**1. 본 서브노트는 ‘딱’ 시험장에 쓸 내용만 적는다.**

**그 이외의 자질구레한 개념은 배제하도록 한다.**

**그렇다면 이제 후회없이 흐뭇한 미소로 ‘이하여백’을 쓰기 위한 여정을 떠나보자!**

**2. 답안지 쓸 때 ① 줄 띄우기, ② 형식의 일치 7**

**♥ 근기법** **쟁점별 개관**

**I. 적용범위**

1. 인적

**(1) 근로자**

**(2) 사용자**

~~2. 장소적~~

~~3. 시간적~~

**II. 기본원칙**

1. 위약예정의 금지

2. 균등처우

3. 중간착취배제

**III. 취업규칙**

**IV. 근로계약**

1. 경업금지의무

2. 채용내정

3. 시용

**V. 근로조건**

1. 임금

(1) 임금

(2) 통상임금

(3) 평균임금

(4) 임금지급4대원칙

(4) 휴업수당

(5) 임금채권최우선변제

~~(6) 퇴직금~~

2. 근로시간

(1) 포괄임금제

(2) 연장근로

3. 휴식

(1) 휴게

(2) 휴일

(3) 휴가

**VI. 인사권**

1. 인사

(1) 전직

(2) 전출

(3) 전적

(4) 휴직

(5) 대기발령

2. 징계

(1) 의의

(2) 근거

(3) 정당성

1) 사

2) 절

3) 양

3. 근로관계 종료

(1) 당연종료

(2) 의사표시

1) 쌍방: 합의해지

2) 일방

① 사직

② 해고

ⓐ 징계해고, ⓑ 정리해고

(3) 해고제한

1) 사유

2) 절차

3) 시기

(4) 부당해고구제

**VII. 사업변동**

1. 합병

2. 분할

3. 영업양도

**VIII. 부속법령**

1. 기간제

2. 파견

3. 산재

**♥ 근로기준법 인적적용범위 – ① 근·사 개념의 이중성 ② 근로자성 판단**

**Q. 문제**

A회사는 甲이 **임원으로 등기**되어 있을 뿐만 아니라,

법인의 임원인 甲은 **다른 임원의 지휘·감독없이 자유롭게 업무를 처리**했기 때문에

甲의 ~~퇴직급 청구는 부당하다~~고 주장한다. 이러한 주장은 타당한가?

**I. 문제의 소재**

① A사의 주장은 ‘**임원**으로 등기된 자’는 **근로자가** **아닌** **바 퇴직금이** **지급되지** **않는다**는 것이므로

② 이하에서는

ⓐ 임원의 경우에도 근로자로 인정될 수 있는 지,

ⓑ 근로자성 판단기준에 대한 검토가 필요하다.

**II. 임원의 경우도 근로자가 될 수 있는지**

**(1) 사용자의 의미**

① i) [근기법 제2조 제1항 제2호]에서

ii) ㉴란 ‘사업주, 사업경영담당자, 사업주를 위해 행위하는 자’를 말한다.

② 이 때 ‘**사용자**’인지는

ⓐ 계약의 형식에 구애받지 않고 **실질에 의해 판단**된다.

ⓑ 따라서 명시적 계약이 없는 경우에도 ㉴로 인정받는 경우는 물론

ⓒ 명시적으로는 ㉴임에도 불구하고 그러하지 않은 경우도 있다.

**(2) 사용자의 근로자성**

① i) 명시적으로 ㉴임에도 불구하고

ii) 실질적으로 근로자로 평가되는 경우가 있다.

② **판례**는

ⓐ **임원**이라고 하더라도

i) 그 지위 또는 **명칭**이 **형**식적 · **명**목적인 것이고

ii) 실제로 **㉴**의 **지휘**·**감독** **아래** **일정한 근로**를 **제공**하면서

iii) **그 대가**로 **보수**를 **지급받는** **관계**에 있다거나

ⓑ i) 회사로부터 **위임**받은 **사무**를 **처리**하는 **외**에

ii) **대표이사** 등**의** **지휘**·**감독** **아래** **근로**를 **제공**하고

iii) 그 **대가**로 **보수**를 **지급**받아 왔다면

ⓒ 그러한 **임원**은 **근기법상** **근로자**에 해당한다고 보고있다.

**(3) 사안의 경우**

① 甲의 경우 **형식**적으로는 **등기임원**이나

② **실질**적으로 대표자인 **乙의 지휘·감독**을 받고 있으므로

③ **사용자**임을 **단정**할 수 **없다**,

④ 즉 **근로자성 판단이 필요하다**.

**III. 근로자성 판단**

**(1) 근로자의 의의**

① [근기법 제2조 제1항 제1호]에 따르면 ‘근로자’란

② ‘ⓐ 직업의 종류와 관계없이 ⓑ 임금을 목적으로 ⓒ 사업이나 사업장에 ⓓ **근로를 제공**하는 자’이다.

③ 여기서 ‘근로제공’에 대해서 ‘**통설**’은

i) 독립노동X,

ii) **종속노동 O**으로 보고 있으며

④ ‘**판례**’ 역시

i) 근로를 제공하는 자가 근기법상 ‘**근로자**’인지는

ii) 계약의 형식과 관계없이 ‘**사용종속관계**’ 하에서

iii) **임금**을 **목적**으로 **근**로**제**공을 **하는지에 따라** **판단**해야 한다고 본다.

iv) 따라서 **사용종속관계가 무엇인지 검토가 필요**하다

**(2) 사용종속관계 판단기준**

① 사용종속관계 판단에 대해 ‘**판례**’는

② 인적종속성(내/취/상/시·장)

ⓐ 업무의 **내**용을 사용자가 정하고

ⓑ **취**업규칙(복무규율)의 적용을 받는지

ⓒ **상**당한 지휘감독을 받는지,

ⓓ 근무**시**간과 **장**소를 사용자가 정하고 이에 구속받는 지

③ 독립사업자성(소/독/손/보/계·전)

ⓐ 노무제공자 스스로가 도구나 원자재 등을 **소**유하는지

ⓑ 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 **독**립하여 자신의 사업을 영위할 수 있는지

ⓒ 이윤창출이나 **손**실초래 등 위험부담을 스스로 안고 있는지,

ⓓ 노무제공자가 받는 **보**수가 제공한 노무의 대가인지

ⓓ 근로제공의 **계**속성·**전**속성이 있는지

④ 기타(급/세/사)

ⓐ 기본급이나 고정**급**이 정해져 있는지,

ⓑ 근로소득**세**를 원천징수 하는지,

ⓒ **사**회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지

⑤ 등을 종합하여 판단해야 한다고 본다.

⑥ **다만**,

i) **급**/**세**/**사**는

i) **㉴**가 **경제적**으로 **우월한 지위**에서

ii) **임의로 정할 여지**가 **크기** **때문에**

iii) **이러한** **것들이** **인정**되지 **않는다**고 **하여**

iv) **근로자성**을 쉽게 **부정해서는 안된다**는 입장이다.

⑦ 더불어 최근 **판례**는

i) 근로제공자가 **노무제공** **시 사용**하는 ‘**도구**’를 **소유**하고 있다고 하여

ii) 곧바로 **독립** **사업자**로 **단정**짓지 **않으면서**

iii) **‘근로자성’**의 **범위**를 **넓히고** **있다**.

**(3) 사안의 경우**

**IV. 결론**

**♥ 근기법 인적적용범위 - ① 사용자 ② 사용자개념의 확장: 묵시적 근로관계**

**1. 사용자**

**(1) 의의 및 취지**

① [근기법 제2조 제1항 제2호] 사용자란 ‘사업주, 사업경영담당자, 사업주를 위해 행위하는 자’를 말한다.

② **입법취지**는

ⓐ 사용자를 근기법에 규정함으로써 **근기법** **준수**해야 하는 **자**를 **명확히** **하고**,

ⓑ 그 **범위를** 사업주뿐만 아니라 **실질적** **권한을** **행하는** **자까지** **넓힌** **것은** **근기법의** **실효성을** **높이기** **위함**이다.

**(2) 사용자의 범위(판례 – 쓸 필요 없다.)**

**1) 사업주**

① **근**로자와의 **사이**에서 **사용종속관계**가 **있는 자**로,

② **명시적**, **묵시적** **근**로**계**약관계를 **맺고 있는 자**를 말한다.

**2) 사업경영담당자**

① **경영 일반**에 관하여 **책임을 지는 자**로

② ⓐ 사업주로부터 **경영**의 전부 또는 일부에 대하여 **포괄적 위임**을 받고

ⓑ **대외적**으로 **사업을** **대표**하거나 **대리**하는 자를 말한다.

**3)** 근로자에 관한 사항에 대하여 **사업주를 위해 행위하는 자**

① **근**로**조**건의 **결정** 또는 **지휘**·**감독** 사항**에 관하여**

② 사업주로부터 **일정한** **권한**과 **책임**을 **부여 받은 자**를 말한다.

**2. 사용자 개념의 확장**

**(1) 의의**

① **원칙**적으로

i) **근기법상 준수 의무자**는

ii) **근**로자와의 **사이**에서 **근**로**계**약을 **맺은** **상대방**,

iii) 즉 **사용자**이다.

② **그러나**

ⓐ **간접고용의 확산**으로

i) **명목**상 **사업주**와

ii) **실질**적 **사업주**가 **다른 경우**가 있는 바,

ⓑ 제3자와 고용근로자 간에 **묵시적 근로관계**가 **인정**되는 지 **여부**가 **문제**된다.

**(2) 묵시적 근로계약 법리**

**1) 의의**

**판례**에 따르면

① 사용자는 근로자와의 사이에서 사용종속관계가 있는 자로

② 그와 명시적인 근로계약뿐만 아니라 **묵시적**인 근로계약을 맺은 자도 포함된다.

**2) 묵시적 근계 성립의 판단기준(독/종/임/제)**

① **판례**에 따르면,

ⓐ i) ‘**원고용주에게** **고용되어** **제3자의** **업무에** **종사하는 자**’와

ii) ‘**제3자**’간

ⓑ **묵시적 근로계약**이 **체결**되었다고 하기 위해서는

② **원고용주**는

ⓐ 사업주로서 **독**자성이 없거나 독립성을 결하여

ⓑ i) **그 존재가** 제3자의 **노무대행기관**과 같이

ii) **형**식적 · **명**목적인 것**에 지나지 아니하고**

③ **사실상**

ⓐ i) **피고용인**은

ii) **제3자**와

ⓑ **종**속적인 관계[[1]](#footnote-1)(인적종속성)에 있으며

④ i) **실질적**으로 **임**금을 **지급**하는 **자**도

ii) **제3자**이고

⑤ i) 피고용인의 근로**제**공 상대방도

ii) **제3자**라면

⑥ **당해**

i) **피고용인**과

ii) **제3자**간에는

iii) **묵시적 근로계약 관계**가 **성립**된 것으로 **평가**된다고 한다.

**3. 사용종속관계 판단기준**

**4. 사안의 경우**

**♥ 근로기준법 기본 원칙 – 위약예정금지의 원칙**

**Q. 문제**

A회사가 甲에 대해 ① **월급** 및 ② **연수비용의 반환**을 청구한 것은 정당한가?

**I. 문제의 소재**

사안에서

① 마땅히 받아야할 월급을 반환하기로 한 약정이 [근기법 제20조]에서 금지하는 위약예정에 해당하는지

② i) 약정의 필요성+근로자의 희망을 고려하여 사용자가 대신 지출한 것으로 평가 + 상환기간과 위약 시 반환해야할 비용이 합리적 = 연수비반환약정이

ii) [제20조] 위반한 위약예정에 해당하는 지 여부가 문제된다.

**II. 위약예정금지**

**(1) 의의 및 취지**

① 민법에서는

i) **[민법 제389조]**에서는 **명문**으로

ii) **위약 시 손배액**을 **예정**할 수 있다고 규정하고 있으나

② i) **근**로관**계**에서 **위약 시 손배액**을 **예정**하게 되면

ii) 근로자가 자유롭게 퇴직하지 못하게되어 **근로자의 의사에 관계없는 근로를 강제하게 되는 바,**

iii) **이를 방지**하기 **위해 근**로**기**준**법에서는**

iv) 근로자의

- **근**로**계**약 **불이행**에 대한 **위약금**을 **예정**하는 **계약**을 **체결하지 못하도록**

- **[근기법 제20조]를 규정**하고 있다.

**(2) 금지되는 위약예정약정이 되는 경우**

**1) 정액 반환 약정**

① **약정한** **근무기간** **이전**에 **퇴직**하면

② ㉴에게 **어떤 손해**가 **어느** **정도** **발생하였는지 묻지 않고**

③ 바로 **소정 금액을 지급**하기로 하는 **약정**이라면

④ i) 이는 명백히 **[근기법 제20조]에 반하는 것**으로서

ii) **무효**라는 것이 판례의 입장이다.

**2) 임금반환 약정**

① **약정**이

② **미리 정한 근무기간 이전**에 **퇴직**하였다는 **이유로**

③ **마땅히** 근로자에게 **지급되어야** **할** **임금을 반환**하기로 **하는** **취지**인 경우,

④ 결과적으로 **위 조항의 입법목적에 반하는 것**인 바 **무효**라는 것이 판례의 입장이다.

**3) 해외파견의 실질이 근로장소변경일 뿐인 경우**

① i) **해외파견근무**의 **실질**이 연수나 교육훈련이 아니라

ii) **근로장소변경**에 불과한 경우,

② i) **그 기간동안 임금 이외에 지급한 금품**은

ii) 해외근무라는 **특수한 근로의 대가**이거나

iii) **필요불가결한 경비**에 해당하므로

③ 재직기간 의무근무 **위반**을 이유로

④ i) 이를 **반환하기로 한 약정**은

ii) **[근기법 제20조]에 반하는 것**으로서 **무효**

**(3) 위약예정약정이 되지 않는 경우**

**1) 실제 손해에 대한 손배청구**

**2) 교육비 반환약정**

**①** **교육비 반환약정**이

**②** ~~약정의 필요성이 인정되고~~

ⓐ **㉴**가 **교육훈련**을 위한 **비용**을 **우선** **지출**하고

ⓑ **근로자**는 지출된 **비용**의 **전부** 또는 **일부**를 **상환**을 **부담**하되,

ⓒ i) **일정기간 동안 근로**하는 경우

ii) 그 **상환의무**를 **면제**하기로 한 **취지**인 경우

ⓓ 그 **약정의 필요성이 인정**되고,

**③** ~~자발적 희망에 의한 해외연수 비용을 ㉴가 대신 지출한 것으로 평가되며~~

ⓐ **약정**이 사용자의 이익뿐만 아니라

ⓑ **근로자**의 **자발적인 희망과 이익**까지 **고려하여**

ⓒ **근로자**가 전부 또는 일부 **부담해야할 비용**을

ⓓ **㉴가 대신 지출한 것으로 평가**되며

**④** ~~약정 기간 및 상환 비용이 합리적이어서~~

ⓐ 그 **약정**에 의한 근무**기간** **및** 위약 시 상환**비용**이

ⓑ **합리적**이고 **타당한** **범위** **내**에서 **정해져** **있는 등**으로

**⑤** i) **근**로자 **의**사**에 반하는** **계속 근로를**

ii) 부당하게 **강제하는 것으로 평가되지 않는다면**

**⑥** i) 위 **약정**은

ii) **[근기법 제20조]에 반하지 않는다**는 것이 판례의 입장이다.

**(4) 위반의 효과**

ⓐ **[근기법 제20조]**는 **강행규정**인 바

ⓑ 이를 **위반**하여 계약을 체결하는 경우에는 i) **그 부분**은 **무효**이고 ii) **소정의 벌칙**이 적용된다.

**III. 사안의 경우**

**(1) 월급에 대한 청구**

**(2) 연수비에 대한 청구**

**IV. 결론**

**III. 사이닝 보너스**

**1. 의의**

**사이닝보너스**란

ⓐ 인재 채용 위해

ⓑ **근**로**계**약을 **체결**함과 **동시에**

ⓒ 일회성의 **인센티브 명목**으로 **지급**하는 **금원**

**2. 사이닝 보너스의 법적성질**

**(1) 법적성질(이·계·전·임)**

**사이닝 보너스**는

ⓐ i) **이직에 따른 보상**이나

ii) **근로계약** 등의 **체결**에 대한 **대가로서의 성격**이나

ⓑ i) **전**속근무 약속에 대한 대가 및

ii) **임**금 선급으로서의 성격도 함께 가질 수 있는데

**(2) 법적 성질 판단기준(동·경·목·의·기)**

법적 성질의 판단에 대하여 **판례**는

① 해당계약이 체결된 ⓐ **동**기 및 ⓑ **경**위,

② 당사자가 계약에 의하여 체결하고자 하는 ⓒ **목**적과 ⓓ 진정한 **의**사

③ i) **전속근무를 조건**으로 **사이닝보너스를 지급**한다거나

ii) 중간에 **퇴직**하거나 **이직**할 경우 **이를 반환**한다는 등의

iii) 내용이 **기**재되어 있는지 여부 등을

④ **종합적**으로 **고려**하여 **판단**해야 한다는 입장이다.

**3. 근로계약 체결**의 **대가에 불과한 사이닝보너스계약**

① **판례**는

ⓐ i) **사이닝보너스계약**이

ii) 근로**계**약 체결에 대한 대가로서의 성격에 그칠 뿐이라면

ⓑ i) **근**로**계**약 등이 실제로 **체결**된 이상

ii) 대가적 관계에 있는 **반대급부**는 **이행**된 것으로

ⓒ i) **약정** 근무**기간**을 **준수하지** **않더라도**

ii) **무방**하다는 입장이다.

~~②~~ **~~이 경우~~**

~~ⓐ i)~~ **~~사이닝보너스 계약~~**~~은~~

~~ii)~~ **~~근~~**~~로자의~~ **~~의~~**~~사에~~ **~~반~~**~~하는~~ **~~근로~~**~~를~~ **~~계속 강제~~**~~하는 것이~~ **~~아니~~**~~기 때문에~~

~~ⓑ~~ **~~위약예정에 해당하지 않는다.~~**

**~~4. 사이닝보너스가 위약예정에 해당할 수 있는지~~**

① 구체적인 **판례**는 아직까지는 **없으나**,

ⓐ **사이닝보너스계약**의 **법적** **성질**이

i) **전**속근무 약속에 대한 대가 및

ii) **임**금 선급의 성격을 가지고

ⓑ i) **약정근무기간** **준수**하지 **않는다면**

ii) **이를 반환**해야 하는 경우에는

② i) **[근기법 제20조]**에서 **금지**하는

ii) **위약예정약정**이 될 수 있다.

**~~♥ 근로기준법 기본원칙 - 균등처우의 원칙~~**

**1. [근기법 제6조]**

① 조문

② 근기법 제6조는

ⓐ 헌법상 평등원칙을 근로관계에 구체화한 것,

ⓑ 여기서 평등은 합리적 근거없는 차별을 금지하는 상대적 평등을 의미한다.

ⓒ 즉 같은 것을 같게 다른 것을 다르게 처우하는 것을 말한다.

**2. 균등처우원칙의 요건**

**(1) 차별금지사유**

1) 성별: 성별이란 남성 또는 여성을 이유로 하는 것

2) 국적: 국적법상의 지위

3) 신앙: 사람의 내심의 사고방식

4) 사회적 신분: 사회에서 점하는 장기간 지위

**(2) 근로조건에 있어서의 차별**

① 근로조건이라면 이 조문의 적용 받으나

② 채용의 경우 근로조건이 아니므로 차별이 금지되지 않는다.

**(3) 차별적 처우가 있을 것**

**1) 의의**

ⓐ 차별적 처우란

ⓑ 같은 것을 다르게,

ⓒ 다른 것을 같게 취급하는 것을 말한다.

**2) 비교대상 근로자**

ⓐ 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이

ⓑ 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야

**3) 불리한 처우**

ⓐ 다르게 처우함으로써

ⓑ 차별적 처우를 주장하는 자에게

ⓒ 불이익이 발생해야 한다.

**4) 합리적 이유**

ⓐ 다르게 처우할 필요성이 인정되지 않거나

ⓑ 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우

**3. 위반 시 효과**

ⓐ 벌칙이 적용되고

ⓑ 그 위반한 부분은 무효가 된다(제15조 제1항)

ⓒ 무효가 된 부분은 비교대상이 된 동일한 비교집단과 균등하게 대우해야 한다(제15조 제2항)

**♥ 근기법 기본원칙 - 중간착취 배제**

**Q. 문제**

甲은

① 취업 알선의 명목으로

② 지인들로부터 상당한 금원을 수령하였지만

③ 실제로 취업에 아무런 영향력을 행사한 바가 없기 때문에 자신의 행위가 위법하지 않다고 주장한다.

이러한 주장은 타당한가?

**I. 문제의 소재**

**II. 중간착취의 배제**

**(1) 의의 및 취지**

① ⓐ 누구든지 ⓑ 법률에 의하지 아니하고는 ⓒ 영리로 ⓓ 타인의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다. [근기법 제9조]

② 이는

i) 취업의 개입·알선을 이유로

ii) 중간에서 이익을 취득하는

iii) **전근대적 악습을 근절**하는 데 취지가 있다.

**(2) 금지되는 중간착취(요건) (15, 감각의 발견)**

**1) 누구든지**

**2) 법률에 의하지 아니하고는**

ⓐ 직업안정법과 파견법에 따른

i) 직업소개사업자,

ii) 근로자공급사업자,

iii) 파견사업자는

ⓑ 위 규정을 적용 받지 않는다.

**3) 영리로 타인의 취업에 개입하는 행위**

**판례**

① **영리로 타인의 취업에 개입하는 행위**란

② i) **제3자**가

ii) **영리로** 타인의 취업을 **소개·알선**하는 등으로

iii) 근계 **성립 · 갱신**에 영향을 주는 행위를 말하는데,

③ **여기에는**

ⓐ i) 취업을 원하는 사람에게,

ii) **취업을 알선해 주기로 하면서**

iii) **그 대가로 금품을 수령하는 행위**도 **포함**된다고 볼 것이고

ⓑ i) **반드시** 성립·갱신에 영향을 미칠 정도로

ii) **구체적인 소개·알선 행위**를 **요구하지 않는다**.

**4) 중간인으로서 이득을 취하는 행위**

**판례**는

ⓐ **중간인으로서 이득을 취하는 행위**란

ⓑ i) 근로관계의 **존속 중**

ii) **사**용자와 **근**로자 **사이(**중간**)**에서

iii) 근로자의 **노무제공**과 **관련**하여 **근** 또는 **사**로부터

iv) 법률에 의하지 아니하는 **이익**을 **취득**하는 것

**(3) 위반의 효과**

벌칙(근기법 제107조)

**III. 사안의 적용**

**♥ 취업규칙**

**Q. 문제**

A사가 ‘**변경한** **인사규정**’의 ‘**법적효력**’을 논하시오.

**I. 설문(1)의 풀이**

**1. 문제의 소재**

① 해당 인사규정이 취업규칙인지

② 만약 취업규칙이라면 ‘정년의 신설’이 취업규칙 불이익 변경인 지,

③ 만약 불이익한 변경이라면 노사협의회의 의결이 적법한 동의 절차를 거친 것으로서 당해 변경이 유효한지가 문제된다.

**2. 취업규칙**

**(1) 취업규칙의 의의**

① **취업규칙이란**

i) **사용자가**

ii) 근로자의 **근로조건을** **획일적(통일적)으로**

iii) **정립하기** **위해** **작성하는** **것**으로

② ‘**판례**’는

i) **근**로**조**건에 관한 **준칙**을 담고 있으면

ii) 그 **명칭**을 **불문**하고 **취업규칙**으로 본다

**(2) 사안의 경우**

인사규정 = 취업규칙

**~~3. 취업규칙의 법적성질~~**

(1) 견해의 대립

① 경영권설/ ② 관습법설/ ③ 수권설

(2) 판례의 입장

ⓒ 근로자의 기본적 생활을 보호하려는 목적으로

ⓓ 그 작성을 강제하고

ⓔ 이에 법규범성을 시인한 것으로 본다.

ⓕ 즉, 수권설을 취하고 있다.

(3) 검토(68)

수권설 타당

**3. 취업규칙 불이익 변경과 동의**

**(1) 의의**([근기법 제94조 제1항 단서])

취규**불·변** 시,

ⓐ 노조, 노조대표자,

ⓑ 노조X, 근과반수 동의

**(2) 불이익 변경**

**1)** **불이익** **변경** **의의**

불이익 변경이란

ⓐ i) 기존의 근로조건을

ii) 근로자에게 불이익하게 변경하는 것으로

ⓑ i) 근조 저하,

ii) 복무규율 강화

**2)** **불이익 근로조건 부과**

“판례”는

**신설된 근로조건**이

근로자가 가지고 있는 **기득의 권리·이익 박탈**하면 **불이익한 근로조건**이라고 본다.

**3) 일부 근·조 유리, 다른 근·조 불리**

① **판례**는

ⓐ **복수의 근로조건 변경**함에 있어서

ⓑ i) **일부 근조 유리** 변경, ii) **다른 근조 불리 변경**한 경우

②그 **변경이 불이익한지 여부**는

③i) **불이익**하게 **변경**된 **부분**과

ii) **유리**하게 **변경**된 **부분**이

~~iii) 관련된 것이어서~~

④ ⓐ i) **대가관계**나 ii) **연계성**이 있는지 여부를

ⓑ **고려**하여 **종합적**으로 **판단**하여야 한다고 설시한다.

**4) 일부 근로자 유리, 일부 근로자 불리**

ⓐ **취업규칙의 ~~변경~~**~~이~~

~~i)~~ **~~일부~~** ~~근로자에게는~~ **~~유리~~**

~~ii)~~ **~~일부~~** ~~근로자~~ **~~불리~~**~~한 경우에~~

ⓑ i) ~~그러한~~ **변경이 불이익한 지**는

ii) **획일적으로 결정**되어야 하는데,

ⓒ 이와 같이

i) 근로자 상호간 **유·불리가 충돌**하는 경우

ii) 불이익인지 **객관적으로 평가하기가 어려우므로**

iii) **불이익한 것으로 취급**하는 것이 타당하고,

ⓓ i) 이 때 유·불리를 달리하는

ii) 근로자 **집단의 규모를 비교할 것도 없다**고 판시한다.

**5) 기존의 내용을 구체화 세분화하는 경우**

**판례**는

ⓐ **취업규칙의 개정**이

ⓑ 개정 전 **포**괄적·**추**상적 징계사유를

ⓒ **유형화 세목화**하여 **상세히 규정**하고 있을 뿐이라면

ⓓ **불이익하게 개정된 것이 아니**라고 판시한다.

**(3) 사안의 경우**

**(3) 적법한 동의**

**1) 동의주체**

**① 원칙**

원칙적으로

**종전 취규의 적용**을 **받고 있던** **근 집단**이

**동의의 주체**이다

**② 집단별로 달리 적용되는 취규**

㉠ ~~ⓐ i)~~ **~~하나의 근로체계 내~~**~~에 있어~~

ii) **불이익변경 시점**에는 **직접적 불이익을 받지 않더라도**

iii) **변경된 취규**가 **장래 적용**이 **예상되는 근로자 집단**이 있는 경우,

ⓑ i) **장래 변경된 취업규칙 규정**의 **적용이 예상되는 근로자 집단**을 **포함한 근로자 집단**이

ii) **동의의 주체**가 **된다**고 판시한다.

~~㉡ 다만~~

~~i)~~ **~~근로조건~~**~~(근로체계)이~~ **~~이원화~~**~~되어 있어서~~

~~ii)~~ **~~변경된 취규~~**~~가~~ **~~적용~~**~~되고~~

~~iii)~~ **~~그 이외 적용이 예상되는 집단X~~**

~~iv)~~ **~~불이익 받는 근 집단’만~~**~~’이~~ **~~동의의 주체~~**~~가 된다는 것이 판례의 입장이다.~~

**2) 동의 방법**

**① 원칙**

**판례**는

ⓐ **동의 주체**의

ⓑ **집단의사결정 방식의 동의**를 요한다고 한다.

**②** **과반수 노조 있는** 경우

**ⓐ 과반수 노조**

i) **과반수 노조**란

ii) **노조가입자격** **불문**한

iii) 기존 **취업규칙의 적용을 받는** **전체 근로자의 과반수**로 **조직된 노조**

**ⓑ 동의 방법**

i) 단협에 의해 **대표권이 제한되었다**고 볼만한 **사정이 없으면**

ii) **조합장**이 노조를 대표하여 **동의**하면 되는 것이지

iii) **조합원 과반수**의 **동의**를 **요하는 것은 아니다**.

**③** **과반수노조**가 **없는** 경우

ⓐ 동의 주체의 **과반수의 동의**

ⓑ **동의방법**(교/집/합)

**판례**에 따르면

i) 근로자들의 **회의방식**뿐만 아니라

ii) 기구별 부서별로

- 사용자 측의 부당한 **개입**이나 **간섭**이 배제된 상태에서

- 의견을 **교**환하여

- 찬반을 **집**약한 후

- 이를 전체적으로 **모으는 방식(취합)**도 허용

iii) 여기서

- **부당한 개입이나 간섭**은

- **근로자**의 **자율적·의사결정**을 **저해**할 정도로

- **명시적 또는 묵시적 방법**으로 **동의를 강요하는 것**을 말하지

- 변경될 취규 내용을 **설명**하고 **홍보**하는 데 그친 경우

- **부당한 개입·간섭**이 **있었다고 할 수 없다**고 한다.

**3) 노사협의회에 의한 동의**

① 원칙적으로 노사협의회에 의한 동의방식 허용 X

② 판례도

ⓐ 노사협의회를 구성하는 근로자 위원 선출에 있어

ⓑ i) 근로조건 불이익변경 시

ii) 근로자 대신하여 동의를 할 권한까지 포괄적 위임한 것으로 볼 수 없다고 판시함으로써

ⓒ **노사협의회에 의한 동의**는 **불이익 변경에서 요구하는 적법한 동의 X**

③ 생각건대 판례의 내용을 **반대해석**하자면

i) **근로자위원 선출** 시

ii) 취규불변 **동의**할 **권한** **포괄적 위임**한 것으로 **볼 수 있는 경우**에는

iii) **노사협의회에 의한 동의**도 **적법 동의**가 될 수 있을 것이다

**4) 사안의 경우**

**(4) 적법X 취규불변의 효력(동의 위반 시 효력)**

**1) 원칙**

① **벌칙**이 **적용**됨은 별론으로 하고

**2) 취규**의

**① 사법상 효과**는

**②** 원칙적으로 **무효**[[2]](#footnote-2)가 된다.

**3) 다만**,취규불변 이후 **신규입사자**에대하여도 **취규**가 **효력이 없는지에 대하여**

① **종래 판례**는

i) **부적법**한 **취규불변**은 **절대적 무효**로 보아

ii) **신규입사자**에게도 **효력이 없는 것**으로 보았으나

② **최근 전원합의체 판결에 따른면**

~~㉠ 취규불변에 의해~~

~~i)~~ **~~기득이익의 침해~~**~~라는~~ **~~효력배제사유 있는~~**

~~ii)~~ **~~기존 근로자~~**

~~iii)~~ **~~종전의 취규~~****~~적용~~**~~되지만,~~

㉡ 그 변경 이후 근로관계를 가지게 된 근로자(**신규입사자**)**의 경우**

ⓐ **변경된 취업규칙**의 **근로조건**을 **수용**하고 **입사**한 것이고,

ⓑ **기득의 이익 침해**라는 **효력배제사유** **없어**

ⓒ **종전의 취업규칙**이 **적용되지 않는다**(= 변경된 취업규칙이 적용된다)고 하며

㉢ **현행의 법규적 효력**을 가진 **취규**는 **변경된 취규**라고 한다.

**4) 사회통념상합리성 법리**

**①** **의의**

i) **동의 X 부적법 취규불변**이라도

ii) **사회통념상 합리성**이 있는 경우

iii) **취규 유효**한 것으로 볼 수 있다

**②** **판례** (필/내/불/규) (불/필/내/대/경/동/종) – 목수침균

㉠ **취**업**규**칙의 **불**이익 **변**경**의**

ⓐ **필**요성 및

ⓑ **내**용의 양면에서 보아

ⓒ 그에 의하여 근로자가 입게 될 **불**이익의 정도를 고려하더라도

ⓔ 여전히 당해 조항의 법적 **규**범성을 시인할 수 있을 정도로 **사회통념상 합리성 인정되는 경우**

㉡ **동의를 거치지 않고 변경된 취규**더라도 **유효**로 볼 수 있을 것이며

㉢ **사회통념상 합리성 유무**는

ⓐ 취규 변경에 의해 근로자가 입게되는 **불**이익의 정도

ⓑ 사용자 측의 취규 변경 **필**요성

ⓒ 변경 후 취규 **내**용의 상당성(내용이 과하다)

ⓓ 불이익 변경 완화하는 **대**상조치를 포함한 다른 근로조건 개선상황

ⓔ 교섭 **경**위

ⓕ **동**종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황

ⓖ **종**합적으로 고려 판단

ⓗ 최근 **판례**는

i) **취업규칙 변경에 의해 발생할** 경쟁력 강화 등

ii) **사용자 이익 증대**를 장기적으로 **근로자들도 함께 향유할 수 있는지**도

iii) **사·통·합 유무** **판단요소**로 **추가**

㉣ 그러나 **판례**도 이러한 법리는

ⓐ 취규불변시 동의를 받도록 한 근기법 사실상 배제하는 것이므로

ⓑ 엄격히 해석해야 한다는 입장이다.

**5) 단체협약에 의한 소급 동의의 가부와 범위**

**① 단협에 의해 소급 동의가 가능한지 여부**에 관하여

㉠ **종전 판례**는

i) **[민법 제139조]**를 **근거**로

ii) **기득이익의 침해를 받는 근로자**가 **종전의 취규가 적용됨**을 **‘알’고도**

iii) (무효인)**변경된 취규 적용**을 **소급 동의**한 **경우**에**만**,

iv) **새로운 법률행위**로서 **변경된 취규가 적용**된다고 보았으나

㉡ **최근 판례**는

ⓐ i) **변경된 취규**가

ii) 현행상 **법규적 효력**을 가진 **취규이므로**(무효가 아니다)

ⓑ i) **단협**에 의해

ii) **불**이익 **변**경된 **취규**를 **소급**적으로 **동의**하는 경우,

ⓒ i) 기득이익의 침해를 받게 되는 **기존 근로자가**

ii) **종전 취규**가 **적용됨**을 **알았는지 여부**와 **관계없이**[민법 제139조 적용(X)]

iii) **종전취규**를 **적용받던 기존의 근로자**에 대하여도

iv) **변경**된 **취규**를 **적용해야한다**고 판시하면서 입장을 변경하였다.[[3]](#footnote-3)

**②** 다만 **단협 소급 동의가 있다고 하더라도**

ⓐ **동의의 효력**은

i) **단협**이 **시행된 이후**

**- 사업장**에서 **근무하면서**

**- 단협**의 **적용**을 **받게될 조합원**에 대해서만 생길 뿐

ii) **단협 체결 이전**에

- **퇴직한 근로자**에게는

- **효력**이미칠 여지가 **없고**

ⓑ i) **단협 시행된 이후**

ii) **사업장에 근무하면서**

iii) **단협 적용받는 조합원**이라고 하더라도

ⓒ i) 그 **조합원**에게

ii) **이미** **구체적**으로 **발생한 기득의 권리**에 대해서는

iii) **단협만으로 처분행위를 할 수 없다**고 한다.

**~~③ 생각건대,~~**

㉠ 전원합의체 **판결**에 따르면

ⓐ i) **변경된 취규**가

ii) **현행의 법규범을 가진 취규**이므로

ⓑ **[민법 제139조]**의 요건사실인 ‘**무효**’가 **아니므로**

ⓒ 종래판례의 **무효행위추인법리가 적용될 여지가 없다**는 점과

㉡ ⓐ **단협소급동의**에 의한 **진정소급효**를 **인정**하게되면

ⓑ **종전 취업규칙의 적용을 받던 근로자**들의 **기득이익을 침해**하게 되므로

ⓒ 이는 **단협의 한계에 反한다**는 점에서

㉢ **판례의 태도**가 **타당**한 것으로 보인다.

**④ 사안의 경우**

① 사안의 2005년 체결된 **단협**은

i) 부적법 불이익 변경된 퇴직금지급률 규정을 **소급동의**하는 것으로

ii) 종전의 취규를 적용받던 **丙**이 이를 **알았는지 여부와 관계없이**

iii) **丙에게도 적용**된다는 점

② 그리고

i) **丙**이 **단협 체결 이전에 퇴직한 근로자**가 **아니**라는 점에서

ii) **변경된 단협**의 **적용**이 배제될 여지도 없다는 점

③ 그리고

i) **퇴직금**은 **후불적 임금**으로, **퇴직 시** 비로소 **발생**하는 권리인데

ii) **단협체결 당시** **丙**은 **재직 중**이었던 바

iii) **구체적 권리(지급청구권)가 발생한 것도 아닌 점**을 종합적으로 **비추어 볼 때**

④ 2006.1.1. 퇴사한 **丙**에게는 **변경된 퇴직급지급률 규정**이 **적용**된다.

**4. 주지의무**

**(1) 의의**

**[근기법 제14조 제1항]**

**(2) 판례**

ⓐ **변경된 취업규칙의 효력**이 **생기기 위해서는**

ⓑ **법령에 정한 절차**에 **의할 필요**는 **없으나**

ⓒ i) 적어도 **법령**의 공포에 **준하는 절차**로서

ii) **널리 종업원으로 하여금**

iii) **알게** 하도록 **하는** **절차**

ⓓ **즉**

i) **어떠한 방법**이든지

ii) **적당한 방법에 의한 주지**가 **필요**하다.

**♥ 근로계약 – 근로자와 사용자의 의무**

**I. 서**

① [근기법 제2조 제1항 제4호]에 따르면 ‘**근로계약**’은

ⓐ 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고

ⓑ 사용자는 이에 대해 임금을 지급함을 목적으로

ⓒ 체결된 계약을 말한다.

② 즉,

ⓐ **근**로**계**약 **당사자간**에는 **주된 의무**로서

ⓑ **근**로자는 **근로제공의 의무**를

ⓒ **사**용자는 근로제공의 의무에 대한 대가로서 **임금지급의무**를 진다.

③ i) **다만**

ii) 주된 권리·의무 외에

iii) 별도의 **부수적 의무를 부담**하는 지가 문제된다.

**II. 근계체결과정**에서권리**·**의무

**1. 사용자의 질문·조회**

i) 근로계약 체결 시

ii) **사용자**가 지원자를 대상으로

iii) 직무에 관한 여러가지 사항들을 **질문**·**조회할** **권리**

**2. 근로자의 고지의무**

i) 사용자의 ‘**정당한**’ **질문**과 **조회**에 관하여

ii) 진실되고 **성실하게** **응답**·**고지**·**설명** **의무**를 **부담**한다.

**3. 위반 시 효과**

**(1) 해고의 정당한 사유(징계/경력사칭 참고)**

**(2) 근로계약 취소가능여부**

① i) **근로계약**은 **법적** **성질**이

ii) **사법상** **계약**이므로

② i) **취소사유**가 있으면

ii) **계약상대방**은 **이를** **이유로**

iii) 근로**계약**을 ‘**취소**’함으로써

③ **법률효과 발생**을 **부정·소멸**시킬 수 있다.

**(3) 취소 시 법적 효과**

① i) **다만**,

ii) 이 때 ‘**취소**’는

ii) 원칙적으로 **소급무효**의 **효과**를 **발생시킬** **것이나**

② i) **근로계약의** **특수성**에 비추어

ii) **기왕**에 **제공된** **노무제공**의 **효과**를

iii) **소급**하여 **부정하는** **것**은 **타당하지** **않으므로**

③ i) 이미 근로자의 노무를 기초로 형성된 **취소** **이전의** **법률효과까지**

ii) **효력을** **잃는다고** **보아서는** **아니** **되고**

④ i) **장래에** **관하여만**

ii) **근**로**계**약의 **효력이** **소멸된다**.

**III. 근로계약의 체결**

1. 근계 체결의 자유

2. 근계 체결 시 ㉴ 의무

3. 연소자 근로계약

**IV. 근로계약의 내용**

1. 의의

2. 근로계약과 다른 법원(法源)간의 관계

3. 기타 근계 내용

**V. 근계 상 주된 의무**

**1. 의의**

① **[근기법 제2조 제1항 제4호]**에 따르면 ‘**근로계약**’은 근로계약 당사자인 ⓐ ‘**근로자**’에게는 **근로제공의무**를, ⓑ **사용자**에게는 **임금지급의무**를 부과한다.

② 그리고 [**근기법** **제5조**]에 따라 **계약의 당사자는** 단협, 취규, **근계**를 ⓐ **준수**하고 ⓑ **성실**하게 **이행**할 **의무**를 **부담**한다.

~~2. 근로자의 근로제공의무~~

(1) 의의

자신의 노동력 제공

(2) 근로제공의무의 내용

① 근로제공의무는 근로자가 자신의 노동력을 사용자의 처분에 맡기고,

② ㉴의 지휘감독에 따라 근로를 제공할 의무를 말한다.

(3) 위반 시 효과

① 민법상 채무불이행으로서 손해배상청구

② 내지 근로계약 해지 가능

3. 사용자의 임금지급의무

(1) 의의

사용자는 **근로자의** **근로제공에** **대한** **대가로서** **임금을** **지급할** **의무**를 진다.

(2) 임금지급의무의 주요내용

(3) 위반 시 효과

① 민법상 채무불이행으로 손배책임

② 내지 근로계약의 해지

③ [근기법 제36조] 위반에 따른 벌칙 내지 지연손해금

④ [근기법 제43조] 위반에 따른 벌칙 조항 적용

**VI. 근계 상 부수적 의무**

**1. 의의**

i) 부수적 의무란

ii) 계속적 채권관계에서 발생하는

iii) 신의칙상 의무

**2. 근로자의 성실의무**

**(1) 의의**

근로자의 **성실의무**란

ⓐ **㉴이익이** **침해되지** **않도록**

ⓑ 특정행위를 해야하는 **작위의무**와

ⓒ 특정행위를 하여서는 안된다는 **부작위** **의무**가 있음.

**(2) 성실의무의 주요내용**

**1) 비밀유지의무**

ⓐ 근로자가 재직 중 업무상 알게 된 지식이나 정보를

ⓑ 재직 중 또는 이직 후 외부에 유출하지 않을 의무이다.

**2) 경업금지의무**

**① 의의**

**경업금지의무**란

ⓐ **근로자가** **사용자의** **이익에** 현저히 **반하여**

ⓑ **경쟁사업체에** **취직**하거나

ⓒ **경쟁사업체를** **경영**하지 **않을** **의무**를 말한다.

**② 유효성**

㉠ ⓐ i) **원칙적**으로 **경업금지의무**는

ii) 근로관계 **존속 중**에 **인정**되지

ⓑ i) 근로관계 **종료** **후**에는

ii) 일반적으로는 **인정되지 않는다**.

ⓒ **그런데**

i) 예외적으로 **근로관계 종료 후**에도

ii) ‘**경업금지약정**’을 **인정**할 수 있는지 **여부**가 **문제**된다.

㉡ **판례**는 (직·근·자/선·풍·기)

ⓐ **경업금지약정**은 **헌법상** **보장된** **근로자의**

i) **직**업선택의 자유(헌15조)와

ii) **근**로권(헌 32조) 및

iii) **자**유로운 경쟁을 **제한**하므로

ⓑ 일반적으로

i) [민법 제103조]에서 정한 **선**량한 **풍**속 **기**타 사회질서에 **반하는** **법률행위**로서

ii) **무효**이므로

ii) 엄격한 요건 하에서만 그 유효성을 인정하고 있다.

**③ 경업금지약정의 유효성 판단기준(보/지/직/대/퇴/공/사) (보/영/지/고/신)**

ⓐ **판례**는 **경업금지약정의 유효성 판단기준**으로서

i) **보**호할 가치 있는 사용자의 이익

ii) 근로자 퇴직 전 **지**위

iii) 경업제한의 기간·지역 및 대상 **직**종

iv) 근로자에 대한 **대**가의 제공 유무

v) 근로자의 **퇴**직 경위

vi) **공**공의 이익

vii) 및 기타 **사**정 등을 제시하면서

종합적으로 그 유효성을 판단하고 있다.

ⓑ 그리고 여기서 **보호할 가치 있는 사용자 이익**이란

i) 부정경쟁방지법의 ‘**영**업비밀’뿐만 아니라

ii) 제3자에게 누설하지 않기로 한 ㉴의 **지**식이나

iii) **고**객관계나

iv) 영업상의 **신**용유지도 해당한다

**④ 검토**

경업금지약정의 **유효성 판단**에 있어서 **핵심**은

ⓐ i) 경업금지 약정으로 인하여 초래되는

ii) **근로자의** **불이익**과

iii) **사용자의** **보호가치** **있는** **이익**의

iv) **비교**·**교량**이다.

ⓑ 따라서

i) 경업금지 약정의 **대가**가 주어짐으로써 **근로자의 불이익은 줄어들거나**,

ii) **사용자의 이익**이 **보호할 만한 가치**가 있을 정도**로** **매우 중요한 것**으로 인정된다면

iii) **경업금지약정은 유효한 것**으로 평가될 수 있다.

~~3) 사고대처의무~~

**(3) 위반 시 효과**

i) 근로자가 경업금지 약정 위반시

ii) 징계 또는 계약을 해지할 수 있으며

iii) 동시에 손배청구할 수도 있다.

~~iv) 또한 민사집행법상 가처분으로 금지가처분결정을 구할 수도 있다.~~

**3. 사용자의 배려의무**

**(1) 의의**

**피용자**가

ⓐ **노무**를 **제공**하는 **과정**에서

ⓑ **사**람의 **생**명·**신**체을 **해치는 일이 없도록**

ⓒ i) **인**적·**물**적 **환경**을 **정비**하는 등

ii) **필요한 조치**를 **강구**하여야 할

iii) **보호의무**를 말한다.

**(2) 배려의무의 주요내용**

안전배려의무

**(3) 위반 시 효과**

i) 손해배상청구,

ii) 근로자 사용자에게 적절한 조치하도록 청구 가능

~~4. 취업청구권~~

~~5. 기타 근계에 따른 사용자의 의무~~

**♥ ~~근로계약 – 채용내정~~**

**I. 의의**

**채용내정**이란

i) **본 채용** 상당기간 **전에**

ii) **채용**할 **자**를

iii) **미리 결정**해 두는 것

**II. 채용내정의 법적성질**

**1. 문제의 소재**

① 채용내정은

ⓐ i) 사용자의 청약 유인, ii) 근로자의 청약, iii) 사용자의 승낙으로 맺어진 법률행위라는 점에서

ⓑ 근로계약임이 분명하나,

ⓒ 실제로 근로계약 체결 후 곧바로 당사자의 권리의무가 발생하지 않은 바

② 근로계약의 법적성질에 대해

ⓐ 조건부 근로계약이라는 견해,

ⓑ 해약권유보부계약이라는 견해가 대립한다.

**2. 견해의 대립**

① **해약권이 유보된 근로계약**이라는견해와

② i) 해약권을 유보한 것으로 보면 근로자 지위 불안정하게 되므로

ii) **조건이 발생했을 때만 지위를 취득 해지하는 계약**으로 보는 견해 대립

**3. 판례의 입장**

**판례**는

i) 채용내정 시부터 정식발령일까지 사이에는

ii) 사용자에게 근로계약의 **해약권이 유보되어 있다고 할 것**이라고 판시하였다.

**4. 검토의견**

**III. 채용내정과 근로관계**

**1.** 근로계약의 **성립시기**

i) 사용자가 **청약**에 대한 **승낙의 통지**를 발송한 때,

ii) 즉 채용내정의 통지를 한 때 **근계 성립**한 것으로 본다.

**2.** 근기법의 **적용범위**

i) 근로제공을 전제로 하는 규정 적용 X,

ii) 근로제공을 전제로 하지 않는 규정은 적용 O

**IV. 채용내정의 취소**

**1. 정당한 이유의 적용 여부**

① i) 이미 근로계약이 성립되어 있는 상태이므로

ii) 채용내정을 취소하는 경우 [제23조 제1항]과 [제24조]의 적용을 받는다.

② 다만,

i) 정당한 이유의 범위는

ii) 채용내정계약이 해약권 유보부 계약이라는 점에 비추어

iii) 일반 근로자의 경우보다 넓게 해석

**2. 정당한 이유의 범위**

**(1) 의의**

i) 졸업의 연기, 졸업의 실패, 질병의 발생 등

ii) 근로제공을 할 수 없음이 명백한 경우

**(2) 판례의 입장**

**①** i) 정리해고 시 채용내정자의 경우

ii) 사용자에게 근로계약의 **해약원이 유보**되어 있다고 할 것이어서

iii) **협의의무가 적용되지 않는다**는 것이 판례의 입장이다.

**②** 또한

i) 근로관계의 밀접도가 통상 근로자에 비해 떨어진다는 이유로

ii) **우선적인 정리해고 대상자**가 될 수 있다고 판례가 적시하고 있다.

**③** 즉

i) 채용내정자에게는

ii) 제24조 내지 정당한 이유의 요건을 다소 완화하고 있다.

**3. 절차규정 적용여부**

**(1) 해고예고와 해고서면통지**

i) 명확한 판례 없으므로 판례의 축척을 통해 알아가야할 과제.

ii) 다만

- 현실적인 근로제공이 있는 **수습3개월** 적용이 안되는데

- 현실적 근로제공이 없는 **채용내정자**에게 적용될 수 있는지 의문이다.

**(2) 취업규칙 등의 절차규정**

판례 없음

**4. 정당한 이유 없는 채용내정의 취소**

**(1) 정당한 이유 없는 취소**

**1) 사법상 무효**

**2) 임금청구**

① ⓐ **본채용 예정일 이후** **채용내정**이 **취소**되었다면,

ⓑ i) 근로계약의 의무를 **이행**할 수 있는 지위가지나

ii) **사용자의 귀책사유로 근로제공하지 못한 것**이므로

ⓒ 본채용예정일부터 채용취소일까지의 **임금상당액을 청구**할 수 있다.

② **판례**도

ⓐ i) 입사예정일부터는 채용내정자도

ii) 종업원의 지위에 있으므로

ⓑ i) 입사예정일부터 정리해고일까지는

ii) ㉴에게는 임금 지급 의무가 있다고 판시한다.

**(2) 내정취소에 의한 손배청구**

1) 의의

2) 불법행위의 손배청구

3) 관련 판례

**♥ 시용**

**I. 시용**

**1. 의의**

i) **본채용 직전**의 일정한 **기간** 동안

ii) 근로자서의 적격성 유무를 판단하기 위해

iii) **시험적**으로 **사용**하는 것

**2. 시용의 법적성질**

**(1) 문제의 소재**

ⓐ 근로계약이 체결되었음은 분명하나,

ⓑ 계약체결의 목적이 정규채용된 근로자와 다른 바,

ⓒ 그 법적성질이 어떻게 다른 지 문제된다.

**(2) 견해의 대립**

① **조건부 근로계약**이라는 견해와

② 사용자에게 **해약권이 유보된 계약**이라는 견해가 대립한다.

**(3) 판례의 입장**

① **판례**는

i) 시용기간 중에 **근로자를 해고**하거나

ii) 기간 만료 시 **본채용 체결을 거부**하는 것은

iii) 사용자에게 **유보된 해약권의 행사**라고 판시하면서

② 시용이 **해약권유보부 계약**임을 명백히 하였다.

**(4) 검토**

① i) 정규채용 사원과 근계**체결**의 **목적이 다르기 때문에**

ii) 그 **지위** **역시** **정규채용 사원**과 **다를 수밖에 없다**는 점

② 설령

i) **유보된 해약권**으로

ii) 그 **지위**가 **불안**할 **위험**이 있더라도

iii) **[제23조 제1항]이 적용**된다는 점

③ 통설, 판례 타당

**3. 시용계약의 성립요건**

① **시용**으로 **성립**하기 위해서는

i) **근**로**계**약 **체결** **시**

ii) 그 **계약**이 **시용**이라는 것과

iii) 그 **기간**을 같이 **명시**해야 한다

**② 판례**도

i) 근로계약에서 **시용기간**을 **명시**하지 **않았다면**

ii) 그 근로계약의 당사자인 **근로자**는

- 시용근로자가 아니라

- **기간의 정함이 없는 근계 성립**을 **전제**로 채용된 **정식사원**으로 본다.

**4. 시용계약의 종료**

**(1) 의의**

① i) 시용기간 만료 시

ii) 사용자의 별다른 조치 없으면

iii) 정식사원으로 채용된 것으로 본다

② 다만

i) 사용자가 기간 만료 시 본채용을 거부하거나

ii) 시용기간 중 해고하는 경우도 있는데

iii) 이 때 [근기법 제23조 제1항]의 적용을 받는 지 여부가 문제된다.

**(2) 본채용 거부 및 시용기간 중 해고**

**1) 의의(문제의 소재)**

① i) **시용계약** 역시 **근**로**계**약인 바,

ii) **근기법**의 **해고**에 관한 **규정**이 **적용**되고,

② **다만**,

i) **시용계약**의 **성질**이 **해약권유보부 계약**이라는 점에서

ii) **[근기법 제23조 제1항]**의 ‘**정당성**’이 **인정**되는지 여부가 문제된다

**2) 판례의 입장(업/자/인/성/적) (객/합/사/상)**

**판례**는

① i) **시용**기간 중에 있는 **근로자**를 **해고**,

ii) **시용기간 만료 후 본채용 거부**하는 것은

② i) **본 채용 이전**,

ii) 당해 근로자의 **업**무능력, **자**질, **인**품, **성**실성 등, 업무**적**격성을 **판단**하는

iii) **시용제도의 취지**에 비추어 볼 때

③ **보통의 해고보다**는 **넓게** **인정**되나

④ **이 경우**에도

i) **객**관적으로 **합**리적인 이유가 존재하여

ii) **사**회통념상 **상**당성이 인정되어야 한다고 판시한다.

⑤ 구체적으로 씨티은행사건에서 대법원은

ⓐ 평가 시 강제할당제를 취하고

ⓑ 평정자를 달리한 경우,

ⓒ 본채용 거부에 객합사상을 인정할 수 없어

ⓓ 시용계약 해지에 정당한 이유가 없다 판시하였다.

**~~(2) 서면통지규정 등 절차규정 적용여부~~**

**1) 의의**

ⓐ **시용계약**도 **근로계약**이므로

ⓑ i) 시용기간 만료에 대한 **사용자의 본채용 거부**는

ii) **해고**에 해당한다.

ⓒ 따라서 **근기법의 해고에 관한 규정이 적용**된다.

**2) 서면통지**

ⓐ 시용의 경우에도 **[근기법 제27조]가 적용**되므로

ⓑ **시용**근로관계에서 **사용자**가 **본 근로계약 체결을 거부**하는 경우에는

ⓒ i) 근로자에게 **거부사유**를 **파악**하여 **대처**할 수 있도록

ii) **구체적·실질적 거부사유**을

iii) **서면**으로 **통지**하여야 한다

**3) 징계절차규정 적용여부**

ⓐ **다만**

i) **당사자**간의 **합의**로 규정된 **징계절차**는

ii) 해약권유보부계약이라는 **시용의 법적성질**을 비추어 볼 때

ⓑ i) **시용기간 만료 시 본 채용 거부**는

ii) **유보된 해약권 행사**로

ⓒ **일반적**인 **징계절차**와 그 **성질**을 **달리**한다.

ⓓ **따라서**

i) **사용자**가 **시용근로자**에 **대해** **본채용**을 **거부 시**

ii) **취**업**규**칙상 **징계절차**를 **거치지 않았다고 하여**

iii) **위법**한 것**으로 볼 수 없다**고 **판시**하였다.

ⓔ **즉**,

i) **시용근로자**는

ii) 일반근로자에게 적용되는 **취규상의 징계절차규정이 적용되지 않는다**.

**(3) 위반 시 효과**

ⓐ **시용은 근로계약**이고

ⓑ 때문에 **근기법 상 해고에 관한 규정**을 **적용**받으므로,

ⓒ i) 그 **규정**을 **위반**한 **본채용 거부**는

ii) **사법상 무효**가 된다.

**♥ 임금**

**Q. 사례**

① 취업규칙 제34조에서는 ‘근로자가 2년간 개근하는 경우 연말에 100만원을 표창한다’는 규정이 있는데

② A회사의 근로자 甲은 부당해고로 인하여

③ 11년 1월 1일부터 1년간 근로를 제공할 수 없었다.

④ 甲이 부당해고 기간 중 지급받지 못한 ‘**취업규칙** **제34조에** **따른** **표창의** **지급**’을 구할 수 있는지 논하시오.

**I. 문제의 소재**

① 甲에 대한 해고가 부당해고로 인정되는 경우에는 해당 해고는 소급무효가 되는 바,

② 甲은 부당해고가 없었더라면 받을 수 있었던 임금 상당액을 청구할 수 있다.

③ 다만 취업규칙 제34조에 따른 표창의 지급이 ‘임금’에 해당하는 지가 문제이다.

**II. 부당해고 시 소급임금**

**(1) 소급임금 청구가능한지**

① **[민법 제538조 제1항]**

② 이 조문은 근로계약의 경우에도 적용되는데,

ⓐ 근로계약에서 근로자의 근로제공의 의무가

ⓑ ‘**사용자의** **책임있는** **사유**’로 이행할 수 없게 된 때에는

ⓒ 근로자는 사용자에게 근로제공의 대가를 청구할 수 있다.

③ 이 때

ⓐ i) ‘**사용자의** **책임있는** **사유**’에는

ii) ‘**부당해고**’도 포함한다고 할 것이므로

ⓑ i) **근로자**는

ii) 사용자에게 근로제공의 대가인 **임금**을 **청구**할 수 있게 된다.

**(3) 임금(후술)**

1) 의의

2) 임금판단 기준

**(4) 사안의 경우**

1) 표창이 임금에 해당하는 지

2) 임금지급을 구할 수 있는지

① 11년 1월 1일 이전 1년간 개근한 근로자가 아닌 경우

② 11년 1월 1일 이후 1년간 개근한 근로자인 경우

**III. 임금**

**1. 임금의 의의**

① **[근기법 제2조 제1항 제5호]**에 따르면,

② i) **임금**이란

ii) **사용자**가

iii) ‘**근로의** **대가**’로

iv) 근로자에게 어떠한 명칭으로든지 **지급하는** **일체의** **금품**을 말한다.

**2. 임금판단 기준**

① **판례**는

i) 사용자가 근로자에게 제공하는 금품이 **임금인지**는

ii) ‘**근로의** **대가**’를 중심으로 **판단하는 데**

② **임금성** **판단기준**(계/정/의)

ⓐ i) **어떠한 금품**이 **임금이려면**,

ii) 그(**어떠한**) **금품**이

iii) **계속적**·**정기적**으로 **지급**되고

iv) **취업규칙** 등**에** **지급의무**가 있어야 한다.

ⓑ i) 여기서 **지급의무**가 **있다는 것은**

ii) **지급여부를 ㉴가 임의로 결정할 수 없다**는 것으로

ⓒ i) 그 **지급의무의 발생근거**는

ii) **단협**·**취업규칙**이나 **근로계약** 또는 계속적으로 지급해오던 **관행**에 의한 것이여야 하고,

ⓓ 그 지급의무의 **발생**은

i) **근로제공과** **밀접한** **관련**이 있고

ii) **개별근로자의** **특**(수)**·우**(연)한 **사정**에 **의한** **것은** **아니여야** **한다.**

③ **따라서**

ii) **은혜적**· **호의적** **금품**이나

ii) **실비** **변상적** **금품**은

iii) **임금이** **될 수** **없다는 것**이 판례의일반적입장이다.

④ **상여금**의 경우도 마찬가지로

ⓐ **계**속적· **정**기적으로 지급해오고

ⓑ 성과급 지급**규정**이나 지급**기준**, 지급**시기** 또는 지급**액**(**지급의무**)이 **확정**되어 있다면

ⓒ 이는 근로의 대가로 지급되는 **임금**의 성질을 가진다.

**3. 사안의 경우**

① 매월 🡪 계·정

② 취업규칙 규정에 따라 100개 25만원 🡪 i) 지급의무있고, 발생근거가 취규

③ 임금의 발생이 생산량에 따라 결정 🡪 근로제공과 밀접한 관련이 있고

④ 개별 근로자의 사정에 의한 것으로 보이지도 않는점 비추어 보아

⑤ 임금임이 명백하다

♥ **임금 – 평균임금**

**1. 의의 및 취지**

① [**근기법** **제2조** **제1항 제6호**]에 따르면 ‘**평균임금**’이란

ⓐ 이를 산정할 사유가 발생한 날

ⓑ 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금총액을

ⓒ 그 기간의 총일 수로

ⓓ 나눈 금액이다.

② **취지**(통/생/사/산)는

ⓐ 근로자가 어떠한 사유로 **통상적인** **근로를** **할 수** **없을** **때에도**

ⓑ **통상의** **생활임금** **사실대로** **산정**함으로써

ⓒ 근로자의 **통상적** **생활을** **보장**하려는 데 있다

**2. 산정방법**

**(1) 원칙**

**①** **원칙적으로** 평균임금은 **[근기법 제2조 제1항 제6호]**에 따라

ⓐ 산정사유가 발생한 날

ⓑ 이전 **3개월** 동안의 **임금총액**을

ⓒ 사유발생일 이전 **3개월** 동안의 **총일 수**로 나누어 산정한다.

**~~②~~****~~다만~~** (내려가는 케이스(O), 올라가는 케이스(X))

ⓐ i) **[근기법 시행령 제2조 제1항]**에서 **정한 기간**은

ii) **평균임금 산정기간**과 **총임금**에서 **제외**하는 데,

ⓑ 그 **이유**에 대해서 **판례**는

i) 만약 **위** **기간**을 **평균임금 산정 시 포함**시키게 되면

ii) **평균임금**이 **부당**하게 **낮아짐**으로써

iii) **통**상의 **생**활임금 **사**실대로 **산**정하려는 **평균임금**제도의 **취지**에 **반**하게 되기 때문이라고 한다.

**~~③~~** **따라서** [**수습기간**]도

ⓐ i) 위 시행령에 따라

ii) **원칙적**으로 **평**균**임**금 **산정 시** **제외**되나,

ⓑ **판례**는

i) **산정사유**가

ii) **수습기간 내 3개월 사이 발생**한 경우,

ⓒ 예외적으로 위 **시행령과 무관**하게

i) **수습기간 내 임금**을 **기준**으로

ii) **평균임금**을 **산정하는 것**이

iii) **평균임금제도 취지에 비추어 타당**하다는 입장이다.

**~~④~~** i) 해당 시행령에서 명시하는 [**쟁의행위**]란

ii) **판례**에 따르면 **적법**한 **쟁**의**행**위를 행한 기간만을 의미한다.

**⑤** 그리고

**판례**에 따르면

ⓐ 위 **시행령**은 **제한적** **열거** **규정**이므로,

ⓑ 시행령에서 명시한 사유를 제외한 **다른** **사유**의 **기간은**

ⓒ **평균임금** **산정 시** **제외되지** **않는다**.

**⑥** 또한 **[근기법 제2조 제2항]**에서는

ⓐ **산정**한 **평**균**임**금이

ⓑ **통**상**임**금보다 **적을 시**에는

ⓒ **통**상**임**금액을 **평**균**임**금으로 본다.

**(2) 예외(특별한 경우 평균임금)**

**1)** 그러나 **예외적**으로

~~ⓐ ‘~~**~~일용근로자~~**~~(근기법 시행령 제5조)’이거나~~

ⓑ **평균임금** **산정이** **어려운** **경우**[근기법 시행령 제4조]에는

ⓒ **[근기법 제2조 제1항 제6호]**의 **산정방식**을 **적용하지 않는다.**

**2)** **평균임금** **산정이** **어려운** **경우**

① **[근기법 시행령 4조]**에서는

i) 평균임금 **산정이 어려운 경우**,

ii) **고노부장관이 정하는 바에 따른다**’고 명시하고 있다.

② **판례**에 따르면

i) 여기서 ‘**평균임금** **산정이** **어려운** **경우**’는

ii) **산정이** ‘**기술상** **불가능한** **경우**’뿐만 아니라

iii) **평**균**임**금을 **산정하는** **것이** ‘**현저하게** **부적당한** **경우**’도 **포함**된다.

③ ‘**평**균**임**금을 **산정**하는 것**이** **현저하게** **부적당한** **경우**’란

ⓐ 평균임금 산정 사유 발생 이전 **3개월의 임금총액**이

ⓑ i) **특**수하거나

ii) **우**연한 사정 또는

iii) 근로자의 **의**도적 행위에 의해

ⓒ 통상의 경우보다 **현저히 많거나** 또는 **적게 됨에 따라**

ⓓ **통**상의 **생**활임금을 **사**실대로 **산**정하자는 **평균임금의 취지에 어긋나**

ⓔ **평**균**임**금의 **산정기초로 삼을 수 없는 경우**를 말한다.

④ 그리고 **평**균**임**금**을 산정**하는 것**이 현저하게 부적당한 경우**에

ⓐ **평균임금 산정**은

ⓑ 본 법령에 의해 **고노부장**관이 **정하는** **바**에 **따라야** **하나**,

ⓒ 아직까지 **구체적**으로 이를 **정한** **바 없으므로**

ⓓ **통**상의 **생**활임금 **사**실대로 **반**영할 수 있는 **다른 방법**으로 **평임 산정**해야 하는데

⑤ **판례**는

ⓐ i) **특**수하거나

ii) **우**연한 사정 또는

iii) **의**도적 행위를 하기

ⓑ **직전 3개월 동안**의 **임금**을 **기준으로**

ⓒ **평**균**임**금**을 산정**하는 **방법**을 **제시**하고 있다.

⑥ 여기서「**통상」**의 경우보다「**임금**이 **현저히** **많거나** **적은** **변동**이 있었는지」는

i) **근로자**의 **전체 근로 기간** (통상의 경우)

ii) **변동된 기간의 장단** (통상의 경우)

iii) **임금액의 변동** 등 (임금의 변동)

iv) **제반사정**을 **고려**하여 **판단**한다.

~~⑥~~ (올라간 경우에만 적용) 그리고 이러한 **평**균**임**금 **산정방법**은

i) 근로자의 **의도적 행위** 등으로

ii) **현저하게 변동된 임금항목에만 적용**되지,

iii) 이와 **무관한 항목**에는 **적용되지 않는다**.

♥ **임금 – 통상임금**

**Q. 문제**

**시간급통상임금**의 산정에 휴가비와 성과상여금을 제외한 A회사의 조치는 정당한가?

**I. 논점의 정리**

① 지급일 **재직 중인자**만을 대상으로 지급한 휴가비는

일정한 조건성취여부에 따라서 지급여부가 결정되는 것으로

**고정성**이 없는지(**탈락되는지**)

② **최저 지급액**이 정해지고

중도퇴직자에게 **일할계산**하여 지급하는 성과상여금의 경우

**고정성**이 **인정되는지** 등이 문제된다.

**II. 통상임금**

**1. 의의**

**[근기법 시행령 제6조 제1항]**

**2. 통상임금 판단기준**

**(1) 원칙**

① i) **어떤 임금**이 **통상임금**에 해당하는 지는

ii) **형**식과 **명**칭에 **관계없이**(형식적인 명칭에 관계없이)

iii) **객관적 성질**에 따라서 **실질적**으로 **판단**하여야 하므로

② ~~i)~~ **~~소정근로~~** ~~또는~~ **~~총근로~~**~~의~~ **~~대가~~**~~로서~~

ii) **정**기성

iii) **일**률성

iv) **고**정성을 가지는지 여부에 따라 판단해야 한다.

**~~(2) 소정근로 또는 총근로의 대가~~**

① 통상임금도 임금이기 때문에 임금성 갖추어야 하며

② 소정근로 내지 총근로의 대가인 것을 요건으로 한다

③ 여기서 소정근로의 대가란 판례에 따르면

i) 소정근로시간에 제공하기 정한 근로에 대하여

ii) 지급하기로 약정한 금품을 말한다.

**(3) 정기성**

**판례**는

① 통상임금 **정기성** 갖추어야 함은

② 임금이 **일정한 간격**을 두고 **계속적**으로 **지급**되어야 함을 말하는 것으로

③ i) **1개월이 넘는 기간**마다 **정기적**으로 **지급**되는 것이라도

ii) **간격이 일정**하다면

iii) **정기성**이 있다고 판시한다.

**(4) 일률성**

① **임금**이

ⓐ **모든 근로자**에게 지급되는 것뿐만 아니라

ⓑ **일정한 조건** 또는 **기준에 달한 모든 근로자**에게 **지급**되는 **성질**을 말한다.

② 여기서 **일정한 조건**이란

ⓐ i) **고정적 임금**을 **산출**하려는 **통상임금의 개념**에 비추어볼 때

ii) **고정적인 조건**이며,

ⓑ i) **통상임금**이 **소정근로 가치**를 **평가**한 **개념**인 점을 고려할 때,

ii) **소정근로 가치 평가와 관련된 조건**이어야 한다.

**(5) 고정성**

**1) 의의**(사·지·확)

① i) **고정성**이란

ii) **통**상**임**금이 **가산임금**을 **산정**하는 **기준**으로써

iii) **사**전에 **확**정되어 있어야 한다는 요청에 의해 **도출**되는 **성질**로서

② i) **근로자**가 **제공**한 **근로**에 **대해**

ii) 업적, 성과 등 기타 **추가적인 조건 성취여부와 관계없이**

iii) **사전에 지급될 것이 확정되어 있는 성질**을 의미한다.

③ 따라서 고정적 임금이란

i) 임의의 날 소정근로시간을 근무한 근로자가

ii) 그 하루의 근로에 대한 대가로

iii) 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금을 말한다.

**2) 근무실적에 연동하는 임금**

① ⓐ i) 근로자의 **근무실적을 평가**하여 **지급**하는 **임금**의 경우

ii) **일반적**으로 **고정성**이 **인정**되기 **어려우나**,

ⓑ **근무성적**에 따라

i) **최저한도**의 **지급**이 **확정**되어 있는 경우

ii) 최저**한도**의 **임금**은 **고정적 임금**이며,

② [[4]](#footnote-4)ⓐ **전년도의 근무실적**에 따라 당해 연도의 **특정임금 지급여부**나 **지급액을 정하는 경우**,

ⓑ **당해연도에는** **지급여부**나 **지급액**이 **확정적**이므로 당해연도에 있어

ⓒ 그 **임금**은 **고정적 임금**이라고 판시한다.

**3) 근무일수에 연동하는 임금**(일할 계산하는 경우)

① **근무일수**에 따라 **일할 계산**하여 **지급**되는 **임금**의 경우

② 실제 **근무일수**에 따라 **지급액**이 **달라지기는** **하지만**

③ **임의의 날**에 **소정근로**를 **제공하기만 하면**,

④ 일정액**(일당)의 지급이 확정**되어 있으므로

⑤ **일반적**으로 **고정성**이 **인정**된다.

**4) 특정시점에 재직 중인 경우**

①ⓐ **특정시점에 재직 중인 근로자**에게만 **지급**하기로 **정해져 있는** **임금**은

ⓑ i) 근로자가 **연·야·휴 제공시점**에서

ii) 그 **지급조건**의 **성취여부**가 **불확실**하므로

iii) **고정성**이 **인정되지 않는다**.

②ⓐ 그러나 **판례**는 **특정시점 전**에 **퇴직하더라도**

ⓑ **근무일수**에 **비례한 만큼의 임금**이 **지급**되는 경우

ⓒ **비례하여 지급되는 한도 내**에서

ⓓ **고정성이 인정**된다고 판시한다.

**5) 근속기간에 연동된 임금**

① 일률성

ⓐ **근속기간**은

ⓑ 근로자의 **숙련도**와 **밀접관련**이 있는 일정**조건**이라는 점

ⓒ 그리고

i) 그 **조건**에 **달한** **모든 근로자**에게

ii) 그에 상응하는 **임금**이 **제공**되었다는 점에서

ⓓ **일률성 인정**되며

② 고정성

ⓐ **근속기간**은

ⓑ 근로자가 **연·야·휴 근로 제공시점**에서

ⓒ 이미 그 **성취여부가 확정**되어있다는 사실 비추어볼 때

ⓓ **고정성** **인정**

**6) 특정한 경력 조건과 연동된 임금**

ⓐ 특정 경력 구비 여부는

ⓑ i) 연·야·휴 근로 제공시점에서

ii) 불확실한 조건이 아니라

iii) 기왕에 확정된 사실이므로

ⓒ 고정성이 인정된다.

**3. 통상임금배제 합의**

① **[근기법 제15조 제1항]**에서는

ⓐ **근기법**에서 정한 **기준**에 **미치지 못하는 근로조건**을 정한 **근로계약 부분**은

ⓑ **무효**가 된다고 하면서

② **판례**는

ⓐ **통상임금**에 산입될 수 있는 임금을 **배제**하기 한 노사간 **합의**는

ⓑ **법이 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 계약**으로

ⓒ **무효**라고 판시한다.

③ **다만**

ⓐ i) [통상임금 배제합의가 무효]임을 말미암아

ii) **추가적인 법정수당의 지급을 구하는 것**이

ⓑ **노사**간 **합의**한 **임금수준**을 훨씬 **초과**하고,

ⓑ 그로 인해

i) **사용자**에게 **예측**하지 **못한** **새로운** **재정적** **부담**을 지워

ii) **중대한** **경영상** **어려움**을 **초래**(하거나 기업의 존립을 위태롭게)**한다면**

ⓒ i) 이러한 **법정수당** **청구는**

ii) **신의칙에** **위배**되어

iii) **받아들일 수 없다**고 판시한다.

**4. 사안의 경우**

**♥ 임금 – 휴업수당**

**Q. 문제**

① 금융위기로 A회사는 14년 1월부터 공정합리화 조치를 취하고 있음에도 상황이 더욱 나빠지고 있다.

② 따라서 A사는 14년 4월 근로자 乙 등에게 **대기발령**을 하였다.

③ 이 때 A사에게 **휴업수당 지급의무**가 있는가?

**I. 문제의 소재**

A사가 경영악화로 인해 행한 **대기발령**이

[근기법 제46조]의 ‘사용자 귀책사유에 의한 **휴업**’에 해당하는 지가 **문제**된다.

**II. 휴업수당**

**1. 의의 및 취지**

① **[근기법 제46조 제1항]**에 따르면 휴업수당이란

ⓐ 사용자가 그의 **귀책사유로 휴업**하는 경우,

ⓑ i) 그 휴업기간 동안 근로자에게 지급하는

ii) **평임 100분의 70이상의 수당**을 말한다.

② 이는

ⓐ 근로자 **휴업 중**에도

ⓑ **근로자의 최저생활을 보호**하는 데 취지가 있다.

**2. 휴업수당 지급 요건**

**(1) 사용자의 귀책사유**

**① 판례**는

ⓐ [**근기법** **제46조**]의 ‘**사용자** **귀책사유**’를

ⓑ i) **사용자**가

ii) **기업의** **경영자로서**

iii) **불가항력이라고** **주장할** **수 없는** **모든** **사유**라고 판시한다.

② 생각건대[[5]](#footnote-5)

ⓐ 사용자에게

i) **기업의** **이윤**이 **귀속**되는 것처럼,

ii) 그에 따른 **위험도** **사용자가 부담하는 것**이 **타당**하다는 점에서

ⓑ i) 본조 ‘귀책사유’의 범위를

ii) 민법상 ‘고의·과실보다 넓게 보는 판례의 입장이 타당하다. .

**(2) 휴업**

**1) 의의**

**판례**에 따르면

ⓐ **휴업**이란

ⓑ **근로자**가 **근**로**제**공 **의사**가 **있음에도** 불구하고

ⓒ **근로의무** **있는** **시간**에

ⓓ **근로**를 **할 수 없게 된 것**을 말한다

**2)** **휴직**이나 **대기발령**도 **휴업**에 포함되는지

① **휴직**(직/불/적/지/직)은

ⓐ 근로자가 그 **직**무에 종사하는 것이

i) **불**가능하거나

ii) **적**당하지 않은 사유가 존재할 때,

ⓑ i) 그 근로자의 **지**위를 그대로 두면서

ii) **직**무에 종사하는 것을 **금지**시키는 처분이다.

② 그리고 **대기발령**(직/장/장/예/예/직/잠)은

ⓐ i) **직**무를 **장**래에 계속 담당하게 되면

ii) 업무상 장애가 **예**상되는 경우,

ⓑ i) 이를 **예**방하기 위해

ii) 일시적으로 **직**무에 종사하지 못하도록 하는

iii) **잠**정적 조치이다.

③ 즉, **휴직**과 **대기발령** 모두

ⓐ **근로자**가 **근**로**제**공 **있음에도**

ⓑ **사용자**의 **처분**에 따라

ⓒ **근**로**제**공을 **할 수 없는 상태**가 되는 것이므로

ⓓ **휴업**에 해당한다.

**~~3. 효과~~**

**(1) 원칙**

[근기법 제46조 제1항]에 따라 평균임금의 70% 지급

**(2) 예외**

① ⓐ 평균임금 70%<통상임금 🡪 ⓑ 통상임금을 휴업수당으로 지급

② ⓐ [근기법 제46조 제2항]

ⓑ **판례**에 따르면

i) **감액에** **있어**

ii) **하한**의 **정함이** **없는 바**,

iii) **휴업수당**을 전혀 **지급하지** **않는** **것도** 가능하다.

**♥ 임금지급의 4대 원칙**

**I. 근기법 제43조**

**II. 직접불의 원칙**

**1. 의의와 취지**

**~~2. 내용~~**

**~~3. 예외~~**

**4. 임금채권양도**

① **판례**에 따르면,

i) 임금채권의 양도를 금지하는 법률의 규정이 없으므로

ii) 이를 양도할 수 있다.

② **다만**,

i) 임금채권을 양도한 경우라도

ii) 그 임금지급에 관하여는 직접불원칙이 적용되는 바,

iii) 사용자는

- 채권양수자가 아닌

- 근로자에게

- 임금을 지급하여야 한다고 판시한다.

**III. 전액불의 원칙**

**1. 의의와 취지**

① 사용자는 근로자에게 **임금 전액**을 지급하여야 한다.

② i) **전액지급의 원칙**은

ii) **부당한** 공제(**상계**)로

iii) **근로자**의 **생활불안이 초래되지 않기 위한 것**이다.

**2. 임금채권 상계**

**(1) 의의**

**원칙(X), 예외(O)**

**(2) 조정적 상계**

① **계산**의 **착오**등으로 **임금**을 **초과지급**한 경우

② i) **초과 지급**한 **시기**와 **상계권 행사의 시기**가

ii) 정산 조정의 실질을 잃지 않을 만큼 **근접**하고

③ i) 사용자가 **상계의 금액과 방법을 미리 예고**하여

ii) **생활의 안정**을 **해할 염려가 없는 때**에는

~~④ i)~~ **~~임금반환청구권~~**~~을~~ **~~자동채권~~**~~으로~~ **~~근로자의 임금채권~~**~~을~~ **~~수동채권~~**~~으로 하여~~

ii) **상계**할 수 있다.

**(3) 자유로운 의사에 따른 상계**

① i) **사용자**가

ii) **근**로자의 **동**의를 얻어

iii) **임금채권**에 대해 **상계**하는 경우

② i) 그 **동의**가 근로자의 **자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것**으로 **인정**되는 때

ii) **상계가 인정**된다고 한다

③ 다만

i) 근로자의 **자유로운 의사에 기한 것**이라는 판단은

ii) **엄격**하고 **신중**하게 이루어져야 한다고 판시한다.

**(4) 상계가 가능한 범위**

판례에 따르면

ⓐ i) **[민법 제492조]**에 따라

ii) **압류금지채권**의 경우 **상계**가 **금지**되고

ⓑ i) **[민집법 제246조]**에 따르면

ii) **임금**채권은 **1/2범위 내**에서 **압류**가 **금지**되므로

ⓒ i) **임금**은

ii) **1/2**를 초과하지 않는 범위(**한도**) **내**에서

iii) **상계**가 **가능하다**고 판시하고 있다.

**IV. 통화불의 원칙**

**[문제]**

① 甲 등은 추심행위를 통해 A사로부터 1500만원을 지급받아 미지급 임금의 변제에 충당하였고,

② 부족분 500만원에 대해서 다시 B사에 청구하였다. 청구 타당한가?

**1. 문제의 소재**

ⓐ i) **통화불의 원칙**에 따라

ii) **무효**가 된 ‘**임금지급**을 **갈음**하는 **채권양도**’가

ⓑ i) **[민법138조]** **요건**을 **갖추어**

ii) **다른 법률행위**인 **‘임금지급을 위한 것’**으로 **전환될 수 있는지** 여부가 문제된다.

**2. 의의와 취지**

① **[근기법 제43조 제1항]**

② i) 여기서 **통화**란

ii) **국내법에 의해 강제통용력 있는 화폐**를 의미한다.

③ **다만**

i) **[근기법 제43조 제1항 단서]**에서는

ii) **법령**이나 **단협**에 특별한 **규정**이 있는 경우

iii) **통화** **이외의 것**으로 **지급할 수 있다**고 **규정**하면서

iv) **예외**를 **인정**하고 있다.

**5. 사용자의 제3자에 대한 채권양도**

**(1) 원칙**

① 사용자가 **근로에 대한 대가**로 **제3자에 대한 채권을 양도**하는 경우

② i) **채권**은 강제통용력 있는 **화폐**가 **아니므로**

ii) **[근기법 제43조 제1항] 통화불 원칙 위반**으로 **전부무효**가 된다.

**(2) 예외**

**다만, 판례**는

①ⓐ i) **당사자 쌍방**이

ii) 당해 채권양도 **약정**이 **무효임을 알았더라면**

ⓑ i) 임금의 ‘**지급을** **갈음**’**하는 것이 아니라**

ii) 임금의 **‘지급을 위하여’** 채권을 **양도**할 것을 **의욕**하였으리라고 **인정**되는 때에는

② **무효행위 전환 법리**[민법 제138조][[6]](#footnote-6)에 따라

③ i) 그 채권양도 **약정**은

ii) ‘**임금의** **지급을** **위하여**’ 한 것으로

iii) **효력**을 가질 수 있다고 판시한다.

**(3) 검토**

① i) ‘**지급**을 **갈음**하는 **채권양도**’는

ii) **[근기법 제43조]** **위반**으로 **무효**이나,

② i) 그렇게 되면 **근로자가 지급받은 채권은 부당이득으로 반환**해야하는 바,

ii) **오히려 근로자를 불안한 지위에 빠지게 하므로**,

③ i) **[민법 제138조]를 적용**해

ii) ‘임금 **지급을 위한 채권양도**’로 **전환**한 사례이다.

**6. 사안의 경우**

① i) 사안의 **공사대금채권**을

ii) **임금지급**에 **갈음**하여 **지급**하는 것은

iii) **원칙적**으로 **전부무효**이다.

② **그러나** **사안에서**

ⓐ 이미 A사로부터 1500만원을 지급받아 **미지급 임금의 변제에 충당**하고(일부변제: 법률행위 요건을 갖추었고)

ⓑ 갑 등이 A사에게 **추심**한 점(**의욕**)을 비추어 볼 때

③ i) **갑 등**이 당해 채권양도가 ‘**무효**’임을 **알았더라면**

ii) ‘임금지급에 갈음하는 것’이 아니라

iii) **‘임금지급을 위하여**’ **채권**을 **양도**했을 것을

iv) **의욕**했으리라는 점을 인정할 수 있다

④ 따라서

i) **A사에 대한 채권양도**는

ii) 변제된 **1500만원의 임금지급을** **위한 것(**일부변제로서 효력을 갖는다**)**으로

iii) **유효**하다.

⑤ 즉,

i) **나머지 500만원**에 대해서는 **여전히** **지급청구권**을 가지므로,

ii) 이를 **B사에 청구**할 수 있다.

**V. 정기불의 원칙**

**VI. 위반시 효과**

1. 벌칙

2. 임금체불과 이자지급

**♥ 임금 – 임금채권우선변제 – B·C급**

**I. 의의 및 취지**

① [근기법 제38조]

② i) 사회·경제적 약자인

ii) **근로자**의 **최저생활보장을 확보하기 위한 사회정책적 고려**

**II. 변제순위**

**1. 의의**

**2. 우선변제채권**

임금, 퇴직금, 재해보상금, 기타 근로관계를 원인으로 한 모든 금품

**3. 최우선변제채권**

**1) 최종 3월분의 임금**

① 견해의 대립

**최종 3월분의 임금**에 대해서

ⓐ **㉴가 지급하지 않은 임금 중** **최종적**으로 **지급되지 않은 3개월분**의 **임금**으로 보는 견해와

ⓑ i) **근**로관**계** **종료시**부터 **소급**하여 **최종3개월 기간 동안**

ii) **지급하지 않은 임금**으로 보는 견해가 대립하고 있다.

② **판례**에 따르면

ⓐ **최우선변제 특권의 보호**를 **받는** **임금채권** **범위**는

ⓑ 임금채권에 대한 근로자의 배당요구 당시 근로관계가 이미 종료하였다면

ⓒ i) **종료 시부터 소급**하여

ii) **3개월 사이**의 **지급사유**가 **발생한** **임금** 중

iii) **미지급분**을 말한다고 판시한다.

③ 생각건대,

판례의 태도는

ⓐ i) 근로자 보호와

ii) 그 이외 저당권자 보호 사이의

iii) 균형점을 찾고자 하는 해석이라는 점에서

ⓑ 긍정적으로 평가할 수 있다.

ⓒ 단,

i) 사용자가 고의로 이러한 법리를 고의로 악용할 수 있다는 점

ii) [근기법 제38조]에서

- 최우선변제 대상이 되는 임금채권의 범위를

- 임금전체가 아닌 최종3개월분 임금으로 한정했다는 점을 비추어보면

- 미지급된 임금 중 3개월분으로 보는 견해도 일응 타당하다.

**2) 최종 3년간의 퇴직금**,

**3) 재해보상금**

**III. 사용자의 총재산**

**1. 사용자의 의미**

① **[근기법 제2조 제1항 제2호]**의 사용자 중 **사업주 (O)**

② i) **묵시적 근로관계 성립 시**

ii) **제3자**도 **사용자 (O)**

② i) [근기법 제44조 제1항]의 **직장수급인**

ii) **사용자** **(X)**

**2. 총재산의 의미**

**(1) 의의**

**사용자의 총재산**에는

i) 동산, 부동산은 물론

ii) 각종 유·무형의 재산권을 포함한다.

**(2) 이미 처분한 재산**

**판례**는

i) 타인에게 이미 처분한 재산에 대해서는

ii) 임채우변 대상 재산 X

**(3) 사용자가 사용자 지위 취득 전**에 **설정한 재산**

ⓐ i) **사용자**가

ii) **사용자 지위**를 **취득**하기 **전**에

iii) **설정한 채권**이더라도

ⓑ **우선변제 대상**이 된다

**(4) 사용자가 취득(특정승계)하기 이전**에 **설정된 담보권**

① **다만**,

ⓐ i) **사용자**가

ii) **재산**을 **취득**할 **당시**

iii) **담보물권이 이미 설정되어 있었다면**

ⓑ **우선변제권**을 **인정할 수 없다**고 하는데

② ⓐ 생각건대, **담보물권**에 대해서도 **우선변제 인정**하게되면,

ⓑ **민법**의 **근간**이 **흔들릴 수도 있다**는 점에서 판례의 입장이 타당하다.

**IV. 우선변제방법**

**판례**에 따르면

i) 배당요구 우선변제**채권자**는

ii) **배당요구 종기일**까지

iii) **배당요구**하여야 한다.

**V. 위반시 효과**

별도의 벌칙규정 X

♥ **근로시간 – 대기시간**

**Q. 문제**

i) 이 사건 대기시간이 근로시간인 바,

ii) 이 시간을 포함한 근로시간은 법정근로시간을 벗어났으므로

iii) 연장근로를 가산하여 임금을 지급해야한다는 甲의 주장은 타당한가?

**I. 논점의 정리**

ⓐ 사안의 **대기시간**이 **[제50조 제3항]의 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간**으로

ⓒ **근로시간에 해당**하는지 여부가 문제된다.

**II. 연장근로**

**1. [근기법 제53조 제1항]**

**2. [근기법 제56조]**

**3. 사안의 경우**

**III. 근로시간**

**1. 의의 및 취지**

① **[근기법 제50조 제1항 내지 제3항]**

② **판례**에 따르면

㉠ i) **근로시간**이라 함은

ii) **사용자의 지휘·감독 아래**

iii) 근로자가 **근로를 제공하는 시간**을 말하는 바,

㉡ i) 근로자가 **작업시간의 도중**에

ii) **현실로 작업에 종사하지 않은 시간이**라하**더라도**

iii) **그것**(휴게시간)**이** **실질적**으로 **사용자의 지휘, 감독** **하**에 놓여 있는 **시간**이라면

iv) 이를 **당연히** **근로시간에 포함**된다고 할 수 있다고 판시하고 있다.

**2. 근로시간의 구체적 판단(단취계·업·간/장·휴방/사·여종)**

① **휴게시간**이나 **대기시간**이 **근로시간**에 **속하는지** **판단**은

② **업무**의 **종류**에 **따라** **일률적**으로 **판단할 것이 아니라**

③ i) 해당사업장의 **단·취·계** 내용 및 규정

ii) 업무의 내용과 구체적 **업**무방식

iii) **사용자의 간섭이나 감독여부**

iv) 자유롭게 이용할 수 있는 휴게**장**소의 구비 여부,

v) 근로자의 실질적 **휴**식을 **방**해하거나

vi) 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 **사**정이 있는지 등

vii) **여**러사정을 **종**합하여

④ 개별 사안에 따라 구체적으로 **판단**하여야 한다고 판시한다.

**IV. 사안의 경우**

① i) 해당 사업장의 단·취·계 등을 비추어 볼 때도

ii) 대기시간에까지 A사의 지휘감독권이 미칠만한 규정이 없는 점

② 그리고

i) 대기시간 중 A사가 업무에 관한 지시를 하는 등

ii) 원고들을 지휘·감독한 것으로 볼만한 자료가 없는점

③ i) 대기 시간이 다소 불규칙하기는 하나,

ii) 버스운전기사들이 이를 휴식을 위한 시간으로 활용하는데

iii) 큰 어려움이 보이지 않는 점

④ 그리고

i) 특별한 사정이 없는 한

ii) A사가 원고들의 대기시간 활용에 대해

iii) 간섭하거나 감독할 업무상 필요성이 인정되지 않는다는 점을 비추어볼 때

② 결국,

i) 원고들의 대기한 시간에는

ii) 근로시간이 아닌 시간이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다.

**V. 결론**

당해 사안의 甲의 대기시간은 근로시간 아닌 시간이 포함되어 있는 바,

이를 통틀어 계산하면 법정근로시간을 벗어난 것이 아니므로

A사는 연장근로에 따른 가산근로를 지급하지 않아도 되므로

甲의 주장은 타당하지 않다.

**II. 연장근로**

**1. 서**

① 현행법상 연장근로란

i) 통상근로자의 경우 법정근로시간을 초과하는 근로,

ii) 단시간 근로자의 경우 소정근로시간을 초과하는 근로

② i) 근로시간을 제한하는 취지는 과도한 근로를 방지함으로써 **피로를 회복**함과 동시에

ii) **인간다운 생활을 영위**하는데 목적이 있다.

iii) 따라서 **원칙적으로 당사자의 합의에 의해서만 가능**하고,

iv) 합의한 경우라도 근기법은 일정한 제한을 가하고 있다.

**2. 연장근로**

**(1) 의의**

[근기법 제53조 제1항]

**(2) 연장근로의 요건**

**1) 동의주체**

**① 문제의 소재**

ⓐ 통상연장근로를 위해 당사자 간의 합의를 요구하는데

ⓑ 여기서 당사자가 무엇을 의미하는 지 문제된다.

**② 견해의 대립**

ⓐ 사용자와 대등한 위치에 설 수 있는 자로 예컨대 근로자대표인지

ⓑ 원칙적으로 개별근로관계의 당사자인 개인

**③ 판례**

판례는

ⓐ 당사자 간의 합의는

ⓑ 원칙적으로 사용자와 근로자와의 **개별적 합의**를 의미한다 할 것이고,

**2) 동의방법**

**① 개별근로자의 동의**

**㉠ 의의**

ⓐ 사전적·포괄적 동의도 가능하고,

ⓑ 동의의효력은 계속된다.

**㉡ 판례**

ⓐ 연장근로를 할 때마다 그 때 그 때 할 필요는 없고 **근로계약 등으로 미리 약정**하는 것도 **가능**

ⓑ 위 **근로계약은 기간의 약정이 없는 것**으로서

ⓒ **근로계약을 해지하지 아니한 이상 연장근로에 관한 합의의 효력은 그대로 유효**하다.

**② 단체협약에 의한 동의**

ⓐ 개별근로자의 연장근로에 관한

ⓑ 합의권을 박탈하거나 제한하지 아니하는 범위에서는 ⓒ 단협에 의한 합의도 가능하다.

**~~(3) 연장근로와 휴일근로관계~~**

**1) 문제의 소재**

**2) [근기법 56조의 2]**

**3) 판례 동향**

**① 포함부정설**

**② 포함긍정설**

**4) 검토**

① 종전

② 입법

**5) 사안의 경우**

**III. 포괄임금제**

**Q. 문제**

[사실관계]

ⓐ i) 기본급 150 지급하되, ii) 연장근로시간을 정액의 ‘시간 외 근무수당’으로 지급한다는 규정에 따라 임금지급하고

ⓑ 24시간을 교대제로 근무하는 乙의 업무는 근로시간의 산정에 별다른 어려움이 없다.

ⓒ 근기법상 기준에 따라 가산임금 산정 시 금액이 정액의 ‘시간 외 근무수당’보다 많다.

[문제]

i) 정액의 ‘시간외 근무수당’이

ii) 실제 근기법상 가산임금 규정에 산정한 금액에 미치지 못한다고 할 때

iii) 乙의 주장은 타당한가

**I. 논점의 정리**

ⓐ 해당사안의 **계약**이 판례에서 인정하는 **포괄임금제 계약에 해당하는지**

ⓑ 해당한다면 **근로시간 산정에 어려움이 없는 바 유효하지 않은지**

ⓒ 그리고

i) 유효하지 않은 포괄임금제 계약에서 산정한 금액이

ii) 근기법상 기준으로 산정된 금액에 미달된 경우

iii) 미달된 만큼 지급의무가 있는지 여부가 문제된다.

**II. 포괄임금제 계약**

**1. 포괄임금제의 의의· 종류**

**(1) 의의 및 취지**

① ㉠ ⓐ **기본임금**을 미리 **산정하지 아니한 채**

ⓑ **법정수당**까지 **포함**된 **금액**을

ⓒ **월급여액**으로 **정하거나** – 한 덩어리

㉡ ⓐ **기본임금**을 **미리** **산정**하면서도

ⓑ i) **법정 제 수당**을 **구분하지 아니한 채**

ii) **일정액**을 **법정 제 수당**으로 **정하여** – 두 덩어리

㉢ i) 이를 **근로시간 수에 상관없이**

ii) **지급**하기로 **약정**하는 **내용**의 ‘**임금지급계약**’으로

② **이는**

ⓐ 법적 개념이 아니라 **판례가 인정한 관행적 개념**이다.

ⓑ i) **기본임금**을 **기초**로 실제 **근로시간**에 **따라** **임금**을 **산정하는** **근기법의 원칙적 임금산정방법**을

ii) **탄력적**으로 **운영**하려는데 **취지**가 있다

**2. 성립·유효 요건**

**(1) 포괄임금제의 성립요건**

**① 포괄임금제 성립**되었다고 하기 위해서는

ⓐ 권리능력·의사능력을 갖춘 **당사자 사이**에

ⓑ 포괄임금제 하겠다는 **의사의 합치**가 있어야 한다.

② 나아가 **판례**는 보다 구체적으로

ⓐ **포괄임금제**에 관한 **약정**이 **성립**하였는지**에 대하여 (시·형**이**/성단**다녀**)**

ⓑ i) 근로**시**간

ii) 근로**형**태와 업무의 **성**질

iii) 임금산정 **단**위 등

iv) 여러사정을 전체적·종합적으로 고려하여

v) 구체적으로 판단하여야 한다고 한다.

**2) 연·야·휴 구분하고 세부항목으로 정하고 있는 경우**

따라서

i) **단**체협약이나 **취**규 급여규정 등에서

ii) **연**장·**야**간·**휴**일근로수당 등을 **구분**하고

iii) **세부항목으로 나누도록** **정하고 있는 경우**에는

iv) **포괄임금제**에 **해당하지 않는다**는 **것이 판례 입장**이다.

**3) 묵시적 합의**

그리고 포괄임금제 약정은

① 명시적 합의만이 아니라 **묵시적**으로 **가능**하다.

② 포괄임금계약의 **묵시적 합의**가 있다는 것은

㉠ i) 여러 해 동안(장기간) 이의없이

ii) 가산되지 않은 연장근로수당 등을 받아온 사정만으로는

iii) 포괄임금계약에 대한 **묵시적 합의가 있는 것으로 볼 수 없고**.

㉡ ⓐ **근로형태의 특수성**으로 인하여

i) **실**제 **근**로**시**간을 **산정**하는 것**이 곤란하거나**

ii) 실질적인 **필요성이 인정되고**

ⓑ i) **㉴**와 **근**로자 **사이** **월급여액** **외**에 **어떠한 추가 수당도 지급**하지 **않기로 하는 합의**가 있었다고

ii) **객관적으로 인정**되어야 한다고 한다.

**(2) 포괄입금제의 유효요건**

① i) 포괄임금제가 성립된 것과는 별개로

ii) 포괄임금제가 **유효**하려면

iii) 별도의 **요건**을 갖추어야 한다.

② “**판례**”는

ⓐ 제반사정에 비추어 **계약**이

ⓑ **근로자**에게 **불이익**이 **없고**

ⓒ **정당해야할 것**을 **요구**하고

③ **추가적**으로

ⓐ **근로시간의 산정이 어려운 경우**가 **아니라면**

ⓑ 특별한 사정이 없는 한

ⓒ **포괄임금제** 방식의 임금지급계약을 **체결하는** **것**은

ⓓ 근로기준법이 정한 **근로시간에 관한 규제를 위반하는 것**으로

ⓔ **허용될 수 없다**고 **판시**하면서

ⓕ **요건**으로 **근로시간 산정의 어려움**을 **제시**하고 있다.

**4. 효과**

**(1) 포괄임금제 유효한 경우**

① i) **유효**한 **포괄임금지급계약**은

ii) **근기법상 원칙적인 임금산정방법의 예외**가 **적용**되므로

② i) 포괄임금제 계약에서 지급하기로 한 **정액**과의 **차액** **정산**이

ii) **원시적**으로 **불가능**하다.

**(2) 포괄임금제 유효하지 않은 경우**

① **포괄임금제** 방식의 임금지급계약이 **유효하지** **않다면**,

② **근기법상** **원칙적** **임금산정방법**이 **적용**되므로

③ “**판례**”는

i) **포괄임금계약의** **정액**이

ii) **근기법상** **기준**에 **따라** **산정된** **법정수당에** **미달**하는 때에는

④ **[근로기준법 제15조]의 강행성·보충성 원칙**에 **따라**

⑤ i) **미달하는 부분**은 **근로자에게 불이익**하여 **무효**가 되고

ii) 사용자는 **미달되는 법적수당**을 **지급**할 **의무**가 **있다**.

⑥ 즉, **근로자**는 **차액 청구**가 **가능**하다.

**III. 사안의 경우**

**①** 포괄임금제 계약이 성립하였는지

**②** 유효성 검토

**③** ⓐ i) 포괄임금계약 유효하지 않은 바

ii) 근기법상 원칙적 임금산정방법이 적용되고

ⓑ i) 포괄임금계약의 정액이

ii) 근기법상 임금산정방법에 따라 산정한 금액보다 미달되므로

ⓒ i) 그 부분만큼 무효이고,

ii) 보충성 원리에 따라 그 부분만큼 차액 청구 가능하다

**IV. 사안의 결론**

**♥ 휴식 – 휴일**

**1. 서**

주휴일은

피로를 회복

사회적 문화적 생활을 보장하기 위해서 마련된 것

**2. 주휴일**

**(1) 의의·취지**

ⓐ 사용자는 근로자에게 1주일에 평균1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다.

ⓑ i) 휴일제도의 취지를 살려

ii) 근로자가 이를 충분히 활용할 수 있도록 임금지급을 보장해주는 것을 말한다.

**(2) 주휴일 발생 요건**

**1) 1주간 개근**

소정근로일이라 함은 당사자가 근로하기로 정한 날

개근이란 결근이 없는 것을 말한다.

**2) 평상적 근로관계**

① 원칙(계속근로관계를 전제)

② 판: 쟁행기간 중 주휴일

**(3) 효과**

① 주1회 부여,

② 유급으로 부여

**3. 쟁의행위 기간 중 주휴일**

**4. 휴일대체 – B·C급**

① 의의

ⓐ i) 사전에

ii) 휴일 대신

iii) 다른 날에 휴일을 부여하고

ⓑ i) 원래의 휴일을

ii) 근로일로 정하는 합의

② 판례

㉠ “판례”에 따르면

ⓐ **단체협약** 등 통상의 근로일을 휴일로 교체할 수 있도록하는 **규정**을 두거나

ⓑ 그렇지 않더라도 **근로자의 동의**를 얻은 경우

ⓒ **적법한 휴일대체**가 되어

ⓓ **원래의 휴일은 통상의 근로일**이 되고

ⓔ **그 날의 근로는** 휴일근로가 아닌 **통상근로가 되므로**

ⓓ **사용자는** 근로자에게 **그 날의 근로에 대해 휴일근로수당을 지급할 의무를 지지 않는다**.

㉡ 그리고 이 때 **동의의 해석**에 있어서

ⓐ 휴일대체에 **동의한 사실에 대한 것**이면 **충분**하고

ⓑ 실제로 **휴일대체를 원하는지**에 대한 의사의 **진정성**까지는 **필요없다**고 본다

**4. 주휴일 근로**

**(1) 주휴일 근로가 주휴제 위반인지 여부**

**(2) 휴일근로에 대한 임금지급**

## **~~♥ 휴식 – 연차휴가~~**

### **1. 의의 및 취지**

**① [근기법 제60조]**

**②** **근로자**의

ⓐ 정신적 **피로회복**을 **도모**,

ⓑ 사회적 **문화적 생활의 향유**를 **보장**하기 위한 **취지**에서 규정된것이다.

### **2. 연차유급휴가 요건**

**(1) 1년간의 근로**

**①** i) 본조에 따르면

ii) **근로자**가 **1년간** 80% 이상 **출근**한 경우 **연차유급휴가 청구권이 발생**한다

**②** **판례**도

**㉠** i) **연차휴가 사용할 권리**는

ii) 그 전년도 **1년간의 근로를 마친 다음날 발생한다**고 보아야 하므로,

**㉡ i)** 그 전**(1년간의 근로 전)**에 퇴직 등으로 **근로관계가 종료한 경우**에는

ii) **연차휴가**를 사용할 **권**리**에 대한** **보상**인 **연차휴가수당**도

iii) **청구할 수 없다**고 판시하고 있다.

**③** **즉**,

ⓐ i) **연차유급휴가청구권은 1년간의 근로 뒤**에 **비로소 발생**하는 것이지

ii) **1년을 채우지 못하면 연차유급휴가청구권이 발생하지 않는다**는 입장이다.

ⓑ **다만** **이러한** **판례**의 **태도**가

i) [**동조** **제2항**(계속근로기간 1년 미만인자 보호규정)]과 **배척되는 것**으로 볼 수 있는데,

ii) **위 조항은** 입법적으로 **계속근로기간이 1년 미만인 자**를 **보호**하기 **예외적 규정**인 바,

ⓒ **판례의 입장**이 **타당**하다.

**(2) 출근율**

**1) 원칙**

① i) [근기법 제60조], **80퍼센트 이상** 출근

ii) 여기서 **출근율**은 **소정근로일수 대비 출근일 비율(**출근일/소정근로일**)**로 계산한다.

② i) [근기법 제60조 제6항],

ii) 업무상재해·유아휴직 기간은 기간의 장단을 불문하고 출근한 것으로 본다.

**2) 예외**

**① 문제의 소재**

㉠ 연차휴가의 **출근률** **산정** **시**

㉡ ⓐ 사용자의 귀책사유로 **휴**업기간 ⓑ **쟁**의행위기간, ~~ⓒ~~ **~~육~~**~~아휴직기간~~들이 포함된 경우

㉢ 어떻게 산정해야하는지가 문제된다.

**② 견해의 대립**

**ⓐ 출근간주설**

i) 근로자에게 귀책사유가 없다는 점에서

ii) **출근으로 보아야 한다**는 견해

**ⓑ 소정근로일 제외설**

i) **휴가제도**가 **피로회복**을 **취지**로 한다는 점을 비추어 보아

ii) **이 기간**은 **피로**가 **쌓이는 기간**이 **아니**므로

iii) **출근**으로는 **인정할 수 없고**,

iv) **소정근로일에서 제외하자는 견해**가 대립한다.

**③** **육아휴직**과 **쟁의행위** **기간**에 대한 판례의 입장

㉠ “**판례**”는

ⓐ i) **~~육아휴직~~이나 쟁의행위** 등**은**

ii) **정당한 권리행사임에**

ⓑ i) 근로자에 부당하거나 불리하게 처우하는 것이

ii) 법률상 금지되어 있으므로

ⓒ **근로자가 결근한 것으로 볼 수 없다는 점**

㉡ 그리고

ⓐ i) **관련 법령에서**

ii) **그 기간** 동안 근로자가 ‘**출근**한 것으로 본다’는 **규정을 두고 있지도 아니하므로**

ⓑ 근로자가 **출근한 것으로 볼 수도 없다는 점을** **고려할 때**

㉢ i) 연간 **소정근로일 수**에서 **쟁의행위** 등 **기간**이 **차지**하는 **일수를 제외한** **나머지** **일수**를 **기준**으로

ii) **출근율을 산정**하여 **요건 충족 여부를 판단**하여야 **한다**고 하면서

㉣ 육아휴직과 쟁의행위 기간에 대해서는 **소정근로일 제외설**의 입장을 취하고 있다.

**④ 사용자의 귀책사유로 인한 휴업기간**

㉠ ⓐ 구체적 판례는 없으나,

ⓑ i) **부당해고기간**의 경우

ii) **사용자**의 **부당해고**로

- **근로자**가 **근로제공의사**가 **있음에도**

- **근**로**제**공 **하지못했다**는 **점에서**

iii) **사**용자의 **귀책사유**로 인한 **휴업**과 그 **성질**이 **유사**한 바,

iv) **이 법리를 유추적용**할 수 있을 것이다.

㉡ **때문에** “**판례**”가

ⓐ i) **부당해고**로 **인하여** 근로자가

ii) **출근하지 못한 기간**을

iii) **근로자에게 불리한 것으로 고려할 수 없으므로**

ⓑ i) 그 **기간**은

ii) **연간 소정근로일수 및 출근일수에 모두 산입**되고

ⓒ **설령**

i) **그 기간**이 연간 총 근로일수 **전부를 차지하더라도**

ii) **달리 볼 바 없다**고 판시하고 있다.

㉢ 즉, **판례**는

i) **사**용자의 **귀책**사유로 인한 **휴업**기간의 경우

ii) 츨근으로 간주하는 입장(**출근간주설**)을 취하고 있다고 볼 수 있다.

**⑤ 검토**

㉠ ⓐ i) 육아**휴**직이나 **쟁**의행위의 경우

ii) **사용자에게 귀책사유가 없다**는 점에서

ⓑ i) 이 경우까지 **출근으로 간주**하게 되면

ii) **사용자**에게 **지나치게 불리**하게 되는 바

ⓒ **소정근로일을 제외하는 판례의 입장이 타당**하고

㉡ **반면**

ⓐ i) 사용자의 귀책사유로 인한 **휴**업의 경우에도

ii) 휴업의 기간을 **소정근로일을 제외하는 것**으로 본다면

ⓑ i) **사용자의 귀책사유에 따른 휴업**의 **책임**을

ii) **근로자에게 전가**하는 것이므로 **타당하지 않다**.

ⓒ 즉, **그 기간의 전부**를 **출근**으로 보는 **판례의 입장이 타당하다**.

**~~3) 직위해제기간~~**

**① 문제의 소재**

**연차휴가**의 **출근율** **산정**시

ⓐ **정직이나 직위해제**의 경우

ⓑ **출근일**

**수**에서 **제외**처리**해야하는지**,

ⓒ 아니면 연간 **소정근로일에 제외시켜야 하는지** 문제

**② 판례**

구체적인 판례는 없으나,

ⓐ **정직**의 **기간**이

i) **근**로**제**공**의무**가 **있음에도**

ii) 그 **의무**가 **면제**되었다는 점을 고려하여

ⓑ i) **소정근로일수에 포함**시키되

ii) **출근일수에서 제외처리**하도록(**결근**) 정한 **취업규칙**이

ⓒ **근기법에 반하는 것이 아니**라고 판단한 사례가 있다.

**③ 검토**

ⓐ 하나의 사유에 대한

i) **징계처분**과

ii) 그에 따른 **연차유급 휴가상의 불이익처분**은

ⓑ **이중의 불이익처분**에 해당하는 것은 아닌지 의문 남는다.

### **3. 효과**

**(1) 발생 휴가 일수 원칙**

[근기법 제60조 제1항] 내지

[근기법 제60조 제4항]

**(2) 예외**

**① 문제의 소재**

㉠ ⓐ i) **사용자의 귀책사유로 인한 휴업기간**의 경우

ii) 그 기간 모두를 출근일로 산정하는 바

ⓑ **원칙적인 휴가일수가 부여**될 것이나,

㉡ ⓐ **쟁의행위**와 **육아휴직**의 경우

ⓑ **출근률 산정시 근기법 규정과 다른 산식을 사용**했던 바,

㉢ **발생하는 휴가일수**가

ⓐ **원칙적**인 **휴가일수**가 **발생**하는지 아니면

ⓑ **비례삭감**되는지 여부가 문제된다.

**~~② 견해의 대립~~**

ⓐ **원칙적 휴가일수가 발생**한다는 **견해**와

ⓑ **제외된 소정근로일의 비율만큼** **삭감**된다는 **견해**가 **대립**한다.

**③ 판례 입장**

“**판례**”는

㉠ i) **본래** 평상적인 근로관계에서

ii) 8할의 출근율을 충족할 경우

iii) 산출되었을 **연차유급휴가일수**에(15)

㉡ i) 연간 **소정근로일수에서** 쟁행 등 **기간이 차지하는 일수를 제외한** 나머지 **일수를**(250-100)

ii) **연간 소정근로일수**(250)**로** **나눈 비율**을

㉢ **곱하여**(X)

㉣ **산출된 연차유급휴가일수**(X)를 근로자에게 **부여**함이 **합리적**이라면서**[X= 15 x (250-100)/250]**

㉤ **비례삭감설**을 취하고 있다.

### **4. 연차유급휴가**의 **사용**

**(1) 정당한 시기지정권 행사**

**1) 의의 및 취지**

① **[근기법 제60조 제5항]**

② i) **근로자**가 **원하는 시기**에

ii) **휴가를 사용하도록 하기위한** **입법적 배려**이다.

**2) 시기지정방법**

① i) 명문상 규정은 없으므로,

ii) **시기 지정의 의사가 전달**되었다면

iii) **적법**한 **시기지정**

② 이 때 **시기지정 방법**은

“**판례**”에 따르면

i) 취규에 달리 정함이 없다면

ii) **전화상의 청구**도 **적법**하다.

③ 그러나 **시기지정 시** **휴가일**을 구체적으로 **특정**해야한다

“**판례**”도

㉠ ⓐ **휴가권을 구체화하려면**

ⓑ i) **시기지정권**을 **행사**하여

ii) 언제부터 언제까지 사용할 것인지에 관하여

iii) **구체적인 시기**를 **특정**하여야 할 것이고,

㉡ i) **특정하지 아니한**

ii) **시기지정권 행사**는

iii) **적법한 시기지정이 아니어서**

iv) 연차휴가의 **효력이 발생할 수 없으며**

v) **이와 같은 경우**

- 적법한 휴가시기 지정이 있음을 전제로 하는

- **시기변경권 행사도 필요하지 않다**는 입장이다.

**(2) 사용자의 시기변경권의 행사**

① **[근기법 제60조 제5항 단서]**

② **휴가사용 시 사용자 승인 규정이 있는 경우, 규정의 효력**

“**판례**”는

ⓐ 취업규칙에 ‘**휴가 시** 사용자의 **승인**을 받아야 한다’는 **규정**이 있는 경우

ⓑ 이는

i) 근로자의 **휴가시기 지정권을 박탈하기 위한 것이 아니라**

ii) 휴가**시기 변경권**의 **적절한 행사**를 **위한 규정**으로

iii) **무효의 규정이라고 할 수 없다**고 판시하였다

## **♥ 인사 – 전직 – A급**

**Q. 문제**

A사가 甲에게 한 인사발령이 정당한지 판단하라

**I. 문제의 소재**

① 인사발령이 전직명령인지?

② 전직명령권한이 있는지?

③ 정직명령권 행사에 따른 전직이 정당한지?

**II. 전직**

**1. 의의**

**전직**이란

ⓐ **직무내용** 또는 **근무장소**를

ⓑ **장기간**에 걸쳐 **변경**시키는

ⓒ **사용자**의 **인사처분**

**2. 근거**

**(1) 문제의 소재**

ⓐ 근무장소 등의 구체적인 **특정이 없는 경우**에도

ⓑ 대등한 근로계약의 당사자인 사용자가 일방적인 전직명령을 할 수 있는 근거에 대해 견해가 대립된다.

**(2) 학설**

① i) 사용자는 **고유한 경영권**을 바탕으로

ii) **인사권**을 **행사**할 수 있다는 견해(**고유권설**)

② i) 근로자의 **근**로**계**약 **체결**은

ii) 자신의 **노동력 처분 권한**을 **사**용자에게 **속하게 하도록 포괄적으로 합의한 것**이기 때문에

iii) 사용자가 **이를 근거로 인사권을 행사**할 수 있다는 견해(**포괄적** **합의설**)

③ 근로**계약에서 합의된 범위 내**에서만 **인사권을 행사**할 수 있다는 견해(**계약설**)가 대립한다.

**(2) 판례의 입장(업·필·내/상·재)**

“**판례**”는

‘ⓐ 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로

ⓑ **업**무상 **필**요한 범위 **내**에서는

ⓒ 사용자의 **상**당한 **재**량을 가진다’고 한다.

**(3) 검토**

① **근로계약의 백지성** 때문에 **계약설은 타당하지 않다**(계약설 부정).

② 그리고

i) **포괄적 합의설**과 **고유권설**은

ii) 어떠한 견해를 취하더라도 **사용자에게 전직명령권이 인정**된다는 점에서

iii) **논의의 실익은 크지 않으**나

③ ⓐ 근로계약 시 노사당사자는 대등한 위치에 있다는 점을 비추어 보아,

ⓑ 근로자가 사용자에게 노동력처분 권한을 합의에 의해 위임한 것으로 보는 것이 타당하다.

ⓒ 즉, 포괄적 합의설이 옳다.

**3. 전직명령의 정당성 판단(전직명령권의 제한)**

**(1) 근계상 근무장소의 특정이 있는 경우**

**1) 의의**

ⓐ i) **근**로**계약** 상 근로자의 근무내용이나 근무장소를 **특정**한 경우

ii) **사용자**의 전직명령은 **근로자의 개별적 동의**가 있는 경우에만 **정당성**이 **인정**된다.

ⓑ i) **왜냐하면**

- **근계에 특정된 근무장소를 변경**하는 것은

- **사실상** **근계 변경**과 같고,

ii) **근계 변경**을 **위해서는** **근로자**의 **개별적** **동의**가 **요구되기** **때문**이다.

ⓒ **따라서**

i) 장소나 업무의 내용이 **특정**되어 있음에도

ii) **근로자의 동의 없이 근계 변경**하는것**은**

iii) **원칙적으로 무효**가 된다.

**2) 묵시적으로 특정된 경우**

**① 근로내용**의 **묵시적 특정**

ⓐ **특수한 기술·기능·자격**을 가진 근로자의 경우

ⓑ **업무내용이 특정**되어 있다고 볼 수 있다.

**② 근무장소**의 **묵시적 특정**

ⓐ i) **지역의 연고가 있는 자**를 전제로 **채용**하고

ii) 관행상 이들을 **전직시키는 사례가 없었던 경우**에는(고용형태의 특성상 현지채용이 원칙인 경우)

ⓑ **근로장소에 대해 묵시적 특정**이 있었던 것으로 해석할 수 있다.

**(2) 근계상 근무장소의 특정이 없는 경우**

**1) 의의**

ⓐ 사용자의 인사권행사가 **고유한 경영권**에 바탕을 두더라도

ⓑ **권리**는 **타인의 권리를 침해**(권리남용)하지 **않는 범위에서 행사**되어야 하는 바,

ⓒ **근기법은 사용자의 인사권한 행사에도 일정한 제한**을 두고 있다.

**2) [근기법 제23조 제1항]**

① 본 조항에서는 ‘사용자는 근로자에 대하여 **정**당한 **이**유**없이** **전직**을 하지 **못한다**’라고 규정하고 있다.

② 따라서

ⓐ 사용자의 **전직명령**은

ⓑ ‘**정**당한 **이**유’가 있는 범위 내에서,

ⓒ 즉 **권리남용에 해당하지 않는 범위 내**에서만 **유효**하다.

**3) 전직의 정당성 판단기준**(업·필/생·불) (통삼감수)(인·배·필/인·선·합/능·질·인) (신·협)

**① 업무상 필요성 · 생활상 불이익을 비교·교량**

㉠ 그리고 이와 같은 **전직**이 **권리남용**(정·이)**인지** **판단**에 있어 **판례**는

ⓐ 전직의 **업무상 필요성**과

ⓑ 그로 인한 근로자가 입게 되는 **생활상 불이익**을

ⓒ **비교·교량**해야한다고 하면서

㉡ 이 때

ⓐ i) 전직명령에 의한 **생활상 불이익**이

ii) 근로자가 **통상 감수할 수 없을 정도**를

iii) **현저히 벗어난 것이 아니라면**

ⓑ **정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것**이며

㉢ 이 때 ‘**업무상** **필요성**’이란

ⓐ **인**원 **배**치를 변경할 **필**요성이 있고

ⓑ 그 변경에 어떤 근로자를 포함시킬지에 대한 **인원선택의 합리성**을 의미하는 데,

ⓒ 업무**능**률, 직장**질**서 회복, 근로자들 간의 **인**화 등의 사정도 포함된다고 판시한다.

**② 신의칙상 협의절차**

그리고 “**판례**”는

ⓐ **신의칙상 협의절차를**

ⓑ i) 그 절차를 **거치지 아니하였다는** **사정만으로**

ii) **당연히 무효가 되는 것은 아니**라고 판시**하면서**,

ⓒ **신의칙상 협의절차는 정당성 판단의 유효요건은 아니라고 보고 있다.**

**4, 부당전직의 구제**

**(1) 노동위에 의한 구제**

① 정당한 이유없는 배치전환을 한 경우에 대한 **벌칙**은 **없다**.

② **단** **[근기법 제28조]**를 통해 **노동위**에 **구제신청**할 수 있다.

③ 또는 **법원 제소**

**(2) 구제이익**

① 전보명령 이후 **해고**되었다고 하더라도

② 그 **해고가 정당한지 여부가 아직 확정되지 아니하였고**,

③ 그 **해고**가 **전보명령에 따른 무단결근** 등**을** 그 **해고사유**로 삼고 있어서

④ **전보명령의 적법성 여부**가 **해고의 사유와도 직접 관련**을 가지고 있다면,

⑤ 그 **전보명령에 대한 구제이익** **있다**.

**♥ 인사 – ~~전출,~~ 전적 – B급**

**1. 의의**

**전적**이란

① ⓐ i) **종래**에 **종사**하던 **기업**과

ii) **근로계약을 종료**하고

ⓑ i) **전적기업**과

ii) **새로운 근로계약을 체결**하는 것

~~② 또는~~

i) 종래의 기업이 이적하게 될 기업에게

ii) 근로계약상 사용자의 지위를 양도하는 것을 말한다.[[7]](#footnote-7)

**2. 요건**

**(1) 근거규정**

① i) **[민법 657조 제1항]**에서는

ii) **노무자**의 **동의없이** **그 권리**를 **제3자에게 양도하지 못한다**고 규정하는 바

② i) 사용자가 근로자에 대한 노무지휘권을 제3자에게 이전하는 **전적**의 경우

ii) 해당 구체적 · 개별적인 **근로자의 동의**를 필요로 한다.

**(2) 동의의 방식**

**1) 원칙**

① 원칙적으로 근로자의 개별적· 구체적 **동의**를 받아야 효력이 생긴다.

② **판례**도

ⓐ **전적**의 경우에는

ⓑ i) 특별한 사정이 없는 한

ii) 근로자의 **동의**를 얻어야 **효력이** **생긴다**고 판시하여 같은 입장이다.

**2) 사전적 포괄적 동의**

① “**판례**”는

ⓐ i) **전적에서 동의를 요구**하는 **이유**는

ii) 전적으로 **업무지휘권**의 **주체**가 **변경**됨으로 인해

iii) 근로자가 받을 **불이익을 방지**하려는 데 있다고 하면서

ⓑ **그룹 내**의 다른 **계열기업**으로 **전적**시키는 것은

ⓒ 실질적으로 **업무지휘권**의 **주체**가 **변동된 것으로 보기 어려운 바**,

② **그룹 내부의 전적**에 관하여

ⓐ 미리 **포괄적인 동의**를 얻어두면

ⓑ 그 때마다 **개별적 동의를 얻지 아니하더라도**

ⓒ **유효**하게 **전적**시킬 수 있다.

③ 그리고

ⓐ **포괄적인 사전동의**를 받는 경우에는

ⓑ 전적할 기업을 **특정**하고

ⓒ 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 **기본적인 근로조건을 명시**하여

ⓓ **근로자의 동의**를 얻어야 한다고 한다.

④ **다만**,

ⓐ **취업규칙**과 **단체협약**에서 ‘**근로자를 전적시킬 수 있다**’는 **규정**을 두고 있거나,

ⓑ **또는** 이러한 **취규나 단협을 근로자가 준수하기로 서약**하였더라도

ⓒ i) **포괄적으로 전적에 관한 사전동의를 얻은 것**이라고

ii) **보기 어렵다**는 것이 **판례의 입장**이다.

**3) 관행에 의한 동의 (규사승 · 사제확)**

① i) 기업그룹의 **전적** **관행**이

ii) **근로계약의 내용**을 이루고 있다고 인정하기 위하여는

② 근로관계를 **규**율하는 규범적인 **사**실로서 명확히 **승**인되거나

③ ⓐ 구성원이 아무런 **이의**도 **제기**하지 **아니**한 채 **당연**한 것으로 받아들여져

ⓑ 기업 내 **사**실상의 **제**도로서 **확**립되어 있는 경우

④ i) **전적의 관행이 인정**되어

ii) **근로계약의 내용이 된다**고는 하나

⑤ **엄격하게 판단**하고 있다.

**3. 효과(전적 후 근계)**

**(1) 전적이 정당한 경우**

① **판례**에 따르면

i) 특약이 없는 한

ii) **종전 기업**과의 **근**로관**계**는 **단절**(근로계약이 승계되지 않는다)**되고**

② (근로계약이 단절되고 승계되지 않는 바)

i) **전적 후** **근**로**조**건은

ii) **전적할 기업**과 합**의**를 통해 결정된다.

**(2) 전적이 부당한 경우**

① **벌칙**은 **없으나**,

② [근기법 제28조]에 의해 **노동위에 구제신청**할 수 있다.

**♥ 인사 – 휴직 – B·C급**

**1. 의의(직·불·적/지·직)**

**휴직**이란

ⓐ 어떤 근로자를 그 **직**무에 종사하게 하는 것이

ⓑ **불**능이거나 또는 **적**당하지 아니한 사유가 발생한 때에

ⓒ 그 근로자의 **지**위를 그대로 두면서,

ⓓ 일정한 기간 그 **직**무에 종사하는 것을 금지시키는 사용자의 처분을 말한다.

**2. 근거**(고권· 업필내· 상재)

**(1) 문제의 소재**

사용자의 **휴직명령**은

i) 근로자가 근로의사가 있음에도 근로하지 못하게 하는 바,

ii) 근로하는 경우 받을 수 있는 임금을 받을 수 없는 불이익이 발생된다는 측면에서

iii) **그 근거**가 **무엇인지** **견**해의 **대**립이 있다.

**(2) 견해의 대립**

① 휴직명령에 대해서는 **사용자의 고유한 권한**에 의한 것이라는 **고유권설**과,

② 근로계약 시 사용자에게 자신의 노동력 처분권이 귀속됨을 합의했기 때문이라는 **포괄적 합의설**,

③ 계약에 의해 합의된 범위 내에서 행사한 것이기 때문이라는 **계약설**이 **대립**한다.

**(3) 판례**

“**판례**”는

① ⓐ 휴직명령을 포함한 인사명령은

ⓑ 원칙적으로 인사권자인 사용자의 **고**유한 **권**한에 속하고,

② ⓐ **업**무상 **필**요한 범위 **내**에서

ⓑ **상**당한 **재**량을 인정해야 한다고 판시하면서

③ **고유권설과 가까운 입장**을 취한다.

**(4) 검토**

① 근로계약은 노사 당사자간 대등한 위치에 의해 체결된다는 점을 비추어보아,

② 근로자가 계약 시 합의를 통해 자신의 노동력 처분권한을 귀속시켰다고 보는 점이 타당한 바,

③ 포괄적 합의설이 옳다.

**3. 제한(정당성)** (목기합·불구·할부)

**(1) 근기법 제23조 제1항**

직권휴직은 (업무명령권이므로) 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 이루어지므로

[근기법 제23조 제1항]의 ‘정당한 이유’를 요한다.

**(2) 휴직명령의 정당성 판단기준**

**① 일반적인 직권휴직**(일신상 이유로한: 메르스)

“**판례**”는

㉠ 사용자의 **휴직명령이** 취업규칙이나 단체협약에 정해진 **휴직근거규정**에 의한 것이더라도

ⓐ 그 **규정**의i) 설정 **목**적과 ii) 실제 **기**능,

ⓑ i) 휴직명령**권** 발동의 **합**리성 및 ii) 근로자가 받게 될 신분상·경제상 **불**이익 등

ⓒ **구**체적인 사정을 참작하여

㉡ **근로자**가

ⓐ 상당한 기간에 걸처 근로제공을 **할** 수 없다거나

ⓑ 근로제공 함이 매우 **부**적당하다고 인정되는 경우에만 정당한 이유가 있는 것으로 본다.[[8]](#footnote-8)

**② 경영상휴직(경영상)**

“**판례**”는

㉠ ⓐ **경영상 필요**를 **이유**로 **휴직명령**이 내려진 경우

ⓑ 그 **휴직명령**이 **정당한 인사권 범위**에 있는지는

㉡ ⓐ i) **휴직명령의 경영상 필요성**과

ii) 그로 인한 **근로자의 신분상·경제상 불이익**을

iii) **비교·교량**하고

ⓑ 휴직명령 **대상자 선정의 기준이 합리적**이며

ⓒ 휴직명령을 하는 과정에서 **신의칙상 요구된는 절차를 거쳤는지 여부**를

ⓓ **종합적으로 고려하여 결정해야 한다**고 판시한다.

~~③ 의원휴직~~

**4. 휴직기간 만료와 당연퇴직**

**(1) 문제의 소재**

ⓐ **휴직기간 만료시 복직신청X 🡪 당연퇴직 규정**있는 경우,

ⓑ 이를

i) **근로관계** **당연종료**로 보아야 하는지

ii) **해고**로 보야야하는지 문제된다.

ⓒ 만약 **해고**로 본다면 근기법의 **해고제한 조항의 적용을 받기 때문**이다.

**(2) 판례의 입장**

① 현재까지 통일된 판례가 없다.

② **단체협약**에 규정된 경우에는 **당연종료**로 보되

③ **취업규칙**에 규정된 경우에는 **당연종료사유로 보아서는 안된다**고 판시한다.

**(3) 검토**

최근 **직위해제 후 당연퇴직에 관한 판례**의 입장을 볼 때

**당퇴규정**이 노사간 합의된 문서에 규정되어 있더라도 이를 **당연종료사유로 보아서는 안되고**

**해고**로 보는 것이 **타당**할 것이다.

**♥ 인사 – 대기발령**

**1. 의의**(직/장/장/예/예/직/잠)

**대기발령은**

ⓐ **직**무를 **장**래에 계속 담당하게 되면

ⓑ 업무상 **장**애 등이 **예**상되는 경우에

ⓒ 이를 **예**방하기 위해

ⓓ 일시적으로 당해 근로자에게 **직**위를 부여하지 아니함으로써

ⓔ 직무에 종사하지 못하도록 하는 **잠**정적 조치를 말하므로

ⓕ 징벌적 제재인 징계와는 성질이 다르다.[[9]](#footnote-9)

**2. 근거**

① (학설) 직위해제 **경영권설**, **포괄적합의설**, **계약설**이 대립하고,

② (판례) 판례는 인사권한 사용자의 **고권 업필내 상재**,

③ (검토) 계약 노사 당사자가 대등한 위치에서 맺은 계약이므로 **포괄적 합의설** 옳다.

**3. 제한(정당성 판단)**

**(1) 의의**

ⓐ **[근기법 제23조 제1항]**은 명문으로 직위해제에 **정**당한 **이**유를 **요하는지** **규정**하고 있지 **않지만**,

ⓑ **대기발령**으로 **근로자에게 불이익이 발생**할 수 있고,

ⓒ **판례**에 따르면 **휴직**에는 **대기발령**도 **포함**되는 바,

ⓓ **대기발령**도 **[제23조 제1항]의 제한**을 받는다.

**(2) 직위해제 사유의 존부와 절차를 통한 정당성 판단**

**1) 의의**

**판례**는 일반적으로

ⓐ **대기발령**은

i) 근로자가 현재 **직**무를 **장**래에 계속하는 경우

ii) 업무상 **장**애가 **예**상되면

iii) 이를 **예**방하기 위한 **잠**정적 조치이므로

ⓑ 그 **정당성**은

i) 현재의 직위를 유지했을 때 장애(대기발령)가 될 수 있는 **사유**가 존재하는지 또는

ii) 대기발령에 관한 **절차**규정 **위반** 정도 및 **여부**에 따라 **판단**한다.

**2) 사유(능/성/태/절/기)**

“**판례**”는

① 직위해제의 대기발령의 **사유가 존재**하는지에 대하여

② 일반적으로 근로자가

ⓐ 근무수행**능**력이 부족하거나,

ⓑ 근무**성**적 또는 근무**태**도 등이 불량한 경우,

ⓒ 근로자에 대한 징계**절**차가 진행중인 경우,

ⓓ 근로자가 형사사건으로 **기**소된 경우 등

ⓔ **업무상 장애**를 **유발**할 수 있는 **사유 여부**로 **판단**하고 있다

**3) 절차**

① “**판례**”는

ⓐ i) **대기발령**은 징벌적 제재인 **징계**와 **다르기** **때문에**

ii) 대기발령이 징계처분으로 규정되어 있지 않는 이상

ⓑ **취**업**규**칙 등으로 정해진 **징계절차**를 **거칠** **필요**가 **없다**고 판시한다.

② **다만**,

i) **대기발령**에 대한 **별도**의 **절차**가 있는 경우

ii) **그에 따라야 한다**고 한다.

**(3) 직위해제 기간의 적정성(**목기합불구/할부)

① ⓐ 직위해제 기간 동안 근로자는 임금을 지급받지 못하는 등 불이익이 따르는 바,

ⓑ **대기발령** **기간**은 **합리적 범위 내**에서 이루어져야 한다.

② 따라서 **판례**도 대기발령이 정당하더라도

ⓐ 대기발령 규정의 설정 **목**적과 그 실제 **기**능,

ⓑ 대기발령 유지의 **합**리성 여부 및 그로 인해 받게될 신분상 경제상 **불**이익 등

ⓒ **구**체적 사정을 모두 참작하여

그 **기간**은 합리적 범위 내에서 이루어져야 하는 것이고,

③ **만약**

ⓐ 대기발령을 받은 근로자가 근로의 제공을 **할** 수 없다거나

ⓑ 근로제공을 함이 매우 **부**적당한 경우가 아닌데도

ⓒ i) **사**회**통**념상 **합**리성이 **없을** **정도**로

ii) 부당하게 **장기간** 동안 **대기발령 조치**를 **유지**하는 것은

iii) **정**당한 **이**유가 **없다**고 판시한다.

**4. 대기발령에 이은 당연퇴직**

**(1) 문제의 소재**

① **취**업규칙 또는 **단**체협약 **등에** **당**연**퇴**직 **종료사유**가 **규정**되어 있는 경우,

② 이 규정에 의한 퇴직이 **당연종료**가 되는 지, 또는 **해고**인지가 문제된다.

③ 왜냐하면 해고인 경우 근기법의 해고규정을 적용되기 때문이다.

**(2) 판례의 동향**

**① 종래**

종래의 판례입장은

**당퇴규정에 따른 당연퇴직처리**를

ⓐ 근로계약의 **당연종료**로 보는 사례도 있었지만,

ⓑ **실질적으로 해고**라고 판단한 사례도 있었다.

**② 최근 판례**

ⓐ **그러나 최근 판례**의 입장을 비추어보면

ⓑ i) **대기발령 후 직위를 부여받지 못하는 경우 당연퇴직 된다는 규정**을 두고,

ii) 그에 따른 **당연퇴직처리과정**을 **관찰**하면

iii) 이는 **실질상 해고**임을 명백히 한 것이 바

ⓒ **대기발령에 이은 당연퇴직처리가 정당한 처분**이 되기 위해서는

ⓓ **대기발령 당시**에

i) 이미 **사회통념상 당해 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유**가 존재하고,

ii) **대기발령 기간 중 그 사유가 확정**되어야 한다고 판시한다.

**③ 검토**

생각건대

**㉠ 당연종료 사유**는

i) 근로계약**기간**의 **만료**·

ii) **당사자**가 **소멸** ·

iii) **정년** **도달**로 **제한**된다는 점

**㉡** i) **대기발령**이 징계와 달라 **정당성 범위를 넓게 인정**하고 있는데,

ii) 이를 이용하여 **대기발령**에 **당연종료규정**을 두는 것은

iii) **근기법의 해고제한규정**을 **면탈**하려는 것으로

iv) **근기법 취지**를 **몰각**시킬 **우려**가 발생할 수 있다는 점을 비추어 보아

**㉢** **판례**의 **입장**이 **타당**하다.

**5. 부당 직위해제 구제**

① **벌칙**은 **없으나**,

② **[근기법 제28조]**를 통해 **노동위**에게 **구제신청**할 수 있다.

**♥ 징계**

**1. 의의**

**징계**란

ⓐ **근로자**의 **과거** **비위행위에 대해**

ⓑ 사용자가 **기업질서 유지를 목적으로**

ⓒ 행**하는** **징벌적 제재**를 말한다.

**2. 근거**

**(1) 징계권의 근거**

**1) 문제의 소재**

ⓐ **대등한** **사인**간의 **계약**에 의해 **발생**한 **관계**에서

ⓑ **사용자**가 **어떻게 징계권**을 **행사**할 수 있는지 문제된다.

**2) 학설**

① i) 기업의 경영자로서 기업질서를 위해

ii) 당연히 징계권이 인정되고 행사할 수 있다는 견해(**고유권설**)

② i) 취업규칙 등에 사유와 절차 수단을 규정하면

ii) 취업규칙의 법적 구속력 때문에

iii) 사용자가 징계권을 행사할 수 있다는 견해(**취업규칙설**)

③ i) 징계권은 노사가 공동으로 합의한 규범이므로

ii) 사용자가 행사할 수 있다는 견해(**공동규범설**)가 **대립한다**.

**3) 판례**

**판례**는

① i) **기업** **질서는** 기업의 존립과

ii) **사업의** **원할한** **운영**을 **위해** **필요불가결한** **것**이므로

② i) **사용자는** 근로자의 기업질서 위반행위에 대하여

ii) ‘**근로기준법**’에 **반하지** **않는** **범위내에서**

③ **취업규칙** 등에 **근거하여 징계할 수 있으며**,

④ i) **취업규칙**에 **징계**사유를 **정하는 것은**

ii) **원래 사용자의 고유 권한**이라고 한다.

**4) 검토**

① [**고유권설**: 징계규정 이외의 사유가 징계사유가 되는 경우]

ⓐ 즉,

i) 우리나라는 **죄형법정주의**를 취하는 바

ii) 징계권 행사도 **취업규칙**에 의해 **근거**한다고 볼 수 있으나,

ⓑ i) **입법권자가 아닌 기업 또는 노동조합**이

ii) 사전에 **기업의 질서를 어지럽히는 행위를 명확히 나열하기 어렵다**는 점을 고려하면

ⓒ i) 징계사유와 절차에 대해 포괄적인 근거규정을 두면서

ii) 객관적으로 징계사유가 정당하다고 판단되다면

iii) **고유권에 근거하여 징계**할 수 있다고 봄이 타당하다.

② [**취업규칙설**: 징계가 징계절차 위반인 경우]

i) 일반적으로 취업규칙 등에 근거규정을 두고 있다면

ii) 징계권의 근거가 있다고 볼 수 있다.

③ [**공동규범**]

i) 노사 간 합의하여 징계에 대한 근거규정을 둔 경우

ii) 징계권 행사에 근거가 있다고 볼 수 있다.

**(2) 징계권 근거의 여러가지 유형**(문제 풀 때에는 이 중 하나 골라서 목차로 잡는다)

**1) 여러 개의 징계사유 중 일부가 인정되지 않는 경우**

ⓐ i) **여러 개**의 **징계사유** 중

ii) **일부**가 **인정**되지 **않으나**

ⓑ i) **그 이외**의 **징계사유만**으로도

ii) **당해** **징계처분**의 **하기에 충분한 경우**에는

ⓒ **그 징계처분**은 **정당**하다(그대로 유지하여도 위법하지 아니하다.

**2) 징계사유가 제한적으로 열거된 경우**

ⓐ i) 취업규칙에 징계해고사유가

ii) 제한적으로 열거되어 있는 경우에는

ⓑ i) **열거**되어 있는 **사유** **이외의** **사유**로는

ii) 징계해고 할 수 없다.

**3) 징계사유가 경합하는 경우**

**① 취규와 단협의 징계사유 경합**

ⓐ i) **단**체협약상의 규정과 **취**업규칙 등의 **규정**이

ii) **상호 저촉**되는 경우가 아닌 한

ⓑ i) **취규**에서

ii) **단협**의 사유와 **관련**이 **없는**

iii) **새**로운 **사**유를 **정할** **수 있고**,

ⓒ i) **그** 해고**사유**에 터잡아

ii) 근로자를 **해고**할 수 있다.

**② 취규간 징계사유 경합**

ⓐ i) **징계사유**를 **규정**한 **취규**의 **여러 규정의 내용**이

ii) **서로** 일부 **다른** **경우**

ⓑ **근**로자**에게** 보다 **유리한 규정을 적용**하여야 한다.

**4) 취규가 변경된 경우**

**① 원칙(행·처/행)(추·포/유·세)**

ⓐ i) 취업규칙 위반**행위 시**와 징계**처분 시**

ii) **서로 다른** 내용의 **취**업**규**칙**이 있는 경우**

ⓑ [‘해고의 의사표시(절차법)’는 신 취규 절차를 따라야 하지만]

ⓒ i) 징계권(**징계사유**)**의 유무에 관한 결정은**

ii) 징계가 근로자에게 있어서 **불이익한 처분**이므로

ⓓ **행위 시**의 **구 취규에 따라 행하여야 할 것이다**.

**② 예외**

ⓐ 단,

i) **신 취규** 함께 **적용**하였다 하**더라도**

ii) **징계사유**가 **취규**에 의해 **확대**된 것이 **아니라**

ⓑ i) **추**상적·**포**괄적 징계사유를

ii) **유**형화·**세**분화한 것이라면

ⓒ i) **새**로운 **취규**를 근거(**이유**)로 한 **징계**를

ii) **무효**라고 **주장할 수 없다**고 판시한다.

ⓓ 즉,

i) 취업규칙이 형식적으로 **유**형화 **세**분화된 것이라면

ii) 실질적으로 **종전 취규와 다를 바 없는 바**,

iii) **이 경우** 처분시가 아닌 **행위 시** **취규 적용**하더라도 문제가 없다는 것이다.

**5) 이중징계의 금지**

**3. 정당성**

**(1) [근기법 제23조 제1당] 정당한 이유**

i) **[근기법 제23조 제1항]**에서는

ii) **정**당한 **이**유**없이**

iii) **징계**· 해고 등을 **할 수 없다**고 **규정**하고 있다.

**(2) 사유의 정당성(실체적 정당성)**

**판례**는

ⓐ 징계사유가 결정된 뒤라도

ⓑ i) **규정**의 **사유**에 **해당한다는 점만으로**

ii) 당연히 **징계처분**이 **정당한 이유가 있다고는 볼 수 없고**

ⓒ i) **구체적인 사정**을 **참작**하여

ii) **정**당한 **이**유가 있다고 **인정**되는 경우에

ⓓ 비로소 **정당한 이유**가 **있**는 것으로 본**다.**

**(3) 구체적 사례**

**1) 경력사칭(322)**

**① 종래 판례**

**㉠** ⓐ **이력서 요구**하는 **이유**는

ⓑ **단순**히 **노동력**을 **평가**하기 위해서만이 **아니라**

ⓒ i) **정직성**·적응성 **등** **전익격적인 판단**을 **거쳐**

ii) **고용여부를 결정하기** **위한 것**으로

**㉡** ⓐ **고용당시**에 **허위기재 사실을 알았더라면**

ⓑ i) **고용계약**을 **체결**하지 **아니**하였거나

ii) **적어도** **동일** **조건**으로 **계약**을 **체결**하지 **아니**하였을 것으로

ⓒ **인정**되는 경우

**㉢** **징계해고사유**로 삼을 수 있다고 **하였으나**

**②** **최근 판례(내·기·학/지·신·종)**

**㉠** 「**고용당시」뿐만 아니라 「고용 이후 해고에 이르기」까지의**

**㉡** ⓐ 근로의 **내**용과 **기**간,

ⓑ 허위기재를 한 **학**력,

ⓒ 근로의 정상적 제공에 **지**장을 초래하는지 여부,

ⓓ 노사 간 및 근로자 상호간 **신**뢰관계의 유지 등

**㉢** 여러사정을 **종**합적으로 고려 판단하여야 한다는 것이 판례의 입장이다.

**③ 검토**

ⓐ **종래 판례**가

i) **현재**의 **근**로관**계**를 **고려하지 않는다**는 점에서

ii) **경력사칭**이 「더 이상 근로관계를 유지할 수 없을 정도의 귀책사유인지」 **비판**이 있었지만

ⓑ **최근 판례**가

i) **근계종료 시까지**의 **상황**을 **종합적**으로 **고려**했다는 점에서

ii) **긍정적**으로 **평가**되고 있다.

**2) 형사상 유죄(목·명·거·신)**

**3) 업무명령위반**

**①** **의의**

ⓐ i) 정당한 **업무명령 위반**의 경우

ii) **정당한 징계사유**가 된다.

ⓑ **그러나**

i) **사**용자의 **업무명령**이 **부당**한 경우에는

ii) **근**로자가 **업무명령**을 **이행하지 않더라도**

iii) 이를 **징계사유**로 **삼아 징계할 수 없다**.

ⓒ **따라서**

i) 근로자가 **업무명령**을 **거부**한 것**을 이유로**

ii) **징계한 경우**,

iii) **선결적**으로 **업무명령의 정당성**에 대한 **검토**가 **필요**하다.

**②** **인사명령** **위반**

ⓐ i) **정당한** **인사명령**을 **위반**하는 경우

ii) **징계사유**가 된다

ⓑ **판례**는

i) **유효**한 **전보명령**에 **불응**하여 **부임**을 **거부**하는 것을 **잘못**이므로,

ii) 취업규칙에 따라 **해당** **원고**를 **징계해고** 한 것을 **정당**하다고 판시하였다.

**③ 시말서 불제출**

**ⓐ 시말서 제출의 경우**

i) **종래** **판례**는

ii) **반성의 내용을 담은** **시말서** 제출명령을 **정당**한 것으로 보나

ⓑ **최근판례**는

i) **반성문** 의미의 **시말서**는

ii) 헌법이 보장하는 **양심의 자유를 침해**한 것으로

iii) **업무상 정당한 명령이 아니**라고 본다.

**4) 사생활의 비행 (직·평) (저·불/성·목·지·종/악·중·객)**

① **문제의** **소재**(논점)

ⓐ **징계**는

i) **직장질서**를 **어지럽히는 행위**에 대한 **제재**이므로

ii) **원칙적**으로 **사생활의 비행**은 **징계사유가 되지 않는다.**

ⓑ **그러나**

i) **사생활 비행**이 **직장질서를 어지럽히는 경우**

ii) **징계사유**가 될 수 있는지 문제된다.

② **사생활의** **비행**(직/평)

**판례**는

ⓐ **사생활 비행**의 경우

ⓑ 사업활동에 **직**접관련이 있거나,

ⓒ 기업의 사회적 **평**가를 훼손할 염려가 있는 경우에 한하여

ⓓ **정당한 징계사유**가 될 수 있다고 판시한다.

**③ 사회적 평가를 훼손할 염려 판단기준**(저·불/성·목·지·종/악·중·객)

ⓐ 기업의 **사회적 평가를 훼손할 염려**가 있다고 하기 위하여는

ⓑ 구체적인 업무**저**해나 거래상의 **불**이익이 발생해야 하는 것은 아니고,

ⓒ 행위의 **성**질과 **목**적 근로자의 **지**위 등 제반사정을 **종**합적으로 고려하여

ⓓ 기업의 사회적 평가에 미친 **악**영향이 상당히 **중**대하다고 **객**관적으로 평가되어야 한다고 판시한다.

**④ 사안의 경우**

**5) 언론행위**

① **종래판례**

ⓐ **판례**에 따르면

i) **근**로자는

ii) 사용자의 이익을 배려할 **성실의무**를 지고 있으므로(이익보호 의무)

ⓑ i) **내부사실**을 **외부 공표**하여

ii) **비밀·신용·명예 훼손하는 것**은 **징계사유**가 되고

ⓒ i) 구체적으로 그 해당여부는

ii) 공표된 **내**용, 그 행위에 이르게 된 **경위**와 **목적,** **방법**을 고려하여 판단하여야 한다

② 최근**판례**

ⓐ i) 근로자의 언론행위에 의하여

ii) 사용자의 **인**격·**신**용·**명**예 등이 훼손 또는 실추될 염려가 있고,

iii) 사실관계(내용) **일부**가 **허위**이거나 표현에 다소 **과장**되거나 **왜곡**된 점이 있다고 하더라도

ⓑ i) **목적이** 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라

ii) **근로조건의 유지·개선** 기타 **사회적·경제적 지위의 향상**을 도모하기 **위한 것으로서**

iii) 문서의 **내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면**

iv) **근로자의 정당한 활동**이므로

v) **징계사유가 되지 못한다**는 것이 판례의 태도이다.

**(3) 절차·시기 정당성**

**1) [근기법 제23조 제1항]과 절차적 정당성**

ⓐ i) 본 조의 ‘**정**당한 **이**유’에는

ii) 절차적 정당성도 포함된다는 것이 일반적인 견해이다.

ⓑ 때문에 **통설**은

i) 징계처분 시 **징계규정이 없더라도**

ii) **사회통념상** **요구**되는 **절차**를 거쳐야

iii) **정당성이 인정**된다는 입장이다.

**3) 절차규정의 유무**

**다만**, **판례**는

**① 절차규정**이 **있는 경우**

i) 단협 등에서 **절차**를 **요하는 것**으로 **규정**되어 있는 경우,

ii) 그러한 **절차**는 징계처분의 **유효요건**이다.

**② 절차규정**이 **없는 경우**

i) **절차**가 **규정되어 있지 아니하다면**

ii) **절차를 밟지 아니하고 해고**하였다 하여

iii) 그 징계를 **무효라고 할 수 없다**고 판시한다

**③** 즉, 절차규정이 없는 경우에는 별도의 절차 거치지 않아도 무방하다.

**3) 사전통지**

**①** **취·단**에서 **변명의 기회 부여**하도록 **규정**하고 있는 경우

ⓐ i) **단협이나 취규**에

ii) 징계위에 출석하여 **변명의 기회 부여**하도록 되어 있음에도,

ⓑ i) 이러한 **징계절차 위반**하여

ii) **징계**해고를 **하였다면**

ⓒ **무효**이다.

**② 변명의 기회는 규정했으나, 통보의 시기 정하지 않고 있는 경우**

ⓐ i) **징계규정**에

ii) **징계위**에 **출석**하여 **변명과 소명자료 제출할 기회를 부여**하도록 되어 있다면,

ⓑ i) 그 **통보의 시기와 방법에 관하여 규정한 바가 없다고 하여도**

ii) 변명과 소명자료를 준비할 **상당한 기간**을 두고 통보하여야 하며

ⓒ i) 그렇지 않고 **촉박**하게 이루어진 **통보**는

ii) **사전통보의 취지를 몰각**한 것이므로 **부적법**하다.

**③ 충분한 소명**

ⓐ **사전통지**가 **촉박**하게 **이루어졌**다고 하**더라도**(5일의 여유를 두지 않고 징계에 회부된 사실이 통보되었을 경우에도)

ⓑ i) **징계위**원회**에** 출석하여 **이의**를 **제기하지 않고**

ii) **충분**한 **소명**을 한 경우에는

ⓒ **절차상**의 **하자**는 **치유**된다.

**④ 진술권 포기 변명의 기회 부여하고 있으나 스스로 포기한 경우**

ⓐ **징계위가 진술의 기회를 부여하였음에도**

ⓑ 징계혐의자가 진술권을 포기하여 **진술권을 포기한 것으로 간주되는 경우**,

ⓒ i) **징계절차 거치지 않아도**

ii) **징계할 수 있다**(서면심사만으로 징계의결을 할 수 있다)

**3) 위원회 구성**

**① 원칙**

i) **징계위 구성**에 대해서는 **취**규나 **단**협에 **규정**이 있는 경우,

ii) 이를 따르면 된다.

iii) 판례도 같은 입장이다.

**② 징계위원회 자격에 대해 규정하지 않은 경우**

ⓐ i) 기업별 노조와 사용자가 체결한 **단협**에서

ii) **징계위**를 **노사 각 3명**의 **위원**으로 **구성**하기로 정하고

ⓑ i) **근로자** **측** **징계위**원의 **자격에** **관하여** **아무런** **규정**을 **두지** **않았다면**

ii) **징계위원**은 사용자 **회사에 소속된 근로자**에 **한정**된다.

ⓒ i) 노조 조직이 변경되더라도(산별노조로) 새로운 단협이 체결되지 않는 한

ii) 기업별 단위노조일 때의 단협이 그대로 적용된다.

**③ 기피권 남용**

㉠ **징계대상자**가

ⓐ i) **징계위원** 전원 또는 **대부분에 대하여**

ii) **기피신청을 함으로써**

ⓑ **징계위**원회를 **구성할 수 없게 하거나**

ⓒ **징계위 결정 자체를 불가능하게 하는 경우**,

ⓓ 그 밖에 기피신청이 절차의 지연을 목적으로 함이 명백한 경우 **등**

㉡ i) **기피신청권 남용**에 **해당**하는 **경우**

ii) **기피신청 자체**가 **부적법**하다.

**4) 협의·동의**

**① 인사 협의조항**

㉠ ⓐ **인사협의조항**의 구체적 **내용**이

ⓑ i) 사용자가 **인사처분**을 함**에 있어** **신중**을 기할 수 있도록

ii) **노조**가 **의견**을 **제시**할 수 있는 **기회**를 **주도록** **규정**된 경우에는

㉡ ⓐ 그 **절차**를 **거치지 아니 하더라도**

ⓑ 인사**처분**의 **효력**에는 **영향**이 **없다**.

**② 인사 동의조항**

**그러나**

㉠ ⓐ 인사협의**조항**의 **내용**이

ⓑ 노동조합(**노조**)의 **동의**나 **승낙**을 얻어야 한다고 **규정**된 경우에는

㉡ ⓐ 그 **절차**를 **거치지 아니한 인사처분**은

ⓑ **원칙적**으로 **무효**라는 것이 판례의 입장이다.

**③ 동의권 남용**

**판례**는

**㉠ 동의권 남용**

ⓐ i) **노조**의 **동의권**은

ii) **신의성실의 원칙**에 **입각**하여 **행사**되어야 하므로

ⓑ i) **노조**의 **중대한 배신행위**가 있고

ii) 이로 인해 **징계절차의 흠결**이 **초래**되거나

ⓒ i) **근로자**의 **비위사실**이

ii) **징계사유에 해당**함이 **명백하고**

iii) **회사에 막대한 손해**를 **입히며**

ⓓ i) **회사가 사전 합의를 위하여**

ii) **성실**하고 **진지**한 **노력을 다하였음에도 불구하고**

ⓔ i) 노조측이 **합**리적 **이**유나 **근**거제시도 **없이**

ii) **무작정 징계에 반대**하였다고 **인정**되어

ⓕ **노조**의 **동의권남용이 인정되는 경우**나

**㉡ 동의권 포기**

**또는**

i) **노조**측이 **사전동의권 행사를**

ii) **스스로 포기**하였다고 **인정**되는 경우에는

**㉢** 합의없는 해고 효력

**합의없이 한 해고도 유효**하다고 보고 있다.

**㉣** 엄격

ⓐ **다만 최근판례는** **이러한**(위 동의권남용 판단) **경우에 이르지 않고**

ⓑ i) **단순히 해고사유에 해당**한다거나

ii) 또는 **실체적으로 정당한 해고로 보인다는 이유만으로**

ⓒ 노조가 **동의권을 남용**하고 있다고 **단정해서는 안된다**고 판시하여

ⓓ **동의권 남용 법리 적용**에 있어 **엄격해야할 것**을 **요구**한다.

**5) 재심**

**① 재심절차에 의한 원심의 절차상 하자의 치유**

ⓐ i) **재심절차**는

ii) **원래**의 **징계절차**와 **함께**

iii) 전부가 **하나의 징계처분**을 이루는 것으로서

ⓑ i) **원래**의 **징계과정**에 절차 위반의 **하자가 있더라도**

ii) **재심과정**에서 **보완**되었다면

ⓒ **그 하자**는 **치유**된다.

**② 재심에서 징계사유 추구**

ⓐ i) **원래**의 **징계처분**에서 **사유**로 **삼지** **아니한 징계사유**를

ii) **추가**하는 것은

ⓑ i) **추가된 징계사유**에 대한

ii) **재심**의 **기회**를 **박탈**하는 것으로

ⓒ **허용되지** **않는다**.

**6) 징계위원회에서의 추가: 불고불리의 원칙**

① ⓐ **징계위**는 어디까지나

ⓑ i) 징계의결 **요구권자**에 의하여

ii) 의결이 **요구된 징계사유**를 **심리대상**으로 하여

iii) 심리·판단하여야 하고

② i) **그 밖의 징계사유**를 **추가**하여

ii) 징계**의결**을 **할 수 없다**.

**7) 통상해고를 구실로 징계절차 생략 가능여부(362)**

① **판례**는

ⓐ 사유가 단협이나 취규 등에서

i) **징계해고사유**와

ii) **통상해고사유**의 **양쪽 모두 해당**하는 경우**뿐만 아니라**

ⓑ i) **징계해고사유**에는 **해당**하나

ii) **통상해고사유**에는 **해당하지 않는 경우**

ⓒ i) **근로자에게** 보다 **유리한** **통상해고**처분을 **택하는** **것**은

ii) **사용자의** **재량으로**써 **적법**하다.

② **그러나**

ⓐ **통상해고**의 **방법**을 **취하더라도**

ⓑ **징계해고**에 따른 **절차**는 **요구**된다고 할 것이고

ⓒ i) **통상해고**를 한다는 **구실**로

ii) **징계절차**를 **생략할 수**는 **없다**.

ⓓ **왜냐하면**

i) **통상해고**를 **구실로**

ii) **취**업**규**칙 등의 **징계절차**를 **회피**하는 것은

iii) **근로자의 지위불안을 초래**하기 때문이라고 판시한다.

**(4) 시기**

**1) 징계시효가 연장**

**①** **개정 취업규칙이**

ⓐ **기존의 사실** 또는 법률관계**를 적용대상으로 하면서**

ⓑ **징계시효를 연장하는** 등으로

ⓒ 불리한 법률효과를 규정하고 있는 **경우**,

**②** ⓐ **개정 취업규칙**이 **시행**되기 **이전에**

ⓑ **이미 시효가 완성** 또는 종결**된 것이** **아니라면**(not Freedom)

~~ⓒ 헌법의 불소급 원칙에 위배되지 않는 바~~

ⓓ **변경된 징계시효에 따른** **징계처분**의 **효력이** 없다고 할 수 없다(**있다**)**는 것이 판례의 입장이다**.

**2) 쟁의행위 기간 중 징계금지 조항**

① ⓐ **단협**에 ‘**쟁의기간 중에는 징계 등의 인사조치를 아니 한다**’고 **정하고 있다면**

ⓑ **사**용자는 **쟁행 중** **일체의** **징계** 등 인사조치를 **할 수 없다**

② ⓐ **단협**에서

i) ‘**징계위는 징계사유 발생일로부터 15일 이내에 개최**되어야 하고,

ii) **이를 따르지 않는 징계**는

iii) **무효**로 한다’**고** **정하고 있는 경우**

ⓒ i) 부득히한 사정이 없는 한

ii) **위 규정**을 **위반**하여 개최된 **징계위**에서 한 **결의**는

iii) **무효**이다.

③ **이 와 같은 규정**이 **있는** **와중**에

ⓐ i) 쟁의기간 중 **쟁의 과정에서 발생한 징계사유**를 들어

ii) **징계**하는 경우,

ⓑ i) **쟁행 종료**된 **때로부터**

ii) **위 기간**(15일)이 **기산**된다.

**(5) 양정의 정당성**

**1) 의의**

ⓐ i) **징계처분의 양정**이 **정당**하다고 하기위해서는

ii) 사용자의 **재량권 행사가 남용에 이르러서는 아니된다**.

ⓑ i) 형평의 원칙과 비례의 원칙 등 **기본적 원칙 하**

ii) **징계권이 행사**되어야 하는 것이다.

**2) 양정과다에 의한 징계권 남용(특·내·목·제·객)**

ⓐ **징계처분**을 하는 경우

i) **어떠한 처분을 할 것인가**는

ii) **징계권자의 재량**이므로

ⓑ **징계처분**이 **위법하다**고 **하기** **위하여는**

i) **징계처분**의 재량권행사가

ii) **사회통념상 현저하게 타당성을 잃어**

iii) **재량권**을 **남용**한 것**으로** **인정**되어야 하고,

ⓓ **사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 처분**이라고 하려면

i) 직무의 **특**성,

ii) 비위사실의 **내**용,

iii) 징계의 **목**적,

iv) 그에 수반되는 **제**반사정을 **참작**하여,

ⓔ **객**관적으로 명백히 **부당**하다고 **인정되는 경우**이어야 한다.

**4) 징계사유로 삼지 않은 비위행위라도 양정의 참작자료로 삼을 수 있는지 여부**

ⓐ i) **징계처분**에서

ii) **징계사유**로 **삼지** **아니한** **비위행위**라도

ⓑ i) **징계**종류 **선택**의 **자료로서**

ii) 평소 소행과 근무성적, 전후에 저지른 비위행위 사실등은

ⓒ **징계양정**을 하면서 **참작자료로** **삼을 수 있다**.

**4, 부당징계 구제**

**(1) 28조 1항**

**(2) 538조 1항**

**♥ 근로관계 종료 – 합의해지 ∩ 사직(비진의 의사표시)**

**Q. 문제**

① 甲은 i) 사직서 제출이 ii) 인사팀장의 강요에 의한 것으로 진의 아닌 의사표시에 해당하여 iii) 무효이므로

② A회사의 i) 사직서 수리는 ii) 실질적으로 해고라고 주장한다.

③ 이러한 주장은 타당한가?

**I. 문제의 소재**

① 당해 사안의 **사직서제출**이 **진의**인지 **비진의**인지

② **만약** **진의인 사직서 제출**인 경우에도 **사직**인지 **합의해지**인지

③ **합의해지**라면

i) 언제까지 **철회할 수 있는지**와

ii) **철회할 수 있더라도** 철회하게되면 사용자에게 불측의 손해를 주게되는 등 **신의칙에 반하는 사정이 있어** **철회가 불가능한 지** 여부가 **문제**된다.

**II. 비진의 의사표시**

**1. 민법 제107조**

① **[민법 제107조]**에서는

ⓐ **비진의 의사표시**는 **원칙적**으로 **유효**하나

ⓑ i) **상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우**

ii) **무효**가 **된다**고 **규정**하고 있다.

② **일반적**으로

ⓐ i) 기업 내 근로자의 **사직원 제출**이

ii) **비진의**로 **인정되는 경우**에는

ⓑ **사용자**가 **근로자로 하여금** **사직원** **제출**하도록 하는 **과정**(반복적 강요 등)**에서**

ⓒ **근로자**가 **사직의 의사**가 **없음**을 **알았을 것**이 **당연추정**되고

③ **따라서**

ⓐ 이에 대한 **반증이 없는 한**

ⓑ **근로자의 사직원 제출**은 **본조에 따라** **무효**가 되는바

ⓒ **사직원 제출**이

i) **진의**인지

ii) **비진의**인지 여부가 문제된다.

**2. 진의와 비진의 판단**

**① 진의**

**진의**란 **판례**에 따르면

ⓐ **특정한 내용**의 **의사표시**를 하고자하는 **표의자의 생각을 말하지**

ⓑ **표의자가 진정**으로 **마음속에서 바라는 사항**을 뜻하는 것**이 아니므로**

ⓒ i) **표의자가** 의사표시의 내용을 **진정**으로 **마음 속**에서 **바라지는 아니하였더라도**

ii) **당시**의 **상황에서 그것을 최선이라고 판단하여 그 의사표시**를 **하였다면**

ⓓ **진의의 의사표시**로 본다.

**② 진의 비진의 판단기준(경내방**이**· 강**하게 **불경**스럽다**)**

**구체적으로** **판례**는 의원면직(**사직서** **제출**)이 **진의** 의사표시에 **해당하는** **지는**

ⓐ 사직서를 제출하게 된 **경**위[[10]](#footnote-10),

ⓑ 사직서의 기재 **내**용

ⓒ 사용자의 퇴직의 종용**방**법과

ⓓ **강**도 및 횟수[[11]](#footnote-11)

ⓔ 사직서를 제출하지 않을 경우 예상되는 **불**이익 정도

ⓕ 사직서 제출에 따른 **경**제적 이익의 제공 여부[[12]](#footnote-12) 등을

**종합적**으로 **고려·판단**해야한다고 판시한다.

**III. 비진의인 경우 - 해고의 정당성 논의**

**III. 진의인 경우 – 사직**인지 **합의해지**인지

**1. 사직과 합의해지**

① i) **사직**은

ii) **근로자**의 **일방적** 의사표시에 의한

iii) **해약의 고지**이다.

② 반면,

i) **합의해지**는

ii) **근**로자와 **사**용자가 **합의**에 **의해**

iii) **근**로**계**약을 장래에 대해 **소멸**시키는 ‘**계약**’을 말한다.

**2. 합의해지와 사직의 구별**

**① 일반적으로 판례**는

ⓐ **근로자**가 **사직원을 제출**하는 것은

ⓑ i) 특별한 사정이 없으면

ii) 일방적으로 근로관계를 종료시키는 취지의 **해약의 고지**(즉, 사직의 의사표)시 본다.

ⓒ **그러나**

i) 합의해지 **청약과 승낙에 관한 내용**이

ii) **사직원에 기재되어 있는** 특별한 **경우**에는

iii) **달리** **판단**할 수 있는데

**② 판단기준(내/동/동/기)**

**판례**는

사직원 제출이 ‘근로계약 해지의 고지’인지 ‘합의해지의 청약’인지 **판단**은

ⓐ 사직원의 기재 **내**용,

ⓑ 사직원 제출의 **동**기 및 경위,

ⓒ 사직 의사표시 철회의 **동**기 및

ⓓ **기**타 여러사정을 참작하여야 한다고 판시하고 있다

**IV. (사직) 의사표시 철회의 가능성**

**1) 문제의 소재**

ⓐ 근로자가 한 사직원 제출이 진의에 의한 것으로 사직의 의사표시인 경우에도

ⓑ 그 의사표시를 철회할 수 없는 것인지 문제된다.

**2) 사직의 철회 가능성**

① ⓐ 근로자의 사직원 제출이 **진의**인 경우에는

ⓑ 근로관계를 종료시키는 근로자 일방의 **사직의 의사표시**로

ⓒ 일종의 **해약의 고지**에 해당한다.

ⓓ 즉, **[민법 543조]**에 따라 **철회할 수 없다**.

② 다만

ⓐ **민법**은 **도달주의**를 취하고 있기 때문에

ⓑ **사직의 의사표시**가 사용자에게 **도달하기 전에는 철회**할 수 있으나,

ⓒ **도달한 이후**에는 원칙적으로 **철회할 수 없다**.

ⓓ 판례도 같은 입장이다.

**IV. (합의해지) 의사표시 철회의 가능성**

**① 철회 가능여부**

㉠ i) **사직**은 당사자 **일방**의 **근**로관**계** **종료**이지만,

ii) **합의해지**는 근로관계 **해지**하자는 일종의 **계약**이고,

iii) **[민법 제531조]**에서

- 격지자간의 **계약**은

- 그 **성립시기**를

- **승낙의 통지**를 **발송한 때**로 정하고 있으므로

iv) **근로자**는

- 합의해지 성립 전인 **사용자의 승낙의사표시 발송 이전**까지

- **합의해지 청약의 의사표시**를 **철회**할 수 있다.

㉡ **판례**도

ⓐ **명예퇴직의 신청**은 근로계약에 대한 **합의해지의 청약**에 불과하여

ⓑ **사용자**의 **승낙**이 있어 근로계약이 **합의해지되기 이전**까지

ⓒ 임의로 그 **청약의 의사표시**를 **철회**할 수 있다는 입장이다

**② 철회가 신의칙에 반하는지 여부**

그러나 **판례**는

ⓐ i) 근로계약의 효과발생 전(**합의해지되기 이전)이더라도**

ii) **사직의 의사표시를 철회하는 것**이

ⓑ i) **사용자**의 **불측의 손해**를 주는 **등**

ii) **신의칙에 반한다**고 **인정**되는 특별한 **사정**이 있는 경우

ⓒ **철회가 허용되지 않는다**[[13]](#footnote-13)고 판시한다

**♥ 근로관계종료 – 해고**

**1. 해고**

**해고**란

ⓐ 실제사업장에서 불리우는 **명칭**이나 절차에 **관계없이**

ⓑ **근**로자의 **의사에** **반하여**

ⓒ i) **사**용자가 **일방적** **의사에** **의한**

ii) **근**로관**계** **종료** **일체**를 말한다.

**2. 해고의 정당성**

**(1) 의의**

① i) **취**업**규**칙 **등에서** **정한** **해고사유**에 **해당**한다고 **하더라도**

ii) 이러한 **해고**가 **유효**하기 **위해서는**

② **[근기법 제23조 제1항]**에서 정한 ‘**정**당한 **이**유’가 있을 것이 요구된다.

**(2) [근기법 제23조 제1항]**

**(3) 판례의 입장(목·여·지·동·위·과·종)**

**판례**에 따르면

① ⓐ **해고**는

i) **사회통념상 고용관계**를 **계속할 수 없을 정도**로

ii) **근로자**에게 **책임**있는 **사유**가 있는 경우에

ⓑ **정당성**이 **인정**되는 것이고,

② ⓐ **사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도**인지 **여부**는

ⓑ 사업의 **목**적과 성격,

ⓒ 사업장의 **여**건,

ⓓ 근로자의 **지**위,

ⓔ 비위행위의 **동**기,

ⓕ 기업의 **위**계질서가 문란하게 될 위험성 등

ⓖ **과**거의 근무태도를

ⓗ **종**합적으로 **검토**하여 **판단**하여야 한다.

**♥ 근로관계종료 – 해고: 근로자 측 사유에 의한 해고(통상해고, 323, 이지혜 175)**

**1. 통상해고의 의의**

ⓐ i) **통상해고**란

ii) **근로자**측 **사유**에 의한 **해고**로서,

ⓑ i) **근로자**의 **일신상** 상병·장애 등의 **사유**로

ii) **근**로관**계**를 **유지할 수 없는 경우**

iii) **행해지는** **해고**이다.

**2. 통상해고에도 [근기법 제23조 제1항]을 요구하는 지**

ⓐ **견**해의 **대**립은 있으나,

ⓑ i) **통상해고**라는 이유로 **[근기법 제23조 제1항]**이 **배제**된다면

ii) **사용자**가 **통상해고**라는 **명목**으로

iii) **해고**를 **남용** 또는 악용할 **여지**가 **있는** **바**,

ⓒ i) **통상해고**의 **경우에도**

ii) **[근기법 제23조 제1항]**의 ‘**정**당한 **이**유’를 요한다.

**3. 근로능력 상실(경·사·상/성·잔/배·적·종)**

**(1) 의의**

ⓐ **통상해고사유**가 되려면

ⓑ **기본적**인 **근**로**제**공**의무**를 **이행할 수 없을 정도**로

ⓒ **근로능력이 상실된 경우**여야 할 것이다.

**(2) 기준**

따라서 **판례**는 **근로능력**이 **상실**되었는지 **여부**를

ⓐ 장해를 입게 된 **경**위

ⓑ **사**용자의 귀책사유,

ⓒ 노동능력 **상**실의 정도,

ⓓ 업무의 **성**과

ⓔ **잔**존노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부

ⓕ 사용자로서 직장 복귀를 위한 **배**려

ⓖ 배려에 의해 새롭게 담당하게 된 업무에 대한 근로자의 **적**응노력 등

ⓗ 제반사정을 **종**합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

**~~4. 근무성적 불량~~**

**(1) 의의**

① **근무성적 불량**이 **근무태만**으로 발생한 것이라면 **징계해고사유**로 볼 여지가 있으나,

② **일반적**으로 **근무성적 불량**은 **통상해고 사유**에 해당한다.

③ 그리고

i) **근무성적 불량의 경우** **일률적**인 **기준**이 **없으므로**

ii) **판례**가 **구체적 기준**을 **제시**하고 있다.

**(2) 기준**

① **판례**는

ⓐ i) **해고** **대상자**의 **근무성적**이

ii) 다른 근로자에 비하여

iii) 상대적으로 낮은 정도가 아니라

ⓑ **기대되는 최소치**에도 **미치지 못하는 정도**이거나

ⓒ **상당**한 **기간**에 걸쳐 **현저히** **낮은** **것인 때**

ⓓ 정당한 **통상해고사유**가 **된다**는 입장이다.

② 그리고 이 때 **근무성적의 평가**에 대하여

ⓐ i) **원칙적**으로 그 **기준**이 **객관적**(수치화)**이**고 적정하여,

ii) 실제로 공정하게 적용되**어야 하나**,

iii) **주관적인** **평가**(정성적, 성실성)**도** 예외적으로 **허용**될 수 있으며

ⓑ i) 평가는 **개별적이 평가**가 **원칙**이지만,

ii) **집단을 관리하는 자**(지점장)에 대한 **평가**는 **집단평가**를 **고려**해야하고.

ⓒ i) **평가자**는 일반적으로 **동일인**이 하는 것이나,

ii) **근로자의 수**를 고려할 때 **평가자가 동일인이 되기 어려운 경우**,

iii) **평가자를 다수**로 할 수 있으며

ⓓ i) **평가기준 및 절차**가 **사전에** **정해진** **경우**

ii) 그 **절차**가 **공정하게** **적용**되어야지

iii) **그렇지** **않으면 정당성**을 **상실**한다는 것이 판례의 입장이다.

**5. 사안의 경우**

**♥ 근로관계종료 – 해고: 징계해고: 징계사유의 정당성**

**1. 징계해고**

① 징계란

i) 기업질서를 어지럽히는 근로자의 비위행위에 대하여

ii) 사용자가 행하는 징벌적 제재이고

② 해고란

i) 사용자가

ii) 근로자의 의사에 반하여

iii) 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이다

③ 즉,

i) 징계해고는 징계의 수단으로 근로관계를 종료하는 것으로

ii) 사용자의 징계처분 중 가장 강력한 조치이다.

**2. 징계해고의 정당성**

**(1) 의의**

**[근기법 제23조 제1항]**

**(2) 정당한 이유**

해고는

① i) 사회통념상 고용관계 계속할 수 없을 정도로

ii) 근로자에게 책임있는 사유가 있을 때

iii) 정당성이 인정되고

② i) 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없는지는

ii) (목·여·지·동/위·과·종)

**(3) 개별사안의 징계사유의 정당성**

**1) 형사상 유죄**

**① 의의**

ⓐ **판례**는

i) 징계규정에 해당사유가 있다는 점만으로

ii) 당연히 징계처분이 정당한 이유가 있다고 볼 수 없고

iii) 구체적인 사정을 참작하여 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우에야 정당한 이유가 있다.

ⓑ 따라서

i) 단협이나 취규에서 형사상 유죄판결을 징계해고 사유로 규정하고 있더라도

ii) 그 취지를 일률적으로 해석해서는 안되는 바

iii) 판례가 기준을 제시하고 있다.

**~~② 형사상 유죄가 징계사유 인정되는지 판단기준(목명거신)~~**

판례는

ⓐ i) 유죄판결로 인하여

ii) 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가

iii) 장기화되어

ⓑ 근로계약의 **목**적을 달성할 수 없거나

ⓒ i) 회사의 **명**예나 신용이 심히 실추되거나

ii) **거**래관계에 악영향을 끼친 경우

ⓓ 또는

i) 사용자와 근로자의 **신**뢰관계가 상실됨으로써

ii) 근로관계의 유지가 기대될 수 없는 경우

ⓕ i) 형사상 유죄도

ii) 징계해고 사유가 될 수 있다고 판시한다.

**2) 성희롱**

**① 성희롱이 징계사유에 해당하는지**

ⓐ **판례**는

i) 객관적으로 보아 **성희롱 행위**를 **이유로한** **징계처분**은

ii) **징계권 남용**이 **아니며**,

ⓑ i) **성희롱**을 **방지하여야 할 지위에 있는 자**의 **성희롱 행위**에 대하여

ii) **징계해고처분**은 **불가피**하다고 **판시**하고 있어서

ⓒ i) 근로자의 언동 및 행위가

ii) 성희롱으로 인정되는 경우

iii) 징계사유에 해당함이 명백함을 설시하고 있다.

**② 성희롱인지 판단기준(건·평·굴·혐)**

**㉠ 성적인 언동**

**판례**는

ⓐ i) **[남고평법 제2조 제2항]**의

ii) 직장 내 성희롱의 전제요건인 ‘**성적인 언동 등**’이란

ⓐ **건**전한 상식과 관행에 비추어

ⓑ i) 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는

ii) **일반적**이고도 **평균적인 사람**이 느끼기에도

ⓒ i) **성적 굴욕감이나**

ii) **혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위**를 의미한다.

**㉡ 성희롱 성립(관·반·내·계·구)**

ⓐ i) 나아가 **성희롱이 성립**하기 위해서는

ii) **행위자 동기**가 **있어야 하는 것은 아니지만**,

ⓓ i) 당사자의 **관**계나

ii) 행위에 대한 상대방 **반**응,

iii) 행위의 **내**용,

iv) 행위가 **계**속적인 것인지 여부 등

v) **구**체적 사정을 참작하여 볼 때

ⓒ i) **행위자의 행동**이

ii) **성적인 언동**으로 **인정**되고

ⓓ i) **행위의 상대방**이

ii) **성적 굴욕감**을 **느꼈음**이 **인정**되어야 한다.

**3) 경력사칭**

**① 종래 판례**

**㉠ 이력서 요구**하는 **이유**는

i) **단순**히 **노동력**을 **평가**하기 **위해서**만이 **아니라**

ii) 정직성·적응성 등 **전익격적인 판단**을 거쳐

iii) **고용여부를** **결정위한 것**이므로

**㉡** ⓐ **고용당시**에 **허위기재 사실을 알았더라면**

ⓑ i) **고용계약**을 **체결**하지 **아니**하였거나

ii) **적어도** **동일** **조건**으로 **계약**을 **체결**하지 **아니**하였을 것으로

ⓒ **인정**되는 경우

**㉢** **징계해고사유**로 삼을 수 있다고 하였으나

**②** **최근 판례(내·기·학/지·신·종)**

**㉠** i)**「고용당시」**뿐만아니라

ii)**「고용 이후 해고에 이르기」까지의**

**㉡** ⓐ 근로의 **내**용과 **기**간,

ⓑ 허위기재를 한 **학**력,

ⓒ 근로의 정상적 제공에 **지**장을 초래하는지 여부,

ⓓ 노사 간 및 근로자 상호간 **신**뢰관계의 유지 등

**㉢** 여러사정을 **종**합적으로 고려 판단하여야 한다는 것이 판례의 입장이다.

**4) 사생활비행**

**(4) 해고절차의 정당성(후술)**

1) 법정절차

2) 자치규범상 절차

**3. 해고의 구제(후술)**

**♥ 근로관계종료 – 해고: 사용자 측 사유에 의한 해고(정리해고, 341) – A급**

**Q. 문제**

**I. 논점의 정리**

**II. 정리해고**

**1. 의의**

① **정리해고**란

ⓐ 기업의 **긴**급한 **경**영상 **필**요에 의하여

ⓑ **일정**한 **요건** **하**에

ⓒ **근로자**를 **해고**하는 것으로,

ⓓ 일반적으로 **기업의 경영상 어려움을 해소**하기 위하여 **행해진다**.

**2. 정당성**

① 정리해고는

i) 근로자가 귀책사유가 없음에도

ii) 근로자 지위를 상실하는 위험을 감수하게 하므로

iii) 엄격한 요건 하에 실시됨이 바람직하다.

② **따라서**

ⓐ **[근기법 제24조]**의

ⓑ i) **긴**급한 경영상 필요성/해고회**피**노력/합리적이고 **공**정한 기준 마련 및 대상자 선정/50일전 **협**의라는

ii) **4가지 요건**을 **요구**하고

ⓒ i) **이를 갖추면**

ii) **[근기법 제23조 제1항]**의 **정당한 이유** 있는 것으로 본다**[근기법 제24조 제5항]**

**3. 정리해고 요건 판단 원칙(방법)**

① ⓐ **정리해고 요건의 적용방법**에 대해서

ⓑ i) **각 요건**을 모두 **갖추어야만**

ii) **정리해고**가 **유효**하다는 **견해**가 있으나(이견이 있으나)

② **판례**는

ⓐ **각** **요건**의 구체적 **내용**은

ⓐ **확정적**·**고정적**인 것이 **아니라**

ⓑ **다른** **요건**의 **충족 정도**와 **관련**하여

ⓒ **유동적**으로 **정해지는 것**이므로

ⓓ 구체적 사건에서 **정당한지 여부**는

ⓔ **개별사정**들을 **종합적**으로 **고려**하여 **판단**하여야 한다고 한다.

**3. 사안의 경우**

~~사안의 경우 긴·경·필(O), 회피노력(O), 합·공·기(?), 50일간 협의(?) 검토 필요하다.~~

**III. 긴급한 경영상 필요성**

**1. 긴박한 경영상 필요**

**(1) 의의**

**1) [근기법 제24조 제1항]**

**2) 판례의 동향**

① ⓐ **해고**를 **하지** **않으면**

ⓑ i) **기업경영**이 **위태로울 정도**의

ii) **급박**한 **경영상** **필요**가 있어야 한다는 입장을 취했었으나(**도산회피설**)

② **이후**

ⓐ 경영상 필요의 범위를 넓혀

ⓑ 반드시 도산을 회피하기 위한 것으로 한정될 필요없고

ⓒ i) **인원삭감**이 **객관적**으로 보아 **합리성**이 있다고 인정될 때라고

ii) **요건**을 **완화**하였으며(**객관적** **합리성설**)

③ **최근**에는

ⓐ **장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처**하기 위하여

ⓑ **인원삭감**이 **객관적**으로 보아 **합리적**인 경우까지도 **경영상 필요성**이 **있다**고 보았다.

**(2) 경영진의 부실경영이 긴박한 경영상 필요성 판단의 장애요인이 되는지**

**판례**는

ⓐ i) **경영진**의 **부실경영** 등으로

ii) **경영위기**가 **초래**되었다고 하더라도

ⓑ i) **긴**박한 **경**영상 **필**요성이 **부정**된다고

ii) **보기 어렵다**고 판시하면서,

ⓒ i) **경영진의 부실경영**이

ii) **긴**박한 **경**영상 **필**요성 **판단의 장애요인이 되지 않는다**는 입장이다.

**(3) 전체가 흑자이나 일부부문이 적자인 경우**

**판례**는

① i) **전체** 실적이 **흑자**더라도

ii) **일부** 부문이 **경영악화**(적자)를 겪고 있으며

② i) **일부** 부문의 **경영악화**가

ii) **구조적인 문제** 등에 기인한 것으로

iii) **쉽게 개선**될 **가능성이 없고**

③ i) **일부** 부문을 **유지**하는 경우

ii) **전체**의 **경영상황**이 **악화**될 **우려**가 있는 등

iii) **장래** **위기**에 **대처**할 **필요성**이 인정되면

④ i) **일부** 부분만의 **정리해고**가

ii) **긴**박한 **경**영상 **필**요성이 있다고 보아

iii) 이를 이유로한 **정리해고**가 **불합리한 것은 아니다**.

라고 판시하고 있다.

**2. 긴박한 경영상 필요 판단 시점**

**판례**에 따르면

**긴경필의 판단**은

i) **정리해고**를 한 **당시**를 **기준**으로 하여야 하며,

ii) **정리해고** **이후** **경영상태 호전여부**는 **고려될 것**이 **아니다**라고 하면서

iii) **긴경필 판단 시점**을 **정리해고** **실시** **시점**으로 본다.

**3. 긴박한 경영상 필요 판단의 대상 범위**

**(1)** **원칙**

i) **법인 전체**의 **경영사정**을

ii) **종합적**으로 **검토**하여 결정하되

**(2)** **예외**

① ⓐ **일부** 사업 부문이

ⓑ **인**적·**물**적·**장**소적으로

ⓒ **분리**·독립되어 있고

② i) **재무** 및

ii) **회계**가 **분리**되어 있으며

③ i) **경영여건**도

ii) 서로 **달리**하는 경우에만

④ **일부**사업부분의 **긴경필** **인정**된다.

**4. 필요 적정인원의 판단**

**판례**는

ⓐ **기업의 잉여인력이 몇 명인지**(감원인원 수)**는**

ⓑ 상당한 합리성이 인정되는 한

ⓒ **경영판단**의 **문제**에 속하는 것이므로

ⓒ i) 특별한 사정이 없는 한

ii) **경영자**의 **판단**을 **존중**해야 한다고 판시한다.

**IV. 해고회피노력**

**① 의의**

**[근기법 제24조 제2항]**

② **판례**는 (위·규·인)

ⓐ 해고를 **피**하기 위한 노력은

ⓑ i) 근로시간의 단축, ii) 신규채용의 억제, iii) 희망퇴직의 활용 iv) 임금 동결 및 삭감 등(인사: 방출 기법)

ⓒ **사용자**가 **해고**를 **최소화**하기 **위하여 가능한 모든 조치**를 **의미**하는 것으로

② 그 **방**법과 **정**도는

ⓐ **확**정적 **고**정적인 것이 **아니라**

ⓑ i) 경영**위기**의 **정도**,

ii) **사업**의 **규모**,

iii) 직급별 **인원상황**에 따라 **달라**지는 것이고

② **해고회피노력**에 대하여

ⓐ **근**로자 **대**표와 성실히 **협의**하여 **합의**에 이른 경우

ⓑ 이러한 사정도 **해고회피노력**의 **판단**에 **참작**되어야 한다고 본다.

**V. 합리적 공정한 기준에 따른 대상자 선정**

**① 의의**

**[근기법 제24조 제2항]**

**②** **판례**는 (위·구·상)(객·합·사·상)(기·공·선)

ⓐ **합**리적이고 **공**정한 해고의 **기**준은

ⓑ 그 **내용**이 **확**정적·**고**정적인 것은 **아니**고

ⓒ i) **경영위기**의 **정도**,

ii) **근**로자의 **구성**,

iii) **사**회**경**제**상황** 등에 **따라** **달라**지는 것이기는 하지만

③ **이러한 경우라도**

ⓐ i) **객**관적 **합**리성과

ii) **사**회적 **상**당성을 가진

iii) **구체적인 기준**이 **마련**되어야 하고

ⓑ i) 그 **기준**을 실질적으로 **공정하게 적용**하여

ii) **해고대상자 선정이 이루어져야 한다.**

④ **그리고** (협의·합의·판단·참작)

ⓐ i) **근**로자**대**표와 성실하게 **협의**하여

ii) 해고의 기준에 관한 **합의**에 **도달**하였다면

ⓑ **합**리적이고 **공**정한 **기**준인지의 **판단**에 **참작**되어야 한다는 것이 판례의 입장이다.

**VI. 근로자 대표와 50일 전 협의**

**1. 의의 및 취지**

**① 의의**

**[근기법 제24조 제3항]**

**②** **판례**는

ⓐ 근로자대표와 협의 규정을 둔 **취지**에 대하여

ⓑ **정리해고**의 **실질적 요건**의 **충족**을 **담보**함과 아울러

ⓒ i) 불가피한 **정리해고**라 하더라도

ii) 협의를 통한 **쌍방의 이해** **속**에서 **실시**되는 것이 **바람직**하다고 판시한다.

**2. ‘근로자 대표’의 의미**

① **근로자 대표**는

ⓐ **과반수 노조**가 **있는** 경우 그 **노조**,

ⓑ **과반수 노조**가 **없는** 경우 **전체 근로자 대표하는 근로자**를 말한다.

② 단 이때 **근로자 대표**란 **판례**에 따르면

ⓐ **사업 전체**의 **과반수** **대표**하는 **근로자**이면 **족하지**

ⓑ **해고대상 근로자**들을 **대표**하는 **근로자**를 말하는 것이 **아니**다.

③ **그리고**

ⓐ **과반수**로 조직된 **노조**가 **없는 경우**에는

ⓑ **협의**의 **상대방**이

i) **형식적**으로는 **근로자 과반수의 대표**로서 **자격을** 명확히 **갖추지 못하였더라도**,

ii) **실질적**으로 **근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자**라고 볼 수 있는 **사정**이 있다면

ⓒ **절차적 요건을 충족한 것**으로 본다

**3. ‘50일’**

**(1) 의의 및 취지**

① i) **[근기법 제24조 제3항]**

ii) **50일 전**까지 **통보** **협의**하라고 **규정**

② 그 **취지**는 **(전·시/대·시/협·기)**

ⓐ **통보**를 **전달**하는 데 소요되는 **시간**

ⓑ **근로자**들이 그 통보내용에 따른 **대처**를 하는데 소요되는 **시간**

ⓒ **근**로자**대**표가 성실한 **협의**를 할 수 있는 **기간**을

③ ⓐ 최대한 **부여하자**는 데 있는 것으로

ⓑ **효력요건은 아니**라고 판시한다.

④ **즉**

ⓐ **50일 以內**에 **전달**과 **대처**가 이루어지고 **충분한 협의**가 있었다면

ⓑ 50일 보다 짧다는 이유만으로 정리해고가 **무효라고 볼 수 없을 것**이다.

**(2) 협의를 전혀하지 않은 경우**

**구법상 판례**는

ⓐ i) 정리해고 외에 마땅한 대안이 없어

ii) **협의를 거쳐도 별다른 효과를 기대하기 어렵다면**

ⓑ i) **협의를 거치지 않은 정리해고**가

ii) **유효**하다고 판단한 사례도 있다.

**VII. 해고의 법적절차**

**정리해고**의 경우에도

① **해고예고**와

② **서면통지** **규정**이 **적용**된다.

**VIII. 사안의 경우**

**♥ 근로관계종료 – 해고: 해고의 절차적 제한: 해고예고**

**Q. 문제**

① A경영컨설팅은 15.4.30 이메일을 통해 ‘후임자가 선정될 때까지 근무하다가 후임자가 정해지면 업무를 인계토록’ 甲에게 지시하였다가

② 15.5.31. 오전 ‘후임자가 선정되었으므로 내일부터 출근할 필요 없음’이라는 문자를 받았다.

③ A경영컨설팅의 甲에 대한 해고는 ‘절차적’측면에서 정당한가?

**I. 논점의 정리**

**II. 해고의 절차적 제한**

**1. 해고**

**2. 해고예고**

**(1) 해고예고의 의의 및 취지**

① **[근로기준법 제26조]**

② **판례**는

**해고예고제도**는

i) **근**로자로 하여금 **해고**에 **대비**하여 **새**로운 **직장**을 **구할 수 있는**

ii) 시간적 또는 경제적 **여유**를 **주려는 데 취지**가 **있다**고 판시한다.

**(2) 해고예고의 요건**

**1) 30일 전 예고**

① **해고예고**는 **30일** **이전**에 해야하고

② 예고**방법**에 있어서는 **특별한 형식**을 **요하지 않는다**.

③ **다만**, **판례**에 따르면

**해고예고**는

i) **해고일자**를

- **특정**하거나

- **이를 알 수 있는 방법**으로 **해야**

ii) **적법한 해고예고**이지

iii) **단순히** “**인수인계 하라**”고 **말만** **한 것**은

iv) **적법한 해고예고**가 **아니**라고 한다.

**2) 수당지급**

**(3) 해고예고의무 위반시 효과**

① **벌칙**이 있음은 **별론**으로 하고

② **판례**는

ⓐ **해고예고의무**를 **위반**한 **해고**더라도

ⓑ **해고**의 **정당한 이유**를 갖추고 있는 한

ⓒ 해고의 **사법상 효력에는 영향이 없다**고 판시하면서

ⓓ 해고의 **유효요건으로** **보지 않는다**

③ **생각건대**

ⓐ 해고예고취지와 **해고예고 미준수시**

ⓑ 그에 상응하는 **수당지급**을 요구하는 것으로 보아

ⓒ **해당 조항**은 **단속규정**으로 보인다.

ⓓ 즉, 판례입장 타당하다

**(4) 사안의 경우**

**3. 해고서면통지**

**III. 결론**

**♥ 근로관계종료 – 해고: 해고의 절차적 제한: 해고서면통지**

**Q. 문제**

① ⓐ 乙대리에게 해고서면통지를 하였으나, ⓑ 서면의 내용에는 단순히 취업규칙 제30조 위반이라고만 사유가 적시되었다.

② 乙대리는 이와 같은 통지가 근기법 제27조 위반으로 무효라고 주장한다.

③ 乙대리 주장의 당부를 판단하라(乙대리는 사전에 징계사유가 무엇인지 구체적으로 알 수 없다)

**I. 논점의 정리**

i) 구체적인 해고사유를 기재하지 않고 해당 취업규칙 조문만을 나열한 것이

ii) [근기법 제27조] 위반인지 여부가 문제된다.

**II. 해고서면통지**

**1. 의의**

**[근기법 제27조]**

**2. 취지(신·존·시·사/명·분·대)**

[근기법 제27조] **취지**에 대하여 **판례**는

① 해고하는 데 **신**중을 기하게 함과 더불어

② i) 해고의 **존**부,

ii) **시**기,

iii) **사**유를

iv) **명**확하게 하여

③ i) 사후 이를 둘러싼 **분**쟁이

ii) 적정하고 **용이**하게 **해결**될 수 있도록 하고

④ i) **근로자**에게도

ii) **해고**에 적절히 **대**응할 수 있게 하기 위한 것이라고 판시한다.

**3. 요건**

**1) 시기·사유 적시**

**① [근기법 제27조 제1항]**

**② 시기**

ⓐ **시기**를 **명시**해야한다는 것은

ⓑ **날짜**를 **특정**해야 한다는 것을 말한다.

**③ 사유**

**㉠** 징계조문만 나열하고 **구체적 사유를 기재하지 않은 해고통지**의 효력

ⓐ **판례**는

i) **해고사유**에 관하여 **서면**으로 **통지**할 때는

ii) **근로자의 처지**에서 **사유**가 무엇인지

iii) **구체적으로 알 수 있어야**하고,

ⓑ i) 특히 **징계해고**의 경우

ii) **구체적 사실**을 **기재**하여야 하며

iii) **취**업**규**칙(단체협약)의 **조문만 나열하는 것**은 **충분하다고 볼 수 없다**고 판시한다.

**㉡** **구체적사유를 기재하지 않았으나** **이미** **피징계자**가 **징계사유를 충분히 인식**한 경우

ⓐ **다만**,

i) **해고 대상자**가 **이미** **사유가 무엇인지** 구체적으로 **알고**

ii) 이에 대해 **충분히 대응할 수 있는 상황**이었다면

ⓑ i) **징계사유**를 **상세**(시기·사유)하게 **기재하지 않았더라도**

ii) **[제27조]**에 **위반**한 **해고통지**라고 **할 수 없다**는 것이

iii) **판례의 태도**이다.

**2) 서면**

**① 문제의 소재**

ⓐ **서면**이라함은

i) **일정**한 **내용**을 **적은** **문서**로써

ii) **일반적**으로 ‘**종이**’를 말하는 바

ⓑ **원칙적**으로

i) **디지털 매체**수단**은**

ii) **서면**으로 **인정할 수 없다**.

ⓒ 때문에

i) **이메일**이 **해고**통지의 **역할**과 **기능**을 **수행**하고

ii) **근로자**가 **이메일**을 **수신**하는 등 **내용**을 **알고 있더라도**

iii) ‘**서면**’으로 **인정**될 수 없는 것인지 **여부**가 **문제**된다.

**② 이메일 해고통지(전·출**된**/지·정**자의**/기·수)**

**판례**는

ⓐ **서면**이란

i) **일정**한 **내용**을 **적은** **문서**를 의미하므로

ii) **이메일**과는 **구별**되지만

ⓑ i) **전자문서법**에

ii) ‘**전자문서**는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 **문서로서의 효력이 부인되지 않는다**’라고 규정되어 있는 점

ⓒ i) **출력**이 **가능한 문서**는

ii) **사실상 종이 형태**의 **서면과** 다를 바 없고,

ⓓ i) **저장** 등에 있어

ii) **지**속성이나 **정**확성이 더 **보장**될 수 있다는 점

ⓔ i) **시기**와 **사유**가 구체적으로 **명시**되어있어

ii) **해고통지**의 **역할**과 **기**능을 충분히 **수행**하고 있고

ⓕ i) **근로자**가 **이메일**을 **수**신하는 등으로

ii) **내용**을 **알고 있다면**

ⓖ i) **[근기법 제27조]**의 **취지**를 **해치지 않는 범위 내**에서

ii) **구체적 사안에 따라** **유효한 것으로** **볼 수 있다**고 판시한다.

**(4) 위반 시 효과**

1) **[근기법 제27조 제2항]** **유효요건** – **위반** – **무효**

2) 부당해고 – 부당해고가 없었더라면 근무할 수 있었던 모든 기간에 대해 임금 상당액에 해당하는 손배청구 可

**♥ 근로관계종료 – 해고: 해고의 시기적 제한: 해고금지기간(A급)**

**I. 문제**

**II. 문제풀이(사례)**

**1. 논점의 정리**

ⓐ 사안의 甲의 **‘업무상 재해에 의한 휴업’**이

ⓑ 요양승인과 휴업급여 수급 여부와 관계없이

ⓒ 객관적으로 **요양을 위하여 휴업할 필요성**이 인정되는지 여부가 문제된다.

**2. 해고의 시기적 제한**

**(1) 의의·취지**

**① 의의**

**[근기법 제23조 제2항]**

**② 취지**

ⓐ **업**무상 **재**해로 인하여

i) **노동력 상실**하고 있는 **기간**과

ii) **회복**하기에 **필요한** **기간** **30일**간을

ⓒ i) **실직**의 **위협**으로부터

ii) **절대**적으로 **보호**하자는데 **취지**가 있다.

**(2) 요건**

**1) 의의**

해고금지기간이 적용되기 위해서는 당해 **근로자**가

① **업무상 재해 등을 입고 요양을 위해 휴업한 기간** 또는

② **출산전후·유사산 휴가기간과 그 후 30일**

③ **육아휴직기간**에 해당되어야 한다.

**2) ⓐ 업무상 재해 등을 입고 ⓑ 「요양을 위해」 ⓒ 「휴업한 기간」**

**① 해고가 제한되는 휴업기간(해고금지기간)에 해당하지 아니하는 경우**

㉠ **근로자**가

ⓐ i) **업무상 부상**[ⓐ(O)]을 **입**고 치료중이라 하**더라도**

ii) **휴업하지 아니하고**[ⓒ(X)]

ⓑ **정상적으로 출근**하고 있는 경우,

㉡ **또는**

ⓐ **업무상 부상** 등[ⓐ(O)]**으로** **휴업**하고 있는 경우[ⓒ(O)]라 **하더라도**

ⓑ **요양을 위한 휴업의 필요성이 인정되지 아니하는 경우**[ⓑ(X)]에는

㉢ **해고가 제한되는 휴업기간에 해당하지 아니한다**.

**② 정상적인 출근**

㉠ **정상적으로 출근**하고 있는 경우라 함은

ⓐ **단순히 출근**하여 근무하고 있다는 것으로는 **부족하고**

ⓑ **정상적인 노동력**으로 **근로**를 **제공하는 경우**를 말하는 것이므로

㉡ ⓐ i) **객관적**으로도 **요양을 위하여 휴업이 필요함에도**

ii) **사용자의 요구**에 의해 **출근**하는 경우에는

ⓑ **정상적인 출근에 해당하지 않는다**.

ⓒ 따라서 **이 경우**에는 **해고금지기간**에 해당한다.

**③ 요양을 위하여 휴업할 필요가 있는지 여부**

㉠ 이 때 **요양을 위하여 휴업이 필요한지 여부**는**(정·치·과·방·용)**

ⓐ 부상의 **정**도,

ⓑ 부상 등의

i) **치**료**과**정 및

ii) 치료**방**법

ⓒ 근로자의 **용**태 등

**객관적**인 **사정**을 **종합**하여 **판단**해야 하며,

㉡ **근로자**에게

ⓐ i) [산업재해보험법]에 의한 **요양승인**이 **내려지고**

ii) **휴업급여**가 **지급**된 **사정**은

ⓑ i) **휴업기간 중**

ii) 해고 해당여부를 판단하는 **참작사유**가 **될 수 있지만**,

ⓒ i) **법원**은

ii) 이에 기속됨 없이

iii) **객관적 사정**(판단 기준)을 **기초로**

iv) (요양을 위하여 휴업이 필요한지 여부)**실질적**으로 **판단**해야 한다.

**(3) 위반의 효과**

① **소정의 벌칙**이 가해지고,

② i) 사법상 **절대적 무효**이기 때문에

ii) [동법 제28조]에 의해 **노동위원회의 구제**가 **가능**하다.

**3. 사안의 경우**

① 휴업?

② 요양을 위하여 휴업이 필요한지(정·치·과·방·용으로 판단)

③ 나일롱 or 정상적 출근 결정

**♥ 근로관계종료 – 부당해고의 구제**

**1. 부당해고시 구제명령의 내용**

**~~(1) 원직복직~~**

① i) **부당해고 구제명령**이 내져진 경우

ii) **사용자**는 **근로자**가 종사하였던 **원직에 복직**시켜야 한다.

② ⓐ **판례**에 따르면

i) **원직**이 **없어진 경우**에는

ii) **복직근로자**에게 **그에 합당하는 일**을 시켜야 한다고 판시한다.

ⓑ 그리고

i) **그 일**이 **종전의 일과 다소 다르더라도**

ii) **이는** **사용주**의 **고유권한**인 경영권 범위에 속하는 것으로

iii) **정당하게 복직시킨 것**으로 본다는 입장이다.

**(2) 소급하여 임금 청구할 수 있는지**

**(1) 소급임금 청구가능한지**

① **[민법 제538조 제1항]**

② 이 **조문**은 **근**로**계**약의 **경우에도** **적용**되는데,

ⓐ **근**로**계**약에서 **근로자의 근**로**제**공의 **의무**가

ⓑ ‘**사용자의** **책임있는** **사유**’로 **이행할 수 없게 된 때**에는

ⓒ **근로자**는 사용자에게 **근**로**제**공의 **대가**를 **청구**할 수 있다.

③ 이 때

ⓐ ‘**사용자의** **책임있는** **사유**’에는 ‘**부당해고**’도 **포함**한다고 할 것이므로

ⓑ **부당해고**의 **경우에도**

ⓒ **근로자**는 **사용자**에게 **근**로**제**공의 **대가인** **임금**을 **청구**할 수 있게 된다.

**~~(2) 부당해고가 없었더라도 근로제공이 불가능한 경우~~**

**1) 민법 제537조**

① **[민법 제537조]을 근**로**계**약에 **적용**하면,

ⓐ 근로자의 ‘근로제공의 의무’를 당사자 **쌍방**의 **책임없는 사유**로 **이행할 수 없게 된 때**에는

ⓑ **근**로자는 근로**제**공의 **대**가인 **임금을 청구하지 못하게 된다**.

② **즉**,

ⓐ **부당해고**가 **없었더라도**

ⓐ **근로자**가 i) **구속** ii) **사업**의 **폐지** iii) **쟁의행위 참가가 명백한 경우**에는

ⓑ 근로제공의 대가인 **임금을 청구하지 못한다.**

**2)** 부당해고 기간 중 **쟁의행위 참가**

① **다만**

i) **쟁**의**행**위의 경우에는

ii) **근로자**가 **참가했을 것**이라는

iii) **사실발생여부**가 **불분명**한 바,

② **판례**가

i) 그 **부당해고 없었더라면** **쟁행**에 **참가했을 지에 대한**

ii) 구체적 **판단기준**을 **제시**하고 있다.

③ **판례**는

i) **부**당**해**고가 **직접적**인 **원인**이 **되어** **쟁**의**행**위가 **발생한 경우**에는

ii) **쟁행기간에 대한** **임금**을 **청구할 수 있다**고 보는 한편

④ **쟁행**에 **참가**하여 **근**로를 **제**공**하지 않았을 것인지** **판단**하는 **기준 (경·지**를 **수·정**하여 **제·취·다)**

**㉠** ⓐ **해고**가 **없었다고** **하더라도**

ⓑ **쟁행**에 **참가**하여 **근**로를 **제**공하지 **않았을** **것임이** **명백한지는**

i) 쟁행에 이른 **경**위,

ii) 근로자의 파업에서의 **지**위,

iii) 참가한 근로자의 **수**

iv) 중단된 조업의 **정**도 등

v) **제**반사정을 참작하여 **신중**하게 **판단**하여야 하고,

ⓒ 그 **증명책임**은 **사용자**가 **해야한다**

**㉡** **또한**

ⓐ 해당 **근로자**가 **쟁행** **참가**가 **명백한 경우**에**도**

ⓑ **임금지급에 관한**

i) **단**체협약이나

ii) **취**업규칙 또는

iii) **계**약의 내용 및

iv) **관**행의 유무를 **검토**해야하고

**㉢** i) **임금지급**에 관하여 **정한 바** **없더라도**

ii) 쟁행에 참가한 **다**른 **근**로자에게 **임금**이 **지급**되었는지 **여부** 등에 따라

**㉣** **㉴**에게 **임금**을 **지급**할 **의무**가 있는지를 **판단**하여야 한다.

**3) 중간수입공제**

**① 문제의 소재**

ⓐ i) 근로자가 해고기간에 다른 곳에 취업하여 얻은 **중간수입**이

ii) **[민법 제538조 제2항]**의 **채무를 면함으로써 얻은 이익**에 해당하여 **공제**할 수 있는지

ⓑ 만약 **공제할 수 있다면** **공제의 한도**는 어디까지인지가 문제된다.

**② 공제할 수 있는지 여부**

**㉠ 학설**

ⓐ i) **중간수입**은

ii) **해고된 근로자**가

- **해고기간** 동안

- **생계유지**를 위해 **불가피**하게 **얻을 수밖에 없었던 금원**인데도,

ⓑ **공제**를 **인정**하게되면

i) **사용자**는 **부당해고**를 **했는데도**

ii) **오히려 공제된 만큼 임금**을 **지급하지 않아도 되는**

iii) **불합리한 결과**가 **초래**되는 바

ⓒ **공제**를 **부정**하는 것이 **다수**의 **견해**이다.

**㉡ 판례**

i) **부**당**해**고 **기간** 동안 **발생**한 **중간수입**은

ii) [민법 제538조 제2항]의 **채무를 면함으로 얻은 이익**에 **해당**한다고 보아

iii) **중간수입공제를 인정**하고 있다.

**③ 공제되는 중간수입**

**㉠ 공제되는 중간수입**

ⓐ **판례**는

i) **[민법 제538조 제2항]**에 따라

ii) **채무를 면함으로써 얻은 이익**(부당해고로써 다른 곳에 취업하여 얻은 이익)**을 상환할 때**에는

iii) **채무를 면한 것**(부당해고)와 **상당인과관계** **있는** **범위 내**에서 이루어진다고 판시하고 있다. – 과수원 사례

ⓑ **또한**

i) **공제되는 중간수입**은

ii) **중간수입**이 **발생한 기간**과 **임금지급의 대상으로 되는 기간**이

iii) **시기적으로 대응**하는 **이익(수입)일 것**을 요한다.

**㉡ 공제되는 중간수입의 한도**

**대법원**은

ⓐ i) [근기법 제46조]의 **휴업수당 범위 내** **금액**(평균임금 7/10)은

ii) **중간수입공제를 할 수 없고**,

ⓑ i) **휴업수당**을 **초과**하는 **금액**만

ii) **중간수입**으로 **공제**하여야 한다는 입장이다.

**3. 불법행위에 따른 손해배상**

**(1) [민법 제750조]**

① **해고**가

i) **부당한 정도에 그치지 않고**

ii) [민법 제750조]의 **불법행위**에 해당하는 경우

iii) 사용자는 **불법행위**에 대한 **손배책임**을 진다.

② **즉**,

i) **고의 또는 과실**로

ii) **위법**한 **해고**를 하고,

iii) **근로자**에게 **손해**가 **발생**하였고,

iv) **손해**와 **위법해고** **사이** **인과관계**가 있다면

v) **불법행위** 책임을 지게 된다.

**(2) 판례의 입장 (고·사)(아·삼·주·불)(건·사·통/사·상·용)(고·불)**

구체적으로 **판례**는

**㉠ (고의)**

i) 해고 사유가 전혀 없는데도

ii) **고의**로 명목상의 **사**유를 내세우거나

**㉡ (과실)**

ⓐ 해고**처분**의 **사유**가

i) **취규**에서 **정한 해고사유에 해당되지 아니하거나**

ii) **해고사유로 삼을 수 없는 것**임이 **명백**하고,

ⓑ i) **조금만 주의를 기울이면** **알아볼 수 있는데도**

ii) **불이익처분**을 한 경우에는

㉢ i) 그 **불이익 처분**이

ii) **건**전한 **사**회**통**념이나 **사**회**상**규상 **용**인될 수 없음이 분명하고

㉣ 그 **불이익처분**이 **상대방**에게 **정신적 고통**을 가한다면

㉤ 근로자에 대하여 사용자는 **불법행위 책임**을 진다고 판시하고 있다

**4. 입증책임**

i) 해고에 정당한 이유가 있다는 점은

ii) 사용자가 주장 입증하여야 한다.

**♥ 사업변동 – 영업양도 – B급**

**I. 문제의 소재**

**II. 영업양도와 근로관계**

**1. 의의**

**영업양도**란

i) 영업목적에 의해 조직된 **물적·인적 조직을**

ii) **일체로 이전하는 것**을 말한다.

**2. 요건**

**(1) 성립요건: 명시적·묵시적 계약**

**판례**는

i) **영업양도**가 **성립**하기 위해서는 당사자간

ii) **명시적 또는 묵시적 계약**이 있어야 한다고 말한다.

**(2) 유효요건: 동일성유지**

① 영업양도가 유효하려면 조직의 **동일성을 유지**하면서 일체로 이전되어야 한다.

② 이 때 **양도된 조직이 동일성이 인정 여부**에 대해

**판례**는

ⓐ i) 단지 **영업 재산**이

ii) 어느 정도로 **이전되어 있는가에 의하여 결정되는 것이 아니고**

ⓑ i) **종래의 영업조직이 유지되어**

ii) **양수조직**의 **전부** 또는 **중요한 일부**로서 **기능할 수 있는가**에 따라

iii) **결정되는 것**이라면서

~~ⓒ~~ i) **전부**를 **양도**했어도

ii) 그 **조직**을 **해체**하여 **양도**했다면

iii) **영업의 양도**는 **되지 않는** 반면

~~ⓓ~~ i) **일부**를 유보한 채 영업시설을 **양도**했어도

ii) **종래의 조직**이 **유지**되어 있다고 인정되기만 하면

iii) **영업의 양도**라고 판시한다

**3. 효력: 영업양도와 근계의 승계**

**(1) 문제의 소재**

ⓐ i) **합병**의 경우 **[상법 제235조]**에 따라

ii) **근계 승계** **당연인정**되나,

ⓑ i) **영업양도**의 경우

ii) **명문의 규정이 없어**

iii) **근계**가 **승계**되는지 **문제**된다.

**(2) 견해의 대립**

① **영업양도** 시 **근로관계는** 법률상 **당연히** **이전**된다는 견해(**자동승계설**)

② i) **영업양도**의 **합의**에는

ii) **원칙적**으로 **근계**를 **포괄**적으로 **승계**하는 **내용**이 **포함**되어 있어

iii) **반대**의 **특약**이 **없는 이상**

iv) **근계 승계**된다는 견해(**원칙승계설**)

③ i) 근계 **승계**에 관한 **명시적·묵시적 합의**가 있는 경우에만

ii) **근계 승계**된다는 견해(**특약필요설**)가 대립한다.

**(3) 판례**

**판례**는 ~~별도의 이론구성 없이~~

① **영업이 양도**되면

i) **반대의 특약**이 **없는 한**

ii) **근로관계**는 **원칙적**으로 **포괄**적으로 **승계**되고,

② ⓐ **근**로관**계** 일부를 **승계** **배제**하는 **특약**이 있는 경우,

ⓑ i) 그 **특약**은 **실질적으로 해고**이므로

ii) [근기법 제23조 제1항]의 ‘**정**당한 **이**유’가 있어야 **유효**하며

ⓒ i) **영업양도** **그 자체**만을

ii) ‘**정당한** **이유**’로 **볼 수 없다**고 판시하고 있다.

**(4) 검토의견**

① **당연승계설**은

i) **영업양도**에 의해 **근계 승계**된다는 **규정**이 **없는 바**

ii) **인정**하기 **어렵고**

② **특약필요설**(합의설)은

i) **영업양도**가 **인적 동일성 유지**하면서 **일체로 이전**하는 것인바

ii) **인정**하기 **어렵다**

③ **원칙승계설**의 입장을 취하는 **판례**의 입장이 **타당**해 보인다.

**4. 승계 시 근로자의 동의를 요하는 지**

**(1) 문제의 소재**

ⓐ **영업양도** 시 **근계** **승계**되기 위해

ⓑ **근로자**의 **동의**를 **요하는지** **문제**된다.

**(2) 학설**

① i) **[민법 제657조]**의 **일신전속성**에 의해

ii) **근로자의 동의가 필요하다는 견해**

② ⓐ **영업양도 시**에도 근로자에게 **근**로관**계**를 스스로 **해지**할 **권리**가 **있고**,

ⓑ [민법 제657조]의 입법취지가 승계를 전제로 하지 않는다는 점을 근거로

ⓒ **동의가 필요하지 않다는 견해**가 대립한다.

**(3) 판례**

**판례**는

① **영업양도**가 있는 경우

ⓐ **근로자**는 (승계를 원치 않는 경우) **거부**(반대)의 **의사**를 **표시**하여

ⓑ i) **양도 기업**에 **잔류**하거나

ii) 양도 또는 양수기업 **모두에서** **퇴사**할 수 있다고 하며

② 이 때 **승계 반대의 의사표시**는

ⓐ **근로자**가 **영업양도**가 이루어진 **사실**을 **안 날**로**부터** ‘**상당한 기간 내**’에

ⓑ 양도기업 또는 양수기업에 **표시하여야 한다**고 판시한다.

**(4) 검토**

ⓐ 근로관계 **승계** 시

i) 근로자의 **동의가 요구**된다면,

ii) 이는 **영업양도**에서 요구하지 않는 **요건**을 **추가**하는 것으로 **타당하지 않고**,

ⓑ i) 근로자는 **영업양도** 시

ii) **근로관계** **승계**에 대하여 **스스로 반대의 의사표시**할 수 있으므로

ⓒ 근로자의 동의를 요하지 않는다는 **판례의 입장**이 **타당**하다.

**5. 효력: 해고 유·무효를 다투고 있는 자의 경우도 승계 대상이 되는지**

**판례**는

① ⓐ **영업양도**에 의해 **승계**되는 **근계**는

ⓑ i) **계약체결일** 현재

ii) **실제로** 그 영업부문에서 **근무**하고 있는 **근로자**와의 **근계**만을 **의미**하므로

② ⓐ **계약체결일** **이전** **해고되어**

ⓑ **해고의** **효력**을 **다투는** **근로자**와의 **근로관계**까지 **승계**되지 **않는다**고 판시한다.

③ 다만,

ⓐ 양수기업이 해고를 다투고 있는 근로자의 해고가 무효임을 알았더라면

ⓑ 근로관계는 원칙 승계된다.

**6. 효력: 취업규칙 승계되는 지 (O)**

**판례**는

ⓐ i) 별도의 이론구성 없이

ii) **취업규칙이 승계**되는 것으로 본다

ⓑ 다만,

i) **승계 후 취업규칙**이

ii) **승계 전 취업규칙** **보다** **불리한 경우**에는

iii) **[근기법 제94조 제1항]의** 집단적 의사결정에 의한 (**불이익 변경**) **동의절차를 거치지 않는 이상**,

iv) **승계 후 취업규칙**이 승계되는 인적조직에게 **적용되지 않는다**고 판시하고 있다.

**7. 효력: 노동조합과 단체협약 승계되는 지 (O)**

**♥ 사업변동 – C급**

**1. 분할**

**(1) 의의**

회사분할이란 하나의 회사를 복수의 회사로 분리시켜

i) 독립적으로 신설하거나

ii) 다른 회사에 승계하는 것을 의한다.

**(2) 요건**

주주총회나 승인

**2. 분활과 근로관계**

**(1) 문제의 소재**

회사분할의 경우,

① 근계가 승계되는지,

② 승계된다면 근로자의 동의 또는 거부권이 인정되는지

③ 거부권이 인정된다면 거부권행사에는 한계가 없는지 견해의 대립이 있다.

**(2) 견해의 대립**

**① 당연승계설(따르는 수밖에 없다)**

ⓐ 분할은 합병의 경우와 같이 포괄승계 법리가 적용 당연승계되므로

ⓑ 거부권은 인정되지 않는다는 견해

**② 동의설(분할한 기업과 분할된 기업은 업무지휘권이 다르다)**

ⓐ 회사분할로 승계는 되나

ⓑ 근로자는 전적하는 것과 같아 근로관계의 일신전속성에 따라 근로자의 동의가 필요하다는 견해

**③ 거부권설**

**㉠ 전면긍정설**

ⓐ 회사분할은 인적 물적 조직체 분리시켜 이전한다는 점에서 영업양도와 유사하며

ⓑ 동의를 요하지는 않지만 거부권이 인정된다는 견해

**㉡ 제한적 긍정설**

거부권을 무제한으로 인정하면 분할을 저지하는 목적으로 남용(상법 형해화)될 수 있으며,

반대로 무조건 승계가 인정된다면 근로자에게 불합리한 결과(근기법 잠탈)를 초래하므로,

변동되는 업무부문에 전혀 무관한 경우에만 거부권 인정하자는 제한적긍정설이 대립한다.

**(3) 판례**

① i) 분할계획서에 따라

ii) 근로관계도 승계되고

② i) 근로관계의 승계는

ii) **이해와 협력을 구하는 절차**를 거치는 등

iii) 절차적 정당성을 갖춘 경우에 한하여 허용되고,

③ i) **법령 규정을 잠탈하기 위한 방편으로 이용되는 경우라면**

ii) **효력이 부정**될 수 있어야 한다.

④ 따라서 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전

ⓐ 회사 분할의 i) 배경, ii) 시기, iii) 범위와 내용등을 설명하고 **이해와 협력을 구하는 절차**를 거쳤다면

ⓑ **근로자의 동의를 받지 못한 경우**라도(동의를 요하지 않는다)

ⓒ **신설회사에 승계**되는 것이 원칙이다.

⑤ 그러나

i) 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의

ii) 특별한 사정이 있는 경우,

⑥ i) **상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써**

ii) **승계를 거부하고 회사에 잔류**할 수 있다.

**(4) 검토**

**제한적 긍정설**

**♥ 비정규직 – 기간제 근로자**

**Q. 문제**

**[사실관계 요약]**

① 계약기간을 2010.10.26 ~ 12.10.25까지하여 기간제 근로계약을 체결하였는데, 그 근로계약서는 “만료 1개월 전부터 **재계약**할 수 있다”는 **내용이 기제**되어 있다.

② ⓐ 정규직과 동일한 업무 수행, ⓑ 회사 측 기간제 근로자들에게 **정규직 채용될 것이라고 말해왔고**, ⓒ 종전 기간제 근로자를 **정규직**으로 **전환**시킨 **사례**가 있고, ⓓ 인사위원회를 통해 **정규직 전환에 대한 인사평가**를 실시한 바 있다.

③ 그리고 정규직 승격을 위한 인사평가사 실시되었다.

④ ⓐ 인사평가에서 정규직전환 대상 근로자에 대한 평가가 **1차 평가에서는 우수**했지만, **2차평가에서는 상당히 저조**하다는 점, ⓑ **평가자가 동일하지 않다는 점**, ⓒ **평가기준**이 **명확히 설시되지 않았다는 점**

**[문제]**

**甲등의 탈락통보**를 받은 근로자 11명은 관할노동위원회에 신청요건을 갖추어 **부당해고 구제신청**을 하였다.

**관할 노동위원회는 어떤 판단**을 해야하는가?

**I. 논점의 정리**

① 甲등이 맺은 **계약의 기간 정함이 형식에 불과한 것인지**

② 기간제 계약을 맺은 것으로 인정된다면 甲에게 **갱신기대권을 인정**되는지

③ 갱신기대권 인정되더라도 **A사의 재계약 탈락통보**(갱신거절)**에 합리적 이유가 있는지** 여부가 문제된다.

**II. 기간제 근로자**

**1. 의의**

ⓐ **기간제 근로자**라

i) **기간의 정함이 있는 근로계약**을

ii) **체결**한 **근**로자로서

ⓑ i) **기간의 만료**로서

ii) **근**로**계**약관계**가 당연종료**된다.

ⓒ **그러나**

i) **기**간제 **근**로**계약**은 근로자에게 **고용불안** 등의 **문제**를 **야기**시킬 **우려**가 있는 바

ii) **기**간제 **근**로**계약**의 **남용**에 의한 **폐해**를 **방지**하기 위해 [**기간제법**]을 두고 있다.

ⓓ 이 때 **기간제 근로자 사용기간**은 [동법 제4조 제1항]에 따라 **2년**으로 **제한**된다

**2. 기간의 정함이 형식에 불과한 경우(계·동·목·진/관·법·종)**

“**판례**”는

① **장기간에 걸쳐서 반복 갱신**되어 **기간의 정함이 형식**에 불과하게 되거나

② ⓐ **계**약서의 내용

ⓑ 근로계약 체결의 **동**기,

ⓒ 기간을 정한 **목**적,

ⓓ 당사자의 **진**정한 의사

ⓔ 근로계약 체결방식에 관한 **관**행,

ⓕ 그리고 근로자보호**법**규 등을

ⓖ **종**합적으로 고려하여

ⓗ **기간의 정함**이 **형식**에 **불과**하다는 **사정**이 **인정되는 경우**

③ **사실상 기간의 정함이 없는 근**로**계**약을 **맺었다**고 볼 것이며,

④ **갱신계약의 체결을 거절**하는 것은

i) **해고**와 마찬가지이므로

ii) **합리적**(정당한) **이유**가 **없는** **한 무효**라는 입장이다.

**3. 사안의 경우**

① 근로계약 기간을 2년으로 한정한 점

② 근로계약 만료 1개월 전 재계약할 수 있다는 내용이 기재된 점을 비추어보면

③ 기간제 계약의 재계약을 염두한 것인 바

④ 기간의 정함이 형식에 불과한 것으로 보기는 어렵다.

즉, 당해 사안의 계약은 **실질적** 기간제 근로계약이다.

**III. 기간제 근로자의 갱신기대권**

**1. 의의(문제의 소재) 및 취지**

**①** **갱신기대권**이란

ⓐ **기간제 근로계약이**라 하**더라도**

ⓑ i) 그러한 근로**계약**이

ii) **갱신**되리라는 **정당한 기대권**이 **인정**되면,

ⓒ i) **기간만료 후 근로관계**에서도

ii) **종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일한 것**으로 **보는 법리**이다.

**②** 이러한 **갱신기대권을 인정**하는 **취지**는

ⓐ i) **기간제 근로계약의 남용을 방지**함으로써

ii) 기간제 근로자에 대한 **불합리한 차별을 시정**하고

ⓑ i) **기간제근로자의 근로조건**을

ii) **보호·강화**하려는 데 있다.

**2. 갱신기대권 존부 판단기준(단취계·규/내·동·요·업/둘·일·신·정)**

“**판례**”는

① ⓐ **단·취·계**에서

ⓑ i) **기간만료**에도 **불구하고**

ii) **일정**한 **요건**이 **충족**되면

iii) **근**로**계**약이 **갱신**된다는 **규**정을 두고 있거나

② 그러한 **규정**이 **없더라도**

ⓐ **근**로**관**계의 **내**용과

ⓑ **동**기 및 경위,

ⓒ 갱신에 관한 **요**건,

ⓓ 근로자가 수행하는 **업**무의 내용 등

ⓔ 당해 근로관계를 **둘**러싼 여러사정을 종합하여 볼 때

③ ⓐ i) **일**정한 요건이 충족되면

ii) 근로계약이 갱신된다는 **신**뢰관계 형성되어 있어

ⓑ **정**당한 기대권이 인정되는 경우

④ 사용자가

ⓐ i) **정당한 갱신기대권**에 **반하여**

ii) **합리적 이유없이 갱신거절**하면

iii) **부당해고**와 **마찬가지**로서 **무효**이고,

ⓑ i) **이 경우 기간만료 후 근**로관**계**는

ii) **종전**의 **근**로**계**약**이 갱신된 것과 동일**하다는 입장이다.

**~~3. 기간제법 시행 이후 갱신기대권 인정여부(녹여서 쓸 것)~~**

**(1) 문제의 소재**

ⓐ 다만 이러한 **갱신기대권**이

ⓑ **기간제법 도입 이후에도 인정될 수 있는지**에 대하여

**(2) 학설**

ⓐ **부정하는 견해**[[14]](#footnote-14)와

ⓑ **긍정하는 견해**[[15]](#footnote-15)가 대립하였으나

**(3) 판례**

“**판례**”는

ⓐ **기간제법 시행**으로

i) 기간제법시행이전

ii) **이미 형성된 갱신기대권**(기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권)**이**

iii) **배제된다고 보지 않을**뿐더러

ⓑ i) **기간제법에 의해**

ii) 기간제근로자의 **갱신기대권**(갱신에 관한 정당한 기대권)**의** **형성**이

iii) **제한되는 것도 아니라**고 판시하**면서**.

ⓒ i) **기간제법 이후**에도

ii) 기간제근로자에대한 **갱신기대권이 인정**된다는 입장을 명백히 하였다.

**4. 갱신기대권에 반한 갱신거절에 합리적 이유가 있는지 판단기준(목·여·요·절/여·종)**

① ⓐ **정당한 갱신기대권**이 **있음에도** **불구하고**

ⓑ 사용자가 이에 반하여 근로계약의 **갱신거절에 합리적 이유가 있는지** 여부**는**

② ⓐ 사업의 **목**적과 성격,

ⓑ 사업장의 **여**건,

ⓒ 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용,

ⓔ 근로계약을 체결 경위,

ⓕ 갱신에 관한 **요**건이나, 그 **절**차 실정 여부 등

ⓗ 당해 근로관계를 둘러싼 **여**러 사정을 **종**합하여

ⓕ i) 갱신거부**사유**와 그 **절차**가

ii) **사회통념상 합리적인지**를 **기준**으로

iii) **판단**[[16]](#footnote-16)해야 한다는 것이

iv) 판례의 입장이다.

**5. 사안의 경우**

(1) 기대권 존부

(2) (기대권 위반여부) 갱신거절의 합리적 이유 없는지 여부

**V. 기간이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권(정규직 전환기대권)**

**1. (정규직 전환기대권)**기간 정함이 없는 근로자로 전환된다는 정당한 기대권**이 인정되는지**

“판례”는

① ⓐ i) 단취계에 ii) 기간이 만료됨에도 불구하고 iii) 일정한 요건이 충족되면

ⓑ i) 기간 정함 없는 근로자로 전환된다는 취지의 ii) **규정이** **있거나**

② ⓐ i) 내, ii) 동, iii) 요, iv) 업 등

ⓑ i) **근로관계를 둘러싼 여러사정을 종합하여**

ii) **일정한 요건이 충족되면**

ⓒ i) **기간의 정함이 없는** 근로자(정규직)로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어

ii) 그러한 **근로자로 전환된다는 정당한 기대권이 인정되는 경우에**

③ i) 이를 **합**리적 **이**유**없이** **거절**하면

ii) **부당해고**로서 아무런 효력이 없고,

④ i) **그 이후의 근로관계**는

ii) **기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것**고 **동일**하는 입장이다.

**2. 부당한 갱신거절에 의해 근로하지 못한 기간**

**(1) 문제의 소재**

ⓐ **부당한 갱신거절에 의해 근로하지 못한 기간**은

ⓑ **[기간제법 제4조 제2항]**의 **2년의 사용제한기간**에 **포함되지 않아**

ⓒ i) **위** 갱신거절에 의해 근로하지 못한 **기간을 포함하여** **2년(계속근로기간)이 도과했음에도**

ii) 기간의 정함이 없는 근로자(**정규직** **근로자**)**로 전환될 수 없는지 여부**가 **문제**된다.

**(2) 기간제법 제4조 제2항**

**(3) 판례**

① ⓐ **기간제법**의 **기간제 근로자 보호 취지**와

ⓑ **사용자의 부당한 갱신거절로 인한 효과** 등을 **고려**하면

② i) **사용자의 부당한 갱신거절**로 인해

ii) **근로자가 실제로 근로를 제공하지 못한 기간**도

~~③ 계약갱신에 대한~~ **~~정당한 기대권이 존속하는 범위~~**~~에서는~~

④ **[기간제법 제4조 제2항]**에서 **정한** **2년**의 **사용제한기간**에 **포함**된다고 보고 있다.

**VI. 정년경과자(능·적·위·실·사·종)**

**1. 문제의 소재**

ⓐ i) **[기간제법 제4조 제1항 제4호]**에 따르면

ii) **고령자**는 **동조 본문의 적용**에서 **제외**된다.

ⓑ 그럼에도 불구하고 **갱신기대권 인정할 수 있는지** 여부가 **문제**된다.

**2. 정년경과자에게 정당한 갱신기대권이 인정되는지**

**(1) 갱신기대권의 의의**

① **갱신기대권**이란

ⓐ **기간제** **근**로**계**약이라 하**더라도**

ⓑ **근**로관**계**를 **둘러싼** **여러사정**을 **종합해보아**

ⓒ **갱신**되리라는 **정당한 기대권**이 **인정**되면,

ⓒ i) **기간만료 후 근로관계**에서도

ii) **종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일한 것**으로 **보는 법리**이다.

② 이러한 **갱신기대권을 인정**하는 **취지**는

ⓐ i) **기간제 근로계약의 남용을 방지**함으로써

ii) 기간제 근로자에 대한 **불합리한 차별을 시정**하여

ⓑ i) **기간제근로자의 근로조건**을

ii) **보호·강화**하려는 데 있다.

**(2) 갱신기대권 판단기준**

**(3) 정년연장자에 대하여도 갱신기대권 인정되는지(능·적·위/실·사·종)**

**1) 문제의 소재**

① i) **[기간제법 제4조 제1항 단서]**에 따르면

ii) **고령근로자**는 본문의 **기간제 근로자 간주규정**이 **적용되지** **않는데**,

iii) 그럼에도 불구하고 **갱신기대권을 인정할 수 있는지**

② i) **갱신기대권을 인정할 수 있다면**

ii) 그 **판단기준이 무엇인지**가 **문제**된다.

**2) [기간제법 제4조 제1항 단서]**와 **갱신기대권**

“**판례**”에 따르면

ⓐ **기간제법의 입법취지**가

i) 기간제 근로자의 **불합리한 차별을 시정**하고

ii) **근**로**조**건 **보호**를 **위한 것**임을 **고려**하면

ⓑ i) **[기간제법 제4조 제1항 단서]의 예외사유에 해당**한다는 **이유만으로**

ii) **갱신기대권**의 **법리**가 **배제되지 않는다**고 하면서

ⓒ i) **고령자의 경우**에도

ii) **기간제근로자 간주규정이 적용됨과 관계없이**

iii) **갱신기대권을 인정**하고 있다.

**3) ~~정년이 경과한 경우,~~ 갱신기대권 판단기준**

“**판례**”는

① i) **정년**을 이미 **경과**한 **상태**에서

ii) **기간제 근계 체결한 경우**에도

② ⓐ 해당 직무가 요구하는 직무수행 **능**력과(Job)

ⓑ 당해 근로자의 업무수행 **적**격성(Person)

ⓒ 연령에 따른 **작업능률 저하**나 **위**험성 증대 정도

ⓓ 고령자가 근무하는 **실**태

ⓔ 계약이 갱신되어 온 **사**례를

ⓕ **종**합적으로 고려하여

③ i) 근로계약 **갱신에 관한 정당한 기대권**이

ii) **인정되는 지 여부**를 **판단**하고 있다.

**3. 사안의 경우**

**♥ 파견근로자**

**Q. 문제**

**I. 논점의 정리[[17]](#footnote-17)**

① 해당 사안의 관계(회사-고용된 자)가 **도급관계**인지 **근로자 파견**관계인지

② **근로자 파견관계**가 **불법파견**에 해당하여 **고용의무가 발생**하는 지

③ 사용자가 **고용의무 발생하였음에도 불구하고 이행하지 않은 경우**

ⓐ 근로자가 **그 의사표시를 갈음할 판결을 구하고**,

ⓑ 의무발생일로부터 판결시까지 **손해배상청구를 할 수 있는지**

④ **사용사업주**는 **파**견 **근**로자에 대하여 **안전배려의무의 사용자** 책임 주체에 해당되는지 여부가 문제된다.

**II. 파견**

**1. 의의**

**[파견법 제2조 제1호]**

**2. 근로자 파견의 판단(상·편·독·계·독)**

**(1) 문제의 소재**

① **[민법 제664조]의** **도급은**

i) 그 일의 결과에 대하여

ii) 보수를 지급할 것을 약정하는 것으로서

iii) **파견법의 적용을 받지 않는다**.

② **때문에**

ⓐ **파견법**상 **규정**의 적용을 **회피하고자**

i) **실질**적으로는 **근로자** **파견**인데

ii) **형식**적으로 **도급**인 경우가 있어

ⓑ 그 **구별**이 **문제**된다.

**(2) 판례**

① **근로자파견**에 해당하는 지는

ⓐ 계약의 **형**식이나 **명**칭**에** **구애될 것이 아니라,**

ⓑ i) **제3자**가 구속력있는 지시를 하는 등

ii) **상**당한 **지휘명령**을 하는지

ⓒ i) 당해 **근로자**가 공동작업을 하는 등

ii) **제3자**의 **사업**에 **실질적**으로 **편입**되었다고 볼 수 있는지

ⓓ i) **원고용주**가 **근로조건** 및 **인사관리**의 결정**권한**을

ii) **독자적**으로 **행사**하는지

ⓔ i) **계**약의 **목적** **범위**가 **한정**된 **업무**의 **이행**으로 **확정**되고

ii) 당해 **근로자**가 맡은 **업무**가 **제3자** **소속** **근로자**의 업무와 **구별**되며

iii) 당해 **근로자**의 **업무에 전문성·기술성**이 있는지,

ⓕ 원고용주가 **독**립적 **기업조직이나 설비를 갖추고 있는지** 등의 요소를 바탕으로

② **계약**의 **실질**에 따라 **근로자파견**인지 판단하여야 한다.

**3. 사안의 경우**

**III. 파견의 제한 (사용자에게 고용의무 있는지)**

**1. 파견의 제한**

파견법에 따라 **적법**한 **파견**이 되려면

ⓐ [동법 제**5**조]의 파견**대상**업무이어야 하고,

ⓑ [동법 제**6**조]의 파견**기간**을 준수해야하며,

ⓒ [동법 제**7**조]에 따라 파견사업주가 근로자 파견 사업의 **허가**를 받아야 한다.

**2. 파견 제한 위반[[18]](#footnote-18) 시 효과**

**(1) 고용의무**

**1) 의의 및 취지**

ⓐ **파견법**은

i) **[동법 제6조 2 제1항 제1호]**에서

ii) **사**용**사**업주가 **파견제한**을 **위반**하는 경우

iii) **직**접**고**용해야하는 **의무**를 **규정**하고 있다.

ⓑ **판례**에 따르면

i) **이는**

- **파견제한**을 **위반**한 **사**용**사**업주**에게**

- **직**접**고**용**의무**를 **부과**함으로써

ii) 근로자 **파견의 장기화를 방지**하면서

iii) **파**견**근**로자의 **고용안정**을 **도모**하는 것에 **취지**가 있다.

**2)** **파견기간 중 파**견**사**업주**가 변경된 경우**에도 **직접고용의무 적용되는 지**

① **판례**는

㉠ ⓐ **직**접**고**용**의무** 규정의 **내용**이 **파·사와 직접적 관련**이 **없고**,

ⓑ **직**접**고**용**의무** **요건**으로 **파**견**사**업주**의 동일성**을 **요구하고 있지도 않으므로**

㉡ ⓐ **사·사**가 **파견기간 제한을 위반**하여

ⓑ **파**견**근**로자에게 **업무**를 **계속** **수행하도록** **한 경우**

㉢ 특별한 사정이 없는 한

ⓐ **파견기간 중 파**견**사**업주**가 변경되었다는 이유**만으로

ⓑ **직**접**고**용**의무 규정**의 **적용을 배제할 수는 없다**고 판시한다

② 생각건대,

ⓐ i) 파견기간 중 파·사가 변경되었다는 이유로

ii) 직접고용의무 규정이 적용되지 않는 것으로 보면

ⓑ 이는

i) 사·사가 파견기간의 제한없이

ii) 파·근을 사용할 수 있도록 하는 것인바

ⓒ 직접고용의무를 규정한 취지가 몰각된다.

ⓓ 따라서 판례의 입장타당하다.

**(2) 직**접**고**용**의무** **불이행** **시** **강제이행**

**판례**는

① **사·사**가 **직**접**고**용**의무**를 **불이행**하는 경우,

ⓐ i) **파·근**은 사·사를 상대로

ii) **고용의사표시를 갈음하는 재판을 청구**할 수 있고(민법 제389조 제2항),

ⓑ i) **판결**이 **확정**되면

ii) **사·사**가 **의사표시**를 **한 것**으로

iii) **직**접**고**용**관계**가 **성립**한다.

② **또한**

ⓐ **파**견**근**로자는 **사·사**의 **직**접**고**용**의무** **불이행**(민법 제390조)**에 대하여**

ⓑ i) **직·고 의무** **발생 시**부터

ii) **직**접**고**용**관계** **성립**(사·사의 승낙 의사표시)**할 때까지**의

iii) 임금 상당 **손해배상금**을 **청구**할 수 있다는 입장이다.

**3. 사안의 경우**

**IV. 파견근로자에 대산 사용사업자의 보호의무**

**1. 문제의 소재**

ⓐ **파**견**근**로자와 **직접적 근로관계**에 **놓여있지 않은** **사**용**사**업주가

ⓑ **파**견**근**로자에 대하여

ⓒ **안전배려의무 부담하는지** 여부가 **문제**된다.

**2. 사용자의 안전배려의무**(부수적 의무)

① **근계**에서 발생하는 **부수적의무**로써

② i) 피용자가 **노무제공과정**에서

ii) **생명·신체·건강 해치는 일 없도록**

③ i) **인**적·**물**적 **환경**을 **정비**하는 등

ii) **필요한 조치 강구**하여야 할

iii) **보호의무**를 말한다.

**3. 판례**

**판례**에 따르면

ⓐ i) **사**용**사**업주는 **파견계약** **과정**에서

ii) **파**견**근**로자를 **보호할 의무**를 **용인**한 것으로 볼 수 있으므로,

ⓑ i) 특별한 사정이 없는 한

ii) **사·사**도 **파·근**에 대한 **보호의무**를 **부담**한다는 데

iii) **묵시적 합의가 있다**고 본다

ⓒ 즉,

i) **사·사**는 **파·근**에 대하여

ii) **원고용주**와 **같이** **안전배려의무**를 **부담**한다.

**♥ 비정규직 차별금지 – C급**

**I. 차별금지 의의 및 취지**

① **[기간제법 제8조 제1항]**

② 헌법 평등권, 근계에 실현

**II. 차별적 처우의 성립 요건**

**1. 동종 유사 업무 종사자(비교대상 근로자)**

① 취규·근계 명시된 업무내용이 아니 **실제 수행업무**

② 업무 다소 차이 있더라도 **주된 업무와 본질적 차이가 없다면 동종 유사 업무에 종사**한다고 보아야 한다.

**2. 차별적 처우**

**(1) 의의**

**[기간제법 제2조 제3호]**

**(2) 불리한 처우**

i) 임금·근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교대상근로자 **다르게 처우**함으로써

ii) **발생**하는 **불이익** **전반**

**(3) 합리적 이유가 없는 경우**

① **다르게 처우할 필요성**이 **인정되지 않거나**

② **필요성 인정**되더라도 **그 방법·정도가 적정하지 않은 경우**를 말한다.

**III. 차별시정의 신청요건과 제척기간**

**~~1. 신청권자~~**

**2. 차별신청의 제척기간**

**(1) 문제의 소재**

ⓐ **개개의 차별적 처우**가 **종료**된 **시점**부터 **제척기간**이 **적용**되는지

ⓑ **계속되는 차별적 처우**가 **종료**되는 **시점**부터 **제척기간**이 **적용**되는지 문제된다.

**(2) 판례**

ⓐ i) **계속되는 차별적 처우로부터 6개월 이내**에 시정을 **신청**하였다면

ii) 계속되는 차별적 처우 전체에 대하여 **제척기간을 준수**한 것이 된다는 입장이다.

ⓑ i) 여기서 **계속되는 차별적 처우**란

ii) 사용자가

- 계속되는 근로제공에 대하여

- **차별적 규정을 적용하여**

- **임금지급**을 **한 경우**를 말한다.

**~~3. 절차~~**

**4. 시정명령 및 시정을 구할 이익**

**(1) 시정명령(기간제법 12조)**

**(2) 시정이익**

ⓐ i) **차별적 처우의 시정신청**은

ii) **차별적 처우**의 **결과**로 **남아 있는** **불이익**을

iii) **금전적으로 전보하기 위한 것**으로

ⓑ **시정신청 도중에 근**로**계**약**기간**이 **만료**하였다는 **이유**만으로

ⓒ i) **기**간제 **근**로자가 **차별적 처우**의 **시정을 구할** 시정**이익이 소멸하지 않는다**는 것이

ii) 판례의 입장이다.

**~~♥ 업무상 재해 – C·D급~~**

**I. 논점의 정리**

**II. 업무상재해**

**(1) 의의**

**[산재법 제5조 제1호]**

**(2) 업무상재해 인정 요건**

**1) 의의**

① **[산재법 제37조 제1항 본문 및 단서]**

② **[산재법 제37조 제2항 본문 및 단서]**

**2) 업무수행성**

① i) 업무상 재해 인정되기 위해서는

ii) ‘**업무수행 과정 중**’ **재해**가 **발생**하여야 한다.

② **업무수행** 중

ⓐ **근**로자가 **사**용자의 **지배**·**관리** 하에

ⓑ **업무**를 **수행**하는 것을 말한다.

**3) 업무기인성**

① ⓐ i) 업무와 재해간 **상당인과관계가 없는 경우**

ii) **업무상재해 인정하지 않는다**고 하면서

ⓑ i) 업무와 재해간 **상당인과관계가 있는 경우**에만

ii) **업무상재해 인정**한다.

② **업무기인성(상당인과관계)**

㉠ **업**무와 **재**해간 **상당인과관계** 있는 것을 말한다.

㉡ 따라서 **판례**는

ⓐ (인과관계 **유무**)

i) **기존의 질병**이더라도

- **업무상 과로**가

- 질병의 주된 발병원인과 겹쳐서

- **질병을 악화**키시거나

ii) **기존 질병**이

- **업무과중**으로

- **자연진행** 정도를 **넘어** **급속**히 **악화**된 경우

iii) **재해**와 **업무**간 **상당인과관계** 있는 것으로 본다.

ⓑ (인과관계 **입증**)

i) 그리고

- 이러한 **인과관계**는

- **반드시** **의학**적·**자연과학**적으로 **입증하여야 하는 것**은 **아니**고

ii) **제반사정**을 **고려**하는 것만으로도

- **상당인과관계**가 **추단**되는 경우,

- **입증**이 **있는 것**으로 볼 수 있다.

ⓒ (인과관계 **판단기준**)

i) **인과관계 유무**는

ii) **보통평균인**이 **아니**라

ii) **당해 근로자**의 건강과 신체조건을 **기준**으로 **판단**하고 있다.

**4) 근로자의 고의과실이 없을 것**

**[산재법 제37조 제2항 본문]**

**[산재법 제37조 제2항 단서]**

**III. 사안의 경우**

**~~♥ 업무상재해 – 적용범위/근로자/특수형태근로자/산재법 제125조~~**

**I. 논점의 정리**

**II. 산재법 적용대상**

**1. 원칙: 근기법상 근로자**

i) **산재법**의 **적용**을 받는 자는

ii) **원칙적**으로 **근**로**기**준**법**상 **근로자**이다.

**[산재법 제5조 제2호 및 제6조]**

**2. 특수형태근로종사자**

① i) **[산재법 제125조 제1항]**에서는

ii) **계약**의 **형식**에 **관계없이**

iii) **근**로자와 **유사하게** **노무**를 **제공**함에도

iv) **근기법** 등이 **적용되지 아니하여**

v) **업무상 재해**로부터 **보호**할 **필요**가 있는 자(이하 ‘특수형태근로종사자’)에게도

vi) **산재법의 보호를 받도록 규정**하고 있다.

② i) 이렇게 산재법이 보호범위를 넓히고 있는 **취지**(이유)는

ii) **노무제공자**라면

iii) **계약의 형식**과 내용에 **관계없이**

iv) **재해**의 **위험**으로부터 **보호**하려는 데 있다.

**3. 애플리케이션 배달원**이 **산재법**의 **보호대상**에 해당하는지

① **[산재법 시행령 제125조 제6호]**

i) [산재법 시행령 제125조 제6호]에서는

ii) ‘**주로**’ **하나**의 **퀵서비스사업자**로부터 **업무**를 **의뢰받아 배송업무**를 **하는** **사람**을

iii) **[산재법 125조 제1항]**의 **보호대상**으로 **규정**하는데

② 여기서 **판례**는 ‘**주로**’ 즉, **전속성**에 **주목**하면서

ⓐ **애플리케이션 배달원**이

i) **다른** 배달업체의 **어플리케이션**을 **이용**할 **가능성**이 **있다거나**

ii) **다른** **사업장**의 배달**업무**를 **수행할** **가능성**이 **있다**는 사실만으로는

iii) **전속성**을 **부정**해서는 **안된다**고 보면서,

ⓑ i) **실제 하나의 사업장**에서만

ii) **업무를 받아 수행하는 자**가

iii) **업무 중 재해**를 입은 사안에서

iv) **업무상 재해 인정**하였다.

**III. 사안의 경우**

1. 사용종속관계 판단기준을 그대로 적용한다(① 내·취·상·시·장/② 소·독·손·보·계·전/③ 급·세·사) [↑](#footnote-ref-1)
2. “**판례**”는

   ⓐ 과반수 동의가 없는 **부적법한 취업규칙 불이익 변경**은 **효력을 가질 수 없고**

   ⓑ **개별적으로 동의한** **근로자**가 있다고 하더라도 **효력이 없다**고 판시한다.

   ⓒ 그 이유는

   i) 개별적으로 동의한 근로자에게 효력을 인정하게되면

   ii) 취규가 기업 내 규범으로서 획일적·통일적으로 규율하려는 원칙에 反하기 때문이라고 한다. [↑](#footnote-ref-2)
3. 사용자가 이(단협 소급동의)를 이유로 현재 재직중인 근로자에게 상여금 반환을 주장하는 경우 추가할 수 있는 하위목차

   (문제는 퇴직한 근로자 A, 현재 재직 중인 근로자 B로 이원화했을 것)

   **5) 이미 구체적인 지급청구권이 발생한 임금을 단체협약만으로 처분행위가 가능한지**

   **판례**는

   ① 이미 구체적인 지급청구권이 발생한 임금은

   ② 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이므로

   ③ 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상,

   ④ 단체협약만으로 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수 없다고 판시하고 있다. [↑](#footnote-ref-3)
4. GM대우, 전년도의 근무실적이 정해지면, 그 근무실적에 따라 개별근로자별로 지급총액을 정하고

   그 지급총액을 당해연도에 12등분하여 매월 급여일에 지급하는 방식이다. [↑](#footnote-ref-4)
5. ⓐ i) **[민법 538조 제1항]**의 채권자 ‘**귀책사유**’로 **채무자의 의무**가 **이행불능**된 경우

   ii) **채무자**는 **이행**의 **전부**를 **청구**할 수 있는 반면,

   ⓑ **[근기법 제46조 제1항]**에 따르면

   i) **사용자**가 그의 ‘**귀책사유**’로 인하여 **휴업**하는 경우에

   ii) **근로자**는 **평균임금의 100분의 70범위에서**만 **이행**을 **청구**할 수 있다.

   ⓒ **이는**

   i) **근기법**이 **근로자를 보호하는 특별한 법**인데도

   ii) 오히려 **민법**의 경우**보다 불리한 결과**를 **초래**하는 바,

   iii) **그** **입법취지**를 **벗어난다**고 할 것이므로

   ⓓ ‘**귀책사유**’의 **범위**를 **넓게 해석하는** 판례의 **입장** **타당하다**. [↑](#footnote-ref-5)
6. [민법 제138조] ① ⓐ **무효**인 법률행위 ⓑ **다른 법률행위 요건**을 구비하고, ⓒ i) **당사자**가 그 **무효를 알았더라면** ii) **다른 법률행위를 하는 것을 의욕**하였으리라고 **인정**될 때 ② **다른 법률행위로서 효력**을 가진다. [↑](#footnote-ref-6)
7. **전적**이란

   ⓐ 원기업과의 근로계약관계를 종료하고

   ⓑ 전적기업과 새로이 근로계약을 체결하여

   ⓒ 그 기업의 업무에 종사하는 것을 말한다. [↑](#footnote-ref-7)
8. **구속**

   ① i) 불구속 기속되고 **석방**되기 **전**,

   ii) 근로제공을 할 수 없는 경우로 **휴직 정당성 O**,

   ② i) 구속취소로 **석방**된 **후**,

   ii) 근로제공을 할 수 없는 경우가 아니고,

   iii) 근로제공 부적당한 경우도 아니어서

   iv) **휴직**명령 유지하는 처분 **정당한 이유 X** [↑](#footnote-ref-8)
9. 따라서 직위해제 시 직위해제에 대한 별도의 절차가 없다면, 징계절차를 거치지 않아도 무방하다(징계가 아니기 때문에) [↑](#footnote-ref-9)
10. (비진의 인정) 희망퇴직을 하지 않을 수 없을 정도로 부당한 영향력을 행사하여 희망퇴직을 신청하도록 하여 [↑](#footnote-ref-10)
11. (비진의 인정) 중관관리자들이 계속·반복적으로 퇴직권유 또는 종용하는 행위 [↑](#footnote-ref-11)
12. 위로금 [↑](#footnote-ref-12)
13. 근로자의 합의해지 청약에 의해 사용자가 새로운 인력을 고용한 경우에, 근로자가 합의해지의 청약을 철회하게 되면 사용자 불측의 손해입게 되는 바, 특별한 사정에 해당하여 철회 허용되지 않는다. [↑](#footnote-ref-13)
14. **부정설**

    ⓐ 기간제법과 갱신기대권 법리를 동시적용하면

    ⓑ i) 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하는 것을 면탈하는 경우뿐만 아니라

    ii) 실질적 기간제 근로계약 역시 기간 정함이 없는 근로자로 인정해야한다는 점에서

    ⓒ 부정하는 견해 [↑](#footnote-ref-14)
15. **긍정설**

    ⓐ 기간제법에는 갱신기대권을 배제한다는 명문의 규정이 없고,

    ⓑ i) 기간제법의 입법취지가

    ii) 동법 시행 이전에

    iii) 이미 형성된 근로자의 갱신기대권을 배제하거나 제한하는 것이 아니다는 점에서

    ⓒ 긍정하는 견해 [↑](#footnote-ref-15)
16. **사례**

    ① (목적) **선발 절차**가 **갱신기대권**을 **전면**적으로 **배제**하는 **조치**였다는 점

    ② (사업장의 여건) 갱신**거절**의 **경영상 필요**가 있는 충분한 **사정**을 **찾기 어렵다**는 점,

    ③ i) - 교향**악단**의 **설립취지**가

    - **시민들** 중 단원을 선발하는 등의 방법으로 **예술활동을 장려**하는 데 **있지** **않음에도**

    - **자격요건**을 **특정** **지역** **거주자**로 **한정**한 것은

    ii) **합**리적이고 **공**정한 **절차로** **보기** **어렵다**는 **점** 등을 종합하여 볼 때

    ④ i) **갱신 거절**이 **사**회**통**념상 **합**리적이고 **공정한 절차를 거친 것으로 보기 어려운 바**

    ii) **갱신 거절**에 **합리적 이유**가 **있다고 볼 수 없다** [↑](#footnote-ref-16)
17. 묵시적 근로관계(독종임제)고려 [↑](#footnote-ref-17)
18. 불법파견 [↑](#footnote-ref-18)