

# 기출사례 노동법

박원철

새흐름



# 머 리 말

최근 각종 시험(공인노무사, 변호사, 5급공채)에서 실무자로서 문제해결능력이 중요해짐에 따라 시험에서도 이를 평가할 수 있는 사례형 문제들이 출제되고 있습니다.

합격을 위해서는 조문과 판례를 사례문제에 적용하고 근거를 제시하면서 결론을 도출하는 능력이 가장 중요합니다.

「기출사례 노동법」은 시험 합격을 위한 문제해결 능력 향상을 위해 제작하였습니다.

엄선된 사례인 기출문제들은 수험생들의 객관적인 위치와 앞으로의 공부방법을 제시하는 기준이 될 수 있을 것입니다.

사례문제를 접하면서 단순히 결론만 제시하는데 그치지 않고 법리를 정확하게 적용하고 있는지, 문제에서 제시된 모든 조건들을 활용하고 있는지, 설득력이 있는 결론인지를 생각하면서 연습하시면 합격에 이르는 길이 더욱 가까워질 수 있습니다.

이 책의 주요 특징은 다음과 같습니다.

1. 최근 공인노무사 2차 시험, 변호사 시험, 5급 공채 시험의 노동법 기출문제를 수록하였습니다.
2. 주제별로 기출문제를 편집하여 사실관계의 차이에 따른 해결방법 차이를 살펴볼 수 있습니다.
3. 시험장에서 작성되어야 할 답안과 동일한 방식으로 본문을 구성하여 주제별 답안작성법을 빠르게 파악할 수 있습니다.

「기출사례 노동법」이 출간될 수 있도록 많은 분들이 도와주셨습니다.

부족한 지식을 늘 일깨워주시고 가르침을 주시는 박지순 교수님 감사합니다.

세심한 작업으로 보다 완성도 높은 교재를 만들어주신 도서출판 새흐름의 이종은 부장님과 편집부 직원분들 감사합니다.

노무사 업무와 강의를 어느 하나 놓치지 않게 헌신적으로 배려해주는 윤혜영 노무사에게도 감사 인사를 드립니다.

끝으로, 「기출사례 노동법」이 여러분 수험생활에 조금이나마 보탬이 되길 희망하며, 여러분들의 합격을 진심으로 기원합니다!

2020년 1월

**박원철** 노무사

# Contents

## 차 례

---

기출 01 근로기준법상 근로자 .....	2
제27회(2018) 공인노무사 기출 1문	
기출 02 임원의 근로기준법상 근로자성 .....	7
제63회(2019) 5급공채 기출 2문	
기출 03 취업자격을 가지지 않는 외국인 근로자 .....	11
제62회(2018) 5급공채 기출 3문	
기출 04 근로기준법상 사용자 .....	14
제56회(2012) 5급공채 기출 1문	
기출 05 근로계약서의 작성 및 교부의무 .....	18
제3회(2014) 변호사시험 기출 1문	
기출 06 취업규칙 (1) .....	22
제1회(2012) 변호사시험 기출 1문	
기출 07 취업규칙 (2) .....	30
제61회(2017) 5급공채 기출 1문	
기출 08 차별금지 .....	36
제26회(2017) 공인노무사 기출 4문	
기출 09 근로기준법의 기본원칙 .....	39
제21회(2012) 공인노무사 기출 2문	
기출 10 위약예정금지 (1) .....	42
제5회(2016) 변호사시험 기출 1문	
기출 11 위약예정금지 (2) .....	46
제60회(2016) 5급공채 기출 3문	
기출 12 위약예정금지 (3) .....	50
제28회(2019) 공인노무사 기출 2문	
기출 13 과도적 근로관계(채용내정·시용) (1) .....	54
제60회(2016) 5급공채 기출 2문	

기출 14 과도적 근로관계(채용내정·사용) (2) .....	58
제25회(2016) 공인노무사 기출 2문	
기출 15 과도적 근로관계(채용내정·사용) (3) .....	62
제8회(2019) 변호사시험 기출 1문	
기출 16 임금의 개념 .....	66
제62회(2018) 5급공채 기출 3문	
기출 17 평균임금 .....	69
제7회(2018) 변호사시험 기출 1문	
기출 18 통상임금 (1).....	75
제21회(2012) 공인노무사 기출 1문	
기출 19 통상임금 (2).....	80
제27회(2018) 공인노무사 기출 1문	
기출 20 임금 지급 방법 (1) .....	84
제19회(2010) 공인노무사 기출 1문	
기출 21 임금 지급 방법 (2) .....	90
제23회(2014) 공인노무사 기출 2문	
기출 22 임금 지급 방법 (3) .....	93
제28회(2019) 공인노무사 기출 2문	
기출 23 임금 지급 방법 (4) .....	96
제59회(2015) 5급공채 기출 1문	
기출 24 휴게시간 .....	99
제61회(2017) 5급공채 기출 2문	
기출 25 포괄임금계약 (1).....	103
제20회(2011) 공인노무사 기출 1문	
기출 26 포괄임금계약 (2).....	107
제59회(2015) 5급공채 기출 2문	

---

기출 27 연차휴가 .....	110
제25회(2016) 공인노무사 기출 1문	
기출 28 전직 .....	115
제2회(2013) 변호사시험 기출 1문	
기출 29 전직 .....	119
제58회(2014) 5급공채 기출 3문	
기출 30 휴직 .....	123
제24회(2015) 공인노무사 기출 1문	
기출 31 직위해제(대기발령) (1) .....	131
제23회(2014) 공인노무사 기출 1문	
기출 32 직위해제(대기발령) (2) .....	137
제5회(2016) 변호사시험 기출 1문	
기출 33 징계 (1) .....	142
제3회(2014) 변호사시험 기출 1문	
기출 34 징계 (2) .....	146
제25회(2016년) 공인노무사 기출 1문	
기출 35 징계 (3) .....	150
제26회(2017) 공인노무사 기출 3문	
기출 36 징계 (4) .....	155
제6회(2017) 변호사시험 기출 1문	
기출 37 정리해고 .....	161
제28회(2019) 공인노무사 기출 1문	
기출 38 해고의 법정절차 (1) .....	165
제2회(2013) 변호사시험 기출 1문	
기출 39 해고의 법정절차 (2) .....	170
제6회(2017) 변호사시험 기출 1문	

기출 40 부당해고 등의 구제 (1) .....	175
제20회(2011) 공인노무사 기출 2문	
기출 41 부당해고 등의 구제 (2) .....	179
제21회(2012) 공인노무사 기출 1문	
기출 42 근로관계의 종료사유 .....	183
제22회(2013) 공인노무사 기출 1문	
기출 43 근로관계 종료에 따른 법률관계 (1) .....	190
제58회(2014) 5급공채 기출 2문	
기출 44 근로관계 종료에 따른 법률관계 (2) .....	194
제26회(2017) 공인노무사 기출 3문	
기출 45 사업변동과 노동관계 (1) .....	198
제22회(2013) 공인노무사 기출 2문	
기출 46 사업변동과 노동관계 (2) .....	202
제4회(2015) 변호사시험 기출 1문	
기출 47 사업변동과 노동관계 (3) .....	210
제24회(2015) 공인노무사 기출 2문	
기출 48 기간제 근로자 근로계약기간의 보호 (1) .....	213
제27회(2018) 공인노무사 기출 2문	
기출 49 기간제 근로자 근로계약기간의 보호 (2) .....	217
제8회(2019) 변호사시험 기출 1문	
기출 50 노동조합의 설립요건 (1) .....	221
제21회(2012) 공인노무사 기출 4문	
기출 51 노동조합의 설립요건 (2) .....	225
제3회(2014) 변호사시험 기출 2문	
기출 52 노조법 제2조 제4호 라목에 대한 논의 .....	229
제59회(2015) 5급공채 기출 3문	



기출 53 노조전임자 .....	233
제62회(2019) 5급공채 기출 3문	
기출 54 노동조합의 통제권 .....	236
제22회(2013) 공인노무사 기출 4문	
기출 55 노동조합의 조직변동 .....	240
제28회(2019) 공인노무사 기출 3문	
기출 56 조합활동의 정당성 (1) .....	243
제24회(2015) 공인노무사 기출 3문	
기출 57 조합활동의 정당성 (2) .....	248
제6회(2017) 변호사시험 기출 2문	
기출 58 공정대표의무 .....	253
제60회(2016) 5급공채 기출 1문	
기출 59 단체협약 체결권과 노동조합 인준권 .....	257
제27회(2018) 공인노무사 기출 3문	
기출 60 단체교섭의 대상 .....	261
제20회(2011) 공인노무사 기출 3문	
기출 61 단체교섭의 방법과 그 위반에 대한 구제 (1) .....	267
제1회(2012) 변호사시험 기출 2문	
기출 62 단체교섭의 방법과 그 위반에 대한 구제 (2) .....	271
제27회(2018) 공인노무사 기출 3문	
기출 63 단체협약의 효력 (1) .....	274
제21회(2012) 공인노무사 기출 2문	
기출 64 단체협약의 효력 (2) .....	279
제2회(2013) 변호사시험 기출 2문	
기출 65 단체협약의 효력 (3) .....	283
제62회(2018) 5급공채 기출 1문	

기출 66 단체협약의 문제 조항	286
제62회(2018) 5급공채 기출 1문	
기출 67 단체협약의 해석	289
제23회(2014) 공인노무사 기출 3문	
기출 68 단체협약 효력 확장제도 (1)	295
제25회(2016) 공인노무사 기출 4문	
기출 69 단체협약 효력 확장제도 (2)	299
제5회(2016) 변호사시험 기출 2문	
기출 70 단체협약 효력 확장제도 (3)	303
제7회(2018) 변호사시험 기출 2문	
기출 71 단체협약의 실효 (1)	307
제19회(2010) 공인노무사 기출 2문	
기출 72 단체협약의 실효 (2)	311
제2회(2013) 변호사시험 기출 2문	
기출 73 단체협약의 실효 (3)	315
제8회(2019) 변호사시험 기출 2문	
기출 74 쟁의행위와 준법투쟁 (1)	320
제4회(2015) 변호사시험 기출 2문	
기출 75 쟁의행위와 준법투쟁 (2)	323
제26회(2017) 공인노무사 기출 1문	
기출 76 쟁의행위에 대한 보호	326
제8회(2019) 변호사시험 기출 2문	
기출 77 쟁의행위 정당성 (1)	330
제22회(2013) 공인노무사 기출 2문	
기출 78 쟁의행위 정당성 (2)	336
제4회(2015) 변호사시험 기출 2문	

기출 79	쟁의행위 정당성 (3)·····	341
	제5회(2016) 변호사시험 기출 2문	
기출 80	쟁의행위 정당성 (4)·····	345
	제63회(2019) 5급공채 기출 1문	
기출 81	위법한 쟁의행위와 책임 귀속 ·····	351
	제7회(2018) 변호사시험 기출 2문	
기출 82	직장폐쇄 (1)·····	355
	제1회(2012) 변호사시험 기출 2문	
기출 83	직장폐쇄 (2)·····	358
	제24회(2015) 공인노무사 기출 4문	
기출 84	직장폐쇄 (3)·····	362
	제26회(2017) 공인노무사 기출 1문	
기출 85	직장폐쇄 (4)·····	366
	제61회(2017) 5급공채 기출 3문	
기출 86	직장폐쇄 (5)·····	371
	제27회(2018) 공인노무사 기출 4문	
기출 87	직장폐쇄 (6)·····	375
	제28회(2019) 공인노무사 기출 3문	
기출 88	부당노동행위 총론 ·····	379
	제28회(2019) 공인노무사 기출 4문	
기출 89	불이익취급 ·····	383
	제62회(2018) 5급공채 기출 2문	
기출 90	지배·개입 (1)·····	387
	제56회(2012) 5급공채 기출 2문	
기출 91	지배·개입 (2)·····	390
	제3회(2014) 변호사시험 기출 2문	

---

기출 92 지배·개입 (3)·····	395
제23회(2014) 공인노무사 기출 4문	
기출 93 지배·개입 (4)·····	398
제25회(2016) 공인노무사 기출 3문	
기출 94 지배·개입 (5)·····	402
제26회(2017) 공인노무사 기출 2문	
기출 95 부당노동행위 구제 (1)·····	406
제25회(2016) 공인노무사 기출 3문	
기출 96 부당노동행위 구제 (2)·····	410
제6회(2017) 변호사시험 기출 2문	

# 기출사례 노동법

기출  
01

## 근로기준법상 근로자

제27회(2018) 공인노무사 기출 1문

A사는 가방을 제조·판매하는 회사로서, 백화점을 운영하는 여러 회사들과 거래계약을 체결하여 백화점 내에 A사의 제품을 판매하는 매장을 개설·운영하고 있다. 80개에 달하는 각 매장에는 A사와 체결한 판매용역계약에 따라 A사의 제품을 판매하고 그 대가로 매월 수수료를 지급받는 판매원들이 있고, 이들의 근무기간은 4년 내지 10년이다. 판매용역에 따르면, 수수료는 ‘매장의 월 매출액 × 매장 수수료율 × 개인 수수료율’ 산식으로 산출하되, 판매원 직급별 월 기준금액(매니저 300만 원, 시니어 250만 원, 주니어 200만 원)의 85%에 미달하거나 130%를 초과하여 지급할 수 없도록 되어 있다. 2013년 3월 이와 같은 판매용역계약을 체결한 甲(주니어 판매원)을 포함한 A사의 모든 판매원들은 백화점 영업시간(10:30~20:00)에 맞추어 해당 매장에 출·퇴근 하면서 A사가 정한 가격으로 A사 제품을 판매했다. A사는 각 매장과 연결된 전산망을 통해 매장의 판매실적과 근무상황 등을 실시간으로 파악했고, 수시로 업무 관련 지시를 전달했다. 또한 A사 본사 영업부 직원들이 매주 담당 매장을 방문하여 판매원들의 근무실태를 점검했다. 그 과정에서 A사는 매출부진을 이유로 매니저급 판매원들의 판매용역계약을 해지하기도 했다. 판매원들은 출산, 질병 등 특별한 사유가 있거나 할인 행사로 일손이 부족할 때, A사의 사전 승낙을 받아 아르바이트 직원을 채용해 판매보조 인력으로 활용했다. A사는 비품, 아르바이트 급여 등 매장 운영에 필요한 모든 비용을 부담했다. A사는 본사 직원과 달리 판매원들에게 취업규칙 등을 적용하지 않았고, 사업소득세를 원천징수했으며, 판매원들을 4대 보험에 가입시키지 않았다. 다음 물음에 답하시오.(총 50점)

- (1) 甲은 A회사에게 근로기준법 제56조 제1항에 따른 가산임금을 청구할 수 있는 근로자에 해당하지에 대하여 논하시오.(30점)

**문제 01** (1) 甲은 A회사에게 근로기준법 제56조 제1항에 따른 가산임금을 청구할 수 있는 근로자에 해당하는지에 대하여 논하시오. (30점)

## I. 논점의 정리

甲이 근로기준법 제56조 제1항에 따른 가산임금을 청구할 수 있으려면 우선, 근로기준법상 근로자에 해당해야 한다.

근로기준법상 근로자에 해당하기 위해서는 임금을 목적으로 사업 또는 사업장에서 종속노동을 제공하는 사용종속관계가 인정되어야 하는 바, 이하에서는 甲과 판매용역계약을 체결하고 매월 판매실적에 따른 수수료를 지급받았음에도 불구하고 사용종속관계 아래에서 근로를 제공하는 것으로 인정될 수 있는지 살펴보겠다.

## II. 근로기준법상 근로자

### 1. 법규정

근로기준법은 근로자를 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에서 근로를 제공하는 자”라고 정의하고 있다(근로기준법 제2조 ① 제1호).

### 2. 법률 규정의 분설

#### (1) 직업의 종류와 관계없이

직업의 종류를 불문하기 때문에 사무직, 생산직 등을 불문하고, 그 형태도 정규직, 일용직, 임시직 등을 불문한다.

#### (2) 임금을 목적으로

근로기준법상 근로자는 근로의 대가, 즉 근로기준법 제2조 제1항 제5호의 ‘임금’을 목적으로 하므로 무상 또는 임금 이외의 이익을 목적으로 근로를 제공하는 자는 근로자가 아니다.

#### (3) 사업 또는 사업장

“사업”이란 하나의 활동주체가 유기적 관련 아래 업으로서 계속적으로 하는 모든 활동을 말한다. “사업장”이란 작업이 수행되는 단위 장소 또는 장소적으로 구획된 사업체의 일부분으로서 장소적 개념을 말한다.

#### (4) 근로를 제공하는 자

‘근로’는 정신노동과 육체노동을 모두 포함한다. 그러나 독립적 노동이 아니라 종속적 노동을 의미하므로 사업 또는 사업장의 사업주에 고용되어 그를 위하여 종속적 근로를 제공하는 자에 해당해야 한다.

### 3. 근로기준법상 근로자 판단기준

#### (1) 판례 법리

판례는 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부”를 기준으로 판단한다.

종속적인 관계가 있는지 여부는 ① 업무 내용을 사용자가 정하는지, ② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지, ③ 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ④ 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ⑤ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 ⑥ 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 ⑦ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지 ⑧ 근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성이 있는지 ⑨ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단한다.

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

#### (2) 판례의 판단기준 변화

종래 판례는 “구체적인 지휘·감독”을 받는지 여부를 판단의 요소로 보았으나, 이후에는 업무의 특성과 전문화 등을 고려하여 “상당한 지휘·감독”을 받는지 여부로 변경하였다. 또한 취업규칙 등이 적용되는지, 고정적 임금이 있는지, 근로소득세를 원천징수하는지, 사회보장제도에 의해 근로자로 인정되는지 등은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 이러한 요소만으로 근로자성을 쉽게 부정해서는 안 된다고 보았다.

최근에는 기계, 기구 등을 직접 소유하고 있다고 하여 곧바로 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하고, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자로 단정하지 않아야 한다고 판단한 사례가 있으며, ‘사업에서 핵심적이고 중요한 업무’인지 여부 또는 ‘시설운영에 필수불가결한 것’인지 등을 고려하는 등, 업무의 내용이 그 사업 운영에서 핵심적 요소인지도 판단의 근거로 본 사례 또한 존재한다.



### Ⅲ. 사안의 검토

#### 1. A회사가 백화점 판매원들에게 상당한 지휘·감독을 할 유인이 큰지

A사 매출과 수익 규모는 각 매장 매출 규모에 따라 좌우되므로 판매원들의 판매업무는 A사의 핵심적이고 중요한 부분이라고 할 수 있다.

판매원들의 근무태도는 매출에 직접 영향을 줄 수 있으므로, 판매원들의 적정 업무 수행을 확보하기 위하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다.

#### 2. 상당한 지휘·감독 인정 요소

판매원들은 백화점 영업시간에 맞추어 출퇴근을 하였고, A사가 정한 가격으로 제품을 판매하는 형태로 사실상 근무시간과 업무의 내용이 정해져 있었다.

전산망을 통해 판매실적과 근무상황을 파악하고, 수시로 업무 관련 지시를 전달하였으며, 본사 영업부 직원들이 매장을 방문하여 판매원들의 근무실태를 점검했다는 점에서 상당한 지휘·감독을 인정할 수 있다.

매출부진을 이유로 매니저급 판매원과 판매용역계약을 해지하여 사실상 징계의 권한을 행사했다는 점 또한 상당한 지휘·감독을 인정할 수 있다.

#### 3. 이윤창출과 손실 위험의 귀속 주체인지

출산, 질병 등 특별한 사유가 있거나 할인 행사로 일손이 부족할 때, A사의 사전 승낙을 받아 아르바이트 직원을 채용했고, A사는 비품과 아르바이트 급여 등 매장 운영에 필요한 모든 비용을 부담했다는 점에서 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있지 않았다.

판매원들은 매출액에 따른 수수료를 받았지만 수수료의 상한이 정해져 있어 매출액이 증가하더라도 130%를 초과하여 수수료를 지급받을 수 없었고, 매장의 매출이 부진하더라도 85%에 미달되는 수수료를 지급받지 않았다는 점에서 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는 사업자의 성격을 가진다고 보기 어렵다.

#### 4. 보수가 근로에 대한 성격을 띄고 있는지

판매원들이 매출액에 연동되는 수수료를 지급받았지만 85%를 하한으로 하여 매출액에 따른 성과급 보수 최고 45%까지 추가로 지급받는 형태에 불과한 것으로 볼 수 있고, 백화점 영업시간에 맞추어 매일 일정시간 이상 근로를 제공하면서 일정액 이상 보수를 지급받았으므로 수수료는 판매원들 근로에 대한 대가로서의 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다.

#### 5. 계속성과 전속성이 있는지

판매원들은 4년 내지 10년 동안 백화점에서 A회사 제품 판매업무를 계속해 왔으며, 백

화점 영업시간에 맞추어 제품판매 외에 다른 업무를 수행하기도 사실상 불가능했다는 점에서 계속성과 전속성이 인정된다.

6. 취업규칙 미적용, 사업소득세 원천징수, 4대 보험 미가입한 사정의 판단

취업규칙을 미적용하고, 근로소득세 대신 사업소득세를 원천징수하여 4대 보험에 가입하지 않았다는 사정은 A사가 우월한 지위에서 임의로 정할 여지가 큰 부분이므로 근로자성을 부정할 만한 요소로 삼기는 어렵다.

7. 소결

위와 같은 사정을 종합해 보면, 판매원들은 A회사와 판매용역계약을 체결하였으나 실질적으로는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 수 있다.

IV. 결론

A회사는 판매원들과 제품 판매에 대한 매월 수수료를 지급하는 판매용역계약을 체결하였으나 ① A회사가 판매원들에게 상당한 지휘·감독 권한을 행사하였고, ② 판매원이 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하지 않았으며, 이윤과 손실의 위험을 스스로 안고 있는 독립사업자로 볼 수 없고, ③ 근로에 대한 대가로 임금이 지급되고, ④ 계속성·전속성을 갖췄다. ⑤ 취업규칙 미적용과 사업소득세 원천징수, 4대 보험 미가입의 문제가 있으나 이는 사용자가 임의로 정할 여지가 큰 점에서 근로자성을 부정할 요소는 아니므로 백화점 판매원과 A회사 간에는 사용종속관계가 성립한다.

따라서 ㉠은 근로기준법상 근로자이므로 A회사를 상대로 근로기준법 제56조 제1항에 따른 가산임금을 청구할 수 있다.

## 기출

## 02

## 임원의 근로기준법상 근로자성

제63회(2019) 5급공채 기출 2문

甲은 1990년 1월 1일 섬유 제조업체인 A회사에 생산직 사원으로 입사하였다. 甲은 25년 간 성실히 근무하면서 승진을 거듭하여 2015년 1월 1일 A회사의 기술담당 이사(비등기 임원)로 임명되었다. 甲은 A회사의 주력상품을 생산하는 B공장에 매일 출근하면서 해당 공장의 기술업무를 총괄하는 한편, 가끔씩 대표이사의 지시에 따라 B공장의 생산 공정 변경 및 근로자 배치에 관한 의견서를 작성하여 보고하기도 하였다. 甲은 이사회에 출석한 바 없고 이사로서 대외업무를 본 적은 없으나, 종종 대표이사의 요청에 따라 이사회 회의록에 서명날인하기도 하였다. 2018년 12월 31일 甲은 A회사를 퇴직하면서 퇴직금 지급을 요구하였으나, A회사는 甲이 근로자가 아니라는 이유로 甲의 요구를 거부하였다. 甲이 「근로기준법」상 근로자가 아니라는 A회사의 주장은 타당한가?(10점)

## I. 논점의 정리

甲은 기술담당 이사(비등기 임원)이므로 근로기준법상 근로자가 아니라고 A회사는 주장하고 있다. 이러한 주장은 甲의 업무 수행 내용과 방식이 위임관계에서 사무를 처리했는지, 종속노동을 제공했는지에 따라 타당성이 달라질 수 있으므로, 기술업무를 총괄하면서 대표이사 지시에 따른 업무를 수행하였고 이사회에 출석한 바가 없지만 이사회 회의록에 서명날인한 사정에서 위임사무를 처리한 것으로 볼 수 있는지 이하에서 살펴보겠다.

## II. 임원의 근로자성

### 1. 이사의 지위와 보수의 성격

판례는 주식회사의 임원은 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로, 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니라고 보았으며, 일정한 보수를 받는 경우에도 이를 근로기준법 소정의 임금이라 할 수 없다고 판단하였다.

### 2. 임원의 근로자성 인정기준

#### (1) 판단의 전제

근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.

#### (2) 임원이 근로기준법상 근로자에 해당하는 경우

판례는 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 ① 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 ② 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 보았다.

#### (3) 비등기임원의 근로자성 판단

판례는 대규모 회사의 임원이 ① 전문적인 분야에 속한 업무의 경영을 위하여 특별히 임용되어 ② 해당 업무를 총괄하여 책임을 지고 독립적으로 운영하면서 ③ 등기 이사와 마찬가지로 회사 경영을 위한 의사결정에 참여하여 왔고 ④ 일반 직원과 차별화된 처우를 받은 경우에는, 이러한 구체적인 임용 경위, 담당 업무 및 처우에 관한 특수한 사정을 충분히 참작하여 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는지를 가려야 한다고 판단하였다.

### 3. 사용종속관계 준부의 판단기준

판례는 임금을 목적으로 사업 또는 사업장에서 종속 노동을 제공하는지에 대해서는 ① 업무 내용을 사용자가 정하는지 ② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지 ③ 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지 ④ 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지 ⑤ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 ⑥ 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 ⑦ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지 ⑧ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성이 있는지 ⑨ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하고 있다.

## Ⅲ. 사안의 검토

### 1. 甲의 임용 경위

甲은 1990년 A회사에 생산직 사원으로 입사한 뒤 승진을 거듭하여 A회사의 기술담당 이사로 임명되었다. 전문적인 분야에 속한 업무의 경영을 위하여 특별히 임용된 것이 아니다.

### 2. 해당 업무를 총괄하여 책임을 지고 독립적으로 운영하는지

甲은 B공장의 기술업무를 총괄하고 있지만, 대표이사의 지시에 따라 생산 공정 변경 및 근로자 배치에 관한 의견서를 작성하여 보고하기도 하였다는 점에서 위임받은 사무를 처리 외에 대표이사로부터 일정한 지휘·감독을 받고 있는 것으로 볼 수 있다.

또한, 생산공정 변경과 근로자 배치에 관한 부분을 의견서만 작성한 점에서 해당 업무를 총괄하여 책임을 지고 독립적으로 운영하는 것으로 볼 수는 없다.

### 3. 회사 경영을 위한 의사 결정에 참여하였는지

甲은 이사회에 출석한 바가 없고 출석하지 않은 이사회에 회의록 서명날인만 했다는 점, 이사로서 대외업무를 본 적이 없다는 점에서 회사 경영을 위한 의사결정에 참여한 것으로 볼 수 없다.

### 4. 기타 사용종속관계가 인정되는 사정

B공장이라는 근무장소가 정해져 있는 것으로 볼 수 있다는 점, 매일 출근하여 업무를 수행한다는 점에서 근무시간과 근무장소에 대한 구속이 존재하는 것으로 볼 수 있다.

#### Ⅳ. 결론

위와 같은 사정을 종합해보면 甲은 해당 업무를 자신의 책임 아래 독립적 운영하지 않았고, 위임받은 업무 외 대표이사의 지시에 따라 종속적으로 근로를 제공했으며, 회사 경영을 위한 의사결정에 참여하지 않았다는 점에서 A회사와 일정한 사무처리를 위임받은 것이 아닌 종속관계에서 근로를 제공한 것으로 볼 수 있다. 따라서 A회사의 주장은 타당하지 않다.

**기출** 취업자격을 가지지 않는 외국인 근로자**03** 제62회(2018) 5급공채 기출 3문

상시 200명의 근로자를 고용하여 다이아몬드 가공 공구를 제작하는 E회사는 소속 근로자에게 현금으로 매 1개월마다 임금을 지급하였다. 이와 별도로 E회사는 사규에 따라 근로자에게 근로의 대가로서 매월 정기적으로 식대보조비와 연료보조비를 각각 현물로 지급하였다. 태국 국적의 근로자 乙은 2015년 9월 1일 E회사에 입사하여 설비의 관리를 담당해 왔다. 이후 乙은 2017년 3월 20일 사직하면서 E회사에 퇴직금 지급을 요구하였다. 이때 乙이 요구한 퇴직금은 식대보조비와 연료보조비를 포함하여 산정된 것이었다. E회사는 (가) 乙이 외국인이므로 근로기준법이 적용되지 아니하고, (나) 퇴직금 산정에 현물로 지급된 식대보조비와 연료보조비가 포함되어서는 안 된다는 점을 들어 乙의 퇴직금지급 요구를 거부하였다. E회사가 제시한 사유 (가)는 정당한가?(15점)

## I. 논점의 정리

E회사는 외국인이므로 근로기준법이 적용되지 않아 퇴직금이 지급될 수 없음을 주장하고 있다. 이 주장이 타당한지에 대해 다음과 같은 사항을 검토하여야 한다.

설문에서는 태국 국적의 근로자 乙의 취업자격 여부가 불분명한 바, 취업자격이 있는 경우와 취업자격이 없는 경우로 나누어 근로기준법이 적용되는 외국인 근로자에 해당하는지를 살펴보고자 한다. 만약, 출입국관리법상 고용제한 규정의 적용을 받는 불법체류 외국인에 해당하는 경우라도 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금을 받아온 경우, 근로기준법이 적용될 수 있는지 이하에서 검토해보겠다.

## II. 외국인 근로자 乙이 근로기준법 적용을 받을 수 있는지

### 1. 관련 조문

근로자퇴직급여보장법에서 퇴직금을 받을 수 있는 근로자는 근로기준법상 근로자를 의미한다(근로자퇴직급여보장법 제2조, 제4조). 근로기준법상 근로자는 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말하며, 사용자와의 관계에서 사용종속관계에 있는 경우 근로기준법상 근로자에 해당한다고 본다(근로기준법 제2조 ① 1호).

### 2. 취업자격 있는 외국인 근로자의 근로기준법 적용

근로기준법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되며, ‘상시’ 근로자수 산정에 외국인 근로자도 포함된다(근로기준법 제 11조 ①).

또한, 국내에서 운영되는 한 근로기준법이 적용되며, 외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률 제22조에서는 외국인 근로자를 차별대우해서는 안 된다고 명시하고 있다. 따라서 국내에서 취업자격이 있으며 종속노동을 제공하고 있는 외국인 근로자는 근로기준법이 적용된다.

### 3. 취업자격 없는 외국인 근로자의 근로기준법 적용

#### (1) 관련 조문 및 문제점

출입국관리법에서는 ‘누구든지 체류자격을 가지지 않은 외국인을 고용하여서는 아니 된다’라고 규정하면서 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지하고 있다(출입국관리법 제18조 ③).

근로자 乙은 2015년 9월 1일에 입사하여 2017년 3월 20일까지 설비 관리 업무를 담당하고 그에 대한 대가로 임금을 받아온 바, 위 규정에 따라 고용이 제한되는 불법체류 외국인일 경우에도 이미 제공한 근로에 따른 권리를 인정받을 수 없는 것인지가 문제된다.



## (2) 취업자격 없는 자의 근로기준법상 지위에 관한 대법원 판례

## 1) 출입국관리법의 취지

출입국관리법의 외국인고용제한규정은 취업자격 없는 외국인 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로 보기 어렵다.

## 2) 근로기준법상 근로자성 해당 여부

따라서 취업자격 없는 외국인이 출입국관리법상의 고용제한 규정을 위반하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그것만으로는 그 근로계약이 당연히 무효라고는 할 수 없으며, 사용자종속관계에서 근로를 제공하고 임금을 받아온 자라면 근로기준법상 근로자에 해당한다.

## 4. 사안의 검토

상시 200명의 근로자를 고용하고 있는 E회사는 근로기준법이 적용되고 근로자 乙이 적법체류 외국인이라면 종속노동을 제공하고 있는지만 문제된다. 사안에서 乙은 ① 설비의 관리를 담당하면서 종속노동을 제공하였고 ② E회사의 사규를 적용받았으며 ③ 그 대가로 매월 임금과 정기적인 식대보조비와 연료보조비를 지급받아 온 점에서 임금을 목적으로 종속노동을 제공한 것에 해당하므로 근로기준법상 근로자에 해당한다. 만약 외국인 근로자임을 이유로 퇴직금을 지급하지 않을 경우 외국인 근로자 차별 처우 금지 규정에 저촉된다.

한편, 근로자 乙이 출입국관리법에 의한 고용제한 규정을 위반하여 근로계약을 체결했는지라도 판례에 따라 근로계약이 당연히 무효라고 할 수 없으며, 이미 제공한 근로에 대해서는 노동관계법상 제반 권리를 인정받을 수 있다.

## Ⅲ. 결론

근로자 乙의 적법체류 여부와 관계없이 임금을 목적으로 종속노동을 제공하였으므로 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당한다. 따라서 E회사가 제시한 사유는 타당하지 않으므로 근로자 乙에게 퇴직금을 지급하여야 한다.

## 박원철 노무사

19회(2010) 공인노무사 시험 합격

고려대학교 일반대학원 법학과(사회법전공) 석사과정 수료

월비스 한림법학원 공인노무사 노동법 전임

서울특별시교육연수원 인사노무 분야 강사

서울특별시교육청 동작·관악 교육지원청 교육공무직원 인사위원회 위원

한국환경산업기술원 정규직전환평가 심의위원

서울혁신센터 인사위원

한국로봇산업협회 전문위원

前) 공공기관 기획조정실, 공공기관 총무팀, 공기업 법무팀 근무

現) 노무법인 파트너노무사(지사장)

## 기출사례 노동법

2020년 2월 5일 초 판 제1쇄인쇄

2020년 2월 15일 초 판 제1쇄발행

저 자 박 원 철

발행인 이 중 은

발행처 새 흐 름

서울특별시 마포구 독막로 295 삼부골든타워 212호

전 화 (02) 713-3069 FAX (02) 713-0403

등 록 2014. 1. 21, 제2014-000041호(윤)

홈페이지 [www.sehr.co.kr](http://www.sehr.co.kr)

저자와  
협의하여  
인지첨부를  
생략함

파본은 바뀔드립니다.

본서의 무단복제행위를 금합니다.

정 가 22,000원

ISBN 979-11-6293-123-3