

노동법 - 임종률 교수님 12판 추록

p. 7 III. 우리나라 노동입법 과정 목차 및 내용추가

III. 우리나라 노동입법 과정

최저 근로조건의 강제와 단결활동의 인정·보호 등 선진국 노동법의 핵심적 요소는 상당부분 우리나라의 노동법에도 영향을 미쳤다. 이하 우리나라 노동입법의 개략적 과정을 살펴보기로 한다.

1. 초기의 노동입법

(1) 1953년 6·25 전쟁이 계속되는 가운데 임시수도 부산에서 노동조합법, 노동쟁의조정법, 근로기준법, 노동위원회법이 제정되었다.

노동조합법¹⁾에는 퇴직자(‘근로자 아닌 자’로 표현)의 가입 금지, 노동조합 설립의 신고, 노동조합의 규약과 기관운영의 기준, 규약·결의 변경 명령, 해산명령, 기업별 교섭의 강제, 사용자의 부당노동행위(현행법상 불이익취급 금지와 지배·개입에 해당) 금지와 이에 대한 처벌 등이 규정되었다.

노동쟁의조정법에는 쟁의행위의 민사면책, 쟁의기간 중의 대체근로 및 구속제한, 안전보호시설 정폐 등의 금지, 노동쟁의 발생신고와 냉각기간, 쟁의 찬반투표, 노동위원회의 알선·조정·중재, 공익사업에 대한 직권중재(행정관청의 요구나 노동위원회의 직권으로 결정) 등의 규정이 포함되었다.

근로기준법에는 휴업수당, 1일 8시간과 1주 48시간의 법정근로시간, 유급주휴일, 유급연·월차 휴가, 유급생리·출산휴가, 정당한 이유 없는 해고·징계 등의 금지, 근속연수에 따른 해고수당(노동위원회가 인정한 근로자의 귀책사유에 따른 해고 시는 제외) 등이 규정되었다.

(2) 군사쿠데타 세력의 집권 아래서 1961년부터 1963년 사이에 4개의 제정노동법이 전면 또는 대폭 개정되었다¹⁾.

노동조합법과 노동쟁의조정법에서 달라진 것은 조직 사업장의 노사협의회 설치, 복수노조의 금지, 조합비 제한, 기업별 교섭 강제의 삭제, 산업별 노조 산하단체의 교섭권, 부당노동행위의 확충(반조합계약과 단체교섭 거부 포함)과 그에 대한 구제절차(종전의 벌칙 삭제), 쟁의행위의 형사면책, 공익사업의 확대, 노동위원회의 쟁의 적법성 심사, 중재 시의 쟁의금지(직권중재 회부는 쟁의행위를 금지하는 효과), 긴급조정 등이다. 노사협조 아래 산업화를 추진하기 위하여 근로자의 단결활동, 특히 쟁의행위를 억제하려는 입법정책을 드러낸 것이다.

근로기준법에서 달라진 것은 특례업종에 대한 1주 단위 변형근로시간, 해고수당의 삭제, 해고의 예고, 퇴직금제도 등이다.

한편, 이 시기에 직업안정법, 산업재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’으로 약칭), 선원법이 제정되었다. 1967년에는 직업훈련법도 제정되었다.

2. 권위주의 시대의 노동입법

1) 1953년 제정 노동법은 산업화의 부진과 전후의 경제적 피해·빈곤 등으로 실질적 적용 기반이 취약한 상태였다. 이 점에서 60년대 개정 노동법을 초기적 노동법으로 분류할 수 있다.

(1) 유신체제 아래서 1973년부터 1975년 사이에 노동조합법, 노동쟁의조정법, 근로기준법 등이 개정되었다.

노동조합법과 노동쟁의조정법에서 달라진 것은 총회 의결사항에 노동쟁의포함, 산업별 단위노조 관련규정의 삭제, 단체협약 불이행에 대한 벌칙, 부당노동행위 구제명령 불이행에 대한 벌칙 강화, 국가·지방자치단체·국영기업·기간산업체에 대한 직권중재, 쟁의 적법성심사와 알선절차의 행정관청 이관 등이다.

근로기준법에서 달라진 것은 임금의 시효 연장, 임금채권 우선변제, 벌칙의 강화 등이다.

이 시기의 입법은 근로자의 단결활동은 억압하면서 개별 근로자의 경제적 이익은 두텁게 배려(때로는 과보호)하는 ‘채찍과 당근’ 정책의 특징을 가지고 있고, 노동법의 국제기준에 어긋나는 것이었다.

(2) 유신체제가 붕괴된 후 신군부 세력의 정치적 지배 아래 1980년에 노동조합법·노동쟁의조정법·근로기준법 등이 개정되고, 노사협의회법이 제정되었다. 1981년에는 산업안전보건법이 제정되었으며, 정부조직법 개정에 따라 보건사회부 소속 노동청이 노동부(2010년 고용노동부로 개명)로 독립·승격되었다.

노동조합법과 노동쟁의조정법에서 달라진 것은 노사협의회 규정의 삭제, 기업별 노조의 강제와 설립 최소 인원, 조합비 사용의 제한, 행정관청의 임원개선명령, 교섭권 위임의 제한, 행정관청의 단체협약 변경 명령, 유니언숍 협정의 금지, 국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체의 쟁의 금지, 사업장 외 쟁의 금지, 제3자 개입 금지, 직권중재 대상에 일반사업 포함(일반사업에도 쟁의행위 금지하는 효과) 등이다.

근로기준법에서는 임금채권 우선변제 순위의 인상, 퇴직금 차등제도 금지, 도급사업의 임금연대책임, 임금 체불에 대한 벌칙 강화 등이 달라졌다.

제정 노사협의회법에는 노동조합 유무에 관계없이 노사협의회 설치, 사용자의 보고 및 협의의무 등의 규정을 두었다.

이 시기 입법은 근로자의 단결활동을 심각하게 탄압하고 노동법의 국제기준을 무시하는 특징을 지니고 있다. 70년대에는 쟁의권 행사의 제약에 주력했지만, 이 시기의 노동입법은 단결권과 단체교섭권까지 제약하고 쟁의권 행사는 거의 불가능하게 만들었다. 이와 같은 퇴행적·후진적 요소 때문에 최악의 노동입법이라는 비판이 증폭되었다.

(3) 1986년 노동조합법과 노동쟁의조정법이 개정되고, 최저임금법이 제정되었다. 달라진 것은 조합비 사용 제한의 삭제, 행정관청의 노동조합 해산 명령 제한, 제3자 개입금지에서 상급단체 제외, 부당노동행위에 대한 벌칙(구제절차와 병존), 일반사업에 대한 직권중재의 삭제, 직장폐쇄의 대항성 요건 등이다. 그러나 노동악법의 본질적 부분은 제거되지 않았다.

3. 민주화 시대의 노동입법

(1) 1987년 6·29 선언으로 시작된 민주화 시대를 맞아 노동입법에도 개선의 노력이 나타나기 시작했다. 1987년에 노동조합법, 노동쟁의조정법, 근로기준법이 개정되었다.

노동조합법과 노동쟁의조정법에서 달라진 것은 해고자의 조합원자격 잠정적 인정, 기업별 노조 강제와 설립 최소 인원의 삭제, 교섭권 위임 제한의 완화, 유니언숍 협정의 허용, 국공영기업체에 대한 쟁의 금지의 삭제, 공익사업의 축소, 쟁의 적법성 심사의 삭제, 쟁의 알선의 노동위원회 이관, 노동쟁의의 사적 조정·중재 등이다. 이로써 1980년 입법의 퇴행적 요소는 상당부분 복원·시정되었다.

근로기준법에서 달라진 것은 임금 일부의 최우선 변제 등이다.

(2) 1988년에 남녀고용평등법(2008년에 '남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률'로 개정; 이하 '고용평등법'으로 약칭)이 제정되고, 1989년에 근로기준법이 다시 개정되었다.

고용평등법에는 고용·근로조건에 대한 남녀 차별의 금지, 동일노동·동일임금, 육아휴직 등이 규정되었다.

근로기준법에서 달라진 것은 5인 이상 사업장에 확대 적용, 취업규칙 불이익변경의 요건, 기피명부의 금지, 휴업수당의 인상, 1주 44시간으로 법정 근로시간의 단축, 유급연차휴가 확대, 부당해고·징계 등에 대한 행정적 구제 등이다.

(3) 1993년부터 1994년 사이에 고용정책 기본법과 고용보험법이 제정되었다. 경제사정의 변화에 대응하여 노동시장에서 적극적 고용정책을 펴기 위한 것이었다.

4. 세계화시대의 노동입법

(1) 세계무역기구(WTO) 출범에 따른 경제사정의 변화, 경제협력개발기구(OECD) 가입, 그리고 국제통화기금(IMF) 관리체제 등으로 노동법은 국제적 기준에 부합되면서 경제위기에 대처하도록 개정할 필요가 절실했다. 노사와 전문가가 참여하는 공론화 과정을 거쳐 1997년 노동조합 및 노동관계조정법(종전의 노동조합법과 노동쟁의조정법; 이하 '노조법'으로 약칭), 근로기준법, 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률(종전의 노사협의회법; 이하 '근로자참여법'으로 약칭), 임금채권보장법, 공무원직장협의회의 설립·운영에 관한 법률이 제정되었다. 또 1999년에는 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 '교원노조법'으로 약칭)이 제정되었다.

노조법에서 달라진 것은 복수노조 금지의 삭제와 사업장 단위 복수노조의 한시적 금지, 전임자 급여 지원의 금지와 한시적 시행 유예, 해고자의 조합원자격 인정 기간 축소, 국가·지방자치단체·국공영기업체의 쟁의 금지의 삭제, 사업장 외 쟁의 금지의 삭제, 제3자 지원의 제한(제3자 개입 금지의 삭제), 방위산업체 쟁의 금지의 축소, 쟁의기간 중 대체노동 금지의 완화, 살행이파업 금지, 파업기간 임금 목적의 쟁의 금지, 파업감시 및 직장점거의 제한, 파업기간 중의 긴급작업 수행, 알선과 조정의 통합, 조정의 전치(노동쟁의 발생신고와 냉각기간은 삭제), 직권중재 대상의 필수공익사업 한정 등이다.

근로기준법에서는 탄력적 근로시간제와 선택적 근로시간제, 재량근로 간주 시간제, 특례업종의 무제한 연장근로, 연·월차휴가의 대체, 정리해고의 제한, 퇴직금 중간정산 및 퇴직연금보험, 단시간 근로자의 근로조건 등이 달라졌다.

근로자참여법에서 달라진 것은 노동조합의 근로자위원 위촉 축소, 사용자의 합의 의무(의결할 사항), 임의중재 등이다.

노동위원회법에서 달라진 것은 중앙노동위원회 위원장의 위상·권한 강화, 노사위원 투표를 거친 공익위원 위촉, 공익위원이 담당분야 구분 등이다.

(2) 2003년 근로기준법이 개정되고, 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(이하 '외국인고용법'으로 약칭)이 제정되었다. 근로기준법에서 달라진 것은 주40시간으로 법정근로시간 단축, 탄력적 근로시간제의 단위기간 확대(1개월에서 3개월), 연장근로 등에 대한 보상휴가, 월차휴가의 삭제, 연차휴가의 요건 완화와 일수 확대, 생리휴가 무급화, 연차휴가 사용촉진 등이다.

(3) 2005년 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 '공무원노조법'으로 약칭)과 근로자퇴직급여 보장법(이하 '퇴직급여법'으로 약칭)이 제정되었다.

(4) 2006년 노조법·근로기준법·근로자참여법·파견근로자법이 개정되고, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'으로 약칭)이 제정되었다.

노조법에서 달라진 것은 규약 기재사항에 쟁의찬반투표 세부절차 포함, 직권중재 삭제와 필수

공익사업에 대한 필수업무의 유지, 쟁의기간 중 대체근로 제한의 완화, 제3자 지원 제한의 삭제 등이다.

근로기준법에서는 부당해고 등에 대한 벌칙의 삭제와 구제명령 불이행에 대한 이행강제금, 부당해고 등에 대한 금전보상 명령, 해고의 서면 통지 등이 달라졌다.

(5) 2010년 노조법이 개정되었다. 달라진 것은 사업장 단위 복수노조 금지의 삭제(복수노조 전면허용), 교섭창구 단일화의 절차와 방법, 전임자 급여 지원 금지의 시행과 근로시간면제 허용이다.

p.7 각주2) 본문 5줄 ‘집단적 노동관계법으로 양분’뒤로 변경

p.7 (2) 내용변경

(2) 노동법이 확충·발전되면서 개별적 노동관계법과 집단적 노동관계법의 어느 하나에 포섭되지 않는 제3의 영역이 등장했다. 노동위원회제도 또는 노동분쟁해결제도(나라에 따라서는 노동소송법이 확립되어 있기도 하다), 근로자의 경영참가 내지 노사협의회를 둘러싼 근로자와 사용자 사이의 관계를 규율하는 법(‘노사협의제도’, ‘경영참가제도’, ‘협동적 노사관계법’이라 부르기도 한다), 노동시장에서의 근로자의 구직과 사용자의 고용 등을 둘러싼 관계를 규율하는 법(‘고용증진제도’, ‘노동시장에 관한 법’이라 부르기도 한다)이 그렇다.

노동위원회제도는 절차법의 일환이라는 점에서 제3의 영역으로 분류될 수 있다. 게다가 우리나라 노동위원회는 노동쟁의 조정·중재나 부당노동행위구제절차 등 집단적 노동관계법에 관련된 기능을 담당하는 이외에, 부당해고·징계 등에 대한 구제절차나 기간제근로자 등에 대한 차별시정절차 등 개별적 노동관계법에 관련된 기능도 담당하도록 되어 있다²⁾. 이 점에서 노동위원회제도는 제3의 영역으로 분류해야 마땅하다.

노사협의제도는 사업장 전체 근로자를 대표하는 자들이 사용자와 만나도록 되어 있다는 점에서 집단적 성격이 있고 집단적 노동관계법에 포함시킬 여지도 있다. 그러나 노사협의회의 설치 자체가 강제되고 근로자의 단결활동과 별개의 것이라는 등 이질적인 요소가 많다는 점에서 제3의 영역으로 분류해야 할 것이다.

고용증진제도는 집단적 성격이 없다는 점에서 개별적 노동관계법에 포함시킬 여지도 있다. 그러나 근로자 개인과 사용자의 관계보다는 근로자 개인과 국가, 사용자와 국가의 관계에 규율의 중점이 있다는 점에서 이 역시 노동법의 제3의 영역으로 분류된다.

p. 8. 12줄 “그 밖의 부문 뒤” (···) 삭제

p. 9. 12줄 “전법체계”를 “전체 법체계”로 변경

p. 13. 17줄 “고용보험법상의 … 속한다.”를 “고용보험법의 고용안정·직업능력개발 사업에 관한 규정, 고용평등법의 여성 고용 촉진에 관한 규정 등도 이에 속한다.”로 변경

p. 13. 19줄부터 p. 14. 1줄까지 삭제

2) 1953년 근로기준법은 근로자의 귀책사유에 따른 해고 여부, 업무상 재해에 근로자의 중대한 과실 유무, 재해보상 이의 심사 등을 노동위원회가 담당하도록 규정했다.

p. 29. 16줄 “의미한다고 해석한다.”를 “의미한다.”로 변경

p. 29. 18줄 “도급·위임계약에 따라” 삭제

p. 30. 4줄 “사업이나 사업장에” 삭제

p. 30. 5줄 “사업이나 사업장에” 삭제

p. 32. 3줄 “고용정책 기본법”을 “고용평등법”으로 변경

p. 32. 4줄 “(고기 2조)”를 “(고평 2조 4호)”로 변경

p. 32. 5줄 “임금을 목적으로 사업주에”를 “임금을 목적으로 사업주에게”로 변경

p. 32. 9줄 “ 사업주에 고용되어”를 “사업주에게 고용되어”로 변경

p. 32. 13줄 “고용정책 기본법”을 “고용평등법”으로 변경

p. 32. 15줄 “실업자가 … 문제된다.” 삭제

p. 32. 17줄 “고용정책 기본법”을 “고용평등법”으로 변경

p. 33. 24줄 ~ p. 35. 14줄 내용변경

이에 관하여 판례는 오래전부터 ① 사용자가 업무의 내용을 결정하고 업무수행 과정에서 구체적·개별적인 지휘·감독을 하는지, ② 취업규칙 등이 적용되는지, ③ 사용자가 근무시간·장소를 지정하고 노무제공자가 이에 구속받는지, ④ 노무제공자가 스스로 비품·원자재·작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하거나 업무에 따른 수익·손실의 위험을 스스로 지는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 할 수 있는지, ⑤ 보수의 노무대가성 유무와 기본급·고정급 유무, ⑥ 노무제공 관계의 계속성과 상대방에의 전속성 유무와 정도, ⑦ 근로소득세의 원천징수와 사회보장법상 근로자 지위의 인정 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다고 한다³⁾.

최근의 판례는 이 기초를 견지하면서도 ⑧ 기본급·고정급 유무, 근로소득세의 원천징수와 사회보장법상 근로자 지위의 인정 여부 등은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에 그러한 조건들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정해서는 안 된다고 덧붙이고, ①의 ‘구체적·개별적인 지휘·감독’을 ‘상당한 지휘·감독’으로 하는 등 종전의 판단 기준을 부분적으로 수정·보완하고 있다⁴⁾.

이와 같은 판단 기준에 따라 판례는 신문사의 광고판매원⁵⁾이나 신문판매원⁶⁾, 안마시술업소에

3) 대판 1996. 4. 26. 96다20348이 대표적 판례이다.

4) 대판 2006. 12. 7. 2004다29736이 대표적인 판례이다. 한편, 대판 2008. 2. 1. 2007다49625는 ⑧의 판단요소는 부수적·형식적 징표에 해당하여 한정적으로 고려해야 한다고 판시하였다.

5) 대판 2009. 3. 12. 2008다86744.

6) 대판 1996. 10. 29. 95다53171.

서 일하는 맹인안마사⁷⁾, 방송사에 전속되어 일하는 교향악단원⁸⁾, 방송사의 드라마제작국에서 노무를 제공하고 기본일당과 시간외 수당을 보수로 받는 외부제작요원⁹⁾, 영상취재요원(VJ)¹⁰⁾, 의류제조업체의 작업현장에서 일하면서 사업자등록을 하고 작업량에 따라 보수를 받는 의류봉제원¹¹⁾, 레미콘회사가 제공하는 차량으로 원자재를 운송하고 운송물량에 따라 보수를 받는 운전기사¹²⁾, 자기 소유 차량으로 학생을 통학시키고 어학원에서 정액의 보수를 받는 운전기사¹³⁾, 제조업체 생산물품을 자기 소유 트럭으로 운송하고 물량에 따라 보수를 받는 운전기사¹⁴⁾ 대해서는 근로기준법상의 근로자로 인정한다.

이에 대하여 보험회사나 우체국 등에 전속되어 업무 실적에 따라 보수를 받는 보험설계사나 보험관리인 등¹⁵⁾, 유흥업소에서 주인의 지시에 따라 고객에게 서비스를 제공하는 접대부¹⁶⁾, 특정 회사의 학습지를 이용하여 방과 후 학생을 방문·지도하는 교사¹⁷⁾, 골프장 내장객의 경기를 보조하는 캐디¹⁸⁾, 레미콘회사에 전속되어 운송 단가에 따라 보수를 받는 레미콘 운송차주 겸 운전기사¹⁹⁾, 자기 소유의 트럭을 운수회사에 지입하고 화물을 운송하는 화물차 지입차주 겸 운전기사²⁰⁾, 홍익회의 판매대에서 물품을 팔고 성과에 따라 보수를 받는 영업원²¹⁾, 간병인 협회에 소속되어 소개받은 환자를 위하여 일하고 환자로부터 보수를 받는 간병인²²⁾에 대해서는 근로기준법상 근로자가 아니라고 본다.

한편, 입시학원 또는 미용학원에서 수강 인원에 따라 보수를 달리 받는 강사²³⁾, 신용정보회사에 전속되어 채권추심 업무를 수행하고 실적에 따라 보수를 받는 채권추심원²⁴⁾에 대해서는 상반되는 결론을 보이고 있다.

p. 36. 각주4) “고용평등법, 산재보험법, 임금채권보장법, 고용보험법 등의 경우에는 ‘사용자’라는 용어 대신에 ‘사업주’라는 용어를 사용하고 있다.”로 변경

p. 36. 15줄. “(임채 2조, 고령 2조, 산안 2조, 장애 2조)”를 “(임채 2조, 산안 2조 등)”로 변경

7) 대판 1992. 3. 26, 92도674.

8) 대판 1997. 12. 26, 97다17575.

9) 대판 2002. 7. 26, 2000다27671.

10) 대판 2011. 3. 24, 2010두10754.

11) 대판 2009. 10. 29, 2009다51417.

12) 대판 2010. 5. 27, 2007두9471.

13) 대판 2007. 9. 6, 2007다37165.

14) 대판 2013. 4. 26, 2012도5385.

15) 대판 2000. 1. 28, 98두9219; 대판 2013. 6. 27, 2011다44276.

16) 대판 1996. 9. 6, 95다35289.

17) 대판 1994. 12. 9, 94다22859; 대판 1996. 4. 26, 95다20348.

18) 대판 1996. 7. 30, 95누13432.

19) 대판 1997. 2. 14, 96누1795; 대판 2003. 1. 10, 2002다57959.

20) 대판 1996. 11. 29, 96누11181; 대판 2013. 7.11, 2012다57040.

21) 대판 2000. 11. 24, 99두10209.

22) 대판 2009. 3. 12, 2009도311.

23) 대판 1996. 7. 30, 96도732는 근로자성을 부인하고, 대판 2006. 12. 7, 2004다29736; 대판 2007. 9. 7, 2006도777은 근로자성을 인정한다.

24) 대판 2009. 5. 14, 2009다6998은 근로자성을 부인하고, 대판 2010. 4. 15, 2009다99396은 근로자성을 인정한다.

p. 37. 10줄 “미성년자 또는 금치산자를”을 “미성년자 또는 피성년후견인을”으로 변경

p. 44. 10줄 “청원경찰도 … 할 수 없다.” 삭제

p. 50. 각주1) 4줄 “선진국의 … 할 것이다” 내용변경

선진국의 입법례에 따라 근로자가 아닌 자에 대한 규정을 삭제하여 퇴직자나 실업자의 조합원 자격 인정 여부를 노동조합에 맡겨야 할 것이다. 설혹 기업별 단위노조에 한하여 조합원자격을 재직자로 제한하기로 하더라도 노동조합의 요건이 아닌 별도의 규정에 두어야 할 것이다.

p. 55. 각주2) 삭제

p. 56. 21줄 “게다가 … 우려도 있다.” 내용변경

게다가 사용자를 상대로 사실관계를 조회하는 등의 방법으로 조사를 하게 되면 신고증 교부 전에는 사용자에게 비밀이 되어야 할 사항(설립총회 개최사실, 참석자, 설립신고서 제출 사실 및 내용 등)이 사용자에게 누설되어 방해를 받을 우려도 있다.

p. 56. 각주 3) 삭제

p. 58. 13줄 추가

라. 사용자에 대한 통보

행정관청은 노동조합에 신고증을 교부하거나 신고증 교부의 철회를 통보한 때에는 지체없이 그 사실을 관할 노동위원회와 해당 사업 또는 사업장의 사용자나 사용자단체에 통보해야 한다 (영 9조 3항). 사용자측에도 통보하도록 한 것은 노동조합과의 단체교섭 등에 대비하도록 하려는 것이다. 사용자측에 대한 통보 대상에 설립신고서의 접수, 보완 요구 또는 신고서 반려 등의 사실은 포함되지 않는다. 이러한 사실을 통보했을 때 노사간에 불필요한 갈등 또는 사용자의 부당노동행위를 유발할 위험이 있기 때문이다.

p. 60. 각주 1) 삭제

p. 63. 19줄 “결산결과와 운영상황을 보고해야 한다.”에 각주1) 추가

각주1) 현재 2013. 7. 25, 2012헌바116은 이 보고를 하지 않은 자에 대하여 과태료를 부과하는 벌칙 규정이 헌법에 위반되지 않는다고 결정했다.

p. 64. 각주 1) 삭제

p. 68. 각주 1) 삭제

p. 72. 3줄 “일반적으로 … 문언으로 체결된다.”부분 내용변경

일반적으로 “종업원은 다음의 경우를 제외하고는 모두 노동조합의 조합원이 되어야 하며, 사용자는 노동조합에 가입하지 않거나 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고해야 한다.”는 문언으로 체결된다.

p. 72. 각주1) “이로써…”이하 삭제

p. 78. 21줄 “그러나 …조합자치에 맡기고 있다.”부분 내용변경

그러나 민법상 법인의 경우처럼 업무감사의 권한까지 가지는 감사를 둘 것인지는 조합자치에 맡기고 있다.

p. 82. 14줄 “근로시간 면제 한도는 … 정할 수 있다.” 내용변경

근로시간 면제 한도는 근로시간면제 심의위원회가 3년마다 사업 또는 사업장의 전체 조합원 수 등을 고려하여 심의·의결한 바에 따라 고용부장관이 고시한다(노조 24조 4항, 24조의2 2항). 근로시간 면제 한도를 정할 때에는 조합원 수 외에 해당 업무의 범위도 고려하고, 면제되는 시간과 이를 사용할 수 있는 인원으로 정할 수 있다(영 11조의2).

p. 82. 각주 3)은 그대로, 각주 4)는 삭제

p. 97. 21줄 “인정되는 경우” 뒷부분에 추가

(흔히 ‘휴면노조’라 부른다)

p. 97. 22줄 “규약에서의 해산사유는 … 중복·저축되지 않는 것으로서” 내용변경

‘규약에서 정한 해산 사유’는 다른 해산 사유와 중복되지 않는 것으로서

p. 98. 3줄 “‘노동조합의 임원이 없고, … 의결을 받아야 해산된다.” 부분 내용변경

휴면노조의 요건 중 ‘노동조합으로서의 활동을 1년 이상 하지 않은 것으로 인정되는 경우’란 계속하여 1년 이상 조합원으로부터 조합비를 징수한 사실이 없거나 총회 또는 대의원회를 개최한 사실이 없는 경우를 말한다(영 13조 2항). 노동위원회는 휴면노조에 관한 의결을 할 때에 휴면노조의 요건을 이미 갖춘 이후의 활동을 고려해서는 안 된다(영 13조 3항). 노동위원회의 의결을 앞두고 활동을 잠시 재개하여 해산을 모면하려는 술책을 방지하려는 것이다. 휴면노조는 행정관청이 노동위원회의 의결을 받은 때에 해산된 것으로 본다(영 13조 2항).

p. 98. 7줄 “해산사유가 … 신고해야 한다.” 부분 내용변경

해산 사유가 발생한 경우 노동조합의 대표자는 해산한 날부터 15일 이내에 행정관청에 신고해야 한다(노조 28조 2항; 위반하면 96조 2항의 과태료 부과). 행정관청은 해산신고를 받았거나 휴면노조에 대한 노동위원회의 의결이 있으면 지체 없이 그 사실을 관할 노동위원회(해산신고를 받은 경우만)와 해당 사용자나 사용자단체에 통보해야 한다(영 13조 4항).

p. 98. 각주2), 각주3), 각주4) 삭제

p. 106. 10줄 “그에 대응하는”을 “대응하는”으로 변경

p. 106. 18줄 “그에 대응하는”을 “대응하는”으로 변경

p. 107. 2줄 “그에 대응하는”을 “대응하는”으로 변경

p. 108. 6줄 “광의로는 … 포함한다.” 내용변경

광의로는 사실행위를 통하여 합의된 결과에 대한 단체협약의 체결이라는 법률행위도 포함한다.

p. 108. 각주2) “저자도 … 수정한다.” 내용삭제

p. 114. 23줄~28줄 “노동조합이 과반수 … 결정한다.”까지 내용삭제

p. 114. 각주2) 삭제

p. 124. 각주1) “저자는 … 종전의 설명을 수정한다.”까지 내용삭제

p. 128. 각주3) 삭제

p. 128. 15줄 “단체교섭의 대상이 된다고 보아야 한다.” 뒤에 각주3) 추가

각주3) 김형배, 832; 이병태, 243; 김유성 II, 145. 도 재판 2003. 12. 26, 2003두8906은 일반적으로 구성원인 근로자의 노동조건이나 그 밖의 대우 또는 해당 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항은 단체교섭의 대상이 된다고 한다. 그러나 대법원이 이로써 종전의 일부 부정적 입장을 변경한 것인지는 분명하지 않다.

p. 128. 각주4) 1줄~ 6줄 “김형배 … 분명하지 않다. 한편,”까지 삭제

p. 130. 각주1) 삭제

p. 133. 각주2) 삭제

p. 149. 17줄 “부분으로 한정한다.” 뒤 내용추가

그리고 취업규칙이 무효가 된다는 것은 단체협약의 적용을 받는 자에게 취업규칙을 적용하지 않는다는 의미에서 그렇다는 것이지 취업규칙이 단체협약의 적용을 받지 않는 자까지 포함하여 모든 근로자에게 무효가 된다는 것을 의미하는 것은 아니다.

p. 145. 5줄 “무효가 된 근로계약의 부분”을 “근로계약 중 무효가 된 부분”으로 변경

p. 146. 각주2) “이로써 … 수정한다.”까지 삭제

p. 148. 1줄 “제반 조건”을 “여러 사정”으로 변경

p. 151. 각주1) 4줄 “한정했다.” 뒤 내용추가

그러나 단체협약 불이행은 노동위원회의 견해제시(노조 34조)나 민사소송 등을 통하여 해결될

수 있는데, 이를 처벌하도록 한 것은 선진국에서는 찾아보기 힘든 과격한 입법이라고 생각한다.

p. 153. 각주1) 3줄 “이로써 … 수정한다.” 삭제

p. 158. 7줄 “단체협약에 위반하여”를 “단체협약의 인사절차 조항에 위반하여”로 변경

p. 158. 12줄 “절차상의”를 “해고나 징계에 절차상의”로 변경

p. 158. 각주4) 3줄 “이례적이다.” 뒤 내용추가

그러나 조합 간부의 해고에 대해서는 사전 합의, 조합원의 해고에 대해서는 사전 협의를 각각 거치도록 규정한 경우에 조합 간부에 대한 ‘합의’를 ‘협약’의 의미로 보아서는 안 된다(대판 2012.6.28, 2010다38007).

p. 178. 17줄 “부당노동행위 구제절차를”을 “부당노동행위 구제절차 등을”로 변경

p. 191. 5줄 “노동관계 당사자 사이”를 “당사자 사이”로 변경

p. 191. 16줄~17줄 수정

둘째, 당사자는 사적 조정을 하기로 한 때에도 노조법의 조정전치 및 조정기간에 관한 규정(기간은 조정을 시작한 날부터 계산)은 준수해야 한다(3항 1호).

p. 191. 22줄 “쟁의행위를 유보하고”를 “쟁의행위 돌입을 보류하고”로 변경

p. 193. 9줄 “대항행위라는 점에서 본래의 쟁의행위는”을 “대항행위라는 점에서 헌법상 단체 행동권에 따라 보장되는 본래의 쟁의행위는”으로 변경

p. 194. 각주2) “대판 … 수정한다.”까지를 “저자도 한때 그렇게 주장했었다.(임종률, 쟁의, 13 이하).”로 변경

p. 199. 각주4) 3줄 “이로써 … 수정한다.”까지 삭제

p. 201. 각주1) 삭제

p. 201. 8줄 “행위이고”를 “행위에”로 변경

p. 201. 9줄 “채무불이행(계약위반)”을 “채무불이행(계약위반)에”로 변경

p. 201. 10줄 “불법행위”를 “불법행위에”로 변경

p. 201. 17줄부터 p. 202. 1줄까지 수정

(1) 형법 제20조(정당행위)의 규정(형법 제20조)은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위, 그 밖의 행위로서 근로조건 유지·개선(이와 불가분의 관계에 있는 것 포함)의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용하며, 다만 폭력이나 파괴행위는 어떤 경우에도 정당한 행위로 해석되어서는 안 된다(노조 4조).

p. 202. 각주1)의 위치를 p. 201 18줄 “목적”뒤로 변경

p. 202. 각주4)의 위치를 p. 202 7줄 “규정이다.”뒤로 변경

p. 202. 8줄~9줄 삭제

p. 202. 10줄부터 내용추가

(2) 정당성을 갖추지 못한 쟁의행위에 대하여 업무방해죄를 적용하여 처벌하는 경우가 많다.²⁵⁾ 특히 단순한 파업, 즉 집단적 노무제공 거부에 대하여 판례는 오랫동안 당연히 업무방해죄가 성립된다고 보았다.²⁶⁾ 단순한 파업이 업무방해죄의 요소인 ‘위력’에 해당하는지가 문제됨에 따라, 최근에 대법원은 이를 원칙적으로 긍정하면서도, 근로자에게 쟁의권이 보장되어 있으므로 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것은 아니고 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사업운영에 막대한 혼란·손해가 발생하는 등 사업 계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에만 위력에 해당한다고 판결했다.²⁷⁾

p. 202. 각주2) 삭제

p. 203. 각주1) 삭제

p. 203. 16줄 “하도급 줄 수 없다.”뒤에 각주1) 추가

파견근로자법은 파견사업주가 쟁의행위 중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하는 것은 금지하고 있다(파견 16조 1항). 대체근로 제한의 실효성을 확보하기 위하여 파견사업주에게 별도의 의무를 과한 것이다.

p. 204. 각주4) 삭제

p. 205. "다. 근로자파견의 금지"내용 전부 삭제

p. 206. "가. 공무원·교원의 쟁의 금지"내용 전부 삭제

25) 선진국에서는 쟁의행위가 정당성을 결여하더라도 민사책임을 묻는 데 그치고 형사처벌에 이르는 사례는 거의 없다.

26) 대판 1991.4.23, 90도2771; 대판 2006.5.25, 2002도5577 등.

27) 대판 2011.3.17, 2007도482(전합) 이에 따라 대판 2011.10.27, 2009도3390(근로자 100명 중 2명이 파업에 참가); 대판 2012.1.27, 2009도8917(노조의 요구와 정면으로 대립하는 성과급 실시로 파업의 돌입을 충분히 예상할 수 있는 사정); 대판 2012.4.26, 2010도5392(근로자 182명 중 9명이 파업에 참가)는 업무방해죄의 성립을 부정하고 있다.

p. 206. 각주1) 추가

공무원 노조법 및 교원노조법은 공무원 노동조합과 그 조합원 및 교원 노동조합과 그 조합원의 쟁의행위를 금지하고 있다(공노 11조, 교조 8조). 한편 경비업법은 공항·항공기·항만·원자력 발전소 등 국가중요시설의 경비 및 도난·화재 그 밖의 위험발생을 방지하는 업무에 종사하는 특수경비원에 대하여 쟁의행위를 전면 금지하고 있다(경비업법 2조, 15조 3항, 영 2조). 현재 2009.10.29, 2007헌마1359는 이 규정이 헌법에 위반되지 않는다고 한다.

p. 207. 각주1)의 위치를 p. 206. 23줄 “(41조 2항; 위반하면 88조의 형벌부과)”뒤로 변경

p. 207. “라. 특수경비원의 쟁의금지” 내용 전부 삭제

p. 207. 각주2) 삭제

p. 208. “4. 방법에 따른 제한”뒤 각주1) 추가

선원법은 ① 선박이 외국 항에 있는 경우, ② 여객선이 승객을 태우고 항해 중인 경우, ③ 위험물 운송을 전용으로 하는 선박이 항해 중인 경우로서 위험물의 종류별로 시행규칙으로 정하는 경우, ④ 선박에 위험이 생길 우려가 있어 선장이 선박의 조종을 직접 지휘하여 항해 중인 경우, ⑤ 어선이 어장에서 어구를 내릴 때부터 냉동처리 등을 마칠 때까지의 일련의 어획작업 중인 경우, ⑥ 그 밖에 선원근로관계에 관한 쟁의행위로 인명이나 선박의 안전에 현저한 위해를 줄 우려가 있는 경우에 선원의 쟁의행위를 금지하고 있다(25조). 선박이 외국 항에 있는 경우에 쟁의행위를 금지한 것은 쟁의행위 중에도 타결을 우위한 단체교섭이 필요하지만 사용자는 국내에 있고 근로자는 외국에 머무르는 상태에서 교섭의 필수 요소인 쌍방 회동 자체가 불가능하기 때문인 듯하다.

p. 213. 9줄 “예컨대 필수업무를 대체근로 제한에”를 “예컨대 대체근로 제한에”로 변경

p. 215. “사. 선원 업무에 대한 쟁의 제한” 내용 전부 삭제

p. 216. 7줄 “(사후조정 제외)”를 “(조정과 중재 절차; 사후조정 제외)”로 변경

p. 216. 12줄~16줄 내용변경

이 규정에서는 조정 ‘또는’ 중재 절차가 아니라, 조정 ‘내지’ 중재 절차를 거쳐야 한다고 표현되어 있다. 문언 그대로 조정 이외에 중재도 거쳐야 한다면 이는 중재 신청을 강제하는 것이고 쟁의권을 제한하는 불합리한 결과가 된다. 이 때문인지 실무상으로도 조정 ‘또는’ 중재를 거치라는 의미로 이해되고 있다. 쟁의행위를 하려는 노동조합의 입장에서는 요건이 엄격하고 구속력을 가지는 중재를 당연히 기피하게 되고, 그 결과 調整의 전치는 사실상 調停의 전치를 의미하는 것이 되었다.

p. 218. 각주2) 판례 추가

대판 2012.1.27, 2009도8917. 또 대판 2013.2.15, 2010두20362는 적법한 절차를 거쳐 임금

인상 등 주된 목적을 위한 쟁의행위가 진행되는 동안 회사 매각 금지의 새로운 요구가 추가되었다 하여 다시 찬반투표 등 절차를 거쳐야 하는 것은 아니라고 한다.

p. 221. 각주1) 내용변경

쟁의행위의 주체 및 시작 시기·절차를 쟁의행위의 수단·방법에 포함시켜 설명할 수도 있다(예 : 임종률, 쟁의, 26 이하)

p. 222. 각주4) “또 … 수정한다.” 삭제

p. 236. 각주1) “한편 … 수정한다.” 삭제

p. 230. 각주6) 삭제

p. 233. 각주2) 삭제

p. 240. 7줄 “ 사실적 실체이고”를 “사실적 실체이기 때문에”로 변경

p. 244. "A. 일부삭감설“부터 P. 247. 7줄 내용변경

(1) 임금의 법적 성질에 관하여 임금2분설에 따르는 경우, 파업참가 기간에 대하여 그때그때의 현실적 근로제공에 대한 대가로 지급되는 교환적 임금만 삭감할 수 있고 근로제공과는 무관하게 근로자로서의 지위에 대한 대가로 지급되는 보장적 임금(흔히 거론되는 것은 가족수당이나 통근수당 등)은 삭감할 수 없다는 결론에 이른다²⁸⁾.

그러나 대법원 전원합의체 판결²⁹⁾이 밝힌 바와 같이, 모든 임금은 근로의 대가이므로 임금2분설에서 주장하는 생활보장적 임금이란 있을 수 없고(임금일체설), 따라서 파업참가 기간에 대하여 반대의 특약이나 관행이 없는 이상 어떤 명목의 임금이든 모두 삭감할 수 있다. 다만, 취업규칙 등에서 특정 명목의 임금은 평상시의 결근자에게도 삭감하지 않고 지급하도록 규정한 경우에 파업참가자에 대하여 그 임금도 삭감할 수 있는지가 쟁점이 된다. 이 판결에서는 쟁의행위가 집단적 투쟁행위로서 평상시의 결근과 같은 개별적 행위와는 전혀 다른 것이라는 등의 이유를 들어 삭감할 수 있다고 한다.

(2) 확실히 임금은 모두 근로의 대라이므로 파업참가자에 대하여는 원칙적으로 어떤 명목의 임금이든 삭감할 수 있다. 그러나 파업참가자에 대하여 특정의 임금을 삭감할 수 있는지 여부에 관하여 명시적으로 정하지 않은 경우에는 무노동이라는 점에서 파업과 성질이 비슷한 평상시의 결근 등에 대하여 특정 명목의 임금을 삭감하도록 되어 있는지에 관한 근로계약(취업규칙이나 관행 포함)의 내용을 유추적용해야 할 것이다(계약해석설)³⁰⁾.

물론 파업은 집단적 투쟁으로서 개인적 사정에 따른 평상시의 결근과 다르다. 문제는 이러한 차이 때문에 임금에 관하여 결근과 파업참가를 달리 취급할 수 있는가에 있다. 임금 지급액을

28) 이광택, “무노동무임금” 월간 신동아, 1990.3, 318; 本多淳亮, 賃金·退職金·年金(勞働法 實務大系 13), 1976, 28 등 참조.

29) 대판 1995.12.21, 94다26721(전합).

30) 이병태, 400; 김유성 II, 305-306; 박홍규(2), 416; 임종률, 앞의 “파업참가기간과 임금의 삭감,” 35 이하. 또 종전의 판례(대판 1992.6.23, 92다11466; 대판 1992.3.27, 91다36307)도 외형상으로는 임금2분설에 따른 것으로 보이지만, 실질적으로 계약해석설에 따른 것이다.

달리 하려면 양자가 근로제공에 관하여 차이가 있어야 하는데, 파업참가와 결근은 근로제공의 중단 또는 무노동 무임금의 원칙에 따른 것이 아니라 파업참가를 이유로 한 제재로서의 의미를 가지게 되어 심히 불공정하게 된다. 더구나 근로자가 참가한 파업이 정당한데도 결근자에게는 삭감하지 않는 특정의 임금을 파업참가자에 대해서만 삭감한다면, 이는 정당한 단체행동의 참가를 이유로 한 불이익취급(81조 5호)으로서 부당노동행위가 성립될 수도 있다.³¹⁾

p. 267. 각주1) “저자도 … 수정한다.” 삭제

p. 274. 22줄~23줄 “같은 종류의 사례에서 조합원의 비율이 현저히 높은 경우”를 “같은 종류의 사례에서 불이익처분을 받은 근로자 중 조합원의 비율이 현저히 높은 경우”로 변경

p. 282. 20줄 “사용자의 의견표명은”을 “사용자의 연설·게시문·편지 등을 통한 의견표명은”으로 변경

p. 283. 1줄~9줄 내용변경

사용자의 발언은, 일반적인 노사관계의 존재방식에 관한 것이든 노동조합의 구체적 방침이나 활동을 비판하는 것이든, 미국에서 법률로 규정한 것처럼³²⁾ 보복이나 폭력의 위협 또는 이익의 제공이 포함되어 있지 않는 이상 지배·개입이 성립하지 않는다고 보는 견해가 있다.³³⁾ 이에 대하여 사용자의 반조합적 발언이 시민의 일원으로서 한 것이 아니라 약자인 종업원에 대한 우월한 지위에서 한 위압적 발언이면, 보복이나 폭력의 위협 등이 포함되어 있지 않더라도 지배·개입이 성립된다고 보는 견해도 있다.³⁴⁾

p. 284. 2줄 “사장이”를 “사용자가”로 변경

p. 284. 8줄 뒤 내용추가

판례는 회사 간부가 파업의 적법성 여부와 회사나 근로자에 미치는 파업의 영향 등에 관하여 설명하는 행위는 거기에 보복의 위협 또는 이익제공의 약속 등이 포함되어 있거나 노동조합의 자주성을 해칠 수 있는 요소가 연관되어 있지 않다면 지배·개입이 성립되지 않는다고 한다.³⁵⁾

p. 288. 10줄~17줄 내용변경

(1) 구제신청은 소정 서식의 구제신청서에 따라야 하고, 신청서에는 ①근로자의 성명·주소(노동조합일 경우에는 그 명칭, 대표자의 성명, 주된 사무소의 소재지), ②사업주의 성명·주소(근로자가 본사·본점에 소속되어 있지 않은 경우에는 소속 사업장의 명칭·주소·대표자 성명 등 포함), ③신청 취지(근로자나 노동조합이 구제받고자 하는 사항), ④신청 이유(사건 경위와 부당

31) 임종률, 앞의 “파업기간중 임금지급에 대한 대법 판결,” 41: 菅野和夫, 646-647.

32) 미국의 Taft-Hartley법 8조 c에서 사용자의 발언은 ‘보복이나 폭력의 위협 또는 이익의 약속’을 포함하지 않는 이상 부당노동행위를 구성하지 않는다고 규정하고 있다.

33) 山口浩一郎, 労働組合法, 1983, 89.

34) 김형배, 1051.

35) 대판 2013.1.10., 2011도15497(파업이 임박한 시점에서 회사 간부가 직원들을 상대로 파업관련 순회설명회를 하려고 건물에 들어가려는 것을 노동조합이 위력으로 저지하여 업무방해죄로 기소된 사건으로서 설명행위가 업무에 해당하는지와 관련).

한 이유), ⑤신청일자를 기재해야 한다(노위칙 39조).

신청 취지는 민사소송의 청구 취지처럼 엄격하게 해석할 것은 아니고 신청의 전체 취지로 보아 어떠한 내용의 구제를 구하고 있는지를 알 수 있을 정도면 되는 것으로서, 노동위원회는 그 재량으로 신청된 구체적 사실에 대응하여 적절·타당하다고 인정되는 구제를 명할 수 있으므로 신청서에 구제의 내용이 구체적으로 특정되어 있지 않더라도 부당노동행위를 구성하는 구체적인 사실을 주장하고 있다면, 그에 대한 구제도 신청하고 있는 것으로 보아야 한다.³⁶⁾

p. 288. 각주1) “이로써 … 수정한다.” 삭제

p. 296. 각주3) 대판 2012.3.28, 2012두4036. 추가

p. 300. 18줄~19줄 “확정된 구제명령에 대한 벌칙 적용”을 “확정된 구제명령의 불이행에 대한 벌칙 적용”으로 변경

p. 302. 6줄 뒤 내용추가

중앙노동위원회는 해당 사건의 근로자나 노동조합의 요청에 따라 이행명령 신청 여부를 결정해야 한다(노위칙 96조). 중앙노동위원회가 이행명령을 직권으로 신청할 수는 없다.

p. 302. 각주1) 삭제

p. 302. 16줄 “법원이 소명자료에서”를 “법원이 제출받은 심사 기록이나 소명 자료에서”로 변경

p. 312. “제7장 공무원·교원의 단결활동”을 “제7장 교원·공무원의 단결활동”으로 변경

p. 312. 4줄 “공무원과 교원도 근로자이지만”을 “공무원과 교원도 근로자로서 단결활동이 허용되어야 하지만”으로 변경

p. 312. 5줄 “그 단결활동권에 관해서는 일반근로자와 달리”를 “그 단결활동에 대해서는 일반근로자의 경우와 달리”로 변경

p. 312. 8줄~12줄 내용변경

그럼에도 불구하고 국가공무원법 등은 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’(현업공무원)의 경우를 제외하고 공무원의 노동운동³⁷⁾을 금지해 왔다(국가공무원법 66조 1항, 지방공무원법 58조 1항).³⁸⁾ 그 결과 노동운동이 허용되는 공무원의 범위가 불합리하게 좁고 국제적 기준에 부합되

36) 대판 1999.5.11, 98두9233.

37) 공무원법령상 ‘노동운동’이란 그 근거가 되는 헌법 제33조 제2항의 취지에 비추어 근로자의 근로조건 향상을 위한 단결권·단체교섭권·단체행동권을 행사하는 조직적 활동을 말한다. 따라서 노동조합에 가입하지 않은 자가 각종 집회 등을 개최·주관하거나 다른 노동조합의 쟁의행위를 지지하며 유인물을 배포한 행위는 노동운동에 해당하지 않는다(대판 2003. 1. 24, 2002두9179).

38) 현업공무원에게는 일찍부터 노동운동이 허용되고 노조법이 적용되어 왔다. 행정부 소속 현업공무원의 범위는 우체국 등 우정사업장에서 노무에 종사하는 우정직 공무원으로 한정되어 있다(국가공무원

지 않았다. 한편 교원의 노동운동도 오랫동안 금지되어 왔다.³⁹⁾ 국공립학교 교원에 대해서는 공무원이라는 이유로 노동운동이 금지되고, 사립학교의 교원에 대해서는 공무원이 아닌데도 국가공무원법의 노동운동 금지 규정이 준용되었던 것이다(사립학교법 55조). 교원에 대한 노동운동 금지에 대해서는 합리적·헌법적 근거가 없다거나 국제적 기준에 저촉된다는 등의 비판이 있었다.

마침내 교원의 노동운동을 허용하는 특별법이 제정되고, 최근에는 상당한 범위의 공무원에 대하여 노동운동을 허용하는 특별법도 제정되었다.

p. 312. "I. 공무원"과 p. 316. "II. 교원" 목차순서를 I. 교원, II. 공무원으로 변경

p. 316. 15줄~18줄 내용변경

교원의 단결활동을 허용·규율하는 특별법은 교원노조법이다(1999.7.1.부터 시행). 교원의 노동조합 조직·가입 그 밖에 노동조합에 관련된 활동에 대해서는 국가공무원법 등의 노동운동 금지 규정이나 이를 준용하는 사립학교법의 규정이 적용되지 않고(교조 1조 참조) 교원노조법을 적용하되, 이 법에 특별히 규정된 것을 제외하고는 원칙적으로 노조법이 준용된다(14조 1-2항).

p. 317. "가. 노동조합의 가입자격"을 "가. 노동조합 가입"으로 변경

p. 317. 2줄~11줄 내용변경

교원 노동조합에 가입할 수 있는 '교원'이란 초·중등교육법에서 규정한 교원(직원은 제외)을 말한다(2조 본문). 즉 초등학교·중학교·고등학교·공민학교 등(유치원·대학은 제외)의 교원을 말하고, 소속 학교가 국·공립학교나 사립학교냐는 중요하지 않다.

교원은 노조법의 적용을 받는 노동조합에 가입할 수는 없지만, 교원노조법의 적용을 받는 교원 노동조합에는 가입할 수 있다.

교원이 아닌 자는 노동조합에 가입할 수 없지만(14조 1-2항), 노동조합에 가입한 교원이 해고되어 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 한 경우에는 조합원의 지위를 잠정적으로 유지한다(2조 단서). 따라서 현직 교원만 노동조합에 가입할 수 있다.⁴⁰⁾

노조법의 조직강제 허용 규정은 교원 노동조합에는 적용되지 않으므로(14조 2항), 교원 노동조합은 유니온숍 등 조직강제 조항을 체결할 수 없다. 교원의 신분보장과 모순되지 않게 하려는 것이다.

복무규정 28조). 과거에는 전매청, 전화국, 철도청 및 국립의료원에 종사하는 기능직·고용직 공무원도 포함되어 있었다. 한편 1999. 1. 1부터 시행된 공무원 직장협회의 설립·운영에 관한 법률은 일정한 범위의 공무원에게 직장협회를 설립하고 기관장과 일정한 사항을 협의할 수 있도록 허용하지만 노동운동을 허용한 것은 아니다.

39) 1960년대 초에 교원노조가 조직되고 1980년대 말에 다시 교원노조가 조직되었으나 그때마다 해고 등 대규모 제재가 따랐다. 한편, 교육기본법 등에 따라 중앙과 각 지방자치단체별로 조직된 교원단체는 교원의 처우개선·근무조건·복리후생 등에 관하여 해당 정부기관과 교섭·협의를 할 수 있지만, 학교장도 일반교원과 함께 구성원이 되고 법인설립 허가를 받는 등 노동단체로서의 성격이 의문시 되어 왔다.

40) 현직 교원에게만 노동조합 가입을 허용하는 것은 합리적 근거가 있는지 의문스럽고(특히 교원 노동조합은 초기업적 조직이고 노조법의 적용을 받는 초기업적 노동조합에는 구직 중인 근로자도 가입할 수 있는 것으로 해석되고 있다), 국제기준에도 부합하지 않으므로 개정할 필요가 있다.

p. 317. 12줄 “전국 단위에 한하여 설립할 수 있다.”를 “전국 단위로만 설립할 수 있다.”로 변경

p. 317. 17줄 내용추가

노조법상 전임자에 관한 규정은 교원 노동조합에는 적용되지 않는다(14조 2항).

p. 317. 22줄 “정치활동 … 살펴본 바와 같다.” 부분 내용변경

여기서 ‘정치활동’이란 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위, 공직선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 행위를 말한다(국가공무원법 65조 참조).

p. 318. 2줄 “교육과학기술부장관”을 “교육부장관”으로 변경

p. 318. 4줄 “교육과학기술부”를 “교육부”로 변경

p. 318. 6줄 “교육과학기술부장관”을 “교육부장관”으로 변경

p. 318. 각주1) 삭제

p. 318. 13줄 “연합하여”를 “사립학교가 연합하여”로 변경

p. 318. 16줄~18줄 “노조법상 … 위임할 수 없다.”까지 삭제

p. 319. 3줄 “교육과학기술부장관”을 “교육부장관”으로 변경

p. 312. 13줄 “공무원노조법이다.”뒤에 “(2006. 1. 28부터 시행)”추가

p. 312. 14줄 “공무원법령상의”를 “국가공무원법 등의”로 변경

p. 313. 3줄 “6급 이하 또는 이에 준하는 직급의 공무원에”를 “일정 직급 이하의 공무원에”로 변경

p. 313. “가. 노동조합의 가입 자격”을 “가. 노동조합의 가입”으로 변경

p. 313. 6줄~10줄 내용변경

(1) 공무원노조법상 ‘공무원’이란 국가공무원법과 지방공무원법에서 규정한 공무원을 말하고, 다만 노조법의 적용을 받는 현업공무원과 교원노조법의 적용을 받는 교원인 공무원은 제외한 다(2조).

(2) 공무원 노동조합에 가입할 수 있는 범위는 위 공무원 중에서 ①6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 일반직공무원, ②특정직공무원 중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직공무원, ③6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원으로 한정

된다(6조 1항).

p. 313. 20줄~p. 314. 4줄 내용변경

(3) 가입 자격이 있는 공무원은 노조법의 적용을 받는 노동조합에 가입할 수는 없지만, 공무원 노조법의 적용을 받는 공무원 노동조합에는 가입할 수 있다.

(4) 공무원이 아닌 자는 노동조합에 가입할 수 없지만(17조 1-2항), 노동조합에 가입한 공무원이 면직·파면·해임되어 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 한 경우에는 조합원의 지위를 잠정적으로 유지한다(6조 3항). 따라서 재직 중인 공무원만 노동조합에 가입할 수 있다.⁴¹⁾

(5) 노조법의 조직강제 허용규정은 공무원 노동조합에는 적용되지 않으므로(17조 3항), 공무원 노동조합은 유니온숍 등 조직강제 조항을 체결할 수 없다. 공무원의 신분보장과 모순되지 않게 하려는 것이다.

p. 314. 6줄 “자치구”를 “구”로 변경

p. 314. 7줄~10줄 “공무원 … 설립할 수 있다.” 내용변경

위 기관별로 공무원 임용권을 독자적으로 행사하고 세부적인 근무조건도 달리 결정한다는 점을 고려하여 이들을 노동조합의 최소 설립단위로 규정한 것이다. 물론 2개 이상의 기관에 걸쳐 하나의 단위노조를 설립하거나 단위 기관의 하부 관청에 지부를 두는 것은 허용된다.

p. 314. 24줄 ~p. 315. 14줄 내용변경

공무원 노동조합의 대표자는 그 노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지, 그 밖의 근무조건에 관한 사항에 대하여 기관별로 정해진 정부교섭대표(안전행정부장관, 도지사 등)와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다(공노 8조 1항). 공무원 노동조합의 조직대상 여하와 관계없이 단체교섭은 공무원의 근무조건을 결정한 권한을 가진 기관별로 하라는 것이다.

정부교섭대표는 효율적인 교섭을 위하여 필요한 경우 다른 정부교섭대표와 공동으로 교섭하거나, 다른 정부교섭대표 또는 정부교섭대표가 아닌 관계기관의 장에게 교섭 및 단체협약 체결 권한을 위임할 수 있다(8조 3-4항).

p. 315. 19줄 뒤 목차 및 내용추가

나. 단체교섭의 대상

공무원 노동조합이 정부교섭대표와 교섭할 대상은 ‘그 노동조합에 관한 사항과 조합원의 보수·복지, 그 밖의 근무조건에 관한 사항’으로서 정부교섭대표가 ‘스스로 관리하거나 결정할 수 있는 권한을 가진 사항’으로 한정되며, 기관의 ‘정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항’으로서 근무조건과 직접 관련되지 않은 사항’은 교섭의 대상에서 제외된다(8조 1-2항). 따라서 기관의 관리·운영에 관한 사항이라도 근무조건에 직접 관련되어 있는 사항은 교섭의 대상이 된다.

p. 315. 22줄~24줄 “근무조건 … 확인한 것이다.” 내용변경

민주주의 국가에서 정부교섭대표의 행위는 입법부의 통제를 받고 기관은 권한을 넘는 행위를

41) 재직 중인 공무원에게만 노동조합 가입을 허용하는 것은 합리적 근거가 있는지 의문스럽고 국제기준에도 부합되지 않으므로 개정할 필요가 있다.

할 수 없기 때문에 단체협약의 내용이 법령·조례·예산의 내용에 어긋나면 단체협약으로서 효력을 발생하지 않는다는 취지를 밝힌 것이다.

p. 325. 1줄~8줄 “또 상시 사용하는 … 기준을 정하고 있다.” 내용변경

근로자의 수는 수시로 변화하기 마련이고 특히 어떤 때는 5명 이상이고 어떤 때는 5명 미만인 경우 상시 5명 이상 사용한 것으로 볼 것인지가 문제된다. 근로기준법과 시행령은 상시 5명 이상 사용하는지 여부에 관하여 다음과 같은 명확한 산정 방법을 정하고 있다(근기 11조 3항, 영 7조의2 1~3항).

첫째, 산정사유(법 적용 여부를 판단해야 할 사유) 발생 전 1개월의 산정기간(설립 1개월 미만 사업에서는 설립 이후의 기간)동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정한다. 산정기간을 1개월로 하여 할 평균 몇 명의 근로자를 사용했는지에 따라 5명 이상 사용했는지를 가리려는 것이다. 이 경우 근로자의 연인원에는 파견근로자를 제외하고 기간제근로자·단시간근로자·동거하는 친족인 근로자 등 해당 사업 또는 사업장에서 사용한 모든 근로자를 포함한다(영 7조의 2 4항). 외국인근로자도 포함되지만, 파견근로자와 마찬가지로 사내도급근로자는 특별한 사정이 없는 한 제외된다.

둘째, 위와 같은 산정 방법에 불구하고 산정기간에 속하는 일별로 근로자 수를 파악했을 때 5명에 미달한 일수가 50% 미만이면 5명 이상, 50% 이상이면 5명 미만 사용한 것으로 본다.

셋째, 연차휴가에 관한 규정(월단위 연차휴가는 제외)의 적용여부를 판단할 때에는 월 단위로 근로자 수를 산정할 결과 산정 사유 발생 전 1년 동안 계속하여 사용한 근로자가 5명 이상이면 5명 이상 사용한 것으로 본다.

p. 325. 각주2), 각주3) 삭제

p. 327. 각주2) “이로써 … 수정한다. 한편,”까지 삭제

p. 332. 21줄~23줄 “사용자는 … 정정해야 한다.”까지 내용변경

사용자는 각 사업장별로 근로자명부를 작성하고 ①근로자의 성명, ②생년월일, ③이력, ④성별, ⑤주소, ⑥종사하는 업무의 종류, ⑦고용 또는 고용갱신 연월일·계약기간을 정한 경우에는 그 기간, 그 밖에 고용에 관한 사항, ⑧해고·퇴직·사망의 경우에는 그 연월일과 사유, ⑨그 밖에 필요한 사항을 적어야 하며, 적을 사항이 변경된 경우에도 지체 없이 정정해야 한다(근기 41조, 영 20조; 위반하면 116조의 과태료 부과).

p. 332. 각주1) 삭제

p. 333. 3줄~5줄 내용변경

사용자는 각 사업장별로 임금대장을 작성하고 ①근로자의 성명, ②주민등록번호, ③고용 연월일, ④종사하는 업무, ⑤임금과 가족수당⁴²⁾ 계산의 기초가 되는 사항, ⑥근로일수, ⑦근로시간수, ⑧연장근로·휴일근로·야간근로를 시킨 경우에는 그 시간수, ⑨기본급·수당, 그 밖에 임금의

42) 임금과 가족수당을 병렬적으로 규정한 것은 가족수당이 임금에 속하지 않는다고 전제하는 것인지 의문스럽고, 여러 가지 수당 중에서 왜 가족수당만 규정한 것인지도 의문스럽다. ‘임금과 가족수당’은 ‘항목별 임금’으로 개정하는 방안을 검토해야 할 것이다.

내역별 금액(통화 이외의 것으로 지급된 임금이 있으면 그 품목·수량·평가총액), ⑩임금의 일부를 공제한 경우에는 그 금액을 근로자 개인별로 임금을 지급할 때마다 적어야 한다(근기 48조, 영 27조 1항; 위반하면 116조의 과태료 부과). 그러나 사용기간이 30일 미만인 일용근로자에 대해서는 ②와 ⑤를, 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장의 근로자 및 근로시간 등 적용제외 근로자에 대해서는 ⑦과 ⑧을 기재하지 않아도 된다(영 27조 2항③항).

p. 333. 6줄~11줄 내용변경

사용자는 ①근로자명부, ②근로계약서⁴³⁾, ③임금대장, ④임금의 결정·지급방법·계산기초에 관한 서류, ⑤고용·해고·퇴직에 관한 서류, ⑥승급·감급·휴가·연소자증명에 관한 서류, ⑦근로시간·응급연장규정 등에 따른 승인·인가에 관한 서류, ⑧탄력적 근로시간 규정 등에 따른 서면 합의 서류를 3년 동안 보존해야 한다(근기 42조, 영 22조 1항; 위반하면 116조의 과태료 부과).

이들 서류를 3년 동안 보존하게 한 것은 노동관계 분쟁이 발생했을 때 그 해결을 위한 증거 자료를 확보하려는 데 있다. 따라서 보존 기간의 기산일은 그 서류의 최초 작성일이 될 수도 있지만, 많은 경우 최종 작성일이 되도록 규정되어 있다. 예컨대 서면합의 서류는 서면 합의한 날이지만, 임금대장은 마지막으로 적은 날이고, 근로계약서나 고용·해고·퇴직에 관한 서류는 노동관계가 종료된 날이다(영 22조 2항).

p. 333. 16줄~p.334. 7줄 내용변경

사용증명서(흔히 ‘재직증명서’라 부른다)는 금융기관의 대출이나 직장 이동 등 다양한 용도로 근로자에게 필요한 서류이다. 근로자가 청구하면 재직 중은 물론이고 ‘퇴직한 후에도’ 교부해야 한다. 사용증명서는 계속하여 30일 이상 근무한 자만 청구할 수 있고, 퇴직 후 3년 이내까지만 청구할 수 있다(영 19조).

사용증명서는 흔히 사업체 고유의 서식을 이용하여 작성되지만, 여기에는 ‘사용 기간, 업무의 종류, 지위와 임금, 그 밖에 필요한 사항’을 ‘사실대로’ 적어야 한다. 그러나 ‘근로자가 요구한 사항만 적어야’ 하므로, 예컨대 근로자가 사용 기간과 업무의 종류 및 지위만 적으라고 요구하면, 사용자는 임금·근무평정결과·징계 기록·파업 참가 등에 관한 사항을 적어서는 안 된다(사실관계의 문의에 대하여 사용자가 사실대로 답하는 것은 별개의 문제). 근로자에게 불리한 사실이 적힘으로써 직장 이동 등에 방해받지 않도록 하려는 것이다. 한편 사용증명서에는 노동조합 경력 등에 관하여 취업 방해의 목적으로 비밀기호를 사용해서도 안 된다(근기 40조).

p. 346. 2줄 “적용된다.”뒤 각주1) 추가

각주1) 상시 사용하는 근로자가 10명 이상인지 여부의 산정 방법은 근로기준법 적용 여부와 관련하여 상시 5명 이상인지 여부를 산정하는 방법과 같다(영 7조의2 참조).

p. 347. 15줄 “(이하 ‘근로자집단’으로 약칭)”을 “(이하 취업규칙에 관하여는 ‘근로자집단’으로 약칭)”으로 변경

43) 근로계약서를 보존하도록 규정하고 있으나, 근로계약은 반드시 서면으로 체결해야 하는 것은 아니므로 근로계약서가 있으면 보존하라는 의미로 보아야 할 것이다.

p. 347. 17줄~18줄 “과반수 여부는 … 기준으로 하며” 내용변경
‘근로자의 과반수로 조직된 노동조합’과 ‘근로자의 과반수의 의견’에서 말하는 ‘근로자’는 그
취업규칙의 적용을 받게 될 근로자를 말하며,

p. 348. 7줄 뒤 내용추가

한편, 해당 사업 또는 사업장의 근로자인 이상, 상용근로자나 기간제근로자 또는 단시간근로
자나, 직종이나 직급이 무엇이냐, 노동조합 가입자격이 있느냐 여부 등에 관계없이 근로자 수
에 포함된다.

p. 348. 각주1) “이로써 … 수정한다.” 삭제

p. 348. 각주2) 삭제

p. 348. 각주3) ““대표하는 자”의 조항이 삭제되었다.”를 “불이익 변경에 관한 단서 규정이 신
설되면서 ‘대표하는 자’ 부분이 삭제되었다.”로 변경

p. 349. 15줄~18줄 “이 경우 … 이에 따른”까지 내용변경

‘근로자의 과반수로 조직된 노동조합’과 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자’에서 말하는 ‘근로자’
는 의견청취와 관련하여 살펴본 바와 같이 전체 근로자가 아니라 변경된 취업규칙의 적용을
받아 불이익을 받게 될 근로자, 즉 종전 취업규칙의 적용을 받던 근로자를 말하고, 이 기준에
따른

p. 352. “A. 사회통념상 합리성 법리”를 “A. 합리성 법리”로 변경

P. 352. 16줄 “사회통념상 합리성 유무는”을 “사회통념상 합리성이 있다고 볼 것인지 여부
는”으로 변경

P. 352. 22줄 “답습한 것으로 보인다.”뒤 각주3) 추가

각주3) 일본에서는 노동기준법에서 취업규칙의 불이익변경에 대한 요건을 규정하지 않은 가운
데 판례가 일찍부터 근로자의 동의 없이 근로자에게 불이익하게 변경된 취업규칙이라도 그 내
용에 사회통념상 합리적이면 유효하다고 보아왔다(最判 昭43.12.25, 秋北バス사건 등). 최근에
제정된 노동계약법에서는 이 법리가 명문화되었다. 즉 근로자와 합의하지 않고 일방적으로 취
업규칙을 변경해서는 안 되지만(9조 본문), 근로자에게 불이익하게 변경된 취업규칙이 근로자
가 받는 불이익의 정도, 변경의 필요성, 변경된 취업규칙 내용의 상당성, 노동조합 등과의 교
섭상황, 그 밖에 변경과 관련된 사정에 비추어 합리적인 경우에는 근로자의 동의가 없더라도
유효하다(10조)고 규정하고 있다.

p. 352. 22줄~p. 353. 8줄 “일본의 경우는 … 모순된다고 생각한다.” 내용변경

그러나 우리나라는 일본과 달리, 판례가 1970년대 후반부터 일관되게 근로자에게 불이익하게
변경된 취업규칙은 근로자집단의 동의가 없으면 무효라고 보아왔고,⁴⁴⁾ 근로기준법은 이 법리

를 확인하는 의미의 명문규정을 두었다. 그런데 판례가 다른 한편에서 합리성 법리를 택하는 것은 근로자집단의 동의를 효력발생 요건으로 보아온 것과는 모순일 뿐 아니라, 법률로 정한 취업규칙 불이익변경의 요건을 해석을 통하여 배제함으로써⁴⁵⁾ 사법권의 한계를 넘어서는 것이⁴⁶⁾ 생각한다.

p. 360. 6줄 “고령자고용법, 장애인고용법” 삭제

p. 361. 15줄 “국적 등을”을 “국적·신앙 등을”로 변경

p. 361. 각주1) 삭제

p. 361. 16줄 “근로기준법 위반은 아니다.”뒤에 “각주1)” 추가

각주1) 예컨대 근로자의 사상·신앙을 이유로 채용을 거절하는 것은 근로기준법 위반은 아니지만, 신앙을 이유로 하는 모집·채용의 차별을 금지하는 고용정책 기본법 제7조에 어긋나 민사상 불법행위에 따른 손해배상 책임을 발생시킬 수 있다.

p. 362. 각주3) “이로써 … 수정한다.” 삭제

p. 363. 2줄~16줄 내용변경

(1) 고용평등법은 헌법의 평등이념에 따라 고용에서 남녀의 평등한 기회와 대우를 보장하고 모성보호와 남녀고용평등을 실현할 것 등을 목적으로 한다(고평 1조). 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 고용평등법에서는 ‘사업’이라 약칭)에 적용하되, 상시 5명 미만의 근로자를 사용하는 사업에 대해서는 임금, 복리후생, 교육·배치·승진, 정년·해고·퇴직에 관한 남녀차별 금지 규정을 적용하지 않으며, 동거하는 친족만으로 이루어지는 사업과 가사사용인에 대해서는 이 법 전부를 적용하지 않는다(고평 3조 1항, 영 2조).

(2) 고용평등법은 ‘(성)차별’의 개념을 다음 세 가지 측면으로 나누어 자세하게 규정하고 있다(고평 2조 1호).

첫째, ‘차별’이란 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산⁴⁷⁾ 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용⁴⁸⁾ 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 것이라고 규정하고 있다. 차별의 일반적 정의규정을 둔 것이다.

둘째, 동일한 조건을 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 특정 성이 다른 성에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하는 경우도 차별에 포함된다고 규정하

44) 대판 1977 7. 26, 77다355 및 이후의 수많은 판례.

45) 김형배, 299-300; 이병태, 948. 최근의 판례(대판 2010. 1. 28, 2009다32362)도 사회통념상 합리성의 법리는 근로기준법의 규정을 사실상 배제한 것임을 인정하면서 제한적으로 엄격하게 해석해야 한다고 한다.

46) 취업규칙의 불이익변경이 제반 사정상 필요하고, 그 내용이 합리적인데도 근로자들이 기대이익에 집착하여 변경에 동의하지 않으려는 경향이 있어 이에 대처하기 위한 것이라면 입법을 통하여 해결하는 것이 바람직하다고 생각한다.

47) ‘혼인 또는 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산’은 여성 근로자에 대한 차별에서 흔히 나타나는 것을 강조하기 위하여 예시한 것으로서 ‘성별’에 포함된다고 보아도 좋을 것이다.

48) 근로의 조건만이 아니라 채용의 조건까지 포함한 것은 고용평등법이 모집·채용 과정에서의 성차별까지 규제하기 위한 것이다.

고 있다. 이른바 ‘간접차별’을 특별히 강조한 것이다.

셋째, ①직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되거나, ②여성 근로자의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 하거나, ③그 밖에 법률에 따라 적극적 고용개선조치를 하는 경우에는 차별에서 제외된다고 규정하고 있다. 다른 성에 대한 이른바 ‘역차별’ 논란을 배제하려는 것이다.

(3) 고용평등법과 관련된 분쟁을 해결하는 절차에서 입증책임은 사업주가 부담한다(30조).

(4) 고용평등법은 근로기준법의 경우와 달리 성차별의 유형을 아래와 같이 구체적으로 예시하여 금지하고 있다.

p. 364. 3줄 “등으로 한다.”를 “등으로 하며, 사업주가 그 기준을 정할 때에는 노사협의회 근로자위원의 의견을 들어야 한다(8조 2항).”으로 변경

p. 346. 7줄 “여부는 직무 수행에서”를 “여부는 법률 소정의 기준, 즉 직무 수행에서”로 변경

p. 364. 9줄 “근속기간 등을 종합적으로”를 “근속기간 등의 기준을 종합적으로”로 변경

p. 364. 각주1) 삭제

p. 366. 19줄~p. 366. 26줄 삭제

p. 366. 18줄 “차별해서는 안 된다.”뒤에 각주1) 추가

각주1) 고용정책 기본법은 근로자를 모집·채용할 때에 합리적인 이유 없이 성별, 신앙, 연령, 신체적 조건, 사회적 신분, 출신지역, 학력, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력 등을 이유로 하는 차별을 금지하고(7조 1항), 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률은 합리적인 이유없이 연령을 이유로 모집·채용, 임금, 임금 외의 금품지급 및 복리후생, 교육·훈련·배치·전보·승진, 퇴직·해고의 분야에서 하는 차별을 금지하며(4조의4 1항), 장애인고용촉진 및 직업재활법은 장애인이라는 이유로 채용·승진·전보·교육훈련 등 인사관리상 하는 차별을 금지하고 있다(5조 2항).

p. 366. 27줄 “모집·채용에서의 연령차별의 경우를 제외하고는”을 삭제

p. 367. 2줄 “파견근로자를 이유로 하는 차별 및 연령차별에 대해서는”을 “파견근로자라는 것을 이유로 하는 차별에 대해서는”으로 변경

p. 367. 각주1) 삭제

p. 370. 8줄 “교육을 실시해야 하며, 이 교육을”을 “교육을 실시해야 하며, 근로자는 물론 사업주도 이 교육을 받아야 한다(13조 2항). 사업주는 이 교육을”로 변경

p. 370. 13줄 “조치를 해야 한다. 행위자가”를 “조치를 해야 한다. 근로자는 물론 사업주도 이 교육을 받아야 한다(13조 2항). 사업주는 행위자가”로 변경

p. 375. 1줄~3줄 내용변경

사용자는 근로계약을 체결하거나 변경할 때에 근로자에게 ①임금, ②소정근로시간, ③유급주휴일, ④연차휴가, ⑤취업의 장소와 종사해야 할 업무에 관한 사항, ⑥취업규칙의 기재사항, ⑦기숙사에 기숙하는 근로자의 경우에는 기숙사 규칙에서 정한 사항을 명시해야 한다(17조 1항, 영 8조; 위반하면 114조의 형벌 부과).

p. 375. 각주1). 각주2) 삭제

p. 376. 1줄 목차번호 추가 “(1) 사용자는”

p. 376. 9줄~11줄 목차번호 추가 및 내용변경

(2) 서면의 교부는 근로자의 요구가 있든 없든 해야 한다. 다만 서면에 기재할 사항이 법령, 단체협약, 취업규칙, 근로시간·휴게시간·연차휴가에 관한 서면합의의 변경에 따라 변경되는 경우에는 근로자의 요구가 있으면 그 근로자에게 교부해야 한다(근기 17조 2항 단서, 영 8조의 2; 위반하면 114조의 형벌 부과).

p. 376. 14줄 “위반하면 벌칙이”를 “위반하면 소정의 벌칙이”로 변경

p. 376. 19줄 뒤 내용 추가

라. 근로조건 위반

명시된 근로조건이 사실과 다를 경우 근로자는 근로조건 위반을 이유로 ①노동위원회에 손해배상 청구를 신청할 수 있으며, ②즉시 근로계약을 해제할 수 있고, ③이에 따라 근로계약이 해제된 경우 사용자는 취업을 목적으로 거주를 변경하는 근로자에게 귀향여비를 지급해야 한다(근기 19조).

‘명시된 근로조건이 사실과 다를 경우’란 사용자가 명시한 근로조건을 이행하지 않는 경우(특히 근로자를 유인하기 위하여 이행할 의사도 없이 유리한 근로조건을 제시한 경우)를 말한다. 노동위원회에 대한 손해배상 신청은 명시된 근로조건이 사실과 다를 경우에만 할 수 있고, 예컨대 부당해고로 입은 손해의 배상은 노동위원회에 신청할 수 없다.⁴⁹⁾ 이 규정에 따라 노동위원회는 사용자에게 손해배상을 명할 수 있지만, 이 명령의 불이행에 대한 벌칙은 없고, 이 규정에 따라 노동위원회에 손해배상을 신청하는 사례는 지극히 드물다.⁵⁰⁾

손해배상 청구권은 임금의 시효에 준하여 3년 이내에, 즉시해제권은 취업 후 상당 기간 이내에 행사하지 않으면 소멸된다.⁵¹⁾

p. 385. 6줄~12줄 “사용자가 … 경우가 그렇다.”까지 삭제

p. 385. 13줄~15줄 내용 변경

49) 대판 1985. 11. 12, 84누576 등.

50) 피해를 입은 근로자에게는 벌칙을 통하여 이행이 강제되지 않는 손해배상 명령을 구하는 것보다 예컨대 사용자가 명시된 임금을 체불했다는 것을 근로감독관에게 통보하는 것이 더 효과적이기 때문일 것이다. 이 규정 중 손해배상에 관한 부분은 사실상 무의미하므로 삭제함이 바람직하다.

51) 대판 1997. 10. 10, 97누5732.

‘사용자가 근로자에게 지급하는 것’이라야 임금이다. 따라서 산재보험·국민연금 등 각종 사회 보험제도에 따라 사용자가 부담하는 보험료 및 근로자가 받는 보험급여나 연금은 임금이 아니다.

p. 386. 1줄~5줄 “종업원이 … 해당된다.” 내용변경

사례비가 종업원의 유일하거나 주된 수입인 경우에는 임금으로 인정될 수 있다. 택시회사가 운송수입금 중 일정액의 사납금 초과수입을 운전기사의 수입으로 인정하는 경우에 그 초과부분은 임금에 해당된다.

p. 386. 6줄~8줄 “그러나 …인정되지 않는다.” 삭제

p. 386. 9줄~11줄 “‘근로의 대가’ … 경우도 있다.” 내용 변경

‘근로의 대가’, 즉 근로제공에 대한 반대급부로 지급하는 것이어야 임금이다. 또 근로의 대가인 이상 그 ‘명칭’이 어떻든 ‘금품’ 중 어느 것이든 관계없이 모두 임금이다. 사용자가 근로자에게 지급하는 것은 그 이름, 지급의 조건과 행태 등이 매우 다양하여 근로의 대가인지에 관하여 종종 다툼이 생긴다. 판례는 근로의 대가로서 임금인지 여부를 대체로 계속적·정기적·일률적으로 지급하는지와 사용자에게 지급의무가 있는지 여부에 따라 판단하고 있다.⁵²⁾

p. 386. 12줄~15줄 “A. 손해보상적 급여” 목차 및 내용 전부 삭제

p. 386. 16줄~22줄 내용 변경

A. 실비변상적 급여

특수한 업무를 수행하거나 특수한 조건·환경 아래 업무를 수행하는 데 추가적으로 소요되는 비용을 변상하기 위하여 지급되는 것은 근로의 대가로 인정되지 않는다. 출장비, 정보비, 접대교제비, 해외근무수당,⁵³⁾ 연구용역비 등이 이에 해당한다.

그러나 종합병원 과장급 의사에게 연구 수행 여부와 관계없이 정기적·계속적으로 지급한 의학연구비는 근로의 대가이다.⁵⁴⁾ 또 일·숙직수당은 정상근로외의 특별한 근로에 대한 대가로서 임금으로 보아야 할 것이다.⁵⁵⁾

p. 386. 23줄~p. 387. 8줄 내용 변경

B. 의례적·호의적 급여

사용자가 의례적·호의적(임의적·은혜적)으로 지급하는 것은 임금이 아니다. 결혼수당·조위금·격려금·포상금 등이 이에 해당한다.⁵⁶⁾ 특히 근로자 개인의 특수하거나 우연한 사정을 지급 사유로 하는 것은 취업규칙 등으로 미리 지급 의무와 조건이 규정되어 있더라도 임금이 아니다.⁵⁷⁾

52) 대판 1990. 11. 27, 90다카23868; 대판 2003. 2. 11, 2002다50828 등. 다른 여러 판결에서 이들 요소의 일부에 대해서만 언급한 이유는 나머지 요소에 대하여 당사자 사이에 다툼이 없기 때문일 것이다.

53) 대판 1990. 11. 9, 90다카4683.

54) 대판 1994. 9. 13, 94다21580.

55) 그러나 대판 1990. 11. 27, 90다카10312는 실비변상적 급여로 본다.

56) 대판 1994. 5. 24, 93다4649.

그러나 근로자 개인의 업무 실적·성과에 따라 차등적으로 지급하는 포상금·성과급은 의례적·호의적 급여가 아니라 근로의 대가이다.⁵⁷⁾

상여금의 이름이라도 계속적·정기적으로 지급되고 지급액이 확정되어 있는 경우(흔히 ‘정기상여금’, ‘고정상여금’으로 부름)는 임금이지만, 경영의 성과나 실적에 따라 일시적으로 지급되는 경우(흔히 ‘성과상여금’, ‘변동상여금’이라 부름)는 임금으로 인정되지 않는다.⁵⁹⁾

p. 386. 각주2) 변경

각주2) 대판 1992. 4. 28, 91누8104. 그러나 학교가 육성회비를 거두어 육성회 명의로 교직원에게 지급한 보조수당은 임금으로 인정되지 않는다(대판 1973. 11. 27, 73다498).

p. 387. 9줄~18줄 내용 변경

C. 복리후생적 급여

근로시간에 직접 대응하지 않고 복리후생·생활보조의 명목으로 지급되는 급여를 임금으로 볼 것인지 문제된다.

판례는 전체 근로자에게 지급된 통근수당과 급식비,⁶⁰⁾ 체력단련비,⁶¹⁾ 개인연금 보조비,⁶²⁾ 하계휴가비⁶³⁾ 등을 임금으로 본다. 또 일정한 요건을 갖춘 근로자에게만 지급되는 가족수당⁶⁴⁾ 또는 학비보조금,⁶⁵⁾ 차량 소유에 관계없이 일정 직급에 해당하는 자에게 지급되는 차량유지비⁶⁶⁾도 임금으로 인정한다.⁶⁷⁾ 복리후생적 급여라도 근로자 전체 또는 일정한 요건을 갖춘 일부 근로자에게 모두 지급되는 경우에는 임금으로 보는 것이다.⁶⁸⁾

그러나 사내외 운동·레저 등 복리후생 시설 또는 이들 시설 내에서 간식·음료·후생용품 등을 이용하는 이익은 임금으로 인정되지 않는다. 현물로 제공하는 식사는 그 식사를 하지 않는 자에게 그에 상당하는 금원을 따로 지급하는 경우에만 임금이지만,⁶⁹⁾ 그런 금원을 지급하지 않는 경우에는 임금이 아니다.⁷⁰⁾

p. 387. 19줄~p. 388. 3줄 “E. 현물급여” 목차 및 내용 전부 삭제

57) 대판 1995. 5. 12, 94다55934.

58) 대판 2002. 5. 31, 2000다18127(판매사원에 대한 판매포상금); 대판 2011. 3. 10, 2010다77514(병원 의사에 대한 진료포상금). 그러나 대판 2004. 5. 14, 2001다76328이 성과급에 대하여 임금이 아니라고 본 것은 납득하기 곤란하다.

59) 대판 1998. 1. 20, 97다18936; 대판 2002. 3. 11, 2001다16722; 대판 2006. 5. 26, 2003다54322.

60) 대판 1996. 5. 10, 95다2227(통상임금에 포함된다고 본 사례).

61) 대판 1993. 5. 27, 92다20316.

62) 대판 2003. 2. 11, 2002다50828.

63) 대판 2006. 5. 26, 2003다54322.

64) 대판 1990. 11. 27, 90다카23868; 대판 2002. 5. 31, 2000다1827.

65) 대판 1996. 2. 27, 95다37414(반대 판례 : 대판 1991. 2. 26, 90다15662).

66) 대판 1997. 5. 28, 96누15084; 대판 2002. 5. 31, 2000다18127. 물론 차량 보유를 조건으로 지급되거나 개인 차량을 업무용으로 사용하는 데 필요한 비용을 보조하기 위하여 지급된다면 실비변상으로서 임금이 아니다(대판 1997. 10. 24, 96다33037; 대판 1995. 5. 12, 94다55934).

67) 다만 대판 1995. 5. 14, 95다19256은 하계휴가비가 휴가를 실시한 자에게만 지급된다면 임금이 아니라고 한다.

68) 고용부 예규 제47호(통상임금 산정지침), 2012. 9. 25는 오래전부터 가족수당 등이 일부 근로자에게 또는 일시적으로 지급되는 경우에는 임금이 아니라고 한다. 임금 실무의 혼란을 해소하기 위하여 판례에 맞추어 시정되어야 할 것이다.

69) 대판 1993. 5. 11, 93다4816; 대판 2003. 2. 11, 2002다50828.

70) 대판 2002. 7. 23, 2000다29370; 대판 2006. 5. 26, 2003다54322.

p. 387. 19줄 내용 추가

다. 임금의 법적 성질

복리후생적 급여의 상당 부분이 임금이라면 이들은 그 밖의 임금과 법적 성질을 달리하는 것 인지가 문제된다.

임금은 현실적으로 근로를 제공한 것에 대하여 지급되는 교환적 임금과 근로제공과는 무관하게 해당 사업에서 근로자의 지위를 가지는 것에 대하여 지급되는 생활보장적 임금으로 구성된다고 보는 견해가 있다(임금2분설).⁷¹⁾ 근로계약은 근로자가 사업조직에 편입되어 근로자의 지위 내지 노동관계를 가지기로 약정하는 한편, 사용자의 지시에 따라 구체적인 근로를 제공하기로 약정하는 2중 구조를 가지고 있으며, 임금도 이에 상응하여 두 가지 부분으로 나누어진다는 것이다. 대체로 가족수당 등 복리후생적 급여가 생활보장적 임금에 속한다고 한다.

그러나 법률상 임금이 근로의 대가로 규정되어 있는 이상, 어떤 명목의 임금이든 모두 근로제공의 대가이며, 근로제공과 무관하게 근로자의 지위에 근거하여 지급되는 생활보장적 임금이란 있을 수 없다(임금일체설). 가족수당 등도 근로시간에 직접·비례적으로 대응하지 않는다는 의미에서 근로제공과의 밀접도가 약하기는 하지만, 실질적으로는 사용자가 의도하는 근로를 제공한 것에 대한 대가로서 지급되는 것이다.⁷²⁾

p. 388.~p. 393. "2. 평균임금·통상임금" 전체 내용 변경

2. 평균임금

임금은 당사자 사이에 근로계약으로 정하는 것이지만, 근로자의 실제 근로시간이나 근무실적 등에 따라 증감·변동될 수 있고, 임금의 지급 여부나 지급액이 구체적인 근로의 질이나 양과 관계없이 조건에 좌우될 수도 있다. 근로기준법 등은 이와 같은 임금의 증감·변동성 등을 고려하여 그 산정기준이 되는 도구 개념으로서 평균임금과 통상임금 두 가지를 사용하고 있다. 평균임금은 휴업수당(근기 46조), 재해보상금(근기 79조 등), 감금제재 한도액(근기 95조), 산재보험급여(산재 52조 등), 퇴직금(퇴급 8조 1항)을 산정하는 기준이 된다.

가. 평균임금의 개념

‘평균임금’이란 이를 산정해야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말하고, 근로자가 취업한 후 3개월 미만인 경우도 이에 준한다(근기 2조 1항 6호). 이와 같이 평균임금은 산정 사유가 발생했을 때 과거의 근로시간이나 근무실적 등을 토대로 사후적으로 산정하는 것으로서 사전적으로 확정되어 있는 통상임금과 구별된다.

‘산정해야 할 사유가 발생한 날’은 예컨대 휴업수당의 경우는 사용자의 귀책사유로 휴업한 날, 퇴직금의 경우는 근로자가 퇴직한 날 등을 말한다. 산정기간은 산정 사유가 발생한 날 ‘이전 3개월 동안’이다.

‘임금의 총액’이란 해당 근로자에게 근로의 대가로 지급된 임금의 합계 금액을 말한다. 명칭이나 금품 여하에 관계없이 임금에 해당하는 것은 모두 포함된다.⁷³⁾ 산정기간 동안에 ‘지급된’

71) 대판 1992. 6. 23, 92다11466; 대판 1992. 3. 27, 91다36307. 또 1995년 대법원 전원합의체 판결에서의 소수의견도 이와 같다.

72) 대판 1995. 12. 21, 94다26721(전합). 이로써 판례는 종전의 임금2분설에서 임금일체설로 입장을 변경한 것이다.

73) 시행령은 임시로 지급된 임금·수당과 통화 이외의 것으로 지급된 임금은 고용부장관이 정한 것을 제

임금은 산정기간 동안에 제공된 근로에 대한 임금을 말한다. 근로자에게 실제로 산정기간에 지급되지 않았더라도 산정기간에 제공된 근로에 대하여 지급되어야 할 임금은 평균임금에 산입되어야 하고, 거꾸로 실제로 산정기간에 지급되었더라도 그 기간 이외의 근로에 대한 임금(정기상여금이나 연차휴가수당에 포함될 가능성)은 평균임금 산정에서 제외된다.

3개월 '기간의 총일수'는 3개월 동안의 근로일수가 아니라 달력상의 총일수(89일 내지 92일)를 말한다.

나. 평균임금의 최저액

평균임금 금액이 통상임금보다 적으면 그 통상임금액을 평균임금을 한다(근과 2조 2항). 산정기간 동안 잦은 결근 등으로 평균임금이 대폭 줄어드는 경우 통상임금액을 최저한으로 함으로써 근로자가 받을 불이익을 최소화하려는 것이다.

다. 평균임금 산정의 특례

(1) 평균임금 산정기간에 ①수습사용의 기간, ②사용자의 귀책사유로 휴업한 기간, ③출산휴가의 기간, ④ 업무상 부상·질병의 요양을 위하여 휴업한 기간, ⑤육아휴직의 기간, ⑥쟁의행위의 기간, ⑦병역의무, 향토예비군 또는 민방위 의무 이행을 위한 휴직·결근으로 임금을 받지 못한 기간, ⑧업무 외의 부상·질병, 그 밖의 사유로 사용자의 승인을 받아 휴업한 기간이 포함된 경우에는 그 기간과 그 기간에 지급된 임금을 평균임금 산정에서 각각 제외한다(영 2조 1항). 이들 기간이 포함되어 있는데도 정상적인 방법에 따라 산정하면 평균임금이 지나치게 낮아지므로 이 기간과 지급된 임금을 모두 제외하고 그 이전의 기간으로 대체하여 산정하도록 한 것이다.

그러나 여기에 명시한 기간을 제외하고는 근로자에게 불리하다는 이유만으로 그 기간이 제외되는 것은 아니다. 예컨대 구속 수감으로 직위해제 처분을 받은 기간은 평균임금의 산정에서 제외할 수 없고, 평균임금의 최저액으로서 통상임금이 적용될 뿐이다.⁷⁴⁾

한편, 근로자 개인의 특별한 사유로 산정기간 동안 지급된 임금의 총액이 평소보다 현저하게 적거나 많을 경우에는 평소의 생활임금을 사실대로 반영하려는 평균임금 제도의 취지에 비추어 그 사유가 존속하는 기간을 통상임금 산정에서 제외해야 하므로, 구속 수감으로 장기간 휴직한 기간은 제외해야 한다.⁷⁵⁾ 또 특정 명목의 임금을 평소보다 현저히 늘리는 의도적 근무행위로 평균임금을 현저히 증가시킨 경우에는 평균임금 본래의 취지에 따라 그 명목의 임금에 한하여 해당 기간을 평균임금 산정에서 제외해야 한다.⁷⁶⁾

(2) 앞에서 설명한 바에 따라 평균임금을 산정할 수 없는 경우 또는 일용근로자의 평균임금은 각각 고용부장관이 정하는 바에 따른다(영 3-4조).

(3) 근로기준법상의 재해보상금과 업무상 부상·질병을 당한 근로자의 퇴직금을 산정할 때의 평균임금은 일정한 범위 안에서 동료 근로자의 임금 변동을 반영하는 방법으로 산정하도록 별도의 특례가 마련되어 있다(영 5조 참조).

3. 통상임금

외하고는 산입하지 않는다고 규정하고 있으나(영 2조 2항), 모법의 취지에 정면으로 어긋난다고 생각된다.

74) 대판 1994. 4. 12, 92다20309.

75) 대판 1999. 11. 12, 98다49357.

76) 대판 1995. 2. 28, 94다8631; 대판 2009. 10. 15, 2007다72519.

통상임금은 연장·휴일·야간근로에 대한 가산임금(근기 56조), 해고예고수당(근기 26조), 연차휴가수당(근기 60조 5항), 출산휴가 급여(고보 76조 1항)를 산정하는 기준이 된다. 한편, 통상임금은 평균임금의 최저액 또는 조정 기준이 되기도 한다(근기 2조 2항, 영 5조).

통상임금의 개념과 산입 범위에 관하여 그 동안 행정해석과 판례가 서로 다르고 판례도 반드시 일관성이 있지는 않아 논란이 가중되어 왔는데, 2013년 대법원 전원합의체가 그 동안의 논란을 정리하는 의미의 판결을 내놓았다.⁷⁷⁾ 이로써 이 판결의 견해와 배치되는 종전 판결의 견해는 폐기된 것이다. 이하 이 판결을 중심으로 통상임금의 개념과 산입 범위 등에 관하여 살펴보기로 한다.

가. 통상임금의 개념

근로기준법상 임금에 관한 여러 규정의 입법 취지와 통상임금의 기능·필요성 등에 비추어 볼 때 ‘통상임금’이란 당사자 사이에 소정근로(도급임금의 경우에는 총근로)의 대가로서 정기적·일률적·고정적으로 지급하기로 정한 임금을 말하는 것으로 볼 수 있다.⁷⁸⁾

‘소정근로’란 근로자가 소정근로시간(1일 8시간, 1주 40시간의 법정근로시간 범위에서 당사자 사이에 정한 근로시간; 근기 2조 1항 7호)⁷⁹⁾에 통상적으로 제공하는 근로를 말한다. 소정근로는 당사자 사이에 미리 확정·고정되어 있으므로 그 대가인 통상임금도 임의의 날에 연장근로 등을 하는 시점에서 미리 금액이 확정되어 있는 것이다. 따라서 임금의 명목과 지급일이 미리 정해져 있더라도 연장근로 등을 하는 시점에서 지급 액수가 확정되지 않은 경우에는(지급일에 임박하여 노사협의로 정한다는 등) 그 임금은 통상임금에 속하지 않는다. 이 점에서 사후적으로 산정되는 평균임금과 다르다.

기본급⁸⁰⁾은 물론, 직책·직급·특수 업무·기술·자격·경력을 조건으로 지급되는 수당도 기본급에 준하는 것으로서 통상임금에 포함된다. 그러나 소정근로시간을 초과한 근로에 대한 임금 또는 소정근로시간의 근로와 관련 없이 지급되는 임금은 소정근로의 대가가 아니므로 통상임금에 속하지 않는다.

어떤 임금이 통상임금에 해당하기 위해서는 소정근로의 대가로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금이어야 한다.

나. 정기적·일률적 지급

(1) ‘정기적’ 지급은 일정한 간격을 두고 미리 정한 시기에 계속적으로 지급되는 것을 말한다. 대법원이 1995년 전원합의체 판결로 임금2분설을 버리고 임금일체설을 취한 이후 여러 번 밝혀온 바와 같이,⁸¹⁾ 통상임금은 1개월 이내의 주기마다 지급되는 임금으로 한정되는 것이 아니

77) 대판 2013. 12. 18, 2012다89399(전합); 대판 2013. 12. 18, 2012다94643(전합).

78) 근로기준법 시행령에서 ‘근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정한’ 임금이라 정의한 것(6조 1항)과 같다고 볼 수 있다.

79) 탄력적 근로시간제나 선택적 근로시간제의 경우에는 단위기간이나 정신가간을 평균한 1주 40시간 및 1일 또는 1주의 상한 근로시간의 범위에서 정한 근로시간은 법정근로시간을 초과하더라도 소정근로시간이라 보아야 할 것이다.

80) 기본급은 일반적으로 1시간, 1일 또는 1개월에 대하여 일정한 금액으로 정한다. 다시 개개인의 학력·경력·근속 기간 등 속인적 요소에 따라 결정되는 ‘연공급’(속인급), 직무 내용에 따라 정해지는 ‘직무급’, 해당 사업에서의 직무수행 능력(자격·직능)에 따라 정해지는 ‘직능급’으로 구분된다. 물론 이들은 병용되기도 한다.

81) 대판 1996. 2. 9, 94다19501(체력단련비와 월동보조비); 대판 2007. 6. 15, 2006다13070(효도제례비와 연말특별소통장려금); 대판 2011. 9. 8, 2011다22061(체력단련비·기말수당·정근수당·명절휴가비) 등이 그렇다. 그러나 고용부 예규 제47호(통상임금 산정지침), 2012. 9. 25는 오래전부터 1임금산정

다. 근로기준법 시행령에서 통상임금을 ‘시간급·일급·주급·월급’ 금액으로 규정한 것은 산정·지급 주기가 다양한 임금의 형태를 예시한 것에 불과하다. 따라서 정기상여금(지급 시기와 지급액이 확정되어 있는 상여금) 등도 통상임금에 포함될 수 있다.

(2) ‘일률적’ 지급은 모든 근로자에게 지급되는 것은 물론,⁸²⁾ 일정한 조건을 충족하는 근로자에게만 지급되는 것도 포함한다. 이 경우 ‘일정한 조건’은 작업내용이나 기술·경력 등 소정근로의 가치평가와 관련된 조건을 말한다.

휴직자·복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정 임금을 지급하지 않거나 감액하여 지급하는 경우라도 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 지급을 제한하는 것에 불과하므로 그러한 사정을 들어 정상적인 근로자에게 일률성을 부정할 수는 없다.

부양가족이 있는 근로자에게만 지급되는 가족수당 등의 경우 소정근로의 가치평가와 무관한 조건으로 지급되는 것이므로 일률성이 없고 통상임금에서 제외된다.⁸³⁾ 다만 가족수당 명목으로 모든 근로자에게 기본 금액을 지급하면서 부양 가족이 있는 자에게만 일정액을 추가적으로 지급하는 경우 그 기본 금액은 통상임금에 속한다.⁸⁴⁾

다. 고정적 지급

고정성은 통상임금이 연장근로 등을 하기 전에 미리 확정되어 있어야 한다는 요청에서 도출되는 성질이다. 고정적 임금은 근로자가 소정근로를 제공하기만 하면 그 업적·성과 등 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것으로 확정되어 있는 임금을 말한다. 업적·성과 등 추가적인 조건이 충족되어야 지급되는 임금은 고정적 임금이 아니다.

A. 근속기간에 연동하는 임금

근속기간에 따라 지급 여부 또는 지급액이 달라지는 임금의 경우, 근속기간은 소정근로의 가치평가와 관련된 일정한 조건에 해당하여 일률성이 있고, 임의의 날에 연장근로 등을 하는 시점에서 근속기간이 얼마인지는 이미 확정되어 있어 고정성도 인정된다.

B. 근무일수에 연동하는 임금

근무일마다 일정액이 지급되는 임금, 즉 근무일수에 따라 일할계산하여 지급되는 임금은 소정근로만으로 지급되므로 고정성이 인정된다. 그러나 일정한 근무일수를 채워야 지급되는 임금은 소정근로 이외에 일정 근무일수라는 추가적인 조건을 성취해야 지급되는 것이므로 고정적 임금이 아니다.⁸⁵⁾ 한편, 일정 근무일수를 기준으로 지급액이 달라지되 적어도 일정액의 지급은 확정되어 있는 경우 그 최소한도로 확정된 범위에서는 고정성이 인정된다.

C. 근무실적에 연동하는 임금

일정 기간 동안의 근무실적 평가를 토대로 지급 여부나 지급액이 달라지는 임금은 일반적으로 고정적 임금이라 볼 수 없다. 다만 실적 평가에서 최하 등급을 받더라도 일정액을 지급하는 경우에는 그 최소한도의 임금은 고정적 임금으로 인정된다. 한편 전년도 근무실적에 따라 당

기(1개월 이내)를 초과하는 임금은 통상임금이 아니라고 한다.

82) 판례는 복리후생적 급여라도 모든 근로자에게 매월 일정액으로 지급되는 급식비나 교통비 등이 통상임금에 속한다고 밝혀 왔다(대판 1996. 5. 10. 95다2227; 대판 2007. 6. 15. 2006다13070; 대판 2011. 9. 8. 2011다22061). 그러나 고용부 예규 제47호(통상임금 산정지침), 2012. 9. 25는 오래전부터 매월 지급되는 가족수당, 급식비, 통근수당 등을 복리후생적 급여가 전체 근로자에게 지급되는 경우까지도 통상임금에서 제외된다고 한다.

83) 대판 2000. 12. 22. 99다10806; 대판 2003. 12. 26. 2003다56588.

84) 대판 1992. 7. 14. 91다5501.

85) 예컨대 1월 22일의 근무일수는 소정근로를 계속하면 당연히 충족되는 것이고 이를 초과하지 않는 근무일수는 추가적인 조건이 아니므로 고정성 판단에 영향을 주지 않는다고 생각한다.

해 연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우 그 임금은 고정적 임금에 해당한다.

D. 재직자에게만 지급하는 임금

소정근로를 했는지 여부(기왕의 근로 제공 내용)와 관계없이 지급일 또는 그 밖의 특정일에 재직 중인 자에게만 지급되는 임금은 특정일에 재직 중일 것이 지급 조건이 된다. 이러한 임금은 소정근로의 대가라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 연장근로 등을 제공하는 시점에서 그 특정일에 재직 중이라는 지급 조건의 성취 여부가 불확실하므로 고정적 임금으로 볼 수도 없다. 다만 특정일 이전에 퇴직하더라도 근무일수에 비례한 만큼의 임금이 지급되는 경우에는 고정적 임금으로 인정된다.⁸⁶⁾

라. 통상임금 제외 합의와 추가임금의 청구

2013년 대법원 전원합의체 판결은 법률상 통상임금에 해당하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의(단체협약, 취업규칙, 묵시적 합의 등)는 무효이고 근로자는 그 제외된 임금을 포함시켜 연장근로수당 등 추가임금을 청구할 수 있음을⁸⁷⁾ 재확인하고 있다. 다만, 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰한 상태에서 정기상여금을 제외하기로 합의를 했는데, 근로자가 그 합의의 무효를 주장하며 추가 임금을 청구함으로써 기업의 중대한 경영상 어려움을 초래하게 되는 경우에는 그 추가임금의 청구는 신의칙상 허용되지 않는다고 한다.

마. 통상임금의 액수 산출

(1) 통상임금에 속하는 임금은 시간급으로 정해질 수도 있지만 일급, 월급, 또는 수개월에 대한 급여 등 다양한 형태로 정해질 수도 있다. 연장·야간·휴일근로에 대한 임금을 산정하려면 일급, 월급 등의 금액을 시간급으로 환산해야 한다. 또 동일한 근로자에게 지급되는 통상임금의 형태가 2개 이상인 경우 이를 합산하려면 먼저 시간급 이외의 통상임금을 시간급 통상임금으로 환산해야 한다.

근로기준법 시행령은 그 환산 방법을 자세히 규정하고 있다(영 6조 2항). 예컨대 일급 형태의 통상임금은 그 금액을 1일의 소정근로시간(흔히 8시간)으로 나누어 산출한다. 월급 형태의 통상임금은 그 금액을 월의 통상임금산정 기준시간수(월의 평균소정근로시간과 유급처리되는 시간을 합산한 시간수)⁸⁸⁾로 나누어 산출한다.

(2) 통상임금은 소정근로에 대한 임금이므로, 연장·야간·휴일근로를 전제로 일급이나 월급을 정한 경우(포괄임금) 시간급 통상임금을 산출하려면 먼저 그 금액에서 연장·야간·휴일근로에 대한 임금을 뺀 다음 위와 같은 방법으로 환산해야 할 것이다.

86) 판결은 재직자에게만 지급되는 임금(정기상여금 포함)에 소정근로의 이행 여부에 관계없이 지급되는 것과 근무일수(소정근로의 이행)에 비례하여 지급되는 경우를 구분하여 고정성의 인정 여부를 판단하고 있다. 그런데 소정근로를 이행할 것을 조건으로 지급하되 특정일에 재직 중인 자에게만 지급하는 경우도 있다. 이러한 임금은 소정근로의 대가임이 명백하고 퇴직한 자에게 지급하지 않는다는 것은(휴직자에게 지급을 제한하는 임금의 경우처럼) 해당 근로자 개인의 특수한 사정을 고려한 것에 불과하여 정상적인 근로자에게 그 임금의 고정성을 부인할 사정은 아니라 생각한다. 또 이러한 임금은 취업규칙 등의 규정에 관계없이 중도 퇴직자에게 근무일수에 따라 일할 계산·지급되어야 할 것이다.

87) 대판 1993. 5. 11, 93다4816; 대판 2009. 12. 10, 2008다57852.

88) 정확하게는 주의 소정근로시간과 유급처리되는 시간을 합한 시간에 1년 동안의 평균주수(52.14)를 곱한 시간을 1년의 월수(12)로 나눈 시간이 된다. 예컨대 소정근로시간이 1일 8시간, 1주 40시간인 경우, 월의 통상임금산정 기준시간은 208.56시간 $[(40\text{시간}+8\text{시간})\times 52.14\div 12\text{개월}]$ 이 된다.

p. 394. 각주2) 전체 내용 변경

2014. 1. 1-12. 31 기간에 적용하기로 결정·고시된 최저임금액은 시간급 5,210원이다. 이를 일급액(8시간 기준)으로 환산하면 41,680원이고 월급액(주 40시간제 적용)으로 환산하면 1,088,890원이다.

p. 394. 21줄~24줄 “수습사용 중인 … 않는다는 것이다.” 내용 변경

업무에 대한 숙련도와 노동능률이 낮다는 점을 고려한 것이지만, 1년 미만의 기간제 근로자가 종사하는 업무는 대체로 수습을 요하지 않는 단순업무이기 때문에 감액 대상에서 제외한 것이다.

p. 395. 2줄 “90%로 한다.”뒤에 각주2) 추가

각주2) 감시·단속적 근로에 종사하는 자에 대한 감액을 2014. 12. 31까지만 시행하고 그 후에는 감액하지 않는다(2011년 개정 최임영 부칙 2조).

p. 395. 20줄 “정신·신체 장애로”를 “정신·신체의 장애로”로 변경

p. 395. 21줄 “정신·신체의 장애가”를 “그 장애가”로 변경

p. 398. 13줄 “상여금 등으로 … 통상임금보다 많아”를 “특별급여 등으로 평균임금이 통상임금보다 현저히 많아”로 변경

p. 399. 각주3) “이로써 … 수정한다.” 삭제

p. 402. 각주4) “이에 대한 예외”를 “직접지급에 대한 예외”로 변경

p. 406. 9줄~10줄 “한편, … 청구할 수 있다.” 내용 변경

한편, 체불된 임금에 대하여 당사자 사이에 별도의 약정이 없는 경우 근로자는 사용자의 채무 불이행에 대하여 민법에 따른 연 5%의 지연이자를 청구할 수 있다.

p. 406. 11줄~12줄 “사용자는 … 충당하기 위하여”를 “사용자는 근로자가 ①출산·질병·재해의 경우, ②혼인·사망의 경우, ③부득이한 사유로 1주일 이상 귀향하게 되는 경우의 비용에 충당하기 위하여”로 변경

p. 406. 13줄“(근기 45조; 위반하면 113조의 형벌 부과)”를 “(근기 45조, 영 25조; 위반하면 113조의 형벌 부과)”로 변경

p. 406. 각주3) 삭제

p. 411. 19줄 “시행령으로”를 “산업안전보건법 시행령으로”로 변경

p. 411. 각주3) 삭제

p. 412. 21줄 “3개월 이내의 것으로”뒤에 각주2) 추가

각주2) 선진국의 입법추세는 법정근로시간 및 실 근로시간을 단축하면서 탄력적 근로시간제를 확대하는 추세를 보이고 있다. 특히 일본의 경우에는 1년 이내의 탄력적 근로시간제까지 도입했다.

p. 412. 각주2) 삭제

p. 415. 각주1) 삭제

p. 415. 16줄 “여기서 근로자 과반수의 산정기준이 되는”을 “‘근로자의 과반수로 조직된 노동조합’과 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자’에서 말하는”으로 변경

p. 416. 각주4) “이로써 … 수정한다. 다만” 삭제

p. 425. 12줄 “그 밖에 공중의 편의 또는 업무의 특성상 필요한 경으로서 대통령령으로 정하는 사업, 즉” 삭제

p. 425. 17줄 “초과할 수 있다.”를 “초과하여 연장근로를 하게 할 수 있다.”로 변경

p. 425. 17줄~18줄 “입법자가 ‘공중의 편의 또는 업무의 특성상 필요’하다고 보았기 때문이다.”를 “대상 업종에서의 장시간 근로자 ‘공중의 편의 또는 업무의 특성상 필요’하다고 보기 (59조 4호) 때문이다.”로 변경

p. 426. "IV. 휴게시간 및 유급주휴일"과 p. 430. "V. 근로시간의 산정"의 목차 및 내용을 전부 위치 변경

p. 427. "다. 휴게시간의 특례"를 “다. 휴게시간의 변경”으로 변경

p. 427. 11줄~13줄 “사용자는 … 보았기 때문이다.” 내용 변경

사용자는 운수업 등 이미 살펴본 특례연장의 대상 업종에서 근로자대표와 서면합의를 한 경우에는 휴게시간 변경(무제한의 연장근로도)을 할 수 있다(근기 59조, 영 32조).

p. 427. 17줄 “휴게시간에 … 대상 사업과 같다. 물론” 삭제

p. 427. 각주2) 삭제

p. 429. 1줄~4줄 “일반적으로 … 해석된다.” 내용변경

일반적으로 월급제임금에서 소정의 월급액은 1개월 동안 소정근로일을 개근하여 소정근로시간 근로하고 유급주휴일에는 쉬는 데 대한 대가로 합의된 것이므로 그 월급액에는 주휴수당이 포함되어 있다.⁸⁹⁾ 그러나 일급제임금에서 소정의 일급액에는 주휴수당이 포함되어 있지 않은 것

으로 해석된다.

p. 439. 19줄 “기본임금을 … 이를”을 “기본임금(통상임금)을 미리 정하고 이를”로 변경

p. 441. 각주1) 내용변경

각주1) 2003년에 국제기준을 참작하여 월차휴가제도를 폐지하고 연차휴가제도를 대폭 개편하여 2004.7.1.부터 2011.7.1. 사이에 여러 단계로 나누어 시행했다. 국제노동기구 제132호 협약(1970년)과 대다수 서유럽 국가들의 제도는 6개월 동안 계속 근무한 자에게 3노동주의 연차휴가를 부여하되 그 중 적어도 2노동주는 연속 부여한다는 것이다.

p. 441. 각주2) 삭제

p. 442. 각주1) 내용변경

각주1) 2012년 개정법에서 1년 동안 80% 미만 출근한 자에게도 월차형 연차휴가를 주도록 했다.

p. 442. 각주2) 삭제

p. 449. 1줄~4줄 “연차휴가는 … 노력해야 한다.” 내용 변경

연차휴가는 근로자에게 근로의무를 면제하여 쉬게 하는 것이다. 따라서 사용자는 근로자의 휴가 사용을 방해하지 않아야 하고, 근로자가 희망하는 시기에 휴가가 실현되도록 노력해야 한다.

연차휴가는 유급휴가이다. 따라서 사용자는 근로자가 휴가를 사용한 기간에 대하여 소정근로시간 근로한 것으로 보아 임금(유급휴가임금, 휴가수당)을 지급해야 한다.

p. 449. 11줄 “근로할 것으로”를 “소정근로시간 근로할 것으로”로 변경

p. 449. 14줄~15줄 “일급근로자의 … 지급해야 한다.”를 “일급근로자의 경우에는 그 휴가 사용 일수에 대하여 별도의 소정의 일급액에 해당하는 유급휴가임금을 지급해야 한다.”로 변경

p. 452. 6줄 “유급휴가임금을” 뒤에 각주 추가

각주) 휴가를 사용하지 않고 근로한 것에 대한 임금은 이미 받았을 것이므로 휴가를 사용하지 않은 것에 대한 보상은 휴가를 사용했다라면 받을 수 있었던 임금, 즉 유급휴가임금이 된다.

p. 452. 각주2) 2줄~4줄 “한편, …설명을 수정한다.” 삭제

p. 452. 11줄~12줄 “유급휴가임금은 … 것은 아니다.”를 “가산임금에 관한 규정이 적용되지 않는다.”로 변경

p. 454. 1줄 “일정한 … 적용하지 않는다.” 내용 변경

농수산업에 종사하는 자, 감시·단속적 근로에 종사하는 자로서 사용자가 고용부장관의 승인을 받은 자, 감독·관리·기밀 업무에 종사하는 자에 대해서는 근로기준법의 근로시간·휴게·휴일에 관한 규정을 적용하지 않는다(근기 63조, 영 34조).

p. 455. 3줄 “시행령으로 정하는 업무, 즉” 삭제

p. 456. 7줄 “이에 따른 명령으로”를 “시행령 등으로”로 변경

p. 456. 13줄~17줄 “사업주는 … 두어야 한다.” 내용 변경

(1) 사업주는 시행령으로 정하는 바에 따라 ①안전보건 관리책임자를 두어 산업재해 예방 계획의 수립 등 산업재해 예방 업무를 총괄관리하게 하고, ②생산 분야 관리감독자로 하여금 직무와 관련된 안전·보건에 관한 업무로서 안전·보건점검 등의 업무를 수행하게 하며, ③안전관리자와 보건관리자를 두어 안전과 보건 각각에 관한 기술적인 사항에 관하여 사업주와 안전보건 관리책임자를 보좌하고 관리감독자에게 조언·지도하게 하고, ④산업보건의를 두어 보건관리자의 업무를 지도하도록 해야 한다(13~17조; 위반하면 72조의 과태료 부과).

p. 457. 12줄~13줄 “근로자는 … 준수해야 한다.” 삭제

p. 457. 16줄~19줄 “사용자의 … 재해를 말한다.” 내용 변경

근로계약상의 부수적 의무로서 안전배려 의무의 핵심적 부분을 명시한 것이다. ‘중대재해’란 산업재해 중 사망 등 재해의 정도가 심한 것으로서 시행규칙으로 정하는 재해를 말한다(2조 7호).

p. 457. 20줄~23줄 “산업재해가 … 보고해야 하고, 이 경우” 내용변경

근로자는 산업재해가 발생할 급박한 위험으로 인하여 작업을 중지하고 대피했을 때에는 지체 없이 그 사실을 바로 위 상급자에게 보고하고, 바로 위 상급자는 이에 대한 적절한 조치를 해야 한다(26조 2항). 근로자는 생명·신체의 안전을 위한 기본적 인권이 일환으로서 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있을 때 당연히 작업을 중지하고 대피할 권리(작업중지권)을 가지지만, 이를 행사할 때에는 바로 위 상급자에게 보고해야 한다는 것이다. 근로계약상 부수적 의무로서 사고대처의무의 핵심적 부분을 명시한 것이다.

p. 458. 13줄 “(관리책임자를 둘 의무가 없는 사업에서는 사업을 총괄·관리하는 자)”를 삭제

p. 458. 16줄~18줄 “그 결과에 따라 … 해야 한다.” 내용 변경

근로자대표가 요구하면 작업환경측정에 근로자대표를 입회시켜야 한다(42조 1항; 위반하면 72조의 과태료 부과). 사업주는 작업환경 측정 결과에 따라 근로자의 건강을 보호하기 위하여 해당 시설·설비의 설치·개선 또는 건강진단의 실시 등 적절한 조치를 해야 한다(42조 3항; 위반하면 69조의 벌칙 적용).

p. 458. 20줄 “실시해야 한다.”를 “실시해야 하고, 근로자대표가 요구하면 건강진단에 근로자대표를 입회시켜야 한다(43조 1항·8항; 위반하면 72조의 과태료 부과).”로 변경

p. 458. 25줄 “(4항)”을 “(4항; 위반하면 72조의 과태료 부과)”로 변경

p. 458. 26줄~27줄 “전근 … 그 밖에”를 “작업장소 변경, 작업 전환, 근로시간 단축, 야간근로의 제한, 작업환경 측정 또는 시설·설비의 설치·개선 등”으로 변경

p. 458. 28줄 “본인의 동의 없이 개별 근로자의”를 삭제

p. 459. 10줄 “시행령으로 정하는 유해·위험작업, 즉”을 “사업주는”으로 변경

p. 461. 4줄 “(이하 산재보험법에 관해서는 ‘공단’으로 약칭)” 삭제

p. 462.~p. 466. “Ⅱ. 업무상 재해” 전체 내용 변경

Ⅱ. 업무상 재해

근로자에게 부상·질병·장해·사망의 재해가 발생한 경우 산재보험법상 보험급여나 근로기준법상 재해보상의 대상이 되는지 여부가 그 재해가 업무상 재해인지, 업무의 재해인지 여부에 달려 있다.

1. 업무상 재해의 개념

‘업무상’ 재해에 관하여 근로기준법은 정의규정을 두지 않고 있다. 산재보험법은 ‘업무상의 사유에 따른’ 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망이라고 포괄적으로 정의하고 있다(산재 5조 1호). 처음에는 ‘업무수행 중에 업무에 기인하여 발생한’ 재해라고 정의하고 있었다.

(1) 통설과 판례⁹⁰⁾는 ‘업무상 재해’란 업무수행 중에 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하는 것으로 본다. 업무수행성과 업무기인성을 ‘업무상’이 요건 또는 판단기준으로 보는 것이다.

‘업무수행성’이란 근로자가 ‘현실적으로 업무를 수행하는 중’이라는 좁은 의미가 아니라, 근로자가 ‘사용자의 지배 내지 관리 아래 있는 중’이라는 것을 말한다. 이로써 현실적 업무수행이 없는 휴게시간·통근·행사 중의 재해도 사용자의 지배·관리 아래 있으면 업무상 재해로 인정할 수 있게 된다. 최근의 판례도 업무상 재해를 사용자의 지배·관리 아래 해당 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동 과정에서 그러한 업무에 기인하여 발생한 재해로 파악하고 있다.⁹¹⁾ 업무수행성과 업무기인성을 ‘업무상’의 요건으로 보는 전통적 기초를 유지하면서 업무수행성의 의미를 넓은 의미로 이해하는 것이다.

‘업무기인성’이란 일반적으로 경험에 비추어 업무수행에 내재·수반하는 위험이 현실화 한 것으로 인정되는 것, 바꾸어 말하면 업무 내지 업무수행과 상당한 인과관계를 가지는 것을 말한다.

업무기인성은 업무수행성에서 파생된 것이다. 따라서 업무상 재해인지 여부의 1차적 판단기준은 업무수행성이다. 업무수행성이 없으면 업무기인성은 성립하지 않는다. 그러나 업무수행성이 있더라도 다시 업무기인성의 판단이 필요하고, 업무기인성이 없으면 업무상 재해가 되지 않는다. 이와 같이 업무상의 재해가 되려면 업무수행성과 업무기인성을 모두 갖추어야 하는

90) 대판 1985. 12. 24, 84누403; 대판 1991. 10.22, 91누4751 등.

91) 대판 1996. 2. 9, 95누16769; 대판 2007. 9. 28, 2005두12572(전합); 대판 2010. 4. 29, 2010두184.

것이다. 다만 재해의 종류에 따라서 판단의 중점은 다를 수 있다. 사고성 재해(부상이나 사고사)의 경우는 업무수행성의 충족 여부에 논의가 집중되고, 건강에 유해한 인자와 접촉하여 발생하는 질병의 경우는 업무기인성의 충족 여부가 중요시 된다.

(2) 한편, '업무상'이란 업무기인성을 말하고, 업무수행성은 업무기인성을 판단하기 위한 1차적 요건에 불과하다고 보는 견해도 있다.⁹²⁾ 산재보험법의 정의규정에서 '업무상' 재해를 단순히 '업무상의 사유에 따른' 재해라고 규정한 것은 이 견해에 따른 것이라 볼 수 있다.

확실히 '업무상'이란 업무에 기인한다는 의미일 뿐 그 이상은 아니다. 다만 이 견해도 업무수행성을 '업무상'의 판단기준의 하나로 보기 때문에 통설·판례의 입장과 실질적 차이는 크지 않다고 생각한다.

2. 업무상 재해의 개별적 판단

산재보험법은 어떠한 경우에 업무상 재해로 인정되는지에 관한 기본적인 기준을 정하고, 시행령에서는 모법의 위임에 따라 구체적인 기준을 정하고 있다(산재 37조 1항, 3항; 영 27-36조 등).⁹³⁾ 근로자에게 발생하는 수많은 재해에 대하여 업무상 재해에 해당하는지 여부를 신속·공평하게 판단하고 근로자의 입증책임도 줄이기 위한 것이다.

이하 법령으로 정한 인정기준을 중심으로 업무상 재해가 어떤 경우에 인정되는지를 재해의 유형에 따라 개별적으로 살펴보기로 한다.

가. 업무상 부상·사망

소정의 업무상 사고로 발생한 근로자의 부상·질병·장해·사망은 업무상 재해로 보며, 업무상 사고는 근로계약에 따른 업무 행위를 하던 중 발생한 사고나 사용자가 제공한 교통수단으로 출근하던 중 발생한 사고 등 업무와 관련된 사고를 말한다(산재 37조 1항 본문 1호).

이 규정에서 '업무상 사고로 발생'한 재해는 업무수행 중(사용자의 지배·관리 아래 있던 중) 발생한 사고성⁹⁴⁾ 재해를 의미한다. 그리고 사고성 재해에는 부상과 사고성 질병·사망이 포함되지만,⁹⁵⁾ 사고성 질병은 업무상 질병에 포함시켜 규정하고 있으므로, 이 규정에서 말하는 사고성 재해는 부상과 사망(사고성 사망으로 한정; 이 항목에서 같음)으로 한정된다. 요컨대 이 규정의 의미는 근로자의 부상과 사망이 업무수행 중 발생한 경우에는 업무상 재해로 인정된다는 것이다.

업무상 사고로 발생한 재해라도 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없으면 업무상 재해로 보지 않는다(산재 37조 1항 단서). 업무수행성이 충족되더라도 업무기인성이 없으면 업무상 재해가 되지 않는다는 것을 확인한 규정이다. 상당인과관계는 인과관계를 과학적·의학적 지식에 비추어 판단하는 것이 아니라 일반적인 경험·지식에 비추어 판단하는 것을 말한다. 상당인과관계는 일반적으로 그 존재를 주장하는 근로자 쪽에서 입증해야 한다.

A. 사업장 안 업무수행 중 재해

92) 예컨대 일본 후생노동성 노동기준국의 행정해석이 그렇다.

93) 업무상 재해의 인정기준은 1995년부터 산재보험법의 위임이 없이 또는 포괄적 위임에 따라 시행규칙에 규정되어 있었다. 이 때문에 그 법원성이 의문시되기도 했는데, 2007년에 산재보험법에 기본적인 기준을 신설하고 구체적인 기준을 시행령에 위임하는 규정을 신설한 것이다.

94) 사고는 갑자기 사람의 신체에 외부의 물체·물질·gas 등이 작용하는 현상으로서 누구나 감각적으로 인식할 수 있는 것을 말한다. 근로자가 갑자기 사망했더라도 사고가 없었다면 사고로 발생한 사망이 아니다. 부상은 언제나 사고로 발생하는 것이다.

95) 부상으로 인한 장해는 사고와 간접적 관련을 가질 뿐이고, '업무상' 판단이 직접 문제되지 않는기 때문에 이 규정의 재해에 포함되지 않는다.

근로자가 사업장 안에서 ①근로계약에 따른 본래의 업무를 하는 행위, ②그 과정에서 용변·보행 등 필요한 부수행위를 하던 중 발생한 부상·사망은 업무상 재해로 본다(산재 37조 1항 1호 가목; 영 27조 1항).

B. 사업장 안 업무시간 외의 재해

사업장은 사용자가 지배·관리하는 장소이므로 근로자가 사업장 안에 있는 동안에 본래의 업무가 아닌 행위를 하더라도 근로자의 사업장 체류를 요구·용인하는 취지에 부합하는 행위를 하는 이상 업무수행성이 인정된다.

(1) 휴게시간 중에 용변·보행·이동, 업무 재개를 위한 준비·휴식(짧은 수면 포함)·적절한 운동이나 사생활 활동의 경우는 ‘사업주의 지배·관리 아래 있다고 볼 수 있는 행위’(산재 37조 1항 1호 마목)로서 그러한 행위를⁹⁶⁾ 하던 중 발생한 부상·사망은 업무상 재해로 인정된다. 그러나 노동조합 대의원들끼리 구내 운동장에서 친선경기를 하는 경우에는⁹⁷⁾ 업무상 재해로 인정되지 않는다.

(2) 업무 시작 전이나 종료 후의 시간에 업무를 준비하거나,⁹⁸⁾ 천재지변·화재 등 사업장 내의 돌발적 사고에 따른 긴급피난·구조 등의 행위(영 27조 1항)를 하던 중 또는 출퇴근을 위하여 사업장 구내에서 이동하거나 잠시 체류하던 중 발생한 부상·사망도 업무상 재해로 인정된다. 그러나 장시간의 적극적 사생활 활동, 방화·재물손괴·절도 등의 범죄행위, 시설의 집단적 점거 등의 경우에는 업무상 재해로 인정되지 않는다.

C. 사업장 밖 업무수행 중의 재해

(1) 근로자가 사용자의 지시에 따라 사업장 밖의 지정된 장소에서 업무를 수행하거나 출장지를 왕복 이동하는 등 업무수행에 필요한 행위를 하던 중에 발생한 부상·사망은 업무상 재해로 보며, 다만 사용자의 구체적 지시에 위반한 행위나 과도한 사생활 활동을 하는 경우 또는 통상적인 경로를 이탈한 경우에는 그렇지 않다(산재 37조 1항 1호 가목; 영 27조 2항).

출장근무의 경우는 출장지로 떠난 때부터 업무를 마치고 귀환할 때까지 근로자가 사용자의 지배 아래 있다. 따라서 업무수행은 물론, 출장지 왕복 이동, 그 업무수행에 필요한 숙박·회식 등 모든 행위에 업무수행성이 인정된다. 그러나 사용자의 구체적 지시를 위반한 업무수행, 통상의 경로를 이탈한 왕복 이동, 과도한 사생활 활동에 대하여는 업무수행성이 인정되지 않는다는 것이다.

(2) 업무의 성질상 업무수행 장소가 정해져 있지 않은 근로자가 최초로 업무수행 장소에 도착하여 업무를 시작한 때부터 최후로 업무를 완수한 후 퇴근하기 전까지 발생한 부상·사망은 업무상 재해로 본다(산재 37조 1항 1호 가목; 영 27조 3항). 수시로 장소를 옮겨가며 업무수행을 하도록 예정되어 있는 만큼 업무수행 도중의 이동 행위 등에 대해서도 업무수행성이 인정되는 것이다.

D. 사업장 밖 업무시간 외의 재해

근로자가 사업장 밖에서 업무외 행위를 하는 중에 재해가 발생한 경우에는 사용자의 지배·관리 아래 있지 않으므로 업무상 재해로 인정되지 않는다. 그러나 몇 가지 예외가 있다.

(1) 사용자가 제공하는 시설물(장비·차량 포함) 등의 결함이나 관리소홀로 근로자가 이들을 이용하던 중 발생한 부상·사망은 업무상 재해로 보며, 다만 사용자의 구체적 지시를 위반하여

96) 대판 2000. 4. 25. 2000다2023(구내매점에서 간식을 사기 위하여 제출 하치장을 통과).

97) 대판 1996. 8. 23. 95누14633.

98) 대판 1996. 10. 11. 96누9034(다음 날의 작업준비를 위해 도구를 운반); 대판 2009. 10. 15. 2009두10246(지속적인 육체노동이 요구되는 업무에 종사하는 자가 근무시간 전에 체력단련 운동).

이용하거나 그 시설물 등에 대한 관리·이용권이 근로자에게 전속되어 있는 경우는 그렇지 않다(산재 37조 1항 1호 나목; 영 28조). 그 시설물 등이 사업장 구내에 있는 경우에도 그렇다.

(2) 사용자가 출퇴근용으로 제공한(관리·이용권이 근로자에게 전속된 경우는 제외) 교통수단이나 이에 준하는 교통수단을 이용하여 출퇴근하던 중 발생한 부상·사망은 업무상 재해로 본다(산재 37조 1항 1호 다목; 영 29조).⁹⁹⁾ 사용자가 제공한 교통수단을 이용하는 경우에는 사용자의 지배·관리 아래 있어 업무수행성이 인정된다는 것이다.

이와 달리 통상의 교통수단으로(도보나 대중교통 또는 자가용차 등을 이용) 출퇴근하는 경우에는 출퇴근 방법과 경로의 선택이 근로자에게 맡겨져 있다는 점에서 근로자가 선택한 출퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라 하더라도 업무상 재해로 인정되지 않는다.¹⁰⁰⁾ 그러나 통상의 교통수단을 이용하더라도 출퇴근 도중에 업무를 수행한 경우¹⁰¹⁾ 또는 업무나 근무지의 특수성 등으로 출퇴근 방법에 선택의 여지가 없는 경우(야간근무를 위해 자신의 오토바이를 이용하는 등)¹⁰²⁾ 업무상 재해로 인정된다. 사용자가 제공한 통근버스를 타려가던 중에 발생한 재해는 업무상 재해로 인정되지 않는다.¹⁰³⁾

(3) 사용자가 주관하거나 근로자의 참가를 지시·승인 또는 조장(참가시간을 근로시간으로 인정하거나 행사 비용을 지원하는 등)¹⁰⁴⁾하는 행사에 근로자가 참가하거나 그 준비를 하던 중에 발생한 부상·사망은 업무상 재해로 본다(산재 37조 1항 1호 라목; 영 30조). 그러나 근로자들이 친목도모를 위하여 임의로 사업장 밖에서 하는 친목행사¹⁰⁵⁾ 또는 노동조합 간부가 단결 과시를 위해 주관하는 체육대회¹⁰⁶⁾ 등의 경우에는 업무상 재해로 인정되지 않는다.

E. 상당인과관계

위 와 같이 업무수행 중(사용자의 지배·관리 아래 있던 중) 발생한 재해라 하더라도 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 경우에는 업무상 재해가 되지 않는다.

(1) 근로자의 과실(중대한 과실 포함)로 재해가 발생했다 하여 업무와 재해 사이의 상당인과관계가 부인되는 것은 아니다. 그러나 근로자의 고의·자해행위나 범죄행위로 발생한 본인의 부상·사망은 업무상 재해로 인정되지 않는다(산재 37조 2항 본문). 다만 업무상 사유로 발생한 정신적 이상상태에서 자해행위를 한 경우에는 업무상 재해로 본다(산재 37조 2항 단서; 영 36조). 자해행위의 원인이 되는 정신적 이상상태가 업무와 관련되기 때문이다.

(2) 근로자가 업무상 부상·질병으로 요양을 하던 중에 그 요양과 관련하여 의료사고 등으로 발생한 부상·사망은 업무상 재해로 본다(영 32조). 업무와 상병을 치료하던 중이었다면 그렇지 않다.

(3) 제3자가 특정 근로자에게 가해행위를 하여 재해가 발생한 경우에는 일반적으로 업무와 재해 사이의 상당인과관계가 없고 당사자들의 사사로운 문제로 취급될 뿐이다. 그러나 제3자의

99) 이 규정은 공무원의 경우와 달리 통상의 교통수단으로 출퇴근하던 중에 발생한 재해를 업무상의 재해에서 제외하고 있다. 현재 2013. 9. 26, 2011헌바271·2012헌가 16은 이 규정이 헌법에 위반되지 않는다고 본다.

100) 대판 1996. 2. 9, 95누16769; 대판 2007. 9. 28, 2005두12572(전합)(근로자가 선택한 통근 방법과 경로의 선택이 통상적인 경우에는 업무상의 재해로 인정된다고 보는 소수 반대의견 있음).

101) 대판 2004. 11. 25, 2002두10124; 대판 2008. 3. 27, 2006두2022.

102) 대판 2009. 5. 28, 2007두2784.

103) 대판 1996. 4. 26, 96누2026.

104) 대판 1997. 8. 29, 97누7271(회사의 적극적인 지원 아래 열리 낚시 모임).

105) 대판 1992. 10. 9, 92누11107(근로자들이 회사 소유의 버스만 제공받고 소요비용은 각자 각출하여 마련한 친목행사); 대판 1995. 5. 26, 94다6509(사용자가 주관한 정례회식이 끝난 후에 근로자들이 여흥을 즐기 위한 모임).

106) 대판 1997. 3. 28, 96누16179.

가해행위를 유발할 수 있는 성질의 업무를 담당하는 근로자에 대하여 제3자가 가해행위를 하여 발생한 부상·사망은 업무상 재해로 본다(영 33조).

(4) 천재지변이나 외부적 작용에 의한 돌발적 사고(항공기 추락, 인근공장의 화재·폭발 등)로 근로자의 재해가 발생했다 하더라도 업무수행 중 또는 사용자의 지배·관리 아래 있던 중인 이상 업무와 재해 사이의 상당인과관계는 부인되지 않는다(영 31조).

나. 업무상 질병

‘업무상 질병’이란 ①업무수행 과정에서 물리적 인자·화학물질·분진·병원체·신체에 부담을 주는 업무 등 근로자의 건강에 장애를 일으킬 수 있는 요인(이하 ‘건강유해요인’으로 약칭)을 취급하거나 이에 노출되어 발생한 질병(직업병), ②업무상 부상으로 인한 질병, ③그 밖에 업무와 관련하여 발생한 질병을 말한다(산재 37조 1항 2호).

업무상 질병 중에서 업무와의 관련성이 직접 문제되는 것은 직업병이다. 직업병은 업무수행 중 사고로 갑자기 발생하는 경우도 있지만, 상당 기간 동안 서서히 진행되거나 또는 잠복기를 거쳐 발생하는 경우도 있고, 또 근로자의 건강 상태나 기존의 다른 질병과 겹쳐서 발생하는 경우도 있다. 이 때문에 근로자의 질병(그 악화도 포함)이 업무수행 과정에서 건강유해요인에 노출(이를 취급한 것 포함)로 인하여 발생한 것인지(인과관계 유무)에 관한 판단은 어려운 문제이다.

A. 직업병으로 인정되는 질병의 예시

산재보험법 시행령은 건강유해요인에 노출되는 업무시간, 그 업무에 종사한 기간, 작업환경 등에 비추어 인과관계가 의학적으로 인정되는(영 34조 1항) 직업병을 세부적 병명을 들고 경우에 따라서는 업무 또는 건강유해요인이 노출과 관련된 조건을 명시하면서 구체적으로 예시하고 있다(영 34조 3항).

이를 발췌·요약함. ①업무와 관련된 돌발적인 긴장·공포, 단기간의 업무부담 증가, 만성적인 업무 과중으로 발병된 뇌실질내출혈이나 심근경색증, ②반복 동작이 많은 업무 등 근골격계에 부담을 주는 업무로 발병·악화된 팔·다리·허리 부분의 근골격계 질환, 이러한 업무로 악화된 기존 질병, ③밀가루·니켈에 노출되어 발생한 천식, 크롬에 2년 이상 노출되어 발생한 비중격 궤양·천공, ④톨루엔·납·수은에 노출되어 발생한 중추신경계장애, 업무와 관련하여 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건으로 발생한 외상후 스트레스장애, ⑤벤젠·납에 노출되어 발생한 빈혈, ⑥시멘트·톨루엔·유리섬유·자외선에 노출되어 발생한 접촉성피부염, 불산·염기에 노출되어 발생한 화학적 화상, 한랭한 장소의 업무로 발생한 동상, ⑦자외선에 노출되어 발생한 피질 백내장, 크롬에 노출되어 발생한 결막염, 소정의 조건을 충족하는 소음성 난청, ⑧트리클로로에틸렌에 노출되어 발생한 독성 간염(그 노출 업무에 종사하지 않게 된 후 3개월 이내만), 염화비닐에 노출되어 발생한 간경변, ⑨보건의료시설 종사자에게 발생한 간염·결핵, ⑩석면에 10년 이상 노출되어 발생한 폐암, 포름알데히드에 노출되어 발생한 백혈병, 전리방사선에 노출되어 발생한 위암, ⑪일시적으로 다량의 염화비닐·수은·불산에 노출되어 발생한 급성중독, ⑫고기압·저기압에 노출되어 발생한 감압병, 덥고 뜨거운 장소의 업무로 발생한 일사병·열사병 등이다.

한편, 암석·금속·유리섬유 등을 취급하는 작업 등 시행규칙으로 정하는 분진작업에 종사하여 걸린 진폐증도 직업병으로 본다(산재 91조의2).

B. 예시되지 않은 질병과 인과관계

위와 같이 법령에 예시된 직업병에 해당하지 않는 질병이라도 업무로 인하여 발생한 것이라면

‘그 밖에 업무와 관련하여 발생한 질병’(37조 1항 2호 다목)으로서 업무상 질병으로 인정된다. 문제는 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 존재한다고 볼 것인지에 있다. 예컨대 평소 법령에 예시된 질병이 아닌 고혈압, 간염, 간질 등이 있는 근로자가 업무수행 과정에서 코로나 스트레스 등을 겪은 후 그 질병이 악화된(이로 인하여 종종 사망) 경우 업무와 질병 사이의 인과관계의 판단이 문제된다.

이에 관한 판례의 법리는 ①질병의 주된 원인이 업무수행과 직접 관계가 없더라도 업무상의 코로나 스트레스 등이 질병의 주된 원인에 겹쳐서 질병이 유발 또는 악화된 경우에는 인과관계가 입증된 것이고,¹⁰⁷⁾ ②인과관계는 의학적·자연과학적으로 명백히 입증되어야 하는 것이 아니라 취직 당시의 건강상태나 작업환경 등 제반 사정에 비추어 상당인과관계가 있다고 추단되면 그 입증이 있는 것이며,¹⁰⁸⁾ ③인과관계 유무는 평균인이 아니라 해당 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단해야 한다는 것이다.¹⁰⁹⁾

p. 467. 9줄 “공단”을 “근로복지공단”으로 변경

p. 469. 각주2) “휴업급여와 … 같음하여”를 “진폐근로자에 대해서는 상병보상연금을 같음하여”로 변경

p. 470. 각주2) “휴업급여와 … 같음하여”를 “진폐근로자에 대해서는 장애급여를 같음하여”로 변경

p. 471. “근로자가 사망하여”뒤에 각주3) 추가

각주3) 사고가 발생한 선박 또는 항공기에 있던 근로자의 생사가 밝혀지지 않거나 항해 중인 선박 또는 항공기에 있던 근로자가 행방불명 또는 그 밖의 사유로 그 생사가 밝혀지지 않으면 시행령으로 정하는 바에 따라 사망한 것으로 추정한다(산재 39조 1항).

p. 473. 14줄, 16줄, 18줄 “공단”을 “근로복지공단”으로 변경

p. 474. 9줄, 14줄 “공단”을 “근로복지공단”으로 변경

p. 474. 26줄 각주2)의 위치를 25줄 “재해보상이 끝나거나”뒤로 변경하고 내용 중 “재해보상이 … 개정되었다.”까지 삭제

p. 475. 1,2,9,11줄 “공단”을 “근로복지공단”으로 변경

p. 476. 13줄 “공단”을 “근로복지공단”으로 변경

p. 477. 17줄~18줄 “근로계약에 따른 기본적 의무와”를 “근로계약 당사자의 권리·의무와”로 변경

107) 대판 1991. 10. 22. 91누4751; 대판 2001. 7. 27, 2000두4538.

108) 대판 1999. 1. 26, 98두10103; 대판 2009. 7. 9, 2009두6186.

109) 대판 1999. 1. 26, 98두10103; 대판 2012. 3. 15, 2011두24644.

p. 479. 각주1) “공단”을 “근로복지공단”으로 변경

p. 480. 3,5,9줄, 각주1) “공단”을 “근로복지공단”으로 변경

p. 481. 6줄 “그러한 취업규칙이 없더라도”를 “취업규칙에 그러한 규정이 없더라도”로 변경

p. 482. 8줄~9줄 “업무상 필요성은 … 필요를 말한다.” 내용 변경
‘업무상 필요’ 인원 배치를 변경할 필요가 있고 그 변경에 어떠한 근로자를 포함시키는 것이 적절한가 하는 인원 선택의 합리성을 말하며, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등의 사정도 포함된다.¹¹⁰⁾

p. 483. 각주4) 판례 추가 “대판 2013. 2. 28, 2010다52041.”

p. 492. 5줄~7줄 “또 직위해제는 … 그렇지 않다.” 내용 변경
또 직위해제는 반드시 근로자의 비행을 이유로 하는 것이 아니라는 점에서 징계의 일종인 정직과 구별되지만, 취업규칙 등에서 직위해제를 징계의 일종으로 규정한 경우에는 그렇지 않다.

p. 492. 8줄~9줄 “직무수행 능력 … 불량한 경우”를 “직무수행 능력이 부족한 경우, 근무 성적이나 태도가 불량한 경우,”로 변경

p. 492. 각주2) 판례 추가 “대판 2013. 5. 9, 2012다64833.”

p. 493. 1줄 뒤에 내용추가
취업규칙 등에서 직위해제가 징계의 일종으로 규정되어 있지 않은 경우에는 징계절차를 거치지 않았다는 이유만으로 직위해제가 위법하다고 볼 수 없다.¹¹¹⁾

p. 493. 7줄 “잠정적인 인사처분이다. 따라서 사용자는” 부분 내용 변경 및 추가
따라서 처분 당시에는 정당한 경우라도 처분의 목적과 실제 기능, 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 하고 부당하게 장기간 직위해제의 상태를 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 이상 정당화될 수 없다.¹¹²⁾ 그러므로 사용자는 …

p. 500. 각주1) 삭제

p. 501. 5줄~6줄 “해고의 예고 또는 예고수당의 지급이 적용되지 않기도 한다.”를 “해고예고의무가 배제되기도 한다.”로 변경

110) 대판 2013. 2. 28, 2010다52041.

111) 대판 2013. 5. 9, 2012다64833.

112) 대판 2007. 2. 23, 2005다3991; 대판 2013. 5. 9, 2012다64833.

p. 501. "마. 징계의 절차"를 "마. 징계의 절차와 시기"로 변경

p. 502. 4줄 "살펴본 바와 같다."뒤에 내용 추가

또 단체협약에 쟁의기간 중에는 징계를 할 수 없고, 징계위원회는 사유 발생일부터 일정한 시간 내에 개최해야 한다고 규정되어 있을 경우에는 이에 따라야 정당한 징계로 인정된다.¹¹³⁾

p. 514. 24줄 "거부·반대하는 자는"을 "거부하는 의사를 표시함으로써"로 변경

p. 507. 1줄 "수 있다." 내용 변경

수 있고, 그밖에 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직하거나 양도기업에서 퇴직하면서(퇴직금을 받기 위하여) 양수기업에 새로이 입사할 수도 있다.¹¹⁴⁾

p. 507. 1줄 "취업"을 "입사"로 변경

p. 507. 2줄 "반대 의사를"을 "승계 거부의 의사를"로 변경

p. 507. 3줄 "이 경우" 삭제

p. 507. 3줄 "거부·반대하는"을 "거부하는"으로 변경

p. 510. "I. 해고제한의 의의" 목차만 삭제

p. 510. 4줄~p. 511. 8줄 내용 변경

해고는 민법상으로는 사용자측에서 하는 고용계약의 해지로서 사용자는 광범위한 해고의 자유를 가진다.¹¹⁵⁾ 물론 근로자도 이에 대응하여 동등한 사직의 자유를 가진다. 그러나 해고의 자유는 경제적·사회적으로 약자의 지위에 있는 근로자에게는 더 좋은 직장의 보장이 없는 대부분의 경우 직장상실의 위험을 의미하게 된다. 이에 따라 근로기준법은 해고의 자유를 여러 방면에서 제한하고 있다. 정당한 이유 없는 해고의 금지, 정리해고의 제한, 해고 시기의 제한, 해고 절차의 제한(해고의 예고와 해고의 서면통지)이 그것이다.

근로기준법에서 규제하는 해고는 사용자가 하는 근로계약의 해지, 즉 사용자의 일방적 의사표시로 근로계약관계를 종료시키는 것을 말한다. 취업규칙상 일정한 사유가 발생하면 자연퇴직(당연퇴직·자진퇴직)한다는 취지의 규정을 둔 경우에도 사용자의 일방적 의사표시로 근로계약관계를 종료시키는 것인 이상 해고에 속한다.¹¹⁶⁾ 또 퇴직의 의사가 없는 근로자가 사용자의

113) 대판 2013. 2. 15, 2010두20362(이 경우 징계 사유가 쟁의기간 중에 발생했다면 징계위원회 개최 시한은 쟁의행위가 종료된 때부터 기산된다.)

114) 대판 2012. 5. 10, 2011다45217.

115) 민법은 해고에 관하여 고용계약 기간의 약정 유무 또는 계약 기간에 따라 취급을 달리하고 있다. 즉 기간의 약정이 없는 경우, 기간을 약정했으나 만료 후 묵시의 갱신이 이루어진 경우, 또는 3년이 넘는 기간을 약정했으나 3년이 경과한 경우에는 일정한 통고 기간만 두면 언제든지(특별한 사유가 없더라도) 해고할 수 있고(민법 660조, 662조, 659조), 기간의 약정 유무에 관계없이 노무제공의 대체·기능의 상실·부득이한 사유·사용자의 파산선고가 있는 경우에는 예고도 없이 즉시 해고할 수 있다(민법 657조, 658조, 661조, 663조).

압력으로 사직서를 제출한 것도 해고이다.¹¹⁷⁾ 그러나 정년퇴직 또는 기간 만료에 즈음한 계약 갱신의 거절은 근로계약의 해지가 아니므로 해고에 해당하지 않는다.

p. 511. 9줄 “(정리해고)”를 “(정리해고, 경영상 이유에 의한 해고)”로 변경

p. 511. "Ⅱ. 정당한 이유 없는 해고의 금지"를 "Ⅰ. 정당한 이유 없는 해고의 금지"로 변경

p. 511. 각주3) 내용 변경

각주3) 독일은 일찍부터 해고제한법(해고보호법)에서 정당한 이유 없는 해고를 명시적으로 금지해왔다. 일본은 노동기준법에 이런 규정을 두지 않은 채 권리남용의 법리를 적용해 오다가 최근에 노동계약법을 제정하여 “해고는 객관적으로 합리적인 이유가 없고 사회통념상 상당하다고 인정되지 않는 경우에는 그 권리를 남용한 것으로서 무효로 한다”고 규정했다(16조).

p. 516. 4줄 “전 각호에”를 “위에서”로 변경

p. 516. 7줄 “없다.”를 “없다고 볼 수 있다.”로 변경

p. 521. 각주1) “이로써 … 수정한다.” 삭제

p. 522. 5줄~6줄 “근로자 과반수를 … 보아야 한다.” 삭제

p. 522. 7줄~8줄 “문제는 …볼 것인지에 있다.” 내용 변경

‘근로자의 과반수로 조직된 노동조합’과 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자’에서 말하는 ‘근로자’는 전체 근로자를 말하는지, 아니면 정리해고에 직접 이해관계를 가지는 근로자만 의미하는지가 문제된다.

p. 522. 16줄 뒤에 내용 추가

한편, 해당 사업 또는 사업장의 근로자인 이상, 상용근로자나 기간제근로자 또는 단시간근로자나, 직종이나 직급이 무엇이냐, 노동조합 가입 자격이 있느냐 여부 등에 관계없이 근로자수에 포함된다.

p. 525. "1. 대상 기간의 해고 금지"를 "1. 해고 금지 기간"으로 변경

p. 525. 3줄~4줄 “그리고 육아휴직의 기간에도 해고하지 못한다(고평 19조 3항)”를 본문에서 삭제하고 “해고하지 못한다.”뒤에 각주1)로 변경

p. 525. "가. 대상기간"을 "가. 금지 기간의 범위"로 변경

p. 525. 7줄 “A. 업무상 상병 요양 목적의 휴업” 목차 추가

116) 대판 1993. 10. 26, 92다54210.

117) 대판 1992. 3. 13, 91누10046·39085; 대판 1992. 4. 10, 91다43138 등.

p. 525. 8줄~9줄 “따라서 … 금지되지 않는다.” 내용 추가 및 변경

‘휴업’이란 근로를 하지 못한 것, 즉 결근한 것을 말하며, 휴직을 했느냐 여부는 중요하지 않다.

업무상 부상·질병의 요양을 받는 자가 업무상 부상·질병의 요양 이외의 목적·이유로 휴업한 때에는 해고가 금지되지 않는다.

p. 525. 21줄 “B. 출산휴가·유사산휴가” 목차 추가

p. 526. 각주1) “이로써 … 수정한다.” 삭제

p. 527. 25줄~p. 529. 16줄 “즉 해고의 효력 … 보아야 할 것이다.” 내용 변경

즉 해고의 효력 발생 예정일을 특정하여 예고해야 하며, 불확정한 기한이나 조건을 붙이는 등 언제 해고되는지를 근로자가 알 수 없는 방법으로 하는 것은 예고로서의 효력이 없다.¹¹⁸⁾ 예고는 해고하려는 날부터 적어도 30일 전에(30일 이상의 기간을 두어) 해야 하므로 예고기간이 30일 미만인 경우에는 예고로서의 효력이 없다. 적어도 30일 전에 예고한 이상 사용자가 특정한 날에 해고의 효력이 발생하게 된다.

(2) 30일 이상의 기간을 두고 예고를 하지 않은 경우에는 30일분 이상의 통상임금을 예고수당(해고예고수당)으로 근로자를 해고하려는 날까지 지급해야 한다. 예고수당을 지급하고 해고를 통지한 경우에는 장래의 특정일을 해고의 효력 발생일로 하는 등 특별한 사정이 없는 이상 해고의 효력은 즉시 발생한다.

예고수당은 30일 전의 예고를 하지 않은 것에 대한 경제적 보상으로서 30일 전의 예고를 갈음하는 법적 효과를 가진다. 사용자의 입장에서는 30일 이상의 예고 기간을 거치는 해고와 예고수당의 지급을 통한 즉시해고 중 어느 하나를 임의로 선택할 수 있다.

(3) 근로자는 30일 전에 예고를 받았더라도 계약상의 근로제공 의무를 면하는 것은 아니므로 예고 기간 동안 근로를 제공해야 임금을 지급받을 수 있다. 이에 비하여 예고수당은 근로를 제공하지 않고 지급받는 것이므로, 새로운 직장을 구하려는 근로자의 입장에서는 30일 전의 예고보다 예고수당의 지급 쪽이 더 유리하게 된다. 양자 사이의 이러한 불균형은 최소화되어야 한다는 점에서 예고기간에 근로자가 새로운 직장을 구할 목적으로 부득이 결근한 경우에는 사용자는 이에 대하여 임금을 지급해야 한다고 해석된다.¹¹⁹⁾

B. 예고 의무 위반의 효과

(1) 사용자가 예고의무에 위반하여 30일전의 예고도 없고 예고수당의 지급도 없이 근로자를 해고하면 벌칙이 적용된다. 그러나 30일전에 예고하지 않은 채 해고한 것만으로는 예고 의무 위반이 되지 않는다.

(2) 30일 전의 예고도 없고 예고수당의 지급도 없이 해고의 통지를 한 경우 그 효력이 문제된다.

무효설은 예고 의무 규정은 강행법규이므로 이에 위반하는 해고의 통지는 언제나 무효라고 한

118) “후임자가 정해졌다. 당분간 근무를 계속하다가 후임자가 오면 인계하라”고 말한 것은 해고의 예고로 볼 수 없다(대판 2010. 4. 15, 2009도13833).

119) 김형배, 625.

다.¹²⁰⁾ 이에 따르면 사용자가 이미 한 해고의 통지는 무효이므로, 해고의 예고를 하여 30일 이상의 예고 기간이 만료될 때까지 또는 예고수당을 지급하면서 다시 해고의 통지를 할 때까지 노동관계는 종료되지 않게 된다.

유효설(판례)은 예고 의무 규정은 강행법규가 아니라 단속법규에 지나지 않으므로 그 위반의 해고에 대해서는 벌칙이 적용되고 근로자가 예고수당의 지급을 청구할 수는 있지만 해고의 통지 그 자체는 유효라고 한다.¹²¹⁾

무효설에 따르면 근로자가 해고를 수용하기로 하고 예고수당을 받으려는 경우에도 해고 자체가 무효여서 예고수당을 청구할 수 없는 불합리한 결과가 된다. 근로기준법의 규정은 원칙적으로 강행법규이지만, 30일 전의 예고를 하지 않은 경우에 예고수당을 지급하도록 규정되어 있는 점에서 30일 전에 예고하라는 규정은 강행법규라 보기 어렵다. 유효설이 타당하다고 생각한다.

p. 540. 6줄~7줄 “그러므로 … 인정된다.” 내용 변경

그러므로 정년제는 그 정년이 특별히 법령으로 정한 기준¹²²⁾에 위반하거나, 불합리·불공정한 것이 아닌 이상 적법·유효한 것으로 인정된다.

p. 540. 15줄~22줄 내용변경

사용자가 정년에 달한 종업원을 축탁 등을 계속하여 재고용하는 경우도 있다. 정년 퇴직자를 계속하여 재고용하는 것은 종전의 노동관계를 일단 종료시키고 새로운 근로계약을 체결하는 것이다.

취업규칙 등에 정년퇴직자를 재고용할 수 있다는 취지를 명시적으로 규정한 경우에는 정년의 도달로써 당연히 노동관계가 종료하는 것은 아니고 근로자는 사용자에게 재고용 여부의 의사 표시를 요구할 수 있다.¹²³⁾ 물론 재고용 여부를 결정하고 재고용 대상자를 선별할 사용자의 재량권은 제약을 받지 않는다. 그러나 취업규칙 등에서 일정한 결격사유가 없는 한 재고용하도록 정하고 있거나 그러한 재고용이 관행으로 확립되어 있었다고 인정되는 경우에는 정년퇴직자는 재고용을 요구할 권리를 가지며, 사용자의 재고용에 대한 재량권은 제약을 받는다.

p. 542. 16줄 “퇴직급여법” 뒤에 “(2005. 12. 1부터 시행)” 추가

p. 542. 20줄 “친족만”을 “친족만을”로 변경

p. 543. 1줄 “상시” 앞에 “따라서” 추가

p. 543. 각주1) 삭제

120) 김형배, 627; 박상필, 207.

121) 대판 1993. 9. 24, 93누4199; 대판 1993. 11. 9, 93다7464. 같은 취지; 김유성 I, 315-316.

122) 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제19조는 “사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야” 하고, “60세 미만으로 정한 경우에는 정년을 60세로 정한 것으로 본다”고 규정하고 있다. 이 규정은 상시 300명 이상의 근로자를 사용하는 사업(장)·공공기관·지방공사·지방공간의 경우는 2016. 1. 1부터, 상시300명 미만의 근로자를 사용하는 사업(장)·국가·지방자치단체의 경우는 2017. 1. 1부터 시행한다.

123) 김형배, 691.

p. 546. 1줄~p. 546. 2줄 “ 근로계약의 기간을 … 근로계약 기간이” 내용 변경
근로계약관계가 사실상 중단 없이 지속된 기간을 말한다. 따라서 기간제근로자(일용근로자 포함)의 근로계약 기간이

p. 547. 11줄 “(고령 21조 2항)”을 “(고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 21조 2항)”으로 변경

p. 547. 12줄~ p. 548. 7줄 내용변경

계속근로기간은 실제로 근로를 제공한 기간으로 한정되는 것이 아니다. 근로자의 귀책사유로 휴업(결근)한 기간, 사용자의 귀책사유로 휴업한 기간, 업무상 재해의 요양을 위하여 휴업한 기간, 연차휴가나 출산휴가를 사용한 기간은 물론, 파업에 참가한 기간, 노동조합 전임자로 종사한 기간, 개인 사정으로 휴직한 기간, 정직·출근정지의 징계를 받은 기간이라 하여 계속근로기간에서 제외되지 않는다고 보아야 한다.¹²⁴⁾ 또 군복무를 위하여 회사방침에 따라 사직서를 제출하고 제대 후 다시 입사한 경우에는 사직서 제출이 무효이므로 군복무 기간도 계속근로기간에 포함된다.¹²⁵⁾ 그러나 사용자가 명예퇴직자로 확정시킴과 동시에 그 때부터 일정한 기간 동안 전직 지원 교육을 실시하고 그 기간을 유급휴직기간으로 처리하되 계속근로기간에서 제외하기로 한 경우에는 사실상 근로계약관계는 종료된 상태에서 명예퇴직자의 이익을 위하여 특별히 설정한 기간이라는 점에 비추어 그 휴직기간은 계속근로기간에서 제외된다.¹²⁶⁾

계속근로기간에 정상적인 근무 기간과 병가나 휴직의 기간이 섞여 있는 경우에도 퇴직금은 정상적인 근무 기간과 병가·휴직 기간을 구분·계산하여 합산한 금액으로 산정할 수 없고,¹²⁷⁾ 퇴직 시의 평균임금과 전체 계속근로기간을 근거로 통합하여 산정해야 한다. 퇴직금 지급 의무는 근로계약이 존속하는 동안에는 발생할 여지가 없고 근로계약이 종료되는 때에 비로소 생기기 때문이다.

p. 548. 각주7) 삭제

p. 549. 3줄 “강요해서는 안 된다.”뒤에 각주1) 추가

각주1) 대판 2012. 10. 25, 2012다41045는 반드시 근로자가 먼저 중간정산을 적극적으로 요구한 경우뿐만 아니라 개별 근로자의 자유로운 의사에 따라 중간정산이 이루어진 경우도 적법한 중간정산에 포함된다고 한다.

p. 549. 5줄 “따른 것이어야 한다.”뒤에 각주2) 추가

각주2) 2011년에 신설된 여건으로 2012. 7. 26부터 시행되었다.

p. 549. 20줄~p. 550. 2줄 “중간정산으로 … 따라서” 삭제

124) 이병태, 698; 김유성 I, 113; 하갑래 541-543. 다만 군복무를 위한 휴직 기간은 병역법의 관련규정에 따라 계속근로기간에서 제외된다고 해석된다(대판 1993. 1. 15, 92다41986).

125) 대판 2012. 10. 25, 2012다41045.

126) 대판 2007. 11. 29, 2005다28358.

127) 대판 1991. 6. 28, 90다14560.

p. 549. 각주1) 5줄 “전자의 사례로서”이하 전부 삭제

p. 550. 각주1) “이로써 … 수정한다.” 삭제

p. 554. 6줄 “려는 자” 뒤에 내용 추가

려는 자, ③자영업자 등 안정적인 노후 소득 확보가 필요한 자로서 시행령으로 정하는 자¹²⁸⁾로 한다(24조 1-2항).

p. 556. 5줄~7줄 내용 변경

그러나 사용자가 ①천재·사변, ②파산 선고 등 임금채권보장법에 따라 고용부장관이 미지급 임금을 사업주 대신 지급할 사유가 발생하거나, ③관계 법령의 제약에 따라 임금·퇴직금을 지급할 자금을 확보하기 어렵거나, ④지급이 지연되고 있는 임금·퇴직금의 존부를 법원·노동위원회에서 다투는 것이 적절하다고 인정되거나, ⑤그 밖에 이들에 준하는 사유로 임금 지급을 지연하는 경우에는 그 사유가 존속하는 기간에 대하여 특별지연이자를 지급하지 않아도 된다(근기 37조 2항, 영 18조).

p. 556. 각주1) 삭제

p. 557. 각주2) 삭제

p. 560. 18줄~19줄 “사업주가 … 어느 하나에”를 “사업주가 파산 등 시행령으로 정하는 사유에”로 변경

p. 576. 19줄~21줄 “90일의 … 되어야 한다.” 내용 변경

90일(한 번에 둘 이상의 자녀를 임신한 경우에는 120일)의 출산휴가(법문상 용어는 ‘출산전후 휴가’)를 주어야 하고, 그 기간의 2분의 1 이상이 풀산 후로 배정되어야 한다(74조 1항; 위반하면 110조의 형벌 부과).¹²⁹⁾

p. 576. 24줄~p. 577. 1줄 “출산 전후에 …이상이 되도록”을 “휴가기간이 출산 전후에 걸치면서 그 2분의 1 이상이 출산 후에 배정되도록”으로 변경

p. 577. 2줄~5줄 “또 산후에는 …면하지 못한다.”를 “근로자가 법정 기간보다 짧은 휴가를 청구하더라도 사용자는 법정 기간의 휴가를 주어야 한다.”로 변경

p. 577. 6줄~9줄 “출산이 … 처리할 수 있다.” 내용 변경

출산이 예상보다 늦어져 출산 전에 전체 휴가기간의 2분의 1 이상을 사용했더라도 출산 후에 배정되어야 할 휴가기간은 준수해야 한다. 다만 이 경우 법정 기간을 초과하는 앞부분의 휴가 사용 일수에 대해서는 출산휴가가 아닌 것(무급 등)으로 처리할 수 있다.

128) 자영업자 등에 관한 규정은 2017. 7. 26부터 적용한다(부칙 6조).

129) 한 번에 둘 이상의 자녀를 임신한 경우에 대한 규정들은 2014. 7. 1부터 시행한다.

p. 577. 15줄 “45일” 뒤에 “(한 번에 둘 이상의 자녀를 임신한 경우에는 60일)”을 추가

p. 577. 16줄~18줄 “임신 중인 … 보장하려는 것이다.” 내용변경

과거의 경험 등으로 보아 유산·사산의 위험이 있는 경우에 그 위험의 극복을 위하여 출산휴가를 일찍부터 조금씩 나누어 사용할 수 있도록 보장하려는 것이다.

p. 577. 20줄~21줄 “그러나 … 사용할 수 없다.” 내용 변경

그러나 출산 후로 배정되어야 할 휴가기간은 분할하여 사용할 수 없다.

p. 578. 14줄 “60일” 뒤에 “(한 번에 둘 이상의 자녀를 임신한 경우에는 75일)” 추가

p. 578. 16줄 “지급해야 한다.” 뒤에 내용 추가

그러나 그 이후의 휴가기간은 무급휴가가 된다.

p. 578. 17줄~19줄 내용 변경

휴가기간 일부를 무급으로 하는 것은 해당 근로자의 생계를 위태롭게 하고, 다른 한편으로는 휴가기간 일부를 유급으로 하는 것이 기업에 지나친 부담이 될 수 있다. 이 점을 고려하여 고용보험법은 휴가기간의 전부 또는 일부에 대하여 국가가 생계비를 지급하는 제도를 마련하고 있다.

p. 578. 20줄~p. 579. 3줄 내용 변경

A. 지급요건

고용부장관은 출산휴가나 유사산휴가를 받은 피보험자가 ①휴가를 끝낸 날 이전에 피보험 단위기간이 통산하여 180일 이상이고, ②휴가를 시작한 날(소정의 중소기업이 아닌 경우는 휴가 시작 후 60일(한 번에 둘 이상의 자녀를 임신한 경우에는 75일)이 지난 날) 이후 1개월부터 휴가가 끝난 날 이후 12개월 이내(일정한 사유가 있는 자는 그 사유가 끝난 후 30일 이내)에 신청한 경우 출산휴가 급여(법문상 용어는 ‘출산전후휴가급여등’)를 지급한다(고보 75조).¹³⁰⁾

p. 579. 4줄~11줄 내용 변경

B. 지급 기간

출산휴가 급여를 지급하는 기간은 기업의 규모에 따라 다르다. 소정의 중소기업¹³¹⁾의 경우에는 휴가기간 전체에 대하여 지급하고, 대규모 기업의 경우에는 유급의 휴가기간을 초과한 일수(30일 한도: 한 번에 둘 이상의 자녀를 임신한 경우에는 45일 한도)에 대해서만 지급한다(고보 76조 1항). 휴가기간 전체에 대하여 지급하는 것이 바람직하지만, 보험 재정 등을 고려하여 휴가기간 전체에 대하여 지급하는 범위를 중소기업에 한정하고 점차 이를 확대하려는 것이다.

130) 한 번에 둘 이상의 자녀를 임신한 경우에 대한 규정들은 2014. 7. 1부터 시행한다.

131) 소정의 중소기업은 상시 사용하는 근로자의 수가 ①제조업은 500명 이하, ②광업, 건설업, 운수업 등은 300명 이하, ③도·소매업, 금융·보험업 등은 200명 이하, ④그 밖의 업종은 100명 이하인 기업으로 하되, ⑤중소기업 기본법에 따른 소정의 중소기업도 이에 포함된다(고보영 12조).

중소규모 기업의 근로자에게 휴가기간 전체에 대하여 출산휴가 급여가 지급된 경우, 사용자는 그 지급된 금액이 한도에서 유급의 휴가기간에 대한 임금지급 책임을 면한다(근기 74조 4항 단서; 고평 18조 2항).

p. 579. 14줄 “하한액을 정할 수 있다.”를 “하한액의 범위를 넘을 수 없다.”로 변경

p. 579. 14줄~16줄 “따라서 … 지급받을 수 있다.” 내용 변경

따라서 예컨대 통상임금이 상한액을 초과하는 자는 상한액의 출산휴가 급여를 지급받고 통상임금과 상한액의 차액은 사용자로부터 지급받는다.

p. 579. 각주3) “시간급 … 금액으로 한다.”를 “최저임금법상의 최저임금액을 해당 근로자의 통상임금으로 하여 산정한 금액으로 한다.”로 변경

p. 579. 각주4) 삭제

p. 582. 4줄 “시행하고 있다.”뒤에 각주1) 추가

각주1) 2008년에 법률의 명칭도 ‘남녀고용평등법’에서 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’로 바뀌었다.

p. 582. 5줄 “만 6세 … 자녀”를 “만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀”로 변경

p. 582. 5줄 “자녀를” 뒤에 각주2) 추가

각주2) 2014년 1월 개정 시에 대상 자녀를 ‘만 6세 이하의 초등학교 취학 전 자녀’에서 확대했다.

p. 582. 6줄 “신청하면 이를 허용해야”를 “신청하면 시행령으로 정하는 경우를 제외하고 이를 허용해야”로 변경

p. 582. 6줄~8줄 “부모 중 … 하려는 것이다.”를 “근로자가 상당한 기간 동안 직장에서 휴직하고 자녀의 양육에 전념할 수 있도록 하려는 것이다.”로 변경

p. 582. 9줄~16줄 내용 변경

만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀 포함)를 양육하려는 근로자는 육아휴직을 신청할 수 있고, 사업주는 이를 허용해야 한다. 그 자녀가 혼인에 따라 태어났는지는 관계없고, 근로자가 대상 자녀의 어머니인지 아버지인지도 관계없다.

그러나 육아휴직을 신청한 근로자가 휴직 개시 예정일 전날까지 해당 사업에서 계속근로한 기간이 1년 미만이거나 같은 영유아에 대하여 배우자가 육아휴직을 하고 있는 경우에는 육아휴직을 허용하지 않아도 된다(영 10조).

p. 582. 18줄 “산정하며”를 “산정하는 것이므로”로 변경

p. 582. 각주1) 삭제

p. 583. 10줄~17줄 내용 변경

이에 따르면 고용부장관은 육아휴직을 30일(출산휴가 기간과 중복되는 기간 제외) 이상 한 피보험자가 ①육아휴직을 시작한 날 이전에 피보험 단위기간이 통산하여 180일 이상이고, ②같은 자녀에 대하여 피보험자인 배우자가 30일 이상의 육아휴직이나 30일 이상의 육아기 근로시간단축을 하지 않았으며 ③육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 끝난 날 이후 12개월 이내(일정한 사유가 있는 자는 그 사유가 끝난 후 30일 이내)에 신청한 경우에는 시행령으로 정하는 금액의 육아휴직 급여를 지급한다(고보 70조 1-3항).

p. 585. 7줄~14줄 내용 변경

이에 따르면 고용부장관은 육아기 근로시간단축을 30일(출산휴가 기간과 중복되는 기간은 제외) 이상 한 피보험자가 ①육아기 근로시간 단축을 시작한 날 이전에 피보험 단위기간이 통산하여 180일 이상이고, ②같은 자녀에 대하여 피보험자인 배우자가 30일 이상의 육아휴직이나 30일 이상의 육아기 근로시간단축을 하지 않았으며, ③육아기 근로시간단축을 시작한 날 이후 1개월부터 끝난 날 이후 12개월 이내(일정한 사유가 있는 자는 그 사유가 끝난 후 30일 이내)에 신청한 경우에는 시행령으로 정한 금액의 육아기 근로시간 단축 급여를 지급한다(고보 73조의2 1-3항).

p. 588. 3줄 “기간제법이다.”뒤에 “(2007. 7. 1부터 시행)”을 추가하고 각주1) 삭제

p. 589. 10줄 “고령자”뒤에 각주1) 추가

각주1) 고령자는 55세 이상인 사람을 말한다(고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 2조 1호, 영 2조 1항).

p. 590. 22줄~p. 591. 6줄 내용 변경

‘차별적 처우’란 ①임금, ②정기상여금·명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, ③경영성과에 따른 성과금, ④그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다(2조 3호). 여기서 ‘불리한 처우’란 사용자가 임금 등의 사항에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나 그럴 필요성은 인정되지만 처우의 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미하며, 합리적인 이유가 있는지 여부는 문제된 불리한 처우의 내용과 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한과 책임, 임금 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.¹³²⁾

차별적 처우의 내용은 임금 등 근로조건으로 한정되지 않고 경영성과에 따른 성과금 또는 복리후생 등도 널리 포함된다.¹³³⁾ 그러나 기간제근로자의 임금 등이 비교 대상 근로자의 임금

132) 대판 2012. 10. 25, 2011두7045.

133) 처음에는 차별적 처우의 내용이 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’으로 규정되어 있었고 그 해석을 둘러싸고 특히 복리후생적 급여가 포함되는지가 문제되었으나, 대판 2012. 3. 29, 2011두2131 등 판례는 이를 긍정해 왔다. 이에 따라 2013년 개정법에서 차별적 처우의 내용을 확장하게 되었다.

등보다 불리하더라도 기간제근로자임을 이유로 한 것이 아니라 근로자의 기술·노력·책임·작업 조건 등 합리적 이유에 따른 경우에는 차별적 처우에 해당하지 않는다.

p. 590. 각주1) 판례 변경

각주1) 대판 2012. 10. 25, 2011두7045; 대판 2013. 3. 14, 2010다101011.

p. 600. 각주1) 내용수정

각주1) 이 규정이 신설되고 근로기준법이 근로조건을 서면으로 명시하도록 개정되었으므로 단 시간근로자의 근로조건을 근로계약서에 명확히 적으라는 규정(근기영 9조 1항 별표 1호)은 무 의미하게 되었다. 삭제해야 할 것이다.

p. 606. 4줄 “안 된다.”뒤에 각주2) 추가

각주2) 헌재 2013. 7. 25, 2011헌바395는 직접생산공정 업무에 대한 파견을 처벌하는 이 규정이 헌법에 위반되지 않는다고 한다.

p. 606. 각주1) 삭제

p. 606. 13줄 “고령자”뒤에 각주3) 추가

각주3) 고령자는 55세 이상인 사람을 말한다(고용상 연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률 2조 1호, 영 2조 1항).

P. 607. 4줄 “금치산자 등”을 “미성년, 파산선고, 실행선고 등”으로 변경

P. 609. 6줄 “2년”을 “시행령으로 정하는 일정한 기간¹³⁴⁾”으로 변경

P. 609. 22줄~23줄 “‘차별적 처우’란 … 것을 말한다.” 내용 변경

‘차별적 처우’란 ①임금, ②정기상여금·명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, ③경영성과에 따른 성과금, ④그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다(2조 7호).¹³⁵⁾

P. 611. 10줄 “(1)” 번호만 삭제

P. 611. 15줄~17줄 “(2) 이러한 … 다음과 같다.” 삭제

P. 611. 18줄 “”근로기준법의 근로계약“을 ”근로기준법의 준수와 관련하여 근로계약“으로 변경

134) 2년으로 하되, 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에 그 노동조합(그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자)의 동의가 있는 때에는 6월로 한다(파견영 4조).

135) 처음에는 차별 대상이 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’으로 규정되어 있었으나 기간제법의 관련 규정과 함께 2013년에 차별 대상을 확대하는 법개정이 이루어졌다.

P. 611. 20줄 “진다. 반면에”를 “지는 한편,”으로 변경

P. 611. 21줄 “책임을 진다.” 뒤에 “(34조 1항 단서)”를 추가

P. 611. 23줄 “책임을 지며, 파견사업주가”를 “책임을 진다(34조 3항). 그리고 파견사업주가”로 변경

P. 611. 25줄 “책임을 진다.”뒤에 “(34조 2항)”을 추가

P. 611. 28줄 “책임을 진다.”뒤에 “(35조)”를 추가

P. 615. 제1장 노사협의제도와 P.625. 제2장 노동위원회제도 목차순서를 제1장 노동위원회제도, 제2장 노사협의제도로 변경

P. 630. 20줄 “부당노동행위와 …업무에 속한다.”를 “부당노동행위의 구제 및 부당해고등의 구제 등¹³⁶⁾이 이에 속한다.”로 변경

P. 630. 각주1) 삭제

P. 631. 7줄~10줄 내용 변경

(2) 조정위원회, 특별조정위원회 및 중재위원회는 노조법의 규정에 따라 구성하여 노동쟁의의 조정·중재 그 밖에 이와 관련된 사항을 처리하며, 이들 위원회의 공익위원은 위원장 또는 상임위원을 포함한 조정담당 공익위원 중에서 선정한다(노위 15조 5항). 필수공익사업에 있어서 필수업무 유지 수준의 결정은 특별조정위원회에서 처리한다(노조 42조의4 3항).

P. 617. 11줄 “‘노사협의회’란”을 “근로자참여법에서 말하는 ‘노사협의회’란”으로 변경

P. 618. 11줄~13줄 “선출하는 방법에 관해서는 시행령이 모법의 위임에 따라 규정하고 있다. 이에 따르면”을 삭제

p. 634. " I. 고용증진제도의 의의“ 목차 삭제

p. 634. 1줄~p. 635. 14줄 내용 변경

노동시장에서는 불특정 다수의 사업주(기업)와 근로자들이 구인·구직의 활동을 한다. 이에 대하여 근로자의 취직(고용)을 촉진하고 산업계에 필요한 인력을 공급하기 위한 법적 규율, 즉 고용증진제도가 이루어진다.

우리나라 고용증진제도의 실질은 과거 오랫동안 직업안정법과 근로자직업능력 개발법¹³⁷⁾을 중

136) 이 밖에 교섭단위 분리 등 교섭창구 단일화와 관련된 신청·이의신청·시정신청에 대한 결정, 단체협약의 해석·이행방법에 관한 견해 제시, 부당노동행위 구제명령에 대한 행정소송에서 법원에 대한 중앙노동위원회의 이행명령 신청, 노동조합의 규약·결의·처분에 대한 시정 명령의 의결, 휴업수당 감액의 승인, 부당해고등 구제명령 불이행에 대한 이행강제금의 결정, 노사협의회 임의중재 신청에 대한 중재결정 등도 심판위원회에서 처리할 사항에 속한다(노위칙 16조).

심으로 이루어졌다. 국민경제가 발전하고 노동시장이 활성화되면서 고용증진제도도 고용평등법, 고용보험법, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률, 장애인고용촉진 및 직업재활법, 외국인고용법 등으로 확대·전개되기에 이르렀다. 특히 고용보험법은 실업자에 대한 생활비 지급뿐만 아니라 그 보험재정을 기초로 고용안정·직업능력개발 사업도 하기 때문에 현재로서는 고용증진제도의 핵심이라고 말할 수 있다.

이하 직업안정법, 고용보험법(실업급여에 한정), 외국인고용법의 주요 내용을 살펴보기로 한다.

p. 635. "Ⅱ. 직업소개 및 직업능력 개발훈련" 목차 삭제, 내용 전부 변경

Ⅰ. 직업안정법

직업안정법은 노동시장에서 근로자와 사업주 사이에 공정하고 원활하게 직업소개, 근로자 모집 등을 하도록 규율하는 법이다.

1. 직업소개

가. 직업안정기관의 직업소개

직업안정기관(교육센터)은 근로자와 사업주가 편리하게 고용서비스를 받을 수 있도록 지역별로 설치되어 직업소개 등 직업안정 업무를 수행하는 고용부 소속 지방행정기관이다(고용정책기본법 11조 1항; 직안 2조의2 1호). '직업소개'란 구인·구직의 신청을 받아 구직자·구인자를 탐색하거나 구직자를 모집하여 구인자와 구직자 사이에 고용계약이 성립하도록 알선하는 것을 말한다(직안 2조의2 2호).

직업안정기관의 장은 구인·구직 신청의 수리를 거부해서는 안 되며, 구직자의 요청이 있거나 동의를 받은 경우에는 직업상담이나 직업적성검사를 할 수 있다(8-9조). 구인자가 구인 신청을 할 때에는 구직자가 취업할 업무의 내용과 근로조건을 구체적으로 밝혀야 하고, 직업안정기관의 장은 이를 구직자에게 알려주어야 한다(10조). 직업안정기관의 장은 구직자에게 알려주어야 한다(10조). 직업안정기관의 장은 구직자에게 통근할 수 있는 지역에서 그 능력에 알맞은 직업을 소개하도록 노력해야 한다(11조).

직업안정기관의 장은 구직자의 취업을 위하여 필요하면 구직자가 직업능력 개발훈련시설 등에서 직업능력 개발훈련을 받도록 알선할 수 있다(13조). 새로 취업하려는 자, 신체·정신에 장애가 있는 자 등에게는 직업적성검사·직업정보의 제공·직업상담·실습·권유·조언 등 직업지도를 해야 한다(14조; 2조의2 3호).

직업안정기관의 장은 관할 지역의 각종 고용정보를 수집·정리하여 구인자·구직자 등 고용정보를 필요로 하는 자에게 제공해야 한다(16조).

나. 민간의 직업소개 사업

(1) 무료 직업소개 사업을 하려는 자는 관할 행정관청에 신고해야 하고, 시행령으로 정하는 비영리법인 또는 공익단체이어야 한다(18조 1-2항).

유료 직업소개 사업을 하려는 자는 관할 행정관청에 등록해야 한다(19조 1항). 등록을 하고 유료 직업소개 사업을 하는 자는 원칙적으로 2개 이상의 사업소를 두거나 고용부장관이 결정·고시한 요금 외의 금품을 받아서는 안 되며(19조 2항·6항), 타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 직업소개사업을 하게 하거나 그 등록증을 대여해서는 안 된다(21조). 미성년자

137) 직업훈련법에서 출발하여 직업훈련 기본법, 근로자 직업훈련 촉진법을 거쳐 제정된 법률이다.

등 일정한 결격요건에 해당하는 자를 고용해서는 안 되고 사업소별로 시행규칙으로 정하는 자격을 갖춘 직업상담원을 1명 이상 두어야 한다(22조).

식품접객업·숙박업을 하는 자는 직업소개 사업을 할 수 없다(26조). 또 미성년자 등 소정의 결격요건에 해당하는 자는 직업소개 사업의 신고·등록을 할 수 없다(38조).

(2) 신고 또는 등록을 하고 직업소개 사업을 하는 자를 제외하고 직업정보제공 사업을 하려는 자는 고용부장관에게 신고해야 한다(23조). ‘직업정보제공 사업’이란 신문, 잡지, 그 밖의 간행물 또는 유선·무선방송이나 컴퓨터통신 등으로 구인·구직 정보 등 직업정보를 제공하는 사업을 말한다(2조의2 8호).

2. 근로자 모집 및 근로자공급 사업

가. 근로자 모집

근로자를 고용하려는 자는 광고, 문서 또는 정보통신망 등 다양한 매체를 활용하여 자유롭게 근로자를 모집할 수 있다(28조). 그러나 누구든지 국외에 취업할 근로자를 모집한 경우에는 고용부장관에게 신고해야 한다(30조 1항).

근로자를 모집하려는 자와 그 모집 업무에 종사하는 자는, 유료 직업소개사업을 하는 자가 구인자의 의뢰를 받아 구인자가 제시한 조건에 맞는 자를 모집하여 직업소개를 한 경우를 제외하고는, 어떠한 명목으로든 응모자로부터 그 모집과 관련하여 금품을 받거나 그 밖의 이익을 취해서는 안 된다(32조).

나. 근로자공급 사업

누구든지 고용부장관의 허가를 받지 않고는 근로자공급 사업을 할 수 없다(33조 1항). ‘근로자공급 사업’이란 공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업을 말하며, 다만 파견근로자법에 따른 근로자파견 사업은 제외된다(2조의2 7호).

직업소개나 근로자 모집의 경우는 근로자와 소개자 또는 모집자의 관계가 일시적이고, 더구나 근로자가 소개받은 구인자나 모집자와 고용(근로)계약을 체결하고 그 계약 상대방이 사용자로서의 책임을 지는 경우가 많다. 그러나 이들과 달리 근로자공급 사업에서는 근로자가 계속 공급업자의 지배를 받고 강제근로와 중간착취를 당할 가능성이 있고, 또 공급업자가 근로자와 고용계약을 체결하지 않아 실제로 근로자를 사용하는 자가 노동보호법상의 사용자 책임을 회피하기 쉽게 된다. 이 때문에 근로자공급 사업은 허가를 받아야 할 수 있도록 한 것이다. 그러나 근로자파견 사업의 경우는 고용부장관의 허가를 받은 파견사업주가 법률이 정한 바에 따라 사용자주와 함께 사용자의 책임을 지므로 근로자공급 사업에서 제외한 것이다.

국내 근로자공급 사업은 노동조합(법내조합)만이, 국외 근로자공급 사업은 국내에서 제조업·건설업·용역업 등 서비스업을 하고 있는 자(연예인을 대상으로 하는 경우에는 민법상 비영리법인)만이 허가를 받을 수 있다(33조 3항). 미성년자 등 소정의 결격사유에 해당하는 자는 허가를 받을 수 없다(38조).

p. 639. "Ⅲ. 실업급여"를 "Ⅲ. 고용보험법과 실업급여"로 변경

p. 639. 10줄 "한편," 삭제

p. 639. 12줄~20줄 내용 변경

고용보험의 피보험자는 고용보험에 가입되거나 가입된 것으로 보는 근로자 또는 자영업자이다(고보 2조 1하). 그러나 ①65세 이후에 고용되거나 자영업을 개시한 자(고용안정·직업능력개발 사업에 관해서는 제외), ②소정근로시간이 시행령으로 정하는 시간 미만인 자,¹³⁸⁾ ③공무원(별정직 및 임기제공무원은 본인이 원하면 실업급여에 한하여 고용보험에 가입할 수 있음), ④사립학교교직원 연금법의 적용을 받는 자, ⑤그 밖에 시행령으로 정하는 자¹³⁹⁾에 대해서는 고용보험법을 적용하지 않는다(고보 10조). 이들 적용 제외 근로자는 보험가입자도 피보험자도 될 수 없는 것이다.

p. 640. 8줄 다음 줄에 내용 추가

실업급여를 받을 권리는 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다(고보 38조). 실업급여로서 지급된 금품에 대하여는 국가나 지방자치단체의 공과금을 부과하지 않는다(38조의2).

p. 643. 2줄 “근로기준법상의” 삭제

p. 644. “IV. 그 밖의 고용 규율” 목차 및 p. 644. 19줄~p. 647. 13줄 전부 삭제

p. 647. “3. 외국인근로자의 고용 규율“을 “III. 외국인 고용법”으로 변경

p. 647. 15줄 “기업 등에는”을 “기업 등에서는 인력이 부족하지만”을 변경

p. 647. 17줄 “외국인근로자의 고용 등에 관한 법률이다.”를 “외국인 고용법이다(2004. 8. 17부터 시행)”으로 변경

p. 647. “가. 외국인근로자의 고용“을 ”1. 외국인근로자의 고용“으로 변경

p. 648. “나. 외국인근로자의 지위“를 ”2. 외국인근로자의 지위“로 변경

138) 1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함)를 말하며, 다만 생업을 목적으로 근로를 제공하는 자 중 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자 및 일용근로자(1개월 미만 고용되는 자)는 제외한다(고보영 3조 1항).

139) 일정한 범위 안의 외국인 근로자와 별정우체국법에 따른 별정우체국 직원을 말한다(고보영 3조 2항).