



대한설비건설협회는 회원사의 경영환경 개선을 위해 지난 6월 20일부터 7월 15일까지 한 달 동안 전국 시·도회를 순회하며 노무강습회를 실시했다. 본지는 회원사의 노무관련 업무에 참고자료로 활용할 수 있도록 전국 시·도회 노무강습회 교재로 사용된 '건설업 인사노무관리 실무'를 연재한다. [편집자주]

1. 근로계약의 체결

2008.1.1. 건설산업기본법 개정 시행으로 시공 참여자를 사용하는 경우 시공참여자에게 건설도급을 준 전문건설업체는 불법하도급이 되며 전문건설업체로부터 건설도급을 받아 건설공사를 시공한 시공참여자는 무면허 시공으로 인하여 형사처벌을 받게 됐다.

따라서 전문건설업체가 건설사업을 연속적으로 영위하기 위해서는 시공참여자와 현장에서 노무를 제공하는 건설일용근로자와 근로계약을 체결하고 전문건설업체에 편입시켜 업무를 수행케 하여야 한다.

※ 체크포인트 ※

- 임금의 구성항목 · 계산방법 · 지급방법
- 소정근로시간 반드시 서면 명시
- 휴일 및 연차 유급휴가에 관한 사항

2. 근로계약기간

근로계약도 민사상 계약이므로 '사적 자치의 원칙'에 의하여 계약 당사자 자유의사에 의하여 기간을 설정할 수 있는 것이 원칙이다. 따라서 1일, 1

개월, 사업의 완료 및 특정사업의 완료 시까지 당사자의 합의에 의한 근로계약을 체결할 수 있다.

그러나 사회법 영역인 노동관계법의 특성상 경제적 약자인 근로자 보호를 위하여 기간의 정함이 없는 무기근로계약을 지향하되, 부득이 당사자의 합의에 의하여 기간의 정함이 있는 유기근로계약을 체결하는 경우 일정한 조건이 성립되면 무기근로계약으로 전환된다.

'기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률' 제4조 1항에 의하면 기간제 근로자를 2년을 초과하여 사용할 수 없음을 원칙으로 하고 있다. 또한 동조 2항에 의하면 2년을 초과하여 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주하고 있다.

그러나 제4조 1항 단서 제1호에 의하면 "사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우"에 대해서는 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용할 수 있음을 명문화 하고 있다.

건설업은 '사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성'을 목적으로 사업을 행하는 업종으로서 원도급자로부터 도급받은 건설도급 업무를 수행하는 기간이 2년을 초과하여도 무기근로계약으로 변경되지 아니한다는 행정해석이 있다. 다만, 시공참여자와 시공참여자가 소속 현장 일용근로자와 체결한 근로계약 기간이 초과하고 새로운 공사현장에 재

배치하고자 하는 경우 반드시 새로운 근로계약서를 작성하여야 한다.

또한 시공참여자 또는 시공참여자 소속 현장일용근로자를 “사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간” 단위가 아닌 일일 단위로 채용할 경우 ‘기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률’ 제4조 2항에 의하여 기간의 정함이 없는 근로계약으로 변경될 수도 있음을 주의하여야 한다.

3. 근로계약서 작성방법

가. 취업장소

① 현장명

‘기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률’ 제4조 1항 단서에 의하여 근로계약 체결 이후 2년이 도과하여도 기간의 정함이 없는 근로계약이 변경되지 아니하기 위해서는 특정 건설현장을 명시하여야 한다.

② 내용예시 - “을”의 근로제공 장소는 ○○건설현장으로 한다.

나. 업무의 종류

① 업무의 종류는 근로자가 해야 할 일의 종류를 기재한다.

② 내용예시 - “을”의 업무는 ○○○○로 한다.

다. 근로시간은 출근시간·휴게시간 및 퇴근시간 기재

① 휴게시간은 근로자가 자유롭게 이용할 수 있게 하여야 하고 근로시간이 8시간일 경우에는 1시간 이상 주어야 한다. 따라서 점심식사 시간을 이용하여 부여하는 것이 바람직하다.

② 내용예시

근로시간 : 시 분부터 시 분까지(1일 시간)

휴게시간 : 시 분부터 시 분까지

라. 근로계약기간

① 기간의 정함이 있는 근로계약의 경우 건설현장단위로 기간을 정하여 채용되는 것을 원칙으로 한다. 계약기간을 명확히 하지 않은 상태에서 근로계약해지 통보를 하게 되면 “부당해고”문제로 까지 야기될 수 있으며 건설현장을 명시하지 않는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약으로 변경될 수 있다.

② 근로계약기간 예시

근로계약기간은 △△부터 △△까지 ○○건설현장 공사만료 시까지로 한다. 다만 본 계약기간 중에 용역 계약이 해지된 경우에는 그때를 계약기간 만료일로 한다.

③ 법적 근거

‘기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률’ 제4조 1항 단서

마. 임금의 포괄산정

① 연장근로에 대한 사전 합의

시간외 근로수당이 미리 합산된 정함이 유효 하려면 단체협약이나 근로계약을 통하여 사전에 명확한 정함이 있어야 하고, 그 정함이 정당해야 한다. 1일 근로시간 10시간으로 하는 근로계약은 1일 8시간을 넘는 부분에 대한 시간외수당까지 포함된 취지가 아니라 근로기준법 소정의 연장근로에 관한 쌍방간의 사전합의를 한 취지로 보아야 한다. (서울지판 1995.9.15. 94가 합63930 퇴직금 등)

② 임금산정의 예시

• “을”의 월임금 총액은(원)으로 산정되며, 위 월임금에는 ①기본근로(월226시간) ②연장근로(52시간), ③연차휴가수당(1월 8시간)이 포괄 산정되어 있다는 것을 상호 인정한다.

• 임금은 매월 일에 지급하되, 조세 및 제세공과금을 원천징수한 후 지급한다. 단, 본인의 원할 경우에는 “을”의 온라인구좌로 지급한다.

바. 근로계약의 해지사유

① 근로계약 해지

근로계약의 해지는 특정한 조건이 성취하면 사용자와 근로자간 체결된 근로계약이 효력을 상실하는 것을 말한다. 다만, 근로계약서·취업규칙에 규정된 해지사유라도 노동사건화 되면 해고사건으로 변경될 수 있음을 유의해야 한다.

② 해지사유 예시

- 계속하여 7일 이상 무단 결근할 경우, 근로의사가 없는 것으로 간주, 당연 퇴직된다.
- 근무수칙 및 제 규정 위반으로 경고 및 시달서 처분을 3회 이상 받은 경우
- 정당한 업무지시 불이행 및 고의, 중대한 과실로 사고나 손실을 야기시킨 경우
- 신체, 정신상장애로 계속 근로를 할 경우, 건강을 급격히 악화시킬 우려가 있다는 판정 또는 계속 근무가 불가하다는 판정을 받았을 때
- “갑”의 동의 없이 타 작업장에 취업한 때
- 근로계약기간이 종료되었을 때 및 소속현장의 용역계약이 만료되었을 때
- 근로계약기간·공사기간이 종료되었을 때
- 현저한 사정변경으로 공사를 이행할 수 없을 때
- 사회통념상 근로관계를 유지할 수 없는 사유의 발생 또는 회사 규정에 의한 근로계약 해지 사유 발생할 때

미만인 근로자, 4주간을 평균하여 1주간의 소정 근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 법적으로 퇴직금제도 자체가 적용되지 않는다(제4조1항).

— 일용근로기간을 계속근로연수로 통산하는 요건 —

일용근로자가 근로한 기간을 계속 근로연수로 통산 받으려면 우선 근로기준법 제2조1호에 의한 근로자성을 판단하는 기준에서 사용종속적 관계에서 근로를 제공했는지 여부와, 근로의 대체성이 있었는지 여부가 가장 중요한 판단기준이 되어야 할 것임

[사례 1]

타일공이 1인의 사용자에게 종속되어 10년 이상을 근로해 오면서 그 근로기간 전체에 관해 퇴직금을 청구해 온 사건

- ▶ 근로자는 10년 이상의 기간동안 월 15일 이상 30일까지 일당제 타일공으로 계속 근로해 왔고 그 내역을 소형 달력으로 출결상황을 빠짐없이 기재해 왔다.
- ▶ 근로자는 다소 불규칙적이긴 하지만 한 달 동안 근로한 노임을 매월 1회 일시에 지급받아 온 사실이 있고,
- ▶ 비록 일감이 없어 사용자의 근로지시가 없는 기간에도 다른 업자의 의뢰를 받아 일용근로를 제공하거나, 자신의 사정으로 근로하지 못한 날에 동일 기능을 가진 다른 일용근로자를 대신 종사하도록 대체한 일도 없었으며,
- ▶ 업무를 도급으로 수급받아 처리하거나 위임형태의 성과급을 받은 사실도 없이 오직 일당제 월급형태로 수령했으며,
- ▶ 다만 중도에 장거리 여행으로 인해 7일 이상 결근한 일이 있었던 경우

이상의 사례에서 살펴보면, 근로자는 사용자로부터 지휘종속관계에서 임금을 목적으로 노무를 제공하여 왔고 근로의 대체성도 없는 등 전체적으

퇴직금 지급 관리

상시 근로자수가 5인 이상인 사업장에서 1년 이상을 계속 근로한 근로자에 대하여는 평균임금의 30일분 이상을 퇴직금으로 지급하는 제도를 설정해야 한다(퇴직급여보장법 제8조). 따라서 건설일용근로자가 퇴직금을 지급받으려면 아래와 같은 요건을 구비해야 한다. 다만, 계속 근로기간이 1년

로 근로자성을 부인하기도 어렵고, 입사일 이후부터 사건을 제기할 때까지 계속근로의 단절을 발견할 수도 없으므로 전체 기간을 계속근로기간으로 통산 하고 퇴직일 이전 3월간의 임금을 그 기간의 총 역일수로 나누어 1일 평균임금을 산출하고, 이를 30일로 곱하고 전체 계속근로일수를 365일로 나눈 수와 곱하여 퇴직금을 산정 지급해야 함.

그러나, 위 사례에서 만약 사용자가 근로자에게 “일정면적의 타일공사를 평방미터당 혹은 평당 얼마씩 하는 도급방식”으로 시공을 위임하고, 근로자는 사용자로부터 출퇴근의 구속 없이 독립하여 자재나 타일 시공장비 등을 가지고 자기 책임 하에 타일보조공이나 잡부를 고용하여 공사를 완성하고 그에 상응한 도급금액을 지급받아 인건비와 자재비, 공구손실료에 충당하고 나머지 이윤을 자기 몫으로 가져가는 방식으로 10여년간을 계속 종사해 왔거나, 전체 10년의 기간 중 후반부 5년간만을 그렇게 해 왔다면 문제는 다르게 봐야 함.

즉, 일당제근로자로 일해 온 전반부 5년간은 계속근로연수로 보아 근로기준법상 퇴직금을 지급해야 할 것이고, 그 소멸시효는 10년의 기간이 지나 도급위임관계가 종료된 날로부터 3년간을 기산해야 할 것이며, 후반부에서 도급으로 일해 온 5년간은 퇴직급여보장법상 계속 근로가 단절된 기간으로 보아 퇴직금 자체가 발생하지 않음.

따라서 도급 5년의 기간 중 발생한 체불대금이 있다면 이는 일반채권의 청구절차를 따라야 할 것이며 근로기준법상 체불임금으로 볼 수 없음.

그러나 일당제로 종사한 전반부 5년간은 근로기준법상 임금체불 청구절차를 따라야 할 것이고 임금채권의 소멸 시효가 적용되어, 퇴직일 즉, 도급관계종료일 현재 그 임금의 정기 지급일로부터 3년이 경과하지 않은 임금채권이 남아 있어야만 청구권을 행사할 수 있음.

퇴직일 현재 정기 지급일로부터 3년이 경과하지 않은 임금채권이 있다면 근로기준법 제36조에 의거 그 채권은 도급관계종료일로부터 3년 간의 소멸시효가 다시 진행한다고 보아야 함.

[사례 2]

일용근로자가 1년 동안의 기간 중 다수 사업장을 이동하면서 근로한 경우, 그 기간동안 대부분

의 기간을 1개 사업장에 종속되어 있었다고 해서 그 전체 기간을 합하여 1년 이상으로 볼 수는 없음

- ▶ A라는 근로자가 '07.1.1부터 K건설에 소속되어 미장공으로 근로하던 중 8개월 후인 '07.9.10 일경부터 수주공사가 없어 K건설사와 근로계약을 해지하고 H건설에서 1달간 근로하다가 10.10일경 다시 K건설사에 복귀하여 '08.2.1까지 근로하고 사직하였다면,
- ▶ A는 K사를 떠나 H사에 근로를 제공한 시점에 이미 K사와 근로관계는 완전히 종료된 것이므로 그 때부터 계속근로기간은 단절된 것임.

따라서 그 이전 기간이 1년 미만이므로 퇴직금은 발생하지 않을 것이고, 다시 복귀한 '08.2.1부터 1년간의 계속근로 요건이 충족된 후 퇴직사실이 있어야 비로소 퇴직금 지급 요건이 됨.

근로관계 종료

1. 근로관계 종료사유

- 근로관계 종료에 대한 근로자의 일방적 의사표시인 사직
- 근로관계 종료에 대한 사용자의 일방적 의사표시인 해고
- 근로자와 사용자간의 합의에 의해 근로관계를 종료시키는 합의해지

사유	내용	적용규정
사직	근로자 자발적 의사표시	민법(의사표시의 효력)
해고 (징계, 통상, 경영상의 해고)	사용자의 강제적 퇴직의사 표시	근로기준법 제23조, 제24조
합의해지	근로자와 사용자간의 합의(권고사직, 희망퇴직 등)	민법(의사표시의 효력)

정년	당사자가 정한 정년의 도래	단체협약, 취업규칙, 근로계약
근로기간, 사업기간 만료	당사자가 정한 근로계약기간 등의 종료	근로기준법 제16조, 근로계약

▲근로기준법의 규율 대상 : 해고

2. 해고 예고

해고예고의 의의

- 갑작스러운 해고로 인한 생계유지 곤란으로부터 근로자 보호
- 해고가 아닌 경우(근로계약기간 만료, 사직)에는 적용되지 않음

사용자의 해고예고 의무

- 해고일 30일 전 예고 또는 30일분 이상의 통상 임금(해고예고수당) 지급

해고예고의 예외(즉시해고 사유)

- 천재지변 기타 부득이한 사유로 사업계속이 불가능한 경우
- 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하는 등의 사유로 해고되는 경우

해고예고 적용 제외자

- 일용근로자로서 3월 계속근무하지 않은 자
- 2월 이내 기간 정해 사용된 자
- 월급근로자로서 6월 미만자
- 계절적 업무에 6월 이내의 기간을 정해 사용된 자
- 수습사용중의 근로자(3월 이내)

3. 해고 예고 실무 Q&A

- ❶ 회사 규정상 1개월 전에 사직의 의사를 밝히도록 되어 있음에도 불구하고 갑자기 직원이 사직서를 제출하는 경우 어떻게 처리 할 것인가?

고 민법 제660조

해지통보를 받은 날로부터 1개월 경과시 퇴직의 효력 발생기간으로 보수를 정한 경우는 통고를 받은 당기 후의 1기 경과 필요

- ❷ 다소 위협적인 문구와 표현을 빌어 권고사직을 시킨 경우 법적으로 효력이 있는가?

고려사항 권고사직의 사유 - 구조조정(명예퇴직/희망퇴직), 징계해고 대체

강박에 의한 의사표시 여부 판단 → 민법 제110조 권고사직의 효력

- 일괄사직서 제출 및 선별수리 - 비진의 의사표시(민법 제107조) → 무효
- 명예퇴직을 하지 않을 경우 정리해고를 하고 퇴직위로금은 없다고 한 경우

- ❸ 근로자가 사직서를 제출한 후 사직의 의사를 철회 할 수 있는가?

고려사항 퇴직에 대한 청약과 승낙(권고사직이나 명예퇴직 신청 등) → 수리 전 철회 가능
일방적인 근로관계 해지 통보 → 회사의 동의 없이는 의사표시 철회 불가

- ❹ 업무능력 부족만을 이유로 직원을 해고 할 수 있는지?

고 다음과 같은 기준 고려 필요

- 근로계약시 예정한 업무를 정상적으로 수행할 수 없는지
- 업무능력을 평가하는 객관적 기준이 존재하는지
- 회사가 근로자에게 업무능력 개선을 위한 기회를 제공했는지
- 업무능력 부족이 해고사유임을 당사자가 인식하고 있는지 (규정, 근로계약)
- 업무능력 부족과 불성실한 근무자세의 상관성이 존재하는지

Q 형사상 유죄판결을 받은 것을 사유로 해고 할 수 있는지?

고려사항 사회적 공동체의 질서 보호차원의 형사처벌이 회사 공동체의 질서에 끼치는 영향을 고려하여 결정 → 근로관계를 지속시키기 어려운 정도인지 판단

- 형사상 유죄판결을 받은 경우 '당연퇴직' 또는 '해고사유'로 명시한 경우
- 형사상 유죄판결로 정상적인 근로를 제공하지 못하는 경우
- 형사상 유죄판결 행위와 직무와의 연관성 - 경리담당자의 횡령
- 형사상 유죄판결과 회사에 미친 영향-명예훼손

Q 직위해제와 직권면직, 대기발령과 직권면직의 법적 평가는 어떠한가?

고려사항 대기발령 사유

3개월 대기발령 후 직권면직 처분할 수 있는지 대기발령 기간 동안의 처우는 어떻게 해야 하는지

Q 경영환경 악화로 사업장 중 일부만 폐쇄하고 해당 직원들만 해고 할 수 있는지?

고려사항 사업의 종료가 아니라 축소이므로 경영상 해고 요건을 충족해야 함
위로금 등을 지급하고 당사자간 근로관계 종료에 대해 합의

Q 희망퇴직 대상자가 희망퇴직을 신청하지 않아 정리해고를 했을 경우 그 적법성은?

고려사항 희망퇴직 기준 설정은 회사의 재량 사항임
대상자 선정의 합리성과 공정성 문제 발생
• 희망퇴직 대상자 선정 기준과 경영상 해고 대상자 선정 기준은 동일하지 않음

Q 고용안정 협약에 위반하여 정리해고를 실시 할 수 있는지 여부?

고려사항 고용안정협약을 이행할 수 없는 사정변경이 발생했는지
구조조정의 합리성과 공정성을 담보하려는 협의의 취지
대안 없이 무조건 반대하는 등 노동조합이 합의거부권을 남용하였는지

