

제5장 근로자 개념과 법률문제, 취업규칙



1. 근로자와 사용자

■ 근로자 개념

- 법률: 직업의 종류와 관계 없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람
- 판례: 사용자와 종속적 관계에서 지휘감독(지휘명령)을 받아 일하는 사람

✓ 근로기준법상 근로자의 의미

- 노동관계법령은 사용자로부터 지휘감독(지휘명령)을 받아 종속적 근로를 제공하는 관계에 있는 자를 보호대상으로 함.
- 종속적 관계가 아니라 독립적 노무를 제공하는 자(도급, 용역, 위탁계약, 프리랜서 등 = 택배기사, 레미콘 기사, 골프장 캐디, 보험설계사 등)는 근로기준법상 근로자가 아니라는 것이 판례의 기본적인 입장임.
- 즉 이들과 같이 종속적 근로를 제공하는 것이 아니라, 독립적 노무를 자는 근로기준법 보호 대상이 아님.

1. 근로자와 사용자

■ 사용자 개념

- 사용자란 사업주 또는 사업의 경영담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자(근로기준법 제2조 제1항 제2호)

• 경영담당자

- 사업주로부터 사업경영에 대하여 포괄적 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표(대리)하는 자.

• 사업주를 위하여 행동하는 자/항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자

- 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여 받은 자(통상 각 부서장, 부장, 차장 등). 다만, 직급이나 직책에 따라 일률적으로 판단하는 것이 아님(위임전결 범위, 근무평정 권한, 지휘명령 권한 등)
- 그 직무상의 의무와 책임이 노동조합 조합원으로서의 의무와 책임에 저촉되는 위치에 있는 자(대표이사 등 경영진 비서, 전용운전기사, 감사부서, 시설 보안 담당 등). 다만, 업무의 내용이 보조적, 조언적인 것에 불과하여 업무수행과 조합원 활동 사이에 실질적인 충돌이 발생할 여지가 없는 자는 해당하지 않음

1. 근로자와 사용자

■ 노동조합 개념(노조법 제2조 제4호)

- “노동조합”이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다.

- 가. 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우
- 나. 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우
- 다. 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우
- 라. 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우
- 마. 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우

2. 근로자와 사용자 관련 법적 문제

■ 근로자성 문제

- 판례는 근로기준법상 근로자 여부를 판단하는 기준으로, 계약의 형식적 측면(계약서의 명칭이 근로계약인지, 아닌지)보다는 실질적인 측면, 즉 업무 수행 과정에서 “종속성”이 나타나는지, “지휘명령(지휘감독)을 받으면서 일하는지” 여부에 주목하고 있음
- 실무에서는 어떠한 노무공급계약의 당사자가 근로기준법상 근로자인지 여부에 대한 법적 다툼이 많이 발생함. 특히 형식적으로 근로계약을 체결하지 않은 당사자임에도 자신이 근로자임을 주장하는 소송들이 많이 제기됨. 그 이유는 자신이 만일 근로자라면 노동관계법령의 보호를 받아 근로자로서의 수많은 권리들을 주장하여 인정받을 수 있기 때문임
- 근로계약이 아니라, 위탁계약, 용역계약 등 다른 명칭의 노무공급계약을 체결한 경우 계약 당사자 간의 법률적 관계는?
 - 근로계약이라면? 노동관계법의 보호를 받게 됨
 - 근로계약이 아니라면? 노동관계법의 보호 대상이 아님

3. 근로기준법상 근로자 판단

■ 대법원의 근로자성 여부 판단기준

- 근로기준법상 근로자인지 여부에 대한 법원 판단 기준
- 단, 각각의 항목들을 모두 충족해야 하는 것은 아니고, 1)을 핵심적인 판단기준으로 삼되 나머지 요소들을 종합적으로 고려하여 판단함

- 1) 업무수행과정에서 사용자로부터 상당한 지휘감독을 받는지
- 2) 취업규칙이나 복무규정 등이 적용되는지
- 3) 사용자가 근무시간, 장소를 지정하고 있는지
- 4) 작업도구 등 생산수단의 부담을 지는지
- 5) 보수의 노무 대가성, 기본급, 고정급 유무
- 6) 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지
- 7) 노무공급의 계속성 및 상대방 전속성 유무와 정도
- 8) 근로소득세 원천징수 여부 및 사회보장법상 근로자 지위여부

3. 근로기준법상 근로자 판단



3. 근로기준법상 근로자 판단

■ 근로기준법상 근로자 인정 사례와 사실관계

1) 헬스트레이너

- 출퇴근 카드 등 근태 관리, 휴가 사용시 승인 등 결재 필요, 헬스트레이너 역할 외에 기타 관리 업무(청소, 회원관리, 주말당직표 작성 등)의 업무 수행

2) 헤어디자이너

- 출퇴근 카드 등 근태 관리, 지각 및 무단결근시 벌금 부과, 자유로운 휴가사용 제한, 미용시술 업무 외에 회의 참석, 매장홍보활동 참석, 미용시술금액 및 할인적용 독자 결정 불가, 미용실이 공급하는 시술제품, 미용기계 사용, 보수체계(고정급 또는 매출액에 따른 인센티브 중 높은 금액)

3) 입시학원 강사

- 강의시간, 강의장소 지정, 강의 외 부수적 업무 수행, 강의시간 수에 시간급을 곱하여 보수를 지급받은 점 인정

3. 근로기준법상 근로자 판단

■ 근로자 부정 사례와 사실관계

1) 헤어디자이너

- 공동으로 미용실 운영에 대한 약정을 하며 매출액을 약정비율에 따라 배분, 달리 기본급이나 고정급 없는 점, 영업시간, 결근, 지각 등에 대하여 관리, 감독하였다는 증거가 없음

2) 입시학원 단과반 강사

- 사업소득세 스스로 납부, 수업 내용 방법 등에 지휘감독도 없고, 강의평가 등 근무태도 평가도 없고, 해당과목 강의시간 외에 출퇴근 시간의 정함도 없고 보수도 수강료 수입의 50%를 배분 받아, 강사마다 또는 동일강사도 월마다 소득의 변동이 많은 점을 들어 근로자성 부정

4. 도급과 파견의 구별

KBS | 1일 전 | 네이버뉴스

'5년 소송' 남해화학 사내하청, 오늘 첫 정규직 출근

지난 달 대법원으로부터 근로자 지위 확인 소송에서 최종 승소판결을 받은 남해화학 사내하청 노동자 42명이 정규직 신분으로 오늘 첫 출근했습니다. 남해화학 비...

남해화학 여수공장 하청노동자 42명 정규직 입사..."추가 ... 데일리한국 | 1일 전
남해화학사내하청 노동자 42명, 정규직으로 첫 출근 여수넷통뉴스 | 1일 전
여수 남해화학 하청노동자 42명 정규직 첫 출근 전국매일신문 | 1일 전

뉴스1 | 2023.09.19. | 네이버뉴스

남해화학 비정규직회, 원청에 "정규직 전환" 촉구...대법서 최종 ...

민주노총 남해화학 비정규직회는 19일 사측을 상대로 제기한 '근로자 지위 확인 소송'에서 최종 승소한 데 대해 "원청은 사내하청 노동자들을 정규직으로 전환하...

대법원 "남해화학 하청 근로자 직접 고용 의무" KBS | 2023.09.19. | 네이버뉴스
남해화학 사내하청, 근로자지위확인소송 승소... 시... 여수넷통뉴스 | 2023.09.19.
남해화학 '여수산단 최초' 불법파견 대법원 확정 매일노동뉴스 | 2023.09.19.

남도일보 | 2023.09.20.

여수산단 남해화학 비정규직지회, "원청, 노동자들 정규직 전환해...

/민주노총 남해화학비정규직회 제공 국내 1위 비료 제조사로 전남 여수국가산단에 소재한 남해화학의 사내하청 노동자(민주노총 비정규직지회)들이 지난 19일 사...

전남매일 | 2022.09.15.

"포스코, 사내하청 노동자 정규직 전환해야"

금속노조 광주전남지부가 15일 "대법원의 판결에 따라 포스코 사내하청 비정규직을 정규직으로 즉각 전환하라"고 촉구했다. 전국금속노동조합 광주전남지부 포스...

"대법원 판결대로 포스코 하청 노동... kbc광주방송 | 2022.09.15. | 네이버뉴스

프레시안 | 2022.07.28. | 네이버뉴스

대법 "포스코 사내하청 노동자 포스코 소속 정규직 전환해야"

정 변호사는 "포스코와 대리인은 정규직과 사내하청 노동자 사이의 업무는 중간에 흐름이 끊긴다고 주장했으나 고등법원과 대법원은 자동차 생산 공정처럼 컨베이...

대법 "사내하청도 포스코 근로자"...하청지회 노조 "불... 청년일보 | 2022.07.28.
"포스코 하청 노동자도 정규직"...대법원, 11년만에... 서울파이낸스 | 2022.07.28.
대법 "사내하청도 포스코 소속 노동자"... 경향신문 | 2022.07.28. | 네이버뉴스
포스코 사내하청 노동자들, 대법원 불법파견 확... 비즈니스코리아 | 2022.07.28.

관련뉴스 8건 전체보기 >

아주경제 | 2022.07.28.

대법, 포스코 사내하청 직원들 '근로자 인정'..."정규직 전환 늘려...

소송을 주도한 금속노조 포스코사내하청지회는 대법원 선고 직후 기자회견을 열어 포스코 사내 하청 직원들 모두 정규직으로 전환하라고 주장했다. 하청지회는 "대...

[판결] 대법원, 포스코 사내하청 노동자 '정규직 지위' ... 법률신문 | 2022.07.28.
[기획] "포스코 불법 파견"... 짐이 된 ... 디지털타임스 | 2022.07.28. | 네이버뉴스

4. 도급과 파견의 구별



4. 도급과 파견의 구별

■ 도급

- 당사자 일방(수급인)이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고 상대방(도급인)이 그 일의 결과에 대해 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약
- 각 당사자 사이의 법률관계
 - 도급인과 수급인: 도급계약 관계
 - 수급인과 수급업체 근로자: 근로계약 관계
 - 도급인과 수급업체 근로자:

※ 도급인은 법률상 관계 없는 수급업체 근로자에 대하여 업무에 대한 지휘명령을 할 수 없음



4. 도급과 파견의 구별

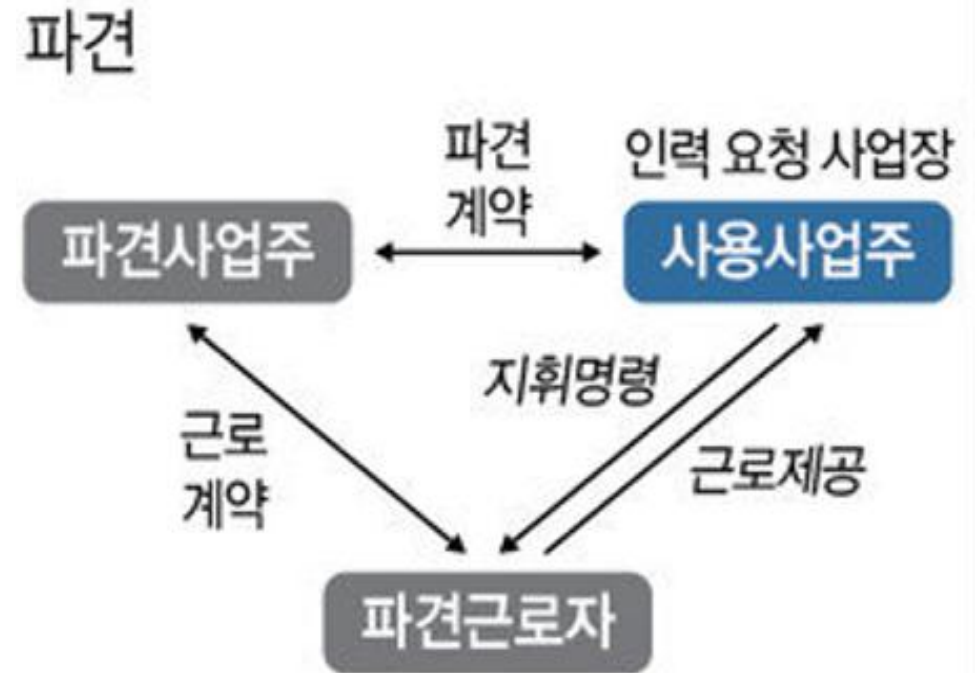
■ 근로자 파견

• 근로자 파견의 주요 내용

- 파견사업주가 근로자를 고용한 후, 그 고용관계를 유지하면서 파견사업주와 **사용사업주**간에 근로자파견계약에 따라 **사용사업주의 지휘명령을 받아** 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다

✓ 주요 용어 개념

- 파견근로자: 사용사업주의 지휘명령을 받는 근로자
- 파견사업주: 파견근로자와 고용계약(근로계약)을 체결한 사업주
- 사용사업주: 파견사업주와 파견계약을 체결한 사업주
- 사용사업주와 파견근로자의 관계: 직접 고용관계 없으나 자신의 근로자와 동일하게 지휘명령할 수 있음.



4. 도급과 파견의 구별

• 근로자 파견의 대상 업무

- 대통령령으로 정한 32개 업무. 제조업의 직접생산공정업무는 제외함.
- 단, 위 근로자 파견 대상 업무에 해당하지 않더라도, 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우(3+3, 최대 6개월)에는 근로자파견을 할 수 있음
- 한편, 절대적 금지 대상 업무로 건설현장 업무, 선원 업무, 산업안전보건법상 유해위험 업무 등을 규정하면서 이에 해당하는 경우에는 어떤 경우에도 파견을 금지함.

• 파견기간

- 1년을 넘지 못하고, 3자 간의 합의가 있는 경우 연장가능하나, 연장된 기간을 포함하여 최대 2년을 넘지 못함
- 다만, 고령자(만55세 이상)에 대해서는 2년을 초과하여 파견기간을 연장할 수 있음.

4. 도급과 파견의 구별

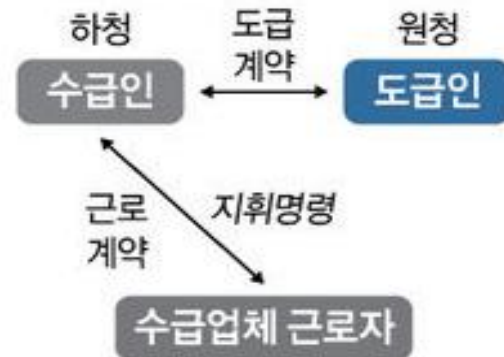
• 파견법 위반에 따른 고용의무

- 사용사업주가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 당해 파견근로자를 직접 고용하여야 한다.
 - ① 파견대상 업무가 아닌 업무에 파견근로자를 사용한 경우
 - ② 직접생산공정 등 절대금지 업무에 사용한 경우
 - ③ 총 파견기간인 2년을 초과하여 사용한 경우
 - ④ 무허가 파견업체로부터 파견근로자를 사용한 경우
- 파견법 위반으로 사용사업주는 파견근로자에 대한 직접고용 의무 발생(근로조건 차액에 대한 손해배상)/ 형사처벌

4. 도급과 파견의 구별

'불법파견' 논란, 도급·파견 주요 체계

도급(하청)



파견



불법파견 판단 여부



도급 관계시

원청사업자(일감을 준 사업자)

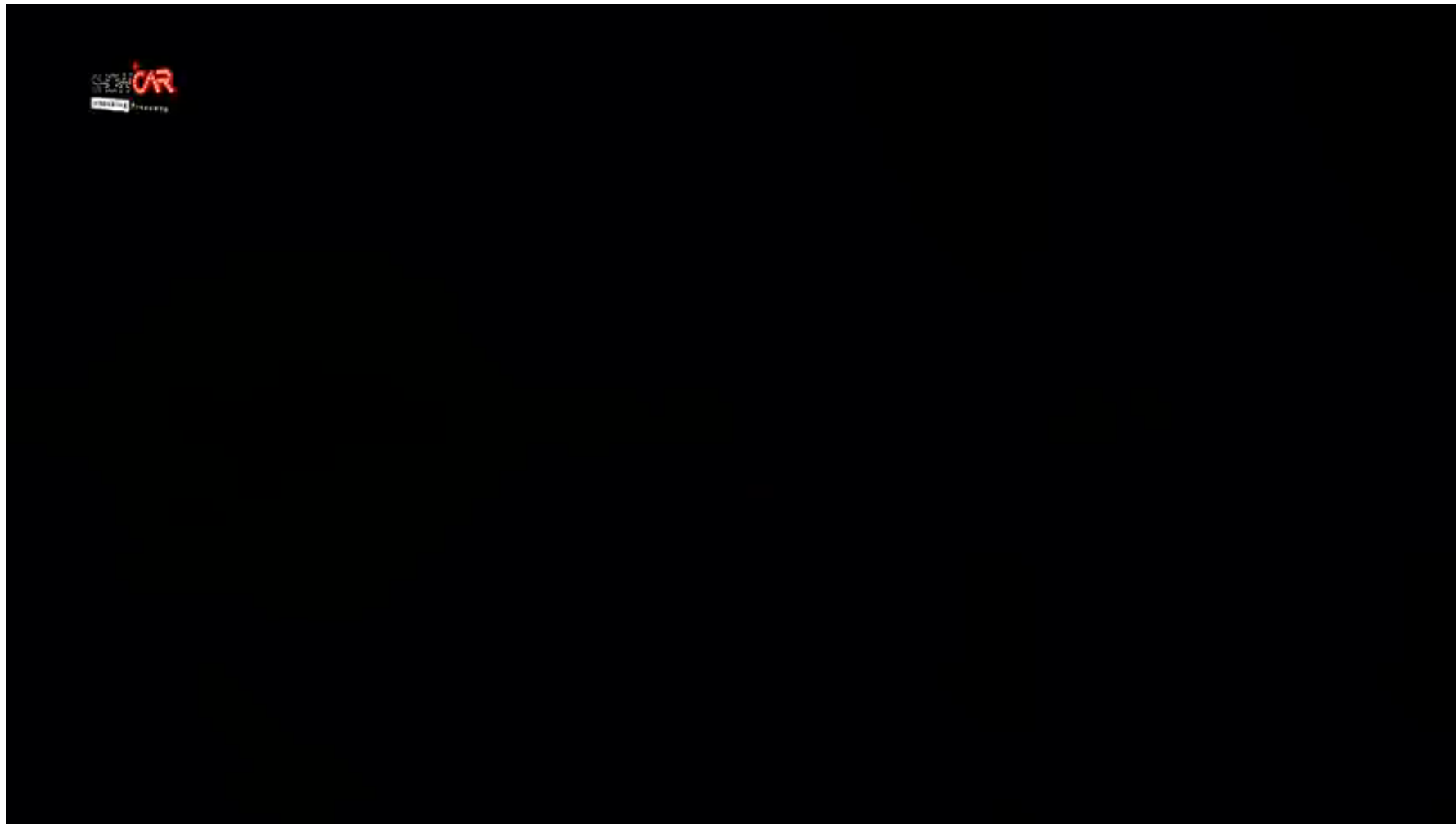
❌ 업무 지시 등 '근로 감독' 불가
(지시·감독은 근로자 파견에 해당)

도급(하청) 근로자

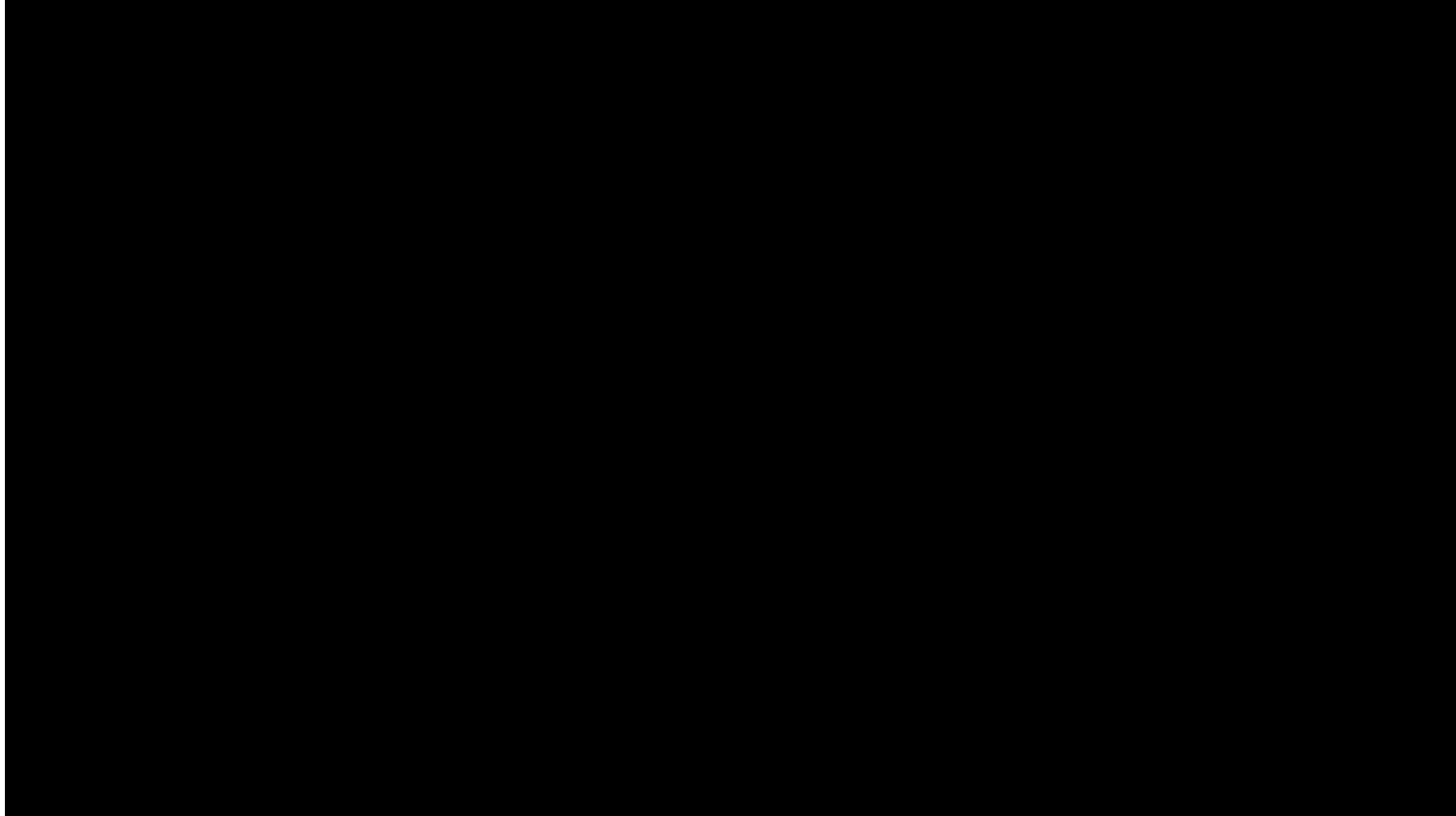
자료/ 고용노동부 등 관계 부처

연암뉴스

4. 도급과 파견의 구별



4. 도급과 파견의 구별



5. 취업규칙

■ 취업규칙의 의의

- 취업규칙은 명칭을 불문하고 근로조건에 관하여 사용자가 근로자에게 획일적으로 적용하기 위해 설정한 규칙
- 취업규칙에 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하고, 무효로 된 부분은 취업규칙에서 정한 기준에 따르도록 함.

■ 취업규칙의 작성

- 상시 10인 이상 근로자를 사용하는 사용자는 소정의 사항에 관한 취업규칙을 작성하고, 게시하여야 함(위반시 500만원 이하의 과태료)
- 근로시간(시업, 종업, 휴게, 휴가에 관한 사항), 임금(퇴직금, 기타 각종 제수당), 퇴직, 징계, 포상, 안전과 보건 등에 관한 사항 기재
- 인사규정, 복무규정, 징계규정, 휴가규정, 경조사규정, 급여규정 등 사업의 근로자 전체에 적용될 사항을 규정한 것이라면 모두 취업규칙에 해당

5. 취업규칙

- 취업규칙의 변경

- 요건: 의견청취 의무

- 해당 사업장에 근로자과반수로 조직된 노조가 있는 경우, 그 노조의 의견을, 만일 그러한 노조가 없는 경우에는 근로자과반수의 의견을 들어야 함
- 위반시 500만원 이하의 벌금

5. 취업규칙

■ 취업규칙의 불이익 변경

• 요건: 과반수노조의 동의 또는 근로자과반수 집단 동의

- 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노조가 있다면 그 과반수 노조의 동의를 받아야 하며, 만일 과반수 노조가 없다면 근로자 과반수의 집단 동의 필요
 - 과반수란? 하나의 취업규칙에서 하나의 근로조건이 통일적으로 적용되는 대상 근로자 전체의 과반수
 - 위반시 500만원 이하의 벌금
- ✓ 집단동의란, 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간에 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식의 동의

5. 취업규칙

■ 불이익 변경 여부의 판단

- 변경되는 근로조건이 적용되는 전체 근로자 각각의 개별적 입장의 유불리 여부
- 유리한 내용과 불리한 내용이 섞여 있는 경우에는 변경된 내용의 대가관계나 연계성이 있는 제반상황을 종합적으로 고려하여 판단하되, 대체로 불이익한 변경으로 보는 것이 판례의 태도

■ 기존 근로자 vs 신규 입사자

- 동의를 얻지 못한 경우, 불리하게 변경된 취업규칙의 효력은 기득이익이 침해되는 종전 근로자에 대하여만 무효이고, 변경 이후 신규 입사자에 대해서는 유효하다는 것이 판례의 입장

5. 취업규칙

■ 사회통념상 합리성의 폐기와 집단적 동의권 남용

- 종전 판례는 불리한 변경이라도, 동의를 대신할 만한 '사회통념상의 합리성'이 있다면 동의를 얻지 않아도 변경 가능하다는 입장을 오랜 기간 유지하였음.
- 그러나 최근 대법원 전원합의체는 근로자대표의 동의를 얻지 못하면 취업규칙 불이익 변경은 '사회통념상 합리성' 여부와 관계 없이 원칙적으로 불가하다고 판시하여 '사회통념상 합리성' 법리를 폐기함.
- 다만, '집단적 동의권 남용'이라는 법리를 제시하며 근로자집단이 동의권을 남용했다고 볼만한 특별한 사정이 있다면 함(2023.5.11. 대법관 7:6)

■ 집단적 동의권 남용의 판단 기준

- 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고
- 사용자가 노동자의 동의를 구하고자 진지하게 설득 노력하였지만
- 노동자 측이 합리적인 이유 없이 취업규칙 변경에 반대한 경우

요약

1. 근로자란 사용자와 ()관계에서 ()을 받아 일하는 사람을 말한다
2. 근로자 파견시 파견대상 업무가 아닌 업무에 파견을 사용하면 파견법 위반에 해당하여 사용사업주는 해당 파견근로자를 ()해야 한다.
3. 근로자 파견은 최대 ()년을 초과하여 사용할 수 없다.
4. 취업규칙의 불이익변경은 ()의 동의를 얻어야 한다. 다만 그 사업장에 ()가 없으면 ()의 ()동의를 얻어야 한다
5. 최근 대법원은 취업규칙 변경에 관하여, 근로자의 동의 없이도 효력을 인정했던 ()을 폐기하고 ()이라는 법리를 새롭게 제시했다