KangNam
Labor Law Firm
Room #1501, A-1501 406, Teheran-ro, Gangnam-gu, Seoul, 06192, Republic of Korea
Tel: +82-(0)2-539-0098
Fax: +82-(0)2-539-4167
www.k-labor.com

History 연혁

2020
- Mar.25. : Published, "**The Practical Guide for Foreign Employment and Immigration**"(2nd ed.) "**외국인 고용과 비자 실무가이드**" 개정판 출간
- May13. : Published, "**Manual on Working Hours, Holidays and Leaves**" 영문/국문 "**근로시간, 휴일, 휴가 매뉴얼**" 출간
- Sep.11 : Published, "**Manual on Irregular Employment and "Employee" Status**" 영문/국문 "**비정규직과 근로자성 판단 매뉴얼**" 출간
- Dec.07 : Published, "**The Korean Labor Law Bible**" (6th ed.) **한국노동법 해설** (6판)

2019
- Dec.01. : Published, "**Wage Manual**" 영문/국문 "**실무자를 위한 임금 매뉴얼**" 출간
- Sep.09. : Published, "**Labor Union Manual**" 영문/국문 "**실무자를 위한 노동조합 매뉴얼**"
- May.22. : Published, "**Manual for Lawful Dismissal**" "**실무자를 위한 해고 매뉴얼**" 출간
- Mar.25. : Published, "**The Practical Guide for Foreign Employment and Immigration**" "**외국인 고용과 비자 실무가이드**" 출간

2018
- Nov.01. : Published "**Workforce Restructuring Manual**" 영문/국문 "**실무자를 위한 인력 구조조정 매뉴얼**" 출간
- Apr.01. : Congratulation! KangNam Labor Law Firm was selected as one of ten law firms by foreigners living in Seoul. 외국인이 뽑은 10대 로펌에 선정

2016
- Jun. : Published, "The Korean Labor Law Bible" (5th ed.) 한국노동법 영문해설 (5판)
- Mar. : Competed update of Mobile App: Korean Labor Law (4th generation) 영문노동법 4세대 모바일 앱(영한노동법전, 한국노동법 영문해설, 노사문제 사례집)

2015
- Jun. : Publication of A Bilingual Code of Korean Labor Law(3rd) 영한노동법전 (제3판)

2014
- Mar. : "**Korean Labor Law : Disputes & Resolutions**" Printing the 3rd edition "**노사문제 사례별 대응방안**" 제3개정판 출시(실제사례, 행정해석, 판례중심) Compete update of App: Korean Labor Law (3rd Generation) 영문노동법 3세대 앱개발 (제3세대)

2012
- May : Published "**A Bilingual Code of Korean Labor Law**" (2nd ed.) **영한노동법전** 2판
- Apr. : Introduction of App (a bilingual code of Korean labor law bible) 영한노동법전 앱개발

2011
- July : Published, "**The Korean Labor Law Bible**" (4th ed.) **한국노동법 영문해설** (4판)
- May : Published, "**A Bilingual Code of Korean Labor Law**" **영한노동법전** 출간
- Mar. : Registered "**Publishing Business**" **출판사업 등록**

2010
- Aug. : Published, "**Korean Labor Law : Disputes and Resolutions**" (2nd edition) '**노사문제 사례별 대응방안**' (2판) 출간

2009
- Feb. : Published, "**The Korean Labor Law Bible**" (3rd edition) **한국노동법 영문해설** (3판) 출간

2008
- Mar. : Published "**Quarterly Labor Cases**" "**노동사례 사건**" 계간지 발행
- Jan. : Published "**Korean Labor Law : Disputes and Resolutions**" (2nd edition) '**노사문제 사례별 대응방안**' (초판) 출간

2006
- Feb. : Published, "**The Korean Labor Law Bible**" (2nd edition) **한국노동법 영문해설** (2판) 출간

2005
- Feb. : Established "**KangNam Labor Law Firm**" **강남노무법인 오픈**
- Jan. : Published, "**The Korean Labor Law Bible**"(1st edition): **한국노동법 영문해설** 출간

근로계약 작성시 유의사항

I. 문제의 소재

최근 근로계약서의 효력에 관한 중요한 판결이 나왔다. 회사는 근로자 과반수의 동의를 받아 상여금을 삭감하는 내용으로 취업규칙을 불리하게 변경하였다. 그러나 반대한 근로자의 근로계약서를 변경하지 않은 이상 유리한 조건 우선의 원칙에 따라 반대 근로자의 상여금은 삭감할 수 없다고 판시하였다.[1] 이와 같은 상황에 대비하여 근로계약서의 서면 작성과 함께 근로조건이 불리하게 변경될 때는 근로계약서의 수정이 불가피하다.

사용자가 근로자를 채용할 경우 제일 먼저 해야 할 일은 근로계약서의 작성이다. 근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 그 대가로 임금을 지급하는 쌍방의 의무를 가진 계약이다(근기법 제2조).[2] 근로계약을 서면으로 작성하는 것은 근로조건을 근로자와 사용자가 명확히 하자는 것이고, 차후 분쟁이 발생할 것을 예방하기 위함이다. 그러한 취지에서 근로계약의 서면 작성은 사용자의 의무사항이고, 이를 위반할 경우 사용자에게 미작성 근로계약 건당 500만원 이하의 벌금(과태료)를 부과한다. 노동분쟁에 있어 입증책임은 사용자가 지기 때문에 사용자 스스로를 보호하기 위해서도 근로계약의 서면 작성은 반드시 필요하다. 이에, 다음에서 근로계약서의 필수 기재사항을 설명하고, 각 고용형태별 실제 표준 근로계약서와 각각의 유의사항에 대해서도 살펴보고자 한다.

II. 근로계약 작성시 필수기재사항

1. 근로자 보호를 위해 필요한 기재사항

근로기준법 제17조를 살펴보면 사용자가 근로계약서를 서면으로 작성하면서 필수 기재사항을 명시하고 동일 서류를 근로자에게도 교부해야 한다고 명시하고 있다. 이를 변경할 때에도 동일하게 교부해야 한다. 작성해야 할 조건은 (1) 임금, (2) 소정근로시간, (3) 제55조에 따른 휴일, (4) 제60조에 따른 연차 유급휴가, (4) 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등이다. 18세 미만인 근로자와 근로계약을 체결하는 경우에는 “친권자의 동의서”를 반드시 첨부해야 한다(근기법 제66조).

기간제근로자나 단시간근로자와 근로계약을 체결하는 때에는 다음과 같은 필수 기재사항을 서면으로 명시하고 교부해야 한다. (1) 근로계약기간에 관한 사항, (2) 근로시간 ·

1) 대법원 2020.4.9. 선고 2019다297803 판결.
2) 하갑례, 「근로기준법」 제33판, 중앙경제, 2020, 127면.

휴게에 관한 사항, (3) 임금의 구성항목 · 계산방법과 지불방법에 관한 사항, (4) 휴일 · 휴가에 관한 사항과 (5) 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항이다. 특히, (6) 근로일과 근로일별 근로시간은 단시간근로자에만 해당된다(기간제법 제17조).

2. 사용자 보호를 위해 필요한 기재사항

근로계약은 노사가 대등하고 동등한 입장에서 작성되어져야 하지만, 실제는 사용자가 다수의 지원자 중에 가장 바람직한 근로자를 선발하여 고용하기 때문에 사용자가 제시한 근로조건 위주로 근로계약이 체결된다. 사용자가 사회적 강자의 입장에서 계약 내용을 결정하기 때문에 근로기준법은 근로계약 작성시 일정 제한을 두고 있다.

이러한 제한 조치에도 불구하고, 사용자는 스스로 보호할 수 있는 조항을 두어 부적격한 근로자나 불성실한 근로자에 대해 해고 등의 필요한 조치를 할 수 있다. 그 조항은 다음과 같다. 첫째, 수습기간을 정하여 업무에 적합하지 않은 근로자를 수습기간 내에 해고할 수 있다. 수습기간은 보통 3개월로 정해지지만, 필요시 연장할 수 있다. 이 경우 최초 3개월 내의 수습근로자에게는 사전예고 없이 해고할 수 있으나, 3개월 초과하여 수습기간을 둔 경우에는 해고 30일 전에 해고예고를 하여야 한다.

둘째, 수습기간을 통해 근로자의 업무 적격여부를 평가하기 어려운 경우에는 수습기간과 함께 1년의 기간제 근로조건을 설정할 수 있다. 셋째, 복무규정 (보안) 준수 서약서를 받아서, 근로자가 복무규정 위반시 징계할 수 있도록 근거를 마련해야 한다. 넷째, 개인 정보 사용 동의서이다. 일반적으로 사용자는 고용된 근로자의 개인정보를 인사관리 목적상 사용할 수 있지만, 인사업무상 법령과 관련 없는 업무에는 사용할 수 없기 때문에 미리 개인정보 사용동의서를 받아 두어야 한다.

III. 근로계약서 서식 및 관련 설명

고용노동부에서 제시한 다섯 가지의 표준 근로계약서를 가지고 각 타입별로 자세히 검토해보고자 한다.

1. 무기계약 근로계약서

1. 근로개시일 :　　년　　월　　일부터
2. 근무 장소 :
3. 업무 내용 :

4. 소정근로시간 : ___시___분부터 ___시___분까지 (휴게시간 : 시 분 ~ 시 분)
5. 근무일/휴일 : 매주 __일(또는 매일단위)근무, 주휴일 매주 __요일
6. 임 금
   - 월(일, 시간)급 : _____원
   - 기타급여(제수당 등) : 있음 ( ), 없음 ( )
     · _____원, _____원
   - 임금지급일 : 매월(매주 또는 매일) _____일(휴일의 경우는 전일 지급)
   - 지급방법 : 근로자에게 직접지급( ), 근로자 명의 예금통장에 입금( )
7. 연차유급휴가
   - 연차유급휴가는 근로기준법에서 정하는 바에 따라 부여함
8. 사회보험 적용여부(해당란에 체크)
   □ 고용보험 □ 산재보험 □ 국민연금 □ 건강보험
9. 근로계약, 취업규칙 등의 성실한 이행의무
   - 사업주와 근로자는 각자가 근로계약, 취업규칙, 단체협약을 지키고 성실하게 이행하여야 함
10. 기타
   - 이 계약에 정함이 없는 사항은 취업규칙과 근로기준법령에 의함

<관련 설명>

(1) 근로개시일 : 근로계약이 체결된 날과 근로개시일을 다르게 설정할 수 있다. 근로계약 체결일과 근로개시일 사이를 "채용내정"이라고 하며, 사용자는 일단 근로계약이 체결되었기 때문에 정당한 사유 없이 근로계약을 해지할 수 없다.[3] 이러한 문제를 해결하기 위해 가급적 수습기간을 두어 신입 근로자의 업무 적격여부를 판단하는 것이 바람직하다. 수습기간은 1개월 에서 6개월까지 정하고, 그 기간내 정식 고용여부를 결정한다. 수습근로자를 해고할 경우에는 객관적인 수습평가서를 사용하고, 가급적 1인 평가가 아닌 2인 이상이거나, 일회성이 아닌 중간 수습평가를 통해 수습근로자의 업무 적격 판단에 신중을 기한다.

(2) 근무장소와

(3) 업무내용 : 해당 근로자의 근무장소는 본사, 업무내용은 인사총무 등과 같이 명확히 정해야 하지만, 필요시 인사권 행사를 위해 "단, 회사의 사정 및 업무상 필요에 따라

3) 임종률, 「노동법」 제18판, 박영사, 2020, 405면; 서울고등법원 2000.4.28 선고 99나41468 판결.

직원의 근무 장소와 업무내용은 변경 될 수 있다" 라고 기술해 둘 필요가 있다.

(4) 소정근로시간은 법정근로시간 내에서 근로자와 사용자가 일하기로 정한 시간을 말한다. 여기서 법정근로시간이라고 하면 일반적으로 1주 40시간, 1일 8시간을 말한다. 연장근로는 법정근로시간을 초과하여 최대 1주 12시간까지로 제한하고 있다(근기법 제53조). 소정근로시간은 근로자의 무리한 근로를 제한하여 근로자의 건강과 행복추구권을 보장하고 사용자의 권리남용을 방지하기 위한 것이다.

(5) 근무일과 휴일 : 근무일은 월요일부터 금요일로 정하는게 일반적이지만, 업종에 따라 달리 정할 수 있다. 또한 주휴일의 경우에도 1주 동안의 소정근로일을 개근한 자에게 1일 이상의 유급휴일을 주어야 한다(근기법 제54조). 따라서 사용자가 지정한 날에 1일 이상의 유급휴일을 부여하면 된다.

(6) 임금 : 임금은 최저임금 이상을 지급하여야 한다. 근로계약에 정해진 임금이 곧 통상임금으로 각종 가산임금 계산의 기초가 된다. 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다. 여기서 통장으로 입금하는 경우도 직접지급으로 간주된다. 그리고 임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다(근기법 제43조). 포괄임금제는 소정근로시간에 대한 기본임금을 미리 산정하지 않고, 법정근로시간과 추가 연장근로시간에 대한 제수당을 합한 금액을 월급여액이나 일일분 임금으로 정해 근로자에게 지급하기로 하는 임금제도를 말한다.[4] 근로기준법상 근로계약 작성시 필수 기재사항인 기본임금과 소정근로시간을 정하도록 명시되어 있는 점을 볼 때, 포괄임금제는 사실상 근로기준법을 위반하는 임금지급제도라고 할 수 있다.

(7) 연차유급휴가 : 취업규칙과 근로기준법에 따라 연차휴가를 사용한다고 명시한다.

(8) 사회보험 적용여부 : 입사한 근로자는 원칙상 4대보험에 자동 가입된다. 다만, 예외적으로 국민연금은 60세, 고용보험은 65세 이상은 해당되지 않는다. 특히, 18세 미만자는 국민연금 당연가입 대상에 해당되지 않는다. 외국인근로자의 경우에는 고용보험 임의 가입 대상에 해당된다. 근로시간이 현저히 짧은 단시간 근로자 (4주 평균 15시간 미만자)는 산재보험만 해당되고, 나머지 사회보험은 적용되지 않는다.

(9) 기타 기재사항 : 근로계약서에 기재되지 않은 사항은 취업규칙에 따른다고 명시한다.

2. 기간제 근로계약서

1. 근로계약기간 : 년 월 일부터 년 월 일까지

4) 이승길, "포괄임금제의 법리와 효용성에 관한 연구", 「노동법논총」 제29호, 한국비교노동법학회, 2013.12. 575면.

기간제 근로자의 경우에는 일반 표준근로계약서와 동일하지만, 기간의 정함이 있는 부분만 달리 적용된다.

3. 연소자 근로계약서

8. 가족관계증명서 및 동의서
- 가족관계기록사항에 관한 증명서 제출 여부: _____
- 친권자 또는 후견인의 동의서 구비 여부 : _____

근로기준법상 연소자는 18세 미만자이고, 민법상 미성년자는 만19세 미만자이다. 미성년자의 법률행위는 친권자의 동의를 요구하고 있다. 따라서 연소자의 근로계약은 친권자의 동의서를 첨부해야 하고, 친권자는 미성년자의 근로계약을 해지할 수 있다. (근기법 제66조, 제67조). 위의 2가지 외에는 모두 노동법상 법률행위는 일반근로자와 동일하게 적용된다.

4. 일용근로자 근로계약서

1. 근로계약기간 : 년 월 일부터 년 월 일까지
※ 근로계약기간을 정하지 않는 경우에는 “근로개시일”만 기재
6. 임 금
- 월(일, 시간)급 : _____원(해당사항에 ○표)
- 기타 제수당(시간외·야간·휴일근로수당 등): 원(내역별 기재)
  - 시간외 근로수당:_____원(월 시간분)
  - 야 간 근로수당:_____원(월 시간분)
  - 휴 일 근로수당:_____원(월 시간분)
- 임금지급일 : 매월(매주 또는 매일) _____일(휴일의 경우는 전일 지급)
- 지급방법 : 근로자에게 직접지급( ), 근로자 명의 예금통장에 입금( )

일용근로자의 특징은 일일 단위로 고용을 하거나 현저히 짧은 기간을 근로한다. 따라서 근로계약 개시일이나 근로계약 기간을 명시하여야 한다.

임금부분에 있어서도 시급, 일급, 월급 등을 명시하여야 하고, 시간외 근로, 야간근로, 휴일근로 등에 대한 가산수당도 명시하여야 한다.

5. 단시간근로자 근로계약서

4. 근로일 및 근로일별 근로시간

	( )요일	( )요일	( )요일	( )요일	( )요일	( )요일
근로시간	시간	시간	시간	시간	시간	시간
시업	시 분	시 분	시 분	시 분	시 분	시 분
종업	시 분	시 분	시 분	시 분	시 분	시 분
휴게 시간	시 분 ~ 시 분	시 분 ~ 시 분	시 분 ~ 시 분	시 분 ~ 시 분	시 분 ~ 시 분	시 분 ~ 시 분

ㅇ 주휴일 : 매주 __요일

5. 임 금

- 시간(일, 월)급 : _____원(해당사항에 ○표)
- 상여금 : 있음 ( ) _____원, 없음 ( )
- 초과근로에 대한 가산임금률:_____ %
- 임금지급일 : 매월(매주 또는 매일) _____일(휴일의 경우는 전일 지급)
- 지급방법 : 근로자에게 직접지급( ), 근로자 명의 예금통장에 입금( )

(1) 단시간근로자의 서면 기재 내용으로 “근로일 및 근로일별 근로시간”을 규정하고 하고 있다.

(2) 단시간근로자의 소정근로시간을 명시해야 한다. 이는 단시간근로자의 연장근로도 단시간근로자의1주 소정근로시간에 가산하여 12시간 한도 내에서 인정된다. 즉, 단시간근로자의 연장근로는 법정근로시간이 아닌 소정근로시간을 기준으로 판단한다(기간제법 제6조). 단시간근로자와 사용자 사이에 근로하기로 정한 시간을 초과하여 근로하면 법정 근로시간 이내라도 통상임금의 100분의 50%이상의 가산임금 지급한다.

Ⅳ. 기재해서는 안 되는 근로계약 내용

사용자가 근로계약서에 기재하면 안 되는 내용은 다음과 같이 근로기준법에 명시되어 있다. (1) 우선 근로기준법의 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 무효이고, 그 무효가 된 부분은 근로기준법에 따른다(제15조). (2) 근로계약에 명시된 근로조건이 사실과

다를 경우에는 사용자가 근로조건 위반을 원인으로 근로자에게 손해배상을 해야 한다(제19조). (3) 사용자가 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 근로계약을 체결할 수 없다(제20조). (4) 전차금이나 그 밖에 근로할 것을 조건으로 하는 전대채권과 임금을 상계하는 계약을 체결하지 못한다(제21조). (5) 사용자는 근로계약에 덧붙여 강제 저축과 또는 저축금의 관리를 규정하는 계약을 체결하지 못한다(제22조).

V. 결론

사용자가 근로자를 고용하게 되면 가장 먼저 해야 할 일이 근로계약서의 작성이다. 근로계약의 내용이 취업규칙에 미치지 못하면 취업규칙이 우선 적용되지만(근기법 제97조), 근로계약의 내용이 취업규칙 보다 유리하면 유리한 근로계약의 내용이 적용된다. 사용자가 취업규칙의 내용을 근로자에게 불리하게 변경한 경우, 근로계약을 수정하지 않는 이상 근로조건의 유리한 조건 우선의 원칙에 따라 근로계약의 내용이 먼저 적용되기 때문이다. 따라서 사용자는 근로계약서 작성시 필수 기재사항 뿐만 아니라 일반 근로조건에 있어서도 근로조건이 변경된 경우 변경된 근로조건을 반영하여 근로계약서를 새로 교부하여야 하고, 근로조건에 불리한 변경이 있을 경우에는 해당 근로자의 근로계약서를 필히 변경하여야 새롭게 변경된 근로계약이 효력을 가진다는 사실을 명심하여야 할 것이다.

근로계약과 유리한 조건 우선의 원칙

I. 문제의 소재

최근 법원의 판결이 기존과 달라 실무에서 혼선을 주고 있다. 예를 들자면, 취업규칙의 불이익 변경 조항이 근로자의 과반수 동의나 과반수를 대표하는 노동조합의 동의를 얻어 적법하게 진행된 경우에도 이에 동의하지 않는 근로자는 계속해서 유리한 조건의 근로계약이 적용된다는 판결이다. 기존에는 사용자가 기업 대내외적으로 경영상 어려움을 극복하기 위해 취업규칙에 규정된 기존의 근로조건을 적법한 절차를 거쳐 저하시킬 경우에는 비록 소수의 반대자가 있다 하더라도 회사 전체에 적용되는 취업규칙이 근로자 모두에게 적용된다고 판단하였다.[5] 그러나, 최근에는 취업규칙 불이익 변경에 동의하지 않은 소수의 근로자들의 근로계약에 유리한 조건을 가진 조항이 있다면 그 조항이

적용된다는 판결을 하고 있다. 이러한 판례의 근거는 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유롭게 결정하여야 하고(근기법 제4조), 취업규칙과 근로계약상 이견이 있을 때에는 근로계약의 유리한 조건이 우선적으로 적용된다는 기준이다(근기법 제97조). 이럴때, 사용자 측에서는 판례의 근거에도 적합하면서 어떻게 하면 취업규칙을 새롭게 변경할 수 있을까에 대해 고민이 생긴다. 이와 관련해서, 근로계약과 유리한 조건 우선의 원칙에 관한 법령과 최근판례를 살펴보고, 적합한 근로계약 작성 방법에 대하여 검토해보고자 한다.

II. 유리한 조건 우선의 원칙과 예외

1. 법령보다 유리한 근로계약

근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 본다. 이 경우 무효로 된 부분은 근로기준법에 정한 기준에 따른다(근기법 제15조). 근로계약은 근로자와 사용자가 자유롭게 결정하는 근로조건이지만, 그러한 근로조건이 근로기준법에서 정한 규정에 미치지 못하는 경우에는 그 부분은 무효가 되고, 무효가 된 부분은 근로기준법에 정해진 기준을 따른다. 이 조항은 근로계약의 내용이 근로기준법에 정해진 근로조건을 위반한 경우, 그 내용은 무효가 되고 근로기준법의 기준이 근로계약의 내용이 된다는 것이다. 따라서 근로계약에서 정하는 근로조건은 근로기준법과 동일하거나 더 나은 조건이어야만 한다.

2. 단체협약보다 유리한 근로계약

단체협약에서 정한 근로조건 기타 근로자 대우에 관한 기준에 위배되는 근로계약의 부분은 무효로 본다. 이 경우 무효로 된 부분은 단체협약에서 정한 기준에 의한다(노조법 제33조). 이 규정은 단체협약의 규범적 효력을 기술하고 있으며, 이는 강행적 효력과 보충적 효력을 동시에 가지고 있음을 말한다. 강행적 효력은 단체협약에서 정한 근로조건 기타 대우에 관한 기준을 위반하는 근로계약 부분을 무효로 하는 효력이다. 보충적 효력은 단체협약의 강행적 효력이 적용됨으로써 근로계약이 무효가 된 부분이 있거나 근로계약에 아무런 관련 규정이 없는 경우 단체협약에서 정한 기준이 적용된다.[6] 그러면, 단체협약보다 유리한 근로계약의 기준이 있는 경우에는 어떻게 적용될 것인가의 문제가 있다. 이 부분은

---

5) 김형배, "취업규칙의불이익 변경과 근로계약의 유리한 규정", 「노동법포럼」(29) 노동법이론실무학회, 2020.2. 5면; 박종희, "취업규칙과 근로계약간의 유리한 조건 우선의 원칙과 근로조건의 집단적 결정법리와의 관계", 「안암법학」 제56호, 안암법학회, 2018, 253면.

6) 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해(I)」, 박영사, 2020, 391면.

단체협약에 정해진 근로조건은 노사가 대등한 입장에서 체결한 근로조건에 대한 결정의 산물이므로 규범적 효력을 가진다. 따라서 단체교섭의 일반적 효력이 미치는 범위 내에서는 근로계약에서 정한 유리한 조건이 배제되고 단체협약의 기준이 적용된다.[7]

3. 취업규칙보다 유리한 근로계약

취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여 무효로 한다. 이 경우 무효로 되는 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다(근기법 제97조). 그러므로, 근로계약의 기준은 취업규칙과 같거나 더 유리한 조건을 유지해야 한다고 해석된다. 따라서 이를 반대로 해석하면, 취업규칙과 근로계약의 근로조건이 서로 상이할 때는 근로계약의 유리한 조건이 우선 적용된다고 할 수 있다.[8] 관련 판례로 (1) 근로계약에 의해 그동안 지급되었던 만근수당을 취업규칙을 통해 더 이상 지급되지 않도록 유효하게 변경하였다고 하더라도 그에 동의하지 않은 개별 근로자의 경우 취업규칙보다 유리한 근로계약이 우선하여 적용된다.[9] (2) 근로자와 개별 근로계약에서 연봉을 특정한후 집단적 동의로 유효하게 변경된 취업규칙으로 임금피크제를 도입하면서 연봉을 대폭 삭감한 경우 기존의 개별 근로계약이 집단적 동의로 유효하게 변경된 취업규칙보다 우선하여 적용된다.[10] (3) 취업규칙이 적법한 절차를 거쳐 변경되었다고 하더라도 해당 근로자가 그 취업규칙의 변경에 동의하는 등 특별한 행위가 존재하지 않는 한 취업규칙이 아닌 기존의 유리한 근로계약이 우선 적용된다.[11]

Ⅲ. 취업규칙 불이익 변경과 예외

1. 취업규칙 불이익 변경의 효력

취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수의 동의를 필요로 한다(근기법 제94조). 이러한 동의를 구하지 않고 사용자가 일방적으로 변경한 경우에는 기존의 취업규칙의 적용을 받던 근로자들에게는 변경 효력이 없고, 변경된 취업규칙 이후 입사한 신규근로자에 대해서만 변경된 취업규칙이 적용된다.[12] 판례에서도

---

7) 임종률,「노동법」18판, 박영사, 2020, 162면; 노동법실무연구회,「근로기준법 주해(Ⅰ)」, 박영사, 2020, 393면; 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002두9063 판결.
8) 임종률,「노동법」18판, 박영사, 2020, 17면
9) 울산지법 2017. 6. 14. 선고 2016가합23102 판결, 항소심 부산고법 2017. 8. 30. 선고 2017나53715 판결, 상고심 대법원 2017. 12. 13. 자 2017다387 판결(심리불속행 기각 판결임)
10) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결.
11) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다297083 판결.
12) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다58364 판결.

사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 필요로 하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의해 과반수의 동의를 얻어야 하고, 여기서 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자간 의견을 교환하여 찬반을 논한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다고 판시하고 있다.[13)]

취업규칙을 불이익하게 변경하는 조건에 대해 기본적인 입장에서 불구하고, 최근 판례는 집단 동의방식을 거부한 소수 근로자의 근로계약서에 기재된 근로조건의 내용은 근로조건에 유리한 조건 우선의 원칙에 따라 계속 적용된다고 판시하고 있다.

2. 관련 사례

(1) 대상판결 : 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결

가. 사실관계

이 사건 사용자와 근로자는 2014년 3월경 기본연봉을 70,900,000원으로 정한 연봉계약을 체결하였다. 위 기본연봉을 월로 환산하면, 5,908,330원이 된다. 사용자는 2014년 6월 25일 소속 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받아 취업규칙인 "임금피크제 운용세칙"을 제정, 공고하였다. 이 세칙은 연봉계약에 따른 기본연봉을 정하고, 정년이 2년 미만 남아 있는 근로자에게는 '임금피크 기준연봉'의 60%, 정년이 1년 미만 남아 있는 근로자에게는 '임금피크 기준연봉'의 40%를 지급하도록 규정하고 있다. 이 사건 사용자는 2014년 10월 1일 부터 2015년 6월 30일 까지는 이 사건 근로자의 정년이 2년 미만 남아 있다는 이유로 월 기본급의 60%인 3,545,000원을, 2015년 7월 1일 부터 2016년 6월 30일(원고의 정년퇴직일)까지는 월 기본급의 40%인 2,363,330원을 지급하였다. 이 사건 사용자가 2014년 9월 23일 임금피크제 적용에 따른 임금 내역을 통지하자, 이 사건 근로자는 사용자에게 임금피크제의 적용에 동의하지 아니한다는 의사를 표시하였다.

3. 판결요지

근로기준법 제97조는 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 따르게 하도록 하는 것을 막아 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하기 위한 규정이다. 이러한 규정 내용과 입법 취지를 고려하여 근로기준법 제97조를 다시 해석하면, 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을

13) 대법원 2004.05.14. 선고 2002다23185, 23192 판결.

제시한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다. 근로기준법 제94조가 정하는 집단적 동의는 취업규칙의 유효한 변경을 위한 요건에 불과하므로, 취업규칙이 집단의 동의를 받아 근로자에게 불리하게 변경된 경우에도 근로기준법 제4조가 정하는 근로조건 자유결정의 원칙은 여전히 지켜져야 한다. 따라서 근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없다. 이 경우에도 근로계약의 내용은 유효하게 존속하고, 변경된 취업규칙의 기준에 의해 유리하게 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다.

(1) 대상판결: 대법원 2017. 12. 13. 선고 2017다26138 판결

1) 사실관계

이 사건 사용자와 근로자는 실제 근무한 날짜가 월 20일 이상인 경우 60만원의 만근수당을 지급하기로 하는 근로계약을 체결하였다. 사용자는 자금상황이 악화되자 2016년 4월 노사협의회를 개최하여 자구계획안을 의결하고, 2016년 4월 26일에 소속 근로자 206명 중 144명(69.9%)의 근로자들로부터 "기본임금 외에 모든 약정수당을 폐지한다. <중략> 본 합의사항은 2016년 5월 1일 부터 시행한다"는 내용의 자구계획안에 동의한다는 취지의 동의서를 제출받았다. 사건 근로자는 변경안에 대하여 동의를 하지 않았고, 자구계획안에 의해 근로조건이 변경된 근로계약서에 서명하거나 날인하지도 않았다. 사용자는 자구계획안에 대하여 근로자들 과반수가 동의한 이상 근로자에게 약정수당을 지급할 필요가 없다고 판단하고, 변경된 근로계약 조건에 근거하여 이 사건 근로자에게 지급해오던 만근수당을 지급하지 않았다.

2) 판결요지[14]

취업규칙은 그것이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약을 그 부분에 한해서만 무효로 하는 효력을 가질 뿐이고, 취업규칙에서 정한 내용보다 근로계약에서 정한 근로조건이 근로자에게 유리한 것일 때에는 당연히 근로계약에서 정한 근로조건이 취업규칙보다 우선하여 유효하게 적용된다. 또한 취업규칙이 근로계약과의 관계에서 최저 기준을 설정하는 효력만 가지는 이상, 근로계약을 체결한 이후 시점에 취업규칙이 적법한 절차를 거쳐 근로자에게 불리하게 변경되었다고 하여 유리한 근로계약에 우선하여

14) 원심은 울산지방법원 2017. 6. 14. 선고 2016가합23102 판결, 항소심도 동일한 판단을 하고, 사용자의 항소를 기각하였다. 대법원은 심리불속행으로 이 사건 사용자의 상고를 기각하였다.

불리하게 변경된 취업규칙이 적용된다고 볼 수 없다.

IV. 근로계약 작성시 고려사항

1. 유리한 조건 우선원칙의 적용

근로조건을 결정하는 법원의 적용에 있어 상위규범 우선 적용원칙에 따라 근로기준법의 강행법, 단체협약, 취업규칙, 근로계약 순서대로 적용된다. 하위규범이 상위규범 위반을 위반하는 경우 그 하위규범은 무효가 되고, 무효가 된 부분에는 상위규범이 적용된다 (근기법 제15조, 제97조, 노조법 제33조). 그러나 취업규칙과 근로계약 사이에서는 유리한 조건 우선의 원칙이 적용된다.

취업규칙과 근로계약 사이의 유리한 조건 우선의 원칙은 근로기준법 제97조에 명시된 바와 같이 유리한 근로조건을 가진 근로계약이 취업규칙 보다 우선적으로 적용된다.

그러면, 근로기준법 제94조에 따른 취업규칙 불이익 변경을 적법하게 하기 위해서는 근로자 과반수를 대표하는 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 받아 불이익한 근로조건을 변경할 수 있다. 그러나 근로자 개별 근로자의 근로계약서에 명시된 부분이 있는 경우에는 취업규칙의 불이익 변경조건이 적법하게 변경되었다고 하더라도 불리하게 변경된 취업규칙에 반대하는 소수 근로자의 근로계약은 계속적으로 유효하게 유지된다. 앞에서 언급한 판결 사례는 모두 근로계약에 1) 확정된 연봉이 기재되어 있었고, 2) 근속수당이 명시되어 있었다. 이러한 경우에는 근로계약서에 기재된 유리한 근로조건이 취업규칙의 불이익 변경 절차를 통해 적법하게 변경된 경우라도 계속 유지된다.

2. 근로계약서 작성시 유의사항

근로기준법 제17조에 근로계약은 서면으로 작성하고 필수 기재사항을 명시하도록 되어 있다. 또한 이를 변경할 때에도 변경된 근로계약서를 교부해야 한다. 필수 기재사항으로는 (1) 임금, (2) 소정근로시간, (3) 제55조에 따른 휴일, (4) 제60조에 따른 연차 유급휴가, (5) 기타의 근로조건으로 취업 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등이 있다.

일반적으로 근로계약서의 기재사항은 해당 근로자에 대한 특별한 내용만 기재하고, “나머지 다른 근로자들과 동일하게 적용되는 근로조건은 취업규칙의 내용에 따른다” 라고 명시하는 것이 바람직하다.

V. 결론

취업규칙 불이익 변경요건을 갖추었음에도 불구하고 근로계약의 유리한 조건 우선의 원칙이 적용되어 반대하는 근로자의 근로조건이 계속 효력을 갖는 사례가 나오고 있다. 이는 근로기준법 제4조의 근로조건의 대등한 결정원칙을 강조하면서, 사용자의 일방적 근로조건의 저하조치를 예방하기 위한 노동법적 특성이라고 할 수 있다. 사용자가 시장환경변화에 적응하고 유연한 고용관계를 유지하기 위해서는 근로계약 작성시 해당 근로자에 대한 특별한 사항은 근로계약서에 기재하고 나머지는 취업규칙에 일임한다고 명시하는 것이 곤란에서 벗어나는 길이다.

근로계약의 부수의무인 성실의무와 보호의무

I. 문제의 소재

근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약이다. 여기서 근로자와 사용자의 주된 의무는 근로제공과 임금 지급이다. 근로자는 근로계약서에 기재된 업무를 정해진 시간과 장소에서 성실하게 제공해야 하는데 근로자의 귀책사유로 근로제공 의무를 이행하지 못하게 되면, 사용자는 근로자에게 손해배상을 청구하거나 근로계약을 해지할 수 있다(민법 제390조). 또한 사용자가 근로자의 근로를 수령하지 못한 경우에도 임금 전액을 지급해야 한다(민법 제538조). 민법은 대등한 당사자간의 관계이므로 의무 위반에 명확한 책임을 가하고 있다. 그러나 근로기준법은 당사자의 주된 의무위반에 대해 근로자의 생존권 보장과 사용자의 신속한 급여지급을 위해 별도의 제한 규정을 두고 있다.

이러한 근로계약의 주된 의무와 함께 계약당사자의 신의성실 원칙에 따른 의무로 근로자는 성실의무, 사용자는 보호의무를 부담한다.[15] 근로자는 근로관계에 있어 사용자의 이익을 침해하는 행위를 하지 않고 그 이익을 보호해야 하는 성실의무를 진다. 사용자도 근로관계에 있어 근로자의 이익을 보호해야 하는 보호의무를 진다.[16]

이와 관련하여, 근로자의 성실의무와 사용자의 보호의무가 실제사례에서 어떻게 적용되고 있는지 살펴보고자 한다.

---

15) 임종률, 「노동법」 18판, 박영사, 2020, 360면; 대법원 2013.11.28. 선고 2011다60247.
16) 하갑례, 「근로기준법」 제33판, 중앙경제, 2020, 149-165면.

II. 성실의무와 위반의 효력

근로자는 근로계약에 규정이 없어도 민법상 신의성실원칙에 따른 성실의무를 진다. 그러한 성실의무에는 영업비밀 유지업무, 충실의무, 경쟁업체에 대한 겸업금지 규정, 청렴의무 등을 진다.

1. 영업비밀 유지의무

대법원은 영업비밀에 대해서 "계약관계 존속 중은 물론 종료 후라도 또한 반드시 명시적으로 계약에 의하여 비밀유지의무를 부담하기로 약정한 경우뿐만 아니라 그러한 규정이 없었다고 하더라도 신의성실의 원칙 또는 묵시적으로 그러한 의무를 부담하기로 약정하였다고 보고 있다.[17] 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 "부정경쟁방지법")도 영업비밀유지를 규정하고 이를 위반한데 대한 손해배상책임과 형사책임을 부과하고 있다. 그러나 근로자 퇴직 후의 영업비밀 유지기간은 직업선택의 자유를 제한할 우려가 크기 때문에 제한적으로 해석한다.[18]

관련사례(1): 필기구 제조업체의 연구실장으로서 영업비밀에 해당하는 기술정보를 습득한 자가 타 경쟁회사로부터 고액의 급여와 상위의 직위를 보장받기로 하고 전직하였다. 그는 경쟁 회사에 그 전 회사의 기술정보를 공개하고 이를 사용하여 잉크를 생산하였다. 그러한 행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 부정한 이익을 얻을 목적에서 행하여진 것으로 영업비밀 유지의무 위반행위에 해당한다.[19]

관련사례(2): 교육서비스업과 교육자료 제작 판매업 등을 목적으로 하는 회사의 회원정보는 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 영업활동에 유용한 경영상의 정보로서 부정경쟁방지법에서 정한 영업비밀에 해당한다. 피고가 회원정보를 이용하여 휴회 회원들 중 일부 회원들을 대상으로 개인적으로 수업 영업행위를 하였다. 피고는 회원정보를 영업비밀로서 유지하여야 할 의무가 있음에도 이를 위반하여 그 영업비밀을 사용하여 이익을 얻고 그 영업비밀의 보유자인 원고에게 손해를 입힌 것이므로 이로 말미암은 손해를 배상할 의무가 있다. [20]

2. 충실의무 위반

17) 대법원 1996.12.23. 선고 96다16605.
18) 서울고등법원 2002.11.12 선고 2002라313 판결.
19) 대법원 1996.12.23. 선고 96다16605: 부정경쟁방지와 영업비밀에 관한 법 제2조 제3호 (라)목 영업비밀보호 규정 위반
20) 서울고등법원 2012.09.19. 선고 2012나1391 판결.

회사의 영업비밀을 이용하여 개인의 이득을 취하는 경우에도 영업비밀유지 의무위반에 해당한다. 이를 위반하여 해고한 조치는 정당하다.

관련사례: 근로자에 대한 징계사유인 부동산투기행위가 근로자의 사생활에서의 비행에 불과하다고 할지라도, 택지의 개발과 공급, 주택의 건설 등을 통하여 시민의 주거생활의 안정과 복지향상을 목적으로 설립한 도시개발공사의 설립목적, 부동산보상 관련업무를 담당하는 근로자의 업무내용 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 도시개발공사 소속 근로자의 부동산투기행위는 객관적으로 그 공사의 사회적 평가에 심히 중대한 악영향을 미치는 것으로 평가될 수 있는 경우라고 할 것이다. [21]

3. 겸직 금지의 위반

관련사례: 근로자가 다른 사업장에 겸직하는 것은 근로자 개인능력에 따른 사생활의 범주에 속하는 것이므로 기업질서나 노무제공에 지장이 없는 겸직까지 전면적, 포괄적으로 금지하는 것은 부당하다. 그러나 노무제공에 지장을 줄 정도의 장시간의 겸직, 경쟁회사의 이사에 취임하는 경우 등이 금지의 대상이 될 수 있고 이를 징계해고사유로 하는 것은 정당성을 인정받을 수 있다.[22]

4. 청렴의무 위반

근로자는 근무하는 중에 성실하게 근무하여야 하고, 신의측에 반하는 다음과 같은 행위를 할 경우에는 징계의 대상이 된다.[23] 특히, 근로자가 성실의무를 위반한 경우에는 해고예고 없이 즉시해고 할 수 있다.

① 납품업체로부터 금품 또는 향응을 제공받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우

② 영업용 차량을 임의로 타인에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우

③ 사업의 기밀 기타 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에 제공하여 사업에 지장을 가져온 경우

④ 허위사실을 날조·유포하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 가져온 경우

⑤ 영업용차량 운송수입금을 부당하게 착복하는 등 직책을 이용하여 공금을 착복·장기유용·횡령하거나 배임한 경우

⑥ 제품 또는 원료 등을 절취 또는 불법 반출한 경우

---

21) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23275 (경향사업 관련 판결)
22) 대법원 94.12.13. 선고 93누23275 판결.
23) 근로기준법 제26조와 관련 근로기준법 시행규칙 별표

⑦ 인사・경리・회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 허위서류 등을 작성하여 사업에 손해를 끼친 경우
⑧ 사업장의 기물을 고의로 파손하여 생산에 막대한 지장을 가져온 경우
⑨ 기타 사회통념상 고의로 사업에 막대한 지장을 가져오거나 재산상 손해를 끼쳤다고 인정되는 경우

Ⅲ. 보호의무와 위반의 효력

사용자는 근로계약에 내재된 신의성실원칙에 따른 근로자를 보호해야 하는 의무를 진다. 대표적인 것이 안전을 배려할 의무, 파견근로자에 대한 사용사업주의 의무, 직장내 성희롱예방 의무 등이다.

1. 안전을 배려할 의무

사용자는 근로계약에 수반되는 신의성실 원칙에 따라 근로자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 필요한 조치를 마련하여야 할 보호의무를 부담한다. 이러한 의무를 위반하여 근로자가 손해를 입은 경우 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 진다. [24]

1) 사례: 이 사건 근로자가 사다리에 올라가 작업하다가 떨어져 부상을 입었다. 당시 근로자가 사다리 위에 올라가서 작업을 하고 있었을 때 사용자는 근로자에게 사다리에서 미끄러지지 않도록 지상에서 고정하여 줄 다른 근로자와 공동작업을 할 수 있도록 조치할 안전을 배려할 의무가 있었다. 사용자는 근로자가 안전하게 작업할 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리한 과실이 있다. 따라서 사용자는 근로자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다. 근로자도 스스로 사고를 방지하려는 노력을 소홀히 한 과실이 있으므로 회사의 과실 책임은 70%로 제한한다. [25]

2) 사례: 근로자가 철근제거작업 중 휘어진 철근에 눈을 가격당하여 왼쪽 눈이 실명된 사고가 발생하였다. 이 산재사건에 대해 사용자는 안전교육을 실시하고 안전장비를 지급하고 착용하도록 해야 하는 의무가 있었다. 그러나 사용자는 필요한 안전교육을 하지 않았고, 안전장비를 갖추지 않았고, 장비를 착용하게 하여 사고를 미연에 방지해야 함에도 이를 게을리하였다. (중략) 이에 회사가 배상해야 할 손해액 산정에 있어 회사의 책임을 80%로 제한한다. [26]

---

24) 대법원 1999.2.23. 선고 97다12082 판결.
25) 춘천지방법원 2016.8.10. 선고 2014가단11050 판결.
26) 대구지방법원 2019.4.19. 선고 2018가단115280 판결.

2. 파견근로자에 대한 사용사업주의 의무

근로자파견관계에 있어 근로계약이 없는 파견근로자가 사용사업주 업무를 수행하다가 업무상 사고를 당한 경우 사용사업주는 그 재해를 당한 파견근로자에 대해 사용자 책임을 진다.

관련사례: 근로자가 파견회사와 근로계약을 체결한 후 사용사업주에게 파견되어 업무를 시작한지 6일째 되는 날, 산재사고가 발생하였다. 근로자는 2005년 11월 15일 03시 35분경 플라스틱 사출기에 이물질을 제거하던 중 오른쪽 손과 팔 부분이 압착되어 절단되는 사고가 발생하였다. 재해자는 파견회사의 산재보험으로 치료 및 장해보상 일시금을 모두 받은 후, 2010년경 사용사업주에게 민사상 손해배상을 청구한 사건이다. 이에 대해 사용사업주는 파견근로자와 근로계약 관계가 없고, 불법행위에 따른 소멸시효도 3년이므로 시효가 지났다고 주장하였다. 이에 대해 대법원은 "사용사업주와 원고 사이에 직접적인 고용계약은 존재하지 않지만 근로자파견계약에 의해 원고의 노무를 지배·관리할 수 있었고, 이러한 양자의 관계는 고용계약 및 근로자파견계약을 매개로 한 실질적인 사용자와 근로자 관계라고 본다. 따라서 사용사업주는 원고에 대해 사용자로서 안전배려의무가 있다고 할 것이다." 라고 판단하였다. 사용자의 보호의무는 채무불이행에 따른 손해배상(민법 제390조) 규정으로 인정하고 그 소멸시효도 3년이 아닌 5년으로 판단하였다. [27]

3. 직장내 성희롱예방 의무

사용자는 직장내 성희롱이 없는 직장 생활을 보장해야 한다. 직장내 성희롱이 발생한 경우, 필요한 조치를 통해 성희롱 가해자에 적합한 징계 등을 통해 징계와 함께 재발방지를 위해 노력해야 하고, 피해자에게도 구제노력과 제2의 피해가 가지 않도록 노력해야 한다. 이를 위반한 경우에는 사용자는 남녀고용평등법을 위반한 형사처벌 뿐만 아니라 불법행위에 따른 손해배상 책임을 진다.

관련사례: 피고(회사)는 근로자인 원고가 이 사건 직장 내 성희롱으로 인한 피해를 호소하며 신속하고 적절한 구제조치를 취해 줄 것을 요청하는데도 이를 무시하고 오히려 성희롱 피해를 입은 원고에게 근거 없는 혐의를 씌워 부당한 징계처분을 하거나 대기발령 등의 불리한 조치를 하였다. 더구나 피고는 원고를 도와준 동료 근로자에게 까지 차별적이고 부당한 징계처분을 함으로써 원고로 하여금 직장 내에서 우호적인 동료들의 도움을 받을 수 없도록 하였고, 다른 동료들로부터 고립되는 처지에 놓이게 하였다. 피고의 이러한 행위로 인해 원고는 이 사건 직장 내 성희롱 피해 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해에

27) 대법원 2013.11.28. 선고 2011다60247 판결.

노출되는 이른바 '2차 피해'를 입었고, 그로 인해 원고가 입은 정신적 고통은 상당할 것으로 판단된다. 따라서 피고는 원고에 대하여 남녀고용평등법 제14조제2항[28]을 위반하였고, 또한 사용자로서 보호의무를 위반하였기에 원고가 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다. [29]

V. 결론

근로계약에 따른 주된 당사자의 의무로 근로자는 근로제공과 사용자는 임금지급 의무를 진다. 이러한 주된 의무 외에도 당사자는 근로계약에 신의칙 의무에 따른 부수적 의무를 진다. 이 부수적 의무로 근로자는 비밀유지의무, 충실의무, 사규준수 의무 등이 있다. 이를 위반하는 경우 근로자는 해고 등의 징계를 받을 수 있다. 이에 반해 사용자도 근로계약의 당사자인 근로자에 대해 안전한 사업장을 제공해야 하는 안전배려의무, 성희롱 방지 의무 등을 진다. 이를 위반한 경우에 사용자는 채무불이행 또는 관련 노동법령위반에 따른 불법행위 책임을 진다.

근로자대표 선정 방법 및 효과[30]

I. 목적

근로기준법은 사용자가 근로시간제도의 변경, 경영상 해고 등에 있어 일정한 사항에 대하여 근로자 대표와 서면합의 또는 협의를 하도록 하고 있다. 이 경우 근로자 대표는 "당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자"를 의미한다. (근기법 제24조 제3항). 그러나 동 규정만으로 근로자 대표를 선출하는 근로자의 범위, 근로자 대표의 선정단위 및 선정방법, 근로자 대표의 대표권 행사방법,

---

28) **제 14 조(직장 내 성희롱 발생 시 조치)** ② 사업주는 제 1 항에 따른 신고를 받거나 직장 내 성희롱 발생 사실을 알게 된 경우에는 지체 없이 그 사실 확인을 위한 조사를 하여야 한다. 이 경우 사업주는 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자가 조사 과정에서 성적 수치심 등을 느끼지 아니하도록 하여야 한다.

29) 서울고등법원 2018.4.20. 선고 2017나2076631 판결.

30) 근기 68207-735 (97.6.5) 행정해석기준으로 유사행정해석 및 판례 추가하여 정리

서면합의서의 효력 등이 명확하지 않다. 따라서 이에 관련한 문제에 대한 명확한 행정해석 기준과 판례 내용을 제시하여 법 해석과 운영을 이해하고자 한다.

<근로자대표와의 서면합의/동의 및 협의내용>

근로기준법	서면합의 또는 동의
제51조	3월 단위로 탄력적 근로시간제
제52조	선택적 근로시간제의 도입과 관련된 사항
제57조	선택적 보상휴가제
제58조 제2항	사업장 밖 간주근로시간제에 있어 '업무수행에 통상 필요한 시간' 간주
제58조 제3항	재량근로에 있어 근로시간으로 간주하는 시간
제59조	운수업 등 특수업종에 있어 연장근로 및 휴게시간의 특례
제62조	연차휴가유급휴가의 대체
	협의
제24조 제3항	경영상해고
제70조 제3항	연소자, 임산부의 야간 및 휴일근로

II. 근로자의 범위 및 근로자 대표의 선정단위

1. 근로자의 범위

노동조합이 근로자의 과반수를 조직하고 있는지 여부를 판단하는 기준이 되거나 근로자 대표를 선출함에 있어 투표에 참여하는 근로자의 범위는 다음과 같이 산정한다.

근로자대표를 선출하는 근로자의 범위	=	근로기준법상의 근로자 (법 제2호 제1호)	-	근로기준법상의 사용자 (법 제2호 제2호)

근로기준법상 사용자는 1) 사업주, 2) 사업경영담당자, 3) 그밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다. 여기서 '그밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'는 근로자와 사용자의 이중적 지위를 갖는 자로

근로자 산정에 있어 제외된다. 이는 설사 이들이 근로자로서 향후 합의 내용의 적용을 받더라도 노사서면 합의과정에서는 사용자를 위하여 행위하는 자로 볼 수 있기 때문이다.

2. 근로자 대표의 선정단위

근로자 대표는 당해 사업 또는 사업장 단위로 선정되어야 한다. 따라서 하나의 사업이 수개의 사업장으로 구성되어 있는 경우, 근로시간제도를 사업단위로 도입하고자 하면 근로자 대표는 사업단위로 선정하고, 또는 일부 사업장에만 도입하고자 하면 그 일부 사업장단위로 선정해야 한다.

경영상 해고와 관련하여 "대상이 특정한 직종 또는 직급으로 한정되는 경우 그 대상자를 대표하는 자와의 협의가 필요하다. 따라서 그 특정 부문이 당초 노동조합에 가입할 수 없는 경우라면 감원에 관한 노동조합과의 협의는 무의미하다. 병원에서 4급이상 직원을 감원함에 있어 5급이하 직원들로 구성된 노동조합(근로자대표)을 상대로 협의한 것은 성실한 협의 의무를 다했다고 보기 어렵다". (서울 고법 2004누4613, 2005.3.25.)

Ⅲ. 근로자대표 선정방법

1. 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우

노동조합이 근로자의 과반수를 조직하고 있는지 여부는 사업단위로 도입하는 경우는 사업단위에서, 사업장단위로 도입하는 경우는 사업장단위에서 판단해야 한다. 노동조합이 근로자 과반수를 조직하고 있으면 근로자 대표는 당연히 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 대표권을 위임 받은 자(예, 노동조합지부장)가 된다.

2. 노동조합이 근로자 과반수를 조직하지 못하고 있는 경우

노동조합이 근로자의 과반수를 조직하지 못하고 있는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 선정하여야 한다. 이 경우 선정방법에는 특별한 제한이 없으며, 근로시간제도에 대한 대표권을 행사한다는 것을 근로자에게 주지시킨 상태에서 근로자의 의사를 모으는 적당한 방법이면 된다. 따라서 반드시 직접 투표에 의하지 않아도 되며, 1인의 대표는 물론 복수의 근로자 대표를 선정하는 것도 가능하다. 근로시간제도를 도입하고자 하는 사업 또는 사업장단위에 '근로자참여 및 협력증진에 관한 법률'(이하 '근참법')에 의한 노사협의회가 설치되어 있으며 그 근로자위원을 근로자 대표로 볼 수 있다.

경영상의 이유에 의한 해고 문제에 대하여 "사용자와 협의를 할 근로자의 대표자를 선출한다는 것을 근로자들에게 주지시킨 상태에서 근로자들의 자유로운 의사결정이 보장되는

적당한 방법이면 될 것으로 사료되는 바, 근로자들의 집회를 통한 선출이나 회람을 통한 서명 등의 방법도 무방할 것이다. 사용자가 근로자 대표의 선출을 요청하고 그에 따라 근로자들이 사용자의 개입이 배제된 상태에서 자율적으로 근로자대표 선출을 위한 절차나 방법을 결정하고 근로자대표를 선출하였다면 그 과정에서 일부 근로자들이 참여하지 못하였다 하더라도 선출된 자가 근로자의 과반수에 대한 대표성을 가지고 있다면 근로자대표가 아닌 자로 보기는 어렵다." (근기 68207-1472, 2003.11.13)

3. 근로자대표로서 인정받지 못한 사례

근로자대표로서 대표성이 없는 자와의 승인 또는 협의는 법적인 효력을 가질 수 없다.

(1) 팀장 및 간부급 전체회의에서 회사의 경영난을 알리고 감축대상자의 선정 등에 관한 간부직원들의 의견을 구하였다하여 근로자대표와 성실하게 협의하였다고 보기 어렵다. (서울행법 2006구합25285, 2007.09.07).

(2) 근참법에 의한 근로자위원 선출 절차를 거치지 않은 근로자위원, 즉 하자 있는 근로자대표와의 협의는 성실한 협의로 인정할 수 없어 이 사건 근로자들에 대한 정리해고는 부당한 해고이다. (중노위 2009부해487, 2009.08.06).

(3) 3개월 이내 단위 탄력적 근로시간제를 도입하면서 근로자 대표와의 서면 합의가 아닌 대상 근로자 과반수의 개별적 서면 동의를 받는 경우에는 법적 요건을 갖추지 못한 것이다. (근로조건지도과-1167, 2008.04.29)

(4) 정리해고시 실질적 요건도 갖추지 못하고 근로자 대표가 아닌 임의조직과 협의를 거쳐 이루어진 정리해고는 부당하다. (서울행법 99구12679 , 1999.12.24.)

(5) 근참법 시행령 제3조 제1항은 근로자위원을 직접 · 비밀 · 무기명투표에 의하여 선출하도록 명시하고 있으나 투표방법에 관한 사항은 명시된 바가 없다. 현행 선거관련법상 전산조직을 이용한 개표는 명문화되어 실시중이나 전자투표에 관하여는 명시된 바가 없으며 기술적인 문제가 검증되지 않아 아직까지는 현실적으로 활용하기에 곤란하다. (노사 68107-335, 1998.11.12.)

IV. 근로자 대표의 대표권 행사방법

1. 노동조합이 대표권을 행사하는 경우

노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 대표권을 위임받은 자가 대표권을 행사한다. 단체협약의 보충협약으로 체결하거나, 단체협약과는 별개의 서면합의서로 작성할 수 있다.

2. 노사협의회 근로자 위원이 대표권을 행사하는 경우

서면합의의 방식은 노사협의회의 근로자위원들이 정한 대표권 행사방법에 따르면 되고, 1) 1인의 대표자를 선출하거나, 2) 당해 사업에 한하여 1인의 근로자위원에 대표권을 위임하거나 3) 별도의 의사결정방법을 설정하거나(예를 들어 과반수의 찬성, 2/3 이상의 찬성 등) 4) 근로자위원 전원이 서면합의에 참여하는 등의 모든 방법이 가능하다. 따라서 사용자가 일방적으로 일부 근로자위원과만 서면합의 하는 경우 법적 효력이 발생하지 않는다.

3. 새로이 근로자 대표를 선정하는 경우

1인의 근로자 대표가 선정된 경우는 선정된 대표가 대표권을 행사하면 된다. 복수의 근로자 대표가 선정되는 경우는 노사협의회 근로자 위원이 대표권을 행사하는 방법에 준하여 대표권을 행사한다.

V. 서면합의서의 효력

사용자와 근로자대표 사이에 서면합의가 유효하게 성립되면 개별근로자의 동의는 필요하지 않다. 서면합의 주체에 따른 효력은 다음과 같다.

1. 단체협약의 보충협약의 형식으로 체결하는 경우

노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와 단체협약의 보충협약의 형식으로 체결하는 경우에는 단체협약의 효력을 변경하는 효력이 발생한다.

2. 노사협의회 근로자 위원과의 서면합의 형식으로 체결하는 경우

단체협약을 변경하는 효력은 발생하지 않으므로, 단체협약에 배치되는 경우 단체협약의 적용을 받는 근로자에게도 적용하려면 별도로 단체협약의 개정절차를 밟아야 한다. 단체협약의 적용을 받지 않는 근로자에게는 서면합의만으로도 적용 가능하다. 취업규칙과 관련해서는 반드시 기존 취업규칙의 변경이 없어도 적용이 가능하다. 다만 근로조건 규정의 통일성을 기하기 위해 기존 취업규칙을 변경하는 것이 바람직하다. 취업규칙을 변경하는 경우 별도의 취업규칙 변경절차 (근로자 대표 또는 근로 과반수의 의견청취 또는 동의) 거치지 않아도 된다.

3. 새로이 선출된 근로자 대표와 서면합의 하는 경우

노사협의회 근로자위원과의 서면합의 효력에 준하여 판단한다.

근로감독 준비를 위한 근로기준 체크사항

본 내용은 고용노동부 2020년 "근로조건 자율개선 참고사항"을 기준으로 재편집하였다. 근로감독관이 회사를 방문하여 근로감독 시에 주로 지적하는 주요 사항에 대한 근로기준의 내용이다. 이 기준을 근거로 근로감독을 대비하고 회사에 미비한 서류를 보완할 수 있기를 바란다.

I. 근로기준법

1. 회사에서 직접 고용한 모든 근로자에 대해 근로계약을 체결한다.

※ 직종, 근무기간 등에 관계없이 회사에서 직접 고용한 모든 근로자에 대해 근로계약을 체결하여야 한다. 법령에 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효가 되며, 무효로 된 부분은 법령에 정한 기준에 의한다. 당사자 사이의 분쟁을 예방하기 위해서는 서면으로 근로계약을 체결하여 그 내용을 명확히 하는 것이 필요하다.

2. 근로계약 체결 시 법령에 정하여진 모든 근로조건을 명시한다. (근로기준법 제17조, 시행령 제8조) ※ 500만원 이하 벌금

※ 근로조건의 명시: 사용자는 근로계약 체결 시 임금, 근로시간, 휴일, 연차유급휴가 및 기타의 근로조건을 명시하여야 하며, 특히, 임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 휴일, 연차유급휴가에 관한 사항은 서면으로 명시하여야 한다. ① 임금, ② 근로시간, ③ 휴일, ④ 연차유급휴가, ⑤ 취업장소와 종사업무

3. 근로자명부를 작성하여 보존한다.(근로기준법 제41조, 제42조) ※ 500만원 이하 과태료

※ 사용자는 근로자명부를 작성하여야 하며, 근로자명부와 근로계약에 관한 중요한 서류를 3년간 보존하여야 한다.

※ 근로자 명부의 기재사항: 성명, 성별, 생년월일, 주소, 이력, 종사하는 업무의 종류, 고용·갱신 연월일 등 고용에 관한 사항, 해고·퇴직·사망한 경우에는 그 연월일과 사유 등

※ 근로계약에 관한 중요한 서류: 근로계약서, 임금대장, 임금의 결정·지급방법 및 임금계산의 기초에 관한 서류, 고용·해고·퇴직에 관한 서류, 승급·감급에 관한 서류, 휴가에 관한 서류, 승인·인가에 관한 서류, 서면 합의 서류, 연소자 증명에 관한

서류(연소자 고용시)

4. **근로자의 소정근로시간은 휴게시간을 제외하고 1주 40시간, 1일 8시간을 초과하지 않는다.** ※ 2년 이하 징역 또는 1천 만원 이하 벌금

5. **연장·야간·휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급한다.** (근로기준법 제56조) ※ 3년 이하 징역 또는 2천 만원 이하 벌금

※ 야간근로는 오후 10시부터 다음날 오전 6시까지 사이의 근로를 말하고, 휴일근로는 법, 단체협약, 취업규칙 및 근로계약에서 정한 근로제공의 의무가 없는 날에 일하는 것을 말한다.

6. **근로자가 퇴직하면 14일 이내에 임금 등 일체의 금품을 지급하며, 특별한 사정이 있는 경우 근로자와 합의하여 지급 기일을 연장한다.** (근로기준법 제36조) ※ 3년 이하 징역 또는 2천 만원 이하 벌금,

7. **1주 동안의 소정 근로일을 개근한 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상 유급휴일을 준다.** (근로기준법 제55조) ※ 2년 이하 징역 또는 1천 만원 이하 벌금

※ 유급휴일에 근로를 한 경우에는 휴일근로에 따른 가산임금(통상임금의 100분의 50이상)을 지급하여야 한다.

8. **1년간 8할 이상 출근한 근로자에게 15일의 연차유급휴가를 주고, 계속 근로연수 매2년에 대해 1일을 가산하여 휴가를 준다.** (근로기준법 제60조, 제62조) ※ 2년 이하 징역 또는 1천 만원 이하 벌금)

※ 근속기간 1년 미만에 대해서 월 1일의 연차휴가가 발생하여 총 11개가 주어진다.

※ 총 휴가일수는 25일을 한도로 한다

9. **사용자는 임신 중의 여성에게 산전과 산후를 통하여 90일의 보호휴가(산후에 45일 확보)를 주며, 최초 60일은 유급으로 한다.** (근로기준법 제74조, 75조) ※ 2년 이하 징역 또는 1천 만원 이하 벌금)

※ 임신 16주 이후 유산 또는 사산한 근로자가 청구하면 보호휴가를 주어야 한다.

1. 유산 또는 사산한 근로자의 임신기간(이하 "임신기간"이라 한다)이 11주 이내인 경우 : 유산 또는 사산한 날부터 5일까지

2. 임신기간이 12주 이상 15주 이내인 경우 : 유산 또는 사산한 날부터 10일까지
3. 임신기간이 16주 이상 21주 이내인 경우 : 유산 또는 사산한 날부터 30일까지
4. 임신기간이 22주 이상 27주 이내인 경우 : 유산 또는 사산한 날부터 60일까지
5. 임신기간이 28주 이상인 경우 : 유산 또는 사산한 날부터 90일까지

10. 정당한 이유없이 근로자를 해고하지 않으며, 해고를 하는 경우에는 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지한다.

11. 근로자를 해고하는 경우 30일 전에 예고하며, 30일 전에 예고를 하지 않는 경우에는 30일분 이상의 통상임금을 지급한다.

※ 2년 이하 징역 또는 1천 만원 이하 벌금(근로기준법 제26조)

※ 예고해고의 적용 예외(근로기준법 제26조 단서)

1. 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우
2. 천재 / 사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우
3. 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당되는 경우

12. 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 취업규칙을 작성(변경)하여 관할 노동관서에 신고하여야 한다. (근로기준법 제93조) ※ 500만원 이하 과태료

※ 취업규칙의 기재사항

근로시간, 휴게시간, 휴일, 휴가, 교대근무에 관한 사항, 임금의 결정·계산·지급방법, 임금의 산정기간·지급시기·승급에 관한 사항, 가족수당의 계산·지급방법에 관한 사항, 퇴직에 관한 사항, 퇴직금, 상여 및 최저임금에 관한 사항, 안전과 보건에 관한 사항, 업무상과 업무외의 재해부조에 관한 사항, 표창과 제재에 관한 사항 등

13. 취업규칙을 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시하거나 갖추어 두어 근로자에게 널리 알린다. (근로기준법 제14조 법령 요지 등의 게시)

※ 500만원 이하 과태료

Ⅱ. 근로자퇴직급여보장법

14. 근로자가 퇴직한 경우에는 14일 이내에 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의

평균임금을 퇴직금으로 지급한다. (근로자퇴직급여보장법 제4조, 제8조, 제9조)

※ 500만원 이하 과태료

Ⅲ. 최저임금법

15. 근로자에게 최저임금액 이상의 임금을 지급한다. (최저임금법 제6조)

※ 3년 이하 징역 또는 2천 만원 이하 벌금

※ **2021년 : 시간급 8,720원 / 일급 69,760원 / 월급 1,822,480원**

16. 최저임금을 근로자가 쉽게 볼 수 있는 장소에 게시하거나 적당한 방법으로 근로자에게 주지시킨다. (최저임금법 제11조) ※ 100만원 이하 과태료

Ⅳ. 남녀고용평등과 일•가정 양립 지원에 관한 법률

17. 직장내 성희롱 예방교육을 법령에 정하여진 방식에 따라 1년에 1회 이상 실시한다. (남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률, 이하 고평법 제12조, 제13조)

※ 300만원 이하 과태료

※ 사업의 규모와 사정을 고려하여 직원연수, 조회, 회의, 정보통신망을 이용한 사이버교육 등을 통하여 실시할 수 있으나, 단순히 교육자료 등을 배포·게시하는 방법에 의한 경우는 예방교육을 실시한 것으로 보지 아니한다.

18. 사업주는 근로자가 만8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀를 양육하기 위하여 휴직을 신청하면 이를 허용한다. (고평법 제19조) ※ 500만원 이하 벌금

※ 육아휴직 기간은 1년 이내로 함.

※ 육아휴직이 종료된 후에는 휴직전과 동일한 또는 동등한 수준의 임금지급업무로 복귀시켜야 하며, 육아휴직기간은 근속기간에 포함하여야 한다.

19. 동일한 사업 내의 동일가치의 노동에 대하여는 남녀에게 동일한 임금을 지급한다. (고평법 제8조)

※ 3년 이하 징역 또는 2천 만원 이하 벌금

※ 동일가치노동의 기준은 직무수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등으로 하고, 사업주가 그 기준을 정함에 있어 관련 법 규정에 의한 고충처리기관의 근로자를

대표하는 자의 의견을 들어야 한다.

※ 학력·경력·근속년수·직급 등의 차이가 객관적·합리적인 기준으로 정립되어 임금이 차등 지급되는 경우 등은 차별로 보지 아니한다.

20. **배우자의 출산을 이유로 휴가를 청구하면 3일의 휴가를 준다.** (고평법 제18조의2)

※ 500만원 이하 과태료

V. 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률

21. **노사협의회규정을 제정(변경)하여 관할 노동관서에 제출한다.** (근로자참여 및 협력증진에 관한 법률, 이하 근참법 제4조, 제18조)

※ 미설치 : 1천만원 이하 벌금, 미제출 200만원 이하 과태료

※ 상시 30인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장은 노사협의회를 설치하여야 하며, 노사협의회 규정을 제정하여 노사협의회 설치일로부터 15일 이내에 노동부장관에게 제출하여야 한다.

※ 노사협의회는 근로조건의 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위로 설치

22. **노사협의회 회의를 3개월마다 정기적으로 개최한다.** ※ 200만원 이하 벌금

23. **노사를 대표하는 3인 이내의 고충처리위원을 선임한다.** (근참법 제26조, 제27조 시행령 제10조) ※ 200만원 이하 벌금

VI. (기간제 단시간, 파견근로자) 비정규직 보호법

24. **사업주, 파견사업주·사용사업주가 노동위원회 또는 법원으로부터 차별시정 명령을 받아 확정되면 이를 이행한다.**(사업주, 파견사업주·사용사업주) (기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률, 이하 기간제법 제8조부터 제14조까지, 파견근로자보호 등에 관한 법률, 이하 파견법 제21조) ※ 1억원 이하 과태료

25. **비정규직근로자(기간제, 단시간, 파견근로자)임을 이유로 동일 사업장 내 동종·유사한 업무에 종사하는 비교대상근로자(무기계약근로자, 통상근로자, 사용사업주가 직접 고용한 근로자)와 비교하여 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 합리적인 이유없이**

불리하게 처우하지 아니한다<사업주, 파견사업주・사용사업주>.

26. **사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제근로자를 사용할 수 있으며, 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.** (기간제법 제4조)

27. **무허가파견업체로부터 또는 파견대상업무가 아닌 업무에 근로자를 파견 받지 아니한다.** <사용사업주> ※ 3년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금 (파견법 제5조)

※ 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식・기술・경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 32개의 업무

28. **파견근로자 사용기간은 1년을 초과하지 못하며, 3자간에 합의가 있는 경우에는 1년의 범위 내에서 연장할 수 있으나, 총 2년을 초과하여 사용할 수 없고(다만, 예외적인 사유에 의한 파견기간은 별도 규정함), 2년을 초과하여 사용하는 경우에는 당해 파견근로자를 직접 고용한다.**(파견법 제6조) <사용사업주> ※ 3년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금 ※ 고용의무위반 : 3천 만원 이하 과태료

※ 「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 규정에 따른 고령자(만55세 이상 근로자)인 파견근로자의 경우에는 파견기간은 2년을 초과하여 연장할 수 있다(동조 제3항).

※ 파견기간의 예외사유 (파견법 제5조제2항)

☞ 출산・질병・부상 등 그 사유가 객관적으로 명백한 경우에는 그 사유의 해소에 필요한 기간

☞ 일시적・간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 3월 이내의 기간. 다만, 그 사유가 해소되지 아니하고 파견사업주・사용사업주・파견근로자간의 합의가 있는 경우에는 1회에 한하여 3월의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있음.

※ 파견기간을 위반(파견대상업무 위반, 무허가 파견도 동일)하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 당해 파견근로자를 직접 고용하여야 한다. (파견법 제6조의2)

29. **직장내 괴롭힘 방지법에 도입에 따라 취업규칙에 필수적 기재사항에 반영해야 한다** (시한 2019.7.1)

노동사례: 근로감독과 사업주의 조치내용[31]

I. 개요

근로감독관은 근로기준이 제대로 준수되는지 확인하기 위해 사업장을 방문하여 점검할 수 있고 장부와 서류를 제출을 요구할 수 있으며 사용자와 근로자에 대해 심문을 할 수 있다. 그리고 사용자 또는 근로자는 근로기준법 시행에 관하여 근로감독관의 요구가 있으면 지체 없이 필요한 사항에 대하서 보고하거나 출석하여야 한다.[32]

근로감독관은 2019. 10. 17. 서울에 위치한 한 회사(이하, "T 회사" 라 함)에 사업장 방문 점검을 한다고 통보한 후, 실제로 2019. 10. 20 사업장을 방문하여 근로기준 준수여부를 점검하였다. 근로감독관은 회사의 취업규칙과 급여대장 등의 서류를 점검하면서, 연장근로수당 및 연차휴가미사용수당 미지급, 퇴직금 평균임금 산정 오류, 취업규칙 일부 수정사항, 노사협의회 규정미비 및 성희롱예방교육 미실 등의 사항을 지적하였다. 근로감독관은 2019. 11. 7. 시정지시서를 회사에 발송하여 근로기준 위반사항에 대해 시정을 요구하였다.

회사는 근로감독의 시정지시를 이행하기 위해 외부전문가인 공인노무사에게 이 지적사항에 대한 보완을 의뢰하였다. 이에 이 사건을 담당한 노무사는 IT 업종의 특징과 파견근로자들의 속성을 가지고 연장근로수당 등을 재산정하였다. 시정기간 내에 미비한 취업규칙, 노사협의회 규정 등을 보완하였고, 퇴직자에 대한 잘못 산정한 평균임금을 제대로 산정하여 그 차액을 지급하였다. 그리고 사용내역이 불명확한 연차휴가나 연장근로수당에 대해서는 근로자의 확인서를 받아 대체하였다. 근로감독관이 시정지시 한 내용에 따라 계산을 한 결과 미지급 임금이 약 6000 만원으로 집계되었다. 그러나 근로자들의 실질적 휴가사용 및 연장근로 내역 확인을 통해서 미지급 임금이 재조정되었고, 근로감독관과 함께 최종적으로 미지급된 임금은 200 만원이라는 데에 대해 결론을 내리게 되었다. 이에 사용자는 확정된 미지급 임금을 해당 근로자들에게 지급함으로써 근로감독관의 지적 내용을 시정할 수 있었다.

이하에서는 근로감독관 시정지시 내용과 회사의 조치상항에 대해 구체적으로 살펴본다.

---

31) 강남노무법인 정봉수 노무사가 T 회사를 대리하여 처리한 사건 (2019년 11월)

32) **근로기준법 제101조[감독기관]** ① 근로조건의 기준을 확보하기 위하여 고용노동부와 그 소속 기관에 근로감독관을 둔다.
근로기준법 제102조[감독관의 권한] ① 근로감독관은 사업장, 기숙사, 그 밖의 부속 건물에 임금하고 장부와 서류의 제출을 요구할 수 있으며 사용자와 근로자에 대하여 심문할 수 있다.
근로기준법 제13조[보고, 출석의 의무] 사용자 또는 근로자는 이 법의 시행에 관하여 고용노동부장관, 노동위원회법에 따른 노동위원회 또는 근로감독관의 요구가 있으면 지체없이 필요한 사항에 대해서 보고하거나 출석하여야 한다.

II. 회사의 근로기준 위반내용

근로감독관은 2019.10.20. T 회사를 방문하여 근로기준에 대해 점검한 결과 연차휴가수당 미지급, 연장근로수당 계산 오류, 평균임금산정 오류 등을 지적하였다. 2019.11.7.에 근로감독관은 아래의 7 가지 사항에 대해 시정지시를 내렸다.

위반 법조항	시 정 지 시 내 용
1. 근로기준법 제17조	근로계약서상 근로기준법 제60조에 따른 연차유급휴가 부여 사항을 추가로 기재하여 그 사본을 제출하시기 바랍니다.
2. 근로기준법 제56조	김00 등 30명에 대한 연장근로수당 차액분을 지급하고 그 결과를 제출하여 주시기 바랍니다.
3. 근로기준법 제 36 조	퇴직자 이 00 등 9 명에 대한 평균임금 산정 착오에 따른 퇴직금 차액을 지급하고 그 결과를 제출하시기 바랍니다.
4. 근로기준법 제 60 조	박 00 등 28 명에 대한 2018 년도 연차휴가미사용에 대한 수당을 지급하고 그 결과를 제출하시기 바랍니다.
5. 근로기준법 제 94 조	취업규칙 중 임산부 보호 조항에 대하여 근로기준법 제 74 조에 따른 임산부 보호 규정에 맞게 변경하여 취업규칙을 변경신고 하시기 바랍니다.
6. 근로자참여 및 협력증진에 관한법률제 4 조	노사협의회를 설치하고 그 협의회 규정을 신고하시기 바랍니다.
7. 남녀고용 평등법제 13 조	2019 년도 직장내 성희롱 예방교육을 실시하고 그 결과를 제출하시기 바랍니다.
2019.10.20. 실시한 근로조건 자율개선 지원사업장 확인점검 결과 지적된 근로기준법 위반 사항에 대하여 위와 같이 시정 지시하니, 이 시정지시서를 근로자가 잘 볼 수 있는 장소에 게시하시고, 시정 결과와 게시 사실에 대한 증빙자료를 첨부하여 2019.11.25 까지 보고하시기 바랍니다.	

III. 회사의 업무형태와 사업주의 조치사항

1. 회사의 업무 형태

T 회사는 소프트웨어 개발 회사로 외부업체가 시스템 구축을 요청 받으면, 프로젝트 팀이 구성되고 당해 팀에 소속된 근로자는 외부업체에 상주하면서 근로를 제공한다.

직원은 48 명이고 그 중 관리 및 행정을 담당하는 15 명을 제외한 33 명이 개발자들로 송년회, 기타 회사에서 특별히 열리는 회의 등에 참석하기 위해 본사에 오는 경우를 제외하고는, 본사로 출퇴근 하여야 하거나 보고를 하여야 하는 등의 의무가 없었다. 연봉수준이 동종업계에 비하여 높음에도 불구하고, 관리감독하에 있지 않은 연장근로시간에 대하여 급여대장에 특근수당이라는 항목을 넣어 일괄적으로 1 일 6 만원으로 산정하여 지급한 점이 이번 점검에서 문제로 드러났다.

2. 각 시정항목별 사업주의 조치 내용

(1) 근로기준법 제 17 조 (연차휴가 부여 내용 누락)

회사는 근로계약서에 연차휴가 사용에 관한 내용을 추가하여 재작성 하였고, 그 한 부를 시정내용에 제출하였다.

(2) 근로기준법 제 56 조 (연장근로수당 및 휴일근무수당 재정산)

T 회사는 소정근로시간이 1 일 8 시간과 1 주 40 시간으로 정하고 있으며, 매일 2 시간 씩 고정연장근로 수당을 지급하고 있다. 문제는 기본 연봉에 포함되지 않은 토요 휴무나 주휴일 근로에 대해 근로자가 근로한 날짜와 시간을 적어내면 1 일 6 만원으로 연장근로수당을 지급하였다는 점이다. 연장근로가 외부업체에서 이루어지는 것이므로, 사업주는 근로자가 적어낸 근로한 날짜와 시간은 전적으로 근로자들의 신청서에 의거하여 정액으로 지급하였는데, 이와 관련하여 연장근로시간에 대한 근로기준법상의 계산을 요구받았다.

T 회사는 외부업체에서 근무하는 직원들에게 연장근로 내역에 대해 자필로 받아 실제로 근무한 것에 대해 재산정하였다. T 회사가 외부업체에서 근무하고 있는 개발자들의 토요휴무 또는 일요일 근무를 확인 할 구체적인 방법이 없기 때문에, 해당 근로자들이 실제 근로를 하였는지의 여부에 대한 확인서를 작성하고 실제로 근로를 한 자들에 대해서는 법정 산정된 연장근로수당에서 이미 지급하였던 연장근로수당(1 일 6 만원)을 제외한 나머지를 지급하였다.

(3) 근로기준법 제 36 조 (평균임금 산정 착오로 인한 퇴직금 차액)

급여담당자가 퇴직금 계산을 위한 평균임금 산정시 기본급과 보너스만으로 하였고, 연장근로수당과 각종 수당을 누락하였다. 이로 인하여 퇴직금 계산에 착오로 발생된 미지급된 퇴직금을 모두 지급하였다. (약 60 만원)

(4) 근로기준법 제 60 조 (미사용 연차휴가 수당으로 미지급)

외주업체에 파견된 팀원들의 리더가 재량으로 휴가를 결정하며, 보통 프로젝트를 하는 중간에 휴식이 필요하거나 프로젝트가 끝나는 경우 개발자들에게 10 일 이상의 휴가가 부여되며, 팀 리더는 회사에 구두보고 승인을 득하여 사용하였다. 휴가 사용시 휴가신청서를 제출하지 않았기 때문에 휴가일수 추적이 불가능하였다.

이 미사용 연차휴가수당의 미지급 문제는 휴가 기록 등 관리가 철저하지 않아 발생된 것이므로, 실제 근로자들이 지난해에 사용하였던 연차휴가 일수를 서면으로 작성하게 하여 실제로 미사용 휴가 잔여일 수에 대해서만 수당으로 지급하였다. 이 부분에 있어 수당지급 내역과 근로자들이 자필로 작성한 휴가 사용자필 확인서를 제출하였다.

(5) 근로기준법 제 94 조 (임산부 보호규정 법 변경 내용 누락)

취업규칙에 임산부의 조산, 사산 휴가 내용이 누락되어 이를 추가하여 취업규칙을 보완하였고, 근로자들의 과반수이상의 의견을 첨부하여 관할노동사무소에 신고하였다. 그리고 그 결과를 시정보고서에 첨부하였다.

(6) 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 제 4 조 (노사협의회 규정 미신고)

상시 근로자 30 인 이상을 사용하는 사용자는 노사협의회를 설립하고, 그 노사협의회 규정을 신고하도록 되어 있었으나, 회사에서는 아직 노사협의회가 설치되어 있지 않았다. 이에 회사는 노사협의회를 구성하고 관련 규정을 작성하여 노동부에 신고하였다.

(7) 남녀고용평등법 제 13 조 (성희롱 예방교육 미실시)

직장 내 성희롱 예방교육은 10 인 이상 근로자를 사용하는 사업장은 의무적으로 1 년 1 회 이상 실시하도록 되어 있다. 이에 IT 회사는 노동부에서 제공된 성희롱 예방교육 CD 를 활용하여 교육을 실시하였고, 교육 참가자들의 서명이 적힌 교육일지를 시정보고에 첨부하였다.

IV. 참고: 근로감독관 사업장 감독[33)]

제 13 조 (사업장감독 등)

① 감독관은 근로조건 개선을 위하여 노동관계법령의 위반여부를 사전에 점검(예방점검) 하거나 사업장감독(정기, 특별감독)을 실시하여야 한다.

33) "근로감독관직무규정" 참조

② 제 1 항의 "예방점검"이라 함은 지방관서장이 매년초 본부의 업무계획에 따라 특정업종 및 일정규모의 사업장에 대하여 노동관계법령의 준수여부를 점검하여 법령위반사항을 시정하도록 하는 점검을 말하며, 이 경우 점검대상은 점검일전 1 년간 당해 사업장에서 이루어진 사항에 한하여야 한다.

③ 제 1 항의 사업장중 "정기감독"이라 함은 매년 초 지방관서장이 본부의 업무계획에 의거 특히 노무관리가 불량하다고 판단되는 사업장을 점검하고 위반사항이 발견될 경우 이를 시정하도록 하거나 위반자를 수사하기 위하여 하는 감독을 말한다.

④ 제 1 항의 사업장 감독 중 "특별감독"이라 함은 지방관서장이 다음각호의 1 에 해당하는 사업장에 대하여 노동관계법령의 준수여부를 종합적으로 점검하고 위반사항이 발견될 경우 이를 시정하도록 하거나 위반자를 수사하기 위하여 하는 감독을 말한다.

1) 노동관계법령, 단체협약, 취업규칙 및 근로계약 등에 규정된 근로조건을 이행하지 아니하여 노사분규가 발생하였거나 발생될 우려가 있는 사업장
2) 근로자 다수에 대하여 임금 등 법정금품을 지급기일내에 지급하지 아니하여 민원이 발생하는 등 사회적 물의를 일으킨 사업장
3) 직장내 성희롱과 관련하여 노사분규가 발생하였거나 성희롱으로 진정 및 신고민원이 제기되는 등 노사분규로 진전될 우려가 심히 있는 사업장
4) 제 2 항의 규정에 의한 예방점검을 하여 법령 위반사항을 시정하도록 지도하였음에도 시정하지 아니한 사업장

제 18 조(감독방법)

① 감독관은 감독을 실시하고자 할 때에는 대상사업장의 사업장대장, 단체협약, 취업규칙 등 관계자료를 검토, 분석하여 노동관계법령의 준수상황을 확인하고 노동조합 등으로부터 관계정보를 수집하는 등 당해 사업장의 실태와 문제점을 파악하여 효과적인 감독이 되도록 사전준비에 만전을 기하여야 한다.

② 감독은 사업장에 출장하여 실시하는 것을 원칙으로 하며, 감독을 개시하기 전에 사용자에게 감독의 목적과 취지를 설명하여야 한다.

제 20 조(감독결과 조치)

① 감독관은 감독결과 위법사항이 있는 때에는 '위반사항 조치기준'에 따라 처리하여야 한다.

② 감독관은 감독결과 발견된 사항이 제 1 항의 규정에 의하여 시정대상에 해당한 때에는 감독결과 보고 즉시 위반사항, 시정방법, 시정결과, 보고기일 등을 구체적으로 명시하여 시정지시서를 발부하여야 하며, 수사대상에 해당한 때에는 즉시 수사에 착수하여야 한다.

노동위원회의 심판회의

1. 개요

근로자는 사용자가 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 한 경우에 노동위원회에 구제신청을 할 수 있고, 근로자 또는 노동조합은 사용자가 노동조합 활동과 관련하여 부당노동행위를 하여 노동 3 권을 침해당한 경우에도 노동위원회 에 구제신청을 할 수 있다(근로기준법 제 28 조, 노동조합법 제 82 조). 노동관계의 분쟁은 유동적이고 계속적이고 집단적인 성격을 가지고 있어 그 해결을 일반 행정기관이나 사법기관에서 처리할 경우, 관료주의성, 경직성, 비전문성 등으로 인해 공정하고 신속하며 합리적인 해결을 기대하기 어려운 측면이 있다. 이러한 이유로 인해 독립된 행정기구로 설치된 노동위원회를 통하여 노동분쟁을 신속·공정하고 합리적으로 처리하고 있다. 따라서 노동위원회의 준사법적 권한에 의해 결정되는 내용은 법원에 의한 해결에 비해 합목적성, 신속성 및 전문성을 보장할 수 있는 장점을 가지고 있다. 아래에서는 노동위원회의 주요 기능인 심판회의의 구성, 처리 절차 내지 운영 방법, 그리고 그 결과물의 처리에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

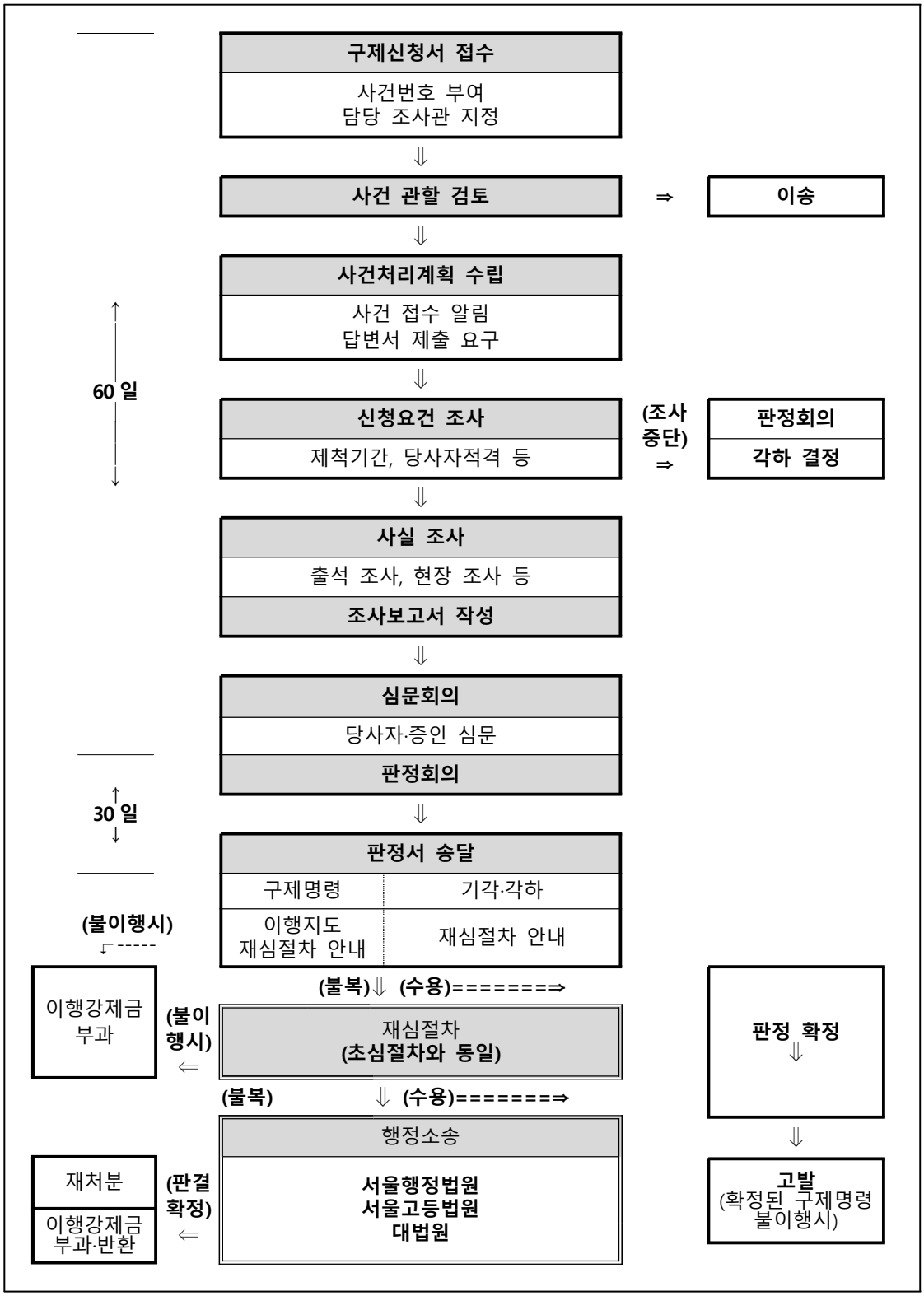
2. 노동위원회 조직체계 및 심판회의의 구성

노동위원회는 지방행정과 대응하는 조직체계를 갖추고 있다. 전국을 단위로 하는 중앙노동위원회와 서울특별시·광역시와 도를 단위로 하는 13 개 지방노동위원회로 구성된다. 그리고 노동위원회는 고용노동부장관이 관리하도록 되어 있다. 중앙노동위원회는 지방노동위원회의 처분을 재심하며 이를 승인, 취소 또는 변경할 수 있다. 노동위원회의 심판회의는 위원장 또는 상임위원을 포함한 공익위원 3 명과 근로자위원과 사용자 위원 각 1 인으로 구성하고 있다.

3. 노동위원회 심판회의의 업무 처리 절차

노동위원회는 구제신청서가 접수된 날로부터 60 일 이내에 신청요건(당사자 적합 여부 등), 사실조사를 거친 후 당사자 및 증인에 대한 심문을 다루는 심문회의와 판정회의를 거쳐 사건의 인용과 기각, 각하 여부를 결정한다.

《 심판사건 처리 흐름도 》


구제신청서 접수
사건번호 부여
담당 조사관 지정
사건 관할 검토
⇒
이송
사건처리계획 수립
사건 접수 알림
답변서 제출 요구
60 일
신청요건 조사
제척기간, 당사자적격 등
(조사 중단) ⇒
판정회의
각하 결정
사실 조사
출석 조사, 현장 조사 등
조사보고서 작성
심문회의
당사자·증인 심문
판정회의
30 일
판정서 송달
구제명령
기각·각하
이행지도 재심절차 안내
재심절차 안내
(불이행시)
이행강제금 부과
(불이행시) ⇐
(불복)⇓ (수용)========⇒
재심절차
(초심절차와 동일)
판정 확정
⇓
(불복) ⇓ (수용)========⇒
행정소송
서울행정법원
서울고등법원
대법원
재처분
이행강제금 부과·반환
(판결 확정) ⇐
고발
(확정된 구제명령 불이행시)

(1) 신청

부당해고 판정 내지 부당노동행위 판정과 관련한 심판은 근로자가 관할 지방노동위원회에 구제를 신청함으로써 개시된다. 근로자의 신청은 사용자의 부당해고 또는 부당노동행위가 행해진 날(그러한 행위가 계속될 경우 그 종료일)부터 3 개월 이내에 행해져야 한다. 관할 지방노동위원회는 부당해고 또는 부당노동행위가 발생한 사업장의 소재지를 관할하는 지방노동위원회를 말한다.

(2) 조 사

노동위원회는 구제가 신청된 사건에 대해 지체 없이 필요한 조사와 관계 당사자에 대한 심문을 한다. 조사의 과정으로 ① 노동위원회가 담당 조사관을 지정하고, ② 신청인에게 신청 이유를 소명하기 위한 증거 제출을 요구하고, ③ 피신청인에게 구제신청서 및 이유서의 부본을 송부하여 그에 대한 답변서 및 그 이유의 소명을 위한 증거의 제출을 요구하고, ④ 필요한 경우 당사자, 증인 또는 참고인의 출석을 요구하여 진술을 듣고 사실조사를 하는 과정이 진행된다(노동위원회규칙 제 45 조 및 제 46 조).

(3) 심 문

노동위원회는 구제신청이 이루어진 사건 접수일로부터 60 일 이내에 심문회의를 열어 부당해고 또는 부당노동행위의 성립 여부를 판단하기 위해 사건에 대한 심문을 진행하게 된다. 심문회의는 당사자가 제출하는 증거서류와 조사 절차 중에 수집된 증거 자료에 대해 심사를 하여 부당해고 또는 부당노동행위의 성립여부를 판단하기 위한 사전 절차이다. 사건을 배정받은 공익위원 및 노사위원이 출석하여, 당사자의 쌍방에게 자신의 주장을 입증하게 하고, 증인과 참고인을 심문하기도 한다. 공익위원은 심문회의에서 심문을 한 후 판정회의에서 부당해고 또는 부당노동행위의 성립 여부를 판단하여 의결한다. 심문회의에 참석한 근로자위원과 사용자위원은 당사자나 증인을 심문할 수 있고, 판정회의에서 공익위원이 판정을 의결하기 전에 자신의 의견을 개진할 수 있다.

《 입증책임 》

1) 해고 등 불이익한 인사조치의 정당성에 관하여 근로자의 특정한 행위의 존재, 그 행위가 취업규칙 등 징계사유에 해당하는 사실, 징계절차의 정당성, 징계양정 및 형평의 적정성 등에 관한 1 차적인 입증책임은 사용자에게 있고, 부당노동행위 성립에 관하여 부당노동행위의 의사, 불이익 처분, 지배개입행위의 존재 등에 대한

1 차적인 입증책임은 근로자·노동조합에 있음(대법원 1992. 8. 14. 선고 91 다 29811 판결)

2) 그러나 해고 등 불이익한 인사조치에 있어서 사용자의 정당성 주장에 대하여 근로자가 특정행위의 부존재, 취업규칙 등의 징계사유에 해당하지 않는 점, 징계절차 및 양정상의 하자 등을 주장하는 경우에 그 입증책임은 근로자에게 있고, 부당노동행위에 있어서 사용자가 부당노동행위 의사의 부존재, 인사조치가 조합활동에 대한 불이익처분이 아니며 인사조치로 인하여 조합활동의 장애, 조직력의 약화가 없었던 점 등을 주장하는 경우에 그 입증책임은 사용자에게 있는 것임(대법원 1996. 9. 10. 선고 95 누 16738 판결)

(4) 화 해

노동위원회에 구제가 신청된 사건 중에는 노동위원회로부터 판정이 내려지지 않고 당사자 간 화해로 당해 사건을 해결하는 경우가 많다. 화해는 노사 당사자 간 대립된 입장을 해소시켜 이후의 원활한 노사관계를 회복시켜 줄 수 있으며, 또한 사용자가 임의로 합의한 바는 자발적으로 이행되므로 노동위원회가 구제명령으로 강제하는 것보다 그 이행이 담보되는 면도 있다. 노동위원회는 조사 및 심문 과정에서 언제든지 당사자에게 화해안을 제시하고 화해를 권고하거나 주선할 수 있다. 화해가 성립하면 화해조서(和解調書)를 작성하는데, 이 화해조서는 재판상 화해와 동일한 효력을 가진다(노동위원회법 제 16 조의 3).

(5) 판 정

노동위원회의 심판회의는 심문을 종료하면 판정회의를 개최하여 부당해고 또는 부당노동행위의 성립 여부를 판정한다. 판정회의는 공익위원 3 인의 전원의 출석으로 개의하고 위원 3 인 중 과반수인 2 인이 찬성하여야 성립한다. 부당해고 또는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 내리며, 성립되지 않는다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 한다. 노동위원회는 판정회의가 있은 후 30 일 이내에 판정서를 당해 사용자와 신청인에게 각각 교부한다.

《 판정문 예시 》

예시 1: 부당해고 등 구제신청사건(구제명령)

1. 이 사건 사용자는 2000.00.00. 이 사건 근로자에 대하여 한 해고는

부당해고임을 인정한다.

2. 이 사건 사용자는 이 사건 근로자를 이 판정서를 송달받은 날부터 30 일 이내에 원직에 복직시키고, 해고기간동안 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라.

예시 2 : 부당해고 등 구제신청사건(기각・각하)

이 사건 근로자의 신청을 기각(각하)한다.

예시 3 : 부당해고 구제신청사건(금전보상명령)

1. 이 사건 사용자가 2000.00.00. 이 사건 근로자에 대하여 한 해고는 부당해고임을 인정한다.
2. 이 사건 사용자는 이 사건 근로자에게 해고기간 동안 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 포함한 금_____원을 이 판정서를 받는 날부터 0 일 이내에 지급하라.

예시 4 : 부당노동행위 구제신청사건(구제명령)

1. 이 사건 사용자가 2000.00.00. 노동조합 게시판에 게시된 이 사건 노동조합의 게시물을 임의로 철거한 행위는 00 노동조합에 대한 지배・개입의 부당노동행위임을 인정한다.
2. 이 사건 사용자는 게시물 임의철거에 대한 사과와 재발방지를 약속하는 내용의 공고문을 00 회사의 게시판에 게시하라.

예시 5 : 부당해고 및 부당노동행위 구제신청사건(전부 인정)

1. 이 사건 사용자가 2000.00.00. 이 사건 근로자에 대하여 한 해고는 부당해고이며, 불이익조치의 부당노동행위임을 인정한다.
2. 이 사건 사용자는 이 사건 근로자를 즉시 원직에 복직시키고, 해고기간 동안 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라.
3. 이 사건 사용자는 재발방지를 약속하는 내용의 사과문을 사내게시판에 게시하라.

예시 6 : 부당해고 및 부당노동행위 구제신청사건(부당해고: 인정, 부당노동행위: 기각)

1. 이 사건 사용자가 2000.00.00. 이 사건 근로자에 대하여 한 해고는 부당해고임을 인정한다.
2. 이 사건 사용자는 이 사건 근로자를 즉시 원직에 복직시키고, 해고기간 동안 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라.
3. 이 사건 근로자의 나머지 신청을 모두 기각한다.

예시 7 : 부당해고 및 부당노동행위 구제신청사건(전부 기각)

이 사건 근로자 및 노동조합의 신청을 모두 기각한다.

(6) 금전보상제도

근로자가 부당해고에 대한 구제방법으로 결정된 원직복직을 희망하지 않는 경우, 노동위원회의 구제명령에 따라 사용자가 임금상당액 이상의 금품을 지급하고 근로관계를 종료할 수 있는 금전보상제도가 도입되었다. 임금상당액 이상의 금품은 해고기간 동안의 임금상당액과 위로금을 포함하여 원직복직을 대신한 것으로서, 노동위원회가 근로자의 귀책사유, 해고의 부당성 정도 등을 고려하여 결정한다. 금전보상제도가 도입됨으로써 정당한 이유 없는 해고의 구제방식을 다양화하여 권리구제의 실효성을 증대시켰다고 할 수 있다. 그러나 실무에 있어서 금전보상제도는 금전보상이 해고기간 중에 받을 수 있었던 임금에 한정되어 최소한의 보상만 인정하고 있기 때문에 제한적으로만 사용되고 있다. 따라서 금전보상제도를 활성화하기 위해서는 해고기간 동안의 임금, 일정액의 위자료, 구제신청에 소요된 비용 등도 인정하는 것이 타당하다고 본다.

4. 구제명령의 불이행 및 불복절차

(1) 구제 명령의 불이행 (이행강제금)

사용자는 구제명령이 있을 때에는 이에 따라야 한다. 사용자가 명령을 따르지 않는 경우에는 형벌이 부과된다(근기법 제 111 조, 노조법 제 89 조). 그러나 이것은 명령이 확정된 이후에야 해당된다. 사용자가 노동위원회의 판정에 불복하여 재심을 신청하거나 행정소송을 제기하는 경우 명령은 확정되지 않는다. 이 경우, 부당해고 구제에서는 확정되지 않은 구제명령에 대해서도 이행을 강제하는 이행강제금 제도가 인정된다. 노동위원회는 구제명령 또는 중앙노동위원회의 재심판정을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2 천만 원 이하의 이행강제금을 부과한다. 노동위원회는 최초의 구제명령을 한 날을 기준으로 매년 2 회의 범위에서 구제명령이 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과・징수할 수 있다(2 년 한도). 노동위원회는 중앙노동위원회의 재심판정이나 법원의 확정판결에 따라 노동위원회의 구제명령이 취소되면 직권 또는 사용자의 신청에 따라 이행강제금의 부과・징수를 즉시 중지하고 이미 징수한 이행강제금을 반환하여야 한다.

여기서 사용자의 구제명령 이행과 관련하여 논란이 되는 부분은 사용자의 부당해고 등에 대한 이행 기준(履行基準)이 없는 경우, 그 이행 여부에 대한 해석을 둘러싸고 근로자・사용자와 노동위원회 사이에 마찰이 야기될 우려가 있다는 점이다. 따라서 이행기준에 대한 판단은 완전이행(完全履行)을 전제로 하고 있으며, 그 목적은 이러한 마찰을 사전에 예방하고, 구제명령의 실효성을 확보하며, 노사분쟁의 조기 해결을 도모하고자 함이다(노동위원회 규칙 제 79 조). 그 기준은 다음과 같다.

1. 원직복직의 이행은 당해 근로자에게 해고 등을 할 당시와 같은 직급과 같은 종류의 직무를 부여하였거나 당해 근로자의 동의를 얻어 다른 직무를 부여하였는지 여부. 다만, 같은 직급이나 직무가 없는 등 불가피한 사유가 발생한 때에는 유사한 직급이나 직무를 부여한 경우를 말함
2. 임금상당액 지급의무 이행은 구제명령의 이행기일까지 그 금액을 전액 지급한 경우를 말함
3. 금전보상을 내용으로 하는 구제명령은 주문에 기재된 금액을 전액 지급한 경우를 말함
4. 그 밖의 구제명령의 이행은 그 주문에 기재된 대로 이행한 경우를 말함
5. 당사자가 부당해고 구제명령과 다른 내용으로 합의하고 그 내용대로 이행한 경우 완전 이행으로 간주

(2) 불복절차

지방노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 불복이 있는 관계 당사자는 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있다. 재심신청 기간은 판정서를 송달받은 날부터 10 일 이내이다. 중앙노동위원회의 재심절차는 지방노동위원회에서 초심절차와 동일하게 진행된다. 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 관계 당사자는 행정소송법에 정하는 바에 따라 취소소송을 제기할 수 있다. 제소 기간은 재심판정서를 송달받은 날로부터 15 일 이내이다. 회사(근로자)가 중앙노동위원회의 결정에 불복하여 행정소송을 제기한 경우, 피고가 중앙노동위원회가 되고, 당해 근로자(사용자)는 피고보조참가인이 된다. 재심신청 기간 내에 재심을 신청하지 않거나 제소 기간 내에 행정소송을 제기하지 않는 경우, 그 구제명령, 기각결정, 재심판정은 확정된다.

노동위원회와 교원소청심사위원회 비교검토

I. 문제의 소재

몇 달전 모 사립대학교 외국인 교수가 사무실에 찾아와 상담을 한 적이 있었는데 정확한 구제기관을 알지 못해 각하 판정이 난 안타까운 일이 이었다. 사건은 이러했다. 이 외국인 교수는 조교수로 임명되어 지난 5년 동안 근무하면서 매년 근로계약을 재갱신하였는데, 금년 2월에는 교원 재임용에서 탈락하였다. 대학교는 외국인 교수가

기간제 교수 계약을 체결하였으므로 기간 만료로 재고용을 하지 않았다는 것이다. 이 외국인 교수는 교수평가에서 중간 이상의 점수를 유지하면 재임용에 문제가 없다는 학교 규정이 있기 때문에 계약연장에는 전혀 문제가 없다고 생각했었다. 억울하다고 생각한 외국인 교수는 노동위원회의 부당해고 구제신청을 하였으나 각하 판정을 받았고 재심신청을 위해 뒤늦게 우리 노무법인에 찾아온 것이다.

외국인 교수는 교원이므로 재임용 탈락에 대한 구제신청을 교원소청심사위원회에 제기했어야 하는데, 노동위원회에 잘못 신청하여 각하결정을 받았던 것이다. 이 외국인 교수가 교원소청심사위원회의 절차에 대해 잘 알았다면 충분히 법적 구제를 받고도 남았을 텐데, 정확한 구제기관을 잘 알지 못해 법적인 구제를 받지 못한 것이 안타까웠다.[34]

근로자가 부당한 인사처분을 받은 경우 일반적으로 노동위원회의 구제신청을 통해 해결한다. 2015년 노동위원회 부당해고 등의 사건이 13,000건이나 접수되어 처리되었다고 한다. 이에 비해 교원소청심사위원회는 2013년 기준 588건으로 상대적으로 사건 수가 적은 편이지만 지속적으로 증가하고 있다고 한다.[35] 특히 외국인 교수의 경우 기간제 근로자이면서 교원의 신분을 유지하기 때문에 교원소청심사 대상이 될지 여부에 대해 혼란스러운 경우가 많다.

아래에서는 노동위원회의 업무처리 구제절차를 기준으로 교원소청위원회의 절차를 비교하여 이해하고자 한다.

Ⅱ. 노동위원회와 교원 소청심사위원회의 기능 비교

1. 적용대상의 구분

노동위원회의 구제신청대상은 근로기준법이 적용되는 5인 이상의 사업장에 소속된 모든 근로자다. 다만, 국가 또는 지방 공무원이나 '교원'은 제외 된다. 노동법이 적용되지 않는 공무원이나 교원은 별도의 소청심사기관을 통해 신분상 불이익에 대해 구제신청이 가능하다. 공무원과 교원의 권리구제를 위한 소청심사위원회는 행정부에 중앙인사위원회 소청심사위원회와 '교원소청심사위원회'가 있고, 지방공무원 소청심사위원회가 있다. 그리고 입법부, 사법부, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회에 각각 별도의 소청심사위원회가 설치되어 있다.

교원은 교육권, 신분보장, 자율성 보장 등의 권리를 가지면서, 한편으로 교육 및 연구 활동, 품위유지, 정치활동 금지 등의 의무를 진다. 특히 신분보장과 관련한 제도가

34) 관련 유사사례: 중노위99부노165, 부해610, 2000. 1. 31. 공무원법에 적용되는 철도청 직원이 부당해고 사건을 소청심사위원회가 아닌 노동위원회에 제기하였기 때문에 각하된 사건.
35) 교원소청심사위원회, "결정문집", 2014.

교원소청심사제도인데 교원의 징계처분(파면, 해임, 정직, 감봉, 견책)이나 그 의사에 반하는 불리한 처분(강임, 휴직, 면직, 직위해제 등)을 받고 불복할 경우 제기하는 행정심판의 일종이라 할 수 있다.[36]

구체적으로 교원이란 유치원의 "원장·원감 및 교사"(유아교육법 제20조)와 초등학교·중학교·고등학교·고등기술학교 및 특수학교의 "교장·교감 및 교사" (초·중등교육법 제19조) 그리고 대학·산업대학·교육대학 및 방송·통신대학의 "총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사"(고등교육법 제14조)를 말한다. 따라서 사립학교의 행정업무 등을 담당하는 직원, 초·중등학교의 기간제교원(교육공무원법 제32조, 사립학교법 제54조의4의 규정에 의해 임용된 교사)은 교육소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수 없다. 이들의 경우에는 노동위원회를 통해 구제를 받아야 한다.

2. 노동위원회와 교원 소청위원회의 업무처리 구제절차

구분	노동위원회	교원소청심사위원회[37]
구성	ㅇ관련 법률: 노동위원회법 ㅇ구성: 고용노동부 소속으로 중앙노동 위원회(1개)와 각 지방노동위원회(12개)가 있으며, 중앙노동위원회는 세종시에, 각 지방노동위원회는 각 지방에 위치해 있음. ㅇ목적: 노동관계에 있어 부당해고, 부당노동행위 사건 발생시 신속하고 공정하게 해결하기 위한 심판기능제공 ㅇ대상: 근로기준법이 적용되는 전 근로자 ㅇ심문회의 구성: 공익위원 3명과 근로자위원과 사용자위원으로 구성하고, 결정은 공익위원의 과반수로 결정함.	ㅇ관련 법률: 교원지위향상을 위한 특별법(관련시행령: 교원소청에 관한 규정) ㅇ구성: 교육부 소속 1개의 위원회로 세종시에 위치해 있음. ㅇ목적: 교육부에 설치되어 있는 합의제 행정기관으로서 교원이 받은 징계 등의 불리한 처분에 대해 법령과 판례를 근거로 공정하게 심사, 결정하는 기능 ㅇ대상: 국립, 공립, 사립의 유치원, 초등, 중등, 고등, 대학교의 교원. ㅇ심문회의 구성: 위원 8명으로 구성하고, 재적위원 과반수 참석과 재직위원 과반수 합의로 결정 ㅇ청구대상: - 징계처분: 파면, 해임, 정직, 감봉, 견책

36) 이동찬, "교원소청심사 제도에 관한 연구", 한양법학, 22, 2008, 2, 370면.

	ㅇ 청구대상: 근로기준법 제23조에 의한 부당해고 등. 노동조합법 제81조에 의한 부당노동행위 기간제법 제9조에 의한 차별적 처우의 시정신청	- 그 밖의 그 의사에 반하는 불리한 처분: 재임용거부, 직권면직, 직위해제, 휴직, 강임. 기타
심사청구	- 부당해고, 부당노동행위 등 사유 발생일로부터 3 월 이내에 신청 (근기법 제 28 조, 노조법 제 82 조) - 관할: 부당해고, 부당노동행위 발생 사업장 소재지 관할 지방노동위원회(규칙 제 29 조)	처분이 있는 것을 안 날부터 30일 이내에 청구 - 파면 또는 해임이나 면직처분에 대하여 교원소청심사 청구가 있는 경우 처분권자는 위원회의 최종 결정이 있을 때까지 후임자의 보충 발령을 하지 못함. 다만, 소청심사청구 기간이 경과한 후에는 보충발령이 가능함.
심사접수	구제신청서가 접수되면 심판위원회 구성 - 심판당담공익위원 3인으로 구성 - 사건처리 조사관 지정 - 기재사항 누락시 보정요구 - 신청취지 추가, 변경	청구서가 위원회에 접수되면 심사과장은 담당조사관을 지정(즉시) - 심사위원회는 소청심사청구서에 흠이 있다고 인정할 때에는 접수한 날로부터 7일 이내에 상당한 기간을 정하여 청구인에게 보정요구를 할 수 있으며, 경미한 때에는 직권으로 보정 가능
접수통지 및 답변서 제출요구	- 당사자에게 이유서, 답변서 제출방법, 심판절차 안내문 발송 - 신청서와 이유서 부본 상대방에 송달 및 답변서 제출요구	피청구인에게 청구서 부본을 송부하고 기한을 정하여 답변서 제출을 요구(3일) - 심사위원회는 소청심사청구서 부본 1부를 피청구인에게 송부하고 필요한 경우 답변서 제출을 요구할 수 있음
증거제출 및 사실조사 등	노동위원회는 증거자료가 필요한 경우 관련 자료 제출요구, 필요시 당사자, 증인출석 조사. 필요시 사업장 방문 조사.	답변서 접수 및 청구인에게 송달(20일) - 피청구인의 답변서가 접수되면 그 부본을 청구인에게 송부하고 필요할 경우 현지 등을 방문하여 사실 조사함.

심사기일 통지	심문회의 개최일 7일 전에 일정통지 - 정당한 사유가 있을 시 연기요청 가능	심사기일 통보 (심사 1주일 전 통보) - 정당한 사유가 있을 시 연기요청 가능
심사회의	심문회의는 공익위원 3인 모두 참석하여 개시하고, 추가적으로 근로자위원, 사용자위원 각 1인 참석하여 심문진행 - 회의 진행절차: 사건상정 → 당사자확인 → 신문 및 진술 → 결정 - 참고인 출석시 사전 승인이 필요함. - 위원장 증인 지정하여 진술하게 할 수 있으며, 이 경우 당사자에게 심문이나 반대심문 기회주어야 함.	ㅇ심사회의: 소청사건을 심사 - 참석범위: 위원장, 위원, 심사과장, 담당조사관, 양당사자 및 증인 - 회의 진행절차: 사건상정 → 당사자확인 → 신문 및 진술 → 결정 - 심사의 범위: 소청심사청구의 원인이 된 사실 외의 사실에 대하여 심사하지 못함.
결정	판정회의 개최. 공익위원 3인 전원의 출석과 위원 과반수(2인) 찬성으로 결정. - 구제신청 인정, 기각, 각하, 화해 취하 - 금전보상: 부당해고 인정 및 부당해고 기간 중 임금지급.	- 결정방법: 재적위원 3분의 2 이상의 출석과 재적위원 과반수의 합의에 의함 - 결정기한: 접수한 날부터 60일 이내, 불가피한 경우 30일 연장가능 - 결정: 각하, 기각, 감경, 이행명령 등
결정서 송부	결정서 송부: 구제명령인 경우 판정서 '주문'에 30일 이내 이행기한 명시	결정서 송부(결정일 15일 이내) - 결정서가 작성되면 당사자에게 송부
후속조치 및 불복조치	- 이행강제금 제도: 사업주가 노동위원회 결정 불복시 근로자 1인당 2000만원 이내 이행강제금 부과, 구제명령 후 2년 동안 매년 2회까지 부과가능. 사용자가 재심신청에서 승소시 납부한 이행강제금을 모두 환급 받음. - 재심은 중앙노동위원회에 노동위원회 결정서 수령 후 10일 이내에 재심신청.	- 심사위원회의 결정에 대하여 불복할 때, 교원 및 사립학교법인 또는 사립학교 경영자는 행정소송 제기 가능 - 국공립교원은 원처분청을 대상으로 행정소송을 제기해야 함. 그러나 처분청은 행정소송을 제기할 수 없고 이에 기속되어 따라함. - 행정소송은 소청결정서를 받은 후 90일이내에 제기

3. 교원소청심사위원회의 특성

교원소청심사위원회는 교원의 특성에 맞추어 제도를 설계하였기 때문에 다음과 같은 긍정적인 특성을 지닌다. ①소청심사청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불이익한 결정을 하지 않는다(교원소청규정 제16조). ②파면 또는 해임이나 면적처분을 받은 경우, 소청심사청구를 하면 소청심사 결정이 있을 때까지 청구인의 후임자를 보충 발령하지 못하게 되어 있다(교원지위 특별법 제9조). ③소청심사청구를 하는데 비용이 들지 않고, 소청심사 결정이 민사소송 등 다른 구제방법 보다 빨리(60일 이내 결정, 30일 연장 가능) 이루어진다 (교원지위특별법 제10조). 따라서 교원소청심사위원회는 위와 같이 교원들의 신분보장 성격을 고려한 조치들로 인하여 실질적으로 교원들의 권리구제를 확보할 수 있는 제도라 하겠다.

Ⅲ. 사안의 소결

외국인 교수는 지방노동위원회의 각하 판정이 사건의 내용에 대한 기각사유가 아니라 사건처리 기관을 잘못 정하여 제기하였기 때문에 각하되었다는 것을 알게 되었다. 또한 중앙노동위원회의 재심신청 자체가 재심의 사유가 되지 못한다는 것을 알고 다른 방안을 모색하였다. 이 경우 외국인 교수는 민사소송을 제기하거나 비자를 취업비자(D-10)로 변경하여 신규 취업하는 두 가지의 방법 밖에는 없었다. 이에 필자는 외국인이 민사소송을 제기하는 것이 시간상, 금전상 거의 불가능하기 때문에 신규 취업하기를 권하였다. 근로자들이 자신의 부당한 법적 구제절차를 제대로 알지 못할 때 발생할 수 있는 대표적인 사건이었다고 볼 수 있다. 위 사례는 근로자들이 자신의 부당한 권리 침해에 대해 법적 구제수단을 제대로 알고 대응해야 이 외국인 교수와 같은 실수를 예방할 수 있다고 하겠다.

화해를 통한 노동분쟁 해결

I. 문제의 소재

37) 교육부 교원소청심사위원회, 「교원 재임용 소청심사」, 도서출판 지식공감, 2016.

노동위원회에 접수된 전체사건 중 화해로 종결된 사건의 비율이 2010 년 기준 25%, 2011 년 32%, 2012 년 34%, 2013 년 34 %로 점차 확대되고 있다.[38] 이는 2007 년 4 월 '노동위원회법' 에 '화해조항' 이 명문으로 도입된 이후 노동위원회가 화해제도를 노동분쟁을 해결하는 중요한 수단으로 간주하고 있기 때문이다.[39] 노동위원회의 판정은 어느 한 당사자의 일방적 이익을 가져오고, 다른 상대방에게는 모든 것을 잃는 결과를 가져오기 때문에 이에 대한 불복으로 인하여 노동분쟁이 장기화 되는 경향이 있다. 화해는 회사와 근로자가 해고 사건을 원만하게 해결하도록 하여 노동분쟁이 장기화 되는 것을 사전에 방지하는 역할을 수행한다. 화해제도의 이러한 중요한 역할에도 불구하고, 실무에서 우연하게 이루어지는 분쟁해결 방식으로 간주되고 있다. 따라서 화해를 통해 노사분쟁을 합리적으로 해결한 실사례에서 화해제도를 이해하고, 이를 적극적인 활용방법을 모색할 필요가 있다.

II. 화해의 법적지위 및 활용

1. 화해의 법적 지위

민법에서 '화해' 는 당사자가 상호 양보하여 당사자간의 분쟁을 종지할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다. 화해계약은 당사자 일방이 양보한 권리가 소멸되고 상대방이 화해로 그 권리를 취득하는 효력이 있다(제731조, 제732조). 판례의 입장도 화해의 효력에 대해 화해계약이 성립되면 특별한 사정이 없는 한 그 창설적 효력에 의하여 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸되는 것이므로 계약당사자 간에는 종전의 법률관계가 어떠하였느냐를 묻지 않고 화해계약에 의하여 새로운 법률관계가 생기는 것으로 봤다.[40]

노동위원회법(제16조의3호)에 따르면, 노동위원회는 「노동조합 및 노동관계조정법」 제84조 또는 「근로기준법」 제28조의 규정에 따른 판정·명령 또는 결정이 있기 전까지 관계 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 화해를 권고하거나 화해 안을 제시할 수 있다. 당사자가 합의해 작성된 화해조서는 「민사소송법」에 따른 '재판상 화해' 의 효력을 갖는다.

2. 화해의 활용

(1) 화해의 선택

38) 고용노동부, 「고용노동백서」, 2014.
39) 이승길/조성관, "노동위원회의 운영상 개선방안에 관한 소고", 「노동법논집」 제27호, 비교노동법학회, 2013.4, 260면.
40) 대법원 1992.9.22. 선고 92다25335 판결.

노동위원회의 부당해고 사건에 있어 화해는 주로 심문회의에서 공익위원이 화해를 권고하고 어느 일방이 이를 수용할 때, 화해의 시간이 부여되는 방식으로 진행된다. 보통 부당해고 사건을 진행함에 있어 어느 일방이 화해를 요구할 경우에는 이를 요구하는 일방이 자신들의 주장이 약하다는 것을 인정하는 모습으로 비취질 것을 우려하여 심문회의까지는 화해를 먼저 제안하지 않는 경우가 많다.

사용자의 입장에서는 부당해고로 판정이 날 가능성이 높을 경우 화해를 수용한다. 또한 정당한 해고로 인정받을 것이 확실시되더라도 합의금이 아주 적다면 근로자가 재심신청을 사전에 방지하기 위해 화해를 수용하기도 한다. 반면에, 근로자는 복직이 되더라도 (i)계속 근무가 불가능한 경우, (ii)새로운 직장에 취업한 경우, (iii) 부당해고로 인정받기가 어려운 경우 합의를 수용한다.

(2) 화해의 금액

화해 금액은 보통 '근로자의 급여'를 기준으로 계산된다. 해고 사건에 있어 근로자가 유리한 입장에 놓여 있으면, 해고기간의 임금과 추가로 근무하면 받을 수 있는 기간에 대한 임금을 요청하기 때문에 1년치까지의 급여를 합의금으로 청구하기도 한다. 이에 반해 근로자가 해고사건에 대해 불리한 경우에는 해고기간의 임금 정도만 받고 화해하는 경우가 많다. 따라서 노동위원회는 부당해고 여부를 판정하기에 앞서 심문회의에서 사실관계를 통해 해고가 정당한지 부당한지를 어느 정도 심문이 있은 이후에 화해를 권유하며 합의금도 제시하게 된다. 양 당사자의 합의금액이 차이가 난 경우에는 노동위원회의 조정을 통해 합의금이 어느 정도 좁혀져서 합의가 되도록 유도한다. 그럼에도 불구하고 최종적으로 합의되지 않은 경우 심문회의에서 곧바로 부당해고 여부를 판정하지 않고, 며칠의 기회를 주어 회사와 근로자가 합의하기도 한다.

(3) 화해의 양식

실제로 대부분의 화해는 아래의 '화해조서' 작성이라는 형식을 취한다.

서울지방노동위원회 화해조서

사건번호: 서울2014부해2689 000코리아㈜ 부당해고 구제신청
근 로 자: 000
사 용 자: 000코리아 주식회사

화해조건

1. 이 사건 근로자와 사용자는 2014. 9. 15자로 근로관계를 종료하는 것을 한다.
2. 이 사건 사용자는 근로자에게 퇴직금을 포함한 화해 합의금으로 금0천0백만원

(실 수령기준)을 2014. 11. 26.(수)까지 이 사건 근로자의 기존 급여계좌로 지급한다.

3. 위 조건이 이행되면, 이 사건 당사자들은 이 사건 근로관계 종료와 관련하여 향후 일체의 민•형사 및 행정상 기타 어떠한 방법으로도 이의를 제기하지 아니한다.

위 000코리아㈜ 부당해고 구제신청 사건에 대하여 위와 같은 조건으로 화해하였으며, 본 화해조서는 「노동위원회법」 제16조의3 제5항에 의해 「민사소송법」에 따른 재판상 화해의 효력이 있음을 확인한다.

2014년 11월 19일

근로자대리인: 000 (서명 또는 날인)

사용자대리인: 000 (서명 또는 날인)

서울지방노동위원회 단독심판위원회 위원장 공익위원 000 (서명)

3. 화해와 금전보상과의 차이

'금전보상제도'는 부당해고로 판정났으나 근로자가 원직복직을 원치 않아 대신 금전으로 보상하는 제도이다(근로기준법 제30조). 금전보상 청구는 심문회의 개최일을 통보받기 전까지 하여야 하며, 보상금액의 산정기간은 해고일로부터 당해 사건의 판정일까지로 한다(노동위원회 규칙 제64조, 제65조). 따라서 금전보상은 해고기간 동안의 임금만 청구할 수 있으며, 해고에 대한 정신적 보상(위자료)에 대해서는 인정되지 않기 때문에 보상금이 낮아 제한적으로 사용될 수 밖에 없다.[41]

이에 반해 화해는 금전보상 수준에 대한 어떠한 구속 없기 때문에 부당해고로 판정될 가능성이 높으면 더 많은 합의금을 청구할 수 있고, 반면에 정당한 해고로 판정될 가능성이 높으면 1개월치 해고예고수당 정도의 임금으로 합의되는 경우도 있다.

Ⅲ. 화해를 통한 노동분쟁 해결사례

1. A 회사의 해고 사건

A회사는 대만계 반도체 회사로 한국에 5명의 직원을 사용하고 반도체 부품을 전자회사에 판매하고 있다. 최근에 회사는 적자가 계속되고 있어 이에 대한 원인이 한국 지사장의 영업능력 부족이라 판단하였다. 이에 회사는 2014년 8월에 해고예고수당 만을 지급하고 지사장을 즉시 해고하였다. 곧바로 지사장은 부당해고 구제신청을 노동위원회에

41) 조성혜, "부당해고시 금전보상제도에대한 비판적 검토", 「노동정책연구」2009년 제9권, 154면

신청하였다.

노동위원회는 2014. 11. 19. 심문회의를 개최한 바, 회사가 주장하는 지사장의 영업실적 부족의 원인 중 하나로 회사의 반도체 가격경쟁력이 높지 않았고, 지사장의 지위가 사용자인지에 대해 실제로 영업부서장 정도의 역할만 하였고, 독립된 사업체의 대표자 역할을 하지 못하였다는 사실관계가 확인됨으로써 회사에 불리한 분위기였다.

노동위원회는 지사장이 복직한다면 회사의 신임을 잃은 이상 계속 근로가 불가능하다고 판단하게 되었다. 이러한 상황에서 노동위원회는 화해를 제시한 바, 회사와 지사장은 화해하겠다고 의사표시를 하였다. 이 심문회의의 화해 조건으로 근로자는 12개월의 임금보상을 요구한 바, 회사는 해고예고수당과 공인노무사의 수임료 등을 고려해 3개월의 임금보상한다고 입장을 표명하였다. 이에 공익위원은 당사자 쌍방에게 8개월의 임금보상(안)을 제시하였으나, 회사는 이를 거부하였다. 이에 노동위원회는 1주의 화해기간을 추가로 주면서 동 기간내 합의하지 않으면 부당해고의 여부를 판정한다고 하였다.

이에 회사를 대리한 공인노무사는 현재 회사가 지방노동위원회에서 불리한 입장이고, 부당해고로 판정시 재심절차 등 추가적 법률비용이 발생한다는 점을 설명해 회사가 추가 5개월치의 임금보상을 합의안으로 받아 냈다. 한편, 근로자 측도 공익위원의 제시 안을 수용한 상태로 8개월치 임금보상 합의안은 수용하겠다는 입장이었다. 이에 사측 공인노무사는 근로자측 공인노무사에게 연락해 실제로 퇴직금 계산에 있어 상시 근로자 수 5인 이내의 기간을 고려할 경우 약 2개월치 임금이 축소된다는 사실을 설명하면서 기존의 8개월치 임금보상에서 6개월치로 조정하였다. 최종 1개월치 임금보상 차이에 대해 회사를 추가적으로 설득하였고, 노측에게도 추후 근로자가 부담해야 할 위험을 설명해 5.5개월치로 양보해 최종합의에 이르렀다.

2. B회사의 해고사건

B 회사는 스위스에 본사를 둔 다국적 기업의 한국지사이다. 근로자는 2012. 12. 1 에 한국지사에 상무로 발령을 받아 새로이 2 년간의 근로계약을 체결하고 근무를 시작하였다. 근로자는 성실히 근무하던 중 갑작스럽게 2013. 8. 30 에 해고통지를 받았다. 해고 이유는 근로자가 2012 년 본사에서 근무시 거래업체와 부당거래에 관여한 것이었다. B 회사는 본사안을 자체 조사하지 않은 채 B 회사 본사의 해고요청 통지에 따라 그 근로자를 해고하였다. 이에 근로자는 노동위원회에서 부당해고 구제신청을 하였고, 이 사건과 관련해 노동위원회의 심문회의가 2013. 12. 17. 오후에 열렸다.

심문회의에서 B 회사가 본사의 요청에 의해 취업규칙에 의한 징계절차도 거치지 않은 채 근로자를 일방적으로 해고한 것이 인정되어 부당해고로 판정될 것이 명백하였다. 심문회의 의장은 양당사자에게 합의를 제안한 바, 이를 수용하였다.

하지만 합의금액에 대해서는 다툼이 있어 쉽게 해결되지 않았다. 근로자도 업무복귀가 사실상 어려운 상황이었고, 회사도 부당해고 판정을 피해갈 수 없는 입장이었다. 근로자는 계약기간이 11 개월 가량 밖에 남아 있지 않았기 때문에 11 개월치의 임금보상을 요구하였다.

이에 대해 회사는 부당해고로 판정이 날 경우의 위험 등을 고려해 6 개월치 임금보상을 제시하였다. 최종 양당사자가 상호 양보해 9 개월치에 조정된 임금보상으로 합의되었다.

VI. 결론

노동위원회에서 화해제도는 판정보다 한 당사자에게 주어지는 일방적 손해를 예방하고, 차후 원만한 관계를 유지하며, 분쟁을 확정적으로 종결한다는 점에서 큰 장점이 있다. 다만, 화해의 성립 여부는 당사자가 처해 있는 객관적인 상황과 당사자의 주관적인 감정에 의해 영향을 받기 때문에 실무에서 화해로 문제해결을 하기 어렵다. 따라서 화해 성립에 대한 불확실성을 줄이기 위해 '금전보상제도'를 개선하여, 해고기간 중 임금 상당액이 아닌 근속년수만큼의 급여보상을 추가 삽입한다면, 불확실한 화해제도를 '금전보상제도'로 흡수할 수도 있을 것이다.

고용종료와 관련 민법과 근로기준법의 관계

I. 문제의 소재

고용과 관련된 법률관계는 민법과 근로기준법에서 규정하고 있다. 다만, 근로기준법은 5 인 미만의 상시 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 제한적으로 적용되고, 동거하는 친족만을 사용하는 경우와 가사사용인에 대해서는 법이 적용되지 않는다. 근로기준법에 규정되지 않은 부분은 민법 제 2 조의 신의성실 원칙과 권리남용금지의 원칙, 그 밖의 조항이 적용된다. 민법상 고용에 관한 총 9 개 조항은 노동법의 일반법적 효력을 가진다. 고용관련 민법 9 가지 조항 중 5 개가 고용계약 해지와 관련이 있다.[42)]

자본주의 경제체제에서 민법은 계약자유의 원칙을 기본원리로 하고 있기 때문에 계약당사자 일방은 일정한 요건이나 손해배상을 전제로 자유롭게 계약을 해지할 수 있다. 그러나 근로자와 사용자 사이의 근로계약 관계에서 사회적, 경제적으로 우월한 위치에 있는 사용자가 자유롭게 근로계약을 해지할 수 있도록 하면 취업을 해야 생계를 유지할 수 있는 근로자는 언제든지 실직될지 모르는 위협부담을 항상 안고 있으므로 불평등하고 억압적인 관계에 놓이게 된다.[43] 이러한 불평등 관계를 개선하고, 근로자의 기본적인 권리인 인간의 존엄성과 행복추구권을 보장해주기 위해 헌법에 의하여 근로기준법이 만들어졌다.[44]

Ⅱ. 고용의 종료에 대한 구분의 필요성

1. 법령상 구분

민법상 고용의 종료는 3 가지로 규정하고 있다. 첫째, 고용기간이 만료한 때에 고용이 종료하며, 일정한 요건하에 묵시의 갱신을 인정한다(민법 제 662 조). 둘째, 약정기간이 3 년을 넘거나 또는 기간의 약정이 없는 경우 당사자에게 해지통고권을 부여하며, 해지통고 후 일정기간이 경과하면 해지 효력이 발생한다(민법 제 659 조, 제 660 조). 셋째, 특정한 사유가 있는 경우에 해지권의 발생을 인정하는 것이다(민법 제 657 조, 제 658 조, 제 661 조, 제 663 조). 이와 같이 민법에 의한 계약종료는 당사자간의 대등한 계약이므로, 필요한 경우에 자유롭게 해지할 수 있다는 것을 전제로 하고 있다.

그러나 근로기준법으로는 사용자가 근로계약을 일방적으로 해지하는 것은 부당해고가 되어 법적으로 부당해고 구제신청의 대상이 된다. 다만, 근로계약 기간을 정한 경우 기간의 만료, 업무완성에 필요한 기간을 정하였거나 정년제 근로자가 정년에 도달한 경우 등은 근로관계의 자동 소멸 사유로서 해고에 해당되지 않는다. 한편, 기간이 정함이 있는 근로계약의 경우에도 원칙적으로 2 년을 초과하는 경우에는 기간의 정함이 없는 무기계약직으로 계약의 형태가 변경되어 정년이 될 때까지 고용이 된다고 볼 수 있다 (기간제법 제 4 조).

2. 정당한 사유 유무

---

42) 민법상 고용해지 관련 5개 조항은 ①노무의 내용과 해지권(민법 제658조), ②3년이상의 경과와 해지통고권(제659조), ③기간의 약정이 없는 고용의 해지통고(제660조), ④부득이한 사유와 해지권(제661조), ⑤사용자파산과 해지통고(민법 제663조)이다.

43) 임종률, 「노동법」, 제14판, 박영사, 2016, 528면; 김엘림, 「근로보호법」, 방송대 출판부, 2013, 213면.

44) 헌법 제32조 ③ 근로조건의 기준은 인간의 존엄성이 보장되도록 법률로서 정한다.

민법은 계약자유의 원칙에 따라 고용계약을 당사자간에 자유롭게 체결한 것과 같이 계약종결도 어느 일방이 일방적으로 해지할 수 있다.

그러나 근로기준법은 사용자는 정당한 이유없이 근로자에게 해고, 휴직, 정직, 감봉, 기타의 징계를 하지 못한다고 명시하고 있다(근기법 제 23 조). 근로기준법상 근로계약 관계에서는 민법의 일방적 계약해지 통보가 불가능하다고 할 수 있다. 이는 근로기준법이 근로자 보호를 목적으로 하고 있기 때문이다. 그래도 정당한 사유가 있는 경우에는 근로계약의 종결이 가능하다. 판례에 의하면 정당한 사유는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있거나 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 말한다.[45] 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지 여부는 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 근로자의 지위 및 직무의 내용, 비위행위의 동기, 그 행위의 기업질서에 대한 영향, 과거의 근무 태도 등 여러 사정을 종합적으로 검토하여 판단해야 한다.[46]

Ⅲ. 민법에서 고용계약의 종료

1. 고용기간의 만료와 예외

당사자가 고용기간을 정한 경우 그 기간의 만료로 고용은 종료한다. 다만, 고용기간이 만료되기 전에 또는 만료된 후에도 당사자의 합의로 이를 갱신할 수 있다. 그런데 고용기간이 만료한 후에 갱신의 합의 없이 근로자가 계속해서 노무를 제공하고 이에 대해 사용자가 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 않는 경우, 민법은 당사자의 의사로 간주하여 전 고용과 동일한 조건으로 다시 고용한 것으로 본다(민법 제662조 제1항). 다만 기간의 정함이 없는 고용의 경우 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있고, 그 통고를 받은 때부터 1개월이 지나면 해지의 효력이 생긴다(민법 제662조, 제660조). 이는 민법의 계약자유의 원칙으로 대등한 양 당사자는 계약기간이 짧을수록 더 유리한 계약으로 간주하고 있다.[47]

2. 해고통고

(1) 고용기간이 장기인 경우

고용기간은 당사자의 합의로 정할 수 있지만, 그것이 지나치게 장기인 때에는 고용관계의 특성상 당사자의 자유를 구속하는 문제가 있다. 그래서 민법은 고용의 약정기간이 3년을 넘거나 또는 당사자의 일방 혹은 제3자의 종신까지로 된 때에는, 각

45) 대법원 2003.7.8. 선고 2001 두 8018 판결.
46) 대법원 2009.5.28. 선고 2007 두 979 판결.
47) 양재현, "민법상 고용계약에 관한 연구", 숭실대학교 법학박사 학위논문, 2010, 66 면.

당사자는 3년을 경과한 후 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있는 것으로 정한다(민법 제659조). 이 경우 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 3개월이 지나면 해지의 효력이 생긴다(민법 제659조). 기간의 정함이 있는 고용계약의 최장기간을 3년으로 제한하고 있다. 이는 고용기간을 길게 함으로써 노무자에게 불이익을 주지 않기 위한 것이다. 다시 말해, 고용기간이 짧아야 근로자를 보호할 수 있다는 민법상 대등한 당사자 계약의 특징이다.

(2) 기간의 약정이 없는 경우

고용기간의 약정이 없는 때에는 각 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다(민법 제660조). 그 경우 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 1개월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다(제660조). 다만 기간으로 보수를 정한 때에는, 통고를 받은 당기 후의 1기를 경과함으로써 해지의 효력이 생긴다(민법 제660조).[48]

3. 고용해지

고용계약해지 통고는 다음의 경우에 언제든지 할 수 있다. 상대방에게 그 통지가 도달한 때부터 통고기간이 필요 없이 해지의 효력이 생긴다.

1) 사용자가 근로자의 동의 없이 그 권리를 제삼자에게 양도한 경우 (민법 제657조: 권리의무의 전속성),
2) 사용자가 약정하지 아니한 노무의 제공을 요구한 때나 근로자가 약정한 기능이 없는 경우 (민법 제658조: 노무의 내용과 해지권),
3) 고용기간의 약정이 있는 경우에도 부득이한 경우 있는 때에는 당사자는 계약을 해지할 수 있다 (민법 제661조: 부득이한 사유와 해지권),
4) 고용기간의 약정이 있는 때에도 사용자가 파산선고를 받은 경우에는 노무자 또는 파산관재인은 계약을 해지할 수 있다(제663조: 사용자파산과 해지통고).

IV. 근로기준법에서 근로계약의 종료

근로기준법상 사용자의 일방적인 근로관계의 종료는 엄격하게 제한하고 있다. 근로계약은 기간의 정함이 있는 계약이 있지 않은 이상 근로자와의 고용관계를 단절하기가 쉽지 않다. 정당한 사유를 필요로 하고, 해고시기에 제한을 받으며, 해고절차에 있어서도 엄격한 절차를 거쳐야만 정당한 계약종결을 할 수 있다. 사용자의 일방적 계약종결 통지는

48) 예를 들어, 매우러 초일부터 말일까지를 기간으로 임금을 선정하여 월급을 주기로 하였는데 4월에 해지통고를 한 경우에는 당기 후의 1기를 경과한 때, 즉 6월 1일부터 해지의 효력이 생긴다.

부당해고가 되어 노동위원회를 통한 부당해고 구제신청의 대상이 된다.

1. 고용기간의 만료와 예외

기간제법 제4조에 따르면, "사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 또는 기간제 근로계약의 반복 갱신이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제 근로자를 사용할 수 있다. 다만, 사업완료에 필요한 기간을 정한 경우, 연령이 만 55세이상인 경우, 전문직종에 종사하는 자로서 25개의 국가자격을 갖춘 자, 박사학위를 취득한 후 해당분야에서 근로를 제공하는 경우, 등은 예외 사유로서 2년을 초과하여 기간제로 근로자를 사용할 수 있다.

2. 정당한 사유에 의한 제한

근로기준법 제23조는 사용자는 정당한 이유없이 근로자에 해고를 하지 못한다고 명시하고 있다. 근로기준법상 근로계약 관계에서는 민법의 일방적 계약해지 통보가 불가능하다고 할 수 있다. 이는 근로자 보호를 목적으로 하고 있기 때문이다. 그래도 정당한 사유가 있는 경우에는 근로계약의 종결이 가능하다. 근로기준법 시행령(제14조)에 해고를 할 수 있는 정당한 사유를 다음과 같이 명시하고 있다.

① 납품업체로부터 금품 또는 향응을 제공받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우
② 영업용 차량을 임의로 타인에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우
③ 사업의 기밀, 기타 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에 제공하여 사업에 지장을 가져온 경우
④ 허위사실을 날조·유포하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 가져온 경우
⑤ 영업용차량 운송수입금을 부당하게 착복하는 등 직책을 이용하여 공금을 착복·장기유용·횡령하거나 배임한 경우
⑥ 제품 또는 원료 등을 절취 또는 불법 반출한 경우
⑦ 인사·경리·회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 허위서류 등을 작성하여 사업에 손해를 끼친 경우
⑧ 사업장의 기물을 고의로 파손하여 생산에 막대한 지장을 가져온 경우
⑨ 기타 사회통념상 고의로 사업에 막대한 지장을 가져오거나 재산상 손해를 끼쳤다고 인정되는 경우

3. 정리해고의 제한

근로기준법 제24조의 정리해고의 제한 규정에 의거, 사용자는 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고할 경우 ① 긴박한 경영상 필요가 있어야 하고, ② 해고회피노력을 다하여야 하며, ③ 해고대상자를 합리적이고 공정한 기준을 정하여 선정하여야 하고, ④ 근로자 대표에 해고 50일 전에 통보하고 해고 회피노력과 해고 대상자 선정에 관하여 협의하여야 한다고 명시하고 있다. 위의 네 가지 기준을 충족한 경우에 근로기준법 제23조에 있는 정당한 해고사유가 된다. 즉, 근로자의 귀책사유가 없이 사용자의 귀책사유로 근로자와의 근로계약을 해지하고자 할 경우에는 엄격한 제한을 받는다.

4. 해고시기의 제한

사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안, 산전 산후의 여성이 근로기준법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일간은 해고하지 못한다(근로기준법 제23조). 근로자가 노동력을 상실한 기간이나 효과적인 구직활동을 할 수 없는 기간동안 근로자를 실직의 위험으로부터 보호하려는 취지에서 설정한 규정이다.[49] 이를 위반하여 근로자를 해고한 경우 벌칙조항이 적용되고, 사법상 무효가 된다.

다만, 사용자가 업무상 부상 또는 질병에 대하여 일시보상을 하였거나 사업을 계속할 수 없는 경우에는 예외적으로 해고 시기의 제한을 받지 않는다(근로기준법 제23조).

5. 해고절차의 제한

(1) 해고의 예고

근로기준법 제26조에 의하면, 사용자는 근로자를 해고하려면 적어도 30일전에 예고해야 하고, 30일전에 예고를 하지 않은 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급해야 한다. 해고예고 규정은 해고의 정당한 여부와는 별개의 사안으로, 정당한 사유가 없는 경우 해고예고 자체를 하였다고 해고의 정당한 해고사유가 되는 것은 아니다.

(2) 해고의 서면통지

근로기준법 제27조에 의하면, 사용자는 근로자를 해고하려면 해고의 사유와 시기를 서면으로 통지해야 한다. 이 서면의 통지가 없는 경우에는 해고의 효력이 없다. 이 규정은 사용자가 근로자를 해고하는데 신중을 기하게 하는 한편, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하게 해결되고, 근로자에게는 해고에 적절히 대응할 수 있도록 하려는 것이다.[50]

---

49) 임종률, 「노동법」, 제 14 판, 박영사, 2016, 543 면; 대법원 1991.8.27. 선고 91 누 3321 판결.

V. 결론

민법이 일반법의 차원에서 대등한 당사자 간의 계약관계를 기준으로 권리와 의무 관계를 정립하였다고 본다면, 근로기준법은 특별법으로서 강행규정으로 사용자가 지켜야 하는 의무들을 명시하고 있기 때문이다. 따라서 특별법인 근로기준법이 일반법인 민법에 우선 적용되며, 민법은 근로기준법에 규정이 없는 경우에만 보충적으로 적용된다.

실업급여

I. 실업급여의 지급대상

1. 실업급여는 누가 받을 수 있나요?

실업급여는 고용보험 가입사업장에서 퇴직전 18개월 중 180일 이상 피보험자로 근무하다가 경영상 해고, 계약기간만료 등 비자발적으로 사유로 이직한 근로자가 근로의 의사와 능력을 가지고 적극적으로 재취업 활동을 하는 경우에 한하여 지급되고 있습니다. 다만, 전직, 자영업을 위하여 스스로 직장을 그만두었거나 본인의 중대한 귀책사유로 권고사직하거나 해고된 경우에는 실업급여를 받을 수 없습니다.

※ 중대한 귀책사유로 해고된 경우란

① 형법 또는 직무와 관련된 법률을 위반하여 금고이상의 형을 선고받고 해고된 경우

② 공금횡령, 회사기밀누설, 기물파괴 등 고의적으로 회사에 막대한 지장 또는 재산상의 손해를 끼쳐 해고된 경우

③ 정당한 사유없이 장기간 무단결근하여 해고된 경우 등

* 위 3가지 중대한 귀책사유에 해당하는 자가 해고되지 아니하고 권고사직으로 이직하더라도 구직급여 수급대상으로 인정하지 않음.

2. 실업급여를 받다가 취직을 하면 더 이상 받을 수 없나요?

실업급여는 실업을 신고하고 수급자격을 인정받은 수급자격자가 실업상태에서 적극적으로 재취업활동을 하여 실업인정(1주~4주 단위)을 받은 경우 지급되므로 재취업을 하게 되면 원칙적으로 실업급여를 받을 수 없습니다. 다만, 수급자격자가 구직급여를 받는 기간 중에 6개월 이상 고용될 것이 확실한 직장에 재취업하거나 또는 6개월 이상 자영업을 하는 것이

50) 대법원 2011.10.27. 선고 2011 다 42324 판결.

확실한 경우에는 재취업시점에 따라 미지급 금액의 일부 (1/3~2/3)를 조기 재취업수당으로 받을 수 있습니다.

3. 본인이 사표를 쓰면 실업급여를 받을 수 없나요?

전직, 자영업을 위해 사표를 쓰거나 학업 등 개인적인 사유로 사표를 쓰는 등의 자발적 이직의 경우에는 원칙적으로 구직급여를 받을 수 없습니다. 다만, 다음의 사유로 이직한 경우에는 예외적으로 실업급여를 받을 수 있습니다.

수급자격이 제한되지 아니하는 이직사유
(고용보험법 시행규칙 제101조 제1항 별표2)

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유가 이직일 전 1년 이내에 2개월 이상 발생한 경우
   가. 실제 근로조건이 채용 시 제시된 근로조건이나 채용 후 일반적으로 적용받던 근로조건보다 낮아지게 된 경우 또는 임금체불이 있는 경우
   나. 소정근로에 대하여 지급받은 임금이 '최저임금법'에 따른 최저임금에 미달하게 된 경우
   다. '근로기준법' 제53조에 따른 연장 근로의 제한을 위반한 경우
   라. 사업장의 휴업으로 휴업 전 평균임금의 70퍼센트 미만을 지급받은 경우
2. 사업장의 도산, 폐업이 확실하거나 대량의 감원이 예정되어 있는 경우
3. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사정으로 사업주로부터 퇴직을 권고 받거나, 인원 감축이 불가피하여 고용조정계획에 따라 실시하는 퇴직 희망자의 모집으로 이직하는 경우
   가. 사업의 양도, 인수, 합병 또는 일부 사업의 폐지나 업종전환
   나. 직제개편에 따른 조직의 폐지, 축소 또는 신기술의 도입, 기술혁신 등에 따른 작업형태의 변경
   다. 경영의 악화, 인사 적체, 그 밖에 이에 준하는 사유가 발생한 경우
4. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 통근이 곤란하게 된 경우
   가. 사업장의 이전 또는 지역을 달리하는 사업장으로의 전근
   나. 배우자나 부양하여야 할 친족과의 동거를 위한 거소 이전
   그 밖에 피할 수 없는 사유로 통근이 곤란한 경우
5. 부모나 동거 친족의 질병, 부상 등으로 30일 이상 본인이 간호해야 하는 경우
6. 체력의 부족, 심신장애, 질병, 부상, 시력 청력 촉각의 감퇴 등으로 피보험자에게 주어진 업무를 수행하게 하는 것이 곤란하게 된 경우
7. 임신, 출산 '병역법'에 따른 의무복무 등으로 업무를 계속적으로 수행하기 어려운 경우

8. 그 밖에 피보험자와 사업장 등의 사정에 비추어 그러한 여건에서는 통상의 다른 근로자도 이직했을 것이라는 사실이 객관적으로 인정되는 경우

II. 실업급여 지급액

1. 구직급여는 얼마나 받을 수 있나요?

구직급여는 퇴직당시 연령과 고용보험 가입기간에 따라 90~240일의 범위내에서 퇴직전 평균임금의 50% 지급된다.

→ 최고액 : 1일 60,000원 (2018년 기준)

→ 최저액 : 1일 소정근로시간 x 최저임금법상 시간급 최저임금의 90%

구직급여 지급일수 (소정급여일수)

피보험기간 / 연령	1년 미만	1년 이상 3년 미만	3년 이상 5년 미만	5년 이상 10면 미만	10년이상
30세 미만	90일	90일	120일	150일	180일
30세이상 ~ 50세미만		120일	150일	180일	210일
50세 이상 및 장애인		150일	180일	210일	240일

2. 구직급여는 언제까지 신청해야 하나요?

구직급여는 수급자격이 있다 하더라도 퇴직한 다음날부터 12개월이 경과하면 지급받을 수 없으며, 이 12개월을 '수급기간'이라고 합니다. 수급기간이 경과하면 원칙적으로 구직급여가 지급되지 않기 때문에, 퇴직 후 지체없이 거주지 관할 고용지원센터에 수급자격 신청을 하여야 합니다.

* 수급기간 연장사유 (최대연장기간 4년)
  - 본인의 질병 부상 (상병급여를 지급받은 경우는 제외)
  - 배우자 또는 직계존비속의 질병, 부상
  - 병역법에 의한 의무복무
  - 구속 또는 형의 집행
  - 임신, 출산, 육아 (육아의 경우 생후 3년 미만의 영아에 한함)

III. 실업급여의 지급절차

1. 실업급여를 지급받으려면 어떻게 해야 하나요?

실업급여를 지급받으려면 실직 즉시 주민등록증이나 운전면허증 등 본인임을 증명할 수 있는 신분증을 가지고 거주지 관할 고용지원센터에 방문하여 실업의 신고를 하여야 합니다. 실업의 신고는 고용지원센타에 구직신청 및 수급자격인정신청서를 작성하여 제출하면 되고, 직업안정기관의 장은 원칙적으로 접수 후 14일 이내에 수급자격인정여부를 결정하여 통지합니다.

2. 실업의 인정이란 무엇인가요?

실업인정이란 퇴직근로자가 구직급여를 받을 수 있는 수급자격인정을 받은 경우, 실업인정대상기간중에 실업상태에서 적극적으로 재취업활동을 하고 있다는 것을 직업안정기관의 장이 인정하는 것을 말한다. 수급자격자는 최초 실업인정일 이후에는 1주~4주 범위내에서 직업안정기관의 장이 지정한 날에 직접 고용지원센타에 출석하여 지난 해당 실업 인정기간 동안 실업상태에서 적극적으로 재취업활동을 한 사실을 신고하여야 하며, 직업안정기관의 장은 수급자격자의 신고 내용을 토대로 실업인정을 하고 구직급여를 지급하게 됩니다. 수급자격자가 출석하지 않아 실업인정을 받지 못하면 원칙적으로 구직급여를 지급받을 수 없습니다.

3. 적극적 구직활동이란 무엇인가요?

수급자격자가 실업인정을 받기 위해서는 최초 실업인정일에 작성한 재취업활동 계획서에 따라 적극적으로 재취업 활동(구직활동)을 하여야 하는데, 재취업 활동이란 입사원서 제출, 면접 참가 등 재취업활동과 자영업을 준비하는 활동을 말합니다. 우편이나 팩스, 전자메일을 이용하여 구인처에 입사 원서를 제출하거나 채용박람회 등에 참석하여 구인자와 면접을 본 경우, 직업안정기관에서 행하는 직업지도 프로그램에 참가하는 경우에도 적극적 구직활동으로 인정됩니다.

IV. 부정수급

1. 부정수급이란 무언인가요?

실업급여는 퇴직근로자가 직업안정기관의 장으로부터 수급자격을 인정받고 실업인정대상기간 중에 실업상태에서 재취업 활동을 하는 경우 받을 수 있는데 거짓 그밖의 부정한 방법으로 실업급여를 받았거나 받고자 하는 경우에는 부정수급에 해당됩니다.

※ 대표적인 부정수급사례로는 실업인정대상기간 중 재취업사실을 신고하지 않거나 허위로 신고한 경우, 이직사유 또는 임금 등을 허위로 신고하는 경우 등을 들 수 있습니다.

2. 부정수급을 하면 어떤 제재를 받나요?

부정한 방법으로 실업급여를 지급받은 사실이 적발된 경우에는 부정수급액의 반환은 물론 부정수급액 만큼의 추가징수, 부정수급한 날 이후의 구직급여 지급중지, 사법처리 등 가혹한 불이익 처분을 받습니다. 회사의 관계자가 부정행위에 개입한 경우에는 사업주도 연대하여 책임을 묻게 됩니다.

1) 경미한 부정수급의 경우라도 1회만 정상 참작이 될 뿐입니다.
2) 2회 이상 부정수급을 한 경우, 2인 이상이 공모하여 부정수급을 한 경우, 부정수급액의 반환독촉을 받고도 이행하지 않은 경우에는 형사처벌 될 수도 있습니다.
3) 이직확인서 허위 기재 신고로 부정수급이 발생한 경우에는 사업주에게 별도의 과태료(200~300만원)가 부과 됩니다.