

핵심쟁점 8-1 : 미등록 외국인의 근로기준법상 근로자성 여부

I. 문제의 소재

출입국관리법상 등록이 되어 있지 않은 불법체류 외국인과 체결한 근로계약도 효력이 있는가가 문제된다.

II. 출입국관리법상 고용제한규정의 입법 목적 및 위반시 근로계약의 효력

1. 출입국관리법상 고용제한규정의 입법목적

출입국관리법상 고용제한규정의 입법목적은 취업자격 없는 외국인의 유입으로 인한 국내 고용시장의 불안정을 해소하고 국내 근로자의 근로조건의 유지 등의 목적을 효율적으로 달성하기 위한 것이다. 이러한 출입국관리법 제18조를 위반하여 근로계약을 체결한 경우 출입국관리법 제18조 위반으로 형사처벌을 받을 수 있다.

그런데, 과연 해당 조항을 위반하여 근로계약을 체결한 경우, 해당 근로계약 자체의 효력도 부정되는가가 문제된다.

2. 출입국관리법상 고용제한규정을 위반한 근로계약의 효력¹⁾

(1) 근로계약 유효설

출입국관리법 제18조는 국가가 외국인의 불법체류를 단속할 목적으로 이를 금지하거나 제한하는 단속법규로서 이를 위반하여 근로계약을 체결하였다고 하더라도 그 근로계약은 유효하므로 불법체류한 외국인도 근로기준법상 근로자에 해당한다는 견해이다.

판례도 해당 규정에 대해서 “취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분에 따른 노동 관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다”고 판시하고 있다.

즉 “취업자격 없는 외국인이 출입국관리법상의 고용제한 규정을 위반하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그것만으로 그 근로계약이 당연히 무효라고는 할 수 없다”는 것이 판례의 태도이다.

(2) 근로계약 무효설

출입국관리법상 고용제한규정의 입법목적을 달성하기 위해서는 해당 조항을 효력법규라고 보아야 한다는 견해이다. 하지만 이러한 견해는 외국인의 기본적인 인권과 근로조건을 보호할 수 없다는 이유로 거의 찾아볼 수 없다.

1) 하경효 3판, 493-495p 참조

핵심쟁점 8-2 : 임원의 근로자성

I. 문제의 소재

근로기준법이나 근로자퇴직급여보장법상의 근로자인 경우에 한하여 퇴직금을 청구할 수 있다. 따라서 회사의 비등기임원이나 등기임원이 근로기준법상 근로자에 해당하는가가 문제된다.

II. 근로기준법상 근로자의 의의 및 임원의 근로자성

1. 근로기준법상 근로자의 의의

(1) 근로기준법상 근로자의 정의

근로기준법상의 근로자라 함은 i) 직업의 종류에 관계없이 ii) 사업 또는 사업장에서 iii) 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다(근로기준법 2조1항1호).

(2) 근로자성 판단에 관한 판례법리

판례는 “사용종속관계론”을 받아들여 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하고 있다.

그런데, 사용종속적인 관계가 있는지 여부에 대해서 판례는 ① 업무 내용을 사용자가 정하고, 취업 규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며, 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지 ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 ④ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 ⑤ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지 ⑥ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항 ⑦ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도 ⑧ 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.”고 판시해 왔다.

즉 대법원이 제시하고 있는 근로자성 판단의 기본방식은 i) 사용종속성의 유무에 따른 판단 ii) 실질적 판단, iii) 제반요소의 종합적 판단으로 요약될 수 있을 것이다.

2. 임원의 근로자성

(1) 사용종속관계에 따른 판단

회사의 임원이 근로자인지 여부도 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다는 것이 판례의 태도이다.

(2) 임원의 사용종속관계 인정기준

판례에 따르면 실제로 업무집행권을 가진 임원의 경우에는 근로자성을 부정한다.

하지만, 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 i) 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 ii) 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 ii) 회사로부터 위임받은 사무를 처리하

는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.²⁾
업무집행권을 가진 등기이사의 경우 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받은 것이므로 근로자로 볼 수 없지만,³⁾ 등기이사라고 하더라도 사용종속관계가 있는 경우 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.⁴⁾

2) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결

3) 대법원 2001.2.23 선고, 2000다61312 판결 등

4) 대법원 1997.12.23 선고, 97다44393 판결 ; 대법원 2000.9.8 선고, 2000다22591 판결 등

쟁점 12-1 : 근로계약상 근로내용과 무관한 사정을 이유로 한 차별금지 : 판례

I. 문제의 소재

전업강사와 비전업시간강사의 강사료를 차별한 경우, 전업과 비전업이라는 차별사유가 근로기준법 제6조를 통해 적용될 수 있는지가 문제되는데, 특히 헌법상의 평등원칙이 근로기준법 제6조를 통해 근로관계에 적용되는지가 논의의 핵심이라 할 수 있다.

II. 헌법상의 평등원칙과 근로기준법 제6조의 적용

1. 헌법상의 평등원칙과 근로기준법 제6조의 관계

근로기준법 제6조는 "사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다"라고 규정하고 있다.

그런데, 헌법상 평등원칙은 근로기준법 등의 개별노동관계법의 규정을 통해 사인간의 법률관계에도 적용된다. 판례에 따르면, "근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우원칙은 헌법 제11조제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것"이라고 한다.⁵⁾ 즉 근로기준법 제6조의 균등대우원칙은 헌법상 평등원칙을 입법적으로 실현한 것이라고 할 수 있다.⁶⁾

2. 합리적 이유없는 부당한 차별대우의 판단기준

그런데, 차별적 처우인지의 여부는 합리적인 이유의 존부에 따라 판단되는 것이므로 매우 중요함에도 불구하고, 근로기준법 제6조에서는 합리적 이유에 대한 정의규정을 두고 있지 아니다.⁷⁾

판례에서는 헌법상의 평등원칙에 입각하여 "근로계약을 체결할 때에 사회적 신분이나 성별에 따른 임금 차별을 하여서는 아니 됨은 물론 그 밖에 근로계약상의 근로 내용과는 무관한 다른 사정을 이유로 근로자에 대하여 불합리한 차별 대우를 해서는 아니 된다"고 하여 근로내용과 무관한 다른 사정을 이유로 한 불합리한 차별적 처우를 하여서는 아니된다는 법리를 제시하고 있다.⁸⁾

즉 판례는 합리적 이유의 존부 판단에서 고려할 사정들이 '근로계약상의 근로 내용'과 관련성을 가져야 한다고 그 한계를 설정한 것이라 할 수 있다.⁹⁾

그동안 근로조건상 차별을 주장할 경우, 특별법이 없는 경우에는 근로기준법 제6조에서 명시한 "남녀의 성, 국적, 신앙, 사회적 신분을 이유로 한 차별"에 포섭되는지가 관건이었는데, 판례를 통하여 "근로내용과는 무관한 다른 사정"을 이유로 한 모든 차별에 대하여 위법성을 주장할 수 있게 되었다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다.

5) 대법원 2019.3.14. 선고 2015두46321 판결

6) 도재형, "시간강사료 차등지급의 위법성", 『월간 노동법률』 2019.4월호 판례평석중

7) 김형배 25판, 224p

8) 김근주, "전업을 기준으로 한 시간강사 임금 차등지급의 위법성", 『월간노동리뷰』 2019년 5월호, 66p
참조

9) 도재형, 위의 글 참조

3. 근로기준법 제6조를 위반한 근로계약의 효력

근로기준법 제6조의 차별금지조항은 강행법규이므로 이에 위반하는 단체협약·취업규칙·근로계약상의 차별조항은 무효이며, 이에 따른 차별적 해고나 인사처분도 무효가 된다.¹⁰⁾

10) 임종률 15판, 377p

핵심쟁점 13-1 : 공법상 근무관계에 있는 여성근로자와 근로기준법 6조 적용여부

I. 문제의 소재

근로기준법 제6조를 위반하여 차별적 처우를 하도록 한 규정은 무효가 된다. 따라서 우선 i) 국가기관과 공무원간의 공법상 근무관계에도 근로기준법 제6조를 적용할 수 있는지를 논하여야 한다. 또한 ii) 여성이 다수를 차지하는 분야의 정년을 다른 분야의 정년보다 낮게 설정한 것을 여성에 대한 불합리한 차별로 볼 수 있는지가 문제된다.

II. 근로기준법 제6조의 적용대상 및 여성에 불합리한 차별인지의 판단기준

1. 근로기준법 제6조의 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.¹¹⁾

또한 근로기준법 제6조는 강행규정이므로 사업주나 사용자가 근로자를 합리적인 이유 없이 성별을 이유로 부당하게 차별대우를 하도록 정한 규정은, 규정의 형식을 불문하고 강행규정인 근로기준법 제6조에 위반되어 무효라고 보아야 한다.¹²⁾

2. 근로기준법 제6조의 적용대상 - 공법상 근무관계에의 적용 여부

판례에 따르면 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부는 기본권의 수범자로서 국민의 기본권을 보호하고 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 점, 공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자인 점 등을 고려하면, 공무원 관련 법률에 특별한 규정이 없는 한, 고용관계에서 양성평등을 규정한 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제11조 제1항과 근로기준법 제6조는 국가기관과 공무원 간의 공법상 근무관계에도 적용된다.¹³⁾

3. 여성에 대한 불합리한 차별인지의 판단기준

사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성을 이유로 차별적 대우를 하지 못하는데(5조), 판례에 따르면 “남녀간의 차별적인 대우란 합리적인 이유없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다”¹⁴⁾

그런데, 여성 근로자들이 전부 또는 다수를 차지하는 분야의 정년을 다른 분야의 정년보다 낮게 정한 것이 여성에 대한 불합리한 차별에 해당하는지는, “헌법 제11조 제1항에서 규정한 평등의 원칙 외에도 헌법 제32조 제4항에서 규정한 ‘여성근로에 대한 부당한 차별 금지’라는 헌법적 가치를 염두에 두고, 해당 분야 근로자의 근로 내용, 그들이 갖추어야 하는 능력, 근로시간, 해당 분야에서 특별한 복무규율이 필요한지 여부나 인력수급사정 등 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”는 것이 판례의 태도이다.¹⁵⁾

11) 최근에는 근로법외에 “남녀고용평등과 일·가정양립에관한법률”, “기간제및단시간근로자보호등에관한법률”, “외국인근로자의고용등에관한법률” 등이 차별의 분야와 이유를 확대하고 때로는 특별한 행정적 시정절차까지 마련하고 있다.

12) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결

13) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결

14) 대법원 1996.8.23. 선고 94누13589 판결

15) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결 (특히 이 판례는 헌법 제32조 제4항에서 규정한 ‘여

그리고 차별에 합리적인 이유가 있는지는 사용자가 증명하여야 하고, 이를 증명하지 못한 경우에는 근로기준법 제6조 위반으로 무효라고 보아야 한다.¹⁶⁾

성근로에 대한 부당한 차별금지'라는 헌법적 가치를 염두에 두어야 한다는 설시를 하여 이를 강조하고 있다)

16) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결

쟁점 25-1 : 취업규칙과 탈법행위

I. 문제의 소재

최저임금법의 위반을 피하기 위하여 근로자 과반수의 동의절차를 밟아 소정근로시간을 단축하는 형태로 취업규칙을 변경한 경우, 그 취업규칙이 효력이 있는지가 문제된다.

II. 취업규칙의 불이익변경과 취업규칙의 효력 : 탈법행위를 중심으로

1. 취업규칙의 불이익변경방법과 효력

근로기준법 제94조 제1항에는 “사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우에는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 받아야 하고, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 받아야 한다”고 규정되어 있다.

그리고 그러한 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 얻은 경우에는 변경후에 입사한 근로자는 물론이고 변경전에 입사한 근로자에 대해서도 개정된 취업규칙은 효력이 있다.

2. 취업규칙의 불이익변경과 탈법행위

탈법행위란 “강행법규 내지 효력규정을 직접적으로 위반하지는 않으나, 그 법규가 금지하고 있는 것을 회피수단에 의하여 실질적으로 실현하는 행위”를 말한다.¹⁷⁾

판례에 따르면, 소정근로시간의 정함이 단지 형식에 불과하다고 평가할 수 있는 정도에 이르거나, 노동관계법령 등 강행법규를 잠탈할 의도로 소정근로시간을 정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 소정근로시간에 관한 합의로서의 효력을 부정하여야 한다고 판시하여 탈법행위로서의 노사간 합의의 효력을 부정하고 있다.¹⁸⁾

즉 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 택시운전근로자 노동조합과 사이에 실제 근무형태나 운행시간의 변경 없이 소정근로시간만을 단축하기로 합의한 경우, 이러한 합의는 강행법규인 최저임금법의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

그리고 판례에 따르면 이러한 법리는 “사용자가 택시운전근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 얻어 소정근로시간을 단축하는 내용으로 취업규칙을 변경하는 경우에도 마찬가지로 적용된다”고 한다.

이에 대하여 취업규칙의 불이익변경방법을 거친 경우에는 탈법행위로 보아서는 안되며 취업규칙의 효력을 인정해야 한다는 견해, 무효행위의 전환 법리²⁰⁾를 적용할 수 있다는 견해 등도 있다.

17) 이재열외, 『법학개론』, 집현재, 2020, 131p

18) 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결

19) 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결

20) 무효행위의 전환이란 무효인 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 갖춘 경우 당사자가 그 무효임을 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로서의 효력을 인정하는 것이다. 무효행위는 본래 법률행위의 효과가 발생하지 않는 것으로 확정되어 있으므로 후에 추인을 하더라도 유효로 되지 않지만, 당사자가 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위를 한 것으로 보아 비소급적 추인이 가능하다.(이재열외, 『법학개론』, 집현재, 2020, 140p)

쟁점 35 : 고정성과 관련된 통상임금의 구체적 사례

VI. 근무일수에 비례하여 지급되는 정기상여금

- 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 임금이라도 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되는 정기상여금에 대해서는 정기성을 인정할 수 있다.
- 또한 정기상여금 지급 대상기간 중에 퇴직한 근로자에 대해서는 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급하는 경우, 소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것이라고 볼 수 있어 고정성도 인정할 수 있다 할 것이다.

[정기상여금에 관한 최근 판례]

- 정기상여금에 관하여 지급일 기타 특정시점에 재직중인 근로자에게만 지급하는 조건이 있는 지에 대한 해석기준

정기상여금의 임금으로서의 성격을 고려하면, 단체협약이나 취업규칙 등에서 정기상여금을 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급한다는 규정을 두면서, 정기상여금에 관하여 근무기간에 비례하여 지급한다는 취지의 규정을 두고 있는 경우, 전자의 규정 문언만을 근거로 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게서는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는 취지라고 단정할 것은 아니다.

이러한 경우에는 사업장 내에서의 정기상여금의 지급 실태나 관행, 노사의 인식, 정기상여금 및 그 밖의 임금 지급에 관한 규정 내용 등을 종합하여 특정 시점 전에 퇴직하더라도 후자의 규정에 따라 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금을 지급하기로 정한 것은 아닌지를 구체적인 사안별로 신중하게 살펴야 한다.(대법원 2020.4.29. 선고 2018다303417 판결)

쟁점 45-1 : 연쇄적 근로계약관계에 대한 계속근로기간의 인정여부

I. 문제의 소재

근로계약이 반복·갱신되면서, 이전 계약과 이후 계약 사이에 공백기간이 있을 경우 근로계약관계의 계속성이 유지된다고 볼 수 있는지가 문제된다.

II. 소위 연쇄적 근로계약관계에 대한 계속근로기간의 인정 여부

1. 계속근로기간의 의의

퇴직금은 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직하는 근로자에게 지급하는 것으로서, 우리 판례는 퇴직금의 법적 성질을 후불임금이라고 하고 있다. 그런데, 계속근로기간은 '근로계약의 기간'이 아니라 '사실상 근로관계가 계속되었다고 볼 수 있는 기간'을 뜻하는 것으로 이해하여야 한다.²¹⁾

그런데, 근로계약이 만료되면서 근로계약을 갱신하여 체결하는 이른바 연쇄적 근로계약관계에서 계속근로기간을 어떤 기준으로 인정할 수 있는지가 문제된다.

2. 소위 연쇄적 근로계약관계에 대한 계속근로기간 인정

(1) 근로계약기간 만료 후 근로계약기간이 반복·갱신된 경우

근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로년수를 계산하여야 한다는 것이 판례의 태도이다.²²⁾

(2) 반복체결된 근로계약 사이에 일부 공백기간이 있는 경우

판례에 따르면 갱신되거나 반복 체결된 근로계약 사이에 일부 공백 기간이 있다 하더라도 그 기간이 전체 근로계약기간에 비하여 길지 아니하고 계절적 요인이나 방학 기간 등 당해 업무의 성격에 기인하거나 대기 기간·재충전을 위한 휴식 기간 등의 사정이 있어 그 기간 중 근로를 제공하지 않거나 임금을 지급하지 않을 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 근로관계의 계속성은 그 기간 중에도 유지된다고 한다.²³⁾

또한 사용자가 노동법 적용을 회피할 목적으로 고의로 공백기간을 둔 경우에도 마찬가지로 근로관계의 계속성을 인정해야 할 것이다.²⁴⁾

[관련 판례 : 영업양도시 퇴직 및 입사의 형식을 취한 경우 근로의 계속성 인정여부]

I. 문제의 소재

영업양도시, 근로자의 의사에 따라 양도기업에 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받은 후 양수기업에 입사하는 경우, 근로관계의 계속성이 인정될 수 있는지가 문제된다.

21) 조용만·김홍영, 4판, 179p

22) 대법원 1995.7.11., 93다26168 전원합의체 판결

23) 대판 2006.12.7, 2004다29736

24) 김소영, 『노동법 사례연습』 제2판, 신조사, 2018, 12p

II. 양도기업 퇴직후 양수기업에 입사하는 경우 계속근로기간의 인정여부

1. 자의에 의해 퇴직 및 입사하는 경우

판례는 영업양도가 이루어진 경우에 “근로자가 자의에 의하여 계속근로관계를 단절할 의사로 양도기업에서 퇴직하고 양수기업에 새로이 입사할 수도 있다”고 판시한다.²⁵⁾ 이 경우에 근로관계는 단절되므로 근로관계의 계속성을 인정할 수 없다.

2. 경영방침에 의해 퇴직 및 입사하는 경우

그런데 판례에 따르면 “영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계되는 것으로, 영업양도시 퇴직금을 수령하였다는 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 인수한 회사와 새로운 근로관계가 시작되었다고 볼 것은 아니다”라고 판시하고 있다.²⁶⁾ 영업양도시 근로자의 자의가 아니라, 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속근로관계는 단절되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.²⁷⁾

25) 대법원 2012.5.10. 선고 2011다45217 판결

26) 대법원 2012.5.10. 선고 2011다45217 판결

27) 대법원 2012.5.10. 선고 2011다45217 판결

핵심쟁점 62. - 핵심쟁점 62는 통으로 바꿔주세요. (판례의 변화가 있는 것은 아닙니다. 좀 더 깔끔한 답안작성을 위해서입니다)

62 대기발령의 정당성

| Key point | 대기발령의 정당성

1. 징계와는 구별(대기발령 : 업무상장애 예방을 위한 잠정적인 조치로서의 보직해제 vs 징계 : 과거의 비위행위에 대하여 기업질서유지목적으로 행해지는 징벌적 제재)
2. 법적 근거
 - ① 단체협약이나 취업규칙 등에 직위해제 사유 존재, 절차규정 준수해야 한다는 판례 존재
 - ② 사용자에게 상당한 재량을 인정하여 업무상 필요성이 있다면 단협이나 취업규칙에 규정되어 있지 않은 별도의 사유를 들어 대기발령이 가능하다는 해석이 가능한 판례도 존재.
3. 정당성
 - ① 대기발령사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차규정의 위반 여부 및 정도에 의하여 정당성을 판단하여야 한다는 판례 존재
 - ② 대기발령의 업무상 필요성과 생활상 불이익의 비교·교량, 협의등 신의칙상 절차위반 등으로 판단하여야 한다는 판례도 존재(절차위반만으로 당연무효가 되는 것은 아님)

I. 문제의 소재

사용자가 근로자에 대하여 대기발령을 실시한 경우, i) 대기발령의 근거가 무엇인지, ii) 그리고 대기발령의 정당성을 어떤 기준으로 판단할 것인지가 문제된다.

II. 대기발령의 법적 근거와 정당성

1. 대기발령의 의의 및 법적 근거

대기발령은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 이를 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미한다.²⁸⁾

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.²⁹⁾

하지만, 대기발령을 인사권자인 사용자의 고유권한으로 보고 사용자에게 상당한 재량을 인정하는 있는 대법원 판례³⁰⁾는 대기발령에 관한 근거규정이 없어도 업무상 필요성이 있다면 별도의 사유를 들어 대기발령이 가능하다는 해석을 할 수 있게 하고 있다.³¹⁾

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

29) 김형배 25판, 577p

30) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

31) 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

판례에 따르면 “대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 사용자의 고유권한으로서 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다”고 판시하면서도³²⁾, “근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되어서는 아니된다”³³⁾고 하여, 근로기준법 제23조 제1항을 적용하여 정당성을 판단하고 있다.³⁴⁾

대기발령의 정당성을 i) 근로자에게 당해 대기발령 사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차규정의 위반 여부 및 그 정도에 의하여 판단하여야 한다는 판례도 있으며, ii) 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 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 판례도 있다³⁵⁾.

판례는 일반적으로 대기발령의 정당성을 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.³⁶⁾

32) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조

33) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

34) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조

35) 대법원 2005.2.18. 선고 2003다63029 판결

36) 조용만·김홍영 4판, 253p

핵심쟁점 94. - 핵심쟁점 94는 통으로 바꿔주세요. (전원합의체 판결)

핵심쟁점 94. - 기간만료나 정년도래시 부당해고재심판정 취소소송의 소의 이익

| Key point | 기간만료나 정년도래시 부당해고재심판정 취소소송의 소의 이익

부당해고 구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 그 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 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 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 있다고 보아야 한다.

위와 같은 법리는 근로자가 근로기준법 제30조제3항에 따라 금품지급명령을 신청한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

I. 문제의 소재

근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료나 정년도달 등으로 근로관계가 종료되었다면, 노동위원회는 원직복직의 구제명령을 내릴 수가 없다.

이 경우 원직복직은 불가능하지만, 임금상당액의 지급문제는 남아 있으므로 부당해고재심판정 취소소송에서의 소의 이익을 인정할 수 있는지가 문제된다.

II. 계약기간의 만료(혹은 정년의 도래)와 부당해고재심판정 취소소송의 소의 이익

1. 과거 판례의 태도

종래 대법원은 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 사직하거나 정년에 도달하거나 근로계약기간이 만료하는 등의 이유로 근로관계가 종료한 경우, 근로자가 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 원직에 복직하는 것이 불가능하고, 해고기간 중에 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 민사소송 절차를 통하여 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 소의 이익을 부정하여 왔다.³⁷⁾

하지만, 이러한 판례의 태도에 대해서는 구제절차 진행 중 근로계약 기간이 만료된 근로자에게 임금지급명령만을 신청할 구제이익이 없다고 해석하면 기간제 근로자가 노동위원회 구제절차를 사실상 이용하지 못하고 민사소송을 해야 하는 불합리한 결과가 초래된다는 비판적 견해가 많았다.

2. 현재 대법원 전원합의체 판결³⁸⁾

(1) 판결의 요지

대법원 판례에 따르면 “부당해고 구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 그 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신

37) 대법원 1995.12.5. 선고 95누12347 판결, 대법원 2001.4.10. 선고 2001두533 판결, 대법원 2011.5.13. 선고 2011두1993 판결, 대법원 2012.7.26. 선고 2012두3484 판결, 대법원 2015.1.29. 선고 2012두4746 판결 등. 이하 ‘종전 판결’이라 한다)

38) 대법원 2020.2.20. 선고. 2019두52386 판결

청을 하여 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 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 있다”고 본다.

(2) 판결의 근거

대법원은 그에 대한 근거로서 i) 부당해고 구제명령제도가 부당한 해고를 당한 근로자에 대한 원상 회복, 즉 근로자가 부당해고를 당하지 않았다면 향유할 법적 지위와 이익의 회복을 위해 도입된 제도로서, 근로자 지위의 회복만이 목적이 아니라, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것도 그 목적에 포함된다는 점, ii) 근로자를 원직에 복직하도록 하는 것은 장래의 근로관계에 대한 조치이고, 해고기간중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것은 근로자가 부당해고의 효력을 다투고 있는 기간 중의 근로관계의 불확실성에 관한 법률관계를 정리하기 위한 것으로 서로 목적과 효과가 다르기 때문에 원직복직이 가능한 근로자에 한정하여 임금상당액을 지급받도록 할 것은 아니라는 점, iii) 노동위원회의 구제명령이 직접 노사간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 이행강제금 부과 및 확정된 구제명령 불이행시 형사처벌의 대상이 되는 등 간접적인 강제력을 가지고 있으므로, 해고기간 중의 임금과 관련하여 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있다는 점, iv) 부당해고로 입은 임금상당액의 손실을 회복할 수 있도록 하는 것이 부당해고 구제명령제도의 취지에 부합하므로, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받기 위하여 민사소송을 제기할 수 있다는 사정이 부당해고의 소의 이익을 부정할 이유가 되지 않는다는 점, v) 종전 판결은 원직복직을 전제로 하지 않는 구제수단인 금품지급명령을 도입한 취지에 맞지 않는다는 점, vi) 종전판결은 기간제 근로자의 실효적이고 직접적인 권리구제를 사실상 부정하는 결과가 되어 부당하다는 점 등을 그 근거로 들고 있다.

핵심쟁점 96. 부당해고와 임금

(4) 현물로 지급되는 포상금

3. 임금을 청구할 수 없는 경우 : 사용자의 귀책사유없이 근로제공이 불가능한 상태였던 기간

(1) 판례법리

- [판례]에 따르면 “해고가 없었다고 하더라도 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우라든가 사용자가 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 못한 것이 아니므로 그 기간 중에는 임금을 청구할 수 없다”고 한다.³⁹⁾

(2) 구체적 사례

가. 구속기간

- [판례]에 따르면 “해고기간중 근로자가 상당기간 구속된 경우 해고가 무효라고 하더라도 구속기간 동안에는 근로자가 근로의 제공을 할 수 없는 처지였다고 할 것이므로 구속기간 동안의 임금을 청구할 수 없다”고 한다.⁴⁰⁾

나. 쟁의행위기간

- [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 것임이 명백한 경우라면 이 역시 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우에 준하여 해당 근로자는 쟁의행위 기간 중의 임금을 청구할 수 없다”고 한다.⁴¹⁾
- 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.⁴²⁾ 그리고 위와 같은 경우 “해고가 없었다고 하더라도 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것임이 명백한지는 쟁의행위에 이른 경위 및 원인, 해고사유와의 관계, 해당 근로자의 과업에서의 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.⁴³⁾
- 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.⁴⁴⁾

39) 대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결

40) 대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결, 대법원 1995. 1. 24. 선고 94다40987 판결

41) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

42) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

43) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

44) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

III. 부당해고기간 중 중간수입의 공제

쟁점 98-1 : 초기업의 노조에서, 구직자의 노조법상 근로자성

I. 문제의 소재

행정관청은 노조법 제2조 제4호 각목에 해당하는 경우 설립신고서를 반려할 수 있으므로 행정관청의 반려처분이 정당한지는 i) 실업자나 구직자가 초기업단위노조에 가입할 수 있는 노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노조법”) 제2조 제4호 라목 본문의 근로자에 해당하는지, ii) 또한 근로자에 해당한다면 노조법 제2조 제4호 라목 단서를 적용해야 하는지에 따라 좌우될 것이다.

II. 노조법상 근로자의 의의 및 구직자의 초기업노조의 가입자격

1. 노조법상 근로자의 의의 및 입법목적

노조법 제2조 제1호에서는 근로자를 ‘직업의 종류를 불문하고 임금·급료, 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’로 규정하여 근로기준법상 근로자의 개념과는 다른 정의를 내리고 있다.

왜냐하면 근로기준법은 현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가’라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 반면 노조법은 ‘노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것이므로 입법목적이 다르기 때문이다.⁴⁵⁾

2. 구직자의 초기업노조의 가입자격

(1) 노조법 제2조 제4호 본문의 근로자의 범위

노조법 제2조 제4호 라목 본문에 따르면 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다고 규정하고 있다.

그런데, 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우에는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점에 비추어 볼 때, 노조법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 근로자에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다고 할 것이다.

(2) 노조법 제2조 제4호 단서 조항의 적용여부

그런데 노조법 제2조 제4호 단서에서는 ‘다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다’고 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 하지만 이 단서조항은 ‘기업별 노동조합’의 조합원이 사용자로부터 해

45) 대법원 2004.2.27. 선고 2001두8568 판결

46) 본문(근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우)은 1953년 노조법 제정시부터 존속되어 온 것이고, 단서는 사용자의 해고권 남용으로부터 노동조합의 설립 및 존립을 보호하기 위하여 1987년에 신설되어 1997년에 개정된 것이다.(김유성 II, 62p)

| 단서 | 내용 | 취지 |
|----|----|----|
|----|----|----|

고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정이므로 기업별 노조인 경우에 한하여 적용되는 조항으로 보아야 할 것이다. 초기업노조에는 라목 단서조항이 적용될 여지가 없다.

| 단서 | 내용 | 취지 |
|-------|--|---|
| 1987년 | 다만 해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다. | 사용자의 해고권 남용으로부터 노동조합의 설립 및 존립을 보호 |
| 1997년 | 다만 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다. | 노동조합의 설립보호 뿐 아니라 '피해고자의 권리 남용' 및 '단체교섭시의 피해고자 복직요구 등 피해고자를 둘러싼 노사분쟁의 장기화'방지 |

쟁점 98-2 : 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

I. 문제의 소재

행정관청은 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 심사를 통해 설립신고를 반려할 수 있다. 따라서 i) 행정관청이 외국인 근로자로 구성된 노동조합 설립심사를 하면서 취업자격유무를 확인하기 위한 서류제출을 요구할 수 있는지 여부, ii) 외국인 노동조합의 구성원 상당수가 취업자격이 없는 미등록 외국인 근로자인 경우 노조법상 근로자의 범위에 해당되는 것인지가 문제된다.

II. 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

1. 노조법상 근로자의 의의 및 입법목적

노조법 제2조 제1호에서는 근로자를 '직업의 종류를 불문하고 임금·급료, 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자'로 규정하고 있으며, 판례에 따르면 노조법상 근로자에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다고 한다.

2. 취업자격 없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

(1) 출입국관리법령상 외국인고용제한규정의 취지와 성격

출입국관리 법령에서 외국인고용제한규정을 두고 있는 것은 "취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에 따른 노동 관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다"고 판시하고 있다.

(2) 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

따라서 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포함되지 아니한다고 볼 수는 없다.

물론, 외국인 근로자의 노조법상 지위가 인정된다고 해서 출입국관리법상 지위가 합법화되는 것은 아니다.

3. 행정관청의 심사의 한계

행정관청은 노동조합법 제2조 제4호 각목의 해당여부가 문제된다고 불만한 객관적인 사정이 있는 경우에는 실질적인 심사를 거쳐 설립신고서를 반려할 수 있을 것이다.

하지만, 그와 무관하게 외국인근로자의 취업자격유무를 확인하기 위한 서류의 제출을 요구하고, 그 서류에 따라 취업자격없음을 이유로 노동조합 설립신고서를 반려해서는 안될 것이다.

쟁점 106 : 대의원의 선출

II. ~~대의원의 선출~~ (이하 부분 삭제하고, 아래 내용으로 대체. 내용이 바뀌는 것은 아님)

II. 조합민주주의 원칙과 대의원의 간접선거를 규정한 규약의 효력

1. 조합민주주의 원칙과 노조법 제17조 제2항

노조법에는 조합운영에 대한 다양한 규제조항이 마련되어 있는데 그 대부분은 조합민주주의 원칙에 따른 민주적인 운영을 담보하기 위한 것이며, 대의원 선출에 대한 법률규정도 동일한 취지로 해석하여야 할 것이다.

노조법 제17조 2항에 따르면, 대의원은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 선출되어야 한다고 규정하고 있다.

노조법이 노동조합의 최고의결기관인 총회에 갈음할 대의원회의의 대의원을 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 선출하도록 규정하고 있는 취지는, 노동조합의 구성원인 조합원이 그 조합의 조직과 운영에 관한 의사결정에 관여할 수 있도록 함으로써 조합 내 민주주의, 즉 조합의 민주성을 실현하기 위함에 있다 할 것이다.

2. 대의원의 간접선거를 규정한 규약의 효력

따라서 제17조 제2항은 조합의 민주성을 실현하기 위한 규정이므로, 그 성격을 강행규정으로 보아야 할 것이다. 그러므로, 간접적인 선출방식을 규정하고 있는 노조의 규약은 강행규정인 노조법 제17조 제2항에 위배되므로 그 효력을 인정할 수 없다.

강행규정인 노조법 제17조 제2항에 위반한 규약에 의하여 구성된 대의원회의의 구성은 효력이 없으며, 그 대의원회에서 결의한 내용 역시 그 효력을 부정하여야 할 것이다.

쟁점 147 : 소수노조에 대한 다수노조 단체협약의 확장적용 (목차만 수정)

I. 문제의 소재

- 하나의 지역에 있어서 종업하는 동종의 근로자 3분의 2 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 행정관청은 당해 단체협약의 당사자의 쌍방 또는 일방의 신청에 의하거나 그 직권으로 노동위원회의 의결을 얻어 당해 지역에서 종업하는 다른 동종의 근로자와 그 사용자에 대하여도 당해 단체협약을 적용한다는 결정을 할 수 있으며, 행정관청이 결정한 때에는 지체없이 이를 공고하여야 한다.(노조법 제36조 제1항)
- 그런데, 지역단위 일반적 구속력 결정에 따라 다수 노조의 단체협약이 협약외의 노조에게도 확장적용되는지, 또한 소수노조의 조합원들은 보다 나은 근로조건을 얻기 위한 단체교섭이나 단체행동을 할 수 없는 것이냐가 문제된다.

II. 소수노조에 대한 지역적 구속력 결정의 효력

1. 지역적 구속력 규정의 입법취지

- 이 규정의 입법취지는 일정한 지역에서 지배적인 의의를 가지는 단체협약상의 기준을 그 지역의 동종의 근로자를 위한 최저기준으로 적용함으로써 지역내의 소수근로자를 보호함과 동시에 사용자 상호간에 근로조건을 저하하려는 경쟁을 방지하고 공정한 경쟁조건을 마련하는데 있다는 것이 일반적인 견해이다.⁴⁷⁾

2. 협약외노조가 체결한 별도의 단체협약이 있는 경우 지역적 구속력 결정의 효력

- [판례]는 소수 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.⁴⁸⁾
- 또한 [판례]는 협약외노조에 대하여 “별도로 체결하여 적용받고 있는 **단체협약의 갱신체결이나, 보다 나은 근로조건을 얻기 위한 단체교섭이나 단체행동을 하는 것 자체를 금지하거나 제한할 수는 없다**고 보아야 할 것”이라고 판시하고 있다.⁴⁹⁾ 따라서 소수노조의 단체교섭행위와 쟁의행위는 지역단위의 일반적 구속력 결정에 의하여 영향을 받지 않는다고 보아야 할 것이다.⁵⁰⁾
- 다만, 협약 외의 노동조합이 체결한 별도의 단체협약의 내용이 지역적 구속력에 의해 확장 적용되는 단체협약의 내용보다 불리한 경우에도 별도의 단체협약만이 적용되고 지역적 구속력이 미치지 않는 것으로 해석해야 하는지에 대해서는 견해의 대립이 있다.⁵¹⁾

3. 소수노조가 체결한 별도의 단체협약이 없는 경우, 단체교섭이나 단체행동 가능 여부

47) 임종률 14판, 176p

48) 대법원 1993.12.21. 선고 92도2247판결 참조

49) 대법원 1993.12.21. 선고 92도2247판결 참조

50) 김형배 25판, 1080p

51) 지역적 구속력 결정의 효력이 미치는 것으로 해석함이 타당하다는 견해와, 별도의 단체협약만이 적용되고 독자적인 단체교섭 또는 쟁의행위가 가능하다는 견해가 대립하고 있다.(조용만, 김홍영 4판, 629p)

- 소수노조가 별도의 단체협약을 체결하고 있지 않은 경우에는 지역단위의 효력확장제도에 의해 다수 노조가 체결한 단체협약의 적용을 받게 된다. 다만 이 경우 노동조합이 독자의 새로운 단체협약을 체결하기 위한 단체교섭이나 쟁의행위가 가능한지 여부가 문제된다.

(1) 긍정하는 견해

- 평화의무는 단체협약 당사자의 의무이고 지역적 구속력 결정에 의해 확장 적용되는 단체협약의 당사자가 아닌 노동조합에 평화의무를 적용시킬 수 없다는 견해이다. 이 견해에 따르면, 새로운 협약의 체결을 위한 단체교섭이나 쟁의행위가 가능하다고 해석될 것이다.

(2) 부정하는 견해

- 지역적 구속력의 효력이 미치면 단체협약의 적용에 따른 평화의무가 인정될 것이고, 그 효력이 미치는 기간 동안에는 쟁의행위가 허용되지 않는다는 견해이다.

쟁점 : 148-1 쟁의중 신분보장조항의 해석

I. 문제의 소재

단체협약에서 쟁의기간중 징계금지조항을 두고 있는 경우, 이러한 조항이 개인적 일탈행위에도 적용되는 것인지, 그리고 쟁의기간중 발생한 징계사유에도 적용되는 것인지 등이 문제된다. 즉 쟁의기간중 징계금지조항에 기재된 문언의 의미를 어떤 원칙 하에서 해석할 것인지가 문제된다.

II. 단체협약의 해석의 원칙 및 쟁의중 신분보장조항의 해석

1. 단체협약의 해석의 원칙 (생략)

2. 쟁의중 신분보장조항의 해석

(1) 쟁의중 신분보장조항의 취지 및 해석

한 편, 단체협약에서 쟁의기간 중 인사조치 금지 등 소위 신분보장조항을 두고 있는 경우가 있다. 이는 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사조치 등에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 것이라는 것이 판례의 태도이다. 따라서, 해당 쟁의행위가 정당하다면, 비록 쟁의 과정에서 징계사유가 발생하였다고 하더라도 쟁의기간 중에 징계위원회의 개최 등 조합원에 대한 징계절차의 진행을 포함한 일체의 징계 등 인사조치를 할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.

(2) 징계사유의 축소 해석 여부

그리고 쟁의기간중 인사처분을 금지하고 있는 단체협약의 문언에서 징계사유의 발생시기나 그 내용에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 않은 경우, 그 문언과 같이 정당한 쟁의행위 기간 중에는 사유를 불문하고 회사가 조합원에 대하여 징계권을 행사할 수 없다는 의미로 해석함이 타당하다는 것이 판례의 태도이다.⁵²⁾ 즉 비위사실이 쟁의행위와 관련이 없는 개인적 일탈에 해당하거나 노동조합의 활동이 저해될 우려가 없는 경우에는 정당한 쟁의행위 기간 중에도 회사가 징계권을 행사할 수 있다는 식으로 쟁의중 신분보장조항의 적용 범위를 축소하여 해석할 수는 없다.⁵³⁾

52) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다257869 판결

53) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다257869 판결

쟁점 : 152 대체근로 등의 제한 (목차 수정)

I. 문제의 소재

쟁의행위는 헌법상 기본권의 행사이므로, 노조법상으로 쟁의행위에 대한 여러 보호규정을 두고 있다. 특히 노조법은 쟁의행위 기간중의 대체근로를 제한하고 있는데, 특히 쟁의행위 전에 근로자들을 채용한 경우나, 자연감소에 따른 인원충원의 목적으로 채용하는 경우도 금지되는지가 문제된다.

II. 일반사업의 대체근로의 제한과 판례법리

1. 일반사업의 대체근로의 제한의 의의 및 취지

쟁의행위는 헌법상 기본권의 행사이므로, 노조법상으로 쟁의행위에 대한 여러 보호규정을 두고 있다. 특히 사용자는 쟁의행위 기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계 없는 자를 채용 또는 대체할 수 없으며(노조법 43조 1항), 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다(43조 2항)

대체근로는 파업의 압력효과를 저하시키고 노동조합측과 지나친 대결사태를 야기할 우려가 있기 때문에 노동조합의 쟁의행위권을 보호하기 위하여, 대체근로를 제한하고 있는 것이다.⁵⁴⁾

2. 대체근로 제한의 범위

(1) 인적범위의 제한 : 당해 사업과 관계없는 자의 채용 또는 대체 금지

노조법 제43조 제1항에서 당해 사업과 관계없는 자란 당해 사업의 근로자 또는 사용자를 제외한 모든 자를 가리키는바⁵⁵⁾, 사용자가 노동조합의 쟁의행위기간 중 당해 사업 내의 비노동조합원이거나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 기존의 근로자를 제외한 자를 새로 채용 또는 대체할 수 없다는 것으로 풀이된다.⁵⁶⁾

(2) 시기와 목적의 제한

가. 쟁의행위 전 신규채용의 위법 여부

채용 또는 대체는 쟁의행위기간 중에 행하여지는 것이 금지되는 것이므로, 쟁의행위 전에 신규채용은 허용된다. 그런데, 만약 쟁의행위기간 중 중단된 업무를 수행하기 위하여, 쟁의행위 전에 근로자들을 채용한 경우 이 조항 위반으로 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

판례에 따르면 따르면 이 규정은 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 규정⁵⁷⁾이므로 사용자가 쟁의행위 전에 근로자를 채용했다라도 쟁의행위기간중 근로자들의 업무를 수행케 하기 위한 것을 목적으로

54) 임종률 14판, 213p ; 대법원 2000.11.28. 선고 99도317 판결

55) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도4831 판결

56) 대법원 2000.11.28. 선고 99도317 판결

로 그 채용이 이루어졌고, 그 채용된 근로자들로 하여금 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하였다면 이 조항을 위반한 경우에 해당한다고 판시하고 있다.⁵⁷⁾

나. 자연감소에 따른 신규채용의 위법여부

쟁의행위로 중단된 업무를 수행하기 위한 채용 또는 대체가 금지되는 것이다. 그런데, 자연감소에 따른 인원충원의 목적으로 채용하는 것도 금지되는지가 문제된다.

판례에 따르면 노조법 제43조 제1항은 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 것으로서 비록 쟁의행위기간 중이라도 쟁의행위권의 침해를 목적으로 하지 않는 사용자의 정당한 인사권행사까지 부인되지는 않는다고 보아야 하므로, 대체근로의 목적이 아니라 자연감소에 따른 인원충원 등의 목적으로 채용하는 것은 허용된다.

그런데 결원충원을 위한 신규채용 등이 노조법 제43조 제1항 위반인지 여부는 표면상의 이유만을 가지고 판단할 것이 아니라 종래의 인력충원 과정·절차 및 시기, 인력부족 규모, 결원 발생시기 및 그 이후 조치내용, 쟁의행위기간 중 채용의 필요성, 신규채용 인력의 투입시기 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.⁵⁸⁾

판례에 따르면 사용자가 쟁의기간 중 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위해 당해 사업과 관계있는 자인 비노동조합원이나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 당해 사업의 근로자로 대체하였는데 그 대체한 근로자마저 사직함에 따라 사용자가 신규채용하게 되었다면, 이는 사용자의 정당한 인사권 행사에 속하는 자연감소에 따른 인원충원에 불과하다고 보아야 하므로 특별한 사정이 없는 한 노조법 제43조 제1항 위반죄를 구성하지 않는다고 한다.⁵⁹⁾

쟁점 : 153 쟁의행위의 목적과 정당성

VI. 경영권 사항과 쟁의행위의 정당성

· [판례]에 따르면, 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다고 하더라도, 노동조합이 그 실시를 반대하기 위하여 벌이는 쟁의행위에는 목적의 정당성을 인정할 수 없다고 한다.

· 여기서 노동조합이 '실질적으로' 그 실시를 반대한다고 함은 비록 형식적으로는 민영화 등 구조조정을 수용한다고 하면서도 결과적으로 구조조정의 목적을 달성할 수 없게 하는 요구조건을 내세움으로써 실질적으로 구조조정의 반대와 같이 볼 수 있는 경우도 포함한다고 보아야 한다.⁶⁰⁾

쟁점 : 174 유니온숍 제도

IV. 유니온숍 조항의 효과

2. 사용자의 해고의무의 예외

(3) 신규입사후 지배적 노조에 대한 가입, 탈퇴절차없이 소수 노조에 가입한 자

- 최근 [판례]에 따르면, "유니온숍 협정의 효력은 근로자의 노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합이 아닌 노동조합의 단결권이 영향을 받지 아니하는 근로자, 즉 어느 노동조합에도 가입하지 아니한 근로자에게만 미친다"고 하면서, "신규로 입사한 근로자가 노동조합

57) 대법원 2000.11.28. 선고 99도317판결 참조

58) 대법원 2008.11.13. 선고 2008도4831 판결

59) 대법원 2008.11.13. 선고 2008도4831 판결

60) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결

선택의 자유를 행사하여 지배적 노동조합이 아닌 노동조합에 이미 가입한 경우에는 유니온 슝 협정의 효력이 해당 근로자에게까지 미친다고 볼 수 없고, 비록 지배적 노동조합에 대한 가입 및 탈퇴 절차를 별도로 경유하지 아니하였다고 하더라도 사용자가 유니온 슝 협정을 들어 신규 입사 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 없는 해고로서 무효로 보아야 한다”고 판시하고 있다.

- 즉 근로자의 단결선택권과 소수노동조합의 단결권이 침해되지 않는 범위 내에서 유니온슝 협정은 효력을 갖는다고 할 수 있다. 이러한 해석은 복수노조시대에 걸맞는 해석으로 평가할 수 있다.

쟁점 175 : 노동조합의 운영비를 원조하는 행위

| Key point | 운영비원조와 지배·개입의 부당노동행위

1. 학설 : 실질설(자주성 저해의 구체적 위험) / 형식설(운영비 원조 자체가 자주성 저해 위험)

2. 과거 판례의 태도

(1) 형식설의 입장 : 81조 4호 단서의 행위를 벗어난 주기적·고정적 운영비 원조행위는 자주성을 잃게 할 위험성이 있으므로 부당노동행위 → 설사 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁의 결과라 하더라도.

(2) 지배·개입의사의 판단 : 법상 허용 안 되는 걸 인식하고서 행위한 경우 그 행위자체로 지배·개입의사 인정(지배·개입의 적극적·구체적 의도나 동기는 불요)

3. 노조법상 운영비원조금지조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정

“운영비원조금지조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 단체교섭권을 침해하므로 헌법에 위반된다. 운영비원조금지조항은 위와 같이 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 운영비원조금지조항에 대하여 단순위헌결정을 하게 되면, 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규제할 수 있는 근거조항 자체가 사라지게 되는 법적 공백상태가 발생한다. 따라서 운영비원조금지조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하기로 한다. 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2019. 12. 31.까지는 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 하여야 할 것이고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 운영비원조금지조항은 2020. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다.”

4. 개정 노조법의 내용

“그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위”도 부당노동행위에서 제외한다는 단서조항을 신설하여 2020.6.9.부터 시행.

II. 노동조합의 운영비를 원조하는 것이 부당노동행위가 되는지 여부

2. 과거 법률 및 판례의 태도

3. 개정된 현행 법률

이처럼 노조법은 i) 근로자가 근로시간중에 유급근로시간면제제도에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용하는 것 ii) 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제등을 위한 기금을 사용자가 기부하는 것 iii) 최소한의 규모의 노동조합사무소를 사용자가 제공하는 것을 운영비 원조 부당노동행위에서 제외하고 있었다.(81조4호 단서)

그런데, 노조법에서는 **“그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위”도 부당노동행위에서 제외한다는 단서조항을 신설하여 2020.6.9.부터 시행하고 있다.**

쟁점 178 : 개별교섭과 부당노동행위

III. 개별교섭과 지배·개입의 부당노동행위의 판단 (이하 내용을 아래내용으로 교체, 내용변화는 없지만, 문장의 순서와 법리등을 고려하여 다시 편집하였음.

III. 개별교섭시 사용자의 부당노동행위

1. 사용자의 중립의무와 개별교섭⁶¹⁾

사용자의 공정대표의무는 교섭창구단일화 방안의 일환으로 도입된 것으로 교섭대표노조의 존재를 전제하고 있으므로, 개별교섭시 복수의 노동조합 또는 조합원간 사용자의 합리적 이유없는 차별행위에 대하여는 적용되지 않는다.⁶²⁾

다만, 사용자는 노동조합들에 대해서 근로자의 단결권을 보장한 헌법 제33조와 노조법상의 부당노동행위 제도의 취지 등에서 도출되는 중립의무를 지는데, 이러한 중립유지의무를 위반하여, 사용자가 어느 노동조합은 우대하거나 반대로 어느 노동조합에게만 불이익을 주는 경우 사용자가 노동조합에 대해 지배·개입하는 행위로 부당노동행위가 될 수 있다. 달리 말하면 노동조합 사이에서 차별을 하지 않아야 할 중립의무는 사용자가 복수 노동조합에 대해 개별 교섭을 하는 경우에도 마찬가지로 인정된다.

2. 구체적 사례

(1) 특정 노조와의 단체협약에 따라 해당노조 조합원에게만 금품을 지급한 경우

판례에 따르면 “부당노동행위 금지 규정과 취지를 고려하면, 노동조합법 제29조의2 제1항 단서에 따라 개별 교섭 절차가 진행되던 중에 사용자가 특정 노동조합과 체결한 단체협약의 내용에 따라 해당 노동조합의 조합원에게만 금품을 지급한 경우, 사용자의 이러한 금품 지급 행위가 다른 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사에 따른 것이라면 부당노동행위에 해당할 수 있다.”고 한다.⁶³⁾

그리고, 이 경우 사용자의 행위가 부당노동행위에 해당하는지는 “금품을 지급하게 된 배경과 명목, 금품 지급에 부가된 조건, 지급된 금품의 액수, 금품 지급의 시기나 방법, 다른 노동조합과의 교섭 경위와 내용, 다른 노동조합의 조직이나 운영에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하며, “그 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생까지 요하는 것은 아니다.”고 판시하고 있다.⁶⁴⁾

61) 김흥영, “개별교섭에서의 중립의무와 지배·개입의 부당노동행위”, 『노동판례리뷰 2019』, 한국노동연구원, 197-198p 참조.

62) 방미진, 『사용자의 공정대표의무와 부당노동행위와의 관계』 고려대 노동대학원 석사학위논문, 2015, 24p

63) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017두33510 판결

64) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017두33510 판결

(2) 특정노조와 체결한 단체협약보다 불리한 단체협약안을 제시한 경우

[판례]에 따르면 개별교섭시 특정한 노조와 체결한 단체협약과 비교하여 불리한 내용의 단체협약안을 다른 노조에게 제시한 경우 “근로자의 단결권을 보장한 헌법 제33조와 노조법상의 부당노동행위 제도의 취지 등에서 도출되는 사용자의 중립의무를 위반한 것으로, 다른 노조의 운영과 활동을 위축시키려는 의도에서 이루어진 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다.”고 판시하여,⁶⁵⁾ 사용자의 중립의무위반에 대하여 지배·개입의 부당노동행위가 성립함을 인정하고 있다.

쟁점 : 180-1 무기계약근로자에 대한 취업규칙의 적용

I. 문제의 소재

기간제 근로자에서 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 의제된 근로자에게 기존 정규직 근로자들에게 적용되던 취업규칙상의 근로조건이 적용되는 것인지가 문제된다.

II. 무기계약으로 간주된 근로자의 근로조건에 대한 취업규칙의 적용

1. 무기계약으로 간주된 근로자의 근로조건에 대한 별도의 취업규칙이 없는 경우

(1) 기간제법상 제4조 제2항 및 제8조 제1항의 의의 및 해석

가. 기간제법 제4조 제2항의 무기계약 간주조항의 효과

기간제법 제4조 제2항은 “사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.”라고 정하고 있다. 그런데, 해당 조항은 사용자가 기간제근로자를 2년을 초과하여 사용한 경우의 효과에 관하여 그 근로계약기간을 정한 것만이 무효로 된다면, 또는 근로계약기간을 제외한 나머지 기존 근로조건은 여전히 유효하다는 식으로 규정하고 있지 않다.⁶⁶⁾

나. 기간제법 제8조 제1항의 차별금지조항의 해석

또한 기간제법 제8조 제1항은 문언상으로는 기간제근로자에 대한 차별적 처우만을 금지하고 있지만, 규정 취지와 공평의 관념 등을 함께 고려하면, 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자의 근로조건이 다른 특별한 사정이 없는 한 동종 또는 유사 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에게 적용되는 근로조건보다 불리하여서는 아니 된다고 해석된다는 것이 판례의 태도이다.⁶⁷⁾

(2) 무기계약으로 간주된 근로자에 대한 취업규칙의 적용여부

취업규칙은 노사간의 집단적 법률관계를 규율하는 법규범의 성격을 갖는 것으로서⁶⁸⁾ 사업장 내의 모든 근로자에 대하여 빠짐없이 적용되도록 작성되어야 하므로 사용자가 사업장내의 근로자 중 일부만을 적용대상으로 하는 취업규칙만을 작성하고 그 나머지 근로자에 대하여 적용되는 취업규칙을 아예 작성하지 않고 있는 것은 취업규칙의 작성의무를 다하지 않은 것이고, 이 경우 배

65) 대법원 2018.9.13. 선고 2016도2446 판결

66) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결

67) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결

68) 대법원 2016.6.9. 선고 2015다78536 판결

제된 근로자에 대해서는 다른 근로자에게 적용되는 취업규칙이 적용된다고 보아야 한다.⁶⁹⁾ 즉 해당 기업의 취업규칙은 기간제법에 따라 무기계약으로 간주된 근로자와 소위 정규직을 모두 적용대상으로 보아야 한다.⁷⁰⁾

따라서 판례에 따르면 기간제법 제4조 제2항 및 기간제법 제8조 제1항의 규정에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자의 근로조건에 대하여는, 해당 사업 또는 사업장 내 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자가 있을 경우 달리 정함이 없는 한 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등이 동일하게 적용된다고 한다.⁷¹⁾

2. 무기계약으로 간주된 근로자의 근로조건에 대한 별도의 취업규칙이 있는 경우

판례에 따르면, 취업규칙은 반드시 사업장의 모든 근로자에 대하여 일제히 적용되도록 작성되어야 하는 것은 아니고, 사용자는 근로자의 근로조건, 근로형태, 직종 등의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 작성할 수 있으므로,⁷²⁾ 무기계약으로 간주된 근로자의 근로조건에 대한 별도의 취업규칙이 있을 경우 그에 따라 근로조건을 정할 수 있을 것이다.

다만 이 경우 기간제법 제8조 제1항과 근로기준법 제6조의 균등처우를 위반한 것이 아닌지를 다시 따져보아야 할 것이다.⁷³⁾

3. 무기계약직의 근로계약과 취업규칙의 충돌시 해결원칙

근로기준법 제97조는 “취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.”라고 정하고 있다.

이 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 것이다. 따라서 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 무효가 되고 무효가 된 부분은 취업규칙에서 정한 기준이 적용되어야 할 것이다.

69) 김유성 I, 203p 참조

70) 도재형, “2019년 노동법 중요판례평석”, 『인권과 정의』 제489호, 대한변호사협회, 2020년 5월, 489p

71) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결

72) 대법원 2000.2.25. 선고 98다11628 판결

73) 양승엽, “무기계약직 근로자의 기존 취업규칙 적용 : 대법원 2019.12.24. 선고 2015다254873 판결”, 『노동법학』 제73호, 한국노동법학회, 2020.3, 266p