***1. 근로자성의 인정 및 산재보험의 대상***

|  |
| --- |
| **정신장애가 있어 독자적으로 사업을 수행하기 어려운 장애인이 사업장에서 숙식을 하며 사업주의 지시에 따라 업무를 수행한 경우, 비록 사업주가 그 근로의 대가로서 고정된 급여를 지급한 것이 아니라 업무성과에 따라 비정기적으로 적당한 금액을 지급하였다고 하더라도, 근로기준법상의 근로자로 보아야 한다.**  **(청주지방법원 2008. 3.27. 선고 2007구합2048 판결)** |

(1) 관련 법령

|  |
| --- |
| 근로기준법 [제2조](javascript:hyperlink('920F4F4A7C9D43E2B471D4FE50E67872|2')%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20) (정의)  ①이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “근로자”란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.  근로기준법 제11조 (적용 범위)  ①이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사(家事) 사용인에 대하여는 적용하지 아니한다.  산업재해보상보험법 [제5조](javascript:hyperlink('5F49278BF25143FEAF0EF5E45C18F2C0|5')%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20) (정의)  이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 2. “근로자”•“임금”•“평균임금”•“통상임금”이란 각각 [「근로기준법」](http://www.lawnb.com/law/%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20javascript:hyperlink('5C770DA27C824F00986F4E8E55F74F9C|0')) 에 따른 “근로자”•“임금”•“평균임금”•“통상임금”을 말한다. |

(2) 사실관계

A는 정신지체 3급 장애인으로 2003년경부터 B가 운영하는 업체 내에서 숙식을 하며 폐지수집 업무 등에 종사하였음. A는 업체 내에서 자루에 공병을 담는 작업을 한 후 폐지 더미 위에 올라가 폐지정리를 하던 중 폐지를 묶은 나일론 끈에 발이 걸리면서 약 1.4m 아래 바닥으로 추락하여 사지마비 등의 부상을 입었음. A는 근로복지공단에 이 사건 부상이 업무상 재해로 인한 것이라며 사업주의 날인이 거부된 요양신청서를 제출하였고, 근로복지공단은 A가 사용자의 지휘·감독하에 근로를 제공하는 근로기준법 및 산업재해보상보험법상의 근로자에 해당하지 않는다는 이유로 2007. 7. 10. A의 요양신청을 불승인하는 처분을 하였음.

(3) 법원의 판단

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 결정되는 것이고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등 당사자 사이의 관계 전반에 나타나는 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

|  |
| --- |
| **\* 산재사고가 발생한 경우 대응 방안 \***   * 근로복지공단에 산재보험급여 청구 * 산재보험급여에 대하여 이의가 있는 경우 근로복지공단에 심사를 청구 * 심사 결과에 이의가 있으면 산업재해보상보험시사위원회에 재심사를 청구 * 재심사 결과에 이의가 있으면 근로복지공단을 피고로 하여 행정법원에 행정소송을 제기(이러한 절차를 걸치지 않고 산재보험급여에 관한 근로복지공단의 처분에 대하여 취소소송을 제기) * 사용자를 상대로 ‘재해보상금 등 청구의 소’를 제기 |

***2. 임금과 퇴직금***

|  |
| --- |
| **[1]사용자와 근로자가 매월 지급하는 월급이나 매일 지급하는 일당과 함께 퇴직금으로 일정한 금원을 미리 지급하기로 약정한 경우, 그 ‘퇴직금 분할 약정’의 효력(원칙적 무효)및 무효인 위 약정에 의하여 이미 지급한 퇴직금 명목의 금원이 부당이득에 해당하는지 여부(적극) [2]사용자가 근로자에게 이미 퇴직금 명목의 금원을 지급하였으나 그것이 퇴직금 지급으로서의 효력이 없어 사용자가 같은 금원 상당의 부당이득반환채권을 갖게 된 경우, 이를 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권과 상계할 수 있는지 여부(적극)**  **(대법원 2010. 5.20. 선고 2007다90760 판결)** |

(1) 관련법령

|  |
| --- |
| 근로기준법 [제2조](javascript:hyperlink('920F4F4A7C9D43E2B471D4FE50E67872|2')%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20) (정의)  ①이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 5. “임금”이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.  근로기준법 제43조 (임금 지급)  ①임금은 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.  ②임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다. 다만, 임시로 지급하는 임금, 수당, 그 밖에 이에 준하는 것 또는 대통령령으로 정하는 임금에 대하여는 그러하지 아니하다.  근로기준법 제49조 (임금의 시효)  이 법에 따른 임금채권은 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.  근로자퇴직급여 보장법 제8조 (퇴직금제도의 설정)  ①퇴직금제도를 설정하고자 하는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다.  ②제1항의 규정에 불구하고 사용자는 근로자의 요구가 있는 경우에는 근로자가 퇴직하기 전에 당해 근로자가 계속 근로한 기간에 대한 퇴직금을 미리 정산하여 지급할 수 있다. 이 경우 미리 정산하여 지급한 후의 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간은 정산시점부터 새로이 기산한다.  근로자퇴직급여 보장법 [제10조](javascript:hyperlink('0A5AF4A514864142BAC66A1500C3B171|10')%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20) (퇴직금의 시효)  이 법에 의한 퇴직금을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. |

(2) 사실관계

A는 입사 당시 회사와 퇴직금의 일부를 임금으로 지급받는다는 약정을 체결하였으나, 특별히 퇴직금 중간 정산 절차를 거치지는 않았음. 퇴사를 하였음에도 불구하고 회사에서 퇴직금이 지급되지 아니하자 A는 회사를 상대로 퇴직금 지급 청구의 소를 제기함

(3) 법원의 판단

‘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 금원을 미리 지급하기로 약정(이하 ‘퇴직금 분할 약정’이라 한다)하였다면, 그 약정은 퇴직금 중간정산으로 인정되는 경우가 아닌 한 최종 퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 근로자가 사전에 포기하는 것으로서 강행법규인 구 근로기준법 제34조에 위배되어 무효이고, 그 결과 퇴직금 분할 약정에 따라 사용자가 근로자에게 퇴직금명목의 금원을 지급하였다 하더라도 퇴직금 지급으로서의 효력이 없다고 할 것이다.

한편, 사용자는 본래 퇴직금 명목에 해당하는 금원을 지급할 의무가 있었던 것이 아니므로, 위 약정에 의하여 이미 지급한 퇴직금 명목의 금원은 법 제18조 소정의 ‘근로의 대가로 지급하는 임금’에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 사용자는 법률상 원인 없이 근로자에게 퇴직금 명목의 금원을 지급함으로써 위 금원 상당의 손해를 입은 반면 근로자는 같은 금액 상당의 이익을 얻은 셈이 되므로, 근로자는 수령한 퇴직금 명목의 금원을 부당이득으로 사용자에게 반환하여야 한다고 보는 것이 공평의 견지에서 합당하다.

임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하므로 사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계를 하지 못하는 것이 원칙이고, 이는 경제적·사회적 종속관계에 있는 근로자를 보호하기 위한 것인바, 근로자가 받을 퇴직금도 임금의 성질을 가지므로 역시 마찬가지이다. 다만 계산의 착오 등으로 임금을 초과 지급한 경우에, 근로자가 퇴직 후 그 재직 중 받지 못한 임금이나 퇴직금을 청구하거나, 근로자가 비록 재직 중에 임금을 청구하더라도 위 초과 지급한 시기와 상계권 행사의 시기가 임금의 정산, 조정의 실질을 잃지 않을 만큼 근접하여 있고 나아가 사용자가 상계의 금액과 방법을 미리예고하는 등으로 근로자의 경제생활의 안정을 해할 염려가 없는 때에는, 사용자는 위 초과지급한 임금의 반환청구권을 자동채권으로 하여 근로자의 임금채권이나 퇴직금채권과 상계할 수 있다고 할 것이다.

|  |
| --- |
| **\* 사용자가 임금이나 퇴직금 등을 지급하지 않고 있는 경우 대응 방안 \***   * 사업장 소재지 노동청에 밀린 임금•퇴직금을 지급해 달라고 진정 * 사업장 소재지 노동청에 사용자를 근로기준법 위반으로 처벌해 달라며 고소 * 사용자를 상대로 ‘임금•퇴직금 등 청구의 소’를 사업장 소재지 관할 법원에 제기 후 확정 판결문을 토대로 사용자의 재산(동산, 부동산, 채권)에 강제 집행, 소를 제기하면서 가압류 등 보전 처분을 병행 * 사용자를 상대로 ‘임금지급가처분’을 사업장 소재지 관할 법원에 신청 ; 법원의 판결이 내려지려면 통상 오랜 시일이 소요되므로 법원의 판결이 확정되기 전에 임금의 지급을 명하는 가처분 (ex, ‘채무자는 채권자에게 20ㅇㅇ. ㅇ. ㅇㅇ.부터 제1심 본안판결 선고시까지 매월 ㅇ일에 금-원의 비율에 의한 금원을 임시로 지급하라’) |

***3. 비정규직•갱신거절•부당해고***

|  |
| --- |
| **서울특별시 시설관리공단이 장애인콜택시 운행에 관한 위ㆍ수탁계약을 체결한 후 1년 단위로 계약기간을 갱신하다가, 운행업무를 수행하던 운전원에게 재계약 심사결과 기준점수 미달을 이유로 갱신거절을 통보한 사안에서, 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있는 근로계약의 갱신거절에 해당하지 않는다고 한 사례**  **(서울행정법원 2009. 3. 13. 선고 2008구합34979 판결)** |

(1) 관련법령

|  |
| --- |
| 근로기준법 [제23조](javascript:hyperlink('D83628BDD23643BD908214F18EFD4B55|23')%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20) (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.  ②사용자는 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 [제84조](http://www.lawnb.com/law/%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20javascript:hyperlink('D83628BDD23643BD908214F18EFD4B55|84'))에 따라 일시보상을 하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다.  근로기준법 [제24조](javascript:hyperlink('55C36048725F43AB8FF11C005D3E36A8|24')%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20) (경영상 이유에 의한 해고의 제한)  ①사용자가 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. ②제1항의 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. ③사용자는 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.  기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 [제4조](javascript:hyperlink('E58C8E5550F547128F74842C8617AC9B|4')%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20) (기간제근로자의 사용)  ①사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위안에서(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 기간제근로자를 사용할 수 있다. 1. 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우 (이하 생략) ②사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다. |

(2) 사실관계

A는 2004. 2. 26. 서울특별시 시설관리공단과 계약기간을 1년으로 정하여 장애인콜택시 운행에 관한 위ㆍ수탁계약을 체결한 후, 1년 단위로 3회에 걸쳐 위ㆍ수탁계약을 갱신하여 장애인콜택시의 운행업무를 수행하여 오던 중, 2007. 12. 31. 공단으로부터 2007년 재계약 심사 결과 기준점수 미달을 이유로 위ㆍ수탁계약의 갱신이 거절되었음. 이에 A는 서울지방노동위원회에 갱신거절이 부당해고라고 주장하면서 부당해고 구제신청을 하였는데, 서울지방노동위원회는 A의 위 부당해고 구제신청을 기각하였고, 다시 A는 중앙노동위원회에 재심신청을 하였는데, 중앙노동위원회는 위 재심신청을 받아들여 “부당해고임을 인정한다. 공단은 이 판정서를 송달받은 날로부터 30일 이내에 참가인을 원직에 복직시키고, 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라”는 내용의 구제명령을 하였음. 이에 공단은 중앙노동위원회를 상대로 재심결정 취소의 소를 제기함

(3) 법원의 판단

근로자와 사용자가 근로계약을 체결하면서 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우라 하더라도, 그 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는, 계약서의 문언에도 불구하고 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 것이나, 위와 같은 사정이 인정되지 않는 경우에는 처분문서인 근로계약서의 문언에 따라 근로자와 사용자 사이에는 기간의 정함이 있는 근로계약이 맺어진 것이라고 봄이 원칙이다([대법원 2007. 7. 12. 선고 2005두2247 판결](Javascript:hyperlink('13CA83741BFF40B8ACEBF298112C23B3')) 등 참조).

비록 참가인과 원고 공단 사이에 작성된 위ㆍ수탁계약서에 위탁기간 만료가 계약의 종료사유로 규정되어 있다고 하더라도, 원고 공단이 참가인에 대한 이 사건 갱신거절을 하기 이전에 대다수의 운전원들과 사이에 위ㆍ수탁계약을 갱신하여 온 점 등에 비추어 보면, 참가인과 원고 공단 사이의 위ㆍ수탁계약에서 정한 기간은 그 기간의 만료로 근로관계가 획일적으로 종료되는 존속기간이 아니라 갱신에 의하여 연장이 허용되는 갱신기간이라고 봄이 옳을 것이고, 이러한 경우 갱신을 거절함에 있어서는 해고제한의 법리가 유추 적용되어 정당한 이유라는 해고 제한의 기준보다는 완화된 기준이기는 하지만 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있어야 할 것이다.

|  |
| --- |
| **\* 사용자가 정당한 이유 없이 근로자를 해고•휴직•정직•감봉 기타 징계처분을 하거나 전근•전적 등 인사상 불이익처분을 한 경우 대응 방안 \***   * 부당해고에 대하여 3개월 이내에 관할 지방노동위원회에 구제 신청 * 구제신청에 대하여 기각결정이 있을 경우 재심 신청, 재심판정에 대하여 행정소송 * 사용자를 상대로 ‘해고무효확인의 소’, ‘전직처분무효확인의 소’를 제기 |

***4. 장애인고용촉진법***

|  |
| --- |
| **[1] 대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 기준고용률 이상에 해당하는 장애인을 고용해야 한다고 규정한 구 장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것. 이하 "구법"이라 한다) 제35조 제1항 본문이 사업주의 행동자유권, 경제활동의 자유, 평등권을 침해하고 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)**  **[2] 장애인고용의무제의 실효성을 확보하는 수단으로서의 장애인고용부담금제도에 관한 규정인 구법 제38조 제1항·제2항·제3항·제5항·제6항, 제39조 제1항이 사업주의 계약 및 직업수행의 자유, 재산권, 평등권을 침해하는지 여부 (소극)**  **(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌바96 결정)** |

(1) 관련법령

|  |
| --- |
| 장애인고용촉진 및 직업재활법 [제28조](javascript:hyperlink('B8C58DDB5D9E4C64982E0A1F82418B7E|28')%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20) (사업주의 장애인 고용 의무)  ①상시 50명 이상의 근로자를 고용하는 사업주(건설업에서 근로자 수를 확인하기 곤란한 경우에는 공사 실적액이 노동부장관이 정하여 고시하는 금액 이상인 사업주)는 그 근로자의 총수(건설업에서 근로자 수를 확인하기 곤란한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공사 실적액을 근로자의 총수로 환산한다)의 100분의 5의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율(이하 "의무고용률"이라 한다) 이상에 해당(그 수에서 소수점 이하는 버린다)하는 장애인을 고용하여야 한다. |

(2) 헌법재판소의 판단

장애인은 그 신체적·정신적 조건으로 말미암아 유형·무형의 사회적 편견 및 냉대를 받기 쉽고 이로 인하여 능력에 맞는 직업을 구하기가 지극히 어려운 것이 현실이므로, 장애인의 근로의 권리를 보장하기 위하여는 사회적·국가적 차원에서의 조치가 요구된다. 이러한 관점에서 볼 때, 자유민주적 기본질서를 지향하는 우리 헌법이 원칙적으로 기업의 경제활동의 자유를 보장(헌법 제119조 제1항)하고 개인의 계약자유의 원칙을 천명(헌법 제10조 전문)하고 있다 하더라도 일정한 범위에서 이러한 자유를 제약하는 것은 불가피한 조치라고 할 수 있다. 청구인이 주장하는 계약자유의 원칙과 기업의 경제상의 자유는 무제한의 자유가 아니라 헌법 제37조 제2항에 의하여 공공복리를 위해 법률로써 제한이 가능한 것이며, 국가가 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위해 규제와 조정을 할 수 있다고 천명(헌법 제119조 제2항)하고 있는 것은 사회·경제적 약자인 장애인에 대하여 인간으로서의 존엄과 가치를 인정하고 나아가 인간다운 생활을 보장하기 위한 불가피한 요구라고 할 것이어서, 그로 인하여 사업주의 계약의 자유 및 경제상의 자유가 일정한 범위 내에서 제한된다고 하여 곧 비례의 원칙을 위반하였다고는 볼 수 없다.