

# 생활노동법률



중앙노동위원회  
National Labor Relations Commission

# 01

(근로계약서 작성 교부)

## 근로계약서를 작성할 때 이걸 꼭 챙기자

출근 첫날 근로계약을 체결하기 위해 근로계약서에 서명해 달라고 하자 급여가 자기가 생각한 것보다 적다고 계약서에 서명을 안한 채 하루만 근무하고 퇴사해 버렸습니다. 그런데 이 근로자가 노동부에 근로계약서 미교부로 신고했다고 합니다. 근로계약서를 교부 안하면 어떻게 되나요?

### 근로계약서는 꼭 교부해야

회사는 근로자를 채용할 때 반드시 임금, 소정근로시간, 휴일(주휴일, 공휴일), 연차유급휴가를 서면에 명시하여 근로자에게 교부해야 합니다(근로기준법 제17조). 이렇게 하지 않으면 500만원 이하의 벌금이라는 형사처벌을 받을 수 있습니다.

대부분의 회사는 근로자를 채용할 때 회사가 가지고 있는 근로계약서에 임금, 근로시간 등을 기재해서 근로자의 서명이나 도장을 찍고 2부를 작성해서 1부는 근로자에게 교부할 것입니다. 이렇게 한다면 일단 특별한 문제는 없어 보입니다.

그런데 위의 사례에서처럼 근로자가 어떤 이유로 서명을 안하는 경우 대부분의 회사는 근로계약 체결이 안 된 것으로 보고 계약서 교부를 못하는 상황을 보게 되는데요. 이런 경우 서명을 받지 못했더라도 계약서를 교부하면 문제는 없습니다. 관련법 조항을 보면 계약서에 꼭 서명을 받으라고 되어 있는지는 않고, 명확한 근거를 남기기 위해 교부했느냐를 따진다는 것이거든요(물론 서명을 받으면 더 좋구요).

## 교부하는 방법

그러면 교부는 어떤 식으로 해야 할까요? 위의 사례에서처럼 근로자가 일방적으로 그만두는 상황에서 회사는 난감할 수밖에 없을 텐데요. 다행히 근로기준법 제17조에서는 이 경우 종이도 아닌 전자서면(이메일이나 문자메시지 등)도 종이로 본다고 되어 있기 때문에, 근로자에게 종이로 된 계약서를 직접 주지 못하더라도 이메일에 첨부해서 발송하거나 촬영한 사진을 휴대폰으로 전송하는 방법도 가능합니다.

## 교부했다는 근거를 남겨야

가끔 이런 일도 있는데요. 근로계약서를 싸인 받고 분명히 1부를 교부했는데, 나중에 근로자가 계약서를 받지 못했다고 주장하는 경우가 있습니다. 근로자가 회사를 괴롭히기 위해 일부러 거짓 말을 할 수도 있겠지만, 서로 소통이 잘못되었거나 교부했는지가 분명하지 않아서 다투는 경우도 있습니다.

이런 경우를 대비해서 회사는 근로계약서 교부 근거를 명확히 해 두어야 합니다. 근로계약서 교부대장을 만들어서 수령확인을 받아 두거나, 그보다 더 간단하고 명확한 방법은 근로계약서 내용에 “계약서를 교부받았음을 확인합니다”라는 문구를 기재해 놓는 것입니다. 고용노동부에서도 ‘표준 근로계약서’ 양식에 이런 내용을 넣어서 근로계약서를 작성하도록 권장하고 있습니다.

## 정리하면,

(1) 먼저 회사는 근로계약서를 꼭 작성해서 교부하고, 계약서 내용에 ‘교부했다’는 근거를 기재해야 합니다. 근로계약서도 가능하면 종이로 된 계약서보다 전자계약서를 활용하는 것이 더 간편하고 안전합니다.

(2) 근로자 입장에서는 취업할 때 회사에서 구두로 계약을 하려고 하면 이것이 근로기준법을 위반하는 것이라고 이야기하고 서면으로 해 달라고 요구해야 합니다. 이렇게 하는 것이 회사도 근로자도 둘 다 좋은 방법이니깐요.

**근로기준법 제17조(근로조건명시)**

① 사용자는 근로계약을 체결할 때에 근로자에게 다음 각 호의 사항을 명시하여야 한다. 근로계약 체결 후 다음 각 호의 사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.

1. 임금
2. 소정근로시간
3. 제55조에 따른 휴일
4. 제60조에 따른 연차 유급휴가
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건

② 사용자는 제1항제1호와 관련한 임금의 구성항목·계산방법·지급방법 및 제2호부터 제4호까지의 사항이 명시된 서면(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제1호에 따른 전자문서를 포함한다)을 근로자에게 교부하여야 한다. 다만, 본문에 따른 사항이 단체협약 또는 취업규칙의 변경 등 대통령령으로 정하는 사유로 인하여 변경되는 경우에는 근로자의 요구가 있으면 그 근로자에게 교부하여야 한다.

**참고사례 1**

**반드시 근로계약을 서면으로 작성해야 채용된 것으로 보나요?**

근로계약은 계약당사자간의 권리·의무관계를 형성하는 것이므로 서면으로 작성하는 것이 바람직합니다. 다만, 관련법에서 반드시 서면으로 작성하도록 하고 있지는 않으므로 구두계약이나 관행에 의해서도 근로관계가 성립될 수 있습니다. 즉, 사실상의 사용종속관계가 존재하는 경우(지시 관리를 받고 일을 하고 있는 경우)도 보호대상이 되므로, 반드시 요식행위를 요하는 것은 아닙니다(대법 1972.11.4, 72다895).2) 다만, 사용자는 임금·소정근로시간·주휴일·공휴일·연차유급휴가 등 관련규정에서 정한 주요 근로조건에 대해서는 반드시 서면으로 그 내용을 명시하여 근로자에게 교부하도록 하고 있습니다(근로기준법 제17조제2항).

**참고사례 2**

**근로계약서에 사인하면 무조건 그대로 효력이 발생하나요?**

근로계약서에 서명이나 날인을 했다면 원칙적으로 그대로 효력이 발생합니다. 그러나 근로기준법에 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 비록 사인을 했더라도 그 부분은 무효가 되고 근로기준법에서 정한 대로 인정됩니다(예를 들어, 공휴일은 유급휴일인데, 임금을 받지 않겠다고 합의하더라도 무효)(대법 1990.12.21, 90다카24496).

### 참고사례 3

#### 근로계약을 전자계약으로 해도 되나요?

사용자와 근로자는 전자근로계약서를 작성하는 방법으로 근로계약을 체결할 수 있습니다. 이 경우 근로계약에 관한 다툼을 사전에 예방할 수 있도록 가급적 당사자의 서명을 포함한 문서를 전자화하거나 「전자서명법」에 의한 전자서명을 하는 등의 방법으로써, 해당 계약당사자 쌍방의 의사가 합치하여 전자근로계약서에 명시된 내용대로 근로계약을 체결하였음을 명확히 해야 합니다. 또한, 계약서 작성 이후에 어느 일방이 임의로 수정할 수 없도록 위·변조 방지를 위한 장치를 마련해야 합니다(근로기준정책과-5455, 2016.9.1, 전자근로계약서 활성화를 위한 가이드라인).

# 근로계약, # 근로계약서, # 근로계약 체결, # 근로조건 명시, # 근로조건 교부, # 전자문서, # 전자 근로계약서

### 표준근로계약서

\_\_\_\_\_ (이하 "사업주"라 함)과(와) \_\_\_\_\_ (이하 "근로자"라 함)은 다음과 같이 근로계약을 체결한다.

1. 근로계약기간 :     년   월   일부터     년   월   일까지  
\* 근로계약기간을 정하지 않는 경우에는 "근로개시일"만 기재
2. 근무장소 :
3. 업무의 내용 :
4. 소정근로시간 : \_\_시\_\_분부터 \_\_시\_\_분까지 (휴게시간 : 시 분~ 시 분)
5. 근무일/휴일 : 매주 \_\_일(또는 매일단위)근무, 구휴일 매주 \_\_요일
6. 임금
  - 월(일, 시간)급 : \_\_\_\_\_원
  - 상여금 : 있음 (    ) \_\_\_\_\_원, 없음 (    )
  - 기타급여(제수당 등) : 있음 (    ), 없음 (    )
  - \_\_\_\_\_원, \_\_\_\_\_원
  - \_\_\_\_\_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. 근로계약서 교부
  - 사업주는 근로계약을 체결함과 동시에 본 계약서를 사본하여 근로자의 교부요구와 관계없이 근로자에게 교부함(근로기준법 제17조 이행)
10. 기 타
  - 이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법령에 의함

년    월    일

(사업주) 사업체명 :	(전화 :                    )
주소 :	
대표자 :	(서명)
(근로자) 주소 :	
연락처 :	
성명 :	(서명)

\* 고용노동부 홈페이지([www.moel.go.kr](http://www.moel.go.kr)) 에서 다운로드 가능

## 02

(수습기간 중 해고)

# 오늘이 수습 3개월 되는 날인데, 내일부터 나오지 말래요

근로계약서에 “채용일로부터 3개월은 수습으로 한다”라고 기재하고 직원을 채용했습니다. 3개월 동안 직원이 일하는 모습을 관찰해 본 결과 업무능력은 물론이고 근무태도도 썩 좋지 않아서 수습 3개월을 끝으로 그만두게 하려고 합니다. 이 근로자를 수습기간 중이므로, 자체 평가를 통해 일정기준에 미달하는 경우 해고해도 문제가 없는 거 아닌가요?

### 수습이란

먼저 ‘수습’이 어떤 뜻인지 알아야 할 것입니다. ‘수습’이란 근로자를 채용한 후 업무적응을 도와주기 위한 교육기간을 의미합니다. ‘수습’을 좀 더 정확히 이해하기 위해서는 다소 생소한 단어인 ‘시용’과 비교해보면 되는데요. ‘시용’이란 일단 근무하게 한 다음 평가를 통해 정식 채용 여부를 결정하는 기간이고, ‘수습’은 정식채용 후에 업무를 배우는 기간이라고 할 수 있습니다.

대부분의 회사에서는 ‘시용’이란 말은 잘 쓰지 않고 주로 ‘수습’이란 용어를 쓰는데요, ‘수습’이라고 쓰더라도 평가를 한다는 내용이 있으면 ‘시용’으로 볼 수 있습니다. “채용일로부터 3개월은 수습으로 하되, 수습기간 중에 업무적격성을 평가하여 정식 채용 여부를 결정한다”는 식으로 계약서에 기재해 놓는 것이죠.

### 수습근로자는 언제든 해고?

위의 사례에서 회사는 근로계약서에 3개월을 수습으로 한다고 기재했지만 수습기간 중에 평가를 한다는 말이 들어 있지 않기 때문에, 단지 근무태도가 불량하다는 정도로는 해고하기 어렵습니다. 수습기간 중에는 근로자를 쉽게 해고할 수 있다고 잘 못 알고 있는 경우로, 흔히 회사에서

자주 범하는 실수에 해당합니다.

### 그림 어떻게 해야 할까요.

(1) 먼저, 근로자 입장에서는 취업할 때 수습인지 시용인지를 확인할 필요가 있고(수습이나 시용제도가 없는 회사도 있지만), 만약 ‘시용’이라면 평가결과에 따라 정식 채용되지 않을 수도 있다는 사실을 염두에 두어야 합니다.

(2) 반면, 회사는 근로자를 채용할 때 ‘수습’(바로 정식 채용)으로 할지 아니면 ‘시용’(평가 후 채용 여부 결정)으로 할지를 분명히 해야 합니다. ‘수습’으로 기재하는 경우 평가를 해서 정식 채용 여부를 결정한다는 언급을 해야 ‘시용’으로 인정될 수 있습니다. 회사의 규정(사규)에는 수습평가를 한다는 내용이 있지만 근로계약서에는 단지 수습기간만 둔다고 기재되어 있다면, 이것은 ‘시용’이 아닌 ‘수습’으로 볼 수 있다는 점도 유의해야 할 것입니다. 또한, 수습기간 동안 평가를 하는 경우 평가가 공정하고 객관적으로 이루어지도록 해야 합니다. 해고가 정당한지 부당한지를 다룰 때에 평가를 제대로 했는지가 중요한 판단기준이 되니까요.

### 수습기간

참고로 수습기간은 대부분 3개월로 하고 있는데요, 노동법에서는 꼭 3개월로 해야 한다는 규정은 없으므로 적당한 기간을 정하여 사용할 수 있습니다. 수습기간을 연장할 필요가 있을 때에는 일방적으로 연장할 수는 없으며, 반드시 근로자의 동의를 받아야 합니다.

### ‘시용’과 ‘기간제 근로’의 차이

‘시용기간’이 ‘기간제 근로’와 어떻게 다른지 궁금해 하는 사람도 있는데요. 기간제 근로는 말 그대로 근무기간을 정해서 그 기간만 근무하고 근로관계가 자동으로 종료된다는 것이고(예를 들어, 1년이면 1년만 근무), 시용은 시용기간만 근무한다는 것이 아니라 본채용을 전제로 하는데, 다만, 평가를 해서 성적이 안 좋으면 정식 채용을 안 할 수도 있다는 의미입니다.



### 참고사례 1

#### 시용근로자란 무슨 말인가요?

‘시용’이란 정식 근로계약을 체결하기 전에 해당 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무 적격성을 관찰·판단하고 평가하기 위해 일정기간 시험적으로 고용하는 것을 말합니다. 즉, 평가를 통해 정식 채용 여부를 결정한다는 뜻입니다(대법 전원합의체 1995.7.11, 93다26168).

### 참고사례 2

#### 근로계약서에 수습기간을 명시하지 않은 경우 시용을 인정할 수 있나요?

회사의 취업규칙에서 근로자에 대한 수습기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있는 경우에는 근로자를 채용할 때에 그 근로자에 대해 수습기간을 적용할 것인가의 여부를 근로계약에 명시해야 합니다. 만약 근로계약에 수습기간이 적용된다고 명시하지 아니한 경우에는 수습근로자가 아닌 정식 사원으로 채용되었다고 보아야 합니다(대법 1999.11.12, 99다30473). 그런데 취업규칙에서 명확하게 “수습기간을 적용한다”고 명시되어 있는 경우에는 비록 근로계약서에 수습기간이 명시되어 있지 않더라도 근로자가 수습에 대해 알고 있었다고 볼 수 있다면 수습기간을 둔 것으로 볼 수 있습니다(대법 2009.7.23, 2009두6520).

### 참고사례 3

#### 수습근로자를 해고할 때도 서면으로 통지해야 하나요?

수습근로자나 시용근로자를 해고할 경우에도 해고통지는 반드시 해고사유와 해고일시를 기재한 서면으로 통지해야 합니다. 시용근로자에 대하여 본채용을 거부하면서 단지 ‘시용기간의 만료로 근로관계를 종료한다’고 통지하는 경우에는 해고의 서면통지의무를 위반할 수 있기 때문에(해고의 구체적 사유의 미기재), 본채용 거부사유를 서면에 구체적으로 기재해야 합니다(대법 2015.11.27, 2015두48136).

#### 📌 참고사례 4

##### **수습기간은 몇 개월로 해야 하나요?**

근기법에서 수습기간의 길이에 대하여는 규정한 바가 없으므로, 수습기간의 길이는 근로자가 수행하는 업무의 성질을 감안하여 합리적인 범위 내에서 정할 수 있습니다. 참고로 수습기간의 장기화로 인한 근로자의 불이익 예방차원에서 고용노동부에서는 가능한 한 수습기간을 3개월 이하로 정하도록 권장하고 있습니다(근기 01254-14914, 1991.10.10).

#### 📌 참고사례 5

##### **수습, 시용기간이 퇴직금, 연차휴가 산정할 때 근무기간에 포함되나요?**

수습, 시용기간도 근로자가 정상적으로 근무한 기간에 해당하므로, 당연히 퇴직금이나 연차유급휴가를 산정할 때 근무기간(계속근로기간)에 포함됩니다. 따라서 이 기간을 포함하여 1년 이상이면 퇴직금이 발생하고, 1개월을 초과하면 연차휴가도 발생합니다(대법 2022.2.17, 2021다218083)

# 수습, # 시용, # 수습 3개월, # 본채용 거부, # 기간제 근로

## 03

(해고인지 사직인지)

### 찾김에 “당장 그만뒀”라고 했는데, 해고라고 합니다.

출근한지 며칠 안 된 직원이 근무시간 중에 자주 자리를 비우는 등 근무태도가 좋지 않았습니  
다. 어제 아침에 30분이나 지각을 하길래 화가 나서 “그런 식으로 근무할거면 당장 그만 뒀”  
라고 했습니다. 진짜 그만두라는 뜻은 아니었는데, 오늘 출근을 안해서 전화하니까 ‘부당해고’  
당했기 때문에 노동위원회에 신고하겠다고 합니다.

#### **해고인지 아니면 스스로 그만둔 것인지**

‘해고’란 회사가 근로자에게 일방적으로 나오지 말라고 하는 것을 말합니다(해임, 파면이라고  
도 함). 회사가 해고를 한 경우 ‘정당한 이유’가 있다면 괜찮은데, 정당한 이유가 없거나 이유가  
있더라도 해고까지 할 만한 정도가 아니라면 부당해고가 될 수 있습니다.

위의 사례에서 먼저 살펴봐야 할 것은 찾김에 한 말을 두고 이것이 진짜로 나오지 말라고 한  
발언으로 볼 수 있는지입니다. 회사는 사장님이 “당장 그만뒀”라고 한 발언은 정말로 그만 나오라  
고 한 것이 아니라, 제대로 근무를 안 하니까 좀 잘하라는 의미로 내뱉은 말이라고 주장합니다.  
해고한 것이 아니라는 것이지요. 그런데 상대방인 근로자 입장에서는 사장님이 직접 그만두라고  
했으니까, 해고한 것으로 받아들일 수 있다고 볼 수 있습니다. 이런 다툼이 생기면 법원이나 노동  
위원회에서는 사장님의 속마음(해고한다는 뜻이 아니었어)이 아니라 겉으로 드러난 말로 판단한  
다는 사실을 알아야 할 것입니다.

#### **사장이 아닌 관리자가 해고할 수 있는지**

가끔 사장이 아닌 팀장이나 상사가 이와 비슷한 말을 해서 부당해고 다툼이 있는데요. 이런

경우 팀장이나 상사가 직원을 채용하고 그만두게 할 수 있는 권한을 가진 사람이 아니라면, 해고한 것으로 볼 수 없습니다. 일반적으로 사장이 아닌 관리자가 직원을 해고할 수 있는 권한을 가진 회사는 드물다고 봐야겠지요.

### 그러면 이런 경우를 대비해서 회사와 근로자는 각자 어떻게 해야 할까요?

(1) 먼저, 회사는 사장님이 한 발언이 진짜 해고하려고 한 것이 아니었다면, 신속하게 그런 뜻이 아니라는 사실을 해당 직원에게 알려야 합니다. 나중의 다툼을 대비해서 문자메시지를 보내거나 다른 직원들이 있는 곳에서 말하는 것이 좋겠지요. 회사의 이런 후속 조치가 없었다면 위의 사례는 근로자의 주장대로 ‘해고’로 인정될 가능성이 높는데요, 해고로 인정된다면 해고의 정당한 사유가 있더라도 해고의 서면통지를 안한 것이 되어 무조건 부당해고가 될 것입니다. 진짜 해고를 한다면 해고사유와 해고날짜를 반드시 종이에 적어서 통지해야 하기 때문입니다(근로기준법 제27조)(해고통지의 구체적인 방법에 대해서는 다른 사례에서 설명함). 물론 징계절차가 있다면 절차도 거쳐야겠지요.

(2) 근로자 입장에서는 진짜 그만두라는 의미인지를 확인해 볼 필요가 있습니다. 회사의 주장처럼 ‘본의 아니게, 화가 나서, 좀 잘하라’는 의미로 말했을 수도 있으니까요. 만약 사장이 아니라 다른 관리자가 그런 말을 했다면, 사장한테 사실인지 여부를 확인해 봐야겠지요.

 관련법률

#### 근로기준법 제23조(해고 등의 제한)

① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 “부당해고 등”이라 한다)을 하지 못한다.

#### 근로기준법 제27조(해고사유 등의 서면통지)

① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다.

② 근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다.

③ 사용자가 제26조에 따른 해고의 예고를 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 한 경우에는 제1항에 따른 통지를 한 것으로 본다.

## 참고사항

### 해고인지 자진 사직인지 판단방법

구분	해고로 볼 수 있는 요소	사직으로 볼 수 있는 요소
사직의사	• 근로자가 사용자의 사직서 제출요청을 거부	• 근로자가 사직서를 작성하여 제출
해고의사 표시의 주체	• 대표이사 또는 해고권한이 있는 자	• 해고권한이 없는 자
이의제기	• 근로자가 사용자의 사직처리에 대해 이의제기	• 근로자가 사용자의 사직처리에 대해 별다른 이의제기를 하지 않거나 상당한 기간이 지나 이의제기를 함
근로자의 출근의사	• 근로자가 출근을 시도	• 근로자가 특별한 이유없이 출근하지 않음
사용자의 출근독촉 행위	• 근로자의 미출근에 대해 사용자가 출근독촉 등 출근여부 확인을 하지 않음	• 근로자가 특별한 이유없이 사용자의 출근지시에 응하지 않거나 연락에 불응
후임자 채용	• 후임자 즉시 채용	• 후임자를 채용하지 않음
물품정리와 반납	• 근로자가 업무인수인계서 작성과 사용물품 반납을 거부	• 근로자가 이의제기없이 업무인수인계에 응하고 자진해서 물품정리·반납
작별인사 등	• 근로자가 사직과 관련한 인사나 송별회식 등의 행위를 하지 않음	• 근로자가 작별인사를 하고 송별회식 등에도 참여
퇴직금 수령	• 근로자가 퇴직금, 위로금 등의 수령을 거부	• 근로자가 이의없이 퇴직금, 위로금 등을 수령
실업급여 신청	• 실업급여를 신청하지 않음	• 근로자가 사용자에게 실업급여 수령을 위해 이직사유를 '권고사직'으로 요청, 이직 후 실업급여 신청하여 수령
타사업장 취업	• 미취업한 상태에서 해고를 다툼	• 구직활동을 하거나 타 사업장에 취업

## 참고사례 1

### 전화나 구두로 사직한다고 할 수 있나요?

근로자가 회사를 그만두겠다는 의사표시(근로계약관계를 종료시키고자 하는 의사표시)는 보통 사직원의 제출에 의하지만 구두나 전화로 사직 의사표시를 하는 것도 가능합니다. 이 경우 회사가 승낙을 하면 근로관계는 합의에 의하여 종료된 것으로 봅니다(서울행정법원 2002.8.8. 2002구합2338).

## ☞ 참고사례 2

### 근로자가 사직서를 제출했더라도 사직한 것으로 볼 수 없는 경우

- ① 회사의 경영방침에 따라 사직원을 제출하고 퇴직처리를 한 후 즉시 재입사하는 형식을 취한 경우  
(대법 2005.4.29, 2004두14090)
- ② 사용자가 임금을 제대로 지급하지 못하는 상황에서 임금체불 등을 이유로 모든 연구소 직원으로 부터 일괄적으로 사직서를 받은 경우(서울고법 2008.5.14, 2007누29224)
- ③ 퇴직의사가 전혀 없는 근로자에게 계속하여 반복적으로 퇴직을 종용하여 사직서를 제출하게 한 경우(대법 2006.10.26, 2006두15172)

## ☞ 참고사례 3

### 근로자가 사직서를 제출한 후 사직을 철회한 경우

근로자의 사직서 제출이 일방적인 근로계약 해지의 통고일 경우(예를 들어, “이달 말까지 출근하고 사직하겠습니다”라고 제출한 경우)에는 회사의 동의 없이는 철회가 인정되지 않습니다(대법 2000. 9.5. 99두8657). 그런데 근로자가 사직원을 제출해 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우(예를 들어, “이달 말까지 출근하고 회사를 그만두고자 하니 허락해 주기 바랍니다”로 제출한 경우) 회사가 승낙했다는 의사표시를 하기 전에는 사표를 철회할 수 있습니다(대법 2010.1.14. 2009두15951).

## ☞ 참고사례 4

### 근로자가 그만두기로 기재한 날 이전에 회사가 퇴직 조치를 한 경우

근로자가 회사를 그만두겠다고 기재한 날 이전에 회사가 근로자를 퇴직 조치하면 이것은 부당해고에 해당합니다. 그런데 근로자가 기재한 날까지 출근한 것으로 처리하여 임금을 지급하였다면 적법한 퇴직조치에 해당하여 부당해고로 볼 수는 없습니다(대법 1995.6.30, 94다17994).

# 해고, # 해고 의사표시, # 서면통지, # 정당한 이유 # 퇴직, # 사직서, # 사직원

## 04

(해고예고 적용제외)

### 수습 3개월을 끝으로 해고했는데, 해고수당을 지급해야 하나요?

직원을 채용하면서 근로계약서에 “근로계약기간은 1년으로 하고, 입사일로부터 3개월은 수습기간으로 한다. 수습기간 중 평가를 통해 본채용을 거부할 수 있다”라고 명시하였습니다. 오늘 수습 3개월이 끝나는 날인데, 근무성적이 좋지 않아서 본채용을 거부해야 할 상황입니다. 이 경우 근로자의 근무기간이 3개월밖에 안되는데, 해고수당을 지급해야 하나요?

#### **해고는 30일 전에 알려야**

근로자를 해고하려면 적어도 30일 전에 알려야 하고, 그렇지 않을 때는 30일분 이상의 통상임금(해고수당)을 지급해야 하는데(근로기준법 제26조), 이것을 ‘해고예고제도’라고 합니다. 이러한 해고예고제도는 근로자에게 이직을 위한 준비기간과 약간의 생계비를 보장하여 근로자의 경제적 어려움을 덜어 주기 위한 조치입니다.

#### **3개월 수습근로자는 해고예고 제외?**

근로자를 해고할 때에는 30일 전에 알려야 한다는 것 정도는 이제 대부분 알고 있을 텐데요. 그런데 30일 전에 해고예고를 하지 않아도 되는 경우에서 ‘3개월 이하인지 미만인지’에 대해 혼란이 있는 것 같은데, 그 이유가 있습니다. 당초 근로기준법에서 ‘수습 사용한 날부터 3개월 이내인 수습근로자’는 해고예고의 제외대상이라고 했다가, 그 후 수습이란 말을 빼고 그냥 ‘계속 근로한 기간이 3개월 미만인 자’로 개정했기 때문입니다(근로기준법 제26조). 즉, 3개월 이상 근무한다면 3개월 미만이 아니기 때문에, 하루 차이로 해고예고를 해야 하는 것이죠.

그렇다면 위의 사례에서 수습이 끝나는 날이 바로 ‘3개월째가 되는 날’이므로, 이 근로자는 3개

월 이상 근무한 자에 대하여 해고예고 대상에 해당합니다. 이 때 30일 전에 예고를 할지 아니면 30일 분 이상의 해고수당을 지급할 지는 근로자가 아닌 회사가 선택하는데요, 이 사례에서는 3개월로 근로관계가 종료되어 근로자가 더 이상 회사에 나올 수가 없기 때문에, 30일 전 해고예고 대신 30일분의 해고수당을 지급해야 할 것입니다. 그렇다면, 수습을 두는 경우 수습기간은 대개 3개월 정도로 하고 있으므로, 수습근로자를 해고하는 경우 대부분 해고예고의 대상이 된다고 볼 수 있겠네요.

### 3개월 기준일은?

그리고 ‘3개월’을 계산할 때 3개월의 기준일은 해고를 통지하는 날이 아니라 ‘해고일(해고가 되는 날)’을 기준으로 판단합니다. 예를 들어, 10월 1일 입사자에게 3개월 후인 12월 31일까지 출근하고 그만두라고 하는 통지를 12월 20일자로 한 경우, 계속근로기간 3개월 미만의 판단시점은 12월 20일이 아니라 해고일인 12월 31일이므로, 계속 근로한 기간이 3개월 이상이어서 해고예고 대상에 해당하는 것이죠.

### 해고예고를 안하면 부당해고?

참고로 해고예고를 하지 않았다 하더라도 해고의 정당한 이유가 있다면 그 해고는 부당하다고 볼 수 없고, 다만 회사는 해고예고의무를 이행하지 않은데 대해 처벌될 수 있습니다(2년 이하 징역 또는 2천만원 이하의 벌금). 또한, 해고예고제도는 근로자를 ‘해고’할 때 적용되는 것이므로, 해고가 아닌 근로관계 종료(퇴직, 계약기간의 만료 등)인 경우에는 해고예고 대상에 해당하지 않습니다.

#### 근로기준법 제26조(해고의 예고)

 관련법률

사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

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 해당하는 경우



### ☞ 참고사항 1

#### 해고예고기간 계산방법

6월 30일자로 해고하려면 해고예고는 적어도 30일 전에 해야 하므로, 늦어도 소급해서 30일째가 되는 전날 즉, 5월 30일까지는 예고를 해야 합니다.

### ☞ 참고사항 2

#### 해고수당 계산방법

시급제인 근로자가 1일 8시간, 주 40시간을 근무하는 경우(시급 1만원, 별도 수당은 없음)

- 통상시급은 1만원, 1일 통상임금은 1만원×8시간=8만원
- 해고수당은 30일분의 통상임금을 지급해야 하므로 8만원×30일=240만원

### ☞ 참고사례 1

#### 근로계약기간이 만료되는 경우에도 해고예고를 해야 하나요?

기간을 정한 근로계약, 사업이 완료되거나 업무완성에 필요한 기간을 정한 근로계약인 경우에는 근로계약기간이 만료되면 근로관계가 자동으로 종료되는 것이므로 해고예고를 해야 하는 대상이 아닙니다(대법 1965.11.30., 65다1593).

### ☞ 참고사례 2

#### 폐업을 하는 경우에도 해고예고를 해야 하나요?

근로자의 사망 등과 같이 근로관계가 자동으로 소멸되는 경우에는 해고예고가 필요하지 않은 것이 원칙이지만, 법인의 해산이나 폐업 등의 경우에는 해고예고대상이 됩니다. 따라서 30일 전에 해고예고를 하지 않는 경우에는 해고수당을 지급해야 합니다.

# 수습, # 본채용 거부, # 해고수당, # 해고예고, # 해고예고 적용제외, # 폐업

## 05

(주휴수당)

### 지각, 조퇴, 외출을 3회 이상 하면 주휴수당을 받을 수 없나요?

오늘 월급날인데, 하루치가 공제돼서 나왔습니다. 회사에 물어보니깐 이번 달에 지각을 3번 했기 때문에 하루 결근으로 쳐서 주휴수당 1일치를 공제했다고 합니다. 지각을 3번 이상하면 주휴수당을 받을 수 없나요?

※ 이 회사는 월요일~금요일 근무, 주휴일은 일요일

#### 주휴수당이란

임금은 근로의 대가로 지급하는 것이므로, 결근이나 휴일·휴가 등으로 일을 하지 않았다면 임금을 받을 수 없는 것이 원칙입니다. 그런데 우리 근로기준법에서는 매주 1일 이상 부여해야 하는 휴일(주휴일이라고 함)에는 일을 하지 않아도 임금을 지급하게 되어 있는데(근로기준법 제55조), 이것을 흔히 ‘주휴수당’이라고 합니다.

#### 주휴수당은 무조건 지급?

그런데 여기서 자주 발생하는 다툼이 있는데요, 근로기준법에 보면 주휴수당을 무조건 지급해야 하는 것이 아니라 주 소정근로일 즉, 한 주 일하기로 한 날(예를 들어, 월요일에서 금요일까지 5일)을 ‘개근’하는 경우에 지급한다고 되어 있는데(근로기준법시행령 제30조), 여기서 ‘개근’이 뭔지가 애매하기 때문입니다.

일부 회사의 규정을 보면 “주 3회 이상 지각이나 조퇴, 외출을 하면 결근으로 본다”는 내용이 있는데요, 위의 사례가 바로 이런 경우에 해당합니다. 왜 이런 규정이 만들어졌을 까요? 뭔가 이유가 있을 것 같은데, 이것은 바로 ‘개근’을 ‘만근’으로 잘 못 이해했기 때문입니다. 많은 사람들이

주휴수당을 받으려면 ‘만근’을 해야 하고, 만근(滿勤)이 되려면 주 5일을 하루도 빠짐없이 출근하거나 주40시간을 모두 근무해야 되는 것으로 알고 있기 때문입니다.

### **개근인지 아닌지 어떻게 판단?**

‘개근’이란 일을 하기로 한 날에 출근한 것을 말하며, ‘개근’의 반대말인 ‘결근’은 일하기로 한 날에 정당한 이유도 없이 출근하지 않는 것을 말합니다. 위의 사례에서 근로자가 비록 지각을 했지만 출근을 했으므로 이것은 결근이 아닌 ‘개근’에 해당하고, 따라서 주휴수당을 월급에서 공제할 수 없습니다.

주휴수당을 좀 더 이해하기 위해 주로 다툼이 있는 몇 가지 사례를 소개합니다.

첫째, 휴일이나 휴가를 쓰고 주 중 하루만 출근해도 개근으로 봅니다. 휴일이나 휴가는 결근이 아니기 때문이죠.

둘째, 노동조합 파업에 참가하여 주 중 하루도 출근하지 않은 경우에는 결근은 아니지만 출근한 날이 없으므로, 주휴수당이 지급되지 않습니다.

셋째, 이번 주 까지만 출근하고 다음 주부터 출근하지 않는 경우(퇴사, 해고, 계약기간 만료 등)에도 계약기간이 이번 주 일요일까지 걸쳐 있다면(즉, 퇴직일이 다음 주 월요일이면) 주휴수당을 지급해야 합니다.

넷째, 주휴수당은 한 주 일하기로 한 근로시간(소정근로시간이라고 함)이 15시간 이상이어야 발생합니다.

### **5인 미만 사업장에도 적용**

참고로 주 중에 결근한 경우 주휴수당이 발생하지 않는다는 것이지 주휴일도 발생하지 않는다는 것은 아닌데요. 휴일은 원래대로 사용할 수 있으나 무급이라는 의미입니다. 그리고 주휴일 규정은 상시 근로자 5명 미만인 사업장에도 적용되는데(개근하면 1일 이상의 유급주휴일 부여), 주휴일에 근무하더라도 휴일근로 가산수당은 적용되지 않습니다.

**근로기준법 제55조(휴일)**

① 사용자는 근로자에게 1주에 평균 1회 이상의 유급휴일을 보장하여야 한다.

**근로기준법시행령 제30조(휴일)**

① 법 제55조제1항에 따른 유급휴일은 1주 동안의 소정근로일을 개근한 자에게 주어야 한다.

📌 **참고사항**

**주휴수당 계산방법**

1일 8시간, 주 40시간을 근무하는 근로자의 주휴수당(시급 1만원, 별도 수당은 없음)

- 한 주를 개근한 경우 1일분의 주휴수당 발생
- 통상시급은 1만원, 1일 통상임금은 1만원×8시간=8만원
- 주휴수당은 1일 통상임금을 지급해야 하므로 8만원

📌 **참고사례 1**

**1주란 월요일부터 일요일까지를 의미하나요?**

근로기준법에서 말하는 1주간은 7일간을 의미합니다. 따라서 반드시 월요일부터 일요일 까지를 의미하는 것은 아니며, 화요일부터 월요일까지로 하는 등 회사의 업무성격에 따라 정하여 운영할 수 있습니다(근기 68207-2855, 2000.9.19).

📌 **참고사례 2**

**임금을 월급제로 정한 경우 주휴수당을 별도로 지급해야 하나요?**

‘월급’이라 함은 임금이 월단위로 결정되어 월의 근로일수나 근로시간의 많고 적음에 관계없이 일정한 임금이 지급되는 임금형태를 말합니다. 따라서 근로자에 대한 임금을 월급으로 지급할 경우 월급에는 주휴수당도 포함되어 있으므로, 별도로 주휴수당을 지급해야 하는 것은 아닙니다(대법 1994.5.24, 93다32514).

# 주휴일, # 주휴수당, # 유급휴일, # 개근, # 결근, # 소정근로일, # 1주, # 5인 미만

## 06

(비밀녹음)

# 몰래 녹음한 내용도 노동위원회에 증거로 제출할 수 있나요?

점심시간에 동료 직원과 함께 대화를 나누다가 출퇴근 시간에 대한 이야기를 한 적이 있었습니다. 그런데, 그 내용이 회사에 전달된 것인지 저는 그날 이후 근태 불량으로 해고당했고, 너무 억울한 나머지 노동위원회에 부당해고 구제신청을 했습니다. 그러자 회사는 함께 대화한 동료가 저 몰래 녹음한 내용을 녹취록으로 만들었고 회사에 유리한 증거로 노동위원회에 제출하였습니다. 이렇게 말하는 사람 몰래 녹음한 내용도 증거로 쓸 수 있나요?

### 비밀 녹음이란?

비밀 녹음은 상대방 모르게 대화나 통화 등을 녹음하는 것입니다. 최근 스마트폰 및 스마트워치를 이용한 녹음이 간편해지면서, 회사와 근로자 모두 노동위원회나 법원에 녹음 파일을 증거로 제출하는 경우가 많아졌습니다. 그렇다면 녹음 파일은 어떤 경우에 증거로 인정될까요?

상대방의 동의 없이 이루어진 녹음은 구체적인 상황에 따라 증거로 인정될 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있습니다. 원칙적으로 「통신비밀보호법」에 따르면 누구든지 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음할 수 없고, 이를 위반하면 처벌받게 됩니다(통신비밀보호법 제16조 제1항 제1호). 이렇게 통신비밀보호법을 위반한 녹음은 재판이나 징계 절차에서 증거로 사용할 수 없습니다(통신비밀보호법 제3조, 제14조).

### 비밀 녹음의 판단 기준

이때 ① ‘타인간의 대화’와 ② ‘공개되지 않은’이라는 두 가지 요건이 중요합니다. ① ‘타인간의 대화’를 녹음하면 안 된다는 것은 대화에 참여하고 있는 사람은 상대방의 동의 없이도 해당 대화를

녹음할 수 있다는 뜻입니다. ② 또한, 타인 간의 대화라도 다수에게 ‘공개된’ 대화라면 녹음해도 무방합니다. 즉, 대화 당사자가 아닌 ‘제3자’가 ‘공개되지 않은’ 타인 간의 대화를 녹음한다면 통신비밀보호법 위반에 해당하고, 그 녹음을 증거로 사용할 수 없습니다.

### ‘공개되지 않은 대화’?

대법원은 최근에 ‘공개되지 않은’ 대화의 범위를 더 넓혀, 초등학교 학부모가 30명이 참여한 수업에서의 발언을 몰래 녹음한 경우도 “공개되지 않은 대화”라고 봤습니다(대법 2024.1.11, 2020도1538). 즉, 통신비밀보호법에 위반되는 비밀 녹음의 처벌 가능성이 높아진 것이며, 그 녹음이 증거로 인정되지 않을 가능성 역시 커졌습니다. 다만, 민사소송의 경우 판사가 예외적으로 통신비밀보호법을 위반한 녹음이라도 증거로 인정할 수 있습니다.

그렇다면 위 사안의 경우는 어떨까요? 함께 대화를 나누고 있던 동료가 내 말을 몰래 녹음했다면 이는 ‘타인간의 대화’가 아니기 때문에 통신비밀보호법 위반이 아닙니다. 따라서, 해당 녹음과 일을 증거로 자유롭게 사용할 수 있습니다.

### 민법상 손해배상책임 역시 주의해야

그러나, 녹음을 증거로 사용할 수 있는지와 별개로 민법상 손해배상책임을 질 수 있으니 주의해야 합니다. 사람은 누구나 자신의 음성이 함부로 녹음되거나 재생, 방송, 복제, 배포되지 않을 권리를 가지는데, 이를 헌법 제10조에 따른 음성권이라고 합니다. 무분별한 비밀 녹음은 이러한 음성권에 대한 침해에 해당하여 손해배상책임이 발생할 수 있습니다.

다만, 법원은 녹음자에게 비밀녹음에 대한 정당한 목적이나 이익이 있고 이를 위해 비밀 녹음이 상당한 범위에서 이루어져 허용될 수 있는 경우 손해배상책임이 없다고 봅니다(서울중앙지법 2019.7.10, 2018나68478).

실제로 근로자가 직장 내 괴롭힘 증거를 확보하려고 직장동료와의 통화를 녹음하여 그 녹취록을 증거로 제출한 경우는 어떨까요? 법원은 근로자가 통화 녹음 외에 직장 내 괴롭힘에 관한 증거를 확보하기 어려웠을 것으로 보이고, 녹취록을 다른 제3자에게 공개할 용도로 사용한 것이 아니며, 당사자 간 대화라서 통신비밀보호법에 위반되지 않는 점을 고려하여 손해배상책임을 인정하지 않았습니다(대구지법 2022.1.13, 2021나316060).

## 정리하면

(1) 사용자와 근로자 모두 ① 대화에 참여하고 있는 사람이 해당 대화를 녹음한 것이거나 ② 대화에 참여하지 않았더라도 공개된 대화를 녹음한 것이라면 그 녹음을 증거로 사용할 수 있습니다.

(2) 반면, 대화에 참여하지 않은 타인이 해당 대화를 녹음하였다면 증거로 사용할 수 없습니다. 또한, 비밀녹음이 우리가 흔히 생각하는 사회 윤리 내에서 이루어졌다면 민사상 손해배상책임을 지지 않을 것으로 보입니다.

(3) 한편, 근로자는 사내에서 비밀녹음을 하는 행위는 법적 책임과 관계없이 직원 상호간의 불신을 야기하고, 업무질서를 위반한다는 이유로 징계 사유가 될 수 있음을 주의하여야 합니다.

 관련법률

### 통신비밀보호법 제14조(타인의 대화비밀 침해금지)

① 누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다.

### 통신비밀보호법 제16조(벌칙)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이상 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자

## 참고사례 1

### 녹취록 제출 시 주의사항

1. 대화를 원하는 방향으로만 해석하는 것은 금물. 오히려 불리하게 작용할 수도.
2. 녹취 시간이 너무 긴 경우에는 필요한 부분을 발췌하여 녹취록을 만들자.
3. 사건의 쟁점과 관련 없는 녹취록을 다량 제출하는 것 역시 주의하자.

## ☞ 참고사례 2

### 비밀녹음행위를 한 근로자에 대해 징계를 할 수 있나요?

대화 당사자간 비밀녹음이 형사범죄의 대상이 되지 않고, 민·형사소송, 노동위원회 구제절차 등의 과정에서 증거능력이 인정될 수 있습니다. 그런데 비밀녹음을 남발하는 행위는 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 직원간 기본적인 신뢰관계를 해치는 것이므로 징계사유가 될 수 있습니다(대법 2011. 3.24, 2010다21962).

## ☞ 참고사례 3

### 대화의 당사자가 아닌 제3자가 몰래 녹음한 경우

대화의 직접적인 당사자가 아닌 제3자의 경우는 설령 전화통화 당사자 일방의 동의를 받고 그 통화 내용을 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상, 사생활 및 통신의 불가침을 국민의 기본권의 하나로 선언하고 있는 헌법규정과 통신비밀의 보호와 통신의 자유 신장을 목적으로 제정된 통신비밀보호법의 취지에 비추어 이는 통신비밀보호법에 위반됩니다(제3자가 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음한 경우에도 마찬가지입니다)(대법 2002.10.8, 2002도123).

# 통신비밀보호법, # 비밀녹음, # 녹취록, # 증거, # 녹음파일, # 부당해고 구제신청, # 감청, # 통화녹음



## 07

(사직의 의사표시)

### 권고사직을 받아들여 사표를 제출해 놓고 해고되었다고 합니다.

B회사는 국제유가 하락과 코로나19 대유행으로 인해 프로젝트 현장의 축소 운영이 필요해졌습니다. B회사는 현장에 근로자 전원을 상주시키는 것은 더 이상 불가능하다는 판단 아래, 설명회와 개별 면담 등을 거쳐 권고사직서 제출을 요청했습니다. 근로자 A 역시 사직서를 제출했습니다. 그런데 A는 사직서를 제출하면서 사직사유란에 자필로 '사업축소해고'라고 기재하였습니다. 그런데 2달 후, A는 자신이 일방적으로 해고되었다고 주장하며 노동위원회에 부당해고 구제신청을 했습니다.

#### 권고사직과 해고의 차이는?

권고사직은 회사 측에서 근로자에게 사직을 권유하거나 압력을 가해 근로자로 하여금 스스로 사직서를 제출하도록 하는 경우를 말합니다. 이러한 방식은 종종 구조조정, 성과 미달, 또는 기타 경영상의 이유로 근로자를 해고하기보다는 근로자로 하여금 자발적으로 회사를 떠나도록 유도하는 방법으로 사용됩니다. 권고사직은 노동법상 규제를 두고 있지 않습니다. 그래서 형식적·표면적으로는 근로자의 자발적 결정으로 보이지만, 실제로는 회사의 강압으로 이루어지는 경우가 있습니다.

해고는 회사가 근로자의 근로계약을 일방적으로 종료시키는 행위로, 주로 근로자의 성과, 행동, 회사의 경영 상황 등의 이유로 인해 발생합니다. 해고는 근로기준법상 정당한 이유가 요구되며, 절차를 따라야 합니다.

## 사직서가 무효로 될 수 있을까?

근로자가 자발적으로 사직서를 제출한 경우는 해고가 아니므로, 원칙적으로 부당해고로 인정되지 않습니다. 그런데, 근로자가 사직서를 제출한 것이 착오, 사기, 또는 강박에 의한 경우, 이러한 사직은 취소될 수 있습니다. 특히, 사용자가 근로자의 의사표현이 진심이 아님을 알았거나 알 수 있었다면, 그 사직은 무효로 처리될 수 있습니다. 이 경우를 비진의 의사표시라고 합니다.

실제로 법원은 많은 사례에서 비진의 의사표시를 인정하고 있지 않습니다. 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지 않았다고 하더라도, 당시의 상황에서 그것을 최선이라고 판단하여 의사표시를 한 경우에는 이를 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다고 합니다(대법원 2003. 4.25, 2002다11458).

그런데 예외적으로 비진의표시를 받아들인 사례도 있습니다. 근로자가 회사의 경영방침에 따라 사직원을 제출하고 회사가 이를 받아들여 퇴직처리를 하였다가 즉시 재입사하는 형식을 취함으로써 근로자가 그 퇴직 전후에 걸쳐 실질적인 근로관계의 단절이 없이 계속 근무한 경우입니다. 그 사직원 제출은 근로자가 퇴직을 할 의사 없이 퇴직의사를 표시한 것으로서 비진의 의사표시에 해당하고 재입사를 전제로 사직원을 제출케 한 회사 또한 그와 같은 진의 아님을 알고 있었다고 봄이 상당하다 할 것이므로 위 사직원제출과 퇴직처리에 따른 퇴직의 효과는 생기지 않습니다(대법 2005.4.29, 2004두14090).

사안의 ‘사업축소해고’를 기재한 권고사직 사례의 경우에도 사직서가 합의해지의 의사표시에 해당한다고 보기 어렵다고 보아, 사직이 아니라 해고로 인정되었습니다(서울행법 2021구합63266).

## 사직서가 무효로 되는 경우

이를 바탕으로, 권고사직을 받아들여 사표를 제출한 경우에 해고되었다고 주장하는 상황에서는 다음과 같이 정리해 볼 수 있습니다.

(1) 사직서 제출이 강압적인 경우 : 사직서가 근로자의 자발적 의사에 의해 제출되었는지, 아니면 회사 측의 부당한 압력이나 강압에 의해 제출되었는지가 중요한 판단 기준이 됩니다. 사직서 제출이 강압에 의한 것으로 증명될 경우, 사직서는 무효이고, 이는 실질적으로 해고로 볼 수 있습니다.

(2) 회사와 형식적으로만 사직서 제출을 하기로 약속한 경우 : 이를테면, 근로자가 회사의 경영방침에 따라 사직원을 제출하고 회사가 이를 받아들여 퇴직처리를 하였다가 즉시 재입사하는 형식입니다.

## 정리하면,

권고사직에 의한 사표 제출과 해고의 구별은 사직서 제출의 자발성과 사직서 제출 과정에서의 강압 여부를 종합하여 살펴봅니다. 사직서가 무효로 판단될 경우, 근로자는 부당해고에 대한 구제 신청을 할 수 있습니다. 노동위원회는 이러한 상황을 면밀히 조사하여, 사직의 의사표시가 진정한 것인지, 아니면 강압적 상황에서 이루어진 것인지를 판단하게 됩니다. 강압적 상황에서 제출된 사직서는 무효가 될 수 있으며, 이 경우 근로자는 부당해고에 대한 구제를 받을 수 있습니다.

 관련법률

### 근로기준법 제23조(해고 등의 제한)

① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.

### 참고사례 1

#### 사직의사가 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 제출하게 한 경우

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨다 할지라도, 사직의 의사없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성하여 제출하게 한 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당하고, 정당한 이유없는 해고는 부당해고에 해당합니다(대법 1993.1.26, 91다38686).

### 참고사례 2

#### 집단적으로 사직서를 제출한 상태에서 회사가 선별적으로 사직서를 수리한 경우

근로자가 사표를 제출하였지만 실제로는 사용자의 지시에 따라 마지못해 사직서를 제출하였고, 사용자가 이러한 사정을 알면서 사직서를 수리하였다면 사직의 의사표시는 무효입니다(대법 1992.5.26, 92다3670).

# 권고사직, # 부당해고, # 사직서 제출, # 강요, # 사직, # 근로계약종료, # 경영상해고, # 부당해고구제신청, # 비진의표시

## 08

(신청인 적격)

### 누구나 노동위원회 부당해고 구제신청을 할 수 있나요?

(프리랜서, 일용직, 채용내정자, 회사 임원도 부당해고 구제신청을 할 수 있나요)

저는 미용실에서 일하는 헤어디자이너로 4대 보험에 가입하지 않았고 위탁계약서를 작성했습니다. 하지만 매일 아침 9시에 출근해서 저녁 8시까지 근무해야 하고, 일하는 동안 자유롭게 외출할 수도 없습니다. 게다가 원장이 정한 할인율 안에서만 시술 할인이 가능합니다. 최근에 미용실 원장이 저를 해고했는데, 원장은 제가 사업소득세를 내는 개인사업자라서 근로자가 아니라고 합니다. 저는 근로자가 아니라서 부당해고 구제신청을 할 수 없는 건가요?

#### 프리랜서의 부당해고 구제신청 가능 여부

일반적인 근로자들은 4대 보험에 가입하고 일하는 동안 회사의 업무 지시를 받습니다. 하지만 위 사례처럼 헤어디자이너는 시술하는 동안 미용실 원장의 지시를 받지 않고 개인사업자로 되어 있어서 사업소득세(세율 3.3%)를 내곤 합니다. 게다가 근로계약서 대신 위촉·위탁 계약서를 작성하는데요. 그렇다면 헤어디자이너는 근로자가 아닐까요?

헤어디자이너는 프리랜서의 대표적인 예입니다. 프리랜서란 회사와 근로관계를 맺지 않고 독립적으로 일하는 사람을 말하며, 주로 특정 작업이나 프로젝트 단위로 계약해서 일을 합니다(프리랜서 계약에 대해서는 12번 사례를 참고해 주세요). 프리랜서는 원칙적으로 근로자가 아니기에 부당해고 구제신청을 할 수 없습니다.

#### 프리랜서가 근로자에 해당하는지 판단하는 방법

그러나 헤어디자이너는 실제로 어떻게 근무하는지에 따라 근로자로 인정받을 수 있으며 이때

예외적으로 부당하고 구제신청이 가능합니다. 예를 들어 ① 헤어디자이너가 시술할 때 원장의 감독을 받는지, ② 근무 시간과 근무 장소가 정해져 있는지, ③ 미용실이 염색약 같은 비품을 제공하는지, ④ 헤어디자이너 마음대로 시술 금액을 할인할 수 있는지 등을 살펴보는 겁니다. 그 밖에 헤어디자이너가 원장으로부터 기본급 등을 받는지도 중요합니다. 이처럼 법원은 회사와 체결한 계약의 형식보다는 실질을 기준으로 헤어디자이너가 근로자에 해당하는지 판단합니다.

그럼 다시 사례로 돌아가 볼까요. 위 사례의 헤어디자이너는 4대 보험에 가입하지 않았고, 사업 소득세를 내며, 위탁계약서를 썼습니다. 하지만 정해진 출퇴근 시간, 외출의 제약, 원장이 정한 할인을 같은 사정을 보면 헤어디자이너는 일반적인 근로자와 다를 게 없습니다. 따라서 실질적으로 헤어디자이너는 미용실에 근무하는 근로자이므로 부당하고 구제신청을 할 수 있습니다. 참고로 법원은 프리랜서가 위 기준 중 몇 개에 해당하지 않는다고 해서 곧바로 근로자가 아니라고 하지 않으며 전체적인 사정을 보고 판단합니다.

### 정리하면,

프리랜서는 원칙적으로 근로자가 아니지만 예외적으로 회사의 지휘·감독 여부, 정해진 출퇴근 시간 등에 따라 근로자로 인정받을 수 있습니다.

따라서 (1) 회사는 프리랜서와 위촉·위탁계약을 체결한다면 프리랜서에게 상세한 업무 지시 등을 하지 않도록 유의해야 하고, (2) 근로자는 형식만 프리랜서이지 일하는 동안 회사의 제약을 많이 받는다면 실질적으로 근로자라고 주장할 수 있습니다.

 관련법률

#### 근로기준법 제2조(정의)

① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “근로자”란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람을 말한다.

### ☞ 참고사례 1

#### 일용근로자는 부당해고 구제신청이 가능할까?

일용근로자는 흔히 '일용직'이라고 불리고 있는데, 주로 건설 현장에서 1일 단위로 근로계약을 하는 근로자를 말합니다. 근로계약에 따라 일용근로자는 당일 일하는 시간이 끝나면 그 이후로는 회사의 근로자가 아닙니다. 즉 따로 해고 절차를 거치지 않고 자동으로 근로관계가 종료됩니다. 이처럼 1일 단위로 근로계약을 한 일용근로자는 당일 근로가 끝나면 부당해고 구제신청이 불가능합니다. 그러나 건설사는 통상 일용근로자와 건물 공사를 마칠 때까지를 암묵적인 계약 기간으로 정하는 경우가 많습니다. 따라서 일용근로자가 매일 같은 공사 현장에 출근하고 일을 했다면 사실상 기간제 근로자와 동일하므로 부당해고 구제신청이 가능합니다. 또한 당일 근로 시간 중에도 갑자기 회사가 일용근로자를 해고한다면 정당한 사유가 있어야 할 것입니다.

### ☞ 참고사례 2

#### 채용내정자는 부당해고 구제신청이 가능할까?

채용내정자란 채용 공고를 보고 지원한 회사로부터 최종 합격 통지를 받고 출근을 기다리는 자를 말합니다. 바로 이 채용내정자가 출근 직전에 갑자기 회사로부터 채용이 취소됐다는 연락을 받으면 어떻게 해야 할까요? 회사가 채용 절차를 거친 후에 지원자에게 최종합격 통지를 하면 회사와 지원자 간에 근로관계가 성립합니다. 그러나 이후 회사가 채용을 취소한다면 근로자를 해고한 것과 같습니다(대법원 2002.12.10, 2000다25910). 따라서 회사가 정당한 이유 없이 채용을 취소했다면 채용내정자는 부당해고 구제신청이 가능합니다. 예를 들어 회사가 채용내정자가 제출한 서류가 거짓이라고 일방적으로 주장하면서 채용을 취소했다면 채용 취소에 정당한 이유가 없다고 볼 수 있습니다.

### ☞ 참고사례 3

#### 회사의 이사는 부당해고 구제신청이 가능할까?

회사의 이사는 임원이라서 무조건 근로자가 아닐까요? 회사의 이사도 명칭만 이사일 뿐 대표이사의 지시에 따라 일하면서 월급을 받으며, 업무용 차량을 지원받는 등의 사정이 없다면 근로자에 해당합니다. 이때 회사의 이사가 법인登記부등본에 기재된 임원(등기 임원)인지 여부를 함께 고려하는데 통상 비등기 임원일 경우에는 근로자로 인정받을 가능성이 큼니다. 따라서 이사, 사장, 전무 등 회사의 임원이더라도 대표이사 등의 아래에서 근로하면서 월급을 받는다면 근로자에 해당하고, 부당해고 구제신청을 할 수 있습니다(대법원 2005.5.27, 2005두524).

# 프리랜서, # 근로자성, # 헤어디자이너, # 일용근로자, # 일용직, # 부당해고, # 부당해고 구제신청, # 채용내정자, # 최종 합격자, # 채용 취소, # 임원, # 이사, # 비등기 임원

## 공통 표준계약서

공통 표준계약서는 업무를 위탁하는 자와 업무를 수탁받는 자가 동등한 지위에서 계약조건에 관한 최소한의 기본적인 사항을 정하고, 이를 성실히 준수하고 공정하게 이행할 수 있도록 마련되었습니다. 이번 공통 표준계약서는 계약 체결 시 표준이 되는 기본적이고 원칙적인 사항만을 제시하였으며 실제 계약을 체결하는 계약당사자는 공통 표준계약서의 기본 틀과 내용을 유지하는 범위 내에서 직종별 특성을 반영하여 동 계약서보다 더 상세하고 개별적인 사항을 계약서에 규정할 수 있습니다.

( )이하 '위탁자'라 함)과(와) ( )이하 '수탁자'라 함)은 다음과 같이 계약(이하 '본 계약'이라 함)을 체결한다.

### 제1조 (계약의 목적)

본 계약의 목적은 위탁자가 수탁자에게 ( )업무를 위탁함에 있어 상호간의 권리·의무 및 기타 제반 사항을 규정함에 있다.

### 제2조 (기본원칙)

위탁자와 수탁자는 상호 대등한 입장에서 신의성실의 원칙에 따라 자신의 권리를 행사하며 의무를 이행한다.

### 제3조 (용어 정의)

본 계약에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. ( )
2. ( )
3. ( )
4. ( )

### 제4조 (위탁업무의 내용 및 수행)

① 위탁자는 수탁자에게 다음과 같은 업무를 위탁한다.

1. ( )
2. ( )

② 수탁자는 자신의 책임과 계산으로 위탁업무의 목적, 시한 등의 달성에 필요한 합법적이고 합리적인 수단을 동원하여 업무를 수행하여야 한다.

③ 수탁자는 제1항에서 정한 업무를 수행한 경우 그 결과를 위탁자가 지정한 방법으로 통지하여야 한다.

### 제5조 (계약기간)

① 본 계약의 유효기간은 ( . . . )부터 ( . . . )까지로 한다.

② 계약기간 만료 ( )일 전까지 위탁자 또는 수탁자가 계약 종료의 의사를 표시하지 아니하는 한 동일 조건으로 (예시: 주, 월, 연 단위)로 계약이 자동 갱신된 것으로 본다.

## 09

(입증책임)

### 근로자는 해고라고 주장하고 회사는 자진 사직이라고 합니다. 해고인지 사직인지에 대한 입증은 누가 해야 하나요?

제가 운영하는 회사의 직원이 업무 실수를 해서 주의를 좀 줬습니다. 그러자 직원이 “제가 나가면 되겠네요”라며 회사를 그만두겠다는 뜻이 말했습니다. 저도 감정이 격해져서 “나가세요”라고 말하였고, 직원은 그대로 짐을 챙겨서 회사를 나간 후로 더 이상 출근하지 않았습니다. 저는 이렇게 마무리가 된 줄 알았는데, 갑자기 직원이 부당해고 구제신청을 하였다는 연락을 받았습니다. 사장인 제가 해고가 아니라 사직이라는 점에 대해 입증해야 하는 건가요?

#### 근로관계 종료의 방식

‘해고’란 실제 회사에서 불리는 명칭이나 절차에 상관없이 근로자의 의견에 반하여 회사의 일방적인 결정으로 이루어지는 모든 근로계약 관계의 종료를 말합니다.

근로관계 종료에 대해서 회사와 근로자 간에 분쟁이 자주 일어나기 때문에 늘 서류로 해당 내용을 남겨두어야 합니다. 만일, 근로관계 종료의 서류가 없다면 말 한마디가 중요합니다. 교과서적으로는 ① 사용자가 일방적으로 “그만두세요”라고 한 후 근로자가 실제로 출근을 못하게 하면 해고, ② 사용자의 “그만두시겠어요”라는 권유에 대해 근로자가 “네. 알겠습니다”라고 받아들이면 권고사직, ③ 근로자가 먼저 “이번 달까지 출근하고 그만두겠다”고 하면 사직이라고 볼 수 있습니다.



## 입증 책임의 분배

그런데, 위 사건처럼 “제가 나가면 되겠네요”라는 말은 회사에게 묻는 말인지 아니면 답하는 말인지 애매합니다. 판례는 근로자가 사직서를 제출하지 않았더라도 실제 말이나 행동 등 앞뒤 상황을 고려하여 계속 근로할 의사가 없다고 보이면 근로자의 사직을 인정합니다(대법 2023.2.2, 2022두57695).

만일 근로자가 사직이 아니라 해고 통보를 받았다고 주장하는 경우, 근로자가 회사의 해고통보 사실을 증명해야 합니다(서울고등법원 2013.10.16, 2012누34756). 반면, 사용자는 근로자가 자발적으로 사직하였다거나 근로자의 동의로 근로계약이 종료되었다는 사실을 증명해야 합니다(대법 2016.2.3, 2015두53237).

그렇다면 위 사안의 경우는 어떨까요?

(1) 근로자가 부당해고 구제신청을 한 것이므로, 근로자는 회사로부터 해고 통보를 받았음을 증명하여야 합니다. 또한, 전후 사정들을 종합하여 근로자는 본인이 계속 일할 생각이 있었음에도 회사가 근로를 방해하거나 막았다는 사실을 증명할 수도 있습니다.

(2) 이에 대응하여 회사는 해고한 적이 없고 다만 근로자가 아무런 말도 없이 출근하지 않았다거나 스스로 사직한 것임을 주장할 수 있습니다. 또는 근로자와 근로관계 종료에 대하여 합의하였다는 점을 증명할 수도 있겠습니다.

## 근로관계 종료 시 분쟁을 막기 위해서는?

(1) 회사는 해고 시 서면으로 해고 사실을 통지하여야 하며, 근로자와 사직 합의를 하였거나 근로자가 일방적으로 출근하지 않는 경우 이를 증거로 남겨놓아야 합니다.

(2) 근로자 역시 사직할 때 사직서를 제출해 근로계약의 종료를 명확하게 하는 것이 좋습니다. 또한, 근로기준법 제27조에 따라 회사가 근로자를 해고하려면 해고의 사유와 해고시기를 서면으로 통지해야 합니다. 따라서 근로자가 해고당했는데도 회사로부터 해고사유와 해고시기가 적힌 문서를 못 받았다면, 이는 근로기준법을 위반하여 부당해고이므로 노동위원회에 구제신청을 할 수 있습니다.

**근로기준법 제27조(해고사유 등의 서면통지)**

- ① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다.
- ② 근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다.

**참고사례 1**

**해고한 것인지 사직인지에 대한 입증은 누가 해야 하나요?**

해고를 당했다는 입증책임은 이것을 주장하는 근로자가 입증해야 합니다(대법 2015. 11. 26, 2015 두51088). 반면에 사용자측에서는 근로관계의 종료원인이 해고가 아닌 사직이나 합의해지라는 점에 대한 입증책임이 있습니다(대법 2016.2.3, 2015두53237).

참고사례 2

### 해고예고통지서

소 속	
직 위	
성 명	

내 용	귀하는 아래 이유로 인해    년    월    일자로 해고되므로 예고 통지합니다.
근거 규정	- 취업규칙 제 __조 __항 위반 - 취업규칙 제 __조 __항 위반 - 취업규칙 제 __조 __항 위반
사 유	

신분증, 의료보험증서 등 신분에 대한 것, 의복 등 대여품의 반환, 당사와의  
대차관계의 정산, 업무인계 등을    년    월    일까지 해 주십시오. 기존의  
근로에 대한 임금은    년    월    일까지 지급해 드리겠습니다.

\_\_\_\_\_년 \_\_월 \_\_일

( 주 )

(인)

# 사직서, # 사직, # 해고, # 퇴사, # 사표, # 부당해고 구제신청, # 서면통보, # 입증책임,  
# 증명책임

# 10

(포괄임금약정)

우리 회사의 근로계약서에는 모든 수당을 포함해서 월 300만 원만 지급한다고 적혀 있습니다. 이런 경우 야근해도 별도의 추가수당이 없나요?

저는 IT 기업에서 모바일 게임을 개발하는 개발자인데, 평소 일이 많아서 자주 야근합니다. 저의 근로계약서에는 “임금 300만원(연장·야간·휴일근로수당 포함)”이라고 적혀 있는데요. 그럼 저는 야근을 해도 월급을 300만 원만 받는 건가요? 이걸 ‘공짜 야근’ 아닌가요?

## 포괄임금제란

근로자는 원칙적으로 자신이 일하는 만큼 임금을 받습니다. 그러나 IT 개발직처럼 야근이나 주말 출근이 잦은 직군이라면 회사는 근로자가 매달 얼마나 일했는지 정확히 계산하기가 쉽지 않습니다. 바로 이런 경우에 회사는 ‘포괄임금제’를 도입합니다.

포괄임금제란 ① 기본임금을 정하지 않고 각종 수당(야간근로수당 등)을 합친 금액을 월 급여로 정하거나, ② 기본임금을 정한 뒤 매월 일정액을 각종 수당으로 추가로 지급하는 것을 말합니다.

만약 “임금 300만원(연장·야간·휴일근로수당 포함)” 또는 “기본급 300만원, 법정수당 20만원”이라고 근로계약서에 적혀 있다면 근로자가 받는 수당이 정해져 있기 때문에 포괄임금제에 해당합니다. 이처럼 회사는 포괄임금제가 적용되면 근로자가 오래 일해도(연장근로수당), 야근해도(야간근로수당), 쉬는 날에 일해도(휴일근로수당) 근로자에게 정해진 월급만 주면 됩니다.

## 포괄임금제가 적용될 수 없는 조건

한편 법원은 근로시간을 산정하는 게 어렵지 않다면 포괄임금제를 적용할 수 없다고 판단합니

다(대법원 2010. 5. 13., 2008다6052). 이때 근로시간의 산정이 어려운 직업으로 어떤 게 있을까요? 차량 운전원이나 경비원(감시·단속적 근로)은 연장근무가 잦고 대기시간이 많기 때문에 근로시간 산정이 어려워서 포괄임금제가 적용되는 대표적인 직업입니다. 그러나 위 직업에 해당해도 근로자가 일한 시간을 산정하는 게 어렵지 않다면 회사는 포괄임금제를 적용할 수 없습니다.

또한 근로 형태나 업무 성격상 연장·야간·휴일근로가 당연히 예상되는 경우라도, 단체협약, 취업규칙, 급여규정 등에서 기본급과 별도로 연장·야간·휴일근로수당을 세부 항목으로 나눠서 지급하도록 정했다면 포괄임금제를 적용하지 않았다고 봅니다.

그러면 사례 속 개발자는 포괄임금제 때문에 딱 300만 원만 받아야 할까요? 자신의 근로계약서에 “임금 300만원(연장·야간·휴일근로수당 포함)”이라고 적혀 있어도 취업규칙, 단체협약 등에 각 수당에 관한 구체적인 지급 규정이 있다면 포괄임금제는 적용되지 않습니다. 즉 수당마다 근로자에게 얼마를 주기로 따로 정해두었다면 회사는 근로자에게 ‘포괄’해서 월급을 주면 안 되는 거죠. 또한 개발자가 사무직 인만큼 근로 시간을 산정하는 게 어렵지 않아서 포괄임금제가 적용될 수 없을 가능성이 큼니다.

### 정리하면,

회사가 포괄임금제를 시행하더라도 (1) 근로 시간을 산정하는 게 어려운지 (2) 기본급과 별도로 수당 지급 규정을 세부적으로 정했는지를 살펴보고 포괄임금제의 적용 가능성을 판단해야 합니다.

### 포괄임금제로 인한 분쟁을 예방하기 위해서

포괄임금제 적용을 둘러싸고 서로 다투지 않으려면, (1) 회사는 명백하게 근로 시간을 산정하기 어려운지 파악해야 하고, (2) 근로자는 취업규칙 등에서 수당에 관한 지급 규정이 어떻게 되어 있는지 정확하게 확인해야 합니다.

### 포괄임금제가 무효일 경우

만약 포괄임금제가 적용될 수 없다면, 근로자는 회사에게 근로기준법에 따라 계산한 연장·야간·휴일근로수당 중 포괄임금제 때문에 받지 못한 부분(미달된 부분)을 청구할 수 있습니다.

참고로 근로자의 실제 연장근로시간이 1주 기준으로 12시간을 초과했다면 근로기준법 제53조에 위반됩니다. 따라서 포괄임금제가 유효해도 근로자는 1주에 12시간을 초과해서 연장근로를 할

수 없습니다.

### [참고] 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당이란?

(1) 연장근로수당이란 근로자가 1일 8시간 또는 1주 40시간 이상을 근로할 경우 통상임금의 50%를 가산해서 받는 것입니다.

(2) 야간근로수당이란 흔히 야근수당이라고 불리는데, 근로자가 오후 10시부터 다음날 오전 6시까지 근로할 경우 통상임금의 50%를 가산해서 받는 것입니다.

(3) 휴일근로수당이란 근로자가 유급휴일 또는 무급휴일에 근로할 경우 근로 시간이 8시간 이내는 통상임금의 50%를, 8시간을 초과하는 부분에 대해서는 통상임금의 100%를 가산해서 받는 것입니다.

이러한 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당은 상시 근로자가 5인 이상인 사업장에 적용됩니다.

 관련법률

#### 근로기준법 제53조(연장 근로의 제한)

① 당사자 간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.

#### 근로기준법 제56조(연장·야간 및 휴일 근로)

① 사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로를 말한다)에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 사용자는 휴일근로에 대하여는 다음 각 호의 기준에 따른 금액 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.

1. 8시간 이내의 휴일근로 : 통상임금의 100분의 50
2. 8시간을 초과한 휴일근로 : 통상임금의 100분의 100

③ 사용자는 야간근로(오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이의 근로를 말한다)에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.

## ☞ 참고사례 1

### 근로시간 산정이 어려워 포괄임금약정이 가능한 업무로 볼 수 있는 경우

- (1) 매일의 기상조건, 자재 및 장비의 수급 등 현장공사 여건에 따라 근로시간이 달라지는 염전회사 직원, 건설공사 현장근로자(대법 1982.12.28, 80다3120)처럼 근로와 휴식의 명백한 구분이 어렵고 실제 근무여부와 정확한 근로시간 확인이 어려운 근로
- (2) 사업장 밖을 떠나 장거리 운행을 해야 하는 화물운송운전자(서울민사지법 1991.4.11, 89가합 69194), 근로와 휴식의 구분이 어려운 관광버스운전자, 택시운전자, 시외버스운전자, 각기 근로시간이 일정치 않은 운전기사(대법 2020.6.25, 2015다8803)처럼 실제근로시간수를 정확히 파악하기 어려운 경우
- (3) 감시·단속적 업무로써 24시간 휴식없이 계속 근무하는 업무가 아니나 원칙적으로 근무장소에서 이탈할 수 없는 것으로, 한사람이 근무하기에는 부적합한 근로형태의 경우에 그 형편과 요령에 따라 작업·휴식·수면을 반복하면서 명백한 작업시간과 휴게시간을 구별하기 어려운 경우. 예를 들어, 아파트의 경비·관리(대법 1983.10.25, 83도1050), 버스회사 배차원(대법 1982.3.9, 80다2384), 시설의 작동·고장관리인, 보일러공 등 고용노동부 승인 여부를 불문하고 감시적인 업무에 종사하거나 장소를 이탈할 수 없는 상태에서 근로시간 조정이 가능한 단속적 업무의 경우

## ☞ 참고사례 2

### 포괄임금약정이 무효인 경우 법정수당을 지급해야 하나요?

근로시간 산정이 어려운 등의 사정이 없음에도 포괄임금제 방식으로 약정된 경우 그 포괄임금에 포함된 정액의 법정수당이 근로기준법이 정한 기준에 따라 산정된 법정수당에 미달하는 때에는 그에 해당하는 포괄임금제에 의한 임금지급계약 부분은 근로자에게 불리하여 무효입니다. 따라서 회사는 근로자에게 미달되는 법정수당을 지급해야 합니다(대법 2010.5.13, 2008다6052).

# 포괄임금제, # 포괄임금계약, # 야근, # 공짜 야근, # 주말 출근, # 초과 근무, # 야간근로수당, # 연장근로수당, # 휴일근로수당, # 추가수당, # 운전원, # 경비원

# 11

(육아휴직자 차별)

## 육아휴직 후 복직했는데, 다른 부서로 가라고 합니다.

저는 4년 동안 ○○사업장에서 구매담당 매니저로 근무했었습니다. 육아휴직 후 복직했는데 제 자리에 대체근무자가 근무하고 있다는 이유로 한 번도 해본 적 없는 서비스 담당으로 발령받았습니다. 기본급여는 이전과 같지만, 이제는 매니저가 아니기에 월 50만원의 직책수당을 받지 못하고, 인사평가 권한도 없습니다. 회사의 지시가 정당한건가요? 저는 어떻게 해야 하나요?

### 근로자가 육아휴직 신청하면 회사는 거부할 수 없어

임신 중인 여성 근로자와 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀를 양육하려는 근로자는 육아휴직을 시작하려는 날의 전날까지 회사에서 6개월 이상 근무했다면, 회사에 육아휴직을 신청하여 사용할 수 있고, 회사는 이를 거부할 수 없습니다(남녀고용평등법 제19조제1항).

### 육아휴직 후 복직한 근로자의 근로조건은?

회사에서 육아휴직 사용 후 복직한 근로자에게 휴직 전과 전혀 다른 업무를 시킨다거나 급여를 줄인다면 근로자가 육아휴직을 사용하고 싶어도 자유롭게 사용하기 어려울 것입니다. 그리하여 회사는 육아휴직을 마친 근로자를 휴직 전과 같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무로 복귀시켜야 합니다(남녀고용평등법 제19조제4항).

그렇다면, 회사는 근로자에게 육아휴직 전과 동일한 금액의 임금을 지급하기만 하면 휴직 전과 다른 업무를 시킬 수 있을까요? 회사의 조직체계가나 근로환경 등의 변화로 인해 육아휴직을 사용한 근로자에게 휴직 전 업무를 시킬 수 없다면, 이와 다른 업무를 시킬 수 있습니다. 다만, 이로 인해 근로자에게 실질적인 불이익이 생겨서는 안 되기에 새로운 직무로의 인사발령이 업무상 필요한



것인지, 새로 부여받은 업무의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에 불이익이 있는지 여부 및 정도, 휴직 전과 다른 직무를 수행하게 됨에 따라 기존에 누리던 업무상·생활상 이익이 박탈되는지 여부 및 정도 등을 따져보아야 합니다(대법 2022.6.30., 2017두76005).

### 정리하면,

회사는 근로자를 육아휴직 전 직무에 복귀시키지 않아도 근로자에게 실질적인 불이익이 없다면 동일한 금액의 임금을 지급하는 다른 직무로 복귀시킬 수 있습니다. 하지만 사례에서는 근로자가 육아휴직 전에 했던 구매담당 매니저 업무에서 서비스 담당 업무를 하게 되면서 월 50만원의 직책수당을 받지 못하게 되었고, 인사평가 권한도 상실하게 되었습니다. 소속 직원을 지휘·감독하고 평가하는 관리자의 업무에서 상이한 업무의 실무 담당자로 변경된 것은 업무의 성격과 내용이 같다고 보기 어렵습니다. 따라서 근로자가 육아휴직 전과 같은 직무로 복귀했다고 볼 수 없습니다. 근로자는 노동청에 남녀고용평등법 위반을 이유로 진정을 제기하거나 노동위원회에 부당전직 구제신청을 할 수 있습니다.

한편 최근 중앙노동위원회는, ‘규정상으로는 성차별적으로 보이지 않으나 여성의 육아휴직 사용 비율이 남성에 비해 현저히 높고, 육아휴직 사용자가 업무능력 부족 평가와 승진 탈락이라는 불리한 처우를 받게 되는 경우’를 남녀차별로 인정하였습니다(중노위 2023.9.4., 2023차별15). 이처럼 남녀고용평등법상 남녀차별이 발생한 경우에도 노동위원회 차별시정 신청을 통해 구제받을 수 있습니다.

현실적으로 육아휴직 이후 복직자에게 휴직 전과 완전히 동일한 업무를 부여하기 어려울 수 있습니다. 하지만 부여받은 직책의 권한과 근로조건 상의 불이익이 있다면 정당한 복직처분으로 보기 어렵습니다. 육아휴직자 복직시에는 고용평등과 일·가정 양립의 취지에 따라 근로자에게 부당한 불이익이 없도록 직무를 부여해야 할 것입니다.

### 남녀고용평등법 제19조(육아휴직)

- ① 사업주는 임신 중인 여성 근로자가 모성을 보호하거나 근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다. 이하 같다)를 양육하기 위하여 휴직(이하 “육아휴직”이라 한다)을 신청하는 경우에 이를 허용하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 육아휴직의 기간은 1년 이내로 한다.
- ③ 사업주는 육아휴직을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 되며, 육아휴직 기간에는 그 근로자를 해고하지 못한다. 다만, 사업을 계속할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ④ 사업주는 육아휴직을 마친 후에는 휴직 전과 같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 한다. 또한 제2항의 육아휴직 기간은 근속기간에 포함한다.
- ⑤ 기간제근로자 또는 파견근로자의 육아휴직 기간은 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제4조에 따른 사용기간 또는 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 제6조에 따른 근로자파견기간에서 제외한다.
- ⑥ 육아휴직의 신청방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

### 참고사항

#### 육아휴직 급여제도

##### 1. 육아휴직 급여 신청 요건

- ① 육아휴직을 30일 이상 사용한 근로자, ② 육아휴직 시작일 이전 고용보험 피보험 단위기간 180일 이상인 경우, ③ 육아휴직 시작일 이후 1개월부터 종료일 이후 12개월 이내에 신청

##### 2. 육아휴직 급여 금액

- 1년간 통상임금의 80%(월 상한액 150만원, 하한액 70만원)
- 6+6 부모육아휴직제도(2024년부터 시행)

같은 자녀에 대해 자녀 출생 후 18개월이 될 때까지 부모가 동시에 또는 순차적으로 육아휴직을 하는 경우, 첫 6개월에 대해 통상임금의 100% 지급.

육아휴직 사용기간별 월 상한액(하한액 70만원)	父	母
1개월	200만원	200만원
2개월	250만원	250만원
3개월	300만원	300만원
4개월	350만원	350만원
5개월	400만원	400만원
6개월	450만원	450만원
7개월~종료일	150만원	150만원

### 참고사례 1

#### 기간제 근로자가 육아휴직기간 중 근로계약기간이 만료되는 경우

기간제 근로자가 육아휴직을 쓸 경우 계약이 만료되는 시점에 육아휴직을 썼다는 이유로 근로계약 기간이 자동연장 되지는 않습니다. 따라서 회사가 재계약을 하지 않는다면 육아휴직은 자동 종료됩니다(여성고용정책과-2173, 2015.7.23).

### 참고사례 2

#### 육아휴직자에게 해고사유가 발생한 경우 해고할 수 있나요?

사업주는 육아휴직을 이유로 해고 기타 불리한 처우를 해서는 안되며, 육아휴직 기간 동안은 그 근로자를 해고할 수 없습니다. 다만, 사업을 계속할 수 없는 경우에는 해고할 수 있습니다(남녀고용평등법 제19조제3항). 만약 육아휴직자에게 해고사유가 발생한 경우 육아휴직이 끝난 후에 해고할 수 있습니다.

# 육아휴직, #육아휴직급여, #차별, #남녀고용평등, #전직

# 12

(노동법 적용 여부)

## 위탁계약이나 프리랜서계약도 노동법의 보호를 받나요?

회사에서 프리랜서로 일하기로 하였는데 계약서에 '사무실에 평일 오전 9시에 출근해서 오후 6시에 퇴근하고, 매주 업무 진행 상황을 기재한 업무보고서를 작성해서 제출'하라는 규정이 있습니다. 그리고 '회사의 가이드라인과 다르게 업무처리를 하면 그 사유를 소명해야 한다'고 합니다. 그런데, 회사에서 저는 프리랜서라서 근로기준법이 적용되지 않는다며 연차유급휴가를 줄 수 없다고 하네요. 프리랜서 계약을 체결하면 근로기준법의 보호를 받을 수 없나요?

### 근로기준법에서 정한 근로조건은 반드시 보장해야

근로기준법은 근로자를 강행적으로 보호하기 위한 법으로, 근로기준법상 근로자에게 적용됩니다. 즉, 회사는 근로기준법에서 정하고 있는 근로조건보다 낮은 조건으로 근로자와 근로계약을 체결할 수 없고, 근로기준법에 규정된 근로조건은 반드시 보장해주어야 합니다.

### 근로자 vs 프리랜서

일반적으로 근로계약을 맺은 사람은 근로자가, 프리랜서계약(위임계약)을 맺은 사람은 프리랜서가 됩니다. 근로계약이란 근로자가 회사에 근로를 제공하고 회사는 이에 대해서 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말하고(근로기준법 제2조제1항제4호), 프리랜서계약이란 당사자 일방(위임인)이 상대방(수임인)에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약을 말합니다(민법 제680조).

프리랜서는 근로자에 해당하지 않기에 근로기준법의 보호를 받을 수 없습니다. 그런데, **형식상 프리랜서로 계약을 체결했다고 하더라도 실질적으로 근로자에 해당한다면 근로기준법의 보호를**

**받을 수 있습니다.** 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 상관없이 실제로 회사에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공했는지에 따라 결정되기 때문입니다.

### **근로기준법상 근로자 여부 판단 방법**

근로자가 회사와 종속적인 관계가 있는지는 ① 업무 내용이 회사에 의해 정해지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 **업무 수행 과정에서 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독**을 받는지, ② 회사에 의해 **근무시간과 근무장소가 지정**되고 이에 구속을 받는지, ③ 근로를 제공하는 사람이 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대신 하도록 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ④ 근로 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, ⑤ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세를 원천징수하는지, ⑥ 근로 제공 관계의 계속성과 회사에 대한 전속성의 유무와 그 정도 ⑦ 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 합니다(대법 2006.12.7., 2004다29736)

### **정리하면,**

위 사례에서는 프리랜서로 계약을 체결했다고 하더라도, 근무시간과 근무장소가 정해져 있고, 매주 업무 진행 상황을 보고하고 회사의 업무 가이드라인에 따라 업무를 처리해야 하는 등 회사의 직접적인 지휘와 감독을 받고 있기에 실질적으로는 근로자에 해당합니다. 따라서 근로기준법이 적용되고, 당연히 연차유급휴가도 부여해야 합니다.

계약의 형식과 실질이 부합하지 않으면 이러한 사후적 분쟁이 발생할 소지가 높습니다. ① **지정된 업무시간·장소에서 구체적인 지시를 해야 하는 업무라면 근로계약을 체결**하고, ② **일의 과정은 자율에 맡기되 결과물이 필요한 상황이라면 프리랜서 계약을 체결하여 운영**하는 것이 타당합니다.

**근로기준법 제11조(적용 범위)**

- ① 이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사(家事) 사용인에 대하여는 적용하지 아니한다.
- ② 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.
- ③ 이 법을 적용하는 경우에 상시 사용하는 근로자 수를 산정하는 방법은 대통령령으로 정한다.

**📌 참고사례**

**은행의 텔레마케터가 근로자에 해당하는지**

은행 텔레마케터가 회사와 근로계약이 아닌 위탁계약을 체결했지만 회사는 업무수행 중에 준수할 업무운용수칙 등을 배부하였고, 이는 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격을 가지고 있으며, 위반시 회사가 계약해지를 할 수 있는 규정을 갖고 있는 점 등을 종합하면, 은행 텔레마케터는 근로기준법상의 근로자에 해당합니다(대법 2016.10.27, 2016다29890).

# 근로자, # 위탁계약, # 프리랜서, # 텔레마케터, # 근로계약, # 위임계약, # 근로조건

# 13

(직장 내 괴롭힘)

## 일 좀 잘하라고 독려했는데, 괴롭힘이라고 합니다.

얼마 전 부서에 신입사원이 들어왔습니다. 그런데, 업무를 할 때마다 실수를 합니다. 처음에는 그럴수도 있다고 생각했지만, 지적을 해도 나아지지 않고 오히려 같은 실수를 반복하고 있습니다. 참다못해 신입사원에게 처음으로 화를 내며 '정신 똑바로 안차려요?'라고 한 마디 했습니다. 다음날 신입사원이 저를 직장 내 괴롭힘 가해자로 신고했습니다. 욕을 한 것도 아닌데, 이것도 괴롭힘에 해당하나요?

### 직장 내 괴롭힘은 법적으로 금지되어 있어

회사의 경영진이나 근로자는 회사에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용해서 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위, 이른바 직장 내 괴롭힘을 해서는 안됩니다(근로기준법 제76조의2).

### 직장 내 괴롭힘 성립 요건

어떠한 행위가 직장 내 괴롭힘에 해당하기 위해서는 다음의 요건을 모두 충족해야 합니다. 먼저, 회사의 경영진 또는 근로자가 같은 회사 소속의 근로자(또는 파견근로자)에게 한 행위여야 합니다.

두 번째로 직장 내 괴롭힘 행위는 지위상 우위(지위, 직급 등 공식적 지휘·명령 권한)이나 관계상 우위(행위자가 다수이거나 권력부서, 나이가 많다는 등의 영향력)를 이용한 것이어야 합니다.

세 번째로 업무와 관련된 상황에서 이루어진 것으로서, 업무상 적정성을 넘는 행위여야 합니다.

다. 상사가 개인적인 용무를 처리하기 위해 부하 직원에게 심부름을 시키는 것처럼 업무를 수행하는데 필요하지 않은 행위나 업무를 수행하는데 필요한 행위라고 하더라도 폭언·폭행 등 사회통념상 용인되기 어려운 행위를 하는 것은 업무상 적정범위를 넘어서는 것입니다.

마지막으로, 앞서 살펴본 3가지의 요건을 충족한 행위로 인해 근로자가 신체적·정신적 고통을 받았거나 근로자의 근무환경이 악화된 결과가 있어야 합니다. 여기서 근무환경이 악화되었다는 것은 괴롭힘 행위로 피해근로자가 업무를 하는데 제 능력을 발휘하지 못할 정도로 상당한 지장을 받는 것을 말합니다.

### 정리하면,

위 사례에서는 업무를 할 때 같은 실수를 반복하는 신입사원에게 화를 낸 행위가 업무상 적정범위를 넘은 행위로 볼 수 있는지가 관건입니다. 해당 행위는 업무를 하는데 있어 필요하지 않은 행위라고 볼 수 없고, 폭언이 포함되지 않은 일회적인 행위를 직장 내 괴롭힘에 해당한다고 단정하는 것은 아무래도 어렵습니다.

한편, 직장 내 괴롭힘이 발생했다면 누구든지 회사에 신고할 수 있습니다. 이때 회사는 ① 지체 없이 사실확인을 위한 조사를 실시해야 하고, ② 조사 결과 직장 내 괴롭힘에 해당한다면 피해근로자의 의견을 들어 행위자를 징계하는 등의 조치를 해야 합니다. 만약, 회사에서 제대로 조사를 하지 않았거나, 회사의 대표가 직장 내 괴롭힘을 하여 공정한 조사를 기대하기 어렵다면 고용노동청에 진정을 제기하는 방법으로 구제받을 수 있습니다. 그리고 최근에는 실효성 확보와 전문적 사건처리를 위하여 노동위원회 절차를 통해 직장 내 괴롭힘을 판단하고 조치하는 방안도 논의되고 있습니다.



**근로기준법 제76조의2(직장 내 괴롭힘의 금지)**

사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”이라 한다)를 하여서는 아니 된다.

**근로기준법 제76조의3(직장 내 괴롭힘 발생 시 조치)**

- ① 누구든지 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 알게 된 경우 그 사실을 사용자에게 신고할 수 있다.
- ② 사용자는 제1항에 따른 신고를 접수하거나 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우에는 지체 없이 당사자 등을 대상으로 그 사실 확인을 위하여 객관적으로 조사를 실시하여야 한다.
- ③ 사용자는 제2항에 따른 조사 기간 동안 직장 내 괴롭힘과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자(이하 “피해근로자등”이라 한다)를 보호하기 위하여 필요한 경우 해당 피해근로자등에 대하여 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 피해근로자등의 의사에 반하는 조치를 하여서는 아니 된다.
- ④ 사용자는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다.
- ⑤ 사용자는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 지체 없이 행위자에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 피해근로자의 의견을 들어야 한다.
- ⑥ 사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.
- ⑦ 제2항에 따라 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 조사한 사람, 조사 내용을 보고받은 사람 및 그 밖에 조사 과정에 참여한 사람은 해당 조사 과정에서 알게 된 비밀을 피해근로자등의 의사에 반하여 다른 사람에게 누설하여서는 아니 된다. 다만, 조사와 관련된 내용을 사용자에게 보고하거나 관계 기관의 요청에 따라 필요한 정보를 제공하는 경우는 제외한다.

## 참고사례

### 직장내 괴롭힘 행위(예시)

1. 정당한 이유 없이 업무능력이나 성과를 인정하지 않거나 조롱하는 행위
2. 정당한 이유 없이 훈련, 승진, 보상, 일상적인 대우 등에서 차별하는 행위
3. 다른 근로자들과는 달리 특정 근로자에 대하여만 근로계약서 등에 명시되어 있지 않는 모두가 꺼리는 힘든 업무를 반복적으로 부여하는 행위
4. 근로계약서 등에 명시되어 있지 않는 허드렛일만 시키거나 일을 거의 주지 않는 행위
5. 정당한 이유 없이 업무와 관련된 중요한 정보제공이나 의사결정과정에서 배제시키는 행위
6. 정당한 이유 없이 휴가나 병가, 각종 복지혜택 등을 쓰지 못하도록 압력을 행사하는 행위
7. 다른 근로자들과는 달리 특정 근로자의 일하거나 휴식하는 모습만을 지나치게 감시하는 행위
8. 사적 심부름 등 개인적인 일상생활과 관련된 일을 하도록 지속적·반복적으로 지시하는 행위
9. 정당한 이유 없이 부서이동 또는 퇴사를 강요하는 행위
10. 개인사에 대한 뒷담화나 소문을 퍼뜨리는 행위
11. 신체적인 위협이나 폭력을 가하는 행위
12. 욕설이나 위협적인 말을 하는 행위
13. 다른 사람들 앞이나 온라인상에서 나에게 모욕감을 주는 언행
14. 의사와 상관없이 음주, 흡연, 회식 참여를 강요하는 행위
15. 집단 따돌림
16. 업무에 필요한 주요 비품(컴퓨터, 전화 등)을 주지 않거나, 인터넷·사내 네트워크 접속을 차단하는 행위

# 직장내 괴롭힘, # 조사의무, # 분리조치, # 지위상 우위, # 관계상 우위, # 따돌림, # 왕따, # 폭언, # 업무상 적정범위

# 14

(갱신기대권)

**계약기간이 만료되어 재계약을 하지 않았는데,  
부당해고라고 주장합니다.**

경비업무를 수행하는 근로자와 1년 기간의 근로계약을 체결하였습니다. 근로계약 기간이 종료되어 재계약을 하지 않았는데 근로자는 해당 근로계약서에 ‘당사자간 합의에 따라 근로계약 기간을 최대 1년의 범위에서 갱신할 수 있다’고 기재되어 있는 것을 이유로 부당해고라고 주장합니다. 이런 경우도 부당해고에 해당하나요?

## 원칙적으로 근로계약기간 만료 통보는 해고 아냐

회사는 최대 2년까지 근로계약 기간의 정함이 있는 이른바 기간제 근로자를 고용할 수 있습니다(기간제법 제4조제1항). 이렇게 기간제 근로계약을 체결한 경우 특별한 사정이 없는 한 근로계약 기간이 만료됨에 따라 회사와 근로자 간의 근로관계는 당연히 종료됩니다. 그러므로 회사에서 근로계약 기간의 만료를 이유로 근로계약을 갱신하지 않겠다고 하는 것은 원칙적으로 해고가 아닙니다.

## 근로자의 갱신기대권이 인정된다면, 근로계약기간 만료 통보는 해고

한편, ① 근로계약이 반복적으로 갱신되어 사실상 기간을 정하지 않은 근로계약과 다르지 않거나 ② 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 ‘근로계약 기간의 만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 근로계약을 갱신한다’는 명시적인 규정이 있는 등 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있다는 정당한 기대권(이하 ‘갱신기대권’)이 있는 경우에는, 회사에서 기간제 근로자와의 근로계약을 갱신하지 않고 종료하는 것은 문제가 될 수 있습니다.

①의 경우는 외형상으로는 기간의 정함이 있는 근로계약이지만, 실질적으로는 기간의 정함이

없는 근로계약을 체결한 것입니다. 따라서 계약기간 만료를 이유로 한 근로관계 종료에 ‘정당한 이유’가 없다면 부당해고에 해당합니다.

②의 경우는 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결하였더라도 근로자에게 갱신기대권이 있는 경우입니다. 근로자의 갱신기대권이 인정되면, 회사가 합리적 이유 없이 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 해고에 해당합니다. 따라서 회사의 근로계약 갱신거절에 ‘합리적 이유’가 없다면 부당해고에 해당합니다. 하지만 이 때 근로자가 가지는 기대권은 ‘동일한 계약을 1회 체결할’ 기대권이므로 곧바로 기간의 정함이 없는 근로자로 인정되지는 않습니다.

기간제법이 제정되기 이전에 회사는 아무런 제한 없이 근로자와 최대 1년의 근로계약을 반복해서 체결하는 것이 가능했습니다(구 근로기준법 제16조). 그래서 회사에서는 자유롭게 근로자를 해고할 수 있도록 근로자와 기간의 정함이 있는 근로계약을 횡수 제한 없이 반복적으로 체결하는 경우가 많았습니다. 법원에서는 이러한 문제를 해결하기 위해 근로자의 갱신기대권을 인정해주었습니다.

#### 정리하면,

근로자에게 갱신기대권이 있다고 인정되려면 ① 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 ‘기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정’을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 ② ‘근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용, 타 근로자들에 대한 계약갱신 관행’ 등 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합할 때 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있다고 볼 수 있어야 합니다(대법 2011.4.14., 2007두1729 등 참고).

위 사례에서처럼 근로계약서에 근로계약이 갱신될 수 있다는 규정이 있다는 사실만으로 근로자에게 갱신기대권이 인정된다고 볼 수는 없습니다. 따라서 근로계약 기간의 만료로 근로자와의 근로관계를 종료하는 것은 해고에 해당하지 않습니다.

### ☞ 참고사례 1

#### 정년을 경과한 기간제 근로자도 갱신기대권이 인정되는지

정년을 도과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우에도 갱신기대권은 인정될 수 있습니다. 이 경우에는 해당 직무의 성격에 의하여 요구되는 직무수행능력과 당해 근로자의 업무수행 적격성, 연령에 따른 작업능률 저하나 위험성 증대의 정도, 해당 사업장에서 정년을 경과한 고령자가 근무하는 실태 및 계약이 갱신되어 온 사례 등을 종합적으로 고려하여 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정되는지 여부를 판단합니다(대법 2017.2.3, 2016두50563).

### ☞ 참고사례 2

#### 기간제 근로자를 3개월의 공백기간이 지나서 재채용한 경우, 계속 근무한 것으로 볼 수 있는 지?

회사와 근로자 사이의 근로관계가 기간 만료로 종료하여 3개월이 지난 후 다시 근로계약을 체결한 경우, 공백기간 전후의 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 볼 수 없습니다. 따라서 새롭게 계약이 체결된 시점부터 다시 근무기간이 산정되어야 합니다(대법 2019.10.17, 2016두63705).

### ☞ 참고사례 3

#### ‘공사종료일’을 근로계약기간 만료일로 정한 경우

근로계약기간은 근로계약의 존속기간으로서 기간제법 제17조에 따라 서면으로 명시해야하는 근로 조건이며, 근로계약 당사자는 원칙적으로 이를 당사자의 합의에 의해 임의로 정할 수 있습니다. 따라서 특정사업(공사)의 완료에 필요한 근로계약기간을 정함에 있어 날씨 등의 사유로 사업완료일을 확정 할 수 없는 경우에는 근로계약기간 만료일을 당해 특정사업(공사)의 공사종료일로 정하여 근로계약을 체결할 수 있습니다. 다만, 이 근로계약기간이 2년을 초과하는 경우 사용기간제한의 예외규정에 해당 하지 않는 한, 그 계약은 ‘기간의 정함이 없는 근로계약’으로 간주됩니다(비정규직대책팀-2917, 2007. 7.18.).

#### 참고사례 4

##### **부당한 갱신거절로 근로를 제공하지 못한 기간이 2년의 사용제한기간에 포함되는지**

기간제 근로자가 근로계약 종료를 통보받았으나(1차 갱신거절), 1차 갱신거절이 부당해고임이 확정되었고 복직 후 기간제 근로계약을 다시 갱신해 오다 종합평가결과를 근거로 근로계약 종료 통보를 받은 경우 1차 갱신거절로 인해 근로자가 실제로 근로를 제공하지 못한 기간도 사용제한기간 2년에 포함된다고 보아야 합니다. 따라서 이 기간을 포함하여 전체 근무기간이 2년을 초과하는 경우 기간의 정함이 없는 근로자로 볼 수 있습니다(대법 2018.6.19, 2013다85523).

#### 참고사례 5

##### **퇴직금 지급을 회피할 목적으로 임의로 사직처리하고 재입사시킨 경우**

계약기간이 만료되고 일정기간이 경과한 후 다른 업무를 위하여 새로운 근로계약을 체결하였다면 이는 계속근로로 볼 수 없습니다. 다만, 사업이 단절됨이 없이 계속되는 업무임에도 불구하고 퇴직금 지급을 회피할 목적으로 사업주가 임의로 사직처리하고 일정기간의 휴직기간을 거친 후 재입사시키는 등을 반복적으로 행하는 경우라면 동일사업에 사실상 계속근로 하였다고 봐야 할 것입니다(근기 68207-2991, 2000.9.28.).

# 갱신기대권, # 기간제 근로, # 무기계약, # 정년, # 근로계약기간, # 근로계약

# 15

(차별여부)

## 기간제 근로자에게 성과금을 지급하지 않았습니다. 차별 아닌가요?

기간제 근로자로 근무를 하고 있습니다. 회사에서 작년 실적이 좋으며 정규직 근로자들에게 동일한 액수의 성과금을 지급하였습니다. 그런데, 정규직 근로자와 똑같은 업무를 하고있는 기간제 근로자들에게는 성과금을 전혀 지급하지 않았습니다. 기간제 근로자라는 이유로 성과금을 지급하지 않는 것은 차별 아닌가요? 저도 성과금을 받으려면 어떻게 해야 하나요?

### 근로자별 근로조건은 다를 수 있어

회사는 기간제 근로자라는 이유로 임금, 성과금, 근로조건 및 복리후생 등과 관련하여 같은 회사에서 동종, 유사업무를 하는 기간의 정함이 없는 정규직 근로자와 차별할 수 없습니다(기간제법 제8조). 그렇다고 기간제 근로자와 정규직 근로자의 근로조건이 다른 것이 모두 차별로 인정되는 않습니다. 여기서 차별은 합리적 이유없이 다르게 대한다는 뜻입니다.

### 차별은 합리적 이유가 없어야

근로자간 유리·불리한 근로조건을 적용하는 것에 합리적 이유가 있을 수 있고, 합리적 이유가 없을 수도 있습니다. 우리 법이 금지하는 ‘차별’은 ‘합리적 이유가 없는 불리한 처우’입니다. 합리적인 이유가 있다는 것은 정규직 근로자와 기간제 근로자가 동일한 업무를 하더라도 업무강도나 질의 차이가 있는 경우와 같이, 근로자간 다르게 대우할 만한 사정이 있는 때를 의미합니다. 이러한 사정이 없는데도 기간제 근로자에게 불리한 처우를 한다면 이는 ‘비정규직 차별’에 해당할 수 있습니다. 그리고 ‘합리적 이유’가 있는지 여부는 회사가 입증해야 합니다.

위 사례에서처럼 정규직 근로자와 기간제 근로자의 업무 내용, 업무강도나 책임 및 권한이 동

일한데도 기간제 근로자에게는 아예 성과금을 지급하지 않고 정규직 근로자에게만 성과금을 지급하였다면, 이는 합리적 이유가 없어 '차별'에 해당할 수 있습니다.

### 정리하면,

차별적 처우를 받은 기간제 근로자는, 노동위원회에 차별시정신청을 할 수 있습니다(기간제법 제9조). 다만, 시정신청은 차별이 있었던 날로부터 6개월 이내에만 가능하니, 시정신청 전에 신청기한이 지났는지를 확인해야 합니다.

이 때 차별 판단은 차별이 있었던 시기를 기준으로 합니다. 그렇기 때문에, 예를 들어 동종 또는 유사 업무를 했던 정규직 근로자가 퇴사하여 현재는 재직중이 아니라도 차별적 처우로 인정될 수 있습니다. 또한, 2년의 근로계약이 초과되어 무기계약직으로 전환이 된 경우에도 차별을 받았을 때부터 6개월이 지나지 않았다면 노동위원회에 차별시정신청을 할 수 있습니다.

### 관련법률

#### 기간제법 제8조 (차별적 처우의 금지)

- ① 사용자는 기간제근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니된다.
- ② 사용자는 단시간근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니된다.

### 참고사례 1

#### 비교대상 근로자가 존재하지 않는 경우 차별 여부의 판단

기간제법상 기간제·단시간 근로자에 대한 차별판단을 위해서는 당해 사업(장)에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 무기계약근로자·통상근로자가 존재해야 합니다. 따라서 비교대상 근로자가 존재하지 않는 경우에는 당해 근로자가 노동위원회에 차별시정을 신청하더라도 차별 여부를 판단할 수가 없습니다(비정규직대책팀-2411, 2007.6.26).



## ☞ 참고사례 2

### 중식대와 통근비를 비교대상 근로자에 비해 적은 금액으로 책정하여 지급한 경우

중식대와 통근비는 실비변상 내지 복리후생적인 목적에 따라 지급되는 것으로서 업무의 범위, 업무의 난이도, 업무량 등에 따라 차등하여 지급될 성질의 것이 아니고, 부수적으로 복리후생적인 목적이 있다고 하더라도 이를 장기근속의 유도와 직접 연관시키기는 어렵다고 볼 수 있습니다. 따라서 중식대와 통근비를 비교대상 근로자에 비해 적은 금액으로 책정하여 지급한 것은 불리한 처우에 해당하고, 중식대와 통근비를 차별하여 지급한 데에 합리적인 이유가 있는 것으로 볼 수 없습니다(대법 2012. 11.15, 2011두11792).

# 파견근로자, # 비교대상 근로자, # 차별, # 차별시정, # 합리적 이유, # 성과금, # 중식대, # 통근비