

노무관련 상담사례①

신흥식 / 노무법인 한길 대표 · 대한설비건설협회 서울특별시회 고문 노무사

1. 하도급 공사의 일부를 시공참여자에게 책임 시공할 경우 시공참여자 소속의 일용근로자를 전문건설회사의 직영 일용근로자로 처리할 경우 퇴직금 지급의무 발생 여부

Q 전문건설업체가 종합건설업체로부터 하도급 받은 공사의 일부를 시공참여계약 등을 이용하여 시공참여자에게 책임시공(실질적인 하도급)하도록 하고, 시공참여자 소속 일용근로자들의 고용보험자격관리에 있어서 전문건설회사 직영 일용근로자로 처리한 경우 전문건설업체의 퇴직금 지급의무가 발생하는지?

A 임금 및 퇴직금 등 근로관계로 인한 금품지급의무는 근로기준법 제15조에 의한 사용자중 사업주(개인회사의 경우 대표자 개인, 법인기업의 경우 법인 그 자체)에게 있습니다.

건설현장의 특성상 수차에 걸쳐 하도급으로 이어지는 사례가 있으며, 이러한 경우 하도급업자에게 고용되어 근로를 제공하는 근로자의 사용자는 원칙적으로 하도급업자입니다. 그러나 실무적으로 건설산업기본법에 의하여 전문건설업체의 재하도급을 금지하고 있고, 고용보험피보험자관리와 관련하여 원청(원수급인, 종합건설회사)이 일괄가입하고 전문건설업체는 투입된 일용근로자의 자격관리를 하도록 하고 있어 형식적으로는 고용관계가 성립되어 있지 아니한 하도급업체 소속 일용근로자를 전문건설업체 소속

직영근로자로 고용보험 피보험자 자격취득관리를 하도록 하고 있습니다.

근로기준법은 실질적인 근로관계를 규율하는 법률로서 형식적으로는 근로관계가 배제된 것으로 행정처리 되었다 할지라도 노동관계법률이 적용되는 것이 원칙이며, 반대로 형식적으로는 직영 근로관계로 행정처리 하였다 할지라도 실질적으로 근로관계가 형성되어 있지 아니한 경우 근로기준법상 사용자로서의 법적 책임을 부담시킬 수 없는 것이 원칙입니다.

따라서 건설산업기본법에 의한 재하도급금지제도를 피하기 위하여 시공참여계약을 통하여 실질적인 재하도급으로 공사를 시공하여 시공참여자가 자기 책임하에 직접 고용 및 임금지급을 하고 당해 일용근로자에게 직접 노무지휘 내지 노무통제권을 행사한 경우 당해 시공참여자 소속 근로자의 퇴직금지급의무는 전문건설업체에 전가시킬 수 없는 것이 원칙입니다.

그러나 시공참여자가 전문건설업체 소속 성과급 근로자로 인정되거나 하도급업자의 형식을 취하고 있으나 소속 근로자들에 대하여 전문건설업체에서 직접 노무지휘권을 행사하거나 임금을 직접 지급하는 등으로 인하여 전문건설업체와 시공참여자 소속 근로자와의 직접적인 고용관계가 인정될 경우에는 예외적으로 전문건설업체가 사용자로서의 임금 및 퇴직금지급의무가 발생할 가능성이 있습니다.

아울러 하도급업체(시공참여자) 소속 근로자의 임금체불

의 원인이 직상수급인(전문건설업체)의 귀책사유(공사대금을 정당한 이유 없이 지급하지 않는 등의 사유)에 기인된 경우에는 직상수급인에게 하수급인이 사용하는 근로자의 임금지급의 연대책임이 있으며, 벌칙조항도 있습니다.

2. 월급제(또는 연봉제)로 근무한 후 퇴직한 현장 관리자들이 공사일보 등을 근거로 시간외 수당 및 휴일근로수당 추가지급 요구 가능 여부

Q 현장소장 및 일부 현장관리자들의 경우 월급제(또는 연봉제)로 근무하고 있는 바, 월급총액을 기본급과 제 수당으로 구분하고 기본급과 제수당의 비율을 7:3으로 정하고 제 수당에는 시간외수당 및 휴일근로수당 등 법정수당을 포함한 금액으로 정하고 있는 상태에서 퇴직한 현장 관리자들이 공사일보 등을 근거로 시간외수당 및 휴일근로수당을 추가지급 할 것을 요구할 수 있는지 여부

A 근로기준법이 요구하는 임금관리 원칙은 시급을 정하고 정해진 시급을 기초로 근로시간에 상응하는 기본급(주휴수당 포함여부는 별론으로 함)과 법정 수당을 법정 요건에 따라 지급하도록 제도화하고 있습니다.

월급제 내지 연봉제를 채택하고 있는 경우 당해 월급 내지 연봉에 각종 법정수당을 미리 정하여 임금총액에 포함하기로 하는 근로계약은 유효하다는 것이 판례나 행정해석의 공통된 입장입니다.

다만, 법정수당을 임금총액에 포함하기로 한 계약이 유효하기 위해서는 근로자의 승낙(동의)이 있어야 하고, 근로자에게 불이익이 없고 제반 사정에 의하여 정당하다고 인정되어야 한다는 전제조건이 성립되어야 한다는 제약요건이 있습니다.

따라서 위 사례에 의한 법정수당 포함계약에 의하여 추가적인 수당을 지급하지 아니하여도 무방하기 위해서는 당사자간 명시적인 근로계약서 등을 통하여 근로자의 동의가 입증될 수 있어야 하며, 공사일보 등 객관적인 자료를 통한 시간외근로 및 휴일근로수당이 산정 가능하여 이를 산정한

결과 미리 월급(연봉)총액에 포함된 법정수당(시간외 및 휴일근로수당)이 근로자에게 불이익하지 아니 하여야 합니다. 즉, 객관적인 자료를 통하여 산정한 법정수당이 미리 임금총액에 포함된 법정수당을 초과할 경우 초과된 금액에 대하여 근로자는 임금청구권을 행사할 수 있는 것이 원칙입니다.

이와 관련하여 '관리·감독업무' 종사자의 경우 원칙적으로 근로시간·휴게 및 휴일의 적용제외대상에 해당하며, 근로시간 등의 적용제외 대상자의 경우 시간외근로수당이나 휴일근로수당을 지급하지 아니할 수 있습니다. 여기서 '관리·감독업무' 종사자란 노무관리 등 관리업무를 행하는 자로서 출·퇴근 등 근태관리대상에서 제외되는 자를 의미하며, 실무적으로 본사와 장소적으로 분리된 공장 총괄책임자인 공장장, 건설현장의 총괄책임자인 현장 소장 등이 대표적으로 이에 해당하는 것으로 취급되고 있습니다.

따라서 출·퇴근 등에 엄격한 통제를 받지 않는 현장소장 등 현장 관리·감독업무를 행하는 근로자의 경우에는 시간외근로수당 내지 휴일근로수당의 지급 제외대상이 될 수 있으나, 지급 제외대상의 해당 여부는 단순히 현장소장 내지 현장관리자라는 신분으로 판단하지 않고 관리감독자로서 출·퇴근 등에 대한 통제의 정도(수준)을 종합적으로 고려하여 판단하여야 합니다.

3. 근로계약기간을 정하여 근무 중인 현장 근로자의 잦은 무단결근은 부당해고 사유인지

Q 2005.9.1.부터 현장 종료시점인 2005.12.20까지 근로계약기간을 정하여 근무중인 현장 근로자가 아무런 연락 없이 자주 결근하는 등으로 인하여 2005.11.9. 현장소장이 그만두게 하였으나, 당해 근로자가 노동위원회에 부당해고구제신청을 제기한 상태입니다. 잦은 무단결근을 이유로한 해고가 부당해고로 인정될 수 있는지 여부

A 해고의 정당성 판단기준은 해고사유와 해고절차 및 양형의 정당성으로 구분되어 고찰되어야 합니다.

해고가 정당하기 위해서는 징계(해고)사유가 사회통념상 근로관계를 해지(해고)할 정도의 귀책사유로 인정되어야 하며, 취업규칙(내지 현장 근로자 관리규정 등) 등 회사 규정에서 정한 절차적 정의에 심각한 하자가 없어야 하며, 과거의 동일한 귀책사유에 대한 징계사례 내지 다른 근로자와의 형평성을 고려하지 아니하는 등 상대적으로 특정 근로자에게 가혹한 징계양정에 해당하지 아니하여야 합니다. 즉, 당해 근로자의 무단결근 등으로 인하여 공사일정에 차질이 있고 여러 차례에 걸쳐 주의를 주었음에도 불구하고 음주후 사전 연락 없이 출근하지 않는 등 근태가 불량하여 계속 현장에 근무케 할 수 없는 등의 귀책이 있고, 별도로 징계규정에 의한 절차를 두지 아니하여 절차에 특별한 하자가 없고, 해당 근로자와 같이 잦은 결근하는 근로자들에게 예외 없이 해고 내지 퇴사처리하여 형평성에 반하지 않는다면 해고의 정당성이 존중될 가능성이 있습니다.

아울러 노동위원회나 법원을 통한 해고구제제도(부당해고구제신청 내지 해고무효확인소송)는 근로자의 신분관계 회복을 전제로 하고 있습니다. 그러나 해고와 관련한 법적 분쟁과정에서 당사자간 근로계약기간이 만료되어 근로관계가 자동 종료되거나 상용 정규직 근로자가 정년을 초과하여 근로관계가 자동종료 된 경우 해고구제실익이 소멸한다고 보아 더 이상 해고의 정당성 여부를 판단하지 않고 근로자의 해고구제를 각하하여야 한다는 것이 노동위원회나 법원의 일관된 입장입니다.

따라서 공사종료일까지의 예견된 일정을 명확히 정하여 근로계약기간을 정한 근로자로서 해고된 이후 법적 분쟁과정에서 계약기간이 만료된 경우 원직복직 및 해고기간중의 임금상당액을 구하는 권리구제를 받을 수 없는 것이 원칙입니다. 다만, 당해 근로자는 해고가 부당하다고 판단될 때 형사고발 및 불법행위로 인한 손해배상(잔여 계약기간의 임금손실액)을 청구하는 등의 별도의 법적구제수단을 강구할 수 있습니다.

4. 수습기간 3월을 정하여 채용한 직원의 업무능

력이 기대에 미치지 못하여 정식 채용 하지 않고자 할 경우

Q 수습기간 3월을 정하여 직원을 채용하였으나, 업무 능력 등이 기대에 미치지 못하여 정식 채용을 하지 않고자 할 경우 유의사항

A 일반적으로 신규입사자에게 적용하는 수습기간 설정과 관련하여 사용자가 근로자를 채용하면서 근로의 특성에 따라 근로자를 정식으로 고용하기 전에 그 업무수행능력 및 적성 등을 평가하기 위하여 일정기간의 수습기간을 두어 그 기간 중에 있는 근로자에 대하여 적성평가의 기준을 보다 엄격히 하고, 해고 및 채용 여부에 관한 재량권을 가지는 것은 사회통념상 합리성을 심히 일탈하지 않는 한 허용된다는 것이 판례 등의 입장입니다. 그러나 수습기간이라는 이유만으로 정당한 이유 없이 해고(또는 본채용 거부)할 수 없고 근로기준법에 의한 해고제한제도의 적용이 배제되는 것은 아닙니다.

다만, 통상적인 정규 근로자에 비하여 상대적으로 해고(본채용 거부)사유를 완화하여 판단하고 해지절차에 있어서 반드시 징계절차를 거치지 아니하여도 무방하다는 것이 일반적인 판례의 입장입니다.

따라서 수습근로자로서 수습기간 동안 업무실적이 다른 수습직원들에 비하여 현저히 저조하거나 성실한 근무태도를 보이지 못하거나 동료 직원이나 상급자 등 조직 이해관계자들과 제대로 융화하지 못하는 등의 사유로 인하여 객관적으로 본 채용거부의 합리적 사유가 존재하여 사회통념상 합리성을 일탈하지 아니하는 한 수습기간중의 근로관계 종료의 정당성이 존중될 수 있습니다. 여기서 유의하여야 할 사항으로는 수습기간 설정이 해당 근로자와 명확하게 결정(당사자간의 수습근로계약 체결 등)되어야 하며, 본채용 거부 사유가 객관적이고 합리적이어야 한다는 것입니다. 아울러 수습기간중의 평가제도를 두거나 해지 절차를 두고 있는 경우 당해 절차 등을 준수해야 합니다.

〈상담 문의 : shs7766@hanmail.net〉