

노총연구원 연구서 73

노동판례의 동향

유 정 엽

한국노총 중앙연구원

● ● ●
발 간 사

87년 민주화투쟁이후 노동관련 판례는 양적으로나 질적으로 발전과 변화를 겪어왔습니다. 법원의 판례는 법조문의 미비한 점을 보충하며 현실에 적용하고 있다는 점에서 매우 중요한 의미를 가집니다. 그런데 97년 노동법 파동사태와 98년 IMF 경제위기를 겪으면서 노동판례 역시 노동시장유연화의 추세를 강력히 반영하고 있으며, 노동자의 승소율이 점점 낮아지고 있다는 우려도 나오고 있습니다.

특히 정리해고 관련 규정이 근로기준법에 도입되면서 경영상 이유에 의한 해고의 정당성이 점차 폭넓게 인정되고 있으며, 인수합병, 부서의 폐지 등의 경우에 기업구조변동에 따른 정리해고의 정당성이 묵시적으로 용인되고 있는 현실입니다. 또한 퇴직금의 최우선변제규정에 대한 헌법불합치 결정이나 단체협약의 불이행에 대한 처벌조항에 대한 위헌판결, 노조전임자에 대한 출퇴근 사규적용의 정당성을 인정한 것 등은 노사관계 현실과 상대적 약자인 노동자의 권익이 충분히 고려되지 않았다고 생각됩니다.

한편, 자산매각의 형식을 취한 영업양도에 관하여 고용승계를 인정한 판결이나 노동조합의 정치활동금지 규정이나 군복무자 가산점제도에 대한 위헌판결, 채용내정의 취소는 해고에 해당한다고 인정한 판결, 정리해고에 관한 쟁의행위의 정당성을 인정한 사례 등은 올바로 정의가 구현된 경우라 할 것입니다.

최근 급변한 노사관계에서 생겨나는 노동판례는 노동법 규정 그 자체보다도 현실 노동운동의 주역인 노동조합 간부들과 노동운동 지도자들에게 있어 중요한 의미를 갖는다고 생각합니다.

이에 한국노총에서는 80년대 중반부터 최근까지의 주요한 노동판례와 97년 이후 헌법재판소의 노동관련 판례를 주제별로 분석한 정리하여 『노동판례 동향』을 펴내게 되었습니다. 이 책을 통하여 노동판례의 흐름을 파악하고자 하거나 다양한 노사관계 사건에 대한 법원의 입장을 알고자 하는 노조간부들과 관계자들에게 미력이나마 도움이 되기를 기대합니다.

2000. 8.

한국노동조합총연맹
위원장 이남순

<제목차례>

제1절 노동판례의 동향	1
1. 해고 등 불이익처분 관련 소송	1
2. 노동위원회에 의한 구제절차	8
3. M&A와 근로관계	9
4. 임금, 퇴직금 소송	11
5. 업무상 재해	13
6. 쟁의행위 자체를 처벌 대상으로 하는 경우	15
7. 경영상 이유에 의한 해고	16
8. 골프장 캐디의 노동법상 근로자에의 해당여부	19
10. 여성차별정년규정의 유효여부	20
11. 1년 이상의 기간을 정한 근로계약의 효력	20
제2절 개별적 근로관계법	23
I. 근로기준법 기본원리	23
1. 균등처우	23
2. 폭행의 금지	23
3. 공민권 행사의 보장	29
4. 적용대상 사업장	30
II. 근로계약	35
1. 근로계약	35

2. 근로기준법 제23조(신법 제26조)의 손해배상 범위	9
3. 위약예정금지	4
4. 근로계약기간 등	4
III. 해 고	50
1. 해고제도 일반	50
2. 징계해고	62
IV. 임 금	84
1. 임금 일반	84
2. 평균임금	96
3. 휴업수당	107
4. 임금지급 원칙, 미지급 책임, 우선변제 등	110
V. 퇴직금	122
1. 퇴직금 제도 일반	122
2. 계속근로 일반	134
3. 중간퇴직(정산)과 계속근로	137
VI. 고용승계	149
VII. 근로시간·휴일·휴가	155
1. 근로시간	155
2. 연장·야간·휴일근로 가산임금	158
VIII. 재해보상	166
1. 재해보상제도 일반	166
2. 업무상 재해 인정 사례	170

IX. 취업규칙	182
1. 취업규칙 일반	182
2. 취업규칙의 불이익 여부 판단기준	185
3. 불이익 변경절차방법	190
4. 동의없이 불리하게 변경된 취업규칙의 효력·적용방법 ..	191
5. 불이익 변경후 사후추인	195

제3절 집단적 노사관계 200

1. 노조법상의 사용자, 근로자	200
2. 해고의 효력을 다투는 근로자	201
3. 노동조합의 설립신고	203
4. 제2노조의 금지	206
5. 노동조합의 조직과 운영	210
6. 단체교섭	223
7. 단체협약	227
8. 단체협약의 일반적·지역적 구속력	237
9. 단체행동	242
10. 제3자 개입금지	252
11. 쟁의행위의 책임과 쟁의기간중의 임금	255
12. 노동쟁의조정	260
13. 부당노동행위	265
14. 부당노동행위 구제	283

제1절 노동판례의 동향

97년 노동법 제정이후 IMF 경제위기를 겪으면서 신자유주의 노동정책의 핵심인 노동시장유연화 추세는 노동관련 판례에서도 여지 없이 나타나고 있다. 대법원도 이러한 사회적 분위기를 반영하듯 노동관련 소송에서 노동자들의 승소율은 낮아지고 원심에서 승소한 판결이 대법원에서 파기환송되는 경우가 크게 증가한 것으로 분석되고 있다. 여기서는 부문별로 노동판례의 추이를 살펴봄으로써 그 동향을 분석해보기로 한다.

1. 해고 등 불이익처분 관련 소송

근로자측이 주장하는 해고무효사유는 대개 절차위배(해고사유의 사전통지와 변명기회 부여, 단체협약상의 인사협의 내지 동의조항 불이행, 기타 인사위원회 구성상의 문제), 해고사유의 정당한 이유 없음, 노동조합 활동에 대한 불이익 처분으로서의 부당노동행위에 해당하는 경우, 징계재량권의 남용 등으로 분류된다.

① 해고절차와 관한 판례

i) 해고사유의 사전통지 및 변명기회부여 등 공정성 담보를 위한 최소한의 절차에 대하여 취업규칙 등에 규정이 없는 경우에는 이를 이행하지 아니하더라도 해고의 효력에 영향이 없다는 것이 대

법원 관례의 입장이다(대법원 1986. 7. 8. 선고 85다375, 85다카1591 판결, 대법원 1992. 10. 9. 선고 91다14406 판결, 대법원 1996. 9. 6. 95다16400 등).

- 단체협약이나 취업규칙에 해고절차에 관하여 아무런 규정이 없더라도 적법절차의 원리나 근로기준법 제30조의 정당한 이유는 절차적 정당성까지 포함하는 것으로 해석하여 해고사유의 사전통지와 변명기회부여 등과 같은 공정성 담보를 위한 최소한 절차를 이행하지 않고 이루어진 해고는 무효로 보아야 할 것이다.

ii) 대법원은 동의조항을 이행하지 않고 해고한 경우 원칙적으로 무효로 보고 있으나, 일정한 경우 노동조합이 동의권을 남용하였다는 이유로 동의절차를 이행하지 않고 이루어진 해고를 유효한 것으로 판단하고 있다(대법원 1997. 4. 25. 97다6926, 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결).

- 단체협약에서 노동조합간부 등의 인사 등에 대하여 노동조합과 합의나 동의 내지 협의를 요구하고 있는 경우 그와 같은 동의(협의)절차를 이행하지 않고 이루어진 해고는 단협의 실효성 확보 차원에서 무효로 평가하여야 할 것이다.

iii) 대법원은 동의가 아닌 협의절차규정이 있는 경우에는 사용자가 이를 전혀 이행하지 않는 경우에도 해고의 효력을 인정하고 있다(대법원 1995. 1. 12. 94다5653, 대법원 1992. 6. 9. 선고 91다41447 판결, 대법원 1993. 4. 23. 선고 92다34940 판결 등)

- 협의조항이 있는 경우에도 사용자가 해고사유와 그 필요성과 불가피성을 노동조합에 대하여 성실하게 사전통지하고 노동조합을 설득하려는 상당한 노력을 하여야만 한다는 것이 학계의 입장이다.

iv) 대법원은 근로계약이나 취업규칙 또는 단체협약 등에 정해진 해고사유에 해당하는 사정이 있기만 하면 해고를 유효한 것으로 인정한 사례가 있다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다카25420 판결, 1991. 10. 11. 선고 91다20173 판결).

- 형식적으로 해고사유에 해당한다고 하더라도 해고가 정당하기 위하여는 사용자가 근로관계를 일방적으로 단절시키는 사회통념상 인정될 수 없을 정도로 정당한 것이어야 한다. 왜냐하면 근로기준법 제30조의 정당한 사유란 형식적 요건으로 판단되어서는 아니되기 때문이다.

② 해고사유의 정당성

i) 대법원은 이력서의 학력 또는 경력사항 허위 기재에 대해서 이력서를 사실대로 기재하였을 경우 회사가 그 근로자를 채용하지 않았을 것이거나 적어도 동일한 조건으로는 채용하지 않았을 것이라는 이유로 정당한 해고사유라고 판결하고 있다(대법원 1999.3.26, 98두 16132, 대법원 1995. 8. 22. 선고 95누5843 판결, 대법원 1995. 7. 14.. 선고 94다23395 판결)

- 근로계약관계는 노동력의제공과 임금의 지급을 핵심적 요소로 하는 계약관계이므로 노동력의 제공과 관련된 요소를 허위 기재하여 예정된 노동력을 제공하는데 지장을 초래하는 경우가 아니라면 노동력의 평가와 무관한 사항은 그 자체만으로 곧바로 정당한 해고사유가 된다고 보기 어렵다고 학계의 지적이 존중되어야 할 것이다.

- 또한 근로자가 학력은폐로 노사의 신뢰관계를 해치고 기업질서를 저해하면서 입사했다 하더라도, 입사 후 장기간 근무를 해왔다면 그런 근무에는 아무런 하자가 없었던 이상 근로자의 학력은폐로 야기된 하자는 치유될 수 있다고 본다.

ii) 해고의 원인이 경합하는 경우, 즉 사용자가 근로자의 노동조합활동을 혐오하여 부당노동행위의사로서 해고를 하였으나 형식적으로 근로자에게 정당한 해고사유가 존재하는 경우 그 해고의 효력을 어떻게 볼 것인가의 문제이다.

- 대법원은 해고의 정당한 사유만 인정되면 부당노동행위에 해당하는지 여부에 앞서 그 해고는 정당하다고 판단하는 태도를 보이고 있다(대법원 1996. 7. 30. 선고 96누587 판결 등).

- 예외적으로 대법원 1996. 2. 9. 선고 94누9771 판결은 사용자가 이력서 허위기재를 형식적인 사유로 하여 근로자를 해고한 사안에서 법원은 사용자가 주장하는 해고사유는 표면적인 구실에 불과하다는 이유로 부당노동행위를 인정한 점을 주목해야 한다.

iii) 해고사유가 단체협약과 취업규칙에 별도로 규정되어 있는 경우

- 대법원은 “근로자의 기업질서위반행위에 대하여 근로기준법 등의 관계법령에 반하지 않는 범위내에서 취업규칙을 제정할 수 있다”라고 하여 단체협약과 별도로 해고의 사유를 정한 규정의 효력을 인정하였다(대법원 1994. 6. 14. 선고 93다26151 판결).

- 단체협약상의 해고사유는 원칙적으로 한정적 열거로 보아야 하고 취업규칙은 단체협약에 위반할 수 없으므로 단체협약과 취업규칙의 제정의 선후에 따라 보다 엄격한 해고사유를 규정한 단체협약이 뒤에 체결되었다면 그 이전의 취업규칙중 단체협약의 해고사유에 해당하지 않는 취업규칙 부분은 무효로 보아야 한다.

③ 징계권남용

i) 해고를 무효라고 판단한 원심판결이 대법원에서 징계권남용이 아니라는 이유로 파기환송되는 사례가 매우 많다(대법원 1997.

1. 24. 선고 96누15763 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 96누9508 판결, 대법원 1997. 5. 7. 선고 97다355 판결, 1997. 5. 28. 선고 95다45903 판결)

- 비록 근로자의 귀책사유가 인정되고 형식적으로 취업규칙이나 단체협약 소정의 해고사유에 해당하는 행위가 있었다고 하더라도, 해고는 가장 중한 징계처분으로서 근로자의 생존권에 심각한 타격을 입히므로 해고보다는 경한 징계를 함이 적정함에도 불구하고 해고처분을 하는 경우에는 징계권 또는 인사권을 남용하여 상당한 재량권을 일탈한 것으로서 무효라는 기존 대법원의 입장(대법원 1991. 12. 23. 선고 90다18999 판결, 1996. 8. 20. 선고 96다18915 판결 등)이 크게 완화되어 사용자의 징계권을 폭넓게 인정하고 있는 경향이다.

④ 수습기간중에 근로자의 해고문제

i) 수습기간의 근로자에 대해 대법원은 "사용기간 중의 근로관계는 수습사원으로 발령한 후 일정기간 동안 근로자가 앞으로 담당하게 될 업무를 수행할 수 있는가에 관하여 그 인품 및 능력 등을 평가하여 정식사원으로서의 본채용여부를 결정하는 것이므로 사용기간 중의 채용거부는 유보해약권의 행사라 할 수 있다" 라는 태도를 취하였다(대법원 1992. 8. 28. 선고 92다15710 판결).

- 수습기간 중의 해고 또는 본채용 거부 역시 근로자의 의사와 관계없이 사용자의 일방적인 의사표시에 의하여 근로관계를 종료시키는 것으로서 해고에 해당하므로 근로기준법 소정의 해고제한 규정에 따른 제한을 받는다 할 것이다.

⑤ 채용내정자에 대한 내정취소

IMF 경제위기 이후 신규대졸에 대한 대규모 내정취소가 발생하여 심각한 사회문제로 된 바 있다. 그동안 채용내정의 법적 성격을 본격적으로 다룬 판례는 없다. 학계의 통설은 채용내정을 취소할 경우에는 해고와 동일하게 정당한 이유가 있어야 한다는 입장이다. 최근 고등법원 판결에서 정당한 이유 없이 일방적으로 채용내정을 취소할 경우에는 그 취소는 무효가 되어 채용내정자는 종업원의 지위확인 및 임금지급을 청구할 수 있다(서울고법 2000. 4. 28. 선고, 99나41468).

⑥ 일괄사표후 선별수리

기업내 인원조정의 한 방법으로 근로자들로부터 일괄사표를 받고 그 중에서 선별수리하는 방법이 많이 사용되었다. 이에 대해 대법원은 근로자들이 사표를 제출한 것이 근로관계를 종료시킬 의사로 한 것이 아니고 사용자도 그러한 사정을 알고 있었으므로 비진의 의사표시에 해당하여 무효라고 판단하고 있다(대법원 1993. 1. 26. 선고 91다38686 판결, 대법원 1993. 2. 9. 선고 91다44452 판결 등).

⑦ 사용자의 복직거부와 위자료 청구

사용자가 근로자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 근로자의 근로제공을 계속적으로 거부하는 것은 이와 같은 근로자의 인격적 법익을 침해하는 것이 되어 사용자는 이로 인하여 근로자가 입게 되는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있다(대법원 1996. 4.

23. 선고 95다6823 판결). 위 판결은 근로자의 취업청구권을 인정하는 계기를 마련한 판결이라 할 수 있다.

⑧ 교수재임용의 문제

기간을 정하여 임용된 교수의 재임용과 관련하여 대법원은 임용기간의 만료로 당연히 교원으로서의 신분을 상실하고, 그 후 학교법인 등이 그 교원에 대하여 한 재임용제외처분 및 통지는 임기만료로 당연퇴직됨을 확인하고 알려주는데 그칠 뿐 이로 인하여 어떠한 법률효과가 발생하는 것은 아니고, 재임용할 것인지 여부는 결국 임용권자의 판단에 따른 재량행위에 속한다는 이유로 재임용탈락처분취소 또는 무효확인의 소를 각하하였다(대법원 1997. 6. 10. 선고 97다3132, 대법원 1997. 6. 27. 선고 96누4305, 대법원 1997. 6. 27. 선고 96다7069 등)

위와 같은 대법원 판례의 입장으로 말미암아 재임용에서 탈락된 교수는 아무리 자의적으로 이루어진 경우에도 법원에 의하여 실제적인 재임용사유에 대하여 판단을 받아볼 기회조차 봉쇄되게 되었다. 한편 헌법재판소에 의해서도 재임용제도 관련 조항들에 대해 합헌결정이 선고된 마당이므로 현재로서는 해석을 통하여 법원의 입장을 변경하기는 어려운 것으로 보인다.

2. 노동위원회에 의한 구제절차

① 전직에 대한 소송

전직의 정당성에 대하여 대법원은 "전직은 원칙적으로 사용자의 권한에 속하고 업무상 필요한 범위안에서는 상당한 재량권을 인정해야 하나, 근로기준법 제30조 제1항을 위반하거나, 권리남용에 해당하거나 부당노동행위에 해당하는 경우에는 무효"라고 일관되게 판시하고 있으나 법원이 점차 근로자의 생활상의 불이익을 보다 가법게 취급하고 사용자의 재량권을 폭넓게 인정하여 업무상 필요성만 인정되면 전직의 정당성을 인정하는 경향은 시정되어야 한다(대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결 등).

② 해고 이외의 징계(정직, 감봉 등) 및 불이익처분(직위해제, 당연퇴직, 대기발령 등)에 대한 무효확인소송

사용자는 징계해고절차를 회피하기 위하여 근로자에 대하여 직위해제조치를 취하고 일정기간(보통 3개월)이 경과한 후 당연퇴직조항 등에 근거하여 당연퇴직처리하는 경우가 많다. 이러한 사안에 대하여 대법원은 직위해제와 그에 따른 당연퇴직은 징계가 아니기 때문에 징계절차를 거칠 필요가 없다고 한다(대법원 1995. 12. 5. 선고 94다43351 판결 등).

그러나 직위해제사유는 매우 포괄적으로 규정되어 있어 자의적 운영이 가능하므로 이러한 대법원의 입장은 문제의 소지가 많다.

③ 불이익처분 이외의 부당노동행위

i) 대법원은 유니온 스톱 협정이 체결된 경우 사용자는 노동조합을 임의로 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있다고 하면서도 사용자가 근로자를 해고하지 않은 경우 부당노동행위가 성립하는지 여부는 별도로 구체적인 사안을 따져서 판단하고 있다(대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16070 판결).

- 유니온 스톱 협정은 노동조합의 단결강화를 위하여 그 효력을 인정하는 것이므로 사용자가 노동조합을 임의로 탈퇴한 근로자를 특별한 사정없이 해고하지 않는다면 부당노동행위로 인정하는 것이 타당할 것이다.

3. M&A와 근로관계

① M&A에 따른 근로자의 지위문제

합병의 경우 집단적이든 개별적이든 모든 근로관계가 포괄적으로 인수기업 또는 합병기업(신설합병의 경우에는 신설회사, 흡수합병의 경우에는 존속회사)에 승계된다는 점에 대하여 다툼이 거의 없다(대법원 1994. 3. 8. 선고 93다1589 판결).

② 영업양도시 근로자의 법적 지위

i) 대법원은 특약이 없는 한 영업양도의 당사자간에 근로관계

승계에 관하여 합의가 없더라도 근로관계는 당연히 양수회사에 이전되고, 다만 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로는 해고나 다름이 없다 할 것이므로 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하고, 영업양도 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 원칙승계설의 입장을 취하고 있다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결 ; 1994. 11. 18. 선고)

ii) 해고무효확인소송 계속 중에 영업양도가 이루어진 경우 이 소송은 어떻게 될 것이며 해고자가 소송에서 승소하게 되면 양수기업이 근로관계를 승계하는가 하는 문제가 제기된다. 이에 대하여 대법원은 사업양도시 이전되는 근로관계의 범위에 관하여 계약체결일 현재 실제로 그 사업부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 대상으로 하고 계약체결일 이전에 해당 사업부문에서 근무하다가 해고된 근로자로서 해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계되는 것은 아니라는 입장을 취하고 있다(대법원 1993. 5. 25. 선고 91다41750 판결; 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다21606 판결; 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다54245 판결 등).

iii) 영업양도시 근로관계가 승계되는가 하는 문제가 아니라 어떠한 경우에 영업양도로 인정할 수 있는가 하는 점이다. 사용자들이 근로관계의 승계를 회피하고자 영업양도가 아닌 자산양도, P&A 등 다양한 법률형태를 취하고 있다. 따라서 사실상 사업의 계속을 위한 실체가 이전되었는가 여부를 판단하여 영업양도로 인정하고 이에 따른 근로관계의 승계를 인정하는 것이 현실적으로 보다 중요한

문제가 되고 있는 것이다. 이와 관련하여 대법원은 계약 명칭을 무시하고 실질을 고찰하여 판단하려는 태도를 취하고 있다(대법원 1997. 6. 27. 선고 96다49674 판결).

iv) 계약명칭을 자산양도계약으로 하고 근로자를 신규채용하는 형식을 취한 창원특수강주식회사(양도기업은 삼미특수강주식회사) 사건과 한국오르론전장 주식회사(양도기업은 동해주식회사)사건에서 서울고등법원이 그 법적 성질을 영업양도로 보아 근로자의 승계를 인정한 것은 매우 의미있는 것이다.

4. 임금, 퇴직금 소송

① 포괄임금약정

i) 아파트 경비원, 수위직 등 소위 감시적, 단속적 근무에 종사하는 근로자들에 대하여 근로시간에 대한 규정의 적용을 배제하는 것의 문제점

- 포괄임금약정에 대하여 대법원은 "기본임금을 미리 결정하지 아니하고 제수당을 미리 합산한 일정 금액을 근로자의 승낙 아래 월급여액으로 지급하는 내용의 계약을 체결한다 하더라도 근로자에게 불이익이 없고 제반 사정에 비추어 정당하다" 라는 태도를 취하였다(대법원 1987. 8. 18. 선고 87다카474 판결). 기존에는 근로자의 승낙이라는 조건을 반드시 요구하지 않았다(대법원 1995. 7. 28. 선

고 94다54542 판결).

- 1997. 3. 13. 개정된 근로기준법 제24조 후문은 "이 경우 임금의 구성항목, 계산방법 및 지불방법에 관한 사항에 대하여는 대통령령으로 정하는 방법(시행령 제8조)에 따라 명시하여야 한다"고 규정하였는데, 이처럼 포괄임금약정은 서면으로 작성하도록 하였다.

② 부도, 폐업 사업장의 임금, 퇴직금 청구 소송

i) 임금채권우선변제

부도, 폐업사업장의 경우 대개 근로자들이 임금과 퇴직금을 지급 받지 못한 상태임에도 불구하고 사용자가 자산이 충분하지 않고 다른 채권자들과 경합하기 때문에 임금채권의 우선변제권 문제가 발생된다.

최우선변제대상이 되는 퇴직금의 범위에 관하여 헌법재판소의 헌법불합치 결정 이후 그 범위가 대폭 감소되었다. 최종 3년간의 근속기간에 대한 퇴직금부분(누진제의 경우에도 1년에 대해 평균임금의 30일분으로 계산)만이 최우선변제의 대상이 되고, 다만 기득권 보호차원에서 최대 250일분의 범위내에서 법개정전의 근속기간도 일부 보호된다.

ii) 계열사간 진출 또는 기간을 정한 근로의 반복시 임금문제

계열사간 진출이 있었던 경우, 영업양도나 합병 등으로 인해 근로관계의 이전이 있었던 경우 그 과정에서 퇴직금정산과 재입사 절

차가 수반되었을 때 근속기간의 계산을 어떻게 할 것인가 하는 점도 중요한 다툼의 하나이다. 이에 대해 법원은 사업의 동일성이 유지되었는지, 퇴직금정산 등이 근로자의 자의에 의한 것인지 아니면 회사의 방침에 의한 것인지 등을 기준으로 하여 판단하고 있다(대법원 1996. 9. 6. 95다29932, 대법원 1996. 4. 26. 95다2562 퇴직금).

일급임시직으로 계속 근무하다가 정식직원으로 채용되는 경우 또는 기간을 정하여 근무하는 근로자가 수회 갱신되어 근무한 경우 퇴직금 지급 의무가 있는가 하는 점에 대해서도 문제가 된다. 이에 대해서는 대법원은 당연히 퇴직금 지급 의무가 발생하는 것으로 보고 있다(대법원 1995. 7. 11. 93다26168, 대법원 1993. 12. 28. 93다11395). 또한 회사방침에 따라 해외에서 근무하다가 사직하고 퇴직금을 수령한 후 해외근무를 마치고 재입사한 경우 계속 근로연수는 단절되지 않는 것으로 본다(대법원 1996. 7. 9. 96다12535).

5. 업무상 재해

① 업무상 부상. 질병. 사망으로 인정되기 위해서는 일반적으로 업무기인성과 업무수행성의 요건이 필요하다.

업무상 질병과 관련하여 대법원은 피해자측의 입증부담을 완화해 주고 있다. 즉, 대법원은 일관되게 "업무상 재해라 함은 근로자가 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하는 것이므로 그 재해가 질병인 경우에는 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 있

어야 하고 이를 주장하는 측에서 입증하여야 하는 것이지만, 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 입증되어야 하는 것은 아니고, 근로자의 취업 당시의 건강상태, 작업장에 발병원인물질이 있었는지 여부, 발병원인물질이 있는 작업장에서의 근무기간, 근무부서를 옮긴 후의 증세의 감소 여부(같은 작업장에서 근무한 다른 근로자의 동종 질병에의 이환 여부) 등 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 입증이 있다고 보아야 할 것이다" 라고 판결하였다(대법원 1997. 9. 5. 선고 97누7011 판결).

반면, 질병의 주된 발생원인이 업무와 직접 관련이 없으나 업무상 과로가 질병의 주된 발생원인에 겹쳐서 유발 또는 악화된 경우에는 업무와 질병 사이의 인과관계를 인정하고 있으나, 막연히 과로나 스트레스가 일반적으로 질병의 발생, 악화에 한 원인이 될 수 있고 업무수행과정에서 과로를 하고 스트레스를 받았다고 하여 현대의학상 그 발병 및 악화의 원인 등이 밝혀지지 아니한 질병에까지 곧바로 그 인과관계가 추단하기는 어렵다고 한다(대법원 1998. 5. 22. 선고 98두4740 판결).

② 통근재해

출.퇴근 도중의 사고에 대해 대법원의 다수 판결례는 "사용자가 제공한 교통수단을 근로자가 이용하거나 또는 사업주가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하는 등 근로자의 통근과정이 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에 해당되어야 한다"는 입장을 보이고 있다(대법원 1993. 1. 19. 선고 92누13073 ; 1993. 5. 11. 선고 92누16805)

즉, 근로자의 통근과정이 사용자의 지배관리하에 있어야 한다는 요건을 지나치게 엄격하게 해석하여 회사가 운행하는 출·퇴근차량을 이용하는 경우 등으로 제한하고 회사 제공의 차량이라도 근로자가 직접 운전하는 경우에는 관리이용권이 근로자에게 전달되었다는 이유로 업무상 재해로 인정하지 않고 있는 실정이다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97누6339).

③ 사용자의 안전배려 의무

대법원은 「사용자는 근로자가 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하고 필요한 조치를 강구할 보호의무를 부담하는데 이러한 보호의무는 고용계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수의무로서 사용자가 고의 또는 과실로 이러한 보호의무를 위반함으로써 근로자의 생명·신체를 침해하여 손해를 입힌 경우 사용자는 채무불이행책임과 함께 불법행위책임을 부담한다」라고 판시하였다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96다53086 판결).

6. 쟁의행위 자체를 처벌 대상으로 하는 경우

① 쟁의행위가 위법성과 업무방해죄

1989년 12월 대림기업사 파업사건에 대한 대법원 1991. 11. 8. 선고 91도 316 판결은 "노동쟁의행위는 근로자들이 단결하여 사용자

에게 압박을 가하는 것이므로 본질적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있으며 근로자들이 작업시간에 집단적으로 작업에 임하지 아니한 것은 다른 위법의 요소가 없는 한 근로제공의무의 불이행에 지나지 않는다고 할 것이지만, 단순한 노무제공의 거부라고 하더라도 그것이 정당한 쟁의행위가 아니면서 위력으로 업무의 정상적인 운영을 방해할 정도에 이르면 형법상 업무방해죄가 성립할 수 있다"고 하여 무죄를 선고한 원심을 파기하였다. 최근에도 많은 파업사건에 대한 업무방해죄 적용이 문제되고 있다.

그러나 단순한 노무제공 거부를 위력으로 평가하기는 곤란하고 노무제공을 개인적으로 거부하든 집단적으로 거부하든 그것은 어디까지나 채무불이행에 불과한 것이고 이를 형사처벌하는 것은 강제노역을 강요하는 측면이 있어 단순한 노무제공 거부에 대해 형사처벌하는 것은 부당하다.

7. 경영상 이유에 의한 해고

① 경영상 이유에 의한 해고 대법원의 변화

경영상의 이유에 의한 해고에 관한 체계적인 최초의 대법원 판결은 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2132 판결로서 "기업이 경영상의 사정에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고에 있어서는 첫째로 해고를 하지않으면 기업경영이 위태로울 정도의 긴박한 경영상의 필요성이 존재하여야하고, 둘째로 경영방침이나 작업방식

의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 등 해고 회피를 위한 노력을 다하였어야 하며, 셋째로 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고대상자를 선별하여야 하고, 이 밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다"고 엄격히 판시하였다.

그러나 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다 8647 판결은 "정리해고의 한 요건인 '긴박한 기업경영상의 필요성'이라는 것은 기업의 인원 삭감 조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적인 이유뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업 형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화를 이유로 하여 실제 이루어지고 있고 또한 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어 보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고, 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 '긴박한 경영상의 필요성'이 있는 것으로 넓게 보아야 한다."고 판시하여 긴박한 경영상의 필요성 요건을 크게 완화하였다.

대법원 1995. 12. 5. 선고 94누15783 판결은 "기업이 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고가 정당하다고 하려면 그것이 긴박한 경영상의 필요성에 기한 것인지 여부, 사용자가 해고회피를 위하여 상당한 노력을 하였는지 여부, 객관적이고 합리적인 기준에 의하여 해고대상자를 선정하였는지 여부, 그밖에 노동조합이나 근로자와의 성실한 협의 등을 거쳤는지 여부 등 제반 사정을 전체적, 종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있어야 한다"고 판시하였다.

IMF의 구제금융을 받으면서 구조조정에 대한 강한 압력에 밀려 1998. 2. 14. 국회는 긴박한 경영상의 필요성 요건을 완화하여 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병의 경우 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 간주하고, 남녀의 성을 이유로 한 차별금지를 명문화하고 날치기 개정안에 포함되었던 60일전 사전 통보와 재고용 노력의무 조항을 신설하고 2년간의 적용유예 조항을 삭제하여 바로 시행하는 내용의 근로기준법 개정안을 의결하였다.

현행법은 경영상의 이유에 의한 해고의 요건으로 긴박한 경영상의 필요성, 해고회피노력의무 및 공정한 정리기준의 설정과 이에 따른 대상자의 선정, 노동조합 또는 근로자대표에 대한 60일전 통보와 성실한 협의 등을 별도의 조항으로 규정하고 있으므로 위 각각의 요건은 독자적인 유효요건이라 할 것이고 따라서 어느 한 요건이라도 충족시키지 못하면 그 해고는 무효라고 하여야 할 것이고 4가지 요건을 단순한 종합적 고려요소의 하나로 보았던 종전의 대법원 판례의 입장은 현행법하에서는 변경되어야 한다.

그러나 여전히 대법원은 긴박한 경영상의 필요성, 해고회피노력의무 및 공정한 정리기준의 설정과 이에 따른 대상자의 선정, 노동조합 또는 근로자대표에 대한 60일전 통보와 성실한 협의를 거쳤는가를 종합적으로 판단하고 있으며, 특히 긴박한 경영상의 필요에 대해 기업도산을 회피하기 위한 경우가 아니라도 인원삭감의 객관적 합리성이 인정될 경우로 판단하고, 사업부 일부의 폐지하거나 위탁의 할 경우 이에 따른 해당 근로자의 정리해고는 정당하다고 판시하고 있다(대법원 1999. 5. 11. 99두1809, 대법원 1997. 9. 5. 96누8031).

② 경영상 이유에 의한 해고에 관한 노사간 분쟁시 쟁의행위의 적법성

쟁의행위의 대상사항은 노동쟁의의 대상사항을 의미하는데, 법률은 '근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치'를 노동쟁의의 정의로 규정하면서 그 내용의 하나로 '해고'를 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 정리해고를 둘러싼 노사 당사자간의 분쟁은 노동쟁의에 해당하고 따라서 불일치의 경우 그 주장을 관철하기 위하여 쟁의행위를 할 수 있는 것은 당연하다.

정리해고가 고용조정의 일환으로 이루어지고 고용조정은 경영사항에 해당하기 때문에 쟁의행위의 대상이 될 수 없다는 주장이 있으나, 경영사항이라고 하더라도 근로자의 근로조건과 경제적, 사회적 지위향상과 밀접한 관련이 있는 사항은 단체협약의 대상사항이 되고 따라서 이 부분에 대한 주장의 불일치는 노동쟁의에 해당한다는 것이 노동법학계의 통설이다.

8. 골프장 캐디의 노동법상 근로자에의 해당여부

대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결과 1996. 7. 30. 선고 95누13432판결 두 판결은 골프장 캐디가 노동법상 근로자에 해당하는가 하는 점에 대하여 판단하였는데, 앞의 판결은 캐디를 노동조합을 결성할 수 있는 근로자로 인정한 반면, (즉, 노동조합법상의 근로자에 해당된다) 뒤의 판결은 산업재해보상보험법에 의한 급여를 지급

받을 수 있는 근로자가 아니라고 판시하였다.

9. 여성차별정년규정의 유효여부

대법원 1988. 12. 27. 선고 85다카657 판결에서는 여성교환원이 일반직 정년은 55세인데 반해 교환직 정년은 43세로 되어 있을 때 1982. 12. 31. 43세로 정년퇴직되어 그 무효라고 파기환송하였고 결국 여성교환원은 원직복직하였다. 반면 1996. 8. 23. 선고 94누13589 판결은 동일한 당사자(여성 전화교환원)가 차별정년규정의 유효여부에 관하여 제기한 소송인데, 대법원은 시차를 두고 결론을 달리 하였다. 뒤 판결은 교환직렬이 여성전용직종이라는 점을 인정(3명의 남성 직원이 모두 퇴직하거나 다른 직종으로 옮겨 모두 여성만이 근무하고 있었음)하면서도 정년 차별에 사회통념상의 합리성이 있다고 보고 성별을 이유로 한 차별이 아니라고 인정하였다.

10. 1년 이상의 기간을 정한 근로계약의 효력

중전 1989. 7. 11. 선고 88다카21296 판결은 "1년 이상의 근로계약이 체결된 경우라 하더라도 그 근로계약은 당연무효가 되는 것이 아니라 1년의 계약기간을 가진 근로계약으로 인정되고 그 이후의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 기간의 약정이 없는 것으로 보아야 할 것이다" 라고 해석하였다.

대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5783 전원합의체 판결에서는 "근로계약기간은 단지 근로계약의 존속기간에 불과할 뿐 '근로관계에 있어서 임금 근로시간 후생 해고 등 근로자의 대우에 관하여 정한 조건'을 의미하는 (구)근로기준법 제20조 소정의 근로조건에 해당하지 아니하므로 근로계약 당사자는 원칙적으로 이를 임의로 정할 수 있다 할 것이며, 따라서 1년을 초과하는 근로계약기간을 정하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그 계약기간의 정함 자체는 유효"하다는 입장을 취하였다. 이에 의하면 1년을 초과하는 근로계약은 언제나 유효한 것으로 되고, 다만 1년이 지난 후에 근로자의 퇴직의 자유가 보장될 뿐이라는 것이다.

위의 판결에 따르면 1년을 초과하는 근로계약기간을 정하는 것은 당사자의 자유로서 그 계약은 언제나 유효하게 된다. 다만, 근로자가 1년이 지난후 자유롭게 퇴직할 수 있을 뿐이라는 제한이 따르게 되나 근로자의 퇴직의 자유는 현대사회에 있어서 그리 중요한 의미를 갖지 못한다. 위 판결의 취지에 따르게 되면 사용자는 기간만료 후에는 언제라도 근로계약의 종료를 주장할 수 있게 된다. 그렇다면 사용자로서는 굳이 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결할 필요없이 모든 정규근로자들에 대해서도 담당업무에 관계없이 일정한 기간 단위로 근로계약을 체결하도록 하고 필요에 따라 기간만료를 이유로 근로관계를 종료시킬 수 있게 되어 근로자의 고용은 지극히 불안정하게 될 것이다. 이는 근로자의 고용보장이라는 중요한 현대적 법익에 역행하는 결과를 초래한다. 결국 이러한 결은 근로기준법상의 해고제한규정을 유명무실하게 할 우려가 있는 심각한 문제를 내포하고 있다.

이상 부문별 대법원의 입장과 노동관계의 변경추이를 보면 노동

관련 대법원의 판결은 근로자의 권리신장이나 이익을 보호하는 방향으로 변경되었다기보다는 노동시장의 유연화 추세를 반영하므로서 상대적으로 피용자에게 불리한 방향으로 변화되고 있음을 알 수 있다.

제2절 개별적 근로관제법

I. 근로기준법 기본원리

1. 균등처우

【1】 교환직렬 직종의 정년을 43세로 정하고 있는 인사규정을 무효라고 본 사례

- 대판 1996. 12. 6. 85다카657

근로기준법 제5조에서 말하는 남녀간의 차별적인 대우란 합리적인 이유없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다고 할 것이므로 교환직렬 직종의 정년을 43세로 정하고 있는 OO 공사의 취업규칙인 인사규정 제36조 제1항 단서의 규정내용이 합리적인 이유없이 여성근로자들로 하여금 조기퇴직하도록 부당하게 낮은 정년을 정한 것이라면 이는 위 근로기준법 소정의 남녀차별금지규정에 해당되어 무효라고 보아야 한다.

【2】 교환직렬에 대한 정년차등규정은 사회통념상 합리성이 있다고 본 사례

- 대판 1996. 8. 23. 94누13589

근로기준법 제5조에서 말하는 남녀의 차별적 대우란 합리적인 이유 없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하

는 것을 의미한다. 일반직 직원의 정년을 58세로 규정하면서 전화 교환직렬 직원만은 정년을 53세로 규정하여 5년간의 정년차등을 둔 것이 사회통념상 합리성이 있다.

【3】 단체협약에 동일부서내의 남녀정년을 55·53세로 다르게 정한 규정을 무효라고 본 사례

- 대판 1993. 4. 9. 92누15765

단체협약이나 취업규칙에 소속근로자의 정년에 대하여 원칙적으로 남녀를 달리 취급하여 남자는 55세, 여자는 53세로 하되 이를 3개부서 소속원에만 적용하고 그외의부서 소속원들은 남녀 공히 모두 55세로 정하고 있는 것은 위 3개부서에 관해 성별 작업구분이나 근로조건의 구분을 명확히 하지 아니한 채 남녀를 차별하여 정년을 규정한 것으로 합리적 이유없이 남녀의 차별적 대우를 못하도록 한 근로기준법 제5조와 근로자의 정년에 관해 여성인 것을 이유로 남성과의 차별을 금한 남녀고용평등법 제8조 등 강행법규에 위배되어 무효이다.

【4】 일반직을 제외한 기능직과 고용직에 한하여 임금을 인상하기로 한 단체협약의 균등처우 규정위반이 아니다.

- 대판 1991. 7. 12. 90다카 17009

00공사의 1988. 6. 17자 단체협약이 일반직을 제외한 기능직과 고용직에 한하여 월 33,000원씩 임금을 인상하기로 한 것이어서 일반직을 그 지급대상에서 제외하고 있는 부분은 근로기준법 제5조의 균등처우규정에 위반한 것으로 볼 수 없을 것이다.

【5】 보수규정상의 학력 호봉 가산 조항을 특채직원에게만 적용

하고 공채직원에게 미적용한 것이 차별대우인지 여부(부정)

- 대판 1997. 7. 8. 96다 56269

학력간의 임금 불균형으로 인한 직원들의 불만을 해소하기 위하여 0000공단에 의하여 개정된 학력인정조항이 "... 가산할 수 있다"고 규정되어 있을 뿐이고, 한편 특별채용된 직원들에 대하여 위 조항에 따라 일률적으로 학력호봉을 가산해 준 것은 피고 공단이 당초 서울올림픽 행사를 위하여 설립된 각종 올림픽 관련 기관들의 직원들을 특별채용하여 직원을 충원하면서 보수규정상 단일호봉제를 채택하여 호봉을 확정하여 왔는데 특별채용 직원들의 직급을 조정하는 과정에서 학력이 호봉가산에 포함되지 아니하여 고학력의 직원이 저학력의 직원보다 낮은 호봉을 확정받는 경우가 발생하게 되어 이를 시정하기 위하여 취해진 것으로서, 이와 달리 피고 공단에서 최초로 직급별 신규사원을 공개채용하면서 학력에 따라 각 직급의 응시자격을 제한하여 신입 및 경력사원의 모집공고를 하고 소정의 전형절차를 거쳐 채용한 이 사건 원고들과 같은 경우에는 학력이 직급에 이미 반영되었다고 볼 것이어서 특별채용 직원들과는 사정을 달리하는 것이므로 결국 피고 공단에서 이 사건 원고들에 대하여 위 학력인정조항에 의한 학력호봉을 따로 가산해 주지 않는다고 하여 위 학력 인정조항에 위반된다거나 종전의 특별채용 직원들에 비하여 불합리한 차별대우를 하는 것이라고 볼 수도 없다 할 것이다.

【6】 구 공무원연금법 제64조 제1항이 헌법상의 평등조항에 위반되는지여부(소극)

- 대판 1997. 4. 25. 95누14046

구 공무원연금법(1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정되기 전의 것)

제64조 제1항의 규정이 합리적 이유 없이 직무와 관련된 사유로 금고 이상의 형을 받은 공무원과 직무와 관련이 없는 사유로 같은 형을 받은 공무원을 차별하게 되어 평등권을 보장한 헌법 제11조에 실질적으로 위배되는 것이라거나, 합리적 이유 없이 재산의 유무에 따라 금고 이상의 형을 선고받은 공무원과 그보다 가벼운 형을 선고받은 공무원을 차별하게 되어 위 헌법조항에 위배되는 것이라고 할 수 없다.

【7】 임용기간이 만료된 대학교원에 대한 재임용 여부가 재량행위인지 여부 및 교육공무원법 제11조 제3항, 교육공무원임용령 제5조의2 제2항의 위헌 여부

- 대판 1997. 6. 27. 96누4305

교육법상 대학교수 등에게는 고도의 전문적인 학식과 교수능력 및 인격 등을 갖추 것을 요구하고 있어서 임용기간이 만료되면 임용권자는 이와 같은 여러 가지 사정을 참작하여 재임용 여부를 결정할 수 있어야 할 필요성이 있으므로 임용기간이 만료된 자를 다시 임용할 것인지의 여부는 결국 임용권자의 판단에 따른 재량행위에 속한다고 할 것이므로, 그에 대한 불복절차가 없다고 하여 대학교수 등의 임용에 관한 교육공무원법 등의 규정들이 반드시 학문의 자유를 규정한 헌법 제22조에 위반되는 것이라거나 일반공무원 등에 비하여 차별대우를 받는 등 평등권에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

【8】 가. 성적 표현행위의 위법성 판단 기준

나. 대학교수의 조교에 대한 성적인 언동이 불법행위를 구성한다고 본 사례

다. 사용자 책임의 요건인 '사무집행에 관하여'의 의미와

그 판단 기준

- 대판 1998. 2. 10. 95다39533

가. 성적 표현행위의 위법성 여부는, 쌍방 당사자의 연령이나 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 성적 동기나 의도의 유무, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 종합하여, 그것이 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 정도의 것인지 여부 즉 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반되는 것인지 여부에 따라 결정되어야 하고, 상대방의 성적 표현행위로 인하여 인격권의 침해를 당한 자가 정신적 고통을 입는다는 것은 경험칙상 명백하다.

나. 피해자가 엔엠알기기 담당 유급조교로서 정식 임용되기 전후 2, 3개월 동안, 가해자가 기기의 조작 방법을 지도하는 과정에서 피해자의 어깨, 등, 손 등을 가해자의 손이나 팔로 무수히 접촉하였고, 복도 등에서 피해자와 마주칠 때면 피해자의 등에 손을 대거나 어깨를 잡았고, 실험실에서 "요즘 누가 시골 처녀처럼 이렇게 머리를 땀고 다니느냐."고 말하면서 피해자의 머리를 만지기도 하였으며, 피해자가 정식 임용된 후에는 단둘이서 입방식을 하자고 제의하기도 하고, 교수연구실에서 피해자를 심부름 기타 명목으로 수시로 불러들여 위아래로 훑어 보면서 몸매를 감상하는 듯한 태도를 취하여 피해자가 불쾌하고 곤혹스러운 느낌을 가졌다면, 화학과 교수 겸 엔엠알기기의 총책임자로서 사실상 피해자에 대하여 지휘·감독관계에 있는 가해자의 위와 같은 언동은 분명한 성적인 동기와 의도를 가진 것으로 보여지고, 그러한 성적인 언동은 비록 일정 기간 동안에 한하는 것이지만 그 기간 동안만큼은 집요하고 지속적인 까닭에 사회통념상 일상생활에서 허용되는 단순한 농담 또는 호의적이고 권유적인 언동으로 볼 수 없고, 오히려 피해자로 하여금 성

적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 것으로서 피해자의 인격권을 침해한 것이며, 이러한 침해행위는 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 위법한 행위이고, 이로써 피해자가 정신적으로 고통을 입었음은 경험칙상 명백하다고 한 사례.

다. 민법 제756조에 규정된 사용자 책임의 요건인 '사무집행에 관하여'라는 뜻은 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행 행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여질 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이고, 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지의 여부는 피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련 정도 및 사용자에게 손해 발생에 대한 위험 창출과 방지 조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단하여야 한다.

2. 폭행의 금지

【1】 근로자 친선을 위한 배구대회와 관련하여 일어난 폭행에 대해 사용자 책임을 인정한 사례

- 대판 1989. 2. 28, 88다카 8682

근로자들의 친선을 위하여 회사의 현장소장이 주관하고 노무대리가 진행을 지휘한 배구대회중 심판판정문제를 둘러싸고 잠시 시비가 있었으나 곧 속행되어 경기가 종료되었는데 그 직후 패한 팀의 대표인 가해자가 심판을 보았던 피해자를 인근구석으로 데리고 가서 구타하여 상해를 입게 하였다면, 그 경기의 진행책임을 맡았던 노무대리로서는 공식적으로 개최된 경기와 관련된 분규의 재발

을 방치한 사무집행상의 과실이 있고 가해자는 그의 사무집행 그 자체는 아니지만 그 사무집행과 밀접하게 관련된 행위중 폭행을 한 것이므로 결국 회사가 사용자책임이 있다.

<참고사항>

민법 제756조(사용자의 배상책임) ① 타인을 사용하여 어느사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

② 사용자에게 같음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다.

③ 전2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

3. 공민권 행사의 보장

【1】 일당제 근로자에게도 예비군 훈련시 임금을 지급하라

- 대판 1989. 5. 9. 89도1801

타인을 사용하는 자는 그가 고용하는 자가 예비군대원으로 동원되거나 훈련을 받는 때에는 그 기간을 휴무로 하거나 그 동원이나 훈련을 이유로 불이익한 처우를 하여서는 아니된다” 는 향토예비군 설치법 제10조, “타인을 고용하는 자는 그가 고용하는 자가 민방위대원으로 동원되거나 훈련을 받는 때에는 그 기간을 휴무로 하거나 이를 이유로 불이익한 처우를 하여서는 아니된다” 는 민방위기본법

제23조, “사용자는 근로자가 근로시간중에 선거권 기타 공민권의 행사 또는 공의 직무를 집행하기 위하여 필요한 시간을 청구하는 경우에는 거부하지 못한다” 는 근로기준법 제9조 본문, “임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다” 라는 같은 법 제36조(신법 제42조) 본문 등의 규정취지와 회사와 운전자들간에 체결된 근로계약의 내용, 임금지급방법(일당도급제의 일종인 일당 적치제), 근로형태 등 원심이 적법하게 확정한 사실관계로 미루어 볼 때, 원심이 비록 이 사건의 경우와 같이 임금의 지급형태가 일당도급제라고 할지라도 사용자는 향토예비군훈련으로 인하여 일을 못한 피고용자에 대하여 최소한의 임금을 지급하여야 할 것인데 그 최소한의 임금은 일당으로 간주되는 금액중 기본급으로 책정된 금액으로 보는 것이 상당하다.

4. 적용대상 사업장

【1】 정부투자기관 임직원의 근로조건에 대한 근로기준법 적용여부(긍정)

- 대판 1991. 3. 12. 90다15457

정부투자기관관리법('73. 2. 6, 법률 제2477호, 정부투자기관관리기본법의 시행에 따라 '84. 3. 1. 폐지) 및 정부투자기관예산회계법('62. 8. 13, 법률 제1119호, 같은 사유로 '84. 3. 1. 폐지)은 근로기준법과는 입법목적, 규정사항 등을 달리하므로 위 법들이 전면적으로 근로기준법의 특별법이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 위 각 법률의 개별조항에 있어서도 정부투자기관 임직원의 보수, 퇴직금 등 근로조건에 관하여 근로기준법에 대한 특칙을 규정한 바도 없기 때

문에 정부투자기관의 임직원의 보수, 퇴직금 등 근로조건에 관한 사항은 근로기준법의 적용을 받는다.

【2】 종교단체에도 근로기준법 적용된다.

- 대판 1992. 2. 14. 91누8098

근로기준법의 적용범위를 규정한 근로기준법 제10조 소정의 사업 또는 사업장이나 근로자를 정의한 같은 법 제14조 소정의 직업은 그 종류를 한정하고 있지 아니하므로 종교사업도 위 각 조문의 사업이나 사업장 또는 직업에 해당되며, 임금을 정의한 같은 법 제18조에 의하면 임금이라 함은 그 명칭을 불문하고 근로의 대상으로 사용자로부터 받는 일체의 금품을 말하는 것이므로, 교회 산하의 유치원교사는 교회에 근로를 제공하고 그 대가로 교회로부터 임금을 수령하는 근로자이다.

【3】 국가기관에 일용근로자가 1인일 경우 근로기준법 적용여부 (긍정)

- 대판 1987. 6. 9. 85다카 2473

근로기준법 제11조에 의하면 근로기준법이 국가에도 적용된다고 규정하고 있으므로 근로자와 국가사이에 고용관계가 인정된다면 국가 소속의 일용잡부로 근무하는 사람이 그 근로자 한 사람뿐이라고 하더라도 근로기준법의 적용이 배제되는 것은 아니다.

【4】 공무원의 근로기준법 적용여부(부정)

- 대판 1987. 2. 24. 86다카1355

국가 또는 지방공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근

로기준법 제14조 소정의 근로자라 할 것이므로 그들에 대하여도 원칙적으로 근로자의 퇴직금에 관한 규정인 위법 제28조가 적용된다고 해석된다. 그러나 국가 및 지방공무원인 퇴직금지급에 관하여는 공무원연금법이 제정되어 이를 규정하고 있으므로 지방공무원인 원고의 퇴직금지급에 관하여는 특별한 사정이 없는 한 위 법의 규정에 따라야 하고 근로기준법의 적용이 배제된다.

【5】 공무원에게도 근로법이 적용되는지 여부(긍정)

- 대판 1996. 4. 23. 94다446

공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제14조 소정의 근로자라 할 것이어서, 공무원연금법·공무원보수규정·공무원수당규정 등에 특별한 규정이 없는 경우에는 공무원에 대하여도 성질에 반하지 아니하는 한 원칙적으로 근로기준법이 적용되는 것이고, 국가의 부당한 면직처분으로 인하여 공무원이 그 의사에 반하여 근로를 제공할 수 없는 경우 공무원의 최저생활을 보장할 필요성은 사기업의 근로자와 동일하므로 근로기준법 제38조(신법 제45조)는 공무원에게도 적용된다고 보아야 할 것이고, 따라서 공무원이 지급받을 수 있었던 보수중 근로기준법 제38조(신법 제45조) 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하여야 할 것이다.

【7】 의료보험조합의 직원에게 근로기준법이 적용되는지 여부(긍정)

- 대판 1996. 5. 10. 95파2227

의료보험법은 근로기준법의 적용을 배제하는 규정을 두고 있지

아니고, 근로기준법과는 그 입법목적·규정사항 등을 달리하여 근로기준법의 특별법이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 그 개별조항에 있어서도 의료보험조합 소속 직원의 임금·근로시간 등 근로조건에 관하여 근로기준법에 대한 특칙을 규정하고 있지도 아니하며, "조합의 조직과 그 관리운영 기타 조합의 해산·합병 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"고 규정한 의료보험법 제25조를 의료보험조합 소속 직원의 근로조건과 관련하여 근로기준법에 대한 특칙을 규정한 것이라 보기도 어려우므로, 지역의료보험조합운영규정이 소론과 같은 경위로 제정되었다 하더라도 그 운영규정에 의하여 의료보험조합과 그 소속 직원들 사이의 근로관계를 규율하는 근로기준법의 적용이 배제된다고 할 수 없다.

【8】 청원경찰에게 근기법상 휴가규정이 적용되는지 여부 (부정)

- 대판 1996. 6. 28. 95다24074

청원경찰의 복무에 관하여 경찰공무원에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있는 청원경찰법 제5조 제4항에 따른 같은법 시행령 제10조에 의하면 청원경찰의 복무에 관하여 공무원 복무규정 제14조 내지 제19조를 준용하도록 되어 있고, 한편 경찰공무원복무규정 제20조는 경찰공무원의 복무에 관하여 그 영에서 규정한 사항 외에는 공무원복무규정을 적용한다고 되어 있으며, 공무원복무규정 제14조 내지 제19조는 공무원의 휴가에 관하여 근로기준법과는 달리 연가·병가·공가로 세분하여 별도의 규정을 두고 있는 터이므로, 결국 청원경찰의 경우 휴가에 관하여는 공무원복무규정 제14조 내지 제19조가 우선적으로 적용되고 근로기준법 소정의 휴가에 관한 규정은 그 적용이 배제된다

【9】 학교육성회가 근기법 적용받는 사업장인지 여부(긍정)

- 서울지법 1996. 9. 10 96가단90373

무릇 근로기준법 제10조 소정의 사업 또는 사업장이라 함은 그 것이 영리의 목적으로 행하여지는 것은 물론 영리의 목적이 없는 사회사업이나 교육사업, 종교단체의 계속적 활동 등 사회통념상 업으로 행하여진다고 인정되는 것은 모두 포함한다고 해석함이 상당한 바, 학교육성회는 사업수행을 위하여 각 학교의 일반직 공무원 및 기능직 공무원 업무보조를 하는 상근직원과 단순노무 또는 단순보조업무를 위하여 한시적으로 채용하는 일용직 직원 등을 고용하는데 다만 이들은 당해 학교를 대표하는 당연직 이사인 학교장에 의하여 관리·감독되는 사실, 각급 학교의 육성회 고용직원들에 대하여는 퇴직금이 지급되지 아니하였는데 육성회 임시직원의 처우개선으로 OO 시 교육청이 육성회관리지침에 의거하여 1988. 3. 1부터 육성회 예산에서 재원을 확보하면서부터 퇴직금이 지급되기 시작한 사실, 이에 따라 OO 시 교육청의 육성회운영관리지침은 "육성회 직원과 비정규직의 퇴직금 지급에 필요한 재원을 관련법규에 의하여 계상하여 적립하되, 퇴직금은 매년도 누년계상하여 적립하고 직원이 퇴직할 때 그 재원이 부족되지 않도록 하여야 한다"고 규정하고 있는 사실에 비추어 볼 때 피고와 같은 학교육성회 역시 근로기준법의 적용을 받는 사업장에 해당된다고 할 것이다.

II. 근로계약

1. 근로계약

【1】 광석매매 도급계약을 근로계약으로 볼수 없다고 한 사례

- 대판 1972. 11. 14. 72다895

사용자와 근로자 관계가 성립되기 위하여는 근로자가 사용자에 게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 명시적 또는 묵시적으로 체결된 계약(근로기준법 제17조)이 있거나 기타 법적 근거(근로기준법 제91조)가 있어야 할 것인 바 이 사건 광석매매 도급계약은 피고회사가 특광반 자치회라는 임의단체와의 사이에서 체결한 광석채굴 제공과 그 대가지급에 관한 일종의 노무도급계약이었을 뿐 그것이 그 자치회 회원인 원고들과 피고회사간의 전술한 바와 같은 근로에 관한 계약을 체결키 위한 것이었다고는 볼 수 없을 뿐 아니라 피고회사가 동 계약에 의하여 원고등을 산재보험에 가입시키고 그 보험료를 지급하기로 약정한 것은 그 계약의 도급인으로서 근로기준법 제91조 소정의 사용자로서의 책임을 다하기 위한 것이었다고 볼 수 있고, 위 자치회 회원들의 인원구성, 작업, 납광량, 생산품에 대한 검수 등에 관하여 피고회사의 지시에 따르도록 약정한 것은 광산작업에 수반되는 재해발생, 기타 위험발생에 관한 사업자로서의 위 근로기준법 제91조의 책임 기타 광업권자로서의 광산보안법상의 보안상 책임을 다하기 위한 조치였다고 볼 것이고, 수입금의 회원에 대한 분배에 대하여 까지 피고회사와 자치회 대표와 간에 약정한 것은 근로기준법 제39조에

의하여 도급에 의한 사용자로서 근로자에게 근로시간에 응하여 일
정액의 임금을 보장하기 위한 것으로 볼 수 있다 할 것이며 근로자
의 노동조합 가입자유가 보장된 현행법상에 있어서 원고 등이 임의
로 전국광산노조 달성지부에 가입한 사실로서는 곧 원고들과 피고
회사간에 근로자와 사용자 관계가 성립되었다고 볼 수 없다 할 것
이다.

**【2】 철도하역 노무자와 사용사업주사이에 근로계약이 없다고 본
사례**

- 대판 1980. 12. 9. 78다2147

철도하역노무자들이 피고회사와 개별적 근로계약을 맺지는 아니
하였지만 그의 작업권과 권익보장을 위하여 노조를 결성하고 피고
회사와 단체협약을 맺어 피고회사가 취급하는 화물을 계속적으로
취급하여 왔고 일정한 범위안에서는 피고회사의 지시감독을 받으며
회사는 그들을 위한 사업주로서 산재보험가입과 위생검사를 실시하
고 각종근로소득세의 원천징수를 하여 왔다고 하더라도 노무자들이
피고회사에만 소속되어 있지 아니하고 소외회사들과도 피고회사와
사이에 체결된 바와 동일 내지는 유사한 단체협약을 맺고 그들에게
도 동일 노무를 필요에 따라 계속적으로 공급하여 왔다면 피고회사
와 사이에 근로기준법상의 사용종속적인 근로계약이 있었다고 할
수 없다.

**【3】 항운노조 소속 근로자들이 여러 회사와 맺은 하역계약을 근
로기준법상의 근로계약으로 볼 수 없다고 한 사례**

- 대판 1987. 2. 10. 86다카1949

근로기준법 제17조에 의하면 근로계약이라 함은 근로자가 사용

자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 체결된 계약을 말하며, 이는 민법상의 노무도급계약과는 달리 근로자와 사용자 사이에 부종적으로 체결된 근로조건하에서 근로자가 사용자의 지휘, 명령에 따라 근로를 제공하는 관계가 유지되어야 한다. 향운노동조합 근로자들이 철도나 항만의 하역근무작업을 함에 있어서 특정회사에만 종속되지 아니한 채 노무제공에 따른 작업비만 받아왔고 다른 회사들과도 동일 내지는 유사한 하역계약을 맺고 그들에게도 마찬가지로 동일한 노무를 필요에 따라 계속적으로 공급하여 왔을 뿐 위 근로자들과 위 회사와의 사이에 사용종속적인 근로계약이 체결되었다거나 부종속으로라도 임금이나 근로시간 등 근로조건을 따로 마련했다거나 회사에게 독자적이고 구체적인 지휘감독권을 주었다고 볼 자료가 없다면 근로자와 회사 사이의 하역계약을 근로기준법상의 근로계약이라고 볼 수 없다.

【4】 수급인의 피용자와 도급인 사이에 근로기준법상의 근로계약 관계가 존재한다고 한 사례

- 대판 1986. 9. 19. 83다카657

도급인이 수급인의 피용자를 산업재해보험에 가입시키고 일당의 형식으로 매월 2회씩 계속적으로 임금을 지급하여 왔으며, 위 공사에 필요한 제반장비 및 시설을 제공함은 물론 수급인을 통하여 작업을 지휘 감독하여 왔다면 피고와 원고 사이에 수급인이 개재되어 있다 하더라도 원고는 실질적으로 피고와 고용계약을 맺은 것으로 보아야한다.

【5】 프로축구선수 전속계약을 근로계약으로 보지 아니한 사례

- 서울민사지법 1985. 4. 3. 84가합1302

프로축구선수 전속계약은 단순한 근로계약이 아니라 축구선수로서 경기출전에 대비한 훈련과 경기출전만을 임무로 하는 도급적 성격이 짙게 깔린 비전형 무명계약이므로 근로계약불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액의 예정에 관한 약정을 금지하는 근로기준법 제24조(신법 제27조)는 위 계약에 적용되지 않는다.

【6】 운동선수의 스카우트를 위한 전속계약을 근로계약으로 보지 아니한 사례

- 서울고법 89나23072

대학재학중인 운동선수를 스카우트하기 위해 미리 맺은 전속계약은 근로기준법 「위약금예정금지규정」상의 근로계약이 아니므로 전속계약불이행에 관하여 손해배상의 예정을 했더라도 유효하다.

【7】 지방자치단체와 공립학교 육성회 소속의 잡급 직원사이엔 근로계약관계가 없다.

- 대판 1997. 8. 26. 96다31079

지방자치단체 산하의 지방교육기관인 고등학교에 학교 운영을 지원하고, 학생의 복리를 증진하기 위한 목적으로 재학생들의 학부모들로 구성된 육성회가 조직되어 있고, 그 육성회에서 잡급 직원을 고용하여 육성회 재정에서 보수를 지급하며, 학교장은 육성회의 당연직 이사로서 잡급 직원의 임용에 대하여 결재한 경우, 학교장의 임용행위 및 업무지시 행위 등은 육성회의 당연직 이사 또는 그 회무 수임자로서의 행위일 뿐이고, 더욱이 육성회는 학생들의 학부모들로 구성된 임의단체로서 시로부터 일정한 제한감독을 받으나 그 지배하에 있지 아니하므로, 위 잡급 직원과 지방자치단체 사이에 근로계약관계가 있다고 볼 수 없다.

【8】 근로계약에서 사용기간 적용을 명시하지 않았다면 정식사원으로 보아야 한다.

- 대판 1999. 11. 12 99다30473

취업규칙 변경 이후 근로관계를 갖게 된 근로자에 대해서는 변경된 취업규칙이 적용된다고 할 것이고 취업규칙에 신규채용하는 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 시용근로자가 아닌 정식사원으로 채용되었다고 보아야 할 것이다.

2. 근로기준법 제23조(신법 제26조)의 손해배상 범위

【1】 손해배상의 범위

- 대판 1986. 1. 21. 85누667

부당해고를 이유로 근로기준법 제23조(신법 제26조) 제1항에 의하여 사용자에게 대하여 임금상당액의 손해배상을 청구하는 근로자의 신청에 관하여 노동위원회가 임금상당액의 손해배상을 명하려면 위 해고가 근로기준법에 위반되어 무효인가의 여부를 판단하여야 할 것이므로 이러한 청구는 위 법 제23조 소정의 근로조건위반에 인한 손해배상청구라고는 할 수 없다. 근로계약 중 시간외근로수당에 관한 부분이 근로기준법과 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 것이어서 무효라는 주장은 근로기준법 제23조(신법 제26조)제1항이 규정하는 "명시된 근로조건이 사실과 상위가 있을 경우"에 해당하지 아니한다.

【2】 근로조건 위반으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효기간(3년)

- 대판 1997. 10. 10. 97누5732

근로계약 체결시에 명시된 근로조건이 사실과 상위가 있는 경우 근로자가 사용자를 상대로 청구할 수 있는 근로조건 위반으로 인한 손해배상청구권을 규정한 구 근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것)제23조 제1항의 규정 취지와 규정 내용 등에 비추어 위 손해배상청구권의 소멸시효기간은 근로조건에 내용여부를 묻지 않고 위 법 제41조에 정한 임금채권에 준하여 3년이라고 보아야 할 것이다.

【3】 가. 가해자의 불법행위뿐만 아니라 제3자의 행위 기타 귀책사유가 경합하여 손해가 발생한 경우에도 가해자가 손해배상책임을 진다.

나. 사용자가 피용자의 안전에 대한 보호의무를 진다.

- 대판 1999. 2. 23. 97다12082

가. 불법행위로 인한 손해배상에 있어 가해자의 불법행위만에 의하여 손해가 발생한 것이 아니라 제3자의 행위 기타 귀책사유 등이 경합하여 손해가 발생한 경우에도 가해자의 불법행위가 손해 발생의 한 원인이 되었다면 가해자는 그로 인하여 피해자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

나. 사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 이를 배상할 책임이 있다.

3. 위약예정금지

【1】 해외파견 기술훈련비 상환의무와 위약예정과의 관계

- 대판 1974. 1. 29. 72다2565

사용자가 근로자에게 기술습득을 위하여 실시하는 해외파견훈련비를 대여하고 이를 상환할 의무가 있는 근로자가 그 상환방법으로 약정기간동안 사용자에게 근로를 제공하면 그 상환의무를 면제하고 그렇지 않을 경우엔 그 전부 또는 일부를 상환토록 한 약정이 근로기준법 제24조(신법 제27조)에서 금지된 위약예정에 해당한다고 볼 수 없다.

【2】 해외파견교육 소요경비의 반환약정과 근로기준법 제24조(신법 제27조)와의 관계

- 대판 1980. 7. 8. 80다590

회사의 해외파견자 근무의무기간 요령에 해외파견기간이 1년 이상일 때에는 귀국일로부터 5년 이상 근무하지 아니할 때에는 파견에 소요된 경비 및 기타 손해를 배상하도록 되어 있는 규정은 피용자가 해외에서 교육을 받는데 사용자가 그에 필요한 모든 비용을 지급하고 피용자가 귀국후에 약정기간을 근무하지 아니하고 퇴직하는 경우에는 실제로 소요된 비용을 사용자에게 반환하되 약정기간 동안 근무하는 경우에는 이를 면제하기로 한 약정으로 보아야 할 것이고 근로기준법 제24조(신법 제27조)에서 금지된 위약금 또는 손해배상예정액의 약정은 아니다.

**【3】 해외파견 근로자의 귀국후 일정기간 근무약정이 법 위반인
지의 여부**

- 대판 1982. 6. 22. 82다카90

해외파견된 근로자가 귀국 일로부터 일정기간 소속회사에 근무하여야 한다는 사규나 약정은 민법 제103조 또는 제104조에 위반된다고 할 수 없고, 일정기간 근무하지 않으면 해외파견 소요경비를 배상한다는 사규나 약정은 근로계약기간이 아니라 경비반환채무의 면제기간을 정한 것이므로 근로기준법 제21조(신법 제23조)에 위배하는 것도 아니다.

【4】 일정기간 근속이전에 퇴직하는 경우 장학금을 손해배상하여야 한다는 근로계약은 위법이다.

- 대판 1978. 2. 28. 77다2479

회사입사 포기시 또는 입사 후 실근무 5년 이내에 퇴사할 경우 지급된 장학금 전액을 반환한다는 조항은 근로기준법 제24조(신법 제27조)에 저촉되지 않으나 실근무 1년 이내에 퇴사하는 경우에는 장학금의 60%를 손해배상으로 배상하여야 한다는 조항은 위 제24조의 강행규정 위반으로 무효이다.

【5】 근로자에 대한 신원보증계약의 근로기준법 제24조의 위약금 예정금지에 해당되지 않는다.

- 대판 1980. 9. 24. 80다1040

근로기준법 제24조(신법 제27조)는 사용자가 근로자와의 사이에서 근로계약불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약의 체결을 금지하는데 그치는 것이므로 근로자에 대한 신원보증계약은 이에 해당되지 아니한다.

【6】 해외연수 훈련자가 의무재직기간 경과전 사직시 변상할 경비의 범위

- 대판 1996. 12. 6. 95다13104

근로자가 해외교육훈련 파견에 앞서 기업체와의 사이에 해외교육훈련을 종료한 후의 의무근무기간이 경과하기 전에 사직하였을 경우 변상하기로 약정한 '파견에 직접 소요된 경비'에는 기준임금은 포함되지 않는다고 해석함이 상당하고, 가사 당사자가 기준임금까지 포함하여 '파견에 직접 소요된 경비'로서 변상하기로 약정하였다고 하더라도 기업체의 보수규정에 의하면 기준임금은 기업체의 필요에 의한 6개월 이상의 해외교육훈련 파견자에 대하여 당연히 지급하도록 규정되어 있어 그와 같은 반환약정은 보수규정에 반하는 것으로서 효력이 없다 할 것이므로, 기업체는 기준임금으로 지급된 금액 상당에 대하여는 그것이 근로제공의 대가인 임금에 해당하는지 여부에 관계없이 반환청구권을 가지게 된다고 할 수 없다.

【7】 위탁교육훈련 파견후의 의무재직기간 근무 불이행시 임금 및 교육비용의 반환약정의 효력은 무효

- 대판 1996. 12. 6. 95다24944

사용자가 근로계약의 불이행에 대하여 위약금 또는 손해배상을 예정하는 계약을 체결하는 것은 강행규정인 근로기준법 제24조(신법 제27조)에 위반되어 무효라 할 것인 바, 기업체에서 비용을 부담 지출하여 직원에 대하여 위탁교육훈련을 시키면서 일정 임금을 지급하고 이를 이수한 직원이 교육 수료일자로부터 일정한 의무재직기간 이상 근무하지 아니할 때에는 기업체가 지급한 임금이나 해당 교육비용의 전부 또는 일부를 상환하도록 하되 의무재직기간동안 근무하는 경우에는 이를 면제하기로 약정한 경우, 교육비용의

전부 또는 일부를 근로자로 하여금 상환하도록 한 부분은 근로기준법 제24조(신법 제27조)에서 금지하고 있는 위약금 또는 손해배상을 예정하는 계약이 아니므로 유효하지만, 임금 반환을 약정한 부분은 기업체가 근로자에게 근로의 대상으로 지급한 임금을 채무불이행을 이유로 반환하기로 하는 약정으로서 실질적으로는 위약금 또는 손해배상을 예정하는 계약이므로 근로기준법 제24조(신법 제27조)에 위반되어 무효이다.

4. 근로계약기간 등

【1】 법정기준시간을 초과한 근로시간을 약정한 근로계약의 효력

- 대판 1974. 3. 12. 73다1140

근로기준법상 예외로 일정한 조건아래 기준시간을 초과하여 근로하게 할 수 있음을 허용하고 있으므로 기준시간을 초과하여 근로시간을 약정한 노동계약을 당연무효라 할 수 없다.

【2】 근로기준법에 미달하는 근로계약의 효력

- 대판 1993. 5. 27 92다24509

근로기준법에 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하는 것으로서(근로기준법 제20조(신법 제22조)), 그와 같이 근로기준법 소정의 기준에 미달하는 근로조건이 단체협약에 의한 것이라거나 근로자들의 승인을 받은 것이라고 하여 유효로 볼 수도 없는 것이다.

【3】 고용계약의 연장기간에 관한 입증 책임

- 대판 1986. 2. 25. 85다카2096

고용기간이 만료되었더라도 쌍방의 이의가 없이 근로가 계속된다면 민법 제662조에 의하여 당초의 고용기간과 같은 기간만큼 연장된 것으로 보아야 하므로 연장근로기간이 이보다 짧다는 점은 사용자측에서 입증하여야 한다.

【4】 장기간에 걸쳐 근로계약 기간의 갱신이 반복된 경우에 정당한 이유없이 계약갱신을 거절하는 것은 부당한 해고라고 본 사례

- 대판 1994. 1. 11. 93다17843

기간을 정하여 채용된 근로자라고 할지라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 경우와 다를 바가 없게 되는 것이고 그 경우에 사용자가 정당한 사유없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효이다.

【5】 기간을 정한 근로계약이 갱신된 경우, 그 계약의 종료시점

- 대판 1995. 7. 11. 95다9280

기간을 정하여 채용된 근로자라고 할지라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 경우와 다를 바가 없게 되나, 그와 같은 사정이 인정되지 않는 일반적인 경우에는 기간의 정함이 있는 근로계약은 기간의 만료에 의하여 당연히 종료함이 원칙이다.

【6】 1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약의 효력여부

- 대판 1996. 8. 29. 95다5783

근로기준법 제21조(신법 제23조)는 '근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업 완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다'고 규정하고 있는 바, 위 근로계약기간 제한규정의 입법취지는 장기의 근로기간을 정함으로써 근로자가 퇴직의 자유를 제한당하게 됨으로써 장기간 근로의 계속을 강요당하는 것을 방지할 목적으로 근로자 보호를 위하여 1년을 초과하는 근로계약기간 부분의 근로관계에 있어서 근로자에게 퇴직의 자유를 보장하려는 것에 있고(대법원 1980. 7. 8 선고 80다590 판결, 1992. 2. 25 선고 91다26232 판결 등 참조), 근로계약기간은 단지 근로계약의 존속기간에 불과할 뿐 '근로관계에 있어서 임금·근로시간·후생·해고 등 근로자의 대우에 관하여 정한 조건'을 의미하는 근로기준법 제20조(신법 제22조) 소정의 근로조건에 해당하지 아니하므로 근로계약 당사자는 원칙적으로 이를 임의로 정할 수 있다 할 것이며, 따라서 1년을 초과하는 근로계약기간을 정하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그 계약기간의 정함 자체는 유효하므로 약정기간 범위내에서는 사용자는 근로기준법 제21조(신법 제23조)를 근거로 단순히 근로자에게 1년의 기간이 경과하였을 이유로 근로관계의 종료를 주장할 수 없고, 다만 근로자로서는 1년이 경과한 후에는 언제든지 당해 근로계약을 해지할 수 있다 할 것이며, 한편 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 종료된다고 할 것이다.

【7】 사용자가 사직희망일을 1개월 후로 정하여 사직원을 제출한 근로자를 즉시 해직처리를 한 뒤 근로자가 아무런 이의 없이 퇴직금을 수령한 경우, 그 해직처리의 효력

- 대판 1995. 6. 30. 94다17994

근로자가 1991. 8. 26. 회사에서 1991. 9. 25. 자로 사직서를 제출하니 승낙을 바란다는 요지의 사직원을 제출하였는데 회사가 1991. 8. 28. 자로 그 근로자를 해직 처리하였다면 그 해직처리는 근로자의 사직 의사표시와 불일치하여 바로 효력을 발생할 수는 없다 하더라도, 이에 대하여 그 근로자가 아무런 이의를 유보하지 아니한 채 1991. 9. 9. 퇴직금을 수령하였다면 그 근로자가 해직처리의 효력을 인정한 것이므로 고용계약관계는 적법하게 해지되었다고 보아야 한다.

【8】 임기가 만료되어 소송결과에 의해 법률상 직위가 회복되지 않는 이상 직위해제 및 면직무효확인소송은 허용하지 않는다.

- 대판 2000. 5. 18. 95재다199

이미 임기가 만료되어 소송결과에 의해 법률상 직위가 회복되지 않는 이상 직위해제및면직무효확인은 당해 소송에서 추구하는 권리구제의 기능이 없다. 또한 침해된 급료지급청구권이나 사실상의 명예훼손을 전제로 한 손해배상을 구하는 등의 이행청구소송으로 직접적인 권리구제방법이 있는 이상 무효확인소송은 적절한 권리구제 수단이라 할 수 없다. 따라서 기간을 정하여 임용된 사립학교 교원이 임용기간 만료 전에 면직처분을 받은 경우 그 면직처분이 무효인 이상 그 임용기간의 만료에도 불구하고 그 신분을 유지한다거나

임용기간이 만료된 후에도 그 면직처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다는 취지의 견해를 표명한 대법 판결은 폐기한다.

【9】 개인택시운송사업면허발급 우선 순위 결정의 기준이 되는 운전경력을 산정함에 있어서 일당 도급제 근로계약방식으로 근무한 기간을 제외한 처분은 적법하다.

- 대판 1998. 2. 13. 97누13061

택시운전사가 하루 총수입금액 중 사납금을 제외한 나머지 수입을 운전사 개인의 수입으로 하는 것을 근로계약의 내용으로 하는 일당도급제의 방식은 적정한 과세를 할 수 없게 하고 교통질서를 해치게 되며 택시기사 개인에게도 피해를 주기 때문에 지방자치단체장이 오래 전부터 일종의 불법변태운영행위로 보아 이를 단속하여 왔고 소외 회사에 있어서도 정상적인 근무방식으로 예정하고 있지 아니하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 이를 1995. 서울특별시개인택시운송사업면허업무처리요령에서 말하는 정상적인 근무형태의 하나로 보기는 어렵다 할 것이고, 따라서 소외 회사의 택시기사가 도급제의 방식으로 근무한 기간을 위 처리요령 소정의 운전경력기간에 포함시키지 아니함으로써 위 택시기사를 개인택시운송사업면허대상에서 제외시킨 조치는 적법하다.

【10】 기간을 정한 근로계약의 효력과 기간을 정하여 채용된 근로자일지라도 사실상 기간의 정함이 없이 채용된 근로자로 보기 위한 요건과 기간을 정한 근로계약인지 여부

- 대법 1998. 1. 23. 97다42489

근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자

의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고, 다만 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 예외적인 경우에 한하여 비록 기간을 정하여 채용된 근로자일지라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바가 없게 되는 것이나, 기간을 정한 근로계약이 규정에 의하여 1년을 단위로 계약을 체결하고 계약기간이 만료되기 30일 전 임용계약을 갱신체결하지 않는 경우 계약기간의 만료에 의하여 당연히 퇴직하도록 규정하고 있고, 실제 임용계약서에도 계약 갱신을 위하여서는 임용기간 만료 전에 별도의 갱신절차를 거치도록 명시되어 있으며, 1년간 계약기간이 종료할 때마다 그 즉시 1년분 퇴직금을 지급함으로써 그 때마다 종전의 근로관계를 정산하여 온 점과 근로자가 외국인으로서 행정당국으로부터 단기간의 체류허가를 받아 국내에 거주하면서 재임용계약이 체결될 때마다 그에 맞추어 체류기간의 연장허가를 받아 온 점들에 비추어 볼 때, 근로자와 사용자 사이의 임용계약이 반복되어 갱신되었고 그 동안 재계약 신청을 거부당한 강사가 없으며, 임용계약서에 기존의 근로자가 기간 만료 전 2개월 전까지 재계약 신청을 하면 자동으로 임용계약이 갱신된다는 조항이 포함되어 있다는 사정만으로는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 보기 어렵다

Ⅲ. 해 고

1. 해고제도 일반

【1】 정당한 사유의 의미

- 대판 1992. 3. 13. 91다39559

근로기준법 제27조(신법 제30조)제1항 소정의 '정당한 사유'라 함은 사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있다든지 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 말한다고 할 것이므로 단체협약, 취업규칙 등에 해고에 관한 규정이 있는 경우에는 그것이 위의 근로기준법에 위배되어 무효가 아닌 이상 그에 따른 해고는 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유가 있다고 보아야 할 것이다.

【2】 강요에 의해 사직서를 제출한 경우의 효력

- 대판 1993. 1. 26 91다38686

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원 면직의 형식을 취하여 노동계약관계를 종료시킨다 할지라도 사직의 의사없는 근로자로 하여금 어쩔수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약 관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다.

【3】 당연퇴직의 법률적 성질과 이에 대한 근로기준법 제27조(신법 제30조) 제1항 소정의 정당한 사유의 필요성

- 대판 1995. 7. 14. 95다1767

당연퇴직 처분은 근로자의 의사와 관계없이 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로관계를 종료시키는 것으로서 성질상 해고라 할 것이므로 그 퇴직 처분이 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조(신법 제30조) 제1항 소정의 정당한 사유가 있어야 한다.

【4】 당연퇴직의 경우 조합·근로자의 동의 등 해고처분에 관한 징계절차를 거칠 필요는 없음

- 대판 1994. 1. 25. 93다52006

단체협약에 당연퇴직에 관한 규정이 없는데도 취업규칙에서 당연퇴직에 관한 규정을 두었다 하더라도 단체협약의 규정에 저촉되지 않는 한 그것을 무효의 규정이라고 할 수는 없고, 다만 이러한 당연퇴직처분도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것인 이상 성질상 해고로서 근로기준법에 의한 제한을 받는 다 할 것인 바(대법 92다54210, '93. 10. 26), 회사 취업규칙에 당연퇴직사유의 하나로 규정하고 있는 "법원판결에 의하여 자격정지 이상의 형이 확정되었을 때"의 경우에 있어서 그 정당한 사유가 있는지 여부는 조기 석방 가능성의 유무, 구속이 직장에 미치는 영향, 당해 형사사건의 성질 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이다.

【5】 단체협약에 휴직기간 만료 후 복직 또는 휴직연장 미신청시 자동퇴직으로 간주하는 규정이 있는 경우 사용자의 별도 조치 없이 근로관계가 종료된다.

- 대판 1995. 4. 11. 94다4011

단체협약에서 휴직기간 만료 후 소정 기간 내에 휴직사유가 해소되었음에도 복직원을 제출하지 아니하거나 휴직사유가 해소되지 아니하였음을 이유로 휴직연장원을 제출하지 아니한 경우에 자동퇴직한 것으로 간주한다고 규정하면서 아울러 그와 같은 사유가 발생한 경우에 휴직기간 만료일을 퇴직일로 한다고 규정하고 있는 점에 비추어, 단체협약 소정의 자동퇴직사유가 발생한 경우에는 사용자의 별도의 처분이 없이 단체협약 소정의 날짜에 근로자에 대한 퇴직처분이 있는 것으로 보아 근로관계를 종료시키려는 의도에서 위와 같은 규정을 둔 것으로 보이고, 이와 같은 경우 근로관계를 종료함에 있어서 사용자의 별도의 처분이 필요한 것으로 볼 수 없다.

【6】 근로자에 대한 직위해제처분의 정당성 판단 기준

- 대판 1996. 10. 29. 95누15926

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 의미하는 바, 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르므로 근로자에 대한 직위해제처분의 정당성은 근로자에게 당해 직위해제사유가 존재하는지 여부나 직위해제에 관한 절차규정을 위반한 것이 당해 직위해제처분을 무효로 할 만한 것이냐에 의하여 판단할 것이고, 단지 당해

직위해제처분이 근로자에게 가혹하고 다른 근로자의 유사한 비위행위에 대한 징계처분 등에 비추어 형평에 어긋난다는 사정만으로 그 정당성이 없는 것이라고 단정할 수 없다.

【7】 대기발령후 자연해직 처분의 정당성 여부

- 대판 1989. 7. 25. 88다카25595

원고에 대한 해직이 징계해직 사유가 아니라 근무수행 능력이 부족하여 근무성적 또는 업무실적이 불량하고 소속직원에 대한 감독능력이 현저히 부족하다는 이유로 피고의 인사규정에 따른 대기발령을 한 다음 같은 규정에 의한 자연 해직처분을 한 것이라면 이 조치가 근로기준법 제27조(신법 제30조)에 위반된다고 볼 수 없고 징계절차가 아닌 이상 징계 절차에 따른 징계 사유의 통지나 변명의 기회부여 등의 절차를 밟지 아니하였다 하여 잘못이 있다 할 수 없다.

【8】 집단 사표제출에 따른 사용자의 선별수리 가능 여부

- 대판 1992. 5. 26. 92다3670,

근로자들이 의원면직의 형식을 빌렸을 뿐 실제로는 사용자의 지시에 따라 진의 아닌 사직의 의사표시를 하였고 사용자가 이러한 사정을 알면서 위 사직의 의사표시를 수리하였다면 위 사직의 의사표시는 민법 제107조에 해당하여 무효라 할 것이고, 사용자가 사직의 의사없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성 제출케 하여 그중 일부만 선별수리하여 이들을 의원면직처리한 것은 정당한 이유나 정당한 절차를 거치지 아니한 해고조치로서 근로기준법 제27조(신법 제30조) 등의 강행법규에 위배되어 당연무효이다.

【9】 회사의 강요에 따라 사직서를 제출하였다고 보기 어려운 사례

- 대판 1991. 2. 12. 90다9513

경비원이 회사의 인원감축 및 경비절감을 위한 일괄사표 요구에 따라 사직서를 제출하였다고 하더라도 이의없이 퇴직금을 수령하였다가 약 20일 후 재입사하여 계속 근무하였고, 당시 사직서를 제출하지 아니하고 계속 근무하다가 퇴직한 다른 경비원이 있다면 회사의 강요에 의하여 그 의사에 반하여 사직원을 제출하여 수리되었다고 인정하기 어렵다.

【10】 징계사유의 확정방법

- 대판 1996. 9. 20. 95누15742

근로자의 어떤 비위행위가 징계사유로 되어 있느냐 여부는 구체적인 자료들을 통하여 징계위원회 등에서 그것을 징계사유로 삼았는가 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이지, 반드시 징계의결서나 징계처분서에 기재된 취업규칙이나 징계규정 소정의 징계근거 사유만으로 징계사유가 한정되는 것은 아니다.

【11】 여러 징계혐의 사실이 있는 경우 해고의 정당성 여부 판단 방법

- 대판 1996. 9. 20. 95누15742

근로자에게 여러 가지 징계혐의사실이 있는 경우 이에 대한 징계해고처분이 적정한지의 여부는 그 사유 하나씩 또는 그중 일부의 사유만 가지고 판단할 것이 아니고 전체의 사유에 비추어 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는지

여부에 의하여야 하는 바, 근로자가 3개월간 59회의 무단외출과 7일간의 지각을 하고도 반성하는 태도를 보이지 않은 경우 징계해고 사유가 된다

【12】 징계처분 이후의 비위행위도 징계양정의 판단자료로 삼을 수 있는지 여부

- 대판 1996. 4. 23. 96다2378

징계처분 이후의 비위행위라 하더라도 그것이 사회통념상 근로계약관계를 계속시킬 수 없을 정도의 비위행위에 해당하는 경우에는 그러한 비위행위도 징계양정의 판단자료로 삼을수 있다.

【13】 시용기간중에 있는 전문의에 대한 해고의 정당성 여부

- 대판 1995. 10. 10. 94구34618

참가인은 의술에 관한 전문지식을 갖춘 전문의로서 어느 누구로부터도 환자에 대한 진단내용이나 치료방법 등에 관하여 구체적인 지휘명령을 받지 아니하고 오직 자신의 책임하에 독립하여 업무를 수행하는 것이지만 일단 사업주인 원고를 위하여 그가 경영하는 잠실병원의 근무체제속에 들어가 노무를 제공하면서 근로시간에 따른 임금을 지급받기로 한 이상, 병원경영자인 원고와 사이에서 실질적인 사용종속관계가 있는 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당한다고 할 것이다. 원래 사용제도란 확정적인 근로관계를 맺기에 앞서서 정식채용을 전제로 하여 당해 근로자의 직업적 능력을 판단하기 위하여 사용기간을 두는 것으로서 확정적인 근로계약의 체결 여부를 일정 정도 유보하는 제도이기 때문에 해고규제를 완화하는 기능이 있기는 하나, 어디까지나 정식으로 채용된 경우와 마찬가지로 근로계약관계는 성립하였던 것이므로 그에 대한 해고에 있어서

도 근로기준법 제27조(신법 제30조) 소정의 '정당한 이유'가 있어야 하고, 다만 직업적 능력이나 업무적격성에 대한 부정적 평가로 인하여 정식채용을 거부할 합리적 이유가 있을 때에는 그 해고가 가능하다고 할 것이다.

【14】 기간을 정하여 임용된 근로자에 대해 기간만으로 해임통지한 것은 부당해고가 아니라고 한 사례

- 대판 1997. 7. 25. 96누10331

근로계약기간을 정하여 임용된 근로자는 원칙적으로 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되므로, 근로계약기간이 만료된 근로자에 대한 해임 통지는 근로계약기간 만료의 통지에 불과할 뿐 당해 근로자를 부당하게 해고한 것이라고 할 수는 없다.

**【15】 가. 단체협약상 당연퇴직 사유에 의한 퇴직처분의 법적성질
나. 당연퇴직 처분을 정당하다고 본 사례**

- 대판 1996. 10. 29. 96다21065

가. 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 제27조(신법 제30조)에서 규정한 해고에 해당하므로, 그 퇴직처분이 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조(신법 제30조)제1항 소정의 정당한 사유가 있어야 하는 바, 형식적으로 단체협약에 정한 퇴직사유가 발생하였다는 것만으로 당연히 그 퇴직처분이 근로기준법 제27조(신법 제30조)제1항에서 정한 정당한 이유가 있게 되는 것은 아니다.

나. 버스 운수회사가 "휴직기간은 45일을 초과할 수 없고, 휴직기간 만료 전일까지 복직원을 제출하지 않으면 퇴직처리한다"는 단체협약 규정에 따라 복직원을 제출함이 없이 단체협약소정의 최고한도보다 약 3배나 많은 기간동안의 휴직연장을 신청한 근로자를 퇴직처분한 경우, 그 규정은 근로자의 장기휴직으로 인한 버스 운수회사의 업무마비를 막기 위하여 단체협약에 규정한 것이라고 해석함이 상당하므로 근로기준법 제27조(신법 제30조)제1항에 위반되는 당연무효의 규정이라고 볼 수 없으며, 또한 업무상 재해가 아닌 사고로 입원한 운전기사인 근로자에게 단체협약에 정한 최고한도보다 약 3배나 많은 기간동안의 휴직을 허용할 경우 회사의 업무가 막대한 지장을 초래할 것인 점 등에 비추어 보면 회사의 그 퇴직처분에는 정당한 이유가 있다.

【16】 절차위반의 징벌이 근로기준법 제27조(신법 제30조)제1항 위반에 해당되는지 여부 판단기준

- 대판 1996. 11. 24. 95도2218

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 절차위배의 사유만으로 곧바로 근로기준법 제107조(신법 제110조), 제27조(신법 제30조)제1항에 의한 형사처벌의 대상이 된다고는 할 수 없고, 여기에서 나아가 그와 같은 징벌이 그 내용에 있어 징벌권을 남용하거나 또는 그 범위를 벗어난 것으로 인정되고 또 이것이 사회통념상 가벌성이 있는 것으로 평가되는 경우에 한하여 형사처벌의 대상이 된다.

【17】 가. 정리해고의 정당성 판단의 요건 및 그 중 '긴박한 경영상의 필요성'의 의미

나. 사업물량의 감소로 인한 경영난을 해소하기 위하여 해당 사업부의 업종을 폐지·전환하기로 함에 따라 잉여인력을 감축한 경우, 긴박한 경영상의 필요성을 인정한 사례

- 대판 1997. 9. 5. 96누8031

가. 기업이 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고가 정당하다고 하려면 그것이 긴박한 경영상의 필요에 의한 것인지 여부, 사용자가 해고회피를 위하여 상당한 노력을 하였는지 여부, 객관적이고 합리적인 기준에 의하여 해고대상자를 선정하였는지 여부, 그밖에 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거쳤는지 여부 등 제반 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있어야 할 것이고, 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 보아야 한다.

나. 사업물량의 감소로 인한 경영난을 해소하기 위하여 해당 사업부의 업종을 폐지·전환하기로 함에 따라 잉여인력을 감축한 경우, 긴박한 경영상의 필요성을 인정한 사례.

【18】 사용자가 취업규칙에 단체협약 소정의 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정하여 이에 터잡아 근로자를 해고한 것이 단체협약에 반하지 않는다.

- 대판 1997. 6. 13. 97다13627

단체협약에서 "해고에 관하여는 단체협약에 따라야 하고 취업규

칙에 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.

【19】 여객자동차 운송업체에 있어서 배차 지시의 성질 및 이에 대한 거부행위가 해고사유가 된다.

- 대판 1997. 11. 28. 97다33119

여객자동차운송사업을 영위하는 사업체에 있어서 사용자가 승무직 근로자인 운전사에 대하여 행하는 배차행위 또는 배차 지시는 통상적인 업무수행명령에 속한다 할 것이므로 근로자인 운전사는 특별한 사정이 없는 한 이러한 사용자의 배차 지시에 따라야 할 것이고, 이를 거부하는 것은 근로계약에 따른 근로자의 본질적이고 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행하지 않는 것으로서, 이는 채무불이행이 될 뿐 아니라 일반적으로 해고사유가 된다.

【20】 건물관리 회사가 경영상의 필요에 의하여 건물의 시설관리업무를 전문용역업체에 위탁함에 따라 직제가 폐지되는 근로자들을 수탁업체가 현금여를 보장하면서 전원 인수하기로 합의한 경우, 이에 불응한 근로자에 대한 정리해고가 정당하다.

- 대판 1999. 5. 11. 99두1809

기업이 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리

해고가 정당하다고 하려면, 그것이 긴박한 경영상의 필요에 의한 것인지 여부, 사용자가 해고회피를 위하여 상당한 노력을 하였는지 여부, 객관적이고 합리적인 기준에 의하여 해고대상자를 선정하였는지 여부, 그 밖에 노동조합이나 근로자 측과의 성실한 협의 등을 거쳤는지 여부 등 여러 사정을 전체적, 종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있어야 하고, 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 인위삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다.

【21】 정리해고는 노동쟁의의 대상이 된다고 본 사례

- 춘천지판 1999. 10. 7. 98노1147

경영상의 이유에 의한 해고에 있어 긴박한 경영상의 필요성 유무는 사용자가 우선 판단할 사항이나 경영사항이라도 근로자의 근로조건과 경제적, 사회적 지위향상과 밀접한 관련이 있는 사항은 단체협약의 대상이 될 수 있다. 해고기준, 해고회피방법, 해고대상자 선정 등은 근로조건의 결정에 관한 사항이고, 해고회피노력에 관하여 노동조합과 협의를 하는 과정에서 의견이 불일치하는 경우 그 주장을 관철하기 위하여 쟁의행위를 할 수 있다.

정리해고철폐가 일응 과도한 주장이라고 볼 수 있으나 이는 노동조합에게 유리한 결과를 얻어내기 위한 쟁의전술이라고 볼 수 있는 점, 노동조합이 정리해고 불실시 등 만도기계로서는 수용할 수 없는 요구를 하고 있다 하더라도 이는 단체교섭의 단계에서 조정할 문제이지 노동조합측으로부터 과도한 요구가 있다고 하여 막바로 그 쟁의행위의 목적이 부당한 것이라고 해석할 수는 없는 점 등에 비추어 볼 때 정리해고철폐는 정당한 쟁의행위의 목적이 된다고 봄

이 상당하다.

【22】 경영상 이유에 의한 해고의 정당성 판단

- 서울행정법원 1999. 10. 15. 99구6230

중노위에서는 잉여인력 중 무급휴직을 신청하지 아니한 나머지 인원만을 해고한 것은 근로자대표와 성실한 협의를 다하였다고 볼 수 없어 부당하다고 판정하였으나 서울 행정법원은 구조조정방침이 불합리하다거나 불공정한 기준에 의한 것이라 할 수 없고 정리해고 대상자의 선정기준에 관하여 성실한 사전협의를 거쳤으며 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다는 이유만으로는 원고회사가 근로자대표와의 협의를 하지 아니한 것으로 볼 수 없다는 점에서 정당한 해고로 판단하였다.

【23】 ‘결혼퇴직제’는 근로기준법상의 정당한 이유없는 해고이다.

- 서울행법 2000. 2. 15. 99구18615

여성근로자가 “회사에 입사할 당시의 ‘결혼하면 퇴직한다’는 조건 내지 ‘결혼한 여성근로자는 퇴직시킨다’는 회사의 방침이 있는 이상 의사와 무관하게 어쩔 수 없이 퇴직할 수 밖에 없다고 생각하여 사직서를 제출하였고, 회사도 그러한 사정을 알고 있었다고 인정되는 경우, 이러한 사직의사의 표시와 그 수리행위에 의한 근로계약의 합의해지는 ”여성근로자에 대하여 혼인을 퇴직사유로 하는 근로계약을 금지“하는 강행규정인 남녀고용평등법 제8조 제2항에 위반하여 당연무효라고 할 것이다. ... 사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의의 유보나 조건을 제기하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 해고의 효력을 인정하였다고 할 것이어서, 그로부터 오랜 기간이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투

는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다. 그러나 이와 같은 경우라도 ‘해고의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다’고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있는 경우에는 명시적인 이의를 유보함이 없이 퇴직금을 수령한 경우라고 하여도 일률적으로 해고의 효력을 인정하였다고 볼 것은 아니다.

【24】 채용내정 취소는 실질적으로 해고에 해당하기 때문에 입사예정일부터 채용내정이 취소된 날까지의 임금을 구하는 것은 정당하다.

- 서울고법 2000. 4. 28. 99나41468판결

피고회사가 1997.11월경 원고인들에 대하여 채용내정통지를 함으로써 원고들과 피고회사 사이에는 근로관계가 유효하게 성립되었다고 볼 것이므로 이 사건에서 원고들은 적어도 최종입사예정일인 1998.4.6부터는 피고회사의 종업원의 지위에 있었다고 할 것이고 피고회사가 원고들에 대하여 한 이 시간 채용내정취소는 실질적으로 해고에 해당한다 할 것이다. 따라서 원고들이 1998.4.6부터 채용내정이 확정적으로 취소된 1999.6.30까지의 임금을 구하는 것은 정당하다.

2. 징계해고

【1】 결근처리 절차에 대한 취업규칙 규정 위반을 이유로 한 해고

- 대판 1990. 4. 27. 89다카5451

회사의 취업규칙이 3일 이상 무단결근을 징계해고사유의 하나로 규정하고, 종업원이 질병 또는 부득이한 사유로 출근하지 못하였을 때에는 정오까지 결근계를 제출하여야 하고, 결근계 또는 사유를 신고하여 인증을 받지 못한 때에는 무단결근으로 취급하되, 다만 부득이한 사유가 있을 때에는 전화 또는 구두로 신고하여 사전승낙을 받고 후에 출근한 때에는 사유서를 첨부한 결근계를 제출하도록 규정하고 있는 경우에 근로자가 어떤 인편 또는 전화상으로 구두에 의한 결근신고를 하고 그에 대한 승인을 받았다고 하더라도 후일 출근시에 사유서에 첨부된 결근계를 제출하여 사후 승인을 받지 않았다면 무단결근으로 취급될 수 밖에 없다고 할 것이다.

【2】 가. 인사위원회규정에 의한 징계해고사유인 "7일 이상 무단결근"의 해석 여하

나. 무단결근 및 지각을 사유로 징계처분을 받은 적이 있는 근로자가 그 후 다시 여러 번에 걸쳐 무단결근 및 지각을 하고 작업장에서 안전모를 착용하지 않았더라도 여러 정상에 비추어 그에 대한 해고처분이 징계권 남용이라고 인정할 사례

- 대판 1995. 5. 26. 94다46596

가. 회사의 인사위원회규정에 "7일 이상 무단결근하였을 때"에 대하여 5가지 징계의 종류 중 해고처분만을 할 수 있도록 규정하고 있으며, 단체협약에도 "정당한 사유 없이 7일 이상 무단결근하였을 때"를 징계위원회에 회부할 수 있는 사유로 규정하고 있다면, 해고는 징계처분 중 가장 무거운 처분으로서 사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있는 경우에야 할 수 있는 것인 점에 비추어 인사위원회규정에 의한 징계해고사유인 "7일 이상 무단결근 하였을 때"란 일정한 시간적 제한이

없이 합계 7일 이상의 무단결근을 한 모든 경우를 의미하는 것이 아니라 상당한 기간 내에 합계 7일 이상의 무단결근을 한 경우를 의미한다고 제한적으로 해석하여야 한다.

나. 무단결근 및 지각을 사유로 징계처분을 받은 적이 있는 근로자가 그후 다시 여러 번에 걸쳐 무단결근 및 지각을 하고 작업장에서 안전모를 착용하지 않았더라도 여러 정상에 비추어 그에 대한 해고처분이 징계권 남용이라고 인정한 사례.

【3】 결근을 생리휴가로 대체한다는 규정이 있는 사업장에서 3일 연속 무단결근 후 생리휴가관계에 대해 아무런 언급이 없었던 경우

- 대판 1991. 3. 27. 90다15631

단체협약에 회사는 여자근로자에게 월1일의 생리유급휴가를 주어야 하고, 월중 1일 결근은 생리유급휴가로 대체하고 결근으로 간주하지 아니한다고 규정하고 있는 경우에 있어 그 규정 취지를 여자근로자가 사전에 생리휴가의 청구없이 무단결근을 하더라도 결근 후 지체없이 그것이 생리로 인한 결근이었다는 통고를 하거나 그것을 생리휴가로 대체해 줄 것을 희망하는 경우에 사용자는 월 1일에 한하여 그것을 무단결근으로 처리할 수 없다는 것으로 해석하고, 3일 연속 결근한 다음날 출근하여 회사간부들에게 어머니 제사 때문에 결근하였다는 말만 하였지 생리휴가관계에 대하여는 아무런 언급이 없었던 여자근로자의 3일 연속 결근은 모두 무단결근에 해당한다.

【4】 무단결근의 실질적인 원인이 사용자에게 있는 경우

- 대판 1991. 3. 22. 90다18944

대기기사로 발령받은 후 상당일수에 걸쳐 회사에 출근하지 아니하였는데, 이는 피고회사가 원고에 대하여 의도적으로 차량배정을 누락시킨 탓에 있었을 뿐만 아니라 대기 기사제도의 실태에 비추어 볼 때 그 실질적인 원인에 있어 모두 사용자인 피고측이 일방적으로 원고로부터의 근로제공을 수령 거절한데서 비롯된 것이므로 이를 가리켜 근로자에게 귀책사유있는 무단결근 행위에 해당된다고 비난할 수 없다.

【5】 근로자가 상사·동료의 폭행·협박으로 직장생활을 감당할 수 없어 휴직신청을 했으나 회사가 승인하지 않자 계속 그 승인을 요구하면서 무단 결근한 경우

- 대판 1997. 7. 22. 95다53096

이 사건 휴직신청 당시 원고는 근무부서의 상사·동료로부터 여러 차례에 걸친 폭행·협박으로 불안한 직장생활을 감당할 수 없게 되었고, 자신에게 폭행·협박 등 부당노동행위를 한 직원들을 수사기관에 고소까지 제기한 상태인 점 등을 종합하면, 원고로서는 근무부서에서 상당한 기간에 걸쳐 근로를 제공함이 매우 부적당한 상태에 있었다고 할 것이므로 원고의 이 사건 휴직신청에는 상당한 이유가 있었다고 할 것인 바, 그럼에도 피고 회사가 원고의 휴직신청 사유의 사실 유무에 관하여 면밀히 조사하지도 아니한 채, 원고가 주장하는 사유는 정당한 휴직사유가 아니라는 이유로 휴직신청을 승인하지 아니한 조치는 부당하다고 할 것이므로, 원고가 회사에 그 휴직신청의 승인을 계속 요구하면서 출근을 거부하게 되었다면, 비록 그 결근이 회사의 승인이 없이 이루어져 무단결근에 해당하는 것이라고 할지라도 이는 통상의 무단결근 행위와는 달리 사회통념상 근로계약관계를 지속케하는 것이 현저히 부당하다고 인정할

정도의 비위행위라고는 볼 수 없다고 할 것이니, 원심 판시와 같은 무단 결근의 원인·과정·기간 등에 비추어 볼 때, 피고 회사가 징계양정상 가장 무거운 징계처분인 징계면직 처분을 한 것은 징계권의 남용이거나 형평의 원칙에 어긋난 것으로서 무효라고 할 것이다.

【6】 중대한 직무태만

- 대판 1977. 3. 22. 74다103

고도의 정밀성을 요하는 베어링 제조회사 근로자의 사소한 부주의는 회사에 큰 손해를 생기게 할 수 있는 바, 작업인원 배치·관리 및 기계의 고장수리작업 준비등 베어링 제조과정에 있어서 기초적이고 중요한 임무를 띠고 있는 조장이 야간근무중 졸다가 적발되어 같은 비행은 저지르지 아니할 것을 다짐하였음에도 다시 감독의 눈을 피해 다른 방으로 옮겨 졸았던 비행은 동회사 취업규칙에 규정된 징계사유가 되므로 이를 이유로 한 해고처분은 정당하다.

【7】 경미한 직무태만

- 대판 1991. 10. 25. 90다20428

16년이상 성실히 근무하여 온 근로자가 공장이 휴무한 신청연휴 기간에 감시근무자로 자원 출근하여 도난, 화재예방 등의 임무를 수행하다가 교대시간을 얼마 남겨두지 아니한 상황에서 공장밖에서 음주하고 들어와 잠든 행위에 대하여 징계면직 처분은 징계권의 범위를 일탈한 것이다.

【8】 건강상의 이유에 의한 근무해태

- 대판 1992. 4. 24. 91다17931

건강상의 이유로 차량운행을 하지 않는 등의 계속 반복된 근무해태, 무단결근 등 징계사유들만으로도 동인에 대한 해고가 정당하다고 할 것이므로 근로자가 질병이나 부상 등으로 인하여 근무시간의 일부를 근무할 수 없는 경우에 객관적인 해명자료를 제시하는 등 적당한 방법에 의하여 사용자측의 사전 또는 사후 승인을 받아야 근무해태가 정당화된다고 할 수 있다.

【9】 실적미달

- 대판 1991. 3. 27. 90다카25420

피고회사가 보험업을 영위하는 영리법인으로서 업무상, 성격상 그 거수실적의 많고 적음에 따라 회사운영의 성패가 좌우된다고 할 수 있는 점에 비추어, 그 거수실적불량의 정도가 추상적 자의적인 기준에 의한 것이 아니라 근로자의 직위, 보수, 근무경력, 다른 근로자의 전반적인 근로성적, 회사의 경영실태 등 제반사정을 참작하여 근로자로서 최소한도의 직무수행능력이 결여되었다고 인정되는 경우라면 징계규정에 따라 해고한 데에 정당한 이유가 있다고 할 것이라고 전제한 다음, 원고의 장기간의 거수실적이 단지 다른 사원에 비하여 상대적으로 다소 낮은 정도가 아니라 원고의 직위와 보수에 비추어 보면 일반적으로 기대되는 최저한의 실적에도 미치지 못하는 정도였다고 할 것이므로 이와 같은 사정 아래에서 회사의 인사규정을 적용하여 징계면직할 조치가 징계권의 남용으로 볼 수 없고 근로기준법 제27조(신법 제30조) 제1항 소정의 정당한 이유가 있는 때에 해당한다.

【10】금연구역내에서의 흡연

- 대판 1991. 8. 27. 91다20418

상시 화약류를 취급하는 공장의 근로자가 폭발의 위험성이 가장 높은 위험한 장소로부터 1미터 떨어진 금연구역에서 흡연한 것이 사규위반임을 이유로 한 징계해고는 정당하다.

【11】 경미한 폭행

- 대판 1992. 2. 11. 91다25109,

상사를 폭행한 것을 징계사유로 한 근로자에 대한 징계해고가 상사가 먼저 근로자를 폭행함으로써 유발된 점과 그로 인하여 당해 근로자는 약 4주간, 상사는 약 10일간의 각 상해를 입은점 그 후의 수습과정 등에 비추어 징계권을 남용한 것이어서 무효이다.

【13】 중대한 폭행

- 대판 1992. 3. 13. 91다39599

자기보다 16세나 연상이고 회사 근무경력이 10년이나 많은 노조 위원장을 탁자위에 뛰어올라 발로 툅을 차 쓰러뜨리고 주먹으로 얼굴을 때리는 등 폭행을 가하여 그에게 약 3주간의 치료를 요하는 상해를 입히고 그로 인하여 형사처벌까지 받았다면 그 비행의 동기와 경위등에 비추어 다른 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 고용계약을 계속 존속시킬 수 없을 정도의 책임있는 사유가 존재하는 경우에 해당하므로 그에 대한 해고처분이 정당하다.

【14】 유인물 배포행위

- 대판 1991. 11. 12. 91누4164,

유인물 배포행위가 정당한가 아닌가는 허가가 있었는지 여부만

가지고 판단할 것은 아니고, 그 유인물의 내용이나 배포방법 등 제 반사정을 고려하여 판단되어야 할 것이고, 취업시간 아닌 주간의 휴게시간중의 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.

【15】 허위사실을 적시한 유인물 배포행위

- 대판 1992. 6. 23. 92누4253

유인물의 배포가 정당한 노동조합의 활동에 해당되는 경우라면 사용자는 비록 취업규칙 등에서 허가제를 채택하고 있다 하더라도 이를 이유로 유인물의 배포를 금지할 수 없을 것이지만, 배포한 유인물은 사용자의 허가를 받지 아니하였을 뿐 아니라 허위사실을 적시하여 회사를 비방하는 내용을 담고 있는 것이어서 근로자들로 하여금 사용자에 대하여 적개감을 유발시킬 염려가 있는 것이고, 위 유인물을 근로자들에게 직접 건네주지 않고 사용자의 공장에 은밀히 뿌렸다는 것이므로 이는 사용자의 시설관리권을 침해하고 직장질서를 문란시킬 구체적인 위험성이 있는 것으로서, 비록 위 유인물의 배포시기가 노동조합의 대의원 선거 운동기간이었다 할지라도 위 배포행위는 정당화될 수 없다.

【16】 업무상 횡령

- 대판 1990. 11. 23. 90다카21589

우유협동조합의 지방영업소장이 우유판매대금을 일부 횡령하였다는 등의 이유로 징계면직된 경우 그가 횡령금의 일부를 관촉비에 사용하였고, 징계면직 이전에 조합이 입은 손해를 모두 배상하였다

고 하더라도 징계면직이 재량권의 범위를 일탈한 것으로서 무효라고 할 수 없다

【17】 취업규칙상 유죄판결을 해고사유로 정한 경우

- 대판 1992. 4. 10. 92누404

원고회사의 취업규칙에는 형사상 유죄판결을 받은 경우를 해고사유로 규정하고 있는바, 이 사건에서와 같이 징계처분 당시 형사상 유죄판결이 선고된 바 없는 이상 앞으로 그 유죄판결을 받을 것이 거의 분명하다는 것으로 예상되었다고 하여도 그러한 사정만으로는 위 규정을 적용하여 해고할 수는 없다.

【18】 회사의 고발에 따라 수사를 받은 근로자에 대한 해고의 정당성

- 대판 1991. 5. 14. 91다2663

원고는 노동조합간부교육집회를 근무외의 시간인 토요일 저녁과 일요일 새벽에 걸쳐 개최하였고 위 집회시에 한 간부교육내용도 회사규에 위반되지 아니하거나 정당한 노동조합활동의 일부로 볼 수 있는 것들이며 나아가 회사의 고발에 의하여 수사가 개시된 위 노동조합 간부교육집회에 대한 집회 및 시위에 관한 법률위반혐의 등으로 원고등의 다수의 근로자가 수사기관에 연행됨으로 인하여 대내적으로는 회사의 분위기가 문란케 되고 생산활동에 막대한 지장이 초래되었으며 대외적으로는 회사의 명예가 손상되었다 하더라도 이는 국가의 형사사법권의 발동으로 인한 반사적인 결과에 지나지 아니한 것으로 보아야 할 뿐 아니라 회사가 원고에 대한 징계사유의 전제로 내세운 위 노동조합 간부교육집회관계 또한 수사결과 혐의 없는 것으로 밝혀졌으므로 결국 회사가 원고에 대하여 한 징계

해고는 징계사유에 해당하지 아니하거나 또는 원고가 책임질 수 없는 사유를 징계사유로 내세운 것이어서 무효라고 보아야 할 것이다.

【19】 여러 차례의 교통사고 유발

- 대판 1992. 2. 11. 91다5976

운수회사의 단체협약에 '사고로 인하여 약식기소된 자에 한하여 인사조치를 할 수 없다'라고 규정된 경우 이는 경미한 사고로 인하여 약식기소되었더라도 그 사유만으로 징계등 불이익한 처분을 하지 않는다는 취지이지, 약식기소된 사고 외에 여러 차례에 걸친 교통사고 유발행위와 중전의 불성실한 근무태도 등을 보태어, 또는 그 사고발생의 원인을 따져 고용계약관계를 계속 유지하는 것이 객관적으로 부당하다고 할 수 있는 경우까지 인사조치할 수 없다는 취지로는 볼 수 없다 하여 다른 사정을 종합하여 징계조치를 할 수 있다.

【20】 시용기간 중 교통사고 발생

- 대판 1987. 9. 8. 87다카555

경찰에서 조사된 바에 따라 근로자는 안전운전 의무위반으로 즉심에 회부되고(벌금 20,000원) 75일간의 운전면허 정지처분까지 받게 되었다면, 이는 시용제도의 목적에 비추어 회사가 근로자를 운전사로서의 적격이 없다고 판단하여 해고할 수 있는 정당한 사유에 해당한다 할 것이고, 사용기간이 끝난 이후에 위 안전운전 의무위반에 대하여 무죄의 판결을 받고 그 판결이 확정되었다 할지라도 이와 달리 볼 것은 아니므로 같은 취지에서 해고한 조치에 정당한 사유가 있다.

【21】 학력 및 경력을 은폐한 것이 밝혀져 해고한 경우

- 대판 1992. 6. 23. 92다8873

기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서와 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근로능력 즉 노동력을 평가하기 위해서만이 아니라 노사간의 신뢰형성과 기업질서 유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응능력 등 전인격적 판단을 거쳐 고용여부를 결정할 필요가 있으므로 그 판단자료를 삼기 위한 것으로서 그 전력 사칭이 사전에 발각되었다면 사용자는 고용계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일조건으로는 계약을 체결하지 아니하였을 것으로 인정되는 정도라면 그 근로자에 대한 징계사유가 된다고 보아야 할 것이므로 근로자가 대학 4학년 1학기를 마치고 휴학·자퇴한 학력과 지명수배되었다가 대통령 특별사면조치로 해제된 경력을 은폐한 것이 밝혀져 이를 이유로 징계 해고한 것은 정당하다.

【22】 전문대 중퇴자가 중졸 학력으로 취업한 때

- 대판 1989. 1. 31. 87다카2410

사용자가 근로자를 고용함에 있어 학력이나 경력 등을 기재한 이력서의 제출을 요구하는 것은 그 기재내용을 바탕으로 하여 근로자의 기능, 경험 등에 의한 노동력을 적정하게 평가하고 근로자의 직장에 대한 정착성, 기업질서, 기업규범 등에 대한 적응성 등 근로자의 전인격과 신뢰성에 대한 평가자료로 삼기 위한 것인 바, 근로자가 입사시에 제출한 이력서에 공업고등학교 및 공업전문대학 2학년 중퇴의 학력을 은폐하고 중학교만을 졸업한 것처럼 학력을 허위로 기재한 것은 취업규칙에 정한 징계해고사유에 해당한다.

【23】 전에 근무하던 회사의 경력을 은폐하고 실재하지 않는 다른 회사에 근무한 것으로 경력을 사칭한 경우

- 대판 1990. 10. 30. 89다카30846

근로자가 회사에 입사하면서 이력서를 제출함에 있어 전에 근무하던 회사에서 근무성적불량으로 해고당한 사실과 주거침입협의로 지명수배된 사실 등이 알려질 것을 우려하여 전에 근무한 경력은 은폐하고 실재하지도 아니한 다른 회사에서 근무한 것처럼 허위로 경력을 사칭한 경우에는, 회사가 당해 근로자를 고용할 때에 위와 같은 내용을 알았더라면 그와 고용 계약을 체결하지 않았을 것이 경험칙상 명백하므로, 이는 근로자가 성명·이력서 기타 중요한 사항을 기만하여 채용된 경우 징계해고사유가 된다고 규정한 회사의 취업규칙 및 상벌 규정에 정한 징계사유에 해당한다.

【24】 경력을 은폐한 행위가 위계에 의한 업무방해죄에 해당한다고 본 사례

- 대판 1992. 6. 9. 91도2221

위계에 의한 업무방해죄에 있어서 위계라 함은 행위자의 행위 목적을 달성하기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말하며, 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하였다면 위계에 의한 업무방해죄가 성립된다. 회사가 공원모집을 함에 있어 학력, 경력을 기재한 이력서와 주민등록 등본, 생활기록부 및 각서 등 서류를 교부받고, 응모자를 상대로 문제를 출제하여 시험을 보게 한 것은 단순히 응모자의 노동력을 평가하기 위한 것만이 아니라 노사간의 신뢰 형성 및 기업질서 유지를 위한 응모자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한

적응도 등을 감안하여 위 회사의 근로자로서 고용할 만한 적격자인지 여부를 결정하기 위한 자료를 얻기 위함인 것으로 인정되는데 피고인이 노동운동을 하기 위하여 노동현장에 취업하고자 하나, 자신이 대학교에 입학한 학력과 국가보안법 위반죄의 처벌전력 때문에 쉽사리 입사할 수 없음을 알고, 타인 명의로 허위의 학력과 경력을 기재한 이력서를 작성하고, 동인의 고등학교 생활기록부 등 서류를 작성 제출하여 시험에 합격하였다면, 이는 위계에 의하여 회사의 근로자로서의 적격자를 채용하는 업무를 방해하였음이 분명하다.

【25】 입사시 학력을 중요하게 여기지 아니한 경우

- 대판 1986. 10. 28. 85누851

회사가 생산직 근로자의 학력은 그다지 중요하게 여기지 아니하여 그 채용시에 이력서와 사진 및 주민등록등본만을 제출받았을 뿐 졸업증명서는 받지 아니하였으며, 근로자도 입사이래 해고시까지 2년9개월 동안 성실하게 그 직무를 수행하여 학력미달로 인한 능력 부족이나 그밖에 어떤 결함도 없었다는 사실에 비추어 볼 때, 위 근로자의 학력사칭이 회사의 경영질서의 유지나 노사간의 신뢰 관계에 영향을 주어 회사가 사전에 이 사실을 알았다면 위 근로자와 고용계약을 맺지 아니하였다고는 인정되지 아니하는 반면, 학력사칭을 이유로 한 위 근로자에 대한 징계해고는 적극적인 노조 활동을 추진중인 위 근로자에 대한 보복적 제재의 방편으로 행하여졌다고 보이므로 이는 위법부당하다.

【26】 사전에 경력은폐 사실을 발견하고도 계속 고용한 경우

- 대판 1988. 12. 13. 86다카204

경력은폐를 자인하고 용서를 비는 각서를 받은 후 계속 고용한 사실이 인정되므로 더 이상 해고사유로 삼을 수 없게 되었는데도 징계사유로 인정한 것은 위법이다.

【27】 법외 집단행위의 경우

- 대판 1984. 12. 26 84누135

소속회사의 노동조합에서 분규가 발생하자 노조활동을 구실로 정상적인 근무를 해태하고, 노조의 조합장이 사임한 경우 노조규약에 직무를 대행할 자를 규정해두고 있음에도 자신이 주동하여 노조 자치 수습대책위원회를 구성하여 그 위원장으로 피선된 뒤 근로시간중에도 노조활동을 벌여 운수업체인 소속회사의 업무에 지장을 초래하고 종업원들에게도 나쁜 영향을 기쳐, 소속회사가 취업규칙을 위반하고 고의로 회사업무 능률을 저해하였으며 회사업무상의 지휘·명령을 위반하였음을 이유로 그 종업원을 해고하였다면, 이는 당해 종업원의 노조활동과는 관계없이 회사 취업규칙에 의하여 사내질서를 유지하기 위한 사용자 고유의 징계권에 기한 정당한 징계권의 행사로 보아야 한다.

【28】 이미 체결된 임금협정에 반대하는 농성

- 대판 1990. 11. 9. 90누621

사용자와 노동조합이 임금에 관한 협약을 마무리 지었음에도 불구하고 위 임금협정에 불만을 품고 이에 동조하는 일부 근로자들과 함께 회사 이외의 다른 장소에서 농성을 계속하던중 여러 차례에 걸쳐 사용자로부터 택시에 승무할 것과 이를 거부할 경우 해고하겠다는 내용의 통지를 받고도 정상근무를 거부한 경우 징계위원회의 심의를 거쳐 장기결근 등의 사유를 들어 해고한 사실은 정당하다.

【29】 노조로부터 제명당한 자에 대한 해고처분의 정당성

- 대판 1989. 1. 17. 87다카2646

종업원이 노동조합 상벌위원회로부터 제명처분을 당하여 노동조합으로부터 해고요청이 있을 때에는 그 종업원을 해고할 수 있도록 하고 있는 취업규칙의 규정은 비록 노동조합의 미가입자나 탈퇴자는 제외하였지만 노동조합으로부터 제명된 자에 대하여 그 제명사실만을 이유로 해고할 수 있도록 되어 있는 만큼 결국 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 것이 되고 이는 노동조합법에서 금지하고 있는 행위를 용인하는 셈이 되어 부당하다고 할 것이다. 위 취업규칙의 규정은 노동조합법에 저촉되어 그 효력을 인정할 수 없을 뿐만 아니라 노동조합과 회사사이에 체결된 단체협약의 해고사유에도 노동조합으로부터 자격정지나 제명처분당한 것을 포함하고 있지 아니한 것이 분명하므로 원고에 대한 해고처분은 무효라고 할 것이다

【30】 뚜렷한 자료도 없이 사용자를 수사기관에 고소·고발하거나, 공개석상에서 진실과 다른내용이나 과장된 내용을 가지고 회사를 비방하는 행위가 정당한 징계사유가 되는지 여부

- 대판 1995. 3. 3. 94누11767

뚜렷한 자료도 없이 사용자를 수사기관에 고소·고발하거나 그에 대한 인격을 비난하는 내용까지 담긴 진정서 등을 타 기관에 제출하는 행위는 징계사유가 되고, 공개석상에서 진실과 다른 내용이나 과장된 내용을 가지고 회사를 비방하는 행위도 정당한 징계사유가 된다.

【31】 사용자의 지시를 어기고 노동조합의 정기총회에 참석하거나 다른 노조원들에게 참석하도록 하였다는 것을 이유로 한 해고의 정당성 여부

- 대판 1995. 2. 17. 94다44422

노동조합이 업무시간 중에 정기총회를 개최하면서 통상적인 노조활동 외에 체육행사 및 풍물놀이 등을 내용으로 하는 대동제를 실행하였지만, 다른 노동조합의 경우에도 정기총회시에 문화체육행사를 갖는 경우가 많을 뿐만 아니라 의료보험조합이 위 정기총회 개최 전일 업무종료 직전까지 아무런 반대의사를 표시하지 않았고, 노동조합측에서 일부인원을 사무실에 잔류케 하여 업무가 마비되지 않도록 조치를 강구한 점 등 제반 경위에 비추어 위 정기총회의 개최는 불법쟁의 등의 불순한 의도에 의한 것이라고 볼 수 없다.. 의료보험조합이 위 정기총회에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않다가 뒤늦게 위 정기총회의 개최일시를 변경하도록 지시한 후 이에 위배하여 위 정기총회에 참석하거나 다른 노조원들에게 참석하도록 하였다는 것을 이유로 징계해임을 한 것은 신의성실의 원칙에 반하는 부당한 것이라고 판단한 사례.

【32】 회사에 중대한 손해를 입힌 업무담당자에 대한 해고를 정당하다고 본 사례

- 대판 1997. 4. 25. 96누9508

회사의 원목 수입·판매담당자가 매출채권관리내규 등의 제규정에 따른 조치를 취하지 아니하고 거래처와 신용거래를 시작하였고, 그 후 자체감사에서 불량채권 과다, 매출채권 잔액대비 담보미달 등에 대한 시정지시를 받았으며, 또한 거래처의 신용상태가 악화되고 있다는 사정을 충분히 알 수 있었음에도 그에 대한 적절한 조치

를 취하지 아니하고 신용거래를 계속 하다가 거래처의 부도로 회사에 대하여 중대한 손해를 발생케 한 사안에서, 이는 사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 징계사유에 해당하는 것으로서 그에 대한 해고가 징계권의 범위를 일탈한 것으로는 볼 수 없다

【33】 신체장애로 인한 해고의 정당성 판단 기준

- 대판 1996. 12. 6. 95다45934

사용자의 일방적 의사표시로 취업규칙의 규정에 의하여 근로자와의 근로계약관계를 종료시키는 경우 그것이 정당한 것으로 인정되기 위하여는 종국적으로 근로기준법 제27조(신법 제30조)제1항에서 말하는 '정당한 사유'가 있어야 할 것이고, 근로자가 취업규칙에서 정한 '신체장애로 인하여 직무를 감당할 수 없을 때'에 해당한다고 보아 퇴직처분을 함에 있어서 그 정당성은 근로자가 신체장애를 입게 된 경위 및 그 사고가 사용자의 귀책사유 또는 업무상 부상으로 인한 것인지의 여부, 근로자의 치료기간 및 치료종결후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 사고를 당할 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 근로자가 그 잔존능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 그 내용, 사용자로서도 신체장애를 입은 근로자의 순조로운 직장복귀를 위하여 담당업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 근로자의 적응노력 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.

【34】 근로자의 신체장애를 이유로 한 해고를 정당하다고 본 사례

- 대판 199. 11. 12. 95누15728

근로자의 업무상 부상에 관한 요양종결에 따라 상당한 신체장해가 남아 있는 상태에서는 그 근로자가 종전과 같은 작업강도를 지닌 갱내 기계수리공의 업무를 수행할 수 없다고 보아야 할 뿐만 아니라, 그 신체장해가 남아 있는 부분은 허리부분으로 그 부분은 신체부위중 운동량이 많고 중량이 부하를 특히 많이 받는 부분이어서 근로자가 종전과 같이 갱내굴진·채탄작업 등에 사용되는 기계 등의 중량물을 취급하는 업무를 계속 담당할 경우에 장해부위가 악화될 가능성도 배제할 수 없는 사정이고 보면, 근로자에게 그와 같은 신체장해가 있어 종전의 담당업무를 수행할 수 없거나 부적합하게 되었음을 이유로 한 회사의 근로자에 대한 장해해고는 정당하고, 이러한 경우 해고시기가 근로기준법 제27조(신법 제30조)제2항 소정의 해고금지기간에 해당하지 않는 한 해고를 하기에 앞서 반드시 장해근로자에 대하여 일정기간 유예기간을 두고 배치전환 등을 하여 근무하도록 하면서 관찰하여야 하는 것은 아니다.

【35】 취업규칙등에 정해진 징계절차의 의미

- 대판 1993. 7. 13. 92다43579

취업규칙 등의 징계에 관한 규정에 징계혐의자의 출석 및 진술의 기회부여 등에 관한 절차가 규정되어 있지 않은 경우 그와 같은 절차를 거치지 아니하고 징계처분을 하였다고 하여 그 징계처분을 무효라고 할 수 없다. 회사의 상벌규정에 감봉 이상의 징계처분을 할 경우에는 사전에 본인에게 변명의 기회를 줄 수 있다고 규정되어 있을 뿐이고 이러한 변명의 기회를 반드시 부여해야 한다고 규정되어 있는 것은 아니라면 회사측이 당해 근로자들에게 변명할 기회를 부여하기 위해 진술서의 제출통지 및 인사위원회에의 출석통지를 했다면 당해 근로자에 대해 행한 징계절차는 적법한 것이라고 할 것이어서 실질적인 변명의 기회가 부여되지 않았다 하여 당해

근로자에 대한 징계처분을 무효로 볼 수 없다.

【36】 취업규칙과 단체협약의 해고사유가 상충될 경우의 효력

- 대판 1993. 4. 27. 92다48697

단체협약에 반하지 않는 한 사용자는 취업규칙에서 새로운 징계 사유를 정할 수 있고 그 징계사유에 터잡아 징계할 수도 있다. 그러나 단체협약에 해고는 단체협약규정에 의하여야만 하고 취업규칙에 의하여는 해고할 수 없다고 규정되어 있다면 취업규칙에 의한 해고는 무효라고 할 것이다.

【37】 정당한 사유 여부 판단기준

- 대판 1992. 5. 12. 91다27518

근로기준법 제27조(신법 제30조) 소정의 정당한 사유란 징계해고의 경우에는 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 있는 것을 말하므로 징계해고규정 해당 사유가 있다는 점만으로 당연히 그 징계해고 처분이 정당한 사유가 있다고는 볼 수 없고, 구체적인 사정을 참작하여 위와 같은 의미의 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에만 비로소 그 징계해고에 정당한 사유가 있다고 할 수 있다.

【38】 단체협약에 없는 해고사유를 취업규칙에 규정한 것이 단체협약에 위반되는지 여부.

- 대판 1995. 4. 7. 94다30249

단체협약에서 "해고에 관하여는 단체협약에 의하여야 하고 취업규칙에 의하여 해고할 수 없다"는 취지로 규정하거나 또는 "단체협약에 정한 사유 외의 사유로는 근로자를 해고할 수 없다"고 규정하

는 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 기하여 근로자를 해고하는 것이 단체협약에 반하는 것이라고 할 수 없고, 단체협약에 "이 협약은 취업규칙보다 우선한다"고 규정한 것은 근로기준법 제97조(신법제99조)제1항이나 노동조합법 제36조 제1항의 정신에 따라 단체협약상의 제 규정에 저촉되는 취업규칙의 효력을 인정할 수 없다는 취지를 밝힌 것에 불과할 뿐 사용자가 취업규칙으로 새로운 해고사유를 정할 수 없다는 취지는 아니다.

【39】 근로자의 신분변동시 노사협의회 '합의'를 거치도록 한 규정의 의미

- 대판 1993. 7. 27. 92다53316

노사협의회 운영규정에 "사용자는 근로자위원의 신분에 관한 변동사유가 발생할 경우 반드시 노사협의회 합의 거처야 한다"고 규정되어 있는 경우, 징계해고와 같은 인사처분은 근로자의 신분변동중에서 가장 중대한 것이므로 당연히 위 운영규정상 신분에 관한 변동사유에 해당한다고 할 것이고, 나아가 위 운영규정에 따른 노사협의회 합의 거치지 아니한 채 사용자인 회사가 근로자위원인 근로자에 대하여 행한 징계해고처분은, 당해 근로자나 노사협의회 근로자 위원측에서 스스로 이러한 합의절차를 포기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 무효이다.

【40】 해고시 노동부의 승인을 얻도록 규정한 취업규칙의 의미

- 대판 1991. 9. 24. 90다18463

취업규칙에 의하면 해고사유에 해당하는 자에 대하여는 노동부의 승인을 얻어 회사가 일방적으로 해고할 수 있고, 다만 회사와 종업원간에 그 해고사유에 해당하는 사항을 근로조건으로 하여 근로계약을 체결한 경우에는 그 계약에 의하여 해고할 수 있다고 규정하고 있는데, 여기서 규정한 해고사유의 존부자체는 객관적으로 정하여지는 것으로서 최종적으로는 법원의 판단을 받게 되므로 위 취업규칙이 규정한 노동부의 승인은 사용자의 자의에 의한 부당한 즉시해고를 방지하기 위한 행정감독상의 사실확인 행위에 지나지 아니한다 할 것이고, 따라서 그와 같은 노동부의 승인이 없다 하더라도 사용자나 근로자의 사법적 권리 의무에 변동을 일으키는 효력은 없다고 할 것이다.

【41】 진술기회부여 절차를 거치지 않고 이루어진 직권면직처분은 위법하다.

- 대판 2000. 6. 23. 선고 99두4235

규정의 해석상 직권면직처분을 징계처분의 일종으로 볼 수는 없으므로 참가인은 원고들에 대하여 징계절차와는 관계없이 진술의 기회를 부여하지 아니하고 직권면직처분을 할 수 있다 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심이 참가인의 원고들에 대한 직권면직처분은 징계의 절차, 즉 원고들에게 진술의 기회를 부여하는 절차를 거치지 아니하여 위법하다고 판단한 것은 참가인의 운영규정의 해석을 그르치거나 직권면직처분에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다.

【42】 이사회 결의후 이루어진 징계는 신의성실의 원칙에 위반되

지 않는다.

- 대판 2000. 5. 26. 2000두1270

참가인의 비위사실에 대한 원고의 자체감사와 고발, 이 사건 징계의결이 이루어진 경위 등에 관한 사실을 인정한 다음, 이러한 징계경위에 비추어 원고의 이사회가 징계권자인 이사장에 대하여 징계의결요구와 경징계의 변경과 징계위원회에 대하여 징계의결의 보류를 각 요청하기로 의결하였다는 등의 사정만으로는 원고의 이사장이나 징계위원회가 참가인에 대한 징계를 하지 않겠다거나 징계의결요구를 경징계로 변경하겠다는 의사를 표시하였다고 볼 수 없고, 이사회의 결의가 있는 다음에 이 사건 징계가 이루어졌다고 하여 신의성실의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

IV. 임금

1. 임금 일반

【1】 임금여부 판단 기준

- 대판 1995. 5. 12. 94다 55934

사용자가 근로자에게 지급하는 금품이 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에 포함되는 임금이 해당하려면 먼저 그 금품이 근로의 대상으로 지급되어야 하므로, 비록 그 금품이 계속적, 정기적으로 지급되더라도 그것이 근로의 대상으로 지급된 것이 아니라면 임금이 해당한다고 할 수 없으며, 어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것이냐를 판단함에 있어서는 그 금품 지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것이 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하고, 이러한 관련없이 그 지급의무의 발생이 개별근로자의 특수하고 우연한 사정에 의하여 좌우되는 경우에는 그 금품의 지급이 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등이나 사용자의 방침등에 의하여 이루어진 것이라 하더라도 그러한 금품은 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없다.

【2】 운전사의 사납금외 개인수입금

- 대판 1988. 3. 22. 87다카 570

회사가 소속운전사들에게 매월 실제근로일수에 따른 일정액을 지급하는 이외에 근로형태의 특수성과 계산의 편의 등을 고려해 하

루 운송수입금 중 회사에 납입하는 일정액의 사납금을 공제한 잔액은 운전자 개인의 수입으로 해 자유처분에 맡겨왔다면 이같은 '운전자개인수입' 부분은 성격상 근로의 대가인 임금에 해당한다.

【3】 창사기념을 위하여 지급되는 특별상여금도 임금이다.

- 대판 1982. 10. 26. 82다카342

상여금이 임금 후불적 성질의 것이나 또는 은혜적 포상적 성질의 것이냐는 이를 확일적으로 분류할 수 없는 것이기는 하나 그 지급사유의 발생이 불확정이고 일시적으로 지급되는것을 제외하고는 일반적으로 근로에 대한 대가로 지급되는 임금의 성질을 가지는 것이라고 해석해야 할 것인바, 특별상여금의 최초지급이 통합창사를 기념하는 뜻에서 비롯되었고 이사회결의에 의하지 아니하고 내부결재를 거친 대표이사 전결에 의하여 지급되고 감봉처분을 받은 자나 해외연수중인 자에게도 일률적으로 지급되는 사정이 있다 하더라도 위 특별상여금이 '76. 11부터 계속적, 정기적으로 전직원에 대하여 기본급의 200퍼센트를 매년 11월에 지급되어 온 것이므로 근로의 대가인 임금의 성질을 지닌다고 할 것이다.

【4】 식대보조비, 연료보조비, 가족수당 등

- 대판 1990. 12. 7. 90다카 19647

대한석탄공사가 전직원을 대상으로 취업규칙 또는 공사의 방침으로 정한 일정 기준에 의하여 매월 또는 매년 정기적·계속적으로 식대보조비(현물지급), 연료보조비(현물 또는 현금), 가족수당, 체력단련비, 광산근무수당(벽지수당), 입갱수당, 생산독려수당 등을 모두 지급하여 왔다면 이는 그 명칭이나 일부 현물지급 여부에 관계없이 근로의 대가로 지급하여 온 금품으로서 평균임금의 산정에 있어 포

함되는 임금으로 봄이 상당하다.

【5】 출퇴근교통비

- 대판 1992. 4. 10. 91다37522

출퇴근교통비 지급의 근거가 급여규정에 반드시 명시되어 있는 것은 아니라 할지라도 정기적, 제도적으로 지급되어 왔고, 사무총장을 제외한 사무국의 전직원에게 그 직급에 따라 일률적으로 지급되어 온 것일 뿐 아니라 특히 사무국직원중 출퇴근교통비가 지급되지 아니한 사무총장에게는 그 대신에 출퇴근차량이 제공되었다면 출퇴근교통비는 여비, 출장비 등과 같은 실비변상적인 성격의 금원이 아니라 근로기준법 제18조에서 말하는 근로의 대상인 임금의 성질을 갖는 금원이라고 보아야 한다.

【6】 실비변상적 급여

- 대판 1992. 11. 9. 90다카4683

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 실비변상적 급여는 “근로의 대상”으로 지급되는 것이라고 볼 수 없기 때문에 임금에 포함될 수 없는 것이다.

【7】 회사의 임원에게 지급되는 보수

- 대판 1988. 6. 14. 87다카2268

회사의 업무집행권을 가진 이사 등 임원은 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고있는 것이므로 사용자의 지휘감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 지급받는 고용관계에 있는 것이 아니며 따라서 일정한 보수를 받는 경우에도 이를 근로기준법 소정의 임금이라 할 수 없다.

【8】 일정 직급 이상의 직원 중 차량보유에 따라 실제 비용지출 여부를 불문하고 계속적·정기적으로 지급하는 자가운전보조비

- 대판 1995. 5. 1294다55934

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 근로 제공과 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 자가운전보조금 중 회사가 그 직원들에게 자기 차량보유 여부와 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.

【9】 통상임금 여부 판단기준

- 대판 1990. 11. 990다카6948

근로기준법시행령 제31조 제1항은 근로기준법 소정의 통상임금을 "근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액, 일급금액, 주급금액, 월급금액

또는 도급금액을 말한다"고 규정하고 있는 바이므로 원칙적으로 근로자에게 소정근로 또는 총근로의 대상으로 지급되는 금품으로서 그것이 정기적, 일률적으로 지급되는 것은 모두 통상임금에 속하는 임금이라고 할 것이다. 따라서 근로자에 대한 임금이 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이라도 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있는 것이고, 소정근로시간의 근로에 직접적으로 또는 비례적으로 대응하여 지급되는 임금이 아니라 하더라도 그것이 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급되는 임금이 아니라고 할 수 없으므로 그런 사유만으로 그 임금을 통상임금에서 제외할 수는 없다 할 것이다. 다만 근로기준법이 평균임금의 최저한을 보장하고 시간외, 야간, 휴일근로수당과 같은 할증임금, 해고예고수당을 등을 산정하는 기준이 되는 통상임금을 인정하고 이는 입법취지와 통상임금의 기능 및 필요성에 비추어 볼 때 어떤 임금이 통상임금에 해당하려면 그것이 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금에 속하여야 하므로 실제 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 임금은 이와 같은 고정적인 임금이라 할 수 없어 통상임금에 해당하지 아니한다 할 것이다.

**【10】 통상임금에 포함되어야 할 각종 수당을 통상임금에서 제외
기로 한 노사합의를 무효라고 본 사례**

- 대판 1993. 5. 11. 93다4816

통상임금이란 정기적, 일률적으로 소정 근로의 양 또는 질에 대하여 지급하기로 된 임금으로서 실제 근무일이나 실제 수령한 임금에 구애됨이 없이 고정적이고 평균적으로 지급되는 일반임금이고 또한 이는 실제 근로시간이나 실적에 따라 증감될 수 있는 평균임금의 최저한을 보장하고(근로기준법 제19조제2항), 동법 제46조 소정의 시간외, 야간 및 휴일근로에 대한 가산수당, 제27조의2 소정의

해고예고수당 등의 산정근거가 되는 것이다. 따라서 노사간의 합의에 따라 성질상 통상임금에 산입되어야 할 각종 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 합의의 효력을 인정한다면 위 각 조항이 시간외, 야간 및 휴일근로에 대하여 가산수당을 지급하고, 해고 근로자에게 일정기간 통상적으로 지급받을 급료를 지급하도록 규정한 취지는 몰각될 것이므로 성질상 동법 소정의 통상임금에 산입될 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사간의 합의는 동법 제20조 제1항 소정의 동법이 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 계약으로서 무효라고 보아야 할 것이다.

【11】 성질상 통상임금에 포함될 수당을 통상임금에서 제외하는 취지의 중재재정조항은 무효라고 본 사례

- 대판 1997. 6. 27. 95누17380

근로자가 지급받는 각종 수당에 대하여 그것이 통상임금에 해당되는지 여부를 둘러싸고 다툼이 있는 경우에는 궁극적으로 재판절차를 통하여 확정되어야 할 것이지, 중재재정을 함에 있어 행정기관의 유권해석에 따르도록 함으로써 성질상 통상임금에 포함되어야 할 수당이 통상임금에서 제외되는 결과를 초래한다면 이는 근로기준법에 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 것으로서 무효라고 보아야 할 것이고, 확정된 중재재정이 단체협약과 동일한 효력을 갖는다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

【12】 근속수당의 통상임금 여부 판단기준

- 대판 1992. 2. 14. 91다17955

일정 범위내의 근무일수, 근무성적 및 업무상 근무실적이 있어야 지급되는 수당은 실제근로여부 또는 근무실적에 따라 지급액이 변

동되는 임금으로 근로기준법상의 소정의 통상임금의 범위에 포함되지 않는다. 근속수당을 근로자가 입사한 후 1년째 되는 달부터 일할 계산하지 않고, 1년 경력에 해당하는 수당을 전액 지급하기 시작하고, 2년째 되는 달부터는 2년 경력에 해당하는 근속수당전액을 지급해 왔다면 이같은 기준의 근속수당 산출에 따른 지급액과 실수령액이 다를 경우 사용자는 그 증액분을 지급해야 할 의무가 있다.

【13】 미혼자 등 가족이 없는 근로자에게도 일률적으로 부양가족이 있는 근로자가 지급받는 가족수당의 절반을 지급한 경우 통상임금으로 본 사례

- 대판 1992. 7. 14. 91다5501

미혼자 등 가족이 없는 근로자에게도 일률적으로 부양가족이 있는 근로자가 지급받는 가족수당의 절반을 지급한 경우 이는 근로의 질이나 양에 대하여 지급되는 기본급에 준하는 수당으로서 고정적, 평균적으로 매월 일률적으로 지급되는 임금이라 할 것이므로 통상임금의 범위에 속한다.

【14】 식대, 교통비, 체력단련비, 정근수당의 통상임금 포함여부

- 대판 1996. 5. 10. 95다2227

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 임금이라 할 것이므로 통상임금에 속한다고 할 것이고, 원심판시의 장기근속수당도 근로의 양 또는 질에 무관하게 은혜적으로 지급되는 것이 아니라 일정 근로년수에 달한 자에게 실제의 근무성과는 상관없이 매월 일정액을 지

급하여 온 것이고, 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금이므로 통상임금에 속한다고 할 것이다. 다만 원심판시의 정근수당은 위 운영규정에 의하면 '일정기간의 계속근로'를 그 지급조건으로 규정하고 있어 정근수당의 지급여부는 결국 실제의 근무성적에 따라 좌우되게 되어 그것이 고정적인 임금이라고 할 수 없으므로 통상임금에 속한다고 할 수 없다.

【15】 운수회사에서 1년 이상 근속한 운전사에게 정액으로 근속연한에 따라 가산지급하기로 한 근속수당을 통상임금으로 보지 아니한 사례

- 대판 1992. 5. 22. 92다7306

운수회사에서 매년 1월 1일을 기준으로 만 1년 이상 근속한 운전사에게 1년당 정액의 근속수당을 근속연한에 따라 가산하여 지급하기로 한 경우 위 근속수당이 숙련공을 확보하기 위하여 운전사에게 지급되는 것이거나 근로의 질에 대한 대가로서 고정적으로 지급되는 근로교환적 임금이라고는 볼 수 없고, 오히려 1년 이상 근속한 운전사를 우대하기 위한 은혜적 성격의 수당으로서 근로의 질과는 관계가 없는 것이고, 근무연수에 구애없이 정기적, 일률적으로 운전사에게 지급되는 고정급 임금이라고는 할 수 없으므로 이는 성질상 통상임금의 범위에 포함시킬 수 없다.

【16】 체력단련비·월동보조비는 통상임금이나 상여금은 통상임금이 아니라고 본 사례

- 대판 1996. 2. 9. 95다19501

조합이 매년 1회 일정시기에 전직원에게 지급하는 체력단련비 및 월동보조비는 모두 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로

한 금품으로 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금으로서 통상임금에 속하며, 피고 조합들의 조합운영규정에 의하면, 원심판시의 상여금은 예산의 범위 안에서 매년 3월, 6월, 9월, 12월의 보수 지급일에 각각 상여금 지급일 현재 기본급의 100%를 지급하는 것이나, 다만 입사 1개월 미만인 자에게는 지급되지 않고, 근속기간이 3개월 미만인 자와 휴직·정직·직위해제처분 등으로 상여금 지급기간중 그 직무에 종사하지 아니한 자(업무상 부상으로 휴직한 자를 제외한다), 근속기간이 3개월 이상인 자로서 상여금 지급기간의 2분의 1 미만을 근무하고 퇴직한 자에 대하여는 근무일수를 근거로 일할 계산하여 지급하도록 규정되어 있는 점에 비추어 상여금의 지급 여부 및 그 지급액은 결국 피고조합들 소속임·직원들의 실제의 근무성적에 따라 좌우되게 되어 그것이 고정적인 임금이라고 할 수 없으므로 통상임금에 속한다고 할 수 없다.

【17】 항공기승무원의 비행수당, 이·착륙수당 및 해외현지 식비를 통상임금으로 보지 아니한 사례

- 대판 1996. 6. 28. 95다24074

소론의 비행수당은 원고와 같은 객실 일반승무원의 경우 실제 비행시간이 30시간 이상인 경우에 한하여 60시간의 비행수당(이를 보장수당이라 한다)이 지급되고, 60시간을 초과하는 경우에는 보장수당과 초과부분에 대하여 가산지급되는 비행수당이 함께 지급되고, 승무결근자(MISSED FLIGHT 1회 이상인 자)나 교육기간이 14일 이상인 자, 병가기간이 7일 이상인 자, 공상기간이 월중 10일 이상인 자 등에 대하여는 보장수당이 적용되지 아니하는 점에 비추어 보면, 비행수당은 고정적으로 지급되는 수당이 아니라 실제의 근무성적에 따라 그 지급 여부 및 지급액이 달라지는 것이고, 또한 소론의 이·착륙수당은 승무원이 국내선에 탑승하게 되는 경우에 한하

여 이·착륙횟수에 따라 지급되는 것임을 알 수 있어 그것이 정기·일률적으로 지급되는 것이라고 할 수 없으며, 승무원이 해외에서 체류하는 기간동안 지급하는 소론의 현지식비(이른바 PERDIEM)는 국제선에 승무하는 경우에만 지급되는 것이고, 더욱이 체류지역마다 그 지급단가가 다를 뿐만아니라 그 지급액도 근로 제공과는 무관하게 단지 체류시간에 비례하여 지급되는 것임을 알 수 있으므로 이는 피고가 운항하는 국제선 항공기의 승무에 따른 해외체류라는 특수한 근무환경에 따라 추가로 소요되는 비용을 보전하여 주려는 실비변상적 성격의 금원이거나 국제선 항공기의 운항에 따른 해외체류라는 특수한 기간동안만 지급되는 성격의 금원에 불과하여 모두 통상임금에 해당하는 것이라 할 수 없다.

【18】 동절기 단축근무시간제하에서 휴일근로수당 및 월차휴가 근무수당 산정의 기초가되는 1일의 근로시간수 인정기준

- 대판 1995. 6. 29. 94다18553

근로기준법 제46조(신법 제55조)에 따른 시간외 근로수당이나 휴일근로수당 및 제47조에 따른 월차휴가근로수당을 산정함에 있어서는 실제로 근로한 시간을 기초로 하여야 할 것이므로, 동절기에 토요일을 제외한 평일의 근무시간이 7시간인데도 휴가근로수당 및 월차휴가근로수당을 산정함에 있어 8시간 근무한 것으로 보고 시간급 통상임금에 8시간을 곱하여 위 각 수당을 산정한 것은 위법하다.

【19】 동절기의 평일근로시간을 1시간씩 단축하고 있으나 통상임금의 산정기초인 1일 소정근로시간수는 8시간으로 본 사례

- 대판 1992. 2. 11. 91다12202

철도차량정비창직원규정 제21조에 의한 동절기의 평일 근로시간

1시간 단축은 1일 기본 근로시간, 즉 1일 소정근로시간을 8시간으로 정하고 있음을 전제로 하고 있는 위 규정 제31조 제1항이 동절기에도 적용될 것과 대비하여 보면 에너지 절약과 계절적 요인을 고려하여 은혜적으로 부여한 것이지 동절기에 근로자들의 시간급통상임금을 인상하려는 취지는 아닌 것으로 해석되므로 동절기에도 1일 소정근로시간수는 8시간으로 봄이 타당하다.

【20】 시간급 통상임금을 산정하기 위한 월 소정근로시간수에 유급휴일 해당 근로시간수도 포함되는지 여부

- 대판 1990. 12. 26. 90다카12493

근로자에 대한 임금을 월급으로 지급할 경우 월급통상임금에는 근로기준법 제45조 소정의 유급휴일에 대한 임금도 포함된다고 할 것이므로 월급통상임금을 월 소정 근로시간수로 나누는 방법에 의하여 시간급통상임금을 산정함에 있어서는 월 유급휴일 해당근로시간수도 월 소정 근로시간수에 포함되어야 할 것이므로 사용자인 병원의 복무규정에 의한 직원의 주근무시간인 44시간과 유급휴일 해당 근로시간수를 월 소정근로시간수에 산정한 조치는 정당하다.

【21】 시간급 통상임금 산정의 기초가 되는 월 소정근로시간수를 225.9시간이라고 산정한 조치를 정당하다고 본 사례

- 대판 1990. 12. 26. 90다카12493

근로기준법 제42조(신법 제49조)제1항 본문, 제43조 본문 또는 제55조 본문의 규정에 의한 기준근로시간의 범위내에서 사용자와 근로자가 근로시간에 관하여 약정을 한 경우에는 그 약정의 근로시간이 근로기준법 제42조(신법 제49조)제1항 본문 등의 기준근로시간에 우선하여 시간급 통상임금 산정의 기초가 되어야 하므로 시간

급 통상임금을 산정함에 있어 주근로시간(유급휴일 해당시간 제외)을 사용자인 병원의 복무규정 소정의 주 44시간으로 보고 여기에 유급휴일 해당 시간수를 더하여 1일 근로시간수를 계산한 다음월의 소정근로일수를 365/12일로 보고 이를 기초로 월의 소정근로시간수를 225.9시간이라고 산정한 조치는 정당하다.

【22】 근로기준법 소정의 기준근로시간의 제한 범위내에서 사용자와 근로자가 근로시간에 관한 약정을 한 경우 시간급 통상임금 산정의 기초가 되는 월 소정근로시간의 산정방법

- 대판 1990. 12. 26. 90다카13465

근로기준법 제42조(신법 제49조)제1항 본문, 제43조 본문 또는 제55조 본문의 규정에 의한 기준근로시간의 제한범위내에서 사용자와 근로자가 근로시간에 관하여 약정을 한 경우에는 그 약정의 근로시간이 근로기준법 제42조(신법 제49조) 제1항 본문 등의 기준근로시간에 우선하여 시간급통상임금 산정의 기초가 되어야 하므로 시간급통상임금을 산정함에 있어 주근로시간(유급휴일 해당시간 제외)을 사용자인 병원의 복무규정 소정의 주44시간으로 보고 여기에 유급휴일 해당 시간수를 더하여 1일 근로시간수를 계산한 다음 월의 소정 근로일수를 365/12일로 보고 이를 기초로 월의 소정 근로시간수를 225.9시간이라고 산정한 조치는 정당하다.

【23】 IMF를 빌미로 인한 상여금 강제반납은 무효이다

- 서울지법 2000. 1. 13. 98가합104730

상여금 미지급 규정의 신설은 취업규칙 불이익 변경이고 직원들이 신설된 조항에 동의함에 있어 사용자의 개입과 간섭이 없었다고 할 수 없으며 그 반대로 회사 지시와 주도 아래 전직원, 거의 모든

직원이 일괄적으로 동의한 것으로 봄이 상당하고 회사 본점의 각 부서 및 전국의 영업국 및 영업소별로 책임자가 소속 직원들에게 동의를 서명을 강요하지 않았고 서로 의견을 교환할 기회를 부여하였더라도 직원들이 서면에 동의를 서명을 할 수밖에 없는 상황을 이미 조성하고서 형식적인 기회를 부여한 것에 불과한 것이므로 직원들의 각 동의과정은 근로자들의 집단적 의사 결정에 따른 동의로 볼 수 없어 당시 회사에 재직하던 직원들에 대하여 효력이 없다.

【24】 근로기준법 제30조위반 범죄(임금등의 기일내 지급의무위반죄)가 성립하지아니하는 경우

- 대판 1998. 6. 26. 98도1260

구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 개정되기 전의 것) 제109조, 제30조 소정의 임금등의 기일내 지급의무 위반죄는 사용자가 경영부진으로 인한 자금사정 등으로 지급기일 내에 임금 등을 지급할 수 없었던 불가피한 경우뿐만 아니라 기타의 사정으로 사용자의 임금부지급에 고의가 없거나 비난할 수 없는 경우에도 그 죄가 되지 않는다.

2. 평균임금

【1】 직위해제기간은 평균임금 산정일수에서 공제해야한다고 본 사례

- 대판 1992. 4. 10. 91나33621

근로기준법시행령 제2조에서는 (1) 업무수행으로 인한 부상 또는

질병의 요양을 위하여 휴업한 기간, (2) 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업한 기간, (3) 수습중의 기간에 대하여 그 일수와 그 기간중에 지불된 임금은 평균임금(근기법 제19조)의 계산에서 공제한다고 규정되어 있는 바, 이는 위와 같은 기간과 그 기간중의 임금을 공제하지 아니한다면 정상적인 근로의 제공을 전제로 하여 이에 대하여 지급된 실제임금의 평균치를 산정하는 평균임금 제도의 취지에 맞지 아니하고, 평균임금이 부당하게 낮아지게 될 염려가 있기 때문이라 할 것이고 이러한 사정은 근로자가 직위해제를 당하여 정상적인 근로를 제공하지 못한 경우에 있어서도 동일하므로 위 시행령 제2조의 취지는 직위해제의 경우에도 유추적용하여야 할 것이다. 따라서 위와같은 사정으로 말미암아 그 공제기간이 3개월이 넘는 경우에는 위 공제사유가 발생한 최초의 일을 평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 날로 보고 그 전 3개월의 총임금을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 평균임금으로 봄이 상당하다.

【2】 국외 주재직원의 평균임금 산정시 임금총액에 초과급여부분을 산입하지 아니하도록 한 취업규칙을 유효하다고 본 사례

- 대판 1990. 11. 9. 90다카 4683

임금의 의의나 평균임금제도의 근본취지에 비추어 볼 때, 국외 주재직원으로 근무하는 동안 지급받은 급여 가운데 동등한 직급·호봉의 국내직원에게 지급되는 급여를 초과하는 부분은 근로의 대상으로 지급받는 것이 아니라 실비변상적인 것이거나 해외근무라는 특수한 근무조건에 따라 국외주재직원으로 근무하는 동안 임시로 지급받은 임금이라고 보아야 할 것이므로, 회사의 취업규칙에 국외 주재 직원에 대한 퇴직금의 액수를 산출함에 있어서 그부분의 급여를 평균임금산정의 기초가 되는 임금의 총액에 산입하지 아니하도록 규정되어있다고 하여 그 취업규칙이 무효라고 할 수 없다.

【3】 평균임금의 산정에 있어 상여금의 산입방법

- 대판 1989. 4. 11. 87다카2901

상여금을 임금의 일종으로 보는 이상 평균임금 산정 사유발생일 이전 3개월분의 상여금을 미리 임금의 총액에 포함시킨 다음 그 총액을 그 기간의 총수로 나누는 것이 합리적인 계산방식이다.

【4】 식대보조비 등을 평균임금에서 제외기로 한 노사합의의 효력

- 대판 1995. 9. 26. 94다28123

근로기준법상의 평균임금 규정에 의하여 퇴직금 산정을 위한 기초임금을 산정할 경우에도, 노사간에 식대보조비, 연료보조비, 체력 단련비를 평균임금의 산정에서 제외하기로 하는 별도의 합의가 있었고 그 합의가 근로기준법에 위배되어 무효로 되지 아니한다면, 이는 퇴직금 산정의 기초임금에서 제외하여야 한다.

【5】 영업용 택시기사가 횡령한 택시운송수입금의 평균임금에의 포함여부

- 대판 1996. 9. 10. 95누17410

영업용 택시기사가 택시운송수입금 전액을 운수회사에게 입금할 의무가 있음에도 불구하고 미터기 금액을 제외한 나머지 금액을 입금하지 아니한 채 이를 횡령하였다면, 이를 두고 운수회사가 그 택시기사에게 나머지 금액을 임금으로 지급하였다고 할 수는 없으므로, 그 나머지 금액은 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에 포함될 수 없다.

【6】 가. 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액 해당 여부의 판단 기준

나. 일정한 지급기준을 정하여 두고 운행횟수에 비례하여 계속적·정기적으로 지급된 차량운행수당이 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에 포함된다고 본 사례

- 대판 1997. 5. 28. 96누15084

가. 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 단체협약, 취업규칙 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있으면, 그 명칭 여부를 불문하고 모두 포함되는바, 사용자에게 근로의 대상성이 있는 금품에 대하여 그 지급의무가 있다는 것은 그 지급 여부를 사용자가 임의적으로 결정할 수 없다는 것을 의미하는 것이고, 그 지급의무의 발생근거는 단체협약이나 취업규칙, 급여규정, 근로계약에 의한 것이든 그 금품의 지급이 사용자의 방침이나, 관행에 따라 계속적으로 이루어져 노사간에 그 지급이 당연한 것으로 여겨질 정도의 관례가 형성된 경우처럼 노동관행에 의한 것이든 무방하다.

나. 1회당 금 10,000원씩이라는 지급기준을 정하여 두고 운행횟수에 비례하여 계산한 금액을 차량운행수당으로 매월 임금지급일에 계속적·정기적으로 지급하여 온 경우, 사용자는 관례에 의하여 1회당 금 10,000원씩의 운행수당을 일률적으로 지급하여야 할 의무가 있었다고 할 것이고, 아울러 이러한 운행수당은 장거리 운행으로 인하여 추가로 소요되는 비용을 보전하여 주려는 실비변상적 성격의 금원이라기 보다는 근로의 대상으로 지급된 것이라고 봄이 상당하다는 이유로, 이를 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에 산입하지 아니한 원심판결을 파기한 사례.

【7】 가. 통상임금의 개념과 그 범위

나. 월급제 사원이 지급받는 월급에 유급휴일에 대한 임금이 포함되어있는지 여부(적극)

다. 시급제 사원이 고정수당을 월급의 형태로 지급받는 경우, 고정수당에 유급휴일에 대한 임금의 성격을 갖는 부분도 포함되어 있는지 여부(적극)

라. 주 44시간 근로시간제하에서 토요일 오전에 근무한 자에게만 오후 4시간분의 임금을 보전하여 주기로 한 경우, 그 임금이 통상임금에 해당되지 않는다.

마. 주당 근로일수 6일, 근로시간 44시간의 근로조건하에서의 시간급통상임금의 산정 방법

- 대판 1998. 4. 24. 97다28421

가. 소정 근로 또는 총근로의 대상(對償)으로 근로자에게 지급되는 금품으로서 그것이 정기적, 일률적으로 지급되는 것이면 원칙적으로 모두 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것)상의 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.

나. 근로자에 대한 임금을 월급으로 지급할 경우 그 월급에는 구 근로기준법 제45조 소정의 유급휴일에 대한 임금도 포함된다고 할 것이고, 그와 같은 유급휴일에 대한 임금은 원래 소정 근로일수를 개근한 근로자에 대하여만 지급되는 것으로서 정기적, 일률적으로 지급되는 고정적인 임금이라고 할 수 없어 통상임금에는 해당되지

않는다고 할 것이어서 통상임금을 산정함에 있어서는 매월 지급받는 월 기본급과 고정수당을 합산한 월급에서 이와 같은 유급휴일에 대한 임금을 공제하여야 한다.

다. 시급제 사원이 기본시급과 함께 매월 고정수당을 월급의 형태로 지급받는 경우, 그 고정수당 중에는 구 근로기준법 제45조 소정의 유급휴일에 대한 임금의 성격을 갖는 부분도 포함되어 있는 것으로 봄이 상당하므로, 그 통상임금을 산정함에 있어서도 매월 지급받는 고정수당 중 유급휴일에 대한 임금 부분을 공제하여야 한다.

라. 근로기준법이 1989. 3. 29. 개정되면서 같은 법 제42조 제1항에 의하여 주당 근로시간이 종전의 주 48시간에서 주 44시간으로 감축되자, 회사와 노동조합이 단체협약을 체결하면서 임금감소분을 보전해 주기 위하여 1주일에 6일을 근무하되 주당 근로시간을 44시간으로 하고 토요일 오전 4시간을 근무하면 오후 4시간은 유급으로 하기로 한 경우, 토요일 오후 4시간분의 임금은 토요일 오전의 근무 여부에 따라 그 지급 여부가 달라지는 것으로서 고정적인 임금이라고 볼 수 없어 통상임금에 해당한다고 할 수 없으므로, 월급제 사원의 통상임금을 산정함에 있어서는 이를 다시 공제하여야 할 것이며, 시급제 사원이 매월 지급받는 고정수당 중에도 역시 통상임금으로 볼 수 없는 토요일 오후 4시간분에 대한 임금으로서의 성격을 갖는 부분이 포함되어 있는 것으로 봄이 상당하므로 그들의 통상임금을 산정함에 있어서도 매월 지급받는 고정수당 중 토요일 오후 4시간분에 대한 임금 부분을 다시 공제하여야 한다.

마. 단체협약상 1주일에 6일을 근무하되 주당 근로시간이 44시간으로 되어 있는 경우, '1일 소정근로시간'은 44/6시간이라고 할 것

이고, '월의 소정근로일수'는 1달의 평균일수에서 그 달의 평균휴일 수를 뺀 일수 즉 ' $365/12 - 365/(12 \times 7) = 365/12 \times 6/7$ '일이 되고, 따라서 '월의 소정근로시간'은 ' $44/6 \times 365/12 \times 6/7 \div 191.19$ '시간이 된다고 할 것이므로, 근로기준법시행령 제31조 제2항에 의하여 월급 금액으로 정하여진 통상임금을 시간급 금액으로 산정할 때에는 그 금액을 월의 소정근로시간수로 나눈 금액에 의하여야 할 것인바, 이처럼 '월의 소정근로시간수'로 나누는 방식에 의하여 시간급 통상임금을 산정하기 위해서는 먼저 월급금액으로 정하여진 통상임금을 확정하여야 하고, 월급제 사원이 지급받는 월급과 시급제 사원이 매월 지급받는 고정수당에 통상임금으로 볼 수 없는 구 근로기준법 제45조 소정의 유급휴일에 대한 임금의 성격을 갖는 부분과 토요일 오후 4시간분에 대한 임금으로서의 성격을 갖는 부분이 포함되어 있어 그 통상임금을 확정하기가 곤란한 경우에는 근로자들이 유급휴일과 토요일 오후 4시간을 근무한 것으로 의제하여 그 총근로시간수를 산정한 후, 유급휴일에 대한 임금의 성격을 갖는 부분과 토요일 오후 4시간분의 임금의 성격을 갖는 부분이 포함된 월급 또는 고정수당을 그 총근로시간수($= (44 + 8 + 4) / 7 \times 365 / 12 \div 243.33$ (시간))로 나누는 방식에 의하여 각 그 시간급 통상임금을 산정하여도 무방하다.

【8】 가. 근로자에게 지급되는 금품이 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에 포함되기 위한 요건

나. 평균임금의 계산에 산입되는 '그 사유가 발생한 날 이전 3월간에 그 근로자에 대하여 지급된 임금의 총액'이 특별한 사유로 인하여 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많은 경우, 이를 그대로 평균임금 산정의 기초로 삼을 수 있는지 여부

다. 취업규칙상 월의 중도에 퇴직하더라도 당해 월의 보수

전액을 지급한다는 규정이 있는 경우, 퇴직 당해 월의 보수 전액을 퇴직금 산정의기초가 되는 평균임금의 계산에 포함시킬 수 있는지 여부

- 대판 1999. 5. 12. 97다5015

가. 근로자에게 지급되는 금품이 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에 포함될 수 있으려면 그 명칭의 여하를 불문하고, 또 그 금품의 지급이 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어진 것이라 하더라도 그 지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있는 것, 즉 근로의 대상(對償)으로 지급된 것으로 볼 수 있어야 한다.

나. 평균임금은 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 산정하는 것을 그 기본원리로 하는 것으로서 평균임금의 계산에 산입되는 '그 사유가 발생한 날 이전 3월간에 그 근로자에 대하여 지급된 임금의 총액'이 특별한 사유로 인하여 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많은 경우에는 이를 그대로 평균임금 산정의 기초로 삼을 수 없는 것인 바, 이와 같은 평균임금을 그 산정의 기초로 하는 퇴직금제도는 직급, 호봉 등에 따른 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로, 퇴직급여가 특수하고 우연한 사정에 의하여 통상의 경우보다 현저하게 많거나 적은 금액으로 되는 것은 그 제도의 근본취지에 어긋난다고 할 것이다.

다. 월의 중도에 퇴직하더라도 당해 월의 보수전액을 지급한다는 취업규칙상의 규정은 퇴직하는 근로자에 대한 임금계산에 있어서의 정책적·은혜적 배려가 포함된 취지의 규정으로 보아야 할 것이지, 퇴직하는 근로자에게 실제 근무일수와 무관하게 퇴직 당해 월의 임

금을 인상하여 전액 지급한다는 취지는 아니라고 할 것이므로, 퇴직 당해 월의 보수 전액을 퇴직 직전일로부터 최종 3개월간에 지급된 급여액에 산입하여 평균임금을 산정하고 이를 기초로 퇴직금을 산출할 수는 없다.

【9】 가. 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금은 근로자가 얻는 총수입 중 사용자가 관리 가능하거나 지배 가능한 부분에 한정되는지 여부(적극)

나. 택시운전기사가 운송수입금 중 사납금을 회사에 납입하고 남은 금액을 개인 수입으로 자신에게 직접 귀속시킨 경우, 그 개인 수입금이 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에 포함되는지 여부(소극)

- 대판 1999. 4. 23. 98다18568

가. 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것)상의 퇴직금 규정은 사용자의 출연으로 퇴직금을 지급할 것을 명한 강행규정으로서 퇴직금은 항상 그 전액을 사용자가 출연하여야 하는바, 이와 같은 퇴직금 출연에 예측가능성을 기할 수 있게 하기 위하여는 퇴직금 산정의 기초인 평균임금은 근로자가 얻는 총수입 중 사용자가 관리 가능하거나 지배 가능한 부분에 한정된다고 보아야 한다.

나. 택시운전기사가 하루의 운송수입금중 사납금을 납입하고 남은 금액을 개인 수입으로 자신에게 직접 귀속시킨 경우, 그 개인 수입 부분의 발생 여부나 그 금액 범위 또한 일정하지 않으므로 운송회사로서는 택시운전사들의 개인 수입액이 얼마가 되는지 알 수 없고 이에 대한 관리가능성이나 지배가능성도 없다고 할 것이어서, 택시운전사들의 개인 수입 부분은 퇴직금 산정의 기초인 평균임금

에 포함된다고 할 수 없다.

【10】 퇴직전 3개월 이상 휴직해 평균임금이 0 원인 경우 퇴직금 산정기준은 휴직 전 3개월간의 임금을 기준으로 평균임금을 산정해야 한다.

- 대판 1999. 11. 12. 98다49357

평균임금은 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 산정하는 것을 그 기본원리로 하고 퇴직금 제도는 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로 퇴직급여가 특수하고 우연한 사정에 의하여 통상의 경우보다 현저하게 많거나 적은 금액으로 되는 것은 그 제도의 근본취지에 어긋난다 할 것이다.

【11】 평균임금을 산정함에 있어 퇴직 당해 월에 지급받은 보수 전액을 산입해서는 안된다.

- 대판 2000. 2. 25. 98다18544

취업규칙에 퇴직시 당월 보수 전액을 지급한다는 규정이 있는 이상 퇴직일이 언제이든 퇴직 당해 월의 보수 전액을 퇴직 직전일로부터 최종 3개월간에 지급된 급여액에 산입하여 평균임금을 산정하여 이를 기초로 퇴직금을 산출하여야 한다면 동일한 사업체에서 동일한 월급을 받고 동일한 근무기간 동안 근무한 근로자들이 같은 달에 퇴직하더라도 단지 그 퇴직일지가 다르다는 사정만으로 그 퇴직금에 심한 차이가 생기는 불균형이 나타나는 바, 이는 심히 불합리하고 근로자의 공통적인 의사에도 부합하지 않는 것으로서 취업규칙의 해석원리에도 어긋나는 것이다.

【12】 초과근무수당은 계속적, 정기적으로 지급받을 개연성이

있다면 망인의 일실수입 산정시 포함되어야 한다.

- 대판 2000. 3. 14. 99다14402

망인이 사고 이전의 수년 동안 매월 상당한 정도의 시간외 근무 및 휴일근무를 하고 그에 상응한 초과근무수당을 계속적, 장기적으로 지급받아 왔다면 다른 특별한 사유가 없는 한 망인의 이 사건 사고 이후 정년에 이를 때까지도 계속 종전과 같은 수준의 초과근무를 하고 그에 상응한 초과근무수당을 계속적, 정기적으로 지급받았을 상당한 개연성이 있다고 판단되므로 향후 기대되는 평균적 초과근무수당을 포함하여 망인의 일실수입을 산정하여야 한다.

【13】 임금채권 우선변제권은 법정담보물건으로 담보물건의 일반적 실행절차에 의하여 우선적으로 만족을 얻을 수 있는 정도 이상의 효력이 없다.

- 대판 2000. 5. 26. 99다31551 추심금

임금채권의 우선변제권은 채무자의 재산에 대하여 강제집행에 의한 환가금에서 일반채권에 우선하여 변제받을 수 있음에 그치는 것이므로 원고들의 소외 회사에 대한 임금채권에 관한 압류 및 추심 명령을 얻었다고 하더라도 그 압류 및 추심명령 당시 이미 있던 예금채권과 피고의 소외 회사에 대한 판시 대출금채권과의 상계를 허용하는 것이 임금채권 우선변제원칙에 반한다거나 저당권 등 다른 담보권자에 대한 관계에서 형평 또는 신의칙에 반한다고 볼 수 없다.

4. 휴업수당

【1】 노동위원회에 대한 휴업수당 지급 예외 승인신청기간의 성질

- 대판 1990. 9. 28. 89누2493

일정한 권리에 관하여 법률이 규정한 존속기간을 뜻하는 제척기간은 권리관계를 조속히 확정시키기 위하여 권리의 행사에 중대한 제한을 가하는 것이어서 모법인 법률에 의한 위임이 없는 한 시행령이 함부로 제척기간을 규정할 수 없다고 할 것이므로, 구 근로기준법(1989. 3. 29. 법률 제4099호로 개정되기 이전의 것) 제38조가 그 단서에서 사용자가 노동위원회의 승인을 받아 휴업수당을 지급하지 않을 수 있는 예외를 규정하고 있을 뿐 그 승인을 받을 수 있는 기간을 제한하는데 관하여 직접 규정하지 않고 있음은 물론 시행령에 위임하지도 아니하였으므로 법시행령 제21조가 정하고 있는 사용자의 노동위원회에 대한 휴업수당지급의 예외 승인신청기간은 제척 기간으로 볼 수는 없고 훈시규정으로 보아야 한다.

【2】 근로자가 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 경우 휴업수당 지불에 관한 근로기준법 제38조(신법 제45조)가 적용될 수 있는지 여부

- 대판 1991. 12. 13. 90다 18999

사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자는 그 기간중에 노무를 제공하지 못하였더라도 민법 제538조 제1항 본문의 규정에 의하여 사용자에게 그 기간 동안의 임금을 청구할 수 있고, 이 경우에 근로자가 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익이 있을 때에는 같은

법 제538조 제2항의 규정에 의하여 이를 사용자에게 상환할 의무가 있다고 할 것인데, 근로자가 해고기간중에 다른 직장에 종사하여 얻은 수입은 근로제공의 의무를 면함으로써 얻은 이익이라고 할 것이므로 사용자는 근로자에게 해고기간중의 임금을 지급함에 있어서 위의 이익(이른바 중간수입)을 공제할 수 있다. 근로기준법 제38조(신법 제45조)는 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 여기서의 휴업에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고, 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함되므로 근로자가 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 경우에도 위 휴업수당에 관한 근로기준법이 적용될 수 있으며, 이 경우에 근로자가 지급받을 수 있는 해고기간중의 임금액 중 위 휴업수당의 한도에서는 이를 중간수입공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액범위에서만 공제하여야 할 것이다.

【3】 징계해고기간과 휴업수당

- 대판 1986. 10. 14. 86도611

근로기준법 제38조(신법 제45조) 소정의 "사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우"라 함은 기업의 전부 또는 일부에 대하여 사용자가 그의 책임있는 사유로 인하여 근로자로부터 근로의 제공을 받을 수 없게 된 경우를 가리키는 것이므로 사용자가 근로자의 취업규칙 위반을 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 아

니다.

【4】 가. 근로기준법 제38조(신법 제45조)에 의한 지방노동위원회의 휴업지불 예외 승인처분에 대하여 근로자들이 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있다.

나. 지방노동위원회의 휴업지불 예외 승인처분에 대하여 근로자들이 재심을 신청할 수 있는 기간

- 대판 1995. 6. 30. 94누9955

가. 근로기준법 제38조(신법 제45조)에 의한 지방노동위원회의 휴업지불 예외 승인처분의 상대방은 그 승인신청을 한 사용자뿐이므로 사용자에게만 그 처분의 통지를 하면 효력이 발생하고, 비록 그 처분에 따라 근로자들이 휴업수당을 감액 지급받게 되거나 지급받지 못하게 된다고 하더라도 그 근로자들을 그 상대방으로 하거나 그들에게 이를 통지하여야 하는 것은 아니므로, 이러한 휴업지불 예외승인처분을 함에 있어서 근로자들을 상대방으로 하지않았거나 그들에게 송달하지 않았다고 하여 이를 당연무효로 볼 수는 없지만, 그 처분은 근로자들의 수당지급채권의 발생 여부에 직접 영향을 미치므로 근로자들은 그 처분에 대하여 이해관계를 가진 자로서 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있는 법률상 이익이 있는 자라고 하겠다.

나. 노동위원회법 제19조 제2항이 중앙노동위원회에 대한 재심은 당사자에게 지방노동위원회의 처분이 송달된 날로부터 10일 이내에 당사자 쌍방 또는 일방의 신청에 의하여야 한다고 규정하고 있지만, 근로자들은 지방노동위원회의 휴업지불 예외 승인처분의 직접 당사자가 아닐 뿐만 아니라 그 처분을 송달받은 것도 아니고 다른 경로로 그러한 처분이 있었다는 것을 알게 되었을 뿐이며, 같은 법 제19조가 지방노동위원회의 처분에 대한 불복을 재심이라고 표현하고 있고, 같은 법 제19조의2가 중앙노동위원회의 관정에 대한 소는

중앙노동위원회 위원장을 피고로 하여 제기하도록 규정하고 있으나, 이 재심은 행정처분으로서의 성질을 가지고 있는 지방노동위원회의 처분에 대한 취소소송에 있어서의 전심절차로서의 성격을 가지고 있으므로, 지방노동위원회의 처분에 관하여 이해관계를 가진 근로자들로서는 이 처분이 사용자에게 송달된 날이나, 그 처분이 있었던 것을 안 날로부터 10일이 아니라 행정심판법 제18조가 규정하는 기간 내에 재심신청을 제기하면 족하다.

5. 임금지급 원칙, 미지급 책임, 우선변제 등

【1】 사용자가 초과지급된 수당 등의 반환청구권을 자동채권으로 하여 근로자의 임금채권과 상계 할 수 있는 경우 및 이에 해당하는 사례

- 대판 1995. 6. 29. 94다18553

일반적으로 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 하므로 사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권과 상계를 하지 못하는 것이 원칙이나, 계산의 착오 등으로 임금이 초과지급되었을 때 그 행사의 시기가 초과지급된 시기와 임금의 정산·조정 실질을 잃지 않을 만큼 합리적으로 밀접되어 있고 금액과 방법이 이미 예고되는 등 근로자의 경제생활의 안정을 해할 염려가 없는 경우나, 근로자가 퇴직한 후에 그 재직 중 지급되지 아니한 임금이나 퇴직금을 청구하는 경우에는, 초과지급된 임금의 반환청구권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있고, 따라서 위 법리에 비추어 근로자가 일정기간 동안의 미지급 법정수당을 청구하는 경우에 사용자가 같은 기간 동안 법정수당의 초과지급 부분이 있음을 이유로 상계나 그 충당을

주장하는 것도 허용되며, 법정수당의 산정방법에 관한 취업규칙 등의 규정이 근로기준법에 정한 임금의 지급조건에 관한 최하한에 미달하여 무효라면 그 취업규칙 등의 산정방법에 따라 계산하여 지급한 금액이 정당하게 산정한 법정수당을 초과하는 경우에 있어서도 그 초과부분은 잘못 지급된 것이고, 그것이 취업규칙 등에 따라 지급되었다 해서 그 지급이 정당하게 되는 것은 아니다.

【2】 임금 직접 지불 원칙 관련 사례

- 대판 1989. 11. 24. 88다카25038

퇴직금도 임금의 성질을 갖는 것인데 형식상으로는 은행원이 퇴직 후 퇴직금을 전액 수령하여 그 은행의 자기 예금구좌에 입금하였다가 은행원의 은행에 대한 변상판정금의 일부로 임의변제하는 형식을 취하였으나 실제로는 은행이 퇴직금지급 전에 미리 그 은행원으로부터 받아 둔 예금청구서를 이용하여 위 금액을 인출한 것이라면 퇴직금 중 위 인출금액에 해당하는 부분은 근로기준법 제36조(신법 제42조) 제1항에 위배하여 근로자인 은행원에게 직접 지급되지 않았다고 볼 것이다.

【3】 가. 임금채권의 양도성의 유무

나. 근로자가 그 임금채권을 양도한 경우 양수인이 스스로 사용자에 대하여 임금의 지급을 청구할 수 있는지 여부

- 대판 1988. 12. 13. 87다카2803

가. 근로자의 임금채권은 그 양도를 금지하는 법률의 규정이 없으므로 이를 양도할 수 있다.

나. 근로기준법 제36조(신법 제42조)제1항에서 임금직접지급의

원칙을 규정하는 한편 동법 제109조(신법 제113조)에서 그에 위반하는 자는 처벌을 하도록 하는 규정을 두어 그 이행을 강제하고 있는 취지가 임금이 확실하게 근로자 본인의 수중에 들어가게 하여 그의 자유로운 처분에 맡기고 나아가 근로자의 생활을 보호하고자 하는데 있는 점에 비추어 보면 근로자가 그 임금채권을 양도한 경우라 할지라도 그 임금의 지급에 관하여는 같은 원칙이 적용되어 사용자는 직접 근로자에게 임금을 지급하지 아니하면 안되는 것이고, 그 결과 비록 양수인이라고 할지라도 스스로 사용자에게 대하여 임금의 지급을 청구할 수는 없다.

【4】 근로자로부터 임금채권을 양도받은 자가 직접 사용자의 집행 재산에 대하여 배당을 요구할 수 있는지 여부(소극)

- 대판 1996. 3. 22. 95다2630

근로자가 그 임금채권을 양도한 경우라 할지라도 그 임금의 지급에 관하여는 근로기준법 제36조 제1항에 정한 임금 직접지급의 원칙이 적용되어 사용자는 직접 근로자에게 임금을 지급하지 아니하면 안되고, 그 결과 비록 적법 유효한 양수인이라도 스스로 사용자에게 대하여 임금의 지급을 청구할 수 없으며, 그러한 법리는 근로자로부터 임금채권을 양도받았거나 그의 추심을 위임받은 자가 사용자의 집행 재산에 대하여 배당을 요구하는 경우에도 그대로 적용된다.

【5】 (최)우선변제권 있는 임금채권을 대위변제한 경우 임금직접 불원칙의 위배여부

- 대판 1996. 2. 23. 94다21160

타인의 채무를 변제하고 채권자를 대위하는 대위변제의 경우 채권자의 채권은 동일성을 유지한 채 법률상 당연히 변제자에게 이전하고, 이러한 법리는 채권이 근로기준법상의 임금채권이라 하더라도 그대로 적용되므로, 근로기준법 제30조의2(신법 제36조) 제2항에 규정된 우선변제권이 있는 임금채권을 변제한 자는 채무자인 사용자에 대한 임금채권자로서 사용자의 총재산에 대한 강제집행절차나 임의경매절차가 개시된 경우에 경락기일까지 배당요구를 하여 그 배당절차에서 저당권의 피담보채권이나 일반채권보다 우선하여 변제받을 수 있으며, 이와 같이 근로자가 아닌 대위변제자에게 임금의 우선변제권을 인정하더라도 근로자에 대하여 임금이 직접 지급된 점에 비추어 이를 근로기준법 제36조(신법 제42조)제1항 소정의 직접불의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

【6】 쟁의행위 기간동안 근로를 제공하지 않은 경우의 임금청구권 발생여부(부정)

- 대판 1995. 12. 21. 95다19501

쟁의행위시의 임금지급에 관하여 단체협약이나 취업규칙 등에서 이를 규정하거나 그 지급에 관한 당사자 사이의 약정이나 관행이 있다고 인정되지 아니하는 한 근로자의근로제공의무 등의 주된 권리·의무가 정지되어 근로자가 근로제공을 하지 아니한 쟁의행위 기간 동안에는 근로제공의무와 대가관계에 있는 근로자의 주된 권리로서의 임금청구권은 발생하지 않는다고 하여야 할 것이고, 그 지급청구권이 발생하지 아니하는 임금의 범위가 임금중 이른 바 교환적 부분에 국한된다고 할 수 없으며, 사용자가 근로자의 노무제공에 대한 노무지휘권을 행사할 수 있는 정상적인 근로관계를 전제로 하여 단체협약이나 취업규칙 등에서 결근자 등에 관하여 어떤 임금을 지급하도록 규정하고 있거나 임금삭감 등을 규정하고 있지

않고 있거나 혹은 어떤 임금을 지급하여 온 관행이 있다고 하여, 근로자의 근로제공의무가 정지됨으로써 사용자가 근로자의 노무제공과 관련하여 아무런 노무지휘권을 행사할 수 없는 쟁의행위의 경우에 이를 유추하여 당사자 사이에 쟁의행위기간중 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에게 그 임금을 지급할 의무가 있다거나 임금을 지급하기로 하는 내용의 근로계약을 체결한 것이라고는 할 수 없다 할 것이다. 따라서 이와 다른 견해를 취한 바 있는 당원 1992. 3.27 선고, 91다36307 판결 및 같은 해 6.23 선고, 92다11466 판결은 이를 변경하기로 한다.

【7】 "쟁의기간은 근무의 연속으로 본다"는 단체협약 규정은 쟁의기간에 대한 임금지급을 규정한 것이라고 볼 수 없다고 한 사례

- 대판 1991. 10. 25. 91다25536

노조와 사용자측과의 단체협약시 사용자측의 단체협약 불이행으로 쟁의가 발생한 경우 그 쟁의기간동안 현실적으로 근로의 제공이 없더라도 근무를 한 것으로 보아 그 기간동안의 임금을 모두 지급하기로 약정하였으므로 피고는 원고에게 쟁의기간동안의 임금을 지급하여야 한다는 원고의 주장과 관련하여, 단체협약 제22조상의 "단체협약 불이행으로 인하여 쟁의가 발생할 때 쟁의기간은 근무의 연속으로 본다"고 한 단체협약의 조항만으로는 직원의 승급이나 승진, 퇴직금 산정의 기초가 되는 근무기간 등을 산정함에 있어 쟁의기간도 근무기간에 포함시킨다는 취지외에 쟁의기간동안 현실적 근로의 제공이 없는 경우에도 근로의 제공과 대가적 교환관계에 있는 임금을 포함하여 모든 임금을 지급하기로 약정한 것이라고 보기 어렵다.

【8】 근로기준법 제36조(신법 제42조) 위반범죄의 책임조각사유

- 대판 1985. 10. 8. 85도1262

근로기준법 제36조(신법 제42조), 제109조(신법 제113조)의 규정을 종합하여 보면 사용자는 근로자와의 사이에 일단 근로관계가 성립되면 동법 제36조(신법 제42조)에 따른 임금을 지급하여야 한다는 것은 당연한 의무라 할 것이므로 기업이 불황이라는 사유만을 이유로 하여 임금을 지급하지 않거나 체불하는 것은 법이 용인하지 않는 바라 할 것이고, 다만 사용자가 모든 성의와 전력을 다했어도 임금의 체불이나 미불을 방지할 수 없었다는 것이 사회통념상으로 긍정될 정도가 되어 더 이상의 적법행위를 기대할 수 없는 특수한 사정이 있는 때에 한하여 동법 제36조 위반범죄의 책임조각사유가 된다.

【9】 정리회사가 퇴직금 청산을 지연한 경우와 근로기준법 위반

- 대판 1984. 4. 10. 83도1850

피고인이 정리회사의 공동관리인 또는 상무로서 위 회사의 근로자에 관한 사항에 대하여 실질상 회사를 위하여 직무를 집행하여 온 사실이 인정된다면 근로기준법 제15조 소정의 사용자라 할 것이다. 회사정리절차에서 공익채권에 속하는 퇴직금은 우선권이 있으며, 신고·조사·확정절차를 거치지 않고도 즉시 변제하는 것이므로 공동관리인인 피고인이 퇴직금의 청산을 위하여 최선을 다하여야 할 뿐만 아니라 특별한 사정이 있어서 14일 이내에 의무를 이행하기가 어려우면 그 기일연장을 위하여 당사자 사이에 합의라도 하여야 할 터인데 그러한 노력을 전혀하지 아니한 채 근로기준법 소정의 기일을 도과하였다면 이는 근로기준법 위반에 해당된다.

【10】 자금사정 악화로 인한 퇴직금 체불에 대해 근로기준법 제109조(신법 제112조) 위반죄를 물을 수 없다고 한 사례

- 대판 1988. 5. 10. 87도 2098

근로기준법 제109조(신법 제112조), 제30조(신법 제36조)에서 규정하는 퇴직금 등의 기일내 지급의무는 사용자로 하여금 기일 내에 퇴직금을 근로자에게 어김없이 지급하도록 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하고자 하는데에 그 입법취지가 있으므로 사용자가 퇴직금 지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나 경영부진으로 인한 자금사정 등으로 지급기일내에 퇴직금을 지급할 수 없었던 불가피한 사정이 인정되는 경우에는 퇴직금 체불의 죄책을 물을 수 없다.

【11】 정리절차가 개시된 이후 대표이사는 근로기준법 제30조(신법 제36조) 소정의 금품청산 의무가 있는 사용자에게 해당되지 않는다고 본 사례

- 대판 1986. 6. 24. 86도830

회사가 회사정리법에 의한 정리절차개시결정을 받게 됨에 따라 위 법 제53조에 의하여 회사사업의 경영과 재산의 관리 및 처분을 하는 권한이 그 관리인에게 전속하게 된 이상 그 회사의 대표이사는 정리절차 개시 이후에 퇴직한 근로자에 대하여 퇴직금 등 금품의 청산을 하여야 할 의무를 부담하는 근로기준법 제30조(신법 제36조)의 사용자에게 해당하지 아니한다.

【12】 권한을 상실한 법인대표자의 퇴직금 등 체불 책임여부

- 대판 1995. 11. 10. 94도1477

가. 근로기준법 제30조(신법 제36조)는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에 사용자는 그 지급사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금·보상금 기타 일체의 금품을 지급하도록 규정함으로써 퇴직근로

자 등의 생활안정을 도모하기 위하여 법률관계를 조기에 청산하도록 강제하는 한편 사용자측에 대하여 그 청산에 소요되는 기간을 유예하여 주고 있으므로, 퇴직금등 체불로 인한 근로기준법 제109조(신법 제112조) 위반죄는 지급사유 발생일로부터 14일이 경과하는 때에 성립하고, 따라서 사업주가 법인일 경우에는 위 14일이 경과할 당시에 퇴직금 등의 지급권한을 갖는 대표자가 그 체불로 인한 죄책을 짐이 원칙이고 14일이 경과하기전에 퇴직 등의 사유로 그 지급권한을 상실하게 된 대표자는 특별한 사정이 없는 한 그 죄책을 지지 않는다.

나. 정리회사의 관리인이 법원에 제출한 자금집행계획서에 퇴직자들에 대한 퇴직금 등의 지급에 소요될 금원이 계상되어 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로 그 퇴직금 등의 지급에 소요될 자금이 실제로 마련되었다거나 마련될 수 있었다고 단정할 수 없으므로, 만일 자금사정의 악화로 말미암아 도저히 그 퇴직금 등의 지급에 소요되는 자금을 마련할 수 없었던 불가피한 사정이 인정되는 경우에는, 설사 법원에 제출된 정리회사의 자금집행계획서에 그 퇴직금 등의 지급에 소요될 자금이 형식적으로 계상되어 있었다든가 퇴직자들과 그 지급에 관한 기일연장의 합의가 없었다고 하더라도, 위 정리회사의 관리인에게 체불의 죄책을 물을 수는 없다.

【13】 사용자의 양도된 재산에 임금채권의 우선변제권을 주장할 수는 없음.

- 대판 1994. 1. 11. 93다 30938

근로기준법 제30조의2(신법 제37조) 제2항은 근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 공익적 요청에서 일반 담보물권의 효력을 일부 제한하고 임금채권의 우선변제권을 규정한 것으로서 그 규정의 취

지는 최종 3월분의 임금 등에 관한 채권은 다른 채권과 동시에 사용자의 동일재산으로부터 경합하여 변제받을 경우에 그 성립의 선후나 질권이나 저당권의 설정여부에 관계없이 우선적으로 변제받을 수 있는 권리가 있음을 밝힌 것일 뿐, 나아가 사용자의 특정재산에 대한 배타적 지배권을 본질로 하는 추급효까지 인정한 것은 아니므로, 사용자의 재산이 제3자에게 양도된 경우에 있어서는 양도인인 사용자에게 대한 임금 등 채권의 우선권은 이 재산에 대하여는 더 이상 추구될 수 없고, 양수인의 양수재산에 대하여 까지 우선권을 인정할 수는 없다.

【14】 임금지급 원칙, 미지급 책임, 우선변제 등

- 대판 1994. 12. 9. 93다61611

근로자들이 노동조합위원장인 원고에게 체불임금의 추심수령권을 위임함에 따라 회사가 피고들에 대한 물품대금채권을 원고에게 양도하였는데 그 양도통지 이전에 회사에 대한 국세의 보전처분으로서 그 물품대금채권이 압류된 경우, 채권이 국세체납으로 압류된 경우에는 채무자는 채권자에게 그 채무를 지급할 수가 없는 것이므로 채권이 압류된 후에 채무자가 채권자에게 채무의 변제를 하더라도 그 변제로써 압류처분한 국가에 대항할 수 없는 것이고, 한편 임금채권의 우선변제권은 이른바 법정담보물권으로서 담보물권의 일반적인 실행절차에 의하여 우선적으로 만족을 얻을 수 있는 정도 이상의 효력을 가진다고는 할 수 없는 것이므로 이는 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 하였을 경우에 그 강제집행에 의한 환가금에서 일반채권에 우선하여 변제받을 수 있음에 그치는 것이고 그 절차와 형식에 구애됨이 없이 이미 다른 채권자에 의하여 이루어진 압류처분의 효력까지도 배제하여 그보다 우선적으로 직접 지급을 구할 수 있는 권한으로는 볼 수 없다할 것이며, 더욱이 원고가 회

사로부터 추심의 범위내에서만 채권의 양도를 받은 것이 아닐 뿐더러 압류채권자인 국가 사이에 배당을 실시할 것을 전제로 하여 양수금청구를 하는 것이 아닌 이상 이 소송을 채권추심절차라고 할 수도 없으므로, 가사 원고의 양수금청구를 실질적인 임금청구로 보아 우선변제권을 인정한다고 하더라도 그로써 강제집행절차를 통한 배당요구를 거치지 아니한 채 이미 다른 채권자에 의하여 행하여진 압류처분의 효력까지도 배제하여 그보다 우선적으로 직접 지급을 구할 수는 없다.

【15】 우선변제 청구권자가 적법한 배당요구를 받기 위한 요건

- 대판 1997. 2. 25. 96다10263

민사소송법 제728조에 의하여 담보권의 실행을 위한 경매절차에 준용되는 같은 법 제605조 제1항에서 규정하는 배당요구 채권자는 경락기일까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 아니한 경우에는 실체법상 우선변제 청구권이 있는 채권자라 하더라도 배당을 받을 수 없으므로, 이러한 배당요구 채권자가 적법한 배당요구를 하지 아니하여 그를 배당에서 제외하는 것으로 배당표가 작성·확정되고 그 확정된 배당표에 따라 배당이 실시되었다면, 그가 적법한 배당요구를 한 경우에 배당받을수 있었던 금액 상당의 금원이 후순위 채권자에게 배당되었다 하여 이를 법률상 원인이 없는 것이라고 볼 수 없다.

【16】 합자회사 무한책임사원의 개인재산은 근로자의 임금채권 우선변제의 대상이 아니라고 한 사례

- 대판 1996. 2. 9. 95다719

근로기준법 제30조의2(신법 제37조)제2항의 규정에 의하면 『근로

자의 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다』고 규정되어 있는 바, 이는 근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 공익적 요청에서 예외적으로 일반 담보물권의 효력을 일부 제한하고 임금채권의 우선변제권을 규정한 것으로서 그 입법취지에 비추어 보면 여기서 임금 우선변제권의 적용대상이 되는 '사용자의 총재산'이라 함은 근로계약의 당사자로서 임금채무를 1차적으로 부담하는 사업주인 사용자의 총재산을 의미한다 할 것이고, 따라서 사용자가 법인인 경우에는 법인자체의 재산만을 가리키며 법인의 대표자 등 사업경영 담당자의 개인재산은 이에 포함되지 않는다고 봄이 상당하다. 합자회사가 회사재산으로 채무를 완제할 수 없거나 또는 회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못하여 결국 합자회사의 무한책임사원이 근로자들에 대한 회사의 임금채무를 변제할 책임을 지게 되었다 하더라도, 보충적인 위 책임의 성질이나 일반담보권자의 신뢰보호 및 거래질서에 미치는 영향 등을 고려할 때 이를 회사가 사업주로서 임금채무를 부담하는 경우와 동일하다고 보아 무한책임사원 개인소유의 재산까지 임금 우선변제권의 대상이 되는 '사용자의 총재산'에 포함된다고 해석할 수는 없다.

【18】 근로기준법 제36조의 2(신법 제43조)에 의하여 하수급자와 연대하여 근로자에게 임금을 지급한 직상수급인이 하수급인에 대하여 갖는 권리의 성질과 그 발생시기

- 대판 1988. 4. 12. 87다카1886

근로기준법 제36조의 2(신법 제43조)의 규정에 의하여 자기의 귀책사유로 하수급인과 연대하여 근로자에게 임금을 지급할 책임이 있는 직상수급인이 하수급인의 근로자에게 임금을 지급하였다 하더

라도 직상수급인은 하수급인에 대하여 그가 지급한 임금 상당액의 구상채권을 취득함에 그치는 것이므로 그 임금을 지급하였다 하여 당연히 그가 하수급인에게 지급할 공사대금채무가 그 임금범위내에서 소멸되는 것이 아니고 또 그 구상채권도 직상수급인이 근로자에게 그 임금상당액을 지급할 때 발생한다 할 것이다.

V. 퇴직금

1. 퇴직금 제도 일반

【1】 취업규칙상의 정리해고보상금은 퇴직금이 아니라고 한 사례

- 대판 1994. 7. 29. 94다13336

“조직의 변경 또는 영업상의 이유로 인한 근무인원 감축으로 인해 종업원의 근무종료가 지시되는 경우 회사는 종업원의 근무경력 및 기술을 최대한 활용할 수 있는 위치로 종업원의 재업무할당을 시도하고 재업무할당이 조치될 수 없거나 어떤 이유로 종업원이 다른 업무할당을 수락하지 않는 경우 종업원은 회사규정의 퇴직금을 받을 권리가 있다”는 내용 등의 취업규칙은 일종의 정리해고에 대한 보상금으로 근로기준법 소정의 퇴직금과는 그 성질을 달리하는 것으로 근로자가 자신의 귀책사유없이 회사측의 경영상의 필요에 의한 근무인원 감축으로 인해 해고된 경우 이로 말미암아 근로자가 입게된 신분상·경제상의 불이익을 보상하기 위한 일종의 보상금이라 봄이 상당한다. 이에 비추어 볼 때 위 취업규칙상 퇴직금 규정이 사용자가 경영상의 필요에 따라 인원감축을 한 경우와는 달리 근로자가 정당한 해고사유없이 비자발적으로 해고된 경우에는 그 해고자체가 무효로서 그 해고의 무효확인과 해고기간 동안의 임금 청구를 함은 별론으로 하고 위 취업규칙 규정에 의한 비자발적 퇴직금은 청구할 수 없는 것이다.

【2】 퇴직금을 대출금채권과 상계충당할 수 없다고 본 사례

- 대판 1990. 5. 8. 88다카 26413

근로자가 받을 퇴직금은 임금의 성질을 가지는 것으로서 근로기준법 제36조(신법 제42조)에 의하여 사용자는 그 수령권자에게 직접 전액을 지급하여야 하는 것이므로 사용자가자기 직원으로 근무하다가 사망한 근로자의 퇴직금에 대하여 사용자의 동 근로자에 대한 대출금 채권으로 상계 충당할 수 없다.

【3】 퇴직금지급시 재직중 초과지급된 임금과의 상계는 가능함

- 대판 1993. 12. 28. 93다 38529

일반적으로 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 하는 것이므로 사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권으로서 근로자의 임금채권과 상계를 하지 못하는 것이 원칙이나 계산의 착오 등으로 임금이 초과 지급되었을 때, ① 그 행사의 시기가 초과지급된 시기와 임금의 정산·조정 실질을 잃지 않을 만큼 합리적으로 밀접되어 있고, 금액과 방법이 미리 예고되는 등 근로자의 경제생활의 안정을 해할 염려가 없는 경우나 ② 근로자가 퇴직한 후에 그 재직중 지급되지 아니한 임금이나 퇴직금을 청구할 경우에는 사용자가 초과지급된 임금의 부당이득반환청구권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있다.

【4】 퇴직금 지급률에 관한 취업규칙이 근로자들의 동의를 얻어 근로자들에게 불이익하게 변경된 경우 취업규칙 변경전의 재직기간에 적용될 퇴직금 지급률

- 대판 1990. 11. 27. 89다카 15939,

퇴직금지급률에 관한 취업규칙이 근속기간에 따른 누진제에서 단수제로 변경된 경우 취업규칙의 불이익변경에 대한 근로자들의 동의가 있었다고 하여도 그것만으로는 불이익하게 변경된 취업규칙이 종전 재직기간에 대하여 까지 소급적용된다고 볼 수는 없으므로, 위 취업규칙 변경 이전에 입사하였다가 그 변경 이후에 퇴사한 근로자의 퇴직금을 산정함에 있어서 입사일부터 퇴직금 지급률 변경전까지의 재직기간에 대한 퇴직금 지급률에 변경된 취업규칙을 각각 적용하여 계산하여야 한다.

【5】 퇴직금의 하한선을 규정한 근로기준법 제28조(신법 제34조)

제1항의 취지

- 대판 1991. 12. 23. 91다 32657

근로기준법 제28조(신법 제34조) 제1항은 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급할 퇴직금의 하한선을 규정한 것으로 보아야 할 것이므로 회사가 직원의 퇴직금 산정을 위한 평균임금 계산에 있어서 위 근로기준법의 규정과는 달리 일부 임금을 제외하여 평균임금을 산정하고 있더라도 퇴직금액이 회사가 정한 누진적 지급률을 채택한 결과 위 법조에서 보장한 하한선을 결과적으로 상회한다면 위 회사의 퇴직금 지급을 위법이라고 할 수 없다.

【6】 회사임원에게 지급되는 퇴직금의 성질 및 소멸시효

- 대판 1988. 6. 14. 87다카 2268

회사의 규정에 의하여 이사 등 임원에게 지급되는 퇴직금은 근로기준법 소정의 퇴직금이 아니라 재직중의 근무집행에 대한 대가로 지급되는 보수의 일종이라고 할 것이므로 이사 등 임원의 퇴직금청구권에는 임금채권의 시효에 관한 규정이 적용되지 아니하고

일반채권의 시효규정이 적용되어야 한다.

【7】 상여금을 평균임금산정기초에서 제외시킨 보수규정에 의한 퇴직금산정액이 근로기준법 제28조(신법 제34조)의 하한선을 넘는 금액인 경우 범위반 여부

- 대판 1982. 11. 23. 80다1340

퇴직금급여에 관한 근로기준법 제28조(신법 제34조)는 사용자는 계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다고 규정하고 있는 바, 여기에서 말하는 평균임금이라 함은 같은 법 제19조 소정의 평균임금을 말하는 것이고, 이 평균임금산정의 기초가 될 임금에는 이 건 피고회사가 원고에게 지급한 상여금도 포함된다 고 보아야 할 것이지만 같은 법 제28조는 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급하여야 할 퇴직금액의 하한선을 규정한 규정이라 할 것이고 피고회사가 위 취업규칙 및 보수규정에 따라 상여금을 산정의 기초로 하지 아니하여 산정한 원고에 대한 퇴직금액이 위 근로기준법이 보장한 하한선을 상회하는 금액이라면 위의 취업규칙 등은 같은 법 제28조에 저촉되는 규정이라고 볼 수가 없다.

【8】 가. 근로기준법시행령 제5조상의 평균임금을 정할 수 없는 경우의 의미

나. 퇴직직전 3월간의 지급임금이 특별한 사유로 통상의 경우와 현저하게 다른 경우 이를 그대로 평균임금 산정의 기초로 삼을 것인지 여부

다. 근로자가 퇴직직전 의도적으로 평균임금을 높이기 위한 행위를 한 경우 퇴직금의 기초가 되는 평균임금을 산정하는 방법

- 대판 1995. 2. 28.94다 8631

가. 근로기준법시행령 제5조상의 평균임금을 정할 수 없다는 것에는 문자 그대로 그 산정이 기술상 불가능한 경우에만 한정할 것이 아니라 근로기준법의 관계규정에 의하여 그 평균임금을 산정하는 것이 현저하게 부적당한 경우까지도 포함하는 것이라고 보아야 한다.

나. 퇴직금제도는 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하기 위한 것이므로, 퇴직금지급사유가 발생하였을 때 그 지급하여야 할 금액의 산출기초가 되는 "그 사유가 발생한 날 이전 3월간에 그 근로자에 대하여 지급된 임금"이 특별한 사유로 인하여 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많을 경우에도 이를 그대로 평균임금 산정의 기초로 삼는다면, 이는 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하려는 제도의 근본취지에 어긋난다고 하지 않을 수 없다.

다. 평균임금은 근로자에 대한 퇴직금 등 여러가지 급여금을 산정하는 기준이 되고 위 퇴직금에 관한 규정의 취지는 어디까지나 근로자의 생활을 보장하고자 하는 데 있으므로, 그 산정의 기준으로서의 평균임금은 원칙적으로 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 산정하는 것을 그 기본원리로 하여야 할 것인 바, 이는 근로자가 의도적으로 현저하게 평균임금을 높이기 위한 행위를 하지 않았더라면 산정될 수 있는 평균임금 상당액이라고 할 수 있을 것이고, 근로자의 의도적인 행위로 인하여 근로기준법의 관계규정에 따라 평균임금을 산정할 수 없게 된 경우에는 퇴직 직전의 기간이 그 통상의 생활임금을 가장 잘 반영하고 있다고 보아 그 퇴직 직전 기간의 임금을 기준으로 평균임금을 산정하는 것으로 규정하고 있는 근로기준법의 규정의 취지에 비추어, 그 근로자의 퇴직금의 기초가 되는 평균임금은 특별한 사정이 없는 한 위 평균임금의 산정대상에

서 제외하여야 할 기간을 뺀 그 직전 3개월간의 임금을 기준으로 하여 근로기준법이 정하는 방식에 따라 산정한 금액 상당이라고 할 것이다.

【9】 국내항공사에 근무하다 퇴직한 외국인 항공기 조종사에 대한 퇴직금 지급여부

- 서울지법 1997. 2. 21. 95가합45915

원고들과 피고회사 사이에 체결된 고용계약상 합의조항, 피고회사에서 근무하는 내국인 항공기 조종사와 외국인 항공기 조종사 사이의 임금체계의 상이 및 임금액수의 차이, 퇴직금제도의 존부에 관한 우리나라와 원고들 소속국가들 사이의 특이한 실태 등에 비추어 보면, 피고회사는 원고들이 외국인 항공기 조종사라는 특수한 사정 때문에 내국인 항공기 조종사와 달리 그들이 피고회사를 퇴직할 때 따로이 퇴직금이라는 명목의 금원을 지급하지 않을 것을 전제로, 퇴직금제도가 없는 다른 나라 항공사의 임금수준과 원고들의 실제 근무성적에 기초하여 원고들의 임금을 산정하여 지급하였음을 넉넉히 추인할 수 있으므로 원고들이 피고회사로부터 지급받은 임금에는 급여규정 제21조 또는 근로기준법 제28조(신법 제34조) 소정의 퇴직금이 이미 포함되었다고 봄이 상당하다.

【10】 퇴직금 감액규정의 효력여부

- 대판 1995. 10. 12. 94다36186,

한국 0 0 0 공사의 퇴직금 감액규정은 정부투자기관인 동 공사의 직원으로 하여금 재직중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정될 뿐아니라, 제한의 사유를 업무와 관련한 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형을 선고받거

나 징계처분에 의한 파면이라는 중대한 사유가 발생한 경우로 한정하고, 제한의 범위도 근로기준법 제28조(신법 제34조)의 소정의 최저 퇴직금제도에 위배되지 아니함으로써 그 수단의 상당성과 법익의 균형성도 갖춘 것으로서 사유재산권을 보장한 헌법규정에 위배된다고 볼 수 없고, 또한 헌법상의 이중처벌 금지규정이나 평등권규정에 위배된다고도 볼 수 없다. 또한 퇴직금은 후불임금으로서의 성격 이외에도 사회보장적 급여로서의 성격과 공로보상으로서의 성격을 아울러 가지는 것인 점에 비추어, 한국 O O O 공사의 퇴직금 감액규정이 퇴직금의 본질에 어긋나는 것이라고 볼 수도 없다.

【11】 가. 퇴직금규정에 따라 연료보조비 등을 퇴직금 산정의 기초임금에 포함시키지 아니하였으나 이에 따라 산출된 퇴직금액이 근로기준법 제28조 제1항에 의하여 산출한 금액을 상회하는 경우 위 퇴직금규정의 효력이 있다.

나. 근로자전원의 동의 없이 퇴직금지급일수의 계산 및 퇴직금 산정의 기초임금 범위에 있어 근로자들에게 불리하게 퇴직금규정을 개정할 경우 개정된 규정은 무효이다.

다. 계속적, 정기적으로 해당자에게 일률적으로 지급하여 왔고 그 지급의무가 단체협약 등에 규정된 가족수당, 체력단련비, 광산근로수당 등이 퇴직금 산정의 기초임금에 해당된다.

- 대판 1995. 9. 26. 94다28123

가. 근로기준법 제28조 제1항은 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급하여야 할 퇴직금액의 하한선을 규정한 것으로 보아야 하므로 대한석탄공사 퇴직금 규정에 따라 연료보조비, 식대보조비, 체력단련비 등을 퇴직금 산정의 기초임금에 포함시키지 않았다 하더라도 위 규정에 의하여 산출한 퇴직금액이 위 근로기준법 조항에 의하여

산출한 금액을 상회하는 것이라면 위 퇴직금규정은 유효하다.

나. 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요한다 할 것이고 단체협약서에도 제정된 퇴직금규정의 개정에 있어서는 노사간의 합의를 거쳐야 함을 분명히 하고 있다면 사원측의 동의없이 개정된 퇴직금규정이 개정된 그것보다 퇴직금 지급일수의 계산 및 퇴직금 산정의 기초임금 범위에 있어 직원들에게 불리하게 변경된 경우에는 그 규정은 무효라고 할 것이다.

다. 가족수당, 체력단련비, 입깁수당, 생산독려수당, 기술수당, 광산근무수당 등을 대한석탄공사가 계속적, 정기적으로 지급하여 왔고, 그 지급의무가 단체협약, 취업규칙, 근로계약 기타 관련규정에 의한 것이며, 또한 일정한 요건에 해당하는 자에게 일률적으로 지급되어 왔다면, 이는 근로의 대가인 임금의 성질을 갖는다고 봄이 타당하므로 퇴직금 산정 기초임금에 이를 포함시키는 것이 옳다.

【12】 근로자가 사직의 의사표시를 철회할 수 있는지 여부

- 대판 1992. 4. 10. 91다43138

근로자가 일방적으로 근로계약관계를 종료시키는 해약의 고지방법에 의하여 임의사직하는 경우가 아니라, 근로자가 사직원의 제출 방법에 의하여 근로계약관계의 합의해지를 청약하고 이에 대하여 사용자가 승낙함으로써 당해 근로관계를 종료시키게 되는 경우에 있어서는, 근로자는 위 사직원의 제출에 따른 사용자의 승낙의사가 형성되어 확정적으로 근로계약 종료의 효과가 발생하기 전에는 그 사직의 의사표시를 자유로이 철회할 수 있다고 보아야 할 것이며, 다만 근로계약 종료의 효과발생 전이라고 하더라도 근로자가 사직의 의사표시를 철회하는 것이 사용자에게 불측의 손해를 주는 등

신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다고 해석함이 상당하다. 교사가 교직의 계속적인 수행이 어려워 사직하기로 결심하고 작성 일자를 3개월 뒤로 한 사직원을 제출하였다가 사직원의 작성일자 이전에 학교측에 대하여 다시 근무할 것을 희망하는 의사를 밝혔으나 학교측이 위 사직원을 근거로 면직처분을 하였다면, 위 사직원 제출은 사용자에게 대하여 근로계약관계의 합의해지를 청약한 경우에 해당한다고 볼 것이고, 학교측에 대하여 다시 근무할 것을 희망하는 의사를 밝힌 것은 종전의 사직의사표시를 철회한 것으로 보아야 할 것인 바, 이는 위 사직원 제출방법에 따른 근로계약관계의 종료를 위한 합의해지의 청약에 대하여 학교측의 내부적인 승낙의사가 형성되기 전에 이루어진 것으로서 특별히 위 사직의사표시의 철회를 허용하는 것이 학교측에 대한 불측의 손해를 주게 되는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 적법하게 그 철회의 효력이 생긴 것이라고 보아야 한다.

【13】 근로자의 진의없는 사직의 의사표시를 사용자가 알고서 수리한 경우 무효라고 본 사례

- 대판 1992. 8. 14 92다21036

근로자들이 일괄적으로 사직원을 제출할 때 근로계약관계를 종료시키고자 하는 내심의 의사가 없었고, 사용자 또한 이러한 사정을 알고서 사직원을 수리하였다면 위 근로자들의 사직의사 표시는 무효라고 할 것이다.

【14】 퇴직금 차별 금지제도는 위헌이 아니라고 한 결정

- 대판 1990. 7. 10. 90카57

근로기준법 제28조(신법 제34조)제2항 및 같은 법 부칙(1980. 12. 31) 제2항은 그 시행일 이후부터 동일사업 내에 사무직과 생산직 등 직종이 다른 근로자들간의 퇴직금지급에 관하여 차별을 두지 않고 균등하게 처우하려는 것이므로 이것이 헌법 제23조 제1항의 재산권보장에 관한 규정이나 헌법 제13조 제2항의 소급입법에 의한 재산권 박탈금지조항 또는 헌법 제119조 제1항의 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다는 조항 등에 위배된 위헌규정이라고 할 수 없다.

【15】 신·구 퇴직금규정의 직류별 차등적용

- 대판 1992. 4. 14. 91다34530

사원에 한해 적용되는 구 퇴직금규정과 고용원을 포함한 노무원에게 적용되는 신 퇴직금규정이 퇴직금 산정방법상 직류별 차등을 두고 있다면 이는 하나의 사업내에 퇴직금 차등금지 규정을 두고 있는 근로기준법 제28조(신법 제34조)제2항 규정(1981. 4. 1 시행)에 위배되므로 이 법이 시행된 날부터는 이후 비록 직류가 노무원의 신분이 아니라 사원의 지위로 퇴직했다 하더라도 이 법 시행이전 근속기간에 관해서는 그 효력이 상실된 사원에 관한 구퇴직금 규정을 적용할 수 없다. 즉 신 퇴직금 규정이 고용원이나 노무원에 대해 종전의 퇴직금 규정보다 불리하게 개정됐고 근로기준법 제28조(신법 제34조)제2항이 적용된 1981. 4. 1 이전에 고용원의 신분에서 있었던 근로자가 그 이후 사원의 신분으로 직류가 변경됐다 하더라도 과거 고용원지위의 기득권내용이 직류의 변경에 따라 소급하여 변경된다고 볼 수 없다.

【16】 시정료의 위탁직 징수원에게만 적용되는 퇴직금제도가 법 제28조 제2항에 위반되는지 여부

- 대판 1993. 2. 12. 91다19265

근로기준법 제28조(신법 제34조)제2항의 입법취지는 하나의 사업 내에서 직종이나 직위별로 퇴직금제도에 차등을 두어 왔던 종전의 기업관행을 법적으로 금지하려는 데 있는 것이며, 여기서의 '사업'은 원칙적으로 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미한다 할 것이므로 경영상의 일체를 이루면서 조직상 유기적으로 운영되는 지점, 출장소 등은 모두 하나의 사업으로 파악되어야 할 것이다.(따라서 원심이 별개의 독립된 사업이라고 본 피고공사의 방송사업에 필요한 재원을 확보하기 위한 시청료 징수원들의 징수업무는 근로기준법제28조(신법 제34조) 제2항의 적용에 있어서 피고공사라는 하나의 사업내에서 수행되는 업무중의 일부에 지나지 않는 것으로서 시청료 징수원은 피고공사의 다른 직원들과는 직종을 달리하는 것일 뿐 그들의 업무가 별개의 사업으로 구분될 수 있는 것은 아니라고 할 것이다.

【17】 가. 퇴직금 지급에 관하여 누진제를 적용하도록 규정한 국내 직원에 대한 취업규칙과 달리 해외기능공에 대해서는 개별 근로계약에 의해 단수제를 적용한 경우, 퇴직금 차등제도 금지 규정에 위반된다.

나. 최다수 근로자 아닌 근로자에 대한 퇴직금 규정이 근로자 집단의 동의없이 최다수 근로자에 대한 퇴직금 규정과 같은 내용으로 근로자에게 불이익하게 개정된 경우, 최다수 근로자 아닌 근로자에 대하여 적용될 퇴직금규정

- 대판 1997. 11. 28. 97다24511

가. 회사가 국내 직원의 퇴직금 지급에 관하여 누진제를 적용하도록 규정한 취업규칙과 달리 해외기능공에 대하여는 개별 근로계

약서에 의해 단수제를 적용하도록 한 경우, 그 회사의 국내 사업과 해외에서의 사업은 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제28조 제2항 소정의 하나의 사업에 해당하고 위와 같은 근로계약서는 해외기능공에 대하여 실질적으로 취업규칙의 성질을 가지는 것이므로, 회사가 국내 직원과 해외기능공에 대하여 퇴직금 지급에 관하여 차별한 것은 하나의 사업 내에서 취업규칙에 의하여 서로 다른 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다.

나. 국내 직원과 해외기능공에 대해 상이한 퇴직금제도를 둔 회사가 1981. 3. 31.까지 퇴직금차등제도를 금지한 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제28조 제2항에 적합하도록 이를 변경하여 노동청장에게 신고하지 않은 경우, 그 회사의 퇴직금제도는 같은 법 부칙(1980. 12. 31.) 제2항에 의하여 1981. 3. 31. 당시의 최다수 근로자에 대한 퇴직금제도인 해외기능공에 대한 퇴직금제도를 적용하는 것으로 보아야 하는바(다만 기존 국내 직원들의 채용 후 1981. 3. 31.까지의 근속기간에 대하여는 개정 전 퇴직금 규정을 적용하는 것이 더 유리하므로 이에 따라야 한다.), 비록 그 회사가 1981. 4. 1. 국내 직원에 대해 누진제를 적용하도록 규정한 개정 전 퇴직금 규정을 단수제로 개정하면서 근로자 집단의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 얻지 아니하였다고 하더라도 그 개정의 내용이 회사의 개정 여부와 관계없이 같은 법 제28조 제2항, 부칙(1980. 12. 31.) 제2항에 의하여 기존 국내 직원들에게 적용될 퇴직금 규정과 동일하므로 그들에 대한 퇴직금을 산정함에 있어서는 개정 퇴직금 규정이 적용되어야 한다.

【18】 임용 결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 온 경우, 공무원연금법소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없다.

- 대판 1998. 1. 23. 97누16985

공무원연금법에 의한 퇴직급여 등은 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하여 근무하다가 퇴직하는 경우에 지급되는 것이고, 임용 당시 공무원 임용 결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용 결격자임을 밝혀내지 못하였다고 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 하고, 당연무효인 임용행위에 의하여 공무원의 신분을 취득할 수는 없으므로, 임용 결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다고 하더라도 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 공무원연금법 소정의 퇴직급여 등을 청구할 수 없으며, 임용 결격사유가 소멸된 후에 계속 근무하여 왔다고 하더라도 그 때부터 무효인 임용행위가 유효로 되어 적법한 공무원의 신분을 회복하고 퇴직급여 등을 청구할 수 있다고 볼 수 없다.

3. 계속근로 일반

【1】 병가 또는 휴직기간이 있는 경우 근로자의 퇴직금을 각 기간별로 계산하여 합산한 금액으로 산정할 수 있는지 여부

- 대판 1991. 6. 28. 90다 14560

근로계약이 존속하는 한 사업주의 퇴직금지급의무는 발생할 여지가 없고 근로계약이 종료되는 때에 비로소 그 지급의무가 생기므로 정상적인 근무기간과 병가 또는 휴직기간이 있는 경우 근로자의 퇴직금을 각 기간별로 계산하여 합산한 금액으로 산정할 수는 없다.

【2】 매년 연초에 임용되었다가 연말에 면직된 경우 계속근로년

수 인정 여부(긍정)

- 대판 1986. 10. 28. 86다카 1347

농지개량조합의 임시직인 기술고원으로 근무하다가 일반적인 기관기원으로 임명되어 근무하였고, 기술고원으로 근무하는 기간동안 위 조합의 일반직 사무를 전반적으로 처리하면서 계속하여 매년 연초에 임용되었다가 연말에 면직되는 형식을 취하여 왔다면 비록 기술고원에 대한 보수규정상외 퇴직금규정이 없다 하더라도 위 조합으로서는 기관기원으로 근무한 전후기간을 통산하여 퇴직금을 산정 지급하여야 한다.

【3】 일용직근로자의 계속근로 여부

- 서울지법 1996. 6. 28. 96가합16815

형식상으로는 비록 일용직근로자로 되어 있다 하더라도 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경우에는 상용근로자로 보아야 할 것이고, 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로년수를 계산하여야 할 것이며, 또한 임시고용원으로 채용되어 근무하다가 중간에 정규사원으로 채용되어 공백기간없이 계속 근무한 경우처럼 근속기간중에 근로제공형태(직종 또는 직류)의 변경이 있는 경우에도 이미 고용원으로서의 근무기간과 정규사원으로서의 근무기간을 통산한 기간을 퇴직금산정의 기초가 되는 계속근로년수로 보아야 한다.

【4】 가. 매달 4, 5일 내지 15일 정도 근무한 근로자가 상용근로자인지 여부

나. 형식상으로는 일용직근로자로 되어 있으나 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온경우, 상용근로자로 보아야 하는

지 여부

다. 근로계약의 만료와 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우, 계속근로년수의 산정

라. 임시고용원으로 근무하다가 정규사원으로 채용되어 공백기간 없이 계속 근무한 경우, 계속근로년수의 산정

- 대판 1995. 7. 11. 93다26168

가. 원래 근로자가 반드시 월 평균 25일 이상 근무하여야만 근로기준법상 퇴직금지급의 전제가 되는 근로자의 상근성·계속성·종속성의 요건을 충족시키는 것은 아니고, 최소한 1개월에 4일·5일 내지 15일 정도 계속해서 근무하였다면 위 요건을 충족한다.

나. 형식상으로는 비록 일용직근로자로 되어 있다 하더라도 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경우에는 상용근로자로 보아야 한다.

다. 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로년수를 계산하여야 한다.

라. 임시고용원으로 채용되어 근무하다가 중간에 정규사원으로 채용되어 공백기간 없이 계속 근무한 경우처럼 근속기간 중에 근로제공형태(직종 또는 직류)의 변경이 있는 경우에도 임시고용원으로서의 근무기간과 정규사원으로서의 근무기간을 통산한 기간을 퇴직금산정의 기초가 되는 계속근로년수로 보아야 한다.

【5】 법률에 의하여 특수법인이 설립되면서 종전단체의 권리의무를 승계한다는 경과규정만 있는 경우, 종전단체 직원들의 근로관계가 신설 특수법인에 당연 승계되지 않는다.

- 대판 1998. 10. 23. 98다33932

법률의 제정, 개정 등으로 새로운 특수법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 종전 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리의무를 승계하도록 하는 경우에 있어서, 해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계가 승계되는지의 여부에 관하여 별도의 규정을 두지 아니한 채, 단순히 종전 단체에 속하였던 모든 재산과 권리의무는 새로이 설립되는 특수법인이 이를 승계한다는 경과규정만 두고 있다면, 종전 단체는 새로운 법의 시행으로 인하여 사실상 존속하기가 어려워 해산될 수밖에 없는 것이므로 위와 같은 경과규정은 해산되는 단체의 재산상 권리의무를 신설법인이 승계하도록 하여 그 해산에 따른 절차를 용이하게 함으로써 해산되는 종전 단체의 해산 및 청산절차를 특별히 규율할 목적으로 규정된 것일 뿐이고, 해산되는 단체의 직원들의 근로관계를 당연히 새로이 설립되는 특수법인에 승계하도록 하기 위한 것이 아니어서 결국 위 경과규정의 문언만으로는 당해 법률에 의하여 종전 단체에 소속된 직원들의 근로관계가 새로이 설립되는 특수법인에 당연히 승계된다고 볼 수는 없다.

4. 중간퇴직(정산)과 계속근로

【1】 근로자의 중간퇴직에 대하여 근로관계의 단절을 인정한 사례

- 대판 1992. 11. 24. 91다 31753

근로자가 오로지 그의 형편에 따라 자유로운 의사와 선택에 의하여 사직서를 제출하여 사용자가 이를 수리하고 소정의 퇴직금을 이의없이 수령하였다면, 적어도 퇴직금 계산의 기초가 되는 근로관

계에 관한 한 근로자와 사용자간의 근로관계는 일단 종료되었다고 봄이 상당하고, 따라서 그 후 단시일 내에 다시 입사하였다고 하더라도 그 후의 퇴직금은 다시 입사한 날로부터 기산하여 산정하는 것이 옳다.

【2】 근로자가 승진을 위하여 사직한 경우 중간퇴직을 인정한 사례

- 대판 1992. 5. 22. 92다 2295

근로자가 회사내에서의 직급을 한 단계 높이기 위한 방편으로 과거의 낮은 직급에서 사직하고 형식적으로 사용자와의 고용관계를 일단 청산한 후 중간퇴직의 절차를 밟아 퇴직금을 수령하고 재입사한 경우 설령 이같은 당해 근로자의 사직원 제출이 사용자의 형편에 의해 내심의 의사 즉 진의의 의사표시가 결여된 채 이뤄진 비진의 의사표시였다 하더라도 승급 이후 근로기준법상 민·형사상 면책에 합의하고 그 뒤에도 이의제기를 하지 않았다면 이는 당해 근로자가 경제적 이익 및 신분상의 이익을 위한 진의의 의사표시로 보아야 하므로 퇴직금 산정은 재입사일 이후부터 산정해야 한다.

【3】 정년을 55세로 연장하면서 만 50세때 일단 퇴직금을 정산하고, 최종퇴직금은 재입사이후부터 기산하여 지급기로 한 단체협약의 효력

- 대판 1994. 4. 12. 93다 9316

노사가 정년을 55세로 연장하면서 퇴직금 제도에 관해 누진세를 그대로 두되 남자근로자는 만 50세가 되는 때엔 퇴직해 퇴직금을 정산한 후 다시 입사해 최종 퇴직시에는 재입사일 이후부터에 대한 퇴직금만을 지급토록 한 것은 회사쪽으로 바서는 근로자들의 정년 연장요구에 응하면서도 그에 따른 퇴직금 부담을 줄일 수 있고, 근로자쪽으로서도 회사측이 퇴직금 지급부담의 급격한 증가를 이유로

정년연장 자체를 받아들이지 않는 것보다는 유리하므로 이같은 노사 양측의 견해가 일치된 경우 이 같은 단체협약체결은 사용자는 물론 근로자들의 의사가 굴절없이 반영되고 노사가 대등한 입장에서 체결한 것으로 그 성립절차에 아무런 하자가 없으며 그 내용도 노사 양측의 이해를 공평하고 적절하게 조절한 것으로 근로기준법 등 관계규정에 비추어 보아도 적법 유효한 것이다.

【4】 가. 근로자가 자의로 사직서를 제출하여 한 중간퇴직의 의사표시가 진의 아닌 의사표시로서 무효인지 여부
나. 중간퇴직이 유효하다고 인정되는 경우 중간퇴직으로 인한 퇴직금청구권과 재입사일로부터 최종 퇴직시까지의 근속기간에 대한 퇴직금청구권의 소멸시효가 각 청구권별로 진행되는지 여부

- 대판 1992. 9. 14. 92다 17754

가. 근로자가 자의로 사직서를 제출하여 중간퇴직한 이상 적어도 퇴직금 계산의 기초가 되는 근로관계에 관한 한 그때까지의 근로계약관계는 위 퇴직일로써 일단 종료되었다고 봄이 상당하고, 위 퇴직의 의사표시를 진의 아닌 의사표시로서 퇴직금 산정에 있어서 무효라고 볼 수 없으며, 중간퇴직을 할 것이냐의 여부가 기본적으로 근로자의 자유로운 선택에 맡겨져 있는 이상 이러한 근로자의 선택에 따라 근로자를 중간퇴직처리한 뒤 그 중간퇴직금을 지급한 행위를 근로기준법상의 퇴직금규정에 위배되는 탈법행위로서 무효라고 할 수도 없다.

나. 퇴직금은 사용자가 일정기간을 계속근로하고 퇴직하는 근로자에게 그 계속근로에 대한 대가로서 지급하는 후불적 임금의 성질을 띤 금원이고, 구체적인 퇴직금청구권은 계속근로가 끝나는 퇴직

이라는 사실을 요건으로 하여 발생하는 것이므로 중간퇴직이 유효하다고 인정되는 경우에는 위 중간퇴직으로 인한 퇴직금청구권과 그 후 재입사일부터 최종퇴직시까지의 근속기간에 대한 퇴직금청구권은 당사자만 동일할 뿐 계속근로의 기간과 퇴직의 시점을 달리하는 것이어서 별개의 퇴직금청구권이라 할 것이고, 따라서 이에 대한 소멸시효는 그 각 청구권별로 진행된다 할 것이며, 나아가서 이들 청구권의 실행을 위한 소송상의 청구도 독립된 별개의 청구라고 보아야 할 것이다.

<참 고> 민법 제107조 【진의 아닌 의사표시】 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다. 전항의 의사표시의 효과는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

【5】 1인의 사용자가 2개 회사의 총 주식을 소유하고 있는 경우 2개 회사에 근무한 자의 퇴직금 계산방법

- 대판 1984. 6. 24. 84다카90

1인이 갑 회사와 을 회사의 총주식을 소유하고 있었다 하더라도 두 회사는 그 권리주체를 달리하는 전연 별개의 인격체임이 명백하고 1인이 2개 회사의 주식을 함께 소유하고 있다는 사정만으로 위 두 회사가 1개의 회사로 될 수 없으며, 갑 회사를 퇴직한 다음 을 회사에 입사하고 갑 회사의 퇴직금까지 수령하였다면 이를 가리켜 입사와 퇴직형식을 취하였으나 실제로는 직위에 변경이 있었을 뿐 공백없이 계속하여 근무한 것이라고는 할 수 없고, 형식상은 물론 법률상으로도 사실상으로도 갑 회사에서 퇴직하고 새로 을 회사에 입사한 것이라고 하여야 할 것이다.

【6】 회사의 경영방침에 따른 경우 중간퇴직의 인정 여부

- 대판 1991. 3. 22. 90다 6545

별도의 법인체인 본사와 그 계열기업간의 조직변경 등에 따라 회사의 운영상 편의를 위하여 형식적으로 사직서를 제출하고 별도의 법인체에 입사하는 등 형식을 취하면서 실질적으로는 조직변경 전후에 걸쳐 동일한 업무에 종사하여 왔다면 위 중간퇴직은 통정허위 표시로서 무효라고 할 것이고, 기업의 인적·물적 조직이 흡수·통합되거나 조직변경이 있었다고 하더라도 그 기업자체가 폐지됨이 없이 동일성을 유지하면서 존속되고 있는 한 이는 경영주체의 교체에 불과하여 근로관계는 새로운 경영주체에게 승계된다 할 것이므로 실질적 근로관계는 그 중간퇴직에 의해 단절됨이 없이 계속되었다고 보아야 할 것이다.

【7】 회사방침으로 퇴직금을 중간정산한 후 신규 입사절차를 밟은 경우 그 중간 퇴직이 통정허위표시로서 무효라고 본 사례

- 대판 1997. 6. 27. 96다49674

모기업의 일부 사업 부문이 상법상의 영업양도에 해당하는 요건을 갖추지 못하였다 하더라도 인적조직 및 물적 시설은 해체됨이 없이 동일성을 유지하면서 계열회사에게 이관되었고 그에 따라 그 소속 근로자들이 회사방침에 의하여 중간퇴직을 하고 퇴직금을 수령한 후 신규 입사절차를 밟은 경우, 그 중간퇴직은 통정허위표시로서 무효이므로 근로자의 모기업과 계열회사에서의 각 근무는 단절됨이 없이 근로의 계속성이 유지된다.

【8】 해외파견 근로자에 대해 근속기간 통산의 이익을 사전에 포

기하는 내용의 노사협의회의 합의를 무효라고 본 사례

- 대판 1997. 7. 25. 96다22174

구 근로기준법(1996.12.31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것)상 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로연수는 최초 입사일부터 최종 퇴직일까지 통산하여야 할 것인 바, 만일 중간퇴직이 무효로 인정된다면, 노사협의회에 따른 합의에 의하여 해외파견 근로자들의 퇴직금 중간 정산의 효력을 인정하고 최종 퇴직시에는 중간 퇴직금 정산일 이후의 기간에 대해서만 퇴직금을 계산하기로 한 것은, 결국 최종 퇴직시 발생하는 퇴직금청구권의 일부를 사전에 포기하게 하는 것으로서 그와 같은 합의사항이 단체협약과 동일한 효력이 있다고 하더라도 강행법규인 근로기준법에 위반되어 무효이다.

【9】 유효한 전적이 이루어진 경우 계속근로 여부

- 대판 1996. 12. 23. 95다29970

그룹내 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 자의에 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 전적후 기업으로 승계되어 계속된다고 보기 어렵다.

【10】 가. 기업체 계열사간 전출·입사의 경우 근로관계의 단절 여부 판단 기준

나. 기업체의 일방적 결정에 따라 자회사로 전출되었다가 다시 원래의 모회사로 전입된 경우 근로의 계속성이 유지된다고 본 사례

- 대판 1997. 3. 28. 95다51397

가. 근로자가 모회사로부터 자회사로, 다시 자회사로부터 모회사로 전출되는 경우에 근로자가 자의에 의하여 계속근로관계를 단절할 의사로써 모회사 또는 자회사에 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받은 다음 자회사 또는 모회사에 다시 입사하였다면 전자와의 근로관계는 일단 단절된 것이지만, 그것이 근로자의 자의에 의한 것이 아니라 모회사의 경영방침에 의한 일방적인 결정에 따라 퇴직과 재입사의 형식을 거친 것에 불과하다면 이러한 형식을 거쳐서 퇴직금을 지급받았더라도 근로자에게 근로관계를 단절할 의사가 있었다고 할 수 없고, 따라서 계속근로관계도 단절되지 않는다.

나. 원고들은 비록 중앙노동대책실무관계위원회의 조정을 거치기는 하였으나 애당초 피고회사의 일방적인 경영방침에 따른 인사명령에 의하여 피고 회사의 자회사인 써비스로 전출되었다가 비교적 짧은 기간내에 다시 피고 회사에 전입되었고, 원고들에 대한 인사카드기록도 피고 회사가 계속 작성·관리하였으며, 전출·입 전후에 걸쳐 원고들의 업무의 내용 및 업무처리장소에 변동이 없었고, 호봉승급이나 장기근속 등에 대한 판단기준에 있어서도 각 최초 입사일이 기준이 되었고, 한편 원고들의 퇴직금 산정의 기초가 될 근속기간에 대하여는 위 근속기간을 통산하지 않고 전입이후의 기간만으로 산정한다는 별도의 약정이 있었음을 인정할 다른 자료도 없으므로, 원고들이 비록 위 전출·입시에 전출회사에 사직서를, 전입회사에 입사서류를 각각 제출하고 이러한 형식을 거쳐 퇴직금을 지급받았다고 하더라도 원고들의 피고 회사와 000 써비스에서의 근

무는 계속성이 유지되는 단일기간의 근로라고 보아야 할 것이다.

【11】 기업의 일부가 분리 독립하여 설립한 신설회사에 근로자가 계속근무한 경우 계속근로년수의 산정방법

- 대판 1987. 2. 24. 84다카1409

기업의 일부가 분리 독립하여 새로운 회사가 성립되었다 하더라도 신설회사와 구 회사사이에 기업의 동일성을 유지하고 있고, 구 회사에 속했던 근로자가 그 회사에서의 퇴직이나 신설회사에의 신규 입사절차를 거침이 없이 신설회사에 소속되어 계속근무하고 있다면 신설회사가 구 회사와는 별개 독립의 법인체로서 그 권리의무를 포괄승계하지 않은 경우라 할지라도 구 회사에 속한 근로자에 대한 근로관계는 신설회사에 포괄승계되어 근로의 계속성이 유지된다 할 것 이므로 그 근로자에 대한 계속 근로년수를 계산함에 있어서는 구 회사에서의 근로기간까지를 통산하여야 한다.

【12】 양도기업에 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받은 다음 고용을 승계한 양수기업에서 퇴직하는 경우 그 기업이 지급할 퇴직금의 범위

- 대판 1992. 7. 14. 91다40276

기업이 사업부문의 일부를 다른 기업에 양도하면서 그 물적 시설과 함께 양도하는 사업부문에 근무하는 근로자들의 소속도 변경시킨 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에게 승계되어 그 계속성이 유지된다고 할 것인 바, 이 경우 근로자가 자의에 의하여 계속근로관계를 단절할 의사로써 양도하는 기업에 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받은 다음 양수하는 기업에 입사하였다면 전자와의 근로관계는 일단 단절되고, 근로자가 양수한 기업에서 근무하다가 퇴직하는 경우에는 그 기업에서의 근속

기간에 상응하는 퇴직금만을 지급받게 될 것이지만, 그것이 근로자의 자의에 의한 것이 아니라 사업을 양도하는 기업의 퇴직금을 지급하기 위한 방편이나 사업을 양도·양수하는 기업들의 경영방침에 의한 일방적인 결정에 따라 퇴직과 재입사의 형식을 거친 것에 불과하다면 이러한 형식을 거쳐서 퇴직금을 지급받았더라도 근로자에게 근로관계를 단절할 의사가 있었다고 할 수 없고, 따라서 계속근로관계도 단절되지 않는다고 할 것이므로 이와 같은 경우에 근로자가 최종적으로 사업을 양수하는 기업에서 퇴직하면 그 기업은 합산한 계속근로연수에 상응하는 퇴직금에서 이미 지급된 퇴직금을 공제한 나머지를 지급할 의무가 있다.

【13】 영업 양도에 있어 근로관계의 단절을 인정한 사례

- 대판 1991. 5. 28. 90다16801

갑회사의 사업일부가 을회사에 영업양수됨에 있어 갑회사의 근로자가 회사를 퇴직하여 퇴직금을 수령하고 재입사의 절차를 거쳐 근속년수가 재입사일로부터 기산되도록 할 것인지 아니면 그때 퇴직금을 수령하지 아니하고서 후에 퇴직할 때에 갑회사에서의 근로기간까지도 합산된 근속년수에 상응하는 퇴직금을 수령할 것인지를 결정하도록 하는 설문지를 배부받고서 전자를 선택하여 그때까지의 퇴직금을 정산 지급받았다면 그때에 기존의 근로계약관계는 유효하게 해지되었다고 할 것이다.

【14】 기업의 양도 양수시 근로자 동의없는 근속기간 미산입 조항은 무효

- 대판 1991. 11. 12. 91다12806

회사가 발전설비영업 부분을 양수받으면서 그 영업에 관련된 모

든 자산과 부채 및 관련계약, 채권과 채무 그리고 그 영업에 종사하는 전종업원 및 이에 대한 권리의무 등을 포괄적으로 양수하기로 합의하였다면 계속 근무해 온 종업원의 근로계약관계도 승계된 것으로 보아야 하고, 포괄승계 합의시에 종업원의 퇴직금 산정기간에 한하여 회사의 근속년수에 산입하지 않기로 하는 단서조항을 삽입한 것은 근속기간에 관한 근로자의 기득권을 제한하는 예외조항을 설정한 것으로 근로자의 동의가 없는 한 구속력이 미치지 않으므로 합병과 영업양도 과정에서 입사와 퇴직의 형식을 취하여 퇴직금까지 수령하였다더라도 최종퇴직금 산정기간은 전 회사에서 근무한 기간까지 포함시켜 지급하여야 한다.

【15】 퇴직금 지급방식이 서로 다른 두 회사가 합병한 경우 퇴직금 계산

- 대판 1994. 3. 8. 93다 1589

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·조정하는 새로운 합의가 없는 한 합병 후 존속회사나 신설회사는 소멸회사에 근무하던 근로자에 대한 퇴직금 관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 한다.

【16】 소멸회사(피합병회사)에서의 근무기간이 퇴직금산정을 위한 근속기간에 포함되는지의 여부

- 대판 1999. 12. 28. 선고 97다40605, 40612 병합

원고들의 ‘근로관계 단절의 의사표시’가 비진의 의사표시에 해당

되지 않는다고 판단되는 이유는 원고들이 다니던 피합병회사의 퇴직금 제도는 단수제를 채택하고 있었음에 반하여, 피고회사는 그보다 유리한 누진제를 채택하고 있었다는 점과 그에 따라 여론조사에서도 ‘중간퇴직을 통하여 그 시점에서 퇴직금을 수령하는 것이 유리하므로 우선 퇴직금을 지급받는 것에 동의’한 것으로 판단컨대 원고들은 여론조사를 통한 자발적 의사표시에 의하여 퇴직하고 피고회사에 신규 입사하는 절차를 취하였으므로 그 이전의 근로관계는 단절되었다고 보아야 한다.

【18】 입사시험 합격자를 채용한 후 종전 입사시험 불합격자 중 일부를 면접을 거쳐 추가 채용하였는데 그 사이에 퇴직금규정이 변경된 경우, 추가 채용된 근로자에게 적용될 퇴직금규정(=변경된 퇴직금규정) 및 이를 차등퇴직금제도라고 할 수 없다.

- 대판 1999. 1. 26. 97다53496

입사시험 합격자를 채용한 후 종전 입사시험 불합격자 중 일부를 면접을 거쳐 추가 채용하였는데 그 사이에 퇴직금규정이 근로자에게 불리하게 변경된 경우, 근로자가 퇴직금규정의 개정 전에 필기시험에 응시함으로써 한 근로계약의 청약은 사용자가 정한 최종 합격자발표일 무렵까지 승낙의 통지를 받지 못함으로써 효력을 상실하였기 때문에 근로자와 사용자간의 근로계약은 퇴직금규정의 개정 후에 면접시험 응모라는 근로자의 새로운 청약에 대한 사용자의 승낙으로 성립되었다고 할 것이고, 따라서 근로자의 청약은 특별한 사정이 없는 한 그 당시 사용자가 시행하는 개정된 퇴직금규정의 내용을 수락한다는 취지라고 볼 것이므로, 당사자들 사이에 위 근로자의 재차의 청약시로부터 근로계약의 체결시까지 퇴직금에 관하여 개정된 퇴직금규정의 적용을 배제하는 등 시행중인 퇴직금규정과 다른 내용의 약정이 없었다면, 위 근로자에 대하여는 개정된 퇴

직금규정이 적용되어야 하고, 위 추가 채용된 근로자에게 지급된 퇴직금의 산정방식을 차등퇴직금제도라고 할 수 없고, 그 액수도 근로기준법이 정하는 하한선을 상회하고 있으므로, 추가 채용된 근로자에게 개정된 퇴직금규정이 적용됨으로써 위 근로자가 그들과 함께 입사시험을 치르고 먼저 합격되어 퇴직금규정의 개정 전에 채용된 사람들보다 적은 금액의 퇴직금을 지급받았다고 하여 반드시 형평에 반하는 것이라고 할 수 없다.

VI. 고용승계

【1】 새 지역을 관할케 된 지방자치단체(구청)의 기존 단체로부 터의 고용승계 여부

- 대판 1993. 4. 27. 92다47090

개정된 지방자치법은 지방자치단체의 폐지·분합이 있는 때에는 새로 그 지역을 관할하게 된 지방자치단체가 그 사무와 재산을 승계한다고 규정되어 있고, 지방자치단체의 사무로 산하 행정기관의 조직관리, 산하 행정기관 및 단체의 지도감독, 소속공무원의 인사, 후생복지 및 교육 등을 예시하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 새로 그 지역을 관할하게 된 지방자치단체(관할구청)는 기존 지방자치단체(서울특별시)와 소속 근로자간에 있었던 고용관계 또한 승계하는 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 새로 지역을 관할하게 된 지방자치단체(관할구청)가 소속근로자에게 퇴직금을 지급할 의무는 기존 지방자치단체(서울특별시)가 근로자에 대해 부담하는 이미 발생된 채무를 승계하는 것이 아니고 근로자의 퇴직시에 비로소 발생·부담하는 것이다.

【2】 영업양도시 해고의 효력을 다투고 있는 자의 근로관계 승계 여부

- 대판 1993. 5. 25. 91다41750

다른 기업의 사업부문 일부를 양수하는 계약을 체결하는 경우 영업양수인에게 승계되는 근로관계는 그 계약체결일 현재 실제 그 영업부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미하고 해

고 및 면직처분의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계되는 것은 아니다.

【3】 전적이 무효이고 양수회사가 이를 안 경우 근로관계의 승계 여부

- 대판 1996. 5. 31. 95다33238

근로자들이 회사의 전적명령에 동의하지 아니함으로써 전적명령 자체가 아무런 효력이 없음이 객관적으로 명확하게 되었을 뿐만 아니라, 양수회사가 영업양수를 할 당시 근로자들에 대한 전적명령이 아무런 효력이 없게 된 사실을 알고 있었음이 명백하다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계가 양수회사에게 그대로 승계되는 것으로 보아야 한다.

【4】 기업이 영업일부를 출자하여 자회사를 설립하면서 그 출자된 영업부문에 속하지 아니한 근로자를 신설 자회사에 전적시킨 경우 근로관계 승계되지 않는다.

- 대판 1997. 7. 8. 96다38438

기업이 영업의 일부를 출자하여 자회사(子會社)를 설립하면서 그 출자된 영업에 속한 근로자들 뿐만 아니라 다른 영업 부문에 속한 근로자의 일부도 자회사에 전적(轉籍)시킨 경우, 출자된 영업이 아닌 다른 부문에 근무하는 근로자가 종전에 모기업에서 퇴직하여 퇴직금을 수령하고 자회사에 입사하는 형식을 취하였다면, 이는 기업 그룹 내의 계열기업 사이의 전적과 같다고 할 것이어서, 당사자 사이에 종전의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 자회사의 취업규칙 등에 종전의 기업에서의 근속기간을 통산하기로 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 당해 근로자의 종전 기업

과의 근로관계는 단절되는 것이고, 이적하게 될 자회사가 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것이 아니다.

【5】 전적후 회사가 전적전 회사에서의 근무기간을 포함하여 직급과 호봉을 산정하여 준 경우 근로관계 승계여부

- 대판 1996. 5. 10. 95다42270

피고 회사(전적후 회사)가 원고 근로자의 재입사후에 있어서의 직급과 호봉을 산정하면서 그룹내의 다른 계열기업인 00 회사(전적전 회사)에서의 근무기간을 포함시켰고, 또한 원고가 1983. 8월경 피고의 회사창업 30주년을 기념하는 자리에서 10년 이상 근속한 직원들에게 수여하는 10년 근속상을 수여받았다고 하더라도 그와 같은 직급 및 호봉의 산정은 위와같이 해외근무 지원자를 모집할 당시의 원고와의 약속에 따른 것이고, 10년 근속상도 그룹차원에서 그룹내의 계열기업에서 근무한 모든 기간을 통산하여 10년 이상 근속한 근로자를 표창하기 위하여 수여한 것에 따른 것으로 보일 뿐이므로 그와 같은 사정만으로는 이전 회사와의 근로관계가 승계되었다고 볼 수 없다.

【6】 전적이 유효한 경우 근로관계의 승계여부

- 대판 1996. 12. 23. 95다29970

전적은 종전 기업과의 근로관계를 합의해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로, 유효한 전적이 이루어진 경우에 있어서는 당사자 사이에 종전기업과의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 기업의 취업규칙 등에 종전 기업에서의 근속기간을 통산하도록 하는 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단

절되고, 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것은 아니다.

【7】 전적처분이 무효인 경우 영업양도의 효력

- 대판 1996. 4. 26. 95누1972

여객(시내버스 회사)이 '93. 9.10 원고 근로자들에게 "근무지 변경에 관한 업무통보"라는 제목하에 '회사의 경영이 악화되어 부득불 차량감축이라는 피치못할 상황에 처하여 상대회사에서 선정한 전속기사가 전근된다'고 통지한 점, 위 통지에 앞서 버스 양수회사와 운전사의 인수를 합의한 점, 같은 달 14일 원고들에 대하여 위 전근명령에 대한 태도표명을 분명히 하도록 공고한 점, 이에 대하여 원고들이 같은 달 20일 00 여객에 대하여 위와같은 전근명령에 따를 수 없다는 통지를 한 점, 그 후 00 여객은 같은 해 11월경 원고들에 대하여 승무하던 차량이 양도된 회사에 전입신고를 미룰 경우 사임처리하겠다는 내용의 통지를 한 점 등에 비추어 위 통지는 전적명령으로 보아야 할 것이고, 실질적인 정리해고라할 수 없다.

영업양도에 의하여 승계되는 근로관계는 계약체결일 현재 실제로 그 영업부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미하고 계약체결일 이전에 해당 영업부문에서 근무하다가 해고된 근로자로서 해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계되는 것은 아니라고 할 것이나, 영업양도시에 해고되어 실제로 그 영업부문에서 근무하고 있지 아니한 근로자라 하더라도 영업양도 이전에 이미 판결을 통하여 당해 해고가 무효임이 객관적으로 명확하게 된 경우에는 근로관계가 승계되는 것과 마찬가지로, 전적명령을 받은 근로자들이 전적명령에 동의하지 아니함으로써 전적명령 자체가 아무런 효력을 갖게 될 수 없음이 객관적으로 명확하게 되었을 뿐

만 아니라, 양도회사의 대표이사가 양수회사의 이사이고, 양수회사의 대표이사는 양도회사의 공동대표이사로 있다가 이 사건 전적명령이후 영업양도 직전인 1993. 9.23 양도회사의 대표이사직만 사임하였을 뿐이어서 양수회사가 이 사건 영업양수를 할당시 원고들에 대한 전적명령이 아무런 효력이 없게 된 사실을 알고 있었음이 명백한 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 원고들과의 근로관계를 그대로 승계하여야 한다.

【8】 영업양도시 근로관계 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 한 특약의 효력

- 대판 1995. 9. 29. 94다54245

영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 아니할 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고와 다름이 없으므로 근로기준법 제27조(신법 제30조)제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다.

【9】 모기업의 일부 사업 부문이 인적 조직 및 물적 시설은 해체됨이 없이 동일성을 유지하면서 계열회사에게 이관됨에 따라 그 소속 근로자들이 회사방침에 의하여 중간퇴직을 하고 퇴직금을 수령한 후 신규 입사절차를 밟은 경우, 그 중간퇴직은 통정허위표시로서 무효라고 본 사례

- 대판 1997. 6. 27. 96다49674

모기업의 일부 사업 부문이 상법상의 영업양도에 해당하는 요건을 갖추지 못하였다 하더라도 인적 조직 및 물적 시설은 해체됨이 없이 동일성을 유지하면서 계열회사에게 이관되었고 그에 따라 그

소속 근로자들이 회사방침에 의하여 중간퇴직을 하고 퇴직금을 수령한 후 신규 입사절차를 밟은 경우, 그 중간퇴직은 통정허위표시로서 무효이므로 근로자의 모기업과 계열회사에서의 각 근무는 단절됨이 없이 근로의 계속성이 유지된다고 본 사례.

【10】 업무내용이 동일하다는 이유로 근로관계를 승계했다고 볼 수 없으므로 업무에서 배제된 행위는 부당해고가 아니다.

- 대법원 2000. 3. 10. 98두41460

무림산업과 입주자 대표회의 사이에서 이루어진 아파트 관리업무 인계인수의 경위와 원고가 입주자 대표회의와 새로운 경비용역 계약을 체결한 점에 비추어 원고의 경비업무와 종전의 경비업무내용이 동일하다는 점으로 근로관계를 승계하였다고 볼 수 없다. 이러한 이유에서 원고가 참가인들을 경비업무에서 배제한 행위는 부당해고라고 볼 수 없다.

VII. 근로시간. 휴일. 휴가

1. 근로시간

【1】 유급휴일의 근로시간이 실근로시간에 포함되는지 여부

- 대판 1992. 10. 9. 91다14406

근로기준법 제42조(신법 제49조)제1항에서 근로시간은 휴계시간을 제하고 1일에 8시간, 1주일에 44시간을 초과할 수 없다고 규정하고, 그 부칙 제3조 제1항에서 제42조 제1항의 규정에 의한 주당 근로시간은 300인미만의 사업 또는 사업장 중 노동부장관이 지정하는 업종에 대하여는 1991. 9. 30까지 그 이외의 사업 또는 사업장에 대하여는 1990. 9. 30일까지 46시간으로 한다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘감독아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간, 즉 실근로시간을 말한다고 할 것이다. 피고회사의 취업규칙 제16조는 피고회사 종업원의 근로시간에 관하여 매일 09:00~18:00까지로 휴계시간을 제외한 실근로시간을 1일 8시간, 1주 48시간으로 규정하고 있는데, 피고회사가 1989. 3. 29 근로기준법이 개정 시행되어 근로시간은 1일에 8시간, 1주일에 46시간을 초과할 수 없게 되었음에도 이의 시행을 미루어오던 중 피고회사 노동조합측의 토요일 6시간 근무요구에 대하여 피고회사 노동조합과 주 46시간 근무제의 실시방법 등에 관하여 5회의 단체교섭을 가졌으나 결렬되자, 1989. 9. 30 노사간에 주 46시간 근무제 실시방법 등에 관하여 합의에 이르게 될 때까지 잠정적으로

1989. 10. 1부터 주 46시간 근무제(토요일 6시간 근무)를 실시하되 일요일 이외의 유급휴일이 포함된 주에 대해서는 토요일도 정상적으로 8시간 근무를 한다는 회사의 방침을 발표하여 근로자들에게 근무를 명령하였다는 것이다. 사실 관계가 위와 같다면 일요일을 제외한 유급휴일의 근로시간은 실근로시간에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이므로 일요일을 제외한 유급휴일이 포함된 주의 토요일에 한하여 8시간의 근무를 명하였다고 하여도 그 경우 실근로시간은 40시간(8시간 5일)이 되므로 그와같은 근무명령은 근로기준법 소정의 주당 46시간 근무제에 관한 규정을 위배한 것으로 보기는 어렵다고 할 것이다.

【2】 근로기준법 제42조(신법 제49조) 제1항의 단서 소정의 '당사자간의 합의'의 의미

- 대판 1993. 12. 21. 93누 5796

근로기준법 제42조(신법 제49조) 제1항은 8시간 근로제에 따른 기준근로시간을 규정하면서 아울러 8시간 근로제에 대한 예외의 하나로 당사자의 합의에 의한 연장근로를 허용하고 있는 바, 여기서 당사자간의 합의라 함은 원칙적으로 사용자와 근로자와의 개별적 합의를 의미하고, 개별근로자의 연장근로에 관한 합의권을 박탈하거나 제한하지 아니하는 범위에서는 단체협약에 의한 합의도 가능하다.

【3】 준설선박의 운전원, 갑판원 및 기관원 등에게 부여된 휴식 및 취침시간을 근무시간으로 볼 수 없다고 한 사례

- 대판 1992. 7. 28. 92다14007

단체협약상 준설선박의 운전원, 갑판원 및 기관원 등은 아침 7시

에 승선하여 다음날 아침 7시에 하선하며 야간에는 운전원 2명, 갑판원 5명, 기관원 5명, 전기원 1명이 근무하면서 준설작업을 하는데 준설작업은 정상가동중일 때에는 보고 있기만 하면 되는 단속적 작업이므로 운전원, 갑판원, 기관원은 서로 교대로 작업을 하면서 침실 등에서 쉬거나 잠자는 시간이 부여되어 있고, 실제로 위와 같이 자거나 쉬는 시간을 그때마다 정확히 파악할 수 없어서 사용자가 그들에게 하루 4시간씩 휴식(취침)시간을 부여하였다면 단체협약에 의하여 휴식 또는 취침을 하도록 부여한 4시간은 근무시간이라고 볼 수 없다.

【4】 대기·휴식·수면시간이 근로시간에 포함되는지 여부

- 대판 1993. 5. 27. 92다24509

근로기준법상의 근로시간이라 함은 근로자가 사용자의 지휘, 감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말하는 바, 근로자가 작업시간의 중도에 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘, 감독 하에 놓여있는 시간이라면 이를 당연히 근로시간에 포함시켜야 할 것이다.

【5】 연장근로 집단거부가 정의행위에 해당하는지 여부

- 대판 1991. 10. 22. 91도600

연장근로가 당사자 합의에 의하여 이루어지는 것이라고 하더라도 근로자들을 선동하여 근로자들이 통상적으로 해 오던 연장근로를 집단적으로 거부하도록 함으로써 회사업무의 정상운행을 저해하였다면 이는 정의행위로 보아야 한다.

2. 연장·야간·휴일근로 가산임금

【1】 가. 법내초과근로에 대한 할증임금 지급 여부

나. 취업규칙상의 시간외 근무에 대하여 취업규칙 소정의 할증임금을 지급하기로 한 경우, 근로기준법상의 가산임금을 지급치 않아도 위법이 아니라고 한 사례

- 대판 1995. 6. 29. 94다18553

가. 토요일을 제외한 평일의 근무시간이 1시간 단축되어 7시간인 동절기에 있어서의 초과근무시간에 토요일의 4시간을 초과한 근무시간이나 평일의 7시간을 초과한 근무시간 부분이 포함되어 있는 경우, 그 중 1일 8시간, 1주 44시간을 초과하지 않는 부분은 같은 법 제42조(신법 제49조) 소정의 법정기준근로시간 범위내의 근로시간이므로, 이 부분의 근로는 이른바 법내초과근로에 유사하여 할증임금이 지급되는 같은 법 제46조 소정의 시간외근로에는 해당하지 않고, 따라서 취업규칙 등에서 법내초과근로 등에 대하여도 같은 법 제46조 소정의 할증임금을 지급하도록 특별히 규정하지 아니한 이상 이 부분 근로에 대하여는 할증임금을 지급할 필요가 없다.

나. 취업규칙의 규정이 그 취업규칙에서 정한 근무시간 외의 근무는 비록 그것이 법내초과근로를 포함하는 경우에 있어서도 모두 시간외 근무로 보면서 이에 대하여 취업규칙 소정의 할증임금을 지급하려는 의사를 갖고 있었다 하더라도, 이를 근거로 취업규칙상의 시간외 근무에 대하여 근로기준법 제46조(신법 제55조) 소정의 할증임금을 지급하도록 규정한 것이라고 볼 수는 없다.

【2】 기본임금을 정함이 없이 미리 제수당으로 합산한 월급여액

을 지급한 것의 적부

- 대판 1982. 3. 9. 81도2068

근로기준법 제22조(신법 제24조), 제46조 내지 제48조 등에 의하면 근로자에 대한 임금을 근로계약에 의하여 기본임금을 결정하고 이에 따른 제수당을 계산하여 합산하여야 함이 원칙이나, 근로계약에 있어 기본임금을 별도로 결정하지 아니하고 제수당을 미리 합산한 일정금액을 근로자의 승낙하에 월급여액으로 지급하는 내용의 계약을 하였다 하더라도 단체협약이나 취업규칙에 비추어 근로자에게 불이익이 없고 제반사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 그 계약은 허용된다고 할 것이다.

【3】 가. 염전회사의 취업규칙이 현업원에게 휴일근무수당 가산규정의 적용을 배제하면서 다른 한편으로는 유급휴일을 인정하고 있는 경우 휴일근무수당의 인정범위

나. 일정한 실제근무기간을 기준으로 하여 시간외, 야간, 휴일근무의 수당조로 매월 고정액 또는 감액조정액의 “근무수당” 을 지급받은 경우 별도의 휴일근무수당의 청구 여부

- 대판 1990. 11. 27. 89다카15939

가. 염전회사의 취업규칙이 염전현업에 종사하는 직원(현업원)에 대하여 휴일근무의 경우에 통상임금의 100분의 150에 해당하는 휴일근무수당지급을 규정한 조항의 적용을 배제하고 있으나 다른 조항에서 현업원에 대하여도 1년중 특정한 날들을 유급휴일로 인정하고 있음에 비추어 볼 때, 위 휴일근무수당지급의 배제규정은 통상임금의 100분의 150을 지급한다는 가산규정만 적용하지 않는다는 취지로 보아야 하고 현업원에게도 통상임금의 범위내에서의 휴일근무수당청구권은 인정되어야 한다.

나. 염전회사의 직원보수규정이 월 20일 이상의 근무실적이 있는 자에 대하여는 시간외, 야간, 휴일근무의 수당조로 직급별 금액을 정하여 “근무수당”이란 이름으로 고정급으로 지급하고, 위 근무실적에 미달한 직원에게는 일할 계산으로 또는 시간에 따른 일정비율로 이를 계산하도록 되어있는 경우, 위 근무수당은 실제 근무실적에 따라 지급되는 시간외, 야간 및 휴일근무수당을 계산의 편의와 직원의 근무의욕을 고취시키는 취지에서 일정한 실제근무시간을 기준으로 하여 매월 고정액 또는 감액조정액으로 지급키로 한 것으로 근로자에게 불이익한 것이 아닌 한 유효하다고 할 것이고, 따라서 근로자가 이러한 근무수당을 이미 지급받았다면 이와 별도로 휴일근무수당을 청구할 수는 없다.

【4】 1일 24시간씩 격일근무하는 아파트 경비원 등에 대한 월정 임금액에 법정수당이 포함된 것으로 볼 수 있는지 여부

- 대판 1983. 10. 25. 83도1050

아파트 경비원 또는 보일러공으로 1일 24시간씩 격일근무하기로 하고 채용되어 소정임금을 매월 지급받아 온 경우에 있어서 위 근로계약은 아파트 경비·관리라는 근로형태의 특수성 때문에 근로기준법상의 기준근로시간을 초과한 연장근로와 야간, 휴일근무가 당연히 예상되는 근로계약이었으므로 위 지급임금에는 근로기준법상 기준근로시간인 1일 8시간, 주48시간 근로에 대한 임금외의 연장근로와 휴일, 야간근로에 대한 수당도 포함된 것으로 보아야 할 것이다.

【5】 포괄산정임금이 근로기준법상의 가산임금보다 적더라도 유효하다고 본 사례

- 대판 1997. 4. 25. 95다4056

근로기준법 제22조(신법 제24조), 제46조(신법 제55조) 내지 48조(신법 제59조)에 의하면 사용자는 근로계약을 체결함에 있어서 근로자에 대하여 기본임금을 결정하고 이를 기초로 시간외, 휴일, 야간근로수당 등 제수당을 가산하여 이를 합산·지급함이 원칙이라 할 것이나, 근로시간, 근로형태와 업무의 성질 등을 참작하여 계산의 편의와 직원의 근무의욕을 고취하는 뜻에서 근로자의 승낙하에 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 시간외근로 등에 대한 제수당을 합한 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 매월 일정액을 제수당으로 지급하는 내용의 이른바 포괄임금제에 의한 임금지급계약을 체결하였다고 하더라도 단체협약이나 취업규칙에 비추어 근로자에게 불이익이 없고, 제반사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 그 계약은 유효하다 할 것인 바,

이 사건에서 보건대, 피고는 원고들과 같은 청원경찰의 주업무가 지하철 역사 등의 시설에 대한 경비 및 순찰이라는 근로형태의 특수성 때문에 근로기준법상의 기준근로시간을 초과한 연장근로와 야간, 휴일근로가 당연히 예상되므로, 청원경찰운영규정에 원심판시와 같은 특수근무자의 근무시간 및 근로기준법상의 기준근로시간을 초과한 근로 등에 대하여 매월 일정액을 제수당으로 지급할 것을 내용으로 하는 규정을 두고, 이에 따라 원고들도 1981. 6.1 부터 1987. 2. 16. 사이에 피고(사용자)의 청원경찰로 임용되어 1일 24시간 격일근무 또는 특수일근제로 근무하면서 이 사건 소를 제기할 무렵까지 위의 제수당을 아무런 이의없이 지급받았을 뿐만 아니라 이것이 취업규칙에 해당하는 청원경찰운영규정에 비추어 볼 때 원고들에게 불리하다거나 제반사정에 비추어 보아 부당하다고 할 수도 없다 할 것이므로, 원고들과 피고 사이에는 기준근로시간을 초과한 근로 등에 대하여 매월 일정액을 제수당으로 지급하는 이른 바 포괄임금계약이 체결되었다 할 것이고, 위의 포괄임금계약을 무효라고 할 수도 없다.

**【6】 아파트관리업체 소속 경비원들의 취업규칙상 최저임금 보장
규정의 취지**

- 대판 1993. 5. 27. 93다33398

아파트 관리사무소의 경비원들이 공동주택의 관리를 영업으로 하는 용역회사에 입사할당시 회사측과 근로계약 체결시 24시간씩 격일근무를 하고, 기본급을 따로 정하고 실제 근로일수, 근로시간에 의한 제수당을 계산하여 임금을 지급받는 것이 아니라 회사측이 정한 일정금액을 월 급여액으로 지급받기로 하는 내용의 근로계약을 체결한 점에 비추어 볼 때, 회사의 취업규칙상 최저임금 보장규정의 취지는 아파트 경비원들에 대한 관계에 있어서는 기본급을 노동부고시의 최저임금수준으로 지급한다는 의미가 아니라 제수당을 포함한 총급여액을 노동부고시 최저임금 수준으로 지급한다는 의미이다.

【7】 격일제 24시간 근무형태시의 임금에는 연장·야간·휴일근로수당이 포함되어 있다.

- 대판 1983. 10. 25. 83도1050

원고가 피고회사에 입사하여 1일 24시간씩 격일제로 근무하는 내용으로 근로계약을 맺고 근무하여왔다 하더라도 이러한 격일제 24시간 근로계약은 근로형태의 특수성 때문에 근로기준법상의 기준 근로시간을 초과한 연장근로와 야간, 휴일근무가 당연히 예상되는 근로계약이므로 원고가 지급받은 임금에는 1일 약 8시간, 주 44시간 근로에 대한 임금외의 연장근로와 휴일, 야간근로에 대한 수당도 포함되어 있는 것으로 보아야 한다.

【8】 기본급의 일정비율에 의한 연장근로수당을 합한 금액을 일

당으로 정하고 근무일수에 따라 임금을 산정하는 임금협정의 효력 유무

- 대판 1990. 11. 27. 90다카6934

시외버스여객운송사업을 하는 피고회사가 노동조합과 임금협정을 체결함에 있어서 그 소속운전자들의 근무시간이 각기 일정하지 아니한 점 등을 감안하여 기본급에 다가 일정한 비율에 의한 연장근무수당 및 월 25일이내 근로시 주휴일근무에 대한 수당을 합산한 금액을 일당으로 정하고 이를 기준으로 근무일수에 따라 임금을 산정하되 월 25일을 초과하여 근무한 경우에는 별도로 산정한 금액을 위 임금에 가산하기로 약정하여 노동조합원인 원고도 이러한 임금협정에 따라 그 퇴직시까지 임금을 지급받아온 경우, 먼저 기본임금을 결정하고 이에 따른 연장근로수당 및 주휴일수당 등을 계산하여 합산한 것이 아니라 할지라도 피고회사의 업무내용과 운전사들의 근무형태 및 근무시간의 특수성에 비추어 보면 위 협정내용이 근로자에게 특히 불이익하다고 볼 수 없으므로 위 임금협정이 무효라고 할 수 없다.

【9】 회사경비원의 근무방법이 1일 8시간 3교대에서 근로기준법 제49조(신법 제61조) 제3호에 의한 적용제외 승인을 받으면서 1일 12시간 2교대로 변경된 경우 기본일급의 산정

- 대판 1991. 2. 12. 90다9513

회사 경비원의 근무방법이 1일 8시간 3교대에서 근로기준법 제49조(신법 제61조)제3호에 의한 적용제외승인을 받으면서 1일 12시간 2교대로 변경된 경우 그 기본일급은 그 근무형태(취업시간)의 변경에 맞추어 다시 책정되지 아니하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전의 기본일급의 1.5배가 되어야 하고 그렇게 해석하는 것이

당사자의 의사에도 합치된다.

【10】 연·월차휴가근로수당에 대하여도 근로기준법 제46조(신법 제55조) 소정의 가산임금 지급의무가 있는지 여부

- 대판 1990. 12. 26. 90다카13493

근로기준법 제46조(신법 제55조)가 정하는 시간외, 야간 및 휴일 근로에 대한 할증임금지급제도와 같은 법 제47조, 제48조 소정의 월차, 연차휴가제도는 그 목적이 상이한 제도이고 각 법조문의 표현에 있어서도 휴일과 휴가를 구별하고 있는 점에 비추어 근로기준법 제46조(신법 제55조) 소정의 휴일에는 같은 법 제47조(신법 제57조), 제48조(신법 제59조) 소정의 연·월차휴가는 포함되지 않는다고 봄이 상당하고, 또한 같은 법 제48조 제2항에 의하면 휴가총일수가 20일을 초과하는 경우에는 그 초과일수에 대하여는 통상임금을 지급하고 유급휴가를 주지 아니할 수 있도록 되어있어 20일 이하인 휴가일수에 대하여도 이에 대하여 보상을 지급해야 할 경우에는 통상임금을 추가로 지급하면 된다고 보는 것이 균형상 타당하다 할 것이므로 연·월차휴가근로수당에 대하여는 근로기준법 제46조(신법 제55조) 소정의 가산임금(수당)이 포함될 수 없다고 보아야 할 것이다.

【11】 종류와 기간을 특정하지 않은 연·월차휴가신청의 효력은 무효이다.

- 대판 1997. 3. 28. 96누4220

근로기준법 제47조, 제48조 및 같은법 시행령 제30조의 규정에 의하면 연·월차유급휴가의 발생요건은 서로 상이하고, 월차유급휴가는 근로자의 자유의사로 1년간에 한하여 적치하여 사용하거나 분

할하여 사용할 수 있고, 연차유급휴가는 근로자의 청구가 있는 시기에 주어야 하고 다만 근로자의 청구한 시기에 유급휴가를 주는 것이 사업운영에 심대한 지장이 있는 경우에는 사용자가 그 시기를 변경할 수 있고, 연차유급휴가는 1년간 행사하지 아니한 때에는 사용자의 귀책사유로 사용하지 못한 경우가 아닌 한 소멸되는 것임을 알 수 있는바, 연·월차휴가권이 근로기준법상의 성립요건을 충족하는 경우에 당연히 발생하는 것이라고 하여도 그와 같이 발생한 휴가권을 구체화하려면 근로자가 자신에게 맡겨진 시기지정권을 행사하여 어떤 휴가를, 언제부터 언제까지 사용할 것인지에 관하여 특정하여야 할 것이고, 근로자가 이와 같은 특징을 하지 아니한 채 시기지정권을 행사하더라도 이는 적법한 시기지정이라고 할 수 없어 그 효력이 발생할 수 없으며, 이와 같은 경우에는 적법한 휴가 시기 지정이 있음을 전제로 하는 사용자의 시기변경권의 행사도 필요하지 않다.

VIII. 재해보상

1. 재해보상제도 일반

【1】 요양보상의 과실상계 여부

- 대판 1981. 10. 13. 81다카351

근로기준법상의 재해보상 중 휴업보상과 장해보상에 대하여는 근로자에게 중대한 과실이 있음을 이유로 그 보상책임을 면할 길이 있으나 그 외의 요양보상 또는 유족보상 등에 있어서는 근로자에게 중대한 과실이 있다고 하여도 특단의 사정이 없는 한 사용자의 보상책임에 아무런 영향이 없고 나아가 근로자의 과실비율에 상당한 금액의 지급을 면할 수도 없다.

【2】 재해보상을 청구하지 않기로 한 합의의 효력

- 대판 1977. 4. 12. 76다2920

피고소속 좌석버스 운전수의 운전부주의로 원고 소속 마이크로 버스와 충돌하여 동 마이크로버스에 타고 있던 원고 피용인이 사망한 경우 피고와 유족들간에 이견 사고로 인한 손해배상으로서 피고가 위 망인의 유족들에게 금 1,200,000원을 지급하고 그 이상의 청구를 하지 않기로 합의를 보았다고 하더라도 위 유족들은 그들의 손해전부가 만족되지 아니한 이상 그 범위에서 사용자인 원고에 대하여 손해배상과 근로기준법에 따른 재해보상을 구할 수 있으며, 위 유족들이 원고에 대하여 근로기준법에 의하여 구할 수 있는 장

사비와 유족보상 등에 대한 청구권은 원래 근로기준법이 강행 법규임에 비추어 원·피고간의 또는 피고와 유족들간의 합의에 의하여 영향을 받지 않는다.

【3】 自家 요양기간도 산재보험법상 휴업급여 청구가능한지 여부

- 대판 1993. 5. 11. 93누1039

산업재해보상보험법 제9조의 4 소정의 '요양으로 인하여 취업하지 못한 기간이라'함은 근로자가 업무상재해로 요양을 하느라고 근로를 제공할 수 없었기 때문에 임금을 받지 못한 기간을 의미하므로 위 휴업기간에는 요양이 필요한 상태에 처한 근로자가 의료기관에서 업무상 재해를 치료받은 기간뿐만 아니라 자기 집에서 요양을 하느라고 실제로 취업을 하지 못하였기 때문에 임금을 지급받지 못한 기간도 포함된다.

【4】 민법에 의한 손해배상청구권과 근로기준법상의 청구권과의 관계

- 대판 1983. 11. 8. 84누697

산업재해보상보험법에 의한 보험급여는 국가가 보험자의 입장에서 사용자가 보상하여야 할 근로자의 업무상 재해로 인한 손실을 근로자에게 직접 전보하는 성질의 것이므로 수급자가 그 보험급여의 원인이 되는 업무상 재해와 동일한 사유로 사용자로부터 민법에 의한 손해배상 등을 받음으로 사용자에게 대한 근로기준법상의 재해보상청구권이 소멸한 경우에는 이 보험급여청구권도 소멸한다고 보아야 할 것이나, 수급권자가 사용자에게 대한 근로기준법상의 재해보상청구권을 행사할 수 있는 지위에 있는 이상 그 전보를 목적으로 하는 위 보험급여청구권은 소멸되지 않는다.

【5】 배상에 관한 산업재해보상보험법과 다른 법령과의 관계

- 대판 1992. 12. 22. 91누 6368

노동부장관이 재해를 당한 근로자에게 산업재해보상보험법에 따라 지급하여야 할 여러 가지 급여는 그 근로자가 그 재해에 대하여 배상책임이 있는 가해자에 대하여 손해배상책임을 물을 수 있든 없든 또 근로자에게 과실이 있든 없든 관계없이 위 법에 정한 전액이며, 다만 다른 법령에 의하여 근로자가 이미 지급받았거나 근로자의 포기 등을 이유로 지급받은것으로 간주되는 범위 내에서 그 지급의 의무를 면한다.

【6】 산업재해보상보험법상 보험급여를 받지 못한 경우 근기법에 따른 재해보상 청구권 유무

- 대판 1986. 8. 19. 83다카 1670

산업재해보상보험법 제11조 제1항은 동법이 근로기준법상의 각종의 재해보상을 목적으로 하고 있는 터 이어서 보험가입자로 하여금 2중의 보상책임으로부터 벗어나게 하려는데 그 취지가 있는 것 뿐이므로 위 규정을 수급권자가 위 법에 의한 보험급여를 받지 못하게 확정된 경우에 수급권자는 동일한 사유로 보험가입자인 사업주에 대하여 근로기준법상의 재해보상금을 다시 청구할 수 없다고 확장 해석할 수는 없다.

【7】 가. 근로기준법상 재해보상청구권의 소멸시효 기산일

나. 대통령에 대한 재해보상지급에 관한 청원과 시효중단을 위한 최고

- 서울고법 1982. 3. 10. 81나 3497

가. 재해보상청구권의 시효기간의 기산일은 장해보상의 경우에는 장애의 원인으로 된 질병을 치료종결하고 그 장애정도가 확정된 날 익일부터, 요양보상과 휴업보상은 요양한 날 또는 휴업을 요하는 날을 각 기준으로 하여 급여대상 해당일 익일부터 매일매일 그 시효기간이 진행된다.

나. 대통령에 대하여 재해보상 지급에 관한 청원을 제출하여 동 청원이 소관부처인 교통부로 이첩되도록 한 것은 피고에 대하여 재해보상채무이행을 최고한 것에 해당하고 교통부산하 서울지방 관리국장이 중앙노동위원회 등에 심사중재 청구를 하여 동 위원회에서 결정할 때까지는 대한민국은 그 이행의 유예를 구한 것으로서 위 최고의 효력이 계속되므로 민법 제174조 소정의 6개월의 기간은 동 위원회의 결정이 있을 때까지 진행하지 아니한다.

※ 민법 제175조(압류, 가압류, 가처분과 시효중단) 압류, 가압류 및 가처분은 권리자의 청구에 의하여 또는 법률에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때에는 시효중단의 효력이 없다.

【8】 근로자의 과실에 따른 요양보상의 공제여부

- 대판 1994. 12. 27. 94다 40543

근로기준법상의 요양보상에 대하여는 사용자는 특단의 사정이 없는 한, 그 전액을 지급할 의무가 있는 것이고 근로자에게 과실이 있다고 하더라도 그 비율에 상당한 금액의 지급을 면할 수 없는 것이어서 이를 배상액에서 공제할 수 없는 것이므로(대판 '89. 7. 11, 88다카25571, '81. 10. 13, 81다카 351 전원합의체판결) 사용자가 근로자에게 지급한 위 치료비가 근로기준법상의 요양보상에 해당한다면 치료비중 근로자의 과실비율에 따른 금원을 부당이득이라 하여

사용자의 손해배상액으로부터 공제할 수는 없다.

2. 업무상 재해 인정 사례

【1】 업무상 재해의 개념 및 입증방법

- 대판 1992. 5. 12. 92누1002

산업재해보상보험법 제3조 제1항 소정의 "업무상의 재해"라 함은 근로자가 업무수행중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하는 것이므로 그 재해가 질병 또는 질병에 따른 사망인 경우에는 업무와의 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 이 경우 근로자의 업무와 위 질병 또는 위 질병에 따른 사망간의 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 입증하여야 하는 것이지만, 그 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 입증하여야만 하는 것은 아니고, 근로자의 취업당시의 건강상태, 작업장에 발병원인물질이 있었는지의 여부, 발병원인물질이 있는 작업장에서의 근무기간, 같은 작업장에서 근무한 다른 근로자의 동종 질병에의 이환여부 등 제반사정을 고려할 때 업무와 질병 또는 그에 따른 사망과의 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 입증이 있다고 보아야 할 것이다.

【2】 휴게시간중 사업장내에서 입은 부상이 업무상 재해로 인정되기 위한 요건

- 대판 1996. 8. 23. 95누14633

휴게시간중에 근로자의 행위는 휴게시간 종료후의 노무제공과

관련되어 있다고 하더라도 기본적으로 근로자가 휴게시간을 자유로이 이용하는 것이 보장되어 있어 통상 사업주의 지배·관리하에 있다고 할 수 없으므로, 근로자가 휴게시간중에 사업장내 시설을 이용하여 어떠한 행위를 하다가 부상을 입은 경우에 그 부상이 업무상 재해로 인정되기 위하여는, 그 행위가 당해 근로자의 본래의 업무행위 또는 그 업무의 준비행위 내지 정리행위, 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 생리적 행위 또는 합리적·필요적 행위이거나, 사업주의 지시나 주최에 의하여 이루어지는 행사 또는 취업규칙, 단체협약 기타 관행에 의하여 개최되는 행사에 참가하는 행위라는 등 그 행위과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우, 또는 그 애용하는 시설의 하자로 인하여 당해 부상을 입은 경우이어야 한다.

【3】 열악한 작업환경중 초과·철야근무 등 업무과중으로 인해 기존 질병이 악화된 경우

- 대판 1993. 2. 9. 92누16492

산업재해보상보험법 제3조 제1항에서 말하는 "업무상재해"라 함은 근로자가 업무수행중 그 업무에 기인하여 발생한 근로자의 신체적 질병, 신체장애, 사망 등을 뜻하는 것이므로 업무와 재해발생과의 사이에 인과관계가 있어야 하지만, 질병의 주된 발생원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없다고 하더라도 적어도 업무상의 과로가 질병의 주된 발생원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰다면 그 인과관계가 있다고 보아야 할 것이다. 피해자의 뇌경색증은 열악한 작업환경 속에서 초과근로와 철야근로 등 업무의 과중으로 정신적·육체적 피로가 누적됨으로 말미암아 기존의 고혈압 증세가 악화되어 발생한 것이므로 업무상재해에 해당한다.

【4】진폐증으로 인한 정신이상 상태에서 자살한 경우

- 대판 1993. 5. 20. 92구33963

탄광의 선산부 광부가 업무상 질병인 진폐증으로 13년여간 요양하고 폐질등급 1등급으로 7년여간 장기간 동안 투병생활을 하여 심신이 극도로 쇠약하고, 진폐증이 악화되어 정신이상 증세를 보이다가 투신자살한 경우 이는 업무상 질병인 진폐증과 상당인과관계에 있다.

【5】과중한 업무수행중 뇌경색증으로 쓰러진 경우

- 대판 1993. 2. 12. 92누16553

산업재해보상보험법에서 말하는 업무상재해라 함은 근로자가 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 근로자의 부상, 질병, 신체장애 또는 사망을 뜻하는 것이므로 업무와 재해발생 사이에 인과관계가 있어야 하지만, 그 재해가 업무와 직접 관련이 없는 기존의 질병이더라도 업무상 과로가 질병의 주된 원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰다면 그 인과관계가 있다고 보아야 할 것이고, 또한 과로로 인한 질병에는 평소에 정상적인 근무가 가능한 기초질병이나 기존질병이 업무에 과중으로 급속히 악화된 경우까지도 포함된다고 할 것이다. 시멘트 믹서공인 원고가 아파트 시공현장에서 통상 작업배정인원보다 적은 인원으로 무리한 작업을 하던 중 피로를 못이겨 숙소로 돌아와 휴식을 취하던 중 쓰러져 뇌경색증 판명을 받은 것은 평소보다 특히 과중한 업무수행으로 인하여 누적된 피로가 원인이 되어 발생한 질병으로서 이는 산업재해보상법상의 업무상 재해에 해당된다.

【6】 공장장이 사장에게 심한 질책을 받고 사망한 경우

- 대판 1993. 6. 17. 92구28893

회사의 공장장으로서 과중한 업무수행으로 인하여 정신적으로나 육체적으로 극도로 피로한 상태에 있었는데 이러한 상태에서 사망 당일 간부회의 석상에서 사장으로부터 그 수행한 업무에 관하여 심한 질책을 듣자 순간적으로 정신적 긴장상태가 고조됨으로 말미암아 급성 심장질환이 유발되어 급사한 것으로 추단되므로, 위 사망은 업무상 재해에 해당한다.

【7】 원진레이온 근로자(방사과)의 이황화탄소 중독후 자살한 경우

- 서울고법 1993. 3. 19.92구9748

원진레이온의 이황화탄소 폭로부서인 방사과에 근로로 인한 이황화탄소 중독에 인한 정신분열증을 치료받아 오던 중 그 정신분열증 자체의 하나의 증세인 자살기도증(정신과 영역에 있어서의 정신분열증 환자의 자살은 대부분 충동에 의한 자살보다는 병이 호전되면서 자신에 대한 뚜렷한 삶의 제한을 인식하면서 행하는 자살이 많고, 자살의 시기적으로도 환자의 경우 급성기의 자살보다는 의학적으로 정신병 후의 우울상태의 자살이 많고, 또한 대부분 치료자나 가족에게 쉽게 자살결행 의지를 계속적으로 밝히다가 주변 사람들이 자신의 자살에 대한 조심성이 떨어질 때 자살을 결행하는 경우가 많은 점 등 정신분열증 환자의 전형적인 증상임)에 의하여 신병을 비판하여 자살하게 된 것이므로 정신분열증과 자살 사이에는 서로 상당인과 관계가 있다고 봄이 상당하다고 할 것이니, 결국 위 망인의 사망은 업무상 재해에 해당한다.

【8】 원래 임차버스가 아닌 직원 출퇴근용 차량이 사고를 낸 경

우 회사측의 책임여부

- 대판 1993. 6. 8. 92다27782

자동차손해배상보장법 제3조 소정의 "자기를 위하여 자동차를 운행하는 자" 는 자동차에 대한 운행을 지배하여 그 이익을 향수하는 책임주체로서의 지위를 가진 자를 의미하며, 자동차의 임대차의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 임차인이 임차한 자동차에 대하여 현실적으로 운행을 지배하여 그 운행이익을 향수하는 자라고 할 것이다. 회사에 임대한 원래의 버스에 대하여 적어도 회사 직원들의 출퇴근 시간에 있어서는 장기간 계속적으로 그 운행을 지배하여 왔다면, 비록 사고버스가 원래의 임차버스와는 다르다고 하더라도 이는 임대인측에서 회사 직원들의 출퇴근에 지장이 없도록 함으로써 임대인으로서의 의무를 이행하기 위하여 제공한 대체버스에 지나지 아니하여 회사로서는 사고버스를 애당초의 임차 목적대로 사용함으로써 여전히 사고버스의 운행을 지배하고 그 운행이익을 가진다고 보아야 할 것이다(따라서 이에 따른 손해배상 의무를 진다).

【9】 사내에서 중식후 동료들과 운동중 통증을 느껴 병원에 갔다 오던 중 사망한 경우

- 대판 1993. 3. 12. 92누17471

산업재해보상보험법 제3조 제1항에서 말하는 "업무상의 재해"라 함은 근로자가 업무수행 중 그 업무에 기인하여 입은 부상, 질병, 신체장애 또는 사망 등의 재해를 뜻하는 것이므로, 업무와 재해발생 사이에 인과관계가 있어야 하는 바, 비록 근로자가 평소에 정상적인 근무가 가능한 정도의 기초질병이나 기존질병이 있었고, 그 질병이 업무와 직접 관련이 없었다고 하더라도 업무상의 과로로 인하여 그 질병이 급속히 악화되거나 새로운 질병이 유발된 경우 또

는 이로 인해 사망한 경우에는 그 인과관계가 있다고 보아야 하고, 한편 업무수행성은 반드시 근로자가 현실적으로 업무수행에 종사하는 동안만 인정할 수 있는 것이 아니라 사업장에서 업무시간 중 또는 그 전후에 휴식하는 동안에도 인정할 수 있는 것이다. 금형설계원으로 근무하는 근로자는 세심한 주의와 정신집중을 요하는 데다, 사망할 무렵 평소보다 과중한 업무로 미루어 볼 때, 사내에서 중식 후 동료근로자와 족구운동중 가슴에 통증을 느껴 병원에 갔다오던 중 사망했어도(의학상 관상동맥경화 및 협착으로 인한 급사)이는 업무수행중 그 업무에 기인하여 발생한 업무상 재해에 해당한다.

【10】 작업도구를 공사현장에 옮겨놓는 업무 준비행위 중 발생한 재해

- 대판 1996. 10. 11. 96누9034

건물 신축공사중 미장공사를 하도급받은 자의 피용인이 하도급 계약 개시일 전날 밤에 그 다음날부터의 작업을 준비하기 위하여 작업도구를 공사현장에 옮겨 놓던중 발생한 재해는 업무수행에 수반되는 업무 준비행위로서 구 산업재해보상보험법 제3조제1항 소정의 업무상의 재해에 해당한다.

【11】 발암물질인 벤젠을 자주 사용하는 직에 근무한 근로자가 사망한 경우

- 대판 1997. 2. 28. 96누14883

발암물질인 벤젠을 자주 사용하는 직에 근무한 망인의 사망과 업무상 재해 망인은 참가인 회사의 수질관리반에서 수처리작업과 함께 수질분석업무도 수행하면서 벤젠 등 발암화학물질에 때때로 노출되었고, 특히 도장작업을 하고 나서 옷과 피부에 묻은 페인트

를 세척하기 위해 자신이 관리하는 벤젠을 사용하였을 것으로 보여 지므로 망인의 급성골수성 백혈병이 다른 원인에 의하여 발생하였다는 특단의 사정이 없는 한 업무수행중 사용한 벤젠이 망인의 체질 등 기타요인과 함께 작용하여 발병케 하였거나 적어도 발병을 촉진한 하나의 원인이 되었다고 추단할 수 있고 따라서 망인의 사망은 업무수행과 상당인과관계에 있다.

【12】 집에서 잠을 자다 돌연사한 경우

- 서울고법 1997. 4. 3. 96구27218

평소 건강한 사람이 잠을 자다가 돌연사한 경우, 과로와 스트레스 이외에 돌연사를 유발할 만한 원인이 밝혀지지 않았다면 재해 발생무렵 누적된 과로 등으로 급성 심장마비가 일어난 것으로 추단할 수 있으므로 사망과 업무사이에 상당인과관계가 있다.

【13】 광고회사의 부장이 회사내 동호인회 활동을 하고서 귀가중 사망한 경우

- 대판 1997. 8. 29. 97누7271

일반적으로 근로자가 근로계약에 의하여 종사할 의무가 있는 업무로 규정되어 있지 아니한 회사 외의 행사나 모임에 참가하던 중 재해를 당한 경우, 그 행사나 모임의 주최자·목적·내용·참가인원과 그 강제성 여부·운영방법·비용부담 등의 사정들에 비추어 사회통념상 그 행사나 모임의 전반적인 과정이 사용자의 지배나 관리를 받는 상태에 있는 경우에는 업무상의 재해로 보아야 할 것인바, 피고 회사의 적극적인 지원하에 매년 정기적으로 실시되는 동호인 모임인 낚시회 행사는 비록 참가인은 많지 않았지만 회사의 업무수행의 연장행위로서 사회통념상 그 전반적인 과정이 사용자의

회사의 관리를 받는 상태하에 있었으므로 원고가 그 행사에 참가하여 귀가도중 교통사고로 사망한 것은 업무상 재해에 해당한다.

【14】 통근중 교통사고를 당한 경우

- 대판 1993. 5. 11. 92누16805

주물생산직(금형공) 근로자가 업무상 필요에 의하여 교대로 일찍 출근하게 되었고, 일찍 출근하는 날에는 집에서 시내버스를 이용한 후 다시 하차하여 걸어서 출근하는 것이 불가피하였다는 사정만으로는, 작업장으로 가던 중 그 부근 횡단보도에서 뺑소니 차량에 치어 사망한 경우 이를 업무상 재해에 해당하는 것으로 인정할 수는 없다.

【15】 개인교통수단(원동기장치 자전거)으로 출근중 사망한 경우

- 대판 1993. 1. 19. 92누13073

산업재해보상보험법 제3조 제1항 소정의 업무상의 재해에 해당하기 위하여는 당해 재해가 업무수행중에 발생한 원인에 의한 것이어야 함은 물론이고 나아가 업무에 기인하여 발생한 것으로서 업무와 그 재해사이에 상당인과 관계가 있어야 할 것이고 여기서의 '업무수행성'이라 함은 사용자의 지배 또는 관리하에서 이루어지는 당해근로자의 업무수행 및 그에 수반되는 통상적인 활동과정에서 재해의 원인이 발생한 것을 의미한다. 출·퇴근중의 근로자는 일반적으로 사용자의 지배 또는 관리하에 있다고 볼 수 없고 단순한 출·퇴근중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 인정되기 위하여는 사용자가 근로자에게 제공한 차량등의 교통수단을 이용하거나 사용자가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하여근로자의 출·퇴근과정에서 사용자의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에 해당되어야 할

것이다. 따라서 개인 소유인 원동기장치 자전거를 운전하고 출근하던 도중에 맞은편에서 중앙선을 침범하여 진행하여 오던 승용차에 충돌되어 사망한 것은 업무상 재해에 해당하지 않는다.

【16】 출장중 교통사고로 사망한 경우

- 대판 1992. 11. 24. 92누11046

산업재해보상보험법상의 업무상재해라 함은 업무수행중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하는 바, 근로자가 업무상 사업장을 떠나 출장중일 경우 일단 출장과정 전반에 걸쳐 그 업무수행성이 인정된다 하겠으나 출장중의 행위가 출장에 당연히 또는 통상 수반되는 범위내의 행위가 아닌 자의적 행위나 사적행위인 경우에는 업무수행성을 인정할 수 없다. 출장중에 입은 재해이지만 업무와 관계없이 여자들을 태우고 놀러다니기 위해 승용차를 운전한 행위는 업무수행을 벗어난 사적행위로 보아 업무상 재해에 해당되지 않는다.

【17】 회사 야유회에 참가해 입은 재해

- 대판 1992. 10. 9. 92누11107

근로자가 근로계약에 의하여 통상 종사할 의무가 있는 업무로 규정되어 있지 아니한 회사 외의 행사나 모임에 참가하던 중 재해를 당한 경우, 이를 업무상 재해로 인정하려면, 우선 그 행사나 모임의 주최자, 목적, 내용, 참가인원과 그 강제성 여부, 운영방법, 비용부담 등의 사정들에 비추어, 사회통념상 그 행사나 모임의 전반적인 과정이 사용자의 지배나 관리를 받는 상태에 있어야 할 것이나 야유회가 회사의 지배나 관리를 받는 상태에 있었다고 보기어려워 야유회에 참가하였다가 입은 재해는 업무상 재해에 해당하지 아니 한다

【18】 근로자 본인의 승용차로 퇴근중 발생한 재해

- 대판 1995. 9. 15. 95누6946

퇴근방법과 그 경로를 임의로 선택하여 자기 소유의 승용차를 운전하고 퇴근하던 도중에 교통사고가 발생하여 재해를 당한 경우, 비록 그 차량이 회사의 차량관리규정에 따라 회사에 등록되고 사업자인 회사가 차량구입비 또는 유지비를 보조하도록 되어 있었다더라도, 차량에 대한 관리·사용권한은 실제로 근로자에게 속하여 있었던 것이고, 사고 당시 통근과정이 사용자인 회사의 지배·관리하에 있었다고 볼 수 없으므로, 근로자가 입은 재해는 구 산업재해보상보험법상 업무상의 재해에 해당하지 않는다

【19】 인사이동에 따른 회식후 음주한 채 자신의 승용차로 귀사 도중 사망한 경우

- 대판 1996. 6. 14. 96누3555

근로자가 자신이 팀장으로 있는 직원의 인사이동에 따른 회식을 2차까지 마친후 야간근로자들의 작업상태를 확인하기 위하여 밤 00:30경 음주한 채 자신의 승용차를 운전하여 귀사 도중 위 승용차가 도로 우측의 화단분리대를 충돌하고 전복되는 사고가 발생하여 사망한 경우, 위 회식은 그 참석이 강제되지 않았고, 또한 위 회식후 망인의 귀사행위도 망인의 임의적인 행위로서 근로의무 이행을 위한 업무수행의 연속이라거나 업무수행과 관련된 활동이라고 보기 어려우며, 나아가 교통사고는 망인 자신의 자동차 운전행위에 매개된 음주운전으로 발생된 것으로서 위 망인의 사망을 그 업무수행을 위한 귀사과정에서 통상 수반하는 위험의 범위내에 있는 것이라고 보기 어려워 위 망인의 사망과 업무와의 사이에 상당인과관계를 인정할 수 없다

**【20】 회사의 승낙에 의한 노조전임자가 노동조합업무 수행중
입은 재해가 업무상 재해에 해당된다.**

- 대판 1998. 12. 8. 98두14006

노동조합업무 전임자가 근로계약상 본래 담당할 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하게 된 것이 사용자인 회사의 승낙에 의한 것이라면, 이러한 전임자가 담당하는 노동조합업무는, 그 업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이나 불법적인 노동조합활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의 단계에 들어간 이후의 활동 등이 아닌 이상, 원래 회사의 노무관리업무와 밀접한 관련을 가지는 것으로서 사용자가 본래의 업무 대신에 이를 담당하도록 하는 것이어서 그 자체를 바로 회사의 업무로 볼 수 있고, 따라서 그 전임자가 노동조합업무를 수행하거나 이에 수반하는 통상적인 활동을 하는 과정에서 그 업무에 기인하여 발생한 재해는 산업재해보상보험법 제4조 제1호 소정의 업무상 재해에 해당한다.

**【21】 업무와 재해발생사이의 인과관계는 질병의 내용, 치료의
경과 등 제반사정을 고려해 추단해도 입증된다.**

- 대판 1999. 12. 10. 99두10360

재해가 업무와 직접 관련이 없는 기존의 질병이더라도 그것이 업무와 관련하여 발생한 사고 등으로 말미암아 더욱 악화되거나 그 증상이 비로소 발현된 것이라면 업무와의 사이에는 인과관계가 존재한다고 보아야 할 것이다. 그리고 이 경우 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 입증하여야 하는 것이지만 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백하게 입증되어야 하는 것은 아니고 근로자의 취업 당시의 건강상태, 발병경위, 질병의 내용, 치료의

경과 등 제반사정을 고려할 때 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 입증이 있다고 보아야 할 것이다.

Ⅸ. 취업규칙

1. 취업규칙 일반

【1】 취업규칙의 개념 및 징계위원회 운영기준이 취업규칙의 일부인지 여부

- 대판 1994. 3. 11. 93다27413

사업장에 적용되는 복무규율과 근로자의 임금 등 근로조건에 관한 규정의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하고 이는 근로기준법 제 94조(신법 제96조) 소정의 취업규칙이라 할 것인데(대법 91다30828, 92. 2. 28), 회사 창원공장 징계위원회 운영기준은 근로조건에 관한 내용을 이루는 취업규칙 소정의 추상적인 징계절차규정을 세부적으로 규정하고 있는 터이므로 이는 회사 창원공장에 적용되는 취업규칙의 일부로 보아야 할 것이고, 위 취업규칙은 1988. 2. 1부터 개정 시행된 반면 운영기준은 그 후인 1989. 3. 6.부터 시행되었을 뿐 아니라 업무내용, 근무장소가 다른 회사 창원공장의 기능직 사원의 징계절차에 대하여 회사 전 사업장에 적용되는 위 취업규칙과 일부 다르게 규정하고 있는 점에서 기능직 사원에 대한 징계에 있어서는 운영기준에서 정한 징계절차를 우선 적용하여야 한다.

【2】 정부투자기관관리기본법 제17조 제1항의 취지

- 대판 1991. 2. 26. 90다15662

정부투자기관관리기본법 제17조 제1항이 정부투자기관의 직원의

보수를 이사회가 정하도록 규정하였다고 하여 그 직원이 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하는 내용의 결의를 유효하게 할 수 있다는 취지는 아니다.

【3】 단체협약과 취업규칙의 구별기준 및 사용자에게 의한 제정후 노사 쌍방의 합의를 거쳐 개정된 사고처리규정이 취업규칙에 해당한다고 본 사례

- 대판 1997. 4. 25. 96누5421

구 노동조합법(1996. 12. 31, 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지)에 의하면 단체협약은 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준 등에 관한 사항을 정하는 협정으로서 서면으로 작성하여 노사 쌍방이 서명날인하여야 하고, 유효기간에 있어서 일정한 제약이 따르며, 원칙적으로 노동조합원 이외의 자에 대하여는 그 규범적 효력이 미치지 아니하는 것이고, 이에 비하여 취업규칙은 사용자가 근로자의 복무 규율과 임금 등 당해 사업의 근로자 전체에 적용될 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것을 말하는 바, 사용자가 회사 업무수행중에 발생한 사고에 대하여 그 처리의 책임과 절차를 규정함으로써 신속하고 합리적인 사고처리를 기하기 위하여 제정·시행한 후, 3회에 걸쳐 노사 쌍방의 합의를 거쳐 개정·시행되고 있는 위 00 주식회사의 사고처리규정은 조합원 이외의 직원의 근로관계도 직접 규율하는 것으로 규정되어 있고, 유효기간에 관한 규정이 없이 계속하여 시행되어 왔을 뿐만 아니라, 노사 쌍방의 서명날인도 되어 있지 아니한 사실에 비추어 위 사고처리 규정은 취업규칙에 해당한다

【4】 지역의료보험조합 대표자가 취업규칙의 작성·신고의무를 부담하는 사용자인지 여부

- 대판 1992. 12. 24. 92도2341

지역의료보험조합운영규정의 구체적인 내용이 근로기준법 제94조(신법 제96조)의 소정의 취업규칙에 관한 필요적 기재사항의 대부분을 포함하고 있음에 비추어 볼 때, 이는 실질적으로 당해 지역 의료보험조합에 적용되는 취업규칙에 해당한다고 할 것이므로, 위 지역의료보험조합의 대표자에게는 위 운영규정과 별개로 근로기준법 소정의 취업규칙을 따로 작성·신고하여야 할 실질적인 권한과 책임이 있다 할 수 없고, 따라서 그가 이러한 조치를 결하였다 하더라도 위 법 소정의 취업규칙 작성·신고의무 위반의 형사책임을 물을 수는 없다 할 것이다.

【5】 하나의 사업장에서 직종의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 정할 수 있는지 여부

- 대판 1992. 2. 28. 91다30828

근로기준법 제94조(신법 제96조) 소정의 취업규칙이라 함은 복무규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것인바, 제분회사 공장의 상하차반원들과 사이에 체결된 노역계약서가 상하차반원들을 대상으로 한 복무규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있다면 노역계약서는 같은 법 제94조 소정의 취업규칙이라 할 것이고, 이는 회사의 종업원에게 적용되는 취업규칙과는 별도로 상하차반원에게 적용되는 것이기는 하나 당해 사업장에서 근로자의 직종의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 정할 수 있는 것이고, 이 경우 2개의 취업규칙을 합한 것이 근로기준법 제94조(신법 제96조) 소정의 1개의 취업규칙으로 되는 것이다.

【6】 1개의 사업장에서 직종별로 다른 별도의 취업규칙을 작성할 수 있는지 여부

- 대판 1996. 2. 27. 95누15698

근로기준법 제94조(신법 제96조) 소정의 취업규칙이라 함은 복무 규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것으로서, 사용자는 같은 사업장에 소속된 모든 근로자에 대하여 일률적으로 적용되는 하나의 취업규칙만을 작성하여야 하는 것은 아니고, 근로자의 근로조건, 근로형태, 직종 등의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 작성할 수 있으며, 이 경우 여러개의 취업규칙을 합한 것이 근로기준법 제94조(신법 제96조) 소정의 1개의 취업규칙으로 된다.

2. 취업규칙의 불이익 여부 판단기준

【1】 취업규칙의 불이익 여부 판단기준

- 대판 1997. 5. 16. 96다2507

취업규칙의 변경이 사회통념상 합리성이 있느냐의 여부와 근로자에게 불이익하느냐 여부는 그 변경의 취지와 경위, 해당 사업체의 업무의 성질, 취업규칙 각 규정의 전체적인 체제등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

【2】 퇴직금규정의 개정으로 인해 근로자 상호간에 유불리가 충돌되는 경우 전체적으로 보아 근로자에게 불리하다고 한 사례

- 대판 1997. 8. 26. 96다1726

취업규칙의 일부인 퇴직금 규정의 개정이 근로자들에게 유리한

지 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 유불리에 따른 이익이 충돌되는 경우에는 전체적으로 보아 근로자에게 불리한 것으로 취급하여 종전의 급여규정의 적용을 받고 있던 근로자들의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 필요로 한다.

【3】 부득이한 사유가 없는 결근이 7일을 초과할 경우 자연면직된다는 조항을 근로자에게 불이익한 근로조건으로 본 사례

- 대판 1989. 5. 9. 88다카4277

무계출 또는 부득이한 사유가 없는 결근이 7일을 초과한 경우를 자연면직사유로하는 조항은 무계출인지 여부와 부득이한 사유가 있는지 여부 등에 관하여 사용자와 근로자 사이에 의견대립이 있을 수 있을 뿐 아니라, 그와 같은 결근은 본질적으로 근무태만이나 회사의 복무규정 위반행위로서 징계사유와 다를 바 없어 사용자의 일방적인 사실인정만으로 자연면직된다는 것은 불합리하고 근로자에게 불이익한 근로조건이므로, 이러한 조항을 근로자측의 동의도 없이 새로이 취업규칙에 규정하는 것은 사회통례상 합리성이 있는 것으로 보기 어렵다.

【4】 취업규칙 변경으로 근로자간 이익이 상충될 경우 불이익 변경에 준한다고 본 사례

- 대판 1993. 5. 14. 92다50416

취업규칙의 변경이 일부 근로자에게는 유리하고 일부 근로자에

게는 불리한 경우 이같은 변경에 근로자집단의 동의를 요하는지를 판단하는 것은 근로자 전체에 대해 획일적으로 결정되어야 하며 이 경우도 취업규칙의 변경이 근로자에게 전체적으로 유리한지 불리한지를 객관적으로 평가하기 어려우므로 취업규칙의 변경에 의해 근로자 상호간에 이해충돌이 되는 경우에는 불이익한 변경의 경우에 준해 근로자의 집단적 동의방식에 의한 동의를 필요로 하고 이러한 동의를 받지 아니한 취업규칙의 변경은 무효라고 보는 것이 타당하다.

【5】 퇴직금누진제가 단수제로 변경되었더라도 동시에 임금인상, 근로시간 단축 등 유리한 부분도 포함되어 있다면 불리한 변경이 아니라고 한 사례

- 대판 1984. 11. 13. 84다카414

취업규칙의 작성변경권은 사용자에게 있으나 그 변경내용이 근로자에게 일방적으로 불이익한 것이라면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 동의를 요하는 바, 누진제 퇴직금지급규정이 근로자에게 불이익한 비누진제로 변경되었더라도 그와 동시에 임금인상, 근로시간 단축 등 근로자에게 유리한 부분도 포함되어 있다면 그 변경이 근로자에게 일방적으로 불이익한 것이라고 단정할 수 없고, 노동조합 대의원대회회의위원을 받은 조합운영위원회가 위 취업규칙변경에 동의하였다면 근로자집단의 동의가 없었다고 할 수도 없으니 위의 변경은 유효라 할 것이다.

【6】 인사규정상의 면직사유 관련 내용의 변경이 불리한 변경이 아니라고 한 사례

- 대판 1988. 5. 10. 87다카2853

취업규칙의 하나인 인사규정에 금고이상 형의 집행을 받게 되었을 때를 해직사유중의 하나로 규정하였다가 그후 직원의 임용자격을 제한하는 규정을 새로 마련하고, 그와 별도로 해직사유를 보완하면서 임용자격 제한규정에 해당하는 사유가 발생 또는 발견된 때에는 면직시키도록 개정하고 그 임용자격 제한사유로 "금고이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예기간 중에 있는 자"로 인사규정을 변경하였다면 그 변경이사회통례상 합리성이 있다고 인정되는 한 이를 들어 근로자에게만 불이익한 것이라고 속단할 수 없다 할 것이므로 그 변경에 즈음하여 근로기준법 제95조(신법 제97조)가 정하는 절차를 밟지 아니하였다 하여 그 변경된 인사규정의 효력을 부인할 수 없다.

【7】 취업규칙 개정으로 근로자간에 유·불리가 충돌될 경우 중 퇴직금 관련 조항의 개정이 불리한지 여부를 판단하는 기준

- 대판 1995. 3. 10. 94다 18072

취업규칙의 일부를 이루고 있는 급여규정 개정의 유·무효를 판단함에 있어서 우선 퇴직금 지급율이 전반적으로 인하여 그 자체가 불리한 것이라고 하더라도 그 지급율의 인하와 함께 다른 요소가 유리하게 변경된 경우에는 그 대가관계나 연계성이 있는 제반 상황(유리하게 변경된 부분 포함)을 종합 고려하여 과연 그 퇴직금에 관련한 개정조항이 유리한 개정인지 불리한 개정인지를 밝혀서 그 유·불리를 함께 판단하여야 할 것이고, 그 종합 판단의 결과 불리한 개정으로 밝혀진 경우(일부 근로자에게는 유리하고 일부 근로자에게는 불리하여 근로자 상호간에 유·불리에 따른 이익이 충돌되는 경우도 이와 같다)에는 종전의 급여규정을 적용받고 있던 근로자 집단의 집단적 의사결정에 의한 동의를 받을 것을 요하고 그러한 동의가 없는 경우에는 그 변경은 효력을 가질 수 없다.

【8】 취업규칙에 정년규정이 없던 회사에서 55세 정년규정을 신설한 것이 취업규칙의 불이익한 변경에 해당된다고 본 사례

- 대판 1997. 5. 16. 96다2507

취업규칙에 정년규정이 없던 운수회사에서 55세 정년규정을 신설할 경우, 그 운수회사의 근로자들은 정년제 규정이 신설되기 이전에는 만 55세를 넘더라도 아무런 제한없이 계속 근무할 수 있었으나, 그 정년규정의 신설로 인하여 만 55세로 정년에 이르고, 회사의 심사에 의하여 일정한 경우에만 만 55세를 넘어서 근무할 수 있도록 되었다면 이와 같은 정년제 규정의 신설은 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하는 불이익한 근로조건을 부과하는 것에 해당한다.

【9】 수당신설과 동시에 퇴직금 규정을 개정해 그 새로운 수당을 퇴직금 산정의 기초임금에서 제외한 경우 그 퇴직금 규정의 개정이 불이익 변경인지 여부(부정)

- 대판 1997. 8. 26. 96다1726

회사가 보수규정에서 새로운 수당을 지급하도록 규정함과 동시에 퇴직금 규정을 개정하여 새로 지급되는 그 수당을 퇴직금 산정의 기초임금에서 제외시킨 경우에는 퇴직금 규정의 개정을 전후하여 퇴직금의 액수에 변동이 있는 것이 아니어서 기존의 근로자들의 기득의 권리나 이익을 박탈하는 것이 아니므로 그와 같은 개정은 근로자에게 불리한 개정이라고 할 수 없다.

3. 불이익 변경절차·방법

【1】 취업규칙 작성·변경에 있어서의 집단적 의사결정 방법

- 대판 1992. 2. 25. 91다25055

취업규칙에 규정된 근로조건의 내용을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에 근로자 과반수로 구성된 노동조합이 없는 때에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수 동의가 필요하다고 하더라도 그 회의방식은 반드시 한 사업 또는 사업장의 전근로자가 일시에 한자리에 집합하여 회의를 개최하는 방식만이 아니라 한 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간에 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다.

【2】 퇴직급여규정의 불이익변경시 회사 정관 및 이사회규정에 따른 이사회심의를 거친 경우에도 근로자집단의 동의가 필요한지 여부

- 대판 1995. 7. 11. 93다 26168.

퇴직급여규정의 불이익변경 당시 노동조합이 설립되어 있지 않았고, 사업장이 전국에 산재하고 직원수가 1,893명에 달해 단시간 내에 집단적 의사결정방식에 의한 전체근로자의 동의를 얻는 것이 사실상 불가능하여 회사의 정관 및 이사회 운영규정에 따라 이사회 심의의결을 거쳤다 하더라도, 이는 사용자측의 입장에서 거쳐야 할 절차에 지나지 않으므로 역시 근로자집단의 동의가 필요하다.

【3】 취업규칙의 불이익한 변경에 필요한 노동조합의 동의에 있어서 조합장의 동의가 아닌 조합소속 근로자 과반수의 동의가 필요한지 여부

- 대판 1997. 5. 16. 96다2507

근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 회사에서 취업규칙에 근로자에게 불리한 정년제 규정을 신설하는 경우, 그에 대한 노동조합의 동의를 얻어야 하는데, 이 경우에 있어서도 노동조합의 동의는 법령이나, 단체협약 또는 노동조합의 규약 등에 의하여 조합장의 대표권이 제한되었다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한 조합장이 노동조합을 대표하여 하면 되는 것이지 노동조합 소속 근로자의 과반수의 동의를 얻어서 하여야 하는 것은 아니다(노동조합이 설립된 운수회사가 그 취업규칙에 55세 정년규정을 신설하면서 노사협의회 근로자위원 전원과 노동조합 분회장의 동의를 얻은 경우, 이를 노동조합의 동의를 얻은 것과 동일시할 수 없다고 보아 그 정년규정의 신설을 무효라고 한 원심판결을 파기한 사례).

4. 동의없이 불리하게 변경된 취업규칙의 효력·적용 방법

【1】 근로자에게 불이익하게 변경된 취업규칙의 효력요건

- 대판 1990. 3. 13. 89다카24780

근로기준법 제95조 제1항에 의한 취업규칙의 작성 또는 변경이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 내용일 때에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의

적용을 받고 있던 근로집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고 이러한 동의가 없이 작성. 변경된 취업규칙은 사회통념상 합리성이 있다고 인정될 만한 것이 아닌 한 효력이 없다.

【2】 근로자에게 불이익하게 변경된 취업규칙에 개인적으로 동의한 근로자에게도 변경의 효력이 발생하는지 여부(부정)

- 대판 1977. 7. 26. 77다355

근로기준법의 보호법으로서의 정신과 기득권보호의 원칙 및 근로기준법 제3조, 제98조의 규정 등에 비추어 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하며 이와같은 동의가 없는 한 취업규칙의 불이익한 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 그 변경의 효력은 발생되지 않는다.

【3】 사원과 노무원으로 이원화된 퇴직금규정이 불리하게 변경된 회사에서 노조의 대다수를 차지하는 노무원이 개정에 동의한 경우 동 규정의 효력

- 대판 1990. 12. 7. 90다 19647

사원과 노무원으로 이원화된 개정 퇴직금규정이 개정전의 그것보다도 퇴직금 지급일수의 계산 및 퇴직금 산정 기초임금의 범위에 있어 근로자에게 불리하게 변경된 경우에는 이에 관하여 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 동의가 있어야 유효하다고 할 것인 바, 노동조합원인 총근로자 중 85%가 넘는 수를 차지하는 노무원이 퇴직금개정안에 완전히 동의하였다 하더라도 개정 퇴직금규정이 노무원에 대한 부분에 국한하여 효력이 있는 것일 뿐, 개정

에 동의한 바 없는 사원에 대한 부분은 효력이 없다.

【4】 취업규칙을 작성함에 있어 근로자 과반수의 의견을 듣지 아니하거나 그 동의를 얻지 아니한 경우 그 취업규칙의 효력

- 대판 1991. 4. 9. 90다16245

근로기준법 제94조(신법 제96조), 제95조에 의하면 사용자가 취업규칙을 작성하거나 변경함에 있어 당해 사업장 근로자의 과반수의 의견을 들어야 하며, 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 하고 그 동의를 얻지 못한 경우에는 근로자에게 불이익하게 변경되는 부분은 무효라고 할 것이지만, 애초에 취업규칙을 작성함에 있어 근로자 과반수의 의견을 듣지 아니하거나 그 동의를 얻지 아니하였다 하더라도 그 취업규칙의 내용이 근로기준법에 위반되지 않는 한 그 취업규칙이 전부 무효가 되는 것은 아니다.

【5】 취업규칙중 퇴직금 관련 조항이 불이익한 변경으로 무효인 경우, 그 대가성이나 연계관계에 있는 항목 및 그 이후 개정된 퇴직금의 지급에 관한 규정 모두가 무효로 되는지 여부

- 대판 1995. 3. 10. 94다 18072,

취업규칙중 퇴직금 관련 조항의 개정이 무효의 변경으로 되는 경우에 그 유·불리한 각 항목에 따라 각각 그것이 유·무효로 되는 것이 아니고 그 대가성이나 연계관계에 있는 항목 모두가 무효로 되는 것이라고 할 것이고, 또한 퇴직금의 지급에 관한 취업규칙의 개정이 무효로 된 이상 그 이후 개정된 퇴직금의 지급에 관한 규정은 그 지급을 및 기초임금에 관한 부분 모두 그것이 앞서 무효로 된 퇴직금 규정을 추인한 것이거나 또는 그 규정과는 관계없이

전혀 별도의 차원에서 변경되어 새로운 퇴직금 규정을 제정한 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 모두 무효로 되는 것이라고 보아야 한다.

【6】 근로자의 동의없이 불리하게 변경된 취업규칙을 신규입사자에게 적용할 수 있는지 여부

- 대판 1992. 12. 22. 전원합의체 91다45165

취업규칙의 작성·변경권한은 원칙적으로 사용자에게 있으나, 근로기준법 제95조(신법 제97조)의 규정에 의하여 "근로자에게 불이익하게 변경"하는 경우에는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 얻어야 하므로 이 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없는 것이나, 근로자에게 불리하게 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로계약관계를 갖게 된 근로자에게는 당연히 변경된 취업규칙이 적용된다. 이와 같은 경우에 취업규칙이 변경된 이후에 취업한 근로자에게 적용되는 취업규칙과 기존의 근로자에게 적용되는 취업규칙이 병존하는 것처럼 보이지만, 현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이고 종전의 취업규칙은 다만 기존 근로자에 대한 관계에서 기득이익 침해로 그 효력이 미치지 않은 범위내에 적용될 뿐이므로 하나의 사업내에 둘 이상의 취업규칙을 둔 것이라 볼 수는 없으며, 이러한 경우까지 근로기준법 제28조(신법 제34조) 제2항에서 금하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 볼 수는 없다.

【7】 취업규칙이 근로자 동의없이 불이익하게 변경될 당시 자의에 따라 사직하고 재입사한 근로자에 대하여 재입사후 적용되는 취업규칙(=변경된 취업규칙)

- 대판 1996. 10. 15. 95다53188

보수규정이 근로자집단의 동의없이 불이익하게 변경될 당시 청원경찰로 근무하던 근로자가 다른 직종으로의 전직을 위하여 자유로운 의사에 따라 청원경찰을 사직하고 그 다음날 신규채용 형식으로 고용원으로 재입사함으로써 근로관계가 단절된 경우, 그 재입사 당시 시행중인 법규적 효력을 가진 취업규칙은 개정된 보수규정이므로 재입사후의 근속기간에 적용되는 보수규정은 개정된 보수규정이며, 그 근로자의 최초 입사일이 근로자집단의 동의없이 불이익하게 변경된 보수규정의 개정 이전이라고 하여 이와 달리 볼 것은 아니다.

5. 불이익 변경 후 사후추인

【1】 가. 근로자집단의 동의 없는 취업규칙의 불이익변경 후에 구성된 노동조합이 이의를 제기하지 아니하여 개정규정이 시행되어 온 경우, 사후 추인 또는 묵시적 동의로 볼수 있는지 여부

나. 근로자집단의 동의 없는 취업규칙의 불이익변경 후에 구성된 노동조합이 단체협약을 체결하면서, 시행중인 취업규칙이 무효인 사정을 모른 채 '단체협약에 명시되지 아니한 사항은 관계법령 및 관행에 따른다'는 규정을 둔 것이 추인에 해당하는지 여부

- 대판 1995. 7. 11. 93다 26168.

가. 취업규칙이 근로자에게 불이익하게 변경된 후 퇴직근로자들이나 근로자들로 구성된 회사의 노동조합이 사후에 취업규칙 변경에 대하여 별다른 이의를 제기하지 아니하여 위 개정규정이 그대로

시행되어 왔다고 하더라도, 이러한 사정만으로 근로자들이 위 개정 규정에 대하여 이를 사후적으로 추인하였다거나 묵시적으로 동의한 것으로 단정할 수 없다.

나. 퇴직급여규정이 근로자집단의 동의 없이 불이익하게 변경된 이후에 설립된 노동조합이 회사와 단체협약을 체결하면서, 시행중인 취업규칙이 무효인 사정을 모른 채 단체협약 부칙에 '협약에 명시되지 아니한 사항은 관계법령 및 관행에 따르기로 한다'는 규정을 둔 것만으로는 무효인 위 퇴직급여규정의 개정을 추인한 것으로 볼 수 없다.

【2】 퇴직금지급률 하향조정에 대해 노조가 소급 동의한 경우의 효력

- 대판 1992. 7. 24. 91다34073

근로자의 동의없이 불이익하게 하향조정된 퇴직금 규정이 무효라고 하더라도 이같은 퇴직금 하향조정이 단행된 이후 설립된 노조가 단체협약 체결 과정에서 퇴직금 지급률이 하향조정된 취업규칙의 개정과 관련한 사항을 배제하는 내용의 규정을 요구하지 않았을 경우 노조는 이 단체협약의 퇴직금 하향조정에 관해서도 소급적으로 동의한 것으로 보아야 하므로 이 경우 근로자의 퇴직금 계산에 있어서는 지급률이 변경된 퇴직금 즉 하향조정된 퇴직금 규정에 따라야 한다.

【3】 무효인 보수규정에 의해 아무런 이의없이 퇴직금을 지급받은 경우 위 퇴직금 지급이 정당한지 여부

- 대판 1992. 9. 14. 91다46922

보수규정이 개정된 후 이 개정된 무효의 보수규정에 의한 퇴직

금을 받은 근로자들로부터 아무런 이의가 없었다는 사실은 그와 같이 퇴직금이 지급된 것이 정당하다는 근거가 될 수 없다.

【4】 무효인 개정 퇴직급여규정에 따라 아무런 이의 유보없이 퇴직금을 수령한 후 3년 가까운 시일이 지났다는 이유만으로 위 규정을 추인한 것으로 볼 수 있는지 여부

- 대판 1991. 3. 12. 90다 15457

무효인 개정 퇴직급여규정에 따라 아무런 이의 유보없이 퇴직금을 수령한 후 3년 가까운 시일이 지났다는 이유만으로 위 개정퇴직급여 규정을 묵시적으로 추인한 것으로 볼 수 없다.

【5】 근로자측 동의없는 취업규칙 불이익변경후 노동조합의 사후추인시 효력

- 대판 1992. 7. 24. 91다34073

단체협약 부칙 '위 단체협약 시행일 이전에 발생한 모든 사항은 위 협약에 의한 것으로 본다' 라는 규정을 둔 것은 공단이 설립된 이후 단체협약 체결시까지 사이에 노사관계에서 발생하였던 근로조건 등의 모든 사항에 관하여 노동조합이 그 효력을 소급적으로 승인하는 취지라고 보여지는 바, 위 단체협약에서 특별히 퇴직금지급율의 변경을 위한 1982. 4. 29. 취업규칙의 개정에 관한 사항을 배제하는 내용의 규정을 두지 않았으므로 노동조합은 위 단체협약에 의하여 퇴직금 지급율의 변경에 관하여도 소급적으로 동의한 것이라고 해석하여야 할 것이고, 이와 달리 단체협약 부칙의 의미를 장래에 향하여만 효력을 승인한 것이라고 볼 것은 아니다.(퇴직금지급율의 변경이 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우의 유효요건을 갖추지 않았더라도 사후에 근로자들이 이에 관하여 소급적으로 추인(동의)한 경우에는 그 변경 이후부터 추인(동의)하기 전까지 사

이에 퇴직한 근로자와 그 동의 후에 퇴직한 근로자 사이에 적용할 퇴직금 지급율에서 차이가 생기게 되지만 퇴직금청구권은 후불적 임금으로서 퇴직시에 비로소 발생하는 권리이므로 그와 같은 결과는 불가피하다고 할 것이다.)

【6】 불이익하게 변경된 취업규칙을 노조가 소급추인한 경우 적용방법

- 대판 1993. 2. 12. 92다50447

퇴직금규정의 변경 이후 근로자 동의 이전까지 사이에 퇴직한 근로자와 그 동의후에 퇴직한 근로자간에 퇴직금 지급율에서 차등이 생기게 됐다 하더라도 이는 취업규칙에 규정된 근로조건의 내용을 근로자에게 불이익하게 변경함에 대한 근로자들의 동의의 효력이 그 동의 당시 취업중인 근로자에 대해서만 미치고 그 이전에 이미 퇴직한 근로자에게는 미치지 아니한데 따른 것이므로 이 경우까지 근로기준법 제28조(신법 제34조)제2항이 금하는 차등있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 볼 수는 없다. 따라서 노조가 새로운 단체협약을 체결하면서 퇴직금지급율을 변경한 규정을 특별히 배제하지 않았을 뿐 아니라 단체협약체결 이전에 발생했던 근로조건 등의 모든 사항의 효력을 소급적용하는 부칙규정을 두고 있는 경우 단체협약 시행 후에 퇴직한 근로자나 비조합원에 대해서는 개정된 퇴직금규정이 시행된 때부터 개정된 퇴직금규정이 적용되어야 한다.

【7】 불리하게 개정된 보수규정을 사후에 추인받는 경우 그 추인 상대방

- 대판 1997. 2. 11. 95다55009

퇴직금을 하향조정하는 보수규정을 개정후에 추인받는 경우, 추인당시에 근로자과반수로 조직된 노동조합이 있으면(설사 그것이 보수규정 개정이후에 설립되었고 이해관계가 있는 개정당시의 근로자들이 노동조합에 1명도 가입하지 않는 조합이라 하더라도) 그 노동조합의 동의를 얻어야 하고, 그러한 노동조합이 없으면 회의방식에 의하여 전체 근로자 과반수의 동의를 얻어야 한다.

제3절 집단적 노사관계

1. 노조법상의 사용자, 근로자

【1】 사용자 (또는 그 이익대표자)의 범위

- 서울고판, 1997. 10. 28. 97라94

사용자 또는 그 이익대표자라함은 근로자의 인사·급여·후생·노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여 받은 자를 말하는데, 그 권한과 책임의 유무는 직제상의 명칭에 의하여 형식적·획일적으로 판단할 것이 아니라 실질적·구체적으로 판단하여야 한다고 밝히고 있다.

【2】 사단법인 향만운송협회의 회원사가 전국향운노동조합연맹 산하 단위노동조합에 대하여 사용자의 지위에 있는지 여부

- 대판 1995. 12. 22. 95누3565

노동조합법 제33조 제1항 본문, 제39조 제3호 소정의 사용자라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다.

사단법인 향만운송협회가 전국향운노동조합연맹과 사이에 단체협약을 체결하여 온 경우에도 위 협회의 회원사가 위 노동조합연맹 산하 단위노동조합에 대하여 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 해당하지 않는다고 한 사례.

【3】 캐디는 노조법상의 근로자이다.

- 대판 1993. 5. 25. 90누1731

노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없으며 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 노무의 실질관계에 의하여 결정된다. 골프장 캐디가 노동조합법상 근로자에 해당한다고 본 사례.

2. 해고의 효력을 다투는 근로자

【1】 해고의 효력을 다투는 자의 근로계약상의 법적 지위

- 대판 1993. 6. 8. 92다42354

"해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다" 라는 노동조합법 제3조 제4호 단서 규정은 노동조합의 설립 및 존속을 보호하고 사용자의 부당한 인사권의 행사에 의하여 노동조합의 활동이 방해받는 것을 방지하기 위한 규정으로

서 노동조합의 구성원이 될 수 있는 자격에 관하여 규정한 것일 뿐 사용자와 근로자와의 근로관계에 관한 규정은 아니므로 노동조합의 조합원으로서의 지위와 관련하여서만 적용이 되어야 할 것이고, 근로자와 사용자와의 개별적인 근로계약 일반의 효력에 확대 적용될 수는 없다

【2】 해고의 효력을 비법률적으로 다투는 근로자가 유인물을 배포한 경우 노동조합법상의 제3자 개입 해당여부

- 대판 1994. 2. 8. 93도120

해고근로자로서 노동조합법 제12조의 2에서 개입을 금지하는 제3자에 해당하지 아니하는 자는 “상당한 기간 내에 그 해고가 부당노동행위이거나 무효라고 주장하여 노동위원회나 법원에 부당노동행위의 구제신청이나 해고무효확인의 소를 제기하여 그 효력을 다투는 자”에 국한되므로 해고근로자가 법률적 쟁송 이외의 방법으로 개별적 또는 집단적 협의과정을 통하여 해고의 효력을 다투고 있다 하여 위 법조에서 말하는 제3자가 아니라고 할 수 없다.

【3】 해고를 당하고 상당한 기간내에 해고무효확인의 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다투고 있는 근로자의 노동조합원 지위의 상실 여부

- 대판 1997. 3. 25. 96다55457

구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지) 제3조 제4호 단서의 취지는 단지 사용자가 정당한 이유 없이 근로자를 해고함으로써 노동조합의 설립이나 존속을 저지하는 것을 막기 위한 것에 그치는 것이 아니라, 해고된 근로자가 해고된 때로부터 상당한 기

간 내에 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하거나 법원에 해고무효확인의 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다투고 있는 경우에는, 그 해고에도 불구하고 근로자의 신분이나 노동조합의 조합원으로서의 신분을 계속 보유하는 것으로 보아 그 지위를 보장하여 주려는 데에도 있는 것이므로, 근로자가 회사로부터 해고를 당하였다고 하더라도 상당한 기간 내에 법원에 해고무효확인의 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다투고 있다면 위 법 규정의 취지에 비추어 노동조합원으로서의 지위를 상실하는 것이라고 볼 수 없다.

3. 노동조합의 설립신고

【1】 서울지역 건설관련 직종 일용공들의 노조설립신청은 적법하다.

- 서울고판, 1994. 11. 17. 93구20339

가. 건설일용공의 경우 노동조합의 효율적 목적 달성을 위하여 기업별 형태보다 지역별 형태, 그것도 넓은 지역을 대상으로 설립하는 것이 필연적이며 합리적인 조직형태라 할 것이고, 이에 비추어 서울시 전역의 건설 일용공을 대상범위로 하여 단일한 지역노동조합을 결성하여도 대상 근로자들은 이에 가입하면 되는 것이므로 근로자의 단결권을 부당하게 침해할 것으로는 보이지 아니한다.

나. 조합원수가 적어 전체대상 근로자들을 위한 대표성 및 교섭력이 극히 미비하여 조합 본래의 목적을 수행하지 못한다고 탈할 것은 아니고 또 원고조합이 현재 조합원수가 적다 하여 결과적으로 이들 조합원들의 공제, 복리사업만을 수행하게된다거나 이를 목적

으로 하는 경우라고 단정할 수 없다.

다. 기존 건설업체 노동조합은 정규직 직원만 그 조직대상으로 삼고 있으므로 원고조합과 기존 건설업체 노동조합은 그 조직대상을 같이 하지 아니한다. 사용자단체가 존재하지 아니하거나 사용자수가 너무 많다는 것은 원고조합이 단체교섭의 상대방을 누구로 할 것인가의 문제일 뿐 원고 노동조합설립의 장애사유가 될 수 없다.

【2】 ‘노동조합법상 노조’의 의미와 설립신고

- 대판 1996. 6. 28. 93도855

가. 노동조합법 제3조의 규정취지로 보아 노동조합법상의 노동조합이라고 하려면 근로자가 주체가 되어 자주적으로 조직한 단체이고 또는 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진, 기타 경제적·사회적 지위향상을 도모함으로 목적으로 하는 단체임을 요하고, 이러한 실질적 요건 이외에 법 제14조 소정의 규약을 갖추고 위법 제13조 제1항의 설립신고를 마치는 등의 형식적인 요건을 구비하여야 한다.

나. 행정관청이 설립신고가 되어 있는 노동조합은 회사에서 유일하게 형식적 요건을 갖추기는 하였지만, 이는 법외 노조가 당국에 설립신고를 하려고 하자 그 전에 급히 노동조합 설립신고를 하고 신고증을 교부받아 형식적 요건을 갖춘 것으로서 그 조합원의 숫자조차 불분명하여 실체가 확실하지 아니하고, 그 설립이래 조합비의 징수, 총회의 개최, 단체교섭 등의 노조활동을 한 실적이 없는 반면, 실제로는 그 회사의 노동자협의회가 사용자를 상대로 단체교섭, 쟁의행위를 하여 왔으며, 가입 대상 근로자들이 노조 가입신청을

하면 이를 수취하지 아니하고, 근로자들이 사무실로 직접 방문하여 동 노조에 가입하려고 하는 것까지 사실상 막는 등 근로자들의 자유로운 가입 시도까지 방해하고 있는 사정이 있다면 위 노동조합은 단순히 노동조합 설립후 노동조합으로서의 활동을 하지 않고 있는 경우라고 보기보다는 노동조합으로서의 실질을 갖추지 못하였다고 본 사례.

【3】 가. 제3자가 행정처분의 취소를 구할 원고적격이 있는 경우

나. 노동조합법이 노조의 설립에 관하여 신고주의를 취하고 있는 취지

다. 노동조합설립신고증교부 취소소송에 있어서 사용자의 원고 적격

- 대판 1997. 10. 14. 96누9829

가. 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정된다 할 것이나, 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 다만 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다.

나. 노동조합법이 노동조합의 설립에 관하여 신고주의를 택하고 있는 취지는 소관 행정당국으로 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.

다. 노동조합의 설립에 관한 구 노동조합법의 규정이 기본적으로 노동조합의 설립의 자유를 보장하면서 위와 같은 노동정책적 목적을 달성하기 위해 설립신고주의를 택하여 조합이 자주성과 민주성을 갖추도록 행정관청으로 하여금 지도·감독하도록 하게 함으로써, 사용자는 무자격조합이 생기지 않는다는 이익을 받고 있다고 볼 수 있을지라도 그러한 이익이 노동조합의 설립에 관한 구 노동조합법 규정에 의하여 직접적이고 구체적으로 보호되는 이익이라고 볼 수는 없고, 노동조합 설립신고의 수리 그 자체에 의하여 사용자에게 어떤 공적 의무가 부과되는 것도 아니라고 할 것이어서 당해 사안에서 지방자치단체장이 노동조합의 설립신고를 수리한 것만으로는 당해 회사의 어떤 법률상의 이익이 침해되었다고 할 수 없으므로 당해 회사는 신고증을 교부받은 노동조합이 부당노동행위구제신청을 하는 등으로 법이 허용하는 절차에 구체적으로 참가한 경우에 그 절차에서 노동조합의 무자격을 주장하여 다룰 수 있을 뿐 노동조합 설립신고의 수리처분 그 자체만을 다룰 당사자 적격은 없다.

4. 제2노조의 금지

【1】 새로운 노동조합의 설립을 절대 불가하다는 내용의 취업규칙이나 사용자 명령에 근거한 정직처분의 정당성

- 대판 1995. 10. 13. 94다34944

가. 노동조합법 제3조 단서 제5호, 제8조의 각 규정에 의하면, 근로자는 자기가 속한 사업장내에 이미 노동조합이 설립되어 있는 경

우에도 기존 노동조합과 조직 대상을 같이 하거나 그 노동조합의 정상적 운영을 방해하는 것을 목적으로 하는 것이 아닌 한 자유로이 새로운 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있는 것이므로, 그와 같은 노동조합을 조직하는 행위가 사업장 질서를 문란하게 하는 행위에 해당한다고 볼 수 없음은 물론 이를 제한하는 취업규칙이나 사용자의 명령은 위법한 것으로서 그 효력이 없고, 따라서 사용자는 근로자가 취업규칙 또는 사용자의 명령에 위반하여 이와 같은 새로운 노동조합을 조직하려고 하였다거나 조직을 위한 집회를 하였다는 이유로 근로자에게 징계 등의 불이익한 처분을 할 수 없으며, 그와 같은 행위는 같은 법 제39조 제1호 소정의 부당노동행위에 해당한다.

나. 근로자에 대한 정직처분이 무효인 이상, 그 근로자가 정직처분을 받은 후에 개선의 정이 없다거나 또는 회사에 출입하였다 하여 이를 해고사유로 삼을 수 없다.

다. 근로자가 기존 노동조합의 조합원 자격이 없는데도 관리직 사원 15명을 토요일 근무시간 중 노동조합 사무실에 모이게 하여 근무이탈을 조장하고, 그 중 13명을 데리고 사실상 노동조합에 가입하여 그날부터 다음날까지 조합 간부들과 1박 2일 동안 야유회를 개최한 행위가 징계해고 사유에 포함되어 있다 하더라도, 그와 같은 징계사유만으로 그 근로자를 해고하는 것은 징계권의 남용에 해당한다고 한 사례.

【2】 가. 노동조합의 존속중에 그 조합원의 범위를 변경하는 조직변경의 허용범위

나. 서울상공회의소 노동조합이 대한상공회의소의 근로자에

계도 조합원자격을 인정하는 내용으로 조직을 변경하는 것이 허용되지 않는다고 한 사례

- 대판 1997. 7. 25. 95누4377

가. 노동조합이 존속중에 그 조합원의 범위를 변경하는 조직변경은 변경 후의 조합이 변경 전의 조합의 재산관계 및 단체협약의 주체로서의 지위를 그대로 승계한다는 조직변경의 효과에 비추어 볼 때 변경 전후의 조합의 실질적 동일성이 인정되는 범위 내에서 인정되고, 노동조합은 구성원인 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하고 민주적으로 운영되어야 하므로 어느 사업장의 근로자로 구성된 노동조합이 다른 사업장의 노동조합을 결성하거나 그 조직형태 등을 결정할 수는 없다.

나. 서울상공회의소 노동조합이 조직을 변경하여 그 조합원의 자격을 별도 독립법인인 대한상공회의소의 근로자에 대하여 까지 확장하는 것은, 조합의 인적 구성에서 실질적 동일성이 유지되지 아니하여 허용될 수 없을 뿐만 아니라(서울상공회의소 노동조합이 종전부터 대한상공회의소의 근로자에 대하여 관행상 조합원 자격을 인정하였다고 하더라도, 이는 자치법규인 서울상공회의소 노동조합의 규약에 반하는 것으로서 그러한 관행은 아무런 효력이 없다), 서울상공회의소 노동조합 총회의 결의에 의하여 대한상공회의소의 노동조합이 결성되고 그 조직형태나 가입자격 등이 결정되는 결과로 되어 노동조합의 자주성 및 민주성에도 반하게 되므로, 어느 모로 보나 허용될 수 없다고 한 사례.

[3] 복수노조 설립제한조항 위반 여부 및 당해 노조를 탈퇴하고 다른 업종별, 지역별 노조에 가입한 경우에 유니온 슝 협정

이 효력을 미친다고 한 사례

- 부산고법 2000. 4. 12. 90나7794

유니온 슝 조항은 노동조합의 교섭능력을 보호함으로써 노동조합과 근로자들의 이익을 보장하기 위한 것으로서 동 조항은 특단의 사정이 없는 한 존중되어야 하고 회사와 유니온 슝 조항을 체결하고 있는 노동조합의 조합원들이 당해 노동조합을 탈퇴하고 다른 노동조합에 가입하는 것을 허용한다면, 회사내에는 단체교섭권을 가지는 노동조합이 복수로 존재하게 되어 유니온 슝 협정은 유명무실한 것이 되는 결과가 되므로 허용되어서는 아니된다. 또한 교섭창구 단일화를 위한 단체교섭의 방비 등 필요한 사항이 마련되지 아니한 상황에서 특정 사업의 근로자들이 지역단위노조에 가입하고 있는 경우 당해 사업의 근로자 일부가 다른 지역노동조합에 가입하는 것을 허용하는 것은 하나의 사업에 사실상 복수노조가 존재하게 되어 노동조합의 분열로 인한 교섭력의 약화, 노동조합 상호간의 경쟁과 교섭창구의 이중화로 인한 노사관계의 혼란 등을 야기하게 되므로, 복수노조 설립을 허용하면서도 부칙에서 하나의 사업 또는 사업장의 경우에는 2001. 12. 31. 까지 단체교섭권을 가지는 복수노조를 인정하지 아니한다는 입법취지에 반하는 결과가 된다. 따라서 회사가 유니온 슝 조항을 근거로 노동조합에서 탈퇴한 근로자들을 해고한 것은 정당하다.

5. 노동조합의 조직과 운영

【1】 점심시간중 허가받지 않은 집회를 연 것이 징계사유에 해당 하는지

- 대판 1994. 5. 13. 93다32002

허가받지 아니한 집회가 점심시간 중에 이루어진 것이라 하더라도 그것이 노무지휘권이 미치는 사내에서 취업규칙이 금하고 있는 행위의 태양으로 이루어진 이상 이는 징계사유에 해당한다.

【2】 정의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 전체 조합원이 참석할 수 있도록 근무시간 중에 노동조합 임시총회를 개최하고 3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여흥시간을 가졌더라도 그 임시총회 개최행위가 전체적으로 노동조합의 정당한 행위에 해당한다고 본 사례

- 대판 1994. 2. 22. 93도613

가. 노동조합의 활동이 정당하다고 하기 위하여는 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 목시적인 수권 또는 승인을 받았다고 볼 수 있는 것으로서 근로조건의 유지 개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행 또는 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행하여져야 하고, 사업장 내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 계약에 따라야 하며, 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는

것이어야 한다.

나. 쟁의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 전체 조합원이 참석할 수 있도록 근무시간 중에 노동조합 임시총회를 개최하고 3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여흥시간을 가졌더라도 그 임시총회 개최행위가 전체적으로 노동조합의 정당한 행위에 해당한다고 본 사례.

【3】 특정인에 대한 잘못된 사실의 공표시 명예훼손 성립

- 대판 1993. 6. 22. 92도3160

가. 형법 제310조의 규정은 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의 자유의 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.

나. 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 사실 자체의 내용과 성질에 비추어 객관적으로 판단하여야 하고, 행위자의 주요한 목적이 공공의 이익을 위한 것이면 부수적으로 다른 사익적 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다.

다. 노동조합 조합장이 전임 조합장의 업무처리 내용 중 근거자료가 불명확한 부분에 대하여 대자보를 작성 부착한 행위가 공공의 이익을 위한 것이고 적시된 내용을 진실이라고 믿고 그렇게 믿는데에 상당한 이유가 있다 하여 위법성이 없다고 본 사례.

【4】 노동조합활동으로서 배포된 문서의 문언에 의하여 타인의 인격 등이 훼손되고, 그 내용의 일부가 허위이더라도 그 배포 목적이 근로자의 경제적, 사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것이고 그 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 경우 위 문서배포 행위가 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는지 여부

- 대판 1993. 12. 28. 93다13544

노동조합활동으로서 배포된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격 신용 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 그 문서에 기재되어 있는 사실관계의 일부가 허위이거나 그 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 그 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 노동조합원들의 단결이나 근로조건의 유지 개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적 사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것이고, 또 그 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면, 그와 같은 문서의 배포행위는 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 것으로 보아야 한다.

【5】 단체의 임원을 선출하는 투표에 있어 한 조의 후보란에 2개의 기표가 되어 있는 쌍가락지표를 유효하다고 본 사례

- 대판 1995. 4. 14. 94다52225

가. 단체의 임원을 선출하는 투표에 있어 동일 기표란에 2개의 기표가 되어 있는 쌍가락지표가 모두 정식의 기표용구인 붓뚜껍으로 사용하여 기표된 것이며 비록 그 기표가 2번 되어 있다고 하더라도 어느 동반후보자를 지지하였는지를 명확히 알 수 있을 뿐만 아니라 그 투표용지 자체에 절단훼손 등이 없고 그 기표 이외의 다

른 표지는 없는 사실이 인정되고, 또한 후보들이 동반출마하여 한조를 이루어 투표하는 방식은 처음 실시되었고 투표용지 자체에 정부후보 표시 아래에 각각 동그라미표를 할 수 있는 여백이 있어 특별한 의도 없이도 병기된 동반후보를 개개인별로 지지한다는 뜻으로 기표할 여지가 있다고 인정된다면, 쌍가락지표라고 하여 곧 투표의 비밀을 해할 특별표지가 있는 투표용지라고 보기 어렵다고 한 사례.

나. 단체의 임원 선출을 위한 투표에 있어서 개표 후 당선공고나 발표가 있어야 비로소 당선의 효력이 생긴다는 명문의 규정이 없는 한, 개표가 완료되어 정관 등에서 정하고 있는 이상의 득표를 하였으면 당연히 그 후보가 임원으로 선출되는 것이라고 보아야 한다.

【6】 유인물 배포와 취업시간중의 임시총회 개최

- 대판 1994. 9. 30. 94다4042

가. 사업장 내에서의 기업질서를 유지하기 위하여 사업장 내에서의 유인물배포에 관하여 취업규칙에서 사용자의 허가를 얻도록 한 허가규정이나 이를 위반한 근로자에 대하여 징계할 수 있도록 한 징계규정이 언론의 자유를 보장한 헌법 조항에 위반하여 무효라고 할 수 없다.

나. 단체협약에서 "전임이 아닌 조합원의 조합활동은 취업시간 외에 행함을 원칙으로 하나 부득이한 사유발생으로 취업시간 중에 조합활동을 하고자 할 경우에는 사전에 회사에 통보하여야 하며 특별한 사유가 없는 한 허용하여야 한다"고 규정하고 있는 경우, 전임이 아닌 조합원의 취업시간 중의 조합활동은 그것이 정당한 조합

활동을 목적으로 행하여질 경우로 제한하는 것이 그 규정을 둔 취지에 부합하고, 또한 이는 단체협약 규정 자체에 의하여 예외적으로 허용되는 것일 뿐 아니라 더욱이 회사는 노동조합측에서 전임이 아닌 조합원의 취업시간 중의 조합활동을 통보한 경우 특별한 사유가 없는 한 허용하도록 규정되어 있는 점 등에 비추어 위 규정 소정의 "부득이한 사유"는 매우 제한적으로 해석하여야 하며, 따라서 전임이 아닌 조합원의 취업시간 중의 조합활동으로서 임시총회를 개최하기 위하여는 예컨대 노조임원의 대부분이 궐석되어 노조의 정상적인 활동을 수행하기 어려운 급박한 사정이 있어 임시총회를 개최하여 궐석임원을 선출할 필요가 있다든가 노조의 합병 등 노조의 존속여부 및 조직변경에 관한 중대한 결정을 할 필요가 있는 경우, 또는 정당한 쟁의행위를 결행할 것인가를 의결하기 위하여 임시총회를 개최할 필요가 있는 경우 등으로 국한시켜야 할 것이므로, 정당하지 아니한 쟁의행위를 결행할 것인가 여부를 결정하기 위하여 취업시간 중에 임시총회를 개최하는 것은 단체협약에서 전임이 아닌 조합원의 취업시간 중의 조합활동을 허용하도록 규정된 취지에 어긋날 뿐 아니라 단체협약 소정의 "부득이한 사유"에도 해당하지 않는다.

【7】 단체협약상의 노조활동을 위한 전용차량 지원시 운행일지의 보고규정 및 취업시간중의 조합활동을 허용하는 경우 그 위반여부의 판단

- 대판 1995. 3. 14. 94누5496

가. 노동조합원들이 레미콘차량 운전기사로서 대부분의 시간을 회사 밖의 공사현장에서 보내고 있어 공사현장의 작업상황에 따라 회사의 규정근무시간 이후라도 임의로 작업을 종료할 수 없을 뿐

아니라 작업종료시간을 일률적으로 맞출 수 없는 업무의 특수성 등으로 인하여 취업시간 중의 조합활동이 불가피하고, 회사의 단체협약도 취업시간 중의 조합활동을 허용하고 있는 것이라면, 노동조합 총회 등이 취업시간 중에 개최되었다는 사유만으로 위 총회 등의 개최가 정당한 노동조합의 활동범위를 벗어났다고 할 수 없다.

나. 회사의 단체협약이 "회사는 조합에 전용차량 1대를 지원한다. 차량사용은 노조활동시에만 사용한다. 차량운행일지는 익일 10시까지 본사에 보고한다. 노조는 업무 외 개인적으로 차량사용을 절대로 하지 못한다"고 규정하고 있는 경우, 노조위원장이 차량을 출퇴근 및 근무지를 이탈하는 데 이용하고 운행일지도 제출하지 아니하였다면 이는 위 단체협약에 위반된다.

【8】 노동조합의 임원 선거에 관한 노동조합법 제19조 제2항의 의결정족수의 의의

- 대판 1995. 8. 29. 95마645

가. 노동조합법 제19조 제1항 소정의 "임원의 선거에 관한 사항"에 임원의 선거 자체가 포함됨은 명백하고, 한편 총회의 의결방법에 관하여 규정하고 있는 같은 조 제2항은 노동조합의 구성원인 조합원이 그 조직과 운영에 관한 의사결정에 다수결의 원칙에 따라 관여할 수 있도록 함으로써 이른바 조합민주주의를 실현하기 위한 규정이므로 총회의 의결방법에 관한 위 규정은 강행규정이요, 위 규정의 문언에 의하더라도 총회의 특별결의를 요하는 사항이 아닌 총회 의결사항은 재적조합원 과반수의 출석과 출석조합원 과반수의 찬성으로 의결하도록 규정되어 있는 바이므로, 총회에서 노동조합의 대표자인 임원으로 선출되기 위하여는 재적 조합원 과반수가 출

석하여 투표를 시행하고 아울러 총투표자 과반수의 득표를 하여야 한다.

나. 노동조합의 대표자 선거의 2차투표에서 총투표수의 과반수에 는 미달하나 총유효투표수의 과반수를 득표한 후보자를 당선자로 인정한 원심판결을 법리오해를 이유로 파기한 사례

【9】 유니언 슝 협정이 있는 사업장의 일부 조합원이 노동조합에 불만을 품고 탈퇴하였다가 다시 재가입 신청을 하였으나 그 들 중 일부만의 가입을 승인하고 나머지의 승인을 거부한 것은 권리남용 내지 신의칙 위반이라고 본 사례

- 대판 1996. 10. 29. 96다28899

가. 조합이 조합원의 자격을 갖추고 있는 근로자의 조합 가입을 함부로 거부하는 것은 허용되지 아니하고, 특히 유니언 슝 협정에 의한 가입강제가 있는 경우에는 단체협약에 명문 규정이 없더라도 노동조합의 요구가 있으면 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 수 있기 때문에 조합측에서 근로자의 조합 가입을 거부하게 되면 이는 곧바로 해고로 직결될 수 있으므로 조합은 노조가입 신청인에게 제명에 해당하는 사유가 있다는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 가입에 대하여 승인을 거부할 수 없고, 따라서 조합 가입에 조합원의 사전 동의를 받아야 한다거나 탈퇴 조합원이 재가입하려면 대의원대회와 조합원총회에서 각 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야만 된다는 조합가입에 관한 제약은 그 자체가 위법 부당하므로, 특별한 사정이 없는 경우에 까지 그와 같은 제약을 가하는 것은 기존 조합원으로서의 권리남용 내지 신의칙 위반에 해당된다.

나. 유니언 솅 협정이 있는 사업장의 일부 조합원이 노동조합에 불만을 품고 탈퇴하였다가 다시 재가입 신청을 하였으나 그들 중 일부만의 가입을 승인하고 나머지에 대하여는 승인을 거부한 것은 권리남용 내지 신의칙 위반이라고 본 사례

【10】 가. 노동조합이 자체적으로 마련한 선거관리규정의 효력

나. 노동조합의 선거관리규정에서 투표의 유효성에 관한 기준을 공식적으로 해석할 권한을 당해 조합의 선거관리위원회에 부여한 경우, 그에 기한 선거관리위원회의 해석의 기속력

다. 노동조합의 선거관리위원회가 투표용지를 지정된 방법 이외의 방법으로 접은 것도 '투표용지의 훼손'에 해당하여 무효라고 해석한 것이 적법하다고 인정한 사례

라. 조합원들이 특정 후보자의 주문에 따라 의도적으로 투표용지를 특정한 방법으로 접어서 투표한 경우, 무기명·비밀선거의 원칙을 규정한 구 노동조합법 제19조 제3항에 위배되어 무효인지 여부(적극)

- 대판 1998. 2. 27. 97다43567

가. 노동조합은 근로자들이 자신들의 이익을 옹호하기 위하여 자주적으로 결성한 임의단체로서 그 내부 운영에 있어서 조합 규약 및 다수결에 의한 자치가 보장되므로, 노동조합이 자체적으로 마련한 선거관리규정은 조합 민주주의를 실현하기 위한 강행법규에 적합한 범위 내에서는 일종의 자치적 법규범으로서 국가법질서 내에서 법적 효력을 가진다.

나. 노동조합의 선거관리규정에서 투표의 유효성에 관한 기준

규정을 공식적으로 해석할 권한을 조합의 선거관리위원회에 부여한 이상, 그러한 유권해석 권한에 터잡아 행하여진 선거관리위원회의 해석은, 그 내용이 단체적 노사관계법에서 규제하는 선거의 기본원칙 및 정의의 관념에 부합할 뿐만 아니라 해석의 대상이 된 당해 규정의 문자적 의미에 명백히 반하지 아니하며, 그 해석에 따른 무효사유를 객관적으로 명확히 하여 투표 실시전에 선거인인 조합원들이 주지할 수 있도록 충분히 홍보한 것이라면, 조합원들의 투표의사를 해할 우려가 없으므로 선거관리위원회가 사전에 정한 해석 내용에 따라 투표의 유효 여부를 판정함이 마땅하다.

다. 노동조합의 선거관리규정에 의하여 투표의 유·무효에 관한 해석권한을 부여받은 선거관리위원회가 불공정한 선거를 방지할 목적으로 투표용지를 지정된 방법 이외의 방법으로 접은 것도 투표용지의 '훼손'에 해당한다고 해석한 경우, 것처럼 훼손의 의미를 넓게 해석한 취지가 투표의 비밀을 보장하기 위함이고 그러한 해석 내용이 정의관념에 부합할 뿐만 아니라 '훼손'이라는 문자적 의미에 명백히 반한다고 할 수 없으므로, 그에 따라 행하여진 투표의 유·무효 판정은 적법하다고 한 사례.

라. 조합원 개인 또는 특정 친목단체에 속한 조합원들이 특정 후보자의 개별적인 주문에 따라 그 투표에 의하여 나타난 자신들의 의사 내용을 그 후보자가 알 수 있도록 의도적으로 투표용지를 특정한 방법으로 접어서 투표함에 투입한 경우, 그 투표는 조합의 선거관리규정에서 정한 유·무효에 관한 판정 기준의 내용을 따져볼 필요 없이 조합 민주주의를 실현하기 위하여 규정한 강행법규인 구 노동조합법(1997. 3. 1. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제19조 제3항 소정의 무기명·비밀선거의 원칙에 위반되어 그

자체로 무효이다.

【11】 노조전임자가 사규의 적용을 받는지 여부

- 대판 1995. 4. 11. 94다58087

가. 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 출퇴근에 대한 사규의 적용을 받게 된다.

나. 노동조합의 업무가 사용자의 노무관리업무와 전혀 무관한 것이 아니고 안정된 노사관계의 형성이라는 면에서 볼 때는 오히려 밀접하게 관련되어 있으므로, 근로계약 소정의 본래 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하는 노조전임자의 경우에 있어서 출근은 통상적인 조합업무가 수행되는 노조사무실에서 조합업무에 착수할 수 있는 상태에 임하는 것이라 할 것이고, 만약 노조전임자가 사용자에 대하여 취업규칙 등 소정의 절차를 취하지 아니한 채 위와 같은 상태에 임하지 아니하는 것은 무단결근에 해당한다

【12】 노조전임자가 노동조합업무 수행중 입은 재해가 업무상 재해인지 여부

- 대판 1996. 6. 28. 96다12733

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 질병

이 노동조합업무 수행 중 육체적·정신적 과로로 인하여 발병된 경우, 특별한 사정이 없는 한 이는 근로기준법상 재해 보상이 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 쟁의 단계에 들어간 이후의 노동조합 활동 중에 생긴 재해 등은 이를 업무상 재해로 볼 수 없다.

【13】 노동조합 전임자의 근로계약상 지위

- 대판 1996. 12. 6. 96다26671

가. 노동조합 전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만, 휴직 상태에 있는 근로자와 유사하여 근로계약상의 근로를 하지 않을 수 있는 지위에 있다.

나. 쟁의행위기간 중의 임금청구권에 관한 대법원 1995. 12. 21. 선고 94다26721 전원합의체 판결 등은 근로계약상의 근로제공의무를 부담하는 근로자의 경우에 관한 무노동무임금의 원칙을 선언한 것이므로, 이는 근로제공의무가 없는 노동조합 전임자에 관한 사건에 직접 적용할 선례라고 할 수 없다.

【14】 노조간부 당선자의 노조 전임발령 전 종전 부서에서의 근로제공의무의 존부

- 대판 1997. 4. 25. 97다6926

가. 일반적으로 인사처분에는 인사이동, 상벌, 해고 등 근로관계

의 변동, 소멸을 가져오는 모든 처분을 포함하는 것이고, 단체협약에 노조간부 등에 대한 인사는 조합과 합의하여 결정한다고 규정하고 있는 경우, 이러한 합의절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효이다.

나. 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 노조 전임 규정을 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 근로계약 관계를 직접 규율할 수 없어서 노조전임발령 전에는 근로제공의무가 면제될 수 없다.

다. 근로자가 근로계약에 의하여 사용자에게 부담하는 근로제공의무를 이행하지 못하게 된 경우, 이를 정당화하기 위하여는 사용자의 사전 또는 사후의 승인을 요하고, 근로자의 일방적 통지에 의하여 근로제공의무의 불이행이 정당화될 수는 없으므로, 노조지부장으로 선출된 근로자가 종래의 근무부서에 출근하지 아니하면서 결근계를 제출하였다고 하더라도 사용자의 승낙이 없는 이상 무단결근에 해당한다.

【15】 노조전임제의 근거규정인 단체협약이 유효기간의 만료로 효력을 상실한 경우, 원직 복귀명령에 불응한 노조전임자를 해고한 것이 부당노동행위에 해당하지 않는다고 본 사례

- 대판 1997. 6. 13. 96누17738

단체협약이 유효기간의 만료로 효력이 상실되었고, 단체협약상의 노조대표의 전임규정이 새로운 단체협약 체결시까지 효력을 지속시키기로 약정한 규범적 부분도 아닌 경우, 그 단체협약에 따라 노동조합 업무만을 전담하던 노조전임자는 사용자의 원직 복귀명령에 응하여야 할 것이므로 그 원직 복귀명령에 불응한 행위는 취업규칙 소정의 해고사유에 해당하고, 따라서 사용자가 원직 복귀명령에 불응한 노조전임자를 해고한 것은 정당한 인사권의 행사로서 그 해고사유가 표면적인 구실에 불과하여 징계권 남용에 의한 부당노동행위에 해당하지 않는다고 본 사례.

【16】 가. 노동조합 전임자의 근로계약상의 지위 및 단체협약 등에 의하여 노동조합 전임자에게 지급된 금원을 임금으로 볼 수 있는지 여부(소극)

나. 노동조합 전임자의 퇴직금 산정 방법

- 대판 1998. 4. 24. 97다54727

가. 노동조합 전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만, 노동조합 전임자의 근로제공의무가 면제되고 원칙적으로 사용자의 임금 지급의무도 면제된다는 점에서 휴직 상태에 있는 근로자와 유사하고, 따라서 사용자가 단체협약 등에 따라 노동조합 전임자에게 일정한 금원을 지급한다고 하더라도 이를 근로의 대가인 임금이라고는 할 수 없다.

나. 노동조합 전임자의 퇴직금을 산정함에 있어서는 노동조합 전

임자로서 실제로 지급받아 온 급여를 기준으로 할 수는 없고, 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하려는 퇴직금 제도의 취지에 비추어 볼 때, 그들과 동일 직급 및 호봉의 근로자들의 평균임금을 기준으로 하여 퇴직금을 산정함이 상당하다.

【17】 조합원의 직접 선거에 의하지 않고 선출된 대의원으로 구성된 노동조합 대의원회 결의의 효력

- 대판 2000. 1. 14. 97다41349

노동조합법 제20조 제2항이 노동조합의 최고의결기관인 총회에 갈음할 대의원회의 대의원을 조합원의 직접, 비밀, 무기명투표에 의하여 선출하도록 규정하고 있는 취지는 노동조합의 구성원인 조합원이 그 조합의 조직과 운영에 관한 의사결정에 관여할 수 있도록 함으로써 조합내 민주주의를 실현하기 위함에 있고 이는 강행규정이라고 할 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 위 법 조항에 위반하여 조합원이 대의원의 선출에 직접 관여하지 못하도록 간접적인 선출방법을 정한 규약이나 선거관리규정 등은 무효라 할 것이다.

6. 단체교섭

【1】 노동조합법 제33조 제1항 본문의 “교섭할 권한” 및 “교섭권자”의 의미

- 대판 1995. 3. 10. 94마605

가. 노동조합법 제33조 제1항 본문의 규정에 기한 “교섭할 권한” 이라 함은 사실행위로서의 단체교섭 외에 교섭한 결과에 따라 단체협약을 체결할 권한을 포함한다.

나. 단체협약을 문서화하고 당사자 쌍방의 서명날인을 하도록 규정한 노동조합법 제34조 제1항의 취지가 단체협약이 규율대상으로 하고 있는 노사관계가 집단적·계속적이라는 점을 고려하여 체결당사자를 명백히 함과 동시에 당사자의 최종적인 의사를 확인함으로써 단체협약의 진정성과 명확성을 담보하려는 것으로서, 그 단체협약에 대한 서명날인 대신 서명무인을 하였다 하더라도 이를 무효로 볼 수는 없다.

【2】 가. 노동조합과 단체교섭을 할 상대방인 사용자단체의 의미

나. 식품위생법 제44조에 의하여 조직된 '동업자조합'이 노동조합과 단체교섭을 한 상대방인 사용자단체에 해당하지 않는다고 한 사례

- 대판 1999. 6. 22. 98두137

가. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지) 제33조 제1항, 제4항에 의하여 노동조합과 단체교섭을 할 상대방인 사용자단체는 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에게 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 자이어야 하는데, 사용자단체가 이러한 권한을 갖기 위하여는 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약을 체결하는 것을 그 목적으로 하고 또 그 구성원인 각 사용자에게 대하여 통제력을 가지고 있어야 한다.

나. 식품위생법 제44조에 의하여 조직된 '동업자조합'이 노동조

합과 단체교섭을 한 상대방인 사용자단체에 해당하지 않는다고 한 사례.

【3】 단체협약 체결 당사자 및 체결방식

- 대판 1996. 6. 28. 94다49847

가. 노동조합과 사이에 체결한 단체협약이 유효하게 성립하려면 단체협약을 체결할 능력이 있는 사용자나 사용자단체가 그 상대방 당사자로서 체결하여야 하고, 나아가 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인함으로써 노동조합법 제34조 제1항 소정의 방식을 갖추어야 한다.

나. 부산직할시장이 일용인부 노동조합과 사이에 단체협약을 체결할 무렵에 부산직할시 사하구를 포함한 부산직할시 관할구역안의 각 자치구를 그 구성원으로 하는 사용자단체는 구성되어 있지 아니하였고, 그 무렵 부산직할시는 지방자치법에 따른 지방자치단체의 하나이고 부산직할시 관할구역 안의 각 자치구 또한 이와는 별도의 지방자치단체에 불과하므로 부산직할시가 그 관할구역 안의 각 자치구를 구성원으로 하는 사용자단체라고도 할 수 없고, 부산직할시 사하구는 그 단체협약에 당사자로서 서명 날인한 사실이 없음이 분명하므로, 그 단체협약은 부산직할시 사하구에 대하여는 그 효력을 미치지 못한다고 한 사례.

【4】 정부투자기관에 대한 예산편성지침통보가 행정처분인지여부

- 대판 1993. 9. 14. 93누9163

정부투자기관관리기본법 제21조의 규정에 따른 경제기획원장관

의 정부투자기관에 대한 예산편성지침통보는 정부투자기관의 경영 합리화와 정부투자의 효율적 관리를 도모하기 위한 것으로서 그에 대한 감독작용에 해당할 뿐 그 자체만으로는 직접적으로 국민의 권리, 의무가 설정, 변경, 박탈되거나 그 범위가 확정되는 등 기존의 권리상태에 어떤 변동을 가져오는 것이 아니므로 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.

**【5】 가. 사업부의 폐지와 같은 경영주체의 경영의사 결정에 의한 경영조직의 변경이 단체교섭사항이 될 수 있는지 여부
나. 단체교섭사항이 될 수 없는 사업부 폐지 결정을 백지화시킬 목적으로 한 쟁의행위의 정당성**

- 대판 1994. 3. 25. 93다30242

가. 회사가 그 산하 시설관리사업부를 폐지시키기로 결정한 것은 적자가 누적되고 시설관리계약이 감소할 뿐 아니라 계열사와의 재계약조차 인건비 상승으로 인한 경쟁력 약화로 불가능해짐에 따라 불가피하게 취해진 조치로서 이는 경영주체의 경영의사 결정에 의한 경영조직의 변경에 해당하여 그 폐지 결정 자체는 단체교섭사항이 될 수 없다.

나. 노동조합이 시설관리사업부 폐지 자체의 백지화만을 고집하면서 그 폐지에 따를 근로자의 배치전환 등 근로조건의 변경에 관하여 교섭하자는 회사의 요청을 전적으로 거부하고 폐지 백지화 주장을 관철시킬 목적으로 쟁의행위에 나아갔다면 그 쟁의행위는 그 목적에 있어 정당하지 아니하다.

7. 단체협약

【1】 단체협약상 근무시간 중에 노동활동을 예외적으로 허용할 의무가 사용자에게 있는 경우 단체협약 위반의 판단

- 대판 1996. 6. 28. 96도1050

단체협약의 각 조항이 노동조합활동을 보장하기 위하여 사용자에게 근무시간중의 노동조합 활동을 예외적으로 허용해야 할 의무를 부과하였다면 사용자가 그와 같은 의무를 위반한 경우 위 노동조합법 법조에 의하여 형사처벌을 할 수 있을 것이나, 그와 반대로 조합원이 근무시간 중에 노동조합활동을 한 경우까지 위 단체협약에 위반하였다고 처벌할 수는 없다고 본 사례.

【2】 근로자의 2/3 이상을 대표하고 있지 않은 노동조합에의 가입강제를 고용조건으로 하는 단체협약의 적부(소극)

- 대판 1997. 4. 11. 96누3005

노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 2/3 이상을 대표하고 있지 아니함에도 불구하고 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결하는 것은 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지) 제39조 제2호 본문 후단에 위반되어 허용되지 아니하므로, 그에 대한 관할 행정청의 단체협약시정명령은 정당하다.

【3】 승무, 배차 등에 관하여 노조와 사전합의를 하도록 한 단체협약조항의 당부

- 대판 1994. 8. 26. 93누8993

단체협약 중 조합원의 차량별 고정승무발령, 배차시간, 대기기사 배차순서 및 일당기사 배차에 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 있고 그 내용 역시 헌법이나 노동조합법 기타 노동관계법규에 어긋나지 아니하므로 정당하다.

【4】 가. 단체협약에 규정된 사전합의를 거치지 아니한 징계처분이 회사와 노조가 “분쟁상태”에 있는 경우에는 유효한지 여부

나. 회사가 노조의 적법성을 인정하지 아니하여 단체협약에 규정된 서면통보나 사전합의를 하지 아니한 경우, 징계위원회에 노조측 징계위원들이 불참한 것을 들어 노조가 합의거부권을 남용하였다고 인정한 원심판결에 채증법칙위반이 유 모순의 위법이 있다고 한 사례

- 대판 1995. 3. 28. 94다46763

가. 회사의 단체협약에 노조간부의 인사는 노조와 합의하여야 한다고 규정되어 있는 경우 이러한 합의를 거치지 아니한 징계처분은 원칙적으로 무효라 할 것이고, 다만 근로자나 노동조합측에서 스스로 이러한 합의절차를 포기하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우

에는 그렇지 않다고 보아야 하며, 위와 같은 단체협약 규정을 위반하여 행하여진 징계처분의 효력은 징계처분 당시회사와 노동조합이 “평화상태”에 있는가 또는 “분쟁상태”에 있는가에 따라 달리 볼 아무런 근거가 없다.

나. 회사가 노동조합의 적법성을 인정하지 아니하여 단체협약에 규정된 서면통보나 사전합의를 하지 아니하였다면, 단체협약에 규정된 사전합의를 하지 못한 것은 회사가 이를 거부하였기 때문이고 근로자나 노동조합측에서 스스로 이러한 합의절차를 포기한 것이라고는 도저히 볼 수 없음에도, 징계위원회에 노동조합측 징계위원들이 불참한 것을 들어(노동조합은 적법한 서면통보를 받은 바도 없고, 또한 징계위원회의 위원을 노사 동수로 규정하였다 하여 징계위원회에서의 논의가 바로 노동조합과의 사전합의절차라고 볼 수도 없다) 오히려 노동조합이 합리적인 이유 없이 위 사전합의 조항에 의한 합의거부권을 남용하였다고 인정한 원심판결에는 사전합의를 하지 못한 특별한 사정에 관하여 채증법칙위반 내지 이유모순의 위법이 있다고 한 사례.

【5】 가. "노동조합의 간부에 대한 징계에 대하여는 사전에 조합과 합의하여야 한다"라는 단체협약규정의 취지

나. 노동조합측에서 노조위원장과 다른 간부 1명이 징계위원회에 참석하였으나 징계대상자에 대한 징계에 대하여 별다른 이의를 제기하지 아니하여 징계에 관하여 묵시적 합의가 이루어졌다고 본 사례

- 대판 1995. 3. 10. 94다14650

가. "노동조합의 간부에 대한 징계에 대하여는 사전에 조합과 합의하여야 한다"라는 단체협약의 규정은 사용자가 노조간부에 대하

여 인사처분을 함에 있어서는 어떠한 형식으로든지 노동조합과 성실하게 의견을 교환하여 노사간에 "의견의 합치"를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 취지임이 분명하여 이러한 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효라고 할 것이나, 그러한 규정이 있다고 하여서 사용자의 피용자에 대한 징계권 그 자체를 부정할 수는 없는 것이므로, 노동조합의 간부인 피용자에게 징계사유가 있음이 발견된 경우에 어떠한 경우를 불문하고 노동조합측의 적극적인 찬성이 있어야 그 징계권을 행사할 수 있다는 취지로 이해할 수 없는 일이고, 회사측과 노동조합측이 징계에 관한 의견을 교환할 수 있는 기회가 마련되어 명시적이든 묵시적이든 어떠한 형태로든지 합의가 이루어졌다고 볼 수 있으면 족하다고 할 것이다.

나. 회사에서 징계대상자에 대한 징계절차를 개시함에 있어서 노동조합측에 통지를 하여 노동조합측에서 노조위원장과 다른 간부 1명이 징계의결을 위하여 열린 인사위원회에 참석하였으나 징계대상자에 대한 징계에 별다른 이의를 제기하지 아니하여 징계의결을 하기에 이르렀음이 분명하다면, 징계대상자에 대한 징계에 관하여 노동조합측과 최소한 묵시적 합의가 이루어졌다고 볼 것이다.

**【6】 “조합간부의 인사는 조합과 협의하여야 한다”는 단체협약에
위배하여 사전협의를 거치지 아니한 징계해고의 효력**

- 대판 1994. 12. 13. 93다59908

단체협약에서 “조합간부의 인사는 조합과 협의하여야 한다”고 한 취지는 회사가 노동조합 간부에 대한 인사를 하기에 앞서 회사로 하여금 인사나 징계의 내용을 사전에 노동조합에 통지하도록 하여 노동조합에게 인사나 징계의 공정을 기하게 하기 위하여 필요한

의견을 제시할 기회를 주고, 아울러 노동조합으로부터 제시된 의견을 참고자료로 고려하게 하려는 것에 지나지 않는 것이어서, 근로자에 대한 징계해고가 위와 같은 사전협의를 거치지 아니한 채 행하여졌다 하여 반드시 무효라고 할 수는 없다.

【7】 노동조합 간부에 대한 인사에 노동조합과 사전협의 절차를 거치도록 한 단체협약의 취지 및 이에 위반한 인사가 반드시 무효라고 할 수 있는지 여부

- 대판 1995. 8. 11. 95다10778

단체협약에서 “노동조합 간부에 대한 인사를 하기 위하여는 사전에 조합과 협의하여야 한다”는 규정을 둔 것은, 노동조합 간부에 대한 회사의 자의적인 인사권 행사로 인하여 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하려는 취지에서 회사로 하여금 노동조합의 간부 등에 대한 인사의 내용을 노동조합에 미리 통지하도록 하여 노동조합에게 징계를 포함한 인사의 공정을 기하기 위하여 필요한 노동조합측의 의견을 제시할 기회를 주고 노동조합으로부터 제시된 의견을 참고자료로 고려하게 하는 정도에 지나지 않는 것이라고 봄이 상당하므로, 노동조합 간부에 대한 인사가 위와 같은 사전협의 절차를 거치지 아니한 채 행하여졌다고 하여 그 인사의 효력이 없는 것이라고 할 수는 없다.

【8】 가. 징계처분에 대한 재심절차의 불이행 또는 중대한 하자로 재심이 무효인 경우, 그 징계처분의 효력(무효)

나. 단체협약소정의 노동조합 참여권이 보장되지 않은 채 재심이 행하여 졌더라도 징계처분 자체가 무효로 되지 않는 경우

가. 징계처분에 대한 재심절차는 징계처분에 대한 구제 내지 확정절차로서 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단되어야 하므로, 원래의 징계처분이 그 요건을 모두 갖추었다 하더라도 재심절차를 전혀 이행하지 않거나 재심절차에 중대한 하자가 있어 재심의 효력을 인정할 수 없는 경우에는 그 징계처분은 무효로 된다.

나. 단체협약 규정에 징계면직된 조합원이 재심을 청구할 경우 노동조합의 참여권을 보장하고 있음에도 불구하고 이를 보장하지 아니한 채 재심이 행하여져 징계면직처분이 확정되었다면, 그 징계처분은 절차에 중대한 하자가 있어 원칙적으로 무효라고 보아야 하지만, 만약 노동조합측에서 스스로 그러한 재심에의 참여권을 포기하였다거나, 또는 노동조합으로서의 기능을 상실한 노동조합이 앞으로 조합의 업무를 중단하겠다는 뜻을 직접 회사에게 통보하고 조합의 업무집행기구를 구성하는 조합 간부 전원이 사퇴하여 노동조합활동을 완전히 중단하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 조합측 대표의 참여를 보장하지 아니한 채 재심의결이 행하여졌다고 하더라도 그로 인하여 재심절차에 중대한 하자가 있는 것으로 되어 징계처분 자체가 무효로 된다고 볼 수는 없다.

[9] 단체협약상 '이 협약은 취업규칙보다 우선한다', '본 협약에 명시되지 않은 사항은 취업규칙에 따르되 근로조건을 저하시킬 수 없다'고 규정된 경우, 사용자가 취업규칙으로 새로운 해고사유를 정할 수 없다는 취지인지 여부

- 대판 1995. 1. 20. 94다37851

가. 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 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 터잡아 근로자를 해고하는 것이 단체협약에 반하는 것이라고 할 수 없다.

나. 사용자와 그 소속 근로자들로 조직된 노동조합 사이에서 체결된 단체협약에 '이 협약은 취업규칙보다 우선한다' '본 협약에 명시되지 않은 사항은 취업규칙에 따르되 근로조건을 저하시킬 수 없다'고 규정한 것은 근로기준법 제97조 제1항이나 노동조합법 제36조 제1항의 정신에 따라 단체협약상의 제 규정에 저촉되는 취업규칙의 효력을 인정할 수 없다는 취지를 밝힌 것에 불과할 뿐 사용자가 취업규칙으로 새로운 해고사유를 정할 수 없다는 취지는 아니다.

【10】 단체협약에 인사위원회의 재심에 앞서 조합과 해당 조합원의 의견을 듣도록 규정하고 있음에도, 이를 배제하는 예외 조항을 규정한 취업규칙 및 이에 따른 해고처분의 효력

- 대판 1995. 3. 10. 94다33552

가. 취업규칙이 "사장은 직원의 재심청구가 이유 있다고 인정할 경우에는 인사위원회에 재심을 요청할 수 있다"고 규정하고 있다 하더라도, 단체협약이 회사는 재심에 앞서 조합과 해당 조합원의

의견을 듣도록 규정하고 그에 대한 예외규정을 두고 있지 아니하다면, 이를 배제하는 예외조항을 규정한 위 취업규칙 조항은 단체협약 규정에 위반하여 무효라고 보아야 한다.

나. 단체협약에 회사의 인사(징계)결정에 이의가 있을 때 노동조합과 해당 조합원은 10일 이내에 이의서를 제출할 수 있으며, 회사는 이의서가 접수된 날로부터 7일 이내에 재심을 하고, 회사는 재심에 앞서 조합과 해당 조합원의 의견을 듣는다고 규정되어 있는 경우, 해고된 근로자가 이의제출 기간 내에 이의서를 제출하였으면 회사는 단체협약에 따라 재심절차를 열어 거기에서의 결정에 따라 해고처분의 당부를 확정지어야 할 것임에도 해고처분이 그 구제 내지 확정절차로서의 재심을 전혀 생략한 하자를 갖고 있다면, 이러한 절차상의 하자는 재심절차의 기능, 그에 대한 징계대상자의 기대, 절차의 엄격성을 고려하면 현저히 절차정의에 반하는 것이므로 위 해고처분은 절차상의 중대한 하자가 있어 무효라고 할 것이다.

【11】 징계회부 사실을 단체협약에 정한 소정일 이전에 통보받지 못하고 뒤늦게 통보받았으나 피징계자가 스스로 징계위원회에 출석하여 소명을 한 경우, 징계절차상의 하자가 치유되는지 여부

- 대판 1995. 10. 13. 95누6434

단체협약에 조합원을 징계할 경우 징계위원회 개최일로부터 소정일 이전에 피징계자에게 징계회부 통보를 하도록 규정되어 있는 데도 사용자가 단체협약에 규정된 여유기간을 두지 아니하고 뒤늦게 피징계자에게 징계회부되었음을 통보하는 것은 잘못이나, 피징계자가 스스로 징계위원회에 출석하여 통지절차에 대한 이의를 제기하지 아니하고 충분한 소명을 한 경우에는 그와 같은 절차상의

하자는 치유된다.

【12】 구속중인징계대상자에 대하여 단체협약 소정의 징계절차를 거치지 아니한 징계처분의 효력(무효)

- 대판 1996. 9. 6. 95다16400

단체협약 등에서 조합원의 징계시 사전 통지와 진술권 부여를 의무조항으로 규정하고 있다면 이는 징계의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것으로서 징계의 유효요건이고, 징계 대상자가 구속중이라고 하여도 서면 또는 대리인을 통하여 징계절차에서 변명을 하고 소명자료를 제출할 이익이 있는 것이므로 사전 통지를 하지 아니함으로써 이러한 기회가 박탈되었다면 그 징계는 효력이 없다.

【13】 해고시 사전합의를 규정한 단체협약 위반과 부당노동행위 성립과의 관계

- 대판 1997. 6. 13. 96누15718

가. 징계절차가 단체협약에 정한 '사전합의' 규정을 위반한 경우 사용자의 부당노동행위의사를 판단하는 자료는 될 수 있으나 부당노동행위의 성립에 영향을 미치는 결정적인 요소는 아니다.

나. 해고시 비록 단체협약상의 합의를 거치지 않는지만 정당한 조합활동을 협오하여 해고를 했다고 볼 만한 증거가 없기 때문에 부당노동행위라고 할 수 없다.

【14】 징계에 있어서 근로자에게 변경된 단체협약은 소급적용된다.

- 대판 1997. 5. 9. 95구25536

근로자에 대한 징벌인 징계해고 등에 관한 단체협약상의 규정이 근로자에게 유리하게 변경된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사용자는 새로운 단체협약이 시행되기 전의 근로자의 행위에 대하여도 근로자에게 유리한 새로운 단체협약에 의하여 징계하기로 묵시적으로 약정한 것으로 봄이 상당하고, 따라서 이러한 경우 그 징계의 당부는 새로운 단체협약에 의하여 판단하여야 한다.

【15】 징의기간중의 행위에 대한 민형사상 면책합의의 효력

- 대판 1993. 6. 8. 92다36984

징의행위와 관련 사용자측이 징의행위에 참가한 모든 조합원에 대해 인사상 불이익을 주지 않기로 노조와 합의하였다면 근로자들의 징위행위가 비록 취업규칙에 정한 징계사유에 해당되더라도 위의 면책합의 이후 그 합의에 반하여 원고들을 징계해고한 것은 부당한 것이다.

【16】 면책합의되었거나 징계시효가 지난 비위행위를 해고처분의 정당성을 판단하는 자료로 삼을 수 있는지 여부

- 대판 1995. 9. 5. 94다52294

면책합의되었거나 징계시효가 지난 비위행위라 하더라도 그러한 비위행위가 있었던 점을 징계량정의 판단자료로 삼는 것까지 금하는 것은 아니므로, 그러한 근무내력도 해고처분의 정당성을 판단하는 자료로 삼을 수 있다.

【17】 단체협약의 적용을 받게 되는 '동종근로자'에는 직종의 구분없이 사업장내의 모든 근로자가 해당된다.

- 대판 1999. 12. 10. 99두6927

노동조합및노동관계조정법 제35조의 규정에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 '동종의 근로자'라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리키는 바, 사업장 단위로 체결되는 단체협약의 적용범위가 특정되지 않았거나 협약조항이 모든 직종에 걸쳐서 공통적으로 적용되는 경우에는 직종의 구분없이 사업장내의 모든 근로자가 동종의 근로자에 해당된다.

8. 단체협약의 일반적·지역적 구속력

【1】 단체협약의 적용에 있어 경비원은 생산직 근로자와 동종의 근로자라고 할 수 없다고 본 원심판결을 수긍한 사례

- 대판 1995. 12. 22. 95다39618

가. 노동조합법 제37조의 규정에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 동종의 근로자라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리킨다.

나. 경비원은 감시적, 단속적 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 없다고 판단한 원심판결을 수긍한 사례.

【2】 구 노동조합법 제37조의 규정에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 '동종의 근로자'의 의미

- 대판 1997. 4. 25. 95다4056

구 노동조합법 (1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지) 제37조의 규정에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 '동종의 근로자'라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리킨다.

【3】 교섭권한을 위임하거나 협약체결에 관여하지 아니한 노동조합이 독자적으로 단체교섭권을 행사하여 이미 별도의 단체협약을 체결한 경우, 지역적 구속력 결정의 효력이 그 노동조합이나 근로자에게 미치는지 여부

- 대판 1993. 12. 21. 92도2247

헌법 제33조 제1항은 근로자는 근로조건을 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하여 근로자의 자주적인 단결권뿐 아니라 단체교섭권과 단체행동권을 보장하고 있으므로, 노동조합법 제38조가 규정하는 지역적 구속력 제도의 목적을 어찌한 것으로 파악하건 적어도 교섭권한을 위임하거나 협약체결에 관여하지 아니한 협약 외의 노동조합이 독자적으로 단체교섭권을 행사하여 이미 별도의 단체협약을 체결한 경우에는 그 협약이 유효하게 존속하고 있는 한 지역적 구속력 결정의 효력은 그 노동조합이나 그 구성원인 근로자에게는 미치지 않는다고 해석하여야 할 것이고, 또 협약 외의 노동조합이 위와 같이 별도로 체결하여 적용받고 있는 단체협약의 갱신체결이나 보다 나은 근로조건을 얻기 위한 단체교섭이나 단체행동을 하는 것 자체를 금지하거나 제

한할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

【4】 성질상 통상임금에 산입되어야 할 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사간 합의의 효력

- 대판 1993. 11. 9. 93다8658

통상임금은 실제 근로시간이나 실적에 따라 증감될 수 있는 평균임금의 최저한도를 보장하고(근로기준법 제19조 제2항), 같은 법 제46조 소정의 시간외, 야간 및 휴일근로에 대한 가산수당, 같은 법 제27조의2 소정의 해고예고수당 등의 산정근거가 되는 것이고 또 위의 법조에서는 가산율 또는 지급일수 외의 별도의 최저기준을 규정한 바 없으므로 노사간의 합의에 따라 성질상 통상임금에 산입되어야 할 각종 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 합의의 효력을 인정한다면 근로기준법이 시간외, 야간 및 휴일근로에 대하여 가산수당을 지급하고, 해고 근로자에게 일정기간 통상적으로 지급받을 급료를 지급하도록 규정한 취지에 어긋나게 될 것이므로 같은 법 소정의 통상임금에 산입될 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사간의 합의는 같은 법 제20조 제1항 소정의 같은 법이 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 근로계약에 해당하여 무효이다.

【5】 식대보조비, 체력단련비 등을 평균임금의 산정에서 제외하기로 하는 합의가 있는 경우, 이를 퇴직금 산정의 기초임금에서 제외하여야 할 것인지 여부

- 대판 1995. 9. 26. 94다28123

근로기준법상의 평균임금 규정에 의하여 퇴직금 산정을 위한 기초임금을 산정할 경우에도, 노사간에 식대보조비, 연료보조비, 체력

단련비를 평균임금의 산정에서 제외하기로 하는 별도의 합의가 있었고 그 합의가 근로기준법에 위배되어 무효로 되지 아니한다면, 이는 퇴직금 산정의 기초임금에서 제외하여야 한다.

【6】 회사와 노동조합 사이에 “조합원 징계자는 노사화합차원에서 징계결정일로부터 전원 복권·복직한다” 라는 합의의 취지

- 대판 1994. 12. 13. 93다59908

정리회사의 관리인과 노동조합 사이에 “전년도에 발생한 조합원 징계자는 노사화합차원에서 징계결정일로부터 전원 복권·복직한다”라는 합의서가 작성된 경우, 그 합의는 조합원에 대한 징계를 무효로 하여 그 조합원과의 종전 근로계약을 계속 유지한다는 취지로 보아야 한다.

【7】 "정년퇴직 후 본인의 요청에 의하여 1년간 촉탁으로 근무할 수 있다" 는 단체협약 규정은 의무조항이다.

- 대판 1996. 9. 20. 95다20454

“정년퇴직 후 본인의 요청에 의하여 1년간 촉탁으로 근무할 수 있다.”는 단체협약규정에 대하여 그 제정경위, 변천 과정, 교섭 당시의 상황 및 합의과정 등에 비추어 의무조항으로 해석함이 상당하다

【8】 3조 2교대 근무제에서 3조 3교대 근무제로 변경하는 것을 반대한 근로자의 시간외 근로수당 청구가 신의칙에 반하지 않는다고 본 사례

- 대판 1997. 1. 24. 95다30314

기업체가 근로자의 3조 2교대 근무 또는 토요일 격주 전일근무 제에 따른 단체적·포괄적 시간외 근로에 대한 대가인 수당을 1991. 6. 30.까지 지급하였는데, 기업체와 그 노동조합이 같은 해 7. 1.부터 시행된 단체협약에서 그 수당은 근로자에게 1990. 12. 31.까지 지급된 것으로 하고 1991. 1. 1.부터 같은 해 6. 30.까지 지급된 부분은 1991. 1. 1.부터 기본급에 포함되어 기본급이 인상된 것으로 소급처리하기로 한 경우, 근로자는 1991. 1. 1. 이후의 시간외 근로 수당을 청구할 수 있다.

【9】 사용자가 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의 없이 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경한 후 노동조합과 사이에 체결된 새로운 단체협약에 따라 취업규칙을 재개정한 경우, 그 취업규칙의 효력(유효)과 적용 범위

- 대판 1997. 6. 10. 95다34316

단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자 단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로써 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 생기므로, 취업규칙의 변경이 근로자에게 불이익함에도 불구하고, 사용자가 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 얻지 아니한 채 변경을 함으로써 기득이익을 침해하게 되는 기존의 근로자에 대하여는 종전의 취업규칙이 적용되어야 하는 경우에도 노동조합이 사용자측과의 사이에 새로운

내용의 단체협약을 체결한 경우에는 기득이익을 침해하게 되는 기존의 근로자에 대하여 종전의 취업규칙이 적용되어야 함을 알았는지 여부에 관계없이 원칙적으로 그 협약의 적용을 받게 될 노동조합원이나 근로자들에 대하여 효력이 생기고, 따라서 그 협약의 내용에 따라 개정된 취업규칙은 근로자들에 대하여 적용되어야 한다.

【10】 단체협약이 유효하게 성립하기 위한 협약체결 당사자 및 그 방식

- 대판 1997. 1. 21.95다24821

가. 노동조합과 사이에 체결한 단체협약이 유효하게 성립하려면 단체협약을 체결할 능력이 있는 사용자나 사용자 단체가 그 상대방 당사자로서 체결하여야 하고, 나아가 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인함으로써 노동조합법 제34조 제1항 소정의 방식을 갖추어야 한다.

나. 학교법인과 노동조합 사이에 체결된 단체협약에 학교법인이 운영하는 대학교의 총장과 노동조합장의 기명날인만 있을 뿐, 당해 대학교를 설립·운영하면서 사무직원 등을 채용하는 사용자인 학교법인의 대표자가 단체협약의 체결 당사자로서 서명날인한 사실이 없다면 단체협약으로서 유효하게 성립하였다고 할 수 없다.

9. 단체행동

【1】 근로자들을 선동하여 통상적인 연장근로를 집단적으로 거부함으로써 회사업무의 정상운동을 방해한 것이 쟁의행위에 해당하

는지 여부(적극)

- 대판 1996. 2. 27. 95도2970

연장근로가 당사자의 합의에 의하여 이루어지는 것이라고 하더라도 근로자들을 선동하여 근로자들이 통상적으로 해 오던 연장근로를 집단적으로 거부하도록 함으로써 회사 업무의 정상 운영을 방해하였다면 이는 쟁의행위로 보아야 한다.

【2】 09:00이전에 출근하여 업무준비를 한 후 09:00부터 근무하도록 되어 있는 직원들에 대하여 집단으로 09:00 정각에 출근하도록 시킨 행위가 업무방해죄를 구성한다고 본 사례

- 대판 1996. 5. 10. 96도419

단체협약에 따른 공사 사장의 지시로 09:00 이전에 출근하여 업무준비를 한 후 09:00부터 근무를 하도록 되어 있음에도 피고인이 쟁의행위의 적법한 절차를 거치지도 아니한 채 조합원들로 하여금 집단으로 09:00 정각에 출근하도록 지시를 하여 이에 따라 수백, 수천 명의 조합원들이 집단적으로 09:00 정각에 출근함으로써 전화고장수리가 지연되는 등으로 위 공사의 업무수행에 지장을 초래하였다면 이는 실질적으로 피고인 등이 위 공사의 정상적인 업무수행을 저해함으로써 그들의 주장을 관철시키기 위하여 한 쟁의행위라 할 것이나 쟁의행위의 적법한 절차를 거치지 아니하였음은 물론 이로 인하여 공익에 커다란 영향을 미치는 위 공사의 정상적인 업무운영이 방해되었을 뿐만 아니라 전화고장수리 등을 받고자 하는 수요자들에게도 상당한 지장을 초래하게 된 점등에 비추어 상당한 쟁의행위의 한계를 벗어난 것으로 업무방해죄를 구성하고, 피고인의 이와 같은 행위가 노동3권을 보장받고 있는 근로자의 당연

한 권리행사로서 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.

【3】 쟁의행위가 정당성을 갖기 위한 그 주체, 목적, 시기 및 방법의 요건

- 대판 1994. 9. 30. 94다4042

근로자의 쟁의행위가 정당성을 갖추기 위하여는, 그 주체가 단체교섭이나 단체협약을 체결할 능력이 있는 노동조합이어야 하고, 그 목적이 근로조건향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하기 위한 것이어야 하며, 그 시기는 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때 개시되며 특별한 사정이 없는 한 법령이 정하는 바에 따라 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고를 거쳐야 하고, 그 방법은 소극적으로 근로의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하여 사용자에게 타격을 주는 것이어야 하며 노사관계의 신의성실의 원칙에 비추어 공정성의 원칙에 따라야 하고, 사용자의 기업시설에 대한 소유권 기타의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력이나 파괴행위를 수반하여서는 아니며, 여기서 그 목적이 근로조건향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하기 위한 것이라 함은 그 쟁의에 의하여 달성하려는 요구사항이 단체교섭사항이 될 수 있는 것을 의미한다.

【4】 형사상 책임이 면제되는 쟁의행위의 정당화 요건

- 대법 1996. 2. 27. 95도2970

쟁의행위는 근로자가 소극적으로 노무제공을 거부하거나 정지하

는 행위만 이 아니라 적극적으로 그 주장을 관철하기 위하여 업무의 정상적인 운영을 저해 하는 행위까지 포함하는 것이므로, 쟁의행위의 본질상 사용자의 정상업무가 저해되는 경우가 있음은 부득이한 것으로서 사용자는 이를 수인할 의무가 있으나, 이러한 근로자의 쟁의행위가 정당성의 한계를 벗어날 때에는 근로자는 업무 방해 죄 등 형사상 책임을 면할 수 없으며, 형사상 책임이 면제되는 정당성의 요건은 쟁의행위가 단체교섭과 관련하여 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 하는 것 이어서 그 목적이 정당하여야 하고, 쟁의행위의 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것으로서 정당하여야 하며, 또 쟁의행위의 방법과 태양이 폭력 또는 파괴 행위를 수반하거나 기타 고도의 반사회성을 띤 행위가 아닌 정당한 범위 내의 것이어야 한다.

【5】 가. 노동조합의 승인 없이 또는 지시에 반하여 쟁의행위를 하는 일부조합원의 집단을 비조직 근로자들의 쟁의단으로 볼 수 있는지 여부(소극)

나. 일부 조합원의 집단에 의한 쟁의행위가 정당행위에 해당하지 아니하고, 병가 중의 참가자도 그렇지 아니한 참가자들과의 공범관계가 인정된다고 보아 직무유기죄로 처단한 사례

- 대판 1997. 4. 22. 95도748

가. 일부 조합원의 집단이 노동조합의 승인 없이 또는 지시에 반하여 쟁의행위를 하는 경우에는 이를 비조직 근로자들의 쟁의단과 같이 볼 수 없다.

나. 노동조합의 승인 없이 또는 지시에 반하여 일부 조합원의 집

단에 의하여 이루어진 쟁의행위가 그 경위와 목적, 태양 등에 비추어 정당행위에 해당하지 아니하고, 그 쟁의행위에 참가한 일부 조합원이 병가 중이어서 직무유기죄의 주체로 될 수는 없다 하더라도 직무유기죄의 주체가 되는 다른 조합원들과의 공범관계가 인정된다면 이 이유로, 그 쟁의행위에 참가한 조합원들 모두 직무유기죄로 처단되어야 한다고 본 사례 (이 사건은 병가중인 철도공무원들이 그렇지 아니한 철도공무원들과 함께 전국철도노동조합의 일부 조합원들로 구성된 임의단체인 전국기관차협의회가 주도한 파업에 참가한 사례임).

【6】 가. 정당한 쟁의행위의 요건

나. 단체협약상 지정폐쇄가 노동조합 또는 그 조합원과의 사전협의사항이 아님에도 회사의 지정폐쇄 자체의 철회를 목적으로 쟁의행위를 한 경우, 그 쟁의행위의 정당성 여부

- 대판 1999. 6. 25. 99다8377

가. 근로자의 행위가 정당한 쟁의행위라고 하기 위해서는 우선 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 또 단체교섭과 관련하여 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 하는 것으로서 그 목적이 정당하여야 하며, 그 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것으로서 정당하여야 할 뿐 아니라, 그 방법과 태양에 있어서 폭력이나 파괴행위를 수반하는 등 그 밖에 반사회성을 띤 행위가 아닌 정당한 범위 내의 것이어야 한다.

나. 회사의 단체협약이 "회사는 조합원의 지점 간 이동시에는 합의하며, 지점 및 출장소의 신설, 폐쇄에 따른 인원의 재배치가 필요한 경우에는 본인의 의사를 최대한 존중하여 협의한다."고 규정하

고 있는 경우, 그 규정 취지는 조합원의 지점 간 이동은 조합과 합의하여 행함이 원칙이나 지점폐쇄 등으로 불가피하게 행해지는 조합원의 이동은 그러하지 아니하고, 다만, 그 경우에도 본인과 충분히 협의하는 등으로 본인의 의사를 최대한 존중하여 조합원을 재배치하여야 한다는 취지에 불과하고, 지점폐쇄 자체에 관하여 조합 또는 조합원과 미리 합의 또는 협의하여야 한다는 뜻은 아니므로, 회사의 지점폐쇄가 조합 또는 조합원들과의 사전합의 또는 협의 없이 행해졌다 하더라도 그것을 들어 단체협약 위반이라고 할 수는 없다 할 것이어서 지점폐쇄 조치 자체의 철회를 목적으로 한 점거농성은 경영주체의 경영권에 속하는 사항을 목적으로 하는 것으로서 그 목적에 있어서 정당하다고 할 수 없다.

【7】 가. 09:00이전에 출근하여 업무준비를 한 후 09:00부터 근무하도록 되어 있는 직원들에 대하여 집단으로 09:00 정각에 출근하도록 시킨 행위가 업무방해죄를 구성한다고 본 사례

나. 일반적으로 개방된 장소에서 건조물침입죄를 구성하는 경우

- 대판 1996. 5. 10. 96도419

가. 단체협약에 따른 공사 사장의 지시로 09:00 이전에 출근하여 업무준비를 한 후 09:00부터 근무를 하도록 되어 있음에도 피고인이 쟁의행위의 적법한 절차를 거치지도 아니한 채 조합원들로 하여금 집단으로 09:00 정각에 출근하도록 지시를 하여 이에 따라 수백, 수천 명의 조합원들이 집단적으로 09:00 정각에 출근함으로써 전화고장수리가 지연되는 등으로 위 공사의 업무수행에 지장을 초래하였다면 이는 실질적으로 피고인 등이 위 공사의 정상적인

업무수행을 저해함으로써 그들의 주장을 관철시키기 위하여 한 쟁의행위라 할 것이나 쟁의행위의 적법한 절차를 거치지 아니하였음은 물론 이로 인하여 공익에 커다란 영향을 미치는 위 공사의 정상적인 업무운영이 방해되었을 뿐만 아니라 전화고장 수리 등을 받고자 하는 수요자들에게도 상당한 지장을 초래하게 된 점 등에 비추어 정당한 쟁의행위의 한계를 벗어난 것으로 업무방해죄를 구성하고, 피고인의 이와 같은 행위가 노동3권을 보장받고 있는 근로자의 당연한 권리행사로서 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.

나. 건조물침입죄는 사실상의 주거의 평온을 그 보호법익으로 하는 것이므로 건조물 관리자의 의사에 반하여 건조물에 침입함으로써 성립하는 것이고, 일반적으로 개방되어 있는 장소라 하더라도 관리자가 필요에 따라 그 출입을 제한할 수 있는 것이므로 관리자의 출입제지에도 불구하고 다중이 고함이나 소란을 피우면서 건조물에 출입하는 것은 사실상의 주거의 평온을 해하는 것으로서 건조물침입죄를 구성한다.

【8】 가. 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위한 요건

나. 노동조합 대표자가 사용자와 합의하여 단체협약안을 마련하더라도 조합원 총회의 결의를 거친 후 단체협약을 체결할 것을 명백히 한 경우, 사용자가 그 사유로 단체교섭을 회피하였음을 이유로 하는 노동쟁의행위가정당한지 여부(소극)

- 대판 1998. 1. 20. 97도588

가. 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째

그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고 등 절차를 거쳐야 하는 한편, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.

나. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 노동조합및노동관계조정법에 의하여 폐지된 법률) 제33조 제1항 본문은 "노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동자 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다."고 규정하고 있었는바, 여기서 '교섭할 권한'이라 함은 사실행위로서의 단체교섭의 권한 외에 교섭한 결과에 따라 단체협약을 체결할 권한을 포함하는 것이지만, 그럼에도 불구하고 노동조합의 대표자 또는 수임자가 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 의결을 거친 후에만 단체협약을 체결할 것임을 명백히 하였다면 노사 쌍방간의 타협과 양보의 결과로 임금이나 그 밖의 근로조건 등에 대하여 합의를 도출하더라도 노동조합의 조합원 총회에서 그 단체협약안을 받아들이기를 거부하여 단체교섭의 성과를 무로 돌릴 위험성이 있으므로 사용자측에서는 최종적인 결정 권한이 없는 교섭대표와의 교섭 내지 협상을 회피하거나 설령 교섭에 임한다 하더라도 성실한 자세로 최후의 양보안을 제출하는 것을 꺼리게 될 것이고, 그와 같은 사용자측의 단체교섭 회피 또는 해태를正当한 이유가 없는 것이라고 비난하기도 어렵다 할 것이므로, 사용자측의 단체교섭 회피가 같은 법 제39조 제3호가

정하는 부당노동행위에 해당한다고 보기도 어렵고, 그에 대하여 단행된 쟁의행위는 그 목적에 있어서 정당한 쟁의행위라고 볼 수 없다.

【9】 형사책임이 면제되지 않고 업무방해죄가 인정되는 쟁의방법의 정도

- 대판 1996. 1. 26. 95도1959

근로자의 쟁의행위 정당성은 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고 등 절차를 거쳐야 하는 한편, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 할 것은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 비로소 인정될 수 있다. 이에 따라 근로자들의 농성 및 과업행위를 주도한 자에게 업무방해죄를 인정한 원심 판결을 인용한 사례.

【10】 공격적 직장폐쇄의 정당성 여부

- 대전지판 1995. 2. 9. 93가합566

가. 직장폐쇄는 근로자의 쟁의행위에 대하여 필요하고 부득이한 경우에 수동적·방어적으로 행해져야 하고, 실제적·공격적으로 행해지는 것은 그 정당성을 피할 수 없으며, 원칙적으로 근로자측에서 쟁의상태에 이르기 이전에 선행적으로 직장폐쇄를 실행하는 것

은 물론, 근로자측이 이미 쟁의상태에 들어간 이후에도 그 규모, 방법에 대응하는 상당한 정도를 초과하여 직장폐쇄를 실행하는 것은 허용되지 않으며, 비록 적법한 직장폐쇄를 개시 후에 있어서도 주위의 사정으로 보아 직장폐쇄가 대항적·방어적 성격을 상실하고 근로자에게 심한 타격을 주어 이들을 굴복시키고 나아가 근로자의 단결권 자체를 위협하는 성격으로 전환한 경우 그 직장폐쇄는 위법하다.

나. 노조는 시한부 파업을 종료하고 회사에 대하여 직장복귀 의사를 명백히 하면서 협상을 요청하였음에도 불구하고 파업기간에 비하여 지나치게 오랫동안(28일간) 직장폐쇄를 유지하면서 조합원과 비조합원을 분리, 비조합원들의 근무를 허용하고 직장폐쇄기간 동안 조합원들을 개별적으로 '노조'에서 탈퇴하도록 유도하며, 조합원들에게 인사상 불이익을 주는 등 직장폐쇄 기시 당시의 대항적·방어적 성격을 상실하고 '노조'파괴를 위한 공격적 행위로 나아갔다면 결국 직장폐쇄의 긴급성과 필요성 및 정도의 상당성을 잃어버림으로써 위법·부당한 직장폐쇄에 해당한다.

【11】 조합원의 직접, 비밀, 무기명투표에 의한 과반수 찬성이라는 절차상의 요건을 갖추지 않고 행한 쟁의행위는 위법하다.

- 대판 2000. 3. 10. 99도4838

노동조합규약 제43조 제1항이 '쟁의행위는 조합원의 직접, 비밀, 무기명 투표에 의하여 재적조합원 과반수의 찬성으로 결정된다'고 규정하고 있음에도 1998.5.6부터 같은 달 12일까지의 파업에 있어서는 이러한 조합원 투표에 의한 과반수 찬성의 절차상의 요건을 갖추지 않았으며 파업에 나아가기 직전인 1998.4.30에 앞으로의 쟁의

행위를 위한 조합원 찬반투표를 같은 해 5.13 실시한다는 집회공고를 하여 그 5.13에야 실제 찬반투표를 실시한 사실을 알 수 있어 다른 특별한 사정이 없는 이 사건에서 같은 달 6일부터 파업을 단행하는 데에 법 제41조 제1항, 노동조합규약 제 43조 제1항에서 정한 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 있다고 할 수는 없다.

【12】 정의행위찬반투표 절차를 거치지 않았다는 사정만으로는 정의행위의 정당성을 상실하지 않는다.

- 대판 2000. 5. 26. 99도4836

근로자의 정의행위가 정당성을 갖추기 위해서는, 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고 등 절차를 거쳐야 하는 한편, 넷째, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 할 것은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.

한편 같은 법 제41조 제1항은 노동조합의 정의행위는 그 조합원의 직접, 비밀, 무기명 투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다고 규정하고 있으나 위 규정은 노동2조합 내부의 민주적 운영을 확보하기 위한 것이므로 위 규정에서 정하고 있는 절차를 따를 수 없는 정당한 객관적 사정이 있거나 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 않았다는 사정만으로 정의행위의 절차가 위법하여 정당성을 상실한다고 할 수는 없다고 한 사례

10. 제3자 개입금지

【1】 ‘노동조합법상 노조’의 의미와 제3자 개입금지 조항

- 대판 1996. 6. 28. 93도855

행정관청이 설립신고가 되어 있는 노동조합은 회사에서 유일하게 형식적 요건을 갖추기는 하였지만, 이는 법외 노조가 당국에 설립신고를 하려고 하자 그 전에 급히 노동조합 설립신고를 하고 신고증을 교부받아 형식적 요건을 갖춘 것으로서 그 조합원의 숫자조차 불분명하여 실체가 확실하지 아니하고, 그 설립이래 조합비의 징수, 총회의 개최, 단체교섭 등의 노조활동을 한 실적이 없는 등 노조로서의 실질을 갖추지 못한 이러한 노조의 가입을 선동·조정하였다 하더라도 이를 노동조합법상의 제3자 개입금지 위반죄로 처벌할 수 없지만, 설립신고증을 교부받지 못한 법외노조 근로자들로 하여금 쟁의행위에 나아가게 한 행위는 제3자 개입금지 위반죄에 해당된다.

【2】 노동쟁의조정법상 금지되고 있는 ‘제3자 개입’의 의미

-대판1993. 9. 14. 93도1084

노동쟁의조정법 제13조의2가 금지하고 있는 개입이란 쟁의행위에 관하여 당사자를 조정, 선동, 방해하거나 이와 유사한 정도로 영향을 미칠 만한 관여행위를 말하고, 근로자의 자주적 의사결정을 침해하지 않는 상담, 조언 등 단순한 조력행위까지 포함하는 것은 아니다.

【3】 가. 구 노동쟁의조정법 제13조의 2의 규정 취지

나. 법령상 정당한 권한을 갖지 않은 제3자가 파업중인 근로자들에게 성명서 및 지지광고를 배포한 행위를 구 노동쟁의조정법 제13조의2 위반의 죄로 처벌한 경우, '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제19조에 위배되지 않는다고 본 사례

다. '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제2조 제3항의 효력

- 대판 1999. 3. 26. 96다55877

가. 구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것) 제13조의2는 노사분쟁 해결의 자주성 및 산업평화의 유지 등 공공질서를 위하여 필요한 범위 내에서 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외한 제3자가 쟁의행위에 관하여 관계 당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 금지한 것이다.

나. 우리 나라가 가입한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'은 제19조 제2항에서 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다고 규정한 다음, 같은 조 제3항에서는 위 권리의 행사는 법률의 규정에 의하여 타인의 권리·신용의 존중 또는 국가안보 또는 공공질서·공중보건·도덕의 보호 등을 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있다고 규정함으로써 국가안보 또는 공공질서 등을 위하여 필요한 범위 내에서는 표현의 자유에 대한 권리 행사를 법률의 규정에 의하여 제한하는 것을 인정하고 있으므로 법령상 정당한 권한을 갖지 않은 제3자가 파업중인 근로자들에게 성명서 및 지

지광고를 배포한 경우, 위 성명서 및 지지광고의 내용과 이를 배포한 의도, 경위, 수량 등을 감안하여 볼 때, 단순한 표현행위의 범위를 넘어 쟁의행위에 영향을 미칠 목적으로 개입한 행위로서 구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것) 제13조의 2의 목적인 노사분쟁 해결의 자주성 및 산업평화의 유지를 위하여 금지할 필요가 있는 행위라고 인정되므로, 이를 위 법률조항 위반의 죄로 처벌한 것이 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제19조의 취지에 반하여 표현의 자유를 침해한 것이라고 볼 수는 없다고 한 사례.

다. '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제2조 제3항은 위 국제규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 국가를 상대로 한 손해배상 등 구제조치는 국가배상법 등 국내법에 근거하여 청구할 수 있는 것일 뿐, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 위 국제규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다.

11. 쟁의행위의 책임과 쟁의기간중의 임금

【1】 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상의 주체

- 대판 1994. 3. 25. 93다32828

가. 노동쟁의조정법 8조에 의하여 민사상 배상책임이 면제되는

손해는 정당한 쟁의행위로 인한 손해에 국한된다고 풀이하야 할 것이고, 정당성이 없는 쟁의행위는 불법행위를 구성하고 이로 말미암아 손해를 입은 사용자는 노동조합이나 근로자에 대하여 그 손해 배상을 청구할 수 있다.

나. 노동조합의 간부들이 불법쟁의행위를 기획, 지시, 지도하는 등으로 주도한 경우에 이와 같은 간부들의 행위는 조합의 집행기관으로서의 행위라 할 것이므로 이러한 경우 민법 35조 제1항의 유추적용에 의하여 노동조합은 그 불법쟁의행위로 인하여 사용자가 입은 손해를 배상할 책임이 있고, 한편 조합간부들의 행위는 일면에 있어서는 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, 지도하는등으로 주도한 조합의 간부들 개인에 대하여도 책임을 지우는 것이 상당하다.

다. 불법쟁의행위로 인하여 노동조합이나 근로자가 그 배상책임을 지는 배상액의 범위는 불법쟁의행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해이다.

라. 노동조합이나 근로자의 불법쟁의행위로 인하여 의료업무를 수행하는 사용자가 그 영업상의 손실에 해당하는 진료수입의 감소로 입은 손해는 일실이익으로서 불법쟁의행위와 상당인과관계가 있는 손해이고, 그 일실이익의 산정방법은 구체적 사정에 따라 다를 것이나, 일응 불법쟁의행위가 없었던 전년도에 같은기간에 대응하는 진료수입과 대비한 감소분이나 불법쟁의행위가 없었던 전월의

같은 기간에 대응하는 진료수입과 대비한 감소분을 산출한 다음 그 수입을 얻기 위하여 소요되는 제 비용을 공제하는 방법으로도 산정할 수 있다.

**【2】 가. 단체협약상에 명문으로 징계규정을 별도로 제정하기로 한 경우, 사용자가 구체적인 징계규정의 내용을 정함에 있어 다시 노사간의 합의가 있어야 하는지 여부
나. 단체협약상 쟁의책임면제에 관한 약정이 사후 노조측의 불법징의행위로 실효되었다고 본 사례**

가. 단체협약에 명문으로 징계규정을 별도로 제정하기로 하였고, 그 규정에 의하여 징계규정이 만들어진 이상 다시 구체적인 징계규정의 내용에 관하여 회사와 근로자간에 합의가 있어야 한다고 말할 수 없고, 근로자의 상벌 등에 관한 인사권은 사용자의 고유권한으로서 그 범위에 속하는 징계권 역시 기업운영 또는 노동계약의 본질상 당연히 사용자에게 인정되는 권한이기 때문에 그 징계규정의 내용이 강행법규나 단체협약의 내용에 반하지 않는 한 사용자는 그 구체적 내용을 자유롭게 정할 수 있고, 그 규정이 단체협약의 부속서나 단체협약 체결절차에 준하여 제정되어야 하는 것은 아니다.

나. 사용자와 노조대표자와의 사이에 노조측의 운행집단거부 등 불법적인 집단행동의 발생에 대한 민·형사상 일체의 쟁의책임을 불문에 붙이기로 하되, 차후 노조측에서 다시 불법적인 집단행동을 취하는 경우에는 어떠한 처벌도 감수한다는 취지의 합의를 한 후에, 그 노조대표자가 다시 2차례에 걸쳐 각기 다른 이유를 내세워 조합원들의 불법적인 운행거부형태의 집단행동을 주도한 것이라면, 노사간의 단체협약으로 이루어진 위 쟁의책임면제에 관한 약정은,

사후 노조측에 의하여 유사한 불법집단행동이 발생하는 경우에는 위 약정은 당연히 실효되고 이를 사유로 징계할 수 있도록 합의하였다고 볼 것이고, 위와 같은 노조대표자를 포함한 조합원들이 다시 2차례에 걸친 불법적인 쟁의행위를 함에 따라 위 약정의 효력은 당연히 실효되었다고 본 사례.

【3】 쟁의행위시임금 지급에 관한 규정, 약정이나 관행이 없는 경우, 임금청구권의 발생 여부(무노동무임금의 원칙)

- 대판 1995. 12. 21. 94다26721 전원합의체

가. (다수의견) 쟁의행위시의 임금 지급에 관하여 단체협약이나 취업규칙 등에서 이를 규정하거나 그 지급에 관한 당사자 사이의 약정이나 관행이 있다고 인정되지 아니하는 한, 근로자의 근로 제공 의무 등의 주된 권리·의무가 정지되어 근로자가 근로 제공을 하지 아니한 쟁의행위 기간 동안에는 근로 제공의무와 대가관계에 있는 근로자의 주된 권리로서의 임금청구권은 발생하지 않는다고 하여야 하고, 그 지급청구권이 발생하지 아니하는 임금의 범위가 임금 중 이른 바 교환적 부분에 국한된다고 할 수 없으며, 사용자가 근로자의 노무 제공에 대한 노무지휘권을 행사할 수 있는 정상적인 근로관계를 전제로 하여 단체협약이나 취업규칙 등에서 결론자 등에 관하여 어떤 임금을 지급하도록 규정하고 있거나 임금 삭감 등을 규정하고 있지 않고 있거나 혹은 어떤 임금을 지급하여 온 관행이 있다고 하여, 근로자의 근로 제공 의무가 정지됨으로써 사용자가 근로자의 노무 제공과 관련하여 아무런 노무지휘권을 행사할 수 없는 쟁의행위의 경우에 이를 유추하여 당사자 사이에 쟁의행위 기간 중 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에게 그 임금을 지급할 의사가 있다거나 임금을 지급하기로 하는

내용의 근로계약을 체결한 것이라고는 할 수 없다.

나. [반대의견] 쟁의행위로 인한 기간 동안의 임금 공제의 문제는 그 성질상 당해 근로계약의 내용에 쟁의행위로 인하여 근로를 제공하지 아니하더라도 공제할 수 없는 임금 부분이 설정되어 있는가 어떤가라는 계약해석의 문제이므로, 쟁의행위로 인한 임금 공제의 범위는 그에 관한 단체협약, 취업규칙의 정함, 종래의 관행 및 통상의 결근, 지각, 조퇴에 관한 임금 공제의 취급 등을 참고로 하여 문제의 임금 항목이 근로계약상 공제 대상에서 제외되고 있는지를 고찰하여 이를 정하여야 한다. 실제 사업장에서 지급하고 있는 대부분의 수당들은 그 명목만으로는 그 성질이 어떠한 것인지 분명하지 아니하기 때문에, 일용 결근일에 감액 지급하는 규정이 없는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 쟁의행위로 결근한 근로자에게도 지급할 의사라고 해석하는 것이 타당하다.

【4】 쟁의행위시의 임금지급에 관한 규정, 약정이나 관행이 없는 경우에는 그 기간에 대한 쟁의참가 근로자의 임금청구권은 발생하지 않는다.

- 대판 1996. 2. 9. 94다19501

쟁의행위시의 임금지급에 관하여 단체협약이나 취업규칙 등에서 이를 규정하거나 그 지급에 관한 당사자 사이의 약정이나 관행이 있다고 인정되지 아니 하는 한 근로자의 근로제공의무 등의 주된 권리의무가 정지되어 근로자가 근로 제공을 하지 아니한 쟁의행위 기간 동안에는 근로제공의무와 대가관계에 있는 근로자의 주된 권리로서의 임금청구권은 발생하지 않고, 사용자가 근로자의 노무 제공에 대한 노무지휘권을 행사할 수 있는 정상적인 근로관계를 전

제로 하여 단체협약이나 취업규칙 등에서 결근자 등에 관하여 어떤 임금을 지급하도록 규정하고 있거나 임금 삭감 등을 규정하고 있지 않고 있거나 혹은 어떤 임금을 지급하여 온 관행이 있다고 하여, 근로자의 근로제공의무가 정지됨으로써 사용자가 근로자의 노무제공과 관련하여 아무런 노무지휘권을 행사할 수 없고 평상시에 있어서의 결근 등과는 그 형태상으로도 뚜렷한 차이가 있는 쟁의행위의 경우에, 이를 유추하여 당사자 사이에 쟁의행위 기간 중 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에게 그 임금을 지급할 의사가 있다거나 임금을 지급하기로 하는 내용의 근로계약을 체결한 것이라고는 할 수 없다.

12. 노동쟁의조정

【1】 가. 노사간의 권리분쟁에 대하여 노동위원회가 취하여야 할 조치

나. 노동위원회의 중재재정에 대한 불복 사유

- 대판 1994. 1. 11. 93누11883

가. 휴직 및 해고자의 복직요구와 같은 권리분쟁은 노동위원회의 중재에 의한 해결방법으로는 적절하지 아니하므로 위 분쟁사항에 대하여 노동위원회가 사법적 절차에 의하여 해결하라는 취지의 재정을 할 수 있다

나. 중재재정에 대한 불복은 중재재정이 위법이거나 월권에 의한 것이라고 인정되는 경우에 한하므로 중재재정이 단순히 노사 어느 일방에게 불리하여 부당하거나 불합리한 내용이라는 사유만으로는

불복이 허용되지 아니한다.

**【2】 중재재정이 실효된 경우, 노동관계 당사자가 그 중재재정의
취소를 구할 법률상의 이익이 있는지 여부(소극)**

- 한발택시 사건 (대판 1996. 2. 23.94누9177)

가. 중재절차는 원칙적으로 노동쟁의가 발생한 경우에 노동쟁의의 대상이 된 사항에 대하여 행하여지는 것이고, 노동쟁의조정법 제2조에서는 노동쟁의를 "임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태"라고 규정하고 있으며, 근로조건은 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고, 구체적으로는 근로기준법에 정하여진 임금·근로시간·후생·해고뿐만 아니고 같은 법 제94조 제1호 내지 제11호, 같은법 시행령 제7조 제1호, 제3호 소정의 사항이 포함될 것인바, 따라서 이러한 근로조건 이외의 사항에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태는 근로조건에 관한 분쟁이 아니어서 현행 법상의 노동쟁의라고 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 중재재정의 대상으로 할 수 없다.

나. 중재재정 자체에 의하여 그 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 중재 재정은 그 유효기간의 경과로 효력이 상실되고, 이와 같이 중재재정이 실효된 이상 그 기간의 경과 후에 그 중재재정이 외형상 잔존함으로써 인하여 어떠한 법률상의 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 노동관계 당사자는 그 중재재정의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

**【3】 지방노동위원회의 중재회부결정에 대하여 불복할 수 있는지
여부 및 불복방법**

- 대판 1995. 9. 15. 95누6724

가. 지방노동위원회가 노동쟁의에 대하여 한 중재회부결정은, 중재에 회부된 날로부터 15일간 쟁의행위를 금지시키고(노동쟁의조정법 제31조), 이를 위반하여 쟁의행위를 한 자에 대한 형사처벌을 할 수 있으며(같은 법 제47조), 그 금지기간 중의 쟁의행위를 부당한 쟁의행위로 보는 결과 그로 인하여 발생한 사용자의 손해에 대하여 노동조합 또는 조합원에게 배상책임을 부담시키는(같은 법 제8조 참조) 등의 법률상 효과를 발생하게 하는 행정처분이라 할 것이고, 또한 위 중재회부결정이 중재재정을 위한 선행처분에 해당한다고 보더라도 중재회부결정은 위와 같은 자체의 독립한 법률효과를 가지고 노동조합은 지방노동위원회의 중재회부결정 자체에 대하여도 불복할 수 있다.

나. 노동위원회법 제19조의2 제1항의 규정은 행정처분의 성질을 가지는 지방노동위원회의 처분에 대하여 중앙노동위원장을 상대로 행정소송을 제기할 경우의 전치요건에 관한 규정이라 할 것이므로 당사자가 지방노동위원회의 처분에 대하여 불복하기 위하여는 처분 송달일로부터 10일이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청하고 중앙노동위원회의 재심판정서 송달일로부터 15일 이내에 중앙노동위원장을 피고로 하여 재심판정취소의 소를 제기하여야 할 것이다.

【4】 성질상 통상임금에 포함되어야 할 수당을 통상임금에서 제외하는 취지의중재재정조항의 효력(무효)

- 대판 1997. 6. 27. 95누17380

근로자가 지급받는 각종 수당에 대하여 그것이 통상임금에 해당되는지 여부를 둘러싸고 다툼이 있는 경우에는 궁극적으로 재판절차를 통하여 확정되어야 할 것이지, 중재재정을 함에 있어 이를 행정기관의 유권해석에 따르도록 함으로써 성질상 통상임금에 포함되어야 할 수당이 통상임금에서 제외되는 결과를 초래한다면 이는 근로기준법에 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 것으로서 무효라고 보아야 할 것이고, 확정된 중재재정이 단체협약과 동일한 효력을 갖는다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

【5】 노동쟁의중재재심결정 취소소송의 원고적격이 있는 관계 당사자의 의미

- 대판 1997. 6. 27. 97누1273

구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지) 제38조 제2항의 규정에 따라 중앙노동위원회의 중재재심결정에 대하여 행정소송을 제기할 원고적격이 있는 관계 당사자는 당해 중재재심절차의 당사자로 되었던 노동조합과 사용자이다.

【6】 중재재정이 노사 어느 일방에게 불리하다는 이유만으로는 불복이 허용되지 아니한다.

- 서울행정법원 1999. 1. 22. 98구17677

중재재정이 내용을 따르게 되는 경우 원고 산하 운송업체들이 경영난이 악화될 우려가 있게 된다고 하더라도, 이는 단순히 노사 어느 일방에게 불리하여 부당하거나 불합리한 경우에 불과하고 그러한 사유만으로는 중재재정에 대한 불복이 허용되지 아니한다고

할 것이다.

【7】 가. 중재재정이 실효된 경우, 노동관계 당사자가 그 취소를 구할 법률상이익 유무(소극)

나. 중앙노동위원회의 중재재심결정 중 임금인상 부분은 그 유효기간이 경과된 뒤라도 그 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 본 사례

다. 중재재정에 대한 불복사유

라. 중재재정의 대상이 될 수 없는 노조전임제에 관하여 중재재정을 한 위법이 임금인상에 관한 중재재정에 영향을 미쳤더라도 위법이거나 월권에 의한것으로 볼 수 없으므로 그에 대한 불복은 허용되지 아니한다고 한 사례

- 대판 1997. 12. 26. 96누10669

가. 중재재정 자체에 의하여 효력기간이 정하여져 있는 경우에 그 중재재정은 유효기간의 경과로 효력이 상실되고, 이와 같이 중재재정이 실효된 이상 그 기간의 경과 후에 중재재정이 외형상 존함으로 인하여 어떠한 법률상의 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 노동관계 당사자는 그 중재재정의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

나. 임금인상에 관한 중재재정이 취소되어 협약 내용이 변경된다면 이미 경과한 중재재정의 유효기간 중에 미지급된 임금차액이 있는 경우 이를 사후에나마 청구할 수 있는 여지가 없어질 수 있으므로, 이로 인한 근로자들의 이익은 단순한 사실상의 이익이 아니라 단체교섭권 등에 기한 법률상의 이익이라고 보아야 한다고 한 사례.

다. 중재재정에 대한 불복은 중재재정이 위법이거나 월권에 의한 것이라고 인정되는 경우에 한하므로, 중재재정이 단순히 노사 어느 일방에게 불리하여 부당하거나 불합리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 아니한다.

라. 중재재정의 대상이 될 수 없는 노조전임제에 관하여 중재재정을 한 위법이 임금인상에 관한 중재재정에 영향을 미쳤다고 하더라도 이로 인하여 임금인상에 관한 중재재정이 노사 어느 일방에게 불리하여 부당하거나 불합리한 것으로 될 뿐이고, 위법이거나 월권에 의한 것으로 된다고는 할 수 없으므로 그에 대한 불복은 허용되지 아니한다고 한 사례.

【8】 가. 중재재정이 실효된 경우, 노동관계 당사자가 그 취소를 구할 법률상이익 유무(소극)

나. 중앙노동위원회의 중재재심결정 중 임금에 관한 부분은 그 유효기간이경과된 뒤라도 그 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 본 사례

- 대판 1997. 11. 25. 97누8762

가. 중재재정 자체에 의하여 효력기간이 정하여져 있는 경우에 그 중재재정은 유효기간의 경과로 효력이 상실된다 할 것이고, 이와 같이 중재재정이 실효된 이상 그 기간의 경과 후에 중재재정이 외형상 잔존함으로써 인하여 어떠한 법률상의 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 노동관계 당사자는 그 중재재정의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.

나. 중재재심결정 중 임금에 관한 부분은 유효기간이 경과하였음이 명백하나, 만일 이 부분 중재재정이 취소되어 협약내용이 변경된다면 이미 경과한 위 중재재정의 유효기간에 대하여도 그 기간 중에 미지급된 임금차액을 사후에나마 더 청구할 수 있는 여지가 생길 수 있고, 이로 인한 근로자들의 이익은 단순한 사실상의 이익이 아니라 단체교섭권 등에 기한 법률상의 이익이라고 한 사례.

**【9】 고용안정협약 체결을 위한 쟁의행위는 정당하다 : 노동위원회
회의 행정지도후 행한 파업도 조정절차를 거친 것으로 본다.**

- 청주지법 2000. 6. 9. 99노534 업무방해

정리해고 등 사용자의 경영권에 속하는 사항이지만, 위 쟁의행위의 주된 목적은 ‘고용안정’에 있는 바, 정리해고시 노조와 사전협의 문제는 근로자의 근로조건의 개선·유지 및 경제적·사회적 지위향상에 밀접한 관련이 있으므로 사용자의 경영권을 근본적으로 계약하지 않는 범위내에서 단체교섭의 대상이 될 수 있다.

사용자측의 교섭거절로 실질적인 교섭이 이루어지지 아니한 경우 중노위가 이를 노동쟁의가 아니라는 이유로 조정결정을 하지 아니한다면 오히려 조정전치주의 때문에 노동조합의 쟁의권이 부당하게 침해된다는 점, 헌법상 단체행동권을 보장하는 규정 취지와 노조법 제45조, 제54조의 해석상 조정종결원인과 관계없이 조정이 종료되었다면 노조법 제5장 제2절의 조정절차를 거친 것으로 보는 것이 타당한 점을 비추어 보면 중노위의 행정지도 이후에 이루어진 쟁의행위는 노조법 제45조의 규정에 따라 일응 조정절차를 거친 이후에 이루어진 쟁의행위로 보는 것이 옳다.

13. 부당노동행위

【1】 노동조합법 제39조 제1호 소정의 부당노동행위의 성립요건 및 그 입증책임

- 대판 1996. 9. 10. 95누16738

구 노동조합법 제39조 제1호는 '근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고 하거나 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 하며, 그 사실의 주장 및 입증책임은 부당노동행위임을 주장하는 근로자에게 있다.

【2】 표면상의 해고사유와 달리 실질적으로 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한노동조합행위를 이유로 해고한 것인지 여부의 판단기준

- 대판 1993. 12. 10. 93누4595

사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면상의 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자가 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 부당노동행위라고 보아야 하고, 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 노동조합행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는

해고사유와 근로자가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 사용자와 노동조합과의 관계, 해고의 시기, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정을 비교, 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.

【3】 회사의 전보명령이 업무상의 필요에 의한 것으로서 그로 인한 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 범위 내에 속한다고 본 사례

- 대판 1996. 12. 20. 95누18345

근로자에 대한 회사의 전보명령이 업무상의 필요에 의한 것으로서 그로 인한 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 범위를 크게 벗어난 것이라고 할 수 없어, 부당노동행위에 해당하지 않는다고 한 사례.

【4】 해고시 사전합의토록 한 단체협약을 위반으로 부당노동행위가 당연 성립되는 것은 아니다.

- 대법 1997. 6. 13. 96누15718

가. 징계절차가 단체협약에 정한 '사전합의' 규정을 위반한 경우 사용자의 부당노동행위 의사를 판단하는 자료는 될 수 있으나 부당노동행위의 성립에 영향을 미치는 결정적인 요소가 되는 것은 아니다.

나. 해고시 비록 단체협약상의 합의를 거치지지는 않았지만 정당한 조합활동을 협오하여 해고를 했다고 볼 만한 증거가 없기 때문에 부당노동행위라고 판단할 수 없다.

【5】 노동조합법 제39조의 부당노동행위금지규정에 위반된 법률 행위의 효력

- 대판 1993. 12. 21. 93다11463

노동조합법 제39조의 부당노동행위금지규정은 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하기 위한 것으로 이에 위반하는 행위에 대하여 처벌규정을 두고 있는 한편 부당노동행위에 대하여 신속한 권리구제를 받을 수 있도록 같은 법 제42조, 제43조에서 행정상의 구제절차까지 규정하고 있는 점에 비추어 이는 효력규정인 강행법규라고 풀이되므로 위 규정에 위반된 법률행위는 사법상으로도 그 효력이 없고, 근로자에 대한 불이익취급행위로서의 법률행위가 부당노동행위로서 무효인 이상 그것이 근로기준법 제27조 소정의 정당한 이유가 있는지 여부는 더 나아가 판단할 필요가 없다.

【6】 노동조합법 제39조 제1호 소정의 "노동조합의 업무를 위한 정당한 행위"의 의미

- 대판 1995. 6. 13. 95다1323

노동조합법 제39조 제1호 소정의 "노동조합의 업무를 위한 정당한 행위"란 일반적으로는 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.

【7】 취업시간 중의 조합활동이 불가피하여 단체협약에서 이를 허용하고 있는 경우, 노동조합총회가 취업시간 중에 개최되었다는 사유만으로 정당한 노조활동범위를 벗어났다고 할 수 있는지 여부

- 대판 1995. 3. 14. 94누5496

노동조합원들이 레미콘차량 운전기사로서 대부분의 시간을 회사 밖의공사현장에서 보내고 있어 공사현장의 작업상황에 따라 회사의 규정근무시간 이후라도 임의로 작업을 종료할 수 없을 뿐 아니라 작업종료시간을 일률적으로 맞출 수 없는 업무의 특수성 등으로 인하여 취업시간 중의 조합활동이 불가피하고, 회사의 단체협약도 취업시간 중의 조합활동을 허용하고 있는 것이라면, 노동조합총회 등이 취업시간 중에 개최되었다는 사유만으로 위 총회 등의 개최가 정당한 노동조합의 활동범위를 벗어났다고 할 수 없다.

【8】 노동조합법제39조 제1호 소정의 '노동조합의 업무를 위한 정당한 행위'의 의미

- 대판 1996. 2. 23. 95다13708

노동조합법 제39조 제1호 소정의 '노동조합의 업무를 위한 정당한 행위'란 일반적으로는 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.

【9】 정당한 조합활동과 부당노동행위 여부의 판단 기준

- 대판 1996. 7. 30. 96누587

사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고 사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정 되는 경우에 있어서 그 해고는 부당노동행위로 보아야 하고, 여기서 근로자의 정당한 노동조합 활동을 실질적인 해고사유로 한 것인지 여부는 사용자측이 내 세우는 해고 사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 사용자와 노동조합과의 관계, 해고의 시기, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 해고절차의 준수 여부 기타 부당노동행위의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정을 비교·검토하여 종합적으로 판단하여야 한다. 그리고 정당한 해고사유가 있어 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 조합 활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없으므로 부당노동행위에 해당하지 않는다.

【10】 가. 정당한 징계사유가 인정되는 징계처분의 부당노동행위 해당 여부(소극)

나. 임금협상을 위한 단체협상기간 중 개최된 노사간담회에서 회사간부에게 폭언과 함께 4주간의 치료를 요하는 상해를 가한 노조위원장에 대한 징계파면이 정당하다고 한 사례

- 대판 1997. 6. 24. 96누16063

가. 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분에 정당한 이유가 있는 것으로 인정되는 경우에는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합 의사가 추정된다고 하더라도 당해 불이익처분의 사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없어 그와 같은 불이익처분이 부당노동행위에 해당하지 않는다.

나. 임금협상을 위한 단체협상기간 중 개최된 노사간담회에서 회사간부에게 폭언하고, 물컵을 던지고, 휴지꽂이로 안면을 가격하여 4주간의 치료를 요하는 상해를 가한 노동조합위원장에 대한 징계파면이 정당하다고 한 사례.

【11】 가. 구 노동조합법 제39조 제1호 소정의 부당노동행위의 성립 요건

나. 능력주의 승진제도하에서 노조원과 비노조원 사이에 전체적으로 비교하여 보아 승진에 있어 격차가 있더라도 이로써 바로 부당노동행위에 해당한다고 할 수 있는지 여부(소극)

다. 회사의 과장으로 2년 이상 근무한 소외 노조원들이 승진인사에서 차장으로 승진하지 못한 것이 위 노조원들의 정당한 노동조합 활동 등에 대하여 불이익한 처분을 한 것으로서 부당노동행위에 해당한다고 본 원심을 파기한 사례

- 대판 1998. 2. 10. 96누10188

가. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지) 제39조 제1호는 '근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당

한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위'를 사용자의 부당노동행위의 한 유형으로 규정하고 있는바, 같은 법조의 부당노동행위가 성립하기 위해서는 근로자가 노동조합에 가입하는 등 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 하고 사용자가 이를 이유로 근로자에 대하여 불이익을 주는 행위를 한 경우라야 한다.

나. 업무능력, 근무성적, 상위직에 대한 적격성 등의 반영에 의하여 승진이 이루어지는 이른바 능력주의 승진제도 하에서 조합원이 노동조합에 가입하고 있음을 이유로 비조합원과 비교하여 승진에 있어서 불이익한 취급을 받았다고 하기 위하여는, 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 구 노동조합법 제39조 제1호의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수 없다.

다. 회사의 과장으로 2년 이상 근무한 소외 노조원들이 승진인사에서 차장으로 승진하지 못한 것은 회사가 표면상으로 내세우는 근무평정과 부서장 추천이라는 능력주의 인사제도의 시행과는 달리 실제적으로는 승진인사에 있어서 위 노조원들의 정당한 노동조합 활동 등에 대하여 불이익한 처분을 한 것으로서 부당노동행위에 해당한다고 본 원심을 파기한 사례.

【12】 부당노동행위 여부의 판단기준 및 적법한 징계해고사유가 있어 징계해고한 경우의 부당노동행위 해당 여부

- 대판 1994. 12. 23. 94누3001

사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면상의 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자가 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 징계절차의 준수 여부, 징계재량의 남용 여부 기타 부당노동행위의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 비교, 검토하여 종합적으로 판단하여야 하고 적법한 징계해고사유가 있어 징계해고한 이상 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다 하여 그 사유만으로 징계해고가 징계권 남용에 의한 부당노동행위에 해당한다고 단정할 것도 아니다.

【13】 가. 부당노동행위 여부의 판단기준

나. 해고무효확인외 소에서 청구기각의 판결이 확정된 경우, 부당노동행위를 이유로 한 행정구제절차에 미치는 영향

다. 병원에 근무하는 직원들이 복무규정을 위반하여 위생복 위에 구호가 적힌 셔츠를 근무중에 착용하고 집단행동을 한 행위 등은 정당한 징계사유에 해당한다고 본 사례

- 대판 1996. 4. 23. 95누6151

가. 사용자가 근로자에 대하여 해고를 함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고 사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서 그 해고는

부당노동행위라고 보아야 하고, 정당한 해고 사유가 있어 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의 의사가 추정된다고 하여 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없는 터이므로, 그것이 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다.

나. 근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 주장하여 부당노동행위 구제신청을 하여 그 구제절차가 진행 중에 자신이 별도로 사용자를 상대로 제기한 해고등무효확인청구의 소에서 청구기각 판결이 선고되어 확정된 경우에 있어서는 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익 처분이 정당한 것으로 인정되었다 할 것이어서 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되었므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 하고, 이와 같은 경우 근로자의 부당노동행위 구제신청을 기각한 지방노동위원회의 결정을 유지하여 재심신청을 기각하거나 구제명령을 발한 지방노동위원회의 결정을 취소하여 구제신청을 기각하는 내용의 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구하는 소송은 그 소의 이익이 없어 부적법하다.

다. 병원에 근무하는 직원인 노동조합원들이 병원의 승인 없이 조합원들로 하여금 모든 직원이 착용하도록 되어 있는 위생복 위에 구호가 적힌 주황색 셔츠를 근무중에도 착용하게 함으로써 병원의 환자들에게 불안감을 주는 등으로 병원 내의 정숙과 안정을 해치는 행위를 계속하였고, 아울러 병원이 노동조합의 정당한 홍보활동을 보장하기 위하여 노동조합의 전용 게시판을 설치하여 이를 이용하도록 통보하였음에도 조합원들이 주동이 되어 임의로 벽보 등을 지정 장소 외의 곳에 부착하였고, 또한 노동조합이나 병원과는 직

접적인 관련이 없는 전국병원노련위원장의 구속을 즉각 철회하라는 내용의 현수막을 병원 현관 앞 외벽에 임의로 각 설치한 후 병원의 거둬들인 자진철거요구에 불응한 사실이 인정된다면, 조합원들의 이와 같은 행위는 병원의 인사규정 제51조 제1호 소정의 징계사유인 "직원이 법령 및 제 규정에 위배하였을 때"에 해당하거나 제4호 소정의 징계사유인 "직무상의 의무를 위반 및 태만히 하거나 직무상의 정당한 명령에 복종하지 아니한 경우"에 해당할 뿐만 아니라, 조합원들이 점심시간을 이용하여 집단행동을 하였더라도 그러한 집단행동이 병원의 질서와 규율을 문란하게 한 경우에는 복무규정을 위반한 것이 되어 역시 위 인사규정 제51조 제1호 소정의 징계사유에 해당한다고 본 사례.

【14】 노조활동에대한 보복조치로 최종학력 미기재 등의 사유를 표면적인 구실을 내세운 징계해고는 부당노동행위에 해당한다고 본 사례

- 대판 1996. 2. 9. 94누9771

회사가 근로자를 징계해고한 것은 가사 근로자가 입사시 제출한 이력서에 최종학력을 기재하지 아니하고 타 회사 근무기간을 실제보다 길게 기재한 것이 회사 취업규칙상 징계해고사유에 해당한다고 하더라도, 실제로는 근로자가 주동이 되어 노동조합을 설립하고 그 위원장이 되어 단체교섭을 요구하고 나서는 등 적극적으로 노조 활동을 하는 것을 혐오한 나머지 위와 같은 최종학력 미기재 등의 사유를 표면적인 구실로 내세워 그에 대한 보복조치의 일환으로 이루어진 경우, 결국 회사의 근로자에 대한 징계해고는 노동조합법 제39조 제1호 소정의 부당 노동행위에 해당한다고 본 원심이 정당하다고 한 사례.

【15】 유니언 슝 협약하에서 노동조합을 탈퇴한 근로자에 대한 해고가 무효라고 본 사례

- 대판 1995. 2. 28. 94다15363

노동조합이, 노조를 탈퇴한 근로자 11명이 노조탈퇴의사를 철회하고 노조에 다시 가입하기 위한 노력을 하였음에도 불구하고 그중 일부에 대하여는 노조탈퇴의사 철회를 받아들여 노조원의 자격을 유지하게 하고도 나머지 3명에 대하여서만 이를 받아들이지 않고 회사에 대하여 해고를 요구하여 결국 회사가 이들을 해고한 것으로서, 이와 같이 노조탈퇴의사를 철회하고 노조에 다시 가입하려는 근로자에 대하여 이를 거부하고 해고되게 한 것은 노조 자체가 단결권의 정신을 저버리고 실질상 제명과 같은 효과를 발생시킨 것으로서, 노동조합법 제39조 제2호 단서에 위반될 뿐만 아니라 유니언 슝 협정에 기한 해고의 목적범위를 일탈한 것이고, 또한 11명의 탈퇴자 중 3명에 대하여서만 탈퇴의사 철회를 거부하고 해고되게 한 것은 다른 탈퇴근로자들과의 형평에도 반하여 무효라고 본 사례.

【16】 가. 근로자의 2/3 이상을 대표하고 있지 않은 노동조합에의 가입강제를 고용조건으로 하는 단체협약의 적부

나. 구 노동조합법 제39조 제2호 본문 후단이 복수노조가 허용되는 것을 전제로 한 규정인지 여부

- 대판 1997. 4. 11. 96누3005

가. 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 2/3 이상을 대표하고 있지 아니함에도 불구하고 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결하는 것은 구 노동

조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지) 제39조 제2호 본문 후단에 위반되어 허용되지 아니하므로, 그에 대한 관할 행정청의 단체협약시정명령은 정당하다.

나. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지) 제39조 제2호 본문 후단이 기존 노동조합과 조직대상을 같이 하는 새로운 노동조합의 설립이 금지된 구 노동조합법하에서는 적용되지 않는다고 할 수 없다.

【17】 가. 유니언 슝(Union Shop) 협정이 있는 경우, 노동조합 탈퇴 근로자에 대한 사용자의 해고 의무 유무(적극)

나. 단체협약상의 유니언 슝 협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무의 불이행 자체가 구 노동조합법 제39조 제4호 소정의 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당하는지 여부(소극)

다. 유니언 슝 협정이 체결된 사업장의 노동조합을 탈퇴한 4명의 근로자에 대한 해고조치를 취하지 아니한 사용자에게 부당노동행위의 의사가 있었던 것으로 볼 수 없다고 한 사례

- 대판 1998. 3. 24. 96누16070

가. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 이전의 것) 제39조 제2호 단서 소정의 조항, 이른바 유니언 슝(Union Shop) 협정은 노동조합의 단결력을 강화하기 위한 강제의 한 수단으로서 근로자가 대표성을 갖춘 노동조합의 조합원이 될 것을 '고용조건'으로 하고 있는 것이므로 단체협약에 유니언 슝 협정에 따라 근로자는 노동조합의 조합원이어야만 된다는 규정이 있는 경우에는 다른 명문의 규정이 없더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한

근로자를 해고할 의무가 있다.

나. 단체협약상의 유니언 슝 협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 채무의 불이행 자체가 바로 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 이전의 것) 제39조 제4호 소정 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수 없다.

다. 부당 노동행위가 성립하려면 사용자에게 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 개입할 의사가 있어야 하는 것인바, 위 조합을 탈퇴한 4명의 근로자에 대한 해고조치를 취하지 아니한 사용자에게 그러한 의사가 있었던 것으로 볼 수가 없다고 한 사례.

【18】 노조임원의 정년연장이 사용자에 의한 지배개입인지 여부 (적극)

- 서울민지판 1994. 5. 4. 94카합2673

정년의 도래로 인하여 당연히 근로자로서의 지위와 함께 노동조합 임원의 지위를 상실케 되는 자가 사용자의 의사에 따라 근로자로서의 지위는 물론 노동조합 임원으로서의 지위까지도 함께 유지하게 된다고 하면, 이는 사용자에 의한 노동조합 임원의 임기에 대한 지배 및 개입을 초래하는 결과가 되어 부당노동행위로 볼 여지가 있다.

【19】 회사가 조합비 등의 일괄공제 요구를 해고의 효력을 다투는 조합장이 아닌 다른 조합원 명의로 할 것을 요청한 행

위가 지배·개입으로서의 부당노동행위에 해당한다고 한 사례

- 대판 1997. 5. 7. 96누2057

가. "해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다."는 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지) 제3조 제4호 단서의 규정은 노동조합의 설립 및 존속을 보호하고 사용자의 부당한 인사권의 행사에 의하여 노동조합의 활동이 방해되지 않도록 하기 위한 규정이므로, 오직 노동조합의 설립 및 존속만을 보호하기 위한 규정이라고 할 수 없다.

나. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지) 제39조 제4호의 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생을 요하는 것은 아니다.

다. 회사가 해고를 다투는 조합장의 조합장 복귀 통지문을 반려하고 조합장이 아닌 다른 조합원 명의로 조합비 등의 일괄공제 요구를 할 것을 요청한 것은 조합장의 노동조합활동을 방해하려는 의도에서 이루어진 것으로서 비록 이로 인하여 근로자의 단결권 침해라는 결과가 발생하지 아니하였다고 하더라도 지배·개입으로서의 부당노동행위에 해당한다고 한 사례.

【20】 가. 단체교섭 거부·해태로 인한 부당노동행위 성립요건 및 단체교섭 거부·지연에 있어 정당한 이유 유무의 판단 기준

나. **전쟁기념사업회 노동조합의 조합장이 구 노동조합법 제3조 단서 제1호소정의 '사용자 또는 항상 그의 이익을**

대표하여 행동하는 자'에 해당하지 않는다고 한 사례
다. 사용자의 연설이 행하여진 상황, 내용 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우, 구 노동조합법 제39조 제4호 소정의 부당노동행위 성립 여부(적극)
라. 전쟁기념사업회 회장이 위 사업회의 성질상 태어나지 말아야 할 노동조합이 생겼으며, 전직원으로부터 사표를 받고 공개채용으로 다시 총원해야하는 일이 없기 바란다는 취지로 발언한 것이 구 노동조합법 제39조 제4호소정의 부당노동행위에 해당한다고 본 사례

- 대판 1998. 5. 22. 97누8076

가. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제39조 제3호가 정하는 부당노동행위는, 사용자가 아무런 이유 없이 단체교섭을 거부 또는 해태하는 경우는 물론이고, 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있다거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었더라도 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.

나. 전쟁기념사업회 노동조합의 조합장이 학예부장의 차하위자인 3급직 학예담당관으로 그 부하직원을 지휘하고 그 휘하의 6급 이하 직원에 대한 1차적 평가를 하지만, 부장이 2차 평정권자로서 그 평정의 권한 및 책임은 궁극적으로 부장에게 귀속되고, 부하직원의

지휘도 부장을 보조하는데 지나지 아니하며, 인사, 급여, 후생, 노무 관리 등 근로조건의 결정에 관한 권한과 책임을 전쟁기념사업회로부터 위임받은 점이 없다면, 위 조합장이 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제3조 단서 제1호에 정한 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자에 해당하지 아니하므로, 위 사업회가 위 조합장은 노동조합원이 될 수 있는 자격이 없다는 이유로 당해 조합의 단체교섭요구에 응하지 아니한 것은 정당하다고 볼 수 없다고 한 사례.

다. 사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그것이 행하여진 상황, 장소, 그 내용, 방법, 노동조합의 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제39조 제4호에 정한 부당노동행위가 성립한다.

라. 당해 전쟁기념사업회 노동조합의 조합원들이 위 사업회의 회장 등을 업무상횡령혐의로 고소함으로써 위 사업회와 당해 조합간의 갈등이 일어난 상황 속에서, 위 회장이 중무식상에서 전직원을 상대로 위 사업회 조직의 성질상 태어나지 말아야 할 노동조합이 생겼으며, 자신을 포함한 우리 모두가(감독관청인 국방부에 대하여) 노동자인 것이고, 위 사업회 조직의 성격상 노조활동에는 한계가 있다고 보며, 계속하여 분쟁이 야기되어 전직원으로부터 사표를 받고 공개채용으로 다시 충원해야 하는 일이 없기 바란다는 취지로 발언한 것이 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제39조 제4호 소정의 부당노동행위에 해당한다고 본 사례.

【21】 노동조합 활동을 이유로 해고한 것은 부당노동행위이다.

- 대판 1999. 11. 9. 99두4273

징계위원회 의결이 무산된 지 4개월 가까이 지난 다음 전격적으로 원고를 다시 징계에 회부하여 해고한 점, 이 사건 해고처분 후 ‘이동수에 대한 고소를 취소하겠으니 원고를 복직시켜 달라’는 원고 측 제안에 대하여 참가인측이 ‘원고가 조합장직을 사퇴하기 전에는 복직시켜 줄 수 없다’며 거절한 점, 원고에 대한 징계양정이 회사에 우호적인 조합원에 대한 징계양정과 비교하여 현격한 불균형이 있는 점 등에 비추어 참가인이 원고를 해고한 것은 실제에 있어 원고의 위와 같은 정당한 조합활동을 혐오하고 이를 제지할 의도에서 행한 것으로 추인된다 할 것이어서 부당노동행위에 해당한다

【22】 불법농성으로 병원의 진료업무에 막대한 지장을 초래한 것에 대한 대응조치는 부당노동행위가 아니다.

- 대판 2000. 4. 7. 99두3256

원고병원의 총무과장이 조합탈퇴와 관련된 안내문을 게시한 동기는 조합탈퇴를 원하는 조합원들의 조합비 공제와 관련된 문의에 대하여 동일한 답변을 하는 번거로움을 피하기 위한 것이었고 그 내용도 조합탈퇴에 관한 절차안을 안내하는 것이어서 안내문 게시 사실만으로는 원고 병원측에서 조합원들에게 조합탈퇴를 강요하거나 요하였다고 보기 어렵다. 또 당시 참가인들의 주동으로 불법농성등이 계속되어 병원의 진료업무에 막대한 지장을 초래하고 있었으므로 원고가 그들의 동태를 파악하여 이에 대한 적절한 대응조치를 취하는 것은 병원의 진료업무가 환자의 생명과 신체를 다루는 고도의 공익적 성격을 지닌 업무라는 점에 비추어 정당하다 할 것

이므로 이에 관하여 원고에게 부당노동행위가 있었다고 보기는 어렵다.

14. 부당노동행위 구제

【1】 부당해고가 위법하게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 불법 행위를 구성하는 경우

- 대판 1993. 12. 21. 93다11463

가. 노동조합법 제39조의 부당노동행위금지규정은 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하기 위한 것으로 이에 위반하는 행위에 대하여 처벌규정을 두고 있는 한편 부당노동행위에 대하여 신속한 권리구제를 받을 수 있도록 같은 법 제42조, 제43조에서 행정상의 구제절차까지 규정하고 있는 점에 비추어 이는 효력규정인 강행법규라고 풀이되므로 위 규정에 위반된 법률행위는 사법상으로도 그 효력이 없고, 근로자에 대한 불이익취급행위로서의 법률행위가 부당노동행위로서 무효인 이상 그것이 근로기준법 제27조 소정의 정당한 이유가 있는지 여부는 더 나아가 판단할 필요가 없다.

나. 사용자가 강행규정인 노동조합법 제39조 소정의 불이익취급금지규정을 위반하여 근로자를 부당하게 해고하거나 불이익처분을 함으로써 당해 해고 등이 무효인 경우에 있어서 사용자가 그러한 불이익처분을 함에 있어서 내세우는 사유가 표면상의 사유에 불과하고 실질적으로는 근로자가 정당한 노동조합활동을 한 것을 이유로 근로자를 사업장에서 배제하려는 의도하에 일부러 어떤 표면상

의 해고사유 등을 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고 등의 불이익처분이 이루어진 경우처럼 그러한 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 도저히 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고 등 불이익처분의 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있다.

【2】 노동조합법 제46조 중 노동위원회의 구제명령 위반죄 부분의 위헌 여부

- 헌법재판소 1995. 3. 23. 92헌가14

노동조합법 제46조 중 “제42조의 규정에 의한 구제명령(救濟命令)에 위반하거나” 부분은, 노동위원회의 확정되지 아니한 구제명령을 그 취소 전에 이행하지 아니한 행위를 동법 제43조 제4항 위반의 확정된 구제명령을 위반한 경우와 차별함이 없이 똑같이 2년 이하의 징역과 3,000만원 이하의 벌금이라는 형벌을 그 제재방법과 이행확보수단으로 선택함으로써, 국민의 기본권 제한방법에 있어 형평을 심히 잃어 위 법률규정의 실제적 내용에 있어 그 합리성과 정당성을 더욱 결여하였다고 할 것이므로 헌법상의 적법절차의 원리에 반하고 과잉금지의 원칙에도 저촉된다고 할 것이다.

【3】 해고를 다투는 구제신청을 한 후 해고수당 및 퇴직금을 수령하고 타 회사에 취업한 경우, 근로자가 해고를 인정한 것으로 볼 것인지 여부

- 대판 1994. 8. 26. 94누3940

해고처분을 받은 근로자가 사용자로부터 해고수당과 퇴직금을

이의를 유보함이 없이 수령하였고 다른 회사에 취업하였더라도 해고처분 즉시 부당노동행위라고 하여 지방노동위원회에 구제신청을 하여 위 위원회에서 구제명령이 있었고 이에 대한 사용자의 불복으로 계속 다투고 있으면서 해고수당과 퇴직금을 수령하였다거나 이미 해고의 효력을 다투는 소송을 제기한 후라면 근로자가 해고를 적법한 것으로 인정하였다고 볼 수 없고, 근로자가 노동조합으로부터 전별금을 받았다고 하더라도 결론을 달리 할 것은 아니다.

【4】 가. 부당노동행위 여부의 판단기준

나. 해고무효확인 소에서 청구기각의 판결이 확정된 경우, 부당노동행위를 이유로 한 행정구제절차에 미치는 영향

- 대판 1996. 4. 23. 95누6151

가. 사용자가 근로자에 대하여 해고를 함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고 사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 하고, 정당한 해고 사유가 있어 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의 의사가 추정된다고 하여 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없는 터이므로, 그것이 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다.

나. 근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 주장하여 부당노동행위 구제신청을 하여 그 구제절차가 진행 중에 자신이 별도로 사용자를 상대로 제기한 해고등무효확인청구의 소에서 청구기각 판결이 선고되어 확정된 경우에 있어서는 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익 처분이 정당한 것

으로 인정되었다 할 것이어서 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되었므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 하고, 이와 같은 경우 근로자의 부당노동행위 구제신청을 기각한 지방노동위원회의 결정을 유지하여 재심신청을 기각하거나 구제명령을 발한 지방노동위원회의 결정을 취소하여 구제신청을 기각하는 내용의 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구하는 소송은 그 소의 이익이 없어 부적법하다.

【5】 가. 부당노동행위 또는 부당해고 등에 대한 구제신청서에 기재하여야 할 '청구할 구제의 내용'의 특정의 정도 및 구제의 내용이 구체적으로 특정되지 않은 경우 노동위원회의 판단 범위

나. 지방노동위원회에 제출된 '부당노동행위구제신청서'가 부당노동행위 뿐만아니라 부당해고에 대한 구제신청을 포함하고 있다고 본 사례

- 대판 1999. 5. 11. 98두9233

가. 노동위원회규칙에 의하면 사용자로부터 부당노동행위로 인하여 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합, 그리고 사용자로부터 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌을 당한 근로자가 지방노동위원회에 그 구제를 신청하기 위하여 제출하는 구제신청서에는 '부당노동행위 또는 정당한 이유가 없는 해고 등을 구성하는 구체적인 사실'과 '청구할 구제의 내용' 등을 기재하도록 되어 있으나, '청구할 구제의 내용'은 민사소송의 청구취지처럼 엄격하게 해석할 것은 아니고 신청의 전취지로 보아 어떠한 구제를 구하고 있는지를 알 수 있을 정도면 되는 것으로서, 노동위원회는 재량에 의하여 신청하고 있는 구체적 사실에 대응하여 적절·타당

하다고 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.

나. 지방노동위원회에 제출된 '부당노동행위구제신청서'가 부당노동행위뿐만 아니라 부당해고에 대한 구제신청을 포함하고 있다고 본 사례.

제4절 헌법재판소 판결

【1】 국가공무원법상 공무원 정년제도는 위헌이 아니다.

- 헌재 1997. 3. 27. 96헌바86 국가공무원법 제74조 제1항 1호 등 헌법소원

가. 국가공무원법상의 공무원정년제도는 공무원에게 정년까지 계속 근무를 보장함으로써 그 신분을 보장하는 한편 공무원에 대한 계획적인 교체를 통하여 조직의 능률을 유지·향상시킴으로써 직업

공무원제를 보완하는 기능을 수행하고 있는 것이므로 이 사건 심판 대상조항은 공무원의 신분보장과 직업공무원제도를 규정한 헌법 제 7조에 위반되지 아니한다.

나. 이 사건 심판대상조항이 연구 및 특수기술직렬 공무원의 정년을 58세 내지 61세로 규정한 것은 구체적인 정년연령에 관하여 광범위한 입법재량을 가진 입법권자가 국민의 평균수명과 사회경제적 여건 및 공무원 조직내부의 인력수급사정 등을 종합적으로 고려하여 입법에 반영한 결과로서 그와 같은 입법에 우리 재판소가 관여하여야 할 정도로 입법재량의 한계를 벗어난 잘못이 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건 심판대상조항이 헌법에 보장된 공무담임권, 직업선택의 자유, 행복추구권 등 기본권을 침해하는 위헌의 것이라고 볼 수도 없다.

【2】 근로기준법 제30조의 2 제2항 및 근로기준법 제37조 제2항 중 각 “ 퇴직금” 부분이 재산권의 본질적 내용을 침해하거나 과잉금지 원칙에 어긋난다는 헌법불합치 판결

- 헌재 1997. 8. 21. 97헌가11

근로기준법 제30조의 2 제2항 및 근로기준법 제37조 제2항 중 임금과는 달리 "퇴직금"에 관하여는 아무런 범위나 한도의 제한없이 질권이나 저당권에 우선하여 그 변제를 받을 수 있다고 규정하고 있으므로, 도산위기에 있는 기업일수록, 즉 자금의 융통이 꼭 필요한 기업일수록, 금융기관 등 자금주는 자금회수의 예측불가능성으로 말미암아 그 기업에 자금을 제공하는 것을 꺼리게 된다. 그 결과 이러한 기업은 담보할 목적물이 있다고 하더라도 자금의 융통을 받지 못하여 그 경영위기를 넘기지 못하고 도산을 하게 되며 그로 인하여 결국 근로자는 직장을 잃게 되므로 궁극적으로는 근로자의 생활보장이나 복지에도 좋은 결과를 낳지 못한다. 또한 근로자의 퇴직후의 생활보장 내지 사회보장을 위하여서는, 기업금융제도를 휘

손하지 아니하고 기업금융을 훨씬 원활하게 할 수 있으며 오히려 어떤 의미에서는 새로운 기업금융제도를 창출할 수 있는, 종업원 퇴직보험제도의 개선, 기업연금제도의 도입 등 사회보험제도를 도입, 개선, 활용하는 것이 보다 적절할 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 근로자의 생활보장이라는 입법목적의 정당성만을 앞세워 담보물권제도의 근간을 흔들고 기업금융의 길을 폐쇄하면서까지 퇴직금의 우선변제를 확보하자는 것으로서 부당하다고 아니할 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 근로자의 생활보장 내지 복지증진이라는 공공복리를 위하여 담보권자의 담보권을 제한함에 있어서 그 방법의 적정성을 그르친 것이며 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요청에도 저촉되는 것이므로 과잉금지의 원칙에도 위배된다고 할 것이다.

【3】 구 노동조합법 제46조의 3 중 단체협약에 위반한 자를 1000만원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 부분은 죄형법정주의에 위배된다.

- 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20 노동조합법 제46조의 3 위헌제청
 구 노동조합법(1986.12.31. 법률 제3925호로 최종개정되었다가 1996.12.31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제46조의3은 그 구성요건을 "단체협약에…… 위반한 자"라고만 규정함으로써 범죄구성요건의 외피(外皮)만 설정하였을 뿐 구성요건의 실질적 내용을 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청인 "법률"주의에 위배되고, 그 구성요건도 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다.

【4】 구 근로기준법 제41조의 임금채권에 퇴직금 채권이 포함되고, 구 근로기준법 제41조에서 임금채권의 소멸시효를 3년

으로 제한한 것이 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 기본권 제한 입법의 한계를 되지 않는다.

- 헌재 1998. 6. 25. 96헌바27 근로기준법 제41조 위헌소원

가. 임금 내지 퇴직금채권은 근로의 대가로서의 금품에 대한 청구권으로서 사용자에게 비해 경제적 약자인 근로자의 보호를 위하여 이에 대한 특별한 보호의 필요성이 인정된다 하더라도 기본적으로는 그 재산권적 성질이 바뀌는 것은 아니므로 헌법 제23조의 재산권보장에 관한 규정이 적용되는데, 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지므로 이 헌법상의 재산권 보장은 재산권형성적 법률유보에 의하여 실현되고 구체화된다.

나. 임금 및 퇴직금채권에 대한 단기소멸시효의 설정은 기업거래의 안전과 법적 안정성을 도모하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되며, 소멸시효기간을 3년으로 제한한 것은, 민법상 일반채권에 대한 소멸시효기간인 10년보다는 짧으나 민법상 금료채권 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 하는 채권의 소멸시효기간 3년과 동일하고, 노역인·연예인의 임금 및 그에 공급한 물건의 대금채권의 소멸시효기간 1년보다 긴 점, 임금 내지 퇴직금채권에 대한 단기소멸시효기간이 1974.12.24. 개정으로 2년에서 3년으로 늘어난 점, 근로자명부 기타 근로계약에 관한 중요한 서류의 보존기간을 3년으로 규정하고 있는 점, 민법 제165조가 단기소멸시효에 걸리는 채권이라도 확정판결을 받은 경우에는 10년으로 시효소멸되도록 규정하고 있어 필요한 경우 근로자가 소를 제기함으로써 그 소멸시효기간을 연장할 수 있는 점 등을 종합하면 특별히 짧다거나 불합리하다고 할 수 없으며, 따라서 입법재량의 범위를 현저히 일탈하였다거나 다른 일반채권들에 비하여 근로자에 대해서만 특별히 차별대우를 하고 있다고 볼 수 없다.

**【5】 근로자들이 집단적 노무제공 거부행위를 구 형법 제314조 위
 력업무방해죄로 형사처벌하는 것은 헌법에 위배되지 않는다.**

- 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23 구 형법 제314조 위헌소원

가. 법률의 위헌성을 판단함에 있어서는 그 법률의 해석 내지 그 법률이 어느 경우에 적용되는가를 확정하는 것이 선행되어야 하므로 이 한도 내에서는 헌법재판소로서도 법률의 해석 내지 그 적용에 관여하지 않으면 안되는 것인바, 정당행위로 인정되지 않는 근로자들의 집단적 노무제공 거부행위를 구 형법 제314조의 위력업무방해죄로 형사처벌하는 것이 헌법에 위반된다면 결국 법원의 해석에 의하여 구체화된 동 조항이 위헌성을 지니고 있는 셈이며, 따라서 집단적 노무제공 거부행위를 위력업무방해죄로 형사처벌하는 것이 헌법에 위반되는지 여부는 동 조항의 위헌여부에 관한 문제로서 헌법재판소의 판단대상이 된다.

나. 파업 등의 쟁의행위는 본질적착필연적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있어 폭행참협박 또는 다른 근로자들에 대한 실력행사 등을 수반하지 아니하여도 그 자체만으로 위력에 해당하므로, 정당성이 인정되어 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄로 형사처벌할 수 있다는 대법원 판례는 비록 단체행동권의 행사가 본질적으로 위력성을 가져 외형상 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 하더라도 그것이 헌법과 법률이 보장하고 있는 범위 내의 행사로서 정당성이 인정되는 경우에는 위법성이 조각되어 처벌할 수 없다는 것으로 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어선 행위(헌법의 보호영역 밖에 있는 행위)를 규제하는 것일 뿐 정당한 권리행사까지 처벌함으로써 본인의 의사에 반하여 강제노역을 강요하거나 근로자라는 신분만으로 불합리한 차별을 하는 것은 아니라고 판단되므로, 위 대법원의 해석방법이 헌법상의 강제노역금지원

칙, 근로3권 및 평등권 등을 침해하지 않는다.

다. 위 법조항 중 '위력' '업무' '방해' 등의 용어들이 다소 광범위한 해석의 여지를 두고 있는 것은 사실이나 위 법조항의 보호법익, 같이 규정된 다른 행위태양인 '허위사실의 유포'나 '위계' 그리고 위 법조항 규정과 함께 같은 장에 규정되어 있는 신용훼손죄나 경매방해죄의 해석, 그외 형사법상의 폭력, 폭행, 협박 등의 개념과 관련지어 볼 때 일반적으로 '위력'이라 함은 사람의 의사의 자유를 제압촉혼란케 할 만한 일체의 세력을 뜻하고, '업무'란 사람이 그 사회적 지위에 있어서 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을 뜻하며, '방해'란 업무에 어떤 지장을 주거나 지장을 줄 위험을 발생하게 하는 것을 뜻하는 것으로 해석할 수 있고, 이러한 해석은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인으로서도 능히 인식할 수 있는 것으로서 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고는 볼 수 없다. 따라서 위 법조항 부분은 죄형법정주의의 한 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

라. 이 사건 심판대상 규정이 5년의 징역형까지에 처할 수 있도록 규정하고 있는 점만으로는 그것이 곧 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되어 다른 범죄자와의 관계에 있어서 평등의 원리에 반한다거나, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법상의 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배되는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 자의적으로 행사된 경우에 해당한다고 할 수도 없거니와 그 법정형이 지나치게 가혹하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보장한 헌법 제10조에 위반된 것이라고 볼 수도 없다.

마. 강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO)의 제105호 조약은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만

한 근거도 없으므로 이 사건 심판대상 규정의 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다.

【6】 근기법 제10조 제1항 본문이 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업에 동법을 적용한다고 하고 4인 이하 사업에 적용을 배제시킨 것은 평등권 등에 위배되지 않는다.

- 헌재 1999. 9. 16 98헌마310

헌법 제11조 제1항에 규정된 평등의 원칙은 상대적, 실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반한다. ‘상시 사용근로자수 5인’이라는 기준으로 근로기준법의 전면적용 여부를 달리한 것은 근로기준법의 확대적용을 위한 지속적인 노력을 기울이는 과정에서 한편으로 영세사업장의 열악한 현실을 고려하고 다른 한편으로 국가의 근로감독 능력의 한계를 아울러 고려하면서 근로기준법의 범규범성을 실질적으로 관철하기 위한 입법정책적 결정으로서 거기에는 나름대로의 합리적 이유가 있다과 할 것이므로 이로 인하여 청구인의 평등권이 침해되었다고 볼 수 없다.

【7】 ‘노동조합’의 정치자금 기부금지는 ‘위헌’이다.

- 헌법재판소 1999. 11. 25 95헌마154

노동단체가 정당에 정치자금을 기부하는 것을 금지하는 것은 정치적 의사를 표현하는 자유를 제한하는 한편, 정당에 정치적 영향력을 행사하는 결사의 자유를 제한하는 규정이므로 헌법 제21조의 행복추구권을 침해하는 것으로 보아야 한다. 정치자금의 기부는 정당에 영향력을 행사하는 중요한 방법의 하나인데 사용자단체에게는 정치자금의 기부를 허용하면서 노동단체에는 금지하는 것은 다른

사회단체에 비하여 노동단체의 지위를 더욱 약화시키는 것으로 정당하지 않다.

【8】 가산점제도로 여성, 신체장애자 등의 평등권, 공무담임권이 침해된다

- 헌재 1999. 12. 23 98헌마363

가산점제도는 헌법 제39조 제2항의 범위를 넘어 제대군인에게 일종의 적극적 보상조치를 취하는 제도라고 할 것이므로 이를 헌법 제39조 제2항에 근거한 제도라고 할 수 없다. 가산점제도에 헌법적 근거가 없는 이상 이 제도는 ‘제대군인의 사회복귀를 돕겠다는 취지하에 입법정책적으로 도입된 것에 불과’하다. 그리고 전체 남자중의 대부분에 비하여 전체 여성의 거의 대부분을 차별취급하고 있으므로 이러한 법적 상태는 성별에 의한 차별이라고 보아야 하며 신체건강한 남자와 질병이나 심신장애로 병역을 감당할 수 없는 남자, 즉 병역면제자를 차별하는 제도이고 보충역으로 편입되어 군복무를 마친 자를 차별하는 제도이다. 가산점제도는 승진, 봉급 등 공직내부에서의 차별이 아니라 공직에의 진입 자체를 어렵게 함으로써 공직선택의 기회를 원천적으로 박탈하는 것이기 때문에 공무담임권에 대한 더욱 중대한 제약으로서 작용하고 있다. 가산점제도는 능력주의와 무관한 불합리한 기준으로 ‘여성’과 ‘장애인’ 등의 공직취임권을 지나치게 제약하는 것으로서 헌법 제25조에 위배되고 이로 인하여 청구인들의 공무담임권이 침해된다.

[저자 약력]

국민대학교 법학 학석사
현재 한국노총 정책본부 정책1국
e-mail : fktupol@hotmail.com

- 파트타임 근로자의 법적지위에 관한 비교법적 고찰, 국민대학교 대학원 석사논문, 1997
- 사회보험의 기능적 통합방안 (노총정책 99-2), 한국노총 1999
- 체불임금 해소방안(노총정책 99-4), 한국노총 1999
- 아파트 근로자의 고용승계에 관한 연구, 한국노총중앙연구원, 1999. 3

노총연구원 연구서 73

노동판례의 동향

2000년 8월 25일 인쇄	
2000년 8월 28일 발행	
발행인	이 남 순
발행처	한국노동조합총연맹
주소	서울시 영등포구 여의도동 35번지 (代) 02-782 -3884
등록	81. 8. 21 (13-31호)
인쇄	성문사 (代) 02 - 2268 - 0520

가격 : 7,000원