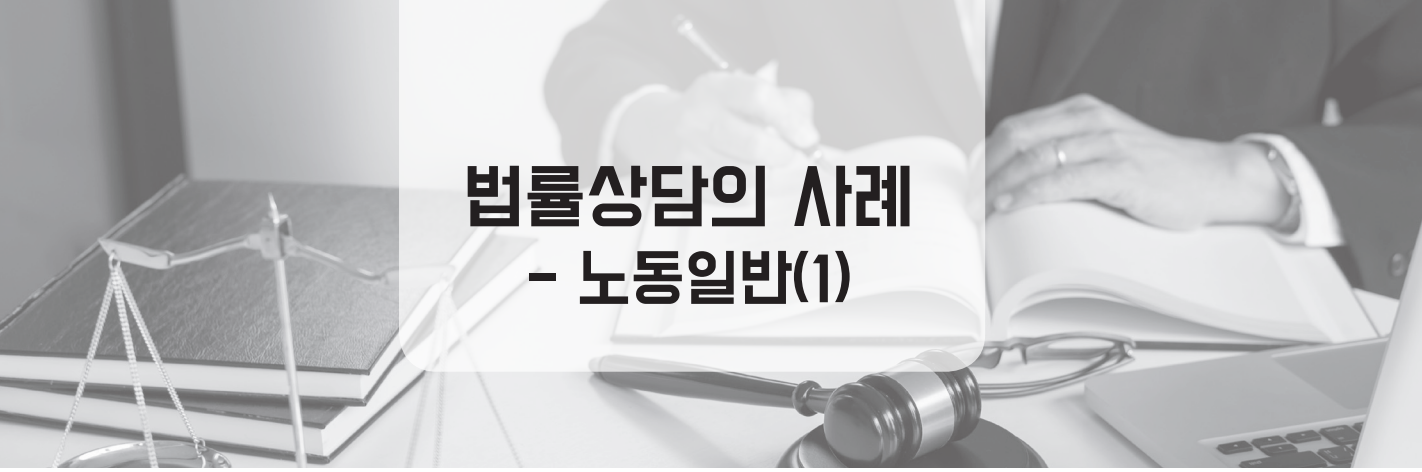

법률상담의 사례
- 노동일반(1)

〈편집자 주〉

대한법률구조공단에서 지난 30년 동안 축적한 법률상담사례를 주제별로 2023년 신년호부터 20건씩 게재할 예정이다. 관심 있는 독자들에게 권해 드린다.

–저작권자/ 대한법률구조공단

제 목

회사분할로 퇴직금 일괄수령 후 재입사 형식 취한 경우 계속근로인지

질 문

저는 甲회사에 입사하여 5년째 되던 해 소속부서 업무가 乙회사로 독립되자 甲회사에서 일방적으로 근로자들을 일괄 사직처리하고 퇴직금을 수령하도록 한 후, 그 다음 날짜로 乙회사에 입사한 것으로 하였습니다. 그 후 제가 乙회사를 퇴직하게 되자 乙회사에서는 乙회사 근무기간 4년 9개월에 해당되는 퇴직금만을 지급하겠다고 합니다. 이 경우 甲회사에 입사한 때부터 乙회사에서 퇴직할 때까지의 기간을 계속근로연수로 하여 지급배수를 정한 누진퇴직금을 받을 수는 없는지요?

답 변

기업의 합병·분할·영업양도 등의 경우 근로자들이 조직변경 전후에 계속하여 근무를 하되, 일단 근로자들이 종전의 기업에서 퇴직하고 그 근무연수에 해당하는 퇴직금을 지급받은 후 새로운 기업에 신규입사형식을 취한 경우에는 근로자의 자의에 의한 것이냐 아니면 회사의 경영방침에 의한 일방적 결정에 따른 것이었느냐에 따라서 결론이 달라질 수 있습니다.

이에 관하여 판례는 "근로자가 스스로의 필요나 판단에 따라 자유로운 의사에 기하여 사용자에게 사직서 등을 제출하고 이에 따라 당해 기업으로부터 소정 퇴직금을 정산하여 지급받은 경우에는 사직서 등의 제출이 사용자의 일방적인 경영방침에 따라 어쩔 수 없이 이루어지거나 단지 형식적으로 이루어진 것으로 볼 수 없어 이로써 당해 기업과 근로자와의 근로관계는 일단 유효하게 단절되고, 이 경우 근로자가 당해 기업에 종전의 근무경력을 인정받고 곧바로 재입사하여 계속 근무하다가 퇴직하였다고 하더라도 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로연수를 산정함에 있어서는 재입사한 때로부터 기산하여야 한다."라

고 하고 있습니다(대법원 1999. 12. 6. 선고 98다46198 판결; 2001. 9. 18. 선고 2000다60630 판결).

그러나 근로자가 스스로의 의사에 의한 것이 아니고 합병·분할·양도 이전기업의 퇴직금을 지급하기 위한 방편이나 또는 경영방침에 의한 일방적인 결정에 따라 퇴직과 재입사의 형식을 거친 것에 불과하다면 계속근로관계는 단절되지 않고, 이 경우에는 근로자가 퇴직하면 그 기업은 종전 기업의 재직기간을 합산한 계속근로연수에 따른 퇴직금에서 이미 지급한 퇴직금을 공제한 차액을 지급하여야 합니다(대법원 1992. 7. 14. 선고 91다40276 판결; 2005. 2. 25. 선고 2004다34790 판결).

따라서 위 사안에 있어서 귀하도 甲회사에서 퇴사하고 퇴직금을 수령한 후 乙회사에 재입사한 것이 귀하의 자의에 의한 것이 아니고 회사의 경영방침에 따라 일방적으로 위와 같이 한 것이라면 귀하는 근로관계의 계속을 주장하여 甲회사에 최초로 입사한 때부터 乙회사를 최종퇴직할 때까지의 재직기간을 퇴직금산정기간으로 하여 최종적으로 퇴직할 때의 평균임금을 기준으로 산정한 퇴직금에서 甲회사에서 퇴직할 때 수령한 퇴직금을 공제한 나머지 금액을 청구할 수 있을 것입니다.

제 목

학습지판매위탁 상담교사도 근로기준법상의 근로자인지

질 문

저는 학습지제작·판매회사인 甲회사와 위탁업무계약을 체결한 교육상담교사입니다. 저와 같은 경우에도 「근로기준법」상의 근로자로서 퇴직금을 청구할 수 있는지요?

답 변

「근로기준법」상 근로자의 범위에 관하여 판례는 "근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 이를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로자체의 대상적(對償的) 성격을 가지고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정하여야 하는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 반대로 어떤 근로자에 대하여 누가 근로기준법 제28조 제1항(현행 근로기준법 제34조), 제30조(현행 근로기준법 제36조)가 정하는 퇴직금 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 이 때에도 위와 같은 여러 요소

들을 종합적으로 고려하여야 한다."라고 하였습니다(대법원 1999. 2. 9. 선고 97다56235 판결; 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결; 2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결)

또한, "학습지 등을 제작·판매하는 회사와 위탁업무계약을 체결한 교육상담교사의 경우 그 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 그 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 그 회사로부터 지급받는 수수료는 그 위탁업무수행을 위하여 상담교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 신규회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 종속적인 관계에서의 근로제공의 대가로써의 임금이라 보기 어려운 점 및 그밖에 업무수행시간의 정함이 없는 점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 교육상담교사는 그 회사와의 사이에 사용·종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로자로 볼 수 없다."라고 하였습니다(대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결; 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결).

따라서 귀하의 경우에도 위와 같은 종합적인 기준에 의하여 「근로기준법」상의 근로자인지 여부를 판단하여야 할 것인바, 위 판례에 비추어 볼 때 「근로기준법」상의 근로자로 인정되기는 어려울 것으로 보입니다.

제 목

대학병원의 전공의가 근로기준법상의 근로자에 해당하는지

질 문

저는 甲대학병원에서 전공의 과정을 밟고 있는 레지던트입니다. 그런데 몇 달 전부터 저에 대한 임금이 지급되지 않고 있어 병원측에 그 지급을 요구하였으나, 병원측은 레지던트 과정도 교육의 과정이므로 임금을 지급하지 않아도 되며 그 전에 얼마씩 지급한 것도 장학금 내지 생활비조로 병원측에서 호의적으로 지급한 것이었다고 말하고 있습니다. 저는 계속 이를 다투었다가는 장래에 좋지 않은 영향을 줄 것도 같아 어떻게 하여야 할지 모르겠습니다. 좋은 방법이 있는지요?

답 변

「근로기준법」 제2조 제1항 1호에서는 '근로자'를 '직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다'라고 정의하고 있습니다.

귀하의 경우 '전공의'과정은 '전문의'자격을 따기 위한 필수적인 수련과정에 해당한다는 점에서 과연 귀하가 근로기준법 소정의 '임금을 목적으로 근로를 제공하는 자'에 해당하는지 여부가 다투어질 수 있습니다.

이에 관하여 판례는 "인턴 또는 레지던트 등 '수련의', '전공의'의 경우에도 그들이 비록 전문의 시험자격취득을 위한 필수적인 수련과정에서 수련병원에 근로를 제공하였다고 하더라도 수련의, 전공의의 지위는 교과과정에서 정한 환자진료 등 피교육자적인 지위와 함께 병원에서 정한 진료계획에 따라 근로를 제공하고 그 대가로 임금을 지급받는 근로자로

서의 지위를 아울러 가지고 있다 할 것이고, 또한 병원측의 지휘·감독아래 노무를 제공함으로써 실질적인 사용·종속관계에 있다고 할 것이므로 전공의는 병원경영자에 대한 관계에 있어서 근로기준법상의 근로자에 해당한다."라고 하였습니다(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다57672 판결; 2001. 3. 23. 선고 2000다39513 판결).

따라서 귀하는 「근로기준법」의 보호를 받을 수 있으므로 임금 등의 지급을 구할 권리가 있고, 만일 이로 인해 어떠한 불이익한 처우를 받게 된 경우에는 역시 근로자의 지위에서 권리구제를 받을 수 있을 것입니다.

제 목

학교법인이 운영하는 대학교의 시간강사가 근로자인지

질 문

대학교에서 시간강사로 위촉한 강사들이 근로자임을 전제로 근로복지공단에서 학교법인 앞으로 산업재해보상보험료등을 부과하였습니다. 그런데 학교법인에서 근무하는 시간강사들 대부분이 정해진 기본급이나 고정급이 없고, 근로소득세도 원천징수되지 않는 일시적인 근로제공관계에 있는데 이러한 경우에도 시간강사가 근로자로서 인정되어 학교법인이 산업재해 보상보험료등을 납부해야 하는지요?

답 변

「근로기준법」 제2조 제1항 제1호는 "'근로자'란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다."라고 규정하고 있습니다.

근로자의 범위에 관하여 판례는 "근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다."라고 하였습니다(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결).

한편, 위 사안과 관련하여 판례는 "학교법인이 운영하는 대학교에서 강의를 담당한 시간강사들은 학교측에서 시간강사들의 위촉·재위촉과 해촉 또는 해임, 강의시간 및 강사

료, 시간강사의 권리와 의무 등에 관하여 정한 규정에 따라 총장 등에 의하여 시간강사로 위촉되어 대학교측이 지정한 강의실에서 지정된 강의시간표에 따라 대학교측이 개설한 교과목의 강의를 담당한 점, 대학교측의 학사관리에 관한 규정 및 학사일정에 따라 강의계획서를 제출하고 강의에 수반되는 수강생들의 출·결석 관리, 과제물 부과와 평가, 시험문제의 출제, 시험감독, 채점 및 평가 등 학사관리 업무를 수행한 점, 위와 같은 업무수행의 대가로 시간당 일정액에 실제 강의시간 수를 곱한 금액(강사료)을 보수로 지급받은 점, 시간강사가 제3자를 고용하여 위와 같은 업무를 수행하는 것은 규정상 또는 사실상 불가능한 점, 시간강사가 위와 같은 업무를 수행하면서 업무수행에 불성실하거나 대학교의 제반 규정을 위반하고 교수로서의 품위를 유지하지 못하는 경우 등에는 전임교원(총장, 학장, 교수, 부교수, 조교수 및 전임강사)에 대한 재임용제한 및 해임 또는 파면 등 징계처분과 동일한 의미를 갖는 조치인 재위촉제한 또는 해촉(해임)을 받도록 되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 대학교의 시간강사는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 학교법인에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.” 라고 하였습니다(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결).

따라서 대학교의 시간강사를 근로기준법에서 정한 근로자임을 전제로 하여 학교법인에 산업재해보상보험료 등을 부과하는 처분은 정당하다고 보입니다.

참고로 대학입시학원 종합반 강사들의 근로기준법상 근로자 해당 여부에 관하여 판례는 “대학입시학원 종합반 강사들의 출근시간과 강의시간 및 강의장소의 지정, 사실상 다른 사업장에 대한 노무 제공 가능성의 제한, 강의 외 부수 업무 수행 등에 관한 사정과 그들이 시간당 일정액에 정해진 강의시간수를 곱한 금액을 보수로 지급받았을 뿐 수강생수와 이에 따른 학원의 수입 증감이 보수에 영향을 미치지 아니하였다는 사정 등에 비추어 볼 때 위 강사들이 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 하면서, 비록 그들이 학원측과 매년 ‘강의용역제공계약’이라는 이름의 계약서를 작성하였고 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙 등의 적용을 받지 않았으며 보수에 고정급이 없고 부가가치세법상 사업자등록을 하고 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수 당하였으며 지역의료보험에 가입하였다고 하더라도 위 강사들의 근로자성을 부정할 수 없다” 라고 한 사례도 있습니다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결).

제 목

자기소유 버스로 사업주의 회원 운송을 하면 근로기준법상 근로자인지

질 문

저는 제 소유 버스를 수영장 사업주의 명의로 등록하고 위 수영장에 전속되어 위 수영장이 정한 운행시간 및 운행노선에 따라 회원운송용으로 운행하고 있고, 위 수영장의 사업주로부터 매월 일정액의 급여를 지급받고 있습니다. 이러한 경우 제가 차량운행 중에 재해를 당하면 「근로기준법」상 근로자로서 산업재해보상을 받을 수 있는지요?

답 변

「근로기준법」상의 근로자에 해당하는지 여부에 관하여 판례는 "근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다."라고 하였습니다(대법원 1997. 12. 26. 선고 97다17575 판결; 2001. 4. 13. 선고 2000도4901 판결; 2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결).

그러므로 근로제공자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여 그것이 곧 자기의 계산과 위험부담하에 사업경영을 하는 사업자라고 단정할 것은 아닙니다.

귀하가 위 수영장이 정한 운행시간 및 운행노선에 따라 회원운송용 버스를 왕복운행하고, 일일운행점검표를 작성하여 매일 결재를 받는 등 그 운행에 관하여 수영장의 지시·감독을 받았고, 타인으로 하여금 위 버스를 대신 운행하게 하는 것이 거의 불가능하였으며, 위 수영장에 전속되어 노무를 제공하였을 뿐 위 버스를 이용하여 다른 영업행위를 한 사실이 없는 점 등이 인정된다면 비록 근로계약서, 임금대장이 작성되지 않았다거나 근로소득세가 원천징수되지 않았다고 하더라도, 귀하는 위 수영장에 대하여 사용·종속적인 관계에서 자신 소유의 차량을 이용하여 근로를 제공하는 방법으로 근로를 제공하고 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 임금을 받는 자로 보입니다(대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48986 판결).

따라서 귀하가 위 차량운행 중 재해를 당하게 되면 「근로기준법」상의 근로자로서 산업재해보상을 받을 수 있을 것으로 보입니다.

제 목

외국인회사의 경우에도 근로기준법이 적용되는지

질 문

저는 외국인이 경영하는 상시 근로자 10명인 회사에서 근무하고 있습니다. 이 경우에도 「근로기준법」이 적용되는지? 구체적인 적용기준은 어떤지요?

답 변

「근로기준법」 제11조 제1항은 "근로기준법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다."라고 규정하고 있고, 이는 국가·지방자치단체에 의한 사업은 물론 국영기업체, 공익사업체, 사회사업단체, 종교단체가 행하는 모든 사업에 적용됩니다(서울지법 1996. 9. 10. 선고 96가단90373 판결; 대법원 1979. 3. 27. 선고 78다163 판결).

이와 같이 「근로기준법」은 이 법의 적용대상이 되는 사업을 한정시키지 않고 모든 사업에 적용되도록 규정하고 있으므로 사업의 개념은 탄력적으로 파악되어야 할 것입니다.

여기서 사업 또는 사업장의 판단기준과 관련하여 문제되는 것은 다음과 같습니다.

첫째, 한 사업주가 2개 이상의 사업장을 갖는 경우에 장소적으로 분산되어 있다 하여도 동일한 조직적 관련을 가지고 사업의 독립성

이 없을 경우에는 하나의 사업장으로 보아야 할 것입니다.

둘째, 계절적 사업 또는 일용근로자만을 사용하는 사업장의 경우도 같은 법의 적용을 받아야 합니다(대법원 1987. 4. 14. 선고 87도153 판결).

셋째, 외국인사업에 대해서는 외국인회사가 우리나라에서 한국인 노동자를 고용하여 사용자의 지위를 가지는 한, 자연인이나 법인을 불문하고 근로기준법상의 규정 및 의무를 준수·이행하여야 합니다.

넷째, 「근로기준법」도 국내법으로서 국내에서만 적용되며 통치권이 미치지 못하는 국외의 사업장에 대해서는 적용되지 않는 것이 원칙입니다. 그러므로 한국인이 경영하는 외국소재 기업체에서는 근로기준법이 적용되지 않습니다. 반면, 국내에 본사(기업체)가 있고 그 출장소나 지점 등이 외국에 있는 경우에 그 출장소나 지점에 근무하는 한국인 노동자에게는 「근로기준법」및 「산업재해보상보험법」이 적용됩니다(산업재해보상보험법 제122조).

다만, 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장이라도 다음의 경우에는 「근로기준법」이 적용되지 않습니다.

첫째, 동거의 친족만을 사용하는 사업은 종속적 근로관계를 인정할 수 없으니 친족상호간에 누가 사용자이고 노동자인지를 형식적으로 구별하기 곤란하기 때문에 법적용에서 제외하고 있습니다. 그러나 「민법」 제777조에 의한 법률상의 친족범위(8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자)밖에 있는 친족을 근로자로 사용하는 경우에는 「근로기준법」이 적용됩니다.

둘째, 가사사용인은 제외됩니다. 가사사용인이란 일반가정의 가정부, 파출부 등 가사에 종사하는 자를 말합니다. 가사사용인과의 관계는 주로 개인의 사생활과 관련되어 있고 근무시간이나 임금규제를 통하여 국가의 감독행정이 미치기 어렵기 때문입니다.

셋째, 특별법에 의한 적용의 예외로서 선원의 경우는 해상노동의 특이성을 고려하여 선원법이 적용되며, 국가공무원 및 지방공무원은 특별규정(예 : 공무원연금법, 공무원보수규정 등)이 있는 경우에는 「근로기준법」의 적용이 제한되며, 사립학교교직원은 「사립학교법」에 특별히 「근로기준법」의 적용을 배제한다는 규정이 없는 한 「근로기준법」이 적용됩니다.

또한 판례는 “근로기준법 제10조(현행 근로기준법 제11조) 본문에서 ‘상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장’이라고 함은 근로자 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당하고, 나아가 당해 사업장에 계속 근무하는 근로자뿐 아니라 그때 그때의 필요에 의하여 사용하는 일용근로자도 포함하는 것이다.”라고 하였습니다(대법원 1997. 11. 28. 선고 97다28971 판결; 2000. 3. 14. 선고 99도1243 판결 ※ 상시고용근로자수=일정기간 내의 고용자 연인원수/일정사업기간내 가동일수).

따라서 귀하의 경우 외국인회사의 한국지부라도 속지주의 원칙상 한국인 노동자를 고용하여 사용자의 지위를 가지는 한 자연인이나 법인을 불문하고 근로기준법상의 규정 및 의무를 준수·이행할 의무가 있으므로, 사용자가 근로기준법에 위반할 경우에는 고용노동

부 지방노동사무소에 고발하거나 법원에 민사상 소송을 청구할 수 있음은 물론이고, 이외에 별도로 노동위원회에 구제신청도 할 수 있다 하겠습니다.

제 목

산업기술연수생도 근로기준법상 근로자인지

질 문

중국인 乙은 국내 염색가공업체인 甲회사에서 산업기술연수생으로 일을 하던 중 안면부위에 중화상을 입었습니다. 이 경우 乙도 「근로기준법」상의 근로자로서 「산업재해보상보험법」상의 보험금을 받을 수 있는지요?

답 변

「근로기준법」 제2조 제1항 제1호는 "이 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다."라고 규정하고 있고, 「산업재해보상보험법」 제5조 제2호에서 '근로자'는 「근로기준법」에 의한 근로자를 말한다고 규정하고 있습니다.

위 사안과 관련하여 판례는 "산업기술연수사증을 발급받은 외국인이 정부가 실시하는 외국인산업기술연수제도의 국내대상업체에 산업기술연수생으로 배정되어 대상업체와 사이에 상공부장관의 지침에 따른 계약서의 양식에 따라 연수계약을 체결하였다 하더라도 그 계약의 내용이 단순히 산업기술의 연수만에 그치는 것이 아니고, 대상업체가 지시하는 바에 따라 소정시간 근로를 제공하고 그 대가로 일정액의 금품을 지급받으며 더욱이 소정시간외의 근무에 대하여는 근로기준법에 따른 시간외 근로수당을 지급받기로 하는 것이고, 이에 따라 당해 외국인이 대상업체의 사업장에서 실질적으로 대상업체의 지시·감독을 받으면서 근로를 제공하고 수당명목의 금품을 수령하여 왔다면 당해 외국인도 근로기준법 제14조(현행 근로기준법 제2조) 소정의 근로자에 해당한다."라고 하였습니다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누2050 판결; 1997. 10. 10. 선고 97누10352 판결).

따라서 乙의 경우에도 「근로기준법」상의 근로자로서 「산업재해보상보험법」상의 보험금을 받을 수 있을 것으로 보입니다.

제 목

경리부장 겸 상무이사의 경우 근로기준법상의 근로자에 해당되는지

질 문

저는 甲주식회사에서 경리부장 겸 상무이사로서 5년간 근무하다가 퇴직하였으나 그 퇴직금을 단 한푼도 지급받지 못하였는데, 그 이유는 제가 형식상 甲회사의 상무이사로 되어 있었고, 이사의 퇴직금에 관하여는 별도로 정한 바가 없으며 이사는 「근로기준법」상의 근로자가 아니기 때문에 퇴직금을 지급할 수 없다고 하는데, 저는 퇴직금을 지급받을 수 없는지요?

답 변

사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 하며(근로기준법 제34조, 근

로자퇴직급여 보장법 제4조), 「근로기준법」 제2조 제1항 제1호는 '근로자'라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다고 규정하고 있습니다. 그러므로 이사로서의 지위를 겸하고 있었던 귀하가 「근로기준법」에 의하여 퇴직금을 지급받을 수 있는 근로자에 해당되는지가 문제됩니다.

이에 관하여 판례는 "회사의 업무집행권을 가진 이사 등 임원은 그가 회사의 주주가 아니라 하더라도 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 사용자의 지휘·감독아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니어서 근로기준법상의 근로자라고 할 수 없다."라고 하면서 "정관 및 관계법규상 이사의 보수 또는 퇴직금에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정되어 있는 경우 금액, 지급방법, 지급시기 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 이사의 보수나 퇴직금청구권을 행사할 수 없다."라고 하였습니다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28228 판결).

그러나 "근로기준법의 적용을 받는 근로자란 사용자로부터 근로의 대가를 받고 사용자에게 근로를 제공하는 자를 말하는 것이므로, 회사의 이사가 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 이외에 사용자의 지휘·감독아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 근로기준법상의 근로자라고 볼 수 있다."라고 하였습니다(대법원 1992. 5. 12. 선고 91누11490 판결; 2005. 5. 27. 선고 2005두524 판결).

따라서 귀하의 경우도 귀하가 회사로부터 위임받은 이사로서의 사무를 처리하는 이외에 사용자의 지휘·감독아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 「근로기준법」상의 근로자라고 보아 퇴직금을 청구할 수 있을 것으로 보입니다.

제 목

실업자도 노동조합 및 노동관계조정법상의 근로자에 해당되는지

질 문

저는 현재 직장을 구하는 중에 있는 실업자로서, 지역별 노동조합이 생긴다고 하기에 이에 가입하고 싶습니다. 가입이 가능한지요?

답 변

직장생활을 하는 근로자를 보호하기 위한 법률로는 「근로기준법」이 있고, 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권이라는 근로3권을 보장하기 위한 법률로는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 '노조법'이라 한다)이 있습니다.

「근로기준법」 제2조 제1항 제1호에 의하면 '근로자'란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말하며, 「노조법」 제2조 제1호에 의하면 '근로자'라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자로 규정하고 있습니다.

또한 「노조법」 제2조 제4호는 "'노동조합'은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으

로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말하며 다만, 같은 호 라목에 의하면 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 않는다."라고 규정하고 있습니다.

이와 관련하여 지역별 노동조합이 그 구성원으로 '구직중인 여성 노동자'를 포함하여 노동조합설립신고를 한 것에 대하여 판례는 "근로기준법은 '현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가'라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노조법은 '노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가'라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점, 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점에 비추어, 노조법 제2조 제1호 및 제4호(라)목 본문에서 말하는 '근로자'에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다."라고 하였습니다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결).

이에 비추어 볼때 지역별 노동조합이 그 구성원으로 구직중인 실업자도 포함시키도록 하고 있다면, 귀하도 노동조합에 가입이 가능할 것으로 보입니다.

제 목

아파트관리업자와 근로계약한 자의 입주자대표회의에 대한 임금청구권

질 문

甲은 乙아파트관리업자와 근로계약을 체결하고 丙아파트의 경비업무를 담당하고 있는데, 乙이 부도를 내고 도피하였습니다. 이 경우 甲이 丙아파트입주자대표회의에 임금을 청구할 수 있는지요?

답 변

사용자의 정의에 관하여 「근로기준법」 제2조 제1항 제2호는 "사용자란 사업주 또는 사업경영담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다."라고 규정하고 있습니다.

그런데 위 사안에서와 같이 아파트관리업자와 근로계약을 체결한 관리사무소 직원에 대하여 아파트입주자대표회의가 「근로기준법」상 사용자로 될 수 있는지에 관하여 판례는 "아파트입주자대표회의와 사이에 위수탁관리계약을 체결한 아파트관리업자의 대리인인 관리소장이 관리사무소에서 근무하게 된 직원들과 근로계약을 체결하였다면, 그 직원들은 아파트관리업자의 피용인이라고 할 것이므로, 아파트관리업자와 위수탁관리계약을 체결하였을 뿐인 아파트입주자대표회의가 직원들에 대하여 임금지급의무가 있는 사용자로 인정되기 위하여는 그 직원들이 관리사무소장을 상대방으로 하여 체결한 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 직원들이 사실상 입주자대표회의와 종속적인 관

계에서 그에게 근로를 제공하며, 입주자대표회의는 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여 관리사무소 직원들과 입주자대표회의와 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가되어야 하고, 아파트 입주자대표회의가 아파트관리업자와 체결한 위수탁관리계약상의 지위에 기한 감독권의 범위를 넘어 일부 직원의 채용과 승진에 관여하거나 관리사무소 업무의 수행상태를 감독하기도 하고, 또 관리사무소 직원들의 근로조건인 임금, 복지비 등의 지급수준을 독자적으로 결정하여 오기는 하였으나, 관리업자 혹은 그를 대리한 관리사무소장이 근로계약 당사자로서 갖는 관리사무소 직원들에 대한 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화(形骸化)되어 그 직원들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않는다고 할 수 없고, 또 입주자대표회의가 관리사무소 직원들의 업무내용을 정하고 그 업무수행과정에 있어 구체적·개별적인 지휘·감독을 행하고 있다고 볼 수도 없는 경우, 입주자대표회의가 그 관리사무소 직원들과 근로계약관계에 있는 사용자라고 볼 수 없다." 라고 한 바 있습니다(대법원 1999. 7. 12. 자 99마628 결정).

따라서 위 사안의 경우에도 위 판례의 취지와 같이 乙의 관리사무소 직원들에 대한 임면·징계·배치 등 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화(形骸化)되어 그 직원들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않고, 실질적으로 丙아파트입주자대표회의가 그러한 인사권과 업무지휘명령권을 행사하는 경우가 아니라면 甲이 丙아파트입주자대표회의에 대하여 사용자로서 임금을 지급하여야 한다고 주장할 수 없을 것으로 보입니다.

제 목

파견근로자의 사용사업자에 대한 근로자지위확인

질 문

저희는 A발전 주식회사에 파견되어 발전보조업무, 화학시료 채취원, 변전소 보조원의 업무를 수행한 사람들입니다. 저희는 정규직원을 통하여 업무수행에 관하여 교육을 직접 지시받았고, 정규직원과 같은 사무실 내에 자리를 배치받고 같은 회의에 참석하여 필요한 업무지시를 받는 등 정규직원과 혼재되어 근무하면서 각종 지시에 따른 업무를 수행하였으며, 교대근무 배치 또는 그 변경에 관한 권한은 용역업체가 아닌 A발전 주식회사에게 있었고, 근무제 변경과 같이 근무방법변경에 관한 사항도 A발전 주식회사가 주도적으로 결정하여 시행하는 등 근무기간 동안 업무와 관련하여 A발전 주식회사의 지시나 감독을 받았을 뿐, 용역업체로부터는 어떠한 지시나 감독을 받지 않았습니다.

그런데 2년 이상을 근무하였음에도 A발전 주식회사는 저희를 정규직으로 채용해주지 않고, 용역업체가 변경되었으므로 원칙적으로 2년을 근무한 것이라고 볼 수 없다고 주장합니다. 저희는 어떻게 해야 하나요?

답 변

파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라고 합니다)은 직접고용간주 규정을 대

체하여 제6조의2 제1항 에서 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다.”라는 취지로 규정하고 있습니다. 따라서 이러한 파견법하에서 파견기간 제한을 위반한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립합니다. 또한 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있습니다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 참조).

나아가 대법원은 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2 제1항은 사용사업주가 파견기간 제한을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여 행정적 감독이나 처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서도 직접고용관계의 성립을 간주하거나 사용사업주에게 직접고용의무를 부과함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것으로서, 내용이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고, 적용 요건으로 파견기간 중 파견사업주의 동일성을 요구하고 있지도 아니하므로, 사용사업주가 파견기간 제한을 위반하여 파견근로자에게 업무를 계속 수행하도록 한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수는 없다고 판시한 바있습니다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 참조).

따라서 파견업체가 변경된 것은 귀하와 사용사업주(A발전 주식회사)와의 파견법에 따른 직접고용관계에 영향을 줄 수 없으므로, 귀하께서는 A발전 주식회사를 상대로 근로자지위를 확인하는 소송을 제기하는 것과 동시에 직접고용의무불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있습니다.

제 목

골프장 캐디가 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부

질 문

골프장 캐디가 근로기준법상 근로자에 해당하는지요?

답 변

근로기준법(이하 ‘근기법’이라 합니다)상의 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, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업

무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무 시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 합니다.

다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 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 될 것입니다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

한편, 골프장에서 일하는 캐디는, ① 골프장 시설운영자와 사이에 근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있지 않고, ② 그 경기보조업무는 원래 골프장 측이 내장객에 대하여 당연히 제공하여야 하는 용역 제공이 아니어서 캐디에 의한 용역 제공이 골프장 시설운영에 있어서 필요불가결한 것이 아니며, ③ 내장객의 경기보조업무를 수행한 대가로 내장객으로부터 직접 캐디 피(caddiefee)라는 명목으로 봉사료만을 수령하고 있을 뿐 골프장 시설운용자로부터는 어떠한 금품도 지급받지 아니하고, ④ 골프장에서 용역을 제공함에 있어 그 순번의 정함은 있으나 근로시간의 정함이 없어 자신의 용역 제공을 마친 후에는 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, ⑤ 내장객의 감소 등으로 인하여 예정된 순번에 자신의 귀책사유 없이 용역 제공을 할 수 없게 되더라도 골프장 시설운용자가 캐디피에 상응하는 금품이나 근기법 소정의 휴업수당을 전혀 지급하고 있지도 아니하며, ⑥ 내장객에 대한 업무 수행과정에서 골프장 시설운용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않으며, ⑦ 근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧ 내장객에 대한 경기보조업무수행을 해태하여도 그 용역을 제공하는 순번이 맨 끝으로 배정되는 등의 사실상의 불이익을 받고 있을 뿐 달리 골프장 시설운용자가 캐디에 대하여 회사의 복무질서 위배 등을 이유로 한 징계처분을 하지 아니하는 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속 관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근기법 소정의 근로자로 볼 수 없다 할 것입니다. 다만 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자성은 인정할 수 있는 경우가 있습니다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432판결; 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결 참조).

제 목

화물운송회사와 화물자동차운전용역계약을 체결한 운송기사의 근로자성

질 문

화물운송회사와 '화물자동차 운전 용역(도급) 계약'을 체결한 운송기사가 위 회사로부터 제공받은 트레일러를 운전하여 운송업무를 수행하던 중 운전 부주의로 사망한 후, 망인의 배우자가 유족급여 및 장의비 지급을 청구하였으나 근로복지공단이 망인이 근로자가 아니라 사업주에 해당한다는 이유로 거부한 사안에서, 망인은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 운송회사에게 근로를 제공한 근로자에 해당하나요?

답 변

구 산업재해보상보험법이 보호대상으로 삼은 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, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的)성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 합니다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 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 됩니다.

화물 운송업을 영위하는 회사와 '화물자동차 운전 용역(도급)계약'을 체결한 운송기사가 위 회사로부터 제공받은 트레일러를 운전하여 운송업무를 수행하던 중 운전부주의로 사망한 후, 망인의 배우자가 유족급여 및 장의비 지급을 청구하였으나 근로복지공단이 망인이 근로자가 아니라 사업주에 해당한다는 이유로 거부한 사안에서, 위 회사가 망인이 수행하여야 할 구체적인 업무의 내용을 지정하고 운행일보 등의 제출을 요구하는 방식으로 운송기사의 업무 내용을 결정하고 그 업무 수행 과정에서 상당한 지휘·감독을 한 점, 운송업무에 사용되는 화물차량이 위 회사의 소유이고 그 운행에 수반되는 대부분의 비용을 위 회사가 부담한 점, 사실상 제3자에 의한 업무 대행 및 운송기사의 다른 사업장에 대한 노무 제공 가능성이 제한된 점, 망인이 매월 지급받는 보수는 기본급이나 고정급이 아니라 운반 물량에 의하여 정산한 금액이기는 하나 이러한 성과급 형태의 금원은 노동의 양과 질을 평가하는 것이라 할 수 있어 근로의 대가인 임

금의 성격이 반드시 부정된다고 볼 수 없는 점 등에 비추어, 망인은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 운송회사에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 대법원이 판시한 바 있습니다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2007두9471 판결 참조).

따라서 위 판시와 같은 사실관계가 인정된다면 화물 운송업을 영위하는 회사와 '화물자동차 운전 용역(도급)계약'을 체결한 운송기사는 근로기준법상 근로자로 인정될 수 있을 것입니다.

제 목

근로기준법이 적용되는 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에서 상시 5인의 의미

질 문

오전에 4명, 오후에 4명, 저녁에 3명이 일하는 사업장도 상시 5인에 해당되어 근로기준법의 적용을 받을 수 있나요?

답 변

상시 근로자 5인이라는 것은 근무시간마다 5인 이상이어야 하는 것이 아니라 하루에 몇 명이 일하였는가를 30일간의 평균을 계산하여 근무자가 5인 이상이면 5인 이상의 사업장으로 인정하는 것이고, 설령 5인 미만의 근로자가 근무하는 날이 있더라도 전체근무 일수에서 5인이상이 일한 날이 50% 이상이면 5인 이상 사업장으로 봅니다.

오전에 4명, 오후에 4명, 저녁에 3명으로 한 달 내내 일하는 경우 11인이 근무하는 사업장이므로 근로기준법의 적용을 받습니다.

제 목

일용직도 상시 근로자 5인 이상 사업장의 상시 근로자에 해당하는지

질 문

평소 4명이서 일하는 사업장에서 예약이 밀리거나 할 때 일용직을 고용하는 경우도 상시 근로자에 해당되나요?

답 변

대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도364 판결에 따르면 '상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장'이라 함은 '상시 근무하는 근로자의 수가 5인 이상인 사업 또는 사업장'이 아니라 '사용하는 근로자의 수가 상시 5인 이상인 사업 또는 사업장'을 뜻하는 것이고, 이 경우 상시라 함은 상태라고 하는 의미로서 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다 할 것이고, 여기의 근로자에는 당해 사업장에 계속 근무하는 근로자뿐만 아니라 그때 그때의 필요에 의하여 사용하는 일용근로자를 포함한다고 해석하여야 할 것이다라고 판시하므로 일용직을 고용하여 5인 이상이 될 경우 5인 이상 사업장으로 보아야 합니다.

제 목

비정규직의 근로자성

질 문

근로기준법상 근로자에는 정규직만 들어가는 건가요?

답 변

계약직, 파견직도 근로기준법이 적용되며 그 외에 기간제 및 단시간 근로자보호 등에 관한 법률과 파견근로자에 관한 법률 등이 추가적으로 적용됩니다.

제 목

4인 이하 사업장에서 체결한 근로기준법을 위반하는 근로계약의 유효성

질 문

사장 포함 3~4인이 일하는 식당에 월요일부터 토요일까지 9시에 출근하여 22시에 퇴근하고 있습니다. 1주일에 70시간 이상을 근무하는 것인데요. 근로기준법에 따르면 근로시간은 1주일에 40시간을 초과하지 못한다고 알고 있습니다. 이러한 경우도 근로기준법 위반인가요?

답 변

위반입니다. 근로기준법 제11조 제2항에 따르면 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다고 규정되어 있고, 동법 시행령 제7조 및 별표1에 따르면 근로기준법 제15조도 상시 4인 이하 사업 또는 사업장에 적용이 됩니다.

또한 근로기준법 제50조 제1항에 따르면 1주 간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없고 동조 제2항에 따르면 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없으며 당사자 간의 합의가 있다 하더라도 근로기준법 제53조에 따르면 근로시간 연장을 1주에 12시간 이상을 초과할 수 없습니다. 따라서 1주에 52시간을 초과한 부분만큼 근로하기로 한 근로계약은 무효입니다.

제 목

아파트입주자대표회의와 수의관리계약을 체결한 관리사무소가 채용한 직원을 아파트입주자대표회의의 근로자로 볼 수 있는지

질 문

아파트입주자대표회의와 수의관리계약을 체결한 관리사무소에 채용된 직원입니다. 임금이 체불되었는데 아파트입주자대표회의에게 임금을 청구할 수 있나요?

답 변

서울행정법원 2013. 4. 2. 선고 2012구합32246 판결에 따르면 ① 위탁관리업체는 결원 발생 시 직원 추천과 직원 훈련 교육만 담당하게 하고 실질적인 관리는 아파트입주자대표회의가 맡는 방식으로 아파트를 관리·운영하기로 결의하고 ② 아파트입주자대표회의가 관리사무소 직원들에 대한 급여, 4대 보험 보험료 등을 직접 지급하고, 관리사무소 직원들의 근무태도를 감시하며 ③ 아파트입주자대표회의는 관리사무소 직원의 신규임용, 승진, 재계약, 임금지급 등에 관하여 직접 의결

하고 중요 직책 담당자의 경우 채용 면접에 참여하고 ④ 예산과 예산의 집행, 결산, 관리사무소의 기구와 정원의 조정 등에 관하여 아파트입주자대표회의의 승인을 받도록 하며 ⑤ 위탁관리 수수료가 형식적 금액에 불과한 경우에는 입주자대표회의가 관리사무소 직원들의 사용자로서 인사권 및 사실상의 업무지휘명령권 등을 행사함으로써 상당한 지휘·감독을 한 것으로 보이므로 사용자성을 인정한 바 있습니다. 따라서 위와 같은 사정을 증명한다면 아파트입주자대표회의로부터 직접 임금청구가 가능합니다.

제 목

외국인회사의 경우에도 근로기준법이 적용되는지

질 문

외국인이 경영하는 상시 근로자 10명인 회사에서 근무하고 있는 경우에도 근로기준법이 적용되는가요?

답 변

근로기준법 제11조 제1항은 “근로기준법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다.”라고 규정하고 있고, 서울지법 1996. 9. 10. 선고 96가단90373 판결에 따르면 근로기준법 제11조 제1항은 국가·지방자치단체에 의한 사업은 물론 국영기업체, 공익사업체, 사회사업단체, 종교단체가 행하는 모든 사업에 적용됩니다. 또한 근로기준법은 속지주의가 적용됩니다. 이와 같은 점을 모두 고려하여 볼 때 외국인이 경영하는 회사라 하더라도 우리나라 내에서 영업을 한다면 근로기준법이 적용됩니다.

제 목

가사 사용인의 의미

질 문

저희 사업장에는 근무 여건상 식사를 직접 만들어 먹을 수밖에 없는 상황이라 직원들끼리 일정부분의 돈을 각출하여 식사 및 설거지를 도와주시는 아주머니를 고용하였습니다. 아주머니께서 4대 보험을 원하여 4대 보험을 들어드리려고 하니 사업자 명의가 아니라 직원들이 고용한 분이라 4대 보험 가입도 힘들고 또 이 분이 근로기준법의 적용이 배제되는 가사사용인에 해당되는지 궁금합니다.

답 변

근로기준법상 가사사용인이란 개인 가정의 운전기사·가정부·주택 관리인 등 가사에 종사하는 자를 의미합니다. 이들의 근로제공은 개인의 사생활과 밀접한 관련이 있어 국가가 이를 감독하고 감시하는 것은 적합하다는 취지로 따로 구분한 것입니다. 질문의 취지 및 전체의 내용을 고려하였을 때 직원분들이 고용한 아주머니는 직원 식사 제공 목적의 가사 도우미로 판단되어 근로기준법상 가사사용인으로 볼 수 있을 것 같습니다. 즉 근로기준법이 적용되지 않을 것으로 보입니다.