

金亨培 著

勞動法講義

《第6版 추 록》

2002. 2. 5

新 潮 社

(02) 713-0402

<http://www.sinjosa.co.kr>

E-mail: sinjosa@hitel.net

111면 위에서 22행부터 112면 끝행까지를 다음으로 대치

5) 男女雇傭平等法上の均等待遇

a) 목적 및 적용범위

(i) 목 적 남녀고용평등법은 헌법의 평등이념에 따라 고용에 있어서 남녀의 평등한 기회 및 대우를 보장하는 한편 모성을 보호하고 직장과 가정생활의 양립과 직업능력개발 및 고용촉진을 지원함으로써 남녀고용평등실현을 목적으로 한다(제1조).

(ii) 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되는데, 다만 대통령령이 정하는 사업에 대하여는 이 법의 일부 또는 전부를 적용하지 아니할 수 있다(제3조: 남녀고용평등법시행령 제2조 2항에 의하면 5인 미만의 사업에 대하여는 임금(제8조), 임금의급품 등(제9조), 교육·배치·승진(제10조), 정년·퇴직·해고(제11조 1항)관련 차별금지규정은 적용되지 않는다. 모집과 채용(제7조), 결혼퇴직(제11조 2항) 관련 차별금지규정과 직장 내 성희롱(제12조 내지 제14조) 관련 규정은 1인 이상 전 사업장에 적용된다).

b) 차별의 의의

(i) 차별의 정의 이 법에서 ‘차별’이라 함은 「사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 기타 불이익한 조치를 취하는 경우를 말한다. 사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 적당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 본다」(제2조 1항). 특히 제1항 후단의 규정은 차별을 간접차별의 경우에까지 확대한 것이다. 간접차별이란 동 규정의 정의와 같이 외관상으로는 남녀를 차별하지 않고 성 중립적으로 보이는 조건을 적용하더라도 남녀의 생리적 특성 및 사회관행에 따라 결과적으로 어느 한 성에게 불리한 결과가 발생하는 것을 방지하기 위한 제도이다.

(ii) 차별로 보지 않는 경우 ① 직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우, ② 근로여성의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우, ③ 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 취하는 경우(제2조 1항 단서).

c) 고용에 있어서의 균등대우의 내용과 효력

모집과 채용상의 성차별금지(제7조)	사업주는 근로자의 모집 및 채용에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다(제7조 1항). 이 조항은 모집·채용시에 실질적으로 평등한 기회를 부여하려는 것으로서 사용자에게 채용시부터 특정 성에게 차별을 하지 않도록 한 선언적 노력의무 규정이다. 따라서 동조의 위반행위에 대해서는 효력상의 특별한 효과가 부여될 수 없으며, 민사상 손해배상청구나 벌금 기타 벌칙(제37조 3항)만이 문제될 수 있다. 또한 사업주는 여성근로자를 모집·채용함에 있어서 모집·채용하고자 하는
---------------------	--

	직무의 수행에 필요로 하지 아니하는 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼조건 기타 노동부령이 정하는 조건을 제시하거나 요구하여서는 아니 된다(제7조 2항).
동일가치노동에 대한 동일임금지급의 원칙(제8조)	‘동일한 사업’(‘동일한 사업’에 대한 판단과 관련하여 사용자가 설립한 별개의 사업이 임금차별을 목적으로 이루어졌다면, 이는 동일한 하나의 사업으로 본다(제8조 3항)) 내에서 ‘동일한 가치의 노동’을 제공한 경우에 임금에 있어서 차별취급을 하여서는 아니 된다(제8조 1항). 동일한 가치의 노동에 대한 판단기준으로는 직무수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등이 고려된다(제8조 2항). 이 원칙은 강행규정의 성격을 지니고 있으므로 이에 반하는 행위는 무효이다. 따라서 미지급된 차등임금에 대해서는 지급청구권이 인정된다. 이 규정 위반시 이 법 제37조 2항의 규정에 따라 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이 부과된다.
임금 외의 금품 등에 있어서의 차별금지(제9조)	임금 외에 근로자의 생활을 보조하기 위한 금품의 지급 또는 자금의 용자 등 복리후생에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다. 이 규정 위반시 500만원 이하의 벌금이 부과된다(제37조 3항).
교육·배치 및 승진에 있어서 차별금지(제10조)	이 조항은 모집과 채용에 관한 제7조의 규정과는 달리 성격상 강행적 금지규정이므로 동조의 내용에 위반한 법률행위는 무효로 된다. 교육·배치 및 승진에 있어서 차별대우를 한 경우에는 500만원 이하의 벌금이 부과된다(제37조 3항).
정년, 퇴직 및 해고에 있어서의 차별금지(제11조)	사업주는 근로자의 정년, 퇴직 및 해고에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 되고(제11조 1항), 근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하여서는 아니 된다(제11조 2항). 이 규정은 강행적 금지규정이며, 이 규정을 위반할 때에는 별도의 벌칙(5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)이 부과된다(제37조 1항).
직장 내 성희롱의 금지 및 예방(제12조, 제13조, 제14조)	상세한 설명은 아래에서

d) 직장 내 성희롱의 금지 및 예방

(i) 직장 내 성희롱의 정의(제12조) 직장 내 성희롱이라 함은 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다.

(ii) 직장 내 성희롱의 금지(제13조) 사업주, 상급자 또는 근로자는 직장 내

성희롱을 하여서는 아니 된다. 특히 사업주가 직장 내 성희롱을 한 경우에는 1천만원 이하의 과태료에 처해진다(법칙 제39조).

(iii) 직장 내 성희롱의 예방 사업주는 직장 내 성희롱을 예방하고, 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건조성을 위하여 직장 내 성희롱의 예방을 위한 교육을 실시하여야 한다(제13조 1항, 위반시 300만원 이하의 과태료: 제39조 3항).

(iv) 직장 내 성희롱 발생시의 조치 직장 내 성희롱이 확인된 경우 지체 없이 행위자에 대하여 징계, 기타 이에 준하는 조치를 취하여야 한다(제14조 1항, 위반시 500만원 이하의 과태료: 제39조 2항). 또한 사업주는 직장 내 성희롱과 관련하여 피해주장이 제기되었을 때에는 그 주장을 제기한 근로자가 근무여건상 불이익을 받지 않도록 노력하여야 하며(제14조 2항), 그 피해근로자에게 해고 기타 불이익한 조치를 취하여서는 아니 된다(제14조 3항, 위반시 2천만원 이하의 벌금: 제37조 2항).

(v) 사업주의 직장 내 성희롱의 예방 및 방지의무 이 의무는 근로계약상 사용자의 안전배려의무의 하나라고 해석된다. 따라서 사업주가 이 의무를 위반하는 경우에는 근로계약상의 채무불이행책임을 지게 된다. 또한 가해자의 직장 내 성희롱행위는 불법행위에 해당할 수 있으므로 사업주 자신이 성희롱을 한 경우에는 민법 제750조가, 사업주의 감독소홀로 종업원이 성희롱을 한 경우에는 민법 제756조가 적용될 수도 있다(관련판례: 대판 1998. 2. 10., 95다39533 참고).

e) 기타 주요규정들

<p>분쟁의 조정(1): 고충처리기관을 통한 자율적 해결 (제25조)</p>	<p>고충처리기관은 사업주대표와 근로자대표 동수로 구성하되, 당해 사업장에 근로자참여및협력증진에관한법률에 의하여 설치된 노사협의회가 이 법에 의한 고충처리임무를 수행하는 경우에는 고충처리기관을 설치하지 아니할 수 있다.</p>
<p>분쟁의 조정(2): 분쟁해결의 지원</p>	<p>① 근로자 또는 근로자가 속한 사업장의 노동조합과 당해 사업주의 쌍방 또는 일방은 이 법에 관한 분쟁이 발생한 경우 고용평등위원회에 조정을 신청할 수 있으며, 조정의 신청은 원인이 되는 행위가 있는 날(계속되는 행위는 그 종료일)로부터 3월 이내에 행하여야 한다(제26조).</p> <p>② 지방노동행정기관에 고용평등위원회를 두며, 위원회는 15인의 위원으로 구성하되, 勞·使·公 각 5인의 위원으로 구성한다(제27조, 제28조).</p> <p>③ 고용평등위원회는 조정신청을 받은 경우에는 조정안을 작성하여 관계당사자에게 이를 수락하도록 권고할 수 있고, 관계당사자 또는 행정기관에 대하여 출석, 자료의 제출 기타 필요한 협력을 요구할 수 있다. 관계당사자가 조정안을 수락한 때에는 위원회는 조정서를 작성하여야 하며, 조정서에 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하고, 무효로 된 부분</p>

<p>분쟁의 조정(2): 분쟁해결의 지원</p>	<p>은 조정서에 정한 기준에 의한다. 위원회는 조정신청을 받은 날부터 30일 이내에 조정의 결과를 관계당사자에게 통보하여야 하고, 관계당사자에게 조정안을 작성·권고한 경우 그 내용 및 결과를 지방노동행정기관의 장에게 통보하여야 한다. 그리고 위원회는 지방노동행정기관의 장으로부터 이 법 위반 여부에 관한 의견의 요청을 받은 경우에는 30일 이내에 의견을 제출하여야 한다(제29조).</p>
<p>입증책임(제30조)</p>	<p>이 법률과 관련한 분쟁해결에서의 입증책임은 사업주가 부담한다.</p>

f) 남녀고용평등법상의 육아휴직

(i) 육아휴직 남녀고용평등법 제19조는 근로자가 고용관계를 유지하면서

일정기간 자녀의 양육을 위하여 직무에 종사하지 않도록 하여 직장생활과 가정생활을 조화롭게 양립시키고자 육아휴직제도를 규정하고 있다. 또한 현행육아휴직제도
는 남녀 모두를 육아휴직청구권자로 하고 있는 점에 특징이 있다. 주요내용을 살펴
보면, 첫째 육아휴직을 하고자 하는 근로자가 육아휴직을 신청하는 경우에 사업주는
이를 허용하여야 한다. 둘째 육아휴직기간을 1년 이내로 하되, 당해 영아가 생후 1년
이 되는 날을 경과할 수 없다. 셋째 사업주는 육아휴직을 이유로 해고 기타 불리한
처우를 하여서는 아니 되며, 육아휴직기간 동안은 당해 근로자를 해고하지 못하지만,
사업을 계속할 수 없는 경우에는 해고할 수 있다(제19조_{3항}). 따라서 근로기준법상의 산전
산후휴가기간(근기법 제71조; 제30조 2항 참조)과 마찬가지로 육아휴직기간중에는 해고를 원칙적으로 제
한하고 있다. 넷째 사업주는 육아휴직 종료 후에는 휴직 전과 동일한 업무 또는 동
등한 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 하고, 또한 육아휴직기간은 근로기
간에 포함된다(제19조_{4항}).

(ii) 육아휴직급여의 지급 육아휴직은 원칙적으로 무급휴직이다. 그러

므로 근로자의 생계안정을 지원하여 근로자가 마음놓고 육아에 전념할 수 있도록 하
기 위해서, 다시 말하면 직장과 가정생활의 양립을 목적으로 육아휴직급여를 지원
내지 지급하는 제도를 규정하고 있다. 남녀고용평등법 제20조와 고용보험법 제55조
의2 등에서는 육아휴직중인 근로자의 생계비용을 지원하기 위해 일정한 요건을 갖춘
경우에 육아휴직급여를 지급한다.

130면 [문 31] ③, ④, ⑤ 및 <해설>을 다음으로 대치

- ③ 사업주, 상급자 또는 근로자는 직장 내 성희롱을 하여서는 아니 된다.
 - ④ 남성인 근로자는 육아휴직을 신청할 권리가 인정되지 아니한다.
 - ⑤ 사업주는 근로자의 모집 및 채용에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.
- <해설> ① 남녀고용평등법 제14조 1항. ② 동법 제11조 2항. ③ 동법 제12조. ⑤ 동법

제7조 1항. ④ 현행육아휴직제도는 남녀 모두를 육아휴직청구권자로 하고 있다(동법 제19조).

134면 [문 41] ⑤ 및 <해설>을 다음으로 대치

⑤ 임신중의 여성근로자에 대한 시간외근로의 금지

<해설> ① 육아휴직(남녀고용평등법 제19조)은 근로자가 고용관계를 유지하면서 일정한 기간 자녀의 양육을 위하여 직무에 종사하지 않도록 함으로써 직장생활과 가정생활을 조화롭게 양립시키고자 하는 제도로써 남녀모두를 육아휴직청구권자로 하고 있다. 따라서 이 제도는 여성근로자만을 보호하기 위한 제도가 아니다. ⑤ 근로기준법 제72조 3항.

134면 [문 42] ⑤ 및 <해설>의 ⑤를 다음으로 대치

⑤ 사업주와 근로여성 사이의 분쟁해결에 노사협의회의 관여를 허용하며 모든 입증책임은 사업주가 부담한다.

<해설>의 ⑤ 고평법 제25조 2항, 제30조.

136면 [문 45]의 ④ 및 <해설>과 <해답>을 다음으로 대치

④ 동일가치의 노동에 대한 동일임금지급원칙과 관련하여 사업주가 동일가치노동의 기준을 정함에 있어 고충처리기관의 근로자를 대표하는 자의 의견을 들어야 한다.

<해설> ① 고평법 제2조 1항 단서 3호. ② 남녀고용평등법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되는데, 다만 대통령령이 정하는 사업에 대하여는 이 법의 일부 또는 전부를 적용하지 아니할 수 있다(제3조: 남녀고용평등법시행령 제2조 2항에 의하면 5인 미만의 사업에 대하여는 임금(제8조), 임금외급품 등(제9조), 교육·배치·승진(제10조), 정년·퇴직·해고(제11조 1항) 관련 차별금지규정은 적용되지 않는다. 모집과 채용(제7조), 결혼퇴직(제11조 2항) 관련 차별금지규정과 직장 내 성희롱(제12조 내지 제14조) 관련 규정은 1인 이상 전 사업장에 적용된다). ③ 고평법 제7조 2항. ④ 고평법 제8조 2항. ⑤ 고평법 제19조 2항.

<해답> ②

136면 [문 46]의 <해설>을 다음으로 대치

<해설> 현행육아휴직제도는 남녀 모두를 육아휴직청구권자로 하고 있으며, 육아휴직기간을 1년 이내로 하되, 당해 영아가 생후 1년이 되는 날을 경과할 수 없다. 그리고 사업주는 육아휴직 종료 후에는 휴직전과 동일한 업무 또는 동등한 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 하고, 또한 육아휴직기간은 근속기간에 포함된다(제19조 4항). 또한 육아휴직은 원칙적으로 무급휴직이다. 그러나 근로자가 마음놓고 육아에 전념할 수 있도록 하기 위해서 근로자의 생계안정을 지원함으로써 직장과 가정생활의 양립을 실현할 수 있도록 하고 있다. 남녀고용평등법 제20조와 고용보험법 제55조의2 등에서는 육아휴직중인 근로자의 생계비용을 지원하기 위해 일정한 요건을 갖춘 경우에 육아휴직급여를 지급한다.

137면 [문 47]의 ①과 <해설>의 ①을 다음으로 대치

- ① 사업주가 채용 또는 근로의 조건을 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 완화되어 있고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 적당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 본다.

《해설》의 ① 제2조 1항 후단의 규정은 차별을 간접차별의 경우에까지 확대한 것이다. 간접차별이란 동 규정의 정의와 같이 외관상으로는 남녀를 차별하지 않고 성 중립적으로 보이는 조건을 적용하더라도 남녀의 생리적 특성 및 사회관행에 따라 결과적으로 어느 한 성에게 불리한 결과가 발생하는 것을 방지하기 위한 제도이다.

137면 [문 48]의 ②, ⑤와 <해설>의 ②, ⑤를 다음으로 대치

- ② 근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우에는 이 법에서 말하는 차별로 보지 아니한다.
- ⑤ 근로자 또는 근로자가 속한 사업장의 노동조합과 당해 사업주의 쌍방 또는 일방은 이 법에 관한 분쟁이 발생한 경우 고용평등위원회에 조정을 신청할 수 있다.

《해설》의 ② 동법 제2조 1항 단서 2호. ⑤ 동법 제26조.

138면 [문 49]를 다음으로 대치**49. 직장 내 성희롱과 관련하여 틀린 것은?**

- ① 사업주, 상급자 또는 근로자는 직장내성희롱을 하여서는 아니 된다.
- ② 사업주가 직장 내 성희롱을 한 경우에는 1천만원 이하의 과태료에 처해진다.
- ③ 사업주는 직장 내 성희롱을 예방하고, 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건조성을 위하여 직장 내 성희롱의 예방을 위한 교육을 실시하여야 하며, 위반시 300만원 이하의 과태료에 처해진다.
- ④ 직장 내 성희롱이 확인된 경우 지체없이 행위자에 대하여 징계, 기타 이에 준하는 조치를 취하여야 하며, 위반시 500만원 이하의 과태료에 처해진다.
- ⑤ 사업주는 직장 내 성희롱과 관련하여 피해근로자에게 해고 기타 불이익한 조치를 취하여서는 아니 되며, 위반시 1천만원 이하의 과태료에 처해진다.

《해설》 ① 제12조. ② 벌칙 제39조. ③ 제13조 1항, 제39조 3항. ④ 제14조 1항, 제39조 2항. ⑤ 제14조 3항. 위반시 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다 (제37조 2항).

《해답》 ⑤

203면 아래로부터 7행 “이때 사용자와 근로자 사이의 합의에 의한 상계도 인정될 수 없다.”를 다음과 같이 고침

이 때 사용자와 근로자 사이의 자유로운 의사를 기초로 하는 합의에 의한 상계는 인정되어야 할 것이다.(동지: 대판 2001. 10. 23, 2001다25184. 상제한 논의는 노동법 [56] 5. (2) 참고.)

331면 위에서 8행 c)항 “여자 및 18세 미만의 연소자에 대한 취업금지 및 제한”에서부터 333면 (5)항 “安全·保健教育과 監督措置” 위까지 삭제

334면 위에서 3행 아래에 다음을 삽입

2. 女性과 年少者の 特別保護

(1) 여성과 연소자보호의 의의와 경향

근로기준법 제5장^(제62조 내 제73조)은 여성과 연소자에 대한 특별보호에 관해서 규정하고 있다. 이는 헌법 제32조 4항과 5항에 명시된 여성과 연소자의 근로에 대한 특별한 보호를 적극적으로 구체화한 것이다.

그러나 오늘날 여성근로자의 특별보호에 대해서는 커다란 변화가 일고 있다. 그것은 특별보호를 완화하거나 축소하는 정책방향을 취하고 있다는 점이다. 노동력부족과 기술혁신 등으로 직장환경과 노동형태가 변화함에 따라 여성근로자들의 직업진출이 증가하게 되자, 여성에 대한 특별보호는 ‘過’보호가 되거나 취업에 있어서의 남녀의 기회균등과 대우의 평등에 대하여 오히려 장애가 되는 경우가 생기게 되었다. 따라서 합리적 이유가 없는 특별보호는 완화되거나 축소되어 가는 추세에 있으며, 여성에 대한 보호규정의 내용도 모성기능 등 남녀의 생리적 차이에서 오는 최소한의 것으로 제한되고 있다. 우리나라에서도 2001년 8월 14일의 근로기준법개정에서 여성근로자에 대한 특별보호규정 중 모성보호를 제외한 일반적 보호규정을 완화하였다. 그 대상으로 된 것은 시간외근로를 제한하거나 야간·휴일근로를 원칙적으로 금지했던 규정이다.

그러나 여성보호규정의 완화는 반드시 규제완화의 일환이라고만 볼 수는 없다. 왜냐하면, 여성에 대한 특별한 보호를 완화한다고 하는 것 자체는 남녀평등의 이념에서 본다면 당연한 요청이며, 남녀에게 공통된 일반적인 법제도를 적용한다는 것은 현실적으로도 —우리가 없는 한— 타당한 일이기 때문이다. 현재 우리나라에서는 이러한 문제가 남녀고용평등법의 개정과 불가분의 관계에서 다루어지고 있다는 점에 유의하지 않으면 안 된다.(평등촉진과 보호의 완화(제지)라는 측면에서 2001년의 근). 따라서 최근의 근로기준법개정은 남녀고용평등법개정과 함께 이루어졌다. 따라서 최근의 여성근로법제의 개정에서는 이것을 단순한 보호완화차원에서가 아니라 ‘규제완화(Deregulierung)와 새로운 규제(Re-Regulierung)’의 한 실현으로 볼 수 있는 것이

다. 즉, 한편으로는 근로기준법상의 여성보호에 관한 규정이 완화(규제완화)되는가 하면, 다른 한편으로는 남녀고용평등법상의 육아휴직·산전산후휴가규정 및 근로기준법상의 산전산후휴가규정의 개정 등은 오히려 규제의 강화로 이해될 수 있기 때문이다. 판단컨대 최근의 여성근로법제의 방향은 규제의 ‘완화’와 ‘새로운 규제’라는 두 가지 의미를 가진다고 할 것이다.

(2) 여성과 연소자에 대한 공통된 보호— 획일적 규제로부터 모성보호와 직결된 최소규제로

구 근로기준법에는 여성과 연소자에 대한 공통된 보호규정으로서 야간·휴일근로의 금지, 유해·위험사업에서의 사용금지, 갱내근로의 금지에 관한 규정이 있었다. 그러나 현행근로기준법에서는 (1)에서 본 바와 같이 여성에 대한 보호규정은 모성보호와 관련된 보호에 한정되어 있다. 다시 말하면 야간·휴일근로금지 및 유해·위험사업에서의 사용금지 등에 관한 규정을 합리화하였다. 결과적으로 모성보호와 관련된 부분(출산과 관련된 여성의 보호 부분)만 규제되고 있으며, 일반여성에 관해서는 이른바 보호규정을 완화 내지 폐지하였다(일종의 규제완화).

a) 야간·휴일근로의 규제

(i) 기본원칙 구 근로기준법 제68조는 「사용자는… 여성과 18세 미만자에 대해서는 야간근로와 휴일근로에 종사시키지 못한다」고 규정함으로써 획일적으로 여성과 연소근로자에 대한 야간근로 및 휴일근로를 금지하고 있었다. 그러나 현행근로기준법은 임신부 이외의 18세 이상의 여성근로자에 대해서 당해 근로자 본인의 동의가 있을 때에는 사용자는 야간근로 및 휴일근로를 허용하고 있다. 따라서 일반여성근로자에게는 야간·휴일근로가 원칙적으로 허용된다.

(ii) 야간근로 및 휴일근로의 금지의 범위 사용자는 임신부와 18세 미만자를 야간(오후 10시부터 오전 6시) 및 휴일에 근로시키지 못한다. 다만, ① 18세 미만자의 동의가 있는 경우, ② 산후 1년이 경과되지 아니한 여성의 동의가 있는 경우, ③ 임신중의 여성이 명시적으로 청구하는 경우로서 노동부장관의 인가를 얻은 경우에는 야간 및 휴일근로를 시킬 수 있다(근기법 제68조 2항).

b) 유해·위험사업에 대한 사용규제 구 근로기준법 제63조는 「여자와 18세 미만자는 도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다. 다만, 금지직종은 대통령령으로 정한다」고 규정하고 있었다. 이 규정의 취지는 신체적으로 열악한 여성근로자나 업무능력이 미숙하고 경험이 부족한 근로자를 도덕상 또는 보건상 유해·위험하다고 인정되는 업무에 종사시키는 것을 금지하여 이들의 신체·건강상의 안전 및 도덕성을 보호하기 위한 것이었다. 이는 여성에 대한 종래의 사회적 윤리의식을 반영한 규정이라고 할 수도 있다. 그러나, 현대산업사회에서의 산업안전

시설 내지 장치의 발달 및 보편화로 인하여 사고위험이 현저히 감소되었고 오히려 동조에 따른 광범위한 사용금지직종의 지정은 여성의 취업을 사실상 제한하는 결과를 초래하고 있다. 따라서 현행근로기준법은 모성보호와 직접 관련된 여성근로자만을 보호하는 입법방향을 취하고 있다. 즉, 「사용자는 임신중이거나 산후 1년이 경과되지 아니한 여성(이하 '임산부')과 18세 미만자를 도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다(1항). 사용자는 임신부가 아닌 18세 이상의 여성을 제1항의 규정에 의한 보건상 유해·위험한 사업 중 임신 또는 출산에 관한 기능에 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다(2항)」(제63조).

c) 갱내근로의 규제 구 근로기준법 제70조는 「사용자는 여자근로자와 18세 미만인 자를 갱내에서 근로시키지 못한다」고 규정하여, 이들에 대해서 갱내근로를 예외 없이 전면적으로 금지하고 있었다. 그러나 현행 근로기준법은 「사용자는 여성과 18세 미만인 자를 갱내에서 근로시키지 못한다. 다만, 보건·의료·보도·취재 등 대통령령이 정하는 업무를 수행하기 위하여 일시적으로 필요한 경우에는 그러하지 아니하다」(제70조)고 규정함으로써 일정한 범위 내에서 일시적인 갱내근로를 허용하고 있다. 현행규정은 갱내근로에 대해서도 규제를 완화하고 있다.

(3) 연소자에 대한 특별보호

a) 최저취업연령의 제한과 연소자증명서의 비치 근로기준법 제62조 1항은 「15세 미만인 자는 근로자로 사용하지 못한다. 다만, 대통령령이 정하는 기준에 따라 노동부장관이 발급한 취직인허증을 소지한 경우에는 그러하지 아니하다」라고 하여 최저취업연령을 제한하고 있다. 다만 동 단서규정에 따른 시행령에 의하여 취직인허증 발급대상연령을 예술공연참가의 경우를 제외하면 13세 이상으로 하고 있다. 또한 근로기준법 제64조는 「사용자는 18세 미만자에 대하여는 그 연령을 증명하는 호적증명서와 친권자 또는 후견인의 동의서를 사업장에 비치하여야 한다」고 규정함으로써 연소자증명서를 사업장에 비치하도록 하고 있다.

b) 미성년자의 근로계약과 임금청구 141~142면에서 상세히 다룸.

c) 연소자의 근로시간의 특례 근로기준법 제67조는 「15세 이상 18세 미만자의 근로시간은 1일에 7시간, 1주일에 42시간을 초과하지 못한다. 다만, 당사자 사이의 합의에 의하여 1일에 1시간, 1주일에 6시간을 한도로 연장할 수 있다」고 규정하고 있다. 연소근로자는 성인근로자에 비하여 신체적·정신적으로 아직 성장과정에 있으므로 근로시간의 규제를 통하여 건강의 유지와 건전한 성장을 보장하지 않으면 안 된다. 따라서 이 조는 소년근로자에 대한 특별보호규정의 하나로서 근로시간에 대한 특례를 정한 것이다.

(4) 여성에 대한 특별보호

a) 생리휴가의 보장 근로기준법 제71조는 「사용자는 여성인 근로자에 대하여 월 1일의 유급생리휴가를 주어야 한다」고 규정하고 있다. 이러한 유급생리휴가 제도는 우리나라 이외에는 없는 제도이며, 생리휴가는 여성근로자의 청구와는 관계 없이 발생된다.

b) 산전·산후휴가와 임신부의 보호

(i) 산전산후휴가기간의 확대 근로기준법 제72조는 「사용자는 임신중의 여성에 대하여 산전후를 통하여 90일의 보호휴가를 주어야 한다. 이 경우 휴가기간의 배치는 산후에 45일 이상이 되어야 한다($\frac{1}{8}$). 제1항의 규정에 의한 휴가 중 최초 60일은 유급으로 한다($\frac{2}{8}$)」고 규정하고 있다. 구 근로기준법에서는 산전후에 걸쳐 60일 이상의 유급보호휴가를 주도록 하고 산후에 30일 이상이 확보되도록 하였으나, 현행 근로기준법에서는 ILO조약 등 국제적인 입법추세를 반영하여 휴가기간을 90일로 확대하고 산전산후유급휴가기간은 최초 60일로 하며, 60일을 초과한 일수(30일)에 대한 급여는 남녀고용평등법 제18조 및 고용보험법 제55조의7과 제55조의8에서 국가 및 사회보험에서 그 비용을 분담하도록 하였다. 즉, 산전후휴가기간 중 60일을 초과한 일수(30일)에 대한 급여는 고용보험 피보험단위기간이 통산하여 180일 이상 되는 자에 한해서 최고 135만원 범위 내에서 본인의 통상임금을 고용보험에서 지급받는다(고용보험법 제55조의7, 제55조의8).

(ii) 출산 전에 있어서의 업무의 전환 및 시간외근로의 금지 근로기준법 제72조 3항은 「사용자는 임신중의 여성근로자에 대하여 시간외근로를 시키지 못하며, 당해 근로자의 요구가 있는 경우에는 輕易한 종류의 근로로 전환시켜야 한다」고 규정하고 있다. 또한 근로기준법 제50조 1항과 2항은 임신중인 여성근로자에 대하여는 탄력적 근로시간제를 실시할 수 없다(근기법 제50조 3항 제). 근로기준법 제72조에 의한 산전산후휴가중의 여성근로자에 대해서는 원칙적으로 해고가 제한된다(근기법 제30조 2항 제).

c) 육아시간 근로기준법 제73조는 「생후 1년 미만의 유아를 가진 여성근로자의 청구가 있는 경우에는 1일 2회 각각 30분 이상의 유급수유시간을 주어야 한다」고 규정하고 있다. 이 규정에서 ‘유아’라 함은 여성근로자가 출산한 자이든, 또는 자기가 출산한 자가 아니든 이를 불문한다. 또한 육아시간을 청구할 수 있는 여성근로자는 기혼·미혼을 불문하고, 수유시간은 반드시 수유만의 시간을 의미하는 것이 아니라 여성근로자가 유아에 대한 수유 기타 유아를 보살피는 데 필요한 시간을 말한다.

d) 시간외근로에 대한 규제완화— 획일적 규제에서 모성보호를 위한 규정으로의 축소 구 근로기준법 제69조는 18세 이상의 모든 여성근로자에 대해서 단체협약이 있는 경우라도 1일에 2시간, 1주일에 6시간, 1년에 150시간을 초과하는 시

간외근로를 행할 수 없다고 규정하고 있었다. 그러나 현행법 제69조는 ‘사용자는 산 후 1년이 경과되지 아니한 여성에 대하여는 단체협약이 있는 경우라도 1일에 2시간, 1주일에 6시간, 1년에 150시간을 초과하는 시간외근로를 시킬 수 없는’ 것으로 규정하고 있다. 이는 합리적 이유가 없는 여성특별보호규정을 완화한 것이다. 위에서도 언급한 바와 같이 이 규정은 모성보호와 관련해서 시간외근로에 관한 규제를 최소화하고 있음을 의미한다. 이제 18세 이상의 여성근로자의 시간외근로에 대해서는 남성근로자와 동일하게 근로기준법 제52조를 적용한다.

334면 위에서 4행 “2”의 항번을 “3”의 항번으로, 335면 위에서 1행 “3”의 항번을 “4”의 항번으로 고침

336면 [문 1], [문 2], [문 3]을 다음으로 대치

1. 다음 근로기준법상 임신부와 연소근로자 모두에게 공통된 특별조치에 해당하는 사항을 모두 찾으시오.

- (가) 야간·휴일근로의 규제
- (나) 도덕상 또는 보건상 유해·위험사업에 대한 사용규제
- (다) 갱내근로의 규제
- (라) 임금채권의 우선변제
- (마) 시간외근로의 규제

- ① (가), (나), (다)
- ② (가), (나), (라)
- ③ (가), (나), (마)
- ④ (가), (다), (마)
- ⑤ (나), (다), (마)

《해설》 임신부(임신중이거나 산후 1년이 경과되지 아니한 여성)나 18세 미만의 연소자에 대해서는 야간·휴일근로(제68조), 도덕상 또는 보건상 유해·위험 사업에 대한 사용(제63조), 시간외근로(제69조, 제72조 3항)가 공통적으로 규제된다. 갱내근로의 경우에는 원칙적으로 일반여성과 연소자 모두에 대해서 원칙적으로 규제하고 있으며(제70조), 임금채권의 우선보호규정은 근로기준법이 적용되는 모든 근로자에게 적용되는 것이다(제37조).

《해답》 ③

2. 근로기준법상 여성과 18세 미만인 자에게 공통적으로 적용되는 특별조치는?

- ① 야간근로의 금지
- ② 갱내근로의 금지
- ③ 휴일근로의 금지
- ④ 시간외근로의 금지
- ⑤ 법정근로시간의 단축

《해설》 ② 갱내근로의 경우에는 원칙적으로 일반여성과 연소자 모두에 대해서 원칙적으로 금지하고 있다(제70조). ⑤ 법정근로시간의 단축은 연소근로자에게만 해당한다(근기법 제67조).

《해답》 ②

338면 [문 9]의 ④를 다음으로 대치

- ④ 산후 1년이 경과되지 아니한 여성에 대한 1일 2시간, 1주 6시간 한도의 시간 외근로

339면 [문 10]의 (바), (차)와 <해설>의 (바), (차)를 다음으로 대치

(바) 사용자는 임신중의 여성에 대하여 산전후를 통하여 90일의 보호휴가를 주어야 한다. 이 경우 휴가기간의 배치는 산후에 45일 이상이 되어야 한다. 산전 산후휴가 중 최초 60일은 유급으로 한다.

(차) 사업주는 육아휴직 종료 후에는 휴직 전과 동일한 업무 또는 동등한 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 하고, 또한 육아휴직기간은 근속기간에 포함된다.

<해설>의 (바) 근기법 제72조. (차) 남녀고용평등법 제19조 4항.

340면 [문 11]의 ①, ②를 다음으로 대치

- ① 임신부와 18세 미만의 연소자는 보건상 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다.
- ② 산전산후휴가에 있어서 산후휴가는 45일 이상 확보되도록 하여야 한다.

341면 [문 13]의 ①, ②, ⑤와 <해설>의 ①, ②, ⑤를 다음으로 대치

① 사용자는 여성근로자의 동의가 있을 때에는 당해 근로자에게 야간근로를 시킬 수 있다.

② 사용자는 18세 미만자의 동의가 있더라도 휴일근로를 시킬 수 없다.

⑤ 생후 1년 미만의 유아를 가진 여성근로자의 청구가 있는 경우에는 1일 2회 각각 30분 이상의 유급수유시간을 주어야 한다.

<해설>의 ①② 임신부 이외의 18세 이상의 여성근로자에 대해서는 당해 근로자 본인의 동의가 있으면 사용자는 야간근로 및 휴일근로를 시킬 수 있다(근기법 제68조 1항). 그러나 사용자는 임신부와 18세 미만자를 야간(오후 10시부터 오전 6시) 및 휴일에 근로시키지 못한다. 다만, (i) 18세 미만자의 동의가 있는 경우, (ii) 산후 1년이 경과되지 아니한 여성의 동의가 있는 경우, (iii) 임신중의 여성이 명시적으로 청구하는 경우로서 노동부장관의 인가를 얻은 경우에는 야간 및 휴일근로를 시킬 수 있다(근기법 제68조 2항). ⑤ 근기법 제73조.

341면 [문 14]의 ③을 다음으로 대치

- ③ 임신부는 도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업에 사용할 수 없다.

404면 아래로부터 4행 “그러나 우리나라의 판례...” 이하 405면 위에서 9행까지 다음으로 대치

우리나라의 판례(대판 2001. 7. 27., 99두2680)도 자산양도의 형식을 취하여 영업재산을 매수하면서 (자산)양도인의 근로자들 중 상당수를 (자산)양수인이 채용하지 아니한 사안에서 ‘문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되었는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야’ 한다고 함으로써 자산양도와 영업양도의 구별기준을 ‘조직의 동일성유지’ 여부에 의하여 판단하고 있다. 이 판례는 ① 공장의 자산과 함께 인적 조직(근로자들)을 포괄양도하는 방식으로는 양수희망자가 없어 결국 공장의 자산만을 양도하기로 한 사실, ② 양수인은 양도인소속근로자를 신규채용하면서 양도인의 인적 조직을 해체하여 양수회사의 기준 및 인사관리방법에 따라 재구성하여 조직화한 사실, ③ 양수인은 양도인의 채권·채무를 전혀 인수하지 않은 사실 등을 기초로 위 사안에서의 양도행위를 자산양도로 판단함으로써 양수인에게 근로관계가 포괄적으로 승계되지 않음을 명백히 하였다.

417면 [문 8]의 ①과 <해설>의 ①을 다음으로 대치

- ① 양도계약관계가 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되었는가에 의하여 결정되는 것이 아니고 종래의 영업조직의 전부 또는 중요한 부분이 유지되면서 동일성을 가지고 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이다.

<해설>의 ① 판례(대판 2001. 7. 27., 99두2680)는 자산양도의 형식을 취하여 영업재산을 매수하면서 (자산)양도인의 근로자들 중 상당수를 (자산)양수인이 채용하지 아니한 사안(이른바 삼미특수강사건)에서 자산양도와 영업양도의 구별기준을 ‘조직의 동일성유지’ 여부에 의하여 판단하고 있다.

690면 아래로부터 12행에 이어 다음을 삽입

최근에 대법원전원합의체는 종전의 대법원의 견해(대판 2000. 5. 26., 99도4836)를 변경하여 조합원 찬반투표를 거치지 아니한 쟁의행위는 정당성이 없다고 판시하였다(대판[전원합의체] 2001. 10. 25., 2001구24388). 이 판례에 의하여 노동조합의 존립의 전제 중의 하나인 노동조합의 민주성, 즉 민주적 의사결정절차가 근로자들의 집단적 행위(쟁의행위)의 정당성 요건으로서 승격·강화되었다고 볼 수 있다. 판례에 의하면 조합원의 민주적 의사결정절차를 엄격하게 해석하지 않는다면 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성 간주 등의 비민주적 의사결정을 용인하는 결과가 된다는 점을 지적한다. 직접·비밀·무기명투표가 아닌 공개결의나 사실상의 찬성 간주는 처음부터 실질적인 민주적 의사결정이라고 볼 수 없다는

점을 고려한다면 의사결정의 절차는 단체행동의 대외적 정당성에 대해서도 중요한 영향을 주는 것으로 보아야 한다는 것이다. 다만, 조합원의 찬반투표절차에 주도적으로 또는 객관적으로 관여하지 아니한 일반조합원에 대하여 절차상의 위법성을 이유로 형법상의 업무방해죄를 적용하여 처벌하는 것은 정당하다고 생각되지 않는다(대판[전원합의체] 2001. 10. 25. (2001구24388의 반대 의견 참고)).

그러나 노동조합지도부의 임의적 또는 일방적 의사결정에 의하여 조합원의 총의가 날조되거나 왜곡됨으로써 파업개시에 있어서 내부적 민주성을 결할 뿐만 아니라, 대외적으로 사회적 타당성을 갖추지 못한 때에는 그 쟁의행위는 위법하다고 해야 할 것이다. 이 경우에 파업결의에 주도적으로 참여한 노조간부는 민사책임은 물론 형사책임을 면할 수 없다고 보아야 할 것이다.

이번 대법원전원합의체의 판결에 의하여 쟁의행위의 요건 중의 하나로서 논의의 대상이 되었던 '조합원찬반투표' 요건은 객관화되었다. 헌법에 보장된 단체행동권의 행사가 형식적으로 제도화하는 현상이라고 볼 수 있다.

695면 4)의 <관련판례> ③항으로 다음을 삽입

- ③ ②의 견해를 변경한 대법원전원합의체판결(대판[전원합의체] 2001. 10. 25. 2001구24388): 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다. 그러므로 이와 달리 쟁의행위의 개시에 앞서 노조및조정법 제41조 1항에 의한 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는 것으로 해석한다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성간주 등의 방법이 용인되는 결과, 그와 같은 견해는 위의 관계규정과 대법원의 판례취지에 반하는 것이다. 따라서, 견해를 달리하여 노조및조정법 제41조 1항을 위반하여 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수의 찬성결정을 거치지 아니하고 쟁의행위에 나아간 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 쟁의행위가 정당성을 상실한다고 볼 수 없다는 취지의 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836판결은 위의 판결들과 어긋나는 부분에 한하여 변경하기로 한다.

26, 99도4836)는 그것이 모든 경우에 적용되는 일반론으로 이해되는 한 노조및조정법이 규정한 찬·반투표의 성격을 오해한 것으로서 잘못된 것으로 보인다. 그러나 쟁의행위를 형사처벌함에 있어서는 위의 일반론과는 달리 구체적인 사안에 따라 찬·반투표의 불실시에도 불구하고 그에 단순가담한 근로자의 단순파업행위를 위법하다고 볼 수 없는 경우가 있다고 본다」.

《해답》 ①

2001년 말까지의 중요 최신판례들

1. **사용자의 손해배상채권과 임금채권의 상계:** 사용자가 근로자의 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 상계하는 경우에 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 제42조 1항 본문 취지에 위반하지 아니한다고 보아야 할 것이고, 다만 임금전액 지급의 원칙의 취지에 비추어 볼 때 그 동의가 자유로운 의사에 기한 것이라는 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다(대판 2001.10.23, 2001다25184).
2. **회사의 합병시 취업규칙과 단체협약의 적용:** 회사의 합병에 의하여 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 이러한 근로관계의 승계가 이루어진 이후 사용자가 일방적으로 종전 취업규칙의 내용보다 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 것은 그 효력이 없고, 따라서 종전 취업규칙이 그대로 적용되지만, 합병 후 피합병회사 근로자들의 집단적인 의사결정방법에 의한 동의를 얻은 취업규칙의 변경이나 그러한 근로자들이 속한 노동조합과의 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들이 근로관계내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있으면, 그 새로운 취업규칙이나 단체협약이 유효하게 적용된다(대판 2001.9.25, 2001다18421).
3. **법인의 파산의 경우 해고:** 사업의 폐지를 위하여 해산한 기업이 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 정리해고에 해당하지 않으며, 해고에 정당한 이유가 있는 한 유효하다고 한다. 이 경우에 판례에 의하면 당해 해고가 파산기업의 유지·존속을 전제로 한 긴급한 경영상의 필요에 의하여 이루어지는 것이 아니라, 더 이상 파산기업이 그 존속을 전제로 한 영업활동을 수행할 수 없고 현존사무의 종결, 채권의 추심과 채무의 변제, 재산의 환가처분, 잔여재산의 분배 등으로 이루어지는 청산업무만이 남아 있는 상태에서 파산자의 청산자이던 파산관재인이 파산자에 대한 청산업무의 일환으로 파산자의 근로자들을 전부 해고한 것이므로, 청산인이던 파산관재인이 사실상 파산과 다름없는 청산의 상태에서 한 당해 해고는 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있다(대판 2001.11.13, 2001다27975).
4. **근로자대표와의 사전협의에는 개별근로자들과의 사전협의를 포함되지 아니한다고 판시한 사례:** 정리회사가 근로자들을 해고하기 이전에 노사협의회를 개최하여 인원감축의 규모와 기준을 합의하여 결정하였고, 노사협의회에 참석한 근로자 대표들도 회사의

경영상태 악화를 인식하여 전원이 인원감축방안에 찬성한 점에 비추어 보면 비록 정리회사가 근로자들과의 개별적인 사전협의를 거치지 아니하였고 근로자들이 사전에 그러한 노사협의회 개최사실을 알지 못하였다고 하더라도 근로자측과 성실한 사전협의를 거쳤다는 요건은 충족된 것으로 봄이 상당하다(대판 2001.10.26, 2000두3016).

5. 단체교섭사항이 될 수 없는 것을 관철시킬 목적으로 쟁의행위로 나아갔다면 당해 쟁의행위는 목적에 있어 정당성을 상실한다고 한 사례: 지방공장의 영업양도는 회사의 구조조정을 위하여 취해진 조치로 경영주체의 경영의사결정에 의한 경영조직의 변경에 해당하고 그 양도대금 또한 영업활동을 통한 수익이라고는 볼 수 없어 그 귀속 내지 사용에 관한 결정 자체는 단체교섭사항이 될 수 없으므로 노동조합이 단체교섭사항이 될 수 없는 보상금의 지급을 요구하며 이를 관철시킬 목적으로 쟁의행위로 나아간 것이므로 동 쟁의행위는 그 목적에 있어서 정당하다고 할 수 없다(대판 2001.5.8, 99도4659).

최신판례 보충문제

1. 다음 중 판례의 태도와 일치하지 않는 것은?

- ① 사용자가 근로자의 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 상계하는 경우에 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 제42조 1항 본문 취지에 위반하지 아니한다.
- ② 회사의 합병에 의하여 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 이러한 근로관계의 승계가 이루어진 이후 사용자가 일방적으로 종전 취업규칙의 내용보다 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 것은 그 효력이 없고, 따라서 종전 취업규칙이 그대로 적용된다.
- ③ 합병 후 피합병회사 근로자들의 집단적인 의사결정방법에 의한 동의를 얻은 취업규칙의 변경이나 그러한 근로자들이 속한 노동조합과의 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들이 근로관계내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있더라도 여전히 종래의 취업규칙이나 단체협약이 유효하게 적용된다.
- ④ 근로자대표와의 사전협의를 위해서는 개별근로자들과의 사전협의를 포함되지 아니한다.
- ⑤ 단체교섭사항이 될 수 없는 것을 관철시킬 목적으로 쟁의행위로 나아갔다면 당해 쟁의행위는 목적에 있어 정당성을 상실한다.

《해설》 ① 대판 2001.10.23, 2001다25184. ②③ 회사의 합병에 의하여 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 이러한 근로관계의 승계가 이루어진 이후 사용자가 일방적으로 종전 취업규칙의

내용보다 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 것은 그 효력이 없고, 따라서 종전 취업규칙이 그대로 적용된다. 그러나 합병 후 피합병회사 근로자들의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의를 얻은 취업규칙의 변경이나 그러한 근로자들이 속한 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들이 근로관계내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의(노동조합과 사용자 사이의 합의)가 있으면, 그 새로운 취업규칙이나 단체협약이(피합병회사의 근로자들에게 적용되었던 취업규칙의 내용보다 불리한 것이라도) 유효하게 적용된다(대판 2001.9.25, 2001다18421). ④ 대판 2001.10.26, 2000두3016. ⑤ 대판 2001.5.8, 99도4659.

《해답》 ③