개정 3판

# 상담자를 위한 노동상담 매뉴얼

서울노동권익센터

I·SEOUL·U

개정 3판

# 상담자를 위한 노동상담 매뉴얼

서울노동권익센터

I·SEOUL·U

# 상담자를 위한
# 노동상담 매뉴얼

발간사 20
자주 찾아보는 노동법 주요 정보 22

1장 근로기준법 적용 범위 60
1. 근로기준법의 효력과 적용범위 61
2. 사업 또는 사업장 65
(1) 일반론 65
(2) 사업 또는 사업장의 범위 66
3. 상시근로자수 산정 68
4. 근로기준법상 근로자 71
(1) '근로자'의 정의 71
(2) 근로자의 판단기준 72
(3) 판례의 구체적인 근로자성 인정 75
(4) 판례의 인정 / 부정 사례 비교 79
① 텔레마케터(전화권유판매원)에 관한 원심과 대법원의 판결 비교 79
② 백화점 위탁 판매원에 관한 인정례와 부정례 80
③ 학원버스 기사(지입차주)에 관한 인정례와 부정례 82
④ 플랫폼 노동과 관련한 노동위원회 판정 82
(5) 기타 근로자성이 문제되는 사례들 84
① 일경험 수련생의 근로자성 84
② 학원강사의 근로자성 85
③ 간부·임원의 근로자성 86

2장 임금체불 88
1. 임금체불 상담에서 확인해야 할 것 89
(1) 상담 초기 입증자료 체크리스트 89
① 근로계약서와 임금명세서의 확인 89
② 고용보험, 건강보험 가입이력내역 90
③ 급여통장 입금거래내역 90
④ 취업규칙 및 각종 합의서 90
⑤ 출퇴근 기록 및 교통카드 내역 90
⑥ 카톡, 문자, 녹취자료 91
(2) 근로조건의 확인 91
① 채용공고와 근로조건 91
② 근로계약서와 근로조건 92
③ 근로조건의 변경여부 94
2. 체불금품의 계산 94
(1) 임금의 종류와 개념 94
(2) 최저임금과 통상임금의 관계 96
(3) 최저임금의 계산 97
① 최저임금 97
② 최저임금의 적용제외 97
③ 최저임금에 산입되는 임금과 산정방법 98
(4) 통상임금과 기본급, 주휴수당의 계산 104
① 통상임금에 산입되는 임금의 범위 104
② 기본급과 주휴수당의 계산 107
(5) 연장근로수당, 휴일근로수당, 야간근로수당(근로기준법 제56조) 112
① 연장근로수당의 계산방법 113
② 휴일근로수당의 계산방법 113
③ 휴일대체 113
④ 관리 감독적 지위에 있는 자의 가산수당 114
⑤ 야간근로수당 114
(6) 연차휴가 일수와 연차수당의 계산(근로기준법 제60조) 115
① 연차유급휴가의 정의 115
② 연차유급휴가일수 115
③ 연차휴가의 사용기간 116
④ 회계연도 방식의 연차휴가 부여 116
⑤ 휴직자의 연차유급휴가 118
⑥ 연차수당(연차휴가 미사용 수당) 119
⑦ 연차유급휴가의 적용제외대상 119
(7) 휴업수당(근로기준법 제46조) 120
① 부분휴업 "꺾기" 120
② 소정근로시간의 변경 121
③ 연장근로시간의 축소 121
④ 휴업수당의 계산 121
(8) 평균임금과 퇴직금의 계산 123
① 평균임금에 포함되는 임금 124
② 평균임금 계산에서 제외되는 기간 127
③ 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간 127
④ 5인 미만 사업장에서 퇴직금 129
⑤ 중간정산과 분할지급 문제 130
⑥ 퇴직연금 132
(9) 해고예고수당 132
① 해고예고의 적용 132
② 해고예고수당의 계산 133
③ 일용근로자의 해고예고수당 133
3. 고용노동청 체불신고(진정제기) 133
(1) 금품청산기일과 소멸시효 중단 133
(2) 고용노동부 민원절차와 민사절차 135
① 진정과 고소의 차이 135
② 출석의 필요성 136
(3) 체불신고의 상대방 136
① 근속기간 중 사업주의 변경과 진정대상 136
② 포괄적 영업양도와 근로관계 승계문제 137
③ 건설현장 일용직의 체불신고 상대방 137
(4) 진정서 작성방법 138
(5) 합의시 유의사항 138
① 합의 여부 (취하서 제출 여부) 138
② 합의시 체크리스트 140
③ 기타금품의 처리 140
4. 체불금품 확정 후 가능한 조치 140
(1) 체불 임금 등 확인서 발급신청 140
(2) 검찰 수사 및 취하서 제출 141
(3) 민사소송과 간이대지급금 신청 141
① 체불임금의 민사청구 141
② 간이대지급금 제도(구 '소액체당금' 제도) 141
(4) 폐업 및 파산 회사 도산대지급금 제도(구 '일반체당금' 제도) 143
① 도산대지급금의 개요 및 지급사유 143
② 도산대지급금 지급금액 144

③ 재판상 도산 시 도산대지급금 지급 절차 144
④ 사실상 도산 및 도산대지급금 지급 절차 145

3장 부당해고(징계, 해고, 인사이동) 146
1. 부당해고(징계, 인사이동) 상담 시 주의사항 147
(1) 상담 시 주의사항 147
① 존중과 공감 147
② 사실관계 구체화 및 정리 147
③ 확증편향 경계 147
④ 규정과 전례 확인 148
⑤ 법적 절차의 목적과 한계 확인 148
⑥ 내담자의 판단과 책임을 대신하지 말 것 148
(2) 부당해고(징계, 인사이동) 상담 시 체크 리스트 148
① 공통 확인 사항 148
② 징계(해고)의 경우 149
③ 정리해고의 경우 150
④ 전직(각종 인사발령)의 경우 150
⑤ 계약기간 만료에 따른 계약해지의 경우 151
2. 해고가 아닌 퇴직 152
(1) 퇴직의 유형 152
(2) 사직 152
① 주의할 점 152
② 사직서 철회 154
③ 사직서를 수리하지 않는 경우 154
④ 명예퇴직, 희망퇴직 155
(3) 자동퇴직 155
① 회사의 폐업 155
② 당연면직 155
③ 정년 도달 156
④ 근로계약 기간 만료 157
⑤ 용역(하청)업체 변경의 경우 161
⑥ 채용내정, 시용, 수습 162
3. 해고 164
(1) 해고의 유형 164
(2) 절대해고금지기간 164
(3) 해고 서면통보와 해고예고 165
① 해고 서면통보 165
② 해고예고 166
(4) 통상해고 167
① 개요 167
② 정당성 판단 167
(5) 징계해고(징계의 정당성 판단기준 포함) 168
① 개요 168
② 징계사유의 정당성 168
③ 징계절차의 적법성 170
④ 징계양정의 적정성 172
(6) 정리해고 173
① 개요 173
② 정리해고의 정당성 요건 174
③ 재고용의무 177

4. 전직 및 기타 인사발령 178
(1) 전직 178
① 개요 178
② 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있는 경우 178
③ 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있지 않은 경우 179
(2) 대기발령(직위해제) 181
① 판단기준 181
② 대기발령과 당연면직 182
③ 대기발령 기간의 적정성 182
(3) 기타 인사발령 183
① 전적 183
② 휴직명령 183
5. 법적 구제절차 184
(1) 개요 184
① 부당해고 등을 당했을 때 법적 구제절차 184
② 노동위원회 제도 이해 185
(2) 구제신청 절차 186
① 구제신청 186
② 조사 및 서면 공방 190
③ 심문회의 192
④ 판정 및 불복 193

4장 근로시간·휴일·휴가 198
1. 근로시간 199
(1) 소정근로시간 200
① 소정근로시간과 주휴수당 200
② 1주 15시간 이상 근로 201
③ 강제퇴근조치 '꺾기'와 휴업수당 202
(2) 휴게시간 202
① 휴게시간의 길이 202
② 휴게시간의 배치 202
③ 휴게시간과 근로시간의 구분 203
(3) 근로시간의 입증방법 204
① 근로계약서 204
② 임금명세서, 임금대장 204
③ 애플리케이션과 교통카드 기록 등 204
(4) 실제근로시간 판단기준 204
① 업무준비시간·시업시간·종업시간 204
② 휴게시간과 대기시간 205
③ 조기출근과 연장근로 206
④ 워크숍과 회식 206
⑤ 출장시 이동시간 206
⑥ 당직근무 208
⑦ 교육시간 208
⑧ 공민권 행사 208
(5) 연장·야간·휴일 근로시간 209
① 연장근로시간의 범위 209
② 야간근로와 휴일근로 211
③ 시간외 근로 및 가산수당의 계산 212
④ 연장근로와 보상휴가제 212
⑤ 주52시간제 213

(6) 교대제 근로 214
① 교대제 근로란? 214
② 교대제 근무와 불이익 변경 214
③ 교대제의 연장근로 215
④ 교대제의 주휴일 216
⑤ 교대제의 연차휴가 216
⑥ 교대제의 결근 처리 216
(7) 유연근로시간제도 217
① 재량근로시간제 217
② 탄력적 근로시간제도 218
③ 선택적 근로시간제도 220
④ 시차출퇴근제 223
⑤ 간주근로시간제 223
⑥ 재택근무 223
(8) 근로시간의 적용제외 224
① 사업 또는 업무의 특수성에 따른 적용제외 224
② 감시·단속적 근로자 224
③ 관리·감독직 229
④ 근로시간 적용제외 특례 사업장 230
**2. 휴일** 230
(1) 휴일과 휴가의 차이 230
(2) 법정휴일과 약정휴일 231
(3) 주휴일 231
① 주휴일과 주휴수당 231
② 일용직 근로자와 주휴일 232
③ 단시간 근로자의 주휴일 233
④ 주휴수당 계산 방법 233
(4) 휴일대체 233
(5) 5월 1일 노동절 234
① 단시간 근로자와 노동절 234
② 일용근로자와 노동절 234
③ 교대제 근로와 노동절 234
④ 노동절과 휴일대체, 보상휴가제 235
(6) 휴일의 중복 236
① 주휴일과 유급휴일이 중복될 경우 236
② 주휴일이 근로자의 날과 중복될 경우 236
③ 근로자의 날이 무급휴무일과 중복될 경우 236
④ 약정유급휴일과 무급휴무일이 중복될 경우 236
⑤ 관공서공휴일이 무급휴무일과 중복될 경우 236
**3. 연차휴가** 237
(1) 연차유급휴가 237
(2) 연차유급휴가의 발생 237
① 연차유급휴가의 발생 237
② 1년 미만자의 연차유급휴가 237
③ 1년 계약직의 연차유급휴가 238
④ 단시간근로자의 연차유급휴가 239
⑤ 1년간 80%이상 출근의 판단 239
(3) 연차유급휴가의 사용 241
① 발생일로부터 1년 이내 사용 241
② 근로자의 시기지정권과 사용자의 시기변경권 241
③ 연차유급휴가 사용촉진제도 242
④ 연차유급휴가 대체제도 243
(4) 연차유급휴가수당 및 미사용수당 244
**4. 기타휴가** 244
(1) 병가 244
① 병가신청 244
② 병가종료와 해고, 실업급여 245
③ 병가기간과 퇴직금 245
(2) 출산전후휴가 245
(3) 배우자출산휴가 246
(4) 난임휴가 246

5장 산업재해 248
**1. 산업재해보상보험법의 개요** 249
(1) 기본 체크리스트 249
(2) 세 가지 적용요건 249
① 법령 적용 사업장 요건 249
② 적용대상인 근로자성 여부 250
③ 속지주의 원칙 251
(3) 근로기준법상 재해보상 251
(4) 공상처리에 대한 이해 및 대응 252
(5) 산재 은폐에 대한 이해 및 대응 252
(6) 미가입 사업장 및 보험료 미납 사업장의 재해 253
(7) 산재급여 무엇이, 얼마나 지급되나 253
(8) 기타법상 재해보상: 공무원, 사립학교 교직원, 군인, 선원 254
① 공무원: 공무원재해보상법의 적용 254
② 사립학교 교직원: 사립학교 교직원연금법의 적용 255
③ 기타: 군인의 경우 군인연금법의 적용, 선원의 경우 선원법의 적용 255
**2. 산재 신청 절차** 257
(1) 개요 257
(2) 산재신청 및 판정 순서도 258
(3) 청구서 작성 요령 258
① 앞장 기재방법 258
② 뒷장 기재방법 259
③ 산업재해보상보험 소견서 작성방법 259
④ 유족급여청구서 작성방법 259
(4) 근로복지공단 조사 시 대응 요령 259
(5) 판정위원회 진술시 대응 요령 260
(6) 산재승인 이후 해야 할 일 260
① 이중보상 금지원칙 260
② 산재승인이유 파악하기: 정보공개신청 260
③ 각종 보험급여 청구하기 261
④ 산재승인기간 연장하기 261
⑤ 미지급 보험급여 청구하기 261
⑥ 장해급여 청구하기 등 261
⑦ 추가상병, 의료기관 변경 요양, 병행신청, 재요양, 직업재활급여청구 등 262

**3. 업무상 사고의 유형 및 인정기준** 264
(1) 업무상 사고의 일반적 인정원칙에 대한 기준 264
(2) 업무상 사고의 인정기준과 유형별 대응요령 265
① 근무시간 중 사고 및 작업시간외 사고 265
② 시설물 결함 등에 의한 사고 267
③ 통근(출·퇴근 중) 재해 268
④ 휴게시간 중 사고 271
⑤ 출장 중 사고 273
⑥ 해외 출장·파견 중의 사고 274
⑦ 행사 중 사고 276
⑧ 회식 중 사고 277
⑨ 요양 중 사고 279
⑩ 타인의 가해행위에 의한 사고 280
⑪ 노동조합 활동 관련 재해 282
⑫ 자해행위(자살)에 따른 사고 283
**4. 업무상 질병의 유형 및 인정기준** 285
(1) 일반적 인정원칙에 대한 기준 285
(2) 업무상 질병의 인정기준과 유형별 대응 요령 286
① 뇌심혈관계질환 286
② 근골격계 질환 290
③ 사고성 질환 292
④ 직업성 질병 및 직업성 암 294
⑤ 정신 질환 297
**5. 산재불승인 시 대응 절차** 300
(1) 기본 대응 방법 300
(2) 심사 및 재심사청구 방법 300
(3) 제척기간 도과 시 불복방법 301

6장 사회보험 308
**1. 4대보험의 개요** 309
(1) 사회보험의 정의 309
(2) 4대보험의 개요 309
① 국민연금 309
② 건강보험 309
③ 고용보험 309
④ 산재보험 310
**2. 4대보험료: 산정·부과·정산** 310
(1) 4대보험료 원천공제 310
(2) 4대보험료 산정과 부과 방식 311
① 보험료율(2022년 기준) 311
② 보험료산정기준금액 311
(3) 4대보험료의 정산 314
**3. 4대보험 가입자격** 315
(1) 원칙 315
(2) 적용제외자 315
(3) 사안별 설명 317
① 1개월 미만 고용되는 일용근로자 317
② 1개월 이상 고용되는 일용근로자 317
③ 월 소정근로시간 60시간 미만 근로자 317
④ 특수형태근로종사자(고용보험, 산재보험 가입) 318
⑤ 외국인근로자 319
⑥ 국민기초생활보장수급자 319
⑦ 중소기업 사업주 및 자영업자 고용·산재보험 임의가입 320
⑧ 해외파견자 및 현장실습생 산재보험 특례 320
(4) 사업주가 4대보험을 가입 해주지 않았을 경우 대처방안 320
① 4대보험 미가입 시 발생할 수 있는 불이익 320
② 4대보험 미가입 시 대처방안, 피보험자격확인청구 321
(5) 4대보험 신고방법 323
**4. 지원제도** 323
(1) 두루누리 사회보험 지원 323
(2) 사업주지원 고용장려금 324
① 일자리안정자금 324
② 고용창출장려금 지원제도 324
③ 고용안정장려금 지원제도 325
**5. 실업급여** 326
(1) 실업급여의 개요 326
(2) 구직급여의 수급요건 327
① 이직일 이전 18개월간 피보험단위기간이 180일 이상일 것 327
② 구직급여를 받을 수 없는 이직사유에 해당하지 않을 것(고용보험법 제58조) 327
(3) 구직급여 신청절차 330
① 사업주의 이직확인서 제출 330
② 구직급여 수급자격 인정 신청 330
③ 실업인정 331
(4) 구직급여 지급기간과 액수 332
① 지급기간(소정급여일수) 332
② 구직급여액 333
(5) 수급자격 불인정 또는 실업 불인정시 이의절차 333
(6)부정수급 결정에 대한 이의신청 333
① 부정수급의 개요(고용보험법 제61조·제62조·제116조·제118조) 333
② 부정수급의 업무처리절차 334
③ 부정수급 사례와 대응방안(고용보험법 시행령 제80조·제81조, 시행규칙 제104조·105조) 334
④ 실업인정 기간 중 취업으로 인정되는 기준 336
**6. 전국민 고용보험** 337
(1) (프리랜서) 예술인 337
(2) 특수형태근로종사자 337
**7. 사례로 살펴보는 4대 보험** 339
(1) 두 곳의 사업장에서 일 할 경우 339
(2) 휴직 중인 근로자의 4대보험 처리 340
(3) 고용승계 시 4대보험 340
(4) 퇴사이후 건강보험 임의계속 가입제도 340
(5) 퇴직 후 국민연금지원 실업크레딧 제도 341
(6) 건강보험 피부양자 등록 341
(7) 사업주가 산재보험료 인상 때문에 산재처리를 해주지 않는 경우 343

7장 직장 내 괴롭힘 344
**1. 직장 내 괴롭힘 개관** 345
(1) 연혁 345
(2) 직장 내 괴롭힘 모형 347
**2. 직장 내 괴롭힘의 이해** 348
(1) 직장 내 괴롭힘 금지법 348

① 근로기준법 348
② 산업안전보건법 350
③ 산업재해보상보험법 350
(2) 직장 내 괴롭힘 정의 350
(3) 직장 내 괴롭힘 판단기준 351
① 당사자 351
② 직장 내의 지위 또는 관계등의 우위를 이용하여 353
③ 업무상 적정범위를 넘어 355
④ 신체적·정신적 고통을 주거나 356
⑤ 근무환경을 악화시키는 행위 357
⑥ 직장 내 괴롭힘 판단 시 유의사항 357
(4) 직장 내 괴롭힘의 행위유형 357
① NAQ(Negative Acts Questionnaire) 358
② KICQ(Korea Interpersonal Conflict Questionnaire) 359
**3. 고객응대근로자의 보호** 360
(1) 고객응대근로자란? 360
(2) 고객의 폭언 등에 대한 조치 360
(3) 근로자 보호조치 361
**4. 직장 내 괴롭힘 발생 시 조치** 362
(1) 근로기준법 제76조의3에서의 조치 362
① 누구든지 신고 362
② 지체 없이 조사 363
③ 조사과정 중 피해근로자 등의 보호 363
④ 피해자에 대한 적절한 조치 365
⑤ 행위자에 대한 필요한 조치 365
⑥ 피해자에 대한 불리한 처우 금지 366
⑦ 조사참여자의 비밀보호 의무 366
(2) 고용노동부 '직장 내 괴롭힘 판단 및 예방 대응 매뉴얼' 및 '직장 내 괴롭힘 예방 대응 규정'에서의 조치 367 368
① 상담 368
② 행위자로부터 분리만 원하는 경우 368
③ 당사자 간 해결 369
④ 정식 조사 370
**5. 외부기관을 통한 대응** 371
(1) 고용노동부 371
(2) 국가인권위원회 371
(3) 검찰 또는 경찰 고소, 고발 372
(4) 민사상 손해배상 373
**6. 직장 내 괴롭힘 상담** 375
(1) 직장 내 괴롭힘의 특징 375
(2) 상담 시 유의점 376
① 내담자의 심리적 상태를 고려합니다. 376
② 직장 내 괴롭힘 판단은 신중하게 조언합니다. 377
③ 내담자가 원하는 것을 정확히 확인합니다. 378
④ 내담자에게 직장 내 괴롭힘 정보를 안내합니다. 380
⑤ 내담자가 사건처리를 원하는 경우 상시 근로자 수가 5인 이상인지 확인하고 처리절차에 대하여 적절한 정보를 제공합니다. 380
(3) 입증자료 380
(4) 상담 체크리스트 382

**8장 직장 내 성희롱·성폭력** 396
**1. 직장 내 성희롱·성폭력의 이해** 397
(1) 직장 내 성희롱 개념 397
(2) '성희롱범죄'는 없지만 성희롱은 법으로 금지하고 있는 '불법행위' 399
(3) 직장 내 성희롱 성립요건 399
① 직장 내 성희롱 행위자 400
② 직장 내 성희롱 피해자 402
③ 직장 내 지위의 이용 또는 업무 관련성의 의미 403
④ 성적 언동 또는 그 밖의 요구 404
⑤ 직장 내 성희롱 행위로 인한 피해의 내용 406
(4) 직장 내 성희롱 판단 시 유의사항 406
① 피해자가 원치 않는 행위의 의미 406
② 성적 언동과 관련한 쟁점 407
③ 합리적 피해자 관점과 피해자 중심주의 408
④ 직장 내 성희롱 판단 시 성인지 감수성을 잃지 않는다는 것의 의미 409
⑤ 행위자의 의도와 성희롱 성립 여부의 관계 410
⑥ 피해 사실의 증명 410
(5) 직장 내 성희롱 금지법 412
① 사업주의 직장 내 성희롱 금지 의무(남녀고용평등법 제12조, 제39조제1항) 412
② 사업주의 직장 내 성희롱 예방 교육 의무(남녀고용평등법 제13조, 제39조제2항) 412
③ 성희롱 발생 시 조치 의무(법적 책임) 413
**2. 직장 내 성희롱·성폭력 피해 상담** 418
(1) 성희롱.성폭력 상담의 특징과 유의점 418
(2) 상담의 기본자세와 역량 강화 419
① 공감 419
② 비밀보장 419
③ 사실관계의 구체적인 파악과 피해자의 피해 및 요구사항에 대한 정확한 파악 419
④ 위로자, 지지자, 변화 촉진자의 역할 420
⑤ 내담자 스스로 해결책을 찾을 수 있도록 조력 420
(3) 성희롱 성립 여부 판단 시 발생하는 쟁점들 421
① 원치 않은 행위 421
② 외모에 대한 평가 421
③ 피해자의 감정과 제3자의 감정 또는 조직적 판단과의 불일치 421
④ 성희롱 행위에 대한 구체적인 해석 422
(4) 내담자의 욕구 파악 423
(5) 해결방안의 모색과 장단점 검토를 통한 선택 423
(6) 대응 전 준비와 사건 해결의 목적 공유 424
(7) 상담일지 기록의 중요성 424
**3. 사내 사건처리절차 진행에 따른 주요 쟁점에 대한 이해와 상담·지원** 425
(1) 신고인으로서 가져야 할 인식과 태도 426
(2) 준비 단계 426
(3) 상담 및 신고접수 단계 426
(4) 조사 단계 427
(5) 종결단계 – 심의와 조치 427
(6) 사후관리단계 428
**4. 피해자 보호와 2차 피해** 428
(1) 피해자 보호의 원칙과 피해자 우선주의 428
(2) 2차 피해의 유형과 발생원인 429
(3) 남녀고용평등법상의 불이익 처우의 주요 내용 430
(4) 여성폭력방지기본법 상의 2차 피해 432
(5) 2차 피해 발생 시 대응 및 유의사항 433

**5 외부기관을 통한 대응** 434
(1) 외부구제절차 개관 434
(2) 지방노동관서 구제절차 435
① 절차 흐름도 435
② 신청의 당사자 및 상대방 435
③ 구제의 대상 행위 436
④ 신청방법 436
⑤ 진정서 작성과 제출 436
⑥ 출석과 진술 436
⑦ 진정의 결과 437
(3) 국가인권위원회 구제절차 437
① 절차 흐름도 437
② 신청의 당사자 및 상대방 437
③ 진정 요건 438
④ 진정 방법 438
⑤ 진정서 작성과 제출 438
⑥ 출석과 진술시 유의점 438
⑦ 진정의 결과 438
(4) 노동위원회 구제절차 439
① 절차 흐름도 439
② 신청 당사자 및 신청 상대방 439
③ 신청방법 439
④ 구제명령과 미이행 시 조치, 불복절차 439
⑤ 고용상 성차별 및 직장 내 성희롱에 대한 노동위원회 구제절차의 도입 439
(5) 검찰 또는 경찰에 고소, 고발 443
① 절차 흐름도 443
② 고소 또는 고발의 대상 443
③ 수사 443
④ 검찰수사 종결 444
⑤ 불기소 처분에 대한 불복 444
(6) 민사상 손해배상의 청구 445
① 절차 흐름도 445
② 성희롱 행위자 및 사용자(사업주) 배상 책임 445
**6. 성희롱·성폭력 상담에 앞서 꼭 알아야 할 상식** 447
① 성희롱과 성폭력의 차이가 무엇인가요? 447
② 폭행, 협박, 위력, 위계란 무엇인가요? 448
③ 성희롱 또는 성폭력이 성립하지 않으면 무고죄가 되나요? 450

9장 소송 452
**1. 노동관계 소송 상담을 위해 체크할 사항** 453
(1) 노동관계 소송의 유형 453
(2) 소제기 가능 여부 453
① 소멸시효 완성 453
② 행정소송의 제소기간 도과 454
③ 중복소송 454
④ 재소금지 해당 454
⑤ 부제소합의 454
(3) 소송비용 산정 454
① 소송비용의 개념 454
② 인지대 산정 방법 455
③ 송달료 산정 방법 455
④ 인지대, 송달료 산정 예시 (제1심 기준) 456
(4) 패소 시 소송비용 부담 456
(5) 증거확보 및 증명방법 모색 458
① 소송의 승패는 증거에 의해서 결정됩니다 458
② 사전 증거 확보 방법 458
③ 소송에서의 증거 확보 방법 458
(6) 가압류·가처분이 필요한지 여부 460
(7) 일반소송 외 절차를 활용할 것인지 여부 460
(8) 법률구조 또는 소송구조 신청 여부 460
(9) 판결에 대한 불복 여부 461
(10) 나홀로소송에 도움이 되는 사이트 462
**2. 체불임금 청구 소송** 462
(1) 체불임금 청구소송 절차 463
① 절차 순서도 463
② 상담 체크리스트 463
(2) 권리 보전: 가압류 463
① 가압류의 의의 463
② 가압류 요건 464
③ 가압류 신청 464
④ 법원의 가압류 결정 464
(3) 권리 확정: 민사(본안)소송, 소액심판청구, 지급명령신청 465
① 민사소송 등의 의의 465
② 소액사건 심판절차 465
③ 독촉절차(지급명령제도) 466
(4) 강제집행 467
① 강제집행의 요건 467
② 강제집행 절차 468
③ 임금채권에 기한 강제집행 시 유의할 사항 469
(5) 재산명시와 채무불이행자명부 470
① 재산명시 및 재산조회 470
② 채무불이행자명부 470
**3. 해고소송** 473
(1) 해고무효 확인소송 473
① 해고무효 확인소송의 의의 473
② 절차 순서도 474
(2) 부당해고 구제 재심판정 취소소송 475
① 부당해고 구제 재심판정 취소소송의 의의 475
② 절차 순서도 475
**4. 손해배상청구소송** 478
(1) 산재에 따른 손해배상 청구소송 478
(2) 직장 내 괴롭힘 또는 성희롱에 따른 손해배상 청구소송 478

10장 요양보호사 480
**1. 노인장기요양보험제도 안내** 481
(1) 노인장기요양보험제도란 481
(2) 관련법령 482
① 노인복지법 482
② 노인장기요양보험법 및 부속법령 482

③ 보건복지부 고시(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 세부사항) 482
(3) 장기요양제도 용어 풀이 483
**2. 노인장기요양보험제도 현황** 485
(1) 서울시 장기요양기관 및 요양보호사 현황 485
(2) 서비스 대상 및 업무내용, 재원 및 운영단위 486
① 서비스 대상 및 업무 내용 486
② 재원 구성 486
(3) 장기요양기관 분류 486
(4) 보건복지부 고시 주요 내용 487
① 인건비 지출 비율 487
② 처우개선비 488
③ 방문요양 서비스 보험 수가 489
④ 장기근속장려금 490
**3. 요양보호사 노동상담 체크리스트** 492
(1) 방문 요양보호사 상담 체크리스트 492
(2) 시설 요양보호사 상담 체크리스트 492
**4. 요양보호사 주요 노동상담 주제** 493
(1) 해고 및 권고사직 493
① 요양계약기간 종료시 당연퇴직 조항 493
② 대상자 사정에 의한 권고사직, 부당해고 등 493
③ 근무특성에 따른 실업급여 미적용 문제 494
(2) 요양보호사의 임금 495
① 기본시급 495
② 가산임금 496
③ 연차휴가미사용수당 497
(3) 요양보호사의 근무시간 498
① 방문 요양보호사 근무시간 498
② 방문 요양보호사 휴게시간 499
③ 시설요양보호사 휴게시간 499
(4) 요양보호사 업무 및 인력배치 501
① 부당업무 501
② 시설 장기요양기관의 인력 배치 501
(5) 노인학대로 인한 분쟁 502
(6) 비급여 근무시간에 대한 근무조건 503
(7) 서비스 이용자에 의한 성희롱 피해 504
(8) 감정노동과 사업주의 보호 의무 506

11장 건설노동자 508
**1. 건설현장 불법하도급의 이해** 509
(1) 건설공사의 하도급 제한 509
(2) 불법하도급의 형태 및 문제점 512
(3) 불법하도급 발견 시 대응방법 512
① 불법하도급에 대한 처벌 512
② 불법하도급 발견 시 조치 513
**2. 건설근로자의 근로계약 형태와 해고의 문제** 514
(1) 일용근로계약 514
(2) 기간제근로계약 514
(3) 근로계약 형태에 따른 해고의 문제 514
① 일용근로계약 체결 시 514
② 기간제근로계약 체결 시 514
(4) 해고예고수당 515
**3. 유보임금 등 임금체불 구제방법** 515
(1) 임금지급원칙의 적용 515
(2) 유보임금의 문제 517
① 정기불 원칙 위반 517
② 노동청 진정사건 진행 시 유의점 517
(3) 임금체불 시 구제신청절차 518
① 임금지급 연대책임 518
② 임금체불 구제신청을 위해 필요한 자료 522
③ 노동청 진정사건 진행 시 유의점 523
④ 건설업의 대지급금(구 '체당금') 제도 523
(4) 공공발주공사 임금직불제 525
(5) 건설기계 임대료 체불 시 구제방법 526
① 건설기계 대여대금 지급보증제 526
② 발주자 임대료 직접지급 529
**4. 건설근로자의 휴업수당** 531
(1) 휴업수당 발생 사유 – 사용자의 귀책사유 531
① 기상악화로 인한 휴업 532
② 공정이 일시적으로 정지된 경우 532
(2) 일용근로 도중에 휴업이 발생한 경우 532
(3) 휴업 중 다른현장에서 근무한 경우 532
(4) 코로나 19로 인한 휴업 시 533
① 공사의 정지 및 기간 연장 533
② 휴업사유에 따른 휴업수당 등 지급 534
**5. 건설근로자의 4대보험** 535
(1) 건설근로자 소득세 및 4대보험 부과기준 535
① 소득세 536
② 건강보험 및 국민연금 가입대상 536
(2) 건설공사 사회보험 사후정산제도 537
① 사후정산제도의 의의 537
② 사후정산 절차 537
(3) 건설기계근로자와 고용보험 538
① 적용범위 538
② 보험료 부과기준 540
③ 실업급여 지급기준 541
④ 출산전후휴가급여 지급기준 541
(4) 4대보험 미가입 또는 체납 시 구제방법 541
① 사업장에서 4대보험 가입을 거부하는 경우 541
② 보험료 원천공제 후 납입하지 않는 경우 544
**6. 건설근로자와 산업재해보상보험제도** 545
(1) 적용범위 545
(2) 보험가입자(사업주) 545
① 하도급 공사 545
② 발주자 직영 공사 545

(3) 근골격계질환 관련 특별제도 546
① 특별진찰제도 546
② 추정의 원칙 548
(4) 건설기계 운전원의 산재 적용 550
① 적용범위 550
② 적용제외신청 대응방법 551
③ 보험가입자 및 보험료 산정 551
**7. 퇴직금 및 퇴직공제제도** 553
(1) 건설근로자의 퇴직금 553
① 일용근로계약 553
② 기간제근로계약 553
③ 휴업이 발생한 경우 553
④ 계속 근로 도중에 다른 현장에서 근로한 경우 554
(2) 퇴직금 미지급 시 구제절차 555
(3) 퇴직공제제도 555
① 퇴직공제제도 적용 사업장 555
② 공사원가 반영 및 사후정산 557
③ 적립할 근로일수 산정 기준 559
④ 퇴직공제부금 지급 요건 560
⑤ 퇴직공제부금 미납 시 구제절차 563
⑥ 기타 근로자복지제도 565

12장 노동조합 566
**1. 노동조합 설립** 567
(1) 노동삼권 567
① 노동조합의 의미 567
② 노동삼권의 내용 568
(2) 노동조합 설립 568
① 노동조합의 성립요건 568
② 노동조합 설립 572
(3) 노동조합의 조직형태 578
① 조직형태 구분 578
② 조직형태변경 581
**2. 부당노동행위** 582
(1) 유형 582
(2) 성립요건 583
① 사용자 583
② 부당노동행위 의사 584
③ 정당한 노동조합 활동 585
④ 불이익취급 등의 행위 585
(3) 부당노동행위 대응 587
① 기본 대응 587
② 법적 대응 587
**3. 노동조합 운영** 590
(1) 조합민주주의 590
(2) 규약 590
(3) 가입 및 탈퇴 591
(4) 조합원의 권리와 의무 592
① 권리와 의무 592
② 징계 592
(5) 노동조합의 기구 593
① 총회와 대의원회 593
② 소집절차 595
③ 의결 596
(6) 임원 597
① 의의 및 임기 597
② 선출 598
③ 해임 598
(7) 회계감사 598
(8) 노동조합 전임자(근로시간 면제자) 599
① 개요 599
② 근로시간면제제도(타임오프제도) 599
③ 제도의 문제점 및 대응방안 601
**4. 단체교섭과 단체협약** 603
(1) 단체교섭 603
① 의의 603
② 단체교섭의 당사자 603
③ 단체교섭의 대상 604
④ 교섭창구단일화제도 605
(2) 단체협약 612
① 의의 612
② 단체협약의 내용 및 효력 612
③ 단체협약 해석 615
④ 단체협약의 유효기간 616
**5. 단체행동** 617
(1) 단체행동과 쟁의행위 617
① 노동조합 일상 활동으로서의 단체행동과 쟁의행위 구분 617
② 쟁의행위의 유형 617
(2) 쟁의행위의 요건 618
① 개요 618
② 노동쟁의 조정절차 618
(3) 쟁의행위의 정당성 판단 620
① 주체 620
② 목적 620
③ 절차 621
④ 수단과 방법 621
(4) 사용자의 대항행위 622
① 대체근로 투입 등 622
② 직장폐쇄 623
(5) 쟁의행위 종료 624

알아두면 도움이 되는 기관 626

# 발간사



노동상담 길잡이로 널리 활용되길 바랍니다.

노동상담은 어려운 처지에서 일하는 노동자들이 자신의 권리를 되찾고 문제를 해결하거나 개선할 방안을 조언받는 가장 일반적인 경로입니다. 그런 이유로 노동권익센터는 노동상담을 가장 중요한 기본사업으로 자리매김하면서 지난 6년 동안 여러 업종에서 다양한 일을 하는 노동자들을 만나 당사자와 교감하고 소통하면서 노동권 회복을 도왔습니다. 센터가 상담을 통해 만난 노동자들이 꽤 많지만, 전체 서울시 노동자들과 시민들을 떠올리면 여전히 상담 수요에는 많이 미치지 못한 상황입니다.

최근 직장내 괴롭힘이 사회적 화두가 됐듯이 여전히 많은 노동자와 시민들이 일터에서 부당한 노동인권 침해와 차별을 겪고 있고, 어떻게 대응해야 할지 해결 방도는 무엇인지 잘 모르고 있습니다. 이런 조건에서는 특히 취약노동계층 문제 개선을 위해 역할해야 할 노동조합과 노동단체를 비롯한 시민사회단체의 활동이 중요합니다. 하지만 모든 단체에 전문가인 공인노무사나 변호사가 상근하지 않고 있기에 이번에 발간하는 '상담자를 위한 노동상담매뉴얼'이 유용하고 의미있게 활용될 수 있습니다.

2015년에 초판 발간된 '상담자를 위한 노동상담매뉴얼'은 노동법 전문가가 아니더라도 현실에서 발생하는 노동권 침해에 곧장 대응할 수 있도록 지원하는 것이 목표였습니다. 다행히 여러 단체들로부터 실제 노동상담에 많은 도움이 된다는 이야기를 들었습니다. 2018년 개정에 이은 이번 두 번째 개정판은 우리나라 산업구조와 노동시장 변화를 반영한 노동법 개정 내용을 반영하고 여러 제약으로 인해 부족했던 이전 매뉴얼 내용을 보완했습니다. 특히 올해 매뉴얼은 건설노동자, 노동조합 관련 주제가 추가됐습니다.

불평등 양극화 구조가 심화되고 있는 비정규직 1천만 시대, 무권리 상태로 내몰린 노동인권 사각지대 취약계층 노동자와 시민들에게 상담은 구명줄이자 산소호흡기가 될 수 있고 실제 그런 역할을 해오고 있습니다. 고용불안과 차별에 고통받고 있는 익명의 노동자에게 상담은 자신의 권익을 되찾을 핵심적인 방도이자 기제입니다. 서울시 뿐만 아니라 전국에서 노동상담을 통해 우리 사회 노동현실 개선에 기여하고 있는 상담자들에게 이 매뉴얼이 유용한 길잡이가 되길 바랍니다.

매뉴얼이 발간되기까지 각고의 노력을 기울인 시민권익실 이주영 노무사님을 비롯한 실무자들의 노고에 감사드립니다. 저희 센터도 지금까지처럼 노동상담의 중요성에 걸맞게 매뉴얼을 비롯한 여러 작업이 진전될 수 있도록 최선을 다하겠습니다. 감사합니다.

2022. 2
서울노동권익센터 소장 이남신

# 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)
7. 근로계약기간에 관한 사항(기간제 근로자의 경우)

## 임금명세서 작성하고 근로자에게 교부(2021. 11. 19. 시행)

1. 성명, 생년월일, 사원번호 등 근로자를 특정할 수 있는 정보
2. 임금지급일
3. 임금 총액
4. 기본급, 각종 수당, 상여금, 성과금, 그 밖의 임금의 구성항목별 금액(통화 이외의 것으로 지급된 임금이 있는 경우 품명 및 수량, 평가총액)
5. 임금 구성항목별 금액이 출근일수, 시간 등에 따라 달라지는 경우 임금의 구성항목별 금액의 계산방법(연장근로, 야간근로 또는 휴일근로의 경우 시간 수 기재)
6. 공제 항목별 금액과 총액

✷ 서면 또는 전자문서(문자메시지, 이메일, 모바일 메신저 등 가능)로 교부

## 평균임금 산정일수에서 제외되는 기간

| | |
|---|---|
| • 수습사용 중인 기간<br>• 사용자의 귀책사유로 휴업한 기간<br>• 출산전후휴가기간, 육아휴직기간<br>• 업무상 부상·질병으로 인한 휴업기간<br>• 합법적 쟁의행위기간<br>• 병역법, 예비군법 또는 민방위기본법에 따른 의무이행을 위해 휴직하거나 근로하지 못한 기간<br>• 업무 외 부상이나 질병 또는 그 밖의 사유로 사용자의 승인을 받아 휴업한 기간 | 근로기준법 시행령 제2조 |
| • 육아기 근로시간 단축기간<br>• 가족돌봄휴직 및 가족돌봄휴가기간<br>• 가족돌봄 등을 위한 근로시간 단축 | 남녀고용평등법 제19조의3<br>남녀고용평등법 제22조의2<br>남녀고용평등법 제22조의4 |
| • 부당해고·대기발령 등의 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)<br>• 근로계약 불이행에 대한 위약금, 손해배상액 예정 금지(제20조) | • 법령 및 취업규칙 주의 게시(제14조)<br>• 취업규칙 작성·신고(제93조, 10인 이상 적용) |
| 해고 관련 | • 산재로 인한 휴업기간과 출산전후 휴가기간 및 이후 30일 동안의 절대적 해고 금지(제23조 제2항)<br>• 해고예고(수당) (제26조) | • 정당한 이유 없는 해고(징계) 제한 규정(제23조 제1항)<br>• 경영상해고 제한 규정(제24조)<br>• 해고사유와 시기 서면 통보(제27조)<br>• 노동위원회 부당해고 구제신청(제28조) |
| 임금 | • 임금의 직접·통화·전액·정기 지급원칙(제43조)<br>• 최저임금(최저임금법 제3조)<br>• 임금명세서 작성 및 교부의무(제48조 제2항) | • 휴업수당(제46조)<br>• 근로시간 및 연장근로 제한(제50조, 제53조)<br>• 연장·야간·휴일 근로 가산수당(제56조) |
| 휴게·휴일·휴가 | • 휴게시간 (제54조)<br>• 휴일(주휴수당) (제55조 제1항) | • 연차휴가(제60조)<br>• 생리휴가(제73조) |
| 기타 | • 4대보험 적용<br>• 퇴직금 적용<br>• 직장 내 성희롱 | • 기간제법상 무기계약 전환<br>• 기간제법상 차별적 처우 금지 및 시정신청<br>• 직장 내 괴롭힘 |

✹ 퇴직금은 4주 평균 1주간 소정근로시간이 15시간 이상, 1년 이상 근무한 경우 근로자 1인 이상 사용하는 모든 사업장에 적용되나, 상시근로자수 5인 미만 사업장의 경우 2010. 12. 1.~ 2012. 12. 31.까지는 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<br>✷ 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),<br>4대보험(월 60시간 미만 대체로 적용 제외, 산재보험은 적용) |
| 주휴수당 산정 예시 | 시급 9,160원, 1일 8시간, 주2일 근무, 주5일제 사업장 |
| | 시급(9,160원) × 주당 근로시간(8시간×2일)×4주 ÷ 통상근로자 근무일수(5일)×4주 = 29,312원 |

## 중도 입·퇴사자 기본급 일할계산방법

방법1. 기본급÷월 역일수×근무 역일수
방법2. 기본급÷월 유급일수×근무 유급일수
방법3. 기본급÷월 유급시간수×근무 유급시간수
단, 방법1로 계산시 퇴사일에 따라 최저임금에 미달될 수 있어 유의해야 함

| 사례1 | 계산방법 |
|---|---|
| • 2022년 7월 25일까지 근무하고 퇴사<br>• 기본급 1,914,440원<br>• 지급해야 하는 7월 급여는? | • 7월 1일~25일까지의 유급일수<br>: 평일 근로일 17일+유급 주휴일 4일=21일<br>• 7월 전체의 유급일수<br>: 31일-5일(무급휴무일 토요일)=26일<br>• 2022년 기준 최저임금<br>: 9,160원×(8시간×21일)=1,538,880원 |
| | 방법1. 기본급÷월 역일수×근무 역일수<br>=1,914,440원÷31일×25일=1,543,903원<br>방법2. 기본급÷월 유급일수×근무 유급일수<br>=1,914,440원÷26일×21일=1,546,279원<br>방법3. 기본급÷월 유급시간수×근무 유급시간수<br>=1,914,440원÷209×(8시간×21일)<br>=1,538,880원 |

| 사례2 | 계산방법 |
|---|---|
| • 2022년 7월 15일까지 근무하고 퇴사<br>• 기본급 1,914,440원<br>• 지급해야 하는 7월 급여는? | • 7월 1일~15일까지의 유급일수<br>: 평일 근로일 11일+유급 주휴일 2일=13일<br>• 7월 전체의 유급일수<br>: 31일-5일(무급휴무일 토요일)=26일<br>• 2022년 기준 최저임금<br>: 9,160원×(8시간×13일)=952,640원 |
| | 방법1. 기본급÷월 역일수×근무 역일수<br>=1,914,440원÷31일×15일=926,342원 ✷ 최저임금 위반임<br>방법2. 기본급÷월 유급일수×근무 유급일수<br>=1,914,440원÷26일×13일=957,220원<br>방법3. 기본급÷월 유급시간수×근무 유급시간수<br>=1,914,440원÷209×(8시간×13일)=952,640원 |

## 연도별 최저임금

| 연도 | 시급 | 일급(8시간) | 월급(209시간) |
|---|---|---|---|
| 2019년 | 8,350원 | 66,800원 | 1,745,150원 |
| 2020년 | 8,590원 | 68,720원 | 1,795,310원 |
| 2021년 | 8,720원 | 69,760원 | 1,822,480원 |
| 2022년 | 9,160원 | 73,280원 | 1,914,440원 |

## 연도별 주휴수당이 포함된 최저임금

| 연도 | 최저시급 | 5일이 소정근로일인 근로자<br>주휴포함 시급 1.2배수 | 6일이 소정근로일인 근로자<br>주휴포함 시급 1.166667배수 |
|---|---|---|---|
| 2020년 | 8,590원 | 10,308원 | 10,022원 |
| 2021년 | 8,720원 | 10,464원 | 10,173원 |
| 2022년 | 9,160원 | 10,992원 | 10,687원 |

## 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

## 해고예고 예외

근로기준법 제26조에서 규정하고 있는 해고예고가 적용되지 않는 경우
1. 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우
2. 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우
3. 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우

---

〈**해고예고의 예외가 되는 근로자의 귀책사유(근로기준법 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

## 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 받기 위해 신청한 날 이전 1개월 동안의 근로일수가 10일 미만(건설일용근로자의 경우 14일간 연속하여 근로내역이 없을 것)이고, 최종 이직 당시 기준기간(이직일 전 18개월) 동안의 피보험 단위기간 180일 중 다른 사업에서 수급자격의 제한 사유에 해당하는 사유로 이직한 경우에는 피보험단위기간 180일 중 90일 이상을 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, 2021 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
- 임금은 통상임금을 기준으로 하되, 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등으로 정한 상여금도 포함
- 단체협약, 취업규칙 등으로 2개월 이상 근로조건 저하가 발생할 것이 장래에 확정된 경우도 포함

② 다만, 근로자가 동의하여 근로조건이 변동된 경우는 제외함
③ 사업장 경영악화 등으로 무급휴직한 기간이 2개월 이상 발생하여 이직한 경우도 근로조건 저하로 보되, 근로자의 개인사정(질병·부상 등)이나 요청 등에 따른 무급휴직은 제외함

나. 임금체불이 있는 경우

① 이직 전 1년 이내에 2개월 분 이상을 전액 지급받지 못함
② 이직일 이전 체불된 임금전액을 지급 받았으나 2개월 이상 늦게 받은 경우
③ 월급의 30% 이상을 2개월 이상 지급받지 못한 경우
④ 임금의 30% 미만을 6개월 이상 지급받지 못한 경우

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

① 근로계약으로 정한 임금이 최저임금에 미달하고 입사 당시부터 최저임금 미달인 근로계약 등을 한 경우도 포함
② 실제로 이직 전 1년간 2개월분 이상의 임금을 최저임금보다 낮게 받은 경우



라. 근로기준법 제53조에 따른 연장근로의 제한을 위반한 경우

① 1주(7일) 근로시간이 52시간을 초과한 주를 합산하여 이직 전 1년간 9주(2개월) 이상 발생한 경우
② 연속된 9주(2개월) 동안의 근로시간을 평균했을 때, 1주 평균 근로시간이 52시간을 초과하는 경우
③ 상시 4명 이하 근로자를 사용하는 사업장에는 적용되지 않음
④ 근로기준법 제59조(근로시간 및 휴게시간의 특례) 및 63조(적용의 제외)의 적용을 받는 경우는 제외함

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(반드시 2개월 연속일 필요는 없고 기간을 합산하여 2개월 이상이면 해당)
② 휴업기간 중 취업하여 이직하는 경우는 휴업기간 관계없이 제외함

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 상담받은 내용 등

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

3의2. 근로기준법 제76조의2에 따른 직장 내 괴롭힘을 당한 경우

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(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 제2호에 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(다만, 치료기간이 2개월 이내로 짧고 진료내역도 주로 통원 또는 약물처방일 경우 질병·부상 정도가 경미할 가능성이 크므로 근무와 치료를 병행할 수 있는지 여부를 확인함)

10. 임신, 출산, 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀 포함)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(다만, 사업주가 재계약 의사를 표시하여 계속 근로가 가능함에도 특별한 사정없이 재계약을 거부하고 이직한 경우에는 수급자격을 제한)

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



## 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)<br>연장근로 제한(주 12시간)<br>연장·휴일 가산임금<br>주휴일(주휴수당) | 야간근로 가산임금<br>최저임금<br>연차유급휴가 등 각종 휴가 |

## 구직급여 지급기간(이직일 2019. 10. 1. 이후부터 적용)

| 연령 및 가입기간 | 1년 미만 | 1년 이상 3년 미만 | 3년 이상 5년 미만 | 5년 이상 10년 미만 | 10년 이상 |
|---|---|---|---|---|---|
| 50세 미만 | 120일 | 150일 | 180일 | 210일 | 240일 |
| 만 50세 이상 및 장애인 | 120일 | 180일 | 210일 | 240일 | 270일 |

## 대지급금(舊 '체당금') 지급 상한액(2020. 1. 1.부터)

(단위: 만원)

| 항목 \ 퇴직당시 연령 | 30세 미만 | 30세 이상 40세 미만 | 40세 이상 50세 미만 | 50세 이상 60세 미만 | 60세 이상 |
|---|---|---|---|---|---|
| 임금·퇴직금 | 220 | 310 | 350 | 330 | 230 |
| 휴업수당 | 154 | 217 | 245 | 231 | 161 |
| 출산전후휴가기간 중 급여 | 310 | | | | |

✷ 출산전후휴가 기간 중 급여는 2020. 12. 8. 이후 최초로 대지급금의 지급을 청구한 경우부터 적용

## 도산대지급금/간이대지급금

| 구분 | | 도산대지급금 | 간이대지급금 |
|---|---|---|---|
| 지급액 | 지급 범위 | • 최종 3월분 임금, 휴업수당, 출산전후휴가기간 중 급여<br>• 최종 3년간의 퇴직금 중 체불액 | • 좌동 |
| | 상한액 | • 연령별 월(1년간) 220만원~350만원 | • 합계 1,000만원(임금, 출산전후휴가급여, 휴업수당: 700만원, 퇴직금 700만원) |
| 지급 사유 | | • 파산선고의 결정, 회생절차 개시의 결정<br>• 지방고용노동관서의 사실상 도산인정 | • 체불임금 등 사업주 확인서 또는 확정된 종국판결 등(둘중 하나로 신청 가능, 2021. 10. 14. 부터 시행) |
| 지급대상 근로자 | | • 파산(도산) 신청일 기준 1년 전부터 3년 이내 퇴직한 근로자 | • 퇴직자<br>① 확정판결등에 따른 대지급금: 퇴직일의 다음날부터 2년 이내 소송 등을 제기하고 확정판결등을 받은 퇴직자<br>② 체불임금 등 사업주 확인서에 따른 대지급금: 퇴직일의 다음날부터 1년 이내 진정등을 제기하고 체불임금 등 사업주 확인서를 발급받은 퇴직자<br>• 재직자<br>근로계약기간이 1개월 이상이고 저소득 재직 근로자(시급기준, 최저임금의 110% 미만)로서,<br>① 확정판결등에 따른 대지급금: 마지막 체불발생일의 다음날부터 2년 이내 소송등을 제기하고 확정판결등을 받은 재직 근로자<br>② 체불임금 등 사업주 확인서에 따른 대지급금: 마지막 체불발생일의 다음날부터 1년 이내 진정등을 제기하고 체불임금 등 사업주 확인서를 발급받은 재직 근로자 |
| 사업주 기준 | | • 해당 사업 6개월 가동<br>• 파산 및 도산 | • 퇴직자: 근로자의 퇴직일 기준으로 6개월 이상 가동<br>• 재직자: 소송등 또는 진정등을 제기한 날을 기준으로 마지막 임금등 체불이 발생한 날까지 6개월 이상 가동<br>• 사업주가 건설업 무면허자의 경우에는 직상 수급인을 기준으로 적용 |
| 청구기한 | | • 파산(도산) 선고일(인정일)부터 2년 이내 | • 퇴직자<br>① 확정판결등에 따른 대지급금: 판결등이 있은 날부터 1년 이내<br>② 체불임금 등 사업주 확인서에 따른 대지급금: 체불임금 등 사업주 확인서가 최초로 발급된 날부터 6개월 이내<br>• 재직자<br>판결등이 있은 날부터 1년 이내 또는 체불임금 등 사업주 확인서가 최초로 발급된 날부터 6개월 이내 |
| 비고 (중복 시) | | • 도산대지급금 지급액을 산정한 후 기지급한 간이대지급금을 공제하여 지급 | • 도산대지급금 수급자에 대해서는 간이대지급금을 지급하지 않음 |

## 근로시간 단축 시행시기

| 항목 | 규모 | 시행시기 |
|---|---|---|
| 주 근로시간 단축<br>1주 최대<br>68→52시간<br>(연장·휴일근로 포함) | 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 민간기업의<br>법정 유급휴일로 확대 적용 | 300인~ | 2020. 1. 1. |
| | 30~299인 | 2021. 1. 1. |
| | 5~29인 | 2022. 1. 1. |

## 연장근로/야간근로/휴일근로가 금지·제한되는 근로자

| 근로자 | 연장근로 | 야간·휴일근로 |
|---|---|---|
| 18세 이상 여성 | | 근로자의 동의 |
| 15세 이상 18세 미만자 | | 원칙: 금지<br>예외: 고용노동부 장관 인가 + 근로자 동의 |
| 임산부 | 절대 금지 | 원칙: 금지<br>예외: 고용노동부 장관 인가 + 임신 중<br>근로자의 명시적 청구 |
| 산후 1년 미만자 | 1일 2시간, 1주 6시간,<br>1년 150시간 이내 | 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 | | | | | | | | | | |

## 근로자대표(과반수노조)와의 서면합의 필요사항

| | |
|---|---|
| 근로시간 | • 2주 초과 3개월 이내 단위기간 또는 3개월 초과 6개월 이내 단위기간의 탄력적 근로시간제 도입(2주 이내는 취업규칙으로 도입)<br>• 선택적 근로시간제의 내용(도입은 취업규칙 및 이에 준하는 것)<br>• 근로시간 및 휴게시간의 특례 업종에서 주 12시간 초과 연장근로 및 휴게시간 변경<br>• 근로시간 계산의 특례 적용 시 통상 필요한 시간<br>• 30명 미만 사업장 법정연장근로시간 8시간 추가연장의 사유 및 기간 (2021. 7. 1. ~ 2022. 12. 31.까지 한시적 적용) |
| 휴일·휴가 | • 관공서 공휴일 사전대체<br>• 연차 유급휴가의 대체<br>• 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<br>• 임산부와 18세 미만자의 야간근로와 휴일근로 |
| 신고 | • 취업규칙의 신고의무<br>• 정리해고의 사유·인원·협의내용·해고일정<br>• 퇴직연금규약 |
| 승인 | • 감시 또는 단속적 근로자의 근로시간·휴게·휴일 규정 적용 제외<br>• 휴업수당 지급시 평균임금의 100분의 70 미만 지급(노동위원회 승인사항) |

## 산재급여 종류

| 구분 | 내용 | 기타 |
|---|---|---|
| 요양급여 | • 업무상 사유로 부상·질병에 걸린 경우에 진찰 및 검사, 수술비, 재활치료비, 입원비, 간호 및 간병비 등을 지급<br>• 산재 승인 이전 기간에 대해서는 일단 노동자가 부담하고, 산재가 승인되면 요양비 청구를 별도로 해야함(실무상 요양비청구서라는 양식에 진료비 영수증, 진료비 세부내역서 등을 첨부) | 현물 급여 원칙 |
| 휴업급여 | • 산재로 취업하지 못한 기간에 대해 지급하는 보험급여<br>• 평균임금의 100분의 70에 상당하는 금액<br>• 요양기간이라고 하더라도 취업을 하는 경우나 할 수 있는 경우 지급하지 않음 | |
| 상병보상연금 | • 요양 후 2년이 지난 이후 그 부상·질병이 ① 치유되지 않은 상태, ② 중증요양상태등급 제1~3급까지 해당, ③ 요양으로 취업하지 못하는 상태가 계속될 경우 휴업급여 대신 보다 많은 수준으로 지급되는 급여 | |
| 장해급여 | • 업무상 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸려 치유된 이후 신체 등에 장해가 있는 경우에 지급하는 급여<br>• 주로 장해의 수준과 내용은 의료기관에서 판단 | |
| 간병급여 | • 요양급여 받은 사람 중 치유 후 장해등급 1급 내지 2급에 해당하는 장해가 남아 간병이 필요한 자에게 지급 | |
| 유족급여 | • 업무상 사유로 사망한 경우 유족에게 지급<br>• 연금지급이 원칙이고, 필요한 경우 일시금50%, 연금50%로 지급받을 수 있음 | |
| 장례비 | • 업무상 사유로 사망한 경우 평균임금의 120일분 상당 금액을 그 장례를 지낸 유족 등에게 지급 | |
| 직업재활급여 | • 장해등급 1급~12급까지의 장해급여자 중 취업을 위한 직업훈련비용 및 직업훈련수당을 지급(사업주에게는 직장복귀지원금, 직장적응훈련비 및 재활훈련비를 지급) | |



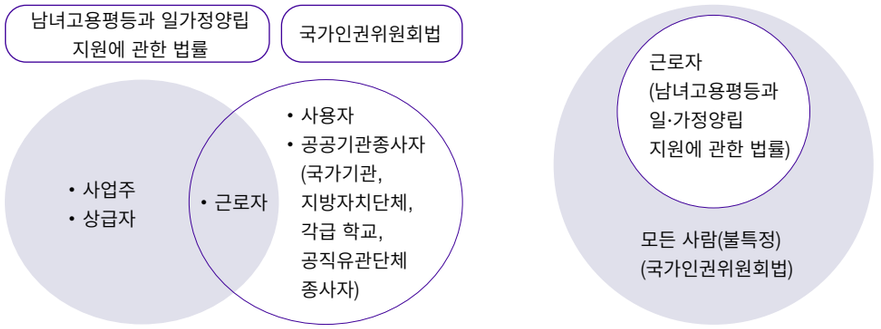
## 직장 내 성희롱 성립요건 및 판단의 흐름

**직장 내 성희롱의 당사자**

**행위자** — **피해자**

남녀고용평등과 일가정양립 지원에 관한 법률

국가인권위원회법




⇓

**업무관련성 (매개)**

성희롱 행위가 직장 내 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 이루어질 것

⇓

**성적 언동 또는 그 밖의 요구 (수단)**

상대방이 원하지 않는 성적 언동 또는 그 밖의 요구

✷양성평등기본법: 성적 언동 또는 그 밖의 요구 또는 그에 따르는 것을 조건으로 이익 공여의 의사표시를 하는 행위 포함.

⇓

**직장 내 성희롱 행위로 인한 피해의 내용 (결과)**

• 피해자의 성적 굴욕감이나 혐오감
• 피해자의 근로조건 및 고용에서의 불이익

## 직장 내 성희롱 발생 시 남녀고용평등법에서의 사업주 의무와 위반 시 제재

| 의무 | 근거 법조문 | 위반 시 제재 |
|---|---|---|
| (1) 성희롱 금지 의무 | 법 제12조<br>법 제39조제1항 | 1,000만 원 이하 과태료 |
| (2) 성희롱 예방 교육 실시 의무 | | |
| ① 매년 1회 이상, 사업주 및 근로자 모두 이수 | 법 제13조제1항<br>법 제39조제2항제1호의2 | 500만 원 이하 과태료 |
| ② 성희롱 예방 교육의 내용을 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시 또는 비치 | 법 제13조제3항<br>법 제39조제2항제1호의3 | 500만 원 이하 과태료 |
| ③ 성희롱 예방 교육을 위탁하여 실시하는 경우, 성희롱 예방 교육 기관에 성희롱 예방 교육의 내용, 방법 및 횟수 등에 관하여 미리 알려 그 내용이 포함되도록 하여야 함 | 법 제13조의2제2항 | 없음 |
| ④ 직장 내 성희롱 예방지침을 마련하고 사업장 내 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시 | 법 제13조제4항<br>시행규칙 제5조의2 | 없음 |
| (3) 성희롱 발생 시 조치의무 | | |
| ① 성희롱 사건 신고 또는 인지 시 지체없이 조사 | 법 제14조제2항<br>법 제39조제2항제1호의4 | 500만 원 이하 과태료 |
| ② 조사기간 중 피해근로자 등 보호를 위해 근무장소 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치. 조치는 피해자의 의사에 반할 수 없음. | 법 제14조제3항 | 없음 |
| ③ 성희롱이 확인된 경우 피해근로자 요청시 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치 | 법 제14조제4항<br>법 제39조제2항제1호의5 | 500만 원 이하 과태료 |
| ④ 성희롱이 확인된 경우 피해 근로자 의견을 청취하여 행위자에 대하여 징계, 근무장소 변경 등 필요한 조치 | 법 제14조제5항<br>법 제39조제2항제1호의6 | 500만 원 이하 과태료 |
| ⑤ 피해근로자등에게 불리한 처우 금지 | 법 제14조제6항<br>법 제37조제2항제2호 | 3년 이하 징역 또는 3,000만 원 이하 벌금 |
| ⑥ 조사과정 참여자의 비밀 누설 금지 | 법 제14조제7항<br>법 제39조제2항제1호의7 | 500만 원 이하 과태료 |
| ⑦ 고객 등 성희롱에 대한 적절한 조치(근무장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등) | 법 제14조의2제1항<br>법 제39조제3항제1호의2 | 300만 원 이하 과태료 |
| ⑧ 고객 등 성희롱 피해근로자에 대한 불이익조치 금지 | 법 제14조의2제2항<br>법 제39조제2항제2호 | 500만 원 이하 과태료 |
| (4) 분쟁의 자율적 해결 의무 | | |
| ① 직장 내 성희롱 처리 절차와 조치 기준 | 법 제13조제1항<br>시행령 제3조제2항 | 없음 |
| ② 직장 내 성희롱 상담 및 구제절차 | | 없음 |

## 직장 내 괴롭힘 발생시 근로기준법상 사업주 의무와 위반 시 제재

(2021. 10. 14. 시행)

| 법 조문 | 사용자의 의무 | 위반 시 제재 | 벌칙 근거조항 |
|---|---|---|---|
| 제76조의2 | 사용자(사용자의 친족-범위는 4촌 이내의 혈족·인척 등)의 직장 내 괴롭힘 금지 | 1천만원 이하의 과태료 부과 | 제116조제1항 |
| 제76조의3제2항 | 발생 신고 접수 및 인지시 지체없이 객관적 조사 실시 | 500만원 이하의 과태료 부과 | 제116조제2항 |
| 제76조의3제4항 | 괴롭힘 발생 사실 확인시 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경 등 적절한 조치 의무 | | |
| 제76조의3제5항 | 괴롭힘 발생 사실 확인시 지체없이 행위자에 대하여 징계 등 필요한 조치 의무 | | |
| 제76조의3제7항 | 조사과정 참여자의 비밀 누설 금지 | | |
| 제76조의3제6항 | 피해근로자등에게 해고나 그밖의 불리한 처우 금지 | 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 | 제109조제1항 |



## 취업활동이 가능한 외국인 노동자 체류자격(비자)의 종류

| 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 |
| 계절근로(E-8) | 법무부장관이 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 정하는 농작물 재배·수확(재배·수확과 연계된 원시가공 분야를 포함한다) 및 수산물 원시가공 분야에서 취업 활동을 하려는 사람으로서 법무부장관이 인정하는 사람 |
| 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)<br>재외동포(F-4)<br>영주 (F-5)<br>결혼이민(F-6) | 취업활동 제한 없음. 다만, 재외동포(F-4)의 체류자격에 해당하는 외국인은 단순노무행위 등 「출입국관리법 시행령」 제23조제3항에 해당하는 행위를 하지 못한다. |
| 관광취업(H-1) | 대한민국과 '관광취업'에 관한 협정이나 양해각서 등을 체결한 국가의 국민으로서 관광과 취업활동을 하려는 자 |
| 방문취업(H-2) | 가. 체류자격에 해당하는 자: 외국국적동포(「재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률」 제2조제2호)에 해당하고, 다음의 어느 하나에 해당하는 18세 이상인 자 중에서 나목의 활동범위 내에서 체류하려는 자로서 법무부장관이 인정하는 자(재외동포(F-4)자격에 해당하는 자는 제외)<br>1) 출생 당시에 대한민국 국민이었던 자로서 가족관계등록부·폐쇄등록부 또는 제적부에 등재되어 있는 자 및 그 직계비속<br>2) 국내에 주소를 둔 대한민국 국민, 영주(F-5) 제5호에 해당하는 사람의 8촌 이내의 혈족 또는 4촌 이내의 인척으로부터 초청을 받은 자<br>3) 국가유공자와 그 유족 등(「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제4조)에 해당하거나 독립유공자와 그 유족 또는 그 가족(「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제4조)에 해당하는 자<br>4) 대한민국에 특별한 공로가 있거나 대한민국의 국익증진에 기여한 자<br>5) 유학(D-2) 자격으로 1학기 이상 재학 중인 자의 부·모 및 배우자<br>6) 국내 외국인의 체류질서 유지를 위해 법무부장관이 정하는 기준 및 절차에 따라 자진해서 출국한 자<br>7) 1)부터 6)까지에 해당되지 않는 자로서 법무부장관이 정하여 고시하는 한국어 시험, 추첨 등의 절차에 의해 선정된 자<br>나. 활동범위<br>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<br>2) 「통계법」 제22조에 따라 통계청장이 작성·고시하는 한국표준산업분류에 따른 다음 산업 분야에서의 활동 |



(1) 작물 재배업(011)
(2) 축산업(012)
(3) 작물재배 및 축산 관련 서비스업(014)
(4) 연근해 어업(03112)
(5) 양식 어업(0321)
(6) 금속 광업(06)
(7) 연료용을 제외한 비금속광물 광업(07)
(8) 천일염 생산 및 암염 채취업(07220)
(9) 광업 지원 서비스업(08)
(10) 제조업(10~34). 다만, 상시 사용하는 근로자수가 300명 미만이거나 자본금이 80억원 이하인 업체에 취업하는 경우로 한정
(11) 하수폐수 및 분뇨처리업(37)
(12) 폐기물 수집 운반처리 및 원료 재생업(38)
(13) 건설업(41~42). 다만, 발전소·제철소·석유화학 건설현장의 건설업체 중 업종이 산업·환경설비 공사인 업체에 취업하는 경우는 제외
(14) 육지동물 및 애완동물 도매업(46205)
(15) 기타 산업용 농산물 및 산동물 도매업(46209)
(16) 과실류 도매업(46311),다만, 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」 제51조에 따른 농수산물산지유통센터 중 농산물산지유통센터에 취업하는 경우로 한정
(17) 채소류, 서류(薯類) 및 향신작물류 도매업(46312). 다만, 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」 제51조에 따른 농수산물산지유통센터 중 농산물산지유통센터에 취업하는 경우로 한정
(18) 생활용품 도매업(464)
(19) 기계장비 및 관련물품 도매업(465)
(20) 재생용 재료 수집 및 판매업(46791)
(21) 기타 생활용품 소매업(475)
(22) 기타 상품 전문 소매업(478)
(23) 무점포 소매업(479)
(24) 육상 여객 운송업(492)
(25) 냉장 및 냉동 창고업(52102). 다만, 내륙에 위치한 업체에 취업하는 경우로 한정

(26) 물류 터미널 운영업(52913). 다만,「통계법」 제22조에 따라 통계청장이 작성·고시하는 한국표준직업분류에 따른 하역 및 적재 관련 단순 종사원(92101)으로 취업하는 경우로 한정
(27) 항공 및 육상 화물 취급업(52941). 다만,「축산물 위생관리법」 제2조제3호에 따른 식육을 운송하는 업체에 취업하는 경우로 한정
(28) 호텔업(55101). 다만,「관광진흥법」에 따른 호텔업은 1성급·2성급 및 3성급의 호텔업에 한정
(29) 여관업(55102)
(30) 한식 음식점업(5611)
(31) 외국인 음식점업(5612)
(32) 기타 음식점업(5619)
(33) 서적, 잡지 및 기타 인쇄물 출판업(581)
(34) 음악 및 기타 오디오물 출판업(59201)
(35) 사업시설 유지관리 서비스업(741)
(36) 건축물 일반 청소업(74211)
(37) 사업시설 및 산업용품 청소업(74212)
(38) 여행사 및 기타 여행보조 서비스업(752)
(39) 사회복지 서비스업(87)
(40) 자동차 종합 수리업(95211)
(41) 자동차 전문 수리업(95212)
(42) 모터사이클 수리업(9522)
(43) 욕탕업(96121)
(44) 산업용 세탁업(96911)
(45) 개인 간병인 및 유사 서비스업(96993)
(46) 가구 내 고용활동(97)

- 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



## 외국인 노동자의 4대보험

| 구분 | 내용 |
|---|---|
| 국민연금 | • 당연 적용(상호주의 원칙에 따름)<br>– 적용대상국: 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」에 따른 송출국가 중 중국, 키르기즈스탄, 태국, 몽골, 우즈베키스탄, 필리핀, 스리랑카, 인도네시아(8개 국가)<br>– 비적용 국가: 베트남, 파키스탄, 캄보디아, 방글라데시, 네팔, 미얀마<br>– 적용 제외되는 체류자격: 문화 예술(D-1), 유학(D-2), 산업 연수(D-3), 일반 연수(D-4), 종교(D-6), 방문 동거(F-1), 동반(F-3), 기타(G-1) |
| 건강보험 | • 당연 적용<br>• 기술연수(D-3), 비전문취업(E-9), 방문취업(H-2)은 장기요양보험 가입제외 신청 가능 |
| 고용보험 | • 임의가입<br>• 단, 거주(F-2), 영주(F-5), 결혼이민(F-6)은 의무가입<br>• 비전문취업(E-9) 또는 방문취업(H-2)은 고용안정·직업능력개발사업만 당연가입(단, 사업장 규모에 따라 단계적 시행)<br>✹ 상시 30명 이상 사업장: 2021. 1. 1.부터 시행<br>상시 10명 이상 30명 미만 사업장: 2022. 1. 1. 부터 시행<br>상시 10명 미만: 2023. 1. 1.부터 시행 |
| 산재보험 | • 당연 적용(내·외국인근로자 구분하지 않고, 산업재해보상보험법에 따라 적용) |

# 모성보호

## 임신기

**1. 난임치료휴가** 고평법 제18조의3, 고평법 시행령 제9조의2

(1) 개념

남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 '고평법') 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

- 휴가를 사용하려는 날 신청 연월일 등 사항을 적어 사업주에게 제출
- 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<br>야간, 휴일근로 | 원칙적으로 금지.<br>"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. 근로시간 단축** 근로기준법 제74조 제7항부터 제8항

(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 종료 예정일, 출근시간 및 퇴근시간 등을 적은 문서(법정서식 없음) + 의사진단서

(3) 벌칙조항 근로기준법 제116조

근로시간 단축 신청 거부시 500만원 이하의 과태료

**5. 임신 중 소정근로시간 변경 신청** 근로기준법 제74조 제9항 (2021. 11. 19.시행)

(1) 개념

임신 기간 중 1일 소정근로시간 유지하면서 업무의 시작 및 종료시각 변경 신청 가능(예를들어 9시부터 6시까지 → 10시부터 7시까지)

(2) 개요

- 대상: 임신 근로자
- 신청방법: 변경 예정일 3일 전까지 사용자에게 신청
- 제출서류: 임신기간, 업무 시작·종료 시각의 변경 예정 기간 및 시각 등을 적은 문서(법정서식 없음) + 의사진단서

✷ 단, ① 정상적인 사업 운영에 중대한 지장을 초래하는 경우, ② 임신 중인 근로자의 안전과 건강에 관한 관계 법령(야간, 휴일, 시간외근로 원칙 금지 등)을 위반하게 되는 경우, 사용자는 그 신청을 허용하지 않을 수 있음

(3) 벌칙조항 근로기준법 제116조

근로자의 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 세 가지 경우 중 어느 하나에 해당하면 출산 전 어느 때라도 횟수 제한 없이 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 90일 이내에 사업주에게 청구. 10일의 유급휴가를 부여해야 하고, 1회 분할하여 사용 가능.

(3) 벌칙조항 고평법 제39조제3항제3호

10일의 휴가 미부여 또는 유급으로 하지 않은 경우 500만원 이하의 과태료 부과

**Q&A**

Q. 배우자 출산휴가를 사용하려고 하는데 근무를 하지 않는 토요일, 일요일까지 배우자 출산휴가 기간에 포함되는 건가요?

A. 고용노동부는 배우자 출산휴가기간에는 근로제공 의무가 없는날인 휴무일, 휴일은 포함되지 않는다는 입장입니다(여성고용정책과-843, 2019. 6. 14). 따라서 근무를 하지 않는 토요일, 일요일, 공휴일 등은 제외하고 계산하시면 됩니다.

### 3. 유·사산휴가 근로기준법 제74조제3항, 근로기준법 시행령 제43조

(1) 개념

임신 중 근로자가 유산 또는 사산한 경우, 사용자에게 유산·사산휴가를 청구할 수 있음

(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) 사업주가 거부한 경우

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 근로기준법 제110조

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%<br>– 상한액: 월 200만원<br>– 하한액: 최저임금 |
| 우선지원대상기업 | • 고용센터: 통상임금 100% 지급<br>– 상한액: 월 200만원<br>– 하한액: 최저임금<br>• 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

- 임신 중인 여성 근로자이거나
- 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀가 있고
- 계속근로기간이 6개월 이상인 근로자
- 육아기근로시간단축시간: 단축 후 1주 15~35시간

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

(2) 휴직기간

- 총 2년(육아휴직은 최대 1년) 범위 내에서 육아휴직 또는 육아기근로시간단축의 선택적 사용 가능
- 한 자녀에 대하여 엄마, 아빠 각각 1년씩, 총 2년의 육아휴직 보장

(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 2회 한하여 분할 사용 가능(단, 임신 중인 여성 근로자가 육아휴직을 사용한 횟수는 분할에 포함하지 않음)

✷ 육아기근로시간단축제와 병행하여 사용가능하며 두 제도의 사용기간은 총합 2년을 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 × 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

| 구분 | 현행 | 개편(2022. 1. 1. 시행) |
|---|---|---|
| 1~3개월 | 통상임금 80%<br>(상한 월 150만원, 하한 70만원) | 통상임금 80%<br>(상한 150만원, 하한 70만원) |
| 4~12개월 | 통상임금 50%<br>(상한 월 120만원, 하한 70만원) | |

• 육아휴직급여의 특례(3+3 부모육아휴직제 신설)

– 자녀 생후 12개월 내 부모가 동시에 또는 순차적으로 육아휴직 사용시, 첫 3개월에 대해 부모 각각의 육아휴직급여를 상향(통상임금 80%→100%)하여 지급

| 구분 | 현행 | 개편(2022. 1. 1. 시행) |
|---|---|---|
| 부모 중 한사람만 육아휴직시 | 통상임금 80% | 통상임금 80% |
| 부모 모두 육아휴직시 | (첫번째) 통상임금 100%<br>(두번째) 통상임금 100%<br>(세번째) 통상임금 100%<br>✷ 월 상한 250만원 | (첫번째) 통상임금 100%<br>✷ 월 상한 200만원<br>(두번째) 통상임금 100%<br>✷ 월 상한 250만원<br>(세번째) 통상임금 100%<br>✷ 월 상한 300만원 |



• 육아기근로시간단축급여 계산

– 급여지급 대상 기간: 2018.1.1.~2019.9.30.까지
(하한액: 50만원, 상한액: 150만원)

$$= \text{통상임금의 } 80\% \times \frac{\text{단축 전 소정근로시간} - \text{단축 후 소정근로시간}}{\text{단축 전 소정근로시간}}$$

– 급여지급 대상 기간: 2019.10.1.~
(하한액: 50만원, 상한액: 최소 5시간 단축분 200만원,
나머지 단축분 150만원)

$$= \text{통상임금의 } 100\% \times \left(\frac{5}{\text{단축 전 소정근로시간}}\right) + \text{통상임금의 } 80\%$$

$$\times \frac{\text{단축 전 소정 근로시간} - \text{단축 후 소정 근로시간} - 5}{\text{단축 전 소정근로시간}}$$

(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

(1) 육아휴직 지원금(2022. 1. 1.부터 시작하는 육아휴직에 적용)

• 지원대상: 우선지원대상기업 (대규모기업 지원 제외)

| 자녀 연령 | | 연간 총액 | 1개월 지급액 |
|---|---|---|---|
| 육아휴직 | 만 12개월 이내<br>(임신 중 육아휴직 포함)<br>✷ 3개월 이상 육아휴직 부여시 적용 | 870만원 | ✷ 첫 3개월 200만원, 이후 육아휴직 기간 30만원 |
| | 만 12개월 초과 | 360만원 | 30만원 |

(2) 육아기 근로시간 단축 지원금

• 지원대상: 우선지원대상기업 (대규모기업 지원 제외)

| 구분 | | 연간 총액 | 1개월 지급액 |
|---|---|---|---|
| 육아기 근로시간 단축 부여지원금 | 기본 | 360만원 | 30만원 |
| | 인센티브 적용✷ | 480만원 | 40만원 |

✷ 육아기 근로시간 단축을 한 번도 사용하지 않은 사업장의 사업주가 최초로 육아기 근로시간 단축을 허용한 경우에는, 세 번째 허용사례까지 월 10만원을 추가로 지급함(2020. 12. 31.이후)

(3) 2021. 12. 31. 이전 시작한 육아휴직 등에 대해서는 종전 규정 적용

• 지원대상: 모든 기업(단, 육아휴직에 대한 간접노무비는 대규모기업 제외)

• 지원내용 및 지원수준

| 구분 | | 대상 | 지급액 |
|---|---|---|---|
| 육아휴직등 부여지원금 (간접노무비) | 육아휴직(1년 한도) | 우선지원대상기업✷ | 월 30만원 |
| | 육아기 근로시간 단축 (최대 2년) | 우선지원대상기업✷ | 월 30만원 |
| | | 대규모기업 | 월 10만원 |
| 대체인력 지원금<br>(인수인계기간 최대2개월)<br>(사업주가 지급한 임금의 80% 한도로 지원) | | 우선지원대상기업 | 월 80만원<br>(인수인계기간 월 120만원) |
| | | 대규모기업 | 월 30만원<br>(인수인계기간 월 30만원) |

✷ (2020. 12. 31.이후) 우선지원대상기업에서 최초~세번째까지 육아휴직·육아기 근로시간 단축을 부여할 경우 각각 월 10만원 추가지원

✷ '육아휴직지원금' 신설로 인해 육아휴직 대체인력 지원금 폐지(단, 출산전후휴가 및 육아기근로시간 단축 부여에 따른 대체인력 지원금은 유지)

## 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<br>단, 이 경우 납부 금액이 감소하여 향후 연금 수령액이 감소할 수 있음 | |

1장 · 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 근로기준법보다 높은 수준의 노동조건을 정하는 것은 당사자의 의사에 따라 자유롭게 결정할 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 적용하나, 4인 이하인 경우는 일부규정만을 적용한다는 것입니다. 따라서 근기법의 적용여부와 범위를 알기 위해서는 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)<br>• 근로계약 불이행에 대한 위약금, 손해배상액 예정 금지(제20조) | • 법령 및 취업규칙 주의 게시(제14조)<br>• 취업규칙 작성·신고(제93조, 10인 이상 적용) |
| 해고 관련 | • 산재로 인한 휴업기간과 산전후 휴가기간 및 이후 30일 동안의 절대적 해고 금지(제23조 제2항)<br>• 해고예고(수당) (제26조) | • 정당한 이유 없는 해고(징계) 제한 규정(제23조 제1항)<br>• 경영상 해고 제한 규정(제24조)<br>• 해고사유와 시기 서면 통보(제27조)<br>• 노동위원회 부당해고 구제신청(제28조) |
| 임금 | • 임금의 직접·통화·전액·정기 지급원칙(제43조)<br>• 최저임금(최저임금법 제3조)<br>• 임금명세서 작성 및 교부의무(제48조 제2항) | • 휴업수당(제46조)<br>• 근로시간 및 연장근로 제한(제50조, 제53조)<br>• 연장·야간·휴일 근로 가산수당(제56조) |

| | | |
|---|---|---|
| 휴게·휴일·휴가 | • 휴게시간 (제54조)<br>• 휴일(주휴수당) (제55조 제1항) | • 연차휴가(제60조)<br>• 생리휴가(제73조) |
| 기타 | • 4대보험 적용<br>• 퇴직금 적용<br>• 직장 내 성희롱 | • 기간제법상 무기계약 전환<br>• 기간제법상 차별적 처우 금지 및 시정신청<br>• 직장 내 괴롭힘 |

✷ 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 86다카 1355 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.

**공무원을 비교대상으로 비공무원인 기간제 근로자에 대한 차별적 처우 인정(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결)**

공무원은 인사와 복무, 보수 등에서 국가공무원법 및 공무원보수규정 등 관련 법령의 적용을 받기는 하나 기본적으로 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자에 해당한다(대법원 2002.11.8. 선고 2001두3051 판결 참조). 그리고 기간제법 제3조제3항은 국가 또는 지방자치단체의 기관에 대하여도 이 법이 적용됨을 명시적으로 규정하여 공공부문에서 근무하는 비공무원인 기간제 근로자와 공무원 사이의 비교 가능성을 열어 두고 있다. 이러한 사정들과 함께 기간제 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제 근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 기간제법의 입법취지를 종합하여 보면, 기간제법 제8조제1항이 비교대상 근로자로 들고 있는 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'를 '사법상 근로계약'을 체결한 근로자로 한정하여 해석할 것은 아니다.

**공무원에 대한 근로기준법 적용가능성을 인정하였으나, 별정직공무원에 대한 특별규정 적용(대법원 2002. 11. 08. 선고 2001두3051 판결)**

근로기준법 제11조(현행 제12조)는 "이 법과 이 법에 의하여 발하는 대통령령은 국가·특별시·광역시·도·시·군·구, 읍·면·동 기타 이에 준하는 것에 대하여도 적용된다."고 규정하고 있고, 같은 법 제14조(현행 제2조 제1항 1호)는 "이 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다."고 규정하고 있는바, 국가공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제14조의 근로자라 할 것이므로 국가공무원법 등에 특별한 규정이 없는 경우에는 국가공무원에 대하여도 그 성질에 반하지 아니하는 한 근로기준법이 적용될 수 있다.

가사사용인에 대해서는 근로기준법 제정 당시(1953년)부터 포괄적으로 근로기준법의 적용이 배제되어 왔습니다. 이에 따라 가정 내에서 이루어지는 청소, 세탁, 주방일과 가구 구성원의 보호·양육 등 돌봄 노동은 노동으로 인정받지 못하고 사적 영역에 머물러 있었습니다. 근로기준법의 적용이 배제된다는 것은 최저임금, 근로시간 보호와 같은 노동자에 대한 최소한의 보호뿐 아니라 실업급여, 산재보상과 같은 사회보장에 있어도 완전히 배제되어, 일하면서 발생할 수 있는 모든 위험을 스스로 감당할 수밖에 없음을 의미합니다. 실제로 최근 코로나 19로 인한 소득 감소와 일자리 상실의 위험은 온전히 가사노동자의 몫이었습니다. 한편 가사노동은 이주노동자의 유입이 많고, 최근 급속히 확대되고 있는 플랫폼 시장의 주요한 영역이기도 하여, 이주노동 및 플랫폼 노동과 관련하여서도 더욱 보호의 필요성이 커지고 있습니다.

이에 따라 최근 제정되어 시행을 앞두고 있는 "가사근로자의 고용개선 등에 관한 법률(2021. 6. 15. 제정, 2022. 6. 16. 시행)"은 가사서비스 제공기관으로 인증을 받은 기관과 근로계약을 체결한 가사노동자에 한하여 적용되지만, 가사노동자의 노동권 보호를 위한 단초를 마련하고 있습니다. 이 법은 가사노동자에 대한 근로기준법은 그대로 적용 제외 하되, 이 법을 통해 대다수의 근로기준법 조항을 준용하는 방식을 취하고 있습니다.

**관련 법률 – 가사근로자의 고용개선 등에 관한 법률 제6조(다른 법률과의 관계)**

① 이 법의 적용을 받는 가사근로자는 「근로기준법」, 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」, 「최저임금법」 등 근로 관계 법령의 적용이 제외되는 가사(家事) 사용인으로 보지 아니하고, 이 법의 적용을 받는 가사근로자가 행하는 가사서비스는 「근로자퇴직급여 보장법」 등 근로 관계 법령의 적용이 제외되는 가구 내 고용활동으로 보지 아니한다.

② 가사근로자의 근로 관계에 관하여는 「근로기준법」 제17조, 제54조(입주가사근로자의 경우는 제외한다), 제55조, 제60조제1항·제2항·제4항 및 제5항을 적용하지 아니하고, 입주가사근로자의 근로 관계에 관하여는 「근로기준법」 제50조 및 제53조를 적용하지 아니한다.

그러나 이 법은 인증을 받지 않은 기관 또는 직업소개를 매개로 사적인 가정과 직접 근로계약을 체결하는 것도 허용하고 있고, 인증을 강제하고 있지도 않습니다. 사기업이 인증을 받고 가사노동자를 고용하여 운영하는 것을 선택하지 않거나, 인증을 받은 기업이 시장에서 경쟁력을 갖추지 못한다면 법의 실효성을 유지하기 어려운 구조입니다. 향후 정부에서는 하위 법령 마련, 인증기관에 대한 지원 등을 통해 경쟁력을 확보하고 공식적인 가사노동의 영역을 확대하겠다는 방침이지만, 유명무실한 법이 되지는 않는지 추이를 지켜볼 필요가 있습니다.

**〈가사근로자의 고용개선에 관한 법률 주요내용〉**

- 이 법은 가사근로자의 근로조건과 가사서비스 제공기관의 인증 등에 관한 사항을 정함으로써 가사서비스와 관련하여 양질의 일자리를 창출하고 가사근로자의 고용안정과 근로조건 향상을 도모하는 것을 목적으로 함(제1조).
- 이 법은 가사서비스 제공기관과 가사근로자의 근로관계 및 가사근로자가 이용자에게 제공하는 가사서비스 이용(가사서비스 이용계약은 제공기관과 이용자가 체결)에 관하여 적용함(제5조).
- 가사서비스 제공기관을 운영하려는 자는 법인으로서 가사근로자를 유급 근로자로 고용하여 가사서비스를 제공하는 영업활동을 하며, 손해배상수단 및 고충처리 수단 등을 모두 갖추어 고용노동부장관에게 인증을 받아야 하며, 고용노동부장관은 인증한 사항을 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 공시하여야 함(제7조). 인증받은 제공기관이 인증요건에 맞지 않게 된 경우 뿐 아니라, 가사근로자가 불편사항이나 고충을 제기하였다는 이유로 불이익한 조치를 하거나, 근로기준법과 이 법 기준에 반하는 이용계약을 체결한 경우, 이용계약을 체결하지 않거나, 이 법과 다른 이용계약을 체결하고 가사노동자에게 근로를 하게 한 경우, 최소근로시간을 보장하지 않은 경우 등을 시정명령 및 인증취소 사유로 규정하여 제공기관에 대한 지도 감독권한을 명시함(제22조, 제23조).
- 가사서비스 제공기관은 인증 받은 사실과 제공하는 가사서비스의 종류 및 내용 등을 공개하여야 하며, 가사서비스 이용자와 이용계약을 체결할 때 「근로기준법」 및 이 법에서 정하는 근로조건 등에 반하는 내용이 포함되어서는 안됨(제9조).
- 가사서비스 제공기관은 가사서비스를 이용하려는 사람과 가사서비스의 종류, 제공일 및 시간, 휴게시간, 가사근로자의 안전에 관한 사항, 이용요금, 가사서비스 제공 시 안전사고 등으로 발생할 수 있는 손해 배상에 관한 사항 등이 포함된 이용계약을 서면으로 체결하여야 함(제11조).

✷ 이 법에는 휴게시간에 대한 근로기준법 적용이 배제(입주가사근로자에게는 적용)되어 있어 이에 대한 비판(한겨레, 최소노동시간 보장 등 미흡, 가사근로자법 정부안 구멍, 2021. 2.17일자 기사)이 있음. 고용노동부는 가사근로자에게 휴게시간을 부여하는 것이 오히려 가정에 머물러야 할 시간을 늘려 제대로 휴게를 취하기 어렵고, 돌봄대상자에 대한 안전 문제 발생의 우려가 있는 등 일률적으로 정하기 어려운 가사서비스의 특성을 고려하여 표준이용계약서 마련 등을 통해 가사서비스 특성에 맞는 휴게시간이 현장에서 적용될 수 있도록 할 방침임을 설명함(고용노동부 홈페이지 2021. 2. 18 설명자료)

- 가사서비스 제공기관의 사용자는 가사근로자와 근로계약을 체결할 때 근로기준법 제17조에 준하여 임금, 최소근로시간, 유급휴일 및 연차 유급휴가, 가사서비스의 종류와 내용 등을 서면으로 명시하여 교부하여야 함. 이 법에 반하는 근로조건의 효력을 부인하는 강행규정성(근로기준법 제15조)도 별도로 명시함(제14조).
- 가사근로자는 1주일에 15시간 이상의 최소근로시간이 보장됨(제15조). 이는 이용자가 일방적으로 서비스 계약을 취소하는 경우가 빈번한 가사노동 영역에서 0시간 근로계약과 같은 부당계약을 막고, 4대보험 적용 등 최소한의 노동권 보호를 위한 조항임. 그러나 가사근로자의 명시적 의사가 있거나 대통령령으로 정하는 경영상 불가피 한 경우를 예외로 두고 있어, 제한적으로 적용됨.
- 사전에 소정근로시간을 명시하기 어려운 가사노동의 특성을 반영하여 가사근로자에게 실근로시간을 기준으로 근로기준법에 준하는 휴일, 휴가를 부여하도록 규정함. 입주가사근로자의 실근로 산정이 어려운 경우 이용계약에서 명시한 가사서비스 제공시간을 근로한 것으로 보도록 실근로시간 간주 규정을 둠(제16조, 제17조).

## 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 적용되므로, 무허가사업, 종교단체, 정당 등 정치단체, 비영리단체 등에도 일반적으로 적용됩니다. 다만, 계속하여 사업을 영위할 의사가 있는 경우에만 '업'으로서 계속적인 사업에 해당된다고 봅니다. 따라서 개인적으로 집을 수리하기 위해 목수를 고용하는 경우와 같이 사업의 목적이 없는 경우는 근로기준법이 적용되지 않습니다.

판례는 "하나의 사업은 특별한 사정이 없는 한 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미한다(대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21381 판결 등)"고 하여 사업을 기업체와 사실상 동일한 의미로 판시하는 경우가 많습니다. 사업장에 대하여는 "사업장인지 여부는 하나의 활동주체가 유기적 관련 아래 사회적 활동으로서 계속적으로 행하는 모든 작업이 이루어지는 단위 장소 또는 장소적으로 구획된 사업체의 일부분(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005도9218판결)"이라고 하여 장소적인 의미의 사업장을 구별하고 있습니다. 동

판결은 “사업의 종류를 한정하지 아니하고 영리사업인지 여부도 불문하며, 1회적이거나 그 사업기간이 일시적이라 하여 근로기준법의 적용대상이 아니라 할 수 없고, 근로자를 정의한 같은 법 제14조(현행 제2조 제1항 제1호 참조)에서도 직업의 종류를 한정하고 있지 아니하므로, 정치단체도 위 각 조문의 사업이나 사업장 또는 직업에 해당된다”라고 하여 선거사무소를 사업장으로, 선거사무원을 근로기준법상의 근로자로 인정하였습니다. 근로기준법의 사업장의 의미를 파악하기 좋은 판결이라고 할 수 있습니다.

### (2) 사업 또는 사업장의 범위

근로기준법의 적용범위에 대한 상담에 있어서 실무적으로 중요한 것은 사업 또는 사업장의 범위를 어떻게 판단할 것인가입니다. 하나의 법인 또는 개인 사업주가 여러 지점, 출장소, 공장, 지사 등을 운영하는 경우 이를 하나의 사업 또는 사업장으로 보면 사용하는 근로자수가 달라지고, 그에 따라 근로기준법의 적용도 달라지기 때문입니다. 최근에는 실제로는 하나의 사업으로 운영을 함에도 사업자등록 또는 법인 명의를 서류상으로 구분하는 탈법적인 방식으로 5인 미만 사업장의 외관을 갖추어 근로기준법 적용을 회피하는 경우도 종종 있습니다. 형식적으로 판단하지 않도록 더욱 주의하여야 할 것입니다.

하나의 사업(장)에 대한 판단은 일반적으로 장소와 사업의 독립성을 기준으로 판단합니다. 동일 장소에 있는 것이면 원칙적으로 하나의 사업으로 보고, 장소적으로 분리되어 있는 것이면 별개의 사업으로 보는 것입니다. 다만, 같은 공장시설 안에 있는 식당이나 진료소 등과 같이 같은 장소에 있더라도 근로의 형태가 현저히 구별되고, 종사하는 근로자와 노무관리 등이 명확하게 구별되며, 서로 다른 단체협약이 적용되거나 인사관리·회계 처리 등이 독립적으로 운영되는 경우 다른 사업장으로 볼 수 있습니다. 또한 장소적으로 분산되어 있더라도 그 규모가 현저하게 작고, 조직·지휘체계 등을 감안해 볼 때 하나의 사업으로서 독립성을 갖추고 있지 않은 경우에는 별개의 사업장으로 볼 여지가 적다고 할 수 있습니다(노동법실무연구회, 근로기준법 주해 Ⅰ. 박영사(2020), 880-881면).

위에서 본 것처럼 판례는 특별한 사정이 없는 한 하나의 사업은 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미하는 것이라고 하여 사실상 하나의 법인격을 기준으로 판시하는 경우가 많습니다. 이러한 취지에서 법원은 서울 본사의 지시에 의하여 생산업무를 담당하는 부산 공장에 대해서도 경영상의 일체로 보아 하나의 사업으로 판단하였습니다(대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21381 판결). 또한 학교법인 산하의 사립대학교와 그 부속 의료병원에 대하여도 “하나의 직제규정에 의하여 조직되고 회계와 인사 등에 있어서도 동일한 총장 및 이사회의 지시 내지 결의에 의하여 유기적으로 일체를 이루면서 운영되어 온 경우, 그 부속의료원·병원은 사립대학교에 소속된 하나의 기구에 불과하다 할 것이므로 결국 사립대학교와 그 부속의료원·병원은 동일한 사업으로 판시하였습니다(대법원 1999. 8. 20. 선고 98다765 판결). 하급심 판결에서는 정화조 청소 업체가 3개의 각각 사업자등록을 한 별도의 법인을 운영하고 있으나, 사실상 동일한 사용자가 친인척과 지인 명의로 별개의 회사를 운영한 사안에 대해 형식적으로는 3개의 회사지만 실질적으로 1개의 회사로서 하나의 단일한 사업장에 해당한다(서울고등법원 2013. 10. 17. 선고 2013누10863 판결(확정))고 보기도 하였습니다. 또한 하나의 장소에서 인터넷 쇼핑몰을 운영하는 법인과 신문발행업을 영위하는 개인사업자가 각각 운영되고 근로자가 법인에 소속되어 근무하다 해고된 사례에서 비록 경영상 필요에 따라 형식상 별개로 운영되고 있으나 경영주체가 동일하고, 근로자들이 동일한 사업장에서 동일한 경영주체와의 사용종속관계 아래에서 노무를 제공한다는 의사를 가지고 있던 것으로 보아 하나의 사업장으로 판시하기도 하였습니다(서울행법 2020. 6. 18. 선고 2019구합72***, 중노위 주제별 판례분석집, 2020. 11 176-177면).

---

**관련 판례 – 사실상 동일한 사용자가 친인척과 지인명의로 별개의 회사를 운영한 사안에 대해 하나의 단일한 사업장에 해당한 것으로 본 판례 및 원심 사실관계 발췌 요약(서울고등법원 2013. 10. 17. 선고 2013누10863 판결)**

대표이사가 이 사건 3개사의 근로자들 전체에 대하여 업무지시, 징계·단체교섭 등의 노무관리, 임금지급 등을 해 왔으며, 청소 및 수거작업이 소속이 다른 근로자와 차량이 섞이거나 공동으로 이루어졌을 뿐 아니라, 작업한 근로자와 차량의 소속과 무관하게 매출이 3개사에 임의적으로 분배되는 등... 이 사건 3개 회사는 독립된 법인의 형식을 갖추기 위해 필요한 최소한의 조치만을 취하였을 뿐, 그 실제 운영에 있어서는 독자성과 독립성이 없으며, 이 사건 회사는 대외적으로 제출되는 재무제표 작성 외에 실제 회계관리가 회사별로 독자적으로 이루어져 왔음을 증명하지 못하고 있는 점 등을 종합해 보면, 이 사건 회사는 법인격만 3개의 회사로 구분하여 설립해 놓았을 뿐 실질에 있어서는 3개사 전체가 하나의 동일한 회사로 운영되어 형식적으로는 3개의 회사지만 실질적으로 1개의 회사로서 하나의 단일한 사업장에 해당한다.

**하나의 장소에서 법인과 개인사업자로 별개의 회사를 운영한 사안에 대해 하나의 사업장에 해당한 것으로 본 판례 발췌 요약(서울행법 2020. 6. 18. 선고 2019구합72***, 중노위 주제별 판례분석집, 2020. 11. 176-177)**

사용자 1과 사용자 2는 경영상의 필요에 따라 형식상 별개의 법인과 개인사업체로 경영되고 있으나, 그 경영주체가 동일하고, …(중략)… 사용자 1과 사용자 2는 사무공간이 구분되지 않는 사무실에서 사무기기 등을 공통적으로 사용하고 있었고, 근로자는 위 사무실에서 사용자 2의 소속 근로자들과 함께 근무하였으며, 근로자가 사용자 2의 직원 비상연락망에도 포함되어 있는 등 근로자의 평소 근무형태는 사용자 2의 직원들과 큰 차이가 없었다. …(중략)… 사용자 2의 부사장은 사용자 1의 부사장 직책으로도 활동하였고, 사용자 2의 본부장과 함께 사용자 1이 참가인을 채용하는 과정에서 직접 참가인에 대한 면접을 시행하였고, 채용된 후에는 참가인으로부터 업무일지, 인터넷 쇼핑몰의 매출증대 방안, 비용 지출, 경쟁 쇼핑몰과의 비교 분석 등 쇼핑몰과 관련한 보고를 수시로 받으면서 참가인에 대한 지휘·감독 권한을 행사하였고, 나아가 인사(채용, 해고 등), 마케팅, 회계 등의 업무를 직접 처리하기도 하였다. …(중략)… 사용자 2는 참가인의 임금을 지급하는 등 평소 사용자 1에서 지출해야 하는 비용을 대신 지출하는 경우가 있었고, 사용자 1과 사용자 2는 다수의 금전거래를 하는 등 그 회계가 명확히 구분되지는 않았던 것으로 보인다. …(중략)… 이 사건 해고 당시 사용자 1은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는

사업장으로 볼 수 있고, 사용자 1은 근로기준법 제23조 제1항, 제28조 등의 적용을 받는 사업장에 해당한다.

하나의 사업(장)에 해당하는지는 장소를 우선적으로 고려하여야 할 것이지만, 사업의 독립성을 판단함에 있어서는 형식적인 법인격이나 사업자 명의만이 아니라, ① 사업장의 경영에 관한 의사결정의 주체가 누구인지, ② 사업장별로 근로조건의 결정권이 구별되어 있는지, ③ 단체협약 또는 취업규칙이 별도로 적용되는지, ④ 업무지휘 감독관계는 어떻게 되는지, ⑤ 모집·채용을 포함한 인사, 노무, 회계 관리 등 실질적인 운영이 독립적인지 등 경영상의 필요에 의해 형식적으로만 법인격을 분리를 해둔 것은 아닌지 꼼꼼하게 따져볼 필요가 있습니다.

**Tip. 근로기준법상 사업 또는 사업장 판단기준에 관한 행정해석**

- 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 사업으로 봄 / 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).

## 3 상시근로자수 산정

하나의 사업 또는 사업장에서 상시 사용하는 근로자수의 산정방법에 대하여는 근로기준법 시행령 제7조의2에서 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
  - ✹ 사업장 가동일수는 사업기간 중 그 사업이 행해진 날의 합계일을 의미하며, 구체적인 산정은 당해 사업의 성격, 사업수행과정에서의 근로관계 실태 등을 종합적으로 살펴 판단하여야 함(안정 68307-602, 1997. 5. 27). 원칙적으로 휴일은 가동일수에서 제외되나, 휴일에 사용자의 지시에 의하여 근로의 제공이 이루어졌고 이것이 사업장의 가동이라고 인정할 만한 징표(생산활동, 서비스 제공, 고객 응대 등)가 있는 경우 가동일수에 포함(중노위 주제별 판례분석집, 2020. 11. 180면)
- 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 1달 기준으로 산정)
  - ✹ 1년 동안 법 적용요건에 해당하는 월과 해당하지 않는 월이 함께 있을 경우는 연차휴가 미발생, 단 1개월 단위 지급 연차휴가는 1달 기준으로 산정

실제 상시근로자수의 산정례를 통해 살펴봅시다.

A회사는 주5일제로 근무하며 2021. 11. 12(금)까지는 3인이 근무하였고, 11월 15일(월) 2인의 근로자가 추가로 고용되었습니다. 2021년 12월 1일(수)자로 A회사가 휴업하는 경우 휴업수당을 지급해야 하는지를 살펴보겠습니다.

휴업수당은 상시근로자수가 5인 이상인 사업장에만 적용됩니다. 상시근로자수를 산정해보면 다음과 같습니다.

| | | | |
|---|---|---|---|
| **산정기간** | 2021. 11. 1(월) ~ 2021. 11. 30(화) | | |
| **사업장 가동일수** | 22일 (주5일 기준, 공휴일도 사업장 가동) | | |
| **근로자 연인원** | 2021. 11. 1(월) ~<br>2021. 11. 12(금) (A) | 2021. 11. 15(월) ~<br>2021. 11. 30(화) (B) | 근로자 연인원<br>(A+B) |
| | 1일 3인 × 10일 = 30인 | 1일 5인 × 12일 = 60인 | 90인 |
| **상시근로자수** | 90인 ÷ 22일 = 4.09인 | | |
| **휴업수당 지급 여부** | 상시근로자수는 4.09인으로 5인 미만이지만, 일별로 5인 미만인 일수가 10일, 5인 이상인 일수가 12일로서 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.
- 근로기준법 개정(2018. 3. 20)에 따른 부칙 제1조 등에서 연장근로 제한의 적용시기, 30인 미만 사업장 특별연장근로 한시적 허용시기, 특례업종 축소시기 등 상시근로자수를 기준으로 달리 규정하고 있어, 보다 정확하게 상시근로자수 산정방법을 이해하는 것이 중요합니다.

상시근로자수가 법의 적용시기 이후 변동되는 경우에 대해 최근 고등법원의 판결이 있었습니다. 서울고등법원 2018. 6. 26. 선고 2017나2043532판결은 고령자고용촉진에 관한 법률의 시행시기가 상시근로자수 별로 달리 정해져 있는 경우 상시근로자수는 시행시기 이전 1개월을 기준으로 하여 근로기준법 시행령 제7조의 2의 방식을 적용하여 산정하며, 이후의 근로자수의 변동을 고려하지 않는다는 태도를 취하였습니다. 이와 달리 고용노동부는 근로시간 단축 관련 개정 근로기준법 설명자료(2018.5)에서 상시근로자수 산정은 법 시행 이후 근로자수가 증가한 경우 근로기준법 시행령 제7조의2에 따라 판단 사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정하여 300인 이상이 되었다면 개정법 기업 규모에 따라 근로시간 단축이 적용되며, 근로시간 단축 시행 사업장에서 근로자가 감소하여도 법적 안정성을 고려하여 개정 근로기준법을 계속 적용한다고 설명하고 있습니다.

**관련 판례**

「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(법률 제11791호, 2013.5.22. 개정)은 "사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 한다.(제19조제1항)"고 규정하고, 그 부칙에 사업장의 규모에 따라 대상을 두 가지로 구분하여 상시 근로자 300명 이상의 사업 또는 사업장에 대하여는 2016.1.1.부터 고령자고용법 제19조를 시행하고, 상시 근로자 300명 미만의 사업 또는 사업장에 대하여는 그로부터 법 시행일을 1년 더 유예(2017.1.1.)하고 있다. 그렇다면 어느 사업 또는 사업장이 2016.1.1.부터 위 법 조항의 적용을 받는 대상에 해당하는지 또는 그로부터 위 법 조항의 시행일을 1년 더 유예 받는 대상에 해당하는지는 적어도 고령자고용법 제19조의 최초 시행일인 2016.1.1. 전에는 결정되어야 한다. 따라서 법 시행 유예의 기준이 되는 상시 근로자



300명 미만의 사업 또는 사업장인지 여부 역시 늦어도 2015.12.31. 24:00까지는 확정되어야 하므로, 그 후의 사실관계는 이를 위한 판단의 자료가 될 수 없다고 보는 것이 위와 같은 이 사건 부칙의 문언적 해석에도 부합한다. 그러므로 2016년 신입직원들은 이 사건 부칙에 따른 상시 근로자수의 산정에 포함될 수 없다(서울고등법원 2018. 6. 26. 선고 2017나2043532 판결).

# 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 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "근로자"란 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 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), 근로계약서 없이 구두로 근로계약을 체결하였더라도, 사용자가 근로기준법(제114조) 위반으로 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 제공하여야 할 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)에서 판단지표를 상세하게 설명하고 있습니다.

| | |
|---|---|
| **실질적 지표** | • 계약의 형식이 아닌 실질을 기준<br>① 업무내용이 사용자에 의하여 정하여 지고, 취업규칙 또는 인사규정 등의 적용을 받으며, 업무수행과정에서 사용자로부터 상당한 지휘·감독을 받는지<br>② 사용자에 의해 근무의 시간, 장소가 지정되고 구속받는지<br>③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지<br>④ 노무제공을 통한 이윤창출과 손실초래 등 위험을 스스로 부담하는지<br>⑤ 보수의 성격이 근로제공 자체의 대가로서의 성격을 갖는지<br>⑥ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지, 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항<br>⑦ 근로제공관계의 계속성, 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도<br>⑧ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 |
| **형식적·부수적 지표** | ① 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지<br>② 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항<br>③ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지<br>→ 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 부분이므로 이를 이유로 쉽게 근로자성을 부정하여서는 안됨 |

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, 비용 부담 전가 등)만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안됩니다. 최근의 판결들은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 수 있는 부분을 보다 확대하거나 업무의 특성을 적극적으로 고려하고 있기도 합니다. 판례의 변화에 대해 주목하고 상담과정에서 활용할 수 있는 부분이 있는지 확인할 필요가 있습니다.

| 지표 | 체크리스트 | 근로자성 |
|---|---|---|
| ①-1<br>업무내용의<br>사용자 결정 | • 채용자격·채용기준·채용결격의 기준이 정하여 있는지 | ↑ |
| | • 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 | ↓ |
| | ✹ 시간강사들이 지적활동인 강의의 업무특성상 강의 내용이나 방법에 관해 구체적인 지휘감독을 받지 않는 경우처럼 업무의 구체적인 내용까지 사용자에 의하여 정해지지 않은 경우라 하더라도 그것이 업무 자체의 특성이나 전문직종의 상대적 자율성에 기인한 것이라면 근로자성을 부정해서는 안됨(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결) | |
| ①-2<br>취업규칙·<br>인사규정의 적용 | • 다른 근로자와 동일한 취업규칙·인사규정(특히 승급, 징계 등 평가에 따른 상벌)의 적용을 받거나, 별도의 취업규칙·인사규정의 적용이 있는지 | ↑ |
| | • 계약서상 취업규칙·인사규정에 해당하는 근로조건과 복무규율의 내용(특히 감급, 계약해지, 해고, 손해배상사유 등)이 정하여 있는지 | ↑ |
| | • 복장·용모 등에 관한 규제를 받는지 | ↑ |
| | ✹ 판례는 취업규칙 또는 복무규정의 적용과 관련하여서도 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있어 이 요소가 인정되지 않는다고 하여 근로자성을 부정하여서는 안된다고 봄(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결)<br>✹ 특수한 고용형태의 경우 복무규정을 두지 않는 것이 오히려 일반적이어서 업무매뉴얼, 가이드라인 등 명칭을 불문하고 사실상 복무규정에 해당하는 것이 있는지 확인 필요 | |
| ①-3<br>사용자의 상당한<br>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 | ↑ |
| | • 업무과정을 관리시스템에 입력하게 하여 이를 관리할 수 있는지 | ↑ |
| | • 업무가 사업에서 핵심적이고 중요한 업무인지 | ↑ |
| | • 같은 업무를 근로계약을 체결하고 수행하는 경우와 유사한 방식으로 일을 하는지 | ↑ |
| | ✹ 업무의 효율적 관리 방식으로 모든 업무 과정을 관리시스템에 입력하게 하였다거나(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결) 업무운용수칙(업무매뉴얼) 자체도 지휘·감독의 방법이 될 수 있음(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결)<br>해당 업무가 사업에서 핵심적이고 중요한 업무라면, 상당한 지휘·감독의 유인이 크므로, 구조적으로 지휘감독의 가능성 인정(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다62456 판결) | |
| ②<br>근로시간·<br>장소의 구속성 | • 근로 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 | ↑ |
| | ✹ 탄력적 근로, 재택근무제, 재량근무제 등 다양한 근무형태가 활용되고 있는 상황에서 업무특성상 근무시간에 제한이 없거나, 주로 출장 근무 또는 외근의 형식으로 이루어진다고 하여 이를 이유로 근로자성을 부정하지 않음(대법원 2008. 5. 15 선고 2008두1566 판결) | |
| ③, ④<br>독자적 사업자성 | • 스스로 업무에 필요한 비품·원자재를 소유하거나 비용을 부담하는지 | ↓ |
| | • 스스로 사업을 영위할 수 있는 독자적 전문성과 경제적 능력을 가지는지 | ↓ |
| | • 영업능력이나 기술을 활용하여 고객을 유치하고 개척할 수 있는지 | ↓ |
| | • 제3자를 고용하거나 제3자에 대한 임금지급 책임을 부담하는지 | ↓ |
| | • 대체인력을 사용할 수 있는지 | ↓ |
| | • 회사로부터 이익을 배당받거나 손실을 부담하는지 | ↓ |
| | ✹ 작업도구를 소유하였다고 해도 이를 자신의 다른 영업행위 또는 추가 고객 유치에 자유롭게 사용할 수 있는지, 제3자(대체인력)를 필요에 따라 활용할 수 있는지 등 실질적으로 이익과 손실의 위험을 갖는지를 파악하는 것이 중요함<br>근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여, 곧바로 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하고 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아님(대법원 2007. 9. 6 선고 2007다37165 판결 등) | |
| ⑤,⑥<br>보수의 근로<br>대가성 | • 지각, 결근시 급여가 삭감되거나, 추가근로시 추가수당이 부여되는 등 시간에 비례하는 형태의 급여를 받는지 | ↑ |
| | • 기본급·고정급 등 일정액의 보수를 지급받거나 고정급의 비율이 높은지 | ↑ |
| | • 실적에 따른 수수료 형태의 임금을 지급받는지 | ↑ |
| | • 수수료 형태의 임금을 회사에 납입하고 일정액 또는 비율을 분배받는지 | ↑ |
| | • 연장수당, 휴일수당, 연차미사용수당 등 법정수당을 지급받는지 | ↑ |
| | ✹ 기본급 없이 실적급의 형태로 급여를 받는 경우에도 채권추심업무의 특성에 의한 것일 뿐이고, 제공한 근로의 양과 질에 대한 대가로서 임금의 성격을 지니지 아니한 것이라고 보기 어렵다(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007두9471 판결)<br>✹ 실적급이라고 하여도 사용자가 부여한 고객 명단, 할당한 물량, 배당구역 등에 따라 제공한 노동의 양과 질을 평가한 실적 또는 근로시간에 비례한 실적이라면 근로대가성 인정에 유리함. 보수의 형태는 사업장에서 우월한 지위에서 일방적으로 정할 수 있어 부수적으로만 고려함 | |
| ⑦<br>근로관계의<br>계속성, 전속성 | • 기간이 장기로 정하여 있거나, 기간별 또는 프로젝트별로 정하여 있더라도 반복 갱신이 이루어지는지 | ↑ |
| | • 재계약을 위한 평가기준이 있는지 | ↑ |
| | • 소속 회사외의 다른 회사 업무 겸업에 대한 승인이나 제재를 받는지 | ↑ |
| | ✹ 시간강사들은 근로관계가 단속적인 경우가 일반적이며, 특정 사용자에게 전속되어 있지 않을 뿐 아니라, 이러한 사정들은 최근 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 이러한 사정만으로 근로자성을 부정할 수 없음(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결) | |
| ⑧<br>기타 부수적<br>사정 | • 근로소득세 원천징수를 받는지 | ↑ |
| | • 별도의 사업자등록을 하고 사업소득세를 납부하는지 | ↓ |
| | • 4대보험에 가입되어 있는지 | ↑ |

표3 근로자성 판단 체크리스트

### (3) 판례의 구체적인 근로자성 인정

근로자성 관련한 판결에서는 어느 업종 종사자가 근로자로 인정받았는지가 아니라 구체적인 인정 이유가 무엇인지 아는 것이 중요합니다. 업종별로 업무상 유사한 관계와 경향성이 없진 않지만, 같은 업종에서의 근로관계라도 실질적인 사정에 따라 사용종속관계의 판단은 달라집니다.

**① 객공**

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

- 매일 일정한 시간 사용자의 작업장에서 근무하고 사용자의 지시에 따라 야근도 하였으며, 자의적 판단으로 야근한 적은 없음
- 결근시 미리 관리자의 허락을 받았음
- 휴일 및 하계휴가 기간도 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
- 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙·복무(인사)규정·징계규정 등의 적용을 받지 않고 보수에 기본급이나 고정급이 없이 그 작업량에 따른 성과급만을 지급받았으며 부가가치세법상의 사업자등록을 함으로써 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고, 4대보험에 가입되어 있지 않은 사정 등이 있으나, 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 임의로 정할 수 있는 사정에 불과함

**② 고시원 총무(서울중앙지방법원 2017. 6. 23. 선고 2017노922 판결)**

- 총무의 일과시간 별 업무 정리표와 개별 업무 정리표에 총무가 처리해야 할 업무가 정리되어 있고, 각 업무별로 구체적 주의사항 등이 명기되어 있음
- 매월 40만 원의 고정된 급여와 입실료 49만 원 상당의 방을 총무 업무수행의 대가로 받았으며, 운영의 성과에 관계없이 급여 내지 혜택은 동일하였음
- 사용자는 핸드폰에 연결된 CCTV를 통해 근무상황 확인
- 전화, 문자, 방문하여 직접 업무지시. 간헐적으로 피고인(사용자)의 지시를 받아 벽지 도배, 시설물 수리, 가구 이동 등의 돌발적인 업무를 수행함
- 분쟁 이후 새로 들어온 근로계약을 체결한 총무들의 업무와 크게 다르지 않음
- 업무가 근무시간 내내 이어지지 않고, 정해진 업무를 하지 않는 시간에는 자유롭게 공부를 하거나 자신의 업무를 처리할 수 있었다는 사정은 고시원 총무가 감시, 단속적 근로자에 해당한다고 볼 근거는 되겠지만, 근로자성 자체를 부정할 수 있는 사유는 되지 못함

**③ 재택집배원**

**• 우편, 택배 등 우정사업을 영위하기 위하여 우정사업본부 산하에 국가공무원인 집배원의 일부 업무를 민간에 위탁하는 위탁집배원제도에 따라 소속 우체국장과 우편집배 재택위탁계약을 체결한 재택위탁집배원의 근로자성 인정(대법원 2019. 4. 23. 선고 2016다277538 판결)**

- 위탁계약에 따라 재택위탁집배원의 업무 내용과 범위, 처리방식, 매일 처리할 우편물의 종류와 양이 정해짐
- 우편업무편람, 각종 공문, 휴대전화 메시지를 통하여 구체적인 업무처리 방식 등을 지시받음



- 정해진 복장을 입고, 관련 법령 등에서 정해진 절차에 따라 배달하도록 하였으며, 정기적 또는 비정기적으로 교육을 시행
- 사용자는 현지점검 등을 통하여 재택위탁집배원의 업무처리 과정이나 결과를 지속적으로 관리·감독
- 정해진 장소에서 우편배달업무를 처리하였고, 일정기간 근무상황부, 인계인수부 등을 마련하여 재택위탁집배원의 근태를 관리하였으며, PDA에 입력되는 배달 정보를 통하여 재택위탁집배원의 업무 처리 상황을 확인할 수 있었음
- 우편물 배달업무의 중요성과 업무수행에 따르는 책임, 사용자가 재택위탁집배원들에게 근무복과 용품을 무상 대여 한 취지 등을 고려하면 재택위탁집배원이 제3자로 하여금 배달업무를 대신하게 하거나 다른 일을 겸업하는 것은 사실상 곤란
- 위탁계약서에는 우편물 배달업무 관련 각종 주의사항과 계약해지사유 등이 자세히 기재
- 근무시간에 비례하여 받은 수수료는 재택위탁집배원이 제공하는 근로의 양과 질에 대한 대가에 해당함. 재택위탁집배원들이 일정 시점부터 사업소득세를 냈다는 사정만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안됨
- 우편배달업무를 수행하는 사용자의 다른 근로자인 상시위탁집배원·특수지위탁집배원과 본질적으로 같은 업무를 동일한 방식으로 처리함

**④ 웨딩플래너**

**• 웨딩컨설팅 업체와 관리계약을 체결하고 판매수당형태로 지급받은 웨딩플래너의 근로자성 인정(서울행법 2017. 12. 7. 선고 2017구합56223 판결). 고정급 형태의 보수를 받은 웨딩플래너에 대한 대법원 판결도 유사 취지(대법원 2021. 2. 25. 선고 2020도17654 판결)**

- 입사할 당시 회사와 '웨딩플래너들의 근무시간 및 휴무일, 웨딩플래너 업무 수행에 따른 수당의 지급방법과 지급시기, 회사의 웨딩플래너에 대한 관리·감독권 및 회사가 지시하는 업무에 대한 웨딩플래너들의 이행 의무, 회사의 웨딩플래너들에 대한 교육의 실시, 웨딩플래너들의 영업 방식 및 협력업체와의 관계, 웨딩플래너들의 매출에 대한 회사의 관리, 계약기간 동안의 경업금지의무 및 계약해지에 따른 동종업계 취업 제한, 계약해지시 웨딩플래너들의 업무에 대한 회사의 관리·처분권 등'에 관하여 규정한 '웨딩플래너 관리계약'을 체결
- 회사는 웨딩플래너들의 근무시간, 휴무일, 지각 및 병가, 월차·반차·연차, 휴가, 근무태도, 인포근무 및 위 각 내용의 위반에 따른 제재에 관하여 상세하게 규정한 '플래너 근무규정'을 만들어 실시
- 원칙적으로 회사가 지정한 협력업체만을 이용할 의무와 협력업체로 지정되지 않은 업체와 거래를 할 경우 판매수당을 지급받지 못하게 될 위험을 부담
- 웨딩플래너 업무의 특성상 외근을 하는 경우가 많았으나 외근이 없는 날에는 사무실에 출근하여 협력업체 교육을 받거나, 가망고객을 계약고객으로 만들기 위한 전화를 하거나, 고객의 스케줄을 작성 및 회사에서 요구하는 서류를 작성하는 등의 업무를 함
- 출퇴근 시간도 회사 지문인식 시스템을 통해 관리됐으며, 컴퓨터로 작성한 매일의 스케줄과 업무내용이 실장·국장 등에게 자동 보고
- 근로자가 그 보수를 정액의 월급이 아니라 자기가 제공한 근로의 양에 따라 수입의

일정비율을 수당의 형식으로 지급받았다고 하더라도, 이 판매수당은 성과급 형태의 금원으로 봄이 상당하고, 웨딩플래너 업무의 특수성 등을 고려할 때, 위 판매수당이 웨딩플래너들의 근로 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 판매 실적에 따라 계산되었다고 하더라도, 이것만으로 위 판매수당이 웨딩플래너들이 제공한 전체 근로에 대한 대가로서 지급된 것이 아니라고 할 수 없음

- 웨딩플래너들과는 근로기준법 및 기타 관련 법률상 근로관계가 형성되지 아니한다는 내용이 포함된 관리계약을 체결한 반면, 운영팀 직원들과는 연봉 및 퇴직금을 정하여 연봉계약을 체결한 점, 회사가 웨딩플래너들과 체결한 관리계약에는 징계 및 업무상 제재에 관한 규정이 별도로 존재하지 않는 점, 회사가 원고들에게 수당을 지급함에 있어 근로소득세를 원천징수하지 않고, 사업소득세, 주민세만을 공제하여 온 점, 웨딩플래너들은 4대 보험에 있어 회사의 직장 근로자로 가입되어 있지 않았던 점 등은 웨딩플래너 업무의 특수성에 기인한 것이거나 사용자인 이 사건 회사가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정에 불과함

**⑤ 헤어디자이너**

- 헤어디자이너 A는 미용실에서 2006. 10. 17.부터 2009. 12. 31.까지 '스텝'으로, 2010. 1. 1.부터 2011. 5. 31.까지 정액의 수당을 받는 '월급제 헤어디자이너'로, 2011. 6. 1.부터 2015. 9. 30.까지 매출액에 비례하여 계산한 수당을 받는 '배분제 헤어디자이너'로 근무. 스텝은 헤어디자이너의 보조로 헤어디자이너가 시킨 일을 하고 고객의 머리를 감겨주거나 매장을 청소하는 등의 일을 하고, 월급제 헤어디자이너는 헤어디자이너를 지명하지 않은 고객을 배정받아 헤어시술을 하며, 배분제 헤어디자이너는 지명고객과 신규로 배정받은 고객의 헤어시술을 함
- A는 스텝인 동안 별다른 계약서를 작성하지 않았고, 헤어디자이너인 2010. 1. 1.부터 2015. 4. 30.까지 업무위탁계약서를 작성함
- A는 월급제 헤어디자이너로 근무하던 기간에 월 1,206,000원을 지급받았고, 배분제 헤어디자이너로 근무하는 기간에 기본급은 없고, 업무위탁계약서의 매출정산기준표에 따라 계산한 수당을 받았음

위 ⑤ 헤어디자이너 사례는 서울북부지방법원 2018. 5. 30. 선고 2016가단41354 판결의 사실관계입니다. 실제로 미용실에는 다양한 형태의 근로관계가 혼재되어 있습니다. 스텝이라는 이름으로 보조역할을 하며 교육 명목으로 임금 대신 수강료를 면제받는 경우도 있고, 교육생 신분임을 이유로 열악한 처우를 감수하기도 합니다. 사례에서도 A는 스텝, 월급제와 배분제 등 단계적으로 여러 형태로 일을 하였습니다. 이 같은 현실에서 최근 헤어디자이너의 근로자성과 관련한 법적 분쟁이 끊이지 않고 있습니다.

이 사례에서 법원은 "회사가 요금 및 할인 여부 등을 결정하고, 헤어디자이너들에게 근무장소, 근무시간, 근무태도, 휴가 등 제반 근로조건 및 헤어시술 외의 고객정보관리, 헤어시술결과보고, 교육, 홍보 등 많은 부분의 업무처리방식을 지시하며, 고객배정순번 제외, 벌금 부과 등으로 통제, 관리하는 방식으로 헤어디자이너의 업무수행과정에서 상당한 지휘·감독이 이루어진 점, 헤어디자이너가 업무 특성상 개인적으로 소유하는 물건 외에 스타일링 제품과 제반 시설, 비품 등을 무상으로 제공하는 점, 헤어디자이너의 제3자의 업무대행이나 다른 사업자의 업무수행이 사실상 불가능한 점, 원고가 배분제 헤어디자이너일 때 매월 지급받는 보수는 기본급이나 고정급이 아니라 매출액에 의하여 정산한 금액이기는 하나 이러한 성과급 형태의 금원은 노동의 양과 질을 평가하는 것이라 할 수 있어 근로의 대가인 임금의 성격이 반드시 부정된다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 원고는 근로의 대가인 임금을 받을 목적으로 피고에 대하여 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다."라고 하여 근로자로 인정하고 배분제 헤어디자이너로 일한 기간을 포함한 전 기간에 대해 퇴직금을 지급하도록 하였습니다.

그러나 최근 대법원은 2021. 8. 26. 선고 2020도18346 판결에서 당사자 간의 법률관계를 근로관계가 아니라 상호 간에 시설과 기술·노무를 제공하고 매월 매출액을 약정비율에 따라 분배하는 동업 관계로 보고, 업무수행과정에서 지휘·감독의 정황을 찾을 수 없음을 이유로 근로자성을 부정하는 판시를 하기도 하였습니다. 구체적인 사실관계에 따라 판결은 달라질 수 있으나, 미용업계의 현실을 제대로 반영한 판결인지 의문이 있습니다.

### (4) 판례의 인정 / 부정 사례 비교

**① 텔레마케터(전화권유판매원)에 관한 원심과 대법원의 판결 비교**

텔레마케터는 여전히 노동청 진정을 통해 근로자임을 인정받기 어려운 직종입니다. 그러나 동일한 사실관계를 두고 원심 판단을 뒤집어 근로자성을 인정한 대법원 판결은 해석 관점의 중요성을 보여 줍니다.

| 지표 | 근로자성 부정<br>(서울고등법원 2016. 6. 8. 선고 2016나1894 판결) | 근로자성 인정<br>(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 뿐이라고 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 사용자를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함. 또한 섭외영업위촉계약서에는 전화권유판매원들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있음 |

| | | |
|---|---|---|
| 업무수행 관리 감독 | 사용자가 수시로 모니터링하지는 않았고 통화 횟수 대비 위반 횟수나 수수료 차감 액수가 적은 편이어서, 전화권유판매원들의 업무수행과정이나 결과를 관리하거나 제재를 가하는 등으로 관리·감독하였다고 보기 어려움 | • 통화 횟수 대비 위반 횟수나 수수료 차감의 비율이 적다고 하여 사용자가 전화권유판매원들의 업무수행과정을 모니터링하거나 제재를 가하지 않았다고 보기 어려움<br>• 사용자는 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<br>→ 사용자가 전화권유판매원들의 업무수행과정이나 결과 등에 대하여 관리·감독을 하였고, 그에 대한 제재 수단도 있었음 |
| 출퇴근 관리 | 전화권유판매원의 전산 로그기록이 09:30경부터 18:30경 사이에 몰려 있고, 전화권유판매원들은 사용자가 마련한 사무실에 사용자의 정규직 직원 3명과 함께 근무하면서 자리가 지정되어 있었으며, 자리이동을 원할 경우 매니저로부터 허락을 받은 사실, 사용자의 정규직 직원인 매니저들은 각종 프로모션을 진행한 사실, 매니저들이 전화권유판매원들에게 30분에서 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배한 사실을 인정<br>그러나 지각 또는 결근으로 인한 징계 등의 불이익을 주지 않았으므로 특정 시간에 출퇴근할 의무가 없었다고 봄 | • 지각 또는 결근으로 인한 징계 등에 관한 규정이 없었다고 하더라도, 사용자 정규직 직원인 매니저들은 전화권유판매원들과 같은 시간, 같은 장소에서 근무하면서 전화권유판매원들의 출근 여부, 통화 여부, 통화 횟수 등을 알 수 있었고, 실제로 일별로 목표 통화 횟수나 실적에 따른 추가 데이터베이스 제공 등의 각종 프로모션을 진행하기도 하는 등 전화권유판매원들의 업무수행이나 실적을 관리함<br>• 실적에 따라 수수료를 받는 전화권유판매원들로서는 사용자로부터 받는 고객 데이터베이스의 양과 질이 중요한데, 사용자가 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<br>• 사용자의 지시에 따라 계약상 업무 외의 업무를 수행 |

표4 텔레마케터(전화권유판매원) 근로자성 판결 비교

**② 백화점 위탁 판매원에 관한 인정례와 부정례**

백화점 입점업체는 백화점과 계약을 체결하고 납품한 물품을 판매합니다. 입점업체들은 기존에는 근로계약을 체결한 영업사원을 통해 운영하였으나, 현재는 판매용역계약을 체결하는 방식으로 변경하여 위탁 판매원에게 영업을 맡기고 있습니다. 위탁판매원이 근로자로 인정된 판결(2015다59146)과 부정된 판결(2020다211184)을 비교해보면 백화점 입점업체의 관리방식 변화를 알 수 있습니다. 위탁판매원은 백화점이라는 한정된 공간에서 회사의 공급받은 상품만을 정해진 기준에 따라 판매하고, 상품의 판매를 통한 최종적인 이익과 손실의 귀속은 입점업체에게 있습니다. 그러나 입점업체는 비용부담을 판매원에게 전가하고, 관리 감독 대신 수수료의 편차를 통한 성과 관리 방식으로 변경함으로써 위탁판매원에 대한 노동법적인 보호책임에서 벗어날 수 있었습니다. 현재의 근로자 개념이 변화하는 일터의 현실을 따라가지 못하고 있음을 보여주는 판결이라고 생각됩니다.

| 지표 | 근로자성 인정<br>(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결) | 근로자성 부정<br>(대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다211184 판결) |
|---|---|---|
| 업무 지휘감독 | • 백화점 운영회사와 본건회사(백화점입점업체) 간의 계약 상 파견 종업원들은 매장관리 지침 준수 의무, 서비스품질 유지 의무 등 의무가 있고, 백화점운영회사는 부적합 종업원 교체를 요구할 권리가 있었음<br>• 회사는 전산시스템을 통하여 매장 재고 현황 실시간 파악 가능, 본사 영업부 직원이 1주일 간격으로 매장 방문하여 판매 현황 등 확인<br>• 내부 전산망을 통하여 업무관련 각종 공지<br>• 영업부 정규직 퇴사 처리 후 판매용역계약을 체결한 판매원들도 있으나, 판매용역계약 체결 전후 판매원들의 업무내용이 동일<br>• 임금 허위청구로 인한 횡령, 회식비 허위 청구 등으로 징계권 행사 | • 회사는 공급할 상품의 종류와 수량을 결정하고, 판매원들은 원칙적으로 회사로부터 공급받은 상품만을 계약된 장소에서 정한 금액으로 판매하여야 함<br>• 회사의 기준에 따라 상품의 판매촉진을 위한 광고 또는 디스플레이 등을 시행하여야 하고, 판매 및 판촉광고 행사에 협조하여야 하며, 필요시 매장 간 상품이동 해야함. 그러나 관리방식은 개인사업자인 대리점주에 대한 것과 크게 다르지 않음<br>• 회사가 정하는 바에 따라 상품 재고 내역을 상세히 기재하여 보관하여야 하고, 회사요구 시 제시하여야 하며, 회사는 재고실사를 할 수 있음<br>• 근태관리 하지 않았고, 징계권 행사도 없었음 |
| 시간장소 구속성 | • 지정된 근무장소(주로 백화점)에서 백화점 영업시간 동안 지정된 물품을 지정된 가격으로 판매<br>• 휴가, 병가 등 사용시 사전 또는 사후 보고를 하게 하였고, 회사는 병가 및 출산휴가 현황표를 작성 보관하고 있었음 | • 백화점 영업시간 동안 지정된 물품을 지정된 가격으로 판매<br>• 휴가 통제 없었음 |
| 독자적 사업자성 | • 매장 사용 비품, 작업도구 등 무상 제공<br>• 판매원들이 개인적인 출산, 휴가 등의 사유로 근무할 수 없을 경우 자신의 계산으로 일시적으로 대체 인력을 구하기도 하였음<br>• 아르바이트 사원을 채용할 수 있었으나, 그 비용은 최종적으로 회사가 부담 | • 회사는 매장의 판매원 채용에 관여하거나 판매원의 급여를 부담하지 않음<br>• 필요한 판매원을 직접 채용하여 근무를 관리하면서 급여 지급<br>• 판매원은 일정 정도 자신을 대체하여 근무하게 할 수 있음<br>• 동시에 같은 회사의 대리점을 운영하는 등 겸업을 하기도 함<br>• 매장 운영에 필요한 일부 비품을 구입하거나 비용을 부담 |
| 보수의 성격 | • 매장 전체 매출에서 각자의 수수료 비율에 따라 각각 수수료 지급<br>• 수수료 상한선과 하한선이 매출액 대비 일정한 비율이 아니라 기존 연봉의 일정한 비율로 정하여진 범위에서 지급<br>• 고정급을 지급 받았던 판매원도 있음 | • 매출실적에 위탁판매계약에서 정한 수수료율을 적용하여 산정한 수수료만을 지급<br>• 수수료에 상한이나 하한이 존재하지 않아 월별 수수료 액수에 상당한 편차가 있음 |

표5 백화점 위탁 판매원 근로자성 판결 비교

### ③ 학원버스 기사(지입차주)에 관한 인정례와 부정례

유사하게 학원버스를 운영한 지입차주의 형태이지만, 결론이 달라진 이유는 역시 사실관계에 있습니다.

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

표6 학원버스 기사(지입차주) 근로자성 판결 비교

### ④ 플랫폼 노동과 관련한 노동위원회 판정

최근 코로나 19로 인해 더욱 가속화된 디지털 전환은 산업구조와 노동시장에도 막대한 영향을 미치고 있습니다. 알고리즘을 바탕으로 거래가 매개되는 온라인 플랫폼을 통해 수없이 많은 거래가 이루어지고 있고, 노동도 예외는 아닙니다. 이에 따라 '플랫폼 노동'은 더 이상 낯선 단어가 아니게 되었습니다. 플랫폼 노동은 우리나라에서는 주로 배달과 운송의 영역을 중심으로 빠르게 확산되고 있습니다. 플랫폼은 자율적인 거래를 매개하는 시장의 새로운 형태로 보이지만, 일을 매개하는데 있어서 방식과 조건(고용형태와 노동조건)에 실질적인 영향력을 갖고 이를 통해 이윤을 얻는 경우도 많습니다. 그럼에도 불구하고 당사자간의 자율적 거래라는 외형으로 인해 플랫폼을 매개로 제공되는 노동에 대한 노동법상의 보호 책임의 주체는 모호합니다. 당사자 간의 근로계약의 체결에 따른 엄격한 사용종속관계가 노동법적 보호의 출발점인 기존의 노동법 체계하에서는 더욱 그러합니다. 이는 이윤의 귀속 주체인 플랫폼 기업으로부터 개별 노동자에게로 비용과 책임이 전가되고, 노동자는 불안정한 고용과 소득, 불완전한 사회 안전망에 놓이게 됨을 의미합니다. 이러한 상황에서 최근 유명 플랫폼 운송업체인 '타다 서비스'와 관련하여 중앙노동위원회는 근로자가 아님을 이유로 각하 판정을 한 지방노동위원회의 결정(서울2019부해2668)을 뒤집고, 프리랜서 드라이버를 근로자로 인정하였습니다(중앙2020부해170). 이는 현행법 테두리 내에서 플랫폼 노동 영역의 사용종속성을 다룬 중요한 판정으로 근로자성 인정의 근거를 살펴볼 필요가 있습니다. 판정문 전체의 일독을 권합니다.

| 지표 | 근로자성 부정(서울2019부해2668) | 근로자성 인정(중앙2020부해170) |
|---|---|---|
| 업무 지휘감독 | • 프리랜서 계약과 근로계약의 장단점을 비교하면서 스스로의 선택에 따라 프리랜서 계약을 체결함<br>• 자신의 사정에 따라 운전서비스 제공 여부를 선택할 수 있었고, 회사는 강제하거나 제재를 가할 수단이 없었음<br>• 업무매뉴얼에 따를 근무태도 요구, 복장 및 출퇴근 관리, 차량운행과정에서의 어뷰징행위는 타다 서비스의 차별성 부각 및 이미지 제고, 성실하고 안전한 차량운행의 유도, 운전서비스 제공에 따른 수수료 정산을 위한 차원이며 지휘감독이 아님 | • 근로자가 정해진 업무 범위를 벗어나 자율적으로 업무 내용을 결정 하는 것은 불가능<br>• 프리랜서 계약서에 규정된 계약해지사유, 타다 드라이버 교육자료에 명시된 드라이버 에티켓 등 각종 준수 사항, 복장 가이드 등 타다 앱에 등록된 자료, 이 사건 사용자들의 배차거부(계약해지) 표준과 근무 규정, 각종 매뉴얼 및 카카오톡 메시지 등을 통해 업무처리 방식 등을 구체적으로 지시받았으며, 이와 같은 지시는 그 내용의 구체성, 지속성, 다양성에 비추어 복무규정의 역할을 함<br>• 정해진 복장 착용. 공통 응대어를 말하며, 매뉴얼에 정해진 절차에 따라 운행<br>• 드라이버 레벨제(고객별점)를 통해 근무실적 평가⇒드라이버 레벨제 결과는 기계적으로 나온다 하더라도 평가항목을 정하고, 평가항목의 비율에 따른 계산식의 의사결정은 사용자가 정함<br>• 근로자인 드라이버와 프리랜서 드라이버의 노무제공의 본질적 차이 없음<br>• 근로자성은 계약의 형식이 아닌 근로관계의 실질에 따라 판단하며 근로자가 스스로 프리랜서 계약을 체결하여 포기하거나 부인한다고 해서 강행법규인 근로기준법 적용이 배제되지 않음<br>• 타다드라이버가 지시를 위반한 경우 경고, 안전교육, 및 계약해지 등과 같은 제재 시행 |
| 시간장소 구속성 | • 스스로 운전서비스 제공할 요일, 시간, 차고지를 선택하여 신청할 수 있었음 | • 확정된 배차표상의 운행 시간에 맞추어 차고지에 출근한 후 지정된 시각과 장소에서 지정된 이용자를 자신의 배차 차량에 탑승시켜 목적지까지 운행하므로 근로자가 임의로 근로시간 장소 변경 불가능<br>• 근무일과 출퇴근 시간을 선택할 수 있었으나, 이는 어느 차량이 어느 차고지에서 언제 운행을 할지가 이미 결정된 상태에서 근로시간과 장소에 대해 형식적 절차로 배차를 신청한 것에 불과함 |
| 전속성 | • 타다 서비스 제공 시간 외 개인 용무나 겸업 가능 | • 운행시간 외에 개인 용무나 겸업이 가능한 것은 단시간 근로자에게 흔히 나타나는 현상- 타다 드라이버로 근로하는 시간에 다른 사업장에 근로제공은 불가능함(전속성은 근로시간을 기준으로 삼아 그 시간 동안 사용자의 지휘 명령에 구속되어 있는지를 판단하는 요소임) |
| 독자적 사업자성 | • 타다기사는 고객과 협의를 통해 운행경로 선택하는 차량운행에 대한 지배권과, 교통법규 위반이나 교통사고에 대한 책임 스스로 부담 | • 차량을 비롯한 서비스 수행에 필수 불가결한 작업도구 일체를 소유하고 있지 않음<br>• 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 할 수 없고 타다 앱을 통해 배정된 이용자 외에 다른 고객을 유치하여 이윤을 창출할 가능성도 원천적으로 차단됨 |

| | | |
|---|---|---|
| 보수의 성격 | • 운행건수와 관계없이 운행시간 당 일정액에 운행시간을 곱한 수수료를 월단위로 지급<br>• 차량을 임차한 고객이 지불하여야 할 대가의 일부에 해당할 뿐 근로의 대가 아님 | • 시간당 일정금액에 실제 운행시간과 대기시간이 포함된 근로시간을 곱한 수당을 매월 정기적으로 지급<br>• 모든 프리랜서 드라이버에게 일률적 보수계산식 적용<br>→ 근로대가성 인정 |

표7 '타다'서비스 근로자성 관련 노동위원회 판정 비교

### (5) 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.

직업교육훈련촉진법(이하 '직업교육훈련법'이라 합니다)에 따라 특성화고등학교 현장에서 이루어지고 있는 현장실습은 원칙적으로 근로자가 아닌 학습중심 시스템으로 설계가 되어 있습니다. 이와 달리 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 참고할 만한 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 늘리기 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)

직업교육훈련법은 근로가 아닌 학습 중심으로 현장실습을 실시하겠다는 취지를 명확히 하고 있습니다. 표준협약서 고시 주체도 교육부장관으로 변경하고 학생들의 인권 존중을 위해 현장실습에 대한 선택권도 부여하였습니다. 지도·점검도 강화하여 기존의 현장실습 시간 제한(1일 7시간, 1주 35시간, 1일 1시간 연장 가능, 야간·휴일 현장실습 금지) 위반에 대한 처벌과 현장실습 표준협약서 미체결 및 표준협약서 미사용 계약 체결뿐만 아니라, 주요사항(현장실습 기간, 실습 방법, 담당자 배치, 현장실습 수당, 안전·보건조치, 현장실습 내용변경 절차)에 대한 미준수까지도 처벌할 수 있도록 처벌 규정을 확대하였습니다. 이러한 직업교육훈련법 규정을 지키지 않고, 사실상 근로자로 현장실습을 운영한 경우(장기간·지속적으로 근로하고, 현장의 다른 근로자들과 유사한 형태로 근무하며, 빈번한 연장·야간·휴일근로를 제공하는 경우 등)라면 직업교육훈련법 위반에 따른 제재만이 아니라, 근로자로서 근로기준법의 위반 여부도 함께 판단하여야 할 것으로 생각됩니다.

**② 학원강사의 근로자성**

학원강사와 관련한 대법원 판결은 대부분 근로자성을 인정하고 있습니다. 특히 최근의 대법원은 실적급 형태로 수강생별 수업료의 일정한 비율로 지급받은 강사의 경우에도 '학원이 분반을 지정하였다(대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110 판결)'거나 특강의 개설과 폐지 여부를 학원이 결정하였고, 학원이 배정한 시간과 장소에서 강의가 이루어지고, 특강에 대한 세부 내역을 관리하는 등의 사정을 이유로 근로자성을 인정(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다260602 판결)하는 판시를 하였습니다.

일반적으로 강사의 경우 주된 근로자성 판단의 쟁점은 다음과 같지만, 사용종속성의 지표를 개별 사안에 맞게 활용하는 것이 중요합니다. 이와 달리 대학교의 시간강사와 조교에 대하여는 근로자로 보는 것이 일반적입니다.

- 출근시간·강의시간 및 강의장소의 지정여부
- 강의교재 결정 권한의 소재
- 다른 사업장에 대한 노무제공의 가능성 여부(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 처리하고 있어 근로관계이기보다는 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.

2장 · 김희영 노무사(노무법인 해밀)

# 임금체불



노동의 대가인 임금은 근로자의 생존을 위한 기초입니다. 단, 며칠만 지연되어도 근로자의 생활을 위협하고 불안정하게 만듭니다. 2020년 기준 고용노동부에 신고된 체불임금 규모는 1조 5천억 수준이고 근로자수도 29만명에 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, 대지급금, 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 도산대지급금을 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 임금명세서의 확인**

근로계약서에는 근로조건에 대한 대부분의 정보가 담겨있습니다. 임금, 근로시간, 휴일, 휴가 등 모든 근로조건에 대한 최상의 입증자료입니다. 임금명세서에도 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.

2021. 11. 19. 부터 임금명세서 서면 교부가 의무화되면서 임금명세서를 과거보다는 수월하게 확보할 수 있습니다.

**관련 법률 – 근로기준법 제48조(임금대장 및 임금명세서)**

② 사용자는 임금을 지급하는 때에는 근로자에게 임금의 구성항목·계산방법, 제43조제1항 단서에 따라 임금의 일부를 공제한 경우의 내역 등 대통령령으로 정하는 사항을 적은 임금명세서를 서면(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제1호에 따른 전자문서를 포함한다)으로 교부하여야 한다.(벌칙: 500만원 이하의 과태료)

**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 퇴사 전 입증자료를 확보할 수 있도록 안내하는 것이 좋습니다. 매달 스케줄표를 고지받는 경우 이것을 입증자료로 이용할 수 있습니다. 회사의 시스템에 접속하여야만 업무를 할 수 있는 경우, 출퇴근 화면 기록을 매일 스크린샷으로 저장한 것을 수백장 제출하여 연장근로를 인정받은 사례도 존재합니다. 차선책으로는 '교통카드 기록'을 제출하기도 하는데, 정확하진 않지만 출퇴근 시간을 유추할 수 있기 때문입니다. 재봉일용직의 경우 종이로 찍는 독서실 기록카드와 유사한 방식의 출퇴근 카드를 사용하는 사업장도 있습니다. 노동청에서는 여러 정황과 증언, 자료들을 종합 판단하여 입증자료로 인정하기 때문에 출퇴근 자료는 어떠한 것이든 일단 확보할 수 있도록 상담하는 것이 좋습니다. 수기라 해도 장기간 기록해왔다면 인정해주는 경우가 있기 때문에 상담시 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.

22년 7월 급여명세

| 인적사항 | | | |
|---|---|---|---|
| 성명 | | 생년월일 | 1990-05-05 |
| 부서 | 영업부 | 직급 | 사원 |
| 입사일 | 2020-01-01 | 임금지급일 | 2022-08-05 |
| 근로일수 | 21일 | 총근로시간수 | 230.725시간 |
| 연장, 휴일근로 | 21.725시간 | 소정근로시간수 | 209시간 |
| 고정제외 추가연장 | | 야간근로시간 | |

| 급여내역 | | | |
|---|---|---|---|
| 지급내역 | | 공제내역 | |
| 항목 | 금액 | 항목 | 금액 |
| 기본급 | 2,000,000 | 국민연금 | 81,000 |
| 식대 | 100,000 | 건강보험 | 74,430 |
| 고정연장근로수당 | 358,620 | 장기요양 | 8,570 |
| 추가연장근로수당 | — | 고용보험 | 24,670 |
| 휴일근로수당 | — | 근로소득세 | 91,690 |
| 야간근로수당 | — | 지방세 | 9,160 |
| 출산휴가급여 | — | 건강정산 | 10,980 |
| 육아휴직급여 | — | 요양정산 | 1,270 |
| 성과급 | — | 두루누리연금지원 | – 64,800 |
| 직급수당 | 200,000 | 두루누리고용지원 | – 19,730 |
| 차량유지비 | | | |
| 지급총액 | 2,658,620 | 공제합계 | 217,240 |

| 계산방법 | | 공제후 실지급액 (원) |
|---|---|---|
| 기본급 | 209시간×통상시급 | |
| 연장근로수당 | 21.73시간×통상시급×1.5배 | 2,441,380 |

수고하셨습니다. 회사명



고용노동부 표준근로계약서 (수정사용 예시)

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

1. 근로개시일: 2020 년 1 월 1 일부터 (종료일이 없는 경우 정규직임)
   급여 적용기간: 2020 년 1 월 1 일부터 2022 년 12 월 31 일까지 (✷급여변동 계약시)
2. 근무장소: 본사 영업팀
3. 업무의 내용: 영업 및 마케팅 관리
4. 소정근로시간: 월요일~금요일 9 시 00 분부터 18 시 00 분까지
   (휴게시간: 12 시 00 분~ 13 시 00 분)
   연장근로시간: 월요일~금요일 18 시 00 분부터 19 시 00 분까지 (✷고정적 연장근로 경우)
5. 휴일/휴무일: 유급 주휴일은 매주 일 요일, 토 요일은 무급휴무일
   근로자의 날(모든 사업장)과 공휴일 및 대체공휴일(5인 이상 사업장)은 유급휴일.
6. 임금
   - 월(일, 시간) 기본급: 2,000,000 원 (주40시간, 월 주휴포함 월209시간에 대한 대가)
   - 식대: 100,000 원, 직급수당: 200,000 원, 차량유지비: _____원
   - 상여금: 있음 ( ), _____원, 없음 ( ✓ )
   - 연장근로수당: 1시간×주5일×4.345주×시급[(기본급+식대+직급수당)/209]×1.5=358,620원
   - 임금지급일: 매월 초일 부터 말일 까지의 근로의 대가를 익월 5일 지급
   - 지급방법: 근로자의 예금통장에 입금
7. 연차유급휴가
   - 연차유급휴가는 계속근로연수가 1년 미만인 경우 전월 개근 시 익월에 1일의 연차휴가를 부여한다. (1년차: 연간 총 11일) 1년 이상 근로자에게는 전년도에 80% 이상 개근한 경우 다음연도에 15일 이상의 연차휴가를 부여한다.
8. 근로계약서 교부
   - 사업주는 근로계약을 체결함과 동시에 본 계약서를 사본하여 근로자의 교부요구와 관계없이 근로자에게 교부함(근로기준법 제17조 이행).
9. 근로계약, 취업규칙 등의 성실한 이행의무
   - 사업주와 근로자는 각자가 근로계약, 취업규칙, 단체협약을 지키고 성실하게 이행하여야 함.
10. 기타
    - 이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법령에 의함

년 월 일

(사업주) 사업체명: (전화: ) 대표자: (서명)
주소:

(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 연차유급휴가수당을 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 시행령 제4조, 제5조 제2항). 이 경우 최저임금에 산입되는 것은 생산고에 따른 성과급을 (실)근로시간수로 나눈 금액을 말합니다(최저임금법시행령 제5조 제2항, 제3항). 그런데 노동부에서는 생산고 성과급 형태가 아닌 일반적인 최저임금 산정 기준시간에는 주휴시간을 포함하므로 계산법이 조금 복잡해집니다(임금근로시간정책팀-3848, 2006. 12. 20 참조).

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

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

**Q&A**

Q. 저는 기본급이 150만원 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.

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

$$\text{최저임금} = 7{,}177\text{원} + 2{,}336\text{원} = 9{,}513\text{원} > 9{,}160\text{원(2022년의 최저시급)}$$

✷ 기본급에 해당하는 시간수의 계산은 주휴시간을 합산하여 이루어집니다.
(주5일 × 8시간) + (주휴일 주1일 × 8시간) = 48시간
월 평균 주수는 연간 총 일수를 12개월로 나눈 월당 일수를 1주 7일로 나누어 산출합니다.
365일 ÷ 12개월 ÷ 7일 = 4.345238095...
(48시간) × (365일 ÷ 12개월 ÷ 7일) = 208.5714286 ≒ 209시간

✷✷ 이때 209시간은 정확히는 208.57시간인데 계산의 편의를 위해서 올림한 것입니다.

✷ ✷ ✷ 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 기준인 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 하는 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 30만원을 받습니다. 통상임금이 150만원 밖에 되지 않으므로 최저임금 미달아닌가요? 기본급을 2022년 최저임금액인 시급 9,160원, 월 1,914,440원으로 청구할 수 있는 것 아닌가요?

A. 생산고에 따른 성과급의 최저임금 비교금액 계산법에 따라 계산했을 때 최저임금에 미달하는 부분이 있다면 이를 올려줄 필요는 있지만, 곧바로 통상임금을 최저임금이 될 때까지 올려야 하는 것은 아닙니다.
통상임금 = 1,500,000원 ÷ 209시간 (근로시간 174시간 + 주휴시간 35시간) = 7,177원
최저임금 비교임금 = 7,177.033원 + (300,000원÷174시간)
= 7,177.033원 + 1,724.137원 = 8,901.17원 (최저임금 미달)
2022년 최저시급 9,160원에 미달되는 시급 258.83원을 올리기 위해서는 월 기본급을 54,096원(258.83원×209시간) 올리면 됩니다. 기본급 155만 4,096원 + 성과급 30만원 = 총급여는 185만 4,096원이 되며,
통상임금 = 155만 4,096원 / 209시간 (근로시간 174시간 + 주휴시간 35시간)
=7,436원
최저임금 비교임금 = (155만 4,096원/ 209시간) + (30만원 /174시간)
= 7,435.862원 + 1,724.138원 = 9,160원 (최저임금 충족)
이렇게 최저임금 위반은 해소가 되었지만, 여전히 통상임금은 최저임금보다 낮습니다.

### (3) 최저임금의 계산

**① 최저임금**

최저임금은 최저임금법에 따라 매년 최저임금위원회에서 결정·고시합니다. 2022년 최저임금은 9,160원입니다. 임금채권은 소멸시효가 3년이기 때문에, 체불임금을 산정할 때는 최소 4년간 최저임금을 고려해야 합니다.

| 연도 | 시급 | 일급(8시간) | 월급(209시간) |
|---|---|---|---|
| **2019년** | 8,350원 | 66,800원 | 1,745,150원 |
| **2020년** | 8,590원 | 68,720원 | 1,795,310원 |
| **2021년** | 8,720원 | 69,760원 | 1,822,480원 |
| **2022년** | 9,160원 | 73,280원 | 1,914,440원 |

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 대분류9(단순노무종사자)'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 장관으로부터 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 인가 필요 |

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 실비변상적인 성격의 금액은 최저임금에 포함되지 않는 금품입니다.

| 구분 | 임금의 범위 |
|---|---|
| 공통요건 | 1. 단체협약·취업규칙 또는 근로계약에 임금항목으로서 지급근거가 명시되어 있거나 관례에 따라 지급하는 임금 또는 수당<br>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<br>1. 직무수당·직책수당 등 미리 정해진 지급조건에 따라 담당하는 업무와 직책의 경중에 따라 지급하는 수당<br>2. 물가수당·조정수당 등 물가변동이나 직급 간의 임금격차 등을 조정하기 위하여 지급하는 수당<br>3. 기술수당·면허수당·특수작업수당·위험작업수당 등 기술이나 자격증·면허증 소지나 특수작업종사 등에 따라 지급하는 수당<br>4. 벽지수당·한냉지근무수당 등 특수지역에서 근무하는 사람에게 일률적으로 지급하는 수당<br>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<br>6. 생산장려수당 등 생산기술과 능률을 향상시킬 목적으로 매월 일정한 금액을 지급하는 수당<br>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<br>2. 1개월을 초과하는 일정기간의 계속근무에 대하여 지급하는 근속수당<br>3. 1개월을 초과하는 기간에 걸친 해당 사유에 따라 산정하는 장려가급(奬勵加給)·능률수당 또는 상여금<br>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<br>2. 연장시간근로·휴일근로에 대한 임금 및 가산임금<br>3. 야간근로에 대한 가산임금<br>4. 일직·숙직수당<br>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 일정비율을 초과하는 식대는 최저임금 산입범위에 포함되며, 그 비율 이내 식대는 최저임금

산입에서 제외됩니다. 다만, 매년 단계적으로 이 비율이 줄어들어 2022년에는 2%, 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 2022년 기준 월 최저임금 1,914,440원 기준 2% 금액 38,289원을 넘는 식대만 최저임금에 포함됩니다. 식대를 10만원으로 정한 경우 61,711원은 최저임금에 포함되는 금액입니다.

**사례 – 복리후생비가 있는 경우 최저임금 위반 여부 판단**

| | 근로시간 | 임금 |
|---|---|---|
| **근로조건** | 1일 8시간 주40시간 | 기본급 185만 2730원, 식대 10만원 |

2022년 기준 최저임금 월액의 2% 이상인 식대만 최저임금에 포함하면,
1,852,730원 + (100,000원 – 38,289원) = 1,852,730원 + 61,711원 = 1,914,441원
2022년 최저임금(시급)은 9,160원이고 월 최저임금은
1,914,440원(9,160원×209시간)이므로 최저임금 이상임.

| 기본급 | 식대 | 합산액(최저임금 준수) |
|---|---|---|
| 1,852,730 | 100,000 | 1,952,730 |
| 1,914,440 | 0 | 1,914,440 |

표7 식대 설정 시 최저임금 준수 기준금액(2022년 기준)

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 일정비율을 초과하는 금액이 최저임금 산입범위에 포함되며, 2022년도 월 최저임금의 10% 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% |

표8 월별 상여금의 최저임금 미산입 비율

그래서 월별 상여금 중 2022년 월 최저임금 1,914,440원의 10%인 191,444원을 넘는 금액만 최저임금에 포함됩니다.

**사례 – 월별 상여금이 있는 경우 최저임금 위반 여부 판단**

| | 근로시간 | 임금 |
|---|---|---|
| **근로조건** | 1일 8시간 주40시간 | 기본급 185만 5890원, 월별 상여금 25만원 |

2022년의 경우 월 최저임금은 10% 이상인 월별 상여금만 포함.
1,855,890원+(250,000원-191,444원)=1,855,890원+58,556원=1,914,446원
2022년 최저임금(시급)은 9,160원이고 월 최저임금은
1,914,440원(9,160원×209시간)이므로 최저임금 이상임.

| 기본급 | 월별 상여금 | 합산액(최저임금 준수) |
|---|---|---|
| 1,855,890 | 250,000 | 2,105,890 |
| 1,914,440 | 0 | 1,914,440 |

표9 월별 상여금 설정 시 최저임금 준수 기준금액(2022년 기준)

한편, 최저임금인상에 따른 부담을 줄이기 위해 사용자가 1개월을 초과하는 주기로 지급하던 상여금을 1개월 단위로 변경하는 경우 임금 총액의 변동이 없다면 개정법은 취업규칙 변경절차의 특례로 과반수 노조나 근로자 과반수의 의견청취만으로 변경이 가능하도록 규정하고 있습니다.

다) 최저임금 적용 기준시간 수 개정

최저임금 적용을 위한 기준시간은 2019. 1. 1. 최저임금법 시행령 제5조 제1항의 개정으로 명확해졌습니다. 기존에는 유급주휴시간이 최저임금 월 환산 기준시간에 포함된다는 고용노동부의 입장(임금근로시간정책팀-3468, 2007. 11. 26)과 포함되지 않는다는 법원의 입장(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다64245 판결)이 달라 논란이 되었으나, 시행령 개정으로 유급주휴시간이 최저임금 월 환산

기준시간에 포함되도록 정리되었습니다. 또한 월 임금은 1주의 소정근로시간과 주휴시간의 합산 시간 수를 1년 동안의 평균 주의 수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간 수로 계산하도록 계상방식도 명확히 규정되었습니다.

✷ (1주 소정근로시간 + 1주 법정주휴시간) × (1년 동안 평균 주의 수) ÷ 12월
= (40시간 + 8시간) × (365일 ÷ 7일) ÷ 12월 ≒ 208.57시간

이에 따라 그동안 최저임금의 월 환산 기준시간은 209시간이라고 발표해 온 노동부도 시행령 개정에 따라 월 환산 기준시간은 208.57시간으로 산정된다는 설명자료를 배포했습니다.고용노동부의 최저임금법령 설명자료(2019년 시행)에 등장하는 월 환산액 산정예시에 따르게 되면, 매년 발표되는 최저임금 고시 월 환산액 금액은 설명자료 계산금액과 다소 차이가 발생하게 됩니다. 그렇다면 208.57시간이 좀 더 정확한 최저임금 월 환산 기준시간이라 할 수 있으며, 209시간은 업무 편의상 올림 처리하여 사용하는 것이라고 할 수 있겠습니다.

✷ 고용노동부의 월 환산액 산정예시 (시급은 2022년 기준)

- 소정근로시간 1일 8시간, 1주 40시간, 법정 주휴일 1일인 경우 월 환산액
  ⇒ 9,160원 × 208.57시간 = [(40시간+8시간)×365일÷7일÷12월] = 1,910,501원
- 소정근로시간 1일 7시간, 1주 35시간, 법정 주휴일 1일인 경우 월 환산액
  ⇒ 9,160원 × 182.5시간 = [(35시간+7시간)×365일÷7일÷12월] = 1,671,700원

✷ 고용노동부의 2022년 적용 최저임금 고시

- 시간급: 9,160원, 월 환산액 1,914,440원 (월 환산 기준시간 수 209시간 기준 예시)

라) 최저임금의 계산 및 미달여부의 판단

최저임금 위반 여부는 최저임금에 포함되는 항목(비교대상 임금)을 분류하여 합산한 임금액을 소정근로시간으로 나눈 시간급 임금이 최저시급에 미달하는지를 기준으로 판단합니다.

---

**사례**

**1. 임금명세서가 있는 경우**

| | |
|---|---|
| **기본급** | 1,500,000 |
| **식대** | 100,000 |
| **차량유지비** | 200,000 |
| **연장근로수당** | 350,000 |
| **직책수당** | 200,000 |
| **월별 상여금** | 250,000 |
| ✷ 차량유지비는 실비변상적·차량보유 조건부 수당 | |

임금명세서(1일 8시간, 1주 40시간 근로)

| | |
|---|---|
| **기본급** | 1,500,000 |
| **식대** | 61,711 |
| **차량유지비** | 0 |
| **연장근로수당** | 0 |
| **직책수당** | 200,000 |
| **월별 상여금** | 58,556 |
| ✷ 복리후생적 급여라도 실비변상적인 차량유지비는 최저임금 미산입 | |

최저임금에 포함되는 임금



식대는 2022년 기준 최저임금월액인 1,914,440원의 2%(38,289원)를 넘는 금액만 산입하며, 월별 상여금은 10%(191,444원)를 넘는 금액만 산입합니다.
위 임금명세서에서 최저임금에 산입되는 항목 합계는
1,820,267원(1,500,000원+61,711원+200,000원+58,556원)입니다.
이 금액을 월 총 유급근로시간인 209시간(월 소정근로시간 174시간+월 주휴시간35시간)으로 나누면 시급은 8,709원으로 2022년 최저시급 9,160원에 미달됩니다. 월 최저임금은 1,914,440원이므로 94,173원의 차액만큼 기본급이나 수당을 인상해야 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)<br>휴게1시간(오전2시~3시) | 250만원<br>(식대10만원) |

소정근로시간: 월~금 8시간 × 5일 = 1주 40시간 (기본시급)
연장근로시간: 토요일 8시간 × 1.5배 = 1주 12시간 (연장가산)
야간근로시간: 오후 10시~새벽 4시까지(휴게 1시간 제외) × 0.5배 =15시간 (야간가산)
월 단위로 합계를 내면
[{8 × (평일 5일 + 주휴1일)} + (연장8시간 ×1.5배) + {(야간6 - 1) × 6일 × 0.5}] × 4.345주(1개월) = (48 + 12 +15 ) × 4.345주(1개월) = 325.875시간
최저임금 비교대상임금: 2,500,000원-식대 38,289원 = 2,461,711원
시급: 2,461,711원 ÷ 325.875시간 = 7,554원
2022년 최저임금 9,160원에 미달하고, 최저임금 기준으로 월급여액을 산정하면
시급 9,160원 × 325.875시간 = 2,985,015원임

**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)<br>휴게1시간(오전2시~3시) | 250만원<br>(식대10만원) |

소정근로시간: 월~토 8시간 × 6일 = 1주 48시간 (기본시급)
월 단위로 합계를 내면
월간 총 유급근로시간=8시간 × (평일6일+주휴1일) × 4.345주(1개월)
=56시간 × 4.345주(1개월) = 243.04시간
최저임금 비교대상임금: 2,461,711원(사례2와 동일)
시급: 2,461,711원 ÷ 243.04시간 = 10,128원으로 2022년 9,160원 최저시급 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 대응하는 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 분쟁으로 이어지면, 법원은 그 실질을 따져 일률적, 정기적, 고정적으로 지급되는 금액이면 통상임금에 해당한다고 판단을 하고 있습니다. 일정한 직급에게 지급하는 직급수당, 특정 기술이나 자격 또는 위험작업 등을 이유로 일률적으로 지급하는 수당은 대부분 통상임금에 포함됩니다. 그리고 일정한 간격으로 모든 근로자 또는 일정조건을 갖춘 근로자에게 일률적으로 지급하는 고정적인 임금도 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** | 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 |

표10 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 하거나, 일정 근무일수를 채울 것을 조건으로 지급여부가 달라지면 이것은 매월 변동될 수 있는 일정한 실적을 충족해야 지급되는 것이므로, 대법원은 통상임금이 아니라고 판단하고 있습니다. 통상임금은 소정근로일 근로에 대한 대가로 지급되는 것인데, 일정한 근무일수의 충족이라는 사전에 확정할 수 없는 불확실한 조건을 충족해야 지급의무가 생긴다면 고정성이 없다는 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. | ○ |

표11 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)<br>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 | ○ |

표12 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** | 1,500,000 |
| **(일률적)식대** | 100,000 |
| **차량유지비** | 200,000 |
| **연장근로수당** | 350,000 |
| **가족수당** | 50,000 |
| **직책수당** | 200,000 |
| **월별 상여금** | 150,000 |

임금명세서

| | |
|---|---|
| **기본급** | 1,500,000 |
| **식대** | 100,000 |
| **직책수당** | 200,000 |
| **월별 상여금** | 150,000 |

✷ 차량소유자에게만 지급하는 차량유지비는 실비변상적 금품으로 통상임금 아님

✷ 실제 부양가족에 대해 지급하는 가족수당은 통상임금 아님

통상임금에 포함되는 임금

통상임금 = (1,500,000원+100,000원+200,000원+150,000원) ÷ {하루8시간 × (주5일+주휴1일) × 4.345주} = 1,950,000원 ÷ 209시간 = 9,330원

급여에서 기본급으로 표시된 항목은 1,500,000원이지만 일률적, 고정적인 식대, 직책수당, 월별 상여금까지 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) | 2,500,000원 |

월 유급근로시간

= (주 40시간 + 주휴 8시간 + 연장 2시간 × 주5일 × 1.5) × 4.345주 = 273.74시간

통상임금 = 2,500,000원 ÷ 273.74시간 = 9,133원(2022년 최저임금 미달)

**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) × 4.345주 = 252시간

통상임금 = 2,500,000원 ÷ 252시간

= 9,920원(2022년 최저임금 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) 기본급과 일할계산

기본급을 구성하는 것은 기본근로시간(소정근로시간)에 대한 근로의 대가와 주휴일에 대한 대가입니다. 여기서 기본근로시간은 하루 8시간, 주40시간을 넘지 않는 한도에서 양 당사자가 약정한 근로시간을 말합니다. 만약 이 시간의 한도를 넘는 시간으로 약정한다면 1일 8시간, 1주 40시간까지가 기본근로가 되며, 추가적인 근로는 연장근로가 됩니다.

그렇다면 월 중도 입사자와 월 중도 퇴사자의 기본급은 어떻게 계산해야 할까요? 월급제 근로자가 근무월 도중에 퇴사하는 경우 임금 계산방법에 대해서는 노동관계법령상 특별한 규정이 없습니다. 취업규칙 등에서 달리 정하는 바가 있다면 그 규정에 따라야 하며(근기 1455-24422, 1981. 8. 11), 별도의 규정이 없다면 실제 근로일수에 해당하는 임금을 일할 계산하여 지급해도 됩니다(근기 68207-690, 1999. 3. 24). 이러한 방식이 허용되는 이유는 월급근로자는 월의 실질 일수(28일~31일)에 관계없이 소정근로일에 근로한 경우 월급액을 지급받기 때문입니다. 다만, 이때에도 최저임금에 미달되어서는 안 됩니다.

**사례 – 2022년 7월 25일까지 근무하고 퇴사한 경우 기본급 1,914,440원의 7월 급여 일할계산**

7월 1일~25일까지의 유급일수: 평일 근로일 17일 + 유급 주휴일 4일 = 21일

7월 전체의 유급일수: 31일 - 5일(무급휴무일 토요일) = 26일

- 2022년 기준 최저임금: 9,160원 × (8시간×21일) = 1,538,880원
- 기본급 ÷ 월 역일수 × 근무 역일수 = 1,914,440원 ÷ 31일 × 25일 = 1,543,903원
- 기본급 ÷ 월 유급일수 × 근무 유급일수 = 1,914,440원 ÷ 26일 × 21일 = 1,546,279원
- 기본급 ÷ 월 유급시간수 × 근무 유급시간수 = 1,914,440원 ÷ 209 × (8시간×21일) = 1,538,880원

그런데 역일수 방식으로 계산할 때에는 퇴사일에 따라 최저임금에 미달될 수 있어, 이때에는 유급일수나 유급시간수 방식으로 변경하여 계산할 필요가 있습니다.

**사례 – 2022년 7월 15일까지 근무하고 퇴사한 경우 기본급 1,914,440원의 7월 급여 일할계산**

7월 1일~15일까지의 유급일수: 평일 근로일 11일 + 유급주휴일 2일 = 13일
7월 전체의 유급일수: 31일 - 5일(무급휴무일 토요일) = 26일

- 2022년 기준 최저임금: 9,160원 × (8시간×13일) = 952,640원
- 기본급 ÷ 월 역일수 × 근무 역일수 = 1,914,440원 ÷ 31일 × 15일 = 926,342원
- 기본급 ÷ 월 유급일수 × 근무 유급일수 = 1,914,440원 ÷ 26일 × 13일 = 957,220원
- 기본급 ÷ 월 유급시간수 × 근무 유급시간수 = 1,914,440원 ÷ 209 × (8시간×13일) = 952,640원

위와 같이 역일수로 계산할 때에 최저임금에 미달하는 경우가 발생할 수 있기 때문에 실무에서는 모든 달을 30일로만 나누어 계산하는 방식도 활용합니다. 하지만 이 경우 31일인 달의 계산이 실질과 달라 모순이 발생할 수 있으므로 유급일수 방식이나 유급시간수 방식으로 계산하는 것을 권장합니다.

나) 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. 감시단속적 업무는 노동부 승인을 받은 경우라면, 주휴수당을 지급하지 않아도 됩니다.

| 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. |

표13 임금계산방법과 주휴수당

또한 기존에는 1주간의 소정근로일을 개근하고 다음주의 근로가 예정되어 있는 경우에만 주휴수당이 발생하는 것으로 해석되었으나, 1주간의 소정근로일을 개근하면 1주를 초과한 날(8일째)의 근로가 예정되어 있지 않더라도 주휴수당이 발생하는 것으로 노동부의 행정해석이 변경되었습니다(임금근로시간과-1735, 2021. 8. 4)

**사례 – 소정근로일이 월~금까지이며, 개근했고, 주휴일은 일요일인 경우**

월~금까지 근로관계 유지. 토요일에 퇴사 → 주휴수당 미발생
월~일까지 근로관계 유지. 월요일에 퇴사 → 주휴수당 발생
(행정해석 변경 전에는 월~월까지 근로관계를 유지하고 화요일에 퇴사해야 주휴수당 발생했음)

다) 일용직의 주휴수당 청구

일용근로자는 매월 통장내역과 고용보험이력을 가지고 근무일수를 산정하여 주휴수당을 청구할 수 있습니다.

| 통장내역 | | 입금 명의 | 고용보험 이력 | | 주6일 근로 추정월 | 주휴 발생일수 | 해당월 일당 | 주휴수당 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 2022년 1월 | 641,330 | ㈜OOO | 650,000 | 5일 | | | 130,000 | — |
| 2022년 2월 | 1,409,890 | ㈜OOO | 1,430,000 | 11일 | | | 130,000 | — |
| 2022년 3월 | 3,847,950 | ㈜OOO | 3,900,000 | 30일 | 월 31일 中 30일 | 4일 | 130,000 | 520,000 |
| 2022년 4월 | 3,633,890 | ㈜OOO | 3,770,000 | 29일 | 월 30일 中 29일 | 4일 | 130,000 | 520,000 |
| 2022년 5월 | 3,484,430 | ㈜OOO | 3,705,000 | 28일 | 월 31일 中 28일 | 4일 | 132,321 | 529,284 |
| 2022년 6월 | 3,805,330 | ㈜OOO | 4,200,000 | 28일 | 월 30일 中 28일 | 4일 | 150,000 | 600,000 |
| 2022년 7월 | 2,927,240 | ㈜OOO | 3,010,000 | 22일 | | | 136,818 | — |
| 2022년 8월 | 3,078,360 | ㈜OOO | 3,260,000 | 24일 | | | 135,833 | — |
| 2022년 9월 | 4,493,710 | ㈜OOO | 4,950,000 | 29일 | 월 30일 中 29일 | 4일 | 170,690 | 682,760 |
| 2022년 10월 | 2,803,360 | ㈜OOO | 2,850,000 | 19일 | | | 150,000 | — |
| 2022년 11월 | 3,964,520 | ㈜OOO | 4,050,000 | 27일 | 월 30일 中 27일 | 4일 | 150,000 | 600,000 |
| 2022년 12월 | 2,989,900 | ㈜OOO | 3,300,000 | 22일 | | | 150,000 | — |
| | | | | | | | 합계 | 3,452,044 |

표14 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 된다는 입장입니다(건설일용근로자 보호지침 근로기준과-4532, 2004. 8. 30).

라) 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.

마) 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 × 4.345주(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 9,160원 × 주휴 4.2시간 = 38,472원

월 기본급 = (시급 9,160원 × 주 21시간 + 시급 9,160원 × 주휴 4.2시간) × 4.345주 = 1,002,965원

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 일 7시간, 주 3일 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

바) 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).

사) 주휴수당이 시급에 포함된 경우

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

| | 최저시급 | 5일이 소정근로일인 근로자<br>주휴포함 시급 1.2배수 | 6일이 소정근로일인 근로자<br>주휴포함 시급 1.166667배수 |
|---|---|---|---|
| **2020년** | 8,590 | 10,308 | 10,022 |
| **2021년** | 8,720 | 10,464 | 10,173 |
| **2022년** | 9,160 | 10,992 | 10,687 |

표15 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 근로자가 휴일(주휴일, 근로자의 날 등)에 일할 때 지급해야 하는 수당을 말합니다. 관공서공휴일도 2020년부터 단계적으로 유급휴일로 보장되고 있습니다. 다만, 개정법상 관공서공휴일이 유급휴일로 보장되기 전인 사업장이라 하더라도 공휴일을 약정휴일로 정하여 근로계약서나 취업규칙 등에 명시하였다면 휴일근로가 될 수 있고, 휴일근로수당을 지급해야 합니다. 야간근로수당은 밤 10시부터 새벽 6시까지의 야간에 근로하는 경우 추가로 지급해야하는 수당을 말합니다.



✷ 근로기준법 제55조 휴일규정의 개정으로 상시 300명 이상 사업장과 공공기관은 20. 1. 1.부터, 상시 30인 이상 사업장은 21. 1. 1.부터, 5인 이상 사업장은 22. 1. 1.부터 유급휴일로 보장됩니다. 단, 5인 미만 사업장은 공휴일이 유급휴일로 의무화되지는 않았지만, 취업규칙이나 근로계약서 등을 통해 휴일로 약정할 수 있습니다.

**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 × 4.345주(월) = 월 43.45시간
연장수당 = 통상임금 × 월 연장시간 × 1.5배 = 9,160원 × 43.45시간 × 1.5
= 597,003원

**② 휴일근로수당의 계산방법**

8시간 이내의 휴일근로는 1.5배로만 가산하고, 8시간을 넘는 휴일근로는 2배로 중복가산하여 지급합니다.

**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 × 4.345주(월) = 월 43.45시간
연장근로수당 = 통상시급 × 월 연장시간 × 1.5배 = 9,160원 × 43.45시간 × 1.5
= 597,003원 (최저임금 기준)
휴일근로시간 = 토요일 오전 8시부터 오후 7시까지 10시간
휴일근로수당 = 통상시급 × {(10시간 × 휴일1.5배) + (2시간 × 연장0.5배)}
= 9,160원 × (15시간+1시간) = 146,560원(최저임금 기준)

**③ 휴일대체**

근로기준법의 개정으로 휴일은 제55조 제1항의 주휴일과 제55조 제2항의 관공서 공휴일로 각각 달리 규정되고 있습니다. 이때 주휴일과 다른 근로일을 1:1로 대체하기 위해서는 적어도 24시간 전에 해당 근로자에게 고지해야 합니다(법무 811-18759, 1978. 4. 8). 판례는 단체협약 등에서 휴일을 특정하여 근로일로 하기로 하고, 대신 통상의 근로일을 휴일로 교체할 수 있도록 하는 규정을 두거나, 규정이 없더라도 근로자의 동의를 얻은 경우, 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 않습니다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다590 판결).

그런데 제55조 제2항의 관공서 공휴일을 다른 근로일과 대체하고자 할 경우 제2항 단서에 따라 근로자 대표와 서면합의를 해야 합니다. 따라서 주휴일의 휴일대체와 공휴일의 휴일대체는 방식이 다르다는 점을 주의해야 합니다.

**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 소정근로시간이나 연장근로시간이기도 해서, 이에 대해 기본급이나 연장근로수당을 지급받습니다. 따라서 연장근로의 경우와 달리 1.5배가 아닌 0.5배의 급여가 가산됩니다.

**사례 – 오후 12시부터 밤 11시까지 주 5일 근무하는 근로자의 급여 계산(시급 최저임금)**

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

= 시급×{(8시간×(근로5일+주휴1일)×4.345주) +
(연장2시간×1.5×주5일×4.345주) + (야간1시간×0.5×주5일×4.345주)
= 9,160원×(209시간+65.18시간+10.86시간) = 9,160원×285.04시간
= 2,610,966원

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 미만 근로 중 사용한 휴가를 1년 직후 발생한 휴가에서 차감할 수 없게 되었습니다. 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 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 2022. 1~12 | 11개 | 2028. 1~12 | 17개 | 2034. 1~12 | 20개 | 2040. 1~12 | 23개 |
| 2023. 1~12 | 15개 | 2029. 1~12 | 18개 | 2035. 1~12 | 21개 | 2041. 1~12 | 24개 |
| 2024. 1~12 | 15개 | 2030. 1~12 | 18개 | 2036. 1~12 | 21개 | 2042. 1~12 | 24개 |
| 2025. 1~12 | 16개 | 2031. 1~12 | 19개 | 2037. 1~12 | 22개 | 2043. 1~12 | 25개 |
| 2026. 1~12 | 16개 | 2032. 1~12 | 19개 | 2038. 1~12 | 22개 | 2044. 1~12 | 25개 |
| 2027. 1~12 | 17개 | 2033. 1~12 | 20개 | 2039. 1~12 | 23개 | 2045. 1~12 | 25개 |

표16 근속년수 별 연차휴가일수

한편, 1년 계약직 근로자의 연차휴가일수 부여에 관해 고용노동부는 전년도 1년간 80% 이상 출근한 근로자라면 다음 1년간 휴가를 사용할 기간이 하루도 없다 해도 15일이 부여된다고 하면서 1년 기간제 근로자는 계약기간이 만료되는 경우 26일의 연차휴가가 발생한다고 보았습니다. 그러나 최근 대법원은 연차휴가를 사용할 권리는 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로 1년 계약직 근로자에게는 근로기준법 제60조 제2항만 적용되어 1개월 개근 시 발생하는 11일의 연차만 부여하면 된다고 판결했습니다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다227100 판결). 고용노동부도 대법원 판결에 따라 1년간 근로관계가 존속하고 80% 이상 출근해도 1년의 근로를 마친 다음날(366일째) 근로관계가 있어야 15일의 연차가 발생하고, 퇴직에 따른 연차미사용수당도 청구할 수 있는

것으로 행정해석을 변경하였습니다.

이번 행정해석에서는 ①계속근로 1년 미만일때 1개월 개근시 1일씩 주어지는 연차도 1개월의 근로를 마친 다음날 발생하며, ②정규직의 경우에도 동일하게 적용되며, ③정규직이 마지막 근무하는 해에 1년 근무하고 퇴직하는 경우 80% 출근율을 충족하더라도 그에 따라 주어지는 연차와 가산연차에 대한 미사용수당을 모두 청구할 수 없다는 입장으로 변경되었는바 연차 계산시 유념하시기 바랍니다.

**③ 연차휴가의 사용기간**

입사 후 1년 미만 기간에 매월 1일씩 발생한 연차유급휴가는 입사일부터 1년까지만 사용이 가능합니다. 이는 2020. 3. 31. 근로기준법 개정으로 신설된 제60조 제7항에 따라 1년 미만 기간에 발생한 연차유급휴가 사용기간이 변경되었습니다. 따라서 입사 초기 발생한 연차휴가 사용기간은 11개월이지만, 뒤로 갈수록 발생하는 연차휴가의 사용기간은 1개월까지로 짧아지게 됩니다. 이때 연차휴가 사용기간이 종료된 다음날 연차휴가미사용수당 청구권이 발생하므로 입사 만 1년이 되는 날의 다음날이 속한 임금지급일에 연차휴가미사용수당을 지급하면 됩니다.

다만, 노사가 1년차 때 매월 1일씩 발생한 유급휴가를 입사한 다음 해의 말일까지 사용할 수 있도록 합의(취업규칙, 단체협약)한 경우라면, 1년차 때 발생한 연차휴가미사용수당은 연장된 사용기간이 종료한 다음날이 속하는 임금지급일에 지급할 수 있습니다. 노사간 합의하면 연차휴가 사용기간이 늘어나고 연차휴가미사용수당도 누락되지 않으므로 근로자에게 불리함은 없다는 것이 고용노동부의 입장입니다. 따라서 근로자들의 의견청취를 통해 취업규칙을 변경하면 1년 미만자의 연차휴가 사용기간은 다음해의 말일까지 연장할 수 있습니다.

한편, 2년차에 발생하는 연차휴가의 사용기간은 발생일로부터 1년입니다. 이 기간이 도과하면 연차휴가청구권은 연차수당청구권으로 변경되거나, 적법한 연차휴가사용촉진을 통해 소멸됩니다. 이때 금전보상 대신 이월 사용을 당사자가 원하여 상호 합의하는 것은 가능하지만, 근로자 동의 없이 사용자가 일방적으로 이월 사용을 강제하는 것은 허용되지 않습니다(고용노동부 근로개선지도과-1046, 2009. 2. 20).

**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. 다만, 1년 미만 기간에 발생한 연차휴가에 대하여는 회계연도 방식의 운영이 허용되지 않기 때문에 입사일 기준으로 부여해야 합니다.

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 – 2021년 7월 1일에 입사한 근로자의 회계연도 방식 연차휴가 산정**

| | 21. 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 | |
| **누계** | | | | | | 13.5일 | | | | | | | 18.5일 |

2021년 7월 1일에 입사한 근로자의 회계연도 기준 연차휴가는 중도입사자로 입사해에는 연차휴가가 0개가 되며, 2022년 1월 1일부로 부여되는 연차휴가는 전년도 근속일수에 비례하여 발생되므로 1년의 절반인 50%를 15개에 적용하여 절반인 7.5개가 발생하게 됩니다.

이때 1년차에 1개월 개근시 1일씩 발생하는 연차휴가는 입사일 기준으로만 부여됩니다. 연차휴가를 입사일 다음해 말일까지 사용하기로 취업규칙이나 단체협약으로 합의한 경우라면, 연중 입사자의 월별 개근에 대한 1일씩 발생하는 연차휴가도 다음 회계연도 말일까지 사용할 수 있습니다. 연차휴가미사용수당은 회계연도 종료일의 다음날이 속한 임금지급일에 지급합니다.

| 회계연도 기준 | | |
|---|---|---|
| 2021. 7. 1. | 0일 | 5일 |
| 2022. 1. 1. | 7.5일 | 6일 |
| 2023. 1. 1. | 15일 | |
| 2024. 1. 1. | 15일 | |
| 2025. 1. 1. | 16일 | |
| 2026. 1. 1. | 16일 | |
| 연차휴가 총 80.5일 | | |

| 입사일 기준 | | |
|---|---|---|
| 2021. 7. 1.~12. 31. | 5일 | 26일 |
| 2022. 1. 1.~6. 30. | 6일 | |
| 2022. 7. 1. | 15일 | |
| 2023. 7. 1. | 15일 | |
| 2024. 7. 1. | 16일 | |
| 2025. 7. 1. | 16일 | |
| 2026. 6. 30.퇴사 | 0일 | |
| 연차휴가 총 73일 | | |

표17 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 2021년 7월 1일 입사자가 2026년 6월 29일까지만 근로하고 6월 30일에 퇴사(상실처리)하는 경우, 회계연도 기준으로 부여된 연차휴가일수는 80.5일이고 입사일 기준으로 하면 연차휴가는 총 73일입니다.

**⑤ 휴직자의 연차유급휴가**

개정 근로기준법 제60조 제6항에 따라 육아휴직기간과 출산휴가기간, 업무상 질병으로 인한 휴업기간은 출근과 동일하게 취급됩니다. 그런데 법정육아휴직기간에 추가하여 부여되는 약정육아휴직기간이나, 업무 외 개인 질병으로 인한 휴직기간은 연차휴가일수 산정에 있어서 기존에는 결근처럼 처리되어 왔습니다. 이와 같은 고용노동부의 행정해석이 최근에 변경되어 근로제공의무가 정지되는 기간으로 보아 소정근로일수 자체에서 제외하는 방식으로 변경되었습니다(임금근로시간과-1736, 2021. 8. 4). 즉 '연간 소정근로일수'에서 '휴직기간 등'의 기간을 제외한 나머지 일수('실질 소정근로일수')를 기준으로 근로자의 출근율을 산정하되, 그 출근율이 연간소정근로일수에 대하여 80% 미만인 경우에는 본래 평상적인 근로관계에서 산출되었을 연차휴가일수(15일)에 '실질 소정근로일수'를 '연간 소정근로일수'로 나눈 비율을 곱하여 산출하고, 출근율이 80% 이상인 경우까지 비례하여 적용하지 않습니다(임금근로시간과-1818, 2021. 8. 12).

| | |
|---|---|
| **결근으로 취급 (기존입장 폐기)** | 2020년 소정근로일수가 262일, 2020년 휴직 62일을 결근으로 보면,<br>연간 76.3% 출근으로 연간 80% 출근율을 충족하지 못한 것이므로 휴직기간을 제외하고,<br>매 1월 개근 시 1일의 연차휴가가 발생하는 것으로 취급.<br>휴직: 2020. 1. 1.~ 2020. 3. 16. (62일 결근)<br>개근: 2020. 3. 17. ~ 2020. 12. 31. (나머지 8개월 개근)<br>2021년에 총 8일의 연차휴가 발생. 이 경우 가산일수는 인정되지 않음. |
| **정지로 취급 (변경)** | 1. 2020년 소정근로일수가 262일, 2020년 휴직 62일을 정지로 보며, 정지된 근로기간을 제외하고 결근없이 전부 출근했다면 80% 이상 개근에 해당함.<br>2. 연차휴가 산정시에는 아래와 같이 계산하여 80% 미만이면 비례부여<br>$\frac{(\text{연간 소정근로일수} - \text{휴직기간 등})}{\text{연간소정근로일수}} \times 100 = 76.3\%$<br>3. 즉, 평상적인 근로관계에서의 연간소정근로일수에 대한 출근율은 76.3%로 80% 미만인바, 소정근로일에 비례하여 연차일수가 계산됨.<br>$\frac{(262\text{일} - 62\text{일})}{262\text{일}} \times (15\text{일} + \text{근속가산일수}) = 11.45\text{일} + @\ \text{부여}$ |
| | 1. 만일 이와 달리 2020년 근로제공의무가 정지되는 휴직일이 32일이고, 정지된 근로기간을 제외하고 결근없이 전부 출근했다면 마찬가지로 80%이상 개근에 해당함<br>2. 연차휴가 산정시에는 아래와 같이 계산하여 80% 이상이면 평상적인 근로관계에서 산출되었을 연차휴가를 부여<br>$\frac{(\text{연간 소정근로일수} - \text{휴직기간 등})}{\text{연간소정근로일수}} \times 100\% = 87.7\%$<br>3. 평상적인 근로관계에서의 연간소정근로일수에 대한 출근율은 87.7%로 80% 이상인바, 연차 전부 부여함. |

표18 약정 육아휴직, 개인질병으로 인한 휴직 시 연차휴가 산정방법



**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.

다만, 연차휴가사용촉진제도를 통해 적법한 촉진이 이루어지는 경우 수당청구가 불가능한데, 이는 제4장 근로시간·휴일·휴가편에서 다루겠습니다.

**사례**

2021년 5월 30일 입사한 근로자가 퇴사일 2026년 12월 31일까지 근로하고 연차휴가를 모두 사용하지 못하고 퇴사했다면 받아야 할 연차수당은?

| **근로기간** | 21. 5. 30~<br>22. 5. 29 | 22. 5. 30~<br>23. 5. 29 | 23. 5. 30~<br>24. 5. 29 | 24. 5. 30~<br>25. 5. 29 | 25. 5. 30~<br>26. 5. 29 | 26. 5. 30~<br>26. 12. 31 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **월급(기본급)*** | 190만원 | 200만원 | 210만원 | 220만원 | 230만원 | 240만원 |
| **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 퇴사 직전 3년 이내에 발생한 연차수당만 민사적으로 청구할 수 있습니다. 2026년 12월 31일로부터 3년 이내의 기간은 2024년 1월 1일부터입니다. 즉, 2024년 1월 1일 이후 발생한 연차수당에 대해서 수당으로 청구할 수 있으므로, 2023년, 2024년, 2025년에 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. 2,200,000원 ÷ 209시간 × 8시간 × 15일 ≒ 1,263,158원
2. 2,300,000원 ÷ 209시간 × 8시간 × 16일 ≒ 1,408,613원
3. 2,400,000원 ÷ 209시간 × 8시간 × (16일+17일) ≒ 3,031,579원

연차수당총액 = 5,703,350원

**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<br>• 공장이전, 기계파손, 작업량 감소<br>• 제품 판매부진과 자금난<br>• 원자재의 부족, 주문 감소 | • 유일한 원료공급원 상실<br>• 계절적 사업인 천일염업체 하기휴업<br>• 제3자의 방화로 인한 화재<br>• 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 출근한 이후 업무가 없을 때 사업주 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.

**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).

**④ 휴업수당의 계산**

코로나(COVID-19)로 인하여 매출감소 등을 겪는 사업장에서는 부분휴업(하루의 일정시간 혹은 월의 일정 일수만 휴업)을 하는 경우가 많았습니다. 휴업한 시간 및 기간에 따른 휴업수당을 근로자에게 지급하고 그 금액의 일정부분을 정부로부터 지원(고용유지지원금 등)받기도 합니다. 이때 휴업수당의 지급기준은 통상임금이 아닌 평균임금입니다. 따라서 휴업수당을 계산하려면 평균임금부터 산출하여 휴업한 부분은 평균임금의 70%를 지급해야 합니다.

가) 평균임금 70%의 계산

평균임금은 산정사유 발생일로부터 이전 3개월 총임금을 총일수로 나누어 산출하는데, 수습기간의 기간과 금액은 모두 평균임금 산정에서 제외됩니다. 보통은 평균임금이 통상임금보다 높지만, 만약 통상임금이 평균임금보다 높은 경우 통상임금을 평균임금으로 간주합니다(근로기준법 제2조 제2항). 이때 통상임금은 휴업수당 특유의 계산(평균임금의 일액 산정방식)을 위해 유급일수 방식으로 계산합니다.

이렇게 계산된 평균임금에서 70%를 계산하여 휴업수당을 지급합니다. 이때, 평균임금의 70% 금액이 통상임금의 100%보다 높으면 통상임금의 100%로 휴업수당을 지급할 수 있습니다. 즉, 더 낮은 금액으로 지급할 수 있습니다. 하지만 평균임금의 70%금액이 통상임금 100%보다 낮은 경우가 일반적입니다.

---

**사례 – 휴업수당을 위한 평균임금 70% 계산(정기상여금 없음, 있다면 12개월분 중 3개월분 반영)**

2021년 6월: 근로일(평일) 22일, 무급휴무일(토요일) 4일, 주휴일(일요일) 4일

| | 통상임금 | 3월 | 4월 | 5월 |
|---|---|---|---|---|
| **근로자A** | 2,000,000 | 2,500,000 | 2,350,000 | 2,500,000 |
| **근로자B (4월5일까지 수습)** | 1,920,000 | 수습기간 제외 | 1,750,000 (4월6일~30일 기간의 급여) | 2,100,000 |

6월의 휴업수당을 위한 평균임금 70% 계산

A: (2,500,000원 + 2,350,000원 + 2,500,000원) ÷ (31일+30일+31일)
= 79,891.30원(평균임금)
통상임금 일급 = 2,000,000원 ÷ (22일+4일) = 76,923원
→ 평균임금의 70% = 79,891.30원 × 0.7 = 55,923.91원

B: {(2,100,000원÷30일×25일) + 2,100,000원} ÷ (25일+31일) =
68,750원(평균임금)
통상임금일급 = 1,920,000원 ÷ (22일+4일) = 73,846.15원
→ 통상임금의 70% = 73,846.15원(통상임금 일급) × 0.7 = 51,692.30원

A는 평균임금이 통상임금보다 높으므로 평균임금의 70%를 계산하지만, B는 통상임금이 평균임금보다 높으므로 통상임금을 평균임금으로 간주합니다.

이때 휴업기간도 기간과 금액을 모두 평균임금 금액산정에서 제외하도록 하고 있는데 휴업이 2~3개월로 길어지게 되면, 매월의 평균임금이 달라지는 번거로움이 있습니다. 6월의 평균임금을 구하려면 3, 4, 5월의 총급여를 총일수로 나눕니다. 그런데 7월의 휴업수당을 산출하려면 4, 5, 6월의 총급여를 총일수로 나눠야 하지만 6월은 휴업으로 산정기간과 금액에서 제외되기 때문에 4, 5월의 급여만을 가지고 7월의 평균임금을 구합니다. 이런 방식으로 산정하다보면, 산정대상기간이 점점 줄어들다가 0이 됩니다. 이때, 산정에서 제외되는 기간이 3개월 이상이 되는 경우(0이 되는 경우)에는 제외되는 기간의 최초일(휴업시작일)을 산정사유 발생일로 보아 평균임금을 산정하게 됩니다(평균임금산정 특례 고시 제1조 제1항).

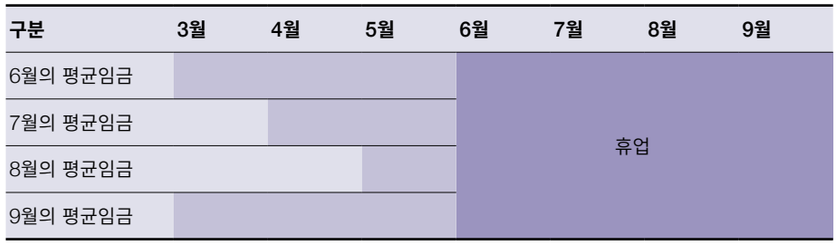



그림1 9월 평균임금 산정기간

나) 휴업수당의 월급 계산

휴업수당이 발생한 달의 임금을 계산할 때에는 한주의 소정근로일을 전부 휴업하였는지 여부를 확인해야 합니다. 한주의 소정근로일을 전부 휴업한 경우



휴업수당 산정시에는 주휴일을 휴업기간에 포함해 주휴수당을 산정해야 합니다. 즉, 주휴수당 70%를 지급하면 됩니다. 한주의 소정근로일 중 일부를 휴업한 경우 근로자가 휴업한 기간을 제외한 해당 소정근로일을 모두 출근했다면 주휴수당 100%를 지급해야 합니다. 이때, 무급 휴무일은 계산에서 제외됩니다. 따라서 급여의 계산이 세분화되어야 합니다.

**사례 – 부분휴업시 월급 계산**

통상임금을 주휴수당과 기본근로(소정근로)의 대가로 분리합니다.
21년 6월: 근로일(평일) 22일, 무급휴무일(토요일) 4일, 주휴일(일요일) 4일

| | 통상임금 | 3월 | 4월 | 5월 |
|---|---|---|---|---|
| **근로자A** | 2,000,000 | 2,500,000 | 2,350,000 | 2,500,000 |

주휴수당 = 통상임금 2,000,000원 ÷ (22일+4일) × 4일 = 307,692원
주휴제외 통상임금 = 2,000,000원 ÷ (22일+4일) × 22일 = 1,692,307원
부분휴업 50% 한 경우 기본근로의 대가 = 1,692,307원 × 0.5 = 846,153원

평균임금 = (2,500,000원 + 2,350,000원 + 2,500,000원) ÷ (31일+30일+31일)
= 79,891.3원
부분휴업 50%의 휴업수당 = 평균임금의 70% = (79,891.3원×11일) × 0.7
=615,163원

부분휴업 50%한 6월의 급여 = 307,692원(주휴100%) + 846,153원(50%근로) +
615,163원(휴업수당) = 1,769,008원

### (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**

2021. 1. 1.입사했고, 2023. 6. 30.까지 근무하고 7. 1. 퇴사한 근로자의 퇴직금은?

| | |
|---|---|
| **기본급** | 1,900,000 |
| **식대** | 100,000 |
| **차량유지비** | 200,000 |
| **연장근로수당** | 300,000 |
| **성과인센티브*** | 450,000 |

* 성과인센티브는 2023년 매월 동일 금액
** 명절상여금이 추석과 설날에 각 200,000원
*** 연초에 연차수당 100,000원

임금명세서(최종 3개월 동일함)

| | |
|---|---|
| **기본급** | 1,900,000 |
| **식대** | 100,000 |
| **연장근로수당** | 300,000 |
| **성과인센티브** | 450,000 |
| **연 2회 받는 명절상여** | 200,000×연2회÷12개월 |
| **퇴사 전 이미 받은 연차수당** | 100,000÷12개월 |

평균임금 산정에 포함되는 임금

평균임금

= {(1,900,000원 + 100,000원 + 300,000원 + 450,000원) + (200,000원 × 연2회 ÷ 12개월) + (100,000원 ÷ 12개월)} ×3개월÷91일 = 2,791,666.67원×3개월÷91일

= 92,032.96원

퇴직금

= 92,032.96원 × 30일 × 911일 ÷ 365일 = 6,891,126원

**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 경영성과 배분의 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 ⅰ)근로의 대상으로서 지급된 것인지, ⅱ)일정 지급기준에 따라 지급의무가 있는지, ⅲ)지급여부가 달라지지 않고 계속적·정기적으로 지급되는지에 달려있습니다. 단체협약, 취업규칙 등에 지급근거가 있고, 근로의 대가로 계속적·정기적으로 지급된다면 평균임금에 포함됩니다. 이때, 근로의 대가로 지급된다는 것은 근로제공과 직접적으로 혹은 밀접하게 관련된 경우입니다. 대법원은 차량판매 영업사원의 영업성과급(인센티브)에 대해서 ⅰ)차량판매를 위한 영업활동은 근로의 일부이며, ⅱ)지급기준과 지급시기를 영업프로모션 등으로 기준을 정해두고, ⅲ)매월 정기적, 계속적으로 영업활동의 대가로 지급했다면 근로의 대상으로 보고 평균임금에 포함된다는 입장입니다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결).

근로의 대상인지 여부가 가장 문제가 되는 것은 경영성과에 따른 성과급인데, 과거에는 근로제공 자체의 대상으로 보기 어렵고 경영성과에 따라 지급자체가 되지 않을 수 있다는 불확실성을 이유로 대부분 임금성이 부정되어왔습니다. 그런데 최근 판례의 경향은 지급여부나 지급률이 달라질 수 있더라도 지급대상 및 지급조건이 확정되어 있어 실적 달성 시 지급을 거절할 수 없다면 근로의 대가가 아니라고 볼 수 없다며 평균임금에 해당된다고 보고 있습니다(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다231536 판결). 따라서 경영성과급도 지급대상 및 조건이 확정적인 경우에는 평균임금에 포함될 수 있을 것입니다.

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 2021. 1. 1. ~ 12. 31. 기간 중 80% 이상 출근하여 2022년에 사용할 수 있었던 15일 중 5일을 썼다면, 2023. 1월 급여일에 10일에 해당하는 수당을 지급받게 되고, 2023년 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, 2022. 4. 1. 입사하여 2023. 5. 31.까지 1년 2개월 근로하고 2023. 6. 1. 퇴사하는 경우 평균임금 산정기간은 2023년 5월, 4월, 3월이 되는데, 이때 근로자에게 발생한 연차휴가는 2022. 4. 1. ~ 2023. 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(대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다200200 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 – 2021. 6. 1. ~ 2023. 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 – 근로자퇴직급여보장법 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, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2008다9150 판결). 퇴직금 사전지급약정서를 작성한 경우에도 '근로자의 개별적이고 명시적인 요구'없이 같은 날 같은 방식으로 일률적으로 작성된 경우, 월 급여액이 퇴직금 명목 금원을 포함할 때와 차이가 없고 항목만 변경되었다면 부당이득이 아닌 실질적 임금이라고 판단하였습니다(대구지방법원 2012. 10. 26. 선고 2012나11028 판결, 부산지방법원 2012. 10. 16. 선고 2012가단28710 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 제26조(해고의 예고)**

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

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

**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 200만원, 직급수당 20만원인 근로자의 해고예고수당은?**

220만원 ÷ 209시간 × 8시간 × 30일 = 2,526,316원 (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.

그런데 일부 사업장에서 임금지급기일을 일부러 늦추는 경우가 있습니다. 매월 1일부터 말일까지의 임금을 다음달 25일에 지급하는 것입니다. 이와 같은 경우 신규입사자에 대해서는 매월 1회 이상 임금을 정기지급해야 한다는 근로기준법 제43조 제2항을 위반한 것이 됩니다. 따라서 입사일부터 다음달 임금 정기지급일까지의 기간이 1개월을 넘는 경우에는 입사 당월의 임금지급일에 이미 근로한 부분에 대한 임금의 전부나 일부가 지급되어야 하며 이를 위반할 경우 형사처벌 대상이 됩니다(근로개선정책과-836, 2011. 4. 14).

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(대지급금 제도, 기존 '체당금')를 이용할 수 있는 기한(간이대지급금 2년, 도산대지급금 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. 도산대지급금의 경우 근로자의 퇴사시점으로부터 1년 이내에 도산(근로자가 신청가능), 법인파산, 법인회생 신청이 되어야 가능하며, 간이대지급금의 경우 퇴사시점으로부터 2년 이내에 민사소송을 제기하거나, 퇴사시점으로부터 1년 이내에 관할 노동지청에 체불신고를 하여 체불임금등 사업주 확인서를 발급받아야 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<br>• 노무사 대리가능<br>• 일방의 불출석이 지속되거나 양당사자의 주장이 다르면 사건이 수개월 이상 지연<br>• 기본처리기간: 25일 (1회 연장가능, 사유가 있는 경우 그 이상 연장 가능) | • 관할지방검찰청 소속 검사의 지휘,감독<br>• 노무사 대리 불가<br>• 사업주의 3회 이상 불출석시 수배가능<br>• 일방의 주장으로 체불금품이 확정될 수 있으며, 그에 따른 체불임금 등 사업주 확인서 발급가능<br>• 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.

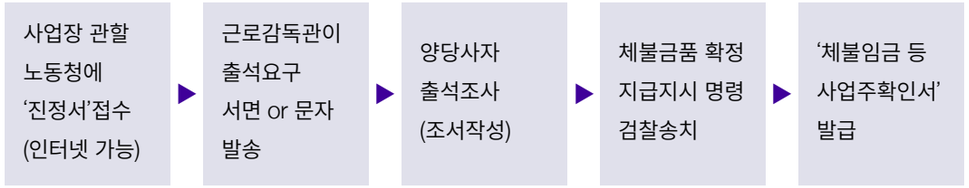



그림2 고용노동부 체불진정 진행 절차

### (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 자체에 지급의무가 있으므로 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, 공사 현장도 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, 대지급금을 청구한 뒤 거부처분을 받아내어 행정심판을 제기하는 방법도 있습니다. 그런데 도산대지급금은 체불진정 없이도 신청 자체는 가능하기에 노동청에서 인정해주지 않으면 이 신청을 통해 거절을 받아내어 불복행정심판을 할 수 있지만, 간이대지급금은 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 원치 않는다는 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.

(체불임금·합의금 등 금품 수령) 진정(고소장) 취하서

1. 당사자 및 민원접수번호
   - 진정인(고소인)

| 성명 | | 전화번호 | |
|---|---|---|---|
| 생년월일 | | 주소 | |

   - 피진정인(피고소인)

| 성명 | | 전화번호 | |
|---|---|---|---|
| 사업체명 | | 주소 | |

2. 취하사유 및 형사처벌에 관한 의사
   - 취하사유: (직접기입)_____ (예. 임금지급, 합의 등)
   - 체불금품 수령내역

| 계 | 임금 | 퇴직금 | 기타금품 |
|---|---|---|---|
| | | | |

   - 형사처벌을 희망하는지 여부: (직접기입)_____ (예. 처벌원하지않음)
   ✸ 임금체불 사건에 있어 가해자의 처벌을 원하지 않는 사건(반의사불벌죄 사건)에 대해서는 "처벌불원의사 표시에 따른 유의사항 고지사실 확인서"를 아래와 같이 작성함. 이 사건 처리결과는 보내지 않으셔도 됩니다.

2021. . . (취하인) 성명 _____(인 또는 서명)

처벌을 원하지 않는다는 의사표시에 따른 유의사항 고지사실 확인

1. 귀하는 ○○고용노동지청에 제기한 임금 등 체불 사건과 관련하여 체불사업주에 대한 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표시하였습니다.
2. 체불사업주에 대한 처벌을 원하지 않는다는 귀하의 의사표시는 철회할 수 없습니다.
3. 귀하가 체불사업주에 대해 처벌을 원하지 않음으로써 같은 내용에 대해 다시 신고할 수 없습니다.

(질문1) 귀하는 위와 같은 내용에 대해 근로감독관으로부터 통보 받았습니까?
(답) 네, 통보 받았습니다. 성명 _____(인 또는 서명)
(질문2) 귀하는 앞으로 동일 사안에 대해 다시 사건을 제기할 수 없으며 처벌을 원하지 않는다는 의사를 철회할 수도 없음을 충분히 이해하였습니까?
(답) 예, 잘 알고 있습니다. 성명 _____(인 또는 서명)
(질문3) 귀하는 어느 누구로부터 강요를 받지 않고 자발적인 결정으로 취하서를 제출한 것입니까?
(답) 예, 그렇습니다. 성명 _____(인 또는 서명)

| 선결 | 지청장 | | 결재 | 과장 | 전결 |
|---|---|---|---|---|---|
| 접수일자 | | 번호 | | | |
| 처리과 | 근로개선지도1과 | | | | |

서울지방고용노동청 서울○○지청
전화 (02)○○○○-○○○○
팩스 (02)○○○○-○○○○

② 합의시 체크리스트

| | |
|---|---|
| **체불금액 기준** | • 노동청에서 확정받는 체불금액은 세전금액 기준<br>• 사업주는 4대보험의 근로자부담분과 사업주부담분 모두를 내야 할 원천징수의무자이지만, 임금을 체불하고 있는 경우 이것도 내지 못하고 있을 수 있어, 세전금액을 합의금이나 대지급금으로 지급받은 후 사업주가 근로자부담분의 세금을 내게 된다면 근로자는 이를 사업주에게 돌려줘야 함 |
| **체불금품의 확정** | • 체불진정제기시 체불금품을 확정할 것인지를 결정<br>• 체불확인서류를 발급받기도 전에 합의 후 취하하게 되면 민사절차 진행과 대지급금 진행이 모두 불가능<br>• 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<br>• 취하서를 미리제출할 경우 차일피일 지급기일을 미루거나 수년에 걸쳐서 갚는 경우가 있어 지급시기 확정과 함께 연동하는 것이 바람직함 |
| **사후처리** | • 합의금품 지급 및 수령시기 특정<br>• 지급받지 못하는 경우 간이대지급금 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 대지급금 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 간이대지급금 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.

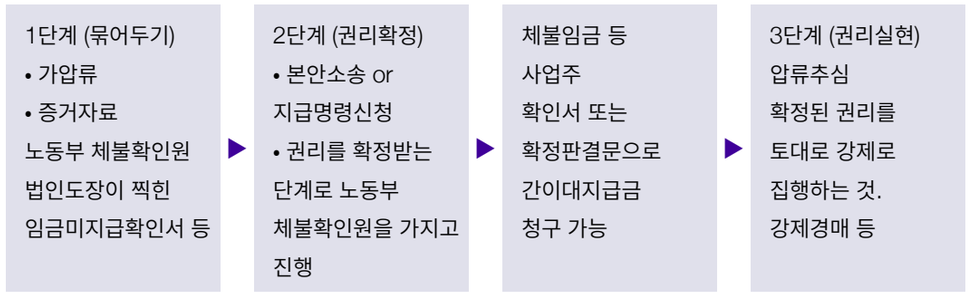



그림3 체불임금 민사청구 절차

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 간이대지급금 제도(구 '소액체당금' 제도)

가) 간이대지급금 개요

대지급금 제도(기존 '체당금' 제도)는 국가가 임금채권보장기금으로 체불임금 및 퇴직금을 사용자 대신 변제해주는 제도로 도산대지급금 제도와 간이대지급금 제도로 나눌 수 있습니다. 국가는 체불된 퇴사 근로자에게 일정한도의 금액을 지원해주고 사업주에게 구상권을 행사하여 회수합니다.

기존에는 폐업(도산), 파산, 법정관리 중인 기업의 퇴사자들에게만 도산대지급금을 지급해주었지만 현재에는 그런 회사뿐만 아니라 운영 중인 회사의 퇴사자에 대해서도 간이대지급금을 지급해주고 있습니다. 또한 2021. 10. 14. 부터는 소득수준에 따라 단계적으로 재직자에게도 간이대지급금을 지급합니다. 재직자에 대한 간이대지급금은 저소득 근로자부터 우선 적용하고 향후 단계적으로 적용대상을 확대해나갑니다. 간이대지급금이란 임금채권보장법에 근거하여 고용노동청에서 체불금품확인을 받거나, 법원으로부터 확정판결 등을 받으면

체불임금 최대 700만원까지, 체불 퇴직금 최대 700만원까지, 총 합산 체불금품은 1000만원까지 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 1,000만원까지는 확실히 지급받을 수 있습니다.

나) 간이대지급금 신청 요건

| 기준 | 항목 |
|---|---|
| **사업주 요건** | • 산재보험적용사업장일 것<br>• 퇴직자: 근로자의 퇴직일 기준으로 6개월 이상 가동<br>• 재직자: 소송등 또는 진정등을 제기한 날을 기준으로 마지막 임금등 체불이 발생한 날까지 6개월 이상 가동<br>✷ 사업주가 건설업 무면허자의 경우에는 직상 수급인을 기준으로 적용<br>• 미지급임금 등을 지급하라는 법원의 판결을 받거나 고용노동부에서 체불임금 등 사업주 확인서로 미지급임금이 확인될 것 |
| **근로자 요건** | • 퇴직자<br>① 확정판결등에 따른 대지급금: 퇴직일의 다음날부터 2년 이내 소송 등을 제기하고 확정판결등을 받은 퇴직자<br>② 체불임금 등 사업주 확인서에 따른 대지급금: 퇴직일의 다음날부터 1년 이내 진정등을 제기하고 체불임금 등 사업주 확인서를 발급받은 퇴직자<br>• 재직자<br>근로계약기간이 1개월 이상이고 저소득 재직근로자(시급기준, 최저임금의 110% 미만)<br>① 확정판결등에 따른 대지급금: 마지막 체불발생일의 다음날부터 2년 이내 소송등을 제기하고 확정판결등을 받은 재직 근로자<br>② 체불임금 등 사업주 확인서에 따른 대지급금: 마지막 체불발생일의 다음날부터 1년 이내 진정등을 제기하고 체불임금 등 사업주 확인서를 발급받은 재직 근로자 |
| **법원의 판결 및 체불임금 등 사업주 확인서 발급** | • 「민사집행법」제24조에 따른 확정된 종국판결<br>• 「민사집행법」제56조 제3호에 따른 확정된 지급명령<br>• 「민사집행법」제56조 제5호에 따른 소송상화해, 청구의 인낙 등 확정판결과 같은 효력을 가지는 것<br>• 「민사집행법」제28조에 따라 성립된 조정<br>• 「민사집행법」제30조에 따른 확정된 조정을 갈음하는 결정<br>• 「소액사건심판법」제5조의7제1항에 따른 확정된 이행권고결정<br>✷ 위의 판결 등에 대한 정본 또는 사본을 제출해야 하며, 확정된 종국판결, 소송상 화해, 조정을 갈음하는 결정인 경우에는 확정증명원 정본 또는 사본을 같이 제출해야 함.<br>✷ 2021. 10. 14.부터는 대지급금 청구를 위한 용도로 발급받은 체불 임금 등 사업주 확인서의 원본 또는 사본 제출 가능함. |
| **청구기한** | • 퇴직자<br>① 확정판결등에 따른 대지급금: 판결등이 있은 날부터 1년 이내<br>② 체불임금 등 사업주 확인서에 따른 대지급금: 체불임금 등 사업주 확인서가 최초로 발급된 날부터 6개월 이내<br>• 재직자<br>판결등이 있은 날부터 1년 이내 또는 체불임금 등 사업주 확인서가 최초로 발급된 날부터 6개월 이내 |

표25 간이대지급금 요건

다) 간이대지급금 신청 절차

간이대지급금은 노동청의 체불임금 등 사업주 확인서가 있거나, 민사확정판결에 준하는 법원의 결정이 있어야 신청이 가능합니다. 간이대지급금 진행절차는 다음과 같습니다.

| 신청 | 담당기관 |
|---|---|
| **임금체불 진정(고소·고발)** | 사업장 관할 고용노동(지)청<br>• 법인사업자의 경우 법인 사업체의 관할<br>• 개인사업자의 경우 개인 사업체의 주소 혹은 사업자의 주소 관할 |
| **체불임금 등 사업주 확인서의 발급** | |
| **민사소송 등 재판상 청구** | 법인은 사업장 관할 지방법원, 개인사업체는 사업자의 주소, 모를 경우 주된 사무소 소재지<br>• 월평균임금 400만원 미만자는 대한법률구조공단을 통한 무료법률구조 가능 |
| **간이대지급금 신청** | 사업장 관할 근로복지공단에 간이대지급금지급청구서와 함께 체불임금 등 사업주 확인서 또는 확정판결문 둘 중 하나를 첨부 |

표26 간이대지급금 신청 절차

라) 간이대지급금과 무료법률구조

월평균임금 400만원 미만의 체불근로자를 보호하기 위하여 국가에서 대한법률구조공단을 통해 무료로 소송을 지원합니다. 특히 간이대지급금 뿐만 아니라 간이대지급금 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 도산대지급금 제도(구 '일반체당금' 제도)

**① 도산대지급금의 개요 및 지급사유**

법정관리 기업 혹은 폐업, 파산 사업장의 경우 도산대지급금 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)<br>• 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<br>• 사업이 폐지되었거나 폐지과정에 있을 것<br>• 사업주가 미지급 임금 등을 지급할 능력이 없거나 지급이 현저히 곤란한 상태일 것<br>• 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<br>✹퇴직기준일은 다음과 같이 결정<br>– 파산선고 결정, 회생절차개시 결정이 있는 경우에는 그 신청일<br>– 회생절차개시 신청 후 법원이 직권으로 파산선고를 한 경우에는 그 신청일 또는 선고일<br>– 도산등사실인정이 있는 경우 그 도산등사실인정의 신청일 즉, 퇴사 후 1년이 지나기 전에 도산 등 신청이 되어야 함<br>• 파산선고 또는 도산등사실인정이 있는 날부터 2년 이내 신청<br>• 퇴직자에 한함(재직자는 신청 불가능) |

표28 도산대지급금 신청 요건

**② 도산대지급금 지급금액**

대지급금은 모두 퇴사 직전 3개월 이내 임금, 3년 이내의 퇴직금에 대해서만 상한선에 따라 지급합니다. 간이대지급금은 그 기간 내 체불금품 합계 중 최대 1000만원까지(다만, 임금, 퇴직금 각 한가지만 지급받을 경우 각각 700만원 한도) 지급합니다. 이때, 도산대지급금은 퇴사일 기준 만 나이에 따라 연령대별 상한선을 적용하여 최대 2100만원까지 보장받을 수 있습니다.

| | 30세 미만 | 30대 | 40대 | 50대 | 60대 이상 |
|---|---|---|---|---|---|
| 임금·퇴직금 | 220 | 310 | 350 | 330 | 230 |
| 휴업수당 | 154 | 217 | 245 | 231 | 161 |
| 출산전후휴가 기간 중 급여 | | | 310 | | |

✹ 임금과 휴업수당은 1월분, 퇴직금은 1년분을 기준으로 함
✹✹ 근로자수 10인 미만 사업장, 근로자 전체 평균 급여 350만원 미만 사업장의 경우, 도산사건에 한해 국선노무사 선임가능.(간이대지급금 불가, 도산대지급금 중 법정관리 기업과 파산 사업장 불가)

표29 도산대지급금 지급금액 (단위: 만원)

**③ 재판상 도산 시 도산대지급금 지급 절차**

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

**1단계**
체불금액 확정

노동부 진정제기
체불금액 확인서
발급

▶

**2단계**
재판상 도산 (회생 개시결정, 파산선고)

재판상도산
현황보고서
노동청 제출

▶

**3단계**
대지급금 신청접수

3주 내외 조사
퇴직연금 및 지급금액
확인 적격여부판정

▶

**4단계**
근로복지공단
이송 7일 내외
기간 내 지급

**④ 사실상 도산 및 도산대지급금 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.

3장 · 박성우 노무사(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 저하 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 근로기준법(근기법)은 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 날(노동위원회규칙 제40조)로부터 3개월 경과 여부 ⇒ 3개월이 경과한 경우에는 구제신청 불가(민사소송 안내)<br>• 지노위 판정서를 받은 날부터 10일, 중노위 판정서를 받은 날부터 15일 경과 여부 ⇒ 각 기간이 지난 경우 재심신청 또는 행정소송 제기 불가(민사소송 안내) |
| **구제이익** | • 기간제 근로자인 경우 계약기간 만료일, 정년에 임박한 경우 정년 도달일 확인(구제이익은 있으나 구제명령이 제한적일 수 있음)<br>• 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 공통 확인 사항 체크리스트

**② 징계(해고)의 경우**

| 항목 | 세부내용 |
|---|---|
| **절대해고 금지기간** | • 근기법 제23조 제2항 또는 남녀고용평등법 제19조에 해당하는 절대해고금지기간 중 해고 해당 여부<br>• 산재신청을 하지 않은 경우 바로 신청, 사안에 따라 고소와 구제신청 선택 또는 함께 진행 |
| **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<br>• 사직서 제출 여부 ⇒ 사직의사표시가 통보인지 청약인지 확인. 아직 사직서 수리가 되지 않은 상황이면 즉시 사직의사 철회하고 철회사실 자료 확보(전화 녹취 등)<br>• 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<br>• 징계위원회 회부 통보서(징계위원회 참석 통보서)와 징계의결통보서 또는 해고통보서 상의 징계사유가 동일한지 여부 확인<br>• 문서 외에 구두로 들은 해고사유, 표면상의 해고사유 외에 실질적 해고사유로 추정되는 내용도 확인 ⇒ 각각의 사실관계를 검토하고 해고사유의 진위 여부 확인<br>• 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)<br>• 징계절차 규정이 없는 경우 제대로 소명기회가 부여되었는지와 과거 징계 관행도 확인<br>• 징계재심절차가 마련되어 있는 경우 재심 이행 여부 및 재심에서의 하자 존재 여부<br>• 규정이 개정된 경우 그 개정의 효력 유무(취업규칙의 경우 적법한 개정절차를 거쳤는지 여부 등) |
| **전례 및 형평성** | • 여러 명의 징계(해고) 대상자가 있는 경우 각각의 징계양정과 징계사유에 대한 책임정도<br>• 유사한 사례에서의 과거 전례나 다른 동료 대상자들과의 형평성 여부 |
| **양정 참작사유 등** | • 해당 사업장의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 대상자의 지위 및 업무내용<br>• 비위행위를 하게 된 동기나 경위, 그로 인해 기업질서가 문란하게 되거나 기업이 입은 구체적 손해<br>• 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 징계(해고) 체크리스트

### ③ 정리해고의 경우

| 항목 | 세부내용 |
|---|---|
| **공통사항** | • 절대해고금지기간 중 해고인지 여부<br>• 해고통보서를 받았는지 여부 |
| **긴박한 경영상 필요성 관련** | • 회사의 경영 상태를 확인할 수 있는 각종 자료<br>• 회사의 업종 및 조직구조와 조직체계, 사업장 및 부서별 인력 현황, 해당 산업 전반의 경기 현황 등<br>• 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<br>• 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<br>• 통보 시점, 이후 협의의 내용과 방식 및 합의 여부<br>• 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<br>• 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<br>• 대상자 선정의 합리성 여부<br>• 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)<br>• 상시 사용 근로자 수(기간제법 제4조의 기간제한 조항은 상시 5인 이상 근로자를 사용하는 사업체와 국가 및 지자체의 기관에만 적용)<br>• 계약직으로 2년 초과 여부와 기간제법 상의 기간제한 예외대상인지 여부(기간제법 제4조 제1항 단서, 기간제법 시행령 제3조)<br>• 근무기간 중 휴지기(일을 하지 않은 기간)나 형식상의 재입사절차가 있었던 경우 그 이유와 기간의 길이, 구체적인 재입사절차 내용 등 |
| **각종 규정** | • 단체협약, 취업규칙, 근로계약서 등 각종 규정 검토(계약기간의 설정 취지와 목적, 실질성 여부, 갱신 관련 규정이 있는지 및 그 내용 등)<br>• 공공부문 사업장이나 수탁기관, 하청회사 등의 경우 국가·지자체, 위탁기관, 원청회사 등의 관련 규정이나 위수탁계약서 또는 도급계약서 등도 검토 및 확인<br>• 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)<br>• 사업체에서 기간제 근로자를 사용하는 목적과 이유<br>• 다른 기간제 근로자들의 갱신 관행과 갱신이 이뤄지지 않은 경우 그 각각의 사유<br>• 담당 업무(당해 사업장의 상시·필수 업무인지의 여부, 전문성이 있어 계속 고용의 기대가 큰지, 직책과 직위 등도 확인)<br>• 계약해지 이후 후임자가 채용되었는지 여부<br>• 실제로 갱신을 약속한 사실이 있었는지 여부<br>• 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<br>• 회사의 폐업<br>• 정년 도달<br>• 근로계약 기간 만료<br>• 용역업체 변경 | • 회사의 폐업 여부나 정년 도달 여부에 다툼이 있는 경우 부당해고 성립 가능<br>• 근로계약 기간 만료의 경우에도 기간의 정함이 형식에 불과하거나 갱신기대권이 인정되는 경우 부당해고 성립 가능<br>• 용역업체 변경도 고용승계의무가 있는 경우에는 해고 |
| **해고** | | • 징계해고: 근로자의 비위행위, 복무규율 위반 등 근로자 귀책사유에 의한 해고<br>• 정리해고: 경영상 이유에 의한 해고로서 근로자에게 귀책사유가 없는 해고<br>• 통상해고: 일신상의 사유로 근로제공이 불가능한 경우의 해고 | • 정당한 사유 등이 없는 경우 부당해고<br>• 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 원칙적으로는 부당해고의 문제가 발생하지 않습니다.

### (2) 사직

**① 주의할 점**

사직은 근로자가 스스로 퇴직하는 것이므로 해고가 아니라서 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. 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 직원들에게 모두 사직서를 제출하게 한 후 그 중 일부만 수리하는 것이 여기에 해당됩니다. 이런 경우에는 해고로 보아 부당해고의 문제를 제기할 수 있습니다. 그 외 사용자가 감원 대상을 일방적으로 선정 후 사직서 제출을 종용하고 불응한 사람들은 보직해임이나 대기발령을 하면서까지 사직을 강요하여 결국 사직 압박을 견디지 못하고 다른 선택 여지가 없는 상황에서 사직서를 제출했고, 사용자가 이를 모아 일괄 처리했다면 예외적으로 해고라고 판단한 판례가 있습니다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다38270 판결).

**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).

**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 등 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.

**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 알아두어야 합니다.

따라서 사기나 강요에 의해 사직서를 제출했거나 경솔하게 사직서는 냈지만 퇴직의사가 없는 경우에는 즉시 철회한다는 의사를 사용자에게 전달해야 합니다. 이때 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.

참고로, 예를 들어 10월 말일 자로 사직하겠다는 사직서를 냈더니 오늘부로 또는 이번주까지만 일하고 퇴직하라면서 회사가 일방적으로 퇴직일자를 앞당겨 퇴직처리를 하는 경우도 간혹 있죠. 이것은 결과적으로는 사용자에 의한 일방적인 퇴직처리이므로 사직이 아니라 해고가 됩니다.

**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.

한편, 형식상 폐업을 했으나 실질적으로는 동일한 다른 사업체를 만들어서 운영하는 이른바 위장폐업인 경우에는 위장폐업 사실이 입증되면 부당해고로 볼 수 있습니다(서울고법 2007. 11. 27. 선고 2007누6009 판결).

**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 경우 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 징계사유에도 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, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(고령자고용법)은 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.

한편, 정년 이후에는 촉탁직으로 고용하기로 각종 규정에서 정하고 있는 경우에는 정년 이후 재고용하지 않은 것도 부당해고가 될 수 있습니다.

**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.

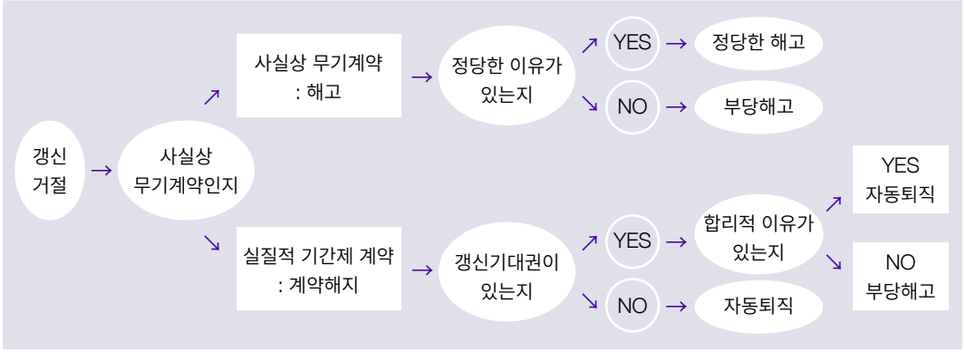



그림1 기간제 근로계약 판단 순서

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 권리남용으로서 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.

갱신기대권 인정의 주요 요소로는 1)관련 규정 내용, 2)규정상의 근거가 없더라도 기간제 근로자 사용관행을 들 수 있고, 덧붙여 3)담당업무의 성격(상시·필수업무 여부)도 꼽을 수 있습니다. 참고로, 회사의 기간제 근로자 반복 갱신 사용 관행이 충분하다면 당사자에게는 반복 갱신 전례가 없더라도 인정될 수 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 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. 근무기간 중 해고할 만한 징계사유가 있다거나 담당 업무가 폐지된 경우 등이 갱신거절에 합리성이 있다고 인정되는 대표적인 이유들입니다. 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. 여기서 갱신거절의 합리성에 대한 입증책임은 사용자에게 있다는 것이 판례의 일관된 입장입니다.

**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 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 근로자 사용기한을 2년으로 제한하고 이를 초과하면 정규직으로 전환되도록 하고 있어 기간제법 시행 후에도 2년을 초과하는 갱신기대권이 인정될 수 있는가에 대한 논란도 있었는데, 대법원은 이를 명확하게 인정하는 판결을 내려 논란을 종식시켰습니다(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두56765 판결). 이에 따라 2년을 초과하는 시점에서의 갱신기대권을 특별히 '정규직전환기대권'이라 부르기도 합니다. 또한, 2년이 되지 않았더라도 규정, 관행 등을 종합해 볼 때 일정 요건이 충족되면 정규직으로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우 역시 정규직전환기대권이 인정됩니다.

한편, 문재인정부 출범 후 정부정책에 따라 공공부문을 중심으로 비정규직 정규직화가 진행되었습니다. 이 과정에서 정규직 전환 대상에서 제외되거나 정규직전환심의위원회 심사에서 탈락해 계약이 해지되는 기간제 근로자의 부당해고 사건이 증가하기도 했죠. 이와 관련해서 법원의 판례가 아직 명확하게 정리되지는 않았으나 노동위원회는 '정규직 전환 평가에서 소정 기준을 충족할 경우 정규직으로 전환될 수 있다는 신뢰관계가 형성되었다고 볼 수 있다면 정규직전환기대권을 인정'하여 이에 반한 계약해지를 부당해고라고 판정하기도 했습니다(중노위 2018. 3. 30. 중앙2018부해131 등).

**Q&A**

Q. 회사의 경영(예산)방침에 따라 매년 11개월 근로계약을 하고 1개월을 쉰 후 신규입사형식으로 다시 11개월 근로계약을 하는 방식으로 4년째 일하고 있습니다. 그런데 이번 11개월 근로계약 만료일에 계약해지를 한다는데요. 부당해고로 볼 수 있을까요?

A. 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 근로관계가 존재하지 않는 공백기간이 있더라도 그 전후의 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가할 수 있다면 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 계속근로한 것으로 해석합니다.

근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가할 수 있는지의 여부는, 그 공백기간을 둔 것이 기간제법 상 기간제한 조항의 적용을 잠탈하려는 사용자의 의도에 따른 것인지를 중심으로, 공백기간의 길이와 전체 사용기간 중 공백기간이 차지하는 비중, 공백기간을 전후한 업무내용 및 근로조건의 유사성, 사용자가 공백기간 동안 해당 기간제 근로자의 업무를 대체한 방식과 기간제 근로자에 대해 취한 조치, 공백기간에 대한 당사자의 인식, 다른 기간제 근로자들에 대한 근로계약 반복·갱신 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단합니다(대법원 2018.6.19. 선고 2017두54975 판결).

따라서 매년 11개월의 근로계약기간을 정하고 1개월을 쉰 후 다시 11개월 근로계약을 체결하는 형태로 근로해온 것이 회사의 경영방침에 따른 것이었고 무엇보다 그것이 퇴직금 미지급, 연차휴가 미부여와 함께 기간제법 상 기간제한 조항 적용을 회피하기 위한 사용자의 취지와 동기에 따른 것으로 인정된다면, 공백기간을 제외한 전체 근로기간이 2년을 초과한 시점에 이미 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것이므로 기간만료만을 이유로 계약해지한 것은 부당해고라고 볼 수 있습니다.

**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 원청이 주로 공공부문 사업체인 경우 용역업체를 공개입찰하면서 기존 용역업체 근로자들을 고용승계 한다는 내용을 담은 입찰서류를 받는 경우가 종종 있습니다. 이런 경우에는 새 용역업체가 정당한 이유 없이 고용승계를 하지 않으면 부당해고가 됩니다. 나아가 최근에는 용역계약상의 고용승계의무 조항 외에도

용역계약의 체결 동기와 경위, 용역업체 변경 시 고용승계 관련 기존 관행, 업무 내용, 새 용역업체와 근로자들의 인식 등을 종합적으로 보아 용역업체 근로자들에게 '고용승계기대권'이 인정된다면 합리적 이유 없는 고용승계 거부는 부당해고라는 판결이 나오고 있기도 합니다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 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 것이다(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).



**Tip.**

채용내정 취소의 해고 사건에서는 채용내정 여부 자체가 쟁점이 되는 경우도 많습니다. 최종 채용결정 통보를 분명히 받은 것이 맞는지, 그 통보가 권한있는 채용권자로부터 행해졌는지 확인하고 근거를 확보해둘 필요가 있습니다.

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. 시용 또는 수습기간 평가를 통해 해고한 경우에는 그 평가가 객관적으로 공정하고 합리적이어야 합니다. 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. 취업규칙에 명시해놓은 경우에는 채용 시 명확히 그 내용을 주지시켰어야 합니다. 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 제3항은 "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<br>• 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 판단하고 있습니다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결).

나) 대응

해고서면통보제도는 2007년부터 시행됐는데 이후 부당해고 관련 법적 다툼에서 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. 한편으로는 동일한 사실관계를 근로자와 사용자가 서로 다르게 인식한 경우도 많습니다. 이렇게 되면 해고되었다는 사실 자체를 입증해야 하는 복잡한 문제가 발생합니다. 따라서 해고를 당한 경우에는 부당해고에 대한 이의제기를 하고, 해고통보서를 주도록 사용자에게 요구하거나 녹음 등을 통해 해고사실 자체를 입증할 수 있는 근거를 꼭 확보해야 합니다.

**Tip.**

– 사용자가 홧김에 '그런 식으로 일할거면 그만 둬'라고 한 발언 정도로는 명확한 해고통보라고 인정되지 않는 경우도 많습니다. 따라서 구두로 해고통보를 받은 경우에는 상황상 힘들더라도 해고하는 것이 맞는지 정확히 확인하고 근거를 꼭 남겨둬야 합니다. 부당해고에 항의하는 의사표시를 함께 하는 것도 좋습니다.

– 해고로 이해되는 발언 때문에 회사를 나왔더니 회사에서 곧바로 출근을 독촉하는 연락이 온다면 해고로 보기 어려울 수 있습니다. 감정이 상해서 연락을 회피하는 경우도 많은데 그렇게 되면 이후 법적 다툼에서 근로자에게 유리하지 않을 수 있습니다.

– 사용자가 개최하는 환송회에 참석해서 작별인사를 나누거나 사용자에게 퇴직금 지급을 요구하는

행위, 실업급여를 받기 위한 조치 요청 등도 해고가 아니라 합의퇴직으로 해석하는 근거가 될 수 있으니 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, 1) 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우, 2) 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우, 3) 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 해고예고를 하지 않아도 됩니다.

**관련 법률 – 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 경우 등 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 못하는 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 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 결과 높은 성과를 보여야 하는 것 까지는 아니기 때문입니다. 이른바 저성과자 해고는 평가가 공정하고 객관적이어야 할 뿐 아니라 근무성적이나 근무능력이 다른 근로자에 비해 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한해서만 지극히 예외적으로 인정된다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 2021.2.25. 선고 2018다253680 판결). 특히 역량향상을 위한 교육, 배치전환 등 사용자가 할 수 있는 노력들이 다 선행됐어야 하는데, 만약 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 적법하기 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.

**Q&A**

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 있어야하므로 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 정당힌 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.

**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 무방하다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결).

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 위원이 구성되었거나 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 비례의 원칙과 평등의 원칙에 부합되어야 합니다. 즉, 비행의 정도에 비해 균형을 잃은 과중한 징계양정이어서는 아니 되고, 동시에 징계대상자가 된 여러 명 사이의 형평은 물론 기존의 유사사례에 있어 어떠한 징계양정이 행해졌는지 등을 따져야 합니다.



비례의 원칙과 평등의 원칙에 반하여 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.

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. 허위기재 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).

### (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.

근기법 조문상으로는 위 네 가지 요건을 모두 갖춰야 정리해고가 정당하다고 해석되나, 법원은 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<br>• 재정상황 악화(매출감소, 당기순이익 감소, 부채 증가, 유동성 위기 등이 현격히 심각한 경우) | • 사업 확대 및 신규투자<br>• 임금인상, 시간외근로 증가<br>• 주주들에 대한 배당 확대<br>• 신규 채용<br>• 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).

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 인력감원수단 중 하나입니다. 만약, 부당하게 대상자로 선정하고 압력을 행사해서 명예퇴직신청을 하게 하여 퇴직시켰다면 부당해고에 해당할 수도 있습니다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11076 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).

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.

**③ 재고용의무**

근기법(제25조)은 정리해고 이후 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당했던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 사용자가 채용할 경우에는 정리해고됐던 근로자가

원하면 그 근로자를 우선적으로 고용해야 한다고 정하고 있습니다.

따라서 사용자는 해고된 노동자에게 개별적으로 연락해 재고용될 의사가 있는지 확인해야 합니다. 이를 위반하여 다른 근로자를 채용하면 정리해고가 됐던 근로자는 재고용의무 발생시점부터 재고용이 될 때까지의 임금상당액을 사용자에게 청구할 수 있습니다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 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 표현합니다. 그러나 실제 현장에서는 각 용어들이 다른 의미로 또는 혼용하여 사용되기도 하며, 법률상으로도 각 개념들을 명확히 구분하여 정의하고 있지는 않습니다.
- 근기법 제23조 제1항에서는 '전직'이라는 표현만 쓰고 있는바, 여기에서는 근무장소와 보직 변경 등을 총칭하여 '전직'이라 표현합니다.
- 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 구분됩니다.

**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 않는 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 정당성이 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 경우 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).

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 2008구합47949판결, 서울행정법원 2006. 11. 21. 선고 2006구합25278 판결 등).

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.

# 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 고용노동부(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 소속의 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 구제신청 사건의 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.

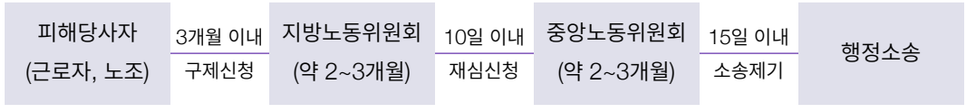



그림2 노동위원회 구제신청 개요

### (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.

**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 13개가 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 경우 사용자는 '대한민국'이며 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, 부당해고이면

"1. 이 사건 해고는 부당해고임을 인정한다. 2. 사용자는 근로자를 즉시 원직에 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 법리 주장이나 인용이 필요한 경우가 아닌 한 법조문이나 판례를 장황하게 적어주기 보다는 사실관계를 6하 원칙에 입각해서 잘 정리해주는 것이 가장 중요합니다.

노동위원회규칙[별지 제9호의2서식]

**부당해고등 구제 신청서**

| | | | |
|---|---|---|---|
| 근로자 | 성명 | | (생년월일: , 성별: ) |
| | 주소 | | (☎: ) |
| 사용자 | 사업체명 | | 대표자 |
| | 소재지 | | (☎: ) |
| | 해고 등 사업장 | 사업장명:<br>소재지:<br>＊해고 등 불이익처분 당시의 사업장과 본사가 다른 경우 기재 | 대표자: 직위 및 성명 |
| 신청취지 | | 1.<br>2.<br>＊계약갱신 또는 무기계약 전환에 대해 다툼이 있습니까? 예 □, 아니오 □<br>＊근로계약 기간(기간제의 경우): | |
| 신청이유<br>(별지 기재 가능) | | 1. 해고 등 경위<br>＊관련 입증 자료가 있는 경우 별첨 가능 | 2. 부당한 이유 |

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)

**〈신청이유서 예시〉**

**신청이유서1**

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

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

2021년 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 2021. 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

구제신청이 제기되면 노동위원회는 대략 7일 이내에 사건이 접수됐음을 알리고 진행절차를 안내하는 공문을 신청인 근로자와 피신청인 사용자에게 보냅니다. 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. 노동위원회는 관행적으로 해고일로부터 판정회의일까지의 임금상당액만을 금전보상명령액으로 인정하는 문제점이 있어왔습니다(따라서 ‘비용’과 ‘기타’ 금액은 거의 인정되지 않음). 이에 대한 비판이 제기되어 중노위는 2020년 말 내부 지침(금전보상액 산정 기준에 관한 권고)을 만들어 2021년부터는 변경된 금전보상명령액 산정방식을 적용하고 있습니다. 해고일로부터 판정회의일까지의 임금상당액에 판정서 송달기간을 고려한 1개월분을 기본으로 더하고, 1년 이상 근무자의 경우 근속연수(최대 10년)에 따라 일정액을 추가한 후 근로자 및 사용자의 귀책사유 등을 감안하여 다시 1개월분 범위 내에서 증액 또는 감액한 금액으로 산정하고 있습니다.

**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).
- 지노위에서 한번 특정된 금전보상명령액은 사용자가 지노위의 판정에 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, 과거에는 지노위에서 원직복직명령을 신청한 경우 중노위에서 금전보상명령 신청으로 바꾸는 것은 근로자가 재심신청을 한 경우에만 허용됐는데, 현재는 사용자가 재심신청을 한 경우에도 지노위에서의 원직복직 신청취지를 중노위에서 금전보상명령으로 바꿀 수 있습니다.
- 한편, 구제신청사건 진행 중에 정년퇴직일이 되거나 기간제 근로자의 근로계약기간이 만료되는 경우에는 금전보상명령신청을 하지 않았더라도 구제명령은 해고일로부터 정년퇴직일 또는 근로계약기간 만료일까지의 임금상당액 지급명령이 됩니다.

나) 서면 공방

일반적으로 신청인의 구제신청서(신청이유서)에 대한 피신청인의 답변서가 제출되고 이에 대해 다시 신청인이 추가서면(신청이유서2)을 제출하면 피신청인이 추가답변서(답변서2)를 제출하는 식으로 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 심문회의가 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. 화해는 심문회의 전에 조사관의 주선에 따라 이뤄질 수도 있고 심문회의에서 위원들의 제안에 따라 이뤄질 수도 있습니다. 드물게는 심문회의 이후 일정한 화해기간이 부여되는 경우도 있습니다.

**Tip.**

- 노동위원회는 분쟁의 종국적 해결이라는 취지에서 화해를 적극 권장하는 경향이 있습니다. 당사자들 입장에서는 때때로 과도한 화해 압박처럼 느껴질 수도 있습니다. 노동위원회의 화해 권유를 수용하지 않더라도 판정에서 불이익은 없으니 화해의사가 없다면 거부해도 됩니다.
- 지노위에서 이기더라도 상대방의 재심신청, 행정소송을 통해 분쟁이 장기화됨에 따른 기회비용, 100% 승산을 자신할 수는 없는 점, 복직 후 정상적인 근무가 어려울 수도 있는 현실 등을 고려하면 경우에 따라서는 화해가 판정보다 나은 선택일 수도 있지만 신중한 판단이 필요합니다.
- 화해란 기본적으로 양보와 타협을 전제하므로 판정을 통해 이겼을 때보다는 적은 수준의 이익을 얻는 선에서 행해진다고 볼 수 있습니다. 화해를 하겠다고 결정했으면 사용자가 일정한 금전적 보상을 하는 것 자체가 책임을 인정하는 것이라고 선해하는 자세도 필요합니다.
- 해고사건에서 화해의 내용은, 복직을 하지 않기로 하는 경우 퇴직사유에 대한 합의(대개 합의퇴직, 권고사직으로 합의), 합의금의 금액(해고기간 중 임금상당액 일부에 보통 근속기간에 따라 가감)과 지급기한, 다른 분쟁이 있는 경우 그 정리 내용(임금체불, 민·형사 분쟁 등은 원칙적으로 노동위원회 관할이 아니지만 함께 종결한다는 취지에서 화해내용에 포함하는 경우가 많음), 추후 해고에 대해 또는 근로관계에서 발생한 모든 사안에 대해 법적인 이의제기를 하지 않는다는 내용 정도를 포함하게 됩니다.
- 심문회의 전에 당사자 간 합의가 이뤄지는 경우에는 그냥 구제신청을 취하하지 말고 조사관에게 화해조서를 작성해달라고 요청하는 것이 좋습니다. 노동위원회는 공익위원 1인이 참석하는 단독심판을 열어 화해조서를 작성해줍니다. 당자자간 합의서와는 달리 노동위원회에서 작성한 화해조서는 재판상 화해와 같은 효력을 가지기 때문입니다. 만약 화해조서의 내용을 상대방이 불이행하면 법원에 바로 지급명령신청 등을 할 수 있습니다.
- 화해조서에 금전 지급 내용을 적는 경우 명목은 '화해 합의금'으로 하고 지급액은 '실수령액 ○○○원'으로 특정해주는 것이 좋습니다. 그렇지 않으면 세금 공제와 관련한 추가적인 논란이 발생할 수 있기 때문입니다.
- 실업급여(구직급여) 수급과 관련한 내용도 화해 시 종종 언급되는 사항입니다. 고용보험 상실신고 상의 퇴직사유 문제로 실업급여를 받지 못한 경우, 노동위원회에서 화해조서를 통해 실업급여 수급 가능한 퇴직사유(경영상 이유에 의한 권고사직 등)를 합의하고 그에 따라 사용자가 정정신고를 하면 사용자에게 정정에 따른 과태료가 부과되지 않습니다.

**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

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. 원칙적으로 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). 이때 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.

한편, 구제신청의 요건 자체가 충족되지 않는 경우에는 각하를 하게 됩니다. 각하 대상은 1)신청기간을 지나서 신청한 경우, 2)노동위원회의 보정요구나 출석요구에 2회 이상 불응한 경우 등 신청의사를 포기한 것으로 인정되는 경우, 3)신청인이 근기법상 근로자가 아니거나 피신청인 사용자를 잘못 지정한 경우 또는 상시 사용 근로자 5인 미만 사업체인 경우, 4)구제신청의 내용이 노동위원회의 구제명령 대상이 아닌 경우, 5)같은 취지의 구제신청을 거듭 제기한 경우, 6)신청 내용이 법령상이나 사실상 실현할 수 없거나 신청의 이익이 없음이 명백한 경우입니다.

과거에는 구제신청 사건 계류 중에 근로계약기간이 만료되거나 정년에 도달한 경우, 부당해고가 맞더라도 복직이 불가능하므로 신청의 이익(구제이익)이 없다고 하여 각하 대상이었습니다. 그런데 최근 대법원은 복직이 불가능하더라도 임금상당액 지급의 구제명령은 할 수 있으니 구제이익이 있어 판정을 해야 한다고 판례를 변경하였고(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 판결), 이에 따라 근기법도 개정되었습니다(근기법 제30조 제4항 신설. 2021. 11. 19. 시행).

**Tip.**

- 근로자의 부당해고 구제신청 후 사용자가 복직발령을 하는 경우가 있습니다. 실질적으로 해고를 철회하고 정상적인 복직을 시키는 것이라면 바람직한 일이지만 부당해고 판정을 피하기 위한 목적으로 형식적인 복직발령을 하는 경우도 있습니다. 복직발령을 하면 기본적으로는 신청취지가 이미 달성됐다는 이유로 원칙적으로는 노동위원회가 각하 판정을 하게 됩니다.
- 해고기간 중 임금상당액도 지급하지 않고 실질적인 복직발령도 아니라면 근로자가 취할 수 있는 방법은 통상 2가지입니다. 1)복직을 포기하고 금전보상명령을 신청하는 방법입니다. 사용자가 해고를 철회한 경우에는 구제이익이 없어 노동위원회가 금전보상명령도 할 수 없다고 볼 수도 있으나 복직발령보다 금전보상명령신청을 먼저 한 경우에는 구제이익을 인정한 사례가 대부분이고, 복직발령을 먼저 했어도 해고기간 중 임금상당액이 지급되지 않은 경우에는 금전보상명령이 행해진 사례가 있습니다. 2)복직발령에 진정성이 없어 유효한 복직발령이 아님을 주장하는 방법입니다. 노동위원회는 사용자가 복직발령을 했어도 해고기간 중 임금상당액을 지급하지 않고 실질적인 복직자리가 없는 등 복직발령이 내려진 경위와 시점, 복직발령의 내용 등을 종합적으로 검토해서 복직발령에 진정성이 없다고 판단되면 실질적인 복직발령이 행해지지 않은 것으로 보아 구제이익이 있다고 판단하고 있습니다.

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 3,000만원이 부과되는데, 1년에 2회 최대 2년까지 총 4회 부과됩니다. 원직복직과 해고기간 중 임금상당액 지급 중 어느 하나라도 이행되지 않은 이른바 부분이행은 불이행으로 보아 이행강제금이 부과됩니다. 다만, 원직이 아닌 직으로 복직시켰거나 임금상당액 지급이 됐으나 금액에 다툼이 있는 경우 등은 다른 구제수단(부당전보 구제신청, 임금상당액차액 청구소송 등)을 통해 다투면 된다는 이유로 노동위원회는 불이행으로 보지 않고 이행강제금도 부과하지 않는 경향이 있습니다. 물론, 원직복직이 충분히 가능한데 고의로 원직이 아닌 직으로 복직시켰거나 임금상당액을 명백히 적게 지급한 경우에는 이행강제금 부과대상입니다.

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).

라) 구제명령 확정

사용자가 지노위 판정에 대한 재심신청 또는 중노위 판정에 대한 행정소송을 기간 내에 제기하지 않거나 행정소송에서 노동위원회의 판정을 유지한 판결에 대해 기간 내에 항소, 상고를 하지 않거나 최종 대법원에서 노동위원회 판정이 유지되면 구제명령은 확정됩니다.

확정된 구제명령을 위반한 사용자에게는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형이 부과됩니다(근기법 제111조). 처벌은 노동위원회가 고발하는 경우에만 가능하므로(근기법 제112조) 구제명령이 확정되면 구제명령을 행한 노동위원회는 고발을 하게 됩니다.

**Q&A**

Q. 직원 수가 4명인 사업체에서 일하다가 부당하게 해고가 되었습니다. 5인 미만 사업체라 노동위원회에 부당해고 구제신청을 할 수도 없다고 들었습니다. 법적으로 부당해고를 다퉈볼 수 있는 방법이 전혀 없나요?

A. 상시 사용 근로자 수가 5인 미만인 사업체의 근로자는 절대해고금지기간 중의 해고가 아니라면 근기법상의 부당해고 금지제도(근기법 제23조 제1항)가 적용되지 않고 노동위원회 구제신청절차도 이용할 수 없습니다.

그러나 우선 단체협약이나 취업규칙 또는 근로계약서에서 부당해고를 금지하는 규정이 있다면 그 규정 또는 특약 위반을 이유로 법원에 해고무효확인소송을 제기할 수 있습니다(대법원 2008. 3. 14. 선고 2007다1418 판결). 고용노동부에 진정도 가능하다고 봅니다. 한편, 관련 규정이 없더라도 사용자의 해고가 민법상 권리남용금지원칙에 위반됨을 이유로 소송을 제기해볼 수도 있으나 실제로 인정되는 경우는 드뭅니다.

그런데 기간제 근로자가 계약기간 만료 전에 해고된 경우에는 민법에 근거하여 남은 계약기간의 임금상당액을 청구하는 소송을 제기할 수 있습니다. 또한 기간제 근로자가 계약기간 만료로 계약해지된 경우에도 '갱신기대권'은 노동법상의 권리가 아니므로 5인 미만 사업체에도 적용될 수 있다고 보아, 갱신기대권이 인정되고 갱신거절의 합리성이 없는 경우 사용자의 갱신거절은 무효라고 판결한 최근의 하급심 판례가 있습니다(서울중앙지법 2021. 6. 25. 선고 2019가합586061 판결).

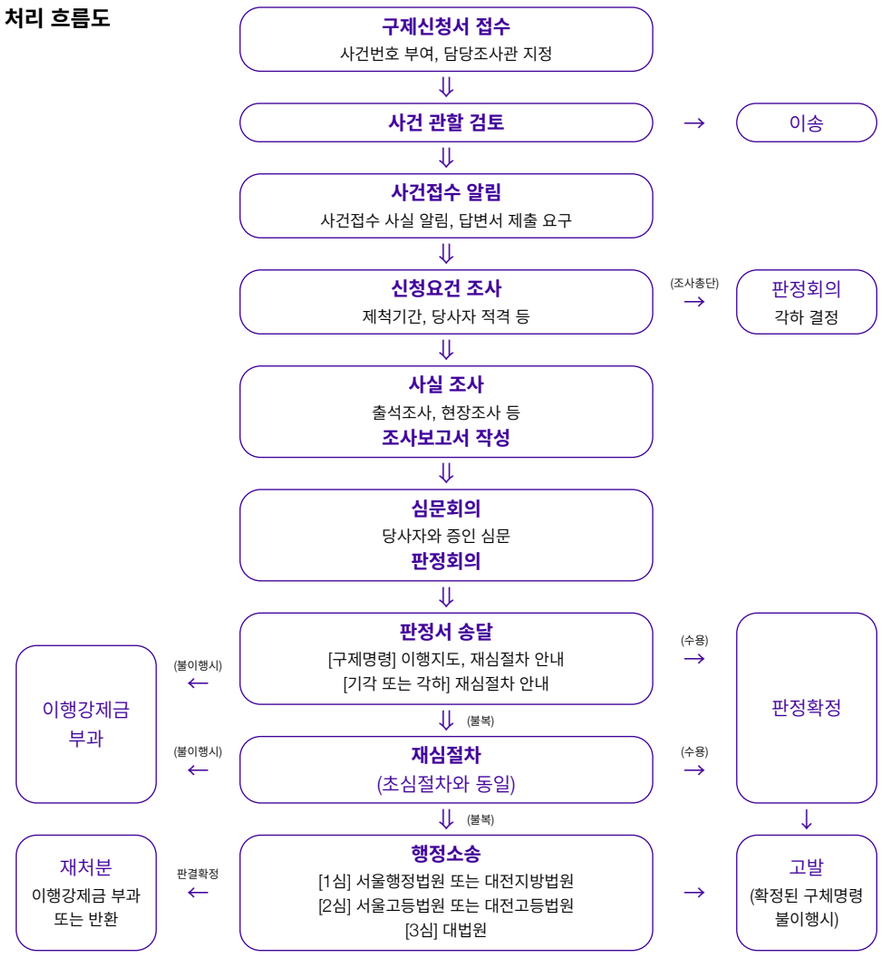
Q. 부당해고로 인정되는 경우 해고기간 중의 임금상당액 뿐만 아니라 정신적 고통에 대한 위자료도 사용자에게 청구할 수 있나요?

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 2011. 10. 13. 선고 2009다86247 판결).

또한, 징계해고가 무효라는 판결이 확정되었음에도 장기간에 걸쳐 복직발령을 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.

**심판사건 처리 흐름도**



4장 · 김희영 노무사(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 내용 중 하나입니다.

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 추가되었습니다.

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 없습니다.

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) × 월 4.345주} ×시급
= {소정근로 (8시간 × 5일 × 월 4.345주) + 주휴 (8시간 × 1일 × 월 4.345주)} ×시급
= (소정근로 173.6시간+ 주휴 34.76시간) × 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 대해서 1.5배의 급여를 지급해야 합니다(기간제및단시간근로자보호등에관한법률 제6조).

**Q&A**

Q. 토, 일 하루 7시간씩 이틀 일하기로 소정근로시간을 약정한 근로자가 실제로는 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 근로대기상태였다면 이는 휴업이 아닌 근로시간이므로 임금 전액을 지급해야 합니다. 또한 사용자가 특별한 사정없이 근로자의 근로제공 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, 실제로 쉴 수 있는 휴게시간으로 볼 수 있는지 여부를 판단하기 어려운 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 초과하여도 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 초과하여도 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 근로자는 4시간 30분 동안 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<br>② 업무는 하지 않으나 근로시간으로 규정<br>③ 근로계약 등에 규정되어 있지는 않더라도 업무수행(순찰 등)이 강제되는 시간<br>• 조기출근 않을 시 감급, 제재<br>• 휴게시간 도중 돌발상황에 대응해야 하는 경우<br>• 업무와 관련된 교육, 회의 시간 | ① 스스로 근무장소를 휴게장소로 선택<br>② 대기시간과 근무시간 구분이 명백하고, 사전에 대기시간 지정, 온전히 자유이용<br>③ 일정구역(경비초소 등)을 벗어나진 못해도 지휘감독에서 벗어나 자유이용 가능<br>④ 비상연락체계는 유지하더라도 자유이용<br>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 임금명세서, 임금대장**

사용자는 임금을 지급할 때에 임금명세서에 근로자 개인별 근로일수와 총근로시간수, 연장근로·야간근로 또는 휴일근로를 시킨 경우에는 그 시간수와 항목별 금액을 기재해야 합니다. 일부를 기재하지 않거나, 사실과 다르게 기재하거나, 교부하지 않을 경우 과태료가 부과됩니다(근로기준법 제48조 제2항, 2021. 11. 19. 시행). 따라서 근로자는 임금명세서 교부를 요구할 수 있고, 이를 통해 근로시간에 따른 임금이 제대로 지급되고 있는지 매월 확인 가능하며, 입증자료로도 활용할 수 있을 것입니다.

**③ 애플리케이션과 교통카드 기록 등**

소정근로시간을 넘어서는 연장근로시간을 입증하려면 사업장에 머물렀음을 확인할 수 있는 지문인식기록, 출퇴근기록 뿐 아니라 업무량 및 업무필요성, 업무메일 발송시각 등 다른 입증자료도 함께 필요합니다. 어플리케이션 시간, 장소기록이나 지문인식기록은 기록의 임의 조작 가능성이 있고, 체류시간만으로는 곧바로 근로제공을 한 것으로 보기 어렵다는 이유를 들어 증거자료로 불인정된 판례들이 있기 때문입니다. 다만, 사업장에 체류했음을 입증할 수 있는 시간기록과 다른 정황증거(업무 필요성, 업무량)가 함께 존재할 경우 인정될 가능성도 있기 때문에 최대한 시간 기록을 확보하는 것은 중요합니다. 회사가 공지한 근무시간표를 확보하는 것도 하나의 방법이 될 것입니다.

### (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.<br>② 단체협약이나 취업규칙에서 정한 출근확인시간을 시업시간으로 봄.<br>③ 업무준비 시간이 단체협약이나 취업규칙상의 시업시간 이전이라면 실제 근로시간에 포함. | ① 종업시간은 근로자가 사용자의 지휘·감독에서 벗어났다고 인정되는 작업종료 시각을 의미함.<br>② 작업이 끝났다고 하더라도 사용자의 지휘·감독 아래 있는 경우에는 근로시간에 해당함.<br>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.

다만, 대기시간이라는 명칭에 불구하고, 근로자가 대기시간 중에 사업장 밖으로 나갈 수는 없어도 사용자의 지휘·감독을 벗어나 자유로이 이용할 수 있다면 휴게시간에 해당합니다(근기 68207-3298, 2000. 10. 25). 이와 유사하게 버스기사들의 버스 운행 사이 대기시간이 다소 불규칙하였으나, 배차표에 운행시간이 미리 정해있고 대부분 휴게실에서 휴식을 취하는 등 자유롭게 활용할 수 있었다면, 그 대기시간 전부가 근로시간으로 인정되기는 어렵습니다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2013다28926 판결). 반면 휴게시간의 총량은 정해져 있었으나 시작과 종료시각을 명확히 하지 않아 입주민과 경비근로자 모두 이를 알기 어려워, 경비근로자가 입주민의 돌발적 요청에 대응할 수밖에 없었던 시간은 휴게시간으로 볼 수 없습니다(대법원 2021. 7. 21. 선고 2021다225845 판결). 그러나 일요일, 공휴일 및 평일 퇴근 후 사무실 전화를 착신전환하여 자택에서 대기하는 경우에는 이를 근로시간이 아니라고 판단합니다. 일·숙직근로 혹은 당직근로와 유사한 근로계약상 부여되는 의무로 보기 때문입니다(임금근로시간정책팀-2974, 2006. 10. 10). 이를 "호출대기"라고 부르며, 프랑스에서는 "연결되지 않을 권리"라는 이름으로 법제화가 되었지만, 우리나라에는 아직 입법화 되지 않았습니다.

**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**

출장이나 그 밖의 사유로 근로시간 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우에는 소정근로시간을 근로한 것으로 봅니다. 다만, 그 업무를 수행하기 위하여 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로할 필요가 있는 경우 업무 수행에 통상 필요한 시간을 근로한 것으로 봅니다. 다만, 노사합의로 통상 필요한 시간을 정해둔 것이 있다면 그 시간을 근로한 것으로 봅니다(근로기준법 제58조). 그런데 이때 출장지로 이동하는 시간이나 업무 종료 후 지정된 현지 숙소로 이동하는 시간, 복귀하는 시간 등이 근로시간에 해당하는지가 문제됩니다. 이때에는 1)취업규칙에 근로시간으로 규정되어 있는지 여부, 2)규정되어 있지 않다면 사용자의 지휘·명령 하에 있는 시간 또는 사용자의 처분 아래 있는 시간인지 여부에 따라 판단하게 됩니다.

가) 출장지로의 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.

일반적으로는 사업장과 출장지 사이 이동에 필요한 시간과 출장업무에 필요한 시간을 합산한 시간을 근로시간으로 판단합니다. 따라서 이 합산시간이 소정근로시간을 넘게 된다면 연장근로로 인정해야 하며, 만약 지시에 의해 휴일에 출장을 가게 되는 경우라면 휴일근로에도 해당합니다(근기 68207-2675, 2002. 8. 9). 다만, 특별한 지시 없이 근로자가 임의로 휴일 또는 야간에 이동하는 경우라면 이를 휴일근로로 보기는 어렵습니다(근기 68207-2955, 2002. 9. 25).

나) A/S 출장 작업장 이동시간과 귀가시간

출장지로 이동하는데 필요한 시간은 근로시간에 포함시키는 것이 원칙이지만, 출퇴근하는 것처럼 출장지로 출근하거나, 출장지에서 퇴근하는 경우는 제외할 수 있습니다. 다만, 장거리 출장의 경우라면 출장지로 출퇴근을 하더라도 사업장에서 출장지까지의 이동시간은 근로시간에 포함시켜야 할 것입니다(근기 68207-1909, 2001. 6. 14).

다) 출장 중 현지 숙소로 이동하는 시간

장기 출장업무 중 현지숙소로 이동할 때 지정된 숙소로 이동하는 방법, 이동시간에 대한 구속을 받으며, 이동 중 지휘·명령이 있고 이행해야 하는 의무가 있는 경우라면 근로시간에 해당합니다. 하지만 출장업무에 차질이 없는 범위 내에서 어느정도 자유로운 이동이 보장되어 있다면 근로시간으로 보기 어렵습니다(근로기준과-4182, 2004. 8. 12, 근로기준과-5441, 2004. 8. 7).

라) 비행기로 이동한 시간

통상 소요되는 이동시간을 측정할 수 있는 경우에 대해 법원 또한 이를 근로시간으로 인정해야 한다는 판결을 내놓은 바 있습니다. 재판부는 해외출장(출·입국 절차, 비행대기 및 비행, 현지 이동 및 업무 등 포함) 중 소비한 시간은 근로시간이라고 판단하면서, 그 기준을 제시했습니다. 1) 소정근로 이외의 시간은 연장, 야간, 휴일근로시간을 산출할 것, 2) 해외출장은 현지 지역시간을 기준으로 할 것, 3) 시차는 입출국시 상쇄되므로 고려하지 않고 지역시간을 기준으로 할 것, 4) 국내에서 해외출국시 공항의 출국수속 2시간, 입국수속 1시간을 근로시간으로 인정할 것, 5) 해외에서 해외국내선 이용시 출국과 입국에 필요한 시간은 각 1시간을 근로시간으로 인정할 것, 6) 비행 등이 연속되어 역일을 달리하는 경우 업무시작일을 기준으로 연장, 휴일근로를 판단할 것, 7) 비행 및 환승 등을 위한 대기시간도 근로시간으로 인정하되, 4시간마다 30분의 휴게시간을

적용하고, 휴게시간은 근로시간에서 제외할 것, 8) 출장업무를 위하여 렌터카 등을 이용한 해외지역간 이동시간은 실 소요시간을 적용할 것 등을 구체적으로 제시하였습니다(수원지방법원 2016. 11. 24. 선고 2016가단505758 판결). 따라서 이러한 기준들을 비추어보았을때 근로자가 자율적으로 달리 선택할 수 있는 경우가 아닌 한 출장지로의 이동시간 및 이동을 위한 대기시간은 대부분 근로시간으로 산정해야 할 것입니다.

**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.

**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 교양교육 참가가 의무화되어 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 아니어서 관계법령이나 노사간 다른 합의가 없다면 사용자는 임금지급의무가 없습니다. 그러나 공직선거법은 근로자가 선거권을 행사하기 위하여 필요한 시간에 대해, 휴무로 처리하거나 불이익한 처우를 해서는 안 된다고 규정하고 있어 법령에 의한 임금지급의무가 발생합니다. 향토예비군 설치법과 민방위기본법도 근로자가 법에 따라 동원되거나 교육 또는 훈련을 받은 기간에 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, 휴일에 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. 5인 이상 사업장은 연장근로 시 100분의 50이상을, 휴일근로 시 8시간 이내의 휴일근로는 100분의 50이상, 8시간을 초과하는 휴일근로에는 100분의 100이상의 가산수당을 추가 지급해야 합니다.

| 구분 | 연장근로 한도 | 야간근로 | 휴일근로 |
|---|---|---|---|
| 일반<br>성인근로자 | • 당사자합의<br>• 1주 12시간 | • 여성: 본인동의 | • 여성: 본인 동의 |
| 연소근로자 | • 당사자합의<br>• 1일 1시간<br>• 1주 5시간 | • 본인동의<br>• 고용노동부장관 인가<br>• 근로자대표와 성실 협의 | • 본인 동의<br>• 고용노동부장관 인가<br>• 근로자대표와 성실 협의 |
| 임신중인 근로자 | • 불가 | • 본인 명시적청구<br>• 고용노동부장관 인가<br>• 근로자대표와 성실 협의 | • 본인 동의<br>• 고용노동부장관 인가<br>• 근로자대표와 성실 협의 |
| 산후 1년 미만의<br>여성근로자 | • 당사자 합의<br>• 1일 2시간<br>• 1주 6시간<br>• 1년 150시간 | • 고용노동부장관 인가<br>• 근로자대표와 성실 협의 | • 고용노동부장관 인가<br>• 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 발생합니다.

가) 연장근로 한도

성인근로자의 경우 당사자 간 합의로 1주 12시간 한도로 연장근로가 가능합니다. 다만, 임신 중인 근로자는 원칙적으로 연장근로가 불가능하며, 본인이 명시적으로 연장근로를 청구하여도 절대 금지됩니다. 어떠한 경우라도 연장근로 시 근로자와의 합의가 있어야 하며, 방법은 다음과 같습니다.

| 근로자 개인과의 합의 | 근로자 단체와의 합의 |
|---|---|
| ① 사용자와 근로자 개인 간의 합의로 연장근로가능.<br>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).<br>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) 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**(휴일에 대한 구체적인 행정해석은 휴일편에서 다루겠습니다.)

야간근로란 오후 10시부터 다음날 오전 6시까지의 근로를 말합니다. 근로시간의 길이가 아닌 배치의 문제이므로, 해당 시간대에 근무했다면 야간근로수당을 지급해야 합니다.

휴일이란 근로제공의 의무가 없는 날입니다. 휴일은 주휴일과 근로자의 날, 관공서공휴일 및 대체공휴일(5인 이상 사업장만 적용) 등 법정휴일 뿐만 아니라 근로계약, 취업규칙 및 단체협약 등에서 정한 약정휴일도 포함됩니다. 휴일근로를 하면 8시간 이내의 휴일근로는 50%의 할증률이, 8시간을 초과하는 휴일근로는 100%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 통상임금 50%를 가산하여 지급하고, 8시간 초과 휴일근로는 통상임금의 100%를 가산한 수당을 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 |
| **휴일연장가산** | | | | | 1.5시간 | 0.5시간 | 2시간 |
| **휴일야간가산** | | | | | | 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 주52시간제**

기존에는 휴일과 평일은 별개이며, 1주 12시간의 연장근로는 평일에 국한되어 휴일근로를 추가로 할 수 있다는 해석들이 있었습니다. 하지만, 근로기준법 개정을 통해서 1주는 휴일을 포함한 7일로 본다는 조항이 신설되어 논란이 종결되었습니다. 휴일을 포함한 1주 7일간 40시간을 초과한 근로시간은 모두 연장근로에 해당되고 최대 한도는 주 12시간이므로 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 다르지만, 2021. 7. 1. 부터 5인 이상 사업장도 변경된 규정이 적용되었습니다. 따라서 이제 5인 이상 사업장이라면 1주 52시간을 준수해야 합니다. 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 중복가산하여 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

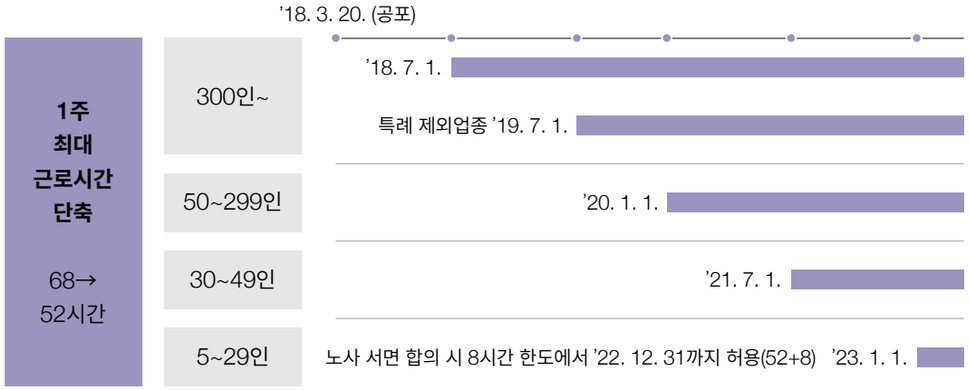



그림1 주52시간제 적용 시기

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 저녁근무 23시~다음날 7시까지 중 역일이 바뀐 24시(0시)~7시까지의 7시간과 다음날 오후근무 15시~23시까지의 8시간을 합산한 15시간 중 8시간을 초과한 7시간이 연장근무가 됩니다.

**④ 교대제의 주휴일**

교대제나 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 특수한 면이 있습니다. 주휴의 유급분은 하루 소정근로시간에 대한 통상임금을 말하는데, 격일제 근로자의 경우는 근무일 근무시간의 절반이 이에 해당합니다. 근무일에 근무를 하고 이를 전제로 다음날 휴무를 갖는 격일제 근무의 특성상 근무일 근무시간의 절반이 1일 소정근로시간에 해당하기 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**

교대제 근로자의 연차휴가는 일반적인 근로자의 경우와 다르지 않습니다. 다만 격일제 근무에 있어서는 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).

같은 이유로 격일제 근무자가 근무일과 바로 다음날(비번일) 휴가를 사용한다면 연차휴가는 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 재량근로시간제**

재량근로시간제란 업무 수행 방법이나 시간 등을 근로자의 재량으로 하는 제도로 보통 아이디어가 중요한 업무 등에서 시행됩니다. 다만 업무 기준을 엄격히 제한하고 있어, 근로기준법 제58조 및 시행령 제31조에서 정하는 업무에 대해서만 사용자가 근로자대표와 서면합의로 정한 시간을 근로한 것으로 봅니다. 서면 합의한 시간이 법정근로시간 한도 내인 경우에는 연장근로수당을 지급할 의무가 없습니다. 실 근로시간이 서면합의로 정한 근로시간 보다 많거나 적다고 해도 서면합의로 정한 근로시간이 바뀌지 않습니다.

노사합의서에 기재할 사항이 비교적 간단한 편이고 시간의 제한이나 기간의 제한이 없다보니 시행방법이 쉬워보여 재량근로제를 무분별하게 도입하는 사업장이 있습니다. 하지만 대상업무에 대한 판단이 엄격하기 때문에 회사 전체나 부서 전체에 적용하는 것은 불가능합니다. 부서 내에서도 창의적이고 전문적인 업무만을 하는 근로자에게만 적용되고, 보조업무나 행정업무를 맡은 근로자에게는 적용이 불가능하므로 한 부서에 두 개 이상의 근로시간제도가 시행되어야 합니다. 근로기준법 시행령 제31조에서 정한 대상업무가 아닌 것으로 판단되면 재량근로제 적용 자체가 무효가 되므로 근로시간 제한 위반과 연장근로수당 미지급의 문제가 모두 발생할 수 있습니다.

또한 시행할 때에도 업무의 수행수단과 시간 배분에 대해 구체적 지시를 하지 않아야 하기 때문에 재량을 훼손할 정도의 구체적인 지시가 있으면 무효로 판단합니다. 팀 단위로는 재량이 있다 해도 팀장이 팀원에게 구체적인 지시를 한다면 유효한 재량근로시간제로 볼 수 없습니다. 진행 경과보고나 내용 지시는 가능하지만 매일 업무부여를 한다거나 업무 보고 주기를 너무 짧게 정하는 경우에도 무효로 봅니다. 보통 주1~2회 정도 회의 참석은 가능하다고 판단하지만, 일단위나 시간단위로 업무를 부여하거나 업무 보고를 하도록 한다면 재량근로로 인정되지 않습니다.

**Tip. 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 또는 자연과학분야의 연구 업무
2. 정보처리시스템의 설계 또는 분석 업무
3. 신문, 방송 또는 출판 사업에서의 기사의 취재, 편성 또는 편집 업무
4. 의복·실내장식·공업제품·광고 등의 디자인 또는 고안 업무
5. 방송 프로그램·영화 등의 제작 사업에서의 프로듀서나 감독 업무
6. 그 밖에 고용노동부장관이 정하는 업무
   (회계·법률사건·납세·법무·노무관리·특허·감정평가·금융투자분석·투자자산운용 등의 사무에 있어 타인의 위임·위촉을 받아 상담·조언·감정 또는 대행을 하는 업무)

**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 배정하기 위한 것입니다. 탄력적 근로시간제의 유형은 운영가능한 단위기간에 따라 2주 이내, 3개월 이내, 3개월 초과하고 6개월 이내의 탄력적 근로시간제가 있습니다(근로기준법 제51조, 제51조의 2).

단위기간의 총 근로시간을 평균하여 법정근로시간을 초과하는 경우에는 연장근로수당이 지급되어야 하고, 탄력적 근로시간제를 도입하더라도 야간 또는 휴일근로에 대한 수당은 지급되어야 합니다. 그리고 탄력적 근로시간제는 특정한 주 또는 특정한 날의 근로시간 상한을 정하고 있을 뿐만 아니라 사용자는 탄력적 근로시간 도입에 따라 기존 임금 수준이 낮아지지 않도록 임금보전방안을 강구해야 합니다. 고용노동부장관은 필요한 경우 임금보전방안의 내용을 제출하도록 명령하거나 집적 확인할 수 있습니다.

가) 2주 이내 탄력적 근로시간제

2주 이내 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, 30인 미만 사업장의 경우 근로기준법 제53조 제3항에 따른 추가연장근로 합의를 한다면 2022년 말까지는 특정주에 최대 68시간(48시간, 연장 12시간, 추가연장 8시간을 포함)까지 근로가 가능합니다. 또한 3개월 단위의 탄력적 근로시간제도와는 달리 특정일에 대한 제한시간이 없습니다.



나) 3개월 이내 탄력적 근로시간제

3개월 이내의 탄력적 근로시간제는 특정한 주의 근로시간이 주52시간(연장 12시간을 포함하면 최대 64시간까지 가능)을, 특정한 날의 근로시간이 12시간을 초과할 수는 없습니다. 30인 미만 사업장의 경우 추각연장근로 합의를 한다면 2022년 말까지는 휴일근로를 포함하여 특정한 주에 최대 72시간(52시간, 연장 12시간, 추가연장 8시간)까지 근로가 가능합니다. 이때 3개월 이내의 탄력적 근로시간제를 도입하기 위해서는 근로자대표와의 아래의 내용을 명시한 서면 합의서를 작성해야 합니다. 근로자대표와 서면합의 사항에 단위기간의 근로일과 근로일별 근로시간을 필수적으로 기재해야 하기 때문에 가장 시행하기 어려운 근로시간제로 볼 수 있습니다.

**Tip. 3개월 이내 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
- 서면합의 유효기간

이와 같이 탄력적 근로시간제는 일 단위 제한이 없고, 매주 단위 근로시간이 최대 64시간(30인 미만 사업장은 추가연장서면합의 시 72시간)까지 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 탄력적 근로시간제를 최대한도까지 운영한다면 근로자의 건강과 생명은 심각하게 위협받게 됩니다. 따라서 탄력적 근로시간제의 현재 허용한도는 근로시간단축의 취지에 부합하게 제한되어야 합니다.

다) 3개월을 초과하는 6개월 이내 탄력적 근로시간제

3개월을 초과하는 탄력적 근로시간제는 그 내용이 3개월 이내의 탄력적 근로시간제와 대부분 유사하며, 그 기간이 연장된 형태입니다. 다만, 몇가지 차이점이 존재합니다. 근로일간 연속 11시간의 휴식시간 부여의무를 부과하고 있는 점(근로기준법 제51조의2 제2항), 근로 시작 2주 전까지 근로일별 근로시간을 통보해야 한다는 점(동법 제51조의2 제3항), 임금보전방안을 근로자대표와 서면합의로 마련하거나, 고용노동부장관에게 신고해야 한다는 점(동법 제51조의2 제5항) 등이 새롭게 추가되었습니다.

이때 하루 24시간에서 11시간의 휴식시간을 제외하고 나면 13시간이 남게 되는데, 휴게시간을 제외하고 나면 하루 최대 근로시간은 12시간 미만이어야 한다는 것을 알 수 있습니다. 3개월 이내의 탄력적 근로시간제의 경우 하루 12시간에 1주 12시간의 연장근로시간이 추가될 수 있기 때문에, 이와 비교하면

하루 총근로시간 한도는 크게 제한된다는 차이를 알 수 있습니다.

**③ 선택적 근로시간제도**

선택적 근로시간제는 일정 단위기간으로 정해진 총 근로시간 범위 내에서 업무의 시작 및 종료시각과 1일 근로시간의 양을 근로자가 자유롭게 정할 수 있는 제도입니다. 이는 모든 근로시간의 선택을 근로자에게 맡기는 '완전선택적 근로시간제'와 의무근로시간대만 일률적으로 정하여 근로하고 나머지 시간대는 근로자가 자유롭게 선택하여 근로할 수 있도록 하는 '부분선택적 근로시간제'로 나뉩니다.

부분선택적 근로시간제의 경우 의무근로시간대를 너무 길게 설정하면, 근로자의 선택의 폭이 없어져버리기 때문에 선택적 근로시간제로 볼 수 없게 됩니다. 또한 선택적 근로시간제를 시행한다 하더라도 야간근로나 휴일근로에 대해서는 가산수당을 지급해야 하므로, 일부 회사에서는 22시부터 06시까지를 금지근로시간대로 설정하기도 합니다.

그림2 부분선택적 근로시간제 예시

선택적 근로시간제도는 업무의 시작시간과 종료시간, 하루 근로시간의 길이를 근로자의 결정에 맡겨야 하기 때문에 사업장에서 많이 활용하지 않는 편입니다. 하루 4시간을 일할지, 10시간을 일할지 근로시간 길이의 선택이 근로자에게 맡겨져 있다는 점에서, 하루 근로시간의 길이가 고정되어 있는 자율출퇴근제나 시차출퇴근제와는 다릅니다.

| 선택적 근로시간제 | 자유출퇴근제 | 시차출퇴근제 |
|---|---|---|
| • 근로일별 근로시간의 배분과 업무의 시작 및 종료시각을 근로자의 재량에 맡기는 제도<br>• 1일 8시간, 1주 40시간의 근로시간이 적용되지 않아 이 시간을 초과하더라도 연장근로수당 미발생 | • 출근시간이 일단 설정되면 그날의 근로시간에 따라 퇴근시간이 자동적으로 결정되므로 출근시간만 근로자의 재량에 맡기는 제도<br>• 1일 8시간, 1주 40시간의 근로시간이 적용되어 이 시간을 초과하는 경우 연장근로수당 발생 | • 회사에서 정한 시간에 근무 해야 하는 제도<br>• 기존 09:00부터 18:00까지 근무했던 사업장이 1일 8시간을 유지하되, 출퇴근시간을 조정하는 경우<br>예) 08:30~17:30, 09:30~18:30<br>• 1일 8시간, 1주 40시간의 근로시간이 적용되어 이 시간을 초과하는 경우 연장근로수당 발생 |

표7 선택적 근로시간제와 유사제도와의 차이



가) 1개월 이내 선택적 근로시간제도

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 않습니다(근로기준법 제52조).

그러나 정산기간의 총 근로시간을 평균하여 법정근로시간을 초과하는 경우에는 연장근로수당이 지급되어야 하고, 의무근로시간대나 선택근로시간대가 야간근로 또는 휴일근로에 걸쳐 있는 경우에는 야간 또는 휴일근로수당 역시 지급되어야 합니다. 하지만 특정일의 근무시간에는 제한이 없는 것이 특징입니다.

나) 3개월 이내 선택적 근로시간제도

신상품 또는 신기술의 연구개발업무의 경우에는 선택적 근로시간제도의 정산기간을 3개월 이내로 확대할 수 있도록 개정 근로기준법이 2021. 4. 6.부터 시행되었습니다. 이 경우 주된 업무가 연구개발 업무여야 하므로 해당 업무가 아니라면 그 적용은 무효화됩니다. 이때, 근로시간 제한을 위반하는지 여부를 판단하기 위해서는 3개월간의 근로시간 평균으로 계산해야 하지만, 가산수당은 매 1개월마다 정산하도록 하여(근로기준법 제52조 제2항 제2호) 연장수당이 지나치게 낮아지는 것을 방지하고 있습니다. 또한 근로일간 11시간 이상의 연속 휴식시간을 두도록 하여 하루 근로시간을 제한할 수 있도록 하였습니다.

다) 선택적 근로시간제도의 시간 계산방법

그동안 고용노동부는 선택적 근로시간제의 법정근로시간 계산법에 대해 두가지 방법을 혼용하여 제시해 왔으나, 2021. 3. 16. 임금근로시간과에서 한가지 방법만을 제시하고 나머지에 대한 해석은 모두 효력을 상실시키겠다고 해석기준을 정했습니다. 이는 단위 정산기간을 평균하여 1주 40시간을 초과하지 않도록 하기 위한 총 법정근로시간 한도를 산정하는 계산방법으로, 정산기간의 총일수를 7일로 나누어 주당 소정근로시간 한도를 곱하여 산정합니다.

**사례 – 1개월 단위의 선택적 근로시간 계산**

소정근로 주 40시간 사업장에서 6월을 정산기간으로 한 경우

- 기존 방법 1) 주당 40시간 × (정산기간의 총일수 ÷ 7일)
- 기존 방법 2) 1일 8시간 × 정산기간의 소정근로일 (약정휴일 포함, 주 최대5일)

| 6월 | | | | | | June |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 일 | 월 | 화 | 수 | 목 | 금 | 토 |
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 |
| 13 | 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 |
| 20 | 21 | 22 | 23 | 24 | 25 | 26 |
| 27 | 28 | 29 | 30 | | | |

〈예시〉

- 방법1에 따르면, 40시간 × (30일 ÷ 7일) = 171.4시간
- 방법2에 따르면, 8시간 × 22일 = 176시간
  - ✹ 방법2의 경우, 월~금요일(소정근로일), 토요일(휴무일), 일요일(주휴일)이라는 전제하에서 소정근로일은 22일이 됨.

→ 이를 방법1로 통일하는 것으로 발표함.

→ 월 30일인 달은 171.4시간, 월 31일인 달은 177.1시간이 최대 가능 실근로시간이 됨.

**사례 – 3개월 단위의 선택적 근로시간 계산**

소정근로 주40시간 사업장에서 정산기간을 5월~7월까지 3개월로 정한 경우

5월 May

| 일 | 월 | 화 | 수 | 목 | 금 | 토 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | 1 |
| 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 |
| 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 |
| 16 | 17 | 18 | 19 | 20 | 21 | 22 |
| 23 | 24 | 25 | 26 | 27 | 28 | 29 |
| 30 | 31 | | | | | |

6월 June

| 일 | 월 | 화 | 수 | 목 | 금 | 토 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 |
| 13 | 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 |
| 20 | 21 | 22 | 23 | 24 | 25 | 26 |
| 27 | 28 | 29 | 30 | | | |

7월 July

| 일 | 월 | 화 | 수 | 목 | 금 | 토 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | 1 | 2 | 3 |
| 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 |
| 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 | 17 |
| 18 | 19 | 20 | 21 | 22 | 23 | 24 |
| 25 | 26 | 27 | 28 | | | |

• 정산기간의 총 소정근로시간 한도

= {40시간×(31일÷7일)} + {40시간×(30일÷7일)} + {40시간×(31일÷7일)}

= 177.1시간 + 171.4시간 + 177.1시간 = 525.6시간

소수점 두번째 자릿수를 절사하는 방식으로 계산하는 이유는 법정근로시간 한도를 초과하지 않도록 보수적으로 계산한 것임.

• 정산기간의 최대 연장근로시간 한도

= {12시간×(31일÷7일)} + {12시간×(30일÷7일)} + {12시간×(31일÷7일)}

= 53.1시간 + 51.4시간 + 53.1시간 = 157.6시간

라) 선택적 근로시간제도의 수당 계산방법

3개월 이내의 선택적 근로시간제의 경우 근로시간의 한도는 모두 3개월 이내의 기간의 총량으로 산정하되,가산수당만 1개월 단위로 산정하면 됩니다.

**사례 – 정산기간이 8주인 경우 최초 1개월(역일 30일) 기간에 근로 가능한 시간**

• 전체 정산기간(8주)의 총 법정근로시간

= 정산기간 총 법정근로시간 + 정산기간 총 연장근로시간

= {40시간 × (56일÷7일)} + {12시간 × (56일÷7일)}

= (40시간 × 8주) + (12시간 × 8주) = 320시간 + 96시간 = 416시간

• 정산기간 8주 내 총 소정근로와 총 연장근로를 모두 1개월에 몰아서 사용 가능

• 다만, 연장수당은 1개월 단위로 정산해야 하므로,

1개월 (30일) 기간의 법정근로시간 = 40시간× (30일÷7일) = 171.4시간을 초과하는 시간에 대하여는 연장근로수당을 가산수당으로 지급해야 함.

따라서 총 416시간 - 171.4시간 = 244.6시간(연장근로수당을 지급해야 하는 시간수)

이때 근로시간 제한 위반 여부를 판단하는 기준은 평균 1주당 실근로시간이므로 연차휴가 등으로 인해 실 근로시간수가 줄어들면 줄어든 근로시간만큼 추가근로가 가능합니다.



마) 선택적 근로시간제도의 도입방법

선택적 근로시간제를 도입하기 위해서는 취업규칙(이에 준하는 것을 포함)에 출·퇴근시각을 근로자의 자율에 맡긴다는 규정이 있어야 하고, 근로자대표와 아래의 내용에 대해 서면으로 합의하여야 합니다.

**Tip. 선택적 근로시간제 서면합의사항**

- 대상근로자의 범위 (15세 이상 18세 미만의 근로자는 제외)
- 정산기간 (1개월 이내의 일정한 기간, 신상품 신기술 연구개발업무는 3개월 이내)
- 정산기간의 총 근로시간
- 의무근로시간대: 시작 및 종료 시각
- 선택근로시간대: 시작 및 종료 시각
- 표준근로시간: 유급휴가 등 계산 기준으로 정한 1일 근로시간

**④ 시차출퇴근제**

시차출퇴근제는 하루의 소정근로시간은 고정되어 있고, 출퇴근 시간을 조정하는 제도를 말합니다. 이는 하루 근로시간의 양을 근로자가 선택할 수 있는 선택적 근로시간제와는 달리 출퇴근 시간을 조정하는 것에 불과하므로, 고용노동부는 선택적 근로시간제의 도입요건인 취업규칙 변경과 근로자대표와의 서면합의를 할 필요는 없다고 보고 있습니다. 개별 근로자의 신청(동의)만 있으면 업무의 시작시각과 종료시각은 변경할 수 있다고 보기 때문입니다.

**⑤ 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 “출장시 이동시간” 참고).

**⑥ 재택근무**

재택근무란 근로자가 자택 등 지정된 장소에서 업무를 수행하는 근무유형을 말합니다. 근로의 장소는 근로조건이므로, 취업규칙이나 근로계약서에 규정하거나, 근로자의 신청 및 동의로 시행할 수 있습니다. 고용노동부는 근로계약서 상 근무장소에 ‘사용자가 지정하는 장소’로 기재하고 있다면 근로자의 별도 동의 없이 재택근무 실시가 가능하다고 보고 있습니다.

이때, 통상적인 근로시간제를 적용할 수 있는 상황인 경우 연장, 야간근로가 발생하면 이에 대한 가산수당을 지급해야 합니다. 근로시간의 산정이 어려운 상황이라면 근로기준법 제58조에 따라 통상 필요한 시간을 근로시간으로 간주하거나, 서면합의로 통상 필요한 시간을 정하여 간주할 수 있을 것입니다.

코로나19로 인해 재택근로가 확산됨에 따라 통상 근로자에게 지급하던 식비, 교통비 등을 재택근로자에게도 지급해야 하는지가 실무상 문제가 되었습니다. 실비변상적 차원에서 실제 지출이 있는 근로자에게만 지급하던 금품이라면 지급의무가 없다고 볼 수 있겠으나, 실제 지출여부와 관계없이 일률적으로 지급하던 금품의 경우 재택근로자에게도 지급해야 할 것입니다.

### (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)<br>• 통상업무는 한가하나 돌발적인 사고발생에 대비하는 업무(기계수리공, 전기수리공 등)<br>• 실근무시간이 대기시간의 반 정도 내지 그 이하인 업무(보일러공, 취사부, 화불적하 종사자 등)<br>• 주한미군부대에 종사하는 소방원<br>• 해외사업장에서 종사하는 요리·이발·경비·운전 등에 종사하는 자<br>• 생산업체의 고압보일러실에 종사하는 자<br>• 건물시설관리를 위해 휴일·야간에 대기하는 자 |

표8 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 어느 하나에 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

4. 근로자가 자유로이 이용할 수 있으며 다음 각 목의 기준을 충족하는 별도의 수면시설 또는 휴게시설이 마련되어 있는 경우. 다만, 수면 또는 휴식을 취할 수 있는 충분한 공간과 시설이 마련되어 있는 경우에는 별도의 장소에 마련하지 않아도 적합한 것으로 본다. 〈개정 2021.10.25〉
   가. 적정한 실내 온도를 유지할 수 있는 냉·난방 시설을 갖출 것(여름 20~28℃, 겨울 18~22℃) 〈신설 2021.10.25〉
   나. 유해물질이나 수면 또는 휴식을 취하기 어려울 정도의 소음에 노출되지 않을 것 〈신설 2021.10.25〉
   다. 식수 등 최소한의 비품을 비치하고, 주기적인 청소 등을 통해 청결을 유지하며, 각종 물품을 보관하는 수납공간으로 사용하지 않을 것 〈신설 2021.10.25〉
   라. 야간에 수면 또는 휴게시간이 보장되어 있는 경우에는 몸을 눕혀 수면 또는 휴식을 취할 수 있는 충분한 공간과 침구 등 필요한 물품 등이 구비되어 있을 것 〈신설 2021.10.25〉
5. 근로자가 감시적 근로자로서 근로시간, 휴게, 휴일에 관한 규정의 적용이 제외된다는 것을 근로계약서 또는 확인서 등에 명시하고 근로자에게 다음 각 목의 근로조건을 보장하는 경우 〈개정 2021.10.25〉
   가. 휴게시간(수면시간을 포함한다. 이하 이 호에서 같다)이 근로시간 보다 짧을 것. 다만, 사업장의 특성상 불가피성이 인정되고 휴게시간에 사업장을 벗어나는 것이 허용되는 경우에는 예외로 한다. 〈신설 2021.10.25〉
   나. 휴게시간 보장을 위해 외부 알림판 부착, 소등 조치, 고객(입주민) 안내 등의 조치를 취할 것 〈신설 2021.10.25〉
   다. 월평균 4회 이상의 휴(무)일을 보장할 것 〈신설 2021.10.25〉

② 「근로기준법」 제63조제3호 및 같은 법 시행규칙 제10조제3항에 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 간헐적·단속적으로 근로가 이루어져 휴게시간이나 대기시간이 많은 업무인 경우 〈개정 2019.8.30〉
2. 실 근로시간이 8시간 이내이면서 전체 근무시간의 절반 이하인 업무의 경우. 다만, 격일제(24시간 교대) 근무인 경우에는 이에 대한 당사자간 합의가 있고, 실 근로시간이 전체 근무시간의 절반 이하이면서 다음날 24시간의 휴무가 보장되어야 한다. 〈개정 2019.8.30〉
3. 근로자가 자유로이 이용할 수 있으며 다음 각 목의 기준을 충족하는 별도의 수면시설 또는 휴게시설이 마련되어 있는 경우. 다만, 수면 또는 휴식을 취할 수 있는 충분한 공간과 시설이 마련되어 있는 경우에는 별도의 장소에 마련하지 않아도 적합한 것으로 본다. 〈개정 2021.10.25〉
   가. 적정한 실내 온도를 유지할 수 있는 냉·난방 시설을 갖출 것(여름 20~28℃, 겨울 18~22℃) 〈신설 2021.10.25〉
   나. 유해물질이나 수면 또는 휴식을 취하기 어려울 정도의 소음에 노출되지 않을 것 〈신설 2021.10.25〉
   다. 식수 등 최소한의 비품을 비치하고, 주기적인 청소 등을 통해 청결을 유지하며, 각종 물품을 보관하는 수납공간으로 사용하지 않을 것 〈신설 2021.10.25〉
   라. 야간에 수면 또는 휴게시간이 보장되어 있는 경우에는 몸을 눕혀 수면 또는 휴식을 취할 수 있는 충분한 공간과 침구 등 필요한 물품 등이 구비되어 있을 것 〈신설 2021.10.25〉
4. 근로자가 단속적 근로자로서 근로시간, 휴게, 휴일에 관한 규정의 적용이 제외된다는 것을 근로계약서 또는 확인서 등에 명시하고 근로자에게 다음 각 목의 근로조건을 보장하는 경우 〈개정 2021.10.25〉
   가. 휴게시간(수면시간을 포함한다. 이하 이 호에서 같다)이 근로시간 보다 짧을 것. 다만, 사업장의 특성상 불가피성이 인정되고 휴게시간에 사업장을 벗어나는 것이 허용되는 경우에는 예외로 한다. 〈신설 2021.10.25〉
   나. 휴게시간 보장을 위해 외부 알림판 부착, 소등 조치, 고객(입주민) 안내 등의 조치를 취할 것 〈신설 2021.10.25〉
   다. 월평균 4회 이상의 휴(무)일을 보장할 것 〈신설 2021.10.25〉

③ 제1항 및 제2항의 근로시간은 일정기간(주 또는 월 등)의 평균적 개념으로 산정한다.

④ 감독관은 감시적 또는 단속적 근로종사자에 대한 적용제외 승인 신청서를 접수한 때에는 승인대상 사업장에 현지 출장하여 근로조건의 실태를 확인하는 등 승인기준에 합당한지를 조사하여야 한다. 다만, 신청서 등 관련서류를 검토한 결과 승인기준에 미달하는 것이 명백하거나 사용자가 동일하고 신청서 접수일 이전 1년 이내에 승인 대상 사업장에 현지 출장조사를 실시한 경우에는 현지 출장조사를 생략할 수 있다. 〈신설 2019.8.30〉

⑤ 감시적·단속적 근로에 종사하는 자에 대한 적용제외 승인기간은 제67조제2호에도 불구하고 결재일 이전으로 소급할 수 있다. 다만, 신청일 이전으로 소급하여서는 아니된다. 〈신설 2019.8.30〉

⑥ 감시적 또는 단속적 근로 종사자에 대한 적용제외 승인의 취소는 제67조제3호에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 하여야 한다. 〈신설 2021.10.25〉

1. 사용자가 제1항 또는 제2항에 따른 승인기준을 위반한 경우
2. 사용자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 승인받은 경우

---

적용제외 승인은 사용자가 일방적으로 신청하며, 그 과정에 해당 근로자의 동의나 합의를 반드시 받아야 하는 것은 아닙니다. 다만, 근로기준법이 개정되어 2021. 10. 25.부터는 감시·단속적근로자로서 근로시간, 휴게, 휴일에 관한 규정의 적용이 제외된다는 것을 근로계약서 또는 확인서 등에 반드시 명시해야 합니다. 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 경비원으로 일하고 있습니다. 계속 일해야 하는 것은 아니지만 야간순찰을 돌고 이외에는 대기시간처럼 상주하고 있다가 일이 있으면 해결해줘야 합니다. 급여는 최저임금에 가까운 시급을 시간만 곱해서 받고 있습니다. 주휴수당을 받을 수 있을까요?

A. 경비업무는 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?(2022년 최저임금 기준)

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 9,160원 × 365일 ÷ 2(격일) ÷ 12개월 = 2,507,550원<br>b. 월야간수당 = 2시간 ×시급 9,160원 × 365일 ÷ 2(격일) ÷ 12개월 = 278,616원<br>월급 = a + b = 2,786,166원 |

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 줄어든 상태입니다. 또한 근로시간 특례업종에 해당되더라도 근로일 종료 후 다음 근로일 전까지 연속하여 11시간 이상 휴식시간이 부여되어야 하므로 최소한의 근로자 건강보호조치를 마련했다고 볼 수 있습니다.

# 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, 5인 이상 사업장의 경우 2022. 1. 1.부터 관공서공휴일 및 대체공휴일을 유급으로 쉴 수 있습니다(5인 미만 사업장은 적용 제외). 그러나 법정휴일이 아닌 약정휴일은 그렇지 않습니다. 사용자가 당연히 휴일을 부여해야 하는 것은 아니므로, 별도의 약정(근로계약서 혹은 취업규칙의 휴일규정 등)으로 유·무급이 결정됩니다.

| | 법정휴일 | 약정휴일 |
|---|---|---|
| 종류 | • 주휴일<br>• 5월 1일 노동절<br>• 관공서 공휴일 및 대체공휴일(국경일, 명절, 선거일 등) | • 회사창립기념일, 노동조합 창립기념일 등 |
| 근거 | • 근로기준법<br>• 근로자의 날 제정에 관한 법률(관공서의 공휴일에 관한 규정 제2조 및 제3조) | • 취업규칙·단체협약 등에 조건, 유·무급여부, 일수 등을 규정 |

표9 휴일의 종류

**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. 다만, 해당 주의 전부를 연차휴가로 쉰 경우에는 개근할 수 있는 소정근로일이 전혀 없게 되므로 주휴일을 부여하지 않아도 됩니다(근로조건지도과-3102, 2008. 8. 8).

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)
- 결근 있는 주
- 감시단속적 승인 받은 경우

고용노동부는 기존에는 법 취지상 퇴사하는 주에는 주휴수당이 발생하지 않는다고 해석해왔지만(근로기준정책과-6551, 2015. 12. 7), 이러한 행정해석을 변경하여 퇴사하는 주에도 1주 소정근로일을 개근했다면 주휴수당이 발생한다고 판단하고 있습니다(임금근로시간과-1736, 2021. 8. 4).

**사례 – 소정근로일이 월~금요일까지이며, 개근했고 주휴일은 일요일인 경우**

- 월~금 근로관계 유지 후 토요일에 퇴사: 주휴수당 미발생
- 월~일 근로관계 유지 후 다음주 월요일에 퇴사: 주휴수당 발생

**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.

가) 통상 근로자

주 40시간 일하는 근로자의 주휴수당을 포함한 기본급의 계산방법은 다음과 같습니다.

• 월급

= 시급 × {일근로시간 × (주 근무일수 + 주휴일)} × (365일 ÷ 7일 ÷ 12개월)

= 최저임금 9,160원 × {하루 8시간 × (주5일 + 주휴일 1일)} × 월 4.345주

= 9,160원 × {(소정근로 40시간 + 주휴일 8시간) × 월 4.345주}

= 9,160원 × 209시간

= 1,914,440원 (2022년의 월 최저임금)

나) 단시간 근로자

1주일에 7시간씩 3일 일하는 단시간 근로자의 기본급과 주휴수당은 다음과 같습니다.

• 월급 = 시급 × {(한 주 근로시간 + 주휴시간) × 4.345주}

= 22년 최저시급 9,160원 ×{(21시간 + 주휴 4.2시간) × 월4.345주}

= 9,160원 × 109.5시간 = 1,003,020원 (2022년의 월최저임금)

✹ 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).

한편, 근로기준법 제55조 제2항에 따른 관공서공휴일의 휴일대체를 하기 위해서는

근로자대표와의 서면합의를 반드시 거쳐야 합니다. 정리하자면, 주휴일의 휴일대체는 24시간 전 교체할 휴일을 특정하여 고지하는 방식으로, 관공서공휴일의 휴일대체는 근로자대표와의 서면합의로 휴일을 다른 날로 대체할 수 있습니다. 다만 휴일은 1주 평균 1회 이상 유급으로 부여하여야 하기 때문에, 휴일대체를 하더라도 월 단위로 4~5일을 일괄하여 부여할 수는 없습니다(근기 01254-9675, 1990. 7. 10).

### (5) 5월 1일 노동절

근로자의 날 제정에 관한 법률은 매년 5월 1일을 근로자의 날로 명시하면서 '근로기준법에 의한 유급휴일'로 정하고 있습니다. 근로자는 5월 1일에 근로하지 않아도 1일치의 임금을 지급받게 됩니다. 만일 5월 1일에 근무를 하면 휴일 유급분과 근로에 대한 1일치 임금, 휴일가산수당을 포함하여 총 2.5일치 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 근무자의 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 없다(근로기준과-829, 2004. 2. 19).
- 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. 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.

### (6) 휴일의 중복

유급휴일(주휴일, 관공서공휴일, 근로자의 날)이 서로 겹치는 경우에는 하나의 유급휴일만 인정되지만, 유급휴일이 무급휴무일과 겹치는 경우에는 어떻게 봐야할지가 문제됩니다. 보통 무급휴무일이 유급휴일이 되면(토요일이 관공서공휴일이 되는 등) 추가급여를 받아야 한다고 생각할 수 있습니다. 그런데 월급근로자의 경우 매월 휴일이나 휴무일수와 관계없이 월급을 받으므로 근로자를 쉬게 한다면 월급만 지급해도 된다는 것이 고용노동부의 입장입니다. 반면, 근로가 지속되는 일급제, 시급제 근로자의 경우에는 휴무일이 근로자의 날에 해당한다면 쉬더라도 추가적인 유급휴일수당을 지급해야 합니다. 여기에 새롭게 도입된 관공서공휴일은 법 취지가 공무원과 일반 근로자가 공평하게 휴식을 취하게 하기 위함이므로 휴무일과 중복되더라도 추가수당을 지급할 필요가 없다는 것이 고용노동부의 입장입니다.

**① 주휴일과 유급휴일이 중복될 경우**

주휴일과 유급휴일이 중복되었을 경우에는 취업규칙이나 단체협약 등에 별도의 정한 바가 없다면 1회의 휴일만을 부여하면 됩니다(근기 68207-2016, 1999. 8. 18).

**② 주휴일이 근로자의 날과 중복될 경우**

주휴일과 근로자의 날이 중복될 경우에도 마찬가지로 1일분만 지급하면 되지만, 유리한 하나의 휴일이 부여된다고 해석되므로, 개근과는 관계없이 부여되는 근로자의 날이 부여되는 것으로 보아야 합니다(근로기준과-4267, 2005. 8. 17, 근로기준과-2116, 2004. 29).

**③ 근로자의 날이 무급휴무일과 중복될 경우**

근로자의 날은 법정휴일이고 근로제공이 없더라도 임금을 지급해야 하기 때문에 무급휴무일(보통 토요일)과 근로자의 날이 중복되는 경우, 근로를 지속하고 있는 일급제 혹은 시급제 근로자에게는 통상 1일치 임금을 지급하고 휴일을 부여해야 합니다(근로기준과-1113, 2011. 5. 4). 하지만 매월 고정적인 임금을 받는 월급제 근로자는 매월의 휴일이나 휴무일수와 관계없이 월급을 받게 되는 구조이므로, 근로자의 날이 월요일에서 일요일 사이 어느 날에 속하는지에 관계없이 소정의 월급금액만 지급하고 쉬게 하면 됩니다(근로기준과-848, 2004. 4. 29).

**④ 약정유급휴일과 무급휴무일이 중복될 경우**

매월 고정적인 임금을 지급받는 월급제 근로자의 경우에는 별도의 정함이 없는 한 유급휴일이 평일이든 휴무일이든 어느 날에 속하는지와 관계없이 월급금액만 지급하면 되기 때문에 월급제의 경우에는 별도로 지급할 필요가 없다고 해석됩니다(근로기준과-2156, 2004. 4. 30).

**⑤ 관공서공휴일이 무급휴무일과 중복될 경우**

관공서공휴일의 유급휴일화로 인해 무급휴무일이 공휴일과 겹치는 경우 유급으로 처리해야 하는지가 논란이 되었으나, 고용노동부는 법취지상 유급처리하지 않아도 된다고 판단하고 있습니다. 근로기준법에서 공휴일을 쉬도록 규정한 취지는 공무원과 일반근로자가 공평하게 휴식을 취하게 하려는 것이기 때문에 근로자가 쉬는 휴일 수는 동일함에도 추가적인 비용을 강제하려는 취지가 아니라는 것입니다(임금근로시간과-743, 2020. 3. 30).

✷ 주40시간제에서 주5일을 근무일로 지정하는 경우에는 1일은 주휴일이 되며, 나머지 1일에 대한 별도의 규정이 없으면 이는 무급휴무일로 봅니다.

# 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.

| 근속기간 | 1년차 입사 첫해 | 2년차 (1년 이상) | 3년차 (만2년 이상) | 4년차 (만3년 이상) | 5년차 (만4년 이상) | 6년차 (만5년 이상) | 7년차 (만6년 이상) | 8년차 (만7년 이상) | 생략 | 최대 한계 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 발생연차 | 11일 | 15일 | 15일 | 16일 | 16일 | 17일 | 17일 | 18일 | … | 25일 |

표10 근속년수와 연차유급휴가 일수

**② 1년 미만자의 연차유급휴가**

1년 미만 근로자는 1개월 만근 시 1일의 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.

| 1월 | 2월 | 3월 | 4월 | 5월 | 6월 | 7월 | 8월 | 9월 | 10월 | 11월 | 12월 | 다음해 1월1일 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 0 | 1일 | 1일 | 1일 | 1일 | 1일 | 1일 | 1일 | 1일 | 1일 | 1일 | 1일 | |
| | | | | | | | | | | | | 15일 |

✷1월 1일 신규 입사자의 연차휴가 발생 시기

그림3 1년 미만자의 연차휴가 일수

**③ 1년 계약직의 연차유급휴가**

1년의 근로계약기간을 정하여 계약하는 경우 1년을 채우고 2년차에 근로를 하루도 하지 않는 경우에 1년 이상자에게 부여되는 연차휴가 15일이 발생하는지가 문제됩니다. 최근 법원과 고용노동부가 엇갈린 판단을 하여 실무에서는 혼란이 있습니다.

고용노동부는 전년도 1년간 80% 이상 출근한 근로자라면 다음 1년간 휴가를 사용할 기간이 하루도 없다 해도 15일이 부여된다고 하면서 1년 기간제 근로자는 계약기간이 만료되는 경우 26일의 연차휴가가 발생한다고 보았습니다.

그러나 최근 대법원은 연차휴가를 사용할 권리는 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로 1년 계약직 근로자에게는 근로기준법 제60조 제2항만 적용되어 1개월 개근시 발생하는 11일의 연차만 부여하면 된다고 판결했습니다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다227100 판결). 이에 따라 고용노동부도 대법원 판결에 따라 1년간 근로관계가 존속하고 80% 이상 출근해도 1년의 근로를 마친 다음날(366일째) 근로관계가 있어야 15일의 연차가 발생하고, 퇴직에 따른 연차미사용수당도 청구할 수 있는 것으로 행정해석을 변경하였습니다.

이번 행정해석에서는 ①계속근로 1년 미만일때 1개월 개근시 1일씩 주어지는 연차도 1개월의 근로를 마친 다음날 발생하며, ②정규직의 경우에도 동일하게 적용되며, ③정규직이 마지막 근무하는 해에 1년 근무하고 퇴직하는 경우 80% 출근율을 충족하더라도 그에 따라 주어지는 연차와 가산연차에 대한 미사용수당을 모두 청구할 수 없다는 입장으로 변경되었는바 연차 계산시 유념하시기 바랍니다.

**관련 판례**

연차휴가를 사용할 권리 또는 연차휴가수당 청구권은 근로자가 전년도에 출근율을 충족하면서 근로를 제공하면 당연히 발생하는 것으로서, 연차휴가를 사용할 해당 연도가 아니라 그 전년도 1년간의 근로에 대한 대가에 해당한다. 근로기준법 제60조제1항이 규정한 유급 연차휴가는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 부여되는 것으로, 근로자가 연차휴가에 관한 권리를 취득한 후 1년 이내에 연차휴가를 사용하지 아니하거나 1년이 지나기 전에 퇴직하는 등의 사유로 인하여 더 이상 연차휴가를 사용하지 못하게 될 경우에는 사용자에게 그 연차휴가일수에 상응하는 임금인 연차휴가수당을 청구할 수 있다. 다만 연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로, 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다227100 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) 약정 육아휴직, 개인질병으로 인한 휴직 시 연차

개정 근로기준법 제60조 제6항에 따라 육아휴직기간과 출산휴가기간, 업무상 질병으로 인한 휴업기간은 출근과 동일하게 취급됩니다. 그런데 법정육아휴직기간에 추가하여 부여되는 약정육아휴직기간이나, 업무 외 개인 질병으로 인한 휴직기간은 연차휴가일수 산정에 있어서 기존에는 결근처럼 처리되어 왔습니다. 이와 같은 고용노동부의 행정해석이 최근에 변경되어 근로제공의무가 정지되는 기간으로 보아 소정근로일수 자체에서 제외하는 방식으로 변경되었습니다(임금근로시간과-1736, 2021. 8. 4). 즉 '연간 소정근로일수'에서 '휴직기간 등'의 기간을 제외한 나머지 일수('실질 소정근로일수')를 기준으로 근로자의 출근율을 산정하되, 그 출근율이 연간소정근로일수에 대하여 80% 미만인 경우에는 본래 평상적인 근로관계에서 산출되었을 연차휴가일수(15일)에 '실질 소정근로일수'를 '연간 소정근로일수'로 나눈 비율을 곱하여 산출하고, 출근율이 80% 이상인 경우까지 비례하여 적용하지 않습니다(임금근로시간과-1818, 2021. 8. 12).

| | |
|---|---|
| **결근으로 취급 (기존입장 폐기)** | 2020년 소정근로일수가 262일, 2020년 휴직 62일을 결근으로 보면,<br>연간 76.3% 출근으로 연간 80% 출근율을 충족하지 못한 것이므로 휴직기간을 제외하고, 매 1월 개근 시 1일의 연차휴가가 발생하는 것으로 취급.<br>휴직: 2020. 1. 1.~ 2020. 3. 16. (62일 결근)<br>개근: 2020. 3. 17. ~ 2020. 12. 31. (나머지 8개월 개근)<br>2021년에 총 8일의 연차휴가 발생. 이 경우 가산일수는 인정되지 않음. |
| **정지로 취급 (변경)** | 1. 2020년 소정근로일수가 262일, 2020년 휴직 62일을 정지로 보며, 정지된 근로기간을 제외하고 결근없이 전부 출근했다면 80% 이상 개근에 해당함.<br>2. 연차휴가 산정시에는 아래와 같이 계산하여 80% 미만이면 비례부여<br>$\frac{(\text{연간 소정근로일수} - \text{휴직기간 등})}{\text{연간소정근로일수}} \times 100 = 76.3\%$<br>3. 즉, 평상적인 근로관계에서의 연간소정근로일수에 대한 출근율은 76.3%로 80% 미만인바, 소정근로일에 비례하여 연차일수가 계산됨.<br>$\frac{(262\text{일} - 62\text{일})}{262\text{일}} \times (15\text{일} + \text{근속가산일수}) = 11.45\text{일} + @\ \text{부여}$ |
| | 1. 만일 이와 달리 2020년 근로제공의무가 정지되는 휴직일이 32일이고, 정지된 근로기간을 제외하고 결근없이 전부 출근했다면 마찬가지로 80%이상 개근에 해당함<br>2. 연차휴가 산정시에는 아래와 같이 계산하여 80% 이상이면 평상적인 근로관계에서 산출되었을 연차휴가를 부여<br>$\frac{(\text{연간 소정근로일수} - \text{휴직기간 등})}{\text{연간소정근로일수}} \times 100\% = 87.7\%$<br>3. 평상적인 근로관계에서의 연간소정근로일수에 대한 출근율은 87.7%로 80% 이상인바, 연차 전부 부여함. |

표11 약정 육아휴직, 개인질병으로 인한 휴직 시 연차휴가 산정방법



### (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.

한편, 휴가청구권이 소멸된 미사용휴가에 대해 금전보상 대신 연차사용기간을 연장하여 사용하도록 하기 위해서는 개별 근로자의 동의가 필요합니다(근로조건지도과-1046, 2009. 2. 20).

다만, 1년 미만자의 연차사용기간은 근로기준법 제60조 제7항 신설(2020. 3. 31.)로 인하여 입사일로부터 1년 이내에 사용해야 합니다. 1년 미만자의 연차휴가는 사용기간이 1년이 되지 않으며 가장 나중에 발생한 연차휴가는 그 사용기간이 1개월에 불과하게 됩니다. 이런 이유로 노동부는 설명자료를 통해 1년 미만자의 연차휴가 사용기간은 취업규칙이나 단체협약으로 입사 다음해의 말일까지 연장할 수 있다고 보고 있습니다. 그런데 이러한 집단적 방식의 사용기간 연장은 법률적 근거가 존재하지 않기 때문에 가급적 개별 동의를 구하는 것이 타당합니다.

**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**

근로기준법은 연차휴가가 근로자의 정신적·육체적 휴양을 제공한다는 본래의 취지대로 운용될 수 있도록, 사용자가 일정한 요건을 갖추어 근로자의 연차휴가 사용을 촉진할 수 있는 연차유급휴가 사용촉진제도를 두고 있습니다. 연차휴가 사용촉진이 유효하게 이루어진 경우 근로자는 미사용연차유급휴가에 대하여 수당을 청구할 수 없습니다.

계속근로기간 1년 이상 근로자에 대한 1차 촉진은 사용종료일로부터 6개월을 기준으로 10일 이내에 미사용 휴가일수를 알려주고 사용시기를 정하여 회사에 통보하도록 촉구합니다. 이때 근로자들이 촉구를 받은 때로부터 10일 이내에 연차휴가 사용시기를 정하여 회사에 통보하면 2차 촉진은 필요하지 않습니다. 하지만 근로자가 휴가의 전부 또는 일부의 사용시기를 정하지 않은 경우 2차 촉진을 해야 합니다. 이는 사용종료일로부터 2개월 전까지 사용자가 연차휴가 사용 시기를 정하여 통보합니다. 이렇게 두 번의 촉진이 잘 이루어지면 사용자는 근로자에 대한 연차휴가 금전보상의무를 면제받습니다.

| **1차 촉진**<br>(사용자 → 근로자)<br>연차미사용일수 고지 및<br>사용시기 지정·통보 요구 | (근로자 → 사용자)<br>사용시기 지정·통보 | **2차 촉진**<br>(사용자 → 근로자)<br>근로자의 사용시기 미통보시<br>사용자가 사용시기 지정·통보 |
|---|---|---|
| 7.1.—7.10.<br>(6개월 전, 10일간) | 10일 이내 | 10.31.까지<br>(2개월 전) |

그림4 2년차에 발생한 연차휴가 사용촉진 절차(1월 1일 입사자 기준)

계속근로기간 1년 미만자에 대하여는 입사일로부터 1년이 끝나기 3개월 전을 기준으로 10일 이내에 미사용 휴가일수를 알려주고 사용시기를 정하여 회사에 통보할 것을 촉구합니다. 다만 이 시기에는 아직 1년 미만자의 연차휴가 11일 중 2일은 발생하지 않았습니다. 그래서 2일은 사용종료 1개월 전부터 5일 이내에 1차 촉진을 할 수 있습니다. 마찬가지로 근로자가 1차 촉진에 불구하고 10일 이내에 휴가 사용 시기를 정하지 않은 경우에 사용자가 연차 사용시기를 지정하여 2차 촉진을 합니다. 2차 촉진 시기는 연차 사용기간 종료 1개월 전까지 입니다. 이때에도 최종 2일의 연차휴가에 대한 2차 촉진은 연차 사용기간 종료 10일 전까지 하면 됩니다.



| **1차 촉진**<br>(사용자 → 근로자)<br>연차미사용일수 고지 및<br>사용시기 지정·통보 요구 | | (근로자 → 사용자)<br>사용시기 지정·통보 | **2차 촉진**<br>(사용자 → 근로자)<br>근로자의 사용시기 미통보시<br>사용자가 사용시기 지정·통보 |
|---|---|---|---|
| 연차<br>9일 | 10.1.—10.10.<br>(3개월 전, 10일간) | 10일 이내 | 11.30.까지<br>(1개월 전) |
| 연차<br>2일 | 12.1.—12.5.<br>(1개월 전, 5일간) | 10일 이내 | 12.21.까지<br>(10일 전) |

그림5 1년차에 발생한 연차휴가 사용촉진 절차(1월 1일 입사자 기준)

연차휴가 사용촉진에서 유의사항은

1) 1차 촉진과 2차 촉진은 모두 개별근로자에 대하여 서면으로 이루어져야 합니다. 고용노동부는 전자결재체계가 완비되어 있는 경우에만 이메일이나 시스템에 의한 통지가 유효하다는 입장입니다(근로기준정책과-3801, 2017. 6. 20, 근로개선정책과-6488, 2013. 11. 1).

2) 1년 미만자의 연차휴가는 회계연도기준으로 운영할 수 없고, 반드시 입사일 기준으로만 운영해야 합니다. 따라서 연차휴가사용촉진도 모든 근로자에게 같은 시기에 일괄적으로 할 수 없고, 개별 근로자마다 촉진시기를 모두 달리 해야 합니다.

3) 1년 미만자의 연차휴가는 사용시기를 입사년도 다음해의 말일까지로 연장할 수 있습니다. 이 경우에도 연차휴가 사용촉진이 이루어지면 근로자는 미사용 연차에 대한 수당을 청구할 수는 없지만, 휴가사용권이 소멸하지는 않아서 남은 휴가를 사용할 수는 있습니다.

즉, 1년 미만자는 한 명 한 명 입사일 기준으로만 촉진할 수 있고, 11일의 휴가 중 9일의 촉진시기와 2일의 촉진시기가 모두 다릅니다. 또한 연차휴가 사용기간을 다음해 말일까지 연장한 경우 연차휴가 사용촉진을 마치고 나서도 사용기간이 남는 문제가 있습니다. 이렇게 복잡하기 때문에 실무적으로 1년 미만자의 연차휴가 사용촉진을 시행하는 사업장은 많지 않습니다.

**④ 연차유급휴가 대체제도**

특정일을 지정하여 연차유급휴가를 사용한 것으로 대체하는 것을 연차유급휴가 대체제도라고 합니다. 연차유급휴가의 대체를 위해서는 근로자대표와의 서면합의서를 작성해야 하며, 서면합의는 반드시 사전에 이루어져야 합니다.

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.

1년 동안 사용하지 못하여 소멸한 연차에 대한 미사용수당청구권은 휴가청구권이 소멸된 직후의 임금지급일에 발생합니다. 미사용수당은 휴가청구권이 수당청구권으로 전환된 날로부터 3년간 청구할 수 있습니다.

**Q&A**

Q. 2022년 1월 1일 입사 후 1개월을 개근한 근로자에게 2월 1일에 발생하는 1일의 연차휴가는 언제까지 사용가능한가요? 또 수당으로 지급하는 시기는 언제인가요?

A. 발생한 날인 2022년 2월 1일부터 최초 1년의 근로가 끝나는 2022년 12월 31일까지 사용 가능합니다. 2023년 1월 1일자로 미사용연차휴가는 수당으로 전환되며, 1월의 임금지급일에 지급하면 됩니다.

## 4 기타휴가

### (1) 병가

**① 병가신청**

가) 업무외 질병, 부상 발생

업무외 질병, 부상이라고 하여도 업무상재해가 아닌지 업무관련성을 따져 볼 필요가 있습니다. 업무상재해로 판단될 여지가 있으면 근로복지공단에 요양신청을 합니다. 업무관련성은 없지만 질병이나 부상의 치료를 위해 병가나 휴직이 필요하다면 주치의 소견서를 회사에 제출하는 등 회사 내부 절차를 따라야 합니다.

나) 진단서발급, 연차휴가 신청

예상치료기간이 명시된 주치의 소견서를 발급받습니다. 검사에 필요한 기간이나 병가가 승인되기 전까지는 연차휴가를 사용할 수 있으며, 회사의 규정에 따라 이후 병가기간에 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 퇴직금이 줄어들게 되어, 사용자가 승인한 병가기간을 제외하고, 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. 종종 출산예정일이 늦어지는 경우 출산 후 45일을 보장하면 출산휴가가 90일을 넘게 됩니다. 이럴 경우 90일을 초과하는 기간은 무급이 될 수 있습니다.

이중 최초 60일은 사업주가 유급으로 지급하고, 나머지 30일은 고용보험에서

근로자에게 30일당 최대 200만원(2021년 기준)의 출산휴가급여를 지원합니다. 우선지원대상기업은 90일 전부를 고용보험에서 지원하며, 사용자는 이중 최초 60일에 대해 고용보험에서 지급하는 출산휴가급여와 통상임금의 차액을 별도로 지급하여야 합니다.

사용자로부터 출산전후휴가 확인서를 발급받아야 근로자는 고용센터에 출산휴가급여를 신청할 수 있습니다. 이때 통상임금을 확인할 수 있는 자료(임금대장, 근로계약서 등) 사본도 필요합니다. 출산휴가급여 신청은 휴가 시작 1개월 이후부터 가능합니다.

| (예시)통상임금 월 300만원 근로자 | | 총 90일 | | |
|---|---|---|---|---|
| | | 30일 | 30일 | 30일 |
| 우선지원 대상기업 | 회사 | 100 | 100 | — |
| | 고용센터 | 200 | 200 | 200 |

(단위: 만원)

| (예시)통상임금 월 300만원 근로자 | | 총 90일 | | |
|---|---|---|---|---|
| | | 30일 | 30일 | 30일 |
| 이외 기업 | 회사 | 300 | 300 | — |
| | 고용센터 | — | — | 200 |

(단위: 만원)

그림6 출산전후휴가급여

### (3) 배우자출산휴가

사용자는 근로자가 배우자의 출산을 이유로 휴가를 청구하는 경우에 10일의 휴가를 줘야 합니다. 10일 모두 유급으로 보장되어야 하지만, 고용보험에서 지급되는 최초 5일에 대한 배우자출산휴가급여 한도만큼 지급이 면제됩니다. 지원되는 최초 5일의 통상임금 상한액은 382,770원(2021년 기준)이며, 하한액은 최저임금입니다. 사용자는 최초 5일에 대해서는 차액을, 나머지 5일에 대해서는 통상임금 전액을 지급하면 됩니다. 다만, 배우자출산휴가급여는 우선지원대상기업만 지원 대상이 됩니다.

이때, 배우자출산휴가는 1회 분할사용이 가능하며, 배우자가 출산한 날로부터 90일이 지나면 청구할 수 없습니다(남녀고용평등법 제18조의 2).

### (4) 난임휴가

2018년 남녀고용평등법의 개정으로 난임휴가가 신설되었습니다. 난임휴가는 난임치료를 위한 휴가로 1년에 3일까지 사용할 수 있으며, 그 중 최초 1일은 유급입니다. 사업주는 난임치료휴가를 이유로 해당 근로자에게 해고, 징계, 그 밖의 불리한 처우를 하지 못하며 근로자가 난임치료휴가를 신청하였는데도 주지 않은 사업주에게는 500만원 이하의 과태료가 부과됩니다(남녀고용평등법 제18조의 3, 제39조 제2항).

5장 · 권동희 노무사(공동법률사무소 일과사람)

# 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 사업장인지 여부(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 정하고 있습니다. 그러나 산재법 시행령 제2조(법의 적용 제외사업)를 통해 다음과 같이 적용제외 사업을 명시하고 있습니다.

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. 「공무원 재해보상법」 또는 「군인 재해보상법」에 따라 재해보상이 되는 사업. 다만, 「공무원 재해보상법」 제60조에 따라 순직유족급여 또는 위험직무순직유족급여에 관한 규정을 적용받는 경우는 제외한다.

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 근로기준법상 근로자는 아니지만 산재법 시행령 제125조 (특수형태근로종사자의 범위 등)에 근거하여, 보험설계사, 골프장 캐디, 레미콘기사, 택배기사, 전속 퀵서비스기사, 대출모집인, 신용카드회원모집인, 전속 대리운전기사, 건설기계 자차기사(덤프트럭, 굴착기, 지게차 등 27개), 방문판매원, 대여제품방문점검원, 방문강사(학습지 방문강사 등), 가전제품설치원, 화물차주, 소프트웨어 기술자가 특수형태근로종사자로서 산재보험이 적용됩니다. 다만, 보험료는 사업주와 반반 부담해야 합니다. 산재법의 적용을 받지 않기 위해서는 "1. 특수형태근로종사자가 부상·질병, 임신·출산·육아로 1개월 이상 휴업하는 경우, 2. 사업주의 귀책사유에 따라 특수형태근로종사자가 1개월 이상 휴업하는 경우, 3. 사업주가 천재지변, 전쟁 또는 이에 준하는 재난이나 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병의 확산으로 불가피하게 1개월 이상 휴업하는 경우"에 한정되며, 이 경우에도 특수형태근로종사자의 명시적인 동의를 필요로 합니다.

실무상 문제가 되는 경우는 근로기준법상 근로자성 여부가 불분명한 경우입니다. 특히 특수형태근로종사자·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 지급받았던 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.

**법인등기부에 등기된 대표자의 업무상 재해 인정 판례 발췌 요약(서울행정법원 2021. 8. 27. 선고 2020구합51372 판결)**

재판부는 모 패러글라이딩 업체 사내 이사가 2018년 11월 1인용 패러글라이딩 비행 도중 추락사고를 당해 사망한 사건에 대하여, "실제 체험비행이 가능한 계절에는 근무시간 및 근무장소가 일정하게 고정돼 구속을 받았던 것으로 보인다", "근로계약상 업무에 해당하는 개인 비행자격증 취득을 위해 비행을 하다가 사고를 당한 것으로 보이고, 당시 사적인 취미활동을 했다고 단정할 수 없다"며, "법인등기부에 형식상 대표자로 등기돼 있더라도 실질적 사업주로부터 지휘·감독을 받으며 보수를 받으면 근로기준법상 근로자에 해당하고, 근로계약에서 정한 업무를 수행하던 중 발생한 사고로 사망했기 때문에 업무상 재해에 해당한다"고 판시하였다.

**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 있습니다.

규정을 보면 근로기준법 제78조(요양보상), 제79조(휴업보상), 제80조(장해보상), 제82조(유족보상)등의 내용과 금원이 명시되어 있는데, 이 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 제57조 및 이에 따른 시행규칙 제73조(산업재해 발생 보고 등)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 유리한 것일까요? 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 발생한 진찰 및 검사, 수술비, 재활치료비, 입원비, 간호 및 간병비 등을 지급<br>• 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<br>• 평균임금의 100분의 70에 상당하는 금액<br>• 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<br>• 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<br>• 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 | |

표2 산재보험 급여

### (8) 기타법상 재해보상: 공무원, 사립학교 교직원, 군인, 선원

**① 공무원: 공무원재해보상법의 적용**

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 근로자와는 달리 소속된 기관도 신청주체가 됨에 유의해야 합니다. 일단 요양급여신청의 경우에는 소속기관을 경유하지 않아도 되지만, 이외 급여(순직유족급여, 장해급여 등)의 경우에는 소속기관을 반드시 경유하는 시스템입니다. 요양급여 신청시 소속기관을 경유하지 않고 공무원연금공단에 제출하거나 종합재해보상시스템을 이용하여 온라인으로 제출한 경우, 공무원연금공단은 연금취급기관장으로 하여금 그 부상 또는 질병의 경위를 조사한 후 7일 이내에 '경위 조사서'를 공단에 보내도록 합니다.

소속기관에서 작성한 '경위 조사서' 등 첨부된 자료는 인과성 여부 판단에 중요한 자료가 됩니다. '경위 조사서'의 내용이 피재 공무원에게 유리하게 작성될 수 있도록 주의를 기울이거나 협조를 요청해야 합니다. 공무원연금공단에 제출되는 "공무상 요양승인 신청서" 외 타 증거서류도 공무(업무)와 당해 사고(상병) 간의 인과관계가 적극적으로 입증될 수 있도록 작성해야 합니다.

특히 공무원의 경우 유족보상금 청구가 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. 근로자를 고용하지 않은 사업주거나 300인 미만의 근로자를 고용한 사업주라면 가입할 수 있습니다. 산재법 제124조(중소기업 사업주에 대한 특례)조항에서 규정하고 있습니다. 따라서 산재사고가 빈발하거나 위험성이 높은 사업일 경우 가입하는 것이 유리합니다.

Q. 유족연금은 얼마나 받나요?

A. 유족보상연금액은 기본금액과 가산금액을 합산한 금액으로 계산됩니다. 피재노동자가 사망당시 그 노동자와 생계를 같이 하고 있던 유족 중 배우자와 1) 부모 또는 조부모로서 각각 60세 이상인 자, 2) 자녀로서 25세 미만인 자, 2-2) 손자녀로서 19세 미만인자, 3) 형제자매로부터 19세 미만이거나 60세 이상인 자, 4) 1)~3) 중 어느 하나에 해당하지 않는 자녀·부모·손자녀·조부모 또는 형제자매로서 장애인복지법 시행규칙 별표1에 따른 장애의 정도가 심한 장애인의 경우에만 연금대상자가 됩니다.

| 기존 | 2019. 7. 1.시행 |
|---|---|
| 1. 배우자<br>2. 부모 또는 조부모로서 각각 60세 이상인 자<br>3. 자녀 또는 손자녀로서 각각 19세 미만인 자<br>4. 형제자매로서 19세 미만이거나 60세 이상인 자<br>5. 2~4 중 어느 하나에 해당하지 않는 자녀·부모·손자녀·조부모 또는 형제자매로서 장애인복지법 시행규칙 별표1에 따른 장애의 정도가 심한 장애인 | 1. 배우자<br>2. 부모 또는 조부모로서 각각 60세 이상인 자<br>3. 자녀로서 25세 미만인 자<br>3.3 손자녀로서 19세 미만인 자<br>4. 형제자매로서 19세 미만이거나 60세 이상인 자<br>5. 2~4 중 어느 하나에 해당하지 않는 자녀·부모·손자녀·조부모 또는 형제자매로서 장애인복지법 시행규칙 별표1에 따른 장애의 정도가 심한 장애인 |

표3 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

Q. 소속기관에서 경위조사서를 작성해주지 않을 경우 대응방법은?

A. 요양급여청구 사건이 아닌 순직유족급여 청구 등의 사건에서는 여전히 소속기관에 신청서를 제출한 이후 기관에서 경위조사서를 작성하여 공단에 제출하도록 하고 있습니다. 자살이나 정신질환으로 인한 사망, 뇌심혈관계질환으로 인한 사망 등 사망사건에서 여전히 소속기관이 경위조사서 작성을 거부하거나 해태하는 일이 많습니다. 이 경우 유족이나 대리인이 작성한 내용의 경위서를 소속기관에 제출하여 이를 토대로 하여 경위조사서를 작성해달라고 요구해야 합니다. 그럼에도 불구하고 경위조사서 작성을 거부하는 행위가 지속될 경우 법률상 처벌될 수 있는 행위임을 주지시켜야 합니다. 지속적으로 경위조사서 작성을 거부하는 경우 유족 측이 작성한 경위서, 증거자료 일체를 공무원연금공단에 직접 제출하면서, 소속기관이 경위조사서 작성을 거부하고 있음을 명시하여 직접 공단에서 소속기관에 경위조사서 작성을 징구할 것을 요청해야 합니다.

## 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 |

표4 산재신청 및 판정 순서

### (3) 청구서 작성 요령

**① 앞장 기재방법**

앞서 설명했듯이, 산재신청은 노동자 본인이 해야 하는 것이 원칙입니다. '요양급여 신청서'는 총 4페이지인데, 크게 2장으로 나눕니다. 일단 앞장을 보면 일단 '재해자'의 인적사항 등을 기재하는 공간이 있습니다. 그 아래 '사업장 및 재해관련내용' 공간을 보면 '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 '재해발생경위' 공간이 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 "다른보상, 안내사항, 개인정보 수집·이용 및 제3자 제공동의"로 구분되어 있습니다. 다른보상 란은 사업주로부터 산재사고와 동일한 사유로 인해 받은 금액이 있는 경우에 한해 기재합니다. 다만, 위자료 명목으로 보상을 받은 경우에는 동일한 사유가 아니므로 기재할 필요가 없습니다. 개인정보 수집·이용 등에 동의를 하지 않아도 산재 승인에는 아무런 불이익이 없습니다.

**③ 산업재해보상보험 소견서 작성방법**

산업재해보상보험 요양급여신청 소견서라는 두 번째 장은 의사가 작성 기재하는 것입니다. 산업재해보상보험 요양급여신청 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 예상기간 및 사유를 기재하는 것과 더불어 '취업치료여부(근무 병행치료)'에 잘 체크되는 것이 필요합니다. '취업치료가능'에 체크할 경우 휴업급여가 지급되지 않거나 일부만 지급되기 때문입니다. 주치의에게 '통원기간에 취업이 가능하지 않는 구체적 사유'를 써 달라고 하는 것이 좋습니다. 의사나 병원에 따라 요양급여신청 소견서 작성을 거부하는 경우가 있습니다. 이 경우 치료기간이 명시된 일반 진단서나 소견서를 발급받고, 이를 요양급여신청 소견서로 대체할 수 있음에 유의해야 합니다.

**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.

**⑦ 추가상병, 의료기관 변경 요양, 병행신청, 재요양, 직업재활급여청구 등**

가) 추가상병신청

산재로 요양기간 중 부상이나 질병이 추가로 발견되어 요양이 필요한 경우나 산재로 발생한 부상이나 질병이 원인이 되어 새로운 질병이 발생하여 요양이 필요한 경우에는 추가상병 신청을 해야 합니다. 이 경우 주치의사에게 '산업재해보상보험 추가상병 소견서' 작성을 요청하여, '산업재해보상보험 추가상병 신청서'와 함께 제출해야 합니다.

나) 의료기관 변경 요양

세 가지 사유, 즉, "1. 요양 중인 산재보험 의료기관의 인력·시설 등이 그 근로자의 전문적인 치료 또는 재활치료에 맞지 아니하여 다른 산재보험 의료기관으로 옮길 필요가 있는 경우, 2. 생활근거지에서 요양하기 위하여 다른 산재보험 의료기관으로 옮길 필요가 있는 경우, 3. 상급종합병원에서 전문적인 치료 후 다른 산재보험 의료기관으로 옮길 필요가 있는 경우"에는 주치의사의 소견(산업재해보상보험 전원요양 소견서)을 요청하여, 의료기관 변경 요양을 신청해야 합니다.

다) 병행진료

진료과목이 특수하거나 수술 등 예외적인 사유, 즉 "① 요양 중인 산재보험 의료기관에 치과, 안과, 이비인후과, 비뇨기과, 정신건강의학과, 피부과, 신경과, 흉부외과, 내과, 마취통증의학과가 없어 다른 산재보험 의료기관에서 통원 진료가 필요한 경우, ② 수술 후 상병상태를 확인하기 위하여 수술을 한 산재보험 의료기관에 통원 진료가 필요한 경우, ③ 진폐로 요양급여를 받고 있는 산재근로자가 폐암진료를 위하여 법 제43조제1항제2호에 따른 상급종합병원에서 요양이 필요한 경우, ④ 진폐로 요양급여를 받고 있는 산재근로자가 수술이 필요한 합병증 또는 속발증이 발생하였으나 해당 산재보험 의료기관에서 수술이 불가능한 경우, ⑤ 진폐로 요양급여를 받고 있는 산재근로자가 진폐 요양급여 지급대상 합병증 또는 속발증이 발생할 우려가 있거나 그 이외의 질병이 발생한 경우로서 상급 의료기관에서 진료할 특별한 사유가 있다고 해당 산재보험 의료기관에서 인정하는 경우, ⑥ 요양 중 산재보험 의료기관에 자기공명영상진단(MRI), 전산화단층촬영장치(CT), 본스캔 검사 및 근전도 검사를 위한 검사장비가 없어 다른 산재보험 의료기관에서 검사가 필요한 경우 등" 12가지 사유가 있어, 위와 같은 사유에 해당하면 2개의 의료기관에서 요양할 수 있습니다.

라) 재요양

요양급여를 받은 사람이 치유 후 요양의 대상이 되었던 업무상의 부상 또는 질병이 재발하거나 치유 당시보다 상태가 악화되어 이를 치유하기 위한 적극적인 치료가 필요하다는 의학적 소견이 있으면 재요양을 신청해야 합니다. 수술 등 치료만이 아니라 재요양을 통해 호전되는 등 치료효과를 기대할 수 있으면 가능합니다.

마) 직업재활급여

장해급여 또는 진폐보상연금을 받은 사람이나 장해급여를 받을 것이 명백한 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람 중 취업을 위하여 직업훈련이 필요한 사람에 대하여 실시하는 직업훈련에 드는 비용 및 직업훈련수당을 지급하고 있습니다. 직업훈련수당의 1일당 지급액은 최저임금액에 상당하는 금액입니다.

**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 '자기손해' 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 작성합니다. 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)에 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 증명이 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)에 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. 이는 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 출퇴근재해에 대한 세부 운용기준(제2017-48호, 2017. 12. 28)을 마련하였습니다. 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 |

표5 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 멀어 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.

라) 통상적인 경로 및 방법

'통상적인 경로'는 사회통념상 이용할 수 있는 경로를 의미하며 반드시 최단거리를 의미하는 것은 아닙니다. 따라서 길이 막혀 돌아간다거나 카풀을 이용하는 경우에도 통상적인 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.

마) 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.

바) 상담 체크리스트

| 체크리스트 | 체크 |
|---|---|
| 사업주가 교통수단으로 통근버스 등 교통수단을 제공하였고 이러한 교통수단 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, 통상적·정형적·관례적인 행위인지 여부를 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 행위를 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) 제2항에 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 지배 하에 있다고 봅니다. 즉 출장업무의 경우 통상 자신의 자택에서 출장 업무 장소로의 이동, 그리고 출장업무 종료 후 자신의 자택으로의 복귀과정 전체를 업무과정으로 판단합니다. 사업장에서 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.

근로복지공단은 "해외 파견(자) 산재보험 적용여부 판단기준"을 2018. 8. 14.부터 시행하고 있습니다. 이 기준(지침)에 따르면, 지휘·명령의 주체를 우선적으로 판단하여 결정하고, 그 판단이 어려운 경우 순차적으로 ②취업규칙, ③인사관리를 기준으로 판단하도록 하고 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)에 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 이루어지기보다는 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 입장입니다.

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 다음과 같은 지침을 통해 법원과 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 회식이 실질적으로 종료되지 않은 상태라고 볼 수 있는지 여부 | |

**⑨ 요양 중 사고**

가) 인정기준

산재법 시행령 제32조(요양 중의 사고)에 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 의료기관을 말한다. 이하 이 조에서 같다) 내에서 업무상 부상 또는 질병의 요양과 관련하여 발생한 사고
3. 업무상 부상 또는 질병의 치료를 위하여 거주지 또는 근무지에서 요양 중인 산재보험 의료기관으로 통원하는 과정에서 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 이동 중에 발생한 사고 또는 의료기관에서 치료 후 집으로 귀가 도중 발생한 사고에 대해서는 업무상 재해로 판단하지 않았으나, 2018년 시행령 개정을 통해 업무상 재해로 규정하였습니다.

**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)에 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.

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 처리하거나 합의하지 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 노조전임자라고 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)에 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 상당인과관계가 인정되는 경우

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 상태 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) 제2호에 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)에 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 그 질병의 개념, 인정기준, 체크리스트에 대해 하나씩 살펴봅시다.

### (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<br>지주막하출혈<br>뇌실내출혈<br>기타: 경막하출혈 등 | 경과별 | 일과성 허혈<br>가역성 허혈 신경학적 손상<br>진행성 뇌허혈증<br>고정성 뇌졸중 |
| 원인별 | 고혈압성<br>뇌동맥류<br>뇌동정맥 기형<br>기타: 뇌종양, 출혈성 질환 | 기전별 | 뇌색전<br>뇌혈전<br>뇌혈색전 |

표7 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" 다섯 가지 상병으로 구분됩니다. 물론 이외에도 뇌심혈관계질환이 업무와 인과관계가 있을 경우에는 산재가 인정될 수 있습니다.

**관련 법률 – 산재법 시행령 제34조 제3항 관련 별표3. 업무상 질병에 대한 구체적인 인정기준**

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 대동맥자루(대동맥 혈관벽의 중막이 내층과 외층으로 찢어져 혹을 형성하는 질병)가 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



위와 같은 뇌심혈관계질환의 산재는 크게 돌발과로, 단기과로, 만성과로로 구분되며, 그 기준에 대해서는 아래의 "고용노동부 고시(제2020-155호, 2020. 12. 29.)"에 규정되어 있습니다.

**관련 법률 – Ⅰ. 뇌혈관 질병 또는 심장 질병 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항 (고용노동부고시 제2020-155호, 2020. 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, 제2021-03호)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 위험인자나 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**

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 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: 제2020-155호, 2020. 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 제2020-12호)"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.

고용노동부는 '직업성 암 업무상질병 업무처리요령'(2019. 2. 28)을 통해 반도체·디스플레이 산업 종사자에게 발생한 8개 상병(백혈병,다발성경화증,재생불량성빈혈,난소암,뇌종양,악성림프종,유방암,폐암)이외에 ① 석면에 의한 원발성 폐암 ② 석면에 의한 악성중피종 ③ 탄광부·용접공·석공·주물공·도장공에 발생한 원발성 폐암 ④ 벤젠에 노출되어 발생한 악성림프·조혈기계질환은 업무상질병 자문위원회 자문을 거쳐 업무관련성 전문조사(개별역학조사)를 생략하여 사실상 업무상 질병으로 인정할 수 있도록 개정하였습니다.



- **석면에 의한 원발성 폐암**
  1. 2009년 이전 석면 포함 제품의 제조 공정에서 석면 노출기간이 10년 이상인 자에게서 발생한 원발성 폐암
  2. 석면 광업, 선박 수리업에서 직업적 석면 노출 기간이 10년 이상인 자에게서 발생한 원발성 폐암

- **석면에 의한 악성중피종**
  석면 포함 제품의 제조, 제조 공정에서 석면 포함 제품의 사용, 작업 중에 석면 함유 제품의 취급 업종에서 노출기간이 1년 이상인 자에게서 석면 노출 시작 시점으로부터 10년 이후 발생한 악성 중피종

- **탄광부·용접공·석공·주물공·도장공에 발생한 원발성 폐암**

| 구분 | 적용기준 |
|---|---|
| 탄광부 | 지하탄광에서 근무 노출기간이 누적 10년 이상<br>* 지하 탄광에 한함<br>* 굴진, 채탄, 보갱, 운반, 적재 작업을 모두 포함한 누적 노출기간 |
| 용접공 | 직업적으로 용접작업 노출기간이 누적 10년 이상<br>* 배관공, 제관공은 제외(용접작업의 비율을 고려하여 판단) |
| 석공 | 직업적으로 석재가공(할석, 조각, 각자 포함) 노출기간이 10년 이상<br>* 석재부착(시공작업)은 제외(석재 가공작업의 비율을 고려하여 판단) |
| 주물공 | 직업적으로 주물작업 노출기간이 10년이상 |
| 도장공 | 직업적으로 스프레이(분체) 도장 노출기간이 10년 이상(붓도장 제외) |

- **벤젠에 노출되어 발생한 악성림프·조혈기계질환** *
  * 급성/만성 골수성백혈병, 급성/만성 림프구성백혈병, 골수증식질환, 골수형성이상증후군, 무형성빈혈, 다발성골수종, 비호지킨림프종

벤젠 노출 직종에서 아래 기준 중 어느 하나의 누적기간 이상 근무한 자
1. 2005년 이전 10년이상 코크스 오븐*(화성공정) 작업자: 현장 감독자 포함하며 코크스오븐 실링, 스트림 공정 수행자, 대정비 작업 수행자
   * 석탄을 일정한 크기의 코크스(탄 덩어리)로 만드는 화로
2. 2003년 이전 5년 이상 인쇄작업자
3. 2003년 이전 5년 이상 고무제품제조업에서 타이어 성형, 검사, 불량처리 공정 작업자
4. 2003년 이전 5년 이상 도장작업자(붓도장 제외)

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.

다섯째, 최근 코로나바이러스 등으로 감염병에 대한 산재인정기준도 구체적으로 신설되었습니다. 공단은 '감염병의 업무상 질병 조사 및 판정지침'(제2021-09호, 2021. 3. 1)을 통해 감염병의 정의, 법령, 업무관련성 판단기준, 재해조사 및 판정절차를 규정하였습니다. 이는 산재법 시행령 별표 3 '9. 감염병 질병'의 조문을 구체화한 것입니다. 가장 중요한 쟁점은 업무와 관련된 접촉으로 인해 발생한 질병인지 여부입니다. 공단은 "① 업무활동의 범위와 바이러스 전염경로가 일치될 것, ② 업무수행 중 바이러스에 전염될 만한 상황을 인정할 수 있을 것, ③ 바이러스에 노출되었다고 인정될 것, ④ 가족이나 친지 등 업무 외 일상생활에서 전염되지 않았을 것"을 업무상 질병의 인정 원칙으로 명시하였습니다. 의무기록지, 검사결과지 등 의학적 접근 이외 역학조사 경로에 대한 자료도 중요합니다. 이에 대해 역학조사기관과 산재조사기관이 다르다는 점에 유의하고, 감염병 발병 시 적극적인 증명 노력이 중요합니다.

**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. 공단은 별도의 조사지침(정신질병 업무관련성 조사지침 제2021-05호, 2021. 01. 13)을 두고 있습니다. 당해 지침은 '목적, 정신질병 개요, 인정기준, 재해조사 요령, 조사 및 판정절차, 재해조사 시 유의사항, 시행일 및 경과조치'로 구분되어 있고, 우울에피소드, 불안장애, 적응장애, 외상후스트레스장애, 급성스트레스반응, 자해행위, 자살, 수면장애 등 중요한 정신질환과 자살(자해행위)의 의미와 특징, 재해 조사시 고려사항, 업무관련 위험요인을 제시하고 있습니다. 특히 업무관련성 판단에 있어서 고려사항(일상적인 업무상 스트레스 요인, 주요업무상 스트레스 요인)이 무엇인지 구체적으로 명시하고 있습니다. 특히 기본적인 조사사항(개인적

위험요인 등)이외 공단에서 중요하게 조사하는 업무관련 위험요인, 재해조사양식, 주요 업무상 스트레스 요인 파악 체크리스트 등을 명시하고 있기 때문에 반드시 참고해야 합니다.

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. 공단은 위 지침에서 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 |

표8 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 고객을 상대하는 시간, 비중, 내용이나 방식, 감정의 불일치 상황, 고객으로부터 항의의 내용과 횟수, 회사의 감정노동 단속실태 등이 업무상 스트레스를 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.

공단은 '소음성 난청 업무처리 기준 개선'(2020. 3)을 통해 전형적인 난청이 아닌 "소음노출 정도가 업무상 질병 인정기준에 충족되는 노인성 난청, 혼합성 난청, 비대칭성 및 편측청 난청, 기타 전형적인 소음성 난청이 아닌 경우"에도 업무상 질병으로 인정될 수 있도록 기준을 개선한 바 있습니다.

Q. 재택근무 중 음료수를 사러 마트에 다녀오다가 넘어지면 산재가 되나요?

A. 현재 공단의 입장에서는 산재로 처리되기 어렵습니다. 공단은 '재택근무 중 업무상 재해인정기준'(2020. 12. 30)을 마련하여 운용 중에 있습니다. 이 지침에 따르면, 사업주가 승인하거나 사전에 지정한 재택근무 장소에서 발생한 재해가 아닐 경우 산재로 인정하지 않습니다. 또한 근로계약에 정해진 근무시간 내에 발생한 재해를 인정하고

근무시간 종료 이후에 발생한 사고는 원칙적으로 불인정합니다. 또한 휴게시간 중 사고의 경우 자택 내에서 사회통념상 휴게시간 중 할 수 있다고 인정되는 행위를 하다 발생한 사고는 업무상 재해로 인정 가능하며, 식사를 위해 외부식당 등으로 이동하거나 식사를 마치고 재택근무 장소로 복귀 중 발생한 사고는 인정 가능하다고 합니다. 공단은 "생필품을 사기 위하여 집근처 마트에 다녀오다 넘어진 사고, 자택 인근 공터에서 담배를 피우기 위해 걸어가다 발목을 삐긋한 사고, 자택 전기누전으로 화재가 발생해 재택근무 중 연기흡입으로 인한 재해" 등은 인정할 수 없다고 예시하고 있습니다. 그러나 이러한 사항은 재택근무로 인한 필요적 행위 또는 재택근무가 근본원인으로 발생한 사고이므로, 법원에서 업무관련성이 인정될 여지가 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 산재보상보험 심사위원회에서 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).

산업재해보상보험법 시행령 [별표 3] 〈개정 2021. 6. 8.〉

**업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준**(제34조제3항 관련)

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 대동맥자루(대동맥 혈관벽의 중막이 내층과 외층으로 찢어져 혹을 형성하는 질병)가 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, 톨루엔 디이소시아네이트(Toluene Diisocyanate), 메틸렌 디페닐 디이소시아네이트(Methylene Diphenyl Diisocyanate), 핵산메틸렌 디이소시아네이트(Hexamethylene Diisocyanate) 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 금속분진(fume)에 노출되어 발생한 금속열

사. 장기간·고농도의 석탄·암석 분진, 카드뮴분진 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 코사이벽 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 세갈래신경마비. 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 폄근마비

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) 0.5피피엠(ppm) 이상 농도의 벤젠에 노출된 후 6개월 이상 경과하여 발생한 골수형성이상증후군, 무형성(無形成) 빈혈, 골수증식성질환(골수섬유증, 진성적혈구증다증 등)

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. 폐놀류·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. 전리방사선(물질을 통과할 때 이온화를 일으키는 방사선)에 노출되어 발생한 피부궤양 또는 방사선피부염
차. 작업 중 피부손상에 따른 세균 감염으로 발생한 연조직염
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

85데시벨[dB(A)] 이상의 연속음에 3년 이상 노출되어 한 귀의 청력손실이 40데시벨 이상으로, 다음 요건 모두를 충족하는 감각신경성 난청. 다만, 내이염, 약물중독, 열성 질병, 메니에르증후군, 매독, 머리 외상, 돌발성 난청, 유전성 난청, 가족성 난청, 노인성 난청 또는 재해성 폭발음 등 다른 원인으로 발생한 난청은 제외한다.

1) 고막 또는 중이에 뚜렷한 손상이나 다른 원인에 의한 변화가 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 48시간 이상 간격으로 3회 이상(음향외상성 난청의 경우에는 요양이 끝난 후 30일 간격으로 3회 이상을 말한다) 실시하여 해당 검사에 의미 있는 차이가 없는 경우에는 그 중 최소가청역치를 청력장해로 인정하되, 순음청력검사의 결과가 다음의 요건을 모두 충족하지 않는 경우에는 1개월 후 재검사를 한다. 다만, 다음의 요건을 충족하지 못하는 경우라도 청성뇌간반응검사(소리자극을 들려주고 그에 대한 청각계로부터의 전기반응을 두피에 위치한 전극을 통해 기록하는 검사를 말한다), 어음청력검사(일상적인 의사소통 과정에서 흔히 사용되는 어음을 사용하여 언어의 청취능력과 이해의 정도를 파악하는 검사를 말한다) 또는 임피던스청력검사[외이도(外耳道)를 밀폐한 상태에서 외이도 내의 압력을 변화시키면서 특정 주파수와 강도의 음향을 줄 때 고막에서 반사되는 음향 에너지를 측정하여 중이강(中耳腔)의 상태를 간접적으로 평가하는 검사를 말한다] 등의 결과를 종합적으로 고려하여 순음청력검사의 최소가청역치를 신뢰할 수 있다는 의학적 소견이 있으면 재검사를 생략할 수 있다.
   (1) 기도청력역치와 골도청력역치의 차이가 각 주파수마다 10데시벨 이내일 것
   (2) 반복검사 간 청력역치의 최대치와 최소치의 차이가 각 주파수마다 10데시벨 이내일 것
   (3) 순음청력도상 어음역(語音域) 500헤르츠, 1,000헤르츠, 2,000헤르츠에서의 주파수 간 역치 변동이 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 폐암, 후두암으로 다음의 어느 하나에 해당하며 10년 이상 노출되어 발생한 경우
   1) 가슴막반(흉막반) 또는 미만성 가슴막비후와 동반된 경우
   2) 조직검사 결과 석면소체 또는 석면섬유가 충분히 발견된 경우
나. 석면폐증과 동반된 폐암, 후두암, 악성중피종
다. 직업적으로 석면에 노출된 후 10년 이상 경과하여 발생한 악성중피종
라. 석면에 10년 이상 노출되어 발생한 난소암
마. 니켈 화합물에 노출되어 발생한 폐암 또는 코안·코곁굴[부비동(副鼻洞)]암
바. 콜타르 찌꺼기(coal tar pitch, 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 화학물, 6가 크롬 또는 그 화합물 및 결정형 유리규산에 노출되어 발생한 폐암
사. 검댕에 노출되어 발생한 폐암 또는 피부암
아. 콜타르(10년 이상 노출된 경우에 해당한다), 정제되지 않은 광물유에 노출되어 발생한 피부암
자. 비소 또는 그 무기화합물에 노출되어 발생한 폐암, 방광암 또는 피부암
차. 스프레이나 이와 유사한 형태의 도장 업무에 종사하여 발생한 폐암 또는 방광암

카. 벤지딘, 베타나프틸아민에 노출되어 발생한 방광암
타. 목재 분진에 노출되어 발생한 비인두암 또는 코안·코곁굴암
파. 0.5피피엠 이상 농도의 벤젠에 노출된 후 6개월 이상 경과하여 발생한 급성·만성 골수성백혈병, 급성·만성 림프구성백혈병
하. 0.5피피엠 이상 농도의 벤젠에 노출된 후 10년 이상 경과하여 발생한 다발성골수종, 비호지킨림프종. 다만, 노출기간이 10년 미만이라도 누적노출량이 10피피엠·년 이상이거나 과거에 노출되었던 기록이 불분명하여 현재의 노출농도를 기준으로 10년 이상 누적노출량이 0.5피피엠·년 이상이면 업무상 질병으로 본다.
거. 포름알데히드에 노출되어 발생한 백혈병 또는 비인두암
너. 1,3-부타디엔에 노출되어 발생한 백혈병
더. 산화에틸렌에 노출되어 발생한 림프구성 백혈병
러. 염화비닐에 노출되어 발생한 간혈관육종(4년 이상 노출된 경우에 해당한다) 또는 간세포암
머. 보건의료업에 종사하거나 혈액을 취급하는 업무를 수행하는 과정에서 B형 또는 C형 간염바이러스에 노출되어 발생한 간암
버. 엑스(X)선 또는 감마($\gamma$)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, 급성 기질성 뇌증후군, 혼수상태 등 급성 중독 증상 또는 소견
6) 일시적으로 다량의 톨루엔·크실렌·스티렌·시클로헥산·노말헥산·트리클로로에틸렌 등 유기용제에 노출되어 발생한 의식장해, 경련, 급성 기질성 뇌증후군, 부정맥 등 급성 중독 증상 또는 소견
7) 이산화질소에 노출되어 발생한 점막자극 증상, 메트헤모글로빈혈증, 청색증, 두근거림, 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($\mu$g) 이상 검출되면서 나타나는 납중독의 증상 또는 소견. 다만, 혈중 납농도가 40마이크로그램 미만으로 나타나는 경우에는 이와 관련된 검사(소변 중 납농도, ZPP, $\delta$-ALA 등을 말한다) 결과를 참고한다.



라. 수은 또는 그 화합물(유기수은은 제외한다)에 노출되어 발생한 궤양성 구내염, 과다한 타액분비, 잇몸염, 잇몸고름집 등 구강 질병이나 사구체신장염 등 신장 손상 또는 수정체 전낭(前囊)의 적회색 침착
마. 크롬 또는 그 화합물에 노출되어 발생한 구강점막 질병 또는 치아뿌리(치근)막염
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, 급성 기질성 뇌증후군, 정신분열증, 양극성 장애(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, 안전모 등과 같은 잠수기기로 인한 압착증
3) 질소마취 현상, 중추신경계 산소 독성으로 발생한 건강장해
4) 피부, 근골격계, 호흡기, 중추신경계 또는 속귀 등에 발생한 감압병(잠수병)
5) 뇌동맥 또는 관상동맥에 발생한 공기색전증(기포가 동맥이나 정맥을 따라 순환하다가 혈관을 막는 것)
6) 공기가슴증, 혈액공기가슴증, 가슴세로칸(종격동), 심장막 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(알캅톤을 소변으로 배출시키는 대사장애 질환) 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.**

# 6장 사회보험

· 김선임 노무사(더바름 노무법인), 박선희 노무사(서울노동권익센터)



## 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 보험료입니다. 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. 건강보험은 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 보호 외에도 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)', '근로복지공단 토탈서비스(http://total.kcomwel.or.kr)' 등이 있으며 이들 사이트에서도 본인의 보험정보조회와 기타 관련 자료를 찾을 수 있습니다.



### (2) 4대보험료 산정과 부과 방식

① **보험료율(2022년 기준)**

건강보험료와 같이 부과되는 장기요양보험료는 노인장기요양 재정을 마련하기 위해 만들어진 것으로 공제되는 건강보험료의 12.27%를 장기요양보험료로 납부합니다. 고용보험의 경우, 사업주만 부담하는 고용안정사업 및 직업능력개발사업에 대한 보험료는 상시근로자수에 따라 0.25%(150인미만)/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% | 3.495%<br>(근로자부담분의 12.27%) | 0.9%<br>2022. 7.부터 적용 | 부담하지 않음 |
| 사업주 | 4.5% | 3.495%<br>(사용자부담분의 12.27%) | 0.9% +<br>0.25~0.85% | 전액사업주부담<br>(업종별로 차등) |
| 계 | 9% | 6.99% | 1.8% +<br>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 | 월정액급여 210만원 이하로서 직전 과세기간의 총급여액이 3천만원 이하인 근로자가 받는 연 240만원 이내의 연장근로·야간근로·휴일근로수당 |
| 육아수당 | 6세 이하의 자녀의 보육과 관련하여 월 10만원 한도<br>(자녀수에 상관없이 최대한도는 월 10만원임) |

표2 비과세 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. 원천징수의무자인 사업주는 근로자에게 매월 급여를 지급할 때 4대보험료 공제 전의 과세대상이 되는 근로소득에 대해 국세청의 '근로소득 간이세액표'(이하 '간이세액표'라 함)에 따라 소득세를 원천징수하여 납부해야 합니다. 간이세액표에는 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 해고기간에 근로를 제공하고 지급받는 근로소득으로 보아 소득세가 과세되며, 양 당사자 화해가 성립한 경우 지급되는 분쟁 화해금은 소득세법상 기타소득으로 정한 사례금에 해당(대법원 2018. 7. 20. 선고 2016다17729 판결)할 것이나, 급여 외에 근로자의 명예를 해하거나 정신적인 고통에 대한 배상 또는 위자료로서 지급되는 금전은 소득세를 과세하지 않습니다. 따라서 사용자로부터 합의금을 받는 경우 손해배상금, 위자료 명목으로 처리하는 것이 근로자에게 유리하며, 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<br>● 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<br>● 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 발생했는데, 사업주가 지급하지 않고 있을 경우 노동청에 체불신고가 가능할까요? 사업주가 지급하지 않을 경우 대지급금(구 '체당금')으로 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. 다만, 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 없다'고 해석합니다(근로기준과-4450, 2005. 8. 26). 그렇기에 만일 사업주가 4대보험 근로자 부담분 보험료를 임금에서 공제하고 나서 사실상 가입을 하지 않았다면 4대보험 미가입 건은 근로복지공단에 신고하여 소급가입하는 방법으로 해결할 수 있습니다. 입·퇴사 착오신고 등으로 발생한 4대보험 환급금을 회사에서 수령 후 근로자에게 지급하지 않는다면 노동청에 임금체불 진정을 넣을 수 있습니다.



## 3 4대보험 가입자격

### (1) 원칙

근로자가 1인 이상 있는 모든 사업장은 4대보험에 가입해야 합니다. 다만, 고용보험법 시행령 제2조에서 정하고 있는 농업·임업 및 어업 중 법인이 아닌 자가 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업, 총 공사금액이 2천만원 미만인 공사, 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 고용보험 적용제외 대상입니다. 또한 산업재해보상보험법 시행령 제2조에서 정하고 있는 농업, 임업(벌목업 제외), 어업 및 수렵업 중 법인이 아닌 자의 사업으로서 상시근로자 수가 5명 미만인 사업, 가구내 고용활동을 하는 사업장의 경우 산재보험 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.<br>다만 초일(1)일 입사자는 국민연금의 경우 근로자 희망에 따라 입사 월부터 가입가능 | | 일할계산, 산재는 사업주 전액부담 | |
| 상실 월 보험료 | 상실 당월까지 부과원칙, 다만 초일(1)일 퇴사자는 상실 전월까지만 부과 | | 일할계산, 산재는 사업주 전액부담 | |

### (2) 적용제외자

근로기준법상 근로자로 취업을 하면 사업주는 신규입사자에 대해 입사한 월의 다음달 15일까지 4대보험 자격취득신고를 해야 합니다. 그러나 4대보험별로 연령, 소정근로시간, 근로계약기간 등에 따라 적용이 제외되는 근로자가 있습니다.

| 구분 | 적용대상 | 사용자 |
|---|---|---|
| **국민연금** | 만 18세이상 만 60세 미만 | 가입대상(무보수 대표이사 제외) |
| **건강보험** | 모든 사업장의 근로자 | |
| **고용보험** | 근로기준법에 의한 모든 근로자 | 원칙 가입불가<br>단, 근로자를 사용하지 않거나 50명 미만의 근로자를 사용하는 사업주 가입가능 |
| **산재보험** | | 원칙 가입불가<br>단, 근로자를 사용하지 않거나 300명 미만의 근로자를 사용하는 사업주는 본인이 희망하는 경우 가입 가능 |

표4-1 4대보험 가입자격(적용대상)

| 구분 | 적용 제외 |
|---|---|
| **국민연금** | 1) 일용근로자 또는 1개월 미만의 기한을 정하여 사용되는 근로자<br>(1개월 이상 계속 사용되는 경우는 제외)<br>– 다만, 건설일용근로자는 1개월 이상 근로하면서 월 8일 이상 근로시, 일반일용근로자는 1개월 동안의 월 8일이상 또는 월 60시간 이상 근로시 가입대상임 |
| | 2) 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자<br>– 다만, 1개월 간 근로시간이 60시간 미만이더라도 3개월 이상 계속하여 근로하는 대학 강사이거나 사용자의 동의를 받아 근로자로 적용되기를 희망하는 자, 둘 이상 사업장에서 근로를 제공하면서 1개월 소정근로시간의 합이 60시간 이상인 경우, 60시간 미만 사업장에서 근로자로 적용되기를 희망하는 자는 가입대상임<br>– 18세 미만 근로자는 2015. 7. 29.부터 사업장가입자로 당연적용하되, 본인의 신청에 의해 적용제외 신고 가능 |
| | 3) 그 외 국민연금법 제8조, 시행령 제2조, 제18조에 해당하는 자 |
| **건강보험** | 1) 1월 미만의 기간동안 고용되는 일용근로자 |
| | 2) 비상근근로자 또는 1월간의 소정 근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자(교직원, 공무원 포함) |
| | 3) 유공자 등 의료보호대상자(선택) |
| | 4) 의료급여수급자 |
| | 5) 그 외 건강보험법 제6조 제2항, 시행령 제9조에 해당하는 자 |
| **고용보험** | 1) 만65세 이후 고용된 자(실업급여만 적용제외)<br>– 다만, 65세 이전부터 피보험자격을 유지하던 사람이 65세 이후에 계속하여 고용된 경우는 실업급여 및 고용안정직업능력 개발사업 모두 적용 |
| | 2) 1개월 60시간 미만 단시간 근로자<br>– 단, 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자와 1개월 미만 동안 고용되는 일용근로자는 적용 |
| | 3) 그 외 고용보험법 제10조, 시행령 제3조에 해당하는 자 |
| **산재보험** | 1) 선원법 또는 사립학교 교직원연금법에 따라 재해보상이 되는 사업 등 |
| | 2) 공무원 재해보상법 또는 군인 재해보상법에 따라 재해보상이 되는 사업 |

표4-2 4대보험 가입자격(적용 제외)



### (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. 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 일급(비과세소득제외) 15만원까지는 세금이 면제됩니다. 15만원을 넘는 금액에 대해서 세율이 6%가 적용되고 산출된 세액에서 55%는 세액공제됩니다. 최종 산출세액이 1천원 미만이면 납부하지 않아도 됩니다. 예를 들어 일당이 18만원인 근로자는 일당에서 비과세 15만원을 공제한 3만원에 세율 6%를 적용하고 다시 산출세액에서 55%를 공제하면 소득세는 810원이 됩니다. 소득세가 1천원 미만이므로 납부하지 않아도 됩니다. 일당 20만원을 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 근무조건인데, 보수만 시간급 형태로 지급받고 정기적으로 근무를 하는 경우도 가입대상이 됩니다.

근로계약서에 소정근무시간이 월 60시간 이상, 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·국민연금 제외 |
| 월 60시간 미만 | 건강·국민연금 가입 제외, 산재의무가입<br>단, 고용보험은 가입제외이나 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 경우 소급해서 고용보험 취득해야함 |

표6 일용근로자와 단시간 근로자 가입자격

**④ 특수형태근로종사자(고용보험, 산재보험 가입)**

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 14개 직종은 특수형태근로종사자 적용 특례에 따라 산재보험을 적용합니다. 특수형태근로종사자는 2021. 7. 1.부터 부상·질병,임신·출산·육아 등 법령이 정한 사유로 1개월 이상 휴업하는 경우에만 산재보험 적용제외 신청을 할 수 있습니다. 적용제외 사유 소멸 시, 사유가 소멸한 날부터 산재보험은 당연 적용되며, 사유소멸일로부터 14일 이내에 공단에 사유 소멸 신고를 할 수 있습니다.

또한, 특수형태근로종사자도 고용보험에 가입할 수 있습니다. 2021. 7. 1.부터 12개 직종의 종사자*(*① 보험설계사(그 중 교차보험모집인은 제외), ② 신용카드모집인(그 중 제휴업체 카드모집인은 제외), ③ 대출모집인, ④ 학습지교사, ⑤ 교육교구방문강사, ⑥ 택배기사, ⑦ 대여제품방문점검원, ⑧ 가전제품배송·설치기사, ⑨ 방문판매원(자가소비 방문판매원 제외), ⑩ 화물차주, ⑪ 건설기계조종사, ⑫ 방과후학교강사(초·중등))는 노무제공계약을 통해 얻은 월 보수가 80만원 이상인 경우 고용보험 가입이 가능합니다. 2022. 1. 1.부터는 플랫폼노무제공자(퀵서비스기사, 대리운전기사)도 적용됩니다.



**Tip. 산업재해보상보험법 시행령 제 125조의 적용 직종**

① 보험설계사, ②건설기계 자차기사, ③학습지 교사, ④ 골프장 캐디, ⑤택배기사, ⑥전속 퀵서비스기사, ⑦대출모집인, ⑧신용카드모집인, ⑨전속 대리운전기사, ⑨방문강사, ⑩방문판매원, ⑪대여제품 방문점검원, ⑫가전제품 설치원, ⑬화물차주(수출입컨테이너, 시멘트, 철강재, 위험물질 운송자), ⑭소프트웨어 기술자

**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 강제가입 또는 임의가입이 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<br>(관련법에 의하여 체류자격이 인정되는 경우) | 당연적용<br>(상호주의) | 제외<br>(체류자격에 따라 나뉨) | 당연적용<br>(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), F-4(재외동포) 등 임의가입<br>E-9(비전문취업), H-2(방문취업)은 고용안정·직업능력개발사업만 당연가입(단, 사업장 규모에 따라 단계적 시행)<br>∗ 상시 30명 이상 사업장: 2021. 1. 1.부터 시행<br>∗ 상시 10명 이상 30명 미만 사업장: 2022. 1. 1. 부터 시행<br>∗ 상시 10명 미만: 2023. 1. 1.부터 시행 | |

표7 외국인 근로자 4대보험 가입자격

**⑥ 국민기초생활보장수급자**

국민기초생활보장법에 따른 수급자는 본인이 원치 않으면 국민연금에 가입하지 않을 수 있고(국민기초생활보장수급자는 지역가입 적용제외자), 의료급여수급자이기 때문에 건강보험에 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 가입대상이 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<br>(산재보험법 시행령 제122조) | • 300인 미만 근로자 사용 사업주(산재보험 가입)<br>• 근로자를 사용하지 않는 사람(단, 산재보험법 제125조 제1항 및 동법 시행령 제125조에 따른 특수형태근로종사자 제외) |
| 자영업자<br>(보험료징수법 제49조의2) | • 근로자를 사용하지 않거나 50인 미만 근로자 사용 사업주(고용보험 가입)<br>• 사업자등록증을 갖춘자, 자영업자 구직급여 수급 종료일로부터 2년이 경과한 자 |

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 고용노동부장관이 정하는 규정 적용 사업장에서 직업교육훈련이나 현장실습수업 등을 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 근로자 부담분의 보험료를 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)<br>• 가입을 방해하거나 부담금의 증가를 기피할 목적으로 임금인상등, 해고 금지, 위반시 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금(제119조, 제128조) | • 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 사용자는 500만원 이하의 과태료(제119조)<br>• 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)<br>• 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

피보험자격확인청구는 사업주가 피보험자격 신고 등을 이행하지 아니하거나, 사실과 다르게 신고 된 경우 피보험자격을 확인하고 정정해 주는 제도입니다.

'피보험자격확인청구'는 인터넷(https://total.kcomwel.or.kr/)이나 사업장 관할 근로복지공단에 신청하면 되는데(https://www.kcomwel.or.kr/kcomwel/info/data/papr/papr_lst.jsp), 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.

피보험자격확인청구의 법정처리기한은 14일로 되어 있습니다. 다만, 사업장에서 고용보험 신고를 하지 않아 사업장을 대상으로 관련 조사를 진행하면, 처리기한을 연장하기도 합니다. 따라서 피보험자격확인청구의 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.

| 청구인 | | 처리기관 |
|---|---|---|
| | | 근로복지공단 |
| 청구 | → | 접수 |
| | | ↓ |
| | | 확인·검토 |
| | | ↓ |
| | | 결재 |
| | | ↓ |
| 통보 | ← | 전산입력 |

그림2 피보험자격 확인청구 절차

**Q&A**

Q. 피보험자격 확인을 받아서 4대보험을 소급 가입하게 되면, 보험료는 어떤 방식으로 납부하나요?

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).

Q. 사업주가 4대보험 상실 신고를 하지 않는 경우 어떻게 하죠?

A. 사업주가 상실신고서를 처리하지 않는다면 근로자가 사업장 관할 근로복지공단에 피보험자격확인청구를 해야 합니다. 만일 사업주가 신고기한을 지키지 않고 신고하지 않으면 과태료가 부과될 수 있습니다(고용보험법 제118조 제1항 제1호 가항 등).



### (5) 4대보험 신고방법

| 구분 | 근로자수 |
|---|---|
| 전자신고 | • 4대사회보험정보연계센터(www.4insure.or.kr)<br>• 고용·산재보험토탈서비스(total.kcomwel.or.kr) |
| 방문·우편·팩스신고 | • 사업장 소재지 관할 근로복지공단 또는 국민연금공단 지사, 건강보험공단 지사로 각각 접수 가능 |
| 문의전화 | • 근로복지공단 콜센터 1588-0075<br>• 국민연금공단 고객센터 1355<br>• 건강보험공단 1577-1000 |

# 4 지원제도

### (1) 두루누리 사회보험 지원

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 230만원 미만인 근로자와 근로자수(피보험자 수)가 10명 미만인 사업주를 대상으로 고용보험, 국민연금 보험료의 최대 80%를 지원합니다. 해당 월 보험료를 법정기한까지 완납하면 그 다음달 보험료에서 해당 월의 보험료 지원금을 뺀 나머지 금액을 고지하는 방법으로 지원하고 있습니다.

월평균보수 230만원 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 | 지원수준 | 지원기간 |
|---|---|---|
| 신규가입자* | 고용보험 및 국민연금 보험료의 80% | 2021년부터는 신규가입자에 대해서만 지원 |
| 기가입자** | | 2018. 1. 1.부터 신규가입자 및 기가입자 지원을 합산하여 36개월까지만 지원(기가입자는 2018. 1. 1.이후 지원받은 개월수가 36개월 미만이더라도 2021. 1. 1.부터 지원되지 않음) |

* 신규가입자: 지원신청일 직전 1년간 고용보험과 국민연금 자격취득 이력이 없는 근로자
** 기가입자: 신규가입자에 해당하지 않는 근로자

표10 두루누리 사회보험 지원금 내용

**사례 – 두루누리 지원금 계산**

월 평균보수 200만원을 받는 신규가입자의 경우 사업주는 고용보험 보험료의 80%에 해당하는 16,800원(200만원×1.05%(요율)×80%) 및 국민연금 보험료의 80%에 해당하는 72,000원(200만원×4.5%(요율)×80%)을 더하여 매월 총 88,800원을, 근로자는 고용보험 보험료의 80%에 해당하는 12,800원(200만원×0.8%(요율)×80%) 및 국민연금 보험료의 80%에 해당하는 72,000원(200만원×4.5%(요율)×80%)을 더하여 매월 총 84,800원을 지원받을 수 있습니다.

### (2) 사업주지원 고용장려금

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 활용하는 것이 좋겠습니다. 지원금제도의 지원금액 및 기준은 매년 달라질 수 있으며 지원 기준 사유에 해당되어야 하므로 자세한 사항은 관할 고용센터에 문의하여 혜택을 받도록 합니다.

**① 일자리안정자금**

최저임금 인상에 따른 소상공인 및 영세중소기업의 경영부담을 완화하고 근로자의 고용불안을 해소하기 위한 지원 사업입니다. 근로자 수 30명 미만 고용 사업장의 월평균보수가 230만원 미만인 근로자를 1개월 이상 고용한 사업주를 대상으로 2022년에는 1인당 월 3만 원을 지원합니다(2022년 6월까지만 한시 지원). 개인은 개인사업주, 법인은 법인, 공동주택 경비·청소원은 입주자대표회의 통장으로 지원금을 입금하여 사업주가 직접 수령할 수 있도록 하고 있습니다.

**② 고용창출장려금 지원제도**

| | |
|---|---|
| **일자리함께하기 지원** | • 주 근로시간 단축, 교대제 도입·확대, 실 근로시간 단축, 일자리순환제 도입으로 월 평균 근로자 수가 증가하는 경우<br>• 증가 근로자수 1인당 월 40~100만원을 1~2년 지원, 사업주 보전 임금의 80% 한도로, 인당 월10~40만원 지원 |
| **고용촉진장려금** | • 고용노동부 장관이 지정하는 취업지원프로그램(국민취업지원제도 등)을 이수하고 고용센터(워크넷) 등에 구직등록한 실업자를 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로 고용하여 6개월 이상 고용 유지시<br>• 1년간 매 6개월마다 우선지원대상 기업의 경우 연간 720만원(대규모기업 연간 360만원) 지원 |
| **신중년적합직무 고용지원금** | • 만 50세 이상 실업자를 신중년 적합직무에 채용하여 3개월 이상 고용 유지시 우선지원대상기업 연간총액 960만원(중견기업 480만원) 지원 |



**③ 고용안정장려금 지원제도**

| | | |
|---|---|---|
| **워라밸 일자리 장려금** | 임금감소 보전금·간접노무비 | • 소정근로시간 단축 필요가 있는 근로자가 2주 이상 소정근로시간을 단축하는 경우 등<br>• 임금감소분 단축근로자 1인당 월 최대 24~40만원(총 480만원), 간접노무비 우선지원대상기업 20만원(1개월 단위) 지원 |
| | 대체인력 지원 | • 위 단축근로자의 근로시간 단축 개시일 전 2개월이 되는 날부터 대체인력을 고용하고 1개월 이상 고용 유지시<br>• 우선지원대상 1개월 60만원(대규모기업 30만원) 지원 |
| **일·가정 양립 환경개선 지원** | 유연근무제 간접노무비 지원 | • 우선지원대상기업·중견기업의 사업주가 유연근무제(시차출퇴근제, 선택근무제, 재택근무제, 원격근무제)를 소속 근로자 필요에 따라 활용토록 하는 경우<br>• 활용근로자당 연 최대 520만원 지원(주3회이상 520만원, 주1~2회 260만원) |
| | 일·생활 균형 인프라 구축비 지원 | • 재택·원격근무 활용하거나 근무혁신 이행 시스템 설비·장비 구축시<br>• 사업주 투자비용 50~80% 이내 범위에서 최대 2천만원 지원 |
| **정규직전환지원** | | • 6개월 이상 고용되고, 계속근로한 총 기간이 2년 이내인 비정규직 근로자를 정규직으로 전환하고, 1개월 이상 고용 유지시<br>• 전환근로자 1인당 최대 월 60만원 내에서 임금상승분의 80%를 1년간 지원, 간접노무비 월 30만원 지원 |
| **출산육아기 고용안정 장려금** | 육아휴직등 부여 | • 30일 이상 육아휴직 또는 육아기근로시간 단축을 부여한 경우<br>• 우선지원기업 대상[육아휴직 및 육아기근로시간단축 1개월 단위 30만원(최초~세번째까지 부여할 경우 각각 월 10만원 인센티브 추가지원)]<br>• 육아휴직지원금 신설(2022년 이후 시작하는 육아휴직 등에 대해 적용):근로자 자녀 만 12개월 내 3개월 이상 육아휴직 허용 시 첫 3개월에 대해서 월 200만원씩 지원 |
| | 대체인력 지원 | • 출산전후(유·사산)휴가, 육아기근로시간단축 등 부여하고 시작일 전 60일이 되는 날 이후 새로 대체인력을 고용하여 30일 이상 계속 고용하거나 임신 중 근로자에게 60일을 초과하여 근로시간 단축을 허용하고 대체인력을 고용한 경우 등<br>• 해당 근로자 1인당 우선지원대상기업 1개월 단위 80만원(대규모 30만원) 지원 |
| **코로나19 / 경영위기** | 고용유지 지원금 | • 경영상 이유로 고용조정이 불가피하나 휴업 등 고용유지조치를 통해 근로자를 고용유지하는 사업주, 무급휴직 또는 현저히 낮은 법정휴업수당을 지급받은 근로자<br>• 지원한도 1일 상한액 6.6만원(특별고용지원업종, 고용위기지역 중 우선지원대상기업은 7만원), 휴업·휴직을 합하여 연간 180일(무급휴업·휴직은 총 180일) 지원 |
| | 고용안정 협약 지원금 | • 코로나19위기로 인한 고용조정이 불가피한 사업주가 '20.1.1.~'21.6.30. 고용유지조치에 관해 노사가 합의하여 지원금 받는 기간과 이후 1개월 동안 전체 근로자의 고용을 유지하는 경우<br>• 고용유지조치로 임금감소가 발생한 기간 최대 6개월, 임금감소분 50%범위 내(인당 월 50만원 한도)에 해당하는 금액을 1개월 단위로 지급 |

# 5 실업급여

### (1) 실업급여의 개요

실직시 실업급여를 지급하여 근로자의 생활안정과 구직 활동을 지원하는 사회보험제도로 크게 구직급여와 취업촉진수당으로 구분됩니다. 통상 실업급여로 알려진 구직급여는 최소한의 수준에서 근로자의 생계를 보호하고 있어서 근로자에게 가장 중요한 사회보험이라고 할 수 있습니다.

| 구분 | | 요건 |
|---|---|---|
| 구직급여 | | 1) 고용보험 적용사업장에서 이직일 이전 18개월간 180일 이상의 피보험 단위기간을 충족할 것<br>2) 근로의 의사 및 능력(비자발적으로 이직)<br>3) 적극적인 재취업활동(재취업활동을 하지 않는 경우 미지급)<br>4) 실업상태<br>✷ 일용근로자로 이직한 경우 아래 요건 모두 충족하여야 함<br>– 수급자격신청일 이전 1월간의 근로일 수가 10일 미만일 것<br>– 법 제58조에 따른 수급자격 제한사유에 해당하는 사유로 이직한 사실이 있는 경우에는 최종 이직일 기준 '19.10.1.이후 수급자는 실직전 18개월(초단시간근로자의 경우, 24개월) 중 90일이상을 일용근로하였을 것, '19.10.1. 이전 수급자는 피보험단위기간 이전 피보험단위기간 180일 중 90일 이상을 일용근로하였을 것 |
| 상병급여 | | • 실업신고 이후 질병·부상 또는 출산으로 취업이 불가능하여 실업의 인정을 받지 못한 경우<br>• 7일이상의 질병·부상으로 취업할 수 없는 경우 증명서를 첨부하여 청구<br>• 출산의 경우는 출산일로부터 45일간 지급 |
| 연장급여 | | • 구직급여 소정급여일수의 경직적 측면을 해소하고 경제상황에 탄력적으로 대응하기 위해 구직급여를 연장하여 지급<br>• 구분<br>(1) 훈련연장급여: 실업급여 수급자로서 연령·경력 등을 고려할 때, 재취업을 위해 직업안정기관장의 직업능력개발훈련지시에 의하여 훈련을 수강하는 자<br>(2) 개별연장급여: 취직이 특히 곤란하고 생활이 어려운 수급자로서 임금수준, 재산상황, 부양가족 여부 등을 고려하여 생계지원 등이 필요한 자<br>(3) 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 준비활동으로 실업인정을 받아야 함) |
| | 직업능력개발수당 | • 실업기간 중 직업안정기관장이 지시한 직업능력개발훈련을 받는 경우 |
| | 광역구직활동비 | • 직업안정기관장의 소개로 거주지에서 편도 25km 이상 떨어진 회사에 구직활동을 하는 경우 |
| | 이주비 | • 취업 또는 직업완정기관의 장이 지시한 직업능력개발훈련을 받기 위해 그 주거를 이전하는 경우 |

표11 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(고용보험법 제58조)**

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 질병 등으로 그러한 사정이 있다면 누구나 이직할 것이라고 판단되면 구직급여를 받을 수 있습니다.

**관련 법률 – 고용보험법 시행규칙 별표 2 수급자격이 제한되지 아니하는 정당한 이직사유(제101조제2항 관련), 2021 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.
      ⑤ 사업장 경영악화 등으로 무급휴직한 기간이 2개월 발생하여 이직한 경우도 근로조건 저하로 봄. 다만, 근로자의 개인사정(질병, 부상 등)이나 요청 등에 따른 무급휴직은 제외함
   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
      ④ 임금의 30% 미만을 6개월 이상 지급받지 못한 경우
   다. 소정근로에 대하여 지급받은 임금이 최저임금법에 따른 최저임금에 미달하게 된 경우
      ① 근로계약으로 정한 임금이 최저임금에 미달하는 경우(입사 당시부터 최저임금 미달인 근로계약 등을 한 경우도 포함)
      ② 실제로 이직 전 1년간 2개월분 이상의 임금을 최저임금보다 낮게 받은 경우
   라. 근로기준법 제53조에 따른 연장근로의 제한을 위반한 경우
      ① 1주(7일) 근로시간이 52시간을 초과한 주를 합산하여 이직 전 1년간 9주(2개월) 이상 발생한 경우
      ② 연속된 9주(2개월) 동안의 근로시간을 평균했을 때, 1주 평균 근로시간이 52시간을 초과하는 경우
      ③ 4인 이하 사업장에 대한 법정근로시간은 적용되지 않음
      ④ 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(반드시 2개월 연속일 필요는 없고 기간을 합산하여 2개월 이상이면 해당)
      ② 휴업기간 중 취업하여 이직하는 경우는 휴업기간 관계없이 해당 안 됨.
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

3의2. 「근로기준법」제76조의2에 따른 직장 내 괴롭힘을 당한 경우
   인정기준(예시)
   – 해당 사업장에 직장 내 괴롭힘 사실, 관련 후속조치(행위자 징계, 근무장소 변경 등)이 확인되는 경우(고용노동지청에서 조사한 경우에는 고용노동지청에 확인)
   – 직장 내 괴롭힘 사실 확인 전이라도, 사업장 또는 지방관서 등에 신고한 경우 수급자격 가(假)인정(향후 수급자격 인정받은 경우 미지급 구직급여 지급): ① 사업장 신고(사업장 조사결과 괴롭힘 없음에 불복하여 진정을 제기한 경우도 포함), 고용노동지청 진정·고소, 경찰 신고 등을 하여 ② 괴롭힘 주체·내용·일자 등에 대한 객관적 증빙이 가능한 경우(근로기준법이 적용되지 않는 사업장이어도 가능)
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 제2호에 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(다만, 치료기간이 2개월 이내로 짧고 진료내역도 주로 통원 또는 약물처방일 경우 질병·부상 정도가 경미할 가능성이 크므로 근무와 치료를 병행할 수 있는지 여부를 확인함)

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(다만, 사업주가 재계약 의사를 표시하여 계속 근로가 가능함에도 특별한 사정없이 재계약을 거부하고 이직한 경우에는 수급자격이 제한됨)
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**

사업주는 근로자가 퇴사할 경우 피보험자격 상실신고를 해야 하고 구직급여를 받을 수 있는 요건에 해당되면 이직확인서를 고용센터에 제출하여야 합니다. '이직확인서'는 이직자의 이직사유, 이직일, 평균임금, 피보험단위기간 등이 작성된 구직급여 수급자격 판단에 필요한 서류를 의미합니다. 이직확인서를 통해 구직급여 수급자격 충족 여부와 1일 구직급여 지급액을 판단하게 되므로 이직확인서의 내용은 모두 정확하게 기재되어 있어야 합니다. 이때 퇴사한 근로자는 이직확인서를 사업주에게 청구할 수 있으며 고용센터에서도 사업장에 연락하여 피보험자격 상실신고와 이직확인서 제출을 요구할 수 있습니다. 참고로 고용센터는 원칙적으로 이직자가 직접 사업주에게 이직확인서를 받아오도록 안내하나, 이직자가 사업장에 이직확인서 제출을 요청하기 어려운 때에는 고용센터에서 직접 사업장에 이직확인서 제출을 요청하여 직권처리 할 수 있습니다(이 경우 사업장 소재지 관할 고용센터에서 처리).

**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 경우에는 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<br>(취업지원 설명회) | • 수급자격 해당여부 초기상담 및 수급자격 교육참여<br>• 구직표(인터넷)+수급자격인정신청서 제출<br>• 1차실업인정일 안내 |
| | 1차실업인정일 | • 신청 후 14일 째 집단교육원칙<br>• 연장급여 및 조기재취업수당 요건 안내 |
| 인터넷 실업 인정 신청 | 2차(1차+28일째),<br>3차(2차+28일째)<br>실업인정일 | • 4주 2회 재취업활동을 한 후 실업인정 신청<br>• 수급기간 내 실업상태 확인 후 구직급여 지급 |
| 출석 실업 인정 신청 | 4차 실업인정일 | • 모든 수급자 출석<br>• 구직활동 등 내역 확인 후 구직급여 지급 |
| 인터넷 실업 인정 신청 | 5차 실업인정일 이후 | • 인터넷 실업인정 신청(17:00까지 전송) |

표12 실업인정절차

나) 재취업활동의 종류

실업인정을 받는 기간 동안 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<br>• 채용관련 행상에 참여하여 구인자와 면접을 본 경우<br>• 당해 실업인정일부터 30일이내에 취업하기로 확정된 경우<br>• 아래와 같은 경우에는 재취업활동이 인정되지 않음<br>– 사업장에 전화로만 구인문의를 하거나 동일 사업장에 반복하여 구직활동을 하는 경우<br>– 직업소개소, 헤드헌터 업체 등에 구직등록만 하는 경우<br>– 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<br>• 국가 또는 지방자치단체에서 훈련비용을 지원하는 훈련 과정을 수강하는 경우 |
| **취업지원 서비스 참여** | • 직업안정기관에서 행하는 취업지원서비스에 참여하거나 직업소개 및 직업훈련 지시에 응한 경우<br>• 중장년 일자리희망센터, 고령자인재은행 등 취업지원기관의 취업지원프로그램 이수 및 취업상담 등<br>• 고용센터의 직업지도프로그램에 참여<br>• 어학, 자격증 취득 등 각종 사설학원의 교습·훈련 수강, 시험 응시<br>• 고용센터 담당자가 지시한 봉사활동 참여 |
| **자영업 준비활동** | • 실업인정 담당자와 사전 협의 후 자영업 준비활동을 하는 경우 |

표13 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 | 50세 미만 | 120일 | 150일 | 180일 | 210일 | 240일 |
| | 50세 이상 및 장애인 | 120일 | 180일 | 210일 | 240일 | 270일 |

표14 구직급여의 소정급여일수(고용보험법 제50조제1항 관련 별표 1)



**② 구직급여액**

구직급여 일액은 퇴직 전 평균임금의 60%입니다(이직일이 2019. 10. 1. 이전은 퇴직 전 평균임금의 50%). 그런데 아래 표와 같이 매년 상한액 및 하한액을 정해서 근로자들간 격차를 줄이고 생계를 보호하고 있습니다.

| 구분 | | 2021년 | 2020년 | 2019년 | 2018년 |
|---|---|---|---|---|---|
| 상한액 | | 66,000원 | 66,000원 | 66,000원 | 60,000원 |
| 이직 전 소정근로시간별 하한액 | 8시간 이상 | 60,120원 | 60,120원 | 60,120원 | 54,216원 |
| | 7시간 | 52,605원 | 52,605원 | 52,605원 | 47,439원 |
| | 6시간 | 45,090원 | 45,090원 | 45,090원 | 40,662원 |
| | 5시간 | 37,575원 | 37,575원 | 37,575원 | 33,885원 |
| | 4시간 이하 | 30,060원 | 30,060원 | 30,060원 | 27,108원 |

표15 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 90일 이내에 원처분을 행한 고용센터(고용보험심사관)에 청구, 재심사청구는 심사청구에 대한 결정이 있음을 안 날부터 90일 이내에 심사결정을 한 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<br>② 피보험자격취득 및 상실의 허위신고(위장고용을 포함)<br>③ 급여기초임금일액산정의 기초가 되는 임금액의 과다기재<br>④ 이직사유의 허위기재 및 진술(위장해고를 포함한다)<br>⑤ 기준기간 연장사유의 허위기재<br>⑥ 허위의 실업신고<br>⑦ 각종 증명서 및 확인서 등의 위조 또는 허위기재<br>⑧ 그 밖에 부정한 방법으로 수급자격을 인정받거나 받으려 한 경우 |
| 2. 실업인정 | ① 취업한 사실을 은닉한 채 계속 실업인정을 받는 경우<br>② 자신의 근로에 의한 소득의 미신고 및 허위신고<br>③ 구직활동 여부의 허위신고<br>④ 확정된 취직 또는 자영업의 개시사실을 미신고한 경우<br>⑤ 법령의 규정에 위반하여 대리인에 의해 실업인정을 받은 경우<br>⑥ 허위의 증명서 등을 제출하여 실업인정을 받은 경우<br>⑦ 실업인정일 변경사유의 허위신고<br>⑧ 수급자격증의 부정사용<br>⑨ 그 밖에 부정한 방법으로 실업인정을 받거나 받으려 한 경우 |
| 3. 기타 | ① 취업촉진수당 수급을 위한 각종 허위신고<br>② 상병급여 수급을 위한 각종 허위신고<br>③ 미지급구직급여의 수급을 위한 각종 허위신고<br>④ 구직급여 연장사유의 허위신고<br>⑤ 수급기간 연장사유의 허위신고<br>⑥ 그 밖에 위에 준하는 경우로서 부정수급행위가 객관적으로 인정 되는 경우 |

표16 부정수급의 유형

**② 부정수급의 업무처리절차**

부정수급하다 적발되면 부정수급액과 추가징수액 반환, 형사고발 등 불이익 처분을 받게 됩니다(고용보험법 제116조, 사업주와 공모하여 받은자와 공모한 사업주는 각각 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금). 사업주가 이직신고를 하지 아니하거나 거짓으로 하는 경우, 이직확인서를 제출하지 아니하거나 거짓으로 하는 경우는 300만원 이하의 과태료가, 부정수급 관련 조사에 거짓으로 보고하는 경우는 100만원 이하의 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 부정수급액의 반환뿐 아니라, 실업급여 지급 제한, 부정수급액의 최대 5배 금액이 추가 징수될 수 있습니다. 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.

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 다음 사항도 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. 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 경우
3. 일용근로자로서 근로를 제공하거나 단기예술인 또는 단기노무제공자로서 노무를 제공하는 경우
4. 근로 제공의 대가로 임금 등 어떠한 명칭으로든지 법 제46조에 따른 구직급여일액 이상을 수령하는 경우
5. 법 제77조의2제1항에 따른 문화예술용역 관련 계약으로서 영 제104조의5제2항제1호에 따른 월평균소득이 50만원 이상인 문화예술용역 관련 계약을 새로 체결하여 노무를 제공하는 경우
6. 법 제77조의6제1항에 따른 노무제공계약으로서 영 제104조의11제2항제1호에 따른 월보수액이 80만원 이상인 노무제공계약을 새로 체결하여 노무를 제공하는 경우
7. 상업·농업 등 가업에 종사(무급 가사종사자를 포함한다)하거나 다른 사람의 사업에 참여하여 근로를 제공함으로써 다른 사업에 상시 취직하기가 곤란하다고 인정되는 경우
8. 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)
9. 그 밖에 사회통념상 취업을 하였다고 인정되는 경우



# 6 전국민 고용보험

고용보험은 갑자기 일을 하지 못하게 되는 상황이 오더라도 일정기간 생활을 안정시켜주는 역할을 합니다. 그런데 지금까지 고용보험은 임금근로자 중심이었고, 고용보험의 안전망에 포함되지 못한 사각지대 사람들이 있었습니다. 정부는 고용보험 사각지대를 해소하고자 전국민 고용보험 로드맵을 발표하였습니다. 이 로드맵은 예술인, 특수형태근로종사자 등 기존 고용보험 가입대상에서 제외되었던 직종들을 가입시키고, 고용보험 가입률이 낮은 자영업자의 임의가입 방식을 개선하는 내용을 담고 있습니다(아래 로드맵 그림 참조).

### (1) (프리랜서) 예술인

지난 2020. 12. 10.부터 예술인 고용보험이 시작되어, 문화예술용역을 체결하고 직접노무를 제공하는 경우 고용보험에 가입할 수 있게 되었습니다(1개월 미만의 계약을 체결한 단기 예술인도 가입 대상). 예술인 고용보험료는 사업주와 예술인 각각 절반씩 납부해 총 1.6%였으나 2021. 7. 1.부터 1.4%로 인하되어, 예술인은 보수액의 0.7%에 해당하는 금액만 납부하면 됩니다. 이렇게 고용보험에 가입한 예술인이 이직일 전 24개월 중 9개월 이상 보험료를 납부한 경우에는 평균 보수의 60%에 달하는 실업급여(구직급여)를 받을 수 있으며, 출산을 하게 되는 경우 출산전후급여의 혜택도 주어집니다.

### (2) 특수형태근로종사자

특수형태근로종사자란 산재보험이 적용되는 14개 직종(특수형태근로종사자 설명 페이지 참조)을 말하며, 이 중 퀵서비스 기사 및 대리운전 기사 등 플랫폼 이용 직종은 2022년부터 가입이 가능합니다. 현재 고용보험이 가능한 특수형태근로종사자는 보험설계사, 학습지 강사, 택배 기사 등 12개 직종입니다. 해당 직종 중에서도 연령이 만 65세 미만이며 노무제공 계약을 통해 얻은 월 보수액이 80만 원 이상이어야 고용보험 가입이 가능합니다(보수 계산시 사업소득과 기타소득에서 비과세 소득과 경비 등 제외). 특수형태근로종사자 고용보험료는 보수액의 1.4%로 노무제공자와 사업주가 각각 절반씩 부담하게 되며, 만약 근로자 10인 미만의 소규모 사업장인 경우 월 보수가 230만 원 미만인 저소득 특수형태근로종사자에 대해서는 두루누리 사회보험료가 지원되므로 고용보험료의 80%를 지원받을 수 있습니다. 특수형태근로종사자의 경우 이직일 전 24개월 중 12개월 이상 보험료를 납부했다면 보수액의 60%를 실업급여로 지급받을 수 있습니다(자발적 이직 등 수급 제한 사유 제외). 또한, 출산일 전 3개월 이상 고용보험에 가입된 경우 출산전후급여도 지원됩니다.

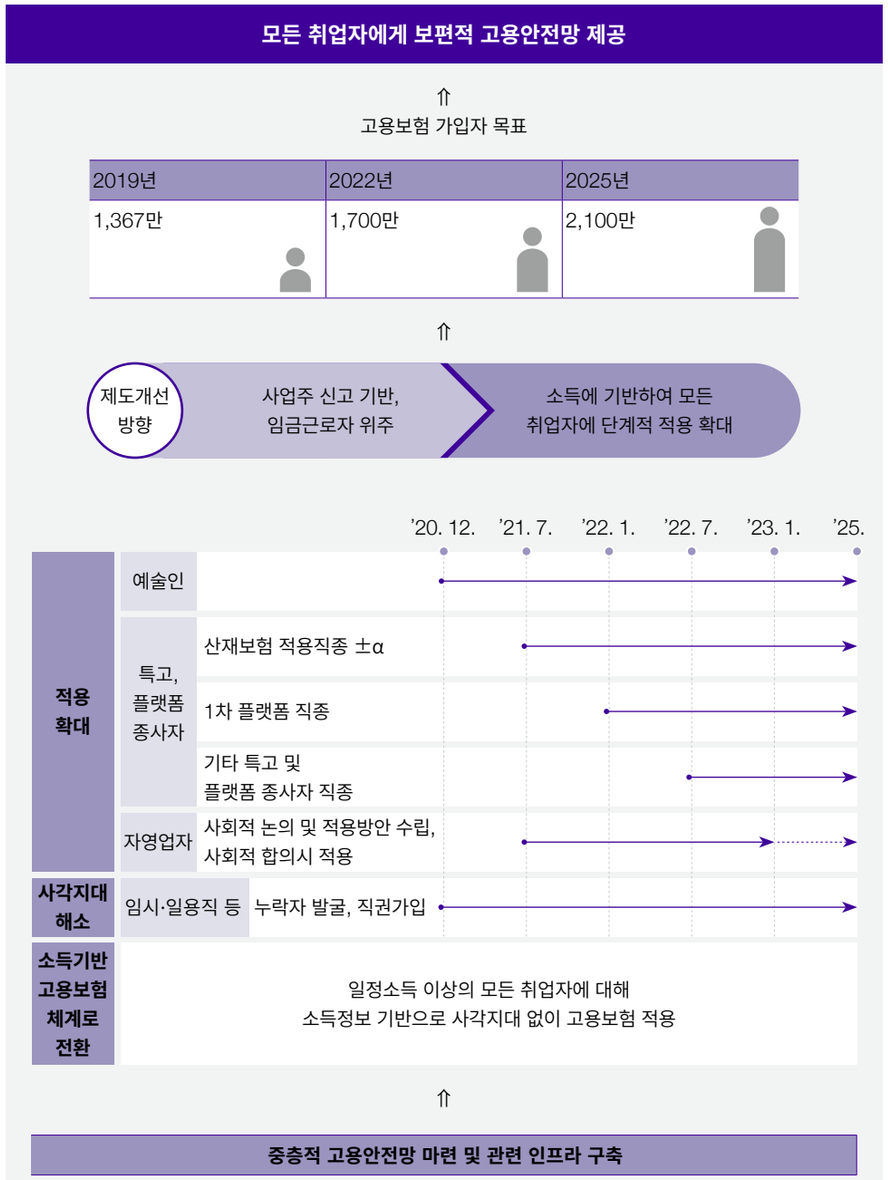



그림3 전국민 고용보험 로드맵(출처: 고용노동부)



# 7 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 연락함 |
| 산재보험 | 근무하는 회사마다 작업환경이 다르므로 각각의 사업장에서 보험료가 부과되며 산재보험료는 전액 회사에서 부담 |

표17 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 확인(전화)를 하여 주된 사업장에서 이를 알게 될 수 있습니다. 그런데 투잡(겸업)은 근로자 개인능력에 따른 사생활 범주에 속하는 것으로 보아야 하고, 기업질서나 본업 노무제공에 지장이 없는 한 이를 전면적, 포괄적으로 금지하는 것은 부당하다고 판단될 수 있습니다. 다만, 사전에 주된 사업장에 해당 사실을 알리고, 본인이 주된 사업장과의 근로관계에 있어 성실의무, 충실의무에 반하지 않고 투잡을 수행하여야 함을 유의하는 것이 좋겠습니다.

**Q&A**

Q. 투잡을 하는 경우, 주된 사업장에서 육아휴직을 할 때 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 공제되지 않습니다. 단, 월 60시간 이상 일을 한 경우는 고용센터에 반드시 알려야 하며 알리지 않고 육아휴직지원금을 수령했을 때 문제가 될 수 있습니다.

### (2) 휴직 중인 근로자의 4대보험 처리

휴직중인 근로자도 근무하는 사업장에 근로자 신분을 그대로 유지하고 있는 것이므로 아래와 같이 4대보험이 적용됩니다.

| 구분 | 내용 |
|---|---|
| 건강보험 | 휴직자는 자격상실대상이 아니므로 직장가입자 본인 및 가족은 건강보험증을 계속 사용할 수 있음. 휴직기간동안 건강보험료는 부과되지 않으며 복직 시 미납된 보험료를 일시에 공제해서 납부해야 함. 직장가입자 및 복직 및 분할납부신청서를 통해 분할납부도 가능함. 휴직기간이 1개월 이상이면 휴직기간 동안 보험료의 50%, 육아휴직자의 경우(1개월 이상) 납입고지 유예신청을 하면 보험료 60%를 경감받을 수 있음. |
| 국민연금 | 일시납부예외가 되며 복직 후에도 휴직기간동안 내지 않았던 연금은 낼 의무가 없음. 단, 납부예외조치로 휴직원 및 납부예외신고서를 제출해야 함. |
| 고용보험 | 근로자 휴직 등 신고서 제출 하면 해당기간 보험료가 부과되지 않음. |
| 산재보험 | |

표18 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 지역가입자가 된 이후 최초 보험료를 고지 받은 날부터 그 납부기한에서 2개월이 지나기 이전까지 신청해야 하며, 임의계속 가입 기간은 36개월입니다.

### (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 |

표19 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<br>가. 30세 미만<br>나. 65세 이상<br>다. 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록한 장애인<br>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<br>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

산재사고가 나면 산재보험료가 크게 오를 것을 걱정하여 산재처리를 꺼려하는 사업주가 있습니다(이는 산재은폐 행위이며, 산업안전보건법 위반사항입니다). 산재신청의 처리 주체는 사업주가 아닌 노동자와 그 가족(유족)임을 유의 바랍니다. 산재보험료 인상에 관하여, 2018년 1월 1일부터 출퇴근 중 산재가 인정됨에 따라 "통상적인 경로와 방법으로 출퇴근하는 중 발생한 재해에 관한 산재보험료율"은 사업의 종류를 구분하지 아니하고 1.0/1,000로 산재보험료를 적용합니다. 또한 산재가 인정된다고 해서 무조건 보험료가 인상되는 것은 아닙니다. 2018년부터 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, 85%를 초과하면 그 정도에 따라서 보험료율이 인상됩니다(고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수등에 관한 법률 제18조 관련 별표 1).

7장 · 민대숙 노무사(행복한일노무법인)

# 직장 내 괴롭힘



2019. 7. 16.부터 근로기준법에 직장 내 괴롭힘을 금지하는 내용이 포함되면서 한국에서 직장 내 괴롭힘은 법으로 금지되었습니다. 법이 시행된 지 2년여밖에 안되었고, 직장 내 괴롭힘의 판단에 관해 고용노동부의 매뉴얼은 있으나, 판례 등 법의 해석에 있어서는 아직 법제 초기단계라고 볼 수 있습니다. 판례 등 법의 해석의 기준이 아직 없는 상태에서 직장 내 괴롭힘에 대한 판단은 사람마다 다르며, 직장 내 괴롭힘 예방 및 대응의 주체인 사업장도 규모에 따라 대응 방식이 다릅니다. 또한 직장 내 괴롭힘 예방과 처리는 취업규칙을 통해 사업장에서 자율적으로 적용할 수 있기에 법률에 따라 내담자에게 상담하는 것에는 제약이 따를 수밖에 없습니다.

현 시점에서 내담자에게 도움이 되는 상담을 하고자 한다면 직장 내 괴롭힘에 관한 법제도 외에 직장 내 괴롭힘의 원인 및 유형, 실무처리 등 다양하게 직장 내 괴롭힘에 대한 기본 지식을 쌓는 것이 필요할 것입니다. 이런 취지에서 7장에서는 직장 내 괴롭힘과 관련한 내용을 다양하게 구성하였습니다.

## 1 직장 내 괴롭힘 개관

### (1) 연혁

한국에서 직장 내 괴롭힘 금지법안 발의는 2013년부터 시작되었습니다. 제19대 국회 때부터 다양한 직장 내 괴롭힘 입법안이 제시되었지만 2018년 제20대 국회에서 직장 내 괴롭힘이 법에 반영되었습니다.

직장 내 괴롭힘 금지법이 졸속처리된 것이 아니라, 2013년부터 법안 발의가 논의되어 왔다는 것은 그만큼 숙고하여 만들었다고 볼 수 있습니다. 직장 내 괴롭힘 입법 진행 개요를 통해서 한국에서 있었던 다양한 논의들을 확인할 수 있습니다. 구체적 행위 중심으로 직장 내 괴롭힘 입법안이 제안된 경우도 많았기에 직장 내 괴롭힘금지법 국회 검토 때부터 법 시행 이후에도 직장 내 괴롭힘의 정의가 추상적이라는 비판도 많았습니다. 그러나, 직장 내 괴롭힘 금지의 입법 취지는 '피해자 보호'이므로, 구체적 행위 중심으로 정의하는 것보다는 추상적인 직장 내 괴롭힘 정의에 따라 구체적 행위를 판단하는 것이 인정 범위가 넓어질 수 있기에 피해자에게는 유리하다고 볼 수 있습니다.

| 법안개요 | 의안번호<br>제안일자 | 의안명 | 주요규율내용 |
|---|---|---|---|
| 따돌림 예방 및 발생 시 조치 | 1904960<br>2013.5.14 | 근로기준법<br>일부개정법률안 | 직장 내 따돌림 예방을 위한 예방교육 실시 및 따돌림 행위자에 대한 징계 등의 조치, 따돌림 피해 근로자에게 불리한 조치 금지 |
| 성희롱 보호 범위 확장 | 1915489<br>2015.6.8 | 남녀고용평등법<br>일부개정안 | 현행법에 규정된 '직장 내 성희롱'을 '직장 내 괴롭힘'으로 변경 및 예방교육 실시, 괴롭힘 발생 시 조치 |
| 직장 내 괴롭힘 정의 | 1917528<br>2015.11.2 | 근로기준법<br>일부개정법률안 | '직장 내 괴롭힘'에 대한 정의를 사용자나 근로자가 의도와 적극성을 가지고 다른 근로자를 지속적·반복적으로 소외시키거나 괴롭히는 행위 등 직위, 업무상의 우월한 지위 또는 다수의 우월성을 이용하여 다른 근로자의 신체적·정신적 건강을 훼손하거나 인격을 침해하는 행위라 규정하고, 사용자에게 직장 내 괴롭힘 예방교육을 실시할 의무를 부과, 피해 근로자에게 불리한 조치를 할 시 처벌 |
| 폭언 금지 | 2000995<br>2016.7.20 | 근로기준법<br>일부개정법률안 | 사회취약계층 근로자의 보호를 위해 업무 수행과정에서 폭언을 금지할 것을 규정 |
| 정의 및 금지 | 2001134<br>2016.7.25 | 근로기준법<br>일부개정법률안 | 직장 내 괴롭힘의 정의 및 금지 |
| 산재 범주 확장 | 2002686<br>2016.10.18 | 산업안전보건법<br>일부개정법률안 | 산업재해의 범주에 직장 내 괴롭힘으로 인해 발생하는 사망 또는 질병 포함 |
| 근로자간 괴롭힘 금지 | 2012169<br>2018.2.27 | 근로기준법<br>일부개정법률안 | 근로자가 다른 근로자에게 폭행 및 가혹행위 하는 것을 금지하는 법적 근거 마련 |
| 예방 및 보호 | 2012272<br>2018.3.2 | 직장 내 괴롭힘 예방 및 피해근로자 보호에 관한 법률 | 직장 내 괴롭힘 예방 및 피해근로자 보호에 필요한 사항 규정 법안 마련 |
| 모욕 금지 | 2013611<br>2018.4.27 | 근로기준법<br>일부개정법률안 | 사용자의 폭행 외 공연히 모욕하는 행위 금지 |
| 괴롭힘 이후 조치 | 2015116<br>2018.8.28 | 근로기준법<br>일부개정법률안 | 사용자나 근로자의 직장 내 괴롭힘 금지 및 직장 내 괴롭힘 발생 시 근무 장소 변경, 유급휴가 명령 등 사용자 조치 의무와 가해자 징계규정, 이에 대한 사항을 취업규칙에 포함 및 입증책임 배분 규정 마련 |
| 예방 및 보호 | 2018.9.12. | 근로기준법<br>일부개정법률안 | 직장 내 괴롭힘을 사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적·정서적 고통을 주거나 업무환경을 악화시키는 행위로 규정함 |
| 예방 및 보호 | 2017767<br>2018.12.27. | 근로기준법<br>일부개정법률안 | 직장 내 괴롭힘의 정의에 정서적 고통을 삭제하고 업무환경을 근무환경으로 수정하여 본회의 가결됨 |

표1 직장 내 괴롭힘 입법 진행 개요[1] 문강분, 김근주, 김인아, 윤문희, 민대숙, 조은정, 직장 내 괴롭힘의 예방 및 방지를 위한 사업장 매뉴얼 연구, 고용노동부, 2018, 56-57



### (2) 직장 내 괴롭힘 모형

직장에서 개인 간의 갈등이 발생한 것에 대하여 사용자에게 예방과 대응에 대한 의무를 부여하는 이유는 무엇일까요? 사업장 내에서 발생한 갈등에 사용자의 책임이 있다고 볼 수 있을까요?

Einarsen 연구팀이 제시한 직장 내 괴롭힘 모형은 조직이 개인 간의 갈등에 미치는 영향력을 도식화하여 제시하고 있습니다. 이 모형에서는 행위자 및 피해자의 개인적 특성이 직장 내 괴롭힘 발생에 영향을 미치지만, 조직의 정책이 행위자의 공격적 행위를 억제하는 요인으로 작용할 수 있으며, 피해자의 반응 및 대응에 있어서도 영향을 미친다고 봅니다. 또한 연구팀이 제시한 모형에서 행위자의 괴롭힘 행위는 조직의 정책이 직장 내 괴롭힘을 어떻게 다루느냐에 따라 증감할 수 있다고 제시합니다. 한편, 직장 내 괴롭힘 행위는 피해자에게만 영향을 미치는 것이 아니라 조직에도 영향을 미치고, 이러한 영향은 조직의 정책에 영향을 미치는 순환구조에 있음을 보여줍니다.

직장 내 괴롭힘이 조직에서 우연히 발생한 개인간의 갈등이나 분쟁이 아니라, 조직이 그 행위를 예방하거나 통제하는 영향력을 광범위하게 미치고 있음을 이 모형에서 확인할 수 있습니다. 조직의 정책이나 제도, 문화가 직장 내 괴롭힘에 미치는 영향력이 상당하며, 직장 내 괴롭힘이 조직에 미치는 영향력도 상당하기 때문에 유럽을 중심으로 한 외국의 많은 나라들에서 2000년대 초반부터 직장 내 괴롭힘을 금지하거나 예방하는 제도를 수립, 운영하고 있습니다.

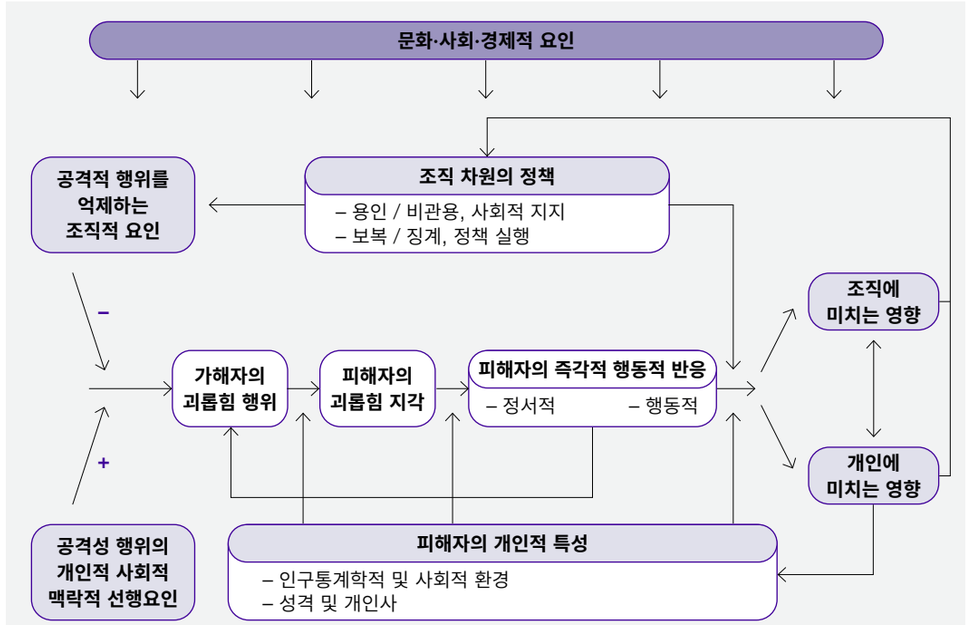



그림1 직장 내 괴롭힘의 연구 및 관리를 위한 이론적 틀
(출처: Einarsen, S., Hoel, H., Zapf, D., & Cooper, C. (Eds.). Bullying and harassment in the workplace: Developments in theory, research, and practice. Crc Press, 2010)

# 2 직장 내 괴롭힘의 이해

### (1) 직장 내 괴롭힘 금지법

직장 내 괴롭힘에 관한 법은 모두 3가지입니다. 직장 내 괴롭힘 금지, 직장 내 괴롭힘 발생시 처리에 관해 규정하고 있는 근로기준법, 직장 내 괴롭힘의 예방에 관한 정부의 책무를 규정한 산업안전보건법, 직장 내 괴롭힘을 업무상 재해로 인정한 산업재해보상보험법입니다.

이 3법은 모두 2018. 12. 27. 국회 본회의에서 가결되어 정부가 2019. 1. 15. 공포하였고, 근로기준법과 산업재해보상보험법은 공포 후 6개월 후인 2019. 7. 16.부터 시행되었으나, 산업안전보건법은 공포 후 1년 뒤인 2020. 1. 16.부터 시행되었습니다.

**① 근로기준법**

근로기준법은 1) 직장 내 괴롭힘의 정의, 2) 발생 시 조치, 3) 취업규칙에 예방과 발생 시 조치 등을 필수적으로 기재할 것을 규정하였습니다.

2021. 4. 13. 공포, 2021. 10. 14. 시행된 근로기준법에서는 발생 시 조치에서 '당사자 등을 대상으로 그 사실 확인을 위하여 객관적으로 조사를 실시'하도록 조사의 방식을 구체적으로 규정하였고, 사용자(사용자의 4촌 이내의 친척이 같은 사업 또는 사업장의 근로자인 경우를 포함)가 직장 내 괴롭힘 행위자인 경우 과태료 처분, 발생 시 조치가 미흡한 경우 과태료 처분을 할 수 있도록 직장 내 괴롭힘 제도를 강화하였습니다. 또한, 직장 내 괴롭힘 조사에 참여한 사람의 비밀유지 의무도 신설하여 피해자 보호를 강화하였습니다. 발생 시 조치에 대한 제재가 강화되었기에 회사가 직장 내 괴롭힘 사건 조사를 보다 공정하고 객관적으로 처리하고, 그만큼 피해자 보호가 두터워질 것으로 기대됩니다.

회사의 인사 관리는 법률에서 정한 최소한의 조건을 충족시키는 수준으로 하는 경우가 대부분입니다. 그러하기에 상담자는 기본적으로 근로기준법의 내용을 정확하게 알고 있어야 합니다. 특히 2021. 10. 14.부터 벌칙 조항이 강화되었기 때문에 피해자가 회사에 적극적으로 직장 내 괴롭힘 사건 처리를 하도록 요청할 수 있는 근거가 됩니다. 상담 시 피해자들에게도 벌칙 내용을 안내해서 사건 처리 시 근거를 갖고 회사에 요청하도록 활용하시기 바랍니다.

---

**관련 법률 – 근로기준법 제76조의 2(직장내 괴롭힘 금지)** 사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 "직장 내 괴롭힘"이라 한다)를 하여서는 아니 된다.

**제76조의3(직장 내 괴롭힘 발생 시 조치)**

① 누구든지 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 알게 된 경우 그 사실을 사용자에게 신고할 수 있다.

② 사용자는 제1항에 따른 신고를 접수하거나 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우에는 지체 없이 당사자 등을 대상으로 그 사실 확인을 위하여 객관적으로 조사를 실시하여야 한다. 〈개정 2021. 4. 13.〉

③ 사용자는 제2항에 따른 조사 기간 동안 직장 내 괴롭힘과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자(이하 "피해근로자등"이라 한다)를 보호하기 위하여 필요한 경우 해당 피해근로자등에 대하여 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 피해근로자등의 의사에 반하는 조치를 하여서는 아니 된다.

④ 사용자는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다.

⑤ 사용자는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 지체 없이 행위자에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 피해근로자의 의견을 들어야 한다.

⑥ 사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.

⑦ 제2항에 따라 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 조사한 사람, 조사 내용을 보고받은 사람 및 그 밖에 조사 과정에 참여한 사람은 해당 조사 과정에서 알게 된 비밀을 피해근로자등의 의사에 반하여 다른 사람에게 누설하여서는 아니 된다. 다만, 조사와 관련된 내용을 사용자에게 보고하거나 관계 기관의 요청에 따라 필요한 정보를 제공하는 경우는 제외한다. 〈신설 2021. 4. 13.〉

**제93조(취업규칙의 작성·신고)** 상시 10명 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 다음 각 호의 사항에 관한 취업규칙을 작성하여 고용노동부장관에게 신고하여야 한다. 이를 변경하는 경우에도 또한 같다. 〈개정 2008. 3. 28., 2010. 6. 4., 2012. 2. 1., 2019. 1. 15.〉

11. 직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항
12. 표창과 제재에 관한 사항
13. 그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항

**제109조(벌칙)**

① 제36조, 제43조, 제44조, 제44조의2, 제46조, 제51조의3, 제52조제2항제2호, 제56조, 제65조, 제72조 또는 제76조의3제6항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 〈개정 2007. 7. 27., 2017. 11. 28., 2019. 1. 15., 2021. 1. 5.〉

**제116조(과태료)**

① 사용자(사용자의 「민법」 제767조에 따른 친족 중 대통령령으로 정하는 사람이 해당 사업 또는 사업장의 근로자인 경우를 포함한다)가 제76조의2를 위반하여 직장 내 괴롭힘을 한 경우에는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다. 〈신설 2021. 4. 13.〉

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다. 〈개정 2009. 5. 21., 2010. 6. 4., 2014. 3. 24., 2017. 11. 28., 2021. 1. 5., 2021. 4. 13.〉

2. 제14조, 제39조, 제41조, 제42조, 제48조, 제66조, 제74조제7항, 제76조의3제2항·제4항·제5항·제7항, 제91조, 제93조, 제98조제2항 및 제99조를 위반한 자

**② 산업안전보건법**

산업안전보건법 제4조(정부의 책무)에서 '직장 내 괴롭힘 예방을 위한 조치기준 마련, 지도 및 지원'을 규정하고 있으나, 법률의 규정 외에 특이할만한 사항은 없으며, 이 조항에 근거하여 구체적인 정책이 어떻게 수립, 적용될지는 기다려야 할 듯합니다.

**관련 법률 – 산업안전보건법 제4조(정부의 책무)**

① 정부는 이 법의 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 사항을 성실히 이행할 책무를 진다. 〈개정 2020. 5. 26.〉

3. 「근로기준법」 제76조의2에 따른 직장 내 괴롭힘 예방을 위한 조치기준 마련, 지도 및 지원

**③ 산업재해보상보험법**

산업재해보상보험법에서는 직장 내 괴롭힘, 고객의 폭언 등으로 인한 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발병한 질병을 업무상 질병으로 인정하는 내용이 신설되었습니다. 직장 내 괴롭힘으로 사업장 관할 노동청에 진정을 제기하여 인정받은 경우 업무상 질병도 인정될 가능성이 큽니다. 다만, 노동청에서 직장 내 괴롭힘으로 인정받지 못한다 하더라도 업무와 상당인과관계가 있다면 업무상 질병으로 인정받을 수 있습니다. 직장 내 괴롭힘으로 정신질병 등이 발생한 경우 근로복지공단은 '정신질병 업무관련성 조사지침(제2021-05호)'에 따라 주요 업무상 스트레스 요인과 주요 업무상 스트레스 요인의 심각도(예를 들어 괴롭힘·차별에의 심각도 등)를 자체적으로 조사 및 확인하여 상당인과관계 여부를 판단합니다.

**관련 법률 – 산업재해보상보험법 제 37조 (업무상 재해의 인정기준)**

① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다. 〈개정 2010. 1. 27., 2017. 10. 24., 2019. 1. 15.〉

2. 업무상 질병

다. 「근로기준법」 제76조의2에 따른 직장 내 괴롭힘, 고객의 폭언 등으로 인한 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생한 질병

### (2) 직장 내 괴롭힘 정의

근로기준법 제76조의2에서는 '사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위'를 직장 내 괴롭힘이라고 정의하고 있습니다. 이는 곧 직장괴롭힘을 판단하는 기준으로 적용됩니다. 1) 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여, 2) 업무상 적정범위를 넘어, 3) 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는가를 판단기준으로 삼고 있습니다. 이 세가지 요건에 모두 해당되어야 '직장 내 괴롭힘'으로 인정됩니다. 그러므로 실무적으로 판단기준을 정확히 이해하는 것이 중요합니다.

### (3) 직장 내 괴롭힘 판단기준

| 구분 | 세부항목 | 내용 | 조건 |
|---|---|---|---|
| 당사자 | 행위자 | 사용자, 사용자의 4촌 이내의 친척, 근로자 | 같은 사업주 |
| | 피해자 | 근로자, 파견근로자 | |
| 지위 또는 관계등의 우위를 이용하여 | 지위 | 피해자보다 사업장에서의 지위가 높은 사람 | 직속 여부를 따지지 않음 |
| | 관계등 | 피해자에 비해 조직 내 영향력이 큰 사람 (수적 측면, 인적 속성, 업무역량 등) | 사업장 내 통상적 사회적 평가를 토대로 판단 |
| | 이용하여 | 업무를 빙자하거나 업무관계에 기반하여 | '이용'을 피해자가 입증할 필요성 없음 |
| 업무상 적정범위를 넘어 | 업무상 필요성 | 업무상 필요성이 없으면 우선적으로 적정범위를 넘은 것으로 판단 | 조직문화에 따라 업무상 적정범위의 인정 여부가 사업장별로 다를 수 있음 |
| | 행위 태양 | 업무상 필요성이 있어도 사회통념상 그 행위 태양이 지나치다면 적정범위를 넘은 것으로 판단 | |
| 신체적·정신적 고통을 주거나 | 고통을 주거나 | 합리적 피해자 관점에서 고통이 인정되면 충족 | 행위자의 의도는 중요하지 않음 |
| 근무환경을 악화시키는 행위 | 근무환경 악화 | 업무에 상당한 지장을 주는 것 | |

표2 직장 내 괴롭힘 판단기준

**① 당사자**

직장 내 괴롭힘의 정의를 규정하는 근로기준법은 사업주와 근로관계를 맺고 있는 근로자의 근로기준을 정한 법입니다. 근로기준법은 같은 사업주에게 고용된 근로자들 또는 사업주와 근로자들에게 적용됩니다.

그러므로 직장 내 괴롭힘의 적용도 같은 사업주에게 고용된 근로자 사이 또는 사업주와 근로자 사이에 발생한 것을 기본 전제로 합니다. 즉, 같은 회사 소속이 아닌 거래처, 협력업체 또는 고객으로부터 직장 내 괴롭힘 행위로 인한 피해를 입더라도 '직장 내 괴롭힘'으로 처리할 수 없습니다. 외부 사람으로부터 폭언 등 인권 침해를 겪었다면 '직장 내 괴롭힘'이 아니라, 다른 법률에 근거해서 권리를 회복하여야 합니다. 이에 관해서는 '3. 고객응대근로자의 보호'에서 다루겠습니다.

사업주가 같은 구성원들 사이에서 발생한 인권 침해 행위를 '직장 내 괴롭힘'으로 정의할 수 있는데, 근로기준법에서는 '사용자 또는 근로자가... 다른 근로자에게'로 행위자와 피해자 범위를 정확하게 표현하였습니다. 아래에서는 행위자와 피해자의 범위를 구체적으로 보겠습니다.

가) 행위자: 사용자 또는 근로자

(사용자)

근로기준법 제2조제1항제2호에서는 사용자를 '사업주 또는 사업경영담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'로 정의합니다. 일반적으로 사용자는 사업주와 관리자로 생각하면 됩니다. 사업주를 제외한 관리자는 근로자이면서 동시에 부하직원들에게 지휘명령을 내리는 이중적인 지위에 있을 때 사용자로 구분됩니다.

근로기준법에서는 행위자를 '사용자 또는 근로자'로 표현하나, 행위자는 한 사업장에 근무하는 사업주와 근로자로 생각하면 됩니다. 행위자가 사용자인가 근로자인가 구분하는 것은 직장 내 괴롭힘 판단에서는 의미가 없습니다. 그러나, 2021. 10. 14.부터 직장 내 괴롭힘 행위를 한 사용자에게는 과태료가 부과되므로 사용자는 조직에서 징계받는 것 외에 행정벌을 받을 수 있다는 부담이 추가되었기에 실무적으로 큰 차이가 있을 것으로 예상됩니다.

직장 내 괴롭힘은 같은 사업주와 근로관계에 있는 경우에만 적용되나, 한 가지 예외가 있습니다. 파견근로자의 경우 직장 내 괴롭힘 법제 적용에 있어서는 사용사업주와 근로관계를 맺고 있는 근로자로 해석합니다. 따라서 파견근로자가 사용사업장에서 근로하는 중 사용사업주 또는 사용사업장의 관리자에게 직장 내 괴롭힘 행위를 당한 경우에는 근로기준법에 따른 보호를 받습니다.

**관련 법률 – 파견근로자보호 등에 관한 법률 제31조(적정한 파견근로의 확보)**

① 사용사업주는 파견근로자가 파견근로에 관한 고충을 제시한 경우에는 그 고충의 내용을 파견사업주에게 통지하고 신속하고 적절하게 고충을 처리하도록 하여야 한다.

② 제1항에 따른 고충의 처리 외에 사용사업주는 파견근로가 적정하게 이루어지도록 필요한 조치를 마련하여야 한다.

**제32조(사용사업관리책임자)**

① 사용사업주는 파견근로자의 적절한 파견근로를 위하여 사용사업관리책임자를 선임하여야 한다.

② 사용사업관리책임자의 임무 등에 필요한 사항은 고용노동부령으로 정한다.

**제34조(「근로기준법」의 적용에 관한 특례)**

① 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 「근로기준법」 제2조제1항제2호의 사용자로 보아 같은 법을 적용한다. 다만, 「근로기준법」 제15조부터 제36조까지, 제39조, 제41조부터 제43조까지, 제43조의2, 제43조의3, 제44조, 제44조의2, 제44조의3, 제45조부터 제48조까지, 제56조, 제60조, 제64조, 제66조부터 제68조까지 및 제78조부터 제92조까지의 규정을 적용할 때에는 파견사업주를 사용자로 보고, 같은 법 제50조부터 제55조까지, 제58조, 제59조, 제62조, 제63조, 제69조부터 제74조까지, 제74조의2 및 제75조를 적용할 때에는 사용사업주를 사용자로 본다.



**관련 법률 – 파견근로자보호 등에 관한 법률 시행규칙 제16조(사용사업관리책임자의 선임·임무)**

① 사용사업주는 법 제32조에 따라 사업장별로 사용사업관리책임자를 1명 이상 선임해야 한다. 〈개정 2019. 11. 12.〉

② 제1항에 따른 사용사업관리책임자는 다음 각 호의 업무를 수행한다. 〈개정 2019. 11. 12.〉

1. 파견근로자를 지휘·명령하는 사람에 대한 지도 및 교육
2. 파견근로자의 고충처리
3. 제17조에 따른 사용사업관리대장의 작성 및 보존

(근로자)

피해자와 같은 사업주와 근로관계를 맺고 있는 근로자를 말합니다. 사용자와 마찬가지로 파견근로자가 사용사업장의 근로자에게 직장 내 괴롭힘 행위를 당한 경우에는 같은 사업장에 근무하는 근로자로 보아 근로기준법에 따른 피해자 보호를 받습니다.

파견근로자가 사용사업장의 근로자에게 직장 내 괴롭힘 행위를 한 경우 사용사업주는 직장 내 괴롭힘 행위에 대한 조사는 진행할 수 있으나 행위자인 파견근로자에 대한 인사권이 없으므로 조사결과를 파견사업주에게 알리고, 행위자인 파견근로자에게 징계 등 필요한 조치를 하도록 요청하여야 합니다.

사내 하도급관계인 경우 원-하청 근로자 간에 직장 내 괴롭힘이 문제될 수 있습니다. 원-하청으로 사업주가 다른 경우, 법에서의 직장 내 괴롭힘 행위자로는 인정되기 어렵습니다. 그러나 원청의 취업규칙에서 적용범위를 소속이 같은 근로자뿐만 아니라 업무관련자까지 확장하여 규정하였다면, 하청 근로자가 원청 근로자의 직장 내 괴롭힘을 주장할 수 있습니다.

나) 피해자: 다른 근로자

피해자는 행위자와 같은 사업주와 근로관계를 맺은 근로자이면 되고, 고용형태, 소정근로시간 등 다른 근로조건을 따지지 않습니다.

원청의 취업규칙에서 적용범위를 업무관련자로 확대한 경우 하청 근로자도 피해자로 인정받으며, 원청에 직장 내 괴롭힘 사건 처리를 요구할 수 있습니다.

특수형태근로종사자는 근로기준법상 근로자로 인정받지 못하기에 피해자로 인정받지 못하나, 하청 근로자와 마찬가지로 원청의 취업규칙에서 적용범위를 업무관련자로 규정한 경우 직장 내 괴롭힘 피해자로 인정받을 수 있습니다.

**② 직장 내의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여**

가) 우위란?

'우위'의 사전적 의미는 '남보다 나은 위치나 수준' 또는 '우월한 지위'를 뜻합니다.[2] **2) 국립국어원 표준국어대사전, https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do**

외국의 직장 내 괴롭힘 정의에서 '우위성'을 채택한 나라는 일본의 '파워하라'가 유일합니다. 일본에서는 우위성을 배경으로 행해지는 것에 대하여, "해당

행위를 당한 근로자가 행위자에 대하여 저항 또는 거절할 수 없는 개연성이 높은 관계를 근거로 하여 행하여지는 것”으로 설명합니다.[3] **厚生労働省(2018a), 「職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会報告書」, 문강분, 김근주, 김인아, 윤문희, 민대숙, 조은정, 직장 내 괴롭힘의 예방 및 방지를 위한 사업장 매뉴얼 연구, 고용노동부, 2018, 289, 재인용**

나) 지위에서의 우위란?

기본적으로 지휘명령 관계에서 상위에 있는 경우를 말하나, 직접적인 지휘명령 관계에 놓여 있지 않더라도 회사 내 직위·직급 체계상 상위에 있다면 지위의 우위성이 인정됩니다.

다) 관계 등에서의 우위란?

공식적인 상하관계는 아니지만, 사업장 내에서 영향력을 발휘하는 관계들이 있습니다. 직장 내 괴롭힘 금지법에서는 조직 내 실질적 영향력이 발휘되는 경우를 ‘관계 등에서의 우위’로 인정합니다.

고용노동부 매뉴얼에서 예시하는 ‘관계 등’은 다음의 표와 같습니다.

| 연번 | 고려 항목 | 예시 |
|---|---|---|
| 1 | 수적측면 | 개인 대 집단 |
| 2 | 인적 속성 | 연령, 학벌, 성별, 출신지역, 인종 등 |
| 3 | 업무 역량 | 근속연수, 전문지식 등 |
| 4 | 근로자 조직 구성원 여부 | 노조, 직장협의회 등 |
| 5 | 업무의 직장 내 영향력 | 감사, 인사부서 등 |
| 6 | 정규직 여부 | 정규직 대 비정규직 |

표3 ‘관계 등’ 예시

법에서는 ‘관계 등’으로 규정되었으므로 관계가 아니더라도 사업장 내에서 행위자가 피해자보다 사실상 영향력이 강하거나 우위에 있다고 볼 만하면 우위성이 인정됩니다.

‘관계 등에서의 우위’는 공식적 체계로는 알 수 없고, 당사자 간의 관계, 사업장의 조직문화나 특수한 환경 등 구체적 사정을 감안하여 판단하여야 합니다. 피해자가 지위에서의 우위성은 있으나, 행위자가 관계 등에서는 우위성이 있는 등 지위에서 우위성과 관계 등에서 우위성이 일치하지 않는 경우가 있을 수 있습니다. 이 때는 구체적인 사정과 사실관계를 고려하여 행위자의 우위성이 우선하여 작용하였다고 볼 수 있는지 판단하여야 합니다.

라) 우위를 이용하여

‘우위를 이용하여’는 우위를 이용하였다는 입증을 반드시 요구하지는 않습니다. 일반적으로 업무시간 중에 발생하거나 업무와 관련하여 발생한 행위에서 우위성이 분명하면 우위를 이용하였다고 판단합니다. 예를 들면, 상사가 업무 보고를 하는 부하직원에게 지속·반복적으로 욕설을 하였다면 ‘지위의 우위를 이용’한 행위로 판단합니다. 다수가 1명에 대하여 업무수행과정에서 중요한 정보를 제공하지 않거나, 1명만 제외하고 회의를 하는 행위들이 여러 차례 있었다면 ‘관계 등의 우위를 이용’한 행위로 판단합니다. 이처럼 업무관련성이 있으며, 우위성이 분명한 경우에 ‘우위를 이용’하였다고 봅니다.

우위성이 분명하지 않은 경우에는 상대방에게 우위성이 있는지를 판단하고, ‘우위를 이용’하였다고 볼 수 있는지 판단할 필요가 있습니다. 예를 들면, 업무시간 중에 동료와 싸움이 발생하였는데, 이를 직장 내 괴롭힘으로 주장하는 경우 그 싸움에서 동료가 우위성이 있으며, 우위를 이용하였다고 볼 수 있는지 구체적으로 입증할 필요가 생깁니다. 싸움이란 둘이 비슷하게 언성을 높이거나 화를 내며 언쟁을 하거나 신체적 부딪침이라고 볼 수 있는데, 이 경우 상대방이 우위를 이용하였기에 처음에는 당하기만 하다가, 나중에 피해자가 대든 것으로 볼 수 있는지, 우위성이 없이 둘이 싸운거라고만 볼 수 있는지 판단하여야 합니다.

업무관련성이 없는 경우 ‘우위를 이용’하였는지에 대한 판단은 중요해집니다. 출·퇴근 카풀은 업무관련성이 있기에 카풀을 요구한 상사가 있다면, ‘우위를 이용’하였다고 판단합니다. 그런데, 우연히 상사를 휴일 저녁 식당에서 만났는데, 상사가 집에 갈 때 태워 달라고 요구하였다면 판단이 필요합니다. 일반적으로 사적인 자리에서 상사를 만났는데, 상사가 어떤 요구를 한다고 하여 특별히 그 요구를 들어줄 필요는 없습니다. 위의 경우 상사의 요구를 거절할 수 있는 많은 방법이 있다고 볼 수 있습니다. 그럼에도 상사를 태워다 주었을 때, 상사가 태워다 달라고 하면서 ‘조만간 인사고과있는 것 알지?’라는 식으로 ‘우위를 이용’하였다고 볼 만한 사실이나 정황이 있었는지 입증되어야 합니다.

이처럼 우위성이 분명하고 업무시간 중 또는 업무와 관련하여 발생하는 등 업무관련성이 있는 경우에는 우위성만으로 ‘우위를 이용’하였다는 것이 인정됩니다. 업무관련성이 모호한 경우 우위성이 있는지, 나아가 ‘우위를 이용’하였다고 볼 수 있는지는 사실관계, 정황 또는 사정을 통해 입증하는 것이 필요합니다.

**③ 업무상 적정범위를 넘어**

문제된 행위가 업무상 적정범위를 넘는 것인지를 판단할 때에는 1) 그 행위가 사회통념에 비추어 볼 때 업무상 필요성이 있는지, 2) 업무상 필요성이 인정되나 그 행위 양태가 사회 통념에 비추어 볼 때 상당하지 않다고 볼 수 있는지를 기준으로 합니다.

예를 들면 상사가 업무 지시를 내리거나 업무에 대하여 잘못된 부분을 지적하는 것은 업무상 필요성이 있으므로 업무상 적정범위 내의 행위로 판단합니다. 그러나, 업무 지시 또는 업무 지적의 행위 양태가 폭행이나 과도하게 폭언을 하는 방식이었다면 사회통념상 상당성을 결여하였다고 보며, 이 경우 업무상 적정범위를 넘는 행위라고 판단됩니다.

가) 업무상 필요성

업무상 필요성이 있는지 여부는 1차적으로 근로계약, 단체협약, 취업규칙 및 관계법령에서 정한 내용에 비추어 판단해야 합니다.

업무상 필요성은 행위자가 필요하다고 주장하거나 피해자가 필요하지

않다라고 주장하는 것보다는 객관적으로 문제된 행위가 업무상 필요성이 있다고 볼 수 있는지를 기준으로 판단됩니다.

예를 들면, 행위자가 신입사원 훈련을 위한 것이라고 주장하더라도, 10여 차례 행위자가 지정한 책이나 영화를 보고 감상문을 내라고 한 것은 업무상 필요성이 있다고 인정되기 어렵습니다. 신입사원이 상사의 차심부름을 하는 것은 업무상 필요성이 있다고 인정하기 어렵습니다. 그러나, 회사에서 관례적으로 외부 방문객이 있는 경우 방문객을 맞이하는 직원 외의 다른 팀원이 방문객에게 음료를 대접하는 것을 기본방침으로 삼고 있거나 비서가 방문객에게 차를 대접하는 것은 업무상 필요성이 인정됩니다.

또한 내용에 있어 업무상 필요성이 있더라도 실현방식에 있어 합리성이 인정되지 않는다면 업무상 필요성이 부인된다고 봅니다. 예를 들면 업무 연락은 기본적으로 업무상 필요성이 있다고 인정되나, 급하지 않은 업무 연락을 퇴근시간 후에 하거나, 휴일에 업무 지시를 내리는 것은 업무상 필요성이 인정되지 않습니다.

이렇게 업무상 필요성은 사업장에서 정한 규칙 등을 기준으로 판단하고, 특별히 정한 것이 없을 때에는 그 회사의 업무관행이나 조직문화 등을 고려하여 업무상 필요성을 판단합니다.

나) 행위 태양의 적정범위

문제된 행위는 업무상 필요성이 인정되더라도 그 행위 태양이 폭행이나 폭언 등 상당하지 않다고 인정된다면 업무상 적정범위를 넘은 행위로 인정된다고 위에서 설명하였습니다. 이 외에 업무상 필요성이 인정되더라도 행위 태양에서 업무상 적정범위를 넘었다고 판단되는 행위는 다양합니다. 대표적으로 불합리한 마감시간을 주거나 실수에 대해 지속적으로 비난하는 경우를 들 수 있습니다. 또한, 행위 태양에서는 다른 근로자와의 형평성 또는 차별적 처우인가에 따라 판단이 달라질 수 있습니다. 예를 들면 교대 근무자가 야간근무를 하는 것은 업무상 필요성이 있습니다. 그러나, 다른 교대근로자와 비교하여 피해자에게만 더 많은 야간근무를 부여하는 경우 업무상 적정범위를 넘은 행위로 판단됩니다.

한편, 피해자에게는 정신적 고통을 주는 행위이더라도 업무상 적정범위를 넘지 않는 행위로 판단되는 경우도 있습니다.

낮은 인사고과 또는 승진에서의 누락은 피해자가 불합리하거나 부당하다고 볼 수 있으나, 인사고과 또는 승진이 사업장에서 정해진 기준에 따라 상사의 재량권이 발휘되었다고 본다면 업무상 필요성이 있고 그 행위 태양 또한 합리적이라고 판단됩니다.

업무상 적정범위는 피해자의 피해 정도로 판단되지는 않는다는 것을 유의하시기 바랍니다.

**④ 신체적·정신적 고통을 주거나**

직장 내 괴롭힘이 인정되기 위해서는 신체적·정신적 고통을 주는 행위이어야 합니다. 그러나 고통을 인정받기 위해 진단서를 제출하는 등의 객관적 입증이 필요하지는 않습니다. '고통을 주는' 행위는 피해자가 고통을 입증해야 한다고 해석하기보다는 그 행위가 피해자와 같은 처지의 합리적인 사람에게도 고통을 주는 행위인가를 기준으로 판단해야 합니다. 직장 내 괴롭힘 행위로 얼마나 고통을 받았는가를 피해자가 입증하는 것보다는 피해자가 어떠한 고통을 받았고, 그러한 행위가 피해자와 연령이나 근속년수 등 비슷한 처지의 사람이라면 피해자와 비슷한 고통을 받았을 것이라고 추정되는 것이 중요합니다.

예를 들면 상사가 업무 실수를 강하게 질책하여 이로 인한 스트레스를 받아 피해자가 정신과 치료를 받을 수도 있습니다. 그러나, 그 회사의 업무방식에서 상사가 부하직원에게 엄격한 태도를 취하는 것이 조직문화로서 다른 직원들은 상사로부터 강한 업무 질책을 받는 것에 스트레스를 별로 받지 않는다고 판단될 때에는, 피해자가 치료를 받을 정도의 고통을 받았다고 하더라도 합리적 피해자의 관점에서 정신적 고통을 주는 행위로 보지 않습니다.

**⑤ 근무환경을 악화시키는 행위**

근무환경을 악화시키는 행위란 그로 인하여 피해자가 능력을 발휘하는데 상당한 지장을 초래하는 것을 의미합니다. 예를 들면 근무공간을 통상적이지 않은 곳으로 지정(예, 면벽근무 지시)하거나 업무에 필요한 비품을 지급하지 않는 행위는 근무환경을 악화시키는 행위로 판단됩니다.

직장 내 괴롭힘 행위로 인한 피해결과로 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시켰는지를 판단하며, 행위자의 의도가 어떠했는지는 직장 내 괴롭힘 판단에 영향을 미치지 않습니다.

**⑥ 직장 내 괴롭힘 판단 시 유의사항**

직장 내 괴롭힘 판단기준은 대부분 고용노동부의 '직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼'을 따랐기에 법을 집행하는 행정부의 해석을 담고 있습니다. 그러나 법의 해석은 사법부의 권한이므로 법원에서 직장 내 괴롭힘의 정의를 어떻게 해석하는가가 가장 중요한 지표입니다. 법원의 판단으로 인정되는 것은 대법원의 판단입니다. 그러나 직장 내 괴롭힘 금지법이 시행된 지 2년 정도에 불과해서 아직 한국에서 직장 내 괴롭힘 판단에 대한 대법원의 판례는 없습니다.

실무적으로 대법원 판례가 없는 상태에서 행정부의 해석에만 기반하는 것은 절대적 기준이 없다는 말과 같습니다. 즉, 직장 내 괴롭힘 인정은 판단하는 사람, 조직에 따라 상당히 다르게 해석할 수 있습니다. 피해자가 직장 내 괴롭힘이라고 확신한다고 하더라도 사업장에서의 판단은 다를 수 있으며, 고용노동부 판단기준에 명백하게 위배되지 않는 이상 잘못된 것이라고 단정하기 어렵습니다.

### ⑷ 직장 내 괴롭힘의 행위유형

직장 내 괴롭힘의 정의가 추상적이므로 어떤 행위를 직장 내 괴롭힘 행위로 볼 수 있는지에 대해 다양한 사례를 드는 것이 상당히 어렵습니다. 국가인권위원회에서 직장 내 괴롭힘을 인정한 결정례가 몇 개 있으나, 아직 그 예가 다양하지 않으며, 판례로 인정된 사례도 아직 많지 않습니다.

그래서 법제도 초기단계에서 직장 내 괴롭힘 행위로 예시할 수 있는 행위유형을 직장 내 괴롭힘 피해자 연구 설문지 중심으로 소개하고자 합니다. 구체적 행위만을 열거한

것이기에 그 행위만으로 직장 내 괴롭힘으로 바로 인정되는 것은 아니지만, 어떤 행위들을 직장 내 괴롭힘으로 의심할만한지에 대해서는 충분히 참고할만한 자료입니다.

① NAQ(Negative Acts Questionnaire)[4]

**Einarsen, S., Hoel, H., & Notelaers, G., "Measuring exposure to bullying and harassment at work: Validity, factor structure and psychometric properties of the Negative Acts Questionnaire-Revised.", Work & Stress, 23(1), 2009, 24-44.**

총 22개로 구성된 NAQ는 노르웨이의 Einarsen 박사를 주축으로 베르겐대학의 연구팀이 1990년대 중반부터 꾸준히 진행해온 직장 내 괴롭힘 피해자 연구 설문지입니다. 베르겐대학 연구팀은 직장 내 괴롭힘 피해자 연구를 오래 진행해오면서 직장 내 괴롭힘 피해자를 선별해내기 위한 질문을 검증하고 가다듬어 22개로 정리하였습니다. 이 질문들을 먼저 소개하는 것은 노르웨이뿐만 아니라 40여개국에서 NAQ를 바탕으로 직장 내 괴롭힘 피해자 연구를 해왔으므로 직장 내 괴롭힘과 관련해서는 가장 정제되고 인정받는 질문들이기 때문입니다.

직장 내 괴롭힘 피해자 연구에서는 이 질문들에 대해 지속·반복적으로 피해를 입은 사람들을 피해자로 추출하여 그 피해를 연구하거나 집단별 피해경험의 비교 등의 연구를 진행해왔으나, 여기에서는 직장 내 괴롭힘의 행위유형으로 구분한 22가지 질문에만 집중하도록 하겠습니다.

NAQ는 22가지 질문을 그 유형에 따라 업무적, 개인적, 신체적 유형으로 구분하였습니다. 이 질문들에서 보여주는 행위들을 주요한 직장 내 괴롭힘 행위로 예시할 수 있습니다. 22가지 질문들은 직장 내 괴롭힘 피해자 연구에 가장 많이 활용되므로, 상담자가 내담자의 주요 피해내용을 듣고 직장 내 괴롭힘 행위로 주장할만한가를 판단하는데 도움을 줄 수 있습니다.

| 영역 | 구체적 행위 | |
|---|---|---|
| 업무적 | 1. 핵심정보의 배제 | 18. 과도한 감시 |
| | 3. 역량보다 낮은 업무부여 | 19. 권리를 행사하지 않도록 압력 |
| | 14. 의견과 관점을 무시 | 21. 수행하기 어려운 업무 부여 |
| | 16. 불합리한 마감시간의 과업부여 | |
| 개인적 | 2. 업무에 대하여 굴욕이나 조롱당함. | 11. 실수에 대해 반복적으로 주지 |
| | 4. 핵심업무 제거 또는 사소하고 불쾌한 업무로 대체 | 12. 무시당하거나, 접근 시 적대적 대응 |
| | 5. 가십이나 소문 | 13. 실수에 대한 지속적 비난 |
| | 6. 타인들로부터 배제나 고립 | 15. 친하지 않는 사람이 짓궂은 장난 침 |
| | 7. 개인, 태도 또는 사생활에 대한 모욕적·공격적 표현 | 17. 거짓 혐의 |
| | 10. 다른 사람들로부터 사직 암시 | 20. 과도하게 성가시게 하고 빈정댐 |
| 신체적 | 8. 즉흥적인 화나 분노의 대상이 됨 | 22. 폭력이나 학대, 위협 |
| | 9. 삿대질, 사적 공간침해, 가로막기 등 위협적 행동 | |

표4 NAQ(Negative Acts Questionnaire)

② KICQ(Korea Interpersonal Conflict Questionnaire)[5]

**이 설문지는 서유정, 이지은, 국내 직장 괴롭힘의 실태분석 및 대응방안 연구, 한국직업능력개발원, 2016.에서 사용되었습니다.**

KICQ는 한국에서 직장 내 괴롭힘 연구를 여러 차례 수행했던 서유정 박사가 연구에서 개발, 활용했던 설문입니다. 이 설문지는 NAQ를 바탕으로 한국적 정서를 반영하여 사람들이 이해하기 쉽게 문장형으로 질문을 구성했다는 특징이 있으며, 성희롱 1문항을 포함하여 총 25개 문항으로 구성되어 있습니다. 이 질문지는 고용노동부의 '직장 내 괴롭힘의 판단 및 예방·대응매뉴얼'의 부록에도 소개되어 있으며, 직장 내 괴롭힘 피해자 연구 및 사업장에세 직장 내 괴롭힘 실태조사를 실시할 때에도 이용되고 있습니다.

KICQ에서 담은 행위들도 직장 내 괴롭힘의 구체적인 행위로 예시, 활용될 수 있습니다.

1. 나의 업무능력이나 성과를 인정하지 않았다.
2. 훈련, 승진, 보상, 일상적인 대우 등에서 차별했다.
3. 나에게 모두 꺼리는 업무를 주었다.
4. 허드렛일만 시키거나 일을 거의 주지 않았다.
5. 업무와 관련된 주요한 정보나 의사결정과정에서 나를 제외했다.
6. 내 성과를 가로채거나 성과 달성을 방해했다.
7. 나에게 휴가나 병가, 각종 복지혜택 등을 쓰지 못하도록압력을 주었다.
8. 일하거나 휴식하는 모습을 지나치게 감시했다(예: cctv를 통한 감시)
9. 사고위험이 있는 작업을 할 때 나에게 주의사항이나 안전장비를 전달해 주지 않았다.
10. 나에게 상사의 관혼상제나 개인적인 일상생활과 관련된 일을 하도록 했다(예: 개인 심부름)
11. 나에게 부서 이동 또는 퇴사를 강요했다.
12. 누군가 사소한 일에 트집을 잡거나 시비를 걸었다.
13. 누군가 내 개인사에 대한 뒷담화나 소문을 퍼트렸다.
14. 나에게 신체적인 위협이나 폭력을 가했다. (예:물건 던지기, 주먹질 등)
15. 성적 수치심을 느끼게 하는 말 또는 행동을 나에게 했다. (이메일, 전화, 성적 농담, 성추행 등)
16. 나에게 욕설이나 위협적인 말을 했다.
17. 나를 부적절하게 의심하거나 누명을 씌었다.
18. 누군가 내 물건을 허락없이 가져가거나 망가뜨렸다.
19. 다른 사람들 앞에서 (또는 온라인 상에서) 나에게 모욕감을 주는 언행을 했다.
20. 내 의사와 관계없이 음주/흡연을 강요했다.
21. 내 의사와 관계없이 회식 참여를 강요했다.
22. 나를 업무 외의 대화나 친목 모임에서 제외했다.
23. 나의 정당한 건의사항이나 의견을 무시했다.
24. 나의 의사와 관계없이 불필요한 추가 근무(야근, 주말 출근 등)를 강요했다.
25. 나에게 부당한 징계를 주었다. (반성문, 처벌 등)

표5 KICQ(Korea Interpersonal Conflict Questionnaire)

# 3 고객응대근로자의 보호

### (1) 고객응대근로자란?

산업안전보건법 제41조에서는 고객응대근로자를 '주로 고객을 직접 대면하거나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망을 통하여 상대하면서 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 업무에 종사'하는 자로 정의하고 있습니다. 즉, 고객을 상대하는 시간이 많거나 주로 고객 대상으로 업무를 수행하는 자를 의미하며, 승무원, 콜센터 근로자, 간호사 등을 대표적인 고객응대근로자로 볼 수 있습니다.

### (2) 고객의 폭언 등에 대한 조치

고객은 노동법을 통틀어 직접적으로 규제할 수 없는 범위에 있는 자로 볼 수 있습니다. 유일하게 "남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률"에서 '고객 등의 성희롱 방지' 조항에서 근로자 보호조치에 관해 언급될 뿐입니다.

**관련 법률 – 남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률 제14조의2(고객 등에 의한 성희롱 방지)**

① 사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 사람이 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.

산업안전보건법에서는 근로자의 건강을 보호·유지하기 위해 '고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 예방조치 등'을 두고 있으나, 고객은 노동법에서 다루는 근로관계에서 벗어나는 경우이기에 근로자의 업무가 고객과 밀접한 연관을 가지고 있는 경우에 한해서 근로자 보호조치를 마련하였습니다.

고객의 폭언 등은 '폭언, 폭행, 그 밖에 적정 범위를 벗어난 신체적·정신적 고통을 유발하는 행위'로 규정되어 있어서 고객이 근로자에게 하는 부당한 행위들을 폭넓게 포괄하고 있습니다.

사업주가 고객에게 직접적인 제재를 할 수는 없으나 근로자에 대한 안전배려의무가 있으므로 고객으로부터 피해를 예방하기 위한 조치를 취하여야 합니다.

산업안전보건법 시행규칙 제41조에서는 1) 고객이 폭언등을 하지 않도록 요청하는 문구 게시 또는 음성 안내, 2) 고객과의 문제 상황 발생 시 대처방법 등을 포함하는 고객응대업무 매뉴얼 마련, 3) 고객응대업무 매뉴얼의 내용 및 건강장해 예방 관련 교육 실시, 4) 그 밖에 고객응대근로자의 건강장해 예방을 위하여 필요한 조치를 사업주의 의무로 규정하고 있습니다.

**관련 법률 – 산업안전보건법 제41조(고객의 폭언등으로 인한 건강장해 예방조치 등)**

① 사업주는 주로 고객을 직접 대면하거나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망을 통하여 상대하면서 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 업무에 종사하는 고객응대근로자에 대하여 고객의 폭언, 폭행, 그 밖에 적정 범위를 벗어난 신체적·정신적 고통을 유발하는 행위(이하 이 조에서 "폭언등"이라 한다)로 인한 건강장해를 예방하기 위하여 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 필요한 조치를 하여야 한다. 〈개정 2021. 4. 13.〉

② 사업주는 업무와 관련하여 고객 등 제3자의 폭언등으로 근로자에게 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우에는 업무의 일시적 중단 또는 전환 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치를 하여야 한다. 〈개정 2021. 4. 13.〉

③ 근로자는 사업주에게 제2항에 따른 조치를 요구할 수 있고, 사업주는 근로자의 요구를 이유로 해고 또는 그 밖의 불리한 처우를 해서는 아니 된다. 〈개정 2021. 4. 13.〉

**제170조(벌칙)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1.제41조제3항을 위반하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 한 자

**산업안전보건법 시행규칙 제41조(고객의 폭언등으로 인한 건강장해 예방조치)** 사업주는 법 제41조제1항에 따라 건강장해를 예방하기 위하여 다음 각 호의 조치를 해야 한다.

1. 법 제41조제1항에 따른 폭언등을 하지 않도록 요청하는 문구 게시 또는 음성 안내
2. 고객과의 문제 상황 발생 시 대처방법 등을 포함하는 고객응대업무 매뉴얼 마련
3. 제2호에 따른 고객응대업무 매뉴얼의 내용 및 건강장해 예방 관련 교육 실시
4. 그 밖에 법 제41조제1항에 따른 고객응대근로자의 건강장해 예방을 위하여 필요한 조치

### (3) 근로자 보호조치

고객의 폭언 등으로 피해를 입은 근로자의 건강장해가 발생한 경우 사업주는 1) 업무의 일시적 중단 또는 전환, 2) 휴게시간의 연장, 3) 폭언등으로 인한 건강장해 관련 치료 및 상담 지원, 4) 근로자가 폭언등을 한 고객에 대해 고소, 고발 또는 손해배상 청구를 하고자 할 때에는 관할 수사기관 또는 법원에 증거물·증거서류를 제출하는 등 필요한 지원을 하여야 합니다. 근로자 보호조치 중 폭언 등으로 인한 건강장해 관련 상담 지원은 직장 내 괴롭힘 피해자가 산재보상보험법상 업무상 질병으로 치료를 받는 것만 보장되는 것에 비해 더 높은 수준의 보호조치라고 볼 수 있습니다.

사업주는 근로자의 요구를 이유로 해고 또는 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 안됩니다. 사업주가 고객의 폭언등으로 피해를 입은 근로자가 요구를 하였다는 이유로 해고 등의 불리한 처우를 한 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금 처분을 받을 수 있습니다.

**관련 법률 – 산업안전보건법 시행령 제41조(고객의 폭언등으로 인한 건강장해 발생 등에 대한 조치)**

법 제41조제2항에서 "업무의 일시적 중단 또는 전환 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치"란 다음 각 호의 조치 중 필요한 조치를 말한다.

1. 업무의 일시적 중단 또는 전환
2. 「근로기준법」 제54조제1항에 따른 휴게시간의 연장

3. 법 제41조제1항에 따른 폭언등으로 인한 건강장해 관련 치료 및 상담 지원
4. 관할 수사기관 또는 법원에 증거물·증거서류를 제출하는 등 법 제41조제1항에 따른 고객응대근로자 등이 같은 항에 따른 폭언등으로 인하여 고소, 고발 또는 손해배상 청구 등을 하는 데 필요한 지원

# 4 직장 내 괴롭힘 발생 시 조치

### (1) 근로기준법 제76조의3에서의 조치

근로기준법 제76조의3에서는 직장 내 괴롭힘이 발생하였을 때 사업장에서 취하여야 하는 조치를 규정하였습니다. 2021. 10. 14.부터는 개정법이 적용되어 사업주의 의무가 강화됩니다.

사업주의 의무와 벌칙조항은 제76조의2와 제76조의3을 종합하면 다음과 같습니다.

| 법 조문 | 사용자의 의무 | 위반 시 제재 내용 | 벌칙 근거조항 |
|---|---|---|---|
| 제76조의2 | 사용자(사용자의 4촌이내의 친족이 해당 사업장의 근로자인 경우 포함) 의 직장 내 괴롭힘 금지 | 1천만원 이하의 과태료 부과 | 제116조제1항 |
| 제76조의3제2항 | 지체없이 당사자 등을 대상으로 그 사실확인을 위하여 객관적으로 조사 실시 | 500만원 이하의 과태료 부과 | 제116조제2항 |
| 제76조의3제4항 | 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경 등 적절한 조치 의무 | | |
| 제76조의3제5항 | 지체없이 행위자에 대하여 징계 등 필요한 조치 의무 | | |
| 제76조의3제7항 | 조사과정 참여자의 비밀유지 의무 | | |
| 제76조의3제6항 | 직장 내 괴롭힘 발생 사실 신고근로자 및 피해근로자등에게 해고나 그밖의 불리한 처우 금지 의무 | 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 | 제109조제1항 |

표6 근로기준법상 사용자의 의무와 벌칙조항

근로기준법 제76조의3의 내용이 무엇을 의미하는지 아래에서 각 조항의 내용을 구체적으로 보겠습니다.

**① 누구든지 신고**

제1항에 따라 피해자가 아니더라도 피해를 직·간접적으로 목격한 사람 또는 우연히 그 사실을 알게 된 제3자는 사용자에게 직장 내 괴롭힘을 신고할 수 있습니다. 피해자가 자신의 피해를 정확하게 인지하지 못하거나 피해자가 직접 신고하는데 두려움을 느끼는 경우 조력자 또는 대리인이 신고할 수 있습니다. 이는 직장 내 괴롭힘이 사업장에 미치는 부정적 영향이 크기 때문에 직장 내 괴롭힘 피해를 최소화하기 위해 누구든지 피해자를 대신해 신고할 수 있도록 한 것입니다.

국가인권위원회도 피해자가 아닌 제3자 신고를 인정합니다. 국가인권위원회의 사건 접수를 참고[6] **근로기준법 제76조의3은 남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률 제14조를 거의 그대로 옮겨왔기에 누구든지 신고할 수 있다는 내용은 직장 내 성희롱 처리절차에서 먼저 적용되었고, 2008년 제14조를 개정하면서 국가인권위원회의 처리절차를 참고했다는 것이 정확한 설명입니다.** 하여 직장 내 괴롭힘 처리절차에서도 피해 신고를 누구나 할 수 있도록 신고자의 범위를 넓혀서 규정하고 있습니다.

실무적으로 보면 익명신고제도를 두고 있는 사업장에서 익명으로 제3자 신고가 들어오는 사례들이 있는데 대부분 익명신고는 피해자가 신고 사실을 모릅니다. 실명신고는 대체적으로 피해자의 동의를 기반으로 제3자가 신고하는 반면, 익명 신고는 피해자가 신고 사실을 알지 못하는 경우가 많습니다. 대체로 신고는 공식조사로 처리되는 경우가 많은데, 이 경우 가장 많은 피해를 받을 수 있는 사람이 피해자입니다. 따라서 제3자 신고가 들어온 경우 피해자에게 신고 사실을 알리고 실제 피해 사실이 있는지, 피해자가 원하는 사건 처리방식은 무엇인지를 피해자 상담을 통해 확인하고 처리절차를 정하는 경우가 많습니다.

**② 지체 없이 조사**

제1항에 이어 제2항에서는 조사를 실시하여야 하는 조건으로 '신고를 접수하거나 사용자가 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우'로 규정했습니다.

사용자가 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우에 대해서 특별히 법령에서 정한 것이 없기에 사업장에서 어떠한 경우를 인지한 것으로 볼 수 있는지에 관하여 구체적으로 취업규칙 등에 반영하는 것이 바람직합니다. 관리자가 우연히 사실을 알게 되어 인사부서에 전달하였거나 사내 소문이 돌아 인사부서의 고충처리담당자가 알게 된 경우 등 '인지'에 대한 자체적 기준을 마련하는 것이 필요합니다.

2021. 10. 14. 개정된 근로기준법에서는 신고를 접수하거나 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우 '지체 없이 당사자 등을 대상으로 그 사실 확인을 위하여 객관적으로 조사를 실시하여야 한다'고 규정하였습니다. 개정 전 '지체 없이 그 사실 확인을 위한 조사를 실시하여야 한다'고 규정하던 것에 비해 당사자 등을 대상으로 객관적으로 조사한다는 내용이 새롭게 추가되었습니다. 개정 전에 비해 조사의 방식 및 내용을 구체화시킨 것으로 사업장에서 조사를 진행할 때 대상자에 대한 조사를 진행했는지, 그 조사가 객관적인지를 고려하여야 할 것입니다.

제2항을 위반한 사용자는 500만원 이하의 과태료 처분을 받을 수 있습니다.[7] **근로기준법 제116조에서는 '500만원 이하의 과태료를 부과한다'로 규정되어 있으나, 실무적으로는 고용노동부에서 법 위반에 대하여 시정명령을 내리고, 이를 제대로 이행하지 않은 경우 과태료를 부과하는 절차를 취합니다. 즉, 법을 위반했다는 사실만으로 무조건 과태료 처분을 하지는 않기에 '받을 수 있다'로 표현하였습니다.**

**③ 조사과정 중 피해근로자 등의 보호**

제3항에서는 조사 기간 동안 피해근로자등을 보호하기 위하여 필요한 경우 피해근로자등에 대하여 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 하며, 사용자는 피해근로자등의 의사에 반하는 조치를 하면 안된다고 규정하고 있습니다.

조사 중에는 피해자, 행위자가 확정된 상태가 아니므로 당사자들에 대한 조치를 취할 근거가 없습니다. 그래서 조사기간 중 피해근로자등의 보호를 법으로 정한 것입니다.

근로기준법에서 지체 없이 조사를 실시하여야 한다고 정하고 있으나, 조사기간을 정하고 있지는 않습니다. 직장 내 괴롭힘 행위에 대한 조사는 그 행위가 장기간에 걸쳐 반복되거나 다양한 행위가 발생한 경우, 피해근로자등이 다수이거나 행위자가 다수인 경우, 사실관계 입증이 어려운 경우에 상당한 시간이 소요될 수 있습니다. 한편, 사업장별로 조사기간을 정해놓은 경우도 있으나, 조사 후 직장 내 괴롭힘 판단, 피해자에 대한 적절한 조치, 행위자에 대한 필요한 조치를 하기까지도 상당한 시간이 소요될 수 있습니다. 제3항은 조사기간이 일정하지 않은 것, 조사과정 중이라도 피해가 심한 경우 피해근로자등이 신고한 대상과 마주치는 것조차 힘들어할 수 있다는 것을 고려하여 '필요한 경우 피해근로자등에 대하여 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다'고 규정한 것입니다. 다만, 당사자의 의사도 중요하므로 피해근로자등의 의사에 반하는 조치를 하지 않도록 한 것입니다.

실무적으로는 조사 전 또는 조사과정에서 피해근로자등에게 조사과정 중 보호조치를 원하는가를 확인합니다. 또는 피해근로자등이 조사과정 중 보호조치를 요청하는 경우 행위자로 지목된 자와의 분리방안을 마련합니다.

조사과정 중 피해근로자등의 보호조치의 핵심은 피해근로자등의 피해 복구를 위해 행위자로 지목된 자와의 분리 또는 휴식을 부여하는 것입니다.

유의할 사항은 조사과정 중 피해근로자등의 보호조치는 피해근로자등이 근무장소를 변경하거나 유급휴가를 사용하는 방식으로 그 조치의 대상자가 피해근로자등이 된다는 것입니다. 조사과정 중 행위자로 지목된 자는 직장 내 괴롭힘이 확정되지 않았기 때문에 행위자로 지목된 자의 근무장소를 변경하는 것은 합리적인 사유가 없는 인사조치가 될 수 있습니다. 따라서 분리는 피해근로자등의 휴가나 근무장소변경등이 될 수 밖에 없으므로, 피해근로자등의 동의가 반드시 필요합니다.

행위자로 지목된 자와의 분리를 위해 피해근로자등의 근무장소를 변경하거나 업무를 변경하는 경우 피해근로자등이 그러한 변화로 인해 불편을 겪을 수 있습니다. 유급휴가의 경우 일단은 휴식을 취하므로 근로자에게 항상 이로울 것 같으나, 휴가기간의 업무공백을 근로자가 복귀해서 처리해야 한다면 그만큼 업무에 대한 부담이 늘어납니다. 이러한 사정이 고려되어 피해근로자등에 대한 보호조치가 취해져야 합니다.

피해근로자등이 동의하는 경우 조사기간 중 근무장소의 변경 등을 할 수 있으나, 이 경우 피해근로자등이 원하는 장소 내지는 업무에 배정된다는 의미는 아닙니다. 행위자로 지목된 자와의 분리를 목적으로 하는 것이기 때문에 피해근로자등이 원하는 장소가 아니라도 사용자는 임시적으로 피해근로자등의 근무장소를 변경할 수 있습니다.

조사과정 중 피해근로자등의 보호조치는 '~하여야 한다'로 규정되어 사용자의 의무로 부여되나, 사용자가 조치를 이행하지 않아도 위법으로 처벌받을 수 있는 벌칙이 없으므로, 사업장에 조사과정 중 피해근로자등의 보호조치를 요청하였으나, 사용자가 이를 들어주지 않아도 더 이상 사용자를 강제할 방법이 없다는 한계가 있습니다.

**④ 피해자에 대한 적절한 조치**

제4항에서는 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하도록 규정하였습니다.

일반적으로 직장 내 괴롭힘 피해자와 행위자의 분리가 필요한 경우 행위자를 배치전환하는 방식을 취합니다. 그러나 피해자가 2차 피해의 우려나 피해의 복구를 위해 본인이 이동하는 것을 원하기도 합니다. 피해자가 피해 복구를 위해 휴가를 요청하거나, 근무장소의 변경, 배치전환을 원하는 경우 사용자는 적절한 조치를 하여야 합니다. 휴가 외 근무장소의 변경 또는 배치전환은 피해자가 원래 근무하던 곳을 벗어난다는 것이 중요하며, 피해자가 원하는 장소 또는 원하는 업무로 배치전환시켜야 한다는 의미는 아닙니다.

제4항을 위반하여 피해자에 대한 적절한 조치를 하지 않은 사용자는 500만원 이하의 과태료 처분을 받을 수 있습니다.

**⑤ 행위자에 대한 필요한 조치**

제5항에서는 행위자에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 할 의무를 사용자에게 부여하고 있습니다. 한편, 사용자가 행위자에게 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 피해근로자의 의견을 들어야 한다고 규정하였습니다.

피해자의 의견을 듣는다는 것은 피해자의 의견에 좇아야 한다는 의미는 아니고, 피해를 입은 피해자가 행위자의 처분에 어떤 생각을 가지고 있는지를 확인하고 그에 따라 조치하도록 노력한다는 의미입니다.

피해자는 자신의 피해를 복구하고 해결하기 위해서 사용자에게 직장 내 괴롭힘 피해 신고를 하고 조사과정에서 자신의 피해를 입증합니다. 그런데, 막상 직장 내 괴롭힘 피해를 인정받으면 행위자에 대한 처분권은 사용자가 행사하므로, 피해자는 당사자임에도 불구하고 권한이 없는 제3자가 될 수 밖에 없습니다. 만일 피해자의 요구를 수용하여 사용자가 행위자에게 한 징계, 배치전환 등에 행위자가 반발하는 경우 행위자는 사용자를 상대로 이의를 제기할 수 있습니다. 사용자는 행위자에 대한 처분에 책임을 져야하기 때문에 적절한 수준의 처분(징계)를 고려할 수 밖에 없습니다. 이런 이유로 행위자에 대한 처분은 사용자에게 권한이 있는 것이지만, 피해자가 의사를 말할 기회조차 없다는 것은 피해자로서는 자신의 문제를 해결하는 과정에서 소외되는 것이라고 볼 수 있습니다. 그래서 제5항에서는 행위자에 대한 처분 시 피해자의 의견을 듣도록 사용자에게 강제하고 있는 것입니다.

실무적으로는 행위자 처분 전에 피해자의 의견을 청취하지 않고, 피해자 상담 및 조사과정에서 피해자에게 원하는 보호조치와 행위자에 대한 조치를 확인합니다. 또한 피해자에게 행위자에 대한 조치를 확인하면서 피해자의 의사가 무조건 반영되지 못하는 사정(사용자의 정당한 인사권 행사)에 대한 설명도 덧붙입니다.

행위자에게 필요한 조치는 '징계, 근무장소의 변경 등'으로 제시되었는데, 법에서 '등'을 붙이면 예시하는 내용으로 해석합니다. 그러므로 행위자에게 징계,

근무장소의 변경 조치를 반드시 하여야 한다는 뜻이 아니라 징계를 하거나, 근무장소를 변경하거나, 징계와 근무장소의 변경을 병행하거나 또는 재발방지교육을 받을 것 등 행위자가 그 행위에 대한 처분을 받는 것 또는 행위를 반복하는 것을 방지하기 위한 조치는 어떠한 것이든 가능합니다. 따라서 직장 내 괴롭힘 행위의 정도에 따라서 행위자가 징계를 받지 않는 경우도 있으며, 피해자와 행위자의 근무장소를 분리시키지 않을 수도 있습니다. 즉, 행위자에 대한 필요한 조치는 징계나 근무장소의 변경에 제한되지 않으며, 반드시 징계를 하거나 근무장소를 변경하여야 하는 것은 아니라는 점을 내담자에게 설명하여야 합니다.

제5항을 위반하여 행위자에 대한 필요한 조치를 하지 않은 사용자는 500만원 이하의 과태료 처분을 받을 수 있습니다.

한편, 2021.10.14. 개정된 근로기준법에서는 직장 내 괴롭힘 행위자인 사용자에 대한 벌칙이 추가되었습니다. 근로기준법 제116조 제1항에 '사용자(사용자의 「민법」 제767조에 따른 친족 중 대통령령으로 정하는 사람이 해당 사업 또는 사업장의 근로자인 경우를 포함한다)가 제76조의2를 위반하여 직장 내 괴롭힘을 한 경우에는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다' 고 규정하고 있습니다.

직장 내 괴롭힘 행위자에서 살펴보았듯이 사용자는 '사업주 또는 사업경영담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'를 말하며, 사업주와 관리자로 이해하면 됩니다. 그러나, 직장 내 괴롭힘 행위자로 직접적 처벌의 대상이 되는 사용자는 관리자와 같이 근로자 신분이지만, 부하직원에게는 상대적으로 사용자로 볼 수 있는 자를 제외하고 사업주·사업경영담당자 처럼 근로자로 보기 어려운 사용자에 대하여 적용됩니다.

한편, 처벌받는 행위자에는 사용자의 4촌 이내 친척으로 해당 사업 또는 사업장에서 근무하는 자도 포함시켜 직장 내 괴롭힘 행위를 강력하게 규제합니다.

**⑥ 피해자에 대한 불리한 처우 금지**

제6항에서는 사용자가 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하는 것을 금지하고 있습니다. 누구든지 신고할 수 있기에 불리한 처우 금지 대상에 '직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자'가 포함되어 있고, 피해근로자 등에는 직장 내 괴롭힘이 인정되지 않은 근로자를 포함하는 개념입니다.

제6항을 위반하여 피해자 등에 대해 불리한 처우를 한 사용자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 처분을 받을 수 있습니다.

**⑦ 조사참여자의 비밀보호 의무**

2021. 10. 14. 개정된 근로기준법에는 '직장 내 괴롭힘 발생 사실을 조사한 사람, 조사 내용을 보고받은 사람 및 그 밖에 조사 과정에 참여한 사람은 해당 조사 과정에서 알게 된 비밀을 피해근로자등의 의사에 반하여 다른 사람에게 누설하여서는 아니 된다'는 조항을 신설하였습니다. 이 조항 또한 남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률 제14조를 따랐습니다. 직장 내 성희롱처럼 직장 내 괴롭힘도 가해·피해관계가 있고, 피해자가 원치 않는 2차 피해를 입는 경우가 있습니다. 그러하기에 피해자의 2차 피해를 예방하기 위하여 조사참여자의 비밀보호 의무를 부여하였습니다.

제7항을 위반하여 비밀보호 의무를 지키지 않은 조사참여자는 500만원 이하의 과태료 처분을 받을 수 있습니다.

### (2) 고용노동부 '직장 내 괴롭힘 판단 및 예방 대응 매뉴얼' 및 '직장 내 괴롭힘 예방 대응 규정'에서의 조치

근로기준법 제76조의3의 직장 내 괴롭힘 발생 시 조치는 사용자가 반드시 지켜야 할 내용을 규정하고 있으며, 고용노동부의 매뉴얼 및 예방 대응 규정은 국내에서 처음 시행하는 직장 내 괴롭힘을 사업장에서 구체적으로 예방하고 대응힐 수 있도록 자세하게 예시를 들어 설명하는 것에 중점을 두었습니다.

특히 직장 내 성희롱 예방 관련 법제도가 지난 22년동안 시행되면서 공공부문 또는 민간 사업장에서도 별도의 규정을 두고 직장 내 성희롱예방과 고충처리절차를 운영하고 있기에 그 절차를 활용할 수 있도록 예시하였습니다. 직장 내 성희롱도 가해·피해 관계이고, 직장 내 괴롭힘의 하위 개념이 직장 내 성희롱이기에 사업장에서 직장 내 괴롭힘과 성희롱의 처리를 같은 방식으로 하거나 규정을 통합해 운영하는 것도 가능합니다.

근로기준법에서는 특별히 상담에 대한 규정이 없으나, 대부분의 직장 내 성희롱 예방 및 처리제도에서 사건이 발생한 후 상담을 먼저 진행하기에, 직장 내 괴롭힘에서도 사건이 신고되거나 인지된 경우 상담을 먼저 진행하도록 예시하였습니다.
상담을 통해 피해자의 고충과 원하는 조치를 확인하고 그에 따라 발생한 직장 내 괴롭힘 사건을 해결하도록 매뉴얼과 규정에서 설명하고 있습니다.

| | | | |
|---|---|---|---|
| **사건 접수** | 신고, 인지 | | |
| **상담** | 신고인 및 피해자 상담을 통한 사건 개요 및 피해자 요구 파악<br>→ 피해자 요구를 바탕으로 1차적인 해결방식 결정 | | |
| | 행위자로부터 분리만을 원하는 경우 | 행위자의 사과 등 당사자 간 합의를 원하는 경우 | 회사 차원의 조사를 통한 해결을 원하는 경우 |
| | ⇓ | ⇓ | ⇓ |
| **조사** | (조사 생략) | 약식조사 후<br>사업주에게 조사보고 | 정식조사 |
| | ⇓ | ⇓ | ⇓ |
| **괴롭힘 사실 확인 시 조치** | 괴롭힘 상담 보고서를 작성, 사업주에게 보고하여 적절한 조치 | 행위자에게 피해자 요구 전달 및 합의 도출<br>합의 결렬 시 피해자 재상담 후 정식조사 의뢰 등 피해자 의사 확인 | 행위자에 대한 징계 등 조치 |
| **모니터링** | 합의사항 이행여부, 피해자에 대한 후속적인 괴롭힘 피해 여부 등 | | |

표7 직장 내 괴롭힘 고충처리절차(직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼, 고용노동부, 2019, 38)

**① 상담**

상담은 피해자의 괴롭힘 피해 상황 등을 파악하고, 사건의 처리방향을 결정하는 것을 목적으로 합니다.

상담단계에서부터 피해자의 비밀보호를 유지하기 위한 노력이 필요합니다. 상담자는 사건의 접수를 신청하거나 제3자 신고에 따라 알게 된 피해자와 상담을 진행하면서 피해자가 원하는 해결방법을 확인하여야 합니다. 이를 위해 상담자는 피해자에게 사업장에 규정된 직장 내 고충처리절차를 구체적으로 설명하여 피해자가 원하는 해결방법을 선택할 수 있도록 정보를 주어야 합니다. 피해자가 어떤 방식으로 피해를 복구하고자 하는지 결정하지 못한 상태에서는 피해자의 상담내용을 비밀에 부치고, 피해자와 상담을 지속하여 피해자를 도울 수 있습니다.

상담과정에서 피해자의 피해사실을 객관적으로 확인하여야 할 필요는 없습니다. 피해자가 느끼는 괴로움이나 부정적 감정을 청취하고 피해자 보호조치를 하는 것이 가장 중요합니다. 상담자는 피해자가 직장 내 괴롭힘으로 인해 치료나 심리상담이 필요한 경우 치료를 권유하거나 심리상담을 안내하여야 합니다.[8)]

**사업장에서 무료로 심리상담을 이용할 수 있는 제도를 지원하는 경우도 많습니다. 사업장에서 심리상담을 지원하지 않는다면, 상시 근로자 300인 미만 사업장은 근로복지공단의 EAP제도를 이용할 수 있고, 근로자 수에 상관없이 각 지역 정신건강복지센터에서 심리상담을 무료로 이용할 수 있습니다.**

상담과정에서 피해자가 직장 내 괴롭힘 피해를 인정받고자 하는 경우에는 피해자가 경험한 직장 내 괴롭힘 행위를 청취하고, 입증할 만한 증거가 있는지 확인하는 것이 필요합니다. 이때 청취하는 상담내용은 피해자가 일방적으로 설명하는 내용이지만, 그 내용이 사실인지를 상담자가 확인할 필요는 없습니다. 상담자는 피해자의 설명을 자세하게 듣고, 정리하여 피해자가 어떤 부분이 문제라고 말하는지, 피해자가 증거를 수집할 수 있는지, 이후 조사를 받을 때 피해자가 알고 있어야 하는 정보를 주는 것을 목적으로 하면 됩니다.

상담단계에서 수집된 피해자의 피해 경험은 조사단계에서 활용될 수 있습니다. 상담단계에서 피해자가 경험한 행위들이 직장 내 괴롭힘이라고 분명히 보기 어렵다고 판단되면 피해자에게 이를 충분히 설명하고 피해자가 직장 내 괴롭힘 신고를 하는 것이 아닌, 다른 방식으로 본인의 고충을 해결하도록 안내하여야 합니다.

예를 들면, 상사가 부하직원이 일을 못하거나 소통이 안되어 괴롭다고 한다면 일반적으로는 우위성이 인정되지 않아 직장 내 괴롭힘으로 인정받기 어려울 것입니다. 이 경우 상사의 고충은 경영진이나 인사부서에 제기하여 해결방법을 찾아야 하며, 직장 내 괴롭힘으로는 해결방법을 찾을 수 없습니다.

실무적으로 보면, 아직까지 사내 상담을 신청하거나 사건을 접수하는 피해자는 고충을 해결하기 위한 첫 단계로 상담을 신청하는 경우보다는 정식조사를 전제로 사건을 접수하는 경우가 많습니다. 정식조사를 전제로 상담을 받는 경우 신고된 내용이 직장 내 괴롭힘에 해당되는지에 대해서는 1차적으로 상담자의 판단이 필요할 수 있습니다.

**② 행위자로부터 분리만 원하는 경우**

고용노동부가 매뉴얼을 발간할 당시는 2019. 2.로 직장 내 괴롭힘 금지법이 시행



전이었으며, 아직 시행 2년이 넘었으나 직장 내 괴롭힘에 대해 많은 사람들이 충분히 알고 있다고 보기는 어렵습니다. 그러하기에 직장 내 괴롭힘 피해를 입었다고 하더라도 조직 내에서 그 피해 사실이 알려지는 것을 두려워하거나 직장 내 괴롭힘 피해를 제기하는 것만으로 조직 내에서 평판이 떨어질 것을 두려워하는 피해자도 있을 것입니다.

피해자가 직장 내 괴롭힘 피해를 드러내고 싶어하지 않을 때에는 상담을 통해 피해자의 의사를 확인하고, 피해자가 본인이 근무장소를 변경하거나 배치전환을 통해서 행위자와의 분리만을 원하는 경우 조사를 생략하고 피해자의 인사이동으로 직장 내 괴롭힘 피해를 단절시킬 수 있습니다.

이러한 처리방식을 예시한 것은 직장 내 괴롭힘을 법으로 금지하는 목적이 피해자의 피해 복구에 있으므로, 피해자의 의사를 존중하여 직장 내 괴롭힘 사건을 처리하는 것이 필요하기 때문입니다.

법 시행 초기이므로 직장 내 괴롭힘을 제기하는 피해자에 대하여 저성과자 또는 부적응자로 매도하는 사람들이 있을 수 있으며, 이는 또다른 직장 내 괴롭힘을 야기할 수 있기에 피해자가 원하는 경우 상담만으로 인사이동을 시킬 수 있다는 예시를 든 것입니다.

이렇게 직장 내 괴롭힘 피해를 해결하고자 하는 경우에는 전제되는 조건이 필요합니다. 사업장에서 인사명령이나 부서 이동이 빈번히 발생하는 편이어서 피해자를 인사이동시키는 것이 자연스럽게 이루어질 수 있어야 합니다. 1년 내지 반년 주기로 인사이동이 있고, 예외적으로 인사이동이 있는 경우는 징계 후 인사 조치 밖에 없는 사업장에서는 피해자를 인사이동시키는 것이 부자연스럽기 때문에 피해자의 의사에 따른 인사이동은 활용할 수 없는 방식입니다.

**③ 당사자 간 해결**

피해자가 정식조사보다 행위자의 사과 등 당사자 간 합의를 원하는 경우 사업장에서는 피해자 중심의 약식조사를 진행한 후 행위자와의 합의 도출을 시도해볼 수 있습니다.

대부분 성희롱 관련 규정에서는 피해자가 행위자와의 합의를 원하는 경우 피해자의 의사를 행위자에게 전달하고 합의를 시도하는 것으로 서술되어 있습니다. 그런데, 성희롱과 달리 직장 내 괴롭힘에서 당사자 간 해결을 위해 약식조사[9)]

**약식조사는 임의적 단어로서, 정식조사가 당사자와 관계자를 모두 조사하는 것에 비해 피해자와 피해자의 조력자 등 일방만 조사하고 직장 내 괴롭힘 행위를 추정하기 때문에 정식조사와 대비하여 약식조사라고 고용노동부 매뉴얼에서 사용하였습니다. 약식조사는 피해자 중심으로 조사하기에 행위자는 조사가 이루어지는 것을 알 수 없다는 특징이 있습니다.** 를 진행하는 것은 피해자의 의사를 전달하는 것만으로 행위자의 사과 또는 행위자와의 합의가 어려울 것이라는 전제가 깔려 있습니다. 법 시행 초기라서 행위자가 피해자의 의사를 전달받는 것만으로 본인이 직장 내 괴롭힘 행위를 하였다는 것을 인정하지 않을 확률이 높습니다. 그러므로 사업장에서 피해자와 피해자를 조력하는 목격자 등의 진술과 증거를 확인하여 행위자가 직장 내 괴롭힘 행위를 하였음을 확인하고, 이 조사결과를 바탕으로 행위자에게 합의를 제안하는 것이 피해자와 행위자의 합의를 이끌어내기 쉽습니다.

약식조사만으로 피해자가 주장한 직장 내 괴롭힘 행위를 사실로 인정하기 어려운 경우에는 피해자에게 이를 설명하고, 사실관계를 기반으로 하지 않더라도 행위자와의 합의를 시도할 것인지, 피해를 객관적으로 입증하기 위해 정식조사를 진행할 것인지 의사를 확인하여야 할 것입니다.

실무적으로는 상담만으로는 직장 내 괴롭힘 사실을 인정하기 어려워 약식조사를 통해 피해자의 피해를 객관적으로 확인한 후 행위자와의 합의보다는 피해자 배치전환만을 하는 경우도 있습니다. 약식조사를 진행하더라도 직장 내 괴롭힘 행위를 사실로 인정하기 어려운 경우에는 피해자를 배치전환시키기는 어려울 것입니다. 이 경우에는 피해자에게 이를 설명하고 정식조사로 진행할 필요가 있습니다.

**④ 정식 조사**

피해자나 제3자의 신고 또는 사용자가 인지하고, 피해자가 정식 조사를 원하는 경우 사용자는 근로기준법에 따라 지체 없이 조사를 진행하여야 합니다. 고용노동부 매뉴얼 및 규정에서는 '조사위원회'를 구성하여 조사를 실시하는 것을 설명하고 있습니다. '조사위원회' 구성의 실익은 위원 구성을 내부 직원과 외부 전문가로 구성하여 사업장 내 구체적 사정을 반영하고 전문가의 전문성과 객관성을 활용하여 조사결과의 공정성과 신뢰성을 인정받을 수 있다는 점입니다. 근로기준법에는 '조사위원회' 규정되어 있지 않으므로 사업장에서 '조사위원회'를 구성하여 조사를 실시할 것인지는 자율적으로 결정할 수 있습니다.

어떤 방식으로 조사를 진행하든 조사결과는 객관성과 신뢰성을 기반으로 하여야 합니다. 정식 조사는 이후 행위자가 본인에게 내려진 '징계 등 필요한 조치'에 대하여 부당하다고 노동위원회에 제기할 가능성을 고려하여 징계과정과 동일하게 괴롭힘 행위에 대한 입증을 중요하게 다루어야 합니다.

정식조사로 진행하는 경우에는 서면 신청서를 제출하도록 하여 정식조사의 필요성을 입증할 수 있도록 준비하는 것이 좋습니다. 그러므로 상담을 구두나 전화로 신청받고, 서면 신청서가 작성되지 않은 경우에는 정식조사 전 피해자 또는 신고자에게 서면신청서를 받도록 조치하여야 합니다.

조사를 실시할 때 조사대상자의 부담을 줄이기 위해서 다수가 조사대상자 1인을 조사하는 방식보다는 1~2명이 조사를 진행하여 조사대상자가 편안하게 진술할 수 있는 분위기를 조성하는 것이 바람직합니다.

실무적으로는 공공부문 사업장은 성희롱예방규정에 따라 성희롱 판단을 고충심의위원회 등 별도의 기구가 담당하기에, 직장 내 괴롭힘도 고충심의위원회 등 별도의 기구에서 판단하도록 하고, 조사는 감사부서 또는 인사부서에서 단독으로 진행하거나 외부전문가를 활용하는 방식으로 조사를 진행합니다. 고용노동부 매뉴얼을 참조하여 조사위원회를 설치하는 경우는 드문 편입니다.

민간 사업장은 고충심의위원회를 두는 방식보다는 인사부서에서 자율적으로 조사를 진행하여 인사위원회에서 결정하는 방식을 취하는 경우가 많습니다.

한편, 고용노동부 매뉴얼에서는 대표이사가 직장 내 괴롭힘 행위를 한 경우 감사가 대표이사의 직장 내 괴롭힘 행위에 대한 조치를 할 것을 예시하고 있습니다.



# 5 외부기관을 통한 대응

### (1) 고용노동부

고용노동부는 고용관계에서 노동법을 준수하도록 지도하고 노동법 위반 시 처벌할 권한을 행사하는 행정부입니다. 그러므로 직장 내 괴롭힘 금지 제도를 지도·감독하고 불법행위 시 처벌하는 역할을 합니다.

그러나, 직장 내 성희롱과 달리 직장 내 괴롭힘 행위를 직접 조사하고 판단하는 경우는 드뭅니다. 직장 내 성희롱과 직장 내 괴롭힘의 행정처리를 달리 하는 법적 근거는 직장 내 괴롭힘은 사업장의 취업규칙을 통해 자율적으로 처리하는 것을 기본으로 법에서 규정했기 때문입니다.

실무적으로 고용노동부에 직장 내 괴롭힘 진정을 한 경우 고용노동부에서는 사업장에 근로자가 직장 내 괴롭힘 진정을 한 사실을 알리고 사업장에서 근로자가 진정한 직장 내 괴롭힘 행위에 대하여 정식 조사를 진행하고 그 처리결과를 고용노동부에 통보하도록 행정지도하고 있습니다. 사업장에서 직장 내 괴롭힘이 아니라고 판단한 경우 고용노동부에서 사실관계를 검토하여 조사나 판단이 미비하다고 결정되면 외부 전문가를 통해 다시 조사를 진행하여 그 결과를 보고하도록 조치하고 있습니다.

근로기준법 벌칙 제116조 제1항에 따라 사용자가 직장 내 괴롭힘 행위를 한 경우에는 고용노동부에서 직접 사실관계 조사를 통한 직장 내 괴롭힘 판단을 합니다.

고용노동부가 직장 내 괴롭힘 행위에 대해 직접 조사하는 경우가 드물기에 사업주, 사업경영담당자 또는 그들의 4촌 이내 친척이 직장 내 괴롭힘 행위를 한 경우가 아니라면, 고용노동부 진정 전에 사업장에 직장 내 괴롭힘 신고를 하여 사내처리절차를 우선적으로 하는 게 실무적으로는 직장 내 괴롭힘 행위에 가장 빠르게 대처하는 방법이 될 수 있습니다.

### (2) 국가인권위원회

국가인권위원회는 국민의 인권 침해를 다루는 기관이므로 직접적으로 직장 내 괴롭힘 금지법제에 근거하여 사건 처리를 하는 기관은 아닙니다. 그러나 직장 내 괴롭힘 행위는 인권 침해 및 차별 행위에도 해당되기 때문에 국가인권위원회에 진정하여 직장 내 괴롭힘 행위를 인권 침해 및 차별 행위로 인정받고 권고 결정을 받을 수 있습니다.
다만, 국가인권위원회의 결정은 근로기준법에서의 직장 내 괴롭힘 정의에 따른 판단에 따르는 것이 아니라 국가인권위원회법에 정한 인권 침해 및 차별 행위로 판단하는 것이라는 차이를 유의해야 합니다.

---

**관련 법률 – 국가인권위원회법 제30조(위원회의 조사대상)**

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한 사람(이하 "피해자"라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다. 〈개정 2011. 5. 19., 2012. 3. 21.〉

1. 국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른

법률에 따라 설치된 각급 학교,「공직자윤리법」제3조의2제1항에 따른 공직유관단체 또는 구금·보호시설의 업무 수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판은 제외한다)과 관련하여「대한민국헌법」제10조부터 제22조까지의 규정에서 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우

2. 법인, 단체 또는 사인(私人)으로부터 차별행위를 당한 경우

② 삭제 〈2005. 7. 29.〉

③ 위원회는 제1항의 진정이 없는 경우에도 인권침해나 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 직권으로 조사할 수 있다. 〈개정 2011. 5. 19.〉

④ 제1항에 따른 진정의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회 규칙으로 정한다. 〈개정 2011. 5. 19.〉

### (3) 검찰 또는 경찰 고소, 고발

직장 내 괴롭힘 행위는 고소·고발의 대상은 아닙니다. 다만, 직장 내 괴롭힘 행위 중 폭행, 상해, 모욕, 명예훼손, 협박, 강요, 성폭행, 성추행으로 형법에 정해진 행위에 한해서만 검찰 또는 경찰에 고소 및 고발이 가능합니다. 고소, 고발이 가능한 직장 내 괴롭힘 행위는 다음과 같습니다.

| 법령명 | 사안 | 해당 조문 |
|---|---|---|
| 형법 | • 직장 내 괴롭힘이 신체적·정신적 폭력이나 모욕, 협박 등을 수반하는 경우 가해자 처벌 규정 | 제257조(상해, 존속상해)<br>제260조(폭행, 존속폭행) |
| | • 공공연하게 타인을 모욕하거나, 타인의 명예를 훼손하거나, 협박 및 강요하는 행위를 하는 경우 | 제283조(협박, 존속협박)<br>제307조(명예훼손)<br>제311조(모욕)<br>제324조(강요) |
| | • 폭행 또는 협박으로 사람을 추행하거나 강간하는 경우 또는 업무, 고용 기타 관계에 있는 하급자에 대하여 위계 또는 위력으로 간음한 경우 | 제297조(강간)<br>제298조(강제추행)<br>제303조(업무상위력 등에 의한 간음) |

표8 고소·고발 가능한 직장 괴롭힘

실무적으로는 형법에서의 처벌이 근로기준법에 따른 처벌보다 강력하기 때문에 형법에 해당되는 죄를 객관적으로 입증할 수 있다면, 직장 내 괴롭힘으로 해결하기보다는 형사 고소 또는 고발하는 것이 행위자에게 강력한 제재를 할 수 있습니다. 다만, 형사 고소 또는 고발은 객관적인 입증이 중요하므로, 객관적인 입증이 어렵다면 형사보다는 직장 내 괴롭힘으로 처리하는 것이 피해를 인정받기 쉽습니다. 왜냐하면 직장 내 괴롭힘의 인정은 형법에서의 증거보다 합리적 추론을 전제하는 간접적 증거를 인정하기 때문입니다.
한편, 형법은 행위자의 고의나 공연성 등 직장 내 괴롭힘과 다른 법적 요건을 각각의 죄에서 규정하고 있으므로 형법으로 처벌이 가능한지에 대하여는 각각의 법적 판단기준, 객관적 입증 여부를 별도로 고려하여야 합니다.

### (4) 민사상 손해배상

직장 내 괴롭힘으로 신체적, 정신적 손해를 입은 피해자는 민법에 근거해 손해배상 청구를 할 수 있습니다.

손해배상의 근거는 민법 제750조로 '고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다'고 규정하고 있습니다. 그 외에 제751조 및 제756조에 따라 직장 내 괴롭힘 행위자와 사용자에게 손해의 배상을 청구할 수 있습니다.

직장 내 괴롭힘은 위법행위이므로 불법행위로 볼 수 있고, 행위자의 고의 또는 과실에 근거하여 손해배상을 청구하는 것이기 때문에 직장 내 괴롭힘의 인정사실 외에 행위자의 고의 또는 과실의 입증이 추가적으로 필요합니다. 행위자가 피해자를 특정하였다고 볼 만한 사실관계가 있다면 행위자의 고의 또는 과실을 입증하는 것이 보다 용이해질 것입니다.

한편, 직장 내 괴롭힘의 예방과 발생 시 조치에 관한 사항은 취업규칙 필수적 기재사항이므로 직장 내 성희롱보다 제756조의 사용자의 배상책임이 인정될 가능성이 높다고 볼 수 있습니다.

행위자 개인의 독단적인 행동만으로 국한되지 않고, 피해자에 대하여 해고 및 고용상의 불이익을 주는 경우에는 사용자가 공동불법행위자로서 더 강력한 법적 책임을 집니다.

| 법령명 | 사안 | 해당 조문 |
|---|---|---|
| 민법 | • 직장 내 괴롭힘으로 인한 신체적, 정신적 손해를 입은 경우 | 제750조(불법행위의 내용)<br>제751조(재산 이외의 손해의 배상)<br>제756조(사용자의 배상책임) |
| | • 괴롭힘 행위를 방조하거나 이에 동참한 사용자에 대하여 사용자 책임 및 안전배려의무에 따른 불법행위 책임이나 공동불법행위 책임 | 제756조(사용자의 배상책임)<br>제760조(공동불법행위자의 책임) |

표9 민사소송 대상

실무적으로는 처음부터 민사소송으로 다투기보다는 사업장에서 직장 내 괴롭힘을 인정받은 후 이 결과를 가지고 손해배상 청구소송을 하는 경우가 많습니다. 따라서 민사상 손해배상은 직장 내 괴롭힘을 인정받은 후 손해배상 청구를 결정하기에 직장 내 괴롭힘 판단과는 직접적으로 연관되지는 않습니다.

아래의 관련 판례는 직장 내 괴롭힘 금지 법제화 이전에 진행된 소송 중에서 손해배상이 인정된 사례입니다.

**관련 판례**

**1. 부진인력 대상자 선정후 인사고과 및 업무분담에서 불이익을 준 사건(대법원 2015.6.24. 선고 2013다22195 판결)**

피고가 부진인력 관리계획을 수립한 후 원고들이 포함된 부진인력 대상자에게 인사고과, 업무분담 등에서 불이익을 주는 차별정책을 시행하였고, 원고들에게

합리적인 이유 없이 부당한 인사고과를 하였으므로 원고들에 대한 인사고과는 재량권을 남용한 것으로서 위법하다.

**2. 부진인력 대상자로 선정한 이후 부당한 인사발령과 압박으로 일탈행위를 유발하여 파면한 사건(청주지방법원 2013. 1. 8. 선고 2011나3412 판결)**

피고는 서부지역본부와 충북지사에서 각 작성·관리된 '인적 자원 관리계획', '부진인력 퇴출 및 관리방안'(이하 '이 사건 각 부진인력관리계획'이라 한다)과 공통된 기준에 따라 114 안내원 출신인 원고를 부진인력 관리대상자로 선정한 다음, 징계(파면)에 의한 퇴출까지도 염두에 두고 업무수행능력과 실적을 용이하게 계량화하여 집중적으로 관리하기 위한 목적으로 원고에게 이 사건 전직명령을 통하여 그 동안 담당해 온 사무직 업무와는 연관성이 거의 없을 뿐만 아니라 육체적·정신적으로 감당하기 어려운 기술직 업무인 현장개통업무를 단독으로 수행하도록 부여함으로써 인사권을 부당하게 행사한 다음, 원고가 이를 제대로 수행하지 못한다는 이유로 계속하여 여러 차례에 걸쳐 업무촉구서와 경고장을 발부하는 등으로 원고를 압박하는 한편, 사용자로서의 배려의무는 다하지 아니한 채 원고의 업무수행실적이나 연차휴가 또는 병가의 사용 등만을 지나치게 엄격하게 관리함으로써, 원고가 지시 위반, 근무지 무단이탈, 조직 내 위계 및 질서 저해행위 등을 일으키도록 유발한 측면이 있고, 이러한 원고의 비위사실과 직무태만 등을 빌미로 삼아 원고를 징계에 회부하여 부당하게 이 사건 파면처분까지 감행한 것으로 추인되며, 위와 같은 이 사건 전직명령으로부터 이 사건 파면처분에 이르기까지 일련의 과정은 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 인사권 및 징계권의 남용에 해당하고, 피고에게는 그와 같은 점에 관한 고의 또는 과실도 있었다고 봄이 상당하므로, 피고는 원고에게 위와 같은 불법행위로 인하여 원고가 입게 된 정신적 손해를 금전으로나마 위자할 의무가 있다.

**3. 육아휴직자 업무 복귀후 보조업무를 부여하고 따돌린 사건(광주지방법원 2012. 10. 24. 선고 2012나10375 판결)**

피고가 육아휴직을 마치고 복귀한 원고를 휴직 전과 같은 업무에 복귀시키지 않음은 물론 원고 스스로 퇴직하지 않을 수 없도록 직원회의를 통해 왕따 분위기를 선동하고 피고의 임원이 직접 나서 원고의 책상을 치워 버리고 원고를 비하 모욕하는 등 부당하게 대우한 것은 원고에 대하여 불법행위를 구성하고, 그로 인하여 원고가 정신상 고통을 받았을 것임은 경험칙상 넉넉히 추인되므로, 피고는 원고에게 위 불법행위로 인한 위자료를 지급할 의무가 있다.



# 6 직장 내 괴롭힘 상담

### (1) 직장 내 괴롭힘의 특징

노동법에서 가해·피해 관계를 규율하는 것은 직장 내 괴롭힘과 직장 내 성희롱만 해당됩니다. 물론 근로기준법에 폭행의 금지 조항을 두고 있으나, 직장 내 괴롭힘이나 성희롱처럼 그 정의가 추상적이거나 발생 시 처리와 관하여 자세하게 규정하고 있지는 않습니다.

**관련 법률 – 근로기준법 제8조(폭행의 금지)**

사용자는 사고의 발생이나 그 밖의 어떠한 이유로도 근로자에게 폭행을 하지 못한다.

가해·피해 관계를 규정하는 직장 내 괴롭힘과 직장 내 성희롱을 비교하였을 때 직장 내 괴롭힘이 조직의 구조적 문제를 많이 내포하고 있다는 특징을 발견하게 됩니다. 예를 들면, 성과지향적 조직과 직장 내 성희롱은 직접적 연관이 없습니다. 그러나, 이 조직에서 업무성과가 저조한 사람들이 직장 내 괴롭힘을 당할 가능성이 높습니다. 이와 같이 직장 내 괴롭힘은 사업장이 어떤 작업환경 또는 어떤 근무조건을 가지고 있는가에 상당한 영향을 받습니다. 따라서 직장 내 괴롭힘은 발생 시 사건 처리를 잘 해야 하지만, 그 사건의 기저에 깔린 조직의 특성 및 구조적 문제를 발견하고 개선해가는 조직적 노력이 중요합니다.

미국의 EEOC가 제시한 직장 내 괴롭힘의 잠재 원인이 되는 사업장 특성을 보면, 직장 내 괴롭힘의 발생이 조직문화 및 조직 특성에 큰 영향을 받는다는 것을 확인할 수 있습니다.

| | |
|---|---|
| 1) | 동질적인 근로자[성, 직종, 출신학교]로 구성된 경우<br>→ 이질적 특성을 지닌 근로자는 괴롭힘 리스크가 높음 |
| 2) | 직장 내 형성된 비공식적 관행을 따르지 않는 경우<br>→ 모두 참석하는 퇴근 후 술자리에 불참하는 경우 등,<br>→ 상사가 근무 중이라도 정시퇴근 하는 경우 |
| 3) | 직장 내 문화 및 언어에 차이가 있는 근로자의 경우<br>→ 외모나 옷차림에 대하여 보수적인 조직에서 염색을 하거나 눈에 띄는 옷차림을 하는 경우 |
| 4) | 청년 근로자가 많은 경우<br>→ 청년근로자는 최초 직장 적응과정에서 충돌가능성 높음 |
| 5) | 높은 보수를 받는 핵심인재가 있는 경우<br>→ 기술이나 경영의 핵심역할을 담당하는 인재가 괴롭힘 행위자인 경우 |
| 6) | 근로자 집단 간의 권력 차이가 큰 경우<br>→ 정규직 vs 비정규직, 합병조직 출신 vs 피합병조직 구성원 |
| 7) | 고객 서비스나 고객 만족을 우선시하는 경우<br>→ “고객제일”, “손님은 왕이다”의 관념이 지배적일 때 |
| 8) | 작업이 단조롭거나 강도가 낮은 경우<br>→ 단조로운 작업이 지배적인 경우 구성원간 정치적 이슈 발생가능성이 높음 |
| 9) | 사업장이 고립된 경우<br>→ 외부와의 소통이 차단된 사업장의 경우 갈등의 심화가능성 |
| 10) | 음주가 용인되는 경우<br>→ 상사나 선임에 의하여 음주가 권장되거나, 상시적으로 음주가 권해지는 경우 신체적 손실과 도덕적 문제 등 괴롭힘 가능성 상승 |
| 11) | 작업장이 분산된 경우<br>→ 중앙 vs 지점인 경우, 소수의 지점조직 내에서 괴롭힘 가능성 |

표10 직장 내 괴롭힘의 잠재 원인이 되는 사업장, 직무 또는 직원 특성별 11가지 유형
(미연방고용평등기회위원회,EEOC : Equal Employment Opportunity Commission)

### (2) 상담 시 유의점

**① 내담자의 심리적 상태를 고려합니다.**

직장 내 괴롭힘 상담 시 첫 번째 유의점은 상담을 신청하는 내담자의 상태가 불안정할 수 있다는 점입니다. 대체적으로 직장 내 괴롭힘 피해자들은 정신적 고통으로 인해 스트레스가 높거나 근무환경이 악화되어서 신경이 예민한 경우가 많습니다. 그래서 상담자의 말에 상당히 히스테릭한 반응을 보이거나 같은 말을 반복하거나 짜증을 부리는 경우가 많습니다. 그러므로 내담자가 예민한 상태라는 가정을 가지고 상담을 시작하는 것이 좋습니다.

피해자를 상담할 때에는 인내심을 가지고 피해자의 이야기를 경청하는 것이 필요합니다. 직장 내 괴롭힘으로 상담을 받고 싶다고 말하는 내담자에게 어떤 괴로움을 겪고 있는지 편하게 말씀하시라고 안내하고, 내담자의 이야기를 일방적으로 들어주십시오. 내담자가 이야기를 하면서 흥분하거나 감정적으로 격해지면, 조금만 진정하시고 이야기를 진행하자고 유도하며 천천히 심호흡을 하도록 유도합니다.



심호흡을 느리게 몇 번 하는 것만으로도 마음을 진정시키는 효과가 있다고 합니다.

내담자가 직장 내 괴롭힘에 관해 어떠한 궁금증을 가지고 있는지 모르므로 먼저 내담자가 하고 싶은 이야기를 들은 후, 내담자가 원하는 것이 무엇인지를 묻도록 하십시오.

내담자가 심리적으로 상당히 힘든 상태이면 심리상담을 권유하는 것이 필요합니다. 내담자가 불안이 심하거나 우울감이 계속되거나 감정적이며 예민한 상태라면 심리상담이 도움이 됩니다. 내담자에게 심리상담은 정신적으로 문제가 있는 사람이 받는 것이 아니라, 스트레스가 심하거나 평상시보다 감정적이거나 심리가 불안할 때 심리상담을 통해 본인의 컨디션을 관리하는데 도움을 줄 수 있다고 설명하고 사업장에서 심리상담 지원을 받을 수 있는지 확인하십시오. 사업장에 심리상담 지원이 안되는 경우 근로복지공단이나 정신건강복지센터를 안내합니다. 당장 내담자가 심리상담을 받지 않는다고 할지라도 상담자가 심리상담에 대해 안내한 것이 이후 내담자가 건강을 회복하는데 도움이 될 수 있습니다.

**② 직장 내 괴롭힘 판단은 신중하게 조언합니다.**

내담자가 주로 궁금해하는 질문은 본인이 겪은 피해가 직장 내 괴롭힘으로 인정될 수 있는가입니다. 대법원에서 직장 내 괴롭힘에 대한 해석을 한 적이 없기 때문에 고용노동부의 매뉴얼이 기준이 될 수 있지만, 이는 확정된 판단기준이라고 볼 수 없습니다. 동일한 사안에 대해서 전문가들도 직장 내 괴롭힘 판단이 달라지기도 합니다. 절대적 기준이 없기 때문에 직장 내 괴롭힘 판단은 추론이 어렵습니다. 특히 상담에서는 피해자 일방의 이야기만 듣기 때문에 일방의 이야기를 신뢰하여 직장 내 괴롭힘 판단을 하는 것은 상당히 위험합니다. 따라서 직장 내 괴롭힘 판단은 단언하지 않는 것이 중요합니다.

고용노동부의 직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼(2019.2.)의 ‘참고2. 직장 내 괴롭힘 관련 취업규칙 표준안’에서는 다음과 같이 금지되는 직장 내 괴롭힘 행위를 예시하고 있습니다.

**제○조 (금지되는 직장 내 괴롭힘 행위)** 회사에서 금지되는 구체적인 직장 내 괴롭힘 행위는 다음 각 호와 같다.

1. 신체에 대하여 폭행하거나 협박하는 행위
2. 지속 반복적인 욕설이나 폭언
3. 다른 직원들 앞에서 또는 온라인상에서 모욕감을 주거나 개인사에 대한 소문을 퍼뜨리는 등 명예를 훼손하는 행위
4. 합리적 이유 없이 반복적으로 개인 심부름 등 사적인 용무를 지시하는 행위
5. 합리적 이유 없이 업무능력이나 성과를 인정하지 않거나 조롱하는 행위
7. 집단적으로 따돌리거나, 정당한 이유 없이 업무와 관련된 중요한 정보 또는 의사결정 과정에서 배제하거나 무시하는 행위
8. 정당한 이유 없이 상당기간 동안 근로계약서 등에 명시되어 있는 업무와 무관한 일을 지시하거나 근로계약서 등에 명시되어 있는 업무와 무관한 허드렛일만 시키는 행위
9. 정당한 이유 없이 상당기간 동안 일을 거의 주지 않는 행위
10. 그밖에 업무의 적정범위를 넘어 직원에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위

이 중 제2호 '지속·반복적인 욕설이나 폭언'은 몇 회 이상이어야 해당된다고 볼 수 있을까요? 적어도 2회 이상이면 지속·반복적이라고 인정될까요? 상당히 자의적인 해석이 가능합니다. 이 조항을 따른다고 할지라도 구체적으로 어떤 사건이 발생하였고, 그 사건 속에서 2회의 폭언만으로도 정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시켰다고 볼 만한가를 판단하는 것이 필요합니다.

또한 이 조항에 따르면 1회의 폭언은 직장 내 괴롭힘이 아니라고 단언할 수 있을까요? 사업장에서 금지되는 직장 내 괴롭힘 행위를 위와 같이 구체적으로 정하였다고 하더라도 이는 그 사업장에서 주로 금지하는 대표적 직장 내 괴롭힘 행위를 예시한 것일 뿐 제10호에 해당되는 행위로 볼 수 있는지를 검토하여야 합니다. 1회의 폭언이 제10호에 해당된다고 볼 수 있다면 직장 내 괴롭힘이 인정될 수 있습니다.

주로 대부분의 사업장에서 '지속·반복적인 욕설이나 폭언'으로 예시하는 것은 1회적 욕설이나 폭언이 정신적 고통을 주는 행위로 보기 어려워 직장 내 괴롭힘으로 인정되기 어렵다는 사정을 반영한 것일 수도 있고, 1회적인 욕설이나 폭언을 직장 내 괴롭힘으로 인정한다고 하더라도 행위자를 징계하거나 피해자에 대한 엄중한 보호를 취하는 것이 현실적으로 부적합하다고 판단하는 경우일 수도 있습니다.

이처럼 직장 내 괴롭힘에 대해 내담자의 사업장이 어느 정도의 규율로서 규제하는지, 발생 시 처리와 관련하여 어떠한 절차를 규정하였는지를 모르는 상황에서는 정확한 판단이 어렵습니다. 또한 사업장의 취업규칙 및 고충처리절차를 알고 있다고 하더라도 내담자가 주는 정보만으로는 사건의 구체적 정황을 확정할 수 없고, 사업장의 조직문화를 확인할 수 없기에 판단이 쉽지 않습니다.

그렇다면 내담자가 궁금해하는 직장 내 괴롭힘에 해당하는가에 대한 답변을 어떻게 할 수 있을까요? 괴롭힘이다, 아니라라고 단언할 수 없고, 단언하지 못하는 이유는 일방의 이야기만으로 판단하기 어려우며, 아직 대법원 판례가 없기에 전문가들도 직장 내 괴롭힘 판단에 대한 의견이 다른 상황이므로 직접적으로 사업장에서 직장 내 괴롭힘으로 인정받을지는 결과가 나오기 전까지 확언할 수 없다고 답변할 수밖에 없습니다.

이러한 불확실한 답변에 내담자는 불만을 가질 것이나, 실제 상담에서 직장 내 괴롭힘으로 속단했으나 조사를 진행했을 때 내담자의 진술과 달리 사실관계가 달라지거나 내담자가 기억하지 못한 사실이 있어서 업무상 적정범위 내로 볼 수 있다거나 여러 가지 변수들이 작용하여 직장 내 괴롭힘으로 인정되지 않는 경우들이 있습니다.

따라서 내담자가 주로 묻는 '직장 내 괴롭힘인가요?'라는 질문에 내담자의 이야기로만 판단했을 때는 직장 내 괴롭힘으로 볼 만한 요소가 있으나, 조사를 했을 때 우위성이나 업무상 적정범위에서 다른 사실관계가 드러날 수 있음을 정확하게 언급해주는 것이 필요합니다.

**③ 내담자가 원하는 것을 정확히 확인합니다.**

내담자가 직장 내 괴롭힘에 관한 상담을 하는 이유는 목적이 있기 때문입니다. 상담에서는 내담자의 목적이 무엇인지, 원하는 것이 무엇인지를 확인하는 것이 반드시 필요합니다.

내담자가 주로 하는 질문이 '직장 내 괴롭힘인지' 라고 하였습니다. 내담자는 자신의 피해가 직장 내 괴롭힘에 해당하는지를 왜 묻는 걸까요? 직장 내 괴롭힘이라면 어떠한 조치를 하고자 하기 때문입니다. 어떠한 조치는 왜 하고 싶은 걸까요? 직장 내 괴롭힘 피해를 중단하기 위해서인가요? 행위자로 인해 고통받고 있으니 행위자에게도 똑같이 고통을 주기 위해서일까요? 직장 내 괴롭힘 상담을 하는 내담자의 생각은 다양합니다. 상담자가 내담자가 무엇을 원하는지를 알 수 있는 방법은 내담자에게 질문하는 방법밖에 없습니다.

내담자가 1회의 폭언을 들었는데, 직장 내 괴롭힘인지를 상담합니다. 내담자에게 주로 사업장에서 '지속·반복적인 욕설이나 폭언'을 직장 내 괴롭힘 행위로 예시하기 때문에 1회의 폭언은 직장 내 괴롭힘으로 인정되기 어려울 수 있다고 답변합니다. 그러면 내담자는 실망할 것입니다. 이 때 내담자에게 1회의 폭언이 직장 내 괴롭힘으로 인정받는 것이 왜 중요한지를 질문할 필요가 있습니다. 이 경우 내담자는 행위자와 다른 갈등을 이야기할 수도 있고, 1회의 폭언이지만 내담자가 겪는 고통이 커서 뭔가 대응을 하고 싶어 상담한 것일 수도 있습니다.

내담자가 어떻게 답변하는지에 따라 상담자가 조언할 수 있는 내용 또한 달라집니다.

일반적으로 상담은 내담자가 질문하는 것에 정확한 답을 주는 것으로 생각하지만, 직장 내 괴롭힘 상담에서는 내담자의 질문에 답하는 것 외에 내담자가 원하는 것이 무엇인지를 파악하고, 내담자가 원하는 것이 직장 내 괴롭힘 인정을 받으면 이루어질 수 있는지 내담자와 함께 검토하는 것이 중요할 수 있습니다.

근로기준법에서는 행위자의 조치 전 피해근로자의 의견을 듣도록 하고 있으나, 상담에서도 내담자가 원하는 것이 무엇인지를 확인할 필요가 있습니다.

예를 들면, 1회의 행위로 직장 내 괴롭힘 신고를 하고자 하는 내담자가 있습니다. 내담자에게 직장 내 괴롭힘을 인정받고 싶은 이유를 물으니, 행위자가 직장 내 괴롭힘 행위를 하였으니 징계받았으면 한다고 이야기합니다. 이 경우 내담자에게 1회의 행위로도 직장 내 괴롭힘이 인정될 수 있으나, 법시행 초기이므로 사업장에서는 행위자에게 징계는 내리지 않을 것이라고 설명합니다. 행위자의 징계는 필요한 조치 중의 예시로서, 대부분의 사업장에서는 그 행위의 정도가 심하지 않으면 1회의 직장 내 괴롭힘 행위에 징계처분을 하지 않는다고 부연설명을 붙입니다. 그러면 내담자는 행위자가 징계를 받지 않으면 본인에게는 실익이 없다고 답변하였습니다. 이 경우 내담자가 원하는 것이 행위자의 징계라면, 내담자의 피해만으로 행위자가 징계를 받지 않기에 실익이 없다는 내담자의 말에 동의한다고 답변합니다. 내담자는 행위자의 징계를 바랐으나, 상담자가 불가능하다고 말하면 실망하겠지요. 그러나, 내담자가 직장 내 괴롭힘 행위이니 당연히 행위자가 징계를 받을 것이라고 기대하고 직장 내 괴롭힘 신고를 하는 것보다는 내담자에게 이로울 수 있습니다. 한 차례 있었던 행위자의 행위를 직장 내 괴롭힘으로 인정받기 위해서는 내담자도 그만한 시간과 노력을 들일 수밖에 없는데, 내담자가 원하는 것은 달성하지 못하므로 조기에 단념시키는 것도 상담의 기능일 수 있습니다.

이처럼 내담자의 기대에는 미치지 못할지라도 내담자가 원하는 것을 확인하고 이에 맞게 대처하는 방법을 고민하는 것이 상담의 목적이라고 생각됩니다.

**④ 내담자에게 직장 내 괴롭힘 정보를 안내합니다.**

내담자가 상담을 할 때에는 본인이 필요하다고 생각하는 부분만 묻는 경우가 많습니다. 그러나 내담자가 고충처리절차를 상담하지 않는 이상 현재의 상담내용을 기반으로 이후 어떠한 행동을 할 지는 상담자가 예상하기 어렵습니다. 그러므로 내담자가 직장 내 괴롭힘 판단만 물은 경우라든가 또는 업무상 적정범위에 대해서만 물어도 상담자는 내담자가 직장 내 괴롭힘에 대해 종합적으로 이해하고 이후 대처방법을 고민할 수 있도록 내담자에게 추가질문을 하여 직장 내 괴롭힘에 관한 정보를 제공하는 것이 바람직합니다.

또한 상담 종료 시에도 내담자에게 직장 내 괴롭힘 처리를 하고자 할 경우 재상담을 받아 전반적인 정보를 확인하는 것이 내담자에게 도움이 될 수 있다는 것을 안내하도록 합니다.

**⑤ 내담자가 사건처리를 원하는 경우 상시 근로자 수가 5인 이상인지 확인하고 처리절차에 대하여 적절한 정보를 제공합니다.**

직장 내 괴롭힘 금지를 규정한 제76조의2는 상시 근로자 수가 5인 미만인 사업장에는 적용되지 않습니다. 그러므로 상시 고용인원이 5인 미만인 사업장에서의 직장 내 괴롭힘 행위는 근로기준법에서의 직장 내 괴롭힘으로 인정받기는 어렵습니다. 상시 고용인원 5인 미만인 사업장에서의 직장 내 괴롭힘은 국가인권위원회에 인권 침해 및 차별 행위로 진정하여 처리하는 방법과 형법에 해당되는 경우 검찰 또는 경찰에 고소 및 고발로 인한 처리만 가능합니다.

상시 근로자수 5인 이상 사업장의 근로자는 근로기준법에 따른 직장 내 괴롭힘을 인정받을 수 있습니다. 이 경우 고용노동부는 사업주, 사업경영담당자(4촌 이내의 친족 포함)가 행위자인 경우에만 직장 내 괴롭힘 판단을 하므로 행위자가 관리자나 근로자인 경우 사내고충처리절차를 우선적으로 활용하여야 합니다.

내담자에게 사건처리에 관한 정보를 안내하고, 보다 자세한 상담을 위해서 내담자가 근무하는 사업장의 취업규칙 및 고충처리절차를 확인하고 상담받을 것을 권유하십시오.

### (3) 입증자료

직장 내 괴롭힘 처리와 관련하여 내담자들이 그 행위를 입증할 증거가 없다는 상담도 자주 합니다. 그러나 객관적인 입증을 필요로 하는 경우는 형사법에 근거한 검찰 또는 경찰에의 고소 및 고발이며, 객관적인 증거가 부족하다고 직장 내 괴롭힘을 인정하지 않는 것은 아닙니다.

제3자가 목격한 경우에는 목격자의 진술을 통한 사실관계의 확인이 가능하며, 목격자가 없는 경우에는 피해자의 기록물, 제3자에게 피해를 호소한 경우 제3자의 진술과 피해자의 진술의 구체성과 일치의 정도를 통해 구체적 사실관계를 인정할 수 있습니다. 또한 이러한 정황증거가 없더라도 피해자의 진술의 일관성과 구체성을 기반으로 사실관계를 확정할 수 있습니다.

입증자료는 성희롱 판례 및 결정례에서 사실관계 확인을 위해 인정한 자료들을 참조할 수 있습니다.

내담자가 증거 수집을 문의하는 경우 내담자가 상대방에게 부당한 행위의 중단을 요청한 편지, 내담자의 일기, 내담자가 제3자에게 피해를 전달한 사실이 간접 증거로 활용될 수 있음을 알려주고 이후 그러한 증거를 수집하도록 안내합니다.

지속되는 직장 내 괴롭힘 행위의 증거를 수집하기 위해 행위자의 음성을 녹음하는 경우 음성권 침해의 문제가 발생할 수 있다는 점도 안내하시기 바랍니다.

**관련 판례 – 상대방 동의 없는 녹음은 음성권 침해이나 정당한 목적이 있는 경우 위법성이 조각된다고 인정한 사안(서울중앙지방법원 2019. 7. 10. 선고 2018나68478 판결)**

사람은 누구나 자신의 음성이 자신의 의사에 반하여 함부로 녹음, 재생, 녹취, 방송, 복제, 배포되지 않을 권리를 가지는데, 이러한 음성권은 헌법적으로도 보장되고 있는 인격권에 속하는 권리이다(헌법 제10조 제1문). 그러므로 동의 없이 상대방의 음성을 녹음하고 이를 재생하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 음성권을 침해하는 행위에 해당하여 불법행위를 구성한다. 그러나 한편, 녹음자에게 비밀녹음을 통해 달성하려는 정당한 목적 또는 이익이 있고 녹음자의 비밀녹음이 이를 위하여 필요한 범위 내에서 상당한 방법으로 이루어져 사회 윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위라고 평가할 수 있는 경우에는, 녹음자의 비밀녹음은 사회상규에 위배되지 않은 행위로서 그 위법성이 조각된다고 할 것이다.

### (4) 상담 체크리스트

| 구분 | 세부내용 | 확인 |
|---|---|---|
| 시작 | 1) 내담자가 안정적으로 전화상담을 할 수 있는지 확인하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | 2) 내담자에게 자기 소개를 하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | 3) 내담자와의 상담내용은 비밀이 유지됨을 설명하였는가? | YES☐ NO☐ |
| 전개 | **일반적인 상담** | |
| | 1) 내담자의 관점으로 고충을 적극적으로 경청했는가? | YES☐ NO☐ |
| | 2) 내담자의 고충을 이해하기 위하여 적절히 질문하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | 3) 내담자가 고충에 대하여 느꼈던 감정과 받은 피해를 확인했는가? | YES☐ NO☐ |
| | 4) 내담자, 고충 상대방의 인적 특성에 관한 질문을 충분히 했는가? | YES☐ NO☐ |
| | 5) 내담자가 궁금해하는 것이 무엇인지 이해하고 답변하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | 6) 내담자가 직장 내 괴롭힘과 관련하여 무엇을 원하는지 확인하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | 7) 내담자에게 직장 내 괴롭힘에 관한 정보를 적절하게 제공하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | **사건처리에 관한 상담** | |
| | 8) 내담자가 근무하는 사업장의 상시 근로자수가 5인 이상인지 확인하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | 9) 직장 내 괴롭힘 행위자가 사업주 또는 사업경영담당자(4촌 이내 포함)인가? | YES☐ NO☐ |
| | 10) 내담자가 사업장에서 사건처리를 하는 것이 적절한지 사내 고충처리절차에 대하여 확인하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | 11) 내담자가 사건처리를 원하는 경우 사건처리와 관련하여 적절하게 정보를 제공하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | 12) 내담자가 사건처리를 원하는 경우 활용될 수 있는 증거에 대해 설명하였는가? | YES☐ NO☐ |
| 종료 | 1) 내담자의 피해를 복구하기 위해 무엇이 필요한지 내담자의 생각을 물었는가? | YES☐ NO☐ |
| | 2) 내담자에게 심리상담 등 치료가 필요한지를 점검하였는가? | YES☐ NO☐ |
| | 3) 내담자에게 재상담을 권유하거나 필요한 경우 내담자에게 연락하는 것에 대한 허락을 받았는가? | YES☐ NO☐ |
| 사후점검 | 1) 내담자의 상담에 대해 수퍼비전[10]을 받을 필요성을 검토했는가? | YES☐ NO☐ |
| | 2) 내담자와의 상담에서 보완해야 할 지식이 있는가? | YES☐ NO☐ |
| | 3) 내담자와의 상담에서 받은 심리적 타격이나 스트레스를 해소하기 위하여 스스로에게 필요한 조치를 하였는가? | YES☐ NO☐ |

**10) 슈퍼비전이란 상담의 효과를 높이기 위해 상담슈퍼바이저가 상담자의 상담수행을 평가, 지도하는 교육 활동**

표11 직장 내 괴롭힘 상담 체크리스트



## 〈부록1〉 서울특별시 인권위원회 결정례

(1) 서울특별시 시민인권보호관 직장 내 괴롭힘 결정례(2019년)

'서울특별시 시민인권보호관 직장 내 괴롭힘 결정례(2019년)'는 2018년부터 2019년까지 서울특별시 인권위원회에서 결정한 직장 내 괴롭힘에 대한 사례들을 정리한 것으로서, 직장 내 괴롭힘금지법제 시행 전 판단은 헌법과 서울특별시 조례를 판단근거로 삼았습니다. 직장 내 괴롭힘으로 인정될만한 사례를 참조하는데 도움이 되므로 소개합니다.

**① 18의뢰-5 자치구 직장 내 괴롭힘**

**인정사실**

신청인은 서울특별시 ○○○ 동 주민센터 주무관(8급)이고 피신청인1은 같은 센터 팀장(6급), 피신청인2는 같은 센터 주무관(6급)임.

신청인은 2018. 4. 20.경 전자문서시스템 내 결재문서 중 보안설정이 되어 있지 않은 ○○○○○ 관련 '2018년도 시간선택제 임기제공무원 성과연봉 지급순위 명부 제출' 공문을 열람한 후 휴대폰으로 촬영하여 보관하고 있다가 ○○○ ○○○○○○ 에게 해당 문서를 카카오톡 메신저로 보낸 적이 있음이 ○○○ 구 ○○○○○ 조사에서 확인되어 2018. 9. 18. '○○'처분을 받았음.

피신청인 1이 2018. 5. 31. 8:40경 ○○○○○ 실에서 신청인에게 "감사실에서 전화오고 뭔 꼴이야", "망신이야 망신 ○○○○과"라고 말하였고, 같은 날 9:30경 ○○○○○ 실에서 "아이 씨팔", "내가 네까짓 넌한테 사과를 해야 되겠냐"라고 말했음.

피신청인 2는 2018. 5. 31. 9:30경 ○○○○○ 실에서 신청인에 대해 피신청인 1에게 "너 다른 팀으로 가 지금 당장 해버려요. 재한테는 더 이상 일이 없어요. 아주 맹랑하네요", "그러니까 저런 것한테 무슨 말을 하겠어요", "업무 그걸 강하게 얘네들이 그것에 대해 고마워할 줄 아세요?", "굉장히 맹랑하다."라고 말했고. 2018. 6. 25. 9:30경 신청인에게 "어떻게 이렇게 맹랑하냐", "중요한 서열 누출되면 안 된다는 것은 3살짜리 어린애도 아는데", "어디서 싸가지없게"라고 말했음. 또한 2018. 7. 13. 사무실에서 "저거 미친 거 아니야", "겁대가리 없이 내가 왔다 갔다 지나가는데" 라고도 말했음.

한편, 신청인이 주장한 부당한 업무분장과 관련해서는 서울특별시는 '업무분장은 부서 내 직원 구성 등을 고려하여 과장이 행사하는 고유권한으로 특정인을 괴롭힐 목적으로 부당하게 업무를 변경하였다거나 과도한 업무량을 부과하였다는 증거가 없으며, 부서 업무의 원활한 수행을 위해 업무분장을 시행한 것으로 판단'하였다고 답변함.

**판단**

「대한민국헌법」 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다." 라고 규정하고 있고, 「서울특별시 직장 내 괴롭힘 사건처리 매뉴얼」(2016. 8.)에 의하면, 직장 내 괴롭힘은 "직무상 지위나 인간관계와같은 직장 내 우위를 바탕으로 업무의 적정한 범위를 넘어 노동자에게 정신적·정서적·신체적 고통을 주거나 업무환경을 악화시키거나, 노동자의 인격과 존엄을 침해하는 일체의 행위"라고 명시함.

피신청인 1의 발언은 ○○○○ 과 ○○○○ 팀 팀장의 지위에 있는 상황에서 신청인에게 모멸감을 주는 언행을 한 것으로 「대한민국헌법」 제10조(인간의 존엄성 및 행복추구권)에서 보장하고 있는 신청인의 인격권을 침해한 행위로 판단함.

피신청인 2의 발언은 2018. 5. 31. 신청인의 불손한 태도, 2018. 6. 25. ○○○○○ 성과연봉 지급순위 명부 유출과 관련하여 신청인이 부인하다가 번복한 일, 2018. 7. 13. 사무실에서 신청인이 피신청인 2에 대한 민원을 작성하는 것을 보고 발생한 일로 신청인에게 문제가 있었다는 것을 주장하지만, 이는 피신청인 2가 ○○○○ 과 ○○○○ 팀 선임자의 지위에 있는 상황에서 신청인에게 모멸감과 위압감을 준 언행을 한 것으로 「대한민국헌법」 제10조(인간의 존엄성 및 행복추구권)에서 보장하고 있는 신청인의 인격권을 침해한 행위로 판단함.

피신청인 1이 신청인을 ○○○ 민원업무에 재배정한 것에 대해 피신청인 1이 신청인에게 괴롭힘이나 불이익을 주기 위해 행한 조치였다고 볼 근거는 부족함.

**② 19신청-82 투자출연기관 직장 내 괴롭힘**

**인정사실**

피해자 1은 ○○ 산하 ○○○○○○ (이하 '이 사건 센터'라고 함.)에서 직영하는 ○○○○○○○○○ 관리사무소(이하 '관리사무소'라고 함.) 시설관리 기사이며, 피해자 2는 이 사건 센터에서 파견된 관리소장이고, 피해자 3, 4, 5는 이 사건 센터 직원이다. 피신청인은 이 사건 센터 센터장이었던 사람임.

이 사건 센터는 ○○○○○○○○ 가 임대 관리하는 임대주택을 관리하기 위해 설치되었고, 기존 ○○○○○ 센터 관할 ○○○ 와 ○○○○ 센터 관할 ○○○ 임대주택관리를 통합하여 2019. 6. 2. 개소하였음.

피해자 3은 2019. 8. 16., 피해자 5는 2019. 8. 20. 공사에 이메일로 고충 민원을 제기하고, 타 센터로의 전보를 요청한 사실이 있음. 2019. 8. 22. 이 사건 센터 직원 18명은 연명부를 작성한 후 ○○○ ○○ ○○○ 노조위원장에게 제출하면서 피신청인과의 분리를 요청한 사실이 있음.

가. 피해자 1 관련

피신청인이 휴대전화 열람을 강요했다는 피해자 1의 주장과 관련하여, 피신청인은 동의를 구하고 본 것이라며 부인하고 있으나, 피해자 3은 피해자 1이 처음에 거부했지만 피신청인이 계속 요구했다고 진술하고 있고, 참고인 1은 피해자 1이 강하게 불쾌감을 드러냈다고 진술하고 있어 피신청인이 피해자 1에 게 휴대전화 열람을 강요한 것으로 보임. 그리고 피신청인은 피해자 1의 휴대전화에 담긴 2019. 7. 3. 피해자 1과 2가 나눈 카카오톡 대화내용과 통화기록을 찍은 사실이 있음.

나. 피해자 2 관련

1) 피신청인은 2019. 7. 3. 관리사무소에서 피해자 2의 출근모습이 담긴 2019. 7. 1.과 7. 2.의 화면을 찍은 사실이 있음.

2) 피신청인이 피해자 2에게 CCTV를 보고 출근 시간을 다 적어서 경위서를 쓰고, 경위서에 어떠한 책임도 감수하겠다는 내용도 적으라고 참고인 1을 통해 지시했다는 피해자 2의 주장과 관련하여, 피신청인은 경위서 작성과 관련하여 관여한 적이 없다고 주장하나, 참고인 1은 피신청인의 지시를 받아 피해자 2가 직접 CCTV를 보고 출근 시간이 맞지 않는 부분은 언제인지 다 찾아내서 이유를 달고, 앞으로 이런 일이 발생하면 어떤 처분도 달게 받겠다는 내용으로 작성하도록 피해자 2에게 지시했다고 진술하고 있고, 당시 피신청인의 지시가 있었을 때 함께 있었던 참고인 3은 피신청인이 피해자 2가 CCTV를 봐가면서 며칠 며칠에 지각했는지 날짜도 적어야 되고, 모든 책임을 감수하겠다는 것도 포함되어야 한다고 말했던 것으로 기억한다고 진술하고 있어, 피신청인이 피해자에게 CCTV를 보고 출근 시간을 확인해서 경위서를 쓰도록 하고, 경위서 내용에는 "어떠한 책임도 감수하겠습니다."라는 내용도 적으라고 지시한 사실을 인정함.

3) 피해자 2가 2019. 7. 8. 작성하여 참고인 1에게 제출한 경위서에는 "또한 같은 일이 반복될 경우 그에 상응하는 어떠한 책임도 감수하겠습니다."라는 문구가 있으며, 같은 경위서 하단 부분에 작성된 '첨부: 일자별 CCTV 기록'에는 2019. 6. 7.~7. 4. 20회에 걸친 피해자의 출근시간 및 출장, 병가 상황이 기재되어 있음.

4) 관리사무소에 설치된 CCTV는 시설안전 등을 위한 목적으로 설치되었고, 관리책임자는 피해자 2이며, ○○○○○○○○ '영상정보처리기기 운영·관리 방침'에 따라 영상정보를 열람하고자 하는 경우에는 '개인영상정보 열람·존재 확인 청구서'를 작성하여 해당부서에 제출하도록 하고 있음.

다. 피해자 3 관련

1) 피신청인이 2019. 8. 13. A문서가 대결처리된 문제로 8. 14. 센터장실에서 피해자 3에게 크게 소리 지르고 화를 냈다는 피해자 3의 주장과 관련하여, 2019. 8. 12. 17:55경 피해자 3은 피신청인으로부터 대결처리 하지 말라는 지시를 받은 적 없다고 하고, 피신청인은 대결처리 하지 말라는 지시를 했다고 하여 당사자 간 주장이 다르고 사실관계를 확인할 수 없음. 그리고 피신청인은 A문서가 대결처리되어 황당하고 언짢아 피해자 3에게 질책성으로 목소리가 높아진 정도라고 주장하나, 참고인 1은 갑자기 화를 내며 고성으로 말해 사무실 직원뿐만 아니라 다수의 민원인들도 듣게 되었다고 진술하고 있고, 참고인 2는 피신청인이 언성을 엄청 높여 말해 사무실 직원들과 민원인들도 깜짝 놀랐다고 진술하고 있으며, 참고인 3은 피신청인의 언성이 높아져 밖에서 다 들릴 정도였고 너무 심해져 피해자 3을 센터장실 밖으로 내보냈다고 진술하고 있고, 피해자 5는 피신청인의 언성이 굉장히 높아 직원들이 놀라 센터장실 쪽을 보았고 민원인들도 들었다고 진술하고 있어, 피신청인이 직원들과 민원인들이 들을 수 있는 큰 소리로 화를 내며 피해자 3에게 말한 사실을 인정함.

2) 피신청인이 작성한 2019. 8. 12.(월) 9:30 '센터장, 팀장(직원) 차담회' 자료에 따르면 '매월 발생하는 통상업무(체납, 재계약, 재산조회, 상호전환) 누락되는 단지 없도록 〈중략〉 매월 반복처리 항목을 제시, 체크리스트 작성 익월 초 회의 때 보고 누락여부 확인 포함(항목제시 및 양식은 다음 주 보고)'라는 내용이 있음. 작성된 체크리스트 항목에는 이 사건 센터 직원들이 담당하는 임대아파트 단지명, 담당자명, 재계약, 미갱신 촉구, 체납 촉구 업무에 대한 이행 상황을 체크하도록 되어 있음.

라. 피해자 4 관련

1) 피신청인이 BSC 평가 관련 업무와 관련하여 셧다운제가 시행되는 2019. 8. 14. 참고인 1을 통해 오늘까지 업무를 처리할 것을 지시했다는 피해자 4의 주장과 관련하여, 피신청인은 지시를 한 적이 없다고 부인하고 있어 당사자 간 주장이 다르고 사실관계를 확인할 수 없음.

2) 피해자 4는 셧다운제가 시행되는 수요일 다음날인 2019. 8. 15. 00:57, '[○○○○○○○○] 2019년 7월 임대주택 재계약 체결 결과 보고 및 미계약 세대 처리방안' 문서를 임시저장한 사실이 있음.

3) 피신청인이 당직비와 시내출장비를 무조건 월 마감 후 3일 이내에 처리하라고 참고인 1을 통해 지시했다는 피해자 4의 주장과 관련하여, 피신청인은 지시한 적이 없다고 부인하고 있고, 피신청인이 작성한 2019. 8. 12.(월) 9:30 '센터장, 팀장(직원) 차담회' 자료에 따르면 '출장비 등 직원 지급사항은 익월 10일 전에 모두 지급할 수 있도록'이라는 내용이 있어 당사자 간 주장이 달라 사실관계를 확인하기 어려움.

마. 피해자 5 관련

피신청인은 2019. 8. 14. 오후 이 사건 센터 센터장실에서 참고인 1과 주무과장들이 참여한 업무분장 회의를 한 적이 있으며, 8. 19. 피해자 3과 피해자 5의 업무를 바꾸는 업무분장을 한 사실이 있음. 피해자 5는 업무분장이 일방적인 강요에 의한 것이라고 주장하나 피신청인은 부인하고 있고, 참고인 1은 피해자 5가 부담을 느꼈으나 회의 때 수긍했다고 진술하고 있고, 참고인 2는 당시 업무분장은 과한 조치라고 생각하지만 회의 때 피해자 5가 한 번 해보겠다고 말했다고 진술하고 있어 피신청인이 권한을 남용하여 부당한 업무분장을 했다고 보기 어려움.

**판단**

가. 관련 규정

「대한민국헌법」 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."라고 규정하고 있고, 제17조는 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다."라고 규정하고 있고, 제19조는 "모든 국민은 양심의 자유를 가진다."라고 규정함.

「개인정보보호법」 제2조(정의)는 "개인정보란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다."라고 규정하고 있으며, 같은 법 제15조(개인정보의 수집·이용), 제16조(개인정보의 수집 제한), 제17조(개인정보의 제공)는 '목적에 필요한 최소한의 개인정보를 수집하고, 수집된 정보는 정보주체의 동의를 받은 경우, 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 등에 해당될 때 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다.'고 규정함.

「근로기준법」 제76조의 2는 "사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위를 하여서는 아니 된다."라고 규정함.

「서울특별시 직장 내 괴롭힘 예방 및 대응지침」 제5조는 직장에서 금지되는 직장 내 괴롭힘 행위로 '다른 직원들 앞에서 또는 온라인상에서 모욕감을 주거나 개인사에 대한 소문을 퍼뜨리는 등 명예를 훼손하는 행위, 그 밖에 업무의 적정범위를 넘어 직원에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위' 등을 규정하고 있다.

나. 판단

1) 피신청인은 이 사건 센터 센터장으로 근무했던 사람이고, 피해자 1은 ○○○○○○○ 에서 파견된 관리사무소 ○○○○ 직원이며, 나머지 피해자들은 이 사건 센터 직원들이다. 피신청인은 피해자들에 비해 그 지위나 경력 등에서 우위에 있다. 이 사건은 이 사건 센터 사무실 및 이 사건 센터가 관할하고 있는 곳에서 발생한 일로 업무관련성이 인정됨.

2) 피신청인이 2019. 7. 3. 피해자 2의 근태 점검을 하는 과정에서 피해자 1의 휴대전화 열람을 강요하고, 피해자 1의 휴대전화에 저장된 피해자 1과 2가 나눈 카카오톡 대화 내용 및 통화기록을 열람한 후 사진을 찍은 행위, CCTV는 시설안전관리를 위해 설치된 것으로 목적 외 이용할 수 없음에도 피신청인은 피해자 2의 동의 없이 피해자 2의 출근 상황을 확인하기 위해 「개인정보보호법」을 위반하여 무단 열람하고 사진을 찍은 행위, 피해자 2의 근태와 관련한 경위서에 “어떠한 책임도 감수하겠다.”라는 문구를 포함시키도록 한 행위, 2019. 8. 14. 문서 대결처리 문제로 피해자 3에게 다른 직원들과 일부 민원인들이 들을 수 있을 만큼 큰 소리로 지적하여 모욕감을 느끼게 한 행위는 센터장이라는 지위를 이용하여 업무의 적정범위를 넘어 피해자 1, 2, 3에게 정신적으로 고통을 주는 행위를 한 것으로 직장 내 괴롭힘에 해당된다고 판단함.

3) 피해자 4와 관련하여, 피신청인이 참고인 1을 통해 피해자 4에게 업무를 무조건 당일 처리하라고 지시하고, 당직비와 시내출장비 처리를 월 마감 3일 이내에 무조건 하라고 지시한 것과 관련하여 당사자 간 주장이 다르고 사실관계를 객관적으로 확인할 수 없음. 특히 피해자 4가 자택에서 처리한 문건의 경우에는 일반적으로 처리해야 할 기간이 도과된 점 등을 고려해 볼 때 직장 내 괴롭힘에 해당된다고 보기 어려움.

4) 피해자 5와 관련하여 2019. 8. 19. 피신청인의 업무분장 조치와 관련해서는 피신청인이 관리자로서 업무분장 변경의 필요성을 판단하고, 설령 당사자들과 충분한 대화와 이해의 시간이 부족했다 하더라도 업무분장 관련 회의가 있었던 점 등을 고려하면 피신청인이 권한을 남용하여 부당한 업무분장을 했다고 보기 어려움.

5) 피신청인이 직원들에게 BSC 평가 관련 업무체크리스트 작성을 지시한 것과 관련해서는 이 사건 센터 직원들이 임대주택 관리 등을 위해 정기적으로 처리해야 하는 업무에 대해 관리자로서 자체 점검을 하고자 했던 것으로 보이므로 피신청인이 권한을 남용하여 직원들에게 부당한 업무지시를 한 직장 내 괴롭힘으로 보기 어려움.



(2) 서울특별시 시민인권보호관 직장 내 괴롭힘 결정례(2020년)

‘서울특별시 시민인권보호관 직장 내 괴롭힘 결정례(2020년)’은 서울특별시, 서울특별시 시민인권보호관 결정례집, 2020. 중 직장 내 괴롭힘에 관한 결정례만을 간추렸습니다. 직장 내 괴롭힘 금지법제 시행 후 결정된 사건들로 ‘주문’에서는 직장 내 괴롭힘 사건 발생 후 조직에서 취하여야 하는 조치들의 예시들을 볼 수 있고, 인정사실에서는 사실관계의 인정의 근거 및 발생한 사건을 정확하게 이해할 수 있고, 판단에서는 법적 판단기준을 어떻게 적용하였는지를 참고하실 수 있습니다.

**① 20신청-17,20(병합) 시립시설 직장 내 괴롭힘 (결정일 2020. 8. 21.)**

**인정사실**

1. (재)○○○○○○○○○○○○ 대표에게,
   가. 피신청인에 대해 운영규정에 따른 징계처분을 하고, 노동인권의식 개선을 위한 10시간의 특별교육을 실시할 것
   나. 피해자들의 의사를 고려하여 피해자들의 피해회복에 필요한 조치를 취할 것
   다. 향후 피신청인이 피해자와 접촉하는 일이 없도록 조치할 것
   라. 직장 내 괴롭힘 사건처리매뉴얼을 점검하고 시설장에 의한 직장 내 괴롭힘 발생 시 사건처리시스템을 마련할 것
   마. 유사 사례 재발방지를 위해 적정한 업무 분장과 권한 범위를 명문화 할 것
2. 서울특별시장(권한대행)에게,
   가. 서울특별시립 ○○○○○○○(○○○)에 대한 권고사항이 잘 이행될 수 있도록 지도 감독할 것
   나. 서울특별시립 ○○○○○○○ 4개소에 대해 직장 내 괴롭힘 관련 처리 시스템을 점검하고, 근로환경 등에서의 인권침해가 발생하지 않도록 조치할 것을 권고한다.

**인정사실**

신청인들은 서울특별시립 ○○○○○○○(○○○)(이하 ‘이 사건 기관’이라 함) 전현직 직원이고, 피신청인은 이 사건 기관의 소장임.

신청서, 신청인 1, 2와 피해자들, 피신청인의 진술, 신청인 2가 제출한 녹음자료, 피해자들이 작성한 상황일지 등을 검토한 결과, 다음과 같은 사실이 인정됨.

가. 이 사건 기관은 「○○○○○ 지원법」에 따른 ○○○○○○○로, 서울시는 관련 법률 및 조례에 따라 (재)○○○○○○○○○○○○ 과 2020. 1. 1.~2022. 12. 31.까지 위수탁 협약을 체결하였음.

이 사건 기관은 소장 1명, 팀장 1명, 상담원 3명, 운전원 1명으로 구성되어 있고, ○○○○○ 관련 사업을 전담하기 위해 채용된 ○○○○○○○○○ 2명이 있으며, 사무실을 ○○○ 과 함께 사용하였음.

가. 피해자 1 관련

피신청인이 차량 내 블랙박스 폐기처분과 관련하여 피해자 1에게 경위서 작성을 강요하고, 탄력적 근로시간제 합의서 작성 시 작성일을 허위로 기재하도록 하였으며, 2019. 1.~2. 피해자 1에게 “씨팔”이라고 욕을 하였고, 2019. 4. 중순경 사무실에서 피해자 1에게 “새끼”라고 욕을 하였으며, 2019. 10. 24. 피해자 1에게 “이씨”라고 하며 위협하였다는 피해자 1의 주장에 대해, 피해자 1이 동일한 내용으로 피신청인을 서울지방고용노동청에 직장 내 괴롭힘 사건으로 진정하였고, 서울지방고용노동청은 2020. 2. 28. 직장 내 괴롭힘으로 보기 어렵다며 행정 종결하였음.

나. 피해자 2 관련

2019. 7. 27. 15:00~16:00 ○○○ 야외 ○○○○ 에서 피신청인이 눈을 부릅뜨고 피해자 2의 왼쪽 어깨와 등 사이 부분을 손바닥으로 때리며 “다른 기관 갈 때도 이런 식으로 했냐, 당장 가서 가져와라”라고 하고, 같은 날 21:00 이후 피신청인이 차량 바로 앞에서 피해자 2의 등을 두 차례 쓰다듬으며 수고했다고 말했는데, 너무 기분이 안 좋아져 “제 몸에 손대지 말아 달라”고 하였다는 피해자 2의 주장에 대해, 피신청인은 피해자 2의 등을 때린 사실이 없고, 피해자 2에게 격려차원에서 고생했다고 말하였는데, 당시 피해자 2가 제 몸에 손대지 말아 달라고 말해서 그 뒤로 그러지 않았다고 주장함. 참고인 3은 사건 당일 차량 안에서 피해자 2가 피신청인이 피해자 2의 어깨를 툭툭 쳐서 기분이 안 좋다고 말한 것으로 기억하고 있고, 피해자 3도 차량에 있을 때 피해자 2가 피신청인이 명함을 왜 안 챙겨 다니냐고 하며 몸에 터치가 있어서 기분이 안 좋았다고 말했다고 진술하고 있는 것으로 보아 피신청인이 피해자 2에게 명함을 챙기지 않았다는 이유로 피해자 2의

몸에 손을 댄 사실이 있는 것으로 보이고, 피해자 2가 피신청인에게 자신의 몸에 손대지 말아달라고 한 것은 피신청인도 인정하고 있어 사실로 인정함.

다. 피해자 3 관련

1) 2020. 1. 31. 사무실에서 피신청인이 피해자 3에게 “권리, 직원은 권리가 없어”라고 말하고는 사무실을 나가버려 심한 모욕감과 수치심을 느꼈다는 피해자 3의 주장에 대해, 피신청인은 피해자 3에게 업무분장에 맞게 일을 하라고 한 것이라고 하고 있고, 피해자 2와 참고인 3은 피신청인이 피해자 3에게 “권리, 직원은 권리없어”라고 말하는 것을 들었다고 진술하고 있어 사실로 인정함.

2) 2020. 2.경 피신청인은 참고인 2에게 지시하여 피해자 3, 참고인 3, ○○○ 가 흡연하러 가거나 화장실 갈 때 피신청인에게 보고하고, 보고하지 않으면 근무지 이탈로 처리하겠다고 하였다는 피해자 3의 주장에 대해, 피신청인은 직원들이 장시간 이석을 하는 경우 보고하고 외출대장을 작성하여 관리하라고 했다고 주장하고 있으나, 참고인 2는 피해자 3, 4, ○○○ 가 자리를 비우면 피신청인이 참고인 2에게 ‘다들 어디 갔어’라고 물어보며, 20~30분 자리를 비운 것도 아니고, 10분 정도 자리를 비운 것에 대해 피신청인이 참고인 2에게 자동적으로 물어봐서 참고인 2도 스트레스를 받고 있다고 진술하고 있고, 참고인 3도 참고인 2로부터 피신청인 지시라며 흡연하러 가거나 화장실 갈 때 피신청인에게 보고하고, 보고하지 않으면 근무지 이탈로 처리하겠다는 말을 들었다고 진술하고 있어 사실로 인정함.

3) 피신청인은 직원들이 연차를 사용하고자 할 때 연차 사용이유를 물어 보고, 왜 가는지, 급한 일인지를 물어본다는 피해자 3의 주장에 대해, 피신청인은 부인하고 있으나, 참고인 3도 이에 부합하는 진술을 하고 있어 사실로 인정함.

라. 피해자 4 관련

2018. 가을 ○○○ ○○○○○○ 앞에서 피신청인은 사람들이 지나 다니는 거리에 피해자 4를 세워두고 30분에서 1시간 가량 “니가 사람 새끼냐, 니가 인간이냐”라고 말하였다는 피해자 4의 주장에 대해, 피신청인은 부인하고 있으나, 피해자 1, 참고인 3이 직접 목격을 하였다고 진술 하고 있어 사실로 인정함.

마. 지난 3년간 ○○○○○○○의 퇴직자 현황 자료에 따르면, ○○○ 은 6명(계약직 1명 포함), ○○○ 은 4명(계약직 1명 포함), ○○○은 8명(계약직 3명 포함), 이 사건 기관은 14명(계약직 7명 포함)으로 다른 기관에 비해 이 사건 기관의 이직률이 높은 것으로 확인되었음.

바. 피신청인이 재직한 이후 9명의 직원이 24건의 경위서, 시말서를 작성하였음. 이 사건 기관 인사규정 제56조 관련 별표 2-5 서식 경위서에는 “위 본인은 직원으로서 제 사규를 준수하고 맡은바 책임과 의무를 다하여 성실히 복무하여야 함에도 불구하고 아래와 같이 기관의 관련 규정을 위반하였는바 이에 경위서를 제출하고 그에 따른 처벌을 감수하며 차후 본건을 계기로 과오의 재발이 없을 것임을 서약합니다.”라고 기재됨.

**판단**

가. 관련 규정

1) 「대한민국헌법」 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있다.”라고 하고 있고, 「근로기준법」 제 76조의2는 “사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”이라 한다.)를 하여서는 아니 된다.”라고 규정함.

2) 「서울특별시 직장 내 괴롭힘 사건처리 매뉴얼」(2016. 8.)에 따르면, 직장 내 괴롭힘은 “직무상 지위나 인간관계와 같은 직장 내 우위를 바탕으로 업무의 적정범위를 넘어 노동자에게 정신적·정서적·신체적 고통을 주거나 업무환경을 악화시키거나, 노동자의 인격과 존엄을 침해하는 일체의 행위”라고 명시함.

3) 이 사건 기관의 「운영규정」 제2장 복무규정 제42조 제1항은 “직장 내 괴롭힘이란, 임직원이 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 직원에게 신체적, 정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위를 말한다.”라고 규정함.

나. 직장 내 괴롭힘에 대한 판단



1) 피신청인이 피해자 1에게 행한 행위와 관련해서는 피해자 1이 동일한 내용으로 고용노동부에 진정하였고, 해당 사건에 대해 고용노동부의 결정이 있었는바, 「서울특별시 인권 기본 조례」 제20조 제3항에 해당되어 각하함.

2) 직장 내 괴롭힘에 대한 판단

「근로기준법」 등에서 규정하고 있는 직장 내 괴롭힘을 판단하기 위해서는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하였는지, 업무상 적정범위를 넘었는지, 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위였는지에 대해 살펴보아야 함.

① 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용할 것

피신청인은 이 사건 기관의 소장이고, 피해자 1, 2, 3, 4는 이 사건 기관의 전현직 직원들로 피신청인은 피해자들에 비해 지위에 있어서의 우위성이 인정되고, 이번 사건은 이 사건 기관의 업무수행과정 중 발생한 일로 피신청인이 소장으로서의 우위성을 이용한 것으로 판단됨.

② 업무상 적정범위를 넘을 것

2019. 7. 27. 15:00~16:00 ○○○ 야외 ○○○○ 에서 피신청인이 피해자 2의 왼쪽 어깨와 등 사이 부분을 손바닥으로 때린 것은 피신청인의 의도와는 상관없이 피해자 2의 신체에 대하여 폭행을 한 행위로 업무상 적정범위를 넘어선 것으로 판단됨.

2020. 1. 31. 사무실에서 피신청인이 피해자 3에게 “권리, 직원은 권리가 없어”라고 말한 후 사무실을 나가버린 것은 당시 피해자 3의 업무로 배정되어 있던 운영보고서 작성과 관련하여 피신청인이 피해자 3에게 운영보고서 작성을 지시하는 과정에서 피해자 3이 업무분장을 다시 해줄 것을 요구하면서 발생한 일로 피신청인의 업무상 지시에 대해 피해자 3이 불만을 느꼈을 수 있으나 피신청인의 업무명령권에 속하는 사안으로 업무상 적정범위를 넘어선 것으로 보기는 어려움.

2020. 2.경 피신청인이 참고인 2에게 지시하여 피해자 3, 참고인 3, ○○○ 가 흡연하러 가거나 화장실 갈 때 피신청인에게 보고하고, 보고 하지 않으면 근무지 이탈로 처리하겠다고 한 것은 부적절하게 장시간 이석하는 행위를 규제하기 위한 것이었다 할지라도, 이는 화장실 가는 행위와 같은 인간의 기본 욕구를 충족하기 위한 행위를 통제하겠다는 것이어서 업무의 적정범위를 넘어선 것으로 판단됨.

피신청인이 직원들의 연차휴가 사용이유를 묻는 것은 피해자 3이 공개되는 것을 꺼리는 사적영역 활동에 대한 정보를 공개하도록 요구하는 행위로 업무상 적정범위를 넘어선 것으로 판단됨.

2018. 가을 ○○○ ○○○○○○ 앞에서 피신청인이 사람들이 지나 다니는 거리에 피해자 4를 세워두고 30분에서 1시간 가량 피해자 4에게 “니가 사람 새끼냐, 니가 인간이냐”라는 등의 폭언을 한 행위는 공개적으로 피해자 4를 비난하고 모욕감을 준 행위로 업무상 적정범위를 넘어선 것으로 판단됨.

③ 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위일 것

피신청인이 피해자 2의 어깨와 등 사이를 손으로 때리고, 피해자 3의 일반적 행동자유권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 발언을 하고, 피해자 4에게 모욕을 준 행위는 업무상 적정범위를 넘어 피해자 2, 3, 4에게 정신적 고통을 주고 근무환경을 악화시키기에 충분하였다고 판단됨.

따라서 피신청인이 피해자 2, 3, 4에게 행한 행위는 「근로기준법」 제76조의2 등 관련 규정에서 정하고 있는 직장 내 괴롭힘에 해당하는 것으로 판단함.

**② 20신청-49 위탁기관 직장 내 성희롱 및 괴롭힘 (결정일 2020. 6. 3.)**

**주문**

1. (재)○○○○○○○○ 대표에게,

가. 피신청인에 대해 「서울특별시 성희롱·성폭력 예방 지침」 및 「서울특별시 직장 내 괴롭힘 예방 및 대응지침」에 따라 징계조치하고, 10시간 이상의 가해자의무교육 및 노동인권교육을 실시할 것

나. 피해자들의 의사를 고려하여 피해자들에 대한 유급휴가 및 심리치유 등의 피해회복에 필요한 보호조치를 실시하고, 피해자들에 대한 불이익한 조치 등 2차 피해가 발생하지 않도록 각별한 주의를 기울이고 필요한 조치를 취할 것

다. 향후 피신청인이 피해자들과 접촉하는 일이 없도록 조치할 것을 권고한다.

2. ○○○○○○○○○ 장에게, (재)○○○○○○○○ 에 대한 위 권고사항이 철저히 이행될 수 있도록 지도 감독할 것을 권고한다.

**인정사실**

이 사건 기관은 서울특별시의 위탁기관으로서, 피해자 1은 ○○세의 남성이고, 피해자 2, 3는 ○○세의 여성이며, 피해자 4는 ○○세의 여성으로 피해자 1, 2, 3, 4는 이 사건 기관 소속 ○○○ 팀의 팀원이고, 피신청인은 ○○세의 남성으로 이 사건 기관 소속 ○○○ 팀의 팀장임.

신청서, 피해자들, 피신청인, 참고인들의 진술, 카카오톡 메시지, 녹음파일 등을 검토한 결과, 다음과 같은 사실이 인정됨.

① 2019. 3. 21. 15:50경 피신청인이 피해자 2에게 약국에서 파스와 진통제를 사다 달라며 개인적인 심부름을 시킨 사실이 있다는 피해자 2의 주장에 대해, 피신청인도 인정하고 있고, 피신청인과 피해자 2가 주고 받은 카카오톡 메시지로도 확인되므로 사실로 인정함.

② 2019. 4. 22. 피신청인은 피해자 2에게 피신청인이 아는 업체인 ○-○○○○ 의 PPT 템플릿을 만들어 달라고 하여 만들어 주었다는 피해자 2의 주장에 대해, 피신청인은 피해자 2가 만들어 주었다고 주장하고 있어 피해자 2가 피신청인이 아는 업체인 ○-○○○○ 의 PPT 템플릿을 만든 사실이 있음을 인정함.

③ 2019. 5. 12. 일요일 19:53 피신청인이 피해자 2에게 주간업무를 언제 보낼 것인지 독촉하는 내용의 카카오톡을 보내고, 전화를 하여 요약해서 먼저 보내라고 지시하여 피해자 2는 외부에 나와 있던 중임에도 핸드폰으로 주간업무보고를 작성하여 피신청인에게 카카오톡으로 보냈다는 피해자 2의 주장에 대해, 피신청인도 사실을 인정하고 있고, 피신청인이 피해자 2에게 “주간업무 보내라, 밤 11시에 보낼래?”라고 카카오톡을 보내고 이후 피해자 2가 차주계획과 주간업무보고를 파일로 보낸 것으로 보아 피해자 2의 주장을 사실로 인정함.

④ 2019. 5. 30. 22:41 피신청인이 피해자 2에게 편의점 CU 앞에 ○○○○를 지시하지 않았는데 왜 했냐고 질책하였다는 피해자 2의 주장에 대해, 피신청인도 인정하고 있어 사실로 인정함.

⑤ 2019. 6. 11. 피해자 2가 쉬는 날이었는데 피신청인이 피해자 2에게 회식에 나올 수 있는지 물어 피해자 2는 쉬는 날임에도 회식에 참석하였다는 주장에 대해, 피신청인도 인정하고 있어 사실로 인정함.

⑥ 2019. 8. 16. 피신청인이 ○○○팀 스텝이었던 ○○○과의 일이 해결되었다며 피해자 2, 3에게 과자, 음료수를 사오라고 한 일이 있고, 다른 일로도 사오라고 하였다는 피해자 2의 주장에 대해, 피신청인도 인정하고 있어 사실로 인정함.

⑦ 2019. 10. 9. 11:42 피신청인이 팀 단체 카카오톡 채팅방에 피해자1이 담당한 펜스 설치와 관련하여 “○○○○ 펜스 설치하고 안내 문구를 안 붙이니 참 가관이네요. 휴일이라 말을 안 할라 해도”, “일하는거 보면 참...”이라고 글을 올린 것이 확인됨.

⑧ 2020. 3. 25.경 피신청인이 피해자 3에게 “우리 중에 프락치 있는 거 잡아. 특명이야. 멍충아, 웃어 넘길 게 아니고 조직이 위태로운 거야”라고 말하였다는 피해자 3의 주장에 대해, 피신청인도 인정하고 있어 사실로 인정함.

⑨ 피해자들은 2020. 3. 17. 피신청인의 비위, 성희롱, 폭언, 업무태만, 부당업무지시 등의 자료를 모아 이 사건 기관에 면담을 요청하고 자료를 제출하였음.

**판단**

가. 관련 규정

「근로기준법」 제76조의2는 “사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”이라 한다.)를 하여서는 아니 된다.”라고 규정함.



나. 직장 내 괴롭힘 여부

고용노동부의 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」에 따르면, 직장 내 괴롭힘이 성립되는지에 대하여는 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 피해자의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 또는 계속적인 것인지 여부 등의 구체적인 사정을 참작하여 종합적으로 판단하되, 객관적으로 피해자와 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 신체적·정신적 고통 또는 근무환경 악화가 발생할 수 있는 행위가 있고, 그로 인하여 피해자에게 신체적·정신적 고통 또는 근무 환경의 악화의 결과가 발생하였음이 인정되어야 한다고 기재함.

피신청인은 이 사건 기관의 ○○○ 팀장으로 피해자들에 비해 지위에 있어 우위에 있고, 이번 사건은 이 사건 기관의 업무수행과정 중이거나 업무수행 연장선상에서 발생한 일로, 업무 관련성이 인정됨.

피신청인은 2019. 10. 9. 팀 단체 카카오톡 채팅방에서 피해자 1을 공개적으로 비난하고 피해자 1에게 모욕감을 주었음. 피해자 2에게는 반복적으로 개인적인 심부름을 시키고, 자발적이든 비자발적이든 피신청인이 아는 업체의 PPT 템플릿을 만들게 하여 업무와 관련이 없는 사적 용무를 하도록 하였으며, 주간업무보고와 같은 통상적인 업무에 대해 불가피한 사정이 없음에도 휴일인 일요일에 연락하여 업무 지시를 하고, 휴일에 회식에 참여하도록 하였으며, 늦은 밤 피해자 2가 한 일에 대해 질책을 하는 등 업무상 적정 범위를 넘어선 행위를 하였음. 또한 피해자 3에게도 반복적으로 심부름을 시키고, “멍충아”라고 하며 상대방을 비하하는 모욕적인 발언을 하였음.

이처럼 피신청인은 업무상 적정범위를 넘어 지속적으로 피해자 1, 2, 3에게 정신적 고통을 주어 피해자 1, 2, 3의 근무환경을 악화시키는 행위를 하였으며, 이는 피해자들과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서도 모욕감이나 정신적 고통을 느끼기에 충분하므로, 피신청인이 피해자 1, 2, 3에게 행한 언행은 「근로기준법」 제76조의2에서 정하고 있는 직장 내 괴롭힘에 해당하는 것으로 판단함.

## 〈부록2〉 직장 내 괴롭힘 예방 대응규정(고용노동부 표준안)

이 규정은 고용노동부가 2019. 10. 24. 개정 발표한 표준취업규칙의 별첨에 기재된 내용입니다. 취업규칙에 간단하게 직장 내 괴롭힘 조항을 삽입하지 않고 별도의 규정을 만든 사업장은 이 규정과 유사한 내용을 기재하고 있습니다. 사업장에서 직장 내 괴롭힘 고충처리를 어떻게 하는지 대략적으로 파악할 수 있어 부록으로 첨부하였습니다.

사업장에서 자율적으로 작성하면서 가장 큰 차이를 보이는 내용은 조사위원회를 두지 않고 인사부서나 감사부서가 조사를 담당하는 경우, 조사위원회 대신 고충심의위원회를 두어 직장 내 괴롭힘 판단을 하는 경우로 볼 수 있습니다.

- **취업규칙으로 간단하게 직장 내 괴롭힘 행위를 규율하는 것보다 별도의 규정을 두어 규율할 수 있음**
- **직장 내 성희롱에 관한 예방규정을 마련하여 시행하고 있는 회사는 직장 내 성희롱을 포함한 직장 내 괴롭힘 예방규정을 통합, 제정하여 운영할 수 있음**

제1조 (목적) 회사는 직장 내에서 괴롭힘 행위를 예방하여 직원들이 안전하게 근로할 수 있도록 이 규정을 시행한다.

제2조 (적용범위) 이 규정은 임·직원과 협력사 직원 및 특수형태근로종사자로서 회사와 계약을 맺고 있는 자(이하 "직원"이라 한다)에 대하여 적용한다.

제3조 (회사의 책무) 회사는 직장 내 괴롭힘을 예방하고 직장 내 괴롭힘이 발생하였을 때 적절히 대응할 수 있도록 정책을 수립·시행하여야 한다.

제4조 (직장 내 괴롭힘 행위의 금지) ① 직장 내 괴롭힘 행위란 임·직원이 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 직원에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위를 말한다.

② 누구든지 직장 내 괴롭힘 행위를 하여서는 아니 된다.

제5조(직장 내 괴롭힘 예방·대응 조직) 회사 내 인사부서에 직장 내 괴롭힘의 예방·대응 업무를 총괄하여 담당하는 직원(이하 "예방·대응 업무담당자"라 한다)을 1명 이상 둔다.

제6조(직장 내 괴롭힘 상담원) ① 회사는 제10조에 따른 상담업무를 담당하는 직원(이하 "상담원"이라 한다)을 둔다. 이 경우 직장 내 성희롱 사건에 관한 업무를 담당하는 고충상담원이 있는 경우 그를 상담원으로 할 수 있다.

② 상담원은 성을 고려하여 남성과 여성을 고루 배치하며, 직원들 사이에 신망이 높은 직원 중에서 선임한다.

③ 상담원은 직장 내 괴롭힘 사건에 관한 상담을 하면서 알게 된 내용을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 사건의 처리를 위하여 결재권자 및 사업주에게 보고하는 경우는 그러하지 아니하다.

④ 상담원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제7조 (직장 내 괴롭힘 예방교육) ① 회사는 직장 내 괴롭힘 예방을 위한 교육(이하 "직장 내 괴롭힘 예방교육"이라 한다)을 1년에 1회 이상 실시한다.

② 직장 내 괴롭힘 예방교육은 1시간으로 한다.

③ 직장 내 괴롭힘 예방교육의 내용은 다음 각 호와 같다.

1. 직장 내 괴롭힘 행위의 정의
2. 금지되는 직장 내 괴롭힘 행위
3. 직장 내 괴롭힘 상담절차
4. 직장 내 괴롭힘 사건처리절차
5. 직장 내 괴롭힘 피해자 보호를 위한 조치
6. 직장 내 괴롭힘 행위자에 대한 조치
7. 그밖에 직장 내 괴롭힘 예방을 위한 내용

④ 회사는 직장 내 괴롭힘 예방교육의 주요 내용을 직원들이 쉽게 확인할 수 있도록 조치한다.

제8조(직장 내 괴롭힘 발생 시 처리절차) 회사는 직장 내 괴롭힘 사건을 처리하기 위하여 다음 각 호의 절차에 따른다.

1. 사건의 접수
2. 상담을 통한 피해자의 의사 확인
3. 피해자의 의사에 기초한 당사자 간 해결 또는 정식 조사의 실시
4. 정식 조사의 결과를 토대로 한 직장 내 괴롭힘의 확인
5. 행위자에 대한 징계 조치, 피해자 보호조치 등의 결정

제9조(사건의 접수)

① 누구든지 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 알게 된 경우 그 사실을 예방·대응 담당자에게 신고할 수 있다.

② 예방·대응 담당자는 제1항에 따른 신고가 있는 경우 또는 그 밖의 방법으로 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우 사건을 접수한다.

제10조(상담)

① 제9조에 따라 사건이 접수된 경우 상담원은 지체 없이 신고인을 대면하여 상담한다.

② 신고인이 피해자가 아닌 제3자인 경우 상담원은 신고인을 먼저 상담한 후 피해자를 상담한다.

③ 상담원은 피해자에게 직장 내 괴롭힘에 관한 구제방법 및 회사 내 처리절차에 대하여 충분히 설명하고, 피해자가 사건의 해결을 위하여 선택하는 처리방향에 대하여 청취한다.

④ 상담원은 상담이 종료하면 그 결과를 예방·대응 담당자에게 보고하여야 한다.

⑤ 상담원은 상담 시 신고인 또는 피해자 등에게도 상담 내용에 대한 비밀유지 의무가 있음을 고지하여야 한다.

제11조(당사자 간 해결)

① 상담원은 피해자가 직장 내 괴롭힘 피해를 입었다고 판단하고, 피해자가 그 행위의 중단을 위하여 행위자와 분리되기만을 요구하는 경우, 그 내용을 예방·대응 담당자를 통하여 사업주에게 보고하여 상응하는 조치가 취해질 수 있도록 한다.

② 상담원은 피해자가 행위자의 괴롭힘 행위 중단 및 사과 등 직접적인 합의를 원하는 경우에는 피해 사실에 대하여 피해자와 피해자가 추천한 참고인 등에 관한 조사를 실시하고, 그 결과 직장 내 괴롭힘이 확인되면 피해자의 요구안을 정리하여 행위자에게 전달하여 합의를 진행한다.

③ 제2항에 따른 합의가 이루어진 경우에는 모든 관련 서류는 비공개처리하고 사건을 종결한다.

④ 제2항에 따른 합의가 이루어지지 않은 경우에는 상담원은 피해자를 다시 상담한 후 정식 조사의사 등을 확인하여 그에 따라 조치한다.

제12조(정식 조사)

① 회사는 피해자가 직장 내 괴롭힘에 관하여 정식 조사를 요구하는 경우 지체 없이 제13조에 따라 조사위원회를 구성하고, 조사위원회가 구성되면 즉시 조사에 착수한다.

② 조사위원회는 조사가 개시된 날부터 20일 이내에 완료하여야 한다. 다만 특별한 사정이 있는 경우 10일의 범위에서 조사 기간을 연장할 수 있다.

③ 피해자 및 행위자에 대하여 조사하는 경우 2명 이내의 조사위원이 참여하여야 한다. 이 경우 외부 전문가가 위원으로 선임되어 있으면 그 위원이 참여하도록 노력하여야 한다.

④ 조사위원회는 조사가 종료되면 조사보고서를 작성하여 사업주에게 보고하고 인사위원회로 보고서를 이관한다.

⑤ 조사위원회는 제4항에 따른 조사보고서 작성 시 행위자에 대한 조치와 관련한 피해자의 의견을 듣고 그 내용을 기재하여야 한다.

⑥ 조사위원회와 조사를 받은 사람들은 비밀유지 서약을 하여야 하며, 조사 내용 및 조사과정에서 알게 된 사실을 다른 사람에게 누설하여서는 아니 된다.

⑦ 상담원은 직장 내 괴롭힘 조사 진행상황을 피해자에게 서면, 온라인, 전화 등의 방법을 통해 알려주어야 한다.

제13조(조사위원회)

① 직장 내 괴롭힘 사건의 공정하고 전문적인 조사를 위하여 조사위원회를 구성한다.

② 조사위원회는 노동조합에서 추천하는 사람 또는 노사협의회 근로자위원을 포함하여 5명 이내로 구성한다. 이 경우 조사의 전문성을 위하여 외부 전문가를 위원으로 선임할 수 있다.

③ 조사위원회 위원장은 위원 중에서 대표이사가 임명하는 사람으로 한다.
④ 제2항 및 제3항에도 불구하고 대표자가 행위자로 신고된 경우에는 회사의 감사가 조사위원회를 구성한다. 이 경우 감사는 회사의 비용으로 외부 전문가를 위원으로 선임할 수 있다.

〈참고〉 대표이사가 행위자인 경우 조사의 공정성을 위하여 감사가 조사를 실시하는 주체로 규정

제14조(조사기간 중 피해자 보호) 회사는 제12조에 따른 정식조사기간 동안 피해자가 요청하는 경우에는 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 피해자의 요청을 고려하여 적절한 조치를 한다.

제15조(직장 내 괴롭힘 사실의 확인 및 조치)
① 제13조제4항에 따라 조사위원회의 조사보고서가 이관되면 취업규칙 제00조에 따른 인사위원회 위원장은 지체 없이 인사위원회를 소집한다.
② 인사위원회는 조사위원회의 조사보고서를 토대로 직장 내 괴롭힘 인정 여부, 직장 내 괴롭힘 인정 시 행위자에 대한 징계 양정에 관한 사항을 의결한다.
③ 대표이사가 행위자로 신고된 경우 감사는 지체 없이 이사회 소집을 청구하고 소집된 이사회에 출석하여 조사 결과에 따라 직장 내 괴롭힘 인정 여부, 직장 내 괴롭힘 인정 시 대표이사에 대한 징계 등 조치에 관한 내용을 보고한다.
④ 이사회는 감사의 보고를 받으면 대표이사에 대한 조치를 의결한다. 다만, 인사위원회에서 통지한 대표이사에 대한 조치가 주주총회의 의결사항인 경우 지체 없이 임시총회를 소집한다.

〈참고〉 대표이사가 행위자인 경우 인사위원회에서 징계 등 조치를 결정하여 집행할 수는 없는 만큼, 상법을 참고하여 사업장 상황에 맞게 규정함
✷ 위 제3항 및 제4항의 규정은 상법 제4장 주식회사 부분의 규정을 참고하여 규정한 예임

제16조(사건의 종결)
① 회사는 인사위원회의 의결 결과를 당사자에게 서면으로 통지하고 사건을 종결한다. 다만, 대표이사가 행위자인 경우에는 그러하지 아니하다.
② 인사위원회에서 직장 내 괴롭힘으로 인정하지 않은 경우 상담원은 피해자를 다시 상담하여 피해자의 고충을 해소할 수 있는 방법을 찾도록 노력하여야 한다.

〈참고〉 매뉴얼에 언급된 '심의위원회'를 구성할 경우 아래와 같이 규정을 만들 수 있을 것임
제○조(심의위원회의 설치 및 구성)
① 직장 내 괴롭힘 사안의 처리를 심의하기 위하여 심의위원회를 구성한다.
② 위원회는 위원장을 포함한 6명의 위원으로 구성한다.
③ 위원장은 사업주가 지명하는 자로 한다.
④ 위원은 남성 또는 여성의 비율이 전체위원의 10분의 6을 초과하여서는 아니 되며, 위원 중 2명 이상을 외부 전문가들로 위촉한다.
⑤ 위원회의 개최 등 위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사 1인을 두되, 간사는 상담원으로 한다.
제○조(심의위원회의 회의)
① 심의위원회의 회의는 필요에 따라 위원장이 소집한다.
② 위원회 위원 중 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우 피해자는 특정위원을 기피신청하거나, 해당위원이 회피할 수 있다.
③ 위원회는 다음 각 호에 관하여 심의한다.
1. 직장 내 괴롭힘 행위의 판단
2. 피해자에 대한 보호 조치
3. 행위자에 대한 징계 등 적절한 조치에 대한 권고
4. 그 밖에 직장 내 괴롭힘 행위의 재발 방지에 관한 사항
④ 위원회의 심의는 재적위원 과반수 찬성으로 의결한다.
⑤ 위원회는 심의결과를 사업주에게 보고 후, 당사자에게 서면으로 통보하여야 한다.

제17조(직장 내 괴롭힘 피해자의 보호)
① 회사는 제16조에 따라 직장 내 괴롭힘이 인정된 경우 피해자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 한다.
② 회사는 피해자의 피해복구를 위해 심리상담 등 필요한 지원을 한다.
③ 회사는 사건이 종결된 때부터 2년 간 반기별로 해당 사건의 행위자에 의한 직장 내 괴롭힘 재발 여부, 피해자에 대한 불이익 처우 등이 발생하지 않는지 모니터링하고 피해자를 지원한다.

제18조(징계)
① 회사는 직장 내 괴롭힘 행위자에 대하여는 취업규칙 제00조에 따른 징계사유 등에 따르되, 무관용 원칙에 따라 징계 등이 이루어지도록 한다.
② 회사는 직장 내 괴롭힘 사건을 은폐하거나 피해자, 신고자 또는 사건 관련 진술자 등에게 신고 등을 이유로 또 다른 직장 내 괴롭힘 행위를 한 경우 관련자를 엄중 징계한다.

제19조(재발방지조치 등)
① 회사는 사건이 종결하면 직장 내 괴롭힘 행위의 재발 방지를 위하여 필요한 대책을 수립·시행한다.
② 회사는 직장 내 괴롭힘 행위의 재발 방지를 위하여 필요하다고 인정되는 경우 직장 내 괴롭힘 행위자에 대하여 상담 또는 교육 등을 실시하거나 받을 것을 명할 수 있다.

8장 · 박윤진 노무사(지영노무법인)

# 직장 내 성희롱·성폭력



## 1 직장 내 성희롱·성폭력의 이해

'성희롱'이라는 단어는 '성폭력'이라는 단어에 비하여 가벼운 정도의 성적 피해 즉, 단순한 농담이나 장난으로 생각하는 경향이 여전히 있습니다. 그래서인지 "성희롱은 말로 하는 것, 성추행은 신체적 접촉을 동반하는 것, 성폭력은 범죄"라고 이해하고 있는 사람들이 아직 많습니다.

'성희롱'이라는 단어는 1993년 서울대학교 신교수가 연구실 조교에게 불필요한 신체접촉과 만남을 강요하고 조교가 이를 거부하자 고용상 불이익을 준 사건을 계기로 사용되기 시작했습니다.**1) 서울대학교 화학과 신교수는 여성 조교에게 원치 않는 신체접촉을 하고 집요하게 사적 만남을 요구했다. 조교가 이를 거부하자 신교수는 업무평가를 낮게 주어 재임용에서 조교를 탈락시켰다. 이후 해당 조교가 이 사실을 교육부와 학교에 알리자 신교수가 명예훼손으로 피해자를 고소하고 피해자는 가해자, 학교, 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기 하였다. 1993년 시작되어 사건은 1심 승소, 2심 패소, 1999년 3심 일부 승소로 종결되었다.** 이때부터 성폭력 범죄의 형태로 정의되지는 않지만 법적인 규율이 필요한 '업무와 관련하거나 직무상의 지위를 이용하여 발생하는 성폭력'이라는 유형에 대해 정의하기 위하여 '성희롱'이라는 단어를 사용하게 됩니다. '성희롱'은 "상대방이 원하지 않는 성적(性的)인 말과 행동 등으로 상대방으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하고 인간의 존엄성과 성적자기결정권 등 인격권을 침해하는 행위"라는 의미에서 '성폭력'과 다르지 않습니다. 따라서 성희롱과 성폭력은 서로 배척하는 개념도 아니고 행위 사실의 위계(位階)나 수위를 구분 짓기 위하여 사용하는 개념이 아니라는 점을 이해하여야 합니다.

넓은 의미에서의 성폭력 중에서 그 행위가 "업무, 고용, 그 밖의 관계에서 지위(직위)를 이용하거나 업무 등과 관련하여" 이루어지거나, "직장 내 지위를 이용하거나 업무와 관련하여" 이루어진 경우 즉, '업무 관련성'이 있는 경우를 '법률상 성희롱'으로 규율하고 있습니다. 그렇기 때문에 '직장 내 성희롱'이라는 표현과 '직장 내 성폭력'이라는 표현은 뜻하고 있는 바가 다르지 않습니다. 그저 국가가 직접 형벌권을 행사하는 성폭력 범죄를 '좁은 의미의 성폭력'이라 칭하고, 형사 처벌의 대상이 되지 않는 성폭력까지 포괄하는 성적 피해를 '넓은 의미의 성폭력'이라고 개념상 구분하여 설명하기도 하는 것입니다.

현실에서는 직장 내 성희롱 및 성폭력 범죄 행위가 서로 중첩되어 발생하기도 하므로 법적 개념에 대한 정확한 이해가 필요합니다. 각각의 법이 규율하고자 하는 대상, 해당 법률의 목적과 취지를 잘 이해하고 있어야 하고, 그에 따른 처벌 기준의 적용, 사용자의 법적 의무, 피해자 구제절차에 대한 이해가 있어야 직장 내 성희롱 상담이 가능합니다. 이는 성희롱 피해자에 대한 상담과 지원의 가장 기본이자 돛이 되기 때문입니다.

이 글에서 업무 관련성이 있는 성폭력에 대하여는 '직장 내 성희롱' 또는 '성희롱', '직장 내 성희롱·성폭력'이라 칭하고, 좁은 의미에서의 성폭력은 '성폭력 범죄'라 칭하도록 하겠습니다.

### (1) 직장 내 성희롱 개념

성희롱은 다음 세 가지의 주요 법률에서 그 개념을 규정하고 있습니다. 1) 양성평등기본법,

2) 국가인권위원회법(이하 '인권위법'이라 함), 3) 남녀고용평등과 일·가정양립지원에 관한 법률(이하 '남녀고용평등법'이라 함)의 법적 개념의 공통점은 '지위를 이용하거나 업무와 관련하여', '성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나', '성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상 불이익을 주는 것'입니다.

| 구분 | 양성평등기본법 | 국가인권위원회법 | 남녀고용평등법 |
|---|---|---|---|
| 주체 | '국가기관 등'<br>(국가기관·지방자치단체, 각급 학교, 공직유관단체)의 종사자, 사용자 또는 근로자 | '공공기관'<br>(국가기관·지방자치단체, 각급 학교, 공직유관단체)의 종사자, 사용자 또는 근로자 | 사업주·상급자 또는 근로자 |
| 대상 | 불특정 | | 다른 근로자 |
| 업무 관련성 | 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 지위(직위)를 이용하거나 업무 등과 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<br>• 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

각각의 법률상 정의는 아래와 같습니다.

**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 아니하였다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것을 말한다.

**양성평등기본법 제3조(정의)**

2. "성희롱"이란 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공단체(이하 "국가기관등"이라 한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우를 말한다.

가. 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 또는 성적 요구 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위

나. 상대방이 성적 언동 또는 성적 요구에 따르지 아니한다는 이유로 불이익을 주거나 그에 따르는 것을 조건으로 이익 공여의 의사표시를 하는 행위

### (2) '성희롱범죄'는 없지만 성희롱은 법으로 금지하고 있는 '불법행위'

이처럼 세 가지 법률에서 '성희롱' 또는 '직장 내 성희롱'을 정의하고 있고, 이에 따라 성희롱은 불법행위로 판단됩니다. 비록 "성희롱범죄"와 같은 죄목은 없지만, 업무, 고용, 직장 생활과 관련하여 성희롱 고충 사안이 발생하는 경우 가해자 및 사용자(또는 사업주)는 일반불법행위에 대한 민사적 책임을 지게 되므로 손해배상청구가 가능하다는 의미입니다. 특히 해당 조직의 장은 피해자를 보호하고 행위자에 대하여 조치를 취하여야 하며, 2차 피해를 예방하고 조직 내 재발방지 대책을 세우는 등의 법적 의무를 집니다.

직장 내 성희롱·성폭력 고충 사건 처리의 목적은 피해자의 권리회복과 조직 규율의 확립을 통하여 안전하고 성평등한 조직문화를 조성함으로써 궁극적으로 성희롱을 예방·근절하는 것입니다. 이것은 직장 내 성희롱을 범죄행위 여부나 사인간에 발생한 성폭력 사건을 축소하지 않고 피해자의 인격권, 성적자기결정권, 노동권을 침해하는 행위로 규율하는 것입니다.

한편 직장 내 성희롱에 해당하면서 동시에 형법 등 관계 법률에서 정하는 범죄 요건에도 해당하는 경우에는 각 법률에 따른 대응이 가능합니다. 이에 관하여는 「6. 성희롱·성폭력 상담에 앞서 꼭 알아야 할 상식」에서 다루도록 하겠습니다.

### (3) 직장 내 성희롱 성립요건

직장 내 성희롱 성립 여부를 판단하기 위해서는 관련 법률들에서 말하는 행위자와 피해자에 해당하는지, 업무 관련성이 있는지, 원치 않는 성적 언동으로 피해자에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 유발했거나 성적인 요구에 따르지 않았다는 이유로 근로조건 및 고용상 불이익을 주었는지 아닌지를 살펴보아야 합니다. 성립요건 및 판단의 흐름을 도식화하면 아래와 같습니다.

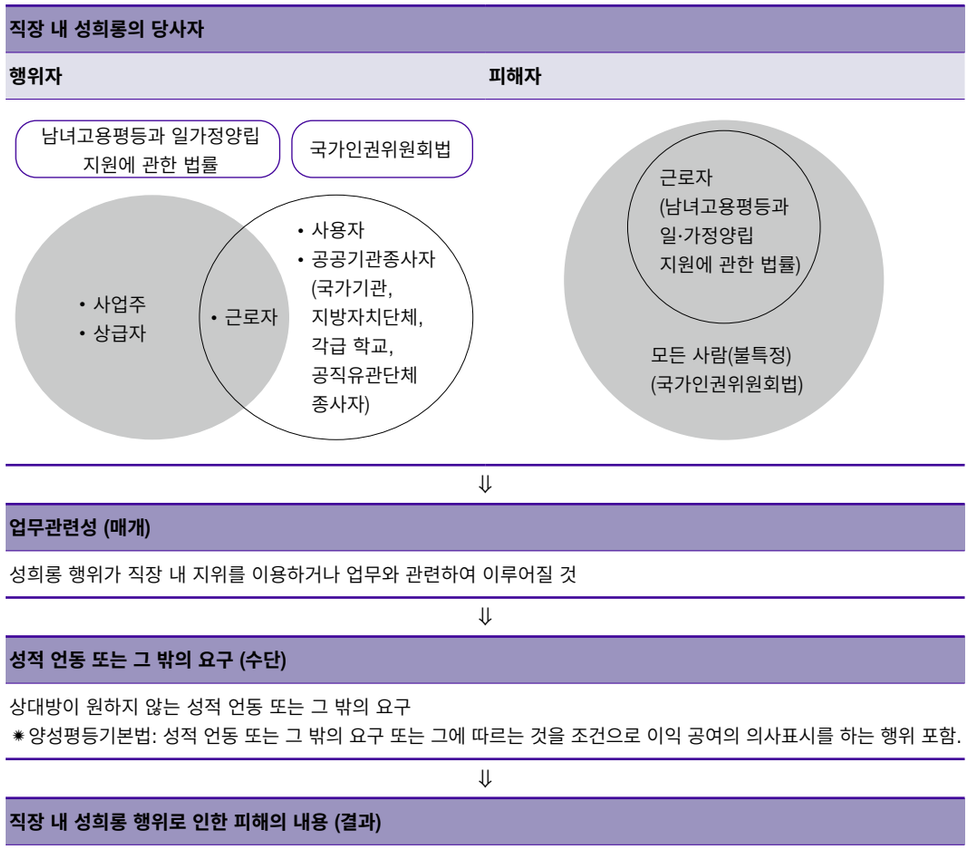



그림1 성희롱의 성립요건 및 판단의 흐름

업무와 관련하여 겪은 성희롱 피해의 경우 남녀고용평등법과 인권위법에 따른 대응이 가능합니다. 이들 법에 따른 성립요건과 판단은 대동소이하지만 당사자적격이나 적용 범위(행위자와 피해자 범위), 처분의 효과, 구속력 등에서 차이가 있습니다. 따라서 양 당사자의 특성, 성희롱 피해 발생 사업장 특성, 피해의 내용, 피해자의 요구사항, 처분결과 내용에 따른 영향력 등을 잘 파악하여 어떤 기관에 진정할 것인지 판단하고 대응방법을 마련하여야 합니다. 우선 성희롱의 성립요건에 대하여 알아보겠습니다.

**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<br>• 법인 대표이사는 사업주가 아닌, 남녀고용평등법상 '상급자'에 해당 |
| **사용자** | • 사용자는 사업주를 포함하는 넓은 개념<br>• '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<br>• 국가기관과 지방자치단체 및 국공립학교에 종사하며 공무원 관계법의 적용을 받는 공무원과 그 밖에 공공단체에 종사하며 근로기준법이나 남녀고용평등법의 적용을 받는 근로자까지 모두 포함<br>• '상당시간 공공기관 일정한 관련을 맺고 공공기관의 업무를 수행하고 있는 사람'도 포함<br>✷ 공공기관이 공무원으로 임용한 강사가 아닌 한시적인 위탁 교육 계약관계에 있는 강사의 당사자적격을 인정한 사례 있음 |

표2 성희롱 행위자

고객 등 제3자가 행위자인 경우에도 피해자 구제 및 보호가 가능한지 문의하는 내담자가 있기도 합니다. 고객, 거래처 직원 등 피해자와 같은 사업장에 소속되어 있지 않으나 업무와 밀접한 관련이 있는 제3자는 남녀고용평등법의 각 조항이 적용되는 성희롱 행위자는 아닙니다. 피해자 입장에서는 업무와 관련하여 발생하였으므로 직장 내 성희롱이겠지만, 행위자에 대한 권한이 사용자에게 없기 때문입니다. 이는 인권위법상의 행위자에도 해당하지 않아 고객 등 제3자에 의하여 성희롱 피해가 발생할 때는 현행법상 성희롱으로 제재할 수는 없습니다.

다만 남녀고용평등법은 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 자가 업무수행 과정에서 근로자에게 성희롱하고 해당 근로자가 그로 인한 고충해소를 요청할 경우 사업주는 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 취하여야 하고, 피해근로자에게 불이익한 조치를 취해서는 안된다고 규정하고 있습니다. 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.

또한 산업안전보건법에서는 사업주로 하여금 고객응대근로자에 대하여 고객의 폭언 등으로 인한 건강장해를 예방하기 위한 조치를 마련하도록 하고 있고, 고객의 폭언 등으로 인하여 고객응대근로자에게 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우에는 업무의 일시적 중단 또는 전환 등 필요한 조치를 하도록 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. (위반 시 300만 원 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. (위반 시 500만 원 이하의 과태료)

**산업안전보건법 제41조(고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 예방조치 등)**

① 사업주는 주로 고객을 직접 대면하거나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망을 통하여 상대하면서 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 업무에 종사하는 고객 응대 근로자에 대하여 고객의 폭언, 폭행, 그 밖에 적정 범위를 벗어난 신체적·정신적 고통을 유발하는 행위(이하 이 조에서 "폭언 등"이라 한다)로 인한 건강장해를 예방하기 위하여 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 필요한 조치를 하여야 한다.〈개정 2021. 4. 13.〉

② 사업주는 업무와 관련하여 고객 등 제3자의 폭언 등으로 근로자에게 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우에는 업무의 일시적 중단 또는 전환 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치를 하여야 한다. 〈개정 2021. 4. 13.〉

③ 근로자는 사업주에게 제2항에 따른 조치를 요구할 수 있고, 사업주는 근로자의 요구를 이유로 해고 또는 그 밖의 불리한 처우를 해서는 아니 된다. 〈개정 2021. 4. 13.〉

[제목개정 2021. 4. 13.] [시행일: 2021. 10. 14.]

**산업안전보건법 시행령 제41조(고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 발생 등에 대한 조치)**

법 제41조제2항에서 "업무의 일시적 중단 또는 전환 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치"란 다음 각 호의 조치 중 필요한 조치를 말한다.

1. 업무의 일시적 중단 또는 전환
2. 「근로기준법」 제54조제1항에 따른 휴게시간의 연장
3. 법 제41조제1항에 따른 폭언 등으로 인한 건강장해 관련 치료 및 상담 지원
4. 관할 수사기관 또는 법원에 증거물·증거서류를 제출하는 등 법 제41조제1항에 따른 고객응대근로자 등이 같은 항에 따른 폭언 등으로 인하여 고소, 고발 또는 손해배상 청구 등을 하는 데 필요한 지원

**산업안전보건법 시행규칙 제41조(고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 예방조치)**

사업주는 법 제41조제1항에 따라 건강장해를 예방하기 위하여 다음 각 호의 조치를 해야 한다.

1. 법 제41조제1항에 따른 폭언 등을 하지 않도록 요청하는 문구 게시 또는 음성 안내
2. 고객과의 문제 상황 발생 시 대처방법 등을 포함하는 고객응대업무 매뉴얼 마련
3. 제2호에 따른 고객응대업무 매뉴얼의 내용 및 건강장해 예방 관련 교육 실시
4. 그 밖에 법 제41조제1항에 따른 고객응대근로자의 건강장해 예방을 위하여 필요한 조치

### ② 직장 내 성희롱 피해자

남녀고용평등법상 피해자는 '근로자'이며, 이는 근로기준법상 근로자를 말합니다.



인권위법상 피해자는 근로자에 한정되지 않고 행위자인 사용자, 근로자, 공공기관 종사자로부터 업무 관련하여 성희롱을 당한 사람은 모두 피해자가 되어 국가인권위원회에 진정할 수 있습니다.

| | |
|---|---|
| **특수형태근로종사자** | • 특수형태근로종사자는 '남녀고용평등법'상 근로자에 해당되지 않아 해당 법에 의한 보호를 받을 수 없음<br>• 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<br>• 파견근로자가 실제로 일하는 사업장의 사업주(사용사업주)에게 성희롱 예방교육을 실시할 의무 있음<br>• 파견근로자가 일하는 사업장의 소속 근로자가 성희롱을 한 경우 그 사업장의 사업주(사용사업주)에게 성희롱 발생 시 조치할 의무가 부여됨 |
| **하청업체 또는 협력업체 근로자** | • '남녀고용평등법'상 근로자에 해당<br>• 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 조치 의무가 있음 |
| **구직자** | • 구직자도 '남녀고용평등법'의 보호를 받음 (남녀고용평등법 제2조 4호)<br>✷ 예를 들어 취업 면접을 보러 온 구직자에게 구직업체 사업주나 소속 근로자가 성희롱을 한 경우 '남녀고용평등법'을 적용함 |

표3 성희롱 피해자

### ③ 직장 내 지위의 이용 또는 업무 관련성의 의미

직장 내 성희롱은 '직장 내 지위를 이용하거나 업무 등과 관련'되어야 하는데, '지위의 이용'과 '업무 관련성'은 어느 하나가 충족되면 됩니다.

'직장 내 지위를 이용하였다 함'은 업무수행의 기회나 업무수행에 편승하여 성적 언동이 이루어진 경우뿐 아니라 권한을 남용하거나 업무수행을 빙자하여 성적 언동을 한 경우도 포함합니다. 행위자가 자신의 직장 내 지위(직위)를 의식적으로 이용하였다거나 이를 언급하는 등의 구체적인 상황이 실재하여야 하는 것은 아닙니다. 피해자가 행위자의 지시 또는 제안, 언동 등에 대하여 거절 또는 저항이 쉽지 않거나 행위자가 조직 내에서 피해자보다 지위가 높고 권한과 영향력이 크다면 직장 내 지위를 이용한 것에 해당됩니다.

한편 '직장 내 지위를 이용'하였다는 요건을 성희롱 행위자가 반드시 피해자의 상급자여야 하는가의 문제로 오해하는 경우가 있습니다. 직장 내 성희롱의 발생원인 중 하나인 권력 관계와 연결지어 생각하기 때문에 동료 간 성희롱 또는 하급 근로자의 상급 근로자에 대한 성희롱의 경우에는 직장 내 성희롱으로 성립되지 않는다고 오해하는 것입니다. 직장 내 성희롱 행위자는 '사업주, 상급자 또는 근로자'로서 "근로자가 다른 근로자에게"라는 요건에 포섭될 수 있고 여기에는

당사자 간 지위고하의 관계성을 요건으로 따지지 않습니다. 특히 인권위법이나 양성평등기본법에서는 상급자인지 여부에 관하여 명시하고 있지 않습니다.

'업무 관련성'은 성희롱이 발생한 시간과 장소에 있어 반드시 '근무시간 내' 또는 '직장 내'에서 발생하여야만 한다는 것을 의미하는 것이 아닙니다. 사업장 밖에서 근무시간 외에 발생한 경우에라도 성희롱이 발생한 상황 또는 관계가 업무상 사유가 있다고 판단되면 업무 관련성을 인정합니다. 예를 들어 출장이나 외근 장소, 출장 중 차 안, 업무와 관련이 있는 회식 장소, 야유회 장소, 워크숍 장소, 업무 협의를 위해 사업장 밖에서 만난 상황 모두 업무 관련성이 인정됩니다. 퇴근 이후 전화, SNS 등에서 발생한 성희롱일지라도 그 성격이 쌍방 모두 혹은 쌍방 중 어느 1인이 종사하고 있는 업무와 관계가 있다면 업무 관련성을 인정합니다.

특히 회식 자리 등 술자리에서 성적 언동 등이 발생한 경우 회식자리가 업무에 기초하여 마련된 자리라면 업무 관련성이 당연히 인정됩니다. 업무 이외의 사적인 이야기가 오고 가고 소속 근로자들 간 친목도모 목적의 자리였다 할지라도 이는 업무 관계의 연장선상에서 술자리가 이루어진 것으로, 이는 고용관계에 기초하여 마련된 자리라고 볼 수 있습니다. 면담이나 회식 등 업무상 시작된 자리가 끝나지 않고 다시 자리를 옮겨 이어지는 경우, 공식적인 회식 등의 자리가 끝나고 일부 인원만 참여한 자리, 면담이나 회식 후 이동 또는 귀가하는 과정에서 발생한 경우에도 업무 관련성이 인정됩니다.

**④ 성적 언동 또는 그 밖의 요구**

'상대방이 원치 않는 성적 언동 또는 그 밖의 요구'는 성적인(sexual) 의미가 내포된 경우를 의미합니다. 이와 같은 성적인 언동은 단 1회라 하더라도 직장 내 성희롱으로 성립될 수 있습니다. '상대방이 원치 않는 행위'의 의미에 대해서는 「(4) 직장 내 성희롱 판단 시 유의사항」 부분에서 다루도록 하고, 여기에서는 '무엇이 성적인 언동인가'에 대하여 살펴보겠습니다.

우선, 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. 또한 그와 같은 성적 언동이 특정인을 염두에 두고 한 것이 아니라 할지라도 그와 같은 언동을 듣거나 보는 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 준다면 직장 내 성희롱이 됩니다. 성적 언동은 신체적 접촉 행위뿐 아니라 말이나 제스쳐, 무언가를 보여주거나 보게 하는 행위, 시선 등 다양한 행위를 모두 포함합니다.

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 때도 구체적인 맥락에 따라 성희롱으로 인정되지 않는 경우도 있습니다. 법원이 성적 언동을 남녀간 육체적



관계나 신체적 특징과 관련된 것으로 협소하게 해석하기 때문입니다. 그래서 남녀간 성차에 기반한 차별적 인식과 행위가 성희롱 고충으로 판단되고 해결되기는 아직 어렵습니다.

모든 성희롱의 근원에는 성적 차별과 성적 고정관념이 있습니다. 예를 들어 여성 직원에게만 차 접대를 지시하는 것처럼 성역할 고정관념에 기반을 둔 성차별이나, 여성 직원에게 '아줌마' 또는 '아가씨'라고 부르는 행위, 특정성을 비하·모욕하는 표현이나 행동 등은 이른바 성차별괴롭힘(젠더괴롭힘)이라고 할 수 있습니다. 이러한 젠더괴롭힘은 내재된 성차별 가치관과 낮은 성인지 감수성에서 비롯됩니다. 여성에 대한 사회적 편견과 차별 속에서 발생하는 성희롱은 성차별적 사회구조 및 조직문화와 맞닿아 있는 젠더기반폭력**2) 성차별을 기반으로 약자에게 가해지는 정신적, 육체적, 성적 폭력**의 문제이기도 합니다. 직장 내에서 발생하는 젠더괴롭힘은 현행법상 직장 내 괴롭힘의 영역으로 접근하여 고충해결이 가능하니 이 점 역시 기억해두시기 바랍니다.

---

**관련 법률 – 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 시행규칙 [별표 1]**

**직장 내 성희롱을 판단하기 위한 기준의 예시(제2조 관련)**

1. 성적인 언동의 예시

가. 육체적 행위

(1) 입맞춤, 포옹 또는 뒤에서 껴안는 등의 신체적 접촉행위

(2) 가슴·엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위

(3) 안마나 애무를 강요하는 행위

나. 언어적 행위

(1) 음란한 농담을 하거나 음탕하고 상스러운 이야기를 하는 행위(전화통화를 포함한다)

(2) 외모에 대한 성적인 비유나 평가를 하는 행위

(3) 성적인 사실 관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위

(4) 성적인 관계를 강요하거나 회유하는 행위

(5) 회식자리 등에서 무리하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위

다. 시각적 행위

(1) 음란한 사진·그림·낙서·출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위(컴퓨터통신이나 팩시밀리 등을 이용하는 경우를 포함한다)

(2) 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위

라. 그 밖에 사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것으로 인정되는 언어나 행동

2. 고용에서 불이익을 주는 것의 예시

채용탈락, 감봉, 승진탈락, 전직(轉職), 정직(停職), 휴직, 해고 등과 같이 채용 또는 근로조건을 일방적으로 불리하게 하는 것

✹ 비고: 성희롱 여부를 판단하는 때에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를

함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 떨어뜨리게 되는지를 검토하여야 한다.

그런데 실제 발생하는 성희롱 피해 중에는 과연 성적인 언동에 해당하는 것인지가 모호한 경우도 많습니다. 성적 언동에 해당하는지 여부는 맥락에 따라 달리 판단할 수 있는데, 그에 관한 쟁점은「(4) 직장 내 성희롱 판단 시 유의사항」에서 좀 더 자세하게 다루도록 하겠습니다.

그 밖의 요구란 "성적 요구"를 말하는 것으로 데이트나 연애 요구, 성관계나 스킨십 요구, 수영복 등과 같은 사진의 요구 등이 있습니다. 원치 않는 성적 요구는 그 자체가 성희롱에 해당이 될 수도 있으며 그와 같은 성적 요구를 불응한 것을 이유로 하여 근로조건이나 고용상 불이익을 주는 행위는 성희롱으로 판단합니다.

**⑤ 직장 내 성희롱 행위로 인한 피해의 내용**

성희롱 행위로 인한 피해의 내용은 '원치 않는 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼거나' '성적 언동 또는 그 밖의 요구에 따르지 않은 것을 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것'을 말합니다.

성적 굴욕감 또는 혐오감이란 성적 언동으로 인하여 피해자가 느끼게 되는 불쾌한 감정을 말합니다. 이와 관련해서는 성희롱 성립 여부가 피해자의 주관적인 감정에 좌우되는 것이 아니냐는 논란이 있곤 합니다. 이에 대하여 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).

우리가 성희롱 성립 여부를 판단할 때 성립요건을 이해하고, 판단 기준 또는 판단 시 유의점 등을 더 깊게 이해해야 하는 이유 중 하나는 '무엇이 상대로 하여금 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는가'라는 것입니다. 대상이 되는 행동이 '성적인 언동'인지는 피해자가 대상이 되는 행동으로 인하여 성적 굴욕감 또는 혐오감, 즉 '성적 불쾌감'을 느꼈는지에 따라 판단됩니다. 그 때문에 "피해자가 기분 나쁘면 다 성희롱"이라고 오해하는 것입니다. 그리고 우리가 직장 내 성희롱을 이해할 때 가장 어려워하는 부분도 바로 이 부분입니다. 이에 관하여「(4) 직장 내 성희롱 판단 시 유의사항」구체적으로 짚어보도록 하겠습니다.

한편 성적 요구에 따르지 않은 것을 이유로 채용 또는 근로조건 등을 불리하게 하는 경우 성희롱으로 성립됩니다. 채용탈락, 감봉, 승진탈락, 징계, 강등, 전직, 정직, 휴직, 해고 등과 같이 고용상 불이익은 물론 임금, 상여금이나 제수당의 미지급, 근로시간, 휴게시간, 휴일, 휴가 등의 미부여, 직무배제나 직무재배치 또는 업무 과다부여, 교육훈련 기회의 제한, 복리후생이나 안전에 관한 사항, 인사 평가 등 근로조건에서의 불이익을 포함합니다.

### (4) 직장 내 성희롱 판단 시 유의사항

**① 피해자가 원치 않는 행위의 의미**



'상대방이 원치 않는 행동'이라는 것은 '동의하지 않은 행동'이라는 의미입니다. 이와 같은 '동의 여부'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 때도 '원치 않는 행동'으로 보아야 합니다. 즉, 행위자의 성적 언동에 대하여 직접적으로 분명하게 거부를 해야만 성희롱이 성립되는 것은 아닙니다. 피해자의 거부 의사표시가 필수적인 성립요건은 아니므로 피해자가 원하지 않는 행위라고 정황적으로만 파악이 되면 됩니다. 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, 특히 범죄로 구분되지 않는 조직 내 성희롱 사건의 경우 명시적인 동의가 없다면 모두 피해자가 원치 않았던 행위로 보는 것이 타당합니다.

예를 들어, 최근에는 직장 상사가 원치 않는 사적 만남을 제안하면서 발생하는 성희롱 피해가 잦고, 사건화되었을 때 행위자는 서로 원하는 만남이었다거나 개인적 친분관계 또는 연인관계에 있었다고 항변합니다. 이런 경우 원치 않았던 만남이었다는 것이 정황상 뒷받침 될 때 피해사실을 인정받을 확률이 높습니다. 예컨대 다른 이유를 들어 제안을 거절하였다거나(다른 선약이 있다거나 업무상 이유를 들어 제안을 거절) 애초 두 사람의 관계가 적절치 않은 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. 특히 겉으로 보았을 때 동의처럼 보일지라도 거부나 저항이 어려워 '부득이하게 동의'하였다면 그것은 곧 '강요'의 다른 이름일 뿐입니다. 피해자보다 더 큰 권력과 영향력을 가진 행위자는 명시적인 요구나 지시, 강요나 압박을 하지 않아도 피해자에게는 선택지가 없는 부득이한 동의가 될 수 있습니다. 사실 권력을 가진 자는 억지로 강요할 필요가 없습니다. 권력을 가진 사람의 심기를 거스르면 직장 생활이 힘들어지고, 다음 달이면 정규직 전환이 결정될 테고, 이번 출장 업무가 끝나면 TF팀 최종 라인업이 발표된다면 결국 '어쩔 수 없는 동의'라는 선택을 하게 될 것입니다. 그렇기 때문에 눈에 보이는 선택만으로 피해자가 동의한 것이라고 섣불리 판단해서는 안됩니다.

**② 성적 언동과 관련한 쟁점**

성적 언동인지 아닌지는 맥락에 따라 파악되어야 합니다.

판단의 대상이 되는 발언이 직접적으로 성적인(sexual) 표현이 아닐지라도 그 안에 성적인 의미가 내포되었거나 유추 또는 연상되는 경우, 맥락적으로 해석이 되는 경우도 포함이 됩니다. 신체적인 접촉의 경우에는 일반적으로 민감한 부위라고 생각되는 특정 신체 부위 외에 손목, 볼, 어깨, 머리 등의 경우에도 성적인 함의가 있다고 판단되기도 합니다. 상대방과의 관계나 접촉이 있기 전 어떠한 대화가 오고 갔는지, 접촉 이후에 서로 어떠한 행동을 하였는지 등을 살펴 성적인(sexual) 언동인지 아닌지를 판단합니다. 예컨대 피해자의 손목을 잡아 이끈 행위가 성적 언동인지

여부를 판단할 때, 손목을 잡아 이끈 행위 그 자체만을 두고 판단해서는 안됩니다. 만일 숙박업소에 함께 가자며 숙박업소에 갈 목적으로 피해자의 손목을 잡아 이끈 행위라면 성적인 동기가 포함되었다고 판단할 수 있습니다.

객관적인 행위 사실만으로 판단이 어려운 경우가 많습니다. 어떤 언동이 어떤 상황에서 벌어졌는지, 제3자가 보았을 때도 성적 불쾌감을 느낄만한 것이었는지를 판단해야 합니다. 예를 들어 회식 자리에서 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 사람들 반응, 평소 행위자와 피해자의 관계 등 사건의 전체적인 맥락 속에서만 파악될 수 있습니다.

**③ 합리적 피해자 관점과 피해자 중심주의**

직장 내 성희롱을 판단함에 있어 '피해자가 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느꼈는가'는 주관적 감정이므로 개인마다 다를 수 있어 직장 내 성희롱 판단 역시 주관성이 개입된다고 생각할 수 있습니다. 따라서 누구의 관점에서 그렇게 느낄 수 있는지를 객관적으로 판단하는 기준이 필요합니다. 이에 대하여 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 2017두74702판결). 이것이 바로 합리적인 일반 평균인의 관점이 아니라 합리적 피해자 관점이라는 것입니다.

직장 내 성희롱 발생 시 행위자와 피해자의 관계 등을 고려했을 때 피해자는 거부의사표시를 제대로 할 수 없고 사후 대처 등에도 매우 취약할 수밖에 없습니다. 이와 같은 특성을 고려하지 않고, 행위자의 의도를 선의로 해석하려 하거나 피해자의 태도를 문제 삼을 경우 성희롱 사실에 관한 판단보다 행위자와 피해자가 어떤 사람인가를 중심으로 판단을 하게 됩니다. 이 경우 취약한 피해자의 입장보다는 우월한 지위에 있는 행위자 또는 그 지위에 쉽게 감정 이입되는 성별의 입장에서 사건을 보게 됩니다. 그렇게 되면 피해자의 진술은 믿을 수 없다며 배척될 수도 있습니다. 피해자의 구체적이고 일관된 진술이 있다면 그것을 뒷받침할만한 정황상 근거들을 통하여 성립 여부를 판단할 수 있으므로, 사건을 상담하거나 조사할 때에는 합리적 피해자 관점에서 피해근로자 등의 진술을 충분히 청취하여야 합니다.

"피해자가 기분 나쁘다고 하면 다 성희롱이냐"라고 반문하기도 하고 때로는 피해자 역시 "내가 기분이 나쁘면 성희롱 아니냐"라고 묻기도 합니다. 이는 피해자 관점에서 성희롱 사건을 판단하여야 한다는 것에서 비롯된 오해입니다. 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 것입니다. 상담자는 '피해자가 느끼는 성적 불쾌감'을 피해자의 주관적 감정이 아닌 객관적 판단을 통한 답을 줄 수 있어야 합니다.

'피해자 중심주의'란 운동권 내부에서 발생한 성폭력 사건을 공개하고 대응해 나가는 과정에서 강조되었던 것입니다. '합리적 인간'이 곧 남성이었고, '일반 상식'이 곧 남성이 갖고 있는 남성 중심적인 상식이었던 당시에 사용되기 시작한 표현이었습니다. "피해자 중심주의"는 사건을 해석하는 데 있어 피해자 관점을 최우선으로 한다는 의미입니다. 따라서 "피해자 관점"이라고 명명하는 것이 더 정확할 것입니다. 지금은 많이 나아졌지만, 2000년대 초중반만 해도 '피해자 중심주의'라는 표현에 기대어 '피해자가 말하는 것이 모두 옳다.', '피해자가 가해자의 처벌 수위를 결정할 수 있는 권한이 있다'라고 오해하기도 했습니다. "피해자 중심주의"는 남성중심사회에서 여성의 경험과 판단이 배제되고 피해자의 진술이 증거가 없다며 배척되었던 현실에서 시작된 것입니다. 피해자 관점에서 사건의 맥락을 파악하고 해석해야 한다는 점을 적극적으로 표현했던 말입니다. 지금은 오해의 소지가 있었던 이 표현을 반성적으로 돌아보고, "피해자 관점"이라는 정확한 용어를 사용합니다. 입장을 바꿔보기 전에는 절대로 알 수 없는 사실, 특정한 행동에 대한 성별관점의 차이를 이해하는 것, 지금까지 축적된 여성의 경험과 역사 속에서의 피해의 기록들이 가진 힘에 권위를 부여하는 것이 바로 피해자 관점에서 사건을 판단한다는 것입니다.

**④ 직장 내 성희롱 판단 시 성인지 감수성을 잃지 않는다는 것의 의미**

'성인지 감수성'이란 남녀가 서로 다른 경험을 한다는 인식하에 특정 개념(언어, 행동 등)이 특정 성에 유리하거나 불리하지 않은지, 특정 성에게 차별적인 결과를 낳거나 성역할 고정관념이 개입되어 있는지에 대해 검토할 수 있는 능력을 말합니다.

성인지 감수성을 잃지 않아야 한다는 것의 의미는 성희롱 성립 여부에 관한 더 객관적인 판단을 위하여 선입견을 최대한 배제하고, 피해자가 처한 상황과 사건 발생의 맥락을 짚는 과정에서 증언의 구체성, 일관성, 현장에서의 진술 태도, 정황 증거들을 최대한 종합하여 심증을 형성할 때 피해자 진술을 통념만으로 가볍게 배척하지 말라는 것입니다. 이와 관련하여 대법원은 "법원이 성희롱 관련 소송을 심리할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 '성인지 감수성'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"(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결)한다고 하였습니다. 따라서 우리 사회의 가해자 중심적인 문화와 인식, 구조 등으로 인해서 피해자가 자신의 피해 사실을 밝히고 문제 해결을 하는 과정에서 오히려 부정적인 반응이나 소문, 불이익 처우와 그로 인한 추가적인 정신적 피해 등 이른바 '2차 피해'를 입을 수 있다는 점을 유념하여 피해자 진술의 신빙성을 검토해야 합니다.

**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 통제 권한, 의사결정 권한 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)**

법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 '성인지 감수성'을 잃지 않아야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조). 그리하여 우리 사회의 가해자 중심적인 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 피해자가 성희롱 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 '2차 피해'를 입을 수 있다는 점을 유념하여야 한다. 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다. 이와 같은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.

**⑤ 행위자의 의도와 성희롱 성립 여부의 관계**

행위자에게 성적 의도가 있었는지 여부는 성희롱 성립 요건이 아닙니다. 직장 내 성희롱의 성립요건은 피해자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위여야 하므로 피해자가 그러한 불쾌감을 느꼈는지 아닌지가 중요합니다. 행위자가 성적 언동을 성희롱으로 인식하지 못하였거나 그 행위로 인해 피해자가 성적 불쾌감 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 근로 환경 악화에 더 악영향을 줄 수 있기 때문입니다. 행위자의 의도성은 징계수위를 결정하는 데에 참작할 수는 있지만, 성희롱 성립 여부를 결정하는 요건이나 판단 기준은 아니라는 점을 반드시 기억해야 합니다.

**⑥ 피해 사실의 증명**

성희롱 상담에서 성희롱 성립 여부 판단 이후 실제 대응을 하고자 할 때 가장 걱정이 되는 부분은 바로 '입증'입니다. 내담자의 진술은 신뢰하지만 아무런 증거도 없는데 정말 인정될 수 있을까를 상담자 자신도 자신할 수 없다면 성희롱 상담은 쉽게 끝나거나 일회성으로 끝나게 됩니다. 아시다시피 성희롱 사건에서 객관적인 증거 즉, 물적 입증자료나 목격담을 진술해 줄 증인은 거의 없습니다. 조직 내 성희롱·성폭력 사건의 특징상 그러합니다. 행위자 스스로 인정하지 않는 한, 사실관계의 확인을 통한 피해 사실의 인정은 우리가 또 한 번 넘어야 하는 산입니다.

조사 과정에서 행위자가 그런 일이 없다고 하거나 기억이 나지 않는다고 하였을 때, 다시 피해자에게 "그런 일 없다는데? 증거 가져와 봐!"라고 해서는 안 됩니다. 성희롱 피해가 허위가 아닌 한 피해자는 자신이 그와 같은 경험을 하지 않고서는 상세하게 진술하기 어렵습니다. 피해자는 전후의 상황과 맥락, 자신이 취한 행동이나 상대방의 반응 등을 매우 자세하고 기억하고 있습니다. 바로 이와 같은 구체적인 진술을 뒷받침하고 있는 정황 등을 상담자가 포착하는 것이 중요합니다.

인권위는『국가인권위원회 성희롱 진정사건 백서』, 2012, p.61에서 ① 당사자 간 진술에 비추어 성희롱 사실이 명백한 경우에는 특별한 판단 자료나 기준을 별도로 설시하지 않고 곧바로 사실관계를 인정하고 있고, ② 당사자들의 진술이 엇갈리는 경우 피해자가 성희롱 사실을 일관되고 구체적으로 진술하거나 ③ 당시 상황에 대한 참고인의 구체적 진술이 있는 경우에 성희롱 사실을 인정하고 있습니다. 또한 ④ 행위자의 언동 당시 피해자의 반응과 그 후의 상황에 대한 피해자의 행동(주위 사람에게 얘기한 사실, 일기장 등 기록, 퇴직, 정신과 치료 등)을 고려하고 ⑤ 행위자의 사후 태도나 ⑥ 행위를 하기 전의 평소 언행(진정 내용 외에도 다른 시점에 다른 사람에게 유사한 언동을 한 일이 있는지) 등도 사실인정의 근거로 삼고 있습니다. 바로 이와 같은 점을 유념하여 상담과정에서 내담자가 자신의 피해를 신고할 수 있다는 자신감을 심어주고 자료를 수집할 수 있도록 안내하여야 합니다.

무엇보다 성희롱 피해사실을 증명한다는 것은 추호의 의혹이 없는 정도의 입증을 의미하는 것이 아닙니다. 직간접적인 증거, 정황을 바탕으로 그와 같은 사실이 있었다는 점을 부인할 수 없는 정도의 개연성이 확인되면 성희롱 피해사실은 인정될 수 있습니다. 사실관계 주장이 불일치하거나 물증이 희박함에도 피해자의 주장이 인정된 판례들이 있으니 인정 근거와 맥락을 잘 이해할 필요가 있습니다.

**관련 판례**

성희롱을 사유로 한 징계처분의 당부를 다투는 행정소송에서 징계사유에 대한 증명책임은 그 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있다. 다만 민사소송이나 행정소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 없어야 한다는 자연과학적 증명이 아니고, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합적으로 검토하여 볼 때 어떤 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이면 충분하다. 민사책임과 형사책임은 지도이념과 증명책임, 증명의 정도 등에서 서로 다른 원리가 적용되므로, 징계사유인 성희롱 관련 형사재판에서 성희롱 행위가 있었다는 점을 합리적 의심을 배제할 정도로 확신하기 어렵다는 이유로 공소사실에 관하여 무죄가 선고되었다고 하여 그러한 사정만으로 행정소송에서 징계사유의 존재를 부정할 것은 아니다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결).

증거의 증명력에 대한 법관의 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다 할 것인바, 여기에서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결)

강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는

물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 섣불리 단정하여서는 아니 된다.
강간죄에서 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에 피고인의 진술이 경험칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다고 하여 그것이 공소사실을 인정하는 직접증거가 되는 것은 아니지만, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다(대법원 2018. 10. 25. 선고, 2018도7709).

### (5) 직장 내 성희롱 금지법

직장 내 성희롱은 인권침해이고, 법률에서 금지하고 있는 불법행위입니다. 또한 근로자의 근로 환경을 악화시키고 심한 경우 피해근로자가 어쩔 수 없이 직장을 그만두게 되는 등 심각한 정신적·신체적·경제적 피해를 발생시키기도 합니다. 이런 이유로 직장 내 성희롱 관련 법률의 취지는 피해근로자의 노동권을 보호하고 침해된 권리를 회복시키며, 안전하고 성평등한 직장 문화를 구축하는 것입니다. 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 있으므로 직장 내 성희롱을 예방할 책임을 부담합니다. 그래서 판례는 성희롱 행위자뿐 아니라 사업주에 대하여도 민법상 불법행위에 따른 손해배상 책임(제750조), 행위자의 성희롱 행위에 대한 사용자로서의 책임(제756조)을 인정하고 있습니다.

**① 사업주의 직장 내 성희롱 금지 의무(남녀고용평등법 제12조, 제39조제1항)**

사업주, 상급자, 근로자는 직장 내 성희롱을 하여서는 안 됩니다. 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. 통상 사내 처리 절차를 통하여 행위자에 대한 징계 등의 조치 결과를 지켜본 뒤에 형사 고소 또는 민사소송을 진행하거나 병행하는 것이 좋겠습니다. 이와 같은 대응은 사건의 내용과 특징에 따라 다르므로 일반화시키는 어렵고 상담의 내용에 따라 상담자가 판단해야 할 것입니다.

**② 사업주의 직장 내 성희롱 예방 교육 의무(남녀고용평등법 제13조, 제39조제2항)**

가) 교육할 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 원 이하의 과태료가 부과됩니다. 성희롱 피해자의 상담을 할 때는 반드시 성희롱 예방 교육 시행 여부도 함께 확인하여, 노동청에 진정하는 경우 법 위반 사항을 함께 진정하는 것이 좋겠습니다. 참고로 '파견근로자보호 등에 관한 법률'에 따라 파견근로가 이루어지는 사업장에서 직장 내 성희롱 예방 교육은 사용사업주가 실시합니다.

나) 교육을 받을 의무

사업주는 물론 이사, 임원 등 사용자 지위에 있는 사람들도 교육을 받아야 합니다. 이사, 전무 등이 예방 교육에 불참할 경우 회사는 예방 교육 의무를 다하지 않은 것으로 보아야 합니다. 어느 정도 규모가 있는 회사는 관리자 교육을 별도로 시행하는 것이 좋습니다.

다) 교육의 내용을 게시할 의무

사업주는 성희롱 예방 교육의 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 성희롱 예방지침 마련 및 게시의 의무

직장 내 성희롱 예방지침을 마련하고 사업장 내 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시하거나 갖추어 두고 있어야 합니다.

**Tip. 직장 내 성희롱 예방 교육의 내용(남녀고용평등법 시행령 제3조제2항)**

- 성희롱 관련 법령
- 성희롱 발생 시 처리 절차와 조치 기준
- 성희롱 피해근로자의 고충 상담 및 구제절차
- 성희롱을 한 자에 대한 징계 등 제재 조치
- 그 밖에 직장 내 성희롱 예방에 필요한 사항

**③ 성희롱 발생 시 조치 의무(법적 책임)**

가) 누구든지 신고 가능

사업장에서 성희롱이 발생한 경우 피해근로자는 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 관해서만 책임을 졌으나, 앞으로는 어떤 경위에서든 성희롱 사건의 발생을 알게 되면 회사는 이를 반드시 처리하여야 합니다. 사업주는 피해근로자 등에 의한 신고는 물론 목격자나 성희롱 피해에 대한 고충, 청취자의 제보나 사내외 소문 등 다양한 경위로 인지한 성희롱 사건에 대하여도 지체없이 조사하여야 합니다. 또한 부서 책임자 이상의 지위에 있는 자가 성희롱 발생 사실을 알았다면 사업주도 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 있으므로 이를 성희롱 사건으로 접수, 조사하여야 합니다. 위반 시에는 500만 원 이하의 과태료 처분이 내려집니다.

다만 피해자의 직접적인 신고가 아닌 사건은 당해 피해자의 의견을 충분히

든고 해당 사건이 피해자의 의사에 반하여 처리되지 않도록 신중히 처리하여야 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 합니다. 피해자가 거부한다는 이유만으로 해당 사건이 무마되지 않도록 노력하여야 합니다. 따라서 각 사업장의 고충처리담당자들은 익명 신고 사건이나 인지 사건의 경우에는 좀 더 세심한 상담과 조사, 처리 과정에 대한 숙고가 필요합니다.

다) 조사 시 피해자에 대한 성적 굴욕감 또는 혐오감 유발 금지의 의무

사업주는 조사 과정에서 피해근로자 등에게 부적절한 질문이나 요구, 강요, 회유 등 성적 불쾌감을 유발하여서는 안 됩니다. 직장 내 성희롱 조사 및 조치의 목적은 피해근로자 등의 침해된 권리회복에 있으므로 사업주는 그 처리 과정에서 추가로 피해가 발생하지 않도록 각별히 주의하는 것이 당연히 필요합니다. 위반 시에는 500만 원 이하의 과태료 처분이 내려집니다.

라) 조사 기간 중 피해자 등에 대한 보호조치 의무

피해자는 이미 성희롱으로 인해 정신적·신체적·업무상 피해를 입은 상황에서 조사가 진행되는 동안 행위 지목자와 동조자에 의해 추가 피해가 발생하는 경우가 많습니다. 따라서 피해근로자는 심신안정과 추가 피해예방을 위한 보호조치를 사업주에게 요구할 수 있고, 사업주는 성희롱 사건 조사 기간동안 근무 장소 변경, 유급휴가 부여등 적절한 조치를 하여야 합니다.

이와 같은 조치는 피해 근로자등의 의사에 반해서는 안됩니다. 사업주의 조사 편의 또는 행위자를 보호하기 위한 방편으로 활용되어서는 안 되며, 피해 사실에 대한 고충 처리 과정에서 피해자 보호라는 원칙과 취지에 맞게 활용되어야 합니다.

**Tip. 피해근로자와 피해근로자 등의 차이**

직장 내 성희롱 발생 시 사업주의 조치 의무를 규정한 남녀고용평등법 제14조에서는 피해근로자와 피해 주장자(피해 사실에 대한 고충 상담신청 또는 신고를 한 자)를 포함하여 조사 과정에서 성적 불쾌감 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.

마) 성희롱 발생 확인 시 피해자 요청에 따른 피해자 보호 조치의 의무

성희롱 사건 조사 결과 관련 사실이 확인된 경우, 피해근로자가 요청하면 근무 장소의 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 합니다. 위반 시 500만 원 이하의 과태료를 부과하게 됩니다.

바) 성희롱 발생 확인 시 행위자 징계 등 필요한 조치

성희롱 사건 조사결과 관련 사실이 확인된 경우, 지체없이 행위자에 대하여 내부에 마련된 취업규칙 또는 성희롱 예방지침 등의 규정에 따라 징계, 근무 장소 변경, 재발 방지 교육 이수 명령 등 필요한 조치를 하여야 합니다. 이를 위반한 경우 500만 원 이하의 과태료를 부과합니다.



사) 행위자에 대한 조치 전 피해자 의견 청취 의무

행위자에 대하여 조치를 취하기 전, 그 조치에 관하여 피해근로자의 의견을 사전에 반드시 청취해야 합니다. 이는 성희롱 사건의 처리와 해결이 피해자 입장에서 합리적이고, 적절한 수준에서 필요한 조치로서 이루어지게 하기 위한 것입니다.

사전 피해자 의견 청취의 취지는 사업주의 조치에 대해 피해근로자에게는 불복할 방법이 없기 때문에 피해자의 권리를 회복할 수 있는 방식으로 문제를 해결하기 위한 것이지 피해자의 의견이 모두 수용되어야 한다는 의미는 아닙니다. 따라서 상담 시에도 이를 분명하게 설명하여 피해근로자가 오해하지 않도록 하는 것이 필요합니다. 예컨대 회사는 관련 법과 사규에 따라 행위자를 징계해야 하는데 피해자가 행위자 징계를 원치 않는다고 해도 그대로 따라야 하는 것은 아니며, 반대로 피해자가 원하는 수준의 징계나 조치를 회사가 반드시 시행하여야 하는 것도 아님을 서로 이해하고 있어야 합니다.

따라서 사업주는 피해근로자의 의견을 청취하여 피해자 권리회복과 조직규범 확립이라는 원칙에서 피해자가 원하는 방향과 피해자가 납득할 수 있는 수준으로 조치가 이루어지도록 해야 하며, 상담과정에서 이를 잘 설명하여야 합니다. 행위자에 대한 조치 전 피해자 의견 청취 의무 위반 시 500만 원 이하의 과태료를 부과합니다.

피해자의 의견 청취는 성희롱 성립 여부를 판단하는 성희롱 고충심의위원회에 참석하여 진술하게 하는 것으로 가능하고, 별도의 면담을 통하여 의견을 청취할 수도 있습니다. 사업장의 고충 처리담당자는 이에 대하여 별도의 기록을 남겨두고, 피해근로자 등에게 내용에 관한 확인을 받아두는 것이 좋습니다.

아) 비밀 유지 의무

사업주는 성희롱 발생 사실을 조사하는 과정에서 피해근로자 등의 의사에 반하여 해당 내용이 다른 사람에게 누설되지 않도록 하여야 합니다. 비밀유지 의무는 성희롱 발생 사실을 조사한 사람, 조사 내용을 보고 받은 사람, 그 밖에 조사 과정에 참여한 사람 모두에게 해당됩니다. 관련 사실이 누설되는 것을 막기 위해서는 조사자, 관리자, 조사 대상자 모두에게 사전에 비밀유지 서약서 등을 걷고 그 내용을 반드시 알려 조사 및 처리 과정 전반을 신중하게 관리하여야 합니다. 비밀누설 시에는 관련 법규 및 내부 규정에 따라 처벌 또는 징계를 받을 수 있다는 사실을 알려 2차 피해를 예방하는 것이 필요합니다.

다만 조사와 관련된 내용을 사업주에게 보고하거나 관계 기관의 요청에 따라 필요한 정보를 제공하는 경우는 제외합니다. 따라서 조사 이전의 상담 단계에서는 사업주의 요구나 강요가 있더라도 비밀을 유지해야 합니다. 만약 사업주가 성희롱 가해자인 경우 고충처리담당자는 성희롱 피해사실을 사업주에게 반드시 보고해야 할 의무는 없습니다.

피해근로자의 의사에 반하여 이와 같은 사실이 누설된 경우, 피해근로자는 해당 사실을 근거로 하여 사업주를 상대로 관할고용노동청에 진정할 수 있으며, 위반 시 500만 원 이하의 과태료가 부과됩니다.

자) 고객 등 제3자에 의한 직장 내 성희롱 피해자에 대한 보호 조치 의무

사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 제3자의 성희롱으로 인하여 피해근로자가 고충해소를 요청한 경우 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 합니다. 위반 시 300만 원 이하의 과태료가 부과됩니다. 이전에는 위반 시 제재규정이 없어서 본 조항의 실효성이 없었으나 현행법에서는 위반 시 규정에 따라 피해근로자에 대한 보호가 강화되었습니다.

차) 피해자 등에 대한 불리한 처우 금지 의무

사업주는 성희롱 피해자, 피해주장자(성희롱에 피해에 관하여 판단 및 조치를 구하는 신고를 한 근로자), 신고자에 대하여 성희롱 행위자에 대한 보호조치를 해야 하고 이들에게 불리한 처우를 하는 것은 금지됩니다. 위반 시 3년 이하 징역 또는 3,000만 원 이하 벌금형에 처하게 됩니다.

불리한 처우란 다음과 같습니다.

- 파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분상실에 해당하는 불이익 조치
- 징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한 등 부당한 인사 조처
- 직무 미부여, 직무재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치
- 성과평가 또는 동료평가 등에서 차별이나 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급
- 직업능력 개발 및 향상을 위한 교육훈련 기회의 제한
- 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언 등 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위를 하거나 그 행위의 발생을 방치하는 행위
- 그 밖에 신고를 한 근로자 및 피해근로자 등의 의사에 반하는 불리한 처우

만일 피해자, 피해주장자, 신고자가 부당한 해고, 징계, 인사처분을 당하면 노동위원회에 구제신청을 할 수 있으며, 관할 고용노동청에 진정 또는 고소를 제기할 수 있습니다. 그리고 사업주는 고객 등 제3자의 성희롱 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구에 불응한 것을 이유로 근로자에게 불이익 조치를 취할 수 없습니다. 이에 위반 시 500만 원 이하의 과태료가 부과되고 피해근로자 등은 자신이 받은 고용상의 불이익한 처분이 노동위원회 구제대상이 될 때에는 구제신청을 할 수 있습니다.

**관련 법률 – 남녀고용평등법 제14조(직장 내 성희롱 발생 시 조치)**

① 누구든지 직장 내 성희롱 발생 사실을 알게 된 경우 그 사실을 해당 사업주에게 신고할 수 있다.

② 사업주는 제1항에 따른 신고를 받거나 직장 내 성희롱 발생 사실을 알게 된 경우에는 지체 없이 그 사실 확인을 위한 조사를 하여야 한다. 이 경우 사업주는 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자(이하 “피해근로자등”이라 한다)가 조사 과정에서 성적 수치심 등을 느끼지 아니하도록 하여야 한다.

③ 사업주는 제2항에 따른 조사 기간 동안 피해근로자등을 보호하기 위하여 필요한 경우 해당 피해근로자등에 대하여 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사업주는 피해근로자등의 의사에 반하는 조치를 하여서는 아니 된다.

④ 사업주는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 성희롱 발생 사실이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다.



⑤ 사업주는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 성희롱 발생 사실이 확인된 때에는 지체 없이 직장 내 성희롱 행위를 한 사람에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사업주는 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 직장 내 성희롱 피해를 입은 근로자의 의견을 들어야 한다.

| 의무 | 근거 법조문 | 위반 시 제재 |
|---|---|---|
| **(1) 성희롱 금지 의무** | 법 제12조<br>법 제39조제1항 | 1,000만 원이하 과태료 |
| **(2) 성희롱 예방교육 실시 의무** | | |
| ① 매년 1회 이상, 사업주 및 근로자 모두 이수 | 법 제13조제1항<br>법 제39조제2항제1호의2 | 500만 원이하 과태료 |
| ② 성희롱예방교육의 내용을 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시 또는 비치 | 법 제13조제3항<br>법 제39조제2항제1호의3 | 500만 원이하 과태료 |
| ③ 성희롱 예방 교육을 위탁하여 실시하는 경우, 성희롱 예방 교육 기관에 성희롱 예방 교육의 내용, 방법 및 횟수 등에 관하여 미리 알려 그 내용이 포함되도록 하여야 함 | 법 제13조의2제2항 | 없음 |
| ④ 직장 내 성희롱 예방지침을 마련하고 사업장 내 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시 | 법 제13조제4항<br>시행규칙 제5조의2 | 없음 |
| **(3) 성희롱 발생 시 조치의무** | | |
| ① 성희롱 사건 신고 또는 인지 시 지체없이 조사 | 법 제14조제2항<br>법 제39조제2항제1호의4 | 500만 원이하 과태료 |
| ② 조사기간 중 피해근로자 등 보호를 위해 근무장소 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치. 조치는 피해자의 의사에 반할 수 없음. | | 없음 |
| ③ 성희롱이 확인된 경우 피해근로자 요청시 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치 | 법 제14조제4항<br>법 제39조제2항제1호의5 | 500만 원이하 과태료 |
| ④ 성희롱이 확인된 경우 피해 근로자 의견을 청취하여 행위자에 대하여 징계, 근무장소 변경 등 필요한 조치 | 제14조제5항<br>법 제39조제2항제1호의6 | 500만 원 이하 과태료 |
| ⑤ 피해근로자등에게 불리한 처우 금지 | 법 제14조제6항<br>법 제37조제2항 | 3년 이하 징역 또는<br>3,000만 원이하 벌금 |
| ⑥ 조사과정 참여자의 비밀 누설 금지 | 법 제14조제7항<br>법 제39조제2항제1호의7 | 500만 원 이하의 과태료 |
| ⑦ 고객 등 성희롱에 대한 적절한 조치(근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등) | 제14조의2제1항<br>법 제39조제3항제1호의2 | 300만 원 이하의 과태료 |
| ⑧ 고객 등 성희롱 피해근로자에 대한 불이익 조치 금지 | 법 제14조의2제2항<br>법 제39조제2항제2호 | 500만 원 이하의 과태료 |

| (4) 분쟁의 자율적 해결 의무 | | |
|---|---|---|
| ① 직장 내 성희롱 처리 절차와 조치 기준 | 법 제13조제1항<br>시행령 제3조제2항 | 없음 |
| ② 직장 내 성희롱 상담 및 구제절차 | | 없음 |

표4 남녀고용평등법에서의 사업주 의무와 위반 시 제재

# 2 직장 내 성희롱·성폭력 피해 상담

### (1) 성희롱·성폭력 상담의 특징과 유의점

직장 내 성희롱이 형법상 성폭력 범죄가 아니라 해도 넓은 의미에서는 성적 자기결정권을 침해하는 성폭력(젠더폭력)으로 이해되어야 합니다. 법률상 성희롱 요건을 갖추었는가, 법률상 성폭력 범죄 행위에 해당하는가는 관련 법률이 정하고 있는 처벌 기준의 적용 또는 구제절차를 밟을 수 있는지 여부, 사용자에게 징계 의무가 발생하는지 여부를 구분하는 기준일 뿐입니다. 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 아닌지 등을 판단하여 대응할 수 있어야 합니다. 법률상 성희롱, 성폭력으로 인정되지 않는다고 해서 그러한 행위가 우리 사회에서 용인되는 것으로 해석되어서는 안 됩니다. 따라서 피해자가 항상 묻는 "성희롱이냐 아니냐"를 법적인 요건과 판단 기준으로만 국한하여 판단하고 답변하기보다는 조직 내에서 문제를 제기하고 재발 방지를 위하여 필요한 조치를 요구할 필요가 있는지를 폭넓게 보고 상담할 수 있어야 합니다.

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. 즉, 자신이 진정으로 원하는 것이 무엇인지를 찾을 수 있게 돕고, 그 목적을 달성할 방법을 함께 찾아 나가는 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? 문제를 제기해도 되는 일인가?"라는 뜻입니다. 그렇다면 내담자가 궁금한 것은 "어디에 어떻게 문제를 제기해야 하는가?"라는 대응방법에 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, 증거는 있는지 등에 따라 대응할 수 있는 방법은 매우 다양합니다. 중요한 것은 내담자가 문제를 제기하고자 하는 이유와 목적을 파악하는 것입니다. 내담자의 질문 뒤에 숨어 있는 욕구를 알아내고, 내담자가 원하는 바를 달성할 수 있는 다양한 대처방법 중 한두 가지를 스스로 선택할 수 있도록 독려하는 과정이 바로 성희롱 상담입니다. 이 점이 다른 노동 상담과 차이라고 할 수 있습니다.

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 있게 하려고 질문하는 것입니다. 그 과정을 통해 내담자는 자신이 원하는 바를 인지하고, 자신이 현재 놓여 있는 환경에 대하여 정확하게 이해하고, 어떤 대처방법이 좋을지 또는 스스로 감당할 수 있을지 의사결정을 할 수 있게 됩니다.

### (2) 상담의 기본자세와 역량 강화

① 공감

내담자들의 성희롱 피해 경험은 스펙트럼이 매우 다양합니다. 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 것입니다. 이와 같은 막연한 선입견이 상담자에게도 은연 중에 작동할 수 있습니다. 이 선입견은 피해자에 대한 공감을 방해하는 요인입니다. 상담자는 피해자가 겪는 사건 자체에 대해 평가를 하기보다는 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 주저앉아서 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.

② 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 상담기관의 경우 이와 같은 원칙이 당연한 원칙이기에 내담자 역시 이를 당연히 전제·신뢰하고 상담을 하지만, 사내 고충 상담원이나 관리자들은 비밀유지의무를 모르는 경우가 여전히 있습니다. 상담이나 조사 과정에서 비밀유지가 지켜지지 않아서 개인의 판단이나 편견이 들어간 이야기들이 소문으로 돌면 피해자는 처음 피해보다 더 큰 피해를 입게 됩니다. 비밀유지의무위반은 법률로써 규율하는 대상이며 내용에 따라 그 자체가 성희롱으로 성립되거나 2차 피해가 되기도 합니다. 하지만 중요한 것은 이와 같은 일이 벌어지지 않도록 미리 방지하는 것입니다. 조직의 관리자나 고충 처리담당자에게 대하여 반드시 사전에 교육하고 이 점을 강조할 필요가 있습니다.

③ 사실관계의 구체적인 파악과 피해자의 피해 및 요구사항에 대한 정확한 파악

직장 내 성희롱 상담은 간단히 끝날 수 없는 상담입니다. 기본적인 피해 경험에

관한 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, 근속연수, 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 문제를 제기하여 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.

④ 위로자, 지지자, 변화 촉진자의 역할

내담자가 말하는 내용 이면에 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 없을 때도 있지만, 대부분은 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 두 가지라도 내담자가 수용 가능하고 실행가능한 방법을 찾는 것이 쉬운 포기보다는 훨씬 낫습니다. 그러기 위해서 상담자는 해결방법을 제시하기보다 해결 과정의 주체가 내담자임을 끊임없이 알려줌으로써 피해를 위로하고 그들의 용기와 바람을 지지하는 촉진자 역할을 해야 합니다.

⑤ 내담자 스스로 해결책을 찾을 수 있도록 조력

해결책은 상담자가 제시하는 것이 아닙니다. 내담자마다 겪은 피해 경험과 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 내담자 스스로 가지고 있는 답을 찾아낼 수 있도록 도와야 합니다.



### (3) 성희롱 성립 여부 판단 시 발생하는 쟁점들

① 원치 않은 행위

원치 않은 행위에 대한 편견으로 인해 피해자는 2차 피해를 입기 쉽습니다. 낮은 성인지 감수성과 피해자다움에 대한 편견, 성희롱 사건을 가십으로 소비하는 문화 등으로 인한 것입니다. 이에 관하여는 앞서 1. 직장 내 성희롱 성폭력에 대한 이해 부분 중 (4)직장 내 성희롱 판단시 유의 사항 부분에서 상세하게 설명하였으니 해당 부분을 다시 한번 숙지하시기 바랍니다.

② 외모에 대한 평가

“예쁘다고 칭찬한 것도 성희롱이 되냐”, “뚱뚱해졌다고 하면 성희롱이고 살이 빠졌다고 하면 칭찬이냐, 듣는 사람 기분에 따라 판단이 달라지는 거냐”, “누가 말하느냐에 따라 칭찬이 되기도 하고 성희롱이 되기도 한다면 도대체 칭찬을 하라는 거냐 말라는 거냐”라고 말하는 경우도 있어서 외모에 대한 칭찬이나 단순한 평가가 성희롱인지 여부를 헷갈려 할때가 있습니다. 통상 신체나 외모, 몸매에 대하여 성적인 비유나 평가를 하는 발언을 성희롱으로 판단합니다. 칭찬인지 여부에 따라 판단하거나 듣는 사람이 기분 여하에 따라 달라지는 것이 아니라, 해당 발언의 맥락이나 상황 또는 발화자의 의도, 발언의 관용적 표현 속에 담긴 의미 성적인 의미 또는 성적 대상화 여부, 성적 서비스 제공자로 대하는 표현인지 등을 살펴보아야 합니다. 특히 여성의 외모에 대한 칭찬은 공식적인 자리이든 비공식적인 자리이든 상호 분위기를 편안하고 자연스럽게 만들기 위한 도구로 사용되곤 합니다. 여성을 능력이나 지위 등 업무 관련한 것이 아닌 외모로 칭찬하는 것의 이면에는 ‘여성은 꽃’, ‘여성의 외모도 능력’, ‘여성은 남성을 기분 좋게 하기 위한 여자다움이 필요하다’ 라는 성차별 인식이 숨어 있습니다. 그렇기 때문에 여자만 있는 테이블에 가서 “여기는 꽃밭이네”라고 말한다거나 “여자는 예쁘면 일은 좀 못해도 돼”, “여자가 그런 자리에서 화장하는 게 기본 중에 기본이지”, “치마 입으니까 예쁘다”, “그렇게 딱 붙는 거 입고 다녀” 라는 등의 발언은 그 맥락 속에 여성을 성적 대상화하는 성차별적 고정관념이 포함되어 있으므로 성희롱이 됩니다.

③ 피해자의 감정과 제3자의 감정 또는 조직적 판단과의 불일치

그런데 논란이 될 수 있는 상황이 있습니다. 예를 들어 회식 자리에서와 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 피해 당사자가 “성적 불쾌감을 느끼지 않았고 문제 삼지 않겠다”라고 하는 경우 논란이 발생할 수 있습니다. 제3자가 보았을 때 성희롱 상황이었다고 할지라도 해당 경험을 한 근로자가 원하는 상황이었다고 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, 성희롱 사건으로 처리하지 않는 경우에 있어서도 조직이 해당 사건에 대하여 규율할 필요가 있는지 여부 등은 충분히 고려해야 할 지점입니다.

④ 성희롱 행위에 대한 구체적인 해석

성희롱 행위 유형은 굉장히 다양합니다. 통상적으로 육체적 성희롱, 언어적 성희롱, 시각적 성희롱, 기타 성희롱 행위 등으로 분류할 수 있으나, 그 유형은 중첩되기도 하며 어느 하나로 묶이기 어려운 유형 또한 있습니다. 또한 누가 봐도 성희롱인 경우보다는 좀 더 상황과 맥락을 파고들어야 하는 경우도 있고, 그것이 왜 성희롱에 해당하는지를 구체적으로 설명해주어야만 아는 경우도 있습니다. 즉 직관이 통하지 않는 사례들이 생각보다 많다는 것입니다. 남녀고용평등법 시행규칙 별표에 나와 있지 않은 다음의 유형을 보면서 다음의 사례들이 왜 성희롱이 되는지 그 이유를 생각하여 누군가에게 설명해보는 것도 성희롱·성폭력 상담에 도움이 될 것입니다.

| 유형 | 개념 | 예시 |
|---|---|---|
| 육체적 성희롱 | 상대의 의사와 상관없이 신체적으로 접촉하거나 특정 신체 부위를 만지는 행위 | • 업무 과정에서 격려한다는 핑계로 머리나 등을 쓰다듬거나 엉덩이를 툭툭 치는 행위<br>• 손금을 봐준다면서 손을 끌어당겨 손을 주물럭거리거나 손깍지를 끼는 행위<br>• 허리를 잡고 다리를 만지는 행위<br>• 안마해준다며 어깨를 만지는 행위<br>• 업무를 보고 있는데 의자를 끌어와 몸을 밀착시키는 행위<br>• 모텔에 가서 술 한잔 더 하고 가자면서 손을 잡고 억지로 끌고 가는 행위<br>• 술에 취하여 몸을 가누지 못해서 부축한다면서 특정 신체 부위를 밀착하여 잡고 걷는 행위<br>• 네일아트한 손톱이 예쁘다면서 만지는 행위<br>• 셀카 등을 찍기 위해 좀 더 밀착해야 한다면서 얼굴을 맞대거나 신체 부위를 끌어당기는 행위 |
| 언어적 성희롱 | 상대의 의사와 상관없이 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?”<br>• “카톡 프로필 사진 정말 이쁘다. 설렌다”<br>• “오늘 치마 입고 왔네? 남친이랑 어디 가니? 불금이라고 오늘 외박해?”<br>• “어제 또 야동 봤지?”<br>• “남자는 허벅지가 튼실해야 하는데, 좀 부실하다.”<br>• “아기 낳은 적 있어? 무슨 잔머리가 이렇게 많아? 아기 낳은 여자랑 똑같아”<br>• “술집여자같이 그런 옷차림이 뭐야?”<br>• “그렇게 살이 쪄서 연애(또는 결혼)는 할 수 있겠어?”<br>• “나는 다시 태어나면 너와 같은 사람과 결혼하고 싶어.”<br>• “남녀 둘이 그렇게 출장 다니면 위험해. 세상에 아이러니하게도 제일 무서운 사람이 힘이 약한 여자라니까. 조심해.”<br>• “비서실 ○○씨처럼 저렇게 짧은 치마 입고 다니면, 저러면 팬티가 다 보여.”<br>• “피곤해 보이는데 어젯밤 남편하고 뭐했어? 남자 나이 50 넘으니 와이프 샤워하는 소리만 들어도 겁이 나.” |
| 시각적 성희롱 | 상대방의 의사와는 상관없이 눈으로 인지가 가능한 행동을 통해 성적 혐오감이나 불쾌감을 주는 것 | • 가슴이나 엉덩이, 다리 등 특정 신체 부위를 빤히 쳐다보는 것<br>• 컴퓨터 모니터로 야한 사진을 보여주거나 바탕화면, 스크린세이버로 깔아놓는 것<br>• 야한 사진이나 농담 시리즈를 카톡, 메신저 등을 통해 전송<br>• 다른 직원들 앞에서 자신의 바지를 내려 상의를 바지 속으로 넣는 것<br>• 원치 않는 윙크를 계속하는 것<br>• 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<br>• 퇴폐적인 술집에서 이루어진 회식에 참석을 종용하는 행위<br>• 거래처 접대를 해야 한다며 원치 않는 식사, 술자리 참석을 강요하거나 거래처 직원과의 만남을 강요하는 행위<br>• 회식 자리에서 상사 옆에 앉으라고 강요하거나 러브샷을 강요하는 행위<br>• 사적인 내용의 문자를 보내서 보내지 말라고 했더니 동료들 앞에서 인격적으로 무시하는 행위<br>• 보고 싶을 때마다 보려면 간직하고 있어야 한다며 사진을 보내라고 요구하는 행위<br>• 손님이 방문하면 알려달라는 의미로 윙크와 함께 “오빠 보고 싶으면 연락해.”라고 말하는 행위 |

표5 성희롱 유형

### (4) 내담자의 욕구 파악

성희롱 고충을 해결하기 위해 당사자에게 문제제기하고 사과받는 것에 그치지 않고, 상사 또는 회사에 알린다는 것은 자신의 피해를 외부화한다는 것입니다. 외부화를 한다는 것에서부터 피해자 스스로가 감당해야 할 몫들이 나타나기 시작하는 것입니다. 예컨대 익명이 아닌 당사자로서 자신을 밝히고 자신의 피해사실이 객관적으로 확인될 수 있도록 회사의 조사에 조력할 의무가 발생합니다. 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 스스로 잘 인식하고 이해할 수 있도록 조력하여야 하며, 때로는 하나하나 짚거나 구체적으로 언급하여 위에 언급한 내용들을 내담자에게 상기시킬 필요가 있습니다. 해결방법을 모색하는 과정에서 상담자가 가이드를 충실하게 해주어야겠지만, 최종적인 답 역시 내담자가 내려야 합니다. 상담자는 내담자가 내놓은 답이 정말 원하는 것인지를 확인하기 위해서 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. 문제 제기 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 이야기하고, 그것을 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.

### (5) 해결방안의 모색과 장단점 검토를 통한 선택

피해사실에 대한 주요한 개요, 확보할 수 있는 자료의 정도, 내담자의 요구, 사건 해결의

목적, 해당 조직의 규모와 수준 등을 고려하여 피해자의 구제 및 사건 해결을 위한 방법을 다각도에서 검토해야 합니다. 일반적으로는 사내 처리 절차를 안내하고 해당 조직의 규모와 특징, 전문성과 신뢰성 확보 가능성 등을 타진합니다. 만약 내담자가 조직 내부가 아닌 외부적 해결을 원한다면 각각의 특징과 장단점, 입증자료 준비의 정도, 진정(또는 처분) 결과의 수준 등에 대하여 안내하면서 상담자 자신도 가능성과 효과를 가늠해 볼 수 있어야 합니다.

### (6) 대응 전 준비와 사건 해결의 목적 공유

녹음(행위자 또는 목격자 등의 진술, 제3자가 들었을 때 사실관계에 대한 파악이 가능하고 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), 사실확인서나 진술서(자신의 성희롱 피해 고충에 대하여 청취한 동료나 가족들의 확인서), 문서(행위자에게 보낸 편지나 진정서, 고충 상담일지, 행위자의 사과문), 휴대전화 등을 이용한 성희롱인 경우 캡처본, 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 조사 과정에서 피해자 스스로 확보하지 못하는 자료들을 확보할 수도 있고, 피해자 보호와 관련한 조치들도 정당하게 요구할 수 있습니다.

### (7) 상담일지 기록의 중요성

상담자가 상담 후 기록하는 상담일지 역시 사건의 피해자가 자신의 피해를 입증할 때 매우 중요한 자료가 됩니다. 상담일지는 피해 사실을 진술함에 있어 구체적이고 일관성이 있는지 여부를 확인할 수 있고, 피해 사실이 존재했었다는 진술의 신빙성을 높여주는 자료가 되기 때문입니다. 따라서 성희롱 상담에 대한 상담일지 작성은 되도록 구체적으로 작성하고, 상담과정에서 내담자가 보인 반응이나 특징 등까지 상세하게 기록하는 것이 좋습니다.

| | |
|---|---|
| 1 | 내담자의 기본 신상 및 사업장의 현황 등 일반적인 기초정보 |
| 2 | 육하원칙에 입각한 사실관계 확인, 구체적인 말과 행동을 특정하여 사건개요 파악 |
| 3 | 업무 관련성이 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 |

표6 성희롱 상담 절차



## 3 사내 사건처리절차 진행에 따른 주요 쟁점에 대한 이해와 상담·지원

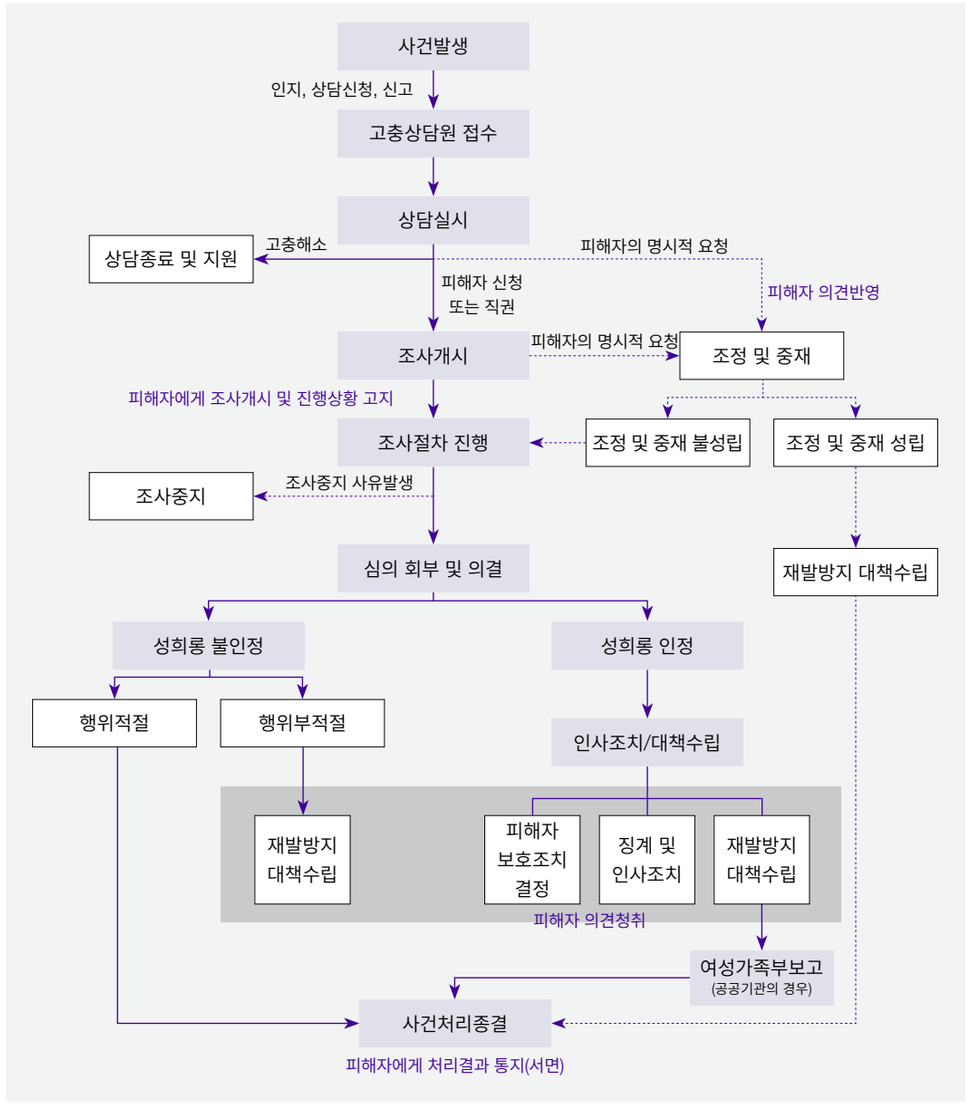



그림2 직장 내 성희롱·성폭력 사내 사건처리절차 흐름도

### (1) 신고인으로서 가져야 할 인식과 태도

직장 내 성희롱 사건을 사내에서 처리한다는 것은 피해자와 행위자가 법적인 당사자가 아니라 조직 구성원으로서 문제를 해결한다는 의미입니다. 행위자를 단죄하고 징계하는 것이 유일한 목적이나 최종 목적이 아니라 처리 과정을 통하여 구성원의 관계 개선과 신뢰의 회복, 조직문화 개선이 이어질 수 있도록 조직 구성원의 일부로서 사내 처리 과정에 참여하는 것이 중요합니다. 물론 그저 좋은 마음가짐과 태도만 취하고 안 되는 경우도 많지만 사내에서 성희롱 사건을 처리한다는 것의 의미를 피해자 스스로 잘 알고 있어야 조직에 책임을 정당하게 묻고 조직의 문제로 바라볼 기회가 될 것입니다. 피해자는 사건처리 전반에 대하여 자신의 권리를 잘 이해하고 있는 것이 필요하고 회사의 사후재발방지대책이나 피해자 보호에 관한 사항에 대하여도 적극적으로 고민하여 요구하는 것 또한 필요합니다. 상담과정에서 이런 점들이 피해자에게 잘 전달될 수 있도록 할 필요가 있습니다.

한편, 이와 같은 의미가 잘 전달이 되고 자신의 목표가 생겨야 자신이 문제 해결의 주체라는 사실 또한 받아들일 수 있습니다. 사내에 문제를 제기하는 것은 그 자체로 피해자 자신의 목표가 되는 것이 좋습니다. 행위자에 대한 징계 수준이 목표가 되거나 자신이 겪은 피해가 모두 성희롱으로 인정되는 것을 목표로 삼으면, 그 결과의 내용과 수준에 피해자의 상태가 종속될 가능성이 큽니다. 최선을 다해 용감하게 문제를 제기했음에도 불구하고 행위자에 대한 징계가 경미하거나 내가 주장한 피해가 일부 인정되지 않는 것에 대하여 불만족 또는 자책, 원망을 하게 됩니다. 때문에 상담자는 사내 처리 절차를 통해 해결하고자 하는 내담자에게 스스로 목표를 세울 것을 권하고, 목표는 곧 문제 제기 그 자체가 될 수 있도록 독려하는 것이 필요합니다.

### (2) 준비 단계

준비단계에서 가장 중요한 것은 자신의 피해를 잘 정리해내는 것입니다. 직접적인 입증자료가 없더라도 자신이 겪었던 피해를 구체적으로 잘 정리하고 이를 진술해 낼 수 있다면 성희롱이 인정될 가능성이 더 커집니다. 또한 그 과정을 통해서 자신도 미처 몰랐던 정황적 증거들이 나올 수도 있습니다. 그렇게 증거를 수집하고 조력자를 확보해 나가면 됩니다.

준비단계에서 자신의 피해를 될 수 있는 대로 시간 단위로 적어볼 때, 상담자가 이를 점검해주는 것이 좋습니다. 상담자가 객관적으로 이 사건에 대한 조사를 담당하고 있는 사람이라고 생각하고, 피해자의 진술서에 부족한 부분들을 질문해주고 그 답을 찾아 채워 나갈 수 있도록 도움을 주는 것입니다. 피해자 스스로 몰랐지만 객관적인 사실관계의 확인을 위해 중요한 부분이나 증거들이 나올 수 있습니다.

### (3) 상담 및 신고접수 단계

사내 규정이 확보되면 전체적인 처리 절차를 충분히 그려내 보는 것이 필요합니다. 전체적인 소요기간이나 일정도 미리 가늠해보고, 담당 부서와 담당자를 확인한 후에, 내부 양식에 따라 고충 상담신청서를 작성하여 제출하도록 합니다. 이때부터 피해자 자신도 최대한 비밀을 유지하도록 안내할 필요가 있습니다. 준비과정이나, 사건접수 이후 신고 사실이 알려지고 가해자가 알게 되어 2차 피해가 발생할 수 있기 때문입니다.



최초 고충 상담신청서나 사건조사신청서에 사건의 내용을 아주 상세하고 구체적으로 작성할 필요까지는 없습니다. 간단한 사건의 개요, 즉 성희롱 피해 유형이나 내용에 따른 구분과 사건 경위 정도를 작성하고, 피해자 보호 및 행위자 징계에 대한 사항, 재발방지대책 등 요구사항, 분리조치나 유급휴가 등에 관한 사항을 담는 것이 좋습니다.

회사 담당자와의 고충 상담 시에는 반드시 요구사항을 전달하고, 비밀유지와 신고인 보호에 관한 회사의 조치를 명시적으로 확인하고 필요한 증거자료(CCTV, 회사출입기록)를 요청합니다.

### (4) 조사 단계

조사 단계에서 제일 중요한 것은 본인의 피해 사실을 구체적이고 일관되게 진술하는 것입니다. 상담 단계에서 제출하지 않았거나 추후에 확보한 자료나 증거 등이 있다면 조사 과정에서 제출하되 자료는 반드시 원본을 남겨두고 사본을 제출하도록 안내합니다. 또한 조사 시 자신의 피해에 대하여 직간접적으로 진술해 줄 수 있는 참고인이 누가 있는지도 잘 고민하여야 합니다.

조사가 끝나면 담당자에게 이후 처리 절차가 진행되는지 확인하고, 사건이 종결될 때까지 진행 경과에 대하여 알려주지 않으면 연락하여 진행 상황에 대한 설명을 요구해도 된다고 안내해주시면 됩니다. 무엇보다 비밀유지에 대하여 다시 강조하고 2차 피해가 발생하거나 고충이 있다면 바로 상담 전화를 하여 미리 대비할 수 있도록 충분히 알려주시면 됩니다. 또한 사내 조사가 완결되기 전까지 언제든지 자신의 피해를 입증할 수 있는 자료 제출이나 추가 진술을 할 수 있다는 것도 안내해줍니다.

### (5) 종결단계 – 심의와 조치

회사의 규모와 특징에 따라 다르기는 하지만 일정한 규모가 되는 기업이나 공공기관 등은 사내 성희롱고충심의위원회와 인사위원회가 별도로 구성이 됩니다. 규정을 체크할 때 이와 같은 점을 확인하여 피해자도 미리 알 수 있게 해줍니다. 당사자들이 특별히 신청하지 않는 한 고충심의위원회에 당사자를 출석시키지 않는 경우가 있습니다. 별도의 조사자가 선임되어 객관적인 조사가 진행되었다면 심의위원들이 궁금한 사항에 대하여는 조사자가 질의 응답하기 때문입니다. 그럼에도 불구하고 피해자 본인이 직접 위원들에게 설명할 부분이 있다면 출석을 하겠다고 담당자에게 알려서 진술의 기회를 확보하라고 안내해주도록 합니다.

고충심의위원회에서 성희롱이 인정되면 행위자에 대한 조치 및 재발 방지 대책, 피해자 보호조치에 관한 사항을 의결하게 됩니다. 이 중 행위자에 대한 징계 등의 조치는 인사위원회를 개최하여 결정해야 하고, 만약 사내에 재심절차가 있다면 그에 소요되는 시간까지 감안하여 기다려야 한다는 것을 숙지시키도록 합니다. 가장 먼저 조사를 마친 신고인에게 이와 같은 일련의 과정은 아주 지난합니다. 규정상 나와 있는 처리 기한보다 길어져서 걱정과 불안감이 더 커지기도 합니다. 하지만 자신의 조사에 충실하게 임하고 나면 사실상 이미 손을 떠난 문제가 됩니다. 걱정과 염려가 결과를 바꾸거나 사건을 해결해주지 않습니다. 결과가 나올 때까지 걱정하는 내담자의 심리적 안정을 위해

조력해주도록 합니다. 심리상담 치유가 필요하다면 고용노동부가 지원하는 민간단체 고용평등상담실을 무료로 이용할 수 있음을 안내합니다.

### (6) 사후관리단계

성희롱 인정 여부, 행위자 징계 조치 여부 등에 대하여는 피해자로서 당연히 알 권리를 주장하도록 합니다. 조사결과 성희롱 사실이 확인되면, 근무 장소의 변경이나 배치전환, 유급휴가 등을 요구할 수 있고, 자신이 요구한 사항에 대하여 회사가 어떤 조치를 할 것인지 관하여도 물을 수 있습니다.

사건이 종결된 이후에도 사건이 끝나지 않는 일이 발생하기도 합니다. 형식적으로는 행위자를 징계하긴 했지만, 내부 구성원들과의 관계가 나빠져 회사 생활이 어려워지기도 하며, 2차 피해가 발생할 수도 있습니다. 상담자는 바로 이와 같은 점을 잘 확인하고 관리해줄 필요가 있습니다.

만약에 성희롱에 해당하지 않는다는 결정이 나온다면 고용노동부 등 외부기관을 통한 대응을 고려해 볼 수 있습니다. 성희롱으로 판단하지 않는 이유가 무엇인지에 따라 사후 대응방법이 달라질 수 있습니다. 가장 중요한 것은 우선 피해자의 요구와 의지입니다. 이를 잘 파악하여 사후 대응 방안을 모색하도록 합니다.

## 4 피해자 보호와 2차 피해

### (1) 피해자 보호의 원칙과 피해자 우선주의

사건을 처리하는 과정 또는 종결 후 가끔 회사 담당자들이 상담하는 경우도 있습니다. “피해자가 식사하러 왔다 갔다 하는 동안 엘리베이터에서, 식사 시 구내식당에서 가해자와 마주치는 것이 2차 피해라면서 점심시간을 다르게 해달라고 한다.”, “채용박람회에서 가해자가 취업준비생에게 회사를 설명하는 것을 보니 자격이 없는 것 같아 보인다면서 피해자인 내가 다 수치스러우니 중단시켜달라고 한다.”, “가해자가 공개 사과를 하지 않으면 언론에 알리겠다고 하면서 회사가 책임지라고 하는데 어떻게 하냐.”, “가해자 근무 부서 변경을 통해 분리조치가 이루어졌는데도 불구하고, 본인에 대하여 부서 이동조치를 해달라고 하면서 피해자가 원하는데 이유 없이 들어주지 않는 것은 2차 피해라고 한다.”는 등 신고인 또는 피해자가 특정한 조치를 요구하면서 2차 피해를 주장하는 난감한 상황들에 대한 것입니다. 이쯤 되면 피해자 보호의 원칙이 피해자 우선주의가 되어버리기도 합니다. 사내 담당자들은 어느 순간 자신이 책임져야 하는 상황이 두려워서 피해자의 요구를 무조건 들어주거나 피해자의 요구에 휘둘리기도 합니다. 이런 경우가 실제 사례에서 아주 많이 발생하는 것은 아니지만 가끔 상담자도 피해자를 보호하고 피해자의 의견을 청취하는 것과 피해자가 요구하는 것을 모두 들어주는 것을 구분하지 못하기도 합니다. 피해자가 원하는 것을 무조건 들어주는 것이 곧 피해자를 보호하는 것이거나 2차 피해를 예방하는 것은 아닙니다. 관련 법이 규정하고 있는 불이익조치의 내용을 잘 숙지하고 있어야 피해자의 주관적 감정이나 판단에 기인한 불만을 무조건 2차 피해와 연결하지 않을 수 있습니다.

### (2) 2차 피해의 유형과 발생원인

성희롱 피해자는 한 번의 성희롱 행위라 할지라도 성적 굴욕감 또는 혐오감으로 인한 정신적인 피해뿐 아니라 성희롱이 지속될 것에 대한 두려움과 불안감, 거부하지 못한 것에 대한 자괴감과 분노, 주변의 평판 악화와 소문 등으로 인한 총체적인 근로 환경 악화를 경험하게 됩니다. 성희롱을 거부하거나 문제 제기했을 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 방해가 되기도 합니다. 피해자 입장에서는 이들 피해가 분리되지 않고, 종합적인 결과로 드러나기 때문에, 사내에서 해결하는 과정도 더 큰 어려움을 겪게 됩니다. 따라서 상담과정에서 피해 사실에 대한 일정한 구분을 통하여 피해근로자가 심리적으로 안정되고, 사건을 객관적으로 들여다볼 수 있도록 지원할 수 있어야 합니다.

| 유형 | 사례 |
|---|---|
| ① 업무 또는 고용상 피해 | • 조직부적응을 이유로 피해자 징계(시말서, 경위서)<br>• 조력자에 대한 업무상 불이익<br>• 피해자에게 과도한 업무 부여 혹은 다른 업무 부여 혹은 과소부여<br>• 피해자 해고, 권고사직, 일방적 휴가 지시 |
| ② 주변인에 의한 피해 | • 주변으로부터 공감이나 지지 없이 의심을 받거나 참으라는 말을 들음<br>• 성희롱 피해자로 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<br>• 회사의 처리지연 또는 미조치<br>• 불이익 암시 등 회사가 성희롱을 축소, 은폐<br>• 회사가 행위자 편을 들거나 불공정한 조치<br>• 회사가 사건처리 과정에서 피해자 배제<br>• 회사가 행위자와 합의 강요, 행위자에게 사과 지시 후 사건 무마 및 종결<br>• 행위자 경징계 후 사건 종료 |
| ⑤ 정신적인 피해 | • 문제제기 후 스트레스, 불면증, 대인기피증 |
| ⑥ 기타 | • 피해자의 신상공개, 소문 |

표7 2차 피해 유형(출처: ‘성희롱2차피해 실태 및 구제강화를 위한 연구’, 국가인권위원회, 2015)

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 둠으로써 회사가 성희롱 문제 해결을 제대로 하지 않았을 때, 성희롱 피해자는 1차 성희롱 발생 이후에도 위와 같이 다양한 유형의 2차 피해를 경험하게 됩니다.

### (3) 남녀고용평등법상의 불이익 처우의 주요 내용

2018년 개정된 남녀고용평등법에서는 성희롱 피해사실을 신고한 근로자 및 피해근로자 등에 대한 불이익 처우의 유형을 매우 구체적으로 나열하고 있습니다. 개정 이전에는 "② 사업주는 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자에게 해고나 그 밖의 불리한 조치를 하여서는 아니 된다."라고만 되어 있었습니다. 10년여 가량의 끊임없는 문제제기와 2013년부터 이어져 온 성희롱 2차 피해 관련한 대법원의 판결 이후 현행 제14조 제6항의 내용이 법제화된 것입니다.

---

**관련 법률 – 남녀고용평등법 제14조(직장 내 성희롱 발생 시 조치)**

⑥ 사업주는 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.

1. 파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분상실에 해당하는 불이익 조치
2. 징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한 등 부당한 인사조치
3. 직무 미부여, 직무 재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치
4. 성과평가 또는 동료평가 등에서 차별이나 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급
5. 직업능력 개발 및 향상을 위한 교육훈련 기회의 제한
6. 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언 등 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위를 하거나 그 행위의 발생을 방치하는 행위
7. 그 밖에 신고를 한 근로자 및 피해근로자등의 의사에 반하는 불리한 처우

---

**관련 판례 – 직장 내 성희롱 피해근로자가 회사를 상대로 남녀고용평등법상 불리한 조치 등을 이유로 손해배상책임을 묻는 사건(대법원 2017. 12. 22. 선고 2016다202947 판결)**

성희롱 피해근로자나 피해근로자 등을 도와준 제3자에 대한 불리한 조치가 불법행위를 구성하는 경우, 직장 내 성희롱 조사 참여자의 의무 위반과 회사의 사용자 책임의 성립 여부

1. 사업주가 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자(이하 '피해근로자등'이라 한다)등에게 해고나 그 밖의 불리한 조치를 한 경우에는 남녀고용평등법 제14조 제2항을 위반한 것으로서 민법 제750조의 불법행위가 성립한다. 그러나 사업주의 피해근로자등에 대한 조치가 직장 내 성희롱 피해나 그와 관련된 문제 제기와 무관하다면 위 제14조 제2항을 위반한 것이 아니다. 또한 사업주의 조치가 직장 내 성희롱과 별도의 정당한 사유가 있는 경우에도 위 조항 위반으로 볼 수 없다. 사업주의 조치가 피해근로자등에 대한 불리한 조치로서 위법한 것인지 여부는 불리한 조치가 직장 내 성희롱에 대한 문제 제기 등과 근접한 시기에 있었는지, 불리한 조치를 한 경위와 과정, 불리한 조치를 하면서 사업주가 내세운 사유가 피해근로자등의 문제 제기 이전부터 존재하였던 것인지, 피해근로자등의 행위로 인한 타인의 권리나 이익 침해 정도와 불리한 조치로 피해근로자등이 입은 불이익 정도, 불리한 조치가 종전 관행이나 동종 사안과 비교하여 이례적이거나 차별적인 취급인지 여부, 불리한 조치에 대하여 피해근로자등이 구제신청 등을 한 경우에는 그 경과 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 직장 내 성희롱으로 인한 분쟁이 발생한 경우에 피해근로자등에 대한 불리한 조치가 성희롱과 관련성이 없거나 정당한 사유가 있다는 점에 대하여 사업주가 증명을 하여야 한다.
2. 사업주가 피해근로자등을 가까이에서 도와준 동료 근로자에게 불리한 조치를 한 경우에 그 조치의 내용이 부당하고 그로 말미암아 피해근로자등에게 정신적 고통을 입혔다면, 피해근로자등은 불리한 조치의 직접 상대방이 아니더라도 사업주에게 민법 제750조에 따라 불법행위책임을 물을 수 있다. 사업주는 직장 내 성희롱 발생 시 남녀고용평등법령에 따라 신속하고 적절한 근로환경 개선책을 실시하고, 피해근로자등이 후속 피해를 입지 않도록 적정한 근로여건을 조성하여 근로자의 인격을 존중하고 보호할 의무가 있다. 그런데도 사업주가 피해근로자등을 도와준 동료 근로자에게 부당한 징계처분 등을 하였다면, 특별한 사정이 없는 한 사업주가 피해근로자등에 대한 보호의무를 위반한 것으로 볼 수 있다. 피해근로자등을 도와준 동료 근로자에 대한 징계처분 등으로 말미암아 피해근로자등에게 손해가 발생한 경우 이러한 손해는 특별한 사정으로 인한 손해에 해당한다. 따라서 사업주는 민법 제763조, 제393조에 따라 이러한 손해를 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 손해배상책임이 있다고 보아야 한다. 이때 예견가능성이 있는지 여부는 사업주가 도움을 준 동료 근로자에 대한 징계처분 등을 한 경위와 동기, 피해근로자등이 성희롱 피해에 대한 이의제기나 권리를 구제받기 위한 행위를 한 시점과 사업주가 징계처분 등을 한 시점 사이의 근접성, 사업주의 행위로 피해근로자등에게 발생할 것으로 예견되는 불이익 등 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 특히 사업주가 피해근로자등의 권리 행사에 도움을 준 근로자가 누구인지 알게 된 직후 도움을 준 근로자에게 정당한 사유 없이 차별적으로 부당한 징계처분 등을 하는 경우에는, 그로 말미암아 피해근로자등에게도 정신적 고통이 발생하리라는 사정을 예견할 수 있다고 볼 여지가 크다.
3. 직장 내 성희롱 사건에 대한 조사가 진행되는 경우 조사참여자는 특별한 사정이 없는 한 비밀을 엄격하게 지키고 공정성을 잃지 않아야 한다. 조사참여자가 직장 내 성희롱 사건을 조사하면서 알게 된 비밀을 누설하거나 가해자와 피해자의 사회적 가치나 평가를 침해할 수 있는 언동을 공공연하게 하는 것은 위법하다고 보아야 한다. 위와 같은 언동으로 말미암아 피해근로자등에게 추가적인 2차 피해가 발생할 수 있고, 이는 결국 피해근로자등으로 하여금 직장 내 성희롱을 신고하는 것조차 단념하도록 할 수 있기 때문에, 사용자는 조사참여자에게 위와 같은 의무를 준수하도록 하여야 한다.

---

위 판례는 성희롱 피해 근로자에 대한 배치, 징계 등에 대한 회사의 손해배상 책임을 인정했을 뿐 아니라, 피해 근로자를 도와준 동료에 대한 불리한 조치는 피해 근로자에게 정신적 고통을 유발한다고 보아 배상책임을 인정하였습니다. 성희롱 피해자에 대한 조력을 이유로 불리한 조치가 발생한다면 동료 근로자들은 피해자를 돕는 것을 꺼리게 될 것이며, 조사 과정에서도 매우 소극적으로 임할 것이고, 그로 인하여 피해근로자 등은 더욱 고립되거나 침묵을 선택하게 될 가능성이 크고 사건 해결 이후에도 계속 근로를 하기 어렵기 때문입니다.

판례는 피해근로자 등을 도와준 동료 근로자에 대한 징계처분 등으로 말미암아 피해근로자 등에게 발생한 손해는 특별한 사정으로 인한 손해에 해당하며, 사업주가 민법 제763조, 제393조에 따라 이러한 손해를 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 손해배상책임이 있다고 보았습니다. 이와 같은 예견 가능성에 대하여 대법원은 "사업주가 도움을 준 동료 근로자에 대한 징계처분 등을 한 경위와 동기, 피해근로자 등이 성희롱 피해에 대한 이의제기나 권리를 구제받기 위한 행위를 한 시점과 사업주가 징계처분 등을 한 시점 사이의 근접성, 사업주의 행위로 피해근로자 등에게 발생할 것으로 예견되는 불이익 등 여러사정"을 고려하여야 한다고 하였습니다.

### (4) 여성폭력방지기본법 상의 2차 피해

성폭력 피해자에 대한 2차 피해를 정의하고 이를 금지하고 있는 또 다른 법이 여성폭력방지기본법입니다. 이 법은 2018년 12월 7일 국회를 통과해 2019년 12월 25일부터 시행되고 있으며, 여성에 대한 폭력방지와 피해자 보호를 국가의 책임으로 규정하고 있는 법률입니다. 이 법에서 정의하고 있는 여성폭력이란 성별에 기반을 둔 여성에 대한 폭력으로 신체적·정신적 안녕과 안전할 수 있는 권리 등을 침해하는 행위로써 관계 법률에서 정하는 바에 따른 가정폭력, 성폭력, 성매매, 성희롱, 지속적 괴롭힘 행위와 그 밖에 친밀한 관계에 의한 폭력, 정보통신망을 이용한 폭력 등을 포함하고 있습니다.
이 법에서도 2차 피해를 구체적으로 명시하고 있는데, 즉 수사나 재판 과정에서 겪는 사건처리 및 회복의 전 과정에서 입는 피해, 집단 따돌림, 사용자로부터 당하는 불이익조치 등에 대하여 정의하고 있습니다. 남녀고용평등법이 정의하고 있는 2차 피해의 내용과 대동소이하나 이 법에 따라 각 중앙행정기관과 각 시·도 및 시·도교육청에는 여성폭력 2차 피해 방지지침을 별도로 마련하도록 권고하여 해당 기관들에는 지침이 새로 작성되어 있으므로 해당 기관에서 사건이 발생하면 관련 지침을 확인해야 합니다.

---

**관련 법률 – 여성폭력방지기본법 제3조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "여성폭력"이란 성별에 기반한 여성에 대한 폭력으로 신체적·정신적 안녕과 안전할 수 있는 권리 등을 침해하는 행위로서 관계 법률에서 정하는 바에 따른 가정폭력, 성폭력, 성매매, 성희롱, 지속적 괴롭힘 행위와 그 밖에 친밀한 관계에 의한 폭력, 정보통신망을 이용한 폭력 등을 말한다.
2. "여성폭력 피해자"란 여성폭력 피해를 입은 사람과 그 배우자(사실상의 혼인관계를 포함한다), 직계친족 및 형제자매를 말한다.
3. "2차 피해"란 여성폭력 피해자(이하 "피해자"라 한다)가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 피해를 입는 것을 말한다.
   가. 수사·재판·보호·진료·언론보도 등 여성폭력 사건처리 및 회복의 전 과정에서 입는 정신적·신체적·경제적 피해
   나. 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언, 그 밖에 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위로 인한 피해(정보통신망을 이용한 행위로 인한 피해를 포함한다)
   다. 사용자(사업주 또는 사업경영담당자, 그 밖에 사업주를 위하여 근로자에 관한 사항에 대한 업무를 수행하는 자를 말한다)로부터 폭력 피해 신고 등을 이유로 입은 다음 어느 하나에 해당하는 불이익조치
      1) 파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분상실에 해당하는 신분상의 불이익조치
      2) 징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한, 그 밖에 부당한 인사조치
      3) 전보, 전근, 직무 미부여, 직무 재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치
      4) 성과평가 또는 동료평가 등에서의 차별과 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급
      5) 교육 또는 훈련 등 자기계발 기회의 취소, 예산 또는 인력 등 가용자원의 제한 또는 제거, 보안정보 또는 비밀정보 사용의 정지 또는 취급 자격의 취소, 그 밖에 근무조건 등에 부정적 영향을 미치는 차별 또는 조치
      6) 주의 대상자 명단 작성 또는 그 명단의 공개, 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언, 그 밖에 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위
      7) 직무에 대한 부당한 감사 또는 조사나 그 결과의 공개
      8) 인허가 등의 취소, 그 밖에 행정적 불이익을 주는 행위
      9) 물품계약 또는 용역계약의 해지, 그 밖에 경제적 불이익을 주는 조치

---

### (5) 2차 피해 발생 시 대응 및 유의사항

성희롱이나 성폭력 범죄의 발생은 그와 같은 일이 발생할 수 있는 환경과 구조에 관한 이야기입니다. 이는 성희롱·성폭력의 예방에 관한 이야기이기도 하고, 재발 방지 대책에 관한 이야기이기도 합니다. 피해자를 보호할 책임과 권한이 있는 자가 이를 어떻게 처리하느냐가 피해자에게 굉장히 큰 영향을 미칩니다. 성희롱·성폭력 사건을 인지하고도 이를 묵인하거나 은폐한다면 피해자는 이후에도 지속적으로 2차 피해를 겪게 될 것이라는 점을 알고 대응을 포기하게 될 것입니다. 2차 피해는 원 사건과 동떨어진 별개의 사건이라기보다는 애당초 발생한 사건과 같은 맥락 안에 놓여 있습니다. 우선 피해자는 자신의 문제 해결 과정에서 가지고 있는 법적 권리를 잘 이해하고 있어야 하고, 처리 과정에서 자신에게 발생하고 있는 변화 등에 민감해야 합니다. 그것을 알 수 있도록 해주는 것이 바로 상담자의 역할입니다.

문제를 제기하는 과정에서 발생하는 불이익 처우에 관하여는 될 수 있는 대로 발생 즉시 문제 제기할 수 있도록 하고, 추후 별도로 문제 삼을 수 있는 부분은 적극적으로 입증자료를 확보할 수 있도록 해야 합니다. 성희롱 피해 사실을 밝힌 이후의 불이익 처우에 대한 두려움 때문에 처음부터 시작도 하지 못하는 피해자들에게 이에 관한 적극적인 설명과 안내는 피해자에게 용기를 주는 과정이 됩니다. 또한 해당 사업장에서 직장 내 성희롱의 발생을 막기 위해서는 2차 피해가 발생하지 않도록 피해자를 보호 및 구제해야 하므로, 사건처리 과정에서 2차 피해에 적극적으로 대응하는 것이 정말 중요합니다. 피해의 악순환을 막기 위한 적극적인 노력과 적극적인 권리 행사는 사업주가 법적 의무를 다하도록 하는 과정이라는 점을 피해자가 잘 알 수 있게 해주어야 합니다.

또한 사업주가 성희롱 사건의 사실 확인을 위한 조사를 게을리하거나 은폐 또는 무마를 시도하는 경우, 합당한 사유 없이 피해근로자 등을 보호하기 위한 적절한 조치를 취하지 않거나 직장 내 성희롱 발생 사실이 확인되고 피해근로자가 근무 장소 변경 등의

조치를 요청하였음에도 이에 응하지 않는 경우, 직장 내 성희롱을 한 사람에 대하여 지체없이 징계 등 필요한 조치를 취하지 않는 경우 등 남녀고용평등법이 정하고 있는 조사와 조치 의무를 위반하는 경우에 사업주는 민법 제750조 위반으로 인한 불법행위 책임을 질 수 있다는 점을 기억하도록 합니다.

**관련 법률 – 남녀고용평등법 제14조(직장 내 성희롱 발생 시 조치)**

② 사업주는 제1항에 따른 신고를 받거나 직장 내 성희롱 발생 사실을 알게 된 경우에는 지체 없이 그 사실 확인을 위한 조사를 하여야 한다. 이 경우 사업주는 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자(이하 "피해근로자등"이라 한다)가 조사 과정에서 성적 수치심 등을 느끼지 아니하도록 하여야 한다.

# 5 외부기관을 통한 대응

### (1) 외부구제절차 개관

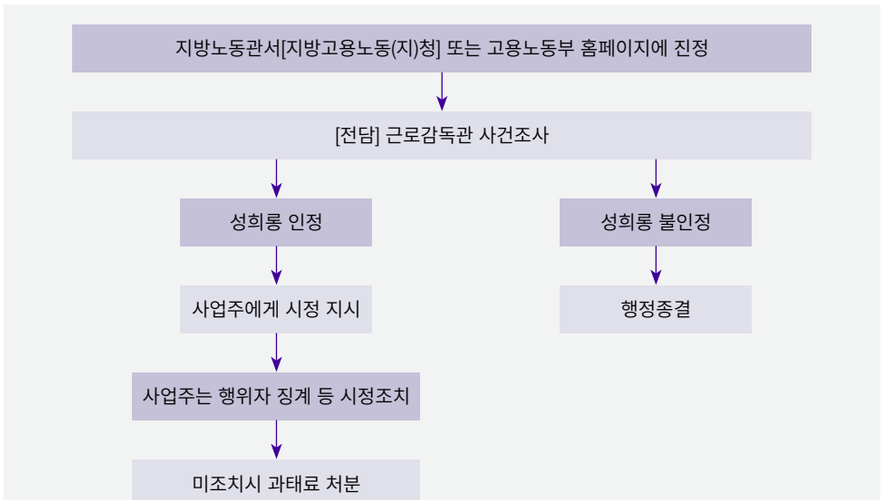
| 구분 | 이의제기 방법 | 대상(행위) | 대상자 | 관련 법규 | 결과 |
|---|---|---|---|---|---|
| **비사법적 권리구제** | 지방고용노동관서 진정 | 남녀고용평등법 위반행위 | 왼쪽의 행위를 한 사업주 | 남녀고용평등법 | 시정명령, 과태료 부과, 입건 송치 |
| | 국가인권위원회 진정 | 성희롱 행위 | 성희롱 행위자, 법인, 단체, 국가기관, 지방자치단체 등 | 국가인권 위원회법 | 행위자, 책임자에 대한 사내 조치, 손해배상, 교육 수강 등 권고 |
| | 노동위원회 구제신청 | 성희롱 피해자 (또는 가해자)에 대한 부당해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌 | 성희롱 피해자 또는 가해자에게 왼쪽의 행위를 한 사용자 | 근로기준법, 노동위원회법 | 부당징계 결정, 원직복직 또는 금전보상 명령 |
| **사법적 권리구제** | 지방고용노동관서 고소, 고발 | 남녀고용평등법 제14조 6항 위반행위 | 왼쪽의 행위를 한 사업주 | 남녀고용평등법 | 입건 수사 후 검찰 송치, 기소, 처벌 |
| | 검찰 고소, 고발 | 형사처벌 되는 법 위반행위 | 왼쪽의 행위를 한 자 | 남녀고용평등법, 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 형법 등 | 수사, 기소, 처벌 |
| | 민사소송 | 성희롱으로 인하여 발생한 손해 | 손해에 책임이 있는 자(행위자, 사용자) | 민법 | 손해배상 판결 |

표8 외부구제절차 개관



### (2) 지방노동관서 구제절차

**① 절차 흐름도**




**② 신청의 당사자 및 상대방**

| | |
|---|---|
| **신청 당사자** | • 직장 내 성희롱 피해 당사자가 진정, 고소<br>• 피해 당사자 외에 범죄 사실에 대하여 알고 있는 제3자로 진정 또는 고발 가능 |
| **신청 상대방** | • 사업주<br>- 직장 내 성희롱 행위자는 신청의 상대방이 아님<br>- 사업주가 성희롱 행위자인 경우에는 사내 절차 없이 사업주 대상으로 진정 |

**Tip. 고소와 고발의 차이**

| | |
|---|---|
| **고소** | • 범죄의 피해자나 고소권자가 범죄 사실을 수사 기관에 알려 그 범죄를 기소하여 달라는 의사표시를 하는 것 |
| **고발** | • 피해자나 고소권자가 아닌 제3자가 범죄 사실을 수사 기관에 알림으로써 그 범죄를 기소하여 달라는 의사표시를 하는 것 |

2013년 6월 19일부터 형법 및 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 등 특별법상 성폭력 범죄에 관한 친고죄 조항이 삭제되었습니다. 이에 성폭력 피해자의 고소가 없거나 도중 고소를 취하한 경우라도 처벌할 수 있습니다.

### ③ 구제의 대상 행위

| | |
|---|---|
| **진정 대상 행위** | • 사업주의 직장 내 성희롱 금지 의무 위반행위<br>• 직장 내 성희롱 예방 교육 및 교육 내용 비치 의무 위반행위<br>• 직장 내 성희롱 사건 조사 의무 위반행위<br>• 행위자에 대한 조치 의무 위반행위<br>• 피해자에 대한 보호 의무 위반행위<br>• 비밀누설 금지 의무 위반행위<br>• 피해자 등에 대한 불리한 처우 금지 의무 위반행위 |
| **고소·고발 대상 행위** | • 사업주의 피해자 등에 대한 불리한 처우 금지 의무 위반행위 |

### ④ 신청방법

| |
|---|
| • 사업장 소재지를 관할하는 지방고용노동지청에 신청 |
| • 방문, 우편, 팩스 접수. 익명 신고도 가능함. |
| • 고용노동부 홈페이지를 통한 익명(또는 실명) 신고도 가능: 고용노동부 홈페이지 → 민원 마당 → 민원 신청 → 신고센터 → 직장 내 성희롱 익명 신고 →개인정보 수집 활용 동의 후 신고서 작성 (다만 익명 신고의 경우에는 사업장에 대한 지도 감독이 가능하며, 진정사건으로 처리하지는 않음. 실명 신고도 가능함) |

### ⑤ 진정서 작성과 제출

가) 진정서의 서식: 고용노동부 홈페이지 → 민원 마당→ 민원 신청 → 서식 민원 → 고용평등 '직장 내 성희롱 신고서'

나) 온라인 접수: 홈페이지에 회원 가입 → 아이디로 로그인 → 인증서 등록 및 인증서로 로그인하여 접수 (또는 비회원으로 로그인하는 경우 본인 인증 거쳐서 접수 가능)

다) 방문, 우편, 팩스 접수: 위 서식 작성 후 접수

라) 진정서를 제출할 때 간단하게 진정 이유와 간단한 요지만 작성하여 제출하여도 됩니다. 추후 언제든지 보강하여 제출할 수 있습니다.

마) 제출한 진정서 및 자료들 꼭 보관할 수 있도록 합니다. 홈페이지의 경우라면 캡처하도록 하고, 녹음 파일이나 입증자료 등도 반드시 본인이 가지고 있어야 합니다.

### ⑥ 출석과 진술

가) 진정이 접수되면 관할 지청에서 보통 3일 이내에 접수 확인 문자가 오고, 이후 담당 근로감독관의 이름, 연락처, 출석날짜가 문자로 옵니다. 출석일시가 피진정인 회사와 다른지를 미리 확인하는 게 좋습니다.

나) 출석하면, 우선 별도의 공간에서 조사가 이루어질 수 있도록 요구하도록 합니다. 최초 출석일에 준비된 자료를 가져가되 추후 추가 자료를 제출하는 것도 충분히 가능하니, 최초 조사 시에는 구체적이고 일관된 진술, 신빙성 있는 진술을 준비하는 것이 중요합니다.



다) 진술을 마치고 나면 근로감독관이 작성한 조서를 읽어보고 잘못된 부분은 꼭 수정을 요청하여 최종본에 날인을 하도록 합니다.

### ⑦ 진정의 결과

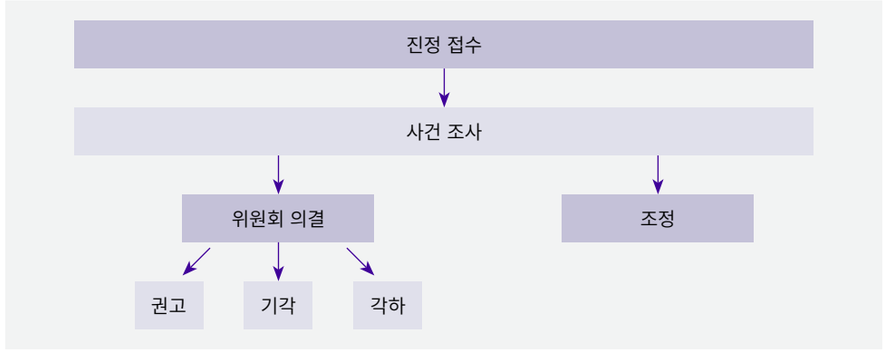
가) 성희롱으로 인정되면 회사에 성희롱 행위자 징계 등 즉시 시정지시를 합니다. 시정기한 내에 조치가 취해지지 않으면 과태료 처분이 내려지고, 형사처벌의 대상이 되는 위반행위라면 검찰에 송치하여 형사 절차를 개시하고 그 결과에 따라 처분이 내려집니다.

나) 사업주의 행위라면 특별한 시정지시 절차 없이 과태료 처분이 내려지게 됩니다. 만약 회사가 법인이고 행위자가 법인의 대표인 경우, 시정지시의 내용은 대표자에 대한 징계조치입니다.

다) 시정이 완료된 것을 확인한 이후 진정사건 결과에 대한 통보를 받게 됩니다. 만약 그 결과에 문제가 있는 경우 재진정을 할 수도 있으나, 중요한 것은 처음 진정했을 때 사건이 제대로 조사될 수 있도록 사전에 준비를 철저하게 할 수 있도록 합니다.

## (3) 국가인권위원회 구제절차

### ① 절차 흐름도




### ② 신청의 당사자 및 상대방

| | |
|---|---|
| **진정 당사자** | • 성희롱 피해자: 근로자가 아닌 사람도 진정 가능<br>• 피해 당사자 이외에 피해 사실을 알고 있는 제3자(단체)도 진정 가능<br>• 국가인권위원회의 직권조사 가능 |
| **진정 상대방** | • 사업주(개인, 법인, 단체, 국가기관, 지방자치단체, 공직유관단체)<br>• 성희롱 행위자 |

③ **진정 요건**

진정은 해당 행위가 있은 날로부터 1년 이내에 제기해야 합니다. 또한 같은 진정 원인 사실에 대해 다른 기관에서 권리구제절차가 진행 중이거나 종결된 경우에는 원칙적으로 각하 처리가 됩니다.

④ **진정 방법**

| |
|---|
| • 인권상담센터에 직접 방문하거나 우편, 팩스, 이메일, 인권e 홈페이지를 통하여 접수<br>✷ 진정 전에 인권상담센터 국번없이 1331에 상담할 수 있음 |
| • 서식 다운 받기: 국가인권위원회 홈페이지 → 상담·진정·민원(인권e 홈페이지) → 진정 → 진정제도안내 → 진정서 다운로드 |
| • 온라인 접수: 국가인권위원회 → 상담·진정·민원(인권e 홈페이지) → 진정 → 진정 접수 |

⑤ **진정서 작성과 제출**

인권위의 진정 취지는 노동부에 진정할 때와는 달리 피해자 구제 방법에 대하여 다양하게 제기할 수 있습니다. 즉 성희롱 성립 여부에 판단 외에도 행위자에게 인권교육 수강 권고, 행위자 또는 사용자에게 위자료 지급 권고, 행위자에 대한 징계 등의 조치 권고, 회사 규정의 제정 또는 개정의 권고, 재발방지대책에 관한 권고 등 좀 더 폭넓습니다. 다만 그 권고에 구속력이 없는 한계가 있습니다.

⑥ **출석과 진술시 유의점**

조사관이 진정인, 피해자, 피진정인 또는 관계인에 대해 조사(출석요구, 진술 청취, 자료제출요구, 실지 조사 등)하고, 조사결과보고서를 작성하여 차별시정위원회에 상정하여 심의 결정합니다. 인권위에서는 합의를 권고하기도 하고 조정을 하기도 합니다.

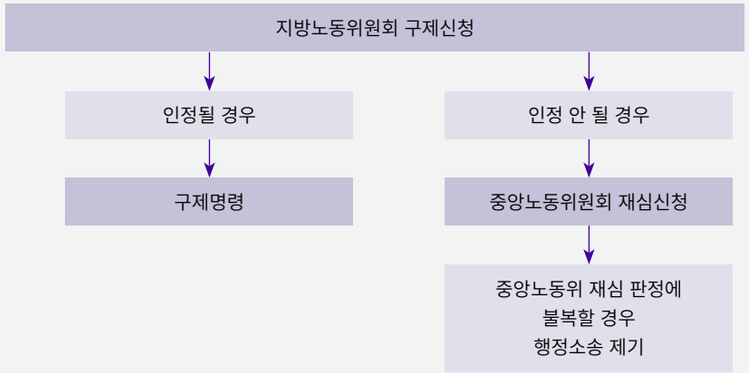
⑦ **진정의 결과**

조사결과 직장 내 성희롱을 했다고 인정되는 자에 대해서는 진정인의 취지를 충분히 고려하여 손해배상이나 재발 방지 교육 수강 등을 권고, 소속 기관의 장에게는 행위자 징계, 재발방지대책을 수립하도록 권고할 수 있습니다. 만약 권고를 이행하지 않을 경우 검찰에 수사를 의뢰하거나 고용노동부로 이관시켜 추가 조사가 이루어질 수 있습니다.



### (4) 노동위원회 구제절차

① **절차 흐름도**




② **신청 당사자 및 신청 상대방**

| | |
|---|---|
| **신청 당사자** | • 사용자로부터 부당한 해고, 휴직, 전직, 감봉 기타 징벌을 당한 성희롱 피해자<br>(단 상시 5인 미만 사업장 소속 근로자는 신청할 수 없음) |
| **신청 상대방** | • 부당한 해고, 징계 등을 행한 사용자 |

③ **신청방법**

해고 등 부당한 조치가 있은 날로부터 3개월 이내에 신청하여야 하며, 해당 사업장을 관할하는 지방노동위원회에 신청합니다.

④ **구제명령과 미이행 시 조치, 불복절차**

노동위원회 구제신청 이후 조사와 심문, 구제명령 등 절차는 일반 노동위원회 사건처리 절차와 같습니다.

⑤ **고용상 성차별 및 직장 내 성희롱에 대한 노동위원회 구제절차의 도입**

남녀고용평등법의 개정안이 통과되어 2022. 5. 19.부터는 성차별과 성희롱 발생 시 피해근로자에 대한 사업주의 조치 의무 미이행 등에 관하여 근로자가 노동위원회 구제신청을 할 수 있으며 입증 책임은 사업주가 부담합니다.

노동위원회에서 고용상 성차별이 인정된 경우 차별적 행위의 중지, 취업규칙이나 단체협약 등 근로조건의 개선, 적절한 배상(손해액의 3배 이내) 등을 내용으로 하는 시정명령이 가능하고 그 효력은 차별을 받은 다른 근로자에까지 확대됩니다. 또 직장 내 성희롱 피해근로자에 대한 적절한 조치 의무를 미이행하거나 불리한 처우가 인정된 경우, 적절한 조치 이행, 불리한 행위의 중지, 배상 등을 내용으로 하는 시정명령이 가능해졌습니다.

**관련 법률 – 남녀고용평등법 (2022. 5. 19.시행예정)**

**제26조(차별적 처우등의 시정신청)**

① 근로자는 사업주로부터 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 차별적 처우 등(이하 “차별적 처우등”이라 한다)을 받은 경우 「노동위원회법」 제1조에 따른 노동위원회(이하 “노동위원회”라 한다)에 그 시정을 신청할 수 있다. 다만, 차별적 처우등을 받은 날(제1호 및 제3호에 따른 차별적 처우등이 계속되는 경우에는 그 종료일)부터 6개월이 지난 때에는 그러하지 아니하다.

1. 제7조부터 제11조까지 중 어느 하나를 위반한 행위(이하 “차별적 처우”라 한다)
2. 제14조제4항 또는 제14조의2제1항에 따른 적절한 조치를 하지 아니한 행위
3. 제14조제6항을 위반한 불리한 처우 또는 제14조의2제2항을 위반한 해고나 그 밖의 불이익한 조치

② 근로자가 제1항에 따른 시정신청을 하는 경우에는 차별적 처우등의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 시정신청의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 「노동위원회법」 제2조제1항에 따른 중앙노동위원회(이하 “중앙노동위원회”라 한다)가 따로 정하여 고시한다.

**제27조(조사·심문 등)**

① 노동위원회는 제26조에 따른 시정신청을 받은 때에는 지체 없이 필요한 조사와 관계 당사자에 대한 심문을 하여야 한다.

② 노동위원회는 제1항에 따른 심문을 하는 때에는 관계 당사자의 신청 또는 직권으로 증인을 출석하게 하여 필요한 사항을 질문할 수 있다.

③ 노동위원회는 제1항 및 제2항에 따른 심문을 할 때에는 관계 당사자에게 증거의 제출과 증인에 대한 반대심문을 할 수 있는 충분한 기회를 주어야 한다.

④ 제1항부터 제3항까지에 따른 조사·심문의 방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 중앙노동위원회가 따로 정하여 고시한다.

⑤ 노동위원회는 차별적 처우 등 시정사무에 관한 전문적인 조사·연구업무를 수행하기 위하여 전문위원을 둘 수 있다. 이 경우 전문위원의 수·자격 및 보수 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

**제28조(조정·중재)**

① 노동위원회는 제27조에 따른 심문 과정에서 관계 당사자 쌍방 또는 일방의 신청이나 직권으로 조정(調停)절차를 개시할 수 있고, 관계 당사자가 미리 노동위원회의 중재(仲裁)결정에 따르기로 합의하여 중재를 신청한 경우에는 중재를 할 수 있다.

② 제1항에 따른 조정 또는 중재의 신청은 제26조에 따른 시정신청을 한 날부터 14일 이내에 하여야 한다. 다만, 노동위원회가 정당한 사유로 그 기간에 신청할 수 없었다고 인정하는 경우에는 14일 후에도 신청할 수 있다.

③ 노동위원회는 조정 또는 중재를 하는 경우 관계 당사자의 의견을 충분히 들어야 한다.



④ 노동위원회는 특별한 사유가 없으면 조정절차를 개시하거나 중재신청을 받은 날부터 60일 이내에 조정안을 제시하거나 중재결정을 하여야 한다.

⑤ 노동위원회는 관계 당사자 쌍방이 조정안을 받아들이기로 한 경우에는 조정조서를 작성하여야 하고, 중재결정을 한 경우에는 중재결정서를 작성하여야 한다.

⑥ 조정조서에는 관계 당사자와 조정에 관여한 위원 전원이 서명 또는 날인을 하여야 하고, 중재결정서에는 관여한 위원 전원이 서명 또는 날인을 하여야 한다.

⑦ 제5항 및 제6항에 따른 조정 또는 중재결정은 「민사소송법」에 따른 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는다.

⑧ 제1항부터 제7항까지에 따른 조정·중재의 방법, 조정조서·중재결정서의 작성 등에 필요한 사항은 중앙노동위원회가 따로 정하여 고시한다.

**제29조(시정명령 등)**

① 노동위원회는 제27조에 따른 조사·심문을 끝내고 차별적 처우등에 해당된다고 판정한 때에는 해당 사업주에게 시정명령을 하여야 하고, 차별적 처우등에 해당하지 아니한다고 판정한 때에는 그 시정신청을 기각하는 결정을 하여야 한다.

② 제1항에 따른 판정, 시정명령 또는 기각결정은 서면으로 하되, 그 이유를 구체적으로 명시하여 관계 당사자에게 각각 통보하여야 한다. 이 경우 시정명령을 하는 때에는 시정명령의 내용 및 이행기한 등을 구체적으로 적어야 한다.

**제29조의2(조정·중재 또는 시정명령의 내용)**

① 제28조에 따른 조정·중재 또는 제29조에 따른 시정명령의 내용에는 차별적 처우등의 중지, 임금 등 근로조건의 개선(취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령을 포함한다) 또는 적절한 배상 등의 시정조치 등을 포함할 수 있다.

② 제1항에 따라 배상을 하도록 한 경우 그 배상액은 차별적 처우등으로 근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한다. 다만, 노동위원회는 사업주의 차별적 처우등에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우등이 반복되는 경우에는 그 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있다.

**제29조의3(시정명령 등의 확정)**

① 「노동위원회법」 제2조제1항에 따른 지방노동위원회의 시정명령 또는 기각결정에 불복하는 관계 당사자는 시정명령서 또는 기각결정서를 송달받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있다.

② 제1항에 따른 중앙노동위원회의 재심결정에 불복하는 관계 당사자는 재심결정서를 송달받은 날부터 15일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다.

③ 제1항에 따른 기간에 재심을 신청하지 아니하거나 제2항에 따른 기간에 행정소송을 제기하지 아니한 때에는 그 시정명령, 기각결정 또는 재심결정은 확정된다.

**제29조의4(시정명령 이행상황의 제출요구 등)**

① 고용노동부장관은 확정된 시정명령에 대하여 사업주에게 이행상황을 제출할 것을 요구할 수 있다.

② 시정신청을 한 근로자는 사업주가 확정된 시정명령을 이행하지 아니하는 경우 이를 고용노동부장관에게 신고할 수 있다.

**제29조의5(고용노동부장관의 차별적 처우 시정요구 등)**

① 고용노동부장관은 사업주가 차별적 처우를 한 경우에는 그 시정을 요구할 수 있다.

② 고용노동부장관은 사업주가 제1항에 따른 시정요구에 따르지 아니할 경우에는 차별적 처우의 내용을 구체적으로 명시하여 노동위원회에 통보하여야 한다. 이 경우 고용노동부장관은 해당 사업주 및 근로자에게 그 사실을 알려야 한다.

③ 노동위원회는 제2항에 따라 고용노동부장관의 통보를 받은 때에는 지체 없이 차별적 처우가 있는지 여부를 심리하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 해당 사업주 및 근로자에게 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.

④ 제3항에 따른 노동위원회의 심리, 시정절차 및 노동위원회 결정에 대한 효력 등에 관하여는 제26조부터 제29조까지 및 제29조의2부터 제29조의4까지를 준용한다. 이 경우 "시정신청을 한 날"은 "통보를 받은 날"로, "기각결정"은 "차별적 처우가 없다는 결정"으로, "관계 당사자"는 "해당 사업주 또는 근로자"로, "시정신청을 한 근로자"는 "해당 근로자"로 본다.

⑤ 제3항 및 제4항에 따른 노동위원회의 심리 등에 관하여 필요한 사항은 중앙노동위원회가 따로 정하여 고시한다.

**제29조의6(확정된 시정명령의 효력 확대)**

① 고용노동부장관은 제29조의3(제29조의5제4항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 확정된 시정명령을 이행할 의무가 있는 사업주의 사업 또는 사업장에서 해당 시정명령의 효력이 미치는 근로자 외의 근로자에 대해서도 차별적 처우가 있는지를 조사하여 차별적 처우가 있는 경우에는 그 시정을 요구할 수 있다.

② 고용노동부장관은 사업주가 제1항에 따른 시정요구에 따르지 아니하는 경우 노동위원회에 통보하여야 하고, 노동위원회는 지체 없이 차별적 처우가 있는지 여부를 심리하여야 한다.

③ 제2항에 따른 통보 및 심리에 관하여는 제29조의5제2항부터 제5항까지를 준용한다.

**제29조의7(차별적 처우등의 시정신청 등으로 인한 불리한 처우의 금지)**

사업주는 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 것을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하지 못한다.

1. 제26조에 따른 차별적 처우등의 시정신청, 제27조에 따른 노동위원회에의 참석 및 진술, 제29조의3에 따른 재심신청 또는 행정소송의 제기
2. 제29조의4제2항에 따른 시정명령 불이행의 신고

**제30조(입증책임)**

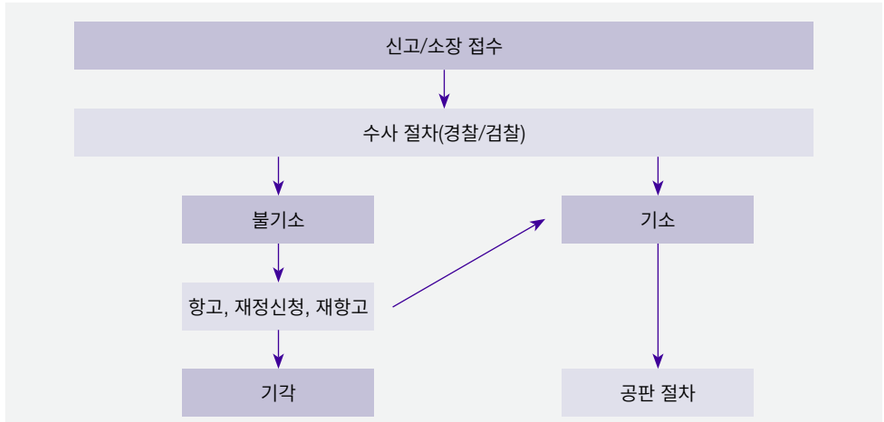
이 법과 관련한 분쟁해결(제26조부터 제29조까지 및 제29조의2부터 제29조의7까지를 포함한다)에서 입증책임은 사업주가 부담한다.

제26조부터 제30조까지 2021. 5. 18. 개정, 2022. 5. 19. 시행.



### (5) 검찰 또는 경찰에 고소, 고발

**① 절차 흐름도**




**② 고소 또는 고발의 대상**

남녀고용평등법 상 직장 내 성희롱과 관련하여 고소의 대상이 되는 것은 성희롱을 신고하거나 피해자 또는 피해 주장자에 대하여 불리한 처우(법 제14조 제6항)를 한 사업주이며 이에 관하여는 고용노동부만이 아니라 검찰에 직접 고소·고발할 수 있습니다.

또한 강간죄, 업무상 위력 등에 의한 간음죄, 강제추행죄 등 형법 상 범죄 행위, 업무상 위력 등에 의한 추행, 통신매체를 이용한 음란행위, 카메라 등을 이용한 촬영 등 성폭력범죄처벌법 상 범죄 행위에 대하여 고소 또는 고발을 할 수 있습니다. 이와 같은 성폭력 범죄에 관하여는 「6. 성희롱·성폭력 상담에 앞서 꼭 알아야 할 상식」에서 조금 더 안내해드리도록 하겠습니다.

**③ 수사**

고소는 가해자의 주소지 또는 사건 발생 장소의 관할 경찰서에 하면 됩니다. 경찰에 고소장을 접수하면 보통 접수한 날로부터 1~2개월 이내에 피해자를 소환하여 조사하고, 이후 가해자 조사 등을 이어가며 범죄 혐의가 있는지 수사를 합니다. 경찰에서 수사를 완료하고 수사 의견 시 검찰로 사건 기록을 넘기는데 이를 '송치'라고 합니다.

사건 기록과 증거를 넘겨받은 검찰은 보강 수사 후 공소제기 여부를 결정합니다.

④ 검찰수사 종결

| | |
|---|---|
| **기소 (공소 제기)** | • 검사가 피의자에 대해 공소를 제기하여 형사재판에 회부하는 것<br>• 벌금 등을 청구함이 상당한 사건에 대해서는 공소제기와 함께 공판절차 없이 벌금 등에 처하는 약식명령을 청구할 수 있음<br>• 약식명령을 받은 피의자는 고지일로부터 7일 이내에 법원에 서면으로 정식재판을 청구할 수 있음 |
| 유죄 판결 | - 실형: 징역형이나 금고형으로 복역하는 것<br>- 집행유예: 형을 선고하되 일정 기간 그 형의 집행을 미뤄 그 기간 동안 죄를 저지르지 않으면 형 선고의 효력을 상실하게 하는 것<br>- 선고유예: 형의 선고 자체를 미루어 두었다가 일정 기간 지나면 면소된 것으로 간주하는 것 |
| 무죄 판결 | 검사가 기소한 사건에 대하여 유죄로 인정할 만한 증거가 없거나 공소사실이 범죄로 인정되지 않을 때 법원이 선고 |
| **불기소** | • 공소를 제기하지 않는 결정을 통칭<br>• 기소유예: 범죄가 인정됨에도 불구하고 범인의 연령, 피해자와의 관계 등을 참작하여 공소를 제기하지 않는 것<br>• 기소중지: 피의사건에 대하여 공소조건이 구비되고 범죄의 객관적 혐의가 충분하더라도 피의자나 참고인의 소재 불명 등의 사유로 수사를 종결할 수 없는 경우, 검사가 그 사유가 없어질 때까지 수사중지 결정을 하는 것<br>• 혐의없음: 무혐의, 죄가 안 됨. 증거불충분<br>• 공소권없음: 수사 기관이 법원에 재판을 청구하지 않는 불기소 처분의 한 유형으로 피의사건에 관해 소송조건이 결여됐거나 형이 면제되는 경우를 말함 |

⑤ 불기소 처분에 대한 불복

가) 항고

검사 처분에 따른 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 그 검사가 속한 지방검찰청이나 지청을 통하여 고등검찰청 검사장에게 항고 이유를 포함하여 항고장을 작성하여 사건의 재수사 신청(항고)을 할 수가 있습니다. 항고에 이유가 있다고 인정되면 불기소 처분을 직접 정정하게 할 수 있습니다.

나) 재정신청

검사가 불기소 처분을 한 경우 관할 고등법원에 그 결정에 관하여 재정신청을 할 수 있습니다. 항고의 기각 결정에 대한 통지를 받을 날로부터 10일 이내, 항고 이후 재수사가 이루어진 다음에 다시 공소를 제기하지 않는다는 통지를 받은 날부터 10일 이내, 항고 신청 후 항고에 대한 처분이 행해지지 않고 3개월이 경과한 날부터 10일 이내, 검사가 공소시효 만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 않는 경우에는 공소시효 만료일 전날까지 재정신청서를 제출하면 됩니다. 재정신청에 이유가 있는 때에는 관할지방법원의 심판에 회부하게 되고, 재정신청 수락결정이 있은 때에는 공소제기된 것으로 간주되어 공소시효는 정지됩니다.

다) 재항고

재정신청권자가 아닌 사람은 항고가 받아들여지지 않는 경우 항고 기각 결정을 받은 날로부터 30일 이내에 검찰총장을 상대로 하여 항고 기각의 결정을 한 고등검찰청에 재항고서를 제출하는 방식으로 재항고를 할 수 있습니다.



### (6) 민사상 손해배상의 청구

① 절차 흐름도

② 성희롱 행위자 및 사용자(사업주) 배상 책임

성희롱은 불법행위에 해당하기 때문에, 피해자는 손해배상을 청구할 수 있습니다. 손해배상은 성희롱 피해로 인한 치료비, 일실수입, 위자료 등이 포함됩니다. 다만, 불법행위 손해배상청구는 소멸시효가 있어서 가해자 및 손해 발생을 안 날로부터 3년, 불법행위가 있은 날로부터 10년 이내에 해야 하므로 주의해야 합니다.

사용자인 회사는 근로자에 대하여 안전배려의무를 지니고 있고, 성희롱 예방과 금지의 의무, 사건 발생 시 조치 의무 등이 있습니다. 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 가해자 본인과 연대하여 배상할 책임이 있는데 이를 "사용자 책임"이라고 합니다. 여기서 "사무집행에 관하여"라는 규정의 뜻은 원칙적으로 그 행위가 피용자의 직무 범위에 속하는 행위여야 할 것이나 피용자의 직무 집행 행위 그 자체는 아니더라도 그 행위의 외형으로 관찰하여 마치 직무의 범위 내에 속하는 것과 같이 보이는 행위도 포함하는 것으로 해석(대법원 1997. 9. 26. 선고 97다21499 판결) 하고 있습니다.

성희롱 행위자와 사용자의 손해배상 책임의 근거는 아래와 같습니다.

| | |
|---|---|
| **성희롱 행위자의 배상책임 근거** | • 민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.<br>• 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 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 배려 보호할 의무가 있음. 이 의무를 위반하면 민법 제750조의 불법행위 책임을 지게 됨.<br>• 민법 제756조(사용자의 배상책임) 제1항: 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 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. |

**관련 판례 – 불리한 처우로 인한 손해배상책임을 인정한 사례(서울북부지방법원 2018. 10. 25. 선고 2017가단102775 확정)**

성희롱 피해자가 강제추행한 가해자에 대한 처벌을 요구한다는 이유로 주요 프로그램 운영에서 피해자를 고의로 배제하고, 다른 직원과는 달리 식대를 지급하지 않고, 차별과 업무 배제 등의 불이익한 조치를 한 것에 대하여 남녀고용평등법위반죄 벌금 50만 원, 위자료 200만 원으로 선고함.

**적극적 조치 의무 위반 및 불리한 처우로 인한 손해배상책임을 인정한 사례(서울남부지방법원 2012. 1. 20. 선고 2010가합23761, 항소심에서 조정성립으로 확정)**

회사가 행위자의 성희롱 행위가 확인된 이후에도 행위자에 대한 징계 등의 조치를 하지 아니하고, 문제가 된 강제추행 형사사건 시 재판부에 허위사실이 기재된 문서를 제출하여 피해자를 모해하고, 별다른 근거없이 피해자에게 민형사상 조치를 취하겠다는 내용증명을 발송하여 피해자를 압박하는 등 불이익한 조치를 한 것에 대하여 위자료 2,000만원과 부당한 해고에 대한 임금 상당액 지급 의무가 있음을 확인하였음.

**피해자에 대한 불리한 처우로 인한 손해배상책임을 인정한 사례(수원지방법원 성남지원 2010. 4. 15. 선고 2008가합5314 확정)**

성희롱 사실을 고지받은 직후 피해자를 대기발령 상태에 머무르게 하였고, 새로운 부서 배치 이후에도 피해자에게 적절한 업무를 부여하지 않았고, 성희롱 발생 사실에 대해서 조사를 하지 않았고 재발방지대책도 수립하지 않았으며, 피해자가 가해자와의 분리를 요청하면서 전보를 요구했음에도 불구하고 7개월간 별다른 조치를 취하지 않은 사건에 대하여 위자료 3.000만원을 선고함.

**비밀누설로 인한 손해배상책임을 인정한 사례(광주지방법원 2018. 5. 15. 선고 2016가단20461 확정)**

사내 전산망을 통해 성희롱 고충사건 당사자의 인적사항, 피해자의 고충처리신고 내용, 고충상담 조사서, 중앙인사위원회의 심의 자료가 유출되어 전체 임직원이 모두 볼 수 있는 상태로 공개된 것과 관련하여 구체적인 유출경로가 어떠하였는지 간에 소속 직원이 업무상 성희롱 신고 관련 자료를 입수하여 보관하는 동안에 기자에게 이를 유출하고 내부 전산망에 업로드한 사실을 추인할 수 있고, 해당 직원은 비밀유지 의무를 위반하는 불법행위를 저지렀으며 이것은 회사의 사무집행과 관련성이 상당하여 민법 제756조 사용자 책임을 물어 위자료 3,000만 원 인정함.

**사용사업주의 사용자 책임을 인정한 사례(대법원 2017. 3. 9. 선고 2016도18138 판결)**

파견근로자의 입사 당일 이를 축하하는 회식 자리에서 성희롱이 발생, 이후 피해근로자로부터 “2, 3차까지 두 사람만 회식하는 것을 자제해 달라”라는 취지의 말을 듣고 다음 날 피해자에게 파견근로계약해지 취지를 통보하였고, 근로자파견업체인 피해자 소속 회사에 다른 직원으로 교체해줄 것을 요구한 것에 대하여 남녀고용평등법위반죄에 있어서의 사업주는 파견근로자에 대한 사용사업주도 포함된다고 설시하며 사용자 책임을 인정함.



# 6 성희롱·성폭력 상담에 앞서 꼭 알아야 할 상식

**① 성희롱과 성폭력의 차이가 무엇인가요?**

상대방이 원치 않는 성적 언동으로 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하고, 성적자기결정권을 침해하는 행위라는 점에서 성희롱과 성폭력은 공통점이 있으나 그것을 규율하는 법률과 해당 법률의 취지와 목적에 따른 차이가 있습니다. 특히 여기에서 말하는 성폭력은 협의의 성폭력, 즉 ‘성폭력 범죄’를 의미하며 그에 관한 설명을 하고자 합니다.

성폭력은 ‘원치 않는 성적인 행위를 거부할 권리’, ‘자신의 의사에 반하여 성적 행위를 강요당하지 않을 권리’를 침해하는 것으로 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제1항에 규정된 죄에 해당하는 행위를 말합니다.

| | | |
|---|---|---|
| **성희롱** | • 양성평등기본법<br>• 국가인권위원회법<br>• 남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률 | |
| **성폭력** | • 형법<br>• 군형법<br>• 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법<br>• (‘성폭력 처벌법’) | • 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(‘청소년성보호법’)<br>• 성폭력방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률(‘성폭력방지법’) |

표9 성희롱, 성폭력 관련 법률

| 직장 내 성희롱 행위 유형[3] | 주요 성폭력 범죄 |
|---|---|
| 가. 육체적 행위<br>1) 입맞춤, 포옹 또는 뒤에서 껴안는 등의 신체적 접촉행위<br>2) 가슴·엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위<br>3) 안마나 애무를 강요하는 행위<br>나. 언어적 행위<br>1) 음란한 농담을 하거나 음탕하고 상스러운 이야기를 하는 행위(전화통화를 포함한다)<br>2) 외모에 대한 성적인 비유나 평가를 하는 행위<br>3) 성적인 사실 관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위<br>4) 성적인 관계를 강요하거나 회유하는 행위<br>6) 회식자리 등에서 무리하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위<br>다. 시각적 행위<br>1) 음란한 사진·그림·낙서·출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위(컴퓨터통신이나 팩시밀리 등을 이용하는 경우를 포함한다)<br>2) 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위<br>라. 그 밖에 사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것으로 인정되는 언어나 행동<br>2. 고용에서 불이익을 주는 것의 예시<br>채용탈락, 감봉, 승진탈락, 전직(轉職), 정직(停職), 휴직, 해고 등과 같이 채용 또는 근로조건을 일방적으로 불리하게 하는 것 | • 강간: 폭행 또는 협박으로 상대방의 동의 없이 강제적으로 성적 교섭(성기 삽입)을 하는 행동(형법 제297조)<br>• 유사강간: 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기 제외)의 내부에 성기를 넣거나 성기· 항문에 손가락 등 신체(성기 제외)의 일부 또는 도구를 넣는 행위(형법 제297조의2)<br>• 강제추행: 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행(성교행위에 이르지 아니하는 비자발적 성적 접촉)하는 것(형법 제298조)<br>• 준강간, 준강제추행: 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행하는 것(형법 제299조)<br>• 업무상 위력에 의한 간음, 추행: 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행하는 것(형법 제303조, 성폭력처벌법 제10조)<br>• 공중밀집장소에서의 추행: 대중교통수단, 공연·집회장소, 그 밖에 공중이 밀집하는 장소에서 사람을 추행하는 것(성폭력처벌법 제11조)<br>• 성적 목적을 위한 공공장소 침입: 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 화장실, 목욕장 등 불특정 다수가 이용하는 다중이용 장소에 침입하거나 같은 장소에서의 퇴거요구에 불응하는 경우(성폭력처벌법 제12조)<br>• 통신매체를 이용한 음란행위: 성적 욕망을 유발한 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터 등 통신매체를 이용하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 영상 등을 상대방에게 도달하게 하는 것(성폭력처벌법 제13조)<br>• 카메라 등을 이용한 촬영: 카메라나 그와 유사한 기능을 갖는 기계장치로 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체를 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물 또는 복제물을 반포·판매·임대하거나 소지·구입·저장 또는 시청하거나(성폭력처벌법 제14조) 촬영물 또는 복제물을 이용하여 사람을 협박·강요하거나(성폭력처벌법 제14조의3) 반포 등을 목적으로 영상물 등을 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집·합성 또는 가공하는 것(성폭력처벌법 제14조의2) |

3) 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 시행규칙 [별표 1] 직장 내 성희롱을 판단하기 위한 기준의 예시

표10 성폭력 범죄와 직장 내 성희롱 유형

**② 폭행, 협박, 위력, 위계란 무엇인가요?**

가) 법률상 용어의 차이

성폭력 범죄에 있어 가해자가 저항하지 못할 정도로 심하게 폭행하거나 거부할 수 없을 정도의 협박을 하는 것을 '강제', 피해자가 저항하지 못하는 상태에 빠진 것을 가해자가 이용하는 것을 '준(準)', 강제에 이르지는 않지만 피해자의 자유의사를 제압할 정도의 폭행이나 협박을 하는 것을 '위력', 무엇인가를 속이는 것을 '위계'라고 합니다. 가해자가 강제, 준, 위계, 위력 중 하나의 수단을 이용하여 피해자를 간음, 유사간음, 추행하면 성폭력 범죄로 처벌하게 되는데, 이는 형사처벌을 위한 범죄의 구성 요건에 해당하는 것이며 직장 내 성희롱 성립 여부에는 영향을 미치지 않습니다. 다만 징계양정에 영향을 미칠수 있을 뿐입니다.

여기에서 '위계'에 대해서 한번 짚고 넘어갈 필요가 있습니다. 우리가 흔히 '위계서열'이라고 할 때의 '위계(位階)'는 지위나 계층에 따른 등급이라고 할 수 있는데, 성폭력 범죄에서 말하는 '위계(僞計)'는 거짓으로 꾸미거나 속임수를 쓰는 것이라고 할 수 있습니다. 즉 상대방을 착오에 빠지게 하여 상대방이 행위의 의미를 알지 못하거나 착각·오인하는 상황을 이용하여 정상적인 성적 의사결정을 못하게 하는 경우를 말합니다. 따라서 우리가 통상 직장 내 성희롱·성폭력에 있어서 권력관계에 기인한 성폭력이라는 의미에서라면 '위계에 의한 성희롱·성폭력'이 아니라 '위력에 의한 성희롱·성폭력'이라 표현하는 것이 더욱 정확할 것입니다.

나) 위력이 직장 내 성희롱 요건에 해당하는지 여부

'위력'이란 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말합니다. 물리적인 폭행이나 협박뿐 아니라 사회적, 경제적, 정치적 지위나 권세를 이용하는 것도 포함됩니다. 그로 인해 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하지 않으며 그 위력을 실질적으로 행사할 것을 요구하지 않습니다. 특히 직장 내 성희롱의 성립요건에는 행위자와 피해자 간 지위의 우위 또는 관계의 우위성을 요건으로 하지 않고 있으며 근로자와 근로자 간 발생한 성희롱 역시 성립합니다. 위력에 의한 성희롱은 권한 남용에 해당하므로 직장 내 성희롱 성립요건은 아닐 것이나, 행위자의 고의 또는 과실의 정도에 따라 징계양정에 반영하여야 할 요소에 해당합니다.

**사례 1**

60세 회사 대표가 갓 입사한 20세, 19세 직원에게 "내 말을 듣지 않으면 직장에서 불이익을 주고 퇴근시키지 않겠다."라고 말하는 등 불이익을 줄 듯한 태도를 보여 간음한 사안에서, 법원은 합의에 의한 성관계라는 피고인의 주장을 배척하고 위력행사를 인정하여 유죄를 선고하였다. 나이가 어리고 사회경험 및 판단능력이 부족한 사회초년생에게 직장생활에서의 불이익을 고지하는 것은 위력에 해당한다는 것이다.

**사례 2**

주식회사 대표가 직원과 단둘이 술을 마시며 연봉 인상 등에 대하여 말한 후, 거부하는 직원을 모텔로 데리고 들어가 간음한 사안에서, 법원은 피고인이 회사 운영자로서 그 신분을 이용하여 직원을 위력으로 간음한 사실이 충분히 인정된다고 판단하였다. 회사대표가 직접적으로 고용, 근로조건 등을 거론하며 영향력 행사 권한을 과시한 것은 위력에 해당한다는 것이다.

다) 저항과 거부, 그리고 동의에 대하여

현재 우리 법은 강간 피해에 대하여 '피해자의 반항이 불가능하거나 현저히 곤란할 정도에 이르는' 폭행 또는 협박이 있어야만 인정되기 때문에 피해자가 폭력과

협박에 저항했다는 것을 소명해야만 합니다. 그러나 폭행이나 협박이 없어도 저항 또는 거부표현을 하지 못하는 관계가 있을 수 있고, 너무 놀라거나 당혹스럽고 무서워서 차마 저항하지 못하는 경우도 많습니다. 직장 내 성희롱·성폭력에서도 '거부하지 않는 것'을 곧바로 '합의에 의한 관계'로 보는 경우도 있으나, 부득이한 동의는 사실상 강요에 해당합니다. 상호간 이성적인 호감의 표현이 이루어지지 않았음에도 불구하고 상급자의 일방적인 호감의 표시에 피해자가 적극적인 거부를 하지 않았다는 것을 동의로 해석하는 것은 적절치 않습니다. 이 경우에는 조사 과정에서 반드시 피해자의 관점에서 상황과 맥락을 짚어내고, 명시적인 동의나 합의가 있었는지 아닌지 또는 사실상 강요로 인한 부득이한 동의인지 여부를 잘 살펴보아야 합니다.

**③ 성희롱 또는 성폭력이 성립하지 않으면 무고죄가 되나요?**

가) 무죄와 무혐의의 차이

성폭력 사건에서는 피해자의 진술 이외에 다른 증거가 없는 경우가 많고 대부분 간접·정황 증거만 있기 때문에 피해 사실의 직접적인 입증이 어려워서 고소사건에서 무혐의 처분되거나 무죄 판결이 선고되는 경우가 있습니다. 무혐의란 검사가 사건 수사 후 범죄 사실을 입증할 증거가 부족하거나 범죄가 인정되지 않는다고 판단하여 사건을 기소하지 않기로 결정하는 불기소 처분을 의미하기 때문에 보통 '무혐의 처분이 내려졌다'라고 표현합니다. 한편 무죄란 법원이 재판 후 공소사실을 입증할 증거가 부족하다는 이유 등으로 '죄가 있음을 증명하지 못했다'라고 선고하는 것으로 보통 '법원이 무죄를 선고하였다'라고 표현합니다.

가해자로 지목된 이들은 무혐의 처분을 근거로 피해자에게 무고죄가 있다고 하거나 피해자의 주장이 허위라거나 피해 사실이 전혀 없다는 식으로 주장하기도 하고, 주변에서도 그렇게 해석하는 경우가 많습니다. 그러나 형사사건에서 무혐의 처분이나 무죄 판결이 있었다고 해서 성폭력 피해 사실이 없었다고 곧바로 단언할 수는 없습니다. 즉, 직장 내 성희롱의 성립요건 및 사실관계의 증명방법은 성폭력 범죄의 구성요건과는 다르기 때문에 형사사건에서 무혐의처분, 무죄판결이 났다고 해도 조직내에서는 성희롱으로 성립이 될 수 있다는 의미입니다.

나) 성폭력 범죄 수사결과 불기소 처분 시 고소인 무고죄 적용 여부

성폭력 사건에서 피고소인에 대한 불기소(무혐의)처분이 있거나 피해자가 수사 도중 고소를 취하하는 경우, 가해자로 지목되었던 자가 피해자(고소인)를 무고죄로 고소하는 경우가 꽤 있습니다. 하지만 무혐의 처분이 있었다는 것은 성범죄라고 인정할만한 증거가 부족하다는 의미일 뿐이지, 피해자가 주장하는 피해 사실 자체가 없었다는 것을 의미하는 것이 아닙니다. 성폭력은 범죄의 구성요건에 따라 범죄의 성립 여부를 판단하기 때문에 피해자가 주장하는 행위 사실이 존재함에도 불구하고 범죄요건에 해당하지 못하거나 입증이 부족하여 무혐의 처분 또는 무죄 판결에 이르는 경우가 있습니다.

무고죄란 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무원 또는 공무소에 허위사실을 신고함으로써 성립하는 죄(형법 제156조)를 말합니다. 무고죄는 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립하는 범죄입니다. 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라는 요건은 적극적 증명이 있어야 하고, 신고사실의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 신고사실이 객관적 진실에 반하는 허위라 단정할 수 없습니다. 따라서 성폭력 피해를 고소한 자가 허위사실을 날조하여 신고한 경우가 아닌 이상 성폭력 피해를 입었다는 신고 사실에 관하여 불기소 처분 내지 무죄 판결이 내려졌다 하여 그 자체로 무고죄가 성립한다고 볼 수 없습니다. 신고자가 객관적 사실관계를 사실 그대로 신고한 이상, 그에 따른 주관적 법률평가가 잘못되었거나 신고자가 당해 사건의 증거를 제시하지 못한다는 이유로는 무고죄가 성립하지 않는다는 의미입니다. 허위사실의 여부는 신고 사실의 핵심 또는 중요내용이 진실과 부합하는가를 기준으로 판단합니다. 따라서 사실을 다소 과장해도 본죄는 성립하지 않고, "신고 사실의 핵심 또는 중요내용이 진실과 부합"하지 않는 경우라면 이미 신고자 측에서 증언이나 물적 증거 등을 조작한 경우에서나 벌어질 수 있는 상황입니다. 신고자가 진술하는 과정에서 자신 역시 가물가물한 기억으로 주변적 진술이 다소 부정확하더라도 위축될 필요는 없습니다.

다) 직장 내 성희롱 불성립 시 신고인에 대한 징계 조치 여부

사내에 성희롱으로 신고하였다가 불성립하거나 절차를 중단하는 경우 신고인을 무고죄로 고소하거나 허위사실 신고 등을 이유로 징계할 수 있는지 문의하는 경우도 있습니다. 무고죄란 쉽게 말해서 죄가 없는 사람을 허위로 신고할 경우 처벌을 받는 범죄입니다. 따라서 사내에 직장 내 성희롱을 신고하는 경우에는 해당되지 않습니다. 그렇다면 징계는 가능할까요? 이 경우에도 역시 성희롱으로 성립되지 않는 피해 사실을 신고했다는 것을 이유로 징계처분을 할 수는 없습니다. 피신고인에 대한 징계처분을 목적으로 허위사실을 신고한 것이 아닌 한, 신고 사실만으로 징계를 한다면 실제 성희롱 피해자들의 신고를 막을 뿐만 아니라 피해 사실을 밝히지 못하게 하는 효과를 가져오게 될 것입니다. 또한 비록 성희롱에는 해당되지 아니하지만 문제의 소지가 있는 행위이거나 성차별적 언행도 있을 것입니다. 또는 해당 조직의 성인지 감수성이 지극히 낮아 잘못 심의하는 경우도 있을 수 있습니다. 많은 경우 피해자는 자신에게 발생할 수 있는 2차 피해에 대한 두려움과 고통스러움, 동료나 지인들에 대한 미안함, 부담감 등을 안고 고충신고를 합니다. 명백한 고의성이 있거나 허위사실이 아닌 한 신고를 이유로 또는 불성립으로 이유로 피해자를 징계하는 것은 관련 법의 취지를 훼손하는 것이므로 무고죄나 징계 요구 등을 운운하거나 남발하여서는 안 되는 일입니다.

9장 · 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 아래와 같이 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**

근로자가 부당해고 구제신청을 하여 중앙노동위원회 재심 판정을 받았으나 이에 불복하는 경우, 중앙노동위원회 재심판정서를 송달받은 날부터 15일 이내에 취소소송을 제기해야 합니다(근로기준법 제31조 제2항). 또한 근로자가 근로복지공단에 산재 신청을 하였다가 요양불승인 등의 처분을 받아 불복하는 경우, 그 처분서를 송달받은 날부터 90일 이내에 취소소송을 제기해야 하고(행정소송법 제20조 제1항 본문), 심사 및 재심사를 거친 경우에도 재심사에 대한 재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 취소소송을 제기해야 합니다(행정소송법 제20조 제1항 단서, 산업재해보상보험법 제111조 제2항). 만약 위 각 기간을 도과한 상태에서 소를 제기하면 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 |

✷ 2011.7.18.부터 전자소송으로 소장을 제출하는 경우에는 종이소송에 비하여 10%할인된 인지액을 납부
✷✷ 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 × 1회 송달료 × 10회분 |
| 민사 제1심 단독사건(소가 2억 원 이하) | 당사자수 × 1회 송달료 × 15회분 |
| 민사 제1심 합의사건<br>(소가 2억 원 초과, 해고무효 확인의 소 등) | 당사자수 × 1회 송달료 × 15회분 |
| 민사 항소사건 | 당사자수 × 1회 송달료 × 12회분 |
| 민사 상고사건 | 당사자수 × 1회 송달료 × 8회분 |

| | |
|---|---|
| 민사 조정사건 | 당사자수 × 1회 송달료 × 5회분 |
| 부동산 등 경매사건 | (신청서상의 이해관계인 수 + 3) × 1회 송달료 × 10회분 |

표2 송달료(1회 송달료 = 5,200원 (2021.9.1.시행))

**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 104,000원(=당사자 2인×5,200원×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 156,000원(=당사자 2인×5,200원×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 52,000원(=당사자 1인×5,200원×10회)입니다. 해고무효 확인의 소 등을 전자소송으로 진행할 경우 인지대는 207,000원(=230,000원×0.9)이고, 송달료는 78,000원(=당사자 1인×5,200원×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 |
|---|---|
| 300만원까지 부분 | 30만원 |
| 300만원을 초과하여 2,000만원까지 부분 [30만원 + (소송목적의 값 - 300만원) × $\frac{10}{100}$] | 10% |
| 2,000만원을 초과하여 5,000만원까지 부분 [200만원 + (소송목적의 값 - 2,000만원) × $\frac{8}{100}$] | 8% |
| 5,000만원을 초과하여 1억원까지 부분 [440만원 + (소송목적의 값 - 5,000억원) × $\frac{6}{100}$] | 6% |
| 1억원을 초과하여 1억5천만원까지 부분 [740만원 + (소송목적의 값 - 1억원) × $\frac{4}{100}$] | 4% |
| 1억5천만원을 초과하여 2억원까지 부분 [940만원 + (소송목적의 값 - 1억5천만원) × $\frac{2}{100}$] | 2% |
| 2억원을 초과하여 5억원까지 부분 [1,040만원 + (소송목적의 값 - 2억원) × $\frac{1}{100}$] | 1% |
| 5억원을 초과하는 부분 [1,340만원+ (소송목적의 값 - 5억원) × $\frac{0.5}{100}$] | 0.5% |

표3 변호사 보수표 (2020. 12. 28. 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 증명방법 모색

**① 소송의 승패는 증거에 의해서 결정됩니다**

당사자의 주장이 진실이라고 해도 증거에 의해서 증명되지 못 하면 소송에서 패소할 수밖에 없습니다. 예컨대 甲이라는 근로자가 乙이라는 사용자로부터 임금을 못 받았다고 가정해 봅시다. 甲이 소를 제기해서 승소하기 위해서는 소송에서 근로계약 체결사실과 임금액을 증명해야 합니다. 만약 소송을 하더라도 당사자의 주장사실을 증명할 방법이 전혀 없다면 소 제기 자체에 대해서 심각하게 고민해야 합니다. 평소에 증거를 다 확보해두면 가장 좋겠지만, 대부분의 경우 그렇지 못합니다. 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 보고시켜 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<br>② 한국가정법률상담소 | 법원 |
| 신청시점 | 소송제기에 대한 판단 전 | ① 소송제기와 동시<br>② 소송제기 후 |
| 신청요건 | 일정한 소득 및 임금수준 요건에 부합하는 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<br>② 형사사건<br>③ 행정심판사건<br>④ 행정소송사건<br>⑤ 헌법소원사건<br>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. 나홀로소송을 할 때 '전자소송'을 활용하면 더욱 편리하게 소송을 진행할 수 있습니다. 전자소송 홈페이지(http://ecfs.scourt.go.kr)에 접속하면 전자문서의 작성과 제출, 송달문서의 확인, 나의 사건관리 등을 할 수 있습니다. 전자소송 체험시스템도 있으니 체험 후에 활용하기 바랍니다. 전자소송 홈페이지 이용 및 장애 문의는 02-3480-1715(평일 9시부터 18시까지)로 하면 됩니다.

## 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

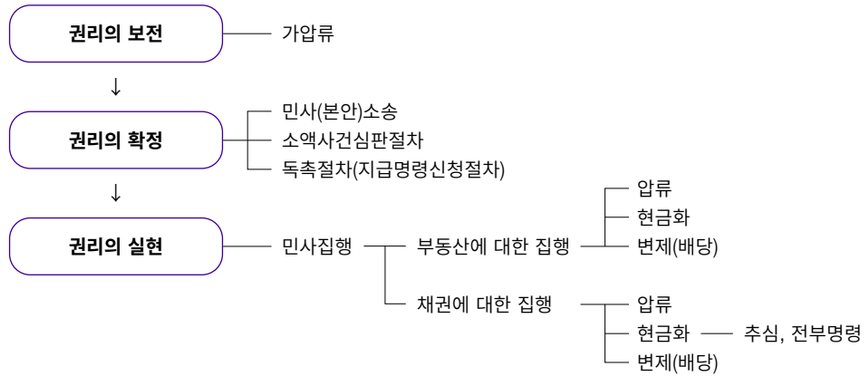



그림1. 체불임금 청구소송 절차

#### 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 지급할 인지액의 1/10이고(민사소송등인지법 제7조 제2항), 예납할 송달료도 당사자 1인당 6회분에 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 강제집행을 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 구제 재심판정 취소 소송을 제기해야 합니다.

한편, 근로자는 부당해고를 당했을 때 노동위원회 구제신청과는 별개로 해고무효 확인 소송을 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.

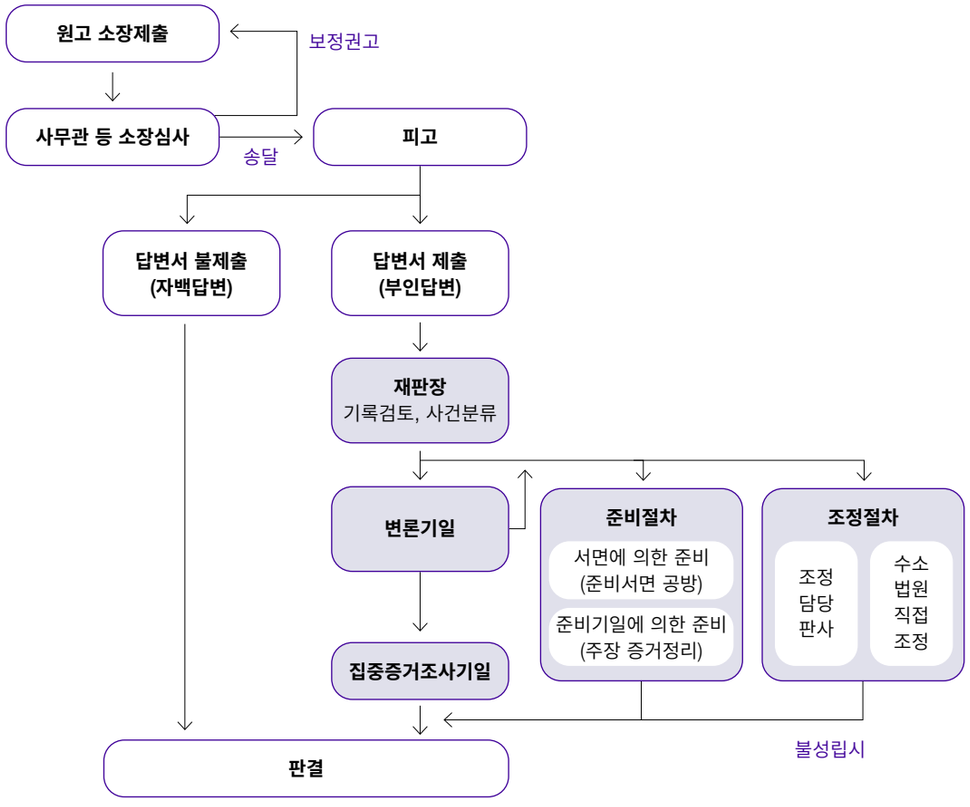



그림2. 해고소송 절차



**(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.

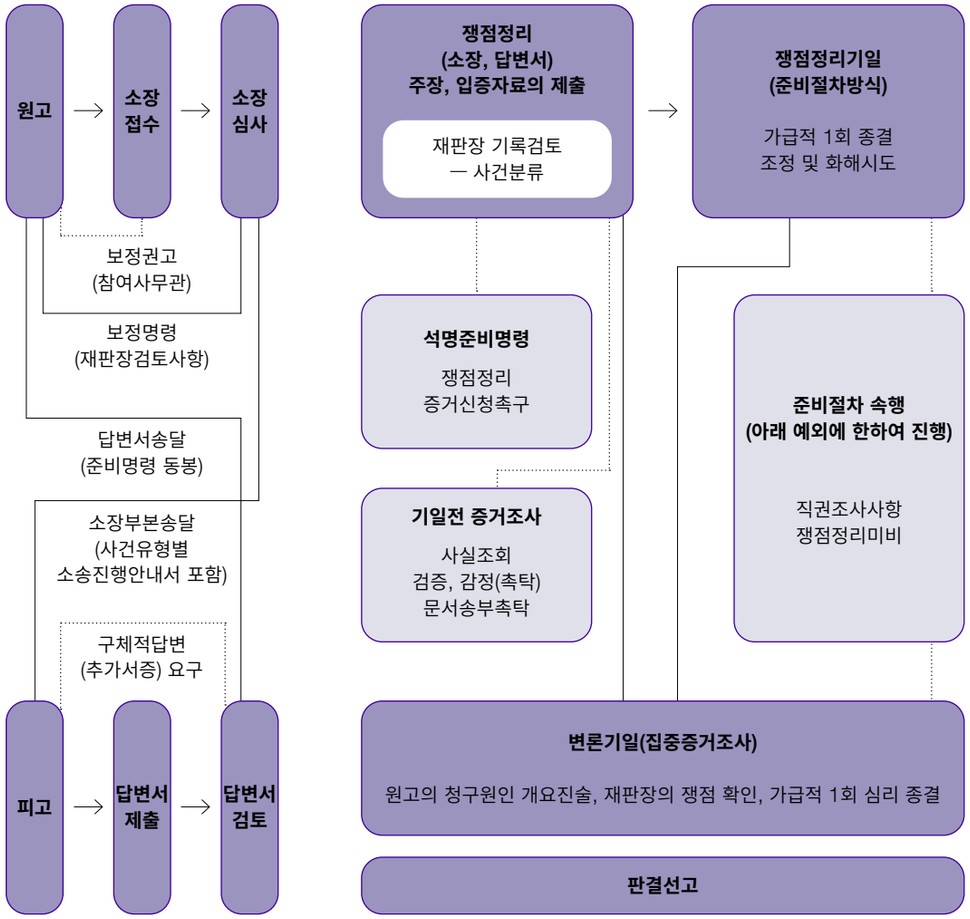



그림3. 행정소송 절차

**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.

# 4 손해배상청구소송

### (1) 산재에 따른 손해배상 청구소송

근로자가 산업재해(이하 '산재'라 합니다)를 당한 경우 근로복지공단에 산재 신청을 해서 산업재해보상보험법(이하 '산재법'이라 합니다)상 각종 급여를 받을 수 있습니다(자세한 내용은 제6장 참조). 그러나 근로복지공단으로부터 지급받는 급여의 액수는 실제 피해액에 미치지 못할 수도 있습니다. 이 경우 근로자는 사업주와 합의하거나 민사상 손해배상을 청구할 수 있습니다.

먼저, 근로자는 사업주와 원만하게 합의를 해서 합의금을 받을 수 있습니다. 회사와 합의할 경우 실제 손해배상액보다 상당히 낮은 금액으로 합의하는 경우가 많습니다. 사업주는 합의 시 일반적으로 "민형사상 이의제기를 하지 않겠다."는 조항을 넣기 때문에 섣불리 도장을 찍으면 안 됩니다. 전문가와 상담한 뒤에 합의를 하는 것이 바람직합니다.

다음으로, 근로자가 사업주와 합의를 하지 못했거나 합의할 의사가 없다면 민사상 손해배상 청구소송을 진행할 수 있습니다. 통상 요양 종결 후 장해가 남았거나 사망한 경우 민사상 손해배상 청구소송을 진행합니다. 손해배상 청구소송을 진행할 때 다음의 사항을 주의해야 합니다.

첫째, 민사상 손해배상액과 산재법상 보험급여는 중복해서 지급되지 않기 때문에 민사상 손해배상액은 산재법상 보험급여액을 공제하고 산정합니다. 다만 위자료는 산재로 보상받는 부분이 아니기 때문에 전액을 청구할 수 있습니다. 만약 민사상 손해배상액이 산재법상 보험급여보다 크지 않고, 위자료도 소액인 경우라면 굳이 시간과 비용을 들여서 소송을 진행할 이유가 없습니다.

둘째, 민사상 손해배상액은 피재 근로자의 나이, 임금, 노동 능력 상실률, 과실률 등을 종합적으로 고려해서 산정합니다. 피재 근로자의 나이가 어릴수록, 임금이 높을수록, 부상과 질병의 정도가 심각할수록, 사용자의 과실이 클수록 민사상 손해배상액이 커집니다. 따라서 사업주의 과실 등을 증명할 수 있도록 증거를 확보해두어야 합니다.

### (2) 직장 내 괴롭힘 또는 성희롱에 따른 손해배상 청구소송

근로자가 직장 내 괴롭힘 또는 성희롱을 당한 경우 진정·고소 등을 통해서 대응할 수 있습니다(자세한 내용은 제7장, 제8장 참조). 그 외에도 근로자는 불법행위로 인한 손해배상 청구소송을 제기하는 방안도 고려해볼 수 있습니다(민법 제750조). 피해 근로자는 재산상 손해뿐 아니라 정신적 고통에 대한 위자료를 청구할 수도 있습니다(민법 제751조).

만약 가해자의 직장 내 괴롭힘 또는 성희롱이 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행행위와 관련되었다면, 피해 근로자는 사용자에게도 손해배상 청구를 할 수 있습니다(민법 제756조 전문). 그러나 사용자가 가해자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 사용자에게 손해배상 청구를 할 수 없습니다(민법 제756조 제1항 후문).



한편, 가해자가 피해자의 명예를 훼손한 경우 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수도 있습니다(민법 제764조).

**관련 판례 – 직장 내 성희롱에 대한 가해자와 사용자의 손해배상책임이 인정된 판례**

"원고의 상사인 피고 D가 원고를 지휘 감독하는 업무의 하나로써 원고의 직장생활에 관한 면담을 하던 도중 성희롱 발언을 통해 원고의 인격권 등을 침해하는 행동을 하였으므로, 이는 피고 회사의 사무집행행위와 관련된 것이라고 판단된다. 따라서 피고 회사는 피고 D의 사용자로서 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다. ‥(중략)‥ 원고가 피고 D의 앞서 본 성희롱 행위와 피고 회사의 남녀고용평등법위반 행위로 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 명백하므로 이를 금전으로나마 위자할 의무가 있고, 원고의 나이, 성별, 직업, 이 사건의 경위와 그 방법 및 정도 등 여러 가지 사정을 종합하면 피고 회사, 피고 D이 원고에게 배상할 위자료는 2,000,000원으로 정함이 상당하다."(서울중앙지방법원 2018. 3. 19. 선고 2016가단5266494 판결, 위 판결은 서울중앙지방법원 2019. 1. 23. 선고 2018나23246 판결, 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다220007 판결로 확정)

**직장 내 괴롭힘에 대한 가해자와 사용자의 손해배상책임이 인정된 판례**

"피고들 회사의 영업총괄 전무인 피고 I가 위와 같이 원고 A, B, C가 보는 앞에서 부하직원들에게 고기를 던져 모멸감과 불쾌감을 느끼게 한 행위, 원고 D에게 모멸감을 느끼게 한 언동, 원고 E가 보는 자리에서 부하 직원에게 모멸감을 느끼게 한 언동, 원고 F에게 모멸감과 수치심을 느끼게 한 언행, 원고 G에게 모멸감을 느끼게 한 언동은 상급자가 직장에서의 지위의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 정신적 고통을 준 행위로서 불법행위를 구성하고, 피고 I가 피고 H 앞에서 한 위 언동은 상급자가 직장 내의 지위를 이용하여 다른 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위로서 불법행위를 구성하므로, 피고 I는 민법 제750조에 따라 그로 인하여 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다. 피고 I의 위 각 행위는 업무집행 중 또는 점심 휴게시간 또는 공적인 회식자리에서 이루어진 것으로 외형적·객관적으로 사용자인 피고들 회사의 사무집행행위와 관련되었다고 볼 수 있으므로, 피고들 회사는 민법 제756조에 따라 피고 I의 사용자로서 피고 I와 공동하여 피고 I가 그 사무집행에 관하여 직장 내 괴롭힘 또는 성희롱을 함으로써 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다. 나아가 피고들이 배상하여야 할 위자료의 액수에 관하여 보건대, 이 사건에서 이루어진 직장 내 괴롭힘과 성희롱 언행의 정도, 그로 인하여 원고들이 받은 정신적 충격 그 밖에 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 종합하여, 원고 A, B, C, E에 대하여 각 50만 원, 원고 D, F, G, H에 대하여 각 150만 원으로 정한다."(서울중앙지방법원 2019. 12. 5. 선고 2018가단5215933 판결)

10장 · 이주영 노무사(서울노동권익센터)

# 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

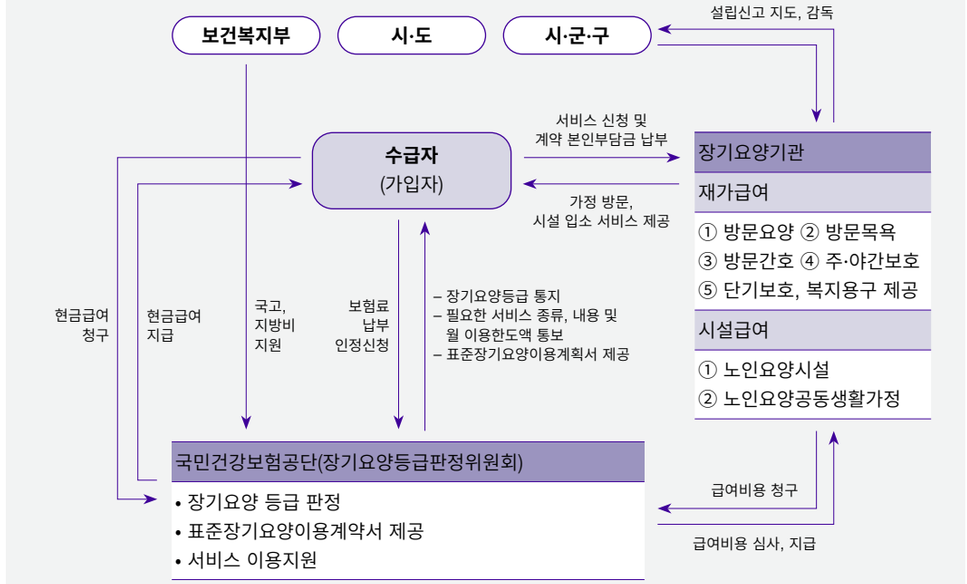



그림1 노인장기요양보험제도

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 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.

**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.<br>급여 종류로는 시설급여, 재가급여로 나뉩니다. 시설 급여는 장기요양기관이 운영하는 노인요양시설, 노인요양공동생활가정 등의 노인의료복지시설에 입소하는 것에 대한 급여를 제공하는 것이고, 재가급여는 수급자의 가정이나 장기요양기관(주야간보호, 단기보호기관)에서 방문요양, 방문목욕, 주야간보호, 단기보호 및 복지용구 비용을 제공하는 것을 말합니다.<br>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 2022년도 기준으로 1등급은 1,672,700원 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 생활 시설이 아닌, 주간에만 이용하는 시설입니다. 따라서 서비스는 서비스 대상자가 데이케어센터(주야간보호소)에 방문하고, 일정 기간동안 데이케어 센터 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

2020년 12월 31일 기준 장기요양기관 현황은 국민건강보험공단에서 발행한 2020 노인장기요양보험 통계연보(2021년 8월 발행)에 따르면 서울에만 장기요양기관이 3,517개소가 있습니다. 또한 서울시 장기요양기관 중 재가기관이 3,005개소가 있고, 시설기관은 512개소가 있습니다. 또한 서울에서 근무하는 요양보호사 총 76,564명 중에 재가요양기관 근무자가 70,585명, 시설요양기관 근무자가 6,464명입니다. 구성을 보면 서울시에서는 재가요양기관에 근무하는 요양보호사가 92% 이상으로 많습니다. 재가기관의 비율이 85% 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 12.6명 수준의 인력이 고용된 것으로 보이며, 근무 인력이 충분히 확보되지 않는 문제가 있습니다. 재가기관과 시설기관 모두 운영방식의 문제점, 근무 인력 확보의 문제는 요양보호사에게 열악한 근로조건으로, 수급자에 대한 서비스의 질 저하로 전가될 가능성이 있습니다.

| **장기요양기관 수** | | |
|---|---|---|
| 전국 | 재가기관 | 시설기관 |
| 25,384 | 19,621 | 5,763 |
| 서울 | 재가기관 | 시설기관 |
| 3,517 | 3,005 | 512 |

표2 장기요양기관 현황

### (2) 서비스 대상 및 업무내용, 재원 및 운영단위

**① 서비스 대상 및 업무 내용**

국민건강보험공단의 2020년 12월 31일 기준 자료에 따르면 장기요양보험 인정자(서비스 대상자) 수는 857,984명이며 65세 이상 노인인구(8,480,208명)의 약 10%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 서비스 대상자뿐 아니라 보호자도 요양보호사의 근로환경에 영향을 주게 됩니다. 따라서 요양현장에서는 서비스 대상자에 의한 해고, 성희롱 및 서비스 대상자 가족에 의한 부당업무 등이 문제되는 경우가 많습니다.

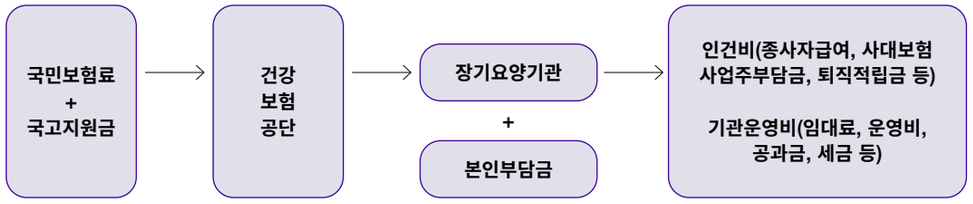



그림2 장기요양제도 재원

**② 재원 구성**

장기요양제도는 사회보험인 장기요양보험료(건강보험료의 12.27%, 2022년도 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.

재가요양보호사의 경우 서비스대상자의 집에 방문하여 요양서비스를 제공하는 형태의 근무를 하고, 시설요양보호사의 경우 시설요양기관에 입소한 서비스 대상자에게 요양서비스를 제공합니다. 재가요양보호사는 근무기간이 단절적이고 단시간 근무형태로 운영되고, 시설요양기관에서는 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 2021년 5월 요양보호사의 보험급여 대비 요양보호사의 인건비지출이 86.6%로 결정되었습니다.

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 보건복지부가 지급하는 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)<br>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)<br>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, 복지용구 제외)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 제11조

**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) | 1,672,700 | 1,486,800 | 1,350,800 | 1,244,900 | 1,068,500 | 597,600 |

표4 방문요양 서비스 대상자 보험급여 월 한도액(2022년 기준)

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. 방문요양 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 방문요양 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 | 15,430 | 4,580 | 5,760 | 1,037 |
| 60분 이상 | 22,380 | 9,160 | 11,519 | 2,073 |
| 90분 이상 | 30,170 | 13,740 | 17,279 | 3,110 |
| 120분 이상 | 38,390 | 18,320 | 23,038 | 4,147 |
| 150분 이상 | 44,770 | 22,900 | 28,798 | 5,184 |
| 180분 이상 | 50,400 | 27,480 | 34,557 | 6,220 |
| 210분 이상 | 56,170 | 32,060 | 40,317 | 7,257 |
| 240분 이상 | 61,950 | 36,640 | 46,076 | 8,294 |

표5 방문요양 시간당 급여비용 제공기준 및 직간접인건비 비교 자료(2022년 기준)

위의 자료는 방문요양 시간당 보험급여 비용 제공기준과 최저임금, 직간접인건비를 제시한 예시자료입니다. 1일 3시간씩 1주 5일 근무하고 15일의 연차를 가정하여 주휴수당(시간당) 1,832원, 연차수당(시간당) 527원을 지급받는 요양보호사를 기준으로 직접인건비를 계산하였고, 간접인건비는 현장기준인 18%로 계산한 자료입니다. 예를 들면 일주일 동안 일 3시간씩 5일 근무하고 5주가 있는 경우 75시간(3시간×5일×5주)을 근무합니다. 75시간×11,519원을 계산하면 863,925원의 월급을 받을 수 있는 것입니다.

요양현장에서는 하루 근무시간 및 근무 요일이 다양하므로, 일률적인 인건비 책정이 어렵습니다. 그래서 시간당 주휴수당 및 연차수당을 사전에 시간급에 포함시켜 근로계약을 하는 경우가 많습니다.

**④ 장기근속장려금**

하나의 장기요양기관에서 월 60시간 이상(시설의 경우 월 120시간 이상) 계속하여 근무한 기간이 36개월 이상인 경우 장기근속장려금이 지급됩니다. 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.

장기근속장려금은 통상임금에는 포함되지 않고 평균임금에는 포함됩니다. 또한 복리후생적 급여에 해당하여 최저임금에 일정금액이 포함될 수 있습니다(복리후생비의 최저임금 산입 관련 세부 사항은 3장 임금체불을 참고).



| 구분 | | 직종 | 근무기간, 지급금액(원/월) |
|---|---|---|---|
| 월 120시간 이상 근무기간 36개월 이상 | • 노인요양시설<br>• 노인요양공동생활가정<br>주·야간보호, 단기보호 | • 요양보호사<br>• 사회복지사<br>• 간호(조무)사<br>• 물리(직업)치료사 | • 36개월 이상 60개월 미만 60,000원<br>• 60개월 이상 84개월 미만 80,000원<br>• 84개월 이상 100,000원 |
| | • 고시 제57호(방문요양 사회복지사 등 배치 가산)에 따른 업무를 수행하는 종사자 | • 사회복지사<br>• 팀장급 요양보호사<br>• 간호(조무)사 | |
| 월 60시간 이상 근무기간 36개월 이상 | • 방문요양<br>• 방문목욕<br>• 방문간호 | • 요양보호사<br>• 간호(조무)사<br>• 치과위생사 | • 36개월 이상 60개월 미만 60,000원<br>• 60개월 이상 84개월 미만 80,000원<br>• 84개월 이상 100,000원 |

표6 장기근속 장려금의 지급 대상자, 근무기간 조건 및 지급금액(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제11조의 4)

**Q&A**

Q. 장기근속을 하고 있는 시설요양보호사입니다. 3년 넘게 근무하고 있고, 120시간 이상 매월 근무하는데도 장기근속장려금을 받지 못하고 있습니다. 이러한 경우 임금체불인가요? 장기근속장려금을 받으려면 어떻게 해야 하는 것인지 궁금합니다.

A. 장기근속장려금은 장기요양기관에서 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. 방문요양보호사와 시설요양보호사의 근로조건과 쟁점은 아주 많이 다릅니다. 방문요양보호사는 단시간 근로 및 불안정한 고용이 문제되는 반면 시설요양보호사는 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 상담 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. |
| 교대제 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 빈번하게 발생하는 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 규정되어 있고, 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 있으며, 사직의 의사가 없고 계속 근로의사가 있다면 권고사직을 거부하시기 바랍니다.

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 통상 기본급(최저임금 이상), 주휴수당, 연차미사용수당으로 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(2021년 8,720원, 2022년 9,160원) 이상
B = 주휴시간(일 근로시간 × 주간 근로일수 × 4주÷ 20일) × A ×4.345주 ÷ 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 2022년 최저임금(시간당) 9,160원이 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 2022년 1월 1일 재가요양센터에서 근무를 시작하고 2022년 12월 31일에 퇴사했습니다. 1일 3시간씩 주5일 근무했고, 시급은 11,000원을 받았습니다. 시급에 연차수당이 포함되어 있는지는 잘 모르겠습니다. 제가 최저임금에 미달하게 급여를 받은 것은 아닌가요?

A. 근무일수 및 근무시간을 계산해보면 다음과 같습니다.

① 시간급에 주휴수당을 포함하는 경우

: 시간당 기본급 9,160원+시간당 주휴수당 1,832원(3시간×9,160원×4.345주÷65.175시간(3시간×5일×4.345주)

=약 10,992원

② 시간급에 주휴수당과 연차수당을 포함하는 경우

: 시간당 기본급 9,160원+시간당 주휴수당 1,832원(3시간×9,160원×4.345주÷65.175시간)+연차휴가수당 386원(3시간×9,160원×11일÷12개월÷65.175시간)

= 11,378원

기본급이 9,160원이고, 1일 근무시간이 3시간인 경우 1개월 주휴수당은 119,400원(9,160×3시간×4.345주)이며, 총 근무시간인 65.175시간으로 나누어 지급하는 경우 시간당 약 1,832원입니다. 주휴를 포함하면 10,992원으로 시급 11,000원은 주휴수당이 포함된 것으로 보입니다.

다만, 시간당 386원의 연차수당을 포함하면 11,378원이므로 연차수당은 시급에 포함되지 않은 것으로 판단됩니다.

### ② 가산임금

시간외근무수당 및 휴일근무수당, 야간근무수당의 경우 근로기준법에 따르면 1.5배 가산하여 지급받습니다. 하지만 장기요양현장에서는 보험급여의 가산비율만큼만 지급하는 기관이 많습니다. 22시~익일 6시에 방문요양 서비스를 제공한 경우 기본 보험급여의 1.3배이지만, 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 9,600원으로 근무하는 방문요양보호사가 시급 중 1,600원이 주휴수당인 경우, 통상시급 8,000원에 1.5배인 12,000원을 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 가산

방문요양 보험급여에서 야간은 18시부터 22시까지, 심야는 22시부터 익일 오전 6시까지 분류하여 이 시간에 각각 20%, 30% 보험급여비용을 가산하였습니다. 그러나 2021. 1. 1.부터 장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제20조가 개정되어 18시부터 22시까지 방문요양 서비스를 제공하면 지급하였던 20% 보험급여비용 가산을 폐지하였고, 22시부터 익일 오전 6시까지 서비스 제공시 30% 보험급여비용만 가산됩니다. 한편, 근로기준법에 따르면 22시부터 익일 오전 6시까지는 야간근로이고 이 시간 동안은 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

장기요양법상 관공서 공휴일에 관한 규정에 따른 일요일에 급여를 제공한 경우 급여비용의 30%를 가산하며, 일요일을 제외한 나머지 관공서 공휴일과 근로자의 날에 급여를 제공한 경우 급여비용의 50%를 가산합니다.

그러나 근로기준법상 5인 미만 사업장은 관공서 공휴일이 유급휴일로 적용되지 않기 때문에 보험급여가 가산되었다고 하여도 곧바로 요양보호사의 임금도 가산해야 하는 것은 아닙니다.

**Q&A**

Q. 방문요양을 하는 요양보호사입니다. 6월에는 공휴일이 현충일(6월 6일) 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.

5인 이상 사업장인 경우 2022. 1. 1. 부터 관공서 공휴일도 유급휴일로 적용되므로 휴일근무시 150% 가산수당을 지급해야 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 11일분의 연차휴가미사용수당만 지급하고, 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(주 15시간 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-3개월 이상 근무시 가입대상, 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.

2016년 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 등)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(장기요양법 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 일시적으로 없는 상태(연차휴가 등)의 경우에만 요양보호사가 해당 업무를 대체하는 것이 가능합니다.

인력배치 기준을 위반한 상황으로 짐작되므로 자세한 상담은 국민건강보험공단에 인력배치기준에 대한 상담을 해보시는 것을 권해드립니다.

**관련 법률 – 장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시(보건복지부고시 제2021-119호, 2021 5. 1. 시행) 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] 중앙노인보호전문기관, http://noinboho.or.kr, 남부노인보호 전문기관, http://www. seoul1389.or.kr의 공조를 통해서 CCTV, 주변 관계자 심문조사 등을 통해 사건을 판정하고 해당 장기요양기관에 결과를 통보합니다. 노인학대를 의심받는 경우 요양보호사는 징계해고만이 아니라, 다시는 요양보호사로 근무할 수 없게 될 가능성도 있습니다. 이 때 가장 중요한 것은 노인보호전문기관의 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 전문기관에서 노인학대에 해당한다고 판단하여 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(급여제공시간)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(1~2등급

대상자의 경우, 3등급 이하의 경우 3시간)에 한정되기 때문에 더 오래 요양서비스가 필요한 경우 발생하는 것입니다. 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.

### (7) 서비스 이용자에 의한 성희롱 피해

요양보호사의 대다수는 중고령 여성입니다. 2020년 서울시 어르신돌봄종사자 종합지원센터에서 실시한 요양보호사들의 “성희롱(성폭력) 실태조사”결과에 따르면 돌봄 현장에서 일하면서 성희롱(성폭력) 피해를 입은 요양보호사가 전체의 42.4%에 달하는 것으로 나타났습니다.

일상적으로 이용자에게 밀착해서 돌봄이 이뤄지고, 특히 방문요양의 경우 이용자의 가정에 방문하여 폐쇄적이고 사적인 공간에서 1대 1로 돌봄을 제공하기 때문에 이용자의 성희롱에 쉽게 노출됩니다. 주로 성희롱 가해자는 이용자 또는 이용자의 가족으로서 이는 ‘고객에 의한 성희롱’에 해당됩니다. 성희롱(성폭력) 발생 시 다수의 요양보호사는 기관에 신고하지 않고 개인적인 차원에서 대응합니다. 그 이유는 성희롱에 대한 문제제기를 하거나 이용자를 교체해달라고 요구하면 별다른 조치를 하지 않거나, 오히려 피해근로자에게 사직을 권유하여 일자리를 잃는 경우가 있기 때문입니다.

이용자에 의한 성희롱 발생시에는 남녀고용평등법과 장기요양법에 따라 보호받을 수 있습니다. 그런데 장기요양법은 처벌조항이 없어 실효성이 떨어집니다. 사업주는 업무수행과정에서 고객에 의한 성희롱이 발생하여 근로자가 보호조치를 요청할 경우 근무장소 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 해야 합니다. 또한 피해근로자의 보호조치를 이유로 해고나 그밖의 불이익한 조치를 해서는 안됩니다. 보호조치를 위반했을 때에는 300만원 이하의 과태료를, 불이익한 조치를 했을 때에는 500만원 이하의 과태료가 부과될 수 있습니다.

따라서 이용자에 의한 성희롱(성폭력) 발생 시에는 소속기관에 피해사실을 알리고 이용자를 교체해달라고 하거나, 유급휴가를 요청할 것을 내담자에게 안내할 필요가 있습니다. 만약 피해 요양보호사가 기관에 신고를 했음에도 적절한 보호조치를 하지 않거나, 오히려 피해근로자에게 불이익한 조치를 하는 경우 사업장 관할 노동청에 남녀고용평등법 위반으로 진정 또는 고소할 수 있음을 안내해야 합니다. 또한 보호조치를 이유로 해고 등의 불이익한 인사처분을 한 경우 사업장 관할 지방노동위원회에 부당해고 등 구제신청을 제기할 수 있음을 유의해야 합니다(성희롱 대응은 8장 직장 내 성희롱·성폭력을 참고).

**관련 법률 – 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제14조의 2(고객 등에 의한 성희롱 방지)**

① 사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 사람이 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.

② 사업주는 근로자가 제1항에 따른 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.

**제39조(과태료)**

③ 사업주가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 한 경우에는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.

2. 제14조의2제2항을 위반하여 근로자가 고객 등에 의한 성희롱 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 한 경우

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다. 1의2. 제14조의2제1항을 위반하여 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하지 아니한 경우

**관련 법률 – 노인장기요양보험법 제35조의 4(장기요양요원의 보호)**

① 장기요양기관의 장은 장기요양요원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로 인한 고충의 해소를 요청하는 경우 업무의 전환 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 적절한 조치를 하여야 한다.

1. 수급자 및 그 가족이 장기요양요원에게 폭언·폭행·상해 또는 성희롱·성폭력 행위를 하는 경우

### (8) 감정노동과 사업주의 보호 의무

감정노동이란 고객(시민) 응대 등 업무수행과정에서 자신의 감정을 절제하고 자신이 실제 느끼는 감정과는 다른 특정 감정을 표현하도록 업무상, 조직상 요구되는 노동형태를 의미합니다.**3) 서울시 감정노동종사자 권리보호 등에 관한 조례 제2조 제1호(정의)** 감정노동은 주로 서비스업에서 다양하게 발생하는데, 돌봄노동을 제공하는 요양보호사도 감정노동자에 해당합니다. 실제로 고객인 이용자의 폭언, 폭행 등으로 인한 요양보호사의 인권 침해 사례는 빈번하게 발생하고 있습니다.

감정노동자를 고객 응대 과정에서 보호하기 위해 2018. 10. 18.부터 '감정노동자보호법'(산업안전보건법 제41조)이 시행되었습니다. 사업주는 고객 등 제3자의 폭언 등으로 근로자에게 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우에는 업무의 일시적 중단 또는 전환 등의 조치를 취해야 하며, 피해 상황 발생 시 고객응대근로자는 사업주에게 보호를 요청할 수 있는 권리가 있습니다. 사업주가 보호조치를 정당한 이유 없이 이행하지 않았을 경우 1000만원 이하의 과태료를 부과받을 수 있으며, 보호조치 요구를 이유로 되려 불리한 처우를 했을 때에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처할 수 있습니다.

따라서 이용자가 요양보호사에게 폭언, 폭행 등을 하였을 경우 장기요양기관에 신고하여 일시적 업무 중단 등의 조치를 요구하도록 해야 합니다. 신고했음에도 불구하고 조치를 취하지 않거나 신고를 이유로 해고 등 불이익 처우를 한 경우라면 사업장 관할 노동청에 산업안전보건법 위반으로 진정, 고소 등을 제기할 수 있고, 사업장 관할 노동위원회에 부당해고 등 구제신청을 제기할 수 있음을 내담자에게 안내해야 합니다. 물론 고용불안 등의 이유로 소속기관에 알리고 보호조치를 요구하는 것이 쉽지는 않겠으나 지속 가능한 근로를 위해서는 내담자가 피해사실을 외부에 알릴 수 있도록 지원해야 합니다.

**관련 법률 – 산업안전보건법 제41조(고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 예방조치)**

① 사업주는 주로 고객을 직접 대면하거나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망을 통하여 상대하면서 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 업무에 종사하는 고객응대근로자에 대하여 고객의 폭언, 폭행, 그 밖에 적정 범위를 벗어난 신체적·정신적 고통을 유발하는 행위(이하 이 조에서 "폭언등"이라 한다)로 인한 건강장해를 예방하기 위하여 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 필요한 조치를 하여야 한다.

② 사업주는 업무와 관련하여 고객 등 제3자의 폭언등으로 근로자에게 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우에는 업무의 일시적 중단 또는 전환 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

③ 근로자는 사업주에게 제2항에 따른 조치를 요구할 수 있고, 사업주는 근로자의 요구를 이유로 해고 또는 그 밖의 불리한 처우를 해서는 아니 된다.

**제170조(벌칙)**

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제41조제3항(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 한 자

**제175조(과태료)**

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.

3. 제41조제2항(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다), 제42조제1항·제5항·제6항, 제44조제1항 전단, 제45조제2항, 제46조제1항, 제67조제1항, 제70조제1항, 제70조제2항 후단, 제71조제3항 후단, 제71조제4항, 제72조제1항·제3항·제5항(건설공사도급인만 해당한다), 제77조제1항, 제78조, 제85조제1항, 제93조제1항 전단, 제95조, 제99조제2항 또는 제107조제1항 각 호 외의 부분 본문을 위반한 자

11장 · 정미경 노무사

# 건설노동자



## 1 건설현장 불법하도급의 이해

### (1) 건설공사의 하도급 제한

건설공사의 대부분은 소위 십장·오야지 등 무등록 건설업자에 대한 불법 하도급으로 이루어집니다. 다단계 하도급 체계로 건설공사가 이루어지면 원수급인(종합건설업체)은 직접시공을 하거나 기능인력을 보유할 필요가 없으며, 건설근로자를 직접 고용하지 않고도 공사수주로 인한 이익만 향유할 수 있으나 하수급인(전문건설업체)은 입찰경쟁에서 살아남기 위해 저가수주로 내몰리게 됩니다. 이처럼 다단계 하도급 하에서는 단계가 거듭될수록 인건비가 대폭 줄어들고 안전관리·책임시공에 대한 책임소재가 불분명해지는 등 건설업의 고질적인 병폐가 드러나게 됩니다.

기존에는 하도급업체인 전문건설업체로부터 공사의 일부를 도급받아 공사할 수 있는 오야지 등의 존재를 적법하게 허용하는 '시공참여자 제도'가 있었습니다. 당초 시공참여자 제도는 1996년 성수대교 붕괴 사고 등 다수 당사자가 참여한 공사에서 대형사고가 발생하면서 책임시공을 강화하기 위해 도입되었습니다. 그러나 시공참여자 제도는 다단계하도급을 건설업의 관행으로 만들어 저임금·고강도의 노동을 합법화시켰고 안전사고의 주범으로 주장되면서 2008년 폐지되었습니다. 이에 현재 건설산업기본법은

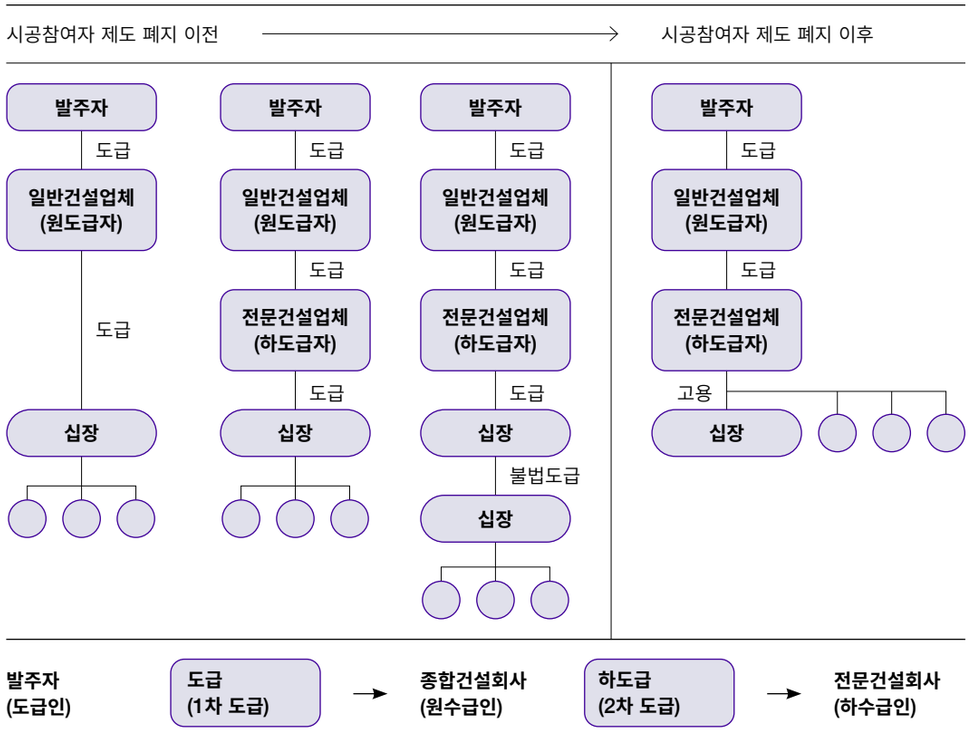



그림1 건설현장 하도급 구조

2단계를 넘어서는 하도급은 신기술이 적용되는 공사 등 특별한 사유가 있는 경우에 한하여 제한적으로 허용하고 있습니다. 또, 종합건설회사인 원수급인으로 하여금 하수급인의 불법재하도급 여부를 관리하고 재하도급 계약을 변경·해지하지 않는 경우 그 하수급인과의 계약을 해지할 수 있도록 하여 불법재하도급에 대한 책임을 부여하고 있습니다.

**관련 법률 – 건설산업기본법 제29조(건설공사의 하도급 제한)**

① 건설사업자는 도급받은 건설공사의 전부 또는 대통령령으로 정하는 주요 부분의 대부분을 다른 건설사업자에게 하도급할 수 없다. 다만, 건설사업자가 도급받은 공사를 대통령령으로 정하는 바에 따라 계획, 관리 및 조정하는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 2인 이상에게 분할하여 하도급하는 경우에는 예외로 한다.

② 수급인은 그가 도급받은 전문공사를 하도급할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 경우에는 건설공사의 일부를 하도급할 수 있다.

1. 발주자의 서면 승낙을 받을 것
2. 공사의 품질이나 시공상의 능률을 높이기 위하여 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 요건에 해당할 것(종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 전문공사를 도급받은 경우에 한정한다)

③ 하수급인은 하도급받은 건설공사를 다른 사람에게 다시 하도급할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 하도급할 수 있다.

1. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 하도급받은 경우로서 그가 하도급받은 건설공사 중 전문공사에 해당하는 건설공사를 그 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우(발주자가 공사품질이나 시공상 능률을 높이기 위하여 필요하다고 인정하여 서면으로 승낙한 경우에 한정한다)
2. 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 하도급받은 경우로서 다음 각 목의 요건을 모두 충족하여 하도급받은 전문공사의 일부를 그 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우

가. 공사의 품질이나 시공상의 능률을 높이기 위하여 필요한 경우로서 국토교통부령으로 정하는 요건에 해당할 것

나. 수급인의 서면 승낙을 받을 것

(이하 생략)

**제29조의2(건설공사의 하도급관리)**

① 수급인은 도급받은 건설공사를 하도급하는 경우에는 하수급인이 제29조제3항을 준수하도록 관리하여야 한다.

② 수급인은 하수급인이 제29조제3항을 위반하여 도급계약을 체결하는 경우에는 그 사유를 분명하게 밝혀 그 도급계약 내용의 변경이나 해지를 요구할 수 있다.

③ 수급인은 하수급인이 정당한 사유 없이 제2항에 따른 요구에 따르지 아니하는 경우에는 해당 건설공사에 관한 하수급인과의 계약을 해지할 수 있다.



**건설산업기본법 시행규칙**

**제25조의7(다시 하도급할 수 있는 경우)** 법 제29조제3항제2호가목에서 “국토교통부령으로 정하는 요건에 해당할 것”이란 하도급받은 전체 공사금액 중 100분의 20 이내에 해당하는 금액의 공사를 다시 하도급하는 경우로서 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 경우를 말한다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하여 발주자로부터 공사의 품질이나 시공상 능률을 높이기 위하여 필요하다는 서면승낙을 받을 것

가. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자로부터 하도급받은 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 「건설기술 진흥법」 제14조에 따른 신기술이 적용되는 공사를 그 기술을 개발한 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우

나. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자로부터 하도급받은 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 「특허법」 제87조에 따라 특허권이 설정된 공법을 적용하는 공사를 그 특허를 출원한 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우

다. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자로부터 교량의 철구조물을 제작하여 조립·설치하는 공사를 하도급받은 영 별표 1에 따른 철강재설치공사업을 등록한 건설사업자가 그 교량의 철구조물을 조립·설치하기 위하여 영 별표 1에 따른 강구조물공사업을 등록한 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우

라. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자로부터 하도급받은 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 하도급 받은 공사 중 점보드릴(암석에 구멍을 뚫는 기계), 쉴드기(터널 굴착에 사용되는 전용 기계) 등 그 조작을 위하여 상근 전문인력을 보유해야 하는 건설기계를 이용하여 시공해야 하는 공사를 그 건설기계 및 조작을 위한 상근 전문인력을 보유하고 있는 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우

마. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자로부터 하도급받은 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 하도급받은 공사 중 프리플렉스 합성보 등 「특허법」 제87조에 따른 특허권 또는 「실용신안법」 제21조에 따른 실용신안권이 설정된 자재(자재제작과정에 권리가 설정된 경우를 포함한다)를 설치하는 공사를 그 자재의 제작·설치에 관하여 전문성이 있고 제작·설치에 관한 상근 전문인력을 보유하고 있는 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우

바. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자로부터 2개 업종 이상의 전문공사로 구성된 종합공사의 일부를 분리하여 하도급할 경우 그 공사의 계획·관리·조정이 곤란하거나 공사비용이 현저히 증가하는 공사의 전부를 하도급받은 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 하도급받은 공사 중 일부에 대하여 그 공사에 관하여 전문성이 있다고 발주자 및 수급인이 인정하는 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우

사. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자로부터 하도급받은 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 그 하도급받은 공사 중 주된 공사에 부수하는 종된 공사로서 전문적인 시공기술, 공법, 기능인력, 특수자재의 설치 또는 재료의 특수성이 요구되는 공사를 그 공사에 관하여 전문성이 있다고 발주자 및 수급인이 인정하는 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우

### (2) 불법하도급의 형태 및 문제점

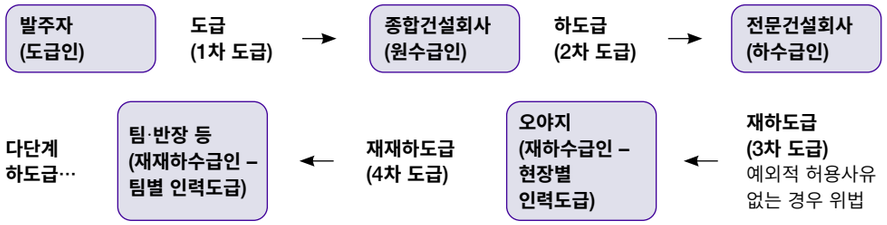



그림2 불법하도급의 형태

위에서 살펴본 바와 같이 건설산업기본법 제29조 제3항에 따라 하도급을 받은 전문건설업체는 하도급 받은 공사를 다시 재하도급할 수 없습니다. 그러나 건설현장에서 이루어지는 대부분의 재하도급은 신기술 도입이나 특허권 이용을 위한 특별한 경우가 아닌 건설근로자의 노동력만 제공받는 '인력도급'으로 이뤄지고 있습니다. 이러한 '인력도급'은 소위 오야지가 전문건설업체와 재하도급 계약을 체결하고, 여러 건설근로자를 직접 고용한 다음 그들의 임금을 임의로 책정하며, 전문건설업체는 이들의 근무일수에 따른 총 일급의 액수로 도급금액을 정합니다. 따라서 오야지는 공사의 품질과 상관없이 오로지 자신이 고용한 건설근로자의 일급에서 개인의 이익을 얻게 되므로 안전사고의 위험을 무릅쓰고 고강도의 노동을 하도록 지시하게 됩니다. 또, 상시고용이 어려운 건설업의 특성상 건설근로자는 다음 현장의 취업을 틀어쥐고 있는 오야지의 이익창출을 위하여 이러한 고강도·고위험의 노동을 감수할 수 밖에 없으므로 악순환이 반복됩니다.

### (3) 불법하도급 발견 시 대응방법

**① 불법하도급에 대한 처벌**

건설산업기본법 제29조에서 정하는 예외적 허용사유가 없는 불법하도급에 대해서는 1년 이내의 영업정지나 영업정지를 갈음하여 그 위반한 공사의 도급금액의 100분의 30에 상당하는 금액 이하의 과징금이 부과될 수 있으며, 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있습니다. 또, 원수급인이 이러한 하수급에 대한 불법하도급 관리의무를 이행하지 않은 경우 하수급인과 동일하게 1년 이내의 영업정지나 영업정지를 갈음하여 그 위반한 공사의 도급금액의 100분의 30에 상당하는 과징금이 부과될 수 있으며, 하수급인이 불법하도급으로 영업정지 등의 처분을 받고, 원수급인이 하수급인에 대해 불법하도급을 지시·공모한 사실이 확인된 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있습니다.

**관련 법률 – 건설산업기본법 제82조(영업정지 등)**

② 국토교통부장관은 건설사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 1년 이내의 기간을 정하여 그 건설사업자(제5호의 경우 중 하도급인 경우에는 그 건설사업자와 수급인을, 다시 하도급한 경우에는 그 건설사업자와 다시 하도급한 자를 말한다)의 영업정지를 명하거나 영업정지를 갈음하여 그 위반한 공사의 도급금액(제3호·제6호 또는 제7호의 경우에는 하도급금액을 말한다)의 100분의 30에 상당하는 금액(제5호의 경우에는 5억원) 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

3. 제25조제2항 및 제29조제1항부터 제5항까지의 규정에 따른 하도급 제한을 위반한 경우
6. 제29조의2제1항에 따른 하수급인에 대한 관리의무를 이행하지 아니한 경우(하수급인이 제3호에 따른 영업정지 등의 처분을 받은 경우로서 그 위반행위를 지시·공모한 사실이 확인된 경우만 해당한다)

**제96조(벌칙)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

4. 제25조제2항 및 제29조제1항부터 제5항까지의 규정을 위반하여 하도급한 자
7. 제29조의2제1항에 따른 하수급인에 대한 관리의무를 이행하지 아니한 자(하수급인이 제82조제2항제3호에 따른 영업정지 등의 처분을 받은 경우로서 그 위반행위를 지시·공모한 사실이 확인된 경우만 해당한다)

**② 불법하도급 발견 시 조치**

상담자의 입장에서는 대부분 임금이 체불된 건설근로자가 상담을 요청하는 경우 사업주를 파악하는 과정에서 불법하도급 여부를 확인하게 됩니다. 이때, 경찰 또는 검찰에 불법하도급 관련 형사고발 조치를 취하는 것은 임금체불이 조기에 해결되기 위한 사업주 압박의 수단이 되는 동시에 불법하도급을 근절하기 위한 작은 실천이 될 수 있습니다.

가) 불법하도급 증명자료

공사현장명, 공사현장 주소, 발주처, 도급인(시행사, 종합건설업체), 수급인(전문건설업체), 오야지 성명·연락처·주소 등 가능한 자세한 현장관련 사실관계를 파악합니다. 또, 작업일보(데쓰라), 임금을 입금한 계좌내역·입금자명, 근로계약서 등을 준비합니다.

나) 불법하도급 증명내용

상담자나 건설근로자 입장에서는 수급인·하수급인·오야지 간의 자세한 도급계약 체결내용을 문서로써 확인하기는 매우 어렵기 때문에 불법하도급에 대한 기소율이 매우 낮은 것이 현실입니다. 불법하도급의 정황증거로 주장할 수 있는 것은, '오야지'가 고용한 건설근로자들의 모든 임금을 하수급인 전문건설업체로부터 '도급비'명목으로 대신 지급받아 '오야지'가 책정한 일급에 따라 직접

건설근로자에게 지급하고, 총 임금 이외의 나머지 도급비를 오야지가 자신의 수익으로 귀속시켰음을 증명하는 것입니다.

## 2 건설근로자의 근로계약 형태와 해고의 문제

### (1) 일용근로계약

건설현장 미숙련근로자들은 대부분 '인력업체'를 통해 일일단위로 새로운 건설사업자와 근로계약을 체결하는 일용근로계약을 체결합니다.

### (2) 기간제근로계약

건설업은 해당 공정을 완료하여 완성물을 인도하는 도급계약으로 이루어지기 때문에 해당 공정이 완료되는 때까지만 근로계약이 유지되는 기간제 근로계약이 체결됩니다. 그러나 실제로 상당기간 근로제공이 이루어짐에도 불구하고 사업주측에서 '일용근로계약서' 내지 '1개월 단위 기간제근로계약서' 작성을 요구하는 경우가 많습니다. 이러한 경우에도 여전히 근로계약서는 '처분문서'로써 계약서에 기재된 대로 근로계약이 체결된 것으로 인정되기 때문에 계속근로에 따른 퇴직금이나 해고 관련 사건에서 이를 번복해야 하는 등의 증명이 어려운 경우가 종종 있습니다.

### (3) 근로계약 형태에 따른 해고의 문제

**① 일용근로계약 체결 시**

일용근로계약서를 작성하고 실제로 1일 단위로 여러현장에서 입·퇴사를 반복한 경우에는 1일이 경과함과 동시에 근로계약이 종료되므로 부당해고구제신청의 실익이 없습니다.

**② 기간제근로계약 체결 시**

기간제근로계약 체결 시 정당한 사유 없이 근로계약에서 정한 근로계약을 사업주가 일방적으로 종료시킨 경우에는 관할 지방위원회에 부당해고구제신청을 할 수 있습니다. 이때 해고의 정당한 사유가 있는지 여부와 더불어 근로계약서에 기재된 '근로계약기간'이 매우 중요한 증명자료가 됩니다.

가) 1개월 단위로 갱신한 경우

근로계약서에는 1개월 경과한 때 근로계약이 해지되는 것으로 기재되어 있으나 해고된 근로자가 일하는 공정이 실제로 1개월 이상 진행되었거나 진행될 것으로 예상되어 근로계약이 계속 갱신되어온 경우에는 사업주와 근로자 당사자 간의 의사는 해당 공정이 완료되는 때까지 계속근로하는 것에 대한 합의가 있는 것이라고 주장하는 것이 필요합니다.

나) 근로계약기간의 만료일이 공란인 경우

근로계약기간의 시작일은 기재되어 있으나 만료일이 기재되지 않은 경우라도 프로젝트 산업인 건설업의 특성상 '기간의 정함이 없는 근로계약'으로 해석되기는 어려우며, 통상 해당 공정의 완료일까지 계속근로하는 것으로 보아야 합니다.

다) 현장소장·공무담당자 등의 경우

현장소장이나 공무담당자의 경우에는 원수급인(종합건설업체) 또는 하수급인(전문건설업체)에게 직접 고용되어 해당 현장의 공사가 완료될 때까지 계속근무하는 기간제근로계약을 체결하는 경우가 많습니다.

### (4) 해고예고수당

사업주는 근로자를 해고하려는 때에는 근로자의 이직을 위한 기간을 보장해주기 위하여 해고일로부터 30일 전에 해고를 예고하여야 하며, 30일 전에 해고예고를 하지 않은 경우 30일분 이상의 통상임금을 해고예고수당으로 지급하여야 합니다. 근로기준법 제26조 제1호에 따르면 일용근로계약을 체결한 경우 뿐만 아니라 기간제근로계약을 체결한 경우에도 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우에는 해고예고수당을 지급하지 않더라도 위법하지 않습니다.

**관련 법률 – 근로기준법 제26조(해고의 예고)**

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

1. 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우

## 3 유보임금 등 임금체불 구제방법

### (1) 임금지급원칙의 적용

근로기준법 제43조에 따른 통화불·직접불·정기불 지급의 원칙은 건설근로자에게도 그대로 적용됩니다. 따라서 통용이 가능한 통화로 직접 근로자에게 지급되어야 하며, 최소한 1개월 단위로 1회 이상 지급되어야 합니다. 그러나 불법하도급의 경우 하수급인 전문건설업체는 임금을 건설근로자에게 직접 지급하지 않고 오야지·팀장 등에게 '도급비' 명목으로 총 임금을 지급하며, 이를 오야지 등이 개별 근로자에게 대신 지급하는 방식으로

이루어집니다. 이 과정에서 오야지가 임금을 근로자에게 지급하지 않아 임금이 체불되는 경우가 매우 많습니다. 이는 '직접불'원칙에 반하므로 하수급인 전문건설업체는 오야지에게 인건비를 지급했더라도 다시 개별 근로자에게 임금을 지급해야 하는 이중의 지급부담이 있으며, 형사처벌의 대상이 됩니다.

**관련 법률 – 근로기준법 제43조(임금 지급)**

① 임금은 통화(通貨)로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다. 다만, 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에는 임금의 일부를 공제하거나 통화 이외의 것으로 지급할 수 있다.

② 임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다. 다만, 임시로 지급하는 임금, 수당, 그 밖에 이에 준하는 것 또는 대통령령으로 정하는 임금에 대하여는 그러하지 아니하다.

**제109조(벌칙)** ① 제36조, 제43조, 제44조, 제44조의2, 제46조, 제51조의3, 제52조제2항제2호, 제56조, 제65조, 제72조 또는 제76조의3제6항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

**Q&A**

Q. 건설근로자도 주휴수당을 지급받을 수 있나요?

A. 건설근로자도 1주 소정근로일을 개근하는 경우 주휴수당을 지급받을 수 있습니다. 주휴일의 취지가 1주간의 근로로 인한 근로자의 피로를 풀어주고 건강을 확보하는 것에 있으므로 일용직 근로자라 하더라도 계속적으로 근로한다면 소정근로일수 대신 실제 근로한 일수를 기준으로 하여 1주일에 6일을 개근하였으면 주휴일이 부여될 수 있습니다(근기 68207-424, 1997. 4. 2). 다만, 고용노동부는 1주 5일 근무제를 채택한 사업장에서 일용근로자가 1주 5일을 계속 근로한 경우라면 1일의 유급휴일과 1일의 무급휴무일을 부여하면 된다는 입장입니다(건설일용근로자 보호지침 근로기준과-4532, 2004. 8. 30).

Q. 일당으로 20만원을 받고 있는데 사업주가 주휴수당을 따로 지급하지 않습니다. 근로계약서에 포괄임금제로 계약해서 이미 일당에 주휴수당이 포함되어 있다고 하는데 근로기준법 위반이 아닌가요?

A. 포괄임금제란 가산수당, 주휴수당 등을 기본급과 별도로 지급하지 않고 총 임금액에 미리 포함하여 일정한 금액을 지급하는 것을 말합니다. 건설업은 근로시간 산정이 어렵거나 당연히 연장·야간·휴일근로가 예정된 직종은 아니므로 포괄임금제는 적절하지 않습니다. 다만, 고용노동부는 아직 포괄임금지침을 폐기하지 않고 있어 포괄임금제에 따라 지급된 임금이 최저임금에 위반되지 않는 한 근로기준법 위반으로 판단하지 않고 있습니다. 한편, 대법원은 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 한다고 판시하여 향후 고용노동부의 포괄임금제에 대한 지침 또한 개정될 것으로 예상됩니다.



**관련판례**

감시·단속적 근로 등과 같이 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 이러한 경우에도 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결하는 것은 그것이 근로기준법이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 이상 허용될 수 없다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결).

### (2) 유보임금의 문제

**① 정기불 원칙 위반**

특히 건설현장에서는 임금을 1개월 이상의 기간을 두고 지급하는 '유보임금'이 문제가 됩니다. 일명 '쓰메끼리'라고 하는데, 건설공사의 인건비는 하수급인이 자신이 고용한 근로자들의 임금산정내역을 수급인에게 제출하고, 수급인은 이를 자신의 근로자들의 임금산정 내역과 함께 발주처에 제출합니다. 발주처는 수급인과 하수급인의 근로자들의 근로일수와 일급 등을 확인하여 수급인에게 도급비를 지급하고, 수급인이 다시 하수급인에게 하수급 근로자들의 임금을 지급하면 하수급인이 개별 근로자들에게 각각의 임금을 지급해주는 방식으로 지급됩니다. 다단계 불법하도급의 경우에는 이보다 더 복잡한 체계로 임금이 지급되므로 개별근로자의 손에 임금이 들어올 때까지 1개월이 넘는 기간이 소요되는 것입니다. 건설근로자의 입장에서는 매달 돌아오는 대출금이나 공과금, 교육비 등의 지출 날짜가 다가오는데도 임금이 지급되지 않는다면 기본적인 생활의 안정을 가질 수 없습니다.

**Q&A**

Q. 저희 현장은 전달 1일부터 말일까지 일한 임금을 다음 달 15일에 지급합니다. 저는 임금지급일 15일 이전인 3일에 입사하였는데 회사에서 다음 달 15일이 되어야 임금을 지급한다고 합니다. 근로기준법 43조에 위반되는 것이 아닌가요?

A. 임금지급일이 매월 15일이고, 임금산정기간은 전월 1일부터 말일까지인 사업장에서 임금의 정기지급일 이전(당월 3일)에 입사한 근로자에게 임금을 익월 정기지급일에 지급하면 입사일로부터 1개월이 지나 첫 임금을 지급받게 되어 정기불 원칙에 위반됩니다. 이때 회사는 당월 3일~당월 15일까지 근무한 임금을 당월에 일부 지급하고 다음 달 정기지급일에 나머지 임금을 지급하여야 정기불 원칙에 위반되지 않습니다.

**② 노동청 진정사건 진행 시 유의점**

1개월 이내에 임금이 지급되지 않아 관할 노동청에 진정 혹은 고소를 하는 경우 근로감독관조차 유보임금을 당연시 하는 경우를 많이 볼 수 있습니다. 게다가 2~3개월

이후에라도 임금이 지급되는 경우에는 마치 근로기준법 위반이 아닌 것처럼 사건을 처리하는 경우가 있습니다. 유보임금은 대표적으로 건설현장의 오래된 병폐 중 하나인데 건설근로자 또한 불안정한 일자리 유지를 위해 임금이 늦게 지급되는 것에 대해 항의할 수 없는 구조적 문제가 있습니다. 유보임금이 계속 관행으로 굳어진다면 건설사업주는 근로기준법을 위반하면서도 임금을 제때 지급하려는 시스템 개선 노력을 할 필요가 없게 되며, 건설근로자와 그의 가족들의 생활은 더욱 불안정해질 수 밖에 없습니다. 따라서 상담자는 반드시 근로감독에게 '정기불 원칙'을 주지시키고 형사처벌이 될 수 있도록 사건의 경과를 모니터링 하는 노력이 필요합니다.

### (3) 임금체불 시 구제신청절차

#### ① 임금지급 연대책임

건설현장의 임금체불은 다단계 불법하도급 구조 하에서 무면허 건설업자(오야지 등)에 의한 임의적 미지급으로 인한 경우가 많습니다. 오야지 등은 자신이 꾸린 팀원들의 인건비에서 수익을 얻는 영세한 규모의 사업자이기 때문에 도급을 준 하수급인이 도급비 지급을 지체하거나 자신의 자금사정이 원활하지 않은 경우에는 관행적으로 임금지급을 회피합니다. 반면, 건설근로자는 다음 일자리를 얻기 위하여 오야지에게 임금지급을 촉구할 수 없는 처지에 있어 2~3개월 이상의 임금이 체불되는 경우도 있습니다. 이에 근로기준법은 무면허 건설업자가 임금을 지급하지 않는 경우 불법하도급을 주거나 도급비 지급을 지체한 건설업 면허를 가진 직상수급인이 임금지급의 연대책임을 부담하는 규정을 두고 있습니다.

가) 도급인의 귀책사유로 인한 임금체불의 경우

일반적인 도급사업의 경우 하수급인이 직상수급인의 귀책사유로 그의 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 임금을 지급할 책임을 부담합니다. 여기서 '직상 수급인'이란 자신에게 도급을 준 바로 위의 수급인을 말하는데, 1차례 도급의 경우 수급인에게 도급을 준 '도급인(발주자)'을 말하며, 2차례 도급의 경우 하수급인에게 하도급을 준 '수급인'을 말합니다. 연대책임 규정에 따라 근로자는 자신의 사용자인 하수급인이나 그에게 하도급을 준 직상수급인 모두에게 임금을 청구할 수 있으며, 직상수급인이 임금을 지급하는 경우 하수급인은 근로자에 대한 임금지급의 책임을 면하게 됩니다.

**관련 법률 – 근로기준법 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급)**

① 사업이 한 차례 이상의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 수급인을 말한다)이 직상(直上) 수급인(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 도급인을 말한다)의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다.

② 제1항의 귀책사유 범위는 대통령령으로 정한다.



**근로기준법 시행령 제24조(수급인의 귀책사유)**

법 제44조제2항에 따른 귀책사유 범위는 다음 각 호와 같다.

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

나) 불법하도급의 경우 임금 지급 연대책임

근로기준법은 도급사업 중 건설업에 대한 특례를 규정하여 2차례 이상 도급이 이루어지고 무면허 건설업자(하수급인)에 하도급을 준 경우 그가 임금을 체불한 때에는 면허를 가진 직상수급인이 무면허 건설업자와 연대하여 임금을 지급할 책임을 부담하도록 하고 있습니다. 이는 오야지 등 무면허 건설업자에 대한 불법하도급으로 임금체불이 빈번하게 발생하는 현상을 반영하여 건설업에만 적용되는 특례조항입니다. 직상수급인은 도급비 미지급 등 근로기준법 시행령 제24조에서 규정하는 귀책사유가 없음에도 불구하고 하수급인의 근로자에 대한 연대책임을 부담하므로 불법하도급 관리의무를 위반한 수급인에 대한 간접적 제재로서의 의미가 있습니다. 또, 직상수급인은 오야지 등 무면허 건설업자에게 인건비를 포함한 도급비를 모두 지급하였다 하더라도 이중으로 근로자들에게 체불된 임금을 지급해야할 의무를 부담합니다. 이때, 사용자가 아닌 직상수급인이 임금을 대신 지급한 후 사용자인 무면허 건설업자에게 구상권을 행사함으로써 내부적으로 정산하게 됩니다. 직상수급인이 연대책임을 부담하지 않는 경우에는 근로기준법 제109조에 따라 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있으며, 반의사불벌죄에 해당합니다.

**발주자** → **원수급인 (종합건설)** → **하수급인 (전문건설)*** → **오야지 (무면허)** → **팀장 (무면허)**

* 건설산업기본법에 따라 건설업 등록을 한 최하위의 직상수급인인 전문건설업체에게 '직상수급인'으로서 연대책임을 부담함.

그림3 2차례 이상 도급이 이루어지는 경우의 예

**관련 법률 – 근로기준법 제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임)**

① 건설업에서 사업이 2차례 이상 「건설산업기본법」 제2조제11호에 따른 도급(이하 "공사도급"이라 한다)이 이루어진 경우에 같은 법 제2조제7호에 따른 건설사업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 진다.

② 제1항의 직상수급인이 「건설산업기본법」 제2조제7호에 따른 건설사업자가 아닌 때에는 그 상위 수급인 중에서 최하위의 같은 호에 따른 건설사업자를 직상 수급인으로 본다.

**제109조(벌칙)**

① 제36조, 제43조, 제44조, 제44조의2, 제46조, 제51조의3, 제52조제2항제2호, 제56조, 제65조, 제72조 또는 제76조의3제6항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제36조, 제43조, 제44조, 제44조의2, 제46조, 제51조의3, 제52조제2항제2호 또는 제56조를 위반한 자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없다.

다) 임금의 직접지급 사유**1) 고용노동부, 건설업에서의 임금 지급 연대책임 및 건설업의 공사도급에 있어서 임금에 관한 특례 규정 업무처리 지침, 2008. 1.**

직상수급인은 근로기준법 제44조의 3에서 정하는 요건을 충족하는 경우 하수급인에게 부담하는 채무의 범위 내에서 하수급인의 근로자들에 대하여 임금을 직접 지급해주어야 합니다. 이는 민법 제404조에서 규정하는 이른바 '채권자대위권' 행사의 요건을 완화시켜 본래 하수급인에게 지급해주어야 할 하도급비를 그의 근로자에게 임금으로 직접 지급해줄 수 있는 특례를 규정한 것입니다. 이 조항은 불법하도급이 행해졌는지, 직상수급인에게 귀책사유가 있는지 여부를 불문하며, 실무상 수급인과 하수급인 간 '직불합의서'작성으로 많이 이용되고 있습니다. 임금을 직접지급 할 수 있는 사유는 1) 직상수급인과 하수급인이 직불에 대해 합의한 경우 2) 하수급인의 근로자에게 확정판결 등 집행권원이 있는 경우 3) 하수급인이 임금체불 사실을 알리고 직상수급인의 파산 등 하수급인이 임금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있음을 인정한 경우입니다. 직상수급인이 하수급인에게 부담하는 채무란 자재비, 인건비 등 명칭에 상관없이 도급계약에서 정한 도급금액 지급일에 지급하기로 한 금액 중 지급하지 않고 있는 금액에 한하며, 이보다 체불된 임금액수가 더 많더라도 위의 금액으로 한정됩니다. 직상수급인이 지급 거부 시 형사처벌할 수 있는 조항이 없으므로 민사소송을 통한 구제만이 가능하며, 실무상 근로자는 먼저 하수급인에 대한 지급명령 등 소를 통한 집행권원을 확보하여 하수급인의 직상수급인에 대한 도급비를 압류하는 방식 등이 이루어집니다.

**관련 법률 – 근로기준법 제44조의3(건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례)**

① 공사도급이 이루어진 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 직상 수급인은 하수급인에게 지급하여야 하는 하도급 대금 채무의 부담 범위에서 그 하수급인이 사용한 근로자가 청구하면 하수급인이 지급하여야 하는 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)에 해당하는 금액을 근로자에게 직접 지급하여야 한다.

1. 직상 수급인이 하수급인을 대신하여 하수급인이 사용한 근로자에게 지급하여야 하는 임금을 직접 지급할 수 있다는 뜻과 그 지급방법 및 절차에 관하여 직상 수급인과 하수급인이 합의한 경우
2. 「민사집행법」 제56조제3호에 따른 확정된 지급명령, 하수급인의 근로자에게 하수급인에 대하여 임금채권이 있음을 증명하는 같은 법 제56조제4호에 따른 집행증서, 「소액사건심판법」 제5조의7에 따라 확정된 이행권고결정, 그 밖에 이에 준하는 집행권원이 있는 경우
3. 하수급인이 그가 사용한 근로자에 대하여 지급하여야 할 임금채무가 있음을 직상 수급인에게 알려주고, 직상 수급인이 파산 등의 사유로 하수급인이 임금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 인정하는 경우

② 「건설산업기본법」 제2조제10호에 따른 발주자의 수급인(이하 "원수급인"이라 한다)으로부터 공사도급이 2차례 이상 이루어진 경우로서 하수급인(도급받은 하수급인으로부터 재하도급 받은 하수급인을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)이 사용한 근로자에게 그 하수급인에 대한 제1항제2호에 따른 집행권원이 있는 경우에는 근로자는 하수급인이 지급하여야 하는 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)에 해당하는 금액을 원수급인에게 직접 지급할 것을 요구할 수 있다. 원수급인은 근로자가 자신에 대하여 「민법」 제404조에 따른 채권자대위권을 행사할 수 있는 금액의 범위에서 이에 따라야 한다. 〈개정 2011. 5. 24.〉

③ 직상 수급인 또는 원수급인이 제1항 및 제2항에 따라 하수급인이 사용한 근로자에게 임금에 해당하는 금액을 지급한 경우에는 하수급인에 대한 하도급 대금 채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다.

**Q&A**

Q. 건설업자가 건설업 면허가 있는지 여부는 어떻게 확인할 수 있나요?

A. 건설업 등록을 마친 면허가 있는 건설업자는 대부분 건설협회에 가입되어 있습니다. 종합건설업체는 '대한건설협회'홈페이지 업체정보 검색에서, 전문건설업체는 '대한전문건설협회'홈페이지 업체정보 검색에서 대표자명이나 회사명을 검색하여 확인할 수 있습니다.

Q. 「건설산업기본법」제9조 제1항 단서에 따르면, 공사예정금액이 5천만원 미만인 공사 등 경미한 건설공사를 하는 경우에는 건설업 면허가 필요하지 않는 것으로 규정하고 있습니다. 제가 일한 현장은 공사금액이 5천만원 미만이라 수급인과 하수급인 모두 건설업 면허 없이 공사를 하고 하수급인이 임금을 체불시켰는데 이 경우에도 수급인이 근로기준법에 따라 연대책임을 부담하나요?

A. 「근로기준법」 제44조의2 제2항에서는 직상 수급인이 건설업자가 아닌 때에는 그 상위 수급인 중에서 최하위의 같은 호에 따른 건설업자를 직상 수급인으로 본다고 규정하고 있는데, 「근로기준법」 제44조의2 제1항에 따라 임금에 대한 연대책임을 지는 직상 수급인은 문언 상 「건설산업기본법」 제2조 제7호에 따른 건설사업자를 의미하는 것이 명백하므로, 직상수급인 및 그 상위 수급인 중에 그러한 건설사업자가 없다면 「근로기준법」 제44조의2 제1항이 적용되는 것으로 보기는 어렵다고 할 것입니다. 특히, 근로기준법 제44조의 2에 따른 연대책임은 직상수급인의 귀책사유를 요구하지 않으면서 그 수급인이 「건설산업기본법」 제2조 제7호에 따른 건설업자인 경우로 한정하여

규정하였으므로, 불법적인 하도급이 아닐 뿐만 아니라 그 수급인과 하수급인이 모두 「건설산업기본법」 제2조 제7호에 따른 건설업자가 아닌 경우라면 직상수급인은 임금에 대해 연대책임을 부담하지 않는 것으로 해석됩니다(법제처 17-0663, 2018. 1. 22).

**② 임금체불 구제신청을 위해 필요한 자료**

가) 임금체불 관련 자료

건설업 임금체불은 다단계하도급 구조하에서 벌어지는 경우가 많아 각 단계별 건설사업주의 현황을 파악하는 것이 가장 중요합니다. 또, 건설근로자의 임금은 작업일보(일명 '데쓰라')에 표시된 근무일수에 일급을 곱하여 산정되는데, 하수급업체는 매일 근로자의 근무일수를 파악하기 어렵고 개별 일급의 결정도 오야지에게 많은 재량이 부여되므로 하수급업체로서는 오야지가 기재하여 제출하는 작업일보와 일급을 믿을 수 밖에 없습니다. 간혹 이러한 점을 이용하여 오야지의 수익을 확보해주기 위해 오야지와 개별 근로자가 공모하여 상담자에게 근무일수나 일급을 부풀려 진술하는 경우가 있으므로 정확한 사실관계 파악이 필요합니다.

**✷ 확보해야 하는 기초자료**

- 체불된 공사현장의 주소: 노동청 진정제기 시 관할의 기준(무면허 건설사업자의 자택주소가 밝혀지는 경우 그의 주소로 관할이 정해지는 경우가 있음)
- 발주처 / 수급인(종합건설업체) / 하수급인(전문건설업체) / 중간 무면허 건설업자 등 모든 사업주체의 상호명(성명)·주소(사무실, 자택)·연락처 등 가능한 자세한 인적사항: 노동청 진정제기 및 고소절차 진행 시 연대책임을 부담하는 직상수급인 파악
- 작업일보(데쓰라), 작업일보가 없는 경우 근무한 날을 체크한 달력, 수첩 등, 일급 확인을 위한 진술·임금이 입금되는 은행계좌: 체불된 임금액수 산정
- 오야지의 도급비 수령 방법 및 개별 근로자 임금지급 경로 파악: 오야지가 하수급인으로부터 도급비를 지급받아 개별 근로자에게 임금을 지급하는지 또는 오야지 또한 자신의 근무일수만큼 임금을 지급받는지 여부(오야지의 근로자성 파악)

나) 내용증명 발송

만약 임금을 지급하지 않은 사업주의 사무실이나 자택 주소를 알고 있다면 체불된 임금의 액수와 기간 등을 상세히 적어 내용증명을 발송하고 임금의 지급을 독촉하는 방법이 있습니다. 내용증명만으로는 사업주의 지급을 강제하거나 재신을 압류할 수 있는 효과는 없으나 시일이 많이 지나게 되면 체불관련 사실관계가 흐트러지고 증거가 없어질 수 있으므로 이를 명확히 하고 법률상 대리인이 있는 것으로 보여 심리적인 독촉을 촉구하는 의미가 있습니다. 또, 임금채권은 3년의 단기소멸시효에 걸리는데 내용증명으로 독촉을 한 후 6개월 이내에 민사소송을 제기하게 되면 이 소멸시효가 중단되는 효과가 있으므로 소송까지 진행될 사건의 경우 활용할 수 있습니다.



**③ 노동청 진정사건 진행 시 유의점**

가) 체불사업주 및 직상수급인 인적사항 파악

노동청에 진정을 제기하여 근로감독관이 체불사업주 뿐만 아니라 직상수급인의 연대책임 여부에 대한 조사를 하도록 하려면 공사 관련자들의 인적사항을 진정서에 정확히 기재하는 것이 필요합니다. 원수급인 종합건설업체에 관한 사항은 '대한건설협회'홈페이지-업체정보에서, 하수급인 전문건설업체에 관한 사항은 '대한전문건설협회'홈페이지-업체정보를 통하여 정확한 대표자명과 법인의 주소지를 확인할 수 있습니다. 진정 시 정확한 의사를 밝히지 않으면 무면허 건설업자인 오야지에 대해서만 사업주로서 조사하고 연대책임을 부담하는 직상수급인에 대해서는 조사를 생략하는 경우가 종종 있으므로 반드시 연대책임 부담자에 대한 조사를 요청해야 합니다.

나) 오야지의 근로자성 문제

보통 오야지·팀장 등으로 불리는 무면허 건설업자가 자신의 팀을 꾸려 하수급인 전문건설업체나 다른 오야지로부터 '인력도급'을 받고, 팀원들의 일급에서 일정금액을 공제하거나(일명 '수꾸미') 도급비에서 인건비를 공제하고 남은 이익을 자신의 수익으로 귀속시키는 경우가 많습니다. 이 경우에는 실질적으로 사업주로서 지위가 인정됩니다. 반면에, 일자리를 구하기 위해 인력도급의 형태로 취업을 하였을 뿐 자신이 근무한 일수에 일급을 곱한 임금만 지급받는 오야지의 경우 자신이 제공한 근로 이상의 수익을 얻지 못하므로 근로자성이 인정될 수 있으므로 유의해야 합니다.

다) 불법하도급 정황이 발견된 경우

고용노동부는 '건설업 임금 연대책임' 관련 지침에서, 임금체불 사건을 조사하는 과정 중에 불법하도급 정황이 발견된 경우에는 국토교통부 등 관련 부처와 협의하여 처리하도록 정하고 있습니다. 임금체불 사건을 조사하다보면 수급인부터 무면허 건설업자까지 다단계 하도급 관계자들의 인적사항과 관련 증거들을 확보하기 때문에 근로감독관으로 하여금 불법하도급의 정황을 증명하게 할 수 있습니다. 그러나 실무상 다단계하도급 관계가 매우 복잡하게 얽혀있어 근로감독관이 불법하도급에 대한 처벌까지 협의할 의욕을 나타내지 않을 수 있으므로 반드시 위 지침을 근거로 업무협조를 요청하여야 합니다.

**④ 건설업의 대지급금(구 '체당금') 제도**

가) 6개월 이상 사업 가동

임금채권보장법 제3조 및 동법 시행령 제8조에 따라 대지급금을 지급받기 위해서는 사업장은 '6개월 이상 사업이 가동되었을 것'이 요구되나, 건설업의 경우 무면허 건설업자의 사업가동기간을 확인하기 곤란한 경우가 많습니다. 이에 임금채권보장법은 불법하도급으로 임금이 체불되어 근로기준법 제44조의 2가 적용되는 경우에는 무면허 건설업자(오야지)의 사업가동기간이 확인되지 않더라도 면허를 가진 직상수급인의 사업가동기간이 6개월 이상인 경우에는 대지급금 지급요건을 충족한 것으로 규정하고 있습니다.

나) 공사가 단속적으로 이루어진 경우

건설업의 경우 프로젝트 산업의 특성상 공사를 도급받아 근로자를 사용하여 사업을 가동하다가 공사가 완료되는 경우 사업이 휴지기를 갖고 다시 새로운 공사를 도급받는 형태가 반복됩니다. 고용노동부는 이런 경우에도 계속된 사업의 중단기간이 1년을 넘지 않는다면 이를 사업의 폐지로 보지 않고 전체 기간 중 휴지기를 뺀 기간을 사업가동기간으로 보고 6개월 이상의 사업 가동 여부를 판단합니다(고용노동부, 임금채권보장 업무 처리요령, 2007. 6).

**관련 법률 – 임금채권보장법 제3조(적용 범위)**

이 법은 「산업재해보상보험법」 제6조에 따른 사업 또는 사업장(이하 "사업"이라 한다)에 적용한다. 다만, 국가와 지방자치단체가 직접 수행하는 사업은 그러하지 아니하다.

**임금채권보장법 시행령 제8조(사업주의 기준)**

① 근로자가 도산대지급금을 받을 수 있는 사업주는 법 제3조에 따라 법의 적용 대상이 되어 6개월 이상 해당 사업을 한 후에 법 제7조제1항제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 사업주로 한다. 〈개정 2014. 9. 24., 2015. 6. 15., 2021. 10. 14.〉

② 법 제7조제1항제4호에 따른 대지급금은 다음 각 호의 기준을 모두 충족한 사업주에게 고용되었던 퇴직 근로자로 한정하여 지급한다. 〈개정 2021. 10. 14.〉

1. 법 제3조에 따라 법의 적용 대상이 되어 해당 근로자가 퇴직한 날까지 6개월 이상 해당 사업을 했을 것
2. 해당 근로자에게 임금등을 지급하지 못하여 판결등을 받았을 것

③ 법 제7조제1항제5호에 따른 대지급금은 다음 각 호의 기준을 모두 충족한 사업주에게 고용되었던 퇴직 근로자로 한정하여 지급한다. 〈신설 2021. 10. 14.〉

1. 법 제3조에 따라 법의 적용 대상이 되어 해당 근로자가 퇴직한 날까지 6개월 이상 해당 사업을 했을 것
2. 법 제12조에 따라 고용노동부장관으로부터 발급받은 체불 임금등·사업주 확인서(이하 "체불임금등·사업주확인서"라 한다)로 미지급 임금등이 확인되었을 것

④ 법 제7조의2제1항에 따른 대지급금은 다음 각 호의 기준을 모두 충족한 사업주에게 고용된 재직 근로자로 한정하여 지급한다. 〈신설 2021. 10. 14.〉

1. 법 제3조에 따라 법의 적용 대상이 되어 해당 근로자가 소송등이나 진정등을 제기한 날 이전 맨 나중의 임금등 체불이 발생한 날까지 6개월 이상 해당 사업을 했을 것
2. 해당 근로자에게 임금등을 지급하지 못하여 판결등을 받았거나 법 제12조에 따라 고용노동부장관으로부터 발급받은 체불임금등·사업주확인서로 미지급 임금등이 확인되었을 것

⑤ 제2항제1호, 제3항제1호 및 제4항제1호에도 불구하고 「근로기준법」 제44조의2제1항에 따른 건설업 공사도급의 하수급인(이하 이 항에서 "건설사업자가 아닌 하수급인"이라 한다)인 사업주가 해당 근로자의 퇴직일(재직 근로자의 경우에는 소송등이나 진정등을 제기한 날 이전 맨 나중의 임금등 체불이 발생한 날을 말한다. 이하 이 항에서 같다)까지 6개월 이상 해당 사업을 하지 않은 경우에는 건설사업자가 아닌 하수급인의 직상(直上) 수급인(직상 수급인이 「건설산업기본법」 제2조제7호의 건설사업자가 아닌 경우에는 그 상위 수급인 중에서 최하위의 같은 호에 따른 건설사업자를 말한다)이 해당 근로자의 퇴직일까지 6개월 이상 해당 사업을 한 경우로 한다. 〈신설 2021. 10. 14.〉



**(4) 공공발주공사 임금직불제2) 일자리위원회·관계부처합동, 공공발주자 임금직접지급제 세부운영기준, 2020. 7. 10.**

국가·지방자치단체·일부 공공기관에서 발주하는 공공공사의 경우에는 2019. 6. 19.부터 '전자대금결제시스템'을 사용하여 건설사의 임금유용을 방지하고 있습니다. '전자대금결제시스템'이란 임금·하도급대금 등 모든 공사대금의 청구와 지급을 전자적으로 처리하고 발주자가 대금지급의 전 과정을 온라인으로 실시간 확인하여 수급인과 하수급인이 정해진 명목의 대금을 다른 명목으로 인출하지 못하도록 하는 시스템을 말합니다. 개별 근로자들은 임금을 지급받을 은행계좌를 등록하고, 수급인과 하수급인이 자신의 근로자들의 근무일수와 일급을 정리하여 시스템에 입력하면 발주자는 공사대금과 구분된 임금전용계좌에 임금을 입금하고 하수급인은 임금전용계좌에서 임금명목으로만 인출이 가능합니다. 다만, 공공공사의 경우에도 도급금액이 3천만원 미만인 공사나 공사기간이 30일 이내인 공사의 경우에는 전자대금결제시스템이 적용되지 않습니다. 공공공사의 건설사업자가 전자대금결제시스템을 이용하지 않는 경우 시정명령 대상이 되거나 6개월 이내의 영업정지, 영업정지에 갈음한 1억원 이하의 과징금이 부과될 수 있습니다.

**관련 법률 – 건설산업기본법 제34조(하도급대금의 지급 등)**

⑨ 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주하는 건설공사(소규모공사 등 국토교통부령으로 정하는 공사는 제외한다)를 도급받은 수급인과 그 하수급인은 「전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률」 제9조의2제1항에 따른 시스템을 이용하여 공사대금을 청구하여 수령하여야 하며, 수령한 공사대금 중 하수급인, 건설근로자, 건설기계대여업자, 건설공사용 부품을 제작하여 납품하는 자 등에게 지급하여야 할 대금을 사용해서는 아니 된다.

**제82조(영업정지 등)**

① 국토교통부장관은 건설사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 6개월 이내의 기간을 정하여 그 건설사업자의 영업정지를 명하거나 영업정지를 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

8. 제22조제7항, 제34조, 제36조제1항, 제37조, 제38조제1항 또는 제68조의3제1항에 따른 건설사업자로서의 의무를 위반한 경우

**건설산업기본법 시행령 제34조의5(공공기관의 범위)**

① 법 제34조제9항에서 "대통령령으로 정하는 공공기관"이란 다음 각 호의 공공기관을 말한다.

1. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조에 따른 공공기관(같은 조에 따른 기타공공기관으로서 해당 연도 예산규모가 250억원 미만인 공공기관은 제외한다)
2. 「지방공기업법」 제5조, 제49조 및 제76조에 따른 지방직영기업, 지방공사 및 지방공단

3. 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제5조에 따라 지정·고시된 출자·출연 기관(같은 법 제2조제3항 및 같은 법 시행령 제12조제2항에 따라 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 준용하지 않는 출자·출연 기관은 제외한다)

**건설산업기본법 시행규칙 제28조(하도급대금지급보증서 교부 등)**

⑥ 법 제34조제9항에서 "소규모공사 등 국토교통부령으로 정하는 공사"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 공사를 말한다.

1. 1건 공사의 도급금액이 3천만원 미만인 공사
2. 공사기간이 30일 이내인 공사

**Q&A**

Q. 임금을 타인명의 계좌로 입금해줄 것을 청구할 수 있는지요?

A. 원칙적으로 근로기준법 제43조의 임금의 '직접지급의 원칙'에 따라 급여를 타인 계좌로 입금해줄 것을 청구할 수는 없습니다. 다만, 신용불량 등 금융거래가 어려운 부득이한 경우 하수급인이 미리 해당 근로자에게 '현금'으로 임금을 지급하고 그 하수급인 명의의 계좌로 임금을 지급해줄 것을 발주자에게 청구하거나 위임장 등 관련 증빙자료를 제출하여 타인계좌 등록을 청구할 수는 있습니다.

### (5) 건설기계 임대료 체불 시 구제방법

#### ① 건설기계 대여대금 지급보증제

가) 제도의 내용

저가낙찰로 인한 건설업체의 부도, 유동성 악화 등으로 건설기계의 임대료를 체불하는 경우가 많지만 특수형태근로종사자인 건설기계운전원의 임대료는 근로기준법 상의 임금에 해당하지 않기 때문에 노동청에 '임금체불 진정' 등으로 구제받을 수 없고 민사소송을 통해 해결해야 하는 어려움이 있습니다. 이에 건설산업기본법은 건설업체로 하여금 건설관련 공제조합에 보증보험 가입을 하도록 하고 임대료가 체불된 경우 공제조합에서 건설기계 임대인에게 체불된 임대료를 대신 지급하도록 하는 지급보증제를 규정하고 있습니다. 종래에는 임대하는 각각의 개별 건설기계에 대한 보증이 이루어졌으나 2019. 6. 19. 건설산업기본법이 개정되어 현재는 1개의 현장에서 사용하는 모든 건설기계의 임대료를 1장의 보증서로 보증하도록 하고 있습니다. 1) 건설사업자는 건설관련 공제조합에 보증서를 신청하여 공사의 착공일 이전까지 발주자에게 보증서를 제출하여야 하며 2) 보증서를 제출받은 건설사업자는 지급보증서 발급 사실 및 보증내용 등을 공사 현장에 게시하여야 합니다. 3) 보증서가 발급된 경우 공제조합은 해당현장에서 제출된 건설기계임대계약서에 따라 보증채권자(체불된 임대료를 지급받을 수 있는 자)로 확정한 건에 한해 보증책임을 부담하므로 건설기계 임대인(건설기계운전원)은 반드시 '건설기계임대계약서'를 공제조합에 제출해야 합니다.

**관련 법률 – 건설산업기본법 제68조의3(건설기계 대여대금 지급보증)**

① 수급인 또는 하수급인은 자신이 시공하는 1개의 공사현장에서 대여받을 건설기계의 대여대금을 보증하는 보증서(이하 "현장별 보증서"라 한다)를 그 공사의 착공일 이전까지 발주자에게 제출하여야 하며, 건설기계 대여업자는 건설기계 대여계약을 체결한 경우 현장별 보증서를 발급한 보증기관에 그 건설기계 대여계약서를 제출하여야 한다. 다만, 수급인 또는 하수급인은 국토교통부령으로 정하는 소규모공사 등 정당한 사유가 있는 경우에는 현장별 보증서를 발주자에게 제출하는 대신에 건설기계 대여계약별로 그 대금의 지급을 보증하는 보증서를 건설기계 대여업자에게 줄 수 있다. 〈개정 2018. 12. 18.〉

② 제1항에도 불구하고 발주자가 건설기계 대여대금을 직접 건설기계 대여업자에게 지불하기로 발주자, 건설사업자, 건설기계 대여업자 간에 합의한 경우 등 국토교통부령으로 정하는 경우에는 건설기계 대여대금 지급보증서를 주지 아니할 수 있다. 〈신설 2018. 12. 18., 2019. 4. 30.〉

③ 건설공사의 도급계약(하도급계약을 포함한다) 당사자는 제1항에 따른 건설기계 대여대금 지급보증서 발급에 드는 금액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 건설공사의 도급금액 산출내역서(하도급금액 산출내역서를 포함한다)에 분명하게 적어야 한다.

④ 제54조에 따라 설립된 공제조합 또는 다른 법령에 따라 보증업무를 담당할 수 있는 기관이 제1항에 따른 건설기계 대여대금 지급보증서를 발급(변경발급을 포함한다)하거나 보증계약을 해지한 경우에는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 즉시 발주자, 수급인(하수급인과 건설기계 대여업자 간 계약에 따른 보증에 한정한다), 건설기계 대여업자 등에게 그 내용을 통보하여야 한다.

⑤ 제1항에 따른 건설기계 대여대금 지급보증의 보증금액과 보증 관련 당사자 등의 이행사항 및 그 밖의 사항은 국토교통부령으로 정한다.

⑥ 발주자가 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관인 경우에는 건설기계 대여대금이 보호될 수 있도록 건설사업자가 제1항에 따른 보증서를 제출 또는 교부하였는지 여부를 확인하여야 한다.

나) 적용제외

아래와 같이 소규모 공사의 경우에는 '현장별' 지급보증 대신 '대여계약별' 지급보증이 가능하며, 발주자가 건설기계 임대료를 직접 건설기계 대여업자에게 지불하기로 합의한 경우 등 임대료 체불 위험이 없는 경우에는 보증보험 가입 자체를 하지 않을 수 있습니다.

**관련 법률 – 건설산업기본법 시행규칙 제34조의4(건설기계 대여대금 지급보증서 발급면제 등)**

① 법 제68조의3제1항 단서의 "국토교통부령으로 정하는 소규모공사 등 정당한 사유가 있는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. 〈신설 2019. 6. 19.〉

1. 도급금액이 1억원 미만이고 착공일부터 준공예정일까지 공사기간이 5개월 이내인 경우
2. 하도급 금액이 5천만원 미만이고 착공일부터 준공예정일까지 공사기간이 3개월 이내인 경우
3. 당해 건설공사의 도급금액 산출내역서(하도급금액 산출내역서를 포함한다)에 기재된 건설기계 대여대금의 합계금액이 400만원 미만인 경우

② 법 제68조의3제2항에서 “국토교통부령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우를 말한다.

1. 발주자가 건설기계 대여대금을 건설기계 대여업자에게 직접 지급한다는 뜻과 그 지급의 방법·절차에 관하여 발주자·건설사업자 및 건설기계 대여업자가 합의한 경우
2. 제68조의3제1항 단서에 따라 건설기계 대여계약별 대금지급 보증의 대상인 경우로서 1건의 건설기계 대여계약 금액(같은 건설기계 대여업자와 2건 이상의 계약으로 분할하여 계약하는 경우에는 각각의 계약금액을 합산한 금액을 말한다)이 200만원 이하인 경우

다) 보증금액

현장별 보증되는 건설기계 임대료의 금액은 아래와 같이 산정됩니다.

| 구분 | 보증금액 |
|---|---|
| 공사기간 4월 이하 | 공사계약금액×업종별 건설기계비율-대여계약 선급금 합계 |
| 공사기간 4월 초과 | 공사계약금액×업종별 건설기계비율-대여계약 선급금 합계 |

$$\text{보증금액} = \frac{\text{공사계약금액} \times \text{업종별건설기계투입비율} - \text{건설기계 대여계약상 선급금}}{\text{공사기간(월)}} \times 4$$

표1 건설기계 임대료 보증금액

**관련 법률 – 건설산업기본법 시행규칙 제34조의4(건설기계 대여대금 지급보증서 발급면제 등)**

④ 법 제68조의3제5항에 따른 건설기계 대여대금 지급보증의 보증금액은 다음 각 호의 구분에 따른 금액으로 한다. 이 경우 수급인 또는 하수급인은 건설기계 대여대금의 지급을 보증한 이후 이에 대응하여 건설기계 대여업자에게 건설기계 대여금액의 100분의 5에 해당하는 금액의 건설기계 대여계약 이행보증서의 교부를 요구할 수 있다.

1. 법 제68조의3제1항 본문에 따라 현장별 보증서를 발급하는 경우
   가. 공사기간이 4개월 이하인 경우: 공사계약금액에 국토교통부장관이 고시한 업종별 건설기계 투입비율(“업종별건설기계투입비율”이라 한다. 이하 나목에서 같다)을 곱한 금액에서 건설기계 대여계약상 선급금을 제외한 금액
   나. 공사기간이 4개월을 초과하는 경우: 다음 계산식에 따라 산출한 금액

$$\text{보증금액} = \frac{\text{공사계약금액} \times \text{업종별건설기계투입비율} - \text{건설기계 대여계약상 선급금}}{\text{공사기간(월)}} \times 4$$

2. 법 제68조의3제1항 단서에 따라 건설기계 대여계약별 보증서를 발급하는 경우
   가. 계약기간이 4개월 이하인 경우: 건설기계 대여금액에서 건설기계 대여계약상 선급금을 제외한 금액
   나. 계약기간이 4개월을 초과하는 경우: 다음 계산식에 따라 산출한 금액

$$\text{보증금액} = \frac{\text{건설기계 대여금액} - \text{건설기계 대여계약상 선급금}}{\text{공사기간(월)}} \times 4$$

**Q&A**

Q. 현장에 굴삭기를 임대하기로 하였는데 기계를 빌리기로 한 업체가 건설기계 대여대금 지급보증서를 보여주지 않고 있습니다. 지급보증보험에 가입하지 않은 업체는 어떠한 처벌을 받나요?

A. 건설업자가 건설기계 대여대금 지급보증에 가입하지 않는 경우 국토부장관은 시정을 명할 수 있으며, 영업정지나 이에 갈음하여 1억원 이하의 과징금이 부과될 수 있습니다. 현장에 지급보증서를 게시하지 않아 건설기계 임대계약서를 제출할 수 없는 경우에는 관할 시군청에 이를 알리고 시정명령 등 적극적인 행정조치를 하도록 해야 합니다.

**관련 법률 – 건설산업기본법 제81조(시정명령 등)**

국토교통부장관은 건설사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 기간을 정하여 시정을 명하거나 그 밖에 필요한 지시를 할 수 있다

4. 제22조제7항, 제34조, 제34조의2제2항, 제36조제1항, 제36조의2제1항, 제37조, 제38조제1항 또는 제68조의3제1항에 따른 건설사업자로서의 의무를 위반한 경우

**제82조(영업정지 등)**

① 국토교통부장관은 건설사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 6개월 이내의 기간을 정하여 그 건설사업자의 영업정지를 명하거나 영업정지를 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

8. 제22조제7항, 제34조, 제36조제1항, 제37조, 제38조제1항 또는 제68조의3제1항에 따른 건설사업자로서의 의무를 위반한 경우

**② 발주자 임대료 직접지급**

건설산업기본법 제35조는 수급인(종합건설업체) 또는 하수급인(전문건설업체)이 건설기계 임대료의 지급을 1회 이상 지체한 경우에는 발주자가 건설기계대여업자에게 임대료를 직접지급할 수 있는 근거규정을 두고 있으며, 발주자와 수급인·하수급인, 건설기계 대여업자 간 직접지급 합의 등이 있는 경우에는 발주자가 임대료를 직접지급할 의무를 규정하고 있습니다.

**관련 법률 – 건설산업기본법 제32조(하수급인 등의 지위)**

④ 건설기계 대여업자 및 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건설공사용 부품을 제작하여 납품하는 자(이하 "제작납품업자"라 한다) 및 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건설공사를 하기 위하여 일시적으로 설치·사용하는 기자재를 대여하는 자(이하 "가설기자재 대여업자"라 한다)에 대한 대금 지급에 관하여는 제34조제1항·제8항 및 제35조(건설기계대여업자에 대하여는 제35조제2항제6호, 제작납품업자 및 가설기자재 대여업자에 대하여는 제35조제2항제5호 및 제6호는 제외한다)를 준용한다. 이 경우 "발주자"는 "발주자 또는 수급인"으로, "수급인"은 "수급인 또는 하수급인"으로, "하수급인"은 "건설기계 대여업자, 제작납품업자 또는 가설기자재 대여업자"로, "하도급대금"은 "건설기계 대여대금, 건설공사용 부품대금 또는 가설기자재 대여대금"으로 본다. 다만, 제35조제2항·제3항·제5항 및 제6항의 경우에는 "발주자"는 "건설기계 대여업자, 제작납품업자 또는 가설기자재 대여업자와 계약을 체결한 건설사업자에게 건설공사를 도급한 자"로, "수급인"은 "건설기계 대여업자, 제작납품업자 또는 가설기자재 대여업자와 계약을 체결한 건설사업자"로, "하수급인"은 "건설기계 대여업자, 제작납품업자 또는 가설기자재 대여업자"로, "하도급대금"은 "건설기계 대여대금, 건설공사용 부품대금 또는 가설기자재 대여대금"으로 본다.

**제35조(하도급대금의 직접 지급)**

① 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 하수급인이 시공한 부분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급할 수 있다. 이 경우 발주자의 수급인에 대한 대금 지급채무는 하수급인에게 지급한 한도에서 소멸한 것으로 본다. 〈개정 2013. 3. 23.〉

1. 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주한 건설공사가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 발주자가 하수급인을 보호하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우
   가. 수급인이 제34조제1항에 따른 하도급대금 지급을 1회 이상 지체한 경우
   나. 공사 예정가격에 대비하여 국토교통부령으로 정하는 비율에 미달하는 금액으로 도급계약을 체결한 경우
2. 수급인의 파산 등 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 발주자가 인정하는 경우
3. 삭제

② 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 하수급인이 시공한 부분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급하여야 한다.

1. 발주자가 하도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 발주자와 수급인 간 또는 발주자·수급인 및 하수급인이 그 뜻과 지급의 방법·절차를 명백하게 하여 합의한 경우
2. 하수급인이 시공한 부분에 대한 하도급 대금지급을 명하는 확정판결을 받은 경우
3. 수급인이 제34조제1항에 따른 하도급대금 지급을 2회 이상 지체한 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우
4. 수급인의 지급정지, 파산, 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 건설업 등록 등이 취소되어 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우
5. 수급인이 하수급인에게 정당한 사유 없이 제34조제2항에 따른 하도급대금 지급보증서를 주지 아니한 경우로서 발주자가 그 사실을 확인하거나 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우
6. 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주한 건설공사에 대하여 공사 예정가격에 대비하여 국토교통부령으로 정하는 비율에 미달하는 금액으로 도급계약을 체결한 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우

③ 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하여 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급한 경우에는 발주자의 수급인에 대한 대금 지급채무와 수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다.

④ 수급인은 제1항제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 하수급인에게 책임이 있는 사유로 자신이 피해를 입을 우려가 있다고 인정되는 경우에는 그 사유를 분명하게 밝혀 발주자에게 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급하는 것을 중지할 것을 요청할 수 있다.

⑤ 발주자는 제2항에도 불구하고 수급인으로부터 하도급계약과 관련하여 하수급인이 임금, 자재대금 등의 지급을 지체한 사실을 증명할 수 있는 서류를 첨부하여 그 하도급대금의 직접 지급을 중지하도록 요청받은 경우에는 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급하지 아니할 수 있다.

⑥ 제1항이나 제2항에 따라 하수급인이 발주자로부터 하도급대금을 직접 지급받기 위하여 하수급인이 시공한 부분의 확인 등이 필요한 경우에는 수급인은 지체 없이 이에 필요한 조치를 하여야 한다.

⑦ 제1항 각 호의 어느 하나, 제2항제3호 또는 제4호에 따라 하도급대금을 직접 지급하는 경우에 그 지급 방법 및 절차는 국토교통부령으로 정한다.

# 4 건설근로자의 휴업수당[3] 고용노동부, 건설일용근로자 보호지침, 2007

### (1) 휴업수당 발생 사유 – 사용자의 귀책사유

사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우 휴업기간 동안 평균임금의 100분의 70 이상의 휴업수당을 지급하여야 한다는 근로기준법 제46조는 건설업에도 동일하게 적용됩니다. '휴업'이란 근로자가 근로계약에 따라 일할 의사가 있음에도 불구하고 사용자가 근로의 제공을 거부하는 것을 말합니다. '사용자의 귀책사유'란 원칙적으로 사용자의 세력범위

안에서 생긴 경영장애로서 자금난, 원자재 부족, 시장불황 등으로 인한 경우를 말합니다. 다만, 천재지변·재난과 같이 사용자에게 책임을 물을 수 없는 불가항력적인 사정으로 사업 계속이 불가능하게 된 경우에는 사용자의 귀책사유로 볼 수 없습니다(근로기준과-802, 2010. 2. 16).

**① 기상악화로 인한 휴업**

우천 등 기상악화로 인하여 공사가 불가능하게 된 경우에는 사용자의 귀책사유가 아닌 천재지변에 의한 것이므로 휴업수당이 지급되지 않습니다.

**② 공정이 일시적으로 정지된 경우**

사용자의 공정관리 미흡으로 자재가 늦게 들어오거나 해당 공정이 진행되기 어려운 경우, 산업재해가 발생한 경우 등 공정이 일시적으로 정지(소위 '대마'가 난 경우)된 경우에는 사용자의 세력범위 안에서 발생한 경영장애이므로 휴업수당이 지급될 수 있습니다.

### (2) 일용근로 도중에 휴업이 발생한 경우

건설일용근로자가 근로계약을 체결한 후에 당해일에 사용자의 귀책사유(자재수급 불가, 공정의 일시정지 등)로 인하여 휴업을 하게 된 경우 휴업시작 이전까지 일한 부분에 대하여는 시간급으로 산정한 임금을 지급하고, 휴업시작 이후부터 퇴근 시간까지 휴업한 부분은 받기로 한 일당의 100분의 70을 휴업수당으로 지급하여야 합니다. 다만, 우천 등 불가항력으로 인해 공사가 정지된 경우에는 휴업시작 이전까지 근로한 부분에 대한 시간급의 임금을 지급하면 되고 휴업수당은 발생하지 않습니다.

**사례 – 일용근로 도중에 휴업이 발생한 경우 임금 및 휴업수당 산정**

1일당을 10만원으로 책정하고, 근로시간을 07:00~17:00(휴게 2시간)로 정했을 때, 07:00~15:00까지 근무하다가 공정이 일시정지된 경우 07:00~15:00까지 근무한 부분에 대하여는 7시간(휴게1시간)분의 시급이 지급되어야 하며, 15:00~17:00 1시간(휴게시간 1시간)에 대하여는 100분의 70의 휴업수당이 지급되어야 합니다.

- 시급: 100,000원 ÷ 8시간 = 12,500원
- 7시간분의 임금: 12,500원 × 7시간 = 87,500원
- 1시간분의 휴업수당: (12,500 × 1시간) × 0.7 = 8,750원
- 총 수령액: 87,500원 + 8,750원 = 96,250원

### (3) 휴업 중 다른현장에서 근무한 경우

휴업 발생시 건설근로자가 그 휴업기간 동안 다른 현장에서 근로하는 경우가 많은데 이때 다른 현장에서 임금을 받은 때에 해당 임금을 중간수입으로 공제해야 하는지 여부가 문제될 수 있습니다. 휴업기간 중 중간수입공제에 대해서 명확한 행정해석은 없으나, 판례나 행정해석은 부당해고시 임금상당액 산정에 있어 중간수입공제가 가능하나 이 경우에도 근로기준법 제46조 휴업수당은 지급해야 한다는 입장입니다(대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카25277 판결, 근로기준정책과-3120, 2015. 7. 14). 따라서 부당해고시 중간수입공제와 마찬가지로 휴업 중 근로자가 다른 현장에서 근로하여 임금을 받았다 하더라도 근로기준법이 정한 휴업수당만큼은 중간수입공제의 대상이 되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당합니다.

**관련 판례**

사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 이익을 얻은 때에는 사용자는 위 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 위의 이익(이른바 중간수입)의 금액을 임금액에서 공제할 수 있다. 위의 중간수입은 민법 제538조 제2항에서 말하는 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하기 때문이다. 그런데 근로기준법 제38조는 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70(1989.3.29. 법률 제4099호로 개정되기 전에는 100분의 60) 이상의 수당을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 여기서의 휴업이란 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함된다고 할 것이므로 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 제38조 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하여야 할 것이다. 그리고 위 휴업수당을 초과하는 금액을 한도로 중간수입을 공제할 경우에도 중간수입이 발생한 기간이 임금지급의 대상으로 되는 기간과 시기적으로 대응하여야 하고 그것과는 시기적으로 다른 기간에 얻은 이익을 공제하여서는 안된다(대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카25277 판결).

### (4) 코로나 19로 인한 휴업 시[4] 기획재정부, 신종 코로나 바이러스 대응을 위한 공공계약 업무처리 지침, 2020.2.

**① 공사의 정지 및 기간 연장**

건설현장은 옥외근로의 특성 상 재택근무를 실시하거나 사회적 거리두기를 유지하기 곤란하기 때문에 코로나19 확진자 발생 시 다수 근로자의 감염위험이 매우 큰 상황입니다. 이에 기획재정부는 공공공사 현장의 경우 코로나19 확진자 또는 의심환자 발생 등으로 작업이 현저히 곤란하다고 판단될 때에는 발주기관이 공사를 일시정지 할 수 있도록 하고, 이로 인한 공사지연에 대하여는 계약기간을 연장하고 지체상금을 청구하지 않으며, 계약금액을 증액하여 추가비용을 보전하도록 하고 있습니다. 민간공사의 경우에는 산업안전보건법 제70조에 따라 '전염병'으로 인한 산업재해 예방을 위하여 발주자에게 공사기간 연장을 요청할 수 있습니다.

**관련 법률 – 산업안전보건법 제70조(건설공사 기간의 연장)**

① 건설공사발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 건설공사가 지연되어 해당 건설공사도급인이 산업재해 예방을 위하여 공사기간의 연장을 요청하는 경우에는 특별한 사유가 없으면 공사기간을 연장하여야 한다.

1. 태풍·홍수 등 악천후, 전쟁·사변, 지진, 화재, 전염병, 폭동, 그 밖에 계약 당사자가 통제할 수 없는 사태의 발생 등 불가항력의 사유가 있는 경우
2. 건설공사발주자에게 책임이 있는 사유로 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우

② 건설공사의 관계수급인은 제1항제1호에 해당하는 사유 또는 건설공사도급인에게 책임이 있는 사유로 착공이 지연되거나 시공이 중단되어 해당 건설공사가 지연된 경우에 산업재해 예방을 위하여 건설공사도급인에게 공사기간의 연장을 요청할 수 있다. 이 경우 건설공사도급인은 특별한 사유가 없으면 공사기간을 연장하거나 건설공사발주자에게 그 기간의 연장을 요청하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 건설공사 기간의 연장 요청 절차, 그 밖에 필요한 사항은 고용노동부령으로 정한다.

**② 휴업사유에 따른 휴업수당 등 지급**[5] **고용노동부, 코로나19 예방 및 확산방지를 위한 사업장 대응 지침, 2021. 3. 31.**

가) 「감염병예방법 제 41조의2」에 따라 보건당국에 의해 입원·격리되는 경우, 코로나19 확진 또는 밀접접촉자로 보건당국에 의해 입원·격리되는 경우에는 사용자의 귀책사유로 인한 휴업은 아니므로 휴업급여가 지급되지 않습니다. 다만, 국가에서 유급휴가비 또는 생활지원비를 지원하고 있으며, 유급휴가 비용을 지원받은 사업주는 반드시 유급휴가를 부여하여야 합니다.

| 구분 | 유급휴가비 | 생활지원비 |
|---|---|---|
| 지원대상 | 격리된 자에게 유급휴가를 제공한 사업주 | 격리 통지서를 받고 격리된 자<br>✷유급휴가비를 지원받지 않은 자에 한함 |
| 지원수준 | 개인별 일급 기준(1일 13만원 상한) | 긴급복지 지원액 기준(4인 가구 127만원) |
| 신청처 | 국민연금공단 지사 | 주민등록지 관할 시군구(또는 읍면동) |

표2 코로나19 확진시 유급휴가비 및 생활지원비

나) 사업주 자체 판단으로 휴업하는 경우

「감염병예방법 제 41조의2」에 따른 입원·격리로 근로자가 출근하지 못한 경우가 아니라 사업주가 선제적으로 코로나19의 확신방지를 위해 근로자를 출근시키지 않거나 그 밖의 사업주의 귀책사유로 휴업하는 경우에는 휴업수당을 지급하여야 합니다.



**관련 법률 – 감염병예방법 제41조의2(사업주의 협조의무)**

① 사업주는 근로자가 이 법에 따라 입원 또는 격리되는 경우 「근로기준법」 제60조 외에 그 입원 또는 격리기간 동안 유급휴가를 줄 수 있다. 이 경우 사업주가 국가로부터 유급휴가를 위한 비용을 지원 받을 때에는 유급휴가를 주어야 한다.

② 사업주는 제1항에 따른 유급휴가를 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 되며, 유급휴가 기간에는 그 근로자를 해고하지 못한다. 다만, 사업을 계속할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 국가는 제1항에 따른 유급휴가를 위한 비용을 지원할 수 있다.

④ 제3항에 따른 비용의 지원 범위 및 신청·지원 절차 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

# 5 건설근로자의 4대보험

## (1) 건설근로자 소득세 및 4대보험 부과기준

| 구분 | | 근로자 | 사업주 | 비고 |
|---|---|---|---|---|
| 소득세 | 갑근세 | 6% | — | 1일 결정세액 = 산출세액-근로소득세액<br>산출세액: (일급-15만원[6] **비과세 근로소득**)×6%<br>근로소득세액: 산출세액×55% |
| | 주민세 | 갑근세×10% | — | |
| 건강보험 | 건강보험 | 3.495% | 3.495% | 총 6.99%(2022. 1.부터 적용) |
| | 장기요양 | 근로자<br>50%부담 | 사업주<br>50%부담 | (건강보험료 × 12.27%(2022. 1.부터 적용) |
| 국민연금 | | 4.5% | 4.5% | 총 9%<br>기준소득월액상한: 524만원(2021. 7. 1. ~ 2022. 6. 30.) |
| 고용보험 | | 0.9% | 0.9%+α | 실업급여: 총 1.8%(2022. 7.부터 적용), *65세 이후 납부X)<br>고용안정직업능력개발사업: 사업주 전액 부담 |
| 산재보험 | | — | 건설업 3.6% | 사업주 전액 부담(2022. 1.부터 적용) |

**① 소득세**

동일한 사업주에게 계속하여 1년 이내로 고용된 건설근로자의 경우 소득세법상 '일용근로자'로 분류하여 소득세가 부과됩니다. 일용근로자의 경우 정규직 근로자보다 저임금을 받으므로 이를 반영하여 일당에서 15만원을 공제한 금액을 근로소득으로 상정하여 소득세가 부과되며, 산정된 소득세가 1,000원 미만인 경우 부과되지 않습니다. 일용근로자의 소득세는 매달 임금에서 원천징수되어 납부가 완료되기 때문에 연말정산을 할 필요가 없습니다.

**사례 – 일용근로자 1일 소득세액 산정방법**

- 산출세액{(일당-15만원)×6%}-근로소득세액(산출세액×55%) ⇒ (일당-15만원)×2.7%
- 산정예시) 일당 20만원인 근로자의 경우
  {(20만원-15만원)}×0.06(1-0.55)=1,350원

**관련 법률 – 소득세법 제47조(근로소득공제)**

② 일용근로자에 대한 공제액은 제1항에도 불구하고 1일 15만원으로 한다.

**제59조(근로소득세액공제)**

③ 일용근로자의 근로소득에 대해서 제134조제3항에 따른 원천징수를 하는 경우에는 해당 근로소득에 대한 산출세액의 100분의 55에 해당하는 금액을 그 산출세액에서 공제한다.

**제129조(원천징수세율)**

① 원천징수의무자가 제127조제1항 각 호에 따른 소득을 지급하여 소득세를 원천징수할 때 적용하는 세율(이하 "원천징수세율"이라 한다)은 다음 각 호의 구분에 따른다

4. 근로소득에 대해서는 기본세율. 다만, 일용근로자의 근로소득에 대해서는 100분의 6으로 한다.

**② 건강보험 및 국민연금 가입대상**[7] **국민건강보험공단, 건설일용근로자 직장가입 기준 개선에 따른 건설현장 건강보험 실무안내, 2018. 8.**

건설근로자의 경우 종래에는 보건복지부의 업무처리지침을 근거로 1개월에 20일 이상 근무한 경우에만 건강보험 및 국민연금 가입대상이 되었습니다. 일반 직종 근로자의 경우 월 8일 이상 근무 시 사업장 가입대상이 되는데 반해 건설근로자의 경우에는 월 20일 이상의 근무를 요구함으로써 법령의 근거 없이 업무처리 지침으로 차별대우를 해왔던 것인데, 2018. 1.부터 이러한 지침을 폐기하고 건설근로자의 사회보험 적용범위 확대를 위하여 1개월에 8일 이상 근무한 경우 가입대상이 됩니다.

가) 명시적으로 1개월 이상의 근로계약기간을 정한 근로계약서 작성 시: 실제 근무한 일수와 상관 없이 최초고용일에 가입대상이 됩니다.

나) 명시적인 근로계약기간을 정하지 않았으나 실제 1개월 이상 근무하고, 8일 이상 근무한 경우 해당 월에 가입대상이 되며, 근무일수가 8일 미만으로 되는 경우 가입자격을 상실하게 됩니다.

다) 보험료 산정: 건설근로자의 경우 타 직종 근로자와 달리 매달 실제 근무한 일수에 비례하여 변동되는 보수를 적용하여 보험료를 산정합니다.

**Q&A**

Q. 저는 일하던 현장에서 공정상 휴업이 발생하여 다른 현장에서도 잠깐 일을 했는데 두 현장 다 8일 이상 근무하였습니다. 건강보험료와 국민연금을 두 현장 모두에서 납부해야 되나요?

A. 양쪽 사업장에서 모두 가입조건을 충족하였으므로 각각의 현장에서 일한 근무일수에 비례하여 보험료가 공제됩니다.

### (2) 건설공사 사회보험 사후정산제도

**① 사후정산제도의 의의**

저가 수주 경쟁 속에서 보험료가 낙찰률에 연동되면 건설업체들이 사회보험료 부족으로 보험가입을 회피하는 경우가 많아 건설근로자들의 사회보험 사각지대가 지속되어왔습니다. 이에 2006. 12. 29. 건설산업기본법을 개정하여 소규모 영세 건설업체의 어려움을 해소하고, 사업주의 4대보험 납부가 보장될 수 있도록 사후정산제를 규정하고 있습니다.

**② 사후정산 절차**

먼저 하수급인(전문건설업체)이 건설근로자에 대한 4대보험을 납부하고 영수증을 수급인(종합건설업체)에 제출하면 수급인은 자신의 근로자에 대한 4대보험료 납부영수증과 합하여 발주기관에 제출합니다. 발주자는 공사예정가격에 별도로 계상된 보험료 범위 내에서 기성금 지급 시 수급인과 하수급인이 납부한 보험료를 지급하고 공사완료 후에 초과지급된 보험료를 최종적으로 정산하게 됩니다. 따라서 하수급업체에서 예산이 부족하여 4대보험료 납부를 해줄 수 없다는 것은 가입회피를 위한 변명일 뿐이므로 사후정산제도를 근거로 적극적인 가입요구를 하여야 합니다.

**관련 법률 – 건설산업기본법 제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙)**

⑦ 건설공사 도급계약의 당사자는 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」에 따른 보험료, 「국민연금법」에 따른 국민연금보험료, 「국민건강보험법」에 따른 건강보험료, 「노인장기요양보험법」에 따른 노인장기요양보험료 등 그 건설공사와 관련하여 건설사업자가 의무적으로 부담하여야 하는 비용의 금액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 건설공사의 도급금액 산출내역서(하도급금액 산출내역서를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)에 분명하게 적어야 한다. 이 경우 그 건설공사의 도급금액 산출내역서에 적힌 금액이 실제로 지출된 보험료 등보다 많은 경우에 그 정산에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

**건설산업기본법 시행령 제26조의2(보험료 등의 비용 명시 및 정산)**

① 건설공사의 도급계약 당사자는 법 제22조제7항에 따른 보험료 등의 비용(이하 이 조에서 “보험료등”이라 한다)을 국토교통부장관이 정하여 고시하는 기준에 따라 도급금액산출내역서(하도급금액산출내역서를 포함한다. 이하 제3항에서 같다)에 명시하여야 한다.

② 발주자(하도급의 경우에는 수급인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 그 건설공사를 도급받은 건설사업자가 보험료등을 부담하였는지 여부에 관하여 확인할 수 있다. 이 경우 발주자가 필요하다고 인정하는 경우에는 그 건설사업자에게 보험료등을 납부한 확인서의 제출을 요구할 수 있다.

③ 발주자는 건설사업자가 보험료등을 납부한 내역을 확인한 결과, 도급금액산출내역서에 명시된 「국민연금법」에 따른 국민연금보험료, 「국민건강보험법」에 따른 건강보험료 및 「노인장기요양보험법」에 따른 노인장기요양보험료가 실제로 지출된 보험료보다 많은 경우에는 그 초과하는 금액을 정산할 수 있다.

### (3) 건설기계근로자와 고용보험[8] [9]

**① 적용범위**

건설기계 운전원의 경우 특수형태근로종사자로 분류되어 근로기준법상의 근로자성을 인정받지 못함으로써 실업급여 등 고용보험의 혜택의 사각지대에 있었습니다. 그러나 형식적으로는 건설기계 임대차 계약을 체결하고 일을 하지만 실제로 수급인 또는 하수급인의 지시·감독을 받아 일을 한다는 점에서 특수형태근로종사자의 사회보험 보장에 대한 사회적 합의가 형성되면서 2021. 7. 1.부터는 건설기계관리법 제3조 제1항에 따라 등록된 건설기계 27개종 운전원은 고용보험 가입대상이 됩니다.

**✷ 고용보험 가입대상 건설기계**

1. 불도저 2. 굴착기 3. 로더 4. 지게차 5. 스크레이퍼 6. 덤프트럭 7. 기중기 8. 모터그레이더 9. 롤러 10. 노상안정기 11. 콘크리트뱃칭플랜트 12. 콘크리트피니셔 13. 콘크리트살포기 14. 콘크리트믹서트럭 15. 콘크리트펌프 16. 아스팔트믹싱플랜트 17. 아스팔트피니셔 18. 아스팔트살포기 19. 골재살포기 20. 쇄석기 21. 공기압축기 22. 천공기 23. 항타 및 항발기 24. 자갈채취기 25. 준설선 26. 특수건설기계 27. 타워크레인

**Q&A**

Q. 저는 건설현장에서 살수차를 운행하고 있습니다. 그러나 건설기계관리법 상 규정된 건설기계에 해당하지 않는데 고용보험 가입대상이 될 수 있나요?

A. 건설기계관리법 제2조 제1항 제2호의 ‘건설기계’에 대하여는 동법 시행령 제2조 [별표 1]에서 규정하고 있는데, 건설기계 27개 기종 중 살수차는 포함되지 않습니다. 살수차나 스카이 크레인처럼 실제 건설현장에서 빈번히 사용되지만 건설기계관리법상 건설기계에 해당하지 않는 경우에는 고용보험 가입대상에서 제외됩니다.

8) 고용노동부 보도자료, 특수형태근로종사자 고용보험 적용을 위한 규정마련, 2021. 6. 1. / 9) 고용노동부 보도자료, “특수형태근로종사자 고용보험 세부적용방안” 고용보험위원회 의결, 2021. 2. 15.



Q. 건설기계 운전원도 고용보험이 적용되면 육아휴직급여를 받을 수 있나요?

A. 특수형태근로종사자의 경우 고용보험 중 실업급여와 출산전후휴가급여만 보장됩니다. 따라서 보험률이 일반직종보다 낮은 1.4%이며, 종사자와 사용자가 각각 0.7%씩 부담합니다.

Q. 저는 건설현장에서 굴삭기를 운전하는데 매월 여러현장을 돌아다니며 일합니다. 이런 경우에 고용보험은 어느 현장에서 가입해야 하나요?

A. 특수형태근로종사자는 여러 사업장에서 사업장 가입자격의 이중취득을 인정하므로, 각각의 현장에서 일한 일수만큼 고용보험료가 부과됩니다. 다만, 실업급여 수급자격은 모든 현장에서 실직한 경우에만 발생합니다.

**관련 법률 – 고용보험법 제77조의6(노무제공자인 피보험자에 대한 적용)**

① 근로자가 아니면서 자신이 아닌 다른 사람의 사업을 위하여 자신이 직접 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 일정한 대가를 지급받기로 하는 계약(이하 “노무제공계약”이라 한다)을 체결한 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람(이하 “노무제공자”라 한다)과 이들을 상대방으로 하여 노무제공계약을 체결한 사업에 대해서는 제8조제2항에 따라 이 장을 적용한다.

② 제1항에도 불구하고 노무제공자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다.

1. 65세 이후에 근로계약, 노무제공계약 또는 문화예술용역 관련 계약(65세 전부터 피보험자격을 유지하던 사람이 65세 이후에 계속하여 근로계약, 노무제공계약 또는 문화예술용역 관련 계약을 체결한 경우는 제외한다)을 체결하거나 자영업을 개시하는 경우
2. 노무제공자 중 대통령령으로 정하는 소득 기준을 충족하지 못하는 경우. 다만, 노무제공자 중 계약의 기간이 1개월 미만인 사람(이하 “단기노무제공자”라 한다)은 제외한다.

③ 제18조에도 불구하고 노무제공자가 보험관계가 성립되어 있는 둘 이상의 사업에서 동시에 근로계약, 노무제공계약 또는 문화예술용역 관련 계약을 체결한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 피보험자격을 취득한다.

④ 제1항에 따라 이 장을 적용하는 노무제공자와 그와 노무제공계약을 체결한 사업의 사업주(이하 “노무제공사업의 사업주”라 한다)는 고용산재보험료징수법에 따라 보험료를 부담하며, 그 보험관계의 성립·소멸 및 변경, 보험료의 산정·납부 및 징수에 필요한 사항은 고용산재보험료징수법에서 정하는 바에 따른다.

**고용보험법 시행령 제104조의11(노무제공자인 피보험자의 범위)**

① 법 제77조의6제1항에서 “대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.

10. 「건설기계관리법」 제3조제1항에 따라 등록된 건설기계를 직접 운전하는 사람

**② 보험료 부과기준**

가) 보험률과 보수액 산정

특수형태근로종사자의 경우 보험률이 일반직종보다 낮은 1.4%이며, 종사자와 사용자가 각각 0.7%씩 부담합니다. 한편, 노무제공계약에 따른 월 보수가 80만원 미만이면 고용보험 적용에서 제외하되, 2022년 1월부터는 둘 이상의 노무제공계약을 체결한 노무제공자가 월 보수액 합산을 신청하고 합산한 금액이 80만원 이상이면 고용보험이 적용됩니다. 보험료의 기준이 되는 노무제공자의 보수는 소득세법 상 사업소득과 기타소득에서 비과세 소득, 경비 등을 제외한 금액으로 합니다.

나) 보수를 알기 어려운 경우

신규 입직자 등 소득확인 및 월평균 보수 산정이 어려운 경우와 신고 소득이 기준보수보다 적은 경우에는 기준보수 기준으로 부과되며, 기준보수는 월 133만원입니다. 이에 따라 예상되는 구직급여 하한액 79.8만원(기준보수의 60% 수준)입니다. 또, 수차례 도급 등으로 소득 확정이 어려운 건설기계종사자·화물차주의 경우 소득파악체계구축 완비 전까지 한시적으로 '직종별 기준보수'를 적용합니다.

**관련 법률 – 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률**

**제48조의3(노무제공자의 고용보험 특례)**

① 「고용보험법」 제77조의6에 따라 고용보험의 적용을 받는 노무제공자와 이들을 상대방으로 하여 노무제공계약을 체결한 사업의 사업주(이하 "노무제공사업의 사업주"라 한다)는 당연히 고용보험의 보험가입자가 된다.

② 노무제공자의 보수액은 「소득세법」 제19조에 따른 사업소득 및 같은 법 제21조에 따른 기타소득에서 대통령령으로 정하는 금품을 뺀 금액으로 한다. 다만, 노무제공특성에 따라 소득확인이 어렵다고 대통령령으로 정하는 직종의 고용보험료 산정기초가 되는 보수액은 고용노동부장관이 고시하는 금액으로 한다.

③ 제13조 및 제14조에도 불구하고 노무제공자와 노무제공사업의 사업주가 부담하여야 하는 고용보험료 및 고용보험료율은 종사형태 등을 반영하여 「고용보험법」 제7조에 따른 고용보험위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 달리 정할 수 있다. 이 경우 보험가입자의 고용보험료 평균액의 일정비율에 해당하는 금액을 고려하여 대통령령으로 고용보험료의 상한을 정할 수 있다.

④ 노무제공사업의 사업주는 노무제공자가 부담하여야 하는 고용보험료와 사업주가 부담하여야 하는 고용보험료를 납부하여야 한다. 이 경우 노무제공사업의 사업주는 노무제공자가 부담하여야 하는 고용보험료를 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 노무제공자의 보수에서 원천공제하여 납부할 수 있다.

⑤ 노무제공사업의 사업주는 제4항 후단에 따라 고용보험료에 해당하는 금액을 원천공제한 때에는 공제계산서를 노무제공자에게 발급하여야 한다.



**③ 실업급여 지급기준**

특수형태근로종사자는 근로기준법상의 근로자와 달리 이직일 이전 24개월 중 12개월 이상 보험료를 납부한 경우 구직급여를 수급할 수 있으며, '소득감소로 인한 이직'을 정당한 이직 사유에 추가하여 인정하고 있습니다. '소득감소로 인한 이직'이란 "이직일이 속한 달의 직전 3개월 보수가 전년도 동일 기간보다 30% 이상 감소"하거나 "직전 12개월 동안 전년도 월평균 보수보다 30% 이상 감소한 달이 5개월 이상"인 경우를 말합니다. 구직급여 수급을 위한 대기기간은 원칙적으로 7일(실업신고일~구직급여 첫 지급일)이나, 소득감소로 인한 이직의 경우 소득감소 비율이 30% 이상이면 4주, 50% 이상이면 2주로 설정되었습니다. 특수형태근로종사자의 구직급여 상한액은 일반 근로자와 동일하게 1일 66,000원입니다. 여러 사업장에서 일하는 특수형태근로종사자는 모든 사업장에서 실직하는 경우에 구직급여 수급자가 될 수 있습니다.

**④ 출산전후휴가급여 지급기준**

출산전후휴가급여를 지급받기 위해서는 출산(유산·사산)일 전 피보험단위기간이 3개월 이상이어야 하며, 출산(유산·사산)일 후 12개월 이내 신청해야 하고, 출산(유산·사산)일 전후로 소정기간 노무제공을 하지 않을 것이 요구됩니다. 출산전후휴가급여는 출산일 직전 1년간 월 평균 보수의 100%가 지급되며, 상한액은 2021년 기준 월 200만원이고, 출산전후를 통틀어 90일 중 소득활동을 하지 않은 기간에 대해 지급됩니다.

### (4) 4대보험 미가입 또는 체납 시 구제방법

**① 사업장에서 4대보험 가입을 거부하는 경우**

가) 고용보험·산재보험

건설업 산재보험과 고용보험은 하수급인이 가입주체를 하수급인(전문건설업체)으로 하는 사업주인정승인을 받은 경우가 아닌 한 원수급인(종합건설업체)이 하수급인 소속 근로자의 산재·고용보험까지 사업장 가입을 하게 됩니다. 만약 사업주가 고용보험 사업장 가입을 거부하는 경우 근로자는 직접 근로복지공단에 '피보험 자격에 관한 신고'를 하거나 '피보험자격확인'청구를 할 수 있습니다. 또, 산재보험 미가입 사업장이라도 재해근로자가 해당 현장에서 근로자로 근무하다가 발생한 재해임이 증명되기만 한다면 보험급여를 수급하는 데에 문제가 되지 않습니다.

**관련 법률 – 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률**

**제9조(도급사업의 일괄적용)**

① 건설업 등 대통령령으로 정하는 사업이 여러 차례의 도급에 의하여 시행되는 경우에는 그 원수급인을 이 법을 적용받는 사업주로 본다. 다만, 대통령령으로 정하는 바에 따라 공단의 승인을 받은 경우에는 하수급인을 이 법을 적용받는 사업주로 본다.

② 제1항에 따른 사업이 국내에 영업소를 두지 아니하는 외국의 사업주로부터 하도급을 받아 시행되는 경우에는 국내에 영업소를 둔 최초 하수급인을 이 법을 적용받는 사업주로 본다.

**고용보험법 제15조(피보험자격에 관한 신고 등)**

① 사업주는 그 사업에 고용된 근로자의 피보험자격의 취득 및 상실 등에 관한 사항을 대통령령으로 정하는 바에 따라 고용노동부장관에게 신고하여야 한다.

② 고용산재보험료징수법 제9조에 따라 원수급인(元受給人)이 사업주로 된 경우에 그 사업에 종사하는 근로자 중 원수급인이 고용하는 근로자 외의 근로자에 대하여는 그 근로자를 고용하는 다음 각 호의 하수급인(下受給人)이 제1항에 따른 신고를 하여야 한다. 이 경우 원수급인은 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 하수급인에 관한 자료를 고용노동부장관에게 제출하여야 한다.

1. 「건설산업기본법」 제2조제7호에 따른 건설사업자
2. 「주택법」 제4조에 따른 주택건설사업자
3. 「기공사업법」 제2조제3호에 따른 공사업자
4. 「정보통신공사업법」 제2조제4호에 따른 정보통신공사업자
5. 「소방시설공사업법」 제2조제1항제2호에 따른 소방시설업자
6. 「문화재수리 등에 관한 법률」 제14조에 따른 문화재수리업자

③ 사업주가 제1항에 따른 피보험자격에 관한 사항을 신고하지 아니하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 근로자가 신고할 수 있다.

④ 고용노동부장관은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 신고된 피보험자격의 취득 및 상실 등에 관한 사항을 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 피보험자 및 원수급인 등 관계인에게 알려야 한다. 〈개정 2010. 6. 4.〉

**제17조(피보험자격의 확인)**

① 피보험자 또는 피보험자였던 사람은 언제든지 고용노동부장관에게 피보험자격의 취득 또는 상실에 관한 확인을 청구할 수 있다.

② 고용노동부장관은 제1항에 따른 청구에 따르거나 직권으로 피보험자격의 취득 또는 상실에 관하여 확인을 한다.

③ 고용노동부장관은 제2항에 따른 확인 결과를 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 확인을 청구한 피보험자 및 사업주 등 관계인에게 알려야 한다.

나) 국민연금·건강보험

국민연금의 경우 미가입 사업장에 대한 '실태조사'를 청구(익명으로 제3자도 청구 가능, 휴대폰 본인인증 필요)'하거나 사업장가입자의 '자격확인청구(개인공인인증서 필요)'가 가능하며, 홈페이지에서 처리결과를 조회할 수 있습니다. 건강보험의 경우에도 공단에 적극적으로 사업장 미가입 사실을 알려 실태조사를 청구하고 사업장 가입자격 확인을 받을 수 있습니다. 한편, 근로자의 귀책사유 없이 건강보험료가 미납된 경우에는 여전히 보험급여 혜택을 받을 수 있으며, 사용자가 6회 이상 보험료 체납 시 가입자와 그의 피부양자까지 보험급여가 제한되며, 제한기간 동안 건강보험으로 진료 받은 경우 부당이득으로 환수조치됩니다. 또, 근로자가 직장가입자가 되는 것을 방해하는 경우 형사처벌의 대상이 될 수 있으며, 사업장 가입신고를 하지 않는 경우 과태료가 부과됩니다.

**관련 법률 – 국민건강보험법 제53조(급여의 제한)**

③ 공단은 가입자가 대통령령으로 정하는 기간 이상 다음 각 호의 보험료를 체납한 경우 그 체납한 보험료를 완납할 때까지 그 가입자 및 피부양자에 대하여 보험급여를 실시하지 아니할 수 있다. 다만, 월별 보험료의 총체납횟수(이미 납부된 체납보험료는 총체납횟수에서 제외하며, 보험료의 체납기간은 고려하지 아니한다)가 대통령령으로 정하는 횟수 미만이거나 가입자 및 피부양자의 소득·재산 등이 대통령령으로 정하는 기준 미만인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제69조제4항제2호에 따른 소득월액보험료
2. 제69조제5항에 따른 세대단위의 보험료

④ 공단은 제77조제1항제1호에 따라 납부의무를 부담하는 사용자가 제69조제4항제1호에 따른 보수월액보험료를 체납한 경우에는 그 체납에 대하여 직장가입자 본인에게 귀책사유가 있는 경우에 한하여 제3항의 규정을 적용한다. 이 경우 해당 직장가입자의 피부양자에게도 제3항의 규정을 적용한다.

**제93조(근로자의 권익 보호) 제6조제2항** 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 모든 사업장의 근로자를 고용하는 사용자는 그가 고용한 근로자가 이 법에 따른 직장가입자가 되는 것을 방해하거나 자신이 부담하는 부담금이 증가되는 것을 피할 목적으로 정당한 사유 없이 근로자의 승급 또는 임금 인상을 하지 아니하거나 해고나 그 밖의 불리한 조치를 할 수 없다.

**제115조(벌칙)**

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제93조를 위반한 사용자

**제119조(과태료)**

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제7조[10] 를 위반하여 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 사용자

**10) 제7조(사업장의 신고) 사업장의 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하게 되면 그 때부터 14일 이내에 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 보험자에게 신고하여야 한다. 제1호에 해당되어 보험자에게 신고한 내용이 변경된 경우에도 또한 같다.**

**1. 제6조제2항에 따라 직장가입자가 되는 근로자·공무원 및 교직원을 사용하는 사업장(이하 "적용대상사업장"이라 한다)이 된 경우**

**②보험료 원천공제 후 납입하지 않는 경우**

가) 보험공단의 체납절차

사업주가 임금에서 보험료를 원천공제하였으나 이를 공단에 납부하지 않는 경우 근로자는 이를 관련 보험공단에 알려 적극적인 체납처분절차가 진행될 수 있도록 하여야 합니다. 실무상 소득세를 부과·징수하는 국세청의 전산을 확인하여 소득세가 납부되었으나 4대보험이 미납된 경우를 적발하여 공단에서 직권으로 체납처분절차를 진행하는 경우도 있습니다.

나) 업무상 횡령죄로 고소·고발

사업주가 사회보험 보험료 중 근로자 부담분을 원천공제한 경우 이 금원은 오로지 사회보험료 납부 명목으로만 사용할 수 있으므로 이를 보관하던 중 공단에 납부하지 않고 개인적 용도로 소비한 경우에는 형법상 업무상횡령죄가 성립될 수 있습니다. 실무상 횡령죄와 같은 경제범죄의 경우 피해액수와 가해액수가 금액적으로 정확히 일치해야 하므로 원천공제된 액수와 미납된 액수를 철저히 조사하여 경찰에 자료로 제출할 필요가 있습니다.

**관련판례**

구 국민연금법(2009. 5. 21. 법률 제9691호로 개정되기 전의 것) 제90조 제1항, 제95조 제1항, 구 국민연금법 시행령(2010. 8. 17. 대통령령 제22347호로 개정되기 전의 것) 제64조 등의 규정에 의하여 사용자는 매월 임금에서 국민연금 보험료 중 근로자가 부담할 기여금을 원천공제하여 근로자를 위하여 보관하고, 국민연금관리공단에 위 보험료를 납부하여야 할 업무상 임무를 부담하게 되며, 사용자가 이에 위배하여 근로자의 임금에서 원천공제한 기여금을 위 공단에 납부하지 아니하고, 나아가 이를 개인적 용도로 소비하였다면 업무상횡령죄의 책임을 면할 수 없다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13284 판결).

다) 수시로 가입 및 보험료 납입 여부 확인

보험료를 원천공제하고 납입하지 않는 사업주들은 이미 다른 현장에서도 체납된 보험료가 수억인 경우가 많습니다. 따라서 근로자는 수시로 공단 인터넷 홈페이지를 통해 가입여부 및 보험료 납입현황을 확인하여 미납 시 사용자에게 즉시납입을 촉구하여 장기미납의 피해를 예방해야 합니다.

✷ **4대보험료 미납 시 구제절차에 필요한 자료**

현장명·수급인 법인명·하수급인 법인명, 근로계약서, 작업일보, 임금을 지급받은 계좌내역, 임금지급명세서(원천공제 내역), 소득세 납부내역(국세청 홈텍스), 4대보험 납부내역(4대보험 홈페이지에서 확인 가능) 등



# 6 건설근로자와 산업재해보상보험제도

### (1) 적용범위

종래에는 건설업 면허가 없는 건설사업자의 총공사금액이 2천만원 미만인 공사 또는 연면적이 100제곱미터 이하인 건축물의 건축 또는 연면적이 200제곱미터 이하인 건축물의 대수선에 관한 공사는 산업재해보상보험 적용범위에서 제외하였으나, 2017. 12. 26. 산업재해보상보험법 제2조 개정으로 2018. 7. 1. 부터는 모든 공사에 산업재해보상보험이 적용됩니다. 건설업의 경우 '건설현장별'로 산재보험 사업장 가입이 이루어져야 하는데, 여러 건의 공사를 하는 건설업체의 경우 현장별로 사업장 가입과 탈퇴신고 절차를 진행하는 것이 매우 복잡하므로 모든 공사를 하나의 사업으로 보는 '일괄적용'신청을 할 수 있습니다. 일괄적용이 되면 한번의 사업장 가입으로 보험가입자 번호가 생성되고 공사가 새로 발주되고 완료될 때마다 신고만 하면 하나의 사업으로 간주되어 보험료가 산정됩니다.

### (2) 보험가입자(사업주)

**① 하도급 공사**

'발주자-원수급인-하수급인-오야지-건설근로자'와 같이 2차례 이상의 도급 공사의 경우 원수급인(종합건설업체)이 하수급인(전문건설업체)과 오야지가 고용한 근로자들에 대해서까지 산재보험 보험가입자가 됩니다. 다만, 하수급인이 자신이 보험가입자 자격을 승계하는 '사업주인정승인'신청을 하여 근로복지공단으로부터 승인을 받으면 하수급인이 보험가입자가 되어 보험료를 납부합니다.

**② 발주자 직영 공사**

커피숍 리모델링과 같이 개인이 발주하여 직접 건설근로자를 불러 공사하는 경우 개인 발주자가 보험가입자로서 산재 보험료를 납입해야 합니다. 다만, 개인이 발주하고 이를 건설사업자에게 도급(1차 도급, 발주자-수급인)을 준 경우에는 건설사업자가 보험가입자로서 산재보험료를 납입해야 합니다.

**관련 법률 – 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 제8조(사업의 일괄적용)**

① 제5조제1항 또는 같은 조 제3항에 따른 보험의 당연가입자인 사업주가 하는 각각의 사업이 다음 각 호의 요건에 해당하는 경우에는 이 법을 적용할 때 그 사업의 전부를 하나의 사업으로 본다.

1. 사업주가 동일인일 것
2. 각각의 사업은 기간이 정하여져 있을 것
3. 사업의 종류 등이 대통령령으로 정하는 요건에 해당할 것

② 제1항에 따른 일괄적용을 받는 사업주 외의 사업주가 제1항제1호의 요건에 해당하는 사업(산재보험의 경우에는 고용노동부장관이 정하는 사업종류가 같은 경우로 한정한다)의 전부를 하나의 사업으로 보아 이 법을 적용받으려는 경우에는 공단의 승인을 받아야 하며,

승인을 받은 경우에는 공단이 그 사업의 사업주로부터 일괄적용관계 승인신청서를 접수한 날의 다음 날부터 일괄적용을 받는다. 이 경우 일괄적용관계가 제3항에 따라 해지되지 아니하면 그 사업주는 그 보험연도 이후의 보험연도에도 계속 그 사업 전부에 대하여 일괄적용을 받는다.

③ 제2항에 따라 일괄적용을 받고 있는 사업주가 그 일괄적용관계를 해지하려는 경우에는 공단의 승인을 받아야 한다. 이 경우 일괄적용관계 해지의 효력은 다음 보험연도의 보험관계부터 발생한다.

④ 제1항에 따라 일괄적용을 받는 사업주가 제1항제3호의 요건에 해당하지 아니하게 된 경우에는 제2항에 따라 일괄적용승인을 받은 것으로 보아 이 법을 적용하며, 사업주가 그 일괄적용관계를 해지하려는 경우에는 제3항에 따른다.

**제9조(도급사업의 일괄적용)**

① 건설업 등 대통령령으로 정하는 사업이 여러 차례의 도급에 의하여 시행되는 경우에는 그 원수급인을 이 법을 적용받는 사업주로 본다. 다만, 대통령령으로 정하는 바에 따라 공단의 승인을 받은 경우에는 하수급인을 이 법을 적용받는 사업주로 본다.

② 제1항에 따른 사업이 국내에 영업소를 두지 아니하는 외국의 사업주로부터 하도급을 받아 시행되는 경우에는 국내에 영업소를 둔 최초 하수급인을 이 법을 적용받는 사업주로 본다.

**고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 시행령 제6조(사업의 일괄적용의 요건)**

① 법 제8조제1항제3호에서 “대통령령으로 정하는 요건”이란 한국표준산업분류표의 대분류에 따른 건설업을 말한다.

② 법 제8조제2항 전단에 따라 일괄적용의 승인을 받으려는 사업주는 공단에 신청하여야 한다.

③ 법 제8조제3항 전단에 따라 일괄적용관계의 해지승인을 받으려는 사업주는 다음 보험연도가 시작되기 7일 전까지 공단에 이를 신청하여야 한다.

### (3) 근골격계질환 관련 특별제도

**① 특별진찰제도[11] 근로복지공단, 산재 결정 전 특별진찰 진행 중에도 치료비용 지급, 2018. 8. 10.**

가) 제도의 의의

특별진찰제도란 건설업 근로자와 같이 업무상 요인으로 인해 근골격계질환이 자주 발생하는 업종의 근로자에게 근골격계질환이 발생한 때 업무관련성이 높고, 조기에 치료하지 않으면 증상의 악화 가능성이 있다고 인정되면 업무상 질병으로 승인되기 전이라도 특별진찰을 실시하고 그 치료비를 산재보험급여로 지급하는 제도를 말합니다. 이를 통해 재해근로자는 비용부담 없이 적기에 치료를 받을 수 있으며, 근골격계질환에 대한 ‘과잉진료’를 예방하여 질병에 맞는 적절한 치료가 이루어질 수 있습니다.

**관련 법률 – 산업재해보상보험법 제119조(진찰 요구)**

공단은 보험급여에 관하여 필요하다고 인정하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 보험급여를 받은 사람 또는 이를 받으려는 사람에게 산재보험 의료기관에서 진찰을 받을 것을 요구할 수 있다.

**산업재해보상보험법 시행령 제117조(진찰 요구 대상 등)**

① 법 제119조에 따라 공단이 진찰을 요구할 수 있는 경우는 다음 각 호와 같다.

1. 업무상의 재해로 요양 중인 근로자에 대한 계속 요양의 필요성을 판단하기 위한 진찰
2. 장해등급 또는 중증요양상태등급의 판정을 위한 진찰
3. 업무상의 재해인지 판단하기 위한 진찰
4. 재요양이 필요한지 판단하기 위한 진찰
5. 법 제61조에 따른 간병이 필요한지 판단하기 위한 진찰

② 제1항에 따른 진찰비용은 그 진찰에 드는 실비로 지급한다.

③ 제2항에 따라 지급하는 진찰비용 중 제1항제3호에 따른 진찰비용에는 업무상의 재해로 추정할 수 있는 증상을 가진 사람으로서 그 증세가 위독하거나, 진찰 중 바로 치료하지 않으면 증세가 급속히 악화되어 진찰과 향후 치료에 지장이 있다는 의학적 소견에 따라 치료한 경우 그 치료에 든 비용을 포함할 수 있다.

④ 법 제119조에 따른 진찰 요구는 문서로 하여야 한다.

나) 특별진찰제도 진행 절차

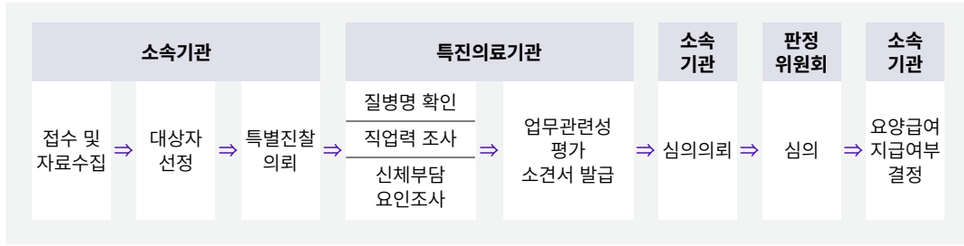



그림4 특별진찰제도 진행 절차

ⅰ) 건설업 근로자는 회전근개파열, 요추추간판탈출증과 같이 업무상 재해로 의심되는 질환이 발생한 경우 근로복지공단 지사에 직업력과 작업내용 관련 자료를 첨부하여 업무상재해 관련 요양신청서를 제출합니다.

ⅱ) 공단에서 직업력과 업무내역 등 자료를 수집하여 근로복지공단 산하 병원으로 특별진찰을 요청합니다.

ⅲ) 근로복지공단 산하 병원(인천·안산·창원·순천·대전·동해병원)에서는 직업력을 바탕으로 업무관련성이 상당한 질병의 경우 정형외과·직업환경의학과·재활의학과 등 다학제 진료를 통한 특별진찰을 실시합니다.

ⅳ) 작업현장조사를 통해 신체부담요인을 조사하여 업무관련성 평가 소견서를 발급합니다. 특히, 건설업, 음식 및 숙박업, 보건 및 사회복지사업, 수상운수업, 항만하역 및 화물취급사업, 용접공에 대하여는 직업환경전문의가 적극적으로

개입하여 업무관련성을 평가하는 '업무관련성 전문조사'가 진행됩니다.

ⅴ) 근로복지공단은 특별진찰을 통한 업무관련성 평가 소견서를 첨부하여 업무상질병판정위원회에 심의를 의뢰하고, 업무상질병판정위원회는 업무상 재해 승인 여부를 결정합니다.

✷ **특별진찰 신청에 필요한 서류**

업무상재해 요양 및 휴업급여 신청서, 진단서, 직업력 관련 입증자료로 고용보험 가입내역, 임금 입금받은 내역, 퇴직공제부금 가입이력 등

다) 치료비용 인정기간

치료비용은 현금이 아니라 근로복지공단 산하 병원에서 이루어지는 진료를 통한 현물로 제공됩니다. ⅰ)원칙적으로 근로복지공단 산하 병원의 업무관련성 전문조사(특별진찰)에 따른 진찰 종료일까지 치료비가 인정되며, 투약처방이 진찰 종료일부터 7일 이내 시행된 경우에는 그 범위 내에서 추가 비용이 인정될 수 있습니다. ⅱ)업무관련성 전문조사(특별진찰) 결과 업무 부담요인이 "매우 높음"에 해당하는 수준으로 업무관련성이 명확한 경우에는 업무상질병판정위원회에서 업무상 재해로 승인된 날까지의 치료비용이 인정됩니다. 업무상 재해로 승인된 이후에는 요양급여·휴업급여 등이 지급됩니다.

**Q&A**

Q. 저는 20년 동안 건설현장에서 목수로 일하고 있는데 최근에 회전근개파열 진단을 받았습니다. 아무래도 목수일과 관련이 있는 것 같은데 근로복지공단 병원에서 진찰을 받을 수 있나요?

• 질병진단일: 17. 8. 5., 요양급여신청일: 18. 7. 25., 특별진찰 실시일: 18. 8. 1.

• 진단명: 우측 견관절 회전근개 파열

A. 건설업 근로자로 회전근개 파열 진단을 받아 산재 신청을 하였으므로 20년간의 직업력만 증명이 된다면 근로복지공단 지사 산하 병원에 특별진찰을 신청할 수 있습니다. 또, 질병진단일로부터 특별진찰 실시일까지 1년이 경과하지 않았으므로 특별진찰 기간 중 치료비용이 지급되고, 만약 업무관련성 전문조사 결과 업무부담 요인이 '매우높음'인 경우에는 업무상질병판정위원회에서 업무상 재해로 승인되는 날까지 특별진찰 치료비용이 지급될 수 있습니다.

② **추정의 원칙**[12) 근로복지공단, 발생빈도가 높은 근골격계 6대상병 재해조사 요령, 2019.7.]

가) 추정의 원칙의 의의

추정의 원칙이란 근골격계 질환 발생빈도가 높은 일부 직종과 상병에 대하여 해당 직업력 등이 충족되는 경우 작업현장 조사 등 절차를 생략하고 바로 업무상질병판정위원회에 의결을 요청하여 산재승인 절차를 신속하게 처리하는 것을 말합니다.

나) 추정의 원칙이 적용되는 업무 및 질병

추정의 원칙이 적용되기 위해서는 진단명, 직종(성별포함), 직력, 유효기간(신청인이 신체부담업무를 중단한 다음날부터 최초 상병 진단일까지의 기간)이 동시에 충족되어야 합니다. 건설업의 경우 경추추간판탈출증·회전근개 파열·요추추간판탈출증·반월상연골파열·수근관증후군에 대하여 위의 요건이 충족되는 경우 추정의 원칙이 적용되고 있습니다.

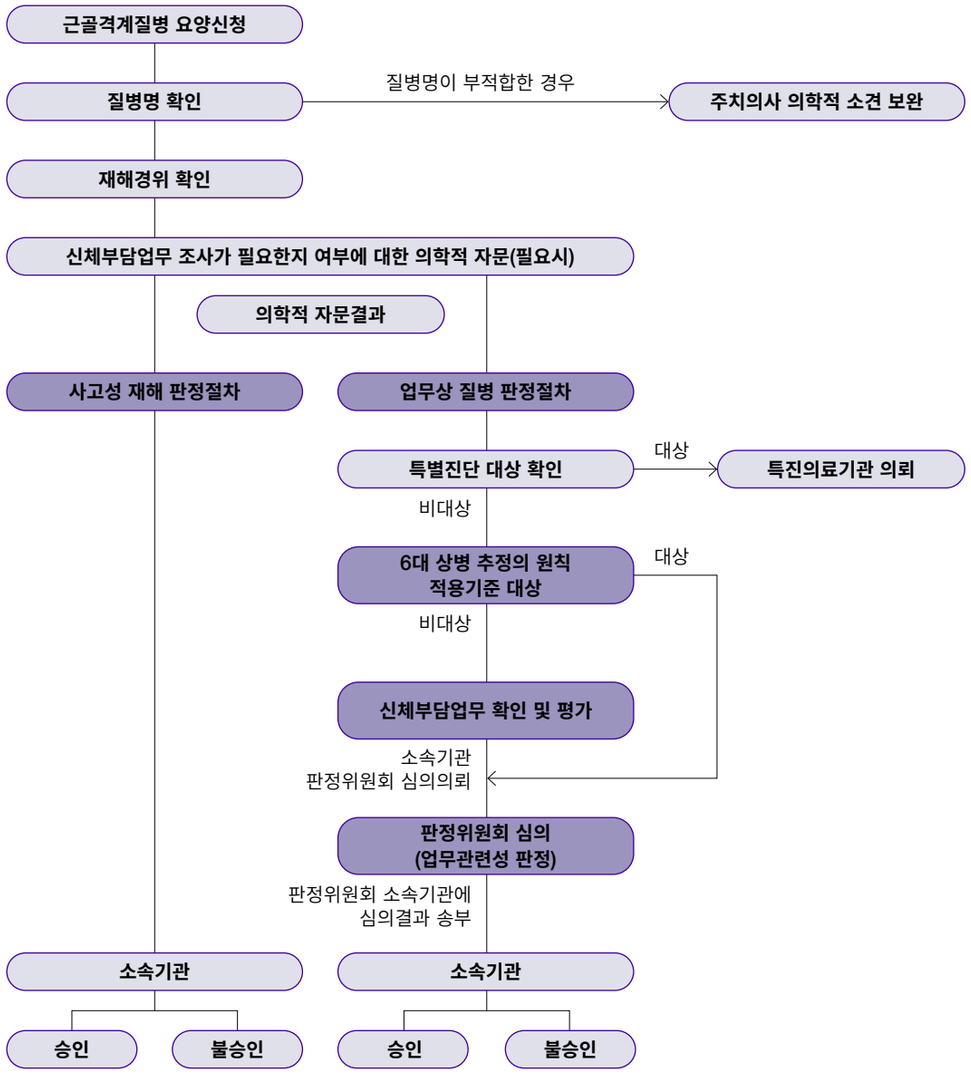



그림5 근골격계질병 조사 및 판정절차

### (4) 건설기계 운전원의 산재 적용13) 고용노동부, 건설기계 특고 및 건설기계종사자 산재보험 신고 관련 Q&A

**① 적용범위**

가) 적용대상 건설기계

종래 건설기계 중 콘크리트믹서트럭(레미콘)에 한해 특수형태근로종사자로 산재보험을 적용하였으나, 산업재해보상보험법 시행령 개정으로 2019년부터 건설기계관리법 제3조제1항에 따라 등록된 27개 건설기계에 대하여 산재보험이 적용됩니다.

---

**Tip. 산재보험이 적용되는 건설기계**

1. 불도저 2. 굴착기3. 로더 4. 지게차 5. 스크레이퍼 6. 덤프트럭 7. 기중기 8. 모터그레이더 9. 롤러 10. 노상안정기 11. 콘크리트뱃칭플랜트12. 콘크리트피니셔 13. 콘크리트살포기 14. 콘크리트믹서트럭 15. 콘크리트펌프 16. 아스팔트믹싱플랜트 17. 아스팔트피니셔 18. 아스팔트살포기 19. 골재살포기 20. 쇄석기 21. 공기압축기 22. 천공기 23. 항타 및 항발기 24. 자갈채취기 25. 준설선 26. 특수건설기계 27. 타워크레인

---

**관련규정 – 산업재해보상보험법 125조(특수형태근로종사자에 대한 특례)**

① 계약의 형식과 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 사람으로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람(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 제공할 때 타인을 사용하지 아니할 것

**산업재해보상보험법 시행령 제125조(특수형태근로종사자의 범위 등)**

법 제125조제1항 각 호 외의 부분에서 "대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람"이란 다음 각 호에 해당하는 사람을 말한다.

2. 「건설기계관리법」 제3조제1항에 따라 등록된 건설기계를 직접 운전하는 사람

---

나) 가입대상 건설기계운전원

산재보험이 적용되기 위해서는 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활해야 하며, 노무를 제공할 때 타인을 사용하지 않아야 합니다. 따라서 스스로 운전하는 것이 아니라 다른 건설기계운전원을 사용하여 운전하게 한 경우에는 '피고용된 운전원'이 그 건설현장의 '근로자'로 산재 적용을 받게 되며, 타인을 사용한 자는 '중소기업 사업주'로 임의가입하여야 합니다. 타인에게 노무를 제공한 경우라면 타인의 건설기계를 임차하여 운전한 경우나 타인명의 건설기계를 운전한 경우에도 적용됩니다.



**② 적용제외신청 대응방법**

건설기계운전원에 대하여 산재보험이 적용되면서 보험료 부담을 느낀 사업주가 '적용제외신청'을 강요하는 경우가 많습니다. 건설기계운전원 스스로가 산재보험 적용을 원하지 않는 경우 근로복지공단에 적용제외 신청을 할 수는 있습니다. 다만, 적용제외 신청을 하지 않는 한 의무적용 대상이므로 사업주가 산재가입을 하지 않았더라도 운전원은 재해 발생 시 보험급여를 지급받을 수 있습니다. 건설기계운전원이 적용제외 신청을 하는 경우 신청한 날의 다음 날부터 산재보험 적용을 받지 않게 되나, 입직일로부터 70일 이내에 적용제외를 신청하는 경우에는 입직일부터 소급하여 적용이 제외됩니다. 한편, 사업주의 강요에 의한 특수형태근로종사자의 산재보험 적용제외 사례가 늘면서 2021년 산업재해보상보험법이 개정되어 2021. 7. 1.부터는 3가지 적용제외 사유에 해당하지 않는 한 종사자 스스로도 적용제외 신청을 할 수 없고 당연적용됩니다. 또, 2021. 7. 1. 이전에 적용제외 신청을 한 경우라도 아래의 적용제외 사유 없이 제외된 경우에는 2021. 7. 1. 이후부터는 당연적용됩니다. 적용제외 신청 후 그 적용제외 사유가 없어진 때에는 근로복지공단에 '재적용 신청서'를 제출하여 그 사유가 없어진 날부터 다시 산재적용을 받을 수 있습니다.

---

**✷ 적용제외 사유**

1. 특수형태근로종사자가 부상·질병, 임신·출산·육아로 1개월 이상 휴업하는 경우
2. 사업주의 귀책사유에 따라 특수형태근로종사자가 1개월 이상 휴업하는 경우
3. 사업주가 천재지변, 전쟁 또는 이에 준하는 재난이나 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병의 확산으로 불가피하게 1개월 이상 휴업하는 경우

**③ 보험가입자 및 보험료 산정**

가) 보험가입자

종래 원수급인·하수급인과 건설기계 임대계약을 체결하고 건설기계와 그 운전원을 임대한 건설기계사업자가 보험료를 납부하였으나, 2018. 1. 1. 고용노동부의 지침개정으로 '임대, 도급' 등 계약 형태에 상관없이 실질에 따라 판단하여, 형식적으로 건설기계 임대계약을 체결하였다 하더라도 실질적으로 계약의 내용이 '도급'에 해당하는 때에는 '원수급인(종합건설업체)'이 보험료를 납부합니다. 또, 레미콘 기사의 경우에도 건설현장에서 근무하는 경우 원수급인이 보험료를 납부합니다.

나) 보험료 산정

보험료는 근로복지공단에서 사업주에게 전액 징수하며, 사업주는 건설기계운전원의 부담부분 50%를 임대료에서 원천공제합니다. 보험료는 건설기계운전원의 기준보수액(2021. 7. 7. 기준 2,479,444원)에 산재보험료율을 곱하여 계산한 금액을 해당현장에서 일한 일수에 비례하여 산정합니다.

**사례 – 보험료 산정 방법**

지게차 운전원이 4월 한달 동안 A현장에서 5일 일했을 경우, 납부해야 하는 월 산재보험료는?

⇨ (2,479,444원 × 5일/30일) × 산재보험료율 0.95% = 3,925원

**Q&A**

Q. 작은 건설현장에서 굴삭기로 땅을 파는 작업을 하고 운전석을 내려오다가 발을 잘못 디뎌 발목이 다치는 재해가 발생하였습니다. 원청이 산재가입을 하지 않았다고 하는데 산재가 가능한가요?

A. 굴삭기 운전원과 같이 특수형태근로종사자의 경우 본인이 스스로 적용제외 신청을 하지 않는 한 산재보험이 당연적용되며, 비록 사업주가 산재보험을 가입하지 않았거나 보험료를 납부하지 않았더라도 산재보험으로 보상이 가능합니다.

Q. 레미콘 기사가 레미콘 회사 내에서 배차대기 중 차량정비업무 등을 수행하다가 재해가 발생한 경우 산재보험료는 누가 부담하게 되나요?

A. 건설현장에 레미콘을 운반하는 업무 외에 레미콘 회사에서 배차 대기 중 재해가 발생한 경우에는 해당 레미콘 제조회사가 보험가입자가 되어 보험료를 납부합니다. 레미콘 제조사는 재해당일 1일에 대한 입직신고 및 해당일 1일치 보험료 납부의무가 발생합니다.

14) 고용노동부, 민원(1AA-1904-477917) 처리결과 안내, 산재보상정책과-2824, 2019. 6. 12.

Q. 레미콘 기사에 대하여 레미콘 제조회사에서 적용제외 신청서를 받아 제출한 경우, 해당 기사가 레미콘을 운반하는 A, B, C 건설현장 모두에 대하여 적용이 제외되는건지요?

A. 건설기계운전원은 적용제외를 원하는 '건설현장'단위로 적용제외 신청을 할 수 있으며, 신청한 다음달부터 적용제외 신청한 현장에 대해서만 산재보험 적용이 제외됩니다.

15) 고용노동부, 민원(1AA-1904-477917) 처리결과 안내, 산재보상정책과-2824, 2019. 6. 12.

Q. 덤프트럭 기사와 같이 오전에는 석산에서 골재를 운반하고, 오후에는 건설현장에서 건설폐기물을 운반하는 등 하루에 여러 업종의 현장을 오가면서 노무를 제공하는 경우 보험가입자는 누가 되는지요?

A. 특수형태근로종사자의 산재보험 가입자는 노무를 제공받은 사업의 사업주이므로 덤프트럭 기사가 하루에 여러 현장을 오가는 경우 노무를 제공받은 각 사업주(건설업의 경우 원수급인)가 노무를 제공받은 기간 동안의 보험가입자가 됩니다.

16) 고용노동부, 민원(1AA-1904-477917) 처리결과 안내, 산재보상정책과-2824, 2019. 6. 12.



# 7 퇴직금 및 퇴직공제제도

## (1) 건설근로자의 퇴직금

### ① 일용근로계약

일용근로계약이 체결된 경우 1일 단위로 고용되고, 당일 약정된 근로가 종료함과 동시에 근로계약도 자동해지 되기 때문에 계속 근로가 예정된 경우가 아닌 한 퇴직금이 발생하지 않습니다. 그러나 형식적으로 일용근로계약서를 작성하였다 하더라도 근로계약이 계속 갱신되어 특별한 사정이 없는 한 해당 현장의 공사가 완료될 때까지 계속 근로하는 것으로 묵시적으로 합의된 경우에는 1년 이상 계속 근로 시 퇴직금이 발생할 수 있습니다(임금복지과-1121, 2010. 5. 27). 또, 건설사업주는 동일하나 여러 개의 건설현장을 사업주를 따라 옮겨 다닌 경우에도 모든 현장의 계속 근로기간이 1년 이상을 충족하는 경우 퇴직금이 발생할 수 있습니다(퇴직급여보장팀-942, 2007. 11. 27).

**관련판례**

형식상으로는 비록 일용직근로자로 되어 있다 하더라도 일용관계가 증단되지 않고 계속 되어 온 경우에는 상용근로자로 보아야 할 것이고, 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로년수를 계산하여야 한다(대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결).

### ② 기간제근로계약

건설현장은 보통 '최초 근로계약 체결 시부터 1개월'로 기간을 정하여 근로계약서를 작성하고 해당 공정이 완료되는 때까지 계속하여 근로계약을 갱신하는 경우가 많습니다. 이때에는 형식적으로 1개월짜리 근로계약서를 작성한 것과 상관없이 실질적으로 1년 이상 계속 근로를 해왔다면 퇴직금이 발생할 수 있습니다.

### ③ 휴업이 발생한 경우

우천이나 공정 상황에 따라 근로자가 뜻하지 않은 휴업이 발생하여 근로일수가 적은 월이 발생할 수 있는데, 판례는 최소한 1개월에 4, 5일 내지 15일 정도 계속해서 근무하였다면 해당 월도 계속 근로한 것으로 보고 있습니다. 고용노동부는 4주 평균 1주 소정근로시간이 15시간 이상과 미만을 반복하는 경우 마지막 퇴직하는 날을 기준으로 하여 계속근로기간을 산정하되 계속근로기간은 전체 재직기간 중에서 '1주 소정근로시간이 15시간 미만인 기간'을 제외한 기간으로 해야한다는 입장입니다(임금 68207-735, 2001. 10. 26). 즉, 4주 평균 1주 소정근로시간이 15시간 이상인 기간을 전부 합하여 1년 이상이 되는 경우에 퇴직금이 발생합니다. 그러나 해당 현장에서 상당 기간 근무하지 않게 된 경우에는 명시적인 퇴사의 의사표시가 없었더라도 근로관계가 묵시적으로 합의해지된 것으로 보아 계속 근로가

단절됩니다. 어느 정도의 기간이 상당 기간인지에 대한 명확한 기준은 없으나 판례는 대체로 2~3개월 이상 단절된 경우 계속 근로를 부정합니다.

**관련판례**

원래 근로자가 반드시 월 평균 25일 이상 근무하여야만 근로기준법상 퇴직금지급의 전제가 되는 근로자의 상근성·계속성·종속성의 요건을 충족시키는 것은 아니고, 최소한 1개월에 4, 5일 내지 15일 정도 계속해서 근무하였다면 위 요건을 충족한다(대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결).

**관련판례**

형식적으로 일용근로자라 하더라도 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경우에는 상용근로자로 보아야 하고 사용자로서는 취업규칙 및 보수규정상의 직원에 준하여 일용관계가 계속된 기간을 계속근로연수로 계산하여 그에 상응하는 퇴직금을 지급하여야 하나, 근무의 단절이 상당 기간 지속되어 사회통념상 계속근로로 인정되기 어려운 경우에는 명시적인 퇴직의 의사표시가 없었더라도 근로관계가 묵시적으로 합의 해지되어 종료되었다고 봄이 상당하다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다66995 판결).

**사례 – 일용근로자로 근무한 경우 퇴직금 산정 방법**

- 건설근로자 甲이 '일용근로계약서'를 작성하고 2020. 1. 1.부터 2021. 4. 31.까지 근무하였으나, 2020. 7.과 2020. 8.에 장마로 인하여 4주 평균 1주 15시간 미만의 근로를 한 경우

– 2020. 1. 1. ~ 2020. 1. 28.(4주)를 평균한 1주의 근로시간이 15시간 이상이면 해당 기간 4주 포함

– 2020. 1. 29. ~ 2020. 2. 25.(4주)를 평균한 1주의 근로시간이 15시간 이상이면 해당 기간 4주 포함

– … 같은 방식으로 4주 단위로 1주의 근로시간이 15시간 이상이면 해당 기간 4주 포함, 15시간 미만 이면 해당 기간 4주 제외 …

- 甲은 2020. 1. 1. ~ 2021. 4. 31.까지 총 1년 4개월을 근무하였으나 근로계약 도중에 4주 평균 1주 근로시간이 15시간 미만인 기간이 있는 경우에는 해당 기간 4주를 제외하고 1주 평균 근로시간이 15시간 이상인 기간만을 합하여 1년 이상이 충족되는 경우에는 퇴직금이 발생할 수 있습니다.

**④ 계속 근로 도중에 다른 현장에서 근로한 경우**

건설현장은 공사 일정에 차질이 생긴 경우 강제 휴업이 발생하는데 이때 단기간 다른 현장으로 옮겨 근무하는 경우가 있습니다. 이러한 경우 계속 근로가 단절되는지 여부에 대하여 고용노동부는 '계속근로기간'이라 함은 동일한 사용자와 계속해서 사용종속관계를 유지하면서 근로를 제공하는 것을 말하므로 건설일용근로자로서 공사현장이 바뀌더라도 계속근로로 인정 되고, 그 기간이 1년 이상이라면 퇴직금은 근로자가 최종 공사현장에서 퇴직할 때 퇴직금이 발생한다고 보고 있습니다(퇴직급여보장팀-942, 2007. 11. 27).



### (2) 퇴직금 미지급 시 구제절차

사업주가 퇴직금을 지급하지 않는 경우에는 퇴직한 현장 관할 지방고용노동청에 진정을 제기하거나 고소할 수 있습니다. 건설근로자의 경우 근로시간이 일정하지 않고 다른 현장으로 옮겨 일하는 경우도 많기 때문에 근로감독관에게 이러한 사항들을 구체적으로 설명해야 계속근로 단절 여부가 판단될 수 있습니다. 특히 노동청 출석 시 위에서 살펴 본 '4주 평균 1주 근로시간이 15시간 이상'인지 여부를 미리 산정하여 자료를 제출하면 진정 절차를 빠르게 진행시킬 수 있습니다.

### (3) 퇴직공제제도 17) 건설근로자공제회, 2021 건설근로자 퇴직공제제도 업무처리해설서, 2021. 3.

건설근로자는 여러 현장에 단기간으로 고용되어 1년 이상 계속 근로가 어렵기 때문에 퇴직금제도의 혜택을 받지 못하는 경우가 많습니다. 이에 건설근로자의 노후를 대비하고 복지혜택 보장을 위한 '퇴직공제제도'가 운영되고 있습니다. 퇴직공제제도는 건설사업주가 건설근로자 앞으로 퇴직공제금 부담금을 적립하여두면 건설근로자가 건설업에서 최종 은퇴할 때 적립된 원금과 이자를 퇴직공제금으로 지급받는 제도입니다.

**① 퇴직공제제도 적용 사업장**

2020. 9. 8. 이후부터 공사예정금액 1억원 이상 공공공사, 공사예정금액 50억원 이상 민간공사, 200호 이상의 공동주택·오피스텔·주상복합 건설공사는 퇴직공제제도가 당연적용됩니다. 퇴직공제금 적립의무자는 원칙적으로 '원수급인(종합건설업체)'이며, 예외적으로 하수급인이 사업주인정승인을 받은 경우 '하수급인(전문건설업체)'이 적립의무자로 됩니다. 퇴직공제에 가입한 사업주는 근로자의 출입이 잦은 현장 입구나 사무실에 피공제자의 범위·건설근로자별 공제부금 납부명세·퇴직공제금의 지급방법·퇴직공제의 탈퇴 사실을 게시하여야 합니다.

**✷ 퇴직공제제도 적용 건설 공사**

「건설산업기본법」에 따른 건설공사

「전기공사업법」에 따른 전기공사

「정보통신공사업법」에 따른 정보통신공사

「소방시설공사업법」에 따른 소방시설공사

「문화재 수리 등에 관한 법률」에 따른 문화재 수리공사

| 유형 | 구분 | 범위 |
|---|---|---|
| 공공공사 | 국가 또는 지자체가 발주하는 공사 | 공사예정금액 1억원 이상 |
| | 국가 또는 지자체가 출자 또는 출연한 법인이 발주하는 공사 | |
| | 국가 또는 지자체가 출자 또는 출연한 법인이 납입자본금의 5할이상을 출자한 법인이 발주하는 공사 | |
| 민자유치 | 「사회기반시설에 대한 민간투자법」에 따른 민간투자사업으로 시행되는 공사 | |
| 공공주택 | 「주택법」에 의한 공동주택의 건설공사 | 200호(실) 이상 |
| 주상복합 | 공동주택과 주거용 외의 용도가 복합된 건축물의 건설공사 | |
| 오피스텔 | 「건축법 시행령」에 따른 일반업무시설 중 오피스텔 건설공사 | |
| 민간공사 | 이외 제도가입 공사업의 적용을 받는 공사 | 공사예정금액 50억원 이상 |

표3 당연가입대상 공사

**관련 법률 – 건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률 제10조(퇴직공제의 가입)**

① 「건설산업기본법」 제87조제1항에 따른 건설공사와 대통령령으로 정하는 건설공사를 하는 사업주(사업이 여러 차례의 도급에 의하여 수행되는 경우에는 원수급인을 말한다)는 그 건설공사의 사업시작일부터 당연히 퇴직공제의 가입자가 된다. 이 경우 원수급인이 서면계약으로 하수급인에게 공제부금의 납부를 인수(引受)하게 하는 경우로서 원수급인의 신청에 따라 공제회의 승인을 받은 경우에는 그 하수급인을 사업주로 본다.

② 제1항에 따라 퇴직공제의 가입자가 된 사업주 외의 사업주로서 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 사업주는 공제회의 승인을 받아 퇴직공제에 가입할 수 있다. 이 경우 공제회가 가입을 승인한 날부터 가입의 효력이 발생한다.

**제19조(근로자에 대한 고지)**

① 퇴직공제에 가입한 사업주는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 건설근로자가 보기 쉬운 장소에 퇴직공제의 내용을 게시하여야 한다.

② 제18조에 따라 퇴직공제에서 탈퇴한 사업주는 지체 없이 그 탈퇴 사실을 건설근로자가 보기 쉬운 장소에 게시하는 등의 방법으로 피공제자의 자격이 상실된 사실을 알려야 한다.

**건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 시행규칙**

**제25조(근로자에 대한 고지의무)**

① 공제가입사업주는 법 제19조제1항 및 제2항에 따라 사업장의 입구나 건설근로자의 출입이 잦은 현장사무실 등에 다음 각 호의 사항을 서면으로 게시해야 한다.

1. 피공제자의 범위
2. 건설근로자별 공제부금 납부명세
3. 퇴직공제금의 지급방법



4. 퇴직공제의 탈퇴 사실(퇴직공제에서 탈퇴한 경우만 해당한다)

② 공제가입사업주는 공제회의 규정에서 정하는 바에 따라 “퇴직공제가입사업장”이라는 문구가 표시된 표지를 붙여야 한다.

**건설산업기본법 제87조(건설근로자 퇴직공제제도의 시행)**

① 대통령령으로 정하는 건설공사를 하는 건설사업자는 「건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률」에 따른 건설근로자 퇴직공제제도에 가입하여야 한다.

**건설산업기본법 시행령 제83조(건설근로자퇴직공제 가입대상공사)**

① 법 제87조제1항에서 “대통령령으로 정하는 건설공사”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공사를 말한다.

1. 국가 또는 지방자치단체가 발주하는 공사로서 공사예정금액(「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제21조에 따른 장기계속계약에 따라 연차별로 계약을 체결하는 공사의 경우에는 해당 공사의 예정금액을 말한다. 이하 제2호에서 같다)이 1억원 이상인 공사
2. 국가 또는 지방자치단체가 출자 또는 출연한 법인이 발주하는 공사로서 공사예정금액이 1억원 이상인 공사

2의2. 제2호에 따른 법인이 납입자본금의 50퍼센트 이상을 출자한 법인이 발주하는 공사로서 공사예정금액이 1억원 이상인 공사

3. 「주택법」 제15조제1항에 따른 사업계획의 승인을 얻어 건설하는 200호 이상인 공동주택의 건설공사
4. 「사회기반시설에 대한 민간투자법」에 따른 민간투자사업으로 시행되는 공사로서 공사예정금액이 1억원 이상인 공사
5. 200호 이상의 공동주택(「건축법 시행령」에 따른 공동주택을 말한다)과 주거용 외의 용도가 복합된 건축물(다수의 건축물이 연결된 하나의 건축물을 포함한다)의 건설공사(「주택법」 제15조에 따라 사업계획의 승인을 받은 경우를 포함한다)
6. 「건축법 시행령」에 따른 일반업무시설 중 200실 이상인 오피스텔의 건설공사
7. 공사예정금액이 50억원 이상인 건설공사

**② 공사원가 반영 및 사후정산**

퇴직공제 가입공사의 도급계약 당사자는 공제가입에 소요되는 비용을 도급금액산출명세서 또는 원가계산서에 밝혀야 합니다. 이는 저가낙찰 경쟁에 따라 영세한 건설업체가 퇴직공제 가입을 회피하는 것을 막기 위한 규정으로 건설사업주는 낙찰률에 상관없이 예정 가격에 계상된 퇴직공제금을 확보할 수 있습니다. 발주자는 원수급인이 퇴직공제에 가입하였는지, 퇴직공제금을 납부하였는지에 관한 확인서의 제출을 요구할 수 있어 퇴직공제금 납부를 감독할 수 있습니다. 또, 4대보험과 같이 원가에 반영된 퇴직공제금이 건설사업주가 실제로 납부한 공제금을 초과하는 경우 그 초과하는 금액을 정산하는 ‘사후정산’방식이 적용됩니다. 2020.5.27. 부터

퇴직공제금을 도급금액 산출명세서 또는 원가계산서에 반영하지 않은 경우에는 300만원 이하의 과태료가 부과됩니다.

**관련 법률 – 건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 제10조의3(소요 비용의 원가계산)**

① 제10조제1항에 따라 퇴직공제에 가입하여야 하는 건설공사의 도급계약 당사자는 그 건설공사의 물량명세서 및 도급금액 산출명세서에 퇴직공제에 가입하는 데에 드는 금액을 밝혀야 한다. 다만, 발주자가 직접 시공하는 건설공사의 경우에는 공사원가 계산서에 퇴직공제에 가입하는 데에 드는 금액을 밝혀야 한다.

② 제10조제1항 후단에 따라 하수급인이 퇴직공제에 가입한 경우에 원수급인은 그 하도급 부분에 해당하는 건설공사의 하도급금액 산출명세서에 퇴직공제에 가입하는 데에 드는 금액을 밝혀야 한다.

**제26조(과태료)**

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.

5. 제10조의3제2항을 위반하여 하도급 부분에 해당하는 건설공사의 하도급금액 산출명세서에 퇴직공제에 가입하는 데에 드는 금액을 밝히지 아니한 자

**건설산업기본법 제87조(건설근로자 퇴직공제제도의 시행)**

② 제1항에 따라 건설근로자 퇴직공제제도에 가입하여야 하는 건설공사 도급계약의 당사자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 건설공사의 도급금액 산출명세서에 건설근로자 퇴직공제제도의 가입에 드는 금액을 분명하게 적어야 한다.

③ 국토교통부장관은 제23조에 따른 시공능력의 평가나 그 밖의 건설시책을 시행할 때 제2항에 따라 건설근로자 퇴직공제제도에 가입한 건설사업자를 우대할 수 있다.

**건설산업기본법 시행령 제83조(건설근로자퇴직공제 가입대상공사)**

③ 제1항의 규정에 의한 건설공사를 하도급하는 경우 수급인은 당해 하도급부분에 해당하는 건설공사의 하도급금액산출내역서에 건설근로자퇴직공제에 가입하는데 소요되는 금액을 명시하여야 한다. 다만, 수급인이 「건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률」 제10조제1항 전단의 규정에 의하여 하수급인이 고용하는 건설근로자를 피공제자로 하는 공제계약을 체결한 때에는 그러하지 아니하다.

④ 제1항제1호·제2호·제2호의2·제4호·제5호·제6호 및 제7호에 따른 발주자나 같은 항 제3호·제5호 및 제7호에 따른 사업계획의 승인을 한 자(이하 이 조에서 "발주자등"이라 한다)는 해당 건설공사를 시공하는 건설사업자가 법 제87조제1항에 따라 건설근로자 퇴직공제에 가입했는지 여부를 확인할 수 있다.

⑤ 발주자등은 제4항에 따른 확인을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 해당 건설사업자에게 건설근로자공제회에 공제부금을 납부한 확인서의 제출을 요구할 수 있다. 다만, 발주자등이 건설산업종합정보망을 통하여 공제부금을 납부한 확인서의 확인이 가능한 경우에는 그 확인으로 대신할 수 있다.

⑥ 발주자등은 건설사업자의 공제부금 납부내역을 확인하여 법 제87조제2항에 따른 건설공사의 도급금액 산출내역서에 명시된 금액이 건설사업자가 납부한 공제부금을 초과하는 경우에는 그 초과하는 금액을 정산해야 한다.

**③ 적립할 근로일수 산정 기준**

퇴직공제 근로일수는 근로자의 "출력공수"를 기준으로 산정하며, 소정근로시간 8시간 당 1공수로 산정됩니다. 출력공수가 1.5일 등 소수자리인 경우 소수점 이하는 버리고 근로일수를 1일로 신고합니다. 버린(0.5일)공수는 다른날 출력공수와 합하여 정수가 되는 경우 합산하여 신고합니다. 또, 당사자 사이에 약정한 유급휴일이 있는 경우에는 당사자 사이의 약정내용에 따라 근로일수에 포함하여 신고하여야 합니다. 건설사업주가 신고해야할 근무일수를 신고하지 않거나 퇴직공제금을 적립하지 않는 경우에는 300만원 이하의 과태료가 부과될 수 있습니다.

**Tip. 퇴직공제금 적립일수 확인방법**

1. 공제회 대표번호 1666-1133을 통해 적립내역 확인
2. 공제회 하나로 서비스(1122.cwma.or.kr)에서 근로자 본인의 공인인증서를 사용하여 본인인증 후 확인
3. 공제회 스마트폰 모바일 어플리케이션을 통하여 확인

**관련 법률 – 건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 제13조(피공제자의 근로일수 신고 및 공제부금의 납부)**

① 퇴직공제에 가입한 사업주는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 피공제자의 근로일수(勤勞日數)를 매월 공제회에 신고하고, 이에 상응하는 공제부금을 공제회에 내야 한다.

② 공제부금은 피공제자에게 지급할 퇴직공제금과 공제회의 사업 및 운영 등에 필요한 비용인 부가금으로 한다.

**제26조(과태료)**

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다

6. 제13조제1항을 위반하여 피공제자의 근로일수를 매월 신고하지 아니한 자
7. 제13조제1항을 위반하여 공제부금을 내지 아니한 자(제13조의2에 따라 도급인이 공제부금을 직접 내야 하는 경우는 제외한다)

**건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 시행규칙 제15조(공제부금 납부 및 피공제자의 근로일수의 신고 등)**

⑤ 제3항 및 제4항에 따른 근로일수의 산정기준은 다음 각 호와 같다.

1. 1일에 소정근로시간을 근로했을 경우 1일을 근로한 것으로 할 것. 다만, 1일의 근로시간이 소정근로시간보다 적은 근로일의 경우에는 각 근로일의 근로시간을

합산하여 1일 소정근로시간에 달하면 근로일수 1일로 계산한다.

2. 고용기간 중 실제로 근로한 날을 근로일수로 산정하되, 당사자 사이에 약정한 유급휴일이 있는 경우에는 당사자 사이의 약정내용에 따를 것

④ 대통령령으로 정하는 일정 규모 이상 사업장의 사업주로서 퇴직공제에 가입한 사업주는 피공제자의 근로일수를 신고하기 위하여 피공제자에게 전자카드를 발급하고, 피공제자는 이를 사용하여야 한다. 〈신설 2019. 11. 26.〉

⑤ 제1항에 따른 공제부금의 금액과 납부, 제4항에 따른 전자카드 발급 및 사용 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

**건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 시행령 제12조의2(피공제자의 근로일수 신고를 위한 전자카드 발급 등)**

① 법 제13조제4항에서 "대통령령으로 정하는 일정 규모 이상 사업장"이란 다음 각 호의 사업장을 말한다.

1. 법 제10조제1항 전단에 따라 사업주가 당연히 퇴직공제의 가입자가 되는 건설공사의 사업장
2. 법 제10조제1항 후단 및 이 영 제7조에 따라 공제회의 승인을 받은 하수급인이 도급받은 건설공사의 사업장

② 제1항에 따른 사업장의 사업주는 공제회가 지정하는 전자카드 발급기관을 통해 피공제자에게 전자카드를 발급해야 한다.

③ 제1항에 따른 사업장의 사업주(사업이 여러 차례의 도급으로 수행되는 경우에는 원수급인을 말한다)는 피공제자가 전자카드를 사용할 수 있도록 공제회가 지정하는 전자카드 단말기를 설치·운영해야 한다.

④ 피공제자는 제3항에 따른 전자카드 단말기에 발급된 전자카드를 사용하여 근로한 날의 출근 및 퇴근 내역을 기록해야 한다. 다만, 전자카드의 발급·재발급에 드는 기간, 전자카드의 미소지 등 일시적으로 전자카드를 사용할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우에는 「개인정보 보호법 시행령」 제18조제3호에 해당하는 민감정보(공제가입사업주가 피공제자의 근로일수를 기록할 목적으로 피공제자의 동의를 받아 수집한 경우만 해당한다)를 전자카드 단말기에서 인식하게 하는 방법으로 출근 및 퇴근 내역을 기록할 수 있다.

**④ 퇴직공제부금 지급 요건**

가) 퇴직공제 적용 근로자

퇴직공제제도의 가입대상은 '1년 미만'의 근로계약기간을 정하여 근로계약을 체결한 내·외국인 근로자입니다. 다만, 외국인 근로자의 경우 합법적 국내 체류자격 소지자만 가입의무가 있습니다. 1년 이상의 근로계약기간을 정한 경우에는 근로자퇴직급여보장법 상의 퇴직금을 지급받게 되고, 1주간 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자의 경우 퇴직금 지급대상에서 제외되므로 퇴직공제 가입대상에서도 제외됩니다.



**✷ 적용제외 근로자**

① 기간을 정하지 아니하고 고용된 상용 근로자

② 1년 이상의 기간을 정하여 고용된 근로자

③ 1일의 소정근로시간이 4시간 미만이고 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자

**관련 법률 – 건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 제11조(피공제자의 범위)**

퇴직공제에 가입된 사업 또는 사업장에 근무하는 건설근로자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 제외하고는 그 퇴직공제의 피공제자가 된다.

1. 근로시간이 고용노동부령으로 정하는 기준 미만인 자
2. 고용형태, 고용기간 및 직종 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 자

**건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 시행령 제11조(피공제자가 될 수 없는 자의 범위)**

법 제11조제2호에서 "대통령령으로 정하는 자"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1. 기간을 정하지 아니하고 고용된 상용근로자
2. 1년 이상의 기간을 정하여 고용된 근로자

**건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 시행규칙 제14조(피공제자가 될 수 없는 자)**

법 제11조제1호에서 "근로시간이 고용노동부령으로 정하는 기준 미만인 자"란 1일의 소정근로시간(「근로기준법」 제2조제1항제8호에 따른 소정근로시간을 말한다. 이하 같다)이 4시간 미만이고 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자를 말한다.

나) 퇴직공제금 지급 요건

퇴직공제금은 적립일수가 252일 이상이고, 아래의 퇴직사유로 건설업을 퇴직한 경우 지급받을 수 있으며, 만 65세 이상이 된 때에는 적립일수가 252일 미만의 경우도 지급이 가능합니다. 퇴직공제금의 신청사유가 되는 "퇴직"의 개념은 건설근로자가 건설업에서 완전히 퇴직하는, 즉 최종 퇴직한 때(사망 포함)를 의미합니다. 따라서 건설공사 종료 시 마다 퇴사한 후 다른 현장 취업을 위해 잠시 실직상태에 있는 것은 일시적인 고용의 종료상태 일 뿐 퇴직에 해당하지 않습니다. 해당 건설근로자가 사망한 경우에는 유족이 지급을 신청할 수 있으며, 배우자에는 사실혼 배우자도 포함됩니다. 또, 2020. 5. 27. 이후 해당 건설근로자가 사망한 경우에는 적립일수가 252일 미만인 때에도 유족이 지급을 신청할 수 있습니다.

**✷ 퇴직공제금이 지급되는 퇴직 사유**

- 피공제자 자신이 독립하여 새로운 사업을 시작한 경우
- 건설업 이외의 사업(제조업, 서비스업 등)에 고용된 경우
- 기간의 정함이 없는 상용근로자로 고용된 경우
- 부상이나 질병으로 건설업에 종사하지 못하게 된 경우

• 피공제자의 나이가 60세에 이른 경우
• 적립일수 252일 미만인 피공제자가 65세에 이른 경우
• 피공제자가 사망한 경우
• 기타 건설업에 더 이상 종사할 수 없는 사유가 있거나 종사할 의사가 없음을 입증하는 경우

**✷ 퇴직공제금 지급 신청 방법**

퇴직공제금은 온라인 또는 우편, 방문 접수 등으로 지급 신청이 가능하며, 퇴직사유별 필요한 서류는 건설근로자 공제회 홈페이지(www.cw.or.kr)에서 확인 가능합니다.

• 온라인 이용 시(PC, 모바일)
– 공동인증서 또는 카카오페이 인증서
– 퇴직사유별 구비서류 일체(스캔본 또는 사진파일 첨부)
• 직접 방문 신청 시
– 신분증, 본인명의 통장 사본
– 퇴직사유별 구비서류 일체
• 등기우편·팩스·이메일 신청 시
– 퇴직공제금 지급신청서
– 신분증 사본
– 퇴직사유별 구비서류 일체
• 우체국(접수대행) 방문 시
– '20. 5. 27. 전 적립일수가 252일 미만이고, 만 65세 이상인 자에 한함
– 신분증 사본, 수령 받을 통장 사본
• 전화청구 콜센터 이용 시(1600-6582)
– '20. 5. 27. 전 적립금액이 30만원 미만이고, 만 65세 이상인 자 또는 그 배우자 유족에 한함

**관련 법률 – 건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 제14조(퇴직공제금의 지급)**

① 공제회는 다음 각 호의 사유가 발생한 경우에는 공제부금의 납부 월수(月數)를 고려하여 대통령령으로 정하는 기준에 따라 피공제자나 그 유족에게 퇴직공제금을 지급하여야 한다.
1. 공제부금의 납부 월수가 12개월 이상인 피공제자가 건설업에서 퇴직하거나 60세에 이른 경우
2. 공제부금의 납부 월수가 12개월 미만인 피공제자가 65세에 이른 경우
3. 피공제자가 사망한 경우

② 제1항에 따라 퇴직공제금을 지급받을 유족의 범위는 근로자가 사망할 당시의 다음 각 호의 자로 하되, 각 호의 순서에 따라 최우선 순위자에게 지급한다. 이 경우 같은 순위의 유족이 2명 이상이면 그 유족에게 똑같이 나누어 지급한다.
1. 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다)
2. 자녀
3. 부모
4. 손자녀
5. 조부모
6. 형제자매

③ 제2항에서 규정한 사항 이외에 퇴직공제금을 지급받을 유족의 범위와 그 순위에 대하여는 「산업재해보상보험법」 제63조제2항, 제65조제2항 및 제4항을 준용한다.

④ 제1항에 따른 공제부금의 납부 월수는 퇴직공제에 가입한 사업주에 고용되어 근로한 일수(日數)를 기준으로 하여 계산한다. 다만, 피공제자가 둘 이상의 퇴직공제에 가입한 사업주에게 고용되어 근로한 경우에는 각각의 근로일수를 합산한 일수를 기준으로 하여 납부 월수를 계산한다. 〈개정 2019. 11. 26.〉

⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 납부 월수의 계산방법과 퇴직공제금의 지급 방법·절차 등에 관하여 필요한 사항은 고용노동부령으로 정한다.

**⑤ 퇴직공제부금 미납 시 구제절차**

가) 과태료

건설사업주가 퇴직공제금을 납부하지 않는 경우 2020. 5. 27. 이전 위반 건은 100만원 이하, 2020. 5. 27. 이후 위반 건부터는 300만원 이하 과태료가 부과됩니다. 사업주가 퇴직공제금 미납 시 벌칙규정은 없으나 수시로 건설근로자 본인의 퇴직공제금 적립일수를 확인하여 미납이 확인되는 즉시 건설근로자공제회에 알려 과태료 부과 및 납부 독촉이 이루어지도록 해야합니다.

**관련 법률 – 건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 제26조(과태료)**

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.
7. 제13조제1항을 위반하여 공제부금을 내지 아니한 자(제13조의2에 따라 도급인이 공제부금을 직접 내야 하는 경우는 제외한다)

나) 근로일수 직접신고제

2020. 5. 27.부터 퇴직공제 가입 사업주가 피공제자의 근로일수를 신고하지 않거나 잘못 신고한 경우 해당 근로자가 근로일수를 공제회에 직접 신고할 수 있습니다. 근로자가 건설근로자공제회에 '근로일수 직접신고서'를 제출하면 공제회는 사업주에게 사실관계 등을 확인하여 해당 근로일수를 입력하고, 각 사업주 및 근로자에게 그 결과를 통지하면 사업주는 퇴직공제금을 납부해야 합니다. '근로일수 직접신고서'는 건설근로자 공제회 홈페이지(www.cw.or.kr)에서 다운 가능하며, 직접방문하거나 우편, FAX 접수가 가능합니다.

**✷ 근로일수 직접신고 시 증명서류**

근로계약서, 출력일보, 임금대장, 고용보험 일용근로내역서, 소득금액 증명원(근로소득자용), 임금 입금내역 등 근로사실을 확인할 수 있는 자료

**관련 법률 – 건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 제13조(피공제자의 근로일수 신고 및 공제부금의 납부)**

③ 피공제자는 사업주가 제1항에 따라 근로일수를 신고하지 아니하거나 잘못 신고하면 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 공제회에 직접 신고할 수 있다. 이 경우 신고를 받은 공제회는 사실관계를 확인한 후 그 결과를 신고인과 사업주에게 알려야 한다.

다) 도급인 납부특례

2020. 5. 27. 이후 발주자가 입찰에 관한 사항을 공고(입찰에 관한 사항을 공고하지 아니하는 경우에는 도급계약을 체결하는 때)하는 건설공사에 따른 공제부금부터는 퇴직공제에 가입한 사업주에게 파산 등의 일정한 사유가 발생한 경우 그 건설공사를 도급한 도급인(예: 발주자)이 사업주를 대신하여 공제부금을 납부해야 합니다. 건설근로자는 도급인 납부특례 사유가 발생한 경우 적극적으로 건설근로자공제회에 알려 공제회로 하여금 도급인에게 납부고지를 하도록 해야 합니다.

**✷ 도급인 납부특례 사유**

1. 도급인이 사업주와 서면 합의한 경우
2. 사업주가 파산 등으로 공제부금을 내지 못하게 된 경우
3. 도급인이 정당한 사유 없이 공제부금을 사업주에게 지급하지 않은 경우

**관련 법률 – 건설근로자 고용개선 등에 관한 법률 제13조의2(공제부금의 납부 특례)**

① 제13조제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 퇴직공제에 가입한 사업주에게 건설공사를 도급한 도급인이 사업주를 대신하여 피공제자의 공제부금을 공제회에 내야 한다. 이 경우 공제회는 해당 도급인에게 공제부금 납부 의무가 발생한 사실을 알려야 한다.

1. 도급인이 공제부금을 직접 공제회에 내기로 사업주와 서면으로 명확히 합의하고 공제회에 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 통보한 경우
2. 사업주가 파산 등 대통령령으로 정하는 사유로 공제부금을 내지 못하게 된 경우. 이 경우 도급인이 공제회에 내야하는 금액은 제10조의3에 따라 건설공사의 물량명세서 및 도급금액 산출명세서에서 밝힌 퇴직공제에 가입하는 데에 드는 금액 중 도급인이 사업주에게 지급하지 아니한 금액으로 한정한다.
3. 도급인이 정당한 사유 없이 제10조의3에 따라 건설공사의 물량명세서 및 도급금액 산출명세서에서 밝힌 퇴직공제에 가입하는 데에 드는 금액을 사업주에게 지급하지 아니한 경우로서 사업주가 공제회에 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 통보한 경우

② 제1항에 따른 도급인의 공제부금의 납부에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.



⑥ **기타 근로자복지제도**

건설근로자공제회는 퇴직공제금의 적립 및 지급 뿐만 아니라 단체보험·자녀장학금·건강검진·결혼출산지원금 등의 복지서비스를 함께 제공하고 있습니다. 복지서비스별 신청자격 및 필요서류는 건설근로자공제회 홈페이지-복지서비스 신청안내에서 확인할 수 있습니다.

**Q&A**

Q. 건설기계(굴삭기, 레미콘 등) 운전원도 퇴직공제 가입대상인지요?

A. 퇴직공제금 제도의 근거법률인 건설근로자 고용개선 등에 관한 법률은 건설근로자란 「근로기준법」 제2조에 따른 근로자로서 건설업에 종사하는 자'라고 정의하여 특수형태근로종사자인 건설기계 운전원은 퇴직공제 가입대상에서 제외됩니다. 다만, 건설기계 운전원이라도 건설기계 임대업자에게 직접 고용되어 그 현장의 근로자로 근무하였다면 퇴직공제 가입대상이 될 수 있습니다(인력수급정책과–3185, 2011. 10. 31).

Q. 건설근로자가 동일한 현장에서 1년 이상 연속 근무하여 근로자퇴직급여보장법 상의 퇴직금이 발생하는 경우에 퇴직금과 퇴직공제금은 중복하여 지급받을 수 있나요? 또, 1년이 경과된 이후에도 사업주가 퇴직공제금을 계속 적립해야 하나요?

A. 2003. 7. 1. 이전에는 건설사업주가 퇴직공제금을 납부한 경우 근로자퇴직급여보장법 상의 퇴직금에서 상계할 수 있는 규정이 있었으나 현재 이 규정이 삭제되어 건설사업주는 퇴직공제금을 납부하였더라도 중복하여 퇴직금을 지급하여야 합니다. 다만, 건설근로자가 동일한 현장에서 1년이상 근무하게 된 경우 1년이 경과된 날의 다음날부터는 퇴직공제금을 적립할 의무가 없습니다(인력수급정책과–3185, 2011. 10. 31).

Q. 저는 현재 경제상황이 좋지 않아 신용불량자이고 퇴직공제금 말고는 생활이 곤란한 상황입니다. 퇴직공제금이 압류되지 않도록 할 수 있는 방법이 있나요?

A. 건설공제회에 퇴직공제금 지급신청을 하여 '퇴직공제금 적립내역서'를 발급받은 후 우리은행, KEB하나은행, 국민은행, 씨티은행, 농협은행, 농협(상호금융), 우체국, 새마을금고, 산림조합, 광주은행, 제주은행, 신한금융투자, 현대차투자증권, 경남은행, 대구은행, 부산은행, 산업은행, 수협, 신한은행, 신협, 전북은행에서 압류금지 통장을 개설하면 압류로부터 퇴직공제금을 보호받을 수 있습니다.

12장

# 노동조합

박성우 노무사 (민주노총 서울본부 노동법률지원센터)



## 1 노동조합 설립

### (1) 노동삼권

우리 헌법은 노동권을 헌법상의 권리, 즉 기본권으로 명시하고 있습니다. 기본권이란 인간이 인간으로서 인간답게 살기 위해서는 반드시 보장되어야 하는 기본적인 인권입니다. 노동권은 생명권, 자유권, 인격권, 행복추구권, 재산권과 같은 기본권입니다. 그만큼 인간으로서 가장 중요한 권리라는 얘기죠.

헌법은 두 개의 노동권을 각각 보장하고 있습니다. '노동의 권리'(헌법 제32조 제1항)와 '노동삼권'(헌법 제33조 제1항)입니다. 헌법 상 노동의 권리 조항에는 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다."(제32조 제3항)고 규정하고 있습니다. 이렇게 만들어진 법률이 앞에서 살펴본 근로기준법 등의 각종 노동법입니다.

**관련 법률 – 헌법**

**제32조**

① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 〈후략〉

③ 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

**제33조**

① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

#### ① 노동조합의 의미

헌법이 두 개의 노동권을 보장하고 있는 것은 근로자들의 근로조건을 결정하는 이원적 시스템을 천명하고 있는 것이기도 합니다. 기본적인 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하는 수준으로 국가가 법률로 정해서 시행하고, 그러나 그 내용은 최저기준일 뿐이므로 그보다 더 나은 근로조건은 노동삼권을 기반으로 집단적 노사관계를 통해 만들어내라는 것이죠. 노동법에는 인간다운 노동을 위해 필요한 모든 제도가 다 갖춰져 있지 않기 때문입니다.

한편, 최저의 근로조건을 정한 노동법들 역시 사업장에 법 적용을 강제할 수 있는 제도나 수단이 없다면 현실에서는 무용지물일 수 있습니다. 사용자의 노동법 위반행위가 있어도 개인인 근로자가 사용자를 상대로 법적 대응을 한다는 것은 때로는 퇴직을 각오해야 하는 일이기도 합니다.

노동법의 적용을 현실화하고 강제해주는 수단이 필요합니다. 근로자가 인간다운 노동을 할 수 있게 단결된 힘을 바탕으로 근로자의 사회적·경제적 지위 향상을 이뤄낼 수 있는 헌법상 조직, 바로 노동조합입니다. 자본주의사회에서 근로자와 사용자의 관계는 본질적으로 불평등하다는 전제 위에, 근로자는 뭉쳐서 집단적으로 사용자에 대응해야 인간다운 노동이 가능하다는 진실을 기본권으로 보장하고 있는 것입니다.

**② 노동삼권의 내용**

근로자들이 단결하여 노동조합을 만들 수 있는 권리가 단결권이고, 노동조합을 통해 집단적으로 사용자와 교섭을 해서 적정한 근로조건을 만들어 내는 권리가 단체교섭권이며, 요구사항을 관철하기 위해 파업과 같은 쟁의행위를 할 수 있는 권리가 단체행동권입니다. 노동삼권을 이루는 세 개의 권리는 상호 유기적인 권리이며, 단체행동권까지 실제 행사할 수 있어야 근로자와 사용자의 관계가 최소한의 균형을 이뤄 인간다운 근로조건과 근무환경을 정할 수 있습니다.

한편, 노동의 권리와 노동삼권이라는 두 개의 헌법 상 노동권은 일체로서의 권리이기도 합니다. 노동삼권을 실제로 행사하지 못하는 상태라면 실질적인 노동의 권리 또한 구현되고 있다 보기 어렵습니다. 따라서 노동권이 기본적인 인권이듯 노동조합은 노동자에게 필수적인 조직이라 하겠습니다.

---

**Tip. 노사협의회와 노동조합**

– 회사에는 노사협의회도 있습니다. 노사협의회는 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률(근로자참여법)에 따라 상시 근로자 30명 이상 사업체라면 의무적으로 만들어야 하는 기구입니다. 노동조합이 없는 대신 노사협의회에서 노사 간 근로조건 등에 관해 협의해서 결정하기도 합니다.

– 그런데 노동조합의 단체교섭과는 달리 노사협의회는 사용자가 협의를 거부해도 법적으로 제재할 수 없고 근로자들이 요구사항을 관철하기 위해 쟁의행위를 할 수 있는 권리도 없습니다.

– 즉, 헌법으로 보장된 노동조합과 근로자참여법에 따른 노사협의회는 전혀 별개의 기구이고, 그 기능과 권한의 측면에서 보면 비교 대상도 되지 못합니다.

### (2) 노동조합 설립

**① 노동조합의 성립요건**

노동조합 및 노동관계조정법(노동조합법)은 노동조합을 "근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체"라고 정의하고 있습니다.(노동조합법 제2조 제4호)

즉, 주체성, 자주성, 목적성, 단체성이라는 네 가지 요건을 노동조합의 실질적 성립요건으로 정하고 있습니다.

가) 주체성

• 근로자

노동조합은 근로자의 조직입니다. 당연히 구성원은 근로자여야 하겠죠.

노동조합법(제2조 제1호) 상 근로자란 "직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자"입니다. 근로기준법(근기법) 상 근로자와는 좀 다릅니다. 근기법은 일하는 상태에 있는 근로자의 근로조건을 정하기 위한 법이다보니 실제 취업중일 것을 전제로 하여 "직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람"(근기법 제2조 제1호)이라고 근로자를 정의하고 있죠.

이와 달리 노동조합법은 노동삼권을 보장해줄 필요성이 있는 사람을 대상으로 하기 때문에 실업자, 구직자, 해고자 등 현재 취업상태가 아닌 사람도 포함되고 나아가 사용자와 근기법상의 근로계약관계가 없어도 노동조합에 가입할 수 있는 근로자로 봅니다.

---

**관련 판례**

노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결).

---

**Tip. 노동조합 가입 자격**

– 기업별 노동조합의 경우에는 해당 기업 소속 근로자가 아니면 가입할 수 없었으나 최근 노동조합법 개정으로 이제는 기업별 노동조합에도 가입할 수 있습니다(아래 내용도 포함하여 모두 2021. 7. 6. 시행).

– 다만, 해당 기업 소속인 근로자('종사근로자')가 아닌 조합원은 "사용자의 효율적인 사업 운영에 지장을 주지 아니하는 범위에서" 사업장 내 노동조합 활동을 할 수 있고(노동조합법 제5조 제2항), 기업별 노동조합의 임원 또는 대의원이 될 수 없습니다(제17조 제3항, 제23조 제1항). 그리고 1) 근로시간면제 한도를 정할 때(제24조 제2항), 2) 교섭대표노동조합을 정할 때(제29조의2 제10항), 3) 쟁의행위 찬반투표를 할 때(제41조 제1항)는 조합원 수 산정에서 제외되는 제한이 있습니다.

– 참고로, 종사근로자인 조합원이 해고되어 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회 재심판정 시까지는 종사근로자로 간주합니다(제5조 제3항).

한편, 특수고용노동자 또는 특수형태근로종사자라 해서 근기법 상의 근로자가 아니거나 그 여부에 다툼이 있는 사람들이 있습니다. 근래에는 플랫폼노동자 등 그 형태가 더 다양해지고 있습니다.

대법원은 골프장캐디, 학습지방문교사, 방송연기자, 카마스터(자동차판매원), 기차역사 매점운영자 등에 대해 근기법상 근로자는 아니지만 노동조합법 상 근로자는 맞다고 판단했습니다. 택배기사, 대리운전기사, 퀵서비스기사, 보험설계사, 배달대행업체 배달원, 정수기 설치기사, 방과후 강사 등도 법원이나 행정관청으로부터 노동조합 설립 자격이 있는 노동조합법 상 근로자로 인정되고 있습니다.

**관련 판례**

노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598·12604 판결).

• 사용자

노동조합은 근로자의 조직이니 당연히 사용자는 가입할 수 없습니다.

노동조합법(제2조 제2호) 상 사용자는 세 종류입니다. '사업주', '사업의 경영담당자', 그리고 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'('사업주를 위해 행동하는 자')입니다. 사업주와 사업의 경영담당자가 누구인지 확인하는 것은 어렵지 않겠지만 '사업주를 위해 행동하는 자'는 판단이 어려울 수도 있습니다. 법원은, 근로자의 근로조건에 대한 결정권이나 업무상 명령 및 지휘감독권을 가진 자라고 해석하고 있습니다. 흔히 높은 직급의 임원이나 관리자 등 직책의 개념으로 이해하는 것이 일반적입니다.

노동조합법(제2조 제4호 가목)은 이렇게 세 종류의 사용자가 노동조합에 가입할 수 없는 것 외에 사용자는 아니지만 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'('사용자의 이익대표자')도 노동조합에 가입할 수 없다고 정하고 있습니다. 이에 대해 법원은, 인사노무관리 및 감사 등 근로관계 결정에 직접 참여하는 업무나 사용자의 근로관계 계획과 방침에 관한 기밀사항을 취급하는 업무 담당자라고 해석하고 있습니다. 대표적인 사용자의 이익대표자로 인사·회계·감사부서장, 사용자 비서나 수행기사 같은 근로자들을 꼽습니다.

'사업주를 위해 행동하는 자'가 일종의 직급·직책 개념이라면 '사용자의 이익대표자'는 보직(담당업무) 개념이라고 이해하면 될 것 같습니다. 그런데 종종 부장이나 과장이라고 또는 회계부서나 감사부서 부서원이라는 이유로 노동조합에 가입할 수 없는 사람이라고 사용자가 주장하는 경우가 있습니다. 부장이 아니라 이사라도, 인사부서의 부서원이라도 실질적인 권한 없이 보조적이거나 실무적인 업무를 담당하는 사람이라면 노동조합 가입이 금지되는 사람이 아닙니다. 가장 중요한 것은, 직제상의 명칭 등에 따라 형식적이고 획일적으로 판단하는 것이 아니라 실제 권한과 내용을 가지고 실질적이고 구체적으로 판단해야 합니다.(대법원 1989. 11. 14. 선고 88누6924 판결)



**Tip. 단체협약에 정한 노동조합 가입 자격**

– 노동조합법이 노동조합에 가입할 수 없는 사람을 법으로 정하고 있는 것은, 회사에서의 직무상 의무와 책임이 노동조합 조합원으로서의 의무와 책임에 직접적으로 저촉되지 않도록 하여, 무엇보다 노동조합의 자주성을 사용자로부터 보호하기 위해서입니다.

– 따라서 자주성 상실 우려를 판단하는 1차적인 주체는 노동조합이겠고, 대상자가 노동조합에 가입하더라도 노동조합 스스로가 자주성을 상실할 우려가 없다고 판단한다면 그 판단은 존중되어야 합니다.

– 한편, 단체협약에서 노동조합 가입범위를 정하고 있는 경우가 많습니다. 노동조합 가입대상은 노동조합 스스로가 규약으로 정하면 되지 사용자와 합의할 일이 아닙니다. 따라서 단체협약 상 가입범위와 다르게 노동조합 규약을 운영하는 것도 가능하며, 단체협약 상 가입범위 조항은 그 단체협약의 적용범위를 정한 것에 불과하다고 보는 것이 판례의 일관된 입장입니다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두10264 판결).

**관련 판례**

노동조합법상 사용자에 해당하는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자와 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자는 노동조합에의 참가가 금지되는데, 그 취지는 노동조합의 자주성을 확보하려는 데 있다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13873 판결).

나) 자주성

자주성을 상실한 노동조합을 흔히 '어용노조'라고 합니다. 어용노조는 노동운동적 관점에서뿐만 아니라 법적으로도 노동조합이 아닙니다. 어떤 노동조합이 사용자의 주도로 설립되었거나 사용자의 관리 하에 운영되고 있음이 확인되면 노동조합 설립 자체가 무효가 됩니다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결).

다) 목적성

노동조합은 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하는 것을 목적으로 조직되고 운영되어야 합니다. 따라서 친목도모나 상조회 같은 활동만 한다면 법적으로는 노동조합으로 볼 수 없습니다.

한편, 노동조합법(제2조 제4호 마목)은 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우는 노동조합으로 보지 않는다고 하고 있는데, 이는 명시적으로 정치운동만을 목적으로 하는 경우를 의미하는 것이고(노동조합과-2272, 2005. 8. 18.) 노동조합은 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위해 당연히 정치운동을 할 수 있습니다.

라) 단체성

노동조합은 단체이기 때문에 조합원이 최소 2인 이상이어야 합니다. 나아가 규약·의사결정기구·대표자 등을 갖추고 구성원의 가입 및 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 존속하는 등 단체로서의 기본적인 속성을 가져야 합니다.

참고로, 산업별 노동조합 등 초기업별 노동조합의 기업별 지부(지회·분회 등)는 그 자체가 노동조합이 아니므로 조합원이 1명이라도 설치 및 유지가 가능합니다.

**② 노동조합 설립**

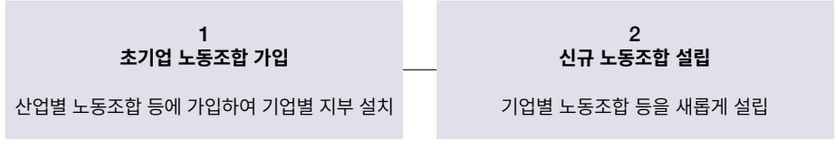



그림1 노동조합을 만드는 두 가지 방법

한국의 노동조합운동이 전반적으로 산업별 노동조합 체계를 지향해온 관계로, 근래에는 새로운 노동조합을 설립하기보다 기존의 산업별 노동조합 등 초기업별 노동조합에 가입하여 해당 회사에 기업 지부(지회·분회 등)를 설치하는 경우가 더 일반적입니다.

초기업 노동조합의 기업별 지부를 설치하는 방법은, 해당 노동조합을 찾아가서 노동조합 가입원서를 내고 그 노동조합이 내부 규약에 따라 인준하면 기업별 지부 등이 설치됩니다. 기업별 지부 설치는 새로운 노동조합을 만드는 것이 아니기 때문에 행정관청에 노동조합 설립신고를 할 필요가 없습니다. 이렇게 초기업 노동조합의 기업별 지부가 설치되면 초기업 노동조합이 단체교섭권과 단체행동권의 주체가 되어 해당 회사 사용자를 상대로 단체교섭을 하게 되고(지부에 교섭권 위임도 가능), 회사 내에서는 지부 차원의 각종 노동조합 활동을 할 수 있습니다.

**Tip. 초기업 노동조합 가입자격**

– 초기업 노동조합에 가입하여 기업 지부(지회·분회 등)를 설치하는 방식은 대개 다음과 같은 절차를 거칩니다.

– 1) 가입할 노동조합을 선택하고 해당 노동조합에 가입원서 제출, 2) 초기업 노동조합의 간부와 함께 사전 준비작업 진행, 3) 초기업 노동조합의 규약과 지침에 따라 지부 규정 제정 및 지부장 등 지부 집행부 선출, 4) 초기업 노동조합에서 지부 인준, 5) 노동조합 활동 개시

아래에서는 새롭게 노동조합을 만드는 경우에 해당하는 내용을 설명하겠습니다.

가) 노동조합 설립 절차

노동조합을 만드는 절차는 법적으로 상당히 간단합니다. 1) 2인 이상의 근로자가 노동조합 설립총회를 개최하여, 2) 설립총회에서 노동조합 규약 제정과 임원(대표자, 회계감사 등)을 선출한 후, 3) 행정관청에 설립신고를 하면 노동조합법 상 노동조합으로 활동할 수 있습니다.

해당 사업장에 이미 노동조합(초기업 노동조합의 기업별 지부 등 포함)이 있는 경우에도 새로운 노동조합을 만들 수 있습니다.

다만, 단순히 노동조합을 만든다고 끝나는 것이 아니라 제대로 된 활동을 하는 노동조합을 만드는 것이 중요합니다. 노동조합의 힘은 조합원들의 조직력에 있고 그 조직력은 기본적으로 조합원 수에 기초하니, 보다 많은 근로자들을 사전에 규합해내는 준비를 하는 것이 무엇보다 중요합니다. 아울러 향후 노동조합의 활동방향과 내용에 대해 논의와 공유를 하는 작업도 필요합니다. 한편, 대부분의 사용자들은 노동조합이 생기는 것을 좋아하지 않습니다. 노동조합 설립 소식이 들리자마자 각종 부당노동행위(노동조합 탄압과 탈퇴 압박 등)가 있을 수 있으니 대비도 필요합니다.

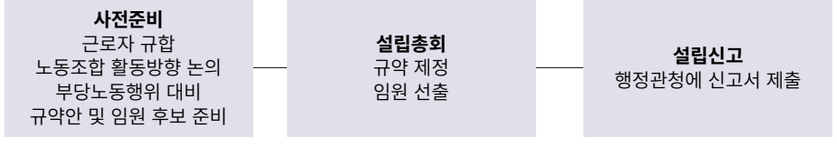



그림2 노동조합 설립 절차

**Tip. 노동조합 설립을 위한 사전 관리**

– 노동조합 설립을 위해 우선 초동주체들이 모여 '노동조합설립추진위원회' 같은 준비모임을 만드는 것이 좋습니다.

– 준비모임에서는 1) 회사의 각종 문제점과 현안, 근로자들의 문제의식 등을 조사 및 검토하고, 2) 근로자 조직방법, 노동조합 활동방향, 부당노동행위 대응 준비 등을 논의한 후, 3) 다른 노동조합 규약 등을 참고하여 규약안을 만들고, 임원과 간부를 내정하며, 4) 노동조합을 설립하면 대개 바로 단체교섭을 요구하게 되므로 단체협약안 마련을 위한 준비를 하고, 5) 설립총회 일정 및 설립 직후 초기 노동조합 활동내용을 계획한 후, 6) 설립총회 준비를 합니다.

– 참고로, 민주노총이나 한국노총 등 총연합단체인 노동조합에는 노동조합 설립 및 활동과 관련한 오랜 경험과 역량이 있으니, 사전에 총연합단체인 노동조합으로부터 자문과 교육을 받기를 권장합니다. 꼭 상급단체에 가입하지 않더라도 자문을 받을 수 있으니, 가까운 민주노총 또는 한국노총의 지역본부나 지역지부를 찾아가면 됩니다.

나) 노동조합 설립총회

일단 설립총회에는 노동조합에 가입하고자 하는 근로자들이 모두 참석하지 않아도 됩니다. 참석한 사람만으로 재적 성원을 정해 노동조합 가입원서를 받고 참석하지 못한 근로자들은 추후에 가입원서를 받으면 됩니다.

설립총회에서는 반드시 노동조합의 규약을 제정하고 임원을 선출해야 합니다. 다른 임원이나 간부는 추후에 선출해도 되지만 노동조합 대표자와 회계감사는 꼭 선출해야 합니다. 참고로 노동조합 대표자를 흔히 위원장이라 부르나 노동조합법에서 위원장이라는 용어를 사용하고 있지는 않습니다.

이 두 개의 안건은 노동조합법(제16조 제4항) 상 꼭 직접·비밀·무기명 투표로 처리해야 하고, 임원 선출은 출석인원의 과반수 찬성으로도 가능하지만 규약

제정은 출석인원의 3분의 2이상의 찬성으로 결정해야 합니다. 노동조합 규약에는 노동조합법(제11조) 상 규약의 필수기재사항들이 모두 들어가야 합니다. 따라서 사전에 준비를 잘 해야 하겠죠. 또한 이후 노동조합 설립신고를 할 때 설립총회 회의록을 행정관청에 제출해야 하므로 총회 회의록도 작성해야 합니다.
총회가 끝나면 그것으로 법적으로는 노동조합이 설립된 것입니다.

**〈노동조합 설립총회 회의록(예시)〉**

**○○○노동조합 설립총회 회의록**

□ 일시: 2021년 10월 10일 오전 10시
□ 장소: ○○○기업 세미나실

1. 임시의장 선출
   - 참석자 만장일치로 임시의장에 김자유를 선출하다.
2. 성원보고 및 개회선언
   - 임시의장(김자유)이 총 10명의 근로자가 설립총회에 참석했음을 보고하다.
   - 임시의장이 개회를 선언하다.
3. 서기·감표위원 지명
   - 회의록 작성을 위해 서기에 이민주, 투개표 감표를 위해 감표위원에 박평등을 임시의장이 지명하자 참석자 만장일치로 동의하다.
4. 회순통과
   - 임시의장이 회순을 제안하고 참석자 만장일치로 회순을 통과시키다.
5. 안건 처리
   1) 규약 제정 건
      - 임시의장이 준비된 규약안을 설명하고 참석자들 간의 토의를 진행하다.
      - 직접·비밀·무기명 투표 진행 후 감표위원이 개표를 진행하다.
      - 임시의장: 참석인원 10명 중 투표 10명, 찬성 10명으로 규약이 제정됐음을 선포한다.
   2) 임원 선출 건
      - 임시의장이 노동조합 설립 준비위원회 위원장이었던 최노동을 위원장 후보에, 준비위원이었던 장평화를 회계감사 후보로 추천하고, 추가 후보자 추천이 있는지 물어 없음을 확인하다.
      - 위원장 후보, 회계감사 후보에 대해 각각 직접·비밀·무기명 투표 진행 후 감표위원이 개표를 진행하다.
      - 임시의장: 참석인원 10명 중 위원장 후보에 대해 투표 10명, 찬성 9명, 반대 1명, 회계감사 후보에 대해 투표 10명, 찬성 8명, 반대 2명이 나와, 최노동이 위원장에, 장평화가 회계감사에 선출됐음을 선포한다.
   3) 기타 안건
      - 위원장 선출에 따라 위원장 최노동이 의장으로서 총회 회의를 주재하다.
      - 의장(최노동): 노동조합이 설립됐음을 함께 축하하며, 추가 임원 선출과 구체적인 운영방식은 추후 논의하기로 한다.
6. 폐회선언
   - 의장이 폐회를 선언하다.

2021년 10월 10일

임시의장 : 김자유 (인)
의장 : 최노동 (인)
서기 : 이민주 (인)



다) 노동조합 설립신고

노동조합 설립총회가 끝나면 곧바로 관할 행정관청에 노동조합 설립신고를 합니다.

• 관할 행정관청

관할 행정관청은 고용노동부와 지방자치단체로 이원화되어 있습니다. 노동조합 설립신고업무뿐만 아니라 이후 노동조합 활동과정에서 종종 관할 행정관청을 상대할 일이 생기기도 하니 잘 알아두어야 합니다.

| 노동조합 | 행정관청 | 비고 |
|---|---|---|
| 연합단체인 노동조합 | 고용노동부장관 | '산업별 연합단체인 노동조합'과 '전국규모 산업별 노동조합'은 고용노동부 본부에서 처리 / 그 외는 지방노동관서(고용노동지청)에서 처리 |
| 2 이상의 특별시·광역시·도·특별자치도에 걸치는 단위 노동조합 | | |
| 2 이상의 시·군·구(자치구)에 걸치는 단위 노동조합 | 특별시장·광역시장·도지사 | — |
| 그 외 노동조합 | 특별자치시장·특별자치도지사시장·군수·구청장(자치구의 구청장) | — |

표1 노동조합 관할 행정관청

예를 들어, 회사에 서울 본사(은평구)와 부산 지사가 있고 두 곳 근로자들로 노동조합을 구성하는 경우 관할 행정관청은 고용노동부장관인데, 실제로는 노동조합법 시행령(제33조)에 따라 노동조합의 주된 사무소 소재지(서울 은평구)를 관할하는 서울서부고용노동지청장이 처리합니다. 즉, 서울서부고용노동지청에 노동조합 설립신고를 하면 됩니다. 회사에 서울 은평구 본사와 강남구 대리점이 있어 그 근로자들이 조합원인 경우 관할 행정관청은 서울특별시장이고, 서울 은평구에만 사업장과 조합원이 있는 경우 행정관청은 은평구청장입니다. 전자는 서울특별시청에, 후자는 은평구청을 찾아가 노동조합 설립신고서를 내면 됩니다.

• 설립신고서류

노동조합법 시행규칙(별지 제1호 서식)에 있는 노동조합 설립신고서를 작성하고 노동조합 규약과 설립총회 회의록을 첨부해서 관할 행정관청에 제출해야 합니다. 설립총회 회의록은 법상 필수 제출서류는 아니지만 적법하게 설립총회를 진행했는지 행정관청이 확인하는 기본 서류로서 관행적으로 제출이 요구되고 있습니다.

노동조합 설립신고서에는 1) 노동조합 명칭, 2) 주된 사무소 소재지, 3) 조합원 수, 4) 임원 성명과 주소, 5) 소속된 연합단체(상급단체)가 있는 경우 그 명칭을 적습니다.

그 외 조합원명부라든지 다른 것들은 혹시 행정관청이 제출을 요구하더라도 행정관청의 제출 요구 권한이 없는 것들이므로 제출할 필요가 없습니다.(대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결)

참고로, 이후 노동조합 위원장이 바뀐 경우 등 노동조합 설립신고증을 받은 뒤 최초 설립신고한 사항 중에서 네 가지 사항에 변경이 있는 경우에는 30일 이내에 역시 관할 행정관청에 변경신고를 해야 합니다. 변경신고 대상인 네 가지는 1) 노동조합 명칭, 2) 주된 사무소 소재지, 3) 대표자 성명, 4) 소속된 연합단체의 명칭입니다.

**Tip. 노동조합 설립 신고의 성격**

– 과거에는 행정관청이 과도하게 심사를 하거나 불필요한 꼬투리를 잡아 설립신고증 교부를 거부 또는 지연하는 사례도 많았는데, 복수노동조합 설립이 전면 허용된 것을 계기로 현재는 그런 일이 거의 없어진 것 같습니다.

– 노동조합 설립은 행정관청의 허가나 인가 대상이 아니라 단지 신고사항입니다(신고라는 사실행위만으로 효력이 발생하는 신고주의). 따라서 행정관청은 설립신고서에 누락이 없는지, 설립절차에 위법한 점이 없는지를 단지 제출된 서류를 통해서만 확인하는 형식적 심사에 그쳐야 합니다.

– 만약 행정관청의 설립신고서 반려가 위법하다고 판단되면 그 반려처분의 취소를 구하는 행정소송을 법원에 제기할 수 있습니다.

– 참고로, 신고증 교부 후 설립신고서 반려사유가 발생하거나 확인되면 행정관청은 그 노동조합에 시정을 요구하고 기한 내 시정되지 않으면 '노동조합법에 의한 노동조합으로 보지 아니함'을 통보하는 제도가 있었습니다. 그런데 최근 대법원이 이 제도를 위법하여 무효라고 판단했고(대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 판결), 그에 따라 해당 조항 내용은 삭제됐습니다(노동조합법 시행령 제9조 제2항. 2021. 7. 6. 시행).

– 노동조합을 만들 수 있는 단결권은 헌법 상 기본권입니다. 따라서 노동조합법에 따른 설립신고를 하지 않더라도 노동조합의 실질적 성립요건이 갖춰지면 헌법 상 노동조합이라 할 수 있습니다. 이런 노동조합은 흔히 법외노동조합이라고 불려왔죠. 간혹 정부에서조차 불법노동조합이라 부른 적이 있는데 그것은 대단히 잘못된 표현입니다.

– 노동조합 설립신고제도는, 노동삼권을 보다 구체적으로 보호하기 위해 제정된 노동조합법에서 국가가 노동조합에 대해 일종의 행정서비스를 제공할 내용을 정하고 그 적용대상을 확인하기 위한 형식적 절차라고 이해하는 것이 타당합니다. 설립신고를 해서 신고증을 받은 노동조합만 노동조합법 상 제도인 1) 노동조합 명칭 사용, 2) 법인격 취득, 3) 조세 면제, 4) 노동위원회에 부당노동행위 구제신청, 노동쟁의 조정신청, 단체협약 해석신청을 할 수 있습니다. 즉, 이런 제도들을 누릴 수 없다는 점 외에는 노동조합으로서의 존재와 권리가 인정된다고 해석합니다.

– 다만, 사용자가 노동조합이 아니라는 시비를 걸어 불필요한 분쟁이 발생할 수도 있고, 단체교섭을 거부해도 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 할 수 없으며, 쟁의행위를 위해 필요한 노동위원회 조정절차를 거칠 수도 없는 등 현실적으로는 제약이 많습니다.



**〈노동조합설립신고서(양식)〉**

노동조합 및 노동관계조정법 시행규칙 [별지 제1호서식] 〈개정 2012.12.27〉

**노동조합 [ ] 설립 신고서**
**[ ] 설립신고사항 변경**

[ ]에는 해당되는 곳에 "√" 표시를 하시기 바라며, 색상이 어두운 란은 신청인이 적지 않습니다. (앞쪽)

| 접수번호 | 접수일 | 처리기간: 3일 |
|---|---|---|

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 명칭 | | | | 노동조합의 형태 | 단위노조(기업, 지역, 전국), 연합단체, 단위노조의 산하조직 |
| 주된 사무소의 소재지 (전화번호) | | | | 조합원 수 | |
| 소속된 연합단체의 명칭 | | | | ※ 연합단체에 가입하지 않은 경우에는 기재하지 아니합니다. | |
| 대표자 | 성명 | | | 주민등록번호 | |
| | 주소 | | | 전화번호 | |
| | 소속사업장 | | | 소속부서 및 직책 | |
| 임원 | 직책 | | 성명 | 주소 | |
| | 직책 | | 성명 | 주소 | |

〈연합단체인 경우 그 구성원인 노동조합 관련 사항〉

| 명칭 | 조합원 수 | 주된 사무소의 소재지 | 임원 | |
|---|---|---|---|---|
| | | | 성명 | 주소 |
| | | | | |
| | | | | |

〈2개 이상의 사업 또는 사업장의 근로자로 구성된 단위노동조합의 경우에는 아래의 기재사항을 작성하시기 바랍니다.〉

| 사업 또는 사업장별 명칭 | 대표자 성명 | 소재지 | 조합원수 |
|---|---|---|---|
| | | | |
| | | | |

〈설립신고사항 변경신고 시 작성 사항〉

| 변경사항 | 변경 전 | 변경 후 |
|---|---|---|
| | | |
| 변경연월일 | | |
| 변경사유 | | |

[ ] 설립신고

년 월 일 본인 외 명은 에서 노동조합 설립총회를 개최하고 「노동조합 및 노동관계조정법」 제10조제1항 및 같은 법 시행규칙 제2조에 따라 노동조합의 설립을 신고합니다.

년 월 일

신고인(노동조합 대표자) (서명 또는 인)

귀하

[ ] 설립신고사항 변경신고

「노동조합 및 노동관계조정법」 제13조제1항 및 같은 법 시행규칙 제3조에 따라 노동조합 설립신고사항 중 변경사항을 신고합니다.

년 월 일

신고인(노동조합 대표자) (서명 또는 인)

귀하

| | | | |
|---|---|---|---|
| 첨부서류 | 설립 | 규약 1부 | 수수료 없음 |
| | 변경 | 1. 변경사항을 증명할 수 있는 총회 또는 대의원회의 회의록이나 규약 등의 서류 1부<br>2. 설립신고증(변경신고증을 발급받은 사실이 있는 경우에는 변경신고증) | |

비고: 기재란이 부족한 경우에는 별지에 작성하시기 바랍니다. 210mm × 297mm(백상지 80g/m²)

• 신고증 교부 등

노동조합 설립신고를 하면 행정관청은 신고일로부터 3일 이내에 설립신고증을 교부하도록 되어 있습니다.(노동조합법 제12조 제1항) 여기서 3일은 민원처리에 관한 법률(제19조 제1항)에 따른 기간이라 달력상의 3일과는 다르다는 점도 참고해야 하겠습니다. 즉, 8시간의 근무시간이 1일이고 토요일과 공휴일은 제외되니, 예를 들어 금요일 오후 4시에 설립신고서를 냈으면 수요일 오후 4시까지가 신고증 교부 기한입니다.

설립신고증을 받게 되면 설립신고서가 접수된 때로 소급하여 법적으로는 노동조합이 설립된 것으로 봅니다.(노동조합법 제12조 제4항)

그런데 설립신고서류 중 1) 규약이 첨부되지 않았거나, 2) 설립신고서나 규약에 기재사항이 누락되어 있거나 허위사실이 있는 경우, 3) 임원 선거 또는 규약 제정절차가 위법한 경우에는 행정관청이 20일 이내의 기간을 정해서 보완요구를 하게 됩니다. 이때는 누락된 서류를 제출하거나 기재사항을 추가하고 또는 다시 총회를 열어 적법하게 규약을 제정하거나 임원을 선출해서 보완하면 됩니다. 보완을 하면 보완서류 접수일로부터 3일 이내에 설립신고증이 교부되고, 이 경우에도 보완서류제출일이 아니라 최초에 설립신고서를 접수한 시점으로 소급해서 노동조합이 설립된 것으로 봅니다.

한편, 1) 노동조합법(제2조 제4호) 상 노동조합으로 보기 어려운 경우, 즉 노동조합의 실질적 성립요건을 갖추지 못했거나, 2) 보완요구를 했는데 기한 내 보완을 하지 않은 경우에는 행정관청이 설립신고서를 반려합니다.

### (3) 노동조합의 조직형태

**① 조직형태 구분**

가) 단위노동조합과 상급단체

노동조합법은 노동조합을 '단위노동조합'과 '연합단체인 노동조합'으로만 구분하고 있습니다. 단위노동조합은 말 그대로 하나의 노동조합이고, 연합단체인 노동조합은 "동종산업의 단위노동조합을 구성원으로 하는 산업별 연합단체"와 "산업별 연합단체 또는 전국규모의 산업별 단위노동조합을 구성원으로 하는 총연합단체"라고 노동조합법은 표현하고 있습니다. 즉, 단위노동조합들을 구성원으로 한 ○○노동조합연맹과 이러한 연합단체인 노동조합들을 주된 구성원으로 한 ○○노동조합총연맹(총연합단체인 노동조합. 흔히 총연맹이라 부름)이 연합단체인 노동조합입니다.

한국의 대표적인 총연합단체 노동조합으로는 전국민주노동조합총연맹(민주노총)과 한국노동조합총연맹(한국노총)이 있는데, 개별 근로자가 민주노총 또는 한국노총에 조합원으로 바로 가입하는 것이 아니라 민주노총 또는 한국노총 소속의 단위노동조합에 가입하는 체계인 것입니다. 연합단체인 노동조합을 현장에서는 일반적으로 '상급단체'라고 부릅니다. 노동조합법 시행령(제8조 제2항)은 상급단체가 구성원인 노동조합들에 대해 협조·지원, 지도할 수 있다고 정하고 있습니다.



**Tip. 연합단체의 성격**

– 노동조합법은 연합단체인 노동조합을 산업별 연합단체로만 정의하고 있으나 꼭 같은 산업에 속하는 단위노동조합으로만 연합단체인 노동조합을 구성해야 하는 것은 아닙니다. 예를 들어 식품회사 노동조합이 건설산업노동조합연맹에 가입해도 위법하지는 않습니다. 이것은 단지 건설산업노동조합연맹이 내부 규약 및 방침에 따라 식품회사 노동조합을 구성원으로 받을 것인가의 문제인 것입니다.

– 신설 노동조합일수록 더욱 경험과 역량이 부족하기 때문에 제대로 된 노동조합 활동을 하는 것이 쉽지 않을 수 있습니다. 따라서 가급적이면 적절한 상급단체에 가입하여 상급단체의 교육과 지원을 받으면서 노동조합 활동을 하는 것을 권장합니다.

– 참고로, 초기업 노동조합의 지부(지회·분회 등)에서 소속 노동조합을 상급단체라고 부르는 경우도 있는데 잘못된 표현입니다. 흔히 '본조'라고 부르는 표현이 더 적절한 것이라고 하겠습니다.

나) 조직형태에 따른 노동조합 구분

조합원 가입범위에 따라 노동조합은 같은 기업 소속 근로자로만 구성하는 '기업별 노동조합', 기업을 불문하고 같은 직종의 근로자를 대상으로 하는 '직종별 노동조합', 같은 업종에 속하는 곳에서 일하는 근로자를 가입대상으로 하는 '업종별 노동조합', 같은 산업에서 일하는 근로자는 모두 가입대상으로 하는 '산업별 노동조합' 등으로 구분할 수 있습니다. 또 지역별로 가입대상을 정하는 '지역별 노동조합', 나아가 기업, 직종, 업종, 산업 등을 불문하고 누구나 가입할 수 있는 '일반 노동조합'도 있습니다.

참고로, 노동조합 가입대상이 하나의 기업을 초월하는 경우(기업별 노동조합 외의 모든 형태)를 초기업별 노동조합이라고 합니다.

한편, 예를 들어 아무 관련이 없는 세 개 회사를 조직대상으로 하는 한 개의 노동조합 설립도 가능합니다. 즉, 어떤 조직형태로든 자유로이 노동조합을 만들 수 있습니다.

**Tip. 노동조합 가입범위**

– 노동조합법(제5조)은 "근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다."고 해서 '노동조합 자유설립(가입)주의'를 천명하고 있습니다.

– 노동조합 조직형태는 물론 노동조합 명칭도, 기업별 노동조합이라고 꼭 그 기업 이름이 들어간 명칭을 사용하지 않아도 되는 등 자유롭게 정할 수 있습니다.

– 노동조합 가입범위 역시 같은 기업 내에서도 특정 부서만, 특정 사업장만, 특정 직급 이상만, 비정규직만 가입 가능하게 하는 등 자유롭게 정할 수 있습니다.

– 다만, 교원과 공무원의 경우에는 각 해당 특별법에 따라 조직형태나 가입범위 등에 제한이 있습니다.

다) 초기업 노동조합에 대한 이해

• 노동조합의 역사

유독 한국에서는 흔한 기업별 노동조합 형태가 사실 세계적으로는 거의 없습니다. 역사적으로도 최초의 노동조합은 일종의 직종별 노동조합이라고 할 수 있습니다. 어느 지역의 특정 직종에 종사하는 숙련공들이 자신들의 이익과 권리를 지키기 위해 단체를 만들어서 사용자들에 대응한 것이 노동조합의 시초라고 할 수 있습니다. 그것이 확대되어 현재 서구에서 보편적인 노동조합 형태인 산업별 노동조합이 되었습니다. 따라서 노동조합은 원래 소속 사업장을 불문하는 것이고 무엇보다 회사 밖에 있는 것이라는 인식이 서구에서는 일반적입니다.

한국에서 이례적으로 기업별 노동조합이 많은 이유는 무엇보다도 1980년 말에 전두환정권이, 기업별로만 노동조합을 만들 수 있도록 당시 노동조합법을 개악한 것에 있습니다. 노동조합을 사업장 담벼락 아래에 가두려는 취지였다고 평가됩니다. 사실 회사에는 수직적 위계질서가 있다 보니 노동조합 위원장이라 해도 평사원인 근로자가 인사권자인 사용자를 상대하기가 쉽지 않죠. 따라서 기업별 노동조합 체계는 제대로 된 노동조합 활동을 하기 어려운 구조적인 한계가 많습니다.

한국의 노동조합운동은 대체로 1990년대 중반 이후부터 산업별 노동조합 체계를 지향해 왔습니다. 이에 따라 현재는 전체 노동조합 조합원 수의 과반수가 초기업 노동조합의 조합원입니다. 다만 오랜 기업별 노동조합의 역사로 인해 노동조합 활동은 여전히 기업별 지부(지회·분회 등) 중심이다 보니 이른바 '무늬만 산별'이라는 비판이 있기도 합니다.

**Tip. 산업별 노동조합과 기업 지부(분회)**

– 산업별 노동조합의 임원, 간부가 특정 사업장 단체교섭에 들어가거나 사업장 지부 활동에 관여하면 사용자뿐만 아니라 일부 근로자들조차도 '왜 외부인이 우리 회사 문제에 개입하냐'며 문제제기를 하는 경우가 여전히 많습니다. 노동조합에 대한 기본적인 이해조차 없다보니 생기는 일입니다. 노동조합은 원칙적으로 회사 밖에 있는 것이고, 조합원이 해당 사업장 소속인지 여부를 따지지 않는 것이라는 점을 노동조합 조합원 및 근로자들부터 분명히 인식할 필요가 있겠습니다.

• 산업별 노동조합

원칙적으로 산업별 노동조합은 기업단위의 단체 가입이 아니라 근로자 개인이 해당 산업별 노동조합에 가입하는 것입니다. 개별 기업이나 직종, 고용형태 등을 뛰어넘어 전체 산업 소속 근로자들의 권익 보호 및 신장을 위해 활동하는 노동조합 조직형태에 따른 것입니다. 설령 개별 기업과 단체교섭을 하더라도 교섭권과 단체협약 체결권은 기업 지부(지부장)가 아니라 산업별 노동조합(위원장)에 있습니다.

외국에서는 전국규모의 산업별 노동조합이 해당 산업의 전국단위 사용자단체와 단체협약을 체결하면 그 산업 소속 전체 근로자들이 적용을 받는 하나의 법규범으로 기능하기도 합니다. 한국은 산업별 단체교섭이 제도화되어 있지 못해서 현재 산업별 단체교섭이 이뤄지는 곳은 보건의료산업, 금속산업, 금융산업 등 소수에 불과합니다.

산업별 노동조합은 산하에 본부, 지부, 지회, 분회 등의 내부기구를 둡니다. 지역별로 지부를 구성하기도 하고 기업별로 지부를 편제하기도 합니다. 예를 들어 대학교 직원인 비정규직 근로자가 전국규모의 산업별 노동조합인 전국대학노동조합에 가입하면 전국대학노동조합 서울본부 ○○대학교지부 비정규직지회에 속하게 되는 것입니다.

한편, 노동조합법 시행령(제7조)은 기업단위 지부·분회도 명칭에 상관없이 노동조합 설립신고를 할 수 있다고 규정하고 있습니다. 이렇게 되면 지부·분회도 노동조합법 상의 노동조합이 됩니다. 단위노동조합 안에 또 노동조합법상 노동조합인 단위노동조합이 생기는 것입니다. 기업별 노동조합 설립 강제주의가 폐지된 현재도 여전히 노동조합법에는 이렇게 기업별 노동조합을 전제로 한 규정들이 살아 있습니다.

**② 조직형태변경**

가) 기업별 노동조합에서 초기업 노동조합의 기업별 지부로 변경

노동조합이 조직의 동일성을 유지하면서 조직형태를 바꾸는 것을 '노동조합의 조직형태변경'이라고 합니다.

예를 들어, 기업별 노동조합이 산업별 노동조합의 기업별 지부로 들어가고자 할 때 선택할 수 있는 방법은 몇 가지가 있습니다. 먼저 두 노동조합이 합병하는 것입니다. 그러나 합병은 각 노동조합의 총회 또는 대의원회에서 의결해야 하는데 규모가 큰 산업별 노동조합이 이런 때마다 총회 또는 대의원회를 개최한다는 것은 현실적이지 않습니다. 다음으로 조합원들이 모두 기업별 노동조합을 탈퇴하고 산업별 노동조합에 가입해서 산업별 노동조합의 기업별 지부를 설치하는 방법입니다. 이 역시 모두 탈퇴하는 순간 기업별 노동조합은 소멸하게 되어 기존의 권리(특히 단체협약) 또한 소멸할 우려가 있습니다. 이런 때 효율적인 절차 진행을 위해 도입된 노동조합법 상의 제도가 조직형태변경제도입니다.

기업별 노동조합은 총회 또는 대의원회를 열어 조직형태변경을 결의하면 산업별 노동조합의 기업별 지부가 될 수 있습니다. 물론 사전에 초기업별 노동조합의 승인이 있어야 합니다. 이렇게 조직형태변경이 되면 기존 노동조합의 모든 권리와 의무가 변경 이후 조직으로 승계됩니다. 기존 조합원들 역시 개별적으로 탈퇴 및 가입절차를 거칠 것 없이, 조직형태변경에 반대한 조합원들도 포함해서 모두 변경 이후 조직으로 승계됩니다.

나) 초기업 노동조합의 기업별 지부가 다시 기업별 노동조합으로 변경하거나

산업별 노동조합의 기업별 지부가 다시 기업별 노동조합으로 조직형태변경을 할 수 있는가의 문제가 있습니다. 위에서 설명했듯 산업별 노동조합은 개인을 구성원으로 하는 조직이고 기업별 지부는 그 자체가 노동조합도

아니라서 불가능하다고 판단됩니다. 그러나 대법원은 논란 끝에 2016년에, 초기업 노동조합의 기업별 지부가 별도의 노동조합 설립신고가 되어 있지 않더라도 독자적으로 기업별 노동조합으로 조직형태변경을 할 수 있다고 판결했습니다.(대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 판결) 노동조합을 여전히 기업별 체계로만 전제하는 관점에서 나온 잘못된 판단이라는 비판이 많습니다.

**Tip. 노동조합 분할과 다수 조합원들의 탈퇴**

– 노동조합을 두 개 이상으로 나누는 '분할'도 총회 또는 대의원회의 의결로 처리할 수 있습니다. 두 개 이상의 노동조합을 하나로 합치는 합병이나 위에서 살펴본 조직형태변경과는 달리 기존 노동조합의 모든 권리·의무가 그대로 승계되지는 않으므로 분할되는 각 노동조합에 승계될 권리와 의무까지 잘 결정해야 합니다.

– 한편, 일부 조합원들이 집단적으로 탈퇴해서 새로운 노동조합을 만드는 것은 노동조합법상의 노동조합 분할이 아닙니다. 절대다수 조합원들이 탈퇴해서 새로운 노동조합을 만들었다고 하더라도 탈퇴하는 순간 기존 노동조합에 대한 모든 권리는 상실합니다.

## 2 부당노동행위

노동조합 설립과 활동을 좋아하지 않는 사용자들이 많고 심지어 노동조합 활동을 불온시하는 시각도 여전한 것은 노동권에 대한 인식이 일천한 한국사회의 현실입니다. 따라서 노동조합을 설립하고 운영한다는 것은, 대개 끊임없는 사용자의 노동조합 탄압에 대한 대응활동이기도 하다는 점을 인식해야 하겠습니다.

노동조합법은 사용자의 노동삼권 침해행위를 '부당노동행위'라 하여 금지하고 있습니다. 노동관계에서 사용자가 행한 각종 부당한 행위를 부당노동행위라고 오해하는 경우도 많은데 부당노동행위는 노동삼권을 침해하는 사용자의 행위를 지칭하는 법률용어입니다.

부당노동행위를 한 사용자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금형에 처하도록 처벌규정이 있습니다. 노동삼권은 헌법 상 기본권이므로 기본권을 침해한 부당노동행위가 처벌대상인 범죄행위인 것은 당연합니다. 오히려 기본권을 침해한 심각한 범죄행위임에도 현실에서는 법 집행에서 처벌형량이 낮은 문제점도 있습니다.

### (1) 유형

노동조합법(제81조)은 부당노동행위를 아래와 같이 5가지 유형으로 열거하고 있습니다.

| 유형 | 내용 | 예외 |
|---|---|---|
| 불이익취급 | 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위 | |
| 비열계약 | 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위 | – 유니온숍 협약이 체결된 경우(단, 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없음) |
| 단체교섭 거부·해태 | 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위 | |
| 지배·개입 | 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위, 근로시간 면제한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위 | – 근로시간면제자의 근로시간면제 활동 허용<br>– 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 그밖에 재해의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공 및 그밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위 |
| 보복적 불이익취급 | 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 노동위원회에 사용자의 부당노동행위를 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위 | |

표2 부당노동행위

### (2) 성립요건

**① 사용자**

부당노동행위 주체인 사용자는 노동조합법(제2조 제2호) 상의 사용자(사업주, 사업의 경영담당자, 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자)입니다. 따라서 꼭 사업주가 아니더라도 이사, 인사부서장 등 사용자의 지위에 있는 사람이면 모두 부당노동행위를 한 경우 처벌대상입니다.

판례는 사용자가 근로자와의 명시적·묵시적 근로계약관계가 있을 것을 원칙으로 합니다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결). 그러나 직접적인 근로계약관계가 있지 않더라도 원청회사 사용자 등이 하청회사 근로자들에게 실질적·구체적인 지배력을 보유하고 있는 경우 등에는 부당노동행위의 주체인 사용자라고 볼 수 있습니다(대법 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결).

**관련 판례**

근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에 해당한다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결).

**Tip.**

- 현재 대법원 판례로는 위에서 언급한, 원청회사 사용자의 지배·개입의 부당노동행위 책임을 인정한 것이 있습니다만 부당노동행위 금지제도의 취지에 따라 사용자 개념의 확대가 필요하다는 사회적 요구가 지속적으로 제기되고 있습니다.
- 최근 노동위원회는 특수고용노동자(특수형태근로종사자) 노동조합에 대한 원청회사의 부당노동행위(단체교섭 거부) 책임을 인정한 판정을 내린바 있습니다(중노위 2021. 6. 2. 중앙2021부노14).

한편, 외부인이 사용자와 노동조합 파괴 컨설팅 등 부당노동행위를 공모한 경우에는 해당 외부인도 부당노동행위 공모범으로 처벌대상이 됩니다.

**② 부당노동행위 의사**

사용자의 부당노동행위가 법적으로 인정되려면 반노동조합 의도나 동기라는 부당노동행위 의사가 있어야 합니다. 다만 이러한 의사는 실제 의사가 있었음이 확인되어야 하는 것까지는 아니고 객관적으로 행해진 사실로부터 추정되는 의사면 됩니다.

**관련 판례**

노동조합법상의 부당노동행위제도의 근본취지가 원활한 단체교섭을 통한 노사관계의 자치적 해결을 확보하기 위하여 사용자에 의한 단결권침해행위 그 자체를 금지하려는데 있는 것임을 감안할 때, 정당한 조합활동을 이유로 한 것이라는 의미는 불이익 취급과 정당한 조합활동과의 사이에 객관적 외형적인 인과관계가 있고 사용자가 이를 인식하였으면 이로써 족한 것이고 사용자가 반조합적 의사로 노조활동의 위축을 기도하려는 적극적 목적이나 동기까지 있을 필요는 없다(서울고법 1992. 5. 1. 선고 91구11447 판결).

부당노동행위 의사의 존재는 사용자가 내세우는 해고사유와 그 근로자가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서의 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래의 관행에 부합하는지 여부, 사용자의 노동조합에 대한 언동이나 태도 등 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 한다(대법원 1991. 4. 23. 선고 90누7685 판결).



**③ 정당한 노동조합 활동**

근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 한 사용자의 불이익취급 등이 부당노동행위이므로 근로자의 행위가 정당한 노동조합 활동이어야 합니다. 정당한 노동조합 활동에는 노동조합 설립을 위한 예비단계도 당연히 포함되며, 노동조합의 명시적 또는 묵시적 지시나 위임이 없었더라도 객관적으로 노동조합에 필요한 조합원으로서의 활동이면 됩니다(대법원 2011. 2. 24. 선고 2008다29123 판결).

**④ 불이익취급 등의 행위**

가) 부당노동행위 사례

불이익취급의 부당노동행위가 성립하려면 사용자의 근로자에 대한 불이익취급이 있어야 합니다. 불이익취급은 해고, 징계, 인사이동 등의 인사처분은 물론 인사처분이 아닌 각종 업무지시나 인사고과 외에도 조합원 자격이 없는 직급으로 승진을 시키는 행위 등도 포함합니다(대법원 1998. 12. 23. 선고 97누18035 판결).

비열계약의 부당노동행위에는 채용 시의 고용조건만이 아니라 재직 중에 노동조합 활동을 하지 않거나 탈퇴할 것을 전제로 한 계속 고용의 조건들도 포함합니다.

**Tip. 노동조합 가입강제 조항(shop)**

- 노동조합법(제81조 제1항 제2호)은 노동조합과 사용자 간에 '유니언숍(Union shop)' 협정을 체결하고 있는 경우에는 특정 노동조합 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 것도 가능하다고 부당노동행위의 예외로 정하고 있습니다.
- 유니언숍이란 노동조합 가입과 탈퇴에 일정한 제한을 두는 노동조합 체계로서, 노동조합이 어느 회사의 전체 근로자 중 3분의 2 이상을 조직하고 있는 경우 사용자와 유니온숍 협정을 체결하면 신규 입사하는 근로자들은 그 노동조합의 조합원이 되어야 합니다.
- 일정 기간 내 노동조합에 가입하지 않거나 노동조합에서 탈퇴한 근로자는 사용자가 해고할 의무가 발생합니다. 다만, 1) 노동조합에서 제명된 경우, 2) 탈퇴해서 다른 노동조합에 가입한 경우(다른 노동조합을 만드는 경우 포함), 3) 신규 입사자가 곧바로 다른 노동조합에 가입한 경우에는 사용자가 그 근로자에 대해 신분상 불이익한 행위를 할 수 없습니다.
- 유니언숍 협정 중에도 노동조합의 조합원 수가 전체 근로자 수의 3분의 2 미만이 되면 동시에 유니온숍 협정의 효력은 상실됩니다.
- 참고로, 노동조합 가입 강제 수준에 따라 노동조합을 구분하면 한국에는 세 가지 종류가 있습니다. 대다수 노동조합으로서 자유로운 가입과 탈퇴가 가능한 오픈숍(open shop), 위에서 봤듯이 회사에 고용이 되면 일정한 요건 하에서 가입이 강제되는 유니언숍, 그리고 항운노동조합, 하역노동조합처럼 고용노동부장관의 허가를 받아 근로자공급사업을 할 수 있는 노동조합으로서 조합원만 회사가 채용할 수 있는 클로즈드숍(Closed shop)입니다.

단체교섭 거부·해태의 부당노동행위는 단순히 단체교섭을 무작정 거부하는 것뿐만 아니라 과도한 교섭절차를 요구하거나 교섭을 지연하는 경우, 형식상 단체교섭에

응하더라도 노동조합의 요구안에 대해 무조건 반대만을 하거나 교섭사항에 대해 의견의 일치를 보았음에도 단체협약 체결은 지연하는 등 성실하게 교섭에 임하지 않는 것도 다 포함합니다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8606 판결).

지배·개입의 부당노동행위는 사용자가 노동조합의 조직과 운영에 관여하는 것을 말하는데, 노동조합 운영에 적극적으로 개입하는 행위는 물론 노동조합에 대한 혐오발언을 통해 간접적으로 노동조합 활동에 영향을 미치는 것, 비조합원들에게만 또는 친사용자적인 다른 노동조합에만 혜택을 주거나 지원하는 차별행위도 해당됩니다(대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결). 특히 지배·개입은 사용자의 행위가 있으면 족하고 꼭 노동조합 운영과 활동이 침해됐다는 결과의 발생까지 필요로 하는 것은 아닙니다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결).

나) 경비원조 등

노동조합법은 사용자가 노동조합의 운영비를 원조하는 행위도 지배·개입의 부당노동행위라며 금지하고 있습니다. 관련하여 주로 박근혜정부 시기에 대법원에서 내려진 판결들을 보면 소소한 지원까지 부당노동행위라고 판단하여 부당노동행위 금지제도의 입법취지에 부합하지 않은 문제 있는 판결이라는 비판이 제기되기도 했었습니다.

그런데 사용자의 노동조합에 대한 경비 원조를 금지하는 구 노동조합법(제81조 제4호)에 대해 헌법재판소는 노동조합의 단체교섭권을 침해하고 부당노동행위제도의 입법취지에 맞지 않다고 보아 헌법불합치 결정을 내렸습니다(헌재 2018. 5. 31. 선고 2012헌바90 결정). 이에 따라 노동조합법이 "노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위는 예외로 한다."고 개정되었습니다(2020. 6. 9. 시행).

노동조합의 자주적 운영 또는 활동을 침해할 위험을 판단하는 기준으로는, 1) 운영비 원조의 목적과 경위, 2) 원조된 운영비 횟수와 기간, 3) 원조된 운영비 금액과 원조방법, 4) 원조된 운영비가 노동조합의 총수입에서 차지하는 비율, 5) 원조된 운영비의 관리방법 및 사용처 등을 규정하고 있습니다(노동조합법 제81조 제2항).

한편, 노동조합법(제81조 제1항 제4호)은 "근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 그 밖에 재해의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 노동조합사무소의 제공 및 그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위는 예외로 한다."고 정하고 있습니다. 따라서 노동조합의 자주성을 침해할 우려가 없는, 노동조합이 교섭과 투쟁을 통해 쟁취한 사용자의 후원과 지원은 부당노동행위라고 보기 어렵습니다.

**Tip. 사용자 지원 경비를 사용하는 방법**

– 노동조합의 조직력과 협상력을 통해 적절한 범위 내에서 사용자의 후원과 지원을 만들어내고 노사합의를 통해 합리적이고 체계적으로 기금 등을 운영한다는 관점으로 노동조합 활동을 하는 것이 바람직합니다.

– 사용자로부터 일정한 경비 원조를 받는 경우에는, 1) 당해 재원을 노동조합 조합비와는 구분하여 별도 재정으로 관리하고, 2) 노동조합 운영비 및 사업비와는 별도 항목으로, 조합원들의 후생복지, 상조, 노동조합 사무실 운영경비 등으로 사용처를 특정하여 해당 목적으로만 집행할 것을 권장합니다.

### (3) 부당노동행위 대응

**① 기본 대응**

무엇보다 부당노동행위는 기본권을 침해하는 심각한 범죄행위라는 인식이 사업장에 자리 잡게 만들어야 합니다. 이를 위해서는 조합원들에 대한 일상적인 교육과 함께 사용자에 대한 즉각적이고 조직적인 대응이 필요합니다.

현실에서는 부당노동행위가 만연하지만 법원이나 노동위원회에서 부당노동행위임이 잘 인정되지 않는 이유는 입증책임의 법리 때문이기도 합니다. 즉, 부당노동행위는 부당노동행위라고 주장하는 근로자 및 노동조합이 입증할 책임이 있다는 것이 판례의 일관된 태도입니다(대법원 1991. 7.26. 선고 91누2557 판결). 따라서 사용자의 부당노동행위가 행해지는 경우 사실을 입증할 수 있는 각종 자료를 최대한 확보하고, 사용자에게도 바로바로 항의하고 시정을 요구하며 그 근거를 남겨둬야 하겠습니다. 특히 노동조합 설립 초기에는 개별 조합원들이 사용자의 회유나 협박에 넘어가지 않도록 철저한 교육을 해야 합니다.

한편, 복수노동조합이 전면 허용된 이후 사용자의 복수노동조합을 이용한 부당노동행위 사례가 급증하고 있습니다. 교섭대표노동조합에 독점적인 교섭권을 주고 있다 보니, 사용자가 친사용자적인 노동조합에 근로자들의 가입을 후원하거나 친사용자적이지 않은 노동조합이 과반수노동조합이 되면 개별교섭을 하고 교섭내용에서 차별을 하는 식입니다. 교섭창구단일화제도 자체에 사용자의 재량이 많이 있어 복수노동조합 사업장이라면 더욱 사용자의 부당노동행위에 대한 주의와 대응이 요구됩니다.

**② 법적 대응**

부당노동행위가 발생한 경우 고용노동부 또는 검찰에 진정을 하거나 고소를 할 수 있고 노동위원회에 부당노동행위 구제신청도 할 수 있습니다. 사안에 따라 법원에 가처분신청을 제기하거나 소송을 할 수도 있습니다.

가) 진정 또는 고소

사용자의 부당노동행위는 특히 조속한 중단과 시정이 요구되는 사안입니다. 따라서 국가기관의 가장 빠른 조치가 필요한 경우 고용노동부(관할 고용노동지청)에 진정을 제기하고 빠른 조치를 요구해야 합니다. 가급적이면 진정서를 내고 출석조사를 기다리기보다 고용노동지청장을 면담하고 나서 진정서를 접수하고 빠른 조치를 요구하는 방식입니다. 부당노동행위 여부에 다툼이 있으면 일반적인 진정 사건처럼 최소 25일 이상의 기간이 소요될 수

있지만 명백한 사안이면 고용노동지청이 바로 개입할 수도 있습니다. 명확한 법적인 판단을 구하거나 사용자에 대한 처벌을 원하는 경우에는 진정보다 바로 고소·고발을 할 수도 있습니다.

나) 노동위원회 구제신청

부당노동행위 구제신청도 부당해고 등 구제신청과 마찬가지로 발생일로부터 3개월 내에만 제기할 수 있습니다. 다만 단체교섭 거부 등 계속하는 행위인 경우에는 그 종료일로부터 3개월 내에 하면 됩니다. 참고로, 3개월 전에 발생한 사용자의 지배·개입 발언이나 불이익취급행위 등은 구제신청의 심판대상은 못되지만(각하 대상), 다른 부당노동행위 사안을 판단할 때 참고사항이 될 수는 있습니다.

부당해고 등 구제신청은 해고 등 당사자만 할 수 있지만 부당노동행위 구제신청은 당사자가 속한 노동조합도 할 수 있습니다. 즉, 부당노동행위로서 부당해고를 당한 조합원을 대신해서 노동조합이 부당노동행위 구제신청을 하고 구제명령으로 당해 조합원에 대한 복직과 임금상당액 지급명령을 구할 수 있는 것입니다. 조합원에 대한 불이익취급의 부당노동행위인 인사처분이 발생하면 당사자는 그 인사처분에 대한 구제신청(부당해고 등 구제신청)을 하고, 노동조합은 인사처분이 불이익이자 노동조합에 대한 지배·개입일 수 있으니 부당노동행위 구제신청을 같이 제기하는 것이 좋습니다. 공정대표의무 위반 시정신청을 하는 경우에도 그 내용에 따라 부당노동행위 구제신청도 함께 할 수 있습니다.

참고로, 인사고과에서 조합원에 대한 불이익취급이 있는 경우 등 부당해고 등 구제신청의 대상이 아닌 사안도 부당노동행위 구제신청은 할 수 있습니다. 이때 목적은 '인사고과 재시행 명령 신청'이 될 수 있습니다.

지배·개입이나 단체교섭 거부·해태는 부당노동행위로 인정되더라도 '지배·개입행위를 중단하라', '단체교섭에 성실히 임하라' 정도의 구제명령이 내려져 실효성의 한계가 있습니다. 다만, 부당노동행위임을 노동위원회로부터 확인받은 후 고소를 해서 사용자가 처벌받게 할 수도 있고 그 자체로 부당노동행위 중단과 재발방지의 계기가 될 수 있다는 의미가 있겠습니다.

부당노동행위 구제신청의 절차는 부당해고 등 구제신청 절차와 대동소이하니 이 매뉴얼의 '부당해고'편에 있는 '법적 구제절차'를 참고하면 됩니다. 부당해고 등 구제신청 절차와 차이가 있는 대표적인 것으로는 긴급이행명령제도를 들 수 있습니다. 중앙노동위원회의 구제명령에 불복해서 사용자가 행정소송을 제기하는 경우 판결이 확정될 때까지 일단 구제명령을 사용자가 이행하게 해달라는 긴급이행명령신청을 할 수 있고, 법원의 긴급이행명령을 사용자가 위반하면 5백만원 이하의 과태료가 부과될 수 있습니다. 확정된 노동위원회의 구제명령을 위반한 사용자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처해집니다. 이는 확정된 부당해고 등 구제명령 위반에 대한 처벌 형량보다 높습니다.



**Tip. 단체교섭 거부·해태시 대응**

– 사용자가 무작정 교섭을 거부하는 경우에는 부당노동행위 구제신청보다 처리기간이 짧은 노동쟁의 조정신청을 노동위원회에 해보는 방법도 있습니다.

– 교섭이 진행되지 못했기 때문에 노동조합법 상 노동쟁의가 발생한 것으로 볼 수 없기도 하여 노동위원회가 행정지도(더 교섭을 하라는 일종의 각하결정)를 할 수도 있으나, 노동조합에 귀책사유 없이 교섭이 진행되지 못한 경우에는 노동위원회가 노동조합의 쟁의권을 침해할 수 있는 행정지도를 가급적 내리지 않고 조정중지 결정(조정안을 제시하지 않고 조정을 종료하는 결정으로서 노동조합은 쟁의권을 확보하게 됨)을 하는 경향이 있습니다. 즉, 사용자에게 교섭의무가 있음을 간접적으로 확인받을 수도 있고 쟁의권 확보를 통해 사용자를 압박하는 효과가 생길 수도 있는 것이죠.

– 복수노동조합일 때 사용자가 교섭창구 단일화 절차를 개시하지 않는 방식으로 교섭을 거부하면 노동위원회에 '교섭요구 사실의 공고에 대한 시정신청'을 할 수 있습니다.

다) 법원에 소송 등 제기

부당노동행위 여부에 대한 법적인 판단을 받자면 최종적으로는 법원의 판결이 필요합니다. 다만, 속성상 빠른 중단과 시정이 필요한 부당노동행위 사안에서 처음부터 소송을 제기할 실익은 거의 없습니다.

다만 노동조합의 단체교섭권(사용자의 단체교섭의무) 자체에 다툼이 있는 경우, 조합원 범위, 교섭대상 등의 문제로 사용자가 교섭을 거부하거나 각종 부당노동행위로서의 사용자의 처분이나 행위를 즉각 중단시킬 필요가 있을 때에는 법원에 가처분신청을 해볼 수 있습니다.

한편, 부당노동행위가 불법행위로 인정되는 경우 근로자와 노동조합은 사용자에 대해 손해배상청구소송도 제기할 수 있습니다.

**관련 판례**

사용자가 노동조합의 조직 또는 운영에 지배·개입하는 행위가 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 부당노동행위로 인정되는 경우 그 지배·개입행위는 헌법이 보장하고 있는 노동조합의 단결권을 침해하는 위법한 행위로 평가되어 노동조합에 대한 불법행위가 되고 사용자는 이로 인한 노동조합의 비재산적 손해에 대하여 위자료 배상책임을 부담한다(대법원 2020. 12. 24. 선고 2017다51603 판결)

# 3 노동조합 운영

### (1) 조합민주주의

노동조합 운영의 대원칙이자 기본원리는 '조합민주주의'입니다. 즉, 노동조합의 의사결정은 조합원들의 총의를 최대한 반영하여 가장 민주적으로 결정해야 합니다.

노동조합 운영과 활동에서 핵심은 조합원들의 단결력과 노동조합의 조직력에 있다는 것을 정확히 인식하고 노동조합법의 형식적인 규정에 경직되게 얽매이기보다는 조합민주주의를 얼마나 잘 구현할 것인가를 중심에 두고 노동조합을 운영하는 것이 중요합니다.

**Tip. 노사자치주의 원칙**

– 근기법 등의 개별적 근로관계법은 국가의 적극적 개입을 통한 엄격한 법해석과 법집행을 기본원리로 한다면, 노동조합법 등의 집단적 노사관계법은 국가의 개입보다 노사자치주의와 조합민주주의를 기본원리로 하고 있습니다.

– 따라서 근기법에 기초한 임금체불이나 부당해고에 대한 법 해석과 노동조합법에 기초한 노사관계 및 노동조합 운영에서의 법 해석은 다소 다른 관점을 요구합니다. 집단적 노사관계에서는 위법소지가 없지 않더라도 노동조합과 사용자가 노사자치주의에 입각하여 체결한 합의는 그 자체로 일단 존중되어야 하고, 노동조합 내부 운영에서도 엄격한 법 적용보다는 조합원들의 총의를 얼마나 제대로 반영하여 민주적으로 결정된 사항인가라는 조합민주주의의 원리에 따라 위법여부를 판단하는 것이 올바릅니다.

### (2) 규약

**관련 법률 – 노동조합법**

제11조(규약) 노동조합은 그 조직의 자주적·민주적 운영을 보장하기 위하여 당해 노동조합의 규약에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 명칭
2. 목적과 사업
3. 주된 사무소의 소재지
4. 조합원에 관한 사항(연합단체인 노동조합에 있어서는 그 구성단체에 관한 사항)
5. 소속된 연합단체가 있는 경우에는 그 명칭
6. 대의원회를 두는 경우에는 대의원회에 관한 사항
7. 회의에 관한 사항
8. 대표자와 임원에 관한 사항
9. 조합비 기타 회계에 관한 사항
10. 규약변경에 관한 사항
11. 해산에 관한 사항
12. 쟁의행위와 관련된 찬반투표 결과의 공개, 투표자 명부 및 투표용지 등의 보존·열람에 관한 사항
13. 대표자와 임원의 규약위반에 대한 탄핵에 관한 사항
14. 임원 및 대의원의 선거절차에 관한 사항
15. 규율과 통제에 관한 사항

노동조합 규약은 조합민주주의를 구현하기 위한 자치규범으로서 한 마디로 노동조합 자체의 법입니다. 보통 규약 아래에 규정, 규칙, 세칙 등으로 하위규범을 두는 경우가 많고 넓은 의미의 규약은 그 모두를 포함하는 개념이지만 노동조합법 상의 제·개정절차는 좁은 의미의 규약에만 적용됩니다.

규약을 제정하거나 개정하려면 반드시 재적 조합원(대의원)의 과반수 출석과 그 출석 조합원(대의원)의 3분의 2 이상이 찬성해야합니다.

**Tip. 규약 해석**

– 규약 해석과 관련해서 노동조합 내부에서 다툼이 생기는 경우가 종종 있습니다.

– 규약과 같은 규범은 우선 문언에 충실하게 해석하는 것이 우선이지만 문언만으로는 객관적인 의미 파악이 어렵다면 다른 규정과의 관계, 당해 규정이 만들어진 목적과 배경 및 과정, 그 규정으로 얻고자 하는 목적 등을 종합적으로 고려하여 사회일반의 상식 및 통념에 따라 합리적으로 해석해야합니다.(단체협약 등 다른 규범 해석에서도 마찬가지)

– 따라서 불필요한 논란 소지를 없애기 위해 무엇보다 규약 제·개정 총회(대의원회) 시 자료집 및 회의록 등에 제·개정 취지와 과정 등을 정확하게 남겨둘 필요가 있습니다.

– 규약 해석 상 다툼을 예방하기 위해 규약 해석권을 가진 기구(위원장, 운영위원회 등)를 규약에 명시해두는 것도 좋습니다.

### (3) 가입 및 탈퇴

가) 가입

노동조합 규약 상 가입대상이라면 누구나 해당 노동조합에 가입할 수 있습니다.

많은 노동조합들이 일정한 가입절차를 규약에서 정하고 있는데, 규약에서 위원장의 승인 하에 가입 처리한다고 정해놨으면 위원장이 가입 처리를 거부할 수 있을까요? 정당한 사유가 없다면 안 되고 일정한 승인절차를 두는 경우에도 그것이 과도한 심사나 허가 절차로 운용되는 경우에는 위법합니다(대법원 1996. 10. 29. 선고 96다28899 판결). 이렇게 정당한 사유 없이 가입이 불승인되거나 지연되는 경우에는 근로자가 제출한 노동조합 가입원서가 노동조합에 도달한 때에 법적으로는 조합원 자격을 취득한 것으로 해석합니다.

다만, 조합원이었다면 제명에 해당될 정도의 비위행위가 있는 자에 대해서는 가입을 거부할 수도 있습니다(대법원 1996. 10. 29. 선고 96다28899 판결).

한편, 다른 노동조합에도 가입한 이른바 이중 가입자에 대해서는 규약으로 가입을 제한할 수도 있습니다. 근로자가 여러 개 노동조합에 이중 가입하는 것은 법적으로 제한이 없으나, 노동조합 가입대상은 노동조합 스스로가 정하는 것이니 다른 노동조합에 가입한 사람은 조합원 자격이 없는 것으로 가입범위를 정하는 것도 가능하다고 봅니다.

나) 탈퇴

탈퇴 역시 자유롭게 할 수 있습니다. 역시 규약에서 탈퇴 처리 절차를 두고 있는 경우 그 절차가 과도하다면 위법하며 정당한 사유 없이 노동조합이 탈퇴 승인을 거부하는 경우에는 그 근로자의 노동조합 탈퇴서가 노동조합에 도달한 때에 법적으로는 탈퇴의 효력이 발생하는 것으로 봅니다.

### (4) 조합원의 권리와 의무

**① 권리와 의무**

노동조합법(제22조)은 "노동조합의 조합원은 균등하게 그 노동조합의 모든 문제에 참여할 권리와 의무를 가진다."라고 정하고 있습니다. 노동조합의 힘은 조합원들의 참여로부터 나오는 만큼 모든 조합원이 노동조합 활동에 적극적으로 참여할 수 있도록 노동조합을 운영해야 하는 것이 무엇보다 중요합니다.

조합원은 총회를 비롯하여 노동조합 각종 기구에 참여할 권리가 있고, 임원 선거권과 피선거권을 가지며, 규약 개정, 예·결산 심의, 쟁의행위 결의 등 노동조합의 각종 의사결정에 참여할 권리가 있습니다.

한편 조합비 납부의무를 비롯하여 규약과 노동조합의 결정 및 방침을 준수해야 할 의무가 있습니다. 조합비를 납부하지 않은 조합원에 대해서는 선거권과 피선거권 등의 권리를 제한하는 것도 적법합니다.

**② 징계**

조합비를 납부하지 않거나 노동조합 규약과 결의를 위반한 조합원에 대해서는 노동조합이 징계를 할 수 있습니다. 노동조합의 징계권은 통일적 의사에 따른 단결력을 확보하기 위한 취지의 제도라고 이해하면 됩니다. 규율과 통제에 관한 사항은 노동조합법 상 규약의 필수 기재사항이기도 하고 조합원의 권리 제한은 조합민주주의 원칙 상 대단히 중요한 사안이니, 징계의 대상과 절차 등을 규약(징계규정 등)으로 미리 잘 정해 놓고 그에 맞게 운영하도록 해야 합니다.

노동조합의 징계에 대해 불복하는 조합원은 법원에 소송을 제기할 수도 있으나 노동조합법(제21조 제2항)은 행정관청에 시정명령을 신청할 수 있는 제도를 두고 있기도 합니다. 관할 행정관청에 시정명령신청을 하면, 그 징계처분이 위법하거나 규약에 위반되는 징계라고 행정관청이 판단할 경우 노동위원회의 의결을 얻어 노동조합에 시정명령을 할 수 있습니다. 시정명령을 위반한 노동조합에는 5백만원 이하 벌금형의 벌칙이 부과됩니다. 참고로, 이 절차는 대략 1~2개월이 소요됩니다.



### (5) 노동조합의 기구

노동조합은 체계적인 의사결정과 노동조합 운영을 위해 필요한 기구들을 둘 수 있습니다. 노동조합법은 총회와 대의원회만 규정하고 있는데, 대개의 노동조합들은 총회, 대의원회 외에도 그 아래에 운영위원회, 집행위원회(사무국과 집행부서) 등을 두고 별도로 회계감사위원회, 선거관리위원회 등 위원회 기구 등을 운영하고 있기도 합니다.

**① 총회와 대의원회**

**관련 법률 – 노동조합법 제15조(총회의 개최)**

① 노동조합은 매년 1회 이상 총회를 개최하여야 한다.

② 노동조합의 대표자는 총회의 의장이 된다.

**제17조(대의원회)**

① 노동조합은 규약으로 총회에 갈음할 대의원회를 둘 수 있다.

② 대의원은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 선출되어야 한다.

③ 대의원의 임기는 규약으로 정하되 3년을 초과할 수 없다.

④ 대의원회를 둔 때에는 총회에 관한 규정은 대의원회에 이를 준용한다.

가) 개요

총회는 전체 조합원으로 구성되는 노동조합의 최고 의사결정기구이며, 노동조합 운영과 관련된 모든 결정을 할 수 있습니다. 노동조합 대표자가 총회의 의장이 되고, 매년 1회 이상 개최해야 합니다.

대의원회는 총회 다음가는 의사결정기구입니다(실제 노동조합들은 대부분 대의원대회라고 부르나 노동조합법상 용어는 대의원회임). 총회처럼 노동조합의 대표자가 대의원회의 의장이 되지만 대의원직을 겸직하고 있지 않은 한 총회와 달리 의결권은 없습니다. 규약에 '대의원회는 총회에 갈음한다.'라고 정하면 총회의 모든 권한을 대의원회에서 행사할 수 있고 대의원회는 노동조합법 상 총회에 관한 규정을 준용하게 됩니다.

대의원은 조합원의 직접·비밀·무기명투표로 선출해야 합니다. 간접선거로 선출하거나 임명(지명)할 수 없습니다(대법원 2000.1.14. 선고 97다41349 판결). 사업장별 또는 부서별 등 적정 단위별로 선출하면 되지만 형평성에 현격히 반하거나 부당한 경우에는 위법할 수 있습니다. 대의원 선출은 임원 선출과는 달리 총회나 대의원회에서의 의결사안이 아니기 때문에 후보자가 여럿인 경우 과반수 득표자가 없더라도 다득표자를 당선처리 할 수 있습니다. 대의원의 임기는 규약으로 정하되 3년을 초과할 수 없습니다(노동조합법 제17조 제4항).

**Tip. 대의원회와 조합 민주주의**

– 대의원회는 노동조합법상 필수기구는 아닙니다. 대의제 민주주의를 구현하기 위한 기구이자 임원 및 집행기구에 대한 감시·견제 기능도 수행합니다. 다만, 조합원 수가 많지 않은 노동조합에서는 몇 명의 대의원을 두고 노동조합 위원장이 대의원들을 소위 장악하면 조합 민주주의에 역행할 수도 있습니다. 한편, 고용노동부는 규약에서 대의원회가 총회 기능을 갈음하도록 정하면 총회는 개최하지 않아도 위법하지 않다는 입장입니다. 따라서 집행기구에 대한 적절한 견제기능과 대의제 민주주의의 취지에 맞는 적정한 대의원회 운영을 위해서는 노동조합의 규모와 조합원 분포 등에 맞는 적절한 대의원 선거구 설정, 선거절차, 대의원회의 기능 설계와 운영이 필요합니다.

– 대의원의 역할과 책임도 잘 설계하고 교육해야 합니다. 특히 조합원들의 의사를 제대로 수렴하고 상시적으로 반영하는 노동조합의 골간 간부로서의 역할을 할 수 있도록 해야 하겠습니다.

나) 임시총회(임시대의원회)

**관련 법률 – 노동조합법 제18조(임시총회 등의 소집)**

① 노동조합의 대표자는 필요하다고 인정할 때에는 임시총회 또는 임시대의원회를 소집할 수 있다.

② 노동조합의 대표자는 조합원 또는 대의원의 3분의 1이상(연합단체인 노동조합에 있어서는 그 구성단체의 3분의 1이상)이 회의에 부의할 사항을 제시하고 회의의 소집을 요구한 때에는 지체 없이 임시총회 또는 임시대의원회를 소집하여야 한다.

③ 행정관청은 노동조합의 대표자가 제2항의 규정에 의한 회의의 소집을 고의로 기피하거나 이를 해태하여 조합원 또는 대의원의 3분의 1이상이 소집권자의 지명을 요구한 때에는 15일 이내에 노동위원회의 의결을 요청하고 노동위원회의 의결이 있는 때에는 지체 없이 회의의 소집권자를 지명하여야 한다.

④ 행정관청은 노동조합에 총회 또는 대의원회의 소집권자가 없는 경우에 조합원 또는 대의원의 3분의 1이상이 회의에 부의할 사항을 제시하고 소집권자의 지명을 요구한 때에는 15일 이내에 회의의 소집권자를 지명하여야 한다.

총회와 대의원회는 의장인 노동조합 대표자만이 소집할 수 있습니다. 단, 조합원(대의원) 3분의 1 이상이 회의에 부의할 사항을 제시하여 소집을 요구한 경우 노동조합 대표자는 반드시 총회(대의원회)를 소집해야합니다.

조합원들의 민주적 참여 권리 제고 취지에서, 규약에 조합원 3분의 1보다 느슨하게(4분의 1이나 5분의 1 등) 소집요구 인원수를 규정하는 것은 가능하나 법보다 높게(2분의 1 등) 정하는 것은 위법합니다.

노동조합법(제18조)은, 임시총회(임시대의원회) 소집권자(노동조합



대표자)가 없거나 노동조합 대표자가 임시총회(대의원회) 소집을 고의로 기피·해태하는 경우 행정관청에 소집권자 지명을 요구할 수 있는 제도를 두고 있습니다. 물론 규약에서 노동조합 자체적으로 총회 소집권자가 될 수 있는 규정(소집권자가 고의로 기피·해태하는 경우 회계감사가 소집 등)을 두고 있다면 그에 따르면 됩니다(대법원 1993. 11. 23. 선고 92누18351 판결).

| 구분 | 신청절차 | 결과 |
|---|---|---|
| 소집권자가 없는 경우 | 조합원(대의원) 1/3 이상이, ① 회의에 부의할 사항을 제시하고, ② 총회(대의원회) 소집권자를 정하여, 행정관청에 총회(대의원회) 소집권자 지명 신청 | 행정관청은 15일 이내에 소집권자 지명 → 지명된 소집권자가 총회(대의원회) 소집 |
| 소집권자가 소집을 고의로 기피·해태하는 경우 | 조합원(대의원) 1/3 이상이, ① 회의에 부의할 사항을 제시하고, ② 총회(대의원회) 소집권자를 정하여, 행정관청에 총회(대의원회) 소집권자 지명 신청 | 행정관청은 15일 이내에 관할 노동위원회에 의결 요청 → 노동위원회는 심판회의를 열어 법상 요건이 갖춰져 있다 판단되면 소집권자 지명 의결 → 행정관청은 총회(대의원회) 소집권자 지명 → 지명된 소집권자가 총회(대의원회) 소집 |

표3 임시총회(대의원회) 소집권자 지명요구 제도

**Tip. 임시총회(대의원회) 소집요구 방법**

– 노동조합 대표자에게 총회(대의원회) 소집을 요구하는 서류와 행정관청에 소집권자 지명을 요구하는 서류(노동조합법 시행규칙 별지 제6호 서식)는 다르므로, 원칙적으로 조합원 명단(서명지) 역시 별도로 작성해야 합니다. 조합원들의 서명을 받는 일이 간단치 않을 수 있으므로, 노동조합 대표자에게 소집을 요구해도 거부되어 행정관청에 소집권자 지명요구까지 진행할 가능성이 높다면 처음부터 두 서류를 함께 준비해서 조합원들에게 각 내용을 주지시키고 동시에 서명을 받을 필요가 있습니다.

– 이 제도는 행정관청에 재량권이 있어 행정관청이 노동조합 위원장의 총회 소집 거부가 정당하다고 판단하면서 노동위원회에 의결을 요청하지 않을 경우 법적으로는 대응방법이 없을 수 있음도 주의해야 하겠습니다.

**② 소집절차**

회의개최일 7일전까지 회의 일시 및 장소와 안건을 공고해야 합니다(노동조합법 제19조). 노동조합이 한 개 사업장 내 근로자로만 구성된 경우에는 규약으로 공고기간을 단축할 수 있는데 '단축할 수 있다.'고만이 아니라 '○일 전까지'로 규약에 정해놓아야 합니다.

안건은 그 내용이 무엇을 의미하는지 알 수 있을 정도로 구체적이고 명확해야 합니다. 공고되지 않은 안건은 원칙적으로 처리할 수 없다고 보지만, 이른바 '긴급발의'의 요건과 절차를 규약에 정해놓고 있거나 그렇지 않은 경우에도 긴급발의를 할 수밖에 없는 긴급성과 필요성이 존재하고 충분한 의견수렴 및 적정한 표결절차를

거친다면 안건 상정 및 처리도 가능하다고 봅니다(노조68107-319, 2002. 4. 18.).

소집절차제도는 충분한 시일 전에 공고하여 당해 회의가 있음을 주지시키고 미리 안건을 알려 당해 안건에 대한 나름의 고민을 해올 수 있도록 하는 취지이므로, 일정한 하자가 있는 경우 그 하자의 크기는 이러한 입법취지에 맞춰 해석됩니다.

---

**Tip. 공고기간이 단축된 경우 의결의 효력**

– 기간을 준수하지 못한 경우에도 그 하자가 의결에 있어 구성원들의 의사를 실질적으로 반영하는데 장애를 초래하지 않았고 전체적으로 조합원들의 총의가 반영된 의결이라면 유효하다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1992. 3. 27. 선고 91다29071 판결).

– 다만, 절차상 하자는 일반적으로 중대한 것으로 해석되고 실제 구체적인 판단에서는 논란이 많을 수 있어 주의가 요구되니 불가피하게 긴급 소집할 수밖에 없는 경우 그 사정도 함께 공고하고 전화, 이메일, 직접 대면 등 가능한 모든 방법으로 공고내용을 일일이 알리고 내용을 전달받았음을 확인받는 등의 조치를 할 필요가 있겠습니다.

---

한편, 총회 또는 대의원회는 꼭 한 자리에 모이는 집회 방식이 아니라 안건에 대해 투표를 하는 총투표 방식도 가능합니다. 예를 들어, 노동조합 대표자를 선출할 때 또는 단체협약 잠정합의안에 대해 조합원들의 동의 여부를 묻는 투표 실시를 총회 또는 대의원회 개최로 처리할 수도 있습니다(총투표 방식의 회의 개최). 최근 코로나19 상황으로 대면회의가 어려워 온라인회의, 모바일투표, ARS투표 등의 비대면 방식의 회의개최도 많습니다. 이 역시 미리 안건과 장소(온라인 회의 장소를 공지하거나 모바일투표 등의 총투표 방식임을 공지)를 공지하고, 직접·비밀·무기명 투표를 요하는 안건 처리 시에는 당사자가 직접 투표를 했다는 점과 투표 내용이 식별되지 않도록 하면 됩니다(서울중앙지법 2017. 4. 28. 선고 2016가합 520510 판결).

**③ 의결**

가) 일반결의

모든 기구는 법 또는 규약에 달리 정한 바가 없으면 재적 과반수 출석에 출석 과반수 찬성으로 의결합니다.

여기서 '재적'이란 어떤 명부에 적을 두고 있는 것을 말하는데, 재적을 확인하는 시점이 중요합니다. 예를 들어 내일이 총회인데 오늘 노동조합에 가입한 조합원에게도 총회에서의 의결권을 줘야 할까요? 적절한 기준이 있다면 부여하지 않아도 됩니다. 즉, 총회는 총회 공고일, 선거는 선거인명부 확정일 등으로 미리 규약을 통해 합리적인 기준을 잘 마련해두어야 분쟁의 소지를 없앨 수 있습니다. '출석'은 말 그대로 회의 장소에 나온 것을 말합니다.

재적 과반수 출석('의사정족수')으로 회의가 성립하면 의결을 위한 '의결정족수'가 중요합니다. 예를 들어, 재적 50명에 27명이 출석해서 의사정족수는 충족되었고 특정 안건을 투표방식으로 처리하기로 하고 개표해봤더니 투표지는 25표에 찬성 13표, 반대 12표가 나왔다면 이 안건은 가결된 것일까요? 달리 정한바 없이 당해 안건 처리 시 출석인원을 27명으로 산정했다면 찬성표가 과반이 못 되니 부결입니다(출석 27명에 찬성 13명, 반대 12명, 기권 2명). 그러나 투표방식으로 안건을 처리하는 경우 투표함의 투표지 수를 출석인원으로 본다고 규약으로 정해놨다면 이 안건은 가결입니다(출석 25명에 찬성 13명, 반대 12명). 회의 중 매 안건 의결 시마다 의결 전에 먼저 출석인원수를 다시 확인하는 것이 가장 좋습니다.

나) 특별결의

노동조합법은, 1) 규약의 제정 및 변경, 2) 임원의 해임, 3) 노조의 합병·분할·해산 및 조직형태변경에 대하여는 재적 과반수 출석에 출석인원 3분의 2 이상의 찬성을 의결정족수로 정하고 있으며(노동조합법 제16조 제2항), 4) 쟁의행위의 결의는 재적 조합원 과반수 찬성을 의결정족수로 두고 있습니다(노동조합법 제41조 제1항). 이를 특별결의 대상이라고 합니다. 역시 법 내용보다 엄격한 의결정족수를 규약으로 둘 수는 있으나 법 내용보다 낮은 의결정족수를 두는 것은 위법합니다.

다) 의결방식

직접·비밀·무기명 투표를 요하는 사항은, 1) 규약 제정 및 변경, 2) 임원 선거 및 해임, 3) 대의원 선출입니다(노동조합법 제16조 제4항, 제17조 제2항). 다른 사항은 규약에 특별히 정한 바가 없는 경우 거수, 기립, 만장일치에 의한 박수(만장일치로 처리하는 경우 먼저 반대의견이 있는지를 확인하는 것이 필요) 등의 방식도 가능합니다.

참고로, 상기 세 가지 사항이 아니라도 예를 들어 조합비 금액이 규약에 명시돼 있어 조합비 인상 안건을 처리하면 결과적으로는 규약 개정을 동반하게 되는 경우라면 역시 규약 변경사항으로 보아 직접·비밀·무기명 투표와 특별결의를 필요로 합니다(서울고법 2012. 9. 12. 선고 2011라1252 판결).

---

**Tip. 노동조합 회의 절차**

– 노동조합의 각종 회의 기구를 운영하다보면 회의절차 상의 다툼도 많이 발생하는데, 노동조합법에는 구체적인 회의절차와 관련한 규정은 없습니다.

– 긴급동의 시 동의와 제청 방식, 수정안건 처리 시 수정안과 원안의 처리순서 등 구체적인 회의절차에서 통상적으로 국회의 회의규정을 준용하여 진행하는 경우가 많습니다. 그러나 노동조합 회의에서 국회법 등에 따른 국회의 회의규정이 적용되는 것은 당연히 아닙니다. 따라서 자체적으로 규약(회의규정 등)에 민주적이고 합리적인 회의절차를 정해 놓고 그에 따르면 됩니다. 규약으로 정해놓지 않았다면 조합원의 총의를 모아 결정하면 됩니다.

### (6) 임원

**① 의의 및 임기**

임원은 총회(대의원회)에서 조합원들(대의원들)의 직접·비밀·무기명 투표에 의해 선출된 노동조합 대표자 등을 말합니다. 임기는 3년을 초과할 수

없습니다(노동조합법 제23조 제2항). 참고로, 임원의 임기를 늘리거나 줄이는 규약 개정이 있더라도 현 임원에게는 적용되지 않습니다.

**② 선출**

규약을 통해 노동조합 가입기간, 일정 수 이상 조합원의 추천, 조합비 완납 등 임원선거 입후보 요건을 두더라도 합리성이 있으면 위법하지 않습니다(대법원 1992. 3. 31. 선고 91다14413 판결).

같은 직책의 다수 임원을 선출하는 경우 '동반입후보제(러닝메이트)'가 아닌 한 후보자들 전체에 대해 일괄로 찬반을 묻는 투표방식은 허용되지 않습니다.

임원 선출도 총회(대의원회)에서의 안건 처리이므로 과반수 득표자를 선출해야 합니다. 그러나 과반수 찬성을 얻은 자가 없어도 결선투표를 실시하여 다득표자를 임원으로 선출할 수 있다고 규약에서 정해놓은 경우에는 다득표자를 당선자로 선출할 수 있습니다(노동조합법 제16조 제3항).

선거절차나 선거운동 등에 중대한 흠이 있는 경우에는 선거무효 또는 당선무효 처리도 할 수 있습니다. 선거절차는 분쟁의 소지가 많은 사안이므로 가능한 자세하고 구체적으로 관련 내용을 규약(선거관리규정)에 미리 정해놓을 필요가 있습니다. 특히 노동조합 집행부로부터 독립된 선거관리위원회를 두고 선거업무를 공정하게 처리할 수 있도록 해야 하겠습니다.

**③ 해임**

임원 해임은 특별결의사항으로서 총회(대의원회에서 선출한 경우에는 대의원회)에서 재적 과반수 출석에 출석 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 합니다.

임원도 비위행위 등이 있으면 징계의 대상이 될 수 있으나 해임의 결과를 수반하는 제명처분은 총회(대의원회에서 선출한 경우에는 대의원회)에서만 할 수 있다고 봅니다(서울행법 2011. 3. 16. 선고 2010구합30673 판결).

### (7) 회계감사

노동조합의 대표자는 회계감사로 하여금 6개월에 1회 이상 노동조합에 대한 회계감사를 실시하게하고 그 내용과 감사결과를 전체 조합원에게 공개해야하며, 회계감사는 스스로 필요하다고 판단할 경우 수시로 회계감사를 실시하고 그 결과를 공개할 수 있습니다(노동조합법 제25조).

비민주적으로 운영되는 노동조합의 경우 회계감사를 제대로 실시하지 않거나 회계감사 결과를 제대로 공개하지 않는 경우도 있는데, 이에 대해서는 노동조합법 상 벌칙이 없어 실효성 있는 제재방안이 마땅치 않은 문제가 있기도 합니다.

노동조합이 재정을 투명하게 잘 운영하는 것은 민주적인 노동조합 운영의 기본입니다. 금전적인 비리나 부실한 회계 관리는 조합원들의 신뢰를 잃게 하고 결국 노동조합의 단결력과 조직력도 훼손된다는 점을 꼭 명심해야 하겠습니다.



### (8) 노동조합 전임자(근로시간 면제자)

**관련 법률 – 노동조합법 제24조(근로시간 면제 등)**

① 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다.

② 제1항에 따라 사용자로부터 급여를 지급받는 근로자(이하 "근로시간면제자"라 한다)는 사업 또는 사업장별로 종사근로자인 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도(이하 "근로시간 면제 한도"라 한다)를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다.

③ 사용자는 제1항에 따라 노동조합의 업무에 종사하는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 제한해서는 아니 된다.

④ 제2항을 위반하여 근로시간 면제 한도를 초과하는 내용을 정한 단체협약 또는 사용자의 동의는 그 부분에 한정하여 무효로 한다.

**① 개요**

사용자가 동의하면 사용자에 대한 근로제공의무가 면제되어 노동조합 업무에만 전념하는 조합원을 둘 수 있습니다. 이를 '노동조합 전임자'라고 합니다. 기업별 노동조합이 대다수인 한국에서는 외국과 다르게 회사 소속 근로자 중에서도 노동조합 업무를 전담하는 사람이 필요했습니다. 그렇지 않으면 모든 조합원이 회사 일을 해야 되는 상황에서 일상적인 노동조합 활동을 하기 어렵고, 노동조합 대응 업무만 전담하는 직원을 둘 수 있는 사용자와 비교해서 최소한의 균형도 갖출 수 없습니다. 그래서 법에 제도가 있기 전부터 단체협약 등을 통해 노동조합들이 전임자를 확보했고 판례를 통해 적법한 것으로 인정되어오다가 1997년에 노동조합법 개정으로 제도화가 되었습니다.

한편, 법에 명문화됨과 동시에 전임자에 대한 사용자의 급여 지급 금지규정도 함께 제정됐습니다. 다만 그 시행을 유예해오다가 2010년 노동조합법 개정으로 시행이 된 대신 근로시간면제(Time-off)제도를 신설하여 이 제도에 따라 급여를 받으면서 노동조합 업무를 할 수 있도록 하였습니다. 근로시간면제제도에 따른 유급 노동조합 전임자를 '근로시간면제자'라고 합니다.

**② 근로시간면제제도(타임오프제도)**

노동조합법(제24조)은, 사업 또는 사업장별로 조합원 수를 기준으로 정부(근로시간면제심의위원회)에서 정한 '근로시간면제 한도' 범위 내에서 근로시간면제자가 사용자로부터 임금을 받으면서 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 노동조합 유지·관리업무를 할 수 있도록 하고 있습니다.

**〈근로시간면제 한도 고시(2013. 6. 25. 노동부 고시 제2013-31호)〉**

가. 조합원 규모별 근로시간면제 한도

| 조합원 규모* | 연간 시간 한도 | 사용가능 인원 |
|---|---|---|
| 99명 이하 | 최대 2,000시간 이내 | • 조합원수 300명 미만의 구간: 파트타임으로 사용할 경우 그 인원은 풀타임으로 사용할 수 있는 인원의 3배를 초과할 수 없다<br>• 조합원수 300명 이상의 구간: 파트타임으로 사용할 경우 그 인원은 풀타임으로 사용할 수 있는 인원의 2배를 초과할 수 없다. |
| 100명~199명 | 최대 3,000시간 이내 | |
| 200명~299명 | 최대 4,000시간 이내 | |
| 300명~499명 | 최대 5,000시간 이내 | |
| 500명~999명 | 최대 6,000시간 이내 | |
| 1,000명~2,999명 | 최대 10,000시간 이내 | |
| 3,000명~4,999명 | 최대 14,000시간 이내 | |
| 5,000명~9,999명 | 최대 22,000시간 이내 | |
| 10,000명~14,999명 | 최대 28,000시간 이내 | |
| 15,000명 이상 | 최대 36,000시간 이내 | |

✷ '조합원 규모'는 「노동조합 및 노동관계조정법」 제24조제4항의 '사업 또는 사업장'의 전체 조합원 수를 의미하며, 단체협약을 체결한 날 또는 사용자가 동의한 날을 기준으로 산정한다.

나. 지역분포에 따른 근로시간면제 한도

| 대상 | 추가 부여되는 근로시간면제 한도 | |
|---|---|---|
| | 광역자치단체 개수 | 시간 |
| 전체 조합원 1,000명 이상인 사업 또는 사업장 | 2~5개 | (사업 또는 사업장 연간 근로시간면제 한도)×10% |
| | 6~9개 | (사업 또는 사업장 연간 근로시간면제 한도)×20% |
| | 10개 이상 | (사업 또는 사업장 연간 근로시간면제 한도)×30% |

✷ 광역자치단체 개수 산정기준
① 광역자치단체는 지방자치법 제2조제1항제1호에 따른 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도를 말한다.
② 광역자치단체의 개수는 해당 사업 또는 사업장의 전체 조합원 5% 이상이 근무하는 것을 기준으로 산정한다.

사업체의 전체 노동조합 조합원 수를 기준으로 합니다. 복수노동조합이 있는 경우 전체 조합원 수가 기준이고, 교섭단위가 분리된 경우에도 마찬가지입니다. 즉, 교섭단위 분리에 따라 분리된 단위별로 따로 교섭을 하더라도 근로시간면제 한도는 전체적으로 맞춰야 합니다.

최소 규모는 조합원 수 99명까지이고 이 때 근로시간면제 한도는 연간 최대 2천 시간인데, 2천 시간은 대략 휴일을 제외한 연간 근무일수(약 250일)이므로 통상 풀타임 근로시간면제자 1인으로 봅니다.

풀타임 근로시간면제자를 두지 않거나 두더라도 일부는 파트타임 근로시간면제자를 두는 경우 파트타임 근로시간면제자 수에 제한이 있습니다. 조합원 수가 300명 미만이면 풀타임으로 사용할 수 있는 인원의 3배를, 조합원 수가 300명 이상이면 2배를 초과할 수 없습니다. 예를 들어, 전체 근로시간면제 한도가 3천 시간인 경우 풀타임으로 산정하면 1.5명(소수점 이하는 1명으로 인정하므로 2명)이므로 그 3배인 6명까지 파트타임으로 둘 수 있습니다. 한편, 조합원 수가 1천 명 이상이고 조합원들이 2개 이상의 광역자치단체(전체 조합원 수의 5% 이상이 근무하는 광역자치단체만 해당)에 근무하는 경우 그 수에 따라 일정한 비율로 근로시간면제 한도가 추가 부여됩니다.

근로시간면제 한도는 말 그대로 최대치이므로 사용자가 근로시간면제자를 두는 것에 동의하지 않거나 최소치만 수용하는 것도 위법하지 않습니다. 풀타임 근로시간면제자를 둘지, 파트타임 근로시간면제자를 둘지, 파트타임인 경우 어떤 방식으로 근로시간면제 시간을 쓸 것인지 등에 대해서도 노사가 합의하여 정해야 합니다. 예를 들어, 1명이 연간 1천 시간의 근로시간면제 시간을 쓰는 경우 상반기에만 풀타임으로 쓰는 방법, 1일 4시간씩 매일 쓰는 방법, 격일로 쓰는 방법 등이 있을 수 있는데, 이런 것들을 사전에 노사합의로 정하지 않으면 그 사용과 관련한 다툼이 있을 수 있으니 주의해야 하겠습니다.

**③ 제도의 문제점 및 대응방안**

가) 문제점

노사가 자율적으로 근로시간면제 한도 고시 범위를 넘어 전임자 급여지급에 합의하더라도 그 합의는 무효라고 대법원은 판단했고 그 내용을 담은 규정이 최근 노동조합법에 명문화되었습니다(노동조합법 제24조 제4항. 2021. 7. 6. 시행). 아울러 고시 범위를 넘어 전임자에게 급여지급을 하는 것은 사용자의 부당노동행위로 봅니다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다78362 판결).

전임자에 대한 사용자의 급여지급은 노동조합이 교섭과 투쟁을 통해 쟁취해낸 결과물입니다. 따라서 노동조합의 자주성을 침해할 구체적인 우려가 있는지를 따지지 않고 무조건 부당노동행위라고 보는 것은 부당노동행위제도의 취지에도 맞지 않아 노동계에서는 근로시간면제제도에 대한 비판이 많습니다. 전임자 급여 지급은 노사 당사자가 자유롭게 정할 사항이지 법으로 금지할 대상이 아니라는 국제노동기구(ILO)의 기본협약 비준을 위해 최근 노동조합법이 개정되어 "노동조합의 업무에만 종사하는 자는 그 전임기간동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서는 아니된다."는 규정이 삭제됐으나(2021. 7. 6. 시행) 근로시간면제제도는 유지됨에 따라 법 개정으로 달라진 것은 없습니다.

나) 대응방안

일단, 사용자로부터 급여를 받지 않는 무급 전임자는 노동조합의 역량에 따라 그 수에 제한 없이 단체협약을 통해 둘 수 있습니다. 무급 전임자를 두는 만큼 조합비를 인상하고 그 인상을 위해 임금인상을 쟁취해내는 방법도 있을 수 있습니다.

근로시간면제 한도 초과 소지가 있더라도 곧바로 사용자가 부당노동행위로 처벌되는 것은 아니고, 근로시간면제제도 시행 초기에는 정부가 적극적으로 단체협약 시정명령이라는 우회적인 방법을 통해 개입하여 문제가 됐었습니다. 그런데 문재인정부 출범 후에는 노사자치주의에 반하는 단체협약 시정명령은 자제되고 있는 상황인바, 근로시간면제제도를 경직되게 이해하고 이에 얽매이기 보다는 노사자치주의에 따라 노사합의를 이뤄낸다는 관점과 태도가 더 중요합니다.

근로시간면제자의 업무에는 노동조합법(제2조 제4호)이 규정하고 있는 노동조합의 정의에 부합하는 모든 활동이 다 포함된다고 봐야합니다. 상급단체 활동 역시 포함됩니다(고용노동부, 근로시간면제 한도 적용 매뉴얼, 2013. 6.). 근로시간면제제도를 이유로 전임자의 활동내용이 제한되어서는 안 된다는 적극적인 법 해석과 실천이 필요합니다.

근로시간면제제도는 근로시간면제자의 급여 지급과 관련한 제도일 뿐이므로 일반적인 조합원들의 각종 노동조합 활동(총회, 대의원회, 조합원 교육, 선거, 회계감사, 각종 노사공동위원회 등) 유급 보장 및 다른 법률에 의해 보장되는 활동(노사협의회, 고충처리, 산업안전보건 활동 등)과는 별개임을 분명히 해야 하겠습니다.

한편, 기존에는 노동조합 전임자 중심으로 노동조합 활동이 전개되어온 측면이 없지 않습니다. 이러한 경향을 지양하여 조합원이 실제 노동조합의 주체가 되고 적극적으로 참여하는 노동조합의 조직문화와 풍토를 만들어내는 노력과 조직혁신이 무엇보다 필요하겠습니다.

---

**Tip. 노동조합 전임자에 대한 처우**

– 근로시간면제자가 업무와 관련한 재해를 입은 경우에는 산업재해보상보험법 상 업무상재해로 인정됩니다. 풀타임 근로시간면제자라도 유급연차휴가가 부여되며, 조합원들의 평균적인 시간외근로시간 수준의 고정 시간외근로수당도 사용자로부터 받을 수 있습니다.

– 근로시간면제자의 발령시점과 관련한 다툼이 있을 수 있고, 업무범위에 대한 사용자의 관리문제도 현장에서 빈번히 발생합니다. 따라서 “전임자는 노동조합이 조합원 중에서 선정하며, 회사에 전임업무 개시를 통지한 날부터 전임업무에 종사한다.”, “근로시간면제자의 출퇴근과 업무활동 내용은 노동조합에서 자율적으로 관리한다.”와 같은 노사합의도 함께 체결하여 불필요한 다툼을 예방하는 것이 좋습니다.



# 4 단체교섭과 단체협약

## (1) 단체교섭

**① 의의**

단체교섭이란 근로자가 노동조합을 통해 집단적으로 근로조건 등 근로관계에 관한 사항에 대해 사용자와 교섭하는 것을 말합니다. 단체교섭의 결과물이 단체협약이므로 단체교섭은 단체협약을 체결하기 위한 모든 과정이라고도 말 할 수 있겠습니다.

**② 단체교섭의 당사자**

단체교섭권자는 노동조합입니다. 초기업 노동조합은 그 자체가 하나의 노동조합이므로 개별 회사 사용자와 교섭을 하더라도 단체교섭권과 단체협약 체결권은 초기업 노동조합에 있습니다.

정확하게 말하자면 노동조합법(제29조 제1항)은 노동조합의 대표자에게 단체교섭권과 단체협약 체결권을 부여하고 있습니다. 현실에서는 노사가 각각 교섭위원들을 선정하여 교섭을 진행하고 단체협약 역시 대표교섭위원(노사 각 대표자)뿐만 아니라 교섭위원 전원 연명으로 체결하는 것이 일반적입니다.

---

**Tip. 노동조합 대표자의 단체협약 체결권**

– 조합민주주의 원칙 상 노동조합의 교섭위원은 대표자를 포함한 여러 명으로 선정하고 규약을 통해 교섭위원 전원 연명으로 단체협약을 체결하도록 정해놓는 것이 일반적입니다.

– 또한 단체협약 체결 전 잠정합의안에 대해 조합원들의 의사를 묻도록 하는 경우도 대부분인데, 이러한 이른바 ‘총회 인준권’에 대해 법원은 노동조합 대표자의 단체협약 체결권을 전면적·포괄적으로 제한하는 것이 아닌 한 유효하다고 보고 있습니다(대법원 2013. 9. 27. 선고 2011두15404 판결).

– 참고로, 노동조합 위원장이 조합원들의 이익에 반하는(기존 근로조건을 저하시키는) 내용의 단체협약을 단독으로 체결(이른바 ‘직권조인’)했더라도 법적으로는 유효합니다. 이 경우 노동조합 대표자를 노동조합이 징계(탄핵 등)를 할 수 있고, 노동조합 내부절차를 따르지 않고 단체협약을 체결한 것에 대해 조합원의 노동조합 의사 형성 과정에 참여할 권리를 침해한 불법행위로 보아 조합원들에 대한 손해배상책임을 인정한 판결도 있습니다(대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다205908 판결).

단체교섭의 당사자로서 사용자는 단체교섭의무자의 지위를 가집니다. 사용자의 단체교섭권은 단체협약 등에 따라 부여되는 실무적인 권한이지 엄밀한 의미에서는 권리가 아닙니다. 노동조합이 가지는 헌법 상 기본권으로서의 단체교섭권과는 전혀 다르다는 점도 인식할 필요가 있겠습니다. 정당한 사유 없이 사용자가 교섭을 거부하거나 해태하는 경우에는 앞에서 보았듯이 부당노동행위로 처벌됩니다.

단체교섭은 기업별 교섭뿐만 아니라 산업별 교섭 등 초기업별 교섭도 가능합니다.

이 경우 개별 기업의 사용자들은 사용자단체를 구성하고 사용자단체에 교섭권을 위임하면 사용자단체가 단체교섭의 당사자로서 단체교섭을 하고 단체협약 체결권을 가지게 됩니다.

**③ 단체교섭의 대상**

단체교섭권의 보장취지와 목적에 비추어 단체교섭의 대상은 1) 근로조건의 유지·개선, 2) 기타 근로자의 지위향상과 직접 또는 간접으로 관련되는 사항이면 다 포함된다고 봅니다. 근로조건의 결정에 관한 사항(이른바 이익분쟁사항)과 노동조합 활동 관련 사항은 기본이고, 소위 사용자의 경영상 권한에 관한 사항도 단체교섭의 대상이 됩니다. 체불임금 청산, 해고자 복직 등 이른바 권리분쟁사항(당사자 간 새로운 권리·의무를 결정하는 것이 아니라 기존 권리·의무의 해석과 집행에 관한 사항)에 해당하는 것은 원칙적으로는 단체교섭의 대상이 아닐 수 있으나 그것이 넓게 이익분쟁사항과 연계되어 있다면 교섭의 대상으로 삼을 수 있습니다.

즉, 단체교섭의 대상이 무엇인가에 대해 엄격히 법적으로 따질 필요는 없고, 근로관계와 관련한 각종 사안과 노사 간의 현안에 대해 사용자를 교섭석상에 앉히면 되는 문제라고 이해하면 됩니다. 물론 법적으로 사용자에게 교섭의무가 있는 사항이 아니라면 사용자가 그 사항에 대해서는 교섭을 거부하더라도 부당노동행위가 성립하지는 않습니다.

**관련 판례**

사용자의 경영권에 속하는 사항이라 하더라도 노사는 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 않는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결).

**Tip. 단체협약의 내용**

– 신설 노동조합의 경우 단체교섭이 길어지면 이른바 무단협상태가 장기화되는 문제가 있으니, 필수적인 기본 내용들에 대해서는 교섭 시작과 동시에 먼저 단체협약(흔히 '기본협약'이라 함)으로 체결하는 것이 필요합니다. 기본협약에는 노동조합 사무실과 게시판 등 노동조합 기본 활동 보장, 근로시간면제시간, 교섭절차 등이 들어가야 하겠고 임시적이고 가장 기본적인 수준의 내용이니 본 단체협약 체결 시까지를 유효기간으로 하면 됩니다.

– 사용자에게 제시할 단체협약안을 만들 때에는 다른 노동조합들의 단체협약을 참고하되 형식적이고 선언적인 내용보다는 실제 조합원들의 의사를 최대한 조사하고 반영해서 구체적인 근로조건 개선과 노동조합 활동 보장 내용들이 들어갈 수 있도록 해야 하겠습니다. 간혹 각종 근로조건 항목에서 "근로기준법에 따른다."와 같은 조항을 두는 경우도 없지 않은데, 최저 기준인 근기법보다 더 나은 근로조건을 만들기 위해 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하는 것이라는 점은 두말할 나위 없는 기본이라 하겠습니다.



**④ 교섭창구단일화제도**

가) 개요

노동조합법(제29조의2 제1항)은 "하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 한다."고 정하고 있습니다.

다만 사용자가 각 노동조합과 다 교섭을 하는 '개별교섭'에 동의하는 경우에는 그렇지 않습니다. 사용자의 개별교섭 동의는 교섭대표노동조합을 노동조합들이 자율적으로 정하는 기간에만 할 수 있습니다.

**Tip. 개별 교섭**

– 개별교섭 여부는 오로지 사용자의 결정에 맡겨져 있어 노동조합 간 차별의 한 수단으로 악용되기도 하는 문제점이 있습니다. 친사용자적인 노동조합이 소수노동조합인 경우 사용자가 개별교섭에 동의하는 경우가 많습니다.

– 사용자가 개별교섭에 동의하면 사용자는 특정 노동조합뿐 아니라 모든 노동조합과 개별교섭을 해야 합니다. 사용자가 개별교섭에 동의했더라도 교섭창구단일화절차에 참여하지 않은 노동조합이나 사용자의 개별교섭 동의 이후에 신설된 노동조합에 대해서는 사용자의 교섭의무가 없습니다. 한편 개별교섭 동의의 효력은 해당 단체교섭에 한해 유효하므로 이후 만료되는 단체협약부터 교섭창구단일화절차가 재개됩니다(중앙노동위원회, 복수노조 업무 매뉴얼, 2019. 12).

이러한 '교섭창구단일화제도'는 복수노동조합 설립이 전면 허용된 2011년 7월부터 시행됐는데, 과반수노동조합만이 교섭권을 독점하게 되어 소수노동조합의 교섭권이 박탈되고 노동조합 간 갈등을 심화시키며 이를 이용한 사용자의 노동조합 간 차별 및 부당노동행위를 만연하게 만드는 결과를 낳고 있습니다. 제도 자체도 대단히 복잡하여 실무상 많은 쟁점과 다툼이 있습니다. 또한 초기업 노동조합의 경우에도 기업 단위에서 교섭권을 확보해야 해서 단체교섭을 기업 울타리 내로 가두고, 조직형태에 적합한 단체교섭을 가로막는 제도로 평가됩니다. 그래서 노동계에서는 이 제도의 폐지를 요구하는 목소리가 높습니다.

복수노동조합이 아니라면 교섭창구단일화절차를 거치지 않아도 됩니다. 교섭창구단일화제도는 복수노동조합을 전제로 한 제도이기 때문에 단수노동조합 상태에서 이 절차를 거쳤더라도 노동조합법 상의 교섭대표노동조합의 지위를 갖지 못합니다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결). 다만, 복수노동조합인지 여부가 명확하지 않은 경우도 있기 때문에 복수노동조합이 아니라 보이는 경우에도 노동조합이 사용자에게 교섭을 요구하면 사용자가 교섭요구사실 공고를 하여 다른 노동조합이 없음을 확인하는 절차 정도는 일반적으로 거치고 있습니다.

나) 교섭창구단일화절차

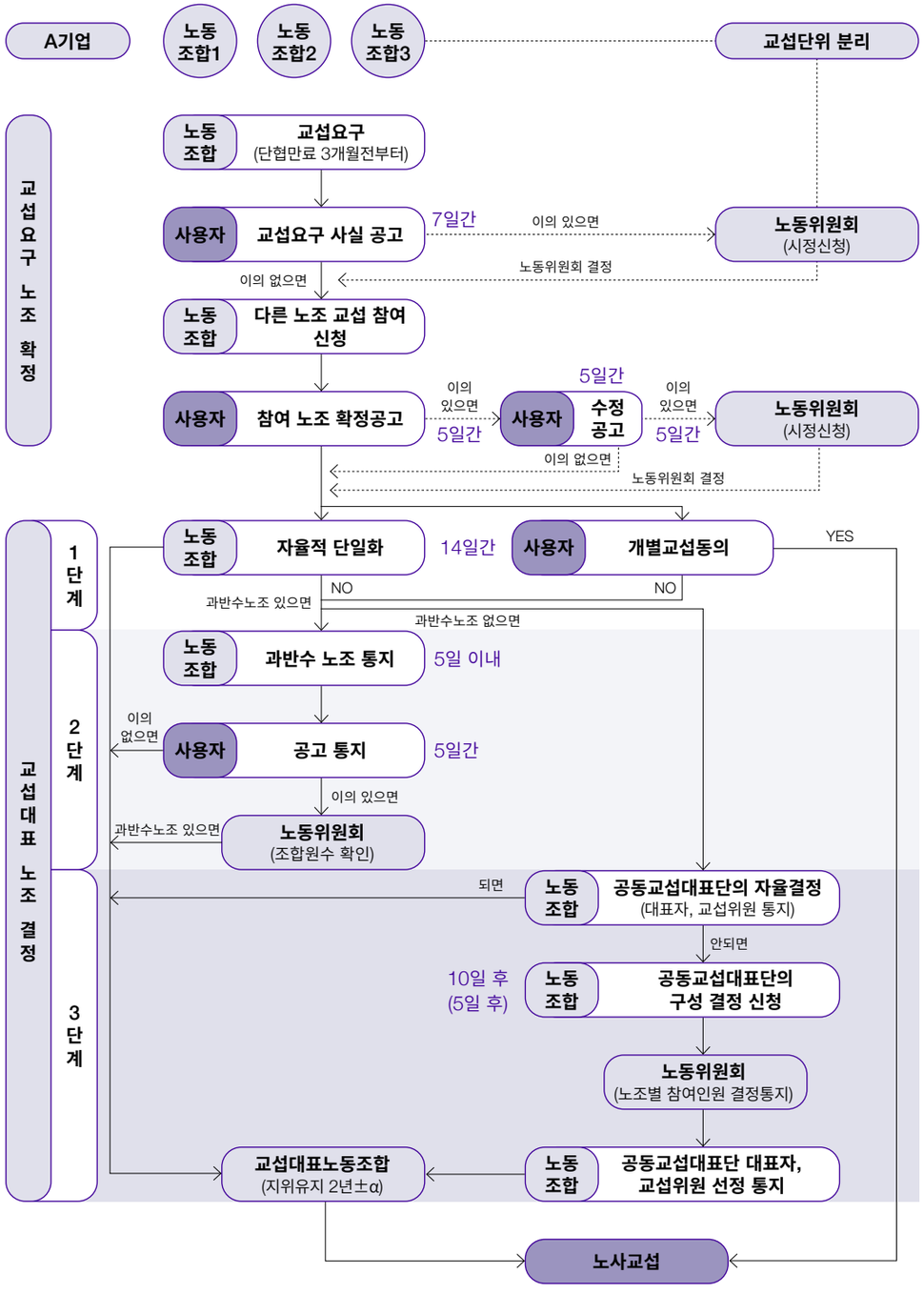



그림3 교섭창구단일화절차
(중앙노동위원회, 복수노조 업무 매뉴얼, 2019. 12.)

교섭창구단일화절차를 나눠서 보면, 1) 교섭요구 노동조합 확정절차와 2) 교섭대표노동조합 결정절차로 구분할 수 있습니다.

• 교섭요구 노동조합 확정절차

노동조합은 단체협약(임금협약 포함)의 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터만 사용자에게 교섭을 요구할 수 있습니다(노동조합법 시행령 제14조의2 제1항). 이것은 복수노동조합이 아닌 경우에도, 이전에 체결되어 유효기간 중인 단체협약이 없는 경우가 아닌 한 마찬가지입니다. 교섭 요구는 1) 노동조합 명칭과 대표자 성명, 2) 사무소가 있는 경우 주된 사무소 소재지, 3) 교섭요구일 현재 조합원 수를 적은 서면으로 해야 합니다(노동조합법 시행규칙 제10조의2).

이렇게 교섭 요구를 받은 사용자는 받은 날부터 7일간 '교섭요구 사실 공고'를 해야 하고(노동조합법 시행령 제14조의3), 그 7일 동안 다른 노동조합들도 사용자에게 교섭 요구를 함으로써 교섭창구단일화절차에 참여하게 됩니다(노동조합법 시행령 제14조의4). 이때 교섭요구를 하지 않은 노동조합은 이 교섭창구단일화절차에 참여할 수 없습니다. 즉, 따로 사용자에게 교섭을 요구할 수도 없고 이후 체결된 단체협약의 적용도 받지 못합니다.

• 교섭대표노동조합 결정절차

교섭요구 사실 공고 기간이 지나면 다음 날부터 5일간 사용자는 교섭에 참여한 노동조합들의 명칭과 조합원 수 등을 적어 '교섭요구 노동조합 확정 공고'를 해야 합니다(노동조합법 시행령 제14조의5). 교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합들은 확정된 날부터 14일이 되는 날까지 자율적으로 교섭대표노동조합을 정할 수 있습니다(노동조합법 시행령 제14조의6). 이를 '자율적 교섭대표노동조합 선정 기간'이라 하는데(위에서 설명한 사용자의 개별교섭 동의는 이 기간에만 가능) 자율적으로 교섭대표노동조합이 정해지는 경우는 거의 없겠죠.

자율적으로 정해지지 못하면 전체 노동조합 조합원 수의 과반수를 조합원으로 두고 있는 노동조합(과반수노동조합)이 자율적 교섭대표노동조합 선정 기간이 만료된 날부터 5일 이내에 사용자에게 노동조합의 명칭과 대표자 및 과반수 노동조합이라는 사실을 통지해야 합니다(노동조합법 시행령 제14조의7 제1항). 통지를 받은 사용자는 받은 날부터 5일간 '과반수 노동조합 공고'를 합니다(노동조합법 시행령 제14조의7 제2항). 그리고 공고 기간 내에 다른 노동조합의 이의신청이 없으면 그 과반수 노동조합이 교섭대표노동조합으로 확정되어 사용자와 단체교섭에 들어가게 되는 것이죠.

만약 과반수 노동조합이 없으면 전체 노동조합 조합원 수의 10% 이상을 조합원으로 보유한 노동조합끼리 공동교섭대표단을 구성해서 자율적 교섭대표노동조합 선정 기간이 만료된 날부터 10일 이내에 노동조합 연명으로 사용자에게 통지해야 합니다(노동조합법 시행령 제14조의8).

참고로, 만약 2개 이상의 노동조합이 연합하거나 상대방 노동조합에게 교섭권을 위임하는 방법으로 해당 노동조합들의 조합원 수가 전체 조합원 수의 과반이 되는 경우에는 그 연합한 노동조합들 또는 권한을 위임받은 노동조합도

교섭대표노동조합이 될 수 있습니다(노동조합법 제29조의2 제4항).

• 이의신청

위 각 단계에서 사용자가 공고를 하지 않거나 공고된 내용에 문제가 있어 이의신청을 했으나 시정되지 않은 경우 등 교섭창구단일화절차 과정에서 발생한 분쟁에 대해서는 노동위원회에 시정신청 등을 할 수 있습니다. 노동위원회의 처리기간은 모두 10일이며, 과반수 노동조합에 대한 이의신청과 공동교섭대표단 구성 결정신청은 10일 범위 내에서 1회 연장 가능합니다. 지방노동위원회의 결정에 불복하는 당사자는 결정문을 받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있고 중앙노동위원회의 재심결정에 불복하는 당사자는 결정문을 받은 날부터 15일 이내에 법원에 행정소송을 제기할 수 있습니다. 재심신청이나 행정소송은 애초 노동위원회에 시정신청 등을 한 노동조합뿐만 아니라 교섭창구단일화절차에 참여한 다른 노동조합도 가능합니다.

| 유형 | 내용 | 신청기한 |
|---|---|---|
| 교섭요구 사실의 공고에 대한 시정신청 | 교섭요구 내용을 사용자가 공고하지 않거나 다르게 공고한 경우 | 신청기간 제한 없음. |
| 교섭요구 노동조합 확정 공고 이의신청 사실의 공고에 대한 시정신청 | ① 사용자가 교섭요구 노동조합 확정 공고를 하지 않는 경우, ② 교섭요구 노동조합 확정 공고 내용에 대해 사용자에게 이의신청을 했는데 그 사실을 공고하지 않거나, ③ 다르게 공고한 경우 | ①은 확정 공고 해야 하는 기간이 끝난 다음날부터 5일 이내, ②는 확정 공고 기간이 끝난 다음 날부터 5일 이내, ③은 확정 공고에 대한 이의신청 사실 공고가 끝난 날부터 5일 이내 |
| 과반수 노동조합에 대한 이의신청 | 과반수 노동조합 공고에 대해 이의가 있는 경우 | 과반수 노동조합 공고 기간 내에 이의신청 제기 |
| 공동교섭대표단 구성 결정신청 | ① 과반수 노동조합이 없고 자율적으로 공동교섭대표단이 구성되지 않은 경우, ② 노동위원회가 과반수 노동조합이 없다고 결정한 경우 | ①은 자율적 교섭대표노동조합 결정기한으로부터 10일이 지난 후, ②는 노동위원회 결정의 통지가 있은 날부터 5일이 지난 후 |

표4 교섭창구단일화절차 관련 노동위원회 사건유형

**Tip. 과반수 조합원 산정 기준일**

– 교섭창구단일화제도는 과반수 노동조합에 독점적인 교섭권을 부여하고 있다 보니 복수노동조합인 경우 전체 조합원의 과반수를 획득하는 것이 대단히 중요합니다.

– 한편, 그러다보니 교섭창구단일화절차에서 가장 많은 다툼 중 하나가 과반수 노동조합 여부이기도 한데요. 과반수 노동조합 여부 판단을 위해 조합원 수를 확인하는 기준일은 교섭요구 노동조합 확정 공고일입니다(노동조합법 시행령 제14조의7 제6항). 만약 사용자가 교섭요구 노동조합 확정 공고를 하지 않거나 법 상 날짜가 아닌 다른 날에 공고한 경우에는 실제 공고를 한 날이 아니라 법에 따라 공고를 했어야 하는 날을 기준으로 합니다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두38750 판결).



– 참고로, 근로자가 여러 개 노동조합에 이중 가입한 경우에는 조합비를 납부하는 노동조합에만 조합원 수로 산정하고, 여러 개 노동조합에 모두 조합비를 납부하는 경우에는 숫자 1을 조합비 납부 노동조합 수로 나눈 수를 그 노동조합 조합원 수에 가산합니다(노동조합법 시행령 제14조의7 제7항).

**사례 – 교섭요구 노동조합 확정절차**

• 사용자의 교섭요구사실 공고(7일간): 7. 1. ~ 7. 8.(초일 불산입)
• 사용자의 교섭요구 노동조합 확정 공고(5일간): 7. 9. ~ 7. 14.(초일 불산입)
• 교섭요구 노동조합 확정 시점: 7. 14. 24시(7. 15. 0시)

**교섭대표노동조합 결정절차**

• 자율적 교섭대표노동조합 선정 기간(14일간): 7. 15. ~ 7. 28.(초일 산입)
• 과반수 노조 선정을 위한 조합원 수 산정 기준일: 7. 9.
• 과반수 노동조합이 사용자에게 과반수 노동조합임을 통지(5일 이내): 7. 29. ~ 8. 2.(초일 산입)
• 사용자의 과반수 노동조합 공고(5일간): 7. 30. 통보받은 경우 7. 30. ~ 8. 4.(초일 불산입)
• 공동교섭대표단 구성 후 사용자에게 통지: 과반수노조가 없는 경우(10일 이내) 7. 29. ~ 8. 7.(초일 산입) / 노동위원회가 과반수노조 없음을 결정한 경우(5일 이내): 8. 23. 노동위원회로부터 통지받은 경우 8. 23. ~ 8. 28.(초일 불산입)

✹ 민법상 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 그 다음날로 만료하는데, 위에서는 만료일의 토요일 또는 공휴일 여부를 확인하지 않았으므로 실제 토요일 또는 공휴일에 해당하면 그 다음 평일까지임.

표5 교섭창구단일화절차 일정 예시(7. 1. 교섭요구를 한 경우)

다) 교섭대표노동조합의 지위유지기간

노동조합법 시행령(제14조의10 제1항)은, 교섭대표노동조합이 결정되면 그날부터 다음 각각의 경우에 따라 해당 일까지 교섭대표노동조합의 지위를 유지하도록 정하고 있습니다. 교섭대표노동조합의 지위유지기간 중 유효기간이 만료되는 단체협약(임금협약 포함)의 갱신을 위한 교섭에서는 교섭대표노동조합이 계속하여 교섭권을 가집니다.

| 유형 | 지위 유지 기간 |
|---|---|
| 교섭대표노동조합으로 결정된 후 사용자와 체결한 첫 번째 단체협약의 유효기간이 2년인 경우 | 그 단체협약의 유효기간이 만료되는 날까지 |
| 교섭대표노동조합으로 결정된 후 사용자와 체결한 첫 번째 단체협약의 유효기간이 2년 미만인 경우 | 그 단체협약의 효력이 발생한 날을 기준으로 2년이 되는 날까지 |
| 적법한 절차에 따라 새로운 교섭대표노동조합이 결정된 경우 | 새로운 교섭대표노동조합이 결정된 때까지 |

– 다만 교섭대표노동조합의 지위유지기간이 만료됐음에도 새로운 교섭대표노동조합이 결정되지 않았다면 새 교섭대표노동조합이 결정될 때까지 단체협약 이행과 관련해서는 지위 유지
– 단체협약의 효력이 발생한 날은 단체협약 체결일이 아니라 단체협약에서 정한 유효기간의 시작일(유효기간을 소급해서 정한 경우에는 그 소급적용 시작일)

표6 교섭대표노동조합 지위유지기간

교섭대표노동조합의 지위유지기간 중에 조합원 수에 변동이 있더라도 교섭대표노동조합으로서의 지위는 유지됩니다(노사관계법제과-2255, 2012. 8. 2.). 그런데 교섭대표노동조합으로 결정된 날부터 1년 동안 단체협약을 체결하지 못하면 다른 노동조합이 사용자에게 교섭을 요구할 수 있습니다(노동조합법 시행령 제14조의10 제3항). 이렇게 되면 교섭창구 단일화 절차가 다시 개시됩니다. 다시 개시된 절차에서 조합원 수가 과반에 미치지 못한다면 새로운 교섭대표노동조합으로 교섭권이 넘어가니 주의해야 하겠습니다.

라) 교섭단위 분리

• 교섭단위 분리 요건

교섭단위는 하나의 사업체(법인인 경우 법인 전체)가 원칙입니다. 그런데 노동조합법(제29조의3)은 "하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등을 고려하여 교섭단위를 분리하거나 분리된 교섭단위를 통합할 필요가 있다고 인정되는 경우에 노동위원회는 노동관계 당사자의 양쪽 또는 어느 한쪽의 신청을 받아 교섭단위를 분리하거나 분리된 교섭단위를 통합하는 결정을 할 수 있다."고 정하고 있습니다.

법조문에 언급된 1) 현격한 근로조건의 차이, 2) 고용형태, 3) 교섭 관행이라는 요건은 예시일 뿐이므로 이 세 가지를 모두 갖춰야 하는 것은 아니나 대체로 분리결정의 중요한 기준이 됩니다. 이 외에도 분리된 사업장 간에 교류가 없고 독립된 인사노무관리가 행해지는 경우나 교섭대표노동조합이 소수노동조합의 이익을 대변하지 못해 교섭대표노동조합을 통해 교섭창구를 단일화하는 것이 오히려 근로조건의 통일적 형성을 통해 안정적인 교섭체계를 구축하고자 하는 교섭창구단일화제도의 취지에 부합하지 않는 결과를 발생시킬 수 있는 경우(대법원 2018. 9. 13. 선고 2015두39361 판결) 등도 교섭단위 분리의 기준이 되고 있습니다.

• 노동위원회 결정

교섭단위 분리는 노동위원회의 결정을 통해서만 할 수 있으므로 노사가 합의하더라도 또는 모든 노동조합이 다 동의하더라도 자체적으로는 할 수 없습니다. 교섭단위 분리를 원하는 노동조합 또는 사용자는 교섭요구 사실 공고 전 또는 교섭대표노동조합이 결정된 후에만 노동위원회에 교섭단위 분리 신청을 할 수 있습니다(노동조합법 시행령 제14조의11 제1항). 교섭단위 분리신청이 제기되면 노동위원회의 결정이 나올 때까지 교섭창구단일화절차가 중단됩니다. 노동위원회는 신청을 받은 날부터 30일 내에 결정을 합니다. 지방노동위원회 결정에 불복하는 당사자(이해관계에 있는 노동조합도 포함)는 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있고 중앙노동위원회 결정에 불복하는 당사자는 행정소송을 제기할 수 있습니다.

노동위원회의 결정에 따라 교섭단위가 분리되면 분리된 단위별로 단체교섭과 관련해서는 별개의 사업체가 되는 것으로 이해하면 됩니다. 기존의 교섭대표노동조합은 그 지위를 상실하고, 교섭단위별로 새로운 교섭대표노동조합을 결정하기 위한 절차도 각각 진행됩니다.

다만, 교섭창구단일화제도가 소위 '1사 1교섭'이라는 원칙하에 설계된 제도다보니 노동위원회에서 교섭단위 분리 결정이 잘 내려지지 않는 경향이 있습니다.

마) 공정대표의무

• 의의

교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별하지 않도록 교섭을 진행하고 단체협약을 체결해야 합니다(노동조합법 제29조의4 제1항). 이를 '공정대표의무'라고 합니다. 공정대표의무는 1) 단체교섭 과정, 2) 단체협약 내용, 3) 단체협약 이행과정에서도 준수되어야 합니다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두40655 판결). 다만, 단체교섭 과정의 동적인 성격과 그에 따른 교섭대표노동조합의 상당한 재량권을 고려하면 소수노동조합의 요구를 꼭 반영해야 하는 것도 아니고 교섭과정에 대한 통보도 형식적일 수 있어 공정대표의무 위반이 잘 인정되는 것은 아닙니다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2019다262582 판결).

소수노동조합이나 그 조합원에 대한 차별이 인정되면 차별에 합리적인 이유가 있는지는 교섭대표노동조합이나 사용자에게 입증책임이 있습니다(대법원 2018. 8. 30. 선고 2017다218642 판결).

법원이나 노동위원회에서 공정대표의무 위반이 인정된 사례를 보면, 근로조건이나 복리후생에서 합리적 이유 없는 노동조합 간 차별은 물론, 소수노동조합에게만 노동조합 사무실이나 비품 및 게시판을 제공하지 않은 경우, 조합원 수가 적다고 근로시간면제 시간을 전혀 부여하지 않거나 교섭대표노동조합에게만 과도하게 부여한 경우, 사용자에 대한 각종 협의·합의권을 교섭대표노동조합이 독점한 경우, 신입사원 교육시간을 다르게 부여한 경우 등이 대표적입니다. 한편, 단체교섭 과정에서 잠정합의안에 관해 소수노동조합에 대한 설명 및 의견수렴절차를 전혀 거치지 않은 공정대표의무 위반에 대해 불법행위가 성립한다고 보아 소수노동조합에 대한 손해배상책임을 인정한 판결이 있습니다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2019다262582 판결).

• 공정대표의무 위반 시정신청

교섭대표노동조합 또는 사용자가 공정대표의무를 위반한 경우 차별을 당한 노동조합은 노동위원회에 공정대표의무 위반 시정신청을 제기할 수 있습니다. 신청은 차별행위가 있은 날(단체협약 내용에 공정대표의무 위반이 있는 경우에는 단체협약 체결일)로부터 3개월 내에 해야 합니다. 노동위원회가 공정대표의무 위반이라 판단하면 시정명령을 하게 되며 지방노동위원회 판정에 불복하는 당사자는 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있고 중앙노동위원회 판정에 불복하는 당사자는 행정소송을 제기할 수 있습니다.

다만, 공정대표의무 위반이라 하여 체결된 단체협약이 무효가 되는 것은 아닙니다. 또한 확정된 시정명령을 위반한 경우에 한해서 처벌규정(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하 벌금)이 적용되므로, 소송절차 진행 중에 이미 단체협약

유효기간이 종료되는 등 실익이 없어 실효성에 한계가 많습니다. 공정대표의무 위반이 부당노동행위에도 해당한다고 판단하면 부당노동행위 구제신청이나 고소도 함께 제기할 필요가 있습니다.

### (2) 단체협약

#### ① 의의

노동조합법(제31조)은 "단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다."고 정하고 있습니다. 단체협약이란 노동조합 대표자와 사용자가 조합원의 근로조건과 노동조합 활동 보장에 관한 내용을 합의하여 서면으로 작성 후 서명 또는 날인한 문서라고 할 수 있습니다. 임금협약, 합의서, 보충합의, 임금인상안 등 명칭은 상관없습니다.

구두합의는 했으나 당사자가 서명 또는 날인한 서면이 없다면 단체협약이 아니며, 단체교섭 회의록이나 잠정합의서 역시 당사자가 문서로 서명 또는 날인했더라도 그것을 단체협약과 동일하게 간주한다는 별도의 내용이 없다면 단체협약이 아닙니다.

**Tip. 교섭 회의록에 하는 서명날인의 의미**

– 매 교섭회의마다 합의된 내용을 추후 사용자의 합의번복을 방지하기 위해 바로 단체협약으로서의 효력을 갖게 하자면, 교섭회의록에 합의내용을 적고 노사 대표자가 서명 또는 날인하되 "단체협약과 동일한 효력을 갖는다."라는 내용을 담으면 됩니다.

단체협약은 당연히 임금협약을 포함하는 개념인데, 가장 중요한 근로조건인 임금에 대한 내용은 본 단체협약과는 유효기간을 달리한 별도의 임금협약으로 체결하는 것이 일반적입니다. 필요한 경우에는 사업장별, 직군별 등 여러 개의 단체협약을 체결하는 것도 가능합니다.

#### ② 단체협약의 내용 및 효력

가) 단체협약의 내용 구분

단체협약의 내용은 크게 1) 조합원들의 근로조건 및 처우에 관해 정한 규범적 부분과 2) 단체협약도 계약이므로 체결 당사자인 노동조합과 사용자 간의 권리의무를 정한 채무적 부분으로 나뉩니다. 채무적 부분은 노동조합에 대한 편의제공(노동조합 사무실 제공, 조합비일괄공제제도 등), 근로시간 중 각종 노동조합 활동 보장, 단체교섭 및 쟁의행위의 방식과 절차 등 조합원들의 근로조건에 관한 내용 이외 대부분의 조항입니다.

나) 단체협약의 효력



**관련 법률 – 노동조합법 제33조(기준의 효력)**

① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.

② 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

• 규범적 효력

단체협약은 사업장 내 각종 규범 중 최고 수위의 규범입니다. 법인의 정관이나 이사회 의결, 공공기관의 경우 관리감독을 행하는 주무중앙행정부처의 지침 등도 다 취업규칙에 준하는 것이므로 단체협약보다 하위 규범입니다. 단체협약의 규범적 부분에 위반되는 취업규칙이나 근로계약의 내용은 무효가 되고 단체협약 내용으로 대체됩니다(강행적 효력). 취업규칙이나 근로계약으로 정해놓지 않은 사항은 단체협약의 내용이 적용됩니다(보충적 효력).

물론 단체협약에 강행법규를 위반한 위법한 내용이 있다면 그 자체로 무효입니다. 행정관청은 위법한 단체협약의 내용에 대해서는 노동위원회의 의결을 거쳐 시정명령을 할 수 있습니다. 시정명령을 위반한 노동조합에는 5백만원 이하의 벌금형이 부과될 수 있습니다. 참고로, 근로시간면제제도 시행 직후 주로 정부가 단체협약 시정명령을 남발하여 사회적인 문제가 되기도 했었습니다.

이미 개별 노동자의 권리가 된 사항에 대해서는 단체협약으로도 이를 박탈할 수 없습니다. 예를 들어 체불임금 탕감이나 이미 발생한 상여금 또는 연차휴가의 포기 등은 노동조합이 사용자와 합의하더라도 무효입니다(대법원 2000. 9. 29. 선고 99다67536 판결). 근로제공의무를 새롭게 만드는 사항(예를 들어 시간외근로)도 노동조합의 합의만으로 가능할 수 없으므로 단체협약에 그런 내용이 있다면 이는 근기법 상 개별 근로자의 동의에 추가적으로 노동조합의 동의를 얻어야 한다는 내용으로 해석합니다(대법원 1993.12.21. 선고 93누5796 판결).

• 적용대상

단체협약의 규범적 부분은 원칙적으로 단체협약 체결 당시 조합원에게 효력이 미치므로, 단체협약에서 유효기간을 소급해서 정한다 하더라도 단체협약 체결 전에 퇴직한 근로자에게는 효력이 미치지 않습니다(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다13474 판결). 한편, 노동조합을 탈퇴하거나 제명되어 조합원에서 비조합원이 된 근로자에게 단체협약 상의 근로조건은 이미 그 근로자의 근로조건이 된 것이므로 비조합원이 되어도 단체협약 상의 근로조건이 유지됩니다.

단체협약 체결 후에 노동조합에 가입한 근로자도 가입과 동시에 단체협약이 적용되지만 애초 단체협약 적용대상으로 예상하지 못했던 직군이나 고용형태의 근로자라면 적용되지 않습니다. 정규직 노동조합이 정규직에 적용되는 단체협약을 체결하고 있는 상태에서 근로조건이 다른 비정규직이 가입한 경우를

예로 들 수 있겠습니다.

• 위반의 효과

민사적으로는 개별 조합원이 단체협약 상 적용됐어야 할 근로조건과 실제 부여받은 근로조건과의 차액 등을 사용자에게 청구할 수 있고 단체협약 위반에 따른 임금체불 등에 대해 고용노동부에 진정·고소 또는 법원에 소송을 제기할 수 있습니다. 단체협약에서 정한 절차를 위반한 사용자의 인사처분은 무효가 됩니다.

형사적으로는 단체협약을 위반한 사용자에 대한 처벌을 구할 수 있습니다. 다만, 노동조합법(제92조 제2호)은 6개 항목에 해당하는 사항만 처벌대상으로 정하고 있습니다.

**관련 법률 – 노동조합법 제92조(벌칙)**

다음 각호의 1에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제31조제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약의 내용 중 다음 각목의 1에 해당하는 사항을 위반한 자

가. 임금·복리후생비, 퇴직금에 관한 사항

나. 근로 및 휴게시간, 휴일, 휴가에 관한 사항

다. 징계 및 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항

라. 안전보건 및 재해부조에 관한 사항

마. 시설·편의제공 및 근무시간 중 회의참석에 관한 사항

바. 쟁의행위에 관한 사항

**Tip. 벌칙 없는 단체협약 위반**

– 단체협약 위반에 대해 노동조합법이 처벌대상을 제한적으로 열거하고 있어서 해당 사항이 아닌 경우에는 사용자에 대한 형사책임을 물을 수가 없습니다. 민사적으로는 사용자에 대한 손해배상청구소송을 제기하는 것이 이론적으로는 가능하지만 손해액을 특정하기 어려운 등의 사정으로 현실적이지도 않습니다.

– 따라서 단체협약의 실효성과 강제력 제고를 위해, 사용자의 단체협약 위반 시 배상금을 지급하도록 하는 내용이나 위반에 따른 구체적인 효과 등을 단체협약 내용으로 함께 체결하는 것이 좋습니다. 예를 들면, “회사는 정원을 유지해야 하며, 결원발생 시 1개월 내 충원하지 않으면 노동조합에 위약금으로 5백만원을 지급한다.”, “징계대상자가 증인을 신청하는 경우 사용자는 수용해야 하며, 수용하지 않은 경우 그 징계는 무효로 한다.”와 같은 내용들입니다.

• 효력 확장

하나의 사업체에서 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약을 적용받게 되면 다른 동종의 근로자에 대해서도 당해 단체협약이 적용됩니다(노동조합법 제35조). 여기서 동종의 근로자란 그 노동조합 가입자격이 있어서 가입했다면 단체협약의 적용을 받았을 근로자입니다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두10264 판결). 즉, 비조합원에게도 단체협약의 규범적 부분이 적용되는 것입니다. 미조직 근로자를 보호하고 노동조합의 단결력을 확보하려는 취지의 제도이나 실제로는 노동조합으로의 단결을 오히려 방해하고 소위 무임승차를 양산하게 한다는 비판도 있는 제도입니다.

**③ 단체협약 해석**

단체협약의 이행과정에서 단체협약 내용 해석과 관련한 노사 간 다툼이 많이 발생합니다. 불필요한 분쟁을 예방하기 위해서는, 단체협약의 문구를 누가 봐도 이해하기 쉽게 적어주는 것이 중요합니다. 용어 하나 조사 하나도 해석을 바꿀 수 있으므로 작성 시 주의해야 하겠습니다. 또한 교섭과정과 합의배경 등을 회의록과 자료로 남겨 다툼의 소지를 없애는 것이 좋습니다.

단체협약의 해석 또는 이행방법에 관해 노사 간 의견의 불일치가 있는 때에는 당사자 쌍방이 함께 또는 단체협약에서 일방이 신청할 수 있다고 정한 경우에는 어느 일방이 노동위원회에 그 해석 또는 이행방법에 관한 견해의 제시를 요청할 수 있습니다(노동조합법 제34조 제1항). 노동위원회는 요청을 받은 날로부터 30일 이내에 견해를 제시하는 결정을 내려야 하고, 지방노동위원회의 결정에 불복하는 당사자는 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있고 재심결정에 불복하는 당사자는 행정소송을 제기할 수 있습니다. 처음부터 법원에 이견이 있는 내용에 대한 확인 또는 이행을 청구하는 소송을 제기할 수도 있습니다.

무엇보다, 단체협약의 내용에 대한 해석상 다툼이 있는 경우에는 단체협약의 목적과 취지에 맞게 근로자에게 불리하지 않게 해석하는 관점이 올바르다 하겠습니다.

**관련 판례**

단체협약과 같은 처분문서를 해석함에 있어서는, 단체협약이 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 복지를 증진하여 그 경제적·사회적 지위를 향상시킬 목적으로 근로자의 자주적 단체인 노동조합과 사용자 사이에 단체교섭을 통하여 이루어지는 것이므로, 그 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석할 수 없다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결).

**Tip. 애매한 단어 vs 명확한 단어**

– 단체협약에서 유의해야 할 단어들을 살펴보겠습니다.

- “사용자는 정당한 노동조합 활동을 방해해서는 아니 된다”처럼 ‘정당한’, ‘적법한’이라는 용어는 상황에 따라 고무줄 잣대가 될 수도 있어 주의해야 합니다.
- “~할 수 있다”, “~노력한다”, “~을 원칙으로 한다”, “~에 최선을 다한다” 등의 표현은 강제력이 없습니다.
- “~는 노동조합과 협의한다”는 형식적으로건 협의만 하면 되고 협의를 하지 않더라도 대개 무효가 되지 않습니다. “~는 노동조합과 합의한다”, “~는 노동조합의 동의를 얻어야 한다”로 해야 위반 시 무효가 됩니다.

– 근기법 등의 노동법은 인간의 존엄성을 보장하기 위한 최저기준을 정확히 인식하고 당연히 그보다 나은 근로조건, 노동법에 미처 마련되어 있지 못한 근로조건을 단체협약으로

체결한다는 태도를 가져야 하겠습니다.

– "~에 대하여는 취업규칙에 따른다"는 단체협약 조항 역시 의미 없는 내용입니다. 사용자가 제정한 취업규칙보다 상위규범을 노사가 함께 만드는 것이 단체협약임을 명심해야 하겠습니다.

**④ 단체협약의 유효기간**

노동조합법(제32조 제1항)은 단체협약의 유효기간을 3년 이내로 정하도록 하고 있습니다. 원래는 2년이었는데 최근 법이 개정되었습니다(2021. 7. 6. 시행). 참고로, 단체협약은 2년, 임금협약은 1년으로 유효기간을 정하고 있는 경우가 대다수입니다.

단체협약의 유효기간이 종료되더라도 새로운 단체협약이 체결되지 않은 경우에는 기존 단체협약의 효력이 3개월은 더 유지됩니다(노동조합법 제32조 제3항).

만약 새로운 단체협약이 체결될 때까지는 이전 단체협약의 효력이 유지된다고 단체협약에서 정했으면('자동연장협정') 계속 효력이 유지되는데, 이 경우에도 당사자 일방이 단체협약을 해지하겠다는 통보를 하면 통보일로부터 6개월이 경과하면 단체협약은 해지됩니다.

한편, 단체협약 유효기간 만료 전 특정일까지 새로운 단체협약 체결을 위한 교섭요구를 하지 않는 경우 기존 단체협약과 같은 내용으로 새로운 단체협약이 체결(갱신)된 것으로 본다고 단체협약에서 정했다면('자동갱신협정'), 그에 따라 갱신된 것으로 봅니다. 다만, 복수노동조합 상황에서 다른 노동조합이 교섭요구를 하면 자동 갱신되지 않습니다.

회사가 영업양도 되거나 합병되는 경우 또는 노동조합이 조직형태변경을 하거나 합병되는 경우 단체협약도 그대로 승계됩니다(대법원 2004. 5. 14. 선고 대법원 2002다23185 판결).

단체협약이 유효기간 만료 등으로 소멸하더라도 단체협약의 규범적 부분(근로조건)은 이미 개별 조합원의 근로조건이 되었기 때문에 계속 유지됩니다(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다13747 판결).



# 5 단체행동

## (1) 단체행동과 쟁의행위

**① 노동조합 일상 활동으로서의 단체행동과 쟁의행위 구분**

파업과 같은 쟁의행위를 포함하여 근로자들이 요구사항 관철이나 항의의 의사표시 등으로서 행하는 집단적인 실력행사를 단체행동이라고 합니다.

노동조합법(제2조 제6호)은 쟁의행위를 "파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위"라고 정의하고 있습니다. 따라서 노동조합의 단체행동 중에서도 사용자에 대한 '업무저해성'이 없는 행위는 쟁의행위가 아닙니다. 노동조합은 조합원들의 단결력 유지 및 강화를 위해서 또는 사용자에 대한 집단적 의사표시의 방법으로 집회, 농성, 유인물 배포, 요구사항이 적힌 머리띠나 조끼 착용, 현수막 게시 등의 노동조합 일상 활동으로서의 단체행동을 할 수 있습니다. 대개 사용자에 대한 업무저해성이 없으니 쟁의행위는 아닙니다. 물론 이런 단체행동들이 쟁의행위기간에 쟁의행위로서 행해질 수도 있습니다.

노동조합 일상 활동으로서의 단체행동과 쟁의행위를 구분하는 이유는 전자는 특별히 법의 제한을 받지 않지만 후자는 법적 요건을 갖추지 못하면 위법행위가 될 수 있기 때문입니다.

---

**Tip. 노동조합 일상 활동의 법적 정당성**

– 노동조합의 일상 활동으로서의 단체행동도 사용자의 시설관리권 등과 충돌하는 경우 위법할 수 있습니다.

– 예를 들어, 사업장 내 현수막 게시는 단체협약을 통해서나 사용자의 승인이 없다면 철거가 될 수도 있고, 사내 집회나 농성도 그 내용에 따라서는 위법할 수도 있습니다. 머리띠를 메거나 노동조합 조끼를 입고 근무한 것에 대해 고객 상대 업무인 경우 등 특별한 사정이 있다면 취업규칙 상 복무규율 위반으로 해석한 판례도 있고, 조합원들이 집단적으로 연차휴가를 사용하거나 고정 시간외근로를 거부한 이른바 '준법투쟁'에 대해 위법한 쟁의행위라고 해석한 판례도 있으니 주의해야 하겠습니다.

– 그러나 노동조합의 단체행동이 사용자의 시설관리권의 본질적인 부분을 침해하지 않는다면 정당한 노동조합의 일상 활동이라고 해석해야 함이 타당합니다(대법원 1996. 9. 24. 선고 95다11504 판결).

**② 쟁의행위의 유형**

쟁의행위라 하면 조합원들이 다 같이 일을 하지 않는 전면적인 파업만 연상하기 쉬운데, 쟁의행위의 유형에는 파업 외에도 태업(일을 하되 불성실하게 함으로써 업무능률을 저하시키는 행위), 피케팅(다른 근로자나 시민들에게 쟁의행위에 대한 홍보와 참여 및 협력을 구하는 행위)도 있습니다. 파업 역시 전면 파업뿐만 아니라

특정 조합원만 파업을 하는 지명파업, 부서별로 돌아가면서 파업을 하는 순환파업, 파업과 업무복귀를 반복하는 파상파업 등 다양한 형태가 있을 수 있습니다. 또한 사업장 내·외에서 집회를 개최하거나 사용자를 규탄하는 현수막 게시, 노동조합의 요구사항이 적힌 리본이나 머리띠 패용, 업무매뉴얼을 과도하고 엄격하게 지키면서 일하거나, 집단적인 연차휴가 사용 등 다양한 형태의 쟁의행위를 상황과 판단에 따라 진행하면 됩니다.

참고로, 사내하청회사 근로자들의 노동조합도 원청회사 사업장 내에서 일상적인 노동조합 활동은 물론 쟁의행위도 가능합니다. 원청회사 사업장이지만 동시에 사내하청회사 노동조합 소속 근로자들의 근로 장소이자 노동조합 활동을 하는 공간이므로 원청회사는 하청회사 노동조합 활동을 수인할 의무가 있기 때문입니다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결).

### (2) 쟁의행위의 요건

#### ① 개요

쟁의행위를 하려면 노동조합법 상의 사전요건을 갖춰야 합니다. 1) 노동쟁의 조정절차를 거쳐야 하고(노동조합법 제45조 제2항), 2) 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수 찬성이 있어야 합니다(제41조 제1항). 여기서 조합원의 과반수 찬성이란, 복수노동조합인 경우에는 교섭창구단일화절차에 참여한 전체 노동조합 조합원 수의 과반수 찬성입니다.

참고로, 초기업별 노동조합의 기업별 지부가 쟁의행위를 할 때는 해당 기업별 지부 조합원 과반수 찬성을 얻으면 됩니다(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4641 판결). 그렇더라도 쟁의행위의 주체는 초기업 노동조합이지 기업별 지부가 독자적으로 쟁의행위를 할 수 있는 것은 아니라는 점도 참고로 덧붙입니다.

#### ② 노동쟁의 조정절차

단체교섭이 최종 결렬되면 '노동쟁의'가 발생한 것이 됩니다. 흔히 노동쟁의와 쟁의행위를 혼동해서 표현하는 경우도 많은데, 노동쟁의는 교섭이 결렬되어 발생한 분쟁상태를 말하고 쟁의행위는 노동쟁의를 해소하기 위한 단체행동을 말합니다.

노동쟁의가 발생하면 노동위원회에 조정신청을 할 수 있습니다. 조정신청은 노동조합뿐만 아니라 사용자도 할 수 있습니다. 노사가 합의하면 노동위원회가 아닌 기구나 사람('사적조정인')에게 조정을 신청해도 됩니다.

조정기간은 일반 사업장은 10일, 공익사업장은 15일입니다. 양 당사자가 모두 동의하면 일반 사업장은 10일의 범위 내에서, 공익사업장은 15일의 범위 내에서 연장할 수도 있습니다. 조정신청이 들어오면 노동위원회는 조정위원회를 구성하여 두세 차례 노사의 입장을 확인하고 조정을 행하는 조정회의를 개최합니다.

조정위원회의 조정안을 노사 모두 수락하면 조정안은 단체협약과 동일한 효력을 가지는 조정서가 되어 교섭이 타결되는 것입니다. 조정안을 노사 어느 일방이라도 수락하지 않으면 조정이 종료되어 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있게 됩니다.

한편, 노사 간 주장에 현격한 차이가 있거나 조정안을 내는 것 자체가 노사관계에 바람직하지 않다고 조정위원회가 판단하면 조정안을 내지 않고 조정중지를 결정할 수도 있습니다. 조정중지 결정이 내려져도 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있습니다.

| 공익사업(노동조합법 제71조 제1항) | 필수공익사업(노동조합법 제71조 제2항) |
|---|---|
| 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나<br>국민경제에 미치는 영향이 큰 사업으로서,<br>① 정기노선 여객운수사업 및 항공운수사업<br>② 수도사업·전기사업·가스사업·석유정제사업 및 석유공급사업<br>③ 공중위생사업과 의료사업 및 혈액공급사업<br>④ 은행 및 조폐사업<br>⑤ 방송 및 통신사업 | 공익사업 중 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 않은,<br>① 철도사업과 도시철도사업 및 항공운수사업<br>② 수도사업·전기사업·가스사업과 석유정제사업 및 석유공급사업<br>③ 병원사업 및 혈액공급사업<br>④ 한국은행사업<br>⑤ 통신사업 |

표7 공익사업

**Tip. 행정지도**

– 노동위원회 조정절차는 1) 적정한 조정안을 받아 타결하기 위한 절차 또는 2) 쟁의권을 확보하기 위한 요식절차로서의 의미를 가집니다. 노동조합은 상황과 계획에 따라 선택하고 그에 맞는 대응을 하면 됩니다.

– 간혹 조정위원회가 조정을 하지 않고 이른바 '행정지도'를 하는 경우가 있습니다. 행정지도가 내려졌다는 것만으로는 노동조합이 쟁의행위를 할 수 없다고 해석하지는 않습니다만(대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2871 판결), 현실적으로는 제약이 많다보니 행정지도가 내려지지 않게 잘 대응해야 합니다.

– 행정지도는 1) 조정신청을 할 수 있는 당사자가 아니거나 상대방을 잘못 지정한 경우, 2) 노동쟁의가 아니라고 판단하는 경우, 3) 조정대상이 아니라고 보는 경우에 내려집니다.

- 당사자 부적격: 하청회사 노동조합이 원청회사를 상대로 신청한 경우가 대표적입니다. 최근 중앙노동위원회는 원청회사가 실질적인 지배력을 가지는 사항에 대해서는 하청회사 특수고용노동자 노동조합에 대한 교섭의무를 인정한 바도 있으니(중노위 2021. 6. 2. 중앙2021부노14), 당사자 부적격이 아님을 주장해야 합니다.
- 노동쟁의가 아닌 경우: 노동조합법(제2조 제5호)은 노동쟁의를 "근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁 상태"로, 주장의 불일치는 "당사자 간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우"라고 정의하고 있습니다. 따라서 더 교섭이 가능한 상태(이른바 '교섭미진')라면 노동쟁의가 아직 발생하지 않았다고 해석합니다. 이런 경우를 대비하기 위해 형식적으로라도 교섭 차수를 높이고 조항별로 타결이 되지 않더라도 전체 교섭안에 대해 한번은 다 교섭을 진행하는 대비가 필요합니다.
- 조정대상이 아닌 경우: 위 노동조합법 상 노동쟁의 정의규정에 따라 근로조건에 관한 내용이 아니거나 이른바 이익분쟁사항이 아닌 경우(권리분쟁사항)에는

조정대상이 아니라고 해석합니다. 따라서 애초에 주요 현안이 권리분쟁사항이더라도 이익분쟁사항을 형식적으로라도 교섭대상에 함께 포함하여 일괄 타결하는 교섭전술이 필요합니다.

### (3) 쟁의행위의 정당성 판단

**관련 판례**

근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 ① 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, ② 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, ③ 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, ④ 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다(대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 판결).

**① 주체**

쟁의행위의 주체는 노동조합입니다. 노동조합법(제37조 제2항)은 "조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니된다."고 정하고 있고, 위반 시 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처할 수 있게 하고 있습니다. 즉, 노동조합이 아닌 일시적 쟁의단이나 근로자단체, 투쟁기구 등이 주도하는 쟁의행위는 법적으로 금지됩니다.

**② 목적**

대체로 판례는 이른바 의무적 교섭대상과 노동쟁의 조정대상을 쟁의행위의 대상(목적)과 동일하게 보는 경향이 있습니다. 그러나 의무적 교섭대상이 아니더라도 단체교섭의 대상으로 다뤘으나 교섭이 결렬된 사항은 쟁의행위의 대상도 된다고 해석하는 것이 타당하다고 판단됩니다. 한편으로는 위 조정절차에서도 언급했듯이 불필요한 다툼을 예방하기 위해서는, 최종 일괄타결 시까지 이익분쟁사항을 함께 가져가서 주된 쟁의행위의 목적대상으로 포함하는 전술이 필요하겠습니다.

**관련 판례**

쟁의행위에 의하여 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의행위의 목적의 당부를 판단해야 할 것이고, 부당한 요구사항을 뺐더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2005두14767 판결).



**③ 절차**

위에서 설명한 쟁의행위의 사전요건(노동쟁의 조정절차, 조합원 과반수 찬성)이 쟁의행위의 정당성을 판단하는 세 번째 요건입니다. 이를 위반한 쟁의행위를 한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있습니다.

**Tip. 쟁의행위의 일시 중단**

– 쟁의행위를 일시적으로 중단하고 업무에 복귀했다가 다시 파업과 같은 쟁의행위에 돌입할 수도 있습니다. 따라서 이 경우에는 다시 쟁의행위의 사전 요건을 거치지 않아도 되도록 '일시적 종료'라는 점을 분명히 해야 합니다(회사에 통보, 조합원에게 공지 등).

한편, 필수공익사업인 경우에는 쟁의행위 중에도 '필수유지업무'는 유지해야 합니다(노동조합법 제42조의2). 필수유지업무란 필수공익사업의 업무 중 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령(노동조합법 시행령 별표 1)이 정하는 업무입니다.

따라서 노사 당사자는 쟁의행위 전에 필수유지업무의 유지나 운영 수준, 대상 직무 및 필요인원 등을 정한 협정('필수유지업무협정')을 서면으로 체결해야 합니다(노동조합법 제42조의3). 자율적으로 체결되지 못하면 노사 어느 일방이 지방노동위원회에 필수유지업무 결정을 신청할 수 있습니다. 지방노동위원회의 결정에 불복하는 당사자는 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있고 중앙노동위원회 결정에 불복하면 행정소송을 제기할 수 있습니다.

그러므로 필수공익사업의 노동조합은 필수유지업무협정에 따른 필수유지업무 담당자를 정하여 필수유지업무를 유지하면서 쟁의행위를 해야 정당한 쟁의행위로 인정됩니다(노동조합법 제42조의2).

**④ 수단과 방법**

노동조합법은 쟁의행위의 수단과 방법에서 몇 가지의 제한사항을 두고 있습니다. 먼저 "쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다."고 정하고 있습니다(노동조합법 제42조 제1항). 이것은 쟁의행위 자체가 전반적으로 폭력이나 파괴행위로서 행해지는 것을 금지하는 것이지, 일부 조합원들의 우발적인 폭력이나 파괴행위가 있었다 하더라도 그 행위자가 처벌될 수 있는 것은 별론으로 하더라도 당해 쟁의행위 자체의 정당성이 상실되는 것은 아닙니다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8906 판결).

'생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설'을 점거하는 형태의 쟁의행위는 금지됩니다. 그러나 '전면적·배타적 점거'가 아니라 '부분적·병존적 점거'는 가능하다는 것이 판례의 일관된 입장입니다(대법원 1991. 6. 11. 선고 91도383 판결). 따라서 식당, 휴게실, 강당, 운동장, 로비일부 등 주된 업무가 행해지지 않는 장소에 대한 점거 방식의 쟁의행위는 가능합니다.

또한 "사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는

방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다."는 제한도 있습니다(노동조합법 제42조 제2항). 여기서 '안전보호시설'이란 사람의 생명이나 신체의 위험을 예방하고 위생상 필요한 시설을 말합니다. 예를 들면 병원의 응급실 같은 곳이죠. 사전에 필요한 안전조치를 취해서 사람의 생명이나 신체에 위험이 전혀 발생하지 않은 경우는 쟁의행위가 가능합니다(대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결).

한편, "작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간중에도 정상적으로 수행되어야 한다."는 규정도 있어(노동조합법 제38조 제2항), 예를 들어 제품 변질 방지를 위한 냉장·냉동시설 같은 경우에는 냉장·냉동이 유지되게 하면서 쟁의행위를 해야 합니다.

### (4) 사용자의 대항행위

#### ① 대체근로 투입 등

사용자는 쟁의행위 기간 중 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위해 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없으며(노동조합법 제43조 제1항), 쟁의행위 기간 중 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없습니다(제43조 제2항). 또한 파견사업주는 쟁의행위 중인 사업장에 쟁의행위로 중단된 업무 수행을 위해 근로자를 파견해서는 안 됩니다(파견근로자 보호 등에 관한 법률 제16조 제1항).

사용자의 대체근로 투입이나 하도급은 헌법 상 기본권인 단체행동권(쟁의행위)의 행사를 무력화시키므로 범죄행위입니다. 사용자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있습니다.

여기서 금지대상은 '당해 사업과 관련 없는 자'를 '쟁의행위로 중단된 업무 수행을 위해' 투입하는 것입니다. 따라서 일단 당해 사업 소속 관리자나 비조합원들로 하여금 업무를 대행케 하는 것은 가능합니다. 또한 쟁의행위로 중단된 업무 수행을 위해 대체인력을 투입하는 것을 금지하고 있다 보니, 쟁의행위와 무관하게 애초 계획이 있었던 신규채용을 하거나 자연감소 인원을 충원하는 것은 가능하다고 해석합니다. 다만, 쟁의행위 전에 채용을 했더라도 쟁의행위가 예상되어 그 업무를 대체할 인력으로 채용한 것이라면 위법하여 처벌대상이 됩니다(대법원 2000. 11. 28. 선고 99도317 판결).

한편, 필수공익사업에서는 파업 참가자의 50%를 초과하지 않는 범위 내에서 대체인력 채용이나 하도급을 줄 수 있습니다(노동조합법 제43조 제3항, 제4항). 즉, 필수공익사업에서는 사실상 거의 대부분의 업무에 해당하는 필수유지업무도 수행하면서 쟁의행위를 해야 하고 대체근로 투입도 일정부분 허용되다보니 노동조합의 쟁의행위에 상당한 제약이 가해지고 있는 현실입니다.

---

**Tip. 사용자의 대체근로에 대응하기**

– 사용자의 불법 대체근로 투입이 행해지고 있을 때 이에 대한 법적 판단을 기다리다보면 당장의 쟁의행위가 사실상 무력화될 수 있습니다.

– 불법 대체근로가 명백하다면 노동조합이 조직적인 실력을 행사해서 대체근로를 하고 있는 사람들이 일을 하지 못하도록 할 필요도 있습니다. 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위해 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 위법하지 않다는 대법원의 판결이 있습니다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결).

#### ② 직장폐쇄

노동조합의 쟁의행위에 대해 사용자는 직장폐쇄를 할 수 있습니다.

노동조합법(제46조)은 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 사용자가 직장폐쇄를 할 수 있다고 하고 있습니다.

쟁의행위 기간 중에도 비조합원 등 근로의 의사가 있는 근로자에게는 사용자가 임금을 지급해야하는데, 쟁의행위로 인해 비조합원만으로는 업무가 불가능할 수도 있다 보니 사용자의 비조합원 등에 대한 임금지급 의무를 면해주는 취지의 제도가 직장폐쇄라고 할 수 있습니다.

그런데 법원은 사업장 전면 폐쇄 외에도 일부 폐쇄, 심지어 파업 참여 조합원에 대해서만 직장폐쇄를 할 수도 있다고 하고 있습니다. 직장폐쇄라는 것이 물리적으로 사업장을 폐쇄하는 것뿐만 아니라 특정 근로자에 대해 사업장 출입을 금지하거나 퇴거를 요구할 수 있는 것이라는 해석입니다. 그러다보니 근래에는 대개 쟁의행위에 참가한 조합원에 대해서만 직장폐쇄를 하는 방식으로 일종의 노동조합 탄압수단으로 악용되는 문제점도 있습니다.

일단, 직장폐쇄는 노동조합의 쟁의행위에 대한 대항·방어수단으로서 적합하게 행사되는 경우에 한하여 정당합니다(대법원 2000. 5. 26. 선고 98다34331 판결). 노동조합의 쟁의행위로 노사 간 교섭력의 균형이 깨지고 오히려 사용자측에 현저히 불리한 압력이 가해지는 상황에서 이를 방어할 목적 범위 내에서 직장폐쇄를 할 수 있다는 것입니다. 법원에서 위법한 직장폐쇄로 인정된 사례로는, 노동조합의 준법투쟁 3일 만에 단행된 직장폐쇄, 노동조합이 회사 1층 로비 일부를 점거한지 하루 만에 전격적으로 행해진 직장폐쇄 등이 있습니다.

따라서 사용자의 선제적·공격적 직장폐쇄는 위법합니다. 위법한 직장폐쇄는 1년 이하 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처해지는 범죄행위입니다. 또한 사용자는 직장폐쇄 전에 행정관청과 노동위원회에 각각 신고해야 하는데 위반 시 500만원 이하의 과태료가 부과됩니다.

법에는 노동조합의 쟁의행위 후에만 직장폐쇄를 할 수 있다는 규정만 있지만, 노동조합이 파업 중단 의사를 밝혔음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속하는 경우 역시 공격적 직장폐쇄로서 위법합니다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결).

정당성을 잃은 직장폐쇄라면 사용자는 직장폐쇄 기간에 대한 임금을 근로자에게 지급해야 합니다(대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다30858 판결).

적법한 직장폐쇄라면 사용자는 직장 점거 농성 중인 조합원들에게 퇴거를 요구할 수 있고 불응하면 퇴거불응죄에 해당할 수 있습니다.

### (5) 쟁의행위 종료

쟁의행위 종료시점에는 애초 쟁의행위의 목적이 되었던 단체협약에 대한 합의도 중요하지만 쟁의행위 과정에서 발생된 제반 문제들에 대해서도 잘 합의해야 합니다. 이미 법적으로 진행 중인 사항이 있다면 일괄 취하하고, 쟁의행위 과정에서 발생한 각종 문제에 대해서도 일체의 민사상·형사상 책임을 묻지 않기로 하는 것과 징계면책도 합의해내는 것이 필요합니다.

한편, 쟁의행위가 개시되면 동시에 교섭결렬사항뿐만 아니라 쟁의행위 기간 중 임금문제도 또 하나의 쟁점이 됩니다. 노동조합법(제44조)은 쟁의행위 기간 중 임금에 대해 사용자의 지급 의무가 없다고 규정하고 있을 뿐이지 지급을 금지하고 있지 않습니다. 따라서 격려금, 위로금, 타결축하금 등의 명목으로 쟁의행위 기간 중 임금을 합의하는 것도 중요한 문제입니다.

---

**Tip. 불법 파업과 형사처벌**

– 파업은 집단적으로 일을 하지 않는 행위일 뿐이므로 파업을 했다고 형사처벌을 받을 수도 있다는 인식은, 한국 특유의 후진적 법제도와 집행의 문제에서 나온 결과물이라고도 할 수 있습니다. 마치, 무단결근한 근로자에 대해 국가가 형사처벌을 하는 것과도 다를 바 없습니다. 만약 파업과정에서 일부 폭력·파괴행위가 있었다면 그 행위자를 그 행위로 처벌하면 되는 것이지 파업 자체를 위법한 것으로 해석해서는 안 됩니다. 한국에서의 소위 불법파업은 대부분 파업의 목적대상이 위법한 경우입니다. 정리해고 반대 파업, 정부 노동정책에 항의하는 파업 등이 외국과는 달리 한국에서는 불법파업으로 규정되기도 합니다. 세계적으로도 유례없이 워낙 쟁의행위의 목적대상을 협소하게 제도화해놓은 탓입니다.

– 거기다가 불법파업으로 규정된 경우에는 노동조합법 위반죄가 아니라 형법(제314조) 상 업무방해죄로 처벌해왔습니다. 그러다보니 국내외적으로도 비판이 거세져 결국 대법원은 2011년에 판례를 변경했습니다. 정당성을 상실한 소위 불법파업이라도 파업이 1) 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져, 2) 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래한 경우에만 업무방해죄로 처벌대상이 될 수 있습니다(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 판결).

– 노동조합이 꼭 갖춰야 할 특성 중 하나는 투쟁성입니다. 단체행동권이 헌법 상 기본권인 이유에는, 인간다운 노동을 위해서는 근로자들의 집단적인 물리력 행사가 불가피하다는 전제가 깔려있습니다. 투쟁은 당연히 힘들고 투쟁의 성과가 없을 수도 있습니다. 그러나 필요할 때는 싸울 수 있다는 기본 인식을 노동조합은 늘 갖추고 있어야 합니다. 단결된 근로자들의 조직된 힘과 투쟁이 인간다운 노동을 만듭니다.

# 알아두면 도움이 되는 기관

**서울노동권익센터**
전화번호 02 6925 4349
(상담 02 376 0001)
홈페이지 www.labors.or.kr

**도심권노동자종합지원센터**
전화번호 02 6959 5255
홈페이지 www.4seoullabor.org/dosim

**동남권노동자종합지원센터**
전화번호 02 408 5255
홈페이지 www.4seoullabor.org/dongnam

**동북권노동자종합지원센터**
전화번호 02 2217 5255
(상담 02 2217 5255)
홈페이지 www.4seoullabor.org/dongbuk

**서남권노동자종합지원센터**
전화번호 02 868 5255
(상담 070 4128 4838)
홈페이지 www.4seoullabor.org/seonam

**강북구노동자종합지원센터**
전화번호 02 989 8580
홈페이지 www.gangbukhope.org

**강동구노동권익센터**
전화번호 02 3425 8700
(상담 02 3425 8715/8717)
홈페이지 www.gangdong.go.kr/nodong

**강서구노동복지센터**
전화번화 02 2665 4038
(상담 02 2665 4037)
홈페이지 www.gangseolabor.org

**관악구노동복지센터**
전화번호 02 886 7900
홈페이지 gwanaklabor.kr

**광진구노동복지센터**
전화번호 02 458 5055
(상담 070 7730 5573)
홈페이지 www.gjworker.org

**구로구노동자종합지원센터**
전화번호 02 852 7339
(상담 02 852 7341)
홈페이지 www.laborguro.org

**노원노동복지센터**
전화번호 02 930 9024

**도봉구노동자종합지원센터**
전화번호 02 3494 4400
홈페이지 dobonglabor.org

**마포구노동자종합지원센터**
전화번호 02 306 2227
(상담 02 306 2226)
홈페이지 sdmworker.org

**서대문구노동자종합지원센터**
전화번호 02 395 0720
(상담 02 395 0025)
홈페이지 sdmworker.org

**성동근로자복지센터**
전화번호 02 465 8573
(상담 02 497 8573)
홈페이지 www.sdlabor.or.kr

**성북구노동권익센터**
전화번호 02 909 3988
홈페이지 www.sblabor.or.kr

**양천구노동복지센터**
전화번호 02 2645 0034
(상담 02 2645 0858)
홈페이지 www.yclabor.org

**영등포구노동자종합지원센터**
전화번호 02 2633 7987
홈페이지 www.ydpnodong.org

**은평구노동자종합지원센터**
전화번호 02 6952 1871
(상담 02 6952 1875)
홈페이지 www.eplabor.org

**중구노동자종합지원센터**
전화번호 02 2269 2220
(상담 02 2269 9994)
홈페이지 jglabor.org

**중랑구노동자종합지원센터**
전화번호 02 496 8477
홈페이지 www.jnlabor.org

**서울시 감정노동 종사자 권리보호센터**
전화번호 02 6929 2524
홈페이지 www.emotion.or.kr

**서울시어르신돌봄종사자종합지원센터**
전화번호 02 389 7790
(상담 1544 7315)
홈페이지 www.dolbom.org

**서울특별시직장맘지원센터**
홈페이지 seoulworkingmom.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(개정 3판)**

발행인
이남신

발행처
서울노동권익센터

발행일
2022년 2월 28일

글쓴이
최진혁
김희영
박성우
권동희
김선임
박선희
민대숙
박윤진
윤성봉
이주영
정미경

기획·편집
이혜수
최진혁
김은풍
이지영
이주영
박선희

디자인
일상의 실천
김리원

인쇄
세걸음

비매품 / 무료
93360

9 791187 917441
ISBN 979-11-87917-44-1