

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.¹⁾ 이에 관한 학설은 매우 다양하지만 크게 법규법설과 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.

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 2018다 301527 판결) 따라서 특별퇴직 근로자에 대한 재채용부분도 취업규칙으로서의 성질을 가진다.

[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) 임종률 15판, 355p

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.²⁾

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 경우에만 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 반환되어

2) 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)

야 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.

602p

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 제약하기 족한 세력을 말한다.
- [판례]에 따르면 ‘위력’이란 사람의 자유의사를 제약·혼란하게 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제약되어야만 하는 것도 아니지만, 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제약하기 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)

694p

※ 내용을 다시 편집하였습니다.

(2) 판단기준의 징표

가. 적극적 파견의 징표

- [판례]가 제시한 판단징표 중

i) **(제3자의 상당한 지휘·명령)** 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수

행 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 파견의 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

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)