개정판

상담자를 위한 노동상담 매뉴얼

서울노동권익센터

I·SEOUL·U

개정판

상담자를 위한 노동상담 매뉴얼

서울노동권익센터

I·SEOUL·U

상담자를 위한
노동상담 매뉴얼

발간사 19
자주 찾아보는 노동법 주요 정보 20

1장 노동상담의 기초, 상담자의 자세 44
1. 노동상담의 정의 45
2. 노동상담의 세 가지 전제 45
(1) 정확한 법률 상담 45
(2) 상담 자체로 문제해결 45
(3) 심리치유와의 결합 46
3. 노동상담의 관점 46
(1) 근로자를 위한 상담 46
(2) 기계적인 중립과 중도의 이해 46
(3) 전문성과 근로자 중심성의 결합 47
4. 노동상담의 이해 47
(1) 상담심리학 47
(2) 마음과 상담 48
(3) 상담과 코칭 48
5. 노동상담의 방법 49
(1) 회사 내 상담실 운영 49
① 사내 상담실 운영의 필요성 49
② 원활한 사내 상담을 위한 조언 49
(2) 노동상담 방법(체크리스트) 49
① 노동문제 해결을 위한 대처방법 ABC 49
② 상담기법 및 상담자의 자세 49
③ 상담 시 상담자가 내담자에게 확인해야 할 사항들 50
④ 상담 시 코칭의 방법 51

2장 근로기준법 적용 범위 52
1. 근로기준법의 효력과 적용범위 53
2. 사업 또는 사업장 55
(1) 일반론 55
(2) 사업 또는 사업장의 범위 55
3. 상시근로자수 산정 56
4. 근로기준법상 근로자 57
(1) '근로자'의 정의 57
(2) 근로자의 판단기준 58
(3) 판례의 구체적인 근로자성 판단 60
① 사업자 등록을 하고 수수료 비율로 급여를 정한 백화점 판매원과 객공 60
② 텔레마케터(전화권유판매원)에 관한 원심과 대법원의 판결 비교 61
③ 학원버스 기사(지입차주)에 관한 인정례와 부정례 63
(4) 기타 근로자성이 문제되는 사례들 63
① 일경험 수련생의 근로자성 63
② 학원강사의 근로자성 65
③ 간부·임원의 근로자성 65

3장 임금체불 66
1. 임금체불 상담에서 확인해야 할 것 67
(1) 상담 초기 입증자료 체크리스트 67
① 근로계약서와 급여명세서의 확인 67
② 고용보험, 건강보험 가입이력내역 68
③ 급여통장 입금거래내역 68
④ 취업규칙 및 각종 합의서 68
⑤ 출퇴근 기록 및 교통카드 내역 68
⑥ 카톡, 문자, 녹취자료 68
(2) 근로조건의 확인 69
① 채용공고와 근로조건 69
② 근로계약서와 근로조건 69
③ 근로조건의 변경여부 71
2. 체불금품의 계산 71
(1) 임금의 종류와 개념 72
(2) 최저임금과 통상임금의 관계 73
(3) 최저임금의 계산 74
① 최저임금 74
② 최저임금의 적용제외 74
③ 최저임금에 산입되는 임금과 산정방법 75
(4) 통상임금과 기본급, 주휴수당의 계산 80
① 통상임금에 산입되는 임금의 범위 80
② 기본급과 주휴수당의 계산 84
(5) 연장근로수당, 휴일근로수당, 야간근로수당(근로기준법 제56조) 88
① 연장근로수당의 계산방법 88
② 휴일근로수당의 계산방법 89
③ 휴일대체 89
④ 관리 감독적 지위에 있는 자의 가산수당 89
⑤ 야간근로수당 89
(6) 연차휴가 일수와 연차수당의 계산(근로기준법 제60조) 90
① 연차유급휴가의 정의 90
② 연차유급휴가일수 90
③ 연차휴가의 사용기간 92
④ 회계연도 방식의 연차휴가 부여 93
⑤ 육아휴직자의 연차유급휴가 94
⑥ 연차수당(연차휴가 미사용 수당) 94
⑦ 연차유급휴가의 적용제외대상 95
(7) 휴업수당(근로기준법 제46조) 95
① 부분휴업 "꺾기" 96
② 소정근로시간의 변경 96
③ 연장근로시간의 축소 97
(8) 평균임금과 퇴직금의 계산 97
① 평균임금에 포함되는 임금 98
② 평균임금 계산에서 제외되는 기간 101
③ 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간 101
④ 5인 미만 사업장에서 퇴직금 103
⑤ 중간정산과 분할지급 문제 104
⑥ 퇴직연금 106

(9) 해고예고수당 106
① 해고예고의 적용 106
② 해고예고수당의 계산 106
③ 일용근로자의 해고예고수당 107
3. 고용노동청 체불신고(진정제기) 107
(1) 금품청산기일과 소멸시효 중단 107
(2) 고용노동부 민원절차와 민사절차 108
① 진정과 고소의 차이 108
② 출석의 필요성 109
(3) 체불신고의 상대방 110
① 근속기간 중 사업주의 변경과 진정대상 110
② 포괄적 영업양도와 근로관계 승계문제 110
③ 건설현장 일용직의 체불신고 상대방 111
(4) 진정서 작성방법 111
(5) 합의시 유의사항 112
① 합의 여부 (취하서 제출 여부) 112
② 합의시 체크리스트 112
③ 기타금품의 처리 113
4. 체불금품 확정 후 가능한 조치 113
(1) 체불 임금 등 확인서 발급신청 113
(2) 검찰 수사 및 취하서 제출 113
(3) 민사소송과 소액체당금 신청 113
① 체불임금의 민사청구 113
② 소액체당금 제도 114
(4) 폐업 및 파산 회사 일반체당금 제도 115
① 일반체당금의 개요 및 지급사유 115
② 일반체당금 지급금액 116
③ 재판상 도산 시 일반체당금 지급 절차 116
④ 사실상 도산 및 일반체당금 지급 절차 117

4장 부당해고(징계, 해고, 인사이동) 118
1. 부당해고(징계, 인사이동) 상담 시 주의사항 119
(1) 상담 시 주의사항 119
① 존중과 공감 119
② 사실관계 구체화 및 정리 119
③ 확증편향 경계 119
④ 규정과 전례 확인 120
⑤ 법적 절차의 목적과 한계 확인 120
⑥ 내담자의 판단과 책임을 대신하지 말 것 120
(2) 부당해고(징계, 인사이동) 상담 시 체크 리스트 120
① 공통 확인 사항 120
② 징계(해고)의 경우 121
③ 정리해고의 경우 122
④ 전직(각종 인사발령)의 경우 122
⑤ 계약기간 만료에 따른 계약해지의 경우 123
2. 해고가 아닌 퇴직 124
(1) 퇴직의 유형 124
(2) 사직 124
① 주의할 점 124
② 사직서 철회 125
③ 사직서를 수리하지 않는 경우 126
④ 명예퇴직, 희망퇴직 126
(3) 자동퇴직 127
① 회사의 폐업 127
② 당연면직 127
③ 정년 도달 128
④ 근로계약 기간 만료 128
⑤ 용역(하청)업체 변경의 경우 132
⑥ 채용내정, 시용, 수습 132
3. 해고 134
(1) 해고의 유형 134
(2) 절대해고금지기간 134
(3) 해고 서면통보와 해고예고 135
① 해고 서면통보 135
② 해고예고 135
(4) 통상해고 137
① 개요 137
② 정당성 판단 137
(5) 징계해고(징계의 정당성 판단기준 포함) 137
① 개요 137
② 징계사유의 정당성 138
③ 징계절차의 적법성 139
④ 징계양정의 적정성 141
(6) 정리해고 142
① 개요 142
② 정리해고의 정당성 요건 142
4. 전직 및 기타 인사발령 146
(1) 전직 146
① 개요 146
② 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있는 경우 146
③ 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있지 않은 경우 146
(2) 대기발령(직위해제) 149
① 판단기준 149
② 대기발령과 당연면직 150
③ 대기발령 기간의 적정성 150
(3) 기타 인사발령 151
① 전적 151
② 휴직명령 151
5. 법적 구제절차 152
(1) 개요 152
① 부당해고 등을 당했을 때 법적 구제절차 152
② 노동위원회 제도 이해 152
(2) 구제신청 절차 153
① 구제신청 153
② 조사 및 서면 공방 158
③ 심문회의 161
④ 판정 및 불복 161

5장 근로시간·휴일·휴가 168
1. 근로시간 169
(1) 소정근로시간 170
① 소정근로시간과 주휴수당 170
② 1주 15시간 이상 근로 171
③ 강제퇴근조치 '꺾기'와 휴업수당 172
(2) 휴게시간 172
① 휴게시간의 길이 172
② 휴게시간의 배치 172
③ 휴게시간과 근로시간의 구분 173
(3) 근로시간의 입증방법 174
① 근로계약서 174
② 취업규칙, 단체협약, 급여명세서, 급여대장 174
③ 애플리케이션과 교통카드 기록 등 174
(4) 실제근로시간 판단기준 174
① 업무준비시간·시업시간·종업시간 174
② 휴게시간과 대기시간 175
③ 조기출근과 연장근로 176
④ 워크숍과 회식 176
⑤ 출장시 이동시간 176
⑥ 당직근무 177
⑦ 교육시간 177
⑧ 공민권 행사 177
(5) 연장·야간·휴일 근로시간 178
① 연장근로시간의 범위 178
② 야간근로와 휴일근로 180
③ 시간외 근로 및 가산수당의 계산 181
④ 연장근로와 보상휴가제 181
⑤ 1주일의 일수 182
(6) 교대제 근로 183
① 교대제 근로란? 183
② 교대제 근무와 불이익 변경 183
③ 교대제의 연장근로 183
④ 교대제의 주휴일 185
⑤ 교대제의 연차휴가 185
⑥ 교대제의 결근 처리 186
(7) 유연근로시간제도 186
① 선택적 근로시간제도 186
② 탄력적 근로시간제도 186
③ 간주근로시간제 188
④ 재량근로시간제 188
(8) 근로시간의 적용제외 189
① 사업 또는 업무의 특수성에 따른 적용제외 189
② 감시·단속적 근로자 190
③ 관리·감독직 193
④ 근로시간 적용제외 특례 사업장 193
2. 휴일 195
(1) 휴일과 휴가의 차이 195
(2) 법정휴일과 약정휴일 195
(3) 주휴일 196
① 주휴일과 주휴수당 196
② 일용직 근로자와 주휴일 197
③ 단시간 근로자의 주휴일 197
④ 주휴수당 계산 방법 197
(4) 휴일대체 198
(5) 5월 1일 노동절 198
① 단시간 근로자와 노동절 198
② 일용근로자와 노동절 198
③ 교대제 근로와 노동절 199
④ 노동절과 휴일대체, 보상휴가제 199
3. 연차휴가 201
(1) 연차유급휴가 201
(2) 연차유급휴가의 발생 201
① 연차유급휴가의 발생 201
② 1년 미만자의 연차유급휴가 201
③ 1년 계약직의 연차유급휴가 202
④ 단시간근로자의 연차유급휴가 202
⑤ 1년간 80%이상 출근의 판단 203
(3) 연차유급휴가의 사용 204
① 발생일로부터 1년 이내 사용 204
② 근로자의 시기지정권과 사용자의 시기변경권 204
③ 연차유급휴가 사용촉진제도 204
④ 연차유급휴가 대체제도 205
(4) 연차유급휴가수당 및 미사용수당 205
4. 기타휴가 207
(1) 병가 207
① 병가신청 207
② 병가종료와 해고, 실업급여 207
③ 병가기간과 퇴직금 208
(2) 출산전후휴가 208
(3) 배우자출산휴가 208
(4) 난임휴가 208

6장 산업재해 210
1. 산업재해보상보험법의 개요 211
(1) 기본 체크리스트 211
(2) 세 가지 적용요건 211
① 법령 적용 사업장 요건 212
② 적용대상인 근로자성 여부 212
③ 속지주의 원칙 213
(3) 근로기준법상 재해보상 213
(4) 공상처리에 대한 이해 및 대응 214
(5) 산재 은폐에 대한 이해 및 대응 214
(6) 미가입 사업장 및 보험료 미납 사업장의 재해 215
(7) 산재급여 무엇이, 얼마나 지급되나 215
(8) 기타법상 재해보상 : 공무원, 사립학교 교직원, 군인, 선원 216
① 공무원 : 공무원재해보상법의 적용 (2018. 9. 21. 시행) 216
② 사립학교 교직원 : 사립학교 교직원연금법의 적용 216
③ 기타 : 군인의 경우 군인연금법의 적용, 선원의 경우 선원법의 적용 216

2. 산재 신청 절차 218
(1) 개요 218
(2) 산재신청 및 판정 순서도 219
(3) 청구서 작성 요령 219
① 앞장 기재방법 219
② 뒷장 기재방법 220
③ 산업재해보상보험 소견서 작성방법 220
④ 유족급여청구서 작성방법 220
(4) 근로복지공단 조사 시 대응 요령 220
(5) 판정위원회 진술시 대응 요령 221
(6) 산재승인 이후 해야 할 일 221
① 이중보상 금지원칙 221
② 산재승인이유 파악하기 : 정보공개신청 221
③ 각종 보험급여 청구하기 222
④ 산재승인기간 연장하기 222
⑤ 미지급 보험급여 청구하기 222
⑥ 장해급여 청구하기 등 222
3. 업무상 사고의 유형 및 인정기준 224
(1) 업무상 사고의 일반적 인정원칙에 대한 기준 224
(2) 업무상 사고의 인정기준과 유형별 대응요령 224
① 근무시간 중 사고 및 작업시간외 사고 225
② 시설물 결함 등에 의한 사고 226
③ 통근(출·퇴근 중) 재해 227
④ 휴게시간 중 사고 231
⑤ 출장 중 사고 232
⑥ 해외 출장·파견 중의 사고 234
⑦ 행사 중 사고 235
⑧ 회식 중 사고 237
⑨ 요양 중 사고 238
⑩ 타인의 가해행위에 의한 사고 239
⑪ 노동조합 활동 관련 재해 241
⑫ 자해행위(자살)에 따른 사고 242
4. 업무상 질병의 유형 및 인정기준 244
(1) 일반적 인정원칙에 대한 기준 244
(2) 업무상 질병의 인정기준과 유형별 대응 요령 245
① 뇌심혈관계질환 245
② 근골격계 질환 249
③ 사고성 질환 251
④ 직업성 질병 및 직업성 암 253
⑤ 정신 질환 254
5. 산재불승인 시 대응 절차 257
(1) 기본 대응 방법 257
(2) 심사 및 재심사청구 방법 257
(3) 제척기간 도과 시 불복방법 257

7장 사회보험 264
1. 4대보험의 개요 265
(1) 사회보험의 정의 265
(2) 4대보험의 개요 265
① 국민연금 265
② 건강보험 265
③ 고용보험 265
④ 산재보험 266
2. 4대보험료 : 산정·부과·정산 266
(1) 4대보험료 원천공제 266
(2) 4대보험료 산정과 부과 방식 267
① 보험료율(2018년 기준) 267
② 보험료산정기준금액 267
(3) 4대보험료의 정산 269
3. 4대보험 가입자격 271
(1)원칙 271
(2) 적용제외자 271
(3) 사안별 설명 272
① 1개월 미만 고용되는 일용근로자 272
② 1개월 이상 고용되는 일용근로자 273
③ 월 소정근로시간 60시간 미만 근로자 273
④ 특수형태근로종사자(산재보험 특례가입) 273
⑤ 외국인근로자 274
⑥ 국민기초생활보장수급자 274
⑦ 중소기업 사업주 및 자영업자 고용·산재보험 임의가입 275
⑧ 해외파견자 및 현장실습생 산재보험 특례 275
(4) 사업주가 4대보험을 가입 해주지 않았을 경우 대처방안 276
① 4대보험 미가입 시 발생할 수 있는 불이익 276
② 4대보험 미가입 시 대처방안, 피보험자격확인청구 276
4. 지원제도 278
(1) 두루누리 사회보험 지원 278
① 지원대상 및 지원금 278
② 일자리안정자금 279
(2) 사업주 고용보험 지원 280
① 고용장려금 지원제도 280
② 청년 추가고용 장려금 지원제도 280
5. 실업급여 281
(1) 실업급여의 개요 281
(2) 구직급여의 수급요건 282
① 이직일 이전 18개월간 피보험단위기간이 180일 이상일 것 282
② 구직급여를 받을 수 없는 이직사유에 해당하지 않을 것 282
(3) 구직급여 신청절차 285
① 사업주의 이직확인서 제출 285
② 구직급여 수급자격 인정 신청 285
③ 실업인정 285
(4)구직급여 지급기간과 액수 287
① 지급기간(소정급여일수) 287
② 구직급여액 287
(5) 수급자격 불인정 또는 실업 불인정시 이의절차 287
(6) 부정수급 결정에 대한 이의신청 288
① 부정수급의 개요(고용보험법 제61조· 제62조·제116조·제118조) 288
② 부정수급의 업무처리절차 288

③ 부정수급 사례와 대응방안(고용보험법 시행령 제80조·제81조, 시행규칙 제104조·105조) 289
④ 실업인정 기간 중 취업으로 인정되는 기준 290
6. 사례로 살펴보는 4대 보험 291
(1) 두 곳의 사업장에서 일 할 경우 291
(2) 휴직 중인 근로자의 4대보험 처리 292
(3) 고용승계 시 4대보험 292
(4) 퇴사이후 건강보험 임의계속 가입제도 292
(5) 퇴직 후 국민연금지원 실업크레딧 제도 293
(6) 건강보험 피부양자 등록 293
(7) 사업주가 산재보험료 인상 때문에 산재처리를 해주지 않는 경우 295

8장 직장 괴롭힘 296
1. 직장 괴롭힘의 개념 297
(1) 외국의 직장 괴롭힘 개념 297
(2) 현행 국내법상 유사 개념 298
① 스토킹으로서의 괴롭힘 298
② 장애인차별행위로서의 괴롭힘 298
③ 성희롱으로서의 괴롭힘 298
④ 따돌림으로서의 괴롭힘 299
(3) 법률안에서의 직장 괴롭힘 개념 299
2. 직장 괴롭힘의 원인 및 선행요인 300
3. 직장 괴롭힘의 유형 301
4. 직장 괴롭힘에 대한 법적 대응 302
(1) 개요 302
(2) 구제 기관별 주요 내용과 주의할 점 303
① 지방고용관서에 진정·고소하기 303
② 노동위원회에 구제신청하기 304
③ 국가인권위원회에 진정하기 304
④ 지방자치단체 인권보호관에 진정하기 306
⑤ 공익신고·부패신고를 이유로 인한 괴롭힘으로부터 보호받기 307
⑥ 공직자 행동강령 위반으로 신고하기 310
(3) 산업재해의 인정 311
(4) 형사상 구제 313
① 개요 313
② 명예훼손죄·모욕죄 313
③ 형법상 강요죄 및 근로기준법상 강제근로 금지 316
④ 경범죄처벌법 위반 317
(5) 민사상 손해배상청구의 제기 319
5. 직장 괴롭힘 상담자 주의사항 320
(1) 내담자에게 기록을 하도록 합니다 320
(2) 내담자에게 증거를 확보하도록 합니다 321
[보론] 국회 환경노동위원회에서 의결된 법률안(2018. 9. 12.) 323

9장 직장 내 성희롱 326
1. 직장 내 성희롱이란 327
(1) 사회적 의미로서 성희롱 327
(2) 성희롱 법제의 의미, 왜 "직장 내 성희롱"인가 327
① 범죄가 아니어도 불법행위에 해당하는 직장 내 성희롱 327
② 범죄 아닌 성희롱까지 법률로 규율하는 목적과 취지 327
(3) 성희롱의 법적 개념(성희롱 정의) 328
2. 직장 내 성희롱 성립여부는 어떻게 판단하여야 하나 330
(1) 성희롱 여부 판단 330
(2) 직장 내 성희롱의 행위자와 피해자 330
① 직장 내 성희롱 행위자 330
② 직장 내 성희롱 피해자 331
③ 고객 등 제3자가 행위자인 경우 332
④ 당사자의 성별 332
(3) 직장 내 성희롱의 판단기준 333
① 직장 내 지위를 이용하거나 업무와의 관련성이 있어야 합니다 333
② 피해자가 원하지 않는 행위여야 합니다 333
③ 성적 언동 또는 그 밖의 요구이어야 합니다 334
④ 합리적 피해자 관점과 성인지 감수성을 바탕으로 판단해야 합니다 337
⑤ 행위자의 의도는 직장 내 성희롱 성립여부와 무관합니다 338
⑥ 직장 내 성희롱 행위로 인한 피해의 내용 339
(4) 직장 내 성희롱의 특성과 발생원인 339
3. 사업주의 의무 341
(1) 사업주의 의무와 위반시 제재 341
(2) 직장 내 성희롱 관련 사업주 의무의 특징 342
(3) 남녀고용평등법 성희롱 관련 규정의 구체적 내용 343
① 사업주의 직장 내 성희롱 금지 의무(남녀고용평등법 제12조, 제39조 제1항) 343
② 사업주의 직장 내 성희롱예방 교육 의무(남녀고용평등법 제13조, 제39조 제2항) 343
③ 성희롱 발생 시 조치 의무(법적 책임) 344
4. 직장 내 성희롱 분쟁에 대한 해결 절차 346
(1) 사내 해결의 원칙 346
① 직장 내 성희롱을 사내에서 해결할 때 지켜져야 할 원칙 346
② 피해자 및 피해 주장자의 권리의식과 책임있는 태도 347
(2) 직장 내 성희롱의 사내 해결 절차 347
5. 피해자 보호와 2차 피해 방지를 위한 대책 348
(1) 직장 내 성희롱의 2차 피해의 의미 348
(2) 피해자 보호 및 2차 피해 방지를 위한 법률의 주요 내용 349
① 피해자 뿐 아니라 누구든지 회사에 성희롱 신고를 할 수 있으며 회사는 이를 반드시 조사, 처리해야 합니다 349
② 회사는 신고되거나 인지한 성희롱 사실에 대해 지체없이 조사를 해야 합니다 349
③ 조사시 피해자가 성적 굴욕감 등을 느끼지 않도록 해야 합니다 349
④ 조사자, 보고 받는 자, 조사과정 참여자 등은 조사 과정에서 알게 된 비밀을 누설하지 않아야 합니다 349
⑤ 조사 기간 동안에도 피해자 보호를 위해 필요하다면 피해자 의견을 고려하여 피해자에게 근무장소 변경, 유급휴가 명령 등의 조치를 하여야 합니다 350
⑥ 성희롱 발생 사실 확인시 피해자의 의견을 들어 행위자에 대하여 징계, 근무장소 변경 등 필요한 조치를 해야 합니다 350
⑦ 성희롱 발생 사실 확인 시 피해근로자가 요청하는 경우 피해근로자에 대하여 근무장소 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 합니다 350
⑧ 사업주는 신고자, 피해주장자, 피해자에 대하여 불리한 처우를 해서는 안됩니다 351
(3) 피해자에 대한 심리 치유 및 기타 351
6. 직장 내 성희롱 상담 351
(1) 상담의 의의 351
(2)상담의 기본 원칙과 상담자의 역할 352
① 상담자의 자세 352
② 상담의 기본 원칙 352

(3) 직장 내 성희롱 상담의 구체적 절차 및 방법 355
① 기초 정보의 확인 355
② 해결방안의 탐색 355
7. 직장 내 성희롱 피해자 또는 피해주장자의 대처와 유의사항 356
(1) 직장 내 성희롱의 피해를 겪었을 때 가져야 할 인식과 태도 356
① 행위자의 잘못이지 피해자의 탓이 아니라는 인식이 필요합니다 356
② 직장 내 성희롱은 피해자의 인권과 노동권을 침해하는 불법행위이며, 법률이 규율하고 있는 문제라는 인식이 필요합니다 356
③ 직장 내 성희롱인지 여부가 불분명한 경우라도 대응을 하는 것이 필요합니다 356
(2) 직장 내 성희롱 발생 시 사내에서 처리한다는 것의 의미 357
(3) 직장 내 성희롱을 해결하는 주체는 자신이라는 점 357
(4) 증거 수집과 조력자 확보, 사내처리절차를 이용할 권리 357
(5) 외부 기관을 통한 대응 358
① 행정적, 사법적 대응 358
② 지방고용노동관서에의 진정, 고소, 고발 358
③ 국가인권위원회 진정을 통한 구제 359
④ 노동위원회 구제신청 360
⑤ 검찰 또는 경찰에 고소, 고발 360
⑥ 민사상 손해배상의 청구 361
8. 직장 내 성희롱 분쟁 해결 사례들 362

10장 소송 366
1. 노동관계 소송 상담을 위해 체크할 사항 367
(1) 노동관계 소송의 유형 367
(2) 소제기 가능 여부 367
① 소멸시효 완성 367
② 행정소송의 제소기간 도과 367
③ 중복소송 368
④ 재소금지 해당 368
⑤ 부제소합의 368
(3) 소송비용 산정 368
① 소송비용의 개념 368
② 인지대 산정 방법 369
③ 송달료 산정 방법 369
④ 인지대, 송달료 산정 예시(제1심 기준) 370
(4) 패소 시 소송비용 부담 370
(5) 증거확보 및 입증방법 모색 371
① 소송의 승패는 증거에 의해서 결정됩니다 371
② 사전 증거 확보 방법 372
③ 소송에서의 증거 확보 방법 372
(6) 가압류·가처분이 필요한지 여부 374
(7) 일반소송 외 절차를 활용할 것인지 여부 374
(8) 법률구조 또는 소송구조 신청 여부 374
(9) 판결에 대한 불복 여부 375
(10) 나홀로소송에 도움이 되는 사이트 376
2. 체불임금 청구 소송 376
(1) 체불임금 청구소송 절차 377
① 절차 순서도 377
② 상담 체크리스트 377
(2) 권리 보전 : 가압류 377
① 가압류의 의의 377
② 가압류 요건 378
③ 가압류 신청 378
④ 법원의 가압류 결정 378
(3) 권리 확정 : 민사(본안)소송, 소액심판청구, 지급명령신청 379
① 민사소송 등의 의의 379
② 소액사건 심판절차 379
③ 독촉절차(지급명령제도) 380
(4) 강제집행 381
① 강제집행의 요건 381
② 강제집행 절차 382
③ 임금채권에 기한 강제집행 시 유의할 사항 383
(5) 재산명시와 채무불이행자명부 384
① 재산명시 및 재산조회 384
② 채무불이행자명부 384
3. 해고소송 387
(1) 해고무효 확인소송 387
① 해고무효 확인소송의 의의 387
② 절차 순서도 388
(2) 부당해고 구제 재심판정 취소소송 389
① 부당해고 구제 재심판정 취소소송의 의의 389
② 절차 순서도 389

11장 이주노동자 392
1. 이주노동자에 대한 이해 393
2. 이주노동자 상담활동에 대한 이해 394
(1) 이주노동자 상담활동의 특징 394
① 임금관련 상담의 특징 394
② 퇴직금 관련 상담의 특징 395
③ 산재 관련 상담의 특징 395
④ 사업장 이동과 관련된 상담의 특징 395
⑤ 출입국과 관련된 상담의 특징 395
(2) 이주노동자 상담활동의 실제 396
① 상담과 법적 절차 396
② 초기 상담접수 396
③ 사실 확인 399
④ 지급요구 399
⑤ 고용노동청 진정 400
⑥ 법원 소송 및 기타 구제 절차 400
⑦ 체당금, 임금체불보험금청구 401
3. 고용허가제 401
(1) 고용허가제 개요 401
(2) 신규입국 외국인노동자의 신청과 채용 402
① 일반외국인(E-9) 402
② 외국국적 동포(H-2) 404
③ 직업안정기관 외 알선등 금지 404
(3) 재입국 외국인노동자의 취업 404
① 성실노동자 재입국 취업 제도 404
② 특별한국어시험 재입국 제도 405

(4) 채용 후 퇴직까지 405
① 일반외국인(E-9) 노동자 405
② 외국국적 동포(H-2) 노동자 410
(5) 외국인노동자 전용보험 410
① 출국만기보험(사용자 가입) 410
② 보증보험(사용자 가입) 411
③ 귀국비용보험 등(외국인노동자 가입) 411
④ 외국인노동자와 4대보험 411
4. 출입국 관련 412
(1) 외국인의 입국 412
① 체류자격 412
② 입국 금지 414
③ 외국인 입국 시 지문 및 얼굴에 관한 정보의 제공 등 415
(2) 외국인의 체류 및 등록 415
① 외국인의 체류 415
② 외국인의 등록 416
(3) 강제퇴거 417
5. 이주노동자에 대한 노동법 적용 419
(1) 이주노동자의 법적 지위 419
① 이주노동자의 국제법상 지위 419
② 등록된 이주노동자와 미등록 이주노동자 420
③ 노동법 적용 420
(2) 근로기준법 적용 422
① 근로기준법 총칙 - 폭행 금지 등 422
② 근로계약 423
③ 위약예정 금지 및 강제저축 금지 423
④ 임금 424
⑤ 해고 425
(3) 근로기준법 위반 및 산업재해에 대한 대응 426
① 진정 및 고소(고발) 426
② 부당해고 구제신청 426
③ 법원 소송 및 기타 구제 절차 426
④ 산업재해 427

12장 요양보호사 428
1. 노인장기요양보험제도 안내 429
(1) 노인장기요양보험제도란 429
(2) 관련법령 430
① 노인복지법 430
② 노인장기요양보험법 및 부속법령 430
③ 보건복지부 고시(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 세부사항) 430
(3) 장기요양제도 용어 풀이 431
2. 노인장기요양보험제도 현황 433
(1) 서울시 장기요양기관 및 요양보호사 현황 433
(2) 서비스 대상 및 업무내용, 재원 및 운영단위 433
① 서비스 대상 및 업무 내용 433
② 재원 구성 434
(3) 장기요양기관 분류 434
(4) 보건복지부 고시 주요 내용 435
① 인건비 지출 비율 435
② 처우개선비 435
③ 방문요양 서비스 보험 수가 436
④ 장기근속장려금 438
3. 요양보호사 노동상담 체크리스트 439
(1) 방문 요양보호사 상담 체크리스트 439
(2) 시설 요양보호사 상담시 체크리스트 440
4. 요양보호사 주요 노동상담 주제 440
(1) 해고 및 권고사직 440
① 요양계약기간 종료시 당연퇴직 조항 440
② 대상자 사정에 의한 권고사직, 부당해고 등 441
③ 근무특성에 따른 실업급여 미적용 문제 442
(2) 요양보호사의 임금 442
① 기본시급 442
② 가산임금 443
③ 연차휴가미사용수당 445
(3) 요양보호사의 근무시간 446
① 방문 요양보호사 근무시간 446
② 방문 요양보호사 휴게시간 446
③ 시설요양보호사 휴게시간 447
(4) 요양보호사 업무 및 인력배치 448
① 부당업무 448
② 시설 장기요양기관의 인력 배치 449
(5) 노인학대로 인한 분쟁 450
(6) 비급여 근무시간에 대한 근무조건 451

알아두면 도움이 되는 기관 454

발간사

서울노동권익센터라는 이름으로 서울시민을 위한 노동권익사업을 시작한 지도 벌써 4년이 되어 갑니다. 그동안 다양한 업종에서 다양한 일을 하는 노동자들을 만나서 그들의 노동권 회복을 도왔습니다. 적은 수는 아니지만, 전체 서울시민을 생각하면 여전히 미약하기만 합니다. 여전히 많은 시민들은 직장에서 겪는 부당한 노동권 침해에 어떻게 할 지 잘 모르고 있습니다. 그렇기 때문에 일터 가까이 있는 노동조합, 시민단체 등 다양한 노동단체들의 활동이 중요합니다. 그러나 모든 단체에 공인노무사나 변호사가 상근하는 것이 아니기에 이번에 발간하는 “상담자를 위한 노동상담매뉴얼”이 유용하게 활용될 수 있습니다.

2015년에 초판 발간된 “상담자를 위한 노동상담매뉴얼”은 노동법 전문가가 아니어도 현실에서 발생하는 노동권침해에 바로 대응할 수 있도록 지원하는 것이 목표였습니다. 다행히 여러 단체들에게서 실제 상담에 많은 도움이 된다는 이야기를 들었고 개정판에 대한 요구도 많이 받았습니다. 이번 개정판은 노동법 개정내용을 반영하고 역량의 한계로 인해 부족했던 초판의 내용을 대폭 보완했습니다. 그리고 최근 사회적 이슈인 직장괴롭힘과 근로조건에서 근로기준법이외에 다른 법이 적용되는 노동자들(이주노동자, 요양보호사)들에 대한 해설을 새롭게 추가했습니다.

비정규직이 더 많은 시대에, 새롭게 등장하는 불안정한 고용상태에 놓인 노동자들이 겪는 노동권의 문제를 근본적으로 해결할 수는 없지만, 지금 바로 할 수 있는 일을 놓치지 않아야 한다는 마음을 가지고 있습니다. 이 과정에 “상담자를 위한 노동상담매뉴얼”이 유용한 도구가 되기를 기대합니다.

서울노동권익센터
문종찬

자주 찾아보는 노동법 주요 정보

근로계약서 서면 명시 사항(근로기준법 제17조)

근로계약 체결 및 변경 시 서면으로 작성하고 근로자에게 교부

1. 임금(구성항목·계산방법·지급방법)
2. 소정근로시간(휴게시간)
3. 휴일
4. 연차유급휴가
5. 취업의 장소와 종사업무
6. 근로일 및 근로일별 근로시간(단시간 근로자의 경우)

평균임금 산정일수에서 제외되는 기간

• 수습사용 중인 기간 • 사용자의 귀책사유로 휴업한 기간 • 출산전후휴가기간, 육아휴직기간 • 업무상 부상·질병으로 인한 휴업기간 • 합법적 쟁의행위기간 • 병역법, 향토예비군설치법 또는 민방위기본법에 따른 의무이행을 위해 휴직하거나 근로하지 못한 기간 • 업무 외 부상이나 질병 또는 그 밖의 사유로 사용자의 승인을 받아 휴업한 기간	근로기준법 시행령 제2조
육아기 근로시간 단축기간	남녀고용평등법 제19조의3
부당해고·대기발령·징계기간(정당한 징계기간은 포함) 노조전임기간	견해대립 있음

상시근로자수에 따른 근로기준법 적용 및 적용 제외 주요 규정

	5인 미만 사업장 적용 주요규정	5인 미만 사업장 적용제외 주요규정
근로 계약	• 근로계약서 작성 및 교부의무(제17조) • 근로계약 불이행에 대한 위약금, 손해배상액 예정 금지(제20조)	• 법령 및 취업규칙 주의 게시(제14조) • 취업규칙 작성·신고(제93조, 10인 이상 적용)
해고 관련	• 산재로 인한 휴업기간과 출산전후 휴가기간 및 이후 30일 동안의 절대적 해고 금지(제23조 제2항) • 해고예고(수당) (제26조)	• 정당한 이유 없는 해고(징계) 제한 규정(제23조 제1항) • 경영상해고 제한 규정(제24조) • 해고사유와 시기 서면 통보(제27조) • 노동위원회 부당해고 구제신청(제28조)
임금	• 임금지급의 직접·통화·전액·정기불 원칙(제43조) • 최저임금(최저임금법 제3조)	• 휴업수당(제46조) • 근로시간 및 연장근로 제한(제50조, 제53조) • 연장·야간·휴일 근로 가산수당(제56조)
휴게·휴일·휴가	• 휴게시간 (제54조) • 휴일(주휴수당) (제55조)	• 연차휴가(제60조) • 생리휴가(제73조)
기타	• 4대보험 적용 • 퇴직금 적용	• 기간제법상 무기계약 전환 • 기간제법상 차별적 처우 금지 및 시정신청

✷ 퇴직금은 1주 평균 15시간 이상, 1년 이상 근무한 경우 근로자 1인 이상 사용하는 모든 사업장에 적용되나, 상시근로자수 5인 미만 사업장의 경우 2010. 12. 1.~ 2012. 12. 31까지는 산정된 퇴직금의 50% 적용되며, 2013. 1. 1.부터 100% 적용됨

초단시간 근로자(주 평균 15시간 미만) 적용 제외

15시간 산정	4주 평균(4주 미만의 경우는 그 기간) 1주 소정근로시간 산정 ✷ 산정사유 발생한 날 이전 4주간(4주 미만인 경우는 그 기간)이 기준
	단시간 근로자 1일 평균 근로시간 = 4주 동안 총 소정근로시간 / 4주 동안 통상근로자의 총 소정근로일 수
적용제외 주요규정	주휴일(제55조), 연차휴가(제60조), 퇴직금(퇴직급여보장법 제4조), 4대보험(월 60시간 미만 대체로 적용 제외, 산재보험은 적용)
주휴수당 산정 예시	시급 8,350원, 1일 8시간, 주2일 근무, 주5일제 사업장
	시급(8,350원) × 주당 근로시간(8시간×2일)×4주 / 통상근로자 근무일수(5일)×4주 = 26,720원

연도별 최저임금

연도	시급	일급(8시간)	월급(209시간)
2015년	5,580원	44,640원	1,166,220원
2016년	6,030원	48,240원	1,260,270원
2017년	6,470원	51,760원	1,352,230원
2018년	7,530원	60,240원	1,573,770원
2019년	8,350원	66,800원	1,745,150원

근로시간 및 휴게시간의 특례

제59조(근로시간 및 휴게시간의 특례) ①「통계법」 제22조제1항에 따라 통계청장이 고시하는 산업에 관한 표준의 중분류 또는 소분류 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업에 대하여 사용자가 근로자대표와 서면으로 합의한 경우에는 제53조제1항에 따른 주(週) 12시간을 초과하여 연장근로를 하게 하거나 제54조에 따른 휴게시간을 변경할 수 있다.

1. 육상운송 및 파이프라인 운송업. 다만,「여객자동차 운수사업법」 제3조제1항제1호에 따른 노선(路線) 여객자동차운송사업은 제외한다.
2. 수상운송업
3. 항공운송업
4. 기타 운송관련 서비스업
5. 보건업(시행령 제32조, 사회복지사업)

② 제1항의 경우 사용자는 근로일 종료 후 다음 근로일 개시 전까지 근로자에게 연속하여 11시간 이상의 휴식 시간을 주어야 한다.

근로시간, 휴게, 휴일 규정 적용 제외

근로기준법 제63조(적용의 제외) 이 장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다.

1. 토지의 경작·개간, 식물의 재식(栽植)·재배·채취 사업, 그 밖의 농림 사업
2. 동물의 사육, 수산 동식물의 채포(採捕)·양식 사업, 그 밖의 축산, 양잠, 수산 사업
3. 감시(監視) 또는 단속적(斷續的)으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 고용노동부장관의 승인을 받은 자
4. 대통령령으로 정하는 업무에 종사하는 근로자 (시행령 제34조, 관리·감독 업무 또는 기밀을 취급하는 업무에 종사하는 근로자)

적용 제외(근로시간, 휴게, 휴일)	적용
법정근로시간(1일 8시간, 주 40시간) 연장근로 제한(주 12시간) 연장·휴일 가산임금 주휴일(주휴수당)	야간근로 가산임금 최저임금 연차유급휴가 등 각종 휴가

해고예고 예외

① 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우 또는 노동자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 해고예고를 하지 않을 수 있음.

〈**해고예고의 예외가 되는 근로자의 귀책사유(근기법 시행규칙 별표)**〉

1. 납품업체로부터 금품이나 향응을 제공받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우
2. 영업용 차량을 임의로 타인에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우
3. 사업의 기밀이나 그 밖의 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에게 제공하여 사업에 지장을 가져온 경우
4. 허위 사실을 날조하여 유포하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 가져온 경우
5. 영업용 차량 운송 수입금을 부당하게 착복하는 등 직책을 이용하여 공금을 착복, 장기유용, 횡령 또는 배임한 경우
6. 제품 또는 원료 등을 몰래 훔치거나 불법 반출한 경우
7. 인사·경리·회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 허위 서류 등을 작성하여 사업에 손해를 끼친 경우
8. 사업장의 기물을 고의로 파손하여 생산에 막대한 지장을 가져온 경우
9. 그 밖에 사회통념상 고의로 사업에 막대한 지장을 가져오거나 재산상 손해를 끼쳤다고 인정되는 경우

② 근기법 제35조에서 규정하고 있는 예외 대상

1. 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자
2. 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
3. ~~월급 근로자로서 6개월이 되지 못한 자~~(헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2014헌바3 결정)
4. 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
5. 수습 사용 중인 근로자(수습 사용한 날부터 3개월 이내인 자)

실업급여(구직급여) 수급요건

① 이직일 이전 18개월간 피보험단위기간이 180일 이상일 것.
② 구직급여를 받을 수 없는 이직사유에 해당하지 않을 것. 단, 자발적 이직이라도 수급자격이 제한되지 아니하는 정당한 이직사유에 해당할 경우에는 구직급여를 받을 수 있음.
③ 근로의 의사와 능력이 있음에도 취업을 하지 못하여 재취업활동을 할 것.
④ 이직 당시 일용근로자인 경우 : 노동청 고용센터(고용보험법에서는 고용센터를 직업안정기관이라고 표현합니다)에 구직급여를 받기위해 신청한 날 이전 1개월 동안의 근로일수가 10일 미만이고, 이직일 이전 피보험단위기간 180일 중 위 ②의 가)에 따라 이직한 적이 있을 경우(②의 나)는 제외)엔 피보험단위기간 180일 중 90일 이상 일용근로자로 근로하였을 것.

구직급여를 받을 수 없는 이직사유(고용보험법 제58조, 시행규칙 별표 1의 2)

1. 중대한 귀책사유로 해고된 피보험자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우
   가. 형법 또는 직무와 관련된 법률을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받은 경우
   나. 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 아래 고용노동부령으로 정한 기준에 해당하는 경우
      1) 납품업체로부터 금품이나 향응을 받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우
      2) 사업의 기밀이나 그 밖의 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에게 제공한 경우
      3) 거짓 사실을 날조·유포하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우
      4) 직책을 이용하여 공금을 착복·장기유용·횡령하거나 배임한 경우
      5) 제품이나 원료 등을 절취하거나 불법 반출한 경우
      6) 인사·경리·회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 거짓 서류 등을 작성하여 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우
      7) 사업장의 기물을 고의로 파손하여 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우
      8) 영업용 차량을 사업주의 위임이나 동의 없이 다른 사람에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우
   다. 정당한 사유 없이 근로계약 또는 취업규칙 등을 위반하여 장기간 무단결근한 경우

2. 자기 사정으로 이직한 피보험자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우
   가. 전직 또는 자영업을 하기 위하여 이직한 경우
   나. 제1호의 중대한 귀책사유가 있는 자가 해고되지 아니하고 사업주의 권고로 이직한 경우

구직급여 지급 이직 사유(고용보험법 제58조, 시행규칙 별표 2, 2012 실업급여 업무 편람)

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유가 이직일 전 1년 이내에 2개월 이상 발생한 경우
   가. 실제 근로조건이 채용 시 제시된 근로조건이나 채용 후 일반적으로 적용받던 근로조건보다 낮아지게 된 경우

① 채용 시 제시된 근로조건 or 채용 후 일반적으로 적용받던 임금·근로시간과 실제 임금·근로시간이 2할 이상 차이 나는 경우
② 임금 : 통상임금, 단체협약·취업규칙·근로계약으로 정한 상여금
③ 단체협약·취업규칙 등으로 2개월 이상 발생할 것이 장래 확정한 경우도 포함
④ 근로자가 근로조건 변경에 동의하여 낮아진 경우는 해당하지 아니함.

   나. 임금체불이 있는 경우

① 이직일까지 2개월 분 이상을 전액 지급받지 못함
② 이직일 이전 지급 받았으나 2개월 이상 늦게 받은 경우
③ 월급의 30% 이상을 2개월 이상 지급받지 못한 경우

   다. 소정근로에 대하여 지급받은 임금이 최저임금법에 따른 최저임금에 미달하게 된 경우

① 근로조건 변동으로 인하여 이직 전 2개월간 소정근로시간의 임금이 최저임금에 미달하는 경우
② 입사 당시부터 최저임금 미달이었으나 계속하여 임금 인상 없이 이직일 전 1년 이내에 2개월 이상 소정근로시간의 임금이 최저임금에 미달하는 경우

   라. 근로기준법 제53조에 따른 연장근로의 제한을 위반한 경우

① 이직일 기준 1년 이내 2개월 동안 주당 근로시간이 52시간을 초과한 경우
② 4인 이하 사업장에 대한 법정근로시간은 적용되지 않음.
③ 근로기준법 제59조(근로시간 및 휴게시간의 특례) 및 63조(적용의 제외)의 경우는 제외

   마. 사업장의 휴업으로 휴업 전 평균임금의 70퍼센트 미만을 지급받은 경우

① 휴업 이유 및 기간을 막론하고 이직 전 1년 동안 2개월 이상 평균임금의 70% 미만을 지급받은 경우
② 휴업기간 중 취업하여 이직하는 경우는 휴업기간 관계없이 여기에 해당 안됨.

2. 사업장에서 종교, 성별, 신체장애, 노조활동 등을 이유로 불합리한 차별대우를 받은 경우

✷ 구체적인 확인 방법(예시)
- 당사자의 의견 및 주변 진술
- 관련 증빙서류 : 인사명령서, 급여명세서 등
- 노동위원회, 법원 등의 판정
- 사업장 내 고충상담기관에 접수 내역 등

3. 사업장에서 본인의 의사에 반하여 성희롱, 성폭력, 그 밖의 성적인 괴롭힘을 당한 경우
2.의 경우와 같이 객관적으로 인증이 가능한 경우에 인정함.

4. 사업장의 도산·폐업이 확실하거나 대량의 감원이 예정되어 있는 경우

5. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사정으로 사업주로부터 퇴직을 권고 받거나, 인원 감축이 불가피하여 고용조정계획에 따라 실시하는 퇴직 희망자의 모집으로 이직하는 경우
가. 사업의 양도·인수·합병
나. 일부 사업의 폐지나 업종 전환
다. 직제개편에 따른 조직의 폐지·축소
라. 신기술의 도입, 기술혁신 등에 따른 작업형태의 변경
마. 경영의 악화, 인사 적체, 그 밖에 이에 준하는 사유가 발생한 경우

6. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 통근이 곤란(통근 시 이용할 수 있는 통상의 교통수단으로는 사업장으로의 왕복에 드는 시간이 3시간 이상인 경우를 말한다)하게 된 경우
가. 사업장의 이전
나. 지역을 달리 하는 사업장으로의 전근
다. 배우자나 부양하여야 할 친족과의 동거를 위한 거소 이전
라. 그 밖에 피할 수 없는 사유로 통근이 곤란한 경우
- 통상의 교통 수단 : 대중교통(버스, 지하철, 기차), 회사 제공 통근 수단
- 통근 소요시간 : 거주지에서 출발하여 근무지에 도착하는데 소요되는 왕복시간 (도보이용 및 환승시간, 승차를 위한 대기시간 등 포함한 평균적인 시간)

7. 부모나 동거 친족의 질병·부상 등으로 30일 이상 본인이 간호해야 하는 기간에 기업의 사정상 휴가나 휴직이 허용되지 않아 이직한 경우

8. 산업안전보건법 제2조 제7호에 따른 '중대재해'가 발생한 사업장으로서 그 재해와 관련된 고용노동부장관의 안전보건상의 시정명령을 받고도 시정기간까지 시정하지 아니하여 같은 재해 위험에 노출된 경우

9. 체력의 부족, 심신장애, 질병, 부상, 시력·청력·촉각의 감퇴 등으로 피보험자가 주어진 업무를 수행하는 것이 곤란하고, 기업의 사정상 업무종류의 전환이나 휴직이 허용되지 않아 이직한 것이 의사의 소견서, 사업주 의견 등에 근거하여 객관적으로 인정되는 경우

10. 임신, 출산, 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)의 육아, 병역법에 따른 의무복무 등으로 업무를 계속적으로 수행하기 어려운 경우로서 사업주가 휴가나 휴직을 허용하지 않아 이직한 경우

11. 사업주의 사업 내용이 법령의 제정·개정으로 위법하게 되거나 취업 당시와는 달리 법령에서 금지하는 재화 또는 용역을 제조하거나 판매하게 된 경우

12. 정년의 도래나 계약기간의 만료로 회사를 계속 다닐 수 없게 된 경우

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

구직급여 지급기간

연령 및 가입기간	1년 미만	1년 이상 3년 미만	3년 이상 5년 미만	5년 이상 10년 미만	10년 이상
만 30세 미만	90일	90일	120일	150일	180일
만 30세 이상 ~ 50세 미만	90일	120일	150일	180일	210일
만 50세 이상 및 장애인	90일	150일	180일	210일	240일

체당금 지급 상한액 (2014. 1. 1.부터)

(단위: 만원)

퇴직당시 연령 / 체당금 종류	30세 미만	30세 이상 40세 미만	40세 이상 50세 미만	50세 이상 60세 미만	60세 이상
임금·퇴직금	180	260	300	280	210
휴업수당	126	182	210	196	147

일반체당금/소액체당금

구분		일반 체당금	소액 체당금
지급액	지급범위	• 최종 3월분 임금(휴업수당) • 최종 3년분 퇴직금	• 좌동
	상한액	• 연령별 월(1년간) 180만원~300만원	• 합계 400만원
지급 사유		• 파산선고의 결정, 회생절차 개시의 결정 • 지방고용노동관서의 사실상 도산인정	• 확정된 종국판결 등
지급대상 근로자		• 파산(도산) 신청일 기준 1년 전부터 3년 이내 퇴직한 근로자	• 퇴직일의 다음 날부터 2년 이내에 소송을 제기한 퇴직근로자
사업주 기준		• 해당 사업 6개월 가동 • 파산 및 도산	• (퇴직일까지) 해당 사업 6개월 가동 • 사업주가 건설업 무면허자의 경우에는 직상 수급인을 기준으로 적용
청구기한		• 파산(도산) 선고일(인정일)부터 2년 이내	• 확정된 종국판결일 등으로부터 1년 이내
비고(중복 시)		• 일반체당금 지급액을 산정한 후 기 지급한 소액체당금액을 공제하여 지급	• 일반체당금 수급자에 대해서는 소액 체당금을 지급하지 않음

✹ 출처 : 고용노동부, 15. 7. 1. 시행되는 개정 임금채권보장법령 주요내용(간담회 자료)

근로시간 단축 시행시기

항목	규모	시행시기
주 근로시간 단축 (68 → 52시간)	300인~	2018. 7. 1.
	300인(특례업종)~	2019. 7. 1.
	50~299인	2020. 1. 1.
	5~49인	2021. 7. 1.

관공서 공휴일 민간적용 시기

항목	규모	시행시기
관공서 공휴일 민간적용	300인~	2020. 1. 1.
	30~299인	2021. 1. 1.
	5~29인	2022. 1. 1.

근로시간 및 휴게시간 특례 업종 축소(근로기준법 제59조)

특례유지업종 5개	특례 제외 업종
육상운송업(49), 수상운송업(50), 항공운송업(51), 기타 운송 관련 서비스업(529), 보건업(86)	자동차 및 부품판매업(45), 도매 및 상품중개업(46), 소매업(47), 보관 및 창고업(521), 금융업(64), 보험 및 연금업(65), 금융 및 보험 관련 서비스업(66), 우편업(611), 교육서비스업(85). 연구개발업(70), 숙박업(55), 음식점 및 주점업(56), 광고업(713), 시장조사 및 여론조사업(714), 사업시설 관리 및 조경 서비스업(742), 미용·욕탕 및 유사서비스업(961), 영상·오디오 및 기록물제작 및 배급업(59), 방송업(60), 전기통신업(612), 하수·폐수 및 분뇨처리업(37), 사회복지서비스업(87)
✹ 육상운송업 중 노선여객자동차운송사업은 제외	

연장근로/야간근로/휴일근로가 금지·제한되는 근로자

항목	18세 이상 여성	임산부	15세 이상 18세 미만자	산후 1년 미만자
연장근로			1주 5시간 이내	1일 2시간, 1주 6시간, 1년 150시간 이내
야간근로	근로자동의	금지	원칙 : 금지 예외 : 고용노동부 장관 인가+ 근로자 동의	
휴일근로	근로자동의	금지	원칙 : 금지 예외 : 고용노동부 장관 인가+ 근로자 동의	

연차휴가

1년미만	1년	3년	5년	7년	9년	11년	13년	15년	17년	19년	21년이상
매월1일	15일	16일	17일	18일	19일	20일	21일	22일	23일	24일	25일
	26일										

정기상여금과 현금성 복리후생비의 최저임금 미산입 비율

연도	2019년	2020년	2021년	2022년	2023년	2024년
정기상여금	25%	20%	15%	10%	5%	0%
현금성 복리후생비	7%	5%	3%	2%	1%	0%

✷ 정기상여금, 현금성 복리후생비 중 해당 연도 시간급 최저임금액을 월 단위로 환산한 금액의 비율

근로자대표(과반수노조)와의 서면합의 필요사항

근로시간	• 3개월 단위 탄력적 근로시간제 도입(2주 이내는 취업규칙으로 도입) • 선택적 근로시간제의 내용(도입은 취업규칙 및 이에 준하는 것) • 근로시간 및 휴게시간의 특례 적용 사업장 12시간 초과 연장근로 및 휴게시간 변경 • 근로시간 계산의 특례 적용 시 통상 필요한 시간 • 30명 미만 사업장 법정연장근로시간 8시간 추가연장의 사유 및 기간
휴일·휴가	• 휴일의 대체 • 연차 유급휴가의 대체 • 보상휴가제 도입

✷ 근로자대표 : 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자

노동부(노동위원회) 인가·신고·승인사항

인가	• 특별한 사정(천재·사변 기타 재해 등)으로 인한 연장근로 • 임산부와 18세 미만자의 야간근로와 휴일근로
신고	• 취업규칙의 신고의무 • 정리해고의 사유·인원·협의내용·해고일정 • 퇴직연금규약
승인	• 감시 또는 단속적 근로자의 근로시간·휴게·휴일 규정 적용 제외 • 휴업수당 지급시 평균임금의 100분의 70 미만 지급(노동위원회 승인사항)

모성보호

임신기

1. 난임치료휴가 고평법 제18조의3, 고평법 시행령 제9조의2

(1) 개념

남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제18조의3에 따라 근로자가 인공수정 또는 체외수정 등 난임치료를 받기 위하여 청구하는 휴가

(2) 사용방법

- 연간 3일 이내, 최초 1일은 유급
- 청구하는 시기에 휴가를 주는 것이 정상적인 사업 운영에 중대한 지장을 초래하는 경우 근로자와 협의하여 시기 변경 가능
- 난임치료휴가를 이유로 한 해고,징계 등 불리한 처우 금지

(3) 신청

- 휴가 시작하려는 날의 3일 전까지 사업주에게 신청해야 함.(법정서식 없음)
- 사업주는 난임치료를 받을 사실을 증명할 수 있는 서류의 제출을 요구할 수 있음.

(4) 벌칙조항 고평법 제39조 제2항

- 난임치료휴가 거부시 500만원 이하의 과태료
- 불리한 처우에 대한 벌칙조항 없음

2. 임신한 근로자 보호조항 근로기준법 제70조 제2항, 제74조 제5항

(1) 개요

임신 중 연장근로	예외없이 절대금지
임신 중 야간, 휴일근로	원칙적으로 금지. “임신 중인 근로자의 명시적 청구 + 고용노동부장관 인가”가 있는 경우 예외적으로 허용

- 임신 중에는 사업주에게 쉬운 종류의 근로로 전환을 요구할 수 있음

(2) 벌칙조항 근로기준법 제110조

위반 시 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

3. 태아검진 근로기준법 제74조의 2, 모자보건법 시행규칙 별표1

(1) 개념

임신한 근로자는 태아검진을 위한 시간을 유급으로 청구 가능

임신 28주까지	4주마다 1회
임신 29주~36주까지	2주마다 1회
임신 37주 이후	1주마다 1회

(2) 벌칙조항

없음

4. 2시간 단축근무 근로기준법 제74조 제7항부터 제9항

(1) 개념

임신초기와 후기에 하루 2시간씩 임금 삭감없이 단축 근무 가능

(2) 개요

- 대상 : 임신 후 12주 이내 / 36주 이후 근로자
- 단축시간 : 1일 2시간 단축 / 하루 근로시간이 8시간 미만인 경우 6시간이 되도록 단축
- 신청방법 : 근로시간 단축 개시 예정일 3일 전까지 사업주에게 신청
- 제출서류 : 임신기간, 단축 개시 예정일 및 종료일, 출근시간 및 퇴근시간 등을 적은 문서(법정서식 없음) + 의사진단서

(3) 벌칙조항 근로기준법 제116조

근로자의 단축근무 신청을 거부하는 경우 500만원 이하의 과태료

출산기

1. 출산전후휴가 근로기준법 제74조

(1) 대상

임신한 근로자라면 재직기간, 정규직 여부 상관없이 누구나 사용가능

출산전후휴가 도중 계약기간이 만료되면 출산전후휴가도 자동 종료됨

(2) 기간

출산일 전후 통틀어 90일(다태아 120일)

단, 출산 후 반드시 45일(다태아 60일) 이상 보장되도록 배치해야 함

Q&A

Q. 출산 예정일이 9월1일이라서 출산전후휴가를 7월20일에 들어갔습니다. 예정보다 출산일이 늦어져 9월 20일에야 출산하게 되었는데 출산전후휴가는 언제까지 쓸 수 있나요?

A. 본래 출산전후휴가는 7월20일부터 10월17일까지였으나, 출산이 늦어졌으니 출산일인 9월20일부터 45일이 되는 시점인 11월3일까지 출산전후휴가를 사용하시면 됩니다. 이때 90일을 초과한 휴가기간은 사업주가 무급으로 처리할 수 있습니다.

(3) 분할사용

다음 세가지 경우에 해당하면 출산 전 어느 때라도 횟수 제한없이 휴가를 나누어 사용 가능

- 유산·사산의 유경험
- 휴가 청구 당시 연령이 만 40세 이상
- 유산·사산의 위험이 있다는 의료기관의 진단서를 제출

✷ 다만 조산의 위험은 법규정에 없어 사업주가 거부해도 처벌할 수 없음
사업주가 승인하는 경우 고용센터에서는 출산전후휴가급여 지급을 제한하지 않음

(4) 사업주가 거부한 경우

근로자의 청구가 없더라도 임신과 출산이라는 사실관계가 있으면 사업주가 부여해야 하는 것이므로 사업주의 승낙 여부와 상관없이 출산전후휴가 개시일에 당연히 휴가가 시작 됨(여성고용정책과-4044, 2017. 10. 30).

(5) 출산전후휴가의 종료 근로기준법 제107조, 제114조

- 출산전후휴가기간과 그 후 30일은 해고 절대 금지기간(위반시 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금)
- 출산전후휴가 전과 동일한 업무 또는 동등한 수준의 임금을 지급하는 직무로 복귀 시켜야 함(위반시 500만원 이하의 벌금)

(6) 벌칙조항 근로기준법 제110조

출산전후휴가 미부여시 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

2. 배우자출산휴가 고평법 제18조의2

(1) 대상

배우자의 출산을 이유로 휴가를 청구하는 모든 근로자

(2) 신청

출산한 날부터 30일 이내에 사업주에게 청구. 최대 5일의 범위에서 3일 이상 신청하여 사용하고 최초 3일은 유급.

Q&A

Q. 배우자가 금요일에 출산하여 바로 5일간 배우자출산휴가를 냈습니다. 토요일은 무급휴무일, 일요일은 주휴일이니 휴가일수에 포함 안되는 것 아닌가요?

A. 출산휴가는 주말,공휴일 상관없이 5일을 포함하기 때문에 금요일에 휴가를 낸다면 최대 다음주 화요일까지 신청할 수 있습니다.

Q&A

Q. 두 달 전에 배우자가 출산했는데 배우자출산휴가 제도를 몰라서 연차휴가를 사용했습니다. 이미 사용한 연차를 배우자출산휴가로 바꿀 수 있나요? 만약 안 된다면 최초3일 유급휴가라도 수당으로 받을 수 있나요?

A. 출산일로부터 30일이 지나면 청구할 수 없고, 근로자가 신청하지 않은 배우자출산휴가에 대해 사업주는 유급일 부분을 수당으로 보상할 의무는 없습니다.

(3) 벌칙조항

3일이상의 휴가미부여 또는 최초3일을 유급으로 하지 않은 경우 500만원 이하의 과태료 부과

3. 유·사산휴가 근로기준법 제74조제3항, 근로기준법 시행령 제43조

(1) 개념

유산 또는 사산한 경우 사업주에게 유·사산휴가를 청구하고 임신기간에 따른 휴가를 부여받음

(2) 신청

- 신청방법 : 제출서류를 갖춰 사업주에게 신청
- 제출서류 : 휴가 청구 사유, 유산·사산 발생일 및 임신기간 등을 적은 휴가신청서(법정서식 없음) + 의료기관의 진단서

(3) 기간

임신기간	11주 이내	12~15주	16~21주	22~27주	28주 이상
휴가일수	5일	10일	30일	60일	90일

출산전후휴가 기간 도중 유산 또는 사산을 하는 경우 해당 임신기간에 따른 유·사산휴가가 새롭게 시작

(4) 거부

출산전후휴가와 달리 사업주가 그 청구를 거부한 경우 관련 법률에 따라 사업주가 처벌 받을 수 있는 것과는 별개로 유·사산휴가가 자동으로 개시되는 것은 아님(여성고용정책과-4044, 2017. 10. 30).

Q&A

Q. 유산을 하게 되어 유·사산휴가를 신청했는데 사업주가 아무런 응답을 하지 않습니다. 그냥 쉬어도 결근처리 되지 않을까요?

A. 유·사산휴가는 사업주의 시기변경권이 인정되지 않기 때문에 사업주가 정당한 이유 없이 승낙여부를 표현하지 않은 경우 근로자가 임의로 휴가를 시작하였더라도 결근으로 보기 어렵습니다(여성고용정책과-3391, 2017. 8. 29).

(5) 벌칙조항

2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

4. 출산전후휴가급여(유·사산휴가 동일) 근로기준법 제74조 제4항, 고평법 제18조, 고용보험법 제75조부터 제77조

(1) 개요

구분	최초 60일(다태아 75일)	마지막 30일(다태아 45일)
고용보험 피보험단위기간 180일 미만	사업주 : 통상임금 100%	없음
대규모 기업	사업주 : 통상임금 100%	• 고용센터 : 통상임금 100% – 상한액 : 월 160만원 – 하한액 : 최저임금
우선지원대상기업	• 고용센터 : 통상임금 100% 지급 – 상한액 : 월 160만원 – 하한액 : 최저임금 • 사업주 : (통상임금 – 출산전후휴가급여) 지급	

(2) 신청

• 신청방법 : 거주지 또는 사업장 관할 고용센터에 출산전후휴가급여 신청서를 방문, 우편, 온라인 제출

• 신청기간 : 출산전후휴가 시작한지 한 달 후부터 휴가 종료일로부터 1년 이내에 신청

• 제출서류 : 출산전후휴가 급여 신청서, 통상임금을 확인할 수 있는 자료(임금대장 등), (유·사산휴가)의료기관의 진단서, 출산전후휴가 확인서(사업주가 작성 후 제출)

• 서식 다운로드 : 고용보험 홈페이지 → 자료실 → 출산휴가/육아휴직 https://www.ei.go.kr/ei/eih/cp/rr/rrFormatRsrom/retrieveRrFormatRsromList.do

육아기

1. 육아휴직, 육아기근로시간단축 고평법 제19조부터 제19조의4

(1) 대상

• 만 8세이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀가 있고

• 계속근로기간이 6개월 이상이며,

• 같은 자녀에 대해 배우자가 육아휴직 중이 아닌 근로자

• 육아기근로시간단축시간 : 단축 후 1주 15~30시간

✷ 육아휴직 도중 해당 자녀가 대상 연령 및 학년을 넘기더라도 육아휴직은 중단되지 않음

(2) 휴직기간

최대 1년, 한 자녀에 대하여 엄마, 아빠 각 1년씩 총 2년 사용 가능

(3) 신청

• 신청시기 : 육아휴직 시작 예정일 30일 전까지 사업주에게 서면 신청

✷ 출산예정일 이전에 자녀가 출생하거나 배우자의 사망, 부상, 질병, 장애, 이혼 등으로 해당 자녀의 양육이 곤란한 경우 휴직 시작 예정일 7일 전까지 신청 가능

• 제출서류 : 육아휴직 대상인 자녀의 성명, 생년월일, 휴직 시작일과 종료일 등을 적은 신청서(법정서식 없음), 사업주가 제출을 요구하는 해당 자녀의 출생 등을 증명할 수 있는 서류

(4) 분할사용

• 육아휴직 기간은 1회 한하여 분할 사용 가능

✷ 육아기근로시간단축제와 병행하여 사용가능하며 두 제도의 사용기간은 총합 1년을 넘길 수 없음

(5) 육아휴직 등의 종료 고평법 제37조

① 원직복직, 근속기간

• 육아휴직기간은 승진, 호봉 및 퇴직금 산정, 연차휴가일수 가산에 필요한 근속기간에 포함

• 육아휴직 종료 후 휴직 전과 같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 함(위반시 500만원 이하의 벌금)
• 육아휴직기간 해고 절대 금지 및 육아휴직 및 육아기근로시간단축을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우 및 근로조건 불리하게 변경 금지(위반시 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하 벌금)
  – 육아휴직기간 도중 근로계약기간이 종료되면 육아휴직도 종료됨
  – 육아휴직 기간은 기간제법과 파견법에서 정한 2년 사용기간 제한에서 제외함.

② 종료일의 변경 고평법 시행령 제11조, 제12조
• 연장
1회에 한하여 가능. 단 육아휴직 종료 예정일 30일 전까지 사업주에게 신청하고, 연장된 기간을 합친 총 육아휴직 기간은 1년을 넘길 수 없음
• 조기종료
근로자가 육아휴직에서 조기 복귀를 원하는 경우 대체인력 채용 등 인력운용에 변화가 있을 수 있어 먼저 사업주의 승인 필요

③ 연차 근로기준법 제60조 제6항
• 2018. 5. 28. 이전 육아휴직 신청
육아휴직 기간을 제외한 연간 소정근로일수 / 연간 총 소정근로일수 × 통상의 연차휴가 일수
• 2018. 5. 29. 이후 육아휴직 신청
육아휴직기간은 출산전후휴가 기간과 마찬가지로 해당 기간 동안 출근한 것으로 보기 때문에 육아휴직을 들어가지 않은 기간 동안 출근율 80%를 넘기면 통상의 연차휴가일수를 모두 부여

Q&A

Q. 김노동은 2018년 5월 20일에 육아휴직을 신청했고, 이권리는 2018년 5월 30일에 육아휴직을 신청했습니다. 김노동과 이권리의 2019년 연차휴가 일수는?
(회계연도 1. 1.~12. 31. 기준, 계산의 편의를 위해 연간소정근로일수는 365로 가정, 출근율은 80%이상, 통상의 연차일수 15개)

A. 김노동 : (연간소정근로일수 365일 – 육아휴직기간 225일) / 365일 x 15일 = 5.7일
이권리 : 출근율 80% 이상이므로 통상의 연차 모두 지급 = 15일

(6) 벌칙조항 고평법 제37조, 제39조
• 육아휴직 거부시 벌금 500만원
• 육아기근로시간단축 거부시 과태료 500만원

2. 육아휴직급여 고용보험법 제70조

(1) 개요

육아휴직급여			
시작일 ~ 3개월	통상임금의 80%	상한액 150만원 하한액 70만원	• 육아휴직급여의 75%는 휴직 중 지급. • 사후지급금 25%는 복직 후 6개월 이상 계속 근무한 경우 합산하여 일시불로 지급
아빠의 달 특례 시작일 ~ 3개월	통상임금의 100%	상한액 200만원	
4개월 ~ 종료일	통상임금의 40%	상한액 100만원 하한액 50만원	
육아기근로시간단축 = 통상임금의 80% ×	(단축 전 소정근로시간 – 단축 후 소정근로시간) / 단축 전 소정근로시간		

(2) 신청
• 신청방법 : 거주지 또는 사업장 관할 고용센터에 육아휴직급여 신청서를 방문, 우편, 온라인 제출
• 신청기간 : 육아휴직 시작한지 한 달 후부터 휴가 종료일로부터 1년 이내에 신청
• 제출서류 : 육아휴직 급여 신청서, 통상임금을 확인할 수 있는 자료(임금대장 등), 휴직기간동안 사업주로부터 금품을 지급받은 경우 이를 확인할 수 있는 자료, 육아휴직 확인서(사업주가 작성 후 제출)
• 서식 다운로드 : 고용보험 홈페이지 → 자료실 → 출산휴가/육아휴직
https://www.ei.go.kr/ei/eih/cp/rr/rrFormatRsrom/retrieveRrFormatRsromList.do

출산육아기 고용안정장려금

구분	사업장 규모	월 지원금	연간 지원금
육아휴직 부여 (30일 이상 부여하고, 휴직 종료 후 6개월 이상 계속 고용한 경우)	우선지원대상기업	30만원	360만원
	우선지원대상기업 1호 인센티브 적용	40만원	480만원
육아기근로시간단축 부여	우선지원대상기업	20만원	240만원
	대규모기업	10만원	120만원
비정규직 재고용	우선지원대상기업	60만원	720만원
	대규모기업	30만원	360만원
대체인력 인건비 지원	우선지원대상기업	60만원	720만원
	대규모기업	30만원	360만원

- 비정규직 재고용 : 임신, 출산전후휴가, 육아휴직(생후 15개월 이내 자녀) 도중 근로계약이 종료한 경우, 해당 근로자를 즉시 또는 출산 15개월 이내에 기간의 정함이 없는 계약 체결
- 대체인력 인건비 지원 : 출산전후휴가, 육아휴직 등의 시작일 전 60일이 되는 날부터 신규로 대체인력을 채용하여 30일 이상 계속 고용하고 육아휴직 등을 종료한 근로자를 30일 이상 고용

✷ 비정규직재고용 및 대체인력인건비 지원금액은 지급대상이 된 기간 동안 사업주가 부담하는 임금의 80%를 초과할 수 없음

4대보험

	출산전후휴가	육아휴직
고용보험	보수 기준으로 납부하므로 사업주로부터 지급 받은 보수가 있을 경우에만 납부	
산재보험	사업주가 전액 부담하는 것이기에 고려 대상 아님	
건강보험	통상의 경우와 동일하게 전액 납부	납부 유예 가능
국민연금	급여가 없거나, 있더라도 평소보다 50% 미만 지급받을 경우에만 납부 예외 신청 가능 단, 이 경우 납부 금액이 감소하여 향후 연금 수령액이 감소할 수 있음	

1장 · 공인노무사 김명희

노동상담의 기초, 상담자의 자세

1 노동상담의 정의

노동상담은 크게 두 영역, 노동인권 상담과 노동법률 상담으로 나누어 볼 수 있습니다. 노동인권 상담은 노동을 인권의 영역에서 다루는 상담이고, 노동법률 상담은 노동법률 전문가가 상담자가 되는 상담입니다.

노동인권 상담은 기존의 노동단체 및 인권단체에서 지속적으로 행해지고 있고, 노동법률 상담은 노동법률 전문가(노무사, 변호사)나, 스스로 노동관계법을 공부하여 노동운동을 해 온 사람들에 의해 행해지고 있습니다.

그러나 이와 같은 노동상담의 두 영역은 확연히 구분될 수 없고, 오히려 두 영역을 통합하여 상담하는 것이 더 효율적입니다. 즉, '노동상담'이란 "노동법률 상담을 기초로 노동권, 나아가 노동인권을 확보할 수 있도록 내담자(근로자)의 고충을 경청한 후 이에 대해 공감하고 지원하며 코치하는 전반의 과정을 의미"한다고 할 수 있습니다.

2 노동상담의 세 가지 전제

(1) 정확한 법률 상담

앞서 '노동상담'의 정의에서 말했듯이 노동상담은 노동법률 상담을 기초로 진행됩니다. 노동법률 상담의 핵심은 상담자가 노동관계법률에 대해 정확하게 설명해줄 수 있는지에 있습니다. 그런 의미에서 상담자가 노동관계법률에 대해 전문가 수준의 능력을 갖추어야 하는 것은 필수적입니다.

(2) 상담 자체로 문제해결

'노동상담'을 진행하다 보면 상담의 범위를 어디까지 한정할 것인가에 대해 판단해야 하는 상황에 놓이게 됩니다. 보다 적극적인 문제해결을 목표로 한다면 상담을 통한 문제해결, 상담 자체로 문제를 해결하는 수준으로 나아가야 합니다. 그렇지 않으면 정보제공 수준에서 그치거나 본격적인 분쟁해결 단계로 너무 빨리 진입하게 되어 내담자의 욕구를 충실히 반영하지 못한 상태에서 일방적인 진행으로 흘러가기 쉽습니다.

따라서 '노동상담'은 단 1회를 진행하더라도 완결성과 심층성을 지녀야 하며, 2회 이상 지속될 경우 정확한 목표를 향해 내담자와 끊임없이 소통하면서 앞으로 나아가야 합니다. 또한 법적 단계로 들어서기 전까지 할 수 있는 노력을 다한 후, 마지막 단계로 법적 대응을 하는 것이 바람직합니다. 왜냐하면 내담자들은 사용자와 최대한 덜 대립하면서 문제가 해결되길 바라고, 실제 합리적인 태도로 강약을 조절하면서 가는 것이 문제해결에 도움이 되기 때문입니다. 이러한 내담자들의 입장을 세심하게 배려하면서 상담자와 내담자가

끊임없이 대화함으로써 해당 '노동상담'은 완성되는 것입니다.

결국 상담 자체로 문제를 해결한다는 것은 법적 대응 전까지는 최대한 덜 대립하면서 문제해결을 도모하고, 최후의 단계인 법적 대응에 들어선 후에는 그때그때 펼쳐지는 상황에 맞는 판단을 할 수 있도록 대화의 끈을 놓지 않는 것, 그래서 해당 사건이 해결될 때까지 내담자를 눈동자같이 지켜내는 것이라 할 수 있습니다.

(3) 심리치유와의 결합

모든 종류의 상담을 자세히 들여다보면, 심리치유의 요소가 포함되지 않는 상담은 있을 수 없습니다. 왜냐하면 상담을 필요로 하는 사람들은 그 상담을 요청하기까지 갖고 있던 고민을 해당 분야의 상담자를 만나 풀어놓는 것이기에 심리치유를 동반하지 않는 상담은 반쪽짜리 상담이 될 수밖에 없습니다.

그런데 '노동상담'의 경우에는 다른 상담에 비해 심리치유의 요소를 더욱 강화시키지 않으면 문제해결이 어렵습니다. 그 이유는 다음과 같습니다.

첫째, 자본주의 사회에서 '노동'은 생존을 위한 수단입니다. '노동권'을 확보한다는 것은 '생존권'을 확보한다는 의미입니다. 따라서 노동문제가 발생하면 생존의 위협을 받게 되고, 결국 삶 자체에 대한 위협이 되므로 '노동상담'의 과정에 '심리치유'의 요소는 지속적으로 강화되어야만 합니다.

둘째, 노동문제가 발생하면 내담자들은 '사용자'와의 '사용종속적인 관계' 위에 '적대관계'라는 긴장·불안 요소를 떠안게 됩니다. 따라서 내담자들의 심리적 고충은 심화될 수밖에 없기에 '노동상담'의 과정에 '심리치유'의 요소는 지속적으로 강화되어야만 합니다.

3 노동상담의 관점

(1) 근로자를 위한 상담

'노동상담'은 기본적으로 근로자를 위한 상담이어야 합니다. 만일 '노동상담'이 '근로자를 위한 상담'이라는 대전제를 놓치게 된다면 그것은 '노동상담'이라 할 수 없습니다. 다만, 수단과 방법을 가리지 않고 근로자의 편을 들어주는 것이 '노동상담'은 아닙니다. 법적으로, 합리적으로, 사회통념상 용인될 수 있는 수준에서 '근로자를 위한 상담'이 되어야 합니다. 그래야 '노동상담'활동의 정당성이 확보될 수 있습니다.

(2) 기계적인 중립과 중도의 이해

우리사회는 오랫동안 노사 간 화해와 협력이라는 미명 하에 정부가 그야말로 '기계적인 중립'에 머물러 온 것을 부인할 수 없습니다. 그리고 그러한 '기계적인 중립'은 결국 사용자에게 유리한 결과를 초래하였고, 근로자 삶의 여건은 갈수록 악화되고 있습니다.

따라서 이제는 '기계적인 중립'이 아니라 '중도'로 나아가야 합니다. '중도'란 '노'와 '사'라는 양 극단을 넘어서 양 극단이 통하는 길이며, '정도'를 의미합니다. 다시 말해 진정한 중립은 '중도'이며, '중도'는 곧 '정도'인 것입니다.

그리고 '노동상담'에 있어 '정도'를 실현하는 길은 법이 허용하는 한도 내에서 최대한 노동권, 나아가 노동인권을 확보할 수 있도록 지원하는 것입니다. 그래야 그 기반 위에서 '노'와 '사'가 통하는 길로 나아갈 수 있는 것이며, 노동문제를 해결하는데 있어 '정도'를 구현할 수 있게 되는 것입니다.

(3) 전문성과 근로자 중심성의 결합

앞에서 살펴본 대로 '노동상담'의 정의를 '노동법률 상담을 기초로 노동권, 나아가 노동인권을 확보할 수 있도록 내담자(근로자)의 고충을 경청한 후 이에 대해 공감하고 지원하며 코치하는 전반의 과정을 의미'라고 하였습니다.

그러므로 노동법률 분야의 '전문성'과 '근로자 중심성'의 결합은 '노동상담'의 관점을 정립하는데 있어 양대 필수 요소라 할 수 있습니다. 만일 노동법률 분야의 '전문성'이 결여된 사람이 '노동상담'을 진행한다면, 부정확한 상담으로 인한 내담자의 피해는 불을 보듯 뻔합니다. 또한 근로자 중심이 아닌 어설픈 화해와 협력의 태도로 '노동상담'을 진행한다면, 근로자의 생존 자체를 위험 속에 몰아넣게 될 공산이 큽니다. 결국 '노동법률 분야의 전문성과 근로자 중심성의 유기적 결합'이라는 관점은 '노동상담'에 있어 매우 중요하다고 할 수 있습니다.

4 노동상담의 이해

(1) 상담심리학

근로자들이 겪는 갑작스런 해고 등 노동문제는 상담심리학에서 발생 원인의 소재에 따른 분류(상황적 문제와 성격적 문제로 분류할 수 있다)에 따르면 상황적인 문제로 봅니다. 원칙적으로 상황적인 문제는 상황적 원인이 해소되어야 문제가 해결될 수 있습니다. 그런데 사람들이 경험하는 심리적인 문제는 상황적 요소와 성격적 요소가 결합된 경우가 많아 '상황적 요소와 성격적 요소가 상호 작용한다'고 표현됩니다.

따라서 근로자들은 해고 등과 같은 상황적 요소와 자신의 성격적 요소를 조건으로 하여 현재의 심각한 심리적 고통이 발생하였다는 사실을 먼저 인지할 필요가 있습니다. 이에 대해 인지하기 시작하고 나면, 상황적 요소의 해소를 위해서 해고 등과 같은 상황을 법적·제도적으로 하나씩 풀어나가야 합니다. 또 자신의 성격에서 어떤 부분이 지금의 고통을 가중시키는지, 더 거슬러 올라가 혹시 해고 등의 사건에서 자신의 성격적인 부분이 어떤 식으로든 연결되어 있는 것은 아닌지 살펴볼 필요가 있습니다. 이것은 '해고 등의

원인이 자신의 성격 때문이다'라는 환원론에 빠지기 위해서가 아니라 철저한 자기 분석을 통해 고통의 해결을 위한 실마리를 찾아나가기 위함입니다. 그러므로 상담자는 이러한 내용을 인지하여 내담자 내면의 엉킨 실타래를 푸는데 있어 하나의 계기를 마련하는데 주력해야 할 것입니다.

(2) 마음과 상담

'마음'을 다루는 문제는 현대과학의 마지막 과제에도 이어져 있는 매우 중요한 분야입니다. 상담 역시 '마음을 어떻게 다루어야 할 것인가?'에서 출발한다고 해도 과언이 아닙니다. 그런데 마음은 지혜로운 주의를 기울여 보면 그 실체가 없습니다. 우주의 원리가'불변하는 고정된 실체는 없다'인 것처럼 마음 역시 그러합니다. 현대물리학에 의하면 시·공간 속의 물질들이 끊임없이 생멸합니다. 이것은 불변하는 영원한 실체를 상정했던 과학과 종교, 철학에 대한 전복입니다. 모든 것은 끊임없이 변한다는 무상, 무상하기에 고통스럽기도 하고, 무상하기에 고통 역시 지나가기도 하는 것이며, 결국 모든 형성된 것은 사라집니다. 조건 생멸하는 것입니다. 따라서 고통의 실체 역시 없습니다. 결국 실체가 없는 고통을 해결하려고 우리는 고군분투하고 있는 것입니다. 그러므로 '피해자와 가해자'라는 이분법을 넘어서, 피해의식을 넘어서, '피해자'라는 고정된 인식을 넘어서 진정한 '고통의 해결'의 길로 들어설 수 있어야 합니다. 다만, 그 전에 피해자의 고통을 적극적으로 드러내는 작업은 필수입니다. 이것이 없으면 이분법의 양극단을 넘어설 토대도 없습니다. 피해자는 피해입은 상황은 드러내되, '자신이 피해자'라는 고정된 인식은 갖지 말아야 합니다. 고통이 고정되어 있지 않아야 해결의 길도 보일 것입니다.

(3) 상담과 코칭

'코치'라는 역할을 맡은 사람은 개인의 현재 모습을 진단하고, 의사 결정에 도움을 주거나 문제를 해결할 수 있도록 지원합니다. 특히 코칭의 상대방인 본인 스스로는 파악하기 어려울 수밖에 없는 부분에 대한 통찰력을 갖게 하고, 내면의 변화를 행동으로 옮길 수 있도록 하는 일련의 과정에서 큰 역할을 하는 것이 바로 코칭입니다. 따라서 코칭과 상담이 만나는 지점도 바로 이 부분입니다. 상담을 필요로 하는 사람들은 문제가 된 그 사안만이 아니라 인생 전반에 걸쳐서 코칭이 필요한 사람들이 대부분입니다. 어쩌면 우리 모두가 코칭이 필요한 존재들인지도 모릅니다. 따라서 상담이 상담을 넘어 코칭으로 진화한다면 그 상담은 이미 역할을 다하고 있는 것이라 볼 수도 있습니다. 전문적인 코칭과정을 통해 배움을 심화하고, 성과를 향상시키고, 인생의 질을 높일 수 있다면 좋은 상담이 될 것입니다.

5 노동상담의 방법

(1) 회사 내 상담실 운영

① 사내 상담실 운영의 필요성

가) 사내에서 문제가 발생했을 경우, 법적 대립의 단계까지 갈 경우 회사는 이에 대한 막대한 비용을 지불할 수밖에 없으므로 이를 사전에 예방하기 위해 회사 내에도 상담실을 운영할 필요가 있습니다.

나) 사내에서 자율적으로 문제를 해결하는 가장 좋은 방법은 구성원들의 고충을 듣고 이해하고 지지하고 공감해줄 사내 상담 전담자를 두는 것입니다.

다) 상담실을 운영함으로써 상담을 통해 문제를 해결할 수 있는 길이 생기는 것이고, 상담자의 자질(전문성과 인성, 풍부한 경험 등)을 갖춘 사람을 배치할 경우 사내의 각종 문제들이 첨예한 갈등으로 드러나기 전에 조기에 해결될 수도 있습니다.

라) 상담의 단계는 단순히 조정이나 법적 분쟁의 전 단계가 아니라 상담 그 자체로 문제를 해결할 수 있는 문제 해결의 핵심 단계이기도 합니다. 따라서 '상담으로 문제를 해결'하는 방법을 강구할 필요가 있습니다.

② 원활한 사내 상담을 위한 조언

가) 내담자에 대한 공감 및 지지를 통해 내담자가 상담자로부터 수용 및 인정받고 있음을 느낄 수 있도록 하고 심리적 안정을 위해 노력합니다.

나) 상담자가 조정자의 입장에서 양당사자의 의사를 원활하게 소통, 조정하여 당사자, 사업장 등 모두에게 이익이 될 수 있는 방안을 도출합니다.

(2) 노동상담 방법(체크리스트)

① 노동문제 해결을 위한 대처방법 ABC

- 감정 섞인 말보다는 문서로.
- 이메일, 내용증명 등 활용.
- 녹음, 사건일지 정리 필수.
- 사직서 제출을 쉽게 하지 않고, 사직의사 표현 평소에 안 하기.
- 면담 및 전화 통화의 태도와 문서 대응 태도의 분리.

② 상담기법 및 상담자의 자세

가) 공감과 지지, 적극적·열정적 자세

공감하고 지지하고 적극적이고 열정적으로 임하면 문제를 해결할 가능성이 매우 높아집니다.

나) 내담자와 신뢰관계 형성

공감과 지지, 적극적·열정적 자세를 보여주면 내담자는 상담자를 신뢰하게 됩니다.

다) 격려하되 적당한 거리 유지

격려하면서 지원할 수 있는 것은 최대한 하되, 지나친 의존관계가 되지 않도록 내담자의 자율적인 선택과 판단이 가능하도록 적당한 거리를 유지해야 합니다.

라) 내담자의 기대를 지나치게 높이지 않도록 주의

기대가 크면 실망도 크기에, 내담자의 기대를 지나치게 높이지 않는 것이 좋습니다. 그렇게 되면 내담자는 원하는 대로 되지 않을 경우 상담자를 원망하게 됩니다.

마) 상담자의 정기적인 슈퍼비전 및 힐링

상담자가 자신의 심신을 챙기지 못하면 그 불행감이 내담자에게 고스란히 전달될 수밖에 없습니다. 상담자는 정기적으로 슈퍼비전을 받고, 힐링의 시간을 가져야 더 좋은 질의 상담을 계속할 수 있습니다.

바) 상담자의 감정노동에 대한 성찰과 대처

'상담'이라는 행위 자체는 상담자에게 감정노동을 유발할 수밖에 없고, 감정노동으로 인한 스트레스로 인해 상담자 자체가 또다시 상담을 받아야 하는 상황에 놓일 수 있으므로 이에 대한 끊임없는 성찰이 필요합니다.

Tip. 상담자가 자신의 감정노동에 대처하기 위한 10계명

첫째, 자신이 감정노동 중임을 철저히 인식하고 인정한다.
둘째, 내담자에 대한 공감과 경청은 내담자의 감정받이가 되는 것은 아니므로 내담자의 감정에 휘둘리지 않도록 유의한다.
셋째, 노동상담이 인생상담이 되지 않도록 적절한 수위를 유지한다.
넷째, 상담 및 근무시간과 휴게·휴일·휴가를 철저히 분리한다.
다섯째, 내담자와 대화하는 것 자체가 짜증이 날 정도가 되면 일정 기간 상담을 쉰다.
여섯째, 자신이 내담자 앞에서 완벽해야 한다는 강박을 버리고 어느 정도 내려놓는다.
일곱째, 일정 간격을 두고 자신만의 시간을 지속적으로 갖는다.
여덟째, 상담자들끼리의 커뮤니티를 만들어 서로의 고충을 털어놓으며 수다 떠는 모임을 정기적으로 갖는다.
아홉째, 상담자인 자신이 내담자보다 우위에 있다는 착각을 버리고 평등하게 소통하는 관계임을 인정하고 받아들인다.
열 번째, 평소 가볍게 터치하듯이, 산책하듯이 생각하고 말하고 행동하는 연습을 한다.

③ 상담 시 상담자가 내담자에게 확인해야 할 사항들

- 내담자의 기본 신상 및 사업장 현황 등 일반적인 사항.
- 육하원칙[누가(who), 언제(when), 어디서(where), 무엇을(what), 어떻게(how), 왜(why)]에 입각하여 사실관계를 파악하되, 구체적인 말과 행동을 확인.
- 회사 내 문제이므로 문제의 업무 관련성 및 내담자의 업무 내용 확인.
- 증거 확보(녹음, 메일, 증인 진술서 등) 여부 확인.
- 사건일지 작성 여부를 확인한 후, 시간의 순서에 따른 사건일지 작성 권고.
- 회사 내규(취업규칙 등), 근로계약서 등 관련 자료 확인.
- 회사 내에 목격자가 있는지 여부, 도와 줄 사람이 있는지 여부 등 확인.

④ 상담 시 코칭의 방법

- 내담자가 합의를 원할 경우, 적절한 합의에 이를 수 있도록 코치.
- 내담자의 의사를 고려하여 사건 대응 수위 조절.
- 내담자의 성격을 고려한 대응 필요.
- 사안의 성격상 내담자를 추동할 필요가 있는지 검토.
- 심리 상담이 필요한 경우 관련 기관 연계 필요.
- 상담자 스스로 상담능력 배양을 위해 상담과 코칭, 수행 등의 공부 필요.

2장 · 공인노무사 최진혁(서울노동권익센터)

근로기준법 적용 범위

1 근로기준법의 효력과 적용범위

근로기준법은 말 그대로 노동조건의 최소한의 기준을 정한 법입니다. 따라서 근로기준법에 규정된 기준에 미달하는 근로조건을 정하는 근로계약, 취업규칙, 단체협약은 그 부분에 한하여 무효가 되며, 무효로 된 부분은 근로기준법에 정한 기준에 따르게 됩니다(근로기준법 제15조). 반대로 당사자가 근로계약으로 근로기준법 보다 높은 수준의 노동조건을 정하는 것은 당사자의 의사에 따라 자유롭게 할 수 있습니다. 그러나 실제 노동상담에서는 근로기준법에 규정된 기준에 미달하는 근로계약을 체결하여 근로기준법 위반여부를 판단하게 되는 것이 대부분입니다. 근로기준법은 유감스럽게도 모든 사업장에 동일하게 적용되지는 않습니다. 근로기준법 제11조는 근로기준법의 적용범위를 다음과 같이 규정하고 있습니다.

관련 법률 – 근로기준법 제11조(적용범위)

① 이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인에 대하여는 적용하지 아니한다.

② 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.

이는 하나의 사업 또는 사업장을 기준으로 하여 상시 사용하는 근로자수가 5인 이상인 경우에 근로기준법의 모든 규정을 적용하며, 4인 이하인 경우는 일부규정만을 적용한다는 것입니다. 따라서 근기법의 적용여부와 범위를 알기위해서는 1)하나의 '사업 또는 사업장'은 무엇을 의미하는지, 2)'상시 사용하는 근로자수'는 어떻게 산정하는지, 그리고 3)근로기준법상의 '근로자'의 의미는 무엇인지를 알 필요가 있습니다.

	5인 미만 사업장 적용 주요규정	5인 미만 사업장 적용제외 주요규정
근로 계약	• 근로계약서 작성 및 교부의무(제17조) • 근로계약 불이행에 대한 위약금, 손해배상액 예정 금지(제20조)	• 법령 및 취업규칙 주의 게시(제14조) • 취업규칙 작성·신고(제93조, 10인 이상 적용)
해고 관련	• 산재로 인한 휴업기간과 산전후 휴가기간 및 이후 30일 동안의 절대적 해고 금지(제23조 제2항) • 해고예고(수당) (제26조)	• 정당한 이유 없는 해고(징계) 제한 규정(제23조 제1항) • 경영상 해고 제한 규정(제24조) • 해고사유와 시기 서면 통보(제27조) • 노동위원회 부당해고 구제신청(제28조)
임금	• 임금지급의 직접, 통화, 전액, 정기불 원칙(제43조) • 최저임금(최저임금법 제3조)	• 휴업수당(제46조) • 근로시간 및 연장근로 제한(제50조, 제53조) • 연장·야간·휴일 근로 가산수당(제56조)

휴게·휴일·휴가	• 휴게시간 (제54조) • 휴일(주휴수당) (제55조)	• 연차휴가(제60조) • 생리휴가(제73조)
기타	• 4대보험 적용 • 퇴직금 적용	• 기간제법상 무기계약 전환 • 기간제법상 차별적 처우 금지 및 시정신청

* 주휴일(주휴수당), 연차휴가, 퇴직금은 4주 평균하여 1주 동안의 근로시간이 15시간 이상인 경우 적용
** 퇴직금은 1주 평균 15시간 이상, 1년 이상 근무한 경우 상시근로자수 5인 미만 사업장에도 적용이 되나, 2010. 12. 1.~ 2012. 12. 31.까지는 50% 적용되며, 2013. 1. 1.부터 100% 적용됨

표1 상시근로자수에 따른 근로기준법 적용 및 적용 제외 주요 규정

Tip. 국가·지방자치단체에 근로기준법 적용

- 국가·지방자치단체가 공무원이 아닌 근로자를 고용하는 경우는 단1명의 근로자를 고용하는 경우라도 근로기준법이 전면적으로 적용(근로기준법 제12조)
- 국가공무원법, 지방공무원법, 교육공무원법 등 공무원관계법의 적용을 받는 공무원과 사립학교법의 적용을 받는 사립학교 교원, 청원경찰법의 적용을 받는 청원경찰, 선원법의 적용을 받는 선원 등의 경우는 특별법의 적용으로 인해 근로기준법 적용 배제
- 공무원, 교원, 청원경찰 등에 대한 특별법 적용은 근로시간, 휴가, 휴게, 휴일 등 근로기준법이 정하는 내용을 특칙으로 달리 정하고 있는 범위에서만 근로기준법 적용이 배제될 뿐, 근로자성이 부정되는 것은 아님. 특별규정이 없는 부분은 근로기준법이 적용됨(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24334 판결 참고)
- 동거하는 동시에 친족인 근로자만을 사용하는 경우와 가사사용인의 경우에도 적용 제외

관련 판례 – 계약직 공무원에 대하여 갱신기대권에 기초한 노동위원회 구제신청 주체성 인정(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24334 판결(대법원 심리불속행 기각으로 확정)

지방공무원도 「근로기준법」상 근로자이므로 다른 특별한 규정이 있지 않은 한 「근로기준법」이 적용된다(대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카1355 판결 참조). 그리고 「지방공무원법」상 계약직공무원에 대해서는 징계 그 밖에 의사에 반하는 불리한 처분이나 부작위에 대하여 지방소청심사위원회의 소청심사절차를 거치도록 한 규정이 적용되지 않으며 (「지방공무원법」제3조), 법령상 달리 특별한 구제절차가 마련되어 있지 않다. 따라서 참가인들과 같은 계약직공무원은 「근로기준법」에 따라 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다고 보아야 한다.

2 사업 또는 사업장

(1) 일반론

근로기준법의 적용은 사업 또는 사업장을 기준으로 합니다. '사업'은 하나의 활동주체가 유기적인 관련 아래 '업'으로서 계속적으로 하는 작업을 말하며, '사업장'은 작업이 수행되는 구획된 장소를 의미합니다. 근로기준법은 사업의 목적, 허가유무, 업종을 불문하고 적용이 되므로, 무허가사업, 종교단체, 정당 등 정치단체, 비영리단체에 일반적으로 적용이 됩니다. 다만, 1회적·일시적으로 이루어지는 사업의 경우는 계속하여 사업을 영위할 의사가 있는 경우에만 '업'으로서 계속적인 사업에 해당이 된다고 봅니다. 따라서 개인적으로 집을 수리하기 위해 목수를 고용하는 경우와 같이 사업의 목적이 없는 경우는 근로기준법의 적용이 없습니다.

(2) 사업 또는 사업장의 범위

하나의 법인 또는 개인 사업주가 여러 지점, 출장소, 공장, 지사 등을 운영하는 경우 이를 하나의 사업 또는 사업장으로 볼 수 있다면 사용하는 근로자수도 달라질 수밖에 없습니다. 그에 따라 근로기준법의 적용범위도 달라집니다. 이러한 경우에 대해 행정해석은 장소와 독립성을 기준으로 하나의 사업 또는 사업장인지를 판단합니다.

Tip. 근로기준법상 사업 또는 사업장 판단기준

- 본사, 지점, 출장소, 공장 등이 동일한 장소에 있는 경우 원칙적으로 하나의 사업으로 보며, 장소적으로 분산되어 있을 경우는 원칙적으로 별개의 사업으로 봄.
- 동일 장소에 있더라도 현저하게 근로 형태가 다른 부문이 있고, 그러한 부문이 독립성이 있다면 별개의 사업, 장소적으로 분산되어 있더라도 하나의 사업이라고 할 정도의 독립성이 없으면 하나의 사업으로 봄.
- 독립성 판단의 일반적인 기준은 한국표준산업분류상 산업 분류가 다른지 여부, 서로 다른 단체협약, 취업규칙의 적용을 받는지 여부, 노무관리, 회계 등이 명확하게 독립적으로 운영되는지 여부 등임(근로기준팀-8048, 2007. 11. 29).

정리하면 하나의 법인 또는 개인 사업주가 여러 지점, 출장소, 공장, 지사 등을 운영하는 경우에는 우선은 장소를 기준으로 판단하되, 별개의 사업으로 볼 수 있을 정도의 독립성이 있어야 하나의 사업이라고 할 수 있습니다. 동일한 사업주가 여러 지점을 두고 동일한 사업을 하면서 지점별로는 5인 미만의 근로자를 고용하고 있는 경우라도 지점 간에 노무관리가 통합적으로 이루어져 상호 인사이동이 있거나, 회계가 분리되지 않고 통합적으로 이루어지고 있다면 5인 이상 사업장으로서 근로기준법이 전면적으로 적용될 가능성이 있습니다.

3 상시근로자수 산정

하나의 사업 또는 사업장에서 상시 사용하는 근로자수의 산정방법에 대하여는 근로기준법 시행령에서 정하고 있습니다.

$$\text{상시사용근로자 수} = \frac{\text{사유발생일전 1개월 내에 사용한 근로자의 연인원수}}{\text{사유발생일전 1개월 내의 사업장 가동일수}}$$

〈상시 사용 근로자수 산정 방법〉 (근기법 시행령 제7조의2)

- 법 적용 사유발생일(가산임금산정, 해고, 휴업 등) 이전 1개월간(사업성립 후 1개월 미만인 경우에는 그 기간) 사용한 근로자의 연인원수를 같은 기간 중의 사업장 가동 일수(휴일 등 사업장의 휴무일 제외)로 나누어 산정
- 근로자의 연인원수는 매일의 근로자 수를 모두 합산한 수. 임시직, 일용직, 아르바이트, 외국인 근로자 등 모두 포함, 동거하는 친족인 근로자라도 다른 근로자가 1명이라도 있으면 포함하여 산정. 단, 사용주, 파견근로자, 수급업체 소속(용역) 근로자 제외
- 위 산정결과 5인 미만이더라도, 산정기간에 속하는 날짜별로 근로자 수를 파악했을 때 5인 미만인 일수가 1/2 미만인 경우에는 상시 5인 이상 사용 사업장으로 봄. 반면, 위 산정결과 5인 이상이더라도, 산정기간에 속하는 날짜별로 근로자 수를 파악했을 때 5인 미만인 일수가 1/2 이상인 경우에는 상시 5인 미만 사용 사업장으로 봄.
- 연차휴가 – 월 단위로 근로자 수를 산정한 결과 법 적용 사유 발생일 전 1년 동안 계속하여 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장(단, 1개월 단위 지급 연차휴가는 원래대로 1달 기준으로 산정)

실제 상시근로자수의 산정례를 통해 살펴봅시다.

A회사는 주5일제로 근무하며 2018. 10. 12(금) 까지는 3인이 근무하였고, 10월 15일(월) 2인의 근로자가 추가로 고용되었습니다. 2018년 11월 1일(목)자로 A회사가 휴업하는 경우 휴업수당을 지급해야 하는지를 살펴보겠습니다.

휴업수당은 상시근로자수가 5인 이상인 사업장에만 적용이 있습니다. 상시근로자수를 산정해보면 다음과 같습니다.

산정기간	2018. 10. 1(월) ~ 2018. 10. 31(수)		
사업장 가동일수	23일 (주5일 기준, 공휴일도 사업장 가동)		
근로자 연인원	2018. 10. 1(월) ~ 2018. 10. 12(금) (A)	2018. 10. 15(월) ~ 2018. 10. 31(수) (B)	근로자 연인원 (A+B)
	1일 3인 × 10일 = 30인	1일 5인 × 13일 = 65인	95인
상시근로자수	95인 ÷ 23일 = 4.13인		

휴업수당 지급 여부	상시근로자수는 4.13인으로 5인 미만이지만, 일별로 5인 미만인 일수가 10일, 5인 이상인 일수가 13일로서 5인 미만인 일수가 1/2 미만이므로 상시근로자수 5인 이상 사업장에 해당하며, 휴업수당을 지급하여야 함

- 사업장의 근로자수는 4대보험 가입이 되어 있는 근로자의 경우는 가입내역을 통해 확인이 가능합니다. 4대보험 가입을 하지 않은 사업장에서는 노동청 진정 전에 사업장의 근로자 명단이 확인될 수 있는 자료(전체 근로자의 임금이나 근태관리현황자료, 근로자 별 근로시간 기록 등)가 있다면 파일이나 출력물, 사진 등을 미리 확보해두시는 것이 좋습니다.
- 상시근로자수 산정은 최근 근로기준법 개정(2018. 3. 20)에 따른 부칙 제1조 등에서 연장근로 제한의 적용시기, 30인 미만 사업장 특별연장근로 한시적 허용시기, 특례업종 축소시기 등을 상시근로자수를 기준으로 달리 규정함에 따라 보다 정확한 상시근로자수의 이해가 보다 중요해졌습니다.

4 근로기준법상 근로자

(1) '근로자'의 정의

근로기준법의 적용을 위해서는 근로기준법이 정하고 있는 '근로자'에 해당하여야 합니다 (근로기준법만이 아니라, 산업재해보상보험법, 산업안전보건법, 근로자퇴직급여보장법, 임금채권보장법, 최저임금법 등 각종 노동관계법에서도 동일한 근로자 개념을 사용합니다).

관련 법률 – 근로기준법 제2조(정의) ①

1. 근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.

직업의 종류를 불문하므로 어떠한 형태의 노동(정신노동, 육체노동)을 하든, 어떠한 형식의 근로계약을 체결했든 상관없이 근로자가 될 수 있습니다. 또한 계약의 명칭이 도급계약, 용역계약 또는 위임(위탁)계약이라는 형식으로 체결되었다고 하더라도 노동력을 제공하는 실제 사실관계가 근로관계에 해당한다면 근로자에 해당합니다.

Tip. 근로계약과 민법상 도급·위임계약의 구별

넓은 의미의 노동력을 제공하는 계약에는 근로계약, 위임계약, 도급계약 등 법적으로 다양한 형식이 있을 수 있습니다. 근로계약은 근로자는 근로를 제공하고, 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결한 계약입니다(근로기준법 제2조 제1항 4호). 근로계약을 체결하는 데 있어서는 근로자의 보호를 위하여 반드시 서면으로 중요한 근로조건을 명시하고 이를 근로자에게 교부까지 하도록 정하고 있지만(근로기준법 제17조), 근로계약서가 없이 구두로 근로계약을 체결하였더라도, 위반한 사용자가 근로기준법(제114조)에 의하여 처벌이 될 뿐, 근로계약은 여전히 유효합니다. 심지어 명시적으로 계약을 체결하지 않고 일을 하더라도 묵시적인 근로계약관계가 성립할 수

있습니다. 근로계약에 있어서 근로자의 의무는 근로(노동력)를 제공하는 것입니다. 근로계약을 체결할 때 임금, 근로시간, 주요업무 등 중요한 근로조건을 명시적으로 정한다고 하더라도, 실제로 제공하여야할 근로의 구체적인 내용은 사용자의 구체적인 지휘·감독에 따라 이루어질 수밖에 없습니다. 따라서 근로자의 의무인 '근로의 제공'은 법적으로는 정해진 근로시간에 출근하여 사용자의 지휘·감독을 받을 수 있는 상태로 두는 것으로 충분합니다. 이를 사용하지 않는다면 이는 사용자의 책임(임금, 휴업수당 지급의무)인 것입니다. 이와 달리 민법상의 도급계약은 '일의 완성'을, 위임계약은 '사무의 처리'를 각각 계약의 목적으로 합니다. 스스로 판단하여 일을 완성하거나 사무의 처리를 하고 이에 대한 대가를 받는 것이지 사용자로부터 지휘·감독을 받지 않습니다. 이러한 의미에서 근로계약은 '종속적 노동'에 관한 계약, 근로기준법은 종속적 노동에 대한 보호법이라고 합니다. 근로계약과 도급·위임계약의 구별은 계약의 명칭이 아니라, 계약의 실질에 따라 구별됩니다. '용역계약(법적으로는 도급 또는 위임계약)'이라는 이름으로 계약을 체결하였다고 하더라도 실제로 사용자의 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 있다면 역시 근로계약을 체결한 근로자로서 근로기준법의 보호를 받아야 합니다. 이러한 의미에서 사용자로부터 지휘·감독을 받는 종속적 노동을 제공하느냐는 근로기준법상 근로자 판단의 중요한 지표가 됩니다.

(2) 근로자의 판단기준

근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하느냐는 근로계약에 따른 종속적 노동을 제공하고 있는지, 즉 '사용종속관계'에 있는지가 판단기준이 됩니다. 이에 대하여는 대법원 판례(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 외 다수)가 판단지표를 상세하게 설명하고 있습니다.

실질적 지표	• 계약의 형식이 아닌 실질을 기준 • 업무내용이 사용자에 의하여 정하여 지는지 • 사용자에 의해 근무의 시간, 장소가 지정되고 구속받는지 • 취업규칙 또는 인사규정 등의 적용을 받는지 • 업무수행과정에서 사용자로부터 상당한 지휘·감독을 받는지 • 근로제공관계의 계속성 • 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도 • 노무제공자가 스스로 비품원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 • 노무제공을 통한 이윤창출과 손실초래 등 위험을 스스로 부담하는지 • 보수의 성격이 근로제공 자체의 대가로서의 성격을 갖는지
형식적·부수적 지표	• 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 • 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항 • 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 → 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 부분이므로 이를 이유로 쉽게 근로자성을 부정하여서는 안됨

✷ 상당한 지휘·감독은 대법원이 비전형적인 고용형태와 사용자 책임 회피 경향 확대에 따라 기존 판례의 구체적 지휘·감독을 완화하여 근로자성을 확대한 것으로 평가됨

표2 판례의 사용종속성 판단지표

최근 근로제공 형태의 다양화에 따라 상담 시 근로자성 판단이 쟁점이 될 때 이러한 판례의 판단기준을 모두 충족하는 경우는 거의 없습니다. 판단기준이 절대적이거나 배타적인 것도 아니며, 구체적인 사실관계와 근로형태에 따라 중점적으로 사용되는 기준이 달라지기도 합니다. 대법원도 '경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단'한다고 판시하고 있습니다. 따라서 동일한 직종이라 하더라도 구체적인 사실관계에 따라서 결론이 달라지므로, 구체적인 근로관계를 꼼꼼하게 살펴 근로기준법 적용가능성을 검토하는 것이 필요합니다. 아래 체크리스트에서 일부 근로자성이 부정되는 사정이 있더라도 근로자성 표지를 충족하는 지표가 많은 근로형태라면 전체적으로 근로자성이 인정될 수 있습니다. 특히 사용자의 우월적 지위를 이용하여 임의로 정하기 쉬운 사정들(실적급만으로 임금구성, 용역·도급·프리랜서 계약 등을 체결한 후 3.3% 사업소득세 납부, 4대보험 미가입, 비용부담전가 등)만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안됩니다. 최근 법원에서도 텔레마케터, 지입차주, 구두 제화공, 재택 집배원, 고시원 총무 등 기존에 근로자성 인정이 어려웠던 영역에서도 근로자성을 인정하는 유의미한 판결들이 이루어지고 있습니다.

지표	체크리스트	근로자성
채용의 기준과 주체	• 채용주체가 사용자(또는 사용자를 위하여 행위하는 자)인지	↑
	• 채용자격·채용기준·채용결격의 기준이 정하여 있는지	↑
	• 근로계약서를 작성하였는지	↑
업무내용의 사용자 결정	• 업무의 성격이 조직(공정)으로부터 독립적인지	↓
	• 업무가 일부 독립적인 성격이 있더라도 전체 수행과정 상 유기적으로 결합하여 분리가 어려운지	↑
	• 업무내용 결정과 처리에 있어서 재량이 인정되는지	↓
	• 업무의 의뢰, 업무종사에 대한 승낙·거부·변경의 자유가 있는지	↓
사용자의 상당한 지휘·감독	• 업무처리와 관련한 교육이 이루어지는지	↑
	• 업무처리 상황에 대한 보고(보고서, 업무일지 등)가 이루어지는지	↑
	• 업무에 대한 평가와 실적에 관한 관리(실적 부진 시 불이익조치)가 이루어지는지	↑
	• 전산망 접속아이디를 부여하거나 직원증을 제공하는지	↑
근로시간·장소의 구속성	• 근무 장소가 정하여 있는지	↑
	• 출퇴근 시간이 정하여 있고, 결근·지각 시 제재를 받는지	↑
	• 추가근로를 하는 경우 사업주의 지시를 받는지	↑
	• 조퇴·외출시 허락을 받는지	↑
	• 휴일·휴가의 승인을 받아야 하는지	↑
취업규칙·인사규정의 적용	• 다른 근로자와 동일한 취업규칙·인사규정(특히 승급, 징계 등 평가에 따른 상벌)의 적용을 받거나, 별도의 취업규칙·인사규정의 적용이 있는지	↑
	• 근로(용역)계약서상 취업규칙·인사규정에 해당하는 근로조건과 복무규율의 내용(특히 감급, 계약해지, 해고 사유 등)이 정하여 있는지	↑
	• 복장·용모 등에 관한 규제를 받는지	↑
근로관계의 계속성	• 기간이 장기로 정하여 있거나, 기간별 또는 프로젝트별로 정하여 있더라도 반복 갱신이 이루어지는지	↑
	• 재계약을 위한 평가기준이 정하여 있는지	↑

근로관계의 전속성	• 소속 회사외의 다른 회사 업무 겸업에 대한 승인이나 제재를 받는지	↑
	• 제3자로 하여금 업무를 대체하도록 할 수 있는지	↓
독자적 사업자성	• 스스로 업무에 필요한 비품·원자재를 소유하거나 비용을 부담하는지	↓
	• 제3자를 고용하거나 제3자에 대한 임금지급 책임을 부담하는지	↓
	• 대체인력을 사용할 수 있는지	↓
	• 회사로부터 이익을 배당받거나 손실을 부담하는지	↓
보수의 근로 대가성	• 기본급·고정급 등 일정액의 보수를 지급받거나 고정급의 비율이 높은지	↑
	• 실적에 따른 수수료 형태의 임금을 지급받는지	↓
	• 수수료 형태의 임금을 회사에 납입하고 일정액 또는 비율을 분배받는지	↑
	• 초과수당, 휴일수당, 연차미사용수당 등 법정수당을 지급받는지	↑
	• 호봉제, 퇴직금 등의 적용이 있는지	↑
기타 사정	• 근로소득세 원천징수를 받는지	↑
	• 별도의 사업자등록을 하고 사업소득세를 납부하는지	↓
	• 4대보험에 가입되어 있는지	↑

표3 근로자성 판단 체크리스트

(3) 판례의 구체적인 근로자성 판단

① 사업자 등록을 하고 수수료 비율로 급여를 정한 백화점 판매원과 객공

사업자등록을 하고 수수료 비율로 급여를 지급받고 있다고 해서, 반드시 근로자성이 부정되지 않습니다. 사례에서는 심지어 일시적으로 필요한 경우 대체인력을 사용할 수도 있었지만, 종합적으로 판단하여 사용종속적인 노동을 제공한 근로자로 인정을 받았습니다.

수수료 비율로 급여를 받는 백화점 판매원의 근로자성 인정(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결)

• 근로자성 인정 지표

- 지정된 근무장소(주로 백화점)에서 백화점 영업시간 동안 지정된 물품을 지정된 가격으로 판매
- 백화점 운영회사들(백화점 입점업체)과 파견업체인 본건 회사 간의 계약 내용상 파견 종업원들은 매장관리 지침 준수 의무, 서비스품질 유지 의무 등 의무가 있고, 운영업체들은 부적합 종업원 교체를 요구할 권리가 있었음
- 본건 회사는 전산시스템을 통하여 매장 재고 현황 실시간 파악 가능하였으며, 본사 영업부 직원이 1주일 간격으로 매장 방문하여 판매 현황 등 확인
- 영업부소속 정규직으로 고용하여 오다가 퇴사 처리 후 판매용역계약을 체결한 판매원들도 있었으나, 판매용역계약 체결 전후 판매원들의 업무내용이 달라지지 않았음
- 내부 전산망을 통하여 업무관련 각종 공지를 함(출근시간 및 시차 등록공지, 아르바이트 근무현황표 제출 공지, 상품 로스, 반품, 가격, 할인행사 등 관련 공지 등)
- 휴가, 병가 등 사용시 사전 또는 사후 보고를 하게 하였고, 회사는 병가 및 출산휴가 현황표를 작성 보관하고 있었음
- 매장 사용 비품, 작업도구 등 무상 제공
- 보수체계 변경으로 중간에 고정급을 지급한 기간도 있었으며, 일부 판매원은 고정급을 받기도 하였으나, 급여체계 변경시 계약서 재작성 등은 없었음
- 임금의 허위청구로 인한 횡령, 회식비 허위 청구 등으로 징계권(매장 이동조치 포함)을 행사하기도 함

• 근로자성 부정 지표

- 판매용역계약 체결
- 매장 전체 매출에서 판매원 각자의 수수료 비율에 따라 수수료 지급
- 휴가, 병가 사용시 본사 직원이 사용하는 휴가계를 사용하지는 않았음
- 판매원들이 개인적인 출산, 휴가 등의 사유로 근무할 수 없을 경우 자신의 계산으로 일시적으로 대체 인력을 구하기도 하였음
- 취업규칙 미적용, 사업소득세 납부, 4대보험 미가입

→ 백화점 판매원들은 계약형식이 위임계약처럼 되어 있지만, 그 실질은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로계약관계에 해당함

사업자등록을 하고 봉제업무를 수행한 객공의 근로자성 인정(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결)

• 근로자성 인정 지표

- 매일 일정한 시간 사용자의 작업장에서 근무
- 사용자의 지시에 따라 야근하였고, 자의적 판단으로 야근한 적은 없음
- 결근시 미리 관리자의 허락을 받았음
- 휴일 및 하계휴가기간도 다른 일반직원과 동일하게 적용
- 관리자의 지시에 따라 봉제작업 수행
- 봉제작업은 작업공정상 필수적이고 핵심적인 업무
- 일정수준 이상의 보수를 비교적 안정된 형태로 지급받음
- 사용자가 사업자등록을 일률적으로 요구하였고, 월급제 근무에 대한 선택권 없었음
- 임의로 제3자로 하여금 대체 근무하는 것이 불가능하여 업무의 대체성 없음

• 근로자성 부정 지표

- 다른 일반직원들에게 적용되는 취업규칙·인사규정의 적용이 없음
- 보수에 기본급·고정급이 없이 작업량에 따른 성과급만을 지급
- 사업자등록을 하여 근로소득세가 아닌 사업소득세 납부
- 4대보험 미가입

→ 근로자성 부정 지표는 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 임의로 정할 수 있는 것이므로 근로자성 인정

② 텔레마케터(전화권유판매원)에 관한 원심과 대법원의 판결 비교

텔레마케터는 일반적으로 근로자성 인정폭이 좁은 직종이지만, 직종만을 이유로 근로자성이 부정되는 것은 아닙니다. 동일한 사실관계에 대하여도 해석관점에 따라서

근로자성 인정여부가 달라지기도 합니다. 원심을 뒤집고 근로자성을 인정한 대법원의 판결을 통해 관점의 중요성을 알 수 있습니다.

지표	근로자성 부정 (서울고법 2016. 6. 8. 선고 2016나1894 판결)	근로자성 인정 (대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결)
업무지침의 성격	업무수행 중 준수할 사항이 기재된 '카드 텔레마케팅 전화권유판매원 업무운용수칙'과 스크립트 등 가이드라인을 배부한 사실을 법령 및 관련 규정 위반을 사전에 방지하기 위한 업무지침이나 안내자료일 뿐으로 판단	스크립트 등 가이드라인에는 관련 법령을 준수하기 위한 내용뿐만 아니라, 끝인사, 거절극복을 위한 대사, 고객들의 대응 유형을 분류하여 각 유형별로 카드론 상품을 이용하게 하기 위한 구체적인 대사가 상세하게 기재되어 있어, 관련 법령 준수를 위한 지침으로서의 성격뿐만 아니라 피고를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함. 또한 섭외영업위촉계약서에는 원고들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있음
업무수행 관리 감독	피고가 수시로 모니터링하지는 않았고 통화횟수 대비 위반횟수나 수수료 차감액수가 적은 편이어서, 피고가 원고들의 업무수행과정이나 결과를 관리하거나 제재를 가하는 등으로 관리·감독하였다고 보기 어려움	• 통화횟수에 대비한 위반횟수나 수수료 차감의 비율이 적다고 하여 피고가 원고들의 업무수행과정을 모니터링하거나 제재를 가하지 않았다고 보기 어려움 • 피고는 민원발생뿐만 아니라 업무수행 불량으로 평가할 수 있는 경우를 분류하여 '통보서 유형별 등급표'를 마련하여 두고, 통보서 발부 횟수에 따라 생산성 인센티브에서 일정금액 차감 또는 미지급, 해당 실적 커미션에서 차감, 계약해지 등 제재수단을 규정하여 이를 적용하였으며, 필요한 경우 통화녹음내용 등을 모니터링함 → 피고가 원고들의 업무수행과정이나 결과 등에 대하여 관리·감독을 하였고, 그에 대한 제재 수단도 있었음
출퇴근 관리	전화권유판매원의 전산 로그기록이 09:30경부터 18:30경 사이에 몰려 있고, 원고들은 피고가 마련한 사무실에 피고의 정규직 직원 3명과 함께 근무하면서 자리가 지정되어 있었으며, 자리이동을 원할 경우 매니저로부터 허락을 받은 사실, 피고의 정규직 직원인 매니저들은 각종 프로모션을 진행한 사실, 매니저들이 원고들에게 30분에서 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배한 사실을 인정 그러나 지각 또는 결근으로 인한 징계 등의 불이익을 주지 않았으므로 특정 시간에 출퇴근할 의무가 없었음	• 지각 또는 결근으로 인한 징계 등에 관한 규정이 없었다고 하더라도, 피고의 정규직 직원인 매니저들은 원고들과 같은 시간, 같은 장소에서 근무하면서 원고들의 출근 여부, 통화 여부, 통화 횟수 등을 알 수 있었고, 실제로 일별로 목표 통화횟수나 실적에 따른 추가 데이터베이스 제공 등의 각종 프로모션을 진행하기도 하는 등 전화권유판매원들의 업무수행이나 실적을 관리함 • 실적에 따라 수수료를 받는 원고들로서는 피고로부터 받는 고객 데이터베이스의 양과 질이 중요한데, 피고가 전화권유판매원별로 일정한 양의 고객 데이터베이스를 제공하는 것이 아니라 09:30경부터 18:30경까지의 근무시간 중 30분 내지 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배하므로, 지각, 조퇴, 무단이탈, 결근 등의 경우 고객 데이터베이스를 적게 분배받게 되고 이는 실적으로 이어지게 되므로, 실질적으로 불이익을 받는 결과가 됨
기타		• 그 외에도 사무실, 컴퓨터, 전화기 등 업무수행에 필요한 물품 제공 • 사용자의 지시에 따라 계약상 업무 외의 업무를 수행

③ 학원버스 기사(지입차주)에 관한 인정례와 부정례

유사하게 학원버스를 운영한 지입차주의 형태이지만, 실제 근로관계에 따라 근로자성은 달라집니다. 사실관계가 어떻게 다른지 비교해보겠습니다.

인정례(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결)	부정례(대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16442 판결)
• '차량위탁용역계약'이라는 이름의 계약서를 작성 • 10년 남짓 통학버스를 운전, 운전기사 반장 직책 • 매달 기본급에 근무 외 수당 명목의 돈을 추가한 고정금액 지급 • 4대보험 가입 • 버스의 차량 유류비, 보수비 등의 비용과 자동차 보험료, 자동차 운행으로 발생하는 과태료와 사고 책임은 모두 운전기사가 부담 • 매일 일정한 배차간격으로 정해진 운행구간을 운전하여 학원생들을 통학 • 09:30부터 13:30 사이에는 학원 안에 주차공간과 휴게실 등이 없어 자기 집에서 휴식을 취하거나 차량 정비 • 계약서에는 근무시간, 휴식시간, 휴일의 정함이 있고, 학원의 상황에 따라 변경할 수 있다는 내용 기재 • 학원 동의 없이 제3자에게 업무 양도금지 및 일체의 영업행위 금지 • 대차운행과 대리운전은 원칙적으로 금지	• 기존 근로계약서 대신 새로이 차량운행용역계약서를 작성하면서 개별적으로 사업자등록을 하고 퇴직금을 지급받지 아니하며 4대 보험의 적용을 받지 아니하기로 약정 • 출근부에 서명하지 아니하고 학생들의 수송을 마치면 자유롭게 귀가하였으며 취업규칙의 적용을 받지 아니함 • 상당한 가격의 45인승 버스를 지입한 후 실제로 버스를 소유·관리하면서 그 운행에 관한 모든 책임을 부담 • 별다른 제약 없이 대차운행, 대리운행을 하고 업무 외의 영업행위를 함 • 버스 운행에 대한 수수료는 차량의 승차인원, 연식, 운행거리 등에 따라 차등적으로 지급

(4) 기타 근로자성이 문제되는 사례들

① 일경험 수련생의 근로자성

실습생, 견습생, 인턴 등 다양한 명칭으로 현장에서 실습교육을 받는 경우가 있습니다. 순수하게 훈련이나 교육을 목적으로 실습이 이루어지는 경우라면 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자라고 할 수 없습니다. 그러나 현실적으로는 수련생과 근로자의 경계가 모호한 경우가 많습니다. 기본적으로는 근로자성에 대한 판단기준이 동일하게 적용되어, 실습생, 인턴 등 명칭에 불구하고 사실상 사용자에게 종속적인 노동을 제공하는 경우는 근로자가 됩니다.

직업교육훈련촉진법에 따라 특성화고등학교 현장에서 이루어지고 있는 현장실습은 원칙적으로 근로자가 아닌 학습중심 시스템으로 설계가 되어 있습니다. 이와달리 도제학교와 일부 대학교에서 이루어지고 있는 일학습병행제에 참여하고 있는 '훈련근로자'의 경우는 '훈련근로계약서'라는 명칭의 근로계약서를 작성합니다. 말 그대로 일과 학습을 병행하고 있는 근로자라는 뜻이며, 근로기준법이 전면적으로 적용됩니다.

문제가 되는 것은 현장실습이라는 이름으로 실질적인 근로를 하는 경우인데, 고용노동부에서 마련한 '일경험 수련생에 대한 법적 지위 판단과 보호를 위한 가이드라인'에서는 참고할만한 기준을 정하고 있습니다. 이에 따르면 다음 각 호에 해당하는 경우를 종합적으로 판단하여 일경험 수련생이 사실상 근로를 제공하는 경우에는 노동법적 보호 대상인 근로자라고 합니다.

가) 직무교육 프로그램 없이 업무상 필요에 따라 수시로 업무를 지시하는 등의 방식으로 일경험 수련생의 노동력을 활용하는 경우

나) 상시적 또는 특정 시기에 인력이 추가로 필요한 업무 등에 근로자를 대체하여 일경험 수련생을 활용하는 경우

사례

- 성수기에 필요한 인력을 보충하기 위하여 일경험 수련생을 사용하는 경우(예: 스키장 등 계절사업장에서 겨울시즌에만 모집·활용)
- 예측하지 못한 수요가 발생하여 아르바이트생을 대체하여 일경험 수련생에게 연장·야간근로를 사전 교육프로그램 없이 실시하는 경우(예: 연회장에서 예약 급증에 따라 일경험 수련생의 사전 동의 없이 상시적으로 연장근로 실시)
- 소속 근로자의 연장근로를 줄이고 휴가 사용을 늘이기 위해 일경험 수련생을 채용하는 경우(예: 특정시기에 업무가 집중되는 세무·회계·법률·노무사무소 등에서 일경험 수련생 활용으로 소속 근로자의 야근 감소)

다) 교육·훈련내용이 지나치게 단순·반복적인 것이어서 처음부터 노동력의 활용에 그 주된 목적이 있다고 볼 수 있는 경우

사례

- 해당 직무능력 향상과 관련성이 낮은 업무에 아르바이트생이 아닌 일경험 수련생을 채용·활용하는 경우(예: 청소전문 사업장이 아닌 일반사업장에서 일경험 수련생에게 청소업무만을 수행토록 하거나, 호텔 등 사업장에서 호텔경영학 전공자를 일경험 수련생으로 활용하면서 수련과정에 관계없는 주차관리업무만을 수행토록 하는 경우 등)
- 비교적 단순노무업무에 해당하는 사업장에서 아르바이트생이 아닌 일경험 수련생을 통해 일을 하는 경우(예: 학생 등이 전공과 관련성이 낮은 편의점, 커피전문점 등에서 일경험 수련생으로 일을 하고 학점을 이수)

개정된 직업교육훈련촉진법(2018. 9. 28 시행)은 근로가 아닌 학습 중심으로 현장실습을 실시하겠다는 취지를 명확히 하고 있습니다. 표준협약서 고시 주체도 교육부장관으로 변경하고 학생들의 인권 존중을 위해 현장실습에 대한 선택권도 부여하였습니다. 법의 취지를 잘 실현하기 위해서 지도·점검과 처벌규정도 확대하였습니다. 기존에는 현장실습 시간(1일 7시간, 1주 35시간, 1일 1시간까지 연장 가능, 야간·휴일 현장실습 금지)위반, 현장실습 표준협약서 미체결 및 표준협약서 미사용의 경우만을 처벌할 수 있었습니다. 그러나 개정법은 현장실습 기간, 실습 방법, 담담자 배치, 현장실습 수당, 안전·보건조치, 현장실습 내용변경 절차 등 주요사항을 지키지 않는 경우까지도 처벌할 수 있도록 하고 있습니다.

이러한 직업교육훈련법 규정을 지키지 않고, 사실상 근로자로 현장실습을 운영한 경우라면(예를들어 장기간·지속적으로 근로하고, 현장의 다른 근로자들과 유사한 형태로 근무하며, 빈번한 연장·야간·휴일근로를 하는 경우) 직업교육훈련법 위반에 따른 제재만이 아니라, 근로기준법상 근로자에 해당하므로 근로기준법의 위반 여부도 함께 판단하여야 할 것입니다.

② 학원강사의 근로자성

학원강사의 근로자성 판단의 주요 기준은 다음과 같습니다. 이와 달리 학교의 시간강사와 조교에 대하여는 근로자로 보는 것이 일반적입니다.

- 출근시간·강의시간 및 강의장소의 지정여부
- 강의교재 결정 권한의 소재
- 다른 사업장에 대한 노무제공의 가능성여부(학원측의 허락을 받고 다른 학원에서 강의)
- 강의 이외의 부수업무(행정업무, 학부모 상담, 교재개발, 학생관리 등) 수행여부
- 보수가 수강생수와 비례하는 것이 아니라 강의시간 수에 일정액을 곱한 금액으로 지급받는지 여부

③ 간부·임원의 근로자성

이사, 감사 등의 임원은 일반적으로 업무집행권이나 대외적 대표권을 갖고 회사의 사무를 처리하는 관계에 있어 근로자이기 보다는 민법상 위임관계에 해당합니다. 그러나 임원이라고 하더라도 지위나 명칭이 형식적인 것에 불과하고 실제로는 사업주나 실질적 대표이사의 지휘·감독 하에 근로시간의 구속을 받으면서 일정한 근로를 제공하고 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다면 근로자에 해당합니다. 이사로 등기가 되어 있다는 것만으로 근로자성이 부정되지는 않습니다.

3장 · 공인노무사 김희영(노무법인 해밀)

임금체불

노동의 대가인 임금은 근로자의 생존을 위한 기초입니다. 단, 며칠만 지연되어도 근로자의 생활을 위협하고 불안정하게 만듭니다. 2016년 기준 고용노동부에 신고된 체불임금 규모는 1조4천억 수준이고 근로자수도 32만명에 이릅니다. 체불은 특히 소규모 사업장에서, 불안정한 저임금 일자리에서 훨씬 더 많이 발생하고 있어서 한계 상황에 놓인 노동자들을 더욱 궁지로 몰아갑니다. 그러나 이런 상황에 놓인 근로자일수록 자신의 노동을 입증할 자료가 적어서 진정이나 소송에서 더 불리합니다.

따라서 임금체불 문제를 상담할 때에는 근로자들의 이러한 조건을 염두에 두고 활용할 수 있는 다양한 수단을 고민해야 합니다. 그리고 퇴사 후 당장 금전적인 문제에서 벗어날 수 있는 방법을 찾고(임금체불자의 실업급여 수급요건 등), 미리 권리를 포기하는 일이 없도록 법률 및 판례 등을 근거로 정확하게 받을 수 있는 금액을 산정하여, 빠르게 받을 수 있는 방법(합의, 체당금, 민사 등)을 제시해주는 것이 필요합니다.

1 임금체불 상담에서 확인해야 할 것

체불 상담에서 가장 중요한 부분은 받을 수 있는 금액이 맞는지, 입증자료가 갖춰져 있는지, 청구 시기가 지나지 않았는지 등을 확인하는 것입니다. 일용직이라는 이유로 퇴직금이 없다고 말하는 근로감독관들도 있고, 반면에 아슬아슬하게 1년을 채우지 못했음에도 퇴직금을 요구하는 근로자도 만날 수 있습니다. 어느 한쪽의 입장에 치우치지 않고 관련 자료와 사실관계들을 살펴야 미리 포기하는 일이 없습니다. 입증자료가 부족하면 정당한 주장도 잘 받아들여지지 않으므로 확보 방법을 알려주는 것도 중요합니다.

그 다음으로는 어떤 방법으로 체불금품을 지급받을 수 있을지 안내하는 것이 필요합니다. 사업장이 폐업되었는데도 퇴사 후 1년이 지나버려서 국가가 체불금품을 지원해주는 일반 체당금을 받지 못하는 경우도 있습니다. 임금체불 상담에서 회사가 폐업했거나 도산했는지, 퇴사한지 1년이 넘지 않았는지부터 묻는 것은 상담자로서 습관으로 삼아도 좋습니다. 이하에서는 체불문제 해결을 위해 알아야 할 부분들에 대해 단계적으로 살펴보겠습니다.

(1) 상담 초기 입증자료 체크리스트

① 근로계약서와 급여명세서의 확인

근로계약서에는 근로조건에 대한 대부분의 정보가 담겨있습니다. 임금, 시간, 휴일, 휴가 등 모든 근로조건에 대한 최상의 입증자료입니다. 급여명세서에도 임금의 항목과 금액이 명시되어 있기 때문에 기본급이 얼마인지, 연장근로수당을 어떤 시급을 기준으로 책정했는지, 최저임금은 위반하지 않았는지 등을 입증할 수 있는 자료로 사용할 수 있습니다. 따라서 이러한 자료들은 상담시 가장 먼저 체크합니다.

② 고용보험, 건강보험 가입이력내역

4대 보험 가입이력은 정확한 입퇴사일을 확인할 수 있는 좋은 자료가 됩니다. 고용보험 사이트에서 '고용보험피보험자격이력내역서'를 출력하거나 가까운 고용센터에서 발급요청을 할 수 있습니다. '건강보험 자격득실확인서'는 전화(1577-1000) 한 통으로 팩스발급이 가능합니다. 이때에는 모든 이력내역이 나오도록 요청해야 원하는 근속기간 입증자료를 받을 수 있습니다. 한편, 일용근로자는 별도로 '고용보험 일용근로내역서'를 발급받아야만 정확한 월별 근무일수와 월급총액들을 확인할 수 있습니다. 일용근로자들 중에는 출력일수를 달력에 수기로 적어오시는 경우도 있습니다. 하지만 본인이 작성한 것을 입증자료로 인정해주는 일은 드문 편입니다. 사업장에서 허위 신고할 수 있음에도 일용근로내역이 더 확실한 입증자료로 취급됩니다.

③ 급여통장 입금거래내역

근로계약서나 고용보험 내역이 없는 근로자들도 많이 있습니다. 이런 경우는 급여통장 거래내역이 중요한 입증자료가 됩니다. 계속근로기간을 확인할 수도 있고, 월별 급여수준을 확인할 수 있어서 청구할 체불임금을 추정할 수 있는 입증자료가 될 수 있습니다. 그러나 입금내역은 세후금액이므로, 정확한 세전금액을 확인할 수 있는 자료가 있다면 물론 그것이 더 좋은 자료가 될 것입니다.

④ 취업규칙 및 각종 합의서

일반적인 체불사건에서 취업규칙이나 합의서 등을 입증자료로 확보하는 경우는 드문 편입니다. 수습기간, 해고, 연차휴가, 성과급의 퇴직금 포함여부 등에 관련된 금품 청구에 있어서는 취업규칙이나 합의서는 매우 중요한 자료입니다. 취업규칙은 사업장에 게시되어 있어야 하지만 그렇지 않은 경우가 많아서 실제 근로자들은 취업규칙을 잘 알지 못합니다. 퇴사 전에 이러한 부분을 상담한다면 미리 확보하도록 조언하는 것도 방법입니다.

⑤ 출퇴근 기록 및 교통카드 내역

회사가 보유하고 있는 출퇴근 기록은 보통 근로자가 확보하기 어렵습니다. 따라서 재직 중 연장근로수당 청구와 이를 위한 입증자료에 대해 상담을 할 때에는 '야근시계 애플리케이션' 등 위성 위치기록 앱 등을 안내하여 입증자료를 확보할 수 있도록 하는 것이 좋습니다. 차선책으로는 '교통카드 기록'을 제출하기도 하는데, 정확하진 않지만 출퇴근 시간 유추가 가능합니다. 재봉일용직의 경우 종이로 찍는 독서실 기록카드와 유사한 방식의 출퇴근 카드를 사용하는 사업장도 있습니다. 노동청에서 입증자료로 인정한 사례도 있기 때문에 출퇴근 자료는 어떠한 것이든 확보할 수 있도록 상담해주는 것이 좋습니다. 수기라 해도 장기간 기록해온 경우 인정해주는 경우가 있기 때문에 상담 시 확인해 볼 필요가 있습니다.

⑥ 카톡, 문자, 녹취자료

근로자성 문제나, 해고예고수당 청구에 있어서 예고시기 등 다툼이 있는 상황에서는 카톡, 문자, 녹음 등도 좋은 입증자료가 될 수 있습니다. 대화자로 참여한 상황을 녹음하는 것은 도청이 아니므로 합법적인 자료라는 것을 모르는 근로자들이 많습니다. 퇴사 후라도 연락을 하며 입증자료를 확보할 수 있도록 안내하는 것도 방법입니다.

(2) 근로조건의 확인

① 채용공고와 근로조건

체불금품을 확정하려면 가장 먼저 근로조건을 확인해야 합니다. 입사시점에 양 당사자가 합의한 근로조건이 청구할 임금의 근거가 되기 때문입니다. 가끔 근로자들은 채용공고문에 제시한 임금수준을 지급하지 않는 것을 체불로 상담하기도 합니다. 그러나 채용공고에 제시된 근로조건은 '청약의 유인'으로 민법상 계약 체결 전의 광고에 불과하여 양 당사자가 확정지은 '근로계약 '이 계약상 청약과 승낙으로서 양당사자를 구속하게 됩니다. 따라서 근로계약을 했다면 그 내용이 우선적으로 근로조건으로 인정되며, 채용공고는 간접증거로서만 활용됩니다. 이때의 근로계약은 반드시 서면이어야 효력을 발휘하는 것은 아니며 구두로 계약할 수도 있으나 이를 입증하는 것이 중요합니다. 따라서 추후 분쟁을 막으려면 서면으로 작성한 근로계약서를 보관해두는 것이 좋습니다.

Q&A

Q. 채용공고에서는 월 급여 200만원으로 근로자를 모집하였으면서, 막상 근로계약서에서는 월급 180만원으로 명시하여 서명을 받았습니다. 억울합니다. 차액청구가 가능할까요?

A. 채용공고와 실제 근로조건이 다른 경우 노동부 근로감독관을 비롯하여 법원도 실제 근로조건을 입증할 수 있는 근로계약서의 효력을 인정합니다. 이런 경우라면 근로계약서 작성을 거부하고 채용공고에 맞게 근로계약서를 작성하자고 요구해야합니다. 이미 근로계약서에 사인했다면, 임금이 근로기준법상 근로시간이나 최저임금을 위반한 것이 아닌 한 무효라고 볼 수 없습니다.

채용공고와 다르게 근로계약을 하는 사례를 막기 위해 '채용절차 공정화에 관한 법률'이 시행 중에 있으나, 30인 이상 사업장에만 적용되고 있습니다.

관련 법률 – 채용절차의 공정화에 관한 법률 제4조 (거짓 채용광고등의 금지)

② 구인자는 정당한 사유 없이 채용광고의 내용을 구직자에게 불리하게 변경하여서는 아니 된다.

③ 구인자는 구직자를 채용한 후에 정당한 사유 없이 채용광고에서 제시한 근로조건을 구직자에게 불리하게 변경하여서는 아니 된다.

(벌칙 : 500만원 이하의 과태료)

② 근로계약서와 근로조건

근로기준법은 근로조건을 명시하여 근로계약서를 서면으로 작성 및 교부할 것을 규정하고 있습니다. 또한 근로계약서에는 임금의 구성항목·지급방법·계산방법, 소정근로시간, 주휴일, 연차휴가 등을 명시하도록 의무화하고 있습니다. 따라서 근로계약서가 있는 경우 대부분의 근로조건을 확인할 수 있습니다.

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, 주휴일 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. 기타
    - 이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법령에 의함

년 월 일

(사업주) 사업체명: (전화:)
주소:
대표자: (서명)

(근로자) 주소:
연락처:
성명: (서명)

관련 법률 – 근로기준법 제114조 (벌칙)
근로기준법 제17조를 위반하여 근로계약서를 작성하지 않거나, 교부하지 않거나, 서면명시 항목들을 명시하지 않는 경우 500만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 근로조건의 변경여부

최초 근로계약으로 근로조건이 확정되었더라도 재직 중에 변경되는 경우가 있습니다. 그런데 급여 등 중요한 근로조건의 변경은 양당사자의 동의가 있어야 가능합니다. 만약 일방적으로 급여를 낮춰서 지급하는 경우 당사자가 변경된 근로조건에 동의(사인)하지 않았다면 기존금액과 차액은 임금체불에 해당됩니다. 또한, 휴일·휴가제도의 변경과 같이 취업규칙이나 노사합의서로 근로조건을 변경하는 경우라면 근로자 과반수의 의견청취 또는 동의를 필요로 합니다. 따라서 근로계약서 및 취업규칙의 적법한 변경이 있었는지 확인을 해야 합니다. 만약 적법한 절차로 변경된 것이 아니라면 무효로서 기존 근로조건이 적용됩니다.

2 체불금품의 계산

(1) 임금의 종류와 개념

최저임금	임금의 최저수준을 정하여 사용자에게 그 이상의 임금을 지급하도록 법으로 강제하는 임금.
통상임금	근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 사전에 정한 금액. 연장근로와 야간근로, 휴일근로에 대한 가산임금과 연차유급 휴가 수당을 산출하는 기준금액.
평균임금	산정사유가 발생한 날 이전 3개월 동안 지급된 임금 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액. 퇴직금 등의 산정 기준금액.

표1 임금의 개념

일반적으로는 최저임금 < 통상임금 < 평균임금 순으로 임금의 크기가 다릅니다. 최저임금에는 1개월마다 지급되는 금액만이 들어가는 반면, 통상임금과 평균임금에는 분기별 정기상여금 등 임금지급기를 초과하는 금액도 포함되기 때문에 최저임금에 해당되는 금액이 가장 적은 편입니다. 통상임금에 해당하는 금액은 모두 평균임금에도 해당되고, 연장근로수당이나 휴일근로수당 등이 추가적으로 포함되므로 [평균임금 = 통상임금 + @] 인 경우가 대부분입니다.

그런데 최저임금과 통상임금의 관계는 조금 독특합니다. 최저임금에는 포함되지만 통상임금에는 포함되지 않는 금액도 있어서 가끔은 통상임금 < 최저임금 < 평균임금 순으로 역전이 되기도 합니다. 그 대표적인 금액은 '생산고에 기여하는 성과급(인센티브)'으로 최저임금에 산입됩니다(최저임금법 제5조 제3항, 최저임금법시행령 제4조). 이 경우 생산고에 따른 성과급은 근로시간수로 나눈 금액을 말합니다(최저임금법시행령 제5조 제2항, 제3항). 그런데 노동부에서는 기본급과 고정수당을 나누는 기준시간에 주휴시간이 포함된다고 보고 있으므로 그 계산법이 조금 복잡해집니다(임금근로시간정책팀-3848, 2006. 12. 20. 참조).

$$\text{통상임금} = \frac{\text{기본급 + 고정수당(식대, 직급수당 등)}}{\text{(기본근로시간 + 주휴시간)}}$$

$$\text{최저임금} = \frac{\text{월 기본급 + 월 고정수당}}{\text{(기본근로시간 + 주휴시간)}} + \frac{\text{생산고 성과급}}{\text{(기본근로시간+연장근로시간)}}$$

Q&A

Q. 저는 기본급이 130만원 밖에 되지 않는데, 최저임금 위반으로 신고하여 차액을 청구할 수 있을까요? 다만, 매월 40시간 내외의 연장근로를 하고 연장근로수당이외에 성과급으로 지급받는 금액은 50만원이 늘 넘는 편입니다.

A. '생산고에 따라 지급되는 성과급'의 경우 최저임금에 산입됩니다. 이 금액에 대한 계산을 하여 합산액을 비교해봐야 최저임금 위반여부를 알 수 있습니다. 하루 8시간, 1주 40시간을 기본근로시간으로 하고, 연장근로 월 40시간일 때 시급계산은 아래와 같습니다.

$$\text{최저임금} = \frac{\text{월 기본급 1,300,000원}}{\text{(174시간 + 35시간)}} + \frac{\text{생산고 성과급 500,000원}}{\text{(174시간 + 40시간)}}$$

$$\text{최저임금} = 6{,}220\text{원} + 2{,}336\text{원} = 8{,}556\text{원} > 8{,}350\text{원 (2019년의 최저시급)}$$

✷ 월 평균 주수 = 365일 ÷ 7일 ÷ 12개월 ≒ 4.34주
월 유급근로시간 ≒ 월 근로시간(8시간 × 주5일 × 4.34주) +
월 주휴시간(8시간 × 주1일 × 4.34주) = 173.6시간 + 34.72시간 = 209시간

✷✷ 기본급은 월 소정근로시간에 유급으로 지급되는 주휴시간을 합친 시간으로 나누어 시급을 산정합니다. 그러나 성과급은 실 근로시간으로 나누어 시간당 성과급을 산정해서 기본시급과 합산하여 최저임금 위반여부를 판단합니다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2014다82354 판결).

이렇게 생산고에 따라 지급되는 성과급(인센티브)은 최저임금에는 포함되지만 연장수당을 계산하는 기초 임금인 통상임금에는 포함되지 않기 때문에 통상임금보다 최저임금이 더 커질 수 있습니다. 통상임금은 사전에 지급하기로 정해져 있는 금액만 포함되기 때문입니다. 임금의 종류가 다르기 때문에 각각의 임금에 포함될 수 있는 항목들을 살펴보고 위반여부 및 체불금액을 계산해야 합니다.

(2) 최저임금과 통상임금의 관계

통상시급이 최저시급보다 낮으면 최저임금 위반이 아닐까요? 판례는 최저임금이나 최저임금의 적용을 위한 비교대상 임금은 통상임금과는 그 기능과 산정 방법이 다른 별개의 개념이라고 봅니다. 사용자가 최저임금액 이상의 임금을 지급하여야 한다고 하여 곧바로 통상임금 자체를 최저임금액 이상으로 해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니라고 합니다.

관련 판례

최저임금이나 최저임금의 적용을 위한 비교대상 임금은 통상임금과는 그 기능과 산정 방법이 다른 별개의 개념이므로, 사용자가 최저임금의 적용을 받는 근로자에게 최저임금액 이상의 임금을 지급하여야 한다고 하여 곧바로 통상임금 자체가 최저임금액을 그 최하한으로 한다고 볼 수 없다. 다만 최저임금의 적용을 받는 근로자에게 있어서 비교대상 임금 총액이 최저임금액보다 적은 경우에는 비교대상 임금 총액이 최저임금액으로 증액되어야 하므로, 이에 따라 비교대상 임금에 산입된 개개의 임금도 증액되고 그 증액된 개개의 임금 중 통상임금에 해당하는 임금들을 기준으로 통상임금이 새롭게 산정될 수는 있을 것이다(대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다49074 판결).

Q&A

Q. 하루 8시간 1주 40시간 일하고 기본급 150만원, 생산고에 따른 성과급 20만원을 받습니다. 통상임금이 150만원 밖에 되지 않으므로 최저임금 미달아닌가요? 기본급을 2019년 최저임금액인 시급 8,350원, 월 1,745,150원으로 청구할 수 있는 것 아닌가요?

A. 생산고에 따른 성과급의 최저임금 비교금액 계산법에 따라 계산했을 때 최저임금에 미달하는 부분이 있다면 이를 올려줄 필요는 있지만, 곧바로 통상임금이 최저임금이 될 때까지 올려야 하는 것은 아닙니다.
통상임금 = 1,500,000원 ÷ 209시간 (근로시간 174시간 + 주휴시간 35시간) = 7,177원
최저임금 비교임금 = 7,177원 + (200,000원 ÷ 174시간)
= 7,177 + 1,149 =8,326원 (최저임금 미달)
2019년 최저시급 8,350원에 미달되는 시급 24원을 올리기 위해서는 월 기본급을 5,016원(24원×209시간) 올리면 됩니다. 기본급 1,505,016원 + 성과급 200,000원 = 총급여는 1,705,016원이 되며, 통상임금 = 1,505,016원 ÷ 209시간 = 7,201원
최저임금 비교 : 7,201원 + (200,000원÷174시간) = 7,201 + 1,149 = 8,350원 (최저임금 충족)
이렇게 최저임금 위반은 해소가 되었지만, 여전히 통상임금은 최저임금보다 낮습니다.

(3) 최저임금의 계산

① 최저임금

최저임금은 최저임금법에 따라 매년 최저임금위원회에서 결정·고시합니다. 2019년 최저임금은 8,350원입니다. 임금채권은 소멸시효가 3년이기 때문에, 체불임금을 산정할 때는 최소 4년간 최저임금을 고려해야 합니다.

연도	시급	일급(8시간)	월급(209시간)
2015년	5,580원	44,640원	1,166,220원
2016년	6,030원	48,240원	1,260,270원
2017년	6,470원	51,760원	1,352,230원
2018년	7,530원	60,240원	1,573,770원
2019년	8,350원	66,800원	1,745,150원

표2 연도별 최저임금

② 최저임금의 적용제외

최저임금법 제5조 제2항과 시행령 제3조에서는 수습사용 중에 있는 자로서 수습사용한 날부터 3개월 이내인 자에게는 최저임금액을 90%로 감액할 수 있다고 정하고 있습니다. 다만, 1년 미만의 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자는 감액 대상에서 제외하고 있습니다. 따라서 1년 이상 기간으로 근로계약을 체결한 경우가 아니라면 수습기간이라는 이유로 최저임금의 90%로 낮춰서 지급하는 것이 불가능합니다. 또한 단순노무업무는 기능숙련 기간이 필요 없으므로 수습기간이라 해도 90%로 감액할 수 없도록 법이 개정되었습니다(최저임금법 제5조 제2항).
단순노무직종 근로자에 대해서는 노동부 고시에 따라 '한국표준직업분류 상 대분류 9(단순노무 종사자)'에 해당하는 사람으로 규정합니다. 총 6개의 중분류로 되어 있으며 건설 및 광업, 운송, 제조, 청소 및 경비, 가사·음식 및 판매, 농림·어업 및 기타 서비스 단순노무직을 말합니다. 몇 시간 혹은 몇 십분의 직업 내 훈련으로 업무수행이 가능한 경우를 말합니다.

정신 또는 신체의 장애가 업무수행에 현저히 지장을 주는 것이 명백하다고 인정되는 사람에 대해서는 고용노동부 장관의 최저임금 적용제외 인가를 받아 1년 동안 최저임금보다 낮은 금액을 지급할 수 있습니다.

일반 근로자	전 기간 최저임금 100% 지급의무	감액요건
단순 노무직 (2018년 3월 20일 시행)	전 기간 최저임금 100% 지급의무	—
1년 미만으로 계약한 수습 근로자	전 기간 최저임금 100% 지급의무	수습(시용)기간에 대해 근로계약서에 명시해야만 수습근로 인정
1년 이상으로 계약한 수습 근로자	최초 3개월만 최저임금 90% 지급, 이후 기간 최저임금 100% 지급의무	
정신 또는 신체의 장애가 업무수행에 현저히 지장	적용제외 인가 기준은 현행 비교 대상 노동자 작업능력의 70% 미만	노동부장관 인가필요

표3 최저임금 감액 요건

③ 최저임금에 산입되는 임금과 산정방법

최저임금법은 시행규칙에서 최저임금에 산입되는 임금에 대하여 명시하고 있습니다. 보통 매월 정기적·일률적으로 지급되는 금액(기본급, 직급수당, 직책수당 등)은 최저임금에 포함되는 임금입니다. 1개월을 초과하는 산정사유로 지급되는 금액(명절 상여금 등)이나 실비변상 또는 생활보조 금액(차량유지비 등)은 최저임금에 포함되지 않는 금품입니다.

구분	임금의 범위
공통요건	1. 단체협약·취업규칙 또는 근로계약에 임금항목으로서 지급근거가 명시되어 있거나 관례에 따라 지급하는 임금 또는 수당 2. 미리 정해진 지급조건과 지급률에 따라 소정근로(도급제의 경우에는 총근로를 말한다)에 대하여 매월 1회 이상 정기적·일률적으로 지급하는 임금 또는 수당
개별적인 임금·수당의 판단기준	위의 공통요건에 해당하는 것으로 별표 1에 따른 임금·수당 외에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임금 또는 수당 1. 직무수당·직책수당 등 미리 정해진 지급조건에 따라 담당하는 업무와 직책의 경중에 따라 지급하는 수당 2. 물가수당·조정수당 등 물가변동이나 직급 간의 임금격차 등을 조정하기 위하여 지급하는 수당 3. 기술수당·면허수당·특수작업수당·위험작업수당 등 기술이나 자격증·면허증 소지나 특수작업종사 등에 따라 지급하는 수당 4. 벽지수당·한냉지근무수당 등 특수지역에서 근무하는 사람에게 일률적으로 지급하는 수당 5. 승무수당·항공수당·항해수당 등 버스, 택시, 화물자동차, 선박, 항공기 등에 승무하여 운행·조정·항해·항공 등의 업무에 종사하는 사람에게 매월 일정한 금액을 지급하는 수당 6. 생산장려수당 등 생산기술과 능률을 향상시킬 목적으로 매월 일정한 금액을 지급하는 수당 7. 그 밖에 제1호부터 제6호까지의 규정에 준하는 것으로서 공통요건에 해당하는 것이 명백하다고 인정되는 임금 또는 수당

표4 최저임금에 산입하는 임금의 범위

구분	임금의 범위
매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금 외의 임금	1. 1개월을 초과하는 기간의 출근성적에 따라 지급하는 정근수당 2. 1개월을 초과하는 일정기간의 계속근무에 대하여 지급하는 근속수당 3. 1개월을 초과하는 기간에 걸친 해당 사유에 따라 산정하는 장려가급(奬勵加給)·능률수당 또는 상여금 4. 그 밖에 결혼수당·월동수당·김장수당 또는 체력단련비 등 임시 또는 돌발적인 사유에 따라 지급하는 임금·수당이나, 지급조건이 사전에 정해진 경우라도 그 사유의 발생일이 확정되지 않거나 불규칙적인 임금·수당
소정의 근로시간 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금 외의 임금	1. 연차휴가 근로수당, 유급휴가 근로수당, 유급휴일 근로수당 2. 연장시간근로·휴일근로에 대한 임금 및 가산임금 3. 야간근로에 대한 가산임금 4. 일직·숙직수당 5. 그 밖에 명칭에 관계없이 소정근로에 대하여 지급하는 임금이라고 인정할 수 없는 것
그 밖에 최저임금액에 산입하는 것이 적당하지 않은 임금	가족수당·급식수당·주택수당·통근수당 등 근로자의 생활을 보조하는 수당 또는 식사, 기숙사·주택 제공, 통근차운행 등 현물이나 이와 유사한 형태로 지급되는 급여 등 근로자의 복리후생을 위한 성질의 것

표5 최저임금에 산입하지 아니하는 임금의 범위

가) 식대의 최저임금 포함 여부

최저임금법 시행규칙 별표1에 따르면 급식수당 등 생활을 보조하는 수당 또는 식대 등 복리후생 성질의 급여는 최저임금에서 제외됩니다. 고용노동부도 같은 입장입니다. 그런데 법원의 판례는 형식적인 절세항목으로 식대를 잡아놓은 경우는 기본급에 해당한다고 보아 최저임금으로 판단하여 식대의 최저임금 해당여부에 대한 혼란이 있었습니다.

관련 판례

중식비 명목으로 매월 급여지급일에 100,000원씩 지급하여 온 금액은 세금을 줄이기 위하여 지급한 것으로서 그 실질적 내용은 급식수당이 아니라 월 기본급에 해당하므로, 이는 (최저임금)비교대상임금에 포함된다고 봄이 타당하다(대구고법 2014. 8. 27. 선고 2013나1038 판결).

관련 행정해석

지급받은 임금 내역에 급식수당·통근수당 등이 별도로 책정되어 있다면 이러한 수당은 최저임금 적용을 위한 임금의 범위에서 제외하여야 할 것임(임금68200-828, 2003. 10. 16, 임금68200-764, 2003. 9. 27).

그런데 최저임금법의 개정으로 2019년부터는 월 최저임금액의 7%를 초과하는 식대만 최저임금 산입범위에 포함되며, 7% 이내 식대는 최저임금 산입에서 제외됩니다. 다만 매년 단계적으로 이 비율이 줄어들어 2024년에는 식대가 전면적으로 최저임금 산입범위에 포함됩니다.

연도	2019년	2020년	2021년	2022년	2023년	2024년
현금성 복리후생비	7%	5%	3%	2%	1%	0%

표6 현금성 복리후생비의 최저임금 미산입 비율

그래서, 2019년 기준 월 최저임금 1,745,150원의 7% 금액 122,160원을 넘는 식대만 최저임금에 포함됩니다.

사례 – 복리후생비가 있는 경우 최저임금 위반 여부 판단

	근로시간	임금
근로조건	1일 8시간 주40시간	기본급 170만원 식대 20만원

최저임금 월액의 7% 이상인 식대만 포함하면,
1,700,000원 + (200,000원-122,160원) =1,700,000원 + 77,840원=1,777,840원
2019년 최저임금(시급)은 8,350원이고 월간 최저임금은
1,745,150원(8,350원×209시간)이므로 최저임금 이상임.

나) 상여금의 최저임금 포함 여부

상여금의 경우 매월 정기적·일률적으로 지급한다면 최저임금 산입범위에 포함됩니다. 그런데 명절이나 2개월 단위 등 1개월을 초과하는 기간에 걸친 '사유'에 따라 산정하는 상여금은 최저임금 산입범위에서 제외됩니다. 예를 들어, 연간 600%의 상여금을 월별로 지급한다고 규정되어 있다면, 매월 지급될 뿐 연간상여금이므로 최저임금에 포함되지 않습니다. 상여금의 최저임금 포함여부가 단순히 '지급기간'이 아닌 '지급사유'의 발생기간에 중점을 두고 있음에 유의할 필요가 있습니다(법제처 15-0501, 2015. 9. 30). 또한 취업규칙에 지급율을 정하지 않고 출근성적에 따라 지급액이 변동되는 상여금의 경우에는 매월 지급되더라도 소정 근로시간이나 근로일에 대하여 정기적으로 지급하는 금액으로 보기 어려워서 최저임금에 산입되지 않습니다(임금 68200-471, 2003. 6. 20).

월별 상여금은 2019년부터 월 최저임금액의 25%를 초과하는 금액이 최저임금 산입범위에 포함되며, 당해 연도 최저임금의 25% 이내 상여금은 최저임금 산입범위에서 제외됩니다. 그리고 매년 단계적으로 이 비율이 줄어들어 2024년에는 상여금이 전면적으로 최저임금 산입범위에 포함됩니다. 주의할 점은 이는 월별 상여금을 말하므로 1개월을 초과하는 상여금은 여전히 최저임금 산입범위가 아니라는 점입니다.

연도	2019년	2020년	2021년	2022년	2023년	2024년
월별 정기상여금	25%	20%	15%	10%	5%	0%

표7 월별 상여금의 최저임금 미산입 비율

그래서 월별 상여금 중 2019년 월 최저임금 1,745,150원의 25%인 436,288원을 넘는 금액만 최저임금에 포함됩니다.

사례 – 월별 상여금이 있는 경우 최저임금 위반 여부 판단

	근로시간	임금
근로조건	1일 8시간 주40시간	기본급 170만원 월별 상여금 50만원

월 최저임금의 25% 이상인 상여금만 포함
1,700,000원 + (500,000원-436,288원) =1,700,000원 + 63,712원 =1,763,712원
2019년 최저임금(시급)은 8,350원이고 월간 최저임금은
1,745,150원(8,350원×209시간)이므로 최저임금이상임.

한편, 최저임금인상에 따른 부담을 줄이기 위해 사용자가 1개월을 초과하는 주기로 지급하던 상여금을 1개월 단위로 변경시키는 경우 임금의 총액 변동이 없다면 개정법은 취업규칙의 변경절차 특례로 과반수 노조나 근로자 과반수의 의견청취만으로 변경이 가능하도록 규정하고 있습니다.

다) 최저임금 산정 기준 시간 논란

최저임금 미달여부를 판단하기 위해서는 급여항목 중에서 최저임금 해당항목(비교대상 임금)을 추출하여 그 합산액을 소정근로시간으로 나누어 최저시급 미달여부를 판단합니다. 그런데 고용노동부는 지속적으로 이 분모가 되는 시간에 유급주휴시간이 포함된다고 주장해왔습니다(임금근로시간정책팀-3468, 2007. 11. 26). 이에 반해 법원은 지속적으로 주휴일은 근로시간이 아니므로 제외하고 계산해야 한다는 입장을 취해왔습니다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다64245 판결). 이런 논란을 종식시키고자 고용노동부는 유급주휴시간을 포함하여 산정하도록 시행령을 개정하겠다고 하였습니다.

구분	법원	개정안, 노동부
통상시급	2,000,000원 ÷ 209시간 = 9,569원	2,000,000원 ÷ 209시간 = 9,569원
최저시급	2,000,000원 ÷ 174시간 = 11,495원	2,000,000원 ÷ 209시간 = 9,569원

✷ 월 근로시간: 1일 8시간 × 주 5일(근로일) × 4.34주(1개월) = 174시간
✷✷ 월 주휴시간: 8시간 × 1일(주휴일) × 4.34주(1개월) = 35시간

라) 최저임금의 계산 및 미달여부의 판단

사례 – 최저임금에 포함되는 항목(비교대상 임금)을 분류하고 그 합산액을 소정근로시간으로 나누어 최저시급에 미달하지 않았는지 여부를 판단합니다.

1. 임금명세서가 있는 경우

기본급	1,450,000
식대	100,000
차량유지비	200,000
연장근로수당	350,000
직책수당	200,000
월별 상여금	100,000
✷ 차량유지비는 실비변상적·차량보유 조건부 수당	

임금명세서

기본급	1,450,000
식대	0
차량유지비	0
연장근로수당	0
직책수당	200,000
월별 상여금	0
✷ 복리후생적 급여라도 실비변상적인 차량유지비는 최저임금 미산입	

최저임금에 포함되는 임금

식대는 2019년 기준 최저임금월액인 1,745,150원의 7%(122,160원)를 넘는 금액만 산입하며, 월별상여금은 25%(436,288원)를 넘는 금액만 산입하는데 위의 임금명세서에서 식대와 상여금은 각각 7%와 25%이내이므로 산입되지 않습니다. 위 임금명세서에서 최저임금 해당항목의 합계는 1,650,000원(1,450,000원 + 200,000원)이며, 이 금액을 월 총유급근로시간인 209시간(월 소정근로시간 174시간 + 월 주휴시간 35시간)으로 나누면 시급은 7,895원으로 2019년 기준 최저시급 8,350원에 미달됩니다. 월 최저임금은 1,745,150원이므로 95,150원의 차액만큼 기본급이나 다른 수당을 인상하여야 합니다.

2. 임금명세서가 없는 포괄임금제에서 최저임금 계산(이 사업장은 5인 이상 사업장으로 연장·야간·휴일근로에 대한 가산임금 적용)

	근로시간	임금
근로조건	오후 7시 ~ 익일 오전4시(주6일) 휴게1시간(오전2시~3시)	250만원 (식대10만원)

소정근로시간 : 월~금 8시간 × 5일 = 1주 40시간 (기본시급)
연장근로시간 : 토요일 8시간 × 1.5배 = 1주 12시간 (1.5배 시급)
야간근로수당 : 오후 10시~새벽 4시까지(휴게 1시간 제외) × 0.5배 (0.5배 야간수당)
월 단위로 합계를 내면
[{8 × (평일 5일 + 주휴1일)} + (연장8시간 ×1.5배) + {(야간6 - 1) × 6일 × 0.5}] × 4.34주(1개월) = (48 + 12 +15) × 4.34주(1개월) = 325.5시간

최저임금과 비교임금 = (2,500,000원 – 식대100,000원) ÷ 325.5시간 =7,373원
2019년 최저임금 8,350원에 미달하고, 최저임금 기준으로 월급여액을 산정하면
시급 8,350원×325.5시간 = 2,717,925원

3. 임금명세서가 없는 포괄임금제에서 최저임금 계산(이 사업장은 5인 미만 사업장으로 연장·야간·휴일근로에 대한 가산임금 미적용)

	근로시간	임금
근로조건	오후 7시 ~ 익일 오전4시(주6일) 휴게1시간(오전2시~3시)	250만원 (식대10만원)

소정근로시간 : 월~토 8시간 × 6일 = 1주 48시간 (기본시급)
월 단위로 합계를 내면
월간 유급 총근로시간 = 8시간 × (평일 6일+주휴1일) × 4.34주(1개월)
= 56시간 × 4.34주(1개월) = 243.04시간
최저임금과 비교임금 = (2,500,000원 – 식대100,000원) ÷ 243.04시간 = 9,875원
2019년 최저임금 8,350원 이상임

(4) 통상임금과 기본급, 주휴수당의 계산

통상임금이란 소정근로 또는 총 근로에 대하여 정기적, 일률적으로 지급하기로 사전에 정한 금액을 말하며, 시급으로 산정됩니다. 일반적으로 기본급이며 식대나 직책수당과 같은 고정수당도 포함되지만, 소정근로시간에 대응하는 고정(사전에 정한) 임금이므로 성과급이나 인센티브는 포함되지 않습니다. 이렇게 근로시간에 대해 상응하는 통상임금은 소정근로시간과 관련되는 주휴수당, 연장근로수당, 휴일근로수당, 야간근로수당, 연차수당과 같은 각종 수당산정의 기준이 됩니다.

① 통상임금에 산입되는 임금의 범위

통상임금이 중요한 이유는 장시간근로가 많은 우리나라에서 연장·야간·휴일 근로 등 가산임금 산정의 기준이 되기 때문입니다. 따라서 기업들은 인건비 부담을 줄이기 위해 통상임금을 축소하려는 노력들을 해왔고, 결국 기본급에서 분리된 여러 수당들이 있는 임금구조가 만들어지게 되었습니다. 예를 들면, 직급수당, 직책수당, 자격수당, 기술수당, 정기상여금, 명절상여금, 근속수당 등입니다.

통상임금을 피해가려는 새로운 수당이 개발되면, 분쟁이 발생하고 결국 법원은 그 실질을 따져 그것이 일률적, 정기적, 고정적으로 지급되는 금액인지를 판단한 후 통상임금에 포함된다는 판례를 내놓고 있습니다. 일정한 직급에게 지급하는 직급수당이나, 특정 기술이나 자격에 대해서, 위험작업 등을 해서 일률적으로 지급하는 수당은 대부분 통상임금에 포함됩니다. 그리고 일정한 간격으로 모든 근로자나 일정조건을 갖춘 근로자에게 일률적으로 지급하며, 고정적으로 지급되면 통상임금이라고 할 수 있습니다. 따라서 수당항목이 나누어져 있다고 해도 법률상으로는 큰 의미가 없습니다. 만일, 사용자가 이러한 고정 수당을 시급계산에서 누락시킨다면 근로자들은 이를 포함시킨 금액을 기준으로 통상임금을 계산하여 차액을 청구할 수 있습니다.

정기성	정기성이란 정해진 일정 기간마다 지급되는지에 관한 것으로, 1개월을 초과하는 기간마다 지급되더라도 일정 간격을 두고 계속적으로 지급되는 것이면 통상임금 해당
일률성	모든 근로자에게 혹은 일정조건을 갖춘 근로자에게 일률적으로 지급
고정성	어떤 특정 업적이나 성과 등과 무관하게 근로 제공시 고정적 확정적으로 지급

표8 통상임금 판단지표

반면 판례에서 통상임금에 해당하지 않는다고 보는 경우가 있는데 '특정일자 재직조건'이나, '일정 근무일수 충족조건'에 의해 지급여부 자체가 달라지는 경우입니다. 특정일자 재직을 조건으로 지급여부가 달라지거나, 일정 근무일수를 채울 것을 조건으로 지급여부가 달라지면 이것은 매월 변동될 수 있는 일정한 실적을 충족해야 지급되는 것으로 보고 통상임금이 아닌 것으로 대법원은 판단하고 있습니다. 통상임금은 소정근로일을 근로하면 이에 대해 지급되는 것이어야 하는데, 일정 근무일수의 충족이라는 추가적인 조건을 성취해야 비로소 지급되는 것이라면, 이 조건의 성취 여부는 사전에 확정할 수 없는 불확실한 조건이므로 고정성을 결여했다는 것입니다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결).

그런데 이렇게 조건이 달려있더라도 지급여부 자체가 걸려있지 않다면 통상임금으로 보기도 합니다. 특정일자 재직조건 상여금을 퇴직자에게도 일할계산해서 주는 경우나, 일정 일수를 채워야 준다던 상여금을 감율규정을 두어서 감율하여 지급하는 경우입니다. 이렇게 되면 그 실적 조건 자체를 성취해야만 받을 수 있는 금액이 아니므로 통상임금이라고 판단합니다.

지급 기준	해석	통상임금여부
특정일자 재직기준	특정일자 전 퇴사자에게 지급하지 않음	×
특정일자 재직기준 + 퇴사자도 일할계산지급	결국 특정일자에 재직하지 않고 퇴사한 경우에도 지급되는 것으로 조건 충족여부에 따라 지급여부가 달려있다고 보기 어려움	○
일정 근무일수 충족요건	일정 근무일수 미달자에게 지급하지 않음	×
일정 근무일수 기준 + 감율규정	일정 근무일수 미달자도 충족 못한 정도에 따라 감율규정에 의해 감경은 하지만 일수조건을 채우지 못해도 결국 감율하여 지급은 하게 되므로, 조건 충족여부에 따라 지급여부가 달려있다고 보기 어려움.	○

표9 조건부 상여금의 통상임금 여부

임금명목	임금의 특징	통상임금여부
기술수당	기술, 자격보유자에게 지급되는 수당 (자격수당, 면허수당)	○
직급수당, 직책수당	일정한 직급이나 직책을 맡는 경우 지급되는 수당	○
근속수당	장기 근속수당은 근로자 숙련도와 관련되므로 일정 근속기간 이상 재직자에게 일률적으로 지급되는 경우 통상임금. (예를 들면 5년차 이상 매월 10만원 지급, 10년차 이상 매월 20만원 지급 등 직급수당처럼 장기근속연수에 따른 금액) 일정 근무일수를 기준으로 그 미만은 일할 계산하여 지급하고 그 이상은 전액을 지급하는 경우, 일할 계산 지급되는 최소한도의 고정적 임금은 통상임금.	○
가족수당	본인수당	○
	부양가족의 수에 따라 차등지급한 가족수당	×
성과급	근무성적에 따라 지급여부나 지급액이 달라지는 경우	×
	최하등급을 받더라도 일정액을 지급하도록 확정되어 있는 경우 그 최하한 고정적 임금의 경우	○
상여금	지급시기, 지급비율이 정해져있어 정기적으로 지급되는 상여금	○
	특정조건에 지급여부가 달려있거나, 기업실적에 따라 부정기적으로 지급되거나, 사용자 재량으로 일시적으로 지급되는 경우	×
특정시점 재직조건	특정시점 재직조건으로 지급여부가 갈리는 경우	×
	특정시점 재직조건이 있지만 조건 미충족해도 일할계산 지급	○

표10 임금유형별 통상임금 여부 정리

사례

1. 통상임금 계산

월급에서 통상임금에 산입되는 항목을 합산하여 소정근로시간으로 나누어 주면, 연장근로수당 등을 계산할 수 있는 통상임금(시급)이 산정됩니다.

기본급	1,450,000
(일률적)식대	100,000
차량유지비	200,000
연장근로수당	350,000
가족수당	50,000
직책수당	200,000
월별 상여금	100,000

임금명세서

기본급	1,450,000
식대	100,000
직책수당	200,000
월별 상여금	100,000

✷ 차량소유자에게만 지급하는 차량유지비는 실비변상적 금품으로 통상임금 아님

✷ 실제 부양가족에 대해 지급하는 가족수당은 통상임금 아님

통상임금에 포함되는 임금

통상임금 = (1,450,000원+100,000원+200,000원+100,000원) ÷ {하루8시간 × (주5일+주휴1일) × 4.34} = 1,850,000원 ÷ 209시간 = 8,852원

급여에서 기본급으로 표시된 항목은 1,450,000원이지만 일률적, 고정적인 식대, 직급수당까지 포함된 금액을 기준으로 통상임금(시급)을 산정하여 연장수당 및 연차수당을 계산하게 됩니다.

2 . 포괄임금제에서의 통상임금 계산(5인이상 사업장)

	근로시간	임금
근로조건	오전 8시 ~ 오후 7시(주5일) / 휴게1시간(오후1시~2시)	2,300,000원

월 유급근로시간

= (주 40시간 + 주휴 8시간 + 연장 2시간 × 주5일 × 1.5) × 4.34주 = 273.4시간

통상임금 = 2,300,000원 ÷ 273.4시간 = 8,412원(2019년 최저임금 8,350원 이상)

3. 포괄임금제에서의 통상임금 계산(5인미만 사업장)

5인 미만 사업장은 연장근로시간에 1.5배를 가산하지 않으며, 1주 최대 연장근로시간 12시간 제한을 받지 않습니다.

월 유급근로시간

= (주 40시간 + 주휴 8시간 + 연장 2시간 × 주5일) × 4.34주 = 251.7시간

통상임금 = 2,300,000원 ÷ 251.7시간

= 9,138원(2019년 최저임금 8,350원 이상)

✷ 5인 미만 사업장에서는 소정근로시간이 법정근로시간(1일 8시간, 주 40시간)으로 제한되지 않습니다. 소정근로시간을 기준으로 하는 주휴수당도 당사자간의 약정에 따라서는 1일 법정근로시간인 8시간을 초과할 수도 있습니다.

판례는 근로시간을 측정할 수 있는 분야에 대해서는 원칙적으로 포괄임금제가 금지된다고 하면서도 노동관계법령에 위반되는 한도에서만 무효라고 하고 있습니다(대법원 1997. 4. 25. 선고 95다4056 판결). 결국 최저임금에 미달되는 부분에 한하여 추가금액을 지급하면 된다는 의미로 해석되어 근로시간으로 나누어 최저임금 이상이면 유효하다고 판단합니다. 만약 최저임금에 미달된다면 계산된 근로시간에 최저시급을 곱하여 산출된 금액과 실제 지급된 금액의 차액을 체불임금으로 청구할 수 있습니다.

② 기본급과 주휴수당의 계산

가) 주휴수당이란?(근로기준법 제55조)

4주 평균 1주 15시간 이상 일하는 근로자가 소정근로시간을 일주일간 개근하면 하루의 유급휴일을 더 주도록 되어있는데 이를 주휴일이라 하며, 주휴일에 대한 급여를 주휴수당이라고 합니다. 일반적으로 월급을 받는 근로자들은 월급에 주휴수당이 포함되어 있습니다. 따라서 기본급을 계산할 때에는 근로한 시간뿐만 아니라 주휴시간을 포함하여 계산하며, 별도로 주휴수당을 청구할 수는 없습니다. 다만 시급제(아르바이트) 근로자나 일급제(일용직) 근로자의 경우에는 별도로 주휴수당을 청구할 수 있습니다. 다만, 감시단속적 업무는 노동부 승인을 받은 경우라면, 주휴수당을 지급하지 않아도 됩니다. 또한 주휴수당의 취지가 한 주의 근로의 피로를 풀고 다음 주의 근로를 하기 위함이므로 다음 주의 근로가 예정되어 있지 않은 퇴사자의 경우 퇴사하는 주는 주휴수당이 발생하지 않습니다.

임금계산방법	주휴수당 지급방법
월급제	월급 내에 주휴수당이 포함되어 있다고 봄.
시급제	주휴수당을 포함하여 받기로 약정하지 않았다면 1주 개근당 별도로 주휴수당을 지급해야 함.
일급제	계속적 근로를 하는 일용직의 경우라면 주휴를 지급해야 하며, 기준은 원칙적으로 실제 근로일수 6일 이상인 주의 경우에만 지급함.

표11 임금계산방법과 주휴수당

나) 일용직의 주휴수당 청구

일용근로자는 매월 통장내역과 고용보험이력을 가지고 근무일수를 산정하여 주휴수당을 청구 할 수 있습니다.

통장내역		입금 명의	고용보험 이력		주6일 근로 추정월	주휴 발생일수	해당월 일당	주휴수당
2018년 1월	641,330	㈜OOO	650,000	5일			130,000	—
2018년 2월	1,409,890	㈜OOO	1,430,000	11일			130,000	—
2018년 3월	3,847,950	㈜OOO	3,900,000	30일	월 31일 中 30일	4일	130,000	520,000
2018년 4월	3,633,890	㈜OOO	3,770,000	29일	월 30일 中 29일	4일	130,000	520,000
2018년 5월	3,484,430	㈜OOO	3,705,000	28일	월 31일 中 28일	4일	132,321	529,284
2018년 6월	3,805,330	㈜OOO	4,200,000	28일	월 30일 中 28일	4일	150,000	600,000
2018년 7월	2,927,240	㈜OOO	3,010,000	22일			136,818	—
2018년 8월	3,078,360	㈜OOO	3,260,000	24일			135,833	—
2018년 9월	4,493,710	㈜OOO	4,950,000	29일	월 30일 中 29일	4일	170,690	682,760
2018년 10월	2,803,360	㈜OOO	2,850,000	19일			150,000	—
2018년 11월	3,964,520	㈜OOO	4,050,000	27일	월 30일 中 27일	4일	150,000	600,000
2018년 12월	2,989,900	㈜OOO	3,300,000	22일			150,000	—
							합계	3,452,044

표12 일용직의 임금내역과 고용보험 이력

근로기준법상의 주휴일은 1주간의 소정근로일수를 개근한 자에게 주도록 되어 있으므로 근로계약이 1일 단위로 체결되어 1주간의 소정근로일수를 산정할 수가 없는 일용근로자에게는 원칙적으로는 주휴일을 부여할 수 없습니다. 그러나 주휴일 부여의 목적이 1주간의 근로로 인하여 축적된 근로자의 피로를 풀어주고 건강을 확보하게 하며, 여가의 이용을 가능케 하여 사회적·문화적 생활을 할 수 있도록 하는데 있으므로 일용근로자가 계속 근로를 한다면 이때에는 소정근로일수 대신 실제 근로일수를 기준으로 하여 1주일에 6일을 개근하였으면 주휴일을 부여하여야 한다는 것이 노동부의 입장입니다(근기 68207-424, 1997. 4. 2).

따라서 일용직의 주휴수당을 계산하여 청구하려면 주6일 근로를 했다는 입증자료가 필요합니다. 위의 표와 같이 일용근로 고용보험 이력에 찍힌 일수가 입증자료가 되는 경우, 주6일 근로한 것으로 추정해볼 수 있는 월을 계산하여 청구해 볼 수 있습니다. 다만, 1주 5일근무제를 채택한 사업장에서 일용근로자가 1주 5일을 계속 근로한 경우라면 1일의 유급휴일과 1일의 무급휴무일을 부여하면 된다고 하고 있습니다(건설일용근로자 보호지침 근로기준과-4532, 2004. 8. 30).

다) 지각, 조퇴, 연차사용의 결근 해당여부

지각이나 조퇴 3회를 결근으로 본다는 규정을 두는 회사가 있습니다. 그러나 지각이나 조퇴가 아무리 쌓여도 결근으로 처리할 수 없으며, 그 시간에 대해서는 급여에서 공제할 수 있을 뿐입니다. 그 시간이 하루치의 급여만큼 쌓이면 하루치의 급여를 공제할 수는 있지만, 그렇다 해도 주휴수당을 공제할 수는 없습니다(근기

1451-21279, 1984. 10. 20). 또한 연차휴가를 사용해서 한 주의 근로가 5일이 아닌 3일이나 2일이 되더라도 결근이 아니라 출근한 것으로 취급되므로 주휴수당을 지급해야 합니다.

라) 주휴수당의 계산방법

주휴수당은 소정근로시간(양 당사자가 1일 8시간, 1주 40시간 이내에서 약정한 기본근로시간)을 기준으로 하여 산정하게 됩니다.

예를 들어, 월요일에서 금요일까지 주5일 오전 8시부터 오후 7시까지 근무(휴게시간 1시간)인 근로자의 주휴수당은 다음과 같습니다.

월 주휴시간 = 하루 8시간 × 주당 1일 주휴 × 4.34주(월)

= 34.72 ≒ 35시간

하루 10시간의 근로를 하더라도 법정근로시간인 1일 8시간, 1주 40시간까지만 소정근로시간으로 인정됩니다. 따라서 주휴수당도 1일 8시간만 발생합니다. 그리고 주휴시간은 소정근로시간(일하기로 미리 약정한 시간)을 기준으로 산정하기 때문에 실근로시간이 더 적거나 많아졌다 해도 이를 반영하지 않습니다. 예를 들어 1주일에 20시간만 일하기로 했는데, 어떤 주에 일이 많아서 30시간을 일해도 주휴수당액이 더 많아지는 것은 아닙니다.

Q&A

Q. 매일 근로하는 것이 아니라 월, 수, 금 1주에 3일, 하루에 7시간씩 일하기로 약정한 경우의 주휴수당 및 기본급은 어떻게 계산해야 하나요?

A. 그 사업장에서 근무하는 통상 근로자들보다 시간이 짧은 근로자라면 근로하기로 약정한 4주간의 소정근로시간을 그 기간 통상근로자의 총 소정근로일수로 나누어 산출된 시간수로 주휴수당을 계산합니다.

주휴시간 = {(3일×7시간) × 4주} ÷ (5일×4주) = 4.2시간

주휴수당 = 시급 8,350원 × 주휴 4.2시간 = 35,070원

월 기본급 = (시급 8,350원 × 주 21시간 + 시급 8,350원 × 주휴 4.2시간) × 4.34주

= 913,222.8원 ≒ 913,223원

월, 수, 금 1주에 3일, 하루에 7시간씩 일하기로 약정한 근로자의 경우, 1주 동안의 총 소정근로시간은 21시간입니다. 이때 그 사업장의 통상근로자가 1주 5일을 소정근로일로 하여 근무한다면 21시간을 5일로 나눈 4.2시간이 1일 평균 근로시간이 되어 주휴시간으로 할 수 있으며, 통상근로자의 소정근로일이 6일이라면 6으로 나누면 될 것입니다. 하지만 통상근로자의 소정근로일이 6일이려면 그 근로자의 하루 근로시간은 7시간 미만이어야 하므로(1주 최대 소정근로시간은 주40시간이므로) 보통은 5일로 나누면 됩니다.

Q. 통상근로자가 한 주에 주 6일을 근로하는 사업장에서 일7시간, 주3일 일하는 단시간 근로자는 주휴수당을 어떻게 계산하나요?

	A사업장	B사업장
통상근로자 근로조건	일 8시간(월 ~ 토, 주6일) 소정근로시간 40시간 + 연장근로시간 8시간	일 6시간(월 ~ 토, 주6일) 소정근로시간 36시간
소정근로일수	주5일	주6일

A. 주휴수당 = A사업장 4.2시간 (21시간 ÷ 5일) × 통상임금

= B사업장 3.5시간 (21시간 ÷ 6일) × 통상임금

마) 매주 근무시간이 변동되는 근로자의 주휴수당

매주 또는 매일 단위로 소정근로시간이 변동되는 경우 노사간의 합의에 의해 변동된 근로시간을 기준으로 주휴를 산정할 수 있습니다. 다만 노사간의 합의가 필수적이며, 일단 해당일의 근로시간이 이미 시작된 후에는 이를 변경할 수 없습니다. 일용직의 경우에도 일단 해당일의 근로시간이 시작된 이후에는 일이 없다는 이유로 쉬게 되면 이는 휴업에 해당하여 휴업수당을 지급해야 한다고 보기 때문입니다.

관련 행정해석

구분	월	화	수	목	금
근로계약서상 소정근로시간	7시간	7시간	7시간	7시간	7시간
매주 계획근무시간	7시간	5시간	5시간	6시간	8시간
실제근무시간	7시간	6시간	5시간	5시간	7시간

양 당사자가 근로계약으로 1주의 소정근로시간을 정했더라도 그 이후 노사가 서면 또는 구두로 합의해 1주 또는 1일 소정근로시간을 변경했다면 이를 소정근로시간으로 봄이 타당할 것입니다. 따라서 위 단시간 근로자의 주휴산정을 위한 1일 소정근로시간은 최종적으로 노사간에 합의해 실제 근로한 4주간의 총소정근로시간을 그 기간의 총일수(통상근로자의 총소정근로일수)로 나누어 산출하면 될 것입니다 (근로개선정책과-1290, 2013. 2. 20).

바) 주휴수당이 시급에 포함된 경우

시급에 주휴수당이 포함되어 있다고 명시한 근로계약서를 작성하고 근로를 하는 경우도 있습니다. 주휴수당이 포함된 최저시급은 아래와 같습니다.

	최저시급	5일이 소정근로일인 근로자 주휴포함 시급 1.2배수*	6일이 소정근로일인 근로자 주휴포함 시급 1.166667배수
2017년	6,470	7,764	7,548
2018년	7,530	9,036	8,785
2019년	8,350	10,020	9,742

표13 연도별 주휴수당이 포함된 최저임금

5일이 소정근로일인 근로자는 5일 개근을 하면 1일치의 주휴를 더 받게 되어 총 6일에 대한 급여를 받습니다. 이것을 5일치로 나누어 시급에 반영하면 결국은 6을 곱하여 5로 나눈 금액을 지급하게 됩니다. 따라서 주휴포함 시급은 시급에 1.2 (6/5)를 곱하면 됩니다. 마찬가지로 6일이 소정근로일인 근로자는 개근하면 1일치의 주휴를 더 받게 되어 7일치의 금액을 받게 되므로, 주휴포함 시급은 1.166667(7/6)배를 하면 됩니다.

(5) 연장근로수당, 휴일근로수당, 야간근로수당(근로기준법 제56조)

연장근로수당이란 소정근로시간을 넘는 시간을 말합니다. 법에서는 소정근로시간을 1일 8시간, 1주 40시간을 넘지 않는 한도에서 당사자끼리 약속한 기본근로시간으로 보고 있습니다. 따라서 1일 8시간, 1주 40시간을 넘지 않는 한도에서 당사자끼리 약정한 기본근로시간을 초과하는 시간을 연장근로시간이라고 하며 연장근로수당을 지급해야 합니다.

휴일근로수당은 우리가 흔히 알고 있는 공휴일(관공서의 휴일)을 말하는 것이 아니라 근로자의 휴일(주휴일, 근로자의 날)에 일하는 경우 지급해야하는 수당을 말합니다. 물론 그 사업장에서 공휴일을 근로자의 휴일로 약정하여 근로계약서나 취업규칙 등에 명시하였다면 공휴일의 근로도 휴일근로가 될 수 있고, 휴일근로수당을 지급해야 합니다. 야간근로수당은 밤 10시부터 새벽 6시까지의 야간에 근로하는 경우 추가로 지급해야하는 수당을 말합니다.

① 연장근로수당의 계산방법

연장근로는 주 최대 12시간이 허용됩니다. 5인 이상 사업장에서 하루 10시간의 근로를 한다면, 별도로 소정근로시간을 정하지 않아도 8시간을 넘는 매일 2시간이 연장근로시간이 됩니다.

사례

월~금 오전 8시부터 오후 7시까지 근로하고, 점심휴게시간 1시~2시인 경우,
연장시간 = 하루 2시간 × 주5일 × 4.34주(월) = 월 43.4시간
연장수당 = 통상임금 × 월 연장시간 × 1.5배 = 8,350 × 43.4시간 × 1.5
= 543,585원

② 휴일근로수당의 계산방법

개정법에 따라 휴일근로수당의 계산법이 확정되었습니다. 기존에는 휴일근로의 경우 연장근로이자 휴일근로가 되므로 두가지 가산사유를 중첩하여 가산수당을 계산해야 한다는 논의와 하급심 판례들이 존재하였으나, 2018년 개정법에서는 8시간 이내의 휴일근로는 1.5배로만 가산하고, 8시간을 넘는 휴일근로는 2배로 중첩가산하여 지급하도록 하고 있습니다.

사례

월~금 오전 8시부터 오후 7시까지 근로하고, 점심휴게시간 1시~2시인 사업장에서 근로자의 날인 토요일에 근무한 경우의 연장·휴일 근로수당
평일 연장근로시간 = 하루 2시간 × 평일 주5일 × 4.34주(월) = 월 43.4시간
연장근로수당 = 통상시급 × 월 연장시간 × 1.5배 = 8,350원 × 43.4시간 × 1.5
= 543,585원 (최저임금 기준)
휴일근로시간 = 토요일 오전 8시부터 오후 7시까지 10시간
휴일근로수당 = 통상시급 × {(10시간 × 휴일1.5배) + (2시간×연장0.5배)}
= 8,350원 x (15시간+1시간) = 133,600원(최저임금 기준)

③ 휴일대체

연장근로와는 달리 휴일 근로와 평일의 근로는 미리 24시간 전에 고지한다면 평일과 1 : 1로 대체할 수 있습니다(법무 811-18759, 1978. 4. 8). 판례는 단체협약 등에서 휴일을 특정하여 근로일로 정하고, 대신 통상의 근로일을 휴일로 교체할 수 있도록 하는 규정을 두거나, 규정이 없더라도 근로자의 동의를 얻고, 미리 근로자에게 교체할 휴일을 특정하여 고지하면, 다른 특별한 사정이 없는 한 적법한 휴일대체로 인정하고 있습니다. 따라서 원래 휴일은 통상의 근로일이 되고 그 날의 근로는 휴일근로가 아닌 통상근로가 되므로 사용자는 휴일근로수당을 지급할 의무를 지지 않는다고 합니다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다590 판결).

④ 관리 감독적 지위에 있는 자의 가산수당

관리 감독적 지위에 있는 자에 대해서는 연장근로수당이 발생되지 않습니다. 다만, 이때의 관리 감독적 지위에 있는 자는 근로조건의 결정, 기타 노무관리 상 결정권이 있으며, 자신의 출퇴근 시간에 자유재량권이 있는 자로서 기업경영자와 일체를 이루고 있는 입장에 있는 자로 한정됩니다. 이러한 자에 대해서는 휴게와 휴일에 관한 규정이 적용되지 않습니다(대법원 1989. 2. 28. 선고 88다카2974 판결). 따라서 이러한 권한여부를 살펴보지 않고, 단순히 관리직이라는 이유만으로 연장근로수당을 미지급하면 안 됩니다.

⑤ 야간근로수당

야간근로란 오후 10시부터 다음 날 오전 6시까지의 근로를 말합니다. 보통 야간근로는 소정근로시간이거나 연장근로시간이기 때문에 기본급이 있는 구간이거나 연장근로수당이 있는 구간과 겹치게 됩니다. 따라서 1.5배의 급여를 계산하는 것이 아닌 0.5배의 급여를 계산하여 추가로 지급해야 합니다.

사례 – 오후 12시부터 밤 11시까지 주 5일 근무하는 근로자의 급여 계산

	근로시간	임금계산
소정근로시간	오후 12시 ~ 저녁 9시까지 휴게1시간 근로시간 8시간	기본급에 반영하여 시급의 1배 제공
연장근로시간	오후 9시 ~ 밤11시까지 2시간	연장근로 2시간에 대하여 시급 1배 + 연장가산 0.5배
야간 근로시간	밤 10시 ~ 밤 11시까지 1시간	야간근로 1시간은 연장수당에 반영되어 있으므로 야간가산만 0.5배

= 시급×{(8시간×(근로5일+주휴1일)×4.34주) + (연장2시간×1.5×주5일×4.34주) + (야간1시간×0.5×주5일×4.34주)
= 8,350원×(209시간+65.1시간+10.85시간) = 8,350원×284.95시간 = 2,379,333원

야간근로수당 계산에서 유의해야 할 점은 근로기준법 제63조(근로시간, 휴게, 휴일, 연장근로수당 등 적용제외자)에 따른 감시 단속적 근로자와, 관리 감독적 지위에 있는 자에 대해서도 적용된다는 점입니다. 따라서 이러한 근로자에 대해서는 연장근로수당과 휴일근로수당을 가산하여 지급하지 않아도 되지만 야간근로에 대해서는 가산수당을 지급해야 합니다(근기 68207-3172, 2001. 9. 20).

(6) 연차휴가 일수와 연차수당의 계산(근로기준법 제60조)

① 연차유급휴가의 정의

연차유급휴가란 1년을 단위로 하여 근로자에게 휴가를 부여함으로써 근로자에게 정신적·육체적 휴양을 제공하여 노동의 재생산을 도모하고, 근로자가 일과 가정의 양립을 시킬 수 있도록 하는 제도이며, 보상적 성격을 가지는 법정휴가인 동시에 유급휴가입니다.

② 연차유급휴가일수

5인 이상 사업장의 근로자는 1년 80%이상 개근 시 1년 만근 직후 연 15일의 연차유급휴가가 발생하며, 1년 미만 근로 시 전월 개근마다 1일의 휴가가 발생합니다. 기존 법에서는 1년 직후 발생하는 15일에서 1년 미만 때 사용한 11일을 차감할 수 있어 2년차 때는 4개밖에 연차휴가가 발생하지 않는 경우도 있었습니다. 그런데 2018년 5월 29일 개정법 시행으로 1년 미만자에 대하여 차감할 수 없게 변경되었습니다. 다만 이 개정법의 시행대상은 2017년 5월 30일 이후 입사자부터 적용됩니다. 또한 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게는 최초 1년을 초과하는 계속근로연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 부여할 의무가 있습니다. 단, 총 연차휴가 일수는 25일을 한도로 합니다.

근속기간	발생연차	근속기간	발생연차	근속기간	발생연차	근속기간	발생연차
2019. 1~12	11개	2025. 1~12	17개	2031. 1~12	20개	2037. 1~12	23개
2020. 1~12	15개	2026. 1~12	18개	2032. 1~12	21개	2038. 1~12	24개
2021. 1~12	15개	2027. 1~12	18개	2033. 1~12	21개	2039. 1~12	24개
2022. 1~12	16개	2028. 1~12	19개	2034. 1~12	22개	2040. 1~12	25개
2023. 1~12	16개	2029. 1~12	19개	2035. 1~12	22개	2041. 1~12	25개
2024. 1~12	17개	2030. 1~12	20개	2036. 1~12	23개	2042. 1~12	25개

표14 근속년수 별 연차휴가일수

근속기간	누적연차	근속기간	누적연차
2017. 5. 29.~6. 28.	0개	2017. 11. 29.~12. 28.	6개
2017. 6. 29.~7. 28.	1개	2017. 12. 29.~2018. 1. 28.	7개
2017. 7. 29.~8. 28.	2개	2018. 1. 29.~2. 28.	8개
2017. 8. 29.~9. 28.	3개	2018. 2. 29.~3. 28.	9개
2017. 9. 29.~10. 28.	4개	2018. 3. 29.~4. 28.	10개
2017. 10. 29.~11. 28.	5개	2018. 4. 29.~5. 28.	11개
2018. 5. 29. ~ 1년간	15개 – 1년 미만 기간에 사용한 연차제외		

표15 2017년 5월 30일 이전 입사자

따라서 2017년 5월 29일 입사하여 1년 계약직으로 근로하고 퇴사한 근로자는 2년차 때 연차휴가를 사용할 수 있는 날이 전혀 없으므로 15일의 휴가에 대해서 수당으로 지급해야 합니다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다48556 판결).

단, 1년 미만 기간 동안 사용한 연차휴가는 제외하도록 되어 있으므로 1년 미만 때 4일을 썼다면 나머지 11일을 연차휴가수당으로 지급하면 됩니다.

근속기간	누적연차	근속기간	누적연차
2017. 5. 30.~6. 29.	0개	2017. 11. 30.~12. 29.	6개
2017. 6. 30.~7. 29.	1개	2017. 12. 30.~2018. 1. 29.	7개
2017. 7. 30.~8. 29.	2개	2018. 1. 30.~2. 29.	8개
2017. 8. 30.~9. 29.	3개	2018. 2. 30.~3. 29.	9개
2017. 9. 30.~10. 29.	4개	2018. 3. 30.~4. 29.	10개
2017. 10. 30.~11. 29.	5개	2018. 4. 30.~5. 29.	11개
2018. 5. 30. ~ 1년간	추가로 15개 발생		

표16 2017년 5월 30일 이후 입사자

2017년 5월 30일 입사하여 1년 계약직으로 근로하고 퇴사한 근로자는 2018년 개정법의 적용을 받기 때문에 1년 미만 기간 동안 발생한 1개월 당 1일의 연차휴가 11일에 1년 근무 시 발생하는 15일의 연차휴가를 추가하여 총 26일분의 연차휴가가 발생합니다. 단, 이미 사용한 연차휴가는 11일에서 제외되므로, 1년 미만 때 4일을 썼다면 7일과 15일에 대해 미사용 연차휴가수당을 받을 수 있습니다.

③ 연차휴가의 사용기간

입사 후 1년 미만 기간에 매월 1일씩 발생한 연차유급휴가는 각 발생월로부터 1년간 사용이 가능합니다. 이때 사용기간이 종료된 다음날에 미사용수당 청구권이 발생하므로 그 종료일의 다음날이 속한 월의 임금지급일에 미사용수당을 지급하면 됩니다.

근속기간	발생시기	사용기한	근속기간	발생시기	사용기한
2019. 1. 1.~1. 31.	2. 1. 1개	2020. 1. 31.	2019. 7. 1.~7. 31.	8. 1. 1개	2020. 7. 31.
2019. 2. 1.~2. 28.	3. 1. 1개	2020. 2. 28.	2019. 8. 1.~8. 31.	9. 1. 1개	2020. 8. 31.
2019. 3. 1.~3. 31.	4. 1. 1개	2020. 3. 31.	2019. 9. 1.~9. 30.	10. 1. 1개	2020. 9. 30.
2019. 4. 1.~4. 30.	5. 1. 1개	2020. 4. 30.	2019. 10. 1.~10. 31.	11. 1. 1개	2020. 10. 31.
2019. 5. 1.~5. 31.	6. 1. 1개	2020. 5. 31.	2019. 11. 1.~11. 30.	12. 1. 1개	2020. 11. 30.
2019. 6. 1.~6. 30.	7. 1 1개	2020. 6. 30.	2019. 1. 1.~12. 31.	2020. 1. 1. 15개	2020. 12. 31.

표17 연차휴가 발생시기와 사용기한

고용노동부는 당사자간 개별 합의로 지급일을 유예하지 않는 한 지급일을 넘겨 지급시 임금체불에 해당한다고 명시하고 있습니다. 따라서 1년 미만자의 연차휴가가 1년 이상 시점 이후에도 사용되지 않으면 매월마다 수당청구권이 도래하게 됩니다. 이

때문에 사용기간이 남은 연차휴가를 회계연도 말일 등 특정시점에 수당으로 정산(먼저 수당으로 지급)하는 것은 법취지상 허용되지 않는다고 합니다.

다만, 노사가 1년차 때 매월 1일씩 발생한 유급휴가를 2년차 종료시점까지 사용할 수 있도록 합의(취업규칙, 단체협약)한 경우라면, 1년차 때 발생한 휴가의 미사용수당은 2년차가 종료한 다음날 지급하면 된다고 보고 있습니다. 노사간 합의하면 연차휴가 사용기간이 늘어나고 수당도 누락이 없으므로 근로자에게 불리함은 없다고 볼 수 있기 때문입니다. 따라서 근로자들의 의견청취를 통해 취업규칙을 변경하면 1년차의 연차휴가 사용기간은 2년으로 합의할 수 있습니다.

④ 회계연도 방식의 연차휴가 부여

연차유급휴가는 근로자별로 입사일을 기준으로 산정하는 것이 원칙이지만 근로자수가 많은 사업장은 관리가 힘들 수 있습니다. 판례와 고용노동부 행정해석은 노무관리 편의상 노사가 합의한 경우 취업규칙이나 단체협약으로 정하여 회계연도 기준으로 모든 근로자들에게 일괄 부여하는 것도 허용하고 있습니다.

회계연도 방식으로 연차휴가를 부여하는 경우 연도 중 입사자는 그 해 연차휴가를 전혀 부여하지 않으며, 다음해의 회계연도 시작일에 부여하는 연차휴가 또한 그 전년도 출근일수에 비례하여 연차휴가를 부여합니다. 그래서 입사 초기에는 입사일 기준의 연차휴가에 미달되는 일수가 부여될 수 있습니다만 이것도 적법하다고 판단합니다. 다만 퇴사 시점에 계산했을 때 입사일 기준의 연차휴가보다 부족한 일수만큼 보상하여야 합니다.

사례 – 2017년 7월 1일에 입사한 근로자의 회계연도 방식 연차휴가 산정

	17. 8	9	10	11	12	18. 1	2	3	4	5	6	7
제60조 1항(1년이상)						7.5일						
제60조 2항(1년미만)	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
누계						13.5일						18.5일

2017년 7월 1일에 입사한 근로자의 회계연도 기준 연차휴가는 중도입사자로 입사해에는 연차휴가가 0개가 되며, 2018년 1월 1일부로 부여되는 연차휴가는 전년도 근속일수에 비례하여 발생되므로 1년의 절반인 50%를 15개에 적용하여 절반인 7.5개가 발생하게 됩니다.

이때 개정법의 적용을 받는 자는 1년차에 1월 개근시 1일씩 발생하는 연차휴가를 별도로 인정하여 지급하면 됩니다. 다만, 연차휴가를 회계연도 기준시점부터 1년 동안 사용하기로 취업규칙이나 단체협약으로 합의한 경우라면, 연도중 입사자의 월별 개근에 대한 1일씩의 연차휴가도 다음 회계연도 개시시점부터 1년간 사용할 수 있다고 봅니다. 미사용 수당은 회계연도 종료일의 다음날에 대한 임금지급일에 지급합니다.

회계연도 기준			입사일 기준		
2017. 7. 1.	0일	5일	2017. 7. 1.~12. 31.	5일	26일
2018. 1. 1.	7.5일	6일	2018. 1. 1.~6. 30.	6일	
			2018. 7. 1.	15일	
2019. 1. 1.	15일		2019. 7. 1.	15일	
2020. 1. 1.	15일		2020. 7. 1.	16일	
2021. 1. 1.	16일		2021. 7. 1.	16일	
2022. 1. 1.	16일		2022. 6. 30.퇴사	0일	
개정법 이후 80.5일			연차휴가 총 73일		

표18 회계연도 기준과 입사일 기준 연차유급휴가 부여일수의 비교

회계연도 기준으로 연차휴가를 관리하는 것에 대해 법원과 노동부는 관대하게 처리하고 있지만, 반드시 퇴사시점에 이르러서 입사일 기준으로 계산한 연차휴가의 총 일수에 미달하면 안 됩니다. 따라서 회계연도기준으로 연차휴가를 부여하는 경우 퇴사일이 되면 입사일 기준으로 다시 계산하게 됩니다. 만약 2017년 7월 1일 입사자가 2022년 6월 29일까지만 근로하고 6월 30일에 퇴사(상실처리)하는 경우, 개정법 이후 입사한 근로자에게 회계연도 기준으로 부여된 연차휴가일수는 80.5일이고 입사일 기준으로 하면 연차휴가는 총 73일입니다.

⑤ 육아휴직자의 연차유급휴가

2018년 노동법 개정 전에는 휴직 전 출근기간에 비례하여 연차휴가를 산정하여 1년간 육아휴직을 하고 복직한 경우 사용가능 연차휴가가 없었으나, 개정 이후에는 휴직 전 출근기간과 육아휴직기간을 합한 1년간의 출근율에 따라 연차휴가를 산정하도록 변경되었습니다. 육아휴직기간을 출근과 동일하게 취급하면 됩니다.

⑥ 연차수당(연차휴가 미사용 수당)

연차수당이란 근로자가 연차휴가 사용기간 동안 사용하지 못한 휴가에 대해 수당으로 보상하는 것을 말합니다. 이때의 기준은 평균임금 또는 통상임금으로 지급할 수 있는데, 대체로 평균임금이 더 높은 금액이라서 통상임금을 적용합니다. 사용하지 못한 연차휴가가 10일이라면 10일분의 통상임금을 지급하는 것입니다. 연차유급휴가 미사용수당청구권은 1년간의 휴가청구권이 소멸된 직후의 임금지급일에 발생하며 수당청구권의 소멸시효는 휴가청구권이 소멸한 때로부터 3년입니다.

사례

2017년 5월 30일 입사한 근로자(개정법 적용자)가 퇴사일 2022년 12월 31일까지 근로하고 연차휴가를 모두 사용하지 못하고 퇴사했다면 수당으로 받아야 할 연차수당은?

근로기간	17. 5. 30~ 18. 5. 29	18. 5. 30~ 19. 5. 29	19. 5. 30~ 20. 5. 29	20. 5. 30~ 21. 5. 29	21. 5. 30~ 22. 5. 29	22. 5. 30~ 22. 12. 31
월급(기본급)*	140만원	150만원	180만원	190만원	200만원	210만원
휴가발생	11개	15개	15개	16개	16개	17개
수당발생		11개	15개	15개[1]	16개[2]	16개+17개[3]

* 기본급이외에 다른 수당없음

임금채권은 지급 발생일로부터의 소멸시효가 3년입니다. 따라서 연차수당을 민사적으로 청구할 수 있으려면 퇴사 직전 3년 이내에 발생한 수당이어야 합니다. 2022년 12월 31일로부터 3년 이내의 기간은 2020년 1월 1일부터입니다. 즉, 2020년 1월 1일 이후 발생한 연차수당에 대해서 수당으로 청구할 수 있으므로, 2019년·2020년·2021년에 사용할 수 있었던 연차휴가에 대해 수당을 받을 수 있습니다. 이 경우 수당 발생시기의 통상임금을 기준으로 계산한다는 점에 유의해야 합니다. 마지막 해의 연차휴가는 퇴사로 인해서 비로소 수당으로 전환되었으므로 그 시기의 급여로 계산됩니다.

1. 1,900,000원 ÷ 209시간 × 8시간 × 15일 ≒ 1,090,909원
2. 2,000,000원 ÷ 209시간 × 8시간 × 16일 ≒ 1,224,880원
3. 2,100,000원 ÷ 209시간 × 8시간 × (16일+17일) ≒ 2,652,632원

연차수당총액 = 1,090,909원 + 1,224,880원 + 2,652,632원 = 4,968,421원

⑦ 연차유급휴가의 적용제외대상

5인 미만 사업장 근무자, 4주 평균 1주 15시간 미만 근로자의 경우에는 연차휴가 관련 법률 조항의 적용이 제외됩니다.

(7) 휴업수당(근로기준법 제46조)

매출 감소 혹은 사업장의 인테리어 공사로 인한 휴업 등 사용자의 귀책사유로 근로자가 근로를 제공하지 못하게 된 경우를 휴업이라고 하며, 이때 지급해야 하는 수당을 휴업수당이라고 합니다. 휴업수당은 평균임금(연장수당을 포함한 임금)의 70%를 지급해야 하며, 다만 이 금액이 통상임금을 초과하는 경우에는 통상임금의 100%를 지급하면 됩니다.

사용자의 귀책사유로 본 사례	사용자의 귀책사유로 보지 않은 사례
• 원도급업체 공사중단으로 하도급업체 조업중단 • 공장이전, 기계파손, 작업량 감소 • 제품 판매부진과 자금난 • 원자재의 부족, 주문 감소	• 유일한 원료공급원 상실 • 계절적 사업인 천일염업체 하기휴업 • 제3자의 방화로 인한 화재 • 천재지변 기타 자연현상에 의한 휴업

표19 사용자의 귀책으로 인정되는 휴업사유

다만, 근로기준법 제46조 제2항에 따라 "부득이한 사유"로 "사업을 계속하는 것이 불가능"하여 "노동위원회의 승인"을 받은 경우에는 이에 못 미치는 휴업수당을 지급하거나

지급하지 않을 수도 있습니다.

휴업에 대한 사용자 귀책사유의 입증책임은 사용자에게 있으며 노동위원회의 승인사례를 살펴보았을 때 근로자의 동의나 노사합의를 통한 휴업의 결정, 해고회피나 기업도산의 방지를 위한 휴업이라고 인정되는 경우 사용자가 책임지지 않아도 되는 휴업이므로 평균임금의 100분의 70에 미치지 못하는 휴업수당을 지급하거나 휴업수당 전액을 지급하지 않을 수도 있습니다.

① 부분휴업 "꺾기"

소정근로시간 이내에서 근로시간을 줄이는 경우, 줄어든 근로시간은 부분휴업에 해당하고 사용자의 귀책사유가 있으면 휴업수당을 지급하여야 합니다.

소정근로시간은 양 당사자 간에 약속된 근로시간을 말하고, 1일 8시간 1주 40시간 이내의 시간을 말합니다. 연장근로시간의 축소와는 달리 약속된 기본 근로시간인 소정근로시간에 대해 사업주는 책임을 져야 합니다. 앞의 주휴수당 계산에서도 보았듯이 소정근로시간을 사전에 근로자와의 합의로 변경할 수 있지만, 일단 소정근로시간이 시작된 이후에는 이를 변경할 수 없습니다. 따라서 출근 이후에 갑자기 퇴근을 하라고 하는 경우에는 이것이 강제퇴근이든, 합의된 퇴근이든 휴업수당을 지급해야만 합니다. 흔히 '꺾기'라는 이름으로 아르바이트 근로자가 출근 이후 업무를 주지 못하면 마음대로 소정근로시간을 줄이고 퇴근시키면서 일당도 깎는 경우가 있습니다. 하지만 이는 명백한 휴업수당 미지급으로 임금체불에 해당합니다.

예를 들어, 일 소정근로시간 8시간인데 6시간 근무하고 일이 없다며 퇴근하라고 한다면 단축된 2시간에 대해서는 휴업수당을 지급해야 합니다. 따라서 임금은 근무 6시간분 + (근무하지 않은 2시간 × 평균임금 70%)을 지급하여야 합니다. 이 경우 소정근로시간은 여전히 8시간으로 취급되므로 주휴수당은 8시간분에 대해서 지급해야만 합니다.

② 소정근로시간의 변경

소정근로시간 자체를 적법하게 줄이고 정한 시간만큼만 일하는 경우는 휴업으로 볼 수 없습니다. 이는 근로자의 개별동의를 얻어 근로계약을 변경하거나 근로자의 과반수의 동의를 얻어 취업규칙을 변경하는 등의 근로조건 변경절차를 거쳐 소정근로시간을 줄이는 것이므로 줄어든 근로시간에 대한 휴업수당이 발생하지 않습니다. 이러한 변경은 매일의 소정근로시간이 시작된 이후에는 불가능하며 개시 이후의 변경은 휴업에 해당하게 됩니다. 따라서 미리 동의를 받고 변경하는 것은 허용되지만, 당일에는 동의 여부에 관계없이 변경이 불가능하므로 휴업수당 청구가 가능다고 보면 됩니다.

관련 행정해석

구분	월	화	수	목	금
근로계약서상 소정근로시간	7시간	7시간	7시간	7시간	7시간
매주 계획근무시간	7시간	5시간	5시간	6시간	8시간
실제근무시간	7시간	6시간	5시간	5시간	7시간

양 당사자가 근로계약으로 1주의 소정근로시간을 정했더라도 그 이후 노사가 서면 또는 구두로 합의해 1주 또는 1일 소정근로시간을 변경했다면 이를 소정근로시간으로 봄이 타당할 것입니다. 따라서 위 단시간 근로자의 주휴산정을 위한 1일 소정근로시간은 최종적으로 노사간에 합의해 실제 근로한 4주간의 총소정근로시간을 그 기간의 총일수(통상근로자의 총소정근로일수)로 나누어 산출하면 될 것입니다(근로개선정책과-1290, 2013. 2. 20).

③ 연장근로시간의 축소

연장근로시간을 줄이는 경우는 연장근로수당이 줄어들어도 이에 대해서는 불이익 변경으로 보기가 어렵다는 것이 고용노동부의 입장입니다. 따라서 근로자 과반의 동의 없이 의견청취만으로 취업규칙 변경을 통해 축소가 가능합니다. 부분휴업(근로시간의 축소)으로 인해 근로를 제공하지 못하면 휴업수당을 청구할 수 있지만, 연장근로시간을 축소 또는 폐지하는 경우에 대해서는 수당청구가 불가능합니다(근기 68207-286, 2003. 3. 13, 근기 68207-3235, 2002. 11. 16).

(8) 평균임금과 퇴직금의 계산

평균임금이란 퇴직금이나 휴업수당 계산을 위한 기초임금을 말합니다. 산정사유가 발생한 날 이전 3개월동안 받은 임금 총액을 3개월의 총일수로 나눈 일당입니다.

평균임금 = 사유발생일 이전 3개월 임금총액 ÷ 사유발생일 이전 3개월 총일수

사례

9월 30일까지 1년간 일하고 퇴사한 근로자의 퇴직금은?

	7월	8월	9월
월급	200만원	230만원	210만원

평균임금 = 6,400,000원 ÷ 92일 = 69,565.22원

퇴직금 = 69,565.22원× 30일 (근속기간 1년에 대해 평균임금 30일)

사례

2017. 1. 1.입사했고, 2019. 6. 30.까지 근무하고 7. 1. 퇴사한 근로자의 퇴직금은?

기본급	1,250,000
식대	100,000
차량유지비	200,000
연장근로수당	256,982
성과인센티브*	450,000

* 성과인센티브는 2019년 매월 동일 금액
** 명절상여금이 추석과 설날에 각 200,000원
*** 연초에 연차수당 100,000원

월급명세서(최종 3개월 동일함)

기본급	1,250,000
식대	100,000
연장근로수당	256,982
성과인센티브	450,000
연 2회 받는 명절상여	200,000×연2회÷12개월
퇴사 전 이미 받은 연차수당	100,000÷12개월

평균임금 산정에 포함되는 임금

평균임금
= {(1,250,000원 + 100,000원 + 256,982원 + 450,000원) + (200,000원 × 연2회 ÷ 12개월) + (100,000원 ÷ 12개월)}× 3개월 ÷ 91일
= 2,098,649 × 3개월 ÷ 91일
= 69,186.23원
퇴직금
= 69,186.23원 × 30일 × 911일 ÷ 365일
= 5,180,437원

① 평균임금에 포함되는 임금

가) 평균임금에 포함되는 임금의 종류

사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것은 그 명칭 여하를 불문하고 모두 평균임금에 포함됩니다.

통상임금은 소정근로에 대해 지급하기로 사전에 정한 임금(기본급, 직책수당, 직급수당, 기술수당 등)이고, 평균임금은 통상임금이외에 연장근로수당이나 성과급, 연차수당 등 사후에 실제 발생한 수당이 포함되어 일반적으로 통상임금보다 더 높습니다. 다만, 경영이윤을 분배하는 일시적·부정기적 경영성과배분의 경우는 평균임금에 포함되지 않으며, 실비변상적인 지급항목의 경우도 포함되지 않습니다. 그런데 근로자가 개인사정으로 장기 결근이나 휴직을 해서 정상 급여를 받지 못하다가 퇴사하게 되면 평균임금이 줄어들고 통상임금보다 낮아지는 경우가 있습니다. 이때에는 통상임금을 평균임금으로 보고 퇴직금을 계산합니다.

임금명목	임금의 특징	평균임금 해당여부
통상임금	기본급, 직책수당, 기술수당, 정기상여금, 일률적 식대	○
가족수당	독신자를 포함해서 전 근로자에게 일률적으로 지급되는 경우(법원은 가족수에 따라 차등지급되거나 일부 근로자에게만 지급되는 가족수당도 급여 규정에 따라 계속적, 정기적으로 지급되어 왔다면 평균임금에 포함된다고 판결. 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다228802 판결)	○
가산수당	연장근로수당, 휴일근로수당, 야간근로수당	○
상여금	상여금 명목의 금원이 근로자들에게 불확정적이고 일시적으로 지급되는 것이 아니라 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에 포함(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000두9717 판결)	○
성과급	회사가 인센티브(성과급) 지급규정이나 영업 프로모션 등으로 정한 지급기준과 지급시기에 따라 인센티브(성과급)를 지급해왔고, 차량판매를 위해 하는 영업활동은 근로의 일부라 볼 수 있어 평균임금에 해당(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결)	○
	단체협약·취업규칙에 지급기준, 지급액수, 지급시기 등 아무 규정도 없이 사용자의 재량으로 매년 지급시기 및 지급액을 달리하거나 지급되지 아니하는 경우(근로기준과-1038, 2010. 9. 30).	×
차량 유지비	차량 보유여부에 관계없이 모든 근로자 혹은 일정 직급 이상의 근로자에게 일률적으로 지급 시	○
	차량 보유를 조건으로 지급되었거나 직원들 개인 소유의 차량을 업무용으로 사용하는 데 필요한 비용을 보조하기 위한 것이라면 실비변상적인 것으로 근로의 대상으로 지급되었다고 볼 수 없다(서울중앙지방법원 2005. 9. 23. 선고 2005가합8137 판결)	×
경영성과배분	기업이윤에 따라 일시적, 불확정적, 재량에 의한 경영성과배분	×
해외수당	국외주재직원으로 근무하는 동안 해외근무라는 특수한 근무조건에 따라 '임시로 지급받은 임금'(대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카4683 판결)은 근로기준법 시행령 제2조 제2항에 따라 제외	×

표20 평균임금에 포함되는 임금

나) 성과급의 평균임금 포함여부

성과급이 평균임금에 포함되느냐는 지급 근거가 있는지, 일시적인지, 변동적인지에 달려있습니다. 단체협약, 취업규칙 등에 지급근거가 있고, 근로의 대가로 계속적, 정기적으로 지급된다면 평균임금에 포함됩니다. 이때, 근로의 대가로 지급된다는 것은 근로제공과 직접적으로 혹은 밀접하게 관련된 경우입니다. 따라서 매년 노사간 합의로 지급여부를 결정할 뿐 지급근거 등이 취업규칙, 단체협약에 명시되어 있지 않고 생산목표율 목표치를 달성한 때에만 지급되는 성과급은 평균임금에 포함되지 않습니다(대법원 2002. 5. 31. 선고 2002다1700 판결). 반면에 차량판매 영업사원의 영업성과급(인센티브)에 대해서는 지급기준과 지급시기를 영업프로모션 등으로 기준을 정해두고, 매월 정기적, 계속적으로 영업활동의 대가로 지급한 경우라면 근로의 대상으로 보고

평균임금에 포함됩니다(대법원 2002. 5. 31. 선고 2002다1700 판결).

다) 연차수당의 평균임금 포함여부

고용노동부의 행정해석은 퇴직하기 전에 이미 발생한 연차휴가 미사용수당은 1년간의 출근성적에 따라 주어지기 때문에 근로의 대가로 보고 12개월로 나누어 3개월분을 산입합니다. 따라서 이때의 산정방식은 퇴직 전전년도 출근율에 의해 퇴직 전년도에 발생한 연차휴가 중 미사용하고 퇴직 전에 지급된 연차수당을 12분의 3으로 하여 임금총액에 산입합니다(임금근로시간정책팀-3295, 2007. 11. 5). 대신 퇴사로 인해 비로소 발생된 연차수당(퇴사하기 직전에 휴가 청구권 형태로 있었으나 퇴사로 인해 수당으로 전환된 부분)은 평균임금에 포함되지 않습니다. 예를 들어 2011. 1. 1. ~ 12. 31. 기간 중 80% 이상 출근하여 2012년에 사용할 수 있었던 15일 중 5일을 썼다면, 2013. 1월 급여일에 10일에 해당하는 수당을 지급받게 되고, 2013년 4월 1일에 퇴사하면 지급받은 10일치 수당의 12분의 3을 평균임금에 산입해야 합니다.

그런데 법원은 연차휴가 미사용수당이 평균임금 산정사유 발생일 3개월 내의 근로에 대한 대가가 아니면 평균임금에 산입할 수 없다는 입장입니다. 따라서 1년간 개근한 후 연차휴가 청구권이 발생한지 3개월 미만이 되는 시점에 휴가를 사용하지 못한 상태에서 퇴직하는 경우 그 미사용수당의 12분의 3만을 산입합니다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86246 판결). 예를 들어, 2012. 4. 1. 입사하여 2013. 5. 31.까지 1년 2개월 근로하고 2013. 6. 1. 퇴사하는 경우 평균임금 산정기간은 2013년 5월, 4월, 3월이 되는데, 이때 근로자에게 발생한 연차휴가는 2012. 4. 1. ~ 2013. 3. 31.까지에 대한 근로의 대가로서 발생한 것이므로 3월 근무에 대한 연차휴가수당만이 평균임금 산입대상이기 때문에 12개월치 중 1개월치만 평균임금 산정에 산입될 수 있다는 것이 법원의 입장입니다.

연차휴가는 1년간의 근로에 대한 대가로 볼 수 있으므로 상여금의 산입방법처럼 1년치를 12개월분의 3개월로 계산하여 산입하는 노동부의 방식이 좀 더 적절하다고 판단됩니다.

라) 병의원 '네트제'급여의 근로자부담분 세금

병의원의 급여체계는 보통 '네트제'라는 이름으로 세후 금액을 보장하는 방식으로 이루어집니다. 일반적인 급여는 월급 200만원으로 계약하면, 4대보험료 근로자부담분 및 근로소득세 등을 떼고 180만원 정도를 실제 지급받게 됩니다. 네트제 급여는 월급 200만원으로 계약하면, 세금을 뗀 후 실지급액을 200만원으로 보장하는 방식입니다. 따라서 세전 급여는 220만원을 넘는 수준이 됩니다.

이때 퇴직금을 어떤 금액으로 할지에 대해 논란이 될 수 있습니다. 근로자부담분의 세금은 사용자가 대신 납부했을 뿐 임금이 아니므로, 200만원을 기준으로 퇴직금을 산정해야 한다는 주장이 있으나, 판례는 대납한 사용자가 부담한 근로자부담분의 4대보험료와 근로소득세도 급여의 일부라고 판단하고 있습니다. 따라서 그 금액은 부당이득도 아니니 반환하지 않아도 되며, 이때의 퇴직금은 대납한 세금과 실지급액인 네트금액을 합한 세전금액 기준으로

산정합니다 (서울북부지방법원 2015. 7. 1. 선고 2014가단116285 판결).

② 평균임금 계산에서 제외되는 기간

평균임금을 산정할 때 산정사유 발생 직전 3개월 이내의 평균을 낼 때, 그 기간동안 출산휴가를 사용했거나 육아휴직 등의 기간이 포함되면 근로자의 평균임금이 낮아지게 됩니다. 그래서 근로기준법은 수습기간, 사용자 귀책사유에 의한 휴업기간, 출산휴가기간, 육아휴직기간, 업무상재해로 요양한 기간, 적법한 쟁의행위기간, 병역법에 따른 휴직기간, 사용자의 승인을 받아 휴업한 기간 등은 최종 3개월에서 제외하고 계산합니다(근로기준법 시행령 제2조).

사례 – 2016. 6. 1. ~ 2018. 2. 28.까지 근무하고 3. 1. ~ 5. 31.까지 90일을 출산휴가로 사용 후 퇴사한 근로자의 평균임금과 퇴직금은?

최종 3개월은 출산휴가기간이었으므로 제외하고 2월, 1월, 전년도 12월의 임금으로 평균임금을 산정함.

	12월	1월	2월
월급	2,000,000	2,300,000	2,100,000

평균임금

= 최종3개월 이전 3개월 임금총액 ÷ 제외기간 이전 3개월 총일수

= (2,000,000원 + 2,300,000원 + 2,100,000원) ÷ (31일+31일+28일)

= 6,400,000원 ÷ 90일

= 71,111.11원

출산휴가기간은 평균임금 산정에서는 제외되지만 계속근로기간에는 산입되므로,

퇴직금

= 6,400,000원 ÷ 90일 × 30일 × 730일 ÷ 365일

= 71,111.11원 × 30일 × 2년

= 4,266,667원

③ 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간

사용자는 계속근로기간 1년 당 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하거나 퇴직연금제도를 설정해야 합니다(근로자퇴직급여보장법 제2조, 제4조, 제8조). 이때 수습기간, 출산휴가기간, 육아휴직기간, 업무상 재해로 인한 요양기간을 비롯해 사업주의 승인을 받은 휴직기간 등이 모두 계속근로기간에 포함됩니다. 근로자의 개인적 사정에 따른 휴직이어도 승인받은 경우 근속기간에 포함됩니다. 이때, 매년 일정기간 계약기간이 단절된 경우라도 그 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 계절적·임시적 고용여부, 근무기간의 장단 및 갱신회수, 동일사업(장)에서의 근무여부 등에 비추어 계속근로기간을 판단하게 됩니다.

가) 일용직 근로자의 계속근로기간

명목상 일용근로자라 하더라도 공사현장 등에 기간의 정함이 없이 채용된 후 통상적인 근로관계가 상당기간 지속되어 특별한 사정이 없는 한 공사 만료 시까지의 계속근로가 예정되어 있는 경우에는 공사 만료 시까지 고용관계가 계속되는 것으로 보게 됩니다.

따라서 일수가 적은 달이 있다고 하여 섣불리 근로기간이 단절되었다고 판단하면 안 됩니다. 판례는 반드시 월 평균 25일 이상 근무해야만 하는 것은 아니고, 1달에 4~5일 내지 15일 정도씩이라도 계속해서 근무하였다면 전체기간을 계속근로기간으로 보고 퇴직금을 산정하여야 한다고 보고 있습니다. 다만 특별한 이유 없이 1개월 ~ 3개월까지 근로가 없었던 경우에는 근속기간이 단절되었다고 판단합니다(대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 판결).

또한 일용직은 지속적으로 일해 온 업체의 공사가 없는 경우 다른 현장에서 일하는 경우가 있습니다. 이때 사업주의 허락 없이 일시적으로 다른 현장에서 근무했더라도 사업주가 근로계약의 해지통보 및 신규채용 등 별도의 해지의사를 표시하지 않았다면 복수 근무한 사실만으로 근로관계의 단절이 있었다고 보아서는 안 됩니다(임금복지과-1121, 2010. 5. 27, 중앙행심 2013-8235, 2013. 6. 25).

나) 계절적 단절이 있는 경우의 계속근로기간

학교의 경우 방학기간, 계절적인 비수기가 있는 분야의 경우 일부 공백기간이 있을 수 있지만 이 역시 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간에 단절이 있다고 단정지을 수 없습니다. 계절적 요인이나 방학 기간 등 업무의 성격에 기인하거나 대기기간·재충전을 위한 휴식 기간 등의 사정이 있어 그 기간 중 근로를 제공하지 않거나 임금을 지급하지 않을 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 근로관계의 계속성이 인정될 수 있습니다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결).

이때 퇴직금을 계산하는 계속근로기간은 동절기를 포함하여 근로계약을 체결한 경우에는 계속근로기간에 포함하지 않는다는 특약사항이 없는 한 근로가 단절된 그 동절기 기간도 포함하여 계속근로기간을 산정하고, 동절기를 제외하여 근로계약을 체결한 경우에는 그 기간을 제외한 나머지 기간을 더하여 계속근로기간을 산정합니다(근로복지과-19, 2014. 1. 3).

다) 사업주나 소속회사 변경 시의 계속근로기간

법인사업체의 경우 근로자에 대한 임금 및 퇴직금의 민사상 책임의 주체는 법인 그 자체입니다. 따라서 법인 대표자가 변경되었다 하더라도 계속근로기간은 단절되지 않습니다. 이 경우 퇴사시점의 법인에게 민사상 퇴직금 청구를 할 수 있고, 퇴사시점의 법인의 대표자에게 형사상 퇴직금 미지급의 책임을 물어 고용노동부에 신고할 수 있습니다.

개인사업체의 경우는 민형사상 책임의 주체가 개인사업주이기 때문에 대표자가 변경되면 계속근로기간이 단절될 수도 있습니다. 이 경우 사업체의 근로관계까지 일괄적으로 이전되는 포괄적 영업양도라면 계속근로기간도 이어질 수 있지만, 일부 근로자만 이전되거나 퇴사 후 재입사 형태로 근속기간을 책임지지

않는 형태로 이루어진다면 대표자 변경전 근속기간에 대해서는 이전 사업주에게 소멸시효가 지나기 전에 퇴직금을 청구해야 합니다.

④ 5인 미만 사업장에서 퇴직금

5인 미만 사업장에는 퇴직금이 적용되지 않다가 2010. 12. 1.부터 퇴직금이 적용되었습니다. 그리고 적용율도 2012. 12. 31.까지는 50%만 적용되고, 2013. 1. 1.부터 100%가 적용되었기 때문에 5인 미만 사업장에서 장기근속자가 퇴사한다면 퇴직금을 기간별로 따로 계산해서 합산해야 합니다.

과거 ~ 2010. 11. 30.	퇴직금 지급의무 면제
2010. 12. 1. ~ 2012. 12. 31. (2년 1개월)	법정 퇴직금의 50%만 지급
2013. 1. 1. ~	법정 퇴직금의 100% 지급의무

표21 5인 미만 사업장 퇴직금 적용

사례 – 5인 미만 사업장에 2008. 1. 1. 입사하여 2018. 12. 31. 까지 근무하고 퇴사한 근로자의 평균임금과 퇴직금은?

	10월	11월	12월
월급	2,000,000	2,300,000	2,100,000

평균임금 = 2,000,000원 + 2,300,000원 + 2,100,000원 ÷ 92일 = 69,565.22원

대상기간	계산식	퇴직금
2010. 12. 1. ~ 2012. 12. 31. (2년 1개월)	69,565.22원 × 30일 × (762일 ÷ 365일) × 50%	2,178,439.6
2013. 1. 1. ~ 2018. 12. 31. (6년)	69,565.22원 × 30일 × (2,191일 ÷ 365일)	12,527,457.3
퇴직금 합계		14,705,896.9

Tip. 5인 이상과 5인 미만을 반복하는 사업장의 경우

5인 이상과 5인 미만을 반복하는 사업장의 경우에는 5인 미만인 기간을 제외한 기간을 합산하여 퇴직금을 계산하고, 5인 미만인 기간 중 퇴직금이 면제되는 기간은 퇴직금 산정의 계속근로기간에서 제외하게 됩니다. 다만, 5인 미만인 기간 중 퇴직금이 50%로 계산되는 구간은 별도로 계산하여 합산합니다. 평균임금의 산정은 어느 때이건 모두 근로자가 퇴직하는 날을 기준으로 합니다. 1주 15시간 이상과 미만을 반복하는 경우에도 미만인 기간을 제외하고 나머지 기간을 합산하여 계속근로기간을 산정하며, 이때에도 평균임금 산정의 기준시점은 퇴사시점이 됩니다(임금68207-735, 2001. 10. 26).

⑤ 중간정산과 분할지급 문제

사업주들이 퇴직금을 월별 혹은 연도별로 분할 지급하는 일이 있습니다. 매월 퇴직금 명목으로 일정 금액을 정해두고 월급의 일부처럼 지급하거나 연봉에 퇴직금을 포함해서 13으로 나누어 월급에 더하기도 하고 연말에 1번 더 지급하기도 합니다. 이러한 퇴직금 분할지급은 모두 일종의 퇴직금 중간정산에 해당합니다. 이런 방식은 퇴사 이후 근로자의 생계를 보호하려는 법정퇴직금제도의 취지에 반하고 사실상 퇴직금이 적용되지 않는 결과를 초래합니다. 또한 일반적으로 퇴사시점에 급여가 가장 높은 것을 감안한다면, 미리 정산하는 퇴직금은 더 적은 임금을 기초로 지급되어 근로자들에게 불리합니다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 2012년에 퇴직금 중간정산을 특별한 사유가 없는 한 금지하는 개정이 이루어지게 되었습니다. 따라서 이제는 법에서 정한 사유 외의 중간정산 및 분할지급은 원칙적으로 무효이므로 다시 지급해야 합니다.

관련 법률 – 근로자 퇴직급여보장법 시행령 제3조 (퇴직금의 중간정산 사유)

① 법 제8조제2항 전단에서 "주택구입 등 대통령령으로 정하는 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 무주택자인 근로자가 본인 명의로 주택을 구입하는 경우
2. 무주택자인 근로자가 주거를 목적으로 「민법」 제303조에 따른 전세금 또는 「주택임대차보호법」 제3조의2에 따른 보증금을 부담하는 경우. 이 경우 근로자가 하나의 사업에 근로하는 동안 1회로 한정한다.
3. 6개월 이상 요양을 필요로 하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람의 질병이나 부상에 대한 요양 비용을 근로자가 부담하는 경우
   가. 근로자 본인
   나. 근로자의 배우자
   다. 근로자 또는 그 배우자의 부양가족
4. 퇴직금 중간정산을 신청하는 날부터 역산하여 5년 이내에 근로자가 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 파산선고를 받은 경우
5. 퇴직금 중간정산을 신청하는 날부터 역산하여 5년 이내에 근로자가 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 개인회생절차개시 결정을 받은 경우
6. 사용자가 기존의 정년을 연장하거나 보장하는 조건으로 단체협약 및 취업규칙 등을 통하여 일정나이, 근속시점 또는 임금액을 기준으로 임금을 줄이는 제도를 시행하는 경우

6의2. 사용자가 근로자와의 합의에 따라 소정근로시간을 1일 1시간 또는 1주 5시간 이상 변경하여 그 변경된 소정근로시간에 따라 근로자가 3개월 이상 계속 근로하기로 한 경우

6의3. 법률 제15513호 근로기준법 일부개정법률의 시행에 따른 근로시간의 단축으로 근로자의 퇴직금이 감소되는 경우

7. 그 밖에 천재지변 등으로 피해를 입는 등 고용노동부장관이 정하여 고시하는 사유와 요건에 해당하는 경우

문제는 분할지급이 무효여서 퇴직시점을 기준으로 다시 산정한 퇴직금을 청구하게 된다면 이미 지급받은 퇴직금 명목의 금품은 반환해야 하는지 여부입니다. 법원의 기존 판례들은 이 금품은 법률상 원인 없는 급여이므로 부당이득으로 반환해야 한다고 판단했습니다. 또한 계산의 착오 등으로 지급된 것이고, 다시 퇴직금을 지급할 때 기존에 분할 지급한 금액을 제외(상계)하고 나머지만 추가 지급하면 된다는 것입니다.

그런데 2012년 퇴직금 중간정산 법률이 강화되는 시점 전후로는 조금 더 진전된 판례들이 나왔습니다. 퇴직금 지급을 면탈하기 위해 분할 약정 형식만을 취한 경우라면 실질적인 퇴직금이라고 볼 수 없고 부당이득도 아니어서 반환할 필요가 없다는 판결이 나왔습니다. 월급이나 일당에 퇴직금을 포함시키고 퇴직금을 지급하지 않는다는 합의만 한 것이 아니라, 임금과 구별되는 퇴직금 액수가 특정되고, 종전의 근로계약에 비추어 분할 지급되는 퇴직금이 추가된 것이어야지, 월급만을 비교했을 때 종전 근로계약보다 월급이 낮아지면서 지급된 것이면 반환할 필요 없는 월급이라는 것입니다(대법원 2012. 10. 11. 선고 2010다95147 판결). 퇴직금 사전지급약정서를 작성한 경우에도 '근로자의 개별적이고 명시적인 요구'없이 같은 날 같은 방식으로 일률적으로 작성된 경우, 월 급여액이 퇴직금 명목 금원을 포함할 때와 이전과 차이가 없고 항목만 변경되었다면 부당이득이 아닌 실질적 임금이라고 판단하였습니다(대구지방법원 2012. 10. 26. 선고 2012나11028 판결).

최근 근로시간 단축으로 퇴직금이 줄어들 수 있기 때문에 새롭게 추가된 퇴직금 중간정산 사유가 있습니다. 1) 임금피크제 시행, 2) 시간선택제 근로자 등 소정근로시간의 감소로 인한 근로시간 단축, 3) 개정 근로기준법 시행에 따른 1주 40시간 + 연장근로 12시간으로의 근로시간 단축으로 퇴직금이 감소되는 경우 미리 중간정산을 할 수 있도록 하고 있습니다. 이때 퇴직금의 감소를 미리 알리고 감소예방필요조치(산정기준 개선 등)를 하도록 사용자의 의무도 신설되었습니다(근로자퇴직급여보장법 제32조 제4항).

관련 법률 – 근로자퇴직급여보장법 제32조 (사용자의 책무)

④ 확정급여형퇴직연금제도 또는 퇴직금제도를 설정한 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우 근로자에게 퇴직급여가 감소할 수 있음을 미리 알리고 근로자대표와의 협의를 통하여 확정기여형퇴직연금제도로의 전환, 퇴직급여 산정기준의 개선 등 근로자의 퇴직급여 감소를 예방하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

1. 사용자가 단체협약 및 취업규칙 등을 통하여 일정한 연령, 근속시점 또는 임금액을 기준으로 근로자의 임금을 조정하고 근로자의 정년을 연장하거나 보장하는 제도를 시행하려는 경우
2. 사용자가 근로자와 합의하여 소정근로시간을 1일 1시간 이상 또는 1주 5시간 이상 단축함으로써 단축된 소정근로시간에 따라 근로자가 3개월 이상 계속 근로하기로 한 경우
3. 법률 제15513호 근로기준법 일부개정법률 시행에 따라 근로시간이 단축되어 근로자의 임금이 감소하는 경우
4. 그 밖에 임금이 감소되는 경우로서 고용노동부령으로 정하는 경우

⑥ 퇴직연금

퇴직금을 퇴사 시점에 일시금으로 지급해야 하는 경우 사업주의 부담이 크고 이를 대비하지 않으면 체불의 위험이 커지기 때문에 매년 미리 퇴직금을 적립하는 퇴직연금제도가 있습니다. 퇴직연금의 가입을 독려 및 의무화하기 위해 2012년 7월 6일 이후 새로 성립된 사업장은 퇴직연금에 가입해야한다는 규정이 신설되었으나, 아직까지 퇴직연금 미가입 사업장에 대한 벌칙규정이 마련되지 않았습니다.

퇴직연금제도에는 확정기여형(DC형)과 확정급여형(DB형)이 있습니다. 확정기여형은 매년 1년 동안 받을 임금총액의 12분의 1에 해당하는 부담금을 납입하도록 되어있어, 기여하는 금액이 정해져 있고 받을 금액이 운용수익에 따라 유동적인 퇴직연금을 말합니다. 확정기여형 퇴직연금은 정해진 기일까지 부담금을 납입하지 않으면 그 지연일수에 대해 지연이자를 납입해야 합니다. 납입예정일부터 퇴사 후 14일까지는 지연이자율 10%를 추가로 납입해야 하고, 근로자가 퇴직 후 14일이 지나면 임금 퇴직금 채권의 지연이자율인 20%를 추가로 납입해야 합니다. 확정급여형은 사업주가 적립금을 적립하여 퇴직연금 사업자가 운용하고, 근로자에게 지급하되 법률에서 정한 퇴직금보다 적을 경우 차액을 사업주가 추가로 지급하도록 되어 있습니다. 근로자가 받을 금액이 정해져 있는 퇴직연금제도를 말합니다.

퇴직연금으로 적립된 금액은 근로자가 퇴사 후 만드는 IRP계좌로 이전되게 됩니다. 근로자는 이를 계속 적립하였다가 연금형태로 받을 수도 있고, 일시금으로 받을 수도 있습니다. 퇴직연금이 운용되는 경우 퇴직연금교육의무가 사업장에 있으므로 서면이나 전자우편으로 교육자료를 발송받거나 연수교육을 받지 못한 경우 요청할 수 있습니다.

(9) 해고예고수당

① 해고예고의 적용

사업주는 근로자를 해고할 때 퇴사일로부터 30일 이전에 해고예고의 통지를 해야 합니다. 상시근로자수 5인 미만 사업장도 해고의 예고는 해야 하며, 해고예고의 적용예외근로자는 다음과 같습니다.

관련 법률 – 근로기준법 제35조 (해고예고의 적용 예외) 제26조는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에게는 적용하지 아니한다.

1. 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자
2. 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
3. ~~월급근로자로서 6개월이 도지 못한 자~~ (위헌, 현재 2015. 12. 23. 선고 2014헌바3 결정)
4. 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
5. 수습 사용 중인 근로자로 3개월 이내인 자

---

② 해고예고수당의 계산

해고예고는 해고일로부터 20일 전이나 10일 전에 해도 모두 예고의무 위반으로

30일치의 해고예고수당을 지급해야 하며, 예고일수에 모자란 일수만큼의 수당만 지급하면 되는 것이 아닙니다. 또한 특별한 약정이 있는 경우가 아니면 해고예고수당은 통상임금으로 계산합니다.

사례 – 1일 8시간 1주 40시간 근로자로 기본급 160만원, 직급수당 20만원인 근로자의 해고예고수당은?

180만원 ÷ 209시간 × 8시간 × 30일 = 2,066,986원 (보통 월 통상임금보다 큼)

해고예고수당은 30일치의 통상임금으로 계산하기 때문에 근로자의 1개월치 통상임금보다 많습니다. 1개월의 유급 근로일은 보통 월~금까지와 유급주휴일인 일요일로 토요일이 제외되어, 유급일수가 26일 정도이기 때문입니다.

③ 일용근로자의 해고예고수당

일용근로자의 경우에도 3개월 이상을 계속 근무한 경우 적용제외 조항의 조건에서 벗어나게 되므로 해고예고를 해야 한다는 것은 당연합니다. 건설업체의 일용근로자들은 공사현장 단위로 매일 일용으로 채용되고 있더라도 건설공사기간이 완료되는 날까지 근로할 것이 예정되어 있기도 합니다. 이때 일정한 기간을 정하여 근로계약기간이 종료되면 자동퇴직하는 것으로 정한다면 해고예고를 하지 않아도 됩니다. 하지만 종료일을 특정하지도 않고 공사완성할 때까지로 막연하게 기간을 정해서는 안되고 해고일을 명시하여 30일전에 근로자가 알 수 있도록 고지해야 합니다(법무 811-14939, 1979. 6. 22).

3 고용노동청 체불신고(진정제기)

(1) 금품청산기일과 소멸시효 중단

근로자 퇴사 시 미지급 임금이나 퇴직금은 지급해야 하는 날로부터 14일이 경과하면 체불이 됩니다(근로기준법 제36조). 재직 중에는 임금지급일이 지나면 체불이 되어 노동청 신고 및 민사청구를 할 수 있습니다. 퇴직금의 경우는 퇴사 후 14일이 지난 후 노동청에 신고하게 되며, 만약 지급거절의사가 명백하면 지급해야 하는 시점으로부터 체불이 있다고 보고 즉시 신고가 가능합니다. 즉시 신고는 시일이 급박한 특별한 사유가 있는 경우에만 받아주는 편입니다. 따라서 가능하면 사업장에 일단 체불금품을 달라는 요구를 하고, 14일이 지난 후 사업장을 관할하는 고용노동청에 신고하는 것이 좋습니다.

최근 사용자들은 체불임금 청구에 대해 근로자가 손해배상을 해야 한다며 체불임금 지급을 거부하거나 일부 금액을 제외하고 지급하는 경우가 있습니다. 임금 및 퇴직금은 사용자가 전액지급해야 하므로 근로자의 동의없이 손해배상액과 상계할 수 없습니다. 또한 근로자가 사업장에 손해를 끼쳤더라도 경과실에 대해서는 배상의무가 없으며, 중과실 및

고의로 끼친 손해에 대해서만 배상책임이 있습니다. 따라서 사용자는 근로자의 귀책사유를 증명하여 법원에 손해배상청구를 별도로 해야 하며, 임금·퇴직금에서 공제할 수 없습니다. 다만, '조정적 상계'라고 하여 임금 및 퇴직금의 계산착오로 지급된 금액은 공제하고 지급할 수 있으므로 각종 4대보험료 및 근로소득세, 연말정산, 연차수당, 착오지급 금액 등은 공제하고 지급할 수 있습니다.

임금 퇴직금을 지급받지 못했는데도 몇 년이고 독촉만 하고 기다리는 근로자도 존재합니다. 이렇게 되면 법적으로 청구가 가능한 소멸시효를 도과하여 더 이상 청구가 불가능한 시점까지 가기도 하며, 정부가 임금채권보장기금으로 운영하고 있는 체불금품 국가지원제도(체당금 제도)를 이용할 수 있는 기한(소액체당금 2년, 일반체당금 1년)도 지나게 됩니다. 체불상담을 할 때 중요한 것이 소멸시효가 도과하지 않았는지를 확인하는 것입니다. 임금은 매월 지급일로부터 3년, 퇴직금은 퇴사 후 3년 이내가 민사청구가 가능한 소멸시효입니다. 다만 소멸시효와 공소시효는 구별됩니다. 공소시효는 형사처벌을 요청할 수 있는 시효로 3년이 아닌 5년입니다. 따라서 노동청에 진정 및 고소·고발 등 처벌을 요구할 수 있는 기한은 5년이라고 할 수 있습니다. 일반체당금의 경우 근로자의 퇴사시점으로부터 1년 이내에 도산(근로자가 신청가능), 법인파산, 법인회생 신청이 되어야 가능하며, 소액체당금의 경우 퇴사시점으로부터 2년 이내에 민사소송을 제기해야 합니다.

사용자에게 체불금품의 지급을 요청해도 지급하지 않거나 차일피일 미룬다면 노동청 신고를 해야 하는데 이것을 '진정제기'라고 합니다. 법인은 법인사업체 주소 소재지 관할 노동청에, 개인사업체는 개인사업체 주소 소재지 관할 노동청 혹은 개인사업체의 사업주 주소 관할 노동청에 민원을 제기할 수 있습니다. 주의할 것은 노동청에 신고한다고 해서 민사상 소멸시효가 중단되는 것은 아니라는 점입니다. 노동청에 민원을 제기해도 지급하지 않는 경우 민사청구를 하여 강제집행으로 해결해야 하므로, 민사상 소멸시효를 중단할 필요가 있습니다. 내용증명으로 최고장을 보내고, 보낸 후 6개월 이내에 소를 제기하면 내용증명 도달일로부터 소멸시효가 중단됩니다.

(2) 고용노동부 민원절차와 민사절차

고용노동부 관할 노동청에 체불'진정'을 제기하는 경우 사법경찰관인 근로감독관이 조사하여, 범죄를 인지하고 지급지시 명령 끝에 검찰에 송치하는 형사절차로 진행이 됩니다. 하지만 근로감독관의 명령을 사업주가 어긴다고 해서 민사적인 강제집행이 가능한 것이 아니므로, 이 절차를 통해서 항상 체불금품을 받을 수 있는 것은 아닙니다. 관할노동청에 체불민원을 제기하는 것은 사업주가 임금 등을 체불한 것에 대한 처벌을 요구하는 일종의 형사처벌요구 민원 혹은 체불금액 확정을 위한 민원이기 때문입니다. 최종적으로 금액이 확정되면 노동부는 '체불임금 등 사업주 확인서'를 발급해주며, 이것은 민사소송에서 중요한 입증자료로 사용될 수 있습니다.

① 진정과 고소의 차이

노동청에 체불을 신고하는 일반적인 절차가 진정이며, 일종의 문제해결을 요구하는 민원에 해당됩니다. 이때의 절차는 양 당사자에 대한 출석조사를 요구하여 조사를 한 후 진술서를 작성하고 체불금액을 확정하여 지급지시를 합니다. 지급지시를 위반하면 근로감독관은 범죄사실을 인지하여 검찰로 사건을 송치시킵니다. 그러나 양 당사자의 체불금액에 대한 진술이 엇갈리거나, 사업주가 연락을 끊고 사라지게 되면 체불금액을 확정할 방법이 없어 사건이 유야무야 끝날 수도 있습니다. 진정사건의 처리기간은 25일이 원칙이며, 1회 연장이 가능하지만, 사유가 있는 경우 2회 이상의 연장도 가능하기 때문입니다.

그런데 고소나 고발의 경우는 다릅니다. 고소는 당사자가 제기하는 것이며, 고발은 범죄를 인지한 제3자도 할 수 있는 것으로 둘다 처벌을 목적으로 합니다. 또한 근로감독관의 판단이 아닌 검사의 판단을 받게 됩니다. 조사는 근로감독관이 하게 되지만, 검사에게 보고하여 수사지휘를 받아야 합니다. 이때 사업주가 3회 불출석을 하게 되면 검사가 '수배'를 내릴 수 있고, 수배 끝에 일방 당사자의 주장으로 체불금액을 확정할 수도 있습니다. 또한 법률적으로 민감한 판단도 검사가 조금 더 명확하게 내릴 수 있습니다. 처리기간은 2개월이 원칙이며, 1회 연장만 되어도 4개월이기 때문에 시간이 더 많이 걸릴 수도 있습니다. 진정 중 고소장 제출 시 기존에 제기되어 있던 진정사건은 고소사건으로 흡수됩니다.

진정제기	고소·고발
• 고용노동부 근로감독관이 민원처리 • 노무사 대리가능 • 일방의 불출석이 지속되거나 양당사자의 주장이 다르면 사건이 수개월 이상 지연 • 기본처리기간 : 25일 (1회 연장가능, 사유가 있는 경우 그 이상 연장 가능)	• 관할지방검찰청 소속 검사의 지휘,감독 • 노무사 대리 불가 • 사업주의 3회 이상 불출석시 수배가능 • 일방의 주장으로 체불금품이 확정될 수 있으며, 그에 따른 체불임금 등 사업주 확인서 발급가능 • 기본처리기간 : 2개월 (검사의 지휘로 연장가능)

표22 진정과 고소·고발의 차이

② 출석의 필요성

진정이든 고소, 고발이든 출석요구를 받게 됩니다. 3회 이상 불출석할 경우 내사종결처리되거나 상대방의 주장만으로 사건이 마무리될 수 있기 때문에 반드시 출석을 하는 것이 좋습니다. 출석일자 통지를 받고 나서 출석일정을 조정할 수 있으므로 문자나 우편으로 받은 경우 담당 근로감독관의 연락처를 확인하여 전화통화를 하는 것이 좋습니다. 여러 명이 같은 회사를 상대로 비슷한 진정을 제기할 경우 전원이 출석하지 않고 근로자대표를 세워 한 명에게 위임장을 주고 그 사람만 출석하여 조사받을 수도 있습니다. 다만, 공통 사항 외에 특정 개인에 대한 조사가 필요한 경우(모두가 임금체불만 제기했는데 해고예고수당을 주장하는 사람이 있는 경우) 해당 근로자는 출석해야 하는 경우도 있습니다. 출석조사는 1회가 아닌 수차례 더 이어지기도 합니다. 출석조사를 할 때 근로감독관은 질의응답한 내용을 조서로 작성하여 당사자에게 보여준 뒤 사실이나 주장이 잘못된 부분은 고칠 수 있게 하고, 이를 출력하여 서명 날인을 받고 조사를 마무리합니다.

사업장 관할 노동청에 '진정서'접수 (인터넷 가능) ▶ 근로감독관이 출석요구 서면 or 문자 발송 ▶ 양당사자 출석조사 (조서작성) ▶ 체불금품 확정 지급지시 명령 검찰송치 ▶ '체불임금 등 사업주확인서' 발급

(3) 체불신고의 상대방

① 근속기간 중 사업주의 변경과 진정대상

근로관계가 지속되는 기간 중 사업주가 변경되는 경우, 법인사업체인지 개인사업체인지에 따라 그 성격이 조금 다릅니다. 법인과 개인사업체의 민형사 책임이 아래 표와 같기 때문에 근속기간 중 사업주가 변경되는 경우 임금은 그 임금지급기일 당시의 법인 대표자에게 형사책임(노동부 신고 등)을 묻게 되며, 퇴직금은 퇴사일 당시의 법인 대표자에게 책임을 묻게 됩니다.

법인사업체	민사책임	임금, 퇴직금을 비롯한 모든 금품은 '법인'회사 그 자체 사업주 개인재산에 민사적 조치 불가능	
	형사책임	임금체불	임금지급일 당시의 법인 대표자
		퇴직금 체불	퇴직일 당시의 법인 대표자
개인사업체	민사책임	임금, 퇴직금 등 모든 금품의 민, 형사책임 모두 사업주에게 있고 사업주 개인재산에 민사적 조치 가능	
	형사책임		

표23 체불신고의 상대방

② 포괄적 영업양도와 근로관계 승계문제

근로관계 지속기간 중 사업체가 변경되는 경우가 있습니다. 이 경우 단순히 명칭이 변경되었거나 개인사업체에서 법인사업체로 전환되었는데 사업주와 사업의 내용, 근로자들은 변경되지 않는 경우도 있습니다. 이런 경우는 근속기간이 이어집니다. 그런데 사업체의 이름도 변경되고 사업주도 변경되었다면 사업이 포괄적으로 양도되어 근로관계도 승계되었는지가 중요합니다. 사업체가 물적인 시설만 양도되고 근로관계는 일부만 승계되었다면 근속기간이 이어지지 않고 단절되었다고 판단되기도 하므로, 반드시 이전 사업주에게 이전기간의 퇴직금을 청구해야 합니다. 또한, 물적 시설 뿐만 아니라 사업의 내용과 근로관계도 포괄적으로 이전되었음에도 사업체의 이름과 사업주의 이름이 바뀌고 사업자등록번호가 바뀌었다면 노동청에서는 근속기간을 인정하지 않기도 하므로 이 부분에 대해서는 고소·고발로 진행하거나 곧바로 민사청구로 진행하는 것이 필요하기도 합니다.

근로자가 하나의 사업체의 사업주와 근로계약을 맺고 근로했음에도 사업주가 A와 B사업장을 오가며 근로한 것으로 모든 서류를 완벽하게 꾸미는 경우도 있습니다. 4대보험 신고 혹은 일용근로내역 신고 및 급여대장을 분리하여 만들어내고, 공사현장도 분리하며, 두 사업장의 사업주도 서로 다른 사람의 이름으로 해놓는 것입니다. A사업장의 사업주와만 실질적인 근로관계가 지속되었음에도 불구하고, 노동청의 근로감독관은 근로자에게 두 개의 사업이 하나처럼 운영되고 있다는 입증을 요구하고, 입증되지 않으면 근로관계 단절로 판단하여 처리하는 경우가 많습니다. 이런 경우도 역시 처음부터 고소·고발 및 민사청구로 진행하는 것이 나을 수 있습니다. 그렇지 않으면 각각의 사업장에 대한 퇴직금 청구를 별개로 해야 하는 상황이 벌어질 수 있습니다.

두 개의 사업장을 오가며 실질적으로 2개의 사업장에서 각각 일하는 경우도 물론 있습니다. '투잡'이 그렇습니다. 이런 경우에는 실제 근로시간대가 다르다는 사실이 입증이 되면 각각의 사업장에 대하여 겹치는 기간이 있더라도 퇴직금 청구가 가능합니다.

③ 건설현장 일용직의 체불신고 상대방

건설현장에서는 여러 차례의 하도급이 이루어지다보니 회사가 아닌 오야지 밑에서 일하는 경우가 있습니다. 오야지란 하도급으로 공사를 수주받아서 본인이 근로자를 모집하고 임금을 줄 금품과 각종 공사물품 대금을 지급받고 본인이 팀을 짜서 공사를 운용하여 이윤을 낸 만큼 가져가는 자를 말합니다. 즉, 이때의 오야지가 진정한 의미의 사업자입니다. 사업자등록증은 없지만 근로자들에게 임금을 주고, 물품구입대금을 치르고 절약한 만큼 자신의 이윤으로 남겨서 가져가는 사람이기 때문입니다. 이 경우 오야지는 임금 및 퇴직금을 지급받을 수 없으며, 오야지 밑에서 인부로 일한 사람은 오야지를 대상으로 체불금품을 청구하고, 오야지를 대상으로 체불신고를 해야 합니다. 하지만 보통 오야지는 체불금품을 지급할 자력이 없는 편입니다. 이때에는 근로기준법 제44조의 2에 따라 건설업자인 직상수급인이 연대책임을 지므로 건설업자인 직상수급인을 대상으로 진정을 제기할 수 있습니다.

그러나 오야지가 만약 현장에 상주하는 상위업체의 직원에게 업무지시를 받았고, 공사대금을 잘 운용하느냐에 따라 이윤을 내는 위치가 아니라 고정적인 임금을 받았다면 근로자라고 할 수 있습니다. 이 경우에는 오야지도 상위업체의 대표를 상대로 진정을 제기할 수 있습니다. 만약 고용노동청의 진정처리가 미진하다면 진정제기 내사종결에 대해서는 행정심판이 불가능하므로, 체당금을 청구한 뒤 거부처분을 받아내어 행정심판을 제기하는 방법도 있습니다. 그런데 일반체당금은 체불진정 없이도 신청 자체는 가능하기에 노동청에서 인정해주지 않으면 이 신청을 통해 거절을 받아내어 불복행정심판을 할 수 있지만, 소액체당금은 체불확인원 없이는 신청 자체가 불가능하므로 이 경우 오야지는 민사상 근로자지위확인의소를 통해 소송을 제기하는 방법 외에는 노동청을 상대로 행정심판으로 다툴 방법은 없습니다.

(4) 진정서 작성방법

진정서는 인터넷(고용노동부 홈페이지 민원신청), 우편, 방문접수가 가능합니다. 진정서(고소, 고발장) 작성시 진정인(고소, 고발인)의 인적사항 및 피진정인(피고소인)인 사업주의 인적사항을 구체적으로 작성해야 합니다. 본인정보(연락처 등), 근무기간(입사일, 퇴사일), 사업주 정보(연락처 등), 사업장 정보(사업장 소재지, 상시근로자수 등), 체불항목

및 체불금액 등을 적고, 입증자료를 첨부(급여입금내역 등)하는 것이 좋으며, 일부 항목을 잘 알지 못하더라도 진정제기는 가능하지만 보다 상세히 기술하는 경우 체불조사가 보다 원활히 이루어집니다.

(5) 합의시 유의사항

① 합의 여부 (취하서 제출 여부)

노동청에 체불 진정을 하는 이유는 체불금품을 정확하고 신속하게 지급받기 위해서이므로, 사업주를 반드시 처벌해야 하는 상황이 아니라면 보통은 지급일자와 지급금액에 대해 양 당사자가 합의를 하면 취하서를 제출하게 됩니다. 그런데 체불조사 때 근로감독관이 취하를 유도하기 위해 '처벌의사가 있는지'를 묻게 됩니다. 이럴 때 처벌의사가 없다고 하면 사건이 취하로 종결될 수 있으므로 주의해야 합니다. 체불된 금품을 지급받으면 그때 취하할 것이고 지급받지 못하는 한 처벌의사가 있다고 할 필요가 있습니다. 따라서 취하는 반드시 금품지급 기일과 금액을 확정하고 이것이 이루어지는 것을 조건으로 해야 합니다.

일반적으로 체불에 대한 처벌조항은 '반의사불벌죄'로 근로자에게 처벌의사가 없으면 죄를 묻지 않게 됩니다. 그런데 일단 한 번 진정을 제기했다가 처벌을 원치않는다는 처벌불원의 취지로 취하를 하게 되면 같은 사안을 가지고 재진정이 불가능합니다. 따라서 취하서 제출은 신중을 기해야 합니다. 다만, 조건부 취하서의 경우에는 재진정이 가능합니다. 예를 들어 "○○○○년 ○월 ○일까지 얼마를 지급받으면 취하하겠다."라고 하게 되면, 그 날짜까지 그 금액이 지급되지 않으면 재진정이 가능합니다. "현재 자료가 부족하여 취하하고 추후 다시 진정제기하겠다."라고 하게 되면 자료 확보 후 재진정이 가능합니다.

② 합의시 체크리스트

체불금액 기준	• 노동청에서 확정받는 체불금액은 세전금액 기준 • 사업주는 4대보험의 근로자부담분과 사업주부담분 모두를 내야 할 원천징수의무자이지만, 임금을 체불하고 있는 경우 이것도 내지 못하고 있을 수 있어, 세전금액을 합의금이나 체당금으로 지급받은 후 사업주가 근로자부담분의 세금을 내게 된다면 근로자는 이를 사업주에게 돌려줘야 함
체불금품의 확정	• 체불진정제기시 체불금품을 확정할 것인지를 결정 • 체불확인서류를 발급받기도 전에 합의 후 취하하게 되면 민사절차 진행과 체당금 진행이 모두 불가능 • 전액을 지급받는다면 확정없이 취하가능
합의금품	• 합의를 하는 경우라도 진정인의 체불금품액수를 대략적으로 특정해야하며, 특정된 금품을 근거로 합의금품의 액수를 산정
취하서 제출시기	• 합의를 하는 경우 취하서 제출 시기 결정 • 취하서를 미리제출할 경우 차일피일 지급기일을 미루거나 수년에 걸쳐서 갚는 경우가 있어 지급시기 확정과 함께 연동하는 것이 바람직함
사후처리	• 합의금품 지급 및 수령시기 특정 • 지급받지 못하는 경우 소액체당금 등 사후절차 진행여부 결정
기타	• 체불진정(고소)과 별개로 부당해고 구제신청 등이 제기된 경우 별개의 사건과의 관계 설정

표24 합의 체크리스트

③ 기타금품의 처리

노동부에서는 임금성이 있는 항목만을 체불금품으로 확정합니다. 따라서 근로기준법에 근거법령이 있는 수당만을 체불금액으로 확정해 달라고 요청할 수 있습니다. 임금, 퇴직금, 상여금, 연차수당 등은 가능하지만, 연말정산 환급금이나 비용처리금액 등은 노동부에서 민사청구로 진행하라고 안내합니다. 이런 경우 최대한 기타금품으로라도 확정해달라고 요청해 볼 수는 있겠으나 좀처럼 처리되지 않는 편입니다.

4 체불금품 확정 후 가능한 조치

(1) 체불 임금 등 확인서 발급신청

체불이 확정되는 경우 담당 근로감독관에게 체불임금 등 사업주 확인서 발급신청서를 접수하면 받을 수 있는 '체불임금 등 사업주 확인서'는 체불금품을 대외적으로 증명할 수 있는 공적인 문서로써 민사소송이나 체당금 신청을 위한 근거자료가 됩니다.

(2) 검찰 수사 및 취하서 제출

노동부 체불신고시 담당근로감독관은 범죄인지(입건)절차를 거쳐 검찰의 지휘감독으로 수사를 진행하게 됩니다. 범죄인지 후 2개월 이내에 사건을 검찰로 송치하여야 하며, 해당 절차에서 진정(고소·고발)인이 취하서를 제출하면 사건을 종결처리하게 됩니다. 취하서는 확정판결 전 어느 단계라도 낼 수 있으며, 검찰로 사건이 넘어간 이후에도 취하가 가능합니다.

(3) 민사소송과 소액체당금 신청

① 체불임금의 민사청구

법인의 경우 사업장 소재지 관할 지방법원에 개인사업체의 경우 사업주 개인의 주소지 관할 지방법원에 지급명령 신청이나 민사소송을 제기해 확정판결을 받습니다. 이때 입증자료로 노동부에서 발급받은 '체불임금 등 사업주 확인서'를 사용합니다. 민사소송으로 권리를 확정받으면, 그 후 강제집행과 경매 등의 절차를 통해 임금채권을 확보할 수 있습니다.

1단계 (묶어두기)
• 가압류
• 증거자료
노동부 체불확인원
법인도장이 찍힌
임금미지급확인서 등

▶

2단계 (권리확정)
• 본안소송 or
지급명령신청
• 권리를 확정받는
단계로 노동부
체불확인원을 가지고
진행

▶

확정판결문으로
소액 체당금
청구가능

▶

3단계 (빼앗기)
압류추심
확정된 권리를
토대로 강제로
빼앗아오는 것.
강제경매 등

그러나 확정판결을 받았다 해도 사용자의 재산이 있어야 강제집행이 가능하며, 사전에 사용자의 재산을 파악하여 가압류를 해놓아야 합니다. 민사소송은 시간이 오래 걸리고 별도의 대리인 선임이 필요합니다. 자세한 내용은 소송에서 확인하도록 합니다.

② 소액체당금 제도

가) 소액체당금 개요

체당금 제도는 국가가 임금채권보장기금으로 체불임금 및 퇴직금을 사용자 대신 변제해주는 제도로 일반체당금 제도와 소액체당금 제도로 나눌 수 있습니다. 국가는 체불된 퇴사 근로자에게 일정한도의 금액을 지원해주고 사업주에게 구상권을 행사하여 회수합니다.

기존에는 폐업(도산), 파산, 법정관리 중인 기업의 퇴사자들에게만 일반체당금을 지급해주었지만 현재에는 그런 회사뿐만 아니라 운영 중인 회사의 퇴사자에 대해서도 소액체당금을 지급해주고 있습니다. 소액체당금이란 임금채권보장법에 근거하여 고용노동청에서 체불금품확인을 받고 법원으로부터 확정판결 등을 받으면 최대 400만원까지 체불임금을 사용자 대신 지급해주는 제도입니다. 그러니 체불근로자들이 노동청에서 체불금품확정만 잘 받으면 일단 퇴사 직전 3개월 이내의 임금체불 및 퇴사 직전 3년 이내의 체불 퇴직금 중에서 최대 400만원까지는 확실히 지급받을 수 있습니다.

나) 소액체당금 신청 요건

체불금액 기준	항목
사업주 요건	• 산재보험적용사업장일 것 • 해당근로자의 퇴직일까지 6개월 이상 해당 사업을 영위하였을 것. 단 건설업자 아닌 하수급인(오야지 등)은 직상수급인(상위사업체)이 6개월 이상 사업을 영위할 것 • 미지급임금 등을 지급하라는 법원의 판결을 받을 것
근로자 요건	• 퇴직한 날의 다음날부터 2년 이내에 법원의 판결 등에 관한 소의 제기 또는 신청을 할 것
법원의 판결	• 「민사집행법」제24조에 따른 확정된 종국판결 • 「민사집행법」제56조 제3호에 따른 확정된 지급명령 • 「민사집행법」제56조 제5호에 따른 소송상화해, 청구의 인낙 등 확정판결과 같은 효력을 가지는 것 • 「민사집행법」제28조에 따라 성립된 조정 • 「민사집행법」제30조에 따른 확정된 조정을 갈음하는 결정 • 「소액사건심판법」제5조의7제1항에 따른 확정된 이행권고결정 ✹ 위의 판결 등에 대한 정본을 제출해야 하며, 확정된 종국판결, 소송상 화해, 조정을 갈음하는 결정인 경우에는 그 확정 증명원 정본도 같이 제출해야 함

표25 소액체당금 요건

다) 소액체당금 신청 절차

소액체당금은 민사확정판결에 준하는 법원의 결정이 있어야 비로소 진행이 가능합니다. 소액체당금 진행절차는 다음과 같습니다.

신청	담당기관
임금체불 진정(고소·고발)	사업장 관할 고용노동(지)청
체불임금당 사업주 확인서의 발급	• 법인사업자의 경우 법인 사업체의 관할 • 개인사업자의 경우 개인 사업체의 주소 혹은 사업자의 주소 관할
민사소송 등 재판상 청구	법인은 사업장관할 지방법원, 개인사업체는 사업자의 주소, 모를 경우 주된 사무소 소재지 • 월평균임금 400만원 미만자는 대한법률구조공단을 통한 무료법률구조 가능
소액체당금 신청	확정판결 이후 사업장관할 근로복지공단으로 소액체당금 지급청구서 제출 (체불확인서와 법원 판결문 첨부)

표26 소액체당금 신청 절차

라) 소액체당금과 무료법률구조

월평균임금 400만원 미만의 체불근로자를 보호하기 위하여 국가에서 대한법률구조공단을 통해 무료로 소송을 지원합니다. 특히 소액체당금 뿐만 아니라 소액체당금 한도액을 초과하는 체불금품에 대하여 가압류 등을 지원하며, 인지대, 송달료도 무료로 진행이 가능합니다.

지참물	발급기관	비고
체불임금등 사업주 확인서	관할 고용노동지청	체불임금 등 사업주확인서 발급신청 후 발급
신분증, 주민등록등본, 도장	인근 주민센터	도장은 신청인을 대신하여 공익법무관이 사건을 수행할 수 있도록 준비
법인 등기부등본	관할 등기소 혹은 인터넷을 통한 발급	법인사업체인 경우만 발급

표27 법률구조공단 방문시 지참 서류

(4) 폐업 및 파산 회사 일반체당금 제도

① 일반체당금의 개요 및 지급사유

법정관리 기업 혹은 폐업, 파산 사업장의 경우 일반체당금 신청이 가능합니다. 사업장이 재판상 도산(법원의 파산선고, 회생절차 개시결정)결정을 받았거나, 사실상 도산(사업이 폐지되었거나 폐지과정에 있고 임금의 지급능력이 없음을 고용노동부로부터 인정받는 경우)인정을 받아야 합니다.

요건		항목
사업주 요건	**공통요건**	• 산재보험적용대상사업장일 것 (근로자 1명만 있어도 대상임) • 기업의 도산(법정관리, 법인파산, 사실상 도산)이 있을 것
	재판상 도산	• 채무자회생 및 파산에 관한 법률에 따라 법원이 행하는 파산선고결정, 회생절차 개시결정이 있을 것
	사실상 도산	• 상시근로자수가 300인 미만일 것 • 사업이 폐지되었거나 폐지과정에 있을 것 • 사업주가 미지급 임금 등을 지급할 능력이 없거나 지급이 현저히 곤란한 상태일 것 • 상기 두 가지 요건에 대하여 관할 고용노동(지)청에 사실상 도산을 인정받을 것
근로자 요건		• 퇴직기준일의 1년 전이 되는 날 이후 3년 이내에 해당사업장에서 퇴직할 것 ✹퇴직기준일은 다음과 같이 결정 – 파산선고 결정, 회생절차개시 결정이 있는 경우에는 그 신청일 – 회생절차개시 신청 후 법원이 직권으로 파산선고를 한 경우에는 그 신청일 또는 선고일 – 도산등사실인정이 있는 경우 그 도산등사실인정의 신청일 즉, 퇴사 후 1년이 지나기 전에 도산 등 신청이 되어야 함

표28 일반체당금 신청 요건

② 일반체당금 지급금액

체당금은 모두 퇴사 직전 3개월 이내 임금, 3년 이내의 퇴직금에 대해서만 상한선에 따라 지급합니다. 소액체당금은 그 기간 내 체불금품 합계 중 임금, 퇴직금을 구분하지 않고 400만원까지 지급합니다. 이때, 일반체당금은 퇴사일 기준 만 나이에 따라 연령대별 상한선을 적용하여 최대 1800만원까지 보전받을 수 있습니다.

유형 \ 연령	20대	30대	40대	50대	60대 이상
임금·퇴직금	180	260	300	280	210
휴업수당	126	182	210	196	147

✹ 임금과 휴업수당은 1월분, 퇴직금은 1년분을 기준으로 함
✹✹ 근로자수 10인 미만 사업장, 근로자 전체 평균 급여 250만원 미만 사업장의 경우 도산사건에 한해 국선노무사 선임가능 (소액체당금 불가, 일반체당금 중 법정관리 기업과 파산 사업장 불가).

표29 일반체당금 지급금액 (단위: 만원)

③ 재판상 도산 시 일반체당금 지급 절차

임금채권보장법 시행령 제9조에 의하면 법원의 파산선고 또는 회생절차개시결정을 받은 기업에서 퇴사한 체불 근로자는 파산선고 등이 있는 날로부터 2년 이내에 체당금 청구를 하여야 합니다. 따라서 이례적으로 3년이 넘도록 회생절차가 진행 중인 회사에서 회생 개시 후 2년이 지난 시점에 퇴사한 근로자는 일반체당금 신청이 불가능합니다. 또한 퇴사 직전 1년 이후 퇴사 직후 2년 이내에 사업장이 회생신청 혹은 파산신청을 했어야 하므로, 사업장의 회생 신청일 1년 이전에 퇴사한 근로자도 일반체당금 신청이 불가능합니다.

1단계
체불금액 확정
노동부 진정제기
체불금액 확인서
발급

▶

2단계
재판상 도산 (회생 개시결정, 파산선고)
재판상도산
현황보고서
노동청 제출

▶

3단계
체당금신청접수
3주 내외 조사
퇴직연금 및 지급금액
확인 적격여부판정

▶

4단계
근로복지공단
이송 7일 내외
기간 내 지급

④ 사실상 도산 및 일반체당금 지급 절차

가) 도산 등 사실인정의 요건

재판상 도산이 아닌 한 고용노동지청으로부터 사업체가 더 이상 임금지급능력이 없음을 확인받는 절차를 도산 등 사실인정 절차라고 합니다.

나) 상시근로자수가 300인 이하일 것(임금채권보장법 시행령 제5조 제1항의 1호)

도산 등 사실인정을 받기 위해서는 상시 사용하는 근로자수가 300명 이하여야 합니다. 임금채권보장법 시행령 별표에서는 다음과 같이 정하고 있습니다.

관련 법률 – 상시근로자수의 산정방법(임금채권보장법 제5조 제1항 관련)

1. 상시근로자수는 전년도 매월 말일 현재 사용하는 근로자수의 합계를 전년도의 조업월수로 나눈 수로 한다. 다만, 해당 연도 중에 사업이 시작되어 임금채권보장관계가 성립된 사업주의 경우에는 임금채권보장관계 성립일 현재 사용한 근로자수를 상시근로자수로 한다.
2. 제1호에도 불구하고 건설업의 경우에 상시근로자수를 산정하기 곤란할 때에는 다음 계산식에 따른다.

$$\frac{\text{전년도 공사 실적액} \times \text{전년도 노무비율}}{\text{전년도 건설업 월평균임금} \times \text{전년도 조업월수}}$$

가. “공사실적액”이란 해당 사업주의 총 공사실적액에서 「건설산업기본법」이나 그 밖의 관계법령에 따라 적법하게 하도급된 부분의 공사실적액을 제외한 금액을 말한다.

나. “노무비율”이란 보험료징수법 제13조제6항에 따라 고용노동부장관이 고시한 노무비율을 말한다.

다. “건설업 월평균임금”이란 보험료징수법 시행령 제2조제1항제3호에 따라 고용노동부장관이 고시하는 건설업 월평균임금을 말한다.

4장 · 공인노무사 박성우(민주노총 서울본부 노동법률지원센터)

부당해고
(징계, 해고, 인사이동)

부당해고 문제는 각종 노동법 위반행위 중 가장 심각한 위법행위라고도 할 수 있습니다. 근로자의 개개 권리에 대한 침해나 노동조건에 대한 삭감 정도가 아니라 경우에 따라서는 노동권 자체를 무너뜨리는 생존권 박탈행위인 것이 해고이기 때문입니다. 아울러 이러한 생존권 박탈은 당해 근로자 한 사람만의 문제가 아니라 그 근로자가 부양하고 있는 한 가계에 대한 파괴행위일 수도 있습니다.

그러므로 우리 근로기준법은 사용자의 근로자에 대한 해고를 제한하는 근로자 보호제도를 두고 있습니다. 또한 해고뿐만 아니라 징계나 인사이동(전직, 전보, 배치전환) 발령에 대해서도 제한규정을 통해 사용자의 인사권 남용을 금지하고 있습니다.

관련 법률 – 근로기준법 제23조(해고 등의 제한)

① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다.

이번 장에서는 이러한 징계, 해고, 인사이동 등이 적법하기 위해서는 법적으로 어떠한 요건들을 갖춰야 하는지, 부당한 해고 등을 당했을 때는 어떤 법적 구제절차를 활용할 수 있는지에 대해서 살펴보도록 하겠습니다.

1 부당해고(징계, 인사이동) 상담 시 주의사항

(1) 상담 시 주의사항

① 존중과 공감

상담의 기본은 존중과 공감을 전제로 한 소통임을 명심해야 합니다. 존중과 공감은 그 자체도 중요하지만 내담자에게 위로와 지지를 받는다는 느낌을 주어 더 정확한 사실관계를 진술할 수 있게 만드는 중요한 기능도 합니다.

② 사실관계 구체화 및 정리

내담자에게 사실관계는 파편화되어 있는 기억일 뿐입니다. 내담자가 기억에 의존하여 진술하는 내용들을 일자별·사안별로 구체화해서 정리해야하며, 가급적 6하 원칙에 따라 기록하도록 합니다. 법적 절차 진행을 위한 사실관계 조사 시에는 녹음기를 사용하여 상담내용을 녹음하고 추후 다시 들으면서 놓친 부분이 없는지 확인해보는 것도 좋습니다.

③ 확증편향 경계

대부분의 내담자는 확증편향(자신에게 유리한 내용은 받아들이고 그렇지 않은 내용은 무시하는 경향)이 있으므로 당사자에게 오히려 불리한 정황이나 사실관계를 더 파고들어 정확히 파악해야 합니다. 내담자들은 자신에게 불리한 내용은 인정하지 않기

때문에 진술하지 않거나 의도적으로 회피하는 경향이 있습니다. 따라서 그러한 부분을 더욱 캐내야 하며, 법적 절차에서는 그런 불리한 사항에 대한 대응이 더 중요할 수 있음을 잊지 말아야 합니다.

④ 규정과 전례 확인

당사자들은 대개 당해 사안에만 집중하기 때문에 그 인사처분의 적법성을 판단함에 있어 중요한 근거 규정과 전례(관행)를 놓치는 경우가 많습니다. 회사의 각종 관련 규정과 제도 및 관행, 그리고 유사한 사례에서의 전례를 꼭 확인하고 꼼꼼히 검토해야 합니다.

⑤ 법적 절차의 목적과 한계 확인

법의 속성과 한계를 충분히 인식시켜서 지나치게 법에 의존하지 않도록 해야 합니다. 경우에 따라서는 법적 절차에서 이기더라도 실효성이 없을 수 있으므로 법적 절차를 진행하기로 결정할 때는 반드시 '목적'(이 법적 절차를 왜 진행하는지)과 '목표'(이 법적 절차를 통해 구체적으로 무엇을 얻고자 하는지)를 분명히 정하고 시작해야 합니다.

⑥ 내담자의 판단과 책임을 대신하지 말 것

최종 판단은 결국 당사자의 몫입니다. 당사자 본인의 삶이니까요. 상담을 해주는 사람은 당사자가 가장 올바르고 적정한 판단을 할 수 있도록 최대한의 지식과 정보를 제공해주는 역할을 해야 합니다.

(2) 부당해고(징계, 인사이동) 상담 시 체크 리스트

부당해고(징계, 인사이동)에 대해 부당해고 구제신청 등의 법적 구제절차를 고려하는 경우 먼저 아래의 체크리스트를 통해 구제신청이 가능한지 등의 요건을 먼저 확인해야 합니다. 기본 요건이 충족돼야 다음 단계 상담 진행의 의미가 있습니다. 아울러 각 유형별로 꼭 확인해야 할 사항들을 정리해보겠습니다.

① 공통 확인 사항

항목	세부내용
상시 사용 근로자 수	• 근기법 제23조 제1항은 상시 5인 이상 근로자 사용 사업장에만 적용 (5인 미만 사업장이라도 ① 절대해고금지기간(근기법 제23조 제2항, 남녀고용평등법 제19조)과 ② 해고예고제도(근기법 제26조)는 적용되므로 노동청에 진정 또는 고소 제기 가능)
구제신청 제척기간 등	• 사유발생일(해고의 경우 해고일, 다른 인사처분의 경우 인사처분을 안 날노동위원회규칙 제40조)로부터 3개월 경과 여부 ⇒ 3개월이 경과한 경우에는 구제신청 불가(민사소송 안내) • 지노위 판정서를 받은 날부터 10일, 중노위 판정서를 받은 날부터 15일 경과 여부 ⇒ 각 기간이 지난 경우 재심신청 또는 행정소송 제기 불가(민사소송 안내)
구제실익	• 기간제 근로자인 경우 계약기간 만료일 확인 • 정년에 임박해 보이는 경우 정년 도달 일자 확인 • 회사가 도산하거나 폐업신고 예정인지 여부(폐업신고를 한 경우 청산절차가 완료되었는지 여부 포함)
사용자	• 실질적 사용자와 형식상(명의상)의 사용자가 다른지 여부(회사가 법인인 경우 대법원 홈페이지에서 법인등기부등본 확인)

목적과 목표	• 법률위반 여부 확인, 법적 구제절차 등을 통해 얻고자 하는 목적과 목표가 무엇인지 확인(복직, 징계취소, 금전적 보상, 명예회복, 사용자와 합의, 전반적인 사업장 내 위법·부당한 제도 및 관행 개선, 이주근로자의 경우 사업장 이동 등) ⇒ 당사자의 목적과 목표에 부합하는 유효적절한 대응방안 검토 및 지원

표1 상담 체크리스트

② 징계(해고)의 경우

항목	세부내용
절대해고 금지기간	• 근기법 제23조 제2항 또는 남녀고용평등법 제19조에 해당하는 절대해고금지기간 중 해고 해당 여부
해고통보서 (해고의 존부)	• 해고통보서를 받았는지 여부(해고일자와 해고사유가 구체적으로 명시되어 있는지 여부도 확인) ⇒ 해고통보서를 받지 못했으면 지금이라도 해고사실을 입증할 수 있는 자료(전화 녹취, 문자, 메일 등) 확보 • 사직서 제출 여부 ⇒ 아직 사직서 수리가 되지 않은 상황이면 즉시 사직의사 철회하고 철회사실 자료 확보(전화 녹취 등) • 기타 사실관계(퇴직금 청구 여부, 실업급여 관련 회사에 지원요청 여부 등) 확인 ⇒ 필요 시 부당해고에 항의하는 전화(녹음) 또는 항의서한(내용증명) 발송
징계(해고)사유	• 해고통보서나 징계의결통보서 등에 기재되어 있는 해고사유 확인 • 징계위원회 회부 통보서(징계위원회 참석 통보서)와 징계의결통보서 또는 해고통보서 상의 징계사유가 동일한지 여부 확인 • 문서 외에 구두로 들은 해고사유, 표면상의 해고사유 외에 실질적 해고사유로 추정되는 내용도 확인 ⇒ 각각의 사실관계를 검토하고 해고사유의 진위 여부 확인 • 동일한 사유로 경고 등의 징계를 이미 받았는지 여부, 징계사유 중에서 이미 이전에 행해진 징계대상에 포함되었던 것이 있는지 여부, 징계사유에 대한 면책합의가 존재하는지 여부 등 확인
각종 규정 등	• 단체협약, 취업규칙, 근로계약 상 관련 규정(징계(해고) 사유 조항, 징계절차 조항, 징계양정 조항, 징계시효 조항 등 관련 조항 일체) 검토 및 각 조항 준수 여부 확인. 각종 규정은 반드시 전체 검토(징계회의록도 검토하여 징계위원 구성에 하자가 없는지, 공정하게 징계위원회가 진행되었는지 등 확인) • 징계절차 규정이 없는 경우 제대로 소명기회가 부여되었는지와 과거 징계 관행도 확인 • 징계재심절차가 마련되어 있는 경우 재심 이행 여부 및 재심에서의 하자 존재 여부 • 규정이 개정된 경우 그 개정의 효력유무(취업규칙의 경우 적법한 개정절차를 거쳤는지 여부 등)
전례 및 형평성	• 여러 명의 징계(해고) 대상자가 있는 경우 각각의 징계양정과 징계사유에 대한 책임정도 • 유사한 사례에서의 과거 전례나 다른 동료 대상자들과의 형평성 여부
양정 참작사유 등	• 해당 사업장의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 대상자의 지위 및 업무내용 • 비위행위를 하게 된 동기나 경위, 그로 인해 기업질서가 문란하게 되거나 기업이 입은 구체적 손해 • 과거 징계전력과 회사에 기여한 공로 및 표창전력, 근무태도 등
입증자료 확보	• 동료들의 진술서, 각종 증거 등의 입증자료가 필요한 경우 즉시 확보(법적 절차가 제기된 후에는 사용자의 압박 등으로 인해 확보가 어려울 수 있으므로 미리 확보 필요)

표2 징계해고 체크리스트

③ 정리해고의 경우

항목	세부내용
공통사항	• 절대해고금지기간 중 해고인지 여부 • 해고통보서를 받았는지 여부
긴박한 경영상 필요성 관련	• 회사의 경영 상태를 확인할 수 있는 각종 자료 • 회사의 업종 및 조직구조와 조직체계, 사업장 및 부서별 인력 현황, 해당 산업 전반의 경기 현황 등 • 정리해고를 전후하여 임금 인상 여부, 신규 채용 여부, 투자확대 여부, 주주들에 대한 고율 배당 여부, 시간외근로 증가 여부 등
해고 회피 노력 관련	• 정리해고에 앞서 어떠한 해고 회피 노력이 있었는지 확인 • 각 노력의 내용들과 더 해볼 수 있었다고 보이나 하지 않은 해고 회피 노력들은 어떤 것인지 확인
사전 절차 관련	• 과반수 노동조합의 존재 여부, 근로자대표 선출 방식 • 통보 시점, 이후 협의의 내용과 방식 및 합의 여부 • 고용안정협약서, 고용승계합의서 등과 같이 단체협약, 취업규칙, 근로계약, 회사 간의 도급계약서 등 각종 규정이나 계약서에서 인력구조조정을 제한하는 합의 등이 있는지 여부
대상자 선정 관련	• 정리해고 대상자 선정 기준 확인 • 기준의 결정 방식, 합리성과 타당성 여부 등

표3 정리해고 체크리스트

④ 전직(각종 인사발령)의 경우

항목	세부내용
특정여부	• 근로계약서와 채용과정을 확인하여 담당업무나 근무 장소가 특정되어 있는지의 여부 확인
경영상 필요성 및 생활상 불이익	• 전보조치를 해야 할 업무상 필요성이 있었는지 여부 • 대상자 선정의 합리성 여부 • 당해 발령으로 당사자가 받게 되는 각종 불이익과 그 정도(임금삭감 여부, 업무상 권한과 지위 축소 여부, 출퇴근거리 증가 여부, 원거리 발령에 따른 교통비 또는 주거비 등 비용 증가 여부, 부양가족 등 생활상의 불이익과 관련한 내용 및 그 정도 등. 한편으로는 이러한 불이익을 상쇄시킬 회사의 보전조치 여부 및 수준)
각종 규정	• 단체협약, 취업규칙, 근로계약서 상의 관련 규정(대상, 절차 등) 검토

표4 전직 등 인사발령 체크리스트

⑤ 계약기간 만료에 따른 계약해지의 경우

항목	세부내용
기간제법 적용대상 여부 등	• 기간제 근로자인지 여부(근로계약서 상의 근로계약기간 확인. 참고로, 근로계약서가 아닌 연봉계약서의 계약기간은 원칙적으로 근로계약의 기간이 아님) • 상시 사용 근로자 수(기간제법 제4조의 기간제한 조항은 상시 5인 이상 근로자를 사용하는 사업체에만 적용) • 계약직으로 2년 초과 여부와 기간제법 상의 기간제한 예외대상인지 여부(기간제법 제4조 제1항 단서, 기간제법 시행령 제3조) • 근무기간 중 휴지기(일을 하지 않은 기간)가 있었던 경우 그 이유와 기간의 길이
각종 규정	• 단체협약, 취업규칙, 근로계약서 등 각종 규정 검토(계약기간의 설정 취지와 목적, 실질성 여부, 갱신 관련 규정이 있는지 및 그 내용 등) • 공공부문 사업장이나 수탁기관, 하청회사 등의 경우 국가·지자체, 위탁기관, 원청회사 등의 관련 규정이나 위수탁계약서 또는 도급계약서 등도 검토 및 확인 • 갱신 관련 규정이나 기준의 공정성 및 합리성 여부(평가 기준은 물론 평가자체가 공정하고 합리적으로 이뤄졌는지 여부)
관행 등	• 근로계약이 얼마나 갱신되었고 어떻게 갱신되었는지 확인(계약서 재작성방식 또는 묵시적 갱신의 방식이었는지 등) • 사업체에서 기간제 근로자를 사용하는 목적과 이유 • 다른 기간제 근로자들의 갱신 관행과 갱신이 이뤄지지 않은 경우 그 각각의 사유 • 담당 업무(당해 사업장의 상시·필수 업무인지의 여부, 전문성이 있어 계속 고용의 기대가 큰지, 직책과 직위 등도 확인) • 계약해지 이후 후임자가 채용되었는지 여부 • 실제로 갱신을 약속한 사실이 있었는지 여부 • 갱신기대권이 인정되더라도 특별히 갱신거절을 할 만한 사유가 있는지(갱신거절 사유를 통보받은 경우 그 사유의 진위 여부)

표5 계약기간 만료 체크리스트

2 해고가 아닌 퇴직

(1) 퇴직의 유형

유형		구분	판단
해고가 아닌 퇴직	사직	• 개인사정에 따른 사직 외에도 권고사직, 명예퇴직, 희망퇴직 등	• 사직서 일괄제출 후 선별 수리한 경우 등 예외적인 경우가 아닌 한 해고가 아님
	자동퇴직	• 근로자의 사망 • 회사의 폐업 • 정년 도달 • 근로계약 기간 만료 • 용역업체 변경	• 회사의 폐업 여부나 정년 도달 여부에 다툼이 있는 경우 부당해고 성립 가능 • 근로계약 기간 만료의 경우에도 기간의 정함이 형식에 불과하거나 갱신기대권이 인정되는 경우 부당해고 성립 가능 • 용역업체 변경도 고용승계의무가 있는 경우에는 해고
해고		• 징계해고: 근로자의 비위해위, 복무규율 위반 등 근로자 귀책사유에 의한 해고 • 정리해고: 경영상 이유에 의한 해고로서 근로자에게 귀책사유가 없는 해고 • 통상해고: 일신상의 사유로 근로제공이 불가능한 경우의 해고	• 정당한 사유 등이 없는 경우 부당해고 • 회사 규정에 따른 '당연면직'의 경우에도 위 '자동퇴직' 유형이 아니라면 원칙적으로는 해고

표6 퇴직의 유형

근로자가 직장에서 퇴직하는 유형은 1) '사직', 2) '해고', 3) '자동퇴직'(근로계약의 자동소멸)으로 크게 구분할 수 있습니다.

'사직'은 근로자가 스스로 퇴직을 하는 것으로서 해고가 아니므로 부당해고의 문제가 발생할 여지가 없습니다.

'해고'는 근로자의 의사에 반하여 사용자에 의해 퇴직을 당하는 것이므로 노동법의 제한을 받으며, 법적 요건을 갖추지 못한 경우에는 위법하여 부당해고가 됩니다.

'자동퇴직'은 사직도 해고도 아닌 것으로서 일정한 사유가 발생한 경우 자동적으로 근로관계가 종료되는 것입니다. 근로자의 사망, 회사의 폐업, 정년 도달, 근로계약 기간 만료 등이 이에 해당합니다. 자동퇴직 역시 해고가 아니므로 원칙적으로 부당해고의 문제가 발생하지 않습니다.

(2) 사직

① 주의할 점

사직은 근로자가 스스로 퇴직하는 것이므로 원칙적으로는 부당해고의 문제가 발생하지 않습니다. 흔히, 권고사직(의원면직), 명예퇴직, 희망퇴직이라 불리는 형식들 역시 결과적으로는 근로자가 사용자의 사직권고에 응해서 사직하는 것이므로 해고가 아닙니다.

그런데, 사용자의 퇴직 강요에 따라 자신의 의사에 반해 사직서를 제출하는 경우가 있습니다. 사직서를 제출하게 되면, 그것이 사용자의 사기나 협박에 의해 작성된 것이라는 명백한 입증을 해내지 못하는 한 법적으로는 사직이라 해석되므로(즉, 해고가 아님) 반드시 주의해야 합니다. 여기서 '사기'나 '협박'이라고 하는 것은 형법상의 범죄 수준에 해당되는 정도라야 인정됩니다. 단지 수차례 사직서 제출 강요행위가 있었다는 정도로는 협박에 의한 사직서 제출이라 보지 않으므로 자의에 의한 사직이 아닌 한 절대로 사직서를 써서는 안 됩니다.

사용자가 해고를 하면서도 사직서를 내야만 퇴직금이 지급된다거나 실업급여를 받을 수 있다면서 사직서 제출을 유도하는 경우도 종종 있습니다. 모두 잘못된 내용입니다. 사직이건 해고건 퇴직금은 물론 퇴직일까지의 임금은 모두 지급되어야 하고, 사직서를 내면 오히려 실업급여를 못 받을 수 있습니다(실업급여는 원칙적으로 비자발적 실업을 지급대상으로 함). 사용자가 사직을 강요하는 경우에는 힘들더라도 사직서를 제출하지 않고 버텨서, 차라리 해고를 당해야만 부당해고 문제를 법적으로 다툴 수 있습니다.

한편, 사직서 제출이 해고로 인정되는 경우도 예외적으로는 있습니다. 회사에서 전체 직원들(또는 특정 부서나 직급 이상 직원들 등)에 대해 모두 사직서를 제출하게 한 후 그 중 일부만 수리하는 것이 여기에 해당됩니다. 이런 경우에는 해고로 보아 부당해고의 문제를 제기할 수 있습니다.

관련 판례

회사의 대표이사가 부장급 이상 간부들에게 공제회 이사장에게 재신임을 묻겠다고 하면서 일괄하여 사직서를 제출하도록 지시를 하여 간부들은 모두 사직할 의사 없이 일괄하여 사직서를 제출하였는데 회사의 대표이사가 의원면직 처리하였다면 이는 실질적으로 대표이사의 일방적 의사에 의하여 근로계약을 종료시킨 것으로서 해고에 해당한다(대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16185 판결).

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 근무하였다면 그 사직원제출은 근로자가 퇴직을 할 의사 없이 퇴직의사를 표시한 것으로서 비진의의사표시에 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 아니한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14090 판결).

② 사직서 철회

사직서를 제출했더라도 사용자가 사직서를 수리하기 전까지는 철회할 수 있습니다. 보다 정확하게 말하자면, 사직서 제출이 근로계약 해지의 '통고'인 경우와 '청약'인 경우로 나뉩니다. 통고인 경우는 통고가 사용자에게 도달하면 철회가 불가능하고 청약인 경우에는 그에 대한 사용자의 승낙이 근로자에게 도달하기 전까지는 철회할 수 있습니다(대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결). 사직서에서 "사직한다."라고 통보하는 경우를 '해지의 통고'로 보고 "사직하고자 하니 승인해 달라."는 투의 의사표시를 '해지의 청약'이라고 해석합니다. 현실에서는 양자를 구분하는 것이

명확하지 않을 수도 있습니다만 법적으로는 이렇게 구분해서 판단한다는 점도 알아두셔야 할 것 같습니다.

따라서 사기나 강요에 의해 사직서를 제출했거나 경솔하게 사직서는 냈지만 퇴직의사가 없는 경우에는 즉시 철회한다는 의사를 사용자에게 전달해야 합니다. 이 때 문자메시지나 이메일, 녹음 등을 통해 철회했다는 근거를 남기는 것도 필요합니다. 만약 사직서 제출이 유효하게 철회되었음에도 사용자가 이를 무시하고 퇴직처리를 해버리게 되면 이는 사직이 아니라 해고로서 부당해고가 성립될 수 있습니다.

③ 사직서를 수리하지 않는 경우

퇴직하고자 사직서를 냈는데 사용자가 오히려 사직서 수리를 해주지 않고 계속 근무를 강요하는 경우에는 어떻게 해야 할까요? 이와 관련해서 노동법에는 아무런 규정이 없어 민법에 따라 해석하게 됩니다. 민법(제660조)은 사용자가 수리를 하지 않더라도 사직서 제출일로부터 1개월(정확히는, 월급지급 대상기간을 매월 1일부터 말일까지로 정한 경우에는 사직서를 제출한 다음 달의 말일)이 지나면 사용자가 사직서 수리를 해주지 않아도 법적으로는 사직의 효력이 발생하는 것으로 규정하고 있습니다.

그러므로 사용자가 사직서를 수리해주지 않으면 법적으로 사직의 효력이 발생할 때까지는 출근을 해야 합니다. 그렇지 않으면 무단결근으로 처리되어 퇴직금 금액 등에 있어 불이익이 생기거나 갑작스런 퇴직에 따른 손해배상의 책임이 생길 수도 있으니 주의해야 합니다.

관련 법률 – 민법 제660조(기간의 약정이 없는 고용의 해지통고)

① 고용기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다.
② 전항의 경우에는 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 1월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다.
③ 기간으로 보수를 정한 때에는 상대방이 해지의 통고를 받은 당기후의 일기를 경과함으로써 해지의 효력이 생긴다.

④ 명예퇴직, 희망퇴직

회사에서 인력구조조정의 일환으로 진행하는 이른바 명예퇴직(희망퇴직)의 경우에도 결국 회사가 제시하는 일정한 조건(일정금액의 명예퇴직금 수령 등)을 수용하여 근로자가 사직서를 제출하는 것이므로 해고가 아니라 사직입니다.

따라서 회사에서 제시한 조건을 수용하여 퇴직할 의사가 있는 것이 아니라면 명예퇴직에 응해서는 안 됩니다. 그 결과 만약 정리해고의 대상이 되어 정리해고를 당한다면 그 정리해고가 적법한 요건을 갖췄는지에 따라 해고의 정당성 여부를 판단하게 됩니다.

다만, 사용자가 감원 대상을 일방적으로 선정한 후 사직서 제출을 종용하고 이에 불응한 사람들에 대해서는 보직해임 및 대기발령을 하면서까지 사직을 강요하여, 결국 사직 압박을 견디지 못하고 다른 선택의 여지가 없는 상황에서 사직서를 제출했고, 사용자가 이를 모아서 일률적으로 특정 일자에 사직처리 했다면 예외적으로 해고라고 판단한 판례(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다38270 판결)가 있습니다.

(3) 자동퇴직

① 회사의 폐업

회사가 폐업하면 근로계약의 일방 당사자가 없어지는 것이므로 근로계약도 자동적으로 종료됩니다. 다만, 회사가 폐업신고를 했다거나 도산 또는 파산을 했다는 것만으로는 회사가 폐업한 것으로 볼 수는 없습니다. 특히 법인(주식회사 등)인 경우에는 청산절차까지 종료되어 회사가 완전히 소멸한 경우에만 근로계약이 자동 종료되는 것입니다. 따라서 회사가 파산신청을 한다거나 폐업신고를 한다는 이유로 해고를 했다면 이것은 자동퇴직이 아니라 해고이므로 부당해고의 문제가 발생할 수 있습니다.

② 당연면직

흔히 회사 취업규칙 등에서 어떤 사유의 발생을 이른바 당연면직(당연퇴직, 직권면직) 사유로 정해놓은 경우가 있습니다. 예를 들어 형사상 금고 이상의 형을 선고받은 자, 대기발령을 받은 후 ○월이 지나도록 업무를 부여받지 못한 자, 업무평가 결과 하위 ○%에 해당하는 자 등을 규정하고, 해당되는 자는 자동으로 퇴직된다는 식으로 정해놓은 경우입니다.

이와 같은 당연면직 규정에 따른 퇴직도 사용자가 근로자의 의사에 반하여 일방적으로 근로계약을 종료시키는 것이므로, 판례는 이를 자동퇴직이 아니라 해고라고 해석합니다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다62840 판결).

따라서 단지 취업규칙 상의 당연면직 사유에 해당된다는 것만이 아니라 근기법상 해고의 적법 요건(도저히 근로관계를 지속시킬 수 없을 정도의 해고사유 존재, 해고통보서 교부 등)을 갖춘 경우에만 정당한 해고가 됩니다.

관련 판례

대기발령 또는 직위해제 이후 일정한 직책을 부여받지 못하면 당연퇴직 또는 직권면직이 가능하다고 단체협약 등에 정한 경우, 결국 그것은 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약관계가 종료되는 것이므로 해고에 해당되고, 대기발령이 정당한 사유가 있는지와 함께 당연퇴직의 정당성 여부를 따져야 한다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두6665 판결).

용역업체 소속으로 일하는 경우 원청업체와 용역업체간의 용역계약 종료를 근로계약서에서 당연면직사유로 정하고 있는 경우도 많습니다. 이와 같은 용역계약 종료는 자동퇴직이 아니라는 것이 판례의 일관된 입장입니다. 따라서 근로계약기간이 남아 있다면 사용자는 다른 사업장으로 배치전환이라도 해줘야 합니다.

관련 판례

근로자가 근무하는 건물주 등과 사용자 사이의 관리용역계약이 해지될 때 근로자와 사용자 사이의 근로계약도 해지된 것으로 본다고 약정하였다고 하여 그와 같은 해지사유를 근로관계의 자동소멸사유라고 할 수는 없다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017다22315 판결).

당연면직 사유로 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어려운 등의 특별한 사정이 없는 한 당연면직 규정의 취지는 존중되어야 한다는 것 또한 판례(대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결)의 태도이므로, 일반적인 해고에 비해서는 부당해고로 인정받기가 조금 더 어려울 수도 있습니다. 또한 당연면직 사유가 취업규칙 상의 징계 사유에도 해당하는 경우가 아니라면 취업규칙 상의 징계절차를 거칠 필요는 없다는 것이 판례(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다58750 판결)의 입장입니다.

③ 정년 도달

단체협약이나 취업규칙에서 정한 정년에 도달한 경우에도 근로관계는 자동적으로 종료됩니다. 정년도달 역시 자동퇴직의 한 유형으로서 해고가 아닙니다. 그런데 정년이 지난 후에도 별다른 조치 없이 계속해서 근무를 해오다가 어느 날 갑작스레 사용자가 정년이 지났음을 이유로 퇴직처리 할 수 있을까요? 안 됩니다. 이런 경우에는 정년 도달에 따른 자동퇴직이 아니라 해고로 해석됩니다. 따라서 정당한 해고사유가 있어야만 적법합니다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2002두12809 판결).

참고로, 고령자고용촉진법은 정년을 60세 이상으로 정하고 있어 60세 미만의 정년을 정한 단체협약이나 취업규칙은 무효입니다.

관련 법률 – 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제19조(정년)

① 사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 한다.

② 사업주가 제1항에도 불구하고 근로자의 정년을 60세 미만으로 정한 경우에는 정년을 60세로 정한 것으로 본다.

④ 근로계약 기간 만료

기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 경우, 기간만료로 계약해지를 당했을 때는 해고가 아니라 당연히 근로계약이 종료되는 것이지만 어떤 경우에는 부당해고로 판단되기도 합니다. 그 계약해지가 부당해고인가를 판단하는 순서는, 1) 기간의 정함이 형식에 불과한지 여부 → 2) (형식이 아니라면) 갱신기대권의 존재 유무 → 3) (갱신기대권이 존재한다면) 갱신거절의 합리성 유무 → 4) (갱신거절의 합리성이 없다면) 부당해고라고 판단하게 됩니다.

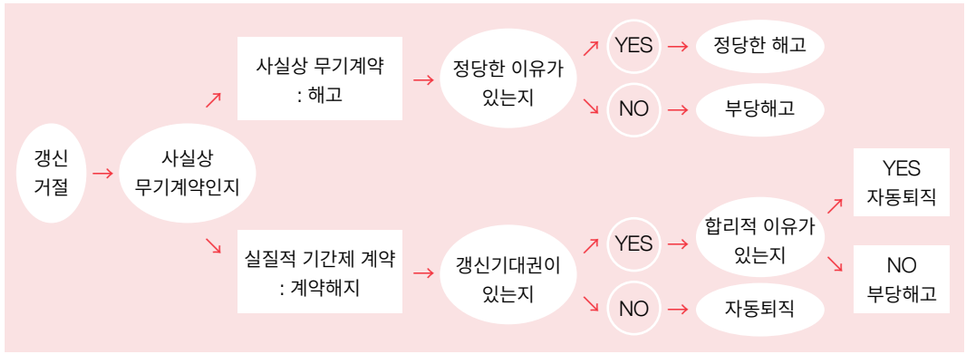

그림1 기간제 근로계약 판단 순서

가) 원칙

근로계약서에 근로계약의 기간을 정했다면(기간제 근로자 : 일용직, 계약직, 임시직, 촉탁직 등) 기간의 만료에 따라 근로계약은 자동적으로 종료되어 근로자는 자동퇴직이 되는 것이 원칙입니다. 따라서 실질적인 기간제 근로자의 근로계약 기간 만료에 따른 계약해지는 해고가 아니므로 부당해고의 문제가 발생하지 않습니다.

그러나 근로계약의 기간을 정한 것이 누가 보더라도 형식에 불과한 것이라고 인정될 수 있는 경우라면 그 근로계약은 기간의 정함이 없는 것으로 볼 수 있습니다. 즉, 실질적으로는 기간제 근로자가 아니라는 것이죠. 이때에는 단지 형식상의 기간 만료를 이유로 한 계약해지는 해고로 해석됩니다.

관련 판례

근로계약을 체결하면서 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려한 결과 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 근로계약서의 문언에도 불구하고 그 근로계약은 기간의 정함이 없는 근로계약이라고 봄이 상당하다(대법원 1998. 5. 29. 선고 98두625 판결).

나) 갱신기대권

법원이나 노동위원회에서 실제로 위와 같이 근로계약 기간의 정함이 형식에 불과하다고 법적으로 인정되는 경우는 대단히 드뭅니다. 대신, 근로계약 기간의 정함 자체는 인정하되 그 갱신거절(계약해지)이 근로자의 '갱신기대권'을 침해한 권리남용의 인사권 행사라고 판단하는 경우가 있습니다. 이러한 사용자의 권리남용으로서의 갱신거절은 부당해고나 마찬가지라고 해석합니다.

즉, 근로자에게 계약의 갱신을 기대할 만한 충분한 기대권이 존재한다고 볼 수 있는 경우 이에 반하는 합리적 이유 없는 계약해지는 부당해고라는 것입니다.

단, 이때는 사실상 정규직(기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자)이라고 보는 것이 아니라 기존과 동일한 기간으로 계약이 갱신되었어야 한다고 해석하는 차이가 있습니다.

관련 판례

기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연 퇴직되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 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 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에

일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 할 것이다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결).

1	단기 근로계약의 수차례 반복 갱신
2	갱신 시 형식적으로 근로계약서가 작성되었던 사실 또는 근로계약서 작성 없이 자동 갱신되어온 경우
3	당해 사업장의 다른 기간제 근로자들의 갱신 관행. 특히 동종·유사업무를 하는 기간제 근로자들의 경우 특별한 사정(해고에 준하는 사정)이 없는 한 대부분 반복 갱신되어온 사실
4	담당 업무가 당해 사업장의 상시적인 필수업무인 관계로 특별히 단기의 근로계약을 체결할 특별한 이유가 없고 후임자가 채용된 사실
5	특별히 근로계약 갱신을 하지 않을 만한 사유가 없는 사실
6	단체협약, 취업규칙, 근로계약서 등에 근로계약의 계속을 보장하고 있거나 근로계약의 계속을 전제하는 규정들이 존재하는 경우 또는 갱신 가능성에 관한 근거규정

표7 갱신기대권 인정 기준

다) 갱신거절의 합리적 이유

갱신기대권이 인정되면 다음으로 갱신거절(계약해지)에 합리성이 있는지의 여부를 따져보아야 합니다. 특히 일정한 평가를 거쳐 갱신하게 되어 있는 경우 그 평가규정과 실제 평가에 합리성과 공정성이 있는지를 기준으로 갱신거절의 정당성을 따지게 됩니다. 결국 갱신기대권이 존재하는데도 합리적인 이유 없이 갱신을 거절한 경우 부당해고가 되는 것입니다.

관련 판례

근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제될 때에는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 그 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 여부 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결).

기간제 근로자들에 대해 계속 집단적으로 재계약절차를 밟아오다가 어느 날 신규채용(공개채용) 절차로 전환하면서 기존 기간제 근로자들을 지원하게 한 후 심사결과 상당수를 탈락시킨 경우에 대해서도 최근 대법원은, 갱신기대권이 인정됨에도 갱신거절의 합리적 이유가 없다며 부당해고라고 판단한바 있습니다(대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결).

라) 정규직전환 및 정규직전환기대권

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(기간제법)은 기간제 근로자를 최대 2년까지만 쓸 수 있도록 하고 있습니다. 따라서 2년이 초과된 경우에는 그 즉시 사용자의 어떠한 조치도 필요 없이 법적으로는 정규직으로 전환되므로 2년이 초과되었음에도 형식상 근로계약기간의 종료를 이유로 계약해지하였다면 그 자체로 부당해고가 됩니다. 다만, 기간제법(제4조 제1항 단서, 기간제법 시행령 제3조)은 기간제한 예외대상도 규정하고 있으므로 예외대상인지 여부도 잘 확인해봐야 합니다. 예외대상인 경우에는 갱신기대권의 존재여부와 갱신거절의 합리성 유무를 통해 부당해고인지를 판단하게 됩니다.

1	사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
2	휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우
3	근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
4	만 55세 이상인 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
5	전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우
6	그 밖에 위에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

표8 기간제법상 기간제한 예외(기간제법 제4조 제1항, 시행령 제3조)

기간제법이 기간제 근로자의 사용기한을 2년으로 제한하고 이를 초과하면 정규직으로 전환되도록 하고 있다 보니, 기간제법 시행 이후에도 2년을 초과하는 갱신기대권이 인정될 수 있는가에 대해서 논란이 있어왔습니다. 그런데 근래 대법원은 이를 명확하게 인정하는 판결을 내려 논란을 종식시켰습니다(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두56765 판결). 이에 따라 2년을 초과하는 경우 등에서의 갱신기대권을 특별히 '정규직전환기대권'이라 부르기도 합니다.

한편, 문재인정부 출범 이후 정부 정책에 따라 공공부문을 중심으로 비정규직 정규직화가 진행되고 있습니다. 이 과정에서 정규직 전환 대상에서 제외되거나 정규직전환심의위원회 심사에서 탈락하여 계약이 해지되는 기간제 근로자의 부당해고 사건이 최근 증가하고 있습니다. 이와 관련된 법원 판례는 아직 제대로 정리되어 있지 않으나 노동위원회에서는 "정규직 전환 평가에서 소정 기준을 충족할 경우 정규직으로 전환될 수 있다는 신뢰관계가 형성되었다."고 볼 수 있다면 정규직전환기대권을 인정하여 이에 반한 계약해지를 부당해고라고 판정하고 있는 경향입니다(중노위 2018. 3. 30. 중앙2018부해131 등).

⑤ 용역(하청)업체 변경의 경우

아파트 등의 건물이나 시설을 관리하는 근로자들의 경우 흔히 건물주와 시설관리 위탁계약을 체결한 용역(하청)업체 소속인 경우가 많습니다. 실제로는 한 아파트에서 계속 근무해왔지만 그 사이 소속 용역업체가 위탁계약기간에 따라 변경되어 법적으로는 퇴사와 입사를 반복해온 것이죠.

이 경우 그동안 용역업체가 변경되더라도 기존 근로자들이 계속 승계되어 근무해왔는데 새로운 업체가 들어오면서 일부 근로자들은 채용(승계)을 하지 않는 경우 부당해고라고 할 수 있을까요? 안타깝지만 일반적으로는 어렵습니다. 판례는 용역업체 변경 시 새로운 업체가 기존 업체 소속 근로자들의 고용을 승계할 의무가 없다고 해석하고 있습니다(대법원 2003. 10. 9. 선고 2003두5563 판결). 따라서 새 용역업체에 대해 부당해고의 문제를 제기하기는 어렵습니다.

그런데 근래 주로 원청이 시청이나 공사·공단과 같은 공공부문 사업체인 경우 용역업체를 공개입찰하면서 기존 용역업체 근로자들을 고용승계 한다는 계약을 입찰서류 등을 통해 체결하는 경우가 종종 있습니다. 이런 사실상의 계약이 있는 경우에는 이를 이른바 '제3자를 위한 계약'으로 보아 고용승계를 하지 않은 것을 부당해고로 판단하기도 합니다(서울고법 2014. 6. 25. 선고 2013누27298 판결).

참고로 건물주가 직접 고용하다가 위탁관리 방식으로 변경하는 경우와 위탁관리에서 직접 고용으로 전환하는 경우에는 용역업체가 변경되는 경우와는 달리 고용승계의무가 있는 '영업양도'라고 해석합니다. 따라서 고용승계를 하지 않는 경우 부당해고가 됩니다.

관련 판례

영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적, 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하는 것이고, 영업이 포괄적으로 양도되면 양도인과 근로자 간에 체결된 고용계약도 양수인에게 승계된다고 보아야 할 것(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결).

한편, 1) 용역업체가 완전히 형식에 불과해서 실질적으로는 원청업체 소속 근로자라고 볼 수 있는 경우, 2) 도급(용역)계약으로 위장되어 있으나 실질은 근로자파견인 경우에는 예외적으로 원청업체 사용자를 노동법상의 사용자로 볼 수 있습니다(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결). 이 경우 용역업체가 근로계약 기간 만료 또는 원청업체와의 위탁계약 해지 등을 이유로 행한 계약해지는 원청업체가 행한 부당해고로 해석될 수 있습니다. 다만, 이렇게 법적으로 인정되기 위해서는 대개 복잡한 법리적 다툼을 거쳐야 하고 시간이 오래 걸리는 소송을 통해야 하는 경우가 많습니다.

⑥ 채용내정, 시용, 수습

채용내정이 취소되거나 시용 또는 수습기간 중이라는 이유로 쉽게 근로계약을 해지하는 경우가 종종 있습니다. 정당한 이유가 없는 채용내정 취소, 시용 또는 수습 중 근로계약 해지는 모두 부당해고입니다.

가) 채용내정

공채절차에 지원해서 최종 합격통보를 받았는데 예정된 입사일 직전에 갑자기 채용이 취소되는 경우가 있습니다. 이처럼 본채용을 지연하거나 뒤늦게 채용내정을 취소하는 경우 내정자는 이미 기존 직장에서 퇴직해서 실업자가 되거나 다른 취업 기회를 상실하는 불이익을 입게 됩니다. 이런 경우에도 부당해고라고 주장할 수 있을까요?

판례는 채용내정과 동시에 근로계약이 성립한 것이라고 봅니다. 따라서 채용내정자에 대해 정당한 사유 없이 정식채용을 거부하거나 채용내정을 취소하는 것은 일관되게 부당해고라고 판단하고 있습니다(대법원 2001. 11. 28. 선고 2000다51476 판결).

나) 시용, 수습

시용 또는 수습기간을 마치 근로계약의 기간인양 이해하는 경우가 많습니다. 시용 또는 수습기간 만료만을 이유로 회사가 계약해지를 할 수 있을까요? 절대 그렇지 않습니다.

시용과 수습 모두 근로계약 기간을 정한 것이 아닙니다. 시용과 수습은 원칙적으로 정규직을 전제로 하는 개념입니다. 따라서 시용 또는 수습 기간 중에는 물론 그 기간의 만료를 이유로 계약을 해지하는 것은 자동퇴직이 아니라 해고입니다. 그러므로 해고의 정당한 사유와 절차 등의 요건을 모두 갖춰야 정당한 해고로 인정됩니다. 대개 시용이나 수습 근로자에 대해서는 일을 잘 못한다거나 근태가 불량하다는 이유로 해고를 하는데, 업무능력 부족이나 근태불량의 구체적이고 객관적인 입증이 있어야만 정당한 해고로 인정됩니다. 다만, 시용 또는 수습의 특성(그 근로자의 능력, 자질 등의 업무적격성 여부를 관찰 및 판단하려는 제도) 상 보통의 해고사유보다는 다소 넓게 그 정당성을 인정해주는 것이 판례의 입장입니다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결).

참고로, 시용과 수습은 근로계약서에 명확히 시용 또는 수습임과 함께 그 기간이 명시되어 있어야 합니다(또는 취업규칙에 명시해놓은 경우에는 채용 시 명확히 그 내용을 주지시켰어야 함). 계약서에는 아무런 내용이 없는데, 우리 회사는 무조건 신규 입사 시 1개월간은 다 시용기간이라며 1개월이 경과되는 시점에서 사용자가 주장할 수는 없다는 것입니다.

Tip.

시용과 수습은 계약직이 아닙니다. 따라서 시용·수습 기간이 종료됐더라도 근로계약은 자동으로 종료되지 않습니다. 즉, 시용·수습기간 종료에 따른 사용자의 계약해지는 해고이며, 시용과 수습의 경우에도 해고 시 해고통보서를 주지 않으면 부당해고입니다(대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결).

3 해고

(1) 해고의 유형

해고를 크게 구분하면, 1) 근로자의 잘못으로 해고되는 '징계해고'와 2) 회사의 경영상 사정에 의해 해고되는 '정리해고'(경영상 이유에 의한 해고)로 나눌 수 있습니다. 그 외에 3) '통상해고'라는 개념을 하나 더 두어 해고를 세 가지로 구분하기도 합니다. 통상해고는 '일신상 사유에 의한 해고'라고도 합니다. 정신적·육체적 장애 또는 적성, 능력, 자격 등 업무를 수행하기에 부적합한 사유가 있어 해고하는 것을 말합니다.

(2) 절대해고금지기간

노동법에는 크게 두 개의 절대해고금지기간 규정이 있습니다. 우선, 근기법(제23조 제2항)은 "사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전·산후의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다."라고 하여 어떤 경우에도 해고할 수 없는 절대해고금지기간을 두고 있습니다. 따라서 위 기간 중에 행한 해고는 사유를 불문하고 위법한 부당해고입니다 (다만, 사용자가 근기법 제84조에 따른 산재 일시보상을 행했을 경우와 사업을 계속할 수 없게 된 경우는 예외).

또한 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(제19조 제3항)은 "사업주는 육아휴직을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 되며, 육아휴직 기간에는 그 근로자를 해고하지 못한다."고 정하고 있습니다(다만, 사업을 계속할 수 없는 경우는 예외).

법률	유형
근로기준법	• 업무상 부상 또는 질병으로 요양을 위하여 휴업한 기간(산재휴업기간)과 그 후 30일 동안 • 산전·산후의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간(출산전후휴가)과 그 후 30일 동안
남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률	• 육아휴직기간

표9 절대해고금지기간

일반적인 부당해고 제한 규정(근기법 제23조 제1항)은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에만 적용되고 위반 시 처벌규정도 없습니다. 반면, 절대해고금지기간 중의 해고 제한 규정은 모든 사업장에 적용됩니다. 위반 시에는 근기법 위반의 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형(근기법 제107조)에 남녀고용평등법 위반 시에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처해지는 벌칙이 규정되어 있습니다(남녀고용평등법 제37조).

(3) 해고 서면통보와 해고예고

① 해고 서면통보

가) 개요

근기법(제27조)은 "사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다."고 규정하고 있고 그렇게 해야만 "효력이 있다"고 하고 있습니다. 즉, 아무리 정당한 해고사유가 있다 해도 서면으로 해고통보를 하지 않으면 무조건 그 해고는 무효가 됩니다. 결국, 해고통보서를 줬는가가 부당해고 여부를 판단하는 1차적 기준이라고 할 수 있습니다.

해고통보서에는 '해고사유'와 '해고시기'가 모두 명확히 기재되어야 합니다. 둘 중 어느 하나라도 적혀 있지 않으면 적법한 서면통보가 아니라서 효력이 없습니다. 해고사유가 적혀 있더라도 해당 취업규칙 조항번호만을 적은 경우 등 구체적 내용이 특정되어 있지 않으면 역시 무효입니다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결).

한편, 휴대전화 문자메시지, SNS 채팅 등의 방식으로 통보한 것 역시 '서면' 통보가 아니므로 원칙적으로는 무효입니다. 다만, 근래 대법원은 이메일을 통한 해고통보의 경우에는 해고통보서의 형식을 갖춰 통보했다면 서면통보로 볼 수 있다고 판단했습니다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결).

나) 대응

해고서면통보제도는 2007년부터 시행됐는데 이후 부당해고 관련 법정다툼에서 사용자들의 허위주장도 부쩍 늘어났습니다. 즉, 해고 자체를 한 사실이 없다고 주장하는 것이죠. 이런저런 사유로 사직을 권고했더니 근로자가 이에 응해 그만두었다거나 또는 일방적으로 무단결근을 하고 있다는 식으로 말입니다. 이렇게 되면 해고되었다는 사실 자체를 입증해야 하는 복잡한 문제가 발생합니다. 따라서 해고를 당한 경우에는 부당해고에 대한 이의제기를 하고, 해고통보서를 주도록 사용자에게 요구하거나 또는 녹음 등을 통해 해고사실 자체를 입증할 수 있는 근거를 꼭 확보해야 합니다.

Tip.

해고통보를 받고 사용자가 개최하는 환송회에 참석해서 작별인사를 나누거나 사용자에게 퇴직금 지급을 요구하는 행위, 실업급여를 받을 수 있도록 조치해달라고 요구하면 해고가 아니라 합의에 의한 퇴직으로 해석될 수 있으므로 주의해야 합니다!

② 해고예고

근기법(제26조)은, "사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함) 하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다."고 정하고 있습니다. 따라서 30일 전에 예고하지 않으면 해고예고수당을 줘야 합니다. 29일 전에 예고했건 5일 전에 예고했건 모두 30일분의 해고예고수당 지급대상입니다. 다만, 천재·사변 등 부득이한 사유로

사업을 계속하는 것이 불가능한 경우와 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당될 때는 해고예고를 하지 않을 수 있습니다.

관련 판례 – 근로기준법 제35조 (예고해고의 적용제외) 제26조는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에게는 적용하지 아니한다.

1. 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자
2. 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
3. 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자(헌법재판소에서 위헌 결정. 헌재 2015. 12. 23. 선고 2014헌바3 결정)
4. 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
5. 수습 사용 중인 근로자(수습 사용한 날부터 3개월 이내인 자)

근로기준법 시행규칙 별표 '해고예고의 예외가 되는 근로자의 귀책사유(제4조 관련)'

1. 납품업체로부터 금품이나 향응을 제공받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우
2. 영업용 차량을 임의로 타인에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우
3. 사업의 기밀이나 그 밖의 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에게 제공하여 사업에 지장을 가져온 경우
4. 허위 사실을 날조하여 유포하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 가져온 경우
5. 영업용 차량 운송 수입금을 부당하게 착복하는 등 직책을 이용하여 공금을 착복, 장기유용, 횡령 또는 배임한 경우
6. 제품 또는 원료 등을 몰래 훔치거나 불법 반출한 경우
7. 인사·경리·회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 허위 서류 등을 작성하여 사업에 손해를 끼친 경우
8. 사업장의 기물을 고의로 파손하여 생산에 막대한 지장을 가져온 경우
9. 그 밖에 사회통념상 고의로 사업에 막대한 지장을 가져오거나 재산상 손해를 끼쳤다고 인정되는 경우

위에서 얘기했듯이, 부당해고 제한규정(근기법 제23조)은 상시 5인 이상 근로자 사용 사업장에만 적용되고 위반 시 처벌규정도 없습니다. 그러나 해고예고제도는 상시 사용 근로자수를 불문하고 모든 사업장에 적용되며, 위반 시에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금형에 처하는 벌칙이 부과됩니다(근기법 제110조). 즉, 5인 미만 사업장에서 갑작스레 부당해고를 당한 경우 근기법 위반의 부당해고로 법적 구제절차를 진행하기는 어렵지만 해고예고수당은 청구할 수 있습니다.

참고로, 사용자가 해고예고를 하면서 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 한 경우에는 위에서 언급한 해고 서면통보를 한 것으로 인정됩니다(근기법 제27조 제3항).

그렇다면 해고예고를 하지 않은 경우 그 해고는 부당해고일까요? 그렇지는 않습니다. 판례는 해고예고 여부는 그 해고의 정당성 판단에는 영향을 미치지 않는다고

해석하고 있습니다. 물론 해고예고를 했다고 해서 그 자체로 해고가 정당한 해고가 되는 것도 아닙니다.

(4) 통상해고

① 개요

업무에 필수적인 자격을 잃거나 장기간 활용이 불가능한 경우가 발생했을 때, 질병이나 신체장애로 업무수행이 불가능해졌을 때가 대표적인 통상해고의 대상입니다. 복무규율을 위반했거나 비위행위를 저지른 등의 징계해고 대상과는 구분이 됩니다. 회사에 따라서는 통상해고 대상을 이른바 당연면직 대상으로 규정해놓은 경우도 있습니다.

② 정당성 판단

일단 절차적 측면을 보면, 통상해고는 당연면직과 마찬가지로 원칙적으로는 취업규칙상의 징계절차를 거치지 않아도 된다고 봅니다. 그러나 단체협약이나 취업규칙에 '징계해고 절차'로 특정되지 않고 '해고의 절차'라고 포괄적으로 규정되어 있거나, 통상해고 시에도 절차를 거치도록 규정되어 있는 경우에는 절차를 거쳐야만 정당성이 인정됩니다(대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결).

다음으로 해고의 정당한 사유가 있는지의 여부를 따져보면, 취업규칙 등에서 통상해고의 대상으로 정해놓은 사유가 발생했다는 것만으로는 해고가 정당하다고 해석되지는 않습니다. 즉, 그러한 사유가 생겼다하더라도 업무를 수행하지 못할 기간이 짧거나 훈련이나 교육으로 회복이 가능하거나 다른 업무로의 전환이 가능하다면 그 해고는 정당할 수 없습니다. 따라서 통상해고의 경우 규정상의 해고대상인가 뿐만 아니라 실제로 도저히 근로관계를 지속할 수 없는 정도에 해당된다고 해석되어야만 정당한 해고로 인정되는 것입니다.

지난 박근혜정부 하에서는 정부의 소위 일반해고지침에 영향을 받아 이른바 저성과자해고사건이 종종 발생했습니다. 일을 잘 못한다는 것은 원칙적으로 정당한 해고의 사유가 될 수 없습니다. 더욱이 저성과자라는 것은 근로계약상 의무이행이 불가능한 통상해고의 대상이 아닙니다. 왜냐하면 근로계약상 근로자의 의무는 성실히 일할 의무까지이지 꼭 그 결과가 높은 성과를 보여야 하는 것 까지는 아니기 때문입니다. 관련한 하급심 법원의 판례를 보면, 얼마나 오랜 기간 낮은 등급의 평가가 계속됐는지, 그 구체적이고 개별적인 요소가 무엇인지, 사용자가 이에 대해 역량향상을 위한 교육과 직무재배치, 업무전환 등의 노력을 어느 정도까지 다했는지, 또한 평가가 얼마나 객관적이고 공정한지 등을 구체적으로 판단하여 해고의 정당성을 따지고 있습니다. 특히 역량향상 과정이 실제로는 퇴출을 위한 수단이었다면 부당해고가 될 수 있습니다.

(5) 징계해고(징계의 정당성 판단기준 포함)

① 개요

징계란, 근로계약상의 의무나 기업질서 위반 등 근로자에게 책임 있는 사유가

있음을 이유로 사용자가 근로자에게 불이익한 처분을 하는 것을 말합니다. 징계의 종류에는 경고(견책), 감봉, 정직, 해고 등이 있으며 이 중 가장 중한 처분이 해고(징계해고)입니다.

징계가 적당하기 위해서는 세 가지 요건을 모두 갖추어야 합니다. 1) 징계사유의 정당성, 2) 징계절차의 적법성, 3) 징계양정의 적정성이 그것입니다. 이 중 어느 하나라도 갖추지 못하거나 중대한 하자가 있는 경우 그 징계는 위법하여 무효가 됩니다.

② 징계사유의 정당성

가) 징계의 대상

• 규정상의 징계사유

근로계약상의 의무 불이행이나 복무규율 위반, 사업장 내 질서를 훼손한 행위 등이 징계의 대상이 됩니다. 근로계약서나 취업규칙, 단체협약 등에 징계사유가 명시되어 있는 경우에는 그 사유에 해당되는 대상에 대해서 징계가 가능합니다(대법원 1992. 9. 8. 선고 91다27556 판결). 한편, 징계(해고)사유에 관해 "단체협약에 규정된 이외의 사유로는 징계(해고)할 수 없다."는 단체협약 규정이 있는 경우에는 이와 다른 취업규칙상의 사유로는 징계(해고)를 할 수 없습니다(대법원 1997. 7. 25. 선고 97다7066 판결).

또한 단체협약이나 취업규칙에서 징계사유와 해고사유를 구분해서 규정하고 있다면 해고사유로 특정되어 있는 대상에 대해서만 해고를 할 수 있습니다.

그렇다면 근로계약서나 취업규칙에서 예를 들어 "결근 1회 이상, 지각 3회 이상"을 해고사유로 정하고 있는 경우처럼 누가 봐도 과도한 해고사유라도 규정에 있으면 적법하다고 볼 수 있을까요? 그렇지는 않습니다. 규정에 명시된 사유라 하더라도 법에 위반되는 사유는 당연히 무효이며, 나아가 사회통념상 징계대상이라고 인정될 수 있는 타당성이 있어야만 적법한 규정이라고 볼 수 있습니다. 특히, 해고사유는 근로계약을 도저히 더 이상 지속시킬 수 없을 정도의 타당한 사유라고 인정되는 경우여야 합니다.

규정상의 징계사유로 인정되더라도 사용자와 별도의 면책합의가 있다면, 면책합의에 위반된 징계 역시 사유의 정당성이 인정될 수 없습니다.

• 이중징계 금지

이미 한번 징계처분이 행해진 대상은 다시 징계사유로 삼을 수 없습니다. 한번 징계를 한 경우에는 다시 할 수 없다는 이른바 '이중징계 금지 원칙'에 반하기 때문입니다. 단, 법원 등에서 절차상 하자로 무효판결을 받아 원래의 징계를 취소하고 다시 징계를 하는 것은 가능합니다(대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결).

• 징계사유 추가

사내 징계재심절차가 있는 경우에는 새로운 사유를 재심절차에서 추가하는 것은 허용되지 않습니다. 추가한 징계사유에 대해서는 재심의 기회가 박탈되기 때문입니다(대법원 1998. 5. 22. 선고 98다2365 판결).

징계사유의 정당성을 판단할 때 그 대상이 되는 징계사유는 징계결과통보서에 명시된 사항만입니다. 징계결과통보서에 명시한 징계사유가 아닌 사항들을 이후 구제신청이나 소송과정에서 추가하거나 변경하는 것은 인정되지 않습니다.

• 징계시효

단체협약이나 취업규칙 등에서 징계시효를 정하고 있는 경우("사유발생일로부터 3년 이내에 징계할 수 있다." 등)에는 시효가 도과되면 징계대상으로 삼을 수 없습니다(대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20362 판결).

다만, 징계가 절차상 하자로 법원 등에서 무효판결을 받아 취소하고 곧바로 다시 징계하는 경우에는 시효가 도과되었어도 가능하다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16084 판결).

한편, 징계전력이나 시효가 도과된 징계사유들도 직접적인 징계대상이 아니라 징계양정을 결정짓는 참작사유로는 삼을 수 있다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1999. 11. 26. 선고 96두10424 판결).

나) 징계사유에 대한 입증책임

징계사유 존재 자체에 대해서 다툼이 있는 경우도 많습니다. 예를 들어, 정황상 근로자가 공금을 유용했다고 추정되어 징계위원회에 회부되었는데, 근로자는 그러한 사실을 부정하고 있고 명확한 공금유용 사실이 확인되지는 않는 경우처럼 말입니다.

사용자가 근로자에게 어떠한 징계사유가 존재한다고 하여 징계처분을 하는 경우 징계사유의 존재를 입증할 책임은 사용자에게 있습니다(대법원 1992. 8. 14. 선고 91다29811 판결). 따라서 단지 추정만 되고 명확한 입증이 되지 않는 경우에는 징계사유의 정당성을 인정하기 어렵습니다. 징계사유의 정당성이 인정되지 않으면 그 징계는 위법하여 무효입니다.

그래서 사용자가 징계사유를 제시하나 입증하지 못하는 경우 먼저 추정해서 변명하거나 반대증거를 제출하는 행위는 신중하게 해야 합니다. 성급하게 변명하다가 오히려 불리한 증거를 만들 수도 있기 때문입니다.

③ 징계절차의 적법성

가) 규정상의 징계절차

단체협약이나 취업규칙에 징계절차규정이 있는 경우에는 그 규정을 위반하여 행해진 징계처분은 무효입니다(대법원 2006. 2. 26. 선고 2005두14806 판결). 징계절차규정이 없는 경우에는 징계위원회를 개최하는 등의 징계절차를 거치지 않아도 무방하나(대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결), 최소한 징계대상자에게 징계사유에 대한 소명(해명)의 기회는 꼭 부여해야 합니다.

단체협약 등에서 징계위원회 개최 전 당사자에게 사전 통지, 증인 신청권 부여, 소명서 제출, 징계위원회 출석 및 진술권 행사, 노동조합측 인사의 징계위원회 참여 등을 규정하고 있는 경우 그 각각의 절차를 이행하지 않았을 때도 절차상의 하자가 커서 그 징계는 무효가 될 수 있습니다. 또한, 규정과 달리 징계위원회 위원 구성이 되었거나 위원 구성에 공정성이 없는 경우 등도 중대한 절차상의 하자가 있는

것으로 해석됩니다(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000두7605 판결). 특히, 징계사유와 관련 있는 상대방 당사자가 징계위원으로 참여한 경우에는 징계의 공정성이 보장될 수 없다고 보아 그 징계처분의 효력을 인정하기 어렵습니다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006두18027 판결).

관련 판례

징계규정에 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있다면 그 통보의 시기와 방법에 관하여 특별히 규정한 바가 없다고 하여도 변명과 소명자료를 준비할 만한 상당한 기간을 두고 개최일시와 장소를 통보하여야 하며, 이러한 시간적 여유를 주지 않고 촉박하게 이루어진 통보는 징계규정이 규정한 사전 통보의 취지를 몰각한 것으로서 위법하다고 보아야 할 것인바, 징계위원회의 개최일시 및 장소를 징계위원회가 개최되기 불과 30분 전에 통보하였다면 이러한 촉박한 통보는 징계 대상자로 하여금 사실상 변명과 소명자료를 준비할 수 없게 만드는 것이어서 적법한 통보라고 볼 수 없다(대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결).

단체협약 등에서 조합원의 징계시에 사전통지와 진술권 부여를 의무조항으로 규정하고 있다면 이는 징계의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것으로서 징계의 유효요건이라고 할 것이므로, 그 징계사유의 내용이 객관적으로 명확하다거나 징계대상자가 다른 절차에서 자신의 행위의 정당성을 이미 주장한 바 있다고 하여도 사전통지를 결한 이상 그 징계는 무효라고 할 것이다(대법원 1992. 9. 22. 선고 91다36123 판결).

징계대상자가 구속 중이더라도 서면 또는 대리인을 통해 소명(해명)을 할 수 있으므로 단체협약 등에 따라 통지해야 한다(대법원 1996. 9. 6. 선고 95다16400 판결).

나) 징계재심절차

사내 징계재심절차가 정해져 있다면 재심절차까지 합하여 하나의 징계절차이기 때문에 징계절차 모두에 하자가 없어야 합니다. 따라서 재심절차를 아예 진행하지 않았거나 재심절차를 진행했더라도 재심절차에 중대한 하자가 있다면 징계절차 전체가 무효가 됩니다(대법원 1998. 12. 8. 선고 98다31172 판결).

다만, 초심징계절차에 하자가 있었으나 재심절차에서 충분한 해명의 기회가 주어졌다면 최초 징계절차의 하자는 치유가 되어 전체적으로 징계절차의 문제는 없게 된다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1992. 9. 22. 선고 91다36123 판결).

관련 판례

징계처분에 대한 재심청구를 이유 없이 반려한 채 징계결정을 확정시킨 후 재심기간을 상당히 경과하여 그 징계결정이 재심절차를 거치지 않아 무효라는 판결이 선고되자 비로소 인사위원회를 개최하여 재심청구를 기각하는 결정을 한 경우 그 징계처분은 무효이다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97다10956 판결).

다) 사전협의 또는 합의(동의, 승인) 조항

단체협약에서 "노동조합 간부에 대한 징계는 노동조합과 사전에 협의(또는 합의)하에 실시해야 한다."와 같이 사전 협의 또는 합의 조항을 둔 경우가 있습니다. 이에 대해 판례는 '협의'의 경우 노조의 의견을 제시받아 참고하도록 하려는 것이지 강행규정은 아니라고 보아 협의를 거치지 않더라도 징계 자체가 무효가 되는 것은 아니라고 해석하고 있습니다.

반면, '합의'의 경우에는 노동조합의 동의하에서만 징계를 할 수 있는 강행규정으로 보아, 노조와의 합의가 없었다면 그 징계는 무효라고 판단합니다(대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결). 다만, 노동조합이 일체의 대화 자체를 거부하는 등 합의권을 남용했다고 볼 수 있는 경우에는 예외를 인정하고 있기도 합니다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005두3608 판결).

④ 징계양정의 적정성

가) 징계양정

사용자가 징계처분을 하는 경우에 그 징계의 양정(징계의 종류)이 적정해야 하는데 징계사유에 비해서 과도한 양정인 경우에는 징계권한을 남용한 것으로서 무효가 됩니다.

특히, 근로관계를 단절시키는 해고는 '도저히 근로관계를 더 이상 지속시킬 수 없을 정도'인 경우에 한해 행해져야 정당합니다. 즉, 해고보다 가벼운 조치를 취해도 징계 목적을 달성할 수 있음에도 가장 극단적인 처분인 해고를 했다면 그 해고는 징계권 남용이므로 정당성을 인정받을 수 없습니다.

관련 판례

징계대상자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우, 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고 다만, 징계권자가 재량권의 행사로 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자의 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있고, 그 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 할 수 있으려면 구체적인 사례에 따라 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의해 달성하려는 목적, 징계양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우라야 할 것이다(대법원 2002. 8. 23. 선고 200다60890 판결).

나) 판단기준

우선, 단체협약이나 취업규칙에서 징계양정의 기준을 정하고 있다면 그에 따라 징계양정이 결정되어야 합니다.

또한 무엇보다 징계양정의 적정성을 판단할 때는 형평의 원칙에 부합되어야 합니다. 동시에 징계대상자가 된 여러 명 사이의 형평은 물론 기존의 유사사례에 있어 어떠한 징계양정이 행해졌는지 등을 따지는 것입니다. 형평의 원칙에 맞지 않아 징계권 남용에 해당하는 경우에도 그 징계처분은 무효가 됩니다(대법원

2006. 4. 27. 선고 2004두12766 판결).

여러 개의 징계사유 중 일부가 정당한 징계사유로 인정되지 않는 경우에도 징계양정이 문제가 될 수 있습니다. 예를 들어 5가지의 징계사유로 정직 1개월의 징계를 당했는데, 그 중 3가지는 징계사유의 정당성 자체가 인정되지 않는다면 나머지 2가지로는 정직 1개월의 징계양정이 과하다고 판단될 수 있습니다. 다만 판례는 여러 개의 징계사유 중 인정되는 사유만으로도 당해 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우에는 그 징계처분을 그대로 유지하여도 위법하지 않다고 해석하고 있습니다(대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결).

한편, 단체협약이나 취업규칙에서 징계양정을 감경할 사유(예를 들어 표창전력, 고의성이 없는 행위, 개전의 정 등)를 정하고 있다면 그에 따라 징계양정을 감경할 수 있습니다. 따라서 감경대상인지도 살펴봐야 합니다. 다만, 규정상의 감경사유가 단지 참작사유에 지나지 않는지 또는 꼭 감경을 해야 하는 것인지에 관해서는 다툼이 있을 수 있습니다.

(6) 정리해고

① 개요

정리해고는 근로자의 잘못이 아니라 사용자의 경영상 사정을 이유로 근로자가 직장을 잃게 된다는 점에서 보다 더 엄격한 제한이 필요합니다. 이에 근기법(제24조)은 정리해고가 정당하기 위해서는 1) 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 2) 해고를 피하기 위한 노력을 다해야하며, 3) 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등에 관해 근로자대표 또는 과반수 노조와 성실히 협의해야 하고, 4) 합리적이고 공정한 기준을 정해서 이에 따라 대상자를 선정해야 함을 규정하고 있습니다.

종래 법원은 위 네 가지 요건을 모두 갖춰야 정리해고가 정당하다고 보았습니다. 그러나 근래에는 제반 사정을 종합적으로 고려하여 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있으면 일부 하자가 있더라도(특히 절차상 하자) 해고가 유효하다는 입장을 취하고 있습니다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결).

② 정리해고의 정당성 요건

가) 긴박한 경영상의 필요성

과거 법원은 정리해고를 하지 않으면 기업이 도산할 정도에 이르렀다고 객관적으로 인정되는 경우에만 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 해석했습니다. 그러나 근래에는 경쟁력의 회복을 위한 필요나 산업의 구조적 변화에 대응하기 위한 경우에도 긴박한 경영상의 필요성을 인정하는 경향에 있습니다. 심지어 장래에 올 수 있는 위기에 대처하기 위한 필요까지도 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 인정하고 있는 문제점이 있습니다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결).

한편, 근기법(제24조 제1항)은 "경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다."로 규정하고 있습니다. 이 경우 경영악화 방지를 위한 것인지의 여부는 사용자가 입증해야 합니다.

단순히 당기순이익이나 매출이 감소한 경우 등 경영이 좀 어려워졌다는 것만으로는 긴박한 경영상의 필요가 인정될 수 없습니다. 경영 및 재정 악화가 계속 누적되어 왔거나 앞으로도 쉽게 해결되지 않을 개연성이 있어야 합니다(대법원 1995. 11. 24. 선고 94누10931 판결).

긴박한 경영상 필요성이 있는지에 대해서는 정리해고의 대상이 되는 특정 사업장이나 부서만이 아니라 사업 전체를 대상으로 종합적으로 보아야합니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25873 판결). 따라서 특정 부서를 폐지하는 경우 그 부서 근로자들만 정리해고 대상자로 삼아서도 안 됩니다. 그리고 긴박한 경영상 필요성 여부는 정리해고를 할 당시를 기준으로 판단해야 합니다(대법원 1992. 11. 10. 선고 91다19463 판결).

다만, 경영사정에 대한 평가는 회사 재무제표, 사업보고서, 감사보고서 등 각종 경영·회계 관련 서류 등을 전문적으로 검토하여 객관적으로 판단해야 하는 복잡한 문제라서 쉽게 판단하기 어렵습니다. 만약 정리해고를 전후하여 오히려 임금 상승이 있었다거나, 정리해고 이후 남은 직원들의 시간외근로가 늘어났거나, 사업부서 확대 또는 신규 채용을 한 사실, 주주들에게 고율 배당을 하는 등의 사정이 있다면 긴박한 경영상의 필요가 없었던 것으로 해석되는 근거들이 될 수도 있습니다.

긴박한 경영상의 필요성을 인정할 근거	긴박한 경영상의 필요성을 부정할 근거
• 경영 악화 방지를 위한 사업의 양도·인수·합병 • 재정상황 악화(매출감소, 당기순이익 감소, 부채 증가, 유동성 위기 등이 현격히 심각한 경우)	• 사업 확대 및 신규투자 • 임금인상, 시간외근로 증가 • 주주들에 대한 배당 확대 • 신규 채용 • 일부 영업부분만의 경영실적 악화

표10 긴박한 경영상의 필요성 판단

관련 판례

이 사건 해고 당시 원고의 재무구조상 성장성 또는 수익성 측면에서 경영 상태가 나빠지고 있었다고 볼 수 있으나, 2000년도 이후 2006년도에 처음으로 당기순손실이 발생하였을 뿐 그전에는 계속하여 당기순이익을 유지하고 있었고, 2006년도에 처음으로 매출 수량 및 매출액이 평균을 크게 벗어났을 뿐인 점, 원고의 유동비율과 부채비율, 차입금과 이익잉여금의 규모, 신용등급 등에 비추어 볼 때 이 사건 해고 당시 원고는 재무구조 측면에서 매우 안전하였다고 볼 수 있는 점, 원고가 이 사건 해고를 전후하여 직원들의 임금을 인상하였고 이 사건 해고 이후에 남아 있는 직원들로 하여금 연장근로 및 휴일근로를 하도록 한 점, 2006년부터 2010년까지 정년퇴직 예상인원이 30명에 이르러 원고로서는 정년퇴직에 의한 자연스러운 인력감축을 통해 이 사건 해고 범위를 일정 부분 피할 수 있었던 점 등을 종합하여 보면, 원고에게 이 사건 해고를 해야 할 정도의 긴박한 경영상 필요가 있었던 것으로 볼 수 없다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2009두15401 판결).

나) 해고회피 노력

긴박한 경영상의 필요가 있다 하더라도 사용자는 정리해고를 최후의 수단으로 사용해야 하므로 정리해고를 피하기 위한 노력들을 우선 다해야 합니다.

해고회피노력으로는 경영방침 개선, 작업방식의 합리화, 불필요한 자산매각, 운영경비 감축, 조업단축, 신규채용 중단, 일시휴직 및 희망퇴직 활용, 전근 등 배치전환 실시 등 사용자가 해고 자체를 피하거나 해고 범위를 최소화하기 위한 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미합니다(대법원 1999. 4. 27. 선고 99두202 판결).

그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 경영위기의 정도, 정리해고를 실시해야 하는 경영상의 이유 및 목적, 사업의 내용과 규모 및 성질, 직급별 인원상황 등에 따라 판단이 달라질 수 있습니다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결).

다) 사전 통보와 성실한 협의

근기법(제24조 제3항)은 사용자가 정리해고에 앞서 먼저 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등에 관해 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우 그 노동조합, 그렇지 않는 경우에는 근로자 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에게 해고를 하려는 날의 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의해야함을 규정하고 있습니다. 다만, '근로자대표'와 관련해서 근기법은 그 선출절차나 지위 등에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않고, 법원 역시 엄격한 선출절차를 요구하고 있지는 않은 경향입니다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결).

또한 법원은 불가피한 사정없이 사전 절차를 전혀 이행하지 않은 등의 특별한 사정이 없는 한, 반드시 50일 전에 통보하는 등의 사전 협의절차를 거치지 않았다고 해서 그것만으로 정리해고가 무효는 아니라고 해석하고 있는 문제점도 있습니다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4119 판결).

그런데 만약 단체협약에서 사용자의 정리해고를 제한하는 이른바 '고용안정협약'("현 재직인원에 대해 고용을 보장한다.", "인력구조조정 시 노동조합과 사전 합의 하에 실시한다." 등의 내용)을 체결하고 있는 경우에는 고용안정협약을 위반한 정리해고는 위법하여 무효가 될 수 있습니다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결).

관련 판례

사용자가 노동조합과의 협상에 따라 정리해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 단체협약이 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 수 없고, 나아가 이는 근로조건 기타 근로자에 대한 대우에 관하여 정한 것으로서 그에 반하여 이루어지는 정리해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결).

라) 해고대상자 선정의 합리성과 공정성

어떤 기준이 합리적이고 공정한 기준인지에 관해 근기법은 구체적인 규정을 두고 있지 않습니다. 다만, 성별을 이유로 차별할 수 없다고만 정하고 있습니다.(근기법 제24조 제2항)

법원은 합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 경영위기의 강도와 정리해고의 경영상 이유, 사업부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이라고 해석하고 있습니다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결). 또한 해고의 기준에 관해 노조 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 합의에 이르렀다면 이러한 합의는 존중되어야 한다는 입장이기도 합니다.

구체적인 해고대상자 선정기준에는 사용자측 사정(업무능력, 인사고과, 포상 및 징계전력 등)과 근로자측 사정(연령, 가족관계, 근속연수, 재취업가능성, 건상상태 등)이 함께 포함되어야 합니다. 나아가 정리해고라는 것이 순전히 사용자측의 이유로 근로자들을 해고하는 것이므로 근로자측의 주관적인 사정을 더 중요하게 고려해야 하는 것이 타당합니다. 그러나 법원이 항상 그러한 입장에서 선정기준의 합리성을 판단하고 있지는 않습니다.

정리해고의 다른 요건들을 모두 갖추었어도 해고대상자 선정기준에 공정성과 합리성이 없는 경우 그 정리해고는 위법하여 무효입니다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다13556 판결). 다만, 법원은 기업의 잉여인력이 몇 명인지에 대해서는 사용자의 판단을 존중하고 있으며(대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결), 해고대상자 선정기준의 공정성과 합리성에 대해서도 엄격한 기준을 두고 있지는 않은 경향입니다.

관련 판례

이 사건 정리해고 대상자 선정기준은 근무태도에 대한 주관적 평가와 객관적 평가 및 근로자 측 요소가 각 1/3씩 비중을 차지하고 있는데, 근무태도라는 단일한 대상을 주관적 평가와 객관적 평가로 나누어 동일하게 배점하고 주관적 평가 항목에서 참가인들과 잔존 근로자들 사이에 점수를 현격하게 차이가 나도록 부여함으로써 결국 근무태도에 대한 주관적 평가에 의하여 해고 여부가 좌우되는 결과가 된 점, 근무태도에 대한 주관적 평가의 개별 항목 중 현장직 근로자들의 업무 특성에 비추어 적절해 보이지 않는 부분이 있고, 참가인들에 대하여 부여된 주관적 평가 점수가 객관적 평가 점수나 잔존 근로자에 대한 주관적 평가 점수와 비교해 볼 때 납득하기 어려울 만큼 차이가 큰 점 등 그 판시와 같은 사정들에 비추어 보면 그 선정기준 자체가 합리적이고 공정하다고 인정하기 어렵고, 그 기준을 정당하게 적용하여 해고 대상자를 선정하였다고 보이지도 아니하므로 이 사건 참가인들에 대한 해고가 위법하다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두11310 판결).

4 전직 및 기타 인사발령

(1) 전직

① 개요

근무 장소와 업무내용은 근로자의 생활에 있어 중요한 의의를 가지고 있으므로 근기법은 경제적·사회적 약자인 근로자 보호의 원칙에 입각하여 근로계약을 체결할 때 이러한 사항을 명시하도록 하고 있습니다.

전보·전근 등의 인사이동과 배치전환은 근로자가 제공해야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있습니다. 따라서 사용자의 근로자에 대한 이러한 전직발령은 근기법 제23조 제1항에서 규정하고 있는 정당한 이유가 있는 경우에만 적법합니다.

Tip. 전보, 전근, 전직

- 흔히 담당 업무가 변경되는 것을 '전보'(보직 변경), 근무 장소가 바뀌는 것을 '전근'이라 하고 이를 통칭하여 '인사이동', '배치전환', '전직' 등으로 표현함. 그러나 실제 현장에서는 각 용어들이 다른 의미로 또는 혼용하여 사용되기도 하며, 법률상으로도 각 개념들을 명확히 구분하여 정의하고 있지는 않음.
- 근기법 제23조 제1항에서는 '전직'이라는 표현만 쓰고 있는바, 여기에서는 근무장소와 보직 변경 등을 총칭하여 '전직'이라 표현함.
- 다른 회사로 근무지 등이 변경되는 것은 '전적'이라 하는데(원칙적으로는 기존 회사에서 퇴사 후 다른 회사에 입사하는 형식), 넓은 의미의 '전직'에 포함하기도 하나 엄격하게 보면 '전직'과 구분됨.

② 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있는 경우

근로계약서에 근무 장소와 담당업무가 명확히 특정되어 있는 경우 또는 사실상 특정한 사업장에서만 근무하고 특정 업무를 담당할 목적으로 채용한 것이 명백한 경우가 있습니다. 이런 경우에는 근무 장소와 담당업무는 근로계약의 중요한 내용이므로 이를 변경하려면 당사자 간의 합의가 있어야 합니다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결).

예를 들어, 병원에서 환자들에 대한 간호업무를 담당시킬 목적으로 간호사인 근로자를 채용한 것이 명백한 경우 그 근로자와의 합의 없이 병원의 행정업무 담당자로 일방적으로 인사발령을 하였다면 이는 근로계약을 위반한 것으로서 위법하여 무효가 됩니다.

③ 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있지 않은 경우

가) 판단기준

근로계약서에 근무 장소와 담당업무를 기재했더라도 대개의 경우 사용자의 경영상 필요에 의해 인사이동발령을 할 수 있다고 부기하는 것이 일반적입니다. 이런 경우에는 원칙적으로 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있지 않다고 해석됩니다.

이 때 인사발령의 정당성은, 당해 발령의 경영상(업무상) 필요성과 합리성의 유무를 먼저 따지고, 그러한 필요성과 합리성이 있다고 하더라도 당해 발령으로 입게 되는 근로자의 각종 불이익과 비교하여 어느 것이 큰가에 따라 판단합니다. 즉, 경영상 필요성과 합리성이 있더라도 그 인사발령으로 인한 근로자의 생활상 불이익이 더 크다면 사용자가 인사권을 남용한 것으로서 위법하여 무효가 됩니다.

덧붙여, 인사발령과정에서 당사자인 근로자와의 사전협의 등 절차 이행여부도 전직발령의 정당성을 판단하는 기준입니다. 다만, 절차 위반의 하자는 그 자체로 인사발령의 정당성을 부정하는 중대한 하자로 해석하지는 않는다고 보는 것이 판례의 일반적인 입장입니다.

관련 판례

근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 할 것이고, 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 않는다고 할 것이며, 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165,18172 판결).

나) 업무상 필요성

업무상의 필요성은 사용자의 주관적 판단에 의할 것이 아니라 노동력의 적정한 배치로 인한 업무의 능률증진, 근로자의 능력개발과 노동의욕 고양 등 기업의 합리적 운영에 기여하는 것인지에 대한 객관적 기준에 의해 판단해야 합니다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47677 판결). 덧붙여, 업무상의 필요성이 있다는 것에 대해서는 사용자가 입증해야합니다.

한편, 업무상의 필요성이라는 판단기준에는 대상자 선정의 합리성도 포함됩니다. 누군가를 해당 보직 또는 근무지로 발령을 해야 할 필요성이 있는 경우 더 적임의 다른 근로자가 있음에도 해당 근로자를 본인의 의사에 반하여 생활상의 불이익도 큰 발령을 하였다면 업무상의 필요성이 부정될 수 있습니다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결).

관련 판례

사용자가 전직처분 등을 함에 있어서 요구되는 업무상의 필요란 인원 배치를 변경할 필요성이 있고 그 변경에 어떠한 근로자를 포함시키는 것이 적절할 것인가 하는 인원선택의 합리성을 의미하는데, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등의 사정도 포함된다(대법원 2013. 2. 28. 2010두20447 판결).

다) 생활상 불이익

생활상 불이익에는 물질적 요소(임금 감소, 교통비용이나 주거비용 등의 증가), 시간적 요소(출퇴근시간 증가), 정신적 요소(부양가족과의 별거에 따른 문제, 출퇴근시간 증가에 따른 사회활동 제한 등) 등이 모두 포함됩니다(대법원 1997. 12. 12. 선고 97다36316 판결). 나아가 향후 경력 상의 불이익, 직장 내외부에서의 인식과 평가 등도 모두 포함된다고 봐야 합니다.

만약 일정한 생활상의 불이익에 대응하는 사용자의 보상조치(교통비 또는 숙소 지급, 특별수당 보전 등)가 있다면 그 수준과 적정성도 함께 고려하여 판단하게 됩니다. 즉, 교통비가 증가하는 불이익이 있는 경우 증가되는 교통비를 사용자가 추가 지급하는 조건의 인사발령이라면 생활상의 불이익이 상쇄된다고 해석될 수 있습니다.

라) 사전 협의 등의 절차

인사발령 시 당사자와의 사전절차에 대해 단체협약이나 취업규칙에 아무런 규정이 없다면 단지 사전에 당사자와 협의를 하지 않았다는 사실만으로는 그 인사발령이 무효라고 해석되지는 않습니다. 그러나 인사발령을 행할 경영상의 필요성이 크지 않고 그 인사발령으로 인한 생활상의 불이익이 큰데 사전에 당사자와의 어떠한 협의절차도 거치지 않았다면 그 발령은 인사권을 남용한 것으로 해석될 수도 있습니다.

한편, 단체협약에서 노동조합 간부 등에 대한 인사발령을 노동조합과의 합의 또는 동의를 거쳐야 할 수 있도록 되어 있는 경우에는, 이를 위반한 인사발령은 위법하여 무효입니다(대법원 1994. 9. 13. 선고 93다 50017 판결).

마) 주의할 점

전직의 정당성에 대한 1차적인 판단기준은 경영상의 필요성 유무입니다. 경영상의 필요성 유무는 사용자의 경영 상황 및 방침과 경영자료 등을 기초로 판단해야 하므로 법리적인 판단이 쉽지 않습니다. 또한 그러한 자료 등은 대부분 사용자에 의해서 만들어지는 것이므로 설령 사실이 아니더라도 반박하기가 어려운 경우도 많습니다. 게다가 법원은 인사발령에 있어서 사용자의 상당한 재량권을 인정하고 있습니다.

따라서 명백하게 경영상의 필요성이 인정되지 않는 경우를 제외하면 대부분 주로 근로자의 생활상 불이익을 중심으로 당해 인사발령의 정당성을 판단하게 됩니다. 이 때 생활상의 불이익과 관련해서 법원과 노동위원회는 주로 임금 삭감

여부 및 원거리로의 인사발령인가를 중심으로 판단하고 있는 문제점도 있습니다.

부당한 인사발령에 불응했을 때 이를 이유로(인사발령에 응하지 않아 무단결근이라는 이유 등으로) 징계해고에까지 이르게 될 수 있습니다. 판례는 인사발령이 부당한 경우 이에 대한 거부는 정당한 거부권의 행사이므로 징계해고도 부당하다고 해석하나, 인사발령이 정당한 경우에는 징계해고도 정당하다는 입장입니다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47677 판결).

그러면 부당하다고 판단되는 인사발령을 받은 경우 일단 발령에 응한 상태로 법적인 구제절차를 진행해야 할까요? 판단하기가 참으로 어려운 문제입니다. 도저히 응할 수 없는 발령이라면 해고를 감수하고 불응할 수도 있겠지만, 발령에 일단 응한 상태로 법적인 구제절차를 진행하는 것이 보다 안전한 선택일 수도 있습니다.

(2) 대기발령(직위해제)

① 판단기준

대기발령과 직위해제(보직해임)는 사업장마다 조금씩 다른 의미로 사용하기도 하고 두 가지를 구분하기도 하지만 일반적으로는 같은 의미로 해석됩니다. 즉, 일정기간 업무를 부여하지 않는 인사처분을 말합니다. 대기발령 기간 중 출근의무가 있는 경우도 있지만 대개는 자택대기발령이 보편적인 형태라 할 수 있습니다.

직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도가 불량한 경우, 징계절차가 진행 중인 경우, 형사사건으로 기소된 경우 등이 주로 대기발령의 대상이 됩니다.

대기발령은 1) 징계의 한 형태로 행해지는 경우와 2) 징계가 아닌 인사처분인 경우로 구분됩니다. 다만, 실제의 대기발령이 징계인지 아닌지를 구분하는 자체가 법적으로는 간단하지 않을 수도 있어 양자의 가능성을 모두 열어놓고 정당성 여부를 판단해봐야 합니다.

가) 징계로서 행해진 경우

대기발령이 징계처분으로 행해진 것이라면, 위에서 설명한 징계의 정당성을 판단하는 기준이 대기발령의 정당성 판단에도 그대로 적용됩니다. 이 경우 대기발령은 사실상 정직의 징계와 유사한 것이라고 보면 됩니다. 따라서 징계사유의 정당성, 징계절차의 적법성, 징계양정의 적정성이라는 세 가지 기준을 모두 충족한 경우에만 그 정당성을 인정받을 수 있습니다.

나) 징계가 아닌 경우

대개의 대기발령은 그 대상자가 장래에도 그 직무를 계속 담당할 경우 예상되는 업무상 장애 등을 예방하기 위해 일시적으로 직무를 부여하지 않는 인사처분으로서 징계와는 그 성질을 달리하는 것으로 파악합니다. 이런 경우에는 위에서 설명한 일반적인 전직의 정당성 판단기준에 따라 그 정당성을 판단하게 됩니다. 즉, 업무상 필요성과 합리성이 있어야 하고 그에 비해 당사자가 입는 생활상 불이익이 크지 않아야 합니다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결).

징계절차 개시와 함께 행해진 징계를 위한 대기발령의 경우에는 대개 그 자체로 업무상 필요성이 인정되는데, 이때는 대기발령과 이후 행해진 징계를 사실상 하나의 처분으로 보아 징계가 정당하면 대기발령도 정당한 것으로, 징계가 부당하면 대기발령도 부당한 것으로 해석합니다.

징계가 아닌 대기발령은 징계절차를 거치지 않아도 되며, 판례는 전직의 정당성보다도 다소 넓게 사용자의 재량권을 인정하는 경향이 있습니다.

관련 판례

취업규칙 등에 직위해제에 관한 특별한 절차규정이 있는 경우가 아닌 한 직위해제를 함에 있어서 징계에 관한 절차 등을 거쳐야 하는 것은 아니며 나아가 위에서 본 직위해제의 성질 및 근로자의 비위행위에 대하여 여러 종류의 징계처분을 할 수 있도록 되어 있는 징계의 경우와는 달리 사용자로 하여금 직위해제사유가 존재하는 근로자에 대하여 직위해제처분 외의 다른 처분을 하도록 강제할 수 있는 것이 아닌 점 등에 비추어 근로자에 대한 직위해제처분의 정당성은 근로자에게 당해 직위해제사유가 존재하는지 여부나 직위해제에 관한 절차규정을 위반한 것이 당해 직위해제처분을 무효로 할 만한 것이냐에 의하여 판단할 것이고, 단지 당해 직위해제처분이 근로자에게 가혹하고 다른 근로자의 유사한 비위행위에 대한 징계처분 등에 비추어 형평에 어긋난다는 사정만으로 그 정당성이 없는 것이라고 단정할 수 없다(대법원 1996. 10. 29. 선고 1995누15926 판결).

② 대기발령과 당연면직

대기발령 기간이 지났음에도 대기발령의 사유가 소멸되지 않으면 당연면직(직권면직)된다는 취업규칙 상의 규정이 있는 경우 당연면직이 가능할까요? 일단, 앞서 살펴보았듯이 이러한 당연면직 역시 해고이므로 취업규칙 상의 규정만으로는 가능하지 않고 근기법 제23조 제1항 상의 정당한 이유가 있어야 합니다. 그러므로 대기발령의 경위, 대기발령사유를 소멸시키기 위한 당사자의 노력 정도, 그 노력에 대한 사용자의 적정한 배려 정도, 그 결과 대기발령사유가 소멸된 사정 여부(직위를 부여할 만한 사정의 존재 여부) 등을 살펴 당연면직의 정당성을 판단하게 됩니다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두6665 판결).

③ 대기발령 기간의 적정성

징계나 전직의 정당성은 그 인사처분을 한 시점을 기준으로 판단하는 것이 원칙이지만, 대기발령은 그 기간이 얼마나 지속되고 있는가도 정당성을 판단하는 기준이 됩니다. 대기발령을 한 것 자체는 유효하더라도 대기발령의 기간이 지나치게 장기간이라면 그 정당성은 부정되어 위법할 수 있습니다. 잠정적 조치라는 대기발령의 성격에 비추어 맞지 않고, 장기간의 대기발령은 당사자의 생활상 불이익을 가중시키기 때문입니다. 즉, 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 긴 대기발령 조치를 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어렵습니다(대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결).

(3) 기타 인사발령

① 전적

원래 소속 회사가 아닌 다른 회사로의 인사발령인 전적은 기존 회사와의 근로계약을 해지하고 다른 회사와 새로운 근로계약을 체결하는 것입니다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 당사자인 근로자의 동의가 있어야만 유효합니다.

그러나 예외적으로, 그룹 계열사와 같이 그 구성이나 활동에 밀접한 관련성을 갖고 있는 법인체 사이의 전적은, 전적의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정되는 경우에는 당사자의 동의 없이도 발령이 가능하다고 해석됩니다(대법원 1996. 5. 10. 선고 95다42270 판결). 다만, 단지 취업규칙 등에서 계열사 간의 전적발령이 가능하다는 규정이 있는 정도로는 안 되고 그러한 전적의 관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되어 있고 그 구성원들이 이의제기 없이 당연한 것으로 받아들여져 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있어야 합니다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93누22463 판결).

② 휴직명령

휴직명령(강제휴직)은 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 적당하지 않은 사유가 발생했을 때 근로관계는 유지하면서 일정한 기간 그 직무에 종사하는 것을 금지시키는 처분을 말합니다. 대개 휴직에 관한 규정은 단체협약이나 취업규칙 등에 규정되어 있습니다.

그런데 위와 같은 휴직 규정에 따라 사용자에게 휴직처분권이 부여되어 있더라도, 역시 근기법 제23조 제1항 상의 정당한 이유가 있어야 합니다. 즉, 휴직 규정의 설정 목적과 그 실제 기능, 휴직처분의 합리성 및 그로 인해 근로자가 받게 될 신분상·경제상 불이익 등 구체적 사정을 모두 참작하여 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 노동력을 제공할 수 없거나 노동력을 제공함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에만 정당성이 인정됩니다(대법원 1992. 11. 13. 선고 92다16690 판결).

관련 판례

형사사건으로 기소되었을 때는 법원의 판결이 확정될 때까지 휴직시킨다는 취지의 휴직 규정이 있는데(이른바 기소휴직), 형사사건으로 구속되었다가 제1심 판결에 따라 집행유예로 석방되었다면, 휴직명령을 할 수 있는 사유 그 자체는 발생하였고 석방되기 전까지는 상당한 기간에 걸쳐 노동력을 제공할 수 없으므로 사용자의 휴직명령처분에는 정당한 이유가 있다고 할 수 있으나, 구속취소로 석방된 후에는 상당한 기간에 걸쳐 노동력을 제공할 수 없는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 명령휴직 규정의 설정 목적 등 제반 사정에 비추어, 노동력을 제공함이 매우 부적당한 경우라고도 할 수 없으므로, 명령휴직처분을 계속 유지하는 것에 정당한 이유가 없게 된다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결).

5 법적 구제절차

(1) 개요

① 부당해고 등을 당했을 때 법적 구제절차

부당해고 등(부당징계, 부당전직 등)을 당했을 때 구제를 받을 수 있는 법적 절차로는, 법원에 '해고(징계, 전직)무효확인소송'을 제기하거나 노동위원회에 '부당해고(징계, 전직) 구제신청'을 제기하는 방법이 있습니다.

그런데 법원에 소송을 제기하는 방법은 절차 자체가 상당히 복잡하여 법률지식이 없는 일반인들이 홀로 진행하기에는 어려움이 있습니다. 대리인으로 변호사를 선임하는 것은 비용이 많이 들고, 판결을 받기까지 시간도 대단히 많이 걸립니다. 따라서 비용이 들지 않고 상대적으로 신속하게 판정이 행해지며, 효율적인 구제명령을 받을 수 있는 노동위원회 절차를 1차적으로 활용해보는 것이 좋습니다.

물론 노동위원회 역시 법리적인 판단을 하는 곳이므로, 법률전문가인 공인노무사나 변호사를 대리인으로 선임하는 것이 혼자서 진행하는 것보다 더 나을 수도 있습니다. 비용의 문제 때문에 대리인을 선임하기 어려운 저소득 근로자들을 위해 노동위원회에서는 무료로 국선 대리인제도를 운영하고 있습니다.

Tip. 권리구제대리인 제도

노동위원회는 저소득 근로자들을 위해 이른바 국선 대리인(노무사 또는 변호사)으로 불리는 '권리구제대리인'제도를 무료로 운영하고 있습니다. 월 평균 임금이 250만원 미만이면 신청 가능합니다.

한편, 각종 노동법 위반사항이 있는 경우 노동부(고용노동부 산하 각 노동지청)에 진정 또는 고소를 제기하는 것이 일반적인 법적 구제절차입니다. 그런데, 부당해고 등을 금지하고 있는 근기법 제23조 제1항은 처벌규정이 없기 때문에 부당해고 등을 당한 경우에는 사실상 진정 또는 고소를 제기할 수 없는 문제점이 있습니다.(노동청에 부당해고 등에 대한 진정을 제기하면 당사자의 동의를 얻어 관할 지방노동위원회로 이관처리)

이하에서는 노동위원회에 제기하는 부당해고 등의 구제신청 절차에 대해 살펴보겠습니다.

② 노동위원회 제도 이해

노동위원회는 고용노동부 산하의 정부기관인데, 준사법기구로서의 역할을 하기 때문에 일정한 독립성을 가지고 운영됩니다. 노동위원회 내에서 부당해고 등 구제신청사건에 대해 심리 및 판정을 하는 '심판위원회'는 판정권한을 가진 공익위원 3인으로 구성되며 근로자위원과 사용자위원 각 1인이 심문회의에 참여합니다. 공익위원들은 대부분 비상임위원으로서(주로 대학교수나 변호사 등) 노사관계 및 노동법에 대한 전문성을 가진 인물입니다. 근로자위원은 민주노총과 한국노총에서 추천한 각 노동조합의 임원·간부들이 대부분이고, 사용자위원은 경총에서 추천한 각 기업체의 전·현직 임원·간부들입니다.

관할 지방노동위원회에 구제신청을 제기하면 60일 이내에 심판회의가 개최되어 그 해고 등이 정당한지에 대한 판정을 받게 됩니다. 부당해고로 판정되면 노동위원회는 사용자에게 해고 근로자를 복직시킬 것과 해고기간 중의 임금상당액을 지급하도록 명령합니다. 근로자가 복직을 원하지 않는 경우에는 금전보상명령만을 받을 수도 있습니다. 노동위원회의 구제명령을 이행하지 않는 사용자에게는 일종의 과태료인 이행강제금이 부과됩니다.

지방노동위원회(지노위)의 판정에 불복하는 당사자는 중앙노동위원회(중노위)에 재심을 신청할 수 있고 중노위의 판정에 불복하는 당사자는 행정소송을 제기할 수 있습니다. 현재 노동위원회에 제기되는 심판사건의 수는 연간 약 12,000건이며 그 중 약 95%가 노동위원회 단계에서 해결(판정 확정, 취하 또는 화해)되고 있습니다. 부당해고 등 노사관계 분쟁사건에 대한 노동위원회의 영향력이 대단히 높다고 평가할 수 있겠습니다.

피해당사자 (근로자, 노조)	3개월 이내 구제신청	지방노동위원회 (약 2개월)	10일 이내 재심신청	중앙노동위원회 (약 2~3개월)	15일 이내 소송제기	행정소송

그림2 노동위원회 구제신청 개요

(2) 구제신청 절차

① 구제신청

가) 제척기간

부당해고 등을 당한 경우 3개월 이내에만 노동위원회에 구제신청을 할 수 있습니다. 해고의 경우에는 해고일로부터 3개월 이내이고, 징계 또는 전직발령 등의 인사처분은 그 인사처분을 안 날로부터 3개월 이내입니다. 특히, 사내 재심절차를 거친 경우라도 원칙은 초심 징계일부터 3개월 이내에 구제신청을 해야 됩니다. 3개월이 지나면 구제신청을 할 수 없으니 주의해야하며, 가급적이면 부당해고 등을 당한 즉시 구제신청을 하는 것이 좋습니다.

Tip.

사내 징계재심절차가 있는 경우에도 노동위원회에 제기하는 부당징계 구제신청은 원칙적으로 초심 징계일로부터 3개월 이내에 해야 합니다! 재심결과를 기다리다가 제척기간을 놓치는 경우도 있으므로 주의하세요.(단, 재심 징계처분일로부터 3개월 이내에 구제신청을 해도 되는 두 가지의 예외가 있음. ① 초심 징계처분의 내용(양정)이 재심에서 변경된 경우, ② 재심신청 시 초심 징계처분의 효력이 정지된다고 단체협약 또는 취업규칙에서 정하고 있는 경우)

나) 관할 지방노동위원회

지노위는 전국에 걸쳐 총 12개가 있는데 자신의 사업장을 관할하는 지노위에 구제신청을 제기해야 합니다. 예를 들어, 본사는 서울에 있지만 대구 지사에서 일하다가 해고를 당했다면 대구지역을 관할하는 경북지노위가 그 사건을 담당할 관할 지노위가 됩니다.

지방노동위원회	관할 지역	지방노동위원회	관할 지역
서울지노위	서울	전북지노위	전라북도
부산지노위	부산	전남지노위	광주, 전남
울산지노위	울산	강원지노위	강원도
인천지노위	인천	경북지노위	대구, 경북
경기지노위	경기도	경남지노위	경상남도
충북지노위	충청북도	제주지노위	제주도
충남지노위	대전, 충남, 세종		

표11 지방노동위원회 관할

다) 구제신청서

구제신청서는 노동위원회규칙에 있는 서식에 따라 작성하여 제출합니다. 서식은 중앙노동위원회 홈페이지에서 다운받을 수 있고, 지노위 민원실에 가셔서 받을 수도 있습니다.

• 사용자

'사용자' 항목에는 자신의 사용자를 적으면 되는데, 회사가 법인인 경우 사용자는 법인이며 개인사업체인 경우 사용자는 사업주인 사장입니다. 직장이 국가기관인 경우에는 사용자는 대한민국이며 실제 근무했던 소속기관을 부기해주면 됩니다.

한편, 실경영주와 명의상의 대표자가 다르거나 회사의 인수합병 등 기업변동이 있는 경우, 불법파견이나 불법하도급 등의 문제가 있어 피신청인인 사용자를 누구로 할 것인지 애매한 때에는 모든 사업주(파견사업주와 사용사업주 등)를 피신청인인 사용자로 기재하여 일단 구제신청을 하는 것이 안전합니다. 사용자를 잘못 적은 경우 각하될 수 있기 때문에 일단 모두 적은 후 사용자가 누구인지도 노동위원회에서 판단해달라고 하면 됩니다.

• 신청취지

구제신청서 상의 '신청취지' 항목에는 부당해고 등으로 판정해달라는 내용과 함께 신청하는 구제명령의 내용을 적으면 됩니다. 구제명령은 원상회복(원직복직, 임금상당액 지급)으로 다소 정형화되어 있습니다.

예를 들어, 부당해고 이면

"1. 이 사건 해고는 부당해고임을 인정한다. 2. 사용자는 근로자를 즉시 원직에

노동위원회규칙[별지 제9호의2서식]

부당해고등 구제 신청서

근로자	성명	(생년월일: , 성별:)
	주소	(☎:)
사용자	사업체명	대표자
	소재지	(☎:)
	해고 등 사업장	사업장명: 소재지: 대표자: 직위 및 성명 * 해고 등 불이익처분 당시의 사업장과 본사가 다른 경우 기재
신청취지		1. 2.
신청이유 (별지 기재 가능)		1. 해고 등 경위 2. 부당한 이유 * 관련 입증 자료가 있는 경우 별첨 가능

위 근로자는 「근로기준법」제28조와 「노동위원회규칙」제39조에 따라 부당해고등 구제를 위와 같이 신청합니다.

년 월 일

신청인 (서명 또는 날인)

○○지방노동위원회위원장 귀하

구비서류	없음(다만, 대리인이 신청한 경우 대리인 선임 신고서, 위임장, 직무개시등록증 등)

210mm × 297mm(백상지 80g/m²)

복직시키고 해고가 없었다면 받았을 임금상당액을 지급하라.”

부당징계이면

“1. 이 사건 징계는 부당징계임을 인정한다. 2. 사용자는 즉시 징계를 취소하고 징계로 인해 삭감된 임금을 지급하라.”

부당전직이면

“1. 이 사건 전직은 부당전직임을 인정한다. 2. 사용자는 근로자를 즉시 원직에 복직시켜라.” 라고 쓰면 됩니다.

• 신청이유

‘신청이유’는 대개 별지로 작성해서 제출합니다. 어떻게 해고가 됐는지, 왜 구제신청을 하게 됐는지에 대해 6하 원칙에 입각해서 핵심적인 내용들을 간략하게 적어주면 됩니다. 대개 왜 해고를 당했는지조차 알 수 없는 경우가 많으므로 구제신청서와 함께 제출하는 신청이유서에는 굳이 해고이유를 추정해서 반박하는 내용까지 담을 필요는 없습니다. 해고를 당했다는 사실과 억울하니 구제해달라는 내용만 들어가면 됩니다. 구체적인 내용은 왜 해고를 했고 그게 왜 정당한지에 대해 적은 사용자측의 답변서를 받아본 후 추가 서면을 통해 반박하면 됩니다. 또한, 법률적인 판단은 심판위원회의 몫이므로 특별한 법리의 주장이나 인용이 필요한 경우가 아닌 한 법조문이나 판례를 장황하게 적어주기 보다는 사실관계를 6하 원칙에 입각해서 잘 정리해주는 것이 가장 중요합니다.

〈신청이유서 예시〉

신청이유서1

사건	서울2018부해123 (주)뿜뿜기업 부당해고 구제신청 사건
근로자 (신청인)	이노동 서울시 마포구 성산동 123-56 (전화 : 010-000-0000)
사용자 (피신청인)	(주)뿜뿜기업(대표이사 김사장) 서울시 강남구 대치동 123-45 (전화 : 02-123-4567)

위 사건에 대하여 이 사건 근로자 이노동은 다음과 같이 이유서를 제출합니다.

2018년 9월 15일

위 근로자 이노동(인)

신 청 취 지

1. 이 사건 사용자가 이 사건 근로자에 대하여 행한 이 사건 해고는 부당해고임을 인정한다.
2. 이 사건 사용자는 이 사건 근로자를 즉시 원직에 복직시키고 부당해고 기간 동안 정상적으로 근로하였다면 지급 받았을 임금상당액을 지급하라.

신 청 이 유

Ⅰ. 당사자 관계

1. 신청인

“신청인 이노동”(이하 “신청인”이라 함)은 “(주)뿜뿜기업”에 영업부 사원으로 2017. 7. 20. 입사하여 성실하게 근무하던 중 회사의 경영상 사정이 어렵다는 이유로 2018. 7. 31. 부당하게 해고된 근로자입니다.

2. 피신청인

“피신청인 (주)뿜뿜기업”(이하 “피신청인”이라 함)은 근로자 약 80명을 고용하여 의료기기를 제조 및 판매하는 법인 사업체로서 대표자는 “대표이사 김사장”이며, 서울시 강남구 대치동에 본사를 두고 전국 10여 곳에 소재한 직영대리점을 운영하고 있는 회사입니다.

Ⅱ. 구제신청 이유

1. 이 사건 해고에 이르게 된 경위

신청인은 피신청인의 구인공고를 보고 입사 지원을 하여 최종 합격통보를 받고 2017. 7. 20.자로 피신청인 회사에 입사하였고 영업부에 배치되어 업무를 성실하게 수행하였습니다.

[노 제1호 증. “근로계약서”]

그러던 중 올해 5월초부터 영업업무가 이전보다 줄었다며 영업부서 인원을 감원한다는 소문이 사내에 돌기 시작했습니다. 이후 5. 10.부터 회사 인사부장이 영업부 부서원들을 일일이 면담하기 시작했고 신청인은 인사부장의 면담요구에 따라 5. 25. 15시에 인사부장실에서 약 10분간 면담을 하였습니다. 인사부장은 일방적으로 퇴사할 것을 신청인에게 강요하였고 이에 대해 신청인은 영업업무의 축소로 조직개편이 불가피하다면 타 부서로의 배치전환도 요청하였으나 묵살 당했습니다.

[노 제2호 증. 인사부장의 면담요구 내용(카카오톡 채팅화면 캡쳐 사진)]

이후 회사의 사직강요에 따라 영업부서 소속 근로자 2명이 결국 잇달아 퇴직하였고 신청인에 대해서도 인사부장과 영업부서장이 지속적으로 퇴사를 강요하였습니다.

[노 제3호 증. 영업부서 근로자 2명의 퇴직 관련 사내 공고문(사진)]
[노 제4호 증. 영업부서장이 신청인에게 보낸 퇴직 강요 메일]

신청인의 요청에 따라 부서 배치전환과 관련한 협의(인사부장과 신청인간의 면담)가 6. 25.과 6. 29.에 걸쳐 각 오후 2시경 인사부장실에서 각 30분 정도씩 있었으나, 회사는 배치전환의 계획이 일체 없으며 퇴직 외에는 다른 대안을 생각하지 않고 있다고 하여 결국 아무런 합의점도 찾지 못했습니다.

배치전환 관련 2차 협의가 있었던 바로 다음날인 6. 30. 출근 직후 회사는 7. 31.을 해고일로 하는 해고(예고)통보서를 주면서 신청인을 해고하였습니다.

[노 제5호 증. “해고(예고)통보서”]

2. 이 사건 해고가 부당한 이유

“해고(예고)통보서”에도 해고사유로 명시되어 있듯이 이 사건 해고는 ‘경영상 이유에 의한 해고’입니다. 즉, 회사의 경영사정에 따른 이른바 정리해고이므로 「근로기준법」 제24조 상의 각 요건과 절차들을 충족했어야 합니다. 그러나 정리해고가 불가피한 긴박한 경영상 필요성도 부재할 뿐만 아니라 피신청인은 해고회피노력과 사전 협의 등 일체의 절차를 거치지 않았습니다.

따라서 이 사건 해고는 명백한 부당해고이므로 신청인이 복직되어 다시 성실하게 근무할 수 있도록 신청취지의 구제명령을 해주시기 바랍니다.

입 증 방 법

1. 노 제1호 증. “근로계약서”
2. 노 제2호 증. 인사부장의 면담요구 내용(카카오톡 채팅화면 캡쳐 사진)
3. 노 제3호 증. 영업부서 근로자 2명의 퇴직 관련 사내 공고문(사진)
4. 노 제4호 증. 영업부서장이 신청인에게 보낸 퇴직 강요 메일
5. 노 제5호 증. “해고(예고)통보서”

- 기타 필요한 입증자료들은 추후 제출하겠습니다.

첨 부 서 류

1. 위 입증방법 각 1부
1. 이유서 부본 1부

서울지방노동위원회위원장 귀하

② 조사 및 서면 공방

가) 조사

구제신청을 제기하면 대략 7일 이내에 사건이 접수되었음을 알리고 진행절차를 안내하는 공문(심판사건진행 안내문 포함)을 지노위로부터 수령하게 됩니다. 그 안내문에 따라 출석조사에 응하거나 추가적인 서면(신청이유서) 및 입증자료들을 제출합니다.

특히 사용자와 합의(화해)의 의사가 있다면 지노위 담당 조사관에게 합의를 지원해줄 것을 신청해보는 것도 좋습니다. 복직 의사보다는 금전적인 보상을 원하거나 설령 부당해고 판정을 받더라도 회사가 판정에 불복하여 법적 다툼이 길어질 가능성이 있다면 차라리 일정하게 서로 양보하여 화해로서 분쟁을 끝내는 것이 더 실익이 있을 수도 있습니다. 복직 의사가 없고 판정을 통한 금전보상명령을 받고자 하는 경우에는 금전보상명령신청서를 제출합니다.

• 금전보상명령신청서 서식 및 작성방법

서식은 조사관에게 요청하면 받을 수 있습니다. ‘보상요구금액’ 항목 중 ‘임금상당액’은 해고일로부터 판정회의일까지(판정회의가 언제인지 통보받기 전에 금전보상명령신청을 하는 경우에는 판정회의 예상일로 하고, 판정회의 예상일은 구제신청일로부터 60일 뒤로 하면 됨) 해고가 되지 않았다면 받았을 임금상당액을, ‘비용’은 구제신청 사건 진행에 들어간 비용을, ‘기타’ 항목에는 복직포기에 따른 위로금 등을 적어주면 됩니다. 노동위원회에서는 대개 일률적으로 해고일로부터 판정회의일까지의 임금상당액만을 금전보상명령액으로 인정하는 문제점이 있습니다(따라서 ‘비용’과 ‘기타’ 금액은 거의 인정되지 않음). 참고로, 노동위원회는 해고일을 기준으로 산정한 평균임금에 해고기간 중의 일수를 곱하여 해고기간 중의 임금상당액을 산출합니다.

〈금전보상명령신청서 중 ‘보상요구금액’ 항목 작성 예시〉

합계	금 일천팔백이십사만사천 원 (₩18,244,000)	
임금상당액	금액	9,150,000원
	산출근거	평균임금 73,200원 × 125일
비용	금액	2,506,000원
	산출근거	• 노무사선임비 : 착수금 1,000,000원 / 성공보수 1,500,000원 • 교통비 : 6,000원(왕복 지하철비 3,000원 × 2회)
기타 (퇴직위로금)	금액	6,588,000원
	산출근거	평균임금 3개월분

노동위원회규칙[별지 제17호서식]

금전보상명령신청서

사건			
신청인	성명		
	주소		(☎ :)
보상금 요구 금액	합계	금 일천팔백이십사만사천 원 (₩18,244,000)	
	임금상당액	금액:	9,150,000원
		산출근거	평균임금 73,200원 × 125일
	비용	금액	2,506,000원
		산출근거	노무사선임비 : 착수금 1,000,000원 / 성공보수 1,500,000원 교통비 : 6,000원(왕복 지하철비 3,000원 × 2회)
	기타 (퇴직위로금)	금액	6,588,000원
		산출근거	평균임금 3개월분

위 사건에 관하여 귀 위원회에서 부당해고로 판정할 경우 복직명령에 갈음하여 위와 같이 금전보상을 명령하여 주시기를 「근로기준법」제30조제3항 및 「노동위원회규칙」제64조에 따라 신청합니다.

년 월 일

신청인 (서명 또는 날인)

(대리인) (서명 또는 날인)

○○노동위원회위원장 귀하

구비서류 근로계약서, 임금명세서, 그 밖에 비용에 관한 영수증 등 소명 자료

210mm × 297mm(백상지 80g/m2)

Tip.

- 부당해고 판정을 받더라도 복직을 원하지 않는 경우에는 금전보상명령신청을 통해 금전보상명령만을 받을 수도 있습니다. 신청은 원칙적으로 심문회의 개최 통보를 받기 전까지 해야 합니다(노동위원회규칙 제64조).
- 금전보상명령액은 해고기간 동안의 '임금상당액 이상의 금품'으로 하도록 되어 있어(근기법 제30조 제3항) 구제신청 관련 비용과 복직포기에 따른 보상금까지 포함되어야 하는 것이 타당하나, 현재 노동위원회는 일률적으로 해고일부터 심판회의일까지의 임금상당액만을 금액으로 산정하는 운영행태를 보이고 있습니다.
- 이렇게 한번 특정된 금전보상명령액은 사용자가 지노위의 금전보상명령에 불복하여 재심신청을 하고 이후 중노위의 초심유지 판정에 불복하여 행정소송을 제기해도, 복직일까지 계속 늘어나는 해고기간 중 임금상당액과는 달리 변동이 없습니다. 따라서 이런 특성을 고려하여 금전보상명령신청을 할 것인지 여부를 잘 판단해야 합니다.
- 참고로, 노동위원회는 초심 지노위에서 근로자가 부당해고를 인정받아 구제명령을 받은 후, 사용자의 신청으로 진행되는 중노위 재심절차에서 근로자가 신청취지를 금전보상명령으로 변경할 수는 없다고 해석하고 있습니다. 이와 달리 초심에서 근로자의 부당해고 구제신청이 기각되어, 근로자가 중노위 재심신청을 하면서 신청취지를 금전보상명령으로 변경하는 것은 허용을 하고 있습니다.

나) 서면 공방

일반적으로 신청인의 구제신청서(신청이유서)에 대한 피신청인의 답변서가 제출되고 이에 대해 다시 신청인이 추가서면(신청이유서2)을 제출하면 피신청인이 추가답변서(답변서2)를 제출하여 통상 쌍방 2~3회 정도의 서면공방을 진행하게 됩니다.

법적다툼이 진행되면 당연히 온갖 허위·왜곡주장이 넘쳐나는 것이 일반적이므로 사용자의 답변서 내용에 지나치게 비분강개하지 말고 차분히 그 내용을 검토·분석해야 합니다. 이 때 사측 답변서의 장황한 사실기술과 주장에 말려들지 말고, 스스로 판단하는 이 사건의 사실관계를 일목요연하게 정리하고 일관된 논리전개를 할 필요가 있습니다. 특히, 사건의 법리적인 쟁점이 무엇인지를 잘 파악해서 쟁점과 관련한 사실관계를 우선적으로 적어주면서 필요한 주장들을 하고 나머지 사항들은 부수적인 참고사항 정도로 간략히 기술하는 방식이 좋습니다.

노동위원회 공익위원들은 대부분 비상임이기 때문에 서면을 너무 길고 두서없이 작성하는 경우 꼼꼼히 보지 않을 수도 있기 때문에, 서면은 최대한 간략하고 핵심적인 내용을 보기 좋고 이해하기 쉽게 적어주는 것이 중요합니다.

사실관계에 대한 다툼이 있는 경우에는 자신의 주장을 뒷받침할 수 있는 각종 증거자료들(동료 진술서, 녹취나 사진·영상자료, 각종 서류 등)을 확보하여 제출해야 합니다. 한편, 사실관계에만 너무 치중하다보면 각종 규정 검토를 놓칠

수도 있음에 주의해야 합니다. 판단의 근거가 되는 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등의 관련 규정을 꼼꼼히 검토해서 그 해고 또는 징계 등에 규정 위반 사항이 있는지를 꼭 확인해야 합니다. 아울러 유사한 사례를 회사 내외부에서 찾아 정리해보고 자신의 경우와 형평에 반하지 않는지도 확인합니다.

필요한 증인이나 참고인이 있는 경우에는 노동위원회에 증인 또는 참고인 신청을 하여 심문회의 당일 함께 출석할 수 있도록 하며, 노동위원회에서 직접 조사를 할 필요가 있는 사항들은 직권으로 조사를 해줄 것을 신청할 수도 있습니다.

③ 심문회의

구제신청일로부터 60일 이내에 심판회의가 개최되며, 개최일 약 1주일 전에 개최통보서를 받게 됩니다.

심문회의는 약 1시간 정도 진행되며, 먼저 공익위원 3인이 돌아가며 심문을 하고 그 후 근로자위원과 사용자위원이 심문을 합니다. 긴장하지 말고 차분하게 답변을 하면서 본인 주장의 타당성과 자신의 억울함을 잘 부각시키는 것이 중요합니다. 답변은, 질문의 요지를 정확히 파악하여 요지에 맞는 답변을 결론부터 먼저 얘기하고 설명을 부연하는 방식이 좋습니다.

심문을 진행하기에 앞서 또는 심문 도중에 위원들이 화해를 제안하면서 정회를 하는 경우가 많습니다. 따라서 이에 대비해 적정한 화해안을 미리 생각해둘 필요도 있습니다. 화해가 성립되는 경우에는 노동위원회에서 화해조서를 작성해줍니다. 이렇게 성립된 화해는 법원에서 재판상 화해를 한 것과 동일한 효력을 가지므로 당사자는 추후 화해내용을 번복하거나 불복할 수 없고 화해조서의 내용대로 이행할 의무를 부담합니다. 따라서 심문회의 전에 당사자 간 합의가 이뤄지는 경우에도 그냥 구제신청을 취하하지 말고 화해조서를 작성해달라고 조사관에게 요청해야 합니다.

Tip.

화해를 하는 경우 대개 금전 지급을 내용으로 하는 경우가 많습니다. 이때 세금 문제를 정확히 하지 않아서 화해금 수령 시 세금 공제와 관련한 추가적인 논란이 발생하는 경우가 종종 있습니다. 따라서 화해조서에 금전의 명목은 '화해 합의금'으로, 지급액은 '실수령액 ○○○원'으로 정확히 특정해주는 것이 필요합니다.

④ 판정 및 불복

가) 판정

심문회의가 끝나면 당사자들이 퇴장한 상태에서 판정회의가 개최되어 판정이 행해집니다. 특별한 사정이 없는 한 당일 판정결과를 통보받게 됩니다. 부당해고 등이 인정된 경우에는 구제명령이 행해지고 부당해고 등이 인정되지 않은 경우에는 기각판정이 내려집니다.

	구제의 내용
부당해고	원직복직 및 해고기간 동안의 임금상당액 지급 명령(부당해고라 판단되나 근로자가 복직의 의사가 없어 금전보상 명령을 신청한 경우에는 금전보상 명령 가능)
부당징계	징계 취소 및 징계로 인한 불이익 원상회복(일반적으로는 부당징계 기간 동안 정상적으로 근로했을 때와의 임금 차액 상당액 지급) 명령
부당전직	원직복직 및 전직으로 인한 불이익 원상회복(일반적으로는 부당전직으로 인한 임금감소분 지급) 명령
부당휴직	원직복직 및 휴직기간동안의 임금상당액 지급 명령
기타 부당인사명령	각 원상회복(부당인사명령 취소 및 임금 불이익분 지급) 명령

표12 구제의 내용

한편, 5인 미만 사업장이거나 근기법 상 근로자가 아니라고 판단되는 경우, 사용자를 잘못 지정한 경우와 구제실익이 없다고 판단되는 경우 등에는 각하판정을 합니다. 그러므로 혹시 구제실익의 문제(노동위원회는 이른바 원상회복주의라는 판정원리에 따라 판정을 하므로, 회복될 원상이 없다거나 원상이 회복되었다고 보는 경우에는 구제의 실익이 없다고 함)로 각하가 되지 않도록 주의할 필요가 있습니다.

구분	대응
원상회복이 불가능하다고 보는 경우(계약기간만료, 정년도달, 회사 폐업)	• 구제신청사건 진행 중에 근로계약기간이 만료된 경우에는 형식상의 계약기간 설정이었다거나 갱신기대권이 있음을 주장 • 회사가 폐업한 경우에는 청산절차까지 완료되지 않았으므로 각하대상이 아님을 주장
	• 심문회의 전에 금전보상명령신청을 하고 심문회의에서는 금전보상명령을 해줄 것을 요청
원상회복이 되었다고 보는 경우(사용자가 부당해고 판정을 회피하기 위해 형식적인 복직발령을 한 경우)	• 실제 원직으로의 복직과 해고기간 중의 임금상당액 지급을 사용자에게 요구하고 응하지 않을 경우 진정성 없는 형식적인 발령일뿐임을 주장
	• 심문회의 전에 금전보상명령신청을 하고 심문회의에서는 금전보상명령을 해줄 것을 요청
✷ 노동위원회 구제명령의 주된 내용은 원직복직명령이고 임금상당액지급명령은 부수적인 명령이라고 보는 것이 현재까지 판례(대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결)의 입장. 따라서 원직복직이 불가능하거나 원직복직이 되었다고 보는 경우에는 원칙적으로 각하대상임. 그러나 이때도 금전보상명령신청을 한 경우에는 각하하지 않고 금전보상명령이 가능한가에 대해 명확한 입장을 밝힌 판례는 아직 없음. 이에 심판위원회에 따라 각하를 하는 경우도 있고 금전보상명령을 해주는 경우도 있음.	

표13 구제실익 논란에 대한 대응

나) 재심신청과 행정소송

지노위 판정에 불복하는 당사자는 판정서를 받은 날로부터 10일 이내에 중노위에 재심을 신청할 수 있습니다. 중노위 재심은 지노위 초심과 유사한 형식으로 사건에 대한 공방을 다시 한번 진행하게 됩니다(초심서류가 중노위로 전달되므로 초심에서 제출한 서면을 요약하여 서면을 제출하거나 추가적인 자료만 제출해도 됨).

중노위 판정에 불복하는 당사자는 중노위의 재심판정서를 받은 날로부터 15일 이내에 중노위 위원장을 상대로 행정소송을 법원에 제기합니다. 행정소송에서 피고는 중노위 위원장이므로 중노위가 당사자로서 소송을 진행하나 중노위에서 이긴 쪽은 피고보조참가인신청을 하여 소송에 참여할 수 있습니다.

참고로, 노동위원회에 구제신청을 제기한 것과 별개로 법원에 해고무효확인소송(민사소송)을 제기할 수도 있습니다. 중노위에서 정당한 해고라고 구제신청이 기각된 경우 이에 대한 행정소송을 제기하지 않고 별도의 민사소송을 제기하는 것도 가능하며, 구제신청을 통해 행정소송이 계류 중인 경우에도 역시 별도로 민사소송을 제기할 수 있습니다.

다) 이행강제금

지노위나 중노위의 구제명령을 사용자가 이행하지 않을 경우 노동위원회는 사용자에게 이행강제금을 부과합니다. 이행강제금은 해고의 경우 최소 500만원에서 최대 2,000만원이 부과되는데, 1년에 2회 최대 2년까지 총 4회 부과됩니다. 구제명령에 따라 복직은 되었으나 원직이 아닌 경우 또는 복직은 되었으나 임금상당액이 지급되지 않은 경우 등 불완전한 이행인 경우에도 이행강제금을 부과해달라고 해당 노동위원회에 요구해야 합니다.

이행강제금은 재심신청이나 행정소송 중이라는 이유로 부과가 유예되지 않으며, 중노위가 행한 부당해고 등의 인정 판정이 행정소송에서 뒤집히더라도 판결이 확정될 때까지는 계속해서 부과가 됩니다(최종적으로 법원에서 부당해고 등이 아니라는 판결이 확정되면 그동안 사용자가 납부한 이행강제금은 반환됨).

Q&A

Q. 업무상 회사에 큰 손해를 입혔다는 이유로 징계해고처분을 받았습니다. 그런데 사직서를 제출하면 의원면직(사직)으로 처리해주겠다고 해서 어쩔 수 없이 사직서를 냈는데, 어쨌든 사직서를 냈으니 부당해고라고 주장할 수는 없는 걸까요?

A. 그렇지는 않습니다.

회사가 징계해고처분을 통보하면서 덧붙여서 사직서를 내면 사직으로 처리해주겠다고 조건을 단 경우에는, 징계해고를 수용할 수 없음에도 해고라는 퇴직의 형식을 피하기 위해 자신의 의사에 반해서 어쩔 수 없이 사직서를 낸 것으로도 해석될 수 있습니다. 따라서 부당해고라고 주장하고 법적 다툼을 해볼 수 있고, 만약 해고처분이 정당한 사유가 없거나 절차상의 하자 등으로 무효로 판단되는 경우에는 사직서를 수리한 면직처분도 무효라고

해석될 수 있습니다(대법원 1995. 11. 14. 선고 95누1422 판결).

다만, 사직서를 낸 경우 해고로 해석되기가 쉽지는 않은 일이므로 사직서 제출은 어떤 경우에도 신중하게 해야 합니다.

Q. 입사 지원 서류에 일부 경력을 허위로 기재한 사실이 있습니다. 채용이 되어 1년 이상 근무 중인데 뒤늦게 허위 기재사실이 확인되었다며 해고를 당했습니다. 정당한 해고인가요?

A. 허위 기재 내용에 따라 정당한 해고일수도 아닐 수도 있습니다.

판례는 채용 당시 회사가 그와 같은 허위기재사실을 알았더라면 그 근로자를 고용하지 않았거나 적어도 동일한 근로조건으로 고용하지는 않았을 것으로 보인다면 정당한 해고사유가 된다는 입장입니다(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결). 나아가 그러한 경력 허위 기재사실이 노사 간의 신뢰관계나 회사의 기업질서에 부정적인 영향을 준다는 점도 징계사유로 인정하고 있습니다.

다만, 허위로 기재한 내용이 채용이나 업무에 직접적인 영향을 주는 사항이 아니라면 그것을 이유로 해고할 수는 없다고 봐야하겠습니다. 또한 직접적인 영향을 주는 사항이라 하더라도 그 결과 실제로 근로조건의 체계를 문란하게 하거나 적정한 노무배치를 저해하는 등 현실적으로 기업질서를 해친 결과가 발생한 경우에만 해고가 정당하다고 보는 것이 타당합니다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013두11031 판결).

Q. 도박죄로 유죄판결을 받았다는 이유로 회사에서 징계를 한다고 합니다. 도박을 잘했다는 것은 아니지만, 업무시간 중에 한 것도 아니고 일종의 사생활인데 회사가 징계를 할 수 있나요?

A. 구체적인 내용에 따라 징계대상이 될 수도 있고 아닐 수도 있습니다.

일단, 근로자의 사생활에서의 범죄행위도 회사 내에서의 징계사유가 될 수는 있습니다. 사용자가 근로자에 대해 징계권을 행사할 수 있는 것은 사업 활동을 원활하게 수행하는데 필요한 범위 내에서 규율과 질서를 유지하기 위한 것에 그 근거가 있으므로 이를 기준으로 징계사유가 되는 것인지를 따져보아야 합니다. 즉, 사생활에서의 비위행위가 사업 활동에 관련이 있거나 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있는 것에 한해서는 정당한 징계사유가 될 수도 있습니다(대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23275 판결).

예를 들어, 사적으로 위법한 부동산 투기행위를 한 근로자에 대해 주택 공급 및 관리 사업을 하는 사업체가 징계를 한 경우, 업무와 관련된 것은 아니더라도 금융관련 범죄행위를 행한 근로자에 대해 금융회사가 징계를 한 사례 등에 대해 적법한 징계로 인정한 판례가 있습니다. 그 비위행위의 정도에 따라서는 징계해고도 적법할 수 있습니다.

Q. 부족한 생활비를 벌기 위해 퇴근 후에 대리운전기사로 부업을 하고 있습니다. 그런데 취업규칙에 겸직이 금지되어 있다는 이유로 회사에서 해고를 당했습니다. 부당해고인가요?

A. 단지 겸직금지 규정 위반만으로 해고했다면 부당해고로 판단됩니다.

겸직 및 겸업을 금지하는 취업규칙을 두고 있는 회사들이 많으며, 겸직 및 겸업 금지규정은 그 자체로 위법하지는 않습니다. 그러나 겸직 금지의 타당한 사유가 있어야 하므로 기업질서나 노무제공에 지장이 없는 겸직까지 전면적이고 포괄적으로 금지하는 것은 부당합니다. 따라서 퇴근 후 대리운전기사로 부업을 한 것이 회사의 기업질서나 노무제공에 지장을 초래한 사실이 없다면 징계사유가 될 수는 없다고 판단됩니다.

다만, 야간에 행한 부업으로 인해 휴식 및 수면시간이 부족하여 회사 업무에 지장을 주었고 이에 대한 시정을 회사에서 요구하였으나 거부하고 계속하여 회사 업무에 지장을 끼친 사실이 있다면 정당한 징계사유로 인정될 수 있습니다.

한편, 회사와 경쟁관계에 있는 사업체에서 겸직을 하거나 회사업무와 관련된 개인적인 영리사업을 한 경우 등 겸직 금지 규정의 취지에 분명하게 위반되는 겸직인 때에는 그 자체로 징계사유가 될 수도 있습니다.

Q. 회사가 정리해고에 앞서 명예퇴직신청을 받고 있습니다. 명예퇴직을 하지 않으면 정리해고 대상이 될 것이라면서 압박하고 있습니다. 어떻게 해야 할까요?

A. 명예퇴직은 정리해고에 앞서 또는 정리해고를 피하기 위한 수단으로 행해지는 인력감원 수단 중 하나입니다. 만약, 부당하게 대상자로 선정하고 압력을 행사해서 명예퇴직신청을 하게 하여 퇴직시켰다면 부당해고에 해당할 수도 있습니다(서울고법 2001. 11. 15. 선고 2001누2470 판결). 그러나 일반적으로는 회사가 제시하는 일정한 조건을 수용하여 결과적으로는 근로자가 사직서를 제출하고 퇴직하는 것이므로 해고가 아닙니다. 그 과정에서 회사가 경영사정을 다소 과장하거나 퇴직권유에 응하지 않으면 불이익이 있을 수 있다고 했어도, 그것만으로는 근로자가 사직서를 내게 만든 강박이나 기망행위라고 보기 어렵다는 것이 판례의 태도이기도 합니다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919,51926 판결). 따라서 사직서를 내게 되면 해고로 인정되기 어렵다는 사실을 명심해야 합니다. 결국, 회사가 제시하는 조건을 수용하여 퇴직하겠다는 의사가 있는 것이 아니라면, 쉽지 않더라도 버텨야 하며 명예퇴직신청을 해서는 안 됩니다. 끝까지 불응할 경우 실제로 정리해고 대상자가 될 수도 있습니다. 그러나 정리해고는 긴박한 경영상의 필요 등 엄격한 요건 하에서만 적법합니다. 그러므로 그러한 사정들을 잘 살펴서 실제로 회사가 정리해고를 단행할 가능성이 있는지, 정리해고를 한다면 본인이 대상자로 선정되는 것이 합리적이고 타당한 기준범위 내에 있는지 등을 신중히 따져봐야 하겠습니다.

Q. 회사의 승진규정에 따르면 이번 정기인사에서 승진이 되었어야 하는데 아무런 이유도 없이 승진누락이 되었습니다. 이런 승진누락에 대해서도 노동위원회에 구제신청이 가능한가요?

A. 근기법(제23조 제1항, 제28조 제1항)은 '부당한 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌'을 노동위원회 구제신청 대상으로 규정하고 있습니다. 이것은 구제신청 대상을 하나하나 열거하고 있는 것이 아니라 예시하고 있는 것으로 보는 것이 타당하고 구제신청제도의 입법취지에 따라 구제신청 대상 여부를 해석하는 것이 타당합니다.

따라서 명확한 해고, 전직, 징계뿐만 아니라 징벌적 성격을 가지거나 근로자에게 불이익한 효과가 발생하는 사용자의 각종 인사처분은 일단 구제신청의 대상이 된다고 판단됩니다. 다만 이에 대해 대법원의 명확한 입장을 밝힌 판례는 아직 없습니다. 대신 이러한 취지의 하급심 판례가 몇 건 있습니다(서울행정법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합47494 판결).

또한 사용자의 근로자에 대한 불이익한 인사처분에는 어떤 처분이 행해진 경우뿐만 아니라 어떤 처분을 해야 함에도 하지 않은 경우도 포함됩니다. 현재 승진누락, 승급누락·정지, 직위 강등, 업무미부여 등에 대해서 노동위원회는 일반적으로 폭넓게 구제신청의 대상으로 인정하여 심판이 이뤄지고 있기도 합니다.

Q. 해고기간 중에 생계를 위해 다른 회사에 취업해서 일을 했습니다. 이 경우에도 노동위원회나 법원에서 부당해고로 인정될 때 해고기간 중의 임금상당액 전부를 다 받을 수 있나요?

A. 그렇지 않습니다. 해고기간 중의 수입(이를 흔히 '중간수입'이라 함)은 공제됩니다.

원칙적으로는 해고가 위법하여 무효인 경우 사용자의 부당해고로 일을 하지 못한 것이므로 해고가 없었더라면 받을 수 있었던(해고일로부터 복직 시까지) 임금 전부를 사용자로부터 받을 수 있습니다(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000다18127 판결). 이 때 임금의 전부란 평균임금에 준하는 금액으로서 각종 고정 시간외근로수당은 물론 연월차휴가수당도 포함됩니다. 또한 해고기간 중 단체협약 등으로 임금 인상이 있었거나 호봉승급이 있었을 것이라면 그에 따른 인상분 역시 모두 지급되어야 합니다(대법원 1993. 9. 24. 선고 93다21736 판결).

다만, 해고기간 중 다른 직장에 취업하여 수입을 얻은 경우 이 수입은 해고기간 중의 임금상당액에서 공제됩니다. 그러나 근기법(제46조)은 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우 평균임금의 70% 이상을 휴업수당을 지급하도록 하고 있기 때문에, 공제를 하더라도 휴업수당에 준하는 임금은 반드시 지급되어야 합니다(대법원 2005. 1. 13. 선고 2004다37744 판결). 결국 해고기간 중 다른 직장에서 번 수입이 있어 공제를 하더라도 최소한 받아야 할 평균임금의 70%는 지급되어야 하는 것입니다.

한편, 금전보상명령의 경우에는 근기법(제30조 제3항)에서 '임금 상당액 이상의 금품'을 지급하도록 되어 있기도 하고 금전보상명령 자체가 심판위원회의 재량사항이라 금전보상명령액에서는 꼭 중간수입을 공제해야 하는 것은 아니라는 판례(서울행정법원 2013. 4. 11. 선고 2012구합23617 판결)가 있습니다.

Q. 부당해고로 인정되는 경우 해고기간 중의 임금상당액 뿐만 아니라 정신적 고통에 대한 위자료도 사용자에게 청구할 수 있나요?

A. 부당해고가 불법행위로까지 인정되는 경우에는 가능합니다. 불법행위란 고의 또는 과실로 위법행위를 하여 타인에게 손해를 끼치는 행위를 말하는데, 모든 위법행위가 다 불법행위인 것은 아닙니다. 부당해고 역시 그 자체로 불법행위가 되는 것은 아닙니다. 사용자가 법률전문가가 아닌 이상 징계의 경중에 관한 관련 법령의 해석을 잘못한 데 불과한 경우에는 사용자에게 불법행위책임을 물을 수 있는 과실이 없다고 일반적으로 해석됩니다. 그러나 사용자가 징계해고를 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도로 해고를 한 경우, 조금만 주의를 기울이면 징계사유가 되지 않음을 알 수 있었던 경우 등 사회통념에 비춰 용인할 수 없음이 명백한 경우에는 불법행위가 성립될 수 있습니다. 부당해고가 불법행위로 인정되는 경우에는 그에 따라 입게 된 근로자의 정신적 고통에 대해서도 사용자가 배상할 의무가 있습니다(대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결).

또한, 징계해고가 무효라는 판결이 확정되었음에도 장기간에 걸쳐 복직을 거부하는 경우에도 근로자의 인격권을 침해한 행위로서, 사용자에게 근로자의 정신적 고통에 대해 배상할 의무가 있다고 봅니다(대법원 1994. 2. 8. 선고 92다893 판결).

참고로, 실제로 부당해고를 불법행위로까지 보아 위자료 지급의무를 인정한 판례는 많지 않습니다. 그리고 정신적 고통에 대한 위자료를 받기 위해서는 법원에 소송을 제기해야 합니다.

5장 · 공인노무사 김희영(노무법인 해밀)

근로시간·휴일·휴가

근로시간은 근로의 대가로서 임금을 계산하는 기초입니다. 보통 시간·일·월에 얼마를 받기로 했을 때 몇 시간을 일하는가, 근로일수는 얼마나 되는가를 따져서 임금을 계산합니다. 근로시간의 양은 임금액과 연결되어 있기 때문에 근로시간의 양을 정하고 근로시간인지, 아닌지를 정하는 것은 근로기준법에서 가장 중요한 내용입니다.

그런데, 하루가 24시간이고, 1주일은 7일, 1개월은 28일 ~ 31일, 1년은 365일로 고정되어 있어서 돈을 많이 벌기 위해 아무리 많은 시간을 일한다 해도 이 한계를 넘을 수는 없습니다. 특히, 24시간을 계속해서 일하거나 수일간 쉬지 않고 일하는 것은 사람의 육체적인 한계상 가능하지 않고 건강과 생명을 심각하게 위협할 수 있습니다. 그래서 근로기준법에서는 일·주 단위 근로시간을 규제하고 있고 연장근로도 예외적으로 허용하고 있습니다. 이러한 규정을 지키는 의미는 근로자의 건강과 생명을 보호하고 근로기준법에 맞게 임금을 계산해야하는데 있습니다.

장시간 근로관행을 개선하기 위해 2018년부터 주당 근로시간을 연장근로를 포함해서 52시간으로 규제하도록 근로기준법이 개정되어 시행되고 있습니다. 사회적으로도 워라밸(워크 앤 라이프 밸런스)이 직장선택의 중요한 기준이 되어 가고 있습니다. 이러한 사회적인 공감대 속에서 최저임금 인상과 더불어 장시간 근로를 개선하기 위한 근로시간 단축이 점진적으로 추진되고 있습니다. 실 근로시간의 단축과 더불어 신입사원의 연차휴가 일수가 확대되었으며, 국·공휴일이 민간기업 근로자의 유급휴일로 추가될 예정입니다.

이번 장에서는 근로시간과 관련해서 최근 개정된 근로기준법을 체계적으로 설명했습니다. 이를 통해 사용자는 근로기준법을 잘 지키고, 근로자는 자신의 권리를 찾아서 적정 근로시간과 적정 임금이 보장되도록 하고, 일과 삶의 진짜 균형을 찾기를 바랍니다.

1 근로시간

노동법에서는 일 단위·주단위로 구분하여 근로시간의 한도를 정하고 있습니다. 이를 법정근로시간 또는 법정기준근로시간이라고 합니다. '법정'이라는 말 그대로 '법에서 정하고 있는 근로시간의 한도'라는 의미입니다. 일반 성인근로자의 법정근로시간은 1일 8시간, 1주 40시간입니다(근로기준법 제50조). 법정근로시간의 한도를 넘어서 추가 근로를 하더라도 법 위반으로 근로시간으로 인정받지 못하는 것이 아니라, 가산임금을 추가로 지급해야 하는 연장근로가 됩니다.

사례 – 월, 화, 수 10시간 + 목OFF + 금, 토 5시간 = 주 40시간 일하는 경우

비록 한주의 실 근로시간은 주 40시간이지만, 월, 화, 수는 법정근로시간인 8시간을 넘겼기 때문에 매일 2시간씩 3일, 한 주에 총 6시간은 연장근로입니다. 또한 이때의 소정근로시간은 월, 화, 수 8시간 + 금, 토 5시간 = 34시간이 됩니다

법정근로시간의 제한도 대상별로 차이가 있습니다. 연소자나 임산부와 같이 특별한 보호가 필요한 경우에는 보다 엄격하게 근로시간을 제한하고 있기 때문입니다. 필요한 경우에 당사자가 합의하면 법정근로시간을 초과하여 연장근로를 할 수 있지만, 연장근로시간도 법에서 정한 범위(근로기준법 제53조)에서만 가능합니다. 연장근로의 법정 한도를 넘어서 연장근무를 시킨 사용자는 추가적인 가산임금 지급 책임과 함께 형사책임도 부담하게 됩니다(근로기준법 제110조).

구분	소정근로시간		연장근로시간		
	1일	1주	1일	1주	1년
일반 성인근로자	8시간	40시간		12시간	
연소 근로자	7시간	35시간	1시간	5시간	
유해위험작업종사자	6시간	34시간		불가	
임신중인 근로자	8시간	40시간		불가	
산후 1년 미만 여성 근로자	8시간	40시간	2시간	6시간	150시간

표1 법정근로시간

(1) 소정근로시간

'소정근로시간'이란 근로자와 사용자가 법정근로시간(1일 8시간, 1주 40시간) 이내에서 일하기로 미리 약정한 근로시간을 말합니다. '소정(所定)'이라는 표현도 어렵게 느끼시는 경우가 많은데, 말 그대로 '서로 정한 바'라는 의미입니다. 다만 법에서 근로시간의 한도를 정하고 있기 때문에 당사자 간에 법정근로시간을 넘어서 정할 수는 없다는 것입니다.

실근로시간이 같더라도 소정근로시간은 당사자가 정하기에 따라 달라질 수 있습니다. 예를 들어서 월 ~ 금에 9시간 일하기로 한 근로자의 소정근로시간은 법정근로시간을 넘으므로 다른 약정이 없다면, 1일 8시간, 1주 40시간이 되고, 1주 연장근로시간은 5시간이 됩니다. 그런데 똑같이 1주 45시간 근로를 하더라도 월, 화는 10시간씩, 수요일은 11시간, 목, 금은 7시간 근로를 하기로 했다면 38시간(8시간 + 8시간 + 8시간 + 7시간 + 7시간)으로 소정근로시간이 달라집니다. 이때의 연장근로시간은 1주 7시간이 됩니다.

월	화	수	목	금	소정근로시간	연장근로	실근로시간
9시간	9시간	9시간	9시간	9시간	40시간	1주 5시간	45시간
10시간	10시간	11시간	7시간	7시간	38시간	1주 7시간	45시간

표2 소정근로시간과 실근로시간

① 소정근로시간과 주휴수당

임금을 구성하는 항목 중 기본급과 정기적·일률적·고정적인 급여(통상임금)들은 소정근로시간 동안의 근로에 대한 대가라고 할 수 있습니다. 또한 소정근로시간은 주휴시간 산정의 기준이 된다는 의미에서도 중요합니다. 주휴시간은 주 15시간 이상 일하는 근로자가 1주의 소정근로시간을 개근하는 경우 1주당 하루치를 유급으로 지급받는 시간을 의미하며, 일반적으로 월급 근로자의 기본급에 포함되어 있습니다(소정근로시간 임금 + 주휴시간 임금).

사례 – 소정근로시간이 하루 8시간, 주 40시간인 경우

기본급 = {하루 근로시간 × (주5일 + 주휴 1일) × 월4.34주 } ×시급
= {소정근로 (8시간 × 5일 × 월 4.34주) + 주휴 (8시간 × 1일 × 월 4.34주)} ×시급
= (소정근로 173.6시간+ 주휴 34.7시간) × 시급

주휴시간은 연장근로가 일상적으로 많이 발생해도 소정근로시간을 기준으로 산정하는 것이 원칙입니다. 그러나 노사간의 합의에 의해 매주 혹은 매일 소정근로시간이 변동되는 경우에는 변동된 근로시간을 기준으로 주휴를 산정합니다. 다만 노사합의가 필수적이며, 근무기간이 시작되기 전에 변경이 이루어져야 합니다. 소정근로시간이 일단 시작되었다면 이후에 이를 단축하는 것은 휴업에 해당하며, 이에 대해서는 휴업수당(평균임금의 70%)을 지급해야 합니다. 상용직이 아닌 일용직이든 단시간근로자든 마찬가지입니다(자세한 내용은 임금 부분 참고).

② 1주 15시간 이상 근로

근로기준법 제18조 제3항은 4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에게는 근로기준법상 주휴일과 연차유급휴가에 관한 규정을 적용하지 않는다고 규정하고 있습니다. 근로자퇴직급여보장법에 따른 퇴직금도 소정근로시간이 주 15시간 미만인 근로자에게는 적용되지 않습니다.

이처럼 소정근로시간은 법적용 기준시간인 1주 평균 15시간을 판단하는 준거로도 사용됩니다. 따라서 실 근로시간이 1주 평균 15시간 이상이라 해도 양 당사자가 약정한 소정근로시간이 14시간이면 주휴일, 연차휴가, 퇴직금 등이 적용되지 않습니다. 다만, 이때 소정근로시간을 넘는 시간은 모두 연장근로이며, 상시근로자 5인 이상 사업장이라면 연장근로시간에 대해서는 1.5배의 급여를 지급해야 합니다(기간제및단시간근로자보호등에관한법률 제6조).

Q&A

Q. 소정근로시간은 토, 일 하루 7시간씩 이틀 일하기로 약정한 근로자에게 실제 근로시간은 토, 일 하루 8시간씩 이틀 일하는 경우에는 주휴수당을 지급해야 할까요?

A. 실제 근로시간이 더 길더라도 소정근로시간은 양 당사자가 사전에 약정한 기본근로시간을 의미하기 때문에 토, 일 7시간 일하기로 한 근로자의 소정근로시간은 1주 14시간입니다. 따라서 실제로는 1주 16시간씩 일하더라도 주휴수당 지급의무는 없습니다. 다만, 이 경우 소정근로시간을 넘는 시간은 연장근로에 해당하므로 1주 2시간은 연장근로수당을 지급해야 합니다. 5인 이상이라면 1.5배의 가산된 금액으로 지급해야 합니다.

③ 강제퇴근조치 '꺾기'와 휴업수당

약속한 출근일자 및 시간에 출근한 근로자에게 일이 없다는 이유로 강제퇴근을 시키거나 강제 휴게시간을 부여하는 식으로 임금을 깎는 경우가 있는데, 이를 '꺾기'라고 합니다. 사업주의 사정으로 인해 근로자가 약속한 근로시간에 근로를 제공할 수 없게 된다면 이는 '휴업'에 해당합니다. 이러한 휴업에 대해서는 근로기준법 제46조에 따라 평소 임금(연장근로수당을 포함한 평균임금)의 70%를 지급하거나 통상임금(기본급+고정수당)의 100%를 지급해야 합니다. 이것을 '휴업수당'(근로기준법 제46조)이라고 합니다. 매출감소, 업무량 감소, 사업장의 인테리어 변경 등의 이유로 인한 휴업이라고 해도 이는 모두 사업주의 귀책사유에 해당하므로 휴업수당 지급을 면할 수 없습니다.

강제된 휴게시간이 강제 근로대기상태였다면 이는 휴업이 아닌 근로시간이므로 임금 전액을 지급해야 합니다. 또한 사용자가 특별한 사정없이 근로자의 근로제공의 수령을 일방적으로 거부하는 경우라면 이는 민법 제538조의 채권자 귀책사유로 인한 이행불능에 해당하므로 역시 임금 전액청구가 가능합니다.

(2) 휴게시간

휴게시간이란 근로자가 사용자의 지시·감독으로부터 온전히 벗어나 근로를 제공하지 않고 자유롭게 사용할 수 있는 시간을 말합니다. 근로기준법 제54조는 장시간 근로에 따른 근로자의 건강과 피로누적으로 인해 발생할 수 있는 산업재해를 예방하고 노동력을 유지·회복할 수 있도록 휴게시간에 대하여 규정하고 있습니다. 다만, 실제 사업장에서의 휴게시간으로 볼 수 있는지 여부가 애매한 경우가 있습니다. 휴게시간이라고 하더라도 근로자가 휴식을 취할 수 없고 자유롭게 시간을 활용할 수 없다면 근로시간에 해당합니다.

① 휴게시간의 길이

근로기준법상의 휴게시간은 4시간마다 근로시간 도중에 30분 이상이어야 합니다. 휴게시간의 시작 시각은 사용자의 지휘·감독에서 완전히 벗어난 시각이며, 휴게시간 중에는 근로자가 해당 시간을 자유롭게 이용할 수 있어야 합니다. 근로시간이 4시간 미만이면 원칙적으로 휴게시간을 제공하지 않아도 근로기준법 위반이라 볼 수 없습니다. 그리고 근로시간이 4시간을 초과하여 8시간 미만까지는 30분 이상이 법정휴게시간입니다.

일반적으로 1일 8시간 근무제로 운영되는 사업장의 경우, 근로자들은 오후 12시부터 오후 1시까지를 휴게시간으로 사용하면서 식사를 합니다. 휴게시간은 반드시 모든 근로자들에게 한꺼번에 제공해야 하는 것은 아니므로 업무의 특성 등에 따라 부서별로 달리할 수도 있습니다. 8시간을 초과하는 경우에도 동일하게 4시간마다 30분씩 휴게시간이 부여되어야 합니다.

② 휴게시간의 배치

휴게시간은 근로시간 도중에 제공되어야 합니다. 즉, 출근시간 전이나 퇴근시간 이후의 시간을 휴게시간으로 제공하는 것은 위법합니다. 따라서 1일 출근일의 소정근로시간이 4시간인 경우에도, 4시간의 근로시간 도중에 휴게시간을 제공하는 것이 원칙입니다.

다만 이렇게 될 경우 4시간 30분을 사업장에 머무르게 되므로, 근로자가 이른 퇴근을 원한다면 양당사자의 합의 하에 4시간만 근로하고 퇴근하도록 조치한 것까지 위법하다고 보기는 어렵습니다.

또한 노동법에서 근로계약이나 취업규칙에서 휴게시간을 반드시 정하도록 한 것은 근로자가 자유롭게 사용할 수 있도록 언제부터 언제까지가 휴게시간인지를 미리 알 수 있게 해야 한다는 의미입니다. 따라서 사용자가 일방적으로 휴게시간을 매일매일의 상황에 따라 갑작스레 변경하는 것은 휴게 제도의 취지상 바람직하지 않습니다.

③ 휴게시간과 근로시간의 구분

휴게시간은 사용자의 지시나 감독으로부터 온전히 벗어나 근로자가 자유롭게 사용할 수 있어야 합니다. 다만 이는 '근로행위'로부터 완전히 이탈하여 자유로이 이용하는 것을 의미하는 것이지, '사업장'을 벗어나 외출하는 것을 완전히 자유롭게 보장해야 한다는 것을 의미하지는 않습니다(법제처 16-0239, 2016. 8. 19). 사업장 밖으로 나갈 수는 없지만 사용자의 지휘·감독을 벗어나 자유로이 이용할 수 있다면 휴게시간으로 인정될 수 있을 것입니다(근기 68207-3298, 2000. 10. 25). 하지만 휴게시간의 자유로운 이용이 제한되고 돌발적인 상황에 대비해야 한다면 대기시간에 해당하여 휴게시간이 아닌 근로시간으로 볼 수 있을 것입니다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다243078 판결).

휴게시간과 근로시간을 구분하기 위한 판례와 행정해석이 다수 존재하지만 사업장에서 분쟁이 많기 때문에 노동부는 2016년과 2018년에 각각 가이드라인을 제시한 바 있습니다. 구체적으로는 1) 돌발상황을 수습해야 한다거나, 2) 근무장소에 강제로 근로요구에 대기해야 하는 시간은 근로시간으로 판단합니다. 다만, 3) 근무장소에서 쉬더라도 스스로 그곳을 휴게장소로 선택했거나, 4) 사용자의 지휘감독에서 벗어나 비상연락상태만을 유지하는 경우 등 자유로운 이용이 가능하다면 휴게시간으로 판단하고 있습니다.

판례는 "근로계약의 내용이나 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무의 내용과 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독 여부, 자유롭게 이용할 수 있는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식을 방해하거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단해야 한다"고 보고 있습니다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2014다74254 판결).

근로시간으로 보는 경우	휴게시간으로 인정되는 경우
① 근로계약에 근로시간으로 규정되어 있고 실제 업무를 수행하는 경우 ② 업무는 하지 않으나 근로시간으로 규정 ③ 근로계약 등에 규정되어 있지는 않더라도 업무수행(순찰 등)이 강제되는 시간 • 조기출근 않을 시 감급, 제재 • 휴게시간 도중 돌발상황이 발생한 경우 • 업무와 관련된 교육, 회의 시간	① 스스로 근무장소를 휴게장소로 선택 ② 대기시간과 근무시간 구분이 명백하고, 사전에 대기시간 지정, 온전히 자유이용 ③ 일정구역(경비초소 등)을 벗어나진 못해도 지휘감독에서 벗어나 자유이용 가능 ④ 비상연락체계는 유지하더라도 자유이용 ⑤ 자유롭게 이용하는 식사시간, 체조시간

표3 근로시간과 휴게시간

(3) 근로시간의 입증방법

임금의 경우는 급여통장거래내역이 있고, 계속근로일수는 고용보험내역이 좋은 입증자료가 되지만, 근로시간은 입증하기가 어렵습니다. 연장근로수당을 청구하기 위해서 또는 휴게시간 중 근무에 대한 임금을 청구하기 위해서 근로시간을 입증해야 하기 때문입니다. 아래에서는 그 입증방법을 살펴봅니다.

① 근로계약서

사용자는 근로계약을 체결할 때에 소정근로시간 및 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간을 어떻게 할지를 분명히 정한 근로계약서를 근로자에게 교부해야 합니다. 따라서 근로계약서 확인은 근로시간을 입증할 수 있는 기본적인 방법이 됩니다. 이때, 연장근로가 급여 안에 포함되어 있는지 여부도 근로계약서를 통해 확인할 수 있으므로 연장근로수당을 청구하고자 할 때에 중요자료가 됩니다.

② 취업규칙, 단체협약, 급여명세서, 급여대장

사용자는 임금을 지급할 때마다 임금대장에 근로자 개인별로 근로일수와 근로시간 수를 적어야 하며, 사용자는 이러한 근로계약서와 임금대장을 3년간 관리하고 보존하여야 합니다. 따라서 급여명세서 등을 확보할 수 있다면 연장수당이 지급된 시간과 연장수당액수를 확인할 수 있습니다. 하지만 급여대장, 취업규칙 등은 근로자가 확보하기 쉽지 않습니다.

③ 애플리케이션과 교통카드 기록 등

근로시간을 측정할 수 있는 좋은 방법은 출퇴근카드, 지문인식기 등 회사가 구비하고 있는 출퇴근 기록시스템입니다. 그런데 근로자가 연장근로수당 등의 청구를 위해 이 자료를 구하고자 하면 대체로 사업주는 그 자료를 제출하지 않거나 심지어 폐기하기도 합니다. 따라서 그 외의 다른 입증자료를 찾아야 하는 경우가 많습니다. 야근시계 애플리케이션이 대표적인데, 판례에서 이미 근로시간의 입증자료로 인정된 바가 있습니다. 위성시계로 사업장에 있음을 체크할 수 있고 사업장 사진을 보관할 수 있도록 되어 있습니다. 이외에도 교통카드기록을 제출해서 매일 규칙적으로 표시된 승하차기록은 출퇴근시간을 간접적이나마 추정할 수 있게 합니다. 하지만 교통카드 기록은 그 주변에 머물렀다는 입증이 될 뿐 연장근로 자체를 증명하지는 못하기 때문에 결정적 증거로 인정받지는 못합니다.

(4) 실제근로시간 판단기준

① 업무준비시간·시업시간·종업시간

근로계약상 소정근로시간이 명시되어 있더라도 실제 시업시간과 종업시간이 다른 경우가 있습니다. 시업시간은 실제 업무를 수행하는 시각이어야 합니다. 본래의 업무를 수행하기 위하여 필요한 업무준비나 정리를 위한 시간이라면 근로시간에 포함됩니다. 특히 근로계약이나 취업규칙, 단체협약뿐만 아니라 관행적으로 정해진 업무 준비 또는 정리를 위한 시간도 근로시간입니다.

시업시간	종업시간
① 시업시간은 객관적으로 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로 제공을 시작하는 시간을 의미함. ② 단체협약이나 취업규칙에서 정한 출근확인시간을 시업시간으로 봄. ③ 업무준비 시간이 단체협약이나 취업규칙상의 시업시간 이전이라면 실제 근로시간에 포함.	① 종업시간은 근로자가 사용자의 지휘·감독에서 벗어났다고 인정되는 작업종료 시각을 의미함. ② 작업이 끝났다고 하더라도 사용자의 지휘·감독아래 있는 경우에는 근로시간에 해당함. ③ 정리시간이 소정근로시간 이후의 시간이라면 근로시간에 포함됨.

표4 근로시간에 포함되는 시업·종업시간

예를 들면 시내버스 운전기사가 운행에 앞서 차량을 점검하거나 요금통을 설치하는 시간, 운행을 마친 뒤에 요금통을 반납하고 차량을 청소하는 시간, 연료를 충전하는 시간은 모두 근로시간에 포함됩니다. 본래의 일을 하기 전에 회사가 실시하는 교육시간이나 지시사항을 전달하고 근무조를 편성하기 위한 회의시간 역시 사용자의 지휘·감독아래 이루어지는 것이므로 근로시간에 해당합니다. 학원강사에게 강의 후 다음 강의 사이의 10분이 형식상 휴게시간으로 정해져 있더라도 그 10분 동안 교실을 정리하거나 다음 강의를 위해 복사를 하는 등 실제로 자유롭게 휴게시간을 사용한 것이 아니라면 근로시간에 해당합니다.

관련 판례

근로가 강의라는 점을 고려하여 볼 때 그 업무의 성격상 강의를 준비하기 위한 연구와 자료수집, 수강생의 평가 및 그와 관련한 학사행정업무의 처리 등에 상당한 시간이 소요되리라는 것은 쉽게 예견할 수 있는 점, (중략) 시간강사인 원고들의 근로시간을 반드시 담당 강의시간에 한정할 수 없고 위 마지막 학기 강의시간에다가 위와 같은 제반 업무를 수행하기 위하여 필요한 시간을 합산하여 산정할 경우 원고들은 그 산정사유가 발생한 날 이전 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간 15시간 미만인 근로자에 해당한다고 보기는 어려우므로, (중략) 이 사건 시간강사에 대하여는 퇴직금 지급의무가 있다(의정부지방법원 2013. 5. 16. 선고 2012나14426 판결).

② 휴게시간과 대기시간

대기시간이란 근로자가 작업시간 도중에 현실적으로 작업을 하지 않고 다음 작업을 위하여 대기하고 있는 시간을 말합니다. 특히 우리 근로기준법은 작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 보고 있습니다(근로기준법 제50조 제3항). 즉, 휴게시간이라고 하지만, 실제는 언제든지 근로제공을 하여야 할 대기상태에 있다면 근로시간으로 보아야 합니다. 물품을 판매하는 근로자가 손님이 없어 대기하는 시간, 출근해서 그날그날의 업무가 회사의 지시에 따라 이루어지는 근로자가 회사의 업무지시가 있을 때까지 기다리는 시간은 근로시간입니다. 식사시간이나 수면시간으로 정해져 있어도 사용자의 지시나 감독을 받아서 근로자가 자유롭게 이용할 수 없거나 손님이 오거나 민원인이 찾아오면 일을 해야 하는 경우라면 휴게시간이 아니라 근로시간입니다.

③ 조기출근과 연장근로

사업장의 상황에 따라 근로계약서상 소정근로시간 이전에 조기출근을 요구하는 경우 연장근로가 될 수 있습니다. 조기출근을 하지 않을 경우 임금을 감액하거나 복무위반으로 제재를 가하는 권리·의무관계라면 근로시간에 해당할 것이나, 그렇지 않다면 근로시간에 해당되지는 않을 것입니다(근기 01254-13305, 1988. 8. 29).

④ 워크숍과 회식

사내 워크숍이나, 야유회, 체육행사, 회식이 소정근로시간 중에 실시되는 경우에는 당연히 근로시간입니다. 소정근로일이 아닌 날에 회사운영방침이나 사용자가 근로자의 참여를 지시하고 강제한 경우라면 그 시간 역시 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 근로시간으로 볼 수 있습니다. 따라서 휴일에 개최한 행사에 참여한 시간에 대해 사용자는 임금을 지급하여야 하고, 행사를 개최한 날이 휴일이라면 휴일근로가산수당도 지급하여야 합니다. 반대로 근로자의 참여 여부가 온전히 근로자의 자유의사에 맡겨져 있다면 근로시간이 아닙니다.

⑤ 출장시 이동시간

출장지로 이동하는데 통상 걸리는 시간이나 출장지에서 업무를 수행한 시간은 근로시간입니다. 대부분의 회사는 출장근무일을 소정근로시간을 근로한 것으로 처리합니다. 그러나 평소에는 '9 to 6'로 근무하지만, 건설 현장처럼 오전 7시에 업무가 시작되는 곳으로 출장을 가서 실제로 오전 7시부터 일을 해야 하고 퇴근시각이 오후 6시로 평소와 같다면, 오전 7시부터 오전 9시까지 2시간은 연장근로시간에 해당합니다.

관련 법률 – 근로기준법 제58조 (근로시간 계산의 특례)

① 근로자가 출장이나 그 밖의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우에는 소정근로시간을 근로한 것으로 본다. 다만, 그 업무를 수행하기 위하여 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로할 필요가 있는 경우에는 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간을 근로한 것으로 본다.

다만, 출퇴근에 갈음하여 출장지로 출근하거나 출장지에서 퇴근한 시간은 근로시간에서 제외될 수 있습니다. 그리고 1일을 초과하는 출장의 경우, 회사에서 출장지로 이동한 시간과 출장지에서의 업무수행시간은 근로시간에 포함되지만, 업무를 끝내고 사용자가 지정 혹은 제공한 현지 숙소로 이동하는 방법이나 시간을 근로자가 자유롭게 결정할 수 있다면 그 이동시간까지 근로시간이라 보기는 어렵습니다(근로기준과-4182, 2004. 8. 12, 근로기준과-5441, 2004. 8. 7). 또 출장 중 사용자의 특별한 지시 없이 근로자 임의로 휴일 또는 야간에 다음 목적지로 이동했다 해서 야간·휴일근로로 보지 않습니다(근기 68207-2955, 2002. 9. 25).

다만, 노동부는 사업장 및 출장지가 소재하는 지역 간 이동에 통상 소요되는 시간을 포함해 출장근무 수행에 통상적으로 필요한 시간이 소정근로시간을 초과한 경우라면 근로시간으로 볼 수 있다는 입장이며(근기 68207-2675, 2002. 8. 9), 사용자의 지시에

의해 야간 또는 휴일에 출장업무를 수행하는 것이 명확한 때에는 야간·휴일근로로 인정하고 있습니다(근기 68207-2650, 2002. 8. 5).

최근 판례도 통상 소요되는 이동시간을 측정할 수 있는 경우에 대해 "해외출장(출·입국 절차, 비행대기 및 비행, 현지 이동 및 업무 등 포함) 중 소비한 시간은 근로시간으로 보아야 한다."고 판단한 바 있습니다. 이때 판례는 이동시간에 대해 "1) 국내에서 해외출국시 공항의 출국수속 2시간, 입국수속 1시간을 적용, 2) 해외에서 해외국내선 이용시 출국과 입국에 필요한 시간은 각 1시간을 적용, 3) 비행 및 환승 등을 위한 대기시간 등 4시간마다 30분의 휴게시간을 적용하고, 휴게시간은 근로시간에서 제외함, 4) 출장업무를 위하여 렌터카 등을 이용한 해외지역간 이동시간은 실 소요시간을 적용"한다고 하여 통상적인 소요시간을 근로시간으로 제시하기도 하였습니다(수원지방법원 2016. 11. 24. 선고 2016가단505758 판결).

⑥ 당직근무

근로자가 본래의 담당업무 이외의 시간에 당직근무를 하는 경우 근로기준법상의 연장근로 혹은 야간근로로 볼 것인가가 문제될 수 있습니다. 당직근무는 전형적인 일·숙직근로와 실제 근로에 준하는 유사 일·숙직근로로 나누어 볼 수 있습니다. 일반적으로 일·숙직 근무는 일과 후에 업무를 종료하고 정기적 순찰, 전화와 문서의 수수, 기타 비상사태 발생 등에 대비하여 시설 내에서 대기하거나 전화를 착신하여 자택에서 대기하는 등 본래의 업무와 달리 노동의 강도가 낮은 형태의 업무를 뜻합니다(대법원 1995. 1. 20. 선고 93다46254 판결). 이러한 일반적인 일·숙직 근무는 통상의 근로로 보지 않습니다. 다만, 일·숙직시간 중에 수행하는 업무의 노동 강도가 본래의 업무와 같거나 비슷한 경우라면 근로시간에 포함됩니다. 한편, 일·숙직 근무가 본래의 업무인 근로자라면 당연히 그 시간은 근로시간입니다.

⑦ 교육시간

교육이 관계법령에서 정한 업무수행에 필요한 의무교육이거나 그 교육이 소정근로시간 내외를 불문하고 사용자의 지시·명령에 의해 이루어지고 그러한 지시·명령을 근로자가 거부할 수 없다면 근로시간으로 보아야 합니다(근로개선정책과-2570, 2012. 5. 9). 교육시간이 퇴근시각 이후이거나 출근일이 아닌 휴일에 실시되는 경우에는 연장근로 또는 휴일근로에 해당하므로, 연장 및 휴일근로시간에 대한 임금뿐만 아니라 가산수당까지 지급해야 합니다. 예를 들어 아침 시업시간 전에 1시간 교양교육을 실시하는 경우 참가가 의무화 되어 있다면 근로시간에 포함되어야 하고, 참가여부가 근로자 개인의 자유의사에 맡겨져 있다면 근로시간으로 볼 수 없습니다.

⑧ 공민권 행사

사용자는 근로자가 근로시간 중에 선거권, 그 밖에 국회의원이나 대통령 선거 등 국민에게 보장된 공민권을 행사하거나 공의 직무를 집행하기 위하여 필요한 시간을 청구하면 거부할 수 없습니다. 다만, 그 권리나 공의 직무를 수행하는 데에 지장이 없다면 청구한 시간을 변경할 수는 있습니다(근로기준법 제10조). 이때 공민권 행사 등을 위해 '필요한 시간'이란 공민권 행사 등을 위하여 필요한 최소한의 시간만이

아니라, 이동시간과 사전준비 및 사후정리에 필요한 시간을 포함한 충분한 시간을 의미합니다. 공민권 행사나 공의 직무를 수행하기 위한 시간은 원칙적으로 근로시간이 아닙니다. 따라서 관계법령이나 노사 당사자의 임금지급에 대한 합의가 없다면, 사용자에게 임금지급의무도 없습니다. 그러나 공직선거법은 근로자가 선거권을 행사하기 위하여 필요한 시간에 대해, 휴무로 처리하거나 불이익한 처우를 해서는 안 된다고 규정하고 있으므로 임금을 지급해야 합니다. 향토예비군 설치법과 민방위기본법도 근로자가 법에 따라 동원되거나 교육 또는 훈련을 받은 때의 기간에 대해 동일하게 규정하고 있어 근로시간에 훈련을 받는다면 임금을 지급해야 합니다.

(5) 연장·야간·휴일 근로시간

소정근로시간 외의 시간에 근로를 제공하는 경우 연장근로시간입니다. 오후 10시부터 익일 오전 6시까지 근무하는 경우 야간근로에 해당하며, 휴일(공휴일 아님)에 근무하는 경우 휴일근로에 해당합니다. 연장, 야간, 휴일근로 시 당사자 간 합의가 필요하며, 연소근로자, 임신 중의 근로자의 경우에는 별도로 추가적인 동의 및 요건을 충족시켜야 비로소 유효하게 됩니다. 연장, 야간, 휴일근로 시 5인 이상 사업장은 100분의 50이상의 가산수당을 추가 지급해야 합니다.

구분	연장근로 한도	야간근로	휴일근로
일반 성인근로자	• 당사자합의 • 1주 12시간	• 여성 : 본인동의	• 여성 : 본인 동의
연소근로자	• 당사자합의 • 1일 1시간 • 1주 5시간	• 본인동의 • 고용노동부장관 인가 • 근로자대표와 성실 협의	• 본인 동의 • 고용노동부장관 인가 • 근로자대표와 성실 협의
임신중인 근로자	• 불가	• 본인 명시적청구 • 고용노동부장관 인가 • 근로자대표와 성실 협의	• 본인 동의 • 고용노동부장관 인가 • 근로자대표와 성실 협의
산후 1년 미만의 여성근로자	• 당사자 합의 • 1일 2시간 • 1주 6시간 • 1년 150시간	• 고용노동부장관 인가 • 근로자대표와 성실 협의	• 고용노동부장관 인가 • 근로자대표와 성실 협의

표5 연장·야간·휴일근로 요건

① 연장근로시간의 범위

연장근로란 근로기준법이 정한 법정기준근로시간(1주 40시간, 1일 8시간)을 초과하는 근로를 말합니다.

Q&A

Q. 월, 화, 수, 목 10시간 + 금 5시간 = 주 45시간 일하는 경우 연장 근로시간은?

A. 월, 화, 수, 목은 하루의 법정 기본근로시간인 8시간을 넘겼기 때문에 매일 2시간씩 4일 동안 8시간(2×4)의 연장근로가 발생하고, 주40시간인 법정근로시간을 초과한 5시간에 대해서는 이미 월~목까지의 연장근로와 중복되므로 추가로 산정하지 않습니다.

가) 연장근로 한도

성인근로자의 경우 당사자 간 합의로 1주 12시간 한도로 연장근로가 가능합니다. 다만, 임신 중인 근로자는 원칙적으로 불가하며, 본인의 명시적인 청구가 있는 경우 고용노동부장관의 인가가 있어야 연장근로가 가능합니다. 어떠한 경우라도 연장근로 시 근로자와의 합의가 있어야 하며, 방법은 다음과 같습니다.

근로자 개인과의 합의	근로자 단체와의 합의
① 사용자와 근로자 개인 간의 합의로 연장근로가능. ② 개별근로자와의 합의 시 연장근로를 할 때마다가 아닌 근로계약 등으로 사전에 합의가능.	① 연장근로의 합의는 근로자 개인의 합의권을 박탈하지 않는 범위에서 노동조합 또는 노사협의회 등의 근로자 단체와 합의가능(대법원 1993. 12. 21 선고 93누5796 판결). ② 근로자 단체와의 합의 시 반드시 서면으로, 연장근로사유, 근로일수, 연장근로시간, 업무종류, 근로자 수와 유효기간을 명시해야 함.

표6 연장근로에 대한 합의 방법

나) 단시간 근로자의 연장근로

단시간 근로자란 그 사업장의 통상근로자보다 소정근로시간이 짧은 근로자를 말합니다. 단시간 근로자의 소정근로시간은 법정한도보다 짧기 때문에 연장근로를 하더라도 통상근로자의 소정근로시간 이내인 경우가 있습니다. 이를 법내 연장근로시간이라고 합니다. 즉, 1주 38시간을 소정근로시간으로 정하였는데 1주 40시간을 근로하게 된 경우라면, 이를 초과한 근로시간인 2시간은 법내 연장근로시간이라고 할 수 있습니다.

근로기준법은 1주 40시간, 1일 8시간을 초과하는 근로에 대하여 연장근로로 명시하고 있기 때문에 기존에는 법내 연장근로의 경우 연장근로시간으로 보지 않아 가산수당을 지급할 필요가 없는 것으로 해석하였습니다. 그런데 기간제 및 단시간 근로자에 관한 법의 개정으로 단시간 근로자의 초과근로에 대해서도 50% 가산수당을 지급해야 합니다(기간제및단시간근로자에관한법률 제6조 제3항).

예를 들어, 하루 7시간씩 주5일 총 35시간을 소정근로시간으로 하는 근로자가 실제는 하루 8시간씩 주5일 총 40시간을 실제 근로하였다면, 매일 1시간씩 주5일 총 5시간은 연장근로시간으로 됩니다.

다만 고용노동부에서는 기간제 및 단시간 근로자에 관한 법률상 단시간 근로자가 되기 위해서는 비교대상인 통상근로자의 존재를 전제로 하는 것으로 해석하고 있습니다. 따라서 사업장 전체적으로 소정근로시간이 주40시간이 안되는 경우 소정근로시간이 40시간이 안되어도 단시간 근로자로 보지 않습니다. 이런 경우 해당 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 근로자 중 1주 소정근로시간이 가장 긴 근로자를 통상근로자로 보고 그 근로자보다 소정근로시간이 짧은 근로자를 단시간 근로자로 판단합니다.[1] 1) 고용노동부, "단시간근로자의 초과근로 관련 지침", 2014. 9.

사례 – 7시간씩 주5일 총 35시간을 소정근로시간으로 하는 근로자의 연장근로시간

통상근로자(기간제법 적용 없음)			단시간근로자(기간제법 적용)		
소정근로시간	실 근로시간	연장근로시간	소정근로시간	실 근로시간	연장근로시간
1일 7시간, 주5일	1일 8시간, 주5일	1일 1시간, 주5일(5시간) 법내연장근로	1일6시간, 주5일	1일 8시간, 주5일	1일 2시간, 주5일
주35시간	주40시간	0시간	주30시간	주40시간	10시간

② 야간근로와 휴일근로

야간근로란 오후 10시부터 다음날 오전 6시까지의 근로를 말합니다. 근로시간의 길이가 아닌 배치의 문제이므로, 해당 시간대에 근무시간이 있으면 야간근로수당을 지급해야 합니다.

휴일이란 근로제공의 의무가 없는 날입니다. 휴일은 주휴일과 근로자의 날 등 법정휴일 뿐만 아니라 근로계약, 취업규칙 및 단체협약 등에서 정한 약정휴일도 포함됩니다. 휴일근로를 하면 50%의 할증률이 가산된 휴일근무수당을 지급해야 합니다.

18세 미만의 연소 근로자와 출산 후 1년이 지나지 않은 여성 근로자의 야간근로나 휴일근로 시행은 근로자의 동의만으로 부족하고, 고용노동부장관의 인가까지 받아야 합니다. 임신 중인 근로자의 경우에도 근로자 개인의 명시적인 청구뿐만 아니라 고용노동부장관의 인가도 함께 받아야만 야간근로와 휴일근로가 가능합니다. 유해·위험작업에 종사하는 근로자는 연장근로 뿐만 아니라 야간근로와 휴일근로 역시 금지됩니다.

관련 법률 – 근로기준법 제70조 (야간근로와 휴일근로의 제한)

② 사용자는 임산부와 18세 미만자를 오후 10시부터 오전 6시까지의 시간 및 휴일에 근로시키지 못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 고용노동부장관의 인가를 받으면 그러하지 아니하다.

1. 18세 미만자의 동의가 있는 경우
2. 산후 1년이 경과되지 아니한 여성의 동의가 있는 경우
3. 임신 중의 여성이 명시적으로 청구하는 경우

③ 시간외 근로 및 가산수당의 계산

연장, 야간, 휴일근로에 대하여 시간외 근로라고 합니다. 시간외 근로에 대해 사용자는 기존의 임금 외 통상임금의 50%를 가산한 수당까지 지급해야 합니다. 동일한 시간에 근로하였다고 하더라도 연장, 야간 및 휴일에 각각 해당하는 경우라면 그 각각의 가산수당을 중복해서 지급해야 합니다. 이때 5인 미만 사업장은 시간외 근로의 가산수당 지급의무가 없습니다.

Q&A

Q. 시급 10,000원인 근로자가 주휴일 오전 9시에 출근해서 밤 11시까지 일을 하고 퇴근했습니다. 중간에 점심시간은 오후 12시부터 오후 1시까지였고, 저녁시간은 오후 6시부터 오후 7시까지였습니다. 회사로부터 받아야 할 임금은 얼마인가요?

A. 실 근로시간 12시간, 휴일 12시간 근로에 대한 가산 50%(6시간), 1일 8시간을 초과한 연장근로 4시간에 대한 가산 50%(2시간), 야간근로 1시간에 대한 가산 50%(0.5시간)을 모두 더한 20시간 30분에 시급 10,000원을 곱한 205,000원이 지급받아야 할 임금의 총액입니다. 구체적인 산정방식을 표로 정리하면 아래와 같습니다.

구분	09시 ~ 12시	12시 ~ 13시	13시 ~ 18시	18시 ~ 19시	19시 ~ 22시	22시 ~ 23시	합계
실근로시간	3시간	휴게	5시간	휴게	3시간	1시간	12시간
휴일가산	1.5시간		2.5시간		1.5시간	0.5시간	6시간
연장가산					1.5시간	0.5시간	2시간
야간가산						0.5시간	0.5시간
시간합계	4.5시간		7.5시간		6시간	2.5시간	20.5시간
산정임금	10,000원 × (12시간 + 6시간 + 2시간 + 0.5시간) = 205,000원						

④ 연장근로와 보상휴가제

근로기준법 제57조는 연장·야간 및 휴일근로에 대하여 임금 지급 대신 휴가를 부여할 수 있도록 규정하고 있는데 이를 보상휴가제라고 합니다. 사용자가 보상해야 할 휴가시간은 실제로 일한 시간뿐만 아니라 가산시간까지도 포함합니다. 연장근로에 대해서는 1.5배의 연장근로수당을 지급해야 하기 때문에, 보상휴가를 주는 경우에도 1:1이 아닌 1:1.5의 비율로 휴가를 부여해야 합니다. 1시간 연장근로를 하면 1시간 반의 보상휴가를 주어야 한다는 의미입니다.

보상휴가제는 근로자대표와의 서면합의가 필수적이며, 전체를 휴가로 할 것인지, 가산부분에 대해서만 휴가를 부여할 것인지 등 세부사항은 별도로 결정할 수 있습니다. 보상휴가에 대하여 합의를 했음에도 실제로 휴가가 부여되지 못하였다면, 연장근로수당 및 연장근로에 대한 가산수당이 지급되어야 합니다.

⑤ 1주일의 일수

지금까지 노동부는 1주는 소정근로일(주5일)이며, 휴일은 별개라는 입장이었습니다. 이에 따라 주12시간의 연장근로시간과 주휴일(일요일) 또는 휴무일(토요일)근무는 연장근로가 아니므로 추가로 할 수 있다는 입장이었습니다. 그래서 주5일동안 52시간과 주휴일과 휴무일에 총 16시간이 허용되어 총 68시간까지 가능했습니다. 그러나 이 판단은 주40시간 법정근로시간제의 취지와 장시간근로관행 개선이라는 정책방향에 역행하는 것이었습니다. 그리고 법원 하급심이지만 1주는 7일이며, 따라서 주40시간을 넘겨서 휴일에 이루어진 근로시간은 연장근로에도 해당하므로 1주 근로시간은 최대 52시간이라는 판결들이 있었습니다.

결국, 근로기준법 개정을 통해서 1주는 휴일을 포함한 7일로 본다는 조항이 신설되어 이 논란은 종결되고 실근로시간단축에 중대한 진전이 이루어졌습니다. 이제는 휴일을 포함한 1주 7일간 40시간을 초과한 근로시간은 모두 연장근로에 해당되고 최대 한도는 주12시간이므로, 주 근로시간은 최대 52시간입니다.

관련 법률 – 근로기준법 제2조 (정의)

① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

7. “1주”란 휴일을 포함한 7일을 말한다. (2018년 7월 1일부터 단계적 시행)

변경된 규정은 사업장 규모에 따라 적용시기가 다릅니다. 상시근로자수 300인 이상 2018. 7. 1.부터, 50인~299인 2020. 1. 1.부터, 5인~49인 2021. 7. 1.부터 시행됩니다. 그러나 5인 미만 사업장은 기존 법에서도 개정법에서도 연장근로의 제한을 받지 않습니다.

한편, 주 40시간을 이미 근무한 이후 이루어지는 휴일근로라고 하여도 8시간 이내의 휴일근로는 연장과 휴일이 중복 가산되지 않고 연장근로와 마찬가지로 50%만 가산하여 1.5배의 급여를 지급하고, 8시간이 넘는 휴일근로에 대해서만 중복가산 하여 2배의 급여를 지급합니다.

관련 법률 – 근로기준법 제56조 (연장·야간 및 휴일 근로)

② 제1항에도 불구하고 사용자는 휴일근로에 대하여는 다음 각 호의 기준에 따른 금액 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다. 〈신설 2018. 3. 20.〉

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

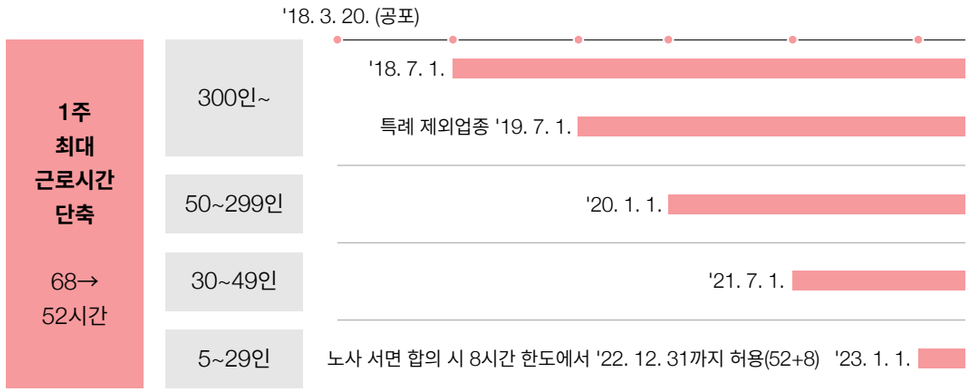

그림1 주52시간제 적용 시기

이때 30인 미만 사업장은 특별연장근로를 허용하여 1주 최대 60시간(주40시간 + 연장 12시간 + 특별연장 8시간)근로가 2022년까지 허용되는데 근로자대표와의 서면합의를 필수 요건으로 합니다(근로기준법 제53조 제3항). 근로자대표와의 서면합의사항은 연장근로시간 초과 필요사유 및 기간, 대상근로자의 범위입니다. 이때에도 18세 미만 근로자에게는 적용이 제외됩니다.

관련 법률 – 근로기준법 제53조 (연장 근로의 제한)

③ 상시 30명 미만의 근로자를 사용하는 사용자는 다음 각 호에 대하여 근로자대표와 서면으로 합의한 경우 제1항 또는 제2항에 따라 연장된 근로시간에 더하여 1주 간에 8시간을 초과하지 아니하는 범위에서 근로시간을 연장할 수 있다.

(6) 교대제 근로

① 교대제 근로란?

교대(근로시간)제란 중단 없이 또는 장시간 사업가동이 필요한 경우에 근로자를 수개조로 편성하여 주기적으로 근로시간대를 교대하면서 근로하도록 하는 근로시간 운영방식입니다. 교대제의 유형은 교대조의 수와 교대순번에 따라 여러 유형으로 나눌 수 있으며, 전기·가스·통신·병원 등 공익적 특성으로 24시간을 가동해야 하는 산업, 기업의 이윤을 위해 24시간을 가동하는 제조업, 건물·시설관리를 하는 업종에서 시행됩니다.

② 교대제 근무와 불이익 변경

교대제는 근로시간이 주기적으로 교대하여 변경되는 시간에 관련된 중요한 근로조건으로 근로계약을 체결할 때 반드시 약정되어야 합니다. 또한 처음에는 교대제 운영을 하지 않다가 교대제로 전환할 때에도 근로자의 동의가 있어야 합니다. 교대제에 관한 사항은 취업규칙의 필수적 기재사항이며, 교대제 형태를 변경할 때에는 취업규칙 변경절차에 따라 근로자 과반의 의견청취나 과반의 동의(불이익변경)가 필요합니다.

다만, 교대제에서 야간근무자를 주간근무자로 배치하여 야간근로수당이 줄어드는 결과가 있더라도 이를 불이익 변경이라고 보기는 어려울 수 있습니다(근기 68207-691, 2003. 6. 11).

③ 교대제의 연장근로

교대제를 운영하더라도 법에서 정한 연장근로시간의 제한을 벗어날 수는 없으며, 연장근로에 대해서는 근로자의 동의를 받아야 합니다. 따라서 1주 40시간의 소정근로시간과 1주 12시간의 연장근로시간 이내로 짜기 위해서는 교대조를 법에 맞게 구성해야만 합니다.

가) 연장근로시간의 제한

2개조가 오전 9시부터 다음날 오전 9시까지의 24시간 연속근무를 반복하는 격일제로 계속 근로하거나, 3조 2교대제 등에서 연장근로시간이 1주 12시간을 초과하면 근로기준법 위반이 됩니다. 하지만 근로기준법 제59조의 시간 특례 사업장(운송업, 보건업)과 근로기준법 제63조의 시간 적용제외 대상(노동부장관의 승인을 받은 감시 단속적 근로자)인 경우에는 연장근로 제한을 받지 않습니다.

격일제(2일마다 하루)로 근무하면서 1주에 7일을 계속 가동하려면 1교대조는 4일, 다른 교대조는 3일을 근무하게 됩니다. 따라서 2조 격일제 근로자면서 특례 사업장이거나 승인받은 감단 근로자가 아닌 한 하루의 근무의 최대 가동시간은 다음과 같습니다.

1조 : 1일 8시간 + (1주 연장근로 12시간 / 3일) = 하루최대 근무시간 12시간
2조 : 1일 8시간 + (1주 연장근로 12시간 / 4일) = 하루최대 근무시간 11시간

이때 휴게시간을 1시간+30분을 포함시키게 되면 1조의 경우 최대 13.5시간을 사업장에 머무를 수 있습니다.

나) 교대제의 연장근로 판단

교대제 근로에서 24시간 안에 2회의 근로가 이루어진 경우 연장근로로 판단하려면 1일의 근로가 8시간 이상, 1주의 근로가 40시간 이상이어야 하는데, 노동부의 행정해석에 따르면 이때의 1일 또는 1주는 역일에 의한 것이라고 합니다. 따라서 24시간 안에 2회의 근로가 이루어진다면, 역일이 지났는지를 살펴봐야 할 것입니다.

예를 들어 14시에서 22시까지 8시간 근무한 근로자가 다시 다음날 6시에서 14시까지 8시간 근무한 경우, 전체 24시간 안에서 16시간을 근무하였다고 8시간은 소정근로, 나머지 8시간은 연장근로로 볼 수 있을까요? 그렇지는 않습니다. 교대조가 교체되어 22시에 근로가 종료되었고, 그 날이 아닌 다음날 6시에 근로가 시작되었으므로 단절된 근로로 보아 각각 연장근로가 발생하지 않았다고 판단합니다(법무 811-19544, 1980. 8. 6).

그러나 4조 3교대 사업장에서 아침근무(7시~15시) 8시간, 오후근무(15시~23시) 8시간, 저녁근무(23시~익일 7시) 8시간으로 구분되어 있는 경우, 근로자가 저녁근무를 하고 다시 근무가 끝난 당일의 오후근무를 한 경우에는 같은 날에 속해있는 근무시간을 합산하여 8시간을 초과하는 시간까지를 연장근로로 판단하게 됩니다(근기 68207-682, 2003. 6. 10). 그래서 8월 1일 저녁근무 23시부터 8월 2일 7시까지 중 8월 2일에 해당하는 24시(0시)~7시까지의 7시간과, 8월 2일의 오후근무 15시부터 23시까지의 8시간을 합산하면 총 15시간이고 이 중 8시간을 벗어난 7시간은 연장근무가 됩니다.

④ 교대제의 주휴일

교대제에서도, 격일제로 근로하는 경우에도 주휴일은 부여해야 합니다(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다3642 판결). 이때 주휴일은 0시부터 24시까지 역일단위로 부여해야 하지만 교대제 운영을 위해 불가피한 경우에는 날짜를 달리하더라도 1주일에 1회 이상 계속하여 24시간의 휴식이 보장된다면 주휴일을 부여한 것으로 볼 수 있습니다. 그런데 격일제에서는 유급주휴 부여 기준이 조금 특수할 수 있습니다. 주휴의 유급부분은 하루 소정근로시간에 대한 통상임금을 말하는데, 격일제 근로자는 그 특성상 하루의 절반만 지급하면 되기 때문입니다.

관련 행정해석

격일제 근로자의 주휴시간 산정에 있어 "유급분은 일 소정근로시간에 대한 통상임금을 말하며(근기 68207-3562, 2001. 10. 17), 격일제 근무자에게 지급하여야 할 통상 하루의 소정임금은 근무일의 절반에 해당하는 근로시간의 소정임금으로 하고 있음" (근로개선정책과-1574, 2013. 3. 7).

⑤ 교대제의 연차휴가

일반적인 교대제 근로자는 일반근로자와 동일하게 부여하게 되지만, 격일제 근무 사업장의 경우 근무일 다음의 휴무일은 전일의 근무를 전제로 주어지는 것이기 때문에 근로자가 1일의 연차유급휴가를 신청할 경우 사용자는 1일의 연차휴가를 신청한 근로자에게 비번일인 휴무일에 근로시간의 절반에 해당하는 근로를 시킬 수 있다고 봅니다(근로기준과-2951, 2005. 6. 1). 격일제 근로자는 임금계산을 할 때 365일의 절반으로 1년치 급여를 계산한 후 12개월로 나누기 때문에 늘 2일당 1일 일하는 것이 포함되어 있으며, 1일당은 반일을 일하는 것이 포함되어 있기 때문에 이런 문제가 발생합니다.

'휴무+근로+휴무'상태에서 근로일 1일을 연차휴가로 쓰게 되면, 휴무+근로의 1:1의 짝이 어그러지게 됩니다. 원래 연차휴가나 주휴일이 소정근로일의 절반의 시간에 해당되는 유급시간이기 때문에 휴무 1일에 대해서는 절반의 근로일만큼만 연차나 주휴로 유급처리할 수 있으며, 휴무+절반근로의 짝이 되어버리게 됩니다. 이런 이유로 교대제의 연차휴가는 1일을 통째로 사용하게 되면 다음날의 휴무는 1일의 절반을 일해야 하는 것이 됩니다.

같은 이유로 격일제 근무자가 근무일과 바로 다음날(비번일) 휴가를 사용한다면 연차휴가 는 2일 사용한 것으로 보고, 만약 근무일만 휴가를 사용하고 그

다음날(비번일)에 반일 근무를 하면 1일의 휴가를 사용한 것으로 보게 됩니다(근기 68207-3288, 2001. 9. 26). 또한 격일제 근로자가 1일의 연차휴가를 신청하면서 휴무일에 근로할 의사를 밝혔어도 휴무일에 이미 다른 근로자의 근무가 예정되어 있어 근무신청을 받아들일 수 없다면 그 휴무일에 대해 유급처리할 의무가 있는 것은 아니라고 보게 됩니다(근로개선정책과-4504, 2012. 9. 7).

⑥ 교대제의 결근 처리

하루 근무하고 다음날 휴무(비번일)하는 격일제 근무는 전날의 근무일에 정상적인 근무가 있는 경우에 다음날의 휴무일이 인정되는 것이어서 근무여부와 관계없이 부여되는 휴일과는 성격이 다릅니다. 따라서 근무일에 결근한 경우 다음날의 비번일을 포함하여 2일의 결근으로 처리할 수 있습니다(근기 68207-880, 1997. 7. 4).

(7) 유연근로시간제도

① 선택적 근로시간제도

선택적 근로시간제는 업무의 시작시간과 종료시간을 근로자의 결정에 맡기고 의무근로시간대를 제외한 나머지 시간대는 근로자가 자유롭게 선택할 수 있는 제도입니다. 구체적으로 1개월 이내의 단위기간을 정하고, 그 정산기간 동안의 총 근로시간을 평균하여 1주 소정근로(기본근로)시간이 40시간을 초과하지 않으면 특정 주 또는 특정일의 근로시간이 법정근로시간을 초과하더라도 추가 연장근로수당을 지급하지 않는 제도입니다(근로기준법 제52조). 그러나 정산기간의 총 근로시간을 평균하여 주당 법정근로시간을 초과하는 경우에는 연장근로수당이 지급되어야 하고, 의무근로시간대나 선택근로시간대가 야간근로 또는 휴일근로에 걸쳐 있는 경우에는 야간 또는 휴일 근로수당은 지급되어야 합니다. 하지만 특정일의 근무시간에는 제한이 없습니다.

선택적 근로시간제를 도입하기 위해서는 취업규칙(이에 준하는 것을 포함)에서 출·퇴근시각을 근로자의 자율에 맡긴다는 규정이 있어야 하고, 근로자대표와 아래의 내용에 대해 서면으로 합의하여야 합니다.

〈선택적 근로시간제 서면합의사항〉

- 대상근로자의 범위 (15세 이상 18세 미만의 근로자는 제외)
- 정산기간 (1개월 이내의 일정한 기간)
- 정산기간의 총 근로시간
- 의무근로시간대 : 시작 및 종료 시각
- 선택근로시간대 : 시작 및 종료 시각
- 표준근로시간 : 유급휴가 등 계산 기준으로 정한 1일 근로시간

② 탄력적 근로시간제도

탄력적 근로시간제란 일정한 기간(단위기간)을 평균하여 1주의 근로시간이 법정근로시간을 초과하지 않으면 특정 주 또는 특정일의 근로시간이 법정근로시간을 초과하더라도 연장근로수당을 지급하지 않아도 되는 제도입니다. 이 제도는 계절적으로 또는 일시적으로 업무량의 변동이 있는 업종에서 근로시간 제한과 연장근로수당에 대한 부담을 줄이며 근로시간을 효과적으로 배정할 수 있도록 지원합니다. 운영가능한 단위기간에 따라 2주 단위와 3개월 단위의 탄력적 근로시간제가 있습니다(근로기준법 제51조).

선택적 근로시간제와 마찬가지로 단위기간의 총 근로시간을 평균하여 법정근로시간을 초과하는 경우에는 연장근로수당이 지급되어야 하고, 탄력적 근로시간제를 도입하더라도 야간 또는 휴일근로에 대한 수당은 지급되어야 합니다. 그리고 탄력적 근로시간제는 선택적 근로시간제와는 달리 특정한 주 또는 특정한 날의 상한시간을 정하고 있을 뿐만 아니라 사용자는 탄력적 근로시간 도입에 따라 기존 임금 수준이 낮아지지 않도록 임금보전방안을 강구하여야 하며, 고용노동부장관은 필요한 경우 임금보전방안의 내용을 제출하도록 명령하거나 직접 확인할 수 있습니다.

가) 2주 단위의 탄력적 근로시간제를 도입하기 위해서는 취업규칙(이에 준하는 것을 포함)에 규정해야 하며, 2주 이내의 기간을 평균하여 1주의 근로시간이 법정근로시간을 초과하지 않아야 하고, 특정 주의 근로시간이 48시간(연장 12시간을 포함하면 최대 60시간까지 가능)을 초과하지 않아야 합니다. 다만, 휴일근로시간을 1주 최대 연장근로시간 이내로 제한하는 것은 단계적 적용을 앞두고 있으므로 이 제한을 받지 않는 기간에는 특정주에 76시간(48시간 + 연장12시간 + 휴일 2일 16시간)까지 가능합니다. 또한 3개월 단위의 탄력적 근로시간제도와는 달리 특정일에 대한 제한시간이 없습니다.

나) 3개월 단위의 탄력적 근로시간제에서 특정한 주의 근로시간이 52시간(연장12시간을 포함하면 64시간)을, 특정한 날의 근로시간이 12시간을 초과할 수는 없습니다. 그러나 연장근로시간 제한에 대한 개정법의 적용을 받지 않는 업체는 휴일근로를 포함하여 특정한 주에 최대 80시간(52시간 + 연장12시간 + 휴일 2일 16시간) 까지 근로하게 할 수 있습니다. 이때, 3개월 단위의 탄력적 근로시간제를 도입하기 위해서는 취업규칙의 규정만으로는 불가능하고 근로자대표와 아래의 내용을 명시한 서면 합의서를 작성해야 합니다.

〈3개월 단위 탄력적 근로시간제 서면합의사항〉

- 대상근로자의 범위 (15세 이상 18세 미만의 근로자, 임신 중 여성 근로자 제외)
- 단위기간 (3개월 이내의 일정한 기간)
- 단위기간의 근로일과 그 근로일별 근로시간
- 근로자대표와 서면합의의 유효기간

구분	1주 최장 근로시간	
	주 52시간 적용 이전	주 52시간 적용 이후
2주 이내	76시간 [48+12+16(휴일2)]	60시간 [48+12]
3개월 이내	80시간 [52+12+16(휴일2)]	64시간 [52+12]

주 52시간 적용 시기					
	'18. 3	'18. 7	'19. 7	'20. 1	'21. 7
300인 이상					
			특례 제외 (21개업종)		
50~299인					
5~49인					

그림2 탄력근로시간제 근로시간 허용 한도

이와 같이 탄력근로시간제는 일 단위 제한이 없고, 매주 단위 근로시간이 최대 80시간까지 가능합니다. 한편, 산재보상보험법에서는 주 64시간이상 근로가 4주 이상 지속되거나, 주60시간 이상 근로가 3개월 이상 지속되는 경우 뇌심혈관질환(업무상질병)의 발병요인으로 보고 있습니다(산재보상보험법 시행령 제34조 제3항 별표3). 이렇게 탄력근로시간제를 최대한도까지 운영한다면 근로자의 건강과 생명은 심각하게 위협받게 됩니다. 따라서 탄력적근로시간의 현재 허용한도는 근로시간단축의 취지에 부합하게 제한되어야 합니다.

③ 간주근로시간제

간주근로시간제란 실제근로시간을 계산하기 어려운 경우 일정 요건 충족 시 소정근로시간 및 업무수행에 필요한 통상시간 또는 노사가 서면 합의한 시간을 근로시간으로 인정하는 제도입니다. 사업장 밖에서 근로시간의 전부 또는 일부 근로를 제공하였음에도 근로시간을 산정하기 어려워 노사가 서면으로 합의하는 경우에 소정근로시간을 근무한 것으로 봅니다. 이때 연장근로가 발생한다 하더라도 가산임금에 대한 지급의무는 없습니다. 출장업무 혹은 외근업무에 대해 규정하는 것이 일반적입니다(자세한 설명은 (4)실제 근로시간 판단기준⑤ 출장시 이동시간 참고).

④ 재량근로시간제

재량근로시간제란 업무 수행방법이나 시간 등을 근로자의 재량으로 하는 제도로 보통 아이디어가 중요한 업무 등에서 시행됩니다. 다만 업무기준을 엄격히 제한하고 있어, 근로기준법 제58조 및 시행령 제31조에서 정하는 업무에 대해서만 사용자가 근로자대표와 서면합의로 정한 시간을 근로한 것으로 봅니다. 서면 합의한 시간이 법정근로시간의 한도 내인 경우에는 연장근로수당을 지급할 의무가 없습니다.

〈재량근로시간제 서면합의 사항〉

- 대상 업무
- 업무수행수단, 시간배분 등에 대해 근로자에게 구체적 지시를 않는다는 내용
- 근로시간은 서면합의로 정한 시간으로 한다는 내용

관련 법률 – 근로기준법 시행령 제31조 (재량근로의 대상업무) 법 제58조 제3항 전단에서 "대통령령으로 정하는 업무"란 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 업무를 말한다.

1. 신상품 또는 신기술의 연구개발이나 인문사회과학 및 자연과학에 관한 연구업무
2. 정보처리시스템의 설계 또는 분석업무
3. 신문·방송 또는 출판사업에 있어서 기사의 취재·편성 또는 편집업무
4. 의복·실내장식·공업제품·광고 등의 디자인·고안업무
5. 방송프로·영화 등의 제작사업에 있어서 프로듀서 또는 감독업무
6. 그밖에 고용노동부장관이 정하는 업무

(회계·법률사건·납세·법무·노무관리·특허·감정평가 등의 사무에 있어 타인의 위임·위촉을 받아 상담·조언·감정 또는 대행을 하는 업무)

(8) 근로시간의 적용제외

① 사업 또는 업무의 특수성에 따른 적용제외

근로기준법은 모든 사업 또는 사업장의 근로자에게 적용되는 것이 원칙입니다. 그러나 사업의 성질 또는 업무의 특수성으로 인해 업무의 시작시각과 종료시각을 엄격하게 정할 수 없거나 근로시간이나 휴게시간의 적용이 적절치 않은 업종, 직종, 근로형태에 대해서는 근로기준법에 정한 근로시간, 휴게, 휴일이 적용되지 않습니다.

관련 법률 – 근로기준법 제63조(적용의 제외)

이 장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다.

1. 토지의 경작·개간, 식물의 재식(栽植)·재배·채취 사업, 그 밖의 농림 사업
2. 동물의 사육, 수산 동식물의 채포(採捕)·양식 사업, 그 밖의 축산, 양잠, 수산 사업
3. 감시(監視) 또는 단속적(斷續的)으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 고용노동부 장관의 승인을 받은 자
4. 대통령령으로 정하는 업무에 종사하는 근로자 (시행령 제34조, 관리·감독 업무 또는 기밀을 취급하는 업무에 종사하는 근로자)

위와 같은 사업 또는 업무에 종사하는 근로자는 1일 8시간, 1주 40시간인 법정근로시간이나 1주 12시간으로 제한되는 연장근로, 휴게시간 등에 관한 근로기준법 규정이 적용되지 않습니다. 따라서 법정근로시간이나 연장근로의 제한시간을 초과하여 일을 시킬 수도 있고 휴게시간과 주휴일을 부여하지 않을 수도 있으며, 연장 및 휴일근로에 따른 가산수당을 지급하지 않아도 됩니다. 다만 야간근로는 근로시간의 길이에 관한 제한이 아니라 근로시간의 위치에 관한 제한으로, 그 제한의 목적이 다르기 때문에 야간근로 가산수당은 지급하여야 합니다. 근로기준법상 근로시간, 휴게 등에 관한 규정이 적용되지 않는 근로자 중 특히 감시·단속적 근로자에 관한 상담이 많은데, 좀 더 구체적으로 살펴보겠습니다.

② 감시·단속적 근로자

가) 감시·단속적 근로자란

감시적 근로자란 주로 감시하는 업무를 주 업무로 하며 일반적으로 정신적·육체적 피로가 적은 업무에 종사하는 근로자를 의미합니다(근로기준법 시행규칙 제10조 제2항). 단속적 근로에 종사하는 근로자란 근로가 간헐적·단속적으로 이루어져 휴게시간이나 대기시간이 많은 업무에 종사하는 근로자를 의미합니다. 감시·단속적 근로자로 인정되면 근로시간 및 휴게시간에 관한 부분 및 휴일에 관한 규정이 적용되지 않습니다.

	주요내용
감시적 근로	원칙적으로 일정부서에서 단순한 감시업무에 종사하는 자로서 상대적으로 정신적 긴장이나 심신의 피로가 적은 업무(경비원, 물품감시원, 계수기 감시원, 보일러공, 청원경찰 등)
단속적 근로	간헐적·단독적 업무로서 업무시간 중에 대기기간이 많고 실 근무시간이 적은 업무(승용차·통근버스의 전용운전원, 임원수행기사 등) 통상업무는 한가하나 돌발적인 사고발생에 대비하는 업무(기계수리공, 전기수리공 등) 실근무시간이 대기시간의 반 정도 내지 그 이하인 업무(보일러공, 취사부, 화불적하 종사자 등) 주한미군부대에 종사하는 소방원 해외사업장에서 종사하는 요리·이발·경비·운전 등에 종사하는 자 생산업체의 고압보일러실에 종사하는 자 건물시설관리를 위해 휴일·야간에 대기하는 자

표7 감시·단속적 직종

나) 고용노동부장관의 승인

감시·단속적 근로에 종사하는 근로자라고 해서 당연히 근로시간과 휴게 등에 관한 근로기준법 적용이 제외되는 것은 아닙니다. 즉, 감시·단속적 성격을 갖는 근로라 하더라도 고용노동부장관의 승인을 받지 않으면 근로시간·휴일·휴게에 관한 규정이 그대로 적용됩니다. 고용노동부의 적용제외 승인 기준을 살펴보겠습니다. 특히 기억해야 할 점은 승인을 받기 위해서는 승인 기준에서 정하고 있는 모든 기준을 충족해야만 한다는 사실입니다.

관련 법률 – 근로감독관집무규정 제68조 (감시적·단속적 근로에 종사하는 자에 대한 적용제외 승인)

① 「근로기준법」제63조 제3호 및 같은 법 시행규칙 제10조 제2항에 따른 "감시적 근로에 종사하는 자"의 적용제외 승인은 다음 각 호의 기준을 모두 갖춘 때에 한한다.

1. 수위·경비원·물품감시원 또는 계수기감시원 등과 같이 심신의 피로가 적은 노무에 종사하는 경우. 다만, 감시적 업무이기는 하나 잠시도 감시를 소홀히 할 수 없는 고도의 정신적 긴장이 요구되는 경우는 제외한다.
2. 감시적인 업무가 본래의 업무이나 불규칙적으로 단시간동안 타 업무를 수행하는 경우. 다만, 감시적 업무라도 타 업무를 반복하여 수행하거나 겸직하는 경우는 제외한다.
3. 사업주의 지배 하에 있는 1일 근로시간이 12시간 이내인 경우 또는 다음 각 목의 어느하나에 해당하는 격일제(24시간 교대) 근무의 경우
   가) 수면시간 또는 근로자가 자유로이 이용할 수 있는 휴게시간이 8시간 이상 확보되어 있는 경우
   나) 가목의 요건이 확보되지 아니하더라도 공동주택(「주택법 시행령」제2조제1항 및「건축법 시행령」별표 1 제2호 가목부터 라목까지 규정하고 있는 아파트, 연립주택, 다세대주택, 기숙사) 경비원에 있어서는 당사자 간의 합의가 있고 다음날 24시간의 휴무가 보장되어 있는 경우

② 「근로기준법」제63조 제3호 및 같은 법 시행규칙 제10조 제3항에 따른 "단속적 근로에 종사하는 자"의 적용제외 승인은 다음 각 호의 기준을 모두 갖춘 때에 한한다.

1. 평소의 업무는 한가하지만 기계고장 수리 등 돌발적인 사고발생에 대비하여 대기하는 시간이 많은 업무인 경우
2. 실 근로시간이 대기시간의 반 정도 이하인 업무로서 8시간 이내인 경우. 다만, 격일제(24시간 교대) 근무인 경우에는 당사자 간의 합의가 있고 다음날 24시간의 휴무가 보장되어야 한다.
3. 대기시간에 근로자가 자유로이 이용할 수 있는 수면 또는 휴게시설이 확보되어 있는 경우

③ 제1항 및 제2항의 근로시간은 일정기간(주 또는 월 등)의 평균적 개념으로 산정한다.

적용제외 승인은 사용자가 일방적으로 신청하며, 그 과정에 해당 근로자의 동의나 합의를 반드시 받아야 하는 것은 아닙니다. 승인은 개별 근로자를 대상으로 하지 않고 해당 업무를 대상으로 하기 때문에 한번 승인을 받으면 업무의 성격이나 근로형태가 바뀌지 않는 한 승인의 효력은 계속 유지됩니다. 그리고 근로형태에 따른 근로자 수를 대상으로 승인되기 때문에 승인받은 근로자 수가 증가하였다면 증가된 근로자 수에 대해서는 별도로 승인을 받아야 하지만, 단지 담당 근로자가 변경된 것이라면 다시 승인을 받을 필요가 없습니다.

Q&A

Q. 저는 매일 오후 8시부터 오전 9시까지 주차관리원 (혹은 경비원)으로 일하고 있습니다. 하는 일은 관리 업무로 계속 일해야 하는 것은 아니지만 대기시간처럼 상주하고 있다가 일이 있으면 해결해줘야 합니다. 급여는 최저임금에 가까운 시급을 시간만 곱해서 받고 있습니다. 주휴수당을 받을 수 있을까요?

A. 주차관리 (혹은 경비)업무는 감시적 근로로 사업장이 노동부의 인가를 받았다면 13시간에 대한 시급과 야간수당만 지급받을 수 있습니다. 인가를 받지 못했다면 연장 가산수당과 주휴수당도 청구 가능합니다.

다) 파견이나 용역업체의 변경

파견의 경우, 근로기준법상 근로시간이나 휴게시간 등에 관한 규정은 파견사업주가 아니라 파견근로자에게 실제 업무상 지시·감독을 하는 사용사업주가 사용자로서의 책임을 부담합니다. 따라서 근로시간 적용제외 승인 신청의 사용자 역시 파견사업주가 아니라 사용사업주입니다. 아파트 위탁관리업체가 변경되는 경우에는 영업양도계약으로 포괄적인 고용승계가 이루어졌는지 여부에 따라 적용제외 승인의 효력이 달라집니다.

Q&A

Q. 아파트 위탁관리업체가 변경되었습니다. 예전 위탁관리업체는 감시·단속적 근로자에 대한 적용제외 승인을 받았지만, 현재 관리업체는 승인을 받지 않았습니다. 승인 없이 사업을 계속하는 것이 정당한가요?

A. 아파트 위탁관리업체가 변경되어 경비원들의 소속이 바뀌었다면 새로운 위탁관리업체는 감시·단속적 근로자에 대한 적용제외 승인을 다시 받아야 하는 것이 원칙입니다. 다만, 위탁관리업체가 변경되면서 새로운 위탁관리업체가 예전 위탁관리업체 소속 근로자의 고용을 그대로 승계하고, 승계 이후 회사의 사업종류, 감시·단속적 근로 종사자의 종사업무·근로형태 및 승인근로자 수가 변경되지 않는 등 사업을 포괄적으로 양도·양수한 경우라면 감시·단속적 근로 종사자에 대한 적용제외 승인의 효력도 승계될 수 있습니다. 그러나 대부분 아파트 위탁관리업체가 변경될 때, 사업의 포괄적 양도·양수 및 고용승계가 이루어지지 않고, 입주자대표자회의가 예전 위탁관리업체와의 계약을 해지하고, 새로운 위탁관리업체와 위수탁계약을 체결합니다. 이 경우에는 새로운 위탁관리업체는 기존 경비원을 계속 고용한다 하더라도 적용제외 승인을 새로 받아야 합니다.

라) 감시·단속적 근로자와 포괄임금제

감시·단속적 근로자로 승인 받은 경우 근로자의 임금을 소위 "포괄임금제"로 설정하는 경우가 있습니다. 법원은 감시·단속적 근로 승인이 없는 사업장의 근로자라고 하더라도 포괄임금 근로계약은 가능하다고 판단하고 있습니다(대구지방법원 2013. 7. 11. 선고 2012나25553 판결). 따라서 감시·단속적 근로자의 임금체불사건에서 포괄임금제 여부는 반드시 사전에 확인해야 합니다.

마) 감시·단속적 근로자의 임금계산

감시·단속적 근로로 승인을 받은 경우 근로시간 및 휴게, 휴일규정이 적용되지 않으므로, 일반근로자와 달리 임금이 계산되어야 합니다.

Q&A

Q. 오전 8시부터 다음날 오전 8시까지 근무하는 경비원입니다. 점심시간은 1시간 부여되며, 저녁시간 역시 1시간 부여됩니다. 야간 휴게시간은 4시간씩 부여됩니다. 이때 회사로부터 받아야 할 임금은 얼마인가요?

A. 감시·단속적 근로로 승인 받은 경우 근로시간 및 휴게시간에 관한 규정이 적용되지 않으므로 실제 근무한 시간을 기준으로 임금을 계산해야 합니다. 구체적인 산정방식을 표로 정리하면 아래와 같습니다.

유급 근로시간	24시간 – 휴게시간 6시간(1 + 1 + 4) + 야간근로 2시간(4 × 0.5) = 20시간
월급 계산	a. 월기본급 = 18시간 × 시급 8,350원 × 365일 ÷ 2(격일) ÷ 12개월 = 2,285,813원 b. 월야간수당 = 2시간 ×시급 8,350원 × 365일 ÷ 2(격일) ÷ 12개월 = 253,979원 월급 = a + b = 2,539,792원

바) 고용노동부 감단 인가 없는 교대제인 경우

고용노동부 장관의 감시·단속적 근로에 대한 승인이 없는 교대제 근무는 일반적인 근무와 같이 가산수당 및 주휴일(수당)을 부여받아야 합니다. 이때 주휴일은 0시에서 24시 단위부여가 원칙이나 교대제는 1주 1회 이상 계속하여 온전한 1일(24시간)이 보장되면 허용됩니다.

③ 관리·감독직

관리·감독업무 또는 기밀을 취급하는 업무를 하는 자는 근로시간, 휴일, 휴게에 관한 규정이 적용되지 않습니다(근로기준법 제63조 제4호 및 시행령 제34조). 판례나 노동부 행정해석은 일단 이러한 관리 감독의 지위에 있는 자를 아주 좁게 해석합니다. 1) 노무관리방침의 결정에 참여하거나 노무관리상의 지휘권한을 가지고 있는지 여부, 2) 출퇴근 등에 있어 엄격한 제한을 받지 않고 근무시간에 대한 어느 정도의 자유재량을 가지고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 판단합니다. 다만, 이런 지위에 있는 자로 판단되면 근로시간이 적용되지 않으므로 시간외근무에 대하여 가산수당 뿐만 아니라 통상임금 자체를 지급할 필요가 없는 것으로 보고 있습니다(대법원 1989. 2. 28. 선고 88다카2974 판결).

④ 근로시간 적용제외 특례 사업장

근로기준법은 일정사업(특례업종)에 대하여 사용자가 근로자 대표와 서면합의를 한 때에는 1주 12시간을 초과하여 연장근로하게 하거나 휴게시간을 변경할 수 있습니다. 다만, 이 경우에도 연장근로가 있는 경우 가산수당을 별도로 지급해야 하며, 시간을 변경하더라도 휴게시간은 부여되어야 합니다. 해당 규정은 출산 후 1년이 경과하지 않은 여성근로자, 연소근로자, 유해·위험작업에 종사하는 근로자에게는 적용할 수 없습니다.

관련 법률 – 근로기준법 제59조(근로시간 및 휴게시간의 특례)

①「통계법」제22조제1항에 따라 통계청장이 고시하는 산업에 관한 표준의 중분류 또는 소분류 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업에 대하여 사용자가 근로자대표와 서면으로 합의한

경우에는 제53조제1항에 따른 주(週) 12시간을 초과하여 연장근로를 하게 하거나 제54조에 따른 휴게시간을 변경할 수 있다.

1. 육상운송 및 파이프라인 운송업. 다만, 「여객자동차 운수사업법」 제3조제1항제1호에 따른 노선(路線) 여객자동차운송사업은 제외한다.
2. 수상운송업
3. 항공운송업
4. 기타 운송관련 서비스업
5. 보건업

② 제1항의 경우 사용자는 근로일 종료 후 다음 근로일 개시 전까지 근로자에게 연속하여 11시간 이상의 휴식 시간을 주어야 한다.

이러한 근로시간 특례업종은 법개정으로 크게 줄어들었으며, 특례업종에서 제외되는 기업들의 충격을 감소시키기 위하여 이번에 제외되는 업종 중 300인 이상 사업장에 한정하여 연장근로시간 제한 법률의 적용시점을 2019년 7월로 유예해 둔 상태입니다.

특례유지업종 5개	① 육상운송업 ② 수상운송업 ③ 항공운수업 ④ 기타 운송관련 서비스업 ⑤ 보건업 ✷ 육상운송업 중 노선여객자동차운송사업은 제외
특례제외업종 21개	① 보관 및 창고업 ② 자동차 및 부품판매업 ③ 도매 및 상품중개업 ④ 소매업 ⑤ 금융업 ⑥ 보험 및 연금업 ⑦ 금융 및 보험 관련 서비스업 ⑧ 우편업 ⑨ 전기통신업 ⑩ 교육서비스업 ⑪ 연구개발업 ⑫ 시장조사 및 여론조사업 ⑬ 광고업 ⑭ 숙박업 ⑮ 음식점 및 주점업 ⑯ 영상·오디오 기록물 제작 및 배급업 ⑰ 방송업 ⑱ 건물 산업설비 청소 및 방제서비스업 ⑲ 하수·폐수 및 분뇨처리업 ⑳ 사회복지서비스업 ㉑ 미용·욕탕 및 유사서비스업

그림3 근로시간 특례유지업종

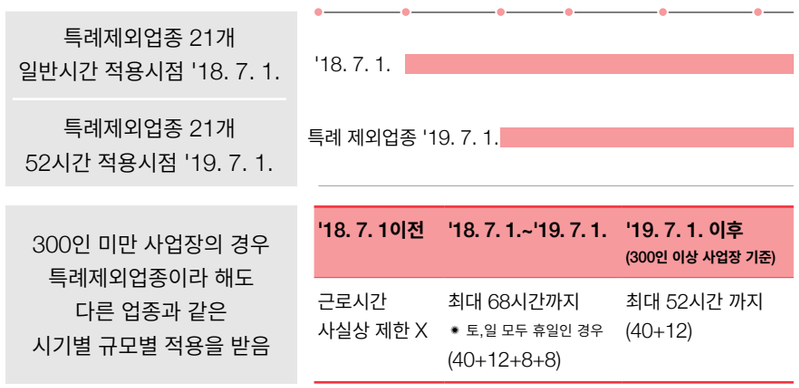

그림4 특례업종 주52시간 근로 적용시기

또한 2018년 9월 1일부터는 특례업종에 해당되더라도 근로일 종료 후 다음 근로일 전까지 연속하여 11시간 이상 휴식시간을 부여하도록 개정되어 최소한의 근로자 건강보호 조치를 마련했습니다.

2 휴일

(1) 휴일과 휴가의 차이

휴일이란 근로자가 근로의 의무뿐만 아니라 사용자로부터 일체의 구속에서 벗어나는 날을 말합니다. 따라서 일정한 조건을 갖추어 근로자가 신청을 해서 쉬는 휴가와 차이가 있습니다. 그래서 이미 정해진 휴일에 근로자는 별도의 절차 없이 당연히 쉬지만 휴가는 회사가 정한 절차에 따라 신청하고 승인을 받아야 사용할 수 있습니다.

(2) 법정휴일과 약정휴일

휴일은 크게 법에서 정한 법정휴일과 사용자와 근로자가 협약으로 약속한 약정휴일로 나눌 수 있습니다. 법정휴일에는 주휴일(보통 일요일)과 매년 5월 1일인 근로자의 날이 있고, 유급으로 쉴 수 있습니다. 그러나 법정휴일이 아닌 약정휴일은 그렇지 않습니다. 사용자가 당연히 휴일을 부여해야 하는 것은 아니므로, 별도의 약정(근로계약서 혹은 취업규칙의 휴일규정 등)으로 유·무급이 결정됩니다. 국경일이나 추석, 설날 등 공휴일은 관공서의 휴일이기 때문에 사기업에 당연히 적용되지 않습니다. 따라서 '공휴일을 유급휴일로 한다.'는 등의 규정이 없다면 3·1절에 근무를 하게 하거나, 무급 휴일로 정해도 위법은 아닙니다.

	법정휴일	약정휴일
종류	• 주휴일 • 5월 1일 노동절	• 공휴일(국경일, 명절, 선거일 등), 회사창립기념일, 노동조합 창립기념일 등
근거	• 근로기준법 • 근로자의 날 제정에 관한 법률	• 취업규칙·단체협약 등에 조건, 유·무급여부, 일수 등을 규정

표8 휴일의 종류

그런데 2020년부터는 관공서의 휴일(공휴일)이 민간기업의 유급휴일로 단계적으로 도입됩니다.

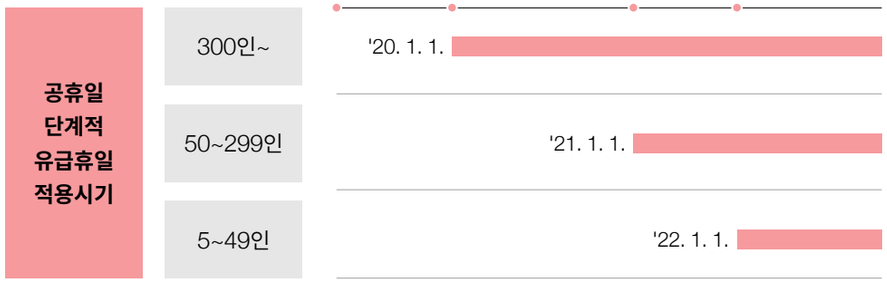

그림5 공휴일 단계적 유급휴일 적용시기

관련 법률 – 관공서의 휴일에 관한 규정 제2조 (공휴일)

1. 일요일
2. 국경일 중 3·1절, 광복절, 개천절 및 한글날
3. 1월 1일
4. 설날 전날, 설날, 설날 다음날(음력 12월 말일, 1월 1일, 2일)
5. 삭제
6. 석가탄신일(음력 4월 8일)
7. 5월 5일(어린이날)
8. 6월 6일(현충일)
9. 추석 전날, 추석, 추석 다음날(음력 8월 14일, 15일, 16일)
10. 12월 25일(기독탄신일)

10의2 공직선거법 제34조에 따른 임기만료에 의한 선거의 선거일

11. 기타 정부에서 수시 지정하는 날

(3) 주휴일

① 주휴일과 주휴수당

주휴일이란 1주일 동안 개근한 근로자에게 1일의 유급휴일을 부여하는 것을 말합니다. 근로기준법은 1주 15시간 이상 일하는 근로자가 소정근로일을 개근하면 주휴일을 부여하도록 명시하고 있습니다(근로기준법 제55조).

주휴일은 통상 관공서가 휴무하는 일요일로 하지만, 다른 요일로 정해도 무방합니다. 다만, 주휴일은 근로계약서상 특정요일로 명시되어 있어야 합니다. 교대제 근무의 경우 매주 주휴일이 변경될 수도 있지만 근로자가 이를 예측할 수 있도록 사전에 정해져 있어야 하며, 사용자가 주휴일을 변경하고자 하는 경우 24시간 전에 고지하고 근로자와 합의하여야 합니다.

주중에 결근을 했다면 주휴일을 무급으로 처리해도 됩니다. 그러나 연차 등 유급휴가를 사용한 날은 출근한 것으로 인정되고. 지각이나 조퇴도 결근이 아니므로 아무리 여러번 쌓이더라도 이를 이유로 주휴수당을 미지급해서는 안 됩니다.

주휴일은 근로하지 않아도 유급으로 처리되는 날이므로, 만약 주휴일에 근로를 시킨다면 총2.5배(근로의 대가 100% + 주휴수당 100% + 휴일가산 50%)의 급여를 지급해야 합니다. 월급제는 주휴일(수당)이 월 급여에 포함되어 있는 것으로 보기 때문에 주휴일에 근로한 경우 1.5배의 추가 급여만 지급하면 됩니다. 아르바이트 등 시급제 근로자는 시급과 별개로 주휴수당을 지급받아야 합니다.

Tip. 주휴수당 적용제외대상

- 초단시간 근로자(주15시간 미만 근로자)
- 퇴사하는 주
- 결근 있는 주
- 입사하는 주도 1주 만근되는 날 이후부터 발생
- 감시단속적 승인 받은 경우

② 일용직 근로자와 주휴일

일용직 근로자에게도 당연히 근로기준법이 적용됩니다. 근로기준법 시행령 제30조에서는 유급휴일의 조건으로 1주간 소정근로일수를 개근해야 한다고 명시하고 있습니다. 일용직의 특성상 주휴일이 발생할지 예정할 수 없기 때문에, 소정근로일수를 개근해야 한다는 조건이 적합하지 않습니다. 그래서 일용직 근로자의 경우 1일 단위 근로라면 근로기준법상의 주휴일이 부여되지 않습니다. 다만 계속적으로 실제 1주간 6일을 개근하는 경우 주휴일을 부여해야 한다는 것이 통상적인 판단입니다.

일용근로자에 대해 주휴수당을 미리 임금에 포함할 수 있는지에 대해서는 1일 단위로 근로관계가 단절되어 계속고용이 보장되지 않는 순수 일용근로자의 경우에는 주휴수당을 미리 임금에 포함할 수 없을 것이나, 일정기간 사용이 예정된 경우라면 근로기간 중 사용자가 소정근로일의 근무를 전제로 지급되는 주휴수당을 미리 임금에 포함하여 지급하는 것은 가능하다고 봅니다(근로개선정책과 – 2617, 2012. 5. 14).

③ 단시간 근로자의 주휴일

일반 근로자에 비하여 근로시간이 짧은 단시간 근로자(파트타임 등)가 1주간 소정근로일수를 개근하면 주휴일을 부여해야 합니다. 이 경우에도 주당근로시간이 15시간 미만인 경우에는 주휴일(수당)이 발생하지 않습니다.

④ 주휴수당 계산 방법

주휴수당은 일급여 및 시급으로 산정이 가능합니다. 따라서 주휴수당 산정시 월급제인지, 시급제근로자인지 여부를 사전에 판단해야 합니다.

1주 소정근로시간이 40시간인 근로자의 주휴수당은 일 근로시간 8시간에 해당하는 임금입니다.

가) 통상 근로자

주 40시간 일하는 근로자의 주휴수당을 포함한 기본급의 계산방법은 다음과 같습니다.

월급

= 시급 × {일근로시간 × (주 근무일수 + 주휴일)} × (365일 ÷ 7일 ÷ 12개월)

= 최저임금 8,350원 × {하루 8시간 × (주5일 + 주휴일 1일)} × 월 4.34주

= 8,350원 × {(소정근로 40시간 + 주휴일 8시간) × 월 4.34주}

= 8,350원 × 209시간

= 1,745,150원 (2019년의 월 최저임금)

나) 단시간 근로자

1주일에 7시간씩 3일 일하는 단시간 근로자의 기본급과 주휴수당은 다음과 같습니다.

기본급 = 시급 × (한 주 근로시간 + 주휴시간) × 4.34 주

= 최저임금 8,350원 × (21시간 + 주휴 4.2시간*) × 4.34주

= 기본급 761,019원 + 주휴수당 152,204 원 = 913,223원

✷단시간근로자의 주휴시간 계산

$$\frac{\text{단시간근로자 소정근로시간}}{\text{통상근로자 소정근로시간}} \times 8\text{시간} = \frac{21\text{시간}}{40\text{시간}} \times 8\text{시간} = 4.2\text{시간}$$

(4) 휴일대체

정해진 휴일에 근로하고 휴일근로수당을 지급하는 대신, 다른 근로일에 휴무하도록 하는 것을 '휴일대체'라고 합니다. 이때, 단체협약 등에서 이러한 규정을 두거나, 그렇지 않더라도 근로자의 동의를 얻어 24시간 전에 미리 근로자에게 교체할 휴일을 특정하여 고지하면 적법한 휴일대체가 이루어진다고 봅니다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다590 판결, 임금근로시간정책팀-1815, 2006. 7. 21).

(5) 5월 1일 노동절

근로자의 날 제정에 관한 법률은 매년 5월 1일을 근로자의 날로 명시하면서 '근로기준법에 의한 유급휴일'로 정하고 있습니다. 근로자는 5월 1일을 유급으로 쉴 수 있습니다. 만일 5월 1일에 근무하면 휴일근로수당을 추가로 지급해야 합니다. 근로하지 않아도 1일치의 임금을 지급해야하며, 근로하는 경우 근로에 대한 임금과 가산수당을 추가로 지급해야 하므로 총 2.5일치의 급여가 지급되어야 합니다. 이 때 월급제 근로자의 경우 이미 1일치의 급여는 월급에 이미 포함되어 있으므로 1.5일치에 대해서만 추가 지급을 청구하면 됩니다.

① 단시간 근로자와 노동절

단시간 근로자에 대한 별도의 규정은 없지만, 근로기준법상 근로자에 해당하고 휴일과 휴가가 통상근로자에 비례해서 적용되는 것에 비추어 노동절에 대해서도 동일하게 적용되어야 합니다.

② 일용근로자와 노동절

일용근로자는 일일단위로 근로계약이 체결되고, 종료되어 원칙적으로는 주휴일, 연차유급휴가 등이 발생할 수 없습니다. 법원도 휴일제도의 취지를 고려할 때 연속된 근로관계가 있어야 한다고 보고 있습니다. 즉 노동절 전에 근로를 해왔고 이후에도 계속해서 근로할 것이 예정되어 있어야 한다는 것입니다. 일용근로자는 원칙적으로 유급휴일이 발생할 수 없지만 계속 반복하여 근로했고 그 기간 내에 노동절이 포함되었다면 유급휴일을 부여해야 합니다.

③ 교대제 근로와 노동절

교대제 근로자도 노동절은 유급으로 인정받습니다. 노동절이 비번인 교대제 근로자는 1일 소정근로시간만큼 유급으로 인정받습니다. 격일제의 경우 비번인 날이 노동절인 경우에 지급받는 하루치 유급수당은 그 특성상 일당의 절반이 됩니다. 예를 들어 감단승인을 받은 격일제 근로자가 24시간 중 휴게시간을 제외하고 18시간을 근무한다면 9시간 분의 임금을 받게 됩니다.

관련 행정해석

격일제 근무자는 근무일 다음의 휴무일(비번일)은 전일의 근무를 전제로 주어지는 것이므로, 격일제 근무자에게 지급하여야 할 통상 하루의 소정임금은 근무일의 절반에 해당하는 근로시간의 소정임금으로 함(임금근로시간정책팀-3961, 2006. 12. 27).

예) 24시간 격일제 근무자 : 근무일의 절반에 해당하는 12시간분의 임금 지급(임금근로시간정책팀-3356, 2007. 11. 13).

격일제 근로자가 노동절에 쉬지 않고 일을 하면 전날에 근로를 시작하여 근로자의 날까지 근로를 했더라도 일단 근로자의 날의 시업시작 이전까지는 전날의 연장으로 보아 휴일근로수당을 지급하지 않아도 됩니다. 하지만 근로자의 날에 근로를 시작해서 다음날까지 근로가 계속된 경우에는 다음날의 사업시작 전까지는 전일의 근로의 연장으로 보아 휴일근로수당(연장 및 야간근로에 해당되는 경우 연장, 야간근로수당은 각각 별도 산정)을 지급해야 합니다(근로개선정책과-4304, 2012. 8. 25).

④ 노동절과 휴일대체, 보상휴가제

노동절은 주휴일과 같이 근로자에게 적용되는 유급휴일이므로 해당 일에 쉬더라도 제공되는 급여에 더하여 근로제공을 한 때에는 근로한 일당을 추가로 지급하고, 추가로 휴일근로수당으로 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 합니다.

노동절은 법률로서 5월1일을 특정하여 유급휴일로 정하고 있으므로 다른 날로 대체(1일의 근로에 대해 1일로 교체하는 휴일대체)를 할 수는 없습니다. 다만 근로기준법 제57조에서 같은 법 제56조의 야간·휴일·연장근로에 대하여 보상휴가제를 실시할 수 있다고 규정하면서 근로자의 날을 제외하고 있지는 않으므로 근로자의 날의 근로에 대하여 임금을 지급하는 대신 1.5배의 보상휴가를 부여할 수는 있습니다.

관련 행정해석

- 근로자의 날은 법률로서 5월 1일을 특정하여 유급휴일로 정하고 있으므로 다른 날로 대체할 수 없다고 보아야 함. (1일 : 1일로 교체 불가)

• 근로자의 날의 근로에 대하여는 휴일근로수당을 지급하거나 보상휴가제를 실시할 수 있음.
(1.5배의 추가수당 지급 혹은 1.5배의 추가휴일 지급 가능)
「근로기준법」 제57조에서 같은법 제56조의 야간·휴일·연장근로에 대하여 보상휴가제를 실시할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 근로자의 날을 제외하고 있지 않으므로 근로자의 날의 근로에 대하여 임금을 지급하는 것을 갈음하여 휴가를 부여할 수 있음 (임금근로시간정책팀-3356, 2007. 11. 13).

Q&A

Q. 회사에서 공휴일, 명절을 쉬는데 연차휴가를 사용하라고 합니다. 잘못된 것 아닌가요?

A. 공휴일이나 명절은 관공서가 휴무하는 날이므로 사용자가 근로자에게 반드시 유급으로 보장해야 하는 것은 아니며, 연차휴가로 대체하는 것도 가능합니다. 그러나 그렇게 하려면 반드시 근로자대표와의 서면합의가 필요합니다. 동의를 얻지 않았다면 연차휴가를 별도로 사용할 수 있고, 미사용 휴가는 수당으로 받을 수 있습니다.

Q. 명절휴가를 주고 나서, 다음 달 주휴일에 근무를 해서 대체하라는데 불법 아닌가요? 설날에 공휴일 앞뒤로 이틀을 더 쉬도록 했는데, 다음 달 초 토요일과 일요일에 근무를 하라고 합니다. 휴일근무수당을 받아야 되는 것 아닌가요?

A. 이 경우 단체협약이나 취업규칙에 근거규정이 있다면 휴일근무로 보지 않고 평일근무로 봅니다. 즉, 휴일근무수당이 발생하지 않습니다. 이를 '휴일의 사전대체'라고 합니다. 그러나 단체협약이나 취업규칙에 규정이 있거나 사전에 근로자의 동의를 얻고, 대체할 휴일을 고지해야 합니다. 만일 사전에 통지하지 않고 사용자 임의로 그렇게 했다면 휴일근무수당을 청구할 수 있습니다.

3 연차휴가

(1) 연차유급휴가

연차유급휴가란 1년을 단위로 하여 근로자에게 휴가를 부여함으로써 근로자에게 정신적·육체적 휴양을 제공하여 노동의 재생산을 도모하고, 근로자가 일과 가정의 양립을 시킬 수 있도록 하는 제도이며, 보상적 성격을 가지는 법정유급휴가입니다(근로기준법 제60조).

(2) 연차유급휴가의 발생

① 연차유급휴가의 발생

근로기준법에 따라 근로자는 1년의 80%이상 개근시 연 15일 이상의 연차유급휴가가 발생합니다. 또한 1년 미만 근로자나 1년간 80%미만 개근한 자는 1개월 개근시 1일씩의 연차유급휴가가 발생합니다.

다만 5인 미만 사업장 및 1주 평균 15시간 미만 근로자는 연차유급휴가가 발생하지 않습니다. 사업주는 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게는 기본휴가일수에 최초 1년을 초과하는 계속근로연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 부여할 의무가 있으며, 총 휴가일수는 25일을 한도로 합니다.

1년미만	1년	3년	5년	7년	9년	11년	13년	15년	17년	19년	21년이상
매월1일	15일	16일	17일	18일	19일	20일	21일	22일	23일	24일	25일
	26일										

표9 근속년수와 연차유급휴가 일수

② 1년 미만자의 연차유급휴가

1년 미만 근로자는 1개월 만근 시 1일의 연차유급휴가가 발생합니다. 또한 1년이 되는 바로 다음날에 추가로 15일의 연차유급휴가가 발생합니다. 개정 전 근로기준법에서는 1년 이상이 되었을 때 부여되는 연차휴가 15일에서 1년 미만이었을 때의 연차휴가 사용일수를 제외하였으나, 2018년 5월 29일 개정법 시행으로 인하여 1년 미만자의 연차유급휴가를 차감할 수 없습니다. 따라서 2017년 5월 30일 이전 입사자는 1년 만근 시 총 15일의 연차유급휴가가 발생하며, 2017년 5월 30일 이후 입사자는 1년 만근 시 총 26일의 연차유급휴가가 발생합니다.

기존 근로기준법	**입사 2년 내 연차 15일**	
	입사 1년 미만자 1개월 개근마다 1개씩 발생 최대 11일 발생	입사 1년 만근 직후 15일 발생 - 1년차 때 사용 11일 = 2년차 때 나머지 4일 사용가능
↓		
개정 근로기준법	**입사 2년 내 연차 26일**	
	입사 1년 미만자 1개월 개근마다 1개씩 발생 최대 11일 발생	입사 1년 만근 직후 15일 발생 + 1년차 때 사용 11일 = 2년 이내 26일 사용가능

그림6 1년 미만자의 연차휴가 일수

③ 1년 계약직의 연차유급휴가

1년의 근로계약기간을 정하여 계약하는 경우 1년을 채우게 되면, 1년 미만 때 발생하는 1개월 개근 당 1일의 연차휴가가 11개, 1년을 채우면 발생하는 15일을 합하여 총 26일이 발생합니다. 1년을 채운 이후 2년차의 근로를 하루도 하지 않는다 하더라도 새로 발생하는 15일은 그대로 발생합니다. 즉, 1년 계약직 근로자가 1년만 근무하고 나가는 경우라도 연차휴가를 전혀 사용하지 않았다면 총 26일의 연차휴가수당을 지급해야 합니다. 이렇게 되면, 1년만 근로한 자와 1년 10일 근로한 자, 1년 11개월 근로한 자가 모두 26일의 연차를 모두 동일한 일수로 보장받게 됩니다.

관련 판례

유급으로 연차휴가를 사용할 권리는 근로자가 1년간 소정의 근로를 마친 대가로 확정적으로 취득하는 것이므로, 근로자가 일단 연차유급휴가권을 취득한 후에 연차유급휴가를 사용하기 전에 퇴직 등의 사유로 근로관계가 종료된 경우, 근로관계의 존속을 전제로 하는 연차휴가를 사용할 권리는 소멸한다 할지라도 근로관계의 존속을 전제로 하지 않는 연차휴가수당을 청구할 권리는 그대로 잔존하는 것이어서, 근로자는 근로관계 종료시까지 사용하지 못한 연차휴가일수 전부에 상응하는 연차휴가수당을 사용자에게 청구할 수 있는 것이다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다48556 판결).

④ 단시간근로자의 연차유급휴가

단시간근로자의 연차유급휴가는 1주 40시간 근로자의 연차유급휴가에 비례하여 시간으로 발생합니다.

$$\text{통상근로자의 연차휴가일수} \times \frac{\text{단시간근로자의 근로시간}}{\text{통상근로자의 근로시간}} \times 8\text{시간}$$

예를 들어, 1일 7시간씩 주5일 일하는 단시간 근로자가 1년 이상 근속한 경우 발생하는 연차휴가는 위 계산식에 따라서 다음과 같이 계산합니다.

15일 × (35시간 ÷ 40시간) × 8시간(통상근로자의 근로시간) = 105시간

그래서 연간 105시간의 연차휴가를 사용할 수 있고, 1일 휴가를 사용하면 1일의 소정근로시간 7시간이 공제됩니다.

⑤ 1년간 80%이상 출근의 판단

가) 휴일·휴가 사용일

근로기준법이나 취업규칙, 단체협약에 정한 유급휴일과 휴가를 사용한 기간은 근로제공의무가 없는 날로 소정근로일수에서 제외하고, 나머지 근로일에 80% 이상 출근했는지를 따져 판단합니다.

나) 업무상 재해, 출산전후휴가, 육아휴직기간

원칙적으로 80% 이상 출근하지 않으면 연차휴가가 발생하지 않지만 예외가 있습니다. 업무상 재해로 인해 휴업한 기간, 출산전후휴가를 사용한 기간은 출근한 것으로 보고 연차유급휴가에서 불이익을 줄 수 없습니다. 부당해고로 인해 출근하지 못한 기간, 위법한 직장폐쇄기간, 사용자의 귀책사유로 출근하지 못한 경우에도 출근한 것으로 간주합니다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다95519 판결).

육아휴직기간은 법 개정 전에는 복직 시 사용할 수 있는 연차유급휴가를 휴직 전 출근기간에 비례하여 산정한다는 것이 노동부의 입장이었으나, 근로기준법 제60조 제6항 제3호의 신설로 육아휴직기간을 출근일수와 소정근로일수 모두에 산입하게 되었고, 이로 인해 휴직 전 출근기간과 육아휴직기간을 합한 1년간의 출근율에 따라 산정하도록 개정되었습니다.

이때 육아휴직으로 휴업한 기간을 출근한 것으로 보는 개정법의 적용대상은 부칙에서 이 법 시행(2018년 5월 29일) 후 육아휴직을 '신청한 경우'부터 적용하는 것으로 되어 있으나 고용노동부에서는 신청서면 작성 및 제출은 훈시규정이므로 신청일의 확인이 어렵다는 이유로 법 시행 후 육아휴직을 '시작한 경우'부터 적용 가능한 것으로 해석하고 있습니다.

다) 연차휴가의 비례삭감

근로자의 사정으로 인한 휴직 등의 경우에 대해 근로기준법에는 별도의 규정이 없지만 판례는 비례해서 부여해야 한다고 합니다. 연차휴가일수는 15일 기준으로 휴업한 기간만큼 비례해서 공제됩니다.

$$\frac{\text{(연간 소정근로일수 - 제외소정근로일수)}}{\text{연간소정근로일수}} \times 15\text{일} = \text{연차유급휴가일수}$$

(3) 연차유급휴가의 사용

① 발생일로부터 1년 이내 사용

연차휴가는 발생일로부터 1년 이내에 사용해야 하고, 1년이 지나면 연차휴가권은 소멸하고 연차수당 청구권으로 전환됩니다. 만일 근로자가 연차휴가를 신청했음에도 사용자의 귀책사유로 사용하지 못했다면, 사용가능기간은 늘어납니다.

② 근로자의 시기지정권과 사용자의 시기변경권

연차휴가는 근로자의 권리로 근로자가 원하는 시기에 사용할 수 있습니다. 근로자는 취업규칙이나 단체협약에 정하는 절차에 따라 연차휴가일을 지정하여 신청하고, 사용자는 별다른 사정이 없는 이상 이를 승인하여야 합니다. 다만 사업운영에 막대한 지장을 주는 경우에 사용자는 근로자에게 시기변경을 요구할 수 있습니다.

연차휴가 신청에 대한 별도의 절차가 정해져 있지 않아서 휴가 전날 전화로 신청한 경우라면, 사용자가 시기 변경의사를 명확하게 밝히지 않는 이상 적법하게 연차휴가를 사용한 것으로 볼 수 있습니다. 이때 유의해야할 점은 당일에 전화로 신청한 경우는 이미 당일의 오전 0시가 지난 다음의 연차유급휴가의 신청이기 때문에 사전청구가 아니라 '사후청구'가 된다는 점입니다. 따라서 당일청구의 휴가를 인정하지 않고 결근으로 처리하더라도 위법은 아니라고 할 수 있습니다. 다만 당일 이후의 청구에 대해서는 사업주의 시기변경권 행사가 없다면 적법한 연차휴가 사용으로 볼 수 있을 것입니다. 이때 연차휴가의 사용신청 절차를 취업규칙 등에 정하고 있는 회사라면 이에 따라야 적법한 연차휴가 사용이 될 수 있습니다.

관련 판례

취업규칙에 근로자가 연차휴가를 청구하는 절차에 관한 정함이 없는 회사에서 근로자가 동료운전사와의 상호 폭행으로 입은 상해 때문에 출근하지 아니하면서 회사 차량계장 및 총무계장에게 전화상으로 치료기간 중 계속 연차휴가를 실시한 것으로 처리하여 달라고 하였다면 이는 적법하게 연차휴가를 청구한 것이고, 이에 대하여 회사가 근로기준법 제48조 제3항 단서에 의한 시기변경권을 행사하였다고 볼 만한 자료가 전혀 없으므로, 위 근로자가 출근하지 아니한 기간은 연차휴가권을 행사한 것이어서 결근한 것이라고는 볼 수 없다(대법원 1992. 4. 10. 선고 92누404 판결).

③ 연차유급휴가 사용촉진제도

연차유급휴가는 발생이후 1년간 사용할 수 있습니다. 근로기준법은 근로자의 정신적·육체적 휴양을 제공하기 위해 연차유급휴가를 사용을 촉진하고 있습니다. 연차유급휴가사용권이 소멸되기 전에 남은 연차유급휴가에 대해 사용자는 근로자에게 연차유급휴가를 사용할 것을 권고할 수 있는데 이를 연차유급휴가의 사용촉진제도라고 합니다. 연차유급휴가의 사용촉진제가 유효한 경우에는 미사용 연차유급휴가에 대하여 수당을 청구할 수 없습니다.

시기지정 촉구	사용기간(1년)종료일 6개월 전을 기준으로 10일 이내에 근로자에게 연차유급휴가사용시기를 정하여 통보하도록 서면으로 촉구할 것.
사용시기 지정	근로자가 연차유급휴가사용시기를 통보하지 않은 경우, 사용자는 사용기간(1년) 종료일 2개월 전에 휴가시기를 지정하여 근로자에게 통보할 것.

표10 연차유급휴가 사용촉진 방법

④ 연차유급휴가 대체제도

설, 추석명절, 공휴일 등 특정일을 지정하여 연차유급휴가를 사용한 것으로 대체가 가능한데 이를 연차유급휴가 대체제도라고 합니다. 연차유급휴가의 대체를 위해서는 근로자대표와의 서면합의서를 작성해야 하며, 서면합의는 반드시 사전에 이루어져야 합니다. 적법한 연차대체합의서를 작성 및 시행한다면 특정일에 연차유급휴가를 사용한 것으로 볼 수 있습니다.

또한 월급여에 연차유급휴가수당을 미리 포함시켜 지급하는 경우도 있습니다. 연차휴가수당의 사전지급을 이유로 연차휴가를 사용하지 못하도록 하는 것은 허용되지 않습니다. 그러나 급여에 연차휴가수당을 포함하여 지급하고 근로자가 연차휴가를 사용하면 이미 지급한 연차휴가수당이 차감되는 방식은 가능합니다.

(4) 연차유급휴가수당 및 미사용수당

연차유급휴가수당이란 유급휴가라는 연차휴가의 특성상 근로자가 휴가사용으로 근로를 제공하지 않더라도 지급하는 수당을 의미합니다. 근로기준법은 연차유급휴가수당을 평균임금 또는 통상임금으로 지급하도록 규정하고 있으며, 보통은 통상임금으로 지급합니다.

연차유급휴가를 사용하지 못한 경우 미사용수당을 청구할 수 있습니다. 미사용수당은 연차유급휴가발생일로부터 1년 동안 사용하지 못한 경우, 휴가청구권이 소멸된 직후의 임금지급일에 발생합니다. 미사용수당은 휴가청구권이 수당청구권으로 전환된 날로부터 3년간 청구할 수 있습니다.

Q&A

Q. 2018년 1월 1일 입사자의 경우 1개월을 개근하면 2월 1일자로 발생하는 1일의 연차휴가의 사용시기와 수당으로 지급해야 하는 시기는 언제인가요?

A. 발생한 날인 2018년 2월 1일부터 2019년 1월 31일까지 1년간 사용이 가능합니다. 이 사용기간을 넘긴 2019년 2월 1일자로 수당으로 지급해야 하며, 2월의 임금지급일(보통은 다음달인 3월 5일이나 10일)에 지급하면 적법합니다.

관련 자료 – 2018. 5. 고용노동부 「1년 미만 근로자 등에 대한 연차휴가 보장 확대 관련 개정 근로기준법 설명자료」

- 당사자 간 개별합의로 지급일을 유예하지 않는 한 지급일을 넘겨 미사용 연차수당을 지급한다면 임금체불에 해당.
- 사용기간이 남은 연차휴가를 회계연도 말일 등 특정시점에 수당으로 정산하는 것은 법취지상 허용되지 않음.
- 1년 차에 매월 1일씩 발생한 유급휴가 중 일부를 2년 차에 사용한 경우 먼저 발생한 휴가부터 순차적으로 사용한 것으로 처리(개근한 달 각각 발생하여 누적된 휴가 중 일부를 어떤 시점에 사용한 경우 사용자 또는 노동자가 특정 월에 발생한 휴가를 사용한 것으로 선택할 수 없음).
  ✷ 미사용수당 지급 시 혼선 및 당사자가 분쟁을 방지하기 위함.
- 노사가 1년차 때 매월 1일씩 발생한 연차유급휴가를 2년차 종료시점까지 사용할 수 있도록 취업규칙 및 단체협약 등으로 합의한 경우라면, 1년차 때 발생한 휴가의 미사용수당은 2년차가 종료한 다음날의 임금지급일에 지급하면 적법함.
  ✷ 노사간 합의하면 연차휴가 사용기간이 늘어나고 수당도 누락이 없으므로 노동자에게 불리함은 없다고 해석.
- 연차휴가는 노동자별로 입사일을 기준으로 산정하는 것이 원칙이나, 판례와 행정해석은 노무관리 편의상 취업규칙, 단체협약 등으로 노사가 합의할 경우 회계연도 기준으로 모든 노동자에게 일괄 부여하는 것도 허용.
- 회계연도 기준으로 할 경우 연도 중 입사자의 경우 다음연도에 대해 발생하는 휴가일수는 전년도 근속기간에 비례하여 산정.
  ✷ 노동자 퇴직시 입사일을 기준으로 한 연차휴가 일수보다 회계연도 일수가 적으면 부족한 일수만큼 수당으로 보상하여야 함.
- 회계연도 기준의 경우 연도 중 입사자는 입사일부터 월별 개근으로 1일씩 발생한 유급휴가도 다음 회계연도 개시시점부터 1년간 사용할 수 있는 것으로 보며, 미사용수당은 해당 회계연도 종료일 다음날의 임금지급일에 지급.

4 기타휴가

(1) 병가

① 병가신청

가) 업무외 질병, 부상 발생

업무외 질병, 부상이라고 하여도 업무연관성 여부를 따져 볼 필요가 있습니다. 그래서 업무상재해로 판단될 여지가 있으면 근로복지공단에 요양신청을 합니다. 업무연관성이 없지만 치료를 위해 휴직이 필요하다면 주치의 소견서를 받아 회사에 제출하는 등 회사 내부 절차를 따라야 합니다.

나) 진단서발급, 연차휴가 신청

휴직을 위해 예상치료기간이 명시된 주치의 소견서를 발급받습니다. 검사에 필요한 기간이나 병가가 승인되기 전까지는 연차휴가를 사용할 수 있으며, 회사의 규정에 따라 이후 병가기간으로 포함될 수도 있습니다.

다) 취업규칙, 단체협약 확인

취업규칙이나 단체협약에 병가에 관한 근거규정이 있는지 확인합니다. 보통은 아래와 같은 규정이 있고, 보장되는 일수가 회사마다 다르며, 병가규정이 아예 없는 회사도 있습니다.

사례 – 취업규칙(단체협약) 제45조 병가

① 업무외 부상, 질병으로 인해 휴직해야 하는 경우 최장 60일의 병가를 사용할 수 있다.

② 제1항의 병가는 주치의의 진단서를 첨부하여 별표 양식으로 신청해야 하며, 최초 30일에 대해서 유급(기본급)으로 한다.

병가는 당연히 유급은 아니고, 규정에 정한 바에 따릅니다. 규정에 따라 무급으로 해도 되고, 유급으로 할 수도 있습니다. 유급의 경우에도 기본급을 지급할지, 평균임금을 지급할지는 규정에 따라 다릅니다. 위의 취업규칙(단체협약)에서 보면 사업주는 60일의 병가를 허용해야 하며, 최초 30일은 기본급을 지급해야 할 의무가 있습니다. 해당기간을 초과하는 경우 다른 규정이 없다면 사업주의 재량에 따를 수밖에 없습니다.

라) 병가신청

취업규칙이나 단체협약에 정한 절차에 따라 병가를 신청하거나 휴직신청을 해야 합니다. 보통은 주치의 소견서와 회사가 정한 신청서를 제출하면 됩니다. 직접 제출하기 어렵다면, 유선으로 확인 후 우편이나 팩스로 제출하는 것도 가능합니다.

② 병가종료와 해고, 실업급여

신청한 병가기간이 종료되면 업무에 복귀해야 합니다. 복귀할 때에도 취업규칙 등에서 정하고 있는 복직절차가 있다면 그 절차에 따라야 합니다. 그러나 질병이 낫지 않아 치료기간이 더 필요하면 연장신청을 해야 하는데, 취업규칙이나 단체협약에

정해진 병가기간을 초과하면 사용자의 재량에 따릅니다. 규정에 정해진 병가를 다 소진했음에도 업무수행이나 복귀가 불가능하면 사용자는 근로자를 해고할 수 있습니다. 그러나 추가로 필요한 치료기간이 비교적 단기간이고 치료가 가능하다면 사용자의 해고조치는 지나치다고 볼 수도 있습니다. 그리고 사용자가 병가를 승인하지 않아 근로자가 치료를 위해 퇴사하는 경우는 자발적 이직이어도 실업급여를 받을 수 있습니다.

③ 병가기간과 퇴직금

병가를 모두 사용하고도 회복되지 않아 복직이 불가능해지면, 근로자는 스스로 퇴사하거나 해고될 수 있습니다. 퇴직금을 산정할 때, 병가기간이 평균임금 산정에 포함되면 퇴직금에 손해를 보게 됩니다. 사용자가 승인한 병가기간은 평균임금 산정기간에서 제외시키고, 병가 직전 3개월을 기준으로 평균임금을 산정합니다.

(2) 출산전후휴가

사용자는 임신 중의 여성에게 출산 전과 후를 통하여 90일의 출산전후휴가를 부여해야 합니다. 이 경우 출산 후에 45일 이상이 되어야 합니다. 이중 최초 60일은 사업주가 유급으로 처리하여야 하고, 사업주의 책임이 없는 나머지 30일에 대해서는 고용보험에서 근로자에게 30일당 최대 160만원(2018년 기준)의 출산휴가급여를 지원합니다.
우선지원대상기업의 경우는 90일에 대해서 모두 고용보험에서 지원하며, 사용자는 이중 최초 60일에 대해서는 고용센터에서 지급하는 출산휴가급여와 통상임금과의 차액을 별도로 지급하여야 합니다.

사용자가 출산전후휴가 확인서를 작성하여 발급해줘야 근로자가 출산전후휴가 신청서를 가지고 고용센터에 출산휴가급여를 신청할 수 있습니다. 이때 통상임금을 확인할 수 있는 자료(임금대장, 근로계약서 등) 사본이 필요합니다. 휴가 시작 1개월 이후부터 신청이 가능합니다.

(3) 배우자출산휴가

사용자는 근로자가 배우자의 출산을 이유로 휴가를 청구하는 경우에 5일의 범위에서 휴가를 주어야 합니다. 이 경우 최초 3일은 유급으로 2일은 무급으로 부여될 수 있습니다. 다만 배우자가 출산한 날로부터 30일이 지나면 청구할 수 없습니다(남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률 제18조의 2).

(4) 난임휴가

2018년 남녀고용평등법의 개정으로 난입휴가가 법정휴일로 신설되었습니다. 난임휴가는 난임치료를 위한 휴가로 1년에 1일은 유급으로, 무급 포함 최대 3일까지 가능합니다.
사업주는 난임치료휴가를 이유로 해당 근로자에게 해고, 징계, 그 밖의 불리한 처우를 하지 못하며 근로자가 난임치료휴가를 청구하였는데도 미부여한 사업주에게는 500만원 이하의 과태료가 부과됩니다(남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률 제18조의 3).

6장 · 공인노무사 권동희(법률사무소 새날)

산업재해

1 산업재해보상보험법의 개요

산업재해보상보험법(이하 '산재법'이라 합니다).은 노동자가 일을 하다가 다쳤거나 질병에 걸렸을 때 보상하는 법입니다. 산재법이 생기기 전, 그러니까 1964년 이전에는 근로기준법상 재해보상 규정에 의해 사용자가 직접 보상했습니다. 1964년 산재법이 생기면서 사용자에 의한 직접보상에서 사회보험으로 국가에 대한 보험급여를 청구할 수 있게 된 것입니다. 그런데 모든 노동자가 산재법의 적용을 받아 보상을 받을 수 있을까요? 산재법의 보상을 받기 위해서는 일정한 요건과 절차가 필요합니다.

(1) 기본 체크리스트

산재보험 가입 대상 사업장(일반 사업장은 상시 근로자 1인 미만이라도 가입대상입니다). 이외 다음과 같은 요건을 체크합니다.

체크리스트	체크
산재법 적용대상 사업장인지 여부	
해당 노동자가 근로기준법상 노동자인지 여부	
국내 사업장인지 여부	

표1 산업재해 상담 기본 체크리스트

(2) 세 가지 적용요건

① 법령 적용 사업장 요건

노동자가 업무 중 사고나 부상, 질병, 사망한 경우에는 산재법의 재해보상을 받을 수 있습니다. '산재법 제6조(적용범위)규정'은 '이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 사업장에 적용한다'라고 합니다. 즉, 모든 사업장은 산재법의 적용을 받는 것으로 하고 있습니다. 그러나 산재법 시행령 제2조(법의 적용 제외사업)를 통해 다음과 같이 적용제외 사업을 명시하고 있습니다. 기존에 주로 문제가 되는 경우는 건설사업자 등이 아닌 개인사업자가 2,000만원 미만의 공사를 하다가 다치는 경우였지만, 최근 시행령 개정으로 인해 2018. 7. 1.부터는 적용이 확대되었습니다. 즉 일반사업의 경우 상시근로자 1인 미만인 경우 및 건설업 중 2,000만원 미만의 공사 및 연면적이 100제곱미터 미만의 공사장에서 다칠 경우에도 산재법이 적용됩니다.

구분	2018. 7. 1. 이전(적용확대 전)	2018. 7. 1. 이후 (적용확대 후)
건설업	공사금액 2천만원 미만 또는 공사연면적 100㎡이하 사업장에서 업무중 사고: 산재 불인정	공사금액 2천만원 미만 또는 공사연면적 100㎡이하 사업장에서 업무중 사고: 인정
일반사업	상시근로자 1인 미만 사업장에서 업무중 사고: 산재 불인정	상시근로자 1인 미만 사업장에서 업무중 사고: 인정

표2 산재보험 적용 제외

다만 여전히 산재법상 재해보상이 안 될 경우 근로기준법상의 재해보상, 민사상 손해배상 등을 청구할 수 있습니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제2조(법의 적용 제외 사업)

제2조(법의 적용 제외 사업)

① 「산업재해보상보험법」(이하 "법"이라 한다) 제6조 단서에서 "대통령령으로 정하는 사업"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업 또는 사업장(이하 "사업"이라 한다)을 말한다.

1. 「공무원연금법」 또는 「군인연금법」에 따라 재해보상이 되는 사업
2. 「선원법」, 「어선원 및 어선 재해보상보험법」 또는 「사립학교교직원 연금법」에 따라 재해보상이 되는 사업
3. 삭제 〈2017. 12. 26.〉
4. 가구내 고용활동
5. 삭제 〈2017. 12. 26.〉
6. 농업, 임업(벌목업은 제외한다), 어업 및 수렵업 중 법인이 아닌 자의 사업으로서 상시근로자 수가 5명 미만인 사업

② 제1항 각 호의 사업의 범위에 관하여 이 영에 특별한 규정이 없으면 「통계법」에 따라 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류표(이하 "한국표준산업분류표"라 한다)에 따른다. 〈개정 2017. 12. 26.〉

③ 삭제 〈2017. 12. 26.〉

② 적용대상인 근로자성 여부

산재법의 적용대상은 근로기준법상 근로자의 경우에 한합니다. 산재법 제5조(정의)규정 제2호는 '2. "근로자" "임금" "평균임금" "통상임금"이란 각각 「근로기준법」에 따른 "근로자" "임금" "평균임금" "통상임금"을 말한다.'라고 하여, 근로기준법상 근로자의 경우에 한해 적용이 된다는 것을 명시하고 있습니다. 이와 관련하여 보험설계사, 레미콘기사, 골프장 경기보조원, 학습지교사, 택배기사, 퀵서비스기사 등은 산재법 제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례)조항에 의거, 임의적으로 가입할 경우에 한해 산재법의 적용을 받을 수 있습니다. 다만, 보험료는 사업주와 반반 부담해야 합니다. 가끔씩 사업주들이 적용제외신청서를 이들에게 받아 가입시키지 않는 경우도 많아서 실제 특수형태근로종사자의 가입률은 10%대입니다. (현재 레미콘 이외 건설기계 26개 직종 사업주에 대해서도 산재보험 가입 확대를 위한 산재법 개정안이 입법 예고된 상태입니다)

실무상 문제가 되는 경우는 근로기준법상 근로자성 여부가 불분명한 경우입니다. 특히 특수고용직 노동자·동거의 가족인 경우·형식상 대표이사지만 실질적인 근로자인 경우·사업자등록 명의인이지만 실제는 근로자인 경우·종전 근로자였다가 소사장으로 변경된 경우는 산재법 적용이 까다롭습니다. 통상 이러한 경우 근로복지공단에서는 근로자성이 인정되지 못하는 경우가 대부분입니다.

관련 판례 – 회사 관리자의 업무상 재해 인정 사건(서울행정법원 2007. 11. 27. 선고 2007구합20362, 서울고법 2008. 1. 22. 선고 2008누77 항소기각)

망인이 소외 회사에 대표이사인 원고의 배우자이고, 소외 회사의 이사 겸 주주이며, 소외 회사 사업장 건물의 소유자이기는 하나, 망인이 소외 회사에 출근하여 자금관리 등의 경리업무와 문서작성·접수 등의 일반관리업무를 수행하면서 소외 회사로부터 매월 일정한 급여를 지급 받았던 점, 소외 회사는 망인을 소속 근로자로 고용하였음을 이유로 산재보험을 비롯한 고용보험, 건강보험 등에 가입하였고, 망인의 근로소득에 대하여 근로소득세도 징수·납부한 점, 망인은 소외 회사의 주업종인 승강기 제작·설치에 관하여는 전문적인 지식이 없는 관계로, 소외 회사의 사무실에 근무하면서 소외 회사의 경리업무, 일반관리업무 등을 대표이사인 원고 다음의 중간관리자로서 처리하여 온 점, 망인의 월급여액이 소외 회사에서 원고 다음으로 다액이라고 하여 망인의 월급여액이 근로와 관련 없이 지급되는 금액으로는 볼 수 없는 점 등을 종합적으로 고려하면, 피고가 이 사건 처분사유에서 든 사정만으로는 망인이 사용종속관계 하에서 임금을 목적으로 소외 회사에 근로를 제공하는 근로자가 아니라고는 할 수 없을 것이다.

③ 속지주의 원칙

산재법은 국내 사업(장)을 대상으로 합니다. 이를 속지주의 원칙이라고 합니다. 그럼 우리나라 기업이 해외에 나가서 사업을 하는 경우에는 어떻게 될까요. 이와 관련하여 산재법은 제121조(국외의 사업에 대한 특례), 122조(해외파견자에 대한 특례) 조항을 두고 있습니다. 단순히 짧은 기간 해외 출장의 경우에는 산재법이 적용되지만, 장기간 해외 파견이 되거나 해외에 지사 등을 설립해서 노동자를 보내 일을 하는 경우에는 산재보험에 별도로 가입해야 합니다. 다만 명칭은 해외파견이라도 국내 사업장의 상시적인 지휘 감독을 받는 경우에는 실질적으로 출장이라고 봅니다. 이 경우에는 산재법의 적용을 받습니다.

(3) 근로기준법상 재해보상

위 세 가지 적용요건에 해당되지 않는 경우에는 기본적으로 근로기준법상 재해보상을 요구할 수 있습니다. 왜냐하면 산재법은 근로기준법상 규정된 재해보상 특별법의 성격을 가지고 있기 때문입니다. 근로기준법 제8장을 보시면 '재해보상' 규정이 있지요. 규정을 보면 산재법 제78조(요양보상), 제79조(휴업보상), 제80조(장해보상), 제82조(유족보상)등의 내용과 금원이 명시되어 있습니다. 근로기준법상 보상보다 산재법의 보상이 더 크기 때문에 산재법의 적용을 받는 것입니다. 산재법의 적용이 안 될 경우에는 근로기준법상 보상을 받을 수 있는 권리가 있습니다.

따라서 사용자에게 근로기준법상 재해보상 청구를 직접 한 이후 사용자가 이를 보상하지 아니하면 근로기준법에 의해 제소해야 합니다. 근로기준법 제88조(고용노동부장관의 심사와 중재)에 의거 지방노동관서에 "심사와 중재"를 요청할 수 있습니다. 이후 근로기준법 제89조(노동위원회의 심사와 중재)에 의거 노동위원회에 "심사와 중재"를 요청하여 보상받을 수 있습니다. 실무상 문제는 이 규정이 거의 사용되지

않아 노동부와 노동위원회에서 잘 모를 수도 있다는 것입니다.

(4) 공상처리에 대한 이해 및 대응

공상에 대한 상담도 많습니다. 공상은 산재법에도 근로기준법에도 없는 용어입니다. 쉽게 생각하면 산재법상 산재처리를 하지 않고 사업주가 임의적으로 보상처리를 하는 것입니다. 통상 사업주는 노동자에게 여러 가지 내용(가령 : 산재가 아니지만 치료비를 주겠다, 보험료가 올라간다, 산재가 나면 도와줄 수 없다, 해고시킬 수도 있다, 회사 명예가 훼손된다, 각종 입찰에 불이익을 받을 수 있다 등)을 이야기하며 공상으로 처리하고 산재를 은폐하고 있는 경우가 많습니다.

공상으로 인한 보상은 산재법에 의한 보상 및 치료보다 불충분한 경우가 많습니다. 특히 이후 재발하거나 상병상태가 악화될 경우 사업주가 이에 대한 보상을 회피할 수 있기 때문에 노동자로서는 '공상'보다는 산재법에 의한 보상 치료를 받는 것이 유리합니다. 공상으로 치료를 받고 있다고 하더라도 이후 산재법에 의한 요양신청을 해서 산재로 처리하는 것이 가능합니다.

(5) 산재 은폐에 대한 이해 및 대응

산재신청의 처리 주체는 사업주가 아닌 노동자와 그 가족(유족)입니다. 다수의 노동자들은 산재는 당연히 회사에서 처리해줄 의무가 있는 것으로 잘못 알고 있습니다. 심지어 사업주가 산재처리를 거부할 경우 산재신청을 못하는 것으로 아는 분도 많습니다. 그러나 법률상 사업주는 산재신청에 "조력해 줄 의무"만 있지 신청을 대신해 줄 법률상 의무가 없습니다. 산재법 제116조(사업주의 조력)규정에서 알 수 있듯이 조력해야 하는 당위적인 내용만을 명시했을 뿐입니다. 이를 위반해도 처벌받지 않기 때문에 산재사고가 나더라도 노동자의 책임으로 남을 뿐입니다. 따라서 산재사고에 대한 "신청주체"는 당해 피재 노동자(사망사고일 경우 '유족')라는 생각으로 철저히 준비해야 합니다. 현재는 재해노동자의 위임에 의거, 의료기관에서 산재신청을 대행할 수 있습니다.

산재 사고가 명백함에도 불구하고 사업주가 노동자의 적극적인 산재신청(요양신청)을 거부하고 노동자도 산재신청을 하지 못하게 하였을 경우 소위 "산재은폐"가 됩니다. 현재 회사는 산업안전보건법 제10조 및 이에 따른 시행규칙 제4조(산업재해발생보고)규정에 의거 3일 이상의 휴업치료가 필요한 산재사고가 있으면 반드시 관할 노동청에 보고해야 합니다. 그럼 공상처리도 산재은폐일까요? 당연히 산재은폐 행위이며, 산업안전보건법 위반사항입니다.

그럼 회사나 병원에서 위임을 받아 산재신청을 하면 좋은 것입니까? 항상 그렇지는 않습니다. 모든 산재사고는 사고의 경위와 내용이 정확히 기재되는 것이 중요합니다. 회사는 산재처리를 하되 자신의 잘못을 감추거나 숨기는 경우도 있습니다. 병원에서는 구체적인 업무의 내용이나 산재법리를 잘 모르고 단순히 재해경위를 기재하는 경우도 많습니다. 회사나 병원에서 산재처리를 하더라도, 재해자나 가족은 그 서류를 확인하는 것이 반드시 필요합니다.

(6) 미가입 사업장 및 보험료 미납 사업장의 재해

상시 1인 미만 노동자를 사용하더라도 2018. 7. 1.부터는 산재보험에 가입해야 합니다. 산재보험료도 사업주가 전액 부담하는 것입니다. 그럼 사업주가 산재보험 가입을 하지 않으면 산재처리가 되지 않을까요? 아닙니다. 산재보험 미가입 사업장의 경우 노동자에 대한 불이익은 사실상 없습니다. 다만, 사업주는 미가입 기간에 해당하는 보험료를 일괄 납부해야 할 뿐만 아니라 근로복지공단이 노동자에게 지급한 보상금액(요양급여, 휴업급여 등)의 50%를 납부해야 합니다. 다만 이 경우 납부해야 하는 산재보험료의 5배를 초과할 수 없습니다. 산재보험료를 사업자가 체납한 경우에는 어떨까요? 이 또한 사업주가 재해발생일로부터 보험료를 납부한 날의 전날까지 기간 중에 급여 청구사유가 발생한 보험급여액의 10%를 추가 납부해야 합니다. 다만 이 경우에도 납부해야 하는 산재보험료의 5배를 초과할 수 없습니다.

(7) 산재급여 무엇이, 얼마나 지급되나

산재보험 보험급여의 종류는 산재법 제36조(보험급여의 종류와 산정기준 등) '요양급여, 휴업급여, 장해급여, 간병급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비, 직업재활급여'로 규정되어 있습니다. 이를 도표로 구분하면 다음과 같습니다.

구분	내용	기타
요양급여	• 산재로 요양기간 중 진찰 및 검사, 수술비, 재활치료비, 입원비, 간호 및 간병비 등)를 지급 • 산재 승인전 기간에 대해서는 일단 노동자가 부담하고, 산재가 승인되면 요양비 청구를 별도로 해야 함 (실무상 요양비청구서라는 양식에 진료비 영수증, 진료비 세부내역서 등을 첨부)	현물급여 원칙
휴업급여	• 산재로 일하지 못한 기간에 대해 지급하는 보상급여 • 평균임금의 100분의 70에 상당하는 금액 • 요양기간이라고 하더라도 취업을 하는 경우나 할 수 있는 경우 지급하지 않음	
상병보상연금	• 요양 후 2년이 지난 이후 폐질의 상태가 일정한 요건에 해당될 경우 휴업급여 대신 보다 많은 수준으로 지급되는 급여	
장해급여	• 업무상 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸려 치유된 이후 신체에 장해가 남는 경우에 지급받는 급여 • 주로 의학적으로 장해의 수준과 내용에 대한 판단 문제	
간병급여	• 요양이 끝난 이후 장해상태가 1급 내지 2급의 중증장해에 해당되는 경우 지급	
유족급여	• 업무상 사망한 경우에 지급하는 급여 • 연금지급이 원칙이고, 필요한 경우 일시금 50%, 연금 50%로 지급받을 수 있음	
장의비	• 업무상 사망한 경우 평균임금의 120일 한도 내에서 장의비 명목으로 지급하는 급여	
직업재활급여	• 장해 12급 이상 자 등에게 취업을 위한 직업훈련비용 및 직업훈련수당 등으로 지급하는 급여	

표3 산재보험 급여

(8) 기타법상 재해보상 : 공무원, 사립학교 교직원, 군인, 선원

① 공무원 : 공무원재해보상법의 적용(2018. 9. 21. 시행)

공무원의 재해에 대한 보상은 공무원연금법에서 규정하고 있었으나, 2018. 3. 20. 공무원 재해보상법이 제정되어 2018. 9. 21. 시행되었습니다. 공무원 재해보상법의 규정 및 형식은 산업재해보상보험법의 내용을 많이 차용하였습니다.

공무원의 경우 일반 노동자와는 달리 소속된 기관이 신청주체가 됩니다. 즉, 공무상 요양승인신청을 연금취급기관(소속 기관)을 통해 공무원연금관리공단에 해야 합니다. 이 때 소속기관에서 작성한 상병경위서 등이 첨부되며, 상병경위서의 내용이 피재 공무원 노동자에게 유리하게 작성될 수 있도록 주의를 기울여야 합니다. 공무원연금관리공단에 제출되는 "공무상 요양승인 신청서" 외 타 증거서류도 공무(업무)와 당해 사고(상병) 간의 인과관계가 적극적으로 입증될 수 있도록 작성해야 합니다.

특히 유족보상금 청구 시 공무원의 경우 승인되면 보수월액의 36배의 금액, 공무상 유족연금이 지급되고 있습니다. 다만, 산재법의 "무과실책임주의"와는 달리 "중과실 처분"이 될 수 있기 때문에 피재 노동자의 과실이 가급적 나타나지 않거나 적게 보일 수 있도록 해야 합니다.

그리고 공무상 요양승인 신청이나 유족보상금 청구가 "불승인될 경우" 소속기관을 경유하지 아니하고 "급여에 관한 결정 등이 있은 날부터 180일, 그 사실을 안 날부터 90일" 이내 공무원연금 재심위원회에 "심사청구"를 제기할 수 있습니다. 실무적으로는 공무원연금관리공단에 심사청구서를 제출하게 되며, 이후 심사청구에서도 기각(불승인)될 시 90일 이내 행정소송을 제기할 수 있습니다.

② 사립학교 교직원 : 사립학교 교직원연금법의 적용

사립학교 교직원의 재해에 대해서는 사립학교교직원 연금법의 적용을 받습니다. 사립학교교직원연금법은 '공무원연금법' 및 '공무원재해보상법'을 준용하도록 합니다.

사립학교 교직원의 경우 업무 중 사고, 상병 발병 시 "직무상 요양승인 신청"이라는 서식을 사립학교 교직원 연금관리공단에 제출합니다. 이 경우 상병경위조사서 및 입증자료, 건강진단카드 등이 첨부되며 이러한 자료가 피재 노동자에게 유리하게 작성될 수 있도록 주의해야 합니다. 이러한 직무상 요양승인신청이 "부결"될 경우 사립학교 교직원연금 재심위원회에 심사청구 제기가 가능합니다. 심사청구에서도 "기각"될 경우 행정소송이 아닌 민사소송을 제기해야 합니다. 이 경우 민사소송은 직무상 요양비 수급권자의 확인소송으로 사립학교 교직원연금공단 관할 서울남부지방법원에 제기해야 합니다.

③ 기타 : 군인의 경우 군인연금법의 적용, 선원의 경우 선원법의 적용

군인의 경우 군인연금법의 적용을 받게 됩니다. 선원은 노동자이나 별도로 선원법을 두어 재해보상의 세부내용을 규정하고 있습니다. 즉 선원의 재해에 대해서는 선박소유자가 직접 요양보상, 상병보상, 장해보상, 유족보상, 장제비 등을 지급하도록 합니다. 그리고 직무상 부상·질병 또는 사망의 인정, 요양의 방법, 재해보상금액의 결정 그밖에 재해보상에 관하여 이의가 있는 자는 해양수산관청에 대하여 심사 또는 조정을 청구할 수 있도록 합니다. 해양수산관청이 규정에 의한 기간 내에 심사 또는 조정을 하지 아니하거나 심사 또는 조정의 결과에 이의가 있는 자는 선원노동위원회에 심사 또는 중재를 청구할 수 있습니다.

Q&A

Q. 왜 사업주가 산재신청을 거부하나요?

A. 사업주들은 납부하는 보험료가 올라가기 때문이라고 많이 얘기합니다. 산재보험료를 사업주가 부담하는 것은 맞지만, 산재처리를 할 때마다 반영되어 보험료가 올라가는 것은 아닙니다. 3년간 납부한 보험료와 산재급여의 비율을 계산해서 일정 수준 이상일 경우에 올라가는 시스템입니다. 그리고 30인 미만 사업장은 산재보험료가 올라가지 않습니다. 따라서 보험료가 무조건 올라간다고 하는 것은 잘못된 얘기입니다. 오히려 산재처리를 하지 않아 보험료가 낮아지기도 해서, 많은 산재은폐 사업장들이 돈을 벌고 있는 수단으로 악용합니다. 또 회사는 사업장 감독이나 불이익이 있다고 이야기합니다. 중대재해가 발생하거나 산재가 많이 발생하는 사업장의 경우 노동부의 감독 사업장이 될 수도 있습니다. 이를 고려해서 사업주들이 산재신청을 거부하는 경우가 많습니다. 건설공사의 경우 산재사고 발생률에 따라 입찰에 제한이 될 수는 있습니다. 그러나 무엇보다 중요한 것은 사업주가 산재처리를 해주느냐의 문제가 아니라, 산재신청은 노동자의 적극적인 권리라는 점입니다.

Q. 중소사업주인데, 산재가입을 할 수 있나요?

A. 네, 가입할 수 있습니다. 일단, 50인 미만 사업장이어야 합니다. 그리고 여객자동차운송업, 화물자동차 운송업, 건설기계사업을 하는 사업주인 경우 근로자를 사용하지 않아야 합니다. 산재법 제124조(중소기업 사업주에 대한 특례)조항에서 규정하고 있습니다. 따라서 산재사고가 빈발하거나 위험성이 높은 사업일 경우 가입하는 것이 유리합니다. 다만, 가입하더라도 출·퇴근 중 재해규정(시행령 제29조)은 적용되지 않습니다.

Q. 유족연금은 얼마나 받나요?

A. 유족보상연금액은 기본금액과 가산금액을 합산한 금액으로 계산됩니다. 피재노동자가 사망당시 부양하던 배우자, 자녀로서 25세 미만인자, 손자녀로서 19세 미만인 자, 부모 또는 조부모로서 각각 60세 이상인 자, 형제자매로서 19세 미만이거나 60세 이상인 자, 2급 이상의 장애(시각장애인의 경우 3급)가 있는 자인 경우에만 연금대상자가 됩니다.

기존	2019. 7. 1.시행
1. 배우자 2. 부모 또는 조부모로서 각각 60세 이상인 자 3. 자녀 또는 손자녀로서 각각 19세 미만인 자 4. 형제자매로서 19세 미만이거나 60세 이상인 자 5. 장애인 복지법에 의한 장애등급 2급 (시각장애인의 경우 3급)	1. 배우자 2. 부모 또는 조부모로서 각각 60세 이상인 자 3. 자녀로서 25세 미만인 자 또는 손자녀로서 19세 미만인 자 4. 형제자매로서 19세 미만이거나 60세 이상인 자 5. 장애인 복지법에 의한 장애등급 2급 (시각장애인의 경우 3급)

표4 산재법 제63조(유족연금 수급자격자)

연금은 지급대상자가 사망할 때까지 계속 지급되지만, 배우자의 경우 재혼을 한 때(사실상 혼인관계에 있는 경우 포함)와 자녀는 25세, 손자녀와 형제자매의 경우 19세에 이른 때, 친족관계를 종료한 때는 연금이 지급되지 않습니다. 위와 같은 사유에 의하여 지급되지 않게 된 연금에 대한 수급권은 같은 순위자의 다른 유족이나 다음 순위의 유족에게 순차적으로 이전됩니다.

예를 들어, 배우자와 25세 미만의 자녀 2명이 있는 노동자가 일 평균임금 10만원을 받으면서 일을 하던 중 사망한 경우라고 한다면, 아래와 같이 월 유족연금액이 계산됩니다.

기본금액 : 평균임금 365일분의 47%

가산금액 : 배우자 및 25세 미만의 자녀 2명, 총3명에 대한 15%(3×5%)

연금지급률 : 기본금액+가산금액 = 62%(47%+15%)

100,000 × 0.62 × 365(일) ÷ 12(월) = 1,885,830원

2 산재 신청 절차

(1) 개요

산재신청이라고 하는데, 산재신청서라는 서식은 없습니다. 일단 사람이 아프거나 다칠 경우에는 '요양급여 및 휴업급여 청구서'라는 서식을 이용해야 합니다. 사람이 사망한 경우의 서식은 '유족급여 및 장의비 청구서' 입니다. 이 두 개의 서류를 산재신청서라고 보면 됩니다. 이러한 서식은 근로복지공단이 만든 것입니다.

그 외 병원을 옮기고자 할 경우에는 전원요양 신청을 합니다. 산재로 승인된 상병 이외 추가적인 상병으로 승인받고자 할 경우 추가상병신청을 합니다. 산재가 종결된 이후 당해 상병이 재발 악화될 경우 재요양 신청(공무원의 경우 요양기간연장 신청)을 합니다. 요양기간을 연장하여 치료받고자 할 경우 담당 병원 주치의에게 진료계획서를 작성해서

공단에 송부하도록 요구합니다. 그럼 노동자의 최초 산재 신청 시에 무엇을 유의해야 하고 어떻게 작성해야 할 지 살펴보도록 하겠습니다.

(2) 산재신청 및 판정 순서도

구분	기관	담당내역
1	관할 근로복지공단 지사	업무상 재해조사 담당
2	(지역별) 업무상 질병 판정위원회	업무상 질병 심의
3	역학조사기관	직업성 암 등 조사
4	산업재해보상보험 심사위원회	심사청구 담당
5	산업재해보상보험 재심사위원회	재심사청구 담당
6	법원	행정소송

표5 산재신청 및 판정 순서

(3) 청구서 작성 요령

① 앞장 기재방법

앞서 설명했듯이, 산재신청은 노동자 본인이 해야 하는 것이 원칙입니다. '요양급여 및 휴업급여 신청서'는 총 4페이지인데, 크게 2장으로 나뉩니다. 일단 앞장을 보면 공통 칸은 무엇인지 쉽게 알 수 있습니다. 그 아래 '요양' 칸을 보면 최초로 산재신청을 하는 것이기 때문에 최초요양에 체크합니다. 최초요양 중 '업무상사고, 업무상 질병, 출퇴근재해'를 구분하여 체크합니다. 그리고 하단에 '사업장관리번호'라는 것이 있습니다. 이는 사업장에서 산재보험을 가입하면 부여되는 번호입니다. 사업주에게 문의하시거나 공단 홈페이지 '가입납부서비스 - 보험관리번호조회'에 사업장명을 기재하고 관할 지사를 클릭하면 알 수 있습니다. 이를 기재하지 않아도 산재 접수는 가능합니다.

그 아래 '재해원인 및 발생상황' 칸이 있습니다. 이 칸에 재해경위를 정확히 기재하면 됩니다. 공간이 좁을 경우 별지를 사용하면 됩니다. 주의해야할 점은 재해경위에 있어 사업주의 과실 여부를 명확히 기재해야 한다는 점입니다. 왜냐하면 과실 유무는 산재보험급여와 별도로 사업주가 부담할 수 있는 손해배상액의 결정에 있어 가장 중요한 요소이기 때문입니다. 가급적 사고경위에 대한 동료들의 진술서를 2장 이상 첨부해서 제출하는 것이 좋습니다.

2018년도부터 사업주날인제도가 폐지되었습니다. 기존에는 요양급여 신청서 첫장 아래에 사업주 날인란이 있었지만, 이제 없어졌습니다. 사업주의 확인이나 날인이 필요 없습니다. 실무상 공단은 산재신청 접수시, 사업주의 의견을 문서나 전화로 확인하도록 되어 있습니다. 사업주의 의견이 재해자의 산재신청의 취지와 다를 경우 이를 재해노동자에게 통지하도록 되어 있습니다. 따라서 사업주의 의견을 확인하고,

이에 대해 추가적인 재해 노동자의 의견을 제출할 수 있습니다.

② 뒷장 기재방법

첫 페이지 뒷장을 보면 휴업급여에 대해 기재하는 칸이 있습니다. 이는 특별히 어려운 점이 없습니다. 산재로 인하여 일하지 못한 기간을 '휴업급여 청구기간'이라고 합니다. 이러한 일자를 적고, 계좌번호 등을 기재하면 됩니다. 다른 보상을 기재하는 란이 있습니다. 사업주로부터 산재사고와 동일한 사유로 인해 받은 금액이 있는 경우에 한해 기재합니다. 다만, 위자료 명목으로 보상을 받은 경우에는 동일한 사유가 아니므로 기재하면 안 됩니다.

③ 산업재해보상보험 소견서 작성방법

산업재해보상보험 소견서라는 두 번째 장은 의사가 작성 기재하는 것입니다.
산업재해보상보험 소견서는 상병에 대한 상태를 진단하는 서류입니다. 총 19개 항목에 대해서 명시하도록 분류되어 있습니다. 일단 ①~⑩까지는 기본적인 항목이고, ⑪는 상병상태에 대한 의학적인 소견을 기재하는 곳입니다. 그 외 ⑮ 입원, ⑯ 통원 란에 있어 예상기간 및 사유를 기재하는 것과 더불어 '취업치료여부(근무 병행치료)'에 잘 체크되는 것이 필요합니다. '정상취업가능', '부분취업가능'에 체크할 경우 휴업급여가 지급되지 않거나 일부만 지급되기 때문입니다. 주치의에게 '통원기간에 취업이 가능하지 않는 구체적 사유'를 써 달라고 하는 것이 좋습니다.

④ 유족급여청구서 작성방법

유족급여 청구서는 더 간단합니다. 사망진단서 또는 사체검안서와 주민등록등본 등을 첨부해서 제출하면 됩니다. 산재신청서류는 사업장이나 사고 당시 현장을 관할하는 근로복지공단 지사에 제출합니다. 유의해야 할 점은 질병으로 인한 사망(과로사 등) 등 복잡한 사건의 경우 사망의 경위와 내용을 구체적으로 작성하고, 이에 대한 증거자료를 첨부해야 한다는 것입니다.

(4) 근로복지공단 조사 시 대응 요령

요양급여 사건에 있어서는 공단 재활보상부 직원들이 담당하게 됩니다. 신청서류는 담당자에게 무작위로 분배되며, 다만 유족급여 사건은 재활보상부 담당 차장이 맡습니다. 일단, 산재신청이 되면 공단 담당자들은 "이런 산재사건이 들어왔는데, 사업주 당신 의견은 어떠하냐."라는 보험가입자의 확인을 받습니다. 사업주의 이견이 있는 경우에는 이에 대한 확인서 등을 관련 자료를 당사자인 노동자에게 보내주게 되어 있습니다. 이를 반드시 확인해야 합니다. 그리고 산재신청 서류가 미비하거나 보완해야 할 서류가 있으면 보완요청을 합니다. 이후 통상적으로는 노동자 문답서, 사업주 문답서 등을 받습니다. 그리고 출석조사가 원칙입니다. 질문하는 내용을 꼼꼼히 확인하는 것이 필요합니다. 문답서가 작성된 이후 날인하기 전에 다시 확인하는 절차가 있습니다. 이 때 자신이 한 대답 중 잘못 기재한 부분이 있으면 수정을 요구할 수 있습니다. 이후 수시로 담당자는 유선으로 궁금한 점에 대해 조사를 합니다. 근골격계 질환이거나 사업장이나 사고현장 조사가 필요한 경우 출장조사를 합니다. 그리고 전체 조사가 끝나면, 요양급여사건 중 일부, 유족급여사건의 경우 '재해조사서'를 작성합니다.

여기서 유의할 점은 문답서, 현장조사서 등에 노동자의 의견이 최대한 반영되도록 적극적으로 진술해야 한다는 것입니다. 신청 후 추가적인 자료가 있을 경우 수시로 제출하도록 합니다. 사업주의 의견이 산재 결정 여부에 핵심적인 사항으로 작용할 수 있습니다. 사업주에게 최대한 조력을 요청하고, 사업주가 제출하는 각종 서류나 자료 등에 노동자의 의견이 반영되도록 합니다.

(5) 판정위원회 진술시 대응 요령

업무상 질병(근골격계질환, 과로성 질환, 직업성 암 등 질병, 정신질환, 자살사고)의 경우에는 공단에서 조사를 한 이후 공단 지역본부별 업무상 질병 판정위원회에서 심사를 합니다. 이런 판정위원회 회의에서 사실상 업무상 질병 여부를 결정합니다.

판정위원회는 주로 의사가 다수를 차지하는 구조입니다. 해당 과목의 임상의사가 2명, 작업환경의학과 의사 또는 관련 전문가 2명, 공인노무사나 변호사 등 법률전문가 2명, 그리고 위원장 1명으로 총 7명으로 구성되어 있습니다. 이는 법률적 판단보다는 의학적 또는 직업환경의학적 관련성 판단에 따라 결정되는 구조입니다. 간혹 오랜 요양기간 동안 의사에 대한 나쁜 감정이 있어 위원회에서도 의사에 대해 성토하는 노동자가 있습니다. 이런 감정적 발언은 판단에 부정적인 영향을 끼칠 수 있습니다. 뿐만 아니라 "내 담당의사는 산재라고 하는데, 당신들도 그렇게 해야 하는 것 아니냐"라는 식의 발언도 좋지 않습니다. 최대한 자신이 작업장에서 힘들게 일했다는 식의 읍소형 전략이 좋습니다. 상당한 전문적 지식을 동원해서 논리적으로 얘기하는 것은 자제해야 합니다. 작업현장, 업무상황, 업무내용, 업무자세 등 제출된 자료나 내용 이외 발병요인에 대한 자세한 설명을 하는 것이 필요합니다.

(6) 산재승인 이후 해야 할 일

① 이중보상 금지원칙

일단 중요한 것은 사용자와의 합의에 유의해야 한다는 점입니다. 산재사고에 대해 회사가 손해배상금 명목으로 지급할 경우 (산재)보험급여가 나오지 않을 수 있습니다. 즉 근로복지공단은 산재법 제80조(다른 보상이나 배상과의 관계) 제3항에 의거 민법상 손해배상을 받은 것으로 볼 경우 당해 금원만큼 산재급여를 지급하지 않습니다. 합의금은 추후 산재처리가 종결된 이후(장해급여를 수령한 뒤) 일종의 위로금으로 명시해서 받는 것이 좋습니다. 미리 보상을 받은 경우라도 '위로금 또는 위자료'라고 명시하면, 이중보상에 해당하지 않습니다.

② 산재승인이유 파악하기 : 정보공개신청

다음으로 왜 산재가 승인됐는지를 반드시 살펴봐야 합니다. 공단 지사에 정보공개신청서를 작성·제출해 사건 관련 일체의 자료를 요구합니다. 사업주의 거짓이나 잘못된 진술·증거가 있는지 여부를 파악하기 위해서입니다. 이를 통해 산재사고에 대해 노동자의 과실률·사업주의 책임 유무를 파악합니다. 노사의 각 과실률에 따라 손해배상금액의 차이가 큽니다. 잘못된 경위로 신청서가 제출된 경우 공단에 서류 반려요청을 하고 정확한 내용과 자료로 다시 신청해야 합니다.

③ 각종 보험급여 청구하기

각종 급여도 꼼꼼히 파악해야 합니다. 우선 산재 승인시점 이전 기간의 병원 치료비에 대해 요양비 청구를 해야 합니다. 진료비 영수증과 진료비 세부명세서를 발급받아 첨부합니다. 약국 비용에 대해서는 약제비 명세서를 첨부해 약제비를 청구합니다. 그리고 요양 승인된 기간(중환자실이나 회복실 기간 제외)에 간병인이나 가족이 간병을 했다면 간병료를 청구합니다. 이때 간병의 필요성이 있다는 주치의 소견을 첨부하는 것이 필요합니다. 그 밖에 환자의 이송과 통원(동행 간호인 포함)에 필요한 비용(이송료) 및 각종 의료기구 사용을 위한 비용(보조구)도 청구할 수 있습니다.

휴업급여를 제대로 받는 것도 중요합니다. 요양승인 기간(일하지 못한 기간)에 대한 보상금으로 평균임금의 70%를 받을 수 있습니다. 재해자 또는 회사가 제출한 월급명세서·임금대장을 기초로 산정되는데, 평균임금이 제대로 산정됐는지 여부를 확인해야 합니다. 공단에 '정보공개신청서'를 제출하면서 '평균임금 산정내역서'를 요구하면 됩니다. 한 번 산정된 평균임금은 산재보험급여의 기준이 되기 때문에 면밀히 살펴야 합니다. 잘못 산정됐다면 평균임금 정정 및 보험급여 차액청구서를 작성한 뒤 재산정을 요구해야 합니다.

그리고 노동자들이 산재를 신청하고 나서 승인되기까지 오래 걸리는 경우가 많습니다. 승인 전 기간 내 병원 치료내역이 없으면 휴업급여가 지급되지 않는 것이 원칙입니다. 이에 유의해서 병원 치료를 꾸준히 받을 필요가 있습니다.

④ 산재승인기간 연장하기

요양치료를 연기하기 위해 내원하는 병원에서 진료계획서를 공단에 제출해야 합니다. 이때 의사들이 일반적 기준에서 취업치료 가능 또는 부분취업치료 가능으로 기재하는 경우가 많습니다. 이를 근거로 공단에서 휴업급여를 지급하지 않을 수 있습니다. 따라서 재해자는 자신의 상태와 직업적 조건을 잘 알려 주고 취업치료가 될 수 없다는 점을 진료계획서에 기재해 달라고 요구해야 합니다.

⑤ 미지급 보험급여 청구하기

재해자가 사망 시 사망 전 발생한 요양급여·휴업급여 등 각종 미지급 보험급여에 대해서는 유족이 청구·수령할 수 있습니다. 뿐만 아니라 사망의 원인이 산재승인 사고나 질병일 경우 당연히 유족급여 및 장의비를 별도로 청구해야 합니다. 유족급여는 대부분 매월 연금으로 수령하는 것이 유리하다는 점을 기억해야 합니다.

⑥ 장해급여 청구하기 등

요양치료가 종결된 이후 장해급여 신청을 하는 것도 빼놓지 말아야 합니다. 주치의는 자신의 환자가 장해가 남았다는 사실을 인정하는 것에 소극적입니다. 또한 산재장해등급을 제대로 알지 못하는 경우가 많다는 점도 유념해야 합니다. 요양치료가 종결된 뒤 간병치료가 필요하다면 간병급여를 청구해야 합니다. 회사가 단체상해보험에 들었다면 산재보상과 별도로 수령할 수 있습니다. 보험 약관에 있어 재해자에게 불리한 경우가 많은데 이 경우 금융감독원 진정이나 민사소송을 통해 구제받을 수 있습니다.

Q&A

Q. 다른 보험과 이중 보상이 되나요?

A. 원칙적으로 산재보험급여와 다른 보험과는 이중보상에 해당되지 않습니다. 재해 노동자가 가입한 개인보험이나 회사가 단체로 가입한 단체보험 등과 별개로 지급되는 것이 원칙입니다. 그러나 개인보험이라고 하더라도 이중보상이 되지 않는 경우도 있습니다. 이는 보험의 약관에 따라 달리 규정하기 때문입니다. 자신이 가입한 개인보험 약관 조항을 구체적으로 확인해 볼 필요가 있습니다.

2018년도부터 출퇴근재해의 경우에도 산재로 포함되었습니다. 원칙적으로 산재보험과 교통보험은 이중 보상이 되지 않습니다. 따라서 교통사고가 산재에 해당할 경우 어느 것이 유리한지 따져 볼 필요가 있습니다. 통상 사고가 크고 장해가 남을 경우 또는 사망사고의 경우 산재보험이 유리합니다. 그러나 교통보험이라고 하더라도 '자기 손해' 부분은 이중 보상에 해당되지 않고 별도로 받을 수 있습니다.

Q. 사업주가 합의를 요구하는데, 어떻게 해야 하나요?

A. 합의의 진정한 의도가 무엇인지 보셔야 합니다. 사업주의 경우 산재사고를 은폐하기 위해 합의를 요구하는 경우가 많습니다. 사업주에게 산재승인 전이나 그 후에 받은 금원이 있을 경우 이중보상에 해당됩니다. 이 때 산재법 제80조(다른 보상이나 배상과의 관계) 제3항에 의거해서 '수급권자가 동일한 사유로 민법이나 그 밖의 법령에 따라 이 법의 보험금여에 상당한 금품을 받으면 공단은 그 받은 금품을 대통령령으로 정하는 방법에 따라 환산의 금액의 한도 안에서 이 법에 따른 보험급여를 지급하지 아니한다'라고 합니다. 따라서 산재법에 의한 보상을 사업주에게 받은 경우로 볼 때에는 그 한도 내에서 지급하지 않습니다. 따라서, 일단 산재처리를 한 이후에 사업주와 별도의 합의를 하는 것이 유리합니다. 그 합의의 내용과 문구에 있어서도 유의해야 합니다. 만약 어쩔 수 없이 합의를 하더라도 "당 금품은 산재보상과 별도로 위로금(위자료)으로 지급한다." 등의 내용으로 합의서를 작성하는 것이 필요합니다. 제3자의 가해사고 유형의 산재일 경우 형사상 문제와 민사상 문제가 동시에 발생할 수 있습니다. 이 경우에는 형사상 합의금을 수령하는 것은 무방한 것으로 해석됩니다.

Q. 5년 전 일을 하다가 허리가 부러지는 사고를 당했는데, 산재신청을 할 수 있나요?

A. 네, 가능합니다. 산재에 따른 보험급여를 받을 수 있는 권리 중 요양급여의 경우 3년 이내 행사해야 합니다. 이 권리의 행사가 3년이라는 의미는 산재를 신청해서 승인받을 경우 3년 이내 발생한 각종 보험급여에 대한 청구권이 있다는 의미입니다. 가령 5년 전 추락사고로 인해 허리에 외상성 디스크가 발생해서 현재도 치료받고 있는 경우, 현재 시점에서 승인받는다면 3년간 발생한 요양급여, 휴업급여를 지급받게 됩니다. 그러나 3년이 지난 2년간 급여는 받지 못합니다. 그리고 향후 당해 상병으로 치료받는다면, 향후 요양비와 휴업급여를 받을 수 있습니다. 장해가 발생할 경우 장해급여도 받습니다. 그러나 사람이 사망한 산재사고의 경우에는 사망한 날의 다음날부터 계산해서 5년이 지난 시점에서 산재신청을 하더라도 유족급여는 받을 수 없습니다.

Q. 공무원 산재신청은 무엇을 어떻게 준비하나요?

A. 소속기관에서 산재신청을 준비해야 합니다. 공무원의 경우 연금취급기관, 즉 사업주가 경위조사서를 작성해야 합니다. 구청 소속 공무원은 구청에서, 학교 소속 공무원은 학교에서 하는 것입니다. 기본적으로 '공무상 요양승인신청서(사고, 질병), (상병)경위조사서, 진단서, 의무기록지, 관련 서류'를 공무원연금관리공단에 제출해야 합니다. 소속기관 담당자가 상병경위를 조사해서 관련 자료를 첨부하여 공무원연금공단 재해보상실에 이송하게 됩니다. 이후 공무원연금 급여심의회의의 심의를 거쳐서 승인여부를 결정하여 통보합니다.

공무상 재해로 승인될 시에 사고로 인한 요양에 소요되는 비용, 즉 공무상 요양비가 지급될 것입니다. 공무상 요양비의 경우 일반 산재보험법상의 요양급여보다 그 범위가 넓습니다. 이후 최초 승인된 기간을 초과하여 요양할 경우와 최초 승인 시 누락된 상병에 대해 신청할 경우에는 '공무상 요양기간 연장승인 신청서'에 '진단서'를 첨부하여 공단으로 제출하면 됩니다. 전자는 치료기간이 명시된 진단서가 필요하며, 후자는 최초 상병과의 의학적 인과관계가 명시된 소견서 등이 필요합니다. 그리고 요양기간이 종료된 후 장해가 남는 경우 장해급여를 청구할 수 있습니다. 이때 '장해급여 청구서, 공무원연금 장해진단서' 등을 소속기관에 제출하면 소속기관에서 장해경위 조사서를 작성하여 공단에 이송하게 됩니다.

3 업무상 사고의 유형 및 인정기준

(1) 업무상 사고의 일반적 인정원칙에 대한 기준

산재법 제5조(정의) 제1호는 '업무상 재해란 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다'라고 합니다. 업무상의 사유에 따른 사고는 산재법 제37조(업무상 재해의 인정기준) 제1항에 규정되어 있습니다. 규정에 있어 '업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 합니다. 결국, 업무상 사고의 인정기준은 업무와 재해 사이에 '상당인과관계'가 인정될 수 있는지 여부가 쟁점입니다. 업무상 사고의 각 유형별로 인정기준은 다를 수 있지만, 이 '상당인과관계'라는 개념은 정확히 파악하기 어렵습니다. 업무상 사고에 대한 상담에 있어 각 사건의 유형별로 그 인정기준의 특징을 파악해야 합니다.

(2) 업무상 사고의 인정기준과 유형별 대응요령

아래에서는 각 업무상 사고의 유형별로 인정기준, 인정기준에 대한 설명, 상담 체크리스트 등으로 구성하였습니다. 상담 체크리스트는 기존 판례, 재결례 등에서 산재로 인정된 경우에 가장 중요하게 보았던 판단 항목입니다. 즉 체크리스트 항목에 모두 해당되면 산재가 인정된다는 의미가 아니라 하나라도 해당하는 경우에는 산재가 인정될 수 있으며, 체크리스트에 해당되는 항목이 많을수록 산재가 인정될 가능성이 높아집니다.

① 근무시간 중 사고 및 작업시간외 사고

가) 인정기준

산재법 시행령 제27조(업무수행 중의 사고)규정에 아래와 같이 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제27조(업무수행 중의 사고)

① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하던 중에 발생한 사고는 법 제37조제1항제1호가목에 따른 업무상 사고로 본다.

1. 근로계약에 따른 업무수행 행위
2. 업무수행 과정에서 하는 용변 등 생리적 필요 행위
3. 업무를 준비하거나 마무리하는 행위, 그 밖에 업무에 따르는 필요적 부수행위
4. 천재지변·화재 등 사업장 내에 발생한 돌발적인 사고에 따른 긴급피난·구조행위 등 사회통념상 예견되는 행위

② 근로자가 사업주의 지시를 받아 사업장 밖에서 업무를 수행하던 중에 발생한 사고는 법 제37조제1항제1호가목에 따른 업무상 사고로 본다. 다만, 사업주의 구체적인 지시를 위반한 행위, 근로자의 사적(私的) 행위 또는 정상적인 출장 경로를 벗어났을 때 발생한 사고는 업무상 사고로 보지 않는다.

③ 업무의 성질상 업무수행 장소가 정해져 있지 않은 근로자가 최초로 업무수행 장소에 도착하여 업무를 시작한 때부터 최후로 업무를 완수한 후 퇴근하기 전까지 업무와 관련하여 발생한 사고는 법 제37조제1항제1호가목에 따른 업무상 사고로 본다.

제31조(특수한 장소에서의 사고)

사회통념상 근로자가 사업장 내에서 할 수 있다고 인정되는 행위를 하던 중 태풍·홍수·지진·눈사태 등의 천재지변이나 돌발적인 사태로 발생한 사고는 근로자의 사적 행위, 업무 이탈 등 업무와 관계없는 행위를 하던 중에 사고가 발생한 것이 명백한 경우를 제외하고는 법 제37조제1항제1호바목에 따른 업무상 사고로 본다.

업무수행 중 사고의 경우에는 당해 사고 시간이 근무시간이며, 사용자의 지배·관리 하에 있다고 볼 수 있는 경우에는 별다른 반증이 없는 한 문제가 되지 않습니다. 그래도 명확하게 산재가 발생했다는 것이 증명되는 것이 필요합니다. 목격자가 있는 경우에는 문제가 없겠지만 목격자가 없는 경우에는 이를 증명해야 합니다. 사고 발생 이후 최대한 빨리 병원에 가서 치료받는 것이 좋은 증거가 됩니다. 병원에 내원해서 일을 하다가 다쳤다고 얘기하는 것이 좋습니다. 문제가 되는 경우는 근무시간이 아닌 경우, 그리고 사용자의 명시적인 업무 지시 여부가 불분명한 경우입니다. 따라서 사고 원인이 업무와 관련된 행위와 연관되었음을 밝히는 것이 매우 중요합니다.

관련 판례 – 작업 준비 중 행위로 인한 사고를 업무상 재해로 인정한 사건 (대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두157 판결)

겨울철 토목공사현장에서 작업 전에 몸을 녹이기 위하여 공사현장에 비치된 휘발유 등으로 불을 피우다 불이 몸에 옮겨 붙어 사망에 이른 사안에서, 망인은 사고 당일 현장 점검 후 작업이 가능하면 작업을 할 의도로 작업 장비를 갖추어 포클레인 기사 및 보조인과 함께 현장으로 가 현장을 둘러보고 대기하면서 현장반장의 지시 내지 양해 하에 몸을 녹이기 위하여 현장에 비치된 휘발유 등으로 불을 피웠을 가능성이 커 보이는바, 겨울철 토목공사현장에서 공사 준비 및 휴식 등을 위하여 불을 피워 몸을 녹이는 것은 공사현장에서의 작업을 위한 준비행위 내지는 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 합리적·필요적 행위로서, 사정이 위와 같다면 이 사건 사고는 소외 회사의 지배 또는 관리 하에서 업무수행 및 그에 수반되는 통상적인 활동과정에서 일어난 사고로 업무상 재해로 인한 사망으로 인정된다.

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
사고시간이 업무시간 중인가, 즉 실제 회사의 근무 시간 내에 다친 것인지 여부	
사고 장소가 사업장 안인가, 즉 실제 회사의 관리 범위 안에 있는 토지나 공장안 등에서 다친 것인지 여부	
사적인 행위가 아닌 업무를 수행하다가 다친 것인지 여부	
업무를 준비하는 도중 또는 마무리 작업을 하던 중 다친 것인지 여부, 평상시 준비 또는 마무리 작업을 하는지 여부	
업무에 대해 상사나 사업주의 지시가 있었는지 또는 관행상 지시가 없더라도 당연히 하는 것인지 여부	
업무지 용변 등 생리적 필요행위 중 다친 것인지 여부	
외출이나 조퇴시 사업장 내에서 다친 사고로, 사업장 복귀가 전제된 사실이 있는지 여부	
사업장 자체가 천재지변, 돌발사고 등이 많아 이로 인해 사고가 발생한 것으로 볼 수 있는지 여부	
천재지변, 화재 등 사업장 내 사고 등이 발생하여 피난, 구조행위 등으로 인한 행위 중 사고인지 여부	

② 시설물 결함 등에 의한 사고

가) 인정기준

산재법 시행령 제28조(시설물 등의 결함 등에 따른 사고)규정에 아래와 같이 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제28조(시설물 등의 결함 등에 따른 사고)

① 사업주가 제공한 시설물, 장비 또는 차량 등(이하 이 조에서 “시설물 등”이라 한다)의 결함이나 사업주의 관리 소홀로 발생한 사고는 법 제37조제1항제1호나목에 따른 업무상 사고로 본다.

② 사업주가 제공한 시설물 등을 사업주의 구체적인 지시를 위반하여 이용한 행위로 발생한 사고와 그 시설물 등의 관리 또는 이용권이 근로자의 전속적 권한에 속하는 경우에 그 관리 또는 이용 중에 발생한 사고는 법 제37조제1항제1호나목에 따른 업무상 사고로 보지 않는다.

즉 “시설물의 결함” 또는 “관리하자”는 사용자의 소유권 아래 있는 시설물이나 시설물 등의 유지·수선·운용·보관 시 과정상에 흠결이 있는 상황을 말합니다. 이런 시설물 결함으로 인해 발생한 재해는 업무상 재해로 인정될 수 있습니다.

관련 판례 – 사업주가 제공한 숙박시설에서 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한 사건(서울행법 2006. 8. 8. 선고 2005구합34701 판결)

근로자가 사업주가 임차하여 제공한 숙박시설에서 잠을 자다가 추락방지시설을 갖추지 않은 낮은 창문 때문에 추락사한 경우, 망인의 사망이 사업주가 관리하고 있는 시설의 결함 또는 시설관리 소홀로 인하여 발생한 업무상 재해에 해당한다

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
사업장의 차량, 장비 등 시설의 결함이나 시설의 관리소홀로 발생한 사고인지 여부	
당해 사고의 원인이 직접적인 노동자의 업무가 아니었다고 하더라도 그 원인된 사실(행위)에 대해 사업주의 지시가 있었는지 여부	
근무시간에 업무와 관련하여 음주를 하였고 그 사상의 원인도 사업주 관리 내의 시설결함 또는 시설관리 소홀이 사고 원인으로 인정(경합하여 인정)될 수 있는지 여부	

③ 통근(출·퇴근 중) 재해

가) 인정기준

산재법 제5조, 제37조에 아래와 같이 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 산재법 제5조(정의)

8. “출퇴근”이란 취업과 관련하여 주거와 취업장소 사이의 이동 또는 한 취업장소에서 다른 취업장소로의 이동을 말한다.

제37조(업무상 재해의 인정 기준)

① 3호 '출퇴근 재해'

가. 사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출퇴근하는 중 발생한 사고

나. 그 밖에 통상적인 경로와 방법으로 출퇴근하는 중 발생한 사고

③ 제1항 제3호 나목의 사고 중에서 출퇴근 경로 일탈 또는 중단이 있는 경우에는 해당 일탈 또는 중단 중의 사고 및 그 후의 이동 중의 사고에 대하여는 출퇴근 재해로 보지 아니한다. 다만, 일탈 또는 중단이 일상생활에 필요한 행위로서 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 출퇴근 재해로 본다.

④ 출퇴근 경로와 방법이 일정하지 아니한 직종으로 대통령령으로 정하는 경우에는 제1항제3호나목에 따른 출퇴근 재해를 적용하지 아니한다.

산재법 시행령 제35조(출퇴근 중의 사고)규정에 아래와 같이 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제35조(출퇴근 중의 사고)

① 근로자가 출퇴근하던 중에 발생한 사고가 다음 각 호의 요건에 모두 해당하면 법 제37조 제1항 제3호 가목에 따른 출퇴근 재해로 본다.

1. 사업주가 출퇴근용으로 제공한 교통수단이나 사업주가 제공한 것으로 볼 수 있는 교통수단을 이용하던 중에 사고가 발생하였을 것
2. 출퇴근용으로 이용한 교통수단의 관리 또는 이용권이 근로자측의 전속적 권한에 속하지 아니하였을 것

② 법 제37조 제3항 단서에서 "일상생활에 필요한 행위로서 대통령령으로 정하는 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 일상생활에 필요한 용품을 구입하는 행위
2. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교 또는 「직업교육훈련 촉진법」 제2조에 따른 직업교육훈련기관에서 직업능력 개발향상에 기여할 수 있는 교육이나 훈련 등을 받는 행위
3. 선거권이나 국민투표권의 행사
4. 근로자가 사실상 보호하고 있는 아동 또는 장애인을 보육기관 또는 교육기관에 데려주거나 해당 기관으로부터 데려오는 행위
5. 의료기관 또는 보건소에서 질병의 치료나 예방을 목적으로 진료를 받는 행위
6. 근로자의 돌봄이 필요한 가족 중 의료기관 등에서 요양 중인 가족을 돌보는 행위
7. 제1호부터 제6호까지의 규정에 준하는 행위로서 고용노동부장관이 일상생활에 필요한 행위라고 인정하는 행위

산재법 개정(법률 제14933호, 시행 2018. 1. 1)으로 '출퇴근재해'가 전면적으로 도입되었습니다. 이는 2016. 9. 29. 헌법재판소의 결정(2014헌바254)에 따른 것입니다. 일단, 법률개정은 법 제5조, 제37조입니다.

법 제5조 제8호는 '출퇴근이란 취업과 관련하여 주거와 취업장소 사이의 이동 또는 한 취업장소에서 다른 취업장소로의 이동을 말한다'라고 규정합니다. 또한, 제37조 제1항 제3호 '출퇴근재해'에서 '나. 그밖에 통상적인 경로와 방법으로 출퇴근하는 중 발생한 사고'라는 규정을 신설했습니다. 따라서 기존에 '가. 사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출퇴근하는 중 발생한 재해'만이 인정되는 체계에서 일반적인 '통상의 출퇴근 재해'도 모두 포함되는 구조로 변경되어 확대된 것입니다.

이를 위해 세부적인 기준도 마련했습니다. 즉 산재법 제37조 제3항에서 '제1항 제3호 나목의 사고 중에서 출퇴근 경로 일탈 또는 중단이 있는 경우에는 해당 일탈 또는 중단 중의 사고 및 그 후의 이동 중의 사고에 대하여는 출퇴근 재해로 보지 아니한다. 다만, 일탈 또는 중단이 일상생활에 필요한 행위로서 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 출퇴근 재해로 본다'라고 합니다. 산재법 시행령 제35조에서 7가지 예외 사유를 규정하고 있습니다.

법의 구조를 보면 사업주가 제공하는 교통수단을 이용하는 재해와 통상의 출퇴근 재해로 구분되는 것을 알 수 있습니다. 또한 후자의 경우에는 일탈 중단이 있지 않는 경우에는 그 전후의 이동 중의 사고에 대해서는 모두 산재로 포함하되, 7가지 예외 사유의 행위를 하는 경우에는 일탈 또는 중단으로 포함하지 않고 보호하겠다는 의미로 해석됩니다.

출퇴근재해 법령개정으로 근로복지공단은 '출퇴근재해(제2017-48호, 2017. 12. 28)'을 작성하여, 출퇴근재해에 대해 세부 운용기준을 마련하고 있습니다. 당해 지침은 업무처리 기준을 정한 것으로, '주거의 개념, 취업관련성 및 취업장소, 통상적인 경로 및 방법, 출퇴근 경로 일탈 및 중단' 등의 항목으로 설명하고 있습니다.

공단의 지침을 보면, 통상의 출퇴근 재해로 인정되기 위해서는 세가지 요건을 모두 충족해야 한다고 합니다.

요건	설명
주거 ↔ 취업장소	자택 등 '주거'와 회사, 공장 등 '취업장소'를 시점 또는 종점으로 하는 이동행위
업무시작 전과 업무종료 후	출퇴근 행위가 업무에 종사하기 위해 또는 업무를 마친 후에 이루어질 것, 즉 '취업 관련성'이 있을 것
통상 경로와 방법	출퇴근 행위가 사회통념상 '통상적인 경로 및 방법'에 따라 이루어질 것, 즉 '일탈 또는 중단'이 없을 것

표6 출퇴근 재해 인정 요건 (출퇴근재해 업무처리지침 제2017-48호, 2017. 12. 28)

나) 주거

'주거'는 노동자가 거주하는 근거지를 의미하며 자신의 거주지뿐만 아니라 회사나 일하는 장소가 멀어서 출퇴근하기가 곤란해서 근무지 근처에 숙소를 마련한

'비연고지 주거'도 포함하는 의미입니다. 또한 근무사정이나 교통두절, 천재지변 등으로 인해 불가피한 사유로 일시적으로 숙박하는 장소인 '일시적 주거'도 이에 포함됩니다. 다만 친구 집에 가서 잔다거나 동료의 집에 가서 자는 경우에는 주거지로 보지 않습니다. 주거의 경계는 개별 현관문이 그 기준이 됩니다. 따라서 출근길 아파트 현관문턱에 걸려 넘어진 경우에는 산재가 되지 않지만 아파트 현관문을 나와 계단을 내려가다가 사고를 당한 경우에는 산재가 됩니다.

다) 취업관련성

'취업관련성'의 개념은 업무를 하기 위한 행위인지 또는 업무를 마친 이후의 행위인지를 고려하는 것입니다. 공단은 늦잠을 잤다거나 차가 막혀 돌아가던 중 사고가 나더라도 취업관련성이 있다고 보고 있습니다. 다만 회사일이 아닌 개인 업무를 보다가 2시간 늦게 퇴근하는 경우에는 취업관련성이 없다고 판단하고 있습니다.

'통상적인 경로'는 사회통념상 이용할 수 있는 경로를 의미하며 반드시 최단거리를 의미하는 것은 아닙니다. 따라서 길이 막혀 돌아간다거나 카풀을 이용하는 경우에도 통상적이 경로로 보고 있습니다. '통상적인 방법'은 사회통념상 인정되는 교통수단, 즉 '철도·버스 등의 대중교통수단, 승용차·오토바이·자전거 등, 보도, 그밖에 교통수단(전동휠, 인라인스케이트 등)'을 의미합니다.

라) 경로의 일탈·중단

'경로의 일탈·중단'에서 일탈이란 통상적인 경로를 벗어나는 것을 의미하며 중단은 출퇴근과 관계없는 행위를 하는 것을 의미합니다. 예를 들어 일탈은 출근길에 친구 집에 물건을 가지러 가는 경우이며 중단은 퇴근길에 친구를 만나 소주한잔을 하는 경우 등을 의미합니다. 이러한 일탈·중단의 경우에는 일탈한 시점 그리고 중단된 시점부터는 산재로 보호되지 못하며 일탈·중단 행위를 마치고 원래의 통상적인 경로로 복귀하더라도 마찬가지라는 것이 공단의 입장입니다. 다만, 일상생활에 필요한 행위로서 시행령 제35조 제2항에 정한 사유에 해당하는 경우에는 일탈·중단으로 보지 않습니다.

그러나 공단은 일탈·중단이라고 하더라도 '경로상의 사고'에 한정하여 보호된다는 입장을 취하고 있습니다. 즉, 지침은 경로의 일탈·중단의 예외 행위 자체는 보호받을 수 없고 반드시 '이동 중인 재해'만 보호한다고 합니다. 가령 공단은 생필품을 사러 마트에 들러 장을 보다가 미끄러져 다친 경우에는 산재가 아니라는 것이며, 마트에 진입하기 이전 또는 마트를 벗어나서 통상적인 경로에 진입한 시점부터 보호된다는 입장입니다.

그러나 이러한 해석은 법의 취지에 비추어 타당하지 못합니다. 현행 법령은 출퇴근은 '이동'이라고 규정하고 있고, 통상적인 경로와 방법으로 출퇴근하던 중의 사고에 대해서는 '일탈 중단이 있는 경우에는 출퇴근 재해로 보지 않지만, 일상생활에 필요한 행위로서 대통령령이 정하는 사유가 있으면 출퇴근 재해'로 본다고 규정하고 있기 때문입니다.

마) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
사업주가 교통수단으로 통근버스 등 교통수단을 제공하였고 이러한 교통수단을 이용 중에 사고가 발생한 경우인지 여부	
통상적인 주거지를 벗어나 통상적인 방법으로 출퇴근하던 중 발생한 사고인지 여부	
일탈 중단의 예외 행위 전후에 발생한 사고인지 여부	

출퇴근재해가 자동차사고인 경우에는 산재보험과 자동차보험 중 택일해야 합니다. 이 경우 어느 것이 유리하다고 단정할 수 없습니다. 자동차보험의 경우 과실주의(과실상계 원칙)를 원칙으로 하며 산재보험은 (사업주의) 무과실주의를 원칙으로 합니다. 지급항목을 보더라도 자동차보험은 위자료가 있지만 일시금으로 지급하며, 산재보험은 일정한 경우의 장해급여(7급 이상) 및 유족급여는 연금지급이 원칙입니다. 통상적으로 사고가 커서 장해가 남는 경우 또는 사망사고의 경우에는 산재처리가 유리하다고 할 수 있으며 이 경우 나이, 임금, 부양가족 수, 과실률 등을 종합적으로 검토해서 판단해야 합니다. 이와는 별도로 대물배상 또는 자기신체사고에 대한 보상은 자동차보험으로 처리됩니다.

④ 휴게시간 중 사고

가) 인정기준

현행 산재법에서는 휴게시간 중 사고의 규정이 별도로 마련되어 있지 않습니다. 다만, 구법 상 인정기준은 아래와 같습니다.

관련 법률 – (구법)산재법 시행규칙 제35조의2 (휴게시간 중 사고)

「근로기준법」 제53조의 규정에 의하여 사업주가 근로자에게 제공한 휴게시간 중에 사업장내에서 사회통념상 휴게시간 중에 할 수 있다고 인정되는 행위로 인하여 발생한 사고로 사상한 경우에는 이를 업무상 재해로 본다. 다만, 취업규칙 등을 위반하거나, 고의·자해 및 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 사상한 경우에는 그러하지 아니하다(2000. 7. 29. 신설, 2008. 7. 1. 삭제).

구법 당시에는 위와 같이 휴게시간 중의 사고에 대해서 구체적인 규정이 있었으나 현행법령상에는 삭제되었습니다. 휴게시간 중 사고의 가장 중요한 기준은 사업장에서 휴게시간 중에 일반적으로 허용되는 행위로 인해 발생했는지 여부이고, 이를 통상적·정형적·관례적인 행위인지 판단합니다. 예를 들어, 점심시간이나 휴게시간에 회사 체력단련실에서 운동하다가 다친 경우입니다. 회사에서 체력단련실을 제공했고 업무의 특성상 근골격계질환이 다수 발생해서 체력단력이 필요한 사업장인 경우에는 산재로 인정될 수 있습니다.

최근 공단은 '휴게시간(식사)중 사고에 대한 업무처리요령(안)'을 통해 기존에 인정하지 않았던 사고, 즉 점심시간에 외부 식당을 이용하던 중 발생한 사고를

업무상 재해로 포함하였습니다(2018. 6. 11.부터 시행). 이는 아래와 같은 판례 기준을 수용한 것입니다.

관련 판례 – 점심식사를 위해 외출하여 이동하는 중 발생한 사고에 대해 업무상 재해 불인정한 사건 (대법원 2003. 10. 10. 선고 2003두7385 판결)

점심시간 중에 발생한 재해는 그 동안 회사에서 행해지던 통상적·정형적·관례적 방법에 따라 점심시간을 이용하던 중에 발생한 경우에 한하여 업무와 인과관계를 인정할 수 있지만 우발적·비정형적·특별한 방법에 따라 이용하던 중에 발생한 재해의 경우에는 사업주의 지배·관리 하에 있었다고 할 수 없어 업무와의 인과관계를 인정하기 어렵다. 이 사건 재해의 경우 김○진이 평소 점심시간 때 사무실에서 식사를 해결하던 통상적·정형적·관례적 이용방법에서 벗어나 그날따라 특별히 개인적 용무를 겸하여 집에서 점심식사를 하기 위하여 외출하였다가 귀사하던 도중에 발생한 것으로서 이와 같이 점심시간을 이용한 근로자의 임의적 개인적인 외출행위 도중에 발생한 재해는 사업주의 지배·관리 하에서 벗어나 업무상 재해로 인정하기가 어렵다.

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
당해 사고가 통상적 관행적인 휴게 시간 내 이루어지는 행위 중 발생하였는지 여부	
휴게시간을 이용하여 회사 부지 내에서 운동을 하던 중 부상을 당하였는지 여부	
휴게(점심)시간을 이용하여 회사 밖 식당에서 식사를 하고 오던 중 사고를 당한 경우로 당해 행위가 통상적·정형적·관례적 방법으로 볼 수 있는지 여부	
사업장 밖의 행위가 원인이라고 하더라도 사업주의 사실상 지시가 있었거나 행위 자체가 관행적으로 밖에서 일어났는지 여부	
당해 행위가 사업주의 명시적 금지행위가 아닌지 여부	
휴게시간 중 운동으로 인한 재해의 경우 사업주가 운동시설 등의 설치 등 사실상 운동을 지원하였는지 여부	
휴게시간 중 매점이나 식당이용 등 합리적 필요행위 등으로 인해 사고를 당하였는지 여부	

⑤ 출장 중 사고

가) 인정기준

산재법 시행령 제27조(업무수행 중의 사고) 제2항 규정에 아래와 같이 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제27조(업무수행 중의 사고)

② 근로자가 사업주의 지시를 받아 사업장 밖에서 업무를 수행하던 중에 발생한 사고는 법

제37조제1항제1호가목에 따른 업무상 사고로 본다. 다만, 사업주의 구체적인 지시를 위반한 행위, 근로자의 사적(私的) 행위 또는 정상적인 출장 경로를 벗어났을 때 발생한 사고는 업무상 사고로 보지 않는다.

출장 중 사고는 특별한 사정이 없는 한 출장과정의 전반에 대하여 사업주의 지배하에 있다고 봅니다. 즉 출장업무의 경우 통상 자신의 자택에서 출장 업무 장소로의 이동, 그리고 출장업무 종료 후 자신의 자택으로의 복귀과정 전체를 업무과정으로 판단합니다. 이를 사업장에 근무 중 출장 장소로 이동하여 출장업무를 수행할 시에도 이러한 출장업무 종료 후 퇴근행위는 일반적인 통근이 아닌 출장업무로 인한 복귀과정으로 봅니다.

다만 출장기간이 장기간인 경우(가령 법원은 3개월 이상)에는 출장지의 숙소를 통상의 거주지로 보기 때문에, 숙소와 근무지를 출퇴근하는 중 사고를 '통근재해'로 보아 그 인정범위를 좁게 판단하고 있습니다. 특별한 장소에 집합하여 다시 출장 장소로 가는 경우에는 당해 집합장소까지의 이동은 일반적인 통근재해와 동일하게 취급하고 있습니다. 또한 출장업무 종료 후 집합장소에서 귀가행위는 일반 통근재해 법리로 판단하고 있음에 유의해야 합니다.

관련 판례 – 출장 중 숙소에서 발생한 사고로 인한 사망을 업무상 재해로 인정한 사건(대법원 1997. 9. 26. 선고 97누8892 판결)

근로자가 사업장을 떠나 출장 중인 경우에는 그 용무의 이행여부나 방법 등에 있어 포괄적으로 사업주에게 책임을 지우고 있다 할 것이어서 특별한 사정이 없는 한 출장과정의 전반에 대하여 사업주의 지배하에 있다고 말할 수 있으므로 그 업무수행성을 인정할 수 있고, 다만 출장 중의 행위가 출장에 당연히 또는 통상 수반하는 범위 내의 행위가 아닌 자의적 행위이거나 사적 행위일 경우에 한하여 업무수행성을 인정할 수 없고, 그와 같은 행위에 즈음하여 발생한 재해는 업무기인성을 인정할 여지가 없게 되어 업무상 재해로 볼 수 없다. (중략) 출장 중 과음 후 지정된 숙소에서 자다가 물을 마시거나 용변을 보기 위한 등의 목적으로 일어나 다니던 도중에 숙소의 벽이나 바닥에 머리가 부딪쳐 두개골 골절상을 입어 사망한 것으로 추단되는 경우, 업무상 재해로 볼 수 있다.

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
출장에 있어 사고의 원인된 행위가 통상적으로 출장업무에 있어 행해 오던 것인지 여부	
출장의 과정이 통상적인 과정이며 임의적으로 이러한 통상적 경로를 이탈한 것이 아닌지 여부	
공사현장 등 사유로 3개월 이상 장기간 출장을 간 것인지 여부 (3개월 이상일 경우에는 출장이 아닌 통상의 근무지로 판단을 함)	

출장이 종료된 지점이 자택(자택으로 볼 수 있는 주차장 등)이 아닌 출장 경로 상(최소 자택 문 앞) 장소에서 재해가 발생하였는지 여부
출장도중 정상적 경로나 순로를 벗어나지 아니한 시점에서 발생한 사고인지 여부
여러 곳의 작업현장을 이동하여 출장업무를 수행할 경우 숙소에서 나와 작업현장으로 이동(통근) 중 재해를 당하였는지 여부
출장 중 사적인 업무를 본 다음 다시 경로로 복귀한 이후 시점에서 사고가 났는지 여부

⑥ 해외 출장·파견 중의 사고

가) 인정기준

가장 중요한 것은 해외 출장인지, 아니면 해외 파견인지입니다. 해외 출장이면, 출장 중 재해에 포함이 됩니다. 즉 산재법 제27조 제2항 규정에 의거해서, 사업장 밖에서 근무하는 경우 중 '해외'에서 일하는 형태입니다. 그러나 해외 파견근무의 경우 산재보험이 원칙적으로 적용되지 않습니다. 산재법 제122조(해외파견자에 대한 특례)조항에 의거, 별도 가입신고를 해야 합니다.

근로복지공단은 다음과 같이 해외출장으로 판단하는 5가지 예시를 제시하고 있습니다(적용 6402-182, 1998. 4. 3).

① 상담, 회의, 시찰, 업무연락, 기술교섭(기술연수), 기술서비스(after service), 등 사명에 의하여 국외로 나가는 경우
② 시장조사 등의 목적으로 해외의 각지를 이동하는 경우
③ 건설관계의 식전참가 및 업무연락을 위하여 국외로 나가는 경우
④ 건설사업에 관한 기술지도, 작업지도, 기계장치의 운전, 개조 및 수리지도 등을 위하여 사명에 의해 국외로 나가는 경우
⑤ 기타 사명에 의하여 특정의 업무를 수행하기 위하여 국내에 소재하는 통상의 근무지를 떠나 해외의 업무지에 도착하여 업무를 끝내고 근무지로 돌아오는 경우로서 그 과정 전반에 걸쳐서 국내 사업주의 지배관리 하에 있다고 인정되는 경우 등

문제는 해외 출장과 파견을 구분하는 것이 매우 어렵다는 것입니다. 단지 기간의 문제가 아니라 사업주에 의한 지배·관리의 징표는 객관성을 기준으로 하기 때문입니다. 법원의 경우 그 명목이 출장 또는 파견인지, 그 기간이 단기 또는 장기인지 등을 판단기준으로 삼는 것이 아니라 해외에 있는 노동자의 실질적인 근무실태가 어떠한지를 기준으로 삼고 있습니다. 즉 해외에서 제공하는 근로형태가 국내 사업주나 관리자의 지휘·명령에 따라 근무하는 경우로 볼 여지가 큰 경우에는 '해외출장'으로 판단하고 있습니다.

관련 판례 – 국내 사업주에게 지휘를 받는 해외 출장자에게 산재법이 적용된다는 판결(대법원 2000. 10. 24. 선고 98두18503 판결)

같은 법 제5조에서 말하는 사업은 특별한 사정이 없는 한 국내에서 행하여지는 것만을 의미한다고 보아야 하나, 국내에서 행하여지는 사업의 사업주와의 사이에 산업재해보상보험관계가 성립한 근로자가 국외에 파견되어 근무하게 되었다고 하더라도 그 근무의 실태를 종합적으로 검토하여 보았을 때 단순히 근로의 장소가 국외에 있는 것에 불과하고 실질적으로는 국내의 사업에 소속하여 당해 사업의 사용자의 지휘에 따라 근무하는 경우라면 국내 사업의 사업주와의 사이에 성립한 산업재해보상보험관계가 여전히 유지되므로 같은 법의 적용을 받는다고 보아야 한다.

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
해외파견업무의 경우 사업주가 산재법 제122조에 의거 공단에 보험가입신청을 하여 승인을 받은 이후 사고가 났는지 여부	
형식상 해외파견이라고 하더라도 사실상 국내 사업주(관리자 등)로부터 지속적인 업무지시를 받는 등 지휘 명령 하에서 근무한 경우(해외출장 업무)로 볼 수 있는지 여부	
상담, 회의, 시찰, 업무연락, 기술교섭(기술연수), 기술서비스 등 회사의 명령에 의하여 국외로 나가는 경우인지 여부	
시장조사 등의 목적으로 해외의 각지를 이동하여 업무를 수행하는 경우인지 여부	
건설관계의 행사참여 및 업무연락을 위해 해외로 나갔는지 여부	
건설사업의 기술지도, 작업지도, 기계장치의 운전, 개조 및 수리지도 등을 위해 회사의 명령에 의거하여 해외로 나간 경우인지 여부	

⑦ 행사 중 사고

가) 인정기준

산재법 시행령 제30조(행사 중의 사고)규정에 아래와 같이 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제30조(행사 중의 사고)

운동경기·야유회·등산대회 등 각종 행사(이하 "행사"라 한다)에 근로자가 참가하는 것이 사회통념상 노무관리 또는 사업운영상 필요하다고 인정되는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 근로자가 그 행사에 참가(행사 참가를 위한 준비·연습을 포함한다)하여 발생한 사고는 법 제37조제1항제1호라목에 따른 업무상 사고로 본다.

1. 사업주가 행사에 참가한 근로자에 대하여 행사에 참가한 시간을 근무한 시간으로 인정하는 경우
2. 사업주가 그 근로자에게 행사에 참가하도록 지시한 경우

3. 사전에 사업주의 승인을 받아 행사에 참가한 경우
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 경우로서 사업주가 그 근로자의 행사 참가를 통상적·관례적으로 인정한 경우

최근 사업장의 업무가 전문화되고 직무의 범위가 포괄적인 영역으로까지 확대되고 있습니다. 이에 따라 사용자의 직무지시도 구체적·개별적인 형태로 이루어지기 보다는 전문영역에 대한 포괄적인 의미에 따라 불특정 또는 추상적 형태로 이루어지고 있습니다. 공단은 위 시행령의 문리적 요건을 엄격하게 해석하는 반면 법원은 위 문구에 더하여 행사 중 재해에 대한 인정범위를 확대하고 있습니다. 결국 법원은 노무관리 및 사업운영상 필요한 경우 통상적이고 관례적으로 행사에 참여한 경우라 하더라도 그에 대한 참여가 사용자의 묵시적인 승인에 의한 경우이면 "업무상 재해"라 인정하는 것으로 해석될 수 있습니다.

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
행사나 모임의 주최자가 사업주인지 여부	
행사나 모임에 참가한 노동자에게 참가를 지시하거나 또는 참가시간을 근무 시간으로 인정하였는지 여부	
행사나 모임을 사업주에게 사전보고나 사후보고를 통해서 승인을 받은 경우인지 여부	
행사나 모임의 목적이나 내용이 사업주의 노무관리 등을 위해 수행되었거나 노무관리상 필요성에 의해 개최되었는지 여부	
행사나 모임의 운영 시 사업주나 관리자들이 참석을 하였거나 행사나 모임의 비용이 사업주로부터 지원되었는지 여부	
행사나 모임에 있어 사업주나 관리자들의 적극적인 참여 독려가 있었는지 여부	
행사나 모임이 동호회 활동이라고 하더라도 사업주나 관리자들이 관행적으로 참가를 독려하거나 수차례 지시하였는지 여부	
행사나 모임이 동호회 활동이라고 하더라도 근무시간에 이루어졌거나 경비 원조 등이 있었으며 사업주나 관리자들이 참여함으로써 단순한 동호회만의 활동으로 보기 어려운지 여부	
행사나 모임의 기획 운영이나 준비단계에서 사상을 당한 경우로서 그 행사나 모임이 사업주의 지배 관리 하에 있다고 볼 수 있는지 여부 (위 징표들로 판단)	
행사나 모임이 사업주의 지배 관리 하에 있었으며 재해의 원인된 행위가 일반적·상식적으로 일어날 수 있다고 볼 수 있는지 여부	
동호회, 행사 등이 노동자나 부서 성과 또는 인사고과 등에 반영되어 운용되는 제도가 있는지 여부	

⑧ 회식 중 사고

가) 인정기준

회식 중 재해에 대해서도 "행사 중 사고" 규정인 산재법 시행령 제30조(행사 중의 사고)규정을 적용하고 있습니다. 즉, 행사 중 사고와 마찬가지로 회식이 사업주의 전반적인 지배·관리 하에 있는지 여부가 기준입니다. 따라서 "회식이나 모임의 주최자, 목적, 내용, 참가인원과 그 강제성 여부, 운영방법, 비용부담" 등의 사정들을 분석해야 합니다. 이를 통해 사회통념상 그 회식의 전반적인 과정이 사용자의 지배나 관리를 받는 상태에 있고, 또한 노동자가 그와 같은 행사나 모임의 순리적인 경로를 일탈하지 아니한 상태에 있다고 인정되는 경우에는 업무상 재해로 인정할 수 있습니다.

그러나 "사용자가 주재하던 정례회식을 마치고서 참석 근로자들에게 귀가를 지시한 후 먼저 귀가한 다음에도 근로자들이 다른 곳에 가서 술을 더 마시기 위하여 사용자 소유의 차량을 함께 타고 가다가 발생한 교통사고로 인하여 근로자들이 사망하거나 다친 경우"(대법원 1995. 5. 26. 선고 94다60509 판결), "공식적인 회식이 끝난 후 분위기에 편승하여 사적으로 일부 직원들과 술집으로 자리를 옮겨 술을 마시던 중 술집 계단에서 굴러 떨어져 상해를 입은 경우"(대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다18714 판결)에는 업무상 재해로 인정될 수 없습니다.

1차 회식 후 2차 회식 등 최종 회식에 대해서는 당해 회식이 사업주의 지배 관리 하에 있다고 볼 수 있는지 여부를 기준으로 판단하고 있습니다. 회식 후 사고, 즉 주로 문제되는 경우인 회식 후 퇴근 중 재해에 대해서는 구체적인 사정을 살펴서 예외적으로 "회식과 사고와의 인과관계가 있는지 여부"를 파악하여 판단하고 있습니다. 즉, 회식에서 비자발적인 음주와 회식 후 퇴근 중 사고와의 관련성이 인정되느냐 문제입니다.

관련 판례 – 회사 행사나 모임 도중, 그 장소를 벗어나 발생한 재해는 업무상 재해에 해당된다는 판례 (대법원 2008. 10. 9. 선고 2007두21082 판결)

근로자가 회사 외의 행사나 모임의 도중이나 직후 그 장소를 벗어난 곳에서 재해를 당하였다고 하더라도 행사장소 등의 이탈 및 재해발생의 직접적인 원인이 행사나 모임에서의 과음에 있었던 때에는 그 과음행위가 사업주의 만류 또는 제지에도 불구하고 근로자 자신의 독자적이고 자발적인 결단에 의하여 이루어졌다거나 과음으로 인한 심신장애와 무관한 다른 비정상적인 경로를 거쳐 재해가 발생하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그러한 재해는 산업재해보상보험법이 정하는 업무상 재해에 해당한다.

실무적으로 공단도 위 대법원 판례의 판결에 따르고 있습니다. 즉, 공단은 2009년도 다음과 같은 업무지시를 통해 동일하게 판단하고 있습니다.

① 공식적인 회식인지 여부
② 주된 사고의 원인이 음주 이외에 다른 사유와 경합되었는지 여부
③ 과음행위의 독자적·자발적 여부(사업주 제지 여부)
④ 귀가 경로의 순리적 경로 이탈 여부를 종합적으로 검토하여 근로자의 사고가 사업주 지배·관리 하에 있다고 인정되는 경우 업무상 재해로 인정

표7 업무상 재해 판단 관련 업무지시 (요양팀-1939, 2009. 3. 23)

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
회식이 수차례 있었을 경우라도 재해를 당한 시점의 술자리 등이 사업주의 지배·관리 하에 있었다고 볼 사정이 있는지 여부	
회식 중 과음이나 만취상태가 직접적인 원인으로 인해 사상을 당한 것으로 볼 수 있는지 여부	
회식 이후 추락사나 교통사고를 당하였다고 하더라도 회식자리에서 자의적인 과음으로 인한 것이 아닌 음주로 인해 발생한 것으로 볼 수 있는지 여부	
회식 이후 귀가 중 사고를 당하였지만 이 원인이 만취한 상태로 인한 판단착오 또는 생리적 현상을 해결하던 중 발생한 것으로 볼 수 있는지 여부	
수차례 회식이 있었고 최종 회식이후 사고를 당하였다고 하더라도 그 시점이 회식이 실질적으로 종료되지 않은 상태라고 볼 수 있는지 여부	

⑨ 요양 중 사고

가) 인정기준

산재법 시행령 제32조(요양 중의 사고)규정에 아래와 같이 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제32조(요양 중의 사고)

업무상 부상 또는 질병으로 요양을 하고 있는 근로자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사고가 발생하면 법 제37조제1항제1호바목에 따른 업무상 사고로 본다.

1. 요양급여와 관련하여 발생한 의료사고
2. 요양 중인 산재보험 의료기관(산재보험 의료기관이 아닌 의료기관에서 응급진료 등을 받는 경우에는 그 의료기관) 내에서 업무상 부상 또는 질병의 요양과 관련하여 발생한 사고

여기에서 요양이라고 함은 근로복지공단으로부터 “산재 승인을 받고 치료 중에 있음”을 의미하는 것입니다. 따라서 업무상 재해로 요양치료를 받는 도중에 이와 인과관계가 인정된 사고나 질병에 대해서 산재로 인정하는 것을 규정하고 있습니다. 주로 요양 치료와 관련된 의료사고의 경우가 산재가 될 수 있는지 문제가 됩니다. 공단은 실무적으로 요양 치료를 받기 위해서 집에서 의료기관으로 이동중에 발생한 사고 또는 의료기관에서 치료 후 집으로 귀가 도중 발생한 사고에 대해서는 업무상 재해로 보고 있지 않습니다.

관련 판례 – 요양 도중 치료 부작용으로 발병한 새로운 질병을 업무상 재해로 인정한 판례(대법원 2003. 5. 30. 선고 2002두13055 판결)

업무상 재해로 인한 상병을 치료하는 과정에서 의료과오가 개입하거나 약제나 치료방법의 부작용으로 인하여 새로운 상병이 발생하였다고 하더라도 상당인과관계가 인정되는 한 이 또한 업무상 재해에 해당하는 것으로 보아야 하고, 위와 같은 의료과오나 약제 내지 치료방법의 부작용과 새로운 상병의 발생 사이의 상당인과관계 유무를 따질 때에도 앞서 본 바와 같은 법리가 적용된다. 업무상 재해로 인한 상병을 치료하는 과정에서 발생한 요도협착과 이를 치료하기 위한 수술 과정에서 발생한 발기부전이라는 성기능장애도 업무상 재해에 해당한다.

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
산재로 요양치료 중 치료받던 의료기관 내에서 부상이나 요양치료와 관련하여 사고를 당하였는지 여부	
산재로 승인된 상병으로 인해 신체장애가 남은 상태에서 치료를 받던 중 당해 장애로 인해 발생된 사고인지 여부	
요양치료 중 그 치료과정에서 약물의 부작용이나 치료방법 등의 과오로 인해 질병이나 사고를 당하였는지 여부	
요양치료 중 전원치료를 위해 이동 중 사고를 당하였는지 여부	
요양 중 뇌심혈관계질환이 발생하였으나 치료 환경이나 치료 등으로 인해서 발생한 것으로 의학적으로 그 가능성이 인정되는지 여부	
요양기관에서 치료 기간 중 외출허가를 받았지만 당해 외출이 요양에 필요한 것으로 볼 수 있는 사유로 시행되었는지 여부	

⑩ 타인의 가해행위에 의한 사고

가) 인정기준

산재법 시행령 제33조(제3자의 행위에 따른 사고)규정에 아래와 같이 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제33조(제3자의 행위에 따른 사고)

제3자의 행위로 근로자에게 사고가 발생한 경우에 그 근로자가 담당한 업무가 사회통념상 제3자의 가해행위를 유발할 수 있는 성질의 업무라고 인정되면 그 사고는 법 제37조제1항 제1호 바목에 따른 업무상 사고로 본다.

판단의 쟁점은 노동자가 담당하고 있던 업무나 직장 안의 인간관계 그리고 이에 통상 수반하는 위험으로부터 유발된 것으로 판단할 수 있는지 여부입니다. 당해 피재자가 알고 있는 사람이든지, 타인이든지 상관없습니다.

예를 들어 아파트 경비원이 괴한에게 습격당하거나 택시 노동자가 승객으로부터 구타를 당하는 경우 등이 대표적인 인정사례라고 할 수 있습니다. 이러한 사례에 있어서도 업무나 업무의 성질로부터 당해 재해가 발생되어야지 재해의 발단경위가 사적인 감정으로부터 기인된 경우에는 부정될 수 있습니다.

그리고 하나 더 알아야 할 것이 있습니다. 산재법 제87조(제3자에 대한 구상권)규정이 있습니다. 제1항은 '공단은 제3자의 행위에 따른 재해로 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도에서 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다'라고 합니다. 여기서 제3자는 일반적으로 해당 사업장의 근로자가 아닌 사람을 의미합니다. 결국 산재법 제87조 규정 상 제3자는 사업이나 사업장과 관련성이 없는 사람을 의미합니다.

관련 판례 – 타인의 폭력에 의해 재해를 당한 사건에 대한 업무기인성 인정 판례 (대법원 1995. 1. 24. 선고 94누8587 판결)

산업재해보상보험법상의 업무상의 재해라 함은 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하는 바 근로자가 타인의 폭력에 의하여 재해를 입은 경우 그것이 직장 안의 인간관계 또는 직무에 내재하거나 통상 수반하는 위험의 현실화로서 업무와 상당인과관계가 있으면 업무상 재해로 인정하되, 가해자와 피해자 사이의 사적인 관계에 기인한 경우 또는 피해자가 직무의 한도를 넘어 상대방을 자극하거나 도발한 경우에는 업무기인성을 인정할 수 없어 업무상 재해로 볼 수 없다.

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
피재자의 업무의 내용이나 성질상 가해자로부터 가해행위를 유발할 수 있다고 볼 여지가 있는지 여부	
피재자와 가해자가 평소 업무 등 근무상황이나 조건으로 자주 대립이나 다툼이 있었는지 여부	
피해 당시에는 사적인 감정으로 피해를 당하였으나 그 원인이 업무나 작업조건 등으로부터 비롯되었다고 판단될 수 있는지 여부	
싸움의 발단 원인이 업무였으며 피재자가 욕설이나 폭력을 사용했다고 하더라도 이것을 재해의 직접적인 원인으로 볼 수 없다고 판단할 수 있는지 여부	
가해자와 피재자가 사적인 감정에 얽매여 폭행이 일어난 것이 아니라 업무상 관계로 인하여 당해 사고가 발생한 것으로 볼 수 있는지 여부	
운전기사의 업무 수행 중 승객으로부터 구타를 당하거나 경비원이 괴한에게 피습을 당하는 등 일반적으로 업무수행 중 일어나는 사고인지 여부	
업무수행 중 교통사고를 당하여 교통보험으로 합의나 처리하지 아니하였는지 여부	
업무수행 장소가 교통사고 등 위험이 현실화되어 제3자로부터 사고를 유발할 수 있는 가능성이 인정될 수 있는지 여부	

⑪ 노동조합 활동 관련 재해

가) 인정기준

일반 조합원이나 노동조합 간부가 노동조합 활동 중 재해를 당한 경우에는 업무상 재해가 인정되기 어렵습니다. 다만 단체협약 및 사용자의 승낙에 의한 교육, 행사 등 노조 활동의 경우에는 업무상 재해로 인정될 수 있습니다. 단체협약 및 사용자의 승낙에 의한 활동인 경우 그 활동 자체를 회사의 노무관리업무와 밀접한 관련이 있는 것으로 볼 수 있기 때문입니다.

그리고 노조 전임자의 경우 통상의 노조활동은 "업무"로 볼 수 있기 때문에 이러한 노조활동 중 재해의 경우 업무기인성이 인정될 수 있습니다. 최근 고용노동부는 노조 전임자의 '근로자성'을 부정하는 입장을 변경해서, 근로자성을 인정하는 법원의 태도를 수용하였습니다(2018. 7). 이로 인해 노조전임자라다고 하더라도 업무관련 재해의 경우에는 최초 근로복지공단 단계에서 업무상 재해로 인정될 수 있습니다. 그러나 쟁의행위, 간단히 말해서 파업 중에 발생한 재해에 대해서는 업무상 재해로 인정되지 않는 것이 판례와 공단의 입장입니다. 이는 쟁의행위에 돌입한 경우에는 더 이상 사용자의 지배·관리 하에 있다고 볼 수 없기 때문입니다. 또한 상급단체와 관련된 활동, 불법적 노동조합 활동에 있어서도 사용자의 지배·관리성이 인정될 수 없다는 입장입니다.

관련 판례 – 노동조합 전임자에 대한 업무에서 발생한 재해를 업무상 재해로 인정한 판례 (대법원 2014. 5. 29. 선고 2014두35232 판결)

노동조합업무 전임자가 근로계약상 본래 담당할 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하게 된 것이 단체협약 혹은 사용자인 회사의 승낙에 의한 것이라면, 이러한 전임자가 담당하는 노동조합업무는, 업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이나 불법적인 노동조합활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의단계에 들어간 이후의 활동 등이 아닌 이상, 회사의 노무관리업무와 밀접한 관련을 가지는 것으로서 사용자가 본래의 업무 대신에 이를 담당하도록 하는 것이어서 그 자체를 바로 회사의 업무로 볼 수 있고, 따라서 전임자가 노동조합업무를 수행하거나 이에 수반하는 통상적인 활동을 하는 과정에서 업무에 기인하여 발생한 재해는 산업재해보상보험법 제5조제1호 소정의 업무상 재해에 해당한다. 이러한 법리는 노동조합업무 전임자가 아닌 노동조합 간부가 사용자인 회사의 승낙에 의하여 노동조합업무를 수행하거나 이에 수반하는 통상적인 활동을 하는 과정에서 업무에 기인하여 발생한 재해의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

노동조합 전임자와는 달리 근로시간 면제자의 경우에는 급여가 유급 처리되고 있습니다. 근로시간 면제자의 통상의 업무범위 내의 활동 중 재해는 산재처리가 가능합니다.

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
노조전임자의 일상적인 조합 활동(가령 조합원교육, 대의원대회) 과정에서 발생한 재해라고 볼 수 있는지 여부	
노조전임자가 상급단체의 공식 행사 중 재해를 당하였으나, 노조전임자의 소속이 하나의 산별노조의 지회나 분회에 해당하는지 여부	
노조전임자가 쟁의행위 돌입 이전에 결의대회 등을 참가하던 중 사고가 발생하였을 때, 사고시점이 쟁의행위 이전인지 여부	
노조전임이 아닌 대의원 간부 조합원 등이 노조 주관행사 등에 참여하여 사고가 난 경우, 회사가 당해 행사를 근무시간으로 인정하고 경비지원을 하는 등 행사에 대해 지원하였는지 여부	
단체협약 또는 노사합의서 등에 의해 노조활동이나 행사가 명시되었는지 여부	
노조전임 중 뇌출혈, 심근경색 등 과로성 질환이 발생할 경우 노조전임으로 인한 적응의 어려움 등 과로 및 스트레스가 상당했는지 여부	

⑫ 자해행위(자살)에 따른 사고

가) 인정기준

산재법 시행령 제36조(자해행위에 따른 업무상의 재해의 인정기준)규정에 아래와 같이 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제36조(자해행위에 따른 업무상의 재해의 인정 기준)

법 제37조제2항 단서에서 "대통령령으로 정하는 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 업무상의 사유로 발생한 정신질환으로 치료를 받았거나 받고 있는 사람이 정신적 이상 상태에서 자해행위를 한 경우
2. 업무상의 재해로 요양 중인 사람이 그 업무상의 재해로 인한 정신적 이상 상태에서 자해행위를 한 경우
3. 그 밖에 업무상의 사유로 인한 정신적 이상 상태에서 자해행위를 하였다는 것이 의학적으로 인정되는 경우

자살 사건 사고의 경우 요양치료 중인 자가 아닐 경우 기존 실무상 공단은 "정신과적 치료경력"을 필요적인 요건으로 판단했습니다. 정신과 치료 전력이 없는 경우 산재를 승인하지 않았던 것입니다.

그러나 2007년 법령 개정으로 정신과 치료전력을 요구하는 기준에서 "정신적 이상 상태에서 자해행위를 하였다는 것이 의학적으로 인정되는 예외적 요건" 하에서 산재로 인정하고 있습니다. 이는 법원 판례(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005두14325 판결, 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007두3442 판결)를 수용한 결과입니다.

일단 자살사건의 경우 업무상 스트레스가 있었는지, 이로 인해 우울증 등이 발생했는지 여부, 우울증의 상황 등으로 볼 수 있는지, 우울증 등으로 실제 치료받은 전력이 있는지, 우울증 등의 지속과 자살에 이르게 된 경위와 내용 등을 구체적으로 살펴보아야 합니다.

관련 판례 – 업무상 스트레스로 우울증세가 악화되어 자살한 경우 업무상 재해 인정 판례 (대법원 2017. 5. 31. 선고 2016두58840 판결)

산업재해보상보험법 제37조 제1항에서 말하는 '업무상의 재해'란 업무수행 중 업무에 기인하여 발생한 근로자의 부상·질병·신체장애 또는 사망을 뜻하는 것이므로 업무와 재해발생 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 그 인과관계는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 하지만, 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것이 아니며 규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되는 경우에는 증명이 있다고 보아야 한다. 따라서 근로자가 극심한 업무상의 스트레스와 그로 인한 정신적인 고통으로 우울증세가 악화되어 정상적인 인식능력이나 행위선택능력, 정신적 억제력이 현저히 저하되어 합리적인 판단을 기대할 수 없을 정도의 상황에 처하여 자살에 이르게 된 것으로 추단할 수 있는 경우라면 망인의 업무와 사망 사이에 상당인과관계가 인정될 수 있고, 비록 그 과정에서 망인의 내성적인 성격 등 개인적인 취약성이 자살을 결의하게 된 데에 영향을 미쳤다거나 자살 직전에 환각, 망상, 와해된 언행 등의 정신병적 증상에 이르지 않았다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

나) 상담 체크리스트

체크리스트	체크
우울증 등 정신질환을 산재로 인정받은 사람이 그 정신질환의 상태로 또는 악화로 인해 자해행위를 하였는지 여부	
산재로 요양 중 그 요양상태가 악화되거나 요양으로 인한 스트레스로 인해 우울증 등 정신질환이 발병하여 자해행위에 이르렀다고 볼 수 있는지 여부	
통상적으로 최초 재해로 장해가 상당하거나 정신적 육체적 고통이 너무 심하여 자해행위를 하였다고 볼 수 있는지 여부	
최초 재해로 머리(두부)에 손상을 받은 바 있고 이로 인해 기질성 뇌병변 등이 생겨 자해행위로 이르렀다고 볼 수 있는지 여부	
업무로 인해 과중한 스트레스로 우울증 등 정신질환이 발병하였다고 보이고 그로 인해 정상적인 인식능력, 행위선택능력, 정신적 억제력 등이 현저히 저하되어 자해행위를 하였다고 볼 수 있는지 여부	
업무상 스트레스로 인해 우울증 등 정신질환으로 치료받던 도중 계속되는 스트레스로 인해 심신상실 내지 정신착란 상태에 빠져 자해행위를 하였다고 볼 수 있는지 여부	
우울증 등을 진단받은 경우는 없다고 하더라도 업무상 스트레스가 상당했고 또한 이로 인해 자해행위를 하였다는 것을 추후 의학적으로 인정받을 수 있는지 여부	

4 업무상 질병의 유형 및 인정기준

(1) 일반적 인정원칙에 대한 기준

업무상 질병에 대해서는 산재법 제37조(업무상의 재해의 인정기준) 제2호 업무상 질병에 규정되어 있습니다. 즉 "가. 업무수행 과정에서 물리적 인자(因子), 화학물질, 분진, 병원체, 신체에 부담을 주는 업무 등 근로자의 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출되어 발생한 질병, 나. 업무상 부상이 원인이 되어 발생한 질병, 다. 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 질병"으로 구분됩니다.

산재법 시행령 제34조(업무상 질병의 인정기준)규정에 아래와 같이 규정되어 있습니다. 무엇보다 당해 시행령 제3항을 보면 구체적인 인정기준은 별표 3과 같다고 합니다. 따라서 "별표 3 업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준(제34조제3항 관련)"을 반드시 살펴보아야 합니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제34조(업무상 질병의 인정기준)

① 근로자가 「근로기준법 시행령」제44조제1항 및 같은 법 시행령 별표 5의 업무상 질병의 범위에 속하는 질병에 걸린 경우 다음 각 호의 요건 모두에 해당하면 법 제37조제1항제2호가목에 따른 업무상 질병으로 본다.

1. 근로자가 업무수행 과정에서 유해·위험요인을 취급하거나 유해·위험요인에 노출된 경력이 있을 것
2. 유해·위험요인을 취급하거나 유해·위험요인에 노출되는 업무시간, 그 업무에 종사한 기간 및 업무 환경 등에 비추어 볼 때 근로자의 질병을 유발할 수 있다고 인정될 것
3. 근로자가 유해·위험요인에 노출되거나 유해·위험요인을 취급한 것이 원인이 되어 그 질병이 발생하였다고 의학적으로 인정될 것

② 업무상 부상을 입은 근로자에게 발생한 질병이 다음 각 호의 요건 모두에 해당하면 법 제37조제1항제2호나목에 따른 업무상 질병으로 본다.

1. 업무상 부상과 질병 사이의 인과관계가 의학적으로 인정될 것
2. 기초질환 또는 기존 질병이 자연발생적으로 나타난 증상이 아닐 것

③ 제1항 및 제2항에 따른 업무상 질병(진폐증은 제외한다)에 대한 구체적인 인정 기준은 별표 3과 같다.

④ 공단은 근로자의 업무상 질병 또는 업무상 질병에 따른 사망의 인정 여부를 판정할 때에는 그 근로자의 성별, 연령, 건강 정도 및 체질 등을 고려하여야 한다.

일단 업무상 질병에 대해 구분할 때는 크게 "뇌혈관계질환, 근골격계질환, 사고성 질환, 직업성 암을 포함한 직업성 질병, 정신질환"으로 봅니다. 따라서 사건을 접할 때 현재 질병이 어느 질환에 해당되는지를 구분할 필요가 있습니다. 아래에서 하나씩 질병에 대해 그 개념, 인정기준, 체크리스트에 대해 살펴봅니다.

(2) 업무상 질병의 인정기준과 유형별 대응 요령

① 뇌심혈관계질환

가) 개념 및 분류

일반적으로 뇌혈관 질환은 뇌에 혈액을 공급하는 혈관이 막히거나 또는 터짐으로 인해 뇌가 손상되어 나타나는 신체적 증상을 말합니다. 뇌졸중이라고 통칭되기도 하지만 정확한 진단명은 아니며, 아래와 같이 구분됩니다.

출혈성		허혈성	
부위별	뇌실질내출혈 지주막하출혈 뇌실내출혈 기타 : 경막하출혈 등	경과별	일과성 허혈 가역성 허혈 신경학적 손상 진행성 뇌허혈증 고정성 뇌졸중
원인별	고혈압성 뇌동맥류 뇌동정맥 기형 기타 : 뇌종양, 출혈성 질환	기전별	뇌색전 뇌혈전 뇌혈색전

표8 뇌혈관계질환 분류

심장질환도 이와 마찬가지로 출혈성인 '해리성대동맥류'와 허혈성인 '심근경색증, 급성심근경색증, 협심증'으로 구분됩니다.

나) 노동부 및 공단 인정기준

산재법 시행령 별표 3에는 "뇌실질내출혈, 지주막하출혈, 뇌경색, 심근경색증, 해리성대동맥류"의 다섯 가지 상병으로 구분됩니다. 물론 이외에도 뇌심혈관계질환이 업무와 인과관계가 인정될 경우에는 산재가 가능합니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제34조 제3항 관련 별표 3. 업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준

1. 뇌혈관질환 또는 심장질환

가. 근로자가 다음의 어느 하나에 해당하는 원인으로 뇌실질내출혈, 지주막하출혈, 뇌경색, 심근경색증, 해리성 대동맥류가 발병된 경우에는 업무상 질병으로 본다. 다만, 그 질병이 자연발생적으로 악화되어 발병한 경우에는 업무상 질병으로 보지 않는다.

1) 업무와 관련한 돌발적이고 예측 곤란한 정도의 긴장·흥분·공포·놀람 등과 급격한 업무 환경의 변화로 뚜렷한 생리적 변화가 생긴 경우
2) 업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등으로 발병 전 단기간 동안 업무상 부담이 증가하여 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 과로를 유발한 경우
3) 업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등에 따른 만성적인 과중한 업무로 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 부담을 유발한 경우

나. 가목에 열거되지 않은 뇌혈관질환 또는 심장질환의 경우에도 그 질병의 유발 또는 악화가 업무와 상당한 인과관계가 있음이 시간적·의학적으로 명백하면 업무상 질병으로 본다.

다. 가목 및 나목에 따른 업무상 질병 여부의 결정에 필요한 사항은 노동부장관이 따로 고시한다.

위와 같은 뇌심혈관계질환의 산재는 크게 돌발과로, 단기과로, 만성과로로 구분되며, 그 기준에 대해서는 아래의 "고용노동부 고시(제2017-117호, 2017. 12. 29)"에 규정되어 있습니다.

관련 법률 – Ⅰ. 뇌혈관 질병 또는 심장 질병 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항 (고용노동부고시 제2017-117호, 2017. 12. 29).

1. 뇌혈관 질병 또는 심장 질병

가. 「산업재해보상보험법 시행령」(이하 "영"이라 한다) 별표 3 제1호 가목 1)에서 "업무와 관련한 돌발적이고 예측 곤란한 정도의 긴장·흥분·공포·놀람 등과 급격한 업무 환경의 변화로 뚜렷한 생리적 변화가 생긴 경우"란 증상 발생 전 24시간 이내에 업무와 관련된 돌발적이고 예측 곤란한 사건의 발생과 급격한 업무 환경의 변화로 뇌혈관 또는 심장혈관의 병변 등이 그 자연경과를 넘어 급격하고 뚜렷하게 악화된 경우를 말한다.

나. 영 별표 3 제1호 가목 2)에서 "업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등으로 발병 전 단기간 동안 업무상 부담이 증가하여 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 과로를 유발한 경우"란 발병 전 1주일 이내의 업무의 양이나 시간이 이전 12주(발병 전 1주일 제외)간에 1주 평균보다 30퍼센트 이상 증가되거나 업무 강도·책임 및 업무 환경 등이 적응하기 어려운 정도로 바뀐 경우를 말하며, 해당 근로자의 업무가 "단기간 동안 업무상 부담"에 해당하는지 여부는 업무의 양·시간·강도·책임, 휴일·휴가 등 휴무시간, 근무형태·업무환경의 변화 및 적응기간, 그 밖에 그 근로자의 연령, 성별 등을 종합하여 판단한다.

다. 영 별표 3 제1호 가목 3)에서 "업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등에 따른 만성적인 과중한 업무로 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 부담을 유발한 경우"란 발병 전 3개월 이상 연속적으로 과중한 육체적·정신적 부담을 발생시켰다고 인정되는 업무적 요인이 객관적으로 확인되는 상태를 말한다. 이 경우 해당 근로자의 업무가 "만성적인 과중한 업무"에 해당하는지 여부는 업무의 양·시간·강도·책임, 휴일·휴가 등 휴무시간, 교대제 및 야간근로 등 근무형태, 정신적 긴장의 정도, 수면시간, 작업 환경, 그 밖에 그 근로자의 연령, 성별 등을 종합하여 판단하되, 업무시간과 작업 조건에 따른 업무와 질병과의 관련성을 판단할 때에는 다음 사항을 고려한다.

1) 발병 전 12주 동안 업무시간이 1주 평균 60시간(발병 전 4주 동안 1주 평균 64시간)을 초과하는 경우에는 업무와 질병과의 관련성이 강하다고 평가한다.

2) 발병 전 12주 동안 1주 평균 업무시간이 52시간을 초과하는 경우에는 업무시간이 길어질수록 업무와 질병과의 관련성이 증가하는 것으로 평가한다.

특히, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업무를 수행하는 경우(업무부담 가중요인)에는 업무와 질병과의 관련성이 강하다고 평가한다.

① 근무일정 예측이 어려운 업무
② 교대제 업무
③ 휴일이 부족한 업무
④ 유해한 작업환경 (한랭, 온도변화, 소음)에 노출되는 업무
⑤ 육체적 강도가 높은 업무
⑥ 시차가 큰 출장이 잦은 업무
⑦ 정신적 긴장이 큰 업무

3) 발병 전 12주 동안 업무시간이 1주 평균 52시간을 초과하지 않는 경우라도 2항의 업무부담 가중요인에 복합적으로 노출되는 업무의 경우에는 업무와 질병의 관련성이 증가한다.

라. 오후 10시부터 익일 6시 사이의 야간근무의 경우에는 주간근무의 30%를 가산(휴게시간은 제외)하여 업무시간을 산출한다. 다만 「근로기준법」 제63조제3호에 따라 감시 또는 단속적으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 고용노동부장관의 승인을 받은 경우와 이와 유사한 업무에 해당하는 경우는 제외한다.

다) 뇌·심혈관계 질환 상담 체크리스트

일단 사업주의 조력이 있는 사건인지를 봐야 합니다. 사업주가 마음만 먹는다면 산재승인을 방해할 수 있기 때문입니다. 사업주 날인 없이 산재신청은 가능하지만 회사가 각종 근로시간·업무 스트레스에 관한 자료 제출을 거부하거나 동료들의 접촉을 차단할 경우 이를 근본적으로 막을 방법이 없습니다. 보험가입자 의견서·문답서·업무시간 확인원 등에서 부정적인 견해를 보인다면 산재승인에 장애가 된다는 점에 유의해야 합니다.

둘째, 병명이나 사인을 밝힌 사건인지 봐야 합니다. 병원이 아닌 곳에서 사망할 경우 병원에 도착하더라도 사망진단서가 발급되지 않습니다. 단지 사체검안서를 통해 추정 사인을 기재할 뿐입니다. 사체검안서에서도 추정 사인이 명시되지 않을 경우(가령 내인성급사 등으로 기재) 부검을 해야 합니다. 이전과 달리 공단은 지침(뇌혈관질병·심장질병 업무상 질병 조사 및 판정지침, 2018-2호)을 통해 '부검을 하지 않았더라도 다른 질병이나 손상 등에 의한 심폐정지나 심장정지가 아닌 경우에는 일반적으로 심장의 문제(급성심근경색, 부정맥 등)으로 볼 수 있음'이라고 하여, 부검을 하지 않더라도 산재가 인정될 여지를 두고 있습니다.

셋째, 근로복지공단의 판단 원칙에 따라 대응해야 합니다. 공단과 판정위원회가 조사하는 방향은 크게 돌발과로·단기과로·만성과로 등 세 가지입니다. 문제는 24시간 이내에 급박한 상황이 발생(돌발과로)하거나 법정근로시간이 아닌 평소에 하던 업무시간보다 1주일 이내 30% 이상 증가하는 상황(단기과로)은 흔히 발생하지 않는다는 점입니다. 결국 과로성 질병 문제의 핵심은 만성과로에 해당하는지 여부입니다. 만성과로에 해당하는지 여부에 있어

공단과 판정위가 중요시하는 것은 업무시간 및 가중요인에 해당여부입니다. 일단 발병 전 12주 동안 1주 평균 60시간을 초과하는지와 발병 4주 동안 1주 평균 64시간을 초과하는지 여부입니다. 그리고 업무시간이 발병 전 12주 동안 1주 평균 52시간을 초과하며, 근무일정 예측이 어려운 업무 등 일곱 가지 업무부담 가중요인에 해당하는지 여부를 살펴야 합니다. 그리고 발병 전 12주 동안 업무시간이 1주 평균 52시간을 초과하지 않더라도 업무부담 가중요인에 2가지 이상 노출되는지 여부입니다. 이러한 고시상의 세 가지 만성과로의 기준은 산재인정이 될 수 있는 일종의 하한선입니다.

이를 위해 업무시간에 대한 자료를 최대한 확보해야 합니다. 업무시간은 근로시간의 개념보다 넓은 것으로서 업무를 위한 준비 및 마무리 등을 포함한다고 할 수 있습니다. 이를 위해 근태기록부·초과근무 대장·근무일지·출입카드 기록·급여명세서·컴퓨터로그기록·와이파이접속기록·출퇴근교통카드·택시이용 영수증·CCTV·동료 진술서 등으로 업무시간의 확보 및 증명이 가능한지 살펴봐야 합니다. 작업 준비시간은 물론 종료 후 처리시간·대기시간·체조시간 등 업무시간에 산입 가능한 시간을 최대한 늘릴 수 있는지도 분석해야 합니다. 이러한 업무시간 계산에 있어 야간(밤 10시~익일 6시) 근무의 경우 30%를 가산하여 계산해야 합니다.

그리고 업무부담 가중요인인지 자료를 통해 증명해야 합니다. 즉 "근무일정 예측이 어려운 업무, 교대제 업무, 휴일이 부족한 업무, 유해한 작업환경(한랭, 온도변화, 소음)에 노출되는 업무, 육체적 강도가 높은 업무, 시차가 큰 출장이 잦은 업무, 정신적 긴장이 높은 업무" 여부를 증명해야 합니다. 이는 출퇴근자료·기상청 날씨자료·작업환경측정결과서·근골격계 유해요인보고서·동료진술서 등으로 증빙할 수 있습니다. 육체적 강도가 높은 업무인지 여부는 공단의 판정지침 '별표 3'에 예시되어 있습니다.

넷째, 업무적 스트레스가 입증되고 있는지 봐야 합니다. 업무부담 가중요인에 있어서도 '정신적 긴장이 큰 업무'를 명시하고 있습니다. 이는 지침 상 '별표 2 정신적 긴장을 동반하는 업무의 평가기준'을 참고하여 판단할 수 있습니다. 업무적 스트레스 요인은 과로성 질병 발병·악화에 업무시간만큼이나 중요한 요소입니다. 따라서 지침 상 '별표 2'를 참조하되, 업무적 스트레스가 많았음을 적극적으로 입증해야 합니다.

다섯째, 기존 질환이나 위험인자를 확인해야 합니다. 물론 현행 고용노동부 고시상 개인의 위험인자가 기존질환을 산재 불인정의 요인으로 삼고 있지 않습니다. 그래도 기존 질환이나 위험인자가 없거나 적은 경우가 유리합니다. 건강검진결과서와 건강검진 문진표(각 5년), 건강보험 요양급여 내역(10년)을 건강보험공단 지사에서 발급받으면 됩니다. 기존 질환으로 치료받은 병력이 있을 경우 적절한 약치료를 통해 잘 관리돼 왔음을 소견서 등으로 증빙합니다. 운동으로 건강상태를 적절히 유지했음을 증명하는 것도 중요합니다.

여섯째, 고용노동부 고시 및 공단의 판정지침상의 기준은 하나의 예시적 기준에 불과합니다. 고용노동부 고시 및 공단의 판정지침에 포함되는 경우가 아니더라도 업무와 상병(사망)간에 상당인과관계가 인정될 수 있는 경우이면 업무상 재해라고 볼 수 있습니다. 따라서 공단이나 산재재심사위원회에서 과로성 질환 또는 과로성 재해로 인정되지 못하더라도 법원 소송에서 구제되는 경우가 많다는 점에 유의해야 합니다.

② 근골격계 질환

가) 개념 및 분류

근골격계 질환은 누적 외상성 질환으로도 불리며 장기간에 걸친 지속적인 반복동작에 의해 근육, 관절, 혈관, 신경 등에 미세한 손상이 발생하고 이것이 누적되어 나타나는 질환입니다. 현장에서는 소위 '골병'으로 불리며, 줄여서 '근골'이라고도 지칭합니다.

나) 노동부 및 공단 인정기준

산재법 시행령 별표 3에 있어서는 근골격계 질병에 대한 인정기준이 명시되어 있습니다. 반복동작, 무리한 힘, 부적절한 자세, 진동작업 등 신체부위에 부담을 초래하는 업무로 인해 발생하는 것으로 봅니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제34조 제3항 관련 별표3. 업무상 질병에 대한 구체적인 인정기준

가. 업무에 종사한 기간과 시간, 업무의 양과 강도, 업무수행 자세와 속도, 업무수행 장소의 구조 등이 근골격계에 부담을 주는 업무(이하 "신체부담업무"라 한다)로서 다음 어느 하나에 해당하는 업무에 종사한 경력이 있는 근로자의 팔·다리 또는 허리 부분의 근골격계 질병이 발생하거나 악화된 경우에는 업무상 질병으로 본다. 다만, 업무와 관련이 없는 다른 원인으로 발병한 경우에는 업무상 질병으로 보지 않는다.

1) 반복 동작이 많은 업무
2) 무리한 힘을 가해야 하는 업무
3) 부적절한 자세를 유지하는 업무
4) 진동 작업
5) 그 밖에 특정 신체 부위에 부담되는 상태에서 하는 업무

나. 신체부담 업무로 인하여 기존 질병이 악화되었음이 의학적으로 인정되면 업무상 질병으로 본다.

다. 신체부담 업무로 인하여 연령 증가에 따른 자연경과적 변화가 더욱 빠르게 진행된 것이 의학적으로 인정되면 업무상 질병으로 본다.

라. 신체부담 업무의 수행 과정에서 발생한 일시적인 급격한 힘의 작용으로 근골격계 질병이 발병하면 업무상 질병으로 본다.

마. 신체부위별 근골격계 질병의 범위, 신체부담 업무의 기준, 그 밖에 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항은 고용노동부장관이 따로 고시한다.

관련 법률 – 뇌혈관질환 또는 심장질환 및 근골격계 질환의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항 (고용노동부 고시 : 제2017-117호, 2017. 12. 29).

2. 근골격계에 발생한 질병

가. 근골격계 질병의 정의 및 범위

1) 근골격계 질병은 특정 신체부위에 부담을 주는 업무로 그 업무와 관련이 있는 근육, 인대, 힘줄, 추간판, 연골, 뼈 또는 이와 관련된 신경 및 혈관에 미세한 손상이 누적되어 통증이나 기능 저하가 초래되는 급성 또는 만성질환을 말한다.

2) 근골격계 질병은 팔(上肢), 다리(下肢) 및 허리 부분으로 구분한다.

가) “팔 부분(上肢)”은 목, 어깨, 등, 위팔, 아래팔, 팔꿈치, 손목, 손 및 손가락의 부위를 말하며, 대표적 질병으로는 경추염좌, 경추간판탈출증, 회전근개건염, 팔꿈치의 내(외)상과염, 수부의 건염 및 건초염, 수근관증후군 등이 있다.

나) “다리 부분(下肢)”은 둔부, 대퇴부, 무릎, 다리, 발목, 발 및 발가락의 부위를 말하며, 대표적 질병으로는 무릎의 반월상 연골손상, 슬개대퇴부 통증증후군, 발바닥의 근막염, 발과 발목의 건염 등이 있다.

다) “허리 부분”은 요추 및 주변의 조직을 지칭하며 대표적 질병으로는 요부염좌, 요추간판탈출증 등이 있다.

나. 가목 1)에 따른 근골격계 질병을 판단할 때에는 해당 질병에 대한 증상, 의학적 소견, 검사 소견, 진단명 등을 확인하여 판단한다.

다. 업무수행 중 발생한 사고로 인한 근골격계 질병

1) 신체부담 업무를 수행한 작업력이 있는 근로자에게 업무수행 중 발생한 사고로 인해 나타나는 근골격계 질병은 업무상 질병의 판단 절차에 따른다. 다만, 신체에 가해진 외력의 정도와 그에 따른 신체손상(골절, 인대손상, 연부조직 손상, 열상, 타박상 등)이 그 근로자의 직업력과 관계없이 사고로 발생한 것으로 의학적으로 인정되는 경우에는 업무상 사고의 판단 절차에 따른다.

2) 1)에서 “업무수행 중 발생한 사고”란 업무수행 중에 통상의 동작 또는 다른 동작에 의해 관절 부위에 급격한 힘이 돌발적으로 가해져 발생한 경우를 말한다. 이 경우 “급격한 힘이 돌발적으로 가해져 발생한 경우”를 판단할 때에는 신체부담 업무에 따른 신체의 영향과 급격한 힘의 작용에 따른 신체의 영향을 종합적으로 고려하여 업무관련성 여부를 판단한다.

라. 업무관련성의 판단

1) 신체부담 업무의 업무관련성을 판단할 때에는 신체부담 정도, 직업력, 간헐적 작업 유무, 비고정작업 유무, 종사기간, 질병의 상태 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

2) 1)의 신체부담 정도는 재해조사 내용을 토대로 인간공학전문가, 산업위생전문가, 산업의학 전문의 등 관련 전문가의 의견을 들어 평가하되, 필요한 경우 관련 전문가와 함께 재해조사를 하여 판단한다.

다) 근골격계 질환 상담 체크리스트

다른 질환과 달리 근골격계질환은 해당 근로자의 적극성과 상담자의 노력 여하에 따라 승인 가능성이 가장 높은 질환입니다.

첫째, 근골격계 질환 상병의 특징을 이해하고 접근해야 합니다. 가장 중요한 것은 상병이 순수한 사고로 발생했는지, 사고가 동반된 근골격계 질환인지, 사고가 동반되지 않은 근골격계 질환인지 여부의 판단입니다. 허리부위와 달리 무릎이나 어깨는 상병코드(S 사고성·M 퇴행성)만으로 판단이 어렵습니다. 이 경우 주치의에게 문의해 상병이 사고성인지, 퇴행성인지 판단해야 합니다. 일회성 외상 기전(현상)으로 근골격계 질환이 발생한다는 것은 사실상 불가능하다는 점을 알아야 합니다.

둘째, 사고가 있다면 재해 경위를 구체적으로 입증하고 있는지 살펴야 합니다. 예를 들어 “허리부위 통증을 갑작스럽게 느꼈다”고 진술할 것이 아니라 “넘어지면서 왼쪽 허리부위를 바닥부위 요철에 부딪치면서 급작스럽게 통증이 발생했다”고 해야 합니다. 즉 정확하게 재해경위를 진술하고 목격자들의 확인서를 첨부해야 합니다. 사고성 재해와 마찬가지로 사고와 동반된 근골격계 질환도 ‘사고 자체에 대한 증명’이 중요합니다.

셋째, 재해노동자의 업무가 ‘근골격계 부담업무’인지 아닌지를 증명해야 합니다. “근골격계 부담작업의 범위(고용노동부 고시 2018-13호)”를 참조하면 됩니다. 일단 노동부 고시에 충족할 경우 이를 주장하는 것이 좋습니다. 직접적 충족이 어려울 경우 이에 준하는 작업으로 주장하고 증명해야 합니다.

넷째, 각 공정에 대한 구체적 위험요인을 제시해야 합니다. 재해경위서로 갈음할 수도 있고 재해노동자 본인의 진술서를 제출해도 됩니다. 유의해야 할 점은 ‘상병 발생 당시 공정’만을 부각하는 것이 아니라 입사 이후 전 공정을 증명해야 한다는 것입니다. 입사 전 근골격계 부담업무에 종사했다면 이 또한 증명하고 정리해야 합니다. 이를 통해 각 부담업무에 있어 “작업속도, 반복동작 횟수와 시간, 무리한 힘의 사용, 작업자세의 부자연성, 각 부위의 꺾임이나 비틀림, 진동작업, 중량물의 무게·동작·횟수, 작업공간이나 작업대의 적절성, 개인의 신체(키와 몸무게)적 상태”를 구분해 간략하게 제시해야 합니다. 이를 뒷받침할 수 있는 작업사진이나 동영상을 제출할 필요가 있습니다.

다섯째, 동일하거나 비슷한 상병으로 치료받은 전력이 있을 경우 업무로 인한 치료라는 것을 적극적으로 소명하는 것이 좋습니다. 또 동일업무 종사자의 공상을 포함한 산재사례 또는 근골격계 사례 등을 제시하면서 해당 직무와 공정이 ‘근골격계 다발 업무’라는 것을 주장합니다. 근골격계 유해요인 조사서 상 유리한 부분이 있으면 제출하면 됩니다.

③ 사고성 질환

가) 개념 및 분류

사고성 질환 또는 사고성 질병은 1회의 외상의 사고에 의해서 발생한 질병을 의미합니다. 산재법 제37조(업무상 재해의 인정기준)제2항 나호 “업무상 부상이

원인이 되어 발생한 질병"이라고 규정되어 있습니다. 예를 들어 공사현장에서 일하는 건설노동자가 발판에서 미끄러져 우측 어깨를 계단에 부딪쳐 '회전근개 파열'이 발생한 경우, 마트에서 청소하는 노동자가 추락해서 '요추간판탈출증'이 발생하는 경우 등입니다.

사고의 외력이 있었던 반면 발생하는 질병은 통상 근골격계 질환과 동일하거나 비슷한 질병으로 진단됩니다. 사고와 질병이 겹치는 부분입니다.

나) 노동부 및 공단 인정기준

사고성 질병의 문제는 90% 이상 불승인된다는 점입니다. 문제는 사고의 외력이 있었는가라는 점이 아닙니다. MRI·CT·관절경 사진 등 영상의학 필름에서 명확한 '급성파열'의 소견이 관찰되는가라는 의학적 판단에 좌우됩니다. 또한 기존 동일 부위에 치료병력이 있을 경우에는 1회성 외상에 의한 '질병'은 승인되지 않습니다. 공단은 불승인 문서에서 퇴행성 상병인 점, 기존 치료병력이 있는 점, MRI에서 상병이 명확히 판독되지 않는 점을 근거로 제시합니다.

사고성 질병은 지사의 자문의사들이 판단을 합니다. 즉, 정형외과·신경외과 의사들이 필름과 상병, 기존 치료병력만 보고 업무상 재해인지 여부를 판단합니다. 이러한 임상 의사들은 '상병의 발생기전만 학습하고 치료하는 사람'들이지, '상병의 악화·발현 여부'에 대해서는 관심이 없습니다. MRI에서 퇴행성 기전(이미 20대 이후에는 거의 모든 관절 부위에 퇴행성 기전이 시작된다는 것이 의학적 정설임)이 보이거나 기존 치료병력이 확인되는 경우 '발생원인'이나 외상의 기여도를 중요하게 생각하지 않습니다. '급성 외상성 파열'이 명확한 경우만 발생 원인으로 볼 뿐입니다.

다) 사고성 질병 상담 체크리스트

공단에서 사고성 질병에 대한 판단과정은 "당해 사고로 인해 악화돼 발현했는지 여부"라는 법률상 상당인과관계가 전혀 개입될 수 없는 구조입니다. 대법원은 이미 수차례 이와 같은 사고성 질병에 대한 판단기준을 제시한 바 있습니다. 대법원은 "원고가 기왕에 가지고 있던 이 사건 상병이 이 사건 사고로 인한 충격으로 자연적인 진행경과를 넘어서 바로 적극적 치료를 하지 않으면 안 될 정도로 급격히 악화됐다고 볼 수 있고, 그렇다면 장해급여는 별론으로 하더라도 요양급여신청을 하고 있는 이 사건에서 원고의 이 사건 상병이 업무상 재해에 해당한다고 볼 여지가 충분하다"고 판결했습니다(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011두25661 판결).

이러한 사고성 질병의 경우 다음과 같은 점에 유의해야 합니다. 첫째는 외상 사고의 유무입니다. 외상 사고의 내용과 정도, 충격 등에 대해 명확한 증명이 되어야 합니다. 사고의 외력이 충분히 당해 질병을 유발시킬 수 있을 것인가의 문제입니다. 따라서 재해 당시 최소한 5일 이내 병원을 방문해서 재해경위를 진술하는 것이 좋습니다. 또한, 사고 당시의 사진, 목격자 진술서 등을 첨부하는 것이 필요합니다.

둘째, 외상으로 인한 파열, 추간판탈출 등이 발생했다고 보기 위해서는 출혈, 종창, 급성 신경압박소견 등 해당 의학적 근거가 확인되는지 여부입니다.

구체적인 내용의 확인 유무에 대해서는 담당 의사에게 문의해보면 됩니다. 당해 사실이 확인되는 경우 이를 강조할 필요가 있습니다. 그리고 외상의 기여도가 50% 이상이라는 사실에 대해 초진소견서에 명시해 달라고 요청합니다.

셋째, 역시 척추, 견관절, 슬관절 등 퇴행성 변화의 소견이 있다고 하더라도, 재해 이전 치료사실이 전무(혹은 미미)한 상태라는 점을 강조합니다. 즉, 사고 이후 증상이 진단되거나 악화된 경우라는 점입니다. 퇴행성 증상이 있었더라도 업무에 지장이 없어서 노동자 본인이 인지하지 못할 정도였고 재해 이전 정상 근무를 했으며 재해로 인하여 특정한 외력이 더하여져 수술을 받아야 될 정도가 되었다고 설명해야 합니다.

④ 직업성 질병 및 직업성 암

가) 개념 및 분류

직업성 질병은 특정한 사고나 재해로 인해 발생하는 질병과는 달리 업무에 종사하면서 상당기간 업무의 유해인자로 인해 발생하는 질병을 의미합니다. 대표적인 직업성 질병은 바로 직업성 암입니다. 직업성 질병은 업무에 내재하거나 동반되는 각종 유해물질에 장기간 노출되고, 유해한 작업 조건과 환경으로부터 손상되어 발병하는 특징이 있습니다. 직업성 질병은 '업무상 특정 유해인자만으로 발생하는 경우, 유해인자 이외 타 발병요인이 있는 경우, 기초질환이나 질병이 함께 작용하는 경우, 업무상 질병 자체가 다른 질병을 유발하는 경우'로 구분됩니다.

나) 노동부 및 공단 인정기준

"산재법 시행령 별표 3 업무상 질병에 대한 구체적인 인정기준"에 명시되어 있습니다. 앞서 설명한 뇌심혈관계 질병, 근골격계 질병 이외 '호흡기계 질병, 신경정신계 질병, 림프조혈기계 질병, 피부 질병, 눈 또는 귀 질병, 간 질병, 감염성 질병, 직업성 암, 급성 중독 등 화학적 요인에 의한 질병, 물리적 요인에 의한 질병'의 10가지 질병이 더 규정되어 있습니다. 이러한 질병 이외에 직업성 질병과 업무와의 인과관계가 인정될 경우에도 이를 업무상 질병으로 판단하는 소위 '혼합주의' 인정기준을 채택하고 있습니다. 이를 위해 "13. 그 밖의 근로자의 질병과 업무와의 상당인과관계가 인정되는 경우에는 해당 질병을 업무상 질병으로 본다"라고 규정하고 있습니다.

다) 직업성 질환 상담 체크리스트

직업성 질병의 경우 과로·스트레스와의 관련성이 아니라 유해인자의 노출이 무엇인지를 밝히는 것이 중요합니다. 예를 들어 백혈병의 경우 벤젠, 포름알데히드, 산화에틸렌 등의 노출 등이 입증되어야 합니다. 폐암의 경우 크롬, 니켈 등 발암물질과의 관련성이 인정되어야 합니다.

따라서 직업성 암을 포함한 직업성 질병 사건에 있어서 다음과 같은 점에 유의해야 합니다.

첫째, 직업성 질병의 경우 유해 위험인자가 무엇인지를 정확히 파악하고 이로 인한 노출, 노출기간, 보호구, 상병상태의 경과 등을 입증하고 있는지를 살피는 것이 우선이라고 할 수 있습니다. 유발가능성으로 접근하는 것이 아니라

유해물질의 노출 및 폭로력 조사, 객관적 입증자료를 구비해야 합니다.

건강검진표, 특수건강검진표, 작업환경측정결과표, MSDS 등 각종 자료를 구비한 이후 이를 분석해보아야 합니다. 현장에서 사용하는 유해화학물질의 경우 일반적으로 개선되어져왔거나, 사용하더라도 현장의 근로자들이 정확한 성분을 알지 못하는 경우가 많습니다. 회사에서 영업비밀이라는 등의 사유로 정보를 공개하는 것을 꺼리는 경우도 있습니다. 정확한 조사를 위해서는 신중하고 장기적인 접근이 필요합니다.

둘째, 상병명에 대한 기본적인 이해와 노력이 필요합니다. 병명에 대해서는 기본적으로 "KMLE"(http://www.kmle.co.kr/), 또는 구글(http://www.google.co.kr/) 등을 통해 알 수 있습니다. 또한, 의사에게 문의해서 표준질병분류표상 확진된 것인지, 특히 암은 원발성인지 전이성인지 등을 알아봐야 합니다.

셋째, 직업성 질병은 '작업환경의학과' 의사가 담당하는 분야입니다. 업무기인성에 대한 평가를 받을 수 있는 '작업환경의학의'를 면담하여 "업무관련성 소견서" 또는 "업무기인성소견서"를 받도록 하는 것도 한 방법입니다. 이 때 피재자의 근무내역, 근무환경, 사용물질 등 관련 자료를 구비한다면 보다 원활하게 소견서가 작성될 수 있습니다.

넷째, 회사 및 동료 노동자의 유리한 진술을 받아서 제출하는 것도 필요합니다. 또한 이러한 진술이 공단의 조사 과정에서 유지될 수 있도록 합니다. 직업성 암 산재 사건의 경우 산업안전보건연구원, 직업성폐질환연구소 등에서 역학조사를 실시합니다. 이 때 회사나 작업장에 나와 조사를 하고 면담을 하기도 합니다. 이런 조사과정에서 회사나 동료의 적극적 진술이 도움될 수 있습니다.

⑤ 정신 질환

가) 개념 및 분류

산재법 시행령 별표 3에는 신경정신계 질병으로 '외상 후 스트레스 장애, 적응장애, 우울증 에피소드'를 아래와 같이 규정합니다.

관련 법률 – 산재법 시행령 제34조 제3항 관련 별표3. 업무상 질병에 대한 구체적인 인정기준

4. 신경정신계 질병

바. 업무와 관련하여 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건에 의해 발생한 외상후스트레스장애

사. 업무와 관련하여 고객 등으로부터 폭력 또는 폭언 등 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건 또는 이와 직접 관련된 스트레스로 인하여 발생한 적응장애 또는 우울병 에피소드

이외에도 다양한 정신질환이 발생할 수 있으며, 이는 크게 기질적 정신질병 및 기능성 정신질병으로 구분됩니다. 기질적 정신질병은 뇌에 외상, 종양, 감염 등으로 인해 발생하는 질병입니다. 기질성 질병은 이러한 외상, 종양, 감염 등 이상상태를 증명하는 의학적 판단의 문제로 국한됩니다.

그리고 기능성 정신질병이 있습니다. 이는 어떠한 병변을 확인할 수 없는 상태에서 발생하는 정신질환을 의미합니다. 대표적인 정신질환은 주요우울장애, 불안장애, 적응장애, 외상 후 스트레스 장애, 급성 스트레스 반응, 수면장애 등이 있습니다. 아래에서 기능성 정신질병을 위주로 설명합니다. 현재 산재법에서는 위 3가지 상병만 규정하고 있지만, 이외에도 업무와의 관련성이 인정된다면 산재로 인정될 수 있습니다.

나) 노동부 및 공단 인정기준

정신질환의 인정 요건은 업무와의 관련성입니다. 즉, 업무상의 스트레스 요인과 당해 상병과의 관련성을 인정할 수 있느냐의 문제입니다. 이에 대해서 공단은 별도의 조사지침(정신질병 업무관련성 조사지침 제2016-11호, 2016. 3. 28)이 있습니다. 당해 지침은 '정신질병에 대한 인정기준, 재해조사 요령, 조사 및 처리절차, 재해조사 시 유의사항 등'으로 구분되어 있습니다. 내용이 구체적이며 공단의 산재 기준을 제시하는 것이므로 참고할 만합니다.

다) 정신질환 상담 체크리스트

일단 진단 상병과 의무기록지의 확인이 필요합니다. 상병이 적절히 진단된 것인지 여부 및 필요한 검사가 적절히 시행되었는지를 확인해야 합니다. 각종 심리검사 등의 검사결과지 및 의무기록지 상에 노동자가 호소한 주된 증상 및 스트레스 요인을 파악해야 합니다. 이를 통해 당해 상병의 주된 발생 원인이 업무적 요인인지 아니면 개인적 요인인지를 체크해야 합니다.

둘째, 업무 관련 스트레스 요인에 대한 증빙 여부입니다. 공단의 위 지침 상 각 질환의 업무관련 위험요인을 아래와 같이 평가하고 있습니다. 각 상병에 따른 업무 관련 위험요인이 적절히 제시되고 있는지를 살펴야 합니다.

상병명	업무관련 위험요인
주요 우울장애	직장 내 폭력, 장시간 근로, 직장 내 사회적 지지, 직무 요구도와 자율성, 부당한 전근, 근로조건, 사업장 내에서의 불공정한 조치, 고용 불안, 해고의 경험 등임
불안장애	직장 내 폭력, 만성적인 직무스트레스, 직무변경과 책임 변화 등 스트레스성 사건 등임
적응장애	업무와 관련하여 발생한 급성적 스트레스 요인으로서 급격한 직무 변경과 책임의 변화 등임
외상 후 스트레스 장애, 급성 스트레스 반응	심리적인 외상성 사건 등임 (4주 이상 지속되는 경우 외상 후 스트레스 장애로 진단, 4주 이내인 경우 급성 스트레스 반응)
수면장애	다른 정신질병이 동반되어 있는지 확인해야 하므로 정신건강의학과 진료가 선행되어야 하며, 일 주기 리듬의 교란 여부를 파악하기 위해 최소 2주 이상의 수면일지와 수면기록이 필요

표9 상병별 업무관련 위험요인

셋째, 증상 발생 전 6개월 이내의 노동자, 동료, 회사의 진술 등이 중요합니다. 특히 회사가 사업주 날인을 거부할 경우 보험가입자 의견서를 공단으로부터 확인해야 합니다. 증상 발생 6개월 이전 업무상 스트레스를 유발하는 사건이 객관적으로 증명되는지가 핵심입니다.

넷째, 각종 고객을 상대로 하는 감정노동직군의 경우 감정노동에 있어 고객을 상대하는 시간, 비중, 내용이나 방식, 감정의 불일치 상황, 고객으로부터 항의의 내용과 횟수, 회사의 감정노동 단속실태 등이 증명할 수 있는 자료입니다.

Q&A

Q. 택시노동자인데, 뇌경색으로 쓰러졌어요. 산재처리가 되나요?

A. 택시노동자의 경우 대부분 일 16시간 이상 장기간 노동을 하는 경우가 많습니다. 또한, 주야간 교대근무를 통해서 충분한 휴식을 취하지 못하는 경우입니다. 가장 중요한 것은 업무시간이 1주 평균 52시간을 넘는지 여부입니다. 업무시간은 타코미터 상 시동이 걸린 시간을 업무시작 시간으로 보며, 최후로 꺼진 시간을 업무 종료시간으로 봅니다. 따라서 근무일보, 타코미터 상 업무시간이 발병 전 12주 평균 1주 52시간을 초과하며, 주야간 교대근무를 하였다면 충분히 산재로 인정될 수 있습니다.

Q. 면역성 바이러스성 질병도 산재가 되나요?

A. 네, 가능합니다. 면역성 질환의 대표적인 상병은 감기입니다. 물론 감기로 산재신청을 하는 경우는 거의 없습니다. 면역성 질병 중 산재로 인정된 사례가 있는 병은 '바이러스성 뇌염, 헤르페스 바이러스 뇌염, 안면신경마비, 화농성 척추염, 산재성 혈관 내 응고장애, 리스테리아균에 의한 상병' 등입니다. 그러나 면역성 질병은 과로 및 스트레스가 입증되더라도 근로복지공단에서는 잘 인정되지 않고 거의 대부분 법원에서 산재로 인정되는 현실입니다.

Q. 난청은 어떻게 산재신청을 준비해야 하나요?

A. 난청의 진단이 제대로 되었는지 여부를 확인해야 합니다. 메이에르증후군, 두부 외상, 돌발성 난청, 유전성 난청, 노인성 난청 등이 아니라 감각신경성 난청인지 여부가 중요합니다. 공단은 "연속으로 85데시벨[dB(A)] 이상의 소음에 3년 이상 노출되어 한 귀의 청력손실이 40데시벨 이상"일 때만 산재로 봅니다. 진단서 및 순음청력 검사결과지 등을 확인해야 합니다. 그리고 당해 작업장 소음이 85dB 이상인지 여부를 확인해야 합니다. 통상 작업환경 측정 결과서를 참고합니다. 이런 결과서가 없다면 직접 측정해서 결과지를 내는 것도 방법입니다. 다만, 공단의 인정기준인 연속 3년 이상 85dB의 기준은 최하한선입니다. 이 보다 낮은 기간이나 소음에 장기간 노출되었다면 법원에서 산재로 승인될 수 있습니다.

5 산재불승인 시 대응 절차

(1) 기본 대응 방법

요양급여신청, 유족급여및장의비청구 등에 대한 근로복지공단의 불승인처분에 대해서는 심사청구 및 재심사청구를 90일 이내(결정이 있음을 안 날)에 청구할 수 있습니다. 원처분지사의 불승인처분에 대해 바로 행정소송을 제기할 수 있으며 심사에서 불승인(기각)될 경우에도 재심사를 경유하지 않고 소송을 제기할 수 있습니다.

(2) 심사 및 재심사청구 방법

가장 중요한 것은 산재 불승인의 이유와 논리를 파악하는 것입니다. 불승인통지서 이외 공단에서 작성·보관하고 있는 자료를 확보해야 합니다. 공단에서 작성한 서류는 크게 재해조사서(유족보상청구의 경우 '중대재해조사복명서'), 문답서(통상 피재 노동자에 대한 문답서와 유족보상청구의 경우 유족, 사업주에 대한 문답서), 자문의사소견서(간혹 주치의에 대한 소견조회서) 등입니다. 또한 회사에서 제출·작성한 서류 등을 보관하고 있습니다.

업무상 질병에 대해 정보공개신청 시, 관할지사에서는 처리결과 알림(통지서), 업무상질병 판정위원회 판정서(표지 및 판정서), 심의의뢰서, 재해조사서, 재해조사시트, 관련자료, 제출자료 등을 공개하고 있습니다. 지사와 판정위원회의 모든 자료를 정보공개신청하여 파악하는 것이 필요합니다.

업무상 질병의 경우 심사청구를 거치지 않고 대체로 재심사청구를 합니다. 그러나 업무상 질병의 판정서를 분석해서 다수의견의 취지로 불승인된 경우, 업무부담은 있으나 상병명이 불인정된 경우 등은 심사청구를 제기하는 것도 좋습니다.

또한, 사고성 질병으로 산재신청을 하여 불승인되었으나 실제로는 근골격계 질환인 경우 심사청구나 재심사청구를 제기하면 안 됩니다. 이 경우에는 '근골격계 질환'이라는 취지로 최초요양신청을 다시 한 번 해야 합니다. 심사위원회 또는 재심사위원회는 최초 신청인 사고성 질병의 범위 내에서만 심의 판단을 하기 때문입니다.

실무적으로는 (재)심사청구서, (재)심사청구이유서, 그리고 입증자료를 구비해서 불승인 처분한 공단 지사에 제출하면 됩니다. 심사청구서를 원처분 지사에 제출하면 원처분기관은 심사청구서를 공단본부에 전달하였다고 공문을 보냅니다. 이후 산재보상보험심사위원회에서 원처분지사의 심사청구에 대한 의견서를 송달합니다. 가급적 이에 대해 적극적인 반박자료나 추가서면, 증거자료 등을 제출하는 것이 필요합니다.

(3) 제척기간 도과 시 불복방법

90일이 지난 경우 다시 신청서를 공단 지사에 제출하면 됩니다. 이 경우 공단은 동일하게 불승인처분을 합니다. 당해 처분을 기준으로 심사청구, 재심사청구, 행정소송을 할 수 있습니다(대법원 1993. 4. 13. 선고 92누17181 판결).

별표 3 : 업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준(제34조제3항 관련)

1. 뇌혈관 질병 또는 심장 질병

가. 다음 어느 하나에 해당하는 원인으로 뇌실질내출혈(腦實質內出血), 지주막하출혈(蜘蛛膜下出血), 뇌경색, 심근경색증, 해리성 대동맥류가 발병한 경우에는 업무상 질병으로 본다. 다만, 자연발생적으로 악화되어 발병한 경우에는 업무상 질병으로 보지 않는다.

1) 업무와 관련한 돌발적이고 예측 곤란한 정도의 긴장·흥분·공포·놀람 등과 급격한 업무 환경의 변화로 뚜렷한 생리적 변화가 생긴 경우

2) 업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등으로 발병 전 단기간 동안 업무상 부담이 증가하여 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 과로를 유발한 경우

3) 업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등에 따른 만성적인 과중한 업무로 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 부담을 유발한 경우

나. 가목에 규정되지 않은 뇌혈관 질병 또는 심장 질병의 경우에도 그 질병의 유발 또는 악화가 업무와 상당한 인과관계가 있음이 시간적·의학적으로 명백하면 업무상 질병으로 본다.

다. 가목 및 나목에 따른 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항은 고용노동부장관이 정하여 고시한다.

2. 근골격계 질병

가. 업무에 종사한 기간과 시간, 업무의 양과 강도, 업무수행 자세와 속도, 업무수행 장소의 구조 등이 근골격계에 부담을 주는 업무(이하 "신체부담업무"라 한다)로서 다음 어느 하나에 해당하는 업무에 종사한 경력이 있는 근로자의 팔·다리 또는 허리 부분에 근골격계 질병이 발생하거나 악화된 경우에는 업무상 질병으로 본다. 다만, 업무와 관련이 없는 다른 원인으로 발병한 경우에는 업무상 질병으로 보지 않는다.

1) 반복 동작이 많은 업무

2) 무리한 힘을 가해야 하는 업무

3) 부적절한 자세를 유지하는 업무

4) 진동 작업

5) 그 밖에 특정 신체 부위에 부담되는 상태에서 하는 업무

나. 신체부담업무로 인하여 기존 질병이 악화되었음이 의학적으로 인정되면 업무상 질병으로 본다.

다. 신체부담업무로 인하여 연령 증가에 따른 자연경과적 변화가 더욱 빠르게 진행된 것이 의학적으로 인정되면 업무상 질병으로 본다.

라. 신체부담업무의 수행 과정에서 발생한 일시적인 급격한 힘의 작용으로 근골격계 질병이 발병하면 업무상 질병으로 본다.

마. 신체부위별 근골격계 질병의 범위, 신체부담업무의 기준, 그 밖에 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항은 고용노동부장관이 정하여 고시한다.

3. 호흡기계 질병

가. 석면에 노출되어 발생한 석면폐증

나. 목재 분진, 곡물 분진, 밀가루, 짐승털의 먼지, 항생물질, 크롬 또는 그 화합물, TDI·MDI·HDI 등 디이소시아네이트, 반응성 염료, 니켈, 코발트, 포름알데히드, 알루미늄, 산무수물(acid anhydride) 등에 노출되어 발생한 천식 또는 작업환경으로 인하여 악화된 천식

다. 디이소시아네이트, 염소, 염화수소, 염산 등에 노출되어 발생한 반응성 기도과민증후군

라. 디이소시아네이트, 에폭시수지, 산무수물 등에 노출되어 발생한 과민성 폐렴

마. 목재 분진, 짐승털의 먼지, 항생물질 등에 노출되어 발생한 알레르기성 비염

바. 아연·구리 등의 금속흄에 노출되어 발생한 금속열

사. 장기간·고농도의 석탄·암석 분진, 카드뮴흄 등에 노출되어 발생한 만성폐쇄성폐질환

아. 망간 또는 그 화합물, 크롬 또는 그 화합물, 카드뮴 또는 그 화합물 등에 노출되어 발생한 폐렴

자. 크롬 또는 그 화합물에 2년 이상 노출되어 발생한 비중격 궤양·천공

차. 불소수지·아크릴수지 등 합성수지의 열분해 생성물 또는 아황산가스 등에 노출되어 발생한 기도점막 염증 등 호흡기 질병

카. 톨루엔·크실렌·스티렌·시클로헥산·노말헥산·트리클로로에틸렌 등 유기용제에 노출되어 발생한 비염. 다만, 그 물질에 노출되는 업무에 종사하지 않게 된 후 3개월이 지나지 않은 경우만 해당한다.

4. 신경정신계 질병

가. 톨루엔·크실렌·스티렌·시클로헥산·노말헥산·트리클로로에틸렌 등 유기용제에 노출되어 발생한 중추신경계장해. 다만, 외상성 뇌손상, 뇌전증, 알코올중독, 약물중독, 동맥경화증 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

나. 다음 어느 하나에 해당하는 말초신경병증

1) 톨루엔·크실렌·스티렌·시클로헥산·노말헥산·트리클로로에틸렌 및 메틸 n-부틸 케톤 등 유기용제, 아크릴아미드, 비소 등에 노출되어 발생한 말초신경병증. 다만, 당뇨병, 알코올중독, 척추손상, 신경포착 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

2) 트리클로로에틸렌에 노출되어 발생한 삼차(三叉)신경마비. 다만, 그 물질에 노출되는 업무에 종사하지 않게 된 후 3개월이 지나지 않은 경우만 해당하며, 바이러스 감염, 종양 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

3) 카드뮴 또는 그 화합물에 2년 이상 노출되어 발생한 후각신경마비

다. 납 또는 그 화합물(유기납은 제외한다)에 노출되어 발생한 중추신경계장해, 말초신경병증 또는 신근마비(伸筋痲痺)

라. 수은 또는 그 화합물에 노출되어 발생한 중추신경계장해 또는 말초신경병증. 다만, 전신마비, 알코올중독 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

마. 망간 또는 그 화합물에 2개월 이상 노출되어 발생한 파킨슨증, 근육긴장이상(dystonia) 또는 망간정신병. 다만, 뇌혈관장해, 뇌염 또는 그 후유증, 다발성 경화증, 윌슨병, 척수·소뇌 변성증, 뇌매독으로 인한 말초신경염 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

바. 업무와 관련하여 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건에 의해 발생한 외상후스트레스장애

사. 업무와 관련하여 고객 등으로부터 폭력 또는 폭언 등 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건 또는 이와 직접 관련된 스트레스로 인하여 발생한 적응장애 또는 우울병 에피소드

5. 림프조혈기계 질병

가. 벤젠에 노출되어 발생한 다음 어느 하나에 해당하는 질병

1) 빈혈, 백혈구감소증, 혈소판감소증, 범혈구감소증. 다만, 소화기 질병, 철결핍성 빈혈 등 영양부족, 만성소모성 질병 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

2) 1피피엠(ppm) 이상 농도의 벤젠에 10년 이상 노출되어 발생한 골수형성이상증후군 또는 무형성(無形成) 빈혈. 다만, 노출기간이 10년 미만이더라도 누적 노출량이 10피피엠·년 이상이거나, 과거에 노출되었던 기록이 불분명하여 현재의 노출농도를 기준으로 10년 이상 누적 노출량이 1피피엠·년 이상이면 업무상 질병으로 본다.

나. 납 또는 그 화합물(유기납은 제외한다)에 노출되어 발생한 빈혈. 다만, 철결핍성 빈혈 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

6. 피부 질병

가. 검댕, 광물유, 옻, 시멘트, 타르, 크롬 또는 그 화합물, 벤젠, 디이소시아네이트, 톨루엔·크실렌·스티렌·시클로헥산·노말헥산·트리클로로에틸렌 등 유기용제, 유리섬유·대마 등 피부에 기계적 자극을 주는 물질, 자극성·알레르겐·광독성·광알레르겐 성분을 포함하는 물질, 자외선 등에 노출되어 발생한 접촉피부염. 다만, 그 물질 또는 자외선에 노출되는 업무에 종사하지 않게 된 후 3개월이 지나지 않은 경우만 해당한다.

나. 페놀류·하이드로퀴논류 물질, 타르에 노출되어 발생한 백반증

다. 트리클로로에틸렌에 노출되어 발생한 다형홍반(多形紅斑), 스티븐스존슨 증후군. 다만, 그

물질에 노출되는 업무에 종사하지 않게 된 후 3개월이 지나지 않은 경우만 해당하며 약물, 감염, 후천성면역결핍증, 악성 종양 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

라. 염화수소·염산·불화수소·불산 등의 산 또는 염기에 노출되어 발생한 화학적 화상

마. 타르에 노출되어 발생한 염소여드름, 국소 모세혈관 확장증 또는 사마귀

바. 덥고 뜨거운 장소에서 하는 업무 또는 고열물체를 취급하는 업무로 발생한 땀띠 또는 화상

사. 춥고 차가운 장소에서 하는 업무 또는 저온물체를 취급하는 업무로 발생한 동창(凍瘡) 또는 동상

아. 햇빛에 노출되는 옥외작업으로 발생한 일광화상, 만성 광선피부염 또는 광선각화증(光線角化症)

자. 전리방사선에 노출되어 발생한 피부궤양 또는 방사선피부염

차. 작업 중 피부손상에 따른 세균 감염으로 발생한 봉와직염

카. 세균·바이러스·곰팡이·기생충 등을 직접 취급하거나, 이에 오염된 물질을 취급하는 업무로 발생한 감염성 피부 질병

7. 눈 또는 귀 질병

가. 자외선에 노출되어 발생한 피질 백내장 또는 각막변성

나. 적외선에 노출되어 발생한 망막화상 또는 백내장

다. 레이저광선에 노출되어 발생한 망막박리·출혈·천공 등 기계적 손상 또는 망막화상 등 열 손상

라. 마이크로파에 노출되어 발생한 백내장

마. 타르에 노출되어 발생한 각막위축증 또는 각막궤양

바. 크롬 또는 그 화합물에 노출되어 발생한 결막염 또는 결막궤양

사. 톨루엔·크실렌·스티렌·시클로헥산·노말헥산·트리클로로에틸렌 등 유기용제에 노출되어 발생한 각막염 또는 결막염 등 점막자극성 질병. 다만, 그 물질에 노출되는 업무에 종사하지 않게 된 후 3개월이 지나지 않은 경우만 해당한다.

아. 디이소시아네이트에 노출되어 발생한 각막염 또는 결막염

자. 불소수지·아크릴수지 등 합성수지의 열분해 생성물 또는 아황산가스 등에 노출되어 발생한 각막염 또는 결막염 등 점막 자극성 질병

차. 소음성 난청

연속으로 85데시벨[dB(A)] 이상의 소음에 3년 이상 노출되어 한 귀의 청력손실이 40데시벨 이상으로, 다음 요건 모두를 충족하는 감각신경성 난청. 다만, 내이염, 약물중독, 열성 질병, 메니에르증후군, 매독, 두부(頭部) 외상, 돌발성 난청, 유전성 난청, 가족성 난청, 노인성 난청 또는 재해성 폭발음 등 다른 원인으로 발생한 난청은 제외한다.

1) 고막 또는 중이에 뚜렷한 병변이 없을 것

2) 순음청력검사결과 기도청력역치(氣導聽力閾値)와 골도청력역치(骨導聽力閾値) 사이에 뚜렷한 차이가 없어야 하며, 청력장해가 저음역보다 고음역에서 클 것. 이 경우 난청의 측정방법은 다음과 같다.

가) 24시간 이상 소음작업을 중단한 후 ISO 기준으로 보정된 순음청력계기를 사용하여 청력검사를 하여야 하며, 500헤르츠(Hz)(a)·1,000헤르츠(b)·2,000헤르츠(c) 및 4,000헤르츠(d)의 주파수음에 대한 기도청력역치를 측정하여 6분법[(a+2b+2c+d)/6]으로 판정한다. 이 경우 난청에 대한 검사항목 및 검사를 담당할 의료기관의 인력·시설 기준은 공단이 정한다.

나) 순음청력검사는 의사의 판단에 따라 3~7일 간의 간격으로 3회 이상(음향외상성 난청에 대하여는 요양종결 후 30일 간격으로 3회 이상을 말한다) 실시하여 검사의 유의한 차이가 없는 경우 그 중 최소가청역치를 청력장해로 인정하되, 검사결과가 다음의 요건 모두를 충족하지 않는 경우에는 1개월 후 재검사를 한다.

(1) 기도청력역치와 골도청력역치의 차이가 각 주파수마다 10데시벨 이내일 것

(2) 상승법·하강법·혼합법 각각의 청력역치의 차이가 각 주파수마다 10데시벨 이내일 것

(3) 각 주파수마다 하강법의 청력역치가 상승법의 청력역치에 비하여 낮거나 같을 것

(4) 반복검사 간 청력역치의 최대치와 최소치의 차이가 각 주파수마다 10데시벨 이내일 것

(5) 순음청력도상 어음역(語音域)(500헤르츠, 1,000헤르츠, 2,000헤르츠)에서의 주파수 간 역치변동이 20데시벨 이내이면 순음청력역치의 3분법 평균치와 어음청취역치의 차이가 10데시벨 이내일 것

8. 간 질병

가. 트리클로로에틸렌, 디메틸포름아미드 등에 노출되어 발생한 독성 간염. 다만, 그 물질에 노출되는 업무에 종사하지 않게 된 후 3개월이 지나지 않은 경우만 해당하며, 약물, 알코올, 과체중, 당뇨병 등 다른 원인으로 발생하거나 다른 질병이 원인이 되어 발생한 간 질병은 제외한다.

나. 염화비닐에 노출되어 발생한 간경변

다. 업무상 사고나 유해물질로 인한 업무상 질병의 후유증 또는 치료가 원인이 되어 기존의 간 질병이 자연적 경과 속도 이상으로 악화된 것이 의학적으로 인정되는 경우

9. 감염성 질병

가. 보건의료 및 집단수용시설 종사자에게 발생한 다음의 어느 하나에 해당하는 질병

1) B형 간염, C형 간염, 매독, 후천성면역결핍증 등 혈액전파성 질병

2) 결핵, 풍진, 홍역, 인플루엔자 등 공기전파성 질병

3) A형 간염 등 그 밖의 감염성 질병

나. 습한 곳에서의 업무로 발생한 렙토스피라증

다. 옥외작업으로 발생한 쯔쯔가무시증 또는 신증후군 출혈열

라. 동물 또는 그 사체, 짐승의 털·가죽, 그 밖의 동물성 물체, 넝마, 고물 등을 취급하여 발생한 탄저, 단독(erysipelas) 또는 브루셀라증

마. 말라리아가 유행하는 지역에서 야외활동이 많은 직업 종사자 또는 업무수행자에게 발생한 말라리아

바. 오염된 냉각수 등으로 발생한 레지오넬라증

사. 실험실 근무자 등 병원체를 직접 취급하거나, 이에 오염된 물질을 취급하는 업무로 발생한 감염성 질병

10. 직업성 암

가. 석면에 노출되어 발생한 다음의 어느 하나에 해당하는 폐암, 악성 중피종(中皮腫), 후두암 또는 난소암

1) 석면폐증 또는 흉막반을 포함한 흉막비후와 동반된 경우

2) 객담 중 석면소체 또는 석면섬유가 발견되는 경우

3) 석면에 10년 이상 노출된 경우(노출기간이 10년 미만인 경우로서 노출의 양, 노출 기간, 노출 후 발병까지의 기간 등을 고려하여 석면으로 인한 질병으로 인정되는 경우를 포함한다)

나. 6가 크롬 또는 그 화합물(2년 이상 노출된 경우에 해당한다), 니켈 화합물에 노출되어 발생한 폐암 또는 비강·부비동(副鼻洞)암

다. 콜타르피치(10년 이상 노출된 경우에 해당한다), 라돈-222 또는 그 붕괴물질(지하 등 환기가 잘 되지 않는 장소에서 노출된 경우에 해당한다), 카드뮴 또는 그 화합물, 베릴륨 또는 그 화합물 및 결정형 유리규산에 노출되어 발생한 폐암

라. 검댕에 노출되어 발생한 폐암 또는 피부암

마. 콜타르(10년 이상 노출된 경우에 해당한다), 정제되지 않은 광물유에 노출되어 발생한 피부암

바. 비소 또는 그 무기화합물에 노출되어 발생한 폐암, 방광암 또는 피부암

사. 스프레이 도장 업무에 종사하여 발생한 폐암 또는 방광암

아. 벤지딘, 베타나프틸아민에 노출되어 발생한 방광암

자. 목재 분진에 노출되어 발생한 비인두암 또는 비강·부비동암

차. 1피피엠 이상 농도의 벤젠에 10년 이상 노출되어 발생한 백혈병, 다발성 골수종. 다만, 노출 기간이 10년 미만이더라도 누적 노출량이 10피피엠·년 이상이거나 과거에 노출되었던 기록이 불분명하여 현재의 노출농도를 기준으로 10년 이상 누적 노출량이 1피피엠·년 이상이면 업무상 질병으로 본다.

카. 포름알데히드에 노출되어 발생한 백혈병 또는 비인두암

타. 1,3-부타디엔에 노출되어 발생한 백혈병
파. 산화에틸렌에 노출되어 발생한 림프구성 백혈병
하. 염화비닐에 노출되어 발생한 간혈관육종(4년 이상 노출된 경우에 해당한다) 또는 간세포암
거. 보건의료업에 종사하거나 혈액을 취급하는 업무를 수행하는 과정에서 B형 또는 C형 간염바이러스에 노출되어 발생한 간암
너. 엑스(X)선 또는 감마(Y)선 등의 전리방사선에 노출되어 발생한 침샘암, 식도암, 위암, 대장암, 폐암, 뼈암, 피부의 기저세포암, 유방암, 신장암, 방광암, 뇌 및 중추신경계암, 갑상선암, 급성 림프구성 백혈병 및 급성·만성 골수성 백혈병

11. 급성 중독 등 화학적 요인에 의한 질병

가. 급성 중독
1) 일시적으로 다량의 염화비닐·유기주석·메틸브로마이드·일산화탄소에 노출되어 발생한 중추신경계장해 등의 급성 중독 증상 또는 소견
2) 납 또는 그 화합물(유기납은 제외한다)에 노출되어 발생한 납 창백, 복부 산통, 관절통 등의 급성 중독 증상 또는 소견
3) 일시적으로 다량의 수은 또는 그 화합물(유기수은은 제외한다)에 노출되어 발생한 한기, 고열, 치조농루, 설사, 단백뇨 등 급성 중독 증상 또는 소견
4) 일시적으로 다량의 크롬 또는 그 화합물에 노출되어 발생한 세뇨관 기능 손상, 급성 세뇨관 괴사, 급성 신부전 등 급성 중독 증상 또는 소견
5) 일시적으로 다량의 벤젠에 노출되어 발생한 두통, 현기증, 구역, 구토, 흉부 압박감, 흥분상태, 경련, 섬망(譫妄), 혼수상태 등 급성 중독 증상 또는 소견
6) 일시적으로 다량의 톨루엔·크실렌·스티렌·시클로헥산·노말헥산·트리클로로에틸렌 등 유기용제에 노출되어 발생한 의식장해, 경련, 섬망, 부정맥 등 급성 중독 증상 또는 소견
7) 이산화질소에 노출되어 발생한 점막자극 증상, 메트헤모글로빈혈증, 청색증, 심계항진, 호흡곤란 등의 급성 중독 증상 또는 소견
8) 황화수소에 노출되어 발생한 의식소실, 무호흡, 폐부종, 후각신경마비 등 급성 중독 증상 또는 소견
9) 시안화수소 또는 그 화합물에 노출되어 발생한 점막자극 증상, 호흡곤란, 두통, 구역, 구토 등 급성 중독 증상 또는 소견
10) 불화수소·불산에 노출되어 발생한 점막자극 증상, 화학적 화상, 청색증, 호흡곤란, 폐수종, 부정맥 등 급성 중독 증상 또는 소견
11) 인 또는 그 화합물에 노출되어 발생한 피부궤양, 점막자극 증상, 경련, 폐부종, 중추신경계장해, 자율신경계장해 등 급성 중독 증상 또는 소견
12) 일시적으로 다량의 카드뮴 또는 그 화합물에 노출되어 발생한 급성 위장관계 질병

나. 염화비닐에 노출되어 발생한 말단뼈 용해(acro-osteolysis), 레이노 현상 또는 피부경화증

다. 납 또는 그 화합물(유기납은 제외한다)에 노출되어 발생한 만성 신부전 또는 혈중 납농도가 혈액 100밀리리터(㎖) 중 40마이크로그램(㎍) 이상 검출되면서 나타나는 납중독의 증상 또는 소견. 다만, 혈중 납농도가 40마이크로그램 미만으로 나타나는 경우에는 이와 관련된 검사(소변 중 납농도, ZPP, δ-ALA 등을 말한다) 결과를 참고한다.

라. 수은 또는 그 화합물(유기수은은 제외한다)에 노출되어 발생한 궤양성 구내염, 과다한 타액분비, 치은염, 치주농양 등 구강 질병이나 사구체신염 등 신장 손상 또는 수정체 전낭(前囊)의 적회색 침착

마. 크롬 또는 그 화합물에 노출되어 발생한 구강점막 질병 또는 치근막염

바. 카드뮴 또는 그 화합물에 2년 이상 노출되어 발생한 세뇨관성 신장 질병 또는 뼈연화증

사. 톨루엔·크실렌·스티렌·시클로헥산·노말헥산·트리클로로에틸렌 등 유기용제에 노출되어 발생한 급성 세뇨관괴사, 만성 신부전 또는 전신경화증(systemic sclerosis, 트리클로로에틸렌을 제외한 유기용제에 노출된 경우에 해당한다). 다만, 고혈압, 당뇨병 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

아. 이황화탄소에 노출되어 발생한 다음 어느 하나에 해당하는 증상 또는 소견
1) 10피피엠 내외의 이황화탄소에 노출되는 업무에 2년 이상 종사한 경우
가) 망막의 미세혈관류, 다발성 뇌경색증, 신장 조직검사상 모세관 사이에 발생한 사구체경화증 중 어느 하나가 있는 경우. 다만, 당뇨병, 고혈압, 혈관장해 등 다른 원인으로 인한 질병은 제외한다.
나) 미세혈관류를 제외한 망막병변, 다발성 말초신경병증, 시신경염, 관상동맥성 심장 질병, 중추신경계장해, 정신장해 중 두 가지 이상이 있는 경우. 다만, 당뇨병, 고혈압, 혈관장해 등 다른 원인으로 인한 질병은 제외한다.
다) 나)의 소견 중 어느 하나와 신장장해, 간장장해, 조혈기계장해, 생식기계장해, 감각신경성 난청, 고혈압 중 하나 이상의 증상 또는 소견이 있는 경우
2) 20피피엠 이상의 이황화탄소에 2주 이상 노출되어 갑작스럽게 발생한 의식장해, 섬망, 정신분열증, 조울증 등 정신장해
3) 다량 또는 고농도 이황화탄소에 노출되어 나타나는 의식장해 등 급성 중독 소견

12. 물리적 요인에 의한 질병

가. 고기압 또는 저기압에 노출되어 발생한 다음 어느 하나에 해당되는 증상 또는 소견
1) 폐, 중이(中耳), 부비강(副鼻腔) 또는 치아 등에 발생한 압착증
2) 물안경, 헬멧 등과 같은 잠수기기로 인한 압착증
3) 질소마취 현상, 중추신경계 산소 독성으로 발생한 건강장해
4) 피부, 근골격계, 호흡기, 중추신경계 또는 내이(內耳) 등에 발생한 감압병
5) 뇌동맥 또는 관상동맥에 발생한 공기색전증
6) 기흉, 혈기흉, 종격동(縱隔洞), 심낭 또는 피하기종
7) 등이나 복부의 통증 또는 극심한 피로감

나. 높은 압력에 노출되는 업무 환경에 2개월 이상 종사하고 있거나 그 업무에 종사하지 않게 된 후 5년 전후에 나타나는 무혈성 뼈 괴사의 만성장해. 다만, 만성 알코올중독, 매독, 당뇨병, 간경변, 간염, 류머티스 관절염, 고지혈증, 혈소판감소증, 통풍, 레이노 현상, 결절성 다발성 동맥염, 알캅톤뇨증 등 다른 원인으로 발생한 질병은 제외한다.

다. 공기 중 산소농도가 부족한 장소에서 발생한 산소결핍증

라. 진동에 노출되는 부위에 발생하는 레이노 현상, 말초순환장해, 말초신경장해, 운동기능장해

마. 전리방사선에 노출되어 발생한 급성 방사선증, 백내장 등 방사선 눈 질병, 방사선 폐렴, 무형성 빈혈 등 조혈기 질병, 뼈 괴사 등

바. 덥고 뜨거운 장소에서 하는 업무로 발생한 일사병 또는 열사병

사. 춥고 차가운 장소에서 하는 업무로 발생한 저체온증

13. 제1호부터 제12호까지에서 규정된 발병요건을 충족하지 못하였거나, 제1호부터 제12호까지에서 규정된 질병이 아니더라도 근로자의 질병과 업무와의 상당인과관계(相當因果關係)**가 인정되는 경우에는 해당 질병을 업무상 질병으로 본다.**

7장 · 공인노무사 김선임(노무법인 하랑)

사회보험

1 4대보험의 개요

(1) 사회보험의 정의

사회보험은 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도를 말합니다(사회보장기본법 제3조). 국민이 생활에서 직면할 수 있는 질병·장애·노령·실업·사망 등의 제반 사회적 위험에 대처하기 위하여 국가가 운영하는 비영리 강제보험제도로 일정한 소득재분배 역할도 하고 있습니다. 우리나라는 국민연금, 건강보험(장기요양보험), 고용보험, 산재보험의 4가지 사회보험을 시행하고 있어 4대보험이라고도 합니다. 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 대해서는 사용자에게 보험 가입·납부의무가 있고, 사용자는 사용자 부담분을 제외한 일정률의 보험료를 근로자의 임금에서 공제하여 납부합니다. 이 장에서는 4대보험의 가입·납부·혜택과 관련하여 사업장에서 발생 할 수 있는 문제들을 종합적으로 살펴보고자 합니다.

(2) 4대보험의 개요

① 국민연금

국민연금은 정부가 직접 운영하는 공적 연금 제도로, 국민 개개인이 소득 활동을 할 때 납부한 보험료를 기반으로 하여 나이가 들거나, 갑작스런 사고나 질병으로 사망 또는 장애를 입어 소득활동이 중단된 경우 본인이나 유족에게 연금을 지급함으로써 기본 생활을 유지할 수 있도록 하는 제도입니다. 국민연금은 공적 연금으로서 가입이 법적으로 의무화되어 있기 때문에 사(私)보험에 비해 관리운영비가 적게 소요되며, 관리운영비의 상당 부분이 국고에서 지원되므로 사보험처럼 영업 이익을 추구하지 않습니다. 국민연금의 재원(財源)은 가입자가 매월 불입하는 보험료로 합니다. 보험료는 가입자가 자격 취득시의 신고 또는 정기결정에 의하여 결정되는 기준소득월액에 보험료율(9%)을 곱하여 산정합니다. 사업장가입자의 경우는 본인과 사업장의 사용자가 각각 절반(4.5%)씩 매월 부담하고, 지역가입자의 경우는 가입자 본인이 전액 부담합니다.

② 건강보험

질병이나 부상으로 발생한 고액의 진료비로 인한 과도한 가계 부담을 방지하기 위하여, 국민들이 평소에 보험료를 내고 보험자인 국민건강보험공단이 이를 관리·운영하다가 필요시 보험급여를 제공함으로써 국민 상호간 위험을 분담하고 필요한 의료서비스를 받을 수 있도록 하는 사회보장제도입니다. 건강보험보험은 일정한 요건을 충족하면 본인의 의사와 상관없이 당연가입이 원칙입니다. 보험가입을 기피할 수 있도록 제도화될 경우 질병위험이 큰 사람만 보험에 가입하여 국민 상호간 위험분담 및 의료비 공동해결이라는 건강보험제도의 목적을 실현할 수 없기 때문입니다.

③ 고용보험

고용보험은 근로자가 실직한 경우에 일정기간 동안 급여를 지급하는 실업급여사업과 구직자에 대한 직업능력개발사업·취업알선사업, 실업예방을 위하여 고용안정사업을

목적으로 하는 사회보험입니다. 실업급여는 실직근로자의 생활안정을 도모하고 재취업을 촉진하기 위해 지급하는 보험급여로서, 구직급여 및 취업촉진수당이 있습니다. 그리고 여성근로자를 위한 육아휴직 및 출산전후휴가 급여를 지급하고 있습니다. 실업기간에 대한 보호외에도 실업 예방을 위해 직업훈련, 고용안정을 위한 사업주지원, 취업알선사업을 실시하고 있습니다.

④ 산재보험

산재보험은 공업화가 진전되면서 급격히 증가하는 산업 재해 근로자를 보호하기 위하여 1964년에 도입된 우리나라 최초의 사회보험제도로서 산재근로자와 그 가족의 생활을 보장하기 위하여 국가가 책임을 지는 의무보험으로 근로기준법상 사용자의 재해보상 책임을 대신하기 위하여 국가가 사업주로부터 소정의 보험료를 징수하여 그 기금(재원)으로 산재근로자에게 보상을 해주는 제도입니다. 주요특성으로는 근로자의 업무상 재해에 대하여 사용자에게는 고의·과실의 유무를 불문하는 무과실 책임주의이며, 보험사업에 소요되는 재원인 보험료는 원칙적으로 사업주가 전액 부담하고, 산재보험 급여는 재해발생에 따른 손해 전체를 보상하는 것이 아니라 평균임금을 기초로 하는 정률보상 방식이며, 자진신고 및 자진납부를 원칙으로 하고, 재해보상과 관련되는 이의 신청을 신속히 하기 위하여 심사 및 재심사청구 제도를 운영하고 있습니다.

2 4대보험료 : 산정·부과·정산

(1) 4대보험료 원천공제

보험료는 국민건강보험공단에서 통합적으로 징수합니다. 관련 법령에 따라 매월 사업주에게 4대보험료(사업주부담분, 근로자부담분 합산한 금액)를 부과하고, 사업주로 하여금 근로자 부담분을 임금에서 공제하도록 하고 있습니다. 즉 4대보험료 원천공제의 주체는 사업주이고, 사업주에게는 근로자로부터 보험료를 정확하게 공제하여야 할 책임이 있습니다. 근로자는 급여명세서 등을 통해 보험료가 제대로 계산되어 각 법에서 정한 비율로 정확하게 공제되고 있는지, 가입은 제대로 되어 있는지 관할 공단 등에 확인할 필요가 있습니다. 간혹 4대보험에 가입하였다고 매달 근로자의 급여에서 4대보험을 공제하였지만 실제로는 가입을 하고 있지 않거나 잘못된 비율로 공제하는 등의 문제가 발생하기 때문입니다. 4대보험과 관련된 인터넷사이트로 각 보험별 홈페이지 외에 '4대사회보험정보연계센터(www.4insure.or.kr)', '사회보험통합징수포털(si4n.nhis.or.kr)' 등이 있으며 이들 사이트에서도 본인의 보험정보조회와 기타 관련 자료를 찾을 수 있습니다.

(2) 4대보험료 산정과 부과 방식

① 보험료율(2018년 기준)

건강보험료와 같이 부과되는 장기요양보험료는 노인장기요양 재정을 마련하기 위해 만들어진 것으로 공제되는 건강보험료의 7.38%를 장기요양보험료로 납부합니다. 고용보험의 경우, 사업주만 부담하는 고용안정사업 및 직업능력개발사업에 대한 보험료는 상시근로자수에 따라 0.25%(100인미만)/150인 이상(우선지원대상기업)0.45%/150인 이상 1000인 미만 기업 0.65%/1000인 이상 기업 및 국가지방자치단체는 0.85%를 차등 부과합니다.

	국민연금	건강보험(장기요양보험)	고용보험	산재보험
근로자	4.5%	3.12% (근로자부담분의 7.38%)	0.65%	부담하지 않음
사업주	4.5%	3.12% (사용자부담분의 7.38%)	0.65% + 0.25~0.85%	전액사업주부담 (업종별로 차등)
계	9%	6.24%	1.3% + 0.25~0.85%	대부분 0.7~3.9%

표1 4대보험료율

② 보험료산정기준금액

가) 과세근로소득의 개념

4대보험료의 산정기준인 '소득'은 근로소득에서 비과세근로소득을 차감한 금액을 말합니다. 임금은 근로기준법상 정의한 것을 말하지만, 소득과 보수는 소득세법 등에서 정한 것에 따릅니다. '소득-보수', '기준소득월액-보수월액' 등은 약간의 차이가 있지만, 동일한 것으로 보셔도 무방합니다. 소득세법에 따른 "근로소득"은 근로기준법에 의한 "임금"보다 광의의 개념으로 고용관계 기타 이와 유사한 계약으로 근로를 제공하고 지급받는 모든 경제적 가치물을 말합니다.[1)] 2018보험사무대행기관 실무편람, 104쪽 근로소득의 범위는 ⅰ) 근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여, ⅱ)법인의 주주총회·사원총회 또는 이에 준하는 의결기관의 결의에 의하여 상여로 받는 소득, ⅲ)법인세법에 의하여 상여로 처분된 금액, ⅳ)퇴직으로 인하여 받는 소득으로서 퇴직소득에 속하지 아니하는 소득입니다.

소득세법 제 12조에서 규정하고 있는 비과세소득 항목을 잘 활용하여 업종과 상황에 맞게 적용한다면 사용자와 근로자 모두 세금절감 효과를 볼 수 있습니다. 단, 이러한 경우에도 불법적인 방법으로 급여체계를 변경(수당 신설 포함)한다면 세금이나 보험료를 추징 당할 수 있으므로 주의해야 합니다. 다음은 근로소득의 범위에서 제외되는 비과세 금품의 대표적인 예입니다.

구분	세부 기준
식대	식사 기타 음식물을 제공받지 않는 경우 월 10만원 한도
차량유지비	본인(배우자공동명의)명의 업무용 차량이용 시 월 20만원 한도
연구수당	연구기관 연구활동 직접 종사자의 연구보조비 또는 연구활동비 월 20만원 한도
벽지수당	벽지에 근무함으로 인하여 받는 벽지수당 월 20만원 한도
건설현장보수	국외 등의 건설현장에서 근로를 제공하고 받는 보수 월 300만원 한도
생산직 근로자 가산수당	직전년도 총급여액이 2천5백만원이하인 생산직 근로자의 연장,야간,휴일 근무로 인하여 통상임금에 가산하여 지급받는 급여 연 240만원 한도
육아수당	6세 이하의 자녀의 보육과 관련하여 월 10만원 한도 (자녀수에 상관없이 최대한도는 월 10만원임)

표2 비과제 금품 내역

사례 – 비과세항목이 있는 임금에서 보험료 산정 기준 소득 계산

4대보험산정기준인 소득 = [기본급(월200만원) + 상여금(월 40만원) + 시간외수당(고정 월50만원) + 기타수당(직책수당 월 15만원) + 식대(월10만원) + 보육수당(월10만원) + 연구수당(월20만원)] - [식대(월10만원)+보육수당(월10만원)+연구수당(월20만원)]

그림1 임금 등 근로소득과 비과세 금품

나) 근로소득세와 퇴직소득세와 차이

근로자가 납부하는 세금은 근로소득세가 있고, 근로소득세의 10%를 함께 납부하는 지방소득세가 있습니다. 근로소득세는 사업주가 매월 급여 지급 시 4대보험료 공제 전의 과세대상 근로소득에 대해 국세청의 '근로소득 간이세액표'를 적용하여 원천징수를 하도록 되어있습니다. 간이세액표는 비과세소득을 제외한 소득(구간) 및 (공제대상)가족 수별로 원천징수근로소득세액이 기재되어

있습니다. 사업주는 간이세액표에 따라 근로소득세를 원천징수하고 이를 국세청에 납부하며 근로소득세의 10%를 지방소득세로 납부합니다.

퇴직금에 대해서는 근로소득세 대신 퇴직소득세를 사업주가 원천징수합니다. 퇴직소득은 근로소득이 아니기 때문에 4대보험료를 부과하지 않습니다. 퇴직소득세는 근속년수에 따라 퇴직소득에서 공제되는 금액 등이 달라집니다. 소득세법에서는 퇴직소득을 다음과 같이 정의하고 있습니다.

관련 법률 – 소득세법 제22조(퇴직소득)

① 퇴직소득은 해당 과세기간에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다.

1. 공적연금 관련법에 따라 받는 일시금
2. 사용자 부담금을 기초로 하여 현실적인 퇴직을 원인으로 지급받는 소득
3. 그 밖에 제1호·제2호와 유사한 소득으로서 대통령령으로 정하는 소득

Q&A

Q. 회사를 그만 둘 때 받는 퇴직위로금 또는 해고예고수당의 세금처리는 어떤 방식이 근로자에게 유리할까요?

A. 해고예고수당이나 퇴직위로금은 퇴직소득으로 봅니다. 부당해고구제신청 후 구제명령 판정에 따라 사용자로부터 받는 금액 중 임금상당액은 기존에는 퇴직소득이냐 근로소득이냐의 판단기준을 규정이 있는지 여부에 따라 나뉘었으나 소득세법 개정으로 사용자 부담금을 기초로 하여 현실적인 퇴직을 원인으로 지급받는 소득은 퇴직소득으로 봅니다. 따라서 근로소득보다 퇴직소득으로 처리하는 것이 근로자에게 유리하며 복직을 하지 않는 대신 합의금으로 받는 경우 사용자와 합의를 할 때 수령하는 금액이 세전금액인지 세후금액인지 명확히 하는 것이 좋습니다.

다) 보험료 산정 기준금액 산정식

구분	보험료산정기준	산정식	비고
국민연금	기준소득월액	(전년도 소득총액 ÷ 전년도근무일수) × 30일	전년 12. 1. 이전 입사자 ● 12. 2. 이후 입사자의 경우 기존의 기준소득월액, 보수월액 적용
건강보험	보수월액	전년 보수총액 ÷ 전년도 근무월수	
고용·산재보험	월평균보수	전년 보수총액 ÷ 전년도 근무월수	전년 9. 30. 이전 입사자 ● 10. 1. 이후 입사자의 경우 근로 개시일부터 1년간(1년 이내의 근로계약기간을 정한 경우에는 그 기간) 지급하기로 정한 보수총액을 해당 근무개월수로 나눈 금액

표3 보험료 산정

(3) 4대보험료의 정산

공단에서는 편의상 전년도 보수액을 기준으로 일단 올해 4대보험료를 부과한 뒤, 다음해

3월 실제 지급된 보수액을 기준으로 건강보험료, 고용·산재보험료를 정산합니다. 사업주가 신고한 근로자 월평균보수를 합산한 금액에 보험료율을 곱해서 산정한 보험료를 공단에서 매월 부과하는 것을 부과고지라고 합니다.

월별 보험료는 근로자의 입퇴사, 전보, 휴직 등 근로자 가입정보 또는 월평균 보수정보가 변경된 경우 이를 반영하여 매월 보험료를 산정하므로 전월과 동일하지 않을 수 있습니다. 그러나 월평균보수의 변경 신고는 의무사항이 아니며, 소득변동으로 인한 보험료 차액분은 고용·산재보험의 경우 다음연도 3월 15일 보수총액신고로 정산 가능합니다. 다만, 사업주의 신청에 의해 근로자의 보수가 인상 또는 인하되었을 경우 월평균보수 변경신고를 할 수 있으며 신고한 날이 속하는 다음 달부터 변경된 월평균보수가 적용됩니다.

Q&A

Q. 연말정산이나 4대보험료 정산 환급금이 발생하는 경우 환급금의 성질을 임금으로 보아 사업주가 지급하지 않고 있을 경우 노동청에 체불신고가 가능할까요? 사업주가 지급하지 않을 경우 체당금으로 받을 수 있을까요?

A. 소득세법 제137조에 따른 근로소득세액의 연말정산에 의한 환급금은 근로기준법 제36조 소정의 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에 사용자가 그 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 지급하여야 할 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품에 해당한다고 법원은 판단하고 있습니다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도2357 판결). 따라서, 연말정산 환급금이나 4대보험료 정산 등의 문제가 있다면 노동청에 진정을 넣어 임금체불로 인정받아 사건을 진행할 수 있습니다. 노동부는 근로자 보호 차원에서 사용자가 퇴직한 근로자에게 기 발생한 연말정산환급금을 지급하지 아니할 경우에 근로기준법 제36조를 적용하고 있으나, 이때 연말정산환급금은 근로의 대가인 임금이 아니라 기타 금품에 해당한다고 할 수 있으므로 체당금 산정에 포함될 수 없다고 판단하고 있습니다(근로기준과-4450, 2005. 8. 26). 만일, 사업주가 4대보험 근로자 부담분 보험료를 임금에서 공제하고 나서 사실상 가입을 하지 않았다면 4대보험 미가입한 것을 근거로 근로복지공단에 신고하여 소급가입하는 방법으로 해결할 수 있습니다. 다만, 입·퇴사 착오신고 등으로 발생한 4대보험 환급금을 회사에서 수령 후 근로자에게 지급하지 않는다면 임금체불에 해당되므로 노동청에 진정을 넣을 수 있습니다.

3 4대보험 가입자격

(1)원칙

사업장의 가입 신고 대상은 근로자가 1인 이상 있는 모든 사업장입니다. 다만 고용보험법 시행령 제2조, 산업재해보상보험법 시행령 제2조에서 정하고 있는 농업·임업 및 어업 중 법인이 아닌 자가 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업, 연면적이 100제곱미터 이하인 건축물의 건축 또는 연면적이 200제곱미터 이하인 건축물의 대수선에 관한 공사, 가구 내 고용활동 및 달리 분류되지 아니한 자가소비 생산활동을 하는 사업장의 경우 적용제외 대상입니다.

요약하면, 고용·산재보험 적용제외 사업장이라도 국민연금, 건강보험에 가입해야 하고, 근로자를 고용하는 나머지 모든 사업장은 소재지가 일정하면 4대보험에 다 가입해야 하는 의무가 있습니다.

Q&A

Q. 월 중도 입사 시와 월 중도 퇴사 시 4대보험료는 어떤 방식으로 내게 되나요? 한달을 모두 일하지 않았는데 4대보험료를 모두 납입해야 하나요?

A. 4대보험의 성립 신고일과 보험료 부과방식은 다음 표와 같습니다.

	국민연금	건강보험	고용보험	산재보험
가입·탈퇴 신고기한	다음 달 15일	14일 이내	다음 달 15일	
취득 월 보험료	취득 월의 다음 달부터 부과원칙. 다만 초일(1)일 입사자는 보험료 납부 국민연금의 경우 근로자 희망에 따라 입사 월부터 가입가능		일할계산, 산재는 사업주 전액부담	
상실 월 보험료	초일(1일)기준 재직하는 경우 부과	부과원칙. 단 퇴직정산절차가 있음	일할계산, 산재는 사업주 전액부담	

(2) 적용제외자

근로기준법상 근로자로 취업을 하면 사업주는 신규입사자에 대해 입사한 월의 다음달 15일까지 4대보험 자격취득신고를 해야 하는 것이 원칙입니다. 그러나 4대보험별로 연령, 소정근로시간, 근로계약기간 등에 따라 적용이 제외되는 근로자가 있습니다.

구분	국민연금	건강보험	고용보험	산재보험
적용	만 18세이상 만 60세 미만	모든 사업장의 근로자	근로기준법에 의한 모든 근로자	
적용 제외	• 1개월 미만 일용근로자 • 1개월 60시간미만 단시간 근로자(단, 생업을 목적으로 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자는 적용함) • 그 외 국민연금법 제8조, 시행령 제2조, 제18조에 해당하는 자	• 1개월 미만 사용 일용근로자, 1개월 60시간미만 단시간 근로자 • 유공자 등 의료보호대상자 (선택) • 의료급여수급자 • 그 외 건강보험법 제6조 제2항, 시행령 제9조에 해당하는 자)	• 만65세 이후 고용된 자 • 1개월 60시간미만 단시간 근로자(단, 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자는 적용함) • 그 외 고용보험법 제10조, 시행령 제3조에 해당하는 자)	• 선원법 또는 사립학교 교직원연금법에 따라 재해보상이 되는 사업 등 연령제한 없음 • 공무원연금법, 또는 군인연금법에 따라 재해보상이 되는 사업
사용자	가입대상 (무보수 대표이사 제외)		가입불가. 단, 근로자를 사용하지 않거나 50명 미만의 근로자를 사용하는 사업주는 본인이 희망하는 경우 가입가능	

표4 4대보험 가입자격

(3) 사안별 설명

① 1개월 미만 고용되는 일용근로자

노동법상 '일용근로자'의 의미는 1일 단위로 근로계약을 체결하고 종료하는 근로자를 말합니다만, 4대보험에서는 근로계약기간 기준으로 1개월 미만으로 고용되는 근로자를 '일용근로자'로 판단하고 있습니다(고용보험법 제2조). 4대보험법상 일용근로자는 고용·산재보험만 적용되고(이러한 연유로 사업장에서는 일용근로자에 대해서 4대보험 자격취득신고서 대신 근로내용확인신고서로 신고하며, 임금에서 고용보험료만 공제합니다), 국민연금·건강보험이 적용되지 않아 지역가입자가 됩니다. 한편 예외적으로 건설일용근로자의 경우에는 1개월 내 동일 공사현장에서 8일 이상 근로를 제공하면 국민연금 및 건강보험이 적용되어 사업주가 취득신고를 해야 합니다. 참고로 일용근로자의 명확한 개념은 법에 따라 다음과 같이 나뉩니다.

구분	내용
노동법상 일용근로자	1일 단위로 근로계약을 체결하고 종료하는 근로자
4대보험의 일용근로자	근로계약기간이 1개월 미만으로 고용되는 근로자
소득세법상 일용근로자	3개월 미만(건설근로자의 경우 1년) 고용된 자

표5 적용 법률에 따른 일용근로자 개념

Tip. 일용근로자 소득세

소득세법상 3개월 미만 고용된 근로자는 일용근로자로 보아서 일당 10만원까지는 세금이 면제됩니다. 10만원을 넘는 금액에 대해서 세율이 6%가 적용되고 산출된 세액에서 55%는 세액공제됩니다. 최종 산출세액이 1천원 미만이면 납부하지 않아도 됩니다. 예를 들어 일당이 13만원인 근로자는 일당에서 비과세 10만원을 공제한 3만원에 세율 6%를 적용하고 다시 산출세액에서 55%를 공제하면 소득세는 810원이 됩니다. 소득세가 1천원 미만이므로 납부하지 않아도 됩니다. 일당 15만원을 기준으로 동일하게 계산하면 근로소득세는 1350원이고 여기에 지방소득세를 10%추가하면 됩니다.

② 1개월 이상 고용되는 일용근로자

4대보험에서 일용근로자가 1개월 이상 근로를 하게 되면 소득세법과 달리, 더 이상 일용근로자가 아니기 때문에 국민연금·건강보험에도 가입해야 합니다. 근로계약기간은 1개월 이상인데 1개월 이전에 퇴사를 했어도 원칙적으로 국민연금·건강보험이 적용됩니다.

③ 월 소정근로시간 60시간 미만 근로자

단시간 근로자는 1월간 60시간 이상 근무와 상시근로의 2가지 조건을 충족해야 합니다. 통상근로자와 같은 근무조건으로 보수의 지급형태만 시간급으로 정기적으로 근무를 하는 경우도 가입대상이 됩니다.

근로계약서에 소정근무시간이 월 60시간이상, 1월 이상 근무하기로 계약하면 원칙적으로 가입대상이 됩니다. 그러나 실제 근무기간이 1월 미만 또는 1월 이상 근무하더라도 근무시간이 월 60시간 미만이 되면 소급해서 직장가입자 자격취득을 취소할 수 있습니다. 반대로 근로계약서 없이 실제 1월 이상 월60시간 이상 근무한 경우 근로개시일로 소급해서 직장가입자 자격을 취득할 수 있습니다.

정리하면 월 소정근로시간이 60시간 미만(1주 15시간 미만)인 근로자는 국민연금·건강보험 및 고용보험이 적용되지 않습니다. 하지만 산재보험은 적용되므로 업무상 재해 시 보험급여를 청구할 수 있습니다. 다만 계속하여 3개월 이상 근로하게 되면 고용보험 적용대상자가 되고, 사업주 동의를 얻으면 국민연금에 가입할 수 있습니다.

한편 복수의 사업장에서 일할 경우, 월 소정근로시간을 합한 시간이 60시간을 넘으면 본인의 희망에 따라 각각의 사업장별로 직장가입자 자격을 취득할 수 있습니다.

구분	내용
1개월 미만(일용직근로자)	고용·산재적용, 건강· 연금제외
월 60시간 미만	건강·연금 가입 제외, 산재의무가입 단, 고용보험은 가입제외이나 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 경우 소급해서 고용보험 취득해야함

표6 일용근로자와 단시간 근로자 가입자격

④ 특수형태근로종사자(산재보험 특례가입)

특수형태근로종사자란 계약의 형식과 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 근로기준법이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 사람으로서, 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를

받아 생활하며 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않아야 합니다.

위의 요건에 해당하는 보험설계사 등 9개 직종은 특수형태근로종사자 적용 특례에 따라 산재보험을 적용합니다. 특수형태근로종사자는 종사자 본인이 산재보험 적용을 원하지 않는 경우 공단에 적용제외 신청(반드시 종사자 본인의 의사에 따른 신청)을 할 수 있습니다. 산재보험 적용제외를 신청했던 특수형태근로종사자가 다시 산재보험 적용을 원하는 경우, 종사자 본인이 공단에 재적용 신청을 할 수 있습니다. 재적용 신청을 하는 경우 신청하는 해의 다음 보험 연도 1월 1일부터 재 적용됩니다.

Tip. 산업재해보상보험법 시행령 제 125조의 적용 직종

보험설계사, 콘크리트믹서트럭 자차기사, 학습지 교사, 골프장 캐디, 택배기사, 전속퀵서비스 기사, 대출모집인, 신용카드모집인, 전속대리운전기사

⑤ 외국인근로자

기본적으로 외국인 근로자도 내국인근로자와 마찬가지로 4대보험에 가입하는 것이 원칙입니다. 물론 국적, 체류자격에 따라 4대보험의 적용범위가 다릅니다. 건강보험은 당연적용되고 고용보험은 원칙적으로 적용제외이지만 체류자격에 따라 예외적으로 가입이 가능합니다. 산재보험은 체류자격과 무관하게 모두 적용됩니다. 국민연금은 국적과 체류자격에 따라 적용대상과 적용제외대상으로 나누어 판단합니다. 구체적인 사항은 비자의 종류에 따라 관계기관에 확인하여 가입하도록 합니다. 국민연금 수령을 위해서는 최소 가입기간 10년 및 수급연령 60세를 충족해야 하기 때문에 요건을 충족하지 못한 경우 출국시 일시 반환금으로 수령할 수 있습니다.

구분	건강보험	국민연금	고용보험	산재보험
원칙	당연적용 (관련법에 의하여 체류자격이 인정되는 경우)	당연적용 (상호주의)	제외 (체류자격에 따라 나뉨)	당연적용 (불법체류자도 적용)
예외	외국의 법령 및 보험 또는 사용자와의 계약에 따라 의료보장을 받는 경우	출입국관리법 제25조에 따라 체류기간연장허가를 받지 아니하고 체류한자, D-1(문화예술), D-2(유학) 등	F-2(거주), F-5(영주) 등 당연가입 / C-4(단기취업), E-5(전문직업), E-9(비전문취업), H-2(방문취업), F-4(재외동포) 등 임의가입	

표7 외국인 근로자 4대보험 가입자격

⑥ 국민기초생활보장수급자

국민기초생활보장법에 따른 수급자는 본인이 원치 않으면 국민연금에 가입하지 않을 수 있고(국민기초생활보장수급자는 지역가입 적용제외자), 건강보험은 국민기초생활보장수급자는 의료급여수급자이기 때문에 가입할 필요가 없습니다.

고용보험과 산재보험은 적용되는데, 일반사업장이 아닌 자활센터의 자활사업에 참여하는 수급자(행정해석은 자활사업 참여자를 근로기준법상 근로자로 보지 않음)인 경우에는 고용보험에 가입되지만 고용보험료는 납부하지 않고, 실업급여는 받지 못합니다).

⑦ 중소기업 사업주 및 자영업자 고용·산재보험 임의가입

법인 대표이사(개인사업자인 자영업자도 마찬가지)는 국민연금과 건강보험이 가입대상이며, 고용보험과 산재보험은 대상이 아닙니다. 따라서 급여 지급 시 대표이사의 급여에서 국민연금과 건강보험을 공제한 후 지급하면 됩니다. 무보수 대표이사의 경우 무보수 대표에 대한 내용이 기재된 사업장의 서류 등을 사업장 관할공단 지사에 제출하면 됩니다.

그러나, 중소기업의 사업주는 사실상 근로에 종사하는 경우가 많아 임의로 고용·산재보험을 가입할 수 있습니다. 대통령령으로 정하는 중소기업사업주(근로자를 사용하지 않는 자를 포함)는 공단의 승인을 얻어 자기 또는 유족이 보험급여를 받을 수 있는 자로 해서 산재보험에 가입할 수 있습니다. 근로자를 사용하지 않거나, 50인 미만 근로자를 사용하는 자영업자는 고용보험에 임의가입이 가능합니다.

구분	내용
중소기업사업주 (산재보험법 시행령 제122조)	• 50인 미만 근로자 사용 사업주 • 1인 중소기업사업주 중 여객자동차운송사업자, 화물자동차운송사업자, 건설기계사업자, 퀵서비스업자, 예술인, 대리운전업자 • 자동차정비업, 1차금속제품제조업, 금속가공제품제조업, 전자부품·컴퓨터·영상·음향 및 통신장비제조업, 의료·정밀·광학기기 및 시계제조업, 전기장비제조업, 기타기계 및 장비제조업, 귀금속 및 장신용품제조업 업종의 1인종사자
자영업자 (보험료징수법 시행령 제56조의5)	사업자등록증상 개업연월일부터 5년 이내 가입 신청 가능

표8 중소기업 사업주 및 자영업자 고용·산재보험 임의가입

⑧ 해외파견자 및 현장실습생 산재보험 특례

산재보험법은 원칙적으로 국내의 사업 또는 사업장에만 적용되고 국외의 사업에는 적용되지 않지만, 공단의 승인을 얻어 해외파견자도 산재보험법의 적용을 받을 수 있습니다. 국내 사업장에 근로자가 없고 해외파견만을 목적으로 근로자를 채용하여 채용과 동시에 해외 현지사업장에 파견하는 경우와 급여전액이 해외 현지법인에서 지급되는 등 현지 법인에 채용된 근로자는 국내 산재보험 가입대상에서 제외됩니다.

그리고 직업교육훈련촉진법 제7조의 규정에 따라 직업교육 훈련과정을 이수하는 현장실습생에게 산재보험이 당연 적용됩니다(산재보상보험법 제123조).

(4) 사업주가 4대보험을 가입 해주지 않았을 경우 대처방안

① 4대보험 미가입 시 발생할 수 있는 불이익

급여수준이 낮을수록, 단순노무종사자인 경우에 4대보험 가입률이 낮게 나타납니다. 이들의 다수가 소규모 영세사업장에서 근무하고 해당 사업주는 인건비부담과 업무부하 때문에 4대보험가입을 기피하는 일이 많습니다. 근로자들도 당장의 급여가 줄어들거나 급여가 공개되는 것을 꺼려서 보험가입을 거부하기도 합니다. 그러나 지역가입은 자신의 자산과 소득이 건강보험과 국민연금 보험료산정의 기준이 되고 사업주 부담분도 없기 때문에 근로자 입장에서는 직장가입이 훨씬 유리합니다.

어떤 이유에서든 4대보험 의무가입대상임에도 가입하지 않았다면 적발시 소급가입되고 미가입 보험료를 사업주가 모두 납입하여야 하며 과태료도 부과됩니다. 만일, 근로자가 퇴사했다면 사업주가 퇴사한 근로자에게 근로자부담을 추징하는 것은 현실적으로 어려울 수 있습니다. 따라서 사업주는 제때 4대보험에 가입하고 신고를 해야 합니다.

② 4대보험 미가입 시 대처방안, 피보험자격확인청구

사업주가 4대보험을 미가입하고 취득신고를 하지 않을 때 피보험자격확인청구를 해서 해결할 수 있습니다. 사업주는 근로자에게 이를 이유로 해고등의 불이익을 줘서는 안됩니다.

구분	국민연금법	국민건강보험법	고용보험법
처벌기준 및 내용	• 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 사용자는 50만원 이하의 과태료(제131조) • 가입을 방해하거나 부담금의 증가를 기피할 목적으로 임금인상등, 해고 금지, 위반시 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금(제119조, 제128조)	• 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 사용자는 500만원 이하의 과태료(제119조) • 가입을 방해하거나 부담금의 증가를 기피할 목적으로 임금인상등, 해고 금지, 위반시 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제93조, 제115조)	• 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 사업주는 300만원 이하의 과태료(제118조) • 피보험자격 확인을 청구한 근로자에 대한 해고등 불이익 금지, 위반시 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금(제17조, 제105조, 제116조)

표9 피보험자격 미신고 및 거짓신고 시 처벌

피보험자격 확인청구는 사업주가 피보험자격 신고 등을 이행하지 아니하거나, 신고내용이 사실과 다르게 신고 된 경우 피보험자격을 확인하고 정정해 주는 제도입니다.

'피보험자격확인청구' 는 인터넷(www.ei.go.kr) 이나 사업장 관할 근로복지공단에 신청하면 되는데(https://www.ei.go.kr/ei/eih/cp/rr/rrFormatRsrom/retrieveRrFormatRsromInfo.do), 청구서 외에 근로계약서, 급여통장사본, 소득금액증명원, 급여명세서 등 고용관계를 확인할 수 있는 자료를 제출하여야 합니다. 출퇴근 기록을 확인할 수 있는 교통카드 이용내역도 챙겨두는 것이 좋습니다. 피보험자격확인청구를 하면, 근로복지공단은 사업장을 조사하여 근로자성과 근로제공 사실이 확인되면 소급하여 고용보험 피보험기간을 인정합니다.

피보험자격 확인청구의 법정처리기한은 14일로 되어 있습니다. 다만, 사업장에서 고용보험 신고를 하지 않아 사업장을 대상으로 관련 조사를 진행하면, 처리기한을 연장하기도 합니다. 따라서 피보험자격 확인청구의 진행상태를 확인하고자 하는 경우에는 사업장 관할 근로복지공단지사 담당자에게 문의하면 됩니다.

기존에는 접수는 고용센터가 하고, 처리조사 등은 근로복지공단이 담당하여 불편하였으나, 2017년 1월 1일부터 고용보험 피보험자 관리업무는 근로복지공단에서 일괄처리하므로 편리하게 확인 청구를 할 수가 있습니다.

그림2 피보험자격 확인청구 절차

Q&A

Q. 피보험자격 확인을 받아서 4대보험을 소급 가입하게 되면, 보험료 납부는 어떤 방식으로 진행되나요?

A. 피보험자격을 확인받으면, 소급하여 3년까지 고용보험에 가입된 것으로 처리됩니다(비자발적 퇴사 후 피보험자격확인청구를 하면 실업급여도 받을 수 있습니다). 이후 이를 근거로 국민연금공단과 국민건강보험공단에 사업장가입자 자격 확인을 요청하면, 지역가입자로서 그동안 납부했던 국민연금·건강보험료를 다시 돌려주고 사업주에게 국민연금·건강보험료를 부과합니다. 앞서 살펴본 바와 같이 사업주에게 4대보험료 원천공제의무를 부여하고 있기 때문에 공단은 사업주에게 근로자부담분을 포함한 국민연금·건강보험료 소급분을 부과하고, 사업주는 해당 근로자로부터 그동안 공제하지 않았던 4대보험료를 받을 수 밖에 없습니다. 사실상

이미 그만둔 직원에게 그동안 공제하지 않았던 4대보험료를 받기란 쉽지 않을 것이기 때문에 처음부터 4대보험에 가입하고 일을 시작할 수 있도록 안내해야 합니다. 또한, 피보험자격확인청구를 하였으나 관할기관이 불인정했다면 통지를 받은 날로부터 90일 이내 고용보험심사관·심사위원회에 심사·재심사를 청구해서 이의를 제기할 수 있습니다(고용보험법 제87조).

4 지원제도

(1) 두루누리 사회보험 지원

① 지원대상 및 지원금

소규모 사업장의 사업주와 근로자들은 경제적 부담으로 사회보험에 가입하지 못하는 경우가 많아 이에 따른 경제적 부담을 완화하기 위하여 고용보험과 국민연금 보험료 일부를 국가가 지원하는 사업입니다. 월평균보수가 190만원 미만인 근로자와 근로자수(피보험자 수)가 10명 미만인 사업주를 대상으로 고용보험, 국민연금 보험료의 최대90%를 지원합니다. 해당 월 보험료를 법정기한까지 완납하면 그 다음달 보험료에서 해당 월의 고용보험료를 공제하는 방법으로 지원하고 있습니다.

월평균보수 190만원 미만 산정방법은 소득세법 시행령 개정으로 생산직 근로자, 배달 및 수화물 운반종사자, 조리·음식서비스, 판매, 청소·경비 등 단순노무종사자 등은 연장·야간·휴일근로수당(연간 240만원 한도)을 제외한 금액으로 월평균보수를 산정합니다.

구분	근로자수	지원내용
신규지원자*	5명미만	고용보험 및 국민연금 보험료의 90%
	5명이상 10명미만	고용보험 및 국민연금 보험료의 80%
기지원자**	10명미만	고용보험 및 국민연금 보험료의 40%

* 신규지원자 : 지원신청일 직전 1년간 피보험자격 취득이력이 없는 근로자와 그 사업주
** 기지원자 : 신규지원자에 해당하지 않는 근로자와 그 사업주

표10 두루누리 사회보험 지원금 내용

구분	근로자수
전자신고	• 4대사회보험정보연계센터(www.4insure.or.kr) • 고용·산재보험토탈서비스(total.kcomwel.or.kr)
방문·우편·팩스신고	• 사업장 소재지 관할 근로복지공단 또는 국민연금공단 지사로 제출
문의전화	• 근로복지공단 콜센터 1588-0075 • 국민연금공단 고객센터 1355

표11 4대보험 신청방법

사례 – 두루누리 지원금 계산

월평균 보수 160만원을 받는 신규지원자 1명, 5명 미만 사업장의 경우를 예시로 신청한 경우 아래 표와 같이 일자리안정자금을 신청하지 않아 건강보험료를 경감받지 않은 경우라고 하더라도 사업주는 매월 고용보험 및 국민연금 보험료의 90%에 해당하는 77,760(12,960+64,800)원을, 근로자는 매월 고용보험 및 국민연금 보험료의 90%(9,360+64,800)에 해당하는 74,160원을 지원받을 수 있습니다.

월 평균 보수 160만원			지원금		
총계	산정 보험료	납부 할 보험료	지원금 총액	사업주 지원금	근로자 지원금
	268,640원	66,800	201,840원	102,720원	99,120원
고용보험 (90%지원)	24,800원	2,480	22,320원	12,960원	9,360원
국민연금 (90%지원)	144,000원	14,400	129,600원	64,800원	64,800원
건강보험 (50%경감)	99,840원	49,920	49,920원	24,960원	24,960원

- 고용보험료 신규지원자는 지원신청 이후에 피보험자격 취득신고(동시 취득신고 포함)를 한 경우에 혜택을 받을수 있습니다.
- 건강보험료 50%경감은 일자리 안정자금 신청을 하고, 2018년도에 직장가입자 자격취득신고서를 제출한 경우에 혜택을 받을 수 있습니다(2018년 한시적).
- 산재보험료는 지원대상에 해당되지 않으며, 사회보험료 세액공제는 18. 1. 1. 현재 고용 중인 근로자를 신규가입한 경우에 반영됨을 유의하시기 바랍니다.

② 일자리안정자금

최저임금 인상에 따른 소상공인 및 영세중소기업의 경영부담을 완화하고 근로자의 고용불안을 해소하기 위한 지원 사업입니다. 근로자 수 30명 미만 고용 사업장의 월평균보수가 190만원 미만인 근로자를 1개월 이상 고용한 사업주를 대상으로 근로자 1명당 월 최대 130,000원을 지원합니다. 지원방식은 사업주 계좌로 직접지급하거나 사회보험료를 대납하는 방식으로 선택하여 지원받을 수 있습니다.

(2) 사업주 고용보험 지원

2018년 최저임금 인상 및 근로시간단축 등 다양한 노동환경의 변화에 따라 정부에서도 인력채용을 위한 고용보험 관련 지원금을 마련하고 있습니다. 신규채용 계획이 있는 사업장이나 유연근무제도를 활용할 계획이 있는 사업장 등은 기준에 맞는 지원금 제도를 적극 활용하고 근로자는 이러한 제도를 통해 고용안정을 꾀할 수 있도록 안내합니다. 지원금제도의 지원금액 및 기준은 매년 달라질 수 있으며 지원기준사유에 해당되어야 하므로 자세한 사항은 관할고용센터에 문의하여 혜택을 받도록 합니다.

① 고용장려금 지원제도

시간선택제 일자리 지원	신규고용	• 시간선택제 근로자(무기계약, 최저임금 110%이상, 주 15h~30h 근무, 새로 고용하여 3개월간 유지 • 신규채용 근로자 임금의 80%를 월 60만원 한도 1년 지원, 720만원 한도
	전환	• 시간선택제 전환제도를 도입, 6개월 이상 고용한 전일제 근로자를 시간선택제로 전환 시 • 임금감소액 보전 - 주 15시간 이상~25시간 이하, 월 최고 40만원 1년 지원, 480만원 한도 - 주 25시간 초과~30시간 이하, 월 최고 24만원 1년 지원, 288만원 한도 - 임신기는 주 15시간 이상 30시간 이하, 월 최고 40만원, 연간 480만원 한도 - 장려금은 근로시간에 비례하여 감소한 임금보다 사업주가 보다 많은 임금을 근로자에게 지급한 경우, 보다 많이 지급한 임금의 범위 내에서 지급 • 대체인력 채용지원 - 인건비의 80%, 월 60만원 1년 지원, 360만원 한도
일·가정양립 환경 개선 지원		• 우선지원대상기업의 사업주가 유연근무 도입·활용 경우 지원(시차 출퇴근제, 선택근무제, 재량근무제, 재택근무제, 원격근무제) • 유연근무제를 활용한 근로자 1인당 1년 지급(지원대상의 대체 불가) - 주 3 회 이상 활용: 주 10만원, 연간 520만원 한도 - 주 1~2 회 활용: 주 5만원, 연간 260만원 한도
정규직전환 지원		• 6개월 이상 고용되고, 근로기간이 2년 이내인 기간제(안전·보건관리자 포함), 파견, 사내하도급 근로자 및 특수형태업무종사자를 정규직으로 전환한 우선지원대상기업과 중견기업사업주가 정규직 전환 후 최저임금의 110% 이상 지급하는 경우 • 전환 근로자 1명당 임금상승액의 80%(월 60만원 한도)와 간접노무비 30만원 지원, 최대 1년 지원
고용촉진장려금 지원		• 고용노동부장관이 지정하는 취업지원프로그램(취업성공패키지 등)을 이수하고 직업안정기관 등에 구직 등록한 실업자를 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로 고용하여 6개월 이상 고용유지 시 • 6개월 단위로 연간 720만원(대규모 기업 360만원) 지원
기타		• 출산·육아기고용안정 장려금, 임금피크제 지원금, 60세이상 고령자 고용 지원금, 일자리 함께하기 지원

표12 고용장려금 지원제도

② 청년 추가고용 장려금 지원제도

고용보험법 제20조 및 시행령 제17조 제1항 제4호를 근거로 청년을 정규직으로 추가로 고용한 중소·중견기업에 인건비를 지원함으로써, 양질의 청년일자리를 창출하는 데 목적을 둔 지원사업입니다. 청년(만15세 이상 34세 이하)을 정규직으로 신규 채용한 5인 이상 중소·중견기업(성장유망업종, 벤처기업 등은 5인 미만도 가능하며 사행·유흥업 등 일부 업종은 지원제외)이 대상입니다. 기업 규모에 따라 2018년말까지 다음과 같이 청년 정규직을 신규 채용하여야 합니다.**2) 청년 추가고용 장려금 지원사업 시행공고**

기업 규모*	청년 신규채용
30인 미만	1명 이상
30인 99인	2명 이상
100인 이상	3명 이상

표13 기업규모별 청년 최저고용 요건

청년 추가채용 1명당 연 최대 900만원을 3년간 지원(장려금은 매월 단위로 지급함)하며 장려금지급신청서 등 관련 서식을 작성하여 구비서류와 함께 고용센터 기업지원부서 및 고용보험시스템(www.ei.go.kr)을 통해서 신청할 수 있습니다.

5 실업급여

(1) 실업급여의 개요

실직시 실업급여를 지급하여 근로자의 생활안정과 구직 활동을 지원하는 사회보험제도로 구직급여, 취업촉진수당, 연장급여, 상병급여가 있습니다. 통상 실업급여로 알려진 구직급여는 최소한의 수준에서 근로자의 생계를 보호하고 있어서 근로자에게 가장 중요한 사회보험이라고 할 수 있습니다.

구분	요건
구직급여	• 고용보험 적용사업장에서 실직전 18개월중 피보험단위기간을 통산하여 180일 이상 근무 • 근로의 의사 및 능력(비자발적으로 이직) • 적극적인 재취업활동(재취업활동을 하지 않는 경우 미지급) • 실업상태 ✷ 일용근로자로 이직한 경우 아래 요건 모두 충족하여야 함 – 수급자격신청일 이전 1월간의 근로일 수가 10일 미만일 것 – 법 제58조에 따른 수급자격 제한사유에 해당하는 사유로 이직한 사실이 있는 경우에는 최종 이직일 이전 피보험단위기간 180일 중 90일 이상을 일용근로하였을 것
상병급여	• 실업신고를 한 이후 질병·부상·출산으로 취업이 불가능하여 실업의 인정을 받지 못한 경우 • 7일이상의 질병·부상으로 취업할 수 없는 경우 증명서를 첨부하여 청구 • 출산의 경우는 출산일로부터 45일간 지급

훈련연장급여	실업급여 수급자로서 연령·경력 등을 고려할 때, 재취업을 위해 직업안정기관장의 직업능력개발훈련지시에 의하여 훈련을 수강하는 자
개별연장급여	취직이 특히 곤란하고 생활이 어려운 수급자로서 임금수준, 재산상황, 부양가족 여부 등을 고려하여 생계지원 등이 필요한자
특별연장급여	실업급증 등으로 재취업이 특히 어렵다고 인정되는 경우 고용노동부 장관이 일정한 기간을 정하고 동기간 내에 실업급여의 수급이 종료된 자
취업촉진수당	조기재취업수당: 대기기간이 경과하고 구직급여를 지급받을 수 있는 소정급여일수를 30일 이상 남기고 6개월 이상 계속 고용(자영업을 영위할 것) 될 것(자영업의 경우에는 1회이상 자영업 준비 활동으로 실업인정을 받아야 함)
	직업능력개발수당: 실업기간 중 직업안정기관장이 지시한 직업능력개발훈련을 받는 경우
	광역구직활동비: 직업안정기관장의 소개로 거주지에서 편도 50km 이상 떨어진 회사에 구직활동을 하는 경우
	이주비: 취업 또는 직업안정기관의 장이 지시한 직업능력개발훈련을 받기 위해 그 주거를 이전하는 경우

표14 실업급여 개요

(2) 구직급여의 수급요건

① 이직일 이전 18개월간 피보험단위기간이 180일 이상일 것

피보험단위기간이란 재직일 중 유급으로 처리된 근무일수를 말합니다. 한 달은 28~31일이지만 무급휴일(휴무일)은 피보험단위기간에서 제외되고, 근로일 + 주휴일 + 유급휴일을 합한 일수가 피보험단위기간이 됩니다. 보통 토요일을 무급휴무일로 하는 사업장이 많은데, 이럴 경우에 피보험단위기간이 180일이 되려면 실제 근무월은 6개월이 아닌 7개월 이상이 되어야 합니다. 이직 이전 18개월간(기준기간) 여러 사업장에서 근무했을 때에는 각사업장별 피보험단위기간을 합산하고, 구직급여를 받은 적이 있을 때에는 새롭게 피보험단위기간을 계산합니다. 만약 이직일 이전 18개월 중 사업장의 휴업, 질병·부상에 따른 휴직, 임신·출산·육아에 따른 휴직을 해서 30일 이상 보수를 지급받지 못한 경우에는 이직 이전 18개월에 보수를 지급받지 못한 기간을 합쳐서 피보험단위기간이 180일인지를 확인합니다.

② 구직급여를 받을 수 없는 이직사유에 해당하지 않을 것

가) 구직급여를 받을 수 없는 이직사유

비자발적 이직이어도 고의나 중과실로 회사에 크게 피해를 주어서 해고된 경우에는 실업급여를 받을 수 없습니다.

관련 법률 – 고용보험법 시행규칙 별표 1의2, 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우(제101조제1항 관련)

1. 납품업체로부터 금품이나 향응을 받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우
2. 사업의 기밀이나 그 밖의 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에게 제공한 경우
3. 거짓 사실을 날조·유포하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우
4. 직책을 이용하여 공금을 착복·장기유용·횡령하거나 배임한 경우
5. 제품이나 원료 등을 절취하거나 불법 반출한 경우
6. 인사·경리·회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 거짓 서류 등을 작성하여 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우
7. 사업장의 기물을 고의로 파손하여 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우
8. 영업용 차량을 사업주의 위임이나 동의 없이 다른 사람에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우

나) 자발적 이직이라도 구직급여를 받을 수 있는 경우

스스로 퇴사했어도 상습적인 임금체불이나 근로조건 저하, 근무환경 악화(사업장 이사, 폭언·폭행, 성희롱, 경영사정악화로 인한 구조조정), 본인 및 가족의 질병등으로 그러한 사정이 있다면 누구나 이직할 것이라고 판단되면 구직급여를 받을 수 있습니다.

관련 법률 – 고용보험법 시행규칙 별표 2 수급자격이 제한되지 아니하는 정당한 이직사유(제101조제2항 관련), 2015 실업급여 업무편람

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유가 이직일 전 1년 이내에 2개월 이상 발생한 경우
   가. 실제 근로조건이 채용 시 제시된 근로조건이나 채용 후 일반적으로 적용받던 근로조건보다 낮아지게 된 경우
      ① 채용 시 제시된 근로조건 or 채용 후 일반적으로 적용받던 임금·근로시간과 실제 임금·근로시간이 2할 이상 차이 나는 경우
      ② 임금 : 통상임금, 단체협약·취업규칙·근로계약으로 정한 상여금
      ③ 단체협약·취업규칙 등으로 2개월 이상 발생할 것이 장래 확정한 경우도 포함
      ④ 근로자가 근로조건 변경에 동의하여 낮아진 경우는 해당하지 아니함.
   나. 임금체불이 있는 경우
      ① 이직일까지 2개월 분 이상을 전액 지급받지 못함
      ② 이직일 이전 지급 받았으나 2개월 이상 늦게 받은 경우
      ③ 월급의 30% 이상을 2개월 이상 지급받지 못한 경우
   다. 소정근로에 대하여 지급받은 임금이 최저임금법에 따른 최저임금에 미달하게 된 경우
      ① 근로조건 변동으로 인하여 이직 전 2개월간 소정근로시간의 임금이 최저임금에 미달하는 경우
      ② 입사 당시부터 최저임금 미달이었으나 계속하여 임금 인상 없이 이직일 전 1년 이내에 2개월 이상 소정근로시간의 임금이 최저임금에 미달하는 경우
   라. 근로기준법 제53조에 따른 연장근로의 제한을 위반한 경우
      ① 이직일 기준 1년 이내 2개월 동안 주당 근로시간이 52시간을 초과한 경우
      ② 4인 이하 사업장에 대한 법정근로시간은 적용되지 않음.
      ③ 근로기준법 제59조(근로시간 및 휴게시간의 특례) 및 63조(적용의 제외)의

경우는 제외

마. 사업장의 휴업으로 휴업 전 평균임금의 70퍼센트 미만을 지급받은 경우

① 휴업 이유 및 기간을 막론하고 이직 전 1년 동안 2개월 이상 평균임금의 70% 미만을 지급받은 경우

② 휴업기간 중 취업하여 이직하는 경우는 휴업기간 관계없이 여기에 해당 안됨.

2. 사업장에서 종교, 성별, 신체장애, 노조활동 등을 이유로 불합리한 차별대우를 받은 경우
3. 사업장에서 본인의 의사에 반하여 성희롱, 성폭력, 그 밖의 성적인 괴롭힘을 당한 경우

구체적인 확인 방법(예시)

– 당사자의 의견 및 주변 진술

– 관련 증빙서류 : 인사명령서, 급여명세서 등

– 노동위원회, 법원 등의 판정

– 사업장 내 고충상담기관에 접수 내역 등

4. 사업장의 도산·폐업이 확실하거나 대량의 감원이 예정되어 있는 경우
5. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사정으로 사업주로부터 퇴직을 권고 받거나, 인원 감축이 불가피하여 고용조정계획에 따라 실시하는 퇴직 희망자의 모집으로 이직하는 경우

가. 사업의 양도·인수·합병

나. 일부 사업의 폐지나 업종 전환

다. 직제개편에 따른 조직의 폐지·축소

라. 신기술의 도입, 기술혁신 등에 따른 작업형태의 변경

마. 경영의 악화, 인사 적체, 그 밖에 이에 준하는 사유가 발생한 경우

6. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 통근이 곤란(통근 시 이용할 수 있는 통상의 교통수단으로는 사업장으로의 왕복에 드는 시간이 3시간 이상인 경우를 말한다)하게 된 경우

가. 사업장의 이전

나. 지역을 달리 하는 사업장으로의 전근

다. 배우자나 부양하여야 할 친족과의 동거를 위한 거소 이전

라. 그 밖에 피할 수 없는 사유로 통근이 곤란한 경우

– 통상의 교통 수단 : 대중교통(버스, 지하철, 기차), 회사 제공 통근 수단

– 통근 소요시간 : 거주지에서 출발하여 근무지에 도착하는데 소요되는 왕복시간 (도보이용 및 환승시간, 승차를 위한 대기시간 등 포함한 평균적인 시간)

7. 부모나 동거 친족의 질병·부상 등으로 30일 이상 본인이 간호해야 하는 기간에 기업의 사정상 휴가나 휴직이 허용되지 않아 이직한 경우
8. 산업안전보건법 제2조 제7호에 따른 '중대재해'가 발생한 사업장으로서 그 재해와 관련된 고용노동부장관의 안전보건상의 시정명령을 받고도 시정기간까지 시정하지 아니하여 같은 재해 위험에 노출된 경우
9. 체력의 부족, 심신장애, 질병, 부상, 시력·청력·촉각의 감퇴 등으로 피보험자가 주어진 업무를 수행하는 것이 곤란하고, 기업의 사정상 업무종류의 전환이나 휴직이 허용되지 않아 이직한 것이 의사의 소견서, 사업주 의견 등에 근거하여 객관적으로 인정되는 경우
10. 임신, 출산, 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)의 육아, 병역법에 따른 의무복무 등으로 업무를 계속적으로 수행하기 어려운 경우로서 사업주가 휴가나 휴직을 허용하지 않아 이직한 경우
11. 사업주의 사업 내용이 법령의 제정·개정으로 위법하게 되거나 취업 당시와는 달리 법령에서 금지하는 재화 또는 용역을 제조하거나 판매하게 된 경우
12. 정년의 도래나 계약기간의 만료로 회사를 계속 다닐 수 없게 된 경우
13. 그 밖에 피보험자와 사업장 등의 사정에 비추어 그러한 여건에서는 통상의 다른 근로자도 이직했을 것이라는 사실이 객관적으로 인정되는 경우

(3) 구직급여 신청절차

① 사업주의 이직확인서 제출

이직 사실이 확인되어야 구직급여를 받을 수 있습니다. 사업주는 근로자가 퇴사할 경우 피보험자격 상실신고를 해야 하고 구직급여를 받을 수 있는 요건에 해당되면 이직확인서를 고용센터에 제출하여야 합니다. 4대보험 자격상실신고를 늦게 하면, 신청절차가 지연됩니다. 이때 퇴사한 근로자는 이직확인서를 사업주에게 청구할 수 있으며 고용센터에서도 사업장에 연락하여 피보험자격 상실신고와 이직확인서 제출을 요구할 수 있습니다. 간혹 사업주가 이직확인서를 작성하는 것을 꺼리는 경우가 있는데 이때 근로자는 이직확인서 작성은 사업주의 의무이며 있는 그대로 작성해주면 아무 문제가 되지 않는다고 알려주면 됩니다.

② 구직급여 수급자격 인정 신청

퇴사한 근로자는 고용노동부가 운영하는 구인구직사이트인 워크넷(www.work.go.kr)을 통해 구직신청을 하고 가까운 혹은 취업을 희망하는 지역 관할 노동청 고용센터를 방문하여 수급자격 인정 신청서와 재취업활동계획서를 제출합니다(워크넷에 구직신청을 하지 못한 경우엔 고용센터 방문 시 구직신청서 작성). 고용센터는 신청 14일 후 수급자격 인정여부를 통지하고, 신청일부터 7일은 대기기간으로 하여 구직급여를 지급하지 않고 8일차 부터 최초 실업인정을 하여 첫 구직급여를 지급합니다. 퇴직한 다음날부터 12개월이 경과하면 구직급여 수급일수가 남아있더라도 더 이상 구직급여를 받을 수 없기 때문에 퇴직 후 지체 없이 수급자격 인정 신청을 하는 것이 좋습니다.

③ 실업인정

가) 실업인정 후 지급절차(인터넷 신청 및 고용센터 출석)

실업인정이란 실업인정 대상기간 중 실업상태(근로할 의사와 능력이 있는데 일자리가 없는 상태)였는지 여부와 재취업활동 여부를 확인하고 구직급여 지급 여부를 결정하는 것을 말합니다. 수급자격을 인정받으면 최초 2주 후 고용센터가 매 1 ~ 4주마다 지정하는 날(실업인정일)에 고용센터에 출석해 실업인정신청서를 제출하여 재취업활동을 확인받고, 직전 실업인정일의 다음날부터 현 실업인정일까지 실업을 인정받아 해당기간에 대한 구직급여를 받습니다. 2차~3차는 인터넷으로 실업인정 신청이 가능합니다. 기본 4주 2회

이상 구직활동을 진행해야 하며 구직활동이 없는 경우 해당 기간 구직급여는 지급되지 않습니다. 5차 이후 실업인정일은 구직활동 후 인터넷 실업인정 신청이 원칙입니다.

구분		내용
전원출석	실업신고일 (취업지원 설명회)	• 수급자격 해당여부 초기상담 및 수급자격 교육참여 • 구직표(인터넷)+수급자격인정신청서 제출 • 1차실업인정일 안내
	1차실업인정일	• 신청 후 14일 째 집단교육원칙 • 연장급여 및 조기재취업수당 요건 안내
인터넷 실업 인정 신청	2차(1차+28일째), 3차(2차+28일째) 실업인정일	• 4주 2회 재취업활동을 한 후 실업인정 신청 • 수급기간 내 실업상태 확인 후 구직급여 지급
출석 실업 인정 신청	4차 실업인정일	• 모든 수급자 출석 • 구직활동 등 내역 확인 후 구직급여 지급
인터넷 실업 인정 신청	5차 실업인정일 이후	• 인터넷 실업인정 신청(17:00까지 전송)

표15 실업인정절차

나) 재취업활동의 종류

실업인정을 받는 기간동안 수급자격자는 다음과 같은 재취업활동(실직자가 새로운 직장이나 직업을 구하기 위하여 취업촉진활동을 하는 것)을 하여야 합니다.

적극적인 구직활동	• 구인업체 방문 또는 우편, 인터넷 등을 이용하여 구인에 응모한 경우 • 채용관련 행상에 참여하여 구인자와 면접을 본 경우 • 당해 실업인정일부터 30일이내에 취업하기로 확정된 경우 • 아래와 같은 경우에는 재취업활동이 인정되지 않음 - 사업장에 전화로만 구인문의를 하거나 동일 사업장에 반복하여 구직활동을 하는 경우 - 직업소개소, 헤드헌터 업체 등에 구직등록만 하는 경우 - 현재 구인하지 않거나 구인 종료된 사업장의 명함 또는 싸인을 받은 경우 등 담당자 직접 확인 또는 구직활동 모니터링을 통하여 허위, 형식적 구직활동으로 확인될 시 해당 실업인정대상기간 부지급
직업훈련	• 고용노동부장관의 승인·인정을 받은 훈련과정을 수강하는 경우 • 국가 또는 지방자치단체에서 훈련비용을 지원하는 훈련 과정을 수강하는 경우
취업지원 서비스 참여	• 직업안정기관에서 행하는 취업지원서비스에 참여하거나 직업소개 및 직업훈련 지시에 응한 경우 • 중장년 일자리희망센터, 고령자인재은행 등 취업지원기관의 취업지원프로그램 이수 및 취업상담 등
자영업 준비활동	• 실업인정 담당자와 사전 협의 후 자영업 준비활동을 하는 경우

표16 재취업활동

(4) 구직급여 지급기간과 액수

구직급여의 지급기간(소정급여일수)은 퇴사 당시의 만 나이와 고용보험 가입기간(최종사업장 이전에 이직을 하였으나 실업급여를 받은 적이 없고 이직 후 3년 이내 최종사업장에 입사했으면 최종사업장 이전 고용보험 가입기간도 합산)에 따라 다릅니다. 구직급여는 이직일의 다음 날부터 12개월 내에서만 지급됩니다. 수급자격 인정 신청을 늦게 하여 지급기간이 이직일의 다음 날부터 12개월 이후로 넘어간다고 하더라도 이직일의 다음 날부터 12개월이 넘으면 구직급여를 지급하지 않습니다.

① 지급기간(소정급여일수)

구분		피보험기간				
		1년 미만	1년 이상 3년 미만	3년 이상 5년 미만	5년 이상 10년 미만	10년 이상
이직일 현재 연령	30세 미만	90일	90일	120일	150일	180일
	30세 이상 50세 미만	90일	120일	150일	180일	210일
	50세 이상 및 장애인	90일	150일	180일	210일	240일

표17 구직급여의 소정급여일수(고용보험법 별표 1, 제50조제1항 관련)

② 구직급여액

구직급여 일액은 퇴직전 평균임금의 50% 입니다. 그러나 아래 표와 같이 매년 상한액을(일 8시간 근무기준) 정하고 최저임금의 90%를 하한액으로 정해서 근로자들간 격차를 줄이고 생계를 보호하고 있습니다. 그러나 상한액이 너무 낮아서 근로자의 임금수준을 거의 반영하지 못하고 2016년에는 하한액과 같은 수준이 되기도 해서, 현실적으로 근로자의 생계를 보호하기는 너무 부족하다는 비판을 받고 있습니다.

구직급여	2015년	2016년	2017년		2018년
			~3월	4월~	
상한액	43,000 원	43,416원	46,584원	50,000원	60,000원
하한액	40,176 원	43,416원	46,584원	46,584원	54,216원

표18 구직급여 상한액과 하한액

(5) 수급자격 불인정 또는 실업 불인정시 이의절차

실업급여 수급자격 불인정, 실업의 불인정, 부정수급 처분 등에 이의가 있는 경우 심사 및 재심사를 청구할 수 있습니다.

심사청구는 고용센터의 처분이 있음을 안날로부터 90일이내에 고용센터(고용보험심사관)에 청구, 재심사청구는 심사청구에 대한 결정이 있음을 안

날부터 90일 이내에 고용센터(고용보험심사위원회)에 청구합니다. 고용보험심사위원회 홈페이지(eiac.ei.go.kr)에 가면 지금까지의 심사·재심사 사례를 살펴 볼 수 있습니다.

(6)부정수급 결정에 대한 이의신청

① 부정수급의 개요(고용보험법 제61조· 제62조·제116조·제118조)

거짓 그 밖의 부정한 방법으로 실업급여를 받았거나 받고자 한 것을 말하며, 그 유형으로는 피보험자격 취득 및 상실, 이직사유, 급여기초 임금일액, 구직활동, 취업한 날, 소득사실 등을 사실과 다르게 신고한 행위로서 고용보험법이나 형법(사기, 교사, 문서위조 등) 등 범죄구성 요건에 해당하는 행위는 물론 그 밖의 부당한 행위를 말합니다. 특히 실업급여를 받다가 취업을 하거나 소득이 발생할 때에는 반드시 신고하도록 합니다.

구분	유형
1. 수급자격신청	① 이직확인서 등의 위조, 변조 등 부정사용 ② 피보험자격취득 및 상실의 허위신고(위장고용을 포함) ③ 급여기초임금일액산정의 기초가 되는 임금액의 과다기재 ④ 이직사유의 허위기재 및 진술(위장해고를 포함한다) ⑤ 기준기간 연장사유의 허위기재 ⑥ 허위의 실업신고 ⑦ 각종 증명서 및 확인서 등의 위조 또는 허위기재 ⑧ 그 밖에 부정한 방법으로 수급자격을 인정받거나 받으려 한 경우
2. 실업인정	① 취업한 사실을 은닉한 채 계속 실업인정을 받는 경우 ② 자신의 근로에 의한 소득의 미신고 및 허위신고 ③ 구직활동 여부의 허위신고 ④ 확정된 취직 또는 자영업의 개시사실을 미신고한 경우 ⑤ 법령의 규정에 위반하여 대리인에 의해 실업인정을 받은 경우 ⑥ 허위의 증명서 등을 제출하여 실업인정을 받은 경우 ⑦ 실업인정일 변경사유의 허위신고 ⑧ 수급자격증의 부정사용 ⑨ 그 밖에 부정한 방법으로 실업인정을 받거나 받으려 한 경우
3. 기타	① 취업촉진수당 수급을 위한 각종 허위신고 ② 상병급여 수급을 위한 각종 허위신고 ③ 미지급구직급여의 수급을 위한 각종 허위신고 ④ 구직급여 연장사유의 허위신고 ⑤ 수급기간 연장사유의 허위신고 ⑥ 그 밖에 위에 준하는 경우로서 부정수급행위가 객관적으로 인정 되는 경우

표19 부정수급의 유형

② 부정수급의 업무처리절차

부정수급하다 적발되면 부정수급액과 추가징수액 반환, 형사고발 등 불이익 처분을 받게 됩니다(고용보험법 제116조, 1년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금). 사업주가 가입신고나 이직신고를 허위로 하는 경우, 부정수급 관련 조사에 거짓으로 보고하는 경우는 300만원이하의 과태료가 부과될 수 있습니다.

그러나 자진신고를 하면(1회로 한정) 추가 징수 및 형사처벌을 면제받을 수 있습니다. 한편 부정수급 조사 업무에 부정수급조사관에 대해 특별사법경찰권이 부여됨에 따라 행정처분과 병행해 형사고발 없이 직접 사법처리(입건, 수사, 송치 등) 절차를 진행할 수 있습니다.

③ 부정수급 사례와 대응방안(고용보험법 시행령 제80조·제81조, 시행규칙 제104조·105조)

가) 개요

부정수급자로 적발된 경우 부정수급 발생일 이후 실업급여 지급이 중지되며 부정수급액의 2배 징수 및 부정수급 발생일 이후 지급액을 반환하게 됩니다. 추징금은 위법의 중대성 및 반환여부에 따라 조정가능하지만, 부정수급은 형사고발까지도 가능합니다. 재취업사실을 숨기고 실업급여를 받는 경우 오히려 동료 근로자들이 제보를 하여 부정수급이 적발되는 경우가 많이 발생합니다.

또한 부정수급에 대한 연대책임으로 사업주에게도 상습 도는 고의성 여부에 따라 2~300만원의 과태료가 부과됩니다. 부정수급 신고포상금이 상향 조정(부정수급액의 20%, 1건당 지급한도 500만원, 피보험자와 사업주가 공모한 경우 5,000만원 한도)되는 등 신고제도가 강화되고 있어서 법을 위반하는 일이 없도록 주의하여야 합니다.

나) 부정수급의 판단

• 이직사유의 허위기재

수급자격인정신청서의 이직사유와 피보험자격상실신고서(이직 확인서)상의 이직사유가 상이한 경우가 대표적인 예입니다. 이때 사업주, 동료직원 등을 대상으로 정확한 사실확인을 거쳐 이직사유를 판단하고 사실확인 결과 자발적 이직임에도 실업급여 수급을 위하여 비자발적 이직을 한 것으로 이직사유를 허위기재한 경우는 부정수급 처리합니다. 사업주가 이직사유를 고의로 허위신고 하였거나 또는 이직사유의 정정신고를 하는 경우에는 사업주에 대하여 과태료(300만원 이하)를 부과합니다.

• 피보험자격 허위 신고

사업주가 실제 고용하지도 않고 서류상으로 피보험자격취득신고를 하여 수급자격요건이 충족될 때 피보험자격상실신고를 하여 실업급여를 수급하도록 방조·교사하는 경우는 부정수급의 적발이 쉽지 않으나, 부정수급 제보를 통해 동 사실이 확인되면, 부정수급 처리(부정수급자 및 사업주 연대책임)하고, 부정수급자 및 사업주에 대한 형사고발 조치를 합니다.

• 자영업 개시 사실은폐

영업개시 사실을 은닉하고 계속 실업인정을 받은 경우로 실업급여 수급중에 보험모집인, 위촉직 채권추심원 등으로 활동한 사실을 숨기고 계속하여 실업인정을 받은 경우가 주로 해당됩니다. 고용보험전산망에 중복수급 의심자로 조회되는 경우(예 : 실업인정을 받았으나 실업인정대상기간 중 사업자등록을

한 것으로 나타난 경우)는 부정수급의심자 조사절차를 거쳐 부정수급 여부를 결정합니다.

• 허위 취업신고로 조기재취업수당 수령

수급자가 실제 재취직한 사실이 없음에도 불구하고, 사업주와 공모하여 허위로 근로계약서를 작성하여 조기재취업수당을 받은 경우나 수급자가 실제 사업을 영위하지 않음에도 불구하고 형식적으로 사업자등록을 하고 그 사실을 신고하여 조기재취업수당을 받은 경우, 수급자가 최후에 이직한 사업주·관련 사업주 또는 실업신고 이전에 채용을 약속한 사업주에게 재고용되고도, 이를 숨기고 조기재취업수당을 받은 경우가 해당됩니다. 부정행위로 조기재취업수당을 받고자 한 날 또는 받은 날부터 실업급여는 중지됩니다. 사업주와 공모하여 허위로 조기재취업수당을 지급받은 경우는 부정수급자 및 사업주는 연대책임을 지고 형사고발 조치를 됩니다.

④ 실업인정 기간 중 취업으로 인정되는 기준

취업하거나 가사종사 사실 등을 고용센터에 신고하지 않아 부정수급 처분을 받지 않도록 수급대상자는 유의하여야 하며 다음사항도 취업으로 인정이 되므로 반드시 숙지하도록 합니다.

관련 법률 – 고용보험법 시행규칙 제92조(취업의 인정 기준)

1. 1개월간의 소정근로시간을 60시간 이상(1주간의 소정근로시간을 15시간 이상으로 정하는 경우를 포함한다)으로 정하고 근로를 제공하는 경우
2. 생업을 목적으로 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 경우
3. 법 제2조제6호에 따른 일용근로자로서 근로를 제공하는 경우
4. 근로 제공의 대가로 임금 등 어떠한 명칭으로든지 법 제46조에 따른 구직급여일액 이상을 수령하는 경우
5. 상업·농업 등 가업에 종사(무급 가사종사자를 포함한다)하거나 다른 사람의 사업에 참여하여 근로를 제공함으로써 다른 사업에 상시 취직하기가 곤란하다고 인정되는 경우
6. 세법에 따라 사업자등록을 한 경우(사업자등록을 한 경우라도 휴업신고를 하는 등 실제 사업을 하지 아니하였음을 증명한 경우와 부동산임대업 중 근로자를 고용하지 아니하고 임대사무실도 두지 아니한 경우는 제외한다)
7. 그 밖에 사회통념상 취업을 하였다고 인정되는 경우

6 사례로 살펴보는 4대 보험

(1) 두 곳의 사업장에서 일 할 경우

요즘은 투잡을 하는 근로자가 많이 생겨나고 있고, 그렇지 않더라도 이직 과정 중 전 직장에서 퇴사처리가 되지 않아서 일시적으로 이중 취득이 되는 경우가 있습니다. 이처럼 두 곳의 사업장에서 일하게 되는 경우 4대보험은 다음과 같이 처리됩니다.

구분	내용
건강보험	이중취득 인정. 단 건강보험증은 주된 사업장에서만 발급되며, 부사업장에서는 건강보험공단 전산에 이름만 등재되고 보험료가 부과됨
국민연금	이중취득 인정. 두 사업장에서의 소득에 따라 안분해서 부과됨
고용보험	이중취득 불인정. 주된 사업장(월 평균 보수가 많은 사업장, 월평균보수가 동일하다면 월 소정근로시간이 많은 사업장) 1곳에만 가입해서 보험료를 납부하며 이중가입이 된 경우 공단에서 회사로 연락이 옴
산재보험	근무하는 회사마다 작업환경이 다르므로 각각의 사업장에서 보험료가 부과되며 산재보험료는 전액 회사에서 부담

표20 복수의 사업장에 재직하는 경우 4대보험 처리

Q&A

Q. 두 곳에서 일하는 경우 한 사업장에서 권고사직을 한 경우 실업급여를 받을 수 있을까요?

A. 고용보험은 기본적으로 이중취득이 불가하여 주된 사업장인 곳(고용보험가입 사업장)에서 권고사직을 받아야 실업급여 수급이 가능합니다. 다만, 주된 사업장이 아닌 다른 곳에서 취업을 하고 있는 경우 취업을 하고 있는 상태이므로 실업급여를 받기가 어렵습니다.

Q&A

Q. 회사내규에 겸직금지 조항이 있는데 인사팀에 알리지 않고 투잡을 하는 경우 4대보험 때문에 다른 곳에서 일하는 것을 알 수 있나요?

A. 고용보험은 이중취득이 되지 않으므로 투잡을 하게 되는 경우, 국민·건강보험을 가입하게 되면 고용보험 가입여부를 사업장에 확인전화를 하게 됩니다. 따라서 주된 사업장에도 확인절차가 있을 수 있으므로 투잡을 하게 되는 경우 주말 등 본업에 지장을 주지 않는 한 실질적으로 징계하기가 어려울 수 있으므로 주된 사업장에 알리고 일을 하도록 하는 것이 좋겠습니다.

Q&A

Q. 투잡을 하는 경우 주된 사업장에서 육아휴직을 하는 경우 다른 사업장 4대보험은 어떻게 처리해야하나요?

A. 육아휴직을 신청하는 경우 고용보험에서 지원금을 받게 됩니다. 육아휴직 중 월60시간 미만(1주15시간 미만)으로 다른 사업장(고용보험이 가입되어 있지 않은)에서 일을 하는 경우 취업을 한 기간으로 판단하지 않아 급여를 받아도 지원금에서 공제되는 절차는 없습니다. 단, 월 60시간 이상 일을 한 경우는 고용센터에 반드시 알려야 하며 육아휴직지원금을 수령하고 있는 경우 문제가 될 수 있습니다.

(2) 휴직 중인 근로자의 4대보험 처리

휴직중인 근로자도 근무하는 사업장에 근로자 신분을 그대로 유지하고 있는 것이므로 4대보험 적용은 다음과 같습니다.

구분	내용
건강보험	휴직자는 자격상실대상이 아니므로 직장가입자 본인 및 가족은 건강보험증을 계속 사용할 수 있습니다. 휴직기간동안 건강보험료는 부과되지 않으며 복직 시 미납된 보험료를 일시에 공제해서 납부해야 합니다. 직장가입자 및 복직 및 분할납부신청서를 통해 분할납부도 가능합니다. 휴직기간 동안 보험료는 50% 면제됩니다. 단, 육아휴직기간은 60%면제가 됩니다.
국민연금	일시납부유예가 되며 복직 후에도 휴직기간동안 내지 않았던 연금은 낼 의무가 없습니다. 단, 납부예외조치로 휴직원 및 납부예외신고서를 제출해야 합니다.
고용보험	근로자 휴직 등 신고서 제출 하면 해당기간 보험료가 부과되지 않습니다.
산재보험	

표21 휴직과 4대보험

(3) 고용승계 시 4대보험

간혹 회사가 동일한 사업주이지만 회사형태를 개인사업자에서 법인사업자로 변경하는 경우, 또는 회사 간 합병 등으로 인하여 고용승계의 이슈가 생길 수 있습니다. 보통 4대보험은 기존 회사는 탈퇴하고 신규회사는 새롭게 적용신고를 합니다. 4대보험의 변경은 있을 수 있으나 동일한 사업주로 회사형태만 변경된 경우 퇴직금이나 연차휴가수당 등을 중간에 정산하지 않는다면 고용승계가 이루어졌다고 판단합니다.

(4) 퇴사이후 건강보험 임의계속 가입제도

건강보험은 직장가입자와 지역가입자로 구분됩니다. 지역가입자는 가입자의 소득, 재산, 자동차, 생활 수준 등을 등급화하고 점수를 부과해 본인이 100% 부담하게 됩니다. 따라서 지역가입자로 되면 직장생활을 하며 소득이 있는 경우보다 오히려 건강보험료를 더

부담하게 될 수 있습니다.

이러한 경우 임의계속가입제도를 이용하면 한시적으로 퇴직 전 직장가입자 자격을 유지할 수 있게 되어 임의계속 가입자의 보험료는 퇴직 전 보험료를 기준으로 산정합니다. 퇴직 전 직장에서 1년 이상 직장가입자의 자격을 유지한 경우 신청할 수 있으나 개인사업장의 대표자였던 직장가입자(개인대표자)는 임의계속 가입 대상이 될 수 없습니다. 임의계속 가입자가 되려면 신청기한은 지역가입자가 된 이후 최초 보험료를 고지 받은 날부터 그 납부기한에서 2개월이 지나기 이전까지 신청할 수 있습니다. 2018년 7월부터는 임의계속 가입 기간이 기존 24개월에서 36개월로 늘어납니다.

(5) 퇴직 후 국민연금지원 실업크레딧 제도

구직급여 수급자가 실직기간에도 국민연금 보험료 납부를 희망할 경우 정부가 보험료의 75%를 지원하여 경제적 부담을 경감하고 국민연금 가입기간에 산입해 주는 제도입니다. 실업크레딧의 지원대상은 연금보험료를 1개월 이상 납부한 이력이 있는 18세 이상 60세 미만의 구직급여 수급자로 재산 또는 소득이 일정 기준 이하이어야 합니다.

자격	만 18세이상 60세 미만으로 국민연금 보험료를 1개월 이상 납부
소득기준	금융소득(이자소득+배당소득) 및 연금소득의 합이 1,680만원 이하
재산기준	재산세 과세표준의 합이 6억원 이하

표22 국민연금 실업크레딧 가입자격

실업크레딧 지원기간은 구직급여 수급기간으로 하되 1인 생애 최대 12개월까지 지원합니다. 구직급여 종료일이 속하는 다음달 15일이전까지 국민연금공단 지사 또는 관할 고용센터에 신청하도록 합니다.

(6) 건강보험 피부양자 등록

건강보험에 가입하면, 부모·배우자·자녀 등 직장가입자에게 주로 생계를 의존하는 자로서 보수나 소득이 없는 자를 피부양자로 등록하여 건강보험 혜택을 받을 수 있습니다. 입사 때 피부양자 신고를 같이 하지만 만약 입사 때 피부양자 신고를 하지 못했거나 혹은 입사 후 피부양자가 생긴 경우라도, 입사 후 90일 이내에 피부양자 신청을 하면 최초 입사일을 피부양자 자격취득일로 합니다. 직장가입자가 피부양자 자격에 따른 취득 내용을 신고하고자 하는 경우 국민건강보험공단에 제출하는 문서를 피부양자 자격 신고서라고 합니다. 다만 피부양자 자격 취득에 따른 신고를 14일 이내에 접수하여야 혜택이 적용되며 관계나 소득에 따라 자격이 판단됩니다.

피부양자는 직장가입자의 배우자이거나 직계존속 또는 직계비속일 경우에 해당하며 피부양자 자격의 기준에 적합한 경우 취득 자격이 주어집니다. 피부양자 자격 취득에 따른 신고 시 피부양자 자격 신고서, 가족관계 등록 증명서, 외국인일 경우 외국인 등록증, 기타 피부양자 자격 확인에 따른 서류를 구비하여 제출합니다. 서류는 팩스를 통해 제출하는 것도 가능합니다.

관련 규정 – 건강보험법 시행규칙 별표 1. 피부양자 자격의 인정기준 중 부양요건(제2조제1항제1호 관련)

가입자와의 관계	부양요건	
	동거 시	비동거 시
1. 배우자	부양 인정	부양 인정
2. 부모인 직계존속		
가. 부모(아버지 또는 어머니와 재혼한 배우자 포함)	부양 인정	부모(아버지 또는 어머니와 재혼한 배우자 포함)와 동거하고 있는 형제자매가 없거나, 있어도 보수 또는 소득이 없는 경우 부양 인정
나. 법률상의 부모가 아닌 친생부모(이하 “친생부모”라 한다)	부양 인정	친생부모의 배우자 또는 동거하고 있는 직계비속이 없거나, 있어도 보수 또는 소득이 없는 경우 부양 인정
3. 자녀(법률상의 자녀가 아닌 친생자녀 포함)인 직계비속	부양 인정	미혼인 경우 부양 인정
4. 조부모·외조부모 이상인 직계존속	부양 인정	조부모·외조부모 이상인 직계존속과 동거하고 있는 직계비속이 없거나, 있어도 보수 또는 소득이 없는 경우 부양 인정
5. 손·외손 이하인 직계비속	부모가 없거나, 아버지 또는 어머니가 있어도 보수 또는 소득이 없는 경우 부양 인정	미혼으로서 부모가 없는 경우 부양 인정
6. 직계비속의 배우자	부양 인정	부양 불인정
7. 배우자의 부모인 직계존속	부양 인정	배우자의 형제자매가 없거나, 있어도 동거하고 있는 배우자의 형제자매가 보수 또는 소득이 없는 경우 부양 인정
8. 배우자의 조부모·외조부모 이상인 직계존속	부양 인정	배우자의 조부모·외조부모 이상인 직계존속과 동거하고 있는 직계비속이 없거나, 있어도 보수 또는 소득이 없는 경우 부양 인정
9. 배우자의 직계비속	미혼인 경우 부양 인정	부양 불인정
10. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 형제·자매 가. 30세 미만 나. 65세 이상 다. 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록한 장애인 라. 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제4조 · 제73조 및 제74조에 따른 국가유공자 등(법률 제11041호로 개정되기 전의 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제73조의2에 따른 국가유공자 등을 포함한다)으로서 같은 법 제6조의4에 따른 상이등급 판정을 받은 사람 마. 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」 제2조에 따른 보훈보상대상자로서 같은 법 제6조에 따른 상이등급 판정을 받은 사람	미혼으로 부모가 없거나, 있어도 부모가 보수 또는 소득이 없는 경우 부양 인정	미혼으로 부모 및 형제자매가 없거나, 있어도 부모 및 동거하고 있는 형제자매가 보수 또는 소득이 없는 경우 부양 인정

(7) 사업주가 산재보험료 인상 때문에 산재처리를 해주지 않는 경우

산재보험료는 사업주가 전액 부담하고 있기 때문에, 산재사고가 나면 산재보험료가 크게 오를 것을 걱정하여 산재처리를 꺼려하는 사업주가 있습니다. 그러나 경미한 사고의 경우 대부분 할증되지 않으므로 산재처리를 해주는 것이 바람직하다고 안내하여 주시기 바랍니다. 또한 2018년 1월 1일부터 출퇴근 중 산재가 인정됨에 따라 “통상적인 경로와 방법으로 출퇴근하는 중 발생한 재해에 관한 산재보험료율”은 사업의 종류를 구분하지 아니하고 1.5/1,000로 산재보험료를 적용합니다(2018년 12월 31일까지 유효하며 산재보험료율은 인상될 수 있습니다). 산재가 인정된다고 해서 무조건 보험료가 인상되는 것은 아닙니다. 2018년부터는 30인 미만 사업장은 산재가 발생해도 보험료가 인상되지 않습니다(고용보험및 산업재해보상보험의보험료징수등에관한법률 시행령 제15조 제1항의2호). 30인 이상 사업장은 지난 3년간 납부한 산재보험료 대비 산재보험급여 비율이 85%이하이면 동결되거나 인하되고, 75%를 초과하면 그 정도에 따라서 보험료율이 인상됩니다(고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수등에 관한 법률 제18조 관련 별표 1).

8장

직장 괴롭힘

· 변호사 김동현、김두나(공익인권변호사모임 희망을만드는법)

이번 장에서는 최근 들어 사회적으로 문제가 제기되고 있는 직장 괴롭힘에 대하여 알아보겠습니다. 외국과 달리 직장 괴롭힘이 국내에서 논의되기 시작한 것은 비교적 근래의 일입니다. 많은 근로자들이 괴롭힘으로 인한 인권 침해를 호소하고 있습니다만 직장 괴롭힘에 대한 구체적인 입법조치 등의 대응은 이제 시작 단계라고 할 수 있습니다. 최근 정부에서는 '직장 괴롭힘 종합대책(이하 "종합대책")'을 발표하였습니다. 종합대책에는 직장 괴롭힘 규율을 위한 법률(근로기준법, 산업안전보건법 등) 및 가이드라인의 제개정, 상담 서비스의 제공, 교육의 실시 등 직장 괴롭힘 예방 및 구제를 도모하기 위한 다양한 대책들이 포함되어 있습니다. 또한 최근 직장 내 괴롭힘을 금지하는 근로기준법 개정법률안과 직장 내 괴롭힘 예방에 관한 정부의 책무를 규정하는 산업안전보건법 개정법률안, 직장 내 괴롭힘 등 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생할 질병을 업무상 재해로 규정하는 산업재해보상보험법 개정법률안(이하 "개정법률안")이 국회 환경노동위원회에서 심의·의결되었습니다. 이러한 종합대책이나 개정법률안이 직장에서 발생하는 괴롭힘을 규율하기에 충분하지는 않습니다만 이를 출발점으로 하여 실제 현장에서 괴롭힘을 호소하는 근로자들이 인간의 존엄을 보장받을 수 있는 날이 오기를 기대해 봅니다. [1)]

매뉴얼 제작 시점에 개정법률안이 국회 본회에서 의결되지 않았고 시행령과 집행을 위한 지침이 없어서 본문에는 개정법 내용을 반영하지 않았습니다.

1 직장 괴롭힘의 개념

외국의 경우에는 이미 직장 괴롭힘을 개념화하여 법률에 반영하고 있는 나라도 있는 데 비하여 현재 우리 법에는 '직장 괴롭힘'이라는 개념이 없습니다. 하지만 이미 '괴롭힘' 혹은 '따돌림'이라는 개념은 각종 법률에 반영되어 있고 경우에 따라서는 해당 법률을 활용할 수도 있습니다. 이하에서는 직장 괴롭힘이 외국에서는 어떻게 정의되고 있는지, 그리고 국내의 법률안에서는 직장 괴롭힘을 어떻게 정의하고 있는지를 알아보겠습니다.

(1) 외국의 직장 괴롭힘 개념

근로자의 인간존엄 침해나 정신적 고통의 문제를 포착하여 이를 개념화한 대표적인 국가는 프랑스를 들 수 있습니다. 프랑스 노동법은 "모든 근로자는 자신의 권리들과 존엄을 침해하거나 신체적·정신적 건강을 훼손하거나 직업적 장래를 위태롭게 할 수 있는 근로조건의 훼손을 목적으로 하거나 그러한 결과를 초래하는 반복되는 정신적 괴롭힘의 행위들을 겪어서는 안 된다(L 1152-1조)"라고 직장 괴롭힘을 정의하고 있습니다. ILO와 같은 국제기구에서도 직장 괴롭힘 개념을 발전시켜 왔는데 가령 2003년 '직장내 폭력에 관한 행동강령'(Code of practice on workplace violence in services sectors and measures to combat this phenomenon)에서는 직장 내 폭력을 "근로자가 자신의 업무를

수행하는 과정에서, 또는 업무의 직접적 결과로서 폭행, 협박, 위해, 부상을 당하게 되는 모든 행동과 사건"으로 정의하고 있습니다.

(2) 현행 국내법상 유사 개념

직장 괴롭힘이 법적으로 정의되어 있지는 않지만 괴롭힘 혹은 따돌림이라는 용어는 우리 법상 포함되어 특정한 행위를 규제하고 있습니다. 뒤에서 다시 보겠지만 직장 괴롭힘이 직접적으로 규제되고 있지 않은 현재 상황에서 이러한 법률은 직장 괴롭힘 대응에 활용될 수 있습니다.

① 스토킹으로서의 괴롭힘

먼저 괴롭힘이 불안감, 공포심을 유발하는 행위를 지칭하는 의미로 쓰여지는 경우가 있습니다. 경범죄처벌법에서는 그러한 행위를 '지속적 괴롭힘'으로 정의하고 이러한 행위자를 벌금 등으로 처벌할 수 있도록 규정되어 있습니다.

관련 법률 – 경범죄처벌법 제3조(경범죄의 종류)

① 41. (지속적 괴롭힘) 상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 사람

② 장애인차별행위로서의 괴롭힘

장애인차별을 금지하고 차별받은 장애인의 권익을 구제하는 것을 목적으로 하는 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 "장애인차별금지법")은 장애인에 대한 괴롭힘을 금지하고 있는데, 이 법에서는 괴롭힘에 정신적인 행위뿐만 아니라 정서적·신체적 행위까지 넓게 포함시키고 있습니다.

관련 법률 – 장애인차별금지법 제3조(정의)

21. "괴롭힘 등"이라 함은 집단따돌림, 방치, 유기, 괴롭힘, 희롱, 학대, 금전적 착취, 성적 자기결정권 침해 등의 방법으로 장애인에게 가해지는 신체적·정신적·정서적·언어적 행위를 말한다.

③ 성희롱으로서의 괴롭힘

성희롱은 직장에서 발생한 성적 괴롭힘(sexual harassment)을 의미합니다. 우리법상 성희롱을 규정하고 있는 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 "남녀고용평등법")에서는 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위뿐만 아니라 그와 관련한 고용상의 불이익까지 성희롱에 포함시키고 있습니다.

관련 법률 – 남녀고용평등법 제2조(정의)

2. "직장 내 성희롱"이란 사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 고용에서 불이익을 주는 것을 말한다.

④ 따돌림으로서의 괴롭힘

우리 주변에서 괴롭힘의 형태로 이른바 '따돌림'을 머릿속에 떠올리는 경우가 많습니다. 현행법상 근로자 사이의 따돌림을 규율하는 법률은 없습니다만, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(이하 "학교폭력예방법")은 학생이 가해자가 되는 경우를 규율하고 특히 사이버 상의 따돌림행위도 규제하고 있고, 공익신고자보호법에서는 공익신고를 이유로 한 '집단 따돌림'을 불이익조치 중 하나로 규정하고 있습니다.

관련 법률

학교폭력예방법 제2조(정의) 1의2. "따돌림"이란 학교 내외에서 2명 이상의 학생들이 특정인이나 특정집단의 학생들을 대상으로 지속적이거나 반복적으로 신체적 또는 심리적 공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위를 말한다.
1의3. "사이버 따돌림"이란 인터넷, 휴대전화 등 정보통신기기를 이용하여 학생들이 특정 학생들을 대상으로 지속적, 반복적으로 심리적 공격을 가하거나, 특정 학생과 관련된 개인정보 또는 허위사실을 유포하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위를 말한다.

공익신고자보호법 제2조(정의)
6. "불이익조치"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 조치를 말한다.
바. 주의 대상자 명단 작성 또는 그 명단의 공개, 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언, 그 밖에 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위

(3) 법률안에서의 직장 괴롭힘 개념

현재 직장 괴롭힘을 규제할 목적으로 하는 여러 법률안들이 발의되어 있고, 이 법률안들을 종합하여 마련된 법률안이 최근 국회 환경노동위원회에서 의결되었습니다.

관련 법률 – 근로기준법 개정안 (2018. 9. 12. 국회 환경노동위원회 의결안)

사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적·정서적 고통을 주거나 업무환경을 악화시키는 행위를 하여서는 아니 된다(법안 제76조의2).

2 직장 괴롭힘의 원인 및 선행요인

어떠한 요인들이 직장 괴롭힘을 발생시킬까요? 많은 사람들이 직장 괴롭힘을 호소하고 있는데 비하여, 직장 괴롭힘을 유발하는 원인과 선행요인에 대한 국내 연구는 아직 충분히 이루어지지지는 않고 있습니다. 하지만 송민수 외(2017)의 연구는 노동환경의 여러 요인들이 직장 괴롭힘과 어떠한 상관관계가 있는지를 분석하고 있습니다. 2)

이하는 송민수 외 1, 근로환경 특성이 직장 내 괴롭힘에 미치는 영향, 분쟁해결연구, 2017, 37면 이하를 참조하였습니다.

이 연구에 의하면 연령이 높아질수록 직장 괴롭힘을 경험할 가능성이 낮아지는데 이는 나이가 어릴수록 괴롭힘에 노출될 확률이 높아짐을 의미합니다. 고용 형태와 관련해서는 비정규직이 정규직에 비해 전반적으로 직장 괴롭힘을 경험할 가능성이 높은 것으로 나타났는데 이는 고용형태의 취약성이 괴롭힘의 발생과 연관이 있음을 의미합니다.

근로 형태 및 시간과 관련하여, 저녁 근무가 일상화된 노동환경에서 직장 괴롭힘이 많이 발생하였습니다. 이는 저녁 근무가 일상화된 근로환경은 근로자 건강에 바람직하지 않을뿐더러, 스트레스의 원천으로 작용하여 조직 내 구성원들 간의 관계를 악화시킬 수 있음을 의미합니다. 그리고 마감 시간의 존재가 괴롭힘에 영향을 주는 것으로 나타났는데 이는 협업을 통해 마감시간 내 업무를 마쳐야 하는 상황에서, 미숙련 근로자는 언어폭력·왕따·집단적 괴롭힘에 노출될 가능성이 있음을 의미합니다.

조직 개편과 성과 평가 모두 직장 괴롭힘에 영향이 있는 것으로 나타났습니다. 성과 평가가 강화되면 구성원 간 경쟁도 심해지게 되고 조직 내 구성원들이 다른 구성원들을 동료가 아닌 경쟁 상대로 인식할 가능성이 높아집니다. 이와 같은 인식의 확산은 조직 내 생존을 위한 방어 수단으로서 타인에 대한 폭력을 정당화시킬 가능성이 있다는 것이 위 연구의 분석입니다. OJT도 직장 괴롭힘에 영향이 있는 것으로 나타났는데, OJT가 근로자들의 직무를 숙련하는데 도움이 되기는 하지만 이 과정에서 이른바 사수의 괴롭힘의 여지를 확대시킬 수 있다는 점을 보여준다고 할 수 있습니다.

한편 우리와 유사한 노무관행을 가지고 있는 일본에서 진행된 직장 괴롭힘 관련 조사에 의하면 '잔업이 많다, 휴식을 취하기 어렵다, 상사와 부하의 커뮤니케이션이 적다, 실패에 대한 허용도가 낮다'는 응답과 관련하여 직장 괴롭힘 경험 유무에 따라 응답 비율의 차가 크게 나타났는데 이러한 특징이 직장 괴롭힘이 발생하는 직장의 공통점으로 볼 수 있을 것입니다.3) **파와하라스먼트 핸드북, 공익재단법인 21세기직업재단, 6면.**

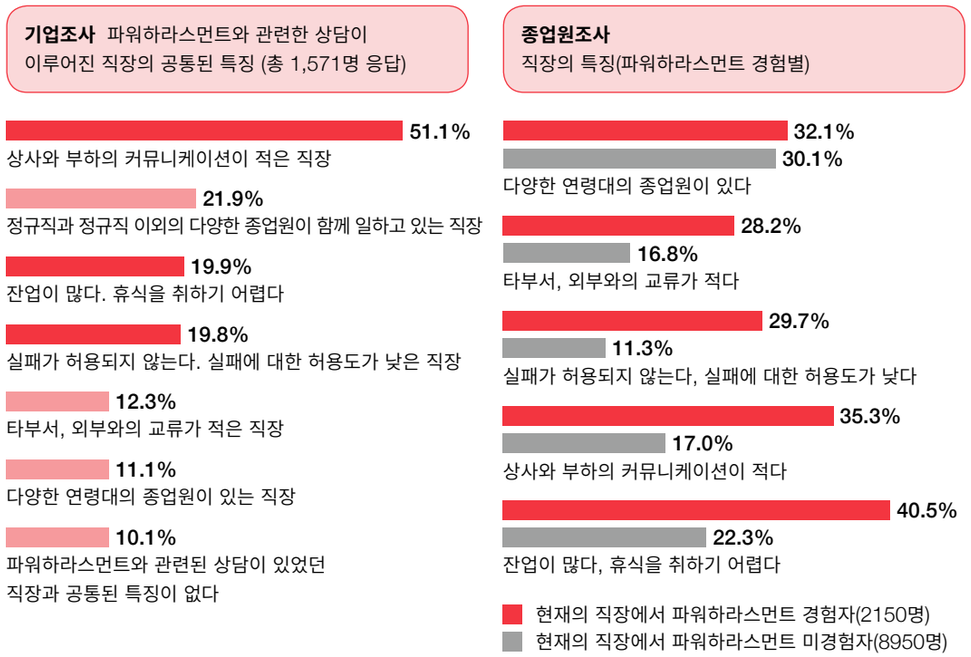

그림1 직장 괴롭힘이 발생하는 사업장 특징(파와하라스먼트 핸드북)

3 직장 괴롭힘의 유형

직장 괴롭힘은 그 피해의 양상, 원인, 행위 태양 등에 따라 다양하게 유형화를 할 수 있습니다.4) **류은숙 외(2016), 일터 괴롭힘 사냥감이 된 사람들, 79면**

유형	대표적 사례
조직적·환경적 괴롭힘	• 조직의 관행과 절차가 억압적이고 모욕적이며, 그런 관행과 절차가 자주, 지속적으로 사용되어 근로자들이 괴롭힘이라고 인식하는 상황 • 경영 전략의 일환으로, 괴롭힘이 일시적이거나 개인적인 문제가 아니라 구조적이고 전략적인 상황 • 업무 관련 괴롭힘 • 억압적인 노동관리, 권위적이고 폭력적인 리더쉽, 사생활 침해(감시관리)등
업무 관련 괴롭힘	• 과중한 업무 압력, 매출 압박, 비합리적인 데드라인, 과도한 업무 감시, 의견과 견해 무시하기 • 반대로 의미 없는 과제 부여하기, 일을 전혀 주지 않기, 본 업무를 박탈하고 주변적인 업무 지시하기

개인적(대인간) 괴롭힘	• 다툼, 의견 충돌에서 시작해 사내 정치와 권력 불균형 속에서 심하게 고조되는 대인 간 갈등 • 피해자의 정체성과 관련된 괴롭힘 • 파괴적이고 공격적인 리더쉽, 자기 권력을 과시하고 과장하거나 부하 또는 동료를 무시하려는 '폭군'에 의한 괴롭힘 • 모욕적 언사, 지나친 놀림, 소문 퍼뜨리기, 지속적으로 비난 퍼붓기, 못된 장난, 위협
신체적(물리적) 괴롭힘	• 물리적 폭력의 위협 또는 행사
심리적(정신적) 괴롭힘	• 정서적 학대 • 괴롭힘은 대개 물리적 공격 보다는 심리적 형태를 우선 판단 • 피해자의 사생활 공격 사회적 배제와 추방
직접적·공개적 괴롭힘	• 언어적·물리적 위협과 공격 • 공개적으로 망신주기
간접적·은밀한 괴롭힘	• 동료 집단의 배제나 고립, 사회적 고립, 일터에서의 비공식적 인간관계와 연관이 있다. • 대화하지 않기, 인사하지 않기, 정보를 전해주기 않기, 얕보기, 희생양 만들기, 소문내기

표1 직장 괴롭힘의 유형 및 대표적 사례

4 직장 괴롭힘에 대한 법적 대응

(1) 개요

현재 직장 괴롭힘을 규율하는 법과 제도가 없기 때문에 일반적인 민·형사·노동법적 구제수단을 활용해야 합니다. 따라서 내담자는 가해자 개인에 대한 민사적 손해배상청구를 제기하고 사용자에게 함께 손해배상책임을 청구하거나, 가해자의 행위를 형사상 범죄로 규정하여 고소·고발을 할 수 있습니다.

법적 대응을 검토할 때는 다음의 사항을 주의해야 합니다.

먼저 직장 괴롭힘을 직접 규율하는 법률이 없기 때문에 근로자들이 호소하는 가해 행위들을 괴롭힘이라는 피해 중심으로 살펴보기 보다는 해당 행위의 외관이나 형식을 중심으로 검토할 필요가 있습니다. 예컨대, 괴롭히기 위한 목적으로 사용자가 전보처분을 한 경우 괴롭힘을 직접적으로 다투는 것이 아니라 그 형식인 전보처분의 부당성을 다투고 그 과정에서 해당 처분이 괴롭히기 위한 목적에서 이루어졌다는 것을 주장해야 합니다.

직장 괴롭힘을 직접적으로 규율하는 법률이 없다는 점은 상담시에도 중요하게 고려하여야 할 사항입니다. 직장 괴롭힘 피해자에게는 일정 기간 동안 다양한 형태의 가해 행위들이 복합적으로 나타나는 경우들이 많습니다. 그런데 앞서 설명했던 유형 중 일부만이 형법상 범죄에 해당하기 때문에 내담자에게 (내담자가 설명한 여러 행위 중)

어떠한 행위가 현행법상 처벌받을 수 있는 행위인지 그리고 어떠한 행위를 법적으로 다툴 수 있는지를 구분하여 설명하여야 합니다. 가령 근로자를 괴롭히기 위한 목적에서 사업주가 해당 근로자에게 물건을 집어 던지는 것은 형법상 폭행죄로 처벌될 수 있지만 회식에서 배제하거나 폭행·협박 없이 근로자에게 풀뽑기 등 무가치한 일을 지시하는 경우에는 현행법상으로는 범죄에 해당하기 어렵다는 점을 나누어서 설명하고 대응방안을 모색하여야 합니다.

(2) 구제 기관별 주요 내용과 주의할 점

① 지방고용관서에 진정·고소하기

가) 개요

노동관계법령을 위반하는 행위에 대해서 관할 지방노동관서에 진정·고소를 할 수 있습니다. 임금(수당, 퇴직금 등 포함) 체불이나 근로계약서 미교부 등의 근로기준법 위반이나 성희롱(남녀고용평등법 위반)의 경우, 노동조합 활동을 이유로 한 부당노동행위의 경우 지방노동관서에 진정(어떠한 조취를 취할 것을 요구하는 것)을 하거나 고소(사업주를 처벌하여 달라는 것)를 할 수 있습니다.

현행법의 해석상으로는 다음의 괴롭힘 행위들에 대해서는 진정·고소가 가능합니다.

내용	해당법률
괴롭힘이 사용자의 강제근로에 해당하는 경우	근로기준법 제7조
괴롭힘이 사용자의 폭행에 해당하는 경우	근로기준법 제8조
괴롭힘이 성희롱에 해당하는 경우	남녀고용평등법 제12조
괴롭힘이 부당노동행위에 해당하는 경우	노조법 제81조
괴롭힘이 고용상 차별(고용형태상 차별, 연령상 차별)에 해당하는 경우	기간제법 제8조, 고령자고용촉진법 제4조의4

표2 직장 괴롭힘 관련 법조항

나) 주의할 점

상담을 하다보면, 내담자가 진술하는 모든 피해 행위들을 모두 지방노동관서에 진정·고소를 하는 방안을 생각하기 쉽지만 모든 괴롭힘 행위가 지방노동관서에 진정·고소의 대상행위에 해당하지는 않음을 염두에 두어야 합니다. 특히 근로기준법상 폭행의 금지(근로기준법 제8조)를 근거로 진정·고소를 제기하는 경우 폭행의 개념에 대해 주의하여야 합니다. 근로기준법 제8조의 '폭행'이 형법상 폭행죄의 '폭행'과 동일한 것인지에 대해서는 다툼이 있지만 같은 것으로 이해하는 것이 일반적인 입장입니다. 이에 따르면 폭행이란 사람에 대한 '유형력의 행사'를 의미하는데 통상적 '유형력의 행사'란 신체에 직접 가해지는 경우를 의미하지만

고성을 지르는 행위와 같이 신체적 접촉이 없어도 신체의 기관(촉각, 청각, 후각, 시각, 미각 등 오감기관)을 자극하여 그 사람으로 하여금 고통스럽게 느끼게 할 정도에 이른 경우에도 해당된다고 보고 있습니다. 다만, 방문을 걷어차는 것과 같이 사람의 신체를 대상으로 유형력을 행사하지 않은 경우에는 폭행에 해당된다고 보지 않습니다.

인정한사례
• 폭언을 수차 반복하여 고혈압상태에 있는 상대방으로 하여금 정신적 충격과 흥분으로 인하여 뇌출혈을 야기하여 사망케 한 경우 (대법원 1956. 12. 12. 선고 4289형상297 판결) • 차를 가로막는 피해자를 부딪친 것은 아니라고 하더라도, 피해자를 부딪칠 듯이 차를 조금씩 전진시키는 것을 반복하는 행위 (대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도9302 판결) • 버스여객회사의 이른바 안내양들이 취침하고 있는 장소에 회사간부(남녀)가 들어가 몸수색을 하는 행위 (1968. 9. 8. 노정근 14559-3828) • 거리상 멀리 떨어져 있는 사람에게 전화기를 이용하여 고성을 내거나 그 전화 대화를 녹음 후 듣게 하여 수화자의 청각기관을 자극하는 행위(대법원 2003. 1. 30. 선고 2000도5716 판결) • 환자의 환부나 머리에 손을 얹고 약간 누르면서 환자를 위해 병을 낫게 하여 달라고 기도하는 이른바 안수기도행위(대법원 1994. 8. 23. 선고 94도1484 판결)
부정한 사례
• 여객회사에서 손님으로 가장하여 행한 암행감시행위 (근기68207-2452 1993. 11. 24). • 피해자 집의 대문을 발로 찬 행위 (대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2153 판결) • 상대방의 시비를 만류하면서 조용히 얘기나 하자며 그의 팔을 2, 3회 끌은 행위 (대법원 1986. 10. 14. 선고 86도1796 판결) • 때리거나 때릴 듯이 위세 또는 위력을 보이지 않고 욕설만 한 행위(대법원 1990. 2. 13. 선고 89도1406 판결)

표3 폭행 인정사례와 부정사례

② 노동위원회에 구제신청하기

직장 괴롭힘이 사용자의 인사처분 형식을 띄는 경우가 있습니다. 괴롭히기 위한 목적으로 해당 근로자를 원격지로 전보하는 예가 이에 해당합니다. 이런 해고·휴직·정직·전직·감봉·그 밖의 징벌과 같은 처분이 부당함을 이유로 노동위원회에 구제를 신청할 수 있습니다(근로기준법 제28조). 또한 노조활동을 이유로 한 사용자의 괴롭힘·불이익은 부당노동행위이므로 피해 근로자와 노동조합이 노동위원회에 구제신청을 할 수 있습니다(노동조합법 제81조).

③ 국가인권위원회에 진정하기

가) 개요

공공영역에서 발생한 직장 괴롭힘에 대해서는 국가인권위원회에 진정을 할 수 있습니다. 또한 성희롱과 차별의 경우에는 공공영역·사적영역을 불문하고 국가인권위원회에 진정을 할 수 있습니다. 진정이 제기되면 국가인권위원회는 이를 조사한 후(국가인권위원회법 제36조) 합의를 권고하거나 조정을 하거나 고발 및 징계를 하거나 긴급 구제, 구제조치 및 시정을 권고할 수 있습니다(동법 제40조, 제42조 내지 43조, 제44조, 제45조, 제48조 등).

나) 주의할 점

내담자 중에서는 자신의 사안을 국가인권위원회에서 다루어 주기를 원하는 경우가 있습니다. 이 경우 해당 근로자가 공공영역인지 아닌지 여부를 먼저 확인하여야 합니다. 국가인권위원회에서는 차별과 성희롱 외에는 사적 영역에서 발생한 직장 괴롭힘 행위를 관할하지 않기 때문입니다.

조사대상	직장 괴롭힘	차별, 성희롱
공공영역(국가기관, 지방자치단체, 각급 학교, 공직유관단체, 구금·보호시설	진정 ○	진정 ○
사적영역(사기업)	진정 ×	진정 ○

표4 국가인권위원회 조사 대상

또한 동일 사건이 법원 또는 수사기관에서 권리구제 절차가 진행 중이거나 종결된 경우, 한번 기각된 진정을 다시 진정한 경우에는 진정이 각하될 수 있음을 주의해야 합니다. 내담자 중에서는 다급한 마음에 고소·고발과 함께 국가인권위원회 진정을 병행할 것을 고민하는 경우가 많은데 이는 가능하지 않습니다. 국가인권위원회 진정을 제기하여 조사가 시작된 이후에도 수사기관 등에서 권리구제절차가 병행되면 진정이 각하될 수 있음을 염두에 두어야 합니다.

진정을 피해자 본인이 반드시 할 필요는 없다는 점도 중요합니다. 다만 피해자가 조사를 원하지 않으면 진정은 각하되고, 익명·가명으로 진정을 할 경우에도 각하됨에 주의하여야 합니다(국가인권위원회법 제32조).

관련 결정 – 교감의 교사 괴롭힘에 의한 인권침해(국가인권위원회 12-진정-0947000)

비록 신체적 위해 행위는 없었다고 하더라도 지속적인 욕설 및 협박, 웃옷을 벗어던지며 책상을 치고 고성을 지르면서 '가만두지 않겠다'는 위협적 언행, 수시로 부르거나 대면 결재 과정에서 장시간 잡아두고 주변 교직원들에 대한 욕설과 비난을 늘어놓는 등 피진정인이 장기간에 걸쳐 지속적으로 보인 언행은 부하 직원들에게 심대한 모욕감과 굴욕감을 초래할 수 있다고 판단된다. 특히 타교사들이 모두 목도하거나 듣고 있는 공적 공간인 교무실에서 최소 1년간 지속적으로 진행된 이러한 행동은 모욕감을 초래하기에 충분하고, 아무런 저항이나 반론도 제기할 수 없고 이 행위를 제지할 힘도 없다는 사실로 인한 굴욕감도 매우 클 수 있다.

또한, 이렇게 인간의 존엄성을 해할 정도의 굴욕감이나 모욕감 또는 비인간적인 대우를 받는 공간이 하루 일상생활의 대부분을 보내는 직장이라면 피진정인의 행위는 행복추구권까지 침해할 개연성이 있다.

④ 지방자치단체 인권보호관에 진정하기

가) 개요

직장 괴롭힘이 지방자치단체 등에서 발생한 경우에는 지방자치단체 산하의 인권보호관을 통해 인권침해 구제를 받을 수도 있습니다.[5)]

각 지방자치단체에 따라 인권센터, 인권옴부즈만, 인권위원회, 인권보호관 등 용어와 구조가 다양합니다만 본서에서는 인권보호관으로 통칭하기로 합니다.

예를 들어 서울시에서는, 서울시 시민인권보호관에게 서울시 및 소속 행정기관, 서울시가 출자·출연해 설립한 기관, 자치구·시의 지원을 받는 각종 복지시설 등에서 업무수행과 관련한 인권침해 사항에 대하여 진정할 수 있습니다. 상임보호관은 조사를 수행한 후 시민인권침해구제위원회에 보고를 하고 시민인권침해구제위원회는 서울특별시장에게 그 시정을 권고할 수 있고 인권침해결정을 의결합니다. 피신청인, 조사대상기관의 장 등 당사자는 시장으로부터 시정 권고사항을 통지받고 이를 존중하여 조치를 취한 후 조치 결과를 시장에게 보고하여야 합니다(서울특별시인권기본조례 제20조 이하).

관련 결정 – 지방자치단체 인권보호관에 의하여 직장 괴롭힘이 인권침해로 인정된 사례

- 사업소 직원이 피해자들에게 폭언과 욕설을 하고 어깨를 밀치는 등 신체적 폭력을 행사하였으며 평상시에도 공포분위기를 조성하는 등 같은 사무실에서 근무하는 직원들에게 지속적·반복적으로 정신적 고통을 주고 업무환경을 악화시키는 행위를 지속적·반복적으로 한 행위를 직장 괴롭힘으로 인정하고 피해자들이 피해회복조치(심리치료 등)를 받을 수 있도록 조치한 사안(서울특별시 시민인권보호관, 15신청-105)
- 노동조합 활동을 이유로 부당전보, CCTV를 통한 감시 등을 한 병원에 대하여 직장 괴롭힘 행위임을 인정하고 재방방지 등의 예방대책 수립을 권고한 사안(강원도 인권보호관, 15신청_7 결정)

나) 주의할 점

모든 지방자치단체가 인권보호관제도를 운영하고 있지는 않기 때문에 내담자의 소속 (광역·기초) 지방자치단체가 인권보호관제도를 운영하고 있는지 여부부터 확인할 필요가 있습니다. 인권보호관제도가 도입되어 있는 지자체의 경우에도 지자체에 따라 인권보호관제도의 운영 형태와 실정에 큰 차이가 있기 때문에 해당 지방자치단체가 어떠한 인권보호관제도를 운영하고 있는지 내담자에게 안내하기 전에 확인이 필요합니다.

광역지자체	진정 가능 여부
강원도, 광주시, 경기도, 대구시, 대전시, 서울시, 전라남도, 전라북도, 충청남도, 충청북도	진정 가능
경상남도, 경상북도, 부산시, 세종시, 울산시, 인천시, 제주도	진정 불가능

표5 광역지자체 인권보호관제도에 진정할 수 있는지 여부

⑤ 공익신고·부패신고를 이유로 인한 괴롭힘으로부터 보호받기

가) 개요

직장 괴롭힘 행위가 공익신고·부패신고에 따른 불이익조치에 해당한다면 또는 공무원의 이른바 사적 노무제공행위에 대해서는 공익신고자보호법·부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률에 따른 구제를 받을 수 있습니다. 이는 공익신고 등에 대한 보복조치로서 직장 괴롭힘 행위들이 이루어지는 경우에 활용할 수 있는 수단이라고 할 수 있습니다.

나) 공익신고자 보호의 주요 내용

먼저 공익신고와 공익침해행위의 개념을 이해할 필요가 있습니다. 공익신고란, 공익침해행위가 발생 또는 발생할 우려가 있다는 사실을 신고하는 행위를 말합니다. 여기에서 공익침해행위란 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 및 이에 준하는 공공의 이익을 침해하는 행위를 말하는데 공익신고자보호법은 약 280여개의 법률의 벌칙에 해당하는 행위 또는 위 법률에 따라 취소처분, 정지처분 등 행정처분의 대상이 되는 행위를 상세히 규정하고 있습니다. 대표적인 유형은 다음과 같습니다. **6) 국민권익위원회 공익신고안내 (http://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=05020401)**

공익침해	행위예시
건강침해	부정·불량식품 제조·판매, 무자격자의 의약품 판매 등
환경침해	폐수 무단 방류 등
안전침해	산업안전조치 미준수, 교각 부실 시공 등
소비자이익침해	각종 허위·과장 광고, 원산지 표시위반, 유사석유 판매 등
공정경쟁침해	담합, 불법 하도급 등
이에 준하는 공공의 이익 침해	거짓의 채용광고를 내는 행위 등

표6 공익침해행위(예시)

누구든지 수사기관, 국회의원, 국민위원회 등에 공익신고를 할 수 있습니다. 공익신고가 이루어지면 공익신고자보호법상의 보호를 받을 수 있습니다. 주요 내용은 다음과 같습니다. **7) 국민권익위원회 공익신고자 보호안내 (http://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=05020403)**

보호조치	행위예시
비밀보장	누구든지 공익신고자등의 동의 없이 그의 인적사항이나 그가 공익신고자등임을 미루어 알 수 있는 사실을 다른 사람에게 알려주거나 공개 또는 보도해서는 안됨. 위반시 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금

신변보호	공익신고자등이 공익신고등을 이유로 생명·신체에 중대한 위협을 입었거나 입을 우려가 명백한 경우 위원회에 신변보호를 요구할 수 있음. 국민권익위원회는 경찰관서의 장에게 공익신고자등에 대한 신변보호 요구, 경찰관서의 장은 신변경호, 참고인 또는 증인으로 출석·귀가 시 동행, 주거에 대한 주기적 순찰 등 조치
인사조치의 우선적 고려	공익신고자등의 사용자 또는 인사권자는 공익신고자등이 전직 또는 전출·전입, 파견근무 등 인사에 관한 조치를 요구하는 경우 그 요구내용이 타당하다고 인정할 때에는 이를 우선적으로 고려하여야 함.
보호조치	공익신고자등은 공익신고등을 이유로 불이익조치를 받은 때에는 위원회에 원상회복이나 그 밖에 필요한 조치를 신청할 수 있음. 불이익조치를 하거나 확정된 보호조치를 이행하지 아니한 경우 최대 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 부과, 보호조치 결정을 받은 후 정해진 기한까지 보호조치를 취하지 아니하는 자에게 2천만원 이하의 이행강제금 부과, 위원회는 보호조치결정의 이행 여부 및 신고자에 대한 추가적인 불이익조치 발생 여부를 2년 간 주기적으로 점검
특별보호조치	내부 공익신고자가 신고 당시 공익침해행위가 발생하였다고 믿을 합리적인 이유를 가지고 있는 경우 보호받을 수 있음.
불이익조치 금지 신청	공익신고자등은 공익신고등을 이유로 불이익조치를 받을 우려가 명백한 경우에는 위원회에 불이익조치 금지를 신청할 수 있음.
책임감면	공익신고자등의 범죄행위(공익침해행위)가 발견된 경우 형벌·징계, 불리한 행정처분의 감경, 면제가 가능.
그 외 신고자 보호제도	불이익조치 추정 강화 : 공익신고자가 불이익조치와 관련, 보호조치결정을 신청하거나 법원에 소를 제기한 경우 불이익조치를 한 자가 입증책임 부담
징벌적 손해배상 제도	불이익조치로 신고자에게 발생한 손해에 대해 불이익조치를 한 자에게 3배의 범위에서 배상책임 부과

표7 공익신고자 보호의 주요 내용

관련 판례 – 국민권익위원회에서 내부고발 이후 직장 괴롭힘을 받고 있던 근로자에 대하여 보호조치를 인정한 사건(서울고등법원 2014. 5. 1. 선고 2013누16908 판결, 대법원 2014. 8. 18. 선고 2014두8476 판결로 확정)

자연경관 선정투표에 관해 회사가 부당이득을 얻었는데 이를 공개하는 등 신고한 근로자가 위 행위로 인하여 원격지로 전보조치를 받았고, 국민권익위원회가 위 근로자에 대하여 보호조치 차원에서 출퇴근이 용이한 근거리 근무지로 다시 전보조치(보호조치)를 한 사례

다) 부패신고자 보호의 주요 내용

부패신고자에 대한 보호내용은 공익신고자 보호내용과 유사한 부분이 많습니다. 이하에서는 가장 큰 차이인 신고의 대상 위주로 보겠습니다. 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률은 부패행위를 공직자가 직무와 관련한 부패행위와 공공기관의 예산사용, 공공기관 재산의 취득·관리·처분 또는 공공기관을 당사자로 하는 계약의 체결 및 그 이행과 관련한 부패행위로 규정하고, 나아가 위 부패행위 및 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 간접적인 행위도 부패행위로 규정하고 있습니다. 8) 국민권익위원회 부패행위·채용비리신고안내 (http://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=05020101)

구분	공직자의 직무와 관련한 부패행위	공공기관의 예산사용 등과 관련한 부패행위
요건	공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나, 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위	공공기관의 예산사용, 공공기관의 재산의 취득·관리·처분 또는 공공기관을 당사자로 하는 계약의 체결 및 그 이행에 있어서 법령을 위반하여 공공기관에 대하여 재산상 손해를 가하는 행위
보충설명	• “공직자”란 ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률’ 제2조의 규정에 의한 “공직자”를 말함 • 직무와 관련이 없는 사적인 분쟁은 제외 (예: 주택·상가의 임차관련 분쟁, 금전차용 관련 분쟁 등) • 지위·권한남용 또는 법령위반 등 위법행위가 있어야 함 • 법률상 또는 사실상의 이익이 있어야 하며, 반사적 이익은 제외 • 적극적인 의미의 사전모의 등이 있어야 함	• “공공기관”이란 ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률’제2조의 규정에 의한 “공공기관”을 말함 • 법령을 위반한 위법행위가 있어야 함 • 그 결과 공공기관에 대하여 재산상의 손해가 있어야 함
혐의대상자	해당 공직자	해당공직자 또는 사인

표8 부패행위 유형 비교

라) 주의할 점

먼저 내담자의 사례가 공익신고 및 부패신고의 대상이 되는지 여부를 면밀히 검토할 필요가 있습니다. 가령 사기업에 다니는 근로자가 사업주의 횡령 행위를 확인하였다고 하더라도 이를 신고하는 행위는 일응 부패신고(사기업이므로)·공익신고(횡령 및 뇌물죄는 공익신고자보호법상 대상 법률이 아니므로)에는 해당하지 않습니다. 하지만 상담에서 해당 횡령행위가 담합 등 공정경쟁을 침해하는 행위와 연관되어 있다는 점을 확인할 수 있다면 이는 공익신고로 보호받을 수 있습니다. 또는 횡령한 금원을 공무원이 뇌물로 수수하였다면 부패행위로서 보호받을 수 있습니다. 해당사항이 없어 보이는 행위들도 세부 내용에 따라 공익신고로 보호받을 수 있으므로 정확한 사실관계를

확인할 필요가 있습니다.

다음으로 공익신고와 언론 보도와의 관계를 잘 살펴야 합니다. 내부고발을 하는 내담자의 경우 해당 내용의 언론 공개를 염두에 두는 경우가 많습니다. 그런데 국민권익위원회, 수사기관 등이 아닌 언론에 공개하는 것만으로는 공익신고에 해당하는 것이 아님을 주의해야 합니다. 다만 언론매체 등을 통한 공개는 공익신고의 처리(공익신고자보호법 제10조 제5호)와 보상금의 산정기준(공익신고자보호법 시행령 제22조 제1항 제2호)에는 영향을 줄 수 있으므로 상담시 이러한 내용을 함께 내담자에게 고지하여 줄 필요는 있습니다.

마지막으로는 최근 개정사항인 이른바 비실명신고제도를 확인할 필요가 있습니다. 지금까지 공익신고를 하려면 신고자가 이름과 주민등록번호, 주소, 연락처 등을 기재한 문서를 제출해야 하기 때문에 신고 과정에서 신분이 유출되어 불이익을 겪는 사례들이 있었고 이에 따라 공익신고에 나서기를 주저하는 경우도 있었습니다. 하지만 개정법은 공익신고자가 공익신고를 할 때 인적사항을 밝히지 않고 자신이 선임한 변호사를 통해 비실명 대리신고를 할 수 있게 하는 내용을 골자로 하고 있습니다. 또한 자료 제출이나 의견 진술도 변호사가 대신할 수 있도록 하여 신고자의 신분 유출 가능성을 차단합니다.

주의할 사항은 비실명 대리신고는 오로지 국민권익위원회에만 할 수 있고 수사기관, 국회의원 등 다른 기관에는 종래와 같이 실명신고를 하여야 한다는 점입니다.

관련법률 – 공익신고자보호법

제8조의2(비실명 대리신고) ① 제8조제1항에도 불구하고 공익신고자는 자신의 인적사항을 밝히지 아니하고 변호사로 하여금 공익신고를 대리하도록 할 수 있다. 이 경우 제8조제1항제1호에 따른 공익신고자의 인적사항은 변호사의 인적사항으로 갈음한다.

② 제1항에 따른 공익신고는 위원회에 하여야 하며, 공익신고자 또는 공익신고를 대리하는 변호사는 그 취지를 밝히고 공익신고자의 인적사항, 공익신고자임을 입증할 수 있는 자료 및 위임장을 위원회에 함께 제출하여야 한다.

③ 위원회는 제2항에 따라 제출된 자료를 봉인하여 보관하여야 하며, 공익신고자 본인의 동의 없이 이를 열람해서는 아니 된다.

⑥ 공직자 행동강령 위반으로 신고하기

공직자 행동강령 위반 신고는 위에서 공익신고·부패신고와 유사한 내용이지만 올해 개정 사항이 있습니다. 공직자 행동강령은 공직자가 직무수행과정에서 지켜야 할 윤리적 판단기준을 구체적으로 제공하여 자율적으로 실천토록 함으로써 외부로부터의 불법·부당한 유혹을 극복할 수 있도록 마련된 행위준칙으로 기관유형에 따라 공무원 행동강령과 공직유관단체 임직원 행동강령으로 구분되어 있습니다. 기존의 공직자 행동강령에도 직장 괴롭힘 행위를 간접적으로 규율할 수 있는 일부 규정들이 포함되어 있었습니다만 최근 직무 외의 일을 시키는 행위를 금지하는 규정이 새롭게 공무원 행동강령과 공직유관단체 행동강령에 추가되었습니다.

관련 법률 – 공직자 행동강령

제13조의2(사적 노무 요구 금지) 공무원은 자신의 직무권한을 행사하거나 지위·직책 등에서 유래되는 사실상 영향력을 행사하여 직무관련자 또는 직무관련공무원으로부터 사적 노무를 제공받거나 요구 또는 약속해서는 아니 된다. 다만, 다른 법령 또는 사회상규에 따라 허용되는 경우에는 그러하지 아니하다.

위 공무원행동강령에 따르면 공무원이 직무관련자 또는 직무관련공무원으로부터 사적인 노무를 제공받거나 요구 또는 약속하는 행위가 금지됩니다. 다만, 다른 법규나 사회상규에 따라 허용되는 경우는 예외가 되어 허용될 수 있습니다. 공무원 행동강령 업무편람에는 청소업체 관리 담당 공무원이 자신의 자택 청소에 청소업체 미화원을 동원한 사례, 자신의 자택 보수에 소속 직원을 동원한 사례등이 제시되어 있습니다.9)

국민권익위원회, 2018년 공무원 행동강령 업무편람 92쪽

(3) 산업재해의 인정

'산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 근로자의 안전과 보건을 유지·증진함을 목적'으로 하는 산업안전보건법과 '업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하며 재해 근로자의 재활 및 사회복귀를 촉진하여 근로자 보호에 이바지하는 것을 목적'으로 하는 산업재해보상보험법(이하 "산재보험법")은 직장 괴롭힘으로부터 근로자를 보호하는 데 있어 핵심적인 법제도입니다. 구제의 신속성과 편리성의 측면에서도 산재보험제도를 활용하는 것이 민사상 손해배상이나 사용자책임을 통한 구제보다 근로자에게 실질적으로 도움이 될 수 있습니다.10) **문준혁, "직장내 폭력으로부터 근로자 보호: 산재보험법과 산업안전보건법을 중심으로", 사회보장법연구 5(2), 2016, 216쪽**

직장괴롭힘이 장기간 지속되면 근로자의 정신건강이 악화되어 출근해서 업무를 수행하는데 어려움이 생깁니다. 회사에 출입하는 것만으로도 호흡이 어렵고 어지럽고 구토 증상을 느끼며 경우에 따라서는 실신하는 증상을 보이기도 합니다.11) **김승현, "반복되는 직장내괴롭힘은 정신질환 산재인정이 중요해" 월간노동법률, 2018. 2.** 이런 이유로 병가나 휴직을 신청하지만 회사에서 승인하지 않으면 무단결근이 되어 징계를 받거나, 어쩔 수 없이 출근해서 더 큰 고통을 받아 견디다 못해 스스로 퇴사하는 경우도 많습니다.

근로자가 자신의 정신적·신체적 질환을 업무상 질병으로 요양신청을 해서 인정을 받게 되면 근로자는 보다 나은 조건에서 치료를 받고 근로복지공단이 인정한 요양기간(치료기간) 은 해고가 금지되어 고용보호를 받을 수 있습니다. 그리고 괴롭힘의 행위자와 회사측을 상대로 한 불법행위에 따른 손해배상청구에서도 훨씬 유리해집니다. 가령, 괴롭힘의 목적으로 징계를 반복하거나 회사가 배치전환을 하였다면 이 처분은 정당성이 없거나 권리남용의 인사명령이라는 주장을 강하게 뒷받침할 수 있습니다.

산업재해에 대한 일반적인 내용은 다른 장에서 살피므로 본 장에서는 직장 괴롭힘 관련한 세부 규정의 내용과 인정/부정 사례들의 내용들 위주로 보겠습니다. 직장 괴롭힘의 행위태양과 근로자의 피해는 신체적인 것에서부터 정신적인 것까지 다양하나 주로 문제가 되는 것은 외상 후 스트레스, 우울증 등 정신적 질환일 것입니다. 업무상 질병의 인정 기준을 정하고 있는 산재보험법 시행령은 직장 괴롭힘으로 인한 질환을 업무상 재해에 포함시킬 수 있는 여지를 두고 있습니다. 2013년에는 "업무와 관련하여 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건에 의해 발생한 외상 후 스트레스장애"가 업무상 질병의 인정기준에 포함되었고, 2016년에는 "업무와 관련하여 고객 등으로부터 폭력 또는 폭언 등 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건 또는 이와 직접 관련된 스트레스로 인하여 발생한 적응장애 또는 우울병 에피소드"도 업무상 질병의 인정기준에 포함되었습니다(산재보험법 시행령 별표3 중 4. 신경정신계질병).

업무상 질병에 해당하는지에 대한 근로복지공단의 정신질병 업무관련성 조사지침도 최근 개정되어 업무상 질병의 조사과정에서 '심리적 외상성 사건'에 대한 조사가 추가되었고 심리적 외상성 사건의 일종으로 성폭력·성희롱, 폭언, 폭력 등이 명시되었습니다.[12] 이 조사지침에서는 스트레스 수준이 높은 것으로 판단할 수 있는 사건의 예시로 "심한 괴롭힘, 따돌림 또는 폭행"을 제시한 후 이를 "상사의 언행이 업무지도의 범위를 벗어나고 인격이나 인간성 모독을 하는 것과 같은 언행이 포함(특히, 집요하게 이루어진 경우), 동료 등에 의한 여러 사람이 결탁하여 인격이나 인간성을 모독하는 언행을 집요하게 하였던 경우, 치료를 필요로 하는 정도의 폭행을 당한 경우"로 구체화하고 있습니다.[13] 또한 심리적 외상성 사건의 폭언의 경우 집단 따돌림, 집단 괴롭힘 등을 조사하도록 규정하고 있습니다.[14]

12) 문준혁, 앞의 글, 224쪽.

13) 근로복지공단, 정신질병 업무관련성 조사지침(제2016-11호), 11쪽.

14) 근로복지공단, 앞의 책, 15쪽

대분류	소분류	주요 조사 사항 및 작성 요령
심리적	폭언	• 가해자 확인 (고객, 직장동료, 직장상사 등) • 협박, 위협, 욕설, 고함, 집단 따돌림 등을 포함함 학대 : 신체적, 정신적으로 학대하는 행위, 협박·희롱·집단 괴롭힘 포함, 협박은 신체적·성적·정신적 피해나 다른 부정적인 결과를 두려워하게 하는 불법적인 강제력의 사용, 희롱은 나이·장애·성·언어·정치색·노동조합 혹은 다른 견해나 신념 등 개인의 존엄성에 부정적인 영향을 미치는 상태를 기반으로 하는 언어적·비언어적·시각적·정신적· 신체적 행위
	폭력	• 가해자 확인 (고객, 직장동료, 직장상사 등) • 본인 또는 동료의 폭행 경험 및 목격 • 신체적 상해 시도 혹은 신체적 해를 입히려는 공격 (신체나 도구 등 물리력을 사용)

표9 주요 조사 사항 및 작성 요령

관련 판례

- 공항 청원경찰이 상사의 모욕, 과중한 업무, 심한 질책 등을 지속적으로 받아 업무상 스트레스로 인하여 우울증에 시달리다 자살에 이른 사안에서 망인의 사망을 업무상 재해로 인정하고 근로복지공단의 부지급처분을 취소한 판결(창원지방법원 2006. 4. 28. 선고 2005구단2910 판결)
- 아파트 입주민으로부터 심한 인격모독을 받은 아파트 경비원이 자살한 사안에서 근로복지공단이 망인의 사망을 업무상 질병으로 인한 것으로 인정한 사건(서울업무상질병판정위원회 2014-2053 결정)
- 병원 입사 후 잦은 전보명령을 받고 자격 취득 교육 강사 선정에서 제외되었으며 낮은 근무평정을 받은 등 부당한 대우를 지속적으로 받아 그로 인하여 업무상 스트레스를 받았고, 이는 원고에게 발병한 우울증에 기인한다는 판결(서울행정법원 2017. 8. 24. 선고 2016구단2079 판결)
- 입사 이후 잦은 업무 변동, 강제 전출과정에서 부당한 지시, 노동조합 활동 등을 이유로 한 징계처분, 호봉 및 승진 누락과 성과급 등에 있어서 불이익 처분, 노동조합 활동을 하지 않겠다는 서약서 제출 강요, 도보 순찰 지시, 방재총무직 박탈, 컴퓨터 사용제한 조치 등의 부당한 지시, 퇴사 압박 및 이로 인한 인격적 모독 등으로 스트레스와 적응장애, 우울증이 상당인과관계가 있다는 판결(울산지방법원 2015. 1. 8. 선고 2013구합2185 판결)

(4) 형사상 구제

① 개요

앞서 설명한 근로기준법상 폭행금지조항(제8조), 노동조합법상 부당노동행위(제81조)의 벌칙 조항 외 직장 괴롭힘 행위들이 형법상 범죄에 해당하는 경우에는 각각 이에 근거한 처벌을 검토해볼 수 있습니다. 주로 문제되는 범죄들은 상해죄(제257조), 폭행죄(제260조), 협박죄(제283조), 모욕죄(제311조), 명예훼손죄(제307조), 강요죄(제324조)이고, 성적 괴롭힘으로 확장하여 보면 강제추행죄(제298조)도 성립할 수 있습니다. 폭행죄는 앞에서 설명했으므로 이하에서는 주로 문제가 되는 모욕·명예훼손죄와 강요죄를 중심으로 살펴보겠습니다.

② 명예훼손죄·모욕죄

진실한 사실 또는 허위 사실을 적시하여 명예를 훼손하면 명예훼손죄로 처벌됩니다. 예컨대 직장 내에서 소문을 퍼뜨리는 경우가 이에 해당합니다(제307조). 말을 퍼뜨리는 방식이 아니라 출판물을 이용하여 명예를 훼손하면 가중처벌됩니다(제309조). 그런데 판례는 출판물에 해당하기 위해서는 제본인쇄물이나 제작물 정도의 효용과 기능을 가지고 사실상 출판물로 유통·통용될 수 있는 외관을 가질 것을 요구하면서 2장의 최고서는 출판물이라고 보지 않고 있기 때문에(대법원 1997. 8. 26. 선고 97도133 판결) 메모나 쪽지로 소문을 퍼뜨리는 행위는 출판물에 의한 명예훼손죄에는 해당하지 않습니다.

관련 법률

형법 제307조(명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손) ① 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

명예를 훼손하는 말을 직접 퍼뜨리는 것이 아니라 SNS 등 정보통신망을 이용하는 경우 이른바 사이버 명예훼손죄로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(이하 "정보통신망법")이 적용됩니다. 여기서 말하는 '정보통신망'으로 포털 사이트 댓글이나 SNS, 인터넷 카페 게시물 같은 개방적인 것만을 생각할 수 있으나 이른바 단체채팅방이나 회사내 인트라넷도 정보통신망에 모두 해당됩니다.

관련 법률 – 정보통신망법 제70조(벌칙)

① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

한편, 사람을 공연히 모욕하는 경우에는 모욕죄로 처벌됩니다. 여기서 모욕이란 사실을 적시하지 않고 사람의 사회적 평가를 저하시키는 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 말하고 단순한 농담, 무례, 불친절, 건방진 표현은 모욕이라고 보지 않습니다. 그리고 명예훼손죄와 달리 모욕죄는 모욕의 수단·방법에 제한을 두고 있지 않아 모욕을 말로 하는 것 외에도 문서·그림으로 하는 것도 가능하다고 봅니다. 학계에서는 독일 형법과의 비교법적 해석에 따라 가래나 침을 뱉는 등 거동에 의한 모욕도 가능하다고 보고 있습니다. 그러나 거동에 의한 모욕이 인정된 판례는 확인되지 않습니다.

관련 법률 – 형법 제311조 (모욕)

공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

Tip. 모욕죄 vs. 명예훼손죄

명예훼손죄는 사실(진실 or 허위)을 적시하여 명예를 훼손하는 행위를 벌합니다. 이에 반하여 모욕죄는 의견(사실이 아닌)을 적시하는 행위를 말합니다. 모욕죄에 비하여 명예훼손죄가 처벌이 강합니다. 따라서 하나의 행위가 모욕죄와 명예훼손죄가 모두 해당하는 경우에는 명예훼손죄만 성립합니다.

인정한사례

- 병원 행정실장인 피고인이 병원 1층 로비에서 간호과장, 사무장, 간호사 등이 있는 상황에서 이 병원 간병인인 피해자에게 "뚱뚱해서 돼지같은 것이 자기 몸도 이기지 못한 것이 무슨 남을 돌보는가. 자기도 환자이면서 지도 치료받지 않으면 죽는다"고 말한 사례(수원지방법원 2007. 1. 30. 선고 2006고정1777 판결)
- 피고인이 퇴근하는 피해자를 쳐다 보고 다른 사람이 있는 자리에서 "씨O놈, 집행유예 받은 놈이 까분다. 너까짓 것이 무슨 민주화인사냐"라고 욕설을 한 사례(서울중앙지방법원 2011. 7. 28. 선고 2010고정6847, 2010고정6981(병합) 판결)

부정한 사례

- 아파트 입주자대표회의 감사인 피고인이 관리소장 갑의 업무처리에 항의하기 위해 관리소장실을 방문한 자리에서 갑과 언쟁을 하다가 "야, 이따위로 일할래", "나이 처먹은 게 무슨 자랑이냐"라고 말한 사례 (대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도2229 판결)
- 임차인이 아파트 관리사무소의 방송시설을 이용하여 임차인대표회의의 전임회장을 비판하며 "전 회장의 개인적인 의사에 의하여 주택공사의 일방적인 견해에 놀아나고 있기 때문에"라고 한 표현이 전체 문언상 모욕죄의 '모욕'에 해당하지 않는다고 한 사례(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도8917 판결)

표10 모욕죄 인정사례와 부정사례

모욕죄와 명예훼손죄 모두 성립하기 위해서는 이른바 '공연성'요건을 충족해야 합니다. 판례는"공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말한다"고 보아 불특정인인 경우에는 다수이든 아니든 상관없으며, 다수인인 경우에는 불특정인이든 아니든 상관없다고 봅니다. 또한 '인식할 수 있는 상태'라고 보기 때문에 현실적으로는 한 사람이 사실적시 혹은 모욕의 상대방이라고 하더라도 그 사람이 그 말을 전파할 가능성이 있다면 공연성이 있다고 보고 있습니다. 아래의 사례는 이러한 공연성의 요건이 인정되지 않은 판례입니다.

관련 판례

- 4명(A,B,C,D)이 있는 카카오톡 그룹 채팅 방에서 피고인(A)이 허위 사실을 올렸으나, 위 채팅방에 있었던 한 사람(B)은 피고인이 보낸 카카오톡 메시지를 수신하지 못하거나 확인하지 않았고, 다른 사람(C)도 위 메시지 내용이 자신과 무관하기 때문에 이후 채팅방에서 나왔으며 다른 사람에게도 말하지 않았고, 또 다른 사람(D)도 해당 메시지를 본 이후 특별히 관심을 가지지 않았던 사정을 근거로 불특정 혹은 다수인에게 전파될 가능성을 단정하기 어렵다고 본 사례(대법원 2018. 4. 12. 선고 2016도21662 판결)
- 피고인이 자신의 아들 등에게 폭행을 당하여 입원한 피해자의 병실로 찾아가 그의 모(母) 甲과 대화하던 중 甲의 이웃 乙 및 피고인의 일행 丙 등이 있는 자리에서 "학교에 알아보니 피해자에게 원래 정신병이 있었다고 하더라."라고 허위사실을 말하여 피해자의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인의 발언에 공연성이 있다고 보아 유죄를

인정한 원심판단에 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례(대법원 2011. 9. 8. 선고 2010도7497 판결)

- 사실적시행위가 피해자와 모두 집안 간인 관계에 있는 사람들 앞에서 이루어졌고 그 이외의 타인들에게는 알려지지 않도록 감추려는 것이었다면 불특정 다수인에게 전파될 가능성이 없어 공연성을 갖춘 것이라고 할 수 없다는 사안(대법원 1982. 4. 27 선고 82도371 판결)

주의할 점은 명예훼손죄는 반의사불벌죄이고 모욕죄는 친고죄라는 점입니다. 따라서 모욕죄로 수사기관이 수사를 하기 위해서는 피해자가 고소를 하여야 하고, 피해자가 처벌을 원하지 아니한다면 수사기관은 가해자를 벌할 수 없습니다.

관련 법률 – 형법 제312조(고소와 피해자의 의사)

①제308조와 제311조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

②제307조와 제309조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

관련 판례 – 직장 괴롭힘 중 가해자의 언행을 명예훼손죄, 모욕죄로 처벌한 사례

지역 농협 조합장이 조합장 선거에서 자신을 지지하지 않은 직원들을 골라 부당한 인사조치를 취하고 그 중 피해자를 특히 괴롭힌 사례. 물품을 횡령했다는 혐의로 해고한 후 부당해고 판정을 받아 복귀한 피해자에게 아래와 같이 모욕과 명예훼손을 하였다.

명예훼손죄로 인정된 행위

- “피해자 ○○○이 횡령을 했다”고 마을 주민 20명이 모인 자리에서 말함
- 전 직원이 모인 자리에서 “여러분들 이러한 일이 주의촉구를 받을 수 있다는 거 가르쳐줄게. 들어보세요. ○○○이 사무실 문서 무단 유출 등 규정 위반을 하여 주의촉구를 줬어”라고 말함

모욕죄로 인정된 행위

- 책임자 회의 중 간부들 10여명이 있는 자리에서 피해자에게 “꼴값 떨고 앉아 있네 진짜”, “병신 꼴값하고 있네”, “염병 떠는 소리 마라”, “병든 닭만큼 눈깔이 치지직하고 해쌌드만 오늘은 눈 똑바로 또 잘보네”, “염병 떠는 소리 하지 말고”라고 말함(이른바 직지농협 사건, 대구지방법원 김천지원 2015. 1. 14. 선고 2014고단640 판결)

③ 형법상 강요죄 및 근로기준법상 강제근로 금지

가) 형법상 강요죄

강요죄는 폭행 또는 협박으로 사람의 권리 행사를 방해하거나 의무가 아닌 일을 하게 하는 범죄를 말합니다.

관련 법률 – 형법 제324조(강요)

① 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다

강요죄는 실행행위로서 폭행·협박을 요구하는데 여기서의 폭행은 앞서 설명한 폭행죄의 폭행(협의의 폭행)보다 넓은 이른바 광의의 폭행 개념이라는 것이 판례의 태도입니다. 따라서 맹인의 지팡이를 빼앗거나 불구자의 보조기구를 빼앗거나 또는 임차인으로부터 집을 명도받기 위하여 출입구의 폐쇄 또는 전기·수도·가스의 공급을 끊는 것과 같이 물건에 대한 유형력의 행사를 사람에 대한 간접적인 유형력의 행사로 포섭하여 강요죄의 폭행으로 볼 수 있습니다.[15] **심재무(2016), 강요죄의 본질과 권리행사 방해의 범위, 경성법학 2016, 5면.** 협박은 해악을 고지하여 공포심을 일으키게 하는 것으로서 협박죄의 협박과 동일합니다.

폭행·협박의 대상인 “권리·의무”의 내용은 반드시 법률상의 것이 아니더라도 상관이 없습니다. 예컨대 사용자가 근로자에게 자신의 휴가 기간 중 자신의 별장에 닭사료를 주라고 협박을 하여 어쩔 수 없이 해당 근로자가 이를 한 경우 닭사료를 주는 행위가 계약상 또는 법률상 근거하는 행위는 아닙니다만 강요죄에 포섭될 수 있습니다.

나) 근로기준법상 강제 근로의 금지

근로기준법에서도 강제 근로의 금지 조항을 두고 사용주의 강제근로를 처벌하도록 하고 있습니다. 먼저 강제노동의 개념과 관련하여, ILO협약은 강제노동을 “어떤 처벌의 위협으로 강요된 것이며 스스로 자발적으로 제공하지 않은 모든 역무”로 정의하고 있습니다. 그리고 본 조항에서는 ‘폭행, 협박, 감금 그 밖에 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 것’을 실행행위로 규정하고 있는데, 폭행, 협박, 감금은 형법상 개념과 동일하며, 그 밖의 수단은 사회통념상 부당한 것으로 인정되는 방법에 의하여 근로자에게 근로를 강요하는 일체의 경우를 의미한다고 할 것입니다. 예컨대, 위약금이나 손해배상액의 예정·전대채권·강제저금의 방법들이 근로자의 자유의사를 억압하여 근로를 강요하는 수단이 된다면 이러한 방법들도 강제근로의 수단에 해당될 수 있습니다. 만약 직장 괴롭힘의 목적으로 사용자가 근로계약의 내용과 완전히 다른 업무를 정당한 이유 없이 강제한다면 이는 근로기준법상 강제 근로금지조항에 저촉된다고 할 수 있습니다.

관련 법률

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

근로기준법 제107조(벌칙) 제7조, 제8조, 제9조, 제23조제2항 또는 제40조를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

④ 경범죄처벌법 위반

직장 괴롭힘 행위가 경범죄에 해당하는 경우도 있습니다. 경범죄처벌법은 상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나

지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 행위를 '지속적 괴롭힘'으로 정의한 후 이를 경범죄의 종류로 규정하고(경범죄처벌법 제3조 제1항 제41호), 이러한 행위를 한 사람을 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 처벌합니다. 직장 괴롭힘 행위들은 이 외에도 경범죄처벌법상 행위에 포함될 수 있습니다. 가령 불안감을 조성하는 행위나 장난을 쳐 업무를 방해하는 행위들도 각각 경범죄처벌법 위반행위로 처벌될 수 있습니다.

관련 법률 – 경범죄처벌법 제3조(경범죄의 종류)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(科料)의 형으로 처벌한다.

19. (불안감조성) 정당한 이유 없이 길을 막거나 시비를 걸거나 주위에 모여들거나 뒤따르거나 몹시 거칠게 겁을 주는 말이나 행동으로 다른 사람을 불안하게 하거나 귀찮고 불쾌하게 한 사람 또는 여러 사람이 이용하거나 다니는 도로·공원 등 공공장소에서 고의로 험악한 문신(文身)을 드러내어 다른 사람에게 혐오감을 준 사람
41. (지속적 괴롭힘) 상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 사람

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 처벌한다.

3. (업무방해) 못된 장난 등으로 다른 사람, 단체 또는 공무수행 중인 자의 업무를 방해한 사람

직장 괴롭힘 행위 중 위와 같은 행위를 경범죄처벌법에 근거하여 대응하고자 할 때에 주의할 점이 있습니다. 바로 경범죄처벌법 위반의 경우에는 현행범 체포가 쉽지 않다는 점입니다. 가령 위와 같은 직장 내 괴롭힘 행위를 겪고 있는 내담자에게 "해당 행위는 경범죄처벌법 위반 행위네요. 그런 행위가 또 발생하면 바로 경찰에 신고하세요."라고 할 경우 내담자는 본인이 체포하거나 또는 경찰이 출동하여 행위자를 현행범 체포할 것을 기대할 수 있습니다. 하지만 현행법상으로는 경범죄처벌법과 같은 경미사건의 경우에는 행위자가 주거가 분명하지 않은 경우에만 현행범체포가 가능하다고 규정되어 있고, 직장 내 괴롭힘의 가해자의 경우 대부분 주거가 분명한 경우에 해당하기 때문에 경범죄처벌법 위반을 이유로 현행범체포는 어렵다고 할 수 있습니다.

관련 법률

형사소송법 제212조(현행범인의 체포) 현행범인은 누구든지 영장없이 체포할 수 있다.
형사소송법 제214조(경미사건과 현행범인의 체포) 다액 50만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 제212조 내지 제213조의 규정을 적용한다.

(5) 민사상 손해배상청구의 제기

직장 괴롭힘 행위에 대해 손해배상청구를 제기하는 방안도 고려해볼 수 있습니다(민법 제750조). 직장 괴롭힘은 근로자의 인격권과 건강권을 침해하는 행위로 볼 수 있기 때문입니다. 불법행위로 인한 손해배상청구는 직접 가해자뿐만 아니라 사용자에게 청구할 수도 있습니다(민법 제756조). 직접 행위자의 행위에 대한 사무집행관련성이 인정될 경우 사용자는 사용자로서도 책임을 부담하게 되기 때문입니다. 피해 근로자는 불법행위 손해배상청구를 통해 병원비 등 자신이 입은 재산상 손해와 정신적 고통에 대한 위자료를 구할 수 있습니다(민법 제751조).[16] **관련한 사건으로, 회사 내 감사실에 비리를 내부고발한 근로자가 명예퇴직 권고에 응하지 않자 담당 업무를 변경하고 실제 처리할 업무도 주지 않고 사내 업무용 전자우편 아이디와 책상 등 집기를 회수하며 따돌림을 주도하는 지시를 했던 사안에서, 법원은 직접 행위자들에 대하여 원고를 집단적으로 따돌리고 부당하게 대우하는 등으로 원고에게 불법행위를 저질렀다고 판단하였고, 회사 또한 사용자로서 손해배상책임이 있다고 판단한 사건이 있습니다 (서울중앙지방법원 2008. 2. 15. 선고 2006가단333765 판결, 서울중앙지방법원 2008. 12. 4. 선고 2008나11077 판결, 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다2545 판결로 확정). 그런데 동 사건에서 회사 대표이사에 대한 책임은 대법원에서 인정되지 않았음에 유의해야 합니다.** 이와 함께 불법행위의 태양이 피해 근로자의 명예를 훼손시키는 경우에는 금전적 배상 외에 명예회복에 적당한 처분을 구할 수도 있습니다(민법 제764조).

관련 판례 – 직장 괴롭힘 행위에 대해 민사상 손해배상청구가 인정된 판례

- 대학병원 간호사가 다른 병원으로 발령받은 이후 지속적으로 심한 정신적 스트레스를 호소하였고, 수술증 의사와 부딪히면서 의사로부터 심한 꾸중과 욕설을 들었고 이후 정신과적 치료를 받고 자살한 사안에서 손해배상책임을 인정한 판결(광주지방법원 2007. 8. 8. 선고 2006가단80617 판결).
- 회사 내 감사실에 비리를 내부고발한 근로자가 명예퇴직 권고에 응하지 않자 담당 업무를 변경하고 실제 처리할 업무도 주지 않고 사내 업무용 전자우편 아이디와 책상 등 집기를 회수하며 따돌림을 주도하는 지시를 했던 사안에서, 법원은 직접 행위자들에 대하여 원고를 집단적으로 따돌리고 부당하게 대우하는 등으로 원고에게 불법행위를 저질렀다고 판단하였고, 회사 또한 사용자로서 손해배상책임이 있다고 판단한 사건(서울중앙지방법원 2008. 2. 15. 선고 2006가단333765 판결, 서울중앙지방법원 2008. 12. 4. 선고 2008나11077 판결, 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다2545 판결로 확정). 그런데 동 사건에서 회사 대표이사에 대한 책임은 대법원에서 인정되지 않았습니다.

5 직장 괴롭힘 상담자 주의사항

(1) 내담자에게 기록을 하도록 합니다.

해고, 징계 등 일반적인 고용관계에서 발생하는 분쟁의 경우에는 해당 처분의 존재 여부는 다툼이 없는 경우가 많습니다. 징계의결서와 같은 서류가 있기 때문입니다. 그런데 직장 괴롭힘 행위는 많은 경우 그 존부부터 가해자와 피해자 사이 다툼이 있는 경우가 많습니다. 예컨대, 상사가 결제를 받으러 갈 때마다 "야 밥벌레"라고 했다고 합시다. 내담자는 상사의 이러한 언동을 문제삼으려고 하지만 해당 상사는 그러한 말을 한 적이 없다고 주장합니다. 따라서 위 언동을 기록하여 둔다면 추후 대응 과정에서 해당 행위의 입증에 있어 도움이 될 수 있습니다.

괴롭힘 행위의 기록은 괴롭힘의 맥락과 심각성을 파악하는 데에도 의미가 있습니다. 직장 괴롭힘은 지속적·반복적이라는 성격을 가지고 있고 시간이 갈수록 괴롭힘의 피해가 고조되는 특성이 있습니다. 행위나 사건을 하나하나로 나누어서 보면 별 것 아닌 듯 보일 수 있습니다. 또한 가령 하루는 고함을 치고, 하루는 빈정 섞인 걱정을 하며, 하루는 팀 회식에서 배제를 하고, 또 하루는 문을 세게 닫고 나가거나 물건을 바닥에 던지는 등 괴롭힘의 양상과 가해자의 행위가 매번 다를 수도 있습니다. 하지만 매일 매일을 기록한다면 이러한 행위의 맥락과 심각성을 보다 잘 이해할 수 있습니다.

기록방법	내용
객관적 정보를 기록	중요하게 생각한 사실 뿐만 아니라 객관적인 정보를 모두 기록합니다.
구체어로 기록	"모욕을 했다" 가 아닌, "밥벌레라고 했다" 라고 기록합니다. 구체적으로 기록해야 모욕적인 말이 무엇인지에 대해 가해자-피해자 사이에 논쟁이 생기지 않습니다.
정황 증거를 기록	사건 전후의 대화, 행동, 함께 있었던 사람 등도 함께 기록합니다

표11 어떻게 기록해야 하나 1

기록 항목	기록 내용 예시
시간, 장소	사무실 내자리
행위	내게 "버러지 같은 놈. 월급이 욕값이야"라고 하면서 서류철을 던졌다
행위자·관여자	김갑동 팀장
대응	가만히 듣고 있었다.
감정	모욕감이 들고 그만두고 싶었다.
주변인 반응	팀원인 홍길동, 조인성, 배성우가 있었고 모두 아무런 말도 하지 않았다.
증거	휴대폰으로 녹음했다
욕구	김갑동 팀장이 폭언을 하지 않기를 바란다. 그 상황에서 팀원들이 팀장에게 그렇게 하면 안된다고 말해주기를 바란다.

표12 어떻게 기록해야 하나 2

(2) 내담자에게 증거를 확보하도록 합니다

괴롭힘의 기록이 있어서도 이를 뒷받침하는 증거가 있어야 합니다. 객관적인 증거가 없다면 피해자가 상세하고 구체적으로 기록한 증거가 있다고 하더라도 소송에서 질 가능성이 높습니다. 괴롭힘을 입증할 수 있는 증거로는 통상 문서, 이메일, 문자메세지, 대화의 녹음, 사진 등이 있습니다.

Tip. 녹음시 주의 사항

녹음하는 것 자체가 범죄가 될 수 있음에 주의해야 합니다. 녹음하는 사람이 자신과 대화하는 사람과의 대화를 녹음하는 것은 문제가 없으나 제삼자들간의 대화를 녹음하는 것은 처벌될 수 있고, 통신비밀보호법상 증거로 사용할 수도 없습니다. 통신비밀보호법상 타인 간의 대화는 녹음할 수 없습니다. 제3자들 중 한쪽 동의를 얻었다고 하더라도 이는 마찬가지입니다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결). 통신비밀보호법상 적법한 녹음도 민사적으로 문제가 될 수 있습니다. 즉, 녹음 내용을 법원에 증거로 낼 경우 해당 녹음에 들어가 있는 사람이 음성권 침해를 이유로 손해배상청구를 제기할 수 있습니다(수원지방법원 2013. 8. 22. 선고 2013나8981 판결). 물론 전후 사정상 녹음되는 사람이 녹음을 해도 무방하다는 승낙을 했다고 추정되는 특별한 사정이 있으면 배상 책임을 지지 않을 수도 있습니다. 그리고 가해자의 괴롭힘 행위들을 입증하기 위함이라는 점이 고려되어 배상책임이 인정되지 않을 수도 있습니다. 하지만 원칙적으로 나와 대화하는 사람과의 대화를 녹음해서 증거로 사용하는 것은 민사상 책임의 위험이 따른다는 점은 상담시 고지할 필요가 있습니다. 영상을 녹화하는 경우에도 대부분 음성 정보가 함께 기록되기 때문에 앞서 언급한 녹음의 문제와 동일한 법적 문제가 발생합니다.

Q&A – 직장 괴롭힘에 대한 증거의 수집이 영업비밀을 침해하는 것인가?

Q. 사기업에서 경리업무를 담당했던 A는 회사가 원하지 않은 육아휴직을 다녀왔습니다. 복귀 후 중간관리자 B는 A에게 "복귀할 줄 몰랐다. 그만 두면 안되겠냐" 라고 퇴사를 종용하였습니다. A가 퇴사를 거부하자, B는 지속적으로 폭언, 모욕 등으로 퇴사를 종용하였고 회사 규정을 반복해서 손으로 베껴쓰게 하는 과제를 지시하였습니다. 그리고 전과 동일한 경리업무를 담당하고 있던 A에게 갑자기 비밀유지서약서의 작성을 요구하였습니다. A는 B의 직장 괴롭힘 행위를 녹음하고 있었고 손으로 베껴 쓰게 하도록 하는 과제내용이 기재된 과제지시서를 핸드폰으로 촬영하면서 괴롭힘 행위의 증거를 수집하고 있는데 이러한 행위가 비밀유지서약서에서 보호하는 '영업비밀'을 침해하는 것인지 걱정하고 있습니다.

A. 사측에서 일반적으로 영업비밀과 관련 없는 내용임에도 불구하고 영업비밀이라고 주장하는 경우가 있습니다. 모욕·폭언 등 상관의 언행이나 과도한 업무지시 등 직장 괴롭힘의 증거를 수집하는 행위가 영업비밀을 취득하거나 부당히 사용한다는 사측의 주장이 대표적인 경우입니다. 이는 무엇을 영업비밀로 볼 것인가의 문제와 우선 관련되어 있습니다. 영업비밀보호법은 영업비밀을 "공공연히 알려져 있지 않고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법,

판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보”라고 정의하고 있습니다(영업비밀보호법 제2조 제2호). 위 법률상의 정의와 관련하여 학설과 판례는 비공지성, 독립된 경제적 가치성, 비밀관리성, 정보성의 요건을 제시합니다. 이 모든 요건들이 직장 괴롭힘과 관련이 있습니다만, 특히 중요한 것은 비밀관리성입니다. 설사 경제적 가치를 가진 비공지 상태의 기술, 경영 정보라 하더라도 영업비밀이 되기 위해서는 당해 정보의 보유자가 비밀유지를 위하여 “상당한 노력”을 하여야 합니다. 즉 영업비밀 보유자가 주관적으로 비밀을 유지하려는 의식을 가져야 하고, 객관적으로 제3자 또는 종업원이 알 수 있는 방식으로 비밀임을 표시하여 관리하여야 합니다.

따라서 상사의 모욕 등의 언동은 비밀이라고 볼 수 없음이 분명합니다. 문서의 경우 ‘무단 복사 전제 금지’, ‘이 문서에 대한 모든 책임은 출력자에게 있습니다’, ‘대외비’ 등이 기재되어 있다고 하더라도 이 정보를 상당한 노력을 들여 비밀로 유지하려는 노력을 기울였다고 볼 수 없고, 문서들을 책상 위 바인더에 꽂아 놓고 회사 밖으로 나갈 수 있도록 하였다는 사정 등이 있다면 영업비밀로 볼 수 없다는 것이 판례의 입장이므로(수원지방법원 2007. 11. 9. 선고 2006가합17631 판결), 과제지시서 등 직장 괴롭힘 행위를 증명하는 회사의 문서에 ‘대외비’ 등의 표기가 있다고 하더라도 이 기재만으로 영업비밀에 해당한다고 보기 어렵다고 할 수 있습니다.

Q&A – CCTV를 이용한 증거 수집

Q. 괴롭힘 당하는 행위가 CCTV에 찍혀 있는 것 같아요. CCTV 내용을 어떻게 볼 수 있나요?

A. 근로자는 개인정보처리자에게 개인정보처리자가 처리하는 자신의 개인정보에 대한 열람을 요구할 수 있습니다(개인정보보호법 제35조). 그리고 CCTV는 개인정보가 수집되는 장비이고 괴롭힘 당하는 장면은 개인 정보에 해당합니다. 따라서 근로자 본인이 직장 괴롭힘을 당하는 상황이 직장에 설치된 CCTV에 녹화되었다면, 해당 내용에 대한 열람을 회사에 요청할 수 있습니다. 단, CCTV 영상 보존 기간이 있으므로 가급적 빨리 해당 영상을 열람할 필요가 있습니다.

Q. CCTV에 있는 내용을 가해자 징계시에 증거로 제출하고 싶은데 가능하나요?

A. 괴롭힘 행위가 녹화되어 있는 CCTV영상을 열람하더라도 해당 내용을 괴롭힘 가해자에 대한 징계의 근거로는 사용하지 못한다는 점에 유의하여야 합니다.

우선 CCTV는 설치된 장소가 공개된 곳인지 공개되지 않은 곳인지를 나누어 살펴야 합니다. 커피숍이나 은행 등과 같은 공개된 장소의 경우에는 범죄의 예방, 시설안전, 화재 예방 등을 위해 필요한 경우가 아니면 CCTV를 설치할 수 없고(개인정보보호법 제25조 제1항), 녹화된 CCTV 영상은 정보주체의 별도의 동의가 없는 이상 위 목적으로만 수집·이용할 수 있기 때문에(개인정보보호법 제18조 제1항, 제2항), CCTV 영상을 근로자의 징계나 근무평정의 근거로 사용할 수 없습니다(개인정보보호위원회 2013. 5. 27. 결정). 따라서 공개된 장소에 범죄예방 등을 목적으로 설치된 CCTV에 직장 괴롭힘 행위가 촬영되었다고 하더라도, 이를 괴롭힘 행위자에 대한 징계 근거로 활용할 수 없습니다.

공개되지 않은 장소의 경우에는 원칙적으로 근로자의 동의를 얻어야만 CCTV를 설치할 수 있습니다(개인정보보호법 제15조 제1항 제1호). 따라서 해당 장소에 대한 CCTV 설치 목적으로 근로자가 어떤 내용을 동의하였는지가 확인되어야 합니다만, 통상적으로 근로자의 징계 등을 설치 목적으로 하는 경우는 없기 때문에 이 경우에도 징계 목적으로 사용은 어렵다고 보아야 합니다.

Q. 그러면 어떠한 경우에 CCTV를 괴롭힘 행위의 증거로 활용할 수 있나요?

A. 직장 괴롭힘 가해 근로자에 대한 징계를 목적으로 CCTV 활용은 어렵습니다만, 수사 목적으로 수사기관이 CCTV 정보를 확인하도록 할 수는 있습니다. 따라서 괴롭힘 행위가 현행법상 범죄가 되는 경우(폭행죄, 협박죄, 강요죄 등) 경찰이나 검찰에서 수사목적으로 CCTV 영상자료를 요청할 수 있습니다. 통상적으로는 법원의 영장을 발부받아 가해 근로자(정보주체)의 동의 없이 수사기관은 CCTV 영상을 받아 행위자의 범죄 행위를 입증의 근거로 사용할 수 있으므로, 고소 후 수사과정(예컨대 고소인 조사 등)에서 CCTV에 해당 내용이 녹화되어 있음을 밝혀 수사기관이 자료를 확보할 수 있도록 할 필요가 있습니다.

일반적으로 법원의 영장이 있어야 수사기관이 CCTV 영상을 확보할 수 있으나 정보주체나 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산상 이익을 위해 필요한 경우에는 형사소송법 또는 경찰관직무집행법상 협조요청만으로도 본인 동의 없이도 CCTV 영상자료가 제공될 수 있습니다. 판례는 이러한 임의적인 CCTV 영상자료의 제공이 형사소송법상 위법한 것은 아니라고 보고 있습니다(대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도9747 판결 등).

[보론] 국회 환경노동위원회에서 의결된 법률안(2018. 9. 12.)

지난 2018. 9. 12. 직장 내 괴롭힘을 금지하는 근로기준법 개정법률안과 직장 내 괴롭힘 예방에 관한 정부의 책무를 규정하는 산업안전보건법 개정법률안, 직장 내 괴롭힘 등 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생한 질병을 업무상 재해로 규정하는 산업재해보상보험법 개정법률안이 국회 환경노동위원회에서 심의·의결되었습니다. 아래에서 위 각 개정법률안 내용을 자세히 살펴보겠습니다.

1. 직장 내 괴롭힘의 개념 및 금지

위 근로기준법 개정법률안은 직장 내 괴롭힘의 개념을 규정하고 이를 금지하였습니다. 이에 따르면 직장 내 괴롭힘이란 “사용자 또는 근로자가 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적 · 정신적 · 정서적 고통을 주거나 업무환경을 악화시키는 행위”를 말합니다(법안 제76조의2).

2. 취업규칙에 직장 내 괴롭힘 예방 및 발생 시 조치 등 명시 의무

위 근로기준법 개정법률안은 사용자가 취업규칙에 직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 대한 사항을 명시하도록 규정하였습니다(법안 제93조 제11호).

3. 직장 내 괴롭힘에 대한 사용자의 의무

위 근로기준법 개정법률안은 사용자에게 직장 내 괴롭힘에 대한 사실 조사 및 징계 의무,

신고자 및 피해근로자에 대한 불리한 처우 금지 의무를 부여하였습니다. 이에 따르면 사용자는 직장 내 괴롭힘 발생사실을 알게 된 경우 지체 없이 그 사실 확인을 위한 조사를 실시해야 하고, 조사 기간 동안 필요한 경우 피해 근로자 등에 대하여 근무 장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 해야 합니다. 사용자는 직장 내 괴롭힘 발생사실이 확인된 때에는 피해 근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 하며, 괴롭힘 행위자에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 해야 합니다. 이 때 사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 해서는 안됩니다(법안 제76조의3 제1항 내지 제6항).

4. 정부의 책무

위 산업안전보건법 개정법률안은 정부가 직장 내 괴롭힘 예방을 위한 조치기준을 마련하고 지도 및 지원을 성실히 이행할 책무를 진다고 규정하였습니다(법안 제4조 제1항 제10호).

5. 업무상 재해 인정

위 산업재해보상보험법 개정법률안은 직장 내 괴롭힘, 고객의 폭언 등 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생한 질병을 업무상 재해로 규정하였습니다(법안 제37조 제1항 제2호 다목).

위 개정법률안이 국회 본회의의 의결을 거쳐 시행된다면, 직장 내 괴롭힘 피해를 호소하는 근로자들이 인간으로서의 존엄을 보장받을 수 있는 길이 보다 넓어질 수 있을 것으로 기대됩니다.

9장 · 공인노무사 박윤진(여성노동법률지원센터)

직장 내 성희롱[1)]

1) 이 내용은 (사)여성노동법률지원센터의 「직장내 성희롱 abc」(이영희, 김명희, 박윤진, 2017)을 기본 텍스트로 하였으며, 2018. 6. 발간된 고용노동부 「직장 내 성희롱 예방·대응 매뉴얼」(고용노동부 발주, (사)여성노동법률지원센터 작성) 내용 중 2018. 5. 29.부터 시행되는 남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률 개정법의 내용 부분을 반영하였습니다.

1 직장 내 성희롱이란

(1) 사회적 의미로서 성희롱

일반적으로 성희롱이란 상대방이 원하지 않는 성적(性的)인 말이나 행동 등을 하여 상대방으로 하여금 성적 굴욕감이나 모욕감을 느끼게 하는 행위를 말합니다. '성희롱'이라는 말은 1990년대 초반 서울대학교 교수가 계약직인 조교를 성희롱하고 조교가 이를 거부하자 재계약을 하지 않는 것에 대해 피해자가 이를 불법행위로 규정하고 국가, 서울대학교, 가해자를 상대로 손해배상을 청구한 사건을 계기로 한국 사회에 널리 쓰이기 시작했습니다. 이 사건을 계기로 우리 사회에서 그간 은폐되어 왔던 원치 않는 성적 괴롭힘이나 성적 성가심 등의 행위가 어떤 행위인지와 관련하여 '성희롱'이라는 말로 표현, 통용되기 시작했습니다.

(2) 성희롱 법제의 의미, 왜 "직장 내 성희롱"인가

① 범죄가 아니어도 불법행위에 해당하는 직장 내 성희롱

성희롱이란 범죄로는 구분되지 않는 가벼운 형태의 농담이나 성적 비하, 사적만남의 강요에서부터 형법상 강제추행이나 강간까지 포함하여 상대의 성적자기결정권을 침해하는 성적 폭력이며 권력관계의 불균형에서 오는 일종의 차별행위입니다. 즉 성희롱은 권력이 있는 자가 약한 자에게 성적 언동을 매개로 행하는 폭력이나 차별이라고 할 수 있습니다. 서구에서도 일찍이 성희롱이 문제되어 왔고, 법적 규제도 발전하여 왔습니다. '성희롱'이라는 표현은 서구의 'sexual harassment'를 우리말로 옮긴 것입니다. 직역하면 '성적 괴롭힘'이라고 할 수 있습니다. 미국의 고용평등기회위원회(EEOC)지침은 성희롱을 원하지 않는 성적인 접근, 성적인 호의의 요구, 그밖에 다른 성적 성질을 가지는 언어적, 육체적 행위라고 규정하고 있고, 유럽연합(EU)지침은 성희롱을 성적 성질을 가지는 모든 형태의 원하지 않는 언어적, 비언어적 또는 육체적 행위로서 개인의 존엄을 해치려는 목적을 가지거나 그러한 결과를 초래하는 행위 특히 위협적, 적대적, 굴욕적이거나 불쾌한 환경을 만들거나 그러한 결과를 초래하는 행위로 정의하고 있습니다.

조직이라는 것은 그 특성상 수직적인 권력관계를 속성으로 하고 있기 때문에 힘의 불균형상태에 상시적으로 놓이게 됩니다. 노동현장에서 벌어지는 성희롱은 특히나 피해자의 인권은 물론 일할 권리, 즉 노동권까지 침해하는 행위이므로 설령 그 행위가 '범죄'로 성립되지 않는 행위일지라도 조직 내에서 발생하는 성희롱은 차별과 폭력이자 괴롭힘으로써 법적으로 규제해야 할 필요가 있는 것입니다. 따라서 직장 내에서 발생하는 성희롱은 범죄로 구분이 되든 구분되지 않든 법적으로 금지되어 있는 불법행위이며, 이는 결코 가벼이 생각할 수 없는 것이라는 점을 기억하여야 합니다.

② 범죄 아닌 성희롱까지 법률로 규율하는 목적과 취지

피해자에게 원치 않는 성적인 언동을 하여 성적자기결정권을 침해하는 성폭력범죄는 이미 형법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력특별법') 등에서

범죄라고 하여 행위자를 국가가 직접 처벌하도록 하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 또다시 '성희롱'이라는 개념을 두고 법률로써 규제하는 이유는 무엇일까요?

성희롱 관련 법률은 주로 업무, 고용, 직장생활과 관련하여 그 조직의 장으로 하여금 성희롱을 금지, 예방하고, 발생 시 행위자를 조직 내 규칙에 의해 징계 등 조치하고, 피해자를 보호하며, 공공기관의 경우 이를 정부기관이 감독하는 것을 주요한 내용으로 하고 있습니다. 이와 같은 법률의 취지는 형법 등과 달리 성희롱 행위자를 국가가 직접 처벌하는 것이 아니라 문제가 생긴 조직 내에서 성희롱을 예방, 근절하고 제대로 해결하여 피해자가 그 조직에서 안전하게 근로할 수 있도록 보장하고자 하는 것입니다.

성희롱은 모든 형태의 원치 않는 성적인 성질을 가지는 언어적, 비언어적, 육체적 행위로서 피해자의 인격권, 성적자기결정권, 노동권을 침해하는 행위로 이는 불법행위이며, 행위자의 고의나 과실이 없거나 직접적인 입증이 어려운 경우라 할지라도 성립요건 및 판단기준에 따라 성희롱으로 성립될 수 있다는 것은 매우 중요한 지점이므로 성희롱 성립 여부에 대한 개념 및 판단기준에 대하여는 상담과 사건 해결을 위한 대응 시 꼭 기억하고 있어야 합니다.

(3) 성희롱의 법적 개념(성희롱 정의)

성희롱의 개념은 '국가인권위원회법(이하 '인권위법'이라 함)', '남녀고용평등과 일·가정양립지원에 관한 법률(이하 '남녀고용평등법'이라 함)', '양성평등기본법'에서 찾아볼 수 있습니다. 이 법률들이 법적으로 정의한 개념규정들은 공통적으로 '지위를 이용하거나 업무와 관련하여', '성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나', '성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용에서 불이익을 주는 것'으로 정의하고 있습니다.

각각의 법률상 정의는 아래와 같습니다.

구분	양성평등기본법	국가인권위원회법	남녀고용평등법
주체	'국가기관 등' (국가기관·지방자치단체, 각급학교, 공직유관단체)의 종사자, 사용자 또는 근로자	'공공기관 등' (국가기관·지방자치단체, 각급학교, 공직유관단체)의 종사자, 사용자 또는 근로자	사업주·상급자 또는 근로자
대상	불특정		다른 근로자
업무관련성	업무, 고용 그 밖의 관계에서 지위(직위)를 이용하거나 업무등과 관련하여		직장 내 지위를 이용하거나 업무와 관련하여
행위의 양태	성적 언동 또는 성적 요구	성적 언동 등	
행위로 인한 피해	• 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위 • 상대방이 성적 언동이나 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 고용상의 불이익을 주는 행위(남녀고용평등법에는 '근로조건 상의 불이익'도 포함되어 있음)		

표1 성희롱의 법적 개념

관련 법률 – 국가인권위원회법 제2조(정의)

3. '평등권 침해의 차별행위'란 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(前科), 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제정·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권 침해의 차별행위(이하 "차별행위"라 한다)로 보지 아니한다.

라. 성희롱[업무, 고용, 그 밖의 관계에서 공공기관(국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체를 말한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하여 또는 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니한다는 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다] 행위

남녀고용평등법 제2조(정의)

2. '직장 내 성희롱'이란 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 않았다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것을 말한다.

양성평등기본법 제3조(정의)

2. '성희롱'이란 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체 또는 각급 학교 및 공직유관 단체의 종사자, 사용자 또는 근로자가 다음의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우를 말한다.

가. 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위

나. 상대방이 성적 언동 또는 요구에 대한 불응을 이유로 불이익을 주거나 그에 따르는 것을 조건으로 이익 공여의 의사표시를 하는 행위

2 직장 내 성희롱 성립여부는 어떻게 판단하여야 하나

(1) 성희롱 여부 판단

'성희롱'이 성립하려면 우선 행위자 및 피해자가 위 법률에서 말하는 행위자와 피해자에 해당하는지를 판단해야 합니다. 또한 업무관련성 여부 및 행위자의 행위가 원치 않는 성적 언동으로써 피해자에게 성적 굴욕감을 유발했는지, 성적 요구에 대한 불응을 이유로 고용상, 근로조건상 불이익이 발생했는지도 파악하여야 합니다. 직장 내 성희롱에 해당하는지 여부에는 성립요건과 판단기준에 따라 결정하게 됩니다.

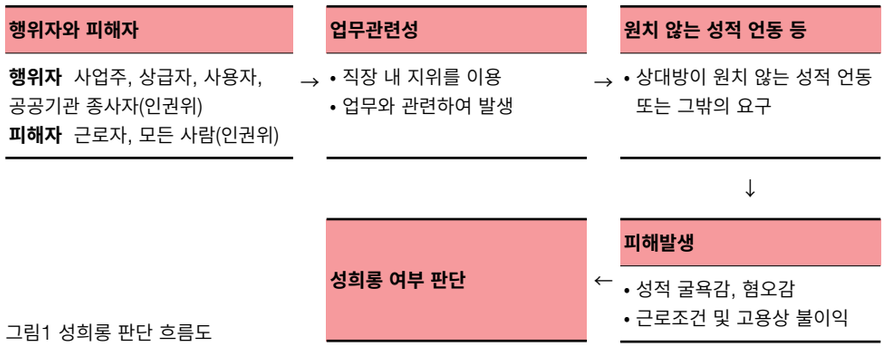

그림1 성희롱 판단 흐름도

(2) 직장 내 성희롱의 행위자와 피해자

업무와 관련하여 겪은 성희롱 피해의 경우 남녀고용평등법과 인권위법이 정의하고 있는 성희롱에 대한 법적 개념과 구제절차에 따라 대응이 가능한데, 두 가지 법은 행위자와 피해자에 관하여 적용범위가 조금 다릅니다.

남녀고용평등법의 경우 피해자가 속해 있는 사업의 사업주, 상급자, 근로자 사이에서 일어나는 성희롱에 대하여 적용되며, 인권위법은 남녀고용평등법에 비해 조직 내 성희롱뿐만 아니라 업무와 관련하여 일어나는 모든 성희롱에 대하여 적용되어 적용범위가 조금 더 넓습니다. 또한 남녀고용평등법의 경우에는 주무부처인 고용노동부를 통한 법적 제재가 가능하지만, 인권위법의 경우 사업주 의무 규정과 위반 시 벌칙 규정이 없어서 강제력이 약합니다. 따라서 양 당사자의 특성, 사업장 특성, 피해의 내용, 피해자의 요구사항 등을 잘 파악하여 어떤 기관에 진정할 것인지 판단하고 대응방법을 결정해야 합니다.

① 직장 내 성희롱 행위자

남녀고용평등법의 행위자는 사업주, 상급자, 근로자입니다. 인권위법상의 행위자는 사용자, 근로자, 공공기관 종사자이며, 사용자는 사업주와 사업주를 대리하여 근로자에게 업무지시를 하는 자를 포함합니다.

사업주	• 법인사업의 경우 법인 그 자체, 개인사업의 경우 개인사업주 • 법인 대표이사는 사업주가 아닌, 남녀고용평등법상 '상급자'에 해당
사용자	• 사용자는 사업주를 포함하는 넓은 개념 • '사업주, 사업의 경영담당자, 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'를 말함
공공기관 종사자	• 공공기관에 소속되어 보수(또는 임금)를 받고 그 업무를 수행하는 공공기관의 장 및 임직원 • 국가기관과 지방자치단체 및 국공립학교에 종사하며 공무원 관계법의 적용을 받는 공무원과 그 밖에 공공단체에 종사하며 근로기준법이나 남녀고용평등법의 적용을 받는 근로자까지 모두 포함 • '상당시간 공공기관 일정한 관련을 맺고 공공기관의 업무를 수행하고 있는 사람'도 포함 ✷ 공공기관이 공무원으로 임용한 강사가 아닌 한시적인 위탁교육 계약관계에 있는 강사의 당사자 적격을 인정한 사례 있음

표2 성희롱 행위자

② 직장 내 성희롱 피해자

남녀고용평등법상 피해자는 '근로자'이며, 이는 근로기준법상 근로자를 말합니다. 인권위법상 피해자는 근로자에 한정되지 않고 행위자인 사용자, 근로자, 공공기관종사자로부터 업무 관련하여 성희롱을 당한 사람은 모두 피해자가 되어 국가인권위원회에 진정할 수 있습니다.

특수형태고용종사자	• 특수형태고용종사자는 '남녀고용평등법'상 근로자에 해당되지 않아 해당 법에 의한 보호를 받을 수 없음 • 다만 '국가인권위원회법'에 따라 성희롱 행위자가 공공기관의 사용자, 종사자, 근로자인 경우 국가인권위원회에 진정제기 가능.
비정규직 근로자	• 정규직, 임시직, 계약직, 시간제 근로자 등 명칭, 고용형태, 근로계약기간에 관계없이 근로자에 해당
파견 근로자	• 파견근로자 역시 근로자에 해당 • 파견근로자가 실제로 일하는 사업장의 사업주(사용사업주)에게 성희롱 예방교육을 실시할 의무 있음 • 파견근로자가 일하는 사업장의 소속 근로자가 성희롱을 한 경우 그 사업장의 사업주(사용사업주)에게 성희롱 발생시 조치할 의무가 부여됨
하청업체 또는 협력업체 근로자	• '남녀고용평등법'상 근로자에 해당 • 원청업체와의 업무를 수행함에 있어 ① 업무의 연속성이 있고 ② 원청업체 직원과 같은 공간에서 업무를 수행하는 경우, 하청업체 근로자가 원청업체 사업주나 소속 근로자에게 성희롱을 당하였다면 원청업체 사업주에게 '남녀고용평등법'상의 성희롱 조치의무가 있음
구직자	• 구직자도 '남녀고용평등법'의 보호를 받음 (남녀고용평등법 제2조 4호) ✷ 예를 들어 취업 면접을 보러 온 구직자에게 구직업체 사업주나 소속근로자가 성희롱을 한 경우 '남녀고용평등법'을 적용함

표3 성희롱 피해자

③ 고객 등 제3자가 행위자인 경우

고객, 거래처 직원 등 피해자와 같은 사업장에 소속되어 있지 않으나 업무와 밀접한 관련이 있는 제3자는 남녀고용평등법의 각 조항이 적용되는 성희롱 행위자는 아닙니다. 인권위법상의 행위자에도 해당되지 않아 고객 등 제3자에 의한 성희롱은 현행법상 성희롱으로 제재할 수는 없습니다.

다만 '남녀고용평등법'은 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 자가 업무수행 과정에서 성희롱을 당하고 고충해소를 요청할 경우 사업주는 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 취하여야 하고, 피해근로자에게 불이익한 조치를 취해서는 안된다고 규정하고 있습니다.

관련 법률 – 남녀고용평등법 제14조의2 (고객 등에 의한 성희롱 방지)

① 사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 자가 업무수행 과정에서 성적인 언동 등을 통하여 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 하여 해당 근로자가 그로 인한 고충 해소를 요청할 경우 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다. 위반시 300만원 이하의 과태료

② 사업주는 근로자가 제1항에 따른 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 불응한 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다. 위반시 500만원 이하의 과태료

한편, 현행 남녀고용평등법에서는 회사가 성희롱 사건의 발생을 인지하였을 때 즉시 조사하여 행위자에 대한 조치를 취할 법적 의무가 있는 바(남녀고용평등법 제14조), 거래처 직원이 행위자인 경우에는 해당 회사에 이를 알려 고충을 해결할 수 있는 방법도 있다고 해석해야 합니다. 이와 같은 경우에는 피해자 요구사항이나 피해자 소속 회사의 의지와 협조 등의 문제가 사전에 충분히 고려되어야 하기 때문에, 상담 시에는 이 점을 잘 살피고 파악할 필요가 있습니다.

예를 들어, 고객이 콜센터 근로자를 포함해 근로자에게 전화를 걸어 성희롱을 한 경우에는 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법'(이하 '성폭력특별법'이라 함)상 "자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 사람"에 해당하여 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있습니다. 그러나 해당 조항의 처벌이 가벼운 벌금형이라 수사기관의 의지가 크지 않고, 손해배상금 역시 적어 실제 피해자가 소송비용과 업무시간을 들여가며 진행할 가능성이 낮아, 실효성 있는 법 개정이 필요합니다.

④ 당사자의 성별

남성과 여성 모두 성희롱 행위자, 성희롱 피해자가 될 수 있습니다. 따라서 동성 간에도 성희롱으로 인정될 수 있습니다. 성별로 성희롱 성립 여부를 구분 짓지는 않습니다.

관련 판례 – 여성근로자들이 남성근로자를 성희롱한 사건을 남녀고용평등법상 성희롱에 해당한다고 인정한 판례(서울지법 2002. 5. 3. 선고 2001가합6471 판결)

의류제조·판매 회사의 생산부 미싱사와 미싱보조로 일하는 여성근로자 A와 B는 같은 회사 생산부 소속 기계실 기계 수리기사 보조사원으로 일하는 남성근로자 C에게 성희롱을 한 것이 문제되었다. C는 거부의사를 표시했음에도 불구하고 A와 B는 C에게 신체접촉을 하였다. 이에 대해 서울지방법원은 여성인 A와 B가 남성인 C에 대해 한 성적인 행위가 '남녀고용평등법'상 성희롱에 해당되고, C가 A와 B의 행위로 인해 받은 정신적 고통이 인정된다고 하였다.

(3) 직장 내 성희롱의 판단기준

① 직장 내 지위를 이용하거나 업무와의 관련성이 있어야 합니다

직장 내의 지위를 이용하거나 업무와의 관련성이 있는 경우 직장 내 성희롱이 됩니다. 업무관련성은 반드시 '근무시간 내'에 '근무 장소'에서 발생한 것이 아니어도 인정될 수 있습니다. 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장 내 지위를 이용하거나 업무와 관련이 있는 경우라면 사업장 밖에서 근무시간 외에 성희롱을 한 경우에도 직장 내 성희롱으로 볼 수 있습니다. 예를 들어 출장 중인 차안, 업무와 관련이 있는 회식장소, 야유회장소, 업무협의를 위해 사업장 밖에서 만난 상황에서 발생한 성적 언동 등으로 피해자가 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다면 이는 직장 내 성희롱이 됩니다. 특히 술자리는 업무에 기초하여 마련된 자리일 경우 업무관련성이 당연히 인정되며, 업무 이외의 사적인 이야기가 오고 가고 근로자들 간 친목도모의 자리였다 할지라도 업무를 목적으로 하였거나 고용관계에 기초하여 마련된 자리라면 업무관련성을 인정합니다. 이 경우 법인 카드 사용 여부나 관리자 등의 참석 여부도 살펴볼 필요는 있습니다. 성희롱이 발생한 시간대 역시 성희롱의 발생은 반드시 근무시간 중일 것을 요하지 않는데, 예컨대 근무시간 이외의 시간에 발생한 성희롱일지라도 그 만남의 성격이 쌍방 모두 혹은 쌍방 중 어느 1인이 종사하고 있는 업무와 관계가 있는 자리라면 업무관련성을 인정합니다.

이렇듯 성희롱은 '지위를 이용하거나 업무 등과 관련'되어야 하는데, '지위의 이용'과 '업무관련성'은 어느 하나가 충족되면 되고, '지위의 이용'여부와 관련해서는 권한의 남용도 포함됩니다. 조직 내에서 지위가 높고 권한이 많은 임원 등에 의한 성희롱 피해가 많은데, 이 경우 조직은 성희롱예방의 의무가 있는 자가 그 권한까지 남용하여 성희롱 행위를 한 것으로 보아, 가중하여 징계양정 등을 결정하는 것이 바람직합니다.

② 피해자가 원하지 않는 행위여야 합니다

'상대방이 원치 않는 행동'이라는 것은 '동의하지 않은 행동'이라는 의미입니다. 이와 같은 '동의여부'는 적극적으로 살펴볼 필요가 있습니다. 명시적인 동의가 없다면 원치 않았다는 것으로 해석하는 것이 마땅하다는 것입니다. 그래서 상대방이 명시적으로

거부의 의사표시를 표현한 경우뿐만 아니라, 적극적으로나 소극적으로 또는 묵시적으로 거부하는 경우도 '원치 않는 행동'으로 보는 것이 맞습니다. 즉, 행위자의 성적 언동에 대하여 직접적으로 분명하게 거부를 해야만 성희롱이 성립되는 것은 아닙니다. 피해자가 원하지 않는다는 사실이 정황으로 파악만 되면 족하는 것이며, 거부의 의사표시가 반드시 성립요건은 아니기 때문에 이 점에 관하여는 피해사실을 청취할 때 반드시 구분하여야 합니다. 호주의 인권위원회 성희롱 지침 중에는 "누군가가 직장에서의 부적절한 행위에 대해 그 당시에 반대하지 않았다는 것이, 그가 그 행위에 동의했음을 의미하지는 않는다"라는 내용이 있습니다. 우리나라에서도 최근 성폭력 사건에 있어서 논의가 활발하게 되고 있는 부분인데, 범죄로 구분되지 않는 조직 내 성희롱 사건에서는 명시적인 동의가 없었다면 모두 피해자가 원치 않았던 행위라고 보는 것이 타당합니다.

한편, 최근에는 직장 상사의 원치 않는 사적 만남의 제안으로 인한 성희롱 피해가 많고, 사건화되었을 때 행위자가 서로 원하는 만남이었다거나 개인적 친분관계 또는 연인관계에 있었다고 항변하는 경우가 많기 때문에 이 경우에는 원치 않았던 만남이었다는 것이 정황상 뒷받침될 수 있어야 인정받을 확률이 높습니다. 예컨대 다른 이유를 들어 제안을 거절하였다거나(다른 선약이 있다거나 업무상 이유를 들어 제안을 거절) 애초 두 사람의 관계가 적절치 않는 관계이거나(양쪽 또는 어느 일방이 기혼자) 반복적인 제안이 있었다거나 제안의 시기나 방법, 연락의 시간대(우회적인 거절에도 불구하고 지속적인 제안, 별도의 연락방법을 취하거나 늦은 밤 또는 휴일에 연락) 등을 종합적으로 보게 됩니다.

현실에서는 피해자가 사회 경험이 부족하여 성희롱 상황에 어떻게 대처해야 하는지 몰라서, 또는 행위자가 고위직급이거나 피해자의 근로조건을 결정하는 등 생사여탈권을 쥐고 있어서, 피해자보다 강한 권한을 가지고 있는 자이기 때문에 거부의사를 표현하기 어려운 조건이어서, 거절할 경우 2차 피해 발생을 우려하여 명시적으로 거부의사를 표현하지 못하는 경우가 더 많습니다. 따라서 그 행위가 성적 굴욕감 등을 느끼게 하는 원치 않는 행위인지 여부는 피해자가 거부의사를 표현했는지보다 피해자의 입장에서 그 행위가 발생한 맥락과 경위, 그 행위의 정도나 양태 등을 종합적으로 검토해서 판단해야 합니다. 상담 시에는 행위자의 제안에 피해자가 어떻게 반응하고 대처해왔는지에 대하여만 확인하고, 거절의 의사표시를 왜 하지 못하였는지에 대해서는 양 당사자간 위계관계나 위력의 정도를 파악하는 선에서 확인하면 됩니다.

③ 성적 언동 또는 그 밖의 요구이어야 합니다

'성적' 언동이나 그 밖의 요구는 성적인(sexual) 의미가 내포되어 있는 경우를 의미합니다. 이와 같은 성적인 언동은 단 1회만이어도 직장 내 성희롱으로 성립이 됩니다.

서울행정법원은 성적 언동이란 "상대방이 원하지 않는 성적 의미가 내포된 육체적, 언어적, 시각적 행위"(서울행정법원 2005. 1. 19. 선고 2004구합23759 판결)라 하였고, 대법원은 "남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위"(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두6461 판결)라고 판단하고 있습니다.

그 언동이 특정인을 염두에 두지 않은 것이라도 그것을 듣거나 보는 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 준다면 직장 내 성희롱이 됩니다. 성적 언동은 신체적 접촉 행위 뿐 아니라 말이나 제스추어, 무언가를 보여주거나 보게 하는 행위, 시선 등 다양한 행위를 모두 포함합니다. 그런데 논란이 될 수 있는 상황이 있습니다. 예를 들어 회식자리에서와 같이 다른 동료들이 같이 있는 자리에서 행위자가 특정 근로자를 대상으로 하는 언동이 성희롱적인 상황이라고 하여 신고 또는 제보가 들어왔을 때입니다. 만약 피해자가 행위자의 성적인 언동에 대하여 원치 않았던 행동이며 성적 불쾌감을 느꼈다면 더 살펴볼 필요도 없이 성희롱으로 성립될 것입니다. 그런데 때로는 피해 당사자가 "성적 불쾌감을 느끼지 않았고 문제 삼지 않겠다"라고 하는 경우입니다. 제3자가 보았을 때 성희롱 상황이었다고 할지라도 해당 경험을 한 근로자가 원하는 상황이었다라고 하거나 문제가 되지 않는다고 하는 경우에는 제3자가 성희롱이라고 예단할 수는 없습니다. 이와 같은 사례는 보통 제3자의 익명제보나 목격자에 의한 신고사건에서 가끔 보게 되는 상황입니다. 이 경우 회사가 해당 사건을 어떻게 접근하여 처리할지 고민해야 합니다. 피해 당사자가 성희롱이라고 생각하지 않는 이유나 상황, 피해자의 그러한 입장에도 불구하고 조직 구성원들 있는 자리에서 벌어진 사건에 대하여 성희롱으로 볼 수 있을지 여부(환경형 성희롱), 성희롱 사건으로 처리하지 않는 경우에 있어서도 조직이 해당 사건에 대하여 규율할 필요가 있는지 여부 등은 충분히 고려해야 할 지점입니다.

'성적인 언동 등'에 해당하는지에 관하여는 남녀고용평등법 시행규칙 제2조에 의한 별표1 '직장 내 성희롱을 판단하기 위한 기준의 예시'에서 성적 언동 및 그 밖의 요구에 해당하는 경우를 예시하고 있습니다. 그러나 반드시 이에 국한되는 것이 아니며, 예시된 행위가 발생할 경우에도 구체적인 맥락에 따라 성희롱으로 인정되지 않는 경우도 있습니다.

성적 언동인지 아닌지는 맥락에 따라 파악되어야 합니다. 객관적인 행위 사실만으로 판단이 어려운 경우가 많은데, 어떤 언동이 어떤 상황에서 벌어졌느냐에 따라 제3자가 보았을 때에도 성적 수치심을 느낄만한 것이었느냐를 판단해야 합니다. 예를 들어 회식자리에서 상사가 여성 부하 직원에게 술을 따르기를 강요한 경우 이것이 성적인 함의를 가진 성적인 언동이었는가 아니면 성적 함의 없는 단순히 권위적이고 남성 중심적인 주류문화로 인한 것이었는가는 당시 행위자의 구체적인 언동, 피해자의 반응, 전체적인 조직문화, 그 밖의 사람들의 반응, 평소 행위자와 피해자의 관계 등 사건의 전체적인 맥락 속에서만 파악될 수 있습니다. 한편, 행위자는 대부분 그와 같은 언행을 한 사실이 없다거나 기억이 나지 않는다고 부인하는 경우가 많기 때문에 정황을 뒷받침해 줄 수 있는 목격자나 참고인의 진술이 필요하고, 그와 같은 진술을 확보하게 되는 경우에는 해당 언행이 성적인 언동이라는 점이 함께 확인되는 것이 필요합니다.

유형	개념	예시
육체적 성희롱	상대의 의사와 상관없이 신체적으로 접촉하거나 특정 신체부위를 만지는 행위	• 업무 과정에서 격려를 한다는 핑계로 머리나 등을 쓰다듬거나 엉덩이를 툭툭 치는 행위 • 손금을 봐준다면서 손을 끌어당겨 손을 주물럭거리거나 손깍지를 끼는 행위 • 허리를 잡고 다리를 만지는 행위 • 안마를 해준다며 어깨를 만지는 행위 • 업무를 보고 있는데 의자를 끌어와 몸을 밀착시키는 행위
언어적 성희롱	상대의 의사와 상관 없이 음란하고 상스러운 말, 임신·출산·피임 등과 관련하여 성적인 비유나 함의, 행위묘사 등이 포함된 표현, 외모에 대한 성적인 비유나 평가, 성적인 사생활을 묻거나 유포하는 등의 행위	• “○○씨랑 사귄다면서? 어디까지 갔어?” • “카톡 프로필 사진 정말 이쁘다. 설레인다” • “오늘 치마 입고 왔네? 남친이랑 어디 가니? 불금이라고 오늘 외박해?” • “어제 또 야동 봤지?” • “남자는 허벅지가 튼실해야 하는데, 좀 부실하다.” • “아기 낳은 적 있어? 무슨 잔머리가 이렇게 많아? 아기 낳은 여자랑 똑같아” • “술집여자같이 그런 옷차림이 뭐야?”
시각적 성희롱	상대방의 의사와는 상관 없이 눈으로 인지가 가능한 행동을 통해 성적 혐오감이나 불쾌감을 주는 것	• 가슴이나 엉덩이, 다리 등 특정 신체부위를 빤히 쳐다보는 것 • 컴퓨터 모니터로 야한 사진을 보여주거나 바탕화면, 스크린세이버로 깔아놓는 것 • 야한 사진이나 농담시리즈를 카톡, 메신저 등을 통해 전송 • 다른 직원들 앞에서 자신의 바지를 내려 상의를 바지 속으로 넣는 것 • 원치 않는 윙크를 계속하는 것 • 사무실에서 기사를 보다가 화면에 뜬 야한 사진 또는 동영상을 보는 것
기타 성희롱	사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것으로 인정되는 모든 행동	• 원하지 않는 만남이나 교제를 강요하는 행위 • 퇴폐적인 술집에서 이루어진 회식에 참석을 종용하는 행위 • 거래처 접대를 해야 한다며 원치 않는 식사, 술자리 참석을 강요하거나 거래처 직원과의 만남을 강요하는 행위 • 사적인 내용의 문자를 보내서 보내지 말라고 했더니 동료들 앞에서 인격적으로 무시하는 행위 • 보고싶을 때마다 보려면 간직하고 있어야 한다며 사진을 보내라고 요구하는 행위

표4 성희롱 유형

④ 합리적 피해자 관점과 성인지 감수성을 바탕으로 판단해야 합니다

많은 경우 “피해자가 기분 나쁘다고 하면 다 성희롱이냐”라고 질문하는 경우가 있습니다. 피해자 역시 “내가 기분이 나쁘면 다 성희롱 아니냐”라고 주장하기도 합니다. 이는 피해자 입장에서 성희롱 사건을 판단하여야 한다는 것에서 비롯된 오해이기도 합니다. 성희롱인지 여부를 판단할 때는 피해자가 느끼는 감정에 앞서 그와 같은 감정을 유발한 원치 않는 성적 언동이 당연히 전제되는 것이며, 그와 같은 성적 언동으로 인하여 느끼게 된 감정에 대하여도 객관적인 판단을 하게 되는 것이니, 이 점에 대하여는 상담자도 오해가 없어야 합니다.

직장 내 성희롱을 판단함에 있어 피해자가 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느꼈는가가 성립 요건이나, 이는 주관적인 감정이므로 개인마다 다를 수 있습니다. 따라서 이를 누구의 관점에서 그렇게 느낄 수 있는지 객관적으로 판단해야 하는지가 문제됩니다. 이에 대해 최근 대법원은 “우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자와 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리, 판단하여야 한다”고 하였습니다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결). 즉 합리적인 일반인의 관점이 아니라 합리적인 피해자의 관점에서 판단해야 한다는 뜻입니다.

직장 내 성희롱 발생 시 행위자와 피해자간의 관계 등을 고려했을 때 피해자는 거부의 의사표시나 사후적 대처 등에 매우 취약할 수밖에 없습니다. 이와 같은 특성을 고려하지 않고, 행위자의 의도에 대하여 선의로 해석하려 하거나 피해자의 태도를 문제 삼을 경우 성희롱 사실에 대한 판단보다 행위자와 피해자가 어떤 사람인가를 중심으로 판단을 하게 됩니다. 이 경우 취약한 피해자의 입장보다는 우월한 지위에 있는 행위자 또는 그 지위에 쉽게 감정이입되는 성별의 입장(남성 중심의 가부장 사회에서 갖고 있는 편견이 작용)에서 사건을 보게 됩니다. 그렇게 되면 피해자의 진술은 믿을 수 없다며 배척될 수도 있습니다. 피해자의 구체적이고 일관된 진술이 있다면 그것을 뒷받침할만한 정황상 근거들을 통하여 성립여부를 판단할 수 있는 것이기 때문에, 사건을 상담하거나 조사할 때에는 합리적 피해자 관점에서 피해 근로자 등의 진술을 충분히 청취하여야 합니다.

이러한 상황에 대해 최근 대법원은 “법원이 성희롱 관련 소송을 심리를 할 때에는 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지감수성’을 잃지 않아야 하며, 피해자가 성희롱 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 이른바 2차 피해를 입을 수 있다는 점을 유념하여 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하여 판단하여야”한다고 하였습니다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결). 즉 상급자·하급자 간이나 정규직·비정규직 간의 성희롱과 같이 피해자와 행위자의 권력관계가 불평등한 경우 원치 않는 성적 언동을 직접적, 적극적으로 거부하기 어렵다는 것이 성희롱의 주요 특징이라는 점을 유념하여야 하며, 이러한 피해자의 특별한 사정을 충분히 이해하고 고려하여 성희롱을 판단해야 하는 것입니다.

Tip. 성인지 감수성이란?

어떤 현실이 마치 객관적이고 중립적인 것처럼 보이나, 실제로는 남성중심적인 사고방식과 사회문화적 구조로 인해 여성과 남성이 처한 상황과 조건, 기대되는 요구, 자원과 개발에 대한 접근 기회와 통제권한, 의사결정권한 등에 있어 차이가 존재하며 이로 인해 성별로 다른 결과와 영향을 초래하게 되는 상황에 대해 인식하는 능력을 말합니다.

관련 판례 – 대학교수가 여학생들에게 언어 성희롱과 신체적 접촉을 하여 징계해고된 사건에 대해 합리적 피해자의 관점과 성인지 감수성을 기준으로 성희롱으로 인정한 판례 (대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결)

원심은 원고가 학생들과 친한 관계를 유지하였다는 점, 성희롱 행위 이후에도 피해자가 계속 수업을 수강한 점, 다른 피해자가 자신의 피해에 대한 법정 진술은 하지 않고 다른 피해자의 증인으로만 진술하고 있는 점, 6개월 이상 지난 일에 대해 문제제기한 점, 자신의 신고에 대한 책임 추궁을 두려워하고 있는 점 등을 들어 성적 굴욕감을 느꼈다고 보기 어렵거나 진술을 믿기 어렵다며 배척하고 성희롱으로 인정하지 않음.

대법원은 성희롱 피해자는 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 그 피해사실을 즉시 신고하지 못하고 있다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 또는 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않으므로 이와 같이 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척해서는 안됨. 성희롱 판단에 있어 성차별 문제를 이해하고 성인지 감수성을 잃지 않아야 하고 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하여 피해자와 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는지를 기준으로 판단해야 함.

⑤ 행위자의 의도는 직장 내 성희롱 성립여부와 무관합니다

성적인 언동을 판단함에 있어 행위자의 의도 여부가 성희롱 성립의 기준인가가 문제가 될 수 있습니다. 결론은 행위자의 성적 의도 여부는 성희롱 판단의 기준이 아니라는 것입니다. 직장 내 성희롱의 성립요건은 피해자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위이기 때문에 피해자가 그러한 불쾌감을 느꼈는지 여부가 중요합니다. 행위자가 성적 언동을 성희롱으로 인식하지 못하였거나 그 행위로 인해 피해자가 성적 수치심 등의 피해를 입을 것이라 예상치 못한 경우라도 결과적으로 피해자가 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느꼈다면 성희롱에 해당됩니다.

형법과는 달리 직장 내 성희롱이 행위자의 고의, 과실을 묻지 않는 이유는 행위자가 성적 의도가 없었거나 성희롱이라는 인식을 하지 못하였더라도 피해자의 피해사실에는 변함이 없으며, 오히려 의도 없이 행한 성희롱이 건강한 조직문화 형성이나 피해자의 근로환경 악화에 더 악영향을 줄 수 있습니다. 행위자의 의도성은 징계수위를 결정하는 데에 참작할 수는 있지만, 성희롱 성립여부를 결정하는 요건이나 판단기준은 아니라는 점을 반드시 기억해야 합니다.

한편 피해 근로자가 사건이 있고 나서 행위자에게 문제제기를 하고, 이에 행위자가 사과를 한 경우에도 피해 근로자는 해당 사건에 대한 공식적인 처리를 회사에 요구할 수 있습니다. 조직은 그와는 별개로 행위자에게 성희롱 행위에 대한 책임을 물을 수 있습니다.

⑥ 직장 내 성희롱 행위로 인한 피해의 내용

원치 않는 성적 언동으로 인하여 피해자가 입은 피해란 첫째, 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나, 둘째, 성적 언동 또는 그 밖의 요구에 불응한 것을 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것입니다. 이 두가지 유형의 피해 중 어느 하나에만 해당되면 되고, 행위자가 그것을 의도했는지와는 관계가 없습니다.

(4) 직장 내 성희롱의 특성과 발생원인

직장 내 성희롱이 문제된 사업장에서는 보통 다음과 같은 공통된 특성이 발견됩니다.

키워드	설명
제3자행위	거래처직원, 고객 등 제3자에 의한 성희롱이 증가
저경력 저직급	주로 입사초기 직원(비교적 저연령, 짧은 근속년수, 낮은 직급)이 대상
시각적 성희롱	상대방의 의사와는 상관 없이 눈으로 인지가 가능한 행동을 통해 성적 혐오감이나 불쾌감을 주는 것
비정규직 차별	고용형태에 따른 차별이 많은 사업장 (권위주의적 계층구조 비정규직)
야근	야근이 많음 (공식적인 근무외의 시간은 성희롱 발생의 잠재적 요인)
상습성	사업주, 상사에 의한 지위를 이용한 '상습적' 성희롱
음주회식	'음주 중심'의 회식자리와 그 후에 발생
교육미비	성희롱 예방교육을 하지 않거나 하더라도 형식적인 경우가 많음
反피해자	문제제기 후 처리과정에서 피해자 보호 및 권리보장이 제대로 이루어지지 않음

표5 성희롱 발생 사업장의 공통점

가부장제 사회에서 여성은 남성과 동등한 지위를 가지는 시민이나 동료가 아니라 여성으로서의 성역할을 기대함으로써 남성을 보조해주는 역할을 하거나(성별 직종분리, 여성의 승진 제한 등) 접대를 위한 성적 대상(여성은 직장의 꽃, 회식자리에서의 술따르기나 도우미 역할 등 접대 강요, 거래처 접대 시 동석 요구 등)이 되기 쉽습니다. 이러한 인식의 연장선에서 성희롱은 발생합니다. 즉 성희롱은 권력이 있는 자가 약한 자에게 성적 언동을 매개로 행하는 폭력이자 차별입니다. 이는 고용시장에서의 구조화된 성차별과 성차별이 내재화된 조직에서 성희롱이 더 많이 목격되는 이유이기도 합니다. 차별과 폭력, 괴롭힘이 일상화된 조직일수록 문제적 상황에 대하여 둔감하고, 잠재적인

성희롱에 대한 관리가 이루어지지 않는 것입니다. 그래서 일상화된 성차별적인 의식과 언행은 당장 법적으로 성희롱을 구성하지 않는다해도 필연적으로 성희롱을 발생시키는 원인이 되는 것입니다. 나아가 '여성다움'과 '남성다움'에 대한 편견은 여성의 의사를 무시한 성적 언행들을 용인하고 그에 대한 여성들의 문제제기는 터부시하게 만듭니다. 결국 이와 같은 조직문화를 당연한 것으로 인식하게 됨으로써 성희롱에 대해 관용적 태도를 보이게 되는 것입니다. 따라서 성희롱에 대한 감수성을 키우기 위해 노력하고 적극적으로 대처하는 과정을 통해 조직문화를 바꿔나가야 하는 것입니다.

하나의 행위가 남녀고용평등법, 인권위법상 성희롱 관련 규정과 성폭력특별법 및 형법 등의 성폭력 관련 규정의 적용을 동시에 받을 수도 있습니다.

	성희롱	성폭력
공통점	상대방이 원치 않는 성적 언동으로 성적 자기결정권을 침해하거나 성적 불쾌감을 유발하는 행위	
적용 법률	'남녀고용평등법', '인권위법', '양성평등기본법'	'성폭력특별법'과 '형법'
목적	피해노동자, 학생, 국민의 노동권, 학습권을 침해하는 불법행위로서 이들의 권리를 보호하고 조직 내 성희롱의 예방 및 근절을 통해 성평등하고 안전한 일터와 학교 등의 구축을 목적으로 하므로, 고의성이 없어도 신체적 접촉이 없는 언어적, 시각적 성적 언동도 해당	성적 자기결정권을 침해하는 범죄로서 행위자 개인에 대한 처벌을 목적으로 하므로 공의성 등 범죄요건 충족

표6 성희롱과 성폭력의 차이

'직장 내 성폭력'이라고 명명할 때, 이를 좁은 의미에서의 성폭력 범죄라고 생각하지 말고, 넓은 의미에서의 성폭력이라고 이해하는 것이 맞습니다. 결국 법률상 성희롱 요건을 갖추었는가 여부, 법률상 성폭력 범죄행위에 해당하는가 여부는 관련 법률이 정하고 있는 처벌 기준의 적용 또는 구제절차를 밟을 수 있는지 여부, 사용자에게 징계의무가 발생하는지 여부를 구분하는 기준일 뿐입니다. 따라서 법률상 성희롱, 성폭력으로 인정되지 않는다고 해서 그러한 행위가 우리 사회에서 용인되는 것으로 해석되어서는 안 되는 것입니다. 따라서 사업장에서 제기된 성희롱·성폭력 고충이 일부 요건의 결여로 인하여 법률이 정하고 있는 '성희롱'이나 '성폭력범죄'에 해당하지 않는 경우라고 할지라도 넓은 의미에서의 성폭력으로 규제할만한 사안인지, 그 밖에 조직 구성원 간의 부적절한 언행인지 여부 등을 판단하여 대응할 수 있어야 합니다. 따라서 피해자가 항상 묻는 "성희롱이냐 아니냐"를 법적인 요건과 판단기준으로만 국한하여 판단하고 답변하기보다는 조직 내에서 이를 문제제기하고 재발방지를 위하여 필요한 조치를 요구할 수 있을 만한 사안인지를 폭넓게 보고 상담할 수 있어야 합니다.

3 사업주의 의무

(1) 사업주의 의무와 위반시 제재

예방의무 → 연 1회 이상 정기적 직장 내 성희롱 예방교육 실시
예방교육 내용 게시 또는 비치하여 근로자에게 홍보

조치의무 → 성희롱 인지시 지체없이 조사 실시
행위자 징계 등 조치
피해자 보호 조치
고객 등에 의한 성희롱 피해자 보호 조치비밀 누설 금지
피해자 불리한 처우 금지

자율적 해결 노력 의무 → 고충처리기관 설치
상담 및 구제 절차 확립

그림2 사업주 의무

의무	근거 법조문	위반 시 제재
(1) 성희롱 금지 의무	법 제12조 법 제39조제1항	1,000만 원이하 과태료
(2) 성희롱 예방교육 실시 의무		
① 매년 1회 이상, 사업주 및 근로자 모두 이수	법 제13조제1항 법 제39조제2항제1호의2	500만 원이하 과태료
② 성희롱예방교육의 내용을 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시 또는 비치	법 제13조제3항 법 제39조제2항제1호의3	500만 원이하 과태료
③ 성희롱예방교육을 위탁하여 실시하는 경우, 성희롱예방교육 기관에 성희롱예방교육의 내용, 방법 및 횟수 등에 관하여 미리 알려 그 내용이 포함되도록 하여야 함		없음
④ 직장 내 성희롱 예방지침을 마련하고 사업장 내 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시		없음
(3) 성희롱 발생 시 조치의무		
① 성희롱 사건 신고 접수 의무		
② 성희롱 사건 신고 또는 인지 시 지체없이 조사 및 조사 과정에서 피해자에 대한 성적 불쾌감 유발 금지	법 제14조제2항 법 제39조제2항제1호의4	500만 원이하 과태료

③ 조사기간 중 피해근로자 등 보호를 위해 근무장소 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치. 조치는 피해자의 의사에 반할 수 없음.		없음
④ 성희롱이 확인된 경우 피해근로자 요청시 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치	법 제14조제4항 법 제39조제2항제1호의5	500만 원이하 과태료
⑤ 성희롱이 확인된 경우 피해 근로자 의견을 청취하여 행위자에 대하여 징계, 근무장소 변경 등 필요한 조치	제14조제5항 법 제39조제2항제1호의6	500만 원 이하 과태료
⑥ 성희롱 피해자 불이익조치 금지	법 제14조제6항 법 제37조제2항	3년 이하 징역 또는 3,000만 원이하 벌금
⑦ 성희롱 사건 조사자, 보고 받은 자, 조사 과정에 참여한 자 등의 비밀 누설 금지	법 제14조제7항 법 제39조제2항제1호의7	500만 원 이하의 과태료
⑧ 제3자 성희롱에 대한 피해자 보호조치 (근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등)	제14조의2제1항 법 제39조제3항제1호의2	300만 원 이하의 과태료
⑨ 제3자 성희롱피해근로자에 대한 불이익조치 금지	법 제14조의2제2항 법 제39조제2항제2호	500만 원 이하의 과태료
(4) 분쟁의 자율적 해결 의무		
① 직장 내 성희롱 처리 규범 및 기구 마련		없음
② 직장 내 성희롱 상담 및 구제절차 확립		없음

표7 남녀고용평등법에서의 사업주 의무와 위반시 제재

(2) 직장 내 성희롱 관련 사업주 의무의 특징

직장 내 성희롱은 인권침해이고, 법률에서 금지하고 있는 불법 행위입니다. 또한 근로자의 근로환경을 악화시키고 심한 경우 피해 근로자가 어쩔 수 없이 직장을 그만두게 될 경우 심각한 정신적·신체적·경제적 피해를 발생시키기도 합니다. 그래서 직장 내 성희롱 관련 법률의 취지는 피해 근로자의 노동권을 보호하고 침해된 권리를 회복시키고 안전하고 성평등한 직장 문화를 구축하기 위한 것입니다. 이러한 법의 취지를 충족시킬 수 있는 자는 사업주이기 때문에 '남녀고용평등법'은 직장 내 성희롱의 예방 및 처리에 관한 모든 책임을 사업주에게 지우고 있으며, 각 의무 위반 시 과태료 부과 및 처벌규정을 두고 있습니다. 또한 사업주는 근로자에 대하여 기본적으로 안전한 근로환경을 제공해야 할 안전배려의무가 있기 때문에 이런 측면에서도 직장 내 성희롱을 예방할 책임을 부담합니다. 그래서 판례는 성희롱 행위자 뿐 아니라 사업주에 대하여도 민법상 불법행위에 따른 손해배상 책임(제750조), 행위자의 성희롱 행위에 대한 사용자로서의 책임(제756조)을 인정하고 있습니다.

(3) 남녀고용평등법 성희롱 관련 규정의 구체적 내용

① 사업주의 직장 내 성희롱 금지 의무(남녀고용평등법 제12조, 제39조 제1항)

사업주, 상급자, 근로자는 직장 내 성희롱을 하여서는 안됩니다. 사업주가 직장 내 성희롱을 하는 경우에는 1,000만 원 이하의 과태료에 처하게 됩니다. 사업주 외의 자가 성희롱을 한 경우 과태료 규정이 없고, 사업주가 행위자에 대한 징계 등 조치를 취하도록 하여 간접적으로 규율하고 있습니다. 단, 상급자, 근로자의 성희롱 행위가 성폭력특별법이나 형법 등을 위반한 범죄에 해당하면 검찰이나 경찰에 고소하여 행위자에 대한 처벌을 구할 수 있습니다.

따라서 피해자가 성폭력특별법이나 형법 등에서 규율하고 있는 범죄의 피해가 확인되면 사내에서의 처리 절차를 밟는 것 외에 형사 고소 등을 고려해 볼 수가 있습니다. 통상 사내 처리 절차를 통하여 행위자에 대한 징계 등의 조치 결과를 지켜본 뒤에 형사고소 또는 민사소송을 진행하거나 병행하는 것이 좋겠습니다. 이와 같은 대응은 사건의 내용과 특징에 따라 다르기 때문에 일반화시키는 어렵고 상담의 내용에 따라 상담자가 판단하셔야 할 것입니다.

② 사업주의 직장 내 성희롱예방 교육 의무(남녀고용평등법 제13조, 제39조 제2항)

가) 교육을 실시할 의무

상시 근로자 1인 이상 모든 사업장에서 사업주는 매년 1회 이상 전체 직원에 대하여 "직장 내 성희롱 예방 교육"을 실시하여야 합니다. 전체 직원이라 함은 정규직, 비정규직 등 모든 근로자를 말합니다. 위반 시 500만 원이하의 과태료가 부과됩니다. 따라서 상담을 할 때는 반드시 성희롱예방교육 실시 유무도 함께 확인하여, 노동청에 진정하는 경우 법 위반 사항을 함께 진정하는 것이 좋겠습니다. 한편 '파견근로자보호 등에 관한 법률'에 따라 파견근로가 이루어지는 사업장에서 직장 내 성희롱 교육은 사용사업주가 실시합니다.

나) 교육을 받을 의무

사업주는 물론 이사, 임원 등 사용자 지위에 있는 사람들도 교육을 받아야 합니다. 이사, 전무 등이 예방교육에 불참할 경우 회사는 예방교육 의무를 다하지 않은 것으로 보아야 합니다. 일정하게 규모가 있는 회사의 경우에는 관리자 교육을 별도로 시행하는 것이 좋습니다.

다) 교육의 내용을 게시할 의무

사업주는 성희롱 예방교육의 내용을 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시하거나 갖추어 두어 근로자에게 널리 알려야 합니다. 위반 시 500만 원 이하의 과태료가 부과됩니다.

라) 직장 내 성희롱예방 지침 마련 및 게시의 의무

직장 내 성희롱 예방 지침을 마련하고 사업장 내 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시하거나 갖추어 두고 있어야 합니다.

Tip. 직장 내 성희롱 예방 교육의 내용(남녀고용평등법 시행령 제3조 제2항)

- 성희롱 관련 법령
- 성희롱 발생 시 처리 절차와 조치 기준
- 성희롱 피해 근로자의 고충상담 및 구제 절차
- 그 밖에 직장 내 성희롱 예방에 필요한 사항

시기	매년 1. 1.~12. 31. 사이 연 1회 이상, 전체근로자 대상 교육 실시
방법	직원연수, 조회, 회의 등을 통한 교육 실시 가능
	인터넷을 통한 교육 실시 가능 • 구성 단위별 진도 체크, 교육 내용에 대한 테스트(확인), 질의·응답 등 수강자에게 교육 내용이 제대로 전달되었는지 여부를 확인할 수 있는 기능이 구비되어 있어야 인정
강사	직원 또는 외부강사에 의한 교육 실시 가능
	고용노동부 지정 성희롱 예방 교육기관에 위탁하여 교육 실시 가능
교육의 대체	10인 미만의 근로자를 고용하는 경우 교육 완화 • 10인 미만의 근로자를 고용하는 사업, 사업주 및 근로자 모두 동일한 성으로 구성된 경우 • 성희롱 예방 관련 홍보물을 게시하거나 배포하는 방법으로 교육 대체 가능
제재	위반 시 과태료 500만원을 부과
자료의 보관	사업장 구비서류 등 • 별도의 법정 서식은 없음. 통상 성희롱예방교육일지(교육실시 일시, 장소, 교육의 내용, 강사, 참여자들의 서명)와 사진, 시행 공문 등을 구비, 교육이수증을 발급받아 보관

표8 직장 내 성희롱 예방 교육의 방법(남녀고용평등법 시행령 제3조 제3항)

③ 성희롱 발생 시 조치 의무(법적 책임)

가) 누구든지 신고 가능

사업장에서 성희롱이 발생한 경우 피해 근로자는 물론 해당 사건을 목격하거나 인지한 누구든지 사업주에게 신고할 수 있습니다.

나) 신고 또는 인지한 직장 내 성희롱 사건에 대하여 지체없이 조사할 의무

이전에는 신고 된 사건에 관하여만 책임을 졌으나, 앞으로는 어떤 경위에서든 성희롱 사건의 발생을 알게 되면 회사는 이를 반드시 처리하여야 합니다. 사업주는 피해 근로자 등에 의한 신고는 물론 목격자나 성희롱 피해에 대한 고충, 청취자의 제보나 사내외 소문 등 다양한 경위로 인지한 성희롱 사건에 대하여도 지체없이 조사하여야 합니다. 또한 부서의 책임자 이상의 지위에 있는 자가 성희롱 발생 사실을 알았다면 이는 사업주도 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 있으므로 이 경우에도 성희롱 사건으로 접수, 조사하여야 합니다. 위반 시에는 500만원 이하의 과태료 처분이 내려집니다.

다만 피해자의 직접적인 신고가 아닌 사건의 경우 당해 피해자의 의견을 충분히 듣고 해당 사건이 피해자의 의사에 반하여 처리되지 않도록 신중을 기하여야 합니다. 피해자가 해당 사건에 대한 공식적인 처리를 거부하는 경우 상담 등을 통하여 그 이유를 충분히 청취함으로써 사건이 피해자의 입장에서 조사·처리될 수 있는 방안을 모색하여야 하며, 피해자가 거부한다는 이유만으로 해당 사건이 무마되지 않도록 노력하여야 합니다. 따라서 각 사업장의 고충처리담당자들은 익명 신고 사건이나 인지사건의 경우에는 좀 더 세심한 상담과 조사, 처리과정에 대한 숙고가 필요합니다.

다) 조사 시 피해자에 대한 성적 굴욕감 또는 혐오감 유발 금지의 의무

사업주는 조사과정에서 피해 근로자 등에게 부적절한 질문이나 요구, 강요, 회유 등으로 인하여 성적 불쾌감을 유발하여서는 안됩니다. 직장 내 성희롱 조사 및 조치의 목적은 피해 근로자 등의 침해된 권리 회복에 있으므로 사업주는 그 처리 과정에서 추가적으로 피해가 발생하지 않도록 각별히 주의하는 것이 당연히 필요합니다. 위반 시에는 500만원 이하의 과태료 처분이 내려집니다.

라) 조사 기간 중 피해자 등에 대한 보호조치 의무

조사가 시작된 경우 이미 피해자는 그동안의 성희롱 행위로 인해 정신적·신체적·업무적 피해를 입고 있는 상황인 경우가 많고, 조사가 진행되는 동안 행위자와 그 동조자에 의해 추가 피해가 발생하는 경우가 많습니다. 따라서 피해자의 심신안정과 회복을 위한 조치 및 추가적인 피해 예방이 필요하며, 사업주에게 이를 요구할 수 있다는 점을 확인하고 피해 근로자에게 안내하도록 합니다. 성희롱 사건 조사 기간 동안 피해 근로자 등의 보호를 위하여 필요한 경우 해당 근로자에 대하여 근무 장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 합니다.

이와 같은 근무 장소의 변경, 유급휴가의 명령은 피해 근로자 등을 보호하기 위한 조치이자 권리에 해당하므로 사업주는 당사자의 의사에 반하는 조치를 하여서는 안됩니다. 이와 같은 조치는 사업주의 조사 편의 또는 행위자를 보호하기 위한 방편으로 활용되어서는 안 되며, 피해 사실에 대한 고충처리 과정에서 피해자 보호라는 원칙과 취지에 맞게 활용되어야 합니다. 피해 근로자가 휴가를 사용하고 있는 경우에는 행위자에 대하여 정상출근하지 않고 휴가를 명령할 수 있도록 하는 방안에 대하여 고민해야 합니다. 많은 경우, 피해 근로자가 동료들과 분리되어 지내는 동안 행위자 또는 그들의 조력자에 의하여 2차 피해가 발생할 개연성이 매우 높습니다. 따라서 분리를 하는 경우에도 일단 행위자에 대한 우선적 조치를 한 이후, 피해 근로자가 선택할 수 있는 방법을 취하는 것이 좋습니다.

Tip. 피해근로자와 피해근로자 등의 차이

직장 내 성희롱 발생시 사업주의 조치 의무를 규정한 남녀고용평등법 제14조에서는 피해근로자와 피해 주장자를 포함해서 조사과정에서 성적 수치심 등을 느끼지 않도록 명시하고 있습니다. 조사 종료 후 직장 내 성희롱이 아닌 것으로 확인된 행위에 대해 피해를 주장한 자에게 발생할 수 있는 '2차 피해'로부터 보호할 필요가 있기 때문입니다.

4 직장 내 성희롱 분쟁에 대한 해결 절차

(1) 사내 해결의 원칙

① 직장 내 성희롱을 사내에서 해결할 때 지켜져야 할 원칙

가) 피해자 중심 원칙

행위자 처벌이 아닌 피해자가 피해사실이 없었던 상태로 원상복귀하여 건강한 직장생활을 할 수 있도록 근로조건을 회복시키는 것이므로 사내 해결은 이 목적에 부합하도록 이루어져야 합니다. 회사는 피해자가 원하는 것이 무엇인지를 진지하게 검토하여 회사의 규정 및 원칙 범위 하에서 피해자가 원하는 방향으로 문제를 해결하여야 합니다. 회사는 절차의 모든 단계에서 피해자를 조직의 구성원이자 가장 중요한 당사자로서 존중하고, 의견을 청취해야 합니다. 보호조치를 시행하는 경우에도 피해 근로자 등의 의사에 반한 조치가 되지 않도록 충분히 협의하는 것이 좋습니다. 특히 의견이나 입장 뒤에는 숨어있는 욕구가 있으므로 그런 입장을 갖고 있는 이유를 충분히 들여다 볼 수 있어야 합니다. 그래서 "왜?"라는 질문을 하는 것이 좋습니다. 왜 그런 입장을 가지는지를 물으면 피해 근로자 등이 정말 원하는 바를 알 수 있게 되어서 좀 더 다양한 옵션을 제시할 수 있습니다. 일반적으로 피해자가 원하는 것은 성희롱의 즉각 중지 및 행위자와의 분리조치, 행위자에 대한 공정하고 적절한 제재 및 반성, 성희롱이 재발하지 않는 안전한 근무환경의 조성이니만큼 그 의미가 달성될 수 있는 대책을 세워야 합니다.

나) 성희롱 예방을 위한 조직규범의 확립과 원칙적 해결

성희롱 규율의 목적은 피해자 개인의 권리회복도 있지만 그만큼 중요한 것이 성희롱이 발생하지 않는 조직규범과 문화의 확립과 예방입니다. 따라서 사내 해결은 이러한 목적에도 부합하여야 합니다.

다) 공정성

성희롱 사건의 조사, 심의, 조치 의결, 처분의 모든 과정에서 공정성이 담보되어야 하며, 이를 위해 담당자와 심의·의결 참여자는 성인지적 감수성과 전문성을 가져야 합니다. 고충처리담당자의 관련 직무교육은 반드시 선행되어야 하며, 이와 관련해서는 내부 규정에 근거를 만들고, 회사가 지원하는 것이 필요합니다. 또한 사안의 예민함을 감안하여 외부기관에 사건 조사를 의뢰할 수도 있으며, 심의 및 조치의결을 위한 내부 회의에 외부 전문가를 위촉하여 공정하게 처리하는 것도 좋은 방법이 될 수 있습니다. 다만 이 경우에도 외부 전문가에게 전적으로 의지하기 보다는 회사가 책임있게 조사과정을 조율하고 조사결과와 판단을 존중해야 합니다.

라) 신속성

성희롱 사건이 제기되었을 때에는 지체없이 조사에 착수하고, 최대한 신속하게 사건을 해결하여야 합니다. 다만 신속성을 이유로 하여 제대로 조사하지 않거나 세심한 배려없이 결론이 내려지지 않도록 주의를 기울여야 합니다. 만약 외부 기관에 사건 조사를 의뢰하게 되어 시간이 소요되는 경우 피해 근로자 등에게 충분히 설명하고 동의를 구하여야 할 것입니다.

마) 비밀 유지와 당사자에 대한 인권 보호

성희롱 사건 처리 과정에서 피해자는 물론 관련자의 신원에 대한 철저한 비밀유지를 하여야 하며, 조사자 및 조사과정 참여자 등에게 비밀유지의무를 반드시 고지하고 비밀유지 서약서를 징구하는 등 관련 조치를 하는 것이 바람직하고 이 과정 자체가 교육적인 효과가 있을 뿐 아니라 2차 피해를 미연에 방지할 수 있습니다. 내부에 필요한 양식을 만들어 조사시 서류를 작성하고 보관하는 것이 필요합니다.

또한 조사과정에서 성희롱 발생 사실 또는 정황의 확인, 입증 자료 확보 등을 이유로 하여 인권 침해·성희롱·성차별적인 질문이나 요구 등을 하여서는 안됩니다.

바) 철저한 사후관리와 예방

성희롱 사건 처리 후, 피해자에 대한 2차 피해 여부, 사건 처리에 대한 조직구성원의 인식 등을 지속적으로 모니터링하여 필요시 조치를 취해야 합니다. 또한 처리된 사건에 대하여 인권 보호 차원에서 행위자, 피해자를 익명으로 하고 내용을 추상화하여 교육하는 것이 바람직합니다.

② 피해자 및 피해 주장자의 권리의식과 책임있는 태도

피해자는 사내에 성희롱 사건을 상담하고 공식적 처리를 요구하는 경우 관련 법률 및 사내 규정에 대하여 사전에 알고 자신의 권리를 제대로 이해해야 합니다. 그래야 처리 과정에서의 추가 피해에 대해 스스로 방어하고, 자신의 요구사항을 정확하게 정리할 수 있습니다. 피해자는 사내 고충상담원 또는 외부전문상담기관을 통하여 미리 정보를 취득하고, 사내 처리과정에서 잘 대응할 수 있는 능력과 방법을 확보하도록 합니다. 또한, 조직구성원의 일부로서 회사의 처리과정에 충실하게 참여하여 협조하는 자세가 필요합니다.

(2) 직장 내 성희롱의 사내 해결 절차

접수, 상담	• 고충접수 ⇒ 신고인 및 피해자 상담을 통해 사건 개요 및 피해자 요구 파악 ⇒ 피해자의 요구를 기초로 사건 해결 방식 잠정적 결정 • 당사자 간 해결 모색(피해자가 원할 경우) ⇒ 피신고인에게 요구안 전달 ⇒ 요구안을 받아들이는 경우, 요구안 이행 모니터링 / 받아들이지 않은 경우, 조정 가능성 여부 모색 • 규정에 따른 처리 모색의 경우 ⇒ 사실관계 조사로 돌입
조정	당사자들의 의견 청취 ⇒ 당사자들이 원하는 것과 사건 해결의 방향성 파악 ⇒ 해결방안 모색 ⇒ 합의안 도출 ⇒ 이행 모니터링
사실관계 조사 및 의결	성희롱심의위원회(성희롱 담당 기구) 구성 ⇒ 피해자가 요청할 경우 근무장소의 변경 등 보호 조치 및 필요한 경우 행위자 대기발령 등 조치 ⇒ 사실관계 조사 ⇒ (성희롱 성립여부에 대한 판단) ⇒ 피해자 의견 청취 ⇒ 행위자 및 피해자에 대한 조치 의결
피해자 및 행위자 조치	• 행위자에 대하여 사내 규정에 근거하여 적정한 인사, 징계조치 • 피해자에 대하여 요구에 따라 근무 장소 변경 등 적절한 보호 조치

후속 조치	• 전 직원에 대한 성희롱 의식 및 실태 조사 • 성희롱 예방 교육 실시 • 피해자 권리회복을 위한 조치

표9 사내 해결 절차

5 피해자 보호와 2차 피해 방지를 위한 대책

(1) 직장 내 성희롱의 2차 피해의 의미

유형	사례
① 업무 또는 고용상 피해	• 조직부적응을 이유로 피해자 징계(시말서, 경위서) • 조력자에 대한 업무 상 불이익 • 피해자에게 과도한 업무 부여 혹은 다른 업무 부여 혹은 과소부여 • 피해자 해고, 권고사직, 일방적 휴가 지시
② 주변인에 의한 피해	• 주변으로부터 공감이나 지지 없이 의심을 받거나 참으라는 말을 들음 • '성희롱 피해자'로 낙인, 모함
③ 행위자에 의한 피해	• 행위자와 동조자의 고소 협박, 사건 무마 강요, 모욕, 음해
④ 회사의 사건처리 과정에서의 피해	• 회사가 성희롱을 개인적인 문제로 치부하고 알아서 처리하라고 함 • 회사의 처리지연 또는 미조치 • 불이익 암시 등 회사가 성희롱을 축소, 은폐 • 회사가 행위자 편을 들거나 불공정한 조치 • 회사가 사건처리 과정에서 피해자 배제 • 회사가 행위자와 합의 강요, 행위자에게 사과 지시 후 사건 무마 및 종결 • 행위자 경징계 후 사건 종료
⑤ 정신적인 피해	• 문제제기 후 스트레스, 불면증, 대인기피증
⑥ 기타	• 피해자의 신상공개, 소문

표10 2차 피해 유형

위 내용은 2015년 국가인권위원회에서 발주한 "성희롱 2차 피해 실태 및 구제강화를 위한 연구"과제 수행 시 실시한 설문조사에서 드러난 다양한 2차 피해의 실태의 내용입니다. 조직과 구성원이 성희롱에 대한 피해자 중심의 관점과 성인지 감수성이 없고, 회사가 성희롱 예방 및 처리의 목적을 피해자 권리회복에 두지 않고 '회사 입장에서의 원만한 해결'에 두었을 때, 성희롱 피해자는 위와 같이 다양한 유형의 2차 피해를 경험하게 됩니다.

성희롱 피해자는 한 번의 성희롱 행위로 인한 성적 굴욕감 또는 혐오감으로 인한 정신적인 피해 뿐 아니라 행위자의 행위를 쉽게 거부하지 못함으로써 성희롱이 지속될 것에 대한 두려움과 불안감, 거부하지 못한 것에 대한 자괴감과 분노, 주변의 평판 악화와 소문 등으로 인한 총체적인 근로환경 악화를 경험하게 됩니다. 성희롱을 거부하거나 문제제기 했을 때에는 행위자, 제3자, 회사로부터 성희롱 분쟁의 각 단계별로 재차 가해를 당하게 되어 보통은 1차 피해보다 더 큰 피해를 경험하게 됩니다. 이럴 경우 회복이 더 어렵기도 하며, 사건 해결과정에서 겪은 2차 피해는 1차 피해와 연동되어 실제 사건 처리에 방해요소가 되기도 합니다. 피해자 입장에서는 이들 피해가 엄격하게 분리되지 않고 종합적인 결과로 드러나기 때문에, 2차 피해가 발생하게 되면 사내에서 해결하는 과정도 더 큰 어려움을 겪게 됩니다. 따라서 상담과정에서는 이와 같은 피해자의 상황이 충분히 고려되어야 하고, 피해 사실에 대한 일정한 구분을 통하여 피해 근로자가 심리적으로 안정되고, 사건을 객관적으로 들여다볼 수 있도록 지원할 수 있어야 합니다.

(2) 피해자 보호 및 2차 피해 방지를 위한 법률의 주요 내용

2018. 5. 29.부터 시행되고 있는 개정된 남녀고용평등법은 2차 피해 방지와 피해자 보호를 위해 다음과 같은 사항을 규정하고 있습니다. 관련한 처리 절차 및 규정들은 모두 2차 피해와 관련이 있습니다.

① 피해자 뿐 아니라 누구든지 회사에 성희롱 신고를 할 수 있으며 회사는 이를 반드시 조사, 처리해야 합니다

이 조항은 성희롱 피해자를 비난하는 잘못된 인식으로 인해 피해 사실을 드러내지 못함으로써 성희롱이 은폐되고 근절되지 않는 문제를 해결하고자 피해자 뿐 아니라 누구라도 문제제기를 할 수 있도록 한 것입니다. 회사는 이런 취지에 따라 피해자가 문제제기를 쉽고 자유롭게 할 수 있도록 하는 제도와 문화를 마련해야 합니다.

② 회사는 신고되거나 인지한 성희롱 사실에 대해 지체없이 조사를 해야 합니다

이전에는 반드시 조사해야 한다는 의무규정이 없어 회사가 신고를 받거나 알아도 조사 및 조치에 미온적인 경우가 다반사였습니다. 이제는 회사가 성희롱 발생에 대해 조사를 하지 않는 등 미온적으로 대처하면 법위반이 됩니다.

③ 조사시 피해자가 성적 굴욕감 등을 느끼지 않도록 해야 합니다

회사의 조사 과정에서 오히려 피해자가 재차 성적 굴욕감을 느끼는 경우가 많습니다. 이와 같은 일이 없도록 하기 위하여 성희롱 사건 조사는 성희롱에 대한 전문성과 성인지 감수성을 가진 자가 하여야 합니다. 또한 입증자료가 없다는 이유로 피해를 주장하는 근로자의 진술을 함부로 배척하거나 피해자 유발론에 기초한 질문을 하여서는 안됩니다. 조사과정에서 피해 근로자 등에게 성적 불쾌감을 유발하는 경우에는 법위반이 됩니다.

④ 조사자, 보고 받는 자, 조사과정 참여자 등은 조사 과정에서 알게 된 비밀을 누설하지 않아야 합니다

이전에는 회사의 조사 관련자가 피해자의 신원이나 피해사실을 누설하여 조직에 소문이 나고 이로 인해 피해자가 더 고통스러운 상황에 처하게 되는 경우가

많았습니다. 이는 조사를 직접 한 사람뿐만 아니라 최초 고충을 청취한 사람이나 조사 과정에 참여하여 조사를 받은 자, 조사결과를 보고 받은 자 모두 해당이 될 수 있습니다. 따라서 회사는 조사 관련자와 성희롱 사건 관련자 모두가 철저하게 비밀을 유지하도록 해야 하며, 위반 시에는 내부 규정에 따라 징계한다는 점을 조직 구성원들과 공유하고 반드시 교육할 수 있어야 합니다.

⑤ 조사 기간 동안에도 피해자 보호를 위해 필요하다면 피해자 의견을 고려하여 피해자에게 근무장소 변경, 유급휴가 명령 등의 조치를 하여야 합니다

이전에는 성희롱으로 확정되지 않은 조사기간이라는 이유로 피해자를 행위자와 함께 근무하도록 방치하는 경우가 많았습니다. 이제는 피해자가 원하거나 필요한 경우 피해자를 위해 근무장소 변경이나 유급휴가 명령 등을 하여야 합니다. 다만 피해자가 조사 기간 자리를 비우는 동안 행위자가 자신에게 유리한 여론을 조성하는 등 피해자에게 더 좋지 못한 상황을 만들 수도 있고, 잘못이 없는 피해자의 근무장소를 변경하는 것이 오히려 피해자에게 불이익한 것일 수도 있기 때문에 이는 피해자의 의사에 반하지 않아야 합니다. 이러한 이유로 실무적으로는 신고 접수시 피해자에 대한 조치보다 조사 기간 동안 잠정적으로 행위자를 대기발령이나 직위해제하는 경우가 많고 오히려 이와 같은 방법이 피해자를 보호할 수 있는 방법입니다. 이를 위해서 회사는 성희롱 등 징계혐의자에 대해 조사 기간 대기발령이나 직위해제한다는 규칙을 마련하여 추후 절차상 문제가 되지 않도록 하는 것이 필요합니다.

⑥ 성희롱 발생 사실 확인시 피해자의 의견을 들어 행위자에 대하여 징계, 근무장소 변경 등 필요한 조치를 해야 합니다

이전에는 행위자에 대해 징계 등 적절한 조치를 해야 한다고 하여 경미한 징계만 하고 피해자와 행위자를 계속 같이 근무하게 하는 등 피해자 권리 회복을 위한 조치가 아닌 형식적인 조치를 하는 경우가 많았습니다. 개정 법률은 이를 '징계나 근무장소 변경 등 필요한 조치'로 개정하고 피해자의 의견을 반드시 청취하도록 함으로써 회사가 행위자에 대해 피해자의 의견을 반영하여 피해자의 진정한 권리 회복을 위해 필요한 다양한 조치를 하도록 되어 있습니다. 그러나 이는 반드시 피해자의 의견대로 처리해야한다는 의미는 아니므로 회사는 물론 피해자도 이와 같은 법률의 취지를 잘 이해하고 있어야 합니다.

⑦ 성희롱 발생 사실 확인 시 피해근로자가 요청하는 경우 피해근로자에 대하여 근무장소 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 합니다

이전에는 성희롱 발생 사실 확인 시 피해자에 대한 보호 조치 의무가 없었기 때문에 회사가 행위자 조치만 하고 피해자 보호 조치를 간과하는 경우가 많았습니다. 개정 법률에 따라 회사는 피해자가 요청하면 피해자를 보호하기 위해 근무장소를 변경하거나 유급휴가를 명령하는 등 적절한 조치를 하여야 합니다. 필요한 경우 심리상담 등 회복의 기회를 주는 것이 필요하고 관련 근거 규정을 사전에 마련하여 조직 구성원이 이를 알고 있도록 해야 합니다.

⑧ 사업주는 신고자, 피해주장자, 피해자에 대하여 불리한 처우를 해서는 안됩니다

이전에도 피해자에 대한 불리한 처우 금지 조항은 있었으나, 개정 법률은 금지되는 불리한 처우의 대상으로 피해자 뿐 아니라 신고인과 피해주장자를 명시하여 포함하였고, 불리한 처우를 구체적으로 예시하여 2차 피해를 예방하거나 이에 대처할 수 있도록 하였습니다.

불리한 처우는 해고, 징계 등 부당한 징계인사조치 뿐 아니라, 직무미부여, 직무재배치 등 일반 인사조치, 임금·평가·교육기회 제한 등의 차별적 조치 등 피해자의 의사에 반하는 불리한 처우를 망라하고 있습니다. 뿐만 아니라 주목할 것은 "집단 따돌림, 폭행 또는 폭언 등 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위를 하거나 그 행위의 발생을 방치하는 행위"를 포함하고 있다는 점입니다. 이는 사업주 지시로 인한 인사처분이나 조치 뿐 아니라 피해자를 괴롭히는 행위와 이러한 행위를 방치하는 것까지 포함함으로써 조직 구성원의 가해 행위에 대해서도 사업주에게 책임을 부여하는 것입니다. 위반 시 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처해집니다.

(3) 피해자에 대한 심리 치유 및 기타

피해자들에게는 문제 해결을 위한 도움 이외에 별도의 심리 치유 프로그램이 절실히 필요합니다. 사업주와 담당자는 성희롱 신고 이후 사실관계 확인, 조사, 조치, 종료까지의 전체 과정에서 피해자가 정신적, 육체적 고통을 받지 않도록 최대한 주의해야 합니다.

피해자가 원할 경우 외부 심리상담기관 등의 지원을 받을 수 있도록 안내하도록 하며, 전국 고용평등상담실에서는 심리 치유가 필요한 피해자에 대하여 무료 심리 치유 프로그램을 제공하고 있으니 이에 대한 안내도 하는 것이 좋습니다. 또한 피해자뿐만 아니라 피해자를 위해 증언, 답변, 자료 제출을 한 조력자 등 제3자에 대해서도 보복행위가 일어나지 않도록 주의 깊게 살피고 관리해야 합니다.

6 직장 내 성희롱 상담

(1) 상담의 의의

내담자가 자신이 겪은 경험과 상황에 대하여 인식하고 해당 문제를 어떻게 풀어가고자 하는지 자신의 입장과 원하는 바를 스스로 찾고 정리할 수 있는 과정이 상담이라고 할 수 있습니다. 상담은 단순히 내담자가 하는 질문에 답을 하여, 법적인 정보를 제공하는 것이 아니라 내담자 스스로 만들어내지 못하고 있는 질문을 만들어주면서 스스로가 답을 찾을 수 있게 하는 과정입니다. 즉, 자신이 진정으로 원하는 것이 무엇인지를 찾을 수 있게 돕고, 그 목적을 달성할 수 있는 방법을 함께 찾아나가는 과정이라고 할 수 있습니다.

보통 상담 시 내담자의 첫 질문은 “내가 겪은 이 일이 성희롱 맞는가?” 또는 “내가 겪은 이 일을 신고할 수 있는가?”라는 것입니다. 성희롱이 맞는지에 대한 질문은 그 자체가 질문의 목적이라기보다는 “내가 겪은 이 일이 법적으로 성희롱이 맞는가? 문제제기해도 되는 일인가?”라는 뜻입니다. 그렇다면 내담자가 궁금한 것은 “어디에 어떻게 문제제기해야 하는가?”라는 대응 방법에 관한 문의라고 볼 수 있습니다. 하지만 직장 내 성희롱은 그 유형도 매우 다양할 뿐만 아니라 피해자가 처한 상황도 굉장히 다릅니다. 행위자가 누구인지, 회사의 규모는 어떠한지, 내부에 규정과 절차가 있는지, 근거 자료는 있는지 등에 따라 대응할 수 있는 방법은 매우 다양합니다. 중요한 것은 내담자가 문제제기하고자 하는 이유와 목적을 파악하는 것입니다. 내담자의 질문 뒤에 숨어있는 욕구를 알아내고, 내담자가 원하는 바를 달성할 수 있는 다양한 대처방법 중 한 두 가지를 스스로 선택할 수 있도록 독려하는 과정이 바로 성희롱 상담입니다. 이 점이 다른 노동 상담과 차이라고 할 수 있습니다.

(2)상담의 기본 원칙과 상담자의 역할

① 상담자의 자세

보통 내담자는 질문을 하고, 상담자는 답변을 합니다. 문제를 해결하고 싶은데 전문적인 지식이나 정보가 없으니 질문을 하는 것이고, 상담자가 내담자보다는 더 많은 경험과 정보가 있으니 알고 있는 바를 설명하는 방식으로 답변을 하게 됩니다. 하지만 좋은 상담은 들어주는 것이고, 내담자가 말할 수 있도록 하기 위해 질문하는 것이라고 생각합니다. 그 과정을 통해 자신이 원하는 바를 인지하고, 자신이 놓여 있는 환경에 대해 이해를 하고, 어떤 대처방법이 좋을지 혹은 감당 가능할지 스스로 효율적인 의사결정을 할 수 있게 됩니다.

② 상담의 기본 원칙

가) 공감

내담자들의 성희롱 피해경험은 스펙트럼이 매우 다양합니다. 매우 다양하다는 것은 달리 말하면, 성희롱 피해 경험 사이에도 일정하게 위계나 경중이 있다는 막연한 선입견이 우리 안에 있다는 말이기도 합니다. 즉, 내담자가 겪은 성희롱 피해에 대하여 경중을 평가한다는 것이지요. 이와 같은 막연한 선입견이 상담자에게도 은연 중에 작동할 수 있습니다. 이 선입견은 피해자에 대한 공감을 방해할 수 있는 요소입니다. 따라서 상담자는 피해자가 겪는 사건 자체에 대한 평가를 하기 보다는 그와 같은 피해 경험으로 인해 피해자가 느끼는 감정이나 고충에 집중해야 합니다. 작은 돌부리에 걸려 넘어져 찰과상을 입어도 주저앉아 우는 사람도 있고, 강한 충격으로 골절상을 입고도 그저 통증이 가라앉길 기다리는 사람도 있습니다. 중요한 것은 돌부리냐, 강한 충격이냐 또는 찰과상이냐, 골절이냐가 아니라 주저 앉아서 도움을 구하고 있다는 사실입니다. 또한 공감이라는 것은 내담자의 현재의 상태에 대해 충분히 알아준다는 뜻이지, 상담자가 피해자의 상태에 감정 이입되어 동일한 감정을 느껴야 한다는 뜻이 아닙니다. “나는 당신의 상황을 알고, 당신의 기분을 이해한다.”이지, “내가 당신의 상황이었다면 나도 당신과 같을 것이다”가 아니라는 것입니다.

나) 비밀보장

공감과 더불어 중요한 원칙이 바로 비밀을 보장하는 것입니다. 모든 상담업무의 기본이기도 합니다. 내담자의 신원이나 상담의 내용은 내담자의 동의 없이는 절대로 외부로 누설하지 않는 것이 원칙입니다. 외부의 전문 상담기관에서는 당연한 원칙이기에 내담자 역시 이를 당연히 전제·신뢰하고 상담을 하지만, 사내 고충상담원이나 관리자들은 비밀유지의무가 당연한 전제임을 모르는 경우가 여전히 있습니다. 상담이나 조사과정에서 비밀이 지켜지지 않고 객관적 사실관계에 대한 파악이나 조직적 판단이 이루어지지 않는 단계에서 개인의 판단이나 편견이 들어간 이야기들이 소문으로 돌면 피해자에게 처음 피해보다 더 큰 피해를 가져오게 됩니다. 이와 같은 비밀유지위반은 법률로써 규율하는 대상이며 내용에 따라 그 자체가 성희롱으로 성립되거나 2차 피해가 되기도 합니다. 하지만 중요한 것은 이와 같은 일이 벌어지지 않도록 미연에 방지하는 것입니다. 조직의 관리자나 고충처리담당자에게 반드시 사전에 교육을 하고 이 점을 강조할 필요가 있습니다.

다) 사실관계, 피해사실, 피해자의 요구를 구체적으로 파악할 것

직장 내 성희롱 상담은 간단히 끝날 수 없는 상담입니다. 기본적인 피해경험에 대한 확인조차 내담자 스스로 말하지 못하여 상담자가 수많은 질문을 던지면서 사실관계를 구체적으로 파악해야만 하는 경우가 다반사입니다. 피해를 겪은 내담자는 대부분 자신이 겪은 일에 대하여 서사구조를 짜내지 못하고, 중구난방으로 이야기를 하거나 중언부언하기도 합니다. 이런 경우 절대 내담자를 탓하지 말고, 상담내용을 구조화하기 위하여 상담자가 질문을 잘 던져야 합니다.

직장 내 성희롱 상담은 성희롱 피해 사실, 즉 사건의 개요뿐만 아니라 내담자가 처해있는 상황을 파악하기 위하여 다양한 정보가 수집되어야 합니다. 이는 내담자에게 가장 필요한 대처방안을 찾기 위함이며 기본적으로 사업장의 규모나 성비, 사업의 특징, 고용형태, 근속년수, 규정의 유무, 노동조합의 유무, 성희롱예방교육의 유무, 현재 행위자와의 관계, 주변 동료들의 반응 또는 조력자 유무 등이 파악되어야 합니다. 이와 같은 정보들을 취합하는 목적은 결국 내담자가 자력으로 회사에 문제제기하여 해결을 도모할 수 있는지를 파악하기 위해서입니다. 따라서 내담자의 주관이 많이 개입된 불분명한 답변이나 추정하는 내용에 대하여는 없는 값으로 처리하거나 사건 해결을 위해 꼭 필요한 정보라면 정확하게 다시 파악해볼 수 있도록 하여야 합니다. 다양한 정보가 수집되면 피해자의 요구사항에 비추어 어떠한 대처방법이 좋을지 상담자는 이를 종합적으로 그려볼 수 있어야 합니다.

라) 위로자, 지지자, 변화 촉진자의 역할을 한다는 것

내담자가 말하는 입장 뒤에 숨어 있는 욕구를 읽어내고, 원하는 바를 이루기 위한 다양한 옵션을 제공하는 것이 상담자의 역할입니다. 또한 내담자가 자신의 원하는 바가 있음에도 불구하고, 그것을 위해 뒤따르는 당연한 노력들을 하기 싫거나

어려워서 포기하는 경우도 많습니다. 그래서 심지어 “그렇다면 해결방법이 없다는 말이냐?”라고 말하는 내담자도 있습니다. 사건의 내용과 피해자의 상황에 따라 정말 해결방법이 없는 경우가 있기도 하지만, 대부분은 방법이 없는 것이 아니라 그 방법이 어려워서 선택할 수 없다는 뜻입니다. 이런 경우에도 포기하지 말고, 독려할 수 있어야 합니다.

내담자는 자신이 겪은 일과 처한 상황을 바꾸고 싶어서 용기를 낸 사람이라는 점을 잊어서는 안 됩니다. 자신이 겪은 피해가 이제 중단되었으면 좋겠고, 또 다른 피해자가 발생하지 않았으면 좋겠고, 행위자가 자신의 잘못을 진심으로 깨닫고 앞으로는 그러지 않았으면 좋겠다는 것이 내담자들의 바람입니다. 그 용기와 바람이 지속적으로 지지받을 수 있어야 합니다. 작지만 한 두가지라도 내담자가 수용가능하고 실행가능한 방법을 찾는 것이 쉬운 포기보다는 훨씬 낫습니다. 그러기 위해서 상담자는 해결방법을 제시하기보다 해결과정의 주체가 내담자임을 끊임없이 알려줌으로써 피해를 위로하고 그들의 용기와 바람을 지지하는 촉진자 역할을 해야 합니다.

마) 해결책은 내담자 스스로 찾을 수 있도록 조력

해결책은 상담자가 제시하는 것이 아닙니다. 내담자마다 겪은 피해경험과 처한 상황, 본인의 바람은 모두 다릅니다. 또한 실제 원하는 바를 이루겠다는 의지나 실행력도 모두 다릅니다. 따라서 상담자가 제시하는 옵션을 모든 내담자가 다 할 수 있다거나 그 방법이 가장 좋은 방법이라고 단언할 수도 없습니다. 결국 답은 내담자 스스로가 정할 수 있어야 하고, 상담과정에서 스스로 갖고 있는 답을 찾아낼 수 있도록 돕는 것이 상담자의 역할입니다. 상담자는 답을 제시하는 사람이 아니라 답을 찾을 수 있는 길을 안내하는 조력자라는 것을 잊지 않아야 합니다.

(3) 직장 내 성희롱 상담의 구체적 절차 및 방법

① 기초 정보의 확인

1	내담자의 기본 신상 및 사업장의 현황 등 일반적인 기초정보
2	육하원칙에 입각한 사실관계 확인, 구체적인 말과 행동을 특정하여 사건개요 파악
3	업무관련성이 쟁점이 되는 경우 세부 내용 확인
4	증거 확보(녹음, 메일, 카톡, 목격자나 참고인 진술서) 여부 확인
5	내담자가 고충을 제기하거나 상담했을 때 회사 또는 상사의 반응 확인
6	내부 관련 규정이나 담당자 유무, 노동조합의 유무, 조력자 유무
7	직장 내 성희롱예방교육의 실시 여부 및 실시방식, 참여자 비율이나 사업주 참여여부
8	입증 자료나 정황상 증거 자료의 확보가 가능한지 여부
9	현재 겪고 있는 추가적인 피해나 예상되는 어려움에 대한 파악
10	사건일지 작성 여부를 확인한 후, 시간의 순서에 따라 사건 일지를 작성해보도록 권고

그림3 상담절차

② 해결방안의 탐색

어떻게 문제를 해결하는 것이 좋을지는 내담자가 찾아야 합니다. 내담자가 내놓은 입장이 정말 원하는 것인지를 확인하기 위해서 상담자는 내담자에게 “왜?”라는 질문을 하는 것도 좋습니다. 행위자를 신고하는 목적이 행위자의 진정한 반성이거나 행위의 중단이라면, 꼭 외부기관을 통한 해결의 방법이 아니어도 됩니다. 회사가 공식적으로 처리를 해주되, 행위자를 처벌하지는 않았으면 좋겠다는 입장이 사실은 행위자 징계에 대한 심리적 부담이나 2차 피해에 대한 두려움 때문일 수도 있습니다. 그렇다면 회사는 그러한 조치 이후에도 피해자를 충분히 보호해주겠다는 의지를 전달하여 피해자를 안심시켜야 합니다.

사건의 해결이라는 것은 피해자에게는 여러 가지 의미일 수가 있습니다. 문제제기 그 자체일 수도 있고, 행위자에 대한 징계일 수도 있고, 행위자로부터 받는 사과일 수도

있으며, 회사가 성희롱 문제를 중요한 이슈로 다루고 예방과 금지를 위해 노력하는 변화일 수도 있습니다. 결국 피해자는 성희롱 사건의 주체로서 스스로를 회복할 수 있는 요구사항들을 조직 안에서 이야기하고, 그 요구사항을 달성하기 위한 적극적인 활동을 해나가면서 사건을 해결한다는 의미를 확인할 수 있게 됩니다. 따라서 상담자는 이와 같은 통제력을 내담자 스스로가 갖도록 해야 하며, 그래야만 피해자 입장에서의 진정한 해결이 될 수 있습니다.

7 직장 내 성희롱 피해자 또는 피해주장자의 대처와 유의사항

(1) 직장 내 성희롱의 피해를 겪었을 때 가져야 할 인식과 태도

① 행위자의 잘못이지 피해자의 탓이 아니라는 인식이 필요합니다

피해자들은 많은 경우 자신의 행실에 문제가 있어서 그와 같은 피해를 경험했다고 생각하거나 초기에 대처를 잘못해서 일이 커졌다고 생각하는 경향이 많습니다. 때문에 심리적으로 자책과 불안, 불신과 분노가 커지게 됩니다. 그러나 직장 내 성희롱의 원인은 개인에게 있지 않습니다. 가부장적이고 권위주의적인 조직문화와 성차별적인 조직문화 속에서의 권력의 불균형에 의해 발생한 행위자의 불법행위일 뿐 피해자의 잘못이 아니라는 것을 알고 있어야 합니다. 또한 이와 같은 권력관계의 문제이기 때문에 초기 대응이 어려웠을 수도 있다는 점도 알아야, 이후에는 어떤 태도를 취하는 것이 문제 해결에 도움이 될지 받아들일 수가 있게 됩니다.

② 직장 내 성희롱은 피해자의 인권과 노동권을 침해하는 불법행위이며, 법률이 규율하고 있는 문제라는 인식이 필요합니다

직장 내 성희롱은 인격권, 노동권, 성적자기결정권을 침해하는 불법행위로서 이는 법적인 문제라는 점을 인식해야 합니다. 상황에 따라서는 당사자의 사과나 조정 등으로 끝날 수도 있겠지만, 직장 내 성희롱은 기본적으로 법률을 위반하는 행위이며, 법률에 따라 규율할 수 있는 대상이라는 점을 알고 있어야 합니다. 따라서 피해자가 문제제기하는 것 자체가 공익적 행동이라는 사실에 대한 지지와 격려가 필요합니다.

③ 직장 내 성희롱인지 여부가 불분명한 경우라도 대응을 하는 것이 필요합니다

법적으로 성희롱이 성립한다는 것은 중요한 문제이기는 합니다. 하지만 법적으로 직장 내 성희롱이라고 하여 해결방법이 모두 획일적인 것도 아니고, 반드시 회사에 신고해야만 해결이 가능하다거나 노동청 등 외부기관에 진정하여 해결할 수 있다는 것은 아닙니다. 법률의 규율 대상이 된다는 것은 그만큼 피해자로서 보호받을 수 있고 권리 주장을 할 수 있다는 의미이기는 하나, 이와 같은 조건이 반드시 형성이 되어야 본인의 고충을 해결할 수 있다는 말은 아닙니다. 어떠한 언행이 직장 내 성희롱인지 아닌지 불분명하지만 그 언행으로 인해 불쾌감을 느껴서 노동환경이 악화되고 있다면 그 문제를 해결하기 위해 무엇인가를 해야 합니다. 직장 내 성희롱으로 문제를 제기하는 이유는 법적으로 인정받기 위해서가 아니라 그 행위가 중단되고 안전하고 건강하게 일하고 싶기 때문입니다.

(2) 직장 내 성희롱 발생 시 사내에서 처리한다는 것의 의미

직장 내 성희롱 사건을 사내에서 처리한다는 것은 행위자와 피해자 본인이 법적 당사자로서 다투는 것이 아니라 조직구성원으로서 존재할 수 있는 유일한 방법입니다. 이를 통해서 구성원의 관계 개선 및 신뢰회복, 조직문화 개선으로까지 나아갈 수 있습니다. 또한 경제적, 정신적, 신체적, 조직문화적인 피해와 비용이 가장 적은 해결방법이기도 합니다. 또한 성폭력 범죄와는 성립요건이 다르고 입증책임이 모두 피해자에게만 있는 것이 아니기 때문에, 상황에 따라서 가장 좋은 해결방법이 되기도 합니다. 그리고 행위자 개인에게 책임을 묻고 끝나는 것이 아니라 조직에게 책임을 지워서 조직의 문제로 바라볼 수 있는 기회가 되고, 회사의 사후재발방지 대책이나 피해자 보호에 관한 요구도 가능하게 됩니다.

(3) 직장 내 성희롱을 해결하는 주체는 자신이라는 점

성희롱 고충을 해결하기 위해 당사자에게 문제제기하고 사과받는 것에 그치지 않고, 상사 또는 회사에 알린다는 것은 자신의 피해를 외부화한다는 것입니다. 외부화를 한다는 것에서부터 피해자 스스로가 감당해야할 몫들이 나타나기 시작합니다. 예컨대 익명이 아닌 당사자로서 스스로를 밝히고 자신의 피해사실이 객관적으로 확인될 수 있도록 회사의 조사에 조력할 의무가 발생합니다. 철저하게 익명으로 사건을 처리한다는 것은 매우 힘든 문제입니다. 문제를 해결하기 위해 나의 요구사항을 정확하게 정리하고, 내가 주장할 수 있는 권리를 내가 파악하여 회사에 말할 수 있는 것은 바로 피해자 자신입니다. 행위자를 만나거나 주변 동료들을 조력자로 조직하는 것 역시 엄밀하게 말하면 피해자 본인이 감당할 수 있어야 합니다. 피해자 본인이 문제를 해결하는 주체로서 전체를 컨트롤할 수 있어야 합니다. 상담자는 내담자가 이와 같은 점에 대하여 스스로가 잘 인식하고 이해할 수 있도록 조력하여야 하며, 때로는 하나하나 짚거나 구체적으로 언급하여 위에 언급한 내용들을 내담자에게 상기시킬 필요가 있습니다.

(4) 증거 수집과 조력자 확보, 사내처리절차를 이용할 권리

녹음(행위자 또는 목격자 등의 진술, 제3자가 들었을 때 사실관계에 대한 파악이 가능하고 보았거나 가해사실을 인정하는 내용), 일지(성희롱 사건의 가해자 및 행위, 시간, 장소, 주위의 상황, 본인의 대응, 그에 대한 행위자의 반응, 당시 본인의 느낌 등에 대한 기록), 사실확인서 내지 진술서(자신의 성희롱 피해 고충에 대하여 청취한 동료나 가족들의 확인서), 문서(행위자에게 보낸 편지나 진정서, 고충상담일지, 행위자의 사과문), 휴대폰 등을 이용한 성희롱인 경우 캡쳐본, 신체에 상흔이 남은 경우 진단서나 사진, 상습적이거나 피해자가 다수인 경우 관련자 또는 피해자들의 진술서나 녹음, 외부전문상담기관의

상담기록 등이 모두 도움이 되는 자료입니다. 그 외에 회사의 조사과정에서 피해자 스스로 확보하지 못하는 자료들을 확보할 수도 있고, 피해자 보호와 관련한 조치들도 정당하게 요구할 수 있습니다.

(5) 외부 기관을 통한 대응

① 행정적, 사법적 대응

구분	이의제기 방법	대상(행위)	대상자	관련 법규	결과
비사법적 권리구제	노동위원회 구제신청	성희롱 피해자에 대한 부당해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌	성희롱 피해자에게 왼쪽의 행위를 한 사용자	근로기준법, 노동위원회법	부당징계 결정, 원직복직 또는 금전보상 명령
	지방고용노동관서 진정	고용평등법 위반행위	왼쪽의 행위를 한 사업주	고용평등법	시정명령, 과태료 부과, 입건 송치
	국가인권위원회 진정	성희롱 행위	성희롱 행위자, 법인, 단체, 국가기관, 지방자치단체 등	국가인권위원회법	행위자, 책임자에 대한 사내 조치, 손해배상, 교육 수강 등 권고
사법적 권리구제	지방고용노동관서 고소, 고발	고용평등법 제14조 제6항 위반행위	왼쪽의 행위를 한 사업주	고용평등법	입건 수사 후 검찰 송치, 기소, 처벌
	검찰 고소, 고발	형사처벌 되는 법 위반 행위	왼쪽의 행위를 한 자	고용평등법, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 형법 등	수사, 기소, 처벌
	민사소송	성희롱으로 인하여 발생한 손해	손해에 책임이 있는 자(행위자, 사용자)	민법	손해배상 판결

표11 행정적, 사법적 대응

② 지방고용노동관서에의 진정, 고소, 고발

신청당사자 및 신청상대방	• 성희롱 피해 당사자가 진정, 고소 • 피해 당사자 이외에 범죄사실을 알고 있는 제3자도 진정, 고발 가능 • 신청의 상대방은 사업주(성희롱 행위자는 신청의 상대방이 아님)
대상 행위	• 진정 대상 행위: 사업주의 직장 내 성희롱 금지의무, 성희롱예방교육 및 교육내용 비치 의무, 성희롱 사건 조사 의무, 행위자에 대한 조치의무, 피해자에 대한 보호 의무, 비밀누설 금지 의무, 피해자 등에 대한 불리한 처우 금지 의무 위반 행위 • 고소, 고발 대상 행위: 사업주가 피해자 등에 대한 불리한 처우 금지 의무 위반 행위
신청방법	• 필요한 경우 사전상담을 한 후에 진정 또는 고소 여부 결정(국번없이 1350 또는 방문상담) • 사업장 소재지를 관할하는 지방고용노동지청에 제기 • 문서, 우편, 구두, 온라인 방법으로 신청 가능 ✷ 고용노동부 홈페이지에서 익명신고도 가능함.
공소시효	• 형사소송법 제249조 규정에 따라 “장기 5년 미만의 징역에 해당되는 범죄의 공소시효는 5년”이므로 피해자 등에 대한 불리한 처우 금지 위반에 대해 고소하는 경우, 공소시효는 5년임.
사건의 처리	• 신고 사건이 접수되면 근로감독관은 사용자(피신고인)에게 통보하고 사실조사 진행 • 성희롱에 전문성을 가진 여성근로감독관을 배치해 줄 것을 요구할 수 있음. • 여성단체 등의 요구가 있거나 사회적 관심의 대상이 되는 사건에 대해 보다 신속, 정확히 해결하고, 필요한 경우 조사팀을 구성하여 현장조사 등을 실시하도록 하고 있음. • 근로감독관은 신고인과 피신고인을 따로 조사하거나 혹은 대질조사를 할 수 있음. • 조사결과 법령 위반이 확인되면 즉시 시정지시를 내리고, 시정완료 되면 재발방지를 위해 경고조치 후 행정종결함. • 시정기한 내 사용자가 시정하지 않은 경우 과태료 처분 또는 검찰송치하여 형사절차를 개시, 벌금 또는 징역형에 처함. • 이미 처리된 사건이라도 진정결과에 이의를 제기하는 경우 재진정이 가능함. • 성희롱 사건에 대해 사업주 등과 합의를 원하는 경우 처음부터 고소, 고발하는 것보다는 진정을 제기하는 것이 유리함. 고소한 경우 범죄인지 후에는 피해자가 취하해도 형벌이 부과되어 합의가 어려울 수 있기 때문임.

표12 진정, 고소, 고발

③ 국가인권위원회 진정을 통한 구제

진정당사자	• 성희롱 피해자(고용노동부 진정과 달리 근로자가 아닌 사람도 진정 가능) • 피해 당사자 이외에 피해사실을 알고 있는 제3자(단체)도 진정 가능 • 국가인권위원회의 직권조사 가능
진정의 상대방	• 성희롱 행위자 • 사업주(개인, 법인, 단체, 국가기관, 지방자치단체)
진정방법	• 진정은 차별행위가 있은 날로부터 1년 이내에 제기해야 함. • 법률에 의해 다른 기관에서 같은 진정 원인 사실에 대해 권리구제절차가 진행 중이거나 종결된 경우에는 원칙적으로 각하됨. • 인권상담센터 직접방문, 전화(1331), 이메일, 인터넷, 우편 등 가능
조사 등의 진행	• 조사관이 진정인, 피해자, 피진정인 또는 관계인에 대해 조사 착수(출석요구, 진술청취, 자료제출요구, 실지조사 등) • 조사결과보고서를 작성하여 차별시정위원회에 상정함. • 조사 중 또는 조사 종결 후에도 합의를 권고하고 조정할 수 있음.
결과	• 조사결과 성희롱 행위를 했다고 인정되는 자에 대해서는 손해배상이나 인권교육 수강 등 권고, 소속기관의 장에게는 행위자 징계, 재발방지대책을 수립하도록 권고할 수 있음. • 국가인권위원회의 권고를 이행하지 않으면 검찰에 수사를 의뢰하거나 고용노동부로 이관시켜 추가조사하도록 조치할 수 있음.

표13 국가인권위원회 진정

④ 노동위원회 구제신청

신청당사자 및 신청상대방	• 신청인 : 사용자로부터 부당한 해고, 휴직, 전직, 감봉 기타 징벌을 당한 성희롱 피해자, 행위자 (단, 상시 5인 미만 사업장 소속 근로자는 신청할 수 없음) • 신청상대방 : 부당한 해고, 징계 등을 행한 사용자
신청 방법	• 해고 등 부당한 조치가 있은 날로부터 3개월 이내에 신청하여야 함. • 해당 사업장을 관할하는 지방노동위원회에 신청
구제명령	• 노동위원회는 양 당사자에 대한 조사, 심문회의를 한 후 해고 등 조치가 부당한지 여부를 판단하여 원상회복 및 해고기간 동안의 임금상당액 지급의 구제명령을 내림. • 부당해고를 당한 근로자가 원직복직을 원하지 않는 경우 원직복직을 명하는 대신 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 하는 금전보상명령을 내릴 수 있음.
구제명령을 이행하지 않는 경우의 조치	• 구제명령 이행기간(30일 이내)까지 이행하지 아니한 사용자에게는 2천만원 이하의 이행강제금 부과 • 이행강제금은 매년 2회까지 2년간 부과징수할 수 있음. • 구제명령에 대한 재심신청 또는 행정소송을 제기하지 않아 확정된 결정을 이행하지 아니하면 노동위원회의 고발에 의해 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처해짐.
구제명령에 대한 불복절차	• 지방노동위원회의 결정에 불복하는 사용자나 근로자는 결정서를 통지받은 날로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심 신청 가능. • 중앙노동위원회의 재심판정에 불복하는 사용자나 근로자는 판정서를 송달받은 날로부터 15일 이내에 행정소송 제기 가능.

표14 노동위원회 구제신청

⑤ 검찰 또는 경찰에 고소, 고발

남녀고용평등법 위반	• 성희롱 관련 신고자, 피해주장자, 피해자에 대하여 해고 기타 불리한 처우를 한 사업주(남녀고용평등법 제14조 제6항 위반 사업주)를 상대로 고용노동부 뿐 아니라 검찰에 직접 고소, 고발할 수 있음. • 그러나 실무상으로는 고용노동부에 고소, 고발하는 것과 같은 절차를 밟게 됨. • 공소시효: 5년 • 3년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금
형법 위반	• 강간죄, 제303조 업무상 위력 등에 의한 간음죄(3년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금), 제298조 강제추행죄(10년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금) 등으로 고소 가능. ✷ 과거에는 성범죄가 친고죄(피해자의 고소가 없으면 공소할 수 없는 범죄)였으나 2013. 6. 19. 이후 발생범죄부터는 친고죄가 아님.
성폭력특별법 위반	• 제10조 업무상 위력 등에 의한 추행: 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(공소시효 5년). • 제13조 통신매체를 이용한 음란행위: 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금형에 처한다(공소시효 5년). • 제14조 카메라 등을 이용한 촬영: 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(공소시효 5년).

사건처리	• 기소 – 검사가 피의자에 대해 공소를 제기하여 형사재판에 회부하는 것 – 벌금 등을 청구함이 상당한 사건에 대해서는 공소제기와 함께 공판절차 없이 벌금 등에 처하는 약식명령을 청구할 수 있음. – 약식명령을 받은 피의자는 고지일로부터 7일 이내에 법원에 서면으로 정식재판을 청구할 수 있음. • 불기소 – 공소를 제기하지 않는 결정을 통칭함. – 기소유예: 범죄가 인정됨에도 불구하고 범인의 연령, 피해자와의 관계 등을 참작하여 공소를 제기하지 않는 것. – 혐의 없음, 죄가 안됨, 공소권 없음 등의 처분.
불복절차	• 불기소처분을 받은 경우 고소권자가 고등법원에 항고할 수 있음.

표15 검찰 또는 경찰에 고소, 고발

⑥ 민사상 손해배상의 청구

성희롱 행위자의 피해자에 대한 배상책임 근거	• 민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다. • 민법 제751조(재산 이외의 손해의 배상) ① 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.
사용자 (사업주)의 피해자에 대한 배상책임 근거	• 근로계약상 사용자의 근로자 보호의무 위반에 따른 불법행위 책임: 사용자는 근로자에 대해 급여제공의 의무 이외에도 근로자가 사용자의 사무를 행하면서 다른 손해를 받지 않고, 안전하고 쾌적한 환경에서 근로할 수 있도록 보호할 의무가 있음. 이 의무를 위반하면 민법 제750조의 불법행위 책임을 지게 됨. • 민법 제756조(사용자의 배상책임) 제1항: 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

표16 손해배상 청구

8 직장 내 성희롱 분쟁 해결 사례들

〈사례1〉

피해자가 입사한 초기부터 담당부서장이 회의 자리에서 남녀간 성관계와 관련하여 자신의 경험을 노골적으로 이야기를 하거나 여성 직원을 특정하여 성관계와 관련한 질문하는 등 일상에서 성희롱 발언이나 욕설과 언어폭력, 괴롭힘, 협박 등을 일삼음. “내가 한 말 어디 가서 이야기하면 죽는다. 그런 말 했다가 내 귀로 들어오는 날엔 내가 누구든 끝까지 찾아내서 복수할거야.” “우리 ○○, 너도 미투할꺼야, 미투?” “우리 ○○은 착해서 미투 같은 거 안하지?” 이런 말들을 들으며 피해자 및 목격자들은 함구함.

〈쟁점〉

조직구성원 모두가 공범자라고 할 수 있는 사례. 수년간 누적되어 온 문제였고, 구성원 누구나 문제를 알고 있었으며, 가해자로 인하여 퇴사한 퇴사자가 다수인 상황에서도 누구도 나서거나 해결하려고 하지 않음. 회사에 대한 뿌리 깊은 불신, 2차 피해와 보복에 대한 두려움 때문에 아무도 말하지 않고 신고하지 않고, ‘나만 아니면 돼’라고 생각하고 모른 척하여 방치되고 있었음. 목격자들도 다수 있었지만 피해자는 물론 목격한 직원들 역시 보복이 두려워 누구도 나서지 않음. 구성원들의 이와 같은 회피와 일터 괴롭힘에 대한 허용적 태도로 인하여 가해자는 본인이 괴롭힘의 가해자, 성희롱 행위자라는 사실을 스스로 알고 있음에도 불구하고 전혀 반성하지 않고, 폭력적 행위들이 지속, 강화되는 양상이었음. 이와 같은 가해행위들이 방치되고 있음으로써 향후 어떤 계기를 통하든 조직문화가 건강하게 회복하기 위해서는 통상의 노력 정도로는 힘들 지경에 처한 정도였음. 이와 같은 상황에서 피해를 입고 지내오던 피해자가 상담 과정을 통해 용기를 내어 조직에 문제제기를 하기로 결심하고, 퇴사자들의 진술서를 받아 성희롱 피해를 신고함. 이후 조직은 외부기관에 조사를 의뢰하였고, 조사기관은 내부 목격자들과 조력자들을 찾아 조사를 진행하였으며, 그 결과 내부 규정대로 인사조치하였음.

〈사례2〉

피해자가 입사한지 얼마 되지 않았고, 사회 초년생이었음. 회식자리에서 팀장이 흥에 겨워 러브샷 요구, 거래처 접대를 위한 회식자리가 파하고 헤어지는 과정에서 팀장이 지갑에서 수표 두 장을 꺼내어 주면서 접대 여성 취급을 함.

〈쟁점〉

성희롱 피해가 있었던 당시에는 피해자는 어떤 식으로 대처해야 할지도 몰랐고, 사내에 고충을 상담하거나 신고할 수 있는 창구도 없었고, 무엇보다 인사 보복 등이 두려워 문제제기 할 엄두를 내지 못했음. 당시 피해자는 신입사원으로 위계질서와 서열문화가 강한 조직 내에서 문제 제기하기는 매우 어려운 조건이었음. 최근 미투운동이나 사내 성희롱 사건 처리가 공식적으로 잘 처리되는 것을 보면서 용기를 내서 신고를 하게 되었으며,

처벌이 목적이라기보다는 가해자를 포함한 관리자들이 그동안 자신들이 무엇을 잘못했는지 스스로 알고 깨닫고, 혹시 모를 다른 가해자들도 경각심을 가졌으면 하는 바람에서 신고를 하게 되었음. 다만 피해 사례는 15년 정도가 지난 굉장히 오래된 사건으로, 회사의 의지나 정황상 증거를 파악하는 것이 관건인 사건이었음. 당시 회사는 징계에는 시효가 있으나 성희롱 사건신고에 관하여는 별도의 시효 규정이 없기 때문에 적극적인 조사에 동의하였고, 이에 당시 성희롱 고충을 직접 청취하였던 동료나 선배들의 진술을 확보하여 성희롱 성립여부를 판단하였음. 많은 회사들이 성희롱 사건이 신고되는 것에 대하여 ‘부끄럽다’, ‘민망하다’라고 표현하면서 성희롱 사건을 ‘있어서는 안되는 불미스러운 일’, ‘외부인들에 보여주기 창피한 일’로 인식하는 경우가 많음. 그러나 크고 작은 고충이 모두 이야기 될 수 있고, 사내에서 자율적으로 해결해갈 수 있다는 것의 의미는 매우 큼. 피해자들이 조직을 믿고 말한다는 것의 의미는 매우 크기 때문에, 신고가 전혀 없는 조직이 오히려 차별과 폭력이 내재화된 것은 아닌지 살펴볼 일임. 성희롱, 성폭력, 괴롭힘에 관한 고충의 접수, 즉 신고의 활성화가 갖는 의미에 대해 생각해 볼 일임.

〈사례3〉

피해 여성 근로자가 행위자 중 한 명의 컴퓨터 앞에서 자료를 찾던 중 카톡 대화가 뜨길래 우연히 보게 됨. 자신을 성적 대상화하여 남성 동료들이 평가와 음담패설을 나눈다는 사실을 알게 되어 신고를 함.

조사과정에서 행위자들은 성희롱 행위 사실에 대한 인정 또는 변명이 아닌 자신들의 카톡을 보았다는 이유로 사생활 침해를 했다고 주장, 피해자를 가해자로 몰아가는 프레임을 만들려했고, 회사는 조사 및 심의 과정에서 개전의 정을 전혀 보이지 않은 자에 대해서만 해고, 반성하는 2명은 중징계하는 것으로 조치함.

〈쟁점〉

사건 초기 입증 자료 취득경위에 관련하여 논란이 많았으며, 강하게 반발하는 행위자로 인하여 피해자는 추가적인 피해에 노출되고, 분리조치도 없이 사건처리가 진행되기도 하였음. 우연히 보게 된 사실을 통해 자신의 피해를 알게 된 경우, 그 자료의 취득 경로나 방법에 관하여 회사가 어떤 태도를 취하느냐에 따라 사건 조사 및 처리 방향이 완전히 달라질 수 있는 사례였음. 이 경우 피해자가 업무 도중 우연히 뜬 카톡 대화를 보게 되었고, 그 즉시 회사에 알려 증거를 확보하였으며, 행위자들의 엉뚱한 주장에 맞설 수 있도록 상담원이 조력하였던 사례였음. 다만 행위자들에 대한 서로 다른 징계 수위로 인한 부작용이 우려됨. 이후 회사가 행위자들에 대한 모니터링과 교육 등을 통하여 피해자가 다른 피해를 겪지 않도록 잘 관리하는 것이 필요함.

〈사례4〉

회사가 익명 제보 메일을 통해 1년여 전 회식자리에서 목격한 성추행 사건을 인지하게 됨. 제보 메일에는 일시와 장소, 행위자와 피해자가 특정되어 있고, 행위에 대한 묘사와

목격자의 느낌이 적시되어 있었으며 여성 상사에 의한 남성 부하 직원의 피해였음. 조사 결과 제보의 내용과 실제 벌어진 사건과의 간극이 컸고, 행위자는 전혀 기억이 나지 않는다고 하였고, 피해자로 지목된 직원 역시 해당 행위에 대하여 성적 불쾌감을 느끼거나 성희롱이라고 생각하고 있지 않은 상황이었음. 목격자들의 진술은 확보되지 않았고, 익명 제보였기 때문에 참고인 조사를 통한 객관적인 사실관계 확정에 어려움이 존재함.

〈쟁점〉

회사가 어떤 경로로든 성희롱 사건을 인지하게 되면, 반드시 조사하여 조치를 하여야 하기 때문에 피해자의 직접적인 신고가 아닌 제3자에 의한 성희롱·성폭력 사건의 신고나 제보는 어떻게 처리하여야 하는지에 대한 고민이 많아질 것임. 이 경우 이슈는 상당히 여러 가지가 있을 수 있음. 피해자가 정확히 특정되지 않아 사건 개요의 파악이 어려운 경우, 특정된 피해자가 당시 상황에 대하여 성희롱이라고 느끼지 않는 경우, 피해자는 해당 사건을 공식적으로 처리하길 원하지 않는 경우, 양 당사자는 서로 동의한 언행이라고는 하지만 직원들 다수가 있는 회식자리나 체육대회, 워크샵 등에서 벌어진 문제적 행위에 대하여 회사가 어떤 원칙을 가져야 하는지 등 고민할 부분이 많음. 이와 같은 제보나 인지 사건에 대하여는 제보자나 신고인에 대한 보호를 하면서 어떻게 조사를 할지도 고민이 필요함. 일반화하기 어려운 개별 케이스들이 상당히 많아질 것이라 예상됨. 특히 여러 가지 한계적인 상황으로 인하여 성희롱 성립여부에 관하여 확정적 판단이 어려워도 확인된 사실관계만으로도 행위자에 대한 징계가 가능하기 때문에(품위유지 위반 등) 가급적 행위자에 대한 공식적인 조치로 마무리 될 필요성이 있고, 징계보다 더 중요한 것이 사후 재발방지 대책임.

〈사례5〉

- 미혼인 남녀 직원끼리 따로 식사나 술자리를 갖다가 어느 일방이 상대에게 구애를 하였고, 연인관계를 원하지는 않았지만 만남에 응해주던 중 부담을 느껴 거절을 하였음에도 불구하고 지속적이고 다양한 방식으로 구애행위를 함. 상대가 자신의 제안에 응하지 않자, 성과 관련하여 허위 사실을 퍼트림.
- 사내 연애를 하다가 헤어진 뒤, 연애관계 중 있었던 성생활이나 기타 사생활에 대하여 소문을 퍼트리는 행위
- 쌍방 또는 어느 일방이 기혼자이고, 사적인 만남을 지속적으로 요구. 문제화되자, 서로 좋아서 만난건데, 회사가 왜 문제를 삼는 것이냐 항변하는 행위자. 이후 본인도 좋아서 만났으면서 뒤늦게 회사에 신고하여 자신을 음해하려고 하였고, 피해자가 꼬리를 쳤다고 주장하고 악의적인 소문을 유포.

〈쟁점〉

연애감정, 호감의 표현에 대한 서로 다른 이해와 간극, 무엇을 잘못했는지 모르는 행위자로 인하여 피해자는 지속적인 피해를 입었고, 일상생활까지 위협을 느낌. 행위자는 서로가 미혼이고 자신이 좋아하는 감정을 표현한 것이 문제가 된다는 것을 인지하지 못하였고, 상대의 거절에도 불구하고 자신의 감정을 표현하는 것을 오히려 정당하다고 인식하거나

거절에도 불구하고 다시 표현하는 것이 예의라고 인식하고 있었음. 쌍방 모두가 기혼자이거나 어느 일방이 기혼자인 경우에도 가해자는 동의한 만남이었다고 항변하는 경우가 많음. 회사가 개인의 연애에 대하여 개입할 수 없다는 취지로 해석됨. 또한 이후 피해자에 대한 소문을 퍼트리는 행위를 함.

이 문제에서 생각할 점은

첫째, 사내 성희롱관련 지침은 보수적 성규범을 의미하는가?

둘째, 이성간 만남에 대하여 조직이 규율할 수 있는 근거는 무엇인가?

셋째, 어떤 판단기준으로 이를 조직 내 성희롱·성폭력 사건으로 볼 수 있을 것인가?

넷째, 피해자에게 가장 필요한 것은 무엇이며, 소문에 대한 회사의 대책은 무엇인가?

고민해볼 지점이 많은 사례임. 조사과정에서는 양 당사자간의 관계를 잘 파악하여야 할 것이며, 동의와 거절의 의사표시에 대하여 조사할 때도 피해자에게 성적 불쾌감을 유발하면 안되기 때문에 신중해야 함. 무엇보다 소문이 유포되고 있는 상황에서는 조사에 들어갈 때부터 회사가 상황을 파악하고 대책을 먼저 세워야 함. 일방적 구애행위로 인하여 피해자의 근로환경이 악화되는 경우, 지위를 이용하여 거절하기 곤란한 사적 만남을 지속적으로 요구하는 경우는 물론, 사내에 개인의 사생활이나 성과 관련한 소문을 유포하는 행위는 반드시 성희롱으로 조치를 취하여야 함. 다만 사건에 따라 사실관계의 확정이 곤란한 경우일지라도 문제가 되는 행위를 한 사람에 대하여 품위유지위반 등으로 일정하게 제재를 하는 것이 필요함. 성희롱 행위자는 반복, 상습적인 경우가 많기 때문에 누적적 관리를 할 필요가 있음. 소문의 유포와 관련해서는 첫 발화자만이 아니라 소문을 전달한 사람에 대해서 경고나 징계가 필요함. 특히 카톡이나 문자 등으로 소문을 전달하는 경우에는 "정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다."에 따라 형사처벌이 가능한 사안임. 너무 쉽게 타인의 사생활이나 언행 등에 대하여 이야기하고 소문을 전달하는 행위에 대하여 각성이 절실함. 이와 같은 소문 유포의 행위에 대하여도 회사가 단호한 입장과 태도를 보이는 것이 필요함.

10장 · 변호사 윤성봉(법률사무소 휴먼)

소송

이번 장에서는 노동관계 소송 상담 시 체크해야 할 사항을 살펴본 뒤(형사소송은 제외합니다), 노동관계 소송 중 대표적인 유형인 체불임금 청구 소송과 해고 소송의 절차 등에 관해서 설명하도록 하겠습니다. 소송은 시간과 비용이 많이 소요되기 때문에 소송을 진행할지 여부는 신중히 판단해야 합니다. 또한 소송을 하더라도 사전에 충분한 준비를 하고 진행해야 원하는 결과를 얻을 수 있습니다. 노동관계 소송 상담 시 체크할 사항 등을 충분히 숙지하고 상담을 진행하면 소 제기 여부 등을 판단하는데 도움이 될 것입니다.

1 노동관계 소송 상담을 위해 체크할 사항

(1) 노동관계 소송의 유형

상담자는 근로자가 원하는 소송이 어떤 유형에 해당하는지 파악하면 보다 효율적으로 상담을 진행할 수 있습니다. 가장 대표적인 노동관계 소송유형은 ① 해고 또는 징계 무효 확인의 소(해고 또는 징계를 당한 근로자가 해고 또는 징계의 무효를 확인해달라고 청구하는 민사소송), 부당해고 또는 부당징계 구제 재심 판정 취소의 소(중앙노동위원회의 재심 판정에 불복할 경우 다투는 행정소송), ② 임금 청구의 소(사용자에게 미지급 임금·퇴직금 등을 지급해달라고 청구하는 민사소송), ③ 요양불승인 처분 등에 대한 취소 청구의 소(근로복지공단에 요양신청을 하였으나 근로복지공단이 불승인 처분을 하여 근로복지공단의 요양불승인 처분을 취소해달라고 청구하는 행정소송) 등입니다.

(2) 소제기 가능 여부

근로자가 아무리 억울해도 소송에서 백전백패할 때가 있습니다. 이 경우는 소송 외의 다른 방법을 찾아야 합니다. 패소가 예상되는 대표적인 경우는 다음과 같습니다.

① 소멸시효 완성

임금채권의 경우 권리를 행사할 수 있는 날로부터 3년간 행사하지 않으면 시효로 인해 소멸합니다(근로기준법 제49조). 여기서 권리를 행사할 수 있는 날, 즉 소멸시효의 기산점은 퇴직금의 경우 퇴직한 날의 다음 날, 임금의 경우 정기지급일의 다음 날입니다. 따라서 급여를 못 받았다고 하더라도 급여지급일 다음 날부터 3년이 지나도록 아무런 조치를 취하지 않았다면 더 이상 구제가 되지 않습니다. 즉 소송을 하더라도 패소할 수밖에 없습니다. 다만, 3년 내 소송을 하지는 않았다고 하더라도 특별한 조치를 취하였다면 소멸시효가 중단되어 권리구제가 가능합니다. 소멸시효 중단 사유에는 재판상 청구, 사용자에게 임금을 지급하라고 재촉하는 최고(이 경우 최고를 한 뒤 반드시 6개월 내 재판상 청구, 압류 또는 가압류 등을 해야만 합니다), 가압류, 사용자의 임금체불 사실 승인 등이 있습니다.

② 행정소송의 제소기간 도과

취소소송은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 합니다(행정소송법 제20조 제1항). 따라서 근로자가 부당해고 구제신청을 하였다가 중앙노동위원회에서 패한 경우, 중앙노동위원회 결정문의 정본을 송달받은 날부터 90일이 경과하면 더 이상 행정소송을 제기할 수 없습니다. 마찬가지로 근로자가 근로복지공단에 산재 신청을 하였다가 요양불승인 처분을 받은 경우도 그 처분서를 송달받은 날부터 90일이 경과하면 더 이상 행정소송을 제기할 수 없습니다. 이처럼 90일이 경과한 상태에서 소송을 하면 패소할 수밖에 없습니다.

③ 중복소송

법원에 소송이 진행되고 있는 사건에 대해 당사자는 다시 소송을 제기하지 못합니다(민사소송법 제259조). 만약 근로자가 임금청구 소송을 진행하다가 재판부에 대한 불만으로 또는 더 나은 결과를 위해 다른 법원에 동일한 소송을 제기한다면 패소할 수밖에 없습니다.

④ 재소금지 해당

본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소송을 취하한 사람은 같은 소송을 제기하지 못합니다(민사소송법 제267조 제2항). 예컨대 근로자가 해고무효 확인의 소를 제기하였다가 1심에서 패소한 뒤 항소하였으나 항소심 도중 개인적인 사정으로 인하여 소를 취하한 경우, 추후 다시 동일한 소를 제기하지 못 합니다. 만약 근로자가 추후 다시 소를 제기한다면 패소할 수밖에 없습니다.

⑤ 부제소합의

만약 근로자가 사용자와 적법하게 부제소 합의(소송제기를 금지하는 합의)를 하였다면, 이후 소송을 하더라도 부제소 합의에 따라 패소할 수밖에 없습니다. 여기서 적법한 부제소 합의가 성립하기 위해서는 합의 당사자가 처분할 수 있는 권리 범위 내의 것이고, 그 합의 시에 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 합니다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98다63988 판결). 예컨대, 퇴직을 하면서 퇴직금 또는 퇴직위로금 등을 수령하면서 향후 퇴직 또는 퇴직금에 관해 회사에 어떠한 소송 청구나 이의도 하지 않겠다는 내용의 합의를 하는 것은 부제소 합의가 허용되는 경우입니다(대법원 2006. 12. 8. 선고 2005다36762 판결). 그러나 퇴직금청구권을 사전에 포기하거나 사전에 그에 관한 민사상 소송을 제기하지 않겠다는 부제소특약을 하는 것은 강행법규인 근로기준법에 위반되어 무효입니다(대법원 1998. 3. 27. 선고 97다49732 판결).

(3) 소송비용 산정

① 소송비용의 개념

소송비용이란 소송을 하면서 사용하게 되는 비용을 말합니다. 소송비용에는 인지대, 송달료 등이 기본적으로 소요되며(소를 제기한 사람이 납부해야 합니다), 증인을 세운 경우 증인여비, 검증·감정을 했을 경우 검증·감정비용이 지출됩니다(증인신청, 검증·감정 신청을 한 사람이 납부해야 합니다). 그 밖에 변호사 선임비용 및 부수절차에서 소요되는 각종 비용들이 있습니다. 이처럼 소송에는 적지 않은 비용이 소요되므로 소송을 고려할 때에는 소송비용과 소송시간을 잘 따져보고 실익이 있을 때 진행하는 것이 좋습니다. 물론 승소를 하게 되면 소송비용을 상대방에게 받을 수 있으나, 소송비용을 받기까지 꽤 긴 시간이 소요됩니다.

② 인지대 산정 방법

인지대는 소송목적의 값(소가)을 기준으로 산정합니다. 소가란 소송물, 즉 원고가 소로써 달성하려는 목적이 갖는 경제적 이익을 화폐단위로 평가한 금액을 말합니다. 노동관계 소송의 소가를 살펴보겠습니다. 임금체불 사건의 경우 청구하는 금액이 소가가 됩니다. 해고무효 확인의 소, 부당해고 구제 재심판정 취소의 소, 요양불승인 처분 취소의 소 등은 모두 소가가 5,000만 원입니다. 단, 해고무효 확인과 임금상당액 청구를 병합해서 제기할 때는 해고무효의 소가(5,000만 원)와 임금상당액 청구의 소가 중 다액의 값으로 소가를 산정합니다. 예컨대 해고무효 확인 및 임금상당액 6,000만 원 청구를 병합해서 제기하는 경우 소가는 6,000만 원이 됩니다. 그럼, 이제 소가에 따른 인지대를 알아볼까요?

소가	인지대
소가 1천만 원 미만	소가 × 50/10,000
소가 1천만 원 이상 1억 원 미만	(소가 × 45/10,000) + 5,000
소가 1억 원 이상 10억 원 미만	(소가 × 40/10,000) + 55,000
소가 10억 원 이상	(소가 × 35/10,000) + 555,000

✷ 항소 시 인지액 : 1심 소가에 따른 인지액×1.5
✷✷ 상고 시 인지액 : 1심 소가에 따른 인지액×2

표1 1심 소가에 따른 인지대 (단위: 원)

③ 송달료 산정 방법

사건	송달료
민사 제1심 소액사건(소가 3,000만 원 이하)	당사자수 × 4,500원 × 10회분
민사 제1심 단독사건(소가 2억 원 이하)	당사자수 × 4,500원 × 15회분
민사 제1심 합의사건 (소가 2억 원 초과, 해고무효 확인의 소 등)	당사자수 × 4,500원 × 15회분
민사 항소사건	당사자수 × 4,500원 × 12회분
민사 상고사건	당사자수 × 4,500원 × 8회분
민사 조정사건	당사자수 × 4,500원 × 5회분
부동산 등 경매사건	(신청서상의 이해관계인 수 + 3) × 4,500원 × 10회분

표2 송달료 (2017. 11. 1.부터 적용되는 송달료)

④ 인지대, 송달료 산정 예시 (제1심 기준)

3천만 원 임금 청구 : 이 사건은 소가가 3천만 원이므로 민사 소액사건이고, 당사자는 원고(근로자), 피고(사용자) 2인입니다. 따라서 인지대는 140,000원{=(30,000,000원×45/10,000)+5,000원}이고, 송달료는 90,000원(=당사자 2인×4,500원×10회)입니다.

해고무효 확인의 소, 부당해고 구제재심판정 취소의 소, 요양불승인 처분 취소의 소 등 : 이 사건은 소가가 5천만 원이고, 비재산권에 관한 소송이므로 합의사건에 해당하며, 당사자는 원고, 피고 2인입니다. 따라서 인지대는 230,000원{=(50,000,000원×45/10,000)+5,000원}이고, 송달료는 135,000원(=당사자 2인×4,500원×15회)입니다.

다만, 전자소송을 통해서 소송을 진행할 경우 인지대는 위 산정 금액에서 90%로 할인되고, 송달료는 위 산정방식의 당사자 수에서 원고를 제외하고 산정됩니다. 즉, 3천만 원 임금 청구 사건을 전자소송으로 진행할 경우 인지대는 126,000원(=140,000원×0.9)이고, 송달료는 45,000원(=당사자 1인×4,500원×10회)입니다. 해고무효 확인의 소 등을 전자소송으로 진행할 경우 인지대는 207,000원(=230,000원×0.9)이고, 송달료는 67,500원(=당사자 1인×4,500원×15회)입니다.

(4) 패소 시 소송비용 부담

소송비용은 패소자가 부담하는 것이 원칙입니다(민사소송법 제98조). 패소자가 부담하는 소송비용에는 인지대, 송달료, 증인을 세운 경우 증인여비, 검증·감정을 했을 경우 검증·감정비용, 변호사 비용 등이 있습니다. 예컨대 원고가 소를 제기해서 전부 패소한 경우, 인지대, 송달료, 증인여비, 검증·감정 비용, 상대방 변호사 비용 등을 원고가 부담해야 합니다. 원고가 소를 제기하면서 이미 납부한 인지대, 송달료는 추가로 부담할 필요가 없겠지만, 상대방 변호사 비용과 소송과정에서 상대방이 지급한 증인여비, 감정비용 등은 패소자인 원고가 부담해야 합니다.

통상 소송비용 중에서 가장 부담이 큰 게 변호사 비용입니다. 변호사 비용이라고 해서 상대방이 변호사에게 지급한 비용 전부를 부담하는 것은 아닙니다. 변호사 비용은 '상대방이 변호사에게 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙에서 정한 기준'에 의하여 산정하게 됩니다. 그 기준은 아래 표와 같습니다.

소송목적의 값(소가)	소송비용에 산입되는 비율
2,000만원까지 부분	10%
2,000만원을 초과하여 5,000만원까지 부분 [200만원 + (소송목적의 값 - 2,000만원) x $\frac{8}{100}$]	8%
5,000만원을 초과하여 1억원까지 부분 [440만원 + (소송목적의 값 - 5,000만원) x $\frac{6}{100}$]	6%
1억원을 초과하여 1억5천만원까지 부분 [740만원 + (소송목적의 값 - 1억원) x $\frac{4}{100}$]	4%
1억5천만원을 초과하여 2억원까지 부분 [940만원 + (소송목적의 값 - 1억5천만원) x $\frac{2}{100}$]	2%
2억원을 초과하여 5억원까지 부분 [1,040만원 + (소송목적의 값 - 2억원) x $\frac{1}{100}$]	1%
5억원을 초과하는 부분 [1,340만원+ (소송목적의 값 - 5억원) x $\frac{0.5}{100}$]	0.5%

표3 변호사 보수표 (2018. 3. 7.이후 접수된 소제기 기준)

예컨대 원고(근로자)가 5,000만 원의 임금을 청구하는 소를 제기해서 전부 패소했고, 피고(사용자)가 A라는 변호사에게 사건을 위임하면서 일정한 변호사 보수를 지급했다고 가정해 봅시다. 이 경우 원고가 피고에게 지급해야 할 변호사비용을 위 기준에 따라 산정해보면 변호사 비용은 440만 원[200만 원+ (5,000만 원 - 2,000만원)×(8/100)]이 됩니다. 만약 피고가 A라는 변호사에게 변호사 비용을 550만 원 지급했다고 해도 원고가 부담할 변호사 비용은 위 표의 최대 기준인 440만 원이 되고, 330만 원을 지급한 경우 원고가 부담할 변호사 비용은 실제 지급된 330만 원이 됩니다.

패소할 경우 부담할 변호사 비용이 만만치 않죠? 따라서 패소의 가능성이 큰 경우 소제기 여부에 대해서는 신중하게 판단해야 합니다. 물론 소송이 종료되었다고 해서 곧바로 소송비용을 지급해야 하는 것은 아니고, 일정한 절차를 거치게 됩니다. 판결 확정 후 승소한 자가 법원에 소송비용액확정결정신청을 하면, 법원은 판결문 주문에 따라서 구체적인 소송비용액을 확정합니다(판결문 주문을 보면 소송비용에 관한 내용이 나옵니다). 그 후 패소자가 확정된 소송비용액만큼 승소자에게 지급하면 됩니다. 간혹 승소한 자 중에서 소송비용액확정결정신청을 하지 않는 경우가 있는데, 이 경우에는 굳이 소송비용을 지급하지 않아도 무방합니다.

(5) 증거확보 및 입증방법 모색

① 소송의 승패는 증거에 의해서 결정됩니다

당사자의 주장이 진실이라고 해도 증거에 의해서 입증되지 못 하면 소송에서 패소할 수밖에 없습니다. 예컨대 甲이라는 근로자가 乙이라는 사용자로부터 임금 900만 원(월 300만 원×3개월)을 못 받았다고 가정해 봅시다. 甲이 소를 제기해서 승소하기 위해서는 소송에서 '甲이 乙과 월 300만 원의 임금을 받고 근로를 제공하기로 약정한 사실, 甲이 임금체불 기간 동안 실제로 근로를 제공한 사실'을 주장하고 입증해야 합니다. 만약 甲이 근로계약서를 작성한 적이 없고, 출퇴근 기록도 없으며, 사용자와 주고받은 문자 메시지도 없고, 단 한 번도 계좌로 임금을 지급받은 사실이 없으며, 甲에게 유리한 증언을 해줄 사람도 없다면 어떻게 될까요? 더욱이 乙이 소송 내내 甲을

한 번도 만난 적도 없다고 주장하면 어떻게 될까요? 만약 소송을 하더라도 당사자의 주장사실을 입증할 방법이 전혀 없다면 소 제기 자체에 대해서 심각하게 고민해야 합니다. 평소에 증거를 다 확보해두면 가장 좋겠지만, 대부분의 경우 그렇지 못 합니다. 소송을 고려한다면 소 제기 전에 확보할 수 있는 모든 증거를 확보해야 하고, 모자란 부분은 소송을 통해서 확보해야 합니다.

② 사전 증거 확보 방법

사건마다 사전 증거 확보 방법이 다를 수밖에 없지만, 일반적으로 사전에 확보해두어야 할 가장 중요한 증거는 계약서 등 각종 서류입니다(이를 서증이라고 합니다). 노동관계 소송에서 중요한 서증으로 근로계약서, 임금지급 명세서, 출퇴근 기록표 등이 있습니다. 만약 근로계약서 등을 확보하지 못한다면 내용증명이나 녹취 등을 활용해볼 수 있습니다.

내용증명은 본인이 보내는 문서의 내용 및 발송시기를 우체국에서 공적으로 증명해주는 제도입니다. 내용증명을 발송하였다고 하여 법적 효력이 발생되는 것도 아니고 내용증명 서신에 기재된 내용의 진실을 추정해주지도 않지만, 내용의 발송사실(일정한 법률적인 의사표시가 있었다는 사실), 발송일자 및 전달사실까지 증명될 수 있으므로 분쟁 발생 시 중요한 증거가 됩니다. 내용증명을 발송할 경우 3통을 작성하여 1통은 상대방에게 발송하고, 1통은 우체국에서 보관하며, 1통은 본인이 보관하여야 합니다.

상대방과의 대화내용을 녹음한 후 녹음한 내용을 다시 문서로 기재한 녹취서는 발언한 사람, 녹취한 사람, 녹취일시 및 장소 등을 명시해야 합니다. 속기사 사무소에 의뢰하면 녹취서를 만들어 줍니다.

③ 소송에서의 증거 확보 방법

사전에 증거를 확보하지 못한 경우 소송 과정에서 아래와 같은 증거방법을 통해서 증거를 확보할 수 있습니다.

가) 문서송부촉탁

문서송부촉탁이란 문서의 제출의무가 있든 없든 가리지 않고 그 문서소지자를 상대로 그 문서를 법원에 송부하여 줄 것을 촉탁하는 절차입니다. 국가기관, 법인, 학교, 병원 등이 보관하고 있는 문서를 서증으로 제출하고자 할 경우에 흔히 이용되고 있습니다. 예컨대 근로자가 임금체불로 고용노동청에 진정을 하였지만 체불임금을 지급받지 못해서 소송을 하는 경우, 근로자는 법원에 문서송부촉탁신청을 하여 관할 고용노동청이 담당한 진정사건 수사기록 일체를 받아볼 수 있습니다.

나) 문서제출명령

문서제출명령이란 문서제출의무를 부담하는 문서소지자(상대방 또는 제3자)에 대하여 법원이 그 문서의 제출을 명하는 절차입니다. 당사자가 어느 문서를 서증으로 제출하고자 하지만 이를 상대방 또는 제3자가 소지하고 있기 때문에 직접 제출할 수 없는 경우, 당사자는 그에 대한 문서제출명령을 구하는 신청을 할 수 있고, 법원이 그 신청을 받아들이면 문서의 소지자에게 문서제출명령을 하게 됩니다. 예컨대 임금소송을 하는 근로자가 근로계약서, 급여명세서, 근무표, 출퇴근기록표, 연차휴가 사용 내역이 기재된 문서 등을 서증으로 제출하고 싶으나 소지하지 않은 경우 문서제출명령신청을 활용해볼 수 있습니다.

문서제출명령신청서를 제출할 때에는 문서의 표시와 취지, 소지자, 증명할 사실, 제출의무의 원인을 명시하여야 합니다.

다) 사실조회촉탁

사실조회촉탁이란 공공기관, 학교, 병원, 그 밖의 단체·개인 또는 외국의 공공기관에 그 업무에 속하는 사항에 관하여 필요한 조사 또는 보관중인 문서의 사실조회결과를 촉탁하여 증거를 수집하는 절차입니다. 예컨대 근로복지공단을 상대로 유족급여 및 장의비 부지급 처분 취소 소송을 하면서 망인의 과로 사실을 입증하기 위하여 망인이 근무했던 회사에 사실조회촉탁을 할 수 있을 것입니다. 만약 회사가 망인에 대해서 적대적이거나 사실과 다르게 회신할 가능성이 있다면 사실조회촉탁신청을 하면 안 될 것입니다.

라) 증인신청

증인이란 사건을 목격하거나 경험한 사실에 대해 법원에 진술할 것을 명령받은 사람으로서 당사자 외에 제3자를 말합니다. 만약 주장사실을 입증해줄 수 있는 증인이 있다면 증인신청을 하고 법정에서 증인신문을 할 수 있습니다. 예컨대 산재소송에서 본인의 과로사실을 증언해줄 수 있는 동료 근로자가 있다면 증인으로 불러서 증인신문을 할 수 있을 것입니다.

마) 감정신청

감정은 법원이 특별한 학식이나 지식을 가진 자에게 그 전문적 지식 또는 그 지식을 이용한 판단을 소송상 보고 시켜 재판장의 판단능력을 보충하기 위한 증거조사방법입니다. 예컨대 유족급여 및 장의비 부지급 처분 취소 소송을 하면서 망인의 과로 또는 스트레스와 사망 사이의 인과관계를 입증하기 위하여 대한직업의학회 등에 진료기록감정신청을 할 수 있을 것입니다.

바) 검증신청

검증이란 재판장이 직접 사물의 성상, 현상을 보거나 듣고, 느낀 내용을 증거자료로 하는 증거조사방법입니다. 예컨대 근무 중 사고 장면을 촬영한 동영상 또는 CCTV영상 검증, 현장검증 등이 해당합니다.

사) 금융거래정보·과세정보 등 제출명령신청

은행, 국세청, 세무서 등으로부터 금융거래정보·과세정보를 제공받기 위해서 활용하는 증거조사방법입니다. 은행, 국세청 등은 금융거래정보나 과세정보의 비밀을 유지할 의무가 있기 때문에 제3자의 요청이 있다고 해서 정보를 제공해주지 않습니다. 반드시 법원에 금융거래정보·과세정보 등 제출명령신청을 하고 법원이 제출명령을 결정한 뒤 은행, 국세청, 세무서 등에 제출명령서를 발송해야만 정보를 제공받을 수 있습니다. 예컨대 근로자가 해고기간 동안의 임금상당액을 청구한 소송에서, 상대방이 근로자의 중간수입 공제 주장(해고기간 동안 다른 소득이 발생한 경우 임금상당액에서 다른 소득만큼은 공제해야 한다는 주장)을 하면서,

이를 입증하기 위하여 근로자 주소지 관할 세무서에 과세정보 제출명령 신청을 할 수 있습니다.

아) 증거보전

증거보전이란 소송계속 전 또는 소송계속 중에 특정의 증거를 미리 조사해 두었다가 본안소송에서 사실을 인정하는 데 사용하기 위한 증거조사방법입니다. 예컨대 각종 재난 사건, 교통사고 사건 등에서 상대방이 증거를 파기할 것이 우려되는 경우 소송을 시작하기 전 또는 소송 중에 증거보전신청을 해서 특정의 증거를 미리 조사한 뒤 추후 사용할 수 있습니다.

(6) 가압류·가처분이 필요한지 여부

임금 청구 소송을 해서 승소를 했더니 사용자의 재산이 전혀 없다면 어떻게 할까요? 부당전직을 당해서 소송을 하려고 하는데 소송이 끝날 때까지 시간이 너무 오래 걸릴 것 같은데 발령지로 가면 당장 가족생활이 파탄날 것 같다면 어떻게 해야 할까요? 이와 같은 경우에는 미리 사용자의 재산을 임시로 묶어두거나(가압류), 임시로 전직발령의 효력을 정지시켜둘 필요가 있습니다(가처분). 자세한 내용은 임금소송과 해고소송에서 살펴보겠습니다.

(7) 일반소송 외 절차를 활용할 것인지 여부

앞서 살펴본 것처럼 소송을 하면 시간과 비용이 상당히 소요되기 때문에 근로자 입장에서는 상당히 부담스러울 수밖에 없습니다. 만약 청구 금액이 소액이거나 증거가 확실한 경우라면 일반소송보다 간이한 절차를 활용해볼 수 있습니다. 이러한 간이한 절차에는 소액사건 심판절차, 독촉절차 등이 있습니다. 자세한 내용은 임금소송에서 살펴보겠습니다.

(8) 법률구조 또는 소송구조 신청 여부

대부분의 근로자는 소송을 하고 싶어도 소송비용 때문에 망설이게 됩니다. 이 경우 법률구조 또는 소송구조를 신청해볼 수 있습니다. "법률구조"란 경제적으로 어렵거나 법을 몰라서 법의 보호를 충분히 받지 못하는 사람에게 변호사나 공익법무관에 의한 소송대리, 그 밖에 법률 사무에 관한 모든 지원을 하는 것을 말합니다. 우리가 흔히 알고 있는 법률구조공단의 지원을 받는 것이 대표적인 예입니다. 법률구조는 일정한 조건, 예컨대 일정한 수입 이하의 자에 해당해야 받을 수 있습니다. "소송구조(訴訟救助)"란 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람에 대해 법원이 신청 또는 직권으로 재판에 필요한 일정한 비용의 납입을 유예 또는 면제시킴으로써 그 비용을 내지 않고 재판을 받을 수 있도록 하는 제도를 말합니다. 소송구조는 자금능력이 부족한 자(국민기초생활 보장법에 따른 수급자, 한부모가족지원법에 따른 지원대상자, 기초연금법에 따른 기초연금 수급자, 장애인연금법에 따른 수급자, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에 따른 보호대상자)에 해당해야 받을 수 있습니다. 법률구조와 소송구조를 비교해보면 아래 표와 같습니다.

구분	법률구조제도	소송구조제도
기관	① 대한법률구조공단 ② 한국가정법률상담소	법원
신청시점	소송제기에 대한 판단 전	① 소송제기와 동시 ② 소송제기 후
신청요건	월 평균 수입 260만 원 이하의 국민 또는 국내 거주 외국인 등의 생활이 어렵고 법을 몰라 스스로 법적 수단을 강구하지 못하는 국민	소송비용을 지출할 자금능력이 부족하고 패소할 것이 명백하지 않은 자
대상사건	① 민사·가사사건 ② 형사사건 ③ 행정심판사건 ④ 행정소송사건 ⑤ 헌법소원사건 ⑥ 개인 회생·파산 및 면책사건	소송사건(비송사건 제외)

✷ 법률구조는 대한법률구조공단과 같은 기관이 소송대리 등의 법률사무에 관한 지원을 하는 것이고, 소송구조는 법원이 소송비용을 내지 않고 재판을 받을 수 있도록 배려해 주는 제도라는 점에서 차이가 있습니다.

표4 법률구조제도와 소송구조제도의 비교

(9) 판결에 대한 불복 여부

나홀로 소송을 진행하여 패소한 뒤 판결에 불복하는 근로자들이 상담을 요청하는 경우가 있습니다. 제1심 판결에 불복하는 절차를 항소라고 하고, 제2심 판결에 불복하는 절차를 상고라고 하며, 둘을 합쳐서 상소라고 합니다. 이 때 제일 먼저 확인해야 할 것이 상소기간의 도과 여부입니다. 민사소송 및 행정소송의 항소는 제1심 판결문 정본을 송달받은 날로부터 14일 이내에 제기해야 하고, 민사소송 및 행정소송의 상고는 제2심 판결문 정본을 송달받은 날로부터 14일 이내에 제기해야 합니다. 만약 상소기간이 도과했다면 이미 판결이 확정되었고 더 이상 다툴 수가 없습니다. 다음으로 상소 여부의 실익에 대해서 충분히 검토하고 결론 내려야 합니다. 상소 여부에 대해서는 가급적 변호사와 상담한 뒤에 결정하는 것을 권합니다.

상소	판결	용어	상소기간
	1심불복	항소	판결문 송달일로부터 14일 이내
	2심불복	상고	판결문 송달일로부터 14일 이내

표5 판결의 불복

(10) 나홀로소송에 도움이 되는 사이트

변호사에게 소송을 위임하거나 전문가의 도움을 얻어서 소송을 진행하는 것이 바람직하겠으나, 여러 가지 사정으로 인해서 나홀로소송을 진행해야 하는 경우가 종종 발생합니다. 나홀로소송을 진행하더라도 개인의 상상력에만 의존하면서 진행하면 곤란합니다. 대한민국법원이 운영하는 '대한민국법원 나홀로소송'과 법제처가 운영하는 '찾기 쉬운 생활법령정보 나홀로 민사소송'등을 활용하기 바랍니다.

2 체불임금 청구 소송

앞서 살펴본 것처럼 소송은 시간과 비용이 많이 소요되므로 가급적 피하는 것이 좋습니다. 임금·퇴직금(이하 "임금"이라고만 합니다) 체불로 고통을 겪고 있는 근로자도 마찬가지입니다. 임금이 체불된 경우 직접 사용자에게 청구하거나 노동청에 진정 또는 고소를 해서 해결하는 것이 좋습니다.

그러나 노동청 진정 등으로도 해결되지 않는 경우가 있는데 이 경우 어쩔 수 없이 소송을 해야 합니다. 소송을 해야 하는 경우는 두 가지로 나누어서 설명할 수 있습니다. 첫째, 사용자가 노골적으로 임금을 못 주겠다고 버티거나, 주겠다고 하면서 차일피일 미룬다면 소송을 해야 합니다. 둘째, 회사에 부동산 같은 자산은 있는데 당장 현금성 자산이 없어서 임금을 지급하지 못하는 경우에도 소송을 해야 합니다. 특히, 회사로 알 수 없는 가압류 결정문 등이 송달되거나 사장이 재산을 빼돌린다는 소문이 돌면 신속하게 소송을 진행할 필요가 있습니다. 회사가 도산하게 되어 체당금을 지급받은 경우라 하더라도 체당금 액수를 초과하는 체불임금에 대해서는 소송을 통해서 지급받아야 합니다.

체불임금 청구소송의 절차는 크게 권리의 보전(가압류)→권리의 확정(본안소송, 소액심판청구, 지급명령신청)→권리의 실현(민사집행) 순으로 나눌 수 있습니다. 아래에서 체불임금 청구소송의 순서대로 하나씩 살펴보겠습니다. 다만, 민사(본안) 소송의 경우는 너무 살펴볼 것이 많고 복잡하기 때문에 여기서는 생략하고 비교적 간단한 절차인 소액심판청구, 지급명령신청 절차만 살펴보겠습니다.

(1) 체불임금 청구소송 절차

① 절차 순서도

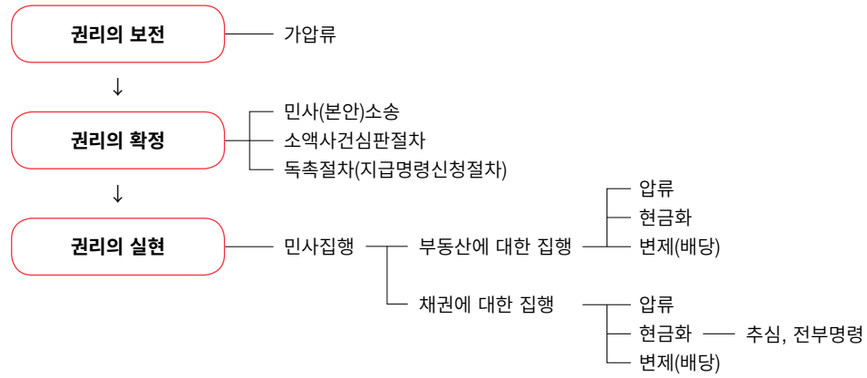

그림1. 체불임금 청구소송 절차

② 상담 체크리스트

- 근로계약 체결 및 근무 사실 등 확인
- 구체적인 체불 내역 확인
- 소멸시효 완성 및 중단 여부 확인
- 소송 전 사전 절차를 거쳤는지 여부 확인 (직접 청구, 노동청 진정 또는 고소)
- 사용자가 임금 체불 사실을 다투는지 여부 등 확인
- 증거를 확보했는지 여부 확인 : 근로계약 체결 사실, 근로자의 근로 제공 사실, 사용자의 임금 미지급 사실, 구체적인 체불 내역(노동청에서 발급한 체불임금 확인원 등)에 관한 사실 등
- 가압류가 필요한지 여부 확인 : 보전의 필요성
- 사용자의 재산에 대한 강제집행 절차가 진행되고 있는지 여부 확인 : 배당요구 종기 등

(2) 권리 보전 : 가압류

① 가압류의 의의

우리 법제는 원칙적으로 자력구제를 허용하지 아니하므로, 근로자가 체불임금을 받기 위해서는 민사소송절차를 거쳐서 권리를 확정한 후 다시 강제집행절차를 밟아야 합니다. 그런데 간혹 근로자가 임금청구 소송에서 승소했는데도 사용자가 소송 기간 동안 회사의 모든 재산을 빼돌려서 지급할 돈이 없게 되는 경우가 있습니다. 이 경우 근로자는 힘들게 승소해도 임금을 못 받게 될 수 있습니다. 근로자는 이런 경우를 대비해서 미리 사용자가 재산을 빼돌리지 못하도록 사용자의 재산을 임시로 묶어둘 필요가 있습니다. 이처럼 근로자(채권자)가 법원을 통해서 미리 사용자(채무자)가 소유한 동산 또는 부동산의 처분을 임시로 금지시키는 집행보전제도를 가압류라고 합니다(민사집행법 제276조 제1항 참조).

② 가압류 요건

가압류가 되면 임금을 체불당한 근로자 입장에서는 사용자의 재산을 묶어 둘 수 있지만, 사용자 입장에서는 자기 재산에 대한 처분권이 제한되는 측면이 있습니다. 그래서 법원은 가압류 결정을 할 때 신중할 수밖에 없습니다.

그러면 법원은 어떤 경우에 가압류 결정을 할까요? 먼저, 임금채권처럼 보전되어야 할 권리가 있어야 합니다(이를 피보전 권리 또는 청구채권이라고 합니다). 다음으로, 보전의 필요성이 있어야 합니다. 즉, 가압류를 하지 않으면 향후 판결을 집행할 수 없거나 판결을 집행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있어야 합니다(민사집행법 제277조 참조). 사용자의 책임재산 낭비, 훼손, 포기, 은닉, 염가매매, 도망 등이 있다면 보전의 필요성이 인정될 것입니다.

예컨대 甲이라는 근로자가 임금 100만 원을 못 받은 채로 퇴사했는데 회사가 돈이 많은 경우를 가정해 보죠. 사용자는 지급여력이 충분함에도 불구하고 甲 근로자에게 임금을 체불한 사실이 없다고 주장합니다. 이 경우 甲 근로자는 가압류 신청을 해야 할까요? 가압류를 해두지 않더라도 승소 확정판결 이후에 회사 재산에 대하여 집행을 할 수 있으므로 보전의 필요성이 없을 수 있습니다. 따라서 근로자는 굳이 가압류 신청을 할 필요가 없고, 설사 가압류 신청을 해도 법원에서는 보전의 필요성이 없다는 이유로 기각 결정을 할 가능성이 큽니다.

③ 가압류 신청

가압류를 신청할 때는 앞서 살펴본 것처럼 가압류의 요건에 해당하는 피보전 권리(청구채권)와 보전의 필요성(가압류의 이유)을 충분히 소명해야 하고(민사집행법 제279조 참조), 가압류할 사용자 재산을 특정해야 합니다. 청구채권은 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권이어야 하고 채권의 종류와 금액을 명시해야 합니다. 보전의 필요성은 가압류를 하지 않으면 향후 집행할 수 없거나 집행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있다는 점을 소명해야 합니다. 가압류 대상은 동산 또는 부동산인데 통상 부동산→채권→유체동산 순으로 가압류 신청을 하고 있습니다.

④ 법원의 가압류 결정

가압류를 신청하게 되면 통상 별도의 변론 없이 법원에서 가압류 결정을 하게 됩니다(동법 제280조 제1항 참조). 사용자는 가압류 결정문이 송달된 이후에야 가압류 결정 사실을 알게 됩니다. 법원은 가압류의 요건이 충분히 소명될 때 가압류 결정을 합니다. 즉, 임금채권 또는 보전의 필요성이 충분히 소명되지 않으면 가압류신청이 기각될 수가 있습니다. 노동청으로부터 체불임금 확인원을 발급받아서 가압류신청을 하게 될 경우 매우 유리합니다.

한편, 법원이 가압류 명령을 할 때 담보제공 명령을 함께 합니다. 위에서 설명한 것처럼 가압류는 채무자의 재산 처분권을 제한하는 측면이 있으므로 만약의 경우를 대비해서 담보를 제공하도록 명하는 것입니다. 법원은 청구채권 또는 보전의 필요성이 충분히 소명되지 않으면 현금 공탁을 하게 하지만 제대로 소명될 경우 보증보험으로 갈음하게 합니다.

(3) 권리 확정 : 민사(본안)소송, 소액심판청구, 지급명령신청

① 민사소송 등의 의의

앞서 살펴본 것처럼 근로자가 체불임금을 받기 위해서는 법원을 통해서 권리를 확정한 다음에 사용자의 재산에 대해서 집행을 해야 합니다. 여기서 법원을 통해서 권리를 확정하는 절차가 바로 민사(본안) 소송입니다. 이를 쉽게 설명하면 예컨대 "나는 사용자로부터 100만 원의 임금을 지급받을 권리가 있고, 이를 실현할 수 있는 집행력도 갖고 있다"는 것을 법원이 인정하는 것을 뜻합니다. 이를 좀 어렵게 표현하면 "집행권원(예전에는 채무명의라 불렀습니다)을 얻는다"고 말합니다. 물론 법원의 판결은 확정되어야 집행권원이 생깁니다.

임금체불액이 3,000만 원을 초과하고 사용자가 임금 체불 사실을 부인하는 경우에는 민사(본안) 소송을 해야 합니다. 그런데 임금체불의 경우 통상 3,000만 원 이하의 소액인 경우가 많고, 사용자가 임금체불 사실 자체에 대해서 인정하는 경우가 꽤 있기 때문에 보다 간편한 절차를 이용할 수 있습니다. 소액사건심판절차, 독촉절차(지급명령신청절차)가 그것인데, 이 경우도 민사(본안)소송과 동일하게 집행권원을 얻을 수 있습니다. 아래에서는 소액사건심판절차와 독촉절차(지급명령신청절차)에 대해서 살펴보겠습니다.

② 소액사건 심판절차

가) 소액사건 심판절차의 의의

임금체불액이 3,000만 원 이하인 경우에는 일반적인 민사소송 절차에 비해서 간편하게 소송을 진행할 수 있습니다. 이처럼 소액을 목적으로 하는 제1심의 민사사건을 간이한 절차에 따라 신속히 처리하기 위해서 민사소송법에 대한 특례를 규정한 법이 있는데, 이 법을 소액사건 심판법이라고 합니다. 그리고 이 법에 의하여 제기되는 소송 절차를 소액사건 심판절차라고 합니다(소액사건 심판법 제1조 참조).

나) 소액사건 심판절차의 특징

- 구술 또는 임의출석에 의한 소의 제기가 가능합니다(동법 제4조, 제5조).
- 일부청구는 제한됩니다(동법 제5조의2).
- 결정에 의한 이행권고가 가능합니다(동법 제5조의3).
- 소장부본이나 제소조서등본은 지체 없이 피고에게 송달됩니다(동법 제6조)
- 소의 제기가 있으면 판사는 바로 변론기일을 정할 수 있고 가급적 1회의 변론기일로 심리를 마치도록 해야 합니다(동법 제7조).
- 당사자의 배우자·직계혈족 또는 형제자매는 법원의 허가 없이 소송대리인이 될 수 있습니다(동법 제8조).
- 판사는 필요하다고 인정한 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 증인도 판사가 신문합니다(동법 제10조).
- 판결의 선고는 변론종결 후 즉시 할 수 있고, 판결서에는 이유를 기재하지 아니할 수 있습니다(동법 제11조의2).

다) 이행권고 결정

이행권고결정이란 소액사건의 소가 제기된 때에 법원이 결정으로 소장부본이나 제소조서등본을 첨부하여 피고에게 청구취지대로 이행할 것을 권고하는 것을 말합니다(동법 제5조의3 제1항). 법원의 이행권고결정은 ⅰ) 피고가 이행권고결정서의 등본을 송달받은 날부터 2주일 내에 서면으로 이의신청을 하지 아니한 때, ⅱ) 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때, ⅲ) 이의신청이 취하된 때에는 확정판결과 같은 효력을 가집니다(동법 제5조의7). 이행권고결정이 확정되면 별도의 집행문을 부여받을 필요 없이 이행권고결정서정본만 가지고 강제집행을 할 수 있습니다(동법 제5조의8 제1항 본문).

예컨대, 甲 근로자가 1,000만 원의 임금을 지급받지 못한 경우 甲 근로자는 소액사건으로 소를 제기할 수 있습니다. 이 경우 법원이 사용자에게 1,000만 원을 지급하라는 이행권고결정을 할 수 있고, 사용자가 2주 내에 서면으로 이의신청을 하지 않으면 이행권고결정이 확정됩니다. 그럼에도 불구하고 사용자가 계속 1,000만 원의 임금을 지급하지 않을 경우 甲 근로자는 이행권고결정서정본을 가지고 바로 사용자의 동산 또는 부동산에 대해서 강제집행을 할 수 있습니다.

③ 독촉절차(지급명령제도)

가) 독촉절차의 의의

앞에서 살펴봤듯이, 소액사건 심판절차는 3,000만 원 이하의 사건인 경우에만 적용되는데 반해서 독촉절차(지급명령제도)는 금액과 무관하게 이용할 수 있는 제도입니다. 독촉절차는 채권자가 지급명령신청을 하면 법원이 분쟁당사자를 심문함이 없이 채권자가 제출한 서류만을 심사하고 지급명령을 발령하는 약식의 분쟁해결 절차입니다. 만약 채무자가 지급명령에 대해서 2주 이내에 이의신청을 하면 통상의 소송절차로 이행되지만, 이의신청을 하지 아니하면 지급명령이 확정됩니다. 이 경우 채권자는 확정된 지급명령에 기하여 강제집행을 신청하여 신속하게 자신의 채권을 변제 받을 수 있습니다.**1) 참고로, 일반 민사소송이나 소액사건 심판절차에서는 소를 제기한 자를 원고, 그 상대방을 피고라 부르지만 독촉절차에서는 원고·피고 대신 채권자·채무자라고 부릅니다.**

예컨대, 甲 근로자가 4,000만 원의 임금을 지급받지 못했고 사용자가 임금체불 사실을 인정하는 경우 甲 근로자는 지급명령신청을 할 수 있습니다. 법원이 사용자에게 4,000만 원을 甲 근로자에게 지급하라는 명령을 하고, 사용자가 2주 내에 이의신청을 하지 않으면 지급명령이 확정됩니다. 그럼에도 불구하고 사용자가 계속 4,000만 원의 임금을 지급하지 않을 경우 甲 근로자는 확정된 지급명령을 가지고 바로 사용자의 동산 또는 부동산에 대해서 강제집행을 할 수 있습니다.

나) 독촉절차의 특징

- 지급명령은 채무자를 심문하지 아니하고 합니다(민사소송법 제467조).
- 채무자가 지급명령을 송달받은 날부터 2주 이내에 이의신청을 한 때에는 지급명령은 그 범위 안에서 효력을 잃게 되고 통상의 소송절차로 이행됩니다(동법 제470조 제1항). 따라서 채무자가 이의신청을 하여 소송절차로 이행될 가능성이 높은 경우에는 독촉절차를 이용하기보다는 직접 소송을 제기하는 편이 더 바람직할 수 있습니다.
- 지급명령을 신청할 때에 법원에 납부하여야 하는 인지액은 소 제기 시 첩부할 인지액의 1/10이고(민사소송등인지법 제7조 제2항), 예납할 송달료도 당사자 1인당 2회분에 불과합니다. 그러나 지급명령에 대한 이의신청이 있을 경우에는 소송절차로 옮겨지므로 채권자는 부족인지액 및 송달료를 보정명령에 따라 추가로 납부하여야 합니다.

다) 지급명령의 효력

채무자가 지급명령정본을 송달 받고도 이의신청을 하지 아니한 채 2주일이 경과한 때에는 지급명령이 확정됩니다. 지급명령이 확정되면 확정판결과 같은 효력이 있게 되므로 채무자가 채무를 성실하게 이행하지 아니하면 확정된 지급명령을 집행권원으로 하여 강제집행을 신청할 수 있습니다.

다만, 채무자는 지급명령이 확정되기 전에 변제 등을 했다면 지급명령이 확정되었다고 하더라도 지급명령의 집행력을 배제하기 위한 청구이의의 소를 제기할 수 있습니다(민사집행법 제58조 제3항, 제44조 제2항 참조).

예컨대, 甲 근로자가 임금 4,000만 원에 대한 지급명령신청을 해서 확정되었습니다. 그러나 사실 사용자는 지급명령이 확정되기 전에 임금 4,000만 원을 甲 근로자에게 지급했습니다. 그럼에도 불구하고 甲 근로자가 확정된 지급명령을 이유로 사용자의 동산 또는 부동산을 강제집행하려고 하면 사용자는 청구이의의 소를 제기하여 甲 근로자의 강제집행을 막을 수 있는 것입니다.

(4) 강제집행

마지막으로 민사집행에 대해서 살펴보겠습니다. 민사집행은 국가의 집행기관이 채권자를 위하여 국가권력을 통해서 사법상의 청구권을 강제적으로 실현하는 법적 절차입니다. 민사집행 방법에는 집행권원이 필요한 강제집행과 집행권원을 요하지 아니하는 임의경매(저당권 실행 등을 위한 경매)로 나눌 수 있습니다.

근로자는 민사(본안)소송 등을 통해서 집행권원을 얻게 되면 직접 강제집행 개시신청(예컨대 부동산 강제경매 신청)을 해서 권리를 실현할 수 있습니다. 또한 제3자가 경매 개시를 신청하여 경매절차(강제경매, 임의경매)가 진행되고 있더라도 근로자는 배당요구종기(배당요구를 할 수 있는 기한)까지 배당요구를 해서 권리를 실현할 수도 있습니다. 참고로 임금체불의 경우 통상 강제집행을 통해서 권리가 실현될 것이지만, 제3자가 저당권 실행을 위한 경매(임의경매)를 신청하는 경우에도 근로자는 배당요구를 할 수 있습니다.

① 강제집행의 요건

강제집행을 하기 위해서는 집행당사자, 집행권원, 집행문이 필요합니다. 집행당사자는 강제집행절차에서 대립하는 두 당사자를 말하며 채권자(또는 집행채권자), 채무자(또는 집행채무자)라고 합니다. 집행권원은 사법상의 일정한 이행청구권의 존재와 범위를 표시함과 동시에 강제집행으로 그 청구권을 실현할 수 있는 집행력을 인정한 공정의 증서를 말합니다. 집행권원에는 확정된 종국판결(이행판결만),

가집행선고 있는 종국판결, 확정된 지급명령, 소액사건의 확정된 이행권고결정, 집행증서 등이 있습니다. 집행문은 집행권원에 집행력이 현존하는 사실과 집행력이 미치는 주관적, 객관적 범위를 공증하기 위하여 집행문 부여기관이 집행권원의 정본의 끝에 덧붙여 적는 공증문언을 말합니다. 집행권원에는 원칙적으로 집행문이 필요한데, 확정된 지급명령과 소액사건의 확정된 이행권고결정의 경우는 집행문이 필요 없습니다.

너무 어려우시죠? 예를 들어서 설명해 보겠습니다. 근로자가 임금 3,000만 원을 지급받지 못해서 사용자를 상대로 소를 제기해서 승소하여 판결이 확정되었으나, 사용자가 임금 3,000만 원을 지급하지 않는 경우를 생각해보세요. 근로자는 어떻게 해야 할까요? 먼저 근로자는 법원의 법원사무관에게 집행문 부여 신청을 해야 합니다. 그러면 법원사무관은 판결문 끝에 '위 정본은 피고 사용자에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 원고 근로자에게 내어 준다'는 내용을 기재하고 기명날인해 줍니다. 이제 근로자는 사용자의 재산에 대해서 강제경매신청을 해서 만족을 얻을 수 있습니다. 위 사례에서 근로자(채권자)와 사용자(채무자)는 집행당사자, 판결문은 집행권원, 법원사무관이 판결문 끝에 덧붙여 적은 공증문언은 집행문에 해당합니다. 그리고 집행문이 붙은 집행권원의 정본을 '집행력 있는 정본(집행정본)'이라고 합니다.

② 강제집행 절차

강제집행의 구체적인 절차는 너무 복잡해서 아주 간략하게만 정리하겠습니다. 강제집행 절차는 크게 '압류→현금화→변제(배당)'의 절차로 진행됩니다. 부동산에 대한 집행을 생각해 볼까요? 먼저 채권자가 부동산 강제경매를 신청하면 법원이 경매개시결정을 함과 동시에 그 부동산을 압류합니다. 부동산을 압류하면 그 부동산의 처분이 제한됩니다. 그 후 부동산이 매각되어 현금화되면, 이제 그 돈으로 각종 채권자들에게 순위에 따라서 배당하게 됩니다. 채권 강제집행도 부동산과 마찬가지로 '압류→현금화→변제(배당)'의 순으로 이루어집니다. 다만, 채권의 현금화 방법은 부동산과 달리 추심 또는 전부를 통해서 이루어집니다(추심, 전부라는 용어에 대해서는 후술합니다).

1순위	경매 집행비용(인지대,감정평가비용,신문광고 비용,집달관 현황 조사 비용 등)
2순위	필요비, 유익비 (필요비: 수선비등 / 유익비: 임차인이 임대인의 동의하에 임차목적물의 가액 증대시 투입된 돈)
3순위	소액보증금, 최종 3개월분의 임금 및 최종 3년분의 퇴직금
4순위	질권·저당권 또는 「동산·채권등의담보에관한법률」에 따른 담보권에 우선하는 조세·공과금(「국세기본법」 제35조 및 같은 법 시행령 제18조)
5순위	질권·저당권 또는 「동산·채권등의담보에관한법률」에 따른 담보권에 의하여 담보된 채권
6순위	최우선변제권이 인정되지 않는 임금과 퇴직급여, 기타 근로관계로 인한 채권
7순위	조세·공과금
8순위	기타 채권

표6 경매시 배당순위

③ 임금채권에 기한 강제집행 시 유의할 사항

가) 배당요구 종기까지 배당요구를 해야 합니다.

근로자가 임금체불이 되어 배당에 참가할 경우 반드시 배당요구 종기까지 배당요구를 해야만 합니다. 배당요구 종기란 배당을 요구할 수 있는 기한을 뜻합니다. 경매가 개시되면 법원은 배당요구의 종기를 결정한 뒤 법원경매정보 홈페이지의 법원경매공고란 또는 법원게시판에 게시하는 방법으로 공고를 하게 됩니다. 따라서 소송에서 이기는 것도 중요하지만 배당요구의 종기를 체크하는 것도 무척 중요합니다.

다만, 그 근로자가 배당요구 종기까지 경매신청을 한 압류채권자이거나 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자인 경우는 따로 배당요구를 하지 않아도 됩니다. 바꾸어 말하면 체불 근로자가 직접 경매신청을 하거나(다른 채권자가 경매신청을 한 경우라도 그 경매의 배당요구 종기까지 별도로 경매신청을 한 경우도 포함), 다른 채권자가 경매신청을 해서 경매개시 결정이 되기 전까지 가압류를 한 경우를 제외하면 무조건 배당요구 종기까지 배당요구를 해야 한다는 뜻입니다.

나) 채권 추심명령과 전부명령

근로자가 임금체불로 사용자의 채권을 집행하려고 할 경우 '채권 압류 및 추심명령'을 신청할지 '채권 압류 및 전부명령'을 신청할지 현명하게 판단해야 합니다.

예컨대 근로자 甲이 사용자 乙로부터 1,000만 원의 임금을 받을 게 있고, 사용자 乙이 丙으로부터 1,000만 원의 공사대금을 받을 것이 있다고 가정해 봅시다.

먼저, 추심명령은 甲이 직접 丙에게 공사대금 채권을 청구할 수 있는 권리를 부여하는 재판입니다. 甲에게 추심권은 부여되지만 채권은 여전히 乙의 권리에 속합니다. 甲이 丙으로부터 1,000만 원을 추심한 경우 乙의 다른 채권자와 함께 배당순위에 따라서 배당받게 됩니다. 만약 丙이 무자력이라서 추심불능이 된 경우 甲은 乙의 다른 재산을 압류하여 변제 받을 수도 있습니다.

이에 반해서, 전부명령은 乙의 丙에 대한 채권을 甲에게 이전하는 재판입니다. 이 경우 乙은 甲에게 변제한 것이 되고, 甲은 丙에 대한 독점적인 채권자 지위를 갖게 됩니다. 甲 이외의 다른 채권자는 공사대금 채권 1,000만 원에 대하여 배당요구를 할 수 없습니다. 만약 丙이 무자력이라서 변제를 하지 않더라도 甲은 乙에게 임금 청구를 할 수는 없습니다.

이처럼 추심명령과 전부명령은 여러 가지 면에서 차이점이 있고 그 효력이나 집행방법이 다르므로 매우 신중하게 선택해야 합니다. 특히 위 사례처럼 丙에게 재산이 없을 경우 전부명령을 신청하는 것은 매우 위험하다는 점을 기억해야 합니다.

(5) 재산명시와 채무불이행자명부

① 재산명시 및 재산조회

근로자가 가압류를 해두지 않은 채 임금청구 소송을 하여 승소했는데 사용자가 임금을 지급하지 않은 경우 어떻게 해야 할까요? 앞에서 본 것처럼 사용자 재산을 대상으로 강제 집행을 해야 합니다. 그런데 사용자의 재산을 알 수 없다면 어떻게 할까요?

우선 재산명시제도를 활용하면 됩니다. 재산명시절차는 일정한 집행권원에 따라 금전채무를 부담하는 채무자가 채무를 이행하지 않는 경우에, 법원이 그 채무자로 하여금 강제집행의 대상이 되는 재산과 일정기간 내의 그 재산의 처분상황을 명시한 재산목록을 제출하게 하는 제도입니다. 채무자는 재산목록을 제출하면서 그 진실성에 관하여 선서도 해야 합니다.

그런데 사용자가 제출한 재산목록의 재산만으로 만족을 얻기에 부족하면 어떻게 할까요? 이 경우 근로자는 법원에 재산조회 신청을 할 수 있습니다. 법원은 근로자의 신청에 따라 사용자의 재산 및 신용에 관한 전산망을 관리하는 공공기관·금융기관·단체 등에 사용자의 재산에 관하여 조회할 수 있습니다.

그러나 재산명시 및 재산조회 절차는 시간이 많이 소요되고 사용자가 미리 재산을 은닉할 가능성이 있기 때문에 실무적으로 많이 활용되지는 않습니다. 따라서 조금 번거롭더라도 사전에 사용자의 재산 상태를 미리 파악하고 가압류를 해두는 것이 가장 좋습니다.

② 채무불이행자명부

근로자가 소송을 통해서 집행권원을 얻었음에도 불구하고 사용자가 계속 임금을 지급하지 않는 경우 근로자는 채무불이행자명부 등재신청을 할 수 있습니다. 법원이 사용자에 대하여 채무불이행자명부에 올리는 결정을 하게 되면 그 명부를 법원에 비치하게 되고 일반인도 열람할 수 있습니다.

Q&A

Q. 임금 못 받은 지 거의 3년이 다 되어 갑니다. 3년이 지나면 소멸시효가 완성되어 더 이상 임금 청구를 못 한다고 하는데 어떻게 해야 하나요?

A. 임금채권의 소멸시효는 3년이므로 임금지급일로부터 3년이 경과할 때까지 권리를 행사하지 않으면 소멸시효가 완성되어 임금채권은 소멸합니다. 따라서 근로자는 임금체불이 된 경우 임금지급일로부터 3년이 경과하기 전에 소멸시효를 중단시켜야 합니다. 소멸시효 중단 사유에는 재판상 청구, 사용자에게 임금을 지급하라고 재촉하는 최고(이 경우 최고를 한 뒤 반드시 6개월 내 재판상 청구, 압류 또는 가압류 등을 해야만 합니다), 가압류, 사용자의 임금체불 사실 승인 등이 있습니다. 예컨대 임금지급일로부터 3년이 경과하기 전에 '미지급 임금을 지급하라'는 내용증명 우편을 발송했거나(이 경우 발송한 뒤 6개월 내 재판을 해야 합니다), 사용자가 3년이 지나기 전에 '임금 미지급 사실을 인정한다'고 승인을 한 경우(문자, 내용증명, 녹취 등 어떠한 방법도 무관합니다) 소멸시효가 중단되기 때문에 근로자의 임금청구권이 소멸하지 않습니다.

Q. 임금 체불된 지 2년 11개월째 고용노동청에 임금체불로 진정했는데 사건이 해결되기 전에 3년이 다 되었습니다. 이 경우 소멸시효가 완성된 건가요?

A. 근로자가 지방고용노동청에 임금체불에 관하여 진정을 한 것으로 소멸시효는 중단되지 않습니다. 그래서 진정과 별도로 체불된 임금을 청구하는 내용증명(최고장)을 사용자에게 발송하고 6개월 이내에 소송을 제기해야 합니다. 다만, 특별한 경우에 고용노동청 진정을 사용자에게 임금을 지급해달라고 최고(催告)한 것으로 보기도 합니다(서울중앙지방법원 2015. 3. 26.선고 2014가소5933817 판결). 그러나 이는 예외적인 경우이고 일반적으로 진정과 별개로 최고를 해야 합니다.

Q. 근로자가 임금채권을 우선변제 받으려면 반드시 가압류를 해야 하나요?

A. 그렇지 않습니다. 근로자는 가압류를 해 두지 않더라도 배당요구의 종기까지 배당요구만 하면 우선변제권을 행사할 수 있습니다. 또한 근로자가 직접 경매신청을 했거나, 다른 채권자가 경매신청을 한 경우 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자가 된 경우라면 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당에 참가하여 우선변제권을 행사할 수 있습니다.

그러나 근로자가 우선변제권을 가지는 것은 사용자의 재산에 한정되는 것입니다. 예컨대 사용자의 부동산 甲이 이미 제3자에게 이전된 경우라면 그 부동산에 대한 경매절차에서는 배당요구를 할 수 없습니다. 만약 근로자가 사용자의 부동산 甲이 제3자에게 이전되기 전에 미리 가압류를 해 둔 경우라면 그 부동산 甲이 제3자에게 이전되더라도 배당요구를 할 수 있습니다. 따라서 가압류를 해 두는 것이 보다 안전한 방법입니다.

Q. 체불 근로자가 임금청구 소송을 진행하고 있습니다. 그런데 갑자기 사용자의 부동산에 대해서 경매가 개시되었습니다. 아직 확정판결도 받지 못했는데 어떻게 해야 하나요?

A. 배당요구를 해야 합니다. 체불 근로자는 확정판결을 받기 전이라도 배당요구를 할 수 있습니다. 민사집행법 제88조 제1항은 "집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다."고 규정하고 있습니다. 체불 근로자는 근로기준법 38조에서 정한 임금채권 우선변제청구권 및 근로자퇴직급여보장법 제12조에서 정한 퇴직금채권 우선변제청구권을 갖는 채권자입니다. 따라서 확정판결을 받기 전이라도 당연히 배당요구를 할 수 있습니다. 이 경우 근로자는 고용노동부 지방사무소에서 발급한 체불임금확인서와 기타 서류(국민연금보험료 원천공제 계산서, 근로소득에 대한 원천징수 영수증, 국민연금보험료 납부사실 확인서, 국민건강보험료 납부사실 확인서, 고용보험 피보험자격취득 확인통지서, 근로자명부 또는 임금대장의 사본 중 하나)를 소명자료로 첨부해서 배당요구를 하면 됩니다{대법원 재판예규 제1120호, 근로자의 임금채권에 대한 배당 시 유의사항(재민 97-11) 참조}.

Q. 체불 근로자가 배당요구 종기까지 배당요구하지 않은 경우 배당을 받아간 다른 채권자에 대해서 우선변제권이 있다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 있나요?

A. 위에서 살펴본 것처럼 체불 근로자는 미리 가압류 등을 해두지 않은 경우 배당요구 종기까지 배당요구를 하지 않으면 우선변제권이 있어도 배당에 참가할 수 없습니다. 따라서 근로자는 다른 후순위 채권자가 배당을 받았다고 하더라도 그 채권자들을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 없습니다.

Q. 근로자가 임금을 못 받은 경우 법인 대표의 개인 재산에 대해서도 집행할 수 있나요?

A. 회사가 법인이라면 임금을 지급해야 할 채무자 역시 법인입니다. 법인의 재산과 대표 개인의 재산은 별도의 재산이기 때문입니다. 다만, 회사가 임금을 지급하지 않기 위해서 대표 또는 대표의 가족들 명의로 재산을 빼 돌리는 경우 그 재산을 원상회복 시키는 재판(사해행위 취소소송)을 한 뒤에 임금을 지급받을 수도 있습니다.

Q. 사용자에게 임금을 청구했더니 반드시 지급하겠다고 공증까지 서줬어요. 그런데도 사용자가 약속한 날짜까지 임금을 지급하지 않고 있어요. 근로자는 또 소송을 해야 하나요? 아니면 바로 강제집행을 할 수 있는 건가요?

A. 간혹 사용자 중에서 어떻게든 처벌을 면하기 위해서 근로자에게 각서 등을 작성한 뒤 공증사무실에 가서 도장을 받아서 주는 경우가 있습니다. 그러면서 사용자가 "공증까지 섰으니 나중에 약속 안 지키면 이것으로 집행하면 된다."고 말합니다. 그러나 사용자가 공증 사무실에 가서 도장 받아온 것은 사용자가 작성한 증서임을 인증한 사서인증서에 불과합니다. 사서인증서는 집행권원이 될 수 없기 때문에 이를 가지고 바로 집행할 수가 없습니다.

만약 사용자가 공증을 서 주겠다고 약속하면 집행증서를 받는 것이 좋습니다. 집행증서는 집행권원에 해당하므로 집행증서만 가지고도 바로 강제집행을 할 수 있습니다. 따라서 집행증서의 요건을 잘 알고 있어야 합니다.

집행증서의 요건은 첫째, 공증인 등이 법정절차에 따라 스스로 작성한 공정증서라야 합니다. 즉 사용자가 작성하는 것이 아니라 공증인 등이 작성해야 한다는 것입니다. 둘째, 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급부를 목적으로 하는 특정의 청구 표시가 있어야 합니다. 즉 임금채권자, 채무자, 체불 임금액 등이 구체적으로 특정되어야 한다는 것입니다. 셋째, 강제집행을 승낙하는 취지의 집행수락문언이 적혀 있어야 합니다. 언제까지 임금을 지급하지 않으면 강제집행을 하더라도 승낙하겠다는 취지의 문언이 있어야 한다는 것입니다.

3 해고소송

부당해고를 당한 근로자가 노동위원회에 부당해고 구제신청을 해서 중앙노동위원회(이하 "중노위"라고 합니다)에서 이겼는데, 사용자가 중노위 재심판정에 불복하여 행정 소송을 제기하면 어떻게 해야 할까요? 반대로 근로자가 중노위에서 패한 경우는 어떻게 해야 할까요? 사용자가 중노위 재심판정을 불복하여 행정소송을 제기하면 근로자는 보조참가를 해서 다투어야 하고, 근로자가 중노위 재심판정을 불복하려고 하면 원고로서 부당해고 구제재심판정 취소 소송을 제기해야 합니다.

한편, 근로자는 부당해고를 당했을 때 노동위원회 구제신청과는 별개로 해고무효 확인소송을 제기할 수도 있습니다. 노동위원회 구제신청과 동시에 법원에 해고무효 확인 소송을 제기할 수도 있지만, 통상 부당해고 구제신청(노동위원회)과 해고무효 확인 소송(법원) 중 하나를 선택해서 진행합니다. 근로자들 중에는 노동위원회 공익위원을 신뢰할 수 없으므로 바로 해고무효 확인소송을 제기하는 경우도 있고 그 반대의 경우도 있습니다. 어떤 선택이 근로자에게 유리한 것인지 일률적으로 말할 수 없습니다. 다만, 노동위원회에서 이겨도 사용자가 끝까지 다툴 것으로 예상된다면 시간을 절약하기 위하여 바로 해고무효 확인소송을 제기하는 게 바람직할 수 있습니다.

아래에서는 해고무효 확인소송과 부당해고 구제 재심판정 취소소송의 의의와 절차에 대해서 간략히 살펴보겠습니다.

(1) 해고무효 확인소송

① 해고무효 확인소송의 의의

해고무효 확인의 소는 사용자의 일방적 의사로 행한 해고의 무효를 확인해 달라는 소를 말합니다. 해고무효 확인소송의 의의는 다른 소송 및 구제절차와 비교해 볼 때 더욱 분명해 집니다. 아래에서 살펴보는 것처럼 근로자가 종국적으로 사법상의 지위를 확보하는 가장 확실한 방법이 바로 해고무효 확인소송입니다.

가) 해고무효 확인소송과 근로자지위 확인소송

앞에서 살펴본 것처럼 해고무효 확인의 소는 사용자의 일방적 의사로 행한 해고의 무효를 확인해 달라는 소를 말합니다. 한편, 근로자지위 확인의 소는 근로자가 현재 특정 사업장에서 근로자로서의 지위를 가지고 있다는 점을 확인해 달라는 소를 말합니다.

두 소송의 실무적인 차이점에 대해서 간략히 설명해 보겠습니다. 근로자가 부당해고를 당했을 때 제기하는 소가 해고무효 확인소송입니다. 반면 근로자는 아직 정년이 도래하지 않았다고 주장하는 반면 사용자는 당해 근로자의 정년이 도래했다고 주장하는 경우 근로자는 근로자지위 확인의 소를 제기하면 됩니다. 즉, 해고 이외의 사유로 현재의 근로자지위에 대해서 다툼이 있는 경우 근로자지위 확인의 소를 제기하는 것입니다.

나) 부당해고 구제신청과 해고무효 확인소송

노동위원회의 구제명령은 사용자에게 구제명령에 복종하여야 할 공법상 의무를 부담시킬 뿐 직접 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아닙니다. 반면, 해고무효 확인 판결이 있으면 해고의 효력이 무효가 되어 원래의 근로관계가 회복되게 됩니다.

따라서 근로자가 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하여 구제명령을 받았다 하더라도(행정소송에서 승소한 경우도 마찬가지입니다), 사용자가 이러한 구제명령에 따르지 않고 있다면 근로자가 종국적으로 사법상의 지위를 확보하기 위해서는 사용자를 상대로 해고무효 확인의 소를 청구할 수밖에 없습니다.

② 절차 순서도

해고무효 확인소송의 절차는 통상적인 민사소송 절차와 동일합니다. 즉, [원고의 소 제기 → 소장의 송달(送達) → 피고의 답변서의 제출 → 변론 및 증거조사 → 판결 선고 → (항소) → (상고) → 확정 → 소송 종료]의 순서로 소송이 진행됩니다.[2] **2) 출처: 대법원 전자민원센터** 여기서 원고는 부당해고를 당한 근로자, 피고는 부당해고를 행한 사용자가 되고, 확인심판의 대상은 해고의 무효 여부 그 자체입니다. 실무적으로는 특별히 쟁점이 복잡하지 않은 경우 별도의 변론준비기일을 거치지 않고 바로 변론기일을 진행하고 있습니다.

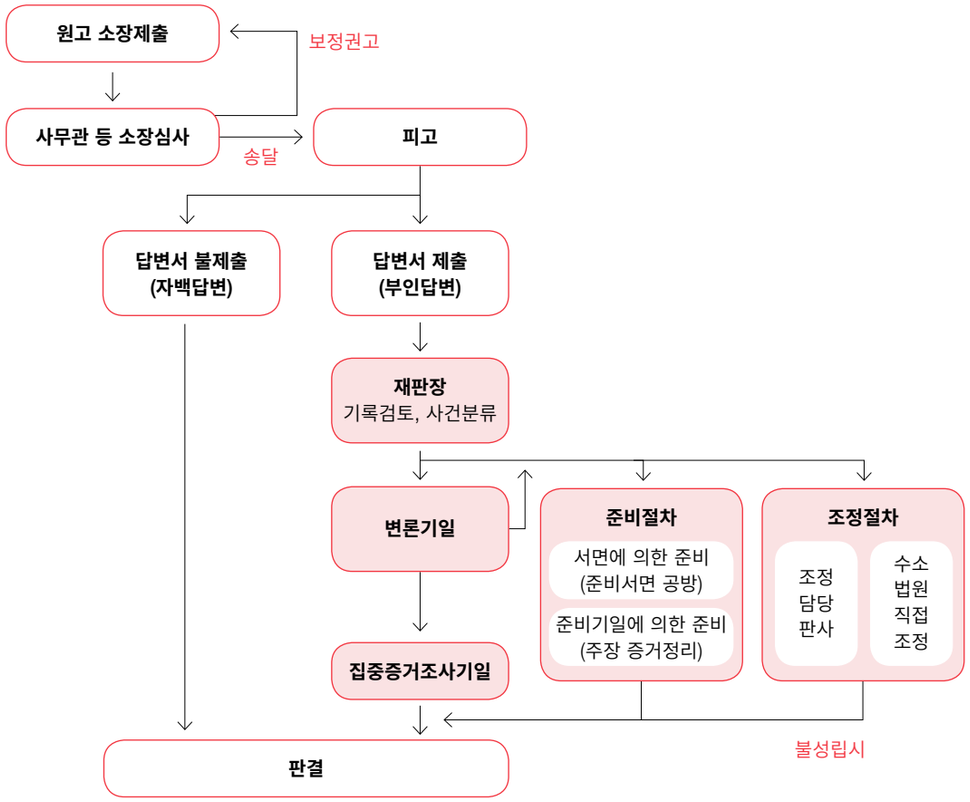

그림2. 해고소송 절차

(2) 부당해고 구제 재심판정 취소소송

① 부당해고 구제 재심판정 취소소송의 의의

부당해고 구제 재심판정 취소소송은 중노위의 재심판정이 위법하므로 그 재심판정을 취소해달라는 소송을 뜻합니다. 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 중노위에서 패한 경우 당해 근로자가 원고가 되어 소를 제기하고 중노위 위원장이 피고가 됩니다. 주의할 점은 비록 중노위가 재심판정을 했고 따라서 취소소송의 대상은 중노위의 재심판정이지만, 소송에서의 피고는 중노위가 아니라 중노위 위원장이라는 점입니다. 통상 이 경우 사용자는 보조참가를 합니다.

반면 사용자가 중노위에서 패한 경우 당해 사용자가 원고가 되어 소를 제기하고 중노위 위원장이 피고가 됩니다. 이 경우 근로자는 소송의 당사자가 아닙니다. 그럼 근로자는 손 놓고 기다리기만 하면 될까요? 결코 그렇지 않습니다. 통상 중노위 위원장은 변호사를 선임하지 않고 중노위 공무원을 소송수행자로 지정해서 소송을 진행합니다. 소송수행자는 아무래도 부당해고를 당한 당사자만큼 절박하게 소송을 진행하지 않습니다. 따라서 근로자가 직접 나서서 열심히 다투는 게 좋습니다. 근로자가 나설 수 있는 방법은 보조참가입니다. 보조참가는 당사자와 거의 유사하다고 생각하시면 됩니다.

② 절차 순서도

부당해고 구제 재심판정 취소소송도 일반적인 민사소송과 거의 동일하게 진행됩니다. 즉, [원고의 소 제기 → 소장의 송달(送達) → 피고의 답변서의 제출 → 변론 및 증거조사 → 판결 선고 → (항소) → (상고) → 확정 → 소송 종료]의 순서로 소송이 진행됩니다.[3] **3) 출처: 서울행정법원** 다만 위 절차에서 보조참가인의 참가신청서(참가취지와 참가이유) 제출, 보조참가인의 준비서면 제출, 보조참가인의 변론기일에서의 변론 등의 절차가 추가될 뿐입니다.

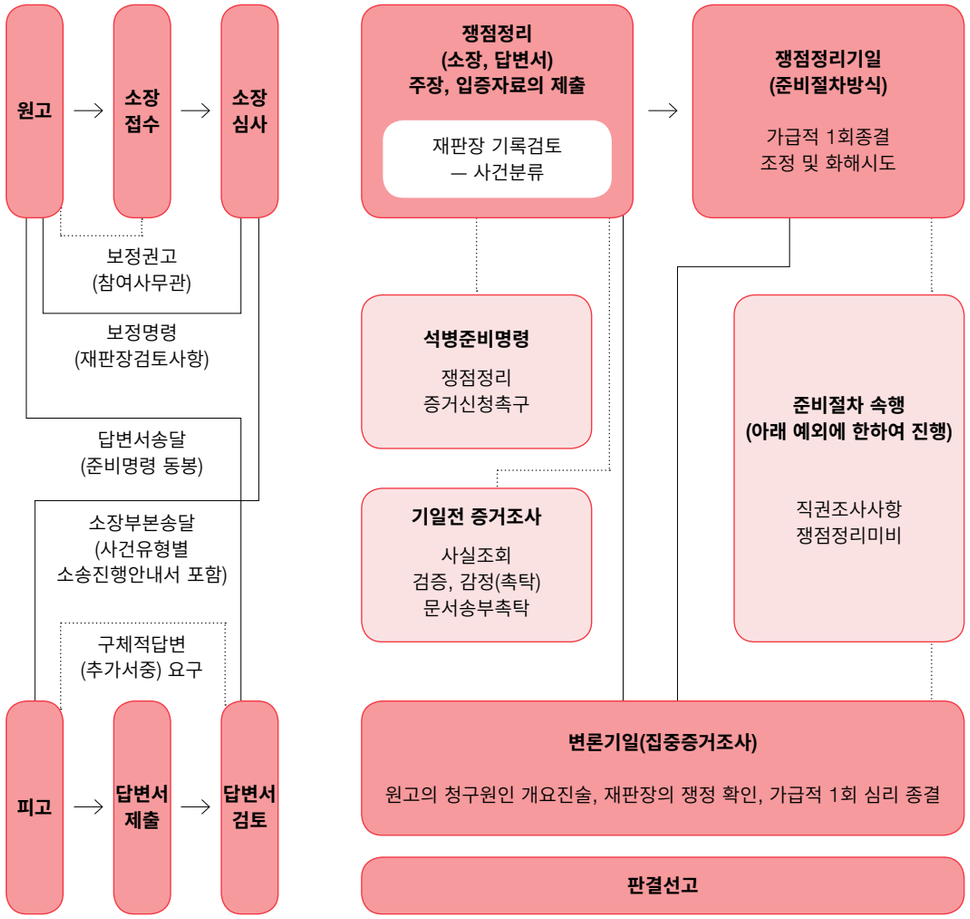

그림3. 행정소송 절차

Q&A

Q. 해고 이외의 징계 또는 불이익처분을 받은 경우는 어떻게 구제받을 수 있나요?

A. 근로자가 해고를 당한 것은 아니지만 부당하게 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 받은 경우 근로자는 부당해고와 동일한 방식으로 구제를 받을 수 있습니다(근로기준법 제23조 제1항 참조). 예컨대, 근로자가 부당 전보를 당한 경우 그 근로자는 법원에 부당 전보 무효 확인의 소를 제기하거나 노동위원회에 부당 전보 구제신청을 제기하면 됩니다. 근로자가 중노위 재심판정에 불복할 경우 중노위 위원장을 상대로 부당전보 구제 재심판정 취소의 소를 제기하면 되고, 사용자가 행정소송을 제기한 경우 근로자는 보조참가를 하면 됩니다.

Q. 부당해고를 당했는데 소송이 끝날 때까지 마냥 기다렸다가는 너무 큰 손해가 발생할 것 같습니다. 이 경우 어떻게 해야 하나요?

A. 결론부터 말씀드리면 근로자(종업원)지위보전 가처분 신청을 해볼 수 있습니다. 근로자지위보전 가처분은 근로자가 해고된 경우 해고 무효 소송의 본안판결 확정시까지 임시로 사용자와 근로자 사이에 해고 전과 같은 내용의 근로계약관계를 설정하는 가처분입니다. 참고로, 근로자 지위보전 가처분처럼 다툼이 있는 권리관계에 대해서 임시로 지위를 정해주는 가처분을 '임시의 지위를 정하기 위한 가처분'이라고 합니다.

근로자지위보전 가처분이 인용되려면 근로자가 회사의 종업원 지위가 보전되지 않으면 현저한 손해가 발생하거나 발생할 위험이 급박하여 이를 피할 필요성(이를 '보전의 필요성'이라고 합니다)이 있어야 합니다. 따라서 해고당한 근로자가 꼭 회사에 다녀야 할 이유를 잘 소명하지 않으면 가처분이 인용될 수 없습니다. 법원에서 근로자(종업원)지위보전 가처분을 쉽게 인용하지 않고 있습니다.

Q. 부당해고를 당해서 해고무효 확인의 소를 제기하려고 합니다. 향후 승소하더라도 사용자가 미지급 임금을 지급하지 않을 것 같아서 우려됩니다. 이를 대비해서 사용자의 재산에 가압류를 해도 되나요?

A. 이론적으로만 따지면 가압류 신청이 가능은 하지만 법원에서 쉽게 인용하지는 않습니다. 왜냐하면, 가압류 신청이 인용되려면 피보전 권리(청구채권)와 보전의 필요성이 인정되어야 하는데(자세한 내용은 임금소송 중 가압류 참조), 해고의 효력을 다투고 있는 상태이므로 피보전 권리(청구 채권)가 인정되기 힘들기 때문입니다. 그러나 누가 보더라도 부당해고가 명백하고 사용자가 임금을 지급하지 않기 위해서 재산을 빼돌리고 있다면 인용될 수도 있습니다.

Q. 부당전직을 당했는데 발령지로 가자고 하니 가족생활 자체가 파탄날 것 같고, 안 가자고 하니 해고당할 것 같습니다. 부당전직 무효 확인 소송 또는 부당 전직 구제신청을 해서 구제받을 생각이지만 당장 어떻게 해야 할지 막막합니다.

A. 전직명령효력정지 가처분을 하면 됩니다. 가처분이 인용되려면 앞서 설명한 근로자(종업원)지위보전 가처분과 마찬가지로 보전의 필요성을 잘 소명해야 합니다. 보전의 필요성은 전직명령에 따르지 않을 경우 해고될 염려가 있는 경우나 종전 직장에서 취업을 거부당하거나 임금지급을 중단당할 염려가 있는 경우 등에 인정됩니다.

11장

이주노동자

· 공인노무사 공성수(민주노총 서울본부 노동법률지원센터)

1 이주노동자에 대한 이해

한국경제가 발전하면서 1980년대 후반 이후 일부 중소업체들은 경쟁력 향상을 위한 기술개발이나 환경개선 대신 장시간 저임금노동을 유지했습니다. 국내 노동자의 상당수는 3D 업종에서 일하기를 꺼려하게 되었고 값싼 외국 인력을 통해 부족한 인력을 채울 수밖에 없는 구조가 되었습니다. 이러한 구조아래 정부는 1993년 공식적으로 외국노동자 도입 정책을 시행하였고 2004년 고용허가제를 시행하였습니다.

이주노동자의 대부분은 경제적인 이유로 인해 문화적·민족적 동질성이 다른 나라로 떠나게 됩니다. 하지만 국경을 넘어 노동력을 제공하는 것은 만만치 않은 불확실성과 희생을 동반합니다. 대부분의 이주노동자들은 송출비용을 지불하고 국내로 들어와서 불확실한 한국의 노동시장 환경에서 이직의 자유가 제한된 상황에서 가족 해체, 고립된 불안, 차별과 멸시, 노동권의 박탈과 인권 유린 등으로 힘들어하거나 심지어 스스로 목숨을 끊는 사례도 발생하고 있습니다.

국내 이주노동자의 40.7%는 10인 이하의 사업장에서 일하고 있으며, 30인 이하 사업장에서 일하고 있는 이주노동자는 전체 이주노동자의 72%에 달합니다.[1] 소규모 사업장은 경기변화에 민감하며 경기가 나빠지면 가장 먼저 타격을 받는 곳으로, 임금체불과 산업재해의 위험이 보다 높습니다. 게다가 노동법의 보호도 받지 못하는 경우가 많습니다. 장시간 노동을 하면서도 최저임금도 보장되지 않고 원칙적으로 사업장을 옮길 수 없어서 열악한 환경을 개선할 기회도 없이 강제노동에서 벗어나지 못하고 있습니다.

이러한 상황에서 이주노동자의 노동인권 보장을 위해서는 무엇보다도 이주노동자들이 스스로 권리를 찾기 위해 노조를 만들어야 하고, 동시에 이주노동자를 지원하는 활동가들은 이주노동자들의 신분과 처지를 제대로 이해하여 상담할 필요가 있습니다.

국내 체류 외국인은 2016. 12. 31. 기준으로 2,049,441명으로 이중 고용허가제(E-9, H-2)를 통해 일하고 있는 노동자는 486,255명으로 조사되었으며, 미등록 이주노동자 역시 20만 9천명에 이르고 있습니다. 국적별로는 중국동포를 포함한 중국이 가장 많고 그 다음으로 베트남, 북미(미국, 캐나다), 태국, 필리핀 순으로 나타났습니다.[2]

[1] 통계청, 법무부, 2017년 이민자 체류실태 및 고용조사 결과, 17

[2] 통계청·법무부, 2017년 이민자 체류실태 및 고용조사 결과, 49

구분	중국(동포포함)	베트남	북미	태국	필리핀	우즈베키스탄	네팔	방글라데시
현황	1,643,611	149,384	140,222	100,860	56,980	54,490	34,108	15,482

표1 체류외국인 국적별 현황 (단위 : 명)

비전문취업(E-9) 외국인의 국적은 베트남이 가장 많고, 캄보디아, 인도네시아, 네팔, 필리핀 순으로 나타났습니다.

구분	베트남	캄보디아	인도네시아	네팔	필리핀	태국	스리랑카	기타
현황	37.2(14.5)	33.9(13.2)	29.2(11.4)	27.1(10.6)	24.9(9.7)	23.6(9.2)	22.2(8.7)	57.8(22.6)

표2 국적별 비전문취업(E-9) 체류자격 외국인 (단위 : 천명, %)

대부분의 비전문취업(E-9) 이주노동자(82.5%)는 제조업에서 일하고 있으며, 농림어업, 건설업, 도소매·음식숙박업 순입니다.

취업중인 산업	농림어업	제조업	건설업	도소매·음식 숙박업	기타
비율	11.1	82.5	3.4	1.2	1.8

표3 취업 중인 산업별 비전문 체류자격(E-9) 외국인 (단위 : %)

2 이주노동자 상담활동에 대한 이해

(1) 이주노동자 상담활동의 특징

이주노동자 상담활동은 크게 임금과 관련된 상담과 비임금성 상담으로 구분할 수 있으며, 임금성 상담은 구체적으로 임금체불, 퇴직금, 적립금 문제 등을 들 수 있고, 비임금성 상담은 사업장 이동, 산업재해, 각종 의료지원, 교통사고, 출입국 등 비자와 관련된 문제, 국제결혼, 폭행 등 생활전반과 관련된 문제, 해고·정직과 관련된 문제로 구분할 수 있습니다.

① 임금관련 상담의 특징

이주노동자들이 가장 많이 상담하는 부분은 임금과 관련된 상담입니다. 최저임금에 미달되는지, 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당이 제대로 지급되고 있는지에 대한 상담이 많습니다. 특히 주·야간 교대제로 일하는 경우 시간외근로수당 등이 근로기준법에 맞게 지급되고 있는지 계산해 달라고 하기도 합니다. 또는 기왕에 제공하던 기숙사나 식대를 갑자기 임금에서 공제하고 지급하는 것에 대해 상담하기도 합니다.

문제는 근로시간이나 급여에 대한 명확한 근거가 없는 경우입니다. 사용자가 이주노동자들에 대한 노무관리를 제대로 하지 않고, 근로계약서 등 근로관계를 증빙할 서류가 없다면 노동자들의 기억이나 수첩 등에 의존하여 근로조건과 급여를 거꾸로 추적해 들어가야 합니다. 가능한 증거를 많이 확보하고 주변인들의 진술서를 이용해서 주장의 객관적 근거를 만들어야 합니다.

② 퇴직금 관련 상담의 특징

사용자는 이주노동자의 퇴직금 지급을 위해 출국만기보험에 의무적으로 가입하여야 합니다. 문제는 적립금이 실제급여와 많은 차이를 보인다는 것입니다. 실제로 통상임금을 기준으로 매달 8.3% 납입하는 경우가 많아 잔업이 많거나 특근이 있는 경우 평균임금의 차이로 실제 받아야할 퇴직금과 보험에서 지급하는 퇴직금이 차이를 보이는 경우가 많습니다.

이 경우 실제 지급받은 평균임금을 기준으로 퇴직금을 계산하고 출국만기보험으로부터 지급받을 수 있는 금액을 확인한 뒤 그 차액을 사용자에게 직접 청구하여 받아야 하는 번거로움이 있습니다. 사용자는 보험가입으로 책임을 다했다고 주장하면 이주노동자는 갈등상황을 피하려 차액의 퇴직금을 포기하는 경우도 있어 상담 진행에 어려움이 있기도 합니다. 또한 최근 출국만기보험을 퇴직 후 국내에서 청구할 수 있던 방식에서 본국으로 출국할 경우 공항이나 자국에서 받을 수 있도록 변경해서 퇴직금 차액을 받기 어려워졌습니다.

③ 산재 관련 상담의 특징

산재의 적용기준이나 혜택은 내국인과 동일합니다. 하지만 많은 이주노동자들은 본인의 잘못으로 사고를 당해도 산재보험 혜택을 받을 수 있다는 것을 모르는 경우가 많습니다. 또한, 미등록으로 일하는 이주노동자들의 경우 산재보험에 가입되어 있지 않은 사업장에서 일하다 다치면 일부 사용자는 공상처리를 원하기도 합니다. 그러나 중대재해라면 오히려 산재로 처리하는 것이 사용자에게 더 유리할 수 있습니다. 한편, 산재는 사용자의 동의가 없어도 근로복지공단을 통해 진행할 수 있으며 사용자가 협조하지 않아도 신청할 수 있다는 점을 알려주도록 합니다.

④ 사업장 이동과 관련된 상담의 특징

고용허가제는 원칙적으로 사업장 이동을 금지하고 있으며, 농업이나 축산업 등에서 제조업으로 옮겨가는 업종 간 이동 역시 막아 놓았습니다. 그러다 보니 내국인들과 달리 부당해고가 문제되는 경우는 드물고, 어떻게든 사업장을 옮길 수 있게 해달라는 부탁, 즉 횟수제한에 걸리지 않는 한 해고를 간청하는 상황이 발생하기도 합니다. 사용자가 근로조건을 개선하려는 노력은 않고 무조건 발목을 잡아두려 하니 그 속에서 답답한 건 이주노동자입니다. 그래서 임금이 적다거나 어디가 아프다고 상담을 청하지만 궁극적으로는 지금 사업장에서 떠나게 해달라는 것을 에둘러 표현하는 경우가 많습니다. 문제는 고용허가제가 이를 허용하지 않는데 있습니다. 좀 더 나은 조건에서 원하는 일을 할 권리는 노동자로서 당연한 권리이니 이주노동자의 이러한 변심을 탓할 수는 없습니다.

사업장 이동을 하려면 고용허가제가 규정하고 있는 사유에 따르거나 고용센터에 직권을 행사해 줄 것을 요청하는 방법이 있습니다. 사용자가 사전에 약속한 근로조건을 위반하거나 위법한 행위를 하지 않는 이상 사업장 이동을 하기는 쉽지 않고, 사용자와 협의하여 이동하는 방법이 있으나 쉬운 일은 아닙니다.

⑤ 출입국과 관련된 상담의 특징

출입국 등 비자와 관련해 중요한 점은 그 시기를 놓치지 않고 제때 처리해야 한다는

것입니다. 잘못하여 그 시기를 놓치면 벌금이 나오거나 때론 비자가 취소되어 강제 출국해야 하는 상황에 이를 수 있습니다. 출입국관리사무소의 비자발급 기준이나 벌금액에서 재량의 폭이 넓어서 불이익을 예측하기 어렵습니다. 과거에 비해 재량의 여지가 많이 줄기는 했지만, 여전히 인권적 측면이나 도의적 측면에서 강제출국을 막거나 사정을 감안할 것을 적극적으로 어필할 필요가 있습니다.

(2) 이주노동자 상담활동의 실제

① 상담과 법적 절차

막상 이주노동자와 마주하고 상담을 진행하다보면 한국인과 다르게 무엇부터 해야 할지 몰라 막연해 집니다. 언어에서부터 문화적, 정서적 차이 및 사업장의 열악한 특성 등 복합적인 요인이 상담을 가로 막습니다. 하지만 법과 제도를 이해하고 이주노동자에게 관심을 가진다면 익숙해질 것입니다. 다양한 상담유형이 존재하지만 대표적으로 임금상담을 예로 들어 진행 과정을 살펴보겠습니다.

단계	주요내용
상담 접수	• 이주노동자 방문 • 문제의 내용 확인 • 상담양식에 따른 상담기록서 작성
사실 확인	• 객관적 자료(사진, 동영상, 서류) 등으로 사실 확인 • 회사에 전화, 주변인 진술 등으로 사실 확인 • 회사 방문을 통한 최종 확인
지급요구	• 이주노동자 우선 해결 노력 • 전화 또는 우편, 방문을 통해 지급 요구
고용노동청 진정	• 이주노동자 진정 의사 확인 및 사용자에 통보 • 고용노동청 동행 출석 및 조사 진행 • 사건 합의 혹은 체불금품확인원 발급·수령
법원소송	• 지급명령신청, 임금청구소송 • 가압류신청, 압류신청
보험금, 소액체당금, 강제집행 등	• 임금체불보험금 청구 • 소액체당금 청구 • 강제집행 절차 진행

표4 상담과 법적 절차

② 초기 상담접수

초기상담이 중요하다는 것은 아무리 강조해도 지나치지 않습니다. 초기상담에서 이주노동자와 사업장 및 사용자의 문제를 파악하고 당사자의 해결의지 등을 판단하며 이후의 과정을 예측할 수 있도록 자세히 질문하고 파악해야 합니다.

주요한 질문으로는 체류와 관련된 사항, 사건의 내용과 경과, 한국어 실력, 본인의 노력정도, 퇴사 과정에서 발생한 일 등 다양합니다. 또한 이주노동자가 궁극적으로 바라는 것이 무엇인지 정확히 확인하고, 앞으로 어떠한 과정과 어느 정도 시간이 소요될지에 대한 설명을 해야 합니다.

가) 문제 확인 및 상담기록서 작성

이주노동자가 방문한 경우 상담활동가의 상담양식에 따른 상담기록서 작성이 필요합니다. 하지만 그 보다 먼저 이주노동자의 이야기를 충실하게 들으며 전체 상황을 파악하는 것이 우선시 되어야 할 것입니다. 대강의 문제가 확인되면 이제 꼼꼼히 담아야 할 내용을 기록서에 작성하면 됩니다. 처음부터 취조하듯이 몰아붙이면 내용 파악에 어려움이 발생할 수 있고 이주노동자 역시 편하게 이야기하는 데 곤란할 수 있으므로 이주노동자와 공감하며 충실히 진술할 수 있도록 하여야 할 것입니다.

상담기록서에는 크게 이주노동자와 관련된 사항, 사업장과 관련된 사항, 문제가 된 사항 등으로 구분할 수 있습니다. 그리고 법리적인 쟁점판단에 필요한 기본 사실관계(예를 들어, 5인 이상 노동자 사용 사업장인지 여부, 입증할 수 있는 자료가 있는지)는 놓치지 말고 다 확인해야합니다. 가능하다면 최초 방문 시 위임장과 진정서 날인 등을 함께 받아 두는 것이 진행에 도움이 될 수 있습니다.

이주노동자와 관련된 사항	이름, 별명, 외국인등록번호(id 카드나 여권), 주소, 전화번호(통역, 한국말 잘하는 친구) 등
사업장과 관련된 사항	회사명, 사용자나 관리자 이름, 주소, 전화번호, 업종, 상시 근로자수, 명함 등
상담 내용(문제가 된 사항)	근무기간, 체불기간(통장, 임금명세서, 녹취자료), 노동조건(근로계약서, 취업규칙, 타임카드 등), 퇴사나 임금체불 이유 등 진행과정, 기타 입증자료 등

표5 상담에서 확인할 내용

나) 비자 유형

이주노동자 상담은 비자 유형에 따라 접근하는 방식에 차이가 있습니다. 특히 미등록 이주노동자들의 경우 활동에 큰 제약을 받습니다. 그렇기 때문에 비자가 만료된 노동자들의 경우 항상 단속을 염두에 두고 진행해야 합니다. 하지만 그렇다고 사업장을 방문하거나 고용노동청 등을 방문할 수 없다는 것은 아니고 만약의 경우를 염두에 두자는 취지라 하겠습니다.

다) 한국어 실력

대개 한국에 들어온 지 얼마 되지 않은 경우 한국어를 능숙하게 하지 못해 상담을 접수하는 데 애로를 겪는 경우가 있습니다. 하지만 대개는 자신이 한국말을 못하는 경우 한국말을 잘하는 자국 동료와 함께 오기 때문에 언어적 어려움으로 진행을 못하는 경우는 많지 않습니다. 만약 그러한 경우라면 전화를 통한 통역서비스를 이용하거나 이주노조나 이주노동자 단체의 도움을 받기를 권합니다. 또한 가급적 쉬운 명사를 사용하여 간단하게 단문으로 질문하고, 자꾸 말이 바뀌는 경우에도 인내심을 가지고 차근차근 확인하는 것이 좋습니다.

상담을 하다보면 충분히 서로 이해가 되었다고 믿었던 부분에서 나중에 오해가 발생하는 경우를 발견하곤 합니다. 특히, 어느 정도 한국어를 구사할 수 있는 사람에게서 그런 일이 많이 발생하는데 이는 충분히 소통하지 않고 어림잡아 판단했기 때문입니다. 이를 방지하기 위해서는 몇 번이고 확인하고 그래도 미심쩍으면 통역을 활용하여 분명하게 확인해야 합니다.

라) 복수의 연락처 확보하기

상담을 시작하면서 신분증을 복사하고 관련된 서류를 검토하고 필요한 경우 관련 서류를 복사하여 보관해야 합니다. 또한 사업장에서 불리는 이름(별명)을 기록해 둘 필요가 있으며, 여권 이름과 다르게 별명으로 불러야 사용자가 알아듣는 경우가 많이 있으니 사업장에서 불린 별명을 정확히 확인해야 합니다. 또한 갑자기 휴대전화가 중지되거나 단속되는 경우도 있어 가능하면 복수의 연락처를 확보해 두는 것이 좋습니다. 만약 이주노동자가 한국어 소통이 어렵다면 한국어를 잘 하는 동료의 연락처를 반드시 받아둘 필요가 있습니다.

마) 사업장과 관련된 사항 확인하기

대개의 이주노동자들은 자신이 일하고 있는 사업장의 주소나 사용자의 이름을 모르는 경우가 있습니다. 이럴 경우 외국인등록증, 명함이나 근로계약서 등을 챙겨올 것을 당부해야 합니다. 또, 사업장에 상시 근로자가 몇 명인지 파악하여야 합니다. 실무에서 사용자가 주장하는 근로자수와 다를 수 있으므로 사진이 있는 경우 받아두거나 나중에라도 확보해 두는 것이 좋습니다.

바) 체불과정, 퇴사 과정을 꼼꼼히 물어보기

이주노동자 상담의 특징 중에 하나가 당사자의 감정이 문제해결에 영향을 미친다는 것입니다. 그리고 그 감정은 바로 어떻게 사업장을 그만 두었는가와 관련되어 있습니다. 미등록 이주노동자가 사업장 이동을 원하다 좌절되어 일을 하지 않거나 태만히 하는 경우 사용자는 고의로 임금 지급을 지연하는 방식으로 자신이 받은 고통을 동일하게 돌려주기를 고집합니다. 또한 회사에 막대한 손해가 발생하였다고 하면서 그 부분만큼 제외하고 지급하겠다고 나오기도 합니다. 갑자기 나올 수밖에 없었거나 일을 하지 않았다면 그 전후 사정을 꼼꼼히 기록해 둘 필요가 있습니다. 나중에 사용자를 설득하는데 근거자료가 되며 때로는 이주노동자가 잘못한 부분이 있었음을 인정하는 것이 사용자의 감정을 누그러뜨리는 데 도움이 될 수 있습니다. 하지만 기왕의 근로에 대해서는 임금은 법에 따라 지급해야 하고, 소송에서 이주노동자의 잘못으로 손해가 발생했다는 것을 입증하기 어려워서 소송이 큰 실익이 없다는 것을 설명하는 것이 좋습니다.

사) 본인의 해결노력 정도 확인하기

이주노동자 자신의 문제는 본인이 해결하는 것이 원칙입니다. 상담에서도 스스로 어느 정도 노력을 했는지 확인하는 것이 필요합니다. 상담활동가가 커피자판기처럼 이주노동자가 동전을 넣기만 하면 문제해결을 가져다 줄 수는 없습니다. 때에 따라서는 이주노동자가 문제해결의 주체가 될 수 있도록 지원하는 역할에 머물러야 할 때도 있습니다. 사용자 역시 제3자에게서 연락이 먼저 오면 뒤통수를 맞은 양 더 화를 내는 경우가 있어 상황이 더 악화될 수 있습니다. 따라서 본인이 정식으로 요구하지 않았다면 상담자가 개입하기 이전에 스스로 사용자를 만나 해결하도록 격려해야 합니다. 만약 의사소통에 어려움이 있다면 상담자가 요구를 문서로 정리하여 당사자에게 전달할 수도 있을 것입니다. 물론, 상당수의 사용자는 이러한 노력에도 불구하고 이주노동자를 대화의 파트너로 생각하지 않는 경우가 많습니다.

③ 사실 확인

가) 사실관계 파악

누구든 자신에게 유리한 관점에서 바라보고 기억도 이를 기반으로 되살리게 마련입니다. 따라서 이주노동자의 이야기를 토대로 문제를 풀어가되 객관적인 증거 자료를 가지고 확인해야 합니다. 그런데 보통 이러한 증거자료가 사용자에게 있기 때문에 이를 확인하기가 어렵습니다. 가능하다면 이주노동자가 있는 상황에서 사업장에 전화를 하여 사실관계를 대조하는 작업을 진행할 수도 있습니다. 만약 서로간의 의견 합치가 이루어진다면 다음 단계로 넘어가 시간의 말미를 두고 문제해결을 위한 약속을 잡을 수 있을 것입니다.

나) 사업장을 방문하여 확인하기

만약 전화로 서로의 의견 차이를 좁히지 못하였거나 아니면 문제가 매우 복잡하여 전화로 설명하기 곤란한 경우 사업장을 이주노동자와 함께 방문하여 처음부터 자초지종을 확인할 수도 있습니다. 하지만 대개 사용자는 자신의 사적인 일에 남이 개입한다는 것에 불만을 표현하기도 합니다. 이는 이주노동자를 하나의 인격체로 인정하지 않아서 일수도 있고 시간을 끌려는 의도일 수도 있습니다.

의사소통에서 불거진 문제라면 충분한 대화를 통해서 해결할 수도 있습니다. 대개의 영세 사업장은 지급할 의사가 있어도 사업장의 상황이 좋지 않아 지급을 미룰 수 있는데 이런 경우 분할하여 지급하거나 지급기한을 넉넉하게 정하고 합의를 볼 수도 있습니다. 합의할 때에는 반드시 문서로 체불임금액과 지급기한을 작성하여 보관해야 합니다. 하지만 만약 이주노동자와 사용자간에 견해가 다르고 사용자가 거부의사를 명확하게 표현했다면 고용노동청 진정 등 다음 단계로 넘어가는 것이 좋습니다.

다) 사건 진행을 기록하는 습관

하나의 상담이 접수되고 해결될 때까지 많은 사람을 만나게 됩니다. 이러한 과정을 시간순서대로 기록할 필요가 있습니다. 이주노동자와의 상담은 소통에 어려움이 있고 다양한 사람들이 관여되어 있고, 문제해결 과정 또한 지난하기 때문에 진행과정을 기록하는 것이 더욱 중요합니다.

④ 지급요구

앞서 살펴보았듯이 일차적으로 이주노동자의 문제해결 노력이 중요하고 다음으로 상담활동가의 지원이 뒤따라야 합니다. 지급요구는 구체적이고 문서로 확답받는 것이 중요합니다. 만약 사용자가 지급을 약속했음에도 불구하고 몇 차례 지급을 연기한다면 사용자의 생각에 끌려 다닐 필요 없이 최종기한을 정하고 그 이후 법적 절차를 거치는

것이 바람직합니다. 물론 이러한 과정을 이주노동자에게 충분히 설명하고 본인이 스스로 결정의 주체가 되도록 해야 할 것입니다.

이주노동자들은 자신의 사건이 어떻게 진행되어 가는지 궁금해 하지만 의사소통에서 어려움이 있어 진행과정을 확인하는데 있어서도 조급함을 나타내기도 합니다. 따라서 전체 사건진행과정을 이야기하고 현재 어디에 와 있고, 지금의 문제는 무엇이고 어떠한 노력을 하고 있으며, 앞으로 어떻게 될 것이라는 내용을 차근차근 설명할 필요가 있습니다. 그렇게 함으로써 자신의 사건진행에서 주도권을 놓치지 않을 수 있습니다.

⑤ 고용노동청 진정

문제를 접수하고 고용노동청으로 민원을 제기하기 전에 사용자와 대화할 필요는 있습니다. 그러나 회사 경영상황이 아주 어렵거나 사용자가 완강하게 지급을 거부한다면 곧바로 법적인 절차에 착수하여야 합니다. 이러한 경우에는 노동조합의 도움을 받거나 공인노무사등의 법률전문가를 선임하여 사건을 진행하는 것이 도움이 됩니다.

비자가 만료된 미등록 이주노동자들의 경우 고용노동청 진정을 두려워하는 경우가 많습니다. 고용노동청에 미등록 이주노동자가 방문하는 경우 사용자가 악의적으로 신고를 하거나 근로감독관이 출입국관리사무소에 통보를 할 수 있기 때문입니다. 이러한 행위에는 강력하게 항의해야 하며, 사전에 고용노동청에 협조를 구하거나 상담자가 동행하여 이주노동자를 보호해야 합니다.

고용노동청의 근로감독관들은 때때로 당사자끼리 알아서 합의하라고 하는 경우가 있지만, 체류가 불안정하거나 입증자료가 없다는 이유로 쉽게 타협해서는 안 될 것입니다. 또한 근로감독관이 비자가 없음을 반복적으로 지적하거나 진정내용과 관련 없는 내용을 반복한다면 이에 대해 분명히 항의하고 이후 문제제기 하겠다고 해야 할 것입니다.

법위반 사실이 확인되면 사용자에게 시정지시를 하는데, 사용자가 이행하면 사건은 내사종결되며, 이행하지 않는 경우 형사절차가 진행됩니다. 이때 받지 못한 임금은 민사로 진행하여야 합니다. 법 위반사실이 없다고 판단된 때에는 진정인에게 사유를 회시하고 내사종결처리 합니다.

⑥ 법원 소송 및 기타 구제 절차

고용노동청에서 문제해결이 되지 않은 경우 다음 단계로 법원에 소송을 제기하는 일이 남아 있습니다. 고용노동청에서 '체불금품확인원'(근로감독관의 조사 결과 임금체불 사실이 확인되어 사용자에게 지급을 지시했으나 이행되지 않은 경우 해당 고용노동청에서 임금체불 사실을 확인해주는 공문)을 발급 받아 법률구조공단에 무료로 소송을 대리하게 할 수 있습니다. 법률구조공단은 '지급명령신청'(금액이 소액이고 체불사실 자체에 다툼이 없는 경우 법원이 우선 사용자에게 지급명령을 하고 사용자가 이에 대해 이의신청을 하지 않는 경우 확정판결과 동일한 효력을 가짐)을 할 수도 있으며, 채무액에 따라 소액심판을 할 수도 있습니다. 사건에 따라 2~6개월 정도의 시간이 소요됩니다. 이주노동자가 승소하였더라도 사용자 명의로 된 재산이 없어 소송에서 승소하는 것이 큰 의미가 없을 수 있습니다. 따라서 사업장이 제대로 가동되고 있는지, 사용자 명의로 재산이 남아 있는지 등과 시간과 비용을 이주노동자에게 충분히 설명한 후에 진행하는 것이 바람직합니다.

⑦ 체당금, 임금체불보험금청구

사용자의 재산이 남아있지 않거나 폐업(파산 등)한 경우라면 체당금 제도를 이용할 수 있습니다. 또 가동 중인 사업장에서 임금 및 퇴직금을 지급받지 못하고 퇴직한 근로자에게 일정 금액(최대 400만원)을 지급하는 소액체당금 제도를 활용할 수도 있습니다. 소액체당금 절차는 소송을 제기하고 확정판결(종국판결, 지급명령, 화해, 조정, 이행권고결정 등)이 있는 경우 구비서류(소액체당금지급청구서, 체불임금 등 사업주확인서 사본, 판결문 등 집행권원 정본, 확정증명원 정본)를 가지고 근로복지공단에 청구하면 됩니다.

한편, 고용허가제 이주노동자의 경우 임금체불보험금을 청구할 수도 있습니다. 고용허가제 이주노동자를 채용하는 경우 사용자는 보증보험에 의무가입하여야 합니다. 임금을 지급받지 못한 경우 이주노동자는 고용노동청에서 임금체불을 확인 받은 후 서울보증보험에 구비서류(외국인근로자 보험금청구서, 체불임금 등 사업주확인서 사본, 체불상세내역, 통장 사본, 신분증 사본, 삼성화재 지급안내문, 퇴직금 산정서)를 제출하고 임금체불보험금(최대 200만원)을 청구 할 수 있습니다.

3 고용허가제

(1) 고용허가제 개요

고용허가제는 내국인을 구하지 못하는 사업장, 주로 3D업종의 인력수급을 위해 일정한 요건 하에 외국인노동자를 고용할 수 있도록 허가해 주는 제도(외국인근로자의 고용 등에 관한 법률, 이하 '외고법')입니다. 고용허가제는 동남아지역 등 16개국에서 외국인력(E-9비자)을 도입하는 일반 '고용허가제'와 중국·구소련 국적의 동포(H-2비자)를 도입하는 '특례 고용허가제'로 구분됩니다.

일반 고용허가제 16개국	필리핀, 몽골, 스리랑카, 베트남, 태국, 인도네시아, 우즈베키스탄, 파키스탄, 캄보디아, 중국, 방글라데시, 네팔, 키르기즈스탄, 미얀마, 동티모르, 라오스(MOU 체결 순)
취업가능기간	최장 4년 10개월 (3년 + 1회 연장 1년10개월)

운영원칙	보충성	내국인을 고용하지 못하는 사업장에만 허용
	투명성	인력송출비리 방지를 위해 공공부문이 직접 관리
	시장수요반영	시장수요에 부응하는 인력선발
	단기순환	국내 정주화 방지
	차별금지	노동관계법령 등에서 내국인과 동등하게 대우

표6 고용허가제 개요

정부는 고용허가제가 송출과정의 투명성에 크게 기여하였고 차별도 개선되었다고 보고 있고, 외국인노동자의 사업장 이탈율이 크게 낮아졌으며, 고용허가제에 대한 사업체와 외국인노동자의 만족도 역시 높다고 평가하고 있습니다. **3) 고용노동부, 그간의 고용허가제 운영과 향후 정책방향, 2014. 8. 13.** 그러나 당사자들의 평가는 반대입니다. 송출비용이 정부가 내놓은 공식·비공식 송출비용에 비해 여전히 높게 나타나고 있으며, 사업장 내 차별이 여전히 근절되지 않고 있고, 직장 내에서 일상적으로 욕설, 폭행, 문화에 대한 차별 등이 심각한 상황이라고 보고 있습니다. 고용허가제를 통해 사업주로 하여금 근로조건 개선없이 저비용으로 기업운영을 지속할 수 있게 정부가 보장한다는 것입니다.**4) 이주정책포럼, 고용허가제 10주년 평가서, 2014. 8. 17.** 열악한 근로조건이 유지되고 있으니 당연히 3D업종의 인력난은 더욱 심화되고, 인력난을 이유로 사업주들이 이주노동자 고용확대 및 고용업종 확대를 요구하면서 고용허가제의 운영원칙은 지켜지지 않고 있습니다.

(2) 신규입국 외국인노동자의 신청과 채용

① 일반외국인(E-9)

가) 내국인 구인노력

고용허가제는 내국인노동자의 고용기회를 보호하기 위해 외국인노동자 고용을 원하는 사용자에게 내국인 구인노력 의무를 먼저 부여합니다. 2012년 8월부터 50인 이상 사업장의 경우 고용센터에서 내국인을 적극 알선하고 사용자가 정당한 이유 없이 내국인 채용을 2회 이상 거부할 경우 외국인 고용을 불허할 수 있습니다.

나) 외국인 고용허가 요건(업종 및 사업장 요건)

허용 업종	• 제조업(상시근로자 300인 미만 또는 자본금 80억원 이하인 사업장) • 건설업(모든 건설공사. 단, 발전소, 제철소, 석유화학건설현장의 건설업체 중 건설면허가 산업환경설비인 경우는 적용 제외) • 서비스업(건설폐기물처리업, 재생용 재료수집 및 판매업, 냉장·냉동창고업, 서적·잡지 및 기타 인쇄물 출판업, 음악 및 기타 오디오물 출판업) • 어업(연근해어업, 양식어업, 천일염 생산 및 암염채취업) • 농축산업(작물재배업, 축산업, 작물재배 및 축산관련 서비스업)
사업장 요건	• 외국인근로자 허용업종 및 고용 가능한 사업·사업장이어야 함. • 14일 이상 내국인 구인노력을 하였음에도 구인 신청한 내국인 근로자를 채용하지 못했어야 함. • 내국인 구인신청을 한 날의 2개월 전부터 고용허가서 발급일까지 고용조정으로 외국인노동자를 이직시키지 않아야 함. • 구인신청을 한 날의 5개월 전부터 고용허가서 발급일까지 임금체불을 하지 않았어야 함. • 고용제한 기간 중에 있지 않아야 함. • 고용보험 및 산업재해보상보험 적용대상 사업장일 경우 고용보험 및 산업재해보상보험에 가입하고 있을 것 • 외국인노동자를 고용하고 있는 사업장일 경우 외국인노동자 전용보험에 가입하고 있을 것

표7 외국인 고용 허용업종과 사업장 요건

다) 고용허가서 신청 및 발급

외국인을 고용하려는 사용자는 내국인 구인노력(14일)을 하고도 채용되지 않은 인원에 대하여 고용허가 신청을 하고, 고용센터는 고용허가를 신청한 사업장에 대하여 요건 검토 및 허가 대상 사업장 확정 후 구직자 명부에 있는 외국인노동자를 사용자에게 추천합니다. 사용자가 외국인노동자를 선택하면 고용허가서를 발급해줍니다.

고용허가를 받지 않고 외국인노동자를 채용한 경우, 고용허가가 취소된 경우(외고법 제19조), 고용허가서를 발급받은 날 또는 외국인노동자의 근로가 시작된 날부터 6개월 이내에 외국인노동자를 고용조정으로 이직시킨 경우 등에 해당하면 최대 3년 동안 외국인노동자를 고용할 수 없습니다(외고법 제20조).

라) 근로계약 체결 및 입국

고용허가서가 발급되면 사용자는 표준근로계약서를 작성하여 고용센터에 제출하고, 고용센터는 산업인력공단을 통해 외국인노동자에게 연락하여 확인 후 서명하게 합니다. 체결된 근로계약서는 다시 산업인력공단을 통해 사용자에게 전달되고, 사용자는 산업인력공단에 위와 같이 근로계약서 체결 및 도입대행을 신청하고 비용을 지불합니다.

사용자는 근로계약서를 첨부하여 법무부에 사증(VISA)발급인정서를 신청합니다. 법무부에서 사증발급인정서가 발급되면 산업인력공단에서 입국계획을 수립하고 외국인노동자가 국내에 입국하게 됩니다.

외국인노동자는 국내 입국 후 취업교육장에서 2박 3일의 취업교육(한국어 및 한국문화 이해, 고용허가제, 노동관계법령 등)을 받습니다. 교육기간 중 외국인노동자는 통장개설을 하고, 귀국비용보험과 상해보험에 가입하게 됩니다. 또 건강검진을 실시한 후 이상이 없는 경우 사용자에게 인도됩니다. 이때 처음으로 사업장에 출근하게 되지만, 근로계약의 효력이 발생하는 시기는 외국인노동자가 입국한 날입니다(외고법 시행령 제17조 제1항).

② **외국국적 동포(H-2)**

가) 방문취업(H-2) 사증발급, 입국

재외공관은 요건을 갖춘 외국국적 동포에게 방문취업(H-2) 사증을 발급합니다. 신규 입국한 특례 외국인노동자는 입국일부터 3년간 취업활동이 가능합니다. 입국 후 취업을 하고자 하는 경우에는 한국산업인력공단에서 실시하는 취업교육을 이수한 후 한국산업인력공단이나 고용센터에 구직신청을 할 수 있습니다.

나) 특례고용가능확인서 발급

특례 외국인노동자(외국국적 동포)를 고용하고자 하는 사용자는 일반 외국인노동자 고용절차와 동일하게 내국인 구인노력을 하였음에도 불구하고 노동자를 채용하지 못한 경우에 관할 고용센터를 통해 특례고용가능확인서를 발급받아야 합니다.

다) 근로개시

특례고용확인서를 발급받은 사용자는 고용센터 외국인 구직자명부에 등록된 사람 중에서 채용하여야 하고 외국인노동자가 근로를 시작하면 고용센터에 근로개시 신고를 해야 합니다(외고법 제12조 제4항).

③ **직업안정기관 외 알선등 금지**

외국인노동자 고용과 관련하여 고용센터 외에는 선발·알선·채용에 개입할 수 없으며 민간 직업소개소 등이 외국국적 동포 고용에 개입하여 구인 사업장 알선 등을 할 경우 외고법 위반으로 처벌(1년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)받을 수 있습니다(외고법 제8조 제6항, 제29조 제1호).

(3) 재입국 외국인노동자의 취업

① **성실노동자 재입국 취업 제도**

소규모 제조업이나, 농축산, 어업 등 힘든 근무환경 속에서 사업장 변경 없이 성실히 근무한 외국인노동자를 사용자의 요청에 따라 출국 3개월 후 재입국하여 다시 근무할 수 있게 하는 제도입니다(2012. 7. 2. 시행). 숙련도가 향상된 외국인노동자를 사용자가 재고용할 수 있도록 하기 위한 제도입니다. 이 제도가 적용되는 외국인노동자는 한국어시험 및 입국 전후 취업교육이 면제됩니다.

재입국 대상 외국인노동자는 사용자가 재입국 고용허가를 신청하여 재입국 고용허가서를 발급받을 때까지 근무하고 체류기간 내에 출국하여 7일 내에 해당국가 송출기관에 귀국신고를 해야 합니다.

- 취업기간(재고용기간 포함) 중 사업장 변경이 없을 것(단, 횟수에 산입 되지 않는 사업장 변경 시는 최종사용자와 근로계약 1년 이상 유지 필요)
- 농축산업, 어업, 50인 이하 제조업에 근무할 것
- 재입국 후에 1년 이상의 근로계약을 체결하고 있을 것
- 체류기간 내 자진 귀국할 것
- 사업장 별 고용한도 등 고용허가서 발급요건을 갖추고 있을 것

표8 성실노동자 재입국 취업제도 적용 요건

② **특별한국어시험 재입국 제도**

재고용만료 귀국예정자에 대한 재입국 취업의 가능성을 높여, 자진귀국을 유도하고 영세기업이 숙련인력을 계속 사용할 수 있도록 지원하기 위한 제도입니다.

고용허가제로 입국하여 3년간 일한 후 재고용된 자로서 체류기간 내 자진 출국한 자만(2010. 1. 1. 이후 귀국자에 한함) 응시 가능하며, 일반 한국어시험에서 적용되는 연령제한 등 각종 응시자격을 갖추어야 합니다. 적용 대상 국가는 중국을 제외한 전 송출국입니다. 진행절차는 가)체류기간 만료 전 출국, 나)특별 한국어시험 응시 및 합격, 다)공단이 재입국자 구직자 명부 작성, 라)고용센터가 재입국자 지정알선 대상자에게 문자 및 전화 안내, 마)사용자가 재입국자에 대한 고용허가서 신청 및 고용센터가 이를 발급, 바)재입국자 송출 및 도입 과정을 거칩니다. 특별 한국어시험 합격자는 신규 입국자와 동일하게 구직 신청 및 사용자 알선 등의 과정을 거쳐 입국합니다. 출국 전 사업장 1년 이상 근무자는 출국 전 사업장에 우선 알선하여 신속한 입국과 함께 종전 사업장에서 다시 근무할 기회를 부여합니다(사용자와 외국인노동자 모두 종전 사업장 근무에 동의하는 경우에만 지정알선을 통한 신속한 재입국이 가능).

(4) 채용 후 퇴직까지

① **일반외국인(E-9) 노동자**

가) 고용허가기간 연장

사용자는 외국인노동자의 취업활동기간 내에서 당사자 합의에 따라 기간을 설정하여 고용허가기간 연장신청을 할 수 있습니다. 신청기간은 고용허가 만료일 60일 전부터 고용허가기간 만료일까지입니다. 외국인노동자의 취업활동기간 범위 내에서 당사자 합의에 따라 기간을 설정하여 연장신청 할 수 있습니다(외고법 제9조 제3항).

나) 취업활동기간(3년) 만료 외국인노동자 재고용

사용자는 3년의 취업활동기간이 만료된 외국인노동자를 재고용하고자 하는 경우 최대 1년 10개월 내에서 재고용허가를 신청할 수 있습니다(외고법 제18조의2). 신청기간은 해당 외국인노동자의 취업기간 만료일 1개월 전부터 7일 전까지입니다. 허용 업종 및 인원 등 고용허가 요건을 모두 충족(내국인 구인노력만 제외)해야 재고용이 가능하고, 취업활동기간 만료일 1개월 전부터 7일 전까지 해당 외국인노동자를 고용하고 있는 사용자가 신청합니다. 재고용확인서가 발급되면 사용자는 법무부 출입국관리사무소에 체류기간 연장허가를 받아야 합니다.

다) 사업장 변경

외국인노동자는 법에서 정한 사유가 발생한 경우에는 사업장 변경 신청을 할 수 있습니다. 사업장 변경 사유 발생 시 외국인노동자는 최초 입국 후 허용된 취업활동기간(3년) 내에는 3회까지 사업장을 변경할 수 있고, 재고용 취업활동기간이 연장된 경우 연장기간(1년 10개월) 중 최대 2회까지 변경

가능합니다. 사업장 변경 사유가 발생한 경우 외국인노동자는 고용센터를 방문하여 사업장변경을 신청(사업장변경신청서, 사업장변경 사유 확인서, 외국인등록증, 기타 사업장변경 사유에 해당함을 증명할 수 있는 서류)할 수 있습니다. 사업장 변경 사유가 사용자와 근로계약을 종료한 경우라면 1개월 이내에 신청하여야 합니다.

- 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우
- 휴업, 폐업, 외고법 제19조 제1항에 따른 고용허가의 취소, 제20조 제1항에 따른 고용의 제한, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인노동자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시한 경우(사업장 변경 횟수에 산입하지 않음)
- 상해 등으로 외국인근로자가 해당 사업 또는 사업장에서 계속 근무하기는 부적합하나 다른 사업 또는 사업장에서 근무하는 것은 가능하다고 인정되는 경우

표9 사업장 변경 사유 (외고법 제25조 제1항)

Q&A

Q. 이미 사업장을 3회 변경한 이주노동자인데 사업자로부터 임금을 제때 지급받지 못한 경우 사업장 변경이 가능한가요?

A. 사업장 변경은 원칙적으로 3회(연장기간 중에는 2회)를 초과할 수 없습니다. 그렇지만, 외고법 제25조 제1항 제2호에 해당되는 경우는 횟수에 포함하지 않습니다. 즉, 외국인노동자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회 통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시한 경우에 해당된다면 사업장 변경횟수에 산입하지 않습니다. 따라서 이 경우 이주노동자가 2018. 4. 1. 이후 월 임금의 30퍼센트를 초과하여 지연 지급받은 사실이 2개월 이상 지속된 경우로서, 그 임금체불 및 지연지급으로 인해 더 이상 근로관계 유지가 어렵다고 인정되는 경우에 해당된다면 사업장 변경 횟수에 산입하지 않으므로 사업장 변경이 가능합니다.

관련 법률 – 외국인근로자의 책임이 아닌 사업장 변경 사유 고시(고용노동부 고시 2018. 3. 30. 제2018-26호)

「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제25조제1항제2호에서 “외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 사업 또는 사업장(이하 “사업장”이라 한다)의 휴업, 폐업 등으로 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우
   가. 장기간의 휴업·휴직 또는 폐업·도산의 확정
      1) 사업장의 사정으로 인하여 휴업·휴직을 하면서 휴업·휴직 전 평균임금의 70 퍼센트 미만을 지급받은 기간이 사업장 변경 신청일 전 1년 동안 2개월 이상인 경우 또는 휴업·휴직 전 평균임금의 90 퍼센트 미만을 지급받은 기간이 사업장 변경 신청일 전 1년 동안 6개월 이상인 경우 등 휴업·휴직으로 인하여 더 이상 근로관계 유지가 어렵다고 인정되는 경우. 다만, 휴업·휴직 중이거나 휴업·휴직이 종료된 후 4개월이 경과하기 전에 사업장 변경을 신청한 경우에 인정한다.
      2) 사업장이 파산·청산절차 개시의 신청이 이루어진 경우, 부도어음이 발생하여 금융기관과의 거래가 정지되는 등 도산이 거의 확실시 되는 경우, 사업이 중단되어 재개될 전망이 없는 경우 등 사업장의 폐업 또는 도산이 확실시 되는 것으로 인정되는 경우
   나. 경영상 필요에 의한 해고, 권고사직
      사업의 양도·양수·합병, 일부 사업의 폐지나 업종전환, 직제개편에 따른 조직의 폐지·축소, 신기술(기계) 도입이나 기술혁신에 따른 작업형태의 변경 등의 사유로 인원감축의 필요성이 충분히 인정되고, 사용자로부터 퇴직권고 또는 인원감축 등의 조치를 받아 퇴사하게 되는 경우
   다. 공사종료, 사업완료 등
      공사종료, 사업완료 등에 따른 인원감축의 필요성이 충분히 인정되며 사용자로부터 퇴직권고 또는 인원감축 등의 조치를 받아 퇴사하게 되는 경우
   라. 입국 후 최초 사업장 배치 전에 사용자의 귀책사유로 인하여 사용자에게 인도되지 않은 경우(미인도)
      사용자와 근로계약을 체결하고 입국하여 최초 사업장에 배치되기 전에 사용자의 귀책사유(폐업, 채용계획 변경 등 사유에 관계없이 근로자 인도를 거부하는 경우)로 인하여 사용자에게 인도되지 못한 경우
2. 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등으로 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우
   가. 근로조건 위반
      1) 채용 시 제시된 근로조건 또는 채용 후 일반적으로 적용받던 임금·근로시간이 20 퍼센트 이상 저하되거나 기타 근로조건이 현저하게 낮아지게 되는 등 사용자의 근로조건 위반 등으로 더 이상 근로관계 유지가 어렵다고 인정되는 경우로서, 그 기간이 사업장 변경 신청일 전 1년 동안 2개월 이상인 경우. 다만, 근로조건이 저하된 기간 중이거나 근로조건이 저하된 기간이 종료된 후 4개월이 경과하기 전에 사업장 변경을 신청한 경우에 인정한다.
      2) 근로시간대가 임의로 변경되어 1개월 이상 계속되는 경우 등 사용자의 근로조건 위반 등으로 인하여 더 이상 근로관계 유지가 어렵다고 인정되는 경우(이 경우 농축산업, 어업 등 사업의 특성을 충분히 고려하여 판단한다)
      3) 「산업안전보건법」 위반에 따른 3일 이상의 휴업이 필요한 부상, 질병이 발생한 이후 1개월간 사업주가 법령상 적절한 안전·보건상의 조치를 하지 아니하여 더 이상 근로관계 유지가 어렵다고 인정되는 경우
   나. 임금 체불 또는 지급 지연
      1) 임금 일부를 지급받지 못하거나 「최저임금법」 제6조를 위반하여 최저임금에 미달하여 지급받은 경우 및 월 임금의 30퍼센트를 초과하여 지연 지급받은 사실이 2개월

이상 지속된 경우로서, 그 임금체불 및 지연지급으로 인해 더 이상 근로관계 유지가 어렵다고 인정되는 경우

2) 그 밖에 임금 체불 또는 지급 지연이 상습적으로 반복되는 등 더 이상 근로관계를 유지하기 어렵다고 인정되는 경우

3) 위 1)과 2)의 경우 임금 체불 또는 지급 지연 중이거나 임금체불 또는 지급 지연이 종료된 후 4개월이 경과하기 전에 사업장 변경을 신청한 경우에 인정한다.

다. 부당한 처우(폭행, 상습적 폭언, 성희롱, 성폭행, 불합리한 차별 등)

1) 사용자(「근로기준법」 제2조제1항제2호의 "사용자"를 의미한다)로부터 폭행, 상습적 폭언, 성희롱, 성폭력 등을 당하여 더 이상 근로관계 유지가 어렵다고 인정되는 경우

2) 사용자(「근로기준법」 제2조제1항제2호의 "사용자"를 의미한다)로부터 국적, 종교, 성별, 신체장애 등을 이유로 불합리한 차별대우를 받음으로써 더 이상 근로관계 유지가 어렵다고 인정되는 경우

라. 주거시설 위반

1) 비닐하우스를 외국인근로자 숙소로 제공한 사업주에게 지방고용노동관서장이 자율개선을 명령하였음에도 불구하고 정당한 사유 없이 개선 기간 내에 이행하지 아니한 경우

2) 사업주가 고용허가 신청 시 제출한 「외국인근로자 주거시설표」의 기재 내용과 달리 외국인근로자에게 일반 주거시설이 아닌 임시 주거시설을 제공한 경우

마. 외국인근로자 권익보호협의회의 사업장 변경 허용 인정

사업주와 외국인근로자 간 주장의 불일치, 입증자료 부족 등으로 위 '가'부터 '라'에 해당하는 사유의 발생에 따른 사업장 변경 가부를 판단하기 곤란한 경우로서 법 시행규칙 제15조의2제2항제1호에 따라 외국인근로자 권익보호협의회(소위원회)가 협의하여 사업장 변경 허용을 인정한 경우

3. 고용허가의 취소 또는 고용의 제한

사용자가 법 제19조제1항에 따라 고용허가를 취소당하거나, 법 제20조제1항에 따라 고용제한 조치를 받게 되어 외국인근로자가 더 이상 해당 사업장에서 근로관계를 유지할 수 없게 된 경우

Ⅱ. 행정사항

1. 시행일

이 고시는 2018년 4월 1일부터 시행한다.

2. 재검토기한

고용노동부장관은 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 따라 이 고시에 대하여 2018년 1월 1일 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 12월 31일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

3. 사업 또는 사업장 변경에 관한 적용례

이 고시는 이 고시 시행 후 사업 또는 사업장 변경 사유가 발생한 경우부터 적용한다.

라) 사업장변경 대기 중인 외국인의 채용

외국인노동자가 근로계약을 종료하면 사용자는 즉시 고용센터에 고용변동신고를 하고, 외국인노동자는 근로계약 종료일부터 1개월 이내에 사업장변경신청을 해야 합니다. 근로계약 종료일부터 1개월 이내에 사업장변경신청을 하지 않거나, 사업장변경 신청일부터 3개월 이내에 근무처변경허가를 받지 못한 외국인노동자는 출국해야 합니다(외고법 제25조 제3항).

사용자의 고용변동 사유 및 외국인노동자의 사업장변경신청사유와 관련하여 객관적인 증빙이 필요한 경우 고용센터는 진단서, 동료 등의 진술서 등 증빙자료를 제출받아 사실관계를 확인하여 처리하게 됩니다.

사업장변경요건이 충족되면 외국인노동자는 고용센터로부터 '사업장변경 신청 외국인 구직 등록필증'을 교부받고 3개월 내에 사업장을 변경해야 하며, 사업장변경은 고용센터의 알선을 통해서만 가능합니다. 불법 브로커 개입을 방지하기 위해 지정알선**5) 지정알선이란, 사용자와 외국인노동자가 고용센터의 알선을 통하지 않고 지인 소개 등을 통해 구인·구직 당사자간 근로계약 체결을 약속한 후 고용센터에 알선을 요청하는 것을 말합니다.** 은 엄격히 금지되고 있습니다.

고용센터는 구인 사용주에게 1회에 구인인원 최대 3배수 이내의 외국인노동자를 추천하고, 추천받은 사용자는 알선 유효기간 3일 내 채용여부를 결정한 후 고용센터에 회신해야 합니다. 구직 외국인에게는 알선된 사업장의 명칭과 연락 전화번호에 관한 정보를 사업장변경신청서 제출 시 기재한 연락처로 SMS문자 통보를 합니다. 사용자가 추천받은 외국인노동자와 근로계약 체결에 합의하면 발급요건 및 구직등록 유효기간을 확인한 후 고용허가서를 발급합니다. 외국인노동자는 고용허가 후 근로개시 이전에 관한 출입국관리사무소에 근무처변경허가 및 체류기간 연장허가를 받아야 합니다.

마) 외국인노동자 고용변동 등 신고

사용자는 외국인노동자의 근무 중 근로계약 중도 해지, 근로계약 만료, 이탈, 사망, 출국 등 외국인노동자의 고용과 관련한 각종 변동사항이 발생하거나, 발생한 사실을 안 날부터 15일(외국인노동자의 고용허가기간이 만료되는 경우에는 3일) 이내에 신고해야 합니다(외고법 제17조 및 시행령 제23조). 법무부 출입국관리사무소에도 사유 발생사실을 안 날부터 15일 이내에 신고해야 합니다.

사용자는 사용자 또는 근무처의 명칭이 변경된 경우, 사용자의 변경 없이 근무장소를 변경한 경우에도 고용센터에 신고해야 합니다. 고용변동신고서 제출을 고의로 기피하거나 거짓으로 신고한 사용자는 500만원 이하의 과태료 처분 대상이 됩니다.

그럼에도 불구하고 일부 사용자는 이주노동자의 불안한 신분(이미 사업장을 3회 변동한 경우 등)을 악용하여 근로계약 만료 등의 사유로 고용변동 신고를 하여 출국하여야 하는 경우가 발생하곤 합니다. 무엇보다도 이주노동자가 근로계약 합의해지 등을 하지 않는 것이 중요하지만, 사용자가 이주노동자를 속이거나 이주노동자가 잘 몰라 해지 합의를 한 경우 고용센터에 이를 알리고 이의를 제기하여야 합니다.

② 외국국적 동포(H-2) 노동자

가) 근로개시 신고

외국국적 동포를 고용한 사용자는 고용센터에 근로개시 신고를 해야 하며, 미 신고시 500만원 이상의 과태료가 부과될 수 있습니다. 사용자는 특례외국인노동자의 근로계약 종료, 사망, 출국, 사업장 정보변동 등 사유가 발생할 경우 고용변동신고를 해야 합니다. 또, 근로계약을 갱신하고자 하는 경우에도 고용센터에 신고해야 합니다.

나) 건설업 취업관리제

취업교육을 이수한 방문취업 동포가 건설업에 취업하고자 하는 경우에 건설업 취업교육을 이수하고, '건설업 취업 인정증'을 발급받은 후 건설업에 취업이 가능합니다(기존 2009. 3. 30. 이전 취업교육 이수자로 제한하였던 것을 폐지하되, 건설업 취업가능 인원을 전체 55,000명 이내로 제한). 건설업 취업교육은 한국산업인력공단에서 실시합니다.

'건설업 취업 인정증' 없이 건설업에 근무하는 자는 사증 및 체류허가가 취소되고, 출국명령(2회 이상 위반 시) 등 불이익조치를 받게 됩니다. 건설업 사업장은 외국국적 동포를 고용할 경우 반드시 유효한 '건설업 취업 인정증' 소지자인지 여부를 확인해야 합니다.

다) 고용변동신고와 사업장 변경

외국국적 동포는 일반외국인노동자와 달리 사업장 변경이 자유로워 횟수나 사유에 제한이 없습니다. 취업활동기간(3년)이 만료되어 1년 10개월 재고용을 원하는 경우 일반외국인노동자와 마찬가지로 취업활동기간 만료자 취업활동기간 연장신청을 통해 가능합니다. 취업활동기간 연장신청기간은 해당 외국인노동자의 취업기간 만료일 1개월 전부터 7일 전까지이고, 특례고용가능확인서(유효기간 3년)의 유효기간이 남아 있어야 합니다. 고용변동신고는 일반외국인노동자와 동일합니다.

(5) 외국인노동자 전용보험

① 출국만기보험(사용자 가입)

외국인노동자에 대한 퇴직금 지급을 담보하기 위해 외국인노동자를 고용하는 사용자는 근로계약 효력발생일로부터 15일 이내에 출국만기보험에 의무적으로 가입해야 합니다. 미가입시에는 고용허가서 발급대상에서 제외되며, 500만원 이하의 벌금이 부과됩니다. 사용자는 외국인노동자의 월 통상임금의 8.3%를 매월 외국인노동자 전용보험사업자(삼성화재)에 납부해야 합니다. 그러므로 외국인노동자가 보험사업자에게 출국만기보험금을 청구하는 경우 사용자는 반드시 해당 보험금과 법정퇴직금의 차액을 지급하여야 합니다. 그런데, 외고법의 개정으로 종전에는 출국 전에 지급하던 출국만기보험금을 2014. 7. 29. 이후 출국하는 외국인노동자부터는 출국 후 14일 이내 해외계좌로 지급받을 수 있도록 변경하여, 사용자로부터 차액을 지급받지 못하는 경우가 많아지게 되었습니다. 외국인노동자는 출국만기보험금 또는 귀국비용보험금의 공항지급을 원할 경우, 인천공항 출국심사대 통과 후 보험금을 지급받고 자국화폐로 환전할 수 있습니다.

② 보증보험(사용자 가입)

보증보험은 외국인노동자에 대한 임금체불에 대비하여 사용자가 근로계약 효력발생일부터 15일 이내에 의무적으로 가입해야 하는 보험으로, 임금채권보장법이 적용되지 아니하거나 상시 300인 미만의 노동자를 사용하는 사업 또는 사업장의 사용자가 가입해야 합니다. 미가입시 고용허가서 발급대상에서 제외되며, 500만원 이하의 벌금을 부과 받게 됩니다. 납입 보험료는 외국인노동자 1인당 연 15,000원입니다.

③ 귀국비용보험 등(외국인노동자 가입)

귀국비용보험은 외국인노동자가 출국 시 항공권 구입 등 귀국비용에 충당하기 위해 근로계약의 효력발생일로부터 90일 이내에 가입해야 하는 보험으로, 일반외국인노동자 뿐만 아니라 외국국적동포도 의무적으로 가입해야 합니다. 납입보험료는 송출국가 별로 다른데, 중국 등은 40만원(중국, 필리핀, 인도네시아, 태국, 베트남), 몽골 및 기타국가는 50만원, 스리랑카는 60만원입니다.

상해보험은 외국인노동자가 업무상 재해 이외의 상해 또는 질병사고 등에 대비하여 근로계약 효력발생일부터 15일 이내에 가입해야 하는 보험으로, 일반외국인노동자 뿐만 아니라 외국국적동포도 의무적으로 가입해야 합니다. 납입 보험료는 성별, 연령에 따라 다르나 30세 기준 남자의 경우 3년에 18,400원(보험료는 변동가능)정도입니다.

④ 외국인노동자와 4대보험

국민연금	의무가입 원칙
	가입제외국 : 그루지야, 남아프리가공화국, 네팔, 동티모르, 몰디브, 미얀마, 방글라데시, 베트남, 벨로루시, 사우디아라비아, 싱가포르, 스와질랜드, 아르메니아, 이디오피아, 이란, 이집트, 캄보디아, 통가, 파키스탄, 피지
	가입제외 자격 : 문화예술(D-1), 유학(D-2), 산업연수(D-3), 일반연수(D-4), 종교(D-6), 방문동거(F-1), 동반(F-3), 기타(G-1)
건강보험 고용보험 산재보험	의무가입

표10 외국인노동자와 4대보험

4 출입국 관련

(1) 외국인의 입국

① 체류자격

외국인이 입국할 때에는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증을 가지고 있어야 합니다. 그리고 외국인으로서 입국하고자 하는 자는 일반체류자격 또는 영주자격을 가져야 합니다(출입국관리법 제10조). 출입국관리법 시행령 별표 1에는 체류자격의 세부내용이 규정되어 있습니다.

외국인노동자와 관련하여 주로 접하게 되는 체류자격(비자)은 아래 표와 같습니다.

체류자격	체류자격에 해당하는 자 또는 활동범위
단기취업(C-4)	일시흥행, 광고·패션모델, 강의·강연, 연구, 기술지도 등 수익을 목적으로 단기간 취업활동을 하려는 자
교수(E-1)	「고등교육법」에 따른 자격요건을 갖춘 외국인으로서 전문대학 이상의 교육기관 또는 이에 준하는 기관에서 전문분야의 교육 또는 연구지도 활동에 종사하려는 자
회화지도(E-2)	법무부장관이 정하는 자격요건을 갖춘 외국인으로서 외국어전문학원, 초등학교 이상의 교육기관 및 부설어학연구소, 방송사 및 기업체부설 어학연수원 그 밖에 이에 준하는 기관 또는 단체에서 외국어 회화지도에 종사하려는 자
연구(E-3)	대한민국 내의 공·사기관으로부터 초청되어 각종 연구소에서 자연과학분야의 연구 또는 산업상의 고도기술의 연구개발에 종사하려는 자[교수(E-1)자격에 해당하는 자는 제외]
기술지도(E-4)	자연과학분야의 전문지식 또는 산업상의 특수한 분야에 속하는 기술을 제공하기 위해 대한민국 내의 공·사기관으로부터 초청되어 종사하려는 자
전문직업(E-5)	대한민국의 법률에 의해 자격이 인정된 외국의 변호사, 공인회계사, 의사 그 밖에 국가공인 자격을 소지한 자로서 대한민국의 법률에 따라 행할 수 있도록 되어 있는 법률, 회계, 의료 등의 전문업무에 종사하려는 자[교수(E-1)자격에 해당하는 자는 제외]
예술흥행(E-6)	수익이 따르는 음악, 미술, 문학 등의 예술활동과 수익을 목적으로 하는 연예, 연주, 연극, 운동경기, 광고·패션모델 그 밖에 이에 준하는 활동을 하려는 자
특정활동(E-7)	대한민국 내의 공·사기관 등과의 계약에 의해 법무부장관이 특히 지정하는 활동에 종사하려는 자
비전문 취업(E-9)	「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」에 따른 국내 취업요건을 갖춘 자
선원취업(E-10)	해운관련 사업을 경영하는 사람 및 그 사업체에서 6개월 이상 노무를 제공할 것을 조건으로 선원근로계약을 체결한 외국인으로서 「선원법」 제2조제6호에 따른 부원(部員)에 해당하는 사람

거주 (F-2) 재외동포(F-4) 영주 (F-5) 결혼이민(F-6)	취업활동 제한 없음. 다만, 재외동포(F-4)의 체류자격에 해당하는 외국인은 「출입국관리법 시행령」 제23조제3항에 해당하는 행위를 하지 못한다.
관광취업(H-1)	대한민국과 '관광취업'에 관한 협정이나 양해각서 등을 체결한 국가의 국민으로서 관광을 주된 목적으로 하면서 이에 수반되는 관광경비 충당을 위해 단기간 취업활동을 하려는 자
방문취업(H-2)	가. 체류자격에 해당하는 자: 외국국적동포(재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률 제2조제2호)에 해당하고, 다음의 어느 하나에 해당하는 만 25세 이상인 자 중에서 나목의 활동범위 내에서 체류하려는 자로서 법무부장관이 인정하는 자(재외동포(F-4)자격에 해당하는 자는 제외) 1) 출생 당시에 대한민국 국민이었던 자로서 가족관계등록부·폐쇄등록부 또는 제적부에 등재되어 있는 자 및 그 직계비속 2) 국내에 주소를 둔 대한민국 국민인 8촌 이내의 혈족 또는 4촌 이내의 인척으로부터 초청을 받은 자 3) 국가유공자와 그 유족 등(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제4조)에 해당하거나 독립유공자와 그 유족 또는 그 가족(독립유공자 예우에 관한 법률 제4조)에 해당하는 자 4) 대한민국에 특별한 공로가 있거나 대한민국의 국익증진에 기여한 자 5) 유학(D-2) 자격으로 1학기 이상 재학 중인 자의 부·모 및 배우자 6) 국내 외국인의 체류질서 유지를 위해 법무부장관이 정하는 기준 및 절차에 따라 자진해서 출국한 자 7) 1)부터 6)까지에 해당되지 않는 자로서 법무부장관이 정하여 고시하는 한국말 시험, 추첨 등의 절차에 의해 선정된 자 나. 활동범위 1) 방문, 친척과의 일시 동거, 관광, 요양, 견학, 친선경기, 비영리 문화예술활동, 회의 참석, 학술자료 수집, 시장조사·업무연락·계약 등 상업적 용무나 그 밖에 이와 유사한 목적의 활동 2) 한국표준산업분류표에 의한 다음의 어느 하나에 해당하는 산업분야에서의 활동(직업안정기관의 장이 해당 산업체에 발급한 특례고용가능확인서에 기재된 허용인원의 범위에서 취업 가능) (1) 작물 재배업(011) (2) 축산업(012) (3) 연근해 어업(03112) (4) 양식 어업(0321) (5) 제조업(10~33) (6) 하수폐수 및 분뇨처리업(37) (7) 폐기물 수집 운반처리 및 원료 재생업(38) (8) 건설업(41~42) (9) 산동물도매업(46205) (10) 기타 산업용 농산물 및 산동물 도매업(46209) (11) 가정용품 도매업(464) (12) 기계장비 및 관련물품 도매업(465) (13) 재생용 재료 수집 및 판매업(46791) (14) 기타 가정용품 소매업(475) (15) 기타 상품 전문 소매업(478) (16) 무점포 소매업(479)

(17) 육상 여객 운송업(492)
(18) 냉장 및 냉동 창고업(52102)
(19) 호텔업(55111). 다만, 「관광진흥법」에 따른 호텔업은 1등급·2등급 및 3등급의 관광호텔업에 한정합니다.
(20) 여관업(55112). 다만, 가목에도 불구하고 만 45세 이상인 외국국적동포만 해당합니다.
(21) 일반 음식점업(5611)
(22) 기타 음식점업(5619)
(23) 서적, 잡지 및 기타 인쇄물 출판업(581)
(24) 음악 및 기타 오디오물 출판업(59201)
(25) 사업시설 유지관리 서비스업(741)
(26) 건축물 일반 청소업(74211)
(27) 사업시설 및 산업용품 청소업(74212)
(28) 여행사 및 기타 여행보조 서비스업(752)
(29) 사회복지 서비스업(87)
(30) 자동차 종합 수리업(95211)
(31) 자동차 전문 수리업(95212)
(32) 모터사이클 수리업(9522)
(33) 욕탕업(96121)
(34) 산업용 세탁업(96911)
(35) 개인 간병인 및 유사 서비스업(96993)
(36) 가구내 고용활동 및 달리 분류되지 않은 자가소비 생산활동(97~98)

- 단기취업(C-4), 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술흥행(E-6), 특정활동(E-7), 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10), 관광취업(H-1) 또는 방문취업(H-2)의 체류자격에 해당하는 경우 지정된 근무처 외에서 근무 금지
- 방문취업동포(H-2)가 건설업에 취업하기 위해서는 건설업 취업등록 신청 및 취업교육 등 절차를 거쳐 반드시 "건설업 취업 인정 증명서"를 발급받아야 하며, 2009년 12월부터는 건설업 취업 인정증명서 없이 건설업에 취업 금지

표11 취업활동이 가능한 체류자격의 종류

② 입국 금지

출입국관리법 제11조 제1항에서 입국이 금지되는 외국인들을 열거하고 있으며, 상호주의에 근거하여, '입국하려는 외국인의 본국이 위 각 호 외의 사유로 국민의 입국을 거부할 때'에는 법무부장관이 그와 동일한 사유로 그 외국인의 입국을 거부할 수 있습니다.

관련 법률 – 출입국관리법 제11조(입국의 금지)

① 법무부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에 대하여는 입국을 금지할 수 있다

1. 감염병환자, 마약류중독자, 그 밖에 공중위생상 위해를 끼칠 염려가 있다고 인정되는 사람
2. 「총포·도검·화약류 등 단속법」에서 정하는 총포, 도검, 화약류 등을 위법하게 가지고 입국하려는 사람
3. 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람
4. 경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람
5. 사리 분별력이 없고 국내에서 체류활동을 보조할 사람이 없는 정신 장애인, 국내체류비용을 부담할 능력이 없는 사람, 그 밖에 구호가 필요한 사람
6. 강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 아니한 사람
7. 1910년 8월 29일부터 1945년 8월 15일까지 사이에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 정부의 지시를 받거나 그 정부와 연계하여 인종, 민족, 종교, 국적, 정치적 견해 등을 이유로 사람을 학살, 학대하는 일에 관여한 사람
   가. 일본 정부
   나. 일본 정부와 동맹 관계에 있던 정부
   다. 일본 정부의 우월한 힘이 미치던 정부
8. 제1호부터 제7호까지의 규정에 준하는 사람으로서 법무부장관이 그 입국이 적당하지 아니하다고 인정하는 사람

출입국관리법 제11조 입국금지 사유 중 특히 제1항 제3, 4호 규정은 불명확하고 광범위한 용어들로 이루어져 있어서, 출입국관리사무소 공무원들이나 국가기관이 자의적인 판단 하에 입국거부가 이루어질 위험이 높습니다. 한편, 외국인의 출입국, 난민인정, 귀화에 대하여는 행정절차법이 적용되지 않아 입국거부처분에 대해 불복절차가 없습니다(행정절차법 제3조). 인신보호법도 출입국관리법에 따라 보호된 자에게는 적용되지 않습니다(인신보호법 제2조 단서). 따라서 외국인에 대한 부당한 입국거부에 대해 다툴 수 있는 마땅한 방법이 없는 상태입니다.

③ 외국인 입국 시 지문 및 얼굴에 관한 정보의 제공 등

출입국관리법 제12조의 2는 입국하려는 외국인들은 입국심사를 받을 때 지문 및 얼굴에 관한 정보를 제공하고 본인임을 확인하는 절차에 응해야 한다고 규정하고 있습니다. 출입국관리공무원은 외국인이 지문 및 얼굴에 관한 정보를 제공하지 않을 경우에는 그의 입국을 허가하지 않을 수 있습니다. 법무부장관은 입국심사에 필요한 경우에는 관계 행정기관이 보유하고 있는 외국인의 지문 및 얼굴에 관한 자료의 제출을 요청할 수 있고, 협조를 요청받은 행정기관은 정당한 이유 없이 그 요청을 거부하여서는 안 됩니다.

(2) 외국인의 체류 및 등록

① 외국인의 체류

외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위에서 한국에 체류할 수 있습니다. 한국에 체류하는 외국인은 출입국관리법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 안 됩니다. 법무부장관은 한국에 체류하는 외국인이 정치활동을 하였을 때에는 그 외국인에게 서면으로 그 활동의 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령을 할 수 있습니다(출입국관리법 제17조).

외국인이 한국에서 취업하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 취업활동을 할

수 있는 체류자격을 받아야 합니다. 체류자격을 가진 외국인은 지정된 근무처가 아닌 곳에서 근무해서는 안 되며, 누구든지 체류자격을 가지지 않은 외국인을 고용해서도 안 됩니다. 체류자격을 가지지 않은 외국인의 고용을 알선하거나 권유해서도 안 되며, 체류자격이 없는 외국인의 고용을 알선할 목적으로 그를 자기 지배하에 두는 행위를 해서는 안 됩니다.

취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 있는 외국인을 고용한 자는 외국인을 해고하거나 외국인이 퇴거 또는 사망한 경우, 고용된 외국인의 소재를 알 수 없게 된 경우, 고용계약의 중요한 내용을 변경한 경우에는 그 사실을 안 날부터 15일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장에게 신고해야 합니다(출입국관리법 제19조).

대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격에 해당하는 활동과 함께 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 미리 법무부장관의 체류자격 외 활동허가를 받아야 합니다(출입국관리법 제20조). 그리고 한국에 체류하는 외국인이 그 체류자격의 범위에서 근무처를 변경하거나 추가하려면 미리 법무부장관의 허가를 받아야 합니다(출입국관리법 제21조).

한국에서 출생하여 출입국관리법 제10조에 따른 체류자격을 갖지 못하고 체류하게 되는 외국인은 출생일로부터 90일 이내에, 한국에서 체류 중 한국의 국적을 상실하거나 이탈하는 등 그 밖의 사유로 체류자격 없이 체류하게 되는 외국인은 그 사유가 발생한 날부터 30일 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 체류자격을 받아야 합니다(출입국관리법 제23조). 한국에 체류하는 외국인이 그 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 미리 법무부장관의 체류자격 변경허가를 받아야 합니다(출입국관리법 제24조).

외국인이 체류기간을 초과하여 계속 체류하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 체류기간이 끝나기 전에 법무부장관의 체류기간 연장허가를 받아야 합니다(출입국관리법 제25조).

한국에 체류하는 외국인은 항상 여권, 선원신분증명서, 외국인입국허가서, 외국인등록증 또는 상륙허가서를 지니고 있어야 합니다. 외국인은 출입국관리공무원이나 권한 있는 공무원이 그 직무수행과 관련하여 여권 등의 제시를 요구하면 여권 등을 제시해야 합니다(출입국관리법 제27조).

② 외국인의 등록

외국인이 입국한 날부터 90일을 초과하여 한국에 체류하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 입국한 날부터 90일 이내에 그의 체류지를 관할하는 지방출입국, 외국인관서의 장에게 외국인등록을 해야 합니다. 체류자격을 받는 사람으로서 그 날부터 90일을 초과하여 체류하게 되는 사람 및 체류자격 변경허가를 받는 사람으로서 입국한 날부터 90일을 초과하여 체류하게 되는 사람도 외국인등록을 해야 합니다(출입국관리법 제31조).

누구든지 외국인의 여권이나 외국인등록증을 취업에 따른 계약 또는 채무이행의 확보수단으로 제공받거나 그 제공을 강요해서는 안 됩니다. 즉, 사용자는 외국인노동자의 여권이나 외국인등록증을 받아 보관해서는 안 됩니다(출입국관리법 제33조의3).

등록을 한 외국인은 성명, 성별, 생년월일 및 국적, 여권의 번호, 발급일자 및 유효기간 등 외국인등록사항이 변경되었을 때에는 14일 이내에 체류지 관할 지방출입국·외국인관서의 장에게 외국인등록사항 변경신고를 해야 하고, 등록 외국인이 체류지를 변경했을 때는 14일 이내에 새로운 체류지의 시·군·구의 장이나 그 체류지를 관할하는 지방 출입국·외국인관서의 장에게 전입신고를 해야 합니다(출입국관리법 제36조).

(3) 강제퇴거

지방출입국·외국인관서의 장은 출입국관리법 제46조 제1항 각호에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있습니다.

관련 법률 – 출입국관리법 제46조(강제퇴거의 대상자)

① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다. 〈개정 2012. 1. 26., 2014. 3. 18., 2018. 3. 20.〉

1. 제7조를 위반한 사람
2. 제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인
3. 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람
4. 제12조제1항·제2항 또는 제12조의3을 위반한 사람
5. 제13조제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장이 붙인 허가조건을 위반한 사람
6. 제14조제1항, 제14조의2제1항, 제15조제1항, 제16조제1항 또는 제16조의2제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 상륙한 사람
7. 제14조제3항(제14조의2제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 제15조제2항, 제16조제2항 또는 제16조의2제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원이 붙인 허가조건을 위반한 사람
8. 제17조제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람
9. 제21조제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 근무처를 변경·추가하거나 같은 조 제2항을 위반하여 외국인을 고용·알선한 사람
10. 제22조에 따라 법무부장관이 정한 거소 또는 활동범위의 제한이나 그 밖의 준수사항을 위반한 사람

10의2. 제26조를 위반한 외국인

11. 제28조제1항 및 제2항을 위반하여 출국하려고 한 사람
12. 제31조에 따른 외국인등록 의무를 위반한 사람

12의2. 제33조의3을 위반한 외국인

13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람
14. 그 밖에 제1호부터 제10호까지, 제10호의2, 제11호, 제12호, 제12호의2 또는 제13호에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람

출입국관리법 제46조 강제퇴거대상에 관한 규정에도 동법 제11조 입국거부사유가 있는 사람을 강제퇴거하도록 되어 있어서 제11조의 불명확성과 광범위성의 문제점이 그대로 적용됩니다. 그리고 강제퇴거 대상 중에 금고이상의 형을 받고 석방된 사람이 있는데, 이 규정에 따르면 불구속 상태에서 집행유예 선고를 받은 사람도 포함됩니다. 살인, 강간, 마약범죄 등의 죄질이 나쁜 범죄자야 물론 강제퇴거 되어야 하겠지만, 기소된 집시법 위반, 일반교통방해 등도 누적되면 집행유예에까지 이를 수 있으므로 정당한 항의를 하다가 강제퇴거될 수도 있습니다. 한편, 출입국관리법과 별도로 출입국관리사무소의 내부지침에 따라 적은 벌금을 부과 받았더라도 강제퇴거가 행해지기도 합니다.

출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 그 외국인을 보호할 수 있습니다(출입국관리법 제51조, 제52조). 출입국관리공무원이 보호명령서를 집행할 때에는 용의자에게 보호명령서를 내보여야 합니다(출입국관리법 제53조).

출입국관리공무원은 용의자를 보호한 때에는 국내에 있는 그의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 가족, 변호인 또는 용의자가 지정하는 사람에게 3일 이내에 보호의 일시, 장소 및 이유를 서면으로 통지해야 합니다(출입국관리법 제54조).

보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그의 법정대리인 등은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있습니다. 법무부장관은 이의신청을 받은 경우 지체 없이 관계서류를 심사하여 그 신청이 이유 없다고 인정되면 결정으로 기각하고, 이유 있다고 인정되면 결정으로 보호된 사람의 보호해제를 명해야 합니다(출입국관리법 제55조).

용의자는 강제퇴거명령에 대해 이의신청을 하려면 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를 제출해야 합니다(출입국관리법 제60조).

지방출입국·외국인관서의 장은 출입국관리법 제68조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 외국인에게는 출국명령을 할 수 있습니다.

관련 법률 – 출입국관리법 제68조(출국명령)

① 지방출입국·외국인관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에게는 출국명령을 할 수 있다.

1. 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정되나 자기비용으로 자진하여 출국하려는 사람
2. 제67조에 따른 출국권고를 받고도 이행하지 아니한 사람
3. 제89조에 따라 각종 허가 등이 취소된 사람

3의2. 제89조의2제1항에 따라 영주자격이 취소된 사람. 다만, 제89조의2제2항에 따라 일반체류자격을 부여받은 사람은 제외한다.

4. 제100조제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 과태료 처분 후 출국조치하는 것이 타당하다고 인정되는 사람
5. 제102조제1항에 따른 통고처분(通告處分) 후 출국조치하는 것이 타당하다고 인정되는 사람

5 이주노동자에 대한 노동법 적용

(1) 이주노동자의 법적 지위

① 이주노동자의 국제법상 지위

이주노동자의 권리에 대한 기준을 마련하고 있는 국제법상의 기구는 국제연합(UN)과 국제노동기구(ILO)가 있습니다. 국제연합은 "인권에 관한 세계선언", "국제인권규약", "이주노동자 보호에 관한 선언 및 협약"을 정하고 있고, 국제노동기구는 "고용목적의 이주에 관한 협약" 등을 정하고 있습니다.

가) 국제연합(UN)

인권에 관한 세계선언(세계인권선언) 제23조는 일할 권리, 직업선택의 자유 및 적정하고 유리한 노동조건에 관한 권리, 실업으로부터 보호받을 권리(제1항), 동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 향유할 권리(제2항), 노동조합 결성 및 가입권(제4항)을 규정하고 있습니다.

국제인권규약은 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약과 시민·정치적 권리에 관한 국제규약의 두 영역으로 크게 분리되어 있는데, 한국은 1990. 6. 13. 조약 제1006호로 일부 조항을 유보한 체 규약을 비준하였으므로 이 규약은 비준된 범위 내에서 국내법과 같은 효력이 있습니다. 이 규약은 "인권에 관한 세계선언"의 내용을 그대로 정하고 있으나, 각 체약국에 대하여 일반적 법률 유보조항을 둘 수 있게 하고 있어 일정한 제한을 받을 수 있습니다.

'이주노동자와 그 가족의 권리에 관한 국제협약'은 1990. 12. 18. 유엔에서 제정되었으며, 20개국이 가입한 2003년에 발효되었습니다. 그러나 이 협약에 대하여 한국은 비준을 하지 않고 있습니다. 이 협약은 안전하고 건강한 노동조건의 보장, 공정한 임금결정, 동일노동·동일임금의 보장, 노동조합 결성권과 참가권, 의료·복지·교육에 대한 권리, 가족의 체류권 등에 대하여 규정하고 있습니다.

나) 국제노동기구(ILO)

국제노동기구는 제111호 협약에서 회원국이 인종, 피부색, 민족 또는 사회적 출신에 의하여 차별대우를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있습니다. 또한 제97호 협약 제6조에는 합법적인 이주노동자에 대하여 균등대우의 원칙이 적용되는 분야를 정하고 있습니다. 그것은 가) 임금, 가족수당, 근로시간,

초과근로시간, 유급휴가, 가내노동의 제한, 최저연령, 훈련, 여성 및 연소자의 노동, 나) 노동조합원의 자격과 단체교섭의 이익, 다) 숙박시설, 라) 사회보장, 마) 고용관련조세, 조합비, 보험금, 바) 법적 절차에 있어서 균등대우의 원칙을 정하고 있습니다. 한국은 이 조약들을 아직 비준하지 않고 있습니다.

② 등록된 이주노동자와 미등록 이주노동자

가) 등록된 이주노동자(documented migrant worker)

고용허가제, 방문취업제, 산업연수제도 등 법적으로 등록하여 취업하고 있는 이주노동자에 대하여는 당연히 근로기준법 등 노동관계법률이 적용되는 것이 원칙입니다. 즉, 근로기준법 제5조는 '국적' 등을 이유로 근로조건에 대한 차별적 대우를 하지 못하도록 규정하고 있습니다.

여기서 산업연수제도는 개발도상국에 기술과 기능을 전수하여 경제협력을 증진시키고 외국인에게 연수의 기회를 제공하는 목적으로 만들어져 '해외투자기업 산업연수제도'와 '외국인 산업연수·취업제도'로 나뉘어져 있었으나, 이 제도는 사실상 부족한 국내인력 보충수단으로 변질되어 많은 폐해를 낳았으며, 2007년 1월 1일 '외국인 산업연수·취업제도'는 폐지되었고, '해외투자기업 산업연수제도'는 순수 연수형태로만 존속되고 있습니다.

나) 미등록 이주노동자(undocumented migrant worker)

흔히 불법체류 외국인노동자라 불리는 미등록 이주노동자란, 가) 합법적인 경로를 통하지 않고 입국한 이주노동자 및 체류자격이 만료된 이주노동자 등 체류자격을 갖추고 있지 아니한 노동자, 나) 관광비자나 방문비자 등 취업이 허용되지 아니하는 체류자격으로서 취업하고 있는 노동자, 체류자격에서 허용된 취업종류 이외 다른 종류의 취업을 하고 있는 노동자, 체류자격에서 지정된 근무처 이외의 장소에서 취업을 하고 있는 노동자 등 허용된 취업 이외의 다른 취업을 하고 있는 노동자를 말합니다.

③ 노동법 적용

가) 외국인노동자의 근로기준법 적용

국내에 거주하는 외국인도 법령 또는 조약상으로 외국인의 공·사법상의 권리가 특별히 제한받지 않는 이상 원칙적으로 국내법의 적용을 받게 되며, 출입국관리법상 취업허가를 받은 외국인노동자는 내국인과 동일하게 근로기준법의 적용을 받게 됩니다.

나) 미등록 이주노동자의 근로기준법 적용

고용노동부는 이른바 불법체류 외국인노동자가 근로기준법상 근로자가 아니라고 유권해석을 내려 근로기준법을 적용하지 않았습니다(근기 01254-152, 1993. 2. 2, 근기 68208-948, 1994. 6. 13). 그러나 1993년 서울고등법원(서울고법 1993. 11. 26. 선고 93구16774 판결)은 불법체류자의 근로기준법상 근로자 지위를 인정했으며, 대법원(대법원 1997. 8. 26. 선고 97다18875 판결)도 고용노동부의 유권해석과 달리 미등록 이주노동자도 출입국관리법상의 신분과 관계없이 근로기준법상 근로자로 대우하는 판결을 하였습니다. 이에 따라 현재는 미등록 이주노동자에 대하여도 근로기준법 등 노동관계법률이 적용되는 것으로 해석되고 있으며 고용노동부 역시 이러한 해석을 따르고 있습니다.

다) 산업연수생의 근로기준법 적용

국내회사의 외국 현지법인에서 채용되어 산업기술연수생이라는 명목으로 입국하여 국내회사에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 경우, 고용노동부 예규상의 산업기술연수생에 해당하는가에 상관없이 근로기준법상 근로자로서 산업재해보상보험법상의 요양급여를 받을 수 있습니다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누2050 판결).

임금과 관련해서는 대법원이 "외국인이 산업기술연수생으로 배정되어 대상 업체와 사이에 연수계약을 체결하였다 하더라도 그 계약의 내용이 단순히 산업기술의 연수만으로 그치는 것이 아니고 대상 업체가 지시하는 바에 따라 소정시간 근로를 제공하고, 그 대가로 일정액의 금품을 지급받으며 더욱이 소정시간 외의 근무에 대하여는 근로기준법에 따른 시간외근로수당을 지급받기로 하는 것이고, 이에 따라 당해 외국인이 대상 업체의 사업장에서 실질적으로 대상 업체의 지시·감독을 받으면서 근로를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하여 왔다면 당해 외국인도 근로기준법 제14조에 정한 근로자에 해당함"이라고 판시하였습니다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다50034 판결).

라) 미등록 이주노동자의 노동3권 인정 여부

2005년 5월 이주노조(서울경기인천이주노동자노동조합)가 설립되어 노조설립신고를 하였으나 고용노동부는 이를 반려하였습니다. 이에 대한 행정소송이 제기되었고 1심 행정법원에서는 기각되었으나 2007년 고등법원은 노동부의 노조설립신고 반려처분은 위법하다고 판결했고, 고용노동부가 상고를 제기하였으나 대법원은 상고일로부터 8년을 끌다 2015. 6. 25. 아래와 같이 최종 판결을 하였습니다.

관련 판례 – 체류자격이 없는 외국인근로자를 노조법상 근로자로 인정한 판례(대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결)

노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 의미하며, 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 사람뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람도 여기에 포함되는 것으로 보아야 한다. 그리고 출입국관리 법령에서 외국인고용제한 규정을 두고 있는 것은 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것 뿐이지, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 것으로 보기는 어렵다. (중략) 또, 취업활동을 할 수 있는 체류자격이 없는 외국인근로자가 노동조합법상 근로자에 해당하고, 그러한 노동조합법상 근로자의 개념에 포함되는 이상, 취업자격 없는 외국인근로자도 노동조합을 설립하거나 노동조합에 가입할 수 있다.

(2) 근로기준법 적용

노동법의 제 규정들은 이주노동자에게도 똑같이 적용됩니다. 이하에서는 특히 이주노동자 상담에서 자주 문제되는 부분들을 위주로 설명하도록 하겠습니다.

① 근로기준법 총칙 - 폭행 금지 등

근기법 제8조는 "사용자는 사고의 발생이나 그 밖의 어떠한 이유로도 노동자에게 폭행을 하지 못한다."고 하여 사용자의 노동자에 대한 일체의 폭행을 금지하고 있습니다. 형법상의 폭행죄와 달리 반의사불벌죄(피해자의 명시적인 의사에 반하여 가해자를 처벌할 수 없는 죄)가 아니며 직접적인 신체적 접촉이 없었더라도 폭행에 준하는 행위도 처벌대상이 될 수 있습니다.

한편, 근기법 제7조는 "사용자는 폭행, 협박, 감금, 그 밖에 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 노동자의 자유의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못한다."고 하여 강제노동을 금지하고 있으며, 제9조는 "누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다."고 하여 중간착취를 금지하고 있습니다.

근기법 제7조, 제8조, 제9조를 위반한 사용자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해지도록 벌칙이 규정되어 있습니다.

Q&A

Q. 이주노동자가 폭행을 당했을 때 어떻게 하여야 하나요?

A. 폭행은 현장에서 발생한 폭행사례라 하더라도 사용자나 관리자에 의한 폭행인지 동료 간에 시비가 붙어 폭행으로까지 발전한 경우인지에 따라 해결방법이 달라집니다. 이 경우 중요한 점은 사용자에게 관리감독의 책임을 물을 수 있는지 여부입니다.

사용자나 관리자로부터 폭행을 당했을 경우, 사용자의 근기법 위반행위임이 명백하므로 근로기준법에 의해 고용노동청에 진정 또는 고소를 하여 강경하게 대처할 수 있습니다. 형법상 폭행죄로도 경찰에 진정 또는 고소할 수 있습니다. 회사 동료로부터 폭행을 당했다면, 폭행의 발생이나 시비가 폭행으로 발전하는 과정에 사용자가 빌미를 제공 또는 방치했거나 혹은 유발했을 경우에는 사용자에게 관리감독의 책임을 물을 수도 있습니다. 그러나 단순히 노동자간에 발생한 폭행의 경우에는 개인 간의 문제로 처리될 것입니다. 이때는 서로 간의 책임 정도를 따져본 후 치료비와 경우에 따라서는 일정액의 손해배상금도 청구할 수 있을 것입니다.

폭행을 당했을 때 가장 먼저 할 일은 그 자리를 피하는 것이며 피할 수 없다면 경찰이 도착할 때 까지 방어적 행동으로 최대한 가해자 공격을 막는 것이 중요합니다. 피해가 있는 경우 치료를 받고 병원에 피해사실을 알리고 진단서를 발급받습니다. 폭행사실 자체에 대해 가해자가 부인할 우려가 있다면 목격자들의 진술서나 기타 증거를 신속히 확보하여야 합니다. 그런 다음 회사측과 접촉하여(필요 시 폭행사실과 관련한 진술 녹취), 가해자가 사용자라면 근기법 위반임을 알려주고 민형사상 책임을 질 것과 재발방지 조치를 요구합니다. 가해자가 관리자인 경우에도 역시 사용자에게 책임을 물을 수 있습니다. 이 경우 사용자의 관리감독 책임에 따른 민형사상 책임이 있음을 알리고 역시 재발방지에 대한 조치를 요구합니다. 피해자가 원만한 해결을 원한다면 가해자가 노동자에게 사과하고 다시는 재발되지 않도록 조치해줄 것을 요구하고, 필요한 치료비와 일을 쉬어야 할 경우에는 그 기간 중의 임금 전액 등을 지급할 것을 요구합니다. 사용자나 관리자가 합의할 의사가 전혀 없는 경우에는 사업장내 폭행으로 진정 또는 고소합니다. 참고로, 일단 고소를 제기하면 임금체불 진정 등과는 달리 당사자간에 합의를 하더라도 없었던 일로 처리되지는 않습니다.

② 근로계약

근로계약을 체결할 때 사용자는 반드시 법에서 정하고 있는 사항들(임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 휴일, 연차유급휴가 등)을 명시한 근로계약서를 작성하여 이주노동자에게 교부해야 하며, 이를 위반하는 경우 벌칙이(500만원 이하의 벌금) 적용됩니다.

고용허가제로 입국한 이주노동자의 경우 대부분 본국에서 표준근로계약서를 교부받으므로 사용자가 이를 위반하는 경우는 거의 없습니다. 이주노동자가 사업장 변경을 하는 경우에도 사용자가 근로계약서를 고용센터에 제출하여야 하므로 노동자가 근로계약서를 분실하였다고 하더라도 고용센터에 요청하여 받을 수 있습니다.

문제는 미등록 이주노동자인데, 사용자들이 근로계약서를 작성하지 않는 경우가 매우 많습니다. 이로 인해 임금체불 등 분쟁이 발생한 경우 약정한 근로조건이 입증되지 않아 곤란한 경우가 많습니다. 따라서 근로계약서를 작성하지 못한 경우 중요한 근로조건(임금, 근로시간, 휴일, 휴가 등)에 대해서 입증할 수 있는 자료(녹취, 녹화, 사진, 서류 등)를 미리 갖추어 두어야 할 것입니다.

Q&A

Q. 미등록 이주노동자가 퇴직금을 받지 못했다며 상담을 하러 온 경우 필요한 자료는 어떤 것이 있을까요?

A. 먼저 근로계약서가 있는지 확인합니다. 근로계약서에 입사일이 특정되어 있으므로 추후 퇴사일만 특정하면 될 것입니다. 근로계약서가 없다면 급여통장, 4대보험 가입여부 등으로 특정할 수 있지만 사용자가 4대보험을 가입하지 않았거나 현금으로 지급 한 경우 여의치 않을 것입니다. 이런 경우 구체적인 사실관계 확인과 더불어 동료직원의 확인서나 현금지급 봉투 등을 확보하여 담당 감독관을 최대한 설득하여야 할 것입니다.

③ 위약예정 금지 및 강제저축 금지

가) 위약예정 금지

일하다가 발생하는 손해나 노동자의 갑작스런 사직, 결근 등이 발생할 경우 일정액의 손해배상금을 지급한다는 내용의 약정은 모두 무효이며, 그러한 약정을 체결한 경우 500만원 이하의 벌금형에 처해집니다. 위약금을 노동자가 아닌

친권자나 신원보증인 등에게 예정하는 것도 금지되며, 손해배상금을 예정할 목적으로 노동자로부터 보증금을 받거나 손님으로부터 받지 못한 미수금을 노동자가 지불한다는 취지의 약정 등도 모두 위법하여 무효입니다.

Q&A

Q. 이주노동자가 업무상 과실로 회사에 손해를 입혔을 때 임금에서 공제할 수 있나요?

A. 노동자가 고의 또는 과실로 근무 중 사용자에게 손해를 발생시킨 경우 그 손해배상의 책임은 있습니다. 흔히 손해액만큼을 임금에서 공제하는 경우가 많은데 당사자의 동의없이 임금에서 공제하는 것은 위법합니다. 당사자가 손해배상액에 대해 동의하여 스스로 배상을 하지 않는 한 사용자는 손해배상청구소송을 해야 합니다. 손해배상액 역시 노동자의 과실의 정도, 당해 업무에 대한 관리·감독 체계, 노동자의 임금 수준 등을 종합적으로 검토하여 산정되어야 합니다. 따라서 손해액 전액을 노동자가 배상해야 하는 경우는 거의 없습니다.

나) 강제저축 금지

이주노동자가 돈을 함부로 쓰지 않고 모을 수 있게 해주겠다면서 사용자가 이주노동자의 임금 전부 또는 일부를 강제로 저축하게 하거나 저축금의 관리를 규정하는 계약을 체결하는 것도 모두 위법이며 이 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금형에 처하도록 벌칙이 규정되어 있습니다.

④ 임금

가) 직접불 위반

임금은 가) 당사자에게 직접, 나) 전액을, 다) 통화(현금 또는 은행계좌로)로서, 라) 매월 1회 이상 정기적으로 지급해야 합니다. 이에 대해서는 법령에서 특별히 정하는 바(갑근세, 4대보험료, 노조 조합비 등)가 없다면 예외를 인정하지 않고 있으며 위반 시 사용자는 3년 이하 징역 또는 3,000만원 이하 벌금형에 처해집니다.

이주노동자는 그 특성상 사용자에게 숙식을 제공받는 경우가 많습니다. 이때 사용자가 숙식을 제공하면서 임금에서 일방적으로 숙식비를 공제한다거나, 이주노동자가 사용한 국제전화요금 등의 비용을 공제하고 지급하는 경우가 있습니다. 그러나 사용자가 실제로 노동자에 대한 금품채권이 있다고 하더라도 당사자의 동의 없이 숙식비, 국제전화요금 등의 비용을 임금에서 공제할 수는 없습니다. 단, 고용노동부는 표준근로계약서에 기숙사 비용을 명시하고 이주노동자의 서면 동의하에 임금에서 공제하는 경우는 가능하다고 보고 있습니다.

사례 – 숙박비 일방 공제 사건

이주노동자가 임금체불 등으로 진정하자 사용자가 이를 괘씸하게 여겨 근로계약서에 명시된 숙박비용을 진정일 다음달부터 공제하였음. 그런데 근로계약서에는 숙박비를 근로자가 부담한다고는 되어 있었으나 부담금액은 명시되지 않았고 숙박비의 근로자

비용 부담 수준은 사용자와 근로자간 협의에 따라 별도로 결정된다고 명시되어 있었음. 그러나 사용자는 근로자와 아무런 협의도 하지 않고 숙박비를 최고 수준으로 공제하였음. 이에 대해 이주노동자는 진정을 제기하였고, 근로감독관은 숙박비를 근로자가 부담한다고 되어 있으나 부담금액이 명시되지 않았고 합의된 숙박비용도 없으며 근로자가 공제에 대한 동의도 하지 않았으므로 공제된 금액을 지급하라고 시정지시하였음.

나) 퇴직금

퇴직금제도는 이주노동자에게도 동일하게 적용됩니다. 1년 이상의 취업활동기간(체류기간)이 남은 이주노동자를 고용한 사용자는 출국만기보험에 가입해야 합니다. 출국만기보험에 가입한 경우 퇴직금제도를 설정한 것으로 봅니다. 그러나 출국만기보험은 통상임금을 기준으로 월 8.3%를 보험료 납부하기 때문에 평균임금을 기준으로 산정되는 퇴직금과 차액이 발생하므로, 사용자는 그 차액을 이주노동자에게 지급하여야 합니다.

Q&A

Q. 이주노동자가 1년 이상 근무하였지만 사업장을 이탈한 경우 사용자에게 보험금이 귀속되는데 이 경우 이주노동자는 퇴직금을 받을 수 있나요?

A. 이주노동자가 1년 이상 근무하였지만 사업장을 이탈한 경우에는 사용자에게 보험금이 귀속되고 이주노동자는 출국만기보험금을 지급 받지 못하게 됩니다. 그러나 이는 외국인근로자의고용등에관한 법률에 근거한 규정이므로, 근로자퇴직급여보장법상 퇴직금 청구권이 상실되는 것은 아닙니다. 따라서 이주노동자가 1년 이상 근무 후 사업장을 이탈하였다고 하더라도 이주노동자는 사용자에게 퇴직금을 청구할 수 있습니다.

⑤ 해고

이주노동자의 경우 내국인노동자와는 달리 사업장 이동의 자유가 제한되어 있어 해고문제보다는 사실상 퇴직의 자유가 박탈되어 있는 문제가 더 큽니다. 따라서 실제로 부당해고문제가 많이 발생하지는 않으나 부당하게 해고를 당한 경우 해고가 있었는지 여부가 쟁점이 되는 경우가 많습니다. 특히 이탈신고를 한 경우 해고로 인정될 것인지 여부입니다. 즉, 이탈신고는 외고법상 이탈하였을 때 신고하여야하는 사용자의 법적의무인데 이를 해고통지로 볼 것인지 여부입니다. 법원은 신고 그 자체를 해고통지로 보지는 않습니다만, 이탈사유에 해당하지도 않았는데 거짓으로 신고하였다면 이를 해고통지로 본 사례는 있습니다.

관련 결정 – 부당해고 사건(중앙노동위원회 2015. 2. 10., 2014부해1252)

외국인 근로자가 무단이탈하여 고용변동 신고를 한 것으로 해고가 아니라고 주장하나, 고용변동 신고하기 전에 결근 이유를 확인하거나 출근을 독려한 사실이 없는 점,

무단결근했다고 주장하는 기간 중에도 근로자가 사업장에 있었던 날이 있는 점, 고용변동 신고를 한 당일 근로자가 회사에 돌아왔는데도 사용자는 고용변동 신고 취소 요청을 하고 근로자를 계속 사용할 수 있었는데도 고용변동 신고를 했으므로 근로관계가 종료되었다고 주장하면서 경찰에 신고하여 내보낸 점 등을 종합하여 볼 때 근로계약관계를 일방적으로 해지하려는 의사에 기초하여 이를 통보한 사실이 있었던 것으로 보아야 하고, 이렇게 해고하면서 해고사유 자체를 밝힌 바 없어 부당하다.

(3) 근로기준법 위반 및 산업재해에 대한 대응

① 진정 및 고소(고발)

임금체불 등 사용자의 각종 노동법 위반행위에 대한 법적 구제절차로는, 다른 어떤 절차보다 신속하고 별도의 비용이 들지 않는 고용노동부(관할 고용노동청) 진정 또는 고소를 우선 활용합니다.

비자가 만료된 미등록 이주노동자들의 경우 고용노동청 진정을 두려워하는 경우가 많습니다. 고용노동청에 미등록 이주노동자가 방문하는 경우 사용자가 악의적으로 신고를 하거나 근로감독관이 출입국관리사무소에 통보를 한다는 등 비협조적으로 나올 수 있기 때문입니다. 이주노동자들의 노동의 대가를 체류가 불안정하다는 약점을 이유로 혹은 입증자료가 없다는 이유로 포기하거나 불리한 조건으로 합의해서는 안됩니다. 또한 근로간독관이 비자가 없음을 반복적으로 지적한다면 이에 대해 분명히 항의하고 민원·고소고발 등을 제기할 수 있음을 밝혀야 합니다.

② 부당해고 구제신청

이주노동자가 해고나 정직 등을 당한 경우에는 노동위원회에 부당해고 구제신청을 할 수 있습니다. 이 신청은 상담자가 진행 할 수 없으므로 공인노무사나 변호사의 조력을 받아야 합니다. 월 평균 250만원 미만의 노동자인 경우 노동위원회의 법률대리인(공인노무사, 변호사) 무료 사건대리 제도를 이용할 수 있으며, 서울노동권익센터 등 여러 지원단체의 조력을 받을 수 있습니다. 일반적으로 노동위원회 초심과 재심을 거치는 경우 6개월 정도의 시간이 걸립니다. 이후 행정소송 단계로 진행될 수 있으므로 미리 이주노동자에게 전체 진행과정에 대해 충분히 설명하여 주는 것이 필요합니다.

③ 법원 소송 및 기타 구제 절차

고용노동청에서 문제해결이 되지 않은 경우 다음 단계로 법원에 소송을 제기할 수 있습니다. 고용노동청에서 체불금품확인원을 발급 받아 법률구조공단에 무료로 소송을 대리하게 할 수 있으며, 사용자의 재산이 남아있지 않거나 폐업(파산 등)한 경우라면 체당금 제도를 이용할 수 있습니다. 또 고용노동청에서 체불금품확인원을 받아 승소한 경우 소액체당금 제도를 활용할 수 있음은 앞서 설명한 바 있습니다.

고용허가제 이주노동자의 경우 사용자가 보증보험에 의무가입하여야 하므로 임금체불보험금을 청구 할 수 있습니다. 보험금을 청구할 때에는 체불금품확인원, 통장 사본, 신분증 사본을 서울보증보험에 fax나 우편으로 보낼 수 있습니다.

④ 산업재해

이주노동자도 산업재해보험보상법의 적용을 받습니다. 미등록 이주노동자의 경우 역시 산업재해보험보상법의 적용을 받습니다. 대법원은 "외국인이 취업자격이 아닌 산업연수 체류자격으로 입국하여 구 산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전문 개정되기 전의 것)의 적용대상이 되는 사업장인 회사와 고용계약을 체결하고 근로를 제공하다가 작업 도중 부상을 입었을 경우, 비록 그 외국인이 구 출입국관리법상의 취업자격을 갖고 있지 않았다 하더라도 그 고용계약이 당연히 무효라고 할 수 없고, 위 부상 당시 그 외국인은 사용 종속관계에서 근로를 제공하고 임금을 받아 온 자로서 근로기준법 소정의 근로자였다 할 것이므로 구 산업재해보상보험법상의 요양급여를 받을 수 있는 대상에 해당한다."고 판시하여 미등록 이주노동자의 경우에도 산재법이 적용된다고 하였습니다(대법원 1995. 5. 15. 선고 94누12067 판결).

더 큰 문제는 3D 업종의 특성상 작업환경이 열악해서 산업재해 가능성이 높고 예방하는 조치가 미흡한 현실입니다. 산업안전보건법에는 사용자의 안전·보건상의 의무를 규정하고 있고 이를 위반할 경우 제재규정도 마련해두고 있으나, 작업능률저하 등의 이유로 실제로 이러한 규정이 지켜지지 않습니다. 또한, 이주노동자와 사용자 간의 소통이 어려운 점도 재해발생이 잦은 이유 중 하나입니다. 한국에 입국한 외국인노동자들은 짧은 시간을 교육받고 사업장에 배치됩니다. 짧은 시간동안 업무상 필요한 한국어를 숙지하는 것이 어렵고, 충분히 교육받지 못하고 업무를 시작해서 당연히 사고위험이 높아질 수 밖에 없습니다. 산업재해가 발생한 이후에도 적절한 사후 조치를 취하지 않는 문제도 있습니다. 사업주는 보험요율이 증가하고, 산업재해가 발생한 사업장이라는 사실이 밝혀짐으로써 받을 불이익을 우려하여 산재처리를 기피하기도 합니다. 또한 미등록 이주노동자 신분을 악용하여 합의를 강요하는 사례도 있습니다. 노동자가 보험금을 수령한 뒤 이를 사용자가 압류하거나, 공상처리 후에 사용자가 그 비용을 노동자의 월급에서 공제하는 경우도 적발되고 있습니다. 이런 부당한 일들은 현실에서 법을 지키지 않은 사용자와 그렇게 해도 되는 구조의 문제이므로, 정부의 엄격한 행정감독과 여러 노동조합, 노동단체의 상담과 지원으로 해결될 수 있습니다.

12장 · 공인노무사 이근정 (서울시 어르신돌봄종사자종합지원센터)

요양보호사

요양보호사는 노인장기요양보험제도를 통해 돌봄(요양)서비스를 제공하는 직업입니다. 요양보호사는 노인주거복지시설(양로시설, 노인공동생활가정), 노인의료복지시설(요양시설, 노인요양공동생활가정), 방문요양기관 등에 소속되어 근무를 하며, 요양보호사의 임금 등 근로조건은 사회보험 중 노인장기요양보험제도를 통해 마련된 재원으로 건강보험공단에서 지급하는 보험급여를 통해 결정이 됩니다. 따라서 노인장기요양보험제도에 대한 이해는 요양보호사 노동상담에서 필수적인 요소입니다. 또한 노인복지법, 노인장기요양보험법, 보건복지부 고시 등에서 사용하고 있는 보험급여제도의 지칭 용어(급여, 가산 등)와 근로기준법등 노동관계법에서 지칭하는 용어와 괴리가 있어 노동상담을 할 때에 소통의 어려움을 겪는 경우가 있습니다. 따라서 노인장기요양보험제도를 우선 이해하는 것이 필요하며, 주요한 노동사례를 들어 요양보호사의 노동상담을 설명하도록 하겠습니다.

1 노인장기요양보험제도 안내

(1) 노인장기요양보험제도란

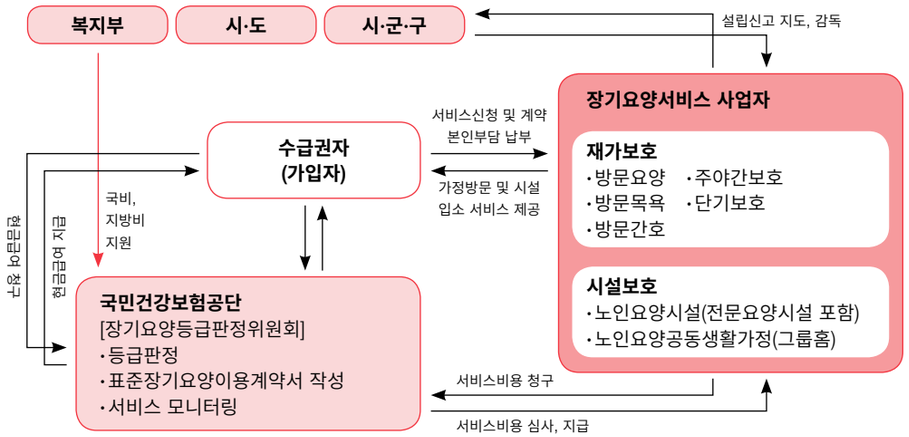

그림1 노양장기요양보험제도

노인장기요양보험제도란 65세 이상의 노인 또는 65세 미만, 치매·뇌혈관성 질환 등 노인성 질병으로 6개월 이상 혼자서 일상생활을 수행하기 어렵다고 인정되는 자에게 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 요양서비스를 제공하는 사회보장보험제도입니다. 노인장기요양보험법 제정에 따라 2008년 7월 1일부터 시행된 노인장기요양보험제도는 보험자 및 관리운영기관을 국민건강보험공단으로 일원화하여 운영하고 있습니다.

(2) 관련법령

① 노인복지법

노인복지법에는 노인 복지서비스(요양서비스 등)에 관련한 내용과 노인복지시설에 대한 내용이 포함되어 있습니다. 요양보호사에게 중요한 내용은 요양보호사 직무, 자격증, 결격사유, 자격취소 등에 대한 설명입니다.

노인복지법에 따라 요양보호사는 '노인 등의 신체활동 또는 가사활동 등의 업무를 전문적으로 수행하는' 자로 규정됩니다. 요양보호사 자격은 요양보호개론 등의 이론 강의 80시간과 실기연습 80시간, 현장실습 80시간 등의 교육과정을 80% 이상 수료하고, 요양보호사 자격시험에 합격하면 요양보호사 자격을 부여받습니다(제39조의 2). 그러나 요양보호사 자격증이 주어졌다고 해도 결격사유(제39조의13)에 해당하면 요양보호사가 될 수 없습니다. 예를 들면 향정신성의약품 중독자, 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되지 않은 자 등이 여기에 해당합니다. 또한 요양보호사의 행위에 의하여 요양보호사 자격이 취소되기도 합니다(제39조의14). 결격사유에 해당하거나, 영리 목적으로 노인 등에게 불필요한 요양서비스를 알선·유인하거나 이를 조장한 경우, 노인의 신체에 폭행을 가하거나 상해를 입히는 행위 등으로 처벌을 받은 경우 등이 이에 해당합니다.

② 노인장기요양보험법 및 부속법령

노인장기요양보험법(이하 '장기요양법')은 일상생활 수행이 어려운 노인에게 제공하는 장기요양서비스의 기본원칙 및 계획, 보험급여에 관한 기본원칙 등을 규정하고 있습니다. 요양보호사의 노동상담에서는 장기요양기관의 시설과 인력에 관한 내용을 확인할 필요가 있습니다. 예를 들면 노인요양시설(요양원, 노인복지법상 노인의료복지시설)의 경우에는 입소자 2.5명당 요양보호사 1명이 배치되어 있어야 합니다(장기요양법 제31조, 제32조 및 노인복지법 시행규칙 별표4). 다만, 이 인력배치 기준은 근로계약이 체결된 전체 요양보호사 기준이며 동시간대에 근무하는 요양보호사의 수는 아닙니다.

참고로 해당 법령에 의하여 장기요양요원지원센터의 설치근거가 마련되어 있으며, 서울시는 조례로 장기요양요원지원센터인 서울시 어르신돌봄종사자지원센터를 두고 있습니다. 전국에는 서울4곳(서울시어르신돌봄종사자종합지원센터·서남·동북·동남 어르신돌봄종사자지원센터), 수원 1곳, 인천 1곳 등 6개 기관이 있습니다.

③ 보건복지부 고시(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 세부사항)

요양서비스 분류별 급여비용, 가산 급여 등 보험급여 세부사항 및 인건비 지출비율, 장기근속장려금 등을 규정하고 있습니다. 장기요양기관의 수익과 직결되고, 업무시간 및 직원 배치에 상응하는 급여비용 등이 결정되어 있기 때문에 요양보호사의 노동상담에서 가장 중요합니다. 현장에서는 장기요양보험제도의 운영에 따라 근무시간 및 휴가, 교육시간에 따른 임금이 지급되므로 해당 고시를 먼저 확인하는 것이 좋습니다.

(3) 장기요양제도 용어 풀이

장기요양보험제도의 특성상 급여, 가산, 근무시간 등 고시에서 사용하는 용어가 근로기준법 용어와 비슷한 경우도 있고, 다른 노동관계법에서는 쓰지 않는 노인장기요양보험제도만의 특정 용어들도 있습니다. 아래의 용어를 확인하여 요양보호사 노동상담에 활용하시길 바랍니다.

용어	내용
① 장기요양요원	요양보호사는 장기요양법에 따른 장기요양요원입니다. 장기요양요원이란 장기요양기관에 소속되어 노인등의 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 업무를 수행하는자를 의미하고, 이러한 정의는 사회복지사, 간호사, 간호조무사 등 장기요양기관에서 종사하는 모든 종사자를 포함하는 말입니다.
② 장기요양급여, 급여비용 등	일반 상식으로 급여는 임금 내지 월급을 의미하는 것으로 판단할 수 있지만, 장기요양보험제도에서는 건강보험공단의 등급판정에 따라 6개월 이상 혼자 일상생활을 수행하기 어렵다고 인정되는 자에게 신체활동, 가사활동의 지원 또는 간병 등의 서비스나 이에 갈음하여 지급하는 현금을 말합니다. 급여 종류로는 시설급여, 재가급여로 나뉩니다. 시설 급여는 장기요양기관이 운영하는 노인요양시설, 노인요양공동생활가정 등의 노인의료복지시설에 입소하는 것에 대한 급여를 제공하는 것이고, 재가 급여는 수급자의 가정이나 장기요양기관(주야간보호, 단기보호기관)에서 방문요양, 방문목욕, 주야간보호, 단기보호 및 복지용구 비용을 제공하는 것을 말합니다. 특히 방문 요양서비스의 경우 요양 서비스 제공 시간당 보험급여가 장기요양기관에 지급되고, 이 중 근로계약한 시급에 따라서 임금지급이 되기 때문에 급여라는 단어를 흔히 사용합니다. 또한 급여비용 지급이 되는 요양서비스 제공시간이 곧 근로시간이 됩니다.
③ 수가, 보험 수가 등	방문 요양 서비스의 시간당 보험급여 비용 책정액을 말하는 경우가 많습니다. 보건복지부 고시에 따라서 30분 단위로 수가가 정해져 있으며, 수가 대비 인건비에 대한 문의를 하는 경우가 많습니다.
④ 수급자, 대상자, 이용자, 어르신	수급자, 대상자, 이용자 등 노인장기요양보험제도의 서비스 대상에 대한 명칭은 다양합니다. 거동이 어려운 65세 이상의 노인을 대상으로 하는 장기요양보험제도의 특성에 따라 어르신으로 지칭하기도 합니다.
⑤ 장기요양 등급, n등급 수급자	공단의 인정조사를 통해 판정된 서비스 대상자의 신체, 인지기능 상태의 등급를 말합니다. 서비스 대상자의 신체, 인지 기능 상태를 바탕으로 일상생활의 도움이 필요한 정도를 판정합니다. 판정 기준에 따라 1~5등급, 인지지원 등급으로 구분하는데 서비스 대상자의 등급은 특히 방문요양에서 중요합니다. 서비스 대상자의 등급에 따라 요양보호사의 일일 근무시간 및 1개월 총 근무시간이 제한되므로 상담을 할 때 확인해 두는 것이 좋습니다. 예를 들면 방문 요양급여는 1인 서비스 대상자가 받을 수 있는 보험급여 월 한도액 안에서 지급됩니다. 따라서 2018년도 기준으로 1등급은 1,396,200원 한도 내에서 일일 4시간까지 급여제공이 가능하므로 요양보호사도 해당 서비스 대상자에게 일일 4시간 방문 요양서비스를 제공하는 근로시간을 확보할 수 있습니다.

⑥ 입소	시설 장기요양기관 입소 혹은 요양병원 입원을 의미합니다. 방문요양의 경우에는 서비스 대상의 건강악화에 따라 입소, 입원을 하면 보험급여가 중복하여 지급되지 않습니다. 심지어는 응급상황에 119를 이용해 병원에 함께 이동하여 업무를 하여도 건강보험료와 중복지급되지 않기 때문에 임금을 지급받지 못하는 경우도 있습니다. 이런 경우에도 장기요양기관에서 임금을 지급해야 하지만, 보험급여자체가 지급되지 않으니 현장에서는 임금지급을 하지 않는 곳도 많습니다.
⑦ 방문 / 재가	방문요양과 재가요양은 같은 의미입니다. 법령과 고시에서도 재가(In place)와 방문(Visiting)을 혼용해서 쓰고 있습니다.
⑧ 데이케어센터 / 주야간보호소	데이케어센터와 주야간보호소 또한 같은 의미입니다. 요양원과 같은 생활시설이 아닌, 주간에만 이용하는 시설입니다. 따라서 서비스는 서비스 대상자가 데이케어센터(주야간보호소)에 방문하고, 일정 기간동안 데이케어센터 프로그램 및 요양 서비스를 이용하고 난 후 자택으로 돌아가는 형식으로 이루어 집니다.
⑨ 급여 가산, 가산 사회복지사 등	급여 가산이 근로기준법에 따른 가산임금으로 해석할 수 있지만, 장기요양현장에서는 급여비용의 가산이 여러 가지 이유로 이루어집니다. 인력추가 배치, 방문요양 사회복지사 배치, 간호사 배치, 야간 인력 배치 등 요양 서비스 질 제고를 위한 목적으로 가산 보험급여를 제공하는 경우가 있습니다.
⑩ 인력배치 기준	보통 시설 장기요양기관에서 인력배치기준이 문제 됩니다. 재가 장기요양기관은 인력배치기준이 없습니다. 시설 장기요양기관의 인력배치기준은 노인복지법 시행규칙에 따라 정해집니다.1) 노인복지법 시행규칙 제 22조, 별표 4(노인의료복지시설의 시설기준 및 직원배치기준) 인력배치기준 보다 미달하는 경우 보험급여 감액, 행정처분 등이 이루어집니다.
⑪ 근무시간	장기요양요원(요양보호사를 비롯한 장기요양제도에서 근무하는 종사자)이 장기요양제도에서 보험급여 산정이 되는 근무시간을 말합니다. 실제 근로시간과 법상 근무시간이 불일치하는 경우가 간혹 있습니다.
⑫ 팀장급 요양보호사	장기요양기관 근무경력 5년 이상인 요양보호사가 서비스 대상자의 사례관리 및 서비스제공 계획 등의 업무를 하는 경우 팀장급 요양보호사라고 하고, 팀장급 요양보호사를 배치한 경우 보험급여의 가산을 받을 수 있습니다.
⑬ 가족 요양보호사	보건복지부 고시상의 용어로는 '가족인 요양보호사'이며 현장에서는 가족 요양보호사라는 용어로 많이 사용합니다. 가족인 요양보호사는 서비스 대상자의 가족인 요양보호사를 말합니다. 가족 요양보호사는 일반 장기요양기관과 계약을 해서 보험급여를 수급받게 됩니다. 가족 요양만 하는 경우에는 근로자로 인정받지 못하며, 만약 가족인 서비스 대상자 외에도 요양 서비스를 제공한다면 그 시간에 대해서는 근로자로 인정 받을 수 있습니다.

표1 장기요양제도 용어

2 노인장기요양보험제도 현황

(1) 서울시 장기요양기관 및 요양보호사 현황

2017년 12월 31일 기준 장기요양기관 현황은 국민건강보험공단에서 발행한 2017노인장기요양보험 통계연보(2018년 8월 발행)에 따르면 서울에만 장기요양기관이 3,040개소가 있습니다. 또한 서울시 장기요양기관 중 재가기관이 2,516개소가 있고, 시설기관은 524개소가 있습니다. 또한 서울에서 근무하는 요양보호사 총 63,429명 중에 재가요양기관 근무자가 58,117명, 시설 요양기관 근무자가 6,085명입니다. 구성을 보면 서울시에서는 재가 요양기관에 근무하는 요양보호사가 90% 이상으로 많습니다. 재가기관의 비율이 82% 이상 차지하는데 재가기관의 경우 폐업이 잦고, 거의 동일한 사업체가 다른 이름으로 운영되기도 하여 통계상의 기관의 수가 1년 단위로 크게 변동합니다. 때문에 재가기관의 경우 고용의 안정은 보장이 되지 않고 영세한 운영방식을 갖고 있는 경우가 많습니다. 또한 시설기관의 경우 통계에 따르면 평균 11.6명 수준의 인력이 고용된 것으로 보이며, 근무 인력이 충분히 확보되지 않는 문제가 있습니다. 재가기관과 시설기관 모두 운영방식의 문제점, 근무 인력 확보의 문제점 등 때문에 요양보호사에게 열악한 근로조건으로, 수급자에 대한 서비스의 질 저하로 전가될 가능성이 있습니다.

장기요양기관 수		
전국	재가기관	시설기관
20,377	15,073	5,304
서울	재가기관	시설기관
3,040	2,516	524

표2 장기요양기관 현황

(2) 서비스 대상 및 업무내용, 재원 및 운영단위

① 서비스 대상 및 업무 내용

국민건강보험공단의 2017년 12월 31일 기준 자료에 따르면 장기요양보험 인정자(서비스 대상자) 수는 585,287명이며 65세 이상 노인인구(7,310,835명)의 약 8%에 해당합니다. 요양보호사의 근로환경에 초점을 맞춘다면 서비스대상자(장기요양보험급여 수급자)는 고객입니다.

재가장기요양기관의 경우 서비스가 서비스대상자의 자택에서 이루어지며, 요양보호사는 재가 장기요양기관에 소속되어 서비스 대상자에게 신체활동지원(세면, 목욕, 식사도움, 체위변경 등), 인지활동지원, 정서지원, 가사 및 일상생활지원(취사, 청소, 세탁 등)을 제공합니다. 돌봄노동의 특성상 서비스대상자뿐 아니라

보호자도 요양보호사의 근로환경에 영향을 주게 됩니다. 따라서 요양현장에서는 서비스대상자에 의한 해고, 성희롱 및 서비스대상자 가족에 의한 부당업무 등이 문제되는 경우가 많습니다.

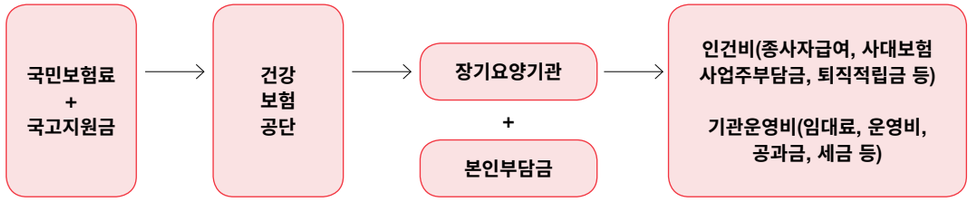

그림2 장기요양제도 재원

② 재원 구성

장기요양제도는 사회보험인 장기요양보험료(건강보험료의 7.38%, 2018년도 보험료 기준), 국고지원금(당해연도 장기요양보험료 예상액의 20%)과 국가 및 지방자치단체 부담금, 이용자 본인부담금(재가급여는 당해 장기요양급여비용의 100분의 15, 시설급여는 당해 장기요양급여비용의 100분의 20)으로 재원이 이루어져 있습니다. 장기요양기관의 가장 중요한 수익은 건강보험공단에서 지급하는 보험급여이지만, 건강보험공단에서 지원되는 보험급여 말고도 이용자부담금(본인부담금)이 장기요양기관으로 직접 지급되어야 합니다.

(3) 장기요양기관 분류

장기요양기관은 노인복지법에 따라 노인의료복지시설, 재가노인복지시설로 나뉩니다. 요양보호사의 근로조건이 요양보호사가 근무하는 기관의 특성에 따라 다르기 때문에 요양보호사를 상담할 때는 시설(노인의료복지시설)에서 근무하는지, 재가(재가노인복지시설)에서 근무하는지를 가장 먼저 확인해야 합니다.

재가 요양보호사의 경우 서비스대상자를 방문하여 요양서비스를 제공하는 형태의 근무를 하고, 시설 요양보호사의 경우 시설 요양기관에 입소한 서비스 대상자에게 요양서비스를 제공합니다. 재가요양보호사는 근무기간이 단절적이고 단시간 근무형태로 운영되고, 시설 요양기관에서는 병원과 같은 교대제 근무형태로 운영이 됩니다.

관련 법률 – 노인복지법 제34조(노인의료복지시설)

① 노인의료복지시설은 다음 각 호의 시설로 한다.

1. 노인요양시설 : 치매·중풍 등 노인성질환 등으로 심신에 상당한 장애가 발생하여 도움을 필요로 하는 노인을 입소시켜 급식·요양과 그 밖에 일상생활에 필요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설
2. 노인요양공동생활가정 : 치매·중풍 등 노인성질환 등으로 심신에 상당한 장애가 발생하여 도움을 필요로 하는 노인에게 가정과 같은 주거여건과 급식·요양, 그 밖에 일상생활에 필요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설

관련 법률 – 노인복지법 제38조(재가노인복지시설)

① 재가노인복지시설은 다음 각 호의 어느 하나 이상의 서비스를 제공함을 목적으로 하는 시설을 말한다.

1. 방문요양서비스 : 가정에서 일상생활을 영위하고 있는 노인(이하 “재가노인”이라 한다)으로서 신체적·정신적 장애로 어려움을 겪고 있는 노인에게 필요한 각종 편의를 제공하여 지역사회안에서 건전하고 안정된 노후를 영위하도록 하는 서비스
2. 주·야간보호서비스 : 부득이한 사유로 가족의 보호를 받을 수 없는 심신이 허약한 노인과 장애노인을 주간 또는 야간 동안 보호시설에 입소시켜 필요한 각종 편의를 제공하여 이들의 생활안정과 심신기능의 유지·향상을 도모하고, 그 가족의 신체적·정신적 부담을 덜어주기 위한 서비스
3. 단기보호서비스 : 부득이한 사유로 가족의 보호를 받을 수 없어 일시적으로 보호가 필요한 심신이 허약한 노인과 장애노인을 보호시설에 단기간 입소시켜 보호함으로써 노인 및 노인가정의 복지증진을 도모하기 위한 서비스
4. 방문 목욕서비스 : 목욕장비를 갖추고 재가노인을 방문하여 목욕을 제공하는 서비스
5. 그 밖의 서비스 : 그 밖에 재가노인에게 제공하는 서비스로서 보건복지부령이 정하는 서비스

(4) 보건복지부 고시 주요 내용

① 인건비 지출 비율

장기요양기관은 지급받은 장기요양급여비용 중 보건복지부장관이 고시하는 비율에 따라 그 일부를 요양보호사 등 장기요양요원에게 인건비로 지출해야 합니다. 인건비 지출비율은 1년 동안 제공된 장기요양서비스에 대해 장기요양기관이 장기요양요원에게 지출한 ‘인건비(직간접인건비 및 사회보험기관 부담분, 퇴직금적립분 포함)’를 ‘장기요양급여비용(공단 부담금과 본인 일부부담금)’으로 나누어 계산하여 나타내는 비율입니다. 특히 방문요양서비스의 경우 보험급여 대비 요양보호사의 임금이 낮아 문제제기가 되어 왔습니다. 그에 따라 2017년 5월 요양보호사의 보험급여 대비 요양보호사의 인건비지출이 84.3%로 결정되었으나, 2018년부터는 사회복지사까지 포함되어 사회복지사와 요양보호사의 인건비지출이 86.4%으로 결정이 되었습니다. 또한 인건비 지출비율은 1년간 해당 기관에 종사하는 근로자 전부의 직간접인건비 및 사회보험 기관부담분, 퇴직금 적립금을 포함하므로 개인별 인건비 산정에는 큰 역할을 하지 못합니다. 따라서 노동계와 요양보호사 직종협회에서는 실질적으로 요양보호사의 임금을 보장하는 역할을 하기에는 부족하다는 의견이 많습니다.

② 처우개선비

처우개선비란 요양보호사의 열악한 처우를 개선하기 위한 보조임금의 명목으로 보건복지부 수가 외의 급여입니다. 2012년 7월 국가인권위원회의 ‘요양보호사

노동인권 개선'권고 발표 후 복지부는 요양보호사에게 월 160시간 기준으로 최대 10만원의 처우개선비를 2013년에 3월부터 지급했었습니다. 고시 개정 전까지 처우개선비는 최저임금, 통상임금에는 제외되고 평균임금에는 포함되어 왔습니다. 따라서 최저임금 산정, 가산임금 산정에는 포함되지 않고 퇴직금, 연차휴가미사용수당에는 포함되었습니다. 하지만 2018년 1월 12일 변경된 보건복지부 고시에는 처우개선비 지급 근거가 명확하지 않아 결과적으로 사용자의 재량에 맡겨졌다고 할 수 있습니다. 그래서 사실상 처우개선비를 지급하지 않더라도 처벌규정이 없게 되었습니다.

종전	현행
제11조(종사자 처우개선 등) ① 장기요양기관은 요양보호사 등 장기요양요원이 수급자 보호 및 업무능력 향상 등을 위한 교육을 받을 수 있도록 하고, 종사자의 근로환경이 개선될 수 있도록 노력하여야 한다.	제11조(종사자 처우개선 등) ① 장기요양기관은 요양보호사 등 장기요양요원이 수급자 보호 및 업무능력 향상 등을 위한 교육을 받을 수 있도록 하고, 종사자의 근로환경이 개선될 수 있도록 노력하여야 하며, 급여비용에 포함되어 있는 최저임금과 요양보호사의 처우개선을 고려한 인상분을 지급하여야 한다.
② 급여비용(방문간호, 복지용구제외)에는 요양보호사 처우개선을 고려한 인상분이 포함되어 있으며, 그 인상분은 시간당 625원으로 하고 월 최대 160시간을 산정할 수 있다.	〈삭제〉

표3 장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제 11조

Q&A

Q. 종전에는 처우개선비를 받고 있었는데, 근로계약을 다시 하지도 않았고 처우개선비 없애는 것을 동의하지 않았는데 처우개선비를 제외한 임금만 받고 있습니다. 저는 처우개선비를 계속 못 받는 것인가요?

A. 기존 근로계약을 통해 처우개선비를 받고 있던 경우 이미 근로계약을 통해서 당사자 간의 계약 내용을 결정한 것입니다. 따라서 요양보호사의 동의 없이 일방적으로 처우개선비를 지급하지 않는 경우는 임금체불에 해당됩니다.

Q. 고시 개정 이후 신규 근로계약을 하는 경우, 처우개선비를 받지 못하게 되는 건가요?

A. 고시 내용으로는 처우개선비의 금액은 삭제되었고, 이에 대한 제재도 없으므로 처우개선비를 급여에 포함하지 않아도 문제되지 않습니다.

③ 방문요양 서비스 보험 수가

방문요양 서비스의 경우 보험급여에 따른 임금연관성이 가장 큽니다. 방문 요양 서비스 대상의 등급에 따라서 월 보험급여 사용 한도액이 정해져 있고, 요양보호사의 방문요양 횟수와 급여비용 제공기준에 따라 장기요양기관은 1개월의 보험급여를 수급할 수 있습니다. 1~2 등급 서비스 대상자에게는 최대 240분(4시간) 서비스를 제공할 수 있고, 3등급 이하의 경우 180분(3시간)이 최대 급여산정 시간이 됩니다.

등급	1등급	2등급	3등급	4등급	5등급	인지지원등급
월한도액(원)	1,396,200	1,241,100	1,189,400	1,085,900	930,800	517,800

표4 방문 요양 서비스대상자 보험급여 월 한도액(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제13조)

이 때 방문요양 서비스 제공 시간 결정권은 장기요양기관에게 있고, 서비스대상자의 요구와 기관의 사정에 비추어 만족도가 높은 선에서 가장 수익이 높은 요양서비스 제공시간을 선택할 가능성이 큽니다. 아래 방문요양 시간당 급여비용 제공기준표를 보면 보험급여 비용은 시간별로 지급되며, 방문요양의 경우 1:1 대인서비스이므로 요양보호사의 직접 노동이 필수불가결합니다. 그럼에도 불구하고 인건비지출비율 고시는 요양보호사 각각이 제공한 요양서비스에 대한 보험급여 대비 인건비지출비율은 정하고 있지 않습니다.

따라서 장기요양기관이 재가요양보호사에게 임금을 지급할 때 최저임금법 말고는 실질적인 규제가 없습니다. 방문 요양 서비스 1회당 보험급여 비율(적립가능비율)이 1회당 방문요양 시간이 길어질수록 낮아지기 때문에 1일 1회 방문시 서비스 제공 시간이 길어질수록 장기요양기관의 수익률이 낮아집니다. 그래서 장기요양기관은 서비스 대상자의 보험급여 수급 최대한도 내에서 장기요양기관의 최대 수익률이 보장되는 시간으로 방문 요양 서비스를 계획하게 됩니다.

방문요양보호사의 임금책정 방법은 대체로 시급을 미리 결정해두고, 요양서비스를 제공한 시간에 대해 그 시급을 산정하여 임금을 지급합니다.

분류	보험급여	최저임금	직접인건비 (기본급,주휴수당, 연차수당 등)	간접인건비 (사회보험 및 퇴직금)
30분 이상	13,540	3,765	4,565	822
60분 이상	20,790	7,530	9,130	1,643
90분 이상	27,880	11,295	13,695	2,465
120분 이상	35,200	15,060	18,260	3,287
150분 이상	40,000	18,825	22,825	4,109
180분 이상	44,220	22,590	27,390	4,930
210분 이상	48,110	26,355	31,955	5,752
240분 이상	51,710	30,120	36,520	6,574

표5 방문요양 시간당 급여비용 제공기준 및 직간접인건비 비교 자료(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제17조, 제18조)

위의 자료는 방문요양 시간당 보험급여 비용 제공기준과 최저임금, 직간접인건비를 제시한 예시자료입니다. 주휴수당(시간당) 1500원, 연차수당(시간당) 300원 지급받는 요양보호사를 기준으로 직간접인건비를 계산하였고, 간접인건비를 현장 기준인 18%로 계산한 자료입니다. 예를 들면 일주일동안 일 3시간씩, 6일 근무하고 5주가 있는 경우 90시간(3시간×6일×5주)을 근무합니다. 90시간×9330원을 계산하면 839,700원의 월급을 받을 수 있는 것입니다.

요양현장에서는 하루 근무시간 및 근무 요일이 다양하므로, 일률적인 인건비 책정이 어렵습니다. 그래서 시간당 주휴수당 및 연차수당을 사전에 시간급에 포함시켜서 근로계약을 하는 경우가 많습니다. 그렇게 해서 2018년 서울에서는 시급 9,200원에서 9,500원 수준이 많습니다.

④ 장기근속장려금

2017년 10월부터 건강보험공단에서 지급하는 장기근속장려금은 요양보호사 등 장기요양요원이 동일한 장기요양기관에서 장기간 근속하는 경우 지급하는 복리후생적 급여입니다. 수급 조건은 퇴사, 휴직 없이 동일 기관(기관기호가 동일한 장기요양기관)에서 장기근속 장려금 산정 시점까지 계속 근무한 경우에 수급 가능합니다. 장기근속장려금을 건강보험공단에서 장기요양기관에 지급하고, 장기요양기관에서 다시 요양보호사에게 지급하는 방식입니다.

장기근속장려금도 처우개선비처럼 복리후생적 급여이므로 최저임금(2017년도 기준), 통상임금에는 포함되지 않고 평균임금에는 포함되는 것으로 볼 수 있습니다. 다만, 2018년 최저임금에 복리후생적 급여가 포함되면서 최저임금에 일정금액이 포함될 수 있습니다.

구분	직종		근무기간, 지급금액(원/월)
월 120시간 이상 근무기간 36개월 이상	• 노인요양시설 • 노인요양공동생활가정 주·야간보호, 단기보호	• 요양보호사 • 사회복지사 • 간호(조무)사 • 물리(직업)치료사	• 36개월 이상 60개월 미만 50,000원 • 60개월 이상 84개월 미만 60,000원 • 84개월 이상 70,000원
	• 고시 제57호(방문요양 사회복지사 등 배치 가산)에 따른 업무를 수행하는 종사자	• 사회복지사 • 팀장급 요양보호사 • 간호(조무)사	
월 60시간 이상 근무기간 36개월 이상	• 방문요양 • 방문목욕 • 방문간호	• 요양보호사 • 간호(조무)사 • 치과위생사	• 36개월 이상 60개월 미만 40,000원 • 60개월 이상 84개월 미만 50,000원 • 84개월 이상 60,000원

표6 장기근속 장려금의 지급 대상자, 근무기간 조건 및 지급금액(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시)

Q&A

Q. 장기근속을 하고 있는 시설 요양보호사입니다. 3년 넘게 근무하고 있고, 120시간 이상 매월 근무하는데도 장기근속장려금을 받지 못하고 있습니다. 이러한 경우 임금체불인가요? 장기근속장려금을 받으려면 어떻게 해야 하는 것인지 궁금합니다.

A. 장기근속장려금은 처우개선비처럼 장기요양기관에서 보험급여 신청처럼 건강보험공단에 신청하고, 그 금액을 요양보호사에게 전달하는 형식으로 지급됩니다. 따라서 우선 근무하는 요양기관이 장기근속 장려금을 신청하고 있는지 확인해야 합니다. 급여가 지급될 때는 임금과 함께 혹은 별도의 지급일을 정해서 받게 됩니다. 만약 장기근속장려금을 신청하고, 근로자에게 그 금액을 주지 않는 경우 부정수급 및 임금체불이 될 수 있습니다. 다만, 근로계약서에 정하지 않고 장기요양기관에서 장기근속장려금을 신청하지 않아서 받지 못한 장기근속장려금에 대해서는 임금체불로 볼 수 없습니다.

3 요양보호사 노동상담 체크리스트

요양보호사 노동상담시 가장 우선 해야 하는 것은 소속기관 분류를 확인하는 것입니다. 방문 요양보호사와 시설 요양보호사의 근로조건과 쟁점은 아주 많이 다릅니다. 방문 요양보호사는 단시간 근로 및 불안정한 고용이 문제되는 반면 시설 요양보호사는 교대제 근로에 따른 과도한 노동시간 및 근무강도가 문제됩니다.

(1) 방문 요양보호사 상담 체크리스트

항목	세부내용
일·월 근무시간	일별·월별 근무시간을 알아야 주휴수당 및 전체 월급계산이 가능합니다. 초단시간 근로자 해당 여부를 확인하고, 주 5일 근무가 아닐 수 있으니 근무일도 확인할 필요가 있습니다.
서비스 대상자 등급	이용자 등급과 인원에 따라서 최대 근무시간 및 최대 임금산출이 가능합니다.
근속기간	장기근속장려금 지급 가능 여부, 실업급여 수급 가능 여부 등을 확인하기 위해 파악합니다.
근무 기관의 수	근로계약을 맺은 기관이 여러 군데인 경우 각각의 근로관계가 별개입니다. 해당 요양보호사의 총 근무시간과 해당 기관에서 연계한 요양서비스의 근무시간이 다를 수 있습니다. 예를 들면 한 요양보호사가 A재가 요양기관에서 1명, B재가 요양기관에서 1명, C재가 요양기관에서 1명씩 총 3명의 대상자에게 요양서비스를 제공하는 경우가 있을 수 있습니다.

표7 방문요양보호사 상담 체크리스트

방문 요양보호사의 경우는 시급제 단시간 근로 계약을 하는 점, 서비스 대상자의 자택에서 1:1 직접 서비스를 제공하는 점이 특징입니다. 그래서 방문요양보호사에게 중요한 문제는 임금(적정임금 확인, 제수당 및 퇴직금 문의), 불안정한 고용(실업급여 수급가능여부, 해고, 권고사직 등), 부당한 업무지시 및 제도상 문의사항 등입니다.

(2) 시설 요양보호사 상담시 체크리스트

항목	세부내용
기관분류 세부	시설 장기요양기관에는 요양 시설과 노인 요양 공동 생활 가정이 있습니다. 두 기관은 인력배치 기준의 차이가 있고, 시설 운영 기준이 달리 적용되는 부분이 있기 때문에 파악할 필요가 있습니다.
입소자 수 및 고용된 요양보호사 수	시설 요양보호사의 경우, 인력에 비하여 서비스 대상자가 지나치게 많아 노동강도가 높은 경우가 많습니다. 그래서 인력배치 기준에 대한 문의가 많은 편입니다. 현재 기준으로는 입소자수 2.5명당 1명의 요양보호사가 고용되어 있어야 합니다. 다만, 이 인원은 체류 인원이 아니라 고용하는 인원 기준입니다.
대제 유형	근무시간, 근무일 및 휴일을 판단하기 위해서 교대제 유형을 판단할 필요가 있습니다.
휴게시간	휴게시간이 어떻게 부여되는지 여부와 주간, 야간 휴게시간을 전부 확인해둘 필요가 있습니다. 시설 요양보호사의 경우에는 휴게시간이 대기시간 혹은 근로시간에 해당하는 경우가 많으므로 내담자가 임금체불 진정을 원할 때 꼭 확인해야 할 부분입니다.
업무배치	타 직종의 업무를 배치하는 경우가 있다면 어떤 업무인지, 어떤 직종의 업무인지, 상시적으로 혹은 비상시적으로 배치되는 지 파악해둘 필요가 있습니다.

표8 시설요양보호사 상담 체크리스트

시설 요양보호사의 근무상 특징은 24시간 교대제 근무이기 때문에 근무시간·휴게시간·휴가 사용 등에 대한 문의, 요양보호사의 업무 외에 조리사 업무 등 타 업무를 부여하는 경우, 업무강도가 지나치게 강해 인력배치 기준이나 부당한 업무 부여에 대한 문의 등이 많습니다. 이 점을 감안하여 아래의 주요 노동상담 주제를 살펴봐주시기를 바랍니다.

4 요양보호사 주요 노동상담 주제

(1) 해고 및 권고사직

① 요양계약기간 종료시 당연퇴직 조항

요양보호사 근로계약과 관련하여 빈번한 문제는 근로계약기간을 '서비스 대상자와의 요양계약기간 종료시 당연퇴직한다'로 정한 조항입니다. "기간제 근로자 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률"에 따르면 계약직 근로자에 대해 사용자가 근로계약기간을 구체적으로 명시하지 않는 경우 과태료 처분을 하도록 규정되어있고, 서비스 대상자의 요양계약 종료 요청 혹은 서비스 대상자의 임종, 입소가 정당한 해고의 사유로도 인정되기 어렵습니다. 따라서 요양계약기간과 근로계약기간을 연동하는 근로계약기간 규정은 위법하므로, 요양계약기간 종료에 따라서 당연퇴직했다면 부당해고에 해당될 가능성이 큽니다.

② 대상자 사정에 의한 권고사직, 부당해고 등

방문요양서비스의 경우 서비스 대상자에 의한 해고가 흔한 일입니다. 서비스 대상자가 요양보호사 변경을 요청하거나, 서비스 대상자가 요양원 입소를 하거나, 병원에 입원하거나 임종해서 불가피하게 휴업하는 경우 장기요양기관은 방문 요양보호사를 권고사직 시키거나 해고하는 경우가 많습니다. 만약 이용자에게 제공되는 요양서비스 중단이 바로 해고로 이어지게 된다면 근로기준법상 해고의 원칙에 따라 이루어져야 할 것이지만, 현장에서 그러한 원칙이 제대로 지켜지지 않고 '다음 주부터는 출근하지 않아도 된다'는 문자로 해고되는 일이 빈번합니다. 해고된 요양보호사는 부당해고 구제신청이나 해고예고수당을 요구하는 것으로 대응할 수 있지만, 실제로 부당해고 구제신청을 잘 하지 않습니다. 왜냐하면 부당해고 구제신청에 드는 비용(시간과 노력)을 감수할 만큼 일자리의 질이 높지 않고, 관계 문제로 인해 원직복직 의사가 없기 때문입니다. 이러한 경향은 요양 현장에서 문제의 개선을 더디게 하고 요양보호사들의 고용불안을 가중시킵니다. 따라서 부당해고 및 권고사직이 있는 경우에는 부당해고 구제신청이 가능함을 안내하고, 본인의 의사에 따라 해고예고수당을 청구하고 실업급여 신청을 할 수 있도록 지원해야 합니다.

Q&A

Q. 서비스를 받던 이용자의 건강이 갑자기 위독해져서 요양원에 입소했습니다. 갑자기 근무시간이 줄어들었는데, 다른 대상자에게 바로 서비스 연계가 되지 않고 오히려 권고사직 요구를 받았습니다. 저는 계속 근무를 하고 싶은데 어떻게 해야 할까요?

A. 서비스 대상자가 입소한 경우 보험급여 이중 지급이 금지되기 때문에 계속 서비스를 제공할 수는 없습니다. 이러한 경우 휴업에 해당하는데 이용자가 연계되지 않는 것은 장기요양기관의 사정에 해당하고, 천재지변에는 해당되지 않으므로 휴업수당지급 사유에 해당합니다. 따라서 휴업수당 지급을 요청하실 수 있습니다.

Q. 재가 장기요양기관에서 방문요양을 하고 있는 요양보호사입니다. 이용자의 가족이 갑자기 내일부터 그만 와도 된다고 했습니다. 이를 센터에 전달하니, 바로 일자리를 찾아줄 수도, 휴업수당을 줄 수도 없다고 합니다. 일을 그만둘 수밖에 없나요? 저는 이러한 경우 어떻게 해야 하나요?

A. 방문요양보호사의 경우 이용자의 건강 상태에 따라서 업무가 지속되지 않는 경우가 있습니다. 이는 업무의 중단에 해당될 뿐 곧바로 실업 혹은 해고는 아닙니다. 근로자의 귀책사유가 아닌 외부적인 이유로 업무가 중단된 경우 휴업에 해당하며, 휴업수당을 지급받아야 합니다. 하지만 현장에서는 보험급여가 지급되지 않음을 이유로 휴업수당을

지급하지 않는 곳이 많습니다. 더불어 현장에서는 기관 측이 권고사직 제의를 많이 합니다. 요양보호사가 권고 사직에 응하지 않는다면 이는 해고에 해당합니다. 해고는 적법한 절차와 사유가 있어야 하므로 그렇지 않다면 부당해고에 해당합니다. 따라서 본인의 의사와 상관없이 휴업 중 해고를 당하였다면, 부당해고 구제신청을 통해 원직복직, 해고기간 중의 임금상당액을 요구할 수 있습니다.

③ 근무특성에 따른 실업급여 미적용 문제

요양보호사는 비자발적인 실업을 빈번하게 경험하는 직종입니다. 또한 본인 의사와 상관없이 서비스가 중단되는 경우에는 실업급여 지급 요건에 해당될 수 있습니다. 이직의 사유가 경영상 해고, 권고사직 등 비자발적인 사유였다면 실업급여 지급 대상이 될 수 있습니다. 그러나 다수의 재가 장기요양기관에서 근무하는 방문요양보호사는 실업급여 수급에서 불리해질 염려가 있습니다. 이들은 단시간 근로를 하기 때문에 2곳 이상 장기요양기관과 근로계약을 맺고 근무하는 경우가 많습니다. 1곳의 장기요양기관에서 실직하였다고 해도 다른 장기요양기관에서 근무를 하고 있기 때문에 임금은 줄어들지만 실업급여를 받지는 못합니다.

Q&A

Q. 근로계약 기간을 1년으로 하여 근무했는데 업무가 너무 힘들어서 계속 근무하고 싶지 않습니다. 가능하면 재계약을 거절하고 일을 쉬면서 실업급여를 받고 싶습니다. 가능한가요?

A. 근로계약기간 만료로 퇴사하게 된 경우 회사의 재계약 요청이 없었어야 실업으로 인정됩니다. 만약 재계약을 거절하고, 퇴사하면 본인이 원하여 그만둔 것으로 보아서 다른 요건이 만족되더라도 실업급여를 수급하실 수 없습니다.

(2) 요양보호사의 임금

① 기본시급

요양보호사의 임금은 최저임금을 기본급으로 하는 경우가 많습니다. 따라서 요양보호사의 최저시급 위반은 바로 최저임금 위반과 연동됩니다. 방문 요양보호사의 경우 시급은 기본급(최저임금 이상), 주휴수당, 처우개선비(혹은 처우개선을 고려한 인상분)로 구성됩니다. 다만, 근무시간 및 근무일수에 따라 시간별 주휴수당 금액이 달라질 수 있습니다.

요양보호사 최저시급 산정 공식

시급 = A (기본 시급) + B (시간당주휴수당) + C(시간당 연차미사용수당)

A = 시간당 최저임금 (2018년 7,530원, 2019년 8,350원) 이상

B = 주휴시간 (일 근로시간 × 주간 근로일수 × 4주÷ 20일) × A ×4.34주 ÷ 월 근로시간

C = 통상임금(A+B) × 일 근로시간 × 연차휴가일수 ÷ 12개월 ÷ 월 근로시간

위 공식은 재가요양보호사의 근무시간(일), 근무일수(월), 근무시간(월)에 따른 요양보호사의 최저시급을 산정한 것입니다. 요양보호사 최저시급 구성은 기본급, 주휴수당, 연차미사용수당으로 되어 있습니다. 기본급은 2018년 최저임금(시간당) 7,530원이 되는 것이 대부분입니다. 따라서 무기계약 근로자이더라도 매년 최저임금의 인상에 따라서 시급이 오르기 때문에 근로계약서를 1년마다 갱신하여 작성하는 경우가 많습니다.

또한 주휴수당은 1개월에 지급되어야 할 금액을 월 근무시간으로 나누어 지급하는 것이 일반적입니다. 연차미사용수당은 연차휴가가 발생한 이후 사용하지 못한 일수에 대해 지급되는 것이지만, 장기요양현장에서는 시급에 포함하여 선지급하는 경우가 많고 연차휴가를 사용하는 경우에는 해당월에 연차수당을 지급하지 않는 방식으로 연차휴가를 소진합니다.

Q&A

Q. 저는 2017년 6월 1일 재가요양센터에서 근무를 시작하고 2018년 5월 31일에 퇴사했습니다. 1일 3시간씩 25일 근무했고, 매월 총 근무시간은 75시간이었습니다. 시급은 8,900원을 받았습니다. 시급에 연차수당이 포함되어 있는지는 잘 모르겠습니다. 제가 최저임금에 미달하게 급여를 받은 것은 아닌가요?

A. 근무일수 및 근무시간으로 계산을 해보면 다음과 같습니다.

① 시간급에 주휴수당을 포함하는 경우 : 시간당 기본급 7,530원 + 시간당 주휴수당 1,307원 (3시간×7,530원×4.34주÷75시간) = 약 8,837원

② 시간급에 주휴수당과 연차수당을 포함하는 경우 : 시간당 기본급 7,530원 + 시간당 주휴수당 1,307원 (3시간×7,530원×4.34주÷75시간) + 연차휴가수당 약 276원 (3시간×7,530원×11일÷12개월÷75시간) = 약 9,113원

기본급이 7,530원이고, 1일 근무시간이 3시간인 경우 1개월 주휴수당은 98,040원(7,530×3시간×4.34주)을 총 근무시간인 75시간으로 나누어 지급하는 경우 시간당 약 1,307원입니다. 그러면 주휴를 포함하면 8,837원으로 시급 8,900원은 주휴수당은 포함된 것으로 보입니다. 그러나 시간당 276원의 연차수당을 포함하면 9,113원이므로 연차수당은 시급에 포함되지 않은 것으로 판단됩니다. 한편, 1년 일하고 퇴사했다면 근속기간 1년에 대해서는 15개의 연차휴가수당이 별도로 발생합니다.

② 가산임금

시간외근무수당 및 휴일근무수당, 야간근무수당의 경우 근로기준법에 따르면 1.5배 가산하여 지급받습니다. 하지만 장기요양현장에서는 보험급여의 가산비율만큼만 지급하는 기관이 많습니다. 야간, 심야 가산급여는 기본 보험급여의 1.2~1.3배 이지만, 근로기준법상 시간외근무 및 휴일, 야간근무시에는 통상임금에 1.5배 가산된 임금을 지급받아야 합니다.

다만, 1.3배의 가산비율을 정하더라도 통상임금이 아니라 전체 시급에 대해서 가산한다면 통상임금의 1.5배 가산비율과 크게 차이가 나지 않는 경우가 있습니다. 예를 들면 시급 9600원으로 근무하는 방문요양보호사가 시급 중 1600원이 주휴수당인 경우, 통상시급 8000원에 1.5배인 12000원을 받는 것과, 9,600원×1.3배로 12,480원 받는 것이 큰 차이가 나지 않는 경우가 있습니다. 따라서 실제 계산금액을 놓고 판단해볼 필요가 있습니다.

가) 야간 ·심야 가산

방문 요양 보험급여에서 야간은 18시 이후 22시 이전, 심야는 22시 이후 06시 이전입니다. 이 시간에는 각각 20%, 30% 보험급여비용이 가산됩니다. 한편, 근로기준법에 따르면 밤 22시부터 다음날 새벽 6시까지는 야간근로이고 이 시간동안은 통상임금(시급)에 1.5배 가산해서 임금을 지급해야 합니다.

Q&A

Q. 재가 요양보호사입니다. 야간에 근무를 하게 되었는데, 센터(장기요양기관)에서는 보험급여(수가)가 1.3배만 가산되기 때문에 근로기준법에 따른 1.5배 가산급여를 줄 수 없다고 합니다. 저는 추가근무에 대한 임금을 받지 못하는 건가요?

A. 아닙니다. 보험급여(수가)와 임금이 완전히 연동되어 있는 것이 아니며, 장기요양기관은 근로기준법에 따라 임금을 지급해야 합니다. 또한 장기요양기관의 수익은 보험급여(수가)만으로 이루어져 있지 않고, 본인부담금이 있으므로 수가 때문에 가산임금을 줄 수 없다는 것은 합당하지 않습니다.

나) 공휴일 가산

휴일 가산 또한 근로기준법에 따라 통상임금의 1.5배가 지급되어야 합니다. 다만, 자주 문의받는 점은 공휴일 가산이 요양보호사의 급여에 반영되느냐는 점입니다. 장기요양법상 관공서 공휴일에 관한 규정에 따라 공휴일에 보험급여가 30% 가산됩니다. 다만, 공휴일에 대해서 가산수당을 지급하는 것은 근로기준법에 따라 강제로 적용되지 않기 때문에 보험급여가 가산되었다고 곧바로 요양보호사의 임금도 가산해야 하는 것은 아닙니다.

그러나 근로자의 날은 관공서의 공휴일은 아니지만, 모든 근로자들이 유급으로 쉬는 법정휴일이므로, 근무를 하면 휴일가산수당을 받을 수 있습니다. 그러나 근로자의 날은 장기요양법상 공휴일 가산에 포함되지 않습니다. 이는 장기요양보험제도와 근로기준법이 적용되는 데서 충돌이 발생한 것이므로 장기적으로 근로자의 날도 장기요양법상 공휴일 가산에 포함되어야 할 것입니다.

Q&A

Q. 방문요양을 하는 요양보호사입니다. 6월에는 공휴일이 현충일(6월6일), 지방선거일(6월13일) 이틀이 있는데, 장기요양기관에 나오는 보험수가는 가산해서 나온다고 알고 있어요. 저는 이 날에 휴일근무수당을 받는 건지 궁금합니다.

A. 방문요양 보험급여 가산과 요양보호사의 가산수당(연장, 야간, 휴일근무수당)은 다릅니다. 방문요양 휴일가산 보험급여는 '장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시'에 따라서 지급됩니다. 하지만 보험급여가산과 요양보호사의 임금이 직접 연동되지 않습니다.

보험급여가 심야(밤 22시~다음날 오전 6시), 공휴일의 경우 30% 가산하여 지급된다고 하여 요양보호사의 가산수당도 130%만 지급하면 임금체불이 될 수 있으며, 근로기준법에 따라 150%를 지급해야 적법합니다. 요양보호사의 가산수당은 근로기준법에 따라 지급해야 하며 연장근무(계약한 근무시간 외의 근무), 야간근무(밤 22시 ~ 다음날 오전 6시), 휴일근무 시에는 150% 가산수당을 받아야 합니다.

③ 연차휴가미사용수당

가) 연차휴가 사용의 어려움

요양보호사는 연차휴가를 사용하기 매우 어렵습니다. 장기요양기관에서 연차휴가가 있다고 설명해주지 않아 연차휴가를 사용하지 못했다는 요양보호사가 많습니다. 만약, 연차휴가를 사용할 수 있음을 알더라도 1명의 요양보호사가 연차휴가를 사용하면 나머지 인력이 더 높은 강도의 업무를 하게 되므로 연차휴가를 사용하지 않는 경우도 많습니다. 방문 요양보호사의 경우에도 연차휴가를 사용하지 못하는 경우가 많습니다. 서비스 대상자, 보호자, 장기요양기관과 의논하여 연차휴가를 사용해야 하는데 서비스 대상자의 일상생활 지원을 하는 요양보호사의 업무 특성상 연차휴가를 사용하고 싶어도 대상자와 보호자가 원치 않으면 연차휴가를 사용하기 어렵습니다.

나) 연차휴가미사용수당의 부적절한 지급

기본급 계산에서 보았듯이 연차휴가를 시급에 포함하여 선지급하는 경우가 많은 것도 휴가 사용이 어려운 이유가 됩니다. 시설 요양보호사의 경우 매달 '연차수당' 명목으로 수당을 지급받고 이후 연차를 사용하면 제하는 기관이 많고, 방문 요양보호사는 매달 연차휴가수당 명목으로 200~400원 정도를 시급에 더하여 지급하는 곳이 많습니다.

하지만 이렇게 연차휴가미사용수당을 미리 지급하는 경우 적정 금액이 아닌 미달된 금액으로 받는 경우가 발생합니다. 연차휴가미사용수당 청구권은 근로자가 전전년도의 근로의 대가로 발생하는 연차휴가를 전년도에 사용하지 않아서 생기는 것입니다. 따라서 통상임금이 최저임금 인상에 따라 인상되어 실제 수당청구권 발생시점에는 근로계약서에 정한 연차수당액보다 더 많은 금액이 연차휴가미사용수당으로 지급되어야 합니다. 또한 연차휴가와 관련된 법령을 요양보호사에게 설명하지 않고 1년 이상 근무한 근로자에게도 12일분의 연차휴가미사용수당만 지급하고, 나머지 3일 또는 15일의 연차휴가를 지급하지 않는 경우 임금체불(연차휴가미사용수당)이 발생합니다.

Q&A

Q. 1년 넘게 근무한 재가요양보호사입니다. 지금까지 하루도 휴가를 사용해본 적이 없습니다. 기관에 물어보니, 휴가는 없다고 합니다. 요양보호사에게 휴가는 없는 건가요?

A. 그렇지 않습니다. 월 60시간 이상 근무하고, 1개월 이상 근무하는 경우 요양보호사도 예외 없이 연차휴가가 발생합니다. 하지만 연차휴가를 시급이나 월급에 포함해서 받는 경우가 있을 수 있습니다. 따라서 근로계약서를 확인하여 연차휴가를 임금으로 받고 있는 지 확인해볼 필요가 있습니다. 연차휴가미사용수당을 선지급하여 받는 경우에도 근로자가 원하는 경우 연차휴가를 사용할 수 있도록 해야 합니다.

(3) 요양보호사의 근무시간

① 방문 요양보호사 근무시간

방문요양보호사의 경우에는 1일 2~4시간 서비스 대상자의 자택에서 서비스를 제공합니다. 그리고 시간에 따라서 제한은 없지만 일반적으로 1일 최대 4명의 서비스 대상자에게 서비스를 제공할 수 있습니다. 예를 들면 오전 A 대상자, 이른 오후 B 대상자, 늦은 오후 C와 D 대상자에게 방문요양을 제공한 요양보호사가 하루 8시간을 초과하여 근무하더라도 초단시간 근로자로 분류될 수 있습니다. A, B, C, D 대상자 모두 다 다른 재가 장기요양기관과 요양 계약을 맺고 있고, 해당 요양보호사도 각각 근로계약을 맺어 근무하는 경우입니다. 총 근무시간과 상관없이 각 재가센터와의 개별 계약내용에 따라서 따라서 주휴수당, 퇴직금, 연차휴가, 연차휴가미사용수당, 4대보험 등을 받지 못할 수도 있습니다. 재가센터들은 주휴수당, 퇴직금, 연차휴가, 4대보험 등을 적용하지 않아도 되는 60시간 미만(59시간 이하, 58시간 이하) 근로계약서를 작성하여 초단시간 근무만을 요구하기도 합니다.

Q&A

Q. 59시간 근무계약을 요구받았습니다. 원래 구인공고에서는 60시간 이상 근무였는데, 근로계약서를 쓸 때 보니까 근무시간이 59시간인데 혹시 불리한 점은 없을까요?

A. 초단시간 근로자는 1개월 60시간 미만(주 15시간 미만)일하기로 근로 계약한 노동자를 말합니다. 주휴수당(주휴일), 연차휴가(연차휴가미사용수당), 퇴직금, 산재보험을 제외한 사회보험(고용보험, 국민연금, 건강보험), 장기근속장려금 등이 적용되지 않습니다. 초단시간 노동자여도 근로계약에 수당 등을 지급하기로 결정한 경우 근로계약서 내용에 따릅니다.

② 방문 요양보호사 휴게시간

방문 요양보호사의 경우에는 서비스 대상자의 집에서 근무하고, 근무시간의 시작과 종료를 RFID 시스템(재가급여전자관리시스템)을 이용합니다. 최대 4시간 근무를 하고, 1개월에 4회 4시간 30분~8시간까지 근무가 가능합니다. 4시간 30분 근무하면 4시간만 급여가 인정되고, 8시간 근무하면 7시간 30분의 급여가 인정됩니다. 결국 30분은 휴게시간으로 비급여, 무급 체류시간입니다.

문제가 되는 점은 제도상 휴게시간을 두더라도 자유로운 휴식을 취할 수가 없고, 오히려 대기시간에 가깝다는 점입니다. 방문 요양 서비스는 1:1 대면 서비스이므로 서비스 대상자가 요양보호사를 필요로 하면 바로 업무에 투입되어야 합니다. 그래서 휴게시간을 두더라도 요양보호사로서는 온전한 휴식을 취할 수 없는 시간이 됩니다.

또한 기술적으로도 문제가 있는 점은 방문요양보호사의 요양 서비스 시간관리는 건강보험공단 RFID프로그램을 통해 이루어지고 있는데 서비스 시간 4시간의 중간에 쉬게 되더라도 휴게시간에 따른 서비스 종료시간의 연장을 따로 구분하지 못합니다. 그래서 기술적으로도, 현장 상황에 따라서도 휴게시간 부여는 문제가 되는 상황입니다.

따라서 장기적으로 휴게시간을 부여하도록 제도를 개정하는 한편, 방문 요양보호사가 대기시간으로 있을 수 밖에 없는 휴게시간을 유급으로 보장하는 방법이 논의될 필요가 있습니다.

③ 시설요양보호사 휴게시간

시설요양보호사의 경우에는 아직도 24시간 맞교대하거나, 24시간 근무 48시간 휴무하는 경우가 많은데 대상자를 돌봐야 해서 실제로 휴게시간 동안 쉴 수 없다는 문제가 있습니다.

2014년 시설에서 근무하는 요양보호사의 휴게시간이 실제 근무시간으로 인정되어 임금을 지급해야 한다는 판결이 나온 바 있습니다. 이 경우는 포괄임금제 계약에도 불구하고 근무시간이 산정 가능하고, 휴게시간에 실제로 업무를 계속 할 수 밖에 없었던 사실이 입증되었습니다. 따라서 근무시간에 따른 임금을 지급해야 하며, 결과적으로 통상임금을 계산해본 결과 최저임금에도 미달하는 시급을 받게 되어 그 차액을 보상하라는 취지였습니다.

관련판례 – 요양보호사 휴게시간을 근로시간으로 인정한 판례(대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결)

이 사건 근로자들이 요양보호사로서 이 사건 노인센터의 대표와 일체의 법정수당과 상여금 등이 포함된 월정액을 급여로 지급받기로 하는 등의 근로계약을 체결하고 3교대로 이 사건 노인센터에서 근무하였는데, 주간에는 08:30에 출근하여 1시간의 휴게시간을 제외하고는 18:30까지 9시간 동안 주로 중증 치매환자인 요양대상자의 기저귀를 갈아주고 식사할 때 거들어 주며 목욕을 시켜주고 청소하고 약을 챙겨 주는 수발 업무를 하는 등 출·퇴근 시간 및 근로를 제공하는 장소가 정해져 있고 정해진 일과에 따라 상당한 밀도의 업무를 하였으며, 야간에는 18:30에 출근하여 다음날 08:30까지 근무하면서, 요양대상자의 기저귀를 갈아주고 요양대상자가 비상벨을 누르면 가서 돌보았으며 새벽에 물수건으로 요양대상자의 얼굴을 닦아주고 아침식사를 도와주는 등의 업무를 하였는데, 이 사건 근로자들의 근로계약서에는 야간근무시간 중 4시간의 휴게시간을 정하였으나, 요양보호사는 야간에 요양대상자가 비상벨을 누르는 경우가 많아 잠을 자지 못하고 늘 대기상태에 있었고,

야간근무시간에도 휴게시간으로 인정하는 1시간을 넘는 휴게시간은 없어서 육체적·정신적 부담이 상당하였던 것으로 보이는 점 등의 사정들을 종합하면, 이 사건 노인센터의 요양보호사들의 업무가 근로시간 산정이 어려운 것으로 볼 수 없고, 이 사건 근로자들에게 포괄임금제를 적용함으로써 최저임금법에서 정한 최저임금에도 못 미치는 임금을 지급하여 이들에게 불이익이 있으므로, 이 사건 근로자들에 대한 포괄임금제 약정 중 최저임금에 미달하는 금원에 해당하는 부분은 무효이다.

Q&A

Q. 24시간 교대근무를 하는 시설에서 근무하는 요양보호사입니다. 근로계약서를 보면 1일 휴게시간으로 8시간이 책정(야간 6시간, 주간 2시간)되어 있습니다. 하지만 야간 휴게시간에는 실제로 쉴 수 없습니다. 항상 이용자를 주시하다가 언제든 달려 가봐야 하는 상황입니다. 휴게시간이 과도하게 많아 문제 제기를 하고 싶습니다.

A. 요양원에서 야간에 배치된 요양보호사가 적고, 휴게시간이 부여되더라도 휴식할 수 없는 상황이 많습니다. 교대제 근무를 하는 요양보호사의 경우 우선적으로는 휴게시간을 적절히 쉴 수 있도록 요청을 하시는 것이 필요합니다. 문제 제기에도 불구하고 휴게시간 운영 방식이 적절히 변경되지 않은 경우, 임금체불진정 혹은 민사소송으로 휴게시간이 근무시간임을 인정받을 수 있습니다. 이 때 야간 휴게시간이 근무시간임을 입증할 자료(업무 자료, 동료 근로자의 증언)를 구비하시는 것이 필요합니다.

(4) 요양보호사 업무 및 인력배치

① 부당업무

부당업무는 요양보호사에게 요구하면 안되는 업무를 요구하는 일체의 업무지시를 말합니다. 장기요양법에 따르면 이용자와 장기요양기관은 요양보호사에게 '이용자 가족을 위한 행위, 이용자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위, 그 밖에 이용자의 일상생활에 지장이 없는 행위' 등에 대해서 금지하고 있습니다. 장기요양서비스는 대상자에게 서비스한 시간에 대해 급여를 청구하기 때문에 금지된 업무를 하는 경우 그 시간에 대한 보험급여 청구는 부정한 청구가 되고, 급여를 받으면 부정 수급이 됩니다. 부당업무를 수행하고 공단에 보험급여를 청구한 내용이 확인되면, 보건복지부에서는 지급한 금액에서 환수 조치 및 최대 6개월의 업무 정지를 명할 수 있으며, 3차 위반 시 지정취소 또는 폐쇄 명령을 할 수도 있습니다(노인장기요양보험법 시행규칙 제 14조 장기요양급여의 범위 등, 장기요양보험법 시행령 별표2 행정처분의 기준).

하지만 현장에서 업무 외의 요청이 지속될 때 조정할 수 있는 실질적인 방안이 미비한 것이 사실입니다. 서비스 과정을 관리하고 조정하는 장기요양기관이 부당한 업무에 대한 적극적인 조정을 수행해야 하지만, 실제 이용자 유치 등 현실적인 이유로 방치하거나 소극적인 대응에 그치는 경우가 많습니다. 요양보호사들은 이러한 상황에서 극심한 스트레스와 감정노동을 경험합니다.

부당업무(장기요양보험법에 금지된 행위)를 요구하고 보험급여를 수급하는 경우 부당한 보험급여 청구에 해당되므로, 방문·우편·인터넷을 통해 건강보험공단에 신고할 수 있습니다. 이 경우 제보자에 대한 신원보호 및 비밀유지를 요청할 수 있습니다.

② 시설 장기요양기관의 인력 배치

시설 장기요양기관의 인력배치기준은 서비스 대상자 2.5명대 요양보호사 1명입니다. 그런데 기관들은 교대제를 활용하는 24시간 운영 사업장이므로 3교대시 실제로 인력배치 비율은 7.5~10명대 1의 비율입니다. 실제로 야간에는 1명이 휴게시간을 갖는 경우(실제로 제대로 쉬지 못하지만) 1명이 20명 이상을 케어하는 경우가 다반사입니다. 이런 열악한 인력 배치 기준 때문에 시설 요양보호사는 극심한 노동강도에 시달리고 있고, 1명이 연차휴가를 사용하면 나머지 요양보호사에게 업무가 전가되어 휴가를 사용하는 것도 쉽지 않습니다.

또한 시설에는 영양사, 조리사, 위생원 등의 직종이 근무해야 하지만 예외조항(급식업체 위탁하는 경우, 세탁물을 전량 위탁 처리하는 경우 등)이 있어서 해당 직종을 고용하지 않아도 됩니다. 그러나 실제로 조리업무 및 위생업무가 아예 없는 것은 아니기 때문에 요양보호사가 그 업무를 일부 혹은 전부 하는 경우가 있습니다. 보건복지부 고시에서도 일부 직종에 대한 업무배치가 보조적(비상시적)으로는 가능하게 되어 있습니다. 하지만 이 경우에도 상시적으로 해당 업종의 업무를 부여한다면 문제가 되고 인력배치 기준을 어긴 것이 됩니다. 인력배치기준을 위반하면 보험급여 감산 처분과, 위반횟수에 따라 경고, 사업정지 7일, 사업정지 15일, 사업폐지 등의 행정처분을 받을 수 있습니다.

Q&A

Q. 서비스 대상자 48명이 있는 요양원에서 근무하는 요양보호사입니다. 요양원 주방의 영양사, 조리원이 없고 요양보호사가 요양원 각층에서 밥과 국을 해야 합니다. 반찬은 외부에서 조달이 됩니다. 하지만 요양보호사 1명이 밥과 국을 하는 동안 어르신을 케어하는 요양보호사가 1명 부족하게 되어 나머지 요양보호사의 업무가 과중해지고 사고가 발생할 위험도 있습니다. 이러한 상황이 법적으로 문제되지는 않나요?

A. 현재 노인복지법 시행규칙에서는 50명의 급식인원이 있는 경우 영양사를 두고, 입소자 25명당 1명 조리원을 두게 되어 있습니다. 급식인원은 입소자와 근무자를 포함하는 개념이므로 해당 요양원에서는 영양사와 조리원이 각각 1명씩 있어야 합니다. 다만, 영양사와 조리원이 있는 급식업체에 조리업무를 전부 위탁하는 경우는 이들이 고용되어 있지 않아도 됩니다.

하지만 일부 조리업무가 있는 상황에서 업무의 전부를 위탁한 것이 아니라면 조리사가 있어야 하겠고, 조리사가 상시적으로 없는 상태가 아니라 비상시적으로 없는 상태(연차휴가 등)의 경우에만 요양보호사가 해당 업무를 대체하는 것이 가능합니다.

인력배치 기준을 어긴 상황으로 짐작되므로 자세한 상담은 국민건강보험공단에 인력배치기준에 대한 상담을 해보시는 것을 권해드립니다.

관련법률 – 장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시(2018-6.28. 2018-제130호)

제51조(근무인원수 산정방법)

① '근무인원 1인'으로 계산하기 위해서는 직원 1인은 휴게시간을 제외하고 제49조에 따른 월 기준 근무시간 이상 신고한 직종으로 실 근무하여야 한다. 다만, 치매전문요양보호사가 아닌 요양보호사가 치매전담형 장기요양기관에서 월 기준 근무시간 이상 근무한 경우 배치인력 1명을 0.5명으로 산정한다.

② 제1항에도 불구하고 조리원, 위생원, 보조원(운전사), 사무원, 관리인이 부재하거나 조리원, 위생원, 보조원(운전사), 사무원, 관리인의 업무에 도움이 필요하여 다른 직원이 그 업무를 일부 수행한 경우 신고한 직종으로 실 근무한 것으로 본다.

(5) 노인학대로 인한 분쟁

시설 장기요양기관에서는 노인학대로 인한 분쟁이 발생하는 경우가 있습니다. 노인복지법 제39조의9에는 누구든지 노인의 신체에 폭행을 가하거나 상해를 입히는 행위를 금지하고, 동법 제55조의2에는 그 사유로 처벌받은 경우에는 요양보호사의 자격 취소를 정하고 있습니다. 이 경우 처벌 수위는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금입니다. 또한 노인학대관련 범죄 경력이 있으면 법령으로 노인관련기관 취업이 제한됩니다.

노인학대 조사는 노인학대에 대한 조사 및 감독을 하는 기관인 노인보호전문기관에 외부조사를 요구하고 해당 장기요양기관 관할의 구청과 노인보호전문기관[2] 중앙노인보호 전문기관, http://noinboho.or.kr, 남부노인보호 전문기관, http://www. seoul1389.or.kr의 공조를 통해서 CCTV, 주변 관계자 심문조사 등을 통해 사건를 판정하고 해당 장기요양기관에 결과를 통보합니다. 노인학대를 의심받는 경우 요양보호사는 징계해고만이 아니라, 다시는 요양보호사로 근무할 수 없게 될 가능성도 있습니다. 이 때 가장 중요한 것은 노인보호 전문기관의 조사결과인데, 조사에서 노인에게 상해를 입힌 사실이 있는지 없는지를 밝혀냅니다. 조사에서 결과 발표까지는 약 2달 정도가 걸리니, 조사결과 발표가 나오기 전까지 충분히 소명기회를 요청하고, 상해사실이 없다는 주변 관계자의 사실확인서 및 증거를 제출할 필요가 있습니다.

Q&A

Q. 요양원에서 근무하고 있는 요양보호사입니다. 노인 학대 신고를 받고 자택대기를 하다가 징계위원회에 회부되고 징계해고를 당했습니다. 징계위원회에서는 CCTV에 노인 학대 사실이 촬영되어 있다고 들었고 노인보호전문기관의 조사가 끝나기 전에 징계해고를 당했습니다. 하지만 저는 학대 사실이 없다고 소명하였고, CCTV를 볼 수 있게 해달라고 하였지만 받아들여지지 않았습니다. 하지만 저는 학대를 하지 않았고, CCTV를 확인하지 않은 상황에서 이 결과에 승복하기 어렵습니다. 저는 부당해고라고 생각하는데, 어떻게 하면 이 징계해고 결과를 바꿀 수 있을까요?

A. 부당해고에 해당되려면 절차, 사유상 징계해고에 해당해야 하는데 해당 사건의 경우에는 절차상의 문제가 있을 것으로 판단됩니다. 징계사유가 확정되려면 해당 전문기관의 통지가 있어야 함에도 불구하고 그보다 먼저 징계해고를 통보하였고, 또한 징계과정에서 문제가 되는 CCTV 녹화영상을 공개하지 않은 점이 징계해고 절차상의 문제라고 할 수 있습니다. 이런 절차상의 이유를 문제삼아 부당해고 구제신청을 하실 수 있습니다.

하지만, 해당 징계해고와 관련하여 가장 핵심적인 내용은 노인학대사실 여부입니다. 노인보호 전문기관의 발표가 노인학대에 해당하여 해당 요양보호사가 처벌받는다면, 부당해고 구제신청을 진행할 실익이 없습니다. 따라서 노인보호전문기관의 조사결과를 확인하고 이를 검토한 후 부당해고 구제신청을 하는 것이 합당할 것으로 판단됩니다.

(6) 비급여 근무시간에 대한 근무조건

앞서 논했던 장기요양보험제도 하에서 재가 요양기관과 근로계약을 하는 시간(급여제공 시간)과 달리 비급여 근무시간은 서비스 대상자 혹은 보호자와 고용계약을 하는 것입니다. 따라서 이러한 비급여 근무시간 동안은 동일한 일을 해도 장기요양기관에서 책임을 지지 않고 근로기준법도 적용되지 않습니다. 하지만 비급여 근무시간에 대한 문제는 장기요양보험의 도움을 받을 수 있는 요양서비스 시간이 최대 1일 4시간(1등급 대상자의 경우, 2등급 이하의 경우 3시간)에 한정되기 때문에 더 오래 요양서비스가 필요한 경우 발생하는 것 입니다. 구체적으로 이러한 비급여요양계약은 일주일에 6일 동안 서비스대상자의 자택에 거주하며 24시간 근무를 하고, 휴일은 토요일과 일요일 사이에 24시간만 휴식하는 경우가 많습니다. 이 중에 근로자로서의 권리를 보장받는 것은 1일 3시간에 불과합니다. 비급여 근무시간에는 동일한 업무를 하고 동일한 공간에서 일하고, 서비스 대상이 동일함에도 불구하고 근로자로서의 권리는 보장받지 못합니다. 예를 들어 비급여 근무시간에 대한 임금을 받지 못해도 고용노동청에 임금체불 진정을 할 수 없고 소송으로 해결해야 합니다. 비급여 시간에 대해서 구두계약을 하고 근무하는 경우 추후 분쟁이 생겨도 증거자료가 없어서 요양보호사가 불이익을 당할 가능성이 높습니다. 이 경우 재가 요양센터가 계약을 알선했다고 해도 어떤 책임을 지울 근거가 없습니다. 비급여 근무시간에 대한 부분은 장기요양제도와 근로기준법의 미비가 문제이므로 제도적인 해결이 필요합니다.

Q&A

Q. 입주 재가 요양서비스를 했던 요양보호사입니다. 최근 근무시간 중 다쳐서 퇴사하게 되었습니다. 저는 일일 3시간만 재가 센터와 계약이 되어 있었고, 나머지 시간은 보호자와 계약을 하여 일주일에 하루만 쉬고 근무하였는데요. 퇴직금이 제가 근무한 모든 시간이 아니라 일 3시간 급여에만 한정해서 받을 수 있다고 들었습니다. 이게 합당한 것인지 궁금합니다. 그리고 산재보험의 도움을 받을 수 있는지도 궁금합니다.

A. 퇴직금은 근로기준법상 근로자에게 지급되는 것으로, 근로계약을 해서 근무한 시간에 한하여 퇴직금을 지급받을 수 있습니다. 일 3시간을 제외한 나머지 시간은 퇴직금 지급

대상이 되는 시간이 아닙니다.

또한 산재보상의 경우에도 근로기준법상 근로자를 구제대상으로 설정하고 있습니다. 따라서 사고 시점이 재가 요양기관과 계약한 급여시간이라면 산재신청을 할 수 있습니다. 그렇지 않은 경우에는 특수형태근로종사자 특례에 따라서 산재보험에 가입하고 산재신청할 수 있습니다.

관련 법률 – 산재보상보험법 제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례)

① 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 자 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자(이하 이 조에서 "특수형태근로종사자"라 한다)의 노무(勞務)를 제공받는 사업은 제6조에도 불구하고 이 법의 적용을 받는 사업으로 본다.

1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것
2. 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니할 것

② 특수형태근로종사자는 제5조제2호에도 불구하고 이 법을 적용할 때에는 그 사업의 근로자로 본다. 다만, 특수형태근로종사자가 제4항에 따라 이 법의 적용 제외를 신청한 경우에는 근로자로 보지 아니한다.

알아두면 도움이 되는 기관

서울노동권익센터
전화번호 02 6925 4349(상담 02 376 0001)
홈페이지 www.labors.or.kr

강서구노동복지센터
전화번호 070 4226 8858(상담 070 4226 8863)
홈페이지 www.gangseolabor.org

구로구근로자복지센터
전화번호 02 852 7339(상담 02 852 7341)
홈페이지 www.laborguro.org

관악구노동복지센터
전화번호 02 886 7900
홈페이지 gwanaklabor.kr

광진구노동복지센터
전화번호 02 458 5055
홈페이지 www.gjworker.org

노원노동복지센터
전화번호 02 3392 4905
홈페이지 www.nowonhope.org

서대문구근로자복지센터
전화번호 02 395 0720
홈페이지 sdmworker.org

성동근로자복지센터
전화번화 02 497 8573(상담 02 469 8573)
홈페이지 www.sdlabor.or.kr

성북구노동권익센터
전화번호 02 909 3988
홈페이지 www.sblabor.or.kr

서울시어르신돌봄종사자종합지원센터
전화번호 02 389 7790
홈페이지 www.dolbom.org

서울특별시직장맘지원센터
전화번호 02 335 0101
홈페이지 www.workingmom.or.kr

고용노동부
전화번호 1350
홈페이지 moel.go.kr

근로복지공단
전화번호 1588 0075
홈페이지 www.kcomwel.or.kr

대한법률구조공단
전화번호 132
홈페이지 www.klac.or.kr

상담자를 위한 노동상담 매뉴얼(개정판)

발행인
문종찬

발행처
서울노동권익센터

발행일
2018년 12월 27일

글쓴이
김명희
최진혁
김희영
박성우
권동희
김선임
김동현
김두나
박윤진
윤성봉
공성수
이근정

기획·편집
이혜수
최진혁
서재란
박수아
김은풍

디자인
일상의 실천
김리원

인쇄
정민문화사

비매품 / 무료
93360
9 791187 917236
ISBN 979-11-87917-23-6