

근로기준법 적용 범위

1 근로기준법의 효력과 적용범위

근로기준법은 말 그대로 노동조건을 최소한의 기준을 정한 법입니다. 따라서 근로기준법에 규정된 기준에 미달하는 근로조건을 정하는 근로계약, 취업규칙, 단체협약은 그 부분에 한하여 무효가 되며, 무효로 된 부분은 근로기준법에 정한 기준에 따르게 됩니다(근로기준법 제15조). 반대로 당사자가 근로계약으로 근로기준법보다 높은 수준의 노동조건을 정하는 것은 당사자의 의사에 따라 자유롭게 결정할 수 있습니다. 그러나 실제 노동상담에서는 근로기준법에 규정된 기준에 미달하는 근로계약을 체결하여 근로기준법 위반여부를 판단하게 되는 것이 대부분입니다. 근로기준법은 유감스럽게도 모든 사업장에 동일하게 적용되지는 않습니다. 근로기준법 제11조는 근로기준법의 적용범위를 다음과 같이 규정하고 있습니다.

관련 법률 - 근로기준법 제11조(적용범위)

- ① 이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인에 대하여는 적용하지 아니한다.
- ② 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.

이는 하나의 사업 또는 사업장을 기준으로 하여 상시 사용하는 근로자수가 5인 이상인 경우에 근로기준법의 모든 규정을 적용하나, 4인 이하인 경우는 일부규정만을 적용한다는 것입니다. 따라서 근기법의 적용여부와 범위를 알기 위해서는 1) 하나의 '사업 또는 사업장'은 무엇을 의미하는지, 2) '상시 사용하는 근로자수'는 어떻게 산정하는지, 그리고 3) 근로기준법상의 '근로자'의 의미는 무엇인지를 알 필요가 있습니다.

	5인 미만 사업장 적용 주요규정	5인 미만 사업장 적용제외의 주요규정
근로 계약	<ul style="list-style-type: none"> • 근로계약서 작성 및 교부의무(제17조) • 근로계약 불이행에 대한 위약금, 손해배상액 예정 금지(제20조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 법령 및 취업규칙 주의 게시(제14조) • 취업규칙 작성·신고(제93조, 10인 이상 적용)
해고 관련	<ul style="list-style-type: none"> • 산재로 인한 휴업기간과 산전후 휴가기간 및 이후 30일 동안의 절대적 해고 금지(제23조 제2항) • 해고예고(수당) (제26조) 	<ul style="list-style-type: none"> • 정당한 이유 없는 해고(징계) 제한 규정(제23조 제1항) • 경영상 해고 제한 규정(제24조) • 해고사유와 시기 서면 통보(제27조) • 노동위원회 부당해고 구제신청(제28조)
임금	<ul style="list-style-type: none"> • 임금의 직접·통화·전액·정기 지급원칙(제43조) • 최저임금(최저임금법 제3조) • 임금명세서 작성 및 교부의무(제48조 제2항) 	<ul style="list-style-type: none"> • 휴업수당(제46조) • 근로시간 및 연장근로 제한(제50조, 제53조) • 연장·야간·휴일 근로 가산수당(제56조)

휴게·휴일· 휴가	• 휴게시간 (제54조) • 휴일(주휴수당) (제55조 제1항)	• 연차휴가(제60조) • 생리휴가(제73조)
기타	• 4대보험 적용 • 퇴직금 적용 • 직장 내 성희롱	• 기간제법상 무기계약 전환 • 기간제법상 차별적 처우 금지 및 시정신청 • 직장 내 괴롭힘
<ul style="list-style-type: none"> * 주휴일(주휴수당), 연차휴가, 퇴직금은 4주 평균하여 1주 동안의 근로시간이 15시간 이상인 경우 적용 * * 퇴직금은 1주 평균 15시간 이상, 1년 이상 근무한 경우 상시근로자수 5인 미만 사업장에도 적용이 되나, 2010. 12. 1.~ 2012. 12. 31.까지는 50% 적용되며, 2013. 1. 1.부터 100% 적용됨 		

표1 상시근로자수에 따른 근로기준법 적용 및 적용 제외 주요 규정

Tip. 국가·지방자치단체에 근로기준법 적용

- 국가·지방자치단체가 공무원이 아닌 근로자를 고용하는 경우는 단1명의 근로자를 고용하는 경우라도 근로기준법이 전면적으로 적용(근로기준법 제12조)
- 국가공무원법, 지방공무원법, 교육공무원법 등 공무원관계법의 적용을 받는 공무원과 사립학교법의 적용을 받는 사립학교 교원, 청원경찰법의 적용을 받는 청원경찰, 선원법의 적용을 받는 선원 등의 경우는 특별법의 적용으로 인해 근로기준법 적용 배제
- 공무원, 교원, 청원경찰 등에 대한 특별법 적용은 근로시간, 휴가, 휴게, 휴일 등 근로기준법이 정하는 내용을 특칙으로 달리 정하고 있는 범위에서만 근로기준법 적용이 배제될 뿐, 근로자성이 부정되는 것은 아님. 특별규정이 없는 부분은 근로기준법이 적용됨(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24334 판결 참고)
- 동거하는 동시에 친족인 근로자만을 사용하는 경우와 가사사용인의 경우에도 적용 제외

관련 판례 – 계약직 공무원에 대하여 갱신기대권에 기초한 노동위원회 구제신청 주체성 인정(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24334 판결(대법원 심리불속행 기각으로 확정))
지방공무원도 「근로기준법」상 근로자이므로 다른 특별한 규정이 있지 않은 한 「근로기준법」이 적용된다(대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카 1355 판결 참조). 그리고 「지방공무원법」상 계약직공무원에 대해서는 징계 그 밖에 의사에 반하는 불리한 처분이나 부작위에 대하여 지방소청심사위원회의 소청심사절차를 거치도록 한 규정이 적용되지 않으며 (「지방공무원법」제3조), 법령상 달리 특별한 구제절차가 마련되어 있지 않다. 따라서 참가인들과 같은 계약직공무원은 「근로기준법」에 따라 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다고 보아야 한다.

공무원을 비교대상으로 비공무원인 기간제 근로자에 대한 차별적 처우 인정(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결)

공무원은 인사와 복무, 보수 등에서 국가공무원법 및 공무원보수규정 등 관련 법령의 적용을 받기는 하나 기본적으로 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자에 해당한다(대법원 2002.11.8. 선고 2001두3051 판결 참조). 그리고 기간제법 제3조제3항은 국가 또는 지방자치단체의 기관에 대하여도 이 법이 적용됨을 명시적으로 규정하여 공공부문에서 근무하는

비공무원인 기간제 근로자와 공무원 사이의 비교 가능성을 열어 두고 있다. 이러한 사정들과 함께 기간제 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제 근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 기간제법의 입법취지를 종합하여 보면, 기간제법 제8조제1항이 비교대상 근로자로 들고 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’를 ‘사법상 근로계약’을 체결한 근로자로 한정하여 해석할 것은 아니다.

공무원에 대한 근로기준법 적용가능성을 인정하였으나, 별정직공무원에 대한 특별규정 적용(대법원 2002. 11. 08. 선고 2001두3051 판결)

근로기준법 제11조(현행 제12조)는 “이 법과 이 법에 의하여 발하는 대통령령은 국가·특별시·광역시·도·시·군·구, 읍·면·동 기타 이에 준하는 것에 대하여도 적용된다.”고 규정하고 있고, 같은 법 제14조(현행 제2조 제1항 1호)는 “이 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다.”고 규정하고 있는바, 국가공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제14조의 근로자라 할 것이므로 국가공무원법 등에 특별한 규정이 없는 경우에는 국가공무원에 대하여도 그 성질에 반하지 아니하는 한 근로기준법이 적용될 수 있다.

가사사용인에 대해서는 근로기준법 제정 당시(1953년)부터 포괄적으로 근로기준법의 적용이 배제되어 왔습니다. 이에 따라 가정 내에서 이루어지는 청소, 세탁, 주방일과 가구 구성원의 보호·양육 등 돌봄 노동은 노동으로 인정받지 못하고 사적 영역에 머물러 있었습니다. 근로기준법의 적용이 배제된다는 것은 최저임금, 근로시간 보호와 같은 노동자에 대한 최소한의 보호뿐 아니라 실업급여, 산재보상과 같은 사회보장에 있어도 완전히 배제되어, 일하면서 발생할 수 있는 모든 위험을 스스로 감당할 수밖에 없음을 의미합니다. 실제로 최근 코로나 19로 인한 소득 감소와 일자리 상실의 위험은 온전히 가사노동자의 몫이었습니다. 한편 가사노동은 이주노동자의 유입이 많고, 최근 급속히 확대되고 있는 플랫폼 시장의 주요한 영역이기도 하여, 이주노동 및 플랫폼 노동과 관련하여서도 더욱 보호의 필요성이 커지고 있습니다.

이에 따라 최근 제정되어 시행을 앞두고 있는 “가사근로자의 고용개선 등에 관한 법률(2021. 6. 15. 제정, 2022. 6. 16. 시행)”은 가사서비스 제공기관으로 인증을 받은 기관과 근로계약을 체결한 가사노동자에 한하여 적용되지만, 가사노동자의 노동권 보호를 위한 단초를 마련하고 있습니다. 이 법은 가사노동자에 대한 근로기준법은 그대로 적용 제외 하되, 이 법을 통해 대다수의 근로기준법 조항을 준용하는 방식을 취하고 있습니다.

관련 법률 – 가사근로자의 고용개선 등에 관한 법률 제6조(다른 법률과의 관계)

- ① 이 법의 적용을 받는 가사근로자는 「근로기준법」, 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」, 「최저임금법」 등 근로 관계 법령의 적용이 제외되는 가사(家事) 사용인으로 보지 아니하고, 이 법의 적용을 받는 가사근로자가 행하는 가사서비스는 「근로자퇴직급여 보장법」 등 근로 관계 법령의 적용이 제외되는 가구 내 고용활동으로 보지 아니한다.

② 가사근로자의 근로 관계에 관하여는 「근로기준법」 제17조, 제54조(입주가사근로자의 경우는 제외한다), 제55조, 제60조제1항·제2항·제4항 및 제5항을 적용하지 아니하고, 입주가사근로자의 근로 관계에 관하여는 「근로기준법」 제50조 및 제53조를 적용하지 아니한다.

그러나 이 법은 인증을 받지 않은 기관 또는 직업소개를 매개로 사적인 가정과 직접 근로계약을 체결하는 것도 허용하고 있고, 인증을 강제하고 있지도 않습니다. 사기업이 인증을 받고 가사노동자를 고용하여 운영하는 것을 선택하지 않거나, 인증을 받은 기업이 시장에서 경쟁력을 갖추지 못한다면 법의 실효성을 유지하기 어려운 구조입니다. 향후 정부에서는 하위 법령 마련, 인증기관에 대한 지원 등을 통해 경쟁력을 확보하고 공식적인 가사노동의 영역을 확대하겠다는 방침이지만, 유명무실한 법이 되지는 않는지 추이를 지켜볼 필요가 있습니다.

〈가사근로자의 고용개선에 관한 법률 주요내용〉

- 이 법은 가사근로자의 근로조건과 가사서비스 제공기관의 인증 등에 관한 사항을 정함으로써 가사서비스와 관련하여 양질의 일자리를 창출하고 가사근로자의 고용안정과 근로조건 향상을 도모하는 것을 목적으로 함(제1조).
- 이 법은 가사서비스 제공기관과 가사근로자의 근로관계 및 가사근로자가 이용자에게 제공하는 가사서비스 이용(가사서비스 이용계약은 제공기관과 이용자가 체결)에 관하여 적용함(제5조).
- 가사서비스 제공기관을 운영하려는 자는 법인으로서 가사근로자를 유급 근로자로 고용하여 가사서비스를 제공하는 영업활동을 하며, 손해배상수단 및 고충처리 수단 등을 모두 갖추어 고용노동부장관에게 인증을 받아야 하며, 고용노동부장관은 인증한 사항을 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 공시하여야 함(제7조). 인증받은 제공기관이 인증요건에 맞지 않게 된 경우 뿐 아니라, 가사근로자가 불편사항이나 고충을 제기하였다는 이유로 불이익한 조치를 하거나, 근로기준법과 이 법 기준에 반하는 이용계약을 체결한 경우, 이용계약을 체결하지 않거나, 이 법과 다른 이용계약을 체결하고 가사노동자에게 근로를 하게 한 경우, 최소근로시간을 보장하지 않은 경우 등을 시정명령 및 인증취소 사유로 규정하여 제공기관에 대한 지도 감독권한을 명시함(제22조, 제23조).
- 가사서비스 제공기관은 인증 받은 사실과 제공하는 가사서비스의 종류 및 내용 등을 공개하여야 하며, 가사서비스 이용자와 이용계약을 체결할 때 「근로기준법」 및 이 법에서 정하는 근로조건 등에 반하는 내용이 포함되어서는 안됨(제9조).
- 가사서비스 제공기관은 가사서비스를 이용하려는 사람과 가사서비스의 종류, 제공일 및 시간, 휴게시간, 가사근로자의 안전에 관한 사항, 이용요금, 가사서비스 제공 시 안전사고 등으로 발생할 수 있는 손해 배상에 관한 사항 등이 포함된 이용계약을 서면으로 체결하여야 함(제11조).
- 이 법에는 휴게시간에 대한 근로기준법 적용이 배제(입주가사근로자에게는 적용)되어 있어 이에 대한 비판(한겨레, 최소노동시간 보장 등 미흡, 가사근로자법 정부안 구멍, 2021. 2.17일자 기사)이 있음. 고용노동부는 가사근로자에게 휴게시간을 부여하는 것이 오히려 가정에 머물러야 할 시간을 늘려 제대로 휴게를 취하기 어렵고, 돌봄대상자에 대한 안전

문제 발생의 우려가 있는 등 일률적으로 정하기 어려운 가사서비스의 특성을 고려하여 표준이용계약서 마련 등을 통해 가사서비스 특성에 맞는 휴게시간이 현장에서 적용될 수 있도록 할 방침임을 설명함(고용노동부 홈페이지 2021. 2. 18 설명자료)

- 가사서비스 제공기관의 사용자는 가사근로자와 근로계약을 체결할 때 근로기준법 제17조에 준하여 임금, 최소근로시간, 유급휴일 및 연차 유급휴가, 가사서비스의 종류와 내용 등을 서면으로 명시하여 교부하여야 함. 이 법에 반하는 근로조건의 효력을 부인하는 강행규정성(근로기준법 제15조)도 별도로 명시함(제14조).
- 가사근로자는 1주일에 15시간 이상의 최소근로시간이 보장됨(제15조). 이는 이용자가 일방적으로 서비스 계약을 취소하는 경우가 빈번한 가사노동 영역에서 0시간 근로계약과 같은 부당계약을 막고, 4대보험 적용 등 최소한의 노동권 보호를 위한 조항임. 그러나 가사근로자의 명시적 의사가 있거나 대통령령으로 정하는 경영상 불가피 한 경우를 예외로 두고 있어, 제한적으로 적용됨.
- 사전에 소정근로시간을 명시하기 어려운 가사노동의 특성을 반영하여 가사근로자에게 실근로시간을 기준으로 근로기준법에 준하는 휴일, 휴가를 부여하도록 규정함. 입주가사근로자의 실근로 산정이 어려운 경우 이용계약에서 명시한 가사서비스 제공시간을 근로한 것으로 보도록 실근로시간 간주 규정을 둠(제16조, 제17조).

2 사업 또는 사업장

(1) 일반론

근로기준법의 적용은 사업 또는 사업장을 기준으로 합니다. ‘사업’은 하나의 활동주체가 유기적인 관련 아래 ‘업’으로서 계속적으로 하는 작업을 말하며, ‘사업장’은 작업이 수행되는 구획된 장소를 의미합니다. 근로기준법은 사업의 목적, 허가유무, 업종을 불문하고 적용되므로, 무허가사업, 종교단체, 정당 등 정치단체, 비영리단체 등에도 일반적으로 적용됩니다. 다만, 계속하여 사업을 영위할 의사가 있는 경우에만 ‘업’으로서 계속적인 사업에 해당된다고 봅니다. 따라서 개인적으로 집을 수리하기 위해 목수를 고용하는 경우와 같이 사업의 목적이 없는 경우는 근로기준법이 적용되지 않습니다.

판례는 “하나의 사업은 특별한 사정이 없는 한 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미한다(대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21381 판결 등)”고 하여 사업을 기업체와 사실상 동일한 의미로 판시하는 경우가 많습니다. 사업장에 대하여는 “사업장인지 여부는 하나의 활동주체가 유기적 관련 아래 사회적 활동으로서 계속적으로 행하는 모든 작업이 이루어지는 단위 장소 또는 장소적으로 구획된 사업체의 일부분(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005도9218판결)”이라고 하여 장소적인 의미의 사업장을 구별하고 있습니다. 동

판결은 “사업의 종류를 한정하지 아니하고 영리사업인지 여부도 불문하며, 1회적이거나 그 사업기간이 일시적이라 하여 근로기준법의 적용대상이 아니라 할 수 없고, 근로자를 정의한 같은 법 제14조(현행 제2조 제1항 제1호 참조)에서도 직업의 종류를 한정하고 있지 아니하므로, 정치단체도 위 각 조문의 사업이나 사업장 또는 직업에 해당된다”라고 하여 선거사무소를 사업장으로, 선거사무원을 근로기준법상의 근로자로 인정하였습니다. 근로기준법의 사업장의 의미를 파악하기 좋은 판결이라고 할 수 있습니다.

(2) 사업 또는 사업장의 범위

근로기준법의 적용범위에 대한 상담에 있어서 실무적으로 중요한 것은 사업 또는 사업장의 범위를 어떻게 판단할 것인가입니다. 하나의 법인 또는 개인 사업주가 여러 지점, 출장소, 공장, 지사 등을 운영하는 경우 이를 하나의 사업 또는 사업장으로 보면 사용하는 근로자수가 달라지고, 그에 따라 근로기준법의 적용도 달라지기 때문입니다. 최근에는 실제로는 하나의 사업으로 운영을 함에도 사업자등록 또는 법인 명의를 서류상으로 구분하는 탈법적인 방식으로 5인 미만 사업장의 외관을 갖추어 근로기준법 적용을 회피하는 경우도 종종 있습니다. 형식적으로 판단하지 않도록 더욱 주의하여야 할 것입니다.

하나의 사업(장)에 대한 판단은 일반적으로 장소와 사업의 독립성을 기준으로 판단합니다. 동일 장소에 있는 것이면 원칙적으로 하나의 사업으로 보고, 장소적으로 분리되어 있는 것이면 별개의 사업으로 보는 것입니다. 다만, 같은 공장시설 안에 있는 식당이나 진료소 등과 같이 같은 장소에 있더라도 근로의 형태가 현저히 구별되고, 종사하는 근로자와 노무관리 등이 명확하게 구별되며, 서로 다른 단체협약이 적용되거나 인사관리·회계 처리 등이 독립적으로 운영되는 경우 다른 사업장으로 볼 수 있습니다. 또한 장소적으로 분산되어 있더라도 그 규모가 현저하게 작고, 조직·지휘체계 등을 감안해 볼 때 하나의 사업으로서 독립성을 갖추고 있지 않은 경우에는 별개의 사업장으로 볼 여지가 적다고 할 수 있습니다(노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I. 박영사(2020), 880-881면).

위에서 본 것처럼 판례는 특별한 사정이 없는 한 하나의 사업은 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미하는 것이라고 하여 사실상 하나의 법인격을 기준으로 판시하는 경우가 많습니다. 이러한 취지에서 법원은 서울 본사의 지시에 의하여 생산업무를 담당하는 부산 공장에 대해서도 경영상의 일체로 보아 하나의 사업으로 판단하였습니다(대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21381 판결). 또한 학교법인 산하의 사립대학교와 그 부속 의료병원에 대하여도 “하나의 직제규정에 의하여 조직되고 회계와 인사 등에 있어서도 동일한 총장 및 이사회의 지시 내지 결의에 의하여 유기적으로 일체를 이루면서 운영되어 온 경우, 그 부속의료원·병원은 사립대학교에 소속된 하나의 기구에 불과하다 할 것이므로 결국 사립대학교와 그 부속의료원·병원은 동일한 사업으로 판시하였습니다(대법원 1999. 8. 20. 선고 98다765 판결). 하급심 판결에서는 정확조 청소 업체가 3개의 각각 사업자등록을 한 별도의 법인을 운영하고 있으나, 사실상 동일한 사용자가 친인척과 지인 명의로 별개의 회사를 운영한 사안에 대해 형식적으로는 3개의

회사지만 실질적으로 1개의 회사로서 하나의 단일한 사업장에 해당한다(서울고등법원 2013. 10. 17. 선고 2013누10863 판결(확정))고 보기도 하였습니다. 또한 하나의 장소에서 인터넷 쇼핑몰을 운영하는 법인과 신문발행업을 영위하는 개인사업자가 각각 운영되고 근로자가 법인에 소속되어 근무하다 해고된 사례에서 비록 경영상 필요에 따라 형식상 별개로 운영되고 있으나 경영주체가 동일하고, 근로자들이 동일한 사업장에서 동일한 경영주체와의 사용종속관계 아래에서 노무를 제공한다는 의사를 가지고 있던 것으로 보아 하나의 사업장으로 판시하기도 하였습니다(서울행법 2020. 6. 18. 선고 2019구합72***, 중노위 주제별 판례분석집, 2020. 11 176-177면).

관련 판례 - 사실상 동일한 사용자가 친인척과 지인명의로 별개의 회사를 운영한 사안에 대해 하나의 단일한 사업장에 해당한 것으로 본 판례 및 원심 사실관계 발췌 요약(서울고등법원 2013. 10. 17. 선고 2013누10863 판결)

대표이사가 이 사건 3개사의 근로자들 전체에 대하여 업무지시, 징계·단체교섭 등의 노무관리, 임금지급 등을 해 왔으며, 청소 및 수거작업이 소속이 다른 근로자와 차량이 섞이거나 공동으로 이루어졌을 뿐 아니라, 작업한 근로자와 차량의 소속과 무관하게 매출이 3개사에 임의적으로 분배되는 등... 이 사건 3개 회사는 독립된 법인의 형식을 갖추기 위해 필요한 최소한의 조치만을 취하였을 뿐, 그 실제 운영에 있어서는 독자성과 독립성이 없으며, 이 사건 회사는 대외적으로 제출되는 재무제표 작성 외에 실제 회계관리가 회사별로 독자적으로 이루어져 왔음을 증명하지 못하고 있는 점 등을 종합해 보면, 이 사건 회사는 법인격만 3개의 회사로 구분하여 설립해 놓았을 뿐 실질에 있어서는 3개사 전체가 하나의 동일한 회사로 운영되어 형식적으로는 3개의 회사지만 실질적으로 1개의 회사로서 하나의 단일한 사업장에 해당한다.

하나의 장소에서 법인과 개인사업자로 별개의 회사를 운영한 사안에 대해 하나의 사업장에 해당한 것으로 본 판례 발췌 요약(서울행법 2020. 6. 18. 선고 2019구합72***, 중노위 주제별 판례분석집, 2020. 11. 176-177)

사용자 1과 사용자 2는 경영상의 필요에 따라 형식상 별개의 법인과 개인사업체로 경영되고 있으나, 그 경영주체가 동일하고, ... (중략) ... 사용자 1과 사용자 2는 사무공간이 구분되지 않는 사무실에서 사무기기 등을 공통적으로 사용하고 있었고, 근로자는 위 사무실에서 사용자 2의 소속 근로자들과 함께 근무하였으며, 근로자가 사용자 2의 직원 비상연락망에도 포함되어 있는 등 근로자의 평소 근무형태는 사용자 2의 직원들과 큰 차이가 없었다. ... (중략) ... 사용자 2의 부사장은 사용자 1의 부사장 직책으로도 활동하였고, 사용자 2의 본부장과 함께 사용자 1이 참가인을 채용하는 과정에서 직접 참가인에 대한 면접을 시행하였고, 채용된 후에는 참가인으로부터 업무일지, 인터넷 쇼핑몰의 매출증대 방안, 비용 지출, 경쟁 쇼핑몰과의 비교 분석 등 쇼핑몰과 관련한 보고를 수시로 받으면서 참가인에 대한 지휘·감독 권한을 행사하였고, 나아가 인사(채용, 해고 등), 마케팅, 회계 등의 업무를 직접 처리하기도 하였다. ... (중략) ... 사용자 2는 참가인의 임금을 지급하는 등 평소 사용자 1에서 지출해야 하는 비용을 대신 지출하는 경우가 있었고, 사용자 1과 사용자 2는 다수의 금전거래를 하는 등 그 회계가 명확히 구분되지는 않았던 것으로 보인다. ... (중략) ... 이 사건 해고 당시 사용자 1은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는

사업장으로 볼 수 있고, 사용자 1은 근로기준법 제23조 제1항, 제28조 등의 적용을 받는 사업장에 해당한다.

하나의 사업(장)에 해당하는지는 장소를 우선적으로 고려하여야 할 것이지만, 사업의 독립성을 판단함에 있어서는 형식적인 법인격이나 사업자 명의만이 아니라, ① 사업장의 경영에 관한 의사결정의 주체가 누구인지, ② 사업장별로 근로조건의 결정권이 구별되어 있는지, ③ 단체협약 또는 취업규칙이 별도로 적용되는지, ④ 업무지휘 감독관계는 어떻게 되는지, ⑤ 모집·채용을 포함한 인사, 노무, 회계 관리 등 실질적인 운영이 독립적인지 등 경영상의 필요에 의해 형식적으로만 법인격을 분리해 둔 것은 아닌지 꼼꼼하게 따져볼 필요가 있습니다.

Tip. 근로기준법상 사업 또는 사업장 판단기준에 관한 행정해석

- 본사, 지점, 출장소, 공장 등이 동일한 장소에 있는 경우 원칙적으로 하나의 사업으로 보며, 장소적으로 분산되어 있을 경우는 원칙적으로 별개의 사업으로 봄
- 동일 장소에 있더라도 현저하게 근로 형태가 다른 부문이 있고, 그러한 부문이 독립성이 있다면 별개의 사업으로 봄 / 장소적으로 분산되어 있더라도 하나의 사업이라고 할 정도의 독립성이 없으면 하나의 사업으로 봄
- 독립성 판단의 일반적인 기준은 한국표준산업분류상 산업 분류가 다른지 여부, 서로 다른 단체협약, 취업규칙의 적용을 받는지 여부, 노무관리, 회계 등이 명확하게 독립적으로 운영되는지 여부 등임(근로기준법-8048, 2007. 11. 29).

- 사업장 가동일수는 사업기간 중 그 사업이 행해진 날의 합계일을 의미하며, 구체적인 산정은 당해 사업의 성격, 사업수행과정에서의 근로관계 실태 등을 종합적으로 살펴 판단하여야 함(안정 68307-602, 1997. 5. 27). 원칙적으로 휴일은 가동일수에서 제외되나, 휴일에 사용자의 지시에 의하여 근로의 제공이 이루어졌고 이것이 사업장의 가동이라고 인정할 만한 징표(생산활동, 서비스 제공, 고객 응대 등)가 있는 경우 가동일수에 포함(중노위 주제별 판례분석집, 2020. 11. 180면)
- 근로자의 연인원수는 매일의 근로자 수를 모두 합산한 수. 임시직, 일용직, 아르바이트, 외국인 근로자 등 모두 포함, 동거하는 친족인 근로자라도 다른 근로자가 1명이라도 있으면 포함하여 산정. 단, 사용자, 파견근로자, 수급업체 소속(용역) 근로자 제외
- 위 산정결과 5인 미만이라도, 산정기간에 속하는 날짜별로 근로자 수를 파악했을 때 5인 미만인 일수가 1/2 미만인 경우에는 상시 5인 이상 사용 사업장으로 봄. 반면, 위 산정결과 5인 이상이라도, 산정기간에 속하는 날짜별로 근로자 수를 파악했을 때 5인 미만인 일수가 1/2 이상인 경우에는 상시 5인 미만 사용 사업장으로 봄.
- 연차휴가 - 월 단위로 근로자 수를 산정한 결과 법 적용 사유 발생일 전 1년 동안 계속하여 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장(단, 1개월 단위 지급 연차휴가는 1달 기준으로 산정)
 - 1년 동안 법 적용요건에 해당하는 월과 해당하지 않는 월이 함께 있을 경우는 연차휴가 미발생, 단 1개월 단위 지급 연차휴가는 1달 기준으로 산정

실제 상시근로자수의 산정례를 통해 살펴봅시다.

A회사는 주5일제로 근무하며 2021. 11. 12(금)까지는 3인이 근무하였고, 11월 15일(월) 2인의 근로자가 추가로 고용되었습니다. 2021년 12월 1일(수)자로 A회사가 휴업하는 경우 휴업수당을 지급해야 하는지를 살펴보겠습니다.

휴업수당은 상시근로자수가 5인 이상인 사업장에만 적용됩니다. 상시근로자수를 산정해보면 다음과 같습니다.

3 상시근로자수 산정

하나의 사업 또는 사업장에서 상시 사용하는 근로자수의 산정방법에 대하여는 근로기준법 시행령 제7조의2에서 정하고 있습니다.

$$\text{상시사용근로자 수} = \frac{\text{사유발생일전 1개월 내에 사용한 근로자의 연인원수}}{\text{사유발생일전 1개월 내의 사업장 가동일수}}$$

<상시 사용 근로자수 산정 방법> (근기법 시행령 제7조의2)

- 법 적용 사유발생일(가산임금산정, 해고, 휴업 등) 이전 1개월간(사업성립 후 1개월 미만인 경우에는 그 기간) 사용한 근로자의 연인원수를 같은 기간 중의 사업장 가동 일수(휴일 등 사업장의 휴무일 제외)로 나누어 산정

산정기간	2021. 11. 1(월) ~ 2021. 11. 30(화)		
사업장 가동일수	22일 (주5일 기준, 공휴일도 사업장 가동)		
근로자 연인원	2021. 11. 1(월) ~ 2021. 11. 12(금) (A)	2021. 11. 15(월) ~ 2021. 11. 30(화) (B)	근로자 연인원 (A+B)
	1일 3인 × 10일 = 30인	1일 5인 × 12일 = 60인	90인
상시근로자수	90인 ÷ 22일 = 4.09인		
휴업수당 지급 여부	상시근로자수는 4.09인으로 5인 미만이지만, 일별로 5인 미만인 일수가 10일, 5인 이상인 일수가 12일로서 5인 미만인 일수가 1/2 미만이므로 상시근로자수 5인 이상 사업장에 해당하며, 휴업수당을 지급하여야 함		

- * 사업장의 근로자수는 4대보험 가입이 되어 있는 근로자의 경우는 가입내역을 통해 확인이 가능합니다. 4대보험 가입을 하지 않은 사업장에서는 노동청 진정 전에 사업장의 근로자 명단이 확인될 수 있는 자료(전체 근로자의 임금이나 근태관리현황자료, 근로자 별 근로시간 기록 등)가 있다면 파일이나 출력물, 사진 등을 미리 확보해두시는 것이 좋습니다.
- * 근로기준법 개정(2018. 3. 20)에 따른 부칙 제1조 등에서 연장근로 제한의 적용시기, 30인 미만 사업장 특별연장근로 한시적 허용시기, 특례업종 축소시기 등 상시근로자수를 기준으로 달리 규정하고 있어, 보다 정확하게 상시근로자수 산정방법을 이해하는 것이 중요합니다.

상시근로자수가 법의 적용시기 이후 변동되는 경우에 대해 최근 고등법원의 판결이 있었습니다. 서울고등법원 2018. 6. 26. 선고 2017나2043532판결은 고령자고용촉진에 관한 법률의 시행시기가 상시근로자수 별로 달리 정해져 있는 경우 상시근로자수는 시행시기 이전 1개월을 기준으로 하여 근로기준법 시행령 제7조의 2의 방식을 적용하여 산정하며, 이후의 근로자수의 변동을 고려하지 않는다는 태도를 취하였습니다. 이와 달리 고용노동부는 근로시간 단축 관련 개정 근로기준법 설명자료(2018.5)에서 상시근로자수 산정은 법 시행 이후 근로자수가 증가한 경우 근로기준법 시행령 제7조의2에 따라 판단 사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정하여 300인 이상이 되었다면 개정법 기업 규모에 따라 근로시간 단축이 적용되며, 근로시간 단축 시행 사업장에서 근로자가 감소하여도 법적 안정성을 고려하여 개정 근로기준법을 계속 적용한다고 설명하고 있습니다.

관련 판례

「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(법률 제11791호, 2013.5.22. 개정)은 “사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 한다.(제19조제1항)”고 규정하고, 그 부칙에 사업장의 규모에 따라 대상을 두 가지로 구분하여 상시 근로자 300명 이상의 사업 또는 사업장에 대하여는 2016.1.1.부터 고령자고용법 제19조를 시행하고, 상시 근로자 300명 미만의 사업 또는 사업장에 대하여는 그로부터 법 시행일을 1년 더 유예(2017.1.1.)하고 있다. 그렇다면 어느 사업 또는 사업장이 2016.1.1.부터 위 법 조항의 적용을 받는 대상에 해당하는지 또는 그로부터 위 법 조항의 시행일을 1년 더 유예 받는 대상에 해당하는지는 적어도 고령자고용법 제19조의 최초 시행일인 2016.1.1. 전에는 결정되어야 한다. 따라서 법 시행 유예의 기준이 되는 상시 근로자

300명 미만의 사업 또는 사업장인지 여부 역시 늦어도 2015.12.31. 24:00까지는 확정되어야 하므로, 그 후의 사실관계는 이를 위한 판단의 자료가 될 수 없다고 보는 것이 위와 같은 이 사건 부칙의 문언적 해석에도 부합한다. 그러므로 2016년 신입직원들은 이 사건 부칙에 따른 상시 근로자수의 산정에 포함될 수 없다(서울고등법원 2018. 6. 26. 선고 2017나2043532 판결).

4 근로기준법상 근로자

(1) ‘근로자’의 정의

근로기준법의 적용을 위해서는 근로기준법이 정하고 있는 ‘근로자’에 해당하여야 합니다 (근로기준법만이 아니라, 산업재해보상보험법, 산업안전보건법, 근로자퇴직급여보장법, 임금채권보장법, 최저임금법 등 각종 노동관계법에서도 동일한 근로자 개념을 사용합니다).

관련 법률 – 근로기준법 제2조(정의)

① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “근로자”란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.

직업의 종류를 불문하므로 어떠한 형태의 노동(정신노동, 육체노동)을 하든, 어떠한 형식의 근로계약을 체결했던 근로자가 될 수 있습니다. 또한 계약의 명칭이 도급계약, 용역계약 또는 위임(위탁)계약이라는 형식으로 체결되었다고 하더라도 노동력을 제공하는 실제 사실관계가 근로관계에 해당한다면 근로자에 해당합니다.

Tip. 근로계약과 민법상 도급·위임계약의 구별

넓은 의미의 노동력을 제공하는 계약에는 근로계약, 위임계약, 도급계약 등 법적으로 다양한 형식이 있을 수 있습니다. 근로계약은 근로자는 근로를 제공하고, 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결한 계약입니다(근로기준법 제2조 제1항 4호). 근로계약을 체결하는 데 있어서는 근로자의 보호를 위하여 반드시 서면으로 중요한 근로조건을 명시하고 이를 근로자에게 교부까지 하도록 정하고 있지만(근로기준법 제17조), 근로계약서 없이 구두로 근로계약을 체결하였다더라도, 사용자가 근로기준법(제114조) 위반으로 처벌이 될 뿐, 근로계약은 여전히 유효합니다. 심지어 명시적으로 계약을 체결하지 않고 일을 하더라도 묵시적인 근로계약관계가 성립할 수 있습니다. 근로계약에 있어서 근로자의 의무는 근로(노동력)를 제공하는 것입니다. 근로계약을 체결할 때 임금, 근로시간, 주요업무 등 중요한 근로조건을 명시적으로 정한다고 하더라도, 실제로 제공하여야 할 근로의 구체적인 내용은 사용자의

구체적인 지휘·감독에 따라 이루어질 수밖에 없습니다. 따라서 근로자의 의무인 '근로의 제공'은 법적으로는 정해진 근로시간에 출근하여 사용자의 지휘·감독을 받을 수 있는 상태로 두는 것으로 충분합니다. 이를 사용하지 않는다면 이는 사용자의 책임(임금, 휴업수당 지급의무)인 것입니다. 이와 달리 민법상의 도급계약은 '일의 완성'을, 위임계약은 '사무의 처리'를 각각 계약의 목적으로 합니다. 스스로 판단하여 일을 완성하거나 사무의 처리를 하고 이에 대한 대가를 받는 것이지 사용자로부터 지휘·감독을 받지 않습니다. 이러한 의미에서 근로계약은 '종속적 노동'에 관한 계약, 근로기준법은 종속적 노동에 대한 보호법이라고 합니다. 근로계약과 도급·위임계약의 구별은 계약의 명칭이 아니라, 계약의 실질에 따라 구별됩니다. '용역계약(법적으로는 도급 또는 위임계약)'이라는 이름으로 계약을 체결하였다고 하더라도 실제로 사용자의 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 있다면 역시 근로계약을 체결한 근로자로서 근로기준법의 보호를 받아야 합니다. 이러한 의미에서 사용자로부터 지휘·감독을 받는 종속적 노동을 제공하느냐는 근로기준법상 근로자 판단의 중요한 지표가 됩니다.

(2) 근로자의 판단기준

근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하느냐는 근로계약에 따른 종속적 노동을 제공하고 있는지, 즉 '사용종속관계'에 있는지가 판단기준이 됩니다. 이에 대하여는 대법원 판례(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 외 다수)에서 판단지표를 상세하게 설명하고 있습니다.

실질적 지표	<ul style="list-style-type: none"> • 계약의 형식이 아닌 실질을 기준 ① 업무내용이 사용자에게 의하여 정하여 지고, 취업규칙 또는 인사규정 등의 적용을 받으며, 업무수행과정에서 사용자로부터 상당한 지휘·감독을 받는지 ② 사용자에게 의해 근무의 시간, 장소가 지정되고 구속받는지 ③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 ④ 노무제공을 통한 이윤창출과 손실초래 등 위험을 스스로 부담하는지 ⑤ 보수의 성격이 근로제공 자체의 대가로서의 성격을 갖는지 ⑥ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지, 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항 ⑦ 근로제공관계의 계속성, 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도 ⑧ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지
형식적·부수적 지표	<ul style="list-style-type: none"> ① 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 ② 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항 ③ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 → 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 부분이므로 이를 이유로 쉽게 근로자성을 부정하여서는 안됨

표2 판례의 사용종속성 판단지표

최근 근로제공 형태의 다양화에 따라 상담 시 근로자성 판단이 쟁점이 될 때 이러한 판례의 판단기준을 모두 충족하는 경우는 거의 없습니다. 판단기준이 절대적이거나 배타적인 것도 아니며, 구체적인 사실관계와 근로형태에 따라 중점적으로 사용되는 기준이 달라지기도 합니다. 대법원도 '경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단'한다고 판시하고 있습니다. 따라서 동일한 직종이라 하더라도 구체적인 사실관계에 따라서 결론이 달라지므로, 구체적인 근로관계를 꼼꼼하게 살펴 근로기준법 적용가능성을 검토하는 것이 필요합니다. 아래 체크리스트에서 일부 근로자성이 부정되는 사정이 있더라도 근로자성 표지를 충족하는 지표가 많은 근로형태라면 전체적으로 근로자성이 인정될 수 있습니다. 특히 사용자의 우월적 지위를 이용하여 임의로 정하기 쉬운 사정들(실적급만으로 임금구성, 용역·도급·프리랜서 계약 등을 체결한 후 3.3% 사업소득세 납부, 4대보험 미가입, 비용 부담 전가 등)만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안됩니다. 최근의 판결들은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 수 있는 부분을 보다 확대하거나 업무의 특성을 적극적으로 고려하고 있기도 합니다. 판례의 변화에 대해 주목하고 상담과정에서 활용할 수 있는 부분이 있는지 확인할 필요가 있습니다.

지표	체크리스트	근로자성
①-1 업무내용의 사용자 결정	<ul style="list-style-type: none"> • 채용자격·채용기준·채용결격의 기준이 정하여 있는지 • 업무의 성격이 조직(공정)으로부터 독립적인지 • 업무가 일부 독립적인 성격이 있더라도 전체 수행과정 상 유기적으로 결합하여 분리가 어려운지 • 업무내용 결정과 처리에 있어서 재량이 인정되는지 • 업무의 의뢰, 업무종사에 대한 승낙·거부·변경의 자유가 있는지 <p>* 시간강사들이 지적활동인 강의의 업무특성상 강의 내용이나 방법에 관해 구체적인 지휘감독을 받지 않는 경우처럼 업무의 구체적인 내용까지 사용자에게 의하여 정해지지 않은 경우라 하더라도 그것이 업무 자체의 특성이나 전문직종의 상대적 자율성에 기인한 것이라면 근로자성을 부정해서는 안됨(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ↑ ↓ ↑ ↓ ↓
①-2 취업규칙· 인사규정의 적용	<ul style="list-style-type: none"> • 다른 근로자와 동일한 취업규칙·인사규정(특히 승급, 징계 등 평가에 따른 상벌)의 적용을 받거나, 별도의 취업규칙·인사규정의 적용이 있는지 • 계약서상 취업규칙·인사규정에 해당하는 근로조건과 복무규율의 내용(특히 감급, 계약해지, 해고, 손해배상사유 등)이 정하여 있는지 • 복장·용모 등에 관한 규제를 받는지 <p>* 판례는 취업규칙 또는 복무규정의 적용과 관련하여서도 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있어 이 요소가 인정되지 않는다고 하여 근로자성을 부정하여서는 안된다고 봄(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결)</p> <p>* 특수한 고용형태의 경우 복무규정을 두지 않는 것이 오히려 일반적이어서 업무매뉴얼, 가이드라인 등 명칭을 불문하고 사실상 복무규정에 해당하는 것이 있는지 확인 필요</p>	<ul style="list-style-type: none"> ↑ ↑ ↑
①-3 사용자의 상당한 지휘·감독	<ul style="list-style-type: none"> • 업무처리와 관련한 교육이 이루어지는지 • 업무처리 상황에 대한 보고(보고서, 업무일지 등)가 이루어지는지 • 업무에 대한 평가와 실적에 관한 관리(실적 부진 시 불이익조치)가 이루어지는지 • 업무과정을 관리시스템에 입력하게 하여 이를 관리할 수 있는지 • 업무가 사업에서 핵심적이고 중요한 업무인지 • 같은 업무를 근로계약을 체결하고 수행하는 경우와 유사한 방식으로 일을 하는지 <p>* 업무의 효율적 관리 방식으로 모든 업무 과정을 관리시스템에 입력하게 하였다거나(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결) 업무운용수칙(업무매뉴얼) 자체도 지휘·감독의 방법이 될 수 있음(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결) 해당 업무가 사업에서 핵심적이고 중요한 업무라면, 상당한 지휘·감독의 유인이 크므로, 구조적으로 지휘감독의 가능성 인정(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다62456 판결)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ↑ ↑ ↑ ↑ ↑ ↑
② 근로시간· 장소의 구속성	<ul style="list-style-type: none"> • 근로 장소가 정하여 있는지 • 출퇴근 시간이 정하여 있고, 결근·지각 시 제재를 받는지 • 추가근로를 하는 경우 사업주의 지시를 받는지 • 조퇴·외출시 허락을 받는지 • 휴일·휴가의 승인을 받아야 하는지 <p>* 탄력적 근로, 재택근무제, 재량근무제 등 다양한 근무형태가 활용되고 있는 상황에서 업무특성상 근무시간에 제한이 없거나, 주로 출장 근무 또는 외근의 형식으로 이루어진다고 하여 이를 이유로 근로자성을 부정하지 않음(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ↑ ↑ ↑ ↑ ↑

③, ④ 독자적 사업자성	<ul style="list-style-type: none"> • 스스로 업무에 필요한 비품·원자재를 소유하거나 비용을 부담하는지 • 스스로 사업을 영위할 수 있는 독자적 전문성과 경제적 능력을 가지는지 • 영업능력이나 기술을 활용하여 고객을 유치하고 개척할 수 있는지 • 제3자를 고용하거나 제3자에 대한 임금지급 책임을 부담하는지 • 대체인력을 사용할 수 있는지 • 회사로부터 이익을 배당받거나 손실을 부담하는지 <p>* 작업도구를 소유하였다고 해도 이를 자신의 다른 영업행위 또는 추가 고객 유치에 자유롭게 사용할 수 있는지, 제3자(대체인력)를 필요에 따라 활용할 수 있는지 등 실질적으로 이익과 손실의 위험을 갖는지를 파악하는 것이 중요함 근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여, 곧바로 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하고 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아님(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결 등)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ↓ ↓ ↓ ↓ ↓ ↓
⑤,⑥ 보수의 근로 대가성	<ul style="list-style-type: none"> • 지각, 결근시 급여가 삭감되거나, 추가근로시 추가수당이 부여되는 등 시간에 비례하는 형태의 급여를 받는지 • 기본급·고정급 등 일정액의 보수를 지급받거나 고정급의 비율이 높은지 • 실적에 따른 수수료 형태의 임금을 지급받는지 • 수수료 형태의 임금을 회사에 납입하고 일정액 또는 비율을 분배받는지 • 연장수당, 휴일수당, 연차미사용수당 등 법정수당을 지급받는지 <p>* 기본급 없이 실적급의 형태로 급여를 받는 경우에도 채권추심업무의 특성에 의한 것일 뿐이고, 제공한 근로의 양과 질에 대한 대가로서 임금의 성격을 지니지 아니한 것이라고 보기 어렵다(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007두9471 판결)</p> <p>* 실적급이라고 하여도 사용자가 부여한 고객 명단, 할당할 물량, 배당구역 등에 따라 제공한 노동의 양과 질을 평가한 실적 또는 근로시간에 비례한 실적이라면 근로대가성 인정에 유리함. 보수의 형태는 사업장에서 우월한 지위에서 일반적으로 정할 수 있어 부수적으로만 고려함</p>	<ul style="list-style-type: none"> ↑ ↑ ↑ ↑ ↑
⑦ 근로관계의 계속성, 전속성	<ul style="list-style-type: none"> • 기간이 장기로 정하여 있거나, 기간별 또는 프로젝트별로 정하여 있더라도 반복 갱신이 이루어지는지 • 재계약을 위한 평가기준이 있는지 • 소속 회사외의 다른 회사 업무 겸업에 대한 승인이나 제재를 받는지 <p>* 시간강사들은 근로관계가 단속적인 경우가 일반적이며, 특정 사용자에게 전속되어 있지 않을 뿐 아니라, 이러한 사정들은 최근 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 이러한 사정만으로 근로자성을 부정할 수 없음(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ↑ ↑ ↑
⑧ 기타 부수적 사정	<ul style="list-style-type: none"> • 근로소득세 원천징수를 받는지 • 별도의 사업자등록을 하고 사업소득세를 납부하는지 • 4대보험에 가입되어 있는지 	<ul style="list-style-type: none"> ↑ ↓ ↑

표3 근로자성 판단 체크리스트

(3) 판례의 구체적인 근로자성 인정

근로자성 관련한 판결에서는 어느 업종 종사자가 근로자로 인정받았는지가 아니라 구체적인 인정 이유가 무엇인지 아는 것이 중요합니다. 업종별로 업무상 유사한 관계와 경향성이 없진 않지만, 같은 업종에서의 근로관계라도 실질적인 사정에 따라 사용종속관계의 판단은 달라집니다.

① 객공

• 사업자등록을 하고 봉제업무를 수행한 객공의 근로자성 인정(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결)

- 매일 일정한 시간 사용자의 작업장에서 근무하고 사용자의 지시에 따라 야근도 하였으며, 자의적 판단으로 야근한 적은 없음
- 결근시 미리 관리자의 허락을 받았음
- 휴일 및 하계휴가 기간도 다른 일반직원과 동일하게 적용
- 관리자의 지시에 따라 봉제작업 수행
- 봉제작업은 작업공정상 필수적이고 핵심적인 업무
- 일정수준 이상의 보수를 비교적 안정된 형태로 지급받음
- 사용자가 사업자등록을 일률적으로 요구하였고, 월급제 근무에 대한 선택권 없었음
- 임의로 제3자로 하여금 대체 근무하는 것이 불가능하여 업무의 대체성 없음
- 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙·복무(인사)규정·징계규정 등의 적용을 받지 않고 보수에 기본급이나 고정급이 없이 그 작업량에 따른 성과급만을 지급받았으며 부가가치세법상의 사업자등록을 함으로써 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고, 4대보험에 가입되어 있지 않은 사정 등이 있으나, 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 임의로 정할 수 있는 사정에 불과함

② 고시원 총무(서울중앙지방법원 2017. 6. 23. 선고 2017노922 판결)

- 총무의 일과시간 별 업무 정리표와 개별 업무 정리표에 총무가 처리해야 할 업무가 정리되어 있고, 각 업무별로 구체적 주의사항 등이 명기되어 있음
- 매월 40만 원의 고정된 급여와 입실료 49만 원 상당의 방을 총무 업무수행의 대가로 받았으며, 운영의 성과에 관계없이 급여 내지 혜택은 동일하였음
- 사용자는 핸드폰에 연결된 CCTV를 통해 근무상황 확인
- 전화, 문자, 방문하여 직접 업무지시. 간헐적으로 피고인(사용자)의 지시를 받아 벽지 도배, 시설물 수리, 가구 이동 등의 돌발적인 업무를 수행함
- 분쟁 이후 새로 들어온 근로계약을 체결한 총무들의 업무와 크게 다르지 않음
- 업무가 근무시간 내내 이어지지 않고, 정해진 업무를 하지 않는 시간에는 자유롭게 공부를 하거나 자신의 업무를 처리할 수 있었다는 사정은 고시원 총무가 감시, 단속적 근로자에 해당한다고 볼 근거는 되겠지만, 근로자성 자체를 부정할 수 있는 사유는 되지 못함

③ 재택집배원

• 우편, 택배 등 우정사업을 영위하기 위하여 우정사업본부 산하에 국가공무원인 집배원의 일부 업무를 민간에 위탁하는 위탁집배원제도에 따라 소속 우체국장과 우편집배 재택위탁계약을 체결한 재택위탁집배원의 근로자성 인정(대법원 2019. 4. 23. 선고 2016다277538 판결)

- 위탁계약에 따라 재택위탁집배원의 업무 내용과 범위, 처리방식, 매일 처리할 우편물의 종류와 양이 정해짐
- 우편업무편람, 각종 공문, 휴대전화 메시지를 통하여 구체적인 업무처리 방식 등을 지시받음

- 정해진 복장을 입고, 관련 법령 등에서 정해진 절차에 따라 배달하도록 하였으며, 정기적 또는 비정기적으로 교육을 시행
- 사용자는 현지점검 등을 통하여 재택위탁집배원의 업무처리 과정이나 결과를 지속적으로 관리·감독
- 정해진 장소에서 우편배달업무를 처리하였고, 일정기간 근무상황부, 인계인수부 등을 마련하여 재택위탁집배원의 근태를 관리하였으며, PDA에 입력되는 배달 정보를 통하여 재택위탁집배원의 업무 처리 상황을 확인할 수 있었음
- 우편물 배달업무의 중요성과 업무수행에 따르는 책임, 사용자가 재택위탁집배원들에게 근무복과 용품을 무상 대여 한 취지 등을 고려하면 재택위탁집배원이 제3자로 하여금 배달업무를 대신하게 하거나 다른 일을 겸업하는 것은 사실상 곤란
- 위탁계약서에는 우편물 배달업무 관련 각종 주의사항과 계약해지사유 등이 자세히 기재
- 근무시간에 비례하여 받은 수수료는 재택위탁집배원이 제공하는 근로의 양과 질에 대한 대가에 해당함. 재택위탁집배원들이 일정 시점부터 사업소득세를 냈다는 사정만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안됨
- 우편배달업무를 수행하는 사용자의 다른 근로자인 상시위탁집배원·특수지위탁집배원과 본질적으로 같은 업무를 동일한 방식으로 처리함

④ 웨딩플래너

• 웨딩컨설팅 업체와 관리계약을 체결하고 판매수당형태로 지급받은 웨딩플래너의 근로자성 인정(서울행법 2017. 12. 7. 선고 2017구합56223 판결). 고정급 형태의 보수를 받은 웨딩플래너에 대한 대법원 판결도 유사 취지(대법원 2021. 2. 25. 선고 2020도17654 판결)

- 입사할 당시 회사와 '웨딩플래너들의 근무시간 및 휴무일, 웨딩플래너 업무 수행에 따른 수당의 지급방법과 지급시기, 회사의 웨딩플래너에 대한 관리·감독권 및 회사가 지시하는 업무에 대한 웨딩플래너들의 이행 의무, 회사의 웨딩플래너들에 대한 교육의 실시, 웨딩플래너들의 영업 방식 및 협력업체와의 관계, 웨딩플래너들의 매출에 대한 회사의 관리, 계약기간 동안의 경업금지 의무 및 계약해지에 따른 동종업계 취업 제한, 계약해지시 웨딩플래너들의 업무에 대한 회사의 관리·처분권 등'에 관하여 규정한 '웨딩플래너 관리계약'을 체결
- 회사는 웨딩플래너들의 근무시간, 휴무일, 지각 및 병가, 월차·반차·연차, 휴가, 근무태도, 인포근무 및 위 각 내용의 위반에 따른 제재에 관하여 상세하게 규정한 '플래너 근무규정'을 만들어 실시
- 원칙적으로 회사가 지정한 협력업체만을 이용할 의무와 협력업체로 지정되지 않은 업체와 거래를 할 경우 판매수당을 지급받지 못하게 될 위험을 부담
- 웨딩플래너 업무의 특성상 외근을 하는 경우가 많았으나 외근이 없는 날에는 사무실에 출근하여 협력업체 교육을 받거나, 가망고객을 계약고객으로 만들기 위한 전화를 하거나, 고객의 스케줄을 작성 및 회사에서 요구하는 서류를 작성하는 등의 업무를 함
- 출퇴근 시간도 회사 지문인식 시스템을 통해 관리됐으며, 컴퓨터로 작성한 매일의 스케줄과 업무내용이 실장·국장 등에게 자동 보고
- 근로자가 그 보수를 정액의 월급이 아니라 자기가 제공한 근로의 양에 따라 수입의

일정비용을 수당의 형식으로 지급받았다고 하더라도, 이 판매수당은 성과급 형태의 금원으로 봄이 상당하고, 웨딩플래너 업무의 특수성 등을 고려할 때, 위 판매수당이 웨딩플래너들의 근로 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 판매 실적에 따라 계산되었다고 하더라도, 이것만으로 위 판매수당이 웨딩플래너들이 제공한 전체 근로에 대한 대가로서 지급된 것이 아니라고 할 수 없음

- 웨딩플래너들과는 근로기준법 및 기타 관련 법률상 근로관계가 형성되지 아니한다는 내용이 포함된 관리계약을 체결한 반면, 운영팀 직원들과는 연봉 및 퇴직금을 정하여 연봉계약을 체결한 점, 회사가 웨딩플래너들과 체결한 관리계약에는 징계 및 업무상 제재에 관한 규정이 별도로 존재하지 않는 점, 회사가 원고들에게 수당을 지급함에 있어 근로소득세를 원천징수하지 않고, 사업소득세, 주민세만을 공제하여 온 점, 웨딩플래너들은 4대 보험에 있어 회사의 직장 근로자로 가입되어 있지 않았던 점 등은 웨딩플래너 업무의 특수성에 기인한 것이거나 사용자인 이 사건 회사가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정에 불과함

⑤ 헤어디자이너

- 헤어디자이너 A는 미용실에서 2006. 10. 17.부터 2009. 12. 31.까지 '스텝'으로, 2010. 1. 1.부터 2011. 5. 31.까지 정액의 수당을 받는 '월급제 헤어디자이너'로, 2011. 6. 1.부터 2015. 9. 30.까지 매출액에 비례하여 계산한 수당을 받는 '배분제 헤어디자이너'로 근무. 스텝은 헤어디자이너의 보조로 헤어디자이너가 시킨 일을 하고 고객의 머리를 감겨주거나 매장을 청소하는 등의 일을 하고, 월급제 헤어디자이너는 헤어디자이너를 지명하지 않은 고객을 배정받아 헤어시술을 하며, 배분제 헤어디자이너는 지명고객과 신규로 배정받은 고객의 헤어시술을 함
- A는 스텝인 동안 별다른 계약서를 작성하지 않았고, 헤어디자이너인 2010. 1. 1.부터 2015. 4. 30.까지 업무위탁계약서를 작성함
- A는 월급제 헤어디자이너로 근무하던 기간에 월 1,206,000원을 지급받았고, 배분제 헤어디자이너로 근무하는 기간에 기본급은 없고, 업무위탁계약서의 매출정산기준표에 따라 계산한 수당을 받았음

위 ⑤ 헤어디자이너 사례는 서울북부지방법원 2018. 5. 30. 선고 2016가단41354 판결의 사실관계입니다. 실제로 미용실에는 다양한 형태의 근로관계가 혼재되어 있습니다. 스텝이라는 이름으로 보조역할을 하며 교육 명목으로 임금 대신 수강료를 면제받는 경우도 있고, 교육생 신분임을 이유로 열악한 처우를 감수하기도 합니다. 사례에서도 A는 스텝, 월급제와 배분제 등 단계적으로 여러 형태로 일을 하였습니다. 이 같은 현실에서 최근 헤어디자이너의 근로자성과 관련한 법적 분쟁이 끊이지 않고 있습니다.

이 사례에서 법원은 "회사가 요금 및 할인 여부 등을 결정하고, 헤어디자이너들에게 근무장소, 근무시간, 근무태도, 휴가 등 제반 근로조건 및 헤어시술 외의 고객정보관리, 헤어시술결과보고, 교육, 홍보 등 많은 부분의 업무처리방식을 지시하며, 고객배정순번 제외, 벌금 부과 등으로 통제, 관리하는 방식으로 헤어디자이너의 업무수행과정에서 상당한 지휘·감독이 이루어진 점, 헤어디자이너가 업무 특성상 개인적으로 소유하는

물건 외에 스타일링 제품과 제반 시설, 비품 등을 무상으로 제공하는 점, 헤어디자이너의 제3자의 업무대행이나 다른 사업자의 업무수행이 사실상 불가능한 점, 원고가 배분제 헤어디자이너일 때 매월 지급받는 보수는 기본급이나 고정급이 아니라 매출액에 의하여 정산한 금액이기는 하나 이러한 성과급 형태의 금원은 노동의 양과 질을 평가하는 것이라 할 수 있어 근로의 대가인 임금의 성격이 반드시 부정된다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 원고는 근로의 대가인 임금을 받을 목적으로 피고에 대하여 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다."라고 하여 근로자로 인정하고 배분제 헤어디자이너로 일한 기간을 포함한 전 기간에 대해 퇴직금을 지급하도록 하였습니다.

그러나 최근 대법원은 2021. 8. 26. 선고 2020도18346 판결에서 당사자 간의 법률관계를 근로관계가 아니라 상호 간에 시설과 기술·노무를 제공하고 매월 매출액을 약정비용에 따라 분배하는 동업 관계로 보고, 업무수행과정에서 지휘·감독의 정황을 찾을 수 없음을 이유로 근로자성을 부정하는 판시를 하기도 하였습니다. 구체적인 사실관계에 따라 판결은 달라질 수 있으나, 미용업계의 현실을 제대로 반영한 판결인지 의문이 있습니다.

(4) 판례의 인정 / 부정 사례 비교

① 텔레마케터(전화권유판매원)에 관한 원심과 대법원의 판결 비교

텔레마케터는 여전히 노동청 진정을 통해 근로자임을 인정받기 어려운 직종입니다. 그러나 동일한 사실관계를 두고 원심 판단을 뒤집어 근로자성을 인정한 대법원 판결은 해석 관점의 중요성을 보여 줍니다.

지표	근로자성 부정 (서울고등법원 2016. 6. 8. 선고 2016나1894 판결)	근로자성 인정 (대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결)
업무지침의 성격	업무수행 중 준수할 사항이 기재된 '카드 텔레마케팅 전화권유판매원 업무운용수칙'과 스크립트 등 가이드라인을 배부한 사실을 법령 및 관련 규정 위반을 사전에 방지하기 위한 업무지침이나 안내자료일 뿐이라고 판단	스크립트 등 가이드라인에는 관련 법령을 준수하기 위한 내용뿐만 아니라, 끝인사, 거절극복을 위한 대사, 고객들의 대응 유형을 분류하여 각 유형별로 카드론 상품을 이용하게 하기 위한 구체적인 대사가 상세하게 기재되어 있어, 관련 법령 준수를 위한 지침으로서의 성격뿐만 아니라 사용자를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함. 또한 설외영업위촉계약서에는 전화권유판매원들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있음

업무수행 관리 감독	사용자가 수시로 모니터링하지는 않았고 통화 횟수 대비 위반 횟수나 수수료 차감 액수가 적은 편이어서, 전화권유판매원들의 업무수행과정이나 결과를 관리하거나 제재를 가하는 등으로 관리·감독하였다고 보기 어려움	<ul style="list-style-type: none"> • 통화 횟수 대비 위반 횟수나 수수료 차감의 비율이 적다고 하여 사용자가 전화권유판매원들의 업무수행과정을 모니터링하거나 제재를 가하지 않았다고 보기 어려움 • 사용자는 민원발생뿐만 아니라 업무수행 불량으로 평가할 수 있는 경우를 분류하여 ‘통보서 유형별 등급표’를 마련하여 두고, 통보서 발부 횟수에 따라 생산성 인센티브에서 일정금액 차감 또는 미지급, 해당 실적 커미션에서 차감, 계약해지 등 제재수단을 규정하여 이를 적용하였으며, 필요한 경우 통화녹음내용 등을 모니터링함 <p>→ 사용자가 전화권유판매원들의 업무수행과정이나 결과 등에 대하여 관리·감독을 하였고, 그에 대한 제재 수단도 있었음</p>
출퇴근 관리	전화권유판매원의 전산 로그기록이 09:30경부터 18:30경 사이에 몰려 있고, 전화권유판매원들은 사용자가 마련한 사무실에 사용자의 정규직 직원 3명과 함께 근무하면서 자리가 지정되어 있었으며, 자리이동을 원할 경우 매니저로부터 허락을 받은 사실, 사용자의 정규직 직원인 매니저들은 각종 프로모션을 진행한 사실, 매니저들이 전화권유판매원들에게 30분에서 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배한 사실을 인정 그러나 지각 또는 결근으로 인한 징계 등의 불이익을 주지 않았으므로 특정 시간에 출퇴근할 의무가 없었다고 봄	<ul style="list-style-type: none"> • 지각 또는 결근으로 인한 징계 등에 관한 규정이 없었다고 하더라도, 사용자 정규직 직원인 매니저들은 전화권유판매원들과 같은 시간, 같은 장소에서 근무하면서 전화권유판매원들의 출근 여부, 통화 여부, 통화 횟수 등을 알 수 있었고, 실제로 일별로 목표 통화 횟수나 실적에 따른 추가 데이터베이스 제공 등의 각종 프로모션을 진행하기도 하는 등 전화권유판매원들의 업무수행이나 실적을 관리함 • 실적에 따라 수수료를 받는 전화권유판매원들로서는 사용자로부터 받는 고객 데이터베이스의 양과 질이 중요한데, 사용자가 전화권유판매원별로 일정한 양의 고객 데이터베이스를 제공하는 것이 아니라 09:30경부터 18:30경까지의 근무시간 중 30분 내지 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배하므로, 지각, 조퇴, 무단이탈, 결근 등의 경우 고객 데이터베이스를 적게 분배받게 되고 이는 실적으로 이어지게 되므로, 실질적으로 불이익을 받는 결과가 됨
기타		<ul style="list-style-type: none"> • 그 외에도 사무실, 컴퓨터, 전화기 등 업무수행에 필요한 물품 제공 • 사용자의 지시에 따라 계약상 업무 외의 업무를 수행

표4 텔레마케터(전화권유판매원) 근로자성 판결 비교

입점업체에게 있습니다. 그러나 입점업체는 비용부담을 판매원에게 전가하고, 관리 감독 대신 수수료의 편차를 통한 성과 관리 방식으로 변경함으로써 위탁판매원에 대한 노동법적인 보호책임에서 벗어날 수 있었습니다. 현재의 근로자 개념이 변화하는 일터의 현실을 따라가지 못하고 있음을 보여주는 판결이라고 생각합니다.

지표	근로자성 인정 (대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결)	근로자성 부정 (대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다211184 판결)
업무 지휘감독	<ul style="list-style-type: none"> • 백화점 운영회사와 본건회사(백화점입점업체) 간의 계약 상 파견 종업원들은 매장관리 지침 준수 의무, 서비스품질 유지 의무 등 의무가 있고, 백화점운영회사는 부적합 종업원 교체를 요구할 권리가 있었음 • 회사는 전산시스템을 통하여 매장 재고 현황 실시간 파악 가능, 본사 영업부 직원이 1주일 간격으로 매장 방문하여 판매 현황 등 확인 • 내부 전산망을 통하여 업무관련 각종 공지 • 영업부 정규직 퇴사 처리 후 판매용역계약을 체결한 판매원들도 있으나, 판매용역계약 체결 전후 판매원들의 업무내용이 동일 • 임금 허위청구로 인한 횡령, 회식비 허위 청구 등으로 징계권 행사 	<ul style="list-style-type: none"> • 회사는 공급할 상품의 종류와 수량을 결정하고, 판매원들은 원칙적으로 회사로부터 공급받은 상품만을 계약된 장소에서 정한 금액으로 판매하여야 함 • 회사의 기준에 따라 상품의 판매촉진을 위한 광고 또는 디스플레이 등을 시행하여야 하고, 판매 및 판촉광고 행사에 협조하여야 하며, 필요시 매장 간 상품이동 해야함. 그러나 관리방식은 개인사업자인 대리점주에 대한 것과 크게 다르지 않음 • 회사가 정하는 바에 따라 상품 재고 내역을 상세히 기재하여 보관하여야 하고, 회사요구 시 제시하여야 하며, 회사는 재고실사를 할 수 있음 • 근태관리 하지 않았고, 징계권 행사도 없었음
시간장소 구속성	<ul style="list-style-type: none"> • 지정된 근무장소(주로 백화점)에서 백화점 영업시간 동안 지정된 물품을 지정된 가격으로 판매 • 휴가, 병가 등 사용시 사전 또는 사후 보고를 하게 하였고, 회사는 병가 및 출산휴가 현황표를 작성 보관하고 있었음 	<ul style="list-style-type: none"> • 백화점 영업시간 동안 지정된 물품을 지정된 가격으로 판매 • 휴가 통계 없었음
독자적 사업자성	<ul style="list-style-type: none"> • 매장 사용 비품, 작업도구 등 무상 제공 • 판매원들이 개인적인 출산, 휴가 등의 사유로 일시적으로 대체 인력을 구하기도 하였음 • 아르바이트 사원을 채용할 수 있었으나, 그 비용은 최종적으로 회사가 부담 	<ul style="list-style-type: none"> • 회사는 매장의 판매원 채용에 관여하거나 판매원의 급여를 부담하지 않음 • 필요한 판매원을 직접 채용하여 근무를 관리하면서 급여 지급 • 판매원은 일정 정도 자신을 대체하여 근무하게 할 수 있음 • 동시에 같은 회사의 대리점을 운영하는 등 겸업을 하기도 함 • 매장 운영에 필요한 일부 비품을 구입하거나 비용을 부담
보수의 성격	<ul style="list-style-type: none"> • 매장 전체 매출에서 각자의 수수료 비율에 따라 각각 수수료 지급 • 수수료 상한선과 하한선이 매출액 대비 일정한 비율이 아니라 기존 연봉의 일정한 비율로 정하여진 범위에서 지급 • 고정급을 지급 받았던 판매원도 있음 	<ul style="list-style-type: none"> • 매출실적에 위탁판매계약에서 정한 수수료율을 적용하여 산정한 수수료만을 지급 • 수수료에 상한이나 하한이 존재하지 않아 월별 수수료 액수에 상당한 편차가 있음

표5 백화점 위탁 판매원 근로자성 판결 비교

② 백화점 위탁 판매원에 관한 인정례와 부정례

백화점 입점업체는 백화점과 계약을 체결하고 납품한 물품을 판매합니다.

입점업체들은 기존에는 근로계약을 체결한 영업사원을 통해 운영하였으나, 현재는 판매용역계약을 체결하는 방식으로 변경하여 위탁 판매원에게 영업을 맡기고 있습니다. 위탁판매원이 근로자로 인정된 판결(2015다59146)과 부정된 판결(2020다211184)을 비교해보면 백화점 입점업체의 관리방식 변화를 알 수 있습니다. 위탁판매원은 백화점이라는 한정된 공간에서 회사의 공급받은 상품만을 정해진 기준에 따라 판매하고, 상품의 판매를 통한 최종적인 이익과 손실의 귀속은

③ 학원버스 기사(지입차주)에 관한 인정례와 부정례

유사하게 학원버스를 운영한 지입차주의 형태이지만, 결론이 달라진 이유는 역시 사실관계에 있습니다.

근로자성 인정 (대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결)	근로자성 부정 (대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16442 판결)
<ul style="list-style-type: none"> ‘차량위탁용역계약’이라는 이름의 계약서를 작성 10년 남짓 통학버스를 운전, 운전기사 반장 직책 매달 기본급에 근무 외 수당 명목의 돈을 추가한 고정금액 지급 4대보험 가입 버스의 차량 유류비, 보수비 등의 비용과 자동차 보험료, 자동차 운행으로 발생하는 과태료와 사고 책임은 모두 운전기사가 부담 매일 일정한 배차간격으로 정해진 운행구간을 운전하여 학원생들을 통학 09:30부터 13:30 사이에는 학원 안에 주차공간과 휴게실 등이 없어 자기 집에서 휴식을 취하거나 차량 정비 계약서에는 근무시간, 휴식시간, 휴일의 정함이 있고, 학원의 상황에 따라 변경할 수 있다는 내용 기재 학원 동의 없이 제3자에게 업무 양도금지 및 일체의 영업행위 금지 대차운행과 대리운전은 원칙적으로 금지 	<ul style="list-style-type: none"> 기존 근로계약서 대신 새로이 차량운행용역계약서를 작성하면서 개별적으로 사업자등록을 하고 퇴직금을 지급받지 아니하며 4대 보험의 적용을 받지 아니하기로 약정 출근부에 서명하지 아니하고 학생들의 수송을 마치면 자유롭게 귀가하였으며 취업규칙의 적용을 받지 않음 상당한 가격의 45인승 버스를 지입한 후 실제로 버스를 소유·관리하면서 그 운행에 관한 모든 책임을 부담 별다른 제약 없이 대차운행, 대리운행을 하고 업무 외의 영업행위를 함 버스 운행에 대한 수수료는 차량의 승차인원, 연식, 운행거리 등에 따라 차등적으로 지급

표6 학원버스 기사(지입차주) 근로자성 판결 비교

④ 플랫폼 노동과 관련한 노동위원회 판정

최근 코로나 19로 인해 더욱 가속화된 디지털 전환은 산업구조와 노동시장에도 막대한 영향을 미치고 있습니다. 알고리즘을 바탕으로 거래가 매개되는 온라인 플랫폼을 통해 수없이 많은 거래가 이루어지고 있고, 노동도 예외는 아닙니다. 이에 따라 ‘플랫폼 노동’은 더 이상 낯선 단어가 아니게 되었습니다. 플랫폼 노동은 우리나라에서는 주로 배달과 운송의 영역을 중심으로 빠르게 확산되고 있습니다. 플랫폼은 자율적인 거래를 매개하는 시장의 새로운 형태로 보이지만, 일을 매개하는데 있어서 방식과 조건(고용형태와 노동조건)에 실질적인 영향력을 갖고 이를 통해 이윤을 얻는 경우도 많습니다. 그럼에도 불구하고 당사자간의 자율적 거래라는 외형으로 인해 플랫폼을 매개로 제공되는 노동에 대한 노동법상의 보호 책임의 주체는 모호합니다. 당사자 간의 근로계약의 체결에 따른 엄격한 사용종속관계가 노동법적 보호의 출발점인 기존의 노동법 체계하에서는 더욱 그러합니다. 이는 이윤의 귀속 주체인 플랫폼 기업으로부터 개별 노동자에게로 비용과 책임이 전가되고, 노동자는 불안정한 고용과 소득, 불안정한 사회 안전망에 놓이게 됨을 의미합니다. 이러한 상황에서 최근 유명 플랫폼 운송업체인 ‘타다 서비스’와 관련하여 중앙노동위원회는 근로자가 아님을 이유로 각하 판정을 한 지방노동위원회의 결정(서울2019부해2668)을 뒤집고, 프리랜서 드라이버를 근로자로 인정하였습니다(중앙2020부해170). 이는 현행법 테두리 내에서 플랫폼 노동 영역의 사용종속성을 다룬 중요한 판정으로 근로자성 인정의 근거를 살펴볼 필요가 있습니다. 판정문 전체의 일독을 권합니다.

지표	근로자성 부정(서울2019부해2668)	근로자성 인정(중앙2020부해170)
업무 지휘감독	<ul style="list-style-type: none"> 프리랜서 계약과 근로계약의 장단점을 비교하면서 스스로의 선택에 따라 프리랜서 계약을 체결함 자신의 사정에 따라 운전서비스 제공 여부를 선택할 수 있었고, 회사는 강제하거나 제재를 가할 수단이 없었음 업무매뉴얼에 따른 근무태도 요구, 복장 및 출퇴근 관리, 차량운행과정에서의 어뷰징행위는 타다 서비스의 차별성 부각 및 이미지 제고, 성실하고 안전한 차량운행의 유도, 운전서비스 제공에 따른 수수료 정산을 위한 차원이며 지휘감독이 아님 	<ul style="list-style-type: none"> 근로자가 정해진 업무 범위를 벗어나 자율적으로 업무 내용을 결정 하는 것은 불가능 프리랜서 계약서에 규정된 계약해지사유, 타다 드라이버 교육자료에 명시된 드라이버 에티켓 등 각종 준수 사항, 복장 가이드 등 타다 앱에 등록된 자료, 이 사건 사용자들의 배차거부(계약해지) 표준과 근무 규정, 각종 매뉴얼 및 카카오톡 메시지 등을 통해 업무처리 방식 등을 구체적으로 지시받았으며, 이와 같은 지시는 그 내용의 구체성, 지속성, 다양성에 비추어 복무규정의 역할을 함 정해진 복장 착용, 공통 응대어를 말하며, 매뉴얼에 정해진 절차에 따라 운행 드라이버 레벨제(고객별점)를 통해 근무실적 평가⇒드라이버 레벨제 결과는 기계적으로 나온다 하더라도 평가항목을 정하고, 평가항목의 비율에 따른 계산식의 의사결정은 사용자가 정함 근로자인 드라이버와 프리랜서 드라이버의 노무제공의 본질적 차이 없음 근로자성은 계약의 형식이 아닌 근로관계의 실질에 따라 판단하며 근로자가 스스로 프리랜서 계약을 체결하여 포기하거나 부인한다고 해서 강행법규인 근로기준법 적용이 배제되지 않음 타다드라이버가 지시를 위반한 경우 경고, 안전교육, 및 계약해지 등과 같은 제재 시행
시간장소 구속성	<ul style="list-style-type: none"> 스스로 운전서비스 제공할 요일, 시간, 차고지를 선택하여 신청할 수 있었음 	<ul style="list-style-type: none"> 확정된 배차표상의 운행 시간에 맞추어 차고지에 출근한 후 지정된 시각과 장소에서 지정된 이용자를 자신의 배차 차량에 탑승시켜 목적지까지 운행하므로 근로자가 임의로 근로시간 장소 변경 불가능 근무일과 출퇴근 시간을 선택할 수 있었으나, 이는 어느 차량이 어느 차고지에서 언제 운행을 할지가 이미 결정된 상태에서 근로시간과 장소에 대해 형식적 절차로 배차를 신청한 것에 불과함
전속성	<ul style="list-style-type: none"> 타다 서비스 제공 시간 외 개인 용무나 겸업 가능 	<ul style="list-style-type: none"> 운행시간 외에 개인 용무나 겸업이 가능한 것은 단시간 근로자에게 흔히 나타나는 현상- 타다 드라이버로 근로하는 시간에 다른 사업장에 근로제공은 불가능함(전속성은 근로시간을 기준으로 삼아 그 시간 동안 사용자의 지휘 명령에 구속되어 있는지를 판단하는 요소임)
독자적 사업자성	<ul style="list-style-type: none"> 타다기사는 고객과 협의를 통해 운행경로 선택하는 차량운행에 대한 지배권과, 교통법규 위반이나 교통사고에 대한 책임 스스로 부담 	<ul style="list-style-type: none"> 차량을 비롯한 서비스 수행에 필수 불가결한 작업도구 일체를 소유하고 있지 않음 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 할 수 없고 타다 앱을 통해 배정된 이용자 외에 다른 고객을 유치하여 이윤을 창출할 가능성도 원천적으로 차단됨

보수의 성격	<ul style="list-style-type: none"> • 운행건수와 관계없이 운행시간 당 일정액에 운행시간을 곱한 수수료를 월단위로 지급 • 차량을 임차한 고객이 지불하여야 할 대가의 일부에 해당할 뿐 근로의 대가 아님 	<ul style="list-style-type: none"> • 시간당 일정금액에 실제 운행시간과 대기시간이 포함된 근로시간을 곱한 수당을 매월 정기적으로 지급 • 모든 프리랜서 드라이버에게 일률적 보수계산식 적용 → 근로대가성 인정
--------	---	---

표7 '타다'서비스 근로자성 관련 노동위원회 판정 비교

(5) 기타 근로자성이 문제되는 사례들

① 일경험 수련생의 근로자성

실습생, 견습생, 인턴 등 다양한 명칭으로 현장에서 실습교육을 받는 경우가 있습니다. 순수하게 훈련이나 교육을 목적으로 실습이 이루어지는 경우라면 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자라고 할 수 없습니다. 그러나 현실적으로는 수련생과 근로자의 경계가 모호한 경우가 많습니다. 기본적으로는 근로자성에 대한 판단기준이 동일하게 적용되어, 실습생, 인턴 등 명칭에 불구하고 사실상 사용자에게 종속적인 노동을 제공하는 경우는 근로자가 됩니다.

직업교육훈련촉진법(이하 '직업교육훈련법'이라 합니다)에 따라 특성화고등학교 현장에서 이루어지고 있는 현장실습은 원칙적으로 근로자가 아닌 학습중심 시스템으로 설계가 되어 있습니다. 이와 달리 도제학교와 일부 대학교에서 이루어지고 있는 일학습병행제에 참여하고 있는 '훈련근로자'의 경우는 '훈련근로계약서'라는 명칭의 근로계약서를 작성합니다. 말 그대로 일과 학습을 병행하고 있는 근로자라는 뜻이며, 근로기준법이 전면적으로 적용됩니다.

문제가 되는 것은 현장실습이라는 이름으로 실질적인 근로를 하는 경우인데, 고용노동부에서 마련한 '일경험 수련생에 대한 법적 지위 판단과 보호를 위한 가이드라인'에서는 참고할 만한 기준을 정하고 있습니다. 이에 따르면 다음 각 호에 해당하는 경우를 종합적으로 판단하여 일경험 수련생이 사실상 근로를 제공하는 경우에는 노동법적 보호 대상인 근로자라고 합니다.

- 가) 직무교육 프로그램 없이 업무상 필요에 따라 수시로 업무를 지시하는 등의 방식으로 일경험 수련생의 노동력을 활용하는 경우
- 나) 상시적 또는 특정 시기에 인력이 추가로 필요한 업무 등에 근로자를 대체하여 일경험 수련생을 활용하는 경우

사례

- 성수기에 필요한 인력을 보충하기 위하여 일경험 수련생을 사용하는 경우(예: 스키장 등 계절사업장에서 겨울시즌에만 모집·활용)
- 예측하지 못한 수요가 발생하여 아르바이트생을 대체하여 일경험 수련생에게 연장·야간근로를 사전 교육프로그램 없이 실시하는 경우(예: 연회장에서 예약 급증에 따라 일경험 수련생의 사전 동의 없이 상시적으로 연장근로 실시)

- 소속 근로자의 연장근로를 줄이고 휴가 사용을 늘리기 위해 일경험 수련생을 채용하는 경우(예: 특정시기에 업무가 집중되는 세무·회계·법률·노무사무소 등에서 일경험 수련생 활용으로 소속 근로자의 야근 감소)

다) 교육·훈련내용이 지나치게 단순·반복적인 것이어서 처음부터 노동력의 활용에 그 주된 목적이 있다고 볼 수 있는 경우

사례

- 해당 직무능력 향상과 관련성이 낮은 업무에 아르바이트생이 아닌 일경험 수련생을 채용·활용하는 경우(예: 청소전문 사업장이 아닌 일반사업장에서 일경험 수련생에게 청소업무만을 수행토록 하거나, 호텔 등 사업장에서 호텔경영학 전공자를 일경험 수련생으로 활용하면서 수련과정에 관계없는 주차관리업무만을 수행토록 하는 경우 등)
- 비교적 단순노무업무에 해당하는 사업장에서 아르바이트생이 아닌 일경험 수련생을 통해 일을 하는 경우(예: 학생 등이 전공과 관련성이 낮은 편의점, 커피전문점 등에서 일경험 수련생으로 일을 하고 학점을 이수)

직업교육훈련법은 근로가 아닌 학습 중심으로 현장실습을 실시하겠다는 취지를 명확히 하고 있습니다. 표준협약서 고시 주체도 교육부장관으로 변경하고 학생들의 인권 존중을 위해 현장실습에 대한 선택권도 부여하였습니다. 지도·점검도 강화하여 기존의 현장실습 시간 제한(1일 7시간, 1주 35시간, 1일 1시간 연장 가능, 야간·휴일 현장실습 금지) 위반에 대한 처벌과 현장실습 표준협약서 미체결 및 표준협약서 미사용 계약 체결뿐만 아니라, 주요사항(현장실습 기간, 실습 방법, 담당자 배치, 현장실습 수당, 안전·보건조치, 현장실습 내용변경 절차)에 대한 미준수까지도 처벌할 수 있도록 처벌 규정을 확대하였습니다. 이러한 직업교육훈련법 규정을 지키지 않고, 사실상 근로자로 현장실습을 운영한 경우(장기간·지속적으로 근로하고, 현장의 다른 근로자들과 유사한 형태로 근무하며, 빈번한 연장·야간·휴일근로를 제공하는 경우 등)라면 직업교육훈련법 위반에 따른 제재만이 아니라, 근로자로서 근로기준법의 위반 여부도 함께 판단하여야 할 것으로 생각됩니다.

② 학원강사의 근로자성

학원강사와 관련한 대법원 판결은 대부분 근로자성을 인정하고 있습니다. 특히 최근의 대법원은 실적급 형태로 수강생별 수업료의 일정한 비율로 지급받은 강사의 경우에도 '학원이 분반을 지정하였다(대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110 판결)'거나 특강의 개설과 폐지 여부를 학원이 결정하였고, 학원이 배정된 시간과 장소에서 강의가 이루어지고, 특강에 대한 세부 내역을 관리하는 등의 사정을 이유로 근로자성을 인정(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다260602 판결)하는 판시를 하였습니다. 일반적으로 강사의 경우 주된 근로자성 판단의 쟁점은 다음과 같지만, 사용종속성의 지표를 개별 사안에 맞게 활용하는 것이 중요합니다. 이와 달리 대학교의 시간강사와 조교에 대하여는 근로자로 보는 것이 일반적입니다.

- 출근시간·강의시간 및 강의장소의 지정여부
- 강의교재 결정 권한의 소재
- 다른 사업장에 대한 노무제공의 가능성 여부(학원측의 허락을 받고 다른 학원에서 강의)
- 강의 이외의 부수업무(행정업무, 학부모 상담, 교재개발, 학생관리 등) 수행여부
- 보수가 수강생수와 비례하는 것이 아니라 강의시간 수에 일정액을 곱한 금액으로 지급받는지 여부

③ 간부·임원의 근로자성

이사, 감사 등의 임원은 일반적으로 업무집행권이나 대외적 대표권을 갖고 회사의 사무를 처리하고 있어 근로관계이기보다는 민법상 위임관계에 해당합니다. 그러나 임원이라고 하더라도 지위나 명칭이 형식적인 것에 불과하고 실제로는 사업주나 실질적 대표이사의 지휘·감독 하에 근로시간의 구속을 받으면서 일정한 근로를 제공하고 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다면 근로자에 해당합니다. 이사로 등기가 되어 있다는 것만으로 근로자성이 부정되지는 않습니다.