

그리고 위와 같은 경우 해고가 없었다고 하더라도 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것임이 명백한지는 쟁의행위에 이른 경위 및 원인, 해고사유와의 관계, 해당 근로자의 파업에서의 지위 및 역할, 실제 이루어진 쟁의행위에 참가한 근로자의 수 및 이로 인해 중단된 조업의 정도, 해당 근로자에 대한 해고사유와 이전 근무태도 등 제반 사정을 참작하여 신중하게 판단하여야 하고, 그 증명책임은 사용자에게 있다.

또한 해당 근로자가 쟁의행위에 참가하였을 것임이 명백한 경우에도 쟁의행위 기간 중의 임금지급에 관한 단체협약이나 취업규칙의 규정 또는 관행의 유무, 쟁의행위에 참가한 다른 근로자에게 임금이 지급되었는지 여부 및 그 지급 범위 등에 따라 사용자에게 임금을 지급할 의무가 있는지를 판단하여야 한다.(2010다99279)

頭 정원관 지역수 조정 사태 / 정관 여지 의무

(3) 부당해고기간 중 중간수입의 공제

① 중간수입공제 인정여부

근로자가 부당해고 기간 동안 다른 직장에 종사하여 얻은 중간수입은 근로자가 그 기간 동안 사용자에 대한 근로제공의 의무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하므로 민법 제538조 제2항의 규정에 의하여 사용자는 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어서 위 중간수입을 공제할 수 있다.

key 중간수입 민법 제538조 제2항 공제할 수 있다.

② 중간수입공제의 한도

휴업이란 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함된다고 할 것이므로, 근로자가 지급 받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 제46조 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하여야 한다. 위 휴업수당을 초과하는 금액을 한도로 중간수입을 공제할 경우에도 중간수입이 발생한 기간이 임금지급의 대상으로 되는 기간과 시기적으로 대응하여야 하고 그것과는 시기적으로 다른 기간에 얻은 이익을 공제하여서는 아니 된다.(90다카25277)

key 의거 불가 한도 공제 / 시대공제

4. 부당해고와 불법행위책임 (A)

(1) 부당해고가 불법행위를 구성하기 위한 요건

사용자가 근로자를 징계해고할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고

사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제23조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다.(98다12157)

頭 사전의 명사 / 이사 소사 객주의 사정

(2) 임금청구권과 불법행위에 따른 손해배상청구권

근로자들로서는 부당해고가 무효임을 이유로 계속 근로하였을 경우 그 반대급부로 받을 수 있는 임금의 지급을 구할 수 있음은 물론이고 아울러 부당해고가 불법행위에 해당함을 이유로 손해배상을 구할 수 있고, 그 중 어느 쪽의 청구권이라도 선택적으로 행사할 수 있다.(2010다13282)

key 임금 손배 선택

(3) 기타 사례

① 위장폐업에 의한 해고

위장폐업에 의한 해고는 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 행위이므로, 근로기준법 제23조 제1항에서 말하는 정당한 이유를 갖지 못하는 해고로 효력이 부정되는데 그치는 것이 아니라, 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다.(2010다13282)

key 위폐 불법

② 사용자의 부당한 복직거부

사용자가 근로자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 근로자의 근로제공을 계속적으로 거부하는 것은 이와 같은 근로자의 인격적 법익을 침해하는 것이 되어 사용자는 이로 인하여 근로자가 입게 되는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있다.(92다43586)

key 계속 거부 인격 침해