

1. 이 책의 목적 <노동법 이슈의 정리>

“이슈 노동법 - 포괄임금제 사업장 지도지침 비판론 중심”(초판, 2019년판)은 노동법 이슈(포괄임금제, 연차유급휴가, 태업 등)에 대하여 고민하고 정리한 책이다. 특히, 고용노동부의 ‘포괄임금제 사업장 지도지침’을 비판적인 시각에서 본다.

2. 이 책의 내용 <수험생·실무자(노동조합·인사노무·근로감독관)用>

수험생은 실무(實務)를 잘 모르고, 실무자는 이론(理論)을 잘 모른다(물론, 수험생 중에도 이론적 깊이와 실무적 유용성을 모두 생각하는 분들이 있고, 실무자 중에도 이론적 탐구를 게을리하지 않는 분들이 많다. 이 책은 ‘진도따라가기’에 급급한 수험생과 ‘일처리’에 급급한 실무자를 위한 책이다).

수험생은 이론(理論) 중심의 법리를 공부하지만, 그 이론에 따른 결론을 안다면 그 이론에 대해 좀 더 고민해보고 다른 이론을 취할 수도 있다는 것을 항상 염두에 두어야 한다(판례에 대한 평석이 이견(異見)이 있는 경우, 어느 한 쪽의 입장에 따라 판례를 이해했는데 그 후의 최신판례를 이해할 수 없다면 당혹스러울 것이다).¹⁾

실무자는 실무(實務)에서의 일처리가 급해 이론적 타당성은 등한시하는 경우가 많지만, 이론적 타당성이 문제가 되는 일처리는 결국 나중에 문제될 경우를 항상 생각해봐야 한다(고용노동부의 지침에 따라 일처리를 한 경우 나중에 법원에서 문제가 되는 경우를 생각해보라).²⁾

(1) 포괄임금제

고용노동부는 ‘포괄임금제는 근로시간 산정이 어려운 경우에 한하여 예외적으로 인정’되고, ‘근로시간 산정이 어렵지 않...은 경우’³⁾에는 ‘포괄임금제가 유효하지 않’다고 한다.⁴⁾ (☞ 74면 참조)

1) ① 단체협약과 유리원칙, ② 포괄임금제, ③ 징계권의 법적 근거 등에 대한 판례 평석이 대표적이다. 특히 포괄임금계약의 효력에 관한 2010년 판례(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결 [대한민국사건 또는 해군복지근무지원단사건]) 평석은 실무상 일처리에 많은 영향을 미친다(강제민).

2) 특히 연차유급휴가에 대한 고용노동부의 행정해석은 이론적으로 의심스러운 부분이 많다(강제민).

3) 고용노동부의 포괄임금제 지도지침(고용노동부, 포괄임금제 사업장 지도지침, 2017)에서 가장 큰 논란은 “일반 사무직의 경우는 근무시간 동안 관리자의 지배법위 내에서 근로를 제공하고 출퇴근 휴게시간이 명확히 정해져 있으므로 근로시간 산정이 어려운 경우로 볼 수 없음”이라는 부분이다(경향신문(김상범 기자), 포괄임금, 일반 사무직엔 적용 못한다, 2017 참조)(강제민).

4) 고용노동부, 포괄임금제 사업장 지도지침, 2017 3면·5면

그러나 **조용만** 교수님과 **김홍영** 교수님은 로스쿨 교재인 『로스쿨 노동법 해설』에서 ‘근로시간의 산정이 어려운 경우가 아님에도 불구하고 체결된 포괄 임금계약이 모두 무효로 되는 것은 아님에 유의할 필요가 있다’¹⁾²⁾ 한다.

누구의 말이 맞는 것일까? (☞ 118면 참조)

〈역질문(Counter Question)〉 만수르(Mansour)의 국내회사(이하 ‘만수회사’)는 “근로시간에 따른 임금지급의 원칙”을 따르지 않고 매월 1,000만원씩 지급하는 “포괄임금제”를 두고 있다. 결과·성과·실적을 중시하는 Results-Oriented 회사(이하 ‘성과회사’)도 “근로시간에 따른 임금지급의 원칙”을 따르지 않고 성과에 따라 임금을 산정·지급하는 ‘성과주의 임금제도’를 두고 있다.

“근로시간에 따른 임금지급의 원칙”을 따르지 않는 만수회사와 성과회사의 임금 계약은 무효인가? (☞ 118면 참조)

(2) 근로계약서

근로계약을 체결할 경우에 “근로계약서”를 작성하고 교부하여야 하는 것으로 널리(?) 알려져 있다.³⁾ (☞ 55면 참조)

그런데 **임종률** 교수님은 ‘근로계약은 반드시 서면으로 체결하여야 하는 것은 아니’라고 하고,⁴⁾ **이상윤** 교수님도 ‘근로계약의 체결은 특별한 형식을 요하지 아니하며, 서면은 물론 구두에 의하여서도 이를 체결할 수 있다’고 한다.

과연 진실은 무엇일까? (☞ 57면 참조)

(3) 태업과 임금·유급휴일

태업에 대한 경남제약 사건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다39946 판결)은 유명하다. 경남제약 사건에서 判例는 ① “근로를 불완전하게 제공하는 형태의 **행위**인 태업(怠業)도 근로제공이 일부 정지되는 것이라고 할 수 있으므로, 여기에도 … 무노동 무임금 원칙이 적용”되고, “태업기간에 상응하는 임금을 삭감할 수 있”고, ② “근로자는 태업기간에 상응하는 유급휴일에 대한 임금의 지급을 구할 수 없다”고 한다.⁵⁾

여기서 질문, 경남제약 사건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다39946 판결)에서

- 1) 조용만·김홍영, 로스쿨 노동법 해설, 2011, 193~194면; 조용만·김홍영, 로스쿨 노동법 해설(제3판), 2016, 193~194면
- 2) ※ 포괄임금약정에 따라 더 지급되는 경우라면 문제가 없지만, 덜 지급되는 경우에는 법정수당 수준이 반드시 지급되도록 정산하여야 한다. 포괄임금약정은 일일이 정산하지 않겠다는 것인데, 법은 적은지를 비교하여 정산하라고 한다(김홍영, 포괄임금약정의 성립 판단, 2017).
- 3) 고용노동부, 서면 근로계약과 교부 리플렛, 2013
- 4) **임종률** 근로계약서를 보존하도록 되어 있으나(근기법 제42조, 시행령 제22조 제1항, 별칙 제116조), 근로계약은 반드시 서면으로 체결하여야 하는 것은 아니므로 근로계약서가 있으면 보존하라는 의미로 보아야 할 것이다(임종률, 노동법(제15판), 2017, 600면).
- 5) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다39946 판결 [경남제약사건]

회사(경남제약(주))는 ① 태업기간 동안 근로일(월요일~금요일) 임금 전액 삭감을 주장했을까? ② 태업기간 동안 유급휴일(토요일~일요일)¹⁾ 임금 전액 삭감을 주장했을까? 즉, 경남제약 사건은 zero pay²⁾ 사건인가?

Yes라고 한다면, 판결문을 한번 보시라. (☞ 228면 참조)

(4) 연차유급휴가

‘부당해고 또는 부당정직으로 출근하지 못한 기간은 연·월차유급휴가 산정을 위한 출근율을 계산함에 있어 부당해고 기간을 제외한 나머지 기간을 기준으로 개근 여부를 판단’한다는 견해가 있다.³⁾

그러나 부당해고 기간은 출근일수에 산입해야 한다는 것이 판례이다.⁴⁾ 부당정직 기간도 출근간주해야 한다는 것이 편저자의 생각이다(강제민).

과연 진실은 무엇일까? (☞ 255면 참조)

(5) 배우자 출산휴가

고평법(남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률) 제18조의2(배우자 출산휴가) 제1항은 “사업주는 근로자가 배우자의 출산을 이유로 휴가를 청구하는 경우에 5일의 범위에서 3일 이상의 휴가를 주어야 한다. 이 경우 사용한 휴가 기간 중 최초 3일은 유급으로 한다”고 규정하고 있다(위반하면 고평법 제39조 제2항의 과태료 부과).

근로자가 배우자의 출산을 이유로 5일의 휴가(배우자 출산휴가)를 청구하였으나, 회사가 3일의 휴가를 준 경우 “3일 이상의 휴가”를 준 것이므로 위법하지 않은 것으로 널리(?) 알려져 있다.

그런데 임종률 교수님은 ‘배우자 출산휴가일수는 근로자가 3일 이상 5일 이내의 범위에서 청구한 바에 따라 결정되며, 사용자가 임의로 근로자가 청구한 일수를 삭감할 수는 없다’고 한다.⁵⁾

과연 진실은 무엇일까? (☞ 305면 참조)

1) 회사(경남제약(주))가 노동조합과 체결한 단체협약 제55조 제1호는 ‘토요일과 일요일은 유급으로 휴무한다’고 규정하고 있고, 제58조는 매주 일요일을 주휴일로 정하고 있다.

2) 제로페이(Zero-pay)는 소비자가 이미 출시된 간편결제 앱을 켜 매장 단말기의 QR리더기에 대면 은행 계좌에 있던 현금이 바로 판매자에게 이체되는 시스템이다. 소상공인들의 카드 결제 수수료 부담을 덜어주기 위해 도입된 제도로 이때 발생하는 이체 수수료는 협약을 맺은 은행 및 간편결제 사업자가 부담한다(매일경제). 여기서의 의미는 다르지만 편의상 그 용어를 사용한다(강제민).

3) 중앙경제, <업무의 기술> 깔끔하게 정리한 출근율 계산 요령, 2019

4) 判例는 “사용자의 부당해고로 인하여 근로자가 출근하지 못한 기간을 근로자에 대하여 불리하게 고려할 수는 없으므로 그 기간은 연간 소정근로일수 및 출근일수에 모두 산입되는 것으로 보는 것이 타당하다”고 한다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다95519 판결 [부국개발사건]).

5) 임종률, 노동법(제15판), 2017, 600면

3. 이 책의 활용 <열린 마음과 열린 시각>

이 책은 정해진 형식이 없다. 열린 마음으로, 새로운 시각으로 쓴 책이다.

이 책을 보는 독자도 열린 시각으로 읽기를 바란다.

NAVER 지식인이라고 믿었는데, NEVER 지식인일 수도 있는 것이다.

훗팅!

2019. 3. 6.

강 재 민

nomusamin@hanmail.net

이 책에 있는 두문자, 판례 목차, 표 등은 편저자의 창작물입니다.

※ 법령의 약칭

근기법(근로기준법), 파견법(파견근로자보호 등에 관한 법률), 기간제법(기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률), 산안법(산업안전보건법), 산재법(산업재해보상보험법), 고보법(고용보험법),

고평법(남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률), 최임법(최저임금법), 근퇴법(근로자퇴직급여 보장법), 임채법(임금채권보장법),

연령차별금지법(고령자고용법)(고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률), 부정경쟁방지법(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률), 징수법(고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률)

노조법(노동조합법)(노동조합 및 노동관계조정법), 근참법(근로자참여 및 협력증진에 관한 법률), 노위법(노동위원회법), 공노조법(공무원노조법)(공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률), 교노조법(교원노조법)(교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률)