

노동법 핵심쟁점 정리(2024년 대비) 추록

70p

■ 핵심쟁점추가 : 공무원과의 관계에서 공무원의 사회적 신분 여부

I. 문제의 소재

- 무기계약직의 고용상 지위를 가지고 있는 이른바 공무원이 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조에서 차별금지사유로 규정하고 있는 “사회적 신분”에 해당하는지 여부가 문제된다. 동시에 근로기준법 제6조가 규정하고 있는 남녀,국적,신앙,사회적 신분이라는 차별금지사유가 “예시”된 사유에 불과한지, 아니면 “한정열거”된 사유에 해당하는지 여부도 문제된다.

II. 근로기준법상 차별처우 금지규정과 사회적 신분

1. 근로기준법상 차별처우 금지규정의 의의

근로기준법 제6조에 따르면 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못하며, 동조 위반에 대해서는 벌칙이 적용된다.¹⁾

특히 근로기준법 제6조에서는 사회적 신분을 이유로 한 차별을 금지하고 있는데, 무기계약직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지, 특별히 공무원과의 관계에서 사회적 신분으로 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

2. 사회적 신분의 의의

- 근로기준법 제6조가 규정하고 있는 사회적 신분에 대해서는 다양한 논의가 있다.
- 일반적으로 사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 말한다.²⁾
- 근로계약을 체결하는 경우, 정규직이나 무기계약직 같은 고용형태도 사회적 신분에 해당하는지에 대해서 대법원은 현재까지 무기계약직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지에 대해 명시적인 판결을 하고 있지 않다.
- 하지만, 공무원과의 관계에서 무기계약직이라는 고용상 지위는 사회적 신분이 아니라는 대법원 전원합의체 판결이 선고되었다.

3. 공무원과의 관계에서 무기계약직의 사회적 신분성 여부

- 우선 [판례]에 따르면 공무원의 경우 공무원의 경우 i) (공무원 지위의 특수성) 헌법이 정한 직업공무원 제도에 따라 국가 또는 지방자치단체와 공법상 신분관계를 형성하고 각종 법률상 의무를 부담하는 점, ii) (근무조건 결정방식) 공무원의 근무조건은 법령의 규율에 따라 정해지고 단체협약을 통해 근로조건 개선을 도모할 수 있는 대상이 아닌 점, iii) (보수의 성격) 공무원의 보수는 근로의 대가로서의 성격만 가지는 것이 아니라 안정적인 직업공무원제도의 유지를 위한 목적도 포함되어 있다는 점 iv) (업무의 변경가능성과 보수체계) 전보인사에 따른 공무원 보직 및 업무의 변경가능성

1) 최근에는 근기법외에 “남녀고용평등과일·가정양립에 관한 법률”, “기간제 및 단시간 근로자보호 등에 관한 법률”, “외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률” 등이 차별의 분야와 이유를 확대하고 때로는 특별한 행정적 시정절차까지 마련하고 있다.

2) 현재 1995.2.23. 93헌바43결정 참조

과 보수체계 등의 사정을 고려하여야 한다고 한다.³⁾

- 따라서 [판례]는 “무기계약직 근로자로서의 고용상 지위는 공무원에 대한 관계에서 근로기준법 제6조에서 정한 사회적 신분에 해당한다고 볼 수 없고, 공무원을 본질적으로 동일한 비교집단으로 삼을 수 없다”고 판시하고 있다.⁴⁾

4. 판례의 평가

(1) 사회적 신분에 대한 비판

- 이러한 판례에 대해서는 “사회적 신분이란 선천적으로 출생에 의하여 고정되는 지위에 국한하지 않고 후천적으로 획득하여 사회에서 장기간 점하는 지위를 포함하는데, 공무원직 근로자라는 고용상 지위는 자신의 의사나 능력발휘에 의해 쉽게 회피할 수 없고, 한 번 취득하면 장기간 점하게 되는 성격을 지니고 있으며, 공무원직 근로자에 대한 열악한 근로조건과 낮은 평가가 고착되고 있는 우리 사회의 현실에 비추어 보면 사회적 신분에 해당”하는 것으로 보아야 한다는 비판적 견해가 있다.⁵⁾
- 또한 해당 판결은 공무원과의 관계에서 공무원에 대한 사회적 신분성을 부정한 판례로서 마치 사회적 신분을 비교대상에 따라 달라지는 상대적 개념으로 보았다는 한계가 있다.⁶⁾
- 따라서 사기업체에 근로계약을 체결한 이른바 정규직과 무기계약직의 관계를 사회적 신분으로 볼 수 있는지에 대해서 아직 명확한 판결이 없는 상황이라고 할 수 있다.

(2) 근로기준법 6조의 차별금지요소를 한정 열거로 전제

- 근로기준법 제6조에서는 차별금지요소로 “남녀의 성, 국적, 신앙, 사회적 신분”을 규정하고 있다.
- 그런데, 해당 판결이 i) 무기계약직에 대해서 사회적 신분에 해당하는지만을 다루고 있고, ii)특히 최형법정주의 원칙을 다루고 있다는 점에서 이러한 네 가지 요소를 한정열거요소로 보고 있는 것으로 평가하는 견해가 있다.⁷⁾

(3) 기간제법상 기간제 근로자와 공무원을 비교대상으로 인정한 판례 취지에 반한다는 평가

- 종래 판례에서는 기간제근로자와 공무원을 차별한 사안에서 공무원을 비교대상으로 인정하고 있는데, 그러한 대법원 선례에 반하는 판결이라는 비판적 견해도 있다. ⁸⁾

80p

■ 핵심쟁점추가 : 근로계약의 해석

| Key point | 근로계약의 해석

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 한다.(判)

3) 대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결

4) 대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결

5) 해당 전원합의체 판결의 반대의견 (대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결)

6) 강선희, 위의 글, 61p ; 박수근, “무직계약직과 공무원의 근로기준법상 사회적 신분 여부”, 월간 포커스, 한국공인노무사회, 21-22p 참조

7) 강선희, “무기계약직인 공무직은 공무원에 대한 관계에서...”, 『월간 노동리뷰』 2023년 11월호, 한국노동연구원, 58p

8) 강선희, 위의 글, 61p

세부목차

- | | |
|--------------------|-----------------------------|
| I. 문제의 소재 | (2) 문언의 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우 |
| II. 근로계약의 해석 | 2. 근로계약의 해석 |
| 1. 처분문서의 해석 | |
| (1) 문언의 의미가 명확한 경우 | |

I. 문제의 소재

- 근로계약은 증명하고자 하는 법률적 행위가 그 문서 자체에 의하여 이루어지는 처분문서이며, 법률행위와 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.

II. 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.

(1) 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.⁹⁾
- 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.¹⁰⁾

(2) 문언의 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우

- 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 한다¹¹⁾
- 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.¹²⁾

9) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

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

11) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

12) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

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.¹³⁾
- 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.¹⁴⁾
- 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.¹⁵⁾

98p

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 무엇인가가 문제된다.¹⁶⁾ 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.

II. 취업규칙의 효력

1. 취업규칙의 (근로계약에 대한) 강행적·보충적 효력

- 취업규칙에 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 하며(97조1문, 강행적 효력), 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.(97조2문, 보충적 효력) 즉 취업규칙은 근로계약에 대하여 강행적·보충적 효력을 가진다.
- 97조 규정은, “근로계약에서 정한 근로조건이 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 경우 취

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

14) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

15) 김영진, 위의 글, 1,670p

16) 임종률 15판, 355p

업규칙에 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.¹⁷⁾

- 다만, 취업규칙에 정한 기준에 미달하는 근로계약의 부분은 강행적 효력에 따라 무효가 되지만, 취업규칙에 정한 기준을 상회하는 근로계약은 유리의 원칙이 적용되어 유효하다 할 것이다.

2. 취업규칙과 법령·단체협약과의 관계

- 취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니되며(96조1항), 고용노동부장관은 법령이나 단체협약에 어긋나는 취업규칙의 변경을 명할 수 있다.(96조2항)
- 특히 단체협약에 정한 “근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준”에 위반하는 취업규칙의 부분은 무효로 되고, 그 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의하여 보충된다.(노조법 33조2항)

100p

3. 판례의 태도

- 우리 [판례]는...
- [판례]에 따르면...

III. 근로관계 종료후의 권리·의무에 관한 사항

- [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 2018다301527 판결) 따라서 특별퇴직 근로자에 대한 재채용부분도 취업규칙으로서의 성질을 가진다.

104p

(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 시점을 참작할 것은 아니라고 한다.~~
- 근로자의 동의를 얻지 못하고 불이익하게 변경된 취업규칙의 적용범위를 취업규칙의 개정·시행시기 보다 소급하여 규정한 경우, 취업규칙의 개정이 근로자들에게 불이익하게 변경된 것인지 판단하는 기준시점이 언제인지가 문제된다.
- 판례에 따르면 “취업규칙의 개정이 근로자들에게 불이익하게 변경된 것인지 여부는 취업규칙의 개

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

정이 이루어진 시점을 기준으로 판단하여야 한다”

- 즉 취업규칙이 개정시기보다 소급하여 적용하기로 규정되었다고 하더라도 불이익하게 변경된 것인 지의 판단시점은 취업규칙의 개정시점이다.

106p

2. 불이익변경의 동의를 주체 (편집을 조금 달리 하였음)

- 사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우에는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 받아야 하고, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 받아야 하는데, (94조1항) “근로자”의 과반수로 조직된 노동조합이나, 혹은 “근로자”의 과반수라고 할 때, 근로자란 어떤 근로자 집단을 가리키는 것지 문제될 수 있다.

1. 원칙

- 판례에 따르면 ‘근로자의 과반수로 조직된 노동조합’이나 ‘근로자의 과반수’의 산정기준이 되는 ‘근로자’란 원칙적으로 해당 사업 또는 사업장에 종사하면서 기존의 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있는 근로자를 말한다.¹⁸⁾
- 따라서 만약 취업규칙이 전체 근로자에게 적용되는 경우라면 전체 근로자를 뜻하겠지만, 근로자 일부에게만 적용되는 취업규칙의 경우에 여기서 말하는 “근로자의 과반수라 함은 기존의 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받는 근로자 집단의 과반수를 뜻한다”.¹⁹⁾
- 여기서 “근로자의 과반수로 조직된 노동조합이란 기존 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 중 조합원 자격 유무를 불문한 전체 근로자의 과반수로 조직된 노동조합을 의미하고, 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 중 조합원 자격을 가진 근로자의 과반수로 조직된 노동조합을 의미하는 것이 아니”라는 것이 판례의 태도이다. ²⁰⁾ 따라서 노동조합의 조합원 가입자격 범위는 따질 필요가 없다. 판례에 따르면 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 얻어 변경된 취업규칙은 개별적 동의절차를 거치지 않은 비조합원에게도 당연히 적용된다.²¹⁾

2. 모든 근로자에게 동일한 취업규칙을 적용하고 있는 경우

- 해당 사업 또는 사업장의 모든 근로자에게 동일한 취업규칙을 적용하는 경우, ‘근로자의 과반수로 조직된 노동조합’이나 ‘근로자의 과반수’의 산정기준이 되는 ‘근로자’란 해당 사업 또는 사업장의 전체 근로자를 말한다.

3. 집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우

- (1) 근로조건이 이원화되어 있는 경우 : 변경된 취업규칙 적용이 예상되는 근로자집단이 없는 경우
- [판례]에 따르면 “근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자집단만이 동의 주체가 된다”고 한다.²²⁾

18) 김유성 I, 208p

19) 대법원 2005.11.10. 선고 2005다21494 판결

20) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다49377 판결

21) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 참조

(2) 여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있는 경우 : 변경된 취업규칙 적용이 예상되는 근로자 집단이 있는 경우

• [판례]에 따르면 “여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 (직접적인 불이익을 받는) 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체”가 된다고 한다.²³⁾

112p

핵심쟁점 31 사회통념상 합리성이 있는 불이익변경 (112-113p 전체 삭제하고 아래내용 대체)

핵심쟁점 취업규칙 불이익변경에 대한 근로자의 집단적 동의권과 남용의 법리

| Key point | 취업규칙 불이익변경에 대한 근로자의 집단적 동의권과 남용의 법리

1. 집단적 동의권의 취지 : 중요한 절차적 권리
 - ① 사용자의 일방적 취업규칙 변경권한에 대한 한계설정
 - ② 헌법32조3항의 취지와 근기법4조가 정한 근로조건을 노사대등결정원칙을 실현하는데 중요한 의의
2. 집단적 동의를 얻지 못한 취업규칙 불이익변경의 효력
 - ① 원칙 : 효력부정 (사회통념상 합리성 법리 파기)
 - ② 예외 : 집단적 동의권 남용의 법리
 - i) 법령, 사회환경 변화로 인한 취업규칙 변경필요성이 객관적으로 명백
 - ii) 사용자의 진지한 설득과 노력 + 노동조합이나 근로자들의 합리적 근거나 이유제시 없는 반대
3. 집단적 동의권 남용여부는 절차적 권리로서의 중요성을 고려할 때 엄격하게 판단 (법원의 직권)

세부목차

I. 문제의 소재	의 효과
II. 취업규칙의 불이익변경의 절차와 집단적 동의권의 취지	1. 원칙 : 효력 부정 (사회통념상 합리성 법리 부정)
1. 취업규칙의 의의 및 불이익변경 절차	2. 예외 : 집단적 동의권 남용의 법리
2. 근로자의 집단적 동의권의 취지	3. 판례의 평가
III. 취업규칙의 불이익변경 동의절차 위반	

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.

22) 대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238판결 : 사원과 노무원으로 이원화된 개정 퇴직금규정이 개정 전의 그것보다도 퇴직금 지급일수의 계산 및 퇴직금 산정 기초임금의 범위에 있어 근로자에게 불리하게 변경된 경우에는 이에 관하여 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 동기가 있어야 유효하다고 할 것인 바, 노동조합원인 총근로자 중 85%가 넘는 수를 차지하는 노무원이 퇴직금 개정안에 완전히 동의하였다 하더라도 개정 퇴직금규정이 노무원에 대한 부분에 국한하여 효력이 있는 것일 뿐, 개정에 동의한 바 없는 사원에 대한 부분은 효력이 없다.(대법원 1990.12.7. 선고 90다카19647 판결)

23) 대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238 판결

- 그런데, 근로자의 집단적 동의를 받지 않은 취업규칙의 불이익 변경에 대해서, i) 근로자들이 집단적 동의를 받은 경우에도 그 변경의 효력을 인정할 수 있는지가 문제되며, ii) 집단적 동의권의 남용을 어떻게 판단할 수 있는지도 문제된다.

II. 취업규칙의 불이익변경의 절차와 집단적 동의권의 취지

1. 취업규칙의 의의 및 불이익변경 절차

- 취업규칙은 사용자가 당해 사업의 근로자 전체에 통일적으로 적용될 근로자의 복무규율과 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것으로서 그 명칭은 불문한다.
- 근로기준법 제94조 제1항에 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 제3항²⁴⁾의 취지와 근로기준법 제4조²⁵⁾가 정한 근로조건을 노사대등결정 원칙을 실현하는 데에 중요한 의미를 갖는 절차적 권리라는 것이 [판례]의 태도이다.²⁶⁾
- 따라서 [판례]는 이러한 집단적 동의권은 변경되는 취업규칙의 내용이 갖는 타당성이나 합리성으로 대체될 수 있는 것이 아니라고 판시하고 있다.²⁷⁾

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.²⁸⁾
- 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) 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.²⁹⁾
- 즉, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다면 이는 원칙적으로 무효라는 것이 [판례]의 태도이다.³⁰⁾

24) 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

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

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

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

28) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

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

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

2. 예외 : 집단적 동의권 남용의 법리

- 그런데 [판례]는 “노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의를 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다”고 판시하여 집단적 동의권 남용의 법리를 새롭게 제시하였다.³¹⁾
- 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.³²⁾
- 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.³³⁾

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(근로조건에의 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.³⁴⁾

119p

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.³⁵⁾
- [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 판시하여³⁶⁾, 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

31) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

32) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

33) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

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

35) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

36) 대법원 2015.8.13. 선고 2012다43522 판결

(1) 근로자가 집단적 동의권을 남용한 경우

- [판례]에 따르면 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다면 이는 원칙적으로 무효이지만, “노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의가 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다”고 판시하여 집단적 동의권 남용의 법리를 새롭게 제시하였다.³⁷⁾
- 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.³⁸⁾
- 다만, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였는지 여부는 근로기준법 제94조 제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로서 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 엄격하게 판단해야 한다는 것이 [판례]의 태도이다.³⁹⁾
- 즉 근로자 측이 집단적 동의권을 남용한 경우에는 예외적으로 불이익한 취업규칙 변경의 효력을 인정할 가능성을 열어 둬으로써 구체적 타당성을 기할 수 있도록 하었다고 판례를 평가할 수 있을 것이다.⁴⁰⁾

(2) 근로자가 집단적 동의권을 남용하지 않은 경우

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

157p

9. 향후 쟁점 : 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)

37) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

38) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

39) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

40) 대법원 2017다35588, 35595 (병합) 부당이득금 반환 보도자료에서 발췌한 것임(대법원 공보연구관 실)

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 제공했더라도 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 정산 규정을 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. 재직조건은 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 취지 인지는 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 사안이었는데, 이에 대한 대법원

전원합의체 판결이 나와야지만, 이 쟁점에 대한 대법원의 입장이 무엇인지 정확하게 알 수 있을 것이다.

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

179p

[쟁점추가 - 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.⁴¹⁾

41) 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)

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 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.

207p

(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. 설령 그 기간이 1년 전체에 걸치거나 소정근로일수 전부를 차지한다고 하더라도 달리 볼 아무런 근거나 이유가 없다는 것이 판례의 태도이다.

(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 ...

다. 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.⁴²⁾

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.

217p

(216 목차에 4번추가)

3. 연차휴가사용권의 소멸과 연차휴가수당 청구권

...

4. 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자의 연차휴가수당 청구권⁴³⁾

42) 임종률 15판, 342p

43) 대법원 2021.10.14. 선고 2021다227100 판결

- 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.

223-224p

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.⁴⁴⁾
- (3) 해고의 효력을 다투고 있는 자
 - 가. 문제의 소재
 - 나. 영업의 일부 양도가 이루어진 경우
 - [판례]에 따르면 ...

44) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결

- 다만 [판례]에 따르면, ...예외적으로 해고의 효력을 다투고 있는 자의 근로관계도 양수인에게 승계된다.⁴⁵⁾ (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...

232p

핵심쟁점

자회사로의 정규직 전환채용기대권

| Key point | 자회사로의 정규직 전환채용기대권

1. 정규직 전환채용기대권의 의의 : 도급업체가 자회사를 설립하여 자회사에 해당 업무를 위탁하는 경우, 자회사가 용역업체 소속 근로자를 정규직으로 채용하여 새롭게 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 자회사의 정규직으로 전환 채용될 수 있으리라는 기대권 인정
2. 정규직 전환채용기대권의 판단기준 : 자회사의 설립 경위 및 목적, 정규직 전환 채용에 관한 협의의 진행경과 및 내용, 정규직 전환 채용 요건이나 절차의 설정 여부 및 실태, 기존의 고용승계 관련 관행, 근로자가 수행하는 업무의 내용, 자회사와 근로자의 인식 등 해당 근로관계 및 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려
3. 정규직 전환채용거절의 효력 : 합리적 이유 없는 채용거절시 부당해고와 마찬가지로 효력이 없음.

세부목차

- | | |
|-----------------------|-----------------------------------|
| I. 문제의 소재 | 2. 정규직 전환채용기대권의 판단기준 |
| II. 자회사로의 정규직 전환채용기대권 | 3. 정규직 전환채용기대권이 인정되는 경우, 채용거절의 효력 |
| 1. 정규직 전환채용기대권의 의의 | |

I. 문제의 소재

- 기존 용역업체 소속 근로자들을 자회사 신설후자회사의 정규직으로 전환하여 채용을 하는 과정에서 정규직으로의 전환채용기대권을 인정할 수 있는지, 그러한 기대권을 인정하는 경우 합리적 이유없이 정규직 전환채용을 거절한 것을 부당해고와 마찬가지로 무효로 볼 수 있는지가 문제된다.

II. 자회사로의 정규직 전환채용기대권⁴⁶⁾

1. 정규직 전환채용기대권의 의의

- 도급업체가 업무 일부를 용역업체에 위탁하여 용역업체가 위탁받은업무의 수행을 위해 기간을 정하여 근로자를 사용해 왔는데, 용역업체와의 위탁계약이 종료되고 도급업체가 자회사를 설립하여 자

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

46) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2021두39034 판결 참조

회사에 해당 업무를 위탁하는 경우, 자회사가 용역업체 소속 근로자를 정규직으로 채용하여 새롭게 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 자회사의 정규직으로 전환 채용될 수 있으리라는 기대권이 인정된다.는 것이 [판례]의 태도이다.

- 갱신기대권이나 전환기대권 등은 동일한 사용자를 대상으로 하고 있고, 고용승계기대권은 새로운 용역업체인 사용자를 대상으로 하고 있는 반면, 정규직 전환채용기대권은 자회사로 설립된 사용자를 대상으로 전개하였다는데 의의가 있다.

2. 정규직 전환채용기대권의 판단기준

- [판례]에 따르면 용역업체 소속 근로자에게 자회사의 “정규직 전환채용에 대한 기대권이 인정되는 지는
 - i) 자회사의 설립 경위 및 목적,
 - ii) 정규직 전환 채용에 관한 협의의 진행경과 및 내용,
 - iii) 정규직 전환 채용 요건이나 절차의 설정 여부 및 실행,
 - iv) 기존의 고용승계 관련 관행,
 - v) 근로자가 수행하는 업무의 내용,
 - vi) 자회사와 근로자의 인식 등해당 근로관계 및 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다”고 한다.

3. 정규직 전환채용기대권이 인정되는 경우, 채용거절의 효력

- “근로자에게 정규직 전환 채용에 대한 기대권이 인정되는 경우 도급업체의 자회사가 합리적 이유 없이 채용을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다.”는 것이 [판례]의 태도이다.

256-257p

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.⁴⁷⁾ 따라서 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다.⁴⁸⁾
- 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.⁴⁹⁾
- 하지만, 대기발령을 인사권자인 사용자의 고유권한으로 보고 사용자에게 상당한 재량을 인정하는 있는 대법원 판례⁵⁰⁾에 따르면 대기발령에 관한 근거규정이 없어도 업무상 필요성이 있다면 별도의 사유를 들어 대기발령이 가능하다는 해석을 할 수 있을 것이다.⁵¹⁾

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

48) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

49) 김형배 25판, 577p

50) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

51) 김성진, “대기발령의 법적성질과 정당성”, 『노동법학』 제26호, 한국노동법학회, 2008.6. 240p 참조; 이에 대해서는 학자들의 견해가 엇갈리고 있다. 대기발령의 사유로 규정되어 있지 않더라도 대

2. 대기발령의 정당성

(1) 대기발령 명령에 대한 사용자의 재량의 범위

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.⁵²⁾

(2) 근로기준법 제23조 제1항의 적용 및 권리남용 금지

하지만 판례는 대기발령에 대하여 사용자에게 상당한 재량을 인정한다고 판시하면서도 “근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되어서는 아니된다”⁵³⁾고 하여, 근로기준법 제23조 제1항을 적용하여 정당성을 판단하고 있다.⁵⁴⁾

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.⁵⁵⁾

(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,⁵⁶⁾ 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.⁵⁷⁾

판례는 일반적으로 대기발령의 정당성을 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.⁵⁸⁾

- 직위해제나 대기발령이 징계처분의 하나로 규정되어 있을 경우에는 징계절차를 거쳐야 할 것이다.⁵⁹⁾ 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.⁶⁰⁾
- 그런데, [판례]에 따르면 취업규칙 등에 징계절차와는 구분되는 대기발령에 관한 특별한 규정이 있는 규정은 그에 따라야 한다.⁶¹⁾

263p

기발령을 내릴 수 있는 것으로 보는 견해도 상당하다.

- 52) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조
- 53) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결
- 54) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조
- 55) 조용만·김흥영 5판, 241p
- 56) 대법원 2011.10.13. 선고 2009다86246 판결
- 57) 대법원 2005.2.18. 선고 2003다63029 판결 ; 박귀천, 『노동법의 쟁점과 사례연구』, 신론사, 2015, 111p
- 58) 조용만·김흥영 4판, 253p
- 59) 대법원 2013.5.9. 선고 2012다12870 판결 참조 ; 김형배 25판, 578p
- 60) 대법원 2000.6.23. 선고 98다54960 판결
- 61) 대법원 1996.10.29. 선고 95누15926 판결

2. 대기발령 유지의 정당성

(1) 대기발령기간의 합리성

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.⁶²⁾

(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.⁶³⁾

(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”⁶⁴⁾

(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.⁶⁵⁾

277p

II. 근무성적 불량과 징계해고사유의 정당성

1. 징계의 의의 및 사유의 정당성

- 징계란 근로자의 기업질서 위반행위에 대한 제재로서 근로자에게 근로관계상의 불이익을 주는 조치를 말하는데⁶⁶⁾, 근로기준법은 제23조 제1항에서 해고 이외에도 정당한 이유 없는 정직, 감봉, 그 밖의 징벌을 규

62) 대법원 2013.5.9. 선고 2012다64833 판결

63) 대법원 2013.5.9. 선고 2012다64833 판결

64) 대법원 2013.5.9. 선고 2012다64833 판결

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

지하고 있다.

- 그런데, 근로기준법은 징계사유의 정당성의 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.⁶⁷⁾ [판례]에 따르면, 취업규칙에 정하여진 징계사유에 해당되지 아니한 사유로 징계하고하였다면 정당한 징계사유없이 한 것으로 무효이다.⁶⁸⁾
- 또한, 근로기준법 제96조에서는 “취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나는 아니 된다”는 규정을 두고 있으므로, 법령이나 단체협약에 어긋나는 취업규칙의 징계규정은 무효가 된다고 보아야 한다.

301p

(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.⁶⁹⁾ 다만, 구체적인 경우에 있어서 그 해당 여부는 공표된 내용과 그 진위, 그 행위에 이르게 된 경위와 목적, 공표방법 등에 비추어 판단한다는 것이 판례의 태도이다.⁷⁰⁾
- 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.⁷¹⁾

(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.⁷²⁾

다. 합리적 근거가 있는 고소·고발과 징계사유의 정당성

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

67) 대법원 1992.5.12. 선고 91다27518 판결

68) 대법원 1992.7.14. 선고 91다32329 판결

69) 대법원 1999.9.3. 선고 97누2528,2535 판결

70) 대법원 1999.9.3. 선고 97누2528,2535 판결

71) 대법원 1999.12.21. 선고 98두7787 판결 참조

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

- 하지만 i) 고소, 고발하거나 언론에 제보한 내용이 진실한 것이거나 ii) 상당한 근거나 있는 경우에는 징계사유로 삼을 수 없거나, 혹은 징계사유에 해당한다고 하더라도 이를 이유로 근로자를 징계해고까지 하는 것은 징계에 대한 재량권을 남용한 것이라고 한다.⁷³⁾
- 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, “위와 같은 고소·고발 등이 징계사유에 해당하는지는 고소·고발 등의 내용과 진위, 고소·고발 등에 이르게 된 경위와 목적, 횡수 등에 따라 신중하게 판단하여야 한다”고 한다.⁷⁴⁾

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.⁷⁵⁾

304-305p

II. 징계절차규정의 취지 및 위반의 효과 (전체적으로 목차를 수정하였음)

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.⁷⁶⁾

2. 징계절차규정을 위반한 징계의 효력

- 근로기준법은 징계절차에 관하여 규정하고 있지 않으나, [판례]는 단체협약이나 취업규칙 등에 징계협약사실의 고지, 변경의 기회부여 등의 징계절차규정이 있는 경우에 징계절차의 준수는 ‘실체적 징계사유의 존부, 부당노동행위에의 해당여부’를 불문하고 징계처분의 유효요건이 된다는 입장이다.⁷⁷⁾
- [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 저지를 위험이 있다거나 하여 사전통지절차를 거치지 않아도 되는 것은 아니다.⁷⁸⁾

73) 대법원 1995.3.3. 선고 94누11767 판결 참조

74) 대법원 2020.8.20. 선고 2018두34480 판결

75) 대법원 2020.8.20. 선고 2018두34480 판결

76) 대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결

77) 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)

78) 대법원 1992.7.28. 선고 92다14786 판결 참조

- 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.⁷⁹⁾
- 단체협약에 정한 징계절차에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 해당규정은 무효가 된다 할 것이다.⁸⁰⁾⁸¹⁾
- 또한 외관상 징계위원회에서 의결 등의 절차가 진행되었으나 실질적으로 징계절차에 해당하지 않는 때에는 징계절차에 위반한 경우에 해당한다.⁸²⁾

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.⁸³⁾

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.⁸⁴⁾
- “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.⁸⁵⁾

306p

IV. 징계위원회 구성상 하자 유무

1. 원칙

- [판례]에 따르면, 취업규칙이나 단체협약 등에 징계위원회의 구성방법을 규정하고 있는 경우 그와

79) 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)

80) 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)

81) 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 징계하고 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)

82) 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)

83) 대법원 2004.6.25. 선고 2003두15317 판결 등 참조

84) 대법원 2004.6.25. 선고 2003두15317 판결 등 참조

85) 대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결

다른 방법에 의하여 구성된 징계위원회가 징계해고의결을 하였다면 이 역시 징계절차에 위반한 것으로서 무효이다.⁸⁶⁾

- 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.⁸⁷⁾

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.⁸⁸⁾
- [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.⁸⁹⁾

3. 구체적 사례...

라. 판례의 평가

- 이러한 판례의 태도에 대해서는,

307p

(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.⁹⁰⁾

V. 재심절차규정

326p 쟁점 추가

86) 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)

87) 대법원 1996.6.28. 선고 94다53716 판결

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

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

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

정년의 도달과 근로관계의 종료 1 : 정년후 재고용기대권

| Key point | 정년후 재고용기대권

1. 정년후 재고용기대권의 요건

- i) 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 재고용하여야 한다는 취지의 규정을 두고 있거나,
 - ii) 그러한 규정이 없더라도
 - ① 재고용을 실시하게 된 경위 및 그 실시기간,
 - ② 해당 직종 또는 직무 분야에서 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율,
 - ③ 재고용이 거절된 근로자가 있는 경우 그 사유 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 사업장에 그에 준하는 정도의 재고용 관행이 확립되어 있다고 인정되는 등근로계약 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.
2. 합리적 이유없는 재고용거절의 효력 : 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다.

세부목차

I. 문제의 소재	및 위반의 효과
II. 정년의 도달과 근로관계의 종료	가. 정년후 재고용기대권의 요건
1. 정년제의 의의	나. 정년후 재고용기대권이 인정되는 경우 합리적 이유없는 재고용거절의 효력
2. 정년의 도달과 근로관계의 종료	(3) 판례의 평가
(1) 원칙 : 근로관계의 당연종료	
(2) 예외 : 정년후 재고용기대권의 요건	

I. 문제의 소재

- i) 근로계약 당사자 사이에 근로자가 정년에 도달하더라도 일정한 요건을 충족하면 기간제근로자로 재고용될 수 있다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우, 근로자가 정년 후 재고용되리라는 기대권을 가지는지 여부 및 ii) 정년퇴직하게 된 근로자에게 기간제근로자로서의 재고용에 대한 기대권이 인정되는 경우, 사용자의 합리적 이유 없는 재고용 거절의 효력이 문제된다.
(※ 또한 정년도달후 기간제 근로계약을 체결한 근로자가 근로계약을 갱신하지 못한 것이 부당해고와 마찬가지로 효력이 없는 것인지도 문제되나 해당 쟁점은 기간제법에서 다루기로 한다)

II. 정년의 도달과 근로관계의 종료

1. 정년제의 의의

- 정년제란 근로자가 일정한 연령에 도달한 경우에는 근로자의 의사나 능력을 묻지 아니하고 근로계약을 종료시키는 제도⁹¹⁾, 정년제 아래에서는 정년의 도달로써 근로관계가 종료하는 것이다.⁹²⁾

91) 김유성 I, 339p

92) 임종률 15판, 554p

2. 정년의 도달과 근로관계의 종료

(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 연장하는 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.⁹³⁾
- 따라서 정년의 도달로써 근로관계는 당연히 종료하는 것이라고 할 수 있다.⁹⁴⁾

(2) 예외 : 정년후 재고용기대권의 요건 및 위반의 효과

가. 정년후 재고용기대권의 요건

- 하지만, 판례에 따르면
 - i) “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 재고용하여야 한다는 취지의 규정을 두고 있거나,
 - ii) 그러한 규정이 없더라도
 - ① 재고용을 실시하게 된 경위 및 그 실시기간,
 - ② 해당 직종 또는 직무 분야에서 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율,
 - ③ 재고용이 거절된 근로자가 있는 경우 그 사유 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 사업장에 그에 준하는 정도의 재고용 관행이 확립되어 있다고 인정되는 등근로계약 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.

나. 정년후 재고용기대권이 인정되는 경우 합리적 이유없는 재고용거절의 효력

- 판례에 따르면 정년퇴직하게 된 근로자에게 기간제근로자로의 재고용에 대한 기대권이 인정되는 경우, 사용자가 기간제근로자로의 재고용을 합리적 이유 없이 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다고 한다.⁹⁵⁾

(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

93) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2018다275925 판결

94) 임종률 15판, 554p

95) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2018두62492 판결

있다는 점에서 갱신기대권 등의 다른 기대권에 비해서 정년후 재고용기대권을 더욱 엄격하게 판단하고 있다고 볼 수 있다.⁹⁶⁾ 상대적으로 다른 기대권의 기간제 근로자보다 보호필요성이 낮은 것으로 판단한 것으로 볼 수 있다.⁹⁷⁾

- 또한 별도 규정이 없는 경우 재고용관행이 존재하는지를 어떻게 판단할 수 있는지는 여전히 논의되어야 할 과제라고 할 수 있다.⁹⁸⁾

350p : 목차수정

II. 경영상 해고자의 우선 재고용⁹⁹⁾ (핵심쟁점)

1. 우선재고용의무규정의 의의

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

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

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

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

99) 대법원 2020.11.26. 선고 2016다13437 판결 참조

를 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.

358p

가. 해고사유

① 해고사유의 기재방법

- 그런데 [판례]에 따르면 ...

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

㉠ 해고사유의 축약기재 가능 여부

- 다만, [판례]는...

특히 징계해고의 경우 ...

㉡ 해고사유의 전면 미기재 가능 여부

- 하지만, ...

③ 성비위행위를 해고사유로 하는 경우 해고사유의 기재방법

- 특히 [판례]에 따르면 성비위행위를 해고사유로 하는 경우...

367p

핵심쟁점

구제명령에 반하는 업무지시거부를 이유로 한 징계해고의 정당성

I. 문제의 소재

- i) 노동위원회의 구제명령을 받은 사용자가 구제명령을 이행하지 아니한 채, 오히려 구제명령에 반하는

업무지시를 하고 근로자가 그 지시를 거부하였다는 이유로 근로자를 징계하는 것이 정당한지 여부가 문제된다.

- ii) 또한 구제명령에 반하는 업무지시 이후에 구제명령을 다투는 재심이나 행정소송에서 구제명령이 위법하다는 이유에서 이를 취소하는 판정이나 판결이 확정된 경우 업무지시 거부 행위에 대한 징계가 허용되는지 여부, 그리고 그러한 징계가 정당한지 판단하는 방법이 문제된다.

II. 구제명령에 반하는 업무지시 거부를 이유로 한 징계해고의 정당성

1. 노동위원회 구제명령의 의의

(1) 노동위원회 구제명령신청 및 불복절차

- 사용자가 근로자에게 부당해고등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있으며 (28조1항) 노동위원회는 심문을 끝내고 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하며, 부당해고등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 하며(30조1항) 이를 사용자와 근로자에게 각각 서면으로 통지하여야 한다.(30조2항)
- 지방노동위원회의 구제명령이나 기각결정에 불복하는 사용자나 근로자는 구제명령서나 기각결정서를 통지받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있으며(31조1항), 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 사용자나 근로자는 재심판정서를 송달받은 날부터 15일 이내에 「행정소송법」의 규정에 따라 소(訴)를 제기할 수 있다(31조2항).
- 규정된 기간 이내에 재심을 신청하지 아니하거나 행정소송을 제기하지 아니하면 그 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 확정된다.(31조3항)

(2) 구제명령의 효력과 이행확보수단

- [판례]에 따르면 “노동위원회 구제명령(구제명령을 내용으로 하는 재심판정을 포함한다)은 직접 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 사용자에게 구제명령에 복종해야 할 공법상 의무를 부담시킨다.”¹⁰⁰⁾
- 따라서 “구제명령은 행정처분으로서 공정력이 있으므로 하자가 있더라도 그 하자가 취소사유에 불과한 때에는 구제명령이 취소되지 않는 한 효력을 부정할 수 없고, 사용자의 재심신청이나 행정소송 제기에 의하여 효력이 정지되지 아니하며(근로기준법 제32조), 노동위원회는 구제명령에 대한 재심이나 행정소송이 진행 중이더라도 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 이행강제금을 부과함으로써 그 이행을 강제한다(근로기준법 제33조 제1항)”¹⁰¹⁾

(3) 구제명령의 취지

- 따라서 근로기준법이 사용자에게 구제명령에 대한 즉각적인 준수의무를 부과하는 것은 부당해고나 부당전보등이 있으면 근로자는 생계의 곤란이나 생활상의 큰 불이익을 겪게 되어 신속한 구제가 필요한 반면, 사용자는 분쟁기간이 길어지더라도 실질적인 불이익이 크지 않다는 점을 고려하였기 때문“이라는 것이 [판례]의 태도이다.¹⁰²⁾

100) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결

101) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결

2. 노동위원회 구제명령에 반하는 업무지시 거부를 이유로 한 징계의 정당성

(1) 원칙

- ”근로기준법의 규정들과 구제명령 제도의 취지에 비추어 보면, 구제명령을 받은 사용자가 구제명령을 이행하지 아니한 채, 오히려 구제명령에 반하는 업무지시를 하고 근로자가 그 지시를 거부하였다는 이유로 근로자를 징계하는 것은 구제명령이 당연무효라는 등의 특별한 사정이 없는 한 정당성을 가진다고 보기 어렵다“는 것이 [판례]의 태도이다.

(2) 노동위원회 구제명령의 취소판정이나 취소판결이 확정된 경우 징계의 정당성

- 그런데 구제명령에 반하는 ”업무지시 후 구제명령을 다투는 재심이나 행정소송에서 구제명령이 위법하다는 이유에서 이를 취소하는 판정이나 판결이 확정된 경우라면, 업무지시 당시 구제명령이 유효한 것으로 취급되고 있었다는 사정만을 들어 업무지시 거부 행위에 대한 징계가 허용되지 않는다고 볼 수 없다“는 것이 [판례]의 태도이다.
- 그리고 [판례]에 따르면 ”이때 그러한 징계가 정당한지는 구제명령 제도의 입법 취지를 충분히 고려하면서,
 - i) 업무지시의 내용과 경위,
 - ii) 그 거부 행위의 동기와 태양,
 - iii) 구제명령 또는 구제명령을 내용으로 하는 재심판정의 이유,
 - iv) 구제명령에 대한 쟁송경과와 구제명령이 취소된 이유,
 - v) 구제명령에 대한 근로자의 신뢰 정도와 보호가치 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다“고 한다.

372p (목차 및 문장수정)

나. 쟁의행위기간

- ① 쟁의행위에 참가하였거나, 해고가 없었어도 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.¹⁰³⁾
 - 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.¹⁰⁴⁾

102) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결

103) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

104) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

- 또한 [판례]는 “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”고 판시하고 있다.¹⁰⁵⁾

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.¹⁰⁶⁾

376p

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

377p

(2) 부당해고가 불법행위를 구성하는 경우

사용자의 부당해고가 불법행위를 구성하는 경우에 사용자는 근로자의 정신적 고통에 대하여도 이를 배상할 의무가 있다.¹⁰⁷⁾

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.¹⁰⁸⁾

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.

105) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

106) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

107) 대법원 1996.4.23. 선고 95다6823 판결

108) 대법원 1996.4.23. 선고 95다6823 판결

109) 대법원 1996.4.23. 선고 95다6823 판결

2. 노조법상 근로자의 판단기준

(1) 노동3권 보장의 필요성

- 판례에 따르면, 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의규정¹¹⁰⁾ 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니”라고 한다.¹¹¹⁾

(2) 노동조합법상 근로자의 구체적 판단기준

- 판례는 “구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는...

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.¹¹²⁾

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 경

110) 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)

111) 대법원 2018.6.15. 선고 2014두12598, 2014두12604판결

112) 이철수, 『노동법』, 현암사, 2023, 403p 참조

우에는 행정관청은 설립신고서를 반려할 수도 있다.¹¹³⁾

439p

II. 노동조합 조직형태변경의 요건과 효과

1. 노동조합 조직형태변경의 의의

...

2. 노동조합 조직형태변경제도의 취지

노동조합법 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.¹¹⁴⁾

3. 노동조합 조직형태변경의 요건과 효과

442p

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.¹¹⁵⁾

510p

II. 단체협약자치의 한계 : 개별근로자에게 이미 귀속된 권리의 처분 인정 여부

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...”

113) 대법원 2015.6.25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결

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

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

(2) 조정전치주의 위반이 아니어서 쟁의행위가 절차적으로 정당한 경우 (목차 등 수정)

- [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. 조정결정이나 조정종료의 결정이 없는 경우 : 노동위원회의 행정지도와 조정전치 위반여부

판례는 조정신청에 대해 노동위원회가 조정안 등을 제시한 것이 아니라 사용자의 교섭거부에 따른 교섭미진은 노동쟁의¹¹⁶⁾가 아니라는 이유로 행정지도를 한 경우에¹¹⁷⁾, 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.¹¹⁸⁾

즉 조정절차를 거친다는 것을 노동위원회가 조정결정을 하거나 조정종료의 결정을 한 경우로 한정해서 이해해서는 안된다.¹¹⁹⁾

나. 노동위원회가 조정종료 결정 후에 조정을 한 경우

(1) 노동조합 자체의 책임

위법한 쟁의행위를 한 경우 노동조합이 그 책임의 귀속주체가 되어 불법행위책임을 진다는 점에 대하여는 이견이 없다.

116) “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).

117) 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.

118) 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).

119) 하경표 3판, 446p 참조

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.¹²⁰⁾

601p

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 태도이며¹²¹⁾ 이러한 상당인과관계의 존재에 대하여는 피해자가 증명책임을 부담하여야 한다. 그리고, 위법쟁의행위와 상당인과관계에 있는 손해는 쟁의행위의 구체적 태양에 따라 개별적으로 파악되어야 할 것이다.¹²²⁾

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.¹²³⁾

(2) 고정비용 상당의 손해발생의 추정법리

가. 고정비용 상당 손해배상을 구하기 위하여 증명하여야 할 사항

제조업체가 위법한 쟁의행위로 조업을 하지 못함으로써 입은 고정비용¹²⁴⁾ 상당 손해배상을 구하는 경우, 일반적으로 불법행위 손해배상청구사건에서 손해의 발생 및 인과관계에 대한 증명책임은 피해자가 부담하므로, 제조업체는 조업중단으로 인하여 일정량의 제품을 생산하지 못하였다는 점 및 그 생산 감소로 인하여 매출이 감소하였다는 것을 증명하여야 하는 것이 원칙이다.

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

121) 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)

122) 사법연수원(노조법), 286p

123) 대법원 2006.9.22. 선고 2005다30610 판결 참조

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

나. 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, 불황, 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 있지만 하면 고정비용 상당 손해가 발생한다는 취지는 아니라고 한다.

위법한 쟁의행위로 조업이 중단되어 생산이 감소하였다더라도 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

가. 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 달리 평가할 수 있다고 한다.

나. 개별조합원 등에 대한 책임제한의 정도

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

602p

1. 위력에 의한 업무방해죄의 의의

- 형법 제314조 제1항에서는 “제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자”에 대해 업무방해죄로 처벌하도록 규정

하고 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)

628p

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

(1) 논의의 쟁점

• ...

(2) 학설

가. 부당노동행위 성립부정설(정당사유설) : 판례의 태도

- 해고 등의 불이익처분을 함에 족한 정당한 사유가 있는 경우에는 부당노동행위는 성립되지 아니한다는 견해이다.¹²⁵⁾
- 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.¹²⁶⁾¹²⁷⁾

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”¹²⁸⁾고 판시하고 있다.

(4) 판례의 평가

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

125) 일본노동법, 621p 참조

126) 사법연수원(노조법), 382p 참조

127) 노동판례백선(이정), 369p 참조

128) 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,¹²⁹⁾ 사용자측의 해고사유와 부당노동행위의사의 존재를 추정할 수 있는 여러 사정을 종합적으로 비교·검토하여 판단하는 판례를 제시하면서 결정적 원인설에 입각한 판례라고 보는 견해도 있다.¹³⁰⁾

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.

668p

II. 기간제법상 사용기간 제한 및 사용기간 제한의 예외

1. 기간제법상 사용기간 제한규정 및 그 취지

- 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있으며(기간제법 4조1항본문) 사용자가 예외적인 사유가 없음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.(기간제법 4조2항)
- [판례]에 따르면 기간제법 제4조 제1항과 제2항의 “입법 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있으므로, 기간제법 제4조 제2항은 강행규정이라고 보아야 한다. 따라서 근로계약의 당사자가 기간제법 제4조 제2항을 배제하기로 하는 합의를 하더라도 그 효력이 인정되지 않는다.”고 한다.³⁰⁹⁵⁾

673p

(2) 차별적 처우금지의 판단기준

가. 불리한 처우가 존재하는지의 판단기준

① 기간제근로자만이 가질 수 있는 속성을 원인으로 하는 경우

- [판례]에 따르면, “기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 기간제법의 입법 취지와 목적(기간제법 제1조) 등에 비추어 볼 때, 불리한 처우가 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’와 비교하여 기간제근로자만이 가질 수 있는 속성을 원인으로 하는 경우 ‘기간제근로자임을 이유로 한 불리한 처우’에 해당하고, 모든 기간제근로자가 아닌 일부 기간제근로자만이 불리한 처우를 받는다고 하더라도 달리 볼 수 없다”고 한다.³⁰⁹⁶⁾

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

130) 이철수, 626p

3095) 대법원 2018.6.15. 선고 2016두62795 판결

3096) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2019두55262 판결 [서울교육청의 교육공무직(공무원이 아닌 근로자를 의미) 업무지침에 따르면 교통보조비, 가족수당, 자녀학비보조수당, 명절휴가보전수당 등의 처우개선수당 등을 근로계약기간이 1년미만인 근로자와 계속 근로기간이 1년미만인 근로자에게는 지급하지 않는 것으로 규정되어 있다. 따라서 기간제 근로자 중 모든 근로자가 처우개선수당을 받지 못하는 것이 아니라 근로계약기간이 1년 미만인 사람만이 처우개선수당을 받지 못한다. 하지만,

② 임금과 관련한 불리한 처우가 존재하는지의 판단기준

기간제법상 금지된 차별적 처우로 인정하기 위해서는 우선 불리한 처우가 존재하여야 한다. 그런데, 특히 임금과 관련해서 불리한 처우가 존재하는지 여부를 어떻게 판단하여야 할 것인가가 문제된다.

㉠ 원칙 : 세부항목별 비교

- [판례]에 따르면, “기간제근로자가 기간제근로자임을 이유로 임금에서 비교대상 근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별 시정을 신청하는 경우, 원칙적으로 기간제 근로자가 불리한 처우라고 주장하는 임금의 세부 항목별로 비교대상 근로자와 비교하여 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다”고 한다.³⁰⁹⁷⁾

㉡ 예외 : 범주별 비교

694p

※ 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 업무 수행 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 있는지에 대한 부분은 적극적 파건의 징표로서 제3자의 지휘·명령의 준부를 중심으로 파견인지 여부를 판단하고 있는 것이라 할 수 있다.

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 특정성·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.

695p

기간제근로자만이 근로계약기간이 1년미만이라는 속성을 가질 수 있으므로 이는 기간제 근로자에 대한 불리한 처우에 해당한다는 판례이다]
3097) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

3. 판례의 검토

- 판례를 통하여 도급과 파견의 구별에 관한 일반적인 판단기준을 제시하고 있다는 점에서 의의가 있다.
- 다만 판례의 태도에 대하여는 i) 개개 판단요소가 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.(대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 2017다14581 등 판결)

699p

II. 파견근로자에 대한 사용사업주의 직접고용의무

1. 사용사업주의 직접 고용의무에 대한 법규정

(1) 직접고용의무의 원칙

- 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 “파견근로자의 고용안정과 보호”를 위한 것이다.³⁰⁹⁸⁾

(2) 직접고용의무의 예외

- 다만, 직접고용의무규정은 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우³⁰⁹⁹⁾에는 적용하지 아니한다.(6조의2 2항)
- [판례]에 따르면 “(파산선고, 회생절차 개시결정, 임금지권보장법에 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.³¹⁰⁰⁾

3098) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결

3099) 시행령은 i) 파산선고, 회생절차 개시결정, 임금지권보장법에 따른 고용노동부장관의 도산 등 사실인정의 경우, ii) 천재·사변 그 밖의 부득이한 사유로 사업의 계속이 불가능한 경우로 규정하고 있다. (영 제2조의2)

- 그러므로 이와 같은 예외규정을 둔 입법 목적과 취지를 고려하면, “과건법 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.³¹⁰¹⁾

701p

- 판례의 태도를 요약하면 직접고용의무가 개시된 시점부터 사용사업주는 파견근로자를 직접고용해야 할 법적 의무를 부담하며, 이를 이행하지 않을 경우 불이행에 따른 손해배상액을 청구할 수 있고, 이때의 손해배상액은 임금상당액이 될 것이다.³¹⁰²⁾ 그리고 판결이 확정된 후에는 직접근로관계 성립이 판결에 의해 인정되므로 이때부터는 임금지급을 청구할 수 있다.
- 다만 전술한 것처럼 “과건법 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.³¹⁰³⁾

706p

4. 정년을 경과하여 파견근로를 한 경우, 임금차별에 대한 사용사업주의 손해배상책임³¹⁰⁴⁾

(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.

3100) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결

3101) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결

3102) 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)

3103) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결

3104) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601

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 判例의 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 判例의 태도이다.
- 그리고 判例에 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.