

건설공사 노무제도 및 실무 ②

글 쓰는 순서

- I. 문제제기
- II. 설비건설업과 주요 노동관계법률과 제도
.....지난 호
- III. 건설업과 비정규직 근로자보호제도
.....이번 호
- IV. 건설현장의 국민연금 및 건강보험
.....다음 호

대한설비건설협회 각 시·도회는 최근 개정, 시행되고 있는 건설 노무관련제도와 국민연금·건강보험 사후정산제 등 사회보험 실무에 대해 회원사들의 이해를 돕기 위해 노무강습회를 실시했다.

이 강습회에서 서울특별시회 자문 노무사이자 노무법인 한길 본사 대표인 신흥식 노무사가 사회보험실무와 최근 개정 시행 중인 노무제도 등을 강의하고 질문과 답변을 통해 그동안 회원사들이 궁금해 했던 내용을 설명했다. 본지는 회원사의 이해를 돕기 위해 강습회 자료로 사용한 건설공사 노무제도 및 실무 내용을 게재한다.

3. 퇴직급여제도

퇴직급여제도는 근로자퇴직급여보장법에 의하여 퇴직금제도와 퇴직연금제도로 운영되도록 강제하고 있다. 퇴직연금은 근로자 과반수의 동의를 얻어 별도로 가입하여야 하며, 퇴직금제도는 기존의 퇴직금제도와 동일하게 운영되고 있다.

퇴직금은 1년 이상 근무한 근로자에게 지급의무가 발생한다. 원칙적으로 일용근로자란 근로관계가 1일 단위로 성립하고 소멸하는 근로관계를 의미한다. 흔히 건설현장의

일용근로자로 불리는 현장 노무자들의 경우 대부분 일정한 기간(해당 근로자의 공종 종료기간 내지 현장 종료기간 등) 근로관계의 성립과 소멸이 반복적으로 이루어지거나 근로계약서를 통하여 일정한 기간 동안 일용직의 신분으로 상용화된 상태로 근로관계가 유지되고 있어 근로기준법이 전면적으로 적용된다는 것이 관례와 노동부 유권해석의 입장이다.³⁹⁾

실무상 검토되는 문제로는 일당, 월급 내지 연봉에 퇴직금을 포함하여 임금지급 시 임금과 함께 지급하는 경우의 효력문제와 1년 미만 단위로 근로계약관계를 반복적으로

39) 대판 '79. 1. 30, 78다 2098
근기' 83. 1. 21 1455-1697

(퇴직급여제도)

구 분		제도내용	비 고
퇴직금제도	퇴직금	1년이상 근속자에게 1년에 평균임금의 30일분	1년에 평균임금의 30일분
	중간정산	근로자 신청시 중간정산지급 가능	일반적 중간정산은 위법
퇴직연금제도	종류	<ul style="list-style-type: none"> • 확정급여퇴직연금 : 근로자가 퇴직시 지급받는 퇴직금의 일시금액이 1년에 평균임금 30일분 이상 확보되는 퇴직연금 • 확정기여형퇴직연금 : 사용자가 납부하는 부담금이 연간 임금총액의 1/12이상으로 하는 퇴직연금 	<ul style="list-style-type: none"> • 퇴직급여제도는 퇴직금제도와 퇴직연금제도로 운영되고 선택적 운영가능 • 퇴직급여제도 종류선택, 내용 불이익변경시 동의 (내용변경시 의견) 필요
	중도인출	<ul style="list-style-type: none"> • 확정급여형 : 중도인출제도 없음 • 확정기여형 : 일정한 요건하에 중도인출 가능 • 일정한 요건하에 담보설정 가능 	

단절시킨 경우의 퇴직금지급의무 발생 여부가 관건이 된다.

임금에 퇴직금을 포함하여 임금지급 시 퇴직금을 함께 지급하는 사례에 대하여 판례⁴⁰⁾의 입장은 원칙적으로 퇴직금지급의 효력을 부정하고 있다. 특히 일용근로자의 일당에 퇴직금을 포함하여 지급되는 사례에 대하여는 노동부 유권해석⁴¹⁾의 입장도 판례와 동일한 입장이다.

연봉에 포함하여 지급되는 퇴직금에 대하여 노동부는 기존의 입장을 수정 보완하여 연봉제하에서 퇴직금을 포함하여 매월분할 지급하는 것을 원칙적으로 퇴직금지급의 효력을 부정하고 있다. 다만, 1년 이상 근속자로서 과거 1년 분 퇴직금을 중간정산제도를 활용하여 중간정산신청을 받아 차기 년도 임금지급 시 매월 분할하여 지급하는 경우에 유효하다는 입장을 취하여 퇴직금을 매월 선 지급하는 방

법에 대하여 퇴직금으로서의 효력을 부인하고 있다.

퇴직금은 1년 이상 근무한 근로자에게 지급의무가 발생한다. 여기서 1년 이상 계속근무여부와 관련하여 근로관계가 간헐적으로 이어진 경우 계속근무로 볼 것인가 아니면 근로관계의 단절로 보아 새로운 근로계약관계로 볼 것인가에 따라 퇴직금지급의무 인정 여부가 결정된다.

형식상으로는 비록 “일용근로자”로 되어 있다고 하더라도 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경우에는 “상용근로자”로 보아야 할 것이고, 또한 근로자가 월 평균 25일 이상 근무하여야만 근로관계의 계속성을 정할 수 있는 것은 아니며, 매월 빠뜨리지 않고 4.5일 내지 15일 정도씩 계속 일해 온 경우에는 근로관계의 계속성이 인정되므로 퇴직금을 지급하여야 한다는 것이 대법원의 입장이다.⁴²⁾

그러나 사용자측의 사정(동절기 내지 기타 사정에 의한

40) 대판 1998.3.24. 96다24699 : 퇴직금이란 퇴직이라는 근로관계의 종료로 요건으로 하여 비로소 발생하는 것으로 근로계약이 존속하는 한 퇴직금 지급의무는 발생할 여지가 없는 것이므로, 매월 지급받는 일당임금 속에 퇴직금이란 명목으로 일정한 금원을 지급하였다고 하여도 퇴직금 지급으로서의 효력은 없다.

대판 2002.07.12. 2002도2211 : 퇴직금이란 퇴직이라는 근로관계의 종료로 요건으로 하여 비로소 발생하는 것으로 근로계약이 존속하는 동안에는 원칙으로 퇴직금 지급의무는 발생할 여지가 없는 것이므로, 사용자와 근로자들 사이에 매월 지급받는 임금 속에 퇴직금이란 명목으로 일정한 금원을 지급하기로 약정하고 사용자가 이를 지급하였다고 하여도 퇴직금 지급으로서의 효력은 없다.

대판 2005.3.11. 2005도 467 : 근로자들과 연봉제 형태의 근로계약을 체결하면서 매월 지급하는 임금 속에 퇴직금 명목의 금원을 포함시켜 지급하기로 약정하고 그에 따라 임금을 지급하였다 하더라도 이로써 퇴직금 지급의 효력이 발생한다 할 수 없다.

41) 근기 68207-1696, 2000. 6. 2 : 퇴직금은 그 성격상 미리 임금에 포함하여 근로계약을 체결하는 경우 근로기준법에 위배됨

공사일시 중단 등에 의하여 근무하지 못한 경우 등)과는 무관하게 일용근로자가 계속 근무할 수 있었음에도 타 회사 현장에서 근무하기 위하여 근무하지 아니 한 경우에는 원칙적으로 근로관계는 단절되어 타 회사 근무기간 이전의 근무기간과 재투입되어 근무한 기간의 근로관계 계속성은 부정되는 것이 원칙이다.

아울러 실무상 자주 거론되는 문제로는 현장 일용근로자의 산재처리(공상처리 포함)로 인하여 장기요양중인 근로자의 퇴직금문제가 있다. 이와 관련하여 현장 종료시까지 채용된 일용근로자의 경우 당해 현장 종료시 근로관계는 자동 종료한다는 것이 노동부 유권해석의 입장이다.⁴³⁾ 그러나 현장 일용근로자라 할지라도 장기간에 걸쳐 다수의 현장에서 계속 근무하여 특정 현장종료시까지 근로할 것을 전제로 하지 아니한 경우(기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정되는 경우 등)에는 당해 현장이 요양 기간중에 종료된 경우에도 산업재해로 요양중인 기간 및 요양 종료후 30 일간은 근로자에 대하여 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료(해고)할 수 없어 특별한 사정⁴⁴⁾이 없는 한 요양 중인 근로자의 경우 계속 근로관계가 유지되는 것으로 인정될 수 있다.

4. 해고제한제도

근로관계종료에는 사용자에 의한 해고, 근로자에 의한 의원퇴직, 계약기간 만료(정년 포함), 계약 당사자 소멸(도산, 사망) 및 당사자간 합의 해지 등이 있다.

근로기준법은 근로관계종료사유 중 해고에 대하여 두텁게 근로자를 보호하고 있다.

사전적 의미의 일용근로자란 1일 단위로 근로관계가 성립하고 소멸하는 근로관계를 의미하여 이 경우 해고나 사직의 절차를 거칠 필요 없이 그날그날 근로관계가 종료(계약기간 만료에 준하여)되는 것이 원칙이다. 그러나 건설현장의 일용근로자들은 사전적 의미의 일용근로자가 아니라 대부분 일정한 기간(해당 근로자의 공중 종료기간 내지 현장 종료기간 등) 일용직의 신분으로 상용화된 상태로 근로관계가 유지되고 있어 근로계약기간 만료전 사용자에게 의한 계약관계 해지는 해고의 법리가 적용되는 것이 원칙이다.

해고는 그 유형에 따라 정당성 평가 사유 및 절차를 달리하고 있다. 사용자에게 의한 일방적인 근로관계종료를 의미하는 해고에는 근로자 측의 귀책 내지 책임 있는 사유에 의한 해고와 사용자측의 경영상 사정에 의한 해고로 크게 구분할 수 있다.

근로자 측의 귀책 등에 의한 해고에는 징계해고와 통상해고가 있으며, 양자의 모두 근로기준법 제23조 제1항(구 근로기준법 제30조 제1항)에 의하여 정당성을 판단하고 있으며, 사용자측의 경영상 사정에 의한 해고는 소위 정리해고로 근로기준법 제24조(구 근로기준법 제31조)에서 유효요건을 특별히 규율하고 있다.

통상해고 내지 징계해고가 정당한 해고로 평가되기 위

42) 대판전원합의체 1995. 7. 11, 93다 26168

노동부 유권해석중 이와 다른 취지의 유권해석(근기 68207-1631, '96.12.11)이 있으나 최근의 실무사례는 대법원전원합의체 판례의 입장을 따르는 사례가 일반적임.

43) 근기 1999.9.22, 68207-113 : 피재근로자가 실질적으로 일용근로자인 경우에는 재해로 인해 근로를 제공할 수 없는 시점에서 근로관계가 단절된다고 사료되며, 다만 피재근로자가 명목상 일용근로자일 뿐 당사자간 합의 등 특별한 약정 없이 지속적으로 근로관계를 유지하고 있었던 경우에는 동 공사만료시까지 근로관계가 지속된다고 보아야 한다는 취지의 유권해석임.

44) 기간이 정함이 없는 근로자로 인정될 경우 산재 요양 중 근로관계종료 가능 사유로는 근로기준법에 의한 일시보상 실시(산재법상 상병보상연급 수급), 회사의 도산 내지 근로자의 사망, 정년, 근로자의 사직서 수리 등이 있음.

(해고의 종류)

구분	해고유형	비고
근로자측의 귀책사유 등	일반(통상)해고	근로기준법 제23조 제1항 (구 법 30조 제1항)
	징계해고	
사용자측의 경영상 사유	정리해고	근로기준법 제24조(구 법 제31조)

해서는 해고사유와 해고 절차의 정당성이 인정되어야 한다. 여기서 해고의 정당한 이유에 대하여 법에서 특별히 규정한 바 없이 사회통념에 일임되어 있고 구체적으로는 법원과 노동위원회 사례를 통하여 판단하게 되며, 해고 절차는 취업규칙(인사규정이나 현장근로자 관리규정 등)에 의하여 소명기회 부여나 기타 해고절차를 특별히 정한 바 있는 경우 이를 반드시 준수하여야 정당성을 인정받게 된다.

취업규칙 등에 특별히 소명기회 등 해고(징계)절차를 규정하지 아니한 경우에도 최소한 해고사유에 대한 규명이나 당

해 근로자의 입장 확인 등을 위하여 소명기회를 부여하는 것이 해고절차의 정당성 시비를 차단하는 조치가 될 수 있다.

정리해고의 경우에는 근로기준법 제24조(구 근로기준법 제31조)에서 특별히 규율하고 있다. 정리해고가 정당한 해고로 평가되기 위해서는 긴박한 경영상의 필요성⁴⁵⁾과 사전 통지 및 근로자대표와의 협의절차, 해고회피노력^{46) 47)} 및 해고대상자 선정의 공정성 내지 객관성^{48) 49)}을 인정받아야 한다.

45) 긍정적인 사례 :

- 긴박한 경영상의 필요성은 근로자를 해고하지 않으면 기업이 도산할 정도로 긴박한 경우는 물론, 그 외에도 작업형태의 변경, 신기술의 도입, 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화 등 『인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되면』 긴박한 경영상의 필요성을 인정(대판 '91.12.10 선고, 91다8647 판결)
- 생산의 중단 · 축소로 인해 일부 사업을 대폭 축소한 경우(대판 88다카34094)
- 취업규칙 등에 근거하여 경영합리화를 위한 직계개편(대판 90누4433)
- 경영상의 이유로 일부 전문사업을 폐지한 경우(대판 '87.12.22, 87다카2011)
- 장기 노사분규로 경영이 크게 악화되고 호전될 기미가 없는 경우(대판 90누9421)
- 시장구조의 대폭적인 변화에 적응하고 적자요인 해소를 위한 경우(대판 '94.6.14, 93다48823)
- 회비 · 찬조금 등으로 유지되는 사업체에서 회비 등의 납부가 중단된 경우(대판 '96.12.4, 94누15783)
- 계속된 적자로 일정 사업부를 하도급하기로 하여 잉여인력이 발생된 경우(대판 '95.12.22, 94다52119)

46) 해고 회피 노력을 인정한 사례

- 사무실 축소, 임원 임금동결, 촉탁직원 권고사직 등 가능한 조치를 취한 경우(대판 '96.12.5 94누15783)
- 신규채용 중단, 휴업, 명예퇴직 등의 조치를 취한 경우(서울고법 95구19784)
- 사업변경에 따른 잉여인력을 전직토록 제의하는 등의 조치를 한 경우(인천지법 '94.9.27, 93가합18675)
- 기구 통폐합 후에 타 사업장 전직, 취업알선, 일정기간 전직할 기회를 제공한 경우(중노위 '90.12.3, 90부해113)
- 경영합리화 및 비용절감 조치, 근무기간 단축 등을 한 경우(중노위, 93부해310)

47) 해고 회피 노력을 인정하지 아니한 사례

- 감원계획을 일방적으로 마련한 후 개별면담을 통해 근무희망을 파악하여 일부만을 선별하여 배치전환, 계열사 재취업 등을 실시한 경우(대판 '93. 11.23, 92다12285)
- 배치전환이나 조업단축이 없이 해고한 경우(대판 '90. 3.13, 다카24445)
- 희망퇴직자 모집, 인건비 절감, 휴직희망자 모집 등을 하지 않은 경우(서울지법대판 '95.12.15, 94가합10586)
- 정년자의 자연감소가 예상됨에도 정리 해고한 경우(중노위 '96.8.14, 96부해117)

(정리해고의 정당성요건)

구분	요건	비고
사유	긴박한 경영상의 필요성	도산회피를 위한 경우로 제한적으로 인정되어 왔으나, 신기술 도입 등 합리적인 감원필요성이 존재할 경우까지 인정되고 있는 추세임.
절차	통보 및 협의	해고를 하고자 하는 날의 60일전(07.7.1부터 50일전)까지 정리해고 방침을 통보하고 근로자대표와 성실하게 협의하여야 함.
	해고회피노력	가급적 해고를 피하기 위한 노력의무를 부담하고 있다. 대표적인 해고회피노력으로 인정되는 방안으로는, 신규채용금지, 분사화, 일시휴직 및 희망퇴직자 모집, 근로조건 하향조정 등의 해고회피노력을 하여야 함.
	대상자선정기준	합리적이고 공정한 기준에 의하여 대상자를 선정하여야 함.

정당한 해고의 요건과 절차를 거친 경우에도 사용자는 해고하고자 하는 날로부터 30일전에 해고예고를 하거나 30일분의 통상임금을 해고수당으로 지급하여야 하는 것이 원칙이다.

아울러 개정근로기준법(2007.04.11 법률 제8372호)에 의하여 2007.7.1 부터는 해고사유 및 해고일자를 서면으로 통지하여야 해고의 효력이 발생한다.

해고된 근로자는 원직복직을 위하여 노동위원회를 통한 구제신청을 제기하거나 법원에 해고무효확인소송을 제기할 수 있다. 해고가 부당한 해고로 인정될 경우 사용자는

민사적으로 해고근로자를 원직에 복직시키고 해고시점부터 복직시킬 때까지의 임금상당액을 지급하여야 한다.

개정근로기준법 제30조에 의하면, 해고 근로자가 복직을 원하지 아니하여 해고기간중의 임금상당액을 상회하는 금품지급을 명한 노동위원회 구제명령이 확정된 경우 그에 따라야 하며, 이 미행시 강제이행금을 부담할 수 있다.(개정근로기준법 제33조)

계약기간 만료, 정년 도래시 근로관계는 자동 종료하는 것이 원칙이다. 다만, 계약기간 설정이 형식에 불과하거나 반복적인 근로계약 갱신(재계약)을 통하여 기간을 정하지 아니한 근로관계 내지는 재계약에 대한 기대가 형성된 것

48) 합리적이고 공정한 기준으로 인정한 사례

- 일용근로자를 우선 해고한 경우(대판 '66.4.6, 66도204)
- 평소 근무성적, 상벌관계, 경력, 숙련도 등의 기준에 의한 경우(대판, 86누690)
- 사업부 폐지에 따라 전원 정리해고한 경우(대판 '94.5.10, 93다4812)
- 외국어 능력이 필요한 사업에서 외국어 구사능력에 따라 해고한 경우(대판 '96.12.5, 94누15783)
- 근속기간이 짧은 자를 우선 해고한 경우(서울고법 '96.5.9, 95구19784)
- 근속기간이 짧은 자를 우선해고하면서 기술을 가진 자를 제외한 경우(중노위 '91.5.15, 91부해23)
- 인사고과가 불공정한 것이 아니라면 인사고과기준 적용 정리해고 경우(중노위 '94.4.6, 93부해310)

49) 합리적이고 공정한 기준으로 인정하지 아니한 사례

- 장기 근속자를 우선 해고한 사례(대판 '93.12.28, 92라34858)
- 단체협약에 정한 기준을 따르지 않은 경우(대판 '93.11.23, 92라2285)
- 조직개편과 관계없는 직종 등 전 근로자를 대상으로 해고한 경우, 근로자 사정을 고려하지 않고 기업의 입장만을 고려한 경우(서울지법 '95.12.15, 94가합10586)
- 정년이 가깝다는 이유로 해고한 경우(중노위 '95.1.11, 94부해317)
- 주소지가 일정 행정구역을 벗어남을 이유로 우선 해고한 경우(중노위, 96부해117)

개정근로기준법(2007.04.11 법률 제8372호)의 해고관련 변경내용

구 분	현행 근기법	개정 근기법	비 고
정리해고	협약기간 : 60일	협약기간 : 50일	2007.7.1 부터 시행
우선재고용	정리해고일로부터 2년 이내에 정리해고근로자가 원할 경우 우선재고용노력의무	정리해고일로부터 3년 이내에 정리해고근로자가 담당했던 업무와 같은업무에 채용시 정리해고근로자가 원할 경우 우선재고용의무	
해고방법	신 설	해고사유와 시기를 서면으로 통지해야 해고의 효력이 발생함.	
구제명령	원직복직 및 임금상당액지급명령	<ul style="list-style-type: none"> • 원직복직 및 임금상당액지급명령 • 근로자가 원직복직을 원하지 아니할 경우 해고기간임금 상당액 이상의 금품지급명령가능 	
이행강제금	신 설	<ul style="list-style-type: none"> • 구제명령을 받은 후 이행기한까지 구제 명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2천만원 이하의 이행강제금 부과 • 이행강제금은 2년까지 매년 2회의 범위에서 구제명령이 이행될 때까지 반복하여 부과가능 	
벌 칙	부당해고시 5년이하징역 또는 3천만원 이하벌금	<ul style="list-style-type: none"> • 벌칙 삭제 • 단, 업무상재해, 산전산후 관련 해고금지 기간 중 해고의 경우 기존과 동일한 벌칙적용 	

으로 판단될 경우 사용자에게 의한 재계약 거부 내지 계약기간 만료를 통한 근로관계 종료는 해고로 인정되어 해고의 법리가 적용된다.⁵⁰⁾

특정 현장에 국한하여 고용한 일용근로자와 근로계약 체결시 계약기간을 정할 때에는 당해 근로자의 공정종료 예정일을 추정하여 종료시점을 구체적으로 규정하고 해당 공정 내지 공사가 조기 종료시 근로계약의 자동종료사유로 명시할 필요가 있으며, 막연히 공사종료일 내지 해당 공정 종료일을 계약기간 만료일로 정하는 것은 계약기간 만료시점을 불확정한 것으로 볼 수 있어 계약기간 만료에 따른 근로관계자동종료 법리적용에 논란이 있을 수 있다. 아울러

공사 지연 등에 의하여 공기가 연장될 경우 반드시 연장되는 기간을 고려하여 근로계약을 새롭게 작성하여 문제점을 최소화 할 필요성이 있다.

근로계약은 계약 당사자간 쌍무계약의 일종으로서 계약 당사자간 합의를 통하여 계약관계를 종료시킬 수 있다. 흔히 권고사직, 명예퇴직 등의 유형으로 나타나는 근로계약 합의해지는 특별히 법에서 제한하지 않고 있다. 따라서 사용자는 근로자와 합의를 통하여 근로관계를 유효하게 종료시킬 수 있다. 그러나 사용자가 사직을 권유하는 과정에서 사직을 강요하는 등의 방법으로 사직서를 제출받거나 전 직원 내지 일부 직원들에게 본인의 의사에 반하는 사직서

50) 대판 1994. 1.11 선고 93다 17843

51) 대판 2002.10.25, 2002두6552 : 강요에 의해 제출된 사직서를 수리하는 것은 해고이며, 비록 희망퇴직신청 수리에 따라 근로자가 일시적인 혜택을 부여받았다 하더라도 정당한 이유가 존재하지 아니한 이상, 부당해고이다.

서울행법 2005.09.15, 2005구합4830 : 퇴직의사가 전혀 없음에도 계속·반복적으로 퇴직을 강요하여 사직서를 제출할 수밖에 없었다면 부당해고에 해당한다.

52) 대판 1994. 4.29 선고 93누 16185 : 대표이사의 지시에 의하여 부장급 이상의 직원들에게 사직서를 일괄하여 제출토록 하여 사직서를 제출 받아 대표이사가 사직서를 수리하여 근로계약관계를 종료시킨 행위는 부당해고에 해당한다.

Ⅲ. 건설업과 비정규직 근로자보호제도

1. 개요

비정규직근로자보호제도에서 지칭하고 있는 비정규직 근로자란 기간제근로자·시간제근로자 및 파견근로자를 의미한다. 즉, 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’ 이라 함)과 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’ 이라 함)(이하 양자를 ‘비정규직보호법’ 이라함)을 통하여 기간제근로자와 시간제근로자 및 파견근로자를 두텁게 보호하고자 기간제법의 제정과 파견법을 개정하여 2007.7.1부터 시행하도록 하고 있다.

전문건설업계의 경우 기간제근로자보호제도가 주요 관심대상이 되는 영역이다. 건설현장의 경우 파견근로자 사용을 금지하고 있고, 시간제근로자(파트타아머)의 활용 사례가 극히 드문 실정을 반영한 당연한 결론으로 귀결된다.

기간제근로자란 일정한 근로계약기간을 정하여 근로관계를 한시적으로 유지하는 근로자를 지칭한다.

정규직 근로자의 경우 일반적으로 정년이 보장되어 정년까지 특별한 사정이 없는 한 근로관계가 유지됨에 반하여 기간제근로자의 경우 근로계약당사자간 일정한 계약기간을 정하고 당해 계약기간이 만료되면 근로관계를 자동 종료하도록 하여 기간제근로자는 고용안정을 보장 받지 못

파견근로자 및 시간제근로자 보호제도

구 분	내 용	비 고
파견대상업무	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 전문지식·기술·경험 또는 ‘업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무’로 별도로 정한 업무(최장 2년, 55세 이상 2년이상 가능) 단, 제조업 직접생산공정불가원칙 ❖ 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우(해당기간) 또는 일시적, 간헐적으로 인력확보 필요한 경우(최장6개월) → 직종, 생산무관 허용 ❖ 파견절대 금지 대상 <ol style="list-style-type: none"> 1. 건설공사 현장에서 이루어지는 업무 2. 산업안전보건법 제28조의 규정에 따른 유해하거나 위험한 업무 3. 그 밖에 특별히 정한 업무 	
파견 근로자보호	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 사용자업주의 본 채용의무 <ol style="list-style-type: none"> 1. 대상업무위반, 사용기간 위반, 무허가 파견 → 2년 경과시 2. 절대금지대상위반 → 즉시 ❖ 본 채용의무 면제 <p style="margin-left: 20px;">해당 파견근로자가 명시적으로 직접고용을 반대하는 경우 등</p> ❖ 임금 및 근로조건 등에 대한 차별금지 	
단시간 근로자보호	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 초과근무제한 : 법정 근로시간 이내라도 1주 12시간 초과근로 금지 ❖ 연장근로에 대한 거부권 행사가능 → 거부이유로 불이익처우 금지 ❖ 근로조건서면명시의무 <ol style="list-style-type: none"> 1. 일반근로자의 서면명시 사항(임금의 구성항목 및 산정 방법 등) 2. 근로계약기간 및 취업의 장소와 업무내용(기간제근로자 공통 적용) 3. 근로일 및 근로일별 근로시간(단시간근로자에 국한하여 적용) 	

하는 지위에 있다.

일반적으로 특정 현장 근무를 전제로 채용한 일용근로자와 현장 계약직근로자가 기간제근로자에 해당될 수 있다.

따라서 이하에서 기간제근로자보호 관련제도를 중심으로 검토하고자 한다.

2. 기간제근로자에 대한 근로조건명시 의무

사용자는 근로계약을 체결할 때에 근로자에게 임금, 소정근로시간, 휴일, 연차 유급휴가, 그 밖에 주요 근로조건을 명시하여야 한다. 특히 임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 휴일 및 연차 유급휴가에 관한 사항은 서면으로 명시하고 근로자의 요구가 있으면 그 근로자에게 교부할 것을 강제하고 있다(개정 근로기준법 제

근로조건서면명시 의무의 내용

구 분	내 용	비 고
근로조건 서면명시 의무	❖ 기간제법 제17조 1. 근로계약기간에 관한 사항 2. 근로기간·휴게에 관한 사항 3. 임금의 구성항목·계산방법 및 지불방법에 관한 사항 4. 휴일·휴가에 관한 사항 5. 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항	❖ 5인 이상 사업장에 대하여 07.7.1부터 적용 ❖ 2~4항은 일반근로자와 동일 (근기법 제17조)

기간제 근로자 사용제한제도의 내용

구 분	내 용	비 고
사용기간 제한제도	❖ 사용기간 2년으로 제한 원칙 ❖ 사용기간 적용제외 1. 기간을 정한 사업(건설공사 등 특정프로젝트) 2. 결원근로자(휴직, 파견 등)의 대체투입기간 3. 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수할 필요로 기간을 정한 경우 4. 55세 이상자 5. 전문적 지식, 기술의 활용 등에 필요에 의하여 특별히 정한 경우 ❖ 2년 초과시 기간이 정함이 없는 근로계약으로 전환	❖ 5인 이상 사업장에 대하여 07.7.1부터 적용 ❖ 기간제근로자 사용 기간은 법 시행일 이후 신규 내지 갱신 시점부터 기산

17조).

여기에 더하여 기간제근로자에 대하여는 근로계약기간, 근로시간·휴게, 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항에 대하여도 서면 명시 의무를 부과하고 있다(기간제법 제17조).

따라서 근로계약서 작성이 서면명시 의무를 감안하여 근로계약서에 당해 명시 의무 사항을 포함하여 근로계약서를 작성하고, 근로자가 요구할 경우에는 이를 근로자에게 교부하여야 한다.

3. 기간제근로자의 사용기간제한

사용자는 기간제근로자를 2년 초과 사용금지를 원칙으로 하고, 2년을 초과 사용한 경우에는 기간이 정함이 없는

근로계약(정년보장의 정규직)으로 간주하도록 하고 있다 (기간제법 제4조).

기간제근로자를 2년 이상 사용시 정규직으로 전환해야 하는 것이 원칙이다. 다만, 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우 등에 대하여 예외를 인정하여 건설공사 현장과 같이 건설공사가 2년을 초과하는 경우에도 당해 공사 종료에 필요한 기간에 대하여는 기간제 근로자를 사용할 수 있으며, 이 경우 2년을 초과하여도 정규직으로 전환하지 아니하여도 무방하다.

4. 차별금지제도

차별금지제도는 비정규직근로자 모두에게 적용되는 제도로서 비정규직보호법의 핵심쟁점사항으로 대두되고 있다.

현재 제도시행 이전이므로 차별금지의 내용, 차별유무의 비교대상, 차별의 합리적 이유 등에 대하여는 논란이 되고 있다. 향후 노동위원회와 법원의 사례축적을 통하여 차별금지제도가 정착될 것이다.

현재로서는 노동부가 최근 배포한 안내 자료와 학계에서 논의되고 있는 내용을 중심으로 검토할 수밖에 없는 실정이다.

가. 차별적 처우가 금지되는 대상영역

차별적 처우가 금지되는 대상은 '임금' 및 '그 밖의 근로조건 등' 이다.

"임금"이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금,

차별금지제도의 내용

구 분	내 용	비 고
차별금지 대상자	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 기간제근로자 : 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자 ❖ 단시간근로자 : 소정근로시간이 당해 사업장의 동종의 통상근로에 비하여 짧은 근로자(근기법 제2조 제8항) ❖ 파견근로자 : 사용자업주가 고용하여 제3자(사용사업주)의 업무통제를 받는 근로자(파견법 제2조 제1항) ❖ 비교대상 : 당해 사업장의 동종 또는 유사한 업종에 종사하는 정규직 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 관련법률 기간제법 제8조 파견법 제21조
차별금지 판단기준	<ul style="list-style-type: none"> ❖ '차별처우'란 유사한 업무를 수행하는 정규직과 '합리적 이유' 없이, '임금 그 밖의 근로조건 등'에 대하여 '불리한 처우'를 하는 것 ❖ '임금 그 밖의 근로조건 등' : 임금 및 상여금, 근로시간, 휴게, 휴일, 복리후생, 교육, 배치전환, 징계조건 및 양정 등 고용상의 조건 ❖ '불합리한 처우' : 비교대상자에 비하여 낮은 또는 불리한 조건 의미 ❖ '합리적 이유' : 불리한 처우가 존재할 때, 당해 처우에 대하여 비정규직이란 이유 이외에 다른 합리적 이유가 존재하여야 함. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 불합리한 처우는 근로자입장 ❖ 합리적이유는 사용자입장 (입증책임)
구제절차	<ul style="list-style-type: none"> ❖ 차별처우시정신청(차별처우가 있는 날로부터 3월 이내 신청원칙) → 지노위 조사와 심문 → 시정명령 또는 기각 → 재심 → 행정소송 ❖ 조정 : 쌍방 · 일방 또는 직권으로 회부 → 쌍방수용시 재판상 화해효력 ❖ 중재 : 쌍방 합의신청으로 개시 → 중재결정은 재판상 화해효력 ❖ 시정명령 내용 : 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선, 적절한 금전보상 등 	<ul style="list-style-type: none"> 차별금지적용시점 300인이상 07.7.1 100인이상 08.7.1 100인미만 09.7.1

봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.(근로기준법 제2조제5호)

‘그 밖의 근로조건 등’은 채용이후 근로관계에서 발생하는 근로시간, 휴일, 휴가, 안전과 보건, 재해보상 등으로서 근로기준법이 규율하는 근로조건과 단체협약·취업규칙 또는 근로계약 등에 의한 근로조건이 포함될 수 있다.

나. 차별비교대상 근로자

차별은 둘 이상의 객체들 사이의 비교를 통하여 파악되는 개념이다. 따라서 비정규직근로자에 대한 차별판단을 위해서는 이들 주체와 비교할 수 있는 다른 대상이 존재하여야 한다. 기간제근로자의 비교대상근로자는 i) 당해 사업 또는 사업장에서 ii) 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 iii) 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자(기간제법 제8조제1항)가 된다.

비교대상자의 선정은 구체적으로 차별의 영역에 따라 달리 판단될 수 있다. 예컨대, 정규직들에 대하여 식대 10만원을 지급하면서 기간제 근로자에 대하여 지급하지 아니할 경우 비교 대상 근로자는 정규직 전원이 해당할 것이다.

반면, 기본급에 대한 차별을 판단함에 있어서는 임금의 근로제공 대가성을 감안하여 근로제공의 성질, 즉 업무의 동일성 내지 유사성을 전제로 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자가 대상근로자로 선정되어야 한다.

차별판단을 위한 비교대상근로자의 시점에 대하여 논란이 되고 있다. 노동부는 ‘동종 또는 유사한 업무에 종사하는…근로자’로 규정하여 불리한 처우 여부를 판단해야 할 시점의 비교대상근로자로 한정하는 입장을 보이고 있는 것으로 추정될 수 있다.

그러나 당해 비교대상자 선정 시점문제와 관련하여 정규직전임자와 비정규직후임자간의 비교방식에 대한 입장이 상이하게 된다. 즉, 정규직이 수행하던 업무를 비정규직으로 대체한 경우 정규직전임자의 근로조건 등과 후임자인 비정규직의 근로조건 등에 대한 차별이 존재할 경우 당해 비정규직 근로자의 비교대상을 시점이 다른 과거 전임자로 할 것인가 아니면, 현재 시점의 다른 동종(또는 유사한) 정규직을 비교대상으로 할 것인가에 대하여 논란이 되고 있다.

비교대상근로자

비교주체	비교대상자	비 고
기간제근로자	기간을 정하지 아니한 근로자(상용근로자)	
단시간근로자	전일제 근로자(정규직, 기간제)	
파견근로자	사용사업주의 근로자(정규직, 기간제, 단시간)	

기타 비교대상관련 쟁점사항

쟁점사항	사례	비교대상 문제
직군분리	비정규직을 별도의 직군으로 분리하는 경우	직군을 분리의 경우에도 다른 직군의 동종업무 종사자와 비교가능
업무차별화	업무의 범위·권한·책임 등에 차별화를 꾀하는 경우	업무차별화의 내용에 따라 비교대상 내지 차별의 합리성 평가 필요

다. 불리한 처우의 합리적 이유

사용자가 비정규직근로자를 비교대상근로자에 비하여 불리하게 처우함에 합리적 이유가 있다면 당해 불리한 처우는 정당화되고 차별처우에 해당하지 않게 된다.

임금 내지 근로조건 등에 대한 불리한 처우가 근무기간 내지 취업기간, 업무수행과 관련성이 있는 채용조건 내지 자격요건, 업무범위·권한·책임, 노동생산성, 근로조건결정 요소의 차이에 의한 것으로 사회적 상당성인 인정될 경우 합리적 이유가 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

그러나 임금 및 근로조건을 결정하는 요소와 전혀 무관한 요소로 비정규직근로자에게 불리한 처우가 이루어졌다면 합리적 이유로 평가될 수 없을 것이다.

라. 차별처우 영역별 검토

차별 존부에 대한 구체적인 검토는 세부항목비교방법, 특정범주별비교방법, 총액비교방법 등을 종합적으로 고려하여 차별처우와 합리성유무를 판단할 수 있다.

구체적인 차별처우 해당여부에 대하여 ①임금 및 기타 금품 ②교육훈련·배치전환 ③복지제도 등이 주로 논의되고 있는 분야이다.

①임금 및 기타 금품과 관련하여, 연공서열(학력, 경력, 근속년수, 연령 등)을 기준으로 임금을 결정하는 사업장에

서 동일한 연공서열을 가진 비정규직에 대하여 정규직에 비하여 불리한 임금을 적용할 경우 차별로 추정될 것이며, 직무급체계(직무가치기준 임금)의 사업장의 경우 직무평가의 객관성과 공정성 인정여부, 성과급 내지 실적급의 경우 성과 내지 실적 평가의 객관성과 공정성 인정여부에 따라 차별성립여부에 대한 평가가 달라질 수 있을 것임.

임금인상액·인상율의 차등, 각종 수당의 지급대상 내지 지급액, 수당산정방법의 차이 등에 따른 불이익이 발생하였다면 사용자가 합리적인 이유를 제시하지 못할 경우 차별처우에 해당할 것임.

아울러 상여금은 명칭과 지급목적 내지 실태 등에 따라 다양한 유형으로 구분되며, 차별처우 해당 여부도 사안별로 평가될 수밖에 없는 한계가 있다.

정기상여금, 경영성과 배분성격의 성과상여금, 사용자의 임의적 은혜적 상여금 등의 경우 지급과정에서 지급율, 지급기준, 지급대상 등을 사전에 정해져 있는 규정에 의하거나 사용자가 일방적으로 기준에 정하여 차등지급하는 사례가 흔히 있다.

그러나 당해 상여금의 지급에 있어 비정규직에 대한 차등지급으로 인하여 불이익이 존재할 경우 당해 차등지급의 합리적인 이유에 대하여 사용자가 입증하지 못할 경우 차별처우에 해당할 것임.

차별존부 비교방법

구분	비교방법	비고
세부항목비교방법	각종 수당 등 개별 근로조건항목비교	가족수당, 근속수당, 직책수당, 상여금, 현장수당, 식대, 학자금, 하기휴가비 등
특정범주별비교방법	상호 유·불리를 달리하는 연관관계가 있는 2가지 이상의 근로조건을 하나의 범주로 취급하여 비교	월급총액이 높은 반면 상여금을 지급하지 않는 경우 → 상여금과 월급여를 하나의 비교대상으로 하는 방법
총액비교방법	임금총액(연간보수총액)비교	월급제와 연봉제, 일급제와 월급제, 포괄임금제와 기본시급제

②교육훈련·배치전환과 관련하여, 교육훈련 대상에서 기간제 근로자를 배제할 경우 차별처우에 해당하는가에 대한 논란이 있다.

장기고용을 전제로 하는 직무수행능력향상 교육훈련의 경우 단기로 고용함을 전제로 하는 기간제 근로자에 대한 교육대상 배제는 합리성이 인정될 것으로 보아야 할 것이다.

그러나 소양교육이나 현 직무에 필요한 활용하기 위한 교육훈련대상에서 제외하고 이에 따라 당해 업무에서 배제하여 직무내용상 불이익을 수반하는 경우에는 차별처우에 해당한다는 주장이 있다.

업무배치와 관련하여 비정규직에게만 야간근무에 배치하거나 유해·위험작업에 배치하는 경우 처음부터 채용 목적이 당해 업무에 해당되어 업무내용이 특정되어 있지 아니하는 등의 특별한 사정이 없는 한 차별처우에 해당될 것으로 판단된다.

③복지제도에 있어서 정규직과 비정규직을 불문하고 일정한 요건에 해당하는 근로자들을 배제할 경우에는 특별한 사정이 없는 한 차별에 해당하지 아니할 것임.

그러나 비정규직에 대하여 수혜대상에서 배제하거나 차등을 통하여 불이익을 조성할 경우에는 합리적 이유를 입증하지 못하는 한 차별에 해당할 것임. ㉠

마. 차별처우 구제제도

구분	내용	비 고
관 할	초심 -지노위, 재심 -중노위	초심결정불복 시 10이내에 재심청구
신 청 인	비정규직(기간제·시간제·단시간)근로자	
피신청인	· 사업주(법인기업은 법인, 개인기업은 개인) · 파견사업주와 사용자사업주는 책임영역에 따라 모두 피신청인이 될 수 있음.	
신청기간	차별적 처우가 있는 날부터 3월 이내	
주 장 및 입 증	· 신 청 인 : 차별적 처우의 내용을 명시 · 피신청인 : 신청인자격(비정규직여부) 차별부존재 비교대상근로자 하자 합리적인 이유 등을 입증	
조 정	쌍방 또는 일방의 신청 또는 직권에 의하여 조정절차를 개시	조정조서·중재결정서는 재판상의 화해 효력
중 재	쌍방합의하여 중재를 신청한 경우에 중재개시	
과태료 부과	· 확정된 시정명령을 정당한 이유 없이 이행하지 아니한 자 : 1억원 이하의 과태료 부과 · 확정된 시정명령 이행상황을 제출 요구에 정당한 이유없이 불응하는 경우 : 500만원 이하의 과태료 부과	