

제1차시. 근로기준법 기본 원리

I. 노동법의 법원

1. 노동법의 체계

구 분		관련 법률	특 징
개별적근로관계법(근로의권리)	취업보장에 관한 법률	직업안정법, 근로자직업능력개발법, 남녀고용평등법, 국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률	사용자의 행위를 규제함으로써 개별근로자를 개별적으로 보호하는 법
	근로조건보호에 관한 법률	근로기준법, 최저임금법, 임금채권보장법, 산업안전보건법, 파견근로자 보호 등에 관한 법률	
	사회보험에 관한 법률	사회보장기본법, 산업재해보상보험법, 고용보험법, 국민연금법, 국민건강보험법	
집단적 노사관계법(노동3권 or 근로3권)		노동조합 및 노동관계조정법, 교원의 노동조합설립 및 운영등에 관한 법률, 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률, 공무원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률	노동조합이라는 단체를 통하여 스스로 자조할 수 있는 수단을 보장함으로써 근로자들을 집단적으로 보호하는 법

2. 노동법의 주요규범 및 효력

- 근로조건을 규율하는 주요 규범으로는 법령, 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등이 있음.
- 효력면으로 볼 때에는 법령 ⇒ 단체협약 ⇒ 취업규칙 ⇒ 근로계약의 順임
- 일반적으로 '유리한 조건 우선의 원칙'이 인정되나(通·判),
 - 단체협약과 취업규칙 간에는 유리한 조건 우선의 원칙이 적용되지 않는다(판례).
- ※ 유리한 조건 우선의 원칙 : 효력·수준면에서 통상 단체협약 ⇒ 취업규칙 ⇒ 근로계약 순이나, 하위규범이 상위규범보다 근로자에게 더 유리한 근로조건을 규정하고 있는 경우에는 하위규범이 적용됨

II. 『근로기준법』의 효력 및 적용범위

1. 『근로기준법』의 효력

가. 강행적 효력

근기법상의 근로조건은 최저기준임(근기법 §3). 근기법에서 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 됨(근기법 §15 ①).

나. 직률적 효력

근기법의 강행적 효력에 의하여 무효로 된 부분은 근기법에서 정한 기준에 의함(근기법 §15 ②).

2. 적용범위(사업 또는 사업장)

가. 상시 근로자 5인 이상 사업장 : 전면 적용

※ 근기법과 시행령은 국가, 특별시·광역시·도, 시·군·구, 읍·면·동, 그 밖에 이에 준하는 것에 대하여도 적용(근기법 §12)

나. 근로기준법의 적용제외

1) 일반적 적용제외

- 동거의 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장
- 가사 사용인
- 특별법에 의한 적용제외 : 국가공무원, 지방공무원, 교육공무원 등

(단순노무에 종사하는 고용직 공무원은 고용직공무원규정, 국가공무원법, 공무원 연금법, 공무원복무규정 등의 적용을 받는 이외에, 그것과 저촉되지 않는 범위내에서 근기법이 적용됨)

※ 근기법과 『기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률』(이하 '비정규직 보호법'이라 함)은 일반법과 특별법의 관계이므로 비정규직 근로자에게는 비정규직 보호법이 우선 적용되고 그에 명시되지 않은 경우 근기법이 적용됨.

2) 부분적 적용제외

- 4인 이하 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장 : 연차 휴가, 퇴직금, 해고 등의 제한 등 적용되지 않음.
- 농림, 축산, 수산사업 등에 대한 근로시간규정 적용제외
- 감시(監視) 또는 단속적(斷續的)으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 노동부장관의 승인을 받은 자
- 1주간의 소정근로시간이 뚜렷하게 짧은 단시간 근로자(15시간 미만자)에 대하여는 퇴직금(『근로자퇴직급여보장법』§4), 유급주휴일(근기법 §55), 연차휴가(근기법 §60) 적용 제외

Ⅲ. 근로기준법의 기본원리

1. 최저근로조건의 보장

근로기준법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 저하시킬 수 없다(근로기준법 제3조).

2. 균등처우

사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다(동법 제6조).

3. 강제근로의 금지

사용자는 폭행, 협박, 감금 그 밖에 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 근로자의 자유의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못한다(동법 제7조).

4. 폭행의 금지

사용자는 사고의 발생이나 그 밖의 어떠한 이유로도 근로자에게 폭행을 하지 못한다(동법 제7조).

5. 중간착취의 배제

누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다(동법 제8조).

6. 공민권행사의 보장

사용자는 근로자가 근로시간 중에 선거권 그 밖의 공민권(公民權)의 행사 또는 공(公)의 직무를 집행하기 위하여 필요한 시간을 청구하면 거부하지 못한다. 다만, 그 권리 행사나 공(公)의 직무를 집행함에 지장이 없는 한 청구한 시간을 변경할 수 있다(동법 제10조).

Ⅳ. 근로의 권리와 노동3권

1. 근로의 권리 ▶ 개별적 근로관계법의 근거규정(헌법 제32조)

2. 노동(=근로)삼권 ▶ 집단적 노사관계법의 근거규정(헌법 제33조)

일반근로자	근로조건향상을 위한	근로3권 인정
공무원	법률이 정하는 자(사실상 노무에 종사하는 자로서 지식경제부 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업현장의 기능직과 고용직 공무원)에 한하여	근로3권 인정
국공립·사립학교 교원	단체행동권 ×	단결권·단체교섭권만 인정
공익사업의 근로자	①조정기간 ②필수유지업무 ③긴급조정시의 쟁의행위의 중지 등 쟁의행위를 함에 있어 일반 근로자에 비해 특수한 제한을 받는다.	
선원인 근로자	선박이 항해중이거나 외국의 항구에 있는 경우 그밖에 인명 또는 선박에 위해를 줄 염려가 있는 경우에는 선원근로관계에 관한 쟁의행위를 하여서는 아니된다.	
방위산업체 근로자	단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 제한·불인정 가능	
	'주요방위산업체에 종사하는 근로자중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자'의 쟁의행위금지(단체행동권 불인정)	

제2차시 근로자와 사용자 개념

I. 노동법상 근로자

1. 근로기준법상의 근로자

- 근로기준법에 의하면 '이 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다' 고 정의하고 있다(근기법 제2조 제1항 제1호 참조). 이에 따르면 사용자의 지휘감독을 받으면서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 한, 형식적인 명칭이나 고용형태, 직위 등에 관계없이 근로자로서 근로기준법이 적용된다.
- 따라서 임시직, 일용직, 단시간 근로라고 하여도 형식적인 고용형태가 임시적이거나 일용직일 뿐 실질적으로는 계속 근무해 왔다면 함부로 해고할 수 없고, 1년 이상 근무하면 퇴직금도 지급해야 한다.
- 수련이나 실습생, 인턴사원도 실질적으로 단순 교육에 의한 것이 아니라 실제 사용자의 지휘감독아래 근로를 제공하므로 근로자이다.
- 또한 이사대우, 부장, 차장은 사용자의 지휘감독을 받으면서 근로를 제공하므로 근로자에 해당함은 물론이고, 이어나 감사와 같은 회사의 임원이라고 하더라도 실질적으로 대표이사의 지휘감독하에 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 일정한 보수를 지급받거나, 회사로부터 위임 받은 사무를 처리하는 이외에 일정한 노무를 담당하면서 그 대가로 일정한 보수를 받아온 경우에는 근로자에 해당한다.
- 개인사업자등록을 내고 위탁업무를 처리하는 등의 특수고용 형태라도 실질적으로는 사용자의 출퇴근 등의 지휘감독을 받으면서 일정한 기본급이나 실적급을 받는 경우라면 근로자에 해당한다.

※ 사용종속관계

△ 판례는 일반적으로

- ① 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고,
- ② 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며,
- ③ 업무수행과정에서 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부
- ④ 사용자에게 의하여 근무시간·근무장소가 지정되고 구속을 받는지 여부
- ⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 여부
- ⑥ 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계(재료 및 업무용 기구의 부담관계),
- ⑦ 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부(근로서비스와 보수 사이의 상호관련성)
- ⑧ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항
- ⑨ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도
- ⑩ 사회보장제도 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부 등을 기준으로 하여 사용종속관계를 판단함(대판 1994.12.9, 94다22859).

<주의> 그러나, 최근 대법원은 근로자성 판단을 위한 기존의 원칙적인 입장을 취하면서도 "다만 기본급이나 고정급이 정해졌는지, 근로소득세를 원천징수했는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정해서는 안된다"는 단서를 더하여, 사용자에게 의하여 형식적으로 제거 또는 위장되었던 근로자성의 징표를 실질적인 노무제공 실태와 부합하는 방향에서 판단하여 대학입시학원종합반강사와 대학교의 시간강사들의 근로자성을 인정하였다(대판 2004다29736, 대판 2005두13018,

13025). 따라서 종래 근로자성이 일관되게 부정되던 특수고용직 근로자들의 경우에도 근기법상의 근로자성을 인정받을 가능성이 높아졌다고 볼 수 있다.

2. 노조법상의 근로자

- 근로기준법상의 근로자 개념은 노동조합및노동관계조정법상의 근로자 정의와는 다르다. 노동조합및노동관계조정법에 의하면 '이 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다' 고 규정하고 있어 실업자도 근로자의 범위에 포함되지만, 근로기준법상에서 실업자는 근로자가 아니다.
- 또한 노동조합및노동관계조정법에서는 해고된 근로자도 부당노동행위 구제신청을 하는 경우 중앙노동위원회 결정이 있을 때까지는 근로자로 보고 있으나, 근로기준법에서는 이러한 규정이 없다. 예를 들어 해고가 되더라도 조합원으로는 활동할 수 있지만, 회사가 제공한 사택에서는 퇴거해야 한다.

II. 노동법상의 사용자

1. 근로기준법상의 사용자 개념

☞ 사업주, 사업의 경영담당자, 근로자에 관한 사항에 대해 사업주를 위해 행위하는 자

■ 사업주

- * 개인기업의 경우 기업주 개인이며, 법인기업인 경우에는 법인 그 자체이다.
- * 근로계약 당사자 또는 단체교섭 당사자로서의 사용자는 사업주만을 의미한다.
- * 주주는 사용자가 아니다.

■ 사업경영담당자

- * 사업주로부터 사업경영을 위임받은 자(주식회사의 대표이사, 업무집행권을 가진 이사 등)

사업경영담당자 ○	사업경영담당자 ×
<ul style="list-style-type: none"> ▪민법상 법인의 이사 ▪주식회사의 대표이사 ▪합명회사 및 합자회사의 업무집행사원 ▪유한회사의 이사·지배인 ▪회사정리절차개시 이후의 관리인(판례) ▪형식상 대표이사직에서 사임하였으나 실질적인 사주로서 회사를 사실상 경영하여 온 자(판례) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪회사의 임원이나 사업주로부터 포괄적 또는 일반적 권한을 위임받지 못한 자(판례) ▪회사정리절차개시 이후의 대표이사(판례)

■ 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자

- * 사업의 경영담당자가 아니면서도 사업주를 위하여 근로자의 고용·해고·승진 또는 조직 등의 인사관리를 담당하거나, 임금·근로시간, 기타 대우 등 근로조건 결정과 노무관리의 기획 또는 집행에 관여하는 자를 말한다(1980.6.30, 법무 811-15635).
- * 주식회사의 인사·노무담당 이사, 공장장, 지점장, 영업소장 등이 해당될 수 있으나, 형식적 직위 내지 직명에 구애됨이 없이 실질적인 직무실행에 의해 판단한다.

2. 근로기준법과 노조법상의 근로자 및 사용자 개념

■ 근로기준법과 노조법상의 근로자와 사용자의 개념 비교

	근로기준법	노동조합및노동관계조정법
근	▪직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사	▪직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이

로 자	<p>업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자(제2조 제1항 제1호)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪사업 또는 사업장에 고용된 것을 전제로 함 ▪근로관계가 있는 이상 휴직자도 근로자로 인정 ▪실업자나 해고자는 제외됨 	<p>에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자(제2조 제1호)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪고용을 전제로 하지 않음 ▪현실적인 근로를 제공하는 자뿐만 아니라 실업자, 해고자 포함 ▪해고의 효력을 다투는 자도 포함
사 용 자	<ul style="list-style-type: none"> ▪사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자 ▪근로기준법의 준수의무자 ▪사용자는 동시에 근로자가 될 수 있는 상대적인 지위에 있음(단, 근로계약 체결 당사자로서의 사용자의 개념은 상대적이 아님!) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자 ▪노동조합의 상대방, 단체교섭의 상대방, 부당노동행위금지규범의 수규자 ▪사용자는 동시에 근로자가 될 수 없는 배타적인 지위에 있음

제3차시 근로계약의 기본원리

I. 근로계약의 의의·법적성질과 요건

1. 근로계약(법 제2조 제1항 제4호)

가. 근로계약의 법적 성질 - 낙성·불요식·유상·쌍무계약

☞ 명시적인 근로계약이 있어야 하는 것은 아님

나. 근로계약과 근로관계

1) 계약설 - 근로관계의 성립에는 근로계약만으로 충분함(다수설, 판례)

2) 편입설 - 근로관계는 근로계약만으로 성립하는 것이 아니고, 근로자의 경영체 내로의 편입(근로자의 근로제공)이라는 사실적 요소가 필요함

다. 근로기준법을 위반한 근로계약(법 제15조)

1) 이 법(근로기준법)에 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다. ☞ 근로계약에 대한 근로기준법의 강행적 효력

2) 이 때 무효로 된 부분은 이 법(근로기준법)에 정한 기준에 따른다. ☞ 근로계약에 대한 근로기준법의 보완적(보충적, 직률적) 효력

II. 근로계약체결과 근로계약서 작성방법

1. 근로계약의 당사자

가. 근로자

근로자라 함은 계약명칭 여부와 상관없이 사용자의 지휘 감독하에 노무를 제공함으로써 실질적 사용종속관계에 있는 자를 말한다.

나. 사용자

사용자는 근로관계의 당사자로서 임금·급료 등의 지급의무를 지며, 근로자에 대하여 지시권을 가지는 자를 말한다. 개인·법인·회사 등도 모두 사용자가 될 수 있다.

2. 근로계약의 체결

근로계약이란 계약의 형식에 관계없이 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 체결된 계약을 말한다. 근로기준법에 정한 기준 미만의 근로계약은 단체협약이나 취업규칙에 정함이 있거나 당사자의 동의가 있더라도 무효이다(근로기준법 제15조). 근로계약관계는 근로자와 사용자간의 채권·채무관계를 발생시키는 법률행위로서 근로관계는 양당사자간의 합의, 즉 근로계약의 체결에 의하여 성립한다.

이때, 임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 주휴일, 연차유급휴가 등에 관한 사항이 명시된 서면을 근로자에게 교부하여야 한다. 다시말해 근로자가 처음 회사에 입사할 때 회사는 근로계약서 작성 등을 통해 근로자에게 기본적인 근로조건을 서면으로 명시해야 하고, 이를 반드시 근로자에게 교부하여야 한다. 다만, 이러한 서면으로 명시되어야 하는 사항이 단체협약 또는 취업규칙의 변경 등의 사유로 변경되는 경우에는 근로자의 요구가 있으면 그 근로자에게 교부하여야 한다(근로기준법 제17조 제2항).

그리고 회사는 근로자와 무기근로계약관계를 맺는 것이 원칙이지만, 근로계약기간을 정할 때에는 2년의 범위 내에서 정해야 하고 이를 초과하여 계속 사용시에는 무기계약근로자로 변환된다.

3. 포괄약정임금 근로계약

실제근무실적에 따라 지급되어야 할 시간외, 야간 및 휴일수당 등을 근로시간 및 근로형태와 업무의 성질 등을 참작하고 계산의 편의와 직원의 근무의욕을 고취하는 뜻에서 매월 일정액을 제수당으로 지급하는 내용의 계약을 체결한 경우에 이를 포괄약정임금 근로계약이라고 한다. 포괄

산정임금제는 근로기준법의 가산임금 지급체계에 대한 예외를 인정하는 것이라는 점에서 명시적으로 근로계약을 작성하였거나 취업규칙 등에 구체적으로 명시하였거나 적어도 구두로 포괄산정내역에 관해 구체적이고 명시적인 합의가 있어야 한다(대판 1987.8.18, 87다카474).

<근로계약기간>

종전 근로법 제16조 규정	기간제법 제정 (근로법 제16조 삭제)
<ul style="list-style-type: none"> ▪기간제 근로의 사용기간에 대한 제한이 없어서 근로계약을 장기간 반복하여 갱신하는 것을 제재할 수 없음 - 다만, 판례를 통해 일부 제한되기도 하나 근로자 승소사례가 별로 없고 판단기준도 명확치 않아 사건별로 일관성도 결여 ※ 종전규정은 근로계약기간의 상한만 1년으로 제한하고 있었음(근로법 제16조) ▪정규직에 대한 해고가 쉽지 않은 반면, 기간제 근로자는 계약기간 만료를 이유로 하여 비교적 수월하게 고용조정이 가능하기 때문에 그 규모가 최근에 크게 늘어난 상황 	<ul style="list-style-type: none"> ▪기간제 근로자 총 사용기간을 2년으로 제한 - 2년을 초과하여 사용할 때에는 기간의 정함이 없는 근로계약(무기계약)을 체결한 근로자로 간주 ▪다만, 일부 예외 사유*에 해당할 경우에는 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용 가능 * 특정 프로젝트 완성, 일시적 결원 근로자의 대체, 근로자의 학업·직업훈련 이수, 전문직종, 55세이상 근로자

제4차시 근로계약 체결·위반시의 문제점

<근로계약체결시 금지규정>

제20조【위약예정의 금지】

사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.

▶▶ 위약예정의 금지 위반 여부(근기법 제20조)

위약예정의 금지 위반 ○	위약예정의 금지 위반 ×
<ul style="list-style-type: none"> ▪ 해외연수 파견 후 일정기간 재직하지 않으면 연수기간 중에 지급받은 임금 상당액을 반환한다는 약정(대판 1996.12.6. 95다13104, 13111 등) ▪ 해외회사에 파견근무 후 일정기간 재직하지 않으면 파견회사로부터 지급받은 봉급 및 집세등을 반환하기로 한 약정(대판 1996.12.6. 95다24944, 24951 등) ▪ 입사 후 실근무 5년 이내에 퇴사하는 경우 장학금전액을 반환하여야 한다는 약정은 대여한 장학금을 5년간 근속하면 상환을 면제해주겠다는 취지의 약정이므로 근로기준법 제27조(현행 제20조 - 편집자 주) 위반이 아니라 할 것이나, 실근무 1년 이내에 퇴사하는 경우에는 장학금반환과 더불어 장학금의 60%를 손해배상으로 배상하여야 한다는 조항은 위약예정금지에 해당되어 무효임(대판 1978.2.28. 77다2479) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 해외유학·연수에 따른 교육(연수)비용을 대여하고 귀국 후 일정기간 근속하면 그 반환을 면제하되 그렇지 않으면 이를 반환한다는 약정(대판 1980.7.8. 80다590 등) : 이러한 약정은 근로기준법 제27조(현행 제20조)에서 금지된 위약금 또는 손해배상예정의 약정은 아니라고 할 것이고 일정기간의 근무기간은 근로기준법 제23조(현행 제16조)에서 말하는 근로계약기간이 아니라 경비반환채무의 면제기간을 정한 것으로 보아야 함 ◀ 금전소비대차계약의 채무면제에 관한 약정이지만 위약금예정이 × ▪ 기업체에서 비용을 부담 지출하여 직원에 대하여 위탁교육을 시키고 이를 이수한 직원이 교육 수료일자로부터 일정한 의무재직기간 이상 근무하지 아니할 때에는 기업체가 우선 부담한 해당 교육비용의 전부 또는 일부를 상환하도록 하되 의무재직기간 동안 근무하는 경우에는 이를 면제하기로 하는 약정(대판 1996.12.20. 95다52222, 52239)

제21조【전차금 상계의 금지】

사용자는 전차금(前借金)이나 그 밖에 근로할 것을 조건으로 하는 전대(前貸)채권과 임금을 상계하지 못한다.

- ▣ 취 지 : 근로자의 강제근로 방지
- ▣ 「전차금(前借金)」 - 근로자가 근로를 제공하여 장래 임금에서 변제할 것을 예정하여 근로계약을 체결할 때 사용자로부터 미리 차용한 금전「전대채권(前貸債權)」 - 전차금 이외에, 근로할 것을 조건으로 사용자가 근로자에게 미리 빌려주는 금전「상계(相計)」- 전차금 기타 전대채권 변제부분을 근로자의 임금채권에서 소멸시키는 일방적 의사표시
- ▣ 서민금융의 수단으로 이용되기도 한다는 점에서 전차금 기타 전대채권 그 자체를 금지하지는 않고 임금과의 상계만 금지한다.
- ▣ 전차금 기타 전대채권인가의 판단은 금전대여의 원인·기간·금액·금리의 유무 등을 종합하여 신분적 구속이 되는 강제노동의 위험성이 있는가의 여부를 기준으로 하여야 한다. 학자금대여 또는 주택자금대여는 신분적인 구속이 따르지 않으므로 전차금 기타 전대채권에 해당되지 아니하여 허용된다.

- ▣ 「사용자는」 - ∴ 근로자가 자유로운 의사에 의하여 임금을 자동채권으로 하여 전차금 기타 전대채권과 상계하는 것은 허용된다.
- ▣ 「근로할 것을 조건으로 하는」 - ∴ 이미 제공된 근로에 관한 임금의 지급기일 이전의 차용(가불)은 허용된다.
- ▣ 근로계약체결 후에 임금과 상계하기로 하는 약정대차계약을 체결하는 것은 유효하다.

제22조【강제 저금의 금지】

- ① 사용자는 근로계약에 덧붙여 강제저축 또는 저축금의 관리를 규정하는 계약을 체결하지 못한다.
- ② 사용자가 근로자의 위탁으로 저축을 관리하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.
 1. 저축의 종류·기간 및 금융기관을 근로자가 결정하고, 근로자 본인의 이름으로 저축할 것
 2. 근로자가 저축증서 등 관련 자료의 열람 또는 반환을 요구할 때에는 즉시 이에 따를 것

<근로자, 사용자의 의무>

▣ 근로계약 당사자의 의무

근로자와 사용자의 주된 의무로 각각 노무제공의무와 임금지급의무가 있다. 그러나 이러한 주된 의무 이외에 신의칙상 종된 의무가 인정되는데, 근로자의 경우 충실의무로 비밀유지의무, 겸업금지, 긴급고지의무 등이 있고, 사용자의 경우 균등대우의무, 안전배려의무, 보관의무 등이 있다.

제5차시 채용내정 및 시용기간

I. 채용내정의 주요사항 정리

1. 채용내정이란 사용자가 근로자를 채용하기로 내정은 하였으나 정식 근로계약을 체결하지 않은 경우를 말함
2. 근로계약의 성립시기 : 합격통지서 발송시
3. 채용내정의 법적성질 : 해제조건부 근로계약성립설(통설), 해약권유보부 근로계약성립설(판례)
→ 채용내정시 근로계약이 성립한다고 보는 견해는 회사의 모집공고를 청약의 유인으로 보고 응모자의 응모를 청약, 회사의 채용내정통보를 승낙으로 본다.
4. 채용내정의 효력발생시기 : 채용내정에 의하여 정하여진 취업개시일
5. 채용내정의 취소는 정당한 해지권의 행사가 아닌 경우에는 무효인 해고가 되고, 정당한 사유없이 내정을 취소한 때에는 불법행위가 성립하여 근로자에게 이에 따른 손해배상책임을 부담함

II. 시용기간의 주요사항 정리

1. 시용기간이란 근로자가 종업원으로서의 적격성을 가졌는가를 판단하기 위하여 근로계약을 유보한 상태에서 근로관계를 갖는 일정한 기간을 말함
2. 시용기간의 법적성질 : 시용당시부터 본 채용계약은 성립하고 있으나 시용기간중 근로자의 부적격을 이유로 사용자는 근로관계를 해지할 수 있는 권리를 유보한다는 해지권유보설이 통설·판례
3. 시용기간 후 사용자가 근로자를 정규근로자로 채용하여 정규근로관계가 성립되면 기존의 시용기간은 정규근로관계의 존속기간으로 산입됨
4. 시용기간 제도는 당사자가 근로계약에서 이를 명시적으로 약정한 경우에만 인정됨
5. 시용기간 중의 해고는 정당한 해지권행사가 아닌 한, 부당해고에 해당하나(근기법 제23조 제1항 적용) 통상의 해고보다는 넓은 범위에서 해고의 자유가 인정되는 것임(판례)

판례

【시용근로계약상 근로계약 해지의 정당성 여부】[1] 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간이 끝날 때 본 계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 한다.[2] 피고 은행이 각 지점별로 C나 D의 평정 등급 해당자 수를 할당한 점, 피고 은행이 근무성적평정표 제출 후 일부 지점장들에게 재작성을 요구하고, 이에 따라 일부 지점장들이 평정자와 확인자를 달리 하도록 한 근무성적평정요령에 어긋나게 혼자서 근무성적평정표를 다시 작성하기도 한 점, 원고들에 대한 근무성적평정표와 평정의견서만으로 원고들의 업무수행능력이 얼마나, 어떻게 부족했는지, 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지를 알 수 없는 점 등에 비추어, 피고 은행이 원고들과 맺은 이 사건 근로계약을 해지한 데에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다고 본 원심의 판단을 수긍한 사례(대판 2006.02.24, 2002다62432).

제6차시 근로관계의 변경

I. 배치전환(전근 및 전보)

1. 의 의

배치전환이라 함은 근로자의 직무내용 또는 근무장소가 상당히 장기간에 걸쳐 변경되는 것을 말한다. 배치전환에는 사업장을 달리하는 근무장소의 변경을 뜻하는 전근과 직무내용의 변경을 가리키는 전직(전보)의 두 유형이 있다.

2. 법적 근거

가. 포괄적 합의설(判) : 근로자는 자신의 노동력을 사용자에게 맡긴다는 포괄적 합의 내포

나. 근로계약설(多) : 합의된 범위 내 한도에서 법적 구속력이 있지만, 합의된 범위 일탈한 배치전환명령 → 근로자의 동의 필요 (∵계약내용의 변경에 해당하므로)

3. 배치전환의 정당성 판단(판례)

가. 근로자의 동의 여부

원칙적으로 기업 내 인사이동에서는 근로자 본인의 동의가 필요하지 않다고 보지만, 예외적으로 단체협약·취업규칙·근로계약상 규정되거나 또는 기타 관행상 근로자의 업무내용 및 근로장소가 확정되어 있다고 볼 수 있는 경우(예컨대, 근로자가 동일한 직종을 오랫동안 수행하였고 앞으로도 그러한 직종에 종사하는 것이 기대되는 경우)에는 근로자의 동의를 필요로 한다.

나. 업무상의 필요성과 근로자의 적격성의 존재

다. 근로자의 생활상의 불이익과의 비교형량(비례성의 원칙)

라. 절차상의 신의칙 : 해당 근로자와의 성실한 협의

4. 판례의 태도

가. 전직이나 전보는 원칙적으로 사용자의 권한에 속하여 업무상 필요한 범위 내에서는 상당한 재량을 인정하여야 하고(포괄적 합의설), 이것이 근로기준법 제23조 제1항에 위반하거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 당연무효라고 할 수는 없고, 업무상의 필요성이 있는 이상 전보명령에 근로자의 동의를 필요로 한다고 할 수 없으며, 전보명령의 업무상의 필요성과 그로 인해 근로자가 입게 될 생활상의 불이익을 비교·형량하여 보더라도 근로자가 입게 되는 생활상의 불이익이 사회통념상 통상의 전보에 따르는 정도를 현저히 넘어서지 않는 한 권리남용이 되지 않는다(대판 1995. 10. 13, 94다52928 등).

나. 그러나 대법원은 '회사가 근로자의 입사 당시 미리 근로자로부터 지방근무에 대한 동의를 받은 이상 그 후 전보 발령시마다 근로자의 동의를 받아야 하는 것은 아니며 전보로 인하여 근로자에게 생활상의 불이익이 있다고 하더라도 업무상의 필요성에 비추어 보면 그러한 불이익만으로는 전보조치가 정당한 이유가 없다거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다'고 보아 근로자의 생활상의 불이익보다 회사의 업무상 필요성을 중시하는 태도를 취한다(대판 1993.9.14, 92누18825 판결).

다. 최근에 와서 대법원은 위에서 판시한 내용 이외에 '근로자 측과의 협의 등 그 전보처분 등의 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다'(대판 2000. 4. 11, 99두2963)고 함으로써 근로자와의 협의절차를 추가하여 판단하고 있다. 그러나 판례(대판 2004. 2. 12, 2003두13250; 대판 1998. 12. 22, 97누5435; 대판 1997. 7. 22, 97다18165-18172)는 '업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않고, 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용

에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다'고 판시함으로써, 여전히 포괄적 합의설의 입장에 있다고 볼 수 있다.

II. 전출 및 전적

1. 전 출

전출이라 함은 근로자가 자기의 당초 소속기업(A기업)에 재직하던 채 타기업(B기업)의 사업장에서 상당히 장기간 업무에 종사하는 것을 말한다. 전출에 있어서는 원래의 기업과의 관계에서는 휴직이 되는 경우가 전형적이며, 근로시간·휴일·휴가 등의 근무형태는 근무장소의 기업(B기업)의 취업규칙에 따라 정하여지며 노무수행의 지휘·명령권도 근로장소의 사용자가 가진다.

2. 전 적

전적(轉籍)이라 함은 근로자가 원래의 기업에서 타기업으로 옮겨서 업무에 종사한다는 점에서 외형상 전출과 비슷하지만, 원래의 기업(A기업)과의 근로계약관계를 종료시키고 다른 기업(B기업)과 근로계약관계를 성립시키는 점에서 원래의 기업과의 근로계약관계를 존속시키는 전출과 구별된다. 전적은 서로 긴밀한 협력관계에 있는 콘체른(Konzern) 산하의 기업 간에서, 이른바 동일한 대기업 산하의 계열회사간에 또는 독립된 모회사와 자회사 간에 여러 가지 원인과 필요성에 의하여 발생할 수 있을 것이다.

3. 전출·전적명령의 유효요건

가. 근로자의 개별적 동의(묵시적 동의 포함)

전출이나 전적은 근로계약상의 근로에 종사하게 할 권리의 양도(노무제공의 상대방변경)를 의미하므로 민법 제657조가 적용되어 '근로자의 동의'를 필요로 한다.

나. 근로자의 사전적·포괄적 동의가 존재할 것

근로자의 동의는 전출·전적시 뿐만 아니라 사전에 포괄적 동의가 있거나 근로관계의 전개과정에서 경영관행과 관련하여 근로자의 포괄적 동의가 추단되는 때에도 근로자의 동의가 있는 것으로 해석될 수 있다. 그러나 근로자의 보호의 차원에서 근로자가 실제로 근무하게 될 기업에서의 임금·기타 근로조건, 전출기간, 원래의 기업으로의 복직 등에 관한 전출규정이 사전에 마련되어 있어야 할 것이다.

다. 관행의 확립

판례는 계열회사간에 사용자가 근로자의 동의를 얻지 아니하고 그룹 내 다른 계열회사로 전적시키는 관행이 있는 경우에는 예외적으로 근로자의 동의를 얻지 아니하여도 유효하다고 판시한 바 있다(대판 1993.1.26, 92다11695 판결).

라. 비례성의 원칙(한계)

정당한 이유있는 전출·전적이 되기 위해서는 위에서 지적한 유효요건 외에도 전적에 대한 업무상의 필요성, 근로자에게 주게 되는 생활상의 불이익 등이 고려되어야 한다.

4. 전적의 효과

가. 기업간 전적에 대하여 근로자가 동의함으로써 유효하게 이루어진 경우에는 당사자간에 특약이 없는 한 종전 기업에서의 근로관계가 이적하는 다른 기업에 이전되거나 승계되지 아니하는 것이 원칙이다(대판 1998.12.22, 97누5435).

나. 유효한 전적이 이루어진 경우 취업규칙 등에 종전의 근속기간을 통산토록 하는 규정이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 근로관계는 단절된다(대판 2003.10.23, 2003다38597).

제7차시 근로관계의 승계

I. 영업양도

1. 영업양도의 개념

영업(사업)양도란 법률이나 계약 등 법률행위에 의해서 기업의 동일성을 유지하면서 기업의 일부 또는 전부를 새로운 사업주에게 이전하는 것을 말한다. 여기에서 영업이란 영리의 목적을 실현하기 위하여 유기적 일체로서의 물적·인적 사업수단의 조직적 결합체를 의미한다. 이러한 영업양도는 합병과는 달리 '포괄승계'되는 것이 아니라 '특정승계'된다는 것에 그 차이점이 있다. 즉, 개개의 재산에 대하여 이전절차를 거쳐야 하며 또한 합병은 일부의 합병은 있을 수 없으나 영업양도는 특정부분의 영업을 양도할 수 있는데 그 차이가 있다.

2. 영업양도의 요건

영업양도라 함은“업영목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것”이다.

3. 영업양도에 따른 근로관계 승계 문제

우리 판례는 사업양도시 근로관계의 승계문제에 관하여 다음과 같은 견해를 지속적으로 밝히고 있다. 영업을 양도라 함은 일정한 사업목적에 의하여 조직화된 일체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고 영업을 포괄적으로 승계된다는 것이다. 이때 승계배제특약은 사실상 해고와 같으므로 정당한 사유가 있어야 유효하다고 한다. 이를 대법원은 '영업양도시 포괄승계의 법리'라고 한다. 따라서 판례는 합병, 그룹내 계열기업 사이의 조직변경이나 사업의 이전, 기업일부의 분리독립과 동일하게 사업양도의 경우에도 원칙적으로 근로관계가 포괄적으로 승계한다고 한다. 결국 판례는 사업양도시 근로관계의 승계를 지속적으로 인정해 왔던 것이다.

4. 영업양도의 법률효과

가. 영업양도와 개별적 근로관계

근로관계의 승계로 인하여 개별근로자가 경영체 내로의 편입이 아니라 양도되는 것이다. 따라서 영업양수인이 경영하는 영업에 편입되어 새로운 근로관계를 승계하는 것이 아니라 영업양수인이 근로자에 대한 양도인의 지위를 그대로 인수하는 것이므로 근로자에게 적용되던 임금·근로시간·취업규칙 기타 근로조건은 종전회사의 근로조건과 동일하게 적용된다.

나. 영업양도와 집단적 근로관계

1) 노동조합의 지위

조합원의 일부가 양수회사로 승계된 경우에는 근로자가 양도회사의 조합원자격을 상실하게 되므로 이러한 조합원은 양수회사에 비조합원의 형태로 남게된다. 다만 조합원 전부 승계의 경우 사업주의 변경에도 불구하고 노조의 지위는 그대로 양수회사에 이전하게 된다. 따라서 이 경우 양수회사에 두 개의 노조가 병존하게 된다.

2) 단체협약의 승계

영업양도시 단체협약의 승계문제를 직접 다루고 있는 판례는 없다. 그러나 단체협약도 영업양도인과 그 노동조합 사이에 체결되어 영업양도 당시 유효하게 적용되고 있었다면 이 역시 근로관계의 내용을 이루는 것이므로 그 단체협약은 원칙적으로 영업양도 이후에도 영업양수인과 사이에 그대로 존속하고 있다고 보아야 한다. 우리나라 지배적인 학설도 단체협약의 당연승계를 인정한다(多).

II. 합병

1. 개념과 논의의 필요성

합병이란 일방회사가 타방회사의 경영지배권을 획득하는 방법이다. 2개 이상의 회사 중 한 회사는 존속하고 다른 회사는 해산하여 그 직원 및 재산이 존속회사에 포괄적으로 승계되는 흡수합병과 2개 이상의 회사가 모두 해산하여 새로이 회사를 설립하고 해산회사의 직원과 재산을 새로운 회사에 포괄적으로 승계시키는 신설합병의 경우로 구분할 수 있다.

이때 존속회사 또는 신설회사에 그대로 승계되는 것인지, 아니면 존속회사 또는 신설회사에 근로관계 일부 또는 전부의 승계가 배제될 수 있는지 여부가 우선 문제된다.

2. 기업합병에 따른 근로관계의 이전문제

가. 근로자의 근로관계이전 여부

회사합병으로 인해 근로자의 근로관계는 합병의 성질상 당연히 합병회사에 포괄적으로 승계된다고 보는 것이 통설 및 판례의 입장이다. 회사의 합병에 따라 소멸회사와 근로자 사이의 근로관계가 존속회사 또는 신설회사에 법률상 당연히 포괄적으로 승계된다고 해석하는 이상, 합병계약 당사자 사이에 소멸회사의 근로자의 전부 또는 일부를 승계의 대상에서 제외한다고 하는 합의 또는 결의는 무효라고 보아야 한다.

나. 근로관계의 승계에 대한 근로자의 동의 여부

합병의 성격으로 보아 근로관계의 승계는 근로자의 동의가 없더라도 당연히 승계되는 것으로 본다. 다만 승계를 원하지 않은 경우에는 사직의 자유가 보장된다고 보아야 할 것이다.

3. 기업합병으로 인한 근로관계

가. 합병과 개별적 근로관계

1) 합병에 의해 근로관계는 포괄적으로 합병회사에 승계되므로 임금·근로시간·직무내용 기타 근로조건은 종전회사의 근로조건과 동일하게 적용된다.

2) 따라서 합병 후 존속회사 또는 신설회사는, 소멸회사와 근로자 사이에 존재하는 종래의 개별 근로계약·취업규칙·단체협약 등을 통하여 정해진 근로조건에 따라 임금이나 퇴직금을 지급하고, 근로시간이나 직종을 정해주는 등 사용자로서의 의무를 이행하여야 하고, 합병 후 취업규칙을 유효하게 개정하거나 노조와의 새로운 단체협약의 체결을 통하여 비로소 근로조건을 단일화할 수 있음은 영업양도의 경우와 마찬가지로 할 것이다.

나. 합병과 단체협약

단체협약도 근로조건과 마찬가지로 포괄적으로 승계되어 합병회사와 노동조합간에 적용된다.

4. 사업의 양도·합병과 정리해고

가. 경영상 이유에 의한 해고에 있어서 "경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다"고 규정하고 있다(제24조 제1항). 즉 근로기준법 제24조 제1항 규정에 의거 반드시 경영악화를 방지하기 위한 목적일 경우에만 정리해고가 가능하다. 따라서 단순히 주력업종 선정을 위한 합병과 흑자기업의 합병 등을 하는 경우처럼 경영악화와는 무관하게 행해지는 정리해고는 부당해고로 볼 수 있다.

나. 경영악화를 방지하기 위한 합병인 경우에도 근로기준법 제24조에서 정한 소정의 요건 즉, 해고회피노력, 공정한 해고기준 및 대상자 선발, 근로자대표와의 성실한 사전협의, 남녀차별금지 등 정리해고의 실질적 요건을 구비하고 해고를 단행할 경우에만 정당한 해고로 인정될 수 있다.

제8차시 근로시간 및 휴게시간

I. 근로시간

1. 근로시간의 의의

가. 근로시간은 근로자가 사용자의 지휘·감독하에서 약정된 근로를 제공하는 시간을 의미하는 것으로 작업개시부터 종료까지의 시간에서 휴게시간을 제외한 시간, 즉 실근로시간을 말하는 것이다. 법에서 정한 기준근로시간(이것을 '법정기준근로시간'이라 함)의 한도는 1주 40시간, 1일 8시간이다.

- 다만 당사자간 합의에 의하여 1주 12시간(시행일·특례적용일로부터 3년간 16시간) 범위 내에서 연장근로를 할 수 있다.

나. 소정근로시간이라 함은 법정 기준근로시간 범위 내에서 근로자와 사용자간에 정한 시간을 말하는 것이다.

- 사용자는 소정근로시간을 초과하여 일방적으로 근로제공을 요구할 수 없으며, 근로자의 소정근로시간에 대한 근로제공 불이행에 대해서는 징계 등 제재 및 임금공제를 할 수 있다.

2. 근로시간 해당 여부

가. 근로자가 실제로 근로제공을 하고 있는 시간만을 포함하는 것은 아니고, 근로자가 그의 노동력을 사용자의 처분하에 둔 시간이면 근로시간에 해당한다.

나. 작업준비, 정리정돈 등이 근로시간에 해당하는지 여부는 해당 행위의 업무와의 관련성 및 강제되는 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

다. 교육, 연수, 훈련 및 행사의 참가가 의무적이고 회사의 지휘·감독하에 행해지는 것이라면 근로시간으로 볼 수 있을 것이다. 다만 그 참가가 어느 정도 강제된다 하더라도 사용자의 지휘·감독이 이뤄지지 않은 경우에는 근로시간으로 보기 어렵다(퇴근 후 부서회식 등).

II. 연장·야간·휴일근로와 가산임금제

1. 연장근로

가. 연장근로란 근로기준법에서 정한 법정근로시간[1주 40시간, 1일 8시간]을 초과하는 근로를 말하며 성인근로자의 경우 당사자의 합의가 있는 경우 1주 12시간 근로시간 연장이 가능하다.

- 근기법 제59조(특별 사업에 대한 예외)에 의한 업종에 대해서는 근로자대표와의 서면합의로 1주 12시간(시행일·특례적용일부터 3년간은 16시간)을 초과하여 연장근로 가능하다.

※ 운수업, 물품판매 및 보관업, 금융보험업, 영화제작 및 흥행업, 통신업, 교육연구 및 조사사업, 광고업, 의료 및 위생사업, 접객업, 소각 및 청소업, 이용업, 사회복지사업

2. 야간근로·휴일근로

가. 야간근로는 22:00~06:00 사이의 근로를 말하며, 야간근로에 대해서는 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급해야 한다.

나. 휴일은 근로자가 근로를 제공할 의무가 없는 날로서 소정근로일에서 제외되는 날을 말하는데, 이러한 휴일에 근로를 하게 되면 임금외에 가산임금 50%를 추가로 지급하여야 한다.

※ 근로시간의 구분 및 체계

구분	기준근로시간		연장근로	야간, 휴일근로
	1일	1주		
남성근로자	8시간	40시간	당사자합의	-

여성근로자			1주 12시간 한도	본인동의
산후 1년 미만 여성근로자			당사자합의로 1일 2시간 1주 6시간 1년 150시간 한도	본인동의와 노동부 장관의 인가
임신중인 여성 근로자			불가	근로자의 명시적 청구와 노동부장관의 인가
18세 미만 근로자 (남녀불문)	7시간	40시간	당사자합의로 1일 1시간 1주 6시간 한도	본인동의와 고용노동부 장관의 인가
유해위험 작업 근로자	6시간	34시간	불가	-

3. 가산임금제

- 가산임금제는 기준근로시간을 초과하는 연장근로시간과 야간근로, 휴일근로에 대하여 통상임금에 일정률을 가산하여 지급하는 제도를 말한다.

Ⅲ. 근로시간의 유연한 운영

□ 탄력적 근로시간제 / 선택적 근로시간제

	탄력적 근로시간제 (개정)	선택적 근로시간제
내용	근로일과 근로시간대가 정해지면 모든 근로자들이 일률적으로 근로	의무시간대에만 일률적으로 근로하며, 나머지 조업시간은 개개의 근로자가 자율적으로 근로
목적	사용자의 경영편의	전문직 근로자, 연구직 근로자, 주부근로자 등 근로자측의 편의나 능률향상 도모
방법	·1월 단위 : 취업규칙 ·1년 단위 : 근로자대표와의 서면합의	취업규칙으로 정한 근로자에 대하여 근로자대표와의 서면합의로 1개월 이내의 단위로 실시
최장근로	·1월 단위 : 1일 제한 無, 1주 48시간 ·1년 단위 : 1일 12시간, 1주 52시간 ·1주평균 40시간 이내	최장근로시간에 대한 제한 없음.
적용 제외	·15세 이상 18세 미만의 근로자 ·임신중의 여성근로자	15세 이상 18세 미만의 근로자
공통점	① 단위기간(정산기간) 동안 평균기준근로시간내 특정일 또는 특정주에 기준근로시간을 초과하여 근로시킬 수 있다. ② 기준근로시간초과에 대해 사용자의 가산임금을 지급의무가 없다.	

휴게시간

휴게시간이란 근로계약상 근로자가 근로시간 중에 사용자의 지휘·감독으로부터 벗어나 근로의무에서 완전히 해방되는 시간을 말한다. 즉 근로자가 그의 시간을 자유롭게 이용할 수 있는 시간이다. 그러나 휴게시간의 이용에 대하여 근로자의 절대적인 자유가 보장되는 것은 아니며 사용자로부터 일정한 구속을 받는다는 한계가 있다.

휴게시간은 근로시간이 4시간인 경우 30분 이상, 8시간인 경우 1시간 이상을 부여해야 한다. 휴게시간은 근로시간이 4시간을 경과한 때에는 적어도 30분 이상의 휴게를 주어야 한다는 것이 아니고, 실근로시간

의 총계가 4시간을 초과해서 8시간 미만 근로하는 경우에는 근로시간의 도중에 30분 이상의 휴게를 주어야 한다는 뜻이다. 휴게시간은 점심시간으로 이용되는 것이 관행이다. 휴게시간은 그 취지상 근로시간 도중에 부여해야 한다. 따라서 시업 전, 종업 후 부여하는 시간은 휴게시간으로 인정되기는 어렵다. 업무의 특성 및 공중의 편의를 위한 사업의 경우 근로자대표와 서면합의에 의해 휴게시간의 변경이 가능하고, 근로시간·휴게·휴일 적용제외자에 대해서는 휴게시간을 적용하지 않을 수 있다.

제9차시 휴일 및 휴가제도

I. 휴일 및 휴가의 개관

1. 법정 휴일·휴가

구분	종 류	법적 근거	특 징
법정 휴일	• 주휴일 • 근로자의 날	• 근로기준법 제54조 • 근로자의날제정에관한법률	<ul style="list-style-type: none"> • 의무적 부여 • 법정기준 이상이면 노사 자율결정 가능 • 유급휴일·휴가의 경우 임금을 지급해야 함 <ul style="list-style-type: none"> - 생리휴가와 육아휴직은 무급
법정 휴가	• 연차휴가 • 생리휴가 • 출산전·후 휴가 • 육아휴직	• 근로기준법 제60조 • 근로기준법 제73조 • 근로기준법 제74조 • 남녀고용평등및일·가정양립지원에관한법률 제11조	

2. 약정 휴일·휴가

구분	종류예시	특 징
약정 휴일	• 공휴일 • 회사창립일 • 기타 휴무일	<ul style="list-style-type: none"> • 약정 휴일·휴가 부여여부·부여조건·부여일수·임금지급 여부는 단체협약·취업규칙 등을 통해 노사가 자율 결정
약정 휴가	• 하계휴가 • 경조휴가 등	

I. 휴일제도

1. 휴일제도의 의의

휴일제도는 주휴일, 근로자의 날, 공휴일 등으로 나뉘는 데, 이 중 법정휴일은 주휴일과 근로자의 날이며, 약정휴일은 공휴일 등이다. 그리고, 휴일근로에 대해서는 가산(할증)임금이 발생하게 된다.

2. 휴일의 사전대체 및 대휴

가. 휴일의 사전 대체

- 휴일을 다른 근로일과 교체하여 휴일은 근로일로 하고, 근로일을 휴일로 하여 근로의무가 없는 날로 하는 조치를 말함
- 휴일은 평일로, 평일은 휴일로 변경되며, 휴일근로에 대해 휴일근로수당이 발생하지 않게 된다.
- 근로자에게 사전 통지 요

나. 대휴

- 대휴란 사전에 휴일을 대체하지 않고 기존의 휴일에 근로를 시킨 후 다른 근로일을 휴무시키는 조치를 말하며, 법상의 의무는 아니며, 취업규칙, 단체협약 등의 규정에 의해 시행이 가능하다. 대휴는 휴일이 변경된 것이 아니기 때문에 휴일근로시 휴일근로수당은 발생하게 된다.

3. 근로시간·휴게·휴일 규정의 적용제외자

- 가. 업무의 특성상 엄격하게 근로시간, 휴일 등을 적용하는 것이 적합하지 않다고 여겨지는 업종, 직종, 근로형태 등에 대해서는 관련조항을 적용제외하고 있다.

나. 농림·축산·양식·수산업에 종사하는 근로자

- 자연조건에 의해 좌우되는 산업에 대해 근로시간, 휴일, 휴게시간을 획일적으로 규제하는 것이 어렵기 때문에 적용을 제외

다. 감시적·단속적 근로자로서 노동부장관의 승인을 얻은 경우

- 일의 연속성이 없고, 대기시간이 많으므로 적용제외

라. 감독·관리적 지위에 있는 자

- 근로조건외 결정 기타 노무관리에 있어서 경영자와 일체적인 입장에서 활동하고 있으면서 출·퇴근에 엄격한 제한을 받지 않는 자

마. 기밀사무를 취급하는 자

- 기업의 비밀서류 등을 취급하거나, 비서, 기타 그 직무가 경영자 또는 감독·관리적 지위에 있는 자의 활동과 일체불가분의 관계에 있으며 출퇴근에 엄격한 제한을 받지 않는 자

바. 적용관계

적용이 제외되는 규정	적용이 인정되는 규정
<ul style="list-style-type: none">- 근로시간에 관한 규정- 휴게 / 휴일에 관한 규정	<ul style="list-style-type: none">- 야간근로 및 야간근로수당- 휴가관련(연차휴가, 생리휴가, 산전후휴가)

제10차시 연차유급휴가제도

I. 연차유급휴가제도

1. 휴가일수의 산정

가. 개정법(주40시간제)에서는 1월당 1일을 부여하던 월차유급휴가를 폐지하고 연차휴가로 통합하여 1년간 8할 이상 출근한 근로자에게 15일을 부여하고, 2년마다 1일을 가산하되 휴가일 후 한도를 25일로 한다.

- 여기에서 '1년'이란 1년의 총 일수에서 법정휴일(주휴일, 근로자의 날) 및 약정휴일(노사간에 휴일로 하기로 정한 날 : 국경일, 명절 전후, 기타 공휴일 등)을 제외한 사업장의 연간 총 소정근로일수를 말하며, '8할 이상 출근'이란 소정근로일수에서 출근한 날이 80%이상인 경우를 말한다.

<근속년수별 휴가 산정례>

1년	2년	3년	4년	5년	10년	15년	20년	21년	25년
15일	15일	16일	16일	17일	19일	22일	24일	25일	25일

나. 1년 미만 근속자 또는 1년간 8할 미만 출근한 근로자인 경우 1월간 개근시 1일의 연차휴가가 발생하고, 1년간 8할 이상 출근한 경우에는 1월 개근시 발생한 휴가일수를 포함하여 15일의 연차휴가가 발생한다. 다만 1년 미만 근속기간 중에 매월 1일씩 발생하는 휴가를 미리 사용한 경우에는 15일에서 사용한 휴가일수 만큼 공제하고 부여한다.

다. 1년 미만 근속기간 중 발생한 휴가를 사용하지 못하고 1년 미만 근속기간 중 퇴직하거나 1년만 근무하고 바로 퇴직하는 경우에는 미사용한 휴가에 대해서 연차휴가미사용수당(연차휴가근로수당)을 지급해야 한다.

2. 연차휴가수당

가. 연차휴가는 유급으로 부여되므로 근로자가 휴가를 사용한 이유로 근로를 제공하지 못하였다 라도 임금이 지급되어야 하는데, 이 때 지급되는 임금을 연차휴가수당이라 한다.

- 이에 비해 근로자가 주어진 연차휴가일에 휴가를 가지 않고 근로를 한 경우에는 그 휴가 근로일에 상응하는 임금이 지급되어야 한다. 이와 같이 연차휴가일에 근로한 대가로 지급되는 임금을 연차휴가근로수당(연차휴가미사용수당)이라 한다.

나. 연차휴가근로수당은 임금에 해당되기 때문에(판례·행정해석의 입장), 연차휴가를 1년간 사용하지 못하여 연차휴가 청구권이 소멸되더라도 연차휴가근로수당 청구권(임금청구권)은 소멸되지 않는다고 본다.

3. 연차휴가사용촉진

가. 연차휴가사용촉진 제도는 사용자가 법에 규정된 휴가사용 촉진 조치를 하였음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 않은 경우에 금전보상 의무를 면제함으로써 실제 휴가의 사용률을 제고하여 실근로시간 단축을 꾀하고자 하는 제도이다.

나. 이러한 휴가사용 촉진방안은 근로자의 실근로시간을 단축하고 기업의 임금부담을 줄이는 방향으로 작용하게 될 것이나, 사용자가 이를 악용하여 그 권리를 남용할 경우를 감안하여 ① 휴가사용기간 만료 6개월 전에 사용자가 근로자에게 휴가사용 시기지정을 서면으로 요구하고, ② 사용자의 시기지정 요구에 대해 근로자가 사용시기를 지정하지 않아, 사용자가 휴가사용기간 만료 2월 전에 휴가사용시기를 지정하여 서면으로 통보한 경우 ③ 휴가사용지정일에 사용자의 명시적인 근로수령 거부 의사를 표시하는 경우에 한해 금전보상 의무를 면제한다.

4. 연차휴가와 휴일의 중복

가. 근로자가 주휴일 등을 중간에 끼고 휴일 전과 휴일 후로 나누어 각각 연차휴가를 청구하였을 경우에는 휴일을 제외한 연차휴가기간으로 보아야 한다.

5. 연차휴가의 대체사용

가. 근기법 제62조는 연차휴가제도의 탄력적 운영을 위하여 사용자와 근로자대표사이에 서면합의가 있으면 연차유급휴가 대신 근로의무가 있는 특정일에 근로자를 휴무시킬 수 있는 연차휴가 대체사용제도를 도입하고 있다.

나. 연차휴가의 대체사용은 명절 전후를 휴일로 하거나 휴일과 휴일 사이의 근무일을 징검다리 휴일로 하는 외에 동계휴가, 하계휴가 등 근로자를 일시에 집단적으로 휴식토록 할 때나, 특정일에 대한 기념이나 의미부여를 위한 집단적 휴식일을 마련할 때에 활용이 가능하다.

II. 선택적 보상휴가제

1. 개정법(제57조)에서는 노사 서면합의가 있는 경우 연장, 야간, 휴일근로에 대하여 지급되는 임금에 갈음하여 휴가를 부여할 수 있는 선택적 보상휴가제를 도입할 수 있도록 하여 근로시간 운영의 유연성을 높일 수 있도록 하였다.

2. 선택적 보상휴가제도는 연장근로·야간근로 및 휴일근로를 함으로써 발생한 임금을 지급하는 대신 유급으로 휴가를 부여하는 것이다. 이때 '유급' 처리해야 할 부분은 연장·야간·휴일근로에 대한 임금과 50%의 가산수당까지 포함한 부분이다.

3. 선택적 보상휴가를 실시하기 위해서는 근로자대표와 서면합의가 있어야 하며, 이 요건을 갖추지 못하면 효력이 없다. 노사 당사자가 합의할 때에는 보상휴가를 어떤 방식으로 실시할 것인지 자율적으로 결정하여 시행하여야 한다.

4. 보상휴가제는 임금지급에 대신하여 휴가를 부여하는 제도이므로 근로자가 휴가를 사용하지 않은 경우에는 그에 대한 임금이 지급되어야 한다. 이 경우에 근로자는 휴가를 사용할 수 없게 된 날이 확정된 날의 다음날부터 임금을 청구할 수 있으며, 회사는 다음 임금지급일까지 해당 임금을 지급하여야 한다.

- 한편, 보상휴가를 전부 사용하지 못하고 퇴직한 경우에는 퇴직 후 14일 이내에 잔여 휴가분에 대한 임금을 지급해야 한다.

제11차시 모성보호제도

I. 근로기준법상의 모성보호

1. 생리휴가(유급 → 무급)

2. 임신부의 보호(제74조)

가. 출산전·후휴가의 부여(산후 45일 이상 보장)

- 임신 중인 여성 근로자가 유산, 사산 등의 위험이 있는 경우에 산전후휴가를 출산 전에 나누어 분할사용할 수도 있음.

[참고] 출산전·후 휴가 90일은 1인 이상 모든 사업장 근로자에게 적용되며, 우선지원대상기업(광업·건설업 등:300인 이하, 제조업:500인 이하)은 근로기준법 제74조의 규정에 의한 휴가기간에 대하여 통상임금에 상당하는 금액을 지급한다. 다만, 우선지원대상기업을 제외한 기업(대규모기업)은 근로기준법 제74조의 규정에 의한 휴가기간 중 60일을 초과한 일수(30일을 한도로 한다)에 해당하는 기간에 대하여 지급한다.

구 분	지급기간	지 원 액
우선지원대상기업	90일	최대 405만원
대규모기업	30일	최대 135만원

나. 유사산휴가의 부여 : 사용자는 임신 중인 여성이 유산 또는 사산한 경우로서 당해 근로자가 청구하는 때에는 보호휴가를 주어야 함. 다만, 인공임신중절수술(「모자보건법」제14조 제1항의 규정에 의한 경우 제외)에 의한 유산의 경우에는 제외함(제72조 제2항 신설).

- 임신기간이 11주 이내인 경우 유산 또는 사산한 날부터 5일까지, 12주 이상 15주 이내인 경우에는 유산 또는 사산한 날부터 10일까지, 16주 이상 21주 이내인 경우에는 유산 또는 사산한 날부터 30일까지, 22주 이상 27주 이내인 경우에는 60일까지, 28주 이상인 경우에는 90일까지 부여

다. 임신중의 여성근로자에 대한 시간외근로의 금지

라. 보호휴가 종료 후 휴가 전과 동일한 업무 또는 동등수준의 임금을 지급하는 업무에 복귀

3. 태아검진시간의 허용 (제74조의2)

4. 유급수유시간(1일 2회, 각 30분 이상)(제75조)

5. 산후 1년이 경과하지 아니한 여성에게는 단체협약이 있는 경우에도 시간외 근로의 제한(1일 2시간, 1주 6시간, 1년 150시간) (제71조)

	법정기준근로시간		연장근로	야업 및 휴일근로 (근로기준법 제70조)
	1일	1주		
원칙 (근로기준법 제50조)			1주 12시간(근로기준법 제53조)	18세 이상 여성근로자 - 본인의 동의
산후 1년이 경과되지 아니한 여성	8시간	40시간	1일 2시간 1주 6시간 1년 150시간 (근로기준법 제71조)	본인의 동의 + 노동부장관의 인가 +

			인가전 근로자대표와 협의
임신 중의 여성		불 가 (근로기준법 제74조 제4항)	본인의 명시적 청구 + 노동부장관의 인가 + 인가전 근로자대표와 협의

<여성근로자의 근로시간의 제한>

II. 남녀고용평등과일가정양립지원에관한법률

1. 산전·후 휴가지원(제18조)
 - 국가는 출산전후휴가(유·사산휴가 포함)를 사용한 근로자 중 일정한 요건에 해당하는 자에게 당해 휴가기간에 대하여 통상임금에 상당하는 금액("출산전후휴가급여등")을 지급할 수 있음
2. 배우자출산휴가(제18조의2)
 - 3~5일 이내 부여(최초3일은 유급)
3. 육아휴직제도(제19조), 육아기 근로시간의 단축(제19조의2) - 양자 선택
4. 일가정의 양립을 위한 지원(제20조)
5. 직장보육시설의 설치 및 지원(제21조)

제12차시 임금의 개념

I. 임금의 개념

1. 임금의 개념

근로기준법상 임금이란 어떠한 명칭으로 지급되든지 근로의 대가로 지급되는 일체의 금품을 말하므로, 정기상여금, 계속 지급되어온 특별상여금, 각종 수당, 출퇴근 교통비, 급식비 등도 임금에 해당한다. 그러나 사용자가 일시적 또는 은혜적으로 주거나 실비변상조로 지급하는 혼례축하금, 개인연금보험료, 출장비 등은 임금이 아니다

가. 임금에 해당하는 경우

- 1) 근로기준법상 유급휴일 및 연·월차유급휴가에 쉬면서 당연히 지급되도록 강제되는 급여ex. 근로자가 하기휴가를 실시하였는지 여부에 관계없이 일률적으로 지급하는 하기휴가비(판례) ● 만약 하기휴가를 실시한 종업원에게만 하기휴가비를 지급하였다면 이는 근로제공과는 관계없이 은혜적으로 지급된 금품에 불과하여 임금에 해당하지 아니한다.
- 2) 휴업수당(제46조)
- 3) 퇴직금(판례) ● 근로자의 근로제공에 대한 미지급 임금이 축적된 것이 그 재원이 된 것으로서 본질적으로는 후불적 임금의 성질을 지닌 것
- 4) 상여금(판례) ● 근로자에게 관례적으로 계속적, 정기적으로 지급되고 왔거나 그 지급의무가 단체협약, 취업규칙, 근로계약 기타 관련 규정에 의한 것
- 5) 회사의 창사기념을 위하여 매년 전근로자에게 지급되어온 특별상여금(판례)
- 6) 공무원이 직무를 수행하면서 법령 기타 관계법령에 의해 계속적·정기적으로 지급받고 있는 효도휴가비, 자녀학비보조금 등 (판례)
- 7) 계속적, 정기적으로 지급되고 그 지급의무가 단체협약, 취업규칙, 근로계약 기타 관련 규정에 의한 것이며 일정한 요건에 해당하는 자에게 일률적으로 지급되는 가족수당, 체력단련비, 입생수당, 생산독려수당, 기술수당, 광산근무수당(판례)
- 8) 실적에 따른 실비변상의 것이 아니고 일반적으로 일정액을 정기적·계속적으로 지급한 대학 교수의 연구수당·학생지도수당(판례)
- 9) 실적에 따른 실비변상조로 지급되어 온 것이 아니고 병원의 과장급 의사 전원에게 매년 정기적·계속적으로 지급되어 온 의학연구비(판례)
- 10) 정기적, 제도적으로 전직원에게 그 직급에 따라 일률적으로 지급되어 온 출퇴근교통비(판례) ● 회사가 일정 직급 이상의 근로자에게 그들이 실제로 차량을 보유하고 운전하는지 여부에 관계없이 직급별로 일률적으로 지급한 차량유지비도 포함
- 11) 전 근로자에게 급식수당, 식대보조비, 중식대 등의 명목으로 금원이 일률적 정기적으로 지급되고 취업규칙 등에 지급의무가 지워져 있는 경우(판례)
- 12) 운송회사가 소속 운전사들에게 일일의 운송수입금 중 회사에 납부하는 일정한 사납금을 공제한 잔액을 그 운전사의 자유수입으로 한 경우(판례)

나. 임금에 해당하지 않는 경우

- 1) 손해보상의 성격을 가진 급여 - 해고예고수당(제26조), 재해보상(제78조 이하), 귀향여비(제19조 제2항)
- 2) 업무수행에 소요되는 실제비용을 변상(실비변상)하는 성격을 가진 것 - 출장비(여비·숙박비), 정보비, 교제비, 해외근무수당, 작업용품대ex.한국통신공사의 보수규정에 규정된 수당이 아니라 보수규정시행세칙의 부칙에 규정된 것으로서 일·숙직근무당일의 식비 등으로 소비되는 일·숙직근무수당(판례)ex.국외 주재직원으로서 근무하는 동안 지급받은 급여 가운데 동등한 직급호봉의 국내직원에게 지급되는 급여를 초과하는 부분(판례)
- 3) 의례적·은혜적으로 지급하는 것 - 결혼축의금, 조위금, 상병위로금(판례) ● 취업규칙 등에

지급의무와 지급조건이 명시되어 있더라도ex.급여규정에 그 지급기준이나 액수·시기 등이 확정되어 있지 않으며 실제로도 지급기준과 명목 등에 비추어 계속적·정기적으로 지급되고 있다고 보기 어려운 특별성과상여금(판례)ex.단체협약이나 취업규칙 등에 사용자의 지급의무가 명시되어 있지 않고 관례적으로 지급하여 온 사실도 없이 경영성과에 따라 일시적으로 지급된 주식지원금(행정해석)

- 4) 복리후생적 급여 혹은 생활보조적 급여 - 주택자금 대여, 사택·통근차·목욕시설 이용 등의 이용의 이익ex.한국도로공사의 취업규칙 및 후생복지규정에서 예산의 범위 내에서 직원의 취학자녀 중 2인 이내에서 중고생은 공납금의 100%를, 대학생은 공납금의 70%를 타단체로부터 장학금을 받지 아니하는 한도에서 보조할 수 있도록 규정하고 있는 학비보조금(판례)ex.일정 직급 이상의 직원 중 차량 보유에 따라 실제 비용지출 여부를 불문하고 계속적·정기적으로 지급하는 자가운전보조비(판례) : 단순히 직급에 따라 일률적으로 지급되는 것이 아니므로
- 5) 근로자 개인의 실적에 따라 결정되는 성과급(판례)
- 6) 건강보험료·개인연금보험료 중 사용자의 부담금 부분

2. 통상임금

- 통상임금은 실제 근무일수나 수령액에 구애됨이 없이 소정근로시간의 근로에 대하여 정기적, 일률적으로 지급하기로 정해진 고정적인 임금액을 말한다. 통상임금은 근로기준법이 평균임금의 최저한을 보장하고 시간외 근로수당·야간근로수당·휴일근로수당과 같은 할증임금, 해고예고수당, 연월차휴가근로수당, 생리휴가수당 등을 산정하는 기준이 된다.

3. 평균임금

- 가. 평균임금은 근로자가 정상적인 근로를 하지 않거나 할 수 없는 경우 근로자의 정상적인 생활을 보장하기 위하여 지급되는 통상적인 생활 임금의 기준액을 말한다. 평균임금제도를 마련한 기본취지는 평균임금을 지급해야 할 기간 중에 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하려는 데 있다. 평균임금은 근로자가 현실적으로 지급받은 임금의 한 종류가 아니라 어떤 급여금산출에 기초가 되는 단위개념에 지나지 않으며, 이론적인 것이 아니다.
- 나. 평균임금은 퇴직금, 휴업수당, 연차휴가수당, 휴업보상, 장해보상, 유족보상, 장의비, 일시보상, 감급제재의 금액을 산출하는 기준이 된다. 평균임금에는 기본급이나 각종 수당, 상여금, 연차휴가수당, 시간외 야간 휴일근로수당, 식대 등 임금이 해당하는 모든 금액이 포함된다. 상여금과 같은 경우는 1년간 지급된 총액의 3개월분에 합산한다. 또한 3개월간의 총일수로 나눈 금액을 말하므로 1년 중 월에 따라 89일에서 92일까지 총일수가 달라질 수 있다.
- 다. 평균임금은 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 산정하는 것을 그 기본원리로 하는 것으로서 특별한 사유로 인하여 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많을 경우에는 이를 제외하여 산정한다. 또한 수습사용 중의 기간, 사용자의 귀책사유로 휴업한 기간, 산전후휴가기간, 육아휴직기간, 업무상 재해로 휴업한 기간, 업무상 재해가 아니더라도 사용자의 승인을 얻어서 휴업한 기간, 정당한 쟁의행위기간 등에는 임금이 낮아지므로 이 기간을 제외하여 산정한다.

(법 : 근로기준법)

통상임금과 평균임금 적용 규정

통 상 임 금	평 균 임 금
<ul style="list-style-type: none"> ▪해고예고수당(법 제26조) ▪휴업수당(법 제46조 제1항 단서) ▪연장근로가산수당(법 제56조) ▪야간근로가산수당(법 제56조) ▪휴일근로가산수당(법 제56조) ▪연차휴가수당(법 제60조) ▪연장·휴일근로에 대한 임금 ▪기타 법에 "유급"으로 표시된 보상 	<ul style="list-style-type: none"> ▪퇴직금(법 제34조) ▪휴업수당(법 제46조 제1항) ▪연차휴가수당(법 제60조) ▪휴업보상, 장해보상, 유족보상, 장례비, 일시보상, 분할보상 등 각종 재해보상(법 제78조 ~제85조) ▪감급의 제한(법 제95조)

4. 포괄임금산정제

근로형태, 업무의 성질 등을 참작하거나 계산의 편의와 직원의 근무의욕을 고취하는 뜻에서 기본 임금에 연장근로수당 등 제수당이 포함되어 있다거나 매월 일정액을 제수당으로 지급하는 내용의 계약을 체결했다고 해도 근로자에게 불이익이 없고 제반사정에 비춰 정당하다고 인정될 때에는 이를 무효라 할 수 없는데 이러한 임금산정방법을 포괄산정임금제라고 한다.

포괄산정임금제는 근로기준법의 가산임금 지급체계에 대한 예외를 인정하는 것이라는 점에서 명시적으로 근로계약을 작성했거나 취업규칙 등에 구체적으로 명시하는 경우, 적어도 구두라도 포괄산정내역에 관해 구체적이고 명시적인 합의가 있어야 하는 것이 원칙이다.

※ 포괄산정에 포함되는 근로조건의 판단

가. 연장·야간근로

- 포괄산정임금제가 인정되는 취지는 실근로시간의 측정이 어려운 근로형태이거나 계산의 편의 등 필요성이 있는 경우 당사자의 계약을 존중하려는 데 있다. 따라서 그러한 근로형태 또는 그 필요성이 인정된다면 연장근로임금과 그 가산수당, 야간근로수당이 포괄산정임금의 대상이 될 수 있다.

나. 휴일·휴가

- 근로기준법이 보장하고 있는 휴일·휴가를 사용함에 있어 유급으로 규정되어 있는 유급휴일·휴가수당은 포괄임금산정제도의 대상이 될 수 있다. 따라서 휴일 및 연·월차휴가를 언제든지 사용하도록 보장하면서 일정한 임금을 주기로 한다면 휴일 및 연·월차휴가근로수당도 포괄산정임금제도에 포함시킬 수 있다.
- 그러나 근로기준법상 휴일이나 휴가는 임금을 지급하는 것이 그 목적이 아니며 근로자가 실질적으로 쉴 수 있게 하는 데 그 제도적 취지가 있다. 따라서 근로자의 휴일 및 휴가청구권을 배제한 채 수당으로 전면 대체하도록 하는 때에는 범위반의 문제가 발생하게 된다.

제13차시 임금의 지급방법

I. 임금의 지급방법

1. 임금의 지급원칙

- ① 통화불의 원칙 : 통화란 강제통용력이 있는 화폐(은행권과 주화)를 말한다. 자기앞수표 이외의 당좌수표, 약속어음, 회사주식 등은 동 원칙에 반한다. 법령이나 단체협약에 의하면 예외 인정
(∴ 취업규칙에 의하여 임금의 일부를 현물로 지급하는 것은 인정되지 ×)
- ② 직접불의 원칙 : 임금은 직접 근로자에게 지급하여야 한다는 원칙으로서 근로기준법상의 예외는 인정되지 않는다. 따라서 근로자의 임금을 친권자나 기타의 법정대리인 또는 임의대리인에게 지급하는 경우 동 원칙에 반한다(다만 단순한 使者에 대한 지급이나, 근로자가 지정하는 본인구좌에 대한 지급은 가능하다). 또한 임금채권의 양도는 가능하지만 양수인에게 임금을 지급하는 경우에는 직접불의 원칙에 반한다(판례). 선원법(제48조 3항)에 의하면 선박소유자는 선원의 청구가 있거나 법령·단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에 그의 가족들에게 지급하게 하는 것은 허용된다.
- ③ 전액불의 원칙 : 전액불 지급의 원칙에 대한 예외 인정
 - 법령에 의한 경우 : 갑종근로소득세, 주민세, 국민연금기금, 기능습득자에 대한 거주비와 취사비 등
 - 단체협약에 의한 경우 : 조합비일괄공제제도 check-off system - 단체협약내의 check-off조항은 당연히 개개의 조합원을 구속할 수 없으며 그 조항이 효력을 가지려면 개별 조합원의 동의가 있거나 또는 조합규약내의 조합비공제규정에 대한 조합원의 승인이 있어야 한다.
- ④ 월1회 이상의 정기불의 원칙 : 기일은 특정되어야 함과 동시에 그 기일이 주기적으로 도래해야 한다.

<임금지급의 4대원칙>

II. 도급사업 등에 대한 임금지급

1. 도급사업에 대한 임금 지급(법 제44조)

가. 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)이 아래와 같은 직상(直上)수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대책임을 짐

- 1) 정당한 사유없이 도급계약에서 정한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우
- 2) 정당한 사유없이 도급계약에서 정한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우
- 3) 정당한 사유없이 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우

나.도급이 1차에 걸쳐 행해지고 있어서 도급인과 수급인만이 있는 경우에 도급인도 직상수급인의 개념에 해당된다고 해석

2. 건설업에서의 직상수급인의 임금 지급 연대책임(법 제44조의2)

가. 「건설산업기본법」에 따른 건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 임금을 지급할 책임을 짐

- 이를 위반한 경우 벌칙부과(법 제109조)

나.직상 수급인이 건설업자가 아닌 경우 상위 수급인 중에서 최하위의 건설업자를 직상수급인으로 봄

3. 건설업의 공사도급에 있어서 임금에 관한 특례(법 제44조의3)

가. 직상수급인이 하수급인에게 하도급 대금지급 채무를 부담하고 있으며 다음 3가지 경우에 해당되는 때에는 직상수급인이 하수급인 근로자들의 임금해당액을 직접 지급

- 1) 직상수급인이 하수급인을 대신하여 하수급인이 지급해야할 임금을 지급할 것을 합의한 경우
- 2) 건설근로자에게 집행권원이 있는 경우, ③ 하수급인이 임금채무가 있음을 직상수급인에게 알려주고 파산 등으로 하수급인이 임금지급을 할 수 없는 명백한 사유가 있다고 인정한 경우

- 직상수급인의 하수급인에 대한 하도급 대금 채무는 하수급인의 근로자들에게 지급한 한도 내에서 소멸

나. 원수급인은 위의 ②의 경우에 하수급인의 근로자들에 대하여 임금해당액을 지급하고, 그 한도 내에서 하도급 대금 지급 채무가 소멸

Ⅲ. 휴업수당(법 제46조)

1. 요건

가. 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 함 ☞ 사용자에게 민법상 귀책사유인 고의, 과실이 있는 경우뿐만 아니라, 사용자가 불가항력이라고 주장할 수 없는 모든 경우(경영장애)도 포함(영역설)

※ 경영장애- 공장의 소실, 기계의 파손, 주문의 감소, 판매부진에 의한 조업정지 등

※ 사업의 전부 또는 일부가 정지하는 경우뿐만 아니라 특정 근로자에 대하여 취업이 거부되거나 불가능하게 된 경우도 포함(판례)

나. 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능하여 노동위원회의 승인(유효요건)을 받은 경우에는 평균임금의 100분의 70에 못 미치는 휴업수당을 지급할 수 있음

2. 다른 직장에서 중간수입을 얻은 경우

사용자의 귀책사유로 인한 휴업기간 중에 다른 직장에 종사하여 얻은 중간수입은 민법규정(제538조 제2항)에 의해 동기간 중의 임금액에서 공제할 수 있으나, 다만 판례는 근로기준법 제45조(현행 제46조 - 편집자 주)에 의한 휴업수당을 초과한 한도 내에서만 이를 공제의 대상으로 삼을 수 있다고 한다(대판 1991.12.13, 90다18999).

3. 쟁의행위와 휴업수당

가. 정당한 파업의 경우

근로자가 정당한 파업에 참가한 경우에는 근로자의 근로제공의무와 사용자의 임금지급의무가 사실관계에 따라 정지하게 되므로 당해 근로자에게 휴업수당을 지급한다는 것은 문제되지 않는다(대판[전원 합의체] 1995. 12. 21, 94다26721).

나. 부분파업의 경우

부분파업시에 파업불참자나 비조합원이 근로를 희망하여 노무제공의 이행상태에 있고 사용자가 그들의 노무제공을 거부하는 경우에 근로자는 임금 또는 휴업수당을 청구할 수 있는가의 문제

1) 조업이 가능한 경우

근로희망자들의 노무제공만으로도 조업을 계속할 수 있는 경우는 사용자가 근로자의 현실적 노무제공을 거부하면 민법상의 수령지체의 책임(민법 제400조, 제393조)을 면할 수 없다.

2) 조업이 불가능한 경우

근로희망자들의 노무제공만으로도 조업을 계속할 수 없는 경우는 근로희망자에 대한 사용자의 임금지급의무는 발생하지 않는다고 해석된다(영역설 또는 쟁의대등성의 원칙).

제14차시 근로자퇴직급여보장법

I. 퇴직금제도

1. 퇴직금제도의 주요내용

가. 퇴직금의 계산

퇴직금제도를 설정하고자 하는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다(제8조 제1항). 즉, 1년이상 근속한 근로자에게는 근속년수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급해야 하며, 1년 단위로 떨어지지 않는 몇 개월, 몇 일에 대하여도 비례하여 지급해야 한다. 퇴직금 산정시 기준이 되는 임금을 근로기준법의 평균임금보다 불리하게 산정하거나 실제 근로기간을 근속년수에서 일부 제외하더라도 퇴직금 누진제에 의하여 근로기준법에 의한 법정퇴직금액보다 많은 경우에는 유효하다(판례).

나. 퇴직금의 성격

학설과 판례(대판 1975.7.22, 74다1840 등)는 임금후불설을 취하고 있다. 다만, 일부 대법원의 판례는 정부투자기관의 직원에 대한 퇴직금에 관해서 퇴직금이 임금후불적 성격뿐만 아니라 사회보장적 성격과 공로보상적 성격을 함께 갖는다고 하고 있다(대판 1995.10.12, 94다36186).

다. 실질적인 근로관계가 존재할 것

근로자와 사용자 사이에 고용형식의 여하에 관계없이 실질적인 근로관계가 존재하면 퇴직금을 청구할 수 있다. 예컨대 일용직근로자 또는 임시직근로자(대판 1995.7.11, 93다26168 등), 성과급·능력급과 같이 임금산정방법이 불규칙한 도급근로자 또는 수련의 등과 같은 전문직업인 등도 퇴직금제도의 적용을 받는다. 그러나 회사의 업무집행권을 가진 이사 등 임원은 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로 사용자의 지휘감독아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 지급받는 고용관계에 있는 것이 아니며 따라서 일정한 보수를 받는 경우에도 이를 근로기준법 소정의 임금이라 할 수 없다(대판 1998.6.14, 87다카2268). ☞ 일반채권의 시효규정(10년)이 적용되어야 함

라. 계속근로연수 1년 이상

- 1) 근로계약 체결시부터 근로계약 종료시까지 근로계약의 존속기간, 즉 실근로연수와 관계없는 재직기간을 의미함 <ex> 대기발령기간도 퇴직금산정기간에 포함(판례)
- 2) 재직중의 군복무기간은 근속연수에 통산되지 않는다는 입장(판례)
- 3) 기업의 합병 내지 분리 또는 영업의 양도 등과 같이 사업주체가 변경되었지만 기업의 동일성을 유지하면서 근로관계의 계속성이 유지된 경우, 그 이전의 기간도 계속근로연수에 포함

마. 퇴직금지급사유

퇴직금은 임의퇴직이든 사용자에게 의한 해고이든 그 원인을 묻지 않고 지급되어야 한다(대판 1972.4.11, 71다1033).

바. 퇴직금의 감액

보수규정에 금고 이상의 형을 받아 당연면직되거나 파면되는 경우 퇴직금여액을 감액한다고 규정되어 있다면 관계법규에 위반되지 않는 범위 내에서 감액 지급할 수 있다(대판 1994.4.12, 92다20309). ☞ 감액하더라도 법정퇴직금 이상이어야 함

사. 퇴직금중간정산제도

종전의 퇴직금중간정산제도는 근로자가 퇴직하기 전이라도 자신의 요청에 의하여 기왕에 계속근로한 기간에 대한 퇴직금을 미리 정산하여 지급받을 수 있었다. 그러나, 정부는 퇴직연금 전환의 걸림돌이 되고 있는 퇴직금중간정산 관행을 해결하기 위해 최근에 퇴직금 중간정산을 엄격히 제한하는 법안을 통과시키기에 이르렀다. 2012.7.26.부터 시행되는 근로자퇴직급여보장

법 개정안에 따르면 우선 연봉제를 시행하는 기업의 경우 1년 단위 중간정산이 제한되고 사업주 임의로 중간 정산하는 방안이 금지되게 된다. 그동안 연봉제를 채택한 기업은 퇴직금을 적립하지 않고 1년 마다 정산하는 경우가 많았다. 또한 일부 기업에선 사업주가 임의로 급여와 퇴직금을 구분하지 않고 급여 세부항목에 퇴직금을 포함하는 경우도 있었다. 고용노동부는 모든 기업에서 사유 제한 없이 이뤄지던 퇴직금 중간정산도 대통령령에서 정한 사유가 있을 때에만 가능토록 하였다. 퇴직금 중간정산 가능 사유는 본인 명의 주택 구입, 본인 및 부양가족의 6개월 이상 요양, 최근 5년 이내 파산 선고 및 개인회생절차 개시 결정 등으로 현행 퇴직연금 제도에서 인정하는 담보제공 사유와 동일하다. 여기에 무주택 근로자가 전세자금(당해 사업장에서 1회로 제한)이 필요하거나 임금피크제 적용을 받을 경우에도 중간정산이 가능하다.

II. 퇴직연금제도

1. 퇴직연금제도란?→퇴직금제의 문제점 해소

근로자가 퇴직하거나 55세 이상이 되면 금융기관으로부터 연금이나 일시금으로 받는다(사업주는 사전에 정기적으로 금융기관에 퇴직금재원을 맡겨서 운용해야 함). 종전 퇴직금과 달리 연금으로 지급받을 수 있으며, 퇴직금 재원이 사전에 저축되므로 때일 염려가 적다.

2. 왜 퇴직연금제로 전환해야 하는가?→노사에게 모두 유리함

근로자는 은퇴 후에 연금으로 받을 수 있고, 일시금보다 세금이 적다. 기업이 도산해도 사외적립된 재원만큼은 확보할 수 있다. 직장을 옮길 때마다 받은 퇴직금을 계속 적립을 할 수 있다(세금혜택). 사업주는 정기적으로 적립함으로써 퇴직일시금 부담을 미리 덜 수 있다. 법인세 산정시 사용자 부담금에 대해 전액 손비인정을 받을 수 있다. 노무관리 및 회계처리의 합리성을 제고할 수 있다.

3. 퇴직연금제의 형태는?→확정기여형, 확정급여형

가. 확정기여형 : 확정기여형(DC형)은 사용자가 근로자별 계좌에 매년 사전에 약정된 기여금(연간 임금총액×1/12)을 적립해 주고, 근로자는 적립금을 적정한 운용방법을 선정(금융기관이 운용방법을 제시해 주고 그 정보를 설명해 줌)하여 운용한다. 근로자의 급여는 적립금 운용결과에 따라 달라진다. 금융기관의 운용방법 제시에 있어 주식·혼합형 수익증권에 대한 운용방법 제시가 금지되고, 원리금보장상품이 하나 이상 포함되어야 한다(적립금의 안정적 운용 도모). 연봉제·임금피크제, 직장을 자주 옮기는 근로자에게 적합하다. 확정기여형의 경우 일정사유(무주택가입자의 주택구입, 가입자 또는 부양가족의 6월 이상의 요양, 천재지변 등 담보제공이 불가피하다고 노동부장관이 인정하는 경우 등) 발생시 중도인출이 허용된다.

나. 확정급여형 : 확정급여형(DB형)은 근로자가 받은 연금급여(일시금 기준 : 근속년수×30일분 평균임금)가 사전에 확정되어 있다. 급여지급을 위해서 사용자는 매년 일정금액을 금융기관에 적립, 운용해야한다.

4. 퇴직연금규약의 작성·신고

퇴직연금제를 실시하고자 하는 경우 사용자는 근로자대표의 동의를 얻어 「퇴직연금규약」을 작성하여 지방노동관서의 장에게 신고하여야 한다. 퇴직연금규약은 개별 사업장의 퇴직연금제도의 설계서에 해당하는 것으로서 그 성격은 근로기준법상의 취업규칙과 유사하다. 법정 범위 내에서 필수 기재사항을 포함하여 노사가 자율적으로 결정할 수 있다.

5. 퇴직연금으로 어떻게 전환하는가?

과반수 노동조합(없는 경우는 근로자의 과반수)의 동의를 얻어 퇴직금제 대신에 퇴직연금으로 전환가능하다. 사용자는 근로자 선택의 폭을 넓힐 수 있도록 정하여진 절차에 따라 확정급여형퇴직연금과 확정기여형퇴직연금제도를 혼합하여 퇴직급여제도를 설정할 수 있다.

6. 퇴직연금사업자

보험회사, 금융기관, 투자매매업자, 투자중개업자 또는 집합투자업자, 신탁업자, 신용협동조합중앙회, 새마을금고중앙회, 근로복지공단 등으로서 퇴직연금사업자가 되려는 자는 재무건정성 및 인적·물적 요건 등을 갖추어 고용노동부장관에게 등록하여야 한다.

7. 개인형퇴직연금제도(IRP)

확정급여형 및 확정기여형퇴직연금제도에 따른 급여는 근로자가 55세 이상 등 대통령령이 정하는 경우가 아닌 경우 가입자가 지정한 개인형퇴직연금제도 계정에 이전하는 방법으로 지급하도록 하고, 확정기여형(DC형)퇴직연금제도의 가입자가 퇴직할 때 지급받을 급여를 같음하여 그 운용 중인 자산을 개인형퇴직연금제도의 계정으로 이전받을 수 있도록 하였다. 이러한 장치를 개인형 퇴직연금제도(Individual Retirement Pension, IRP)라 한다. 개인형 퇴직연금제도는 퇴직연금사업자가 운영할 수 있고, 퇴직급여 일시금 수령자, 자영업자(2017년부터 적용), 연금가입자로서 자기부담으로 추가 설정을 원하는 사람은 개인형퇴직연금제도를 설정할 수 있다. 개인형퇴직연금제도 적립금의 운용방법 및 운용에 관한 정보제공에 관하여는 확정기여형 퇴직연금제도를 준용한다.

8. 퇴직연금 폐지·중단시의 처리

퇴직연금제도가 폐지되거나 운영이 중단된 경우에는 폐지된 이후 또는 중단된 기간에 대하여는 퇴직금제도를 적용한다. 사용자는 퇴직연금제도가 폐지된 경우 지체 없이 적립금으로 급여를 지급하는 데에 필요한 조치로서 미납 부담금의 납입 등 대통령령으로 정하는 조치를 하여야 한다. 사용자와 퇴직연금사업자는 소정기간 내 시정명령을 따르지 아니하여 퇴직연금제도가 중단된 경우에 적립금 운용에 필요한 업무 등 기본적인 업무를 유지하여야 한다. 사용자와 퇴직연금사업자는 퇴직연금제도가 폐지되어 가입자에게 급여를 지급하는 경우에 가입자가 지정한 개인형퇴직연금제도의 계정으로 이전하는 방법으로 지급하여야 한다. 이때 가입자가 위 개인형퇴직연금제도 계정으로 이전하는 방법으로 퇴직급여를 받은 경우에는 퇴직금이 중간정산되어 지급받은 것으로 간주한다.

9. 퇴직금과 퇴직연금의 비교

구 분	퇴 직 금	DB형	DC형
비용부담 주 체	사 용 자	사 용 자	사 용 자
퇴직급여의 형태와 수준	일 시 금	연금 or 일시금 (퇴직금과 동일)	연금 or 일시금 (퇴직금보다 더 많거나 적을 수 있음)
비용부담 수 준	연간 임금 총액의 30일분 (1/12)	사용자의 적립금 운영 결과에 따라 다름 → 기업 부담 축소 가능	퇴직금과 같음 → 기업부담 축소 불가능 (연간 임금 총액의 8.3%)
적립방식	사외 적립 여부 임의	부분사외 적립 (예상급여액의 60%)	전액 사외 적립
사용자의 관리부담	인사노무관리 경직적	퇴직 후에도 관리 필요	적립 후 부담없음
직장이동시 통 산	어 려 움	어 려 움 (IRP 통한 통산 가능)	쉬 움
적합기업 근로자	도산위험이 없고, 임금상승률이 높은 기업의 근로자	도산위험이 없고, 퇴직연금수급자 관리능력이 있는 기업(주로 대기업, 공기업) 장기근속자	연봉제, 체불임금위험이 있는기업, 직장이동이 빈번한 근로자(중소기업), 단기근속자 및 젊은 층

제15차시 근로계약종료시 근로자의 보호(체불임금 및 퇴직금의 청산)

I. 근로계약종료시 근로자의 보호

근로계약이 종료되면 근로관계 자체는 소멸하지만, 근로계약에서 구체적으로 파생된 권리·의무는 그것이 실현될 때까지 존속하는 것이므로 근로기준법에서는 근로계약 종료 후의 근로자보호에 관한 구체적인 보호조항을 두고 있다.

1. 임금채권 우선변제

가. 사용자의 총재산에 의한 변제순위(근로기준법 제38조)

- 1) 최종 3월분의 임금, 최종 3년간의 퇴직금, 재해보상금
- 2) 질권·저당권 또는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 우선하는 조세, 공과금
- 3) 질권·저당권 또는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따라 담보된 채권
- 4) 최종 3월분의 임금을 제외한 임금과 기타 근로관계로 인한 채권
- 5) 조세, 공과금
- 6) 일반채권

나. 취지 : 임금은 근로자의 생계유지에 중요한 원천

다. 임금채권의 소멸시효 : 3년

2. 금품청산

가. 법규정(근로기준법 제36조) : 사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖 일체의 금품을 지급하여야 한다. 다만, 특별한 사정이 있을 경우에는 당사자 사이의 합의에 의하여 기일을 연장할 수 있다.

나. 취지 : 퇴직하거나 사망한 근로자 및 가족보호, 기일경과에 따른 금품시비방지

3. 사용증명서 교부

가. 법규정(근로기준법 제39조) : 사용자는 근로자가 퇴직 후라도 사용기간, 업무종류, 지위와 임금 기타 필요한 사항에 관한 증명서를 청구한 때에는 사실대로 기입하여 즉시 교부하여야 함.

나. 취지 : 근로자의 재취업을 유리하게 전개할 수 있도록 하기 위함

다. 사용증명서의 내용 : 근로자의 경력사항 중 근로자가 요구한 사항만 기재

라. 사용증명서의 청구 : 계속하여 30일 이상 근로한 자로서 퇴직한 후 3년 이내에 청구하여야 함(시행령 제19조)

4. 취업방해의 금지

가. 법규정(근로기준법 제40조) : 누구든지 근로자의 취업을 방해할 목적으로 비밀기호 또는 명부를 작성·사용하거나 통신을 하여서는 아니 된다.

나. 취지 : 이는 소위 Black list를 통하여 근로자의 취업을 방해하는 것을 저지하려는 데 그 취지가 있음

다. 위반의 효과 : 5년 이하 징역 or 3천만원 벌금 부과 (제107조)

5. 미지급 임금에 대한 지연이자 부과

가. 취지 : 사용자가 당해 사업장에서 사망 또는 퇴직한 근로자의 임금지급을 지연하는 경우 임금체불의 예방 및 체불임금의 조기청산을 유도하기 위해 체불사업주에 대한 경제적 제재를 강화하기 위함.

나. 이율 : 연 100분의 40 이내의 범위내에서 대통령령이 정하는 이율(연20%)의 지연이자를 지급하도록 함(근로기준법 제37조 제1항)

다. 적용제외 : 사용자가 천재·사변 기타 대통령령이 정하는 사유에 의하여 임금지급을 지연하는

경우 그 사유가 존속하는 기간에 대하여는 적용하지 않는다(제37조 제2항).

라. 피해자가 처벌을 희망하지 않는다는 의사를 명백히 할 때에는 처벌할 수 없는 '반의사불벌죄'도 도입되었음.

- 반의사불벌죄는 법 제36조(금품청산), 제43조(임금지불), 제44조(도급사업에 대한 임금지급), 제46조(휴업수당), 제56조(연장·야간·휴일 근무)의 규정을 위반한 자에 대해 적용된다.

II. 임금채권보장법

1. 임금채권보장제도의 의의와 목적

가. 사용자의 변제능력이 부족한 경우에는 임금채권과 퇴직금의 최우선변제규정에도 불구하고 근로자들이 실제로 변제받지 못하는 경우가 많다. 또한 사용자의 잔존재산으로부터 최우선변제분의 충당에 충분하다 할지라도 실제로 근로자들이 변제받기까지는 상당한 시일이 소요되는 문제가 발생한다. 그리하여 근로자의 임금채권의 일정부분을 현실적으로 보장해 줌으로써 이들의 기본생활의 안정을 도모하고자 1999년 2월「임금채권보장법」을 마련하여 동년 7월부터 시행하고 있다. 이에 따라 국가가 근로자들을 위하여 별도로 조성된 재원(임금채권보장기금)으로부터 사업주를 대신하여 그 지급을 보장하고 있다. 이를 통해 사용자의 변제자력이 없거나 현실적으로 변제능력이 있다 하더라도 그 청구권의 실현을 위해 오랜 시간과 많은 노력이 소요되는데 따르는 근로자들의 어려움을 어느 정도 해소해 주고자 하는 것이다.

나. 「임금채권보장법」은 경기의 변동 및 산업구조의 변화 등으로 사업의 계속이 불가능하거나 기업의 경영이 불안정하여 임금 등을 지급받지 못한 상태로 퇴직한 근로자에게 그 지급을 보장하는 조치를 강구함으로써 근로자의 생활안정에 이바지함을 목적으로 한다(임금채권보장법 제1조).

2. 임금채권보장(체당금지급)청구권의 내용

가. 「임금채권보장법」에 의한 체당금지급대상 사업은 산업재해보상보험법의 적용사업이다(동법 제3조). 체당금 지급사유는 ①「채무자회생및파산에관한법률」에 의한 파산의 선고, ②「채무자회생및파산에관한법률」에 의한 회생절차개시의 결정, ③ 노동부장관의 도산등사실인정 등이다(동법 제6조 제1항 및 시행령 제4조).

나. 「임금채권보장법」에 의해 지급이 보장되는 임금채권의 범위는 도산시에 퇴직하는 근로자가 지급받지 못한 임금이나 퇴직금으로서 최우선변제되는 부분이다(동법 제6조 제1항·제2항). 이에 따라 도산기업의 근로자는 노동부(근로복지공단)에 대하여 최종 3개월분 체불임금과 최종 3년간의 퇴직금(평균임금 90일분) 및 최종 3개월분의 휴업수당의 지급청구를 할 수 있다(단, 이러한 월별 체당금액은 회사의 체불임금액 전액이 지급되는 것이 아니라 근로자의 연령에 따라 그 금액의 한도가 정해지게 된다). 노동부장관은 근로자의 청구가 있는 경우 사업주를 대신하여 체당금을 임금채권보장기금에서 지급하고, 그 지급한 금액의 한도 안에서 당해 사업주에 대한 미지급 임금 및 퇴직금 청구권을 대위한다(동법 제7조 제1항). 이렇게 함으로써 근로자는 회사 자산의 최우선변제분에 대한 총당가능 여부나 경매절차에 의한 배당지급까지 기다릴 필요없이 최우선변제부분에 대한 우선지급보장을 받을 수 있게 된다.

퇴직당시 연령	월 정 상 한 액	
	임금, 퇴직금	휴업수당
20	180만원	126만원
30	260만원	182만원
40	300만원	210만원
50대	280만원	196만원

<참고> 체당금의 월정상한액

3. 미지급임금청구권 등의 대위

가. 노동부장관은 근로자의 청구가 있는 경우 민법 제469조의 규정(제3자의 변제)에 불구하고 사업주를 대신하여 근로자의 미지급 임금과 퇴직금을 임금채권보장기금에서 지급하고(동법 제6조) 그 지급한 금액의 한도 안에서 당해 사업주에 대한 당해 근로자의 미지급 임금 및 퇴직금 청구권을 대위한다(동법 제7조 제1항).

나. 노동부장관이 대위하는 미지급 임금 및 퇴직금청구권에 대해서는 최우선변제채권으로서의 순위가 주어진다(동법 제7조 제2항).

4. 임금채권보장기금의 조성과 운영

가. 노동부장관이 사업주를 대신하여 지급하는 임금 및 퇴직금의 재원이 되는 임금채권보장기금은 사업주로부터 징수하는 부담금 등 기타의 재원으로 조성되는데 이때 사업주가 부담하여야 하는 부담금은 당해 사업에 종사하는 근로자의 임금총액의 1천분의 2의 범위안에서 임금채권보장기금심의위원회의 심의를 거쳐 노동부장관이 정하는 부담금비율을 곱하여 산정한 금액으로 한다(동법 제9조 제1항·2항, 제17조, 제18조).

나. 임금채권보장법상의 부담금 기타 징수금의 납부 및 징수(체당금의 반환요구를 포함한다)에 관해서는 보험료징수법의 일부 규정을 준용한다(동법 제16조).

제16차시 취업규칙을 둘러싼 법률관계

I. 의의

1. 개념

취업규칙이란 사업장 내 다수의 개별적 근로관계의 일률적 처리를 위하여 근로자의 복무규율과 근로조건에 관해 사용자가 일방적으로 작성하여 적용하는 일반적 규정을 말한다. 취업규칙은 보통거래약관의 성질을 가지고 있다. 그러나 사용자는 근로자의 근로조건·근로형태·직종 등의 특수성에 따라 근로자의 일부에게 적용되는 별도의 취업규칙을 작성할 수 있다.

2. 노동부에 신고

10인 이상의 사업장은 취업규칙을 작성하여 노동부(관할 지방노동청)에 신고하여야 하며, 취업규칙을 항상 각 사업장에 게시 또는 비치하여 근로자에게 주지시켜야 한다(법 제93조).

- 관할 지방노동청은 신고된 취업규칙의 내용에 대하여 법령에의 위반여부 등을 심사하여 부적정한 부분에 대하여 시정조치 한다.
- 취업규칙은 신규작성 또는 변경작성시마다 신고한다.

▲ 시업·종업의 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대근무에 관한 사항 ▲ 임금의 결정·계산·지급 방법, 임금의 산정기간·지급시기 및 승급에 관한 사항 ▲ 가족수당의 계산·지급방법에 관한 사항 ▲ 퇴직에 관한 사항 ▲ 퇴직금, 상여 및 최저임금에 관한 사항 ▲ 근로자의 식비, 작업용품 등 부담에 관한 사항 ▲ 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항 ▲ 안전과 보건에 관한 사항 ▲ 안정과 보건에 관한 사항 ▲ 상훈과 제재에 관한 사항 ▲ 기타 당해 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항

<필요적 기재사항>

3. 특성

- 가. 부합계약으로서의 성격 : 보통 거래약관
- 나. 이중적성격 : 개별적 / 집단적
- 다. 제도적성격 : 국가가 법으로 승인

II. 취업규칙의 법적성질

1. 법규범설

- 가. 소유권설
- 나. 관습법설
- 다. 수권설(판례)

2. 계약설

- 가. 순수계약설
- 나. 사실규범설
- 다. 사실관습설(다수설)

III. 취업규칙의 효력

1. 효력발생시기와 적용범위

- 가. 효력발생시기
 - 1) 작성시절

2) 신고·주지시설

나. 적용범위

- 1) 법률불소급의 원칙
- 2) 적용대상근로자 - 쉰 근로자 대상 (cf) 단시간근로자 - 별도의 작성 가능
- 3) 기업변동에 따른 적용범위

2. 취업규칙의 불이익 변경과 동의

사용자가 일방적으로 기존근로조건을 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단의사결정방식에 의한 동의를 있어야 한다(근기법 제94조 제1항 단서). 즉, 취업규칙을 변경하는 것은 사용자의 권한에 의하여 행할 수 있으나, 불이익하게 변경하는 경우에는 일방적으로 행할 수 없으며 근로자 과반수의 동의나 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 얻어야만 유효하다. 여기서 동의는 사용자의 지배개입에 배제된 근로자의 집단적 자유의사를 말하므로 직원월례회의에서 회사가 일방적으로 통과시키거나 부서장들이 서명동의서를 받는 것은 효력이 없다.

가. 불이익변경에 있어 '불이익'의 의미

근로자에게 불이익하다는 것은 근로조건을 저하를 가져오거나 복무규율이 강화되는 것을 말한다. 급여규정의 변경이 일부 근로자에게는 유리하고 일부 근로자에게는 불리한 경우에도 불이익한 것으로 본다(대판 1993. 5. 14, 93다1893).

나. 동의의 방식

- 1) 근로자집단의 동의라 함은 근로자 과반수로 조직된 노조가 있는 경우에는 그 노동조합의, 그와 같은 노조가 없는 경우에는 근로자 과반수의 동의를 말한다. 그리고 노동조합의 동의는 법령이나, 단체협약 또는 노동조합의 규약 등에 의하여 노조위원장의 대표권이 제한되었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 노조위원장이 노동조합을 대표하여 하면 되는 것이지 노동조합 소속 근로자의 과반수의 동의를 얻어서 하여야 하는 것은 아니다(대판 1997. 5. 16, 96다2507; 대판 2000. 9. 29, 99두10902).
- 2) 한 사업 또는 사업장의 모든 근로자가 일시에 한 자리에 집합하여 회의를 개최하는 방식만이 아니라, 한 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간에 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다(대판 1992. 2. 25, 91다25055). 그러나 노사협의회의에서의 합의 내지 근로자의 동의는 근로자의 집단적 동의방식을 대신할 수 없다(대판 1995. 2. 10, 92다28566).

다. 동의를 얻지 못하고 불이익변경된 취업규칙의 효력

취업규칙의 효력과 관련하여 근로자측의 동의없이 불이익하게 변경된 취업규칙의 효력은 어떻게 될 것인가? 또한 불이익변경이 기존근로자들의 동의를 얻지 못함으로써 그 변경이 무효가 되었다면 변경 이후에 입사한 근로자에 대해서는 어느 취업규칙이 적용되어야 할 것인가?

- 1) 절대적 무효설 : 취업규칙의 변경이 무효라면 모든 근로자에 대해서 그 취업규칙 자체가 무효이다(종전 판례).
- 2) 상대적 무효설 : 그 변경은 기득권이 침해되는 기존근로자에 대해서만 무효이고 신규입사자에 대해서는 유효하다(변경된 판례).
- 3) 검토

이에 관해 종전 판례는 절대적 무효설을 취하였으나(대법원 1990.4.27. 선고, 89다카7754 등), 이후 전원합의체판결로서 상대적 무효설(대법원 1992.12.12. 선고, 91다45165판결)의 입장으로 바꾼 것이다.

라. 사회통념상 합리성 이론

대법원은 근로기준법 제94조 제1항 단서가 신설(1989년 3월 29일)되기 이전부터 근로자에게 불이익한 취업규칙의 변경은 근로자집단의 의사결정방법에 의한 동의가 있어야만 변경의 효

력이 발생한다고 하고, 다만 근로조건의 변경이 사회통념상 합리성이 인정된다면 근로자집단의 동의를 얻지 않아도 유효하다는 입장을 취하고 있다.

IV. 취업규칙과 법령 · 단체협약 · 근로계약과의 관계

1. 근로기준법 제96조 제1항은 「취업규칙은 법령 또는 당해 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약에 반할 수 없다」고 규정하고 있다.
2. 변경명령
노동부장관은 법령 또는 단체협약에 저촉되는 취업규칙의 변경을 명할 수 있다(근기법 제96조 제2항).
3. 근로계약과의 관계
취업규칙에 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우에 있어서도 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 의한다(근기법 제97조).

제17차시 근로관계의 종료(해고 제한의 법리)

I. 근로관계의 종료 사유

1. 퇴직의 개념

- 가. 임의 퇴직 : 근로자의 자발적 의사에 의한 퇴직
- 나. 정년 퇴직 : 근로자의 의사와 관계없이 자연 퇴직

2. 사직

- 가. 근로자가 근로관계를 종료시키고자 사직의 의사표시를 할 때 사용자가 바로 수락하면 합의퇴직이 되고, 사용자가 수락하지 않은 상태에서 근로자가 근로를 제공하지 아니하면 임의퇴직이 된다.
- 나. 따라서 사직서 제출이 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 해고라고 볼 수 없는 한, 사용자의 수락(합의퇴직)이나 민법 제660조 소정의 일정기간의 경과(임의퇴직)로 그 해지의 효력이 발생한다.

3. 정년

- 가. 일반적으로 정년에 달하면 그 익일에 자연 퇴직된다.
- 나. 취업규칙, 단체협약 등에 의한 근로계약의 종료사유이므로 해고조치는 불필요하며 넓게 보아 계약기간 만료로 볼 수 있다(해고예고 규정이 적용되지 않음).
- 다. 고령자가 일정한 연령에 달하면 후진에게 "길"을 열어주는 제도이다.
- 라. 기간의 약정이 없는 고용계약이다.

4. 계약기간 만료

별도의 해고조치없이 계약만료로 근로관계는 자동종료된다. 다만, 수차의 반복갱신에 의해 기간의 정함이 형식에 불과하게 된 경우에는 기간의 정함이 없는 것으로 보아야 하고 근기법 제23조의 정당한 이유없는 계약갱신의 거부는 부당해고가 된다(대판 95다9280, '95.7.11).

5. 당사자소멸

근로자가 사망하면 근로계약상의 지위는 일신전속적인 것이므로 상속되지 않고 소멸하나, 사용자의 사망시에는 상속되는 경우에는 근로관계는 계속 존속한다. 다만, 사업의 폐지시에는 근로관계가 자동소멸한다.

6. 해고

- 가. (해약고지권에 의하여) 사용자의 일방적인 해약
- 나. 예고해고 : 30일 이전 예고에 의한 일반해고, 통상해고 등
- 다. 즉시해고 : 징계해고
- 라. 해고시점이 근로관계의 소멸

II. 해고의 제한

1. 해고의 종류

가. 일신상의 이유(통상해고)

근로자에게 계약상의 근로제공에 필요한 정신적, 육체적, 기타의 적격성을 현저히 결하는 사정이 발생한 경우이다.

- 질병, 신체장애, 필요한 직무능력의 부족 등

나. 행태상의 이유(일반해고/징계해고)

- 1) 근로자의 고의, 과실로 근로계약상의 의무를 위반한 행위를 하는 것이다.

- 2) 무단결근, 근무태만, 근로제공거부, 불법쟁의참가, 경력사칭 등
- 다. 경영상의 이유(정리해고)
- 계약기간만료, 사직, 당사자 소멸 등은 해고가 아니므로 원칙적으로 해고제한 규정의 적용을 받지 아니하나 경우에 따라서는 해고로 보아야 하는 경우가 있다.

- 반복갱신된 유기계약의 갱신거부, 의사에 반한 권고사직, 위장폐업 등

2. 해고의 정당한 사유

가. 근로기준법은 무엇이「정당한 이유」인가에 관하여 제24조에 규정된 정리해고 이외에는 구체적으로 규정하고 있지 않다.

- 1) 그러므로 취업규칙이나 단체협약 내에 해고의 정당한 이유가 규정되는 것이 보통이다. 그러나 취업규칙이나 단체협약 내에 규정된 이유라고 해서 그 모두가 당연히 정당한 것이 되는 것은 아니다.
- 2) 해고의 이유에 관한 실질적 정당성에 대하여는 궁극적으로 법원에 의한 법적 평가가 행해져야 한다.
- 3) 여기서 정당한 이유의 내용은 개별적 사안에 따라 구체적으로 판단되어야 할 것이지만, 일반적으로는 해당 근로자와 사용자 사이의 근로관계를 계속 유지할 수 없을 정도의 이유로서, 예컨대 사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 있다든가 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 말하는 것이다(대판 1990. 11. 23, 90다카21589 등).

나. 사용자에게 의한 해고는 그 해고가 정당성을 갖추면 유효하게 근로계약이 종료된다.

다. 해고의 정당한 이유는 “해고당시” 를 기준으로 판단한다.

- 다만, 판례는 가정적 인과관계를 인정하여 과거에 그 사실을 알았더라면 해고했었을 것이라는 것으로 판단되는 경우에는 입사당시에 존재했던 이유를 내세워 해고할 수 있다는 입장이다.

3. 해고시기의 제한

근로자가 「업무상」 부상 또는 질병의 요양을 위한 휴업 기간과 그 후 30일간 또는 산전·산후의 여자가 근로기준법상의 휴업기간과 그 후 30일간은 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 일시보상을 하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 제외

4. 해고예고와 해고수당

가. 근로자를 해고하고자 할 때에는 적어도 30일 전에 미리 예고하거나, 30일분 이상의 통상임금을 지급해야 한다. 다만, 해고예고 위반에 대해서는 벌칙규정이 적용될 뿐 해고 자체는 유효하다는 것이 판례의 입장이다.

나. 천재·사변 기타 부득이한 사유로 사업계속이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우에는 해고예고없이 즉시해고 가능하다.

다. 다만, 일용근로자로서 3월을 계속 근무하지 아니한 자, 2월 이내의 기간을 정하여 사용된 자, 월급근로자로서 6월이 되지 못한 자, 계절적 업무에 6월이 되지 못한 자, 수습사용 중의 근로자(3개월 이내)에 대해서는 해고예고 규정이 적용되지 않는다.

제18차시 징계 처분의 정당성

I. 징계권의 근거와 징계의 종류

1. 징계권의 근거

일반적으로 사용자는 기업의 경영목적을 위하여 불가결하게 요청되는 기업질서를 정립하고 근로자의 기업질서위반행위에 대하여 견책·경고·감급에서 해고에 이르기까지 일정한 불이익조치를 부과하고 있다. 이와 같은 불이익조치를 통상 징계 또는 징계처분이라고 한다.

가. 징계권의 법적 근거에 관한 학설

1) 사용자의 고유권 또는 지시권설

징계권의 근거를 사용자의 고유권 내지 경영권에서 찾는 견해이다.

2) 계약설

징계권의 근거를 노사의 합의에서 구하는 견해이다.

3) 법규범설(判)

노사관계를 지배하는 일정한 법규범(취업규칙)을 근거로 하여 근로기준법 소정의 요건을 갖추는 한에서 사용자는 근로자에 대한 징계권을 가진다고 하는 견해이다.

4) 공동규범설(多)

징계는 기업의 공동질서의 위반행위에 대한 제재를 규정한 노사의 공동규범에 그 근거를 두고 있다.

2. 징계의 종류

가. 견책 · 경고

1) 견책이라 함은 통상적으로 시말서를 제출케 하고 이를 통하여 상대방을 훈계하는 것이다.

2) 경고에 있어서는 상대방을 훈계할 뿐이고 시말서의 제출이 수반되지 않는다.

나. 감급

1) 감급은 노무수행상의 태만이나 직장규율위반에 대한 제재로서 근로자가 실제로 제공한 노무급부에 대한 임금액에서 일정액을 공제하는 것을 말한다.

2) 감급의 한도

1회의 위반사항에 대해서는 1일 평균임금의 반액, 1임금지급기의 임금총액의 10분의 1 이상을 초과할 수 없다(근기법 제95조). 이 한도를 초과하여 감급제재를 할 필요가 있는 경우에는 그 초과부분의 감급은 차기 임금지급기에 연장할 수 있다.

다. 출근정지

출근정지 또는 정직은 근로계약을 존속시키면서 근로자의 노무제공을 일정기간 금지하는 것이다. 출근정지기간 중에는 임금이 지급되지 않으나, 이 기간은 근속연수에 산입된다.

라. 징계해고

징계해고는 징계처분 중 제재로서의 효과가 가장 강한 것으로서 근로관계를 소멸시키는 사용자의 일방적 의사표시이다.

II. 징계제도의 구조

1. 징계사유

취업규칙에서 규정한 징계사유가 과연 본래적인 의미의 징계사유에 해당하느냐 하는 것은 문제이다.

가. 노동력의 정상적 제공의 확보와 노무관리상의 요청에 관한 사유

노동력의 정상적 제공을 제대로 행하지 않은 근무성적불량 및 업무명령위반에 관한 것이 이

에 해당한다.

나. 기업재산 및 물적 시설의 보존 및 안전규칙에 위반한 사유

이러한 사유는 징계사유가 될 수 있다.

다. 사업장 내에서의 비행으로 인한 사유

사업장 내에서 사조작·도박·폭행 등 비행을 하는 것은 민·형사상의 책임을 발생시키는 것과는 별도로 기업 내의 공동질서를 위반하는 것으로서 징계사유가 된다.

라. 회사의 영업상 비밀에 관한 사유

회사의 기밀이나 영업상의 비밀을 누설하는 경우에 기업의 공동질서를 위반하는 행위로서 징계의 대상이 된다.

마. 근로자의 정치적 또는 집단적 활동

취업시간 중에 아무 근거없이 정치적 활동의 일환으로 기업 내에서 선전문·신문 등을 배포하거나 서명운동을 하는 경우에는 기업시설의 관리와 근로자들의 자유로운 휴게시간의 이용을 방해함으로써 경영 전체의 작업능률을 저하시킬 수 있다는 점에서 징계사유가 될 수 있다(대판 1992. 6. 23, 92누4253 등).

바. 사생활에서의 비행

근로자의 사생활에서의 비행은 사업활동에 직접 관련이 있거나 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있는 것에 한하여 정당한 징계사유가 될 수 있다(대판 1994. 12. 13, 93누23275).

2. 징계절차

가. 징계절차의 정의

기업질서의 위반에 대한 제재로서의 징계에 있어서는 그 사유를 인정할 수 있는가의 여부와 해당 사유와 그에 대한 징계처분 사이에 정당성 등이 문제된다. 따라서 징계절차상의 정의가 매우 중요시된다.

나. 해고의 절차적 정당성

해고는 실제적 정당성 뿐 아니라 절차적 정당성도 있어야 하는 바, 근기법에 별도의 규정은 없으나 단체협약·취업규칙상으로 절차를 정한 경우에는 그 절차위반 역시 부당해고가 된다는 것이 판례·통설이다(주로 징계해고에서 문제됨, 대판 94다25889, 94.10.25 등). 하지만, 징계절차를 위반한 해고사건을 다시 규정된 징계절차를 따라 해고하는 경우에는 정당하다(대판 95다36138, 95.12.5).

다. 일사부재리의 원칙

징계절차 위반을 이유로 해고무효판결이 확정된 경우 동일한 사유를 들어 징계해고할 수 있는가? 징계해고에 관한 절차위반을 이유로 해고무효판결이 확정된 경우 소급하여 해고되지 아니한 것으로 보게 될 것이지만, 그 후 같은 징계사유를 들어 새로이 필요한 제반 징계절차를 밟아 다시 징계처분을 한다고 하여 일사부재리의 원칙이나 신의칙에 위배된다고 볼 수는 없다는 것이 판례의 태도이다(대판 1995. 12. 5, 95다36138).

3. 법적 규제

가. 강행규범

근로기준법 제23조 제1항은 근로계약에 기한 일반해고에 대해서뿐만 아니라 징계에 대하여도 근로자보호규정으로서의 강행적 효력을 갖는다. 즉, 이 조항은 징계에 대한 정당한 이유에 관해서는 노사협정이나 단체협약의 규정에 불구하고 법원이 법률의 기본취지에 따라 독립적으로 판단한다는 것을 의미한다. 그러므로 노사협정이나 단체협약의 규정도 근로기준법의 강행적 법규범의 통제를 벗어날 수 없다.

나. 통제의 범위

근로기준법 제23조 제1항의 규정은 강행적 효력을 가지므로 징계의 '정당한 이유'의 판단과 관련하여 법원이 징계사유와 처분의 적정성에 대하여도 심리할 수 있다. 따라서 노사협정이나 단체협약에 규정된 사유와 처분이 균형을 상실한 때에는 근로기준법 제23조 제1항에 의하여

그 효력이 인정되지 않는다.

다. 입증책임

징계처분의 적정성, 절차의 구비 및 징계의 적정성에 관한 입증책임은 사용자에게 있고 징계 사유의 부존재에 관한 입증책임은 근로자에게 있다.

제19차시 정리해고(경영상 이유에 의한 해고)

I. 서설

자본주의 질서 하에서 사용자는 기업의 합리적인 경영을 위해 근로자와의 근로계약 체결 및 해지를 자유로이 할 수 있음이 원칙이다. 하지만 근로기준법은 근로자의 근로 기회를 보호하기 위해 일반적으로 정당한 이유가 없는 해고를 제한하고 있다(근로기준법 제23조).

해고는 일반적으로 통상해고, 일반해고, 징계해고, 정리해고로 구분되어지는데 이 가운데 정리해고란 근로자의 귀책사유가 없음에도 불구하고 경영상 이유라는 사용자의 귀책사유에 의하여 근로자를 해고하는 것을 말한다(경영상 이유에 의한 해고).

II. 정리해고란?

정리해고란 경제적, 산업 구조적, 기술적 성격에 기인한 기업의 경영합리화 계획에 따라서 기업채산성의 향상, 합리적 경영의 유지, 증진을 위하여 잉여 근로자들을 감축하거나 또는 그 인원구성을 바꾸기 위하여 행하는 해고이다. 정리해고란 용어는 고용조정, 집단해고, 대량해고, 인원감축 등 여러 명칭으로 불리고 있으나 현행 노동법에서는 '경영상 이유에 의한 해고'란 명칭을 사용하고 있다(근로기준법 제24조).

III. 정당한 정리해고의 요건

정당한 정리해고가 되기 위하여는 첫째, 정리해고를 하지 않으면 안 될 긴박한 경영상의 필요성이 있어야 하고, 둘째, 해고회피를 위한 사용자측의 성실한 노력이 있어야 하며, 셋째, 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선별하여야 하고, 넷째로 노동조합 또는 근로자 대표기관과 성실한 협의를 거쳐야 한다.

1. 긴박한 경영상 필요성

가. 도산 및 고도의 경영위기

기업이 일정수의 근로자를 해고하지 않으면 도산할 위기에 있거나 경영악화로 사업을 계속할 수 없을 정도로 기업재정상 곤란한 처지에 놓인 개연성이 있는 경우 경영상의 필요성이 있는 것으로 인정된다고 보는 것이 일반적이다.

다만 판례는 이를 보다 넓게 보아『기업경영상의 필요성이라는 것은 기업의 인원삭감 조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적인 이유뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화 등을 이유로 하여 이루어지고 있고 또한 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어 보아 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 '긴박한 경영상의 필요성'이 있는 것으로 넓게 보아야 함이 타당하다(대판 1991. 12. 10. 91다8647)』고 판단한 바 있다.

나. 경영악화 방지를 위한 사업의 양도·인수·합병

경영악화 방지를 위한 사업의 양도·인수·합병의 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다(근로기준법 제24조 제1항). 따라서 종전의 기업주는 그가 경영악화를 방지하기 위하여 다른 사람에게 기업을 양도하거나 합병하게 되었다는 이유로 근로자를 해고할 수 있고, 기업을 인수받거나 합병에 의한 새로운 기업주도 같은 이유로 근로자를 정리해고할 수 있다.

다. 해고회피노력

어떤 것이 해고회피 노력에 포함될 것인지는 각 사업장이 처한 상황에 따라 다르겠으나 임원수당의 삭감, 부동산 처분, 상여금이나 특별수당지급의 폐지, 신규채용 축소, 유기계약자의 계약갱신중단, 기구축소 및 배치전환, 조업단축, 잔업의 중단, 연월차휴가사용, 승급정지, 임금삭감, 임시휴업, 휴직, 대기명령, 희망퇴직자 모집, 퇴직권장 등과 같은 방식의 일부가 선행될 때 해고회피 노력을 한 것으로 보는 것이 일반적이다.

라. 합리적이고 공정한 대상자 선정

정리해고 대상자는 합리적이고 공정한 기준에 의하여 선정되어야만 근로자의 희생을 최소한도로 줄일 수 있다. 또한 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 안된다. 따라서 이러한 합리성과 공정성이 결여된 경우에는 긴박한 경영상의 필요성과 해고회피의 노력이 인정된다 하더라도 해고자체가 무효로 될 수 있다.

마. 근로자 측과 성실한 협의

경영상 정리해고의 필요성이 인정되고 해고회피노력을 다했으며 대상자 선정이 공정했다 하더라도 절차적 요건으로서 사용자는 해고에 앞서 그 해고를 하고자 하는 날의 50일전까지 근로자대표(당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자)에게 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등을 통보하고 성실한 협의를 거쳐야 한다(근로기준법 제24조 제3항).

IV. 결어

이상과 같이 우리 근로기준법은 정리해고에 관한 요건을 엄격하게 규정하고 있으며, 만약 이를 위반한 경우에는 사업자는 민·형사상의 책임을 부담할 수 있다. 따라서 일정 규모 이상의 정리해고를 단행해야 할 경우에는 변호사나 노무사 등의 법적 자문을 받아서 진행하는 것이 향후 발생할지도 모를 제2, 제3의 분쟁을 막는 길이 될 것이다.

제20차시 부당해고 등의 구제명령

I. 해고의 정당성 판단기준

1. 해고의 정당성은 사회통념상 사용자에게 근로관계의 존속을 기대할 수 없을 정도의 사정이 있는지 여부를 가지고 판단
2. 근로자의 귀책사유가 있더라도 근로관계의 존속을 기대할 수 없을 정도로 중하지 않으면 해고할 수 없음
3. 경영상의 이유로 인한 해고의 경우는 보다 엄격한 요건과 절차가 필요

II. 부당해고의 효과

1. 부당해고의 사법상의 효력은 무효임
2. 정당한 이유없이 근로자를 해고한 때에는 노동위원회는 부당해고에 대한 구제명령을 내리게 됨. 통상적인구제명령의 효과로는 사용자는 당초 근로계약의 내용에 따라 근로자를 원직에 복직시켜야 하고(원상회복), 해고가 없었더라면 지급되었을 임금 상당액의 지급(손해배상)해야 함 (but 근로자가 원직복직을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있음 : 금전보상제)
※ 금전보상제 도입(제30조 제3항) - 임금상당액 이상의 금품은 해고기간 동안의“임금상당액”과“위로금”을 포함하여 원직복직을 대신한 것으로 노동위원회가 근로자의 귀책사유, 해고의 부당성 정도 등을 고려하여 결정
3. 구제명령 위반시 이행강제금 제도, 확정된 구제명령 위반시 벌칙이 적용됨

- 이행강제금의 대상이 되는 구제명령 - 지방노동위원회와 중앙노동위원회의 구제명령
 - 당사자가 이의를 제기하여 행정소송을 제기한 경우라도 노동위원회 결정에 대해 이행강제금 부과
- 부과권자 - 노동위원회
- 부과금액 및 회수 - 2천만원 한도로 1년에 2회, 2년까지 부과
- 이행강제금 부과대상인 위반행위의 종류, 위반정도에 따른 금액, 반환절차 등은 대통령령으로 정함
 - 위반행위의 종류 : 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 기타 징벌
 - 위반정도 : 사업주의 귀책사유의 정도에 따른 이행강제금액
 - 반환절차 : 구제명령이 취소된 경우의 반환절차
- 이행강제금 부과절차
 - 구제명령→구제명령이행기간→(당사자 통보)→이행강제금 부과예고→이행강제금 부과→납부기한 경과→독촉→강제징수
- 이행강제금 미납시 조치
 - 국세채납처분의 예(압류→매각→청산)에 의해 강제 징수

<이행강제금 제도>

III. 해고절차

해고절차와 관련하여 해고사유 명시, 소명기회 부여 등에 대해 현행 근기법에 별도 규정을 두고 있지 않기 때문에 근로자에게 해고사유를 명시하지 않거나 소명기회를 주지 않았다고 하더라도 해고 효력에는 영향이 없음 (but 단체협약·취업규칙 등에 해고절차를 규정하고 있는 경우에는 이를 거치지 않으면 부당해고라는 것이 판례)

판례

【해고에 관한 절차위반이 해고에 미치는 효력】단체협약에 정하여진 해고에 관한 절차위반이 그 해고를 무효로 하느냐 여부는 일률적으로 말할 수는 없고 그 규정의 취지에 따라 결정되어야 할 것이고, 단체협약규정상의 해고절차위반으로 처벌받았다 하여 그것만으로 반드시 당해 해고의 사법상 효력이 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 해고예고의무를 위반한 해고라 하여도 해고의 정당한 이유를 갖추고 있는 한 해고의 사법상 효력에는 영향이 없고, 해고수당의 지급 여부도 해고의 효력을 좌우하는 것은 아니다(대판1994.3.22. 93다28553).

판례

【취업규칙 등의 징계규정에 징계혐의자의 출석 및 진술기회부여등의 절차에 관한 규정이 없어 그러한 절차를 밟지 않고 한 징계해고처분의 효력】일반적으로 근로자를 징계해고함에 있어 취업규칙 등에 징계에 관한 절차가 정하여져 있으면 반증이 없는 한 그 절차는 정의가 요구하는 것으로서 징계의 유효조건이라고 할 것이나, 취업규칙 등의 징계에 관한 규정에 징계혐의자의 출석 및 진술의 기회부여등에 관한 절차가 규정되어 있지 아니하다면 그와 같은 절차를 밟지 아니하고 해고하였다 하여 이를 들어 그 징계를 무효라고는 할 수 없다(대판 1986.7.8. 85다375, 85다카1591).

IV. 부당해고 구제절차

1. 이원적 구제절차

부당해고의 경우 일반법원에 무효확인 소를 제기하거나, 노동위원회를 통한 행정적 구제의 이원주의를 채택하고 있음. 법원에 소를 제기하기 위해서 반드시 노동위원회의 구제절차를 거쳐야 하는 것은 아님

2. 민사절차

법원에 해고무효확인소송 제기 (지방법원→고등법원→대법원)

3. 행정적 구제절차

가. 노동위원회에 구제신청 (지노위→중노위→행정법원→고등법원→대법원)

나. 노동위원회의 구제명령은 원직복직에 대한 공법상 이행의무를 부과한 것으로 사법상의 효력(해고무효)은 없음(判例)

다. 부당해고에 대해선 노조법상 긴급이행명령제도 및 그 위반자에 대한 과태료처분, 확정된 구제명령 위반에 대한 형사처벌 준용규정은 없음

▣ 불복절차

해고 3월이내 지노위 구제신청 → 조사·심문 → 구제명령 또는 기각 → 10일이내 중노위 재심신청 → 15일이내 행정소송 제기 (기간내 재심신청 또는 소제기를 하지 않을 경우 확정)