

<문1> A회사는 근로자 500명을 고용~

I. 설문(1)에 대하여

1. 논점의 정리

A회사 주장 정당성 구비여부와 관련하여, 근로자가 정당한 파업으로 근로를 제공하지 않은 경우 연차유급휴가 청구권 발생 기초가 되는 소정근로기간과出勤율을 어떻게 처리 하여야 하는 지 문제된다. 파업은 헌법이 보장하는 단체행동권의 일환 (정당한 권리행사)이고, 파업기간 중에는 근로관계가 일시적으로 정지된다.

2. 연차유급휴가(연차휴가)

사용자는 1년간 8할 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 한다.(근로기준법 제60조1항:이하 근기법) 근로자에게 일정 기간 근로의무를 면제함으로써 휴양의 기회를 제공하고 문화생활의 향상을 기하는 데 그 취지가 있다.

3. 출근율의 계산

장기간의 근로제공에 대한 보상적 차원의 휴가이므로 출근율을 요건으로 한다. ① 원칙적으로 1년간 「소정 근로일」의 80퍼센트 이상 「출근」한 때 발생 한다 ② 소정근로일이란 원래 부터 근로제공의무가 있는 날을 의미하고, 「평상적 근로관계」를 전제로 한다.

4.	근로제공의무가 정지되는 경우
(1)	판례
	판례는 ① 정당한 권리행사인 쟁의행위나 육아휴직의 경우 이를 이유로 한 불이익 취급이 법률상 금지되어 「결근」한 것으로 볼 수 없으나, ② 현실적으로 근로를 제공한바 없고 관련 법령에서 규정을 두고 있지도 않아 「출근」한 것으로 의제할 수도 없으므로 ③ 연간 소정근로일수에서 「제외한 나머지 일수」를 기준으로 근로자의 출근율을 산정하여 요건의 충족여부를 판단하되 ④ 평상적인 근로관계에서 산출되었을 연차유급휴가일수와 「비례 삭감」하여야 한다고 하였다.
(2)	학설
	정당한 권리 행사 기간의 경우 해당 기간을 소정근로일수에 포함 하고 출근한 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.
(3)	검토
	생각건대 정당한 권리행사의 보장 필요성 및 연차유급휴가 제도의 취지, 무노동 무임금의 원칙에 비추어 볼 때 판례의 견해는 타당하다.
4.	사안의 적용
	① 2015년도의 소정근로일수 240일 중 정당한 파업에 참가한

80일의 기간은 출근율 산정 기초가 되는 소정근로일수에서 제외
되어 총 160일이 산정 기초가 된다. ② 甲은 160일을 모두 개근
한바 출근율은 100%가 되어, 「근기법 제60조 1항의 연차유급휴가
청구권의 발생요건」을 충족하였다,

,

5. 설문(1)의 해결

A사의 주장은 타당하지 않다.

II. 설문(2)에 대하여

1. 논점의 정리

징계 해고의 정당성 구비여부와 관련하여, ① 이력서 허위 기재
(경력사칭)를 징계사유로 삼을 수 있는지 ② 징계사유로 할 수
있다고 보아도 그를 이유로 한 징계해고 처분이 근기법 제23조1항
소정의 「정당한 이유」가 있는 것인지가 특히 문제된다.

2. 진실고지의무

진실고지의무란 신의칙상의 부수적 의무로서, 근로자가 자신의
노동력의 질이나 인적사항에 대하여 사용자에게 고지할 의무를
말한다.

3. 경력사칭행위가 징계 대상이 될 수 있는지 여부

(1) 문제점

근로계약 당시의 경력사칭 행위가 기업질서 침해를 이유로 한 징계 사유가 될 수 있는지 문제된다.

(2) 징계

사용자는 기업질서의 확립, 유지에 필요하고 합리적인 한 관련법령에 반하지 않는 범위 내에서 취업규칙 등으로 위반 행위에 대한 규율을 정할 수 있다. 단, 징계는 ① 취업규칙 등에 기재된 정당한 징계사유에 기하여 행해져야 하고 ② 규정된 사유 자체가 정당하여야 하며 ③ 적정절차 원칙과 형평성을 갖춘 처분이어야 정당한 징계(근기법 제23조)라고 할 수 있다.

(3) 경력 사칭 행위의 경우

1) 판례

판례는 이력서의 허위경력 기재는 근로자의 정직성에 대한 부정적 요소가 되는 것은 물론, 근로자에 대한 전인격적 판단을 그르치게 하는 것으로, 특별한 사정이 없는 한 정당한 징계 사유가 된다고 판시하였다.

2) 학설

이러한 판례에 대하여 채용 후 직장질서 위반 행위가 아니므로, 신의칙상의 진실고지의무 위반은 일반 해고의 대상이 될 뿐 징계의 대상이 될 수 없다는 비판이 있다.

3) 검토 및 사안의 적용

생각건대 ① 경력의 사칭이나 은폐는 진실고지의무 위반 행위이며 ② 사용자에게 인사·노무 관리권이 인정되어, 사용자는 취업규칙 등으로 징계사유를 정할수 있다는 점에서, 이력서 허위고지 행위는 징계사유가 될 수 있다고 봄이 타당하다. 따라서 甲의 행위는 징계 사유에 해당한다.

4. 징계해고의 정당성 구비여부

(1) 문제점

취업규칙에 징계해고 사유에 대항하는 규정이 있다는 점 만으로 그 징계해고 처분이 정당한 이유가 있다고 볼 수는 없고 구체적 사정을 참작하여 징계해고의 정당성을 판단하여야 한다.

(2) 종래 판례

경력은 고용 여부를 결정하는 판단의 자료로 삼기 위한 것이므로, 허위기재사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니 하였거나 동일조건외의 계약을 체결하지 않았을 것으로 인정될 경우 (가정적 인과관계) 해고의 정당성이 인정된다고 하였다.

(3) 최근 판례

고용당시 사정 뿐 아니라 고용 후 해고에 이르기 까지 제반 사정에 비추어, 「현 시점」에서 사회통념상 근로관계를 계속 할

수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한해 그 해고의 정당성이 인정된다고 본다.

(4) 검토

생각건대, 가정적 인과 관계 만으로 정당한 이유를 대체하는 것은 해고의 정당한 이유를 요구하는 근기법의 태도에 부합하지 않는다. 따라서 경력 사칭이 징계사유가 된다고 보더라도 해고 정당성 판단 시점은 해고 당시로 보는 최근 판례의 태도는 타당하다.

(5) 사안의 적용

A사의 취업규칙·단체협약은 이력서 허위기재 행위를 징계사유로 규정하고 있어, 회사가 사전에 허위 기재 사실을 알았다면 근로계약을 체결하지 않았을 「개연성」은 인정된다.

그러나 ① 허위기재의 내용은 대학 졸업 사실을 숨긴 것으로(하향식) 생산1부에서 근무하기 위한 업무적격성의 판단과는 무관한 점 ② 2008.1.1.부터 2016.5까지 상당 기간 계속 생산부서 평사원으로 근무한 점에서 미루어 볼 때, 해고 시점인 2016년 6월 당시를 기준으로, 甲과 사회통념상 근로관계를 계속하지 못할 다른 특별한 사유가 없는 한 사유의 정당성이 부정된다.

(이 경우 절차·양정의 정당성 구비여부 를 판단할 필요 없이 위 해고는 근기법 제23조1항 위반 으로, 정당한 이유가 없다)

5. 설문(2)의 해결

(다른 특별한 사정이 없는 한) 해고는 정당성이 없다.“끝”

<문2> 상시 근로자 300인을 사용하는 C회사는~

I. 논점의 정리

C회사의 본 근로계약 채용 거부의 정당성과 관련하여,
① 시용계약이 성립하였는지 ② (시용 계약의 법적성질 관련)
본 근로계약 체결 거부의 성격 ③ 시용근로자에게도 근로법 제
27조1항이 적용되는지가 특히 문제된다.

II. 시용 계약의 성립여부

1. 시용의 의의

시용이란 정식근로계약을 체결하기 이전에 업무적격성 등을
평가하기 위하여 일정 기간 시험적으로 근로자를 사용하는 것을
말한다(확정적 근로관계의 일정 정도 유보)

2. 성립요건

① 해당 근로자에 대하여 시용기간을 적용할지 여부를 근로 계약에
명시하고 ② 시용 기간을 명시하여야 한다. ③ 사회통념상
부당한 장기간이 아닌 한, 시용 기간은 당사자 간 합의에 의해
정하는 것이 원칙이다.

3. 사안의 경우

① 시용근로자로 사용한다는 점과 ② 6개월간의 시용 기간을 특정하여 근로자를 채용한바(사회통념상 부당한게 장기간이라는 사정은 보이지 않는다) 乙과 C회사간 「유효한 시용계약이 성립」하였다.

Ⅳ. 시용의 법적 성격

시용기간 중에는 근로제공 및 임금 수령이 수반되는 근로관계가 존재하므로, 「근로계약은 이미 체결」된 것으로, 업무 적격성을 판단하려는 시용 제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 「해약권 유보부 근로계약」으로 봄이 타당하다. 판례도 시용기간은 업무 적격성 여부를 판단하여 최종적 결정을 유보하는 해약권 유보부 근로계약이라고 본 바 있다.

Ⅴ. 본채용 거절의 성격

1. 문제점

본채용 거부 통보는 유보된 해약권을 행사하여 정식 채용을 거부하는 (근로자의 의사와 무관하게 사용자 측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는) 해고에 해당하는바, 시용 근로자의 해고에 있어 근로법 제23조 1항 소정의 「정당한 이유」를 판단하는 기준이 문제된다.

2. 정당한 이유의 범위	
(1) 판례	
판례는 시용 중의 해고·본 채용 거절은 당해 근로자의 업무 적격성을 판단하는 시용 제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나 이 경우에도 객관적으로 합리적 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 한다고 보았다.	
(2) 검토	
생각건대 사용자가 시용 제도를 설정하는 취지와 시용근로자에 대한 보호의 필요성을 실체적으로 파악하여 구체적 타당성을 기하는 판례의 태도는 타당하다.	
3. 사안의 경우	
업무적격성이 없다는 이유로 본 근로계약의 체결을 거부한 C회사의 통보는 乙의 의사와 무관하게 체결된 근로계약을 일방적으로 종료하는 「해고」에 해당한다. 다만 업무 적격성이 없다는 해고 사유는 다른 사정이 없다면 시용제도의 취지상 사용자에게 유보된 해약권의 정당한 행사에 해당할 수 있다.	
VI. 해고의 서면통지 수규의무 존부	
1. 해고사유·시기의 통지	

(1) 의의

사용자가 근로자를 해고하려면 해고 사유와 해고 시기를 서면으로 통지해야 한다 (근기법 제27조1항). ① 사용자가 해고 여부를 더 신중하게 결정하도록 하고 ② 해고관련 법률관계를 명확히 하며 ③ 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있도록 하기 위한 데에 그 취지가 있다.

(2) 서면통지의 방법

사용자가 해고 사유 등을 서면으로 통지할 때에는 근로자의 그 해고 사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 한다.

(3) 위반의 효과

근로자에 대한 해고는 해고 사유와 시기를 통지하여야 효력이 발생하므로, 위반시 해고는 효력이 없다(근기법 제27조2항)

2. 시용근로자 본채용 거절과 서면통지의무

(1) 판례

판례는 근기법 규정의 내용과 취지, 시용기간 만료시 본 근로계약 체결 거부의 정당성 요건 등을 종합하여 보면, 시용 근로관계에서 사용자가 본 근로계약 체결을 거부하는 경우 해당 근로자로 하여금 그 거부사유를 파악하여 구체적·실질적 거부사유를 서면으로 통지하여야 한다고 하였다.

(2) 검토

생각건대, 판례의 태도는 시용 근로자의 지위를 고려하여 구체적 타당성을 기한 것으로, 상당하다.

3. 사안의 경우

시용 근로자에게도 근기법 제27조가 적용되므로, 「구두」로 본 채용 거부를 통보하는 것은 근기법 제27조 1항 위반에 해당하며, 해당 해고는 (정당 해고사유 구비여부와 무관하게) 효력이 없다.

VII. 사안의 해결

乙에 대한 해고는 27조 위반으로 사법상 효력이 부정되어, 정당성이 없다. “끝”

“이하여백”