

# 노동법의 정석(2023년 대비) 추록

130p

## 나. 판례의 평가

- 해당 판례가 ...는 표현을 명시적으로 사용한 것은 아니므로, 해당 판례의 태도에 대한 평가는 엇갈리고 있다
- i) 해당 판례는 ...

## IV. 핵심쟁점추가 : 근로계약의 해석

### 1. 문제의 소재

- 근로계약은 증명하고자 하는 법률적 행위가 그 문서 자체에 의하여 이루어지는 처분문서이며, 법률 행위와 처분문서의 해석의 원칙을 따라 해석하고 있다.
- 그런데, 문언의 객관적 의미가 명확함에도 불구하고, 합리적으로 해석이라는 이유를 들어 그 의미를 축소 또는 확장하여 해석하는 것이 가능한지가 문제된다.

### 2. 근로계약의 해석

#### (1) 처분문서의 해석

- 판례에 따르면 “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것”이다.
- 그런데, 근로계약은 처분문서이므로 이러한 일반적인 처분문서의 해석에 따른다.

#### 가. 문언의 의미가 명확한 경우

- 판례는 “계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다”고 판시하고 있다.<sup>1)</sup>
- 이처럼 문언의 의미가 명확한데도 합리적인 해석만을 앞세워 그 내용을 축소하거나 객관적 의미에 반하는 결과를 초래한다면 오히려 법률행위 해석의 법리를 그르치고 그 취지에 역행할 수 있을 것이다.<sup>2)</sup>

#### 나. 문언의 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우

---

1) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결  
2) 김은미, “헬기 조종사의 자격미달과 자동연장조항의 해석”, 『한국우주정책. 법학회지』제37권 제2호, 한국항공우주정책. 법학회, 2022, 초록의 내용을 인용한 것임.

- 판례에 따르면 “그 문언의 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언의 내용, 계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 계약으로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약 내용을 합리적으로 해석해야 한다”고 한다<sup>3)</sup>
- 그런데, “특히 문언의 객관적인 의미와 다르게 해석함으로써 당사자 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래하는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석해야 한다”는 것이 判例의 태도이다.<sup>4)</sup>

## (2) 근로계약의 해석

- 근로계약 역시 처분문서에 대한 위와 같은 해석방법이 적용된다고 할 것이다.
- 그런데, 특히 근로계약은 당사자 사이의 구체적인 근로관계를 결정짓는 매우 중요한 요소가 되므로 신중한 접근이 필요할 것이다. 즉 위에서 설명한 것처럼 근로계약서도 처분문서이므로 문언의 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, 당사자 사이의 근로관계에 중대한 영향을 미치게 된다는 점에서 그 내용은 더욱 엄격하게 해석되어야 할 것이다.<sup>5)</sup>
- 특히 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용되므로 취업규칙을 근거로 근로계약 조항의 의미를 축소하여 해석해서는 안 된다는 것이 判例의 태도이다.<sup>6)</sup>
- 또한 근로계약의 경우 근로기준법 등 각종 강행규정의 취지와 목적, 계약당사자의 협상력의 차이, 약관적 성격, 근로관행 등에도 유념해야 하고, 단체협약과 취업규칙과 같은 계약관계를 정하는 다른 단체법적 규율도 아울러 고려해야 할 것이다.<sup>7)</sup>

161-162p

- 취업규칙은 근로자의 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적·통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 사업장 내부의 규칙이다.
- 취업규칙은 복무규율과 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있고 사용자에 의하여 일방적으로 작성되는 한 그 명칭을 무엇이라고 하든 상관없이 취업규칙의 성격을 가진다.
- 취업규칙은 사용자가 당해 사업의 근로자 전체에 통일적으로 적용될 근로자의 복무규율과 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것으로서 그 명칭은 불문하는 것이고, 근로조건이란 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말한다.
- 그런데, [판례]에 따르면 “취업규칙에서 정한 복무규율과 근로조건은 근로관계의 존속을 전제로 하는 것이지만, 사용자와 근로자 사이의 근로관계 종료 후의 권리·의무에 관한 사항이라고 하더라도 사용자와 근로자 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 근로자의 대우에 관

3) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

4) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

5) 김은미, “헬기 조종사의 자격미달과 자동연장조항의 해석”, 『한국우주정책. 법학회지』제37권 제2호, 한국항공우주정책. 법학회, 2022. 초록의 내용을 인용한 것임.

6) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

7) 김영진, “대법원 2022.2.10. 선고 2020다279951 판결”, 『민사판례해설 : 2019. 7. 1.자 공보 ~ 2022. 6. 15.자. 공보』, 서울고등법원 판례공보스터디, 1,670p

하여 정한 사항이라면 이 역시 취업규칙에서 정한 근로조건에 해당한다”고 판시하면서, 특별퇴직 근로자에 대한 재채용 규정도 취업규칙으로 인정하고 있다. (대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다 301527 판결).

- 취업규칙의 명칭은 보수규정, 퇴직금규정, 인사관리 규정 등으로 구분되어 그 하나하나의 규정이 취업규칙의 일부를 이루기도 하고, 취업규칙·취업규정 또는 사규라는 명칭으로 통괄되어 있기도 하다.

162p

## II. 취업규칙의 효력

1.

... 효력을 가진다.

- 97조 규정은, “근로계약에서 정한 근로조건이 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 경우 취업규칙에 최저기준으로서의 강행적·보충적 효력을 부여하여 근로계약 중 취업규칙에 미달하는 부분을 무효로 하고 취업규칙에서 정한 기준에 따르게 함으로써, 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 종속적 지위에 있는 근로자가 감수하도록 하는 것을 막기 위해 마련된 것”이라는 것이 판례의 태도이다.<sup>8)</sup>

다만, ...

163p

## I. 문제의 소재

- 취업규칙이라 함은 근로자의 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적·통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 사업장 내부의 규칙이다.
- 취업규칙은 사용자가 당해 사업의 근로자 전체에 통일적으로 적용될 근로자의 복무규율과 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것으로서 그 명칭은 불문하는 것이고, 근로조건이란 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말한다.
- 그런데, 취업규칙은 사용자가 개별근로자와 합의하지 않고 일방적으로 정한 것인데도 불구하고 당사자 사이의 합의로 성립된 근로계약을 무효로 하고 우선 적용되는 효력을 가지는 근거가 무엇인지가 문제된다.<sup>9)</sup> 이에 관한 학설은 매우 다양하지만 크게 법규범설과 계약설로 나누어진다.
- 한 편, 취업규칙의 법적 성질이 무엇인가에 따라 해석의 원칙도 문제된다.
- 또한 사용자와 근로자 사이의 근로관계 종료 후의 권리·의무에 관한 사항도 취업규칙에서 정한 근로조건에 해당하는지도 문제된다.

165p

## 3. 판례의 태도

- 우리 [판례]는...
- [판례]에 따르면...

## III. 근로관계 종료후의 권리·의무에 관한 사항

8) 대법원 2019. 12. 24. 선고 2015다254873 판결

9) 임종률 15판, 355p

- [판례]에 따르면 “취업규칙에서 정한 복무규율과 근로조건은 근로관계의 존속을 전제로 하는 것이지만, 사용자와 근로자 사이의 근로관계 종료 후의 권리·의무에 관한 사항이라고 하더라도 사용자와 근로자 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 근로자의 대우에 관하여 정한 사항이라면 이 역시 취업규칙에서 정한 근로조건에 해당한다”(대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다 301527 판결) 따라서 특별퇴직 근로자에 대한 재채용부분도 취업규칙으로서의 성질을 가진다.

174p

(3) 불이익 변경에 해당하는 여부를 판단하는 기준시점

- [판례]에 의하면 취업규칙의 개정이 근로자들에게 유리한지 불리한지 여부에 대한 판단의 기준 시점은 취업규칙의 개정이 이루어진 시점이고, 개정 후의 사정을 참작할 것은 아니라고 한다.

[쟁점 28-1 : 취업규칙의 불이익변경의 판단시점]

## I. 문제의 소재

근로자의 동의를 얻지 못하고 불이익하게 변경된 취업규칙의 적용범위를 취업규칙의 개정·시행시기보다 소급하여 규정한 경우, 취업규칙의 개정이 근로자들에게 불이익하게 변경된 것인지 판단하는 기준시점이 언제인지가 문제된다.

## II. 취업규칙의 불이익변경의 판단시점

판례에 따르면 “취업규칙의 개정이 근로자들에게 불이익하게 변경된 것인지 여부는 취업규칙의 개정이 이루어진 시점을 기준으로 판단하여야 한다”

즉 취업규칙이 개정시기보다 소급하여 적용하기로 규정되었다고 하더라도 불이익하게 변경된 것인지의 판단시점은 취업규칙의 개정시점이다.

181p

**핵심쟁점 31 ~~사회통념상 합리성이 있는 불이익변경 (180-182p 전체 삭제)~~**

**핵심쟁점 31 근로자의 집단적 동의권과 남용의 법리(180-182p 전체 변경)**

## I. 문제의 소재

- 취업규칙의 작성·변경이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 내용일 때에는 근로기준법 제94조 제1항 단서에 따라 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받아야 한다.
- 그런데, 이러한 근로자의 집단적 동의를 받지 않은 취업규칙의 변경에 대해서도 효력을 인정할 수 있는지가 문제된다.

## II. 취업규칙의 불이익변경의 절차

### 1. 법규정

- 취업규칙이란 근로자의 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적·통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 사업장 내부의 규칙이다.<sup>10)</sup>
- 근로기준법 제94조 제1항 단서에 따르면 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 받아야 한다.

### 2. 근로자의 집단적 동의권의 취지

- 근로기준법 제94조 제1항 단서에 따라 취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자가 가지는 집단적 동의권은 i) 사용자의 일방적 취업규칙의 변경권한에 한계를 설정하고 ii) 헌법 제32조 제3항11)의 취지와 근로기준법 제4조<sup>12)</sup>가 정한 근로조건을 노사대등결정 원칙을 실현하는 데에 중요한 의미를 갖는 절차적 권리라는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>13)</sup>
- 따라서 [판례]는 이러한 집단적 동의권은 변경되는 취업규칙의 내용이 갖는 타당성이나 합리성으로 대체될 수 있는 것이 아니라고 판시하고 있다.<sup>14)</sup>

## III. 취업규칙의 불이익변경 동의절차 위반의 효과

### 1. 원칙 : 효력 부정 (사회통념상 합리성 법리 부정)

- 종래 판례는 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 못한 경우에도 그 변경에 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 유효하다고 판단해 왔다.<sup>15)</sup>
- 하지만, 최근 대법원 전원합의체 판결에서는 i) “사회통념상 합리성 법리”라는 개념자체가 확정적이지 않고 어느 정도에 이르러야 사회통념상 합리성이 인정되는지 당사자가 쉽게 알기 어려우므로 법적 불안정성이 크다는 점 ii) 또한, 강행규정인 근로기준법 제94조제1항 단서의 명문규정에 반한다는 점, iii) 전술한 것처럼 헌법 제32조 제3항의 정신과 근로기준법 제4조의 근본취지, 근로조건을 노사대등결정의 원칙에 위배된다는 점 등을 이유로, 취업규칙의 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 해당 취업규칙을 유효하다고 볼 수는 없다고 판단하였다.<sup>16)</sup>
- 즉, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다면 이는 원칙적으로 무효라는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>17)</sup>

### 2. 예외 : 집단적 동의권 남용의 법리

- 그런데 [판례]는 “노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이

10) 대법원 2017.12.13. 선고 2017다261387 판결

11) 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

12) 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.

13) 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결

14) 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결

15) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

16) 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결

17) 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결

있는 경우에는 그 동의가 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다”고 판시하여 집단적 동의권 남용의 법리를 새롭게 제시하였다.<sup>18)</sup>

- 여기에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우란 i) 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고, ii) 나아가 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음에도 불구하고 노동조합이나 근로자들이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있는 경우를 말한다.<sup>19)</sup>
- 다만, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였는지 여부는 근로기준법 제94조 제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로서 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 엄격하게 판단해야 하며, 남용여부는 법원으로 직권으로 판단할 수 있다는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>20)</sup>

### 3. 판례의 평가

- 이러한 판례에 대해서는 i) 근로자의 집단적 동의권이 갖는 절차적 중요성을 강조하여 사용자로서는 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 진지한 설득과 노력이 필요하다는 점을 확인함으로써, 취업규칙 변경 절차가 근로조건 기준 결정에 관한 헌법(인간의 존엄성 보장) 및 근로기준법(근로조건의 노사대등결정, 자율적 결정)의 이념과 취지에 보다 부합하도록 유도하는 한편, ii) 근로자 측이 집단적 동의권을 남용한 경우에는 예외적으로 불이익한 취업규칙 변경의 효력을 인정할 가능성을 열어 둠으로써 구체적 타당성을 기할 수 있도록 하였다는 점에서 의미가 있다.<sup>21)</sup>

188p

## 2. 취업규칙의 불이익변경 동의절차 위반의 효과

### (1) ~~사회통념상 합리성이 있는 경우~~

- [판례]에 따르면 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에도 그것이 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있는 변경에 해당하는 때에는 그 변경을 위하여 근로자 집단의 동의를 받지 않아도 되는 예외가 인정된다고 한다.<sup>22)</sup>
- [판례]는 이러한 법리가 사법해석의 한계를 뛰어넘은 것이라는 비판을 고려하여 “변경 전후의 문언을 기준으로 하여 취업규칙이 근로자에게 불이익하게 변경되었음이 명백하다면, 취업규칙의 내용 이외의 사정이나 상황을 근거로 하여 그 변경에 사회통념상 합리성이 있다고 보는 것은, 이를 제한적으로 엄격하게 해석·적용하여야 한다”고 판시하여<sup>23)</sup>, 사회통념상 합리성에 대한 종래의 법리를 보완해 나가고 있다.

### (2) ~~사회통념상 합리성이 없는 경우~~

- ~~만약 사회통념상 합리성을 인정할 수 없다면,~~

## 2. 취업규칙의 불이익변경 동의절차 위반의 효과

18) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

19) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

20) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

21) 대법원 2017다35588, 35595 (병합) 부당이득금 반환 보도자료에서 발췌한 것임(대법원 공보연구관실)

22) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

23) 대법원 2015.8.13. 선고 2012다43522 판결

## (1) 근로자가 집단적 동의를 남용한 경우

- [판례]에 따르면 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다면 이는 원칙적으로 무효이지만, “노동조합이나 근로자들이 집단적 동의를 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의가 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다”고 판시하여 집단적 동의권 남용의 법리를 새롭게 제시하였다.<sup>24)</sup>
- 여기에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의를 남용한 경우란 i) 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고, ii) 나아가 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음에도 불구하고 노동조합이나 근로자들이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있는 경우를 말한다.<sup>25)</sup>
- 다만, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의를 남용하였는지 여부는 근로기준법 제94조 제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로서 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 엄격하게 판단해야 한다는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>26)</sup>
- 즉 근로자 측이 집단적 동의를 남용한 경우에는 예외적으로 불이익한 취업규칙 변경의 효력을 인정할 가능성을 열어 둬으로써 구체적 타당성을 기할 수 있도록 하였다고 판례를 평가할 수 있을 것이다.<sup>27)</sup>

## (2) 근로자가 집단적 동의를 남용하지 않은 경우

- 만약 근로자가 집단적 동의를 남용하지 않았다면, 종전의 취업규칙의 적용을 받고 있는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 종전의 취업규칙이 그대로 효력을 가지고 계속 적용된다 할 것이다. 이 경우...

236p

[핵심쟁점 45에 대한 보충쟁점 - 정기상여금에 부가된 재직자 조건의 효력]

### I. 논점

2013년 대법원 전원 합의체 판결 이후에는 재직조건부의 정기상여금에 대해서는 통상임금을 부정하는 판결이 내려졌다.

그런데, 최근 판례들에서는 재직조건부의 정기상여금에 대한 변화의 움직임들이 나타나고 있다.

아래에서는 정기상여금에 대한 최근 판례법리의 변화를 정리하기로 한다.

### II. 재직조건부의 정기상여금에 대한 최근 판례법리의 변화

#### 1. 단체협약의 규정과 취업규칙 등의 규정이 다른 경우 / 단체협약의 규정과 관행이 다른 경우 (2022 노무사 기출)

24) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

25) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

26) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

27) 대법원 2017다35588, 35595 (병합) 부당이득금 반환 보도자료에서 발췌한 것임(대법원 공보연구관실)

특정 임금 항목이 근로자가 소정근로를 했는지 여부와 상관없이 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금인지를 판단할 때에는, 그에 관한 근로계약이나 단체협약 또는 취업규칙 등 규정의 내용, 사업장 내 임금 지급 실태나 관행, 노사의 인식 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다.

(1) 단체협약 등에서 정기상여금을 특정 시점에 재직 중인 근로자에 한하여 지급한다는 규정을 둔 경우에도, 그 규정만을 근거로 이미 근로를 제공했다라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는 취지라고 단정할 것은 아니다.(대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다303417 판결 참조)

(2) 특정 시점이 되기 전에 퇴직한 근로자에게 특정 임금 항목을 지급하지 않는 관행이 있더라도, 단체협약이나 취업규칙 등이 그러한 관행과 다른 내용을 명시적으로 정하고 있으면 그러한 관행을 이유로 해당 임금 항목의 통상임금성을 배척함에는 특히 신중해야 한다.(대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결)

## 2. 재직자 조건만 있고, 일할정산 규정이 없는 경우 (향후의 쟁점)

2013년 대법원 전원합의체 판결 이후 재직자 조건은 통상임금 요건인 '고정성'을 부정하는 지표로 인정돼 왔다. 하지만, 위의 판례에서 볼 수 있듯이 재직자요건이 있는 규정과 일할 정산규정을 함께 두고 있는 경우나, 관행과 일할정산규정이 충돌하는 경우에는 통상임금성을 신중하게 판단하는 판례법리의 흐름이 생겼다.

그런데, 최근에는 이것보다 더 나아가 '일할 규정'이 없이 '재직자 조건'만 부가된 정기상여금도 통상임금으로 인정할 수 있는지가 쟁점이 되고 있다.

### (1) 금융감독원 사건 (대법원 2022.11.10. 선고 2022다252578 판결)

최근 대법원은, 금융감독원 직원들의 정기상여금이 통상임금에 해당하는지 문제된 사안에서 심리불속행 기각 판결을 함으로써, 정기상여금에 부가된 재직자조건 자체가 무효라고 본 원심 판결을 그대로 확정하였다.

이 판례의 원심판결은 정기상여금에 대한 재직조건 자체를 무효로 보았다는 특징이 있다. 재직 조건은 2013년 대법원 전원합의체 판결 이후 정기상여금의 통상임금성을 부정하는 중요한 지표로서 활용돼 왔는데, 해당 원심 판결은 아예 재직자조건 자체를 무효라고 판단함으로써 대법원이 어떻게 판단할지가 주목돼 왔다. 그런데, 대법원에서 심리를 속행하지 않은채 심리불속행 기각 판결을 내림으로써 많은 논란이 되고 있다.

심리불속행 판결을 하였기 때문에 이 판결의 이유나 취지를 알 수 없다. 따라서 해당 대법원의 심리불속행 기각 판결이 정기상여금에 대하여 재직자조건을 붙인 것 자체가 무효라는 취지인지는 분명하지 않다.

### (2) 세아베스틸 사건 (대법원 계류중, 대법원 2019다204876호)

그러므로 해당 쟁점에 대해서 대법원 전원합의체에 회부되어 심리기일이 진행되었던 세아베스틸 사건의 판결의 중요성이 더욱 커졌다.

세아베스틸 사건 역시 재직자조건이 유효한지가 쟁점이 된 사안이었었는데, 이에 대한 대법원 전원합의체 판결이 나와야지만, 이 쟁점에 대한 대법원의 입장이 무엇인지 정확하게 알 수 있

을 것이다.

(\*따라서 수험생들은 세아베스틸 사건의 결론과 그 이유가 어떻게 나오느냐를 주목해야 한다)

266p

## 2. 형식적으로 퇴직금 분할약정을 체결한 경우 부당이득 성립 여부 및 실질적 퇴직금 분할약정의 판단기준

- 한편, [판례]에서는 “퇴직금 제도를 강행법규로 규정한 입법 취지를 고려할 때, 부당이득반환법리는 사용자와 근로자 사이에 실질적인 퇴직금 분할 약정이 존재함을 전제로 하여 비로소 적용할 수 있다”고 하면서, 사용자와 근로자가 체결한 퇴직금 분할 약정이 그 실질은 임금을 정한 것에 불과함에도 사용자가 퇴직금 지급을 면탈하기 위하여 퇴직금 분할 약정의 형식만을 취한 경우에는 실질적 퇴직금 분할약정이 존재한다고 보기 어렵고, 부당이득의 법리를 적용할 수 없다고 판시하고 있기도 하다.
- 사용자와 근로자 사이에 실질적인 퇴직금 분할 약정이 존재하는지 판단하는 기준에 대하여 [판례]는 i) 사용자와 근로자 사이에 월급이나 일당 등에 퇴직금을 포함시키고 퇴직 시 별도의 퇴직금을 지급하지 않는다는 취지의 합의가 존재할 뿐만 아니라, ii) 임금과 구별되는 퇴직금 명목 금원의 액수가 특정되고, iii) 퇴직금 명목 금원을 제외한 임금의 액수 등을 고려할 때 퇴직금 분할 약정을 포함하는 근로계약의 내용이 종전의 근로계약이나 근로기준법 등에 비추어 근로자에게 불이익하지 아니하는 등 사용자와 근로자가 임금과 구별하여 추가로 퇴직금 명목으로 일정한 금원을 실질적으로 지급할 것을 약정한 경우에 한하여 사용자와 근로자 사이에 실질적인 퇴직금 분할 약정이 존재한다고 볼 수 있다고 판시하고 있다. (대법원 2022. 3. 17. 선고 2018다244877 판결)

266p

[핵심쟁점 54에 대한 보충쟁점 - 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부]

### I. 문제의 소재

승진발령이 무효임에도 근로자가 승진발령이 유효함을 전제로 승진된 직급에 따라 계속 근무한 경우, 임금이 상승한 부분이 있다면 근로자가 이를 부당이득으로 사용자에게 반환하여야 하는지 여부가 문제된다.

또한 부당이득여부를 판단할 때 “승진 전후 제공된 근로의 가치 사이에 실질적으로 차이가 있는지 판단하는 기준”도 문제된다.

### II. 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부

#### 1. 부당이득의 의미

민법 제741조에 따르면 “법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다”

그런데 과연 승진발령이 취소된 경우 승진을 이유로 수령한 임금상승분을 “법률상 원인없이” 지급된 이득으로 볼 수 있는지가 문제된다.

## 2. 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부

### (1) 학설

#### 가. 형식적 직급과 임금의 연계설

임금 인상분은 그 전체가 승진된 직급 그 자체 혹은 승진 자체에 비롯된 정당한 대가로 보아야 한다는 입장이다. 따라서 임금인상분이 부당이득에 해당하지 않는다고 보는 입장이다.

즉 해당 근로자가 승진한 직급에서 실제로 근로를 제공한 이상 근로제공에 따른 정당한 임금을 지급받았고, 취소 이전의 근로제공에 대한 효력을 소급적으로 부인할 수는 없으므로 승진에 따른 임금인상분은 부당이득이 아니라는 논리이다.<sup>28)</sup>

#### 나. 실질적 근로의 가치와 임금의 연계설

개별임금항목의 구체적 내용을 살피고 승진된 직급에 따른 업무와 이전 업무를 비교하여 제공한 근로의 가치가 실질적으로 차이가 있는지 검토한 후에 실질적 근로의 차이가 있는 경우에 한하여 임금인상분은 부당이득이 아니라는 입장이다(남궁준, “승진취소에 따른 급여차이와 부당이득 판단기준”, 『월간노동리뷰』 2022.12월호, 78p)

### (2) 판례의 태도

#### 가. 부당이득 해당 여부 : 실질적 근로의 가치와 임금의 연계

[판례]에 따르면 “승진발령이 무효임에도 근로자가 승진발령이 유효함을 전제로 승진된 직급에 따라 계속 근무하여 온 경우, 승진 전후 각 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 있어 승진된 직급에 따른 업무를 수행하고 그에 대한 대가로 임금이 지급되었다면, 근로자가 지급받은 임금은 제공된 근로의 대가이므로 근로자에게 실질적인 이득이 있다고 볼 수 없어 사용자가 이에 대해 부당이득으로 반환을 청구할 수 없다”고 한다.

그러나 “승진 전후 각 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 없어 승진 후 제공된 근로의 가치가 승진 전과 견주어 실질적 차이가 없음에도 단지 직급의 상승만을 이유로 임금이 상승한 부분이 있다면, 근로자는 임금 상승분 상당의 이익을 얻었다고 볼 수 있고, 승진이 무효인 이상 그 이득은 근로자에게 법률상 원인 없이 지급된 것으로서 부당이득으로 사용자에게 반환되어야 한다”고 판시하고 있다.

즉 판례에 따르면 승진을 전후하여 제공된 근로의 가치간에 실질적인 차이가 있는지를 어떻게 판단해야 하는지가 중요하다.

#### 나. 근로의 가치의 실질적 차이에 대한 판단기준

[판례]에 따르면 “승진 전후 제공된 근로의 가치 사이에 실질적으로 차이가 있는지는 제공된

28) 채용이 취소된 경우 그 동안 받은 임금이 부당이득에 해당하는지에 대해서 대법원은 “근로계약의 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행해진 근로자의 노무제공의 효과를 소급해 부정하는 것은 타당하지 않으므로 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니되고 취소의 의사표시 이후 장래에 관해서만 근로계약의 효력이 소멸된다”고 한다고 판시하고 있다.(대법원 2017.12.22. 선고 2013다25914 판결)

근로의 형태와 수행하는 업무의 내용, 보직의 차이 유무, 직급에 따른 권한과 책임의 정도 등 여러 사정을 종합적이고 객관적으로 평가하여 판단하여야 한다”고 하여 그 판단기준을 제시하고 있다.(대법원 2022. 8. 19. 선고 2017다292718 판결)

#### 다. 판례의 평가

승진발령이 사후적으로 취소된 경우에 근로자가 승진을 이유로 지급받은 임금인상분이 부당이득에 해당하는지, 판단기준을 제시한 판례로서 의의가 있다.

352p

#### (2) 출근율 산정

- 따라서 [판례]에 따르면, 업무상 재해로 휴업한 기간이 1년 전체에 걸치거나 소정근로일수 전부를 차지한다고 하더라도 “근로자가 업무상 재해로 휴업한 기간은 장단(長短)을 불문하고 소정근로일수와 출근일수에 모두 포함시켜 출근율을 계산하여야 한다”고 판시하고 있다. 실령 그 기간이 1년 전체에 걸치거나 소정근로일수 전부를 차지한다고 하더라도 달리 볼 아무런 근거나 이유가 없다는 것이 판례의 태도이다.

353p

#### (3) 연차휴가 사용 연도에 전혀 출근하지 못한 경우 연차휴가수당 청구권

##### 가. 연차휴가수당 청구권의 발생요건

판례에 따르면 연차휴가를 사용할 권리 혹은 연차휴가수당 청구권은 근로자가 전년도에 출근율을 충족하면서 근로를 제공하면 당연히 발생하는 것으로서, 연차휴가를 사용할 해당 연도가 아니라 그 전년도 1년간의 근로에 대한 대가에 해당한다.

따라서 근로자가 연차휴가에 관한 권리를 취득한 후 1년 이내에 연차휴가를 사용하지 아니하거나 1년이 지나기 전에 퇴직하는 등의 사유로 인하여 더 이상 연차휴가를 사용하지 못하게 될 경우에는 사용자에게 연차휴가일수에 상응하는 임금인 연차휴가수당을 청구할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.

##### 나. 연차휴가 사용 연도에 전혀 출근하지 못한 경우 연차휴가수당 청구권

또한 [판례]에 따르면 ...

### 3. 연차휴가수당의 청구를 제한하는 단체협약이나 취업규칙의 효력

#### (1) 법규정

- 근로기준법 제15조 제1,2항에 따르면 근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하며, 무효로 된 부분은 근로기준법에서 정한 기준에 따른다.
- 근로기준법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 이 기준보다 못한 근로계약을 체결한 경우 그 부분에 대해서는 근로기준법의 기준이 직접 근로계약의 내용이 되고, 이를 통하여 당사자가 사법상의 권리의무를 가지도록 할 필요가 있으므로 근로기준법은 근로계약에 대한 강행적·보충적 효력을

규정한 것이다.<sup>29)</sup>

## (2) 연차휴가수당의 청구를 제한하는 내용의 단체협약이나 취업규칙의 효력

- 근로기준법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로, 判例에 따르면 “연차휴가수당의 청구를 제한하는 내용의 단체협약이나 취업규칙은 근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 것으로서, 효력이 없다”고 한다.

366p

(목차에도 4번추가)

### 3. 연차휴가사용권의 소멸과 연차휴가수당 청구권

...

#### 4. 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자의 연차휴가수당 청구권<sup>30)</sup>

- 연차휴가를 사용할 권리 및 연차휴가수당 청구권의 발생요건 및 발생시점을 고려하면, 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게는 최대 11일의 연차휴가가 부여된다고 보아야 한다.

판례는 그 이유를 아래와 같이 제시하고 있다.

- i) 과거에는 최초 1년간의 근로에 대한 유급연차휴가를 사용한 경우 이를 다음 해 유급연차휴가에서 빼는 규정이 있었으나, 이 규정을 삭제한 것은 최초 1년간 연차휴가를 사용한 경우 그 다음 해 연차휴가가 줄어드는 것을 방지하기 위한 것이지, 1년 동안만 근로를 제공한 근로자에게 1년 근무시 그 다음날 발생하는 15일의 연차휴가까지 중첩적으로 부여하겠다는 취지로 볼 수 없다는 점,
  - ii) 기간제 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간의 만료로 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙인데, 연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음날 발생한다고 보아야 하므로, 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없다는 점,
  - iii) 만약 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 연차휴가 11일에 대하여 15일의 휴가까지 부여하면 총 26일의 연차휴가가 부여된다는 결론에 이르게 되는데, 이는 총연차휴가일수 한도를 25일로 규정한 근로기준법 제60조 제4항의 문언해석의 범위를 넘을 뿐 아니라, 장기근속근로자에 비해서 더 우대하는 결과가 되어 형평의 원칙에 반한다는 점
  - iv) 연차휴가를 사용할 권리 또는 연차휴가수당청구권은 연차휴가를 사용할 해당연도가 아니라 그 전년도 1년간의 근로에 대한 대가라는 점과 연차휴가제도의 취지가 일정기간 출근한 근로자에게 일정기간 유급으로 근로의무를 면제함으로써, 정신적·육체적 휴양의 기회를 제공하고 문화적 생활의 향상을 기하기 위한 것이라는 연차휴가제도의 목적을 고려하면 근로기준법 제60조 제1항은 최초 1년간 80% 이상 출근한 근로자가 그 다음 해에도 근로관계를 유지하는 것을 전제로 하여 2년차에 15일의 유급연차휴가를 주어야 한다는 취지로 해석하는 것이 타당하다는 점 등을 그 이유로 들고 있다.
- 결론적으로 근로기준법 제60조 제1항은 1년 기간제 근로계약을 체결하여 1년의 근로계약기간이 만료됨과 동시에 근로계약관계가 더 이상 유지되지 아니하는 근로자에게는 적용되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

29) 임종률 15판, 342p

30) 대법원 2021.10.14. 선고 2021다227100 판결

## 3. 승계대상자의 범위

(1) 정당한 해고이유가 있는 자

(2) 영업양도계약 체결 전에 해고무효확인판결이 확정된 경우

- 판례에 따르면 영업양도계약 체결 전에 해고무효확인판결이 이미 확정된 경우라면, “비록 현실적인 복직조치가 없었다고 하더라도 근로자는 영업양도 당시 양도인과 적법·유효한 근로관계에 있었다고 보아야 할 것이므로 근로자와 양도인의 근로관계는 양수인에게 승계되었다”고 판시하고 있다.<sup>31)</sup>

(3) 해고의 효력을 다투고 있는 자

가. 문제의 소재

나. 영업의 일부 양도가 이루어진 경우

- [판례]에 따르면 ...
- 다만 [판례]에 따르면, ...예외적으로 해고의 효력을 다투고 있는 자의 근로관계도 양수인에게 승계된다.<sup>32)</sup> (각주 내용 수정)

다. 영업의 전부 양도가 이루어진 경우

- [판례]에 따르면 ...
- 영업의 전부양도가 이루어지고 양도인이 폐업을 해서 양도인을 상대로 한 부당해고 구제신청에 대한 구제이익이 없는 경우에, “양수인이...

## II. 대기발령의 의의 및 정당성

## 1. 대기발령의 의의 및 법적 근거

- 대기발령이나 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미한다.<sup>33)</sup> 따라서 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기입절서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다.<sup>34)</sup>
- 직위해제나 대기발령 같은 인사조치는 근로자에게 여러 가지 불이익(승진, 승급, 감급 등)을 주는 것이므로 단체협약이나 취업규칙 등에 해당 직위해제사유가 존재하여야 하고 직위해제에 관한 절차규정 등을 위반하지 말아야 한다.<sup>35)</sup>
- 하지만, 대기발령을 인사권자인 사용자의 고유권한으로 보고 사용자에게 상당한 제약을 인정하는 있는 대법원 판례<sup>36)</sup>에 따르면 대기발령에 관한 근거규정이 없어도 업무상 필요성이 있다면 별도의 사유를 들어 대기발령이 가능하다는 해석을 할 수 있을 것이다.<sup>37)</sup>

31) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결

32) 대법원 1996.5.31. 선고 95다33238 판결 참조 (전적명령이 근로자의 동의를 얻지 않아 해당 전적명령이 무효이며, 그 명령위반을 이유로 한 해고가 무효라는 사실이 명확하게 된 경우이다)

33) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86246 판결

34) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

35) 김형배 25판, 577p

36) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

37) 김성진, “대기발령의 법적성질과 정당성”, 『노동법학』 제26호, 한국노동법학회, 2008.6. 240p 참조 ; 이에 대해서는 학자들의 견해가 엇갈리고 있다. 대기발령의 사유로 규정되어 있지 않더라도 대기발령을 내릴 수 있는 것으로 보는 견해도 상당하다.

## 2. 대기발령의 정당성

### (1) 대기발령 명령에 대한 사용자의 재량

판례에 따르면 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위해서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하다고 판시하면서 “대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 사용자의 고유권한에 속하므로, 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다”고 판시하고 있다.<sup>38)</sup>

### (2) 근로기준법 제23조 제1항의 적용 및 권리남용 금지

하지만 판례는 대기발령에 대하여 사용자에게 상당한 재량을 인정한다고 판시하면서도 “근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되어서는 아니된다”<sup>39)</sup>고 하여, 근로기준법 제23조 제1항을 적용하여 정당성을 판단하고 있다.<sup>40)</sup>

즉 근로기준법 제23조 1항은 근로자에 대한 사용자의 정당한 이유없는 불이익한 인사처분으로부터 근로자를 보호하기 위한 일반조항으로서 근로자에게 불이익을 주는 대기발령도 근로기준법 제23조 제1항에 따른 제한을 받는 것이다.<sup>41)</sup>

### (3) 대기발령의 정당성의 판단기준

대기발령의 정당성을 근로자에게 당해 대기발령 사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차규정의 위반 여부 및 그 정도에 의하여 판단하여야 한다는 판례도 있는데,<sup>42)</sup> 일반적으로 대기발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는

- i) 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량,
- ii) 근로자와의 협의 등 대기발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 하며, 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다.”는 것이 판례의 태도이다.<sup>43)</sup>

판례는 일반적으로 대기발령의 정당성을 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.<sup>44)</sup>

- 직위해제나 대기발령이 징계처분의 하나로 규정되어 있을 경우에는 징계절차를 거쳐야 할 것이다.<sup>45)</sup> 하지만, 취업규칙 등에 대기발령이 징계처분의 하나로 규정되어 있지 아니한 이상 대기발령처분을 할 때 해당 근로자에게 변명의 기회를 부여하는 등의 징계절차를 거칠 필요는 없다는 것이 판례의 태도이다.<sup>46)</sup>
- 그런데, [판례]에 따르면 취업규칙 등에 징계절차와는 구분되는 대기발령에 관한 특별한 규정이 있는 규정에는 그에 따라야 한다.<sup>47)</sup>

430p

## 2. 대기발령 유지의 정당성

### (1) 대기발령기간의 합리성

- 
- 38) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조
  - 39) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결
  - 40) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조
  - 41) 조용만·김홍영 5판, 241p
  - 42) 대법원 2011.10.13. 선고 2009다86246 판결
  - 43) 대법원 2005.2.18. 선고 2003다63029 판결 ; 박귀천, 『노동법의 쟁점과 사례연구』, 신론사, 2015, 111p
  - 44) 조용만·김홍영 4판, 253p
  - 45) 대법원 2013.5.9. 선고 2012다12870 판결 참조 ; 김형배 25판, 578p
  - 46) 대법원 2000.6.23. 선고 98다54960 판결
  - 47) 대법원 1996.10.29. 선고 95누15926 판결

판례에 따르면 “사용자가 대기발령 근거규정에 의하여 일정한 대기발령 사유의 발생에 따라 근로자에게 대기발령을 한 것이 정당한 경우라고 하더라도 대기발령 명령의 목적과 실제 기능, 그 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 한다.”고 판시하고 있다.<sup>48)</sup>

## (2) 대기발령 유지의 정당성

따라서 판례에 따르면, “대기발령 등의 인사명령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없거나 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도, 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 잠정적 지위의 상태로 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 한다”고 한다.<sup>49)</sup>

## (3) 대기발령 유지의 정당성에 대한 판례법리의 확장

판례에 따르면 대기발령 유지기간의 합리성에 대한 법리는,

- “ i ) 대기발령처럼 근로자에게 아무런 직무도 부여하지 않아 근로의 제공을 할 수 없는 상태에서 단순히 다음 보직을 기다리도록 하는 경우뿐 아니라,
- ii ) 당해 근로자의 기존의 직무범위 중 본질적인 부분을 제한하는 등의 방식으로 사실상 아무런 직무도 부여하지 않은 것과 별 차이가 없는 경우 등에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다”<sup>50)</sup>

## (4) 판례의 평가

이러한 판례는 사실상 기간의 제한없이 행해져 근로자의 퇴직을 유도하는 수단으로 사용되곤 하던 대기발령 등의 인사조치에 대해서 사법적 통제를 시도한 것으로 평가할 수 있을 것이다.<sup>51)</sup>

448p

## II. 근무성적 불량과 징계해고사유 의 정당성

### 1. 징계의 의의 및 사유의 정당성

- 징계란 근로자의 기업질서 위반행위에 대한 제재로서 근로자에게 근로관계상의 불이익을 주는 조치를 말하는데<sup>52)</sup>, 근로기준법은 제23조 제1항에서 해고 이외에도 정당한 이유 없는 정직, 감봉, 그 밖의 징벌을 금지하고 있다.
- 그런데, 근로기준법은 징계사유 의 정당성 의 구체적인 판단기준에 대하여는 특별한 규정을 두고 있지 않으므로, 판례를 살펴보아야 한다.
- [판례]에 따르면, 구체적인 징계처분이 정당한 것으로 인정되기 위해서는 근로자의 행위가 취업규칙상의 징계사유에 해당해야 할 뿐만 아니라 취업규칙상의 징계사유 그 자체가 정당해야 한다.<sup>53)</sup> [판례]에 따르면, 취업규칙에 정하여진 징계사유에 해당

48) 대법원 2013.5.9. 선고 2012다64833 판결

49) 대법원 2013.5.9. 선고 2012다64833 판결

50) 대법원 2013.5.9. 선고 2012다64833 판결

51) 도재형, 『노동법의 회생』, 이화여자대학교 출판문화원, 2016, 64p

52) 임종률 15판, 509p ; 김형배 25판, 581p ; 김유성 I, 260p

53) 대법원 1992.5.12. 선고 91다27518 판결

되지 아니한 사유로 징계해고하였다면 정당한 징계사유없이 한 것으로 무효이다.<sup>54)</sup>

- 또한, 근로기준법 제96조에서는 “취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니 된다”는 규정을 두고 있으므로, 법령이나 단체협약에 어긋나는 취업규칙의 징계규정은 무효가 된다고 보아야 한다.

472p

## (2) 내부고발과 근로계약상 성실의무

- 판례에 따르면 “근로자는 사용자의 이익을 배려해야 할 근로계약상의 성실의무를 지고 있으므로 근로자가 직장의 내부사실을 외부에 공표하여 사용자의 비밀, 명예, 신용 등을 훼손하는 것은 징계사유”가 된다고 한다.<sup>55)</sup> 다만, 구체적인 경우에 있어서 그 해당 여부는 공표된 내용과 그 진위, 그 행위에 이르게 된 경위와 목적, 공표방법 등에 비추어 판단한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>56)</sup>
- 특히 고도의 공익성을 갖는 공법인의 경우에는 법령에 의한 적법한 업무수행의 필요성 및 감시와 견제의 필요성 때문에 내부고발행위를 일반사기업에과 동일하게 평가해서는 안된다는 점도 아울러 밝히고 있다.<sup>57)</sup>

## (3) 내부고발과 징계사유의 정당성

### 가. 법령에 근거한 내부고발과 징계사유의 정당성

- 근로기준법에 따르면 사업 또는 사업장에서 근로기준법령을 위반한 사실이 있으면 근로자는 그 사실을 고용노동부장관이나 근로감독관에게 통보할 수 있으며, 사용자는 이러한 통보를 이유로 근로자에게 해고나 그 밖에 불리한 처우를 하지 못하도록 규정하고 있다(104조 1항, 2항) 기타 산업안전보건법이나 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률 16조 18조 등에도 이러한 취지의 규정을 두고 있다. 이렇게 관련 법령에 근거하여 관계 감독기관에 내부고발을 한 경우는 징계사유에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

### 나. 허위·왜곡의 고소·고발과 징계사유의 정당성

- 구체적으로는 i) 뚜렷한 자료도 없이 사실을 허위로 기재하거나 왜곡하여 소속 직장의 대표자, 관리자나 동료 등을 수사기관에 고소, 고발하거나 진정하는 행위, ii) 공개석상에서 진실과 다른 내용이나 과장된 내용을 가지고 회사를 비방하는 행위는 정당한 징계사유가 된다고 한다.<sup>58)</sup>

### 다. 합리적 근거가 있는 고소·고발과 징계사유의 정당성

- 하지만 i) 고소, 고발하거나 언론에 제보한 내용이 진실한 것이거나 ii) 상당한 근거가 있는 경우에는 징계사유로 삼을 수 없거나, 혹은 징계사유에 해당한다고 하더라도 이를 이유로 근로자를 징계해고까지 하는 것은 징계에 대한 재량권을 남용한 것이라고 한다.<sup>59)</sup>
- 또한 [판례]에 따르면 “범죄에 해당한다고 의심할 만한 행위에 대해 처벌을 구하고자 고소·고발 등을 하는 것은 합리적인 근거가 있는 한 적법한 권리행사라고 할 수 있으므로 수사기관이 불기소처분을 하였다는 이유만으로 고소·고발 등이 징계사유에 해당하지 않는다”고 하며, “위

54) 대법원 1992.7.14. 선고 91다32329 판결

55) 대법원 1999.9.3. 선고 97누2528,2535 판결

56) 대법원 1999.9.3. 선고 97누2528,2535 판결

57) 대법원 1999.12.21. 선고 98두7787 판결 참조

58) 대법원 1995.3.3. 선고 94누11767 판결, 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두34480 판결 참조

59) 대법원 1995.3.3. 선고 94누11767 판결 참조

와 같은 고소·고발 등이 징계사유에 해당하는지는 고소·고발 등의 내용과 진위, 고소·고발 등에 이르게 된 경위와 목적, 횟수 등에 따라 신중하게 판단하여야 한다”고 한다.<sup>60)</sup>

라. 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 고소·고발과 징계사유의 정당성

- 또한 판례는 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 고소·고발인 경우 징계사유에 해당하지 않는 것으로 보고 있다.
- 판례에 따르면 “노동조합 또는 노동조합의 대표자가 사용자 측을 근로기준법이나 노동조합 및 노동관계조정법 위반 등으로 수사기관 등에 고소·고발·진정한 내용에 과장되거나 왜곡된 부분이 있더라도, 그것이 대체로 사실에 기초하고 있고 그 목적이 사용자에 의한 조합원들의 단결권 침해를 방지하거나 근로조건에 관한 법령을 준수하도록 하는 것이라면 고소·고발 등은 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 것으로 보아야 하므로, 이를 이유로 노동조합의 대표자에게 불이익을 주는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다”고 한다.<sup>61)</sup>

#### 474-475p (목차를 전체적으로 수정하였음)

## II. 징계절차규정의 취지 및 위반의 효과

### 1. 징계절차규정의 취지

- 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 가진다.<sup>62)</sup>

### 2. 징계절차규정을 위반한 징계의 효력

- 근로기준법은 징계절차에 관하여 규정하고 있지 않으나, [판례]는 단체협약이나 취업규칙 등에 징계협약의 사실의 고지, 변경의 기회부여 등의 징계절차규정이 있는 경우에 징계절차의 준수는 ‘실체적 징계사유의 존부, 부당노동행위에의 해당여부’를 불문하고 징계처분의 유효요건이 된다는 입장이다.<sup>63)</sup>
- [판례]에 따르면, 취업규칙이나 단체협약에서 징계사실의 통보 등을 의무조항으로 규정하고 있다면, 징계사유의 내용이 객관적으로 명확하다거나, 징계대상자가 다른 절차에서 징계사유에 대한 정당성을 주장하였다거나, 징계대상자가 구속중이라거나, 징계대상자가 징계사유 이외에 다른 불법행위를 저지할 위험이 있다거나 하여 사전통지절차를 거치지 않아도 되는 것은 아니다.<sup>64)</sup>
- 다만 [판례]에 따르면, 단체협약에서 당사자에게 징계사유와 관련한 소명기회를 주도록 규정하고 있는 경우에도 그 대상자에게 그 기회를 제공하면 되는 것이고 소명 그 자체가 반드시 이루어져야 하는 것은 아니다.<sup>65)</sup>
- 단체협약에 정한 징계절차에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 해당규정은 무효가 된다 할 것이

60) 대법원 2020.8.20. 선고 2018두34480 판결

61) 대법원 2020.8.20. 선고 2018두34480 판결

62) 대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결

63) 김소영, 앞의 글, 168p; 대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결 (단체협약이나 취업규칙 등에서 징계대상자에게 징계사실을 통보하고 징계사유에 대한 경위서 등을 제출하게 하며 징계위원회에 출석하여 진술하도록 규정한 경우, 이러한 절차를 위반한 징계해고는 원칙적으로 무효이다)

64) 대법원 1992.7.28. 선고 92다14786 판결 참조

65) 대법원 2007.12.27. 선고 2007다51758 판결; 다만, 취업규칙 등에 소명기회 부여에 관한 규정이 없는 경우에는 소명기회를 부여하지 않고 한 징계도 그 효력을 무효로 할 수 없다(대법원 1992.4.14. 선고 91다4775 판결 참조)

다.66)67)

- 또한 외관상 징계위원회에서 의결 등의 절차가 진행되었으나 실질적으로 징계절차에 해당하지 않는 때에는 징계절차에 위반한 경우에 해당한다.68)

### III. 징계위원회 개최의 사전 통보 시기

#### 1. 취업규칙 등에 시기규정이 있는 경우

- [판례]에 따르면, 징계절차상 징계사실의 통보시기는 취업규칙 등에 그에 관한 명문의 규정이 있는 경우에는 그에 따라야 한다.69)

#### 2. 취업규칙 등에 시기규정이 없는 경우

- [판례]에 따르면, 징계절차상 징계사실의 통보시기에 대해 특별한 규정이 없더라도 통보는 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 준비하기 위한 상당한 기간을 두고 하여야 한다.70)
- “변명과 소명자료를 준비할 만한 시간적 여유를 주지 않고 촉박하게 이루어진 통보는 실질적으로 변명과 소명자료제출의 기회를 박탈하는 것과 다를 바 없어 징계규정이 규정한 사전통보의 취지를 몰각한 것으로서 부적법하다”는 것이 판례의 태도이다.71)

476p

### IV. 징계위원회 구성상 하자 유무

#### 1. 원칙

- [판례]에 따르면, 취업규칙이나 단체협약 등에 징계위원회의 구성방법을 규정하고 있는 경우 그와 다른 방법에 의하여 구성된 징계위원회가 징계해고의결을 하였다면 이 역시 징계절차에 위반한 것으로서 무효이다.72)

66) 단체협약에는 징계위원을 노사 각2명으로 규정한 반면, 취업규칙에는 노동조합이 관여할 수 없도록 한 경우 위 취업규칙 중 징계절차에 관한 부분은 단체협약에 위반되어 효력이 없다(대법원 2006.11.23. 선고 2006두11644 판결)

67) 그런데, 취업규칙이나 단체협약 등에서 징계대상자에 대한 징계사실의 통보나 변명의 기회부여 등에 관한 절차 이외에 예를 들어, “노동부의 승인”의 절차를 거치도록 규정하고 있는 경우 이러한 절차에 위반하여 노동부의 승인을 얻지 않고 징계해고 하였어도 무효라고 할 수 없다고 한다.(대법원 1991.9.24. 선고 90다18463 판결, 고용노동부의 승인등의 절차는 비록 취업규칙 등에 규정되어 있다 하더라도 그 본래의 취지는 사용자의 자의에 의한 부당한 즉시해고를 방지하기 위한 행정감독상의 사실확인행위에 지나지 않으며, 징계의 절차적 정의를 확보하기 위한 것과는 그 성격을 달리하기 때문이다. (사법연구원 (해고와 임금), 391-392p)

68) 판례상의 사례로는 이미, 정식사원의 지위에 있던 근로자에게 임시고용사원임을 전제로 하여 정식사원 임용을 거부하면서 징계위원회에서 정식사원 임용거부를 의결하는 절차를 취하였다고 하더라도 이는 정식사원으로서의 채용거부절차에 불과하고 징계절차라고 볼 수 없으므로 징계해고로서의 이 사건 처분은 징계사유가 인정되는지 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 한 경우가 있다.(대법원 1999.10.26. 선고 99두2604 판결 참조)

69) 대법원 2004.6.25. 선고 2003두15317 판결 등 참조

70) 대법원 2004.6.25. 선고 2003두15317 판결 등 참조

71) 대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결

72) 대법원 1994.8.23. 선고 94다7553 판결 ; 징계규정에서 징계위원회 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있고 또 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다.(대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결)

- 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이고, 자격이 없는 위원을 제외하고서도 의결정족수가 충족된다 하더라도 징계위원회의 구성자체에 위법이 있는 이상 무효가 된다는 것이 판례의 태도이다.<sup>73)</sup>

## 2. 징계위원회 노사동수 구성의 취지

- 취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면 이는 “근로자들 중에서 징계위원을 위촉하여 징계위원회에 대한 근로자들의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사측의 징계권 남용을 견제하기 위한 것”이라는 것이 판례의 태도이다.<sup>74)</sup>
- [판례]에 따르면 취업규칙에 직접적으로 징계위원의 자격과 선임절차에 관하여 규정하고 있지 않더라도, 노측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해 왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사용자가 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있다고 해석할 수는 없다고 한다.<sup>75)</sup>

## 3. 구체적 사례...

### 라. 판례의 평가

- 이러한 판례의 태도에 대해서는,

477p

### (3) 징계위원회의 의결권한의 범위 : 새로운 징계사유 추가 가능 여부

- 판례에 따르면, “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”에는 “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”고 한다.<sup>76)</sup>

## V. 재심절차규정

501p

## 4. 정년의 도달과 근로관계의 종료 : 정년후 재고용기대권 (핵심쟁점)

### (1) 원칙 : 근로관계의 당연종료

- 판례에 따르면 “근로자의 정년을 정한 근로계약, 취업규칙이나 단체협약 등이 법령에 위반되지 않는 한 그에 명시된 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 근로자와의 근로관계를 정년을 연

73) 대법원 1996.6.28. 선고 94다53716 판결

74) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결

75) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결

76) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100919 판결

장하는 등의 방법으로 계속 유지할 것인지는 원칙적으로 사용자의 권한에 속하는 것으로서, 해당 근로자에게 정년 연장을 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없다”고 판시하고 있다.<sup>77)</sup>

- 따라서 정년의 도달로써 근로관계는 당연히 종료하는 것이라고 할 수 있다.<sup>78)</sup>

## (2) 예외 : 정년후 재고용기대권

- 하지만, 판례에 따르면 “ 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 재고용하여야 한다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 i) 재고용을 실시하게 된 경위 및 그 실시기간, ii) 해당 직종 또는 직무 분야에서 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율, iii) 재고용이 거절된 근로자가 있는 경우 그 사유 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 사업장에 그에 준하는 정도의 재고용 관행이 확립되어 있다고 인정되는 등 근로계약 당사자 사이에 근로자가 정년에 도달하더라도 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 재고용될 수 있다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 근로자는 그에 따라 정년 후 재고용되리라는 기대권을 가진다.” 라고 판시하여 정년후 재고용기대권을 인정하고 있다.

## (3) 판례의 평가

- 판례는 정년이 지나 촉탁적으로 재고용 관행이 있었다면 별도 규정이 없더라도 재고용 기대권이 인정된다는 판결로서 의미가 있다. 하지만, 정년후 재고용에 대한 명시적 규정이 없는 경우, 재고용하여야 한다는 취지의 규정이 있는 경우에 준하는 정도의 재고용관행이 확립되어 있어야 정년후 재고용기대권을 인정하고 있다는 점에서 갱신기대권 등의 다른 기대권에 비해서 정년후 재고용기대권을 더욱 엄격하게 판단하고 있다고 볼 수 있다.<sup>79)</sup> 상대적으로 다른 기대권의 기간제 근로자보다 보호필요성이 낮은 것으로 판단한 것으로 볼 수 있다.<sup>80)</sup>
- 하지만, 별도 규정이 없는 경우 재고용관행이 존재하는지를 어떻게 판단할 수 있는지는 여전히 논의되어야 할 과제라고 할 수 있다.<sup>81)</sup>

533p : 목차수정

## 2. 경영상 해고자의 우선 재고용<sup>82)</sup> (핵심쟁점)

### (1) 우선재고용의무규정의 의의

- 근로기준법에 따르면 경영상 이유로 “제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한

77) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2018다275925 판결

78) 임종률 15판, 554p

79) 강선희, “정년 후 재고용기대권”, 『월간 노동리뷰』 2023년 8월호 통권 제221호, 한국노동연구원, 114p

80) 강선희, “정년 후 재고용기대권”, 『월간 노동리뷰』 2023년 8월호 통권 제221호, 한국노동연구원, 116p

81) 이호근, “정년후 재고용기대권 및 관행”, 『월간 노동법률』2023.7월호, 판례평석 참조

82) 대법원 2020.11.26. 선고 2016다13437 판결 참조

날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다.”(근로기준법 제25조 제1항)

- 근로기준법 제25조 제1항은 자신에게 귀책사유가 없음에도 경영상 이유에 의하여 직장을 잃은 근로자로 하여금 이전 직장으로 복귀할 수 있는 기회를 보장하여 해고 근로자를 보호하려는 입법 취지를 갖고 있다는 것이 [판례]의 태도이다.

## (2) 우선재고용의무의 위반여부

- 이러한 법규정내용과 입법취지 등을 고려하면 “사용자는 근로기준법 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내의 기간 중에 해고 근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 한다면, 해고 근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고 근로자를 우선 재고용할의무가 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.
- 따라서 [판례]에 따르면 이때 “사용자가 해고 근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 제3자를 채용하였다면, 마찬가지로 해고 근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로기준법 제25조 제1항이 정한 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있다”

## (3) 우선재고용의무 위반에 따른 재고용청구권 및 손해배상청구권

- [판례]에 따르면 “근로기준법 제25조 제1항에 따라 사용자는 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있으므로 해고 근로자는 사용자가 위와 같은 우선 재고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용자와 해고 근로자 사이에 고용관계가 성립한다.”고 판시하여 우선재고용의무에 대하여 사법상 청구권으로서의 성격을 가진 것으로 보고 있다.
- 따라서 경영상 이유로 해고된 근로자는 “사용자가 우선재고용의무규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여, 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.

## (4) 우선재고용의무 불이행으로 인한 손해배상과 중간수입공제

- [판례]에 따르면 “사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 근로자가 사용자에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면, 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제되어야” 하는데, “사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없다”고 하여 중간수입을 전부공제해야 한다고 한다.

542-543p

### 가. 해고사유

#### ① 해고사유의 기재방법

- 그런데 [판례]에 따르면 ...

#### ② 해고사유를 구체적으로 알고 있고 충분히 대응할 수 있는 상황에서의 해고사유의 기재방법

㉑ 해고사유의 추약기재 가능 여부

- 다만, [판례]는...

특히 징계해고의 경우 ...

㉒ 해고사유의 전면 미기재 가능 여부

- 하지만, ...

③ 성비위행위를 해고사유로 하는 경우 해고사유의 기재방법

- 특히 [판례]에 따르면 성비위행위를 해고사유로 하는 경우...

559p

[목차]

II. **부당해고 구제신청 이후의** 계약기간의 만료(혹은 정년의 도래, **폐업**)와 부당해고구제신청의 이익

III. **보론 : 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나, 근로계약기간 만료, 폐업 등의 사유로 근로계약관계가 종료하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우, 부당해고 구제신청의 이익**

II. **부당해고 구제신청 이후의** 계약기간의 만료(혹은 정년의 도래, **폐업**)와 부당해고구제신청의 이익

560p

2. **부당해고 구제신청 이후의** 계약기간의 만료(정년의 도래, **폐업**)와 부당해고구제신청의 이익

561p

III. **보론 : 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나, 근로계약기간 만료, 폐업 등의 사유로 근로계약관계가 종료하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우, 부당해고 구제신청의 이익**

1. **문제의 소재**

근로자가 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나, 근로계약기간 만료, 폐업 등의 사유로 근로계약관계가 종료하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에도 노동위원회의 구제명령을 받을 이익이 있는 것인지가 문제된다.

2. **부당해고 구제신청 이전의 계약기간의 만료(혹은 정년의 도래, 폐업)와 부당해고구제신청의 이익**

(1) 부당해고구제신청의 이익 및 존부의 판단시기 (위의 II-1 참조)

(2) 부당해고 구제신청 이전의 계약기간의 만료(정년의 도래)와 부당해고구제신청의 이익

- [판례]에 따르면 근로자가 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나, 근로계약기간 만료, 폐업 등의 사유로 근로계약관계가 종료하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 노동위원회의

구제명령을 받을 이익이 소멸하였다고 봄이 타당하며, 이러한 법리는 해고 이외의 징계나 그 밖의 징벌 등에 대한 구제신청에 대하여도 마찬가지로 적용된다고 한다. (대법원 2022.7.14. 선고 2021두46285 판결, 대법원 2022.7.14. 선고 2020두54852 판결)

• 판례는 그 이유로

- i) 부당해고 등 구제명령제도는 민사소송을 통한 통상적인 권리 구제방법보다 좀 더 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제수단을 마련하는 데에 그 제도적 취지가 있는데, 부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우에까지 과거 부당해고 등으로 인한 손해를 보상받을 목적으로 행정적 구제절차의 이용을 허용하는 것은 사용자가 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분에 대한 구제라는 부당해고 등 구제명령제도의 본래의 보호범위에 포함되지 않는다고 보아야 한다는 점,
- ii) 근로기준법은 ‘근로자’에게 부당해고의 구제신청권을 부여하고 있는데, 부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로계약관계가 종료한 경우에는 더 이상 근로기준법 제28조 제1항이 정한 근로자의 지위에 있다고 볼 수 없으며, 부당해고 등 구제신청을 하기 전에 그 사용자와의 관계에서 근로계약관계가 있었다는 사정만으로 구제신청권을 갖는 근로자의 범위에 포함된다고 해석하기는 어렵다는 점,
- iii) 부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로계약관계가 종료한 경우에도 근로자의 구제이익을 인정하면 사용자에게 공법상 의무를 지나치게 부과하거나 형사처벌의 범위를 확대하는 결과가 된다는 점
- iv) 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결은 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 소의 이익이 유지된다는 취지이므로, 근로자가 부당해고 등 구제신청을 하기 전에 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 위와 같은 법리가 그대로 적용된다고 할 수 없다는 점,
- v) 근로자가 신속한 구제를 받기 위해 행정적 구제절차를 이용했는데 중간에 근로계약관계가 종료되었다는 이유로 그 신청인을 구제절차에서 배제하거나 그동안 노동위원회가 진행한 조사나 그 조사결과를 토대로 내린 판정을 모두 무위로 돌리는 것은 바람직하지 않을 것이나, 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 종료된 경우에는 그러한 고려를 할 필요성이 크지 않다. 따라서 근로계약관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제명령을 구할 이익의 존부를 달리 취급하는 것은 충분히 합리적이라는 점,
- vi) 근로기준법 제30조 제4항은 부당해고 등 구제절차 도중 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자의 원직복직이 불가능한 경우에도 근로자에게 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익을 인정해야 한다는 취지이고, 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 소멸하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에까지 구제이익을 인정해야 한다는 의미로는 해석되지 않는다는 점 등을 들고 있다.

(3) 해당 판결의 의의

- 근로계약관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제이익의 존부를 달리 취급하여야 하는지가 쟁점이 되었는데, 해당 판결은 구제신청 당시 이미 정년의 도래, 근로계약기간의 만료, 폐업 등의 사유로 근로계약관계가 종료된 경우에는 구제이익을 인정할 수 없다고 하였다는 점에서 의의가 있다. (장영석, “정년도래, 근로계약기간 만료, 폐업 등 이후 부당해고 등 구제신청과 구제이익”, 『노동리뷰』 2022.9월호, 116p)

## 나. 쟁의행위기간

## ① 해고가 없었어도 쟁의행위에 참가하였을 것이 명백한 경우

- [판례]에 따르면 “해고된 근로자가 그 후 쟁의행위에 참가하였거나 쟁의행위 중 해고가 된 경우에 그 해고가 무효라고 하더라도 만일 해당 근로자가 해고가 없었어도 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것이 명백한 경우라면 이 역시 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우에 준하여 해당 근로자는 쟁의행위 기간 중의 임금을 청구할 수 없다”고 한다.<sup>83)</sup>
- 그리고 위와 같은 경우 “해고가 없었다고 하더라도 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것이 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”고 한다.<sup>84)</sup>
- 또한 [판례]는 “해당 근로자가 쟁의행위에 참가하였을 것이 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”고 판시하고 있다.<sup>85)</sup>

## ② 부당해고가 직접적 원인이 되어 쟁의행위가 발생한 경우

- 다만 “해당 근로자에 대한 무효인 해고가 직접적 원인이 되어 쟁의행위가 발생한 경우 등 쟁의행위 기간 중 근로를 제공하지 못한 것 역시 사용자에게 귀책사유가 있다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 여전히 임금청구를 할 수 있다고 보아야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>86)</sup>

## 2. 부당해고와 불법행위 책임과의 관계

부당해고의 경우 사용자는 그에 따른 소급임금의 지급이라는 채무불이행책임을 부담한다.

하지만, 그렇다고 하여 모든 부당해고가 불법행위에 해당하는 것은 아니며, 불법행위가 성립하려면 불법행위책임을 물을만한 고의나 과실이 있어야 한다. 이하에서는 부당해고가 불법행위를 구성하지 않는 경우와 불법행위를 구성하는 경우를 구분하고, 불법행위를 구성하는 경우를 고의 유형과 과실유형의 두 가지로 구분하여 설명하고자 한다.

## (1) 부당해고가 불법행위를 구성하지 않는 경우

83) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

84) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

85) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

86) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

## (2) 부당해고가 불법행위를 구성하는 경우

사용자의 부당해고가 불법행위를 구성하는 경우에 사용자는 근로자의 정신적 고통에 대하여도 이를 배상할 의무가 있다.<sup>87)</sup>

### 가. 고의유형의 부당해고

- [판례]에 따르면 사용자가 근로자에 대하여 징계해고 등을 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유 등을 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고 등의 불이익처분을 한 경우에는 부당해고 등에 대한 사용자의 고의가 인정되므로 불법행위를 구성한다고 한다.<sup>88)</sup>

### 나. 과실유형의 부당해고

- 또한 해고 등의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 징계사유에 해당되지 아니하거나 징계사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울였다라면 이와 같은 사정을 쉽게 알아 볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고 등의 불이익처분을 한 경우에는 사용자에게 부당해고 등에 관한 과실이 인정되므로 불법행위를 구성한다고 한다는 것이 판례의 태도이다.

588p

## 2. 임금·급료, 기타 이에 준하는 수입에 의하여

- 노조법 제2조 제1호에서 임금·급료란 근로기준법상의 임금을 의미한다는 데에 의견이 일치하고 있다. 하지만, ‘그 밖에 이에 준하는 수입’의 의미에 대해서는 i) 독자적인 의미를 부정하는 견해와 ii) 임금이 아니면서 임금과 비슷한 수입 예컨대 사업주가 아닌 개인에게 일시적으로 근로를 제공하거나 타인에게 종속적 근로는 아니지만 이와 비슷한 노무를 공급하는 등의 대가로 얻는 수입을 말한다는 견해가 대립하고 있다.
- 판례에 따라 판단하면<sup>90)</sup>, ‘임금으로 생활하는 자’는 근로기준법상의 근로자에 포함되고, ‘임금·급료에 준하는 수입으로 생활하는 자’는 근로기준법상의 근로자는 아니더라도 노동조합법상의 근로자에는 포함될 수 있다.<sup>91)</sup>

592p

## 2. 노조법상 근로자의 판단기준

### (1) 노동3권 보장의 필요성

- 판례에 따르면, 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의규정<sup>92)</sup> 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니<sup>93)</sup>라고 한다.

87) 대법원 1996.4.23. 선고 95다6823 판결

88) 대법원 1996.4.23. 선고 95다6823 판결

89) 대법원 1996.4.23. 선고 95다6823 판결

90) 골프장 캐디의 캐디피를 임금이라고 단정하기는 어렵지만 ‘기타 이에 준하는 수입’으로 볼 수 있다고 하여 그 독자적인 의미를 인정한 듯 보이는 판례도 있으며(대법원 1993.5.25. 선고 90누1731 판결), 근로계약이 아니라 도급이나 위임계약을 체결한 경우에 지급받는 수수료를 받고 있는 노무제공자도 노동조합법상의 근로자에 해당한다는 판례가 있다(대판 2018.6.15., 2014두125989.12604)

91) 임종률 18판, 36p

92) 노동조합법의 근로자 정의규정은 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 아니할 뿐 아니라, ‘고용 이외의 계약유형’에 의한 노무제공자까지도 포함할 수 있도록 규정되어 있다.(대법원 2018.6.15. 선고 2014두12598, 2014두12604판결 참조)

93) 대법원 2018.6.15. 선고 2014두12598, 2014두12604판결

(2) 노동조합법상 근로자의 구체적 판단기준

- 판례는 “구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는...

593p

3. 노조법상 근로자성의 판단기준에 대한 판례의 평가

(1) 경제적·조직적 판단기준의 구체화

- 최근 일련의 판례에 대하여는 ..
- 특히 대법원 판결에 대하여, ..

(2) 판단요소들의 종합적 판단

- 또한 특정사업자와의 관계를 전제로 하는 ...
- 즉 노조법상의 근로자인지 아닌지의 판단을 특정요소의 유무라는 관점에서 판단하지 않고, ‘노동3권의 보장 필요성’이라는 관점에서 종합적으로 판단한 것으로 평가할 수 있을 것이다.<sup>94)</sup>

596p

2. 취업자격 없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

(1) 출입국관리법령상 외국인고용제한규정의 취지와 성격

- ...
- 물론 판례에 따르면 취업자격없는 외국인이 노동조합법상 근로자의 개념에 포함된다고 하여서 노동조합의 조합원 지위에 있는 외국인이 출입국관리 법령상 취업자격을 취득하게 된다는가 또는 그 체류가 합법화되는 효과가 발생하는 것은 아니며, 노동조합법 제2조 제4호 각목에 해당하는 경우에는 행정관청을 설립신고서를 반려할 수도 있다.<sup>95)</sup>

598p

3. 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자(노12)

- [판례]에 따르면, ...
- 즉 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자는 그가 고용하여 지휘감독하거나 근로조건을 결정할 수 있는 근로자에 대한 관계에 있어서는 사용자의 범위에 속하지만, 상대적으로 사업주 또는 사업경영담당자에 대한 관계에 있어서는 노동법상 보호를 받아야 하

94) 이철수, 『노동법』, 현암사, 2023, 403p 참조

95) 대법원 2015.6.25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결

는 근로자에 해당하므로, 그 범위는 엄격하게 확정되어야 할 것이다.<sup>96)</sup>  
따라서 이에 해당하는지 여부는...

603p

~~기업별노조에서 해고된 자의 노조법상 근로자 여부에 대해서는 노조법 제2조 제4호 라목에서 또다른  
규정을 두고 있다~~

631p

- 소속된 연합단체의 명칭이 규약의 기재사항에 속하고 연합단체의 설립, 가입, 탈퇴는 규약의 변경을 필요로 하기 때문에, 연합단체에 관한 사항이 노조규약에 기재된 이상 연합단체의 설립, 가입, 탈퇴 역시 특별한결정족수(재적 과반수출석, 출석2/3 찬성)를 필요로 한다고 해석하여야 한다.<sup>97)</sup>
- 소속된 연합단체의 명칭이 규약의 기재사항에 속하고 연합단체의 설립, 가입, 탈퇴는 규약의 변경을 필요로 하기 때문에 연합단체의 설립, 가입, 탈퇴 역시 특별한결정족수(재적 과반수 출석, 출석 2/3 찬성)를 필요로 한다고 해석하여야 한다는 견해도 있지만<sup>98)</sup>, 그러한 절차는 사후적으로 이를 규약에 반영하는데 지나지 않기 때문에 연합단체의 설립, 가입, 탈퇴는 일반 의결정족수로 의결할 수 있다고 해석하여야 한다는 견해도 있다.<sup>99)</sup>

698p

## II. 노동조합 조직형태변경의 요건과 효과

### 1. 노동조합 조직형태변경의 의의

...

#### 2. 노동조합 조직형태변경제도의 취지

노조법 제16조 제1항 제8호 및 제2항에 따른 조직형태변경에 관한 규정은 노동조합의 해산·청산 및 신설 절차를 거치지 아니하고 조직형태의 변경이 가능하도록 함으로써 노동조합을 둘러싼 종전의 재산상 권리·의무나 단체협약의 효력 등의 법률관계가 새로운 조직형태의 노동조합에 그대로 유지·승계될 수 있도록 한 것으로서, 근로자의 노동조합의 설립 내지 노동조합 조직형태 선택의 자유를 실질적으로 뒷받침하기 위한 것이라는 것이 판례의 태도이다.<sup>100)</sup>

### 3. 노동조합 조직형태변경의 요건과 효과

700p

96) 임종률 15판, 43p

97) 서울동부지판 2011.10.28. 선고 2011가합11649 판결 참조(同旨 임종률, 『노동법』 제12판, 80p)

98) 임종률 12판, 80p

99) 이철수, 424p

100) 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결

## 1. 노동조합 조직형태변경의 의의 및 요건

### (1) 노동조합 조직형태변경의 의의

- ‘...  
• 판례에 따르면 조직형태변경제도의 취지는 노동조합의 해산·청산 및 신설 절차를 거치지 아니하고 조직형태의 변경이 가능하도록 함으로써 근로자의 노동조합의 설립 내지 노동조합 조직형태 선택의 자유를 실질적으로 뒷받침하기 위한 것이라고 한다.<sup>101)</sup>

742p

맨 밑의 규범적 효력과 743쪽을 붙여서 읽으세요.

799p

## II. 단체협약자치의 한계 : 개별근로자에게 이미 귀속된 권리의 처분 인정여부

### 1. 단체협약의 규범적 효력 : 쟁점 154번 참조

### 2. 협약자치의 한계 : 개별근로자에게 이미 귀속된 권리의 처분 인정 여부

- 조합원이 이미 취득한 권리는...
- [판례]에 따르면, “**현실적으로 지급되었거나, 이미 구체적으로 ...사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 반환이나 포기 및 지급유예와 같은...**

829p

### 2. 협약외노조에 대한 효력확장 여부

#### (1) 협약외노조가 체결한 별도의 단체협약이 있는 경우

- [판례]는 협약외 노조도 헌법상 노동3권을 보장받고 있기 때문에 “지역적 구속력 제도의 목적을 어떠한 것으로 파악하건 적어도 교섭권한을 위임하거나 협약체결에 관여하지 아니한 **협약 외의 노동조합이 독자적으로 단체교섭권을 행사하여 이미 별도의 단체협약을 체결한 경우에는 그 협약이 유효하게 존속하고 있는 한 지역적 구속력 결정의 효력은 그 노동조합이나 그 구성원인 근로자에게는 미치지 않는다**고 해석하여야 할 것”이라고 한다.
- 또한 **협약외노조가 별도로 체결하여 적용받고 있는 단체협약의 갱신체결을 위해 단체교섭이나 단체행동을 하는 것 자체를 금지하거나 제한할 수는 없다고 보아야 할 것이다.**

906p

법조문 [노조법 제81조(부당노동행위)] ①

909p

101) 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결

## 2. 쟁의행위의 주체와 정당성

### (1) 쟁의행위의 주체와 단체교섭의 주체

- [판례]에 따르면 근로자의 쟁의행위가 정당성을 갖추기 위하여는 그 주체가 단체교섭의 주체로 인정될 수 있어야 한다고 한다. 즉 그 주체가 단체교섭 및 단체협약을 체결할 능력이 있어야 한다.

914p

### (4) 권리분쟁사항

- 권리분쟁이라 함은 기존의 법령·단체협약·취업규칙 등 규범의 해석·적용·이행에 관한 당사자 사이의 분쟁을 말하며<sup>102)</sup>, 근로조건의 기준에 관한 권리의 형성, 유지, 변경 등 단체협약의 체결·갱신을 둘러싸고 발생하는 분쟁인 이익분쟁과 구별되는 개념이다.<sup>103)</sup>
- 권리분쟁사항과 관련된 쟁의행위가 정당한지에 대하여는
  - i) 민사소송 등의 사법적(司法的) 보호 또는 노동위원회 등 기타 법적 해결방법의 길이 열려있다는 이유에서<sup>104)</sup>, 혹은 노동쟁의의 대상에서 권리분쟁이 제외되었으므로, 단체교섭의 대상이 될 수 없다는 이유에서 쟁의행위의 정당성을 부정하는 부정설,<sup>105)</sup>
  - ii) 집단적 노사관계에서 당사자의 사적 자치에 의한 분쟁의 해결은 사법적 또는 행정적 구제절차의 존재 여부와 관계없이 적극적으로 보장되어야 한다는 이유에서 쟁의행위의 정당성을 부정해서는 안된다는 긍정설<sup>106)</sup>,
  - iii) 원칙적으로 쟁의행위의 정당한 목적이 될 수 없지만, 노사관계 전반에 중대한 영향을 미치고 그 시정이 시급한 경우에 그 위반에 항의하고 그 준수를 촉구하기 위한 쟁의행위는 예외적으로 정당성이 인정되어야 한다는 절충설 등이 있다.<sup>107)</sup>
- 판례에 따르면 공정방송을 위한 단체협약의 이행을 실효적으로 확보할 수 있는 방안을 강구하는 것은 단순히 기존의 단체협약의 해석, 적용에 관한 사항을 주장하는 것이 아니기 때문에 이를 목적으로 한 쟁의행위는 근로조건의 결정에 관한 사항을 목적으로 한 쟁의행위에 해당한다고 한다.<sup>108)</sup>

### (5) 평화의무 위반 - 정당성 부정

922p

### (2) 조정전치주의 위반이 아니어서 쟁의행위가 절차적으로 정당한 경우

- [판례]에 따르면 쟁의행위의 절차는 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 한다.
- 조정절차를 거친 다음에는 쟁의행위를 할 수 있으므로(노조법 제45조2항), 조정전치주의 위반이 아닌 경우에는 조정전치주의 위반과 관련해서는 쟁의행위의 정당성을 별도로 따질 필요가 없을 것이다.

~~가. 교섭마진을 이유로 한 노동위원회 행정지도 이후에 이루어진 쟁의행위~~

— • [판례]는 조정신청에 대해 노동위원회가 조정안 등을 제시한 것이 아니라 사용자의 교섭거부에

102) 임종률 14판, 134p

103) 임종률 14판, 134p

104) 김형배 25판, 1020p

105) 김형배 25판, 1020p ; 같은 취지로 임종률 14판, 134p ; 이상윤 13판, 692p

106) 조용만·김홍영 5판, 608p 참조

107) 조용만·김홍영 5판, 608p 참조

108) 대법원 2022. 12. 16. 선고 2015도8190 판결 (따라서 판례는 권리분쟁사항을 목적으로 한 쟁의행위에 대해서는 간접적으로 그 정당성을 부정하는 입장을 드러낸 것이라고 생각된다)

따른 교섭미진은 노동쟁의<sup>109)</sup>가 아니라는 이유로 행정지도를 한 경우에<sup>110)</sup>, 노동위원회가 조정결정을 하지 않았더라도 “노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있는 것으로 노동위원회가 반드시 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야지 그 절차가 정당한 것은 아니”라고 판시한 바 있다.<sup>111)</sup>

• 이처럼 판례는 사용자의 교섭거부에 따른 교섭미진에 따라 행정지도를 한 경우 조정절차를 거친 것으로 인정하고 있지만, 노동조합이 의무적 교섭대상이 아닌 사항을 요구하여 행정지도를 한 경우에는, 조정절차를 거친 것으로 판단할 수 있는 것인지와는 무관하게 목적의 정당성을 상실하여, 쟁의행위의 정당성은 부정될 것이다.<sup>112)</sup>

• 따라서 적어도 우리 판례는 주된 목적이 정당하지만, ‘사용자측이 교섭을 거절한 경우’의 조정신청에 대해 노동위원회가 행정지도를 한 경우, 조정절차를 거친 것으로 인정하고 있다고 할 수 있다.

가. 조정결정이나 조정종료의 결정이 없는 경우 : 노동위원회의 행정지도와 조정전치 위반여부

판례는 조정신청에 대해 노동위원회가 조정안 등을 제시한 것이 아니라 사용자의 교섭거부에 따른 교섭미진은 노동쟁의<sup>113)</sup>가 아니라는 이유로 행정지도를 한 경우에<sup>114)</sup>, 노동위원회가 조정결정을 하지 않았더라도 “노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정

109) “노동쟁의”라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 “노동관계 당사자”라 한다)간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다.(노조법 제2조 제5호)

110) 노동위원회는 노조법 시행령 제24조 및 노동위원회 규칙 제153조를 근거로 노동쟁의 조정신청이 노조법 제2조 제5호에 따른 노동쟁의가 아니라고 인정되는 경우에는 조정위원회의 의결에 따라 행정지도를 할 수 있다.

111) 대법원 2001.6.26. 선고 2000도2871 판결 (대법원은 이 사건 쟁의행위의 절차의 정당성에 대한 원심의 판단을 받아들였는데, 원심에서는 “조정”은 당사자 사이의 자주적인 해결에 노동위원회가 조력하는 제도인 점, 이 사건과 같이 사용자측의 교섭거절로 실질적인 교섭이 이루어지지 아니한 경우 중노위가 이를 노동쟁의가 아니라는 이유로 조정결정을 하지 아니한다면 오히려 조정전치주의 때문에 노동조합의 쟁의권이 부당하게 침해된다는 점, 헌법상 단체행동권을 보장하는 규정 취지와 노조법 제45조, 제 54조의 해석상 조정종결원인과 관계없이 조정이 종료되었다면 노조법 제5장 제2절의 조정절차를 거친 것으로 보는 것이 타당한 점 등에 비추어 보면 중노위의 행정지도 이후에 이루어진 이 사건 쟁의행위는 노조법 제45조의 규정에 따라 일응 조정절차를 거친 이후에 이루어진 쟁의행위로 보는 것이 옳고, 이렇게 본다면 이 사건 쟁의행위의 절차적 정당성도 인정된다 할 것이다”고 판시하였다(청주지방법원 2000. 6. 9. 선고 99노534판결)

112) 단체교섭사항이 될 수 없는 사항을 달성하려는 쟁의행위는 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다. 쟁의행위의 목적이 정당하지 않은 이상 설사 쟁의행위에 이르기 전에 노동조합및노동관계조정법 소정의 조정절차를 거쳤거나 쟁의행위의 수단과 방법에 있어 어떠한 위법이 없었다 하더라도 그것만으로 이 사건 쟁의행위가 정당하게 되는 것은 아니므로, 이에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이 사건 쟁의행위는 정당성 없는 위법한 행위임을 면하지 못한다 할 것이다.(대법원 2001.4.24. 선고 99도4893 판결)

113) “노동쟁의”라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 “노동관계 당사자”라 한다)간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다(노조법 제2조 제5호).

114) 노동위원회는 노조법 시행령 제24조 및 노동위원회 규칙 제153조를 근거로 노동쟁의 조정신청이 노조법 제2조 제5호에 따른 노동쟁의가 아니라고 인정되는 경우에는 조정위원회의 의결에 따라 행정지도를 할 수 있다.

절차가 마치지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있는 것으로 노동위원회가 반드시 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야지 그 절차가 정당한 것은 아니”라고 판시한 바 있다.<sup>115)</sup>

즉 조정절차를 거친다는 것을 노동위원회가 조정결정을 하거나 조정종료의 결정을 한 경우로 한정해서 이해해서는 안된다.<sup>116)</sup>

나. 노동위원회가 조정종료 결정 후에 조정을 한 경우

958-962p

## <1. 불법행위책임의 귀속주체>

### 1. 노동조합 자체의 책임

위법한 쟁의행위를 한 경우 노동조합이 그 책임의 귀속주체가 되어 불법행위책임을 진다는 점에 대하여는 이견이 없다. 하지만, 민법은 노동조합의 쟁의행위를 이유로 노동조합의 불법행위책임을 직접 물을 수 있는 규정을 두고 있지는 않다.<sup>117)</sup> 따라서 다만, 노동조합에게 그 책임이 귀속되는 근거에 대하여는 견해가 나뉘어진다.

#### (1) 민법 제35조 제1항을 유추적용하는 견해

노동조합에게 그 책임이 귀속되는 근거로서 민법 제35조 제1항을 유추적용해야 한다는 견해이다. 이 견해에 따르면 “노동조합의 간부들이 불법쟁의행위를 기획, 지시, 지도하는 등으로 주도한 경우에 이와 같은 간부들의 행위는 조합의 집행기관으로서의 행위라 할 것이므로 이러한 경우 민법 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 노동조합은 그 불법쟁의행위로 인하여 사용자가 입은 손해를 배상할 책임”이 있다고 한다.<sup>118)</sup>

하지만 이 견해에 대하여 민법 제35조 제1항은 “대표자 등의 가해행위에 대한 법인의 대위책임을 긍정하는 규정”이므로 집단적 성격을 갖는 쟁의행위에 그대로 적용하는 것이 타당하지 않다는 비판이 있다. <sup>119)</sup>

---

115) 대법원 2001.6.26. 선고 2000도2871 판결 (대법원은 이 사건 쟁의행위의 절차의 정당성에 대한 원심의 판단을 받아들였는데, 원심에서는 “조정은 당사자 사이의 자주적인 해결에 노동위원회가 조력하는 제도인 점, 이 사건과 같이 사용자측의 교섭거절로 실질적인 교섭이 이루어지지 아니한 경우 중노위가 이를 노동쟁의가 아니라는 이유로 조정결정을 하지 아니한다면 오히려 조정전치주의 때문에 노동조합의 쟁의권이 부당하게 침해된다는 점, 헌법상 단체행동권을 보장하는 규정 취지와 노조법 제45조, 제 54조의 해석상 조정종결원인과 관계없이 조정이 종료되었다면 노조법 제5장 제2절의 조정절차를 거친 것으로 보는 것이 타당한 점 등에 비추어 보면 중노위의 행정지도 이후에 이루어진 이 사건 쟁의행위는 노조법 제45조의 규정에 따라 일응 조정절차를 거친 이후에 이루어진 쟁의행위로 보는 것이 옳고, 이렇게 본다면 이 사건 쟁의행위의 절차적 정당성도 인정된다 할 것이다”고 판시하였다(청주지방법원 2000.

6.9. 선고 99노534판결).

116) 하경표 3판, 446p 참조

117) 권오성, “쟁의행위 민사책임에 ‘맞는 옷’입히기”, 월간 노동법률, 2022.11월호 참조

118) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32828, 32835 판결

119) 권오성, “쟁의행위 민사책임에 ‘맞는 옷’입히기”, 월간 노동법률, 2022.11월호 참조

## (2) 직접 민법 제750조를 적용할 수 있다고 보는 견해

노동조합 스스로가 일반불법행위 규정인 민법 제750조에 근거하여 책임을 지는 것으로 보아야 한다는 견해이다. 이 견해는 쟁의행위가 노동조합의 행위라는 점을 인정하고, 노동조합의 책임을 긍정하는 방식의 법형성이 필요하다고 주장한다.

최근 판례에 따르면 “노동조합법은 쟁의행위의 주체가 노동조합이고(제2조, 제37조), 노동조합은 쟁의행위에 대한 지도·관리·통제책임을 지며(제38조 제3항), 쟁의행위는 조합원 과반수의 찬성으로 결정하여야 한다(제41조 제1항)고 규정”하고 있는데 “이처럼 노동조합이라는 단체에 의하여 결정·주도되고 조합원의 행위가 노동조합에 의하여 집단적으로 결합하여 실행되는 쟁의행위의 성격에 비추어, 단체인 노동조합이 쟁의행위에 따른 책임의 원칙적인 귀속주체가 된다”고 판시하고 있다.<sup>120)</sup>

하지만 자연인이 아닌 노동조합에 대하여 스스로 불법행위능력을 가지고 구체적인 불법행위를 한 것으로 보아 직접 민법 제750에서 근거를 찾는 것은 지나치게 의제적이라는 비판이 있다.<sup>121)</sup>

2. 노동조합 간부의 책임 - 생략

3. 조합원의 책임 - 생략

## < 2 : 불법행위에 따른 손해배상책임의 범위 >

### 1. 손해의 범위에 대한 일반법리

위법한 쟁의행위가 불법행위를 구성하는 경우에 노동조합이나 그 간부 등 근로자가 그 배상책임을 지는 배상액의 범위는 위법 쟁의행위와 상당인과관계가 있는 모든 손해라는 것이 판례의 태도이며<sup>122)</sup> 이러한 상당인과관계의 존재에 대하여는 피해자가 증명책임을 부담하여야 한다. 그리고, 위법쟁의행위와 상당인과관계에 있는 손해는 쟁의행위의 구체적 태양에 따라 개별적으로 파악되어야 할 것이다.<sup>123)</sup>

불법행위로 인한 손해배상액을 정함에 있어서는 공평 내지 신의칙의 견지에서 피해자의 과실을 참작하여 과실상계가 이루어질 수 있는데, 판례도 사용자가 노동조합과의 성실교섭의무를 다하지 않거나 노동조합과의 기존합의를 파기하는 등 불법쟁의행위에 원인을 제공하였다고 볼 사정이 있는 경우 등에는 사용자의 과실을 참작하여 과실상계를 할 수 있다고 한다.<sup>124)</sup>

120) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결

121) 김희성, “환노위 대안 제2조, 제3조(이른바 ‘노란봉투법’)에 대한 검토와 의견”, 『계간 노사공포럼』 통권 59호, 2023년 여름, (사)노사공포럼, 80p 참조

122) 대법원 2006.9.22. 선고 2005다30610 판결 참조 ; 일단 발생한 손해배상책임은 쟁의행위 당시 위법성 판단의 기준이 되었던 법률규정이 개정되었다고 하여 소멸되지 않는다.(김형배 25판, 1159p ; 중앙노동위원회 위원장의 적법한 중재회부 결정으로 15일간 쟁의행위가 금지됨에도 전국철도노동조합이 이를 위반하여 파업을 한 사안에서, 위 노동조합이 파업을 함으로써 한국철도공사의 여객운수 및 화물수송 업무에 지장을 초래하였으므로 그로 인하여 한국철도공사가 입은 손해를 배상할 의무가 있고, 노동조합 및 노동관계조정법이 2006. 12. 30. 법률 제8158호로 개정되면서 필수공익사업에 관한 중앙노동위원회 위원장의 직권 중재회부 제도가 폐지되었다고 하더라도 위 법률 개정 전에 발생한 파업으로 인한 손해배상책임이 소멸하지 않는다고 본 원심판단을 수긍한 사례로서 대법원 2011.3.24. 선고 2009다29366 판결 참조)

123) 사법연수원(노조법), 286p

124) 대법원 2006.9.22. 선고 2005다30610 판결 참조

## 2. 고정비용 상당의 손해발생의 추정법리

### (1) 고정비용 상당 손해배상을 구하기 위하여 증명하여야 할 사항

제조업체가 위법한 쟁의행위로 조업을 하지 못함으로써 입은 고정비용<sup>125)</sup> 상당 손해배상을 구하는 경우, 일반적으로 불법행위 손해배상청구사건에서 손해의 발생 및 인과관계에 대한 증명 책임은 피해자가 부담하므로, 제조업체는 조업중단으로 인하여 일정량의 제품을 생산하지 못하였다는 점 및 그 생산 감소로 인하여 매출이 감소하였다는 것을 증명하여야 하는 것이 원칙이다.

### (2) 고정비용 상당 손해배상에 관한 추정과 추정의 복멸

그런데, 실제의 소송과정에서는 조업중단으로 인한 매출 감소를 증명하기는 쉽지 않으므로, 그동안 대법원은 정상적으로 조업이 이루어지는 제조업체에서 제품을 생산하였다면 그 제품이 적자제품이라거나, 불항, 제품의 결함 등으로 판매가능성이 없다는 등의 특별한 사정에 대한 간접반증이 없다면, 생산 감소시 매출 감소 및 고정비용 상당 손해의 발생을 추정하여 왔다. 그런데, 최근 판례는 기존의 추정 법리가 매출과 무관하게 일시적인 생산 차질이 있기만 하면 고정비용 상당 손해가 발생한다는 취지는 아니라고 한다.

위법한 쟁의행위로 조업이 중단되어 생산이 감소하였더라도 그로 인하여 매출 감소의 결과에 이르지 아니할 것으로 볼 수 있는 사정이 증명되면, 고정비용 상당 손해의 발생이라는 요건사실의 추정은 더 이상 유지될 수 없다는 것이 판례의 태도이다.

판례에 따르면 쟁의행위 종료 후 제품의 특성, 생산 및 판매방식 등에 비추어 매출 감소를 초래하지 않을 정도의 상당한 기간 안에 추가 생산을 통하여 쟁의행위로 인한 부족 생산량의 전부 또는 일부가 만회되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 범위에서는 조업중단으로 인한 매출 감소 및 고정비용 상당 손해의 발생을 인정하기 어렵다고 판시하고 있다.

## 3. 손해배상책임의 개별화

### (1) 손해배상책임의 개별화 인정 여부

공동불법행위자들이 부담하는 손해에 대해 책임비율을 개별적으로 평가하지 않는 것이 원칙이다.

하지만, 판례는 위법한 쟁의행위를 결정·주도한 노동조합의 지시에 따라 그 실행에 참여한 조합원으로서

- i) 쟁의행위가 다수결에 의해 결정되어 일단 그 방침이 정해진 이상 쟁의행위의 정당성에 의심이 간다고 하여도 노동조합의 지시에 불응하기를 기대하기는 사실상 어렵고,
- ii) 급박한 쟁의행위 상황에서 조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 약화시킬 우려가 있으며,
- iii) 그렇지 않은 경우에도 노동조합의 의사결정이나 실행행위에 관여한 정도 등은 조합원에 따라 큰 차이가 있을 수 있는 점 등

노동쟁의 사안의 특수성을 고려하여 예외적으로 조합원들별로 책임제한의 정도를 개별적으로

125) 조업중단 여부와 관계없이 일정하게 지출하는 차임, 제세공과금, 감가상각비, 보험료 등을 말한다.

달리 평가할 수 있다고 한다.

## (2) 개별조합원 등에 대한 책임제한의 정도

판례에 따르면 “개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의 행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구 금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.

964p

### 1. 위력에 의한 업무방해죄의 의의

- 형법 제314조 제1항에서는 “제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자”에 대해 업무방해죄로 처벌하도록 규정하고 있다. 위력이라 함은 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 말한다.
- [판례]에 따르면 ‘위력’이란 사람의 자유의사를 제압·혼란하게 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압되어야만 하는 것도 아니지만, 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 정도가 되어야 한다. (대법원 2022. 9. 7. 선고 2021도9055 판결)
- 그런데 이러한 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 하고, 피해자 등의 의사에 의해 결정되는 것은 아니라는 것이 [판례]의 태도이다. (대법원 2022. 9. 7. 선고 2021도9055 판결)

992p

### 1. 부당노동행위 금지행위의 주체

- 사용자는 부당노동행위를 해서는 안된다(노조법 제81조 제1항). 따라서 금지행위의 주체는 사용자이다.

#### (1) 대내적 사용자의 범위

- 부당노동행위 금지행위의 주체로서의 사용자란 사업주, 사업의 경영담당자, 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자 모두가 해당된다 할 것이다.
- 여기서 사업주란 근로자를 사용하여 자기이름으로 사업을 하는 자를 말하는데, 개인사업에서는 개인이 사업주이고, 법인사업의 경우에는 법인 그 자체가 사업주가 된다.<sup>126)</sup> 또한 ‘사업의 경영담당자’란 사업 경영 일반에 관하여 책임을 지는 사람으로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 사람을 말하고, ‘그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’란 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘·감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임

126) 이철수, 54p

을 부여받은 사람을 말한다.

(2) 사업주가 아닌 자의 부당노동행위와 사업주의 책임

- 그런데 판례는 노동조합법 제2조 제2호의 ‘그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람이 그 권한과 책임의 범위 내에서 사업주를 위하여 한 행위가 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사로 한 것으로 부당노동행위가 되는 경우 이러한 행위는 사업주의 부당노동행위로도 인정할 수 있다.’고 판시하고 있다.
- 다만, 이 경우, “사업주가 그 선임 및 업무수행상 감독에 상당한 주의를 하였음에도 부당노동행위가 행해진 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 않을 수 있는데, 특별한 사정에 대한 주장·증명책임은 사업주에게 있다”는 것이 判例의 태도이다.<sup>127)</sup>

1010p

3. 불이익취급의 정당사유와 부당노동행위 의사가 경합하는 경우 (처분이유의 경합)

(1) 논의의 쟁점

• ...

(2) 학설

가. 부당노동행위 성립부정설(정당사유설)

- 해고 등의 불이익처분을 함에 족한 정당한 사유가 있는 경우에는 부당노동행위는 성립되지 아니한다는 견해이다.<sup>128)</sup>
- 이 견해에 따르면 해고의 정당한 이유가 입증되면, 사용자의 부당노동행위의사의 추정이 깨지게 되고, 이런 판단구조 하에서는 정당한 이유가 있는 해고는 부당노동행위가 될 수 없다는 결론에 이르게 되어, 부당노동행위의 성립범위가 좁아지게 된다.<sup>129)130)</sup>

나. 부당노동행위 성립긍정설

다. 상당인과관계설 : 다수설

라. 결정적 원인설(결정적 동기설)

(3) 판례

판례에 따르면 “정당한 해고사유가 있어 근로자를 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없을 것이므로, 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다”<sup>131)</sup>고 판시하고 있다.

(4) 판례의 평가

판례에 따르면 해고 등 불이익한 처분의 정당한 이유가 입증되면, 사용자의 부당노동행위의

---

127) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결

128) 일본노동법, 621p 참조

129) 사법연수원(노조법), 382p 참조

130) 노동판례백선(이정), 369p 참조

131) 대법원 1996.7.30. 선고 96누587판결

사의 추정이 깨지게 되고, 이런 판단구조 하에서는 정당한 이유가 있는 불이익처분은 부당노동행위가 될 수 없다는 결론에 이르게 되어, 부당노동행위 성립 부정설에 입각한 판례라고 보는 견해도 있으며,<sup>132)</sup> 사용자측의 해고사유와 부당노동행위의사의 존재를 추정할 수 있는 여러 사정을 종합적으로 비교·검토하여 판단하는 판례를 제시하면서 결정적 원인설에 입각한 판례라고 보는 견해도 있다.<sup>133)</sup>

이러한 판례의 태도에 대하여 부당노동행위제도의 도입취지를 훼손한다는 비판도 존재한다. 즉 노동위원회는 사법기관과 달리 부당노동행위사건에서 상당한 재량적 판단을 할 수 있음에도 지나치게 사법적인 판단에 귀속된다면 부당노동행위구제제도의 본질적 목적을 충분히 실현하기 어렵다는 비판도 존재하는 것이다.

1095p

## (2) 판단기준의 징표

### 가. 적극적 파건의 징표

- [판례]가 제시한 판단징표 중 “i) 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ii) 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지”에 대한 부분은 적극적 파건의 징표로서 제3자의 지휘·명령의 준부를 중심으로 파건인지 여부를 판단하고 있는 것이라 할 수 있다.
- 한편 [판례]는 제조업에서 생산공정관리를 위해 활용되고 있는 전산관리시스템인 이른바 MES(Manufacturing System)을 상당한 지휘 등의 징표로 판단하였다. 이는 전산시스템, 인공지능, 알고리즘 등 새로운 통제 도구에 대해서 종속에 대한 판단징표로 활용한 사례라고 할 수 있다. (김영택, “MES를 통한 상당한 지휘·명령 여부”, 『노동리뷰』 2022년 9월호, 119-120p)

1095-1096p

※ 내용을 다시 편집하였습니다.

## (2) 판단기준의 징표

### 가. 적극적 파건의 징표

- [판례]가 제시한 판단징표 중
  - i) (제3자의 상당한 지휘·명령) 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지,
  - ii) (해당 근로자의 제3자의 사업에의 실질적 편입) 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지”에 대한 부분은 적극적 파건의 징표로서 제3자의 지휘·명령의 준부를 중심으로 파건인지 여부를 판단하고 있는 것이라 할 수 있다.

132) 한국노동법학회, 앞의 책, 사례 92(이정), 369p 참조

133) 이철수, 626p

## 나. 도급의 징표

### • [판례]가 제시한 판단징표중

- iii) **(근로조건이나 근무형태 등에 관한 결정권한 행사)** 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지,
- iv) **(업무의 특성성·구별성, 전문성·기술성)** 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지,
- v) **(원고용주의 독립적 기업조직·설비 구비)** 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소는 도급의 징표로서 도급인지 여부를 판단하고 있는 것이라고 할 수 있다.

1096p

## 3. 판례의 검토

- 판례를 통하여 도급과 파견의 구별에 관한 일반적인 판단기준을 제시하고 있다는 점에서 의의가 있다.
- 다만 판례의 태도에 대하여는 i) 개개 판단요소들이 주된 요소인지 부수적 요소인지 명확하지 않아, 법적 판단의 예측가능성이 낮아질 수 있는 법적 불안정성의 문제를 야기할 수 있다는 점, ii) 제조업이 아닌 서비스업에도 동일한 기준을 활용하는 것이 타당하지 않다는 점 등이 한계로 지적되고 있다.
- 혼재작업을 하지 않는다면 적법도급으로 인정될 가능성이 높아질 것이 우려된다는 점 등도 한계로 지적되었는데, 최근 [판례]에서는 사내하도급 근로자들의 업무를 장소적, 공간적으로 원청 근로자의 업무와 분리, 독립하더라도 업무가 기능적으로 밀접하게 연계되어 있으면 원청 사업장에서 공동작업을 하는 것으로 보아 지휘,명령권을 인정할 수 있는 요소로서 실질적으로 편입되었다고 본 판례가 있다. 또한 최근에는 전산관리시스템인 이른바 MES(Manufacturing System)을 상당한 지휘 등의 징표로 판단한 판례도 있다.
- 최근 [판례]는 컨베이어벨트를 직접 활용하지 않는 간접공정을 포함한 모든 공정에 대하여 근로자 파견관계의 성립을 인정하였으며, 1차 하청과 도급계약을 체결한 2차 하청회사의 근로자에 대하여도 원청회사와의 근로자파견관계를 인정하였다.<sup>134)</sup>(대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 2017다14581 등 판결)

1102p

## 1. 사용사업주의 직접 고용의무에 대한 법규정

### (1) 직접고용의무의 원칙

134) 자동차 생산은 프레스공정→차체(용접)공정→도장공정→의장공정→완성검사, 리페어공정과 생산관리 공정, 엔진, 변속기(T/M) 제조공정이 하나의 공장에서 컨베이어벨트를 따라 연속 작업에 의해 이루어 지는데, 컨베이어벨트를 직접 활용한 도장, 의장 공정에 근무하는 작업자들과 현대자동차 사이에 파견근로 관계가 성립한다는 데에는 이견이 없었다. 하지만, 컨베이어벨트에서 직접 근무하지 않는 생산관리(서열 등), 품질관리, PDI공정(운전, 검사), 방청, KD포장 등 이른바 간접 공정에 대해서도 파견관계가 인정되는지에 대한 논란이 있었다.

- 사용사업주는 ① 상시파견업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하는 경우(2년 초과 불요) ② 파견절대금지업무에 파견근로자를 사용하는 경우(2년 초과 불요) ③ 상시파견대상업무에서 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우(2년 초과시) ④ 임시파견사유에서의 파견기간을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우(임시파견기간 위반시) ⑤ 파견사업허가를 받지 않은 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우(2년 초과 불요), 해당 파견근로자를 직접고용해야 할 의무가 있다.(6조의2) 그리고 사용사업주가 직접고용의무를 위반하는 경우 3천만원 이하의 과태료가 부과된다.(46조2항)
- 사용사업주에게 이러한 직접고용의무를 부과한 취지는 “파견근로자의고용안정과 보호”를 위한 것이다.<sup>135)</sup>

## (2) 직접고용의무의 예외

- 다만, 직접고용의무규정은 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우<sup>136)</sup>에는 적용하지 아니한다.(6조의2 2항)
- [판례]에 따르면 “(파산선고, 회생절차 개시결정, 임금채권보장법에 따른 고용노동부장관의 도산 등 사실인정의 경우) 직접고용의무의 예외규정을 둔 이유는 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면하여 회생절차가 개시된 사용사업주에 대하여도 일반적인 경우와 동일하게 직접고용의무를 부과하는 것은 사업의 효율적 회생을 어렵게 하여 결과적으로 사용사업주 소속 근로자뿐만 아니라 파견근로자의 고용안정에도 도움이 되지 않는다는 정책적 고려에 바탕을 둔 것”이라고 한다.<sup>137)</sup>
- 그러므로 이와 같은 예외규정을 둔 입법 목적과 취지를 고려하면, “파견법 제6조의2 제2항에 따라 사용사업주에 대한 회생절차개시결정이 있는 후에는 직접고용청구권은 발생하지 않고, 회생절차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 회생절차개시결정으로 인하여 직접고용청구권이 소멸하는 것으로 봄이 타당”하며, “다만 사용사업주의 회생절차가 종결되면 파견근로자는 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있다”는 것이 판례의 태도이다.<sup>138)</sup>

## 1103p

- 또한 “사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계의 성립이 간주되거나 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주나 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다”고 판시하고 있다. 또한 [판례]에 따르면 이러한 사정만으로 고용의사표시 청구가 신의칙에 위반된다고, 권리남용에 해당한다고 보기 어려우며, 권리가 실효되었다고 보기 어렵다고 판시하고 있다. (대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다221638 판결, 해당 판례법리에 대한 최초의 사례이다)

## 1104p

135) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결

136) 시행령은 i) 파산선고, 회생절차 개시결정, 임금채권보장법에 따른 고용노동부장관의 도산 등 사실인정의 경우, ii) 천재·사변 그 밖의 부득이한 사유로 사업의 계속이 불가능한 경우로 규정하고 있다. (영 제2조의2)

137) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결

138) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결

- 판례의 태도를 요약하면 직접고용의무가 개시된 시점부터 사용사업주는 파견근로자를 직접고용해야 할 법정의무를 부담하며, 이를 이행하지 않을 경우 불이행에 따른 손해배상액을 청구할 수 있고, 이때의 손해배상액은 임금상당액이 될 것이다.<sup>139)</sup> 그리고 판결이 확정된 후에는 직접근로관계 성립이 판결에 의해 인정되므로 이때부터는 임금지급을 청구할 수 있다.
- 다만 전술한 것처럼 “파견법 제6조의2 제2항에 따라 사용사업주에 대한 회생절차개시결정이 있는 후에는 직접고용청구권은 발생하지 않고, 회생절차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 회생절차개시결정으로 인하여 직접고용청구권이 소멸하는 것으로 봄이 타당”하며, “다만 사용사업주의 회생절차가 종결되면 파견근로자는 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있다”는 것이 판례의 태도이다.<sup>140)</sup>

1109p

#### 4. 정년을 경과하여 파견근로를 한 경우, 임금차별에 대한 사용사업주의 손해배상책임<sup>141)</sup>

##### (1) 사용사업주의 손해배상 책임 인정 여부

- 위의 판례 법리는 파견근로자가 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년을 경과하여 근로를 제공한 경우에도 적용한다는 것이 판례의 태도이다.

##### (2) 비교대상근로자의 판단 및 고려사항

- 다만, 정년을 경과하여 파견근로를 한 경우, 이러한 차별적 처우가 있는지를 판단할 때 어떤 근로자가 비교대상 근로자가 될 수 있는지가 문제된다.

##### 가. 원칙 : 같은 종류나 유사한 업무를 수행하는, 정년을 경과한 사용사업주의 근로자가 있는 경우

- 판례에 따르면 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년이 경과한 파견근로자에 대하여 제21조 제1항이 금지하는 차별적 처우가 있는지를 판단할 때 비교대상 근로자는
  - i) 원칙적으로 사용사업주의 사업장에서 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자가 있다면 그 근로자가 되어야 한다.
  - ii) 만일 그러한 근로자가 없는 경우 정년이 경과하여 퇴직한 근로자가 사용사업주에게 촉탁직 등 기간제 근로자로 채용되어 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있다면, 위 기간제 근로자 역시 비교대상 근로자가 될 수 있다는 것이 判例의 태도이다.

##### 나. 예외 : 같은 종류나 유사한 업무를 수행하는, 정년을 경과한 사용사업주의 근로자가 없는 경우

- 사용사업주의 사업장에 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 정년을 경과하지 않은 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수밖에 없을 것이라는 것이 판례의 태도이다.

##### (3) 정년미경과 근로자를 비교대상근로자로 한 경우, 손해배상액의 산정방법

- 사용사업주의 정년미경과 근로자를 비교대상근로자로 하는 경우에도 파견근로자의 정년이 경과하였다는 사정을 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 판단하는 데에 고려하여야 한다는 것이 판례

139) 다만 판결이 확정되기 전까지는 고용의 의사표시를 해야 할 의무를 불이행함으로써 임금상당의 손해를 배상해야 하지만, 이 단계에서는 고용관계가 아직 성립하지 않았기 때문에 중간수입공제의 적용에서 근로기준법 제46조가 고려되지 않게 되는 점에서 형성권설의 입장과는 차이가 있게 된다.(박종희, 위의 글, 63p 각주 15번 참조)

140) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결

141) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601

의 태도이다.

- 그리고 판례에 따르면 “정년을 경과한 파견근로자에 대하여 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자를 비교대상으로 하여 차별적 처우에 합리적 이유가 있는지를 판단하거나 차별적 처우로 인한 손해배상액을 산정하는 경우, 그 기준이 되는 임금, 즉 파견근로자가 차별적 처우가 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금은, 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자가 받은 임금이 아니라 사용사업주가 정년을 경과한 근로자를 채용하였더라면 지급하였을 적정한 임금을 의미한다”고 한다.
- 그리고 이러한 임금은
  - i) 정년이 경과한 파견근로자가 구체적으로 수행한 업무의 내용과 범위·권한·책임,
  - ii) 동종 사업장의 관행,
  - iii) 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무가 아니더라도 다른 종류의 업무 영역에서 사용사업주가 정년퇴직한 근로자를 일시적으로 고용한 적이 있다면 그 근로자에게 지급한 임금과 퇴직 전 지급한 임금의 차이와 비율 등을 종합적으로 고려하여 산정하여야 한다는 것이 判例의 태도이다.

## 1113p

### ③ 임금에 대한 연대책임

- 파견사업주가 대통령령이 정하는 사용사업주의 귀책사유<sup>142)</sup>로 인하여 근로자의 임금을 지급하지 못한 때에는 사용사업주는 당해 파견사업주와 연대하여 책임을 진다.(34조2항)

#### ① 적법한 근로자파견에 대하여만 임금연대책임을 인정하는지 여부<sup>143)</sup>

- 판례에 따르면 사용사업주의 파견근로자에 대한 임금지급책임을 인정하는 파견법 제34조 제2항을 적용하기 위하여 당해 근로자파견이 파견법 제5조의 파견사유가 있고 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 ‘적법한 근로자파견’에 해당하여야만 하는 것은 아니다. 판례는 그 이유로 i) 파견법은 ‘파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’을 ‘근로자파견’으로 정의하고 있을 뿐(제2조 제1호), 제5조에 정한 근로자파견 대상 업무에 해당하는 등 파견사유가 있을 것 또는 제7조에 정한 근로자파견사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 ‘근로자파견’의 요건으로 들고 있지 않다는 점, ii) 원칙적으로 파견사업주가 파견근로자에 대한 임금지급 의무를 부담하지만, 파견사업주가 사용사업주의 귀책사유로 인하여 임금을 지급하지 못한 경우에는 사용사업주가 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하도록 함으로써 파견근로자를 보호하고자 하는 것이 파견법 제34조 제2항의 취지라는 점, iii) 적법하지 않은 파견의 경우 파견법 제34조 제2항이 적용되지 않는다고 보면 파견법이 규정한 제한을 위반하여 근로자파견의 의무를 제공받은 사용사업주는 오히려 임금지급책임을 지지 않는 결과가 되어 법적 형평에 어긋나게 된다는 점, 등을 들고 있다.

142) 대통령령이 정하는 사용사업주의 귀책사유란, 1. 사용사업주가 정당한 사유없이 근로자파견계약을 해지한 경우, 2. 사용사업주가 정당한 사유없이 근로자파견계약에 의한 근로자파견의 대가를 지급하지 아니한 경우를 말한다.(시행령 5조)

143) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2018다300586 판결

- ⑥ 파견근로자의 사용사업주에 대한 임금채권에 관하여 근기법 제38조 제2항이 정하는 최우선 변제권이 인정되는지 여부<sup>144)</sup>
- 파견법 제34조 제2항에 따라 사용사업주가 파견근로자에 대하여 임금지급의무를 부담하는 경우, 파견근로자의 사용사업주에 대한 임금채권에 관하여 근기법 제38조 제2항이 정하는 최우선변제권이 인정되는지 여부가 문제된다. [판례]에 따르면 파견근로자의 복직증진에 관한 파견법의 입법 취지와 더불어 사용사업주가 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하는 경우 임금 지급에 관하여 사용자로 본다는 파견법 제34조 제2항 후문 및 근로자의 최저생활을 보장하려는 근로기준법 제38조 제2항의 규정 취지를 고려하여 보면, 파견근로자의 사용사업주에 대한 임금채권에 관하여도 근로기준법 제38조 제2항이 정하는 최우선변제권이 인정된다고 봄이 타당하다고 한다.

## 1117p

### ③ 노무제공자 (특수형태근로종사자)

- 과거에는 특수형태근로종사자가 산업재해보상보험을 적용받기 위해서는 '특정 사업에의 전속성' 요건을 충족하여야 하는데, 배달앱 등 온라인 플랫폼 등을 통해 복수의 사업에 노무를 제공하는 경우에는 이러한 요건을 충족하지 못하여 산업재해 보호의 사각지대가 발생하였고, 또한 특수형태근로종사자가 '특정 사업에의 전속성' 요건을 충족하더라도, 주된 사업장 외의 보조사업장에서 업무상 재해를 입은 경우에는 산업재해보상보험이 적용되지 않는 상황이었다.
- 이에 개정된 현행법에서는 산업재해보상보험의 전속성 요건을 폐지하고, 기존 특수형태근로종사자 및 온라인 플랫폼 종사자 등을 포괄하는 개념으로 "노무제공자"의 정의를 신설하여 산업재해보상보험의 적용을 받을 수 있도록 하며, 이로 인하여 새롭게 보험의 적용을 받는 사람들의 노무제공 특성에 맞는 보험 적용·징수 체계와 급여·보상 제도를 마련함으로써 산업재해보상보험을 통한 보호 범위를 보다 확대하였다.(제91조의15 내지 제91조의21을 신설하였음, 2023.7.1.시행)
- 개정된 주요 내용은 i) 특수형태근로종사자에 대한 특례를 삭제하고 관련 종사자를 "노무제공자"로 재정의하면서 특정 사업에의 전속성 요건을 폐지하였고(제91조의15제1호 신설 및 제125조 삭제), ii) 노무제공자의 보험급여 산정기준이 되는 "평균보수"를 노무제공자가 재해 발생 사업에서 지급받은 보수와 재해 발생 사업 외의 사업에서 지급받은 보수를 모두 합산하여 산정하며(제91조의15제5호 및 제6호 신설), iii) 노무제공자의 업무상 재해 인정기준은 근로자의 업무상 재해 인정기준을 준용하되 구체적인 내용은 노무제공 형태 등을 고려하여 대통령령으로 정하도록 위임하였으며(제91조의18 신설), iv) 근로복지공단에 신고된 노무제공자의 보수가 사실과 다른 경우 보험료에 대한 정정신고를 거쳐 보험급여에 대한 정정청구를 할 수 있도록 하였고(제91조의20제2항 신설), v) 근로복지공단이 플랫폼 종사자에 관한 보험사무의 효율적 처리를 위하여 플랫폼 운영자에게 보험관계의 확인에 필요한 각종 자료를 요청할 수 있도록 하며(제91조의21 신설), vi) 개정법률의 공포 이후 시행 전에 특수형태근

144) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2018다300586 판결

로종사자가 보조사업장에서 업무상 재해를 입은 경우에도 산업재해보상보험이 적용될 수 있도록 특례를 두었다(부칙 제8조).