



서남권 서울특별시 노동자 종합지원센터

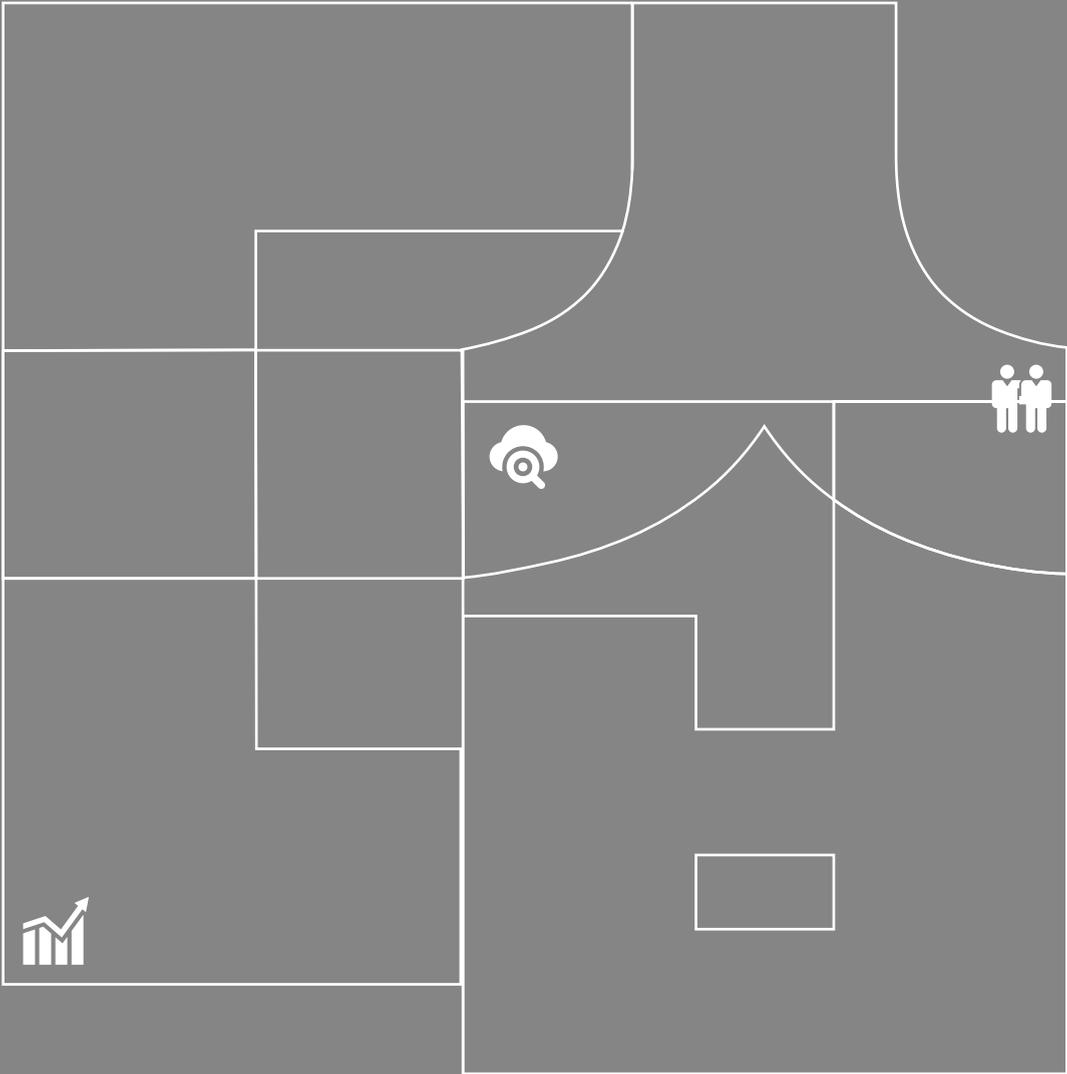
상담

사례

집



서남권 서울특별시  
노동자 종합지원센터



서남권 서울특별시 노동자 종합지원센터  
2023년 상담사례집

---

I. 근로계약 <사례1> ~ <사례4>	07
II. 임금 <사례5> ~ <사례13>	21
III. 근로시간, 휴일, 휴가 <사례14> ~ <사례18>	46
IV. 인사 <사례19> ~ <사례20>	61
V. 퇴사 <사례21> ~ <사례24>	73
VI. 해고 <사례25> ~ <사례31>	83
VII. 실업급여 <사례32> ~ <사례33>	103
VIII. 산재 <사례34> ~ <사례37>	111
IX. 직장 내 괴롭힘 <사례38> ~ <사례39>	122

---

## 발간사

서남권 서울특별시 노동자종합지원센터는 지난 2021년 개소한 이후 취약계층 노동자들의 권익을 보호하고 복지를 증진하기 위해 노동 안전보건 지원, 플랫폼·프리랜서 노동자 지원, 노동 교육, 연구를 통한 정책개발, 조직화 지원 등 종합적인 서비스를 지원하여 노동권익과 사회안전망을 확보해 가고 있습니다.

특히 노동법률상담은 사업의 중심에서 일터에서 불법 부당한 일을 당한 노동자가 법적 권리를 찾을 수 있도록 제도권 내 노동자는 물론 플랫폼·프리랜서 등 불안정 노동자를 대상으로 한 다양한 상담 방법으로(방문상담, SNS실시간 상담, 전화상담, 찾아가는 상담) 접근성을 강화하고, 진정, 고소, 행정소송 등 법률구조를 대행하여 노동자의 권익을 실현해 주고 있습니다,

직원 모두가 한마음으로 열심히 노력해 준 덕분에, 지난 3년간 서남권 센터의 노동 상담을 통해 문제를 해결한 노동자분들의 수는 점점 늘어났습니다.

이번에 발간하는 2023년 노동 상담사례집은 1,000여 건의 상담사례 중에서 주제별로 내용을 엄선하여 수록하였으며, 알아두면 도움이 되는 대법원 판례나 행정해석 등을 곁들여 이해를 높이고자 하였습니다.

상담사례 안에는 불법 부당한 노동 문제에 맞닥뜨리고, 이를 해결하기 위해 고통을 감내해 내는 노동자분들의 삶의 애환이 담겨있었습니다.

노동자분들이 어려움에 봉착하고 이를 헤쳐나갈 때, 이 책자가 작은 희망과 이정표가 되기를 바랍니다.

현장에서 불법 부당한 문제에 직면했을 때 여러분 곁에는 항상 도움을 주는 기관이 있음을 기억해 주시고, 힘들어도 용기를 잃지 않으시기를 바랍니다. 서남권 센터 전 직원은 모든 노동자분을 항상 응원합니다.

아울러 상담뿐만 아니라 사례를 정리하여 책자가 완성될 수 있도록 법률자문 도움을 주신 서남권 센터 법률자문단 신혜경, 임상현, 유상건, 박준노무사님께 이 자리를 빌려 특별한 감사 인사를 드립니다.

2023년 12월

서남권 서울특별시 노동자종합지원센터장  
임 승 운



서남권 서울시 노동자종합지원센터  
2023 상담사례집

# PART

# 1.

---

## 근로계약

## 사례1. 포괄임금제 및 고정OT 계약의 개념과 유효성

우리 회사에서는 근로계약에 포괄임금제와 고정OT(Overtime)가 포함되어 있어 정해진 근무시간을 초과하여 발생한 시간외근로 등 야근이 발생하더라도 별다른 보상이 없습니다. 이 근로계약이 무엇을 의미하는 것이고, 실제로 유효한 것인지 궁금합니다.

포괄임금제란 법정수당을 모두 통합하여 일정액으로 지급하는 임금제입니다. ① 기본급 및 법정수당을 모두 포괄하여 하나의 임금항목으로 지급하고 ② 기본급과 법정제수당 두 개의 임금항목으로 지급하는 두 가지 형태로 구분할 수 있습니다.

대법원은 포괄임금제가 유효하려면 근로시간의 산정이 어려움, 근로자의 동의(포괄임금제에 의한 임금 지급계약 체결), 근로자에게 불이익이 없어야 한다는 요건을 모두 충족해야 한다고 명시하고 있습니다. 따라서 근로시간의 산정이 가능하거나, 근로자의 동의가 없거나, 포괄임금제로 인해 최저임금에 미달된다는 등의 불이익이 있는 경우, 포괄임금제는 유효하지 않습니다.

고정OT 수당(Overtime Pay, 시간외수당)은 일 또는 월 단위로 지급하는 연장·야간·휴일근로수당으로 실제 근로와 관계없이 미리 고정적으로 지급하는 것을 의미합니다. 고정OT는 포괄임금제와 달리 근로시간 산정이 어려운 경우가 아니더라도 도입이 가능합니다.

고정OT가 유효하기 위해서는 근로계약서 등에 고정적으로 지급하는 연장근로수당의 금액 또는 연장근로시간을 명확하게 명시해야 합니다. 또한, 연장·야간·휴일근로수당 등은 '시간 외 근로수당'과 같이 하나의 항목으로 명시하는 것이 아니라 각각 명시해야 합니다.

반면 포괄임금제가 유효하게 도입된 경우를 전제로 별다른 추가 수당을 지급할 필요

없이 포괄임금제 계약에 의해 지급하기로 정한 제수당 또는 임금만을 지급하면 됩니다. 그러나 근로시간 산정이 어려운 등의 사정이 없음에도 포괄임금제 계약을 체결해 무효일 경우, 포괄임금제에 포함된 정액의 법정수당이 근로기준법이 정한 기준에 따라 산정된 법정수당에 미달하는 때에는 그에 해당하는 포괄임금제에 의한 임금지급 계약 부분으로 근로자에게 불이익하여 무효이므로, 그 미달되는 법정수당을 추가로 지급해야 합니다.

고정OT 수당이 실제 연장근로시간에 따른 법정수당보다 많은 경우에는 고정OT 수당을 감액하지 않고 그대로 지급하면 됩니다. 다만, 고정OT 수당이 실제 연장근로시간에 따른 법정수당보다 적은 경우에는 그 적은 부분을 추가로 지급해야 합니다.(휴일·야간의 경우에도 동일)

## 법령

### 근로기준법

제15조(이 법을 위반한 근로계약) ① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한정하여 무효로 한다.② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.

제56조(연장·야간 및 휴일 근로) ① 사용자는 연장근로(제53조·제59조및제69조단서에 따라 연장된 시간의 근로를 말한다)에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 사용자는 휴일근로에 대하여는 다음 각 호의 기준에 따른 금액 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.. 8시간 이내의 휴일근로: 통상임금의 100분의 50

2. 8시간을 초과한 휴일근로: 통상임금의 100분의 100

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

## 판례

[1] 감시·단속적 근로 등과 같이 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아님에도 근로시간 수와 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 포괄임금제 방식의 임금지급계약을 체결하는 것이 허용되는지 여부(소극)

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.

[2] 근로시간의 산정이 어렵다는 등의 사정이 없음에도 포괄임금제 방식에 의해 지급하기로 약정한 정액의 법정수당이 근로기준법에 따라 산정한 법정수당에 미달하는 경우, 그 미달하는 부분의 포괄임금 약정의 효력(=무효) 및 사용자는 그 미달하는 법정수당을 지급할 의무가 있는지 여부(적극)(대법원 2010.5.13 선고, 2008다6052 판결)

구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부 개정되기 전의 것) 제22조(현행 법 제15조)에서는 근로기준법에 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하면서(근로기준법의 강행성) 그 무효로 된 부분은 근로기준법이 정한 기준에 의하도록 정하고 있으므로(근로기준법의 보충성), 근로시간의 산정이 어려운 등의 사정이 없음에도 포괄임금제 방식으로 약정된 경우 그 포괄임금에 포함된 정액의 법정수당이 근로기준법이 정한 기준에 따라 산정된 법정수당에 미달하는 때에는 그에 해당하는 포괄임금제에 의한 임금 지급계약 부분은 근로자에게 불이익하여 무효라 할 것이고, 사용자는 근로기준법의 강행성과 보충성 원칙에 의해 근로자에게 그 미달되는 법정수당을 지급할 의무가 있다.

## 사례2. 위탁계약서 체결한 프리랜서의 퇴직금 신청 가능 여부

헬스장에서 트레이너로 대략 8년 정도 근무하고 있습니다. 프리랜서 위탁계약서를 작성했으며 4대보험은 가입되지 않았고, 현재 3.3% 사업소득세를 납부하고 있습니다. 근로자처럼 고정비를 받고 있고 업무지시에 따라 근무하고 있다고 생각하는데, 위탁계약서를 작성한 것이 퇴직금 신청에 문제가 될까요?

근로자퇴직급여 보장법상 퇴직금 청구권은 근로기준법상 근로자에 한하여 인정됩니다. 일반적으로 근로기준법상 근로자성은 대법원이 제시한 기준에 기초하여 판단합니다.

대법원에서는 근로기준법상 근로자성과 관련하여 계약의 형식보다는 실질적으로 사용종속관계가 존재하는지 여부에 따라 결정하고 있습니다. 여기서 사용종속관계라 함은 업무의 내용, 출퇴근시간, 근무장소, 내규 적용, 고정급 유무, 이윤 창출과 손해 위험성, 업무수행 과정에서의 지휘·감독 여부 등 다양한 요소들을 종합적으로 검토하여 판단하고 있습니다.

현재, 헬스트레이너로서 위탁계약서를 작성했으나 대법원의 입장에 따라 형식보다는 실질을 기초로 판단되어야 하며, 일반적으로 헬스트레이너의 경우 전문성을 기반으로 노무를 제공하고 그 과정에서 어느 정도의 재량권을 부여받으며, 수익구조는 고정비와 PT(Personal Training) 수행에 따른 인센티브를 지급받는 구조입니다. 또한, 4대보험은 가입하지 않았고 사업소득세를 납부하고 있는 상황이므로 이러한 부분은 근로자성의 부정적인 요인으로 작용될 수 있습니다.

다만, 출퇴근시간이 정해져 있으며, 정기적인 회의 개최, PT수업(회원) 배정, 회원 스케줄 관리, 운동시설물 관리, PT 수수료 조정 유무, 근태, 휴가 관리, 회원일지 관리, 내부규정 위반 시 벌칙 적용 등 사용자로부터 실질적인 노무관리가 이루어진다면, 근로

기준법상 근로자로 판단될 여지도 높습니다.

만일 근로기준법상 근로자로 인정된다면 근로기준법 및 근로자퇴직급여 보장법이 적용되어 재직기간 동안 퇴직금에 대한 청구권이 발생하고, 사용자와 협의를 통해 내부적으로 해결되지 않는다면 관할 노동청 진정 또는 민사소송을 통해 근로자성을 확인 받고 미지급된 퇴직금에 대한 권리를 보장받을 수 있습니다. 추가  
한편, 최근 헬스 트레이너의 퇴직금이 문제된 사안에서 대법원은 헬스 트레이너의 근로기준법상 근로자성을 최초로 인정한 바 있습니다(대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다 271814 판결).

---

## 법령

### 근로기준법

제2조(정의) ①이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

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

### 근로기준법

제34조(퇴직급여 제도) 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급하는 퇴직급여 제도에 관하여는 「근로자퇴직급여 보장법」이 정하는 대로 따른다.

### 근로자퇴직급여보장법

제8조(퇴직금제도의 설정 등) ① 퇴직금제도를 설정하려는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다.

---

## 판례

근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다, 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. (서울동부지방법원 2022. 8. 19. 선

고, 2021나33536 판결)

여기에서 종속적인 관계인지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이익의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결 참조).

⑦ 비록 피고가 원고를 비롯한 트레이너들로부터 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수하였고, 이들을 피고 소속 근로자로 하여 이른바 4대 보험에 가입시키지 않은 사정이 있다 하더라도, 이러한 사정은 이들을 채용한 피고가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 그 여부를 임의로 정했을 여지가 크다.

⑧ 피고의 대표자 F이 원고에게 퇴직금을 미지급한 혐의로 기소되었다가 무죄판결을 선고받기는 하였으나, 이는 원고를 근로자로 보기 어려워 그런 것이 아니고 검사가 제출한 증거들만으로는 F에게 원고가 퇴직금 지급대상이 되는 근로자에 해당한다는 점에 대한 인식이 있었다고 보기 어렵다고 판단하였기 때문이다.

### 사례3. 계약직 장년근로자도 근무기간 2년 초과 시 무기계약직 전환 가능 여부

회사에 58년생인 미화 담당자가 있습니다. 해당 직원과는 현재 1년 계약기간을 설정했으며, 2023년 9월에 1년이 됩니다. 만약 저희가 계약기간을 1년을 추가로 연장할 경우 해당 직원을 무기계약직으로 전환하여야 하나요? 그리고 1년이 된 시점에 적용되는 근로기준법이 무엇이 있을까요?

기간제법에서는 사용자가 기간제근로자를 2년을 초과하지 아니하는 범위 내에서 사용할 수 있다고 규정하고 있으며, 2년을 초과하는 경우 무기계약직으로 전환되는 것이 원칙입니다. 다만, 2년을 초과하더라도 무기계약직으로 전환되지 않는 예외규정을 마련해두었으며, 대표적으로 고령자고용촉진법상 고령자와 근로계약을 체결하는 경우입니다.

여기서 고령자고용촉진법상 고령자의 기준은 만 55세 이상인 자를 의미하며 현재 기업의 미화 담당자의 경우 65세(58년생)에 해당하므로 2년을 초과하여 근로계약을 체결하더라도 무기계약직으로 전환되는 것은 아닙니다. 다만 당사자 간 합의가 있을 경우 무기계약직으로 전환하는 것은 가능합니다.

또한, 해당 근로자가 1년 80% 이상 출근율을 충족했다면 15개의 연차유급휴가가 발생하며(상시근로자 5인 이상 전제), 근로자퇴직급여 보장법상 퇴직금이 적용됩니다.

만일 고령자를 계속적으로 고용할 예정이라면 고용노동부 정부지원사업으로서 ‘고령자고용지원금’이 있습니다. 관할 고용센터에 문의하여 요건 등을 확인 후 신청하신다면, 기업 인건비 부담을 줄일 수 있을 것입니다.

#### 법령

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률

제4조(기간제근로자의 사용) ① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.

4. 「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우

② 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.

#### 고령자고용법 시행령

제2조 (고령자 및 준고령자의 정의) ① 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조제1호에 따른 고령자는 55세 이상인 사람으로 한다.

#### 근로기준법

제60조(연차 유급휴가) ① 사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 한다.

---

## 판례

### (대법원 2018. 6. 15. 선고, 2016두62795 판결)

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라고 한다) 제4조는 제1항 본문에서 “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복 갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다.”라고 규정하는 한편, 제1항 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 제2항에서 “제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.”라고 규정하고 있다. 위 규정들의 입법 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있으므로, 기간제법 제4조 제2항은 강행

규정이라고 보아야 한다. 따라서 근로계약의 당사자가 기간제법 제4조 제2항을 배제하기로 하는 합의를 하더라도 그 효력이 인정되지 않는다.

## 행정해석

(회시번호 : 고용차별개선과-1482, 회시 일자 : 2013.7.25.)

「기간제법」 제4조제1항 단서의 제4호에서는 “「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우”를 사용기간 제한의 예외 사유로 규정하고 있고, 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 제2조제1호 및 같은 법 시행령 제2조제1항에 따르면 만55세 이상인 사람을 고령자로 규정하고 있음.

이에 따라 사용자가 기간제 근로계약을 최초로 체결할 당시 근로자가 만55세 이상인 경우 또는 계속근로기간이 2년을 초과하지 아니한 때에 기간제 근로계약을 갱신하면서 당시 근로자의 연령이 만55세 이상인 경우에 한하여 「기간제법」 제4조 제1항제4호에 해당된다고 보아야 할 것으로 판단됨. 최근 대법원도 같은 취지의 판결을 내린 바 있음(대법 '13.5.23. 선고 2012두18967 판결)

따라서 최초 근로계약을 체결하거나 갱신하는 시점에서는 고령자에 해당하지 아니하였으나 근로계약기간 중에 비로소 만55세가 된 근로자의 경우, 계속근로한 기간이 2년을 초과하는 시점에서는 고령자에 해당된다 하더라도 사용기간 제한의 예외라고 볼 수 없으며, 이에 따라 해당 근로자는 무기계약 근로자로 간주되어야 할 것임.

## 사례4. 경영상 해고 후 신규직원 채용, 재고용 의무 위반 여부

프로그램 개발자로 근무하던 중 회사가 어려워지자 저를 포함해 10명 정도를 경영상 해고했습니다. 지금 다른 해고자들과 함께 부당해고를 다투고 있는데, 중앙노동위원회가 이를 정당한 경영상 해고라고 판정하여 행정소송 진

**행중입니다. 부당해고를 구제받는 것과 별개로 최근에 회사 사정이 좋아졌는지 제가 전에 하던 프로그램 개발 직군 신규채용 공고가 올라온 것을 봤습니다. 회사 사정이 좋아진 것이라면 새로운 직원을 뽑을게 아니라 해고된 직원을 먼저 복직시켜야하는 것 아닌가요?**

우선 재고용의무 위반을 판단하려면 구체적인 사실관계를 살펴봐야 합니다. 또한 단순히 채용공고를 올린 것에 그치지 않고 실제로 근로계약을 체결했는지 여부도 확인해야 합니다.

근로자가 경영상 이유로 해고된 경우, 해고한 날로부터 3년 이내에 해고 당시 담당했던 업무와 같은 업무를 수행할 근로자를 채용할 때 해당 근로자를 우선적으로 재고용해야 합니다. 사용자는 동일한 직무의 근로자를 새로 채용하기 이전에 해고된 근로자에게 복직 의사가 있는지를 확인하는 절차를 먼저 거쳐야 하며 해고된 근로자에게 복직 의사가 없다면 우선 재고용 의무는 부과되지 않습니다.

해고된 근로자는 신규직원 채용계획 등 회사 내부사정을 알기 어려우므로 사용자가 해고된 근로자에게 이를 확인해야 하는데 해고 근로자에게 복직 의사를 확인하지 않은 채 새로운 직원과 근로계약을 체결하는 행위는 우선 재고용의무를 위반하는 것입니다.

만일 경영상 이유로 해고된 날로부터 3년이 지나지 않은 상황에서 내담자의 의사를 확인하지 않은 채 사용자가 제3자를 채용한 것이라면 해고 근로자가 고용계약체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 사정이 존재한다는 것을 사용자가 입증해야하고 이를 입증하지 못한다면 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있을 것입니다.

사용자가 우선 재고용 의무를 이행해야 함에도 이행하지 않고 있는 경우라면 근로자는 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용자와 해고된 근로자 사이에 고용관계가 성립하게 됩니다. 또한

해고 근로자는 사용자가 위 규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해 배상금을 청구할 수 있습니다.

다만 손해배상금을 산정하는 경우에 주의해야 할 점이 있습니다. 근로자가 다른 직장에 재직하며 근로를 제공함으로써 얻은 이익과 사용자의 고용의무 불이행 사이에 상당인과관계가 인정된다면 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제될 것입니다. 그리고 신규채용인원이 기존 동일 업무 해고자보다 같거나 많아야 합니다.

## 법령

### 근로기준법

제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.

② 제1항의 경우에 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다.

③ 사용자는 제2항에 따른 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등에 관하여 그 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다. 이하 “근로자대표”라 한다)에 해고를 하려는 날의 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다.

④ 사용자는 제1항에 따라 대통령령으로 정하는 일정한 규모 이상의 인원을 해고하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 고용노동부장관에게 신고하여야 한다. 개정 2010. 6. 4.

⑤ 사용자가 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 요건을 갖추어 근로자를 해고한 경우에는 제23조제1항에 따른 정당한 이유가 있는 해고를 한 것으로 본다.

### 근로기준법

제25조(우선 재고용 등) ① 제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다.

② 정부는 제24조에 따라 해고된 근로자에 대하여 생계안정, 재취업, 직업훈련 등 필요한 조치를 우선적으로 취하여야 한다.

---

## 판례

경영상 이유에 의하여 근로자를 해고한 사용자가 해고 근로자에게 고용계약 체결의사를 확인하지 않은 채 제3자를 채용하였다면 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있다(대법원 2020. 11. 26. 선고, 2016다13437 판결).

1. 사용자는 근로기준법 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내의 기간 중에 해고 근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 한다면, 해고 근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있다.

이때 사용자가 해고 근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 제3자를 채용하였다면, 마찬가지로 해고 근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로기준법 제25조제1항이 정한 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있다.

2. 근로기준법 제25조제1항에 따라 사용자는 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있으므로 해고 근로자는 사용자가 위와 같은 우선 재고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용자와 해고 근로자 사이에 고용관계가 성립한다. 또한 해고 근로자는 사용자가 위 규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여, 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을

청구할 수 있다.

정리해고된 근로자에 대한 근로기준법 제25조 제1항의 우선 재고용의무 위반을 이유로 한 손해배상청구를 기각한 사례(서울고등법원 2013. 8. 30. 선고, 2012나92373 판결)

1. 피고는 원고에 대하여 근로기준법 제25조 제1항에 따른 우선 재고용 절차를 진행할 의무는 있다.
2. 정리해고 과정에서 시행된 희망퇴직절차에 의하여 퇴직한 근로자들도 위 조항에 따른 우선 재고용의무 대상자에 포함된다.
3. 여러 사정을 종합하면, 설령 피고가 위 조항에 따른 우선 재고용 절차를 밟았다고 하더라도, 원고가 희망퇴직을 한 다른 근로자들에 앞서서 우선 재고용되었을 것이라고 보기는 어렵다.
4. 따라서 원고가 피고에게 우선 재고용 되었을 것임을 전제로 한 원고의 임금 상당 손해배상청구를 기각한다.

서남권 서울시 노동자종합지원센터  
2023 상담사례집

# PART

# 2.

---

# 임금

## 사례5. 월급제 근로자 일할계산 방법

월의 중도 퇴사한 근로자의 월급여 일할계산 시, 해당 근로자의 통상시급을 기준으로 월급여를 일할계산해야 하는지 또는 월 일수 기준으로 나누어 계산해야 하는지 궁금합니다.

실무적으로 중도 입사자나 퇴사자가 발생한 경우, 근로계약서나 사내 규정 등에 월급여 일할계산 방식에 대한 별다른 정함이 없다면 월급여를 월의 역상 일수로 나누고 재직일 수를 곱해서 지급하는 방식을 많이 사용하고 있습니다.

다만, 위와 같은 방법으로 월 급여를 일할계산 하는 경우, 경우에 따라서는 최저임금을 위반할 수도 있기 때문에, 해당 직원의 시급을 기초로 실제 근무한 시간 수와, 유급 시간 수(주휴시간 포함)등을 합한 시간 수에 시급을 곱한 금액으로 계산하여 지급하는 것이 좋습니다.

### 법령

#### 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, 그밖에 이에 준하는 것 또는 대통령령으로 정하는 임금에 대하여는 그러하지 아니하다.

### 행정해석

1. 월급제 근로자라 하더라도 근로일수에 따라 일할계산 지급할 수 있다.  
(1981.08.11, 근기 1455-24422)

임금은 근로의 대가로 지급되는 것으로 월급제 근로자라도 별도의 자체규정이 없는

한 근로일수에 대하여 일할 계산지급할 수 있으며, 별도의 자체규정에 명시된 바 있다면 동 규정에 따라야 함.

**2. 특정 근무월의 도중에 퇴직하는 근로자에게 당해 근무월의 임금을 전액 지급한다고 정해지지 않은 한 퇴직일까지의 실제 근로일수에 해당하는 임금을 일할계산하여 지급하는 것은 무방하다. (1999.03.24, 근기 68207-690)**

월급제 임금지급 형태하에서 특정 근무월의 도중에 퇴직하는 근로자에게 당해 근무월의 임금을 전액 지급할 것인지, 아니면 근로일수에 해당하는 임금을 일할계산하여 지급할 것인지는 법령에 명시적인 규정이 없고 노사 쌍방이 정한 바에 따르면 될 것인바, 취업규칙이나 근로계약 등에서 특정 근무월의 도중에 퇴직하는 근로자에게 당해 근무월의 임금을 전액 지급한다고 정해지지 않은 한 당해 근로자에게 퇴직일까지의 실제 근로일수에 해당하는 임금을 일할계산하여 지급하는 것은 무방함.

### 토막상식 | 월급여 일할계산 방식 예시

**1. 30일 기준 : 월 급여액 / 30일 × 재직일수**

월급 일할계산 시 무조건 30일을 기준으로 급여를 나누어 재직일수에 따라 급여를 산정하는 일할계산 방법입니다.

**2. 해당 월의 총 일수 기준 : 월 급여액 / 해당 월의 역일수 × 재직일수**

월급 일할계산 시 해당 월의 총 일수를 기준으로 일할계산하는 방법으로 같은 기간을 재직하였다고 하더라도 월의 총 일수에 따라 일할계산 금액이 달라질 수 있는 방법입니다.

**3. 소정근로일 기준 : 월 급여액 / 소정근로일 수 × 실제 근로일 수**

월급 일할계산 시 해당 월의 소정근로일 수를 기준으로 일할계산하는 방법으로, 위의 소정근로일 수와 실제 근로일수에는 유급주휴일 등 유급으로 처리되는 날이 모

두 포함되며, 무급휴무일 등 무급처리되는 날은 제외됩니다.

#### 4. 소정근로시간 기준 : 월 급여액 / 소정근로시간 수 × 실제 근로시간 수

월급 일할계산 시 해당 월의 소정근로시간 수를 기준으로 일할계산하는 방법으로, 위의 소정근로시간 수와 실제 근로일수에는 유급주휴일 등 유급으로 처리되는 날이 모두 포함되며, 무급휴무일 등 무급처리되는 날은 제외됩니다.

## 사례6. 5인 미만 사업장의 임금명세서 교부의무

### 5인 미만 사업장의 경우에도 임금명세서를 매월 근로자에게 교부해야 하는지와 미교부하는 경우 과태료가 부과되는지 궁금합니다.

근로기준법 제48조제2항에 따라, 2021년 11월 19일부터 사용자는 임금을 지급하는 때에 근로자에게 임금명세서를 교부해야 합니다. 단, 임금명세서는 서면 또는 「전자문서법」에 따른 전자문서로 교부할 수 있습니다. 따라서, 임금명세서 교부는 상시근로자 5인 미만 사업장이라 하더라도 매월 근로자에게 교부해야 합니다.

임금명세서를 교부하지 않거나, 기재사항 중 일부를 기재하지 않는 경우, 사실과 다르게 기재해 교부한 경우, 사용자에게는 500만원 이하의 과태료가 부과됩니다.

임금명세서 교부로 근로자는 임금의 세부내역을 확인할 수 있고, 임금을 둘러싼 노사간 분쟁을 예방할 수 있습니다.

임금명세서 작성에 어려움이 있다면, 고용노동부 홈페이지에서 ‘임금명세서 작성 프로그램’을 무료 배포하고 있으니, 위 프로그램을 활용할 수 있습니다.

## 법령

### 근로기준법

제48조(임금대장 및 임금명세서)① 사용자는 각 사업장별로 임금대장을 작성하고 임금과 가족수당 계산의 기초가 되는 사항, 임금액, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 임금을 지급할 때마다 적어야 한다.

② 사용자는 임금을 지급하는 때에는 근로자에게 임금의 구성항목·계산방법, 제43조 제1항단서에 따라 임금의 일부를 공제한 경우의 내역 등 대통령령으로 정하는 사항을 적은 임금명세서를 서면(전자문서 및 전자거래 기본법) 제2조 제1호에 따른 전자문서를 포함한다)으로 교부하여야 한다.

### 근로기준법

제116조(과태료) 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., 2021. 5. 18.

2. 제14조, 제39조, 제41조, 제42조, 제48조, 제66조, 제74조제7항·제9항, 제76조의 3제2항·제4항·제5항·제7항, 제91조, 제93조, 제98조제2항 및 제99조를 위반한 자

### 토막상식 | 임금명세서 작성 시 포함되어야 할 주요 항목

1. 성명, 생년월일, 사원번호 등 근로자를 특정할 수 있는 정보
2. 임금지급일
3. 임금 총액
4. 기본급, 수당, 상여금, 성과금 등 임금의 구성항목별 금액(통화 이외의 것으로 지급된 임금이 있는 경우 그 품명 및 수량과 평가총액)
5. 출근일수·근로시간 수 등에 따라 달라지는 임금의 구성항목별 계산방법(연장·야간·휴일근로를 시킨 경우에는 그 시간수 포함)
6. 공제 항목별 금액과 총액 등 공제내역

문제를 풀며 임금명세서에 대해 이해해 볼까요?

**토막퀴즈1** 임금명세서를 작성할 때 어떤 항목들을 반드시 포함해야 하나요?

**정답** 임금명세서에는 근로자의 성명과 신분증 번호, 근로기간, 임금 구성 요소와 금액, 공제항목, 실지금액 등이 포함되어야 합니다.

**토막퀴즈2** 임금명세서는 어떤 주기로 교부해야 하나요?

**정답** 임금명세서는 매월 1회 이상 임금과 함께 정기적으로 교부되어야 합니다. 주로 월단위로 작성하여 근로자에게 제공하는 것이 일반적입니다.

**토막퀴즈3** 임금명세서에 오류가 있을 경우 어떻게 해야 하나요?

**정답** 임금명세서에 오류가 있다면 즉시 회사의 인사 담당자에게 알려야 합니다. 오류가 다소 미미한 경우 정정서를 작성하여 오류를 수정할 수도 있습니다.

## 사례7. 동일한 사용자가 운영하는 여러 사업장에서 근로를 제공할 경우 주휴수당 계산 방식

현재 동일한 대표자가 운영하는 사업장이 4곳이 있습니다. 저는 요일마다 4곳의 사업장을 돌아다니면서 일하고 있습니다. 근데, 사장님은 각각의 사업장에서 1주 15시간 미만으로 일하고 있기 때문에 주휴수당을 줄 수 없다고 합니다. 이 경우 주휴수당을 지급 받을 수 있나요?

근로기준법에서는 사용자가 근로자에게 1주 평균 1회 이상의 유급휴일을 보장하도록 규정함에 따라 주휴수당 지급을 의무화하고 있습니다. 주휴수당의 요건은 4주 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 이고, 동시에 1주 소정근로일을 개근하는 자에게 발생합니다.

현 상황에서는 출근하는 4개의 사업장이 '하나의 사업장'으로 판단되어, 각각의 사업장에서 근로시간 총합이 4주 평균 1주 15시간 이상으로 해석될 수 있는지 여부가 중요하다고 보입니다. 여기서 '하나의 사업장'에 대한 판단은 노무, 회계 관리 등의 독립성, 별도 취업규칙 적용 여부, 한국표준산업분류상 산업의 동일성 등을 기초로 판단합니다.

비록 장소적인 분리가 있다 하더라도 동일한 사용자가 동일한 업종을 운영하면서 노무관리 등의 독립성 없다면 하나의 사업장이라 볼 여지가 높으며, 이 경우 4개의 사업장에서 제공한 근로는 연속된 것으로 보아 총 근로시간을 합산하여 4주 평균 15시간 이상 여부를 판단하면 될 것이라고 사료됩니다.

---

## 법령

### 근로기준법

제55조(휴일) ①사용자는 근로자에게 1주에 평균 1회 이상의 유급휴일을 보장하여야 한다.

### 근로기준법

제18조(단시간근로자의 근로조건) ③4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 제55조와 제60조를 적용하지 아니한다.

### 근로기준법 시행령 제30조

① 근로기준법 제55조제1항에 따른 유급휴일은 1주 동안의 소정근로일을 개근한 자에게 주어져야 한다.

### 토막상식 | 통상근로자와 단시간근로자의 주휴수당 계산 방법

#### [산정예시]

(1) 1주 소정근로 40시간 제공 또는 1주 소정근로 40시간 이상 제공 경우

⇒ 시급 : 10,000원

⇒  $40(\text{소정근로시간}) / 40(\text{법정근로시간}) \times 8\text{시간} \times 10,000 = 80,000\text{원}$

\* 주휴시간은 최대 8시간 인정

(2) 1주 소정근로 30시간 제공

⇒ 시급 : 10,000원

⇒  $30(\text{소정근로시간}) / 40(\text{법정근로시간}) \times 8\text{시간} \times 10,000 = 60,000\text{원}$

\* 단시간 근로의 경우 비례 산정 원칙

## 행정해석

1. 사업 또는 사업장의 독립성 여부를 판단함에 있어 원칙적으로 하나의 법인은 동일 사업 또는 사업장으로 판단함.

다만, 법인 소속 기관이더라도 근로자 채용, 임금 결정 및 지급, 승진·징계 등 인사노무 관리와 예산·회계 등이 독립적으로 구분하여 운영하고, 사업장에 경영담당자가 정해져 있고 근로조건의 결정권과 경영상 책임이 해당 경영담당자에게 전속되어 있는 경우에는 독립된 사업장으로 볼 수 있음.

(회사번호 : 근로기준정책과-6224, 회시일자 : 2016.10.6.)

2. 본사, 지점, 출장소, 공장 등이 동일한 장소에 있는 경우에는 원칙적으로 분할하지 않고 1개의 사업으로 봄. 다만, 동일장소에 있더라도 현저하게 근로의 형태가 다른 부문이 있고 그러한 부문이 주된 부문과 분리하여 취급하는 것이 보다 적절한 법 적용을 가능케 한다면 그러한 부문을 독립된 사업으로 봄.

본사, 지점, 출장소, 공장 등이 장소적으로 분산되어 있을 경우에는 원칙적으로 각각 별개의 사업으로 봄. 다만, 장소적으로 분산되어 있다 할지라도 지점, 출장소, 공장 등

의 업무처리능력 등을 감안할 때 하나의 사업이라고 말할 정도의 독립성이 없으면 직 근상위조직과 일괄하여 하나의 사업으로 봄.

위 기준에 따라 판단하기 어려울 경우 본사와 장소적으로 분산되어 있는 지점, 출장소, 공장 등이 다음 각호 모두에 해당하는 경우에는 독립성이 있는 것으로 보고 별개의 사업 또는 사업장으로 봄.

1. 한국표준산업분류(통계청고시 제91-1호, 91.9.9)상 산업(대분류)이 다른 경우
2. 서로 다른 단체협약 또는 취업규칙을 적용받는 경우
3. 노무관리, 회계 등이 명확하게 독립적으로 운영되는 경우

(회사번호 : 근기 01254-13555, 회시일자: 1990.9.26.)

## 사례8. 소정근로일수를 개근하지 못한 채 휴일에 근무했을 경우 휴일근로수당 지급 여부

저는 이번 주 근무 중에 한 주를 개근하지 못해 주휴수당을 받지 못하게 되었습니다. 그러나 주휴일에는 근무를 했는데요. 회사에서는 일주일의 소정근로일을 개근하지 못했으므로 주휴수당 뿐 아니라 휴일근로수당도 발생하지 않는다고 하면서 다음 달 급여에서 1일분의 주휴수당을 제하고 휴일근로수당이 아닌 1일분 급여만 주겠다고 합니다. 합법적인 방침인가요?

1주 동안의 소정근로일을 개근하여야 유급주휴일이 발생하므로 이 경우 유급주휴일은 발생하지 않는 것이 맞습니다. 주휴수당의 취지는 1주에 1회 이상의 휴일을 의무화하는 한편 성실근로를 유도·보상하기 위해 소정의 근로일수를 개근하는 경우에 유급으로 할 것을 정한 것으로 해석해야 합니다.

그러므로 근로자가 소정의 근로일수를 모두 근무하지 않았다고 해도 사용자에게 대해 유급휴일로 처리하여 줄 것을 청구할 수 없을 뿐이지 휴일 자체가 보장되지 않는다고 볼 수 없습니다.

따라서 1주 동안의 소정근로일을 개근하지 않았다면 주휴수당이 발생하지 않을 뿐이지 휴일에 근로한 경우에는 휴일근로가산수당을 지급해야 합니다. 고용노동부 행정해석과 대법원 판례도 마찬가지로 1주의 소정근로일을 개근하지 못한 경우 유급주휴일은 부여할 필요는 없으나 휴일에 근무한 경우 휴일근무수당은 지급해야 한다는 의견을 취하고 있습니다.

## 법령

### 근로기준법 시행령

제30조(휴일) ① 법 제55조제1항에 따른 유급휴일은 1주 동안의 소정근로일을 개근한 자에게 주어야 한다.

### 근로기준법

제56조(연장·야간 및 휴일 근로) ① 사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로를 말한다)에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.

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

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

## 판례

근로자가 소정의 근로일수를 모두 근무하지 아니하였다 하더라도 사용자에게 유급휴일로 처리하여 줄 것을 청구할 수 없을 뿐 휴일 자체가 보장되지 않는다고 볼 수 없다

(대법원 2004.6.25 선고, 2002두2857 판결)

근로기준법상 주휴일 제도는 근로자의 피로를 회복시킴으로서 노동의 재생산을 꾀하고 생산성을 유지하기 위하여 정신적·육체적 휴식을 취하는데서 그치지 않고 나아가 근로자로 하여금 근로제공의무를 벗어나 사업장 이외의 장소에서 자유로운 시간을 갖도록 하려는 데에 그 취지가 있는 만큼 근로기준법 제54조 및 같은법 시행령 제

25조에서 사용자로 하여금 1주간의 소정근로일수를 개근한 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주도록 한 규정은 1주일에 1회 이상의 휴일을 의무화하는 한편 성실근로를 유도·보상하기 위하여 소정의 근로일수를 개근하는 경우에 유급으로 할 것을 정한 것으로 해석하여야 할 것이므로 근로자가 소정의 근로일수를 모두 근무하지 아니하였다 하더라도 사용자에 대하여 유급휴일로 처리하여 줄 것을 청구할 수 없을 뿐 휴일 자체가 보장되지 않는다고 볼 수는 없다 할 것이어서 휴일 전후의 근로일을 결근하였다고 하여 휴일을 결근으로 처리할 수는 없다.

### 토막상식 | 법정휴일의 종류

법정휴일은 주휴일, 공휴일 및 대체공휴일, 근로자의 날 등 크게 3가지 종류입니다. 아래의 표를 참고하여 각 휴일의 제정 취지와 근거, 유급요건을 확인해 주세요!

구분	주휴일	공휴일 및 대체공휴일	5.1 근로자의 날
법 제정 취지	연속된 근로에 따른 피로·건강회복 및 사회문화적 생활 향유	관공서가 쉬는 빨간날에 민간기업의 근로자들도 임금손실 없이 공평한 휴식권 보장	근로조건 개선 등을 위해 세계 각국의 근로자들이 이날을 기념하고 연대의식 고취
근거	근로기준법 제55조제1항 및 시행령 제30조제1항	근로기준법 제55조제2항 및 시행령 제30조제2항	근로자의날 제정에 관한 법률
유급 요건	1주 소정근로일 모두 개근	소정근로일과 겹치는 경우	소정근로일과 겹치지 않더라도 무조건 유급

### 문제를 풀며 휴일에 대해 이해해 볼까요?

**토막퀴즈!** 일요일도 법정공휴일 일까요?

**정답** 아닙니다. 법정공휴일은 관공서의 공휴일에 관한 규정 제2조에서 규정하고 있으나, 근로자들에게 적용되는 법정공휴일에서 일요일은 제외하고 있습니다. (근기법 시행령 제30조제2항)

**토막퀴즈2** 대체공휴일은 모든 사업장에 적용될까요?

**정답** 아닙니다. 공휴일뿐만 아니라 대체공휴일도 동일하게 2022년 1월 1일부터 5인 이상 사업장까지 확대되었으며, 아쉽게도 5인 미만의 사업장은 사업주의 부담능력 등을 고려하지 현재 적용되지 않고 있습니다.

**토막퀴즈3** 대체공휴일에 근무하면 어떻게 되나요?

**정답** 대체공휴일도 법정 휴일이기 때문에 쉬는 것이 원칙입니다. 부득이하게 근무할 수밖에 없는 경우에는 근로자의 동의를 받고 휴일근로를 시킬 수 있으며, 이때 휴일근로가산수당을 포함하여 임금을 지급받을 수 있습니다. 한편 근로자 대표와 서면합의를 통해 대체공휴일에 근무하는 대신 다른 특정한 근로일과 대체할 수도 있으며,('휴일대체'라 함) 이렇게 휴일이 대체된 경우에는 원래의 대체공휴일은 통상의 근로일이 되어 휴일근로로 보지 않아 휴일근로가산수당을 받을 수 없습니다.

## 사례9. 퇴사시 미사용연차수당 지급 여부 노동부 임금체불 진정에 대해 사용자가 무고죄로 고소 가능한지 여부

저는 지난 2023년 3월 17일 퇴사를 했습니다. 퇴사 후 14일 이내에 미사용연차수당을 지급하는 것으로 알고 있습니다. 회사에 연차내역서를 요청했는데 회사는 선지급 부여 방식이라 수당을 지급할 것이 없다고 주장합니다.

저는 2021년에 입사해 회사의 연차발생규정에 따라 2023년에 연차가 15개 발생했습니다. 연차를 올해 5개 사용했으므로 미사용연차가 10개가 발생했고 퇴사시점에 통상임금을 기준으로 미사용연차에 대해서는 수당으로 지급해야 하는데, 회사는 더 이상 줄 것이 없다며 고용노동부에 악의적 민원을 넣으면 무고죄로 고소할 수 있다고 협박했습니다. 연차미사용수당을 받을 수 있을까요? 회사가 정말 무고죄로 저를 고소할 수 있을까요?

먼저 근로계약서를 확인해 회사가 일정금액의 연차수당을 매달 지급하는 포괄임금계약을 체결했는지를 확인해야 합니다. 만약에 회사와 연차수당을 포함한 포괄임금계약을 체결했다면 법에 위반되지 않는 한 이 계약은 유효하다고 볼 수 있습니다.(대법 96다24699)

연차수당이 포괄임금에 포함되어 있고, 연차 사용을 한 달에는 연차수당을 제하고 임금이 지급되어 왔다면 그 계약은 유효하다고 볼 수 있는 것입니다. 그러나 이러한 근로계약을 체결한 바가 없음에도 불구하고 퇴사시 발생한 연차미사용수당이 지급되지 않았을 경우에는 연차미사용수당은 임금체불 진정의 대상이 됩니다. 회사는 근로기준법 제36조에 따라 당사자 간의 합의가 없는 이상 퇴사 후 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖의 모든 금품을 지급해야 합니다. 그렇지 않으면 임금체불이 됩니다.

한편 무고죄는 타인을 형사처분 및 징계처분을 받게 할 목적과 고의로 허위사실을 수사기관 등에 신고하는 경우에 성립하게 됩니다.

만약 질문자가 연차수당의 산정이나 지급에 있어 위법의 소지가 없음을 인지하고 있음에도 처벌을 목적으로 진정을 제기하였다면 무고죄에 해당할 수 있으나, 회사가 법을 위반해 지급하지 않은 임금을 받기 위해 고용노동부에 진정을 한 경우에는 무고죄에 해당하지 않습니다.

노동현장에서의 무고죄 고소나 보복소송은 승소 목적이라기보다는 상대방을 괴롭힐 목적으로 제기되는 경우가 종종 있습니다. 그렇다 보니 실제 근로자들의 위축 효과를 유발할 수 있습니다. 사용자가 노동자를 상대로 무고죄 고소나 보복 청구를 할 경우 그 목적이 무엇인지, 상대방에게 고통을 주고 상대방으로 하여금 시간과 비용을 낭비하기 위한 것은 아닌지 그 실질을 따져보아야 할 것입니다.

---

## 법령

### 근로기준법

제104조(감독 기관에 대한 신고) 사업 또는 사업장에서 이 법 또는 이 법에 따른 대통

명령을 위반한 사실이 있으면 근로자는 그 사실을 고용노동부장관이나 근로감독관에  
게 통보할 수 있다고 되어 있다. 신고를 이유로 '해고나 그 밖에 불리한 처우'를 할 경  
우 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처할 수 있다. 직장 내 괴롭힘과 성희  
롱을 신고했다는 이유로 불리한 처우를 하면 3년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금  
에 처할 수 있다.

## 판례

**휴가를 사용하지 않을 때의 보상금 성격인 연차휴가근로수당을 미리 연봉에 포  
함시킨 포괄임금제에 의한 임금지급계약은 그 부분에 한하여 무효이다 (서울고  
법 2010.6.18 선고, 2092두103464 판결)**

인간다운 생활을 보장하고자 하는 제도의 목적이나 취지에 비추어 사용자가 근로자  
와의 사전 약정으로 근로자가 연차휴가를 사용하지 않거나 연차휴가 청구로 얻게 될  
연차휴가일에도 근로할 것을 정하고 연차휴가일의 근로에 대한 수당을 지급하기로  
하는 것(‘연차휴가권의 사전매수’)은 강행법규인 근로기준법이 정하고 있는 연차휴가  
권의 행사를 저지하고 근로를 강요하는 결과를 초래하게 되어 그 유효성을 인정할 수  
없으므로, 휴가를 사용하지 않을 때의 보상금 성격인 연차휴가근로수당을 미리 연봉  
에 포함시킨 포괄임금제에 의한 임금지급계약은 그 부분에 한하여 무효이다.

주휴수당이나 연월차휴가수당이 구 근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정  
되기 전의 것)에서 정한 기간을 근로하였을 때 비로소 발생하는 것이라 할지라도 당  
사자 사이에 미리 그러한 소정기간의 근로를 전제로 하여 주휴수당이나 연월차휴가  
수당을 일당 임금이나 매월 일정액에 포함하여 지급하는 것이 불가능한 것이 아니며,  
포괄임금제란 각종 수당의 지급 방법에 관한 것으로서 근로자의 연월차휴가권의 행  
사 여부와는 관계가 없으므로 포괄임금제가 근로자의 연월차휴가권을 박탈하는 것이  
라고 할 수 없다. (대법원 1998.3.24. 선고, 96다24699 판결)

**피고소인에 대한 고소사건이 무죄로 확정된 경우 고소가 불법행위로 되는지 여  
부(대법원 1994. 1. 25. 선고, 93다29556 판결)**

피고소인이 고소인이 고소한 피의사실로 기소된 후 이에 대하여 무죄의 확정판결을

받은 사실이 있다 하더라도 그 고소가 권리의 남용이었다고 인정되는 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아닌 이상 불법행위라고 할 수는 없다.

## 사례10. 근로계약서 상 퇴직금 지급하지 않겠다는 규정이 유효한지 여부

일반음식점에 취업해 홀서빙 업무를 하고 있습니다. 처음 입사한 시점에는 근로계약서를 작성하지 않았고, 5개월 정도 지난 후 사장님이 근로계약서를 주시면서 서명해달라고 했습니다. 당시에는 자세히 보지 못하고 서명했는데, 나중에 근로계약서를 살펴보니 “계속근로기간 1년이 넘더라도 퇴직금은 지급하지 않는다”라는 문구가 있었습니다. 이러한 내용이 유효하여 퇴직금을 받을 수 없는 건가요?

근로기준법상 근로자가 법에서 정해진 일정한 요건을 충족함에 따라 퇴직금이 발생되었다면, 근로계약서 등 퇴직금 미지급에 관한 합의가 있더라도 그러한 약정은 유효하지 않습니다.

근로기준법 및 근로자퇴직급여 보장법에 의거 근로기준법상 계속근로기간 1년 이상인 자가 4주 평균 1주간의 소정근로시간이 15시간 이상인 경우 퇴직금이 발생하며, 이는 강행규정으로 해석됩니다. 이에, 당사자 간 퇴직금을 지급하지 않는다는 내용의 근로계약서를 작성했다라도 강행규정 위반으로 그 부분은 무효로 인정되며, 법에서 정한 기준을 적용받게 됩니다. 다만, 당사자 간 근로관계가 종료된 이후 퇴직금을 포기하겠다는 약정은 유효합니다.

따라서 근로계약 도중 퇴직금 미지급과 관련된 근로계약서, 합의서 등 사전 퇴직금 포기 약정은 무효이며, 재직기간 동안의 퇴직금을 청구하실 수 있습니다. 만약, 사용자가 퇴직금을 지급하지 않을 경우 관할 노동청에 임금체불 진정 및 고소를 통해 해결할

수 있습니다.

한편, 연봉에 퇴직금이 포함되어있는 근로계약을 작성하는 경우도 있습니다. 이 경우 법에 따른 유효한 중간정산이 아니므로 퇴직시점에 맞춰 퇴직금을 청구할 수 없습니다.

## 법령

### 근로기준법

제34조(퇴직급여 제도) 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급하는 퇴직급여 제도에 관하여는 「근로자퇴직급여 보장법」이 정하는 대로 따른다.

### 근로자퇴직급여보장법

제4조(퇴직급여제도의 설정) ①사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다. 다만, 계속근로기간이 1년 미만인 근로자, 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 그러하지 아니하다.

### 근로자퇴직급여보장법

제8조(퇴직금제도의 설정 등) ① 퇴직금제도를 설정하려는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 사용자는 주택구입 등 대통령령으로 정하는 사유로 근로자가 요구하는 경우에는 근로자가 퇴직하기 전에 해당 근로자의 계속근로기간에 대한 퇴직금을 미리 정산하여 지급할 수 있다. 이 경우 미리 정산하여 지급한 후의 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간은 정산시점부터 새로 계산한다.

## 판례

퇴직금은 사용자가 일정기간을 계속근로하고 퇴직하는 근로자에게 계속근로에 대한 대가로서 지급하는 후불적 임금의 성질을 띤 금원으로서 구체적인 퇴직금청구권은

근로관계가 끝나는 퇴직이라는 사실을 요건으로 발생한다. 최종 퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 미리 포기하는 것은 강행법규인 근로기준법, 근로자퇴직급여 보장법에 위반되어 무효이다. 그러나 근로자가 퇴직하여 더 이상 근로계약관계에 있지 않은 상황에서 퇴직 시 발생한 퇴직금청구권을 나중에 포기하는 것은 허용되고, 이러한 약정이 강행법규에 위반된다고 볼 수 없다.

(대법원 1998. 3. 27. 선고 97다49732 판결)

구 근로기준법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다)은 제34조 제1항에서 “사용자는 계속근로년수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다. 다만 근로년수가 1년 미만인 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고, 제3항 전문에서 “사용자는 근로자의 요구가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 근로자가 퇴직하기 전에 당해 근로자가 계속 근로한 기간에 대한 퇴직금을 미리 정산하여 지급할 수 있다”고 규정하고 있다. 위 법조항의 ‘퇴직금’은 사용자가 근로자의 근로 제공에 대한 임금 일부를 지급하지 아니하고 축적하였다가 이를 기본적 재원으로 하여 근로자가 1년 이상 근무하고 퇴직할 때 일시금으로 지급하는 것으로서, 본질적으로 후불적 임금의 성질을 지니는 것이므로, 이러한 퇴직금의 지급청구권은 퇴직금 중간정산이 유효하게 성립하는 경우가 아닌 한 근로계약이 존속하는 동안에는 발생할 여지가 없다. 따라서 사용자와 근로자가 매월 지급하는 월급이나 매일 지급하는 일당과 함께 퇴직금으로 일정한 금액을 미리 지급하기로 약정(이하 ‘퇴직금 분할 약정’이라 한다)하였다면, 그 약정은 법 제34조 제3항 전문 소정의 퇴직금 중간정산으로 인정되는 경우가 아닌 한 최종 퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 근로자가 사전에 포기하는 것으로서 강행법규인 법 제34조에 위배되어 무효이고 그 결과 퇴직금 분할 약정에 따라 사용자가 근로자에게 퇴직금 명목의 금원을 지급하였다 하더라도 퇴직금 지급으로서의 효력이 없다고 할 것이다.

(대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 전원합의체 판결)

## 사례11. 1년 이상 일한 카페 아르바이트생의 퇴직금 수령 가능 여부

현재 카페에서 1주일에 2일 하루 7시간씩 근무하고 있습니다. 4년째 근무하고 있는데 그동안 카페가 바쁠 때는 원래 근무일이 아닌 날에 출근하기도 했고, 방학 때는 근무일을 늘려서 일하기도 했습니다. 저도 퇴직금을 받을 수 있는지 궁금합니다.

현재 근로시간을 기준으로 한다면 퇴직금이 발생하지 않습니다.

근로자퇴직급여보장법에 따른 퇴직금 및 퇴직급여를 받기 위해서는 근로기준법상 근로자일 것, 계속근로기간이 1년 이상일 것, 1주 소정근로시간이 15시간 이상일 것이라는 기준을 모두 충족해야 합니다. 현재 다른 조건은 충족하나 1주 소정근로시간이 14시간이므로 근로자퇴직급여보장법에 따른 퇴직금 및 퇴직급여가 발생하지 않습니다.

만약 근로계약을 작성하지 않았거나, 소정근로시간이 명확하지 않아 1주 15시간 이상 근무한 주와 1주 15시간 미만 근무한 주가 혼재되어있는 경우라면 퇴직일을 기준으로 역산하여 4주 단위로 1주 소정근로시간을 계산해봐야 합니다.

4주 단위를 평균하여 1주 15시간 이상이라면 해당 4주를 모두 포함하고, 4주 단위를 평균하여 1주 15시간 미만이라면 해당 4주를 모두 제외합니다. 이렇게 계산하여 총 52주 이상이 1주 15시간 이상 근로한 것으로 볼 수 있다면 퇴직금을 받으실 수 있습니다.

### 법령

#### 근로자퇴직급여보장법

제4조(퇴직급여제도의 설정) ① 사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다. 다만, 계속근로기간이 1년 미만인 근로자, 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자

에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 제1항에 따라 퇴직급여제도를 설정하는 경우에 하나의 사업에서 급여 및 부담금 산정방법의 적용 등에 관하여 차등을 두어서는 아니 된다.

③ 사용자가 퇴직급여제도를 설정하거나 설정된 퇴직급여제도를 다른 종류의 퇴직급여제도로 변경하려는 경우에는 근로자의 과반수가 가입한 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수가 가입한 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수(이하 “근로자대표”라 한다)의 동의를 받아야 한다.

④ 사용자가 제3항에 따라 설정되거나 변경된 퇴직급여제도의 내용을 변경하려는 경우에는 근로자대표의 의견을 들어야 한다. 다만, 근로자에게 불리하게 변경하려는 경우에는 근로자대표의 동의를 받아야 한다.

## 행정해석

초단시간 근로자의 계속근로기간 산정(회시번호: 퇴직연금복지과-5254, 회시일자: 2019-12-09)

**[질의]** 4주를 평균하여 15시간 이상과 미만을 반복하여 근무하는 단시간근로자의 퇴직금 지급여부 판단을 위한 계속근로기간 산정방법

**[회시]** 「근로자퇴직급여 보장법」 제4조에 따라 사용자는 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 이상이고 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급하여야 합니다. 이때, 4주간 평균하여 1주 소정근로시간이 15시간 이상과 미만을 반복하는 단시간근로자인 경우에는 퇴직일을 기준으로 이전 4주 단위씩 역산하여 1주 소정근로시간을 구하면 될 것으로 사료됩니다.

귀하의 질의 내용상 정확한 사실관계를 파악할 수 없어 명확한 답변은 어려우나, 퇴직일을 기준으로 역산하여 4주 단위로 1주 소정근로시간을 파악하여, 1주 소정근로시간이 15시간 이상인 경우는 4주를 산입하고, 15시간 미만인 경우는 산입하지 않는 방식으로, 산입된 주의 합계가 52개 주를 초과한다면 해당 근로자의 계속근로기간은 1년 이상이라고 볼 수 있으므로 퇴직금 지급 대상인 것으로 사료됩니다.(관련 행정해석 :

근로기준정책과-4361, 2015.09.10.)

## 사례12. 회사가 임의로 퇴직금을 매년 중간정산 합니다. 퇴직 시점에는 어떻게 되는 것일까요?

우리 회사는 퇴직금을 매년 정산하고 있습니다. 근로자가 요청한 적이 없음에도 미리 정산을 해주고 있습니다. 퇴직할 때가 되어 고용노동부의 퇴직금 계산기로 계산을 해봤는데 2021년 1월 20일부터 2022년 12월 31일까지 근무하였고 세전 금액으로 퇴직금은 475만원 정도였습니다. 중간정산시 222만원 정도 받았습니다. 퇴직금을 얼마를 주장하는 것이 맞을까요?

퇴직금을 요청한 적이 없는데 사용자의 편의에 따라 중간정산을 했다고 하셨으므로, 중간정산 사유에 해당하지 않아 퇴직일에 비로소 퇴직금이 발생하는 것으로 원칙적으로 2021년 1월 20일부터 2022년 12월 31일까지의 퇴직금인 475만원을 이론상으로는 요청하실 수 있습니다. 다만 먼저 회사로부터 받은 222만원은 부당이득이 되므로 회사에 돌려주어야 합니다. 따라서 실무상으로는 차액인 253만원을 주장하는 것이 좋습니다.

### 법령

#### 근로자퇴직급여 보장법

제9조(퇴직금의 지급 등) ① 사용자는 근로자가 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 퇴직금을 지급하여야 한다. 다만, 특별한 사정이 있는 경우에는 당사자 간의 합의에 따라 지급기일을 연장할 수 있다.

#### 근로자퇴직급여 보장법 시행령

제3조(퇴직금의 중간정산 사유) ① 법 제8조제2항 전단에서 “주택구입 등 대통령령으로 정하는 사유”란 다음 각 호의 경우를 말한다.

1. 무주택자인 근로자가 본인 명의로 주택을 구입하는 경우
2. 무주택자인 근로자가 주거를 목적으로 「민법」 제303조에 따른 전세금 또는 「주택 임대차보호법」 제3조의2에 따른 보증금을 부담하는 경우. 이 경우 근로자가 하나의 사업에 근로하는 동안 1회로 한정한다.
3. 근로자가 6개월 이상 요양을 필요로 하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람의 질병이나 부상에 대한 의료비를 해당 근로자가 본인 연간 임금총액의 1천분의 125를 초과하여 부담하는 경우
  - 가. 근로자 본인
  - 나. 근로자의 배우자
  - 다. 근로자 또는 그 배우자의 부양가족
4. 퇴직금 중간정산을 신청하는 날부터 거꾸로 계산하여 5년 이내에 근로자가 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 파산선고를 받은 경우
5. 퇴직금 중간정산을 신청하는 날부터 거꾸로 계산하여 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 단축함으로써 단축된 소정근로시간에 따라 근로자가 3개월 이상 계속 근로하기로 한 경우
  - 6의3. 법률 제15513호 근로기준법 일부개정법률의 시행에 따른 근로시간의 단축으로 근로자의 퇴직금이 감소되는 경우
7. 재난으로 피해를 입은 경우로서 고용노동부장관이 정하여 고시하는 사유에 해당하는 경우
  - ㉔ 사용자는 제1항 각 호의 사유에 따라 퇴직금을 미리 정산하여 지급한 경우 근로자가 퇴직한 후 5년이 되는 날까지 관련 증명 서류를 보존하여야 한다.

## 판례

퇴직금 중간정산을 실시하여 유효하게 퇴직금을 지급하기 위해서는 ‘근로자의 요구’가 있어야 하고, 그 요구는 적극적·명시적인 방법으로 이루어져야 한다  
(서울중앙지법 2019.1.31. 선고, 2016가단5314331 판결)

다. 퇴직금 차액 청구에 대한 판단

이에 대해 피고는, 피고 위원회에서 원고를 포함한 구 윤리위원회 출신 근로자들의 고용관계를 포괄승계하는 과정에서 원고와 사이에 유효한 퇴직금 중간정산의 합의가 있었으므로, 2008.3.경 퇴직금 지급은 유효하고, 그 이후 원고의 퇴직금 산정 기준이 되는 근무기간도 위 포괄승계 이후인 2008.3.1.부터 2015.12.31.로 정해야 한다고 주장한다.

그러나 퇴직금 중간정산을 실시하여 유효하게 퇴직금을 지급하기 위해서는 ‘근로자의 요구’가 있어야 하고, 그 요구는 단순히 연봉계약서에 포함되어 있거나 근로자가 퇴직금 명목의 돈을 지급받고 이의제기를 하지 아니하는 등의 소극적·묵시적인 방법이 아닌 적극적·명시적인 방법으로 이루어져야 한다. 앞서 본 바에 의하면 원고가 2008.3.경 퇴직금을 지급받으면서 별다른 이의제기를 하지 아니한 사실은 인정되나, 더 나아가 원고가 적극적, 명시적으로 위 퇴직금 정산을 요구하거나 그에 동의한다는 의사표시를 하였음을 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

## 사례 13. 수습기간을 3개월로 정한 근로자를 해고하는 경우 해고예고수당 지급 여부

6월 1일에 입사한 근로자를 수습기간 3개월이 종료되는 8월 31일까지 근무하고 해고하는 경우 해고예고수당을 지급해야 하나요?

결론부터 말씀드리면 해고예고수당을 지급하시거나 해고예고를 하여야 합니다. 해고예고규정은 근로자에게 시간적 여유를 주어 경제적 어려움을 극복할 수 있도록

함으로써 갑작스러운 해고로부터 근로자를 보호하는 취지입니다. 다만 해고예고를 하지 않아도 되는 경우를 정해두고 있는데 그중 하나가 계속근로기간이 3개월 미만인 경우입니다.

해고예고규정의 적용 기준이 되는 3개월은 민법상 역에 의해 계산합니다. 6월 1일부터 8월 31일까지 근로하는 경우 3개월을 근무하는 것이므로 해고예고 대상에 해당합니다.

## 법령

### 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. 개정 2010. 6. 4., 2019. 1. 15.

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

### 근로기준법 시행규칙

제4조(해고예고의 예외가 되는 근로자의 귀책사유) 법 제26조제3호에서 “고용노동부령으로 정하는 사유”란 아래와 같다.

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

## 민법

### 제160조(역에 의한 계산)

- ① 기간을 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 역에 의하여 계산한다.
- ② 주, 월 또는 연의 처음으로부터 기간을 기산하지 아니하는 때에는 최후의 주, 월 또는 연에서 그 기산일에 해당한 날의 전일로 기간이 만료한다.
- ③ 월 또는 연으로 정한 경우에 최종의 월에 해당일이 없는 때에는 그 월의 말일로 기간이 만료한다.

## 행정해석

**[질의]** 근로자(각주: 1일 근로시간이 8시간인 근로자로 전제하며, 이하 같음)가 2020년 1월 1일부터 2020년 3월 31일까지 수습 근무한 경우, 사용자가 그 근로자에게 수습 기간 종료일인 2020년 3월 31일 근로를 마친 후 해고 통보를 하였다면, 「근로기준법」 제26조 각 호 외의 부분 본문에 따른 해고의 예고 규정이 적용되는지?  
(2021.9.8. 회신, 법제처 안건번호21-0320)

**[회시]** 법령의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없는바(각주: 대법원 2009.4.23. 선고 2006다81035 판결례 참조), 「근로기준법」 제26조제1호에서는 근로자가 “계속 근로한 기간이 3개월 미만”인 근로자를 해고하는 경우에는 같은 조 각 호 외의 부분 본문에 따른 해고 예고 규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있고, 이 때 일

반적으로 “미만”은 “정한 수효나 정도에 차지 못함 또는 그런 상태”를 의미하며, “기준 이 수량으로 제시될 경우에는, 그 수량이 범위에 포함되지 않으면서 그 아래인 경우를 가리킨다”는 의미(각주: 국립국어원 표준국어대사전 참조)입니다.

그런데 「근로기준법」에서는 근로 기간을 계산하는 방법을 별도로 정하고 있지 않으므로, 근로자의 근로 기간은 「행정기본법」 제6조제1항에 따라 「민법」 제1편제6장(제155조부터 제161조까지)을 준용하여 산정(각주: 2020년 3월 31일은 화요일로서, 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 경우 기간의 만료점을 규정한 「민법」 제161조는 적용되지 않음)해야 하는바, 같은 법 제159조에서는 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간말일의 종료로 기간이 만료한다고 규정하고 있고, 같은 법 제160조 제1항에서는 기간을 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 역에 의하여 계산한다고 명시하고 있습니다.

그렇다면 이 사안 근로자의 근로기간은 「민법」 제159조에 따라 근로기간의 기간말일인 3월 31일로 그 기간이 만료되고, 1월 1일부터 근무하여 그 기간 만료일인 3월 31일에 근로를 마친 경우에 대하여 같은 법 제160조제1항에 따라 역에 의하여 계산하면 계속 근로한 기간은 정확히 3개월이 되므로, 「근로기준법」 제26조제1호에 따른 “계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우”에 해당할 여지가 없게 됩니다.

### 토막상식

#### 1. 29일 전에 해고예고를 했다면 통상임금 1일치만 지급하면 되는건가요?

아닙니다. 29일 전 해고예고를 하거나 1일 전 해고예고를 하는 경우 모두 30일이라는 규정을 준수하지 못하였으므로 30일분 이상의 통상임금을 모두 지급해야 합니다.

#### 2. 적법한 해고예고를 하지 않았다면 해고가 무효가 되는건가요?

아닙니다. 해고예고규정과 해고의 정당성 판단은 별도로 진행됩니다. 해고예고수당을 지급하지 않았다고 하더라도 해고 자체는 정당할 수 있습니다.

서남권 서울시 노동자종합지원센터  
2023 상담사례집

PART

3.

---

근로시간,  
휴일,  
휴가

## 사례 14. 근로계약서에 주휴일을 특정한 요일로 명시해야 하는지 여부

주휴일과 공휴일을 겹쳐서 스케줄표를 작성하는 것의 위법성 여부

근로계약서를 작성할 때 주휴일의 요일을 특정하지 않거나 근로자마다 주휴일을 다르게 설정하는 것은 위법 아닌가요? 그리고 스케줄을 기반으로 근무하는 회사에서 주휴일과 공휴일을 겹치게 하여 출근을 지정하는 것이 위법한 것은 아닌지 궁금합니다.

근로계약서에 주휴일이 특정한 요일로 정해져 있지 않더라도 고의성이 없다면 위법하지 않다고 판단될 수 있으나 시정지시 대상에는 해당됩니다. 그리고 주휴일과 공휴일을 겹쳐서 스케줄표를 작성하는 것 자체만으로 위법하다고 보긴 어렵습니다.

근로기준법은 주휴일에 대해 근로자에게 1주에 평균 1회 이상의 유급휴일을 보장하라고 규정하고 있을 뿐 주휴일을 특정해야 한다거나 사업장의 모든 근로자의 주휴일을 같은 날로 설정해야 한다는 제한을 두고 있지는 않습니다. 따라서 1주일에 1회 이상의 주휴일을 부여한다면 주휴일이 특정한 요일로 정해져있지 않다는 것만으로 곧바로 위법하지는 않으며 근로자마다 주휴일이 다른 것은 문제되지 않습니다. 다만 근로자가 사전에 자신의 근무일정을 예측할 수 있도록 스케줄표를 사전에 공유하여 근로자에게 인지시킬 필요는 있습니다.

또한 사전에 공유해준 스케줄표상 주휴일과 공휴일이 겹친다고 하더라도 취업규칙 등에 별도로 휴일을 지급한다는 등의 규정이 존재하지 않는 한 이를 위법하다고 보기 어렵습니다.

### 행정해석

주휴일은 특정일을 정하여 부여하여야 하며, 사용자가 매주 불특정한 날을 임의로 주휴일로 지정하는 것은 근로기준법 제55조의 취지에 반하는 것으로서 주휴를 부여한

것으로 볼 수 없다고 사료됨(회시번호 : 근로기준과-2580, 회시일자 : 2004-05-24)

## 행정해석

주휴일이 공휴일과 중복되는 경우 별도의 정한 바가 없다면 별도의 휴일의 부여나 휴일근로수당을 가산 지급할 필요는 없다(회시번호 : 근기 68207-2016, 회시일자 : 1999-08-18)

근로기준법상 주휴일은 1주간의 소정근로일수를 개근한 자에게 1회의 유급휴일을 부여하는 것으로서 단체협약이나 취업규칙에서 주휴일이 당해 회사의 유급휴일과 중복되는 경우 그 익일을 휴일로 한다는 등 별도의 정한 바가 없다면 1회의 휴일을 실시함이 타당하다고 사료됨.

### 토막상식 | 근로자의 날과 주휴일이 중복되는 경우 휴일을 중복으로 인정받을 수 있을까요?

근로자의 날과 주휴일이 중복되는 경우라고 할지라도 하나의 휴일만 인정됩니다. 만약 근로자의 날에 출근한 경우라고 한다면 별도의 수당을 받아야 합니다.

유급휴일과 주휴일이 중복될 경우 별도의 정함이 없는 한 근로자에게 유리한 하나의 휴일만 인정하면 된다(회시번호 : 근로기준과-4267, 회시일자 : 2005-08-17).

**[질의]** 성격이 다른 두 가지 휴일이 중복될 시 하나의 휴일만 인정할 경우 어떠한 기준으로 선정하여야 하는지.

**[회시]** 유급휴일과 주휴일이 중복될 경우 취업규칙 또는 단체협약 등에 별도의 정함이 없는 한 근로자에게 유리한 하나의 휴일만 인정하면 될 것이며, 근로자의 날은 근로자의 날 제정에 관한 법률에 의하여 소정 근로일의 개근 여부와 관계없이 부여되는 유급휴일이므로 근로자의 날과 주휴가 중복될 경우 1주간의 소정 근로일을 개근하지 못한 근로자에 대해서는 근로자의 날인 유급휴일이 부여되어야 할 것임.

## 사례 15. 연차유급휴가 발생기준과 미사용연차수당 계산 방법

기업 내 직원 중 연차 사용에 대해 문의하셨습니다. 현재 우리 회사는 연차 관리가 되지 않고 있습니다. 연차휴가가 어떠한 기준으로 발생되는지와 연차를 수당으로 지급할 경우 금액 산정은 어떻게 해야 하나요?

근로기준법상 근로자가 4주 평균 1주 15시간 근로를 제공하고, 1년 80% 출근율을 달성하는 경우 연차유급휴가가 발생합니다. 또한 기업 내 규정을 통해 연차휴가의 산정 기준을 입사연도로 할 것인지, 회계연도로 할 것인지 정할 수 있습니다. 일반적으로 규정화되어 있지 않다면 근로자들의 입사일을 기준으로 합니다.

한편, 계속근로기간이 1년 미만 근로자의 경우 1개월 개근 시 1개의 월 단위 연차휴가가 발생하며, 해당 연차를 사용하지 아니할 경우 1년이 되는 시점에는 총 11개의 월 단위 휴가가 누적됩니다. 또한 입사연도 기준 계속근로기간 1년이 되는 시점에 연 단위 연차휴가 15개가 발생되어 1년 동안 발생하는 연차유급휴가의 개수는 총 26개입니다.

다만, 1년 단위 계약직 근로자의 경우 대법원 판례의 의하여 1년 기간이 종료되는 순간 다음의 근로가 예정되지 아니하므로 11개의 월 단위 연차휴가만 발생된다고 보고 있습니다.

발생된 연차유급휴가는 1년 동안 사용이 가능하며, 해당 기간 동안 사용하지 못한 연차는 연차미사용수당으로 전환되어 금전으로 지급하여야 합니다. 이 경우 통상임금을 기초로 연차수당을 계산합니다. 예컨대, 월 통상임금이 3,000,000원이고 주5일, 1주 40시간 근로를 제공하는 자에게 10개의 연차미사용수당을 정산하고자 한다면, 이때 연차미사용수당의 구체적인 계산 방식은 '월 통상임금'을 '월 통상임금 산정기준시간'으로 나누어 통상시급을 산정하고, 계산된 통상시급에 8시간을 곱하여 통상 일급을 구한 뒤 미사용연차를 곱하여야 합니다.

$$3,000,000\text{원} / 209\text{시간} = 14,354\text{원} \times 8\text{시간} \times 10\text{개} = 1,148,325\text{원}$$

## 법령

### 근로기준법

제18조 (단시간근로자의 근로조건) ④4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 제55조와 제60조를 적용하지 아니한다.

### 근로기준법

제60조 (연차 유급휴가) ① 사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 한다.

② 사용자는 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자 또는 1년간 80퍼센트 미만 출근한 근로자에게 1개월 개근 시 1일의 유급휴가를 주어야 한다.

## 판례

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 연차휴가일수에 상응하는 임금인 연차휴가수당을 청구할 수 있다. 한편 연차휴가를 사용할 권리 혹은 연차휴가수당 청구권은 근로자가 전년도에 출근율을 충족하면서 근로를 제공하면 당연히 발생하는 것으로서, 연차휴가를 사용할 해당 연도가 아니라 그 전년도 1년간의 근로에 대한 대가에 해당한다. (대법원 2017. 5. 17. 선고, 2014다232296 판결)

2017. 11. 28. 법률 제15108호로 개정되어 2018. 5. 29. 시행된 근로기준법은 구 근로기준법 제60조 제3항에 규정되어 있던 “사용자는 근로자의 최초 1년 간의 근로에 대하여 유급휴가를 주는 경우에는 제2항에 따른 휴가를 포함하여 15일로 하고, 근로자가 제2항에 따른 휴가를 이미 사용한 경우에는 그 사용한 휴가 일수를 15일에서 뺀다.”라는 규정을 삭제하였다. 이와 같이 개정된 이유는 최초 1년간의 근로에 대한 유급휴가를 사용한 경우 이를 다음 해 유급휴가에서 빼는 규정을 삭제하여 1년차에 최대 11일, 2년차에 15일의 유급휴가를 각각 받을 수 있게 하기 위한 것이다. 이는 최초 1년간 연차휴가를 사용한 경우 그다음 해 연차휴가가 줄어드는 것을 방지하기 위한 것이

므로, 이를 근거로 1년 동안만 근로를 제공한 근로자에게 제60조 제2항과 제1항이 중첩적으로 적용된다고 볼 수는 없다. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이다. 앞서 본 바와 같이 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. 차휴가를 사용할 권리 혹은 연차휴가수당 청구권은 근로자가 전년도에 출근율을 충족하면서 근로를 제공하면 당연히 발생하는 것으로서 연차휴가를 사용할 해당 연도가 아니라 그 전년도 1년간의 근로에 대한 대가라는 점과 일정기간 출근한 근로자에게 일정기간 유급으로 근로의무를 면제함으로써 정신적·육체적 휴양의 기회를 제공하고 문화적 생활의 향상을 기하기 위한 것이라는 연차휴가 제도의 목적을 고려하면, 근로기준법 제60조 제1항은 최초 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자가 그다음 해에도 근로관계를 유지하는 것을 전제로 하여 2년차에 15일의 유급휴가를 주어야 한다는 취지로 해석함이 타당하다. 즉, 근로기준법 제60조 제1항은 1년 기간제 근로계약을 체결하여 1년의 근로계약기간이 만료됨과 동시에 근로계약관계가 더 이상 유지되지 아니하는 근로자에게는 적용되지 않는다. (대법원 2021. 10. 14. 선고, 2021다227100 판결)

## 사례16. 일용근로자의 주휴수당 및 연차휴가 발생 여부

건설현장 일용직인데 실제로 매일 출근은 하고 있습니다. 주 15시간씩 일하고 5인 이상 사업장에서 근무하고 있습니다. 계약서는 안 쓰고 4개월째 일하고 있는데 주휴수당과 연차휴가 청구가 가능한가요?

일용근로자는 근로계약을 1일 단위로 체결하고 그날의 근로가 끝나면 근로관계가 종료돼 계속 고용이 보장되지 않는 근로자입니다.

그러나 판례에 따르면 명목상 일용근로자라 하더라도 최소한 1개월에 4, 5일 내지 15일 정도 계속해서 근무해 일용관계가 중단되지 않고 일정 기간 계속돼 온 경우에는 상용근로자로 보고 근로기준법을 적용해야 한다고 보고 있습니다.

예를 들어 건설현장의 일용근로자가 공사현장에 기간의 정함이 없이 채용된 후 특별한 사정이 없는 한 공사완료 시까지 계속근로가 예정돼 있는 경우에는 실질적으로 일용근로자라고 할 수 없어, 공사완료 시까지 고용관계가 계속되는 것으로 볼 수 있습니다.

일용근로자에게 주휴수당이 발생할 것인지에 대해서는 일률적으로 판단할 것이 아니라 구체적 사실관계에 따라 실질적으로 판단해야 하며, 연속된 근로관계가 예정되지 않은 순수 일용근로자에게는 주휴일을 부여하지 않아도 됩니다. 다만, 일용근로자가 계속적으로 1일 단위 근로계약을 반복 체결해 실제 1주간 6일을 개근했다면 주휴일을 부여해야 합니다.

또한 일용근로자라 하더라도 사실상 기간제 근로자와 같이 근무해 1개월을 개근하거나 1년간 80% 이상 출근한 경우라면 상용근로자와 마찬가지로 근로기준법 제60조에 따라 연차유급휴가가 발생합니다. 따라서 현장에 일정 기간 사용이 예정된 일용근로자라면 연차유급휴가 요건에 따라 발생한 연차유급휴가를 부여하거나 미사용 시수당을 지급해야 할 것입니다.

최근에는 일용근로자라 하더라도 구체적 사실관계에 따라 실질이 상용근로자임을 알고 있는 건설현장이 많아 일급을 주휴수당과 연차미사용수당을 포함하여 책정하고 있습니다. 일용직근로계약서를 잘 살펴보고 근로계약서상의 일급에 주휴수당과 연차미사용수당이 포함되어 있는지를 확인해 보시는 것이 필요합니다.

---

## 법령

### 고용보험법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. “일용근로자”란 1개월 미만 동안 고용되는 사람을 말한다.

## 행정해석

**일용근로자라 함은 고용기간이 1일로 사용종속관계가 일단 종료되는 자를 말한다(1983.5.12, 근기 1451-12200)**

[회사] 일용근로자라 함은 고용기간이 1일로서 그날의 근로종료에 따라 사용종속관계가 일단 종료되고 필요에 따라 하루하루를 기간으로 하여 사용하는 근로자를 말함.

**일용근로자라 하더라도 유급주휴일을 부여하여야 한다(1993.08.24, 근기 68207-1854)**

[질의] 소속 일용인부가 근로기준법 제45조에 정한 주휴수당 지급에 대한 진정건에 대하여 ○○지방노동청장으로부터 주휴수당을 지급하여야 한다는 의견이 있어 다음 사항을 질의함.

제 조부문의 일용인부에 대하여 정부노임단가 적용기준에 의거 주휴수당이 포함된 것으로 해석하여 지급하지 아니하였으나, 정부노임단가기준의 일당으로 월 25일로 일용인부임을 지급하여도 추가로 주휴수당을 지급하여야 한다는 의견이 있으므로 정부노임단가(제조부문)에 주휴수당이 포함되었는지 여부.

[회사] 일용 근로자라 하더라도 일정한 요건에 해당할 경우 근로기준법 제45조의 유급 주휴일을 부여하여야 하는 바, 근로계약 내용 중 동 근로자의 임금 속에 유급휴일수당을 포함하여 지급하기로 사전에 약정하지 않았다면 1주일간 소정근로일수를 개근한 근로자에게는 유급으로 주휴일을 부여하여야 할 것임.

**일일단위로 근로계약이 체결되는 일용근로자의 경우 원칙적으로 유급휴일 부여 문제가 발생하지 않는다(2014.11.12, 근로개선정책과-6257)**

[질의] 근로기준법상 근로자의 날이 유급휴일로 지정되어 있습니다. 그럼에도 아직도 많은 건설현장의 노동자들이 유급휴일 적용을 못 받고 있는 실정입니다.

이를 개선하고자 전국건설노동조합 대전충청건설지부의 조합원 46명이 대전지방노

동청에 노동절 주휴수당 관련 진정서를 현재 제출한 상태입니다. 이에 대하여 5월 1일을 전후로 하여 연속해서 양일(4월 31일, 5월 2일)을 근무를 한 경우에만 유급수당을 지급해야 한다는 엄격한 해석이 있습니다.

그러나 이는 건설현장의 특징과 근로기준법상 유급휴일 취지, 그리고 대법원 판례를 무시한 잘못된 해석입니다. 본 진정인들의 경우 건설회사와 근로계약을 체결을 할 때 매일 단위로 계약이 갱신되는 일용직 노동자가 아닙니다. 특정 현장이 시작되는 시점에서 특정 공정이 끝나는 시점까지 약 수개월에 걸쳐 근로계약을 체결한 것입니다. 다만, 건설현장의 특징상 근로의 형태가 적업공정에 따라서 연속적으로 이루어질 수도 있고, 부분적으로 간격을 두고 이루어질 수도 있습니다.

그럼에도 통상적으로 평균을 내보면 매달 근로 일수는 비슷합니다. 이 경우 위와 같이 해석을 엄격히 하게 되면 우연의 일치로 근로가 연속되어 노동절 전후로 일을 하게 되는 사람의 경우 유급이 보장되고, 그렇지 않은 사람의 경우 유급이 보장되지 않게 됩니다. 이는 법의 취지에도 맞지 않을뿐더러, 대법원의 당사자 간 계속근무가 예정된 경우 근로관계의 연속성을 인정한다는 판례의 취지에도 부합하지 않습니다.

따라서 본건에 대한 유권해석을 요청하니, 이에 대해 고용노동부가 올바른 해석을 하여 건설현장에서 일하는 노동자들도 근로기준법의 취지에 따라 노동절 유급휴일이 보장될 수 있도록 해주시기 바랍니다.

[회시] 건설일용근로자의 근로자의 날 적용과 관련한 질의에 대한 회신입니다.

근로자의 날 제정에 관한 법률은 5월 1일을 근로자의 날로 하고 이 날을 근로기준법에 의한 유급휴일로 한다고 규정하고 있습니다. 이때 유급휴일은 근로를 제공했다라면 지급받을 수 있는 금액을 지급받으면서 근로제공의 의무는 없는 것으로 정해진 날을 의미합니다.

이와 관련 유급휴일의 부여 요건에 대해 법원은 “근로기준법상의 휴일제도는 연속된 근로에서의 근로자의 피로회복과 건강 회복 및 여가의 활용을 통한 인건으로서의 사회적·문화적 생활의 향유를 위해 마련된 것으로 이러한 유급휴일 제도를 규정한 규범적 목적에 비추어 보면 근로의 제공 없이도 근로자에게 임금을 지급하도록 한 유급휴일의 특별규정이 적용되기 위해서는 평상적인 근로관계, 즉 근로자가 근로를 제공해 왔고 또한 계속적 근로제공이 예정되어 있는 상태가 전제되어 있다”라고 판시하고 있

습니다.(대법원 2009.12.24. 2007다73277 등 판결참조)

따라서 근로자의 날은 평상적인 근로관계를 전제로 근로계약 기간 내에 있어야 유급 휴일로 될 수 있는 바, 일일단위로 근로계약이 체결되는 일용근로자의 경우 원칙적으로 유급휴일 부여문제가 발생하지 않는다 할 것입니다.

다만 근로계약을 반복 갱신해 근로자의 날을 전후해 계속 근로한 것으로 인정될 수 있는 경우라면 그 기간 내 포함된 근로자의 날에 대해서는 유급휴일을 부여해야 할 것이므로(근기 68207-2505, 2001.8.6. 참조), 이에 대해서는 근로계약 및 근로실태 등에 대한 구체적 사실관계를 검토해 판단해야 할 것으로 사료됩니다.

## 판례

형식적으로는 일용근로자이나 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경우, 상용 근로자로 보아 일용관계가 계속된 기간을 계속근로연수로 계산하여 퇴직금을 지급하여야 하는지 여부 (대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다66995,67004 판결)

형식으로 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 한다( 대법원 1986. 8. 19. 선고 83다카657 판결 참조)

## 사례 17. 단시간근로자의 연차유급휴 발생 여부

5인 이상 사업장에서 1일 4시간씩 주5일 근무로 1주 20시간 근무하고 있는 아르바이트생입니다. 사장님은 아르바이트생의 경우 연차유급휴가가 없다고 하는데, 저 같은 경우에도 연차유급휴가를 부여받을 수 있을까요?

단시간근로자의 근로조건은 통상근로자의 근로조건에 비례해 부여하는 것이 원칙이며, 연차유급휴가도 통상근로자에게 부여하는 연(월) 단위 총 시간에 비례하여 부여

받을 수 있습니다.

따라서, 단시간 근로자의 경우(1주 소정근로시간 15시간 이상인 근로자) 상시간근로자 5인 이상을 사용하는 사업 또는 사업장에서 근무하고 있다면 연차유급휴가를 부여받을 수 있습니다.

1일 8시간(주 5일, 1주 40시간)을 근무하는 통상 근로자에게 1년(계속근로기간 1년 이상인 경우의 연차)에 120시간(15일 x 8시간)을 부여하는데, 1일 4시간(주 5일, 1주 20시간)을 근무하는 단시간근로자에 대해서는 1년에 60시간을 부여하여야 합니다.

통상 근로자의 연차휴가일수 15일 x 단시간근로자의 소정근로시간 4시간 / 통상근로자의 소정근로시간 8시간 x 8시간 = 60시간

## 법령

### 근로기준법

제18조(단시간근로자의 근로조건) ① 단시간근로자의 근로조건은 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 한다.

② 제1항에 따라 근로조건을 결정할 때에 기준이 되는 사항이나 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 제55조와 제60조를 적용하지 아니한다.

제60조(연차 유급휴가) ① 사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 한다. 개정 2012. 2. 1.

② 사용자는 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자 또는 1년간 80퍼센트 미만 출근한 근로자에게 1개월 개근 시 1일의 유급휴가를 주어야 한다. 개정 2012. 2. 1.

### 근로기준법 시행령

제9조(단시간근로자의 근로조건 기준 등) ①법 제18조제2항에 따른 단시간근로자의 근로조건을 결정할 때에 기준이 되는 사항이나 그 밖에 필요한 사항은 별표 2와 같다.

### 근로기준법 시행령 [별표 2]

단시간근로자의 근로조건 결정기준 등에 관한 사항(제9조제1항 관련)

#### 4. 휴일·휴가의 적용

가. 사용자는 단시간근로자에게 법 제55조에 따른 유급휴일을 주어야 한다.

나. 사용자는 단시간근로자에게 법 제60조에 따른 연차유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 유급휴가는 다음의 방식으로 계산한 시간단위로 하며, 1시간 미만은 1시간으로 본다.

$$\text{통상 근로자의 연차휴가일수} \times \frac{\text{단시간근로자의 소정근로시간}}{\text{통상 근로자의 소정근로시간}} \times 8\text{시간}$$

## 사례18. 연차사용계획서 제출 후 중도퇴사할 경우 연차수당을 받을 수 있는지 여부

연차유급휴가 사용촉진제도를 시행하는 회사에 4년 정도 다니다가 퇴사하려고 합니다. 규모가 있는 회사라서 회계연도를 기준으로 연차를 지급하고 있  
다보니 개별 입사일과 무관하게 매년 1월 1일에 연차가 발생하고, 못 쓴 연차  
는 12월 31일에 소멸됩니다. 회사가 근로기준법에 따라 연차유급휴가 사용촉  
진제도를 시행한다며 올해 7월 미사용 연차에 대한 연차사용계획서를 제출  
하라고 했습니다. 그래서 남아있는 연차를 올해 12월까지 나눠쓰는 걸로 연  
차사용계획서를 제출했는데 8월에 퇴사하게 되었습니다. 쓰지 못한 연차에  
대해서도 수당으로 받을 수 있는건가요? 아니면 회사에서 연차사용촉진제도

## 를 거쳤고 자유롭게 쓰라고 했는데 제가 날짜를 잘못 지정해서 못 쓴 것이니 수당으로 못 받는건가요?

회사가 연차유급휴가 사용촉진 절차를 적법하게 거쳤다고 하더라도 근로자가 퇴사할 경우 미사용 연차는 수당으로 지급해야 합니다.

연차유급휴가 사용촉진제도는 의무사항이 아니며 실시할 경우 근로기준법이 정한 방식을 적법하게 거쳐야 합니다. 연차유급휴가 사용촉진제도를 거쳤다고 하더라도 하자가 있는 경우에는 여전히 연차미사용수당을 지급해야 합니다.

또한 사용자가 근로자의 자유의사에 기해 연차사용계획서를 수령했다고 할지라도 해당 근로자가 휴가 지정일 이전에 퇴사한 경우라면 미사용 휴가일수 전부를 수당으로 보상해야 합니다. 연차유급휴가는 근로관계가 존속한 경우에 사용하는 것이므로 퇴직함으로써 이미 근로관계가 종료 경우 연차유급휴가를 사용할 수 없습니다. 더욱이 올해 근로자에게 부여된 연차유급휴가는 지난해 근무에 대한 대가입니다.

### 토막상식

#### 1. 연차유급휴가사용촉진제도란?

근로자의 연차휴가 사용을 장려하기 위해 연차휴가사용기간이 종료되기 전에 근로자에게 미사용연차를 통지하고 사용계획서를 받음으로써 연차휴가 사용을 장려하는 제도입니다. 근로기준법에서 근로자에게 연차휴가를 부여한 취지는 충분한 휴식을 보장하기 위함이지만 이를 금전보상수단의 일종으로 생각하는 근로자들이 많기에 국가에서 적극적인 사용을 권장하기 위해 도입한 제도입니다. 이로써 근로자는 사업주의 눈치를 보지 않고 연차휴가를 사용함으로써 적절한 휴식권을 보장 받을 수 있고, 사용자는 연차미사용수당 비용을 절감하는 효과가 있습니다.

## 2. 만약 회사가 적법한 연차유급휴가 사용촉진조치를 취했음에도 근로자가 연차 당일 출근해 근로를 제공한 경우에도 연차미사용수당을 받을 수 있을까요?

근로자가 지정된 휴가일에 출근하여 근로를 제공한 경우, 사용자가 별다른 이의 없이 근로자의 노무제공을 수령했다면 미사용 연차휴가에 대한 보상의무가 있습니다. 근로자가 자발적인 의사에 따라 휴가를 사용하지 않은 것으로 볼 수 없습니다.

사용자가 사용촉진조치를 하였음에도 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 연차휴가가 소멸된 경우에는 사용자는 그 사용하지 아니한 휴가에 대하여 보상할 의무가 없다(구 근로기준법 제61조). 다만, 위와 같은 휴가 미사용은 근로자의 자발적인 의사에 따른 것이어야 한다. 근로자가 지정된 휴가일에 출근하여 근로를 제공한 경우 사용자가 휴가일에 근로한다는 사정을 인식하고도 노무의 수령을 거부한다는 의사를 명확하게 표시하지 아니하거나 근로자에 대하여 업무 지시를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 근로자가 자발적인 의사에 따라 휴가를 사용하지 않은 것으로 볼 수 없어 사용자는 근로자가 이러한 근로의 제공으로 인해 사용하지 아니한 휴가에 대하여 여전히 보상할 의무를 부담한다.

(대법원 2020. 2. 27. 선고, 2019다279283 판결)

## 행정해석

근로자들이 퇴사하여 근로관계가 종료되었을 경우 연차유급휴가 사용촉진시기(연차유급휴가 사용기간이 끝나기 3개월 전) 도래와 상관없이 미사용 연차휴가 일수에 해당하는 수당을 지급해야 한다(회시번호 : 근로개선정책과-2379, 회시일자 : 2012-04-25).

## [회사]

1. '연차유급휴가미사용수당' 청구권은 근로자가 전전년도의 근로의 대가로 발생한 연차유급휴가를 전년도에 사용하지 아니하고 근로를 제공한 경우 그 미사용 연차유급휴가일수에 해당하는 연차유급휴가미사용수당을 사용자에 대하여 청구할 수 있는 권리로서 연차유급휴가청구권이 소멸된 시점에 발생합니다.

- 근로자가 일단 연차유급휴가권을 취득한 후에 연차유급휴가를 사용하기 전에 퇴직 등의 사유로 근로관계가 종료되는 경우, 근로자는 이로 인해 사용하지 못하는 미사용 연차휴가일수에 해당하는 수당을 사용자에 대하여 청구할 수 있는 것입니다(대법원 2005. 5. 27., 2003다48549, 48556 판결 참조).

2. 귀 질의의 경우 근로자들이 2012.1.31.에 퇴사하여 근로관계가 종료되었으므로 연차유급휴가 사용촉진시기(연차유급휴가 사용기간이 끝나기 3개월 전) 도래와 상관없이 미사용 연차휴가 일수에 해당하는 수당을 지급하여야 할 것으로 사료됩니다(근로개선정책과-2379, 2012.4.25.).

서남권 서울시 노동자종합지원센터  
2023 상담사례집

# PART

# 4.

---

# 인사

## 사례 19. 장기간 대기발령이 가능한지 여부, 대기발령 기간 동안의 임금 산정

업무처리에 대해 회사에서는 일정한 프로세스를 제시하고 있고, 해당 프로세스에 따라 업무를 진행하라는 지시가 있었습니다. 업무수행 과정 중 해당 지시와 다르게 업무 처리를 했다는 이유로 징계를 내린다고 합니다. 회사에서는 6개월 기간 동안 자택 대기발령을 내렸는데 6개월이 지나니 3개월이 또 연장되었습니다. 이런 장기간 대기발령이 가능한 걸까요? 자택 대기발령 기간에는 100% 무급인지 문의드립니다.

대기발령이 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치입니다. 근로기준법 제23조 제1항 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 전직, 휴직, 기타 징벌을 하지 못한다고 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 대기발령 근거규정에 의하여 일정한 대기발령 사유의 발생에 따라 근로자에게 대기발령을 한 것이 정당한 경우라고 하더라도 당해 대기발령 규정의 설정 목적과 그 실제 기능, 대기발령 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 한다고 명시되어 있습니다. 만일 대기발령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없거나, 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 대기발령 조치를 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 할 것입니다.

한편, 대기발령은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 이를 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미하므로, 대기발령은 근로기준법 제23조 제1항에서 정한 '휴직'에 해당한다고 볼 수 있습니다. 따라서 사용자가 자신의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근

로자들에게 대하여 대기발령을 하였다면 이는 근로기준법 제46조 제1항에서 정한 휴업을 실시한 경우에 해당하므로 사용자는 그 근로자들에게 휴업수당을 지급할 의무가 있습니다. 휴업수당은 평균임금의 70% 이상을 지급하는 것을 의미합니다. 단 평균임금의 70%에 해당하는 금액이 통상임금을 초과하는 경우에는 통상임금을 휴업수당으로 지급할 수 있습니다.

## 법령

### 근로기준법

제23조(해고 등의 제한) ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.

### 근로기준법

제46조(휴업수당) ① 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다. 다만, 평균임금의 100분의 70에 해당하는 금액이 통상임금을 초과하는 경우에는 통상임금을 휴업수당으로 지급할 수 있다.

② 제1항에도 불구하고 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능하여 노동위원회의 승인을 받은 경우에는 제1항의 기준에 못 미치는 휴업수당을 지급할 수 있다.

## 행정해석

휴업으로서의 요건을 갖춘 경우에는 희망퇴직거부로 대기발령 중인 자에 대하여도 휴업수당을 지급해야 한다.(2002.2.5, 근기 68207-148)

**[질의]** 당사 자문회사인 ○○회사는 1999.1.1 ○○증권사와 합병을 통해 모든 고용승계가 이루어지도록 하였으나, 잉여인력이 발생한 관계로 일부직원에 대해서는 희망퇴직을 권유하였으나 이를 거부하여 1994.4.9.자로 불가피하게 대기발령(출근을 정지하고 자택대기 대기발령에 대해서 해당 근로자들의 동의를 받은 적이 없음)하여 월급의 50%만 지급하여 오다가, 또다시 2001.1.1부로 규정을 개정하여 종전의 50% 지급하던 월급을 삭감하여 월급의 20%만 지급하여 오던 중 2002.10.8.자로 정리하고

조치하였음. 합병 이후에도 구 ○○증권사 조합원에 대해서는 종전의 단체협약이 적용되어 왔으며 1999.11.25자로 2개의 노동조합에 대해서는 통합된 단체협약이 체결됨. 대기발령기간동안의 임금에 대해서는 어떻게 해야 하는지

**[회사]** 귀 질의내용이 불분명하나, 근로기준법 제45조에 의하여 사용자의 귀책사유로 인한 휴업의 경우에는 동조에 의한 휴업수당을 지급해야 하며, 대기명령, 휴직 등의 명칭으로 근로자의 신청이나 동의 없이 의사에 반하여 노무수령을 거부하더라도 실질적으로 동법 동조에 의한 휴업으로서의 요건을 갖춘 경우에는 휴업수당을 지급해야 할 것으로 사료됨.

## 판례

**대기발령을 포함한 인사명령이 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하는지 여부 및 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 유지하는 대기발령 조치의 효력(대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결)**

기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하지만(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 참조), 대기발령이 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치이고, 근로기준법 제30조 제1항에서 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 전직, 휴직, 기타 징벌을 하지 못한다고 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 대기발령 근거규정에 의하여 일정한 대기발령 사유의 발생에 따라 근로자에게 대기발령을 한 것이 정당한 경우라고 하더라도 당해 대기발령 규정의 설정 목적과 그 실제 기능, 대기발령 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 하는 것이고, 만일 대기발령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나, 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도 사회통념상 합리성

이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 대기발령 조치를 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 할 것이다.

### 토막상식

#### 징계와 대기발령은 같은 의미로 사용할 수 있을까요?

징계는 기업질서 유지를 위하여 직장 질서 위반행위에 대하여 가하는 징벌적 제재이며, 대기발령은 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해체를 의미하므로 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다릅니다.

#### 대기발령은 어떤 경우에 할까요?

대기발령은 일반적으로 근로자가 1) 직무수행능력이 부족하거나 2) 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 3) 근로자에 대한 징계절차가 진행중인 경우, 4) 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 내려집니다.

#### 대기발령 이후 당연퇴직은 가능한 것인가요?

근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보여지는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 근로기준법 제27조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것입니다. 따라서 그 해고에는 사유와 절차가 정당해야 할 것입니다.

## 사례20. 사용증명서 교부와 취업방해 금지

새로운 회사로 이직을 준비하는 과정에서, 필요한 경력증명서를 이전 회사에 발급 요청하였습니다. 그러나, 회사에서는 관련 서류를 정당한 이유 없이 발급해줄 수 없다고만 합니다. 어떻게 대응하여야 하는지 궁금합니다.

사용자는 근로자가 퇴직한 후라도 사용기간, 업무종류, 지위와 임금, 그밖에 필요한 사항에 관한 증명서를 청구하면 사실대로 적은 증명서를 즉시 내주어야 합니다. 증명서에는 근로자가 요구한 사항만 기재해야 하며, 법적 기재사항이라도 근로자가 청구하지 않은 것은 기재가 금지됩니다.

만약, 회사에서 사용증명서를 미교부하거나, 청구하지 않은 내용을 기재하여 사용증명서를 교부한다면, 사업장 주소지 관할 노동청에 신고할 수 있으며, 법 위반 사실이 확인된다면 사용자는 500만원 이하의 과태료에 처해질 수 있습니다.

### 법령

#### 근로기준법

제39조(사용증명서) ① 사용자는 근로자가 퇴직한 후라도 사용 기간, 업무 종류, 지위와 임금, 그 밖에 필요한 사항에 관한 증명서를 청구하면 사실대로 적은 증명서를 즉시 내주어야 한다.

② 제1항의 증명서에는 근로자가 요구한 사항만을 적어야 한다.

#### 근로기준법

제116조(과태료) 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., 2021. 5. 18.

2. 제14조, 제39조, 제41조, 제42조, 제48조, 제66조, 제74조제7항·제9항, 제76조의3 제2항·제4항·제5항·제7항, 제91조, 제93조, 제98조제2항 및 제99조를 위반한 자

## 행정해석

근로자가 급여명세서, 근로소득 원천징수영수증 등의 교부를 요구하는 경우  
(1992.11.17., 근기01254-1870)

**[회사]** 근로기준법 제31조에 규정된 사용증명서 교부제도는 근로자가 당해 사업체에 근무하였다는 경력을 증명하여 줌으로써 퇴직근로자의 재취업에 도움을 주기 위한 취지로서 설정된 규정으로 사용자는 근로자에게 사용기간, 업무종류, 지위와 임금 기타 필요한 사항에 관하여 근로자가 요구한 사항을 기입한 사용증명서를 교부하도록 하고 있는 바, 월별 근무상황, 급여명세서, 근로소득 원천징수영수증, 교통사고기록 사본, 시말서 사본, 월별 결근사항, 취업규칙 사본 등은 확인조회에 해당될 사항으로 사용증명서에 포함될 내용은 아님.

병가기간을 사용자가 근속기간 및 경력기간에 포함하여 경력증명서를 발급한다  
하더라도 위법으로 보기는 어렵다(2004.6.15, 근로기준과-2927)

**[질의]** 모범운전자회의 참가요청에 따라 회사의 승인을 득한 후 참석한 체육대회에서 척추를 부상당하여 휴직처리된 병가기간을 근속기간 및 경력기간에 포함하여 경력증명서를 발급한 것이 법규에 타당한지 여부

**[회사]** 귀 질의내용상의 사실관계가 일부 불분명하여 명확한 회신을 드리기 어려우나, 회사에서 인정한 사외 체육행사에 참가 중 부상을 당하여 사용한 병가기간을 사용자가 근속기간 및 경력기간에 포함하여 경력증명서를 발급한다 하더라도 이를 반드시 근로기준법에 위반된 것으로 보기는 어려울 것임.

산업재해사건과 관련하여 법적 시비를 가리기 위한 산업재해 관련서류 등은 사용증명서 규정이 적용되지 아니한다(2004.2.19, 근로기준과-881)

**[질의]** 산업재해에서 근로자가 생존하여 있으면 사고의 경위, 진행사항 등을 소상하게 파악할 수 있으나, 근로자가 사망한 경우에는 이러한 사항을 알기 위하여 회사에 ①

재해발생 경위 ② 목격자의 진술서 내용 ③ 보호장구 지급 여부 ④ 노동부에 보고한 재해발생보고서 ⑤ 보상금 청구 등을 파악하기 위하여 서류를 요구하면 관련기관에 모두 제출하였거나 회사에서 보관된 것이 없다고 자료를 제공치 않음

**[회사]** 근로기준법 제38조는 근로자의 재취업을 돕기 위하여 사용자는 근로자가 퇴직한 후라도 사용기간, 업무종류, 임금 기타 필요한 사항에 관한 증명서를 청구한 때에는 사실대로 기입하여 교부토록 하는 사용증명서 제도를 설정하고 있으나 귀하의 요구 내용과 같은 산재발생경위, 목격자의 진술내용, 보호장구 지급 여부, 재해발생보고서 등 재해사건과 관련하여 법적 시비를 가리기 위한 확인조회에 해당하는 경우에는 동법 규정이 적용되지 아니하는 것임. 따라서 그와 같은 서류 등은 재해경위에 대하여 조사하는 기관이나 재판부 등을 통하여 요청하는 것이 바람직할 것임.

**사용증명서는 근로자가 재직 중 또는 퇴직 후 3년 이내에 청구할 수 있고 기재사항을 근로자가 선택 가능하다(2002.9.6., 근기68207-2879)**

**[질의]** 1. 재직 중인 근로자도 사용자에게 사용증명서를 청구할 수 있는지  
2. 만일, 재직 중인 근로자에게 사용증명서를 교부해야 한다면 퇴직금 중간명세서가 사용증명서 범위에 포함되는지

〈답설〉 법적 취지가 근로자가 퇴직한 이후 재취업을 할 경우 경력 등을 증명하기 위한 것이므로 재직 중인 근로자는 해당되지 않음. 또한 법적 시비를 가리기 위한 상세한 근로실태의 내역 등 확인조회에 해당하는 것까지 사용증명서를 교부할 필요는 없음.  
〈을설〉 근로기준법 제38조 제1항에 “퇴직 후라도”라고 규정되어 있어 퇴직자뿐만 아니라 재직 중인 근로자는 당연히 포함되는 것으로 보이며, 따라서 재직근로자도 사용증명서를 청구할 수가 있음.

**[회사]** 근로기준법 제38조에 의한 사용증명서는 반드시 근로자가 퇴직한 이후에 청구할 수 있다는 의미로 보기는 어렵다고 사료되며, 근로자가 재직 중 또는 퇴직 후 3년 이내에 청구할 수 있다는 의미로 해석함이 타당하다고 사료됨.

한편, 근로자가 동법 동조에 의한 사용증명서를 요구하는 경우 사용자는 당해 근로자의 사용기간, 업무종류, 지위와 임금 기타 필요한 사항 중 근로자의 요구사항만을 기입하여 교부해 주어야 하며, 다만 상세한 근로실태의 내역(근로계약서, 임금지급대장, 원천징수영수증, 취업규칙사본, 시말서, 퇴직금 중간정산내역 등)을 요구하는 확인조회에 해당되는 것까지 사용증명서를 교부해야 할 필요는 없다고 사료됨.

### 사용증명서와 경력증명서의 차이점은 무엇인지?(2007.12.13., 근로기준팀-8493)

**[질의]** 우리 협회는 전력기술관리법 제18조에 의하여 설립된 전력기술인 유일의 법정 단체로서 같은법시행령 제29조제2항에 의하여 전력기술인 경력신고 접수, 경력확인서의 발급 및 기록사항의 유지·관리 등의 업무를 수행하고 있음.

전력기술관리법시행령 제9조 및 같은법시행규칙 제8조의 규정에 의한 전력기술인의 경력신고 업무를 수행함에 있어 전력기술인 근무경력능 경력확인서와 이를 객관적으로 증명하는 4대보험(산재·고용·의료·국민연금) 가입내역서를 확인하고 있으나 민원인이 객관적인 서류를 제출하지 아니하고, 근로기준법 제38조의 규정의 의하여 제출한 '사용증명서'에 대하여 질의하오니 경력심사업무에 참고할 수 있도록 회신을 부탁드립니다.

1. 근로기준법 제38조의 사용증명서의 목적 및 적용범위?
2. 사용증명서와 경력증명서와의 상이여부, 있다면 어떠한 차이점이 있는지?
3. 사용증명서가 경력확인서를 객관적으로 증명할 수 있는 근거자료로 볼 수 있는지?

**[회시]** 근로기준법 제39조(법률 제8372호, 2007.4.11 시행)는 사용자는 근로자가 퇴직한 후라도 사용기간, 업무종류, 지위와 임금 그 밖에 필요한 사항에 관한 증명서를 청구하면 사실대로 적은 증명서를 즉시 내주어 하며, 이때 증명서에는 근로자가 요구한 사항만을 적도록 규정하고 있음.

### 질의 1에 대하여

- 위 제도의 취지(목적)는 근로자가 퇴직한 후 재취업을 하고자 할 때 도움이 되도록 하려는 것이며, 사용기간, 업무종류, 지위와 임금 그 밖에 필요한 사항이 증명서 발급 대상임.

### 질의 2, 3에 대하여

- 경력증명서는 근무한 근로자의 사용기간, 업무종류, 지위와 임금 등을 기록한 것으로 근로자의 경력을 증명하는 문서를 의미하는데, 사용증명서와 경력증명서는 그 기재내용이 거의 유사하다고 볼 수 있음. 따라서 사용증명서는 근로자의 경력을 확인할 수 있는 근거자료로 활용될 수 있을 것임.

### 퇴직 후 3년 이상의 기간 경과 시 사용증명서의 발급 가능여부(2005.11.30., 근로기준팀-1453)

**[회시]** 근로기준법 제38조 및 동법 시행령 제14조에 따르면, 사용자는 근로자가 퇴직 후라도 사용기간, 업무종류, 지위와 임금 기타 필요한 사항에 관한 증명서를 청구한 때에는 사실대로 기입하여 즉시 교부하여야 하며, 근로자가 사용증명서를 청구할 수 있는 기간은 퇴직 후 3년 이내로 한다고 규정하고 있음.

이는, 근로자는 퇴직 후 3년 이내에는 사용자에게 사용증명서의 교부를 청구할 수 있고, 이 경우 사용자는 근로자의 사용증명서 교부 청구를 거부할 수 없다는 것으로 해석됨.

다만, 퇴직 후 3년이 경과된 이후 근로자가 사용증명서의 교부를 청구한 경우 사용자가 근로자의 청구를 거부할 수 있을 것이나, 이 경우에도 사용자가 스스로 사용증명서를 교부하는 것은 무방하다고 보아야 할 것임.

### 사용증명서 교부위반 시 사용자가 시정기한내 시정 완료한 경우 과태료 부과대상이 되는지(2007.12.21., 근로기준팀-8786)

**[회시]** 근로기준법 제39조에 의하여 사용자는 근로자가 퇴직한 후라도 사용 기간·업

무 종류·지위와 임금 그 밖에 필요한 사항에 관한 증명서를 청구하면 사실대로 적은 증명서를 내주어야 하며, 사용자가 이를 위반하는 경우 근로기준법 제116조 제2호에 의하여 500만 원 이하의 과태료를 부과받게 됩니다.

한편, 근로감독관집무규정(훈령 제643호, 2007.7.1) 별표 4 개별근로관계법 위반 사항 조치 기준은 위 근로기준법 제36조 위반이 발견되면 근로감독관은 사용자에게 7일 이내의 시정 기간을 주되, 사용자가 그 기한 내에 시정 완료하면 내사 종결하도록 규정하고 있습니다.

따라서 귀 지청의 질의 내용과 같이 사용자가 근로감독관이 정한 시정 기간 내에 시정을 완료했다면 과태료 부과 대상이 되지 않습니다.

사용증명서의 교부제도는 개별근로자의 재취업편의를 도모하기 위하여 설정한 규정으로 노동조합 조합장이 소속사업장 전체 근로자의 임금대장 사본을 요구하는 것은 별개의 사항이다(1987.3.6., 근기01254-3668)

**[회사]** 근로기준법 제31조에 의한 사용증명서 교부제도는 개별근로자가 근로하던 사업장을 퇴직한 때 또는 퇴직한 후 재취업의 편의를 도모하기 위하여 설정한 규정인 바, 노동조합의 조합장이 소속사업장 전체 근로자의 임금대장 사본을 요구하는 것은 별개의 사항이므로 이러한 문제는 노사간에 협의·결정하기 바람.

사용증명서는 당해 사업체의 경력을 증명해주기 위한 제도로 확인 조회에 해당되는 것까지 사용증명서를 교부할 필요는 없다(1987.2.25., 근기01254-3069)

**[회사]** 근로기준법 제31조에 의한 사용증명서는 사용기간, 업무종류, 지위와 임금 등 당해 사업체의 경력을 증명하여 주기 위한 제도이므로, 법적 시비를 가리기 위한 상제한 근로실태의 내역 등을 요구하는 확인조회에 해당되는 것까지 사용증명서를 교부할 필요는 없음.

사용증명서의 기재사항은 「사용기간, 업무종류, 지위와 임금 기타 필요한 사항」 중 근로자가 요구하는 사항만을 기입해야 한다(1983.4.26., 근기 1451-10674)

[회사] 근로기준법 제31조와 동법시행령 제13조에 의거 근로자가 30일 이상 근무하다 퇴직한 후 사용기간, 업무종류, 지위와 임금, 기타 필요한 사항에 관한 증명서를 청구한 때에는 사용자는 근로자의 요구사항만을 기입하여 즉시 교부토록 되어 있으며, 사용자가 근로자의 취업을 고의로 방해할 목적으로 비밀기호를 사용하거나 허위행위를 금지하도록 규정하고 있음.

서남권 서울시 노동자종합지원센터  
2023 상담사례집

PART

5.

---

퇴사

## 사례21. 사업주가 사직서를 수리하지 않을 경우 계속 출근해야 하는지 여부

작은 제조공장에 다니고 있습니다. 2022년 11월 초 사장님께 사직 의사를 밝히며 사직서를 제출했습니다. 하지만 사장님이 회사를 곧 폐업할 것이라 직원을 새로 뽑기 어려우니 그때까지만 일해달라고 부탁하셨고, 사직서는 그때 처리해주겠다고 했습니다. 근데 2023년 1월 말까지도 폐업할 기미가 보이지 않습니다. 저는 더 이상 출근하고 싶지 않은데 어떻게 해야 할까요?

결론부터 말씀드리면 더 이상 출근하지 않으셔도 되며, 2023년 1월 말인 현재 출근하지 않는다고 하더라도 무단결근에 해당하지 않습니다.

근로기준법은 근로자의 퇴직의 자유를 보장하고 있습니다. 사용자는 폭행, 협박, 감금 그밖에 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 근로자의 자유 의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못합니다. 설령 근로자가 퇴사 통보를 한 다음날부터 출근하지 않을지라도 그로 인해 발생한 손해에 대한 책임을 묻는 것과 별개로 퇴직의 자유는 보장됩니다.

하지만 사직서를 제출한다고 곧바로 법적 효력이 생기는 것은 아닙니다. 그리고 근로자가 제출한 사직서를 사용자가 수리하지 않는다면 고용관계가 지속되는 것도 아닙니다. 민법 660조에 따라 근로자는 계약해지를 통고할 수 있으며, 해지의 통고를 받은 당기 후의 1임금지급기를 경과함으로써 해지의 효력이 생기는 것입니다. 즉, 당기 후 2임금지급기가 시작하는 초일에 효력이 발생하는 것입니다.

예를 들어 급여 산정기간이 매월 1일부터 말일까지이며 익월 10일에 급여가 지급되는 근로자가 11월 5일 사직서를 제출했다고 한다면 11월 30일까지의 당기 이후 1임금지급기(12/1~12/31)가 경과한 1월 1일에 근로관계가 자동해지 되는 것입니다.

## 법령

### 근로기준법

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

### 민법

제660조(기간의 약정이 없는 고용의 해지통고) ①고용기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다.

②전항의 경우에는 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 1월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다.

③기간으로 보수를 정한 때에는 상대방이 해지의 통고를 받은 당기후의 일기를 경과함으로써 해지의 효력이 생긴다.

## 행정해석

사표 수리를 계속 거부하면서 근무하게 한다면 강제근로금지 원칙에 위배된다(고용노동부 행정해석 1953.10.14. 사노 320)

근로자가 퇴직하는 것은 근로자의 자유의사에 의하여 할 것이며, 사용자가 사무상의 이유로 퇴직하고자 하는 자를 계속근로하게 하는 것은 근로자의 자유의사에 반하는 것으로서 근로기준법 제6조(현행 제7조)의 규정을 적용받게 됨.

근로자의 사직서를 수리할 수 없는 합리적인 이유가 있다 하더라도 민법 제660조 소정 일정 기간 경과로 그 사직서 제출에 따른 해지의 효력이 발생함으로써 근로계약 해지의 효력이 발생한다(회시번호: 근로개선정책과-371, 회시일자: 2013-01-09).

### [질의] 1. 사실관계

- 기타 공공기관인 ○○공사(이하 “공사”라 한다)의 직원이 비위행위로 조사를 받는 도중 사직서를 제출했으며, 공사는 위 직원이 사직서를 제출한 지 30일 이상 경과했지만 사직서를 수리하지 않고 있음.

- 위 공사의 사직과 관련된 규정에는 비위행위 등에 따른 제한 조항이 별도로 없음.

## 2. 질의사항

- 공사의 규정에 비위행위 등에 따른 사직을 제한하는 조항이 없을 때 비위행위자가 사직서를 제출했으면 위 공사가 사직서를 수리하지 않더라도 사직서를 제출한 지 30일 이상 경과되면 「민법」 제660조의 규정에 따라 자동적으로 사직의 효력이 발생하는지 여부

- 「민법」 제660조와 내부규정에 제한 조항이 없음에도 불구하고 “합리적인 이유”가 있는 경우 사직을 제한할 수 있는지 여부

※ 위 직원은 형법 129조(수뢰, 사전수뢰)에 따른 고발조치가 예정되어 있음.

**[회시]** 근로자가 사직서를 작성해 사용자에게 제출한 경우에 특별한 사정이 없는 한 그 사직서는 사용자와의 근로계약관계를 해지하는 의사표시를 담고 있는 것이므로 당사자 사이의 근로계약관계는 사용자가 그 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락해 합의해지(의원면직)가 성립하거나 민법 제660조 소정의 일정기간의 경과로 그 사직서 제출에 따른 해지의 효력이 발생함으로써 종료됩니다(대법원 1996.7.30. 선고 95누7765 판결 참조). 따라서 근로자의 사직서를 수리할 수 없는 합리적인 이유가 있다 하더라도 위에 따라 근로계약 해지의 효력이 발생할 것입니다.

## 퇴직의 효력발생시기 예규(고용노동부예규 제2012-51호, 2012. 9. 25.)

기간의 정함이 없는 근로계약 관계에 있는 근로자가 사용자에 대하여 해당 근로계약의 해지(퇴직)의 의사표시를 한 경우 근로계약관계의 종료시기(퇴직의 효력발생시기)는 향후 아래 기준에 따라 처리하시기 바람

1. 근로자가 사용자에게 퇴직의 의사표시(사표 제출)를 한 경우 사용자가 이를 수리하였거나 또는 당사자 사이에 계약 종료시기에 관한 특약(단체협약, 취업규칙 및 근로계약)이 있다면 각각 그 시기(사표를 수리한 시기 또는 특약에 따라 정한 시기)에 계약해지의 효력이 발생할 것임. 다만, 이 경우 해당 특약 내용이 관계 법규에 저촉되어서는 아니 됨

2. 근로자가 사용자에게 퇴직의 의사표시(사표 제출)를 하였음에도 불구하고 사용자

가 근로자의 퇴직의 의사표시를 수리하지 아니하거나 또는 계약 종료시기에 관한 특약이 없다면 사용자가 해당 퇴직의 의사표시를 통고 받은 날부터 1개월이 지날 때까지는 계약해지의 효력이 발생치 않으므로 고용종속관계는 존속되는 것으로 취급하여야 할 것임(「민법」 제660조제2항 참조)

3. 제1항 및 제2항의 경우 사용자가 근로자에게 지급하는 임금을 일정한 기간급으로 정하여 정기지급하고 있다면 사용자가 근로자의 퇴직의 의사표시를 통고 받은 당기(當期) 후의 1 임금지급기가 지난 때에 계약해지의 효력이 발생하는 것으로 취급하여야 할 것임(「민법」 제660조제3항 참조)

## 사례22. 문자나 카톡, 통화로 퇴직의사 전달이 가능한지 여부

같은 업무를 수행하는 선임자가 퇴사한 이후 업무량이 너무 많아 업무조정을 사장님에게 요청드렸지만 실질적으로 변화된 건 없었습니다. 업무에 너무 지쳐 회사를 계속 다니기 힘들 것 같아 퇴사 의사를 사장님에게 중간중간 말씀드렸지만, 번번이 거절당했습니다. 더 이상 기다릴 수 없어 퇴사하겠다는 문자를 보냈는데, 회사에서는 사직서를 작성해야만 사직으로 처리해줄 수 있다고 하는데, 사직서를 작성해야만 하는 건가요? 저희 회사는 퇴사할 때 사직서를 작성한 경우가 없는 것으로 알고 있습니다.

‘퇴사의 의사표시를 사직서로 해야한다’는 관련 법 규정은 별도로 없습니다. 따라서 근로자의 퇴사 통지방법은 전화나 구두, 문자 등으로도 할 수 있으며 효력이 없다고 할 수 없습니다.

다만, 전화나 구두, 문자 등으로 사직의사를 밝히는 경우에는 퇴직의사(퇴직사유), 퇴직시기 등에 대해 명확히 밝혀야만 퇴직의 의사표시를 한 것으로 볼 수 있으며, 향후 퇴직과 관련된 법률분쟁 발생 시 합리적인 대응이 가능할 것입니다.

## 법령

### 민법

제660조(기간의 약정이 없는 고용의 해지통고) ①고용기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다.

②전항의 경우에는 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 1월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다.

③기간으로 보수를 정한 때에는 상대방이 해지의 통고를 받은 당기후의 일기를 경과함으로써 해지의 효력이 생긴다.

### 판례

#### 전화나 구두로 사직의 의사표시를 한 경우

(서울행정법원 2002. 8. 8, 선고 2002구합2338 판결)

근로자가 근로계약관계를 종료시키고자 하는 의사표시는 보통 사직원의 제출에 의하지만 구두로 사직의 의사표시를 하는 것도 가능하고, 근로자가 사직서를 제출하거나 사직의 의사표시를 한 경우 사용자가 민법 제660조에서 정한 기간 내에 승낙의 의사표시를 하면 근로관계는 합의에 의하여 종료하고, 그 기간 내에 승낙의 의사표시를 하지 않으면 그 기간이 경과함과 동시에 근로자의 사직서 제출에 따른 해지의 효력이 발생함으로써 근로계약관계는 종료된다 할 것이다

## 사례23. 재직 중 임금체불을 신고 후 퇴사 압박에 대한 대응

2018년 1월 2일부터 주야간보호센터에서 근무하고 있는 사회복지사입니다. 회사는 경영이 어렵다는 이유로 2019년 4월부터 휴일근로수당을 체불하고 있습니다. 회사에 일부라도 좋으니 지급해달라고 여러 번 요청했음에도 주지 않아 어쩔 수 없이 재직 중인 상태에서 2022년 10월 노동청에 임금체불 신고를 했습니다. 회사도 체불 사실을 인정하였기에 체불임금 등 사업주확인서를 작성했고 2023년 6월까지 체불 금액을 상환할 것을 약속받았습니다.

**그러나 그 외 별개로 2022년 12월 30일 센터장으로부터 권고사직 통보를 받았습니다. 재직 중임에도 임금체불을 신고한 것이 과심하고 신뢰관계가 깨져서 더 이상 같이 일하기 어렵다는 이유에서였습니다. 저는 그만둘 생각이 없었기에 계속 일하고 싶다고 했음에도 계속 권고사직하라는 답변만 돌아왔습니다. 저는 정말 그만 두어야 하는 걸까요? 이걸 부당하고 아닌가요?**

권고사직은 법적인 용어는 아니지만 실무에서 널리 활용되고 있는 용어로 사용자가 근로자에게 퇴직을 권유하고 근로자가 이를 받아들여 사직서를 제출하는 형식 등을 통해 근로관계를 종료하는 것을 의미합니다. 그러므로 권고사직을 통해 근로관계가 종료되는 것은 해고가 아닙니다. 따라서 근로자께서 회사를 계속 다닐 의사가 있다면 사직서를 작성하시면 안됩니다. 사용자에게 의사를 명확하게 전달했음에도 반복적으로 퇴사를 권한다면 분명하게 권고사직에 응할 생각이 없는데 지금 해고하시는 것이냐고 반문하신 후 해고하시는 것이 맞다면 해고통지서를 달라고 이야기하셔야 합니다.

그리고 해고와 별개로 사직 의사가 없는 근로자에게 해고를 강요하는 행위는 직장 내 괴롭힘에 해당할 수도 있습니다. 퇴사 종용은 직장 내 괴롭힘에 해당할 수 있으므로 사직 종용을 멈춰달라고 이야기해보실 수도 있습니다.

만약 해고통지서 없이 구두로 해고통지를 할 경우를 대비해 대화 내용 녹취 및 문자나 카카오톡 기록 등의 자료를 채증하셔야 합니다. 사업장의 상시 근로자수가 5명 이상이라면 해고 이후 노동위원회에 부당해고 구제신청을 할 수 있습니다.

또한 근로기준법은 근로자가 사업장의 근로기준법 위반 사실을 감독 기관에 신고한 것을 이유로 근로자에게 해고나 그 밖에 불리한 처우를 금지하고 있습니다. 따라서 임금체불을 신고했다는 이유만으로 해고 또는 징계를 한다면 이는 부당해고 혹은 부당징계에 해당합니다.

## 법령

### 근로기준법

제23조(해고 등의 제한) ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.

② 사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전(産前)·산후(産後)의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 제84조에 따라 일시보상을 하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

### 근로기준법

제104조(감독 기관에 대한 신고) ① 사업 또는 사업장에서 이 법 또는 이 법에 따른 대통령령을 위반한 사실이 있으면 근로자는 그 사실을 고용노동부장관이나 근로감독관에게 통보할 수 있다. 개정 2010. 6. 4.

② 사용자는 제1항의 통보를 이유로 근로자에게 해고나 그 밖에 불리한 처우를 하지 못한다.

### 근로기준법

제110조(벌칙) 근로기준법 제104조제2항을 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

### 토막상식 | 해고와 권고사직의 차이

구분	해고	권고사직
관련 규정	근로기준법 제23조, 제24조, 제26조, 제27조, 제28조 등	없음
법적 성격	법률행위	의사표시
요건	사유, 양정, 절차 정당성 준수	당사자 간 의견 합치

절차	서면통지 및 해고 예고 필요	사용자의 청약과 근로자의 승낙 필요
법적 책임	- 정당하지 않은 해고라면 부당해고 구제신청 및 소송 가능 - 30일 전 해고예고하지 않았다면 30일분 이상의 통상임금 지급 의무	위로금 등 지급 의무 없음
실업급여	수급 가능 (그러나 근로자의 중대한 귀책사유로 인해 해고된 경우에는 수급 자격 불인정)	수급 가능

## 사례24. 권고사직의 경우 해고예고의 필요 여부

**회사의 경영 사정이 좋지 않아 근로자에게 이번 달 말까지만 근무하고 퇴사해 줄 것을 요청하였고 근로자가 권고사직에 동의하여 마지막 근무를 끝으로 퇴사했습니다. 그러나, 근로자는 “본인에게 30일 전 해고예고를 하지 않았으므로, 해고예고수당을 지급하라”고 주장하는데, 권고사직의 경우에도 해고예고가 필요한가요?**

권고사직은 법률 용어는 아니지만, 근로관계 종료사유 중 하나인 합의해지의 한 유형에 해당합니다. 일반적으로 사용자가 회사의 사정 등을 이유로 하여 근로자에게 퇴사를 권고하고 근로자가 이에 동의하여 근로관계를 종료하는 것입니다.

한편, 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미합니다.

사용자의 의사표시라는 점에서 근로자의 의사표시에 따라 근로계약이 해지되는 사직과 구별되고, 근로자의 의사에 반하여 이루어지는 점에서 근로자와 사용자의 의사에 합치에 의하여 이루어지는 합의해지와 구별됩니다.

따라서, 합의해지에 한 유형인 권고사직의 경우, 해고에 해당하지 아니하므로 해고에 고가 별도로 필요한 것은 아닙니다. 다만, 사용자의 사직 권고가 실질적으로 근로자의 동의를 요하지 않는 일방적 의사표시인 경우로 볼 수 있는 경우 해고로 판단될 수 있기 때문에 권고사직을 증명하는 객관적인 자료가 있어야 불필요한 법적 분쟁을 예방할 수 있습니다.

## 법령

### 근로기준법

제23조(해고 등의 제한) ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.

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

## 판례

### 근로계약의 종료사유 구분 (대법원 2018. 5. 30, 선고, 2014다9632 판결)

근로계약의 종료사유는 퇴직, 해고, 자동소멸 등으로 나누어 볼 수 있다. 퇴직은 근로자의 의사로 또는 동의를 받아서 하는 것이고, 해고는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사로 하는 것이며, 자동소멸은 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 근로계약이 자동적으로 소멸하는 것이다. 근로기준법 제23조에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 위의 두 번째에 해당하는 모든 근로계약관계의 종료를 뜻한다. 사용자가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것은 성질상 해고로서 근로기준법에 정한 제한을 받는다고 보아야 한다.

서남권 서울시 노동자종합지원센터  
2023 상담사례집

# PART



---

## 해고

## 사례25. 노동위원회 부당해고구제신청 절차

입사한 지 3일이 되었습니다. 회사에서는 갑작스럽게 우리 회사와는 잘 맞지 않는 것 같으며, 해고할테니 더 이상 나오지 말라고 합니다. 위와 같은 상황에서 회사의 말대로 해고당한다면 억울함을 다룰 방법은 없을까요?

근로기준법에 따라 사용자는 정당한 이유 없이 해고, 징계, 전보 등을 하지 못하는데, 만약 근로자가 본인에 대한 인사처분이나 해고 등이 부당하다고 생각되는 경우 관할 노동위원회에 부당해고 등 구제신청을 제기할 수 있습니다.

부당해고 등 구제신청은 근로자와 사용자가 당사자가 되어 노동위원회 에서는 근로자와 사용자측에 대하여 사실확인을 진행한 후, 구제를 신청한 날로부터 60일 이내에 최종적으로 심문회의를 개최하여 당사자의 진술을 청취한 뒤 노동위원회 소속 위원(공익위원, 근로자위원, 사용자위원)들이 해고 등의 정당성 여부를 판단하는 절차로 이루어집니다.

임금상당액이란 사용자의 해고가 부당하다는 노동위원회의 판정이 있을 경우, 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 금품을 말합니다.

### 법령

#### 근로기준법

제28조(부당해고등의 구제신청) ① 사용자가 근로자에게 부당해고등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.

② 제1항에 따른 구제신청은 부당해고등이 있었던 날부터 3개월 이내에 하여야 한다  
제29조(조사 등) ① 노동위원회는 제28조에 따른 구제신청을 받으면 지체 없이 필요한 조사를 하여야 하며 관계 당사자를 심문하여야 한다.

② 노동위원회는 제1항에 따라 심문을 할 때에는 관계 당사자의 신청이나 직권으로 증인을 출석하게 하여 필요한 사항을 질문할 수 있다.

③ 노동위원회는 제1항에 따라 심문을 할 때에는 관계 당사자에게 증거 제출과 증인에 대한 반대심문을 할 수 있는 충분한 기회를 주어야 한다.

④ 제1항에 따른 노동위원회의 조사와 심문에 관한 세부절차는 「노동위원회법」에 따른 중앙노동위원회(이하 “중앙노동위원회”라 한다)가 정하는 바에 따른다.

제30조(구제명령 등) ① 노동위원회는 제29조에 따른 심문을 끝내고 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하며, 부당해고등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다.

② 제1항에 따른 판정, 구제명령 및 기각결정은 사용자와 근로자에게 각각 서면으로 통지하여야 한다.

③ 노동위원회는 제1항에 따른 구제명령(해고에 대한 구제명령만을 말한다)을 할 때에 근로자가 원직복직(原職復職)을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.

④ 노동위원회는 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직(해고 이외의 경우는 원상회복을 말한다)이 불가능한 경우에도 제1항에 따른 구제명령이나 기각결정을 하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 부당해고등이 성립한다고 판정하면 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다)을 사업주가 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다. 신설 2021. 5. 18.

## 사례26. 수습기간 중 해고 가능 여부

입사당시 근로계약서를 작성할 때, 3개월의 수습기간이 있다는 내용을 전달 받았습니  
다. 회사에서는 근무 중 큰 문제가 없다면 수습기간으로 인한 불이익은 없다고 하였는데, 어제 업무수행능력이 너무 떨어진다고 하며 해고를 당했습  
니다. 업무를 열심히 해왔고, 능력에 대해서도 동료근로자 및 상급자로부터  
인정을 받아왔는데 갑작스럽게 수습기간이라는 이유로 해고를 당하니 너무 억울합니  
다. 근로계약서상의 3개월의 수습기간을 규정하고 있을 경우, 수습  
기간에는 사용자가 자유롭게 해고 할 수 있나요?

수습 또는 시용 등 명칭을 불문하고 근로자의 업무적격성을 평가하고 본 채용 여부를 결정하는 규정을 근로계약서에 두고 있는 경우, 계약해지를 할 수 있는 권한이 유보된 근로계약을 체결한 것으로 볼 수 있습니다.

수습·시용기간에 평가점수가 낮아 본 채용을 거절하는 경우, 사용자에게 유보된 해약권의 행사시기에 해고의 정당한 사유 인정 범위가 일반 근로자보다 상대적으로 넓게 인정될 수 있습니다. 그럼에도 본 채용 거절은 해고에 해당하므로 사용자가 임의로 해고할 수 없고, 수습·시용기간 중 업무평가 등에 객관적이고 합리적 이유가 인정되어야 합니다.

### 법령

#### 근로기준법

제23조(해고 등의 제한) ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.

② 사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전(産前)·산후(産後)의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 제84조에 따라 일시보상을 하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

### 근로기준법

제27조(해고사유 등의 서면통지) ① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고 시기를 서면으로 통지하여야 한다.

② 근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다.

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

## 행정해석 및 판례

### ‘수습·시용’근로자 본채용 거부의 정당성 여부

#### 정당하다고 본 사례

① 시용기간 중에 있는 운전사가 시내버스를 운전 중 앞차를 추돌하여 승객들이 부상하고 앞차가 파손되는 사고가 발생하여 운전면허정지처분까지 받았다면 시용제도의 목적에 비추어 운전사를 해고할 수 있는 정당한 사유에 해당된다(대법 1987.9.8., 87다카555).

② 엔진과열 사고가 근로자의 근무태만과 경험부족으로 인하여 발생하였다고 인정할 것은 정당하고 또한 기록에 나타난 모든 사정에 비추어 보면 굴삭기의 운영을 상당기간 중단하게 됨을 계기로 시용기간 중에 위와 같은 근무태만과 경험부족을 보인 근로자를 업무부적격자로 보아 해고한 것은 합리적인 이유가 있고 사회통념상 상당한 것으로 인정된다(대법 1999.2.23., 98두5965).

③ 수기간 중에 있는 자의 지위는 이른바 ‘시용기간 중의 근로관계’에 해당하고, 이와 같은 ‘시용기간 중의 근로관계’는 수습사원으로 발령한 후 일정기간동안 당해 근로자가 앞으로 담당하게 될 업무를 수행할 수 있는가에 관하여 그 인품 및 능력 등을 평가하여 정식사원으로서의 본채용 여부를 결정하는 것이므로, 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 시용기간중의 채용거부는 유보해약권의 행사라 할 것인데, 회사측이 수습사원에 대한 품성평가를 함에 있어 당해 근로자에 대해 객관성과 공정성을 일탈했을지라도 이 평가가 채용기준점수에 영향을 미치지 않았다면 정당한 유보권 행사이다(대법원 1992.8.18., 92다15710).

④ 시용기간동안 근로자가 병가를 내 실제 근무한 날이 5일 정도에 불과하고, 병가기

간 중 치료를 받은 사실이 없으며, 담당업무를 전환해 줄 것을 계속하여 요구하였다면 본채용 거부는 정당하다(서울행법 2007.9.14., 2007구합14619).

⑤ 시용기간 중에 있는 학원강사의 실력부족으로 인해 강의가 폐강되었고 보강수업 지시 등을 이행하지 않은 사정이 있다면 근로자에 대한 해고는 정당하다(서울행법 2008. 1. 18, 2007구합13968).

## 2. 부당하다고 본 사례

① 시용기간 중의 근로자를 대상으로 피고 은행이 각 지점별로 C나 D의 평정 등급 해당자 수를 할당한 점, 피고 은행이 근무성적평정표 제출 후 일부 지점장들에게 재작성을 요구하고, 이에 따라 일부 지점장들이 평정자와 확인자를 달리하도록 한 근무성적평정요령에 어긋나게 혼자서 근무성적평정표를 다시 작성하기도 한 점, 원고들에 대한 근무성적평정표와 평정의견서만으로 원고들의 업무수행능력이 얼마나, 어떻게 부족했는지, 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지를 알 수 없는 점 등에 비추어, 피고 은행이 원고들과 맺은 이 사건 근로계약을 해지한 데에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.(대법 2006.2.24, 2002다62432)

② 사용자가 정한 평가항목이 불합리하고, 그 채용기준점수가 너무 높으며, 근무평가 결과만으로 업무수행능력이 어떻게 부족했는지 알 수 없다면, 이러한 근무평가 결과에 의한 정식채용 거부는 부당하다(서울행법 2007. 10. 23, 2006구합45968)

③ 평가위원들이 평가한 시용근로자들의 근무성적 편차가 너무 커서 객관성에 의심이 있고, 인사규정에 정식채용의 기준점수가 존재하지 않으며, 사용자가 기준점수를 근로자에게 통보한 사정도 없는 경우 평가점수 미달을 사유로 한 정식채용 거부는 정당성을 인정받기 어렵다(서울행법 2008. 5. 23, 2007구합34125)

④ 신규채용 당시 조경관리사 자격증을 요구한 바 없고, 근로자가 3개월 동안 조경관리업무를 수행한 경력이 있음에도 객관적인 평가자료 없이 업무상 기술이 부족하다는 이유로 시용기간 중 근로자를 해고한 것은 정당하다고 보기 어렵다(서울행법 2008. 9. 26, 2008구합15701)

## 사례27. 기간제근로자로 근무를 하던 중 해고, 부당해고 해당 여부

기업에 입사하여 2021년 12월 15일부터 2022년 12월 14일까지 1년의 기간제 근로계약을 체결했습니다. 저는 제가 맡은 일에 최선을 다하면서 일하였는데, 갑자기 2022년 11월 11일 당일 해고통보를 받게 되었습니다. 저는 당연히 해고가 부당하다고 생각하였고 시간이 좀 지난 2023년 1월경에 노동위원회에 구제신청을 제기하였습니다. 이러한 상황에서 제가 부당해고로 인정될 수 있을까요?

2021년 근로기준법의 개정으로 근로자가 근로계약기간 만료 등의 사유로 원직복직이 불가능한 경우라 하더라도 해고기간 동안의 임금상당액에 대한 구제이익이 존재한다면 부당해고 구제신청 제기가 가능합니다. 이 경우 부당해고 구제신청은 근로계약기간이 만료되기 전에 제기되어야하며, 근로계약기간이 만료된 이후 구제신청을 하는 것은 구제이익이 없다고 보는 것이 최근 대법원의 입장입니다.

현재, 2022년 11월 11일 부당해고를 당하였으므로 근로계약기간이 만료되는 시점인 2022년 12월 14일까지 부당해고 구제신청이 제기되었어야합니다. 그러나 2023년 1월경에 노동위원회 부당해고 구제신청이 진행되었고, 최근 대법원의 입장에 비추어 볼 때 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 소멸한 경우라면 구제이익은 없다고 사료됩니다.

다만, 즉시 해고 통보를 받은 것이니 관할 노동청에 해고예고수당 진정제기는 가능할 것으로 판단됩니다.

### 법령

#### 근로기준법

제30조(구제명령 등) ④노동위원회는 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직(해고 이외의 경우는 원상회복을 말한다)이 불가능한 경우에도 제1항

에 따른 구제명령이나 기각결정을 하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다)을 사업주가 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.

### 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.

#### 토막상식 | 해고예고수당의 지급 요건과 관할 노동청 진정 제기 절차

사용자가 근로자를 해고하기 위해서는 30일 전 해고 예고를 하여야 합니다. 해고 예고수당의 요건으로는 ‘해고’가 존재하여야 하며, ‘30일 전’ 해고예고를 하여야 합니다. 만일, 사용자가 30일 전 해고예고를 하지 아니할 경우 해고 대상 근로자에게 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 합니다.

이 경우 근로자는 관할 노동청에 해고예고수당 진정을 제기할 수 있습니다. 일반적으로 노동부 진정을 제기하는 방법은 온라인 민원신청, 방문 접수, 팩스 접수가 가능하며 진정서 작성 등 자세한 설명을 받고자 한다면 방문접수를 추천해드립니다.

## 판례

### (대법원 2020. 2. 20. 선고, 2019두52386 전원합의체 판결)

부당해고 구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다툼 소의 이익이 있다고 보아야 한다.

**(대법원 2022. 7. 14. 선고, 2021두46285 판결)**

대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결은 근로자가 부당해고 구제 신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 소의 이익이 유지된다는 취지이다. 따라서 근로자가 부당해고 등 구제 신청을 하기 전에 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 위와 같은 법리가 그대로 적용된다고 할 수 없다. 근로기준법(2021. 5. 18. 법률 제18176호로 개정된 것)은 “노동위원회는 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직(해고 이외의 경우는 원상회복을 말한다)이 불가능한 경우에도 제1항에 따른 구제명령이나 기각결정을 하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 부당해고등이 성립한다고 판정하면 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다)을 사업주가 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.”라는 조항을 신설하였다(제30조 제4항). 위 조항은 부당해고 등 구제절차 도중 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자의 원직복직이 불가능한 경우에도 근로자에게 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익을 인정해야 한다는 취지이고, 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 소멸하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에게까지 구제이익을 인정해야 한다는 의미로는 해석되지 않는다.

**사례28. 근로자가 무단결근할 경우 해고 가능 여부**

**저희는 40명 규모의 IT 기업입니다. 현재 직원 중 한 명이 거래처와 다툼이 있었고 아무 말도 없이 일주일째 무단결근 상태입니다. 계속 연락하고 있으나 받지 않고, 응답도 없는 상황인데 해당 직원을 퇴사 처리하거나 해고해도 괜찮을까요?**

무단결근자가 묵시적으로 근로관계 종료의사를 표현한 것인지를 살펴봐야합니다. 만

약, 지속적인 출근 명령에도 불구하고 장기간동안 연락 없이 어떠한 의사표현도 없다면, 묵시적 근로관계 종료로 해석될 여지가 높습니다.

다만, 해고로 진행될 경우 근로기준법상 '정당한 이유'가 존재하여야 합니다. 여기서 '정당한 이유'라 함은 근로자의 귀책사유로 인하여 고용관계를 더 이상 유지할 수 없을 정도여야 하며, 이를 구체화하면 징계사유의 정당성, 절차적 정당성, 양정의 정당성이 모두 충족되어야 합니다.

일반적으로 징계사유와 절차는 취업규칙에서 정한 바에 따라서 이루어져야 합니다. 대다수 기업에서 무단결근을 징계사유 또는 해고사유로 기재하고 있으며 근로자가 특별한 사정없이 일주일 동안 무단결근을 하였다면 중대한 비위행위로 해석될 여지가 높습니다. 대법원의 경우 사안에 따라 다르지만, 무단결근이 5~7일 정도 지속되는 경우 해고의 정당성을 인정하고 있습니다. 또한, 인사위원회 개최 등 징계절차에 관한 사항이 정해져 있다면 이를 거치지 아니한 해고는 정당성이 흠결되어 부당해고로 인정될 수 있으니 해당 근로자가 참석하지 아니한다고 하더라도 인사위원회가 개최될 것이라는 점은 내규에 맞춰 사전 안내가 필요합니다.

한편, 근로기준법에서는 근로자를 해고할 경우 사유와 시기를 기재한 서면 형식의 통보를 규정하고 있으며, 이를 위반한 해고는 부당해고로 인정될 수 있으므로 주의하여야 합니다.

---

## 법령

### 근로기준법

제23조(해고 등의 제한) ①사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.

### 근로기준법

제27조(해고사유 등의 서면통지) ① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고 시기를 서면으로 통지하여야 한다.

② 근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다.

## 토막상식 | 근로자에 대한 해고가 존재할 경우 연계되는 행정적 구제절차

### (1) 노동위원회 : 부당해고 구제신청

근로기준법 제28조에 근거하여 사용자가 근로자에게 해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있습니다. 이 경우 해고 등이 있었던 날로부터 3개월 이내에 하여야 합니다.

### (2) 노동청 : 해고예고수당 진정

근로기준법 제26조에 근거하여 사용자가 근로자를 해고하려면 적어도 30일 전에 해고예고를 하여야 합니다. 만약, 해고예고를 하지 아니할 경우 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 합니다. 다만, 계속근로기간이 3개월 미만인 경우 등 법에서 정해진 예외 사유에 한하여 30일 전 해고예고가 적용되지 않습니다.

다수의 기업에서 30일 전 해고예고를 하면 해고가 정당하다고 생각하는 경우가 있습니다. 30일전 해고 예고를 하더라도 해고가 정당한 것은 아니며, 실질적인 정당성 판단이 이루어져야 합니다.

## 판례

해고처분은 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되는 것이고, 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다.

(대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두10455 판결)

회사의 인사위원회규정에 “7일 이상 무단결근하였을 때”에 대하여 5가지 징계의 종류 중 해고처분만을 할 수 있도록 규정하고 있으며, 단체협약에도 “정당한 사유 없이 7일

이상 무단결근하였을 때”를 징계위원회에 회부할수 있는 사유로 규정하고 있다면, 해고는 징계처분 중 가장 무거운 처분으로서 사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는사유가 있는 경우에만 할 수 있는 것인 점에 비추어 인사위원회규정에 의한 징계해고사유인 “7일 이상 무단결근 하였을 때”란 일정한 시간적 제한이 없이 합계 7일 이상의 무단결근을 한 모든 경우를 의미하는 것이 아니라 상당한 기간 내에 합계 7일 이상의 무단결근을 한 경우를 의미한다고 제한적으로 해석하여야 한다.

(대법원 1995. 5. 26. 선고 94다46596 판결)

## 사례29. 회사의 해고통보 후 원직복직명령이 있을 경우 대응방안

**회사로부터 해고통보를 받았습니다. 그러나 사유를 납득할 수 없었고 서면 통보가 없이 진행된 해고이기 때문에, 노동위원회에 부당해고구제신청을 제기하였습니다. 구제신청이 제기되자마자 회사에서는 메일, 문자 메시지 등을 이용하여 원직복직명령서를 보냈으며, 다시 출근하라고 합니다. 이 경우 제가 어떻게 대응하여야 하나요?**

노동위원회 부당해고 구제신청서를 작성·제출하는 과정에서 ‘원직복직’을 신청취지로 기재하였다면, 사용자의 정당한 원직복직명령에 거부·사표시는 구제신청에 불리하게 작용될 수 있습니다. 기본적으로 부당해고 구제신청의 취지는 원직복직이며, 사용자의 원직복직명령이 유효하다고 판단된다면 노동위원회에서는 구제신청의 목적을 달성하였다고 보아 구제이익이 없다는 결정을 합니다. 또한, 출근하지 않을 경우 무단결근으로 인정될 수 있으며, 사용자측에서는 무단결근을 이유로 재차 해고 처분을 할 수 있습니다.

다만, 사용자의 원직복직명령이 모든 사안에서 인정되는 것은 아니고 원직복직명령의 진정성 여부를 판단하여 대응할 수 있습니다. 유효한 원직복직명령의 경우 해고기

간동안 임금상당액이 지급되어야 하고, 동일한 직무로 복귀 등 필요한 조치가 이루어져야 합니다. 만약 이러한 조치 없이 단순히 원직복직명령만 진행되는 경우 진정성이 없음을 주장하면서 부당해고 구제신청을 지속해서 이어 나갈 수 있습니다.

또 다른 방안으로는 기존 사용자의 언행 등으로 인해 더 이상 일을 할 수 없을 정도로 신뢰관계가 훼손되었음을 주장하면서 기존의 신청 취지를 '금전보상명령'으로 변경하는 방향을 선택할 수 있습니다.

## 법령

### 근로기준법

제28조(부당해고등의 구제신청) ①사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.

### 노동위원회 규칙

제64조(금전보상명령의 신청) ①근로자는 부당해고 구제신청 사건에 있어서 원직 복직을 원하지 아니하는 경우에는 금전보상명령을 신청할 수 있다.

### 중앙노동위원회 판결례

사용자의 복직명령에 진정성이 없어 구제이익이 존재하고, 해고의 서면통지 의무를 위반하여 절차상 하자가 있으므로 해고는 부당하다고 판정한 사례 (2022.4.15. 중앙노동위원회 2022부해89)

① 사용자가 근로자의 해고 철회요청을 받아들이지 않다가 근로자가 부당해고 구제신청을 제기한 직후 원직복직명령을 한 점, ② 미지급 임금상당액을 지급하지 않다가 초심지노위 심문회의가 있는 날에 급하게 일부만 지급하였고, 미지급 임금상당액 전액을 지급할 의사도 없었다고 보이는 점, ③ 원직복직명령을 하면서 '해고의 철회'가 아닌 '근로자의 출근거부에 따른 퇴사 처리 철회'라고 밝힌 점, ④ 복직일을 지나치게 짧게 설정하여 촉박하게 여러 번 통지하였고, 더욱이 근로자가 해고기간 동안 출산하였음에도 이를 전혀 고려하지 않은 점 등을 종합하면, 사용자의 복직명령서는 해고의

다툼을 회피하기 위하여 형식적으로 발송한 것으로 판단되어 진정성을 인정할 수 없고, 근로자의 근로계약기간이 2022. 1. 1. 종료되더라도 해고일부터 근로계약기간 종료일까지의 임금상당액을 구할 실익은 있으므로 구제이익은 존재한다.

사용자의 원직복직 명령과 해고기간에 발생한 임금상당액이 모두 지급되어 이미 구제신청의 목적이 달성되었으므로 구제신청에 구제이익이 없다고 판정한 사례(2021.10.25. 서울지방법노동위원회 2021부해1600)

①사용자는 근로자들에 대한 해고를 취소하고 원직복직 명령을 한 후 이에 대해 2차례 동의여부를 요청하고, 해고기간에 발생한 임금상당액도 모두 지급하였으나, 근로자들은 회사의 원직복직 명령이 진정성이 없다는 이유로 복직을 거부하고 있음 ②사용자는 심문회의 중에도 전보명령과 해고를 취소하고 원직복직 명령을 이행할 것을 재차 확인하였고, 근로자들이 서울사무소로 복직하는 경우 서울사무소로 사용할 장소도 바로 섭외할 것이며, 어떤 인사상 불이익도 없이 새로운 서울사무소에서 정상 근무할 때까지 발생하는 임금도 지급할 것임을 약속한 것으로 보아 이 사건 사용자의 원직복직 명령에 진정성이 있다고 볼 수 있음, ③근로자들이 원직복직 명령의 진정성을 다투며 복직을 거부하고 있는 배경에는 회사 내부의 경영권 다툼 등 근로계약과 관계가 없는 사정이 이유로 작용하고 있는 것으로 보임, ④사용자의 근로자들에 대한 원직복직 명령은 그 진정성이 인정되며, 해고기간에 발생한 임금상당액도 이미 근로자들에게 지급되어 구제신청의 목적이 달성되었으므로 구제이익이 없다고 보는 것이 타당함

## 사례30. 산재 승인 후 휴직 중 권고사직의 해고제한규정 위반 여부

마트에서 매장 관리 업무를 하는 직원입니다. 최근에 배달 업무가 추가 되어 배달하던 중 오토바이 사고로 어깨수술을 받았습니다. 산재 승인을 받아 현재 휴업급여를 수급하고 있습니다. 근데 어제 갑자기 사장님한테 권고사직을 받았습니다. 권고사직을 받아들여야 하는 건가요?

권고사직은 해고가 아니므로 해고제한규정을 위반한 것으로 볼 수 없으며, 사직 의사가 없으시다면 권고사직을 받아들일 필요가 없습니다.

근로기준법에 사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 해고하지 못한다는 규정이 있습니다. 하지만 이는 해고를 제한하는 규정일 뿐 권고사직의 청약까지 금지하는 규정은 아닙니다. 따라서 산재로 휴업중이라 하더라도 권고사직을 제안하는 것은 위법이 아닙니다. 하지만 근로자께서 권고사직에 응할 생각이 없으시다면 이를 받아들이지 않으셔도 됩니다. 이때 사직 의사가 없으며 계속근로자가 있다는 점을 명확하게 표시하시면 됩니다. 그럼에도 불구하고 사용자가 해고한다면 사업장의 상시근로자 수가 5인 이상이라는 가정하에 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하실 수 있습니다.

### 법령

#### 근로기준법

제23조(해고 등의 제한) ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.

② 사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전(産前)·산후(産後)의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 제84조에 따라 일시보상을 하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

### 근로기준법

제84조(일시보상) 제78조에 따라 보상을 받는 근로자가 요양을 시작한 지 2년이 지나도 부상 또는 질병이 완치되지 아니하는 경우에는 사용자는 그 근로자에게 평균임금 1,340일분의 일시보상을 하여 그 후의 이 법에 따른 모든 보상책임을 면할 수 있다.

### 근로기준법

제78조(요양보상) ① 근로자가 업무상 부상 또는 질병에 걸리면 사용자는 그 비용으로 필요한 요양을 행하거나 필요한 요양비를 부담하여야 한다.

② 제1항에 따른 업무상 질병과 요양의 범위 및 요양보상의 시기는 대통령령으로 정한다.

## 사례31. 부당해고구제신청을 제척기간 도과 후 해고무효확인소송 가능 여부

비진의의사표시의 해고 인정 여부

저는 외국계 회사에서 근무하면서 인사팀 이사와 회사 사장에 의해 1년이 넘는 시간을 직장내 괴롭힘을 당하였습니다. 사실이 아닌 이유를 몰아세우며 몇 달을 압박하였고, 그러던 어느 날 사장으로부터 지금 바로 회의실로 올라오라는 소리에 미팅에 참석하였습니다.

사장은 제 업무 꼬투리를 잡아가며 계속해서 제 입에서 스스로 사직을 제안하라고 압박하였고, 저는 이렇게 해고될 줄 몰랐다, 다음에 이야기하고 싶다. 지금 우울증 치료를 받고 있는데 이 상황에서 공황증상 발현되는 것 같다며 울부짖으며 자리를 뜨려 하였습니다. 하지만 사장은 그럴 때마다 몸으로 저를 막아 세우고 회의실 문을 가로막고 저를 잡아끌며 자리에 앉으라고 지시하였습니다. 그러면서 본인은 저와 같이 갈 수 없다고 사직서에 사인을 강요하였으며 저는 눈물범벅이 된 채 자포자기 심정으로 사인을 하고 나왔습니다. 회의실 밖에서는 인사팀 이사가 계속해서 지키고 서 있었고 퇴근

시간이 훌쩍 넘겨서야 나올 수 있었습니다.

사장은 사직서 사인 전 약속했던 직원들과 송별회식, 잔여 휴가비 지급 등에 대해서도 모두 지키지 않았으며, 심지어 익일 짐을 쌀 때 직원들과 작별인사도 못하게 하고 쫓아냈습니다. 이에 대해 노동부에 부당해고 구제신청을 하려 했으나 이미 시기를 놓친 상황입니다. 이런 경우 해고 무효소송 재판을 통해 원칙으로 복직할 수 있을까요.

## 답변

부당해고 구제신청은 부당해고가 있었던 날부터 3개월 이내에 해야 하지만, 해고무효 확인의 소는 실효의 원칙을 위반하지 않는 한 특별히 청구기간의 제한을 받지 않습니다. 따라서 해고무효확인소송 소제기는 가능합니다. 그렇다면 소에서 이겨야 할 것인데, 사직서에 사인을 하여 제출하였기 때문에 해고로 판단될 가능성이 매우 낮습니다.

법원은 근로자가 사직서를 제출한 경우라 하더라도 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취해 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의해 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 판단한 바 있습니다.

따라서 사직서를 작성한 것이 비진의의사표시임을 주장하고 그를 입증할 만한 증거를 제출해야 합니다. 사직서를 쓰지 않으면 회의실을 내보내지 않고 무력으로 막아 세운 점, 사직서에 사인을 강요한 녹음 등에 대해 입증을 하셔야 할 것입니다.

의원면직이 실질적으로 해고에 해당하는지는 1)근로자가 사직서를 제출하게 된 경위, 2)사직서의 기재 내용과 회사의 관행, 3)사용자 측의 퇴직권유 또는 종용의 방법, 강도 및 횡수, 4)사직서를 제출하지 않을 경우 예상되는 불이익의 정도, 5)사직서 제출에 따른 경제적 이익의 제공 여부, 6) 사직서 제출 전후의 근로자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 합니다.

별개로 미사용연차수당은 임금체불로써 고용노동부에 진정을 제기하시어 받으실 수 있습니다.

---

## 법령

### 근로기준법

제28조(부당해고등의 구제신청) ① 사용자가 근로자에게 부당해고등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.

② 제1항에 따른 구제신청은 부당해고등이 있었던 날부터 3개월 이내에 하여야 한다

---

## 판례

진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'의 의미 및 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 바라지는 아니하였으나 그것을 최선이라고 판단하여 의사표시를 한 경우, 진의 아닌 의사표시에 해당하는지 여부

사용자의 의원면직처분이 해고에 해당하는지 여부의 판단 기준

(대법원 2001. 1. 19. 선고,2000다51919, 2000다51926 판결)

진의 아닌 의사표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없는바(대법원 1996. 12. 20. 선고 95누16059 판결, 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결 등 참조), 원심이 인정한 그 판시와 같은 위 원고들의 사직원 제출 경위에 의하면, 위 원고들이 피고 회사에 사직원을 제출함으로써 사직의 의사표시를 한 데에 위 원고들의 내심의 효과의사가 결여되었다고 볼 수 없으므로, 위 원고들의 사직의 의사표시가 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다.

사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는

것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다고 할 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누7765 판결, 1997. 8. 29. 선고 97다12006 판결, 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결 등 참조).

원심이 인정한 사실관계에 의하면, 위 원고들이 피고 회사의 기망, 협박, 강요로 인하여 어쩔 수 없이 이 사건 사직원을 제출하였다고 볼 수 없으므로, 위 원고들과 피고 회사 사이의 근로계약관계는 위 원고들의 사직원 제출과 이에 따른 피고 회사의 수리으로써 합의해지에 의하여 종료되었다고 할 것이고, 이와 달리 이 사건 퇴직이 실질적인 정리해고에 해당함을 전제로 한 위 원고들의 주장은 받아들일 수 없음이 명확하다고 할 것이다.

**의원면직의 형식을 취하였으나 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 제출하게 한 경우 해고에 해당하는지 여부(대법원 1993. 1. 26. 선고, 91다38686 판결)**

원심이 확정된 바와 같이 피고 회사의 대표이사이던 소외 10이 재무부장관으로부터의 무적으로 일정수의 직원을 해직시키라는 지시를 받고 피고 회사 총무부장이던 소외 2를 통하여 아무런 징계사유 없이 원고를 지목하여 사직원제출을 종용하자, 원고가 사직의 의사 없이 그 당시의 사회분위기에 위축되어 어쩔 수 없이 사직원을 제출하였고, 피고 회사가 이를 수리하여 원고를 의원면직하였다면, 이는 실질적으로는 정당한 이유없이 피고 회사의 일방적 의사에 의하여 원고와의 근로계약관계를 종료시킨 부당해고로서 무효라 할 것인바, 같은 취지의 원심판단은 옳고, 거기에 어떠한 위법사유가 있다 할 수 없다. 이 점에 관한 논지는 모두 이유 없다.

**서울북부지방법원 2016. 11. 30. 선고 2016가합466 판결 [해고무효확인및임금]**

앞서 본 인정사실 및 앞서 든 각 증거에 갑 제4, 5, 11, 21 내지 27호증, 을 제1, 3, 36, 40 호증의 각 기재, 증인 1의 증언을 더하여 알 수 있는 아래의 사정을 종합하면, 피고의 사장인 C가 사직을 종용하는 취지로 원고를 협박하였을 뿐만 아니라 정상적인 사람

이라면 회사에서 계속 근무하는 것이 불가능할 것으로 판단될 만큼 장기간 인격적인 모독을 가하고 폭언을 함에 따라 원고가 사직의 의사가 없었음에도 어쩔 수 없이 사직서를 제출하였던 것으로 판단되고, 따라서 피고가 원고의 사직서를 수리함으로써 의원면직의 형태로 원고와의 근로계약관계를 종료시켰다고 하더라도 이는 실질적으로 사용자인 피고의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 해고에 해당한다.

서남권 서울시 노동자종합지원센터  
2023 상담사례집

PART

7.

---

실업급여

## 사례32. 질병으로 인한 퇴사 후 실업급여 신청시 실업급여 수령 가능 여부

병원 주방에서 20년 가까이 요리와 설거지를 해왔습니다. 일하던 도중 갑자기 앞이 흐려지고 잘 보이지 않아서 응급실에서 치료를 받았는데도 증상이 호전되지 않아 수술을 받고 입원했습니다. 질병으로 인해 더 이상 근무하기 어렵다고 생각했고, 회사도 이를 인정하여 이직 사유를 질병으로 인한 퇴사로 처리해줬습니다. 그런데 고용센터에서는 실업급여를 지급할 수 없다고 하네요. 저는 실업급여를 못 받는건가요? 이후 제가 취할 수 있는 조치가 있는지 궁금합니다.

결론부터 말씀드리면 불인정 결정에 대해 고용보험 심사 및 재심사 청구를 통해 수급 자격을 인정받으신다면 실업급여를 수급하실 수 있습니다.

질병으로 인하여 더 이상의 근무가 어렵고 회사에서도 다른 업무로 전환 혹은 휴직이 어렵다고 한다면 이직 사유를 질병으로 인한 퇴사로 처리한 후 승인되면 실업급여를 수급하실 수 있습니다. 이 때 회사에 '질병 등으로 인한 퇴사 확인서'를 요청하셔야 하며, 치료내역을 확인할 수 있는 서류와 함께 현재 질병으로 인해 직무를 수행하기 어렵고 3개월 또는 그 이상의 기간 동안 안정이나 휴식이 필요하다는 내용의 '의사 소견서'도 함께 제출해야 합니다.

고용센터에 제출한 자료에는 질병명과 입원 기간 등에 대해서만 언급되어 있을 뿐 업무수행이 불가능한 중대한 질환이라고 볼 수 있다는 근거가 부족하기에 실업급여 수급자격 불인정 결정을 받으신 것으로 보입니다.

실업급여 수급과 관련하여 행정처분에 이의가 있는 경우라면 심사 및 재심사를 청구해 구제받을 수 있습니다. 실업급여수급자격 불인정 등 이의가 있는 경우 관할 지방 고용보험 심사관에게 심사청구가 가능하며 해당 결정에 이의가 있는 경우라면 고용

보험심사위원회에 재심사 청구가 가능합니다.

심사청구는 고용센터의 확인 또는 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 원처분을 행한 고용센터에, 재심사청구는 심사청구에 대한 결정이 있음을 안 날부터 90일 이내에 심사결정을 행한 고용센터에 할 수 있습니다.

따라서 내담자께서는 3개월 이상 안정이 필요하다는 의사 소견서를 재발급받으시고 해당 질병에 대한 전문가 의견, 논문과 같은 학술자료 등을 첨부한 의견서를 준비해 심사청구를 진행하셔야 합니다. 또한 곧바로 실업급여 수급자격이 인정되지는 않으며, 향후 구직활동이 가능해졌을 때 수급자격을 인정받을 수 있습니다.

## 법령

### 고용보험법

제87조(심사와 재심사) ①제17조에 따른 피보험자격의 취득·상실에 대한 확인, 제4장의 규정에 따른 실업급여 및 제5장에 따른 육아휴직 급여와 출산전후휴가 급여등에 관한 처분[이하 “원처분(原處分)등”이라 한다]에 이의가 있는 자는 제89조에 따른 심사관에게 심사를 청구할 수 있고, 그 결정에 이의가 있는 자는 제99조에 따른 심사위원회에 재심사를 청구할 수 있다. 개정 2012. 2. 1.

②제1항에 따른 심사의 청구는 같은 항의 확인 또는 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에, 재심사의 청구는 심사청구에 대한 결정이 있음을 안 날부터 90일 이내에 각각 제기하여야 한다.

③제1항에 따른 심사 및 재심사의 청구는 시효중단에 관하여 재판상의 청구로 본다.

### 고용보험법

제89조(고용보험심사관) ① 제87조에 따른 심사를 행하게 하기 위하여 고용보험심사관(이하 “심사관”이라 한다)을 둔다.

② 심사관은 제87조제1항에 따라 심사청구를 받으면 30일 이내에 그 심사청구에 대한 결정을 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정으로 그 기간에 결정할 수 없을 때에는 한 차례만 10일을 넘지 아니하는 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다. 개정 2020. 5. 26.

- ③ 심사관의 정원·자격·배치 및 직무에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ④ 당사자는 심사관에게 심리·결정의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있으면 그 심사관에 대한 기피신청을 고용노동부장관에게 할 수 있다. 개정 2010. 6. 4.
- ⑤ 심사청구인이 사망한 경우 그 심사청구인이 실업급여의 수급권자이면 제57조에 따른 유족이, 그 외의 자인 때에는 상속인 또는 심사청구의 대상인 원처분등에 관계되는 권리 또는 이익을 승계한 자가 각각 심사청구인의 지위를 승계한다.

### 고용보험법

- 제99조(고용보험심사위원회) ①제87조에 따른 재심사를 하게 하기 위하여 고용노동부에 고용보험심사위원회(이하 “심사위원회”라 한다)를 둔다. 개정 2010. 6. 4.
- ②심사위원회는 근로자를 대표하는 사람 및 사용자를 대표하는 사람 각 1명 이상을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성한다. 개정 2020. 5. 26.
  - ③제2항의 위원 중 2명은 상임위원으로 한다.
  - ④다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 위원에 임명될 수 없다. 개정 2015. 1. 20., 2020. 5. 26., 2022. 6. 10.
    - 1. 피성년후견인·피한정후견인 또는 파산의 선고를 받고 복권되지 아니한 사람
    - 2. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다) 집행이 면제된 날부터 3년이 지나지 아니한 사람
    - 3. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간 중에 있는 사람
  - ⑤ 위원 중 공무원이 아닌 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 해촉(解囑)할 수 있다. 개정 2019. 1. 15.
    - 1. 심신장애로 인하여 직무를 수행할 수 없게 된 경우
    - 2. 직무와 관련된 비위사실이 있는 경우
    - 3. 직무태만, 품위손상이나 그 밖의 사유로 인하여 위원으로 적합하지 아니하다고 인정되는 경우
    - 4. 위원 스스로 직무를 수행하는 것이 곤란하다고 의사를 밝히는 경우
  - ⑥상임위원은 정당에 가입하거나 정치에 관여하여서는 아니 된다.
  - ⑦심사위원회는 제87조제1항에 따라 재심사의 청구를 받으면 50일 이내에 재결(裁決)을 하여야 한다. 이 경우 재결기간의 연장에 관하여는 제89조제2항을 준용한다.

⑧심사위원회에 사무국을 둔다.

⑨심사위원회 및 사무국의 조직·운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

### 사례33. 연봉삭감 동의 후 자진퇴사한 경우 실업급여 수급 가능 여부

22년 1월에 연봉협상 시, 회사가 힘들다고 전 직원 고용유지를 위해 연봉을 낮추는 것이 어떨겠냐고 하여 21년 받던 기본급보다 임금이 낮아지게 되었고 이에 새로운 연봉에 동의하여 계약을 체결하고 근무하였습니다. 22년 12월 31일, 개인사정으로 인한 퇴사를 하였고 사직서 작성하였습니다. 자진퇴사라 하더라도 임금이 낮아지는 경우에는 실업급여를 받을 수 있다고 하는데 실업급여 수급이 가능할까요?

고용보험 가입 근로자가 실직하여 재취업 활동을 하는 기간에 소정의 급여를 지급함으로써 실업으로 인한 생계불안을 극복하고 생활의 안정을 도와주며 재취업의 기회를 지원해주는 제도로서 실업급여는 크게 구직급여와 취업촉진수당으로 나누어져 있습니다.

실업급여는 1) 이직일 이전 18개월간(초단시간근로자의 경우, 24개월) 피보험단위기간이 통산하여 180일 이상일 것, 2) 근로의 의사와 능력이 있음에도 불구하고 취업(영리를 목적으로 사업을 영위하는 경우 포함)하지 못한 상태에 있을 것, 3) 재취업을 위한 노력을 적극적으로 할 것, 4)

이직사유가 비자발적인 사유일 것 (이직 사유가 법 제 58조에 따른 수급자격의 제한 사유에 해당하지 아니할 것)의 요건을 충족해야지만 수급을 받을 수 있습니다. 4번째 요건에서 보시는 바와 같이 이직사유가 비자발적인 사유여야 실업급여 수급이 가능한데, 고용보험법 시행규칙에서는 수급자격이 제한되지 않는 정당한 이직사유를 제정하여 자발적 퇴사임에도 불구하고 일정한 요건이 충족되는 실업급여 수급이 가능하도록 하였습니다. 특히 질문자님의 경우와 가장 비슷한 사유는 “실제 근로조건이

채용 시 제시된 근로조건이나 채용 후 일반적으로 적용받던 근로조건보다 낮아지게 된 경우”로 볼 수 있습니다. 질문자님의 경우 채용 후 일반적으로 적용받던 근로조건(연봉)보다 낮아지게 된 경우에 해당합니다. 그러나 이 경우는 본인의 의사와 상관없이 근로조건이 낮아지게 된 경우를 실시한 것으로, 낮아진 근로조건을 미리 안내받고 이에 동의한 경우에까지 해당하지 않습니다. 따라서 연봉이 낮아지리라는 것을 알았고 이에 연봉계약서에 서명하였다면 실업급여를 수급하기는 어려울 것입니다.

## 법령

### 고용보험법 시행규칙

제101조(이직 사유에 따른 수급자격의 제한 기준) ① 법 제58조제1호나목에서 “고용노동부령으로 정하는 기준에 해당하는 경우”란 별표 1의2를 말한다.

② 법 제58조제2호다목에서 “고용노동부령으로 정하는 정당한 사유”란 별표 2를 말한다.

### 고용보험법 시행규칙 [별표 2] 개정 2022. 6. 30.

근로자의 수급자격이 제한되지 아니하는 정당한 이직 사유(제101조제2항 관련)

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
  - 나. 임금체불이 있는 경우
  - 다. 소정근로에 대하여 지급받은 임금이 「최저임금법」에 따른 최저임금에 미달하게 된 경우
  - 라. 「근로기준법」 제53조에 따른 연장 근로의 제한을 위반한 경우
  - 마. 사업장의 휴업으로 휴업 전 평균임금의 70퍼센트 미만을 지급받은 경우
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
  - 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 권고받거나, 인원 감축이 불가피하여 고용조정계획에 따라 실시하는 퇴직 희망자의 모집으로 이직하는 경우
  - 가. 사업의 양도·인수·합병
  - 나. 일부 사업의 폐지나 업종전환
  - 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 달리하는 사업장으로의 전근
  - 다. 배우자나 부양하여야 할 친족과의 동거를 위한 거소 이전
  - 라. 그 밖에 피할 수 없는 사유로 통근이 곤란한 경우
7. 부모나 동거 친족의 질병·부상 등으로 30일 이상 본인이 간호해야 하는 기간에 기업의 사정상 휴가나 휴직이 허용되지 않아 이직한 경우
8. 「산업안전보건법」 제2조제2호에 따른 “중대재해”가 발생한 사업장으로서 그 재해와 관련된 고용노동부장관의 안전보건상의 시정명령을 받고도 시정기간까지 시정하지 아니하여 같은 재해 위험에 노출된 경우

9. 체력의 부족, 심신장애, 질병, 부상, 시력·청력·촉각의 감퇴 등으로 피보험자가 주어진 업무를 수행하는 것이 곤란하고, 기업의 사정상 업무종류의 전환이나 휴직이 허용되지 않아 이직한 것이 의사의 소견서, 사업주 의견 등에 근거하여 객관적으로 인정되는 경우
10. 임신, 출산, 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)의 육아, 「병역법」에 따른 의무복무 등으로 업무를 계속적으로 수행하기 어려운 경우로서 사업주가 휴가나 휴직을 허용하지 않아 이직한 경우
11. 사업주의 사업 내용이 법령의 제정·개정으로 위법하게 되거나 취업 당시와는 달리 법령에서 금지하는 재화 또는 용역을 제조하거나 판매하게 된 경우
12. 정년의 도래나 계약기간의 만료로 회사를 계속 다닐 수 없게 된 경우
13. 그 밖에 피보험자와 사업장 등의 사정에 비추어 그러한 여건에서는 통상의 다른 근로자도 이직했을 것이라는 사실이 객관적으로 인정되는 경우

서남권 서울시 노동자종합지원센터  
2023 상담사례집

PART

2.

---

산재

## 사례34. 산재 승인시 치료비 전부 보상 여부

일하다가 다리를 다치는 사고가 있었습니다. 그래서 산재신청을 했는데 급여 항목에 대해서만 지원받았고, 병원에서 비급여항목 치료비는 저에게 납부하라고 합니다. 일하다가 다친 것이니 산재보험으로 비급여항목까지 전부 부담 해주거나 회사에서 처리해줘야 하는 것 아닌가요?

결론부터 말씀드리면 산재로 인정받는다 하더라도 병원비 전액을 보상받는 것이 아니며 비급여항목에 대해서는 근로자 혹은 회사가 부담하여야 합니다.

먼저 산재보험에서 정의하는 “요양”은 근로자가 업무 도중 부상을 당하거나 질병에 걸리는 경우 근로복지공단 소속병원 혹은 근로복지공단이 지정한 의료시설에서 치료를 받는 것을 의미하며 근로복지공단에서 필요하다고 인정한 기간에 한해 요양이 가능합니다.

요양급여의 범위와 요양 비용 산정 기준은 원칙적으로 「국민건강보험요양급여의 기준에 관한 규칙」과 「국민건강보험법」의 규정에 의하여 보건복지부장관이 고시하는 요양급여비용의 내역에 따르되, 고용노동부장관이 고시하는 「산업재해보상보험 요양급여산정기준」에서 추가로 인정하고 있습니다.

따라서, 업무상 부상 또는 질병의 치료를 목적으로 하지 않는 진료, 국민건강보험 비급여, 산재보험 요양급여 산정기준에서 정하지 않은 진료비 등은 산재로 승인된다고 하더라도 「산업재해보상보험법」에 따른 보험급여로 지원받을 수 없게 되는 것입니다.

또한 요양이 끝난 후 합병증 등 예방관리 대상에 해당하지 않는 후유증상을 개인적으로 치료하는 경에도 국민건강보험법상 요양급여는 적용받을 수 있으나 산재보험법상 급여는 지급받으실 수 없습니다.

### <그럼에도 불구하고 비급여항목을 보상받을 수 있는 3가지 방법이 있습니다>

첫째, 근로자가 비급여항목까지 보장하는 실손의료보험을 개인적으로 가입해둔 경우 보험회사에 청구하여 보상받는 방법입니다.

둘째, 회사에서 근로자배상책임보험(근재보험)에 가입한 경우라면 비급여항목을 청구할 수 있습니다. 이처럼 회사가 근재보험에 가입한 경우라면 손해배상금도 청구할 수 있습니다. 보험사에서 전체 손해액 가운데 산재보험에서 지급된 금액을 공제하고, 근로자 개인의 과실 비율을 산정하여 손해배상금을 계산하여 손해배상금을 지급하게 됩니다. 만약 근재보험에 가입되어있지 않다면 회사와 가해자를 상대로 민사상 손해배상청구소송을 통해 위자료를 포함한 손해배상금을 청구하셔야합니다.

셋째, 산재보험의 개별요양급여제도를 통해 보상받는 방법입니다. 개별요양급여제도란 건강보험 및 요양급여 산정기준으로 정해지지 않은 진료항목과 비용 가운데 산재 근로자의 진료에 필요하다고 판단되는 경우 심의를 통해 요양급여로 지급하는 제도를 의미합니다. 요양비 청구서, 개별요양급여승인요청서, 진료비 내역서, 진료기록지 등의 증빙자료를 근로복지공단 관할 지사에 제출하면 심사를 통해 승인 여부가 결정됩니다.

---

## 법령

### 산업재해보상보험 요양급여 산정기준

#### 제4조(산업재해보상보험에서 국민건강보험과 달리 정하거나 추가로 인정하는 요양급여의 범위 및 비용산정기준 등)

- ① 산업재해보상보험(이하 “산재보험”이라 한다)에서 국민건강보험과 달리 정하는 요양급여의 범위 및 비용산정기준은 별표 1과 같다.
- ② 국민건강보험에서 요양급여로 정하지 않은 사항 중 산재보험에서 추가로 인정하는 요양급여의 범위 및 비용산정기준은 별표 2와 같다. 이 경우, 요양급여의 비용은 별표 2에서 정한 금액의 범위에서 산재보험 의료기관이나 산재근로자가 구입한 가격 또는 실제 소요된 금액으로 한다.

- ③ 별표 2에서 정한 요양급여의 범위 및 비용산정기준이 국민건강보험 관련규정의 개정으로 새로이 국민건강보험의 요양급여의 범위 및 비용산정기준에 포함되는 경우에는 개정된 규정이 시행되는 날부터 국민건강보험 관련 규정에 따른다.
- ④ 공단 이사장은 산재근로자의 진료와 관련하여 국민건강보험 및 별표 1, 별표 2에서 요양급여로 정하지 아니한 진료항목과 비용 중 산재근로자의 진료에 필요하다고 판단되는 진료항목과 비용에 대해서는 요양급여로 인정할 수 있다. 이 경우, 공단 이사장은 요양급여 승인 결과를 고용노동부장관에게 보고하여야 한다.

## 사례35. 업무시간 중에 근로자가 심혈관질환으로 사망할 경우 산업재해 해당 여부

저희 아버지께서 근무하던 중 급성심근경색으로 쓰러지셔서 병원 이송 도중 사망하셨습니다. 산업재해는 업무시간 중에 일을 하다가 다치는 경우에 해당된다고 알고 있습니다. 저희 아버지도 업무시간 중 급성심근경색으로 사망하셨는데, 산업재해라고 보면 될까요?

심혈관질환과 같은 업무상 질병의 경우 근무시간 중에 발생되었다는 사정만으로 산업재해로 인정되는 것은 아닙니다. 심혈관질환은 여러 요인(업무적·개인적)이 복합적으로 작용되어 발병될 수 있으므로 심혈관질환이 업무상 재해로 인정받기 위해서는 질병 발생과 업무 사이의 인과관계가 입증되어야 합니다.

기본적으로 심혈관질환을 판단하기 위한 고려 요인으로는 재해 발생 24시간 전 돌발적 사건 또는 급격한 업무환경 변화의 존재 유무, 재해 발생 전 12주간 1주 평균 근로시간을 검토하여 '단기 과로' 또는 '만성 과로' 존재 유무, 교대제 업무 수행, 유해한 작업환경(한랭, 고온, 소음 노출 등), 육체적 강도 등 '업무 부담 가중요인'의 유무, 업무 스트레스 정도 등 업무적 요인, 기저질환(고혈압, 당뇨 등), 가족력, 생활습관(흡연, 음주 등) 등 개인적 요인이 대표적입니다.

위와 관련된 요인들은 관할 근로복지공단 지사에서 '뇌혈관질환 및 심장질환 업무상 질병 조사 및 판정 지침'에 따라 사실관계 조사가 진행되며, '업무상질환판정위원회'의 절차를 거쳐 '뇌혈관 질환 또는 심장 질환 및 근골격계 질환의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항 고시' 기준에 따라 최종판단이 이루어집니다.

따라서 위와 같은 요인들을 모두 살펴보고 업무와 질병 사이에 인과관계가 성립되면 산업재해로 승인받을 수 있을 것입니다.

## 법령 및 고시

### 산업재해보상보험법

제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ①근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다

#### 2. 업무상 질병

가. 업무수행 과정에서 물리적 인자(因子), 화학물질, 분진, 병원체, 신체에 부담을 주는 업무 등 근로자의 건강에 장애를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출되어 발생한 질병

나. 업무상 부상이 원인이 되어 발생한 질병

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

라. 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 질병

### 산재보상보험법시행령

제34조(유사명칭의 사용 금지) ③제1항 및 제2항에 따른 업무상 질병(진폐증은 제외한다)에 대한 구체적인 인정 기준은 별표 3과 같다.

뇌혈관 질환 또는 심장 질환 및 근골격계 질환의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항 고시(고용노동부고시 제2022-40호)

## 판례

산업재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’이라 한다) 제37조 제1항 제2호, 제5항, 산업재해보상보험법 시행령(이하 ‘산재보험법 시행령’이라 한다) 제34조 제3항 [별표 3]의 규정 내용·형식·입법 취지를 종합하면, 산재보험법 시행령 [별표 3] ‘업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준(이하 ‘인정 기준’이라 한다)은 산재보험법 제37조 제1항 제2호에서 정한 ‘업무상 질병’에 해당하는 경우를 예시적으로 규정한 것이고, 그 기준에서 정한 것 외에는 업무와 관련하여 발생한 질병을 모두 업무상 질병에서 배제하는 규정으로 볼 수 없다. ‘인정 기준’의 위임에 따른 ‘뇌혈관 질병 또는 심장 질병 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항’(2022. 4. 28. 고용노동부고시 제2022-40호, 이하 ‘현행 고용노동부고시’라 한다)은 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력이 있는 규범이라고 볼 수 없고, 근로복지공단에 대한 내부적인 업무처리 지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정해주는 ‘행정규칙’이라고 보아야 한다.  
(대법원 2023. 4. 13 선고, 2022두47391 판결)

따라서 근로복지공단이 처분 당시에 시행된 ‘고용노동부고시’를 적용하여 산재요양 불승인처분을 하였다더라도, 법원은 해당 불승인처분에 대한 항고소송에서 해당 불승인처분이 있는 후 개정된 ‘현행 고용노동부고시’의 규정 내용과 개정 취지를 참작하여 상당인과관계의 존부를 판단할 수 있다. 다만 ‘현행 고용노동부고시’는 기존의 고시 규정이 지나치게 엄격하였다는 반성적 고려에서 재해자의 기초질환을 업무관련성 판단의 고려사항으로 보지 않도록 종전에 규정되어 있던 ‘건강상태’가 삭제되어 있으므로, 이와 같은 개정 경위와 목적을 고려할 필요가 있고, ‘만성적인 과중한 업무’에 해당하는지는 업무의 양·시간·강도·책임, 휴일·휴가 등 휴무시간, 교대제 및 야간근로 등 근무형태, 정신적 긴장의 정도, 수면시간, 작업 환경, 그 밖에 근로자의 연령, 성별 등을 종합하여 판단해야 한다[. 1. (다)목 후단]. 따라서 ‘업무시간’은 업무상 과로 여부를 판단할 때 하나의 고려요소일 뿐 절대적인 판단 기준이 될 수 없다.

## 사례36. 회사 창립기념일 행사시 부상 산재처리 가능 여부

회사 창립기념일에 전 직원 체육대회가 진행되었습니다. 이날 제가 족구를 하다가 손가락 골절 사고가 발생하였습니다. 제가 일을 하다가 다친 것이 아닌데 산업재해 신청이 가능한가요?

원칙적으로 산업재해는 업무와 재해사이의 인과관계가 인정되어야만 승인됩니다. 그러나 산업재해보상보험법에서는 사업주가 주관하거나 지시에 따라 참여한 행사 중에 발생한 사고의 경우에도 산업재해로 인정하고 있습니다.

회사 창립기념일에 진행된 체육대회의 성질이 선택적으로 일부 구성원만 참석하는 등 비공식적인 행사라고 한다면 산업재해로 인정되기는 어려울 수 있습니다. 그러나 사업주가 모든 근로자에게 참석을 지시하고 근무시간으로 인정하는 등 사업주의 승인 하에 모든 것이 이루어진 것이라면 회사 내 공식적인 행사로 인정될 여지가 높습니다.

현재 모든 직원이 참석하는 공식적인 행사에서 사업주의 지배·관리 하 사고를 당한 것으로 사료됩니다. 이에, 관할 근로복지공단지사에 산업재해 신청 할 것을 권유 드리며, 과거 노동조합 정기 체육대회 경기 도중 발생한 재해에 대하여도 업무상 재해를 승인한 사례가 존재하므로 위 내용에 대하여 입증만 이루어진다면 업무상 재해로 승인될 수 있을 것이라고 사료됩니다.

### 법령

#### 산업재해보상보험법

제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ①근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

### 1. 업무상 사고

라. 사업주가 주관하거나 사업주의 지시에 따라 참여한 행사나 행사준비 중에 발생한 사고

#### 산업재해보상보험법 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 제37조제1항제1호 라목에 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

---

## 판례

근로자가 어떤 행위를 하다가 부상을 입은 경우에 그 부상이 업무상 재해로 인정되기 위하여는, 그 행위가 당해 근로자의 본래의 업무행위 또는 그 업무의 준비행위 내지 정리행위, 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 생리적 행위 또는 합리적·필요적 행위이거나, 사업주의 지시나 주최에 의하여 이루어지는 행사 또는 취업규칙, 단체협약 기타 관행에 의하여 개최되는 행사에 참가하는 행위라는 등 그 행위과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우이어야 한다. 소외회사의 대표이사는 직원들의 사기진작과 근무능률 향상을 위해 특별한 일정이 없거나 비가 오지 않는 한 매주 토요일 점심식사 후 주로 남자 직원들을 데리고 위 체육공원에 가서 족구경기를 하였고 함께 온 일부 여자 직원들의 경우에는 응원이나 산책을 하였던 사실, 그리고 이러한 체육활동이 끝나면 그 직원들은 대표이사와 함께 다시 사무실로 돌아가 연장근무를 하였던 사실, 한편 평소 직원들에게 팀워크와 인화단결을 강조해 온 대표이사가 위

족구경기에 참가할 것을 독려했기 때문에 토요일 오후 연장근무를 하는 남자 직원 들로서는 사실상 이를 거부하기 어려워 대부분 이에 참여하였으며, 그에 필요한 비용은 대표이사가 부담하였던 사실, 이 사건 족구경기도 위와 같이 대표이사가 직접 주도해 오던 정기적인 체육활동의 일환으로 이루어진 사실을 알 수 있는바, 이러한 족구경기의 주최자, 목적, 내용, 참가 인원과 그 강제성의 정도, 운영 방법, 비용 부담 등의 사정에 비추어, 사회통념상 이 사건 족구경기는 노무관리상 필요에 의하여 사업주가 실질적으로 주최하거나 관행적으로 개최된 행사로서 그 전반적인 과정이 사업주의 지배나 관리를 받는 상태에 있었다고 보기에 충분하므로, 그 과정에서 발생한 이 사건 사고는 업무상 재해에 해당한다.

(대법원 2009. 5. 14. 선고, 2007두24548 판결)

## 행정해석

정기적 체육행사를 위한 예선경기도중의 재해는 업무상 재해에 해당된다.(회사번호 : 재보 01254-371 회시일자 : 1991.1.11.)

노동조합 창립일을 기념하기 위하여 노동조합 주관으로 체육대회를 실시하되 유급으로 처리하고 소요경비 일체를 회사가 부담하며 단체협약상에 명시되어 있는 경우라면 지정된 장소에서 연습경기도중 사고가 발생한 경우라면 이는 사업주의 지배·관리 하에서 발생된 것으로 업무상 재해로 처리함이 타당하다 사료됨.

## 사례37. 프리랜서 근로의 산재처리 가능여부

**3.3%를 공제하여 임금을 지급하는 직원이 근무기간 중 사고로 다쳤습니다. 혹시 산재처리가 가능한지 궁금합니다.**

프리랜서 형식으로 고용을 하였다고 하더라도 실질적으로 사용자의 지휘·감독에 따라 근로하고 임금을 지급받는 근로기준법상 근로자이면 산재보험에 가입하여야 하

며, 이 경우 산재로 처리될 수 있습니다. 만약 근로기준법상 근로자임에도 불구하고 산재보험에 가입하지 않은 상태에서 산재가 발생한 경우, 가입신고를 게을리 한 기간 동안에 지급 결정한 보험급여 금액의 50%가 징수될 수 있습니다. 다만 사업주가 가입신고를 게을리 한 기간 중에 납부하여야 했던 산재보험료의 5배를 초과할 수 없습니다.

## 법령

### 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률

제26조(산재보험가입자로부터의 보험급여액 징수 등) ① 공단은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 재해에 대하여 산재보험급여를 지급하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 급여에 해당하는 금액의 전부 또는 일부를 사업주로부터 징수할 수 있다.

1. 사업주가 제11조에 따른 보험관계 성립신고를 게을리한 기간 중에 발생한 재해
2. 사업주가 산재보험료의 납부를 게을리한 기간 중에 발생한 재해

② 공단은 제1항에 따라 산재보험급여액의 전부 또는 일부를 징수하기로 결정하였으면 지체 없이 그 사실을 사업주에게 알려야 한다.

## 판례

근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계인지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근

로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.

(대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결)

서남권 서울시 노동자종합지원센터  
2023 상담사례집

PART

9.

---

직장 내  
괴롭힘

## 사례38. 승진대상자 제외, 직장 내 괴롭힘 해당 여부

2016년 기능직으로 입사해 근무하던 중 2020년 사무직으로 전환되었습니다. 최하 급수가 4급이라 저는 4급으로 전환되었고, 취업규칙상 승진에 대한 규정에는 승진 최저 연수가 7년이라고 정해져 있습니다. 다른 직원들은 입사해서 7~8년 정도 근무하면 3급으로 승진하기에 저도 올해 당연히 승진대상자 명단에 포함되는 것이라고 생각하고 있었습니다. 하지만 승진대상자 명단에 없어서 회사에 문의해보니 승진 최저 연수는 사무직으로 재직할 연수만을 기준으로 하기 때문에 기능직으로 근무한 기간에 대해서는 근무연수에 산입되지 않는다는 답변을 받았습니다. 이를 직장 내 괴롭힘으로 볼 수 있을까요?

결론부터 말씀드리면 승진대상자에서 제외된 것을 직장 내 괴롭힘에 해당한다고 보기에는 무리가 있습니다.

사업장 내에서 특정 직원에 대한 인사 고과 여부나 승진 대상 선정에 대한 권한은 기본적으로 사용자의 고유 권한인 인사권에 해당합니다. 따라서 현재 근무 중인 사업장의 취업규칙에 승진 최저 연수가 정해져 있다고 할지라도 기능직과 사무직이 완전히 분리되어있고 업무의 성격이 전혀 다르다면 사무직 승진대상자 선정에 사무직으로 근무한 기간만을 산입하는 것이 잘못되었다고 보기 어렵습니다.

다만, 만약 승진 최저 연수를 충족하여 이미 승진한 근로자들 가운데 내담자처럼 기능직에서 사무직으로 혹은 사무직에서 기능직으로 중간에 직군이 변경됐음에도 재직기간 전부를 승진 최저 연수에 산입한 경우가 존재한다면 이는 차별에 해당할 여지가 있습니다. 같은 조건 하에서 다른 근로자들은 승진대상자에 포함시켰음에도 내담자에게만 이와 같은 조건을 제시하며 승진대상자에서 배제하며 인사상 불이익을 주는 행위는 정당한 이유가 없다면 직장 내 괴롭힘에 해당할 수 있습니다.

하지만 그런 경우가 아니라면 사회통념상 인사권을 부당하게 행사하여 직장 내 괴롭

힘 행위를 한 것이라고 해석하기에는 무리가 있습니다. 따라서 과거 내담자와 유사한 사례가 존재했는지 여부를 먼저 확인해보시는 것이 좋겠습니다.

## 법령

### 근로기준법

제76조의2(직장 내 괴롭힘의 금지) 사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”이라 한다)를 하여서는 아니 된다.

## 사례39. 회사대표의 폭언과 다른 업무로 전환, 직장 내 괴롭힘 여부

회사대표가 어느 날 저에게 경영악화에 따른 해고를 통보했다가 바로 철회 하였습니다. 이후 저에게 폭언을 하기 시작하였습니다. 일하는 데 있어서 정신을 똑바로 차려라, 닥치라고 등 다른 사람들이 있는 자리에서 큰소리로 폭언을 하였습니다. 또한, 그에 반항하자 청소업무로 재배치하고, 이후 엘리베이터 앞에서 인사하는 업무만 시켰습니다. 감정적으로도 너무 힘들고 부당한 처사라고 생각합니다. 명백한 직장 내 괴롭힘 같습니다. 대응방법이 무엇이 있을까요?

사용자 또는 근로자는 직장에서의 1) 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 2) 업무상 적정범위를 넘어 3) 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”이라 한다)를 하여서는 안 됩니다. 직장내 괴롭힘으로 인정을 받기 위해서는 전술한 세 가지의 요건을 모두 충족해야 합니다. 첫 번째 요건인 “지위 또는 관계 등의 우위를 이용”에 대해서 살펴보면, 대표와 사원의 관계이므로 지위의 우위성이 인정됩니다. “우위”란 피해자가 괴롭힘 행위에 대해 저항 또는

거절하기 어려울 개연성이 높은 상태를 뜻합니다. 법 문언상 지위 또는 관계 등의 우위를 “이용해야” 하므로, 단지 우위적 관계에 있다는 것만으로는 부족하고, 그 우위를 이용한다는 인식과 의사를 가지고 실제 우위를 이용해야 할 것입니다. 위 사례에서는 대표이사가 본인이 지위적 우위에서 전지전능한 권한을 가지고 있음을 인식하고 그것을 이용한 것으로 인정될 확률이 높습니다.

두 번째 요건인 “업무상 적정범위”를 넘는가에 대해서 살펴보겠습니다.

행위자가 피해자보다 우위성이 인정되더라도 문제 된 행위가 업무 관련성이 있는 상황에서 발생한 것일 필요가 있습니다. 문제된 행위가 업무상 적정범위를 넘는 것으로 인정되기 위해서는 ① 그 행위가 사회 통념에 비추어 볼 때 업무상 필요성이 인정되지 않거나, ② 업무상 필요성은 인정되더라도 그 행위 양태가 사회 통념에 비추어 볼 때 상당하지 않다고 인정되어야 합니다.

회사대표는 아래와 같이 세 가지의 괴롭힘 행위를 하였습니다.

- 1) 일하는 데 있어서 정신을 똑바로 차려라, 닥치라고 등 다른 사람들이 있는 자리에서 큰소리로 폭언을 하였습니다.
- 2) 그에 반항하자 청소업무로 재배치하고,
- 3) 이후 엘리베이터 앞에서 인사하는 업무만 시켰습니다.

“폭언, 욕설, 험담 등 언어적 행위”는 공개된 장소에서 이루어지는 등 제3자에게 전파되어 피해자의 명예를 훼손할 정도라 판단되면 업무상 적정범위를 넘어선 행위로 인정 가능하며, 그렇지 않더라도 지속·반복적인 폭언·욕설은 피해자의 인격권을 심각하게 해치며 정신적 고통을 유발할 수 있으므로 업무상 적정범위를 넘어선 행위로 인정할 수 있습니다.

그런데 마냥 폭언을 당했다고 주장을 하면 노동청에서 곧바로 업무상 적정범위를 넘었다고 인정을 해줄까요? 그렇지 않습니다. 직장내 괴롭힘의 입증책임은 아직까지 그 피해를 주장하는 근로자에게 있습니다. 따라서 구두로 주장하는 것 보다는 가시적

인 자료로써 입증하는 것이 중요합니다. 따라서 폭언 당시의 상황이 담긴 녹음파일, 동영상등을 수집하고, 함께 폭언을 들었던 동료들이 있다면 진술서를 받아서 제출하는 것이 도움이 됩니다.

또한, 업무를 재배치하는 것도 업무상 적정범위를 넘는 행위가 될 수 있습니다. 나아가 부당한 전직에 해당할 수 있습니다. 근로계약서 작성시 업무를 청소업무와 상관없는 업무로써 한정해 두었을 경우 청소업무로 재배치하기 위해서는 근로자의 동의가 필요합니다. 그런 동의가 없이 청소업무로 배치한 경우에는 부당한 전직이 될 수 있습니다.

또한 근로계약서 작성 시 업무에 대하여 범위를 넓게 설정해 두었다면 근로자의 동의가 필요 없을 수 있으나, 사용자가 근로자에게 그 업무를 시켜야만 하는 “업무상 필요성”이 있는지, 근로자가 그로 인해서 받는 “생활상의 불이익”이 무엇인지를 비교교량하고 발령을 내기 전 근로자와 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부를 살펴 그 발령의 정당성을 따져보게 됩니다.

고용노동부의 입장 또한 “근로계약 체결 시 명시했던 업무와 무관한 일을 근로자의 의사에 반하여 지시하는 행위”가 상당기간 반복되고 그 지시에 정당한 이유가 인정되지 않는다면 업무상 필요성이 없는 행위로서 업무상 적정범위를 넘어서 행위로 인정 가능성이 있다는 태도입니다.

따라서 만약 질문자의 업무가 한정되었을 경우 청소나 엘리베이터에서 인사만 시키는 업무로 전환되었을 경우 이는 업무상 적정범위를 넘어서 행위로 인정될 수 있습니다.

마지막 요건인 “다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위”를 살펴보겠습니다.

공개적으로 폭언을 당하면 사회통념상 사람에게는 자연스럽게 모욕감과 수치심이 들 것입니다. 따라서 정신적인 고통을 받았다는 것은 인정받을 가능성이 매우 높습니다.

‘근무환경 악화란, 그 행위로 인하여 피해자가 능력을 발휘하는 데 간과할 수 없을 정도의 지장이 발생하는 것을 합니다. 근무공간을 통상적이지 않은 곳으로 지정(예: 면벽근무 지시)하는 등 인사권의 행사범위에는 해당하더라도 사실적으로 볼 때 근로자가 업무를 수행하는 데 적절한 환경 조성이 아닌 경우 근무환경이 악화된 것으로 볼 수 있습니다. 엘리베이터에서 인사를 하라는 지시를 받아 인사만 하는 업무를 하게 된다면 피해자가 능력을 발휘하는데 간과할 수 없을 정도의 지장이 발생하여 근무환경이 악화된다는 요건을 충족할 것으로 볼 수 있습니다.

따라서 자료를 최대한 많이 수집하여 관할 노동청에 직장내 괴롭힘으로 진정을 제기하고 지방노동위원회에 부당전직을 신청하시어 안전한 환경에서 근무할 수 있는 근로자로서의 권리를 찾으시기 바랍니다.

## 법령

### 근로기준법

제76조의2(직장 내 괴롭힘의 금지) 사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”이라 한다)를 하여서는 아니 된다.

### 근로기준법

제23조(해고 등의 제한) ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.

## 판례

### 직원들을 여러 차례 괴롭힌 본부장에 대한 해고를 정당하다고 봄

(서울행정법원 2021.2.10. 선고, 2020구합6411 판결)

#### 1. 재심판정의 경위

가. 원고는 상시 약 300명의 근로자를 고용하여 서울 ㄱㄱ D에서 생활가전, 의료용품

의 판매 및 서비스업 등을 영위하는 회사이다.

나. 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)은 1993. 1. 11. 원고 회사에 입사하였고 2014년경부터 ○○ 사업부의 운영본부장으로 근무하였다.

다. 원고는 2019. 7. 11. 징계위원회 의결을 거쳐 다음과 같은 징계사유(이하 해당 순번 별로 ‘징계사유1) ~ 3’)로 각 칭하고, 징계사유 3)의 세부사유는 ‘징계사유 3)의 ① ~ ⑧’로 각칭한다)로 참가인에게 2019. 7. 12.자 해고를 통지하였다(이하 ‘이 사건 해고’라 한다).

#### <징계사유>

- 1) 2019. 6. 20. 10:00 사무실에서 팀원인 E의 어깨를 주먹으로 때림
- 2) E을 폭행한 후 “(여성)을 때릴 수 없잖아”라는 성차별적 폭언을 함
- 3) 최근 1년여의 기간 동안 다수의 팀원들에게 여러 차례 폭언과 부적절한 행동으로 정신적 고통을 가함
  - ① E 차장 폭행 다음 날 ‘에이 열받야라고 하며 한 직원의 팔을 출입증으로 치고 지나감
  - ② 팀 미팅에서 한 직원을 질책하면서 볼펜을 집어 던져 책상에 떨어진 적이 있음
  - ③ 팀 미팅에서 ‘어떤 AM(회계담당자) 때문에 pending(보류)되는 거야? 그놈 모가지를 비틀어 버리겠어. 데려와’라는 말을 함
  - ④ 협력업체 직원을 지칭하며 ‘그놈 입을 찢어버리겠다’고 하는 통화를 한 적이 있음
  - ⑤ 팀 회의 중 한 직원의 말을 중간에 끊으며 ‘아저씨는 가만히 있어’라는 말을 함
  - ⑥ 팀 미팅에서 ‘왜 시키면 시키는 대로 하지 말이 많냐’는 말을 함
  - ⑦ 두 직원이 있는 자리에서 ‘왜 일을 안 했냐? 내가 주는 스트레스가 적다’는 말을 함
  - ⑧ 한 직원과의 미팅에서 ‘너의 눈빛, 걸음걸이, 모든 것을 바꿔야 한다’고 말해 직원이 두려움을 느낌

#### 2. 재심판정의 적법 여부

##### 라. 징계사유의 인정 여부

라) 징계사유 1), 2)는 물론 징계사유 3)의 ① 내지 ⑧은 대부분 2018. 4.경의 선행 폭행 사건 이후에 일어난 일로 보이며, 참가인은 선행 폭행 사건이 일어난 이후 1년여의

기간 징계사유 3)의 ① 내지 ⑧ 외에도 참가인 팀의 부하 직원들에게 여러 차례 유사한 형태의 폭언을 하고 본부장이라는 지위의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘은 정신적 고통을 가한 것으로 보인다.

## 토막상식

**토막퀴즈1.** 직장 내 괴롭힘으로 얻을 수 있는 실익은 무엇일까요?

**정답** 직장 내 괴롭힘으로 인정이 되면, 가해자의 진정한 사과, 징계 등으로 피해자의 명예를 회복할 수 있습니다. 나아가 정신적, 신체적 스트레스로 인해 질병이 걸렸다면 산업재해로 인정받을 수 있으며, 이것이 퇴사로 이어졌을 경우 실업급여를 수급할 수 있습니다.

**토막퀴즈2.** 파견사업주와 파견계약을 하고 사용사업주의 사업장에서 근무도중 사용사업주의 근로자에게 괴롭힘을 당한 경우 파견사업주와 사용사업주 중 누구에게 책임이 있을까요?

**정답** 파견사업주·사용사업주 모두에게 책임이 있으므로 공동으로 조사·조치하는 것이 바람직합니다.

파견근로는 파견사업주·사용사업주 모두 근로기준법의 사용자로 보아 근로기준법을 적용합니다. (파견법 제34조제1항) 근로기준법 '직장 내 괴롭힘' 규정(제76조의2, 제76조의3)의 사용자 의무·책임도 파견사업주 및 사용사업주 모두에게 있습니다. 따라서 파견사업주·사용사업주가 공동으로 조사·조치하는 것이 가장 바람직합니다. 다만, 피해자 보호조치와 가해자에 대한 징계 등 조치는 해당 조치를 이행할 수 있는 사업주가 해야 할 것입니다.

공동 조사·조치가 어려운 경우 사용사업장에 근로를 제공하는 과정에서 발생한 괴롭힘이므로, 사용사업주가 사용사업장의 예방·대응 체계에 따라 조사·조치하고 조치의 성격상 파견사업주가 이행해야 할 내용은 파견사업주에게 통보하고, 파견사업주는 취업규칙 등 사내 규범에 따라 적절한 조치를 해야 합니다.

위 사례의 경우에는,

(가해자에 대한 징계, 근무장소 변경 조치) 가해자에 대한 징계 등 조치는 사용자 업무만이 할 수 있으므로 사용자에게 조치 의무 이행 책임이 있습니다.

(피해자 보호를 위한 근무장소 분리 조치) 피해자 보호를 위한 근무장소 분리 책임은 원칙적으로 사용자에게 있으나, 피해자 보호를 위해 근무장소 분리가 불가피하나 사용자업장의 상황이 장소 분리가 불가능하다면 피해자의 동의하에 파견 사업주가 다른 사용자업장으로 파견을 보낼 수 있을 것입니다.

### **직장내 괴롭힘으로 민사소송을 진행하여 위자료를 받은 사례가 있을까요?**

(1) 업무배제 의도 하에 당사자 의사에 반하여 전공과 관련 없는 과목의 강의를 배정받은 대학교수가 학교법인에 민사상 손해배상을 청구한 사건에서 법원이 학교 법인의 손해배상책임을 인정하였습니다.

대학교수는 자신의 전공분야에 대해 강의하고 이를 통해 자신의 학문연구를 보다 발전시키는 것이 인격권 실현의 본질적 부분에 해당하므로, 대학교수의 사용자인 학교법인이 그 업무지휘권 등의 행사에 지장을 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 데도, 오로지 소속 대학교수를 본연의 업무에서 배제하려는 의도 하에 그의 의사에 반하여 전공분야와 관련 없는 과목의 강의를 배정함으로써 결국 강의할 수 없게 함(대법원 2008. 6. 26. 선고 2006다30730 판결: 학교법인의 손해배상책임 인정)

(2) 모 은행의 육아휴직 복직자에 대한 따돌림, 차별, 험담 등에 대하여 법원이 은행에게 손해배상책임을 인정하였습니다.

육아휴직 후 복직한 직원에게 전에 담당하던 업무가 아닌 보조업무를 주고, 직원을 퇴출시키기 위한 따돌림을 지시한 사건. 피해자를 제외한 다른 직원들만 참석한 회의에서 피해자를 내쫓기 위하여 따돌림을 할 것을 지시하는 취지의 내용을 전달하였으며, 이후 책상을 치우고 창구에 앉지 못하게 할 것을 지시, 그를 직원으로 생각하지 않는다는 취지의 발언을 하는 등 차별적인 대우를 함 (광주지방법원 2012. 10. 24 선고 2012나10375 판결: 손해배상책임 인정)



서남권 서울특별시 노동자 종합지원센터  
2023년 상담사례집



서남권 서울특별시  
노동자 종합지원센터

서남권 서울특별시 노동자종합지원센터  
(08512) 서울특별시 금천구 디지털로 207 G밸리페트라힐스 4층  
02-868-5255 <https://www.4seoulabor.org/seonam/>

**발행인**

서남권 서울특별시 노동자종합지원센터 센터장 임승운

**기획·편집**

서남권 서울특별시 노동자종합지원센터 사무팀장 조선지

집필 신혜경 노무사, 유상건 노무사, 임상현 노무사, 박준 노무사

디자인 청담서원