

제3장 근로계약



1. 계약의 일반 원리

■ 계약의 성립 요건

- 법적 효력의 발생 요건을 갖추 것: 의사능력, 행위능력
- 계약내용의 목적과 내용: 법에 위반되지 않아야 함. 이치에 맞지 않거나 반사회적인 내용의 계약은 무효가 됨

■ 계약의 무효 사유

- 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다(민법 제 103조)
- 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다(민법 제107조)
- 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다(민법 제746조).

1. 계약의 일반 원리

[사례 – 민법 103조 관련]

- A는 소위 티켓다방 종업원으로 일하면서 업주로부터 선불금 3천만원을 받았다.
- 고용조건은 매월 30만원의 재료비, 결근시 하루 25만원의 결근비, 지각할 경우 시간당 2만원을 수입에서 빼거나 선불금에 가산시키기로 하는 내용이다.
- 순수한 차 한잔 값은 2천원 정도이고, A는 티켓배달을 나가 율락행위를 하며 수입을 얻었다. 그런데 이러한 율락행위를 하면서도 지각과 결근때문에 선불금을 거의 갚지 못하게 되었다.
- 그러자 업주는 A를 상대로 대여금 반환 청구소송을 제기했다.
- A는 선불금을 갚을 의무가 있을까?

1. 계약의 일반 원리

[사례 – 민법 103조, 746조 관련]

- B는 윤락업소 포주이고, C는 B 업소 종업원이다.
- B와 C는 윤락업소에서 일하면서 손님으로부터 받은 화대를 절반씩 분배하기로 약정하였다.
- 그런데 B는 C에게 지급해야 할 화대 2천만원을 지급하지 않고, 자신의 생활비 등으로 써버렸다.
- 이에 C는 형법상 횡령죄라고 주장하면서 B를 고소하였다.
- B는 불법을 전제로 한 계약행위가 무효인데다가(민법 103조), 손님으로부터 받은 화대 또한 불법(746조)이므로, 횡령죄가 구성되지 않는다고 항변하였다.
- 과연, B는 횡령죄로 처벌될 수 있을까? 그리고 C는 B로부터 돈을 돌려받을 수 있을까?

1. 계약의 일반 원리

[사례 – 민법 107조 관련]

- 직장 상사와 크게 다툰 후, 이에 항의하는 차원에서 사직서를 제출하였다가 이후 사직 의사를 철회한 경우
- 제품 품질 불량 개선, 쇄신하는 모습을 보여주기 위해 팀장이 책임을 지고 사직서를 제출한 경우

❖ 해약고지와 합의해지

- **해약고지**: 근로자의 일방적 의사표시(사직서 제출) → 사용자에게 도달시 효력이 발생하며 원칙적으로 (사직 의사)철회 불가
- **합의해지**: 당사자들의 의사 합치로 근로계약을 해지하는 것 → 사용자의 승낙의 의사표시가 도달한 경우에 효력 발생하며 (사직 의사)철회 가능. 예) 희망퇴직 등

2. 채용의 자유와 제한

■ 채용의 자유와 제한

- 채용의 자유 원칙적으로 보장되나 다음의 제한사항 있음

① 13세이상 15세 미만자

- 원칙적 불가. 노동부장관의 취직인허증 있어야 가능
- 취업 최저연령(13세) 미만시 모든 근로 및 채용 불가
- 위반시 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금
- 단, 예술공연 참가를 위한 경우 예외사유에 해당

② 임신부와 18세 미만자

- 도덕, 보건상 유해·위험한 사업에 사용할 수 없음.
- 운전 조종업무, 유흥업소, 소각 도살 업무, 교도소 또는 정신병원, 유류 취급 업무(주유소 제외), 기타 유해 화학물질 취급 업무 등
- 위반시 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금

3. 근로계약의 의의

■ 근로계약의 의의

- 근로계약이란, **근로자가 사용자**에게 근로를 제공하고, 사용자는 **근로의 대가인 임금**을 지급할 목적으로 체결하는 계약(쌍무계약)
- 근로계약 체결한 이후부터, 계약 당사자들인 사용자와 근로자는 근로기준법의 적용을 받게 됨

■ 근로자와 사용자의 의무

- 권리와 의무는 신의성실원칙에 따라 이루어져야 함
- **근로자**: 근로제공의무, 성실의무, 비밀유지의무, 기타(경업금지약정 등)
- **사용자**: 임금지급의무, 안전배려의무, 기타 법률상의 제반 의무

■ 민법과의 관계

- 민법의 고용에 대한 특별 규정으로, 계약관계에서 근로기준법의 조항이 우선하지만, 근로기준법상의 조항이 없는 경우에는 민법 규정이 적용됨

4. 근로계약서의 작성

■ 근로계약서에 명시해야 하는 근로조건

- 임금: 구성항목, 계산방법, 지급방법
 - 소정근로시간: 통상 1주 단위로 표시
 - 휴일(주휴일), 휴가(연차유급휴가)
 - 근무장소와 업무의 내용
-
- ✓ 근로계약서의 근로조건은 근로기준법의 기준을 하회할 수 없음
 - ✓ 기타 근로계약서에서 정하지 않은 근로조건은 통상 취업규칙에서 정하고 있음
 - ✓ 근로계약서에 명시된 근로조건과 실제 근로조건이 다른 경우 →
-
- ✓ 근로계약서는 반드시 서면(전자문서 포함)으로 교부 - 위반시 500만원 이하의 벌금

4. 근로계약서의 작성

■ 근로계약의 기간

- 기간의 정함이 없는 경우
- 기간의 정함이 있는 경우

■ 단시간 근로자의 근로조건

- 1주 간의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 1주 소정근로시간에 비해 짧은 근로자
- 유급휴일(주휴일), 연차유급휴가 적용함
- 단, 4주를 평균하여 1주간 소정근로시간이 15시간 미만인 경우 유급휴일과 연차유급휴가 적용 안됨.

5. 미성년자의 근로계약

■ 미성년자의 법적 지위

- 미성년자는 단독으로 유효한 법률행위를 하는 것이 제한됨

■ 미성년자의 계약체결 방식

- 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 함(민법 제5조). 단, 미성년자의 근로계약은 친권자나 후견인이 대리할 수 없음(위반시 500만원 이하의 벌금)

■ 미성년자의 근로조건

- 법정 근로시간: 1주 35시간(성인: 1주 40시간)
- 법정 연장근로시간: 1주 5시간(성인 1주 12시간). 단, 당사자 합의필요
- 야간근로(22:00~06:00)와 휴일근로: 원칙적 불가, 단 당사자의 동의를 얻어 고용노동부장관의 인가를 받으면 가능
- 이상 위반시 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

5. 근로계약서의 작성



5. 근로계약서의 작성



6. 근로계약의 적용범위

■ 근로계약의 적용 범위

- 근로기준법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에 적용함(근로기준법 제11조 제1항)
 - 5인 미만의 근로자를 사용하는 사업장에 대하여는 일부 기준만 적용함
 - 단, 상시 5명 이상을 동거하는 친족만을 사용하는 사업장과 가사사용인에는 적용하지 않음
- 사적이고 인정적인 관계가 중시되는 이들에 대하여 근로기준법의 준수여부를 국가가 감독하는 것은 부적절하다는 취지

❖ 상시근로자 수의 판단방법

7. 근로계약의 금지 원칙

■ 위약예정 금지

- 사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못함(제20조)
- 사용자가 근로자에게 의무근로기간을 설정하고 이를 지키지 못하면 손해배상을 예정하는 계약(약정)은 무효로 봄.
- 근로자가 근로계약 불이행으로 사용자에게 발생한 손해가 어느 정도인지와 관계없이 무조건 일정 금액을 배상토록 하는 약정 때문에 생길 수 있는 근로자에 대한 강제근로를 방지하기 위한 것.
- 위반시 벌칙의 적용(500만원 이하의 벌금)

7. 근로계약의 금지 원칙

[사례]

- 회사에 입사한 A에게 최소 5년간 근무하지 않고 중도 퇴사할 경우, 1억원의 위약금을 지급하기로 약정한 경우
- 사외연수, 해외지사 파견근무 후, 일정기간 재직하지 않으면 회사로부터 받은 임금을 반환키로 약정한 경우
- 해외 유학, 연수에 따른 제반 경비 일체를 회사가 제공한 후, 귀국하여 일정기간 재직하면 그 반환을 면제해주고, 그렇지 않으면 이를 반환한다는 약정을 한 경우

7. 근로계약의 금지 원칙

[사례]

- 반도체를 전공하고 있는 A는 국내 굴지의 반도체회사로부터 대학 전 학년 장학금을 지급받는 대신 졸업 후 4년간 회사에 근무하기로 하는 계약을 체결하면서, 이에 대하여 B가 신원보증을 하였다.
- 계약서에는 회사입사 포기 또는 실근무 4년 이내에 퇴사할 경우 이미 지급된 장학금을 전액 반환하며, 실근무 1년 이내에 퇴사하는 경우에는 이미 지급된 장학금 총액의 60%에 해당하는 금액을 배상하여야 한다는 내용이 있다.
- 그러나 A는 회사에 입사한 지 6개월만에 외국에 소재한 경쟁회사로부터 스카웃제의를 받고 이직하기 위해 퇴사했다

- 1) A는 이미 지급받은 장학금을 반환하여야 하는가
- 2) A는 60%의 손해배상을 물어야 하는가
- 3) 신원보증인 B는 어떤 책임이 있는가

7. 근로계약의 금지 원칙

■ 전차금 상계 금지

- 사용자는 전차금이나 그 밖에 근로할 것을 조건으로 하는 전대채권과 임금을 상계하지 못한다(근로기준법 제21조).
 - 전차금이란? 근로제공을 조건으로 사용자로부터 금전을 대여하고 차후 임금으로 변제할 것을 약정한 금전
 - 근로자와 사용자 사이의 금전대차관계와 근로관계를 분리함으로써, 근로자의 신분이 부당하게 구속되는 것을 막기 위함 → 강제노동 금지
 - 전차금 등은 별도 방법이나 절차를 경유하여 반환받을 수 밖에 없음.
 - 위반시 벌칙의 적용(500만원 이하의 벌금)

7. 근로계약의 금지 원칙

■ 강제저축 금지

- 사용자는 근로계약에 덧붙여 강제저축 또는 저축금의 관리를 규정하는 계약을 체결하지 못함(제22조)
 - 근로자의 퇴직의 자유 제약 방지와 근로자 재산권 보호
 - 사용자가 직접 근로자의 저금을 받아 은행 기타 금융기관에 예입하여 통장과 인장을 보관하는 계약 등이 이에 해당함.
- ❖ 이에서 보았던 3가지 근로계약의 금지 원칙은 모두 근로자의 자유로운 퇴직을 제한하는 것을 방지하기 위한 것임을 알 수 있음