업종에 있어서도 제조업, 건설업, 서비스업 41개 등 확대 시행하였으며, 체류자격에 있어서는 유효기간이 5년의 복수사증인 방문취업(H-2) 체류자격이 있다면 비자 유효기간 5년 동안 별도의 절차 없이 무제한 출입국이 가능하도록 하였다.

#### 2. 일반고용허가제와 특례고용허가제의 차이

##### (1) 일반고용허가제를 통한 고용

외국인을 고용하려는 사용자는 14일간 내국인 구인노력을 하고 근로자를 채용하지 못한 때에 인근 고용노동부 고용센터에 외국인 고용허가를 신청하면 고용센터는 고용허가 요건을 검토한 후 구직자 명부에 있는 외국인근로자를 사용자에게 추천하고 사용자는 적합한 외국인근로자를 선택하면 고용허가서가 발급된다. 고용허가서가 발급되면 사용자는 표준근로계약서를 작성하여 고용센터에 제출하고 산업인력공단을 통해 외국인근로자에게 연락하고, 외국인근로자가 표준근로계약서에 서명하여 다시 사용자에게 전달되면 사용자가 법무부에 표준근로계약서를 첨부하여 사증발급 인정서를 신청한다. 산업인력공단에서 해당 외국인근로자를 국내에 입국시켜 취업교육과 건강검진을 실시하고 외국인 전용보험에 가입한 후 사용자에게 인도한다.

##### (2) 특례고용허가제를 통한 고용

외국국적동포는 재외공관으로부터 방문취업(H-2) 사증을 발급받아 국내에 입국하여 산업인력공단에서 실시하는 취업교육을 이수한 후 산업인력공단이나 고용센터에 구직등록을 하면 고용센터의 알선 또는 자율적인 구직 활동을 통해 취업이 가능하다. 다만,

건설업의 경우에는 건설업 취업교육을 이수하고 건설업 취업 인정증을 발급받은 후에 취업이 가능하도록 건설업 취업관리제가 시행되고 있다. 외국국적동포를 고용하려는 사용자는 내국인 구인노력을 거친 후 고용센터에서 특례고용가능확인서를 발급받아 알선 또는 자율적 방식으로 동포 근로자를 채용할 수 있다. 특례고용허가제의 경우에도 근로계약 체결시 표준근로계약서를 사용하여야 하며, 근로계약 기간은 해당 동포 근로자의 취업활동기간 내에서 당사자간 합의에 따라 결정되고 근로계약 효력발생 시기는 동포 근로자가 사업 또는 사업장에 취업하여 근로를 개시한 날로 한다. 사업장 변경횟수에 관련하여서는 동포 근로자는 일반 외국인근로자와 달리 사업장변경 횟수 제한 없이 자유롭게 사업장 변경이 허용된다.

#### IV. 결론

2004년 고용허가제를 도입한지 12년이 되는 시점에서 되돌아 볼 때, 제도상 많은 변화를 가져왔다. 첫째, 단기간의 고용이 점차 장기화 되면서 3년의 취업제한 기간이 9년 8개월까지 늘어나게 되었다. 둘째, 단순 제조업이 아니라 건설업 및 서비스업까지 외국인 근로자들이 많이 진출하고 있다. 셋째, 내국인의 구인노력의무 부분에도 하나의 형식적 절차로 굳어진 탓에 큰 효과를 발휘하지 못하고 있으며, 이는 내국인 구인노력이 기존의 30일에서 7일로 줄어든 것만 보더라도 알 수 있다. 넷째, 불법체류자가 점차 증가하여 2014년 12월 현재 20만명을 넘어서고 있다. 이로 인하여 발생하는 사회문제, 인권의 문제 등이 다수 발생하고 있다.

위의 네 가지의 문제를 살펴보면, 이주근로자에 대한 정부의 기본정책인 정주화 방지와 국내고용보호가 위협받고 있다는 사실을 확인할 수 있었다. 앞으로 이러한 정부 정책과 현실적용 사이에서 바람직한 이주노동자 관리 정책 방향이 새로이 정립되어야 할 것이다.

## 현대의 노동법상 근로자성에 대하여

### I. 서론

다양한 직업이 발생하면서 일반 근로자가 아닌 용역계약이나 프리랜서 계약을 통해 일하지만 노동법상 근로자로 인정받지 못하는 경우가 많이 발생하고 있다. 일례로<sup>32</sup>, 대형학원에서는 강사와 강의서비스계약을 체결하여 프리랜서 형태의 독립사업자로 업무를 수행하게 하는 경향이 있어 이에 대해 노동법적 다툼이 되는 경우가 있다. 강사가 근로자가 아닌 독립사업자가 되는 경우에는 노동법에서 보호하고 있는 임금 및 휴가와 관련된 규정, 부당해고로부터의 신분상 보장, 산업재해 등의 사회보험의 보호를 전혀 받을 수 없다. 하지만 강사가 근로자로 인정되는 경우에는 노동법의 전면적인 보호를 받을 수 있다. 따라서 강사의 측면에서는 근로자성을 인정받아 각종 노동법의 보호를 받으려고 하는 반면, 학원의 측면에서는 근로자성 인정으로 지출될 비용의 부담과 강사들의 집단적 행동의 우려 때문에 근로자성을 인정하지 않으려 한다.

이러한 이유로 근로자성을 정확히 판단하는 것이 노동관련 분쟁의 해결에 큰 의미가 있으며, 근로자성 판단을 위한 관련 법령, 학설, 판례를 살펴보고자 한다.

### II. 근로자성 판단

#### 1. 개념

근로기준법 제 2 조 제 1 항은 “‘근로자’란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.”라고 정의하고 있다. 근로자의 개념 요소를 ‘직업의 종류를 불문하고’, ‘사업 또는 사업장에’, ‘임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’라고 설명하고 있다. 근로자의 개념 설정에서 임금을 그 중심 개념으로 두고 있으며, 또한 노무제공자와 노무이용자 사이에 사용종속관계를 근로자의 핵심적인 요소로 파악하고 있다. 즉, 근로자란 “사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”라고 할 수 있다.<sup>33</sup>

사용종속관계란 근로자가 사용자에게 고용되어 근로를 제공한다는 것으로 사용자의 지휘·명령을 받는 근로자가 그 사용자가 원하는 내용의 일을 하는 것을 말한다. 근로자는 근로의 대가로 임금을 받고 노동력을 제공하는 것이므로 ‘사용종속관계 아래서 근로를 제공하는 자’로 이해할 수 있다.<sup>34</sup> 여기서 사용종속관계를 해석하는 방법차원에서 학설이 1) 해석론적 입장과 2) 실정법상 입장으로 나누어진다.

32 대법원 2015.6.11 선고 2014 다 88161 판결. C 여학원 퇴직금 미지급사건

33 임종률, 『노동법』, 제 13 판, 2015, 박영사, 32 면

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

## 2. 학설의 구분

### (1) 해석론적 이론

이 학설은, 현재 판례가 취하고 있는 문제점, 즉 사용종속관계를 바탕을 둔 근로자성 판단 논리의 사실적 징표들을 병렬적으로 나열하는 데서 발생하는 문제점을 극복하기 위하여 근로자성을 실질적 징표와 형식적 징표를 구별하여 판단하여야 한다고 주장한다.<sup>35</sup> 이 학설은 실질적 징표로서 ‘지휘감독의 존재여부’, ‘제공된 노무와 당해 사업과의 관계’ 및 ‘노무공급자의 사정’, 형식적 징표로 사용자의 선택에 의하여 그 운영실태의 변경이 가능한 사항과 결부된 요소가 되는 항목으로써 ‘보수액’, ‘보수의 종류’, ‘지급의 방법’, ‘사용자에 의한 세금·사회보험료의 지급여부’, ‘취업자에 관한 인사고과서류의 작성여부’ 및 ‘부업에 관해 허가를 얻어야 할 계약상의 의무’를 들고 있다.<sup>36</sup> 즉, 이러한 구분을 통해 근로자성을 판단기준에서 사용종속관계의 요소 중 형식적 징표는 배제하고, 실질적 징표를 가지고 판단하여 한다고 주장한다.

### (2) 실정법상 이론<sup>37</sup>

실정법상 정의 규정에 충실하게 근로자개념을 형성하자는 주장이다. 이 학설은 우리나라의 경우 근로기준법 제 2 조 제 1 항에 근로자에 대한 정의 규정을 두고 있으므로, 근로자성 판단은 이러한 정의규정에서 출발하여야 한다고 주장한다. ‘근로자’의 정의에 포함된 항목으로 ①“직업의 종류와 관계없이” ②“임금을 목적으로” ③“사업이나 사업장에” ④“근로를 제공하는 자”여야 한다는 네 가지 요소가 있다. 위의 네 가지 기준 중 “직업의 종류와 관계없이”는 근로자성과는 무관하므로 이를 제외한 세가지를 가지고 판단할 수 있다. 첫째, 임금을 목적으로 근로를 제공한다는 것이다. 여기서 “임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖의 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.”(근로기준법 제 2 조 제 5 항). 따라서 임금으로 인정되기 위해서는 근로의 대가성만 구비되면 충분하며, 그 형태에는 제한이 없다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 임금이 근로시간 단위별로 책정되지 않고 일의 성과단위로 책정되더라도 그것이 근로의 대가로 인정되는 한, 임금으로 인정될 수 있다. 둘째, ‘사업 또는 사업장에서’에 대해서는 사용자의 사업 또는 사업장에서 근로제공이 이루어지는 것을 의미한다. 근로시간, 장소, 방법 등에 관한 별도의 지시권 행사가 없음에도 노동조직 자체에서 요구되는 방식에 따라 근로제공의 구체적인 내용이 결정되기도 한다. 셋째, ‘근로를 제공’은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하는 것이므로 이는 사용자의 지시권에 의한 구속이라고 할 수 있다. 사용자의 지시권에 대한 구속은 시간적 측면, 장소적 측면 그리고 방법상 측면으로 나누어 접근할 수 있다. 이러한 세가지 측면은 모두 갖추어야 하는 것은 아니고, 전체적으로 고려하여 지시권에 구속이 존재하는지 여부를 가지고 판단하여야 한다.

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

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

37 박중희, “근로기준법상의 근로개념”. 『노동법학』, 제 16 호, 2003, 74-76 면

### 3. 판례

#### (1) 판례의 기준

종합반 강사에 대한 근로자성 판단 사례에 있어서 대법원은 근로자 여부를 판단하는 명확한 기준을 제시하고 있다. 첫째는 계약의 형식과 무관하다. 둘째, 사용종속관계 기준을 12가지로 나열하고 있다. 셋째, 사용종속관계 판단기준으로 제시된 항목에 있어 사용자가 일방적으로 결정할 수 있는 부분인지 여부까지 판단하여야 한다고 설명하고 있다. 이 판례는 근로자성 판단에 대한 기준으로 사용되고 있으며, 그 판단기준은 다음과 같다.

판례<sup>38</sup>는 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 ①업무 내용을 사용자가 정하고 ②취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 ③업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ④사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ⑤노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 ⑥제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 재산으로 사업을 영위할 수 있는지, ⑦노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 ⑧보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지, ⑨기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 ⑩근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑪근로제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, ⑫사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수 하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.”

“상기 기준은 형식적·획일적으로 적용되는 것이 아니라, 상기 기준에 부합되는 사실관계가 존재하는 경우에도 이것이 사용자의 우월한 지위에 기인하는 것인지 아니면 업무의 특수성상 당연히 존재하는 것인지의 여부를 판단하여야 할 것이다.”<sup>39</sup>

#### (2) 판례의 해석

판례의 근로자성의 판단기준에 대해 구체적으로 살펴볼 때, 다음의 세 가지의 주요 핵심적인 내용을 가지고 있다는 볼 수 있다. 첫째, 근로기준법상 근로자를 판단할 때 판례는 근로기준법 제2조 제1항의 규정을 가지고 판단하고 있다. “근로기준법상의 근로자에 해당하는 여부를 판단함에 있어서는 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것”이라고 하여 ‘근로자’ 정의 규정을 포함하고 있다. 즉, 이는 근로자가 사용자와의 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공한다는 것을 의미한다.

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

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

둘째, 판례는 “근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 따라 판단하여야 한다.”고 보고 있다. 이러한 판례의 입장이 근로자 판단은 당사자 사이에 체결된 계약의 형식적인 관점에서 판단하는 것이 아니라 실제 이루어진 구체적인 관계에 따라 판단하여야 한다는 의미이다.

셋째, 판례는 근로기준법상 근로자 인정을 실질적으로 ‘종속적 관계에서’ ‘근로를 제공’하는지의 여부에 따라 판단하고, 그 종속관계 여부를 판단하기 위한 여러 기준을 제시하면서 이들을 종합적으로 고려하여 판단한다는 구도를 취하고 있다. 특히, 이 종속관계를 징표를 12가지 항목으로 나누고 있으며, 이러한 항목 중 근로자성이 강한 점과 사용자성이 강한 점을 비교·분석하여, 그 상대적 우위를 가늠해서 대상자의 근로자 여부를 판단하고 있다.

### III. 결론

학설과 판례는 다음과 같은 기준을 가지고 일관성 있게 판단하고 있다. 고용관계에 있어 1) 사용종속관계의 존재여부에 따라 근로자성을 인정할 수 있고(종속성에 의한 판단), 2) 사용종속관계의 존재여부는 계약의 형식이나 명칭이 아니라 노무공급관계의 실질적 사실관계에 따라 판단하며(실질적 판단), 또한 3) 노무공급관계의 실질적 사실관계는 그것을 둘러싼 제반 요소를 종합적으로 고려하여 판단한다(종합적 고려). 따라서 사용종속관계에 의한 판단 기준은 근로관계의 실질적 관계를 가지고 종합적으로 판단하여야 할 것이다. 판례는 근로자성 판단기준에서 고용계약의 형식에 구애됨이 없이 판단하여야 하고, 사용자의 경제적 우위에 의하여 쉽게 결정될 수 있는 사업소득세 납부여부, 4대보험 가입여부 등은 근로자성 판단에서 중요한 부분이 될 수 없다고 보고 있다. 이는 실질적인 근로관계를 파악하여 근로자성 여부를 판단한다는 점을 강조하고 있는 부분이라 할 수 있다.

## 프리랜서와 근로자

### I. 프리랜서의 근로자 지위 인정 여부(최근 사례)

프리랜스(위임) 계약은 당사자 일방(위임인)이 상대방(수임인)에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약이다(민법 제680조). 근로계약 상의 근로자가 사용자의 지휘·명령에 따라 비자주적인 노동을 제공하는 것과는 달리, 프리랜스 계약에 있어서 수임인(프리랜서; freelancer)은 자기의 재량에 의하여 독자적으로 위임사무를 처리할 수 있다는 것이다. 프리랜서는 자유계약자로서 위임인이 자신에게 위임한 업무에 대해 독자적으로 업무를 처리하고 위임인의 지시·감독을 받지 않기 때문에, 원칙적으로 노동법의 적용(보호) 대상에서 제외된다.

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

### II. 프리랜서의 근로자 지위를 부정하는 주요 사례들

#### (1) 대리운전기사가 근로기준법상의 근로자가 아니다

“회사는 대리운전을 요청하는 고객의 정보를 대리운전기사에게 제공하고 대리운전기사는 정보제공을 받기 위한 휴대폰 단말기의 구입, 사용비용을 부담하고 자신의 비용으로 대리운전 중 교통사고를 내는 경우에 대비한 보험에 가입하는 점, 대리운전기사는 근무시간이 정해진 것이 아니어서 원하는 때에 자유롭게 출퇴근할 수 있었고 고정급을 받는 것이 아니라 1건의 정보제공이 있을 때마다 정보제공에 따른 수수료가 지급되었던 점, 복무규정이 적용되지 않아 업무태만, 지시불이행 등을 이유로 징계처분을 할 수 없다는 점을 볼 때, 대리운전기사는 근로자가 아니다.” (대구지법2007가단108286)

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

“회사법인 등기부에 이사로 등기되었다는 점, 모든 업무에 관해 재량을 갖고 독자적으로 그 업무를 수행해 왔던 점, 회사로부터 업무추진비 명목의 신용카드를 제공받아 이를 사용하고, 차량도 제공받아 이를 독자적으로 사용해 왔던 점, 실질적 대표자에게 구체적인 업무집행에 관하여 지휘·감독을 받은 것이 아니라 보고에 불과하다는 점 등을 종합하여 보면 당해 이사는 근로자로 볼 수 없다.” (법원 2005구합36158)

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

“근무장소가 당해 사업장으로 제한되어 있고, 노무제공자들이 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 할 수 없어 업무의 대체성이 없다고 하더라도 노무제공자들에게 기본적으로 출·퇴근에 대한 제한이 없어 근무시간의 제한을 받지 않고 있는 점, 업무수행과정에서 어느 정도의 지휘·감독권을 행사하였으나 근무위반 등 행위에 대한 징계권이 없는 점, 작업의 대가가 근로 자체의 대상적 성격을 가진다고 볼 수 없고, 기본급, 고정급이 정해져 있지 않는 점, 노무공급관계의 성립과 종료는 노무제공자측에 있다고 보이는 점 등을 종합하면, 근로자로 보기 어렵다.” (부산지법2006.5.17.선고, 2005구단1293판결)

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

“학습지교사가 회사로부터 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행 시간 등에 관하여 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니하는 점, 학습지교사는 회사의 정사원과 달리 그 채용부터 소속지국의 결정, 출퇴근 시간, 겸업의 자유, 위탁관계의 종료에 이르기까지 그 제한이 거의 없는 점, 회사로부터 지급받는 수당은 그 위탁업무 수행을 위하여 학습지교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 근로제공의 대가로서의 임금이라고 보기 어려운 점 등 여러 사정을 종합하여 보면 근로자라고 볼 수 없다.” (법원2003구합21411)

**(5) 골프장 캐디는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 수 없다**

“캐디들은 봉사료 이외에 회사로부터 어떠한 금전적 대가도 받고 있지 않고, 용역 제공에 있어 순번은 있으나 근로시간의 정함은 없으며 자신의 용역 제공을 마친 후 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, 업무 수행과정에서 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독은 거의 받고 있지 아니한 채 단지 내장객의 요구나 지시에 따라 자신의 용역을 제공하고 있는 점 등 여러 사정을 종합하여 보면 근로자로 보기 어렵다.” (서울행법2001구33013)

### III. 근로자 지위 인정 여부의 구체적 판단기준

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

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

(1) 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부: 지휘·감독이란 사용자의 지휘·감독을 받아 사용자가 원하는 내용의 일을 하는 것을 말하는 것으로서 다음과 같은 기준들을 종합적으로 고려하여 판단한다.

- ① 채용·교육·퇴직 등 노무관리의 수행 여부
- ② 업무내용의 결정과 업무지시에 대한 승낙·거절 자유의 여부

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

- ① 사용자가 출퇴근시간이나 출근일을 정하는 경우 등은 시간적 구속에 해당한다.
- ② 작업장소가 정해져 있거나 사용자가 지시한 장소에서 근로하는 경우 등은 장소적 구속에 해당한다.

(3) 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무: 노무 제공의 비대체성은 사용종속관계에 대한 기본적인 판단기준은 아니나, 대체성이 인정되는 경우에는 지휘·감독관계가 부인되는 요인의 하나이다.

(4) 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계: 업무수행자가 소유하고 있는 기계·기구가 매우 비싸거나, 업무상 손해를 본인이 부담한다면 스스로의 계산과 위험부담으로 행하는 사업자의 성격이 강하고 근로자성을 약하게 하는 요소가 된다.

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

- ① 보수가 일의 성과에 관계없이 고정급 부분이 있고, 업무의 배분 등에 의해 사실상 고정급으로 되어 있으며, 그 금액이 생계유지 기능 등 생활보장적인 요소가 강하다고 인정되는 경우에는 근로자성이 인정된다.
- ② 보수 수준이 당해 기업에서 같거나 비슷한 업무를 하는 종업원에 비해 현저히 높다고 하면, 이는 스스로의 계산과 위험으로 사업경영을 행하는 사업자에 대해 지불하는 대가로 인정될 수 있어 근로자성이 약해진다.

(6) 근로제공 관계에 계속성과 사용자에의 전속성 유무와 정도: 전속성은 제도적으로 타사의 업무에 종사하는 것이 금지되거나 또는 현실적으로 근로자가 시간적 여유가 없어서 2개 이상의 사업장에 동시에 근로를 제공할 수 없다면 전속성이 있다.

(7) 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정 받는지 여부: 보수에 대해 근로소득세를 납부할 경우에는 근로자성을 긍정적으로 판단하는 보강요소가 되며 단, 근로소득세 부과대상이 아니라는 이유만으로 임금이 아니라고 할 수는 없다.

#### IV. 학원 강사의 근로자 지위 인정 여부의 판단 (결론)

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

**“학원과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하는 강사들은 근로자에 해당하여 퇴직금을 지급해야 한다.”**(수원지법 2007고단5596)

- ① 학원의 강사들이 어떤 과목의 강의를 할 것인지 여부는 학원에서 결정하는 것이고, 강의시간 및 장소 역시 사실상 학원에서 지정하였던 점,
- ② 학원에서는 강사들에게 강의의 질과 내용 등을 독려하는 문건을 수시로 전달하였을 뿐만 아니라, 때로는 학원 운영과 관련한 전반적인 방침을 전달하기도 하는 등 사실상 여러 면에서 강사들을 지휘·감독하였던 것으로 볼 수 있는 점,
- ③ 강의 자료 등을 제외한 나머지 거의 모든 비품, 원자재, 작업도구가 모두 학원 소유이고,
- ④ 강사들은 질병이나 예기치 않은 경조사 등 아주 예외적인 경우가 아닌 한 사실상 다른 제3자를 고용하여 강의를 대행하게 할 여지가 없었던 점,
- ⑤ 강사들은 시간당 일정액에 정해진 강의시간 수를 곱한 금액을 보수로 지급받는 등 그 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격임이 분명하고, 학원의 수입 증감이 강사들 개인의 보수에는 전혀 영향을 미치지 않았던 점,
- ⑥ 한편, 일부 강사들의 경우 피고인들이 운영하는 위 학원에서 강의를 하면서 다른 학원에서도 강의를 하기도 하였다는 점에서 사용자에 대한 전속성 여부가 문제가 될 소지가 있으나, 이는 실질적으로 보면, 그러한 강사들의 경우 담당하고 있는 강의 과목의 특성상 피고인들이 운영하고 있는 학원에서 배정된 강의 시간 자체가 상대적으로 적었기 때문이다.
- ⑦ 비록 피고인들이 운영하는 학원이 일반 교직원과 강사의 이원적인 체제로 운영되고 있고, 강사들의 경우 취업규칙에 적용을 받지 않으며, 근로소득세를 원천 징수당하지 않고, 직장의료보험이 아닌 지역의료보험에 가입하였다고 하더라도 이는 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 마음대로 정할 수 있는 것들로서 근로자인지 여부를 결정하는 데에 있어 부차적 징표에 불과하다.

## 대법원, C 어학원 원어민강사 근로자로 인정

### I. 문제의 소재

1. **대법원 판결:** 2015. 6. 11. 대법원은 C 어학원(이하 “피고”라고 함)의 원어민 강사들(이하 “원고”라고 함)이 프리랜서가 아닌 근로자임을 인정하고, 피고에게 원고의 근로자 신분으로 발생하는 퇴직금, 연차휴가수당, 주휴수당에 대해 지급의무가 있다고 판결하였다(대법원 2014 다 88161).<sup>40</sup>

2. **사건개요:** 2011년 2월 22일, 원고 17명은 피고를 상대로 퇴직금 등을 미지급하였다고 진정을 제기하였다. 노동청은 1년 6개월의 조사기간을 통해, 원고 17명은 프리랜서이고 근로자가 아니라는 판단을 하고 사건을 종결시켰다(강남지청 근로개선지도 4과, 2012.9.28.). 이에 원고 17명과 추가된 근로자 7명을 포함하여 24명이 민사소송을 제기하였다. 서울중앙지방법원은 2013년 10월 17일에 원고들은 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판결(2011 가합 121413)을 하였고, 피고는 결과에 불복하여 재심을 신청하였다. 고등법원은 초심판결을 유지하였고(고등법원 2014. 11. 24. 선고 2013 나 68704 판결), 대법원도 2015년 6월 11일자로 동일한 판단을 내렸다.

3. **주요쟁점:** 이 사건의 주요 쟁점은 원고의 신분이 근로자인지 프리랜서인지에 달려있다. 이를 판단하는 방법으로 법원은 근로자성 판례법리를 사용하고 있다. 피고는 원고가 근로계약이 아닌 강의서비스 계약을 체결하였고, 원고의 사업소득세를 납부하였으며, 퇴직금이 없음을 고려하여 현저히 많은 보수를 지급했고, 원고들도 이에 동의하여(퇴직금이 없다는 것) 계약을 하였기 때문에, 추가적으로 이를 청구하는 것은 신의칙에 반한다고 주장하였다. 이하에서는 근로자성의 법리와 피고의 주장을 자세히 검토해 보면서, 이 사건의 결과에 대한 타당성 여부를 구체적으로 살펴보고자 한다.

### II. 사실관계

1. **당사자:** 피고는 국내최대의 어학원으로 전국의 157개 영어학원을 운영하며 2014년 12월 말 현재 1300여명의 원어민강사를 고용하고 있다. 원고는 원어민강사로 24명 중 2명만 한국국적을 지니고 있으며, 나머지 원고들은 외국인이거나 외국영주권을 가진 사람들이다.

#### 2. 학원운영의 구체적 내용

(1) 피고는 외국인 어학강사와 ‘외국어 강의서비스’를 제공하는 계약을 체결하였다.

40 주요내용은 이 사건의 대법원판례와 관련된 하급심 판례(서울고법 2014. 11. 24. 선고 2013 나 68704)을 참고하여 기술하였음.

- (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·향상, 재계약 체결여부 및 수강생이 제기한 클레임의 해결 등에 사용하고 있다.
- (6) 피고가 수석강사(Head Instructor)를 고용하여 원고의 강의방법 및 기술 등을 지도·교육한다.
- (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 제 3자를 고용하여 대리강의 할 수 없다.
- (9) 원고는 강의시간에 비례하여 시간당 3만원부터의 시간급을 받고 있으며, 수강인원에 따라 수입금을 피고와 원고간에 배분하는 성과급제는 채택되지 않았다.
- (10) 피고와 원고와의 강의서비스계약은 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.

3. 청구사항: 원고들은 자신들이 피고의 근로자로서 피고의 사업장에서 근무하다가 퇴직을 하였는바, 피고는 원고들에게 근로기준법에 정한 퇴직금과 근로기간 동안의 주휴수당, 연차휴가근로수당을 지급할 의무가 있음에도 이를 지급하지 않았으므로 그 지급을 청구하였다.

### III. ‘근로자’에 대한 판례의 법리 및 이해

#### 1. ‘근로자’에 대한 판례의 법리

근로기준법 제 2조 제 1항 제 1호는 근로자란 ‘직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.’고 규정하고 있다.

판례<sup>41</sup>는 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급 계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 ①업무 내용을 사용자가 정하고 ②취업규칙

41 대법원 2006.12.07, 2004 다 29736 대학입시학원 종합반 강사에 대한 근로자성 인정

또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 ③업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ④사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지,<sup>42</sup> ⑤노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 ⑥제 3 자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 재산으로 사업을 영위할 수 있는지, ⑦노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 ⑧보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지,<sup>43</sup> ⑨기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 ⑩근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항,<sup>44</sup> ⑪근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, ⑫사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

## 2. 판례법리의 이해

판례는 근로자성을 판단할 때, 위에서 제시된 12 가지의 ‘사용종속관계의 구체적 판단기준’을 가지고 판단하며, 판단방법은 특정한 사안에 대해 개별적이고 종합적으로 검토하여 이러한 기준을 다수 충족하게 되면 근로기준법상 근로자라고 본다. 이 9 가지 기준을 인적종속요소(①,②,③,④), 독립사업자요소(⑤,⑥,⑦,⑧,⑩) 그리고 이중적판단요소(⑨,⑩,⑫)로 구분할 수 있다.

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>45</sup>

독립사업자요소는 근로자가 스스로 이윤을 창출할 수 있는지 여부에 따라 결정된다. 시간제의 강사의 경우에는 학원에 수강한 학생의 수에 따라 수강료를 사용자와 나누어 가지는 성과급제를 사용하였고, 이 경우 시간제 강사의 경우에는 근로자로 보지 않았다.<sup>46</sup>

이중적 판단요소는 “⑨기본급이나 고정급이 정하여졌는지; ⑩근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항; ⑫사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지” 인데 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 이것이 인정이 된 경우에는 근로자성 판단을 긍정하는 요소가 될 수 있지만, 이것이 부정된다고 해서 이 기준만을 이유로 근로자성을 부인해서는 안될 것이다.<sup>47</sup>

42 인적종속요소는 사용종속관계 12 가지 요소 중 ①,②,③,④가 해당됨

43 독립사업자요소는 사용종속관계 12 가지 요소 중 ⑤,⑥,⑦,⑧,⑩가 해당됨

44 이중적판단요소는 사용종속관계 12 가지 요소 중 사용자의 경제적 우월한 지위에서 결정할 수 있는 요소로 ⑨,⑩,⑫가 해당됨

45 대법원 2006.12.07. 선고 2004 다 29736 판결. 대학입시학원 종합반 강사에 대한 근로자성 인정

46 대법원 1996.7.30. 선고, 98 도 732 판결, 입시학원 단과반 강사 근로자성 부인 사건

47 대법원 2007.9.7. 선고 2006 도 777 판결. 미용학원 강사의 근로자성 인정사건

#### IV. 강사가 근로자가 아니라는 피고의 핵심 주장과 법원의 판단

##### 1. 계약의 명칭

피고는 이 사건 원어민강사 계약의 명칭을 강의서비스 계약(Agreement for Teaching Services)으로 하고, 계약서상 원고들의 명칭을 강사(Instructor)로 정하는 등의 계약서를 작성하였다. 특히, 피고는 “원고들이 주로 미국 등 선진국의 명문대 출신의 외국인으로 한국 문화를 체험함과 동시에 자유로운 생활을 영위하면서 단기간 동안 높은 보수를 받고 일하다가 다시 본국으로 귀국하려는 사람들로, 그 특수성으로 인하여 사회·경제적으로 피고와 대등 또는 우월한 지위에 있었으며, 이러한 점에서 이 사건 원어민강사 계약은 위임계약이거나 도급적 성격을 가진 강의서비스계약에 해당된다.”고 주장한다.

이에 대해 법원은 계약명칭이 ‘학원강의 및 수강생 지도·관리에 관한 용역계약’ 또는 ‘강의용역제공계약서’로 되어 있음에도 해당 원고들의 근로자성을 인정한 바 있으며,<sup>48</sup> 설령 피고의 영어학원에서 근무하는 일부 원어민강사들이 피고 주장과 같이 스스로를 근로자가 아니라 프리랜서로 생각하고 있다고 하여, 원고들과 피고 사이의 근로관계의 실질이 달라진다는 것은 아니라고 판단하고 있다. 즉, 법원은 계약의 명칭과 상관없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는지 여부를 살펴보아야 한다고 판단하였다.

##### 2. 퇴직금 포함된 임금 및 퇴직금 지급 제외 약정

피고는 “①원고들이 주당 평균 24 시간(월 104 시간)만 강의를 하였음에도 불구하고, 한국인 학원강사의 월 평균 소득인 1,030,000 원보다 높고, 피고의 정규직 직원들의 보수보다 높으며, 교육청 소속인 원어민 영어보조교사의 급여인 월 1,800,000 원에서 2,700,000 원보다 높은, 월 3,469,128 원에서 3,979,976 원에 달하는 보수를 받았기에, 원고들의 근로자성은 희박하다”고 주장하였다. ②원어민강사 계약에 따르면, “퇴직금, 건강보험 및 연금을 포함하여 정규직 근로자에게 제공되는 여타의 급부금 지급에 해당되지 않음에 동의하고, 이들 사항은 강사의 단독 책임으로 한다.”고 규정되어 있다.

이에 대해 법원은 “①에 대해 원고들의 근로의 내용 및 조건을 한국인 일반 학원강사, 피고의 정규직 직원, 교육청 소속의 원어민 영어보조교사의 것과 동일하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 노무제공자가 지급받는 보수의 액수가 근로자인지 여부를 결정하는 것도 아니라고 판단하였다. ②에 대해서는 퇴직금은 사용자가 일정기간을 계속 근로하고 퇴직하는 근로자에게 그 계속 근로에 대한 대가로서 지급하는 후불적 임금의 성질을 띤 금원으로서 구체적인 퇴직금 청구권은 계속 근로가 끝나는 퇴직이라는 사실을 요건으로 하여 발생하는 것이고, 최종 퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 사전에 포기하

48 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004 다 29736 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005 두 8436 판결.

는 것은 강행법규인 근로기준법에 위반되어 무효가 된다.”<sup>49</sup> 고 판시하고 있다.

### 3. 신의칙 위반 적용여부

피고는 “원고들의 청구가 받아들여지면 피고는 퇴직금은 물론 기타 법정수당 및 4대 보험료 등 부담으로 원어민강사들과 계약조건을 정할 당시 전혀 예정하지 않았던 추가적인 손실을 부담할 수밖에 없고, 반면 원어민강사들은 자신들이 의도하지도 않은 추가적인 이득을 누리게 된다. 이는 피고에게 예상치 못한 대규모 손실을 초래할 뿐만 아니라, 결과적으로 피고의 주가에도 심각한 영향을 끼쳐 피고의 계속 기업으로서의 성장을 심각하게 위협하게 될 것인데, 이러한 결과는 정의와 형평의 관념에 비추어 신의에 현저히 반하여 용인될 수 없다.”고 주장하였다.

이 사안에 대해 법원은 “신의칙의 적용을 통하여 퇴직금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행규정성에 정면으로 반하는 것이어서, 근로기준법이 강행규정으로 근로자에게 일정한 권리를 보장하고 있음에도 사용자가 신의칙을 내세워 사용자의 그릇된 신뢰를 권리자인 근로자의 정당한 권리 찾기에 우선하는 것은 특단의 사정이 없는 이상 허용될 수 없다고 보았다. 이 사건의 청구가 받아들여지면 피고에게 중대한 경영상의 어려움이 초래되거나, 피고의 존립이 위태롭게 될 것임이 인정되지 않을 뿐 아니라, 피고가 들고 있는 위와 같은 이유만으로 원고들이 근로기준법상 강행규정에 기하여 하는 이 사건 퇴직금 등 청구가 신의칙에 반하는 위법한 것이라 볼 수 없다.”고 판시하였다.<sup>50</sup>

## V. 결론

C 어학원은 지난 18년 동안 원어민 강사를 근로자가 아닌 프리랜서 자영업자로 계약하여 사용하면서 근로기준법상 발생하는 퇴직금 등 법정수당을 지급하지 않았다. 근로자성 판단기준에 대한 변화에 발맞추어 법원의 판결은 근로자성을 폭넓게 인정하는 추세로 바뀌고 있다. 근로계약이 아닌 사용자의 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 도급이나 위임계약, 사업소득세 납부, 4대 사회보험 미가입 등은 근로자성 판단에 있어 비중이 높지 않은 요소로 보고 있다. 근로자성의 판단에 있어서 가장 중요한 부분은 실제로 강사가 어학원으로부터 얼마만큼의 구속을 받으면서 임금을 목적으로 근로를 제공하였는지 여부이다. 이러한 점에서 이번 대법원 판결은 이러한 실질적 근로관계를 가지고 판단한 것으로 평가된다.

49 대법원 1998. 3. 27. 선고 97다49732 판결.

50 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결.

## 명품매장 점장의 근로자성 부인 사건

### I. 사건개요 (점장의 퇴직금등 청구 사건<sup>51</sup>)

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

### II. 사실관계 및 쟁점

#### 1. 사실관계

○ 회사는 위 2명의 점장들(진정인들)과 매장판매 일체를 도급하는 판매수탁자로서 판매용역계약 (sales service contract)을 체결하였고, 점장들은 판매용역계약을 근로계약보다 선호하였으며, 유사 명품 업체들도 매장의 점장을 독립계약자로 사용하는 형태가 많음.

○ 점장 A(진정인 중 한 명)는 2008년 9월부터 수수료 계약을 체결하고 청담동 점장으로 근무하던 중 매장 리뉴얼 공사로 인하여 회사가 타지역 점장으로 발령을 내자, 이에 불만을 가지고 수수료 계약을 스스로 해지함. 점장 B(진정인 중 다른 한 명)는 2010년 9월에 근로자로 입사하여 점장으로 근무 중 회사와 합의로 2011년 9월 퇴직금 등 일체의 금품을 정산하고 근로관계를 종료한 후, 판매용역 계약서를 작성하여 수수료 점장으로 근무하였음. 회사는 점장 B의 실적부진으로 판매용역 계약을 갱신하지 않아 계약이 해지되었음.

51 정봉수 노무사가 2012.10부터 2013.4월 까지 서울강남지청에서 사용자를 대리한 사건

- 점장의 수수료는 기본금 200 만원 + 정상판매 매출액 대비 4%와 할인 행사시 매출액 대비 2%이고, 계약기간은 6 개월이며 1 개월 전 계약해지 통보 없을 시 자동갱신조항이 있음.
- 점장들에게 적용되는 별도의 취업규칙, 인사규정은 존재하지 않으며, 또한 일반 직원에게 적용되는 취업규칙, 인사규정은 점장에게 적용되지 않음.
- 점장들은 매월 1 회 회사의 영업회의에 참석할 뿐, 일일보고 또는 주간보고가 없음. 다만, 해당지점의 직원이 매출현황을 전산시스템을 통해 본사로 보고가 이루어짐.
- 매장은 점장과 해당 매장의 직원 2~4 명으로 구성되어 있고, 점장을 제외한 직원은 본사로부터 근로자로서 관리감독 및 연차휴가 등의 통제를 받음.
- 매장의 점장들은 근로장소는 정해져 있으나 근로시간은 자유로이 활동하였으며, 출퇴근 여부에 대해 본사의 통제를 받지 않음.
- 점장들은 상품 판매에 필요한 비품, 상품, 유니폼 등을 소유하고 있지 않고, 회사에서 제공하는 것을 사용하고 있으나, 매장에서 필요한 비용, 즉 전화비, 수선비 등을 부담하였음. 아울러 제 3 자를 고용하여 대리 점장을 맡길 수 없었음.
- 점장들은 파트타임 직원을 임의적으로 고용하여 사용할 수 있었으나, 그 비용은 회사에서 지급하였음.
- 점장들은 매출액 향상을 위해 본인의 비용으로 VIP 식사 접대, 골프접대, 유인물 발송을 하였으며, 때로는 본사의 표준 할인가격보다 점장이 임의로 추가 할인하여 고객에게 판매하는 경우도 있었음.
- 회사에서는 매출 및 근무태도와 관련하여 어떠한 징계나 제재를 가한 사례도 없었고, 계약갱신 거부 외에는 특별히 제재할 수단이 없었음.
- 점장들은 근로소득세 대신에 사업소득세를 납부하고, 4 대보험에 가입되어 있지 않음.

## 2. 쟁점

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

## III. 회사의 주장

### 1. 현 점장들의 사용종속관계 판단

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

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

## 2. 사용자의 주장의 요지

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

## IV. 관련 대법원 판례 및 근로감독관 판단

### 1. 관련 대법원 판례

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

“근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 1)업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 2)사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 3)노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 4)제 3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 5)노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 6)보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 7) 근로소득세의 원천징수 여부 등보수에 관한 사항, 8)근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 9)사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때

문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법 2004 다 29736, 2006.12.07).”

## 2. 근로감독관의 판단기준

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

“근로자가 아닌 속성으로 1) 판매위탁 도급계약을 체결한 동기에 있어서도 점장 스스로 선택한 계약이었고, 독립계약자 점장계약이 근로자로서 임금을 받는 것보다 유리한 계약조건이었다. 2) 점장이 스스로 비용을 부담하여 매출증대 활동을 하여 더 많은 이윤추구를 하였다. 3) 업무수행중 회사로부터 업무 관리감독이 없었고, 자율적으로 매장을 운영하였다. 이와 같은 특성을 살펴볼 때, 회사와 점장 간에 사용종속관계가 있었다고 보기 어렵다.”

## V. 회사의 사후 대책

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

## 미용실 직원과 근로기준법

### I. 들어가며

미용실은 우리 주변에서 흔히 볼 수 있는 소규모 사업장이다. 최근 미용업계의 고급화와 전문화가 진행되면서 프랜차이즈의 사업장이 점차 늘어나고 있다. 이에 따라 여기에 소속되어 일하는 근로자들의 근로조건과 관련된 분쟁이 빈번하게 발생하고 있다. 현재 프랜차이즈 형태의 미용업계에서 발생하는 대표적인 노동사건이 미용사(헤어 디자이너)를 개인사업자로 계약을 체결하면서 매출에 비례하여 수수료를 지급함으로써 근로기준법의 적용을 제외시키고 있다는 점이다. 형식상 개인사업자 같지만 실제로 사업주의 인적·업무적 구속력을 강화함으로써 근로자로 판단되는 경우가 많이 발생하고 있다. 또 다른 문제는 미용사를 보조하며 업무를 배우는 미용실 인턴의 문제이다. 미용사가 되기 위한 과정으로 2~3년 정도의 인턴 생활을 거쳐야 하는데, 이 기간 동안에 최저임금에 미치지 못하는 급여를 받으며 장시간 업무를 하고 있다. 이러한 도제(徒弟)적 근로관계에 있는 인턴들에 대해 청년유니언 노동조합이 2013년 2월 미용실 프랜차이즈 업체들을 상대로 근로기준법 위반을 이유로 노동부에 고소장을 제출하였다. 이런 문제들과 관련하여 프랜차이즈 미용업계에 종사하는 미용사와 미용실 인턴의 근로자성을 판단해 보고 노동법적으로 바람직한 해결방안에 대해 검토해보고자 한다.

### II. 미용사의 퇴직금 진정 사건 및 고려사항

#### 1. 사건요약

경기도 부천의 프랜차이즈 브랜드 미용실에서 근무하였던 미용사가 2012년 6월 퇴직하면서 퇴직금을 받지 못하였다고 관할 노동사무소에 진정을 제기하였다. 미용사는 2011년 1월 입사시에 '자유직업 소득자 계약'을 체결하고 근무하였지만, 실제로는 근로자로 근무하였기 때문에 퇴직금이 발생하였다고 주장하였다. 이에 회사는 당해 미용사는 근로자가 아닌 자유소득자이므로 퇴직금이 발생하지 않는다고 설명하고 관련 입증 자료를 제출함으로써 근로감독관을 설득하였고, 이에 노동사무소는 회사가 미용사에게 퇴직금 지급의무가 없다는 결정을 하였다. 회사가 제출한 자료는 판례의 근로자성 판단 기준에 의거하여 신분상, 업무상, 서류상 근로관계와 관련하여 미용사의 근로자성의 부존재를 설명하기 위한 것이었다. 이와 관련하여 판례와 노동부 행정해석을 비교해보면 이런 형태의 미용사들의 근로자성 판단하는데 필요한 나름대로 기준을 설정하는 것이 가능하다고 하겠다.

2. 판례: 근로자로 인정한 미용사(서울지법 2010 가합 11116 호(본소):2010 가합 18407(반소))

미용실 A 와 미용사가 입사시에 작성한 계약서에 따르면, 퇴직 후 4Km 이내에서 미용업무에 종사하면 2000 만원의 손해배상을 해야 한다는 내용이 있었다. 미용사는 퇴직 후 400 미터 떨어진 위치에서 미용실을 개업하였다. 이에 미용실 A 는 개업한 미용사를 상대로 경업금지 계약위반에 대한 손해배상을 청구하였고, 이에 미용사는 미용실 A 를 상대로 근무기간에 대해 퇴직금을 받지 못하였다고 반소를 제기하였다. 결론으로 미용실 A 가 제기한 경업금지약정은 무효로 판단되었고, 오히려 미용사가 제기한 반소가 인정되어 미용사는 근로자로 인정받아 미지급 퇴직금을 인정 받았다.

→ 법원의 판단근거

- 1) 이 사건 근무약정상 피고가 원고와 마찬가지로 ‘독립된 사업주체’라는 취지로 표시되어 있으나, 원고는 미용사들의 근무장소, 근무시간, 근무일수, 근무방법 등을 정하고 미용사들이 이를 준수하도록 독려하였을 뿐만 아니라 미용사들이 이를 위반할 경우 벌금 부과 및 고객 배당 제외 등 상당한 제재를 가한 점,
- 2) 미용사들은 경우에 따라서는 자신들이 원하는 날 휴무할 수도 없었고, 휴무일 이외에 경조사, 질병 등으로 휴무하게 되는 경우 원고에게 그 증빙 자료를 제출하여야 하였던 점,
- 3) 이 사건 근무약정상 원고의 서면 동의 없이는 다른 미용실에서 미용사로 일하는 것이 금지되어 있는 등 미용사들은 계약상으로는 실제상으로는 이 사건 미용실에 전속되어 오직 원고만을 위하여 일하였고, 계약기간 또한 자동갱신 되어 계속성을 가졌던 점,
- 4) 미용사들이 제3자로 하여금 이 사건 미용실에 출근하여 자신의 업무를 대신 수행하도록 할 수도 없는 것으로 보여, 그 업무의 대체성을 인정하기도 어려운 점,
- 5) 미용사들이 그 미용 업무 수행을 위하여 사용하는 미용도구나 비품들 대부분을 원고가 제공한 점,
- 6) 원고는 피고에게 피고가 이 사건 미용실에서 근무한 처음 몇 달간은 매월 일정 금원을 지급하다가, 몇 달 후부터는 피고의 매출액에 따라 산정한 금원을 매월 지급하였는데, 그 전후로 피고의 근무형태에 어떠한 변화가 생겼다고는 보이지 않는 점,
- 7) 이 사건 근무약정상 징계해고사유로 볼 수 있는 사유들을 해지사유로 정하고 있는 점, 원고는 미용사들이 이 사건 미용실에서 근무하면서 지득한 고객정보와 관련하여 이를 유출하거나 이 사건 미용실을 그만 둘 때 가져가는 행위를 금지한 점 등
- 8) 제반 사정들을 종합하여 보면, 피고 보수액이 기본급 등의 정함이 없이 그 매출액에 비례하여 산정되었고, 사업자등록을 하여 사업소득세 등이 원천징수 되었으며, 국민연금, 건강보험, 고용보험, 산재보험 등에 가입되어 있지 않았다는 등의 사정들을 감안하더라도, **피고는 원고에 대하여 근로의 대가인 임금을 받을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.**

### 3. 행정해석: 근로자로 인정하지 않은 미용사 (근로기준법-6228, 2004.11.18)

노동부는 미용사가 미용실 사업주와 자유직업계약을 체결하고 매출액의 일정 비율을 지급받는 경우에 근로자로 보기 어렵다고 판단하고 있다.

미용사를 근로기준법 근로자로 볼 수 있는지 여부에 관하여 사실관계를 보면:

- 1) 미용실 업주와 자유직업계약을 작성한 미용사가 미용실에서 고객들에 대한 미용(파마, 커트 염색 등) 업무를 행하면서도, 별도의 취업규칙 등을 적용 받지 아니하고, 각자가 자유롭게 독자적으로 업무를 수행하면서 업주의 구체적인 업무지시나 감독을 받지 않으며,
- 2) 기본급이나 고정급이 없이 매출액의 일정 비율(월 매출금액에 따라 20% 내지 22%로 약정)을 수수료의 명목으로 지급받고,
- 3) 1일 8시간의 업무 요건을 충족하면 타 미용실에 근무하는 것이 제한되지 않는 등 해당 업소에 전속된 것으로 보기 어려우며,
- 4) 개인 사정으로 근무치 못하는 경우 같은 수준의 미용기술을 가진 다른 사람으로 대체할 수 있고,
- 5) 계약사항을 어기더라도 계약해지 외에 별도의 제재를 받지 않으며,
- 6) 사업소득세를 징수하고 4대 보험에 가입되어 있지 않는 등
- 7) 전체적으로 근로자로 보기 어려운 요소들이 많으므로, 업무장소가 당해 업소로 제한되고, 수수료 관리 차원이라 하더라도 매주 2회 업무일지를 작성 제출하며, 가위 등을 제외한 미용기구를 업주가 제공하는 등 일부 근로자로 볼 수 있는 요소가 있다 하더라도, **종합적으로 고려할 때 귀 질의서의 미용사는 임금을 목적으로 종속적인 지위에서 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자라고 단정하기는 어렵다.**

### 4. 소결론

미용사의 근로자성 판단에 있어 노동부와 법원의 판단기준은 근로자인지 여부에 대해서는 외형상 계약형태만으로 판단할 것이 아니라 실제 업무수행 중에 사용자의 구속이 얼마만큼 이루어졌는지를 고려해야 한다는 것이다. 즉, 일반적으로 수수료를 받고 일하는 근로자는 근로자가 아닌 것으로 간주하는 경향이 있는데, 이 하나만을 가지고 판단하는 것이 아니라 근로자 판단기준 법리에 따라 전체적으로 근로자가 임금을 목적으로 사용종속 관계에서 근로를 제공하였는지 여부를 구체적으로 검토 후 판단하여야 한다는 것이다.

### III. 미용실 인턴의 근로자성

#### 1. 사실관계

미용사가 되기 위해서는 미용사 자격증이 있더라도 미용실에서 2~3 년의 인턴 과정을 거쳐야 정식 미용사로 인정을 받을 수 있다. 대부분의 미용사들은 미용실과 개인 매출액에 대한 수수료 계약을 맺고 독립사업자로서 활동을 한다. 따라서 이러한 독립사업자가 되기 위한 과정에 있는 인턴들을 미용실은 교육생으로 보고 근로자로 인정하지 않고 교육비 명목으로 월 70~100 만원을 지급하고 있다. 4 대보험에 가입되어 있지 않고 지급하는 보수에서도 개인사업자 소득세인 3.3%만 공제하고 있다. 그러나 인턴은 일주 5 일 동안 매일 10~12 시간 동안 교육이 아닌 실질적인 근로를 제공하고 있다. 이러한 인턴들의 근로자성은 실제적으로 부정하기 어려우며, 근로자인 경우, 사업주가 어떠한 조치를 취해야 하는지에 대해 살펴보고자 한다.

#### 2. 미용실 인턴의 근로자성 판단

미용실의 인턴교육은 펌-드라이-컬러-커트 순(順)으로 각 단계별 6 개월 정도를 거쳐 진행된다. 미용사가 되기 위해서는 2~3 년의 인턴과정을 거쳐야 하고, 미용사를 통해 미용기술이 전수되는 도제적 관계에서 이루어진다. 형식적으로는 업무를 배우는 과정에 있지만, 사실상 업무시간의 대부분을 청소, 정리정돈, 고객 샴푸, 드라이, 미용사 보조를 하면서 보내기 때문에 실제로 근로를 제공하는 것이고, 이 과정에서 교육실습이 이루어진다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 인턴의 근로관계를 볼 때, 순수한 교육생으로 보기 어렵고 업무와 교육이 혼재된 형태라 할 수 있다.

행정해석은 “인턴십 프로그램 참가자를 정규직으로 채용하는 경우 동 기간을 계속 근로기간으로 볼 것인지 여부”에 대해 다음과 같이 판단하고 있다.

“근로기준법상의 근로자성을 인정받기 위해서는 종사업무의 내용, 사용자의 지휘 감독의 성격, 징계권한의 유무, 업무지시 거부가능 여부, 보수의 성격 등 여러가지 종합적인 사용종속성 여부를 고려하여 판단하여야 한다. 채용이 예정되어 있지 않고, 학점 인정을 목적으로 산학협동 조인서상의 근로조건에 따라 근로를 제공한 학생의 경우, 동 조인서상의 근로시간, 수습 비용, 4 대 보험 적용 등의 조건만으로는 근로기준법상의 근로자성을 인정하기 어려울 것으로 본다. 그러나 회사와 맺은 계약의 내용, 작업의 성질과 내용, 보수의 여부 등을 살펴볼 때 실질적으로 근로제공의 성격이 강하고 사용종속 관계가 인정된다면 실습생도 근로자에 해당 될 수 있으며, 이 경우 실습기간은 계속근로시간으로 인정될 수 있을 것이다(행정해석 강남지청 노사지원과 826, 2009.4.7).”

### 3. 근로기준법의 근로조건 기준

인턴사원이 근로기준법상 근로자로 인정되는 이상 미용실은 근로기준법상 근로조건을 준수하여야 한다. (예, 인턴사원 1일 10시간, 주 5일 근무시 근로조건)

- (1) 최저임금: 2013년 시간급 최저임금은 4,860원으로, 주40시간 근무시 월 1,015,740원을 최저임금으로 지급해야 함.
- (2) 연장근로: 현재 인턴사원이 1일 2시간, 1주10시간 연장근로를 하므로, 그에 대한 가산임금 50%를 계산시, 1주 15시간에 대해 추가 보상하여야 함. 따라서 월 연장근로 가산임금: 1주(10시간 x 가산수당 50%) x 4.345주 = 315,900원  
따라서, 최저임금과 연장근로수당을 가산한 임금인 1,331,640 원
- (3) 휴게시간: 근로시간 4시간인 경우 30분, 8시간인 경우 1시간 휴게시간 보장
- (4) 연차유급휴가: 위의 최저임금과 연장근로와 별도로 1년에 15개의 연차유급휴가를 근로일 기간 중에 유급으로 부여해야 함.
- (5) 퇴직금: 인턴이 1년 이상 근무하고 퇴직하는 경우에는 계속근로연수 1년에 대해 30일의 평균임금을 계산해서 지급해야 함.
- (6) 임금소멸시효: 최저임금, 연장근로수당, 연차유급휴가, 퇴직금은 모두 3년간의 소멸시효가 있으므로 근무기간 중 또는 퇴직하였다더라도 3년 기간에 대해 소급하여 청구할 수 있고, 사용자는 예외 없이 지급해야 하고 이를 위반 시 형사처벌 될 뿐만 아니라 민사상 지급의무를 진다.

### 4. 바람직한 방향

미용실 인턴들이 도제적 근로관계를 유지하고 있지만, 노동법상 근로자로 판단하는 것이 타당하다고 볼 수 있기 때문에, 앞으로 최소한 법정기준에 맞는 임금설계와 근로시간 할당을 고려하여야 할 것이다. 우선 급여관리에 있어 식대비나 기숙사 지원비, 기타 수당을 등을 모두 기본급으로 포함하여 최소한 최저임금이상 지급하여야 한다. 근로시간의 계산에 있어서도 실제로 근로를 제공하는 시간과 개인의 교육시간을 분명히 구분, 운영하고 실제로 업무를 제공하는 시간에 대해서만 임금을 지급하는 방향으로 개선하여야 할 것이다.

## IV. 맺는 말

미용실의 경우 대체로 소규모로 운영되는 형태의 사업이지만, 근로기준법이 적용되기 어려운 사업장으로 보아서는 아니 된다. 프랜차이즈 미용실에 종사하는 미용사의 경우, 앞에서 살펴본 바와 같이, 계약의 명칭이나 근로자로서 등록여부와 관계 없이 실질적으로 사용종속 관계를 유지하였는지 여부에 따라 근로자성이 판단된다는 것에 유의해야 한다. 또한 미용실의 인턴의 경우에도 교육생, 훈련생으로만 간주할 것이 아니라 정식 근로자로서 판단하여 임금이나 근로시간에 대해 근로기준법상의 기준을 준수하는 것이 바람직하다고 본다.

## 텔레마케터의 근로자 여부 판단

### I. 들어가며

특수고용 종사자는 특정 사업장에서 노무를 실질적으로 제공하고 있지만, 노동법이 인정하는 근로자로 인정받지 못하는 자들을 말하며, 대표적인 사례로는 골프장 캐디, 학습지 교사, 레미콘 운송차주, 텔레마케터 등 있다. 이들이 노동법의 근로자로 인정받지 못하는 이유는 이들의 업무속성이 사용자와의 사용종속관계가 없을 뿐만 아니라 하나의 사업주에 대해 전속성이 없기 때문이다. 그러나, 최근에는 하나의 사업장에 종속되어 있고, 사용자로부터 사용종속 관계가 어느 정도 인정되는 특수고용 종사자를 노동법의 근로자로 인정하는 판례가 발생하고 있다. 이런 판례는 노동법이 인정하는 근로자인지 여부는 실질적으로 사용종속 관계에 있었는지 여부를 가지고 판단하여야 하며, 기존의 중요한 판단기준이 되었던 기본급 지급여부, 4대보험 가입여부, 근로소득세의 원천징수 여부는 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 결정할 여지가 크기 때문에 이러한 부분만을 가지고 결정할 것이라 아니라고 본다.

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

### II. 근로자 여부 판단기준

1. 텔레마케터의 근로자성에 대한 판단기준은 노동부 행정해석이나 법원의 판단도 동일하다. 즉 텔레마케터가 실질적으로 임금을 목적으로 사용종속 관계에서 근로를 제공하였는지를 판단하고 있다. 다만, 행정해석은 근로자성 판단 고려 요소들(9가지)의 평균적인 기준으로 텔레마케터의 근로자성 여부를 판단하는 경향이 있지만, 판례는 사용자의 경제적 우위로 결정되는 요소보다는 업무의 실질적 종속성으로 근로자성 여부를 판단하는 경향이다.

2. 근로자성에 대한 판례<sup>52</sup>의 판단기준은 다음의 법리와 같다. “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를

52 대법원 2007. 9. 7. 선고 2006 도 777 판결 참조

제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 종속적인 관계가 있는지 여부는, ①업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ②사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ③노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 ④제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 사업을 영위할 수 있는지, ⑤노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, ⑥보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지, ⑦기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 ⑧근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항(4대보험 가입 여부), ⑨근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도 등을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수 하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.”

### III. 근로자 인정사례 (원거리 판매 텔레마케터의 해고사건)<sup>53</sup>

#### 1. 사건의 사실관계

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

#### 2. 업무의 내용

(1)회사의 텔레마케터들은 전화로 회사가 발간하는 월간지를 후원자들에게 판매하고 그 구독료 명목의 후원금을 모금하는 업무를 수행하였다. (2)원칙적으로 평일 10:00부터 17:00까지 회사 사업장 내 텔레마케팅실(TM실)의 칸막이로 구획된 부스에서 근무하고 ‘후원금 입금실적의 22%에 해당하는 성과급’, ‘일 1만 원의 출근수당’ 및 ‘월 10만 원의 만근수당’을 합한 금액을 “임금” 명목으로 지급받았다. (3)회사는 업무에 필요한 책상, 전화기 등 사무용품을 제공하고, 후원자에게 발송하는 우편물 내용을 발송 전에 감독·통제하였다. (4)회사는 ‘월 1,000통화’를 업무기준으로 제시하며 신규후원자의 모집을 독려하였으나, 위 업무기준에 못 미친 것을 이유로 징계 등의 제재는 없었다. (5)

53 2008.03.21, 서울행법 2007 구합 19539

회사는 매일 퇴근 전에 당일 후원의사가 있었던 예상후원자와의 상담내용 및 그 인적사항 등을 서면보고 하도록 하였다. (6)회사는 관리부장이 주관하는 월 업무회의 및 수시회의를 통하여 새로운 지시사항 및 업무상 주의사항 등을 통보하였다. (7)회사는 출결상황표를 작성하였는데, ‘조퇴 2회’를 ‘결근 1일’로 처리하였다.

### 3. 행정법원의 판단

(1)회사는 원고에게 예상후원자들의 인적사항을 제공하고 업무방식을 한정하며 우편물의 내용물을 감독·통제하는 등의 방법으로 ‘구체적 통화대상 및 통화내용’을 제외한 업무 내용을 대부분 정하였다. (2)원고는 비록 각종 근로조건 등에 있어서 취업규칙의 적용을 받지 아니하였으나, 취업규칙의 내용이나 그 적용 여부 등은 사용자가 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 사항에 해당된다. (3)회사는 빈번한 회의를 통하여 원고에게 지시·주의사항을 통보하고 업무방식을 교육하며 업무기준을 제시하였고, 매일 원고로부터 업무수행결과를 구체적으로 보고받았다. (4)회사는 원고의 근무시간과 근무장소를 지정하였고, 출결상황표의 작성과 출근수당 및 만근수당의 지급을 통하여 원고로 하여금 근무시간에 구속을 받게 하였다. (5)회사는 원고에게 업무에 필요한 기본적인 사무용품은 모두 제공하고 전화요금 등 업무비용까지 부담하였다. (6)원고는 매월 출근수당 및 만근수당으로 40만 원을 지급받았던바, 원고가 지급받은 출근수당 및 만근수당은 사실상 ‘기본급’의 성격을 가진다. (7)원고는 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고 이른바 4대보험을 가입하지 아니하였으나, 이는 회사가 우월한 지위를 이용하여 임의로 정한 데 따른 것으로 보인다. (8)원고는 약 3년에 이르는 기간 동안 회사의 텔레마케터로서 근무한 것은 원고의 근로 제공의 계속성 및 회사에 대한 전속성이 인정된다. (9)따라서 원고는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 할 것이고, 이 사건 근로관계종료는 ‘사용자의 일방적 의사에 의한 근로관계의 해지’로서 해고에 해당한다고 할 것이다.

## IV. 근로자로 인정하지 않은 사례

### 1. 보험모집 텔레마케터<sup>54</sup>

#### (1) 업무 내용

①텔레마케터의 업무는 회사에서 생산한 보험상품을 고객에게 전화상으로 안내하고 판매하는 일로서 이 업무를 수행하기 위해 사측의 관리자로부터 상품에 대한 교육, 판매 기술에 대한 교육 등 업무 수행에 필요한 제반 교육을 받았고, ②사측의 취업규칙에 적용 받지 않으나, 영업복무규정에 따라 업무를 수행했다. ③회사에서 제공한 사무실에

54 행정해석: 노조 68107-874, 2001.08.02

출퇴근하고 있으며, 출근 후에는 사측에서 정한 근무시간표에 따라 퇴근시간까지 업무를 수행하고, ④계약서상 겸업이 금지되어 있지 않으나 일반적으로 개인의 영업행위가 불가능한 실정이고, ⑤작업을 위한 사무실과 책상, 컴퓨터, 전화 등의 시설을 사측으로부터 제공받고, ⑥회사는 영업규정 등에 의하여 기본급 성격의 활동수당 및 보험계약실적에 따른 상여금을 지급하고, ⑦자유소득자라는 이유로 사업소득세만 납부하고, 근로소득세와 4대보험료는 납부하지 않음

## (2) 노동부의 판단

근로자성이 부인되는 요소로 ①고용계약이 아닌 민법 제689조의 "위촉계약"을 체결하고, ②보험모집이라는 위촉업무를 수행함에 있어 회사에서 제공하는 통신장비 등을 이용하나, 자신의 재량과 역량에 따라 자율적으로 보험모집활동을 하며, ③실적없이 지급되는 수당이 존재하지 않으며, 기본급이라고 주장하는 활동수당(60만원)도 월 10건 이상의 계약실적이 있는 경우에만 지급되는 등 수당과 상여금등이 자신의 모집실적에 따라 지급된다는 점, ④회사의 취업규칙 등 제규정이 적용되지 않고, 지각·조퇴·결근 등에 따른 징계나 별도의 수당삭감등 제재제도가 없다는 점, ⑤회사측에서 제공된 고객명단에 대해 반드시 전화를 하여야 하는 것은 아니며, 그에 따른 별도의 제재도 없다는 점 등을 고려할 때, 보험모집 텔레마케터는 근로자에 해당한다고 보기 어렵다.

## 2. 기획부동산 텔레마케터<sup>55</sup>

### (1) 업무내용

① 회사에서 제공한 토지 등의 부동산을 불특정 다수의 고객에게 지정된 장소에서 전화나 상담을 통하여 부동산을 판매하는 업무이며, ②회사로부터 텔레마케터가 지급받는 금품은 매월 고정급으로 80~120만원이 지급되고 결근시에는 1일당 50,000원을 위 고정급에서 공제하고, ③고객의 상담에서부터 현지답사, 체결에 이르기까지 텔레마케터가 전담하고 있으며 건당 계약금액에 8~10%의수수료를 판매수당을 지급받고, ④일정한 장소에서 하루 8시간 주5일 근무를 제공한다.

### (2) 노동부의 판단

기획부동산 업체 '텔레마케터'의 경우 토지를 전화나 상담을 통해 판매하는 업무를 주로 수행하고 있고 ①근무장소와 시간이 특정되어있다 하나 이는 통신판매의 특성상 판매 효율성을 높이기 위한 것이다. ②고객유치에서 계약체결에 이르기까지의 업무수행을 본인의 판단에 의해 독립적으로 행하고 있어 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 받는 것으로 보기 어렵다 할 것이며 또한, ③근무일에 따라 고정급을 지급받고 있으나 이는 일종의 판매 활동비 명목으로 ④사업소득으로 신고하며, ⑤주된 수입원은 토지를

55 적용팀-6107, 2006.12.12

판매하고 지급받는 고액의 판매수당이므로 텔레마케팅 종사 근로자는 사용종속관계에서 근로를 제공하는 근로자에 해당하지 않는 것으로 판단된다.

#### IV. 맺는 말

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

## 근로기준법에 규정된 사용자에게 대한 벌칙 규정

<b>근로계약 /근로조건</b>		
제 17 조	근로조건에 명시	5 백만원이하의 벌금
<b>취업규칙</b>		
제 93 조	취업규칙의 작성·신고)	5 백만원이하의 벌금
제 14 조	법령 요지 등의 게시	5 백만원이하의 벌금
제 94 조	규칙의 작성, 변경 절차	5 백만원이하의 벌금
<b>근로관계의 보호</b>		
제 6 조	균등한 처우	5 백만원이하의 벌금
제 7 조	강제 근로의 금지	5 년 이하의 징역 또는 3 천만원 이하의 벌금
제 8 조	폭행의 금지)	5 년 이하의 징역 또는 3 천만원 이하의 벌금
제 9 조	중간착취의 배제	5 년 이하의 징역 또는 3 천만원 이하의 벌금
제 40 조	취업 방해의 금지	5 년 이하의 징역 또는 3 천만원 이하의 벌금
제 20 조	위약 예정의 금지	5 백만원이하의 벌금
제 21 조	전차금 상계의 금지	5 백만원이하의 벌금
제 22 조	강제 저금의 금지	5 백만원이하의 벌금
<b>임금</b>		
제 43 조	임금 지급	3 년 이하의 징역 또는 2 천만원 이하의 벌금
제 56 조	연장·야간 및 휴일 근로 가산 수당	3 년 이하의 징역 또는 2 천만원 이하의 벌금
제 45 조	비상시 지급	1 천만원 이하의 벌금
제 46 조	휴업수당	3 년 이하의 징역 또는 2 천만원 이하 벌금
제 7 조	휴업보상	2 년 이하의 징역 또는 1 천만원 이하의 벌금
<b>근로시간</b>		
제 50 조	근로시간	2 년 이하의 징역 또는 1 천만원 이하의 벌금
제 53 조	연장 근로의 제한	2 년 이하의 징역 또는 1 천만원 이하의 벌금
제 54 조	휴게	2 년 이하의 징역 또는 1 천만원 이하의 벌금
제 70 조	야간근로와 휴일근로의 제한	2 년 이하의 징역 또는 1 천만원 이하의 벌금
제 71 조	시간외근로	2 년 이하의 징역 또는 1 천만원 이하의 벌금
<b>휴일과 연차휴가</b>		
제 55 조	휴일	2 년 이하의 징역 또는 1 천만원 이하의 벌금
제 60 조	연차휴가	2 년 이하의 징역 또는 1 천만원 이하의 벌금
<b>해고와 징계 등</b>		
제 23 조	해고 등의 제한	5 년 이하의 징역 또는 3 천만원 이하의 벌금
제 26 조	해고의 예고	52 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금

제 27 조	해고사유 등의 서면통지	3 이하의 징역 또는 2 만원 이하의 벌금
제 95 조	제재 규정의 제한 (감급의 제한)	5 백만원이하의 벌금
제 31 조	구제명령 등의 확정	1 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금
<b>퇴직금과 퇴직관리</b>		
제 36 조	금품 청산	3 이하의 징역 또는 2 만원 이하의 벌금
제 39 조	사용증명서	5 백만원이하의 벌금
제 40 조	취업 방해의 금지	5 년 이하의 징역 또는 3 천만원 이하의 벌금
<b>기타 사용자의 법정 의무</b>		
제 10 조	공민권 행사의 보장	2 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금
제 41 조	근로자의 명부	5 백만원이하의 벌금
제 42 조	계약 서류의 보존	5 백만원이하의 벌금
제 48 조	임금대장	5 백만원이하의 벌금
제 64 조	최저 연령과 취직인허증	2 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금
제 65 조	임산부 및 18 세 미만자 사용금지	2 천만원 이하의 벌금
제 66 조	연소자 증명서	5 백만원이하의 벌금
제 74 조	임산부의 보호	2 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금
제 75 조	육아 시간	2 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금
제 78 조	요양보상	2 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금
제 80 조	장해보상	2 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금
제 82 조	유족보상	2 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금
제 83 조	장의비	2 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금
제 91 조	서류의 보존	5 백만원이하의 벌금
제 98 조	기숙사 생활의 보장	5 백만원이하의 벌금
제 99 조	기숙사 규칙의 작성과 변경	5 백만원이하의 벌금
제 100 조	설비와 안전 위생	5 백만원이하의 벌금
제 104 조	감독 기관에 대한 신고	2 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금