

법률상담의 사례 - 노동일반(2)

〈편집자 주〉

대한법률구조공단에서 지난 30년 동안 축적한 법률상담사례를 주제별로 2023년 신년호부터 20건씩 게재할 예정이다. 관심 있는 독자들에게 권해 드린다.

-저작권자/ 대한법률구조공단

제목

근로자와 협의 없이 행한 전보처분의 효력

질문

제가 다니는 회사는 직원들을 전보시킬 때 근로자들의 의사를 묻거나 근로자들과의 협의는 일체 거치지 않고 일방적으로 발령을 명하고 있습니다. 이러한 사용자측의 인사권에 대한 근로자들의 대응방법은 전혀 없는지요?

답변

「근로기준법」 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 그 밖의 징벌을 하지 못한다.”라고 규정하고 있습니다.

그런데 위 사안과 관련된 판례는 “근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며,

그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 할 것이고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이며, 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다.”라고 하였습니다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결; 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다36316 판결, 2000. 4. 11. 99두2963 판결).

따라서 전보되는 당해 근로자와 협의를 거치지 않았다는 사유만으로 그 전보명령이 무효라고 할 수는 없으며, 그것이 「근로기준법」 제23조 제1항에 위반하거나 「민법」 제2조의 권리남용에 해당되는지를 구체적으로 검토해 보아야 할 것입니다.

제 목

전보·전직 처분에 대하여 불복할 수 있는지

질 문

저는 회사원으로 최근 예기치 않게 지방으로 전보발령을 받았습니다. 이에 대한 구제방법이 있는지요?

답 변

「근로기준법」 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 그 밖의 징벌을 하지 못한다.”라고 규정하고 있습니다.

따라서 전보·전직처분이 정당한 이유 없이 이루어진 경우 당해 노동자는 우선적으로 지방노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있습니다(같은 법 제28조). 이 구제신청은 전보·전직처분이 있는 날로부터 3월 이내에 하여야 합니다(근로기준법 제28조, 노동조합 및 노동관계조정법 제82조).

그리고 지방노동위원회의 결정이나 명령에 불복하려면 그 결정서나 명령서를 송달받은 날로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청하여야 하며, 만약 중앙노동위원회의 재심판정에 불복이 있는 경우에는 그 재심판정서정본을 송달받은 날로부터 15일 이

내에 중앙노동위원회 위원장을 상대로 중앙노동위원회의 재심판정을 소송대상으로 하여 그 취소 등을 구하는 행정소송(부당전보·전직구제재심판정취소등소송)을 제기할 수 있습니다(노동위원회법 제26조, 제27조, 노동조합 및 노동관계조정법 제82조).

판례는 “근로자에 대한 전직이나 전보는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량이 인정되고 근로기준법에 위반하거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 유효하다.”라고 하면서 전보·전직의 한계를 넘는 경우 이를 무효로 보고 있습니다(대법원 1991. 9. 24. 선고 90다12366 판결, 1991. 10. 25. 선고 90다20428 판결; 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결).

한편, 전보·전직의 한계로는 ① 근로계약에 의한 제한, ② 법령의 제한, ③ 단체협약 또는 취업규칙 등에 의한 제한, ④ 신의칙에 의한 제한이 있으며, 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같습니다.

① 근로계약에 의한 제한에 관하여는 가령 근로계약에서 근로내용이나 근무장소를 특별히 한정된 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의를 있어야 합니다(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5204 판결). 판례는 구미시 소재 회사 생산부소속 보일러공으로 근무하여 온 근로자를 서울출장소 영업소 사원으로 전보한 것이 중대한 근로조건의 변경에 해당한다고 하여 근로자의 동의를 얻어야 한다고 한 바 있습니다(대법원 1994. 2. 28. 선고 92다 893 판결).

② 법령의 제한에 관한 예로서는 「근로기준

법」 제6조를 위반하여 차별적인 전보를 하거나 같은 법 제104조 제2항 소정의 고용노동부장관 또는 근로감독관에 대한 통고를 이유로 하여 전보를 하는 것은 정당한 인사권의 행사라 할 수 없어 무효입니다.

③ 단체협약 또는 취업규칙 등에 배치전환에 관한 규정을 두고 있는 경우, 그러한 제한을 받으나 그 제한을 위반한 전보나 전직이 당연무효인가의 여부는 그 제한규정의 취지를 살펴서 판단하여야 합니다.

④ 신의칙에 의한 제한에 관하여 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지 여부에 관하여 판례는 “전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 하고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면, 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다.”라고 하였습니다(대법원 1996. 12. 20. 선고 95누18345 판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결). 또한, “전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 할 수 없다.”라고 하였습니다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47677 판결; 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결).

따라서 단순히 지방오지로 전보발령하였다

고 하여 부당한 전보라 할 수 없고, 그 전보발령이 위 전보·전직의 한계를 벗어나는 경우에 한하여 무효라 할 것입니다.

제 목

부당한 징계에 대해 사용자 등에게 불법행위책임 있는지

질 문

사용자가 근로자를 징계하고시켰으나 그 징계가 정당하지 못하여 무효로 된다면 사용자 및 그 징계결정을 한 징계위원들에게 불법행위책임을 물을 수 있는지요?

답 변

일반적으로 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 정당하지 못하여 무효로 판단되는 경우에 그러한 사유만에 의하여 곧바로 그 해고 등의 불이익처분이 불법행위를 구성하게 된다고 할 수는 없습니다(대법원 1997. 1. 21. 선고 95다24821 판결).

그러나 사용자가 근로자에 대하여 징계해고 등을 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오직 근로자를 사업장에서 몰아내려는 고의로 어떤 명목상의 해고사유 등을 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고 등의 불이익처분을 한 경우나, 해고 등의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 징계사유에 해당되지 아니하거나 징계사유로 삼을 수 없는 것이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울였다면 이와 같은 사정을 쉽게 알아 볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고 등의 불이익처분을 한 경우처럼, 사용자에게 부당해고 등에 대한

고의·과실이 인정되는 경우에 있어서는 불법행위가 성립되어 그에 따라 입게 된 근로자의 정신적 고통에 대하여도 배상할 의무가 있다고 하겠습니까(대법원 1997. 9. 26. 선고 97다18974 판결; 대법원 1999. 2. 23. 선고 98다12157 판결).

그리고 근로자에 대한 징계의 양정(量定)이 결과적으로 재량권을 일탈·남용한 것이라고 인정되어 징계처분이 징계권의 남용 등으로 무효라고 판단된다 하더라도 그것이 법률전문가가 아닌 징계위원들이 징계의 경중에 관한 관계법령의 해석을 잘못한데 불과한 경우에는 그 징계의 양정을 잘못된 징계위원들에게 불법행위책임을 물을 수 있는 과실이 있다고 할 수는 없으며, 또한 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분을 할 당시의 객관적인 사정이나 근로자의 비위행위 등의 정도, 근로자에 대하여 불이익처분을 하게 된 경위 등에 비추어 사용자가 근로자의 비위행위 등이 취업규칙이나 단체협약 소정의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분사유에 해당한다고 판단한 것이 무리가 아니었다고 인정되고, 아울러 소정의 적법한 절차 등을 거쳐서 당해 불이익처분을 한 것이라면 사용자로서는 근로자에 대하여 해고등의 불이익처분을 함에 있어서 기울여야 할 주의의무를 다한 것으로 보아야 할 것이므로 비록 당해 해고 등의 불이익처분이 사후에 법원에 의하여 무효라고 판단되었다 하더라도 거기에 불법행위책임을 물을 만한 고의·과실이 있다고 할 수는 없을 것입니다(대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결).

제 목

이력서에 허위경력을 기재한 경우 징계사유에 해당되는지

질 문

저는 회사 입사 시 제출한 이력서에 허위의 경력을 기재하였고 그 후 시용기간이 지나 정식채용 되었습니다. 그런데 이력서에 허위기재한 사실이 발각된다면 취업규칙 등에는 관련규정이 없지만 회사에서 그것을 징계사유로 삼을 수 있는지요?

답 변

입사시 이력서나 증명서에 학력 또는 경력을 허위기재한 행위가 징계해고사유에 해당하기 위한 요건 및 그 판단기준에 관하여 판례는 “기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근로능력을 평가하기 위해서만이 아니라, 노사간의 신뢰형성과 기업질서유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용 여부를 결정할 필요가 있어 그 판단자료로 삼기 위한 것이므로, 입사 당시 회사가 그와 같은 허위기재사실을 알았다더라면 근로자를 고용하지 않았을 것으로 보여지는 한 이를 해고사유로 들어 해고하는 것이 부당하다고 할 수 없고, 이 때 고용계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일조건으로는 계약을 체결하지 아니하였을 것으로 인정되는 경우란 기업의 종류나 성격, 허위기재 하거나 은폐한 내용, 고용계약체결 당시의 상황 등에 비추어 그러한 사정이 객관적으로도 인정되는 경우를 말

한다.”라고 하였습니다(대법원 1997. 5. 28. 선고 95다45903 판결; 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다53865 판결).

근로자 채용시의 허위경력기재 내지 경력은폐행위를 징계해고사유로 규정하는 취업규칙의 효력에 관하여는 “근로자의 채용시의 허위경력기재행위 내지 경력은폐행위를 징계해고 사유로 규정하는 취업규칙 등은 허위사항의 기재가 작성자의 착오로 인한 것이거나, 그 내용이 극히 사소하여 그것을 징계해고사유로 삼는 것이 사회통념상 타당하지 않다는 등의 특별한 사정이 있는 경우까지에도 적용되지 않는 한, 정당한 해고사유를 규정한 것으로 유효하고 이에 따른 징계해고는 정당하다.”라고 하였습니다(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결).

또한, 이른바 시용기간이 지난 후에도 근로자 채용시의 허위경력기재 내지 경력은폐행위를 징계해고사유로 할 수 있는지에 관하여 “사용자는 통상적으로 근로자가 이력서 등에 기재한 경력 등을 진실한 것으로 신뢰하는 것이므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 사용자에게 근로자의 이력서 등의 기재내용의 진실 여부를 확인하여야 할 일반적인 의무가 있다고 할 수는 없는 것이고, 허위경력기재행위 내지 경력은폐사유가 징계사유로 규정되어 있는 이상취업규칙 등에서 근로자의 시용기간 동안에만 이를 징계사유로 삼을 수 있다는 등의 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이를 시용기간이 지난 후에도 징계사유로 삼을 수 있음은 당연하므로 허위경력기재행위 내지 경력은폐사유를 시용기간이 지난 후에는 징계사유로 삼을 수 없다고 할 수 없다.”라고 하였습니다(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다

14650 판결).

따라서 이 사안에서 귀하의 경우는 취업규칙에 달리 규정한 바가 없을 경우에도 입사 당시 회사가 그와 같은 허위기재사실을 알았더라면 고용하지 않았을 것으로 보여지는 한 이를 해고사유로 들어 해고하는 것이 부당하다고 할 수 없고, 정식채용되고 난 후에도 입사시 경력을 사실과 다르게 기재하여 제출한 행위를 징계사유로 삼을 수 있다 할 것입니다.

참고로 위 사안과 관련된 판례는, 버스회사 입사시 제출한 이력서에 다른 버스회사에 4개월간 근무한 경력을 누락한 행위가 정당한 징계해고사유에 해당하지 않는다고 한 사례가 있고(대법원 1999. 12. 21. 선고 99다53865 판결), 입사시 이력서에 대학교 졸업 또는 대학교 중퇴 사실을 기재하지 않고 졸업한 고등학교까지만 기재하여 최종학력을 은폐한 행위가 취업규칙상 징계해고사유에 해당한다고 본 사례가 있고(대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4672 판결), 대학졸업 사실을 기재하지 않았다는 이유로 취업규칙에 근거하여 근로자를 해고하는 경우에도, 고용 당시에 사용자가 근로자의 실제 학력 등을 알았더라면 어떻게 하였을지에 대하여 추단하는 이른바 가정적 인과관계의 요소뿐 아니라, 제반사정을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정이 되어야만 정당성이 인정될 수 있다고 할 것이므로, 학력이 당해 근로의 정상적인 제공 등과 관련이 있는지 등 여러 사정을 제대로 살피지 않은 채 해고에 정당한 이유가 있다고 단정한 원심판결에 해고에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 본 사례가 있습니다(대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결).

제 목

사용자가 스스로 징계처분을 취소하고 새로운 징계처분을 할 수 있는지

질 문

저는 甲회사에 근무하던 중 징계처분을 받고 노동위원회에 구제명령을 신청하였습니다. 회사의 동의 하에 계속 근무해 왔습니다. 회사가 기존의 징계처분을 취소하고 또다시 새로운 징계처분을 할 수 있는지요?

답 변

사용자의 근로자에 대한 징계처분은 근로자의 기업질서 위반행위에 대한 제재로서의 별이고, 자체의 재심절차에서도 징계처분을 취소할 수 있으므로, 사용자가 징계절차의 하자, 징계사유의 존부, 징계양정 등에 잘못이 있음을 스스로 인정한 때에는 노동위원회의 구제명령이나 법원의 무효확인판결을 기다릴 것 없이 스스로 징계처분을 취소할 수 있고, 나아가 새로이 적법한 징계처분을 하는 것도 가능합니다(대법원 2009다97611판결).

따라서 위 사안에 있어 회사는 기존의 징계처분을 취소하고 새로운 징계처분을 할 수 있으나, 이 처분 또한 적법성 요건을 갖추어야 할 것입니다.

제 목

인사관리규정에 징계처분으로 규정되어 있지 않은 대기발령이 위법한지

질 문

저는 甲회사에 근무하던 중 대기발령을 받았습니다. 회사의 인사관리규정의 징계처분에 포함되어 있지 않은 대기발령이 가능한지요?

답 변

판례는 ‘대기발령 등 근로자에게 불이익한 처분이라도 취업규칙이나 인사관리규정 등에 징계처분의 하나로 규정되어 있지 않다면, 이는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하는 인사명령의 범주에 속하는 것이라고 보아야 하고, 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다. 따라서 위와 같은 처분은 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단지 징계절차를 거치지 아니하였다는 사실만으로 위법하다고 할 수는 없다. 한편 사용자의 인사명령에 속하는 불이익한 처분이 대기발령이나 보직의 해제와 같은 잠정적 처분인지, 전보 등 확정적 처분인지는 명칭과 상관없이 처분이 이루어진 구체적 경위, 그로 인한 근로자지위의 변화, 변경된 근로의 내용, 업무의 지속성 여부, 처분 당시 사용자의 의사 등 제반 사정을 종합하여 판단할 것이다’ 라고 판시하고 있습니다(대법원 2012다64833 판결).

따라서 위 사안에 있어 회사의 대기발령처분이 징계절차를 거치지 않았다는 사실만으로는 위법하다고 보기는 어렵습니다.

제 목

사용자가 근로 내용이나 근무장소를 특별히 한정된 경우 전보처분에 대하여 근로자의 동의가 있어야 하는지

질 문

저는 甲회사에 근무하던 중 특정한 근무장소가 지정된 전보처분을 받았습니다. 제 동의 없이도 이러한 전보처분이 가능한지요?

답 변

판례는 ‘근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 가지며, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 다만 근로계약에서 근로 내용이나 근무장소를 특별히 한정된 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다’고 판시하고 있습니다(대법원 2007두20157 판결).

따라서 위 사안에 있어 회사의 전보처분에는 귀하의 동의가 필요하다 할 것입니다.

제 목

징계위원회가 징계의결이 요구된 징계사유를 수정하거나 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결을 할 수 있는지

질 문

저는 甲회사에 근무하던 중 회사 징계위원회로부터 징계의결이 요구된 사유 이외의 사유로 인한 징계의결을 받았습니다. 이러한 징계의결이 가능한지요?

답 변

판례는 ‘취업규칙 등 징계규정에서, 근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 징계의결 결과에 따라 징계처분을 하되 징계위원회는 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하고 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며 징계의결을 하는 경우에는 징계의 원인이 된 사실 등을 명시한 징계의결서에 의하도록 규정하고 있을 경우, 징계위원회는 어디까지나 징계의결 요구권자에 의하여 징계의결이 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하여만 심리·판단하여야 하고 징계의결이 요구된 징계사유를 근본적으로 수정하거나 징계의결 이후에 발생한 사정 등 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결을 할 수는 없다. 또한 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 이러한 징계절차를 위반하여 징계해고하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는지와 관계없이 절차의 정의에 반하여 무효라고 보아야 한다’고 판시하고 있습니다(대법원 2010다100919 판결).

따라서 위 사안에 있어 징계위원회의 징계의결은 효력이 없다 할 것입니다.

제 목

근로자와 협의절차를 거치지 않은 전보처분이 당연히 권리남용에 해당하는지

질 문

저는 甲회사에 근무하던 중 회사로부터 본인과 아무런 협의절차를 거치지 않은 전보처분을 받았습니다. 이러한 전보처분이 가능한지요?

답 변

판례는 ‘근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하고(대법원 1989. 2. 28. 선고 86다카2567 판결; 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다36316 판결 등 참조), 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 하고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 보아야 하며(대법원 1991. 10. 25. 선고 90다20428 판결; 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결 등 참조), 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으

나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사실만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다’고 판시하고 있습니다(대법원 2007두22306 판결).

따라서 위 사안에 있어 협의절차를 거치지 않았다는 것만으로 전보처분이 당연무효가 되는 것은 아닙니다.

제 목

소속 공무원의 구체적인 행위가 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우에 소속 지방자치단체장이 관할 인사위원회에 징계를 요구할 의무를 지는지

질 문

저는 구청에 근무하는 공무원으로 징계사유에 해당할 수 있는 행위를 하였습니다. 이때 소속 지방자치단체장이 당연히 징계요구를 하게 되는 것인지요?

답 변

판례는 ‘지방공무원의 징계와 관련된 규정을 종합해 보면, 징계권자이자 임용권자인 지방자치단체장은 소속 공무원의 구체적인 행위가 과연 지방공무원법 제69조 제1항에 규정된 징계사유에 해당하는지 여부에 관하여 판단할 재량은 있지만, 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우에는 관할 인사위원회에 징계를 요구할 의무가 있다’고 판시하고 있습니다(대법원 2006도1390 판결).

따라서 위 사안에 있어 귀하의 소속 지방자치단체장은 관할 인사위원회에 징계를 요구할 의무가 있습니다.

제 목

사용사업주의 보호의무 또는 안전배려의무

질 문

A주식회사는 자동차 및 장비시설용 부품을 제조·판매하는 회사이고, B주식회사는 근로자과견사업 등을 목적으로 설립된 회사입니다. 甲은 B회사와 고용계약을 체결한 뒤 A회사에 취업하였고 A회사가 제공하는 교통수단으로 A회사 작업장으로 출근하여 A회사의 지휘·감독하에 A회사가 제공하는 설비, 재료 등으로 사출작업을 하였는데, 사출기 안으로 손을 집어넣어 이물질 제거하려다 오른팔, 손목 등이 상·하급형 사이에 압착되어 골절 등의 상해를 입었습니다. 위 사출기는 200℃ 이상의 고열로 고무를 녹여 제품을 생산하는 기계로 작업자가 사출기 안으로 손을 집어넣을 경우 이를 감지하여 작동을 멈추는 안전장치가 설치되어 있었으나 위 사고 당시에는 고장으로 작동되지 아니하였고, A회사와 B회사는 위와 같은 안전장치의 고장을 제때 확인하지도 아니하였고, 신입사원인 甲에게 사출작업중의 이물질 제거방법 등에 관한 별다른 안전교육을 실시하지도 아니하였습니다. 甲은 직접 근로계약을 체결하지 않은 A회사에게도 손해배상책임을 물을 수 있는지요?

답 변

“근로자과견에서의 근로 및 지휘·명령 관계의 성격과 내용 등을 종합하면, 과견사업주가 고용한 근로자를 자신의 작업장에 과견 받아 지휘·명령하며 자신을 위한 계속적 근로에 종사하게 하는 사용사업주는 과견근로와

관련하여 그 자신도 직접 과견근로자를 위한 보호의무 또는 안전배려의무를 부담함을 용인하고, 과견사업주는 이를 전제로 사용사업주와 근로자과견계약을 체결하며, 과견근로자 역시 사용사업주가 위와 같은 보호의무 또는 안전배려의무를 부담함을 전제로 사용사업주에게 근로를 제공한다고 봄이 타당하다. 그러므로 근로자과견관계에서 사용사업주와 과견근로자 사이에는 특별한 사정이 없는 한 과견근로와 관련하여 사용사업주가 과견근로자에 대한 보호의무 또는 안전배려의무를 부담한다는 점에 관한 묵시적인 의사의 합치가 있다고 할 것이고, 따라서 사용사업주의 보호의무 또는 안전배려의무 위반으로 손해를 입은 과견근로자는 사용사업주와 직접 고용 또는 근로계약을 체결하지 아니한 경우에도 위와 같은 묵시적 약정에 근거하여 사용사업주에 대하여 보호의무 또는 안전배려의무 위반을 원인으로 하는 손해배상을 청구할 수 있다”는 것이 대법원판례의 입장입니다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247). 따라서 甲은 직접 근로계약을 체결하지 않은 사용사업주 A회사에 대해서 보호의무 또는 안전배려의무 위반을 원인으로 손해배상책임을 물을 수 있습니다.

제 목

회생회사 임원의 근로자성

질 문

제가 다니던 회사가 회생절차에 들어갔습니다. 제가 이 회사의 임원인 경우에 근로자로서 임금을 받을 수 있는가요?

답 변

회사가 회생절차에 돌입하였다고 하더라도 근로자의 임금, 퇴직금 채권은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률은 다음과 같이 규정하고 있습니다.

제179조(공익채권이 되는 청구권) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 청구권은 공익채권으로 한다.

10. 채무자의 근로자의 임금·퇴직금 및 재해보상금

위와 같은 법률의 규정에 의하면 회생절차와는 별도로 청구가 가능합니다. 하지만 회생절차에 돌입한 회사의 임원인 경우에는 근로자의 임금이 아닌 보수로서 원칙적으로 회생절차를 통하여 변제를 받아야 합니다. 그러나 대법원은, 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이므로, 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 취지의 판결을 내린 바 있습니다(대법원 1997. 12. 23. 선고 97다44393 판결).

따라서 질문가가 임원이 아닌 위 판례에 나온 바와 같이 사용자의 지휘 감독아래 일정한

근로를 제공한 실질적인 근로자로 인정받을 경우 회생절차와는 별도로 직접 위 회생회사의 관리인을 상대로 임금청구가 가능할 것으로 사료됩니다.

제 목

학원강사의 근로자성 인정여부

질 문

학원 강사입니다. 학원측이 제가 별도로 사업자 등록을 하고, 5:5로 수입을 배분했기 때문에 퇴직금을 지급할 근로자가 아니라고 하는데 사실인가요?

답 변

서울북부지방법원에서는 입시학원의 강사들이 학원과 강의수입을 5:5로 배분하기로 약정하고 자신들의 이름으로 사업자등록을 하여 매월 사업소득세를 원천징수당하였으나, 강의수입 배분이 학생수와 무관하게 수업시간에 따라 정해지고 강사별 수업시간도 학원이 조정한 점, 강사들이 학원으로부터 출근 시간과 복장 등의 통제를 받은 점 등에 비추어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 본 사례가 있습니다(서울북부지방법원 2009. 1. 14. 선고 2008가합5589 판결). 이 판례는 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하

였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다라고 판결한 대법원(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결)과 동지의 판례로서, 대법원은 단순히 수입배분 등의 형식적 요소가 아닌 종속관계가 있었는지를 실질적으로 판단하여 근로자성을 검토한다고 볼 수 있겠습니다. 따라서 질문자께서 단순히 위와같은 사정이 있다고 하여 근로자가 아니라고 볼 수는 없을 것이며, 위와 같이 사용자의 지시하에 실질적으로 근무한 사실이 있다면 근로자로 인정되어 퇴직금을 청구할 수 있을 것입니다.

제 목

검침위탁원이 노동자인지 여부

질 문

한국전력공사로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달, 전기요금체납 고객에 대한 해지시공(단전) 및 재공급(송전) 등의 업무를 위탁받은 甲주식회사와 위탁계약을 체결하고 위 업무를 수행하는 위탁원이 근로기준법의 근로자에 해당하는지 여부

답 변

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부(제2조)는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 노무제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 합니다. 우리 대법원은 위탁원이 담당한 검침과 송달 등의 업무는 甲회사의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무이므로 甲회사로서는 적정한 업무수행을 보장하기 위하여 위탁원의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 큰 점, 위탁원은 스스로의 노력으로 고객을 유치하여 검침이나 송달 업무의 양을 늘림으로써 수입의 규모를 확대할 수 없는 상황이었고, 다른 사업자로 부터 검침이나 송달 등의 업무를 위탁받아 이를 수행하거나 업무를 제3자에게 수행하도록 재위탁할 수 없었으므로 위탁원이 자신들의 계산으로 사업을 영위하거나 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등의 위험을 스스로 안고 있었다고 보기 어려운 점 등 제반 사정에 비추어 위탁원이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 甲회사에 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 여지가 많다고 하였습니다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다77805 판결).

제 목

단체협약 규정의 해석 방법

질 문

단체협약상 하기휴가비의 지급 대상에서 제외되는 ‘지급기준일 현재 휴직 중인 근로자’에 해당하는지 여부

답 변

단체협약서와 같은 처분문서는 특별한 사정이 없는 한 기재 내용에 의하여 문서에 표시된 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 한편 단체협약은 근로자의 근로조건을 유지 개선하고 복지를 증진하여 근로자의 경제적, 사회적 지위를 향상할 목적으로 근로자의 자주적 단체인 노동조합이 사용자와 사이에 근로조건에 관하여 단체교섭을 통하여 체결하는 것이므로 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 해석할 수는 없다는 것이 관례입니다. 甲주식회사가 노동조합과 체결한 단체협약에서 ‘지급기준일 현재 재직 중인 근로자에 한하여 하기휴가비를 지급하되, 지급기준일 현재 휴직 중인 근로자에게는 하기휴가비를 지급하지 않는다’라고 정하고 있는데, 근로자 乙이 하기휴가비 지급기준일에 파업에 참가한 사안에서, 乙은 파업으로 말미암아 甲회사와 근로관계가 일시 정지되었을 뿐 근로관계 자체가 종료되었다고 할 수는 없으므로 단체협약에서 하기휴가비의 지급 대상으로 정한 ‘지급기준일 현재 재직 중인 근로자’에 해당하고, 乙이 하기휴가비의 지급기준일에 파업에 참가하였다고 하여 단체협약상 하기휴가비의 지급 대상에서 제외되는 ‘지급기준일 현

재 휴직 중인 근로자’에 해당한다고 볼 수 없다는 것이 우리 대법원의 입장입니다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다86287 판결).

제 목

대기발령시 휴업수당 지급 여부

질 문

사용자가 자신의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에 대하여 대기발령을 한 경우, 근로자들에게 휴업수당을 지급하여야 하는지 여부

답 변

근로기준법 제46조 제1항 에서 정하는 ‘휴업’에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있는데도 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 불가능하게 된 경우도 포함되므로, 이는 ‘휴직’을 포함하는 광의의 개념인데, 근로기준법 제23조 제1항 에서 정하는 ‘휴직’은 어떤 근로자를 그 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 적당하지 아니한 사유가 발생한 때에 그 근로자의 지위를 그대로 두면서 일정한 기간 그 직무에 종사하는 것을 금지시키는 사용자의 처분을 말하는 것이고, ‘대기발령’은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 이를 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미하므로, 대기발령은 근로기준법 제23조 제1항 에서 정한

‘휴직’에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 자신의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에 대하여 대기발령을 하였다면 이는 근로기준법 제46조 제1항에서 정한 휴업을 실시한 경우에 해당하므로 사용자는 그 근로자들에게 휴업수당을 지급할 의무가 있다고 보는 것이 우리 대법원의 입장입니다(대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12870 판결).

제 목

변호사가 근로자인지 여부

질 문

법무법인에 근무하는 변호사의 근로자 해당 여부 판단 기준

답 변

사법연수원 수료 직후 甲법무법인에 취업하여 변호사 업무를 시작한 乙과 丙이 취업 다음해부터 구성원 변호사로 등기되어 근무하다 퇴직한 후 자신들이 근로자에 해당한다고 주장하며 퇴직금 지급을 구한 사안에서, 구성원으로 등기하거나 탈퇴하는 과정에서 지분을 양수하거나 양도한 증거가 없고, 구성원 등기 전후의 근무 형태 역시 큰 변화 없이 유지된 점, 甲법무법인으로부터 이익배당을 받거나 손실을 부담한 사실이 없으며, 사건 수임과 상관없이 매달 일정한 금액의 급여를 받은 점, 스스로 사건을 수임한 사례가 거의 없이 甲법무법인으로부터 배당받은 업무를 처리해 온 점, 자신들이 구성원으로 등기된 사실을 퇴직

1년 전 또는 퇴직 시에야 알게 되었다고 주장하고 있는 점 등 여러 사정에 비추어, 乙과 丙은 甲법무법인의 구성원으로 등기되어 있었지만 실질적으로는 甲법무법인에 대하여 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로자 지위에 있었다고 본 것이 우리 대법원의 입장입니다(대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다77006 판결).

제 목

연월차유급휴가를 토요일휴무제로 대체하기 위해서는 반드시 근로자대표의 서면결의가 필요한지 여부

질 문

연월차유급휴가를 토요일휴무제로 대체하기 위해서는 반드시 근로자대표의 서면결의가 필요한지 여부

답 변

구 근로기준법(2003.9.15. 법률 제6974호로 개정되기 전의 것) 제60조는 “사용자는 근로자대표와의 서면합의에 의하여 제57조의 규정에 의한 월차유급휴가일 또는 제59조의 규정에 의한 연차유급휴가일에 갈음하여 특정 근로일에 근로자를 휴무시킬 수 있다.”고 규정하고 있는데, 위 법률 규정의 입법 취지에 비추어 볼 때 연월차유급휴가를 토요일 휴무로 대체하기 위해서는 반드시 근로자대표의 서면합의를 통해서만 가능하다는 것이 우리 대법원의 입장입니다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결).

제 목

평균임금 산정의 기초가 되는 임금의 범위

질 문

어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것인지를 판단할 것인지 여부

답 변

평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 그에 관하여 단체협약, 취업규칙 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있으면 명칭 여하를 불문하고 모두 포함됩니다. 한편 어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것인지를 판단할 때에는 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하고, 이러한 관련 없이 지급의무의 발생이 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 의하여 좌우되는 경우에는 금품의 지급이 단체협약·취업규칙·근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어진 것이라 하더라도 그러한 금품은 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없다는 것이 우리 대법원의 입장입니다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결).

제 목

‘노동조합 전임자’의 근로계약상 지위

질 문

‘노동조합 전임자’의 근로계약상 지위 및 파업기간 중 사용자의 노동조합 전임자에 대한 급여지급의무 유무의 판단 기준

답 변

노동조합 전임자는 사용자에 대하여 기본적인 노사관계에 따른 근로자로서의 신분을 그대로 가지지만, 근로제공의무가 면제되고 사용자의 임금지급의무도 면제된다는 점에서 휴직상태에 있는 근로자와 유사하고, 사용자가 단체협약 등에 따라 노동조합 전임자에게 일정한 돈을 지급한다고 하더라도 이를 근로의 대가인 임금이라고 할 수는 없으며, 파업기간 중에 사용자가 노동조합 전임자에 대하여 급여를 지급할 의무가 있는지 여부는 구체적 사건마다 당해 사업장의 단체협약 기타 노사합의의 내용 및 당해 사업장의 노사관행 등을 참작하여 개별적으로 판단하여야 한다는 것이 우리 대법원의 입장입니다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도10721 판결).