

CEO·HR매니저를 위한

핵심노동 판례집

2008년 개정판



발 / 간 / 사

Invest Korea는 외국인 투자기업의 경영환경을 개선하기 위하여 다양한 행정적 지원 사업을 수행하고 있습니다.

외국에서 기업을 경영하는데 있어서는 각종제도는 물론 사회·문화적 차이로 인한 애로가 수없이 발생하게 됩니다. 특히 노사관계는 사회·문화·인식과 철학의 차이가 가장 잘 나타나는 분야로서 사전에 현지 제도와 규정에 대한 충분한 이해가 필요한 부분입니다.

이에 Invest Korea는 외국인 투자기업의 인사·노무관리에 도움을 주고자 노동법률의 실무지식과 해설, 판례를 종합한 핵심노동판례집을 2003년부터 발간해 오고 있습니다.

금번 발간되는 판례집은 2005년 발간된 내용을 보완한 2차 증보판으로서 2007년 7월 1일부터 시행된 비정규직 관련 법령 등 그간 제·개정된 노동 관계법령의 변화를 해설에 반영하였습니다.

또한 노동법 개정으로 인해 유효하지 않은 과거 판례를 삭제하고, 최근의 판례를 다수 추가하였습니다.

아무쪼록 이 책자가 우리나라에 진출한 외국인투자기업 관계자들이 노동관련 업무를 수행하는데 유용하게 활용되어 외국인 투자기업의 노사관계 발전에 기여할 수 있는 계기가 되기를 바랍니다.

2008년 12월

Invest Korea 단장

정 동 수 *Jong Soo Chung*



Contents >>>



I. 개별적 근로관계

1. 근로기준법의 적용 3

- | | |
|---------|---|
| 1) 적용범위 | 3 |
| 2) 근로자 | 5 |
| 3) 사용자 | 7 |

2. 근로기준법의 기본원칙 9

- | | |
|--------------|----|
| 1) 최저근로조건 보장 | 9 |
| 2) 균등처우 | 10 |

3. 근로계약 12

- | | |
|---------------------|----|
| 1) 근로계약의 정의 | 12 |
| 2) 근로계약의 형식 | 13 |
| 3) 근로조건명시 | 13 |
| 4) 근로계약의 기간 | 15 |
| 5) 근로조건 위반 | 17 |
| 6) 채용내정 · 시용기간 · 수습 | 18 |



4. 임금 및 퇴직급여 21

1) 임금의 정의	21
2) 통상임금	22
3) 평균임금	26
4) 시간외 · 야간 · 휴일 근로수당	33
5) 임금의 지불	35
6) 퇴직급여	38
7) 임금채권의 시효	41
8) 휴업수당	43
9) 금품청산	45

5. 근로시간 46

1) 기준근로시간	46
2) 연장근로	47
3) 탄력적 근로시간	49
4) 선택적 근로시간	50

6. 휴게 · 휴일 · 휴가 51

1) 휴게시간	51
2) 휴일	52
3) 연차유급휴가	53
4) 월차유급휴가	56
5) 산전후 휴가	58
6) 생리휴가	59



Contents >>>



7. 취업규칙 61

- | | |
|-------------------|----|
| 1) 취업규칙의 작성 | 61 |
| 2) 취업규칙의 변경 | 63 |
| 3) 취업규칙과 단체협약의 관계 | 66 |

8. 인사이동 69

- | | |
|---------------|----|
| 1) 배치전환 | 69 |
| 2) 전출 | 70 |
| 3) 전적 | 71 |
| 4) 휴직 | 72 |
| 5) 직위해제(대기발령) | 73 |

9. 합병과 영업양도 75

- | | |
|---------|----|
| 1) 합병 | 75 |
| 2) 영업양도 | 76 |

10. 징계 79

- | | |
|----------------|----|
| 1) 징계의 종류 | 79 |
| 2) 징계의 사유 | 80 |
| 3) 징계의 절차 | 82 |
| 4) 부당징계에 대한 구제 | 85 |



11. 해고(통상·징계해고) 86

- | | |
|-------------|----|
| 1) 해고의 사유 | 86 |
| 2) 해고의 절차 | 90 |
| 3) 해고의 예고 | 93 |
| 4) 부당해고의 구제 | 95 |

12. 경영상 이유에 의한 해고(정리해고) 99

- | | |
|-------------------|-----|
| 1) 경영상의 긴박한 필요성 | 99 |
| 2) 해고회피 노력 | 101 |
| 3) 합리적이고 공정한 해고기준 | 103 |
| 4) 성실한 노사협의 | 104 |

13. 해고 이외의 근로관계 종료 109

- | | |
|--------------|-----|
| 1) 정년 | 109 |
| 2) 사직 및 합의해지 | 110 |
| 3) 당연퇴직 | 113 |

14. 파견근로 115

- | | |
|---------------|-----|
| 1) 파견근로 대상 업무 | 115 |
| 2) 파견근로의 기간 | 116 |



Contents >>>



Ⅱ. 집단적 노사관계

1. 노동조합의 설립과 운영 123

1) 노동조합의 설립요건	123
2) 노동조합의 조직 및 가입	125
3) 노동조합의 설립신고	127
4) 노동조합의 민·형사상 면책	129
5) 노동조합의 전임자	131
6) 노동조합의 해산(조직변경)	134

2. 단체교섭 136

1) 단체교섭의 주체	136
2) 단체교섭의 대상	138
3) 단체교섭의 방법	141

3. 단체협약 144

1) 단체협약의 성립	144
2) 단체협약의 유효기간	146
3) 단체협약의 내용과 효력	147
4) 단체협약의 효력확장	152
5) 단체협약의 종료	155



4. 쟁의행위 157

- | | |
|-----------------------|-----|
| 1) 쟁의행위의 정의 | 157 |
| 2) 쟁의행위의 주체 | 159 |
| 3) 쟁의행위의 목적 | 160 |
| 4) 쟁의행위의 절차 | 163 |
| 5) 쟁의행위의 방법 | 166 |
| 6) 쟁의행위에 대한 사용자의 대항행위 | 168 |
| 7) 쟁의행위와 임금지급 여부 | 172 |
| 8) 쟁의행위의 정당성과 면책 | 173 |

5. 노동쟁의 조정제도 176

- | | |
|-------|-----|
| 1) 조정 | 176 |
| 2) 중재 | 179 |

6. 부당노동행위 182

- | | |
|-----------------|-----|
| 1) 부당노동행위 구제제도 | 182 |
| 2) 부당노동행위의 유형 | 184 |
| 3) 부당노동행위의 구제절차 | 196 |

Ⅰ. 개별적 근로관계

- 1 근로기준법의 적용
- 2 근로기준법의 기본원칙
- 3 근로계약
- 4 임금 및 퇴직급여
- 5 근로시간
- 6 휴게 · 휴일 · 휴가
- 7 취업규칙
- 8 인사이동
- 9 합병과 영업양도
- 10 징계
- 11 해고(통상 · 징계해고)
- 12 경영상 이유에 의한 해고(정리해고)
- 13 해고 이외의 근로관계 종료
- 14 파견근로



1. 근로기준법의 적용

1) 적용범위

법령 : 근로기준법 제11조【적용범위】

- ① 이 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.
- ② 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.

[해설]

- 근로기준법은 상시 근로자가 5인 이상인 사업 또는 사업장에 적용되며, 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 경우에는 근로기준법의 일부 규정만이 적용된다.



상시근로자 산정 방식

“상시 사용하는 근로자 수”는 해당 사업 또는 사업장에서 법적용 사유 발생일 전 1개월(이하 ‘산정기간’이라 한다) 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정한다. (근로기준법 시행령 제7조의2 제1항)

- 상시근로자 수=산정기간 동안 사용한 근로자 연인원 / 산정기간중 사업장 가동일수
- 해당 사업 또는 사업장에서 산정기간 동안에 산정한 상시 근로자 수가 법 적용 기준(5명)에 해당하지 않는 경우에도 산정기간에 속하는 일별로 근로자수를 파악하였을 때, 법 적용 기준에 미달한 일수가 2분의 1 미만인 경우에는 법 적용 사업 (정)으로 봄
- 연차유급 휴가 적용여부 판단을 위해서는 법 적용 사유발생일 전 1년을 산정 기간으로 함.

➡ “상시근로자 수의 산정”에 있어 연인원에 포함되는 근로자의 범위

(근로기준법 시행령 제7조의2 제4항)

– 포함되는 근로자

- 해당 사업 또는 사업장에 사용하는 통상근로자, 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」에 따른 기간제근로자, 단시간근로자 등 고용형태를 불문하고 하나의 사업 또는 사업장에서 근로하는 모든 근로자
- 해당 사업 또는 사업장에 동거하는 친족과 함께 상기의 근로자에 해당되는 근로자가 1명이라도 있으면 동거하는 친족인 근로자

– 제외하는 근로자

- 「파견근로자보호 등에 관한 법률」에 따른 파견근로자
- 도급근로자
- 용역근로자

➡ 사회사업단체, 종교단체, 사립학교, 정당, 외국인기업, 법무사사무소, 아파트 자치운영회 등의 비영리단체(非營利團體)도 근로기준법이 적용된다.

➡ 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업의 경우에는 근로기준법 중 근로계약, 임금, 근로시간과 휴식, 재해보상, 해고예고 등에 관한 일부규정이 적용된다.

➡ 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용되는 근로기준법 규정

- 총칙 : 제1조부터 제13조까지의 규정
- 근로계약 : 제15조, 제17조, 제18조, 제19조제1항, 제20조부터 제22조까지의 규정, 제23조제2항, 제26조, 제35조부터 제42조까지의 규정
- 임금 : 제43조부터 제45조까지의 규정, 제47조부터 제49조까지의 규정
- 근로시간과 휴식 : 제54조, 제55조, 제63조
- 여성과 소년 : 제64조, 제65조제1항 · 제3항(임산부와 18세미만인 자로 한정한다), 제66조부터 제69조까지의 규정, 제70조제2항 · 제3항, 제71조, 제72조, 제74조
- 안전과 보건 : 제76조
- 재해보상 : 제78조부터 제92조까지의 규정
- 근로감독관등 : 제101조부터 제106조까지의 규정
- 벌칙 : 제107조부터 제116조까지의 규정(제1장부터 제6장까지, 제8장, 제11장의 규정 중 상시 4명 이하 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용되는 규정을 위반한 경우로 한정한다.)

【 판례 】

→ 사업이 1회적이거나 사업기간이 일시적인 경우에도 근로기준법이 적용되는가
근로기준법의 적용대상 사업인지의 여부는 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는지
에 달려 있으므로 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업이라면 그 사업이 1회
적이거나, 그 사업기간이 일시적이라 하여 근로기준법의 적용대상이 아니라고
할 수 없다.(大判 1994.10.25, 94다21979)

2) 근로자

법령 : 근로기준법 제2조

“근로자”란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를
제공하는 자를 말한다.

【 해설 】

→ 근로기준법상의 보호를 받을 수 있는 근로자가 되기 위해서는 ① 직업의 종류를
불문하고, ② 사업 또는 사업장에서, ③ 임금을 목적으로 근로를 제공해야
한다.

→ 근로기준법상의 근로자 개념이 적용되는 노동관계법

- 산업재해보상보험법
- 산업안전보건법
- 근로자참여및협력증진에관한법률
- 고용보험및산업재해보상보험의보험료징수등에관한 법률
- 임금채권보장법
- 근로자퇴직급여보장법
- 기간제및단시간근로자보호등에관한법률

【 판례 】

→ 근로자 개념에 대한 판례의 기준

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질 면에서 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 그러한 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에는

- 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서도 사용자로부터 구체적 개별적인 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,
- 보수의 성격이 근로 자체에 대한 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항,
- 근로제공관계의 계속성과 사용자의 전속성의 유무와 정도,
- 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자의 지위를 인정받는지 여부,
- 양 당사자의 사회·경제적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
(大判 2005. 11. 10, 2005다50034)

3) 사용자

법령 : 근로기준법 제2조

"사용자(使用者)"라 함은 사업주(事業主) 또는 사업경영담당자(事業經營擔當者), 그밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위(行爲)하는 자(者)를 말한다.

【해설】

- … 사용자(使用者)란 근로자와 근로계약을 체결한 후 근로를 제공받고 그 대가로 임금을 지급하면서 근로자를 지휘·감독하는 자를 통칭하는 용어이다.
- … 사업주(事業主)란 경영의 주체 즉 개인기업인 경우 개인기업주, 법인기업인 경우는 그 법인을 말하며 사업경영담당자란 주식회사의 대표이사처럼 사업주로부터 사업의 일부 혹은 전부에 대하여 포괄적 위임을 받은 자를 말한다.
- … 사업주를 위하여 행위하는 자란 근로조건의 결정 또는 근로제공에 관하여 지휘(指揮)·명령(命令) 내지 감독(監督)할 수 있는 일정한 책임과 권한을 부여받은 자를 말한다.

【판례】

- … 회사의 이사(理事) 등 임원(任員)이 근로기준법상의 근로자인가
회사의 업무집행권(業務執行權)을 가진 이사(理事) 등 임원은 그가 회사의 주주가 아니라 하더라도 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니어서 근로기준법상의 근로자라고 할 수 없다. (大判 1992.12.22, 92다28228)
- … 회사의 이사가 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 것 이외에 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받는 경우에는 근로기준법상의 근로자인가
근로기준법의 적용을 받는 근로자란 사용자로부터 근로의 대가를 받고 사용자에

게 근로를 제공하는 자를 말하는 것이므로, 회사의 이사가 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 이외에 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 근로기준법상의 근로자라고 볼 수 있다. (大判 1992.5.12, 91누11490)

→ 근로기준법상의 사용자가 누구인가의 판단방법

어떤 근로자에 대하여 누가 근로기준법 제32조 (해고예고), 제36조(금품청산) 소정의 의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 이 때에도 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. ○○직원들이 고소인들의 근무시작 여부, 보수액 및 그 지급방법, 업무내용을 주도적으로 정하고, 출퇴근, 휴가관계를 관리한 사실, 고소인들은 위 ○○직원의 지시에 따라 자신들에게 보수를 입금한 납품업체의 상품만이 아니고 위 ○○에 납품된 전체 상품의 진열 및 재고 조사, 대청소, 창고정리, 위 ○○ ○○○마트를 벗어난 외부 직거래 장터에서의 판매보조 등의 업무를 수행한 사실 등을 알 수 있는바, 위 법리에 비추어 살펴보면, 고소인들은 위 조합과의 사이에 명시적인 근로계약을 체결한 사실이 없다고 할지라도 실질적으로 위 조합에 고용되어 그 지휘, 감독을 받는 근로자에 해당하고, 위 ○○의 대표자인 피고인이 고소인들에 대하여 근로기준법 제32조, 제36조 소정의 의무를 부담하는 사용자에게 해당한다. (大判 2006.12.7, 2006도300)

→ 사업경영담당자라 함은

근로기준법 제15조는 ‘사용자’라 함은 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 대한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다고 규정하고 있는데, 여기에서 사업경영담당자라 함은 사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말하고, ‘기타 근로자에 대한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자’라 함은 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말한다.

(大判 2006.5.11, 2005도8364)

2. 근로기준법의 기본원칙

1) 최저근로조건 보장

법령 : 근로기준법 제3조【근로조건에의 기준(基準)】

근로기준법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다.

【해설】

- 근로기준법은 근로자의 기본적인 생활을 보장·향상시키는 것이 목적인 바, 최저 기준 이하로 근로기준을 결정하는 것뿐만 아니라 기존의 근로조건을 사용자가 일방적인 결정으로 최저기준으로 저하시켜서는 안 된다.
- 근로기준법에 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효(無效)가 되고, 무효로 된 부분은 근로기준법에 정한 기준을 따른다. (근로기준법 제15조)

【판례】

- 단체협약(團體協約)이나 근로자의 동의(同意)가 있는 경우에 근로기준법상의 최저기준 이하로 근로조건을 결정할 수 있는가
근로기준법에 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효이므로, 그것이 단체협약에 의한 것이라거나 근로자들의 승인(承認)을 받은 것이라고 하여 유효로 볼 수 없다. (大判 1990.12.21, 90다카24496)
- 노사합의(勞使合意)에 따라 임금을 하향조정하는 것은 가능한가
기업을 살리기 위한 방편의 하나로 노사간의 합의에 의해 봉급을 하향조정하는 것은 정당한 근거에 의한 것이라고 할 것이고, 위 합의로 그 봉급액수가 재조정되었다고 할 것이므로, 근로자는 위 하향조정으로 말미암아 적게 지급받은 임금의 차액(差額)을 청구할 수 없다. (서울高判 1981.7.24, 81다204)

2) 균등처우

법령 : 근로기준법 제6조【균등처우(均等處遇)】

사용자는 근로자에 대하여 남녀(男女)의 차별적 대우를 하지 못하며 국적(國籍), 신앙(信仰) 또는 사회적(社會的) 신분(身分)을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

【해설】

- … 사용자는 합리적인 사유가 없이 근로조건에 대하여 국적, 신앙, 사회적 신분, 남녀 등을 이유로 근로자를 부당하게 차별하여서는 안 된다.
- … 근로여성의 지위향상과 복지증진을 위하여 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’에서는 고용에서의 남녀평등과 모성(母性)의 보호 및 직업능력의 개발과 고용촉진 등을 규정하고 있다.

【판례】

- … 동일 부서내에서 남녀간 정년(停年)을 차별하는 것이 가능한가
단체협약에서 동일부서내의 남녀 정년을 남자는 55세, 여자는 53세로 달리 정하고 있는 경우, 이는 근로기준법 제5조와 남녀고용평등법 제8조 위반으로 무효이다. (大判 1993.4.9, 92누15765)
- … 합리적인 기준에 따라 여자의 정년을 달리하는 것은 가능한가
근로자가 제공하는 근로의 성질, 내용, 근무형태 등 제반 여건에 따라 합리적인 기준을 두어 직책 또는 직급에 따라 정년을 달리 정할지라도 법률상 무효라고 볼 수 없다. (大判 1991.4.9, 90다16245)

… 직무나 직책에 따른 임금의 차별은 근로기준법상 금지된 차별 처우가 아니다. 한 사업장 내에서 근무하는 근로자라고 하더라도 그 업무의 내용과 성격, 업무의 난이도, 근로자의 경력 기타 모든 사정을 고려하여 그 직급과 직책을 나누어 이에 상응하는 보수를 책정하여 지급하는 것은 원칙적으로 사용자의 권한이다.
(大判 1996. 7. 30, 95다12804)

… 동일 노동, 동일 임금의 의미

제8조 제1항은 ‘사업주는 동일한 사업 내의 동일가치의 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다’고 규정하고 있는 바, 여기에서 ‘동일가치의 노동’이라 함은 당해 사업장 내의 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일하거나 실질적으로 거의 같은 성질의 노동 또는 그 직무가 다소 다르더라도 객관적인 직무평가 등에 의하여 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동에 해당하는 것을 말하고, 동일가치의 노동인지 여부는 동조 제2항 소정의 직무수행에서 요구되는 기술·노력·책임 및 작업조건을 비롯하여 근로자의 학력·경력·근속연수 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, ‘기술·노력·책임 및 작업조건’은 당해 직무가 요구하는 내용에 관한 것으로서, ‘기술’은 자격증, 학위, 습득된 경험 등에 의한 직무수행능력 또는 솜씨의 객관적 수준을, ‘노력’은 육체적 및 정신적 노력, 작업수행에 필요한 물리적 및 정신적 긴장 즉, 노동강도를, ‘책임’은 업무에 내재한 의무의 성격·범위·복잡성·사업주가 당해 직무에 의존하는 정도를, ‘작업조건’은 소음·열·물리적·화학적 위험·고립·추위 또는 더위의 정도 등 당해 업무에 종사하는 근로자가 통상적으로 처하는 물리적 작업환경을 말한다.
(大判 2003. 3. 14, 2002도3883)

… 국가유공자 채용의무에 따라 채용한 근로자

직종에 따른 정원과 신규채용의 자격, 호봉 산정 등에 관한 규정은 당해 사업장에서 근로자가 제공하는 근로의 성질·내용·근무형태·인력수급상황 등 제반 여건을 고려하여 합리적인 기준을 둔다면 같은 사업장 내에서도 직종과 직급 등에 따라 서로 차이가 있을 수 있는 것이고 이러한 기준에 따라 사용자가 정한 인사규정이 공무원이나 동종회사 근로자에 관한 것과 다르다거나 그보다 다소 불리하다고 하여 이를 법률상 무효라고 할 수 없으며, 국가유공자 등에 대한 채용의무에 따라 채용을 한 근로자라고 하여 그러한 규정의 적용이 배제된다고 할 수도 없다.
(大判 2002. 2. 26, 2000다39063)

3. 근로계약

1) 근로계약의 정의

법령 : 근로기준법 제2조

“근로계약(勤勞契約)”이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말한다.

【해설】

- 근로계약은 근로관계를 설정하고 근로제공 및 임금지급 등 근로관계의 내용을 정하며 당사자가 가진 권리 및 의무를 확정하는 것이다.
- 사용자와 근로관계가 성립하기 위해서는 양자간에 명시적 또는 묵시적으로 체결된 계약이 있거나 기타 법적 근거가 있어야 한다.

【판례】

→ 근로계약 체결과 취업규칙 적용

근로계약은 낙성계약으로 청약에 따른 승낙으로 성립하므로 그 계약의 내용은 사용자와 근로자가 개별적인 교섭에 의하여 확정하는 것이 원칙이지만, 오늘날 다수의 근로자를 고용하고 있는 기업은 개개의 근로자들과 일일이 계약 내용을 약정하기보다는 근로계약의 내용이 되는 근로조건 등을 단체협약, 취업규칙에 정하여 근로관계를 정형화하고 집단적으로 규율하는 것이 보통이므로, 근로계약 체결시 계약의 내용을 취업규칙의 내용과 달리 약정하는 등 특별한 사정이 없는 한 근로계약을 체결한 근로자와 사용자 사이에는 취업규칙에 정하는 바에 따라 근로관계가 성립한다고 할 것이다. (大判 1999. 1. 26, 97다53496)

2) 근로계약의 형식

【해설】

- 근로계약의 체결은 특별한 형식을 요구하지 않으며, 문서는 물론 구두(口頭)에 의해서도 체결할 수 있다.
- 근로계약이 문서로 체결되는 경우 문서는 ‘계약서’ 뿐만 아니라 ‘서약서’, ‘약정서’ 등 용어를 불문하고 다양한 형태가 가능하다.
- 근로의 제공과 임금의 지급이라는 실질적 사실이 있다고 인정된다면 서면계약이 없더라도 구두계약(口頭契約)·관습(慣習)·관행(慣行)에 따라 근로계약이 체결되어 있는 것으로 본다.

【판례】

- 사실상(事實上)의 근로관계(勤勞關係)가 있다면 근로계약 관계가 성립할 수 있는가

민법(民法) 제756조 소정의 사용자관계가 성립하기 위해서는 반드시 유효한 고용 관계가 있어야 하는 것은 아니고 사실상 어떤 사람이 다른 사람을 위하여 그 지휘 감독 아래 그 의사에 따라 사업을 집행하는 관계에 있을 때에도 두 사람 사이에 사용자·피용자 관계가 있는 것이다.(大判 1994.9.30, 94다14148)

3) 근로조건의 명시

법령 : 근로기준법 제17조【근로조건의 명시(明示)】

사용자는 근로계약을 체결할 때에 근로자에게 임금, 소정근로시간, 제55조에 따른 휴일, 제60조에 따른 연차 유급휴가, 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건을 명시하여야 한다. 이 경우 임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 제55조에 따른 휴일 및 제60조에 따른 연차 유급휴가에 관한 사항은 서면으로 명시하고 근로자의 요구가 있으면 그 근로자에게 교부하여야 한다.

【해설】

- ... 근로계약을 체결(締結)하는 때에 사용자는 아래 사항을 구두 또는 서면으로 명시해야 한다.
- 임금
 - 소정근로시간
 - 유급 주휴일
 - 연차유급휴가
 - 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항
 - 취업규칙 기재사항
- ... 임금의 구성항목, 계산방법 및 지급방법, 소정근로시간, 유급 주휴일, 연차 유급휴가에 대해서는 반드시 서면(書面)으로 명시해야 한다.

【판례】

... 명시된 근로조건 위반시 손해배상청구권의 소멸시효기간

법 제22조, 제23조의 규정 취지는 근로계약 체결시에 사용자가 명시한 근로조건이 근로계약 체결 후에 사실과 다른 것을 알게 되었음에도 근로계약관계의 구속에서 벗어나기 어려운 근로자의 입장을 고려하여 취업 초기에 근로자가 원하지 않는 근로를 강제당하는 폐단을 방지하고 근로자를 신속히 구제하려는 데에 있는 것이라 할 것이므로 법 제23조에 정한 계약의 즉시해제권은 취업 후 상당한 기간이 지나면 행사할 수 없다고 해석되며, 같은 손해배상청구권의 소멸시효 기간은 위와 같은 법 규정의 취지와 규정 내용 등에 비추어 근로조건의 내용 여부를 묻지 않고 법 제41조에 정한 임금채권에 준하여 3년이라고 보아야 할 것이다.

(大判 1997. 10. 10, 97누5732)

4) 근로계약의 기간

법령 : 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 (기간제근로자의 사용)

- ① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우(해설 참조)에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.
- ② 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.

[해 설]

- “기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률”이 기간제근로자의 사용기간을 2년으로 제한함에 따라 근로기준법상 근로계약기간 상한(1년) 규정이 폐지되었다.
- 근로계약 당사자는 당사자가 기간제근로 사용기간 (2년) 범위 내에서 계약기간을 자유롭게 설정할 수 있다.
- 2년을 초과한 계약 기간이나 단기의 계약 기간이 반복 · 갱신되어 2년을 초과해 근로관계를 이루고 있다면 이는 기간의 정함이 없는 근로계약 관계로 간주된다. 다만 이러한 근로계약 기간의 제한은 2007년 7월 1일 이후 근로계약이 체결 · 갱신되거나 기존의 근로계약기간을 연장하는 경우부터 적용한다.

➡ 근로계약기간 제한의 예외

(기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 및 시행령 제3조)

다음 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.

- 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
- 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우
- 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
- 「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
- 박사 학위(외국에서 수여받은 박사 학위를 포함한다)를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우
- 「국가기술자격법」 제9조제1항제1호에 따른 기술사 등급의 국가기술자격을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우
- 아래 해당 분야에 관련법의 전문자격을 소지하고 종사하는 경우

1.건축사	2.공인노무사	3.공인회계사	4.관세사	5.변리사
6.변호사	7.보험계리사	8.손해사정사	9.감정평가사	10.수익사
11.세무사	12.약사	13.한약사	14.한약업사	15.한약조제사
16.의사	17.치과의사	18.한 의사	19.경영지도사	20.기술지도사
21.사업용조종사		22.운송용조종사	23.항공교통관제사	
24. 항공기관사		25. 항공사		

【 판 례 】

… 근로계약의 기간을 정한 경우 그 근로관계의 종료는 어떻게 하는가

근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다.(大判 2006.2.10, 2005두15762)

계약기간 만료전에 회사가 근로자에게 한 계약기간 만료일 및 계약갱신 거절의 의사 통지는 근로계약의 해약 즉 해고라고 할 수 없다.(大判 1998.5.29, 998두625)

5) 근로조건 위반

법령 : 근로기준법 제19조【근로조건의 위반】

명시된 근로조건이 사실과 다를 경우에 근로자는 근로조건 위반을 이유로 손해(損害)의 배상(賠償)을 청구할 수 있으며 즉시 근로계약을 해제(解除)할 수 있다.

【해설】

- 사용자가 명시한 근로조건이 사실과 다른 경우에 근로자는 사용자에게 근로계약 체결시 명시한 내용에 따라 근로조건을 이행(履行)할 것을 요구(要求)할 수 있으며, 또한 즉시 근로계약을 해제(解除)할 수 있다.
- 근로자에게 손해가 발생한 때에는 노동위원회(勞動委員會)에 그 손해배상(損害賠償)을 청구(請求)할 수 있다.

【판례】

→ 노동위원회에 대한 손해배상 청구는 어떠한 경우에 가능한가

근로자가 노동위원회에 구 근로기준법 제23조 소정의 손해배상청구를 하려면 사용자가 근로자와 근로계약 체결시 근로자에 대하여 명시한 근로조건(임금, 근로시간, 기타의 근로조건)을 위반하여 근로자에게 손해를 입힌 사실을 전제로 하여야 하는 것이고, 사용자가 근로기준법의 다른 규정사항(예, 같은 법 제27조 제1항 위반)이나 노동조합법상의 확정된 구제명령에 위반하여 근로자에게 손해를 입힌 경우라 하더라도 이를 위 제23조 소정의 근로조건의 위반이라고는 볼 수 없으므로 근로자는 노동위원회에 위 법조에 의한 손해배상청구를 할 수 없고, 노동위원회도 이러한 청구에 관하여 심리, 결정할 권한이 없다 할 것이다.

(大判 1989. 2. 28, 87누496)

노동위원회에 대한 손해배상청구의 신청은 근로조건 위반에 대한 모든 손해배상 청구에 대하여 허용되는 것은 아니며, ‘근로계약체결시’에 명시된 근로조건이 사실과 다른 경우에만 가능하다. (大判 1983.4.12, 82누507)

6) 채용내정 · 시용기간 · 수습

(1) 채용내정

【해설】

- ... 회사가 필요로 하는 노동력을 미리 확보하기 위해 학교 졸업예정자에 대하여 일정한 기간이 경과한 후 “졸업”이라는 일정한 조건이 충족되면 채용할 것을 약정하는 고용계약을 채용내정이라고 한다.
- ... 채용내정에 있어서 근로계약의 성립시기는 졸업예정자가 채용시험에 응시하는 것을 청약으로, 사용자에 의한 채용내정통지를 승낙으로 보아야 하므로, 근로계약은 채용내정통지를 발송한 때에 성립한다.
- ... 채용내정 상태에서 특별한 사유가 없이 채용내정을 취소하는 것은 근로기준법 제30조에 의한 해고에 해당되어 제한된다.

【판례】

- ... 채용내정취소통지는 해고에 해당하고, 채용내정취소에 정당한 이유가 없는 한 채용내정취소는 무효이다

회사가 1997.11월 말경 원고들에 대하여 최종합격통지를 하고 같은 해 12월경 서약서 등 입사관계서류 제출을 요구하여 교부받음으로써 원고들과 피고회사 사이에는 원고들이 1998.2월까지 대학을 졸업하지 못할 것 등을 해약사유로 유보하고, 취업할 시기를 1998.3.1로 하는 내용의 근로계약이 성립되었다고 할 것이고, 따라서 회사가 1998.8.18 원고들에 대하여 한 채용내정취소통지는 그 실질내용에 비추어, 해고에 해당한다고 할 것이므로, 위 채용내정취소에 정당한 이유가 없는 한 무효이다 (大判 1999.04.30, 서울지법98가합 20043)

(2) 시용기간

【해설】

- ... 시용기간이란 근로계약을 정식으로 체결하지 않고 계약(契約)을 유보(留保)한 상태에서 근로자의 업무 적격성을 판단하기 위하여 근로관계를 갖는 일정기간을 말한다.

- 시용의 기간은 사용자와 근로자가 상호 합의로 결정하는 것이 원칙이며, 시용 계약의 근본취지에 위배될 정도의 장기간은 곤란하다.
(보통 수습기간과 유사하게 통상 3개월 내외)

【 판례 】

- 근로계약에서 시용기간을 정하지 않은 경우에는 어떠한 효과가 발생하는가
취업규칙(就業規則) 중 시용기간의 적용에 관한 규정이 근로자에 대한 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있으므로 근로자를 신규로 채용하는 경우에는 그 근로자에 대하여 시용기간을 적용할 것인가의 여부를 근로계약에 명시하여야 하는데 원고와의 근로계약에는 시용기간이 적용된다고 명시되지 않았으므로 원고는 시용근로자가 아닌 정직원으로서 채용된 근로자라고 인정한다.
(大判 1991.11.26, 90다4914)

- 사용자는 어떠한 경우에 근로자를 시용기간중에 해고하거나 또는 시용기간 종료후 본채용(本採用)을 거부할 수 있는가

사용자가 근로자를 채용하는 과정에 있어서 일단 수습사원으로 발령한 후 일정한 연수기간을 거치도록 하고 그 연수기간 중의 평가에 의하여 합격기준 이상의 점수를 얻은 경우에만 근로자로 채용하는 방식을 채택하고 있는 경우, 연수 기간 중에 있는 자의 지위는 이른바 “시용기간 중의 근로관계”에 해당하며 이는 일종의 해약 권유보부(解約權留保附) 근로계약(勤勞契約)으로서, 시용기간 중의 해고 및 본채용(本採用) 거부라는 유보해약권의 행사는 “시용”자체가 당해 근로자의 자질, 성격, 능력 등 그 일에 대한 적격성 여부를 결정하는 단계이므로 통상의 해고보다는 광범위하게 인정될 수 있는 것이지만 시용기간 중에 있어서의 근무태도, 능력 등의 관찰에 의해 앞으로 맡게 될 임무에의 적격성 판단에 기초하여 행해져야 하고, 또한 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 한다. (서울민사지판 1991.5.31, 90가합18673)

- 시용기간 중의 근로자를 대상으로 실시한 근무성적평정의 방법 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 시용근로계약을 해지한 데에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다

1. 시용(試用)기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약(本契約)의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제

도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다.

2. 피고 은행이 각 지점별로 C나 D의 평정 등급 해당자 수를 할당한 점, 피고 은행이 근무성적평정표 제출 후 일부 지점장들에게 재작성을 요구하고, 이에 따라 일부 지점장들이 평정자와 확인자를 달리하도록 한 근무성적평정요령에 어긋나게 혼자서 근무성적평정표를 다시 작성하기도 한 점, 원고들에 대한 근무성적평정표와 평정의견서만으로 원고들의 업무수행능력이 얼마나, 어떻게 부족했는지, 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지를 알 수 없는 점 등에 비추어, 피고 은행이 원고들과 맺은 이 사건 근로계약을 해지한 데에 상당한 이유가 있다고 보기 어렵다. (大判 2006.2.24, 2002다62432)

→ **사용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정한 경우 근로자의 고용상 지위**

취업규칙에 신규 채용하는 근로자에 대한 사용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있는 경우에는 그 근로자에 대하여 사용기간을 적용할 것인가의 여부를 근로계약에 명시하여야 하고, 만약 근로계약에 사용기간이 적용된다고 명시하지 아니한 경우에는 사용 근로자가 아닌 정식 사원으로 채용되었다고 보아야 할 것이다. (大判 1999. 11. 12, 99다30743)

(3) 수습

【해설】

- 수습은 근로자와 사용자가 정식의 근로계약을 체결한 후에 근로자의 근무능력이나 사업장에서의 적응능력을 향상시키기 위하여 일정기간 설정되는 근로관계를 말한다.
- 수습근로자는 정식 근로자와 같이 근로기준법이 전면적으로 적용되며, 정당한 사유가 없이 해고하여서는 아니 된다.
- 수습근로자로서 3개월 미만인 자에 대해서는 정당한 사유가 있으면 1개월전 예고(豫告)를 하지 않고도 해고가 가능하다.(근로기준법 제35조)
- 수습근로자의 임금은 취업규칙 또는 근로계약에 의거 정식근로자보다 낮게 결정될 수 있다.

4. 임금 및 퇴직급여

1) 임금의 정의

법령 : 근로기준법 제2조

“임금(賃金)”이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.

【해설】

- 근로기준법상의 임금이 되기 위한 요건은 ① 사용자가 근로자에게 지급하는, ② 근로의 대가로서, ③ 명칭과 상관없이 지급하는 일체의 금품이 되어야 한다.
- 임금으로 인정되어야 비로소 통상임금 또는 평균임금 계산 및 그 적용, 임금을 기준으로 하는 각종 보험료 계산 등에 반영될 수가 있다.

【판례】

→ 실비변상적인 급여의 임금 해당 여부

근로기준법 제18조에 의하면 임금이라 함은 사용자가 「근로의 대상」으로 근로자에게 임금·봉급 기타 여하한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말하는 것이므로, 근로자가 특수한 근무조건이나 환경에서 직무를 수행하게 됨으로 말미암아 추가로 소요되는 비용을 변상하기 위하여 지급되는 이른바 실비변상적인 급여는 「근로의 대가」로 지급되는 것이라고 볼 수 없기 때문에 임금에 포함될 수 없는 것이다.(大判 1990.11.09, 90다카4683)

임금으로 인정되는 금품은 어떠한 것이 있는가	임금으로 인정되지 않는 금품에는 어떠한 것이 있는가
- 단체협약, 취업규칙 또는 관례, 관행에 따라 지급되는 급식비(수당), 교육비, 체력단련비, 가족수당 - 퇴직금, 휴업수당 - 정기적, 제도적으로 지급하는 상여금 - 연차(年次) 또는 월차(月次) 유급수당 등	- 근로자 개개인의 사정에 따라 임의적(任意的)·은혜적(恩惠的)으로 지급하는 경조금 및 위로금 - 30일전 해고예고를 대신하여 지급하는 해고예고수당 - 회사창립일 등 경축일에 호의적(好意的)으로 특별히 지급되는 금품 - 장비구입비, 출장비, 판공비 등

→ 금품이 계속적·정기적으로 지급되는 것이라 하더라도 근로의 제공과 관련 없이 지급되는 것이라면 임금에 포함시킬 수 없을 것이다.

사용자가 근로자에게 지급하는 임금은 계속적·정기적으로 지급되는 것이 통상적이므로 그 지급사유의 발생이 확정되어 있지 않고 일시적으로 지급되는 것은 근로의 제공과 관련 없이 지급되는 것으로 판단 받을 여지가 많기는 하지만, 그렇다고 하여 반드시 계속적·정기적으로 지급되어야만 근로제공과 관련된 것이고 그렇지 않은 것은 근로제공과 무관한 것이라는 논리필연적인 관계가 있는 것은 아니므로, 드물게나마 계속적·정기적으로 지급되는 것이 아니라 하더라도 다른 사정을 종합하여 사용자가 근로자의 근로제공과 관련하여 지급하는 것으로 볼 수 있으면 임금에 해당하고, 이와 달리 어느 금품이 계속적·정기적으로 지급되는 것이라 하더라도 근로의 제공과 관련 없이 지급되는 것이라면 그 금품의 지급이 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등에 의하여 지급의무가 발생한 것이라 하더라도 임금에 포함시킬 수 없을 것이다. (大判 2006.8.24, 2004다35052)

2) 통상임금

법령 : 근로기준법 시행령 제6조【통상임금(通常賃金)】

“통상임금”이란 근로자에게 정기적(定期的)이고 일률적(一律的)으로 소정(所定) 근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급(時間給) 금액, 일급(日給) 금액, 주급(週給) 금액, 월급(月給) 금액 또는 도급(都給) 금액을 말한다.

[해설]

- 임금은 통상임금과 평균임금의 개념으로 구분될 수 있으며 이는 근로자가 실제로 지급받는 임금을 말하는 것이 아니라 그 산정 사유가 발생하였을 때에 지급의 기초로 계산(計算)되는 임금을 말한다.
- 통상임금은 1임금 지급기에 지급하기로 정하여진 고정급(固定給) 임금을 말하는 것으로, 실제근무 여부 또는 근무실적에 따라 지급 여부 및 지급금액이 변동되는 임금은 통상임금의 산정시 제외된다.
- 통상임금은 다음 사유가 있는 경우에 그 지급 기준으로 적용된다.
 - 연장근로수당 · 야간근로수당 · 휴일근로수당
 - 해고예고수당
 - 연차유급휴가수당 등

→ 통상임금이 적용되는 예

구분	지급액
해고예고수당(§ 26)	통상임금의 30일분 이상
시간외 · 야간 · 휴일근로 가산수당(§ 56)	통상임금의 50% 이상
연차유급휴가수당(§ 60 (5))	통상임금 100% 또는 평균임금 100%
법정유급휴가 및 법정유급휴일수당	통상임금 100%

[판례]

→ 통상임금의 개념과 그 범위

소정 근로 또는 총 근로의 대상(對價)으로 근로자에게 지급되는 금품으로서 그것이 정기적, 일률적으로 지급되는 것이면 원칙적으로 모두 구 근로기준법상의 통상임금에 속하는 임금이라 할 것이나, 근로기준법의 입법 취지와 통상임금의 기능

및 필요성에 비추어 볼 때 어떤 임금이 통상임금에 해당하려면 그것이 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금에 속하여야 하므로 실제의 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 임금은 고정적인 임금이라 할 수 없어 통상임금에 해당하지 아니한다. (大判 1998.4.24, 97다28421)

→ 통상임금의 정의상 ‘일률적’의 의미

통상임금의 정의에서 “일률적”으로 지급되는 것이라 함은 “모든 근로자에게” 지급되는 것뿐 아니라 “일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자에게” 지급되는 것도 포함된다고 해석되지만, 여기서 말하는 “일정한 조건”이란 “고정적이고 평균적인 임금”을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 “고정적인 조건”이어야 한다고 할 것이다. (大判 1993.5.27, 92다20316)

→ 가족수당, 근속수당 등의 통상임금 해당 여부

통상임금이란 근로자에게 정기적, 일률적으로 소정 근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액 또는 도급금액을 말하며, 이는 근로의 양 및 질에 관계되는 근로의 대가로서 실제 근무일수나 수행액에 구애됨이 없이 정기적, 일률적으로 임금 산정기간에 지급하기로 정하여진 고정급 임금을 의미하므로 단순히 은혜적, 부정기적으로 지급되는 것이거나 근로의 양 및 질과는 무관한 요인에 따라 근로자의 일부에 대하여 지급되는 것은 통상임금의 산정에서 제외된다. 회사에서 지급하는 가족수당이 배우자, 자녀, 동거하는 부모가 있는 근로자에게만 지급되고 있는 것이라면 이는 근로의 양이나 질에 무관하게 지급되는 것이고, 근속수당이 3년 이상 근속한 근로자에게만 근속한 기간에 따라 정하여 놓은 금액을 지급하는 것이라면 이는 장기근속자를 우대하기 위한 은혜적 성격의 수당으로서 근로의 질과는 관계가 없이 지급되는 것이므로, 가족수당 및 근속수당은 통상임금의 범위에 포함시킬 수 없다. (大判 1994.10.28, 94다26615)

→ 식대, 교통비, 체력단련비, 장기근속수당 등이 정기적·일률적으로 근로자에게 지급된다면 통상임금에 해당되는가

식대, 교통비는 매월 일정액을, 체력단련비는 일정시기에 월 기본급의 50% 또는 100%를 전직원에게 지급하여 온 것으로서 모두 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 한 금품이고 또한 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금이므로 통상임금에 속하나 다만 정근수당은 ‘일정기간의 계속근로’를 그 지급조건 of 하나로 규정하고 있어 정근수당의 지급 여부는 결국 실제의 근무성적에 따라 좌우되게

되어 그것이 고정적인 임금이라고 할 수 없으므로 통상임금에 속한다고 할 수 없다. (大判 1996.5.10, 95다2227)

→ **효도제례비, 연말특별소통장려금, 출퇴근보조여비는 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금으로서 퇴직금 산정의 기준이 되는 통상임금에 해당한다**

근로기준법상 ‘임금’이라 함은 ‘사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품’을 말한다. 그리고 소정 근로 또는 총 근로의 대상으로 근로자에게 지급되는 금품으로서 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 원칙적으로 모두 통상임금에 속하는 임금이라 할 것이나, 근로기준법의 입법 취지와 통상임금의 기능 및 필요성에 비추어 볼 때 어떤 임금이 통상임금에 해당하려면 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금에 속하여야 하므로, 정기적·일률적으로 지급되는 것이 아니거나 실제의 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 것과 같이 고정적인 임금이 아닌 것은 통상임금에 해당하지 아니한다고 할 것인데, 여기서 ‘일률적’으로 지급되는 것이라 함은 ‘모든 근로자’에게 지급되는 것뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것도 포함되고, 여기서 말하는 ‘일정한 조건’이란 ‘고정적이고 평균적인 임금’을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 ‘고정적인 조건’이어야 한다. 따라서 이 사건 효도제례비, 연말특별소통장려금 및 출퇴근보조여비는 모두 근로자들에 대하여 근로의 대가로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금이라고 할 것이어서 통상임금에 해당한다.

(大判 2007.06.28, 2006다1388)

→ **통상임금에 산입되어야 할 수당을 통상임금에서 제외하기로 노사간에 합의를 하는 것은 유효한가**

노사간의 합의에 따라 성질상 통상임금에 산입되어야 할 각종 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 합의의 효력이 인정되면, 시간외, 야간 및 휴일근로에 대하여 가산수당을 지급하고, 해고근로자에게 일정기간 통상적으로 지급받을 급여를 지급하도록 규정한 취지는 몰각될 것이다. 그러므로 성질상 근로기준법 소정의 통상임금에 산입될 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사간의 합의는 같은 법 제22조 제1항 소정의 같은 법이 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 계약으로서 무효이다. (大判 2007.6.15, 2006다13070)

3) 평균임금

법령 : 근로기준법 제2조

“평균임금(平均賃金)”이란 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말한다. 근로자가 취업한 후 3개월 미만인 경우도 이에 준한다.

【해설】

- ... 실비변상적이거나 임시로 지급되는 임금은 평균임금 산정시 임금의 총액에서 제외되며, ‘3개월’은 역일상(曆日上)의 일수(日數)를 말하는 것이기 때문에 근로자가 실제로 근무한 날을 말하는 것이 아니다.
- ... 산출된 평균임금액이 당해 근로자의 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금액을 평균임금으로 한다.(근로기준법 제2조 제2호)

➡ 평균임금이 적용되는 예

구 분	지 급 액
퇴직금(§ 34)	계속근로연수 1년에 대하여 평균임금의 30일분 이상
휴업수당(§ 46)	평균임금의 70% 이상
연차휴가수당(§ 60)	평균임금 100% 또는 통상임금 100%
재해보상금(§ 79-§ 84)	평균임금 50일분 ~ 1340일분
감급액(§ 95)	1회의 액이 평균임금의 1일분의 1/2을 초과하지 못함

- ... 평균임금 산정시 다음 기간은 산정 기간에서 제외한다.
 - 업무상 부상 또는 질병으로 요양하기 위하여 휴업한 기간
 - 사용자의 귀책사유로 인한 휴업기간
 - 수습 사용중인 기간

- 적법한 쟁의행위기간
- 산전후휴가기간, 육아휴직기간 등

→ 평균임금산정에서 포함되는 기간은 다음과 같다

- 근로자의 귀책사유로 인해 결근·휴업한 기간 (1968. 4.17, 근기 14559-3029)
- 개인적인 범죄로 구속기소되어 직위해제되었던 기간
(大判 1994.4.12, 92다 20309)

【 판례 】

→ 평균임금의 산정 범위

사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되며 그 지급에 관하여 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있고, 또한 일정 요건에 해당하는 근로자에게 일률적으로 지급하는 것이라면 그 명칭 여하를 불문하고 평균임금 산정의 대상이 되는 임금이라고 보아야 한다.

(大判 2003.2.11, 2002다50828)

→ 일정 직급 이상의 직원 중 차량 보유자에 한하여 지급하는 자가운전보조비는
평균임금에 해당 되는가

자가운전보조비 명목의 금원이 일정 직급 이상의 직원 중 자기 차량을 보유하여 운전한 자에 한하여 지급되고 있다면 이는 단순히 직급에 따라 일률적으로 지급된 것이 아니고 그 지급 여부가 근로제공과 직접적으로 또는 밀접하게 관련됨이 없이 오로지 일정 직급 이상의 직원이 자기 차량을 보유하여 운전하고 있는지 여부라는 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 따라 좌우되는 것이므로, 그 자가 운전보조비 중 회사가 그 직원들에게 자기 차량의 보유와 관계없이 교통비 명목으로 일률적으로 지급하는 금원을 초과하는 부분은 비록 그것이 실제 비용의 지출 여부를 묻지 아니하고 계속적·정기적으로 지급된 것이라 하더라도 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없다.(大判 1995.5.12, 94다55934)

… 개인적인 범죄로 구속기소(拘束起訴)되어 직위해제(職位解除)된 기간은 평균 임금 계산에 포함되어야 하는가

개인적인 범죄로 구속기소 되어 직위해제 되었던 기간 및 그 기간 중에 지급받은 임금액은 평균임금 산정기초에 포함되어야 하고 만일 그 기간에 임금을 포함시킴으로 인하여 평균임금 액수가 낮아져 평균임금이 통상임금을 하회하게 되는 경우에는 통상임금을 평균적으로 하여 퇴직금을 계산하여야 한다.

(大判 1994.4.12, 92다20309)

… 근로자가 평균임금의 산정기간 동안에 고의로 야간근로·초과근로 등의 시간외근로를 하여 평균임금수준을 높이는 행위는 유효한가

근로자가 퇴직 직전에 의도적으로 야간근로, 휴일근로 등 시간의 근로를 과다하게 하여 정상적인 평균임금 산정이 불합리적인 경우에는 동 기간을 평균임금 산정기간에서 제외하고 그 직전 3개월간의 임금을 기준으로 평균임금을 산정하여야 한다.(大判 1995.2.28, 94다8631)

… 취업규칙에 월(月)의 중도에 퇴직하더라도 당해 월의 보수 전액을 지급한다는 규정이 있는 경우 평균임금의 산정은 어떻게 하는가

월의 중도에 퇴직하더라도 당해 월의 보수 전액을 지급한다는 취업규칙상의 규정은 퇴직하는 근로자에 대한 임금 계산에 있어서의 정책적, 은혜적 배려가 포함된 취지의 규정으로 보아야 할 것이지, 퇴직하는 근로자에게 실제 근무일수와 무관하게 퇴직 당해 월의 보수 전액을 퇴직 직전일로부터 최종 3개월간에 지급된 급여액에 산입하여 평균임금을 산정하고 이를 기초로 퇴직금을 산출 할 수는 없다.

(大判1995.5.12, 97다5015)

… 근로자의 퇴직 무렵에 경영실적에 따라 지급된 특별성과 상여금은 평균임금 계산시에 산입될 수 있는가

근로자가 퇴직할 무렵 당해연도의 경영 실적에 따라 지급되는 특별성과 상여금이 단 1회 지급되었을 뿐이고 장래 계속 지급될지 여부가 불확실하여 계속적, 정기적으로 지급된다고 할 수 없는 경우, 그 특별성과 상여금은 근로의 대가인 임금으로 지급된 것으로 볼 수 없으므로 퇴직금 산정의 기초인 평균임금에 산입해서는 아니 된다.(大判 1998.1.20, 97다18936)

→ 회사가 정기적 계속적 일률적으로 특별생산격려금을 지급하여 왔다면 이는 평균임금에 해당한다

회사가 특별생산격려금을 지급하게 된 경위가 노동쟁의의 조정 결과 생산격려금을 지급하기로 합의가 된 데 따른 것이고 당시 조정안에서 위 생산격려금은 전년도 경영성과를 감안한 특별상여금으로서 1회에 한하기로 약정하였다고 하더라도 이후 회사의 경영실적의 변동이나 근로자들의 업무성과와 관계없이 근로자들에게 정기적·계속적·일률적으로 특별생산격려금을 지급하여 왔다면 이는 근로계약이나 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것으로서 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 해당한다.

(大判 2001.10.23, 2001다53950)

→ 성과급의 평균임금 해당 여부

상여금이 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 가지나 그 지급사유의 발생이 불확정하고 일시적으로 지급되는 것은 임금이라고 볼 수 없다. 회사가 근로자들에게 지급한 '성과급'은 경영실적이나 무쟁의 달성 여부에 따라 그 지급 여부나 지급금액이 달라지는 경영성과의 일부 분배로 볼 수 있을 뿐, 근로의 대상으로서의 임금이라 할 수 없으므로, 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에 포함되지 않는다.

(大判 2006. 2.23, 2005다54029)

➡ 통상임금 및 평균임금 등의 판단기준 예시

(노동부 예규 제551호, 2007.11.28)

판 단 기 준 예 시	통상 임금	평균 임금	기타 금품
1. 소정근로시간 또는 법정근로시간에 대하여 지급하기로 정하여진 기본급 임금	○	○	
2. 일·주·월 기타 1임금산정기간내의 소정근로시간 또는 법정근로시간에 대하여 일급·주급·월급 등의 형태로 정기적·일률적으로 지급하기로 정하여진 고정급임금			
① 담당업무나 직책의 경중 등에 따라 미리 정하여진 지급조건에 의해 지급하는 수당 : 직무수당(금융수당, 출납수당), 직책수당(반장수당, 소장수당) 등	○	○	
② 물가변동이나 직급간의 임금격차 등을 조정하기 위하여 지급하는 수당 : 물가수당, 조정수당 등	○	○	
③ 기술이나 자격·면허증소지자, 특수작업종사자 등에게 지급하는 수당 : 기술수당, 자격수당, 면허수당, 특수작업수당, 위험수당 등	○	○	
④ 특수지역에 근무하는 근로자에게 정기적·일률적으로 지급하는 수당 : 벽지수당, 한냉지근무수당 등	○	○	
⑤ 버스, 택시, 화물자동차, 선박, 항공기 등에 승무하여 운행·조종·항해·항공 등의 업무에 종사하는 자에게 근무일수와 관계없이 일정한 금액을 일률적으로 지급하는 수당 : 승무수당, 운항수당, 항해수당 등	○	○	
⑥ 생산기술과 능률을 향상시킬 목적으로 근무성적에 관계없이 매월 일정한 금액을 일률적으로 지급하는 수당 : 생산장려수당, 능률수당 등	○	○	
⑦그 밖에 제①부터 제⑥까지에 준하는 임금 또는 수당	○	○	

판 단 기 준 예 시	통상 임금	평균 임금	기타 금품
3. 실제 근로여부에 따라 지급금액이 변동되는 금품과 1임금산정 기간 이외에 지급되는 금품			
① 「근로기준법」과 「근로자의 날 제정에 관한법률」 등에 의하여 지급되는 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당, 월차유급 휴가근로수당, 연차유급휴가근로수당, 생리휴가보전수당 및 취업규칙 등에 의하여 정하여진 휴일에 근로한 대가로 지급되는 휴일근로수당 등		○	
② 근무일에 따라 일정금액을 지급하는 수당 : 승무수당, 운항수당, 항해수당, 입궐수당 등		○	
③ 생산기술과 능률을 향상시킬 목적으로 근무성적 등에 따라 정기적으로 지급하는 수당 : 생산장려수당, 능률수당 등		○	
④ 장기근속자의 우대 또는 개근을 촉진하기 위한 수당 : 개근수당, 근속수당, 정근수당 등		○	
⑤ 취업규칙 등에 미리 지급금액을 정하여 지급하는 일 · 숙직수당		○	
⑥ 상여금 가. 취업규칙 등에 지급조건, 금액, 지급시기가 정해져 있거나 전 근로자에게 관례적으로 지급하여 사회통념상 근로자가 당연히 지급 받을 수 있다는 기대를 갖게 되는 경우 : 정기상여금, 체력단련비 등		○	
나. 관례적으로 지급한 사례가 없고, 기업이윤에 따라 일시적 · 불확정적으로 사용자의 재량이나 호의에 의해 지급하는 경우 : 경영성과배분금, 격려금, 생산장려금, 포상금, 인센티브 등			○
⑦ 봉사료(팁)로서 사용자가 일괄관리 배분하는 경우		○	
4. 근로시간과 관계없이 근로자에게 생활보조적 · 복리후생적으로 지급되는 금품			
① 통근수당, 차량유지비 가. 전 근로자에게 정기적 · 일률적으로 지급하는 경우		○	

판 단 기 준 예 시	통상 임금	평균 임금	기타 금품
나. 출근일수에 따라 변동적으로 지급하거나 일부 근로자에게 지급하는 경우			○
② 사택수당, 월동연료수당, 김장수당			
가. 전 근로자에게 정기적·일률적으로 지급하는 경우		○	
나. 일시적으로 지급하거나 일부 근로자에게 지급하는 경우			○
③ 가족수당, 교육수당			
가. 독신자를 포함하여 전 근로자에게 일률적으로 지급하는 경우		○	
나. 가족수에 따라 차등 지급되거나 일부 근로자에게만 지급하는 경우(학자보조금, 근로자 교육비 지원 등의 명칭으로 지급)			○
④ 급식 및 급식비			
가. 근로계약, 취업규칙 등에 규정된 급식비로써 근무일수에 관계 없이 전 근로자에게 일률적으로 지급하는 경우		○	
나. 출근일수에 따라 차등 지급하는 경우			○
5. 임금의 대상에서 제외되는 금품			
1. 휴업수당, 퇴직금, 해고예고수당			○
2. 단순히 생활보조적, 복리후생적으로 보조하거나 혜택을 부여하는 금품 : 결혼축의금, 조의금, 의료비, 재해위로금, 교육기관·체육시설 이용비, 피복비, 통근차·기숙사·주택제공 등			○
3. 사회보장성 및 손해보험성 보험료부담금 : 고용보험료, 의료보험료, 국민연금, 운전자보험 등			○
4. 실비변상으로 지급되는 금품 : 출장비, 정보활동비, 업무추진비, 작업용품 구입비 등			○
5. 돌발적인 사유에 따라 지급되거나 지급조건이 규정되어 있어도 사유발생이 불확정으로 나타나는 금품 : 결혼수당, 사상병수당 등			○
6. 기업의 시설이나 그 보수비 : 기구손실금 등			○

4) 시간외 · 야간 · 휴일 근로수당

법령 : 근로기준법 제56조【연장 · 야간 및 휴일근로】

사용자는 연장근로(연장된 시간의 근로)와 야간근로(오후 10시부터 오전 6시까지 사이의 근로) 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다.

【해설】

- … 시간외 · 야간 · 휴일 근로란 ①기준근로시간을 초과하여 근로하는 것을 말하며, 1주 40시간, 1일 8시간을 초과하여 근로하는 연장근로, ②하오 10시부터 상오 6시까지의 야간근로, ③휴일에 근로하는 휴일근로를 말한다.
- … 시간외 · 야간 · 휴일 근로에 대해서는 통상임금의 50%이상을 가산하여 지급해야 한다.

【판례】

- … 근로기준법의 기준근로시간 범위 안에서 사용자와 근로자 사이의 약정 근로시간을 초과하는 근로(이른바 法內超過勤務)에 대하여도 가산임금을 지급해야 하는가

근로기준법에 정한 기준근로시간 범위 안에서 사용자와 근로자 사이의 약정 근로시간을 초과하는 근로(이른바 법내초과근로)는 근로기준법 제55조에서 말하는 시간외근로에 해당하지 아니하므로, 그에 대하여는 할증임금을 지급할 필요가 없다.

(大判 1998. 6. 26, 97다14200)

- … 제 수당을 합한 금액을 월급여액이나 일당으로 정하는 이른바 포괄임금제(包括賃金制)의 임금지급계약은 효력이 있는가

사용자는 근로계약을 체결함에 있어서 근로자에 대하여 기본임금을 결정하고 이를 기초로 시간외, 휴일, 야간 근로수당 등 제 수당을 가산하여 이를 합산하여 지급함이 원칙이나, 근로시간, 근로형태와 업무의 성질 등을 참작하여 계산의 편의와 직원의 근무의욕을 고취하는 뜻에서 근로자의 승낙하에 기본임금을 미리 산정하지

아니한 채 시간외 근로 등에 대한 제 수당을 합한 금액을 월급여액이나 일당 임금으로 정하거나 매월 일정액을 제 수당으로 지급하는 내용의 이른바 포괄임금제에 의한 임금지급계약을 체결하였다고 하더라도 단체협약이나 취업규칙에 비추어 근로자에게 불이익이 없고, 제반 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 그 계약은 유효하다. (大判 1997. 4. 25, 95다4056)

→ 법정공휴일도 휴일근로수당으로 통상임금의 50%이상을 가산하여 지급하여야 하는 “휴일근로”에 포함 되는가

주휴일이 아닌 법정공휴일이라도 사용자의 필요에 따라 부득이 근로를 하게 된 경우에는, 근로자가 근로할 의무가 있는 날에 근로를 한 경우보다는 더 큰 대가가 지급되어야 보상된다는 점을 고려한 것이라고 해석되므로, 주휴일근로 뿐만 아니라 단체협약이나 취업규칙에 의하여 휴일로 정하여진 법정공휴일 등의 근로도 휴일근로수당의 대상이다. (大判 1991.5.14, 90다14089)

→ 격일제 교대근무 근로자의 경우에도 시간외·야간·휴일근로수당에 관한 근로기준법 규정이 적용되는가

1일 24시간 격일제로 근무하는 이른바 교대제 근무에는 시간외근로 시간수나 야간근로 시간수를 절반으로 나누어 계산하여야 한다거나 휴일이 근로일에 해당하여도 휴일근로수당을 별도로 지급할 필요가 없다는 취지의 주장은 이유가 없다. (大判 1997.7.22, 96다38995)

→ 휴일근로와 시간외 근로가 중복되는 경우 가산임금의 산정은 어떻게 하는가

휴일 근로와 시간외 근로가 중복되는 경우에는 휴일 근로에 대한 가산임금과 시간외 근로에 대한 가산임금을 각각 가산하여 산정하여야 한다.

(大判 1991.3.22, 90다6545)

5) 임금의 지불

법령 : 근로기준법 제43조【임금지급】

- ① 임금은 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.
- ② 임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다.

【해설】

- 임금은 반드시 근로자 본인(本人)에게 지급하여야 하며, 친권자(親權者), 후견인(後見人) 또는 임의대리인(任意代理人)에게 지급하거나 노동조합에 지급하는 것은 아니 된다.
- 임금은 전액 근로자에게 지급되어야 하며, 위약예정(違約豫定)·전차금(前借金)상계 또는 강제저축(強制貯蓄) 등의 방법으로 일부를 지급하는 것은 아니 된다.



전액불 지급의 예외

- ① 법령에 의한 예외 : 근로소득세, 국민연금료, 의료보험료 등의 사전공제
- ② 단체협약에 의한 예외 : 조합비(check off system), 대부금 등의 사전공제

- 임금은 통용이 가능한 화폐로 지급되어야 하며, 다만 법령이나 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에는 통화 이외의 것으로 지급할 수 있다.
- 임금은 매월1회 이상 일정기일을 정하여 지급하여야 한다.
- 채무자의 급여압류 가능금액 (민사집행법)
 - 월급여가 120만 원 이하인 경우에는 전액 압류할 수 없다.
 - 월급여가 120만 원을 초과하고 240만 원까지는 120만 원을 제외한 나머지 금액을 압류할 수 있다.

- 월급여가 240만 원을 초과하고 600만 원까지는 월급여의 1/2을 초과하는 금액을 압류할 수 있다.
- 월급여가 600만 원을 넘는 경우에는 “300만원 + [(급여/2) - 300만원] / 2”을 제외한 나머지 금액을 압류할 수 있다.

【 판례 】

… 근로자가 임금채권(賃金債權)을 양도(讓渡)한 경우에도 임금을 근로자에게 직접 지급해야 하는가

근로자가 그 임금채권을 양도한 경우라 할지라도 그 임금의 지급에 관하여는 임금 직접지급의 원칙이 적용되어 사용자는 직접 근로자에게 임금을 지급하지 아니하면 안 되고, 그 결과 비록 적법 유효한 양수인(讓受人)이라도 스스로 사용자에게 대하여 임금의 지급을 청구할 수 없으며, 그러한 법리는 근로자로부터 임금채권을 양도 받았거나 그의 추심(推尋)을 위임(委任)받은 자가 사용자의 집행 재산에 대하여 배당을 요구하는 경우에도 그대로 적용된다. (大判 1996.3.22, 95다2630)

임금채권을 제3자에게 양도한 경우에도 임금채권의 압류의 경우를 제외하고는 사용자는 근로자에게 임금을 직접 지급하여야 한다. (大判 1995.6.29, 94다18553)

… 사용자가 근로자의 임금채권을 상계하는 경우 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것으로 인정할 만한 이유가 존재해야 한다

근로기준법 제42조 제1항 본문에서 ‘임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다’ 라고 규정하여 이른바 임금 전액지급의 원칙을 선언한 취지는 사용자가 일방적으로 임금을 공제하는 것을 금지하여 근로자에게 임금 전액을 확실하게 지급받게 함으로써 근로자의 경제생활을 위협하는 일이 없도록 그 보호를 도모하려는 데 있으므로 사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권을 가지고 일방적으로 근로자의 임금채권을 상계하는 것은 금지된다고 할 것이지만, 사용자가 근로자의 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 상계하는 경우에 그 동의를 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 제42조 제1항 본문에 위반하지 아니한다고 보아야 할 것이고, 다만 임금 전액지급 원칙의 취지에 비추어 볼 때 그 동의를 근로자의 자유로운 의사에 기한 것이라는 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다고 할 것이다. (大判 2001.10.23, 2001다25185)

… 일반관리직 직원들이 회사의 어려운 경영상태를 충분히 인식한 상태에서 회람 형식의 상여금 반납결의문에 서명한 경우, 그 상여금 반납은 유효한가

회사내에서 근로자들로부터 상여금을 반납받기 위하여 그 추진방법 및 일정 등을 정한 추진계획이 세워지고, 그 계획에 따라 상여금 반납 결의가 이루어졌으나, 일반직 관리직원들이 상여금 반납 결의를 함에 있어서 회사의 경영상태 및 자구 노력의 일환으로 이루어진 상여금 반납의 필요성에 대하여 충분한 설명이 이루어진 뒤에 상여금 반납에의 동의 여부에 대한 의사표시를 하도록 한 경우, 이에 따른 상여금 반납은 유효하다.(大判 2003.4.11, 2002다71832)

… 해외파견자에게 추가적으로 지급되는 금품이 평균임금의 기초가 되는 임금총액에 포함되는가

국외주재직원으로 근무하는 동안 지급받은 급여가 동일직급의 국내직원보다 초과하였다면, 이는 해외근무라는 특수한 근로조건에 따라 임시로 지급된 임금으로 보아야 하므로 회사의 취업규칙에서 국외주재직원에 대한 퇴직금액수를 산출하여 초과부분의 급여를 평균임금의 기초가 되는 임금의 총액에 산입치 않도록 규정되어 있다 해도 취업규칙이 무효일 수 없다. (大判 1990.11.9, 90다카4683)

6) 퇴직급여

법령 : 근로자퇴직급여보장법 제4조 (퇴직급여제도의 설정)

- ① 사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도(퇴직금제도 및 퇴직연금제도)중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다. 다만, 계속근로기간이 1년 미만인 근로자, 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항의 규정에 의한 퇴직급여제도를 설정함에 있어서 하나의 사업안에 차등을 두어서는 아니 된다.
- ③ 사용자가 퇴직급여제도의 종류를 선택하거나 선택한 퇴직급여제도를 다른 종류의 퇴직급여제도로 변경하고자 하는 경우에는 당해 사업에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수(이하 “근로자대표”라 한다)의 동의를 얻어야 한다.
- ④ 사용자가 제3항의 규정에 따라 선택되거나 변경된 퇴직급여제도의 내용을 변경하고자 하는 경우에는 근로자대표의 의견을 들어야 한다. 다만, 근로자에게 불이익하게 변경하고자 하는 경우에는 근로자대표의 동의를 얻어야 한다.

법령 : 근로자퇴직급여보장법 제8조 (퇴직금제도의 설정)

- ① 퇴직금제도를 설정하고자 하는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다.
- ② 제1항의 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.

【해설】

→ 퇴직급여제도는 “퇴직금제도”와 “퇴직연금제도”를 말한다. 퇴직급여제도는 상시근로자 5인 이상인 사업장에만 적용된다. 상시근로자 4인 이하 사업장은

2008년 이후 2010년이 넘지 않는 기간 내에 대통령령이 정하는 날부터 퇴직급여제도를 적용한다.

→ 사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정해야 한다. 노사가 합의하여 퇴직연금제도를 채택하거나 기존의 법정퇴직금제도를 채택하도록 되어 있다. 사용자가 퇴직급여제도를 설정하지 않으면 퇴직금제도를 채택한 것으로 간주된다.

→ 법정퇴직금제도

- 퇴직금이란 사용자가 근로자의 근로관계의 종료에 따라 지급하는 금전을 말하며, 1년이상 계속근로한 연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 지급하여야 한다.
- 하나의 회사에 근로자의 지위, 직종, 부서 및 작업장소에 따라 퇴직금의 계산이나, 누진율 등에 차등을 두어서는 아니된다.
- 근로자가 퇴직금의 중간정산(中間定算)을 요구하는 경우에 회사는 회사의 사정을 고려하여 퇴직금을 미리 정산하여 지급할 수 있다.

→ 퇴직연금제도

- 퇴직연금제도는 사용자가 매월 또는 매년 퇴직연금사업을 하는 금융기관에 일정한 금액 이상을 적립하고, 근로자는 퇴직후 매월 또는 매년 연금을 받거나 일시금을 받을 수 있는 제도이다.
- 퇴직연금제도는 근로자대표의 동의를 받아야 도입이 가능하므로 노사합의가 필수적인 요건이며, 노사가 합의를 하지 못하면 종전의 퇴직금제도가 유지된다.

【 판례 】

→ 퇴직금을 사전에 포기하거나 그에 관한 민사상 소송을 제기하지 않겠다는 특약을 맺는 것은 유효한가

퇴직금은 사용자가 일정기간을 계속근로하고 퇴직하는 근로자에게 그 계속근로에 대한 대가로서 지급하는 후拂(後拂) 임금의 성질을 띤 것으로 구체적인 퇴직금 청구권은 계속근로가 끝나는 퇴직이라는 사실을 요건으로 하여 발생하는 것인 바, 이를 사전(事前)에 포기하거나 그에 관한 민사상 소송을 제기하지 않겠다는 부제소특약(不提訴特約)을 하는 것은 강행법규인 근로기준법에 위반되어 무효이다. (大判 1998. 3. 27, 97다49732)

… 회사에 퇴직금제도가 없는 경우에도 퇴직금 청구가 가능한가

퇴직금 제도를 설정한 바 없거나 단체협약상 퇴직금 지급의 약정이 없다 하더라도 근로기준법상의 근로자라면 특별한 사정이 없는 한 퇴직금을 청구할 수 있다.

(大判 1991.11.8, 91다27730)

… 사직, 징계해고 등의 경우에도 퇴직금을 지급해야 하는가

퇴직금 지급은 근로자의 임의퇴직이나 사직, 범법행위 등에 따른 징계해고 등 퇴직의 원인에 따라 지급 여부를 구별하지 않고 감액없이 지급된다.

(大判 1972.4.11, 71다1033)

… 퇴직금을 일당 속에 포함하여 지급하는 것은 유효한가

일용근로자라 할지라도 근로관계가 계속된 경우에는 상용근로자로 보아 퇴직금을 지급하여야 하고, 퇴직금이란 퇴직이라는 근로관계의 종료를 요건으로 하여 비로소 발생하는 것으로 근로계약이 존속하는 한 퇴직금 지급의무는 발생할 여지가 없는 것이므로, 매월 지급받는 일당임금 속에 퇴직금이란 명목으로 일정한 금원(金員)을 지급하였다고 하여도 그것은 근로기준법에서 정하는 퇴직금 지급으로서의 효력은 없다. (大判 1998.3.24, 96다24699)

… 근로계약을 반복적으로 갱신하는 경우 퇴직금 지급을 위한 계속근로연수의 계산은

근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약을 갱신하거나 동일조건인 근로계약을 반복적으로 체결하는 경우에는 갱신하거나 반복되는 근로계약의 기간은 퇴직금 계산을 위한 계속근로연수에 모두 합산된다. (大判 1995.7.11, 93다26168)

… 매월 지급받는 임금 속에 퇴직금이란 명목으로 일정한 금원을 지급하기로 약정하고 이를 지급하였다고 하여도 퇴직금 지급으로서의 효력이 없다

근로자퇴직급여 보장법 제4조, 제8조 제1항은, 사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 하고, 퇴직금제도를 설정하고자 하는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다고 규정하고 있는바, 퇴직금이란 퇴직이라는 근로관계의 종료를 요건으로 하여 비로소 발생하는 것으로 근로계약이 존속하는 동안에는 원칙으로 퇴직금 지급의무는 발생할 여지가 없는 것이므로, 사용자와 근로자 사이에 매월 지급받는

임금 속에 퇴직금이란 명목으로 일정한 금원을 지급하기로 약정하고 사용자가 이를 지급하였다고 하여도 그것은 법 제8조 제1항에서 정하는 퇴직금 지급으로서의 효력이 없다. (大判 2007.11.16, 2007도3725)

→ 월급이나 일당 속에 퇴직금 명목으로 일정 금액을 포함시켜 지급하기로 한 근로자와 사용자간 약정은 무효이다

퇴직금지급청구권은 퇴직이라는 근로관계의 종료를 요건으로 하여 비로소 발생하는 것으로 근로계약이 존속하는 한 퇴직금 지급의무는 발생지 않는다. 따라서 매월 지급받은 월급이나 매월 지급받는 일당 속에 퇴직금이란 명목으로 일정한 금원을 지급하였다고 하여도 그것은 근로기준법 제34조에서 정하는 퇴직금의 지급으로서의 효력은 없다. 그리고 그와 같이 매월의 월급이나 매일의 일당 속에 퇴직금을 포함시켜 지급하기로 하는 약정은 최종 퇴직시 발생하는 퇴직금청구권을 사전에 포기하는 것으로서 강행법규인 근로기준법 제34조에 위반되어 무효이다. 따라서 사용자가 사법상의 효력이 없는 ‘매월의 월급이나 매일의 일당 속에 퇴직금을 포함시켜 지급한다’는 내용의 약정을 내세워 퇴직한 근로자에 대한 퇴직금의 지급을 거절하는 경우, 이를 퇴직금 지급의무의 존부에 관하여 다툼만한 근거가 있어 사용자가 퇴직금을 지급하지 아니한 데에 상당한 이유가 있는 경우라고 볼 수 없다. (大判 2007.8.23, 2007도4171)

7) 임금채권의 시효

법령 : 근로기준법 제49조【임금의 시효(時效)】

이 법에 따른 임금채권은 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.

【해설】

→ 임금채권의 소멸시효기간(消滅時效期間)은 3년이며, 여기서 ‘임금’은 근로기준법상의 임금으로 상여금, 시간외근로수당, 연·월차유급휴가수당, 퇴직금 등이 모두 포함된다.

→ 임금채권의 시효중단(時效中斷)에 대해서도 민법상의 일반원칙이 적용되어 채권자

(債權者)의 청구(請求), 압류(押留) 또는 가압류(假押留)·가처분(假處分), 채무자(債務者)의 승인(承認) 등의 경우에 소멸시효가 중단된다.

[판례]

→ 임금채권 시효의 기산일(起算日)은 언제인가

임금채권의 시효기간은 그 채권을 행사할 수 있는 날로부터 진행하므로 상여금채권은 그 상여금에 관한 권리가 발생하는 때부터, 월차 및 연차휴가에 관한 권리는 근로자가 근로를 개시한 날에서 1일 또는 1년간의 근로를 마친 날로부터 진행된다.
(大判 1980.5.13, 79다2322)

→ 해고무효확인 소송과 임금채권의 시효중단

해고무효확인의 소송을 제기하는 경우 임금청구의 소멸시효도 중단된다.
(大判 1994.5.10, 93다21606)

➡ 각종 청구권의 소멸시효

청 구 권	소멸시효
임금채권	3년
퇴직금, 각종 수당	3년
연차유급휴가	1년
산업재해보상	3년
사용증명서(경력증명서)	3년

➡ 소멸시효의 기산점

구 분	기 산 점
임금	임금 정기 지급일
상여금	그 상여금에 대한 권리가 발생한 때
연·월차 유급휴가수당	휴가권을 취득한 날로부터 1년의 경과로 그 휴가의 불실시가 확정된 다음날
퇴직금	퇴직한 다음날

8) 휴업수당

법령 : 근로기준법 제46조【휴업수당(休業手當)】

- ① 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다. 다만, 평균임금의 100분의 70에 해당하는 금액이 통상임금을 초과하는 경우에는 통상임금을 휴업수당으로 지급할 수 있다.
- ② 제1항에도 불구하고 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능하여 노동위원회의 승인을 받은 경우에는 제1항의 기준에 못 미치는 휴업수당을 지급할 수 있다.

【해설】

- … 사용자에게 귀책사유가 있어 불가피하게 휴업을 하는 경우에 근로자는 근로를 제공하지 못하여 임금을 지급받지 못하기 때문에 생계가 위협을 받게 되는 바, 이를 방지하기 위하여 평균임금의 70%이상을 휴업수당으로 지급토록 하고 있다.
- … 공장의 화재·파괴, 영업부진, 원자재의 부족, 조업정지 또는 휴업, 하청업체의 조업중단·부도 또는 파업발생 등 사용자의 세력범위내에 있는 경영장래도 사용자(使用者)의 귀책사유(歸責事由)에 포함되고, 그에 따라 휴업을 하게 되는 경우 휴업수당을 지급하여야 한다.
- … 사용자의 귀책사유가 있음에도 불구하고, 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능하여 노동위원회의 승인을 받은 경우에는 평균임금의 70%에 못 미치는 휴업수당을 지급할 수 있다.
- … 외부적인 사유로 인한 정전, 천재지변(홍수·산사태·지진 등), 전쟁, 제3자의 방화로 인한 화재 등 불가항력적인 경우는 사용자의 귀책사유가 아니므로 사용자의 휴업수당 지급 의무가 없다.

【 판례 】

… 휴업기간 중에 근로자가 다른 기업에 취업하여 임금을 받는 등 중간수입(中間收入)이 있는 경우에도 휴업수당을 지급해야 하는가

휴업수당은 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70이상의 수당을 지급하는 것인 바, 여기서의 휴업이란 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함된다고 할 것이므로, 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 휴업수당(평균임금 70%)의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간 수입을 공제하여야 한다.(大判 1991.6.28, 90다카25277)

… 근로자가 휴업기간 중 징계해고로 회사를 떠났다가 다시 복직한 경우에도 그 근로자에게 휴업수당을 지급할 의무가 있는가

사용자가 근로자의 취업규칙위반을 이유로 해고 등의 징계조치를 취하여 근로자가 그 자리를 떠난 때에는 사용자는 해당 근로자에게 그로 인한 휴업수당을 지급할 의무가 없고, 이는 위 징계해고가 당국에 의하여 취소되어 근로자가 다시 복직하게 되었다 하여 결론을 달리하는 것도 아니다. (大判 1986.10.14, 86도611)

9) 금품청산

법령 : 근로기준법 제36조【금품 청산】

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 한다. 다만, 특별한 사정이 있을 경우에는 당사자 사이의 합의에 의하여 기일을 연장할 수 있다.

【해설】

→ 근로자가 퇴사하는 경우에는 14일 이내에 임금, 퇴직금, 보상금 등 지급의무가있는 일체의 금품을 지급하여야 하나, 당사자간 합의로 그 기일을 연장할 수 있다.

【판례】

→ 퇴직근로자에 대하여 임금이나 퇴직금을 지급할 수 없었던 불가피한 사정이 인정되기 어려운 경우 그 책임을 면할 수 없다

근로기준법 제36조에서 정하는 임금 및 퇴직금 등의 기일 내 지급의무 위반죄는 사용자가 그 지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나, 경영부진으로 인한 자금사정 등으로 지급기일 내에 지급할 수 없었던 불가피한 사정이 사회통념에 비추어 인정되는 경우에만 면책되는 것이고, 단순히 사용자가 경영부진 등으로 자금압박을 받아 이를 지급할 수 없었다는 것만으로는 그 책임을 면할 수 없으며, ‘임금이나 퇴직금을 기일 안에 지급할 수 없었던 불가피한 사정’이 있었는지 여부를 판단함에 있어서는, 사용자가 퇴직 근로자 등의 생활안정을 도모하기 위하여 임금이나 퇴직금 등을 조기에 청산하기 위해 최대한 변제노력을 기울이거나 장래의 변제계획을 분명하게 제시하고 이에 관하여 근로자측과 성실한 협의를 하는 등, 퇴직 근로자 등의 입장에서 상당한 정도 수급할 만한 수준이라고 객관적으로 평가받을 수 있는 조치들이 행하여졌는지 여부도 하나의 구체적인 징표가 될 수 있다.

(大判 2006.2.9, 2005도9230)

5.근로시간

1) 기준근로시간

법령 : 근로기준법 제50조【근로시간】

- ① 1주 간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다.
- ② 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다.

【해설】

- 근로기준법은 1주 40시간, 1일 8시간을 기준근로시간으로 정하고 있다.
- 근로시간이란 일반적으로 근로자가 사용자의 지휘·감독하에 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말한다. 통상 작업도구 준비시간, 작업전 회의시간, 작업종료후 정돈시간 등은 근로시간에 포함된다.
- ‘소정(所定)근로시간’이란 기준근로시간의 범위내에서 근로자와 사용자간에 정한 근로시간을 말한다.(근로기준법 제2조)

【판례】

- **숙·일직시 본래의 업무가 연장되거나 그 내용과 질이 통상근로와 마찬가지로 평가되는 경우에는 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급하여야 하는가**
일반적으로 숙·일직이라 함은 정기적 순찰, 전화와 문서의 수수, 기타 비상상태 발생 등에 대비하여 시설 내에서 대기하고 있는 것으로서 그 자체의 노동의 밀도가 낮고 감시·단속적 노동인 경우가 대부분이어서 이러한 업무는 관행적으로 정상적인 업무로 취급되지 아니하여 별도의 근로계약을 필요로 하지 아니하며 원래의 계약에 부수되는 의무로 이행되어야 하는 것으로서 정상근무에 준하는 임금을 지급할 필요가 없고, 야간·연장·휴일근로수당 등이 지급되어야 하는 것도 아니며, 관례적으로 실비 변상적 금품이 지급되고 있다는 등의 특징이 있다. 그러나 이러한 감시·단속적인 숙·일직의 성격이 아니라 숙·일직시 그 업무의 내용이 본래의 업무가 연장된 경우는 물론이고 그 내용과 질이 통상의 근로와 마찬가지로

평가되는 경우에는 그러한 초과근무에 대하여는 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급하여야 한다. (大判 1995.1.20, 93다46254)

→ 근로기준법의 기준근로시간 범위 안에서 근로자와 사용자가 근로시간에 관하여 다르게 약정한 경우의 효과는

통상임금 산정의 기초가 되는 “1일의 소정 근로시간”이라 함은 근로자와 사용자가 근로기준법 제49조에 의한 기준근로시간의 범위 안에서 정한 시간을 의미하므로 그 약정근로시간은 기준근로시간에 우선하여 시간급 통상임금 산정의 기초가 되어야 한다. (大判 1991.7.26, 90다카11636)

→ 대기시간이나 휴식·수면시간 등이 실질적으로 사용자의 지휘·감독 하에 놓여 있는 시간이라면 근로시간에 포함된다

근로기준법상의 근로시간이라 함은 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말하는바, 근로자가 작업시간의 중도에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식, 수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴계시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘·감독 하에 놓여 있는 시간이라면 이를 당연히 근로시간에 포함시켜야 할 것이다. (大判 2006.11.23, 대법 2006다41990)

2) 연장근로

법령 : 근로기준법 제53조【연장근로의 제한】

당사자 간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.

【해설】

→ 연장근로란 기준근로시간을 초과하는 근로를 말하며, 당사자간의 합의로 1주에 12시간까지 연장근로가 가능하다.

→ 당사자간의 연장근로에 대한 합의는 '근로자 개인'과의 합의가 원칙이고 단체협약 등 집단적인 합의가 있는 경우에도 개별 근로자의 합의권은 제한되지 않는다.

→ 아래 사업에 대해서는 예외적으로 사용자가 근로자대표와 서면합의(書面合意)를 한 때에는 주 12시간을 초과하여 연장근로하게 하거나 휴게시간을 변경할 수 있다. (근로기준법 제59조)

- 운수업, 물품판매 및 보관업, 금융보험업
- 영화제작 및 흥행업, 통신업, 교육연구 및 조사사업, 광고업
- 의료 및 위생사업, 접객업, 소각 및 청소업, 이용업
- 사회복지사업

【 판례 】

→ 연장근로의 실시여부에 대한 “당사자간의 합의”는 어떻게 하는가

근로기준법은 8시간 근로제에 따른 기준근로시간을 정하면서 아울러 그 예외의 하나로 당사자간의 합의에 의한 연장근로(시간외근로)를 허용하고 있는바, 여기서 당사자간의 합의라 함은 원칙적으로 사용자와 근로자와의 개별적 합의를 의미한다 할 것이고, 이와 같은 개별 근로자와의 연장근로에 관한 합의는 연장근로를 할 때마다 그때 그때 할 필요는 없고 근로계약 등으로 미리 이를 약정하는 것도 가능하다. (大判 1995.2.10, 94다19228)

→ 단체협약에 의한 연장근로 합의

근로기준법 제42조 제1항은 8시간근로제에 따른 기준근로시간을 규정하면서 아울러 8시간근로제에 대한 예외의 하나로 당사자의 합의에 의한 연장근로를 허용하고 있는바, 여기서 당사자간의 합의라 함은 원칙적으로 사용자와 근로자와의 개별적 합의를 의미하고, 개별근로자의 연장근로에 관한 합의권을 박탈하거나 제한하지 아니하는 범위에서는 단체협약에 의한 합의도 가능하다.

(大判 1993.12.21, 93누5796)

3) 탄력적 근로시간

법령 : 근로기준법 제51조【탄력적 근로시간제】

- ① 사용자는 취업규칙에서 정하는 바에 따라 2주 이내의 일정한 단위기간을 평균하여 1주 간의 근로시간이 40시간을 초과하지 아니하는 범위에서 특정한 주에 40시간을, 특정한 날에 8시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다. 다만, 특정한 주의 근로시간은 48시간을 초과할 수 없다.
- ② 사용자는 근로자대표와의 서면 합의에 따라 3개월 이내의 단위기간을 평균하여 1주 간의 근로시간이 40시간을 초과하지 아니하는 범위에서 특정한 주에 40시간을, 특정한 날에 8시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다. 다만, 특정한 주의 근로시간은 52시간을, 특정한 날의 근로시간은 12시간을 초과할 수 없다.

【해설】

- 탄력적 근로시간제는 계절별, 월별, 요일별 업무량의 변화가 있는 경우에 근로시간을 탄력적으로 배치함으로써 효율적인 인적관리를 하려는데 그 목적이 있다.
- 취업규칙 변경을 통하여 2주단위의 탄력적 근로시간제도를, 근로자 대표와의 합의를 통하여 3개월단위의 탄력적 근로시간제도를 도입하여 운영할 수 있다.

【판례】

- 합의에 의한 변형 근로시간제의 적용을 받는 근로자의 특정일 또는 특정주의 근로시간이 8시간 또는 44시간을 초과하는 경우 그 초과하는 시간은 근로기준법상의 시간외근로에 해당하는가

소위 합의에 의한 변형 근로시간제를 적용받는 근로자의 경우에는 당사자간에 적법하게 합의된 근로시간 자체가 바로 기준근로시간이라고 보아야 하므로, 특정일 또는 특정주의 근로시간이 8시간 또는 44시간을 초과하더라도 이는 다른 특정일, 특정주의 감소된 근로로 보상을 받을 뿐 초과하는 시간을 근로기준법상의 시간외 근로수당의 지급대상이 되는 시간외 근로라고 보기는 어렵다.

(大判 1991.6.28, 90다카14758)

4) 선택적 근로시간

법령 : 근로기준법 제52조【선택적 근로시간제】

사용자는 취업규칙에 따라 업무의 시작 및 종료 시각을 근로자의 결정에 맡기기로 한 근로자에 대하여 근로자대표와의 서면 합의에 따라 1개월 이내의 정산기간을 평균하여 1주간의 근로시간이 40시간을 초과하지 아니하는 범위에서 1주간에 40시간을, 1일에 8시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다.

【해설】

- 선택적 근로시간이란 일정한 기간동안 미리 정해진 총근로시간의 범위 내에서 개별 근로자가 원하는 대로 출퇴근시각을 조절할 수 있는 것을 말한다.
- 선택적 근로시간을 도입하기 위해서는 근로자 대표와 서면합의를 통하여 다음 사항을 미리 정하여야 한다.
 - 대상 근로자의 범위(15세 이상 18세 미만의 근로자는 제외한다)
 - 정산기간(1개월 이내의 일정한 기간으로 정하여야 한다)
 - 정산기간의 총 근로시간
 - 반드시 근로하여야 할 시간대를 정하는 경우에는 그 시작 및 종료 시각
 - 근로자가 그의 결정에 따라 근로할 수 있는 시간대를 정하는 경우에는 그 시작 및 종료 시각
 - 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

6. 휴게 · 휴일 · 휴가

1) 휴게시간

법령 : 근로기준법 제54조【휴게(休憩)】

- ① 사용자는 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 한다.
- ② 휴게시간은 근로자가 자유로이 이용할 수 있다.

【해설】

- 휴게시간이란 근로자가 근로시간 도중에 사용자의 지휘 · 감독으로부터 벗어나 자유로이 이용할 수 있는 시간을 말한다.
- 휴게시간은 8시간 근로의 경우 1시간이상을 근로시간 도중에 주어야 한다.

【판례】

→ 노동조합 활동으로 유인물을 휴게시간 중에 배포한 행위의 정당성 유무
취업시간 아닌 주간의 휴게시간 중의 배포는 다른 근로자의 취업에 나쁜 영향을 미치거나 휴게시간의 자유로운 이용을 방해하거나 구체적으로 직장질서를 문란하게 하는 것이 아닌 한 허가를 얻지 아니하였다는 이유만으로 정당성을 잃는다고 할 수 없다. (大判 1991.11.12, 91누4164)

→ 시외버스 운전사의 대기시간은 근로기준법상의 근로시간과 휴게시간 중 어느 것에 해당 하는가

근로기준법상의 휴게시간이란 근로자가 근로시간의 도중에 사용자의 지휘명령으로부터 완전히 해방되고 또한 자유로운 이용이 보장된 시간을 의미하므로, 만일 시외버스 운전사의 대기시간이 근로기준법 소정의 휴게시간에 해당한다면 그 운행시간은 기준근로시간을 초과하지 않으나, 그렇지 않고 위 대기시간이 근로시간에 해당한다면 기준근로시간을 초과하게 되는 바, 이러한 기준근로시간을 초과하는

운행시간의 배차지시는 법령에 위반한 것으로서 정당한 작업지시라고 볼 수 없다. (大判 1992.4.14, 91다20548)

2) 휴일

법령 : 근로기준법 제55조【휴일】

사용자는 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일(有給休日)을 주어야 한다.

【해설】

- 휴일은 법이나 단체협약 또는 취업규칙이 정하는 바에 따라 근로제공의 의무가 없는 날을 말하며, 주휴일(週休日)은 1주간 소정근로시간(所定勤務時間)을 개근(皆勤)한 근로자에게 부여한다.
- 주휴일은 주 7일 중 1일 이상을 계속해서 24시간이상으로 부여하면 되며, 반드시 주휴일이 일요일일 필요는 없다.

【판례】

→ 격일제 근무자에 대해서도 주휴일을 부여해야 하는가

사용자는 근로자에 대하여 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다는 규정은 매일 연속적으로 근로를 제공하는 경우에 한하지 않고 24시간근로를 제공하고 24시간 휴무(비번)를 되풀이 하는 이른바 격일제(隔日制)근무의 경우에도 적용된다고 할 것이다. (大判 1989.11.28, 89다카1145)

→ 교대제 근무에 대해서도 주휴일을 부여해야 하는가

사용자는 근로자에 대하여 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다는 규정은 매일 연속적으로 근로를 제공하는 경우에 한하지 않고, 2일 근무 1일 휴무(비번)를 되풀이하는 이른바 교대제(交代制)근무에도 적용된다. (大判 1991.7.26, 90다카11636)

→ 통상적으로 실시해 온 휴일근로를 집단적으로 거부하는 행위는 정당한가
근로자들이 주장을 관철시킬 목적으로 종래 통상적으로 실시해 오던 휴일근무를 집단적으로 거부하였다면, 이는 회사업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로서 노동조합및노동관계조정법의 쟁의행위(爭議行爲)에 해당한다.

(大判 1994.2.22, 92누11176)

※쟁의행위에 해당되기 때문에 정상적인 쟁의행위의 절차를 거쳐야 한다.

→ 공휴일의 휴일 해당 여부

공휴일은 노동법에 기업의 쉬는 날로 정해져 있지 아니하므로 당연히 근로자의 휴일로 되는 것은 아니며, 단체협약, 취업규칙 등에 그 기업의 휴일로 명시함으로써 비로소 휴일이 된다. (서울민사지판 1990.1.23, 89가합42113)

3) 연차유급휴가

법령 : 제60조 (연차 유급휴가)

- ① 사용자는 1년간 8할 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 한다.
- ② 사용자는 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자에게 1개월 개근 시 1일의 유급휴가를 주어야 한다.
- ③ 사용자는 근로자의 최초 1년간의 근로에 대하여 유급휴가를 주는 경우에는 제2항에 따른 휴가를 포함하여 15일로 하고, 근로자가 제2항에 따른 휴가를 이미 사용한 경우에는 그 사용한 휴가 일수를 15일에서 뺀다.
- ④ 사용자는 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게는 제1항에 따른 휴가에 최초 1년을 초과하는 계속 근로 연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 가산휴가를 포함한 총 휴가 일수는 25일을 한도로 한다.

[해설]

→ 사용자는 연차휴가에 대하여 근로자의 청구가 있는 시기에 주어야 하며, 그 기간에 대하여는 취업규칙이나 그 밖의 정하는 바에 의한 통상임금 또는 평균임금을 지급하여야 한다. 다만, 근로자가 청구한 시기에 휴가를 주는 것이 사업운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있다(법 제60조 제5항).

→ 미사용 연차휴가의 보상 여부

- 연차휴가는 1년간 행사하지 아니한 때에는 소멸된다. 다만, 사용자의 귀책 사유로 사용하지 못한 경우에는 그러하지 아니하다(법 제60조 제7항). 연차휴가 사용촉진에 대하여 개정법 제61조에서 별도 규정이 있기 때문에 일정한 경우에는 미사용 연차휴가가 보상 없이 소멸될 수 있다.
- 사용자가 연차 유급휴가의 사용을 촉진하기 위하여 연차휴가가 끝나기 3월 전을 기준으로 10일 이내에 사용자가 근로자별로 미사용휴가일수를 알려 주고, 근로자가 그 사용시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구 하였음에도 불구하고, 촉구받은 날로부터 10일이내에 미사용휴가의 전부 또는 일부의 사용시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니한 경우에는 연차휴가 끝나기 2월전까지 사용자가 미사용휴가의 사용시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보하였는데도 근로자가 사용하지 아니하여 소멸된 경우에는, 사용자는 그 미사용휴가에 대하여 보상할 의무가 없으며, 사용자의 귀책사유에 해당하지 아니하는 것으로 본다(제61조).

【 판례 】

→ 연차유급휴가는 소속장의 허가를 받아야 한다는 취업규칙의 규정은 유효한가
취업규칙에 휴가를 받고자 하는 자는 사전에 소속장에게 신청하여 대표이사 등의 승인을 득하여야 한다고 규정하고 있는 경우 이는 근로자의 휴가 시기지정권을 박탈하기 위한 것이 아니라 단지 사용자에게 유보된 휴가 시기변경권의 적절한 행사를 위한 규정이라고 해석된다. (대판 1992.6.23, 92다7542)

→ 근로자가 연차휴가 사용을 신청한 경우 사용자는 그 사용의 시기를 변경할 수 있는가

연차휴가는 근로자가 청구한 시기에 주어야 하되, 사업에 막대한 지장이 있는 경우에 월차휴가와와는 달리 사용자는 연차유급휴가의 사용시기를 변경할 권한이 있다. (대판 2001.12.28, 2000두7315)

→ 종류와 기간을 특정하지 않은 연·월차휴가신청은 유효한 휴가의 사용인가
연·월차휴가권이 근로기준법상의 성립요건을 충족하는 경우에 당연히 발생하는 것이라고 하여도 그와 같이 발생한 휴가권을 구체화하려면 근로자가 자신에게 맡겨진 시기지정권(時期指定權)을 행사하여 어떤 휴가를, 언제부터 언제까지 사용할

것인지에 관하여 특정(特定)하여야 할 것이고, 근로자가 이와 같은 특정을 하지 아니한 채 시기지정권을 행사하더라도 이는 적법한 시기지정이라고 할 수 없어 그 효력이 발생할 수 없으며, 이와 같은 경우에는 적법한 휴가시기 지정이 있음을 전제로 하는 사용자의 시기변경권(時期變更權)의 행사도 필요하지 않다.

(大判 1997. 3. 28, 96누4220)

→ 회사방침에 따라 근로자가 사직원을 제출하여 퇴직처리하고 즉시 재입사(再入社)하는 형식을 취하는 경우 계속근로연수는 단절 되는가

근로자가 회사의 경영방침에 따라 사직원(辭職願)을 제출하고 회사가 이를 받아들여 퇴직처리를 하였다가 즉시 재입사하는 형식을 취하였으나, 근로자가 그 퇴직전 후에 걸쳐 실질적인 근로관계의 단절이 없이 계속 근무하였다면 그 사직원 제출은 근로자가 퇴직을 할 의사없이 퇴직의사를 표시한 것으로서 비진의의사표시(非眞意思表示)에 해당하고 재입사를 전제로 사직원을 제출케 한 회사 또한 그와 같은 진의(眞意) 아님을 알고 있었다고 봄이 상당하다 할 것이므로 위 사직원제출과 퇴직 처리에 따른 퇴직의 효과는 생기지 아니한다. (大判 1988.5.10, 87 다가2578)

※따라서 연차휴가 계산을 위한 계속근로연수 기산점은 최초입사일이 된다.

→ 취업규칙에 연차휴가를 청구하는 절차에 관한 정함이 없는 회사에서 근로자가 연차휴가를 실시한 것으로 처리하여 달라고 전화를 하고 출근하지 아니하였다면 적법하게 연차휴가권을 행사한 것인가

상기 회사에서 근로자가 동료운전자와의 상호 폭행으로 입은 상해 때문에 출근하지 아니하면서 회사 차량계장 및 총무계장에게 전화상으로 치료기간 중 계속 연차휴가를 실시한 것으로 처리하여 달라고 하였다면 이는 적법하게 연차휴가를 청구한 것이고, 이에 대하여 회사가 시기변경권을 행사하였다고 볼 만한 자료가 전혀 없으므로, 위 근로자가 출근하지 아니한 기간은 연차휴가권을 행사한 것이어서 결근한 것이라고는 볼 수 없다. (大判 1992.4.10, 92누404)

→ 퇴직시 1년미만의 근무기간에 대해서도 월할(月割)로 연차휴가를 할 권리가 발생되는가

사용자가 각 근로자의 취업일을 기준으로 하여 1년 단위로 각 근로자의 연차휴가 일수를 정하지 아니하고 취업년도에는 취업일로부터 그 해의 12.31까지의 기간 동안은 그 해의 출근 정도에 따라 연차휴가일수를 월할로 산정하고 그 다음 해부터는 일률적으로 매년 1.1부터 12.31까지 각 1년간을 기준으로 하여 연차휴가일수

를 산정하여 왔다고 하더라도, 퇴직하던 해의 1년 미만의 근무기간에 대하여 월할(月割)로 연차휴가를 할 권리가 당연히 발생한다고 할 수는 없다.
(大判 1991. 11.12, 91다14826)

4) 월차유급휴가

법령 : 구(舊) 근로기준법 제57조【월차유급휴가(月次有給休暇)】

- ① 사용자는 1월에 대하여 1일의 유급휴가를 주어야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 유급휴가는 근로자의 자유의사로 1년간에 한하여 적치(積置)하여 사용하거나 분할(分割)하여 사용할 수 있다.

【해설】

- ... 월차유급휴가는 2011년을 초과하지 아니하는 기간 이내에서 대통령령으로 정하는 날까지 구 근로기준법이 적용되는 상시 20명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장으로서 개정 근로기준법을 미리 적용하지 않고 있는 사업 또는 사업장에만 해당된다.
- ... 월차유급휴가란 1월간 소정근로일수를 개근한 근로자에 대하여 월 1일의 휴일을 유급으로 부여하는 것을 말하며, 근로자는 이를 1년 동안 적치(積置)하여 사용하거나 분할(分割)하여 사용할 수가 있다.
- ... 월차유급휴가는 일용직(日用職), 도급제(都給制), 단시간(短時間)근로자, 임시직 근로자 등 근로기준법이 적용되는 모든 근로자에게 부여해야 한다.
- ... 월(月)의 전체 기간이 산전후(産前後)기간에 해당되어 사실상 출근한 날이 전혀 없는 경우 등 1월간 소정(所定) 근로일수를 개근하지 않은 경우에는 월차휴가가 발생되지 않기 때문에 사용자는 휴가를 부여할 의무가 없다.
- ... 월차유급휴가 청구는 발생일로부터 1년간 사용 가능하며, 1년내 사용하지 않은 경우에는 '유급휴가'에 따른 수당청구권이 발생된다.

【 판례 】

→ 다수의 근로자가 집단적으로 일시에 월차유급휴가를 신청하여 일제히 결근함으로써 회사업무의 정상적인 운영을 저해한 경우에는 업무방해죄(業務妨害罪)가 성립될 수 있는가

정당한 쟁의행위의 목적이 없이 오직 업무방해의 수단으로 이용하기 위하여 다수의 근로자가 집단적으로 일시에 월차유급휴가를 신청하여 일제히 결근함으로써 회사 업무의 정상적인 운영을 저해한 경우에는 업무방해행위를 구성한다.

(大判 1991.1.29, 90도2852)

→ 사용자가 근로자의 월차휴가시기를 변경할 수 없다

근로기준법 제57조, 제59조의 규정에 의하여 연·월차유급휴가의 발생요건은 서로 다르고, 연차유급휴가는 근로자의 청구가 있는 시기에 주어져 하되, 다만 사업운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 사용자가 그 시기를 변경할 수 있지만, 월차유급휴가는 근로자의 자유의사로 1년간에 한하여 적치하여 사용하거나 분할하여 사용할 수 있는 것으로서 연차유급휴가와와는 달리 사용자에게 그 시기를 변경할 수 있는 권한이 없다(大判 2001.12.28, 2000두7315)

→ 월차휴가를 사용하지 않고 근무한 경우에도 가산임금(加算賃金)을 지급해야 하는가

연월차휴가를 사용하지 않고 근무함으로써 받을 수 있는 연월차휴가 근로수당에 대하여는 휴일근로에 대한 가산임금(50%이상)이 포함될 수 없다.

(大判 1991. 6.28, 90다카14758)

→ 월차휴가근로수당 지급청구권의 발생 시기와 기산점(起算點)은 언제인가

월차휴가근로수당 지급청구권은 근로기준법상 소정의 월차유급휴가권을 취득한 근로자가 그 휴가권이 발생한 때로부터 1년 이내에 그 월차휴가를 사용하지 아니한 채 근로한 대가로 발생하는 것으로서 그 성질은 임금이므로, 이에 대하여는 3년의 소멸시효가 적용되고, 그 기산점은 월차유급휴가권을 취득한 날로부터 1년의 경과로 그 휴가 불실시(不實施)가 확정된 다음날이다. (大判 1995.6.29, 94다18553)

5) 산전후 휴가

법령 : 근로기준법 제74조 (임산부의 보호)

- ① 사용자는 임신 중의 여성에게 산전과 산후를 통하여 90일의 보호휴가를 주어야 한다. 이 경우 휴가 기간의 배정은 산후에 45일 이상이 되어야 한다.
- ② 사용자는 임신 중인 여성이 임신 16주 이후 유산 또는 사산한 경우로서 그 근로자가 청구하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 보호휴가를 주어야 한다. 다만, 인공 임신중절 수술(「모자보건법」 제14조제1항에 따른 경우는 제외한다)에 따른 유산의 경우는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 휴가 중 최초 60일은 유급으로 한다. 다만, 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제18조에 따라 산전후휴가급여 등이 지급된 경우에는 그 금액의 한도에서 지급의 책임을 면한다.
- ④ 사용자는 임신 중의 여성 근로자에게 시간외근로를 하게 하여서는 아니 되며, 그 근로자의 요구가 있는 경우에는 쉬운 종류의 근로로 전환하여야 한다.
- ⑤ 사업주는 제1항에 따른 보호휴가 종료 후에는 휴가 전과 동일한 업무 또는 동등한 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 한다.

[해설]

- ... 사용자는 임신중의 여성근로자에 대하여 산전, 산후를 통하여 총 90일 이상의 휴가를 부여해야 한다.
- ... 산전후휴가 중 최초 60일은 유급이기 때문에 회사가 임금을 지급해야 하며, 나머지 30일에 대해서는 고용보험법상의 산전후휴가급여가 근로자에게 지원된다.
- ... 우선지원대상기업(광업 300인 이하, 제조업 500인 이하, 건설업 300인 이하, 운수·창고 및 통신업 300인 이하, 기타 100인 이하의 기업 : 고용고용법 시행령 제15조)에 근무하는 근로자에게는 90일분 전액의 산전후휴가급여가 고용보험을 통해 지급된다. 다만 1월 기준 135만원이 최고 한도이므로 해당 근로자의 통상임금이 월 135만원을 초과할 경우에는 사업주가 그 차액을 지급하여야 한다.

【 행정해석 】

… 산전후휴가기간 중에 법정휴일 또는 약정휴일이 포함된 경우에 산전후휴가가 그만큼 연장 되는가

산전후휴가기간 중에 법정휴일 기타 회사의 약정휴일 등이 포함되어 있다하더라도 산전후휴가기간은 연장되는 것이 아니며 역일상 90일을 부여하면 되고 특약이 없는 한 그 기간 중에 별도의 휴일을 줄 필요가 없다.(행정해석, 1987.7.28)

6) 생리휴가

법령 : 근로기준법 제73조 (생리휴가)

사용자는 여성 근로자가 청구하면 월 1일의 생리휴가를 주어야 한다.

【 해 설 】

- … 생리휴가는 여성의 특수한 신체적 사정을 고려한 것이기 때문에 직종, 근로시간, 개근여부 등에 상관없이 모든 여성근로자가 청구하는 때에는 월 1회의 생리휴가를 부여해야 한다.
- … 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등에 노사가 달리 정한 바가 없다면 생리휴가 사용일에 대해 사용자가 임금을 지급할 의무가 없다. 따라서 사용하지 않은 데 대한 보상도 없다.
- … 2003년 개정된 주40시간제 근로기준법이 아직 적용되지 않는 사업장에는 유급 생리휴가가 적용되어, 생리휴가 사용일에 대해 사용자가 임금을 지급할 의무가 있다.

【 판 례 】

… 생리가 없는 여성근로자에 대해서도 휴가를 부여해야 하는가

생리휴가제도는 생리시의 정신적·육체적 영향을 고려하여 생리현상이 있는 여성

근로자에게 부여하는 것이 타당하며, 생리현상이 없는 자(폐경, 임신중 등)에게는 사용자가 휴가를 부여할 법적인 의무가 없다. 다만 생리사실 입증책임(立證責任) 및 진단비용 부담은 사용자에게 있다. (서울민사지판 1993.5.7, 92나27668)

➔ 개정된 근로시간, 휴가 등의 비교

구분	1997년 법률	2003년 이후 개정 법률
법정기준 근로시간	1주 44시간, 1일 8시간	1주 40시간, 1일 8시간
탄력적 근로시간제	● 1일 단위 - 노사서면합의로 도입 - 한도 : 1일 12시간, 1주 56시간	● 단위기간을 3개월 이내로 확대 - 노사서면합의로 도입 - 한도 : 1일 12시간, 1주 52시간
연차휴가 및 사용촉진 방안	● 월차휴가 : 월 1일 ● 연차휴가 - 부여기준 : 1년 이상 근무시 10일, 9할 이상 8일, 이후 1년당 1일 추가 - 20일 초과시 금전지급 가능	● 월차휴가 폐지 ● 연차휴가 15-25일 ● 1년 근무시 8할 이상 출근의 경우 15일, 이후 2년당 1일 추가 - 1년 미만은 1월당 1일 ● 사용촉진제도 신설
보상휴가제	● 규정 없음	● 노사합의로 도입 근거 마련 - 연장, 야간, 휴일근로임금에 갈음하는 휴가 부여
생리휴가	● 생리휴가 : 월 1일, 유급	● 생리휴가 월 1일 무급화
연장근로 상한선	● 1주 12시간 한도	● 3년간 한시적으로 1주 16시간한도 (부칙 제3조제1항)
연장근로수당 할증율	● 50%이상 가산임금 지급	● 3년간 한시적으로 최초 4시간에 대해 25%이상 적용(부칙 제3조 제2항)
임금보전	● 규정 없음	● 기존의 임금 수준과 시간급 통상임금이 저하하지 않도록 한다는 포괄적인 임금보전을 법 부칙에 명시(부칙 제4조 제1항)
단체협약·취업규칙 변경	● 규정 없음	● 부칙에 기존 단체협약 및 취업규칙의 갱신 노력 의무 규정(부칙 제4조 제2항)
연소자근로시간	● 15-18세 미만의 근로자 - 1일 7시간, 1주 42시간 한도	● 15-18세 미만의 근로자 - 1일 7시간, 1주 40시간 한도
시행시기	● 해당 사항 없음	● 금융·보험업, 공공부문, 1,000인 이상 : 2004. 7. 1 ● 300인 이상 : 2005. 7. 1 ● 100인 이상 : 2006. 7. 1 ● 50인 이상 : 2007. 7. 1 ● 20인 이상 : 2008. 7. 1 ● 20인 미만 : 2011년 기간 대통령령에 위임

7. 취업규칙

1) 취업규칙의 작성

법령 : 근로기준법 제93조 (취업규칙의 작성·신고)

상시 10명 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 다음 각 호의 사항에 관한 취업규칙을 작성하여 노동부장관에게 신고하여야 한다. 이를 변경하는 경우에도 또한 같다.

1. 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대 근로에 관한 사항
2. 임금의 결정·계산·지급 방법, 임금의 산정기간·지급시기 및 승급(昇給)에 관한 사항
3. 가족수당의 계산·지급 방법에 관한 사항
4. 퇴직에 관한 사항
5. 「근로자퇴직급여 보장법」 제8조에 따른 퇴직금, 상여 및 최저임금에 관한 사항
6. 근로자의 식비, 작업 용품 등의 부담에 관한 사항
7. 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항
8. 산전후휴가·육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일·가정 양립 지원에 관한 사항
9. 안전과 보건에 관한 사항
- 9의2. 근로자의 성별·연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항
10. 업무상과 업무 외의 재해부조(災害扶助)에 관한 사항
11. 표창과 제재에 관한 사항
12. 그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항

[해설]

- 취업규칙이란 사업장에서 근로자에게 적용되는 근로조건 또는 당사자가 준수하여야 할 경영규범에 관하여 사용자가 일방적으로 정한 통일적이고 획일적인 규칙을 말한다.
- 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 경우에는 취업규칙을 작성하여 신고하여야 한다.

【 판례 】

→ 인사규정, 복무규정 등도 취업규칙에 해당 되는가

근로기준법상의 취업규칙은 사용자가 근로자의 복무규율과 임금 등 당해 사업의 근로자 전체에 적용될 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것을 말하는 것으로서, 그 명칭(사규, 사칙, 복무규정, 인사규정 등)에 구애받을 것은 아니다.

(大判 1994. 5.10, 93다30181)

→ 1개의 사업장에서 직종의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 정할 수 있는가

취업규칙이라 함은 복무규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것인바, 당해 사업장에서 근로자의 직종의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 정할 수 있는 것이고, 이 경우 2개의 취업규칙을 합한 것이 1개의 취업규칙으로 되는 것이다.

(大判 1992.2.28, 91 다30828)

취업규칙은 같은 사업장에 소속된 모든 근로자에 대하여 일률적으로 적용되어야 하는 것은 아니고, 사용자는 근로자의 근로조건, 근로형태, 직종 등의 특수성에 따라(예: 축탁직, 일용직, 아르바이트 등) 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 작성할 수 있다. (大判 2000. 2. 25, 98다11628)

→ 취업규칙의 작성·변경에 관한 권한

취업규칙의 작성·변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성·변경할 수 있다 할 것이고 단체협약에서 취업규칙의 작성·변경에 관하여 노동조합의 동의를 얻거나 노동조합과의 협의를 거치거나 그 의견을 듣도록 규정하고 있다 하더라도 원칙적으로 취업규칙상의 근로조건을 종전보다 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우가 아닌 한 그러한 동의나 협의 또는 의견청취절차를 거치지 아니하고 취업규칙을 작성·변경하였다고 하여 그 취업규칙의 효력이 부정된다고 할 수 없다. (大判 1999. 6. 22, 98두6647)

→ 회사가 단체협약 및 사규(社規)를 게시하여 소속 근로자들이 주지할 수 있도록 조치를 하였다면 근로자는 그 무효를 주장하거나 그 적용을 거부할 수 있는가
회사가 단체협약 및 사규를 게시하여 소속 근로자들이 주지할 수 있도록 조치를 하였다면 이를 근로자에게 별도로 고지하지 아니하였다거나 근로자가 실제로는

그 내용을 알지 못하였다고 하여도 근로자는 그 무효를 주장하거나 그 적용을 거부할 수 없다. (大判 1992.6.23, 92누4253)

2) 취업규칙의 변경

법령 : 근로기준법 제94조[규칙의 작성, 변경의 절차]

사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.

[해설]

- ⋯ 취업규칙의 내용 중 근로자에게 '불이익(不利益)한 변경(變更)'의 경우에는 근로자 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 '동의(同意)'를 얻어야 한다.
- ⋯ 취업규칙의 내용 중 근로자에게 '불이익하지 않은 변경'의 경우에는 근로자 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 '의견(意見)'을 들어야 한다.

[판례]

- ⋯ 취업규칙의 변경사항이 일부 근로자에게는 유리함과 동시에 일부 근로자에게는 불리한 경우에 근로자의 동의가 있어야 하는가

취업규칙의 일부인 퇴직금 규정의 개정이 근로자들에게 유리한지 불리한지 여부를 판단하기 위하여는 퇴직금 지급률의 변화와 함께 그와 대가관계나 연계성이 있는 기초임금의 변화도 고려하여 종합적으로 판단하여야 하지만, 그 판단의 기준 시점은 퇴직금 규정의 개정이 이루어진 시점이며, 그 종합 판단의 결과, 일부 근로자에게는 유리하고 일부 근로자에게는 불리하여 근로자 상호간에 유·불리에 따른 이익이 충돌되는 경우에는 전체적으로 보아 근로자에게 불리한 것으로 취급하여 종전의 급여규정의 적용을 받고 있던 근로자들의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 필요로 한다. (大判 1997.8.26, 96다1726)

… 취업규칙을 불이익하게 변경할 경우 근로자의 동의 방법은

취업규칙은 근로기준법이 근로자 보호의 목적으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성(法規範性)을 부여한 것이므로 이를 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단의사결정(集團意思決定) 방법에 의한 동의를 요하며, 근로자 집단의 위 동의가 없는 한 취업규칙의 불이익한 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 그 효력이 없다.

(大判 1977. 7.26, 77다355)

… ‘집단적 의사결정에 의한 동의’란 무엇인가

취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우 요구되는 집단적 의사결정방법이라 함은 반드시 한 사업 또는 사업장의 전체 근로자가 일시에 한자리에 집합하여 회의를 개최하는 방식만이 아니라 한 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간에 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다.

(大判 1993.1.15, 92다39778)

… 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적(集團的) 의사결정방법에 의한 동의를 얻지 못한 취업규칙 변경은 효력이 있는가

취업규칙의 작성, 변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성, 변경할 수 있으나, 다만 노동조합 또는 근로자 과반수의 의견을 들어야 하고 특히 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 동의를 얻어야 하는 제약을 받는다. 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에 필요한 근로자의 동의는 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의임을 요하고 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없다.

(大判 1992. 12.22, 91다45165)

… 취업규칙의 불이익한 변경이 근로자의 동의를 얻지 못하여 무효인 경우, 그 후 불이익하게 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대해서는 변경된 취업규칙이 적용될 수 있는가

사용자가 취업규칙에서 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경함에 있어서 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에 그 변경으로 기득이익(既得利益)이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 변경의 효력이 미치지 않게 되어 종전 취업규칙의 효력이 그대로 유지되지만, 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을

수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 하고, 기득이익의 침해라는 효력배제사유가 없는 변경 후의 취업근로자에 대해서까지 변경의 효력을 부인하여 종전 취업규칙이 적용되어야 한다고 볼 근거가 없다. (大判 2000. 2. 25, 98다11628)

→ 취업규칙의 적용대상이 이원화되어 있는 경우 다수에 속하는 집단의 동의가 있으면 소수 집단에도 취업규칙 변경의 효과가 있는가

사원과 노무원으로 이원화된 개정 퇴직금규정이 개정 전의 그것보다도 퇴직금 지급 일수의 계산 및 퇴직금 산정 기초임금의 범위에 있어 근로자에게 불리하게 변경된 경우에는 이에 관하여 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 동의가 있어야 유효하다고 할 것인 바, 노동조합원인 총근로자 중 85%가 넘는 수를 차지하는 노무원이 퇴직금 개정안에 완전히 동의하였다 하더라도 개정 퇴직금규정이 노무원에 대한 부분에 국한하여 효력이 있는 것일 뿐, 개정에 동의한 바 없는 사원에 대한 부분은 효력이 없다. (大判 1990.12.7, 90다카19647)

→ 사회통념상 합리성(合理性)이 있다고 인정되는 경우에는 취업규칙의 불이익한 변경에 대하여 근로자의 동의를 얻지 않아도 되는가

취업규칙의 작성·변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성·변경할 수 있으나, 다만 그것이 근로조건을 근로자에게 불이익하게 변경하는 것일 때에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 사회통념상(社會通念上) 합리성(合理性)이 있다고 인정될 만한 것이 아닌 한 효력이 없다. (大判 1993.1.15, 92다39778)

→ 근로조건을 불이익하게 변경함에 있어 노사협의회(勞使協議會) 근로자위원(勤勞者委員)들의 동의를 얻었다면 근로자 과반수의 동의를 얻지 않아도 되는가

노사협의회는 근로자와 사용자 쌍방이 이해와 협조를 통하여 노사공동의 이익을 증진함으로써 산업평화를 도모할 것을 목적으로 하는 제도로서 노동조합과 그 제도의 취지가 다르므로 그 근로자위원들이 퇴직금규정의 개정에 동의를 함에 있어서 사전에 그들이 대표하는 각 부서별로 근로자들의 의견을 집약 및 취합하여 그들의 의사표시를 대리하여 동의권을 행사하였다고 볼 만한 자료도 없다면, 근로자위원들의 동의를 얻은 것을 근로자들 과반수의 동의를 얻은 것과 동일시 할 수 없다. (大判 1994.6.24, 92다28556)

→ 사업장이 전국에 산재하고, 직원 수가 많은 경우에도 취업규칙 불이익변경을 위하여 근로자 과반수의 동의를 얻어야 하는가

규정 개정 당시 노동조합이 설립되어 있지 않았고, 사업장이 전국에 산재하고, 직원 수가 1,893명에 달해 단시간 내에 집단적 의사결정방식에 의한 전체 근로자의 동의를 얻는 것이 사실상 불가능하여 피고의 정관 및 이사회운영규정에 따라 이사회 심의 의결을 거쳤다 하더라도 이는 사용자측의 입장에서 거처야 할 절차에 지나지 않으므로 역시 근로자집단의 동의가 필요하다. (大判 1995. 7. 11, 93다26168)

3) 취업규칙과 단체협약의 관계

법령 : 근로기준법 제96조 (단체협약의 준수)

- ① 취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니 된다.
- ② 노동부장관은 법령이나 단체협약에 어긋나는 취업규칙의 변경을 명할 수 있다.

법령 : 제97조 (위반의 효력)

취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.

【해설】

→ 취업규칙은 법령, 단체협약에 반할 수가 없으며, 이에 반하는 내용이 있을 경우 노동부장관은 취업규칙의 변경을 명할 수가 있다.

【판례】

→ 단체협약과 취업규칙의 차이점은 무엇인가

단체협약은 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준 등에 관한 사항을 정하는 협정으로서 서면으로 작성하여 노사 쌍방이 서명날인(署名捺印) 하여야 하고, 유효기간(有効期間)에 있어서 일정한 제약이 따르며, 원칙적으로 노동조합원 이외의

자에 대하여는 그 규범적 효력이 미치지 아니하는 것이고, 이에 비하여 취업규칙은 사용자가 근로자의 복무규율과 임금 등 당해 사업의 근로자 전체에 적용될 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것을 말한다. (大判 1997. 4. 25, 96누5421)

→ 면직(免職)기준에 관하여 단체협약이 취업규칙보다 근로자에게 더 불리하게 개정된 경우, 취업규칙의 적용이 배제 되는가

협약자치(協約自治)의 원칙상 노동조합은 사용자와 사이에 근로조건을 유리하게 변경하는 내용의 단체협약뿐만 아니라 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약도 체결할 수 있으므로, 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 것과 같은 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사간의 합의를 무효라고 볼 수는 없고, 개정된 단체협약에는 당연히 취업규칙상의 유리한 조건의 적용을 배제하고 개정된 단체협약이 우선적으로 적용된다는 내용의 합의가 포함된 것이라고 봄이 당사자의 의사에 합치한다고 할 것이고, 따라서 개정된 후의 단체협약에 의하여 취업규칙상의 면직기준에 관한 규정의 적용은 배제된다고 보아야 한다. (大判 2002. 12. 27, 2002두9063)

→ 단체협약의 내용을 보충하는 취업규칙의 내용은 효력이 있는가

취업규칙의 징계규정이 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 표현상 차이가 있으나 단체협약 체결 후 노동조합과의 합의하에 작성된 것으로 단체협약을 보충하는 것이기 때문에 단체협약에 위배되지 아니하여 유효하다. (大判 1993.7.16, 92누16508)

→ 사용자가 근로자의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의 없이 퇴직금 규정을 근로자에게 불이익하게 변경한 후 노동조합과 변경된 퇴직금조항에 따르기로 하는 내용의 새로운 단체협약을 체결한 경우, 기존의 근로자에 대하여도 변경된 퇴직금 조항이 적용되는가

단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서, 노동조합이 사용자측과 기존의 임금, 근로시간, 퇴직금 등 근로조건을 결정하는 기준에 관하여 소급적으로 동의하거나 이를 승인하는 내용의 단체협약을 체결한 경우에 그 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후에 그 사업체에 종사하며 그 협약의 적용을 받게 될 노동조합원이나 근로자들에 대하여 생긴다고 할 것이므로, 취업규칙 중 퇴직금에 관한 규정의 변경이 근로자에게 불이익함에도 불구하고, 사용자가 근로자의 집단적 의사

결정방법에 의한 동의를 얻지 아니한 채 변경을 함으로써 기득 이익을 침해받게 되는 기존의 근로자에 대하여 종전의 퇴직금조항이 적용되어야 하는 경우에도, 노동조합이 사용자측과 사이에 변경된 퇴직금조항을 따르기로 하는 내용의 단체협약을 체결한 경우에는, 기득이익을 침해받게 되는 기존의 근로자에 대하여 종전의 퇴직금조항이 적용되어야 함을 알았는지의 여부에 관계없이 그 협약의 적용을 받게 되는 기존의 근로자에 대하여도 변경된 퇴직금조항을 적용하여야 할 것이다.

(大判 2005. 3. 11, 2003다27429)

→ 사용자가 취업규칙에 단체협약 소정의 해고사유와 무관한 새로운 해고사유를 규정할 수 있는가

단체협약에서 “해고에 관하여는 단체협약에 의하여야 하고 취업규칙에 의하여 해고할 수 없다.”는 취지로 규정하거나 “단체협약에 정한 사유 외의 사유로는 근로자를 해고할 수 없다.”고 규정하는 등 근로자를 해고함에 있어서 해고사유 및 해고 절차를 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나 동일한 징계사유나 징계 절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우가 아닌 한 사용자는 취업규칙에서 단체협약 소정의 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정할 수 있고, 그 해고사유에 터잡아 근로자를 해고할 수 있으며, 비록 단체협약에서 해고사유와 해고 이외의 징계사유를 나누어 구체적으로 열거하고 있다 하더라도 취업규칙에서 이와 다른 사유를 해고사유로 규정하는 것이 단체협약에 반하는 것이라고 할 수 없다(大判 1997.6.13, 97다13627)

8. 인사이동

1) 배치전환

【해설】

→ 배치전환이란 동일기업 내에서 근로자의 직종 또는 근무장소의 변경을 가져오는 인사이동을 말하며, 이를 위해서는 정당한 사유가 있어야 한다.

【판례】

→ 전보명령에서 정당성의 판단기준은 무엇인가

근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교, 교량하고 근로자 측과의 협의 등 그 전보처분 등의 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 것이다(大判 1998. 12. 22, 97누5435)

→ 근로자를 전직(轉職) 또는 전보(轉補) 발령할 수 있는 사용자의 권한의 범위는 근로자에 대한 전직이나 전보는 피용자가 제공하여야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 피용자에게 불이익한 처분이 될 수 있으나, 원칙적으로 사용자(인사권자)의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량(裁量)을 사용자에게 인정하여야 하고, 이것이 근로기준법을 위반하거나 권리남용(權利濫用)에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 당연 무효라고 할 수는 없다. (大判 1991.2.22, 90다카27389)

→ 근로자의 생활이익(生活利益)을 부당하게 침해하는 전보명령(轉補命令)은 효력이 있는가

근로자들에 대한 전보명령이 업무상 필요성이 그다지 크지 않은 데 비하여 근로자들이 출퇴근하는 것이 현실적으로 매우 곤란한 등 근로자들에게 큰 생활상 불이익을 주며, 또 사용자가 그 근로자들의 방송 인터뷰 및 평소의 노조활동 등으로 좋지

않은 감정을 갖고 있다가 근로자들의 동의를 구한 바 없이 공휴일에 형식적인 제청 절차만을 거쳐 전보명령을 행한 것이라면, 이러한 전보명령은 인사에 관한 재량권을 남용한 것으로 근로기준법에 위반된 부당전보이다. (大判 1995.2.17, 94누7959)

→ 무효인 부당전직에 불응하여 근로를 제공하지 아니한 경우, 종전 근무지에서 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다

근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량을 가지는 것이나, 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 무효가 된다고 볼 것이고, 이러한 무효인 부당전직의 경우 근로자가 이에 불응하여 전직명령의 효력을 다투면서 전직발령지에서 근로를 제공하지 아니하는 경우는 부당한 전직명령을 한 사용자의 귀책사유로 말미암은 것이므로, 근로자는 전직명령시부터 원직복귀시까지의 기간 동안 종전 근무지에서 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다.

(大判 2006.9.14, 2006다33531)

2) 전출

[해설]

→ 직원으로서의 신분상의 지위와 고용계약관계를 계속한 채 자회사, 관련회사 등에 파견하여 그 자회사, 관련회사의 사용자의 지시·명령 아래 업무에 종사시키는 것을 말한다.

→ 전출을 명받은 사원(전출사원)은 소속회사에 직을 남겨둔 채 자회사, 관련회사 등으로 옮겨 쌍방간에 고용관계를 맺게 되며, 예를 들어 A사에서 그 관련회사인 B사로 전출을 명받은 사원 C는 A사의 사원임과 동시에 B사의 사원이기도 함.

[판례]

→ 근로자의 동의없는 전출명령은 유효한가

각각 별개의 법인격을 가진 기업간 인사이동은 비록 두 기업의 사업주가 같다고

하더라도 전적이든 전출이든간에 근로자와의 합의가 없는 한 인정될 수 없으며, 사용자에게 인사이동명령권이 없다. (大判 1993.1.26, 92누8200)

3) 전적

【해설】

- 전적이란 사용자와 근로자가 근로계약을 해지(解止)하고 다른 사용자와 그 근로자가 새로운 근로계약을 체결하거나 근로계약상의 사용자 지위를 양도(讓渡)하는 것을 말하며, 근로자의 동의와 정당한 사유가 있어야 한다.

【판례】

- 전적은 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생긴다
근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 직을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은, 동일 기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달리 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기며, 나아가 기업그룹 등과 같이 그 구성이나 활동 등에 있어서 어느 정도 밀접한 관련성을 갖고 사회적 또는 경제적 활동을 하는 일단의 법인체 사이의 전적이 있어서 그 법인체들 내에서 근로자의 동의를 얻지 아니하고 다른 법인체로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위하여는, 그와 같은 관행이 그 법인체들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 그 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로써 확립되어 있어야 한다. (大判 2006.1.12, 2005두9873)

- 전적 전(前) 회사에 대한 임금청구권을 전적 후(後) 회사에 청구할 수 있는가
갑 회사와 을 회사가 갑에서 퇴직함과 동시에 을에 입사한 근로자에 대하여 갑에서 계속 근무하는 것으로 보며 갑의 직원과 동일 신분을 가진다고 약정한 경우에 있어서 이는 갑에서의 임금, 근속기간 등을 그대로 유지하고 인정하여 준다는 취지이지 임금이나 퇴직금 등을 갑이 지급한다는 취지는 아니다. (大判 1992.12.22, 92다36090)

→ 종전 기업으로부터 자발적으로 퇴직금을 수령한 근로자의 경우 전직 후 근속 연수(勤續年數)의 기산점은

그룹 내 다른 계열사로의 전적을 명하면서 종전 기업에서의 근속연수만을 기초로 하여 산정한 퇴직금을 수령할 것인지 또는 그 퇴직금을 이적하게 될 기업으로 이체, 적립하여 근속기간의 통산을 받을 것인지를 근로자에게 선택하도록 하였는데 근로자가 자의(自意)에 의하여 퇴직금을 수령하는 쪽을 선택한 경우, 근로자의 종전 기업에서의 퇴직은 근로자의 자유로운 의사에 의하여 결정된 것으로서 그 종전 기업에서의 근로관계는 퇴직금 수령으로 종결되고 달리 특별한 사정이 없는 한 전직 후 기업으로 승계되어 계속된다고 보기 어렵다. (大判 1996. 12. 23, 95다29970)

4) 휴직

【해설】

→ 휴직은 사용자가 근로자를 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 불합리할 경우에 근로계약을 해지하지 않고 근로자에게 일정한 기간동안 근로의 제공을 면하거나 금지하는 것을 말한다.

【판례】

→ 휴직의 정당성 판단기준

단체협약이나 취업규칙에서 휴직사유의 발생에 따른 휴직명령권을 부여하고 있다 하더라도 그 정해진 사유가 있는 경우 당해 휴직규정의 설정목적과 실제기능, 휴직명령권 발동의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상, 경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에만 휴직 처분의 정당한 이유가 있다. (大判 1992.11.13, 92다16690)

5) 직위해제(대기발령)

【해설】

- … 직위해제(대기발령)는 휴직과 마찬가지로 근로자를 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 또는 적당하지 아니한 사유가 발생한 때에 근로계약관계를 유지하면서 일정한 기간 동안 근로제공을 면제하거나 금지시키는 사용자의 처분이다. 직위해제의 정당성은 당해 직위해제 사유가 존재하는지 여부 및 직위해제에 관한 절차규정을 위반하였는지 여부 등을 따져 보아 판단한다.

【판례】

… 직위해제(대기발령)의 법적성질

근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다(大判 2006.8.25, 2006두5151)

… 대기발령 후 일정 기간 내 복직발령을 받지 못하는 등의 경우에 당연퇴직된다는 내용의 인사규정은 정당한가

인사규정 등에 대기발령 후 일정 기간이 경과하도록 복직발령을 받지 못하거나 직위를 부여받지 못하는 경우에는 당연퇴직된다는 규정을 두는 경우, 대기발령에 이은 당연퇴직 처리를 일체로서 관찰하면 이는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 사용자가 그 처분을 함에 있어서는 구 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 필요하다고 할 것이다. (大判 2007.5.31, 2007두1460)

→ 근로자에 대한 부당하게 장기간인 대기발령의 효력

사용자가 대기발령 근거규정에 의하여 일정한 대기발령 사유의 발생에 따라 근로자에게 대기발령을 한 것이 정당한 경우라고 하더라도 당해 대기발령 규정의 설정 목적과 그 실제 기능, 대기발령 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 하는 것이고, 만일 대기발령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나, 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 대기발령 조치를 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 할 것이다. (大判 2007.2.23, 2005다3991)

9. 합병과 영업양도

1) 합병

[해설]

- 회사의 합병이란 2개 이상의 회사가 계약에 의하여 상법(商法)에 정해진 법정 절차에 따라 그 당사자로 된 회사의 일방 또는 전부가 재산의 청산절차(清算節次) 없이 해산(解散)하여 소멸(消滅)하고 하나의 회사로 존속(存續) 또는 신설(新設) 되는 것을 말한다.
- 합병후 존속한 회사 또는 합병으로 인하여 설립된 회사는 합병으로 소멸된 회사의 권리의무(權利義務)를 포괄적(包括的)으로 승계(承繼)한다.
- 따라서 피합병회사의 근로계약은 포괄적으로 합병회사에 승계되고 근로자는 임금 및 근로시간 등의 모든 근로조건에 있어서 종전과 동일한 대우를 받는 것이 원칙이다.

[판례]

- **합병 후 존속회사나 신설회사는 소멸회사에 근무하던 근로자에 대한 퇴직금의 지급의무가 있는가**

회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상의 지위가 그대로 포괄적으로 승계되는 것이므로 합병 당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경 조정 하는 새로운 합의가 없는 한, 합병 후 존속회사나 신설회사는 소멸회사에 근무하던 근로자에 대한 퇴직금 관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 한다. (大判 1994.3.8, 93다1589)

- 기업이 동일성을 유지하면서 인적·물적 조직이 흡수·통합되거나 조직변경 되고 그에 따라 소속 근로자들이 회사방침에 의하여 일괄사직하고 퇴직금을 수령한 경우, 그 근로관계의 단절여부는

기업의 인적·물적 조직이 흡수·통합되거나 조직변경을 거친다 하더라도 그 기업 자체가 폐지됨이 없이 동일성(同一性)을 유지(維持)하면서 존속되고 있는 한, 이는 경영주체의 변경에 불과하여 근로관계는 새로운 경영주에게 승계되고, 이와 같이 근로관계가 포괄승계됨에 있어 근로자가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 수 있지만, 그것이 근로자의 자의에 의한 것이 아니라 기업의 경영방침에 의한 일방적인 결정에 따라 퇴직과 재입사의 형식을 거친 것에 불과하다면 이러한 형식을 거쳐서 퇴직금을 지급받았더라도 근로자에게 근로관계를 단절할 의사가 있었다거나 계속근로의 단절에 동의하였다고 볼 수 없고, 따라서 계속근로관계도 단절되지 아니한다. (大判 1999. 6. 11, 98다18353)

→ 합병회사의 노동조합이 유니온 스킵의 조직형태인 경우 피합병회사의 근로자들의 지위

복수의 회사가 합병되더라도 피합병회사와 그 근로자 사이의 집단적인 근로관계나 근로조건 등은 합병회사와 합병 후 전체 근로자들을 대표하는 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들과 합병회사 사이에 그대로 승계되는 것이고, 합병회사의 노동조합이 유니언 스킵의 조직형태를 취하고 있었다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 피합병회사의 근로자들까지 아우른 노동조합과 합병회사 사이의 새로운 합의나 단체협약이 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들이 자동적으로 합병회사의 노동조합의 조합원으로 되는 것은 아니라 할 것이다. (大判 2004. 5. 14, 2002다23185, 23192)

2) 영업양도

【해설】

- 영업양도란 당사자(양도인-양수인)간의 계약에 의하여 영업조직체 즉, 인적(人的)·물적(物的) 조직을 그 동일성(同一性)을 유지하면서 이전(移轉)하는 것을 말한다.

→ 영업양도의 경우에는 기업의 영업재산만이 이전되는 것이 아니라, 근로자의 근로관계도 이전되는 것이 일반적인 바, 당사자간에 근로자의 일부 또는 전부를 배제(排除)한다는 별도(別途)의 합의(合意)가 없는 한 근로관계는 포괄적으로 승계된다.

→ 양도회사에서 근로자에게 적용되던 취업규칙은 양수회사에서도 근로자에게 그대로 인정되며 연차유급휴가, 퇴직금 및 승진·승급의 연한(年限)산정 등을 하는 경우 양도회사 및 양수회사에서의 근무기간은 합산(合算)되는 것이 원칙이다.

【 판례 】

→ 영업양도란 무엇인가

영업양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 인적, 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고, 영업의 일부만의 양도도 가능하지만 이 경우에도 해당 영업부문의 인적, 물적 조직이 그 동일성을 유지한 채 일체로서 이전되어야 한다. (大判 2001.7.27, 99두2680)

→ 영업양도 당사자 사이에 근로관계 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약(特約)은 효력이 있는가

영업양도 당사자 사이에 근로관계 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 한 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고와 다름이 없으므로 근로기준법 제30조의 정당한 이유가 있어야 유효하다. (大判 1995.9.29, 94다54245)

→ 영업양도로 인하여 근로관계가 승계되는 경우에 해고의 효력을 다투는 근로자도 승계되는가

영업양도계약에 따라 승계되는 근로계약관계는 계약체결일 현재 실제로 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미하고 해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계되는 것은 아니며, 근로관계 일부를 승계대상에서 제외하기로 한 특약은 실질적으로 해고와 다름이 없으므로 근로기준법상 해고의 정당한 이유가 있어야 유효하다. (大判 1995.9.29, 94다54245)

→ 포괄승계 후의 퇴직금 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자에게 불리한 경우 새로운 규정은 효력이 있는가

영업양도, 합병 등에 의하여 근로계약관계가 포괄적으로 승계된 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자에게 불리하다면 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없고, 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득 이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금 규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업 내에 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우까지 퇴직금제도 차등금지(差等禁止)에 해당한다고 할 수는 없다. (大判 1997. 12. 26, 97다17575)

→ 양수한 기업에서 근로자가 퇴직하는 경우에 퇴직금 지급을 위한 계속근로연수의 계산은 어떻게 하는가

어떤 사업이 다른 경영주체에 양도되면서 물적 시설을 이전함과 아울러 그 양도되는 사업에 근무하던 근로자들의 소속도 변경시킨 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 경영주체에게 승계되어 그 계속성이 유지된다고 할 것이어서 근로자가 사업을 양수한 기업에서 퇴직하면 그 기업은 합산한 계속근로연수에 상응하는 퇴직금을 지급할 의무가 있고, 이러한 법리는 사업을 양도한 경영주체가 국가인 경우라 하여 달라지지 아니한다. (大判 1994.1.25, 92다23834)

→ 형식적으로 사직서를 제출하고 별도의 법인에 입사하는 등의 형식을 취하였으나 실질적으로는 조직변경 전후에 걸쳐 동일한 업무에 종사하여 온 경우, 그 중간퇴직은 효력이 있는가

별도의 법인체인 본사와 그 계열기업간의 조직변경 등에 따라 회사의 운영상 편의를 위하여 형식적으로 사직서를 제출하고 별도의 법인에 입사하는 등 형식을 취하면서 실질적으로는 조직변경 전후에 걸쳐 동일한 업무에 종사하여 왔다면 위 중간퇴직은 통정(通情) 허위표시(虛僞表示)로서 무효라고 할 것이고, 실질적 근로관계는 그 중간퇴직에 의해 단절됨이 없이 계속되었다고 보아야 할 것이다.

(大判 1991. 3.22, 90다6545)

10.징계

1) 징계의 종류

[해설]

- 징계란 근로자가 법령, 단체협약, 취업규칙 및 근로계약에 위반하는 행위를 한 경우에 사용자가 사업장의 질서를 유지하기 위하여 불이익(不利益)을 가하는 행위를 말한다.
- 징계수준은 근로자의 위반행위의 경중에 따라 사회적으로 인정될 수 있는 합리적인 수준에서 결정하여야 한다.

➡ 징계의 종류

징 계	내 용
경고(警告)	사용자가 근로자에게 구두 또는 문서로 훈계하는 것
견책(譴責)	근로자가 사용자에게 시말서 또는 반성문을 제출하는 것
감급(減給)	- 임금의 일부분을 삭감하는 것 - 단, 1회의 액이 평균임금의 1일분의 50%를 초과하지 못하며, 수회에 걸쳐 징계를 받더라도 총액이 1임금 지급기의 임금총액의 10%를 초과하지 못한다. (근로기준법 제95조)
정직(停職)	- 근로계약 관계를 존속하되 근로제공을 일정기간 정지하는 것 - 정직기간 동안 임금지급 여부, 근속 산입여부는 단체협약, 취업규칙, 회사의 관행 등에 따라 결정될 수 있다
해고(解雇)	사업주가 근로자와의 근로계약을 종료하는 것

【 판례 】

→ 징계권자의 재량권(裁量權)을 벗어난 위법한 처분의 여부는 어떻게 판단하는가
징계의 정도가 지나치게 무거워 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 할 수
있으려면 그 징계의 사유가 된 비위사실의 내용과 성질 그리고 징계에 의하여 달하
려는 행정목적과 이에 수반되는 제반 사정을 참작하여 객관적으로 명백히 부당하
다고 인정할 수 있는 경우이어야 한다. (大判 1998. 12. 8, 98두1475)

→ 개선(改悛)의 정(情)이 있는지 여부에 따라 징계의 수준을 달리할 수 있는가
같은 정도의 비위를 저지른 자들 사이에 있어서도 그 직무의 특성 등에 비추어, 개선
의 정이 있는지 여부에 따라 징계의 종류의 선택과 양정(量定)에 있어서 차별적으
로 취급하는 것은, 사안의 성질에 따른 합리적 차별로서 이를 자의적 취급이라고
할 수 없는 것이어서 평등원칙 내지 형평에 반하지 아니한다.
(大判 1999. 8. 20, 99두2611)

→ 취업규칙의 해고사유와 징계해고의 정당성

회사의 취업규칙상 해고사유에 해당한다고 볼 수 없거나, 취업규칙의 해고사유에
해당한다고 하더라도 회사가 근로자와의 고용계약관계를 계속 유지하는 것이 객관
적으로 보아 심히 부당하거나 불공평하다고 보여질 정도에는 이르지 못한 경우에
는 근로자를 징계해고하는 것은 현저히 징계권을 남용한 것으로 인정된다.
(大判 1991.11.26, 90다4914)

2) 징계의 사유

【 해설 】

→ 징계의 구체적인 사유 및 절차에 대해서는 단체협약 또는 취업규칙 등에 규정
해야 하며, 그 정당성의 여부는 사회통념(社會通念)에 비추어 구체적으로 판단
되어야 한다.



근로자의 귀책사유 : 판례로 인정되는 징계사유(예시)

- 근무성적 불량 : 무단결근, 잦은 조퇴·지각, 근무태도 불량, 근무태만 등
- 고의로 약정된 근로제공을 거부하거나 하자있는 근로를 제공
- 불법쟁의행위(不法爭議行爲) 선동, 참가
- 회사경영상 손해야기, 명예훼손
- 정당한 업무명령 불복종 : 출장명령, 전출명령, 휴일출근거부 등
- 회사기밀, 영업상의 비밀누설
- 근로자의 범법행위에 따른 회사의 명예훼손, 근로제공 불이행
- 사업장내 범죄행위, 비행(非行) : 상사에 대한 폭언, 횡령, 절도, 성희롱 등
- 학력·경력사정

【 판 례 】

→ 근로자의 사생활에서의 비행(非行)이 정당한 징계사유가 될 수 있는가

사용자가 근로자에 대하여 징계권을 행사할 수 있는 것은 사업활동을 원활하게 수행하는데 필요한 범위 내에서 규율과 질서를 유지하기 위한 데에 그 근거가 있으므로, 근로자의 사생활에서의 비행은 사업활동에 직접 관련이 있거나 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있는 것에 한하여 정당한 징계사유가 될 수 있다.

(大判 1994.12.13, 93누23275)

→ 학력 또는 경력 사칭도 징계의 사유가 되는가

기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근로능력을 평가하기 위해서만 아니라, 노사간의 신뢰형성과 기업질서 유지를 위해서 근로자의 지능과 경험, 교육 정도, 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적(全人格的)인 판단을 거쳐 고용 여부를 결정할 필요가 있어 그 판단자료로 삼기 위한 것이므로, 당시 회사가 그와 같은 허위기재 사실을 알았더라면 근로자를 고용하지 않았을 것으로 보여지는 한 이를 해고사유로 들어 해고하는 것이 부당하다고는 할 수 없다.

(大判 2000. 6. 23, 98다54960)

→ 기업의 사회적 평가에 있어서 악영향을 미칠 수 있을 정도로 품위유지의무를 위반했다면 징계사유에 해당한다

근로자가 장비의 도입 업무를 직접 관장하거나 총괄하면서 납품업체의 대표이사 와 개인적인 친분관계를 맺으면서 그 부탁으로 납품업체를 위하여 거액의 보증을 하는 등으로 특수관계를 유지하고 이로 인하여 납품업체의 납품에 특혜를 주었을 지 모른다는 의혹을 불러 회사의 사회적 평가와 목적사업의 원활한 수행에 중대한 악영향을 미치게 한 것은 회사의 상벌규정 제12조 제2항의 징계양정기준 소정의 해임사유인 품위유지의무 위반으로서 그 비위정도가 중하고 고의가 있는 경우에 해당하고, 이는 또한 사회통념상 회사와의 근로관계를 계속시킬 수 없는 정도의 비위행위라고 봄이 상당하며, 그 비위의 정도에 비추어 위 연대보증인 회사에 입사하기 전부터의 개인적인 친분관계에서 비롯된 것이고 이로 인한 구체적인 비리가 드러나지 않았다는 등의 사정을 참작하더라도 해고가 지나치게 가혹하여 그 재량권의 범위를 일탈한 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다.

(大判 2001.12.14, 2000두3689)

3) 징계의 절차

【해설】

→ 단체협약이나 취업규칙 등에 규정된 징계절차가 있는 경우(예로 징계시 징계위원회 개최 및 소명기회 부여 등)에는 반드시 이에 따라 징계를 해야 하며, 이를 위반하는 경우는 무효가 되는 것이 원칙이다.

【판례】

→ 단체협약이나 취업규칙에 정한 징계절차

노사협정이나 단체협약에 규정된 절차를 지키지 않거나 불성실한 징계상의 절차에 의한 사용자의 징계처분은 무효가 된다. (大判 1991.7.9, 90다8077)

→ 취업규칙 등 징계규정에 징계혐의자의 출석 및 진술기회 부여 절차가 규정되어 있지 않은 경우, 그러한 절차를 거치지 않고 한 징계처분은 효력이 있는가
취업규칙 등의 징계에 관한 규정에 징계혐의자의 출석 및 진술의 기회부여 등에 관한 절차가 규정되어 있지 않은 경우에는 그러한 절차를 거치지 않고 징계처분을 하였다 하더라도 징계의 효력에는 영향이 없다. (大判 1994.9.30, 93다26496)

→ 회사가 조합원(組合員)을 징계하는 경우 대상자에게 소명의 기회를 주어야 하며 노동조합대표를 참석시켜 의견을 개진(開陳)하게 한다는 단체협약의 취지에 따라 소명 및 의견 개진의 기회를 부여하였으나 근로자 및 조합대표가 이를 하지 않은 경우에 징계처분이 가능한가

위와 같은 단체협약의 취지는 그 대상자에게 소명의 기회를 부여하면 되는 것이고 소명 자체가 반드시 있어야 하는 것은 아니므로 그 기회를 주었는데도 소명하지 아니하거나 소명 자체를 요구하지 아니하는 경우에는 통보만으로써 징계절차는 속행할 수 있는 것이고, 조합대표들을 참석시켜 의견을 개진하게 함으로써 부당한 징계처분을 사전에 예방하고 조합이 회사의 일방적인 인사권 행사를 견제케 하여 조합원의 지위를 보장하자는 것이므로 조합대표에게 참석의 기회를 주었는데도 참석하지 아니하는 경우 그들의 참석과 의견개진 없이도 징계위원회를 개최할 수 있다. (大判 1993.9.28, 91다30620)

→ 단체협약이 노동조합 간부에 대한 징계해고 시에는 노동조합의 사전동의를 얻도록 규정하고 있는 경우, 노동조합이 부당하게 합의거부권을 남용하는 경우

노동조합의 사전동의권은 어디까지나 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적으로 행사되어야 할 것이고, 따라서 피징계자에게 객관적으로 명백한 징계사유가 있고 이에 대한 징계를 함에 있어 사용자가 노동조합측의 동의를 얻기 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 반대함으로써 동의거부권을 남용한 것이라고 인정되거나 노동조합측이 스스로 이러한 사전동의권의 행사를 포기하였다고 인정된다면 사용자가 노동조합측의 사전동의를 받지 못하였다고 하여 그 징계처분을 무효로 볼 수는 없다. (大判 1993.9.28, 91다30620)

→ 당해 징계사유 발생 이후에 저지른 비위사실을 당해 징계양정(懲戒量定)에 있어서 참작자료로 삼을 수 있는가

징계사유가 인정되는 피징계자에 대하여 어떠한 징계처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고, 이 경우 징계사유의 내용과 성질은 물론이고 피징계자의 평소의 소행, 근무성적 외에 과거의 전력, 징계사유로 삼지는 않았지만 징계사유 발생 이후에 저지른 비위행위 등도 징계종류의 선택의 자료로 참작할 수 있으며, 다만 선택한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 위법하다고 할 것이다 (大判 1999. 9. 3, 97누2528, 2535)

→ 근로자가 징계위원회 및 재심 징계위원회에 출석해 이의를 제기함 없이 충분한 변명을 했다는 사정만으로 징계 절차상 하자가 치유된 것은 아니다

원심이 확정한 사실 관계 및 기록에 의하면, 재심 징계위원회 구성을 위한 절차에도 절차상 하자가 있으므로 재심 과정에서 그 하자가 보완됐다고 볼 수 없고, 그 하자가 징계위원회 구성을 위한 절차상 중대한 하자인 이상, 원고가 징계위원회 및 재심 징계위원회에 출석해 이의를 제기함 없이 충분한 변명을 했다는 사정만으로 그 하자가 치유될 수 있는 것은 아니다. (大判 2008.8.21, 2008두7724)

→ 취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 한 경우 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수는 없다

취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면 이는 근로자들 중에서 징계위원을 위촉하여 징계위원회에 대한 근로자들의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사측의 징계권 남용을 견제하기 위한 것이라고 할 것이므로, 취업규칙에 직접적으로 징계위원의 자격과 선임절차에 관해서 규정하고 있지는 않지만, 노측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는 것으로까지 해석할 수는 없다. (大判 2006.11.23, 대법 2006다48069)

4) 부당징계에 대한 구제

법령 : 근로기준법 제28조 (부당해고등의 구제신청)

- ① 사용자가 근로자에게 부당해고등(해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌)을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 구제신청은 부당해고등이 있었던 날부터 3개월 이내에 하여야 한다.

【해설】

- 사용자가 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고, 휴직·정직·전직·감봉 그 밖의 징벌을 한 때에는 당해 근로자는 징계처분(懲戒處分)이 있는 날로부터 3개월 이내에 노동위원회(勞動委員會)에 그 구제를 신청할 수 있다.
- 근로자는 노동위원회에 행정적(行政的)인 구제(救濟) 신청을 하는 것과 별도로 법원(法院)에 징계무효확인(懲戒無效確認)의 소(訴)를 제기하여 사법적(司法的)인 구제(救濟) 신청도 가능하다.

【판례】

- 사용자가 징계절차를 위반하는 것이 곧바로 근로기준법 벌칙에 의한 형사처벌의 대상이 되는가

사용자가 근로자에게 어떠한 징벌을 가함에 있어 소정의 절차를 밟지 아니하여 징벌의 효력이 인정될 수 없는 경우라 하더라도 사용자가 부당한 징벌을 가할 의사로 징벌의 절차를 의도적으로 무시하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그와 같은 절차 위배의 사유만으로 곧바로 근로기준법 벌칙(罰則)에 의한 형사처벌(刑事處罰)의 대상이 된다고는 할 수 없고, 여기에서 나아가 그와 같은 징벌이 그 내용에 있어 징벌권(懲罰權)을 남용하거나 또는 그 범위를 벗어난 것으로 인정되고 또 이것이 사회통념상 가벌성이 있는 것으로 평가되는 경우에 한하여 형사처벌의 대상이 된다. (大判 1995. 11. 24, 95도2218)

11. 해고(통상·징계해고)

1) 해고의 사유

법령 : 근로기준법 제23조 (해고 등의 제한)

- ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.
- ② 사용자는 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.

【해설】

- ... 해고란 사용자가 일방적으로 장래에 대하여 근로자와의 근로관계를 소멸시키는 법률행위(法律行爲)를 말한다.
- ... 해고에는 근로자에게 중대한 직장규율 위반의 행위가 있는 경우에 징계의 목적으로 이루어지는 ‘징계해고(懲戒解雇)’, 사용자의 귀책사유로 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우에 이루어지는 ‘정리해고(整理解雇)’, 기타 근로관계를 계속 유지하기 어려운 부득이한 사유가 발생한 경우에 이루어지는 ‘통상해고(通常解雇)’ 등의 유형으로 구분할 수 있다.
- ... ‘정당한 사유’란 개별적 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 하나, 사회통념상 근로계약을 계속 시킬 수 없는 정도로 근로자에 책임이 있어야 한다.

【판례】

- ... 단체협약이나 취업규칙에 규정된 당연퇴직(當然退職)제도가 성질상 해고에 해당하는 경우에는 근로기준법상 소정의 정당한 이유가 있어야 하는가
회사가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 근로기준법에 의한 제한을

받는다'고 보아야 할 것이므로 근로자에 대한 퇴직조치가 단체협약이나 취업규칙에서 당연퇴직으로 규정되었다 하더라도 위 퇴직조치가 유효하기 위하여는 근로기준법 제30조가 규정하는 바의 정당한 이유가 있어야 하고, 이와 같은 정당한 이유가 없는 경우에는 퇴직처분(退職處分)무효확인(無效確認)의 소(訴)를 제기할 수 있다. (大判 1993.10.26, 92다54210)

→ 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 징계해고사유에 해당하는 경우, 이에 따라 이루어진 해고처분이 당연히 정당한 것은 아니다

단체협약이나 취업규칙 등에 정한 징계해고사유에 해당하는 경우, 이에 따라 이루어진 해고처분이 당연히 정당한 것으로 되는 것이 아니라 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 정당성이 인정된다. 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다. (大判 2006.6.15, 2005두8047)

→ 취업규칙에 정한 해고사유가 모두 근로기준법 제30조 소정의 “정당한 이유”에 해당될 수 있는가

근로기준법 제30조에서 규정한 “정당한 이유”라 함은 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우를 말하는 것이므로 취업규칙 등 사규(社規)에 해고에 관한 규정이 있는 경우 그것이 근로기준법에 위배되어 무효가 아닌 이상 그에 따른 해고는 정당한 이유가 있다고 할 것이다. (大判 1992.4.24, 91다17931)

→ 사용자의 사직서 일괄제출 지시에 의하여 사직할 의사가 없으면서도 부득이 사직서를 제출하여 선별 수리(選別受理)되어 면직된 경우는 그 효력이 있는가

모든 직원들로 하여금 일괄적으로 사직서를 제출하도록 하므로 사직할 의사가 없으면서도 부득이 다른 직원들과 함께 사직서를 제출하여 선별수리됨으로써 면직되었다면 이는 실질적으로는 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로관계를 종료시키는 것이어서 정당한 이유가 없는 해고에 해당한다. (大判 1993.2.9, 91다44452)

→ 단체협약·취업규칙에 징계사유가 제한적으로 열거되어 있는 경우, 그 이외의 사유로 징계할 수 있는가

단체협약이나 취업규칙 등에서 근로자에 대한 징계사유가 제한적으로 열거되어 있는 경우에는 그와 같이 열거되어 있는 사유 이외의 사유로는 징계할 수 없다. (大判 1994.12.27, 93다52525)

→ 사용자가 단체협약에 정한 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 취업규칙에서 정하여 이에 따라 해고하는 것은 단체협약에 반하는가

단체협약에서 “해고에 관하여는 단체협약에 따라야 하고 취업규칙에 의하여 해고할 수 없다.”는 취지로 규정하거나 또는 “단체협약에 정한 사유 외의 사유로는 근로자를 해고할 수 없다.”고 규정하는 등 근로자를 해고함에 있어서 해고사유 및 해고절차를 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나, 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우가 아닌 한, 사용자가 취업규칙에서 단체협약 소정의 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정하여 이에 따라 근로자를 해고하는 것이 단체협약에 반하는 것은 아니다. (大判 1997. 6. 13, 97다13627)

→ 근로자에게 여러 가지 징계혐의사실이 있는 경우

피징계자에게 여러 가지 징계혐의사실이 있는 경우 이에 대한 징계해고처분이 적정한지의 여부는 그 사유 하나씩 또는 그 중 일부의 사유만 가지고 판단할 것이 아니고 전체의 사유에 비추어 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는지 여부에 의하여야 할 것이므로 대한 해고가 정당한지 여부를 판단함에 있어서도 징계혐의사실을 전체로서 고려하여 판단하여야 할 것이다. (大判 1996. 9. 20, 95누15742)

→ 근로자를 면직처분함에 있어 본래 면직의 사유와는 전혀 별개의 사유까지를 포함하여 면직처분의 당부(當否)를 판단할 수 있는가

사용자가 기구 축소로 인한 정원(定員)의 감소를 면직사유로 삼아 면직처분한 후 그 내용과 성격이 전혀 다른 인사비리(人事非理)에의 관여, 직무무기, 직무수행 능력 부족 등을 실제 면직사유로 내세워 면직처분에 정당한 이유가 있음을 주장할 수는 없다. (大判 1992.6.9, 91다11537)

… 자신의 우월적 지위를 이용하여 여직원들을 반복적으로 성희롱한 것은 위반의 범위가 크고 중하며 고의성이 현저한 경우에 해당돼 해고 처분을 한 것은 정당하다

원고의 행위는 강제 추행 또는 업무상 위력에 의한 추행으로 인정될 정도의 성적 언동도 포함된 성희롱 행위로서 고용 환경을 악화시킬 정도로 그 정도가 매우 심하다고 볼 수 있을 뿐만 아니라, 이러한 원고의 성희롱 행위가 우발적이라거나 직장내 일치감과 단결을 이끌어낸다는 의도에서 비롯된 것이라고 평가할 수 없어, 결국 원고의 성희롱 행위는 징계 해직 사유인 ‘위반의 크기가 크고 중하며 고의성이 현저한 경우’로 보아야 하므로, 참가인이 원고에 대한 이 사건 징계 해직 처분은 명백히 부당하다고 인정되지 않는다. (大判 2008.7.10, 2007두22498)

… (증거를 채택함에 있어) 통신비밀보호법을 위반한 위법이 있음에도 근로자의 비위 행위가 회사와의 신뢰 관계를 훼손해 고용 관계를 계속할 수 없는 중대한 사유에 해당한다면 징계 해고는 정당하다

원심이 증거로 채택한 녹취 속기록은 참가인 회사가 원고와 성명 불상자와의 대화를 녹음한 것으로서 통신비밀보호법 소정의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음한 것에 해당하므로 같은 법에 의거 증거로 사용할 수 없으나, 원고의 각 비위 행위는 사회 통념상 참가인 회사와의 신뢰 관계를 훼손해 그 고용 관계를 계속할 수 없는 중대한 사유에 해당한다고 보기에 충분한바, 원심이 적법하게 인정한 사실들만으로도 참가인 회사의 원고에 대한 징계 해고가 정당하다고 판단된다. (大判 2008.6.26, 2007두22344)

… 고의로 반복하여 음주·무면허 운전을 하였다는 이유로 집행 유예를 선고 받은 경우 면직 처분은 정당하다

고의로 반복하여 음주·무면허 운전을 하였다는 이유로 집행 유예를 선고받은 경우에는 면직 사유에 해당하는 것으로 보아야 할 것인바, 이는 대형 참사를 초래할 수도 있는 음주·무면허운전을 강력히 처벌해야 할 필요성에 대한 우리 사회의 공감대에 비추어 음주·무면허 운전에 대한 사회적 비난 가능성이 결코 과실로 인한 교통사고에 비하여 가볍다고 볼 수 없다. (大判 2007.11.15, 2005두4120)

… 적법하지 아니한 파업을 기획·주도한 근로자에 대한 징계해고는 징계양정이 과하지 아니하다

원고의 요구사항이 참가인의 경영·인사에 관한 사항으로 이를 두고 근로조건의

향상에 관한 사항이라고 보기 어렵다 할 것이며, 직권중재회부를 한 경우에는 그 날로부터 15일 동안 쟁의행위를 할 수 없음에도 그 기간 중에 파업을 한 것은 절차에 있어서도 불법을 면할 수 없고, 원고가 이 사건 파업을 기획·주도함으로써 참가인의 업무를 방해하고 복귀명령에도 응하지 아니한 점 등은 참가인 인사규정에 의거 소정의 징계사유에 해당된다 할 것이며, 원고가 쟁대위 위원장으로서 이 사건 파업을 기획·주도한 점, 참가인의 복귀명령에 따르지 아니한 채 근무지를 이탈한 점, 이 사건 파업이 정당성을 상실한 불법파업으로서 참가인의 재산상 손해를 입히고 시민들에게 큰 불편을 초래하게 한 점, 상사에게 폭언을 하는 등 위계질서를 문란하게 한 점 등을 종합하여 보면 참가인과 원고 사이의 신뢰관계는 근로자의 귀책사유로 깨어져 더 이상 근로계약 관계를 유지할 수 없을 정도에 이르렀다고 볼 수밖에 없으므로 참가인이 징계의 종류로 파면을 선택한 것이 형평의 원칙에 반한대거나 징계양정이 지나치게 가혹하다고 볼 수 없다.

(大判 2006.2.23, 2005두14767)

2) 해고의 절차

법령 : 근로기준법 제27조 (해고사유 등의 서면통지)

- ① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다.
- ② 근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다.

【해설】

→ 사용자가 근로자를 해고하려면 그 사유와 시기를 서면으로 통지해야만 그 효력이 인정된다. 2007. 7. 1.부터 시행된 개정 근로기준법에 따라 사용자가 근로자를 해고할 경우 반드시 해고사유와 시기를 서면으로 통지해야 하고 서면통지를 했을 때만 그 효력을 인정받을 수 있게 되었다. 따라서 구두나 전화 또는 문자메시지, 이메일 등으로 해고통지를 할 경우 해고의 효력이 발생하지 않는다.

- 해고는 정당한 절차에 의하여 이루어져야 한다. 해고의 절차에 대해서는 해고 사유등의 서면통지 이외에 법에 별도로 명시된 것이 없으므로 단체협약이나 취업규칙에 정한 바에 따라야 한다. 이러한 절차를 지키지 않은 경우에는 사유가 정당하더라도 해고의 효력을 인정할 수 없다. 그러나 취업규칙 등에 징계혐의자의 출석 및 진술기회부여 등에 관한 절차가 규정되어 있지 아니하다면 그와 같은 절차를 밟지 아니하고 해고절차를 진행해도 해고의 효력이 인정된다.

【 판례 】

→ 절차적 제한 규정에 위반한 채 이루어진 해고

단체협약, 취업규칙 또는 징계규정에 징계위원회의 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있고 또 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명 자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있는 경우 이러한 징계절차를 위배하여 한 징계해고는 무효이다. (대판 1991. 7. 9, 90다8077)

→ 이사회 및 운영위원회가 원고들에게 소명의 기회부여 없이 해고한 것은 징계 절차의 재량권을 남용으로 중대한 위법이다

근로자의 권리와 의무에 영향을 미치는 사항은 이사회 등의 업무관련기관과는 별도의 기관으로 하여금 담당하게 하는 것이 공정한 징계절차가 담보되어 절차적 정당성이 확보된다는 점에 있으므로, 참가인이 이 사건 해고를 함에 있어 이사회 및 운영위원회를 개최하여 원고들을 징계한 것은 징계절차상 중대한 위법이 있으며, 참가인의 취업규칙에 의하면 직원의 징계 시에는 당사자에게 구두 또는 서면으로 소명할 기회를 부여할 수 있다고 규정되어 있는데 피징계자에게 소명의 기회를 부여할 것인지의 여부는 인사위원회의 재량사항이라고 보이기는 하지만, 소명의 기회를 부여하는 것은 객관적 진실을 규명하고 징계처분의 절차적 정당성을 확보한다는 중요한 의미를 가진다 할 것이므로 참가인의 이사회 및 운영위원회가 원고들에게 소명의 기회를 부여하지 아니한 채 해고한 것은 징계절차의 재량권을 남용한 것으로서 중대한 위법이 있다. (대판 2006.2.26, 2005두14806)

→ 취업규칙 등의 징계관계규정에 징계혐의자의 출석 및 기회부여 등에 관한 절차가 규정되어 있지 아니한 경우

근로자를 해고함에 있어서 취업규칙 등의 징계관계규정에 징계혐의자의 출석 및 진술의 기회부여 등에 관한 절차가 규정되어 있지 아니하다면 그와 같은 절차를

밝지 아니하고 해고하였다고 하여 이를 들어 그 징계를 무효라고 할 수는 없다고 할 것이다 (大判 1991. 4. 9, 90다카27402)

… 근로자가 징계위원회 출석요청서에 대하여 수령을 거부하여 사내 게시판에 게시한 경우

근로자가 자신의 징계위원회 개최와 관련하여 1차 연기요청한 후, 재차 개최하기로 한 징계위원회 출석요청서에 대하여 수령을 거부하여 사내 게시판에 게시한 것은 회사가 근로자에게 적절한 출석 통지와 함께 그 의견을 진술할 기회를 충분히 부여한 것이므로 징계절차에 있어 하자가 없다. (大判 2006.4.14, 2006두1715)

… 단체협약에 해고의 사전 합의 조항을 둔 경우, 그 절차를 거치지 아니한 해고는 무효이다.

구 근로기준법 제30조 제1항은 “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고를 하지 못한다”고 규정하여 원칙적으로 해고를 금지하면서, 다만 예외적으로 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 해고를 허용하여 제한된 범위 안에서만 사용자의 해고 권한을 인정하고 있는데, 노사간의 협상을 통해 사용자가 그 해고 권한을 제한하기로 합의하고 노동조합이 동의할 경우에 한하여 해고권을 행사하겠다는 의미로 해고의 사전 합의 조항을 단체협약에 두었다면, 그러한 절차를 거치지 아니한 해고처분은 원칙적으로 무효이다. 다만, 단체협약에 해고의 사전 합의 조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 해고 권한이 어떠한 경우를 불문하고 노동조합의 동의가 있어야만 행사할 수 있다는 것은 아니고, 노동조합이 사전동의권을 남용하거나 스스로 사전동의권을 포기한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합의 동의가 없더라도 사용자의 해고권 행사가 가능하나, 여기서 노동조합이 사전동의권을 남용한 경우라 함은 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 그로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정된다. (大判 2007.9.6, 2005두8788)

→ 단체협약에 노조간부의 인사는 노조와 합의하여야 한다고 규정되어 있는 경우 회사의 단체협약에 조합간부의 인사는 조합과 합의하여야 한다고 규정되어 있는 경우 이러한 합의를 거치지 아니한 징계처분은 원칙적으로 무효다.

(大判 1995. 3. 28, 94다46763)

→ 단체협약상 규정된 노동조합과의 협의절차를 거치지 아니한 해고

단체협약이 “조합은 제반 인사권이 회사에 있음을 인정한다.”라고 규정하면서 “다만 해고, 휴직, 배치전환에 관한 인사는 조합과 협의한다.”고 규정하고 있다면 이러한 단체협약상의 협의에 관한 규정은 노동조합의 조합원에 대한 사용자의 자의적인 인사권이나 징계권의 행사로 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하려는 취지에서 사용자로 하여금 노동조합의 조합원에 대한 인사나 징계의 내용을 노동조합에 미리 통지하도록 하여 노동조합에게 인사나 징계의 공정을 기하기 위하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 제시된 노동조합의 의견을 참고 자료로 고려하게 하는 정도에 지나지 않는 것이라고 봄이 상당하므로, 그 협의절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 인사처분의 효력에는 영향이 없다고 보아야 할 것이다 (大判 1996. 4. 23, 95다53102)

3) 해고의 예고

법령 : 근로기준법 제26조 (해고의 예고)

사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다.

【해설】

→ 예측하지 못한 갑작스런 해고로 인한 근로자의 생활의 곤란을 방지하기 위하여 정당한 해고를 할 경우에는 적어도 30일전에 예고를 하여야 하며, 30일전에 예고를 하지 못할 경우에는 30일분 이상의 통상임금(通常賃金)을 지급하여야 한다.

- ... 다만, 천재·사변 기타 부득이한 사유로 사업계속이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우에는 해고 예고 없이 즉시 해고가 가능하다.

➡ 해고예고가 없이 즉시해고가 가능한 근로자의 귀책사유

(근로기준법 시행규칙 제4조)

1. 납품업체로부터 금품이나 향응을 제공받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우
2. 영업용 차량을 임의로 타인에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우
3. 사업의 기밀이나 그 밖의 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에게 제공하여 사업에 지장을 가져온 경우
4. 허위 사실을 날조하여 유포하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 가져온 경우
5. 영업용 차량 운송 수입금을 부당하게 착복하는 등 직책을 이용하여 공금을 착복, 장기유용, 횡령 또는 배임한 경우
6. 제품 또는 원료 등을 몰래 훔치거나 불법 반출한 경우
7. 인사·경리·회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 허위 서류 등을 작성하여 사업에 손해를 끼친 경우
8. 사업장의 기물을 고의로 파손하여 생산에 막대한 지장을 가져온 경우
9. 그 밖에 사회통념상 고의로 사업에 막대한 지장을 가져오거나 재산상 손해를 끼쳤다고 인정되는 경우

➡ 30일전 해고예고가 적용되지 않는 근로자

(근로기준법 제35조)

- 일용근로자로서 3월을 계속 근무하지 아니한 자
- 2월이내의 기간을 정하여 사용된 자
- 월급근로자로서 6월이 되지 못한 자
- 계절적 업무에 6월이내의 기간을 정하여 사용된 자
- 수습사용중의 근로자 (3개월이내인 자)

【 판례 】

→ 해고의 정당한 이유가 없는 경우에 단순히 해고의 예고만으로도 해고가 가능한가
기간의 약정이 없는 근로계약에 있어서도 근로기준법 제30조에 정한 정당한 이유가 있는 때에 한하여만 해고예고에 의한 고용계약의 해지를 할 수 있는 것이므로 사용자의 해고예고절차를 거친 해고통보만으로 고용계약이 바로 적법하게 종료되는 것은 아니다. (大判 1990.10.10, 89도1882)

→ 해고예고의무를 위반한 경우에 해고의 효력도 발생하지 않는다

해고예고의무를 위반한 해고라 하더라도 해고의 정당한 이유를 갖추고 있는 한 해고의 사법상(司法上) 효력에는 영향이 없다. (大判 1998. 11. 27, 97누14132)

4) 부당해고의 구제

법령 : 근로기준법 제28조 (부당해고등의 구제신청)

- ① 사용자가 근로자에게 부당해고등(해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌)을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 구제신청은 부당해고등이 있었던 날부터 3개월 이내에 하여야 한다.

【 해설 】

→ 해고를 당한 근로자는 노동위원회(勞動委員會)에 부당해고 구제신청을 할 수 있으며, 또한 법원(法院)에 해고무효확인(訴)을 제기할 수 있다.

→ 노동위원회에 대한 구제신청은 징계처분으로부터 3개월 이내에 제기하여야 하며, 노동위원회는 적절한 조사와 관련 당사자에 대한 심문을 통하여 징계처분의 정당성 여부를 결정하게 된다.

→ 노동위원회가 부당한 해고로 인정하는 경우에는 구제명령(救濟命令)에 따라 근로자는 복직되고 부당한 해고기간에 대해 임금 상당액이 지급되어야 한다.

- 노동위원회가 구제명령을 할 때에 근로자가 원직복직을 원하지 않으면 원직 복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공했다더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 사용자가 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다. (금전보상제)

【 판례 】

- 노동위원회에 부당해고구제절차가 현재 진행 중인데 근로자가 같은 사유로 법원에 제기한 별도의 해고무효확인청구의 소에서 패소확정판결을 받은 경우, 노동위원회의 구제절차는 계속될 수 있는가

노동위원회에 사용자의 근로자에 대한 해고가 정당한 이유가 없음을 이유로 구제 신청을 하여 구제절차가 진행 중에 근로자가 별도로 사용자를 상대로 같은 사유로 법원에 해고무효확인청구의 소를 제기하였다가 청구가 이유 없다 하여 기각판결을 선고받아 확정되었다면, 부당해고가 아니라는 점은 이미 확정되어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익이 소멸한 것으로 보아야 할 것이다. (大判 1992.7.28, 92누6099)

- 부당해고구제 재심판정 취소소송에서 해고의 정당성에 관한 입증책임(立證責任)은 누구에게 있는가

근로기준법 제33조에 따른 부당해고구제재심판정을 다투는 소송에 있어서는 해고의 정당성에 관한 주장·입증책임은 이를 주장하는 자가 부담한다 할 것이므로, 법원이 해고의 정당성에 관한 주장을 배척하면서 그 과정에서 근로자가 구체적으로 주장하지 아니한 잘못을 인정하였다고 하여 그것이 변론주의에 반하는 것도 아니다. (大判 1999. 4.27, 99두202)

- 해고무효 주장의 시기가 신의칙(信義則)에 반하는 경우의 효력은

근로자들이 해고당한 뒤 회사로부터 아무런 이익을 보류함이 없이 퇴직금을 수령한 후 별다른 사유없이 1년 7개월 남짓 경과된 뒤에야 제기한 해고무효확인청구는 신의칙상 허용되지 아니한다. (大判 1991.4.12, 90다8084)

- 해고된 근로자가 퇴직금을 수령하기 전에 해고의 효력을 다투는 소(訴)를 제기하고 있는 경우 퇴직금을 수령하였다 하여 해고처분의 효력을 인정하였다고 볼 수 있는가

해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의나 조건을 제기하지 않았거나 그러한 내용의 각서를 제출하였다면 해고의 효력을 다투는 소는 부적법하다고 할 것이지만, 근로자가 퇴직금을 수령하기 전에 이미 해고의 효력을 다투는 소를 제기하고 있는 경우에는 해고처분의 효력을 인정하였다고 볼 수 없다.

(大判 1992.3.31, 90다8763)

→ 해고권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다

사용자가 근로자를 해고할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 해고한 경우나 해고의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 해고에 나아간 경우 등 해고권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제30조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다. 따라서 해고가 불법행위에 해당하기 위하여는 위와 같은 요건을 구비하여야 한다고 할 것이다.(大判 2007.12.28, 2006다33999)

→ 해고무효확인 판결에 따라 사용자가 근로자를 복직시키면서 종전의 일과 다소 다른 일을 시킬 수가 있는가

사용주가 해고되었던 근로자를 해고무효확인판결에 따라 복직시키면서 해고 이후 복직시까지 위 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직근로자에게 그에 합당한 일을 시킨다면 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 원직에 복직시킨 것이라고 보고, 장기간 그 작업을 거부하는 등의 행위는 징계사유에 해당한다.

(大判 1994.7.29, 94다4295)

→ 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 도중에 부득이 해고된 근로자가 타사 취업으로 중간수입이 있으면 이를 사용자가 지급해야할 임금액에서 공제할 수 있는가

사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 도중에 부득이 해고된 근로자는 그 기간중에 노무를 제공하지 못하였더라도 사용자에게 그 기간 동안의 임금을 청구할 수 있고, 이 경우에 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 얻은 수입은 근로제공의 의무(義務)를 면(免)함으로써 얻은 이익(利益)이라고 할 것이므로 사용자는 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어서 위의 이익(이른바 중간수입)을 공제할 수 있다. (大判 1991.12.13, 90다18999)

… 해고처분이 무효가 된 경우에 근로자에게 지급해야 할 임금산정의 범위는

해고처분이 무효가 되어 사용자의 귀책사유로 인해 근로를 제공하지 못한 기간에 대한 임금산정에는 근로자가 계속 근로하였을 경우 받을 수 있는 임금 전부를 청구할 수 있으므로 통상임금만이 아니고 시간외근로수당과 근속수당도 포함된다. (大判 1991.12.31, 90다18999)

… 해고무효가 확정될 경우 통상임금뿐만 아니라 임금총액 포함액의 전부를 청구할 수 있는지

사용자의 귀책사유로 인해 근로자에 대한 해고처분에 무효가 된 경우 근로자는 민법 제538조 제1항에 따라서 계속 근로했을 경우에 그 반대 급부로 받을 수 있는 임금 전부의 지급을 청구할 수 있을 뿐 아니라, 여기서 지급을 청구할 수 있는 임금은 근로기준법 제18조에서 규정하는 임금의 전부를 의미하므로 같은법 제19조에서 말하는 평균임금산정의 기초가 되는 임금의 총액에 포섭될 임금이 모두 포함된다고 보아야 하며 통상임금으로 반드시 국한되는 것도 아니다. 따라서 사용자의 귀책사유로 대기발령 및 해고기간동안 근로제공을 못한 경우 대기발령 직전 3개월 동안의 임금에 연장근로수당, 휴일근로수당, 주간연장근로수당, 야간연장근로수당을 반대급부로서의 임금의 범위에 포함시켜 지급을 명한 것은 정당하다. (大判 93.12.21, 93다11463)

… 해고 등의 불이익처분이 일정한 기간이 경과한 후에 그 효력을 발생하는 경우 근로기준법 제33조 제1항, 제2항에 의하여 준용되는 노동조합및노동관계조정법 제82조 제2항에 의하면, 사용자의 근로자에 대한 정당한 이유 없는 해고 등의 불이익처분에 대한 구제신청은 그 행위가 있는 날(계속하는 행위는 그 종료일)부터 3월 이내에 행하도록 규정하고 있는바, 해고 등의 불이익처분이 일정한 기간이 경과한 후에 그 효력을 발생하는 경우에는 위 기간은 그 효력발생일부터 기산하는 것으로 보아야 할 것이다. (大判 2002. 6. 14, 2001두11076)

12. 경영상 이유에 의한 해고(정리해고)

1) 경영상의 긴박한 필요성

법령 : 근로기준법 제24조 (경영상 이유에 의한 해고의 제한)

- ① 사용자가 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.

【해설】

- 정리해고가 정당화되기 위해서는 ① 긴박한 경영상의 필요(必要), ② 해고회피 노력(解雇回避努力), ③ 공정하고 합리적인 해고기준(解雇基準), ④ 근로자 대표와의 협의(協議) 등의 요건을 갖추어야 한다.
- 과거에는 긴박한 경영상 필요성은 근로자를 해고하지 않으면 기업이 도산할 정도를 의미하는 것으로 보아왔으나, 작업형태 변경, 신기술 도입, 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화 등 객관적으로 보아 인원삭감이 합리성이 있다고 인정되면 긴박한 경영상의 필요성이 있다고 보는 것이 최근의 추세다.

【판례】

- 정리해고의 한 요건인 '긴박한 기업경영상의 필요성'이라 함은 반드시 기업의 도산(倒産)을 회피하기 위한 경우에만 한정해야 하는가

정리해고의 한 요건인 '긴박한 기업경영상의 필요성'이라는 것은 기업의 인원삭감 조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적(經濟的)인 이유(理由)뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강을 위한 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적(技術的)인 이유(理由)와 그러한 기술혁신에 따라 생기는 산업(產業)의 구조적(構造的) 변화(變化)도 이유로 하여 실제 이루어지고 있고 또한 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어 보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정한 필요는 없고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는

‘긴박한 경영상의 필요성’이 있는 것으로 넓게 보아야 한다.
(大判 1991.12.10, 91다8647)

→ 노동조합의 파업으로 일시적으로 정상적인 경영이 어려운 경우에도 정리해고가 가능한가

노동조합의 파업으로 일시 정상적인 경영이 어려웠다는 사정만으로는 부득이 사업장을 폐쇄하여야 할 “긴박한 경영상의 필요”가 있다고 보기 어렵다.
(大判 1993.1.26, 92누3076)

→ 일부 사업장을 폐쇄하였을지라도 다른 사업장에서 사업을 계속하고 있는 경우에도 폐쇄된 사업장의 “모든 근로자”를 정리해고할 수 있는가

일부 사업장을 폐쇄하였다고 하더라도 다른 사업장에서 사업을 계속하고 있는 이상 사업을 축소한 것에 지나지 아니할 뿐 사업 전체를 폐지한 것이라고 할 수는 없으므로, 그 사업장의 폐쇄만을 이유로 그 사업장에 종사하는 모든 근로자를 다 해고할 수 있는 것도 아니다. (大判 1993.1.26, 92누3076)

→ 긴박한 경영상의 위기가 일개 영업부문만의 영업수지를 기준으로 결정될 수 있는지 여부

긴박한 경영상의 위기는 회사 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정되어야 하고, 그 중 당해 근로자가 근무하는 일개 영업부문 내지 영업장소의 영업상의 수익만을 기준으로 하여야 할 것은 아니다. (大判 1990. 3. 13, 89다카24445)

→ 동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정 사업부문에 한하여 정리해고를 하는 경우

동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정 사업부문에 한하여 정리해고를 하는 경우, 정리해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지 여부는 원칙적으로 정리해고를 하는 법인 별로 판단하여야 하나, 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무와 회계도 분리되어 있을 뿐만 아니라 노동조합도 각 사업부문별로 조직되어 있고 경영여건도 서로 달리하고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있고, 한편 양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고,

노동조합도 각각이 아닌 단일노조로 구성되어 양 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다.

(大判 2006.9.22, 2005다30580)

→ 경영난을 해소하기 위하여 해당 사업부문을 외부 하도급제로 운영하기로 함에 따라 잉여인력을 감축하는 것은 가능한가

4년 가까이 계속된 적자 등으로 인한 경영난을 해소하기 위하여 해당 사업부문을 외부 하도급제(下都給制)로 운영하기로 함에 따라 잉여인력을 감축한 경우, 긴박한 경영상의 필요성을 인정한다. (大判 1995. 12. 22, 94다52119)

→ 임원직 및 그에게 전속배치된 운전사직의 폐지를 이유로 폐지된 임원의 운전 기사를 해고하는 것은 정당한가

회사가 경영합리화를 위한 경영상의 필요에 따라 일부 임원직 및 그에게 전속배치된 운전사직을 폐지하고 이들에 대한 해고회피의 노력을 한 이후에 적절한 통지와 협의를 거쳐 인사관리규정을 적용하여 폐지된 임원에게 전속배치된 운전기사를 해고한 것은 그의 채용과정이나 근무형태의 특수성에 비추어 볼 때 합리적으로 보인다면 그 해고는 정당하다. (大判 1991.1.29, 90누4433)

2) 해고회피 노력

법령 : 근로기준법 제24조 (경영상 이유에 의한 해고의 제한)

- ② 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.

[해설]

→ 사용자는 정리해고를 하기 전에 해고회피를 위한 노력을 다하여야 한다. 구체적으로는 사용자가 해고되는 근로자의 수를 최소화하기 위하여 경영방침이나

작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용, 유·무급 휴직의 실시, 직업훈련, 교대제근로로의 전환, 전근 등 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미한다.

【 판례 】

… 정리해고의 요건 중 해고회피를 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 무엇을 의미하는가

정리해고의 요건 중 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미한다(大判 2004. 1. 15, 2003두11339)

… 해고회피노력의 방법과 정도

해고회피노력의 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영 위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 정리해고 실시에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고회피노력의 판단에 참작되어야 한다.

(大判 2002. 7. 9, 2001다29452)

… 해고 회피 방안과 해고자 인선 기준을 적절하게 마련할 시간적 여유를 가지고 있었음에도 단순하고 극단적인 방법으로 해고한 것은 정당한 해고라고 볼 수 없다

전체 작업장 종사 근로자들을 대상으로 해고자 선정을 하지 않고 오로지 합법적인 쟁의행위로 말미암아 정상 조업 가능성이 가장 낮다는 이유만으로, 원고회사의 요청으로 계약 해지가 이루어진 ○○공장 ××작업에 종사하던 근로자만을 모두 해고함으로써 해고자 선정 기준면에서 합리성과 공정성을 결하였다는 점, 이러한 해고 회피 노력의 부족과 해고자 인선 기준의 일탈을 상쇄할 정도의 경영상 필요가 시급하고 긴박하여 절실하였다고는 보이지 않고, 원고회사는 이 사건 ○○공장 ××작업의 도급계약 해지와 근로자들에 대한 자택 대기발령 후 해고 시점까지 약 2개월 이상의 적지 않는 기간 동안 해고 회피 방안과 해고자 인선 기준을 적절하게 마련할 시간적 여유를 가지고 있었음에도 단순하고 극단적인 방법으로 ○○공장

××작업 종사 근로자 모두를 해고하였다는 점을 고려하여 보면, 경영상 이유에 따른 해고의 각 요건을 구성하는 개별 사정을 종합적으로 고려하여 보더라도, 이 사건 해고는 정당한 해고라고 보이지 않는다. (大判 2006.7.28, 2004두1001)

3) 합리적이고 공정한 해고기준

법령 : 근로기준법 제24조 (경영상 이유에 의한 해고의 제한)

- ② 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.

【해설】

- … 해고대상자 선정은 합리적이고 공정한 기준에 따라 이루어져야 한다. 해고대상자 선정기준이 단체협약·취업규칙 등에 정해져 있으며, 사회통념상 합리성이 인정되는 한 그 기준에 따르면 되고, 정해져 있지 않다면 해고시점에서 사용자가 합리적이고 공정한 원칙을 정하여 이에 따라 해고대상자를 선정하면 된다.
- … 선정기준은 구체적, 객관적이어야 하며, 근로자의 생활보호 측면(근속기간, 가족상황, 건강)과 기업이익 측면(근로능력, 자질, 능률성, 적응성, 상벌관계)를 적절히 조화할 수 있도록 정하여야 한다.

【판례】

… 합리적이고 공정한 해고의 기준이란

합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제 상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러

한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다.
(大判 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결)

… 정리해고 요건을 갖추지 아니하였다 하더라도 비정규직 직원들을 우선적으로
계약기간 만료 통지 또는 사무형편상 부득이 한 사유를 이유로 고용관계를
종료한 것은 정당하다

사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 대표에게 해고 실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 하는 바, 여기서 ‘긴박한 경영상의 필요’라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고 장래에 올 수 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되어야 하는 것으로 보아야 하므로 비정규직 직원들을 우선적으로 계약기간 만료 통지 또는 사무형편상 부득이한 사유를 이유로 계약해지 하는 방법 등으로 고용관계를 종료하기로 한 것은 객관적이지 않다거나 합리성을 일탈한 기준에 의하여 해고하였다고 보기 어려우므로 해고가 정리해고의 요건을 갖추지 아니한 해고라 하더라도 정당하다.

(大判 2006.2.24. 2005두16499)

4) 성실한 노사협의

법령 : 근로기준법 제24조 (경영상 이유에 의한 해고의 제한)

- ③ 사용자는 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.

【 판례 】

… 정리해고를 할 경우에 노동조합의 합의가 있어야 한다는 단체협약이 체결되어 있는 회사에서 노동조합측이 합리적 근거나 이유없이 무작정 정리해고를 반대하는 경우, 합의가 없이 행한 정리해고는 유효한가

단체협약에 합의조항을 두고 있는 경우라 하더라도 정리해고를 해야 할 긴박한 상황이 존재하여 노동조합과 사전협의를 하고 진지한 노력을 다했음에도 불구하고 노동조합측이 수습차레 집회를 여는 등 합리적 근거나 이유를 제시함이 없이 무작정 정리해고를 반대함으로써 사전협의를 하지 못한 경우라면, 이는 노동조합측이 합의 거부권(合意拒否權)을 남용(濫用)한 것이라 할 것이므로 노동조합측과 합의가 없었다고 하더라도 정리해고는 유효하다. (서울행법 2000.3.17, 99구 20694)

… 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 인정할 수 있는 경우, 절차적 요건을 충족하였다고 볼 수 있다.

근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서라고 할 것이므로, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 그 협의의 상대방(노동조합)이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 위 절차적 요건도 충족하였다고 보아야 할 것이다. (大判 2006.1.26, 2003다69393)

… 근로기준법 31조 3항(현행 24조 3항)은 효력 조항인가

근로기준법 제31조 3항이 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준을 해고실시 60일 (현행법상 50일) 이전까지 근로자대표에게 통보하게 한 취지는, 소속근로자의 소재와 숫자에 따라 그 통보를 전달하는데 소요되는 시간, 그 통보를 받은 각 근로자들이 통보내용에 따른 대처를 하는데 소요되는 시간, 근로자대표가 성실한

협의를 할 수 있는 기간을 최대한으로 상정·허여하자는데 있는 것이고, 60일 기간의 준수는 정리해고의 효력요건은 아니어서, 구체적 사안에서 통보 후 정리해고 실시까지의 기간이 그와 같은 행위를 하는데 소요되는 시간으로 부족하였다는 등의 특별한 사정이 없으며, 정리해고의 그 밖의 요건은 충족되었다면 그 정리해고는 유효하다 (大判 2003. 11. 13, 2003 두 4119)



경영상 이유에 의한 해고의 요건 및 절차에 관한 사례

긴박한 경영상의 필요성

- 계속되는 경영악화로 경영위기직면
- 신기술의 도입
- 기업인수/합병 등

■ 정당성이 인정된 사례

- 생산의 중단/축소로 인해 작업부서를 폐지한 사례
- 경영합리화를 목적으로 직제개편한 사례
- 계속된 노사분규로 인하여 장기적으로 경영이 악화된 사례
- 계속된 적자로 사업의 일부분을 하도급제로 전환하면서 관련 인력을 감축한 사례
- 원청회사의 화재로 정상가동이 불가능하여 감원한 사례

■ 정당성이 부정된 사례

- 정리해고 후 신규로 근로자를 채용하는 등 사실상 경영사정이 곤란했다고 볼 수 없는 사례
- 노동조합의 파업으로 인한 일시적 경영난으로 일부사업장을 폐쇄한 사례
- 감원을 단행하면서 새로운 사무실을 구입한 사례
- 일부 영업부분의 적자가 발생하였을 뿐인 사례

해고회피 노력

- 잔업축소, 동시휴가
- 근로시간(임금) 감축 등 인건비 절감
- 신규채용 금지/임시직 재계약 중지
- 배치전환, 사외 파견
- 일시 휴업(휴직)
- 명예퇴직제 실시 등

■ 정당성이 인정된 사례

- 사무실 규모축소, 임원의 임금동결, 축락사원의 권고사직 등을 한 사례
- 신규채용 중단, 명예퇴직제 실시 등을 실시한 사례
- 다른 직종으로의 전환을 제의한 사례
- 경영합리화 조치를 행하면서 근무시간 단축, 임원 차량매각 등 을 행한 사례
- 정리해고를 단행하면서 신규 채용 억제 등을 행한 사례

■ 정당성이 부정된 사례

- 희망퇴직자, 인건비 절감, 휴직희망자 모집 등을 하지 않은 사례
- 청년자의 자연감소가 예상됨에도 불구하고 정리해고를 단행한 사례
- 희망퇴직자의 모집 등의 노력이 없었으며 오히려 사원을 증원한 사례

합리적/공정한 해고자 선정

- 해고시 생활에 영향이 적은 자
- 기업운영에 공헌이 적은 자
- 기업에의 귀속성이 적은 자

■ 정당성이 인정된 사례

- 조직구성이나 업무성격상 능숙한 영어구사능력이 요청되는 점을 고려할 때 영어 구사능력이 없는 자를 대상으로 한 사례
- 평균근무성적, 상벌관계, 기능의 숙련도 등의 기준의 의해 감원 대상자를 선정 한 사례
- 작업장에 자동화기계가 설치되었고 이에 따른 잉여인력을 정리해고 대상을 한 사례

■ 정당성이 부정된 사례

- 장기근속자를 우선 해고대상자로 한 사례
- 단체협약에 정하여진 선정기준을 따르지 아니한 사례
- 조직재편과 관계없는 직종, 직급도 해고대상에 포함한 사례
- 정년에 가깝다는 이유로 정리해고한 사례
- 관외거주자를 대상으로 정리해고한 사례
- 대상자 선정시 근로자의 주관적인 사정을 고려하지 않은 사례

성실한 협의

- 노동조합 또는 근로자 대표와 함께
- 해고회피 방법 및 해고자 선정기준에 대한 의견/대안

■ 정당성이 인정된 사례

- 대상자가 조합원이 아니더라도 노조와의 협의만으로 충분하다는 사례
- 본조의 지시와 다르더라도 지부와의 노사협의만으로 충분하다는 사례
- 노사협의회에서 수차례 협의한 사례

■ 정당성이 부정된 사례

- 노동조합이 없다는 이유로 협의하지 않은 사례
 - 정리해고 며칠 전에 정리해고 사실을 통보만 한 사례
 - 해고대상자들과 단 한차례 면담만 가진 사례
-

13. 해고 이외의 근로관계 종료

1) 정년

【해설】

- 정년제도란 근로자가 일정한 연령에 이르면 그의 능력이나 의사에 관계없이 근로 관계를 종료시키는 제도를 말하고 그 일정한 연령을 정년(停年)이라고 한다.
- 정년의 적정수준은 당사자가 합리적인 수준에서 결정하면 되나, 사회통념상 받아들일 수 없이 현저히 낮은 정년은 무효로 될 수 있다.

【판례】

→ 여성 교환직종의 정년을 43세로 정하고 있는 취업규칙은 유효한가

근로기준법 제5조에서 말하는 남녀간의 차별적인 대우란 합리적인 이유없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다고 할 것이므로 교환직종의 정년을 43세로 정하고 있는 00공사의 취업규칙인 인사규정 내용이 합리적인 이유없이 여성근로자들로 하여금 조기퇴직 하도록 부당하게 낮은 정년을 정한 것이라면 이는 위 근로기준법 소정의 남녀차별금지규정에 해당되어 무효라고 보아야 한다. (大判 1988.12.27, 85다카657)

→ 정년을 기산하는 시점은 언제인가

정년을 기산하는 시점은 단체협약이나 취업규칙에서 정함에 따를 것이나, 이러한 정함이 없는 경우에는 그 정년이 도달(到達)하는 날을 말한다.
(大判 1973.6.12, 71다2669)

→ 근로자가 정년이 지난 후에도 사용자와의 근로관계를 계속 유지하여 온 경우 근로자가 정년이 지난 후에도 사용자의 동의 아래 기간의 정함이 없이 사용자와의 근로관계를 계속 유지하여 왔다면, 사용자는 특별한 사정이 없는 한 단순히 당해 근로자가 정년이 지났거나 고령이라는 이유만으로 근로관계를 해지할 수는 없고, 당해 근로자를 해고하기 위해서는 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 한다. (大判 2003. 12. 12, 2002두12809)

2) 사직 및 합의해지

【해설】

- ... 근로계약관계가 종료되는 경우는 사용자의 근로자에 대한 일방적 의사표시인 해고와 근로자의 사용자에게 대한 일방적 의사표시인 사직 그리고 당사자 쌍방의 의사 합의가 이루어진 합의해지의 세 가지로 나누어진다.
- ... 근로자가 한 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 본다. 사용자가 사표를 제출받은 날로부터 1월이 경과하면 (기간의 보수를 정한 때에는 사표를 제출받은 당기(當期) 후의 1기를 경과하면) 당해 근로계약은 해지된다(민법 제660조 제2항, 제3항). 사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자는 사용자의 동의 없이는 위의 기간이 경과하기 이전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다.
- ... 합의해지는 근로자가 사직원의 제출로 근로계약관계의 합의해지를 청약하고 이에 대하여 사용자가 승낙함으로써 당해 근로관계를 종료시키는 경우이다. 사용자가 사직원을 수리하고 이를 근로자가 통지받은 시점에서 근로계약의 합의해지에 의한 퇴직의 효력이 발생한다. 사용자가 사직원을 수리하여 근로자의 해지 청약에 대한 승낙의 의사표시를 하고 이 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 근로자는 그 의사표시를 철회할 수 있다.

【판례】

- ... 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 제출하게 하여 처리한 의원면직은 효력이 있는가

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직(依願免職)의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨다 할지라도, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성 제출하게 한 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당하고, 정당한 이유 없는 해고는 부당해고라 할 것이다.

(대판 1993.1.26, 91다38686)

→ 근로계약의 합의해지로 볼 수 없는 사직의 의사표시가 사용자에게 전달된 이상 근로자는 사용자의 동의 없이는 사직의 의사표시를 철회할 수 없다.

사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약 고지로 볼 것인바, 원심이 확정판 사실관계 및 기록상 나타난 바와 같은 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타 여러 사정을 참작하면 원고의 위 사직서 제출은 위에서 본 원칙적 형태로서의 근로계약의 해지를 통고한 것이라고 볼 것이지, 근로계약의 합의해지를 청약한 것으로 볼 것은 아니며, 이와 같은 경우 사직의 의사표시가 참가인에게 도달한 이상 원고로서는 참가인의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다.

(大判 2000.9.5, 99두8657)

→ 근로자가 사직서를 제출한 경우 근로계약 해지의 효력은 언제 발생하는가

근로자가 사직서를 사용자에게 제출한 경우에 이는 사용자와의 근로계약관계를 해지하는 의사표시를 담고 있는 것이므로, 당사자 사이의 근로계약관계는 사용자가 그 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락하여 합의해지(의원면직)가 성립하거나, 민법(民法)에 의거 사용자가 해지의 통고를 받은 날로부터 1월의 경과 또는 1임금지급기의 경과로 그 사직서 제출에 따른 해지의 효력이 발생한다.

(大判 1996. 7. 30, 95누7765)

→ 근로자가 사직 희망일을 일정기간 이후로 정하여 사직원을 제출한 경우, 사용자가 즉시 퇴직처리를 할 수 있는가

근로자가 1991.8.26에 회사에게 '1991.9.25자로 사직서를 제출하니 승낙을 바란다'는 요지의 사직원을 제출하였는데 회사가 1991.8.28자로 그 근로자를 해직처리하였다면 그 해직처리는 근로자의 사직 의사표시와 불일치하여 바로 효력을 발생할 수는 없다 하더라도, 이에 대하여 그 근로자가 아무런 이의를 유보하지 아니한 채 1991.9.9에 퇴직금을 수령하였다면 그 근로자가 해직처리의 효력을 인정한 것이므로 고용계약관계는 적법하게 해지되었다고 보아야 한다.

(大判 1995.6.30, 94다17994)

→ 근로계약의 합의해지 후에는 일방 당사자가 이를 임의로 철회할 수는 없다.

근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있는 것이나, 근로자와 사용자가 근로계약관계를 해지시키기로 합의하였다면 그 합의시에 근로자의 근로계약관계 해지의 청약의 의사표시에 대하여 사용자의 승낙의 의사가 확정적으로 형성, 표시되어 해지의 의사합치가 있었다고 할 것이므로 이러한 경우 어느 일방 당사자가 임의로 이를 철회할 수는 없다 할 것이고, 이는 근로자와 사용자가 위 합의시 특별히 근로계약관계를 일정기간 경과 후 종료하기로 약정하였다고 하여도 마찬가지라 할 것이다. (大判 1994. 8. 9, 94다14629)

→ 명예퇴직(名譽退職)을 합의한 후 당사자 일방이 임의로 이를 철회할 수 있는가
명예퇴직이란 근로자가 명예퇴직을 신청(청약)하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것으로, 명예퇴직 대상으로 확정되었다고 하여 그 때에 명예퇴직의 효력이 발생하는 것이 아니라 예정된 명예퇴직일자에 비로소 퇴직의 효력이 발생하여 명예퇴직예정일이 도래하면 근로자는 당연히 퇴직되고 사용자는 명예퇴직금을 지급할 의무를 부담하게 되는 것이고, 명예퇴직의 합의가 있는 후에는 당사자 일방이 임의로 그 의사표시를 철회할 수 없다. (大判 2000. 7. 7, 98다42172)

→ 기업의 사정을 고려하여 합의해지한 경우

근로자들이 사직을 선택 받아들이는 수는 없었다 할지라도 그 당시의 경제상황, 피고 회사의 구조조정계획, 피고회사가 제시하는 희망퇴직의 조건, 퇴직할 경우와 계속 근무할 경우에 있어서의 이해관계 등을 종합적으로 고려하여 당시의 상황으로서는 그것이 최선이라고 판단한 결과 사직원을 제출한 것으로 봄이 상당하고, 따라서 근로자들과 사용자 사이의 근로관계는 근로자들이 사용자의 권유에 따라 사직의 의사표시를 하고 사용자가 이를 받아들임으로써 유효하게 합의해지되었다. (大判 2003. 4. 22, 2002 다 65066)

→ 해고보다는 사직서의 제출에 의한 의원면직이 최선의 조치라는 내심의 의사를 그대로 반영한 사직서 제출은 유효하다

이 사건 사직서의 제출은 참가인이 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다 하더라도 당시 진행되던 징계절차에서 해고가 예상되는 상황에서는 원고 회사나 다른

회사에 다시 취업하기 위하여서라도 징계절차에 의한 해고보다는 사직서의 제출에 의한 의원면직이 최선의 조치라는 내심의 의사를 그대로 반영한 자발적인 것으로, 그 효력을 부정할 수가 없다. 따라서, 원고 회사가 참가인의 이 사건 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자인 원고 회사와 근로자인 참가인 사이의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 적법하게 종료되었다 할 것이다. (大判 2006.4.14, 2006두1074)

자진 퇴사와 관련해 회사와 근로자가 조건부 합의를 한 상태에서 회사가 근로자에게 해고를 통지한 것은 근로기준법상의 해고라 볼 수 없다

원고 회사가 참가인 근로자에게 일정기간 종전과 동일한 급여를 지급하면서 개업 내지 취업준비기간을 부여하면 참가인은 기간 종료시 자진 퇴사하기로 하는 조건부 합의가 성립됐고, 원고가 이 조건을 준수한 이상 참가인은 위 합의 해지에 의해 당연 퇴직됐다고 보아야 할 것이므로, 원고가 참가인에 대하여 한 해고통지는 위와 같은 당연 퇴직사실을 확인하는 관념의 통지에 불과해 이를 근로기준법상의 해고라고 볼 수 없다 (大判 2007.12.27, 대법 2007두15612)

3) 당연퇴직

【해설】

- 당연퇴직(자동퇴직)이란 노사 당사자간의 합의에 따라 일정한 사유가 발생하면 그 사유 발생일 또는 소정의 날짜에 당연히 근로관계가 종료되거나 퇴직되는 것을 말한다.
- 근로자의 사망, 정년 도달, 계약기간의 만료 등의 경우는 당연히 근로관계의 소멸을 가져오게 되나, 실질적인 해고의 경우에는 정당한 사유가 있어야 한다.

【 판례 】

…▶ 단체협약에 규정된 당연퇴직사유가 발생한 경우 이에 따라 퇴직처분을 하는 것은 유효한가

단체협약에서 어떤 사유의 발생을 퇴직사유로 규정하고 있는 경우에 그 퇴직사유가 사망, 정년, 근로계약기간의 만료 등과 같이 근로관계의 자동소멸을 가져오는 경우를 제외하고는 그 단체협약에 따른 퇴직처분도 근로기준법의 제한을 받는 근로기준법 제30조에서 규정한 해고에 해당하므로, 형식적으로 단체협약에 정한 퇴직사유가 발생하였다는 것만으로 그 퇴직처분이 정당한 이유가 있게 되는 것은 아니다. (大判 1996. 10. 29, 96다21065)

…▶ 당연퇴직의 절차를 징계해고 등과 달리하는 경우

회사가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 정당한 이유가 있어야 한다. (大判 1993.10.26, 92다54210)

14. 파견근로

1) 파견근로 대상 업무

법령 : 파견근로자보호등에관한법률 제5조【근로자파견대상업무】

- ① 근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 한다.
- ② 제1항의 규정에 불구하고 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다.

【해설】

- 근로자 파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후, 그 고용 관계를 유지하면서 근로자파견계약(파견업체와 회사간)의 내용에 따라 사용사업주(회사)의 지휘·명령을 받아 업무를 수행하는 것을 말한다.
- 파견 근로자를 사용할 수 있는 업무는 대통령령으로 정하고 있는 32개 업종 또는 결원 및 일시적인 업무상 필요에 한정적으로 활용이 가능하다.

➡ 파견근로가 금지되는 업무

- 건설공사 현장 업무
- 항만·철도 등의 하역업무(항만운송사업법, 철도운송법 등)
- 선원업무(선원법)
- 유해·위험업무(산업안전보건법)
- 정리해고 이후 일정기간
- 쟁의행위 중 중단된 업무

【 판례 】

→ 외국 국적의 근로자도 파견근로를 할 수 있는가

근로자의 지위는 근로기준법 제5조에서 명시하고 있듯이 국적을 불문하고 차별적 대우를 받지 않게 되어 있으며, 근로자파견사업에 대하여 노동부장관의 허가를 받도록 하고 있는 입법취지 역시 그 주된 목적이 근로자를 보호하기 위한 것이므로, 외국 국적의 근로자라고 하여 파견근로자보호등에관한법률이 적용되는 파견 근로자의 범위에서 제외된다고 할 수 없다.(大判 2000. 9. 29, 2000도3051)

2) 파견근로의 기간

법령 : 파견근로자보호등에관한법률 제6조【파견기간】

- ① 근로자파견의 기간은 1년을 초과하지 못한다.
- ② 제1항의 규정에 불구하고 파견사업주·사용사업주·파견근로자간의 합의가 있는 경우에는 파견기간을 연장할 수 있다. 이 경우 1회를 연장할 때에는 그 연장기간은 1년을 초과하지 못하며, 연장된 기간을 포함한 총파견기간은 2년을 초과하지 못한다.

【 해설 】

→ 파견근로자는 원칙적으로 1년을 초과하여 사용할 수 없으나, 합의가 있는 경우에는 추가로 1년간 연장이 가능하다

➡ 파견근로 대상 업무 및 기간

파견가능업무	파견기간	비고
전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 대통령령이 정하는 업무	1년 이내	합의로 1년 연장 가능
출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우	사유해소에 필요한 기간	
일시적·간헐적으로 인력을 확보하 여야 할 필요가 있는 경우	3월이내	합의로 3개월 연장가능

- ☞ 사용사업주가 다음 어느 하나에 해당하는 경우에는 당해 파견근로자를 직접 고용하여야 한다. (파견근로자보호등에관한법률 제6조의 2)
- 파견대상업무가 아닌 업무로서, 일시적인 파견근로를 사용할 수 있는 사유(출산·질병·부상 등)가 없음에도 불구하고 파견근로를 사용하면서 파견기간이 2년을 초과하는 경우
 - 파견근로가 금지되는 업무(건설공사 현장 업무등)에 파견근로자를 사용한 경우
 - 총 파견기간(2년) 제한을 초과하여 파견근로를 사용하였거나, 일시적인 파견근로를 사용할 수 있는 사유에 허용되는 파견기간을 초과하여 파견근로를 사용한 경우
 - 무허가 파견업체로부터 파견근로자를 파견받아 사용하고 그 파견기간이 2년을 초과한 경우

【 행정해석 】

- ☞ 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 파견 기간 2년 만기후 이들 파견사원을 정규직이 아닌 계약직 또는 임시직으로 고용할 수 있는가

개정 파견법에서는 사용사업주에게 직접 고용의무만 부과하고 있을 뿐 고용형태에 대해서는 달리 규정하고 있지 아니하므로 노사 당사자간의 합의로 무기계약 또는 기간제 근로계약을 맺을 수도 있다.

(행정해석, 비정규직대책팀-2424, '07.6.26)

〈근로자 파견 대상업무〉

한국표준직업분류 (통계청고시 제2000-2호)	대 상 업 무	비 고
120	컴퓨터관련 전문가의 업무	
16	행정, 경영 및 재정 전문가의 업무	행정 전문가(161)의 업무를 제외한다.
17131	특허 전문가의 업무	
181	기록 보관원, 사서 및 관련 전문가의 업무	사서(18120)의 업무를 제외한다.
1822	번역가 및 통역가의 업무	
183	창작 및 공연예술가의 업무	
184	영화, 연극 및 방송관련 전문가의 업무	
220	컴퓨터관련 준전문가의 업무	
23219	기타 전기공학 기술공의 업무	
23221	통신 기술공의 업무	
234	제도 기술 종사자, 캐드 포함의 업무	
235	광학 및 전자장비 기술 종사자의 업무	보조업무에 한한다. 임상병리사(23531), 방사선사(23532), 기타 의료장비 기사(23539)의 업무를 제외한다.
252	정규교육이외 교육 준전문가의 업무	
253	기타 교육 준전문가의 업무	
28	예술, 연예 및 경기 준전문가의 업무	
291	관리 준전문가의 업무	
317	사무 지원 종사자의 업무	
318	도서, 우편 및 관련 사무 종사자의 업무	
3213	수금 및 관련 사무 종사자의 업무	
3222	전화교환 및 번호안내 사무 종사자의 업무	전화교환 및 번호안내 사무 종사자의 업무가 당해 사업의 핵심 업무인 경우를 제외한다.
323	고객 관련 사무 종사자의 업무	
411	개인보호 및 관련 종사자의 업무	

한국표준직업분류 (통계청고시 제2000-2호)	대 상 업 무	비 고
421	음식 조리 종사자의 업무	「관광진흥법」 제3조에 따른 관광 숙박업의 조리사 업무를 제외한다.
432	여행안내 종사자의 업무	
51206	주유원의 업무	
51209	기타 소매업체 판매원의 업무	
521	전화통신 판매 종사자의 업무	
842	자동차 운전 종사자의 업무	
9112	건물 청소 종사자의 업무	
91221	수위 및 경비원의 업무	「경비업법」 제2조제1호에 따른 경비업무를 제외한다.
91225	주차장 관리원의 업무	
913	배달, 운반 및 검침 관련 종사자의 업무	

Ⅱ. 집단적 노사관계

- 1 노동조합의 설립과 운영
- 2 단체교섭
- 3 단체협약
- 4 쟁의행위
- 5 노동쟁의 조정제도
- 6 부당노동행위



1. 노동조합의 설립과 운영

1) 노동조합의 설립요건

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호【노동조합의 정의】

“노동조합”이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다.

[해설]

- 노동조합은 근로자가 주체가 되어 자주적(自主的)으로 단결(團結)하고, 임금, 근로시간 등 근로조건의 유지·개선을 위하여 민주적(民主的)으로 운영(運營)되어야 한다.
- 노동조합은 사용자뿐만 아니라 국가, 정당, 종교단체, 이익집단 등의 외부 지배나 간섭이 없이 독립하여 설립되고 운영되어야 한다.
- 노동조합이 아래의 각 항목에 해당하는 경우에는 법상의 노동조합으로 보지 아니한다.(노동조합 및 노동관계조정법 제2조 4호)
 - 사용자 또는 향상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우
 - 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조 받는 경우
 - 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우
 - 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. 다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다.
 - 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우

【 판례 】

… 노동조합을 조직할 수 있는 노동조합법상의 근로자란

노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급 계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없으며 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무 대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 노무의 실질관계에 의하여 결정된다.

(大判 1993.5.25, 90누1731)

… 사용자를 위하여 행동하는 자'의 여부는 어떻게 판단하는가

사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자 또는 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자라 함은 근로자의 인사·급여·노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령(命令)이나 지휘감독(指揮監督)을 하는 등의 사항에 대하여 일정한 권한과 책임을 부여받는 자를 말하는데, 그 권한과 책임의 유무(有無)는 직제상의 명칭에 의하여 형식적·획일적으로 판단할 것이 아니라 실질적·구체적으로 판단하여야 할 것이다. 노동조합이 사용자의 이익대표자의 참가를 허용함으로써 조합원 중에 일부가 조합원으로서의 자격이 없는 경우, 바로 위 법상의 노동조합의 지위를 상실하는 것이 아니라 이로 인하여 위 법이 규정하는 노동조합의 자주성이 현실적으로 침해되었거나 침해될 우려가 있는 경우에만 노동조합의 지위를 상실한다고 보아야 할 것이다. (서울高判1997.10.28, 97라94)

… 실업자와 구직중인 노동자도 (초기업별) 노조에 가입할 수 있는가

노조법 제2조 제4호 라목 단서는 기업별 노동조합의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로서 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서, 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고, 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에까지 적용되는 것은 아니다. 노조법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 근로자에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함되고, 따라서 지역별 노동조합의 성격을 가진 원고가 그 구성원 구직중인 여성 노동자를 포함시키고 있다 하더라도, 구직중인 여성노동자 역시 노조법상의 근로자에 해당한다. (大判 2004.02.27, 2001두 8568)

→ 조합원이 1인만 남게 된 경우 그 노동조합은 교섭 당사자(當事者)로 인정될 수 있는가

노동조합은 그 요건으로 단체성이 요구되므로 복수인이 결합하여 규약(規約)을 가지고 그 운영을 위한 조직을 갖추어야 하는 바, 법인 아닌 노동조합이 일단 설립되었다고 할지라도 중도에 그 조합원이 1인밖에 남지 아니하게 된 경우에는 노동조합으로서의 단체성(團體性)을 상실하여 청산(清算)목적과 관련되지 않는 한 당사자능력(當事者能力)이 없다. (大判 1998.3.13, 97누19830)

2) 노동조합의 조직 및 가입

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제5조【노동조합의 조직·가입】

근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다.

【해설】

- 노동조합의 조직형태에 대한 제한은 없으며, 2인 이상의 근로자는 자주적인 의사에 따라 기업별 · 산업별 또는 직종별 노동조합을 자유롭게 설립할 수 있다.
- 조합원으로서의 지위(地位)는 조합원의 사망(死亡), 조합원 자격의 상실(喪失), 탈퇴(脫退), 제명(除名) 및 조합의 해산(解散)에 의하여 상실된다.



복수노조의 허용 유예

구법상의 복수노조금지조항이 삭제됨으로써 하나의 사업장에서 복수노조 설립이 가능하다. 그러나 복수노조 허용으로 인한 단체교섭의 혼란을 방지하기 위하여, 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 2009.12.31까지는 그 노동조합과 조직대상을 같이하는 노동조합을 설립할 수 없다. (노동조합 및 노동관계조정법 부칙 제5조)

【 판례 】

→ 근로자와 사용자 사이에 고용에 따른 종속관계가 없는 자도 기업별 노동조합을 조직할 수 있는가

노동조합의 구성원인 근로자와 사용자 사이에는 고용에 따른 종속관계가 있어야 하고 이러한 관계가 없는 자는 노동조합법이 정한 적법한 노동조합을 조직할 수 없다.(大判 1992.5.26, 90누9438)

→ 근로자가 일정한 지역을 한정하여 직종별노동조합을 조직할 수 있는가

노동조합의 조직형태에 관하여 기업별 조직을 강제하지 않고 조직범위에 지역별 제한을 두는 관련규정도 없는 이상 근로자는 노동조합을 직종별로 조직할 수 있고, 직종별 조직에 일정한 지역을 한정하여 조직할 수도 있다.(大判 1993.2.23, 92 누 7122)

→ 노동조합도 자유로운 의사에 따라 연합단체에 가입(加入)하거나 탈퇴(脫退)할 수 있는가

근로자가 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있는 것과 마찬가지로 노동조합도 대외적으로 자주적이고 대내적으로 민주적인 의사결정에 따라 연합단체(聯合團體)에 가입하거나 소속된 연합단체로부터 탈퇴할 수 있는 것이라고 봄이 상당하다.(大判 1992.12.22, 91누6726)

→ 조직 변경을 통해 조합원 자격을 별도 독립법인 근로자에게까지 확장하는 것은 허용되지 않는가

A사를 퇴사하고 신설된 B사로 전직된 A사의 종전 근로자들이 A사의 조합원으로 서의 자격을 유지하는 내용의 ‘조직형태 유지’ 결의를 하여 이른바 2사 1노조 체제로 운영키로 한 사실이 인정되나, 이러한 결의는 어느 사업장의 노동조합이 조직을 변경하여 그 조합원의 자격을 별도 독립법인의 근로자에 대하여까지 확장하는 것으로서 조합의 인적 구성에서 실질적인 동일성이 유지되지 아니하여 허용될 수 없다.(大判 2002.5.10, 2000다1649)

→ 복수노조설립이 제한되는 ‘하나의 사업 또는 사업장’의 의미

노동조합및노동관계조정법 부칙 제5조 제1항에 의하여 복수노조의 설립이 제한되는 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우’는 기업별 단위

노동조합이 설립되어 있는 경우를 가리키는 것이고, 다만 독립한 근로조건의 결정권이 있는 하나의 사업 또는 사업장 소속 근로자를 조직대상으로 한, 초기업적인 산업별·직종별·지역별 단위노동조합의 지부 또는 분회로서 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동을 하면서 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 가지고 있어 기업별 단위노동조합에 준하여 볼 수 있는 경우에는 여기에 포함된다.

(大判 2004. 7.22, 2004다24854)

3) 노동조합의 설립신고

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제10조【설립의 신고】

노동조합을 설립하고자 하는 자는 신고서에 규약을 첨부하여 연합단체인 노동조합과 2 이상의 특별시·광역시·도·특별자치도에 걸치는 단위노동조합은 노동부장관에게, 2 이상의 시·군·구에 걸치는 단위노동조합은 특별시장·광역시장·도지사에게, 그 외의 노동조합은 특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다.

【해설】

→ 근로자가 노동조합을 설립하기 위해서는 법에 정한 절차에 따라 행정관청에 신고한 후 설립신고증(申告證)을 교부 받아야 한다.

→ 노동조합의 설립신고

노동조합	신고 행정기관
· 연합단체인 노동조합 · 20이상의 특별시·광역시·도, 특별자치도에 걸치는 단위노동조합	노동부장관
2 이상의 시·군·구(자치구를 말한다)에 걸치는 단위노동조합	특별시장·광역시장·도지사
그 외의 노동조합	특별자치도지사·시장·군수·구청장

- 행정관청은 제출된 설립신고서에 대하여 노동조합의 적법성 여부를 심사한 후 신고증 교부, 보완요구, 반려 등의 결정을 하게 된다.
(노동조합 및 노동관계조정법 제12조)

→ 노동조합 설립신고에 대한 행정관청의 심사

구 분	내 용
신고증 교부	설립이 적법한 경우에는 신고서 접수 후 3일 이내에 '설립 신고증'을 교부해야 함 ※ 신고증을 교부받은 경우에는 설립신고서가 접수된 때 노동조합이 설립된 것으로 본다(노동조합 및 노동관계조정법 제12조)
보완요구	규약 미첨부, 필수 기재사항 누락, 허위사실 등이 있는 경우 20일 이내의 기간내 보완 요구 가능
반려	노동조합의 결격사유에 해당하거나 보완요구에 응하지 않는 경우, 단위 노조에서 조직대상이 중복되는 경우 등에는 접수된 신고서는 반려됨

- 노동조합이 설립요건을 구비하고 적법절차를 거쳐 설립 신고증을 교부 받은 경우에는 정당한 노동조합활동에 대한 민·형사 면책(免責), 노동쟁의조정신청 및 부당노동행위 구제신청 등의 법적보호를 받을 수 있다.
(노동조합 및 노동관계조정법 제3조, 제4조 및 제7조)

→ 노동조합 설립의 효과

- ① 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 있다
 - ② 노동위원회에 노동쟁의 조정을 신청할 수 있다
 - ③ 노동위원회에 부당노동행위 구제 신청을 할 수 있다
 - ④ 관할 등기소에 등기(登記)를 하여 법인(法人)으로 할 수 있다
 - ⑤ 노동조합의 본래 목적을 위한 활동을 할 경우 세법이 정하는 바에 따라 조세가 부과되지 않는다 (단, 영리가 목적인 사업은 제외)
 - ⑥ 정당한 재의행위인 경우 민사·형사상 면책이 된다 등
- ※ 노동조합이 설립요건을 갖추었으나 해당관청에 설립신고를 하지 않아 신고증을 교부받지 못한 조합의 경우에는 비록 실질적인 노동조합으로서의 요건은 갖추었으나 노동법상의 보호를 받지 못한다.

【 판례 】

… **현행법이 노동조합의 설립에 관하여 신고주의(申告主義)를 취하고 있는 취지는 노동조합법이 노동조합의 설립에 관하여 신고주의를 택하고 있는 취지는 소관 행정 당국으로 하여금 노동조합에 대한 효율적인 조직체계의 정비·관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 노동조합을 보호·육성하고 그 지도·감독에 철저를 기하게 하기 위한 노동정책적인 고려에서 마련된 것이다.**(大判 1997. 10. 14, 96누9829)

… **현행법상 상위연합단체에의 가입이 노동조합의 설립 및 존속요건인가**

노동조합 및 노동관계조정법에서 노동조합 설립신고서나 노동조합의 규약에, 소속된 연합단체의 명칭(名稱)을 기재(記載)하여야 한다고 규정한 것은 상위 연합단체에의 가입을 노동조합의 설립과 존속의 요건으로 파악하여 모든 노동조합에 대하여 산업별연합단체 또는 총연합단체에 가입할 것을 강제하는 것은 아니고, 나아가 어떤 경우에도 설립신고서에 신고서 등에 소속된 연합단체의 명칭을 반드시 필요적으로 기재하여야 하는 것은 아니다.(大判 1993.2.12, 91누12028)

… **노동조합설립신고서를 접수한 행정관청이 3일이 경과하여도 설립신고증을 교부하거나 보완지시하거나 반려하지 않은 경우의 효과는**

행정관청이 노동조합의 설립신고서를 접수한 때에는 3일 이내에 설립신고증을 교부하도록 되어 있다 하여 그 기간 내에 설립신고서의 반려 또는 보완지시가 없는 경우에는 설립신고증의 교부가 없어도 노동조합이 성립된 것으로 본다는 취지는 아니므로 행정관청은 그 기간 경과 후에도 설립신고서에 대하여 보완지시 또는 반려처분을 할 수 있다.(大判 1990.10.23, 89누3243)

4) 노동조합의 민·형사상 면책

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제3조【손해배상청구의 제한】

사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.

【해설】

- … 합법적인 노동조합의 정당한 단체교섭이나 쟁의행위에 대해서는 민사상 손해배상(損害賠償)이나 형사처벌(刑事處罰)의 책임을 면제받을 수가 있으나, 정당하지 않은 단체교섭이나 쟁의행위에 대해서는 형사 및 민사책임이 부과된다.
- … 형법(刑法) 제20조의 규정(형사면책)은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 노동조합 및 노동관계조정법 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니된다.(노동조합 및 노동관계조정법 제4조)

【판례】

… 노동조합 활동에 대한 정당성 여부는 어떻게 판단하는가

노동조합의 활동이 정당하다고 하기 위하여는 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 목시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있는 것으로서 근로조건의 유지 개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행, 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행하여져야 하고, 사업장 내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 할 것이다.(大判 1992.4.10, 91도3044)

… 허위사실의 유인물 배포행위와 사용자의 시설관리권의 침해여부

배포한 유인물은 사용자의 허가를 받지 아니하였을 뿐 아니라 허위사실을 적시하여 회사를 비방하는 내용을 담고 있는 것이어서 근로자들로 하여금 사용자에게 대하여 적대감을 유발시킬 염려가 있는 것이고, 유인물을 근로자들에게 직접 건네주지 않고 사용자의 공장에 은밀히 뿌렸다는 것이므로 이는 사용자의 시설관리권을 침해하고 직장질서를 문란시킬 구체적인 위험성이 있는 것으로서 비록 유인물의 배포시기가 노동조합의 대의원선거운동기간이었다 할지라도 위 배포행위는 정당화될 수 없다.(大判 1992.06.23, 92누4253)

→ 조합원의 일부가 노동조합의 결정이나 방침에 반대하거나 이를 비판하는 행위를 노동조합의 활동이라고 할 수 있는가

조합원의 일부가 노동조합 집행부와 조합원 전체의 의사에 따르지 않고 노동조합의 결정이나 방침에 반대하거나 이를 비판하는 행위는 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있다거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 인정할 만한 사정이 없는 한 조합원으로서의 자의적인 활동에 불과하여 노동조합의 활동이라고 할 수 없다.(大判 1992.9.25, 92다18542)

5) 노동조합의 전임자

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제24조【노동조합 전임자】

- ① 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 노동조합의 업무에만 종사하는 자(전임자)는 그 전임 기간동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서는 아니된다.

【해설】

→ 노조전임자제도란 단체협약이나 사용자의 동의가 있는 경우에 조합원 특히 노조 간부에게 종업원으로서의 지위를 유지하면서 일정기간 노무제공 의무의 전부 또는 일부를 면제받으면서 노동조합의 업무에만 전념하도록 허용하는 제도를 말한다.

→ 노동조합의 전임자에 대해서는 2009년 12월 31일까지는 급여의 지급이 가능하나, 그 이후에는 사용자가 임금을 지급하면 부당노동행위의 책임을 지게 된다.(노동조합 및 노동관계조정법 부칙 제6조)

→ 사용자는 노조전임자의 전임기간이 만료되면 원직에 복직시켜야 하며, 이를 거부하거나, 복직 후 다른 근로자에 비하여 승진·승급·임금 등 근로조건에 대하여 차별대우를 하게 되면 부당노동행위의 책임을 지게 된다.

【 판례 】

… 노조전임자의 처우 및 선임 여부 등은 어떤 방법으로 결정하는가

노동조합 전임자제도를 둘 것인가의 여부와 전임자의 임원수, 처우 및 어떠한 자를 어느 기간동안 어떠한 전임개시 및 전임해제(傳任解除)절차에 의하여 전임자로 종사하게 할 것인가의 여부에 관하여는 노동조합법상 특별한 규정이 없으므로, 원칙적으로는 노동조합과 사용자측간의 협의에 의하여 결정하고 그 협의가 이루어져 있지 않은 경우에는 노동조합과 사용자간의 관행(慣行)에 따라 결정함이 타당하다. (서울地判 1992.10.02, 91가합21907)

… 노조전임자도 출퇴근의무에 관한 사규의 적용 대상인가

노조전임자라 할지라도 사용자와의 사이에 기본적 근로관계는 유지되는 것으로서 취업규칙이나 사규의 적용이 전면적으로 배제되는 것이 아니므로 단체협약에 조합전임자에 관하여 특별한 규정을 두거나 특별한 관행이 존재하지 아니하는 한 출.퇴근에 대한 사규의 적용을 받게 되고, 노조전임자의 경우에 있어서 출근은 통상적인 조합업무가 수행되는 노조사무실에서 조합업무에 착수할 수 있는 상태에 임하는 것이라 할 것이고, 만약 노조전임자가 사용자에게 취업규칙 소정의 절차를 취하지 아니한 채 출근을 하지 아니하는 것은 무단결근에 해당한다. (大判 2000.7.28, 2000다23297)

… 노조전임자도 상여금 지급을 요구할 수 있는가

노조전임자는 기업의 근로자로서의 신분은 그대로 유지하지만 근로계약상의 근로를 하지 않을 수 있는 지위에 있으므로 휴직상태에 있는 근로자와 유사한 지위를 가진다고 보아야 하므로, 사업주가 급여를 부담한다고 하여 상여금 지급을 요구하거나 연·월차휴가수당 등을 당연히 사업주에게 청구할 권리가 있는 것은 아니고, 다만 단체협약에 그러한 급여를 부담할 의무가 명시된 경우에만 그 단체협약을 근거로 청구할 수 있다. (大判 1995.11.10, 94다 54566)

… 사용자가 단체협약 등에 따라 노동조합 전임자에게 지급하는 금원은 임금이라고 할 수는 없다.

노동조합 전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만 근로제공의무가 면제되고 사용자의 임금지급의무도 면제된다는 점에서 휴직상태에 있는 근로자와 유사하고, 사용자가 단체협약 등에

따라 노동조합 전임자에게 일정한 금원을 지급한다고 하더라도 이를 근로의 대가인 임금이라고 할 수는 없다 (大判 2003. 9. 2, 2003다4815)

→ 노조전임자가 노동조합업무 수행 중 입은 재해가 업무상 재해인가

노동조합업무 전임자가 근로계약상 본래 담당할 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하게 된 것이 사용자인 회사의 승낙에 의한 것이며 재해 발생 당시 근로자의 지위를 보유하고 있었고 그 질병이 노동조합업무 수행 중 육체적·정신적 과로 인하여 발병된 경우, 특별한 사정이 없는 한 이는 근로기준법상 재해보상이 되는 업무상 재해로 보아야 하고, 다만 그 업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이거나 불법적인 노동조합 활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의단체에 들어간 이후의 노동조합 활동 중에 생긴 재해 등은 이를 업무상 재해로 볼 수 없다.

(大判 1996. 6. 28, 96다 12733)

→ 단체협약 유효기간 만료 후 원직복귀명령에 불응하는 노조전임자를 해고하는 것은 정당한가

단체협약이 유효기간만료로 효력이 상실되었고, 단체협약상 노조대표의 전임규정은 새로운 단체협약 체결시까지 효력을 지속시키기로 약정한 규범(規範)적 부분도 아니어서 단체협약의 유효기간 만료 후 노조전임자는 사용자의 원직복귀명령에 응하여야 할 것이므로 원직복직 명령에 불응한 노조전임자를 해고한 것은 정당한 인사권의 행사로서 그 해고사유가 표면적인 구실에 불과하여 징계권(懲戒權) 남용(濫用)에 의한 부당노동행위에 해당하지 않는다. (大判 1997.6.13, 96누17738)

→ 노조전임자가 불신임된 것을 이유로 원직복귀명령이 내려진 경우, 이에 불응한 것은 무단결근에 해당한다.

노동조합의 임원불신임처분에 의하여 조합업무에의 전임이 인정되었던 노동조합 사무국장의 지위를 상실한 이상 이를 이유로 한 피고 회사의 위 원고에 대한 원직복귀명령은 유효하고 이 명령에 불응한 것은 무단결근에 해당한다 할 것이다.

(大判 1992. 3. 27, 91다29071)

→ 단체협약에 노조전임규정을 두었다 하더라도, 특별한 사정이 없는 한, 노조 전임발령 전에는 근로제공의무가 면제될 수 없다.

노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태이고 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것으로서 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없으므로, 단체협약에 노조전임규정을 두었다고 하더라도 그 내용상 노동조합 대표자 등의 특정 근로자에 대하여 그 시기(始期)를 특정하여 사용자의 노조전임발령 없이도 근로제공의무가 면제됨이 명백하거나 그러한 관행이 확립되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 근로자의 근로계약관계를 직접 규율할 수 없어서 노조전임발령 전에는 근로제공의무가 면제될 수 없다고 할 것이다.

(大判 1997. 4. 25, 97다6926)

6) 노동조합의 해산(조직변경)

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제28조【해산사유】

노동조합은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 해산한다.

1. 규약에서 정한 해산사유가 발생한 경우
2. 합병 또는 분할로 소멸한 경우
3. 총회 또는 대의원회의 해산결의가 있는 경우
4. 노동조합의 임원이 없고 노동조합으로서의 활동을 1년 이상 하지 아니한 것으로 인정되는 경우로서 행정관청이 노동위원회의 의결을 얻은 경우

【해설】

→ 노동조합의 해산(解散)이라 함은 조합이 소멸(消滅)하기 위한 절차를 개시하는 것을 말하며, 노동조합이 법인이 경우에는 해산하더라도 그 청산(清算)의 목적 범위 안에서는 그 권리가 있고 의무를 부담한다.

→ 노동조합의 합병(合併)·분할(分割)·해산(解散) 및 조직형태의 변경(變更)은 재적조합원 과반수의 출석과 출석조합원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다. (노동조합 및 노동관계조정법 제16조 제2항)

→ 임원이 없고 활동을 1년 이상 하지 아니한 경우 행정관청은 그 사유의 존재에 관하여 관할 노동위원회에 의결(議決)을 요청하고 관할 노동위원회의 의결이 있는 때에는 의결을 얻은 날 해산한 것으로 본다.
(노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제13조 제1항)

→ 노동조합이 해산한 때에는 그 대표자는 해산한 날부터 15일이내에 행정관청에게 이를 신고하여야 한다.

【 판례 】

→ 설립신고증을 받은 후 해산명령을 받은 노동조합이 당사자적격(當事者適格)을 가지는가

설립신고증을 받고 등기를 거치지 아니한 노동조합은 법인격이 없는 사단(社團)으로서 해산명령을 받았다고 하더라도 청산의 목적범위내에서 당사자능력을 가지고 있다.(서울高法1968.2.22, 67구83)

→ 하나의 기업이 2개 회사로 분리·양도되어 기존 사업체가 소멸된 경우 노동조합의 존립 여부는

특정 기업이 복수의 기업에게 분리(分離), 양도(讓渡)되는 경우 원칙적으로 당해 기업에 조직된 노동조합은 그 존립기초를 상실한다고 볼 수 있을 것이나, 당해 양도가 영업양도에 해당하고 기존 기업에 조직되어 있던 노동조합이 조직적 동일성이 유지되는 경우라면 노동조합은 존속될 수 있다고 볼 수 있을 것이므로 노동조합의 존속여부에 대하여는 당해 양도계약의 법적 성질, 노동조합의 조직적 동일성이 유지되는지 여부, 양수기업의 노동조합과 조직대상 중복여부 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것이다. (행정해석 2000.7.19, 노조 01254-613)

→ 노동조합의 조직변경

노동조합의 조직변경은 변경 후의 조합이 변경 전 조합의 재산관계 및 단체협약의 주체로서의 지위를 그대로 승계한다는 그 효과에 비추어 볼 때 변경 전후의 조합의 실질적 동일성이 인정되는 범위 내에서 인정된다.
(大判 2002. 7. 26, 2001두5361)

2. 단체교섭

1) 단체교섭의 주체

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제29조【교섭 및 체결권한】

- ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자 단체와 교섭(交渉)하고 단체협약을 체결(締結)할 권한(權限)을 가진다.
- ② 노동조합과 사용자 또는 사용자단체로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임(委任)받은 자는 그 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 위하여 위임받은 범위 안에서 그 권한을 행사할 수 있다.

【해설】

- ... 단체교섭은 사용자와 근로자단체 사이에 근로조건의 유지·개선과 근로자의 사회적·경제적 지위 향상에 관한 집단적 교섭을 말한다.
- ... 단체교섭의 주체는 노동조합과 사용자가 되며, 노동조합의 대표자는 교섭뿐만 아니라 단체협약을 체결할 권한을 가진다.
- ... 노동조합과 사용자는 단체교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임할 수 있으며, 수임자(受任者)는 위임받은 범위 안에서 그 권한을 행사할 수 있다.
- ... 사용자와 노동조합은 상대방이 요청한 단체교섭을 정당한 이유없이 거부(拒否) 또는 해태(懈怠)할 수 없다.(노동조합 및 노동관계조정법 제30조 제2항)

【판례】

- ... 단체교섭 대표자가 사용자와 합의하여 단체협약안을 마련한 후 조합원총회의 결의를 거치도록 한 단체협약의 규정은 유효한가
노동조합의 대표자 또는 수임자가 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원총회의 의결을 거쳐야만

한다는 것은 대표자 또는 수임자의 단체협약체결권한을 전면적, 포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약체결권한을 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서 현행 법의 취지에 위반된다(大判 2002. 11. 26, 2001다36504)

→ **단위노동조합이 상부단체인 연합단체에 단체교섭권한을 위임한 경우, 단위노동조합의 단체교섭권한은 상실 되는가**

단체교섭권한의 ‘위임’ 이라고 함은 노동조합이 조직상의 대표자 이외의 자에게 조합 또는 조합원을 위하여, 조합의 입장에서 사용자측과 사이에 단체교섭을 하는 사무처리를 맡기는 것을 뜻하고, 그 위임 후 이를 해지(解止)하는 등의 별개의 의사표시가 없더라도 노동조합의 단체교섭권한은 여전히 수임자의 단체교섭권한과 중복하여 경합적으로 남아 있다고 할 것이므로 단위노동조합이 당해 노동조합이 가입한 상부단체인 연합단체에 그러한 권한을 위임한 경우에 있어서도 단체교섭권한은 여전히 유지되는 것이다.(大判 1998.11.13, 98다20790)

→ **단체교섭의무가 있는 사용자는 근로자와의 사용종속관계가 있는 자를 말하는가**
구(舊) 노동조합법상 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다.”고 규정하고 있는 바, 여기서 사용자라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자를 말한다.
(大判 1997.9.5, 97 누3644)

→ **노동조합의 하부단체인 분회(分會)나 지부(支部)가 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는가**

노동조합의 하부단체인 분회나 지부가 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭하고 단체협약을 체결할 수 있고, 이는 그 분회나 지부가 노동조합및노동관계조정법시행령 제7조의 규정에 따라 그 설립신고를 하였는지 여부에 영향받지 아니한다.(大判 2008.1.18, 2007도1557)

→ **단체협약의 사용자측 당사자는 “사용자 또는 그 단체”이고, 그 중 “사용자”라 함은 개인기업인 경우에는 그 기업주개인, 법인 내지 회사기업인 경우에는 그 법인 내지 회사를 의미한다.**

단체협약의 사용자측 당사자는 “사용자 또는 그 단체”이고, 그 중 “사용자”라 함은

개인기업인 경우에는 그 기업주 개인, 법인 내지 회사기업인 경우에는 그 법인 내지 회사를 의미한다고 할 것이나 구체적인 단체교섭의 당사자는 경영담당자 또는 사용자의 이익대표가 되는 경우가 많으며, 이들이 사용자의 위임에 의하여 단체교섭을 진행한 후 사용자가 단체협약서에 서명날인함으로써 단체협약이 체결된 경우에도 그 단체협약은 유효하게 성립한다고 할 것이다.
(大判 2002. 8. 27, 2001다79457)

… 정리회사의 경우 단체협약의 사용자측 체결권자는 관리인이다.

회사정리개시결정이 있는 경우 회사정리법 제53조 제1항에 따라 회사사업의 경영과 재산의 관리 및 처분을 하는 권한이 관리인에게 전속되므로 정리회사의 대표이사 아니라 관리인이 근로관계상 사용자의 지위에 있게 되고 따라서 단체협약의 사용자측 체결권자는 대표이사가 아니라 관리인이다.
(大判 2001. 1. 19, 99다72422)

2) 단체교섭의 대상

【해설】

- … 단체교섭의 대상(對象)이란 근로자측의 단체교섭 요구가 있는 경우 사용자가 교섭하여야 할 의무가 부과된 교섭사항을 말하며, 사용자가 이를 거부할 경우에는 부당노동행위가 성립하게 된다.
- … 단체교섭의 대상에 대해서는 현행법이 명문화하고 있지 않으나, 일반적으로 근로조건에 관한 사항, 집단적 성격을 띠는 사항, 사용자의 처분가능성이 있는 사항에 관한 것이어야 한다.
- … 사용자의 고유권한인 인사·경영권에 관한 사항은 원칙적으로 단체교섭대상에 제외됨이 원칙이다. 단, 근로조건에 영향을 미치거나 이와 밀접한 관련이 있는 경우에는 그 범위 내에서 단체교섭의 대상이 될 수 있다.
- … 근로자측이 단체교섭의 대상이 아닌 사항에 대하여 교섭을 요구할 경우에는 사용자는 교섭을 거부할 수 있다.



단체교섭의 대상

구 분	개 념
의무적 교섭사항	- 사용자가 근로자측의 단체교섭 요청에 응할 의무가 있는 사항 - 정당한 이유없는 교섭거부 · 해태시 부당노동행위가 됨 - 임금, 근로시간, 휴일 · 휴가, 재해보상, 산업안전 등 근로조건에 결정에 관한 사항 (규범적 부분) ※일반적으로 의무적 교섭사항만이 쟁의행위를 통해 관철할 수 있는 사항으로 간주됨.
임의적 교섭사항	- 사용자에게 교섭의무는 없으나 임의로 교섭에 응하여 단체협약의 내용으로 할 수 있는 사항 - 교섭을 거부하거나 해태하더라도 부당노동행위가 되지 아니함 - 노동조합 활동에 관한 사항, 조합비 공제에 관한 사항 등 집단적 노사관계에 관한 사항 (채무적 부분)
교섭 금지사항	- 사용자가 처리할 수 없는 사항 또는 강행법규나 공서양속에 위반하는 사항 - 단체협약을 체결하였다 하더라도 그 부분은 무효가 됨 - 일반적 구속력의 적용 배제, 갑근세의 감면, 구속자의 석방, 퇴직금 제도의 폐지, 특정 종교의 강제, 노동조합에 대한 경비원조 등

【 판례 】

→ 근로조건 이외의 사항에 대한 단체교섭의 대상 여부는

현행법상 노동쟁의(勞動爭議)를 “임금 · 근로시간 · 후생 · 해고 기타 대우 등 근로 조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태”라고 규정하고 있는 바, 임금 · 근로시간 · 후생 · 해고 등의 근로조건 이외의 사항에 관한 노동 관계 당사자 사이의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태는 근로조건에 관한 분쟁이 아니어서 현행법상의 노동쟁의라고 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 중재재정의 대상으로 할 수 없다.(大判 1996.2.23, 94누9177)

… 기구 통·폐합에 따른 조직변경 및 업무분장 등의 결정권은 단체교섭의 대상이 되는 것인가

사용자의 재량적 판단이 존중되어야 할 기구 통·폐합에 따른 조직변경 및 업무분장 등에 관한 결정권은 사용자의 경영권(經營權)에 속하는 사항으로서 단체교섭사항이 될 수 없고, 단체교섭사항이 될 수 없는 사항을 달성하려는 쟁의행위는 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다.(大判 2002.1.11, 2001도1687)

… 회사가 어느 한 부서를 폐지하는 결정을 하고자 할 경우에 이것을 노동조합과 단체교섭을 통하여 결정하여야 하는가

회사가 그 산하 시설관리사업부를 폐지시키기로 결정한 것은 적자가 누적되어 시설관리계약이 감소할 뿐 아니라 계열사와의 재계약조차 인건비 상승으로 인한 경쟁력 악화로 불가해짐에 따라 불가피하게 취해진 조치로서 이는 경영주체의 경영의사 결정에 의한 경영조직의 변경에 해당하여 그 폐지 결정 자체는 단체교섭사항이 될 수 없다.(大判 1994.3.25, 93다30242)

… 경영상 이유에 의한 해고는 단체교섭대상으로서 가능한 것인가

경영상 이유에 의한 해고 역시 경영상의 필요에 의하여 실시되는 사용자의 경영상의 조치라고 할 것이므로, 정리해고에 관한 노동조합의 요구내용이 사용자는 정리해고(整理解雇)를 하여서는 아니 된다는 취지라면 이는 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하는 것이 되어 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다.
(大判 2001.4.24, 99도4893)

… 정리해고 등 구조조정 실시 여부는 단체교섭 사항이 아니다.

정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다 할 것이다.
(大判 2002. 2. 26, 99도5380)

→ 사용자의 경영권에 속하지만 근로자의 근로조건과도 밀접한 관련이 있는 부분에 대해서는 단체협약의 대상이 될 수 있는가

단체협약 중 조합원의 차량별 고정승무발령, 배차시간, 대기기사 배차순서 및 일당기사 배차순서에 관하여 노조와 사전합의를 하도록 한 조항은 그 내용이 한편으로는 사용자의 경영권에 속하는 사항이지만 다른 한편으로는 근로자들의 근로조건과도 밀접한 관련이 있는 부분으로서 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하는 것은 아니라고 보여지므로 단체협약의 대상이 될 수 있다.

(大判 1994.8.26, 93누8993)

→ 사용자 스스로가 단체협약으로 조합원의 인사(人事)에 대한 노동조합의 관여를 인정하는 것은 유효한가

인사권이 원칙적으로 사용자의 권한에 속한다고 하더라도 사용자는 스스로의 의사에 따라 그 권한에 제약을 가할 수 있는 것이므로 사용자가 노동조합과 사이에 체결한 단체협약에 의하여 조합원의 인사에 대한 조합의 관여를 인정하였다면 그 효력은 협약규정의 취지에 따라 결정된다.(大判 1992.9.25, 92다18542)

→ 노동조합이 회사로서는 수용할 수 없는 요구를 하고 있었다고 하더라도 이는 단체교섭의 단계에서 조정할 문제에 불과하다.

노동조합이 원고 회사로서는 수용할 수 없는 요구를 하고 있었다고 하더라도 이는 단체교섭의 단계에서 조정할 문제이지 노동조합측으로부터 과다한 요구가 있었다고 하여 곧바로 그 쟁의행위의 목적이 부당한 것이라고 해석할 수는 없다.

(大判 1992. 1. 21. 91누5204)

3) 단체교섭의 방법

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제30조【교섭 등의 원칙】

- ① 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의(信義)에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니된다.
- ② 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유 없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부(拒否)하거나 해태(懈怠)하여서는 아니된다.

【해설】

- ... 단체교섭의 방법은 교섭의 구체적인 시기, 시간, 장소, 참가인원, 태도 등에 대한 요건을 말하는 것으로 사회적인 통념상 허용되는 범위내에서 결정되어야 한다.
- ... 사용자 및 노동조합은 단체교섭 과정에서 가능한 합의에 도달하고자 하는 성실 교섭의무 및 권리남용금지의무를 지며, 사용자는 노동조합과는 달리 정당한 이유없이 단체교섭을 거부하는 경우 부당노동행위에 해당되어 제재를 받을 수 있다.

➡ 성실교섭의무에 위반되는 경우

- 합의달성의 의사가 없음을 처음부터 공표하는 경우
- 단체교섭의 개시일을 고의로 지연시키거나 기일이 되어도 정당한 이유 없이 기일 연기하는 경우
- 교섭담당자에게 실제상 교섭권이 주어지지 않고, 형식적으로 교섭석상에만 참가하는 경우
- 받아들이기 어려운 전제조건을 붙이고 전제조건이 해결되지 않으면 교섭에 응할 수 없다고 고집하는 경우
- 합의가 이루어진 것을 서면화하는 단체협약의 작성을 합리적 이유 없이 거부하는 경우
- 일방적으로 단체교섭시간을 정하여 교섭중에 시간이 지났다는 이유를 들어 교섭 장소를 나가 버리는 경우
- 교섭인원을 일방적으로 제한하거나 너무 과다한 교섭인원을 요구하는 경우 등

【 판례 】

… 조합규약에 회사와 합의한 단체협약안에 대해 조합원총회의 사전승인(事前承認). 사후추인(事後追認) 요건을 정한 경우에 사용자는 단체교섭을 거부할 수 있는가

상기의 경우에 회사측으로서는 단체협약 요구안에 대하여 합의를 도출하더라도 노동조합총회에서 그 단체협약안을 받아들이지를 거부하여 단체교섭의 성과를 무효로 돌릴 위험성이 있으므로 최종적인 결정권한이 확인되지 않은 교섭대표와 성실한 자세로 교섭에 임하는 것을 기대할 수 없어 단체교섭을 위한 진지한 노력을 다하지 않았으며, 이러한 상황에서 단체교섭이 결렬되었다고 하더라도 이를 이유로 하는 쟁의행위는 그 목적과 시기, 절차에 있어서 정당한 쟁의행위라고 볼 수 없다. (大判 2000.5.12, 98도3299)

… 교섭일시 전에 어떠한 의사 표명도 없이 노동조합측이 정한 일시에 단체교섭에 응하지 아니한 것은 부당하다

단체교섭의 일시를 정하는 데에 관하여 노사간에 합의된 절차나 관행이 있는 경우에는 그에 따라 단체교섭 일시를 정하여야 할 것이나, 그와 같은 절차나 관행이 없는 경우, 노동조합측이 어느 일시(이하 ‘노조제안 일시’라 한다)를 특정하여 사용자에게 단체교섭을 요구하더라도 사용자가 교섭사항 등의 검토와 준비를 위하여 필요하다는 등 합리적 이유가 있는 때에는 노동조합측에 교섭일시의 변경을 구할 수 있고, 이와 같은 경우에는 노동조합측이 사용자의 교섭일시 변경요구를 수용하였는지 여부에 관계없이 사용자가 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니하였다고 하더라도 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 할 것이나, 사용자가 합리적인 이유 없이 노조제안 일시의 변경을 구하다가 노동조합측이 이를 수용하지 아니하였음에도 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니하였거나 사용자가 위 일시에 이르기까지 노조제안 일시에 대하여 노동조합측에 아무런 의사표명도 하지 아니한 채 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니한 경우에는 사용자가 신의에 따라 성실하게 교섭에 응한 것으로 볼 수 없으므로, 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다. (大判 2006.2.24, 2005도8606)

3. 단체협약

1) 단체협약의 성립

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제31조【단체협약의 작성】

단체협약은 서면(書面)으로 작성하여 당사자 쌍방(雙方)이 서명 또는 날인하여야 한다.

【해설】

- ... 단체협약(團體協約)은 노동조합과 사용자 사이에 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 사항, 노동조합 활동에 관한 사항 등 당사자의 권리·의무에 관하여 합의된 문서(文書)를 말한다.
- ... 단체협약의 당사자는 단체협약체결일로부터 15일 이내에 이를 행정관청에 신고해야 하며, 행정관청은 단체협약중 위법한 내용이 있는 경우에는 노동위원회의 의견을 얻어 그 시정을 명할 수 있다.(노동조합 및 노동관계조정법 제31조)
- ... 서명날인은 당사자의 이름을 직접 자필하고 인장을 찍거나, 이름을 인쇄한 뒤에 인장을 찍는 기명날인(記名捺印), 이름을 자필하고 지장을 찍는 서명무인(署名無印) 모두 효력(效力)이 발생한다.
- ... 단체협약의 신고는 당사자 쌍방이 연명(連名)으로 하여야 하지만 신고가 단체협약의 효력요건은 아니므로 행정관청에 신고하지 않은 단체협약의 효력도 인정된다.

【 판례 】

→ 단체협약을 서면으로 작성하고 쌍방이 서명날인하지 않고, 구두·전화 등으로 하는 경우 단체협약은 효력이 있는가

노동조합 및 노동관계조정법 제31조 제1항이 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인(署名捺印)하여야 한다고 규정하고 있는 취지는 단체협약의 내용을 명확히 함으로써 장래 그 내용을 둘러싼 분쟁을 방지하고 아울러 체결당사자 및 최종적 의사를 확인함으로써 단체협약의 진정성을 확보하기 위한 것이므로, 그 방식을 갖추지 아니하는 경우 단체협약은 효력을 가질 수 없다.

(大判 2001. 5.29, 2001다5422,15439)

→ 서명무인한 단체협약은 효력이 있는가

단체협약을 문서화하고 당사자 쌍방의 서명날인을 하도록 한 것은 단체협약이 규율대상으로 하고 있는 노사관계가 집단적·계속적이라는 점을 고려하여 체결당사자를 명백히 함과 동시에 당사자의 최종적인 의사를 확인하여 단체협약의 진정성과 명확성을 담보하려는 것으로서, 그 단체협약에 대한 서명날인 대신 서명무인(署名無印)을 하였다 하더라도 이를 무효로 볼 수는 없다.

(大判 1995.3.10, 94마605)

→ 단체협약이 당사자 쌍방이 서명이 아닌 기명날인(記名捺印)하더라도 효력이 있는가

단체협약을 문서화하고 당사자 쌍방의 서명날인을 하도록 한 규정은 단체협약이 규율대상으로 하고 있는 노사관계가 집단적·계속적이라는 점을 고려하여 체결당사자를 명백히 함과 동시에 당사자의 최종적인 의사를 확인함으로써 단체협약의 진정성과 명확성을 담보하려는 데 있다고 할 것이므로 단체협약의 진정성과 명확성이 담보된다면 단체협약의 당사자 쌍방이 서명날인을 하지 아니하고 기명날인을 하였다고 하더라도 그 단체협약이 위 강행법규에 위반하여 무효라고 할 수는 없다.(大判 2002.8.27, 2001다79457)

→ 단체협약서와 같은 처분문서에 표시된 의사표시는 모두 인정되는가

단체협약서와 같은 처분문서(處分文書)는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증(反證)이 없는 한 기재내용에 의하여 그 문서에 표시된 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 한다.(大判 1987.4.14, 86다카306)

2) 단체협약의 유효기간

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제32조【단체협약의 유효기간】

- ① 단체협약에는 2년을 초과하는 유효기간을 정할 수 없다.
- ② 단체협약에 그 유효기간을 정하지 아니한 경우 또는 제1항의 기간을 초과하는 유효기간을 정한 경우에는 그 유효기간은 2년으로 한다.
- ③ 단체협약의 유효기간이 만료되는 때를 전후하여 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우에는 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 종전의 단체협약은 그 효력만료일부터 3월까지 계속 효력을 갖는다. 다만, 단체협약에 그 유효기간이 경과한 후에도 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 때에는 새로운 단체협약이 체결될 때까지 종전 단체협약의 효력을 존속시킨다는 취지의 별도의 약정이 있는 경우에는 그에 따르되, 당사자 일방은 해지하고자 하는 날의 6월전까지 상대방에게 통고함으로써 종전의 단체협약을 해지할 수 있다.

【해설】

- ☞ 단체협약의 유효기간을 노사가 최대 2년을 한도로 결정할 수 있기 때문에 법정 유효기간보다 짧은 기간인 1년으로 하여도 무방하나, 2년을 초과하는 경우 그 유효기간은 2년으로 된다.

【판례】

☞ **단체협약의 유효기간을 제한하는 규정을 둔 취지는**

단체협약의 유효기간을 제한하는 규정을 둔 것은 이를 너무 길게 하면 변동하는 산업사회의 사회적, 경제적 여건의 변화에 적응하지 못하여 당사자를 부당하게 구속하는 결과가 되고 그렇게 되면 단체협약에 의하여 적절한 근로조건을 유지하고 노사관계의 안정을 도모하고자 하는 목적에도 어긋나게 되므로 그 유효기간을 일정한 범위로 제한하여 단체협약의 내용을 시의에 맞고 구체적 타당성 있게 조정해 나가도록 하자는 데 있다.(大判 1993.2.9, 92다27102)

→ 단체협약의 효력을 자동연장하기로 한 약정이 있는 경우, 그 효력의 유효기간은 언제까지인가

구 노동조합법 제35조 제3항(현행 제32조 제3항)의 규정은 종전의 단체협약에 유효기간 만료 이후 협약갱신을 위한 단체교섭이 진행 중일 때에는 종전의 단체협약이 계속 효력을 갖는다는 규정이 없는 경우에 대비하여 둔 규정이므로, 종전의 단체협약에 자동연장협정의 규정이 있다면 위 법조항은 적용되지 아니하고, 당초의 유효기간이 만료된 후 위 법조항에 규정된 3월까지에 한하여 유효하다고 볼 것은 아니다.(大判 1993. 2. 9. 92다27102)

→ 단체협약이 실효되었다고 하더라도 임금, 퇴직금이나 노동시간, 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율하게 된다

단체협약이 실효되었다고 하더라도 임금, 퇴직금이나 노동시간, 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결·작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율하게 되는데, 단체협약 중 해고사유 및 해고의 절차에 관한 부분에 대하여도 이와 같은 법리가 그대로 적용된다.(大判 2007.12.27, 2007다51758)

3) 단체협약의 내용과 효력

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제33조【기준의 효력】

단체협약(團體協約)에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반(違反)하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효(無效)로 한다.

【해설】

→ 단체협약은 근로조건, 임금 등 근로자의 대우에 관하여 규정한 부분(규범적부분)과, 노동조합과 사용자의 권리·의무를 규정한 부분(채무적부분)으로 구성된다.

▶ 규범적부분과 채무적부분

구 분	내 용
규범적 부분	임금액, 임금지급방법, 근로시간, 휴일, 휴가, 퇴직금, 상여금지급 및 기타 복리후생에 관한 사항 그리고 복무규율, 징계, 해고 등
채무적 부분	평화의무, 평화조항, 조합활동에 관한 편의제공조항, 단체교섭에 관한 사항, shop조항, 쟁의행위에 관한 사항, 조합비일괄공제 (check off) 등

- ▶ 규범적(規範的)부분에 대한 효력은 헌법 또는 법령, 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등의 순서로 적용되며, 채무적(債務的)부분은 협약체결 당사자(當事者)인 노동조합과 사용자에게만 그 효력이 미친다.
- ▶ 단체협약에 위반하는 개별적 근로계약이나 취업규칙은 전부가 무효로 되는 것이 아니라 단체협약에 정한 기준에 미달하는 부분에 한해 무효로 되고, 무효로 된 부분에 대해서만 단체협약의 규정이 강행적으로 적용된다.
- ▶ 새로운 단체협약이 체결된 경우에는 새로운 단체협약이 기존의 단체협약보다 불리한 규정을 가지고 있더라도 새로운 단체협약이 적용된다.

【 판 례 】

▶ 취업규칙보다 불리한 내용을 담은 단체협약은 효력이 있는가

동일한 내용의 취업규칙이 그대로 적용된다면 단체협약의 개정은 그 목적을 달성할 수 없으므로 개정된 단체협약에는 당연히 취업규칙상의 유리한 조건의 적용을 배제하고 개정된 단체협약이 우선적으로 적용된다는 내용의 합의가 포함된 것이기 때문에 개정된 후의 단체협약에 의하여 취업규칙상의 면직기준에 관한 규정의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이다.(大判 2002.12.27, 2002두9063)

- ▶ 단체협약에 명시된 내용 중의 하나에 대하여 근로기준법이 개정된 경우에 단체협약에 명시된 그 내용은 효력을 유지하는가

단체협약의 유효기간중에 근로기준법이 개정되어 갱내 근로자의 경우에도 일반 근로자와 마찬가지로 기본근로시간을 1일 8시간으로 하는 대신 종전에는 실근로 시간에 제외되었던 작업장으로 이동시 소요되는 입출시간을 실근로시간에 포함시켰다고 하더라도 위 단체협약의 이 같은 규정이 현행 근로기준법의 기본근로시간에 관한 규정보다 근로자들에게 불리한 것이 아니라면 근로기준법이 개정되었다고 해도 이 단체협약의 효력에 영향을 미칠 수 없다.

(大判 1993.12.14, 93다 43477)

→ 단체협약에서 정한 해고사유 이외에 취업규칙에서 단체협약과 다른 해고사유를 정하여 근로자를 해고할 수 있는가

사용자는 근로자의 기업질서 위반행위에 대하여 근로기준법 등의 관련법령에 반하지 않는 범위 내에서 이를 규율하는 취업규칙을 제정할 수 있고 단체협약에서 규율하고 있는 기업질서 위반행위(違反行爲)외의 근로자의 기업질서에 관련한 비위행위(非違行爲)에 대하여 이를 취업규칙에서 해고 등의 징계사유로 규정하는 것은 원래 사용자의 권한에 속하는 것이므로 사용자는 취업규칙에서 새로운 해고사유를 정할 수 있고, 그 해고사유에 터잡아 근로자를 해고할 수 있다.

(大判 1994. 6.14, 93다26151)

→ 단체협약에 “조합원 임원 등에 대한 인사에 관하여는 사전에 노동조합과 협의하여야 한다”는 규정이 있는 경우, 이와 같은 규정은 유효한가

회사와 노동조합 사이에 체결된 단체협약에서 인사원칙의 하나로서 “조합의 임원, 간부, 대의원, 전임자에 대한 인사에 관하여는 사전에 조합과 협의하여야 한다”고 규정하였다면, 근로자에 대한 징계는 인사사항에 관한 것이므로 위 노동조합의 임원이나 간부 또는 대의원에 대한 징계해고에 관하여는 특별한 사정이 없는 한 위 단체협약의 조항이 적용된다고 보아야 한다. 그렇지만 노동조합 임원 등에 대한 징계해고가 위와 같은 ‘사전협의’를 거치지 아니한 채 행하여졌다고 하여 반드시 그 효력이 없는 것은 아니다.(大判 1992.9.22, 92다13400)

→ 단체협약을 통한 임금채권 포기

이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금 또는 상여금, 퇴직금은 근로자의 개인 재산이므로 그 처분도 근로자에게 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으

로 이에 대한 포기(拋棄)나 지급유예(支給猶豫)와 같은 처분행위를 할 수는 없다.
(大判 2000.9.29, 99다67536)

… 단체협약체결후에 노동조합과 합의하여 작성한 징계규정은 그 효력이 인정되는가

새로운 징계규정이 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 문면상 차이를 갖고 있다 하더라도 단체협약 체결후 노동조합과의 합의하에 작성된 것으로 단체협약을 보충하는 것이어서 단체협약에 위배되지 않을 경우 유효(有效)하다.

(大判 1993.7.16, 92누16508)

… 단체협약에 유니언숍(Union Shop)협정에 따라 근로자는 노동조합의 조합원이어야만 된다는 규정이 있는 경우에는 다른 명문의 규정이 없더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있는가

이른바 유니언숍협정은 노동조합의 단결력을 강화하기 위한 강제의 한 수단으로서 근로자가 대표성을 갖춘 노동조합의 조합원이 될 것을 ‘고용조건’으로 하고 있는 것이므로 단체협약에 유니언숍협정에 따라 근로자는 노동조합의 조합원이어야만 된다는 규정이 있는 경우에는 다른 명문의 규정이 없더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있다. 다만, 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 채무의 불이행 자체가 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수 없다.

(大判 1998.3.24, 96누16070)

… 노동조합이 사용자와 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약을 체결한 경우, 그 합의는 유효한가

협약자치의 원칙상 노동조합은 사용자와 사이에 근로조건을 유리하게 변경하는 내용의 단체협약뿐만 아니라 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약을 체결할 수 있으므로, 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사간의 합의를 무효라고 볼 수는 없고, 단체협약이 현저히 합리성을 결하였는지 여부는 단체협약의 내용과 그 체결경위, 당시 사용자측의 경영상태 등 여러 사정에 비추어 판단해야 한다.

(大判 2000.9.29, 99다 67536)

… 단체협약에서 노동조합의 조합원이 될 수 없는 자를 특별히 규정하여 일정 범위의 근로자들에 대하여 단체협약의 적용을 배제하는 경우 무효라고 볼 수 있나

노동조합및노동관계조정법 제5조, 제11조의 각 규정에 의하면, 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있고, 구체적으로 노동조합의 조합원의 범위는 당해 노동조합의 규약이 정하는 바에 의하여 정하여지며, 근로자는 노동조합의 규약이 정하는 바에 따라 당해 노동조합에 자유로이 가입함으로써 조합원의 자격을 취득하는 것인바, 한편 사용자와 노동조합 사이에 체결된 단체협약은 특약에 의하여 일정 범위의 근로자에 대하여만 적용하기로 정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 협약당사자로 된 노동조합의 구성원으로 가입한 조합원 모두에게 현실적으로 적용되는 것이 원칙이고, 다만 단체협약에서 노사간의 상호 합의에 의하여 규약상 노동조합의 조직 대상이 되는 근로자의 범위와는 별도로 조합원이 될 수 없는 자를 특별히 규정함으로써 일정 범위의 근로자들에 대하여 위 단체협약의 적용을 배제하고자 하는 취지의 규정을 둔 경우에는, 비록 이러한 규정이 노동조합 규약에 정해진 조합원의 범위에 관한 규정과 배치된다 하더라도 무효라고 볼 수 없다. (大判 2004.1.29, 2001다5142)

… 근로조건 결정기준을 소급적으로 근로자에게 유리하게 변경하는 내용의 단체협약을 체결한 경우

노동조합이 사용자측과 기존의 임금·근로시간·퇴직금 등 근로조건을 결정하는 기준에 관하여 소급적으로 동의하거나 이를 승인하는 내용의 단체협약을 체결한 경우에 그 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후에 그 사업체에 종사하면서 그 협약의 적용을 받게 될 노동조합원이나 근로자들에 대해서만 생기고 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 근로자에게는 위와 같은 효력이 생길 여지가 없으며, 근로조건이 근로자에게 유리하게 변경된 경우라 하더라도 다를 바 없다. (大判 2002. 4. 23, 2000다50701)

… 합병후 근로관계 내용 단일화를 위한 단체협약

회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되어 종전 취업규칙 등이 그대로 적용되더라도 합병 후 노동조합과의 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있으면 그 새로운 단체협약 등이 유효하게 적용된다. (大判 2001. 10. 30, 2001다24051)

4) 단체협약의 효력확장

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제35조【일반적구속력(一般的拘束力)】

하나의 사업 또는 사업장에 상시(常時) 사용되는 동종(同種)의 근로자 반수(半數) 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대해서도 당해 단체협약이 적용된다.

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제36조【지역적구속력(地域的拘束力)】

하나의 지역(地域)에 종업하는 동종(同種)의 근로자 3분의 2이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 행정관청은 당해 단체협약의 당사자의 쌍방 또는 일방의 신청(申請)에 의하거나 그 직권(職權)으로 노동위원회의 의결을 얻어 당해 지역에서 종업하는 다른 동종의 근로자와 그 사용자에 대하여도 당해 단체협약을 적용한다는 결정을 할 수 있다.

【해설】

사업장단위의 일반적구속력

- “사업장단위의 일반적구속력”이란 사업장단위로 노동조합이 체결한 단체협약이 노동조합의 조합원이 아닌 다른 비조합원인 근로자에게도 확장 적용되는 것을 말한다.
- 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종근로자의 반수 이상이 가입한 노동조합이 체결한 단체협약중 임금, 근로시간, 휴일, 휴가, 징계 등의 부분은 다른 동종의 근로자에도 효력이 적용된다.
- 신규채용 또는 조합원 탈퇴 등으로 하나의 단체협약이 적용되는 근로자가 반수가 되지 않는 경우에는 단체협약의 일반적 구속력은 당연히 효력을 상실(喪失)한다.

지역단위의 일반적구속력

- “지역단위의 일반적구속력”이란 일정한 지역을 단위로 어느 노동조합이 체결한 단체협약이 그 노동조합의 조합원 뿐만 아니라 다른 근로자와 사용자에게도 확장·적용되는 것을 말한다.
- “3분의 2 이상의 근로자”란 하나의 지역내 동종근로자의 총수에서 하나의 단체협약을 적용받는 근로자의 수가 3분의 2이상이어야 한다는 것을 의미한다.

【 판례 】

→ 노동조합및노동관계조정법 제35조 소정의 ‘동종의 근로자’

노동조합및노동관계조정법 제35조 소정의 ‘동종의 근로자’라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리키며, 한편 단체협약 등의 규정에 의하여 조합원의 자격이 없는 자는 단체협약의 적용이 예상된다고 할 수 없어 단체협약의 일반적 구속력이 미치는 동종의 근로자라고 할 수 없다.

(大判 2004. 2. 12, 2001다63599)

→ 단체협약 규정상 적용범위에 직종구분이 없는 경우

단체협약 규정상 사용자에게 해당하지 않는 한 기능직·일반직 등 직종의 구분 없이 사업장내의 모든 근로자가 노동조합의 조합원으로 가입하여 단체협약의 적용을 받을 수 있도록 되어 있다면 일반직 근로자도 기능직 근로자와 함께 “동종의 근로자”에 해당한다고 할 것이고, 조합원수가 상시 사용되는 근로자 과반수에 해당하였던 이상, 실제로 노동조합에 가입한 여부에 관계없이 일반직 근로자에 대하여도 단체협약이 적용된다.(大判 1999.12.10, 99두6927)

→ 계약기간을 반복 갱신하는 단기의 계약기간을 정하여 고용된 근로자도 상시 사용되는 동종 근로자에 포함되는가

“상시 사용되는 동종의 근로자”라 함은 근로자의 지위나 종류, 고용기간의 정함의 유무 또는 근로계약상의 명칭에 구애됨이 없이 사업장에서 사실상 계속적으로 사용되고 있는 동종의 근로자 전부(全部)를 의미하므로, 단기의 계약기간을 정하여 고용된 근로자라도 기간 만료시마다 반복 갱신되어 사실상 계속 고용되어 왔다면 여기에 포함되고, 또한 사업장 단위로 체결되는 단체협약의 적용범위가 특정되지 않았거나 협약 조항이 모든 직종에 걸쳐서 공통적으로 적용되는 경우에는 직종의

구분 없이 사업장내의 모든 근로자가 동종의 근로자에 해당된다.
(大判 1992.12.22, 92누13189)

… 단체협약에 의해 조합원 자격이 없는 자를 동종근로자로 보고 단체협약을 적용
시킬 수 있는가

촉탁으로 입사하여 조합원인 다른 종업원들과는 달리 매년 고용계약을 체결하면서 퇴직시까지 근무하여 온 자인 이상, 단체협약은 협약내용에 비추어 그 조합원 자격이 없는 원고에 대하여는 그 적용이 예상된다고는 할 수 없다 할 것이므로 원고는 단체협약의 적용을 받게 되는 동종의 근로자라고는 할 수 없다.(大判 1987.4.28, 86다카2507)

… 경비원은 생산직 근로자와 동종의 근로자라고 할 수 있는가

경비원은 감시직, 단속직 근로에 종사하는 자이어서 단체협약의 적용을 받는 생산직 근로자와 그 작업 내용이나 형태가 같거나 비슷하다고 볼 수 없어, 회사의 단체협약이 적용되는 근로자와 동종의 근로자라고는 할 수 없다.(大判 1995.12.22, 95다39618)

… ‘하나의 단체협약의 적용을 받는 근로자’란 단체협약의 본래적 적용대상자로서
단체협약상의 적용범위에 드는 자만을 일컫는 것인가

노동조합및노동관계조정법 제35조에 따른 단체협약의 일반적 구속력이 인정되기 위한 요건인 ‘하나의 단체협약의 적용을 받는 근로자’란 단체협약의 본래적 적용대상자로서 단체협약상의 적용범위에 드는 자만을 일컫는 것으로 단체협약상 특별히 적용범위를 한정하지 않은 경우에는 당해 단체협약의 협약당사자인 노동조합의 조합원 전체를 말하고 단체협약이 근로자 일부에게만 적용되는 것으로 한정하는 경우에는 그 한정된 범위의 조합원을 말한다.(大判 2005.5.12, 2003다 52456)

… 상여금·휴가비 등 반납 노사공동결의서의 작성 당시 노동조합 가입 근로자
수가 총 근로자의 반수에 이르지 못하였던 이상 비노조원에게는 효력이 미치지
않는다

노동조합이 사용자와 상여금·휴가비 등을 반납하기로 하는 내용의 노사공동결의서를 작성한 경우, 위 노사공동결의서로 상여금·휴가비 등에 관한 기존 단체협약이 변경되었다고 할 것이지만, 위 노사공동결의서의 작성 당시 노동조합에 가입한 근로자의 수가 노동조합에 가입할 수 있는 총 근로자의 반수에 이르지 못하였던

이상 위 단체협약에 노동조합및노동관계조정법 제35조에 따른 일반적 구속력을 부여할 수 없으므로 노동조합원이 아닌 근로자에게는 위 단체협약의 변경의 효력이 미치지 않는다.(大判 2005.5.12, 2003다 52456)

→ 지역내의 특정 노동조합에 별도의 단체협약이 존재하는 경우에도 지역단위의 일반적구속력이 적용되는가

특정 노동조합이 독자적으로 단체교섭권을 행사하여 이미 별도의 단체협약을 체결한 경우에는 그 협약이 유효하게 존속하고 있는 한 지역적 구속력 결정의 효력은 그 노동조합이나 근로자에게는 미치지 않는다고 해석하여야 할 것이고, 또 그 노동조합이 별도로 체결하여 적용받고 있는 단체협약의 갱신체결이나 보다 나은 근로조건을 얻기 위한 단체교섭이나 단체행동을 하는 것 자체를 금지하거나 제한할 수는 없다고 보아야 할 것이다.(大判 1993.12.21, 92도2247)

5) 단체협약의 종료

[해설]

→ 단체협약은 유효기간의 만료(滿了), 단체협약의 취소(取消), 해지(解止) 및 당사자변경 등으로 인하여 종료되어 그 효력을 상실한다.

→ 단체협약은 노사의 의사표시에 의하여 성립하므로 착오가 있거나 사기 또는 강박에 의한 것인 경우에는 당사자 일방에 의해 취소될 수 있고, 당사자 쌍방의 합의 또는 협약의 존재의의를 상실시킬만한 중대한 위반행위를 한 때에는 다른 상대방은 협약을 해지할 수 있다.

→ 기업의 조직변경의 경우에는 원칙적으로 회사의 동일성이 인정되는 한 단체협약은 그대로 존속하며, 합병의 경우에는 피합병회사는 소멸하나 그 회사의 권리·의무는 포괄승계되므로 합병회사와의 사이에 그대로 존속한다. 다만 영업양도의 경우에는 견해가 다양하나 승계 또는 별단의 이익이 없는 한 존속한다고 본다.

→ 노동조합도 청산(清算)절차가 종료된 경우 단체협약은 종료되고, 조직을 변경

한 경우에는 변경 후 조합이 이전의 조합과 결합의 목적, 규약 및 구성원 등에서 동일성을 갖는 경우 단체협약은 존속하게 된다.

【 판례 】

… 노동조합대표자가 합의를 어기고 수회에 걸쳐 불법집단행동을 하였다면 합의한 약정(約定)의 효력은 상실되는가

사용자와 노동조합대표자와의 사이에 차후에 노동조합 측에서 다시 불법적인 집단행동을 취하는 경우에는 어떠한 처벌도 감수한다는 취지의 합의를 한 후에, 그 노조대표자가 다시 2차례에 걸쳐 각기 다른 이유를 내세워 조합원들의 불법적인 집단행동을 주도한 것이라면, 이를 사유로 징계할 수 있도록 합의하였다고 볼 것이고, 따라서 사용자와 노조대표자와의 사이에 합의한 약정의 효력은 상실되었다고 본다.(大判 1994.9.30, 94다21337)

… 회사와 노동조합이 약정을 체결하였으나 중대한 위반행위를 한 경우에 위 약정을 해제(解除)할 수 있는가

회사는 고소된 근로자가 금고(禁錮) 이상의 형을 선고 받더라도 석방과 동시에 원직에 복귀시키기로 한다는 내용의 합의서 및 합의각서에 의한 약정을 체결하였고, 노동조합은 회사에 불법적인 단체행동으로 끼친 손해에 대해 사과하고 앞으로는 정상조업을 방해하는 비합법적인 단체행동을 하지 않을 것을 약속하였으나, 그 후 노동조합원들이 구속된 조합원들에 대하여 휴직처분이 내려진 데에 반발하여 이틀에 걸쳐 집단적으로 휴가계를 제출하고 결근함으로써 공장가동이 전면적으로 중단되었고 또 임시총회를 개최하여 공장가동을 중단시켰다면, 이는 합의한 약정을 위반한 것이라고 할 수 있으므로 회사로서는 이를 이유로 위 약정을 해제(解除)할 수 있다.(大判 1992.5.8, 91누10480)

… 단체협약이 종료되면 근로시간, 임금 등에 관한 근로관계의 내용은 효력을 상실하는가
단체협약의 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 부분인 규범적 부분은 협약의 성립과 함께 개별적 근로관계의 내용이 되는 것이므로 협약이 실효되더라도 개별적 근로관계의 내용으로 된 부분은 그대로 존속(存續)한다고 보아야 한다. 또한 조합원에 대한 인사 및 해고에 관한 규정도 규범적 효력을 지니는 부분이므로 협약이 만료되더라도 새로운 협약이 체결될 때까지는 그 효력이 지속된다.
(大判 1994.1.14, 93다968)

4. 쟁의행위

1) 쟁의행위의 정의

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제2조【쟁의행위의 정의】

“쟁의행위”라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다.

【해설】

- … 쟁의행위는 노동조합이 단체의 의사결정을 통해서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 집단적 행위이기 때문에 개개 근로자가 근로조건에 관한 불만을 가지고 작업을 거부하는 것은 쟁의행위가 아니다.
- … 업무의 정상적인 운영이란 사용자의 적법한 지휘·명령에 따라 업무를 운영하는 것을 말하는 것으로써 법률상이나 계약상 근로의무가 있는 경우에 근로의 제공을 거부하는 것이 쟁의행위에 해당된다.
- … “노동쟁의”란 노동조합과 사용자 또는 사용자단체간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장의 불일치(不一致)로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다.

【판례】

… 작업시간에 집단적으로 작업을 거부하는 것은 정당한다

근로자들이 작업시간에 집단적으로 작업에 임하지 아니한 것은 다른 위법의 요소가 없는 한 근로제공의무의 불이행에 지나지 않는다고 할 것이지만, 단순히 노무제공의 거부라고 하더라도 그것이 정당한 쟁의행위가 아니면서 위력으로 업무의 정상적인 운영을 방해할 정도에 이르면 형법상 업무방해죄(業務妨害罪)가 성립될 수 있다.(大判 1991.4.23, 90도2771)

... 연장근로 거부는 쟁의행위에 해당하는가

연장근로가 당사자의 합의에 의하여 이루어지는 것이라고 하더라도 근로자들을 선동하여 근로자들이 통상적으로 해 오던 연장근로를 집단적으로 거부하도록 함으로써 회사업무의 정상운행을 방해하였다면 이는 쟁의행위로 보아야 한다.

(大判 1996. 2. 27, 95도2970)

... 휴일근무를 집단적으로 거부하는 행위는 쟁의행위에 해당되는가

근로자들이 주장을 관철시킬 목적으로 종래 통상적으로 실시해 오던 휴일근무(休日勤務)를 집단적으로 거부하였다면, 이는 회사업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로서 쟁의행위에 해당한다.(大判 1997.12.26, 97누8427)

... 집단월차휴가의 실시 및 간호사들의 평복근무가 쟁의행위에 해당하는가

사용자와의 단체협약갱신협상에서 유리한 지위를 차지하기 위하여 조합원들로 하여금 집단으로 월차휴가를 실시하게 한 것은 이른바 쟁의적 준범투쟁으로서 쟁의행위에 해당하고, 위생문제에 특히 주의해야 하고 신분을 표시할 필요가 있는 간호사들이 집단으로 규정된 복장을 하지 않는 것은 병원업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로서 역시 쟁의행위에 해당한다.(大判 1994.6.14, 93다29167)

... 조합원들이 회사 시설물을 점거(占據)하고 외부인의 출입을 통제(統制)한 행위는 쟁의행위에 해당한가

노동조합원들이 공장본관의 현관과 여기에서 공장장실 등으로 통하는 복도를 점거하여 점거기간중 점심시간이나 야간에는 구호를 외치고 노래를 부르는 등 농성을 함으로 인하여 외부인의 본관 건물에의 출입이 거의 불가능하게 되고 사용자 회사의 정상적인 업무수행에 큰 지장을 초래하였다면 조합원들의 위 점거농성행위는 쟁의행위에 해당한다.(大判 1991.01.15, 90누6620)

... 회사 앞 도로상에서 농성을 한 행위가 쟁의행위에 해당 되는가

사용자인 회사의 본관 앞 도로상에서 그 회사소속 근로자 1,100여명을 모아 놓고 “임투승리”, “요구액 관철시까지 투쟁” 등의 선동을 하면서 농성을 주도하여 회사의 정상업무를 저해한 행위는 노동쟁의행위에 해당한다.

(大判 1990.4.13, 90도162)

2) 쟁의행위의 주체

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제37조【쟁의행위의 기본원칙】

조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니된다.

【해설】

- 근로자의 쟁의행위가 정당성을 갖추기 위해서는 그 주체(主體)가 단체교섭이나 단체협약 체결능력(締結能力)이 있는 자, 즉 노동조합이어야 한다. 따라서 근로자 개인, 일시적인 근로자 단체나 쟁의단(爭議團)은 정당한 쟁의행위의 주체가 될 수 없다.
- 방위사업법에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자중 전력(電力), 용수(用水) 및 주로 방산물자(防產物資)를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없다.(노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제2항)
- “주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자”에는 방산물자(防產物資)의 완성에 필요한 제조, 가공, 조립, 정비, 재생, 개량, 성능검사, 열처리, 도장, 가스 취급 등의 업무에 종사하는 자로 범위를 규정하고 있다.(노동조합 및 노동관계조정법시행령 제20조)

【판례】

→ 정당한 쟁의행위를 위한 주체

근로자의 쟁의행위가 정당성을 갖추기 위하여는 그 주체가 단체교섭이나 단체협약을 체결할 능력이 있는 노동조합이어야 한다. (大判 2001.10.25, 99도4837)

→ 단체협약의 당사자로서의 쟁의행위의 주체

쟁의행위는 노동관계 당사자가 임금 및 근로조건 등을 정하는 단체협약을 체결함에 있어 보다 유리한 결과를 자신에게 가져오게 하기 위하여 행사하는 최후의 강제수단이다. 따라서 쟁의행위는 주로 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항을 목적으로 하는 경우에만 허용되는 것이고, 단체협약의 당사자가 될 수 있는 자에 의하

여서만 이루어져야 하는 것이다.
(憲裁1990.1.15, 89헌가103)

→ 단체교섭권이 없는 근로자단체의 쟁의행위는 정당성이 있는가

1. 근로자라고 할 수 없는 해직이 확정된 자도 회원자격을 인정하고 있을 뿐만 아니라, 기존의 노동조합과 그 조직대상을 같이 하고 있어 노동조합법상의 노동조합이라고 볼 수 없고 단체교섭권도 없어 쟁의행위의 정당한 주체로 될 수 없는 ○○○이 주체로 된 파업은 물론 파업에 이르기까지의 단체행동은 그 주체의 면에서나 그 목적, 수단의 면에서 정당성을 인정할 수 없으므로 정당한 단체행동으로 볼 수 없다. (大判 1997.2.11, 96누2125)
2. ○○협의회는 적법한 절차를 거쳐 쟁의주체로서 조직된 단체가 아니어서 단체교섭권이 없는 임의단체이므로 이 사건 파업에 이르는 행위는 근로자의 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되지 않는다. (大判 1996.1.26, 95도1959)

3) 쟁의행위의 목적

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제1조【목적(目的)】

이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

【해설】

- 쟁의행위의 목적은 임금, 근로시간, 해고, 기타 대우 등 근로조건의 결정에 관한 요구를 관철할 목적으로 행하는 행위여야 한다.
- 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 정당성 여부를 판단하여야 한다.

…… 경영상 결단에 속하는 사항은 비록 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 쟁의행위의 목적으로 삼을 수 없다.

【 판례 】

…… 경영상 필요에 의한 구조조정은 쟁의행위의 대상이 될 수 없다.

정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다. (大判 2003. 12. 11, 2001도3429)

…… 조직변경 및 업무분장 등에 관한 결정권은 사용자의 경영권에 속하는 사항으로 단체교섭사항이 될 수 없다

사용자의 재량적 판단이 존중되어야 할 기구 통·폐합에 따른 조직변경 및 업무분장 등에 관한 결정권은 사용자의 경영권에 속하는 사항으로서 단체교섭사항이 될 수 없고, 단체교섭사항이 될 수 없는 사항을 달성하려는 쟁의행위는 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다. (大判 2002.1.11, 2001도1687)

…… 정부를 상대로 법률의 개정 등을 요구하는 것이 쟁의행위의 대상이 될 수 있는가

저항권은 국가권력에 의하여 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재 자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로서는 목적을 달성할 수 없는 때에 국민이 자기의 권리, 자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리이므로 국회가 법률을 제정·개폐함에 있어 입법절차를 무시한 하자가 있다고 하더라도 이는 쟁의행위의 대상이 되지 않는 것이며, 이러한 입법과정의 하자를 규탄하고 시정하려는 집회 및 시위라고 하더라도 집회및시위에관한법률에 정한 절차에 따르지 아니한 이상 그 책임을 면할 수 없다.

(大判 2000.9.5, 99도3865)

… 정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정 실시 자체에 반대하는 쟁의행위는 정당한가

정리해고나 부서·조직의 통폐합 등 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진 되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다. (大判 2003. 12. 26. 선고 2001도3380 판결)

… 정리해고 자체를 반대하는 쟁의행위는 쟁의행위로서 정당한가

쟁의행위가 정리해고 등 구조조정의 실시 자체를 저지하기 위한 것으로서 사용자의 경영권을 본질적으로 침해하는 내용에 해당함을 알 수 있고, 정리해고 등 구조조정 방침이 긴박한 경영상의 필요나 합리적 이유 없이 결정되었다고 볼 만한 아무런 자료도 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 쟁의행위는 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다. (大判 2003.2.11, 2000도4169)

… 노동조합이 사용자에게 임금인상을 요구함으로써 분쟁이 발생하여 그 결과 사용자의 정상적인 업무수행이 저해되었을 경우에 쟁의행위의 정당성은 있는가
노동조합의 쟁의행위는 노동조합이 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 자기측에게 유리하게 전개하여 자기의 주장을 관철할 목적으로 행하는 것으로서 업무의 정상운동을 저해하는 것을 의미하므로, 단순히 노동조합이 사용자에게 다소 무리한 임금인상을 요구함으로써 분쟁이 발생하였으며 또한 노동조합의 쟁의행위 결과 사용자의 정상적인 업무수행이 저해되었다 하더라도, 그것만으로 노동조합의 쟁의행위가 정당성이 없는 것은 아니다. (大判 2000.5.26, 98다34331)

… 단체교섭사항이 아닌 보상금 지급을 관철시킬 목적의 쟁의행위는 정당한가
영업양도는 회사의 구조조정을 위해 취해진 조치로서 경영 주체의 경영의사 결정에 의한 경영조직 변경에 해당하고 그 양도대금 또한 영업활동을 통한 수익으로 볼 수 없어 그 귀속 내지 사용에 관한 결정 자체는 단체교섭사항이 될 수 없다. 따라서 노동조합이 피고인들의 주도하에 단체교섭사항이 될 수 없는 보상금 지급을 요구하며 이를 관철시킬 목적으로 쟁의행위를 한 것으로 이는 목적에 있어 정당하지 않다. (大判 2001.5.8, 99도4659)

→ 구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치는 원칙적으로 노동쟁의의 대상이 될 수 없다.

모든 기업은 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정의 자유를 가지며, 사업 또는 영업을 변경(확장 축소 전환)하거나 처분(폐지 양도)할 수 있는 자유를 가지고 있고, 이는 헌법에 의하여 보장되고 있는 것이다. 구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치는 원칙적으로 노동쟁의의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한 노동조합이 그 실시를 반대하기 위하여 벌이는 쟁의행위에는 목적의 정당성을 인정할 수 없다.(大判 2003. 11. 13, 2003도687)

→ 쟁의행위의 목적이 여러 가지일 때 그 중 일부가 정당하지 못한 경우 쟁의행위의 효력

쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고, 부당한 요구사항을 뺏더라도 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 한다. (大判 1992.1.21, 91누5204 등 다수)

4) 쟁의행위의 절차

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제41조【쟁의행위의 제한과 금지】

노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다.

【해설】

→ 쟁의행위는 조정절차, 조합원 찬성결정 등 법령이 정한 절차에 따라야 하고, 노사간에 충분히 단체교섭을 한 후 『최후의 수단』으로서 행사되어야만 정당성이 인정된다.

... 쟁의행위는 조정절차를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없다.
(노동조합 및 노동관계조정법 제45조)

... 조정기간 중(일반사업의 경우 10일, 공익사업의 경우는 15일)에 조정이 종료되지 않거나 중재회부시 15일의 쟁의행위 금지 기간 중 중재재정이 이루어지지 않은 경우에는 이후 쟁의행위를 할 수 있으며, 조정기간 중에는 쟁의행위가 금지된다.

... 노동조합이 쟁의행위를 하고자 할 경우에는 행정관청과 관할 노동위원회에 쟁의행위의 일시, 장소 참가인원 및 그 방법을 미리 서면으로 신고하여야 한다.

【 판례 】

... 쟁의행위 찬반투표 절차를 거치지 아니한 쟁의행위는 효력이 있는가
조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 법규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성을 인정받을 수 없다 할 것이다.
(大判 2001.10.25, 99도4837)

... 노동조합이 근무시간중에 임시총회를 개최한다는 사실을 통보하고 쟁의행위 찬반투표를 실시하는 것은 정당한가
쟁의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 근무시간중에 임시총회개최에 대하여 회사에 2회에 걸친 서면통보를 하였고, 전체 조합원이 참석할 수 있도록 근무시간중에 노동조합 임시총회를 개최하고 3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여흥시간을 가졌더라도 그 임시총회 개최행위는 전체적으로 노동조합의 정당한 행위에 해당한다.
(大判 1994.2.22, 93도613)

... 노동쟁의 조정신청이나 조합원들에 대한 쟁의행위 찬반투표 등의 절차를 거친 후 이루어진 쟁의행위에 대하여 신고절차의 미준수만을 이유로 그 정당성을 부정할 수는 없다

노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제17조에서 규정하고 있는 쟁의행위의 일시·장소·참가인원 및 그 방법에 관한 서면신고의무는 쟁의행위를 함에 있어 그 세부적·형식적 절차를 규정한 것으로서 쟁의행위에 적법성을 부여하기 위하여 필요한 본질적인 요소는 아니므로, 노동쟁의 조정신청이나 조합원들에 대한 쟁의 행위 찬반투표 등의 절차를 거친 후 이루어진 쟁의행위에 대하여 신고절차의 미준 수만을 이유로 쟁의행위의 정당성을 부정할 수는 없다.

(大判 2007.12.28, 2007도5204)

→ 노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 한 경우, 반드시 노동위원회의 조정결정 이후에 쟁의행위를 하여야 하는가

노동쟁의는 특별한 사정이 없는 한 그 절차에 있어 조정절차를 거쳐야 하는 것이지만, 이는 반드시 노동위원회가 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야만 그 절차가 정당한 것은 아니라고 할 것이고, 노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 조정절차를 거친 것으로서 쟁의행위를 할 수 있다.

(大判 2003. 12. 26, 2001도1863)

→ 지역별·산업별·업종별 노동조합의 경우 총파업이 아닌 이상 쟁의행위를 예정하고 있는 당해 지부나 분회소속 조합원의 과반수의 찬성이 있으면 쟁의행위는 절차적으로 적법한가

지역별·산업별·업종별 노동조합의 경우에는 총파업이 아닌 이상 쟁의행위를 예정하고 있는 당해 지부나 분회소속 조합원의 과반수의 찬성이 있으면 쟁의행위는 절차적으로 적법하다고 보아야 할 것이고, 쟁의행위와 무관한 지부나 분회의 조합원을 포함한 전체 조합원의 과반수 이상의 찬성을 요하는 것은 아니다.

(大判 2004.9.24, 2004도 4641)

→ 평화의무 위반의 쟁의행위는 정당성이 없다.

단체협약에서 이미 정한 근로조건이나 기타 사항의 변경·개폐를 요구하는 쟁의행위를 단체협약의 유효기간 중에 하여서는 아니된다는 이른바 평화의무를 위반하여 이루어진 쟁의행위도 노사관계를 평화적·자주적으로 규율하기 위한 단체협약의 본질적 기능을 해치는 것일 뿐 아니라 노사관계에서 요구되는 신의성실의 원칙에도 반하는 것이라 할 것이므로 정당성이 없다고 하여야 할 것이다.

(大判 1994. 9. 30, 94다4042)

5) 쟁의행위의 방법

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제42조【폭력행위 등의 금지】

- ① 쟁의행위는 폭력(暴力)이나 파괴행위(破壞行爲) 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다.
- ② 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

[해설]

- ... 쟁의행위의 수단 및 방법에 있어서는 근로의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하여 사용자에게 타격을 주는 것이어야 하며, 노사관계의 신의성실의 원칙에 비추어 공정성의 원칙에 따라야 한다.
- ... 어떠한 경우라도 폭력, 파괴행위는 정당한 행위로 해석되지 않는다. 다만, 노동조합의 의사와 관계없이 일부 조합원에 의한 폭력, 파괴행위가 발생한 경우에는 당해 쟁의행위 전체의 정당성과 구분하여 판단하여야 한다.
- ... 쟁의행위는 작업이 정지되는 일시적 현상이며 작업시설이 손상되거나 원료, 제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 계속되어야 한다.

→ 생산시설에 준하는 시설로서 점거(占據)가 금지(禁止)되는 시설(노동조합 및 노동관계조정법시행령 제21조)

- 전기, 전산 또는 통신시설
- 철도(도시철도를 포함한다)의 차량 또는 선로
- 건조·수리 또는 정박중인 선박 (다만, 선원법에 의한 선원이 당해 선박에 승선하는 경우를 제외한다)
- 항공기와 항행안전시설, 항공기의 이·착륙 또는 여객·화물의 운송을 위한 시설
- 화약·폭약 등 폭발 위험이 있는 물질 또는 「유해화학물질 관리법」에 의한 유독 물질을 보관·저장하는 장소

【 판례 】

… 쟁의과정에서 관리직 사원 등 다른 회사원들의 근무를 방해하고 폭력을 행사하는 방법을 사용한 행위는 정당한가

단체협약이나 노동쟁의의 대상이 아닌 정리해고의 실시 자체를 반대하면서 이에 대하여 형식적으로 노동위원회의 조정절차를 거친 후 곧바로 돌입한 쟁의행위는 그 목적이나 절차가 적법하다고 볼 수 없고, 쟁의과정에서 물리적 방법으로 관리직 사원 등 다른 회사원들의 근무를 방해하고, 폭력을 행사하여 상해를 입게 하고 회사의 기물을 손괴하는 행위를 한 것이므로 쟁의행위는 그 수단과 태양에 있어서도 정당한 쟁의행위라고 볼 수 없다.(부산高判1999.5.3, 99노34)

… 안전보호시설

노동조합 및 노동관계조정법 제42조 제2항 소정의 ‘안전보호시설’ 이라 함은 사람의 생명이나 신체의 안전을 보호하는 시설을 말하는 것으로, 이에 해당하는지 여부는 당해 사업장의 성질, 당해 시설의 기능 등의 제반 사정을 구체적·종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.(大判 2005. 9. 30, 2002두7425)

… 파업의 보조수단인 피케팅은 정당성이 인정되는가

쟁의행위 중 파업은 그 노무정지의 효율성을 확보, 강화하기 위하여 그 보조수단으로 소위 ‘피케팅’을 동반하거나, 직장에 체류하여 연좌, 농성하는 직장점거를 동반하기도 하는 것으로서 그 자체는 위법하다고 할 수 없으나, 이 경우 ‘피케팅’은 파업에 가담하지 않고 조업을 계속하려는 자에 대하여 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위 내에서 정당성이 인정되는 것이 원칙이고, 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력적 저지나 물리적 강제는 정당화될 수 없는 것이다.(大判 1992.7.14, 91다43800)

… 사용자의 기업시설을 장기간에 걸쳐 전면적·배타적으로 점거하는 것은 정당한가

조합원의 직장점거는 사용자측의 점유를 배제하지 아니하고 그 조업도 방해하지 않는 부분적, 병존적 점거일 경우에 한하여 정당하다고 보아야 할 것이므로 피고 인들이 조합원 660여명을 동원하여 근무중이던 직원을 몰아내고 회사 사무실을 점거함으로써 그 업무수행을 위력으로 방해하였다면 정당하다고 볼 수 없다.(大判 1991.6.11, 91도383)

6) 쟁의행위에 대한 사용자의 대항행위

(1) 직장폐쇄

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제46조【직장폐쇄(職場閉鎖)의 요건】

- ① 사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다.
- ② 사용자는 제1항의 규정에 의한 직장폐쇄를 할 경우에는 미리 행정관청 및 노동위원회에 각각 신고하여야 한다.

【해설】

- ... 직장폐쇄란 노동조합의 쟁의행위에 대한 대항수단으로 사용자가 일시적으로 근로자의 노무 수령을 거부하여 기업시설 및 경영권을 노동조합의 쟁의행위로 부터 보호하기 위하여 행하는 사용자의 쟁의행위이다.
- ... 직장폐쇄도 폭력이나 파괴행위로써 행할 수 없으며, 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위로 행할 수 없다.

➡ 직장폐쇄의 방법과 효과

직장폐쇄의 방법	- 직장폐쇄는 직장폐쇄의 실시를 공고하고, 사업장에서의 노무수령을 거부하는 방식으로 이루어진다 - 사용자는 직장폐쇄를 할 경우에 미리 행정관청 및 노동위원회에 각각 신고하여야 한다 (노동조합 및 노동관계조정법 제46조) - 직장폐쇄 기간 중이라도 노동조합사무실과 기숙사 등은 폐쇄 할 수 없다
직장폐쇄의 정당성 요건	- 사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있으며 그 이전에 행하면 위법하다 - 노동조합의 쟁의행위가 종료된 이후에도 계속하여 직장폐쇄를 하게 되면 공격적 직장폐쇄가 되어 정당성이 상실된다 - 사용자는 위법성이 명백한 쟁의행위의 경우에는 다른 법률적 구제수단으로 대응하여야 하며, 직장폐쇄를 실시할 경우에는 그 정당성이 상실된다
직장폐쇄의 범위	- 사업장 전체가 쟁의행위의 대상이 된 경우에는 사업장 전체를 대상으로 직장폐쇄를 실시할 수 있으나, 사업장 일부에 쟁의행위가 발생 된 경우 그 일부분을 대상으로 한 직장폐쇄는 가능하지만 공격적인 전면적 직장폐쇄는 허용되지 않는다. - 그러나 사업장 일부에 대한 쟁의행위로 인하여 사업장 전체의 조업이 불가능한 경우에는 전면적 직장폐쇄도 가능하다
직장폐쇄의 효과	- 정당한 직장폐쇄의 경우에는 사용자의 임금지급 의무가 면제되나, 정당성이 상실된(선제적·공격적) 직장폐쇄의 경우에는 근로자에게 임금을 지급하여야 한다 - 직장폐쇄가 정당하게 행해지면 사용자는 조합원에 대한 퇴거명령을 할 수 있으며, 이를 거부하는 경우에는 조합원에게 퇴거불응죄가 적용된다

【 판례 】

→ 준법투쟁(遵法鬭爭)에 대항하는 직장폐쇄는 가능한가

평균임금이 동종 업종과 비교하여 가장 높은 수준임에도 노동조합이 최고 수준의 임금인상을 요구하여 임금협상이 결렬되었으나 노동조합이 준법투쟁에 돌입한지 3일 만에 전격적으로 단행한 사용자의 직장폐쇄는 정당성이 없다.

(大判 2000.5.26, 98다34331)

→ 선제적, 공격적 직장폐쇄

사용자의 직장폐쇄가 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적을 벗어나 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 선제적, 공격적 직장폐쇄에 해당하는 경우, 정당한 쟁의행위로 인정될 수 없다.

(大判 2003. 6. 13, 2003두1097)

→ 직장폐쇄가 정당하지 못할 경우에 근로자가 사업장을 출입하는 것이 가능한가

사용자의 직장폐쇄는 사용자와 근로자의 교섭태도와 교섭과정, 근로자의 쟁의행위의 목적과 방법 및 그로 인하여 사용자가 받는 타격의 정도 등 구체적인 사정에 비추어 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있어야만 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있으므로 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 인정되지 아니하는 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 근로자가 평소 출입이 허용되는 사업장 안에 들어가는 행위가 주거침입죄(住居侵入罪)가 되지는 아니한다.

(大判 2002.9.24, 2002도2243)

→ 사용자가 직장폐쇄를 한 이후에 근로자들에 대하여 사업장으로부터의 퇴거(退去)요청을 하는 것이 가능한가

근로자들의 직장점거가 적법한 것이었다 하더라도 사용자가 이에 대응하여 적법하게 직장폐쇄를 하게 되면, 사용자의 사업장에 대한 물권적 지배권이 전면적으로 회복되는 결과 사용자는 점거중인 근로자들에 대하여 정당하게 사업장으로부터의 퇴거를 요구할 수 있고 퇴거를 요구받은 이후에도 계속 직장점거를 하게 된다면 퇴거불응죄(退去不應罪)를 구성한다.(大判 1991.8.13, 91도1324)

(2) 대체근로

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제43조【사용자의 채용제한】

- ① 사용자는 쟁의행위 기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.
- ② 사용자는 쟁의행위기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다.

【해설】

- 쟁의행위기간 중의 대체근로 제한은 노동조합의 정당한 단체행동권을 보장하려는 취지이므로, 쟁의행위가 정당하지 아니한 경우에는 당해 사업과 관계 없는 자를 채용·대체하거나 쟁의행위로 중단된 업무를 도급·하도급 주더라도 법 위반이 아니다.
- 필수공익사업의 경우에는 대체근로 제한이 적용되지 않으며, 당해 사업 또는 사업장 파업참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안에서 채용 또는 대체하거나 도급 또는 하도급 줄 수 있다.
(노동조합및노동관계조정법 제43조 3,4항 및 동법 시행령 제22조의 4)

【판례】

→ 대체근로

사용자가 노동조합이 쟁의행위에 들어가기 전에 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하기 위하여 근로자를 신규로 채용한 후 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 한 경우, 구 노동쟁의조정법 제15조 위반죄가 성립한다.(大判 2000. 11. 28, 99도317)

→ 정당하지 않은 쟁의행위의 경우 대체근로 가능 여부

노조법 제43조에서 쟁의행위라 함은 정당한 쟁의행위 기간만을 의미하는 것으로 노동조합의 쟁의행위가 정당하지 않다면 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하여도 동법에 저촉되지 않는 것임. (행정해석 2001.11.17, 협력68140-560)

7) 쟁의행위와 임금지급 여부

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제44조【쟁의행위 기간중의 임금지급요구의 금지】

- ① 사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간중의 임금을 지급할 의무가 없다.
- ② 노동조합은 쟁의행위 기간에 대한 임금의 지급을 요구하여 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니된다.

【해설】

- 무노동무임금(無勞動無賃金, No Work No Pay) 원칙에 따라 사용자는 쟁의에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에게 임금을 지급할 필요가 없다.
- 노동조합은 쟁의행위 기간에 대하여 임금을 요구하거나 사용자에게 임금의 지급을 이유로 한 쟁의행위를 할 수 없다.

➡ 직장폐쇄기간중 파업에 참가하지 아니한 근로자에 대한 임금지급 여부

노동조합의 파업 등 쟁의행위와 관련하여 파업에 참가하지 아니한 자에 대한 임금 지급 여부는 사용자가 현실적으로 근로희망자들의 노무제공으로 조업이 가능한지 여부와 관련하여 판단되어야 할 사항이며, 파업에 참가하지 아니한 근로자를 근로시킬 수 있음에도 불구하고 사용자가 이를 거부한 경우에는 사용자의 귀책사유에 해당하므로 근로기준법 제45조에 의한 휴업수당을 지급하여야 할 것으로 판단됨. (행정해석 1997. 9. 9, 협력 68140-368)

【 판례 】

→ 근로자가 근로제공을 하지 아니한 쟁의행위기간 동안에 대하여 임금을 청구할 수 있는가

쟁의행위시의 임금지급에 관하여 단체협약이나 취업규칙 등에서 이를 규정하거나 그 지급에 관한 당사자 사이의 약정이나 관행이 있다고 인정되지 아니하는 한, 근로자의 근로제공의무 등의 주된 권리·의무가 정지되어 근로자가 근로제공을 하지 아니한 쟁의행위기간 동안에는 근로제공의무와 대가관계에 있는 근로자의 주된 권리로서의 임금청구권은 발생하지 않는다.(大判 1996.10.25, 96다5346)

8) 쟁의행위의 정당성과 면책

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제3조【손해배상청구의 제한】 및 제4조【정당행위】

(제3조) 사용자는 이법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.

(제4조) 형법 제20조의 규정(형사면책)은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니된다.

【 해설 】

→ 근로자들이 근로조건을 유지·개선하기 위하여 단체교섭, 쟁의행위 등을 함에 있어서 그 행위가 정당성을 가지는 한 형사상(형법 제20조 형사처벌)과 민사상(손해배상책임) 책임이 면제된다.

→ 근로자는 쟁의행위 기간중에는 현행법 외에는 노동조합및노동관계조정법 위반을 이유로 구속되지 아니한다.(노동조합 및 노동관계조정법 제39조)

【 판례 】

… 쟁의행위가 정당성을 가지는 경우에 민·형사상 책임은 있는가

쟁의행위는 업무의 침해라는 속성상 그 자체로서 시민형법상의 여러가지 범죄의 구성요건에 해당될 수 있음에도 불구하고 그것이 정당성을 가지는 경우에는 형사 책임이 면제(免除)되며, 민사상 손해배상(損害賠償) 책임도 발생하지 않는다. (憲裁1998.7.16, 97헌바23)

… 해고근로자가 회사의 건물을 점거하는 행위가 정당한가

해고되어 회사의 근로자도 아닌 피고인(被告人)이 시위 근로자 570명과 함께 회사건물 본관 앞까지 이동한 다음 무단점거를 저지하려는 관리직 사원 등 400여 명을 힘으로 밀어붙이고 동 건물을 점거하였는데 이러한 집단행위가 적법한 쟁의 행위도 아니었으며, 또한 쟁의행위에 당연히 수반되는 행위라고도 할 수 없는 관리직 사원 600여명의 업무영역에 관하여 방해를 한 경우에 있어서 위 피고인의 행위는 건조물침입죄(建造物侵入罪) 및 업무방해죄(業務妨害罪)가 된다.

(大判 1990.6.12, 90도672)

… 불법휴무(不法休務)로 인하여 회사측이 입은 손해배상의 범위는

법리상 제조업체에 있어서 불법휴무로 인해 조업을 하지 못함으로써 기업이 입은 손해로는 조업중단으로 제품생산을 못해 생산제품의 판매로 얻을 수 있는 매출이익을 올리지 못한 손해와 조업중단여부와 관계없이 고정적으로 지출되는 비용(차임, 제세공과금, 감가상각비, 보험료 등)을 무용(無用)하게 지출해 입은 손해를 들 수 있다. (大判 1993.12.10, 93다24735)

… 노동조합원들에 대하여 책임을 묻지 않기로 노사간에 합의한 면책합의(免責合意)의 범위는

농성기간중 노동조합원들에 대하여 일체의 책임을 묻지 않기로 노사간에 합의한 경우 그 취지는 농성기간중의 행위뿐만 아니라 농성과 일체성을 가지는 그 준비행위, 유발행위까지도 포함된다. (大判 1994.1.28, 93다49284)

... 노동조합의 간부들이 불법쟁의행위를 기획·지시·지도하는 등으로 주도한 경우에 노동조합간부에 대하여도 책임을 물을 수 있는가

간부들의 행위는 조합의 집행기관으로서의 행위라 할 것이므로 노동조합은 그 불법쟁의행위로 인하여 사용자가 입은 손해를 배상할 책임이 있고, 한편 조합간부들의 행위는 노동조합 단체로서의 행위라고 할 수 있는 외에 개인의 행위라는 측면도 아울러 지니고 있고, 일반적으로 쟁의행위가 개개 근로자의 노무정지를 조직하고 집단화하여 이루어지는 집단적 투쟁행위라는 그 본질적 특징을 고려하여 볼 때 노동조합의 책임 외에 불법쟁의행위를 기획·지시·지도하는 등으로 주도한 조합의 간부들 개인에 대하여도 책임을 지우는 것이 당연하다.

(大判 1994.3.25, 93다 32828·32835)

... 일반조합원이 불법쟁의행위시 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없다

불법쟁의행위를 기획·지시·지도하는 등으로 주도한 조합간부들이 아닌 일반조합원의 경우, 쟁의행위는 언제나 단체원의 구체적인 집단적 행동을 통하여서만 현실화되는 집단적 성격과 근로자의 단결권은 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 하는데 일반조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 해칠 수도 있는 점, 쟁의행위의 정당성에 관하여 의심이 있다 하여도 일반조합원이 노동조합 및 노동조합 간부들의 지시에 불응하여 근로제공을 계속하기를 기대하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 일반조합원이 불법쟁의행위시 노동조합 등의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없다. 다만, 근로자의 근로내용 및 공정의 특수성과 관련하여 그 노무를 정지할 때에 발생할 수 있는 위험 또는 손해 등을 예방하기 위하여 그가 노무를 정지할 때에 준수하여야 할 사항 등이 정하여져 있고, 당해 근로자가 이를 준수함이 없이 노무를 정지함으로써 그로 인하여 손해가 발생하였거나 확대되었다면, 그 근로자가 일반조합원이라고 할지라도 그와 상당인과관계에 있는 손해에 대하여는 이를 배상할 책임이 있다.(大判 2006.9.22, 2005다30610)

5.노동쟁의조정 제도

1) 조정

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제53조【조정의 개시】

노동위원회는 관계 당사자의 일방이 노동쟁의의 조정(調停)을 신청(申請)한 때에는 지체없이 조정을 개시(開始)하여야 하며, 관계당사자 쌍방은 이에 성실히 임하여야 한다.

【해설】

- ... 조정은 노동쟁의에 대하여 제3자인 노동위원회가 공정한 입장에서 교섭을 촉진시키는 등 노동관계당사자가 자주적으로 조정할 수 있도록 교섭을 촉진시켜 노동쟁의를 해결하는 조정절차를 의미한다.
- ... 노조법 제45조에서는 조정절차를 거치지 아니하면 쟁의행위를 할 수 없도록 규정하고 있으므로(조정전치주의), 노사당사자는 노동쟁의가 발생한 때에는 상대방에게 서면으로 통보하고 노동위원회에 조정을 신청하여야 한다.
- ... 조정의 신청이 있는 날부터 일반사업에 있어서는 10일, 공익사업에 있어서는 15일 이내에 종료하여야 하고, 조정기간은 당사자간의 합의로 일반사업에 있어서는 10일, 공익사업에 있어서는 15일 이내에서 연장할 수 있다.(노동조합 및 노동관계조정법 제54조)
- ... 노사당사자에게는 조정위원회의 조정안을 반드시 수락할 의무가 없으므로, 조정의 성립 여부는 노사당사자의 의사에 맡겨져 있다. 노사당사자가 조정안을 수락한 경우에는 노동쟁의가 해결되게 되며, 수락한 조정안은 단체협약과 동일한 효력을 발생한다.
- ... 조정절차는 노동위원회를 통한 공적조정절차를 거치는 것이 일반적이나, 당사자 쌍방의 합의 또는 단체협약이 정하는 바에 따라 제3자를 통한 사적조정절차를 거칠 수도 있다.

【 판례 】

… 냉각기간(조정기간)중에 태업과 허가없는 유인물을 배포한 행위가 정당한 조합 활동인가

쟁의행위를 하려면 미리 노동쟁의 발생 신고를 한 다음 소정의 냉각기간을 거쳐야 함은 물론 조합원들의 직접, 비밀, 무기명투표에 의한 과반수의 찬성을 얻어야 함에도 불구하고 이에 따르지 아니한 채 냉각기간중에 작업시간 중 집단적으로 노래를 부르는 등의 방법으로 태업을 하고, 근무시간 중 사용자의 승인도 받지 아니하고 노동절행사를 갖는 것이나, 또한 사용자의 허가 없이 회사 내에서 유인물을 배포하는 행위 등을 한 것은 정당한 조합활동에 해당한다고 볼 수는 없다 할 것이다.

(서울高判1990.10.11, 89구15781)

… 조정기간을 거치지 않고 행한 쟁의행위는 정당한가

노동쟁의의 신고의무 있는 자가 그 신고(申告)를 하지 아니하거나 신고 후 법정의 냉각기간이 지나지 아니하였는데도 쟁의행위를 한 자는 정당한 쟁의행위라고 할 수 없다고 보아야 한다.(大判 1992.8.18, 92도437)

… 조합원의 찬반투표도 거치지 않고 냉각기간(조정기간)중 회사에 손해를 입힌 행위는 정당한가

사전에 조합원의 찬반투표를 거치지 않았을 뿐만 아니라 조정기간중에 회사에 대해 상당의 손해를 입혔다면 이와 같은 행위는 쟁의권의 남용에 해당하여 정당성이 없다. (大判 1990.5.15, 90도357)

… 정당한 쟁의행위 도중에 새로운 쟁의사항이 부가된 경우, 별도의 노동쟁의 발생 신고를 하고 냉각기간을 거쳐야 하는가

근로조건에 관한 주장의 불일치로 노동쟁의상태가 발생하여 근로자들이 노동쟁의 발생 신고를 하고 냉각기간을 거쳐 정당한 쟁의행위를 계속하고 있는 도중에 새로운 쟁의사항이 부가되었다 하더라도, 다시 그 사항에 관하여 별도의 노동쟁의 발생 신고를 하고 냉각기간을 거쳐야 할 의무는 없다.(大判 1992.11.10, 92도 859)

... '조정전치제도' 관련 중노위의 행정지도 후 파업은 불법이 아닌가

노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차를 마치거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면, 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있는 것으로 노동위원회가 반드시 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 해야 그 절차가 정당한 것은 아니다.(大判 2001.6.26, 2000도2871)

... 전국단위의 단일노조의 경우 노동쟁의 조정신청의 관할노동위원회는 어디인가

전국○○노조는 서울에 본조를 두고 30여개 개별 사업장에 지부가 결성된 전국단위의 단일노동조합인 바, 각 개별 사업장 사용자와 대각선교섭을 벌이다가 교섭이 결렬되어 노동쟁의 조정신청을 할 경우, 관할 노동위원회는 각 지부(사업장)를 관장하는 노동위원회에 조정신청을 하는 것이 타당할 것이다.

(행정해석 1997.6.20, 협력 681410-245)

... 조정기간의 기산일(起算日)은 언제부터인가

조정기간 기산일은 노동조합 및 노동관계조정법에 조정기간의 계산에 관한 특별한 규정이 없으므로 민법(民法)을 준용하여 조정신청의 접수일인 초일은 산입하지 않고 접수일의 다음날로부터 기산한다.(행정해석 1991.12.19, 노사 32281-18309)

... 노동위원회의 조정안을 준수하지 않을 경우에 효력은

조정위원회는 당사자·참고인 등에 대하여 의견청취·조사 등의 활동을 통하여 공정한 입장에서 조정안을 작성하여 제시하고, 조정안의 수락 여부는 노동조합과 사용자가 자율적으로 결정할 사항이다. 다만, 당사자들이 일단 수락한 조정서의 내용을 준수하지 아니할 경우에는 처벌을 받게 된다.

(행정해석 1988.8.2, 노사 32281-11704)

2) 중재

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제62조【중재의 개시】

노동위원회는 다음 각호의 1호에 해당하는 때에는 중재를 행한다.

1. 관계 당사자의 쌍방이 함께 중재를 신청한 때
2. 관계 당사자의 일방이 단체협약에 의하여 중재를 신청한 때

【해설】

- ... 중재는 노동관계 당사자 일방 또는 쌍방이 노동쟁의에 대하여 노동위원회의 처분(중재재정)에 따라 노동쟁의를 해결하는 조정절차를 의미한다.
- ... 중재는 노조법 제62조의 규정에 의하여 ▲노사 쌍방의 합의 또는 ▲단체협약에 근거하여 어느 일방으로부터 신청이 있거나 ▲노조법 제80조에 따라 긴급조정에 있어 당해 관계 당사자 일방 또는 쌍방으로부터 중재신청이 있거나 중노위위원장이 중재에 회부한다는 결정을 한 때에 개시한다.
- ... 중재는 조정과 달리 관계 당사자를 구속하는 법률상 효력이 있는 처분으로서 당사자는 반드시 이에 따라야 하며, 확정된 중재재정은 단체협약과 동일한 효력을 가진다.
- ... 당사자가 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 중재재정이 위법하거나 월권에 의한 것이라고 인정하는 경우에는 그 중재재정서를 받은 날로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있고, 중앙노동위원회의 재심결정이나 중앙노동위원회의 중재재정이 위법하거나 월권에 의한 것이라고 인정하는 경우에는 이를 송달 받은 날로부터 15일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다

【 판례 】

→ 중재재정의 대상인 노동쟁의의 범위

사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 조건인 근로조건 이외의 사항에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태는 근로조건에 관한 분쟁이 아니어서 구 노동쟁의조정법 제2조의 노동쟁의라고 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 중재재정의 대상이 되지 않는다. (大判 1997.10.10, 97누4951)

→ 조합원의 근무시간중 조합활동이나 노동조합전임제에 대한 사항이 중재재정의 대상이 되는 것인가

중재절차는 원칙적으로 노동쟁의가 발생한 경우에 노동쟁의의 대상이 된 사항에 대하여 행하여지는 것이고, 노동쟁의를 임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태라고 규정하고 있기 때문에 이러한 근로조건 이외의 사항에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태는 근로조건에 관한 분쟁이 아니어서 현행법상의 노동쟁의라고 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 중재재정의 대상으로 할 수 없다. (大判 1996.2.23, 94누9177)

→ 지방노동위원회의 중재재정이 위법, 월권이라고 인정되는 경우에 한하여 불복이 인정된다.

노동쟁의조정법 제38조 제2항의 규정에 의하면 당사자는 중재재정이 위법이거나 월권에 의한 것이라고 인정하는 경우에 행정소송을 제기하여 이에 불복할 수 있도록 되어 있으므로, 중재재정은 그 절차가 위법하거나 그 내용이 근로기준법위반 등으로 위법한 경우 또는 당사자 사이에 분쟁의 대상이 되어 있지 않은 사항이나 정당한 이유 없이 당사자의 분쟁범위를 벗어나는 부분에 대하여 월권으로 중재재정을 한 경우와 같이 위법이거나 월권에 의한 것임을 이유로 하는 때에 한하여 불복할 수 있고, 중재재정이 단순히 노·사 어느 일방에게 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 않는다. (大判 1992.7.14, 91누8944)

→ 중앙노동위원회의 재심결정에 행정소송을 제기할 수 있는 자는

중앙노동위원회의 중재재정이나 중앙노동위원회의 재심결정이 위법이거나 월권에 의한 것이라고 인정될 때 행정소송을 제기할 수 있는 관계당사자는 노동조합도 포함된다. (大判 1966.3.22, 65누126)

⇨ 근로조건 결정 기준을 소급적으로 근로자에게 유리하게 변경하는 내용의 중재재정이 확정된 경우, 중재재정 확정 이전에 퇴직한 근로자에게 효력이 미치는가

단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서, 노동조합이 사용자 측과 기존의 임금, 근로시간, 퇴직금 등 근로조건을 결정하는 기준에 관하여 소급적으로 동의하거나 이를 승인하는 내용의 단체협약을 체결한 경우에 그 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후에 그 사업체에 종사하며 그 협약의 적용을 받게 될 노동조합원이나 근로자들에 대해서만 생기고, 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 근로자에게는 위와 같은 효력이 생길 여지가 없고, 근로조건이 근로자에게 유리하게 변경된 경우라 하더라도 다를 바 없으며 중재재정은 단체협약과 동일한 효력을 갖는 것으로 위와 같은 법리가 그대로 적용된다.(大判 2000.6.9, 98다13747)

⇨ 지방노동위원회의 중재회부결정에 대하여 불복이 가능한가

지방노동위원회가 노동쟁의에 대하여 한 중재회부결정은, 중재에 회부된 날로부터 15일간 쟁의행위를 금지시키고, 이를 위반하여 쟁의행위를 한 자에 대한 형사 처벌을 할 수 있으며, 그 금지기간 중의 쟁의행위를 부당한 쟁의행위로 보는 결과 그로 인하여 발생한 사용자의 손해에 대하여 노동조합 또는 조합원에게 배상책임을 부담시키는 등의 법률상 효과를 발생하게 하는 행정처분이라 할 것이고, 또한 위 중재회부결정이 중재결정을 위한 선행처분에 해당한다고 보더라도 중재회부결정은 위와 같은 자체의 독립한 법률효과(法律效果)를 가지고 있기 때문에 노동조합은 지방노동위원회의 중재회부결정 자체에 대하여도 불복할 수 있다.(

大判 1995.9.15, 95누6724)

⇨ 어떠한 경우에 중재재정에 대하여 불복 제기(提起)가 가능한가

중재재정은 그 절차가 위법(違法)하거나 그 내용이 근로기준법 위반(違反) 등으로 위법한 경우 또는 당사자 사이에 분쟁의 대상이 되어 있지 않는 사항이나 정당한 이유 없이 당사자의 분쟁범위를 벗어나는 부분에 대하여 월권으로 중재재정을 한 경우와 같이 위법(違法)이거나 월권(越權)에 의한 것임을 이유로 하는 때에 한하여 불복할 수 있고, 중재재정이 단순히 노사 어느 일방에게 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 않는다.(大判 1997.10.10, 97누4951)

6. 부당노동행위

1) 부당노동행위 구제제도

【해설】

- ‘부당노동행위’라 함은 사용자가 근로자의 정상적인 노동조합의 조직·활동에 대하여 불이익을 주거나 지배·개입하는 부당한 행위를 말한다.
- 부당노동행위 구제제도는 사용자에게 의한 노동기본권의 부당한 침해 행위를 저지하고 노동조합 또는 개개의 근로자를 보호함으로써 공정한 룰에 의한 노사관계 질서를 형성, 정립하는 데 그 의의가 있다.

【판례】

→ 부당노동행위 해당 여부 판단 기준

근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래의 관행에 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 할 것이다.

(大判 1999. 11. 9, 99두4273)

→ 전근이나 징계해고가 불이익처분에 해당하는가를 판단하는 기준

근로자에 대한 전근이나 징계해고가 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 이유로 한 불이익처분인지 여부를 판단함에 있어서는 처분시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 사유의 정당성 유무, 종래의 관행에 부합 여부, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등 외에 처분후에 있어서의 노동조합활동의 쇠퇴 여부도 비교 검토하여 판단하여야 할 것이다. 근로자에 대한 전근명령이 정기인사이동의 일환으로서 회사의 업무상 필요에 따라 그 근로자의 경력과 능력 및 연고지 등을 참작하여

직원직무이동 규정에 정한 절차와 인사이동기준에 의해 이루어진 것이라면, 당해 근로자에 대한 전근명령이 노사협의 기간중에 이루어졌고, 근로자가 노조측 단체 교섭위원으로 활동했는지라도 근로자에 대한 전근명령이 부당노동행위에 해당되지 않으며 회사의 전근명령에 불응한 채 무단결근한 근로자에 대한 징계해고가 정당하다.(大判 1992.12.8, 91누 11025)

→ 불이익 취급의 정당한 사유가 인정되면 비록 부당노동행위 의사가 추정되더라도 부당노동행위가 성립하지 않는다

부당노동행위가 성립하기 위하여는 사용자의 반조합적 의도 내지 동기라고 하는 이른바 부당노동행위의사가 있어야 하고, 한편 근로자에 대한 징계처분에 정당한 이유가 있는 것으로 인정되는 경우에는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 당해 불이익처분의 사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없어 그와 같은 불이익처분은 부당노동행위에 해당하지 않는다.

(大判 2004. 6. 10, 2004두2882)

→ 해고절차의 위반과 부당노동행위

징계절차가 단체협약에 정하여진 규정에 위반되었다는 등의 사정이 사용자의 부당노동행위의사를 판단하는 하나의 자료가 될 수는 있다 하더라도 그 징계절차 위반의 점이 해고무효사유가 되는지 여부는 별론으로 하고 부당노동행위의 성립에 당연히 영향을 미치는 결정적인 요소가 되는 것은 아니다.

(大判 1993. 1. 15, 92누13035)

2) 부당노동행위의 유형

(1) 불이익취급

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호, 제5호

1. 근로자가 노동조합에 가입(加入) 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직(組織)하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위
5. 근로자가 정당한 단체행위에 참가(參加)한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 제81조의 규정에 위반한 것을 신고(申告)하거나 그에 관한 증언(證言)을 하거나 기타 행정관청에 증거(證據)를 제출(提出)한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

[해설]

→ 근로자의 노동조합 가입이나 조직, 정당한 단체행동 참가, 기타 정당한 조합활동을 이유로 또는 노동위원회 등에 부당노동행위의 신고·증언, 증거제출을 이유로 사용자가 근로자에게 불이익을 주는 행위를 말한다. 즉 근로자가 정당한 노동조합활동에 참여하고(원인) 사용자가 이를 이유로 하여 (인과관계) 근로자에게 불이익한 취급을 하여야 한다(행위결과).

[판례]

→ 노동조합의 회계감사가 조합장 불신임을 주도한 행위를 한 경우, 이를 이유로 회사가 그 감사를 해고하는 것은 부당노동행위에 해당한다

노동조합의 회계감사가, 조합장이 사용자인 회사와의 단체교섭시 임금을 다른 회사보다 낮은 수준으로 결정한 것을 이유로 하여 다른 조합간부들과 함께 조합장에 대한 불신임의 표시로 집단적으로 사표를 제출하였고 그에 따라 조합장이 직을 사퇴할 생각으로 임시총회를 개최하기에 이른 것이라면, 위 회계감사의 행위는 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위에 해당한다 할 것이고 이를 이유로 해고한 것은 부당노동행위에 해당한다.(大判 1990.10.23, 89누2837)

→ 노동조합 결의나 지시가 없는 농성행위를 한 근로자를 해고하는 것이 불이익 취급에 해당하는가

농성에 의한 업무방해행위가 노동조합의 결의를 거쳤거나 조합의사에 따른 것이 아닌 조합원으로서의 자발적인 활동에 불과한 것이며, 이에 따라 해고한 것은 단체행동에 대한 불이익처분에 해당하는 부당노동행위가 아니다.

(大判 1990.11.13, 89누5102)

→ 사용자가 근로시간 중의 노동조합임시총회의 개최시간에 근로자들을 계속 근무 시킨 것이나 유인물을 임의로 게시한 근로자를 취업규칙에 따라 정직 처분한 것이 부당 노동행위에 해당하는가

노동조합의 활동시간을 원칙적으로 근로시간 외로 규정하고, 노동조합이 회사구내의 전용게시판을 이용하려면 사전에 회사와 게시물의 내용, 부착시기, 방법 등을 협의하여 결정하도록 규정한 단체협약은 유효하다 할 것인바, 사용자가 근로시간 내에 개최된 노동조합임시총회에 근무 근로자들을 계속 근무시킨 것이 노동조합의 활동을 방해한 것이라고 할 수 없고, 이미 체결된 단체협약에 대하여 조합원인 근로자가 비난하는 내용의 유인물을 단체협약에 규정된 절차를 무시하고 노동조합의 의사에 반하여 임의로 게시한 행위에 대하여 취업규칙에 따라 정직처분한 것은 정당한 활동을 이유로 한 부당노동행위가 아니다.(大判 1991.5.28, 90누6927)

→ 노조원과 비노조원 사이에 승진의 격차가 있다면 이것이 곧바로 부당노동행위가 되는가

능력주의 승진제도 하에서 조합원을 비조합원과 비교하여 승진에 있어서 불이익한 취급을 받았다고 하기 위해서는, 특별한 사정이 없는 한 당해 조합원이 비교의 대상으로 된 비조합원과의 사이에 업무능력, 근무성적, 상위직에 대한 적격성 등에 있어서 차이가 없어야 할 것이고, 노조원과 비노조원을 전체적으로 비교하여 보아 승진에 있어서 격차가 있다고 하더라도 이로써 바로 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수 없다.(大判 1998.2.10, 96누10188)

→ 노동조합 가입대상 근로자를 가입대상이 아닌 지위로 승진시키는 것이 부당 노동행위에 해당되는가

근로자의 승진이 사용자의 부당노동행위 의사에 의하여 이루어진 것인지의 여부는 승진의 시기와 조합활동과의 관련성, 업무상 필요성, 능력의 적격성과 인선의 합리성 등의 유무와 당해 근로자의 승진이 조합활동에 미치는 영향 등 제반사정을

고려하여 판단하여야 할 것인바, 근로자가 승진거부의 의사를 표명하였음에도 불구하고 그 근로자에 대한 승진조치는 회사가 정기승진인사의 일환으로 승진대상자에 대한 합리적 사정을 거쳐 회사의 인사질서와 입사동기생간의 형평을 고려하여 행해졌다면 부당노동행위가 아니다.(大判 1992.10.27, 92누9418)

… 단체협약의 만료 후 원직복귀명령에 불응한 노동조합 전임자(專任者)를 해고한 것이 부당노동행위에 해당하는가

단체협약이 유효기간 만료로 효력이 상실되었고, 단체협약상 노동조합 대표의 전임 규정은 새로운 단체협약 체결시까지 효력을 지속시키기로 약정한 규범적 부분도 아니어서, 단체협약의 유효기간 만료 후 노동조합 전임자는 사용자의 원직복귀명령에 응하여야 할 것이므로 원직복직 명령에 불응한 노동조합 전임자를 해고한 것은 정당한 인사권의 행사로서 징계권 남용에 의한 부당노동행위에 해당하지 않는다.(大判 1997.6.13, 96누17738)

… 비전임 노조원으로서 회사와 사전협의 없이 근무시간 중에 조합원 개인적으로 행한 행위에 대하여 징계 해고한 것이 부당노동행위인가

비전임 노조원으로서 회사와 사전협의 없이 근무시간 중에 회사 노동조합 위원장 및 지부장 불신임을 위한 서명을 받은 행위, 작업반장의 지시에 불응한 행위 및 직속 상관에게 폭언과 협박을 한 행위는 그 어느 것도 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위라고 할 수 없어 징계 해고한 것 자체는 부당노동행위가 성립되지 않는다.(大判 1995.9.5, 95누61)

… 노동조합활동을 방해할 목적으로 조합활동을 하기 힘든 곳으로 전보발령한 것은 부당노동행위에 해당하는가

노동조합 가입추진 등의 활동을 주도적으로 하고 있으며, 20년 이상 생산과에 근무해 온 근로자를 전혀 생소한 업무분야인 공무과에 전보발령하고, 곧이어 본사에서 멀리 떨어진 출장소에 전근발령을 하여 각종 수당을 지급받지 못하게 되고, 출장소는 파견직원 3~4명만이 근무하는 외진 곳이어서 노동조합 활동을 계속 수행하기가 곤란한데다가 특별히 전근발령하여야 할 경영상의 필요성이 없다면, 전근발령은 부당노동행위에 해당한다.(大判 1991.12.10, 91누3789)

… 특정 근로자의 파업참여나 적극적 노조활동을 이유로 해당 근로자에게 연장 근로 등을 거부하는 것은 부당노동행위이다

일반적으로 근로자가 연장 또는 휴일근로를 희망할 경우 회사에서 반드시 이를

허가하여야 할 의무는 없지만, 특정 근로자가 파업에 참가하였거나 노조활동에 적극적이라는 이유로 해당 근로자에게 연장근로 등을 거부하는 것은 해당 근로자에게 경제적 내지 업무상의 불이익을 주는 행위로서 부당노동행위에 해당할 수 있다.(大判 2006.9.8, 2006도388)

→ 유인물로써 요구한 내용이 대폭 반영된 임금협정을 체결한 직후에 갑자기 수개월 전의 유인물 배포행위를 문제삼아 징계전직처분을 한 것은 부당노동행위에 해당되나

근로자들의 유인물 배포행위가 노동조합의 업무를 위한 정당한 활동범위에 속하는 것으로서 취업규칙 소정의 징계사유에 해당하는 비위행위라고 볼 수 없음은 앞서 본 바와 같고, 사용자는 종래 다른 근로자들이 근로시간 중에 노동조합의 업무와 관련하여 유인물을 배포한 경우에는 이를 문제삼지 않았는데, 노동조합과의 단체교섭 결과 근로자들이 유인물로써 요구한 내용이 대폭 반영된 임금협정을 체결한 직후에 갑자기 수개월 전의 유인물 배포행위를 문제삼아 근로자들에 대하여 징계전직처분을 하고, 이에 불응하는 근로자들을 징계하고 하기에 이르렀음을 알 수 있는 바, 이러한 여러 사정을 종합하여 보면, 징계전직처분은 실질적으로는 근로자들의 노동조합활동에 대하여 불이익을 주기 위한 것이고 그 징계사유는 표면적으로 내세운 사유에 불과하다 할 것이므로 부당노동행위에 해당한다 할 것이고, 이러한 징계전직처분에 응하지 아니한 행위를 징계사유로 삼아 이루어진 징계하고 역시 부당노동행위로서 부당해고에 해당한다.(大判 2001.4.27, 99두11042)

→ 단순히 그 근로자에게 향후 불이익한 대우를 하겠다는 의사를 말로써 표시하는 것만으로는 ‘불이익을 주는 행위’에 해당한다고는 볼 수 없다

1. 노동조합및노동관계조정법은 제81조 제1호에서 “근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위”를 부당노동행위라고 규정하고 사용자가 이 규정에 위반했을 경우 제90조에 이를 처벌하는 규정을 두고 있는바, 여기서 “불이익을 주는 행위”란 해고 이외에 그 근로자에게 휴직·전직·배치전환·감봉 등 법률적·경제적으로 불이익한 대우를 하는 것을 의미하는 것으로서 어느 것이나 현실적인 행위나 조치로 나타날 것을 요한다고 할 것이므로, 단순히 그 근로자에게 향후 불이익한 대우를 하겠다는 의사를 말로써 표시하는 것만으로는, 위 법 제81조 제4호에 규정된, 노동조합의 조직 또는 운영을 지배하거나 이에 개입하는 행위에 해당한다고 할 수 있음은 별론

으로 하고 위 법 제81조 제1호 소정의 불이익을 주는 행위에 해당한다고는 볼 수 없다.

2. 회사 대표이사인 A가 노동조합 위원장에게 노동조합을 없애라는 말을 하고, 부위원장에게 사직서를 제출하라는 말을 하고, 부장인 B가 노동조합원에게 노동조합을 탈퇴하지 않으면 공연팀에서 일하지 못하도록 하겠다는 말을 하였을 뿐 실현하지는 않은 것은 불이익을 주는 행위에 해당한다고는 볼 수 없다.

(大判 2004.8.30, 2004도 3891)

→ 근무기간 중 50일간을 전혀 업무에 임하지 않고 이후의 업무복귀지시도 계속
어겨 3회의 경고를 받았다면 더 이상 고용관계를 계속할 수 없다

수차례에 걸쳐서 원고에게 노조전임자가 아니므로 근무시간 중 담당업무를 성실히 수행하도록 알렸음에도 복무감사결과 원고가 239일의 근무기간 중 50일간을 전혀 업무에 임하지 않은 사실이 확인되었고, 그 후에도 원고는 업무복귀지시를 계속 어겨서 3회의 경고를 받고도 상당기간 계속하여 담당업무를 처리하지 않은 사실, 담당업무소홀로 복무감시에 적발된 다른 7명의 비전임 노조지부장들은 복무감사 후에는 근무태도 불량으로 경고나 견책 등의 징계를 받는다는 사실을 알 수 있는 바, 이와 같은 정도라면 원고에게는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 책임 있는 사유가 있다고 볼 것이고, 형평의 원칙에도 어긋나지 않아 정당한 해고라 할 것이다. (大判 2006.6.15, 2003 두5600)

→ “노동조합의 업무를 위한 정당한 행위”의 의미

구 노동조합법 제39조 제1호 소정의 “노동조합의 업무를 위한 정당한 행위”란 일반적으로 노동조합의 정당한 활동을 가리키나, 조합원이 조합의 결의나 구체적인 지시에 따라서 한 노동조합의 조직적인 활동 그 자체가 아닐지라도 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있을 때에는 그 조합원의 행위를 노동조합의 업무를 위한 행위로 보아야 한다. (大判 1995. 6. 13, 95다1323 등 다수)

(2) 불공정고용계약(비열계약)

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호

2. 근로자가 어느 노동조합에 가입(加入)하지 아니할 것 또는 탈퇴(脫退)할 것을 고용조건(僱傭條件)으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위.

【해설】

- … 불공정고용계약은 노동조합에 가입하지 아니할 것, 탈퇴할 것, 특정 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하고 있으나
 - 노동조합에 가입하더라도 조합활동을 하지 않는다는 내용 또는 비정규직 조합원을 정규직으로 전환하면서 노조탈퇴를 고용조건으로 요구하는 경우도 해당될 수 있음.
- … 불공정고용계약(비열 계약)은 반드시 문서로 작성되어야 하는 것은 아니므로 구두로 계약하는 경우에도 해당되며, 불공정계약 부분은 헌법 제33조 제1항, 노조법 제81조에 위반되어 무효가 된다.
- … 다만 당해 사업장 근로자의 3분의 2이상을 대표하는 노동조합이 있는 경우에는, 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약 체결은 부당노동행위에 해당하지 않는다.

【판례】

- … 취업규칙에 노동조합으로부터 제명된 자에 대하여 제명을 이유로 해고할 수 있도록 한 규정은 효력이 있는가
- 취업규칙에 종업원이 노동조합 상벌위원회로부터 제명처분을 당하여 노동조합원으로부터 해고요청이 있을 때에는 그 종업원을 해고할 수 있도록 규정하고 있다면 그 규정은 노동조합으로부터 제명된 자에 대하여 그 제명사실만을 이유로 해고할 수 있도록 되어 있는 만큼 결국 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 것이 되어 그 효력을 인정할 수 없다.(大判 1987.11.28, 87다카2646)

→ 근로자의 2/3 이상을 대표하지 않는 노동조합에 근로자를 가입강제 하는 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결할 수 있는가

노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 2/3 이상을 대표하고 있지 아니함에도 불구하고 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결하는 것은 허용되지 아니하다. (大判 1997.4.11, 96누3005)

→ 단체협약에 유니언 슝 협정에 따라 근로자는 노동조합의 조합원이어야만 된다는 규정이 있는 경우에 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있는가

단체협약에 유니언 슝 협정에 따라 근로자는 노동조합의 조합원이어야만 된다는 규정이 있는 경우에는 다른 명문의 규정이 없더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 원칙적으로 있다. 그러나 단체협약상의 유니언 슝 협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 채무의 불이행 자체가 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수 없다. (大判 1998.3.24, 96누16070)

→ 유니언 슝제도 하에서 노동조합을 탈퇴한 근로자가 재가입을 요구할 경우에 거부할 수 있는가

노동조합과 사용자 사이에 회사의 종업원은 3개월이 경과하면 조합원이 되며 노동조합의 가입을 거부하거나 탈퇴할 경우 회사는 즉시 해고하여야 한다는 유니언 슝 협정을 체결한 경우, 조합은 조합원의 자격을 갖춘 근로자의 조합가입을 함부로 거절할 수 없고 탈퇴 조합원의 재가입에 대한 제약이나 거부는 위법 부당한 것으로 권리남용(權利濫用) 또는 신의칙(信義則) 위반에 해당된다. (大判 1996.10.29, 96다28899)

(3) 단체교섭의 거부·해태

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제3호

3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결(團體協約締結) 기타의 단체교섭(團體交渉)을 상당한 이유 없이 거부(拒否)하거나 해태(懈怠)하는 행위

【해설】

→ 부당노동행위가 되는 단체교섭 거부·해태에는 ① 교섭단계 뿐만 아니라 협약 체결단계에서 정당한 이유 없이 협약체결을 거부·해태하는 것도 포함되며 ② 형식상으로는 교섭에 응하면서도 불성실한 교섭태도를 계속 유지하는 것도 해당된다.

→ 사용자는 노동조합의 요구나 주장에 대해 대안을 제시하고 근거자료 제공 등 성실히 대응하여 합의가능성을 모색할 의무는 있으나 노동조합의 요구를 받아들여 합의하거나 양보해야 할 의무까지는 없다.

【판례】

→ 단체교섭 거부·해태로 인한 부당노동행위 성립요건은 교섭권자, 교섭사항 등을 종합하여 개별적·구체적으로 판단해야 한다

부당노동행위는 사용자가 아무런 이유 없이 단체교섭을 거부 또는 해태하는 경우는 물론이고, 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었다 하더라도, 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭으로 판정되는 경우에도 성립한다고 할 것이고, 한편 정당한 이유인지의 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단할 것이다.

(大判 1998.5.22, 97누8076)

→ 법원으로부터 집행력 있는 판결이나 가처분결정을 받고서도 이를 위반하여 노동조합과의 단체교섭을 거부하였다면 노동조합에 대하여 불법행위를 구성한다.

사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하였다고 하여 그 단체교섭 거부행위가 바로 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 되는 것은 아니지만, 그 단체교섭 거부행위가 그 원인과 목적, 그 과정과 행위태양, 그로 인한 결과 등에 비추어 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 것으로 인정되는 경우에는 그 단체교섭 거부행위는 부당노동행위로서 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게

되는바, 사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하다가 법원으로부터 노동조합과의 단체교섭을 거부하여서는 아니 된다는 취지의 집행력 있는 판결이나 가처분결정을 받고서도 이를 위반하여 노동조합과의 단체교섭을 거부하였다면, 그 단체교섭 거부행위는 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 행위로서 헌법이 보장하고 있는 노동조합의 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위라고 할 것이므로, 그 단체교섭 거부행위는 노동조합에 대하여 불법행위를 구성한다. (大判 2006.10.26, 2004다11070)

… 회사가 최종적인 결정 권한이 없는 교섭대표와의 교섭을 회피하거나 해태한 경우가 부당노동행위에 해당하는가

노동조합의 대표자 또는 수임자(권한을 위임받은 자)가 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 의결을 거친 후에만 단체협약을 체결할 것임을 명백히 하였다면, 노동조합의 조합원 총회에서 그 단체협약안을 받아들이기를 거부하여 단체교섭의 성과를 무효로 돌릴 위험성이 있으므로 사용자측에서 최종적인 결정 권한이 없는 교섭대표와의 단체교섭 회피 또는 해태는 정당한 이유가 있으며 부당노동행위에 해당하지 않는다. (大判 1998.1.20, 97도588)

… 조합활동 개시 이전의 해고사유를 근거로 해고하고, 조합활동 개시 후에 단체교섭을 정당한 이유 없이 회피하는 행위 등은 부당노동행위에 해당하는가
첫째, 이전부터 해고사유가 있었음에도 유독 원고가 노조활동을 개시한 후에 이를 문제 삼았고, 둘째, 단체교섭을 정당한 이유 없이 회피하였으며, 셋째, 교섭 전 날 원고를 해고함으로써 단체교섭을 무산시킨 점 등에 비추어 보면, 이러한 해고조치는 원고가 노동조합 활동을 한 것이 결정적 원인이 되었다고 보여지므로 이는 부당노동행위에 해당된다. (서울高判1989.3.30, 87구1510)

… 연봉제 급여규정에 대한 단체교섭의 의무가 있음에도 정당한 이유없이 사전 협의를 거부한 것은 부당노동행위이다

취업규칙에 연봉제 급여규정을 둔 것은 조합원들에게는 적용되지 않는다고 단정할 수 없는 이 사건에 있어서 참가인이 단체교섭의 의무를 부담하거나 사전협의를 하여야 할 대상에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 참가인으로서 원고조합의 단체교섭이나 사전협의 요구를 거부할 수 없음에도 불구하고 정당한 이유없이 이를 거부하였으므로 이는 노동조합및노동관계조정법 제81조 제3호 소정의 부당노동행위에 해당한다고 보아야 할 것이다. (大判 2004.3.12, 2003두11834)

(4) 지배·개입, 경비원조

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호

4. 근로자가 노동조합을 조직(組織) 또는 운영(運營)하는 것을 지배(支配)하거나 이에 개입(介入)하는 행위와 노동조합의 전임자(專任者)에게 급여(給與)를 지원하거나 노동조합의 운영비(運營費)를 원조하는 행위.

【해설】

- 지배·개입은 근로자가 자주적으로 결정하여야 할 노동조합의 조직·운영에 관하여 사용자가 부당하게 간섭하는 일체의 행위를 말한다. 즉 사용자가 노동조합의 조직·운영에 관하여 주도권을 가지고 의사결정을 좌우하거나 간섭하여 의사결정에 영향을 미치는 것을 말한다.
- 운영경비 원조는 사용자가 노동조합의 운영비를 지원하는 행위로 노동조합 결성비용, 운영비제공, 전임자에 대한 급여지원, 노동조합 용무의 출장비 지급 등이 해당된다. 다만 근로자가 근로시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용하는 경우, 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부, 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공, 2009.12.31까지의 노조전임자 급여지원행위 등은 예외로 한다.
(노동조합 및 노동관계조정법 제81조)

【판례】

- 노동조합 설립을 추진하였음을 이유로 한 징계해고는 부당노동행위에 해당한다.
조합설립을 지지하려고 설득하던 끝에 대부분의 조합간부들에게 돌연히 출장지시를 하고, 그 지시에 순응한 자나 그 지시를 받지 못한 자를 포함한 전원에 대하여 정당한 절차도 밟지 아니한 채 전격적·집단적으로 해고조치를 하였으며, 그로 인하여 조합설립이 좌절된 후 회사의 방침에 순응하는 자들만 다시 재고용하였다면, 회사의 근로자에 대한 해고조치는 근로자가 조합을 설립하려고 하였음을 그 실질적 이유로 한 부당노동행위에 해당한다.(大判 1990.10.23, 88누7729)

… 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생을 요하는가

구 노동조합법 제3조 제4호 단서의 규정은 노동조합의 설립 및 존속을 보호하고 사용자의 부당한 인사권의 행사에 의하여 노동조합의 활동이 방해되지 않도록 하기 위한 규정이므로 위 규정이 오직 노동조합의 설립 및 존속만을 보호하기 위한 규정이라고 할 수 없고, 구 노동조합법 제39조 제4호의 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생을 요하는 것은 아니라고 할 것이다.(大判 1997. 5. 7, 96누2057)

… 노동조합의 가입과 활동을 사전 봉쇄하려는 의도에서 행한 전보발령이 부당노동행위에 해당하는가

근로자에 대한 전보발령이 표면적인 사유는 결원충원의 필요이나, 근로자의 노동조합 가입 및 활동을 사전에 봉쇄하려는 의도에서 행한 것이므로 부당노동행위에 해당하고, 위 전보발령에 응하지 아니한 행위를 징계사유로 삼아 이루어진 해고조치 역시 부당노동행위로서 부당해고에 해당한다.(大判 1992.11.13, 92누9425)

… 조합활동을 곤란하게 할 목적으로 노동조합 전임자에 대해 원직복귀명령을 하는 것이 부당노동행위에 해당하는가

노동조합 전임자 등에 대하여 그들의 쟁의행위 등 정당한 조합활동을 혐오한 나머지 조합활동을 곤란하게 할 목적으로 원직복귀명령을 하였다면 이는 사용자의 고유인사권에 기한 정당한 조치라 볼 수 없어 부당노동행위에 해당한다.(大判 1991.5.28, 90누6392)

… 회사가 노동조합의 준법투쟁을 반대하는 조합원의 결의를 유도한 행위가 부당노동행위에 해당하는가

회사의 대표이사나 전무가 노동조합의 일부 조합원들을 개별적으로 만나거나 모아서, 준법운행에 반대하여 종전과 같은 방식으로 근무할 것을 종용하는 등의 행위를 하여 조합원들 중의 일부가 준법운행을 반대하고 종전과 같은 방식으로 근무할 것을 결의하는 등의 행위를 하게 되었다면, 회사가 조합의 준법운행에 대항하여 한 행위는 부당노동행위에 해당한다.(大判 1991.12.10, 91누636)

… 노동조합의 활동을 위축시킬 의도로 연설을 한 경우는 부당노동행위에 해당되는가

회사대표가 종무식장에서 전직원을 상대로 생기지 말아야 할 노동조합이 생겼으며, 자신을 포함한 우리 모두가 노동자인 것이고, 회사 조직의 성격상 노동조합 활동에는 한계가 있다고 보며, 계속하여 분쟁이 야기되어 전직원으로부터 사표를 받고 공개 채용으로 다시 충원해야 하는 일이 없길 바란다는 취지로 발언한 것은, 노동조합을 부인하는 태도를 명백히 함과 동시에 조합활동을 위축시킴으로써 조합의 조직과 활동에 영향을 미치고자 하는 의도임이 충분히 인정되므로, 연설 행위는 부당노동행위에 해당된다.(大判 1998.5.22, 97누8076)

→ 사용자의 의견표명과 부당노동행위 성립

사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그 표명된 의견의 내용과 함께 그것이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노동조합의 운영이나 활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'로서 부당노동행위가 성립한다.

(大判 2006. 9. 8, 2006도388)

→ 노동조합 대의원 입후보요건인 재직증명서 발급을 거부한 것이 부당노동행위인가
노동조합대의원 입후보등록용으로 재직증명서의 발급을 신청하였음에도 대표이사 직인을 소지한 채 부재중이라는 이유로 입후보등록 마감시한까지 재직증명서를 발급하지 아니한 행위는 노동조합 대의원선거에 입후보하는 것을 막으려는 의도 하에 이루어진 것으로 부당노동행위에 해당된다.

(大判 1992.6.23, 92누3496)

→ 파업참가자들에 대한 행동기록표 작성과 홈페이지 접속 차단은 노동조합 활동에 대하여 간섭하거나 이를 위축시키는 행위로서 부당노동행위에 해당한다

1. 사용자는 징계양정의 자료로 활용하기 위한 목적뿐만 아니라 노동조합의 조직력을 파악하고 근로자들에 대한 사업소의 관리능력을 제고하기 위한 방편으로 파업참가자들에 대한 행동기록표를 작성한 것으로 볼 수 있는 점, 행동기록표에 파업참가자들의 그날그날의 특기사항뿐만 아니라 주로 노동조합의 활동이나 주장에 대한 동조 여부를 기준으로 판단한 매일의 성향분석 결과가 기재된 점, 회사간부들이 조합원들에게 행동기록표나 등급분류결과가 징계양정에서 결정적인 역할을 할 것이라고 공공연하게 말해 온 점, 따라서 징계절차가 끝나지

않은 상황에서 조합원들로서는 징계에 대한 불안감이나 심리적 압박감으로 위축되어 조합활동에 소극적으로 될 수 있을 것이라는 점 등을 종합하여 보면, 사용자가 파업참가자들에 대한 행동기록표를 작성한 행위는 노동조합 활동에 대하여 간섭하거나 이를 위축시키는 행위로서 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다 할 것이다.

2. 이 사건 파업이 종료된 후에도 참가인조합의 홈페이지에 사용자 및 그 경영진들의 명예를 훼손하는 내용의 글이 계속 게시되는 등의 사정이 있었다고 하더라도, 사용자가 위 파업의 종료 후 근로자들의 참가인조합 홈페이지 접속 자체를 차단한 것은 정당한 노동조합 활동마저도 위축시키는 행위로서 시설관리권의 행사범위를 넘는 것이라 할 것이므로 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다 할 것이다.(大判 2004.7.9, 2003구합32916)

3) 부당노동행위의 구제절차

법령 : 노동조합 및 노동관계조정법 제82조【구제신청】

- ① 사용자의 부당노동행위 (不當勞動行爲)로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회(勞動委員會)에 그 구제(救濟)를 신청할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의한 구제의 신청은 부당노동행위가 있는 날(계속하는 행위는 그 종료일)부터 3월 이내에 이를 행하여야 한다.

【해설】

- 부당노동행위에 대한 근로자의 구제는 원칙적으로 노동위원회에 의한 행정적인 구제로 원상회복(原狀回復)주의를 취하고, 사용자가 이를 이행하지 않는 경우에 형벌(刑罰)주의를 가미하고 있다.
- 노동위원회에 의한 구제절차와는 별도로 직접 법원(法院)에 소송(訴訟)을 제기하여 부당노동행위의 무효확인, 손해배상청구 등 침해된 권익의 보호를 청구할 수가 있다.

- 노동위원회의 구제명령·기각결정 또는 재심판정은 중앙노동위원회의 재심신청이나 행정소송의 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니한다.(노동조합 및 노동관계조정법 제86조)

➡ 부당노동행위의 구제절차

① 구제의 신청

권리침해를 당한 근로자 또는 노동조합은 사용자의 부당노동행위가 있는 날로부터 3개월 이내에 관할 노동위원회에 구제를 신청할 수가 있다

② 노동위원회의 초심(初審) 판정

노동위원회는 부당노동행위 신청에 대한 사실조사를 통하여 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령(救濟命令)을 하여야 하며, 부당노동행위가 성립되지 아니한다고 판정한 때에는 구제신청을 기각(棄却) 또는 각하(却下)의 판정을 하게 된다(노동조합 및 노동관계조정법 제84조)

※각하(却下) 사유

- 신청한 노동조합이 노동법상의 노동조합이 아닌 경우
- 제척기간인 발생일 이후 3개월이 지난 경우
- 부당노동행위가 아닌 것이 명백한 경우
- 구제의 실익이 없거나 불가능한 경우 등

③ 중앙노동위원회의 재심(再審) 판정

지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 불복이 있는 관계당사자(사용자 또는 근로자)는 명령서 또는 결정서의 송달을 받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있다
(노동조합 및 노동관계조정법 제85조)

④ 행정소송(行政訴訟)의 제기

중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 불복이 있는 관계 당사자는 그 재심판정서의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 행정소송법에 의한 행정소송을 제기할 수 있다(노동조합 및 노동관계조정법 제85조)

【 판례 】

⇨ 노동조합의 조직 과정에서 행한 부당노동행위에 대하여 그 이후에 설립된 노동조합이 독자적인 구제신청이 가능한가

노동조합을 조직하려고 하였다는 이유로 근로자에 대하여 한 부당노동행위에 대하여는 후에 설립된 노동조합도 독자적인 구제 신청권을 가지고 있다고 보아야 한다.(大判 1991.1.25, 90누4952)

⇨ 해고무효확인 소송에서 청구기각의 판결이 확정된 경우, 부당노동행위 이유로 한 구제이익은 소멸한다고 보아야 한다.

근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 주장하여 부당노동행위 구제신청을 하여 그 구제절차가 진행 중에 자신이 별도로 사용자를 상대로 제기한 해고등무효확인청구의 소송에서 청구기각 판결이 선고되어 확정된 경우에 있어서는 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 정당한 것으로 인정되었다 할 것이어서 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되었다 할 것이므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 경우 근로자의 부당노동행위 구제신청을 기각한 지방노동위원회의 결정을 유지하여 재심신청을 기각하거나 구제명령을 발한 지방노동위원회의 결정을 취소하여 구제신청을 기각하는 내용의 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구하는 소송은 그 소의 이익이 없어 부적법하다 할 것이다.(大判 1996. 4. 23, 95누6151)

⇨ 부당노동행위 또는 부당해고 등에 대한 구제신청서에 기재하여야 할 ‘청구할 구제의 내용’이 구체적으로 특정되지 않은 경우, 구제의 대상은

노동위원회는 재량에 의하여 신청하고 있는 구체적 사실에 대응하여 적절·타당하다고 인정하는 구제를 명할 수 있는 것이므로, 구제신청서에 구제의 내용이 구체적으로 특정되어 있지 않다고 하더라도 해당 법규에 정하여진 부당노동행위 또는 정당한 이유가 없는 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌 등을 구성하는 구체적인 사실을 주장하고 있다면 그에 대한 구제도 신청하고 있는 것으로 보아야 한다. (大判1999.5.11, 98두9233)

⇨ 부당노동행위 구제신청의 대상이 된 징계처분이 그 후 변경된 경우, 노동위원회가 당초의 징계처분을 심사대상으로 할 수 있는가

부당노동행위에 대한 구제절차는 관할노동위원회에 구제신청을 함으로써 개시되고,

그 심사의 대상도 구제신청의 대상이 된 부당노동행위를 구성하는 구체적사실에 한정되므로, 비록 구제신청대상인 당초의 징계처분이 그 후 변경되었다고 하더라도 그 신청을 변경하지 않는 한 지방노동위원회나 중앙노동위원회는 당초의 징계처분을 심판대상으로 삼을 수밖에 없다. (大判 1995.4.7, 94누1579)

→ 부당노동행위라고 주장된 구체적 사실이 복수인 경우, 그에 대한 노동위원회 구제명령 또는 기각결정의 수도 복수가 되는가

부당노동행위라고 주장된 구체적 사실이 1개인 이상 그에 대하여 노동위원회가 발한 구제방법이 수개이고 또 각 구제방법이 독립하여 이행될 수 있는 것이라고 하더라도 행정처분으로서의 구제명령은 1개라고 할 것이나, 부당노동행위라고 주장된 구체적 사실이 복수인 경우에는 그에 대한 행정처분으로서의 노동위원회의 구제명령 또는 기각결정은 복수라고 보는 것이 타당하다. (大判 1995.4.7, 94 누1579)

→ 구 노동조합법 제39조 제1호 소정의 부당노동행위에 대한 사실의 주장 및 입증 책임은 부당노동행위임을 주장하는 근로자에게 있다.

노동조합법 제39조 제1호는 ‘근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위’를 사용자의 부당노동행위의 한 유형으로 규정하고 있으므로, 같은 법조의 부당노동행위가 성립하기 위해서는 근로자가 ‘노동조합의 업무를 위한 정당한 행위’를 하고 사용자가 이를 이유로 근로자에 대하여 해고 등의 불이익을 주는 행위를 한 경우라야 할 것이고, 같은 사실의 주장 및 입증책임은 부당노동행위임을 주장하는 근로자에게 있다고 할 것이다 (大判 1996. 9. 10, 95누16738)

→ 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하는 경우에는

부당노동행위 구제신청을 한 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하는 경우에는 그의 책임 없는 사유로 인하여 심문기일에 출석하지 못한 경우가 아닌 한, 노동위원회는 위 신청을 각하할 수 있다. (大判 1990. 2. 27, 89누7337)

→ 노동위원회의 구제명령은 사법상 효력이 있는가

노동위원회의 사용자에 대한 구제명령절차는 부당노동행위에 해당하는 해고 등 불이익처분에 대한 공법상의 권리구제절차로서 사용자와 노동자 사이의 사법상 법률관계에 직접 영향을 미치는 것은 아니므로, 노동자는 위 권리구제절차와는 별도로 민사소송으로 해고 등 불이익처분이 부당노동행위에 해당함을 이유로 그 사법상 효력을 다툴으로써 권리구제를 구할 수 있다. (大判 1988.12.13, 86다204·86다카1035)

CEO·HR매니저를 위한 핵심노동 판례집

- 발행일 : 2008년 12월
- 발행처 : Invest KOREA
서울특별시 서초구 염곡동 300-9
- 디자인 : (주)엔씨씨애드 TEL:02-545-3634
- 인 쇄 : 화신문화(주) TEL:02-2277-0624

Major Court Rulings on Labor Cases in Korea

본서의 무단전재를 금합니다.

내 용 문 의

TEL: 02-3460-7644

FAX: 02-3460-7946