

근로기준법의 적용 범위

국제화에 따라 우리나라 소재 외국인 기업에서 근로를 제공하는 근로자, 반대로 외국에 소재하는 우리나라 기업에서 근로를 제공하는 근로자 등 국제적 근로계약관계가 증가하고 있다. 이와 관련해 최근 중노위에서는 외국기업 한국사무소의 경우 근로기준법이 적용되는지 여부에 대해 주목할 결론을 내리고 있어서 주의가 필요하다. 국제적 근로계약관계와 관련한 근로기준법의 적용 범위에 대한 주요 쟁점들을 살펴보고자 한다.



이 광 선
법무법인 지평 파트너 변호사

성균관대 법학과를 졸업하고, 고려대 대학원에서 노동법 석사학위를 받았다. 현재 같은 대학원 노동법 박사과정에 있으며, 미국 미네소타 로스쿨에서 LL.M 과정을 수료했다. 35기 사법연수원을 거친 후 법무법인 지평에서 파트너 변호사로서 노동 업무를 담당하고 있다.

1. 들어가며

근로기준법은 일부 규정을 제외하고는 원칙적으로 상시 5명 이상 근로자를 사용하는 사업(장)에 적용된다. 이와 관련해 하나의 사업(장) 판단기준, 상시근로자 수 판단기준 등이 문제될 수 있다. 또한 최근에는 국제화에 따라 우리나라 소재 외국인 기업에서 근로를 제공하는 근로자, 반대로 외국에 소재하는 우리나라 기업에서 근로를 제공하는 근로자 등 국제적 근로계약관계가 증가하고 있다.

이와 관련해 외국기업에 채용돼 한국에서 근무하는 자에게도 근로기준법이 적용되는지 등 근로기준법의 국제적 적용 범위와 관련한 것이 최근 들어 자주 문제되고 있다. 특히, 최근 중노위에서는 외국기업 한국사무소의 경우 근로기준법이 적용되는지 여부에 대해 주목할 결론을 내리고 있어서 주의가 필요하다. 이와 관련한 주요 쟁점들을 살펴본다.

2. 국제적 적용범위

기본적으로 근로기준법은 속주주의를 원칙으로 한다. 최근 국제적 근로계약관계가 문제되는 경우가 많이 발생하는데, 이 경우를 유형화하면 다음과 같다.

①외국인과 외국기업이 외국에서 근로계약을 체결한 후 외국인이 한국에서 근로를 제공하는 경우(이하 ‘제1 사례’), ②한국인과 외국기업이 한국에서 근로계약을 체결하고 한국에서 근로를 제공하는 경우(이하 ‘제2 사례’), ③한국기업과 외국인이 외국에서 근로계약을 체결하고 외국인이 외국에서 근로를 제공하는 경우(이하 ‘제3 사례’),

④외국기업과 한국인이 외국에서 근로계약을 체결하고 한국인이 외국에서 근로를 제공하는 경우(이하 ‘제4 사례’), ⑤한국기업과 한국인이 한국에서 근로계약을 체결하고 한국인이 파견돼 외국에서 근로를 제공하는 경우(이하 ‘제5 사례’)가 문제될 수 있다.

제1 사례의 경우 판례는 외국법인과 외국인이 외국에서 근로계약을 체결한 후 외국법인의 한국사무소(영업소 또는 지점)에서 근무하던 중 해고를 당한 경우 근로기준법이 적용된다고 판단했다.¹⁾ 국제사법 제28조 제2항에서도 준거법을 정하지 않은 경우 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법이 적용된다고 규정하고 있다.

제2 사례의 경우 근로제공지가 한국이므로 근로기준법이 적용된다. 만약 외국기업과 한국인이 근로계약을 체결하면서 준거법을 외국법으로 약정하더라도 국제사법상 근로제공지인 한국의 근로기준법보다 근로자에게 불리할 경우에는 근로기준법이 적용된다(제28조 제1항).

제3, 제4 사례의 경우 근로제공지가 한국이 아닌 이상 근로기준법이 적용되지 않는다. 제5 사례의 경우 한국기업과 한국인 간에 체결된 근로계약의 경우 근로제공 장소와 무관하게 근로기준법이 적용된다.²⁾

3. 하나의 사업(장)의 판단기준

사업주가 여러 개 사업을 영위하고 있을 때 하나의 사업 또는 사업장인지 여부는 장소와 독립성을 기준으로 판단

1) 대법원 1992.7.28. 선고 91다41897 판결

2) 서울고등법원 1973.6.29. 선고 71나2458 판결, 2012.9.20. 근로개선정책과-4720

최근 외국기업 진출이 늘어나서 근로기준법의 국제적 적용범위와 관련한 분쟁들이 발생하고 있으므로, 이와 관련해서는 판례가 어떠한 판단을 할 것인지 주목해 추이를 지켜볼 필요가 있다. 또한 국내기업의 해외법인 또는 해외출장소나 지점 등에 따라 근로기준법의 적용관계가 달라지므로, 필요시 전문가 확인을 거쳐 근로기준법 적용관계를 명확히 해 뒤야 한다.

한다. 원칙적으로 같은 장소에 있으면 하나의 사업으로 보고, 장소가 떨어져 있으면 별개 사업으로 보는 것이 일반적이다. 판례는 경영상 일체를 이루면서 유기적으로 운영되는 기업 조직을 하나의 사업으로 보고 있다.³⁾

개인이 운영하는 가구 제조업체(A), A와 동일한 장소에서 A 소속 인력과 급여를 관리하고 회계 및 영업을 담당한 법인(B)이 '하나의 사업장' 인지 여부가 문제된 사안에서 A의 근로자가 B로 옮기면서 별도 퇴사절차를 거치지 않은 점, A와 B가 동일한 장소에서 가구의 제조·판매를 위해 유기적으로 활동한 점 등을 종합할 때 하나의 사업장으로 인정한 행정심판 사안도 있다.⁴⁾ 그 외에도 판례는 한국방송공사의 방송업무 부분과 시청료 징수업무 부분,⁵⁾ 무역업무를 담당하는 서울본사와 섬유제품 생산업무를 담당하는 부산공장,⁶⁾ 학교법인 ○○○○학원 산하 ○○대학교와 그 부속의료원·병원⁷⁾이 '하나의 사업'에 해당한다고 판단했다.

판례는 국회의원 입후보자가 선거활동을 위해 일정한 장소에서 선거사무소를 두고 인력을 일급제로 고용해 자신의 지휘·감독 하에 선거홍보활동을 하게 한 경우 그 선거사무소는 근로기준법 제11조에서 정한 사업장에 해당한다고 판단했다.⁸⁾

4. 상시근로자 판단기준

판례는 '상시 5인 이상 근로자를 사용하는 사업(장)'이라 함은 상시 근무하는 근로자 수가 5인 이상이 아니라 사용하는 근로자 수가 상시 5인 이상인 사업(장)을 의미한다고 본다. '상시'란 근로자 수가 때때로 5인 미만인 되는 경우가 있어도 사회통념에 의해 객관적으로 판단해 상대적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다는 것이 판례의 태도다.⁹⁾ 여기의 근로자에는 당해 사업장에 계속 근무하는 근로자뿐만 아니라 그때그때 필요에 따라 사용하는 일용근로자,¹⁰⁾ 불법으로 취업한 근로자도 포함된다.¹¹⁾

상시 사용하는 근로자 수는 해당 사업(장)에서 법을 적용해야 할 사유가 생긴 날 전 1개월 동안 사용한 근로자 연인원(총인원)을 같은 기간 중 가동 일수로 나눠 산정한다.¹²⁾ 다만, 이런 방법으로 근로자를 사용한 결과 5인 미만이라도 일별로 근로자 수를 산정했을 때 5인에 미달한 수가 2분의 1 미만인 경우에는 근로기준법이 적용되는 사업(장)으로 본다.¹³⁾ 예를 들면, 5인 근로자를 사용한 일수는 14일, 4인 근로자를 사용한 일수는 10일일 경우 상시근로자 수는 4.6인[= (5인 × 14일 + 4명 × 10일) / 24일]이 되지만, 5인에 미달해 사용한 날이 2분의 1 미만이므로 상

3) 대법원 1994.6.24. 선고 92다28556 판결
4) 중앙행정심판위원회 2011-03523, 2011.11.8.
5) 대법원 1993.2.9. 선고 91다21381 판결
6) 대법원 1993.10.12. 선고 93다18365 판결
7) 대법원 1999.8.20. 선고 98다765 판결

8) 대법원 2007.10.26. 선고 2005도9218 판결
9) 대법원 2000.3.14. 선고 99도1243 판결, 대법원 2008.3.27. 선고 2008도364 판결
10) 대법원 2000.3.14. 선고 99도1243 판결, 대법원 2008.3.27. 선고 2008도364 판결
11) 2000.11.16. 근기 68207-3601
12) 근로기준법 시행령 제7조의2 제1항
13) 근로기준법 시행령 제7조의2 제2항



시 5인 이상 사용한 사업(장)이 된다.

최근 중노위는 외국기업 한국사무소에서 채용한 상시근로자 수가 5인 미만이라도 해당 외국기업이 근로자의 채용, 해고에 관한 모든 결정 및 절차를 진행한 경우 외국기업 근로자 수를 포함해 5인 이상일 경우에는 근로기준법이 적용된다고 결정했다.¹⁴⁾ 비록 중노위 결정이지만, 법원 판단도 이와 동일할 경우에는 외국기업의 경우 대부분 한국사무소(영업소)의 근로자 채용, 해고 등에 관한 모든 결정을 외국본사가 진행하고 있으므로 한국사무소의 근로자 수가 5인 이하더라도 근로기준법이 적용될 가능성이 높다.

에 제한을 받지 않는다.

다만, 근로자퇴직급여보장법에서는 4인 이하 사업장에서 2010년 12월 1일부터 퇴직금(퇴직연금) 제도가 적용되게 됐다(부칙 제8조). 이 때 2010년 12월 1일부터 2012년 12월 31일까지는 법정 퇴직금의 50%, 2013년 1월 1일부터는 법정 퇴직금의 100%를 지급할 의무가 있다.

참고로 해고 관련 근로기준법 조항이 적용되지 않을 경우 민법상 고용계약의 조항이 적용돼 기간의 정함이 없는 고용계약은 언제든지 계약해지를 통고할 수 있고, 통지받은 날로부터 1개월 경과하면 해지 효력이 발생하게 된다(민법 제660조).

5. 5인 미만 사업장에 적용되는 근로기준법 조항

5인 미만 사업장에는 근로기준법의 일부 내용이 적용되지 않는다. 적용되지 않는 근로기준법의 주요 조항은 제2장(근로계약) 규정 중 23조 제1항(해고 등의 제한), 24조(경영상 이유에 의한 해고제한), 27조(해고사유의 서면통지), 29조(부당해고 등의 구제신청), 34조(퇴직급여 제도), 제3장(임금) 규정 중에는 46조(휴업수당), 제4장(근로시간과 휴식) 규정 중 56조(연장·야간 및 휴일근로), 60조(연차유급휴가) 등이다. 따라서 5인 미만 사업장에서는 해고사유

6. 인사담당자 주의사항

모든 사업장에 근로기준법이 모두 적용되는 것이 아니다. 상시근로자 수에 따라 적용되는 근로기준법 조항이 다르므로 주의가 필요하다.

그 외에도 최근 외국기업 진출이 늘어나서 근로기준법의 국제적 적용범위와 관련한 분쟁들이 발생하고 있으므로, 이와 관련해서는 판례가 어떠한 판단을 할 것인지 주목해 추이를 지켜볼 필요가 있다. 또한 국내기업의 해외법인 또는 해외출장소나 지점 등에 따라 근로기준법의 적용 관계가 달라지므로, 필요시 전문가 확인을 거쳐 근로기준법 적용관계를 명확히 해 두어야 한다. **노법**

14) 중앙노동위원회 2013부해417, 2013.7.31