

노동법의 정석 추록 (2021 대비)

※ 노동법의 정석 제3판은 사례연습과의 연동성을 높이기 위해서 모든 목차의 시작을 I. 문제의 소재로 바꾸었습니다. 뿐만 아니라, 사례연습과 정합성이 떨어지는 부분의 목차순서도 상당부분 바꾸었습니다. 내용자체를 바꾼 것이 아니라 목차부분을 상당히 바꾼 것이어서, 추록작업을 하기가 현실적으로 어려웠습니다. 그래서 세부적인 부분보다는 추가된 쟁점을 중심으로 추록을 올려드립니다. 쟁점을 꽤 많이 추가했으므로, 쟁점번호는 제2판과 다릅니다. 그 부분을 고려하시기 바랍니다.

노동법의 정석 2판 36p

2. 유리의 원칙

- 하지만 당해 사안에 관해 적용되는 여러 법원 중에서 근로자에게 가장 유리하게 규정된 법원이 가장 우선적으로 적용된다는, 노동법상의 독특한 원칙이 있는데(근기법 15조 및 97조의 반대해석 등) 이를 유리의 원칙이라 한다.

그런데, 취업규칙과 근로계약이 충돌하고 있는 경우에도 유리의 원칙이 인정되는지가 특히 문제된다.

(1) 취업규칙과 근로계약의 충돌시 적용규범 : 유리의 원칙 인정 여부

가. 관련 법률 조문과 입법취지

① 취업규칙의 강행적·보충적 효력(제97조)

근로기준법 제97조에 따르면 “취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.”고 규정되어 있다. 그런데, 이 조항은 근로계약에 대한 취업규칙의 ‘강행적, 보충적 효력’만을 규정하고 있을 뿐 유리성의 원칙을 언급하고 있지 않으므로, 취업규칙에 대한 근로계약의 유리의 원칙을 인정할 것인지는 해석론에 의존할 수밖에 없다.¹⁾

판례에 따르면 이 규정은 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 막아 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하기 위한 규정이라고 한다.

즉 이 조항을 반대해석하면 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다는 것이 판례의 태도이다.

② 취업규칙의 불이익변경요건(제94조) 및 근로조건 자유결정의 원칙(제4조)

근로기준법 제94조에 따르면 “사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.”고 규정되어 있다. 또한 근로기준법 제4조에 따르면 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.”고 규정되어 있다.

1) 이정, “취업규칙 불이익변경과 유리성의 원칙”, 『월간 노동법률』, 2020.2월호 참조.

판례에 따르면 제94조는 근로계약과는 무관하게 취업규칙의 유효한 변경을 위한 요건을 규정한 것에 불과할 뿐이고, 근로기준법 제4조는 근로조건이 근로관계당사자 사이에서 자유로운 합의에 따라 정해져야 하는 사항을 분명히 함으로써, 근로자를 보호하기 위한 것이 취지라고 설명하고 있다. 즉 취업규칙이 적법하게 집단적 동의를 받아 근로자에게 불리하게 변경된 경우라도 근로기준법 제4조가 정하는 근로조건 자유결정의 원칙은 여전히 지켜져야 한다는 것이 판례의 태도이다. 즉 취업규칙에 대한 근로자의 집단적 동의는 취업규칙의 불이익변경의 적법성을 인정받기 위한 요건일 뿐 이를 통해 유리한 내용의 근로계약을 자동적으로 폐기시킬 수 있는 권한까지 포함하고 있다고 볼 법적 근거는 없는 것이다²⁾

나. 유리의 원칙 인정여부

해당 법률조문의 입법취지를 고려할 때, “근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없다”는 것이 판례의 태도이다. 즉 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다는 것이다.³⁾

하지만 이런 판례의 태도에 대하여 취업규칙 불이익 변경의 경우, 근로자 과반수의 동의라는 집단적 변경 법리가 확립되어 있음에도 불구하고 유리성의 원칙을 인정하게 되면, 개별적 동의 여부에 따라 변경된 취업규칙이 적용되는 경우와 적용되지 않는 경우로 나누어지게 되므로 근로조건에 대한 집단적 통일화라는 취업규칙 본래의 목적을 성취하기 어렵게 된다는 비판적 견해도 존재한다.⁴⁾

노동법의 정석 2판 67p

8 회사임원의, 근로기준법상 근로자성 (행19)

| Key point | 회사임원의, 근로기준법상 근로자성

1. 일반관계법리 적용
2. 임원의 근로자성 판단
 - (1) 업무집행권을 가진 임원 : 사용종속관계가 없는 경우 근기법상 근로자성 부정
 - (2) 사용종속관계가 인정되는 임원 : 실질적으로 사용종속관계가 있는 경우 근기법상 근로자성 인정

2) 박귀천, “불이익하게 변경된 취업규칙보다 우선하여 적용되는 유리한 근로계약”, 『월간노동법률』 2020.5월호 참조

3) 이전에 원심판결을 인용한 대법원 판결에서도 [판례]는 “취업규칙은 근로자의 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적·통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 것인데 반해, 근로계약은 사용자와 근로자의 합의에 기초한 것이므로, 어떠한 근로조건에 관해 취업규칙과 근로계약이 각기 다르게 정하고 있다면, 취업규칙이 근로자에게 보다 유리하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 근로계약이 우선 적용된다고 봄이 상당하다”고 하면서 “근로계약을 체결한 이후 시점에 취업규칙이 적법한 절차를 거쳐 근로자에게 불리하게 변경되었다고 하여 유리한 근로계약에 우선하여 불리하게 변경된 취업규칙이 적용된다고 볼 수도 없다”고 판시하고 있다. (대법원 2017.12.13. 선고. 2017다261387 판결 (원심판결 인용))

4) 이정, “취업규칙 불이익변경과 유리성의 원칙”, 『월간노동법률』 제2월호 참조.

5) 민변 노동위원회 편저, 『변호사가 풀어주는 노동법 I』, 민주사회를 위한 변호사 모임, 2002, 60p

[목차]

- I. 문제의 소재
- II. 근로기준법상 근로자의 개념과 일반 판례법리
 - 1. 근로기준법상 근로자의 개념
 - 2. 근로자성 판단에 관한 판례법리
- III. 회사 임원의, 근로기준법상 근로자성
 - 1. 임원의 의의
 - 2. 임원의 근로자성 판단 기준
 - (1) 업무집행권을 가진 임원
 - (2) 사용종속관계가 인정되는 임원

I. 문제의 소재

- 회사의 임원도 근로기준법상의 근로자로 볼 수 있는지가 문제된다.(사례 : 임원이 재해 보상을 청구하거나, 퇴직금을 청구하는 경우)

II. 근로기준법상 근로자의 개념과 일반 판례법리

1. 근로기준법상 근로자의 개념

근로기준법상의 근로자라 함은 i) 직업의 종류에 관계없이 ii) 사업 또는 사업장에서 iii) 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다(근로기준법 2조1항1호). 그런데, 근로기준법 제2조 제 1항 제1호에 규정한 법문상의 요건만 가지고는 근로자성의 여부를 결정하기란 쉬운 일이 아니다. 그래서 학계의 통설과 판례는 종래부터 이른바 “사용종속관계론”을 받아들여 근로자성을 결정하여 왔다.⁵⁾

2. 근로자성 판단에 관한 판례법리

판례는 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.

그리고 사용종속적인 관계가 있는지 여부에 대해서 “① 업무 내용을 사용자가 정하고, 취업규칙 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.

다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안된다”고 판시하고 있다. 6)

II. 회사 임원의, 근로기준법상 근로자성

1. 임원의 의의

회사의 임원인 이사는 원래 회사의 기관으로서 업무집행을 결정하는 이사회 의 구성원이고 회사와 위임계약을 체결한다.7)

2. 임원의 근로자성 판단 기준

하지만 판례에 따르면 회사의 임원이 근로자인지 여부도 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다고 한다.

(1) 사용종속관계가 없는 임원

이사회 구성원인 이사는 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받아 행위하는 자로서, 특별한 사정이 없는 한 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니어서 근로기준법상의 근로자라고 볼 수는 없다. 따라서 실제로 업무집행권을 가진 임원의 경우에는 근로자성을 부정한다.

(2) 사용종속관계가 인정되는 임원

다만, 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 있거나 ii) 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.8) 즉 임원이라고 하더라도 사용종속관계가 있는 경우 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.9)

노동법의 정석 2판 67p

6) 대법원 2017.1.25. 선고 2015다9146 판결 참조

7) 김형배. 박지순 9판, 31p

8) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결

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

10) 하경효 3판, 493-495p 참조

10 미등록 외국인의, 근로기준법상 근로자성 (행18)

| Key point | 미등록 외국인의, 근로기준법상 근로자성

1. 일반판례법리 적용
2. 출입국관리법상 고용제한규정의 입법목적 : 국내 고용시장의 불안정 해소 및 국내근로자의 근로조건 유지 (형사처벌)
3. 출입국관리법상 고용제한규정을 위반 근로계약의 효력
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(判)

[목차]

- I. 문제의 소재
- II. 근로기준법상 근로자의 개념과 판례법리
 1. 근로기준법상 근로자의 개념
 2. 근로자성 판단에 관한 판례법리
- III. 미등록 외국인의, 근로기준법상 근로자성
 1. 출입국관리법상 고용제한규정의 입법목적
 2. 출입국관리법상 고용제한규정을 위반한 근로계약의 효력
 - (1) 근로계약 유효설
 - (2) 근로계약 무효설

I. 문제의 소재

출입국관리법상 등록이 되어 있지 않은 불법체류 외국인과 체결한 근로계약도 효력이 있는지, 즉 미등록 외국인도 근로기준법상 근로자에 해당하는지가 문제된다.

II. 근로기준법상 근로자의 개념과 판례법리 (위의 쟁점 8 참조)

1. 근로기준법상 근로자의 개념
2. 근로자성 판단에 관한 판례법리

III. 미등록 외국인의, 근로기준법상 근로자성

1. 출입국관리법상 고용제한규정의 입법목적

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

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

2. 출입국관리법상 고용제한규정을 위반한 근로계약의 효력¹⁰⁾

(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 노동관계법상의 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 입법 목적을 달성하기 위해서는 해당 조항을 효력법규라고 보아야 한다는 견해이다. 하지만 이러한 견해는 외국인의 기본적인 인권과 근로조건을 보호할 수 없다는 이유로 거의 찾아볼 수 없다.

노동법의 정석 2판 85p

16 근로계약상 근로내용과 무관한 사정을 이유로 한 차별

| Key point | 근로계약상 근로내용과 무관한 사정을 이유로 한 차별

1. 근로기준법 제6조 : 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현
2. 차별의 합리적 이유 : 근로계약상 근로내용과는 무관한 사정을 이유로 한 차별은 합리적 이유가 없는 불합리한 차별임.

[목차]

I. 문제의 소재

II. 균등대우 원칙의 의의·취지 및 합리적 이유 : 전업, 비전업의 차별

1. 균등대우의 원칙의 의의 및 취지
2. 차별적 처우의 합리적 이유에 대한 판례
 - (1) 판례의 태도
 - (2) 판례의 검토

III. 적용

I. 문제의 소재

행정청의 지위에 있는 국립대학교의 장이 전업강사와 비전업시간강사의 강사료를 차별한 경우, 전업과 비전업이라는 사정 및 대학의 재정 상황이 근로기준법 제6조상의 차별적 처우를 정당화시킬만한 합리적 이유에 해당하는지가 문제된다.

II. 균등대우 원칙의 의의·취지 및 합리적 이유 : 전업, 비전업의 차별

1. 균등대우의 원칙의 의의 및 취지

- 근로법 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.
- 그런데, 헌법상 평등원칙은 근로기준법 등의 개별노동관계법의 규정을 통해 사인간의 법률관계에도 적용된다. 판례에 따르면, “근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우 원칙은 헌법 제11조제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것”이라고 한다.¹¹⁾ 즉 근로기준법 제6조의 균등대우원칙은 헌법상 평등원칙을 입법적으로 실현한 것이라고 할 수 있다.¹²⁾
- 다만, 헌법상의 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 합리적인 근거가 없는 차별을 금지하는 상대적 평등을 의미한다. 따라서 전업과 비전업이라는 사정 및 대학의 재정 상황이 근로기준법 제6조상의 차별적 처우를 정당화시킬만한 합리적 이유에 해당하는지가 문제된다.

2. 차별적 처우의 합리적 이유에 대한 판례

(1) 판례의 태도

- 근로기준법 제6조에서 규정하고 있는 ‘차별적 처우’란 사용자가 근로자를 임금 및 그 밖의 근로조건에서 합리적인 이유없이 불리하게 처우하는 것을 의미한다.¹³⁾ •
- 판례에 따르면, 근로법 제6조에서의 ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 당해 근로자가 제공하는 근로의 내용을 종합적으로 고려하여 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 말한다.¹⁴⁾
- 그런데, 판례에서는 헌법상의 평등원칙에 입각하여 “근로계약을 체결할 때에 사회적 신분에서 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.¹⁵⁾

(2) 판례의 검토

- 판례는 합리적 이유의 존부 판단에서 고려할 사항들이 ‘근로계약상의 근로 내용’과 관련성을 가져야 한다고 그 한계를 설정한 것이라 할 수 있다.¹⁶⁾
- 그동안 근로조건상 차별을 주장할 경우, 특별법이 없는 경우에는 근로법 제6조에서 명시한 “남녀의 성, 국적, 신앙, 사회적 신분을 이유로 한 차별”에 포섭되는지가 판건

이었는데, 판례를 통하여 “근로내용과는 무관한 다른 사정”을 이유로 한 모든 차별에 대하여 위법성을 주장할 수 있게 되었다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다.

- 다만, 해당 사건은 피고가 행정청의 지위에 있는 국립대학 총장으로서 헌법상의 평등원칙을 준수할 의무를 부담하는 수급자라는 점을 고려한다면, 해당 판례법리가 근로관계에 관한 차별의 일반 원칙 또는 보편적 적용이 가능한 법리로 수립될 수 있는지는 명확하지 않다는 견해도 있다.¹⁷⁾ 하지만, 헌법상 기본권 조항은 사법상의 일반 원칙을 규정한 조항의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 되므로¹⁸⁾ 해당 판례의 법리 전개는 사인 간의 근로관계에도 적용될 수 있을 것이다.
- 특히 향후에는 고용상 차별에서 사각지대로 있었던 무기계약직 차별이나 기간제 상호 간의 차별 등에서 ‘근로계약상의 근로 내용과는 무관한 다른 사정’을 이유로 근로자에 대한 불합리한 차별 대우를 한 경우, 해당 판례법리가 적용될 수 있을지가 논의되어야 할 것이다.¹⁹⁾

III. 적용

전업인지 비전업인지 여부, 사용자 측의 재정 상황 등은 시간제 근로자인 시간강사의 근로 내용과는 무관한 것으로서 강사료를 차별적으로 처우하는 데 대한 합리적인 이유가 될 수 없다고 할 것이다. 따라서 대학 총장이 시간강사를 전업과 비전업으로 구분하여 시간당 강의료를 차등지급하는 것은 근기법 제6조에 위반하는, 합리적 이유없는 부당한 차별적 대우에 해당한다.

11) 대법원 2019.3.14. 선고 2015두46321 판결

12) 도재형, “시간강사료 차등지급의 위법성”, 『월간 노동법률』 2019.4월호 판례평석중

13) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321 판결 ; 근로기준법은 근로관계가 성립한 때로부터 종료할 때까지의 근로조건을 규율.보호대상으로 하고 있으므로, ‘차별적 처우’를 그 이외의범위에게까지 확대하여 해석할 것은 아니라고 생각한다.(김형배, 박지순 9판 79p)

14) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321 판결 ; 차별적 처우인지의 여부는 합리적인 이유의 존부에 따라 판단되는 것이므로 매우 중요함에도 불구하고, 각 법률은 합리적 이유에 대한 정의규정을 두고 있지 아니하다. 그런데, 차별금지이유는 각 법률이 금지하는 차별사유에 따라 다를 수 있으므로 차별을 정당화하는 합리적 이유도 각 차별사유에 따라 개별적·구체적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

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

16) 도재형, 위의 글 참조

17) 김근주, 앞의 글, 67p

18) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 판결

19) 김근주, 앞의 글, 67p

20) 대법원 2019.3.14. 선고 2015두46321 판결

21) 도재형, “시간강사료 차등지급의 위법성”, 『월간 노동법률』 2019.4월호 판례평석중

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

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

24) 대법원 1996.8.23. 선고 94누13589 판결

17 공법상 근무관계에 있는 여성근로자와 근로기준법 6조 적용여부

| Key point | 공법상 근무관계에 있는 여성 근로자와 근로기준법 제6조

1. 근로법 제6조의 적용대상 : 근로법 제6조는 국가기관과 공무원 간의 공법상 근무관계에도 적용.(∵ 국가=기본권의 수범자, 공무원 = 근로자)
2. 차별적 처우의 합리적 이유의 판단 : 헌 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 판단.

[목차]

I. 문제의 소재

II. 균등대우 원칙의 의의, 적용대상과 합리적 이유

1. 균등대우의 원칙의 의의 및 취지
2. 근로기준법 제6조의 적용대상 - 공법상 근무관계에의 적용 여부
3. 차별적 처우의 합리적 이유 : 여성에 대한 불합리한 차별인지의 판단기준

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. 균등대우 원칙의 의의, 적용대상과 합리적 이유

1. 균등대우의 원칙의 의의 및 취지

- 근로법 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.
- 그런데, 헌법상 평등원칙은 근로기준법 등의 개별노동관계법의 규정을 통해 사인간의 법률관계에도 적용된다. 판례에 따르면, “근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우 원칙은 헌법 제11조제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것”이라고 한다.²⁰⁾ 즉 근로기준법 제6조의 균등대우원칙은 헌법상 평등원칙을 입법적으로 실현한 것이라고 할 수 있다.²¹⁾

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, 근로기준법 제6조는 국가기관과 공무원 간의 공법상 근무관계에도 적용된다.²²⁾

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.²³⁾

3. 차별적 처우의 합리적 이유 : 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”²⁴⁾

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.²⁵⁾

그리고 차별에 합리적인 이유가 있는지는 사용자가 증명하여야 하고, 이를 증명하지 못한 경우에는 근로기준법 제6조 위반으로 무효라고 보아야 한다.²⁶⁾

노동법의 정석 2판 105p

19 근로자의 취업청구권 (목차 등을 예전판에 비해 많이 수정했습니다)

| Key point | 취업청구권의 인정여부

1. 학설 : 부정설(근로제공의무는 의무일 뿐) vs 긍정설(근로제공은 인격실현행위로서 권리)
2. 판례 : 정신적 고통에 대한 배상의무 인정(취업청구권을 명시하고 있지는 않음)
“근로자의 의사에 반해서 근로자의 근로제공을 계속 거부하는 것은 인격적 법익침해로 정신적 고통에 대해 배상할 의무”

[목차]

I. 문제의 소재

II. 근로자의 취업청구권(사용자의 근로수령의무)의 의미 및 인정여부

1. 취업청구권(근로수령의무)의 의미
2. 취업청구권의 인정여부 및 근거

25) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결 (특히 이 판례는 헌법 제32조 제4항에서 규정한 ‘여성근로에 대한 부당한 차별금지’라는 헌법적 가치를 염두에 두어야 한다는 설시를 하여 이를 강조하고 있다)

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

(1) 학설

가. 원칙적 부정설

나. 긍정설

(2) 판례

가. 판례의 태도

나. 판례의 평가

I. 문제의 소재

- 근로자가 근로를 제공하려 하였으나 사용자가 취업을 거부한 경우 수령지체가 되어 근로자에게 임금을 지급해야 한다는 점에는 이견이 없다.
- 이 경우 근로자의 취업청구권(사용자의 근로수령의무)을 인정할 것인가가 문제되는데, 취업을 거부당한 근로자가 사용자에게 채무불이행에 따른 손해배상을 청구할 수 있는지, 그리고 근로자가 취업방해금지 가처분²⁷⁾을 신청한 경우에 그 피보전권리로서 취업청구권이 인정되는가의 형태로 주로 제기된다.²⁸⁾

II. 근로자의 취업청구권(사용자의 근로수령의무)의 의의 및 인정여부

1. 취업청구권(근로수령의무)의 의의

근로수령의무란, 근로계약에 따라 근로자가 제공하는 근로를 사용자가 정당한 이유없이 그 수령을 거부할 수 없는 의무를 말하는데, 사용자의 근로수령의무를 근로자 측에서 보면 권리이므로, 근로자의 취업청구권이라고도 한다.²⁹⁾

그런데, 이러한 근로자의 취업청구권(사용자의 근로수령의무)을 인정할 것인가에 대하여는 긍정설, 부정설의 견해 대립이 있다.³⁰⁾

2. 취업청구권의 인정여부 및 근거

(1) 학설

가. 원칙적 부정설

- 근로제공의무는 의무일 뿐 권리는 아니라는 것, 즉 사용자는 임금을 지급하기만 하면 그 근로자의 노동력을 사용할 것인가 여부는 자유이고 근로수령의무 자체를 가지는 것은 아니라는 것에 근거하여 취업청구권을 원칙적으로 인정할 수 없다는 견해이다.³¹⁾
- 즉, 사용자의 근로수령의무를 원칙적으로 인정하면서 이를 근로자의 인격권으로 도출하는 것은 무리이므로, 명시적 또는 묵시적 합의가 있다고 해석되는 경우이거나³²⁾, 특별한 기능자 등 근로의 성질상 취로의 거부가 현저히 불이익이 따르는 경우에 한하여³³⁾ 취업청구권을 인정할 수 있다는 견해이다.

나. 긍정설

- 근로제공은 임금획득을 위한 수단적 활동으로 그치지 않고 그 자체가 목적인 활동 또는 근로자의 인격실현행위로서 법률상 두텁게 보호받아야 하고, 사용자가 정당한

이유없이 취업을 거부하는 것은 채무불이행에 해당한다고 하면서 취업청구권을 인정하는 견해이다.³⁴⁾

- 취업청구권이 인정되는 구체적인 법적 근거는, 신의칙상 사용자의 근로계약상의 부수적 의무로서의 배려의무에 있다고 보는 것이 일반적이다.³⁵⁾

(2) 판례

가. 판례의 태도

- [판례]에 따르면 “사용자는 특별한 사정이 없는 한 근로자와 사이에 근로계약의 체결을 통하여 자신의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위 내에서 근로자가 근로제공을 통하여 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시킬 수 있도록 배려하여야 할 신의칙상의 의무를 부담하므로, 사용자가 근로자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 근로자의 근로제공을 계속적으로 거부하는 것은 이와 같은 근로자의 인격적 법익을 침해하는 것이 되어 사용자는 이로 인하여 근로자가 입게 되는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있다”고 판시하고 있다.³⁶⁾

나. 판례의 평가

- 해당 판례가 취업청구권 또는 사용자의 근로수령의무라는 표현을 명시적으로 사용한 것은 아니므로, 해당 판례의 태도에 대한 평가는 엇갈리고 있다
- i) 해당 판례는 근로자의 취업청구권을 인정하지 아니하면서 부당한 복직거부를 근로자의 인격적 이익에 대한 침해로 보아 불법행위의 성립만을 인정한 판결로 보아야 한다는 평가도 존재하고 있으며³⁷⁾, ii) 명시적으로 취업청구권이나 사용자의 근로수령의무라는 표현을 사용하지는 않았지만, 판결의 취지상 근로자의 일반적인 취업청구권을 인정하고 있으며, 그 근거를 신의칙에 기한 사용자의 근로계약상의 부수적 의무로서의 배려의무에서 구한 것으로 보아야 한다는 평가³⁸⁾도 존재한다.

노동법의 정석 2판 135p

27) 해고된 근로자가 지위보전가처분명령을 얻어 계속하여 근로를 제공하려고 하여도 사용자가 그 수령을 거부하는 경우에 사용자에게 근로수령의무가 있음을 근거로 하여 사용자에게 근로수령을 명하는 가처분을 발하는 것을 취업방해금지 가처분이라고 한다.(정진경, 『부당해고의 구제』, 경인문화사, 2009, 309p)

28) 임종률 15판, 352p

29) 이병태 8판, 613p

30) 임종률 15판, 353p

31) 임종률 15판, 352p

32) 전윤구, “부당해고에 따른 근로자의 손해배상청구에 관한 연구”, 법학석사학위논문, 고려대, 1999, 65p

33) 이병태 8판, 613p ; 임종률 18판, 364p ; 서울고판 1984.12.23., 94나35291 참조

34) 임종률 15판, 352p

35) 김형배·박지순 9판, 138p ; 정진경, 『부당해고의 구제』, 경인문화사, 2009, 258p 참조

36) 대법원 1996.4.23. 선고 95다6823 판결

37) 임종률 18판, 363-364p

38) 정진경 『부당해고의 구제』, 경인문화사, 2009, 260p

39) 사법연수원(해고와임금), 293p

25 취업규칙의 법적성질과 해석원칙

[Key point] 취업규칙의 법적 성질과 해석원칙

1. 법적성질 : 노사간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격(근거 : 수권설)
2. 해석원칙 : 법규범의 성격을 갖는 것이므로 명확한 증거가 없는 한 그 문언의 객관적 의미를 무시하는 해석이나 사실인정은 신중하고 엄격하여야 함.

[목차]

I. 문제의 소재

II. 취업규칙의 법적 성질과 해석원칙

1. 논의의 실익

2. 학설

(1) 법규범설

가. 의의

나. 수권설과 불이익변경의 효력발생요건

(2) 계약설

가. 의의

나. 사실관습설과 불이익변경의 효력발생요건

3. 판례의 태도

I. 문제의 소재

- 취업규칙이라 함은 사업장에서의 근로자에 대한 복무규율과 근로조건에 관한 준칙의 내용을 정한 것으로서 사용자에게 의하여 일방적으로 작성되는 사업장 내부의 규칙을 말한다.³⁹⁾
- 그런데, 취업규칙은 사용자가 개별근로자와 합의하지 않고 일방적으로 정한 것인데도 불구하고 당사자 사이의 합의로 성립된 근로계약을 무효로 하고 우선 적용되는 효력을 가지는 근거가 무엇인지가 문제된다.⁴⁰⁾ 이에 관한 학설은 매우 다양하지만 크게 법규범설과 계약설로 나누어진다.
- 한 편, 취업규칙의 법적 성질이 무엇인가에 따라 해석의 원칙도 문제된다.

II. 취업규칙의 법적 성질과 해석원칙

1. 논의의 실익

- 취업규칙의 법적 성질이 무엇인가는 주로 근로자에게 불리하게 변경된 취업규칙의 효력발생요건 문제 및 반대의사를 표명한 근로자를 구속할 수 있는지의 여부를 해명하기 위하여 논의되는 것인데, 근로기준법은 이에 대하여 명문의 규정을 두고 있으므로, 논의의 실익은 그만큼 줄어들었다고 보아야 할 것이다.⁴¹⁾
- 그렇지만, 여전히 취업규칙의 해석의 원칙이나 동의를 얻지 않은 취업규칙

의 효력 등과 관련하여 논의의 실익은 살아 있다 할 것이다.

2. 학설

(1) 법규범설

가. 의의

- 법규범설은, 취업규칙은 그 자체가 법률상으로도 근로계약 당사자를 구속하는 법규범이라고 본다.
- 취업규칙이 어떻게 법규범성을 가지는가에 대하여는 경영권설⁴²⁾, 관습법설⁴³⁾, 수권설 등이 있으나, 오늘날 주목되는 것은 수권설이다.⁴⁴⁾
- 수권설은, 취업규칙은 본래 사회규범에 불과하지만 국가가 사용자의 지배력 억지와 근로자 보호를 위해 근기법 제97조를 통해 법규범적 효력을 가지는 취업규칙 제정권한을 사용자에게 수권한 것이고 이 수권에 근거하여 취업규칙이 근로계약 당사자에 대한 구속력을 가진다고 설명하는 견해이다.⁴⁵⁾

나. 수권설과 불이익변경의 효력발생요건

- 수권설에 따르면 취업규칙은 근로자의 동의 유무에 관계없이 구속력을 가지지만, 불이익변경의 경우에는 근로자의 기득이익을 침해하고 근로자보호라는 취업규칙 제도의 목적에 어긋나므로 예외적으로 법규범을 변경하는 경우처럼 근로자의 집단적 동의가 있어야 구속력을 미친다는 결론에 도달하게 된다.⁴⁶⁾

(2) 계약설

가. 의의

- 계약설은 취업규칙 그 자체는 법규범이 아니지만, 근로자의 동의를 매개로 근로계약의 내용이 되어 당사자를 구속한다고 본다.⁴⁷⁾
- 취업규칙이 어떻게 근로계약의 내용이 되는가에 대하여는 순수계약설⁴⁸⁾, 정형계약설⁴⁹⁾, 사실관습설 등이 있는데, 오늘날 주목되는 것은 사실관습설이다.
- 사실관습설은, 일반적으로 사용자와 근로자 사이에 근로조건은 취업규칙에 따른다는 사실인 관습이 존재하기 때문에 이를 매개로 하여 취업규칙상 근로조건에 관한 부분이 근로계약의 내용이 된다고 설명한다.⁵⁰⁾

나. 사실관습설과 불이익변경의 효력발생요건

- 사실관습설에 따르면 취업규칙은 이에 반대의사를 표명한 근로자를 구속하지 않는 것이 원칙이지만, 불이익변경의 경우에는 예외적으로 법률이 특별히 창설한 규정(94조1항단서)에 따라 근로자의 집단적 동의를 받은 이상

개인적으로 반대의사를 표명한 근로자에게도 구속력을 미친다는 결론에 도달하게 된다.⁵¹⁾

3. 판례의 태도

- 우리 [판례]는 취업규칙을 “노사 간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격”⁵²⁾을 갖는 것이라고 판시하면서, 그 근거에 대하여는 “근로기준법이 중속적 노동관계의 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자의 입장을 보호강화하여 그들의 기본적 생활을 보호향상시키려는 목적의 일환으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것”⁵³⁾이라고 함으로써 수권설의 입장을 취하고 있다 할 수 있다.
- [판례]에 따르면, 취업규칙은 법규범의 성격을 갖는 것이므로, “명확한 증거가 없는 한 그 문언의 객관적 의미를 무시하게 되는 사실인정이나 해석은 신중하고 엄격하여야 한다”⁵⁴⁾

노동법의 정석 2판 157p

-
- 40) 임종률 15판, 355p
 - 41) 임종률 15판, 357p
 - 42) 사용자는 경영권에 기해 취업규칙을 작성할 권한이 있고 이렇게 작성된 취업규칙이 근로계약 당사자를 구속한다는 견해이다.
 - 43) 취업규칙이 사업 또는 사업장의 관습법이어서 근로계약 당사자를 구속한다는 견해이다.
 - 44) 임종률 15판, 355p
 - 45) 임종률 15판, 355p
 - 46) 임종률 15판, 355-356p(이 경우 근기법 94조1항 단서의 규정은 확인규정에 불과하다)
 - 47) 임종률 15판, 356p
 - 48) 취업규칙은 일반적 계약의 한 유형으로 당사자의 합의를 통해서만 취업규칙의 내용이 결정되며, 근로관계의 개시 또는 전개에 따라 근로자가 취업규칙의 내용에 포괄적인 동의를 한 것으로 보는 견해이다.
 - 49) 정형계약설은 취업규칙 그 자체는 사용자가 일방적으로 정하는 보통거래약관과 같은 것으로서 근로자가 현실적으로 이에 동의하지는 않았지만, 일반적으로 사용자와 근로자 사이에 근로조건은 취업규칙에 따른다는 사실인 관습이 있기 때문에 이를 매개로 취업규칙이 근로계약의 내용이 된다고 하는 견해이다.
 - 50) 김형배 25판, 291p
 - 51) 임종률 15판, 356p
 - 52) 대법원 2016.6.9. 선고 2015다78536 판결
 - 53) 대법원 1977.7.26. 선고 77다355 판결
 - 54) 대법원 2016.6.9. 선고 2015다78536 판결

32 탈법행위로서의 취업규칙 변경의 효력

| Key point | 탈법행위로서의 취업규칙 변경의 효력

취업규칙을 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 얻어 변경했다고 하더라도 탈법행위로 판단되는 경우 그 변경의 효력을 부정함(判)

[목차]

I. 문제의 소재

II. 취업규칙의 불이익변경절차와 취업규칙의 효력 : 탈법행위를 중심으로

1. 취업규칙의 불이익변경절차와 효력

2. 탈법행위로서의 취업규칙 변경의 효력

I. 문제의 소재

(최저임금법 등의) 강행법규의 위반을 피하기 위하여 근로자 과반수의 동의절차를 밟아 (소정근로시간을 단축하는 형태로) 취업규칙을 변경한 경우, 그 취업규칙이 효력이 있는지가 문제된다.

II. 취업규칙의 불이익변경절차와 취업규칙의 효력 : 탈법행위를 중심으로

1. 취업규칙의 불이익변경절차와 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. 탈법행위로서의 취업규칙 변경의 효력

탈법행위란 “강행법규 내지 효력규정을 직접적으로 위반하지는 않으나, 그 법규가 금지하고 있는 것을 회피수단에 의하여 실질적으로 실현하는 행위”를 말한다.⁵⁵⁾

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.⁵⁶⁾

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.⁵⁷⁾

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.

55) 이재열외, 『법학개론』, 집현재, 2020, 131p

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

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

이에 대하여 취업규칙의 불이익변경방법을 거친 경우에는 탈법행위로 보아서는 안되며 취업규칙의 효력을 인정해야 한다는 견해, 무효행위의 전환 법리⁵⁸⁾를 적용할 수 있다는 견해 등도 있다.

노동법의 정석 2판 166p

34 현물의 임금성 (행18)

| Key point | 현물의 임금성

현물로 지급되었더라도 근로의 대가로 지급하여 온 금품이라면 임금이다.

[목차]

I. 문제의 소재

II. 현물로 지급된 금품의 임금성

1. 임금의 의의 및 판단기준

(1) 임금의 의의

(2) 임금의 판단기준

가. 판례법리 : 지급의무와 지급형태에 따른 임금성 판단

나. 판례의 보충법리 : 근로제공과의 직접적 혹은 밀접한 관련성

2. 현물로 지급된 금품의 임금성

I. 문제의 소재

• 임금의 개념은 근기법을 통해 보호하려는 대상을 정하는 의미를 가지며, 퇴직금이나 가산임금 등 여러 임금제도의 산정기초가 되는 평균임금·통상임금의 범위를 정하는 전제도 된다.⁵⁹⁾ 따라서 해당 금품이 임금에 해당하는지를 판단할 필요가 있다.

• 또한 연료보조비나 식대보조비 등을 현물로 제공한 경우, 현물로 지급된 금품을 임금으로 인정할 수 있는지도 문제된다.

II. 현물로 지급된 금품의 임금성

1. 임금의 의의 및 판단기준

(1) 임금의 의의

• 근로기준법은 임금에 관하여 “임금이란 사용자가 근로의 대가로 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.”(근로기준법 제2조 제1항 제5호)고 정의내리고 있다. 즉 임금은 i) 사용자가 근로자에게 지급하는, ii) 명칭을 불문한 일체의 금품으로서, iii) 근로의 대상으로 지급되는 것일 것이라는 3가지

58) 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)

59) 김유성 I, 75p

요소로 이루어져 있다고 할 수 있다. 특별히 그 중에서도 해당 금품이 근로의 대가인 지를 어떻게 판단할 수 있을지가 쟁점이라 할 수 있다.

(2) 임금의 판단기준

가. 판례법리 : 지급의무와 지급형태에 따른 임금성 판단

[판례]는 임금에 대하여 “사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금원으로, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있다면 그 명칭 여하를 불문하고 모두 이에 포함”된다고 판시하여 임금의 판단기준을 제시하고 있다.⁶⁰⁾

즉 판례는 기본적으로 지급의무가 예정되어 있는지의 여부 및 지급형태의 계속성과 정기성에 따라 근로의 대가성 유무를 판단하고 있다.

나. 판례의 보충법리 : 근로제공과의 직접적 혹은 밀접한 관련성

그런데 판례의 판단기준이 지급형태와 지급의무를 중시한다는 점에서 자칫 형식적인 판단이 될 위험도 존재한다.⁶¹⁾

이에 따라 [판례]는 “어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것인지를 판단할 때에는 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하고, 이러한 관련 없이 지급의무의 발생이 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 의하여 좌우되는 경우에는 금품의 지급이 단체협약·취업규칙·근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어진 것이라 하더라도 그러한 금품은 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없다”⁶²⁾고도 하고 있으며, “드물게나마 계속적·정기적으로 지급되는 것이 아니라 하더라도... 사용자가 근로자의 근로제공과 관련하여 지급하는 것으로 볼 수 있으면 임금에 해당”한다고 하여⁶³⁾, 근로의 대가성에 대해 보충법리를 활용하고 있다.⁶⁴⁾

2. 현물로 지급된 금품의 임금성

근로기준법은 제2조 제1항 제5호에서 임금을 “금품”이라고 표현하여 현물의 임금성을 인정하고 있으며, [판례] 역시 ‘현물로 지급되었더라도 근로의 대가로 지급하여 온 금품이라면 임금으로 봄이 상당하다’고 판시하여, 현물도 근로의 대가성이 있는 경우 임금으로 판단하고 있다.⁶⁵⁾

따라서 현물로 어떠한 금품을 매월 정기적으로 지급하여 근로의 대가성을 가지고 있는 경우, 이는 임금에 해당한다.⁶⁶⁾

60) 대법원 2012.2.9. 선고 2011다20034 판결

61) 김홍영, “임금의 판단기준 - 대법원 2005.9.9. 선고 2004다41217 판결 -”, 『노동판례백선』사례 13, 한국노동법학회, 52p

62) 대법원 2011.7.14. 선고 2011다23149 판결

63) 대법원 2006.8.24. 선고 2004다35052 판결

64) 김홍영, 위의 글, 52p 참조 (즉 판례는 근로의 대가 여부를 판단할 때에는 그러한 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하므로, i) 사용자의 지급의무가 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 의해 좌우되는 경우에는 근로의 대가로 보고 있지 않으며, ii) 계속적·정기적으로 지급되지 않더라도 근로제공과 관련하여 지급하는 경우에는 임금에 해당한다고 본다)

노동법의 정석 2판 191p

- [판례]에 따르면, 고정성이라 함은 '근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질을 말하고, '고정적인 임금'은 '임금의 명칭 여부를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금'이라고 정의할 수 있다.
- "또한 단체협약이나 취업규칙 등에 휴직자나 복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정 임금에 대한 지급 제한사유를 규정하고 있다 하더라도, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 그 임금 지급을 제한하고 있는 것에 불과하므로, 그러한 사정만 들어 정상적인 근로관계를 유지하는 근로자에 대하여 그 임금이 고정적 임금이 해당하지 않는다고 할 수는 없다"고 [판례]는 판시하고 있다.⁶⁷⁾

(2) 판례의 평가

- 과거 대법원 판결이 고정성의 유무를 '실제 근무성적에 따라 지급여부 및 지급액이 달라지는지 여부'등에 따라 판단하였다면 2013년 전원합의체 판결에서는 고정성을 업적, 성과, 기타 추가적인 조건과 관계없이 사전에 이미 확정되어 있는 것이라고 파악함으로써, 근무일수나 근무실적에 따라 지급액의 변동이 있는 제도가 설계되어 있더라도 고정성이 인정되는 길을 열어놓았다고 할 수 있다는 점에서는 진일보한 입장을 취하고 있다고 평가되기도 한다.
- 또한 휴직자, 복직자, 징계대상자 등 개인의 특수성을 고려하여 임금지급을 제한한 경우, 일률성만 인정되는 것이 아니라, 고정성도 인정될 수 있다.

노동법의 정석 2판 195p

- V. 특수한 기술, 경력 등을 조건으로 하는 임금 : 고정성 인정
- VI. 근무일수에 비례하여 지급되는 정기상여금 : 정기성과 고정성 인정

- 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.⁶⁸⁾

[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 근무기간

- 65) 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 단체협약, 취업규칙 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있으면 그 명칭 여부를 불문하고 모두 포함되는 것이고, 비록 현물로 지급되었다 하더라도 근로의 대가로 지급하여 온 금품이라면 평균임금의 산정에 있어 포함되는 임금으로 봄이 상당하다.(대법원 2005.9.9. 선고 2004다41217 판결)
- 66) 전종업원에게 연료보조비를 지급하여 왔는데, 광업소에서는 제조연단을 현물로 지급하는 것을 원칙으로 하되, 본사 및 기타업소에 근무하는 종업원들에게는 현금을 지급하여 온 경우에도 임금에 해당한다. (대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카19647 판결)
- 67) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2016다9704, 9711 판결
- 68) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결 참조

에 비례하여 지급한다는 취지의 규정을 두고 있는 경우, 전자의 규정 문언만을 근거로 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 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)

노동법의 정석 2판 195p

VII. 휴직자, 복직자, 징계대상자 등에게 지급제한사유가 규정되어 있는 임금 : 일률성과 고정성 인정

- [판례]에 따르면 “단체협약이나 취업규칙 등에 휴직자나 복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정 임금에 대한 지급 제한사유를 규정하고 있다 하더라도, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 그 임금 지급을 제한하고 있는 것에 불과하므로, 그러한 사정만을 들어 정상적인 근로관계를 유지하는 근로자에 대하여 그 임금이 고정적 임금에 해당하지 않는다고 할 수는 없다”고 판시하고 있다.⁶⁹⁾

44 통상임금 제외 합의의 효력 (노11)

| Key point | 통상임금 제외 합의의 효력

근로기준법에서 정한 통상임금에 산입될 수단을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사 간의 합의는 무효이나, 그 전부가 무효가 되는 것이 아니라, 근로기준법에서 정한 기준과 전체적으로 비교하여 그에 미치지 못하는 근로조건이 포함된 부분에 한하여 무효로 된다.(判)

[목차]

I. 문제의 소재

II. 통상임금 제외 합의의 효력

1. 근로기준법 제15조에 따른 노사합의의 효력

2. 정기상여금과 신의성실의 원칙

(1) 문제의 소재

(2) 신의성실의 원칙 적용여부

가. 원칙

나. 예외

I. 문제의 소재

- 법률상 통상임금에 해당하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의(단체협약, 취업규칙, 묵시적 합의 등)가 무효인 경우, 근로자는 그 제외된 임금을 포함시켜 연장근로수당 등 추가임금을 청구할 수 있다. 따라서 어떠한 임금이 통상임금에 해당하는 경우, 이를 통상임금에 포함하지 않기로

69) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2016다9704, 9711 판결

한 단체협약 등이 무효인지가 문제된다.

II. 통상임금 제외 합의의 효력

1. 근로기준법 제15조에 따른 노사합의의 효력

- 근로기준법 제15조는 제1항에서 “이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다.”라고 규정하고, 제2항에서 “제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.”라고 규정하고 있다.
- 이러한 근로기준법 제15조의 규정은 근로기준법의 목적을 달성하기 위하여 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 근로기준법에서 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 저지함으로써 근로자에게 실질적으로 최소한의 근로조건을 유지시켜 주기 위한 것이다. 따라서 이러한 규정의 문언과 취지에 비추어 보면, 근로기준법에서 정한 통상임금에 산입될 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사 간의 합의는 무효라는 것이 [판례]의 태도이다.⁷⁰⁾
- 다만 이러한 “노사 간의 합의는 그 전부가 무효가 되는 것이 아니라, 근로기준법에서 정한 기준과 전체적으로 비교하여 그에 미치지 못하는 근로조건이 포함된 부분에 한하여 무효로 된다”는 것이 [판례]의 태도이다.⁷¹⁾

2. 정기상여금과 신의성실의 원칙

(1) 문제의 소재

- 그런데 2013년 대법원 전원합의체 판결 이전에는 정기상여금은 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인하여, 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 노사간에 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우가 많았기 때문에, 이와 같이 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 노사간의 합의를 한 경우, 노사합의의 무효를 주장하며 추가 법정 수당을 청구하는 것이 신의성실의 원칙에 위배되는 것이 아니냐는 다툼이 생기게 되었다.

(2) 신의성실의 원칙 적용여부

가. 원칙

- 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다.⁷²⁾

나. 예외

- 하지만 전원합의체 판결은 2013. 12. 18. 통상임금에 관한 대법원 전원합의체 판결 전의 정기상여금에 대하여는, 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건⁷³⁾을 갖추고 있을 뿐만 아니라,

70) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019다261084 판결

71) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019다261084 판결

72) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결 참조

73) 신의칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를

근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에는 그 노사합의의 무효를 주장하는 것을 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 판시하고 있다.⁷⁴⁾

- 신의칙이 적용되어 추가임금 청구가 허용되지 않는다고 대법원 전원합의체가 실시한 요건을 요약, 정리하면 다음과 같다. i) 정기상여금의 경우에 한하여 신의칙이 적용되며 ii) 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰한 상태⁷⁵⁾에서 이를 통상임금에서 제외하는 합의(묵시적 합의나 관행도 포함)를 하고 임금수준을 정하여야 하며 iii) 이후 근로자가 노사합의의 무효를 주장하며 추가임금을 청구하는 경우, 예측하지 못한 재정적 부담으로 기업에 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립이 위태롭게 될 수 있다는 사정이 있어야 한다.⁷⁶⁾
- 하지만 해당 판례법리는 2013년 12월 18일에 선고된 대법원 전원합의체 판결 이전의 정기상여금에 대한 것이므로, 현 시점에서는 신의칙 위반을 인정할 수 없다 할 것이다.⁷⁷⁾

노동법의 정석 2판 198p

45 시간급 통상임금의 환산

| Key point | 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 방법

시간급 통상임금 산정의 기준이 되는 총근로시간 수에 포함되는 약정 근로시간 수를 산정할 때는 특별한 정함이 없는 한 근로자가 실제로 근로를 제공하기로 약정한 시간 수 자체를 합산하여야 하는 것이지, 가산수당 산정을 위한 '가산율'을 고려한 연장근로시간 수와 야간근로시간 수를 합산할 것은 아니다.

[목차]

I. 문제의 소재

II. 법정근로시간을 초과하는 시간으로 근로시간 약정시, 시간급 통상임금의 환산 방법

1. 법령상 시간급 통상임금의 환산방법

2. 법정근로시간을 초과하는 시간으로 근로시간 약정시, 시간급 통상임금 산정방법

(1) 가산율을 고려하는 방식 : 종례의 판례

(2) 가산율을 고려하지 않는 방식 : 대법원 전원합의체 판결

I. 문제의 소재

법정근로시간을 초과하는 시간으로 근로시간을 약정하고, 통상임금의 범위에 속하는 월급 또는 일

행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.

74) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결 참조

75) 따라서 2013년 대법원 전원합의체 판결 이후의 노사합의에는 신의칙을 적용할 수 없을 것이다.

76) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결 참조

77) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 (해당 대법원 판결의 설명자료에도 신의칙 위반의 법리를 적용한 것은 2018년 12월 18일 이전의 정기상여금에 한정된 것임을 밝히고 있다)

급 형태의 각종 수당을 지급받은 경우, 고정수당의 시간급 산정방식에 관하여 당사자의 의사가 형성되어 있지 않은 상황에서 시간급 통상임금을 환산하기 위하여는 분모의 시간을 어떻게 보아야 하는지가 문제된다. 78)

II. 법정근로시간을 초과하는 시간으로 근로시간 약정시, 시간급 통상임금의 환산 방법

1. 법령상 시간급 통상임금의 환산방법

연장·야간·휴일근로수당 등은 시간급통상임금을 기초단위로 계산되기 때문에 시간급 통상임금을 산정하여야 한다. 임금은 시간급으로 지급되는 경우도 있지만, 일급·주급·월급 또는 도급제 임금 등으로 지급되는 경우가 일반적이므로 이들 임금을 시간급으로 환산하는 것이 필요하게 되는데, 근로법 시행령 제6조 제2항에서는 이들 임금을 시간급으로 환산하는 방법을 제시하고 있다. 그런데, 법정근로시간을 초과하는 시간으로 근로시간을 약정한 경우, 시간급 통상임금의 환산방법은 법령에서 규정하고 있지 않으므로 이에 대한 해석상 문제가 발생한다.

2. 법정근로시간을 초과하는 시간으로 근로시간 약정시, 시간급 통상임금 산정방법

(1) 가산율을 고려하는 방식 : 종래의 판례

종래의 판례는 시간급 통상임금 산정을 위한 계산식의 분모에 '연장근로시간 또는 야간근로시간에 대한 가산수당 산정을 위한 가산율을 고려하여 연장근로시간 1시간 또는 야간근로시간 1시간을 각각 1.5시간으로 가산하여 반영'하는 입장을 취하였다.

(2) 가산율을 고려하지 않는 방식 : 대법원 전원합의체 판결

최근 판례에 따르면 "근로기준법이 정한 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로서 월급 형태로 지급되는 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 경우, 시간급 통상임금 산정의 기준이 되는 총근로시간 수에 포함되는 약정 근로시간 수를 산정할 때는 특별한 정함이 없는 한 근로자가 실제로 근로를 제공하기로 약정한 시간 수 자체를 합산하여야 하는 것이지, 가산수당 산정을 위한 '가산율'을 고려한 연장근로시간 수와 야간근로시간 수를 합산할 것은 아니"라고 판시하였다. 79)

노동법의 정석 2판 243p

근기법 제44조 【도급 사업에 대한 임금 지급】

① 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 수급인을 말한다)이 직상(直上) 수급인(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 도급인을 말한다)의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다.(*3년이 하 정역 또는 3천만원이하 벌금/반의사불벌죄)

78) 법정근로시간내의 근로와 이를 초과하는 연장근로에 대한 임금을 사전에 명확하게 구분하지 않은 사업장에서 월 고정수당 등을 시간급통상임금으로 환산할 때 연장근로시간의 가산율인 150%와 연장 및 야간근로시간의 가산율인 200%를 고려하여야 하는 것인지가 문제된 것이다. 예를 들어 1일 9시간 근로에 A라는 월고정수당을 지급하는 경우 A라는 고정수당에 대한 시간급임금을 어떻게 산정할 수 있는가에 대한 문제이다.(A÷9시간인지, A÷9.5시간인지의 문제이다)

79) 대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체 판결

57 연쇄적 근로계약관계에 대한 계속 근로기간의 인정여부 (행14)

| Key point | 연쇄적 근로계약관계에 대한 계속 근로기간의 인정여부

1. 근로계약기간이 반복갱신된 경우 : 모두 합산 (判)
2. 반복체결된 근로계약 사이에 일부 공백기간이 있는 경우 : 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 유지 (判)

[목차]

- I. 문제의 소재
- II. 소위 연쇄적 근로계약관계에 대한 계속근로기간의 인정 여부
 1. 계속근로기간의 의미
 2. 소위 연쇄적 근로계약관계에 대한 계속근로기간 인정
 - (1) 근로계약기간 만료 후 근로계약기간이 반복·갱신된 경우
 - (2) 반복체결된 근로계약 사이에 일부 공백기간이 있는 경우

I. 문제의 소재

- 근로계약이 반복·갱신되면서, 이전 계약과 이후 계약 사이에 공백기간이 있을 경우 근로 계약관계의 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, 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.⁸⁰⁾
- 그런데, 근로계약이 만료되면서 근로계약을 갱신하여 체결하는 이른바 연쇄적 근로계약 관계에서 계속근로기간을 어떤 기준으로 인정할 수 있는지가 문제된다.

2. 소위 연쇄적 근로계약관계에 대한 계속근로기간 인정

(1) 근로계약기간 만료 후 근로계약기간이 반복·갱신된 경우

- [판례]에 따르면 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로년수를 계산하여야 한다.⁸¹⁾

(2) 반복체결된 근로계약 사이에 일부 공백기간이 있는 경우

- [판례]에 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 유지된다.⁸²⁾
- 또한 사용자가 노동법 적용을 회피할 목적으로 고의로 공백기간을 둔 경우에도 마찬가지로 근로관계의 계속성을 인정해야 할 것이다.⁸³⁾

노동법의 정석 2판 254p

80) 조용만·김홍영, 4판, 179p

81) 대법원 1995.7.11. 선고 93다26168 전원합의체 판결

82) 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결

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

58 영업양도시 퇴사후 재입사를 한 경우 계속 근로기간의 인정여부

| Key point | 영업양도시 퇴사후 재입사를 한 경우 계속근로기간의 인정여부

1. 자의 : 근로관계 단절
2. 경영방침 : 계속근로관계는 단절되지 않음.

[목차]

I. 문제의 소재

II. 양도기업 퇴직후 양수기업에 입사하는 경우 계속근로기간의 인정여부

1. 계속근로기간의 의미
2. 영업양도시 양도기업 퇴직후 양수기업 입사시 계속근로기간의 인정여부
 - (1) 자의에 의해 퇴직 및 입사하는 경우
 - (2) 경영방침에 의해 퇴직 및 입사하는 경우

I. 문제의 소재

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

(※영업양도의 의미 및 요건, 효과 등은 해당 분야에서 설명하기로 한다)

II. 양도기업 퇴직후 양수기업에 입사하는 경우 계속근로기간의 인정여부

1. 계속근로기간의 의미

- 퇴직금은 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직하는 근로자에게 지급하는 것으로서, 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.⁸⁴⁾

2. 영업양도시 양도기업 퇴직후 양수기업 입사시 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.⁸⁵⁾ 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.⁸⁶⁾ 영업양도시 근로자의 자의가 아니라, 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직

84) 조용만·김홍영, 4판, 179p

85) 대법원 2012.5.10. 선고 2011다45217 판결

86) 대법원 2012.5.10. 선고 2011다45217 판결

및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속근로관계는 단절되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.⁸⁷⁾

노동법의 정석 2판 303p

[보충자료 : 쟁의행위와 연차휴가 출근율 및 연차휴가일수의 산정]

<표현의 이해>	
1. 출근간주 : 해당기간도 출근한 것으로 간주	
2. 비례적삭감 : 해당기간을 소정근로일에서 제외하고 출근율을 산정하되, 연차휴가일수는 비례적으로 삭감	
3. 소정근로일 제외 : 해당기간을 소정근로일에서 제외하고 출근율을 산정하되, 연차휴가일수는 삭감하지 않음.	
4. 결근처리 : 해당기간을 결근으로 처리	

※ 분모인 연간소정근로일수를 휴일을 제외한 300일로 가정하였고, 노측이나 사측의 쟁의행위일수는 30일 혹은 90일로 가정하였음. 그리고 쟁의행위를 제외한 나머지 일수는 개근한 것으로 전제하였음.

I. 노측의 쟁의행위 기간

1. 위법한 쟁의행위를 한 경우 - 결근처리 / 분모가 연간소정근로일수가 됨.

30일간 쟁의행위를 한 경우	90일간 쟁의행위를 한 경우 (9개월 개근 전제)
<input type="checkbox"/> 출근율=(300-30-0)/300=90% <input type="checkbox"/> 연차휴가일수=15일(∵ 80%이상 출근)	<input type="checkbox"/> 출근율=(300-90-0)/300=70% <input type="checkbox"/> 연차휴가일수=9일(∵ 80% 미만 출근시 1개월 개근시 1일휴가)

□ 판례의 표현

쟁의행위가 위법한 경우에는 **연간 소정근로일수에 포함시키되 결근한 것으로 처리하여야 한다.**

2. 적법한 쟁의행위를 한 경우 - 소정근로일 제외(출근율 80%이상) + 비례적 삭감(출근율 80%미만) / 분모가 실질소정근로일수가 됨.

30일간 쟁의행위를 한 경우(소정근로일 제외)	90일간 쟁의행위를 한 경우(비례적 삭감)
<input type="checkbox"/> 출근율=(300-30)/(300-30)=100% <input type="checkbox"/> 연차휴가일수=15일 (∵ 비례적 삭감을 하면 위법한 쟁의행위를 한 경우보다 불리-13.5일)	<input type="checkbox"/> 출근율=(300-90)/(300-90)=100% [연간소정근로일수의 70%] <input type="checkbox"/> 연차휴가일수=15일x[(300-90)/300]= 10.5일

□ 판례의 표현

연간 소정근로일수에서 쟁의행위기간이 차지하는 일수를 제외한 후 나머지 일수(이하 '**실질 소정근로**

87) 대법원 2012.5.10. 선고 2011다45217 판결

일수)만을 기준으로 근로자의 출근율을 산정하여 연차휴가 취득 요건의 충족 여부를 판단하게 되는 경우, 연차휴가 제도의 취지, 연차휴가가 가지는 1년간의 근로에 대한 대가로서의 성질, 연간 소정근로일수에서 제외하지 않고 결근으로 처리할 때 인정되는 연차휴가일수와의 불균형 등을 고려하면, 해당 근로자의 출근일수가 연간 소정근로일수의 8할을 밑도는 경우에 한하여, 본래 **정상적인 근로관계**에서 8할의 출근율을 충족할 경우 산출되었을 연차휴가일수에 대하여 **실질 소정근로일수를 연간 소정근로일수로 나눈 비율**을 곱하여 산출된 연차휴가일수를 근로자에게 부여함이 합리적이다.

II. 사측의 직장폐쇄기간 (사측의 쟁의행위기간)

1. 적법한 직장폐쇄를 한 경우

<p>원칙 (소정근로일 제외+비례적삭감)</p>	<p>그 기간중 노조가 위법쟁의행위에 참가한 경우(결근처리)</p>
<p>(1)8할이상 출근율(소정근로일 제외)$[(270)/300=90\%]$ <input type="checkbox"/>출근율=$(300-30)/(300-30)=100\%$ <input type="checkbox"/>연차휴가일수=15일</p> <p>(2)8할미만 출근율(비례적 삭감) $[(300-90)/300=70\%]$ <input type="checkbox"/>출근율=$(300-90)/(300-90)=100\%$ <input type="checkbox"/>연차휴가일수=$15일 \times [(300-90)/300]=10.5일$</p>	<p><30일간 쟁의행위를 한 경우> <input type="checkbox"/>출근율=$(300-30)/300=90\%$ <input type="checkbox"/>연차휴가일수=15일(∵ 80%이상 출근)</p> <p><90일간 쟁의행위를 한 경우(9개월 개근)> <input type="checkbox"/>출근율=$(300-90)/300=70\%$ <input type="checkbox"/>연차휴가일수=9일(∵ 80%미만 출근시 1개월 개근시 1일의 연차휴가)</p>
<p><input type="checkbox"/> 판례의 표현</p> <p>1. 사용자의 적법한 직장폐쇄로 인하여 근로자가 출근하지 못한 기간은 원칙적으로 연차휴가일수 산정을 위한 연간 소정근로일수에서 제외되어야 한다.(출근율 산정)</p> <p>2. 연간 소정근로일수에서 노조전임기간 등이 차지하는 일수를 제외한 후 나머지 일수(이하 '실질 소정근로일수')만을 기준으로 근로자의 출근율을 산정하여 연차휴가 취득 요건의 충족 여부를 판단하게 되는 경우, 연차휴가 제도의 취지, 연차휴가가 가지는 1년간의 근로에 대한 대가로서의 성질, 연간 소정근로일수에서 제외하지 않고 결근으로 처리할 때 인정되는 연차휴가일수와의 불균형 등을 고려하면, 해당 근로자의 출근일수가 연간 소정근로일수의 8할을 밑도는 경우에 한하여, 본래 정상적인 근로관계에서 8할의 출근율을 충족할 경우 산출되었을 연차휴가일수에 대하여 실질 소정근로일수를 연간 소정근로일수로 나눈 비율을 곱하여 산출된 연차휴가일수를 근로자에게 부여함이 합리적이다. (연차휴가일수)</p>	<p><input type="checkbox"/> 판례의 표현</p> <p>노동조합의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 사용자의 적법한 직장폐쇄가 이루어진 경우, 이러한 적법한 직장폐쇄 중 근로자가 위법한 쟁의행위에 참가한 기간은 근로자의 귀책으로 근로를 제공하지 않은 기간에 해당하므로, 연간 소정근로일수에 포함시키되 결근한 것으로 처리하여야 한다.</p>

2. 위법한 직장폐쇄를 한 경우

(1) 원칙 (출근간주)

30일간 직장폐쇄를 한 경우(출근간주)	90일간 직장폐쇄를 한 경우(출근간주)
<input type="checkbox"/> 출근율=300/300=100% <input type="checkbox"/> 연차휴가일수=15일	<input type="checkbox"/> 출근율=300/300=100% <input type="checkbox"/> 연차휴가일수=15일

□ 판례의 표현

사용자의 위법한 직장폐쇄로 인하여 근로자가 출근하지 못한 기간을 근로자에 대하여 불리하게 고려할 수는 없으므로 원칙적으로 그 기간은 연간 소정근로일수 및 출근일수에 모두 산입되는 것으로 보는 것이 타당하다.

(2) 직장폐쇄기간 중 쟁의행위에 참가하였거나, 쟁의행위 중 위법한 직장폐쇄가 이루어진 경우에, 위법한 직장폐쇄가 없었더라도 쟁의행위에 참가해서 근로를 제공하지 않았을 것이 명백한 경우

쟁의행위가 적법한 경우 (I-2와 동일)	30일간 쟁의행위를 한 경우(소정근로일 제외)	90일간 쟁의행위를 한 경우(비례적 삭감)>
	<input type="checkbox"/> 출근율=(300-30)/(300-30) = 100% <input type="checkbox"/> 연차휴가일수 = 15일 (∵ 비례적 삭감을 하면 위법한 쟁의 행위를 한 경우보다 불리-13.5일)	<input type="checkbox"/> 출근율=(300-90)/(300-90) = 100% <input type="checkbox"/> 연차휴가일수=15일x[(300-90)/300]= 10.5일
쟁의행위가 위법한 경우 (I-1과 동일)	30일간 쟁의행위를 한 경우	90일간 쟁의행위를 한 경우 (9개월 개근 전제)
	<input type="checkbox"/> 출근율=(300-30-0)/300=90% <input type="checkbox"/> 연차휴가일수=15일(∵ 80%이상 출근)	<input type="checkbox"/> 출근율=(300-90-0)/300=70% <input type="checkbox"/> 연차휴가일수=9일(∵ 80% 미만 출근시 1개월 개근시 1일휴가)

□ 판례의 표현

1. 다만 위법한 직장폐쇄 중 근로자가 쟁의행위에 참가하였거나 쟁의행위 중 위법한 직장폐쇄가 이루어진 경우에 만일 위법한 직장폐쇄가 없었어도 해당 근로자가 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것이 명백하다면, 이러한 쟁의행위가 적법한지 여부를 살펴 적법한 경우에는 그 기간을 연간 소정근로일수에서 제외하고, 위법한 경우에는 연간 소정근로일수에 포함시키되 결론한 것으로 처리하여야 한다. (출근율)
2. 연간 소정근로일수에서 노조전임기간 등이 차지하는 일수를 제외한 후 나머지 일수(이하 '실질 소정근로일수')만을 기준으로 근로자의 출근율을 산정하여 연차휴가 취득 요건의 충족 여부를 판단하게 되는 경우, 연차휴가 제도의 취지, 연차휴가가 가지는 1년간의 근로에 대한 대가로서의 성질, 연간 소정근로일수에서 제외하지 않고 결론으로 처리할 때 인정되는 연차휴가일수와의 불균형 등을 고려하면, 해당 근로자의 출근일수가 연간 소정근로일수의 8할을 밑도는 경우에 한하여, 본래 정상적인 근로관계에서 8할의 출근율을 충족할 경우 산출되었을 연차휴가일수에 대하여 실질 소정근로일수를 연간 소정근로일수로 나눈 비율을 곱하여 산출된 연차휴가일수를 근로자에게 부여함이 합리적이다. (연차휴

가일수)

3. 위법한 직장폐쇄가 없었다고 하더라도 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것이 명백한지는 쟁의행위에 이른 경위 및 원인, 직장폐쇄 사유와의 관계, 해당 근로자의 쟁의행위에서의 지위 및 역할, 실제 이루어진 쟁의행위에 참가한 근로자의 수 등 제반 사정을 참작하여 신중하게 판단하여야 하고, 그 증명책임은 사용자에게 있다. (증명책임)

노동법의 정석 2판 305p

IV. 연차휴가의 소멸과 미사용휴가의 처리

1. 연차휴가권의 소멸

- 연차휴가는 1년간 행사하지 아니하면 소멸되지만, 사용자의 귀책사유로 사용하지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.(60조7항)
- 다만, 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자의 제2항에 따른 유급휴가는 최초 1년의 근로가 끝날 때까지의 기간동안 행사하지 아니하면 소멸된다.(60조7항)

노동법의 정석 2판 305p

(3) 연차휴가사용촉진제도 (61조)

근기법 제61조 【연차 유급휴가의 사용 촉진】

사용자가 제60조 제1항·제3항 및 제4항(*2항은 제외됨)에 따른 유급휴가의 사용을 촉진하기 위하여 다음 각 호의 조치를 하였음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 제60조 제7항 본문에 따라 소멸된 경우에는 사용자는 그 사용하지 아니한 휴가에 대하여 보상할 의무가 없고, 제60조 제7항 단서에 따른 사용자의 귀책사유에 해당하지 아니하는 것으로 본다.

1. 제60조 제7항 본문에 따른 기간이 끝나기 6개월 전을 기준으로 10일 이내에 사용자가 근로자별로 사용하지 아니한 휴가 일수를 알려주고, 근로자가 그 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구할 것
2. 제1호에 따른 촉구에도 불구하고 근로자가 촉구를 받은 때부터 10일 이내에 사용하지 아니한 휴가의 전부 또는 일부의 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니하면 제60조 제7항 본문에 따른 기간이 끝나기 2개월 전까지 사용자가 사용하지 아니한 휴가의 사용 시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보할 것

- ① 사용자가 제60조제1항·제2항 및 제4항에 따른 유급휴가(계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자의 제60조제2항에 따른 유급휴가는 제외한다)의 사용을 촉진하기 위하여 다음 각 호의 조치를 하였음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 제60조제7항 본문에 따라 소멸된 경우에는 사용자는 그 사용하지 아니한 휴가에 대하여 보상할 의무가 없고, 제60조제7항 단서에 따른 사용자의 귀책사유에 해당하지 아니하는 것으로 본다.
 1. 제60조제7항 본문에 따른 기간이 끝나기 6개월 전을 기준으로 10일 이내에 사용자가 근로자별로 사용하지 아니한 휴가 일수를 알려주고, 근로자가 그 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구할 것
 2. 제1호에 따른 촉구에도 불구하고 근로자가 촉구를 받은 때부터 10일 이내에 사용하지 아니한 휴가의 전부 또는 일부의 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니하면 제60조제7항 본문에 따른 기간이 끝나기 2개월 전까지 사용자가 사용하지 아니한 휴가의 사용 시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보할 것
- ② 사용자가 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자의 제60조제2항에 따른 유급휴가의 사용을 촉진하기 위하여 다음 각 호의 조치를 하였음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 제60조제7항 본문에 따라 소멸된 경우에는 사용자는 그 사용하지 아니한 휴가에

대하여 보상할 의무가 없고, 같은 항 단서에 따른 사용자의 귀책사유에 해당하지 아니하는 것으로 본다. <신설 2020. 3. 31.>

1. 최초 1년의 근로기간이 끝나기 3개월 전을 기준으로 10일 이내에 사용자가 근로자별로 사용하지 아니한 휴가 일수를 알려주고, 근로자가 그 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구할 것. 다만, 사용자가 서면 촉구한 후 발생한 휴가에 대해서는 최초 1년의 근로기간이 끝나기 1개월 전을 기준으로 5일 이내에 촉구하여야 한다.
2. 제1호에 따른 촉구에도 불구하고 근로자가 촉구를 받은 때부터 10일 이내에 사용하지 아니한 휴가의 전부 또는 일부의 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니하면 최초 1년의 근로기간이 끝나기 1개월 전까지 사용자가 사용하지 아니한 휴가의 사용 시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보할 것. 다만, 제1호 단서에 따라 촉구한 휴가에 대해서는 최초 1년의 근로기간이 끝나기 10일 전까지 서면으로 통보하여야 한다.

나. 연차휴가 사용촉진의 방법

① 계속하여 근로한 기간이 1년 이상인 근로자에 대한 연차휴가 사용촉진의 방법

- 연차휴가촉진제도라는 특례를 적용하기 위하여는 i) 우선, 휴가사용기간 만료 6개월 전을 기준으로 10일 이내에 사용자가 근로자별로 미사용휴가일수를 알려 주고, 근로자가 그 사용시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구하여야 하고, ii) 이러한 촉구에도 불구하고 근로자가 통보를 받은 날부터 10일 이내에 사용시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니한 경우에는, 휴가사용기간 만료 2월 전까지 사용자가 미사용휴가의 사용시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보하는 조치를 취하여야 한다.
- 사용자가 이러한 촉진조치를 취했음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 않아 휴가가 소멸하였어야 한다.

② 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자에 대한 연차휴가 사용촉진의 방법

- 연차휴가촉진제도라는 특례를 적용하기 위하여는 i) 최초 1년의 근로기간이 끝나기 3개월 전을 기준으로 10일 이내에 사용자가 근로자별로 미사용휴가일수를 알려 주고, 근로자가 그 사용시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구하여야 하고, (다만, 사용자가 서면 촉구한 후 발생한 휴가에 대해서는 최초 1년의 근로기간이 끝나기 1개월 전을 기준으로 5일 이내에 촉구) ii) 근로자가 촉구를 받은 때부터 10일 이내에 사용시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니한 경우에는, 최초 1년의 근로기간이 끝나기 1개월 전까지 사용자가 미사용휴가의 사용시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보하는 조치를 취하여야 한다. (다만, 사용자의 서면촉구한 발생한 휴가 촉구에 대해서는 최초 1년의 근로기간이 끝나기 10일 전까지 서면으로 통보)
- 사용자가 이러한 촉진조치를 취했음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 않아 휴가가 소멸하였어야 한다.

노동법의 정석 2판 359p

| 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)

[목차]

I. 문제의 소재

II. 대기발령의 의의 및 정당성

1. 대기발령의 의의 및 법적 근거

2. 대기발령의 정당성

(1) 근로기준법 제23조 제1항의 적용

(2) 정당성의 판단기준

I. 문제의 소재

- 사용자가 근로자에 대하여 대기발령을 실시한 경우, i) 대기발령의 근거가 무엇인지, ii) 그 대기발령에 대해 근로기준법 제23조 제1항을 적용할 수 있는지, iii) 적용할 수 있다면, 대기발령의 정당성을 어떤 기준으로 판단할 것인지가 문제된다.

II. 대기발령의 의의 및 정당성

1. 대기발령의 의의 및 법적 근거

- 대기발령이나 직위해제는 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.⁸⁸⁾ 따라서 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다.⁸⁹⁾
- 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.⁹⁰⁾
- 하지만, 대기발령을 인사권자인 사용자의 고유권한으로 보고 사용자에게 상당한 재량을 인정하는 있는 대법원 판례⁹¹⁾에 따르면 대기발령에 관한 근거규정이 없어도 업무상 필요성이 있다면 별도의 사유를 들어 대기발령이 가능하다는 해석을 할 수 있을 것이다.⁹²⁾

2. 대기발령의 정당성

(1) 근로기준법 제23조 제1항의 적용

- [판례]에 따르면 “대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 사용자의 고유권한으로서 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다”고 판시하면서(93), “근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되어서는 아니된다”(94)고 하여, 근로기준법 제23조 제1항을 적용하여 정당성을 판단하고 있다.(95)

(2) 정당성의 판단기준

- 대기발령의 정당성을 ① 근로자에게 당해 대기발령 사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차규정의 위반 여부 및 그 정도에 의하여 판단하여야 한다는 [판례]도 있으며(96), ② 대기발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 “i) 대기발령의 업무상의 필요성과 ii) 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, iii) 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.”고 판시한 판례도 있다.(97)
- 판례는 일반적으로 대기발령의 정당성을 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.(98)
- 직위해제나 대기발령이 징계처분의 하나로 규정되어 있을 경우에는 징계절차를 거쳐야 할 것이다.(99) 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.(100)
- 그런데, [판례]에 따르면 취업규칙 등에 징계절차와는 구분되는 대기발령에 관한 특별한 규정이 있는 규정에는 그에 따라야 한다.(101)

노동법의 정석 2판 382p

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

89) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

90) 김형배 25판, 577p

91) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

92) 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.

93) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조

94) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

95) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조

96) 대법원 2011.10.13. 선고 2009다86246 판결

97) 대법원 2005.2.18. 선고 2003다63029 판결 ; 박귀천, 『노동법의 쟁점과 사례연구』, 신론사, 2015, 111p

98) 조용만·김홍영 4판, 253p

99) 대법원 2013.5.9. 선고 2012다12870 판결 참조 ; 김형배 25판, 578p

100) 대법원 2000.6.23. 선고 98다54960 판결

101) 대법원 1996.10.29. 선고 95누15926 판결

102) 대법원 1999.9.3. 선고 97누2528,2535 판결

84 징계사유의 정당성 - 명예훼손 (변15)

| Key point | 명예훼손과 징계사유

1. 성실의무위반과 징계 : 근로자는 사용자의 이익을 배려해야 할 근로계약상의 성실의무를 지고 있으므로 근로자가 직장의 내부사실을 외부에 공표하여 사용자의 비밀, 명예, 신용 등을 훼손하는 것은 징계사유가 됨
2. 비판행위의 징계사유해당여부 판단 : 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 문서에 기재되어 있는 사실관계 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 문서 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자의 정당한 활동범위에 속한다

[목차]

I. 문제의 소재

II. 명예훼손과 징계사유의 정당성

1. 징계의 의의 및 사유의 정당성

2. 명예훼손과 징계사유의 정당성

- (1) 근로계약상의 성실의무 위반행위의 징계사유 해당 여부
- (2) 명예훼손과 징계사유의 정당성

I. 문제의 소재

- 근로자가 직장상사나 회사를 비판한 경우, 이를 근로자들의 정당한 활동범위에 속한다고 보아야 하는지, 아니면 회사의 질서를 침해하는 징계사유로 보아야 하는지가 문제된다.

II. 명예훼손과 징계사유의 정당성

1. 징계의 의의 및 사유의 정당성 : 앞의 내용 참조

2. 명예훼손과 징계사유의 정당성

(1) 근로계약상의 성실의무 위반행위의 징계사유 해당 여부

- 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.¹⁰²⁾
- 특히 근로자가 직장상사나 회사를 비판한 경우, 징계사유에 해당하는지 여부를 어떻게 판단할 것인지가 문제된다.

(2) 명예훼손과 징계사유의 정당성

- [판례]에서는 사용자에 대한 비판행위 등이 근로자의 정당한 활동범위에 속하는지, 직장질서침해에 따른 징계사유로 보아야 하는지는 그 행위의 목적을 주된 기준으로 판단하고 있다.¹⁰³⁾

- [판례]에 따르면 “기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 문서에 기재되어 있는 사실관계 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 문서 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자의 정당한 활동범위에 속한다”고 판시하고 있다.¹⁰⁴⁾
- 이러한 판례의 판단기준은 근로자의 유인물 배포행위가 근로자 내지 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는지 여부가 문제된 사안들에서 판시되었는 것을 따른 것이라 할 수 있다.¹⁰⁵⁾
- 다만, [판례]는 근로자가 회사의 방침에 불만이 있을 경우에는 회사가 정한 정당한 절차에 따라 이의를 제기해야 하는 것인데, 근로자가 저속한 표현을 쓰면서 근거 없이 회사의 방침을 비판하는 내용의 게시물을 사내 전자게시판에 게시한 경우 이는 징계사유에 해당된다고 한다.¹⁰⁶⁾

노동법의 정석 2판 382p

90 징계사유의 정당성 - 내부고발

[Key point] 내부고발을 이유로 한 징계의 정당성

1. 내부고발의 의의 : 조직의 위법행위나 비리행위에 대하여 사용자를 수사기관에 고소, 고발하거나 관계기관에 진정하거나 언론에 제보하는 등의 행위
2. 내부고발과 근로자 징계의 정당성
 - ① 관련 법령에 규정이 있는 경우 : 징계의 정당성 부정
 - ② 관련 법령에 규정이 없는 경우 : 근로계약상 성실의무위반인지를 기본으로 판단
“공표된 내용과 그 진위, 그 행위에 이르게 된 경위와 목적, 공표방법 등에 비추어 판단”
 - ③ 구체적 사례

[목차]

I. 문제의 소재

II. 내부고발과 징계의 정당성

1. 징계의 의의 및 사유의 정당성
2. 내부고발과 징계사유의 정당성
 - (1) 내부고발의 의의

103) 김소영 2판, 218p

104) 대법원 2012.1.27. 선고 2010다100919판결 ; 이러한 판단기준은 근로자의 유인물 배포행위가 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는지 여부가 문제된 사안들에서 판시되었던 바에 따른 것이다.(대법원 1991.11.12. 선고 91누4164 판결)

105) 조용만·김흥영 4판, 279-280p ; 대법원 1993.12.28. 선고 93다13544 판결, 대법원 2011.2.24. 선고 2008다29123 판결)

106) 박귀천, 132p ; 대법원 2012. 1.27. 선고 2010다100919 판결

(2) 내부고발과 징계사유의 정당성

가. 관련 법령에 규정이 있는 경우

나. 관련 법령에 규정이 없는 경우

① 내부고발과 근로계약상 성실의무

② 내부고발이 근로계약상 성실의무 위반인지의 판단기준

I. 문제의 소재

근로자가 내부고발을 했다는 것을 이유로 징계를 한 경우, 해당 징계의 정당성을 어떻게 판단할지가 문제된다.

II. 내부고발과 징계의 정당성

1. 징계의 의의 및 사유의 정당성 : 앞의 쟁점 89 내용 참조

2. 내부고발과 징계사유의 정당성

(1) 내부고발의 의의

내부고발이 무엇인지는 노동관계법령에 규정되어 있지 않다.

이하에는 노동법적인 쟁점과 관련하여 일정한 조직에 속한 근로자가 그 조직의 위법행위나 비리행위를 인지하고 그러한 위법행위가 공공의 이익에 반하여 발생시킬 수 있는 위해를 방지하기 위하여 상급조직이나 외부기관에 알리는 행위로 이해하고서 논의를 전개해 나가기로 한다.¹⁰⁷⁾

즉 근로자가 사용자를 수사기관에 고소·고발하는 행위, 소속 조직의 위법·비리행위 등 내부 사실을 관계기관에 진정하거나 언론에 제보하는 등 외부에 공표하는 행위 등을 모두 포함하는 개념으로 전제하고서 논의를 이어간다.¹⁰⁸⁾

(2) 내부고발과 징계사유의 정당성

가. 관련 법령에 규정이 있는 경우

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. 관련 법령에 규정이 없는 경우

① 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.¹⁰⁹⁾

107) 최흥기, “근로자의 내부고발을 이유로 한 징계의 정당성”, 『법제연구』 44호, 614-615p 참조

108) 조용만·김흥영 4판, 280p 참조

② 내부고발이 근로계약상 성실의무 위반인지의 판단기준

다만, 구체적인 경우에 있어서 그 해당 여부는 공표된 내용과 그 진위, 그 행위에 이르게 된 경위와 목적, 공표방법 등에 비추어 판단한다는 것이 판례의 태도이다.¹¹⁰⁾

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.¹¹¹⁾

구체적으로는 i) 뚜렷한 자료도 없이 사용자를 수사기관에 고소, 고발하는 행위, ii) 뚜렷한 자료도 없이 사용자에 대한 인격을 비난하는 내용을 담긴 진정서 등을 타 기관에 제출하는 행위, iii) 공개 석상에서 진실과 다른 내용이나 과장된 내용을 가지고 회사를 비방하는 행위는 정당한 징계사유가 된다고 한다.¹¹²⁾

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 징계하고 까지 하는 것은 징계에 대한 재량권을 남용한 것이라고 한다.¹¹³⁾

노동법의 정석 2판 468p

110 해고관련 임금상당액 지급명령에 대한 독립적 구제이의

| Key point | 임금지급명령에 대한 독립적 구제이의

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 다들 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 부당해고 구제신청의 이익(혹은 부당해고재심판정 취소소송에서의 소의 이익)을 인정할 수 있는

109) 대법원 1999.9.3. 선고 97누2528,2535 판결

110) 대법원 1999.9.3. 선고 97누2528,2535 판결

111) 대법원 1999.12.21. 선고 98두7787 판결 참조

112) 대법원 1995.3.3. 선고 94누11767 판결 참조

113) 대법원 1995.3.3. 선고 94누11767 판결 참조

114) 사법연수원(노조법), 391p

지가 문제된다.

II. 계약기간의 만료(혹은 정년의 도래)와 부당해고구제신청의 이익

1. 부당해고구제신청의 이익 및 준부의 판단시기

- 부당해고등의 신청인인 근로자가 지방노동위원회나 중앙노동위원회의 구제명령에 의한 구제를 받으려면 그러한 구제를 받는데 관하여 구체적인 이익을 가지고 있어야 하며, 이러한 이익을 가리켜 구제이익이라 한다.¹¹⁴⁾
- 노동위원회의 구제명령 여부의 결정시(=처분시)를 기준으로 부당해고 ‘구제신청의 이익’의 준부를 판단한다.¹¹⁵⁾

2. 계약기간의 만료(정년의 도래)와 부당해고구제신청의 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 민사소송절차를 통하여 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 소의 이익을 부정하여 왔다.¹¹⁶⁾
- 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 판결¹¹⁷⁾

가. 판결의 요지

- 대법원 [판례]에 따르면 “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 다툼 소의 이익이 있다”고 본다.
- 그리고 이러한 법리는 근로자가 근로기준법 제30조제3항에 따라 금품지급명령을 신청한 경우에도 마찬가지로 적용된다는 것이 판례의 태도이다.

나. 판결의 근거

대법원은 그에 대한 근거로서 i) 부당해고 구제명령제도가 부당한 해고를 당한 근로자에 대한 원상회복, 즉 근로자가 부당해고를 당하지 않았다면 향유할 법적 지위와 이익의 회복을 위해 도입된 제도로서, 근로자 지위의 회복만이 목적이 아니라, 해고

기간 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.

노동법의 정석 2판 475p

(4) 현물로 지급되는 포상금

- [판례]에 따르면 회사 단체협약에 조합원이 1년간 개근할 경우 연말에 금 1돈을, 정근(지각 3회 이하)할 경우 금 반 돈을 교부하여 표창하도록 규정되어 있는 경우, 이러한 금품도 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있다면 그 명칭 여부를 불문하고 임금에 포함되므로, 이러한 금품도 해고기간 근로했다면 받을 수 있는 임금에 포함된다고 한다.

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.¹¹⁵⁾

(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.¹¹⁶⁾

나. 쟁의행위기간

115) 사법연수원(노조법), 394p

116) 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)

117) 대법원 2020.2.20. 선고. 2019두52386 판결

118) 대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결

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

- [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.¹²⁰⁾
- 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.¹²¹⁾ 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 사용자에 있다”고 한다.¹²²⁾
- 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 있는 지를 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.¹²³⁾

III. 부당해고기간 중 중간수입의 공제

1. 중간수입공제 인정여부

노동법의 정석 2판 490p

114 초기업 노조의 경우, 구직자의 노조법상 근로자성

| Key point | 초기업 노조의 경우, 구직자나 실업자의 노조법상 근로자성

1. 노조법 제2조 제4호 본문의 근로자 : 초기업노조의 경우 일시적으로 실업상태에 있는 자가 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 근로자의 범위에 포함됨
2. 노조법 제2조 제4호 단서 적용여부 : 기업별 노조에 한하여 적용되는 조항임.

[목차]

I. 문제의 소재

II. 초기업 노조의 경우, 구직자의 노조법상 근로자성

1. 노조법상 근로자의 의의 및 입법목적
2. 초기업노조의 경우, 구직자의 노조법상 근로자성
 - (1) 노조법 제2조 제4호 본문의 근로자의 범위
 - (2) 노조법 제2조 제4호 단서 조항의 적용여부

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

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

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

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

124) 대법원 2004.2.27. 선고 2001두8568 판결

125) 대법원 2004.2.27. 선고 2001두8568 판결 참조

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 하는지가 문제된다.

II. 초기업 노조의 경우, 구직자의 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 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 ‘도무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것이므로 입법목적이 다르기 때문이다.¹²⁴⁾

2. 초기업노조의 경우, 구직자의 노조법상 근로자성

(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, [판례]에 따르면 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아니다.¹²⁵⁾
- 따라서 초기업 노동조합의 경우, 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 근로자의 범위에 포함된다는 것이 [판례]의 태도이다.¹²⁶⁾

(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.
- 판례에 따르면 제2조 제4호 라목(이하 ‘라목’이라 한다)의 단서규정은 기업별 노조에서 해고의 효력을 다투는 근로자에 대해 노동조합의 조합원으로서의 지위를 인정하여 노동조합의 설립 및 존속을 보호하고 노동조합의 활동이 방해받지 않도록 하기 위한 규정이다.¹²⁷⁾
- 제2조 제4호 라목 단서조항은 기업별 노조인 경우에 한하여 적용되는 조항이므로,

초기업노조에는 라목 단서 조항이 적용될 여지가 없다.

노동법의 정석 2판 494p

116 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

| Key point | 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성
외국인인지 여부, 취업자격의 유무에 따라 노조법상 근로자성을 부정해서는 안됨.

[목차]

- I. 문제의 소재
- II. 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성
 - 1. 노조법상 근로자의 의의 및 입법목적
 - 2. 취업자격 없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성
 - (1) 출입국관리법령상 외국인고용제한규정의 취지와 성격
 - (2) 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성
 - 3. 행정관청의 심사의 한계

I. 문제의 소재

- 행정관청은 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 심사를 통해 설립신고를 반려할 수 있다. 특히 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 노조법은 ‘노동공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것이므로 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.¹²⁶⁾

2. 취업자격 없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

126) 대법원 2004.2.27. 선고 2001두8568판결

127) 대판 2004.2.27. 2001두8568

(1) 출입국관리법령상 외국인고용제한규정의 취지와 성격

- [판례]에 따르면 출입국관리 법령에서 외국인고용제한규정을 두고 있는 것은 “취업 자격 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.¹²⁹⁾

(2) 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

- 따라서 [판례]에 따르면 타인과의 사용종속관계하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포함되지 아니한다고 볼 수는 없다.¹³⁰⁾
- 물론, 외국인 근로자의 노조법상 지위가 인정된다고 해서 출입국관리법상 지위가 합법화되는 것은 아니다.

3. 행정관청의 심사의 한계

- 행정관청은 노동조합법 제2조 제4호 각목의 해당여부가 문제된다고 볼만한 객관적 인 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.

노동법의 정석 2판 513p

103 사후심사를 통한 행정관청의 법상 노조이념 통보(노조법 시행령 제9조 제2항)

(※ 해당 시행령 조항은 법률유보원칙에 위반되어 무효라는 판결 (대법원 2020.9.3. 선고 2016두32992 판결)

노동법의 정석 2판 525p

123 노동조합 규약에 대한 행정관청의 시정명령권과 이해관계인

128) 대법원 2015.6.25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결

129) 대법원 2015.6.25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결

130) 대법원 2015.6.25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결

131) 대법원의 판결은 이 부분에 대한 판단을 생략했으나, 절차적 요건에 관한 판단없이 곧바로 실체적 판단으로 나아갔으므로, 원심판결의 이해관계인에 대한 판단을 수긍한 것으로 평가할 수 있다. (장영석, “해고자의 산업별노조 가입 및 노조 결의 등의 규약위반 시정명령 신청주체”, 『노동판례리뷰 2017』, 한국노동연구원, 145p, 148p 참조

| Key point | 결의가 규약에 위반된 경우 시정명령을 신청할 수 있는 이해관계인
노동조합의 결의 또는 처분의 규약위반 시정명령의 신청주체인 이해관계인이라 함은 노동조합의 결의 또는 처분의 내용과 직접 관련이 있거나 이해득실이 있는 자를 의미하고, 노동조합의 결의 등이 사용자에게 영향을 미치는 경우 사용자도 이해관계인에 포함된다

[목차]

I. 문제의 소재

II. 규약위반과 행정관청의 시정명령권

1. 규약의 의의

2. 행정관청의 시정명령권과 이해관계인

(1) 행정관청의 시정명령권의 의의

(2) 규약위반시 시정명령을 신청할 수 있는 이해관계인의 의의

I. 문제의 소재

- 행정관청은 노동조합의 결의 또는 처분이 규약에 위반된다고 인정할 경우에는, 이해관계인의 신청이 있는 경우에 한해 노동위원회의 의결을 얻어 시정을 명할 수 있는데, 과연 사용자도 해당 법률조항에서 규정한 이해관계인이 될 수 있는지가 문제된다.

II. 규약위반과 행정관청의 시정명령권

1. 규약의 의의 : 앞의 쟁점참조

2. 행정관청의 시정명령권과 이해관계인

(1) 행정관청의 시정명령권의 의의

- 행정관청은 노동조합의 규약이 노동관계법령에 위반한 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있으며, (노조법 제21조 1항) 노동조합의 결의 또는 처분이 노동관계법령 또는 규약에 위반된다고 인정할 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있다. 다만, 규약위반시의 시정명령은 이해관계인의 신청이 있는 경우에 한한다. (노조법 제21조 2항)
- 그리고 행정관청의 시정명령을 받은 노동조합은 30일 이내에 이를 이행하여야 한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그 기간을 연장할 수 있다. (노조법 제21조 3항)
- 그런데, 결의나 처분이 규약에 위반된 경우 그 시정명령을 행정관청에 신청할 수 있는 이해관계인이 누구인지가 문제된다.

(2) 규약위반시 시정명령을 신청할 수 있는 이해관계인의 의의

- 사실상 원심판결을 수긍한 것으로 평가할 수 있는 대법원 판례¹³¹⁾에 따르면, 노동조합의 결의 또는 처분의 규약위반 시정명령의 신청주체인 “이해관계인이라 함은 노동조합의 결의 또는 처분의 내용과 직접 관련이 있거나 이해득실이 있는 자를 의미하

고, 노동조합의 결의 등이 사용자에게 영향을 미치는 경우 사용자도 이해관계인에 포함된다.”고 한다.

- 노조대표자는 노조측 교섭위원으로 참석할 수 있는 등 사용자를 상대로 노조활동을 할 수 있으므로, 사용자는 노조 대표자의 선출결의가 규약에 위반된 것이라는 이유로 시정명령을 신청할 수 있는 이해관계인이 될 수 있다고 할 것이다.

노동법의 정석 2판 530p

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

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

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.

노조법이 노동조합의 최고의결기관인 총회에 갈음할 대의원회의 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 대의원회의 구성은 효력이 없으며, 그 대의원회에서 결의한 내용 역시 그 효력을 부정하여야 할 것이다.

노동법의 정석 2판 627p

2. 공정대표의무의 내용

- 단체교섭과정, 단체협약내용, 단체협약 이행과정에서도 준수되어야 함.
- 하지만, 교섭대표노조가 가진 대표권은 단체교섭 및 단체협약체결, 체결된 단체협약의 구체적인 이행과정에만 미치는 것이고, 이와 무관하게 노사관계 전반에까지 당연히 미치지 않음.

노동법의 정석 2판 629p

2. 공정대표의무의 내용

(1) 판례법리

- [판례]에 따르면 “공정대표의무의 취지와 기능 등에 비추어 보면, 공정대표의무는 단체교섭의 과정이나 그

결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체협약의 이행과정에서도 준수되어야 한다고 봄이 타당하다”고 한다.

- 하지만, “교섭창구 단일화 및 공정대표의무에 관련된 법령 규정의 문언, 교섭창구 단일화 제도의 취지와 목적, 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합 및 그 조합원의 노동3권 보장 필요성 등을 고려하면, 교섭창구 단일화 절차에서 교섭대표노동조합이 가지는 대표권은 법령에서 특별히 권한으로 규정하지 아니한 이상 단체교섭 및 단체협약 체결(보충교섭이나 보충협약 체결을 포함한다)과 체결된 단체협약의 구체적인 이행 과정에만 미치는 것이고, 이와 무관하게 노사관계 전반에까지 당연히 미친다고 볼 수는 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.¹³²⁾

노동법의 정석 2판 687p

153 산재유족 특별채용조항의 효력

| Key point | 산재유족 특별채용조항의 효력

1. 민법 제103조에 근거한 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 내용 통제 여부
“단체협약의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다면 그 법률적 효력은 배제되어야 한다.”
2. 단체협약상 산재유족 특별채용조항의, 민법 제103조 위반 판단기준
“단체협약상 산재유족 특별채용조항이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는지 여부는 i) 단체협약을 체결한 이유나 경위 ii) 단체협약을 통해 달성하고자 하는 목적과 수단의 적합성, iii) 채용대상자가 갖추어야 할 요건의 유무와 내용 iv) 사업장 내 동종 취업규칙 유무, v) 단체협약의 유지기간과 그 준수 여부, vi) 단체협약이 규정한 채용의 형태와 단체협약에 따라 채용되는 근로자의 수 등을 통해 알 수 있는 사용자의 일반 채용에 미치는 영향과 구직희망자들에 미치는 불이익의 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”

[목차]

I. 문제의 소재

II. 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 효력

1. 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 법적 성격

- (1) 단체협약의 규범적 부분과 채무적 부분
- (2) 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 법적 성격

2. 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 효력

- (1) 헌법상 노동3권과 노조법상 협약자치의 원칙
- (2) 민법 제103조에 근거한 단체협약의 내용 통제 여부 및 판단기준

가. 민법 제103조에 근거한 단체협약의 내용 통제

나. 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 효력과 민법 제103조 위반 판단기준

- ① 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 효력
- ② 단체협약상 산재유족 특별채용조항의, 민법 제103조 위반 판단기준

III. 사안의 적용

1. 단체협약을 체결한 이유나 경위
2. 단체협약을 통해 달성하고자 하는 목적과 수단의 적합성

132) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두37772 판결

3. 채용대상자가 갖추어야 할 요건의 유무와 내용
4. 동종 취업규칙 유무 및 단체협약의 유지기간과 그 준수 여부
5. 사용자의 일반채용에 미치는 영향과 구직희망자들에 미치는 불이익의 정도

I. 문제의 소재

- 사용자가 노동조합과의 단체교섭을 통해 업무상 재해로 인한 사망 등 일정한 사유가 발생하는 경우 조합원의 직계가족 등을 채용하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면, 그 단체협약이 민법 제103조 위반으로 무효가 되는 것인지가 문제된다.

II. 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 효력

1. 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 법적 성격

(1) 단체협약의 규범적 부분과 채무적 부분

- 노조법 제33조 소정의 규범적 효력이 인정되는 부분을 규범적 부분이라 하는데, 즉 규범적 부분은 단체협약에서 “근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준”을 정한 조항을 가리킨다.
- 채무적 부분이란 단체협약의 내용 중 협약체결 당사자인 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이에 적용될 권리의무관계를 정하고 있는 부분으로서, 협약체결 당사자 사이의 계약일반의 효력만이 인정되므로 이를 채무적 부분이라 한다.

(2) 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 법적 성격

- i) 산재유족 특별채용조항은 업무상 재해에 대한 보상에 관한 기업내 제도를 설정한 것으로서 단체협약의 규범적 부분으로 보는 견해와 ii) 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족이라는 제3자를 수익자로 하여 사용자와 노동조합이 체결한 제3자를 위한 계약의 성격을 갖는 것으로 단체협약의 채무적 부분에 해당하는 견해가 있다.¹³³⁾
- [판례]에서는 산재유족 특별채용조항이 “중요한 근로조건에 해당”한다고 판시함으로써¹³⁴⁾, 규범적 부분에 해당하는 것으로 파악하고 있다.¹³⁵⁾

2. 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 효력¹³⁶⁾

(1) 헌법상 노동3권과 노조법상 협약자치의 원칙

- [판례]에 따르면 “헌법 제33조 제1항은 집단적 합의에 의하여 근로조건 등을 자기 책임하에서 합리적으로 규율할 수 있는 권한을 노사에 부여함으로써 협약자치를 보장”하고 있다.
- 그리고 이러한 헌법상 노동3권을 보다 구체적으로 보장하기 위하여 노조법에서 노사간의 협약자치를 인정·존중하기 위한 취지를 실현하기 위한 규정체계를 마련하고 있다는 것이 [판례]의 태도이다. i) 노사가 단체협약의 구체적 내용을 교섭을 통해서 자치적으로 정할 수 있도록 하고 있으며, ii) 단체협약 중 특정한 사항을 위반한 자에 대하여는 형사처벌이 가능하도록 하여 노사가 자율적으로 형성한 단체협약의 규범력을 강화하고 있다는 점 등을 예로 들 수 있을 것이다.

(2) 민법 제103조에 근거한 단체협약의 내용 통제 여부 및 판단기준

가. 민법 제103조에 근거한 단체협약의 내용 통제

- [판례]에 따르면 단체협약도 민법 제103조의 적용대상에서 제외될 수 없으며 “단체협약의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다면 그 법률적 효력은 배제되어야 한다”고 한다.
- 다만 “단체협약이 헌법이 직접 보장하는 기본권인 단체교섭권의 행사에 따른 것이라는 점과 헌법이 제도적으로 보장한 노사의 협약자치의 결과물이라는 점, 그리고 노조법에 의해 그 이행이 특별히 강조되는 점 등을 고려하여 법원의 후견적 개입에는 보다 신중할 필요가 있다”고 [판례]는 판시하고 있다.

나. 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 효력과 민법 제103조 위반 판단기준

① 단체협약상 산재유족 특별채용조항의 효력

- 사용자는 헌법 제15조가 정하는 직업선택의 자유, 헌법 제23조 제1항이 정하는 재산권 등에 기초하여 어떠한 근로자를 어떠한 기준과 방법에 의하여 채용할 것인지를 자유롭게 결정할 자유가 있지만, “사용자는 스스로 이러한 자유를 제한할 수 있는 것이므로, 노동조합과 사이에 근로자 채용에 관하여 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되지 아니하는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다”는 것이 판례의 태도이다.

② 단체협약상 산재유족 특별채용조항의, 민법 제103조 위반 판단기준

- 다만, 산재유족 특별채용조항이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나, 채용기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는 등의 특별한 사정이 있다면 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 볼 수 있을 것이다.
- [판례]에 따르면 “단체협약상 산재유족 특별채용조항이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는지 여부는 i) 단체협약을 체결한 이유나 경위 ii) 단체협약을 통해 달성하고자 하는 목적과 수단의 적합성, iii) 채용대상자가 갖추어야 할 요건의 유무와 내용 iv) 사업장 내 동종 취업규칙 유무, v) 단체협약의 유지기간과 그 준수 여부, vi) 단체협약이 규정한 채용의 형태와 단체협약에 따라 채용되는 근로자의 수 등을 통해 알 수 있는 사용자의 일반 채용에 미치는 영향과 구직희망자들에 미치는 불이익의 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”

III. 사안의 적용¹³⁷⁾

- 판례가 기준으로 제시하고 있는 이하의 여러 사정을 종합하여 판단하여 볼 때, 단체협약상 산재유족 특별채용조항이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용기회의 공정성을 현저히 해하는 특별한 결과를 초래하였다고 볼 특별한 사정을 인정하기 어려우므로, 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 무효라고 볼 수는 없다.

1. 단체협약을 체결한 이유나 경위

- 업무상 재해에 대해 어떤 내용이나 수준의 보상을 할 것인지의 문제는 그 자체로 중요한 근로조건에 해당하는데, 노동조합은 법정 보상 외에 추가적인 보상을 받기로 함으로써, 근로조건을 유지·개선하고 근로자의 경제적·사회적 지위를 향상하기 위한 목적으로 해당 단체협약의 체결을 노동조합이 요구한 것으로 이해할 수 있을 것이
- 사용자 또한 이러한 단체협약을 통하여 조합원의 업무에 대한 충실을 유도하고 노동조합과 원만한 관계를 유지할 수 있는 이익을 얻고 있는 것으로 판단할 수 있다.

2. 단체협약을 통해 달성하고자 하는 목적과 수단의 적합성

- 산재유족 특별채용조항은 정년퇴직자 및 장기근속자의 자녀의 특별채용조항과 달리 근로자의 특별한 희생에 상응하는 보상을 하고 가족생계의 어려움을 해결할 수 있도록 사회적 약자를 보호 또는 배려하는 것을 목적으로 하는 규정이라 할 수 있다.
- 산재유족 특별채용조항은 헌법 제32조 제6항과 그에 기초한 법률¹³⁸⁾등이 특정한 범위의 사람에게 보상과 보호의 목적으로 채용의 기회를 제공하는 등의 취지와 정신을 기업단위에서 자치적으로 구현한 것으로, 산재유족 중 1인에게 채용의 기회를 제공함으로써, 보상과 보호라는 목적을 달성하기 위한 유효적절한 수단이라고 할 수 있다.

3. 채용대상자가 갖추어야 할 요건의 유무와 내용

- 산재유족 특별채용조항은 노사가 자율적으로 사용자가 ‘어떤 조건에서’, ‘누구를’ 채용할 것인지에 대하여 미리 ‘자기구속적인 약속’을 한 것이므로, 국가가 사용자에게 누군가를 채용할 것을 강제하여 헌법상 보장된 채용된 자유를 제한하는 것과는 성격이 전혀 다르다고 할 수 있다. 따라서 해당 산재유족 특별채용조항을 무효라고 선언한다면, 오히려 법원이 사용자의 채용의 자유를 부당하게 제한하는 결과가 될 수 있을 것이다 .
- 또한 산재유족 특별채용조항은 극히 드물게 업무상 재해로 인한 사망이 발생하는 경우에 비로소 적용되고, 결격사유가 없는 근로자로 채용대상을 한정하고 있어서 최소한의 업무수행능력도 없는 자는 채용될 수 없다고 규정하고 있으므로, 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수 없을 것이다.

4. 동종 취업규칙 유무 및 단체협약의 유지기간과 그 준수 여부

- 1990년대 이후부터 계속하여 2년마다 단체협약에 산재유족 특별채용조항을 포함시켜 왔으며, 실제로 그 동안 유족을 특별채용하여 왔음을 알 수 있고, 취업규칙에서도 단체협약상의 산재유족 특별채용조항과 동일한 취지의 규정을 두고서, 산재유족 특별채용조항을 이행해 왔음을 볼 때, 해당 조항이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수 없을 것이다.

5. 사용자의 일반채용에 미치는 영향과 구직희망자들에 미치는 불이익의 정도

- 2013년부터 2019년까지 사용자가 채용한 근로자의 숫자는 약 18,000명인데 반해 산재유족 특별채용조항에 따른 채용인원은 11명에 불과하며, 산재유족 특별채용조항이 공개경쟁채용절차에서 유족을 우선적으로 채용하도록 하는 것이 아니라 별도의 특별채용절차를 예정하고 있는 점을 감안하면, 사용자의 일반채용에 미치는 영향 및 구직희망자들에 미치는 현실적인 불이익이 크다고 볼 수 없을 것이다.

노동법의 정석 2판 697p

II. 평화의무의 의의 및 내용

1. 평화의무의 의의

- 평화의무라 함은 협약 당사자가 단체협약에서 이미 정한 근로조건이나 기타 사항의 변경개폐를 요구하는 쟁의행위를 단체협약의 유효기간 중에 하지 않을 의무를 말한다.

그런데 [판례]에 따르면 “이러한 평화의무는 단체협약에 규정되지 아니한 사항이나 단체협약의 해석을 둘러싼 쟁의행위 또는 차기 협약체결을 위한 단체교섭을 둘러싼 쟁의행위에 대해서까지 그 효력이 미치는 것은 아니므로 단체협약 유효기간 중에도 노동조합은 차기의 협약체결을 위하여거나 기존의 단체협약에 규정되지 아니한 사항에 관하여 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있다고 할 것이고 또한 단체협약이 형식적으로는 유효한 것으로 보이지만 단체협약을 무효라고 주장할 만한 특별한 사정이 인정되는 경우에도 노동조합으로서 단체협약의 유효기간 중에 사용자에게 단체협약을 무효라고 주장하는 근거를 제시하면서 기존의 단체협약의 개폐를 위한 단체교섭을 요구할 수 있다”고 한다.¹³⁹⁾

노동법의 정석 2판 721p

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

- 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

133) 권오성, “산재유족 특별채용조항의 적법성”, 『사회보장법학』제9권 제1호(2020), 한국사회보장법학회, 122p

134) 대법원 2020.8.27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결

135) 다만, 해당 조항의 성격을 채무적 부분으로 보더라도 유족의 채용청구권은 보장되어야 할 것이다. 규범적 부분이라면 근로자 내지 근로자의 유족이 단체협약에 의해 곧바로 채용청구권을 보장받게 되며, 채무적 부분이라면 제3자를 위한 계약에 대한 승낙의 의사표시를 함으로써 채용청구권이 보장될 것이다.(권오성, 위의 글, 122p)

136) 이하의 내용은 대법원 2020.8.27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결을 편집, 정리한 것이다.

137) 대법원 2020.8.27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결의 사실관계에 기초한 목차이다.

138) 예를 들어 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률, 독립유공자예우에 관한 법률, 5.18민주유공자 예우에 관한 법률, 보훈보상대상자 지원에 관한 법률, 특수임무유공자 예우 및 단체설립에 관한 법률 등이 있다.

139) 대법원 2003.2.11.선고.2002두9919판결

기간 동안에는 쟁의행위가 허용되지 않는다는 견해이다.

노동법의 정석 2판 725p

163 쟁의중 신분보장조항의 해석 (변19)

[Key point] 쟁의중 신분보장조항의 해석 (변19)

1. 쟁의중 신분보장조항의 취지 : 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장
2. 쟁의중 신분보장조항의 해석
 - (1) 쟁의행위가 정당하게 개시된 경우라면, 쟁의기간 중 일체의 징계 금지
 - (2) 쟁의행위와 관련이 없는 개인적 일탈이나 노조 활동이 저해될 우려가 없는 경우에도 징계금지
(‘쟁의 중 신분보장’ 규정의 적용 범위의 축소 해석금지)

[목차]

I. 문제의 소재

II. 쟁의중 신분보장조항의 해석

1. 단체협약의 해석의 원칙

2. 쟁의중 신분보장조항의 해석

(1) 쟁의중 신분보장조항의 의의 및 취지

(2) 쟁의중 신분보장조항의 해석 : 적용범위의 축소 해석 금지

3. 판례의 검토

I. 문제의 소재

- 단체협약에서 징계사유의 발생시기나 그 내용에 관하여 특별한 제한을 두지 않고서 쟁의기간중 징계금지조항만을 두고 있는 경우, 정당한 쟁의행위기간 중에는 개인적 일탈 행위 등의 사유를 불문하고 사용자가 조합원에 대하여 징계권을 행사할 수 없다는 의미로 해석하여야 하는지가 문제된다. 즉 쟁의기간중 신분보장조항에 기재된 문언의 의미를 어떤 원칙 하에서 해석할 것인가가 문제된다.

II. 쟁의중 신분보장조항의 해석

1. 단체협약의 해석의 원칙

- [판례]에 따르면 “처분문서는 그 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언의 내용에 따라 당사자의 의사표시가 있었던 것으로 객관적으로 해석하여야 하나, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”고 한다.
- 한편 “단체협약과 같은 처분문서를 해석함에 있어서는, 단체협약이 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 복지를 증진하여 그 경제적·사회적 지위를 향상시킬 목적으로 근로자의 자주적 단체인 노동조합과 사용자 사이에 단체교섭을 통하여 이루어지는

것이므로, 그 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석할 수 없다”는 것이 판례의 태도이다.¹⁴⁰⁾

2. 쟁의중 신분보장조항의 해석

(1) 쟁의중 신분보장조항의 의의 및 취지

- 한 편, 단체협약에서 쟁의기간 중 징계금지 등 인사처분을 제한하는 조항을 두는 경우가 있는데, 이를 보통 쟁의중 신분보장조항이라 한다.¹⁴¹⁾
- 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.

(2) 쟁의중 신분보장조항의 해석 : 적용범위의 축소 해석 금지

- 쟁의중 신분보장조항의 취지에 비추어 볼 때, 쟁의행위가 정당하게 개시된 경우라면, “비록 쟁의 과정에서 징계사유가 발생하였다고 하더라도 쟁의가 계속되고 있는 한 그러한 사유를 들어 쟁의기간 중에 징계위원회의 개최 등 조합원에 대한 징계절차의 진행을 포함한 일체의 징계 등 인사조치를 할 수 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.¹⁴²⁾
- 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.¹⁴³⁾
- 만약 “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 해석하게 되면, 단체협약상 쟁의중 신분보장조항의 문언 및 그 객관적인 의미보다 근로자에게 불리하게 되어 허용되지 않는다”는 것이 [판례]의 태도이다.¹⁴⁴⁾

3. 판례의 검토

- 이러한 판례의 태도에 대하여는 i) 판례에서 덧붙이고 있는 것처럼, 근로자의 비위행위가 쟁의행위와 무관한 개인적 일탈에 불과한 것인지, 쟁의행위와 관련이 있는지를 구분하는 것이 항상 명확하게 판가름되는 것이 아니므로, 근로자에게 불리하게 해석될 여지를 차단하는 의미가 있다는 견해가 있는 반면¹⁴⁵⁾ ii) 폭언이나 폭력을 동반한 개인적 일탈행위까지 사실상 허용하는 결과가 될 뿐만 아니라 징계를 회피할 목적으로 쟁의행위를 장기화시킬 우려가 있고, 장기간 사용자의 인사권을 제한하는 것은 협약자치의 한계를 벗어난 것이므로 설득력이 없다는 견해도 있다.¹⁴⁶⁾
- 또한, 만약 단체협약에서 “쟁의관련사항을 이유로 징계하지 않는다”는 규정을 두는 등, 징계사유의 내용에 대하여 특별한 제한을 두고 있다면, 쟁의행위와 무관하거나 개인적 비위행위를 이유로 한 징계처분이 무효라고 해석하기는 어려울 것이다.¹⁴⁷⁾

140) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결

141) 회사는 정당한 노동쟁의행위에 대하여 쟁의기간 중 여하한 징계 등 인사조치를 할 수 없다고 규정

164 법률규정에 의한 효력연장(노10 / 변13 / 행14)

| Key point | 법률규정에 의한 효력연장

1. 요건

- 1) 단체협약의 효력 만료
 - 2) 기간만료를 전후하여 협약당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 새로운 단체협약이 체결되지 아니하였을 것
 - 3) 자동연장협정 등 별도의 약정이 없을 것
2. 효과 : 효력만료일부터 3개월간 채무적 효력과 규범적 효력

I. 문제의 소재

- 단체협약의 유효기간이 만료되는 때를 전후하여 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우에 자동연장협정 등의 약정이 없다면, 종전의 단체협약이 계속 효력을 가지는지가 문제된다.

II. 단체협약의 유효기간 및 법률규정에 의한 효력연장

1. 단체협약의 유효기간

- 단체협약에 유효기간을 정하는 경우 그 기간은 2년을 초과할 수 없으므로,(노조법 제32조 제1항), 단체협약의 유효기간을 2년 이내에서 정한 경우에는 그 정한 유효기간에 따르게 되나, 2년을 초과하는 유효기간을 정한 경우나 유효기간을 정하지 않은 경우에는 그 유효기간은 2년으로 한다.(노조법 제32조 제2항).
- 이는, 유효기간을 일정한 범위로 제한하여 단체협약의 내용을 시의에 맞고 구체적 타당성이 있게 조정해 나가도록 하자는 데에 그 뜻이 있다"고 할 수 있으며,¹⁴⁸⁾

된 경우도 있고(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다257869 판결), “회사는 정당한 노동쟁의행위에 대하여 간섭방해, 이간행위 및 쟁의기간 중 여하한 징계나 전출 등 인사조치를 할 수 없으며 쟁의에 참가한 것을 이유로 불이익 처분할 수 없다.”고 규정된 경우도 있다(대법원 2018. 10. 4. 선고 2016다242884 판결).

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

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

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

145) 이승길, “유성기업사건”, 『월간 노사FOCUS』2020년 9월호, 한국공인노무사회, 18p 참조

146) 이정, “쟁의 중 신분보장을 정한 단체협약의 효력”, 『월간 노동법률』2020년 9월호

147) 김근주, “단체협약상 쟁의행위 중 신분조항의 효력”, 『월간 노동리뷰』 2020년 1월호, 한국노동연구원, 163p (이러한 경우에도 개인적 일탈이나 비위행위가 과연 쟁의행위와 관련이 없는 것인지 구분하는 것도 명확하지 않으므로 신중한 접근법이 요구된다)

148) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두3160 판결

이런 입법취지를 고려하면, 단체협약의 유효기간을 제한한 노조법 규정은 강행규정이라는 것이 [판례]의 태도이다.¹⁴⁹⁾

2. 법률규정에 의한 효력연장

(1) 의의 및 취지

- 단체협약의 유효기간이 만료되는 때를 전후하여 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우에는 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 종전의 단체협약은 그 효력만료일부터 3월까지 계속 효력을 가진다.(노조법 제32조 제3항)
- 이는 당사자의 협약체결노력을 격려하기 위한 정책적 고려에서 노조법이 특별히 협약당사자가 정한 유효기간을 연장하여 무협약상태를 3개월 동안 유예하려는 것이다.¹⁵⁰⁾

(2) 유효기간 연장의 요건

- 단체협약의 효력이 법규정에 의해 3개월 연장되기 위해서는 첫째, 단체협약의 효력이 만료되었을 것, 둘째, 기간만료를 전후하여 협약당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 새로운 단체협약이 체결되지 아니하였을 것, 셋째, 자동연장협정 등 별도의 약정이 없을 것 등의 요건을 충족해야 한다.
- 따라서 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하려는 의사가 없어 상호간에 아무 교섭이 없는 경우나, 새로운 단체협약이 체결되지 않을 경우를 대비하여 노사간에 별도의 약정이 있는 경우에는 법률에 의한 단체협약의 효력연장은 인정되지 않는다.¹⁵¹⁾

(3) 유효기간 연장의 효과

- 효력이 연장된 종전의 단체협약은 그 효력만료일로부터 3개월간 채무적 효력과 규범적 효력을 가진다.
- 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 연장된 3개월의 기간이 경과했는데도 새로운 단체협약이 체결되지 않은 때에는 단체협약은 실효되고 무협약상태가 된다.

노동법의 정석 2판 773p

149) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두3160 판결 참조

150) 임종률 14판, 179p

151) 김형배 25판, 1091p(같은 취지의 판례로 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다27102 판결 : 같은 법 제35조 제3항의 규정은 종전의 단체협약에 유효기간 만료 이후 협약갱신을 위한 단체교섭이 진행중일 때에는 종전의 단체협약이 계속 효력을 갖는다는 규정이 없는 경우에 대비하여 둔 규정이므로, 종전의 단체협약에 자동연장협정의 규정이 있다면 위 법조항은 적용되지 아니하고, 당초의 유효기간이 만료된 후 위 법조항에 규정된 3월까지에 한하여 유효하다고 볼 것은 아니다)

152) 임종률 14판, 211p

153) 이하의 내용은 대법원 2020.9.3. 선고 2015도1927 판결을 요약정리한 것이다.

168 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁위행위의 위법성

| Key point | 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁위행위의 위법성

1. 원칙 : 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 위법성이 조각되지는 않음.
2. 예외 : 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우 위법성이 조각됨.

※ 판단기준 : 쟁의행위의 목적과 경위, 쟁의행위의 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단

[목차]

I. 문제의 소재

II. 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁위행위의 위법성

1. 쟁의행위에 대한 형사면책조항의 의의 및 취지
2. 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁위행위의 위법성
 - (1) 원칙 : 도급인은 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로 위법성이 조각되지 않음.
 - (2) 예외 : 사회윤리나 사회통념상 용인될 수 있는 행위인 경우 위법성이 조각됨.

I. 문제의 소재

- 수급인 소속 근로자들이 사용자인 수급인을 상대로 한 쟁의행위의 일환으로 도급인 사업장에서 한 집회·시위 등이 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각되는지 여부가 문제된다.

II. 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁위행위의 위법성

1. 쟁의행위에 대한 형사면책조항의 의의 및 취지

- 노조법 제4조에 따르면 형법 제20조의 규정(주:정당행위규정을 의미)은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니된다.(제4조)
- 쟁의행위가 정당한 경우에 형법상의 범죄로 처벌할 수 없다는 것은 헌법상 단체행동권 보장의 당연한 효과이며, 형사면책규정은 이를 확인하는 의미의 규정이라 할 수 있다.¹⁵²⁾

2. 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁위행위의 위법성¹⁵³⁾

- (1) 원칙 : 도급인은 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로 위법성이 조각되지 않음.
 - “쟁의행위가 정당행위로 위법성이 조각되는 것은 사용자에 대한 관계에서 인정되는 것이므로 제3자의 법익을 침해한 경우에는 원칙적으로 정당성이 인정되지 않는다”는 것이

[판례]의 태도이다.

- 그런데, [판례]에 따르면 “도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다”고 한다.

(2) 예외 : 사회윤리나 사회통념상 용인될 수 있는 행위인 경우 위법성이 조각됨.

- 그런데 [판례]에 따르면, “수급인 소속 근로자들이 집결하여 함께 근로를 제공하는 장소로서 도급인의 사업장은 수급인 소속 근로자들의 삶의 터전이 되는 곳이고, 쟁의행위의 주요 수단 중 하나인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다”고 하면서, “도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향수하기 위하여 수급인 소속 근로자에게 사업장을 근로의 장소로 제공하였으므로 그 사업장에서 발생하는 쟁의행위로 인하여 일정 부분 법익이 침해되더라도 사회통념상 이를 용인하여야 하는 경우가 있을 수 있다”고 한다.
- 따라서 “사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이루어져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다”는 것이 [판례]의 태도이다.
- 그리고 [판례]에 따르면 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각되는 경우에 해당하는지 여부는 “쟁의행위의 목적과 경위, 쟁의행위의 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하여, 그 판단기준을 제시하고 있다.¹⁵⁴⁾

노동법의 정석 2판 774p

169 대체근로 등의 제한 (노20 / 변19)

154) 수급인 소속 근로자들이 도급인의 사업장중 본관건물과 다른 건물사이의 인도를 점거한 사안에서, 전면적이고 배타적인 점거도 아니었고, 도급인의 시설관리권에 대한 제약 역시 상당히 제한적이었으며, 수급인의 사업장에서 단체행동권을 실효적으로 행사하는 것은 사실상 불가능한 측면이 있었다는 점을 고려하여 도급인에 대한 업무방해나 퇴거불응의 죄에 대하여 위법성이 조각된다고 보았다.(대법원 2020.9.3. 선고 2015도1927 판결 참조. 도급인은 한국수자원공사였으며, 수급인은 시설관리 및 청소용역업체였다)

155) 임종률 14판, 213p

156) 대법원 2000.11.28. 선고 99도317 판결

157) 임종률 18판, 223p

| Key point | 대체근로 등의 제한조항과 유의판례

1. 사용자가 쟁의행위 전에 근로자를 채용했다더라도 쟁의행위기간중 근로자들의 업무를 수행케 하기 위한 것을 목적으로 그 채용이 이루어졌고, 그 채용된 근로자들로 하여금 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하였다면 해당 조항 위반
2. 쟁의행위기간 중이라도 사용자의 정당한 인사권행사까지 부인되지는 않으므로, 대체근로의 목적이 아니라 자연감소에 따른 인원충원 등의 목적으로 채용하는 것은 허용

[목차]

I. 문제의 소재

II. 대체근로의 제한과 판례법리

1. 일반사업의 대체근로의 제한과 판례법리

(1) 의의 및 취지

(2) 대체근로 제한의 범위

가. 인적범위의 제한 : “당해 사업과 관계없는 자”의 채용, 대체, 도급 금지

나. 시기와 목적의 제한 : “쟁의행위 기간중”의 “쟁의행위로 중단된 업무의 수행”을 위한 채용, 대체, 도급 금지

① “쟁의행위기간 중”의 채용, 대체, 도급 금지 : 쟁의행위전 신규채용의 위법여부

② “쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위한” 채용, 대체, 도급 금지 : 자연감소에 따른 신규채용의 위법여부

(3) 대체근로금지 위반과 형사처벌

가. 사용자에게 대한 형사처벌

나. 불법 대체근로에 동원된 외부인에 대한 형사처벌 여부 및 물리력 행사의 평가

2. 필수공익사업의 대체근로의 제한과 판례법리

III. 보론

1. 근로자 파견의 금지

2. 특고노조의 쟁의행위와 노조법 제43조 제1항의 적용여부

I. 문제의 소재

- 쟁의행위는 헌법상 기본권의 행사이므로, 노조법상으로 쟁의행위에 대한 여러 보호규정을 두고 있다. 특히 노조법은 쟁의행위 기간중의 대체근로를 제한하고 있는데, 특히 당해 사업과 관계없는 자가 누구인지, 쟁의행위 전에 근로자들을 채용하는 것은 허용되는지, 자연감소에 따른 인원충원의 목적으로 채용하는 경우도 금지되는지가 문제된다.

II. 대체근로의 제한과 판례법리

1. 일반사업의 대체근로의 제한과 판례법리

(1) 의의 및 취지

- 사용자는 쟁의행위 기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없으며(43조1항), 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다(43조2항).

- 대체근로는 파업의 압력효과를 저하시키고 노동조합측과 지나친 대결사태를 야기할 우려가 있기 때문에 파업을 보호하려는 정책적 배려에서 대체근로를 제한하고 있는 것이다.¹⁵⁵⁾ [판례] 역시 해당 조항을 “노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 규정”이라고

판시하고 있다.¹⁵⁶⁾ 명문의 규정을 두고 있지는 않지만, 이 규정은 정당한 쟁의행위에 대하여만 적용된다고 보아야 할 것이다.¹⁵⁷⁾

(2) 대체근로 제한의 범위

가. 인적범위의 제한 : “당해 사업과 관계없는 자”의 채용, 대체, 도급 금지

- “당해 사업과 관계없는 자”만의 채용 또는 대체가 금지될 뿐이므로, 당해 사업과 관계 있는 자는 신규 채용하거나 대체근로에 종사하게 할 수 있다. 구 노동쟁의조정법에서는 쟁의에 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다고 하여 해석상의 논란이 있었으나, 현행 법은 당해 사업과 관계없는 자라고 규정하여 그 의미를 명백하게 제시하고 있다.
- 사업이라 함은 개인사업체 또는 독립된 법인격을 갖춘 회사 등과 같이 경영상의 일체를 이루면서 계속적, 유기적으로 운영되고 전체로서의 독립성을 갖춘 하나의 기업체 조직을 뜻한다고 판례상 일반적으로 해석되고 있다. 따라서 동일 사업에 속하는 다른 사업장의 근로자도 대체근로를 할 수 있다.¹⁵⁸⁾
- 즉 노조법 제43조 제1항에서 당해 사업과 관계없는 자란 당해 사업의 근로자 또는 사용자를 제외한 모든 자를 가리키는바¹⁵⁹⁾, 사용자가 노동조합의 쟁의행위기간 중 당해 사업 내의 비노동조합원이나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 기존의 근로자를 제외한 자를 새로 채용 또는 대체할 수 없다는 것으로 풀이된다.¹⁶⁰⁾
- 사용자는 쟁의행위기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수도 없는데, 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 주는 것은 당해 사업에 관계없는 자를 대체근로시키는 것과 동일한 효과가 있으므로 이를 금지하는 것이다.

나. 시기와 목적의 제한 : “쟁의행위 기간중”의 “쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위한”을 위한 채용, 대체, 도급 금지

- 또한 쟁의행위 기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체할 수 없다.

① “쟁의행위기간 중”의 채용, 대체, 도급 금지 : 쟁의행위전 신규채용의 위법여부

- 채용 또는 대체는 쟁의행위기간 중에 행하여지는 것이 금지되는 것이므로, 쟁의행위전의 신규채용은 허용된다. 그런데, 만약 쟁의행위기간 중 중단된 업무를 수행하기 위하여, 쟁의행위 전에 근로자들을 채용한 경우 이 조항 위반으로 볼 수 있는지 여부가 문제된다.
- [판례]에 따르면 이 규정은 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 규정이므로 사용자가 쟁의행위 전에 근로자를 채용했다라도 쟁의행위기간중 근로자들의 업무를 수행케 하기 위한 것을 목적으로 그 채용이 이루어졌고, 그 채용된 근로자들로 하여금 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하였다면 이 조항을 위반한 경우에 해당한다고 판시하고 있다.¹⁶¹⁾

② “쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위한” 채용, 대체, 도급 금지 : 자연감소에 따른

신규채용의 위법여부

- 쟁의행위로 중단된 업무를 수행하기 위한 채용 또는 대체는 금지된다. 그런데, 쟁의행위 기간 중에는 자연감소에 따른 인원충원의 목적으로 채용하는 것도 금지되는지가 문제된다.
- [판례]에 따르면 쟁의행위기간 중이라도 사용자의 정당한 인사권행사까지 부인되지는 않는다고 보아야 하므로, 대체근로의 목적이 아니라 자연감소에 따른 인원충원 등의 목적으로 채용하는 것은 허용된다. 따라서 적법하게 대체근로에 투입한 근로자마저 사직함에 따라 후임자를 채용하는 것은 허용된다 할 것이다.¹⁶²⁾
- 그런데 [판례]에 따르면 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.¹⁶³⁾
- [판례]에 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.¹⁶⁴⁾

(3) 대체근로금지 위반과 형사처벌

가. 사용자에 대한 형사처벌

- 사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계있는 자를 채용 또는 대체할 수 없고, 이를 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금으로 처벌된다(노조법 제91조, 제43조 제1항)
- 그런데, 여기서 처벌되는 ‘사용자’는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다(노조법 제2조 제2호).¹⁶⁵⁾

나. 불법 대체근로에 동원된 외부인에 대한 형사처벌 여부 및 물리력 행사의 평가

- 그런데, [판례]에 따르면, 채용 또는 대체하는 행위와 채용 또는 대체되는 행위는 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있음에도 불구하고 채용 또는 대체되는 자를 따로 처벌하지 않고 있는 노조법의 입법취지 등에 비추어보면, “쟁의행위기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 사용자에게 채용 또는 대체되는 자의 행위에 대하여는 일반적인 형법 총칙상의 공범 규정을 적용하여 공동정범, 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수 없다”고 판시하고 있다.¹⁶⁶⁾
- 또한 [판례]는 불법 대체근로에 동원된 외부의 제3자에 대해서는 처벌규정이 없으므로 처벌받지 않는 자인데, 처벌받지 않는 자를 현행범으로 체포할 수는 없으므로, 쟁의행위를 하고 있는 해당 노동조합의 조합원이 불법대체근로에 동원된 외부의 제3자를 체포하는 과정에서 발생한 상해에 대해서 위법성을 부인할 수 없다는 점을 강조하고 있다.¹⁶⁷⁾

2. 필수공익사업¹⁶⁸⁾의 대체근로의 제한과 판례법리

- 필수공익사업의 사용자는 쟁의행위기간 동안 그 사업 또는 사업장 파업참가자의 50%를 초과하지 않는 범위 내에서 채용 또는 대체하거나 도급 또는 하도급 줄 수 있다.¹⁶⁹⁾(43조3,4항 참조)
- 필수공익사업에서 쟁의행위가 일어난 경우에 공중의 일상생활 또는 국민경제에 현저한 위해를 최소화하기 위하여 제한된 범위에서 대체근로를 할 수 있도록 허용한 것이다.¹⁷⁰⁾

III. 토론

1. 근로자 파견의 금지

- 파견사업주는 쟁의행위중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하여서는 아니된다.(근로자파견법 16조1항).
- 다만, 쟁의행위 중에 종전부터 파견하던 근로자를 평소 수행하던 업무를 위하여 계속 파견하는 것은 ‘그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위’한 것이 아니므로 허용된다 할 것이다.¹⁷¹⁾
- 2. 특수형태근로종사자 노조(이하 특고노조)의 쟁의행위와 노조법 제43조 제1항의 적용여부¹⁷²⁾

(1) 문제의 소재

- 특고노조의 쟁의행위의 경우에는 노조법 제43조 제1항의 적용이 배제되어야 하는지 여부가 문제된다.

(2) 특고노조의 쟁의행위와 노조법 제43조 제1항의 적용여부

- 아직 해당 사안에 대한 명시적인 대법원 판결이 존재하지 않으므로, 이하에서는 해당 사안에 대한 견해를 소개하기로 한다.

가. 노조법 제43조 제1항의 적용이 배제되어야 한다는 견해.

- 특고노조의 쟁의행위에 대하여는 노조법 제43조 제1항의 적용을 배제해야 한다는 견해이다.
- 이 견해는 i) 대체근로금지규정은 근로기준법상 근로자에 한하는 것으로 엄격해야 해석해야 한다는 점, ii) 설령 특수형태근로종사자가 노조법상 근로자로 인정된다고 하더라도 이는 경제적인 종속을 의미하는 것일 뿐, 계약법의 법리는 그대로 적용되므로, 대체근로금지조항을 적용할 수 없다는 점, iii) 위임이 다단계로 이루어지는 경우, 노동조합이 누구를 상대로 교섭을 요구하는지에 따라 대체근로의 금지의 주체와 내용이 달라지므로 법적안정성이 저해될 수 있다는 점 등을 그 근거로 삼고 있다.

나. 노조법 제43조 제1항을 적용할 수 있다는 견해

- 특고노조의 쟁의행위에 대하여도 노조법 제43조 제1항을 적용할 수 있다는 견해이다.
- 이 견해는 i) 노조법 제43조 제1항을 근로기준법상의 근로자에게만 적용되는 것으로 제한적으로 해석해야 할 논리필연적 이유가 존재하지 않는다는 점, ii) 만약 노조법 제43조 제1항을 노조법상 근로자에게는 배제된다고 해석한다면, 이는 법문에 반하는 해석으

로서 법해석의 한계를 넘는다든 점, iii) 노조법상 사용자의 개념은 지배개입유형의 부당노동행위에 대한 판례에서 알 수 있듯이 보다 확장될 수 있다는 점, 등을 그 근거로 삼고 있다.

노동법의 정석 2판 795p

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.¹⁷³⁾

노동법의 정석 2판 810p

III. 직장점거의 정당성에 대한 판례

- 158) 김유성 II, 299p
- 159) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도4831 판결
- 160) 대법원 2000.11.28. 선고 99도317 판결
- 161) 대법원 2000.11.28. 선고 99도317판결 참조
- 162) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도4831 판결 참조
- 163) 대법원 2008.11.13. 선고 2008도4831 판결
- 164) 대법원 2008.11.13. 선고 2008도4831 판결
- 165) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도3048 판결
- 166) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도3048 판결 ; 임의적 공범은 직접 범죄행위를 저지르는 자, 즉 가담하는 형태를 말하는데, 이에는 공동정범, 교사범, 종범 등이 있다. 이와 달리 필요적 공범은 범죄구성요건 규정에서 수인(數人)의 행위로서만 구성요건을 실현할 수 있는 범죄를 말한다. 필요적 공범은 행위자들의 행위가 서로 마주보는 방향으로 결합돼 있는 대항범과 행위자들에게 동일한 방향의 행위가 요구되는 집합범으로 구분할 수 있다.(노호창, “불법 대체근로에 동원된 외부인에 대한 법적 평가와 그를 향한 물리력 행사의 가부”, 『월간노동리뷰』 2020년 8월호, 한국노동연구원, 106-107p)
- 167) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도3048 판결
- 168) 필수공익사업이라 함은 제1항의 공익사업으로서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업으로서, 1. 철도사업, 도시철도사업 및 항공운수사업 2. 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업 3. 병원사업 및 혈액공급사업 4. 한국은행사업 5. 통신사업을 의미한다.(노조법 제 71조 제2항)
- 169) 필수공익사업에 대한 직권중재의 폐지에 대하여 현행 노조법은 공익의 보호와의 균형을 추구하기 위하여 필수유지업무제도를 도입하고 대체근로를 허용하고 있다.
- 170) 임종률 14판, 214p
- 171) 임종률 14판, 213p 참조
- 172) 이하 내용은 권오성, “특별기고 : 택배노조 쟁의행위에 대한 원청 대체근로의 위법성”, 『월간노동법률』 2020.10월호의 내용을 참고하였다.
- 173) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결

1. 판례의 태도 : 직장점거를 이분하여 정당성을 판단

- [판례]는 “쟁의행위는 근로자가 소극적으로 노무제공을 거부하거나 정지하는 행위만이 아니라 적극적으로 그 주장을 관철하기 위하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위까지 포함하는 것이므로, 쟁의행위의 본질상 사용자의 정상업무가 저해되는 경우가 있음은 부득이한 것으로서 사용자는 이를 수인할 의무가 있다”고 판시하고 있다.¹⁷⁴⁾
- 이에 따라 [판례]는 직장점거의 범위, 점거의 방법 등을 고려하여 직장점거의 정당성을 이분하여 판단하는 입장을 취하고 있다.
- 즉, [판례]에 따르면, “그 점거의 범위가 직장 또는 사업장시설의 일부분이고 사용자측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는” 이른바 부분적·병존적인 점거는 정당하지만 “조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은” 이른바 전면적·배타적 직장점거는 정당성이 부정된다는 것이다.
- 또한 [판례]는 i) 사용자의 조업전체를 대상으로 직장점거의 부분성·병존성을 평가하여야 한다는 점, ii) 직장점거의 대상이 된 공간 및 업무의 구체적인 실태에 따라 직장점거에 의하여 저해된 업무를 확인하여야 한다는 점을 직장점거의 정당성 판단기준으로 제시하고 있다.
- 한편 노동조합이 병원로비를 점거한 사안에 대하여 [판례]는 “헌법상 보장되는 근로자의 단체행동권은 파업으로 인해 불편을 겪는 다른 사람들에게 파업의 정당성 등에 대한 의사를 표현할 기회를 제공받을 것 또한 필요로 한다”고 하여, 헌법상 노동3권보장을 실질적으로 보장하기 위해서는 근무지에서의 쟁의권 보장이 필요함을 확인하고 있다.¹⁷⁵⁾
- 한편 [판례]는 직장점거는 부분적, 병존적 점거일 경우에 한하여 정당성이 인정되므로, “사용자에 의한 위법한 직장폐쇄의 경우에도 근로자들이 사용자 측의 점유를 배제하기 위한 직장점거행위는 불법 쟁의행위로서 징계의 정당한 사유가 된다”고 판시하고 있다.

노동법의 정석 2판 812p

176 피케팅의 정당성 (변16)

| Key point | 피케팅과 쟁의행위의 정당성

평화적 설득과 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위에서 정당성 인정

※ 노조법상 사용자의 지위에 있다고 보기 어렵더라도 용역계약 등을 통하여 간접적으로 해당 노조에 영향을 미치는 경우 “쟁의행위와 관계없는 자”에 해당하지 않음.

[목차]

I. 문제의 소재

II. 피케팅과 쟁의행위의 정당성

1. 쟁의행위의 정당성의 요건과 효과

2. 피케팅의 정당성

174) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2970 판결

175) 대법원 2018.12.27. 선고 2017도16870 판결(원심판결 인용(대구지방법원 2017.9.22. 선고 2017노1002판결))

- (1) 피케팅의 의의
- (2) 피케팅의 정당성

가. 학설

나. 판례

- ① 피케팅의 방법 : 평화적·언어적 설득의 범위
- ② 피케팅의 대상

I. 문제의 소재

- 파업이나 태업 등의 효과를 유지·제고하기 위하여 조합원의 이탈과 사용자 등의 방해를 막으며, 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위를 할 경우 그 정당성의 판단기준이 문제된다.
- 또한 노조법상 사용자의 지위에 있지 않은 경우, 노조법 제38조 제1항의 “쟁의행위와 관계없는 자”에 해당하는 것인지도 문제된다.

II. 피케팅과 쟁의행위의 정당성

1. 쟁의행위의 정당성의 요건과 효과 : 쟁점 171번 내용 참조

2. 피케팅의 정당성

(1) 피케팅의 의의

- 피케팅은 파업이나 태업 등의 효과를 유지·제고하기 위하여 다른 근로자 및 일반 시민에게 쟁의중임을 알려 근로자측에 유리한 여론을 형성하거나, 쟁의행위에서의 근로자의 이탈을 방지하고 대체근로 등 사용자의 방해행위를 저지함으로써, 주된 쟁의행위의 실효성을 높이기 위해서 사업장 입구 등 필요한 장소에 파업감시원 (picketer)을 배치하거나 사업장의 출입통행에 제한을 가하는 행위를 말한다.¹⁷⁶⁾
- 이에 대하여 노조법 제38조 제1항에서는 “쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용하여서는 아니된다”고 규정하고 있다.

(2) 피케팅의 정당성

가. 학설

- 노조법 제38조 제1항이 제정되기 이전에 피케팅의 정당성에 관해서는 종래 학설상 평화적인 설득에 그치는 경우에만 정당성을 인정해야 한다는 견해, 대체근로자나 이탈조합원에 대해서는 어느 정도의 실력행사도 허용되지만, 사용자나 비조합원, 제3자에 대해서는 평화적 설득을 할 수 있을 뿐이라는 등의 견해의 대립이 있었다.¹⁷⁷⁾

나. 판례

① 피케팅의 방법 : 평화적·언어적 설득의 범위

- [판례]는 1997년 노조법 제38조 제1항이 제정되기 이전에도 평화적 설득과 구두와

문서에 의한 언어적 설득의 범위내에서만 피케팅의 정당성을 인정하였고, 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력저지나 물리적 강제를 하는 경우에는 정당성을 부정하고 있다.¹⁷⁶⁾

- 한편 [판례]는 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사용자의 불법적인 대체근로를 저지하기 위하여 행한 피케팅에 대하여는 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 상당한 정도의 실력행사라면, 쟁의행위의 실효성을 거두기 위하여 허용된다고 본다.¹⁷⁹⁾ 하지만 위법적인 대체근로와 무관한 작업까지 전면 저지하기 위한 행위는 피케팅으로서 정당화될 수 없을 것이다.¹⁸⁰⁾
- 또한 [판례]는 “위법한 대체근로를 저지하기 위한 실력행사가 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 정당행위에 해당하는지는 그 경위, 목적, 수단과 방법, 그로 인한 결과 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.¹⁸¹⁾ 따라서 폭력이나 협박 및 파괴행위에 나아가지 아니한 소극적·방어적 행위로서 사용자측의 위법한 대체근로를 저지하기 위한 상당한 범위내에 있다고 인정되는 피케팅은 그 정당성을 인정하여야 할 것이다.¹⁸²⁾

② 피케팅의 대상

- 노조법 제38조 제1항은, 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니된다고 규정하고 있는데, 그 쟁의행위와 관계없는 자란 일반적으로 ‘해당 노동조합의 조합원으로서 원래의 파업·태업에 참가하도록 지시받은 자’가 아닌 자¹⁸³⁾를 말하며, 근로를 제공하고자 하는 자란, ‘파업·태업이 일어난 사업장에서 근로를 제공하려는 자’를 말하며, 해당 노동조합의 조합원 중 파업·태업에 참가하지 않은 자일 수도 있고, 사용자의 지시에 따라 대체근로를 하는 자일 수도 있다.¹⁸⁴⁾
- 한 편 [판례]에 따르면 노조법상 사용자의 지위에 있다고 보기 어렵더라도 용역계약 등을 통하여 간접적으로 해당 노조에 영향을 미치는 경우 “쟁의행위와 관계없는 자”에 해당하지 않는다고 하면서, 해당 회사의 재산권 등 권리 내지 이익과 조화를 이루는 범위 내에서 피케팅이 행하여진 경우, 그 정당성을 긍정하고 있다.¹⁸⁵⁾ 해당 판례에 대하여는 노조법상 사용자가 아니더라도 제38조 제1항의 “쟁의행위와 관계없는 자”에는 해당하지 않는다고 판시했다는 점에서 긍정적으로 보는 견해가 있지만, 사용자 개념의 분화와 확장이라는 판례법리의 최근 입장을 제대로 반영하지 못했다는 비판적 견해도 있다.¹⁸⁶⁾

176) 임종률 14판, 219p ; 김유성II, 250p

177) 김유성 II, 251p 참조

178) 파업의 보조적 쟁의수단인 피케팅은 파업에 가담하지 않고 조업을 계속하려는 자에 대하여 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위내에서 정당성이 인정되는 것이고, 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력저지나 물리적 강제는 정당화 될 수 없다.(대법원 1990.10.12. 선고 90도1431 판결)

179) 같은 취지로 김형배 25판, 1141p ; 김유성 II, 252p ; 임종률 14판, 246p ; 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결 : 이 사건 파업기간 중 국민연금각출료 고지서 발송업무가 파업에 참가하지 아니한 노조원이나 비노조원에 의하여 수행되고, 서울중부출장소에서는 그 작업에 아르바이트 학생 까지 동원하여 돕게 하였음은 사실로 보이는바, 노동쟁의조정법 제15조에 의하면 사용자는 쟁의기간 중 쟁의에 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다고 되어 있어 피고 공단이 쟁의에 관계없는 자를 채용 또는 대체하여 고지서 발송작업을 하게 하거나 도와주도록 한 부분은 정당한 쟁의대항행위라고 할 수는 없을 것이다. 따라서 파업에 참가한 근로자들이 파업에 동조하지 아니하고 조업을 하는 위의 사람들에게 “피케팅”

노동법의 정석 2판 894p

3. 효과

- (1) 노조에 가입하지 않거나 탈퇴한 자에 대한 사용자의 해고 의무(‘고용된 근로자는 조합원이 되어야 한다’는 취지의 문구는 있으나 해고의무를 명시하지 않은 경우에도 해고의무)
 - 노조는 가입에 대해 승인 거부 ×, 가입제약하는 것은 위법·부당 → 가입에 제약을 가하는 경우 기존 조합원으로서의 권리남용 내지 신의칙 위반에 해당(탈퇴한 근로자가 다시 가입을 신청하는 경우도 마찬가지임)
- (2) 사용자의 해고의무의 예외 : 노조에서 제명된 자, 노조 탈퇴후 새로 노조를 조직하거나 다른 노조에 가입한 자, **신규입사하여 지배적 노조에 대한 가입, 탈퇴절차 없이 소수 노조에 가입한 근로자.(判)**

노동법의 정석 2판 895p

3. 단결선택권의 침해 여부

- 우리 노조법 제81조 제2호 단서에 의해 조직강제가 허용될 경우, 다른 노조를 결성하거나 다른 노조에 가입할 수 있는 권리, 즉 단결선택권도 침해하므로 이를 인정할 수 없다는 논쟁이 있어 왔다.
- 하지만 **현재 노조법은 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 불이익을 주는 것을 금지하고 있으므로(81조4호 단서), 단결선택권 침해의 문제는 입법적으로 해결된 것으로 보아야 할 것이다.**
- 그런데, 최근 판례에 따르면 “**신규 입사하여 지배적 노동조합에 대한 가입, 탈퇴 절차 없이 소수노동조합에 가입한 근로자를 해고한 것은 부당해고**”이며, “**유니온 슝 협정의 효력은 어느 노동조합에도 가입하지 아니한 근로자에게만 미친다**”고 판시하여 보다 적극적으로 단결선택권을 보장하고 있다.¹⁸⁷⁾

III. 유니언숍 조항의 허용요건 - 노조법 제81조 제2호 단서

노동법의 정석 2판 897p

- (2) 노조 탈퇴후 새로 노조를 조직하거나 다른 노조에 가입한 자
 - 개정 노조법은 근로자가 ‘그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다’고 규정하고 있다.
 - 이는 **근로자의 단결선택의 자유를 보장하기 위한 것이다.**
- (3) 신규입사후 지배적 노조에 대한 가입, 탈퇴절차없이 소수 노조에 가입한 자
 - 최근 [판례]에 따르면, “유니온 슝 협정의 효력은 근로자의 **노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합이 아닌 노동조합의 단결권이 영향을 받지 아니하는 근로자, 즉 어느 노동조합에도 가입하지 아니**

을 하고, 피고 공단의 위와 같은 법규위반행위를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 동맹파업 등 근로자들에 의한 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정의 취지에 비추어 허용된다. ; 대법원 2020.9.3. 선고 2015도1927 판결

180) 위의 각주에 있는 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결 참조.

181) 대법원 2020.9.3. 선고 2015도1927 판결

182) 대법원 2020.9.3. 선고 2015도1927 판결

183) 임종률 14판, 219p

184) 임종률 14판, 219p

185) 다만 결과적으로, 청소노조원들의 흥익대 점거농성을 유죄로 판결한 원심에 대하여 대법원에 상고 하였으나, 기각하여 유죄확정되었다.(대법원 2020.4.9. 선고 2019도18524 판결 (원심 : 서울서부지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019노778 판결)

186) 신수정, “사용자 없는 노동 : 흥익대 청소노동자들의 쟁의행위”, 『월간 노동리뷰』 2020.6월호, 한국노동연구원, 125-126p 참조

187) 대법원 2019.11.28. 선고 2019두47377 판결

한 근로자에게만 미친다”고 하면서, “신규로 입사한 근로자가 노동조합 선택의 자유를 행사하여 지배적 노동조합이 아닌 노동조합에 이미 가입한 경우에는 유니온 슈 협정의 효력이 해당 근로자에게 까지 미친다고 볼 수 없고, 비록 지배적 노동조합에 대한 가입 및 탈퇴 절차를 별도로 경유하지 아니 하였다고 하더라도 사용자가 유니온 슈 협정을 들어 신규 입사 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 없는 해고로서 무효로 보아야 한다”고 판시하고 있다.¹⁸⁸⁾

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

노동법의 정석 2판 901p

[노조법 제81조(부당노동행위)]

① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 가입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위.

다만, 근로자가 근로시간중에 제24조제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재역의 방지와 구제등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공 및 그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위는 예외로 한다.

② 제1항 제4호단서에 따른 “노동조합의 자주적 운영 또는 활동을 침해할 위험” 여부를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 운영비 원조의 목적과 경위
2. 원조된 운영비 횡수와 기간
3. 원조된 운영비 금액과 원조방법
4. 원조된 운영비가 노동조합의 총수입에서 차지하는 비율
5. 원조된 운영비의 관리방법 및 사용처 등

노동법의 정석 2판 902p

I 지배·가입의 의의

- 지배·가입의 부당노동행위는 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 가입하는 행위를 하거나, 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 있는 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 함으로써 성립한다.

노동법의 정석 2판 905p

[핵심쟁점 175] 노동조합의 운영비를 원조하는 행위 (A)

| Key point | 운영비원조와 지배·가입의 부당노동행위

188) 대법원 2019.11.28. 선고 2019두47377 판결

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

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 파업금지원칙을 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.

196 개별교섭과 부당노동행위

189) 이광선, “복수노조 사업장서 특정노조에 격려금 지급... 대법원 판단은?”, 『월간노동법률』 2019년 6월호

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

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

192) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017두33510 판결

193) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017두33510 판결 (개별 교섭 과정에서 특정 노동조합의 조합원들 에게만 ‘무쟁의 타결 격려금’을 지급하기로 한 행위는 여전히 개별 교섭 중인 다른 노동조합의 자유로운 의사에 기초한 쟁의행위 여부 결정 등에 간접적으로 영향을 미쳐 그 의사결정을 회사가 의도한 대로 변경시키려 한 행위로 볼 여지가 크다는 취지의 판례이다)

194) 대법원 2018.9.13. 선고 2016도2446 판결

| Key point | 개별교섭과 부당노동행위

1. 특정 노조와의 단체협약에 따라 해당노조 조합원에게만 금품을 지급한 경우

다른 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사에 따른 것이라면 부당노동행위 / 지배개입의사는 “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 등”을 종합적으로 고려하여 판단

2. 특정노조와 체결한 단체협약보다 불리한 단체협약안을 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 해당

[목차]

I. 문제의 소재

II. 개별교섭과 사용자의 부당노동행위

1. 지배·개입의 부당노동행위의 의의 및 성립요건
2. 개별교섭과 지배·개입의 부당노동행위의 판단

- (1) 사용자의 중립의무와 개별교섭
- (2) 구체적 사례

- 가. 특정 노조와의 단체협약에 따라 해당노조 조합원에게만 금품을 지급한 경우
- 나. 특정노조와 체결한 단체협약보다 불리한 단체협약안을 제시한 경우

I. 문제의 소재

- 우리 노조법은 복수노조를 인정하면서 교섭창구단일화절차와 함께 개별교섭제도를 허용하고 있다. 하지만, 교섭대표노조와 사용자에 대해서는 명시적으로 공정대표의무를 부과하면서도 개별교섭시 사용자나 노조에 대해서는 별도의 의무조항이 없다.¹⁸⁹⁾
- 즉, 개별교섭 시 부당노동행위의 인정여부에 대해서는 노조법에서 규정을 두고 있지 않으므로, 개별교섭시 어떠한 요건하에서 사용자에게 부당노동행위를 인정할 것인가가 문제된다.

II. 개별교섭과 사용자의 부당노동행위

1. 지배·개입의 부당노동행위의 의의 및 성립요건 : 쟁점 193번 참조

2. 개별교섭과 지배·개입의 부당노동행위의 판단

(1) 사용자의 중립의무와 개별교섭¹⁹⁰⁾

- 사용자의 공정대표의무는 교섭창구단일화 방안의 일환으로 도입된 것으로 교섭대표노조의 존재를 전제하고 있으므로, 개별교섭시 복수의 노동조합 또는 조합원간 사용자의 합리적 이유없는 차별행위에 대하여는 적용되지 않는다.¹⁹¹⁾
- 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 부당

노동행위가 될 수 있다. 달리 말하면 노동조합 사이에서 차별을 하지 않아야 할 중립 의무는 사용자가 복수 노동조합에 대해 개별 교섭을 하는 경우에도 마찬가지로 인정된다.

(2) 구체적 사례

가. 특정 노조와의 단체협약에 따라 해당노조 조합원에게만 금품을 지급한 경우

- [판례]에 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.¹⁹²⁾
- 또한 [판례]에 따르면 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.¹⁹³⁾

나. 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,¹⁹⁴⁾ 사용자의 중립의무위반에 대하여 지배·개입의 부당노동행위가 성립함을 인정하고 있다.

노동법의 정석 2판 938p

5. 기간제법상 사용기간제한 적용기간과 예외기간이 혼재되어 있는 경우

- [판례]에 따르면, 기간제법 제4조 제1항과 제2항의 “입법 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있”으므로, “이러한 기간제법 규정의 형식과 내용, 입법 취지를 고려하면, 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 기간제법 제4조 제1항 단서의 예외사유에 해당하는 기간이 존재하더라도, 계약체결의 경위와 당사자의 의사, 근로계약 사이의 시간적 단절 여부, 업무내용 및 근로조건 유사성 등에 비추어 예외사유에 해당하는 기간 전후의 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가되는 경우에는 예외사유에 해당하는 기간을 제외한 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정하는 것이 타당하다.”고 한다.

6. 기간제 근로계약 사이에 공백기간이 있는 경우

- [판례]에 따르면, “기간제법 제4조 제1항, 제2항의 형식과 내용, 입법 취지에 비추어 볼 때, 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 근로관계가 존재하지 않는 공백기간이 있는 경우에는, 공백기간의 길이와 공백기간을 전후한 총사용기간 중 공백기간이 차지하는 비중, 공백기간이 발생한 경위, 공백기간을 전후한 업무내용과 근로조건 유사성, 사용자가 공백기간 동안 해당 기간제근로자의 업무를 대체한 방식과 기간제근로자에 대해 취한 조치, 공백기간에 대한 당사자의 의도나 인식, 다른 기간제근로자들에 대한 근로계약 반복·갱신 관행 등을 종합하여 공백기간 전후의 근로관계가 단

절 없이 계속되었다고 평가될 수 있는지 여부를 가린 다음, 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정할 수 있는지 판단하여야 한다”고 한다.

노동법의 정석 2판 940p

- 또한 [판례]에 따르면 공무원도 기본적으로 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자에 해당하며, 기간제법은 국가 또는 지방자치단체의 기관에도 적용됨을 명시적으로 규정하고 있으며, 기간제근로자에 대한 불합리한 차별 등을 시정하기 위한 기간제법의 입법취지를 종합하여 보면, “기간제법 제8조 제1항이 비교대상 근로자로 들고 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’를 ‘사법상 근로계약을 체결한 근로자로 한정하여 해석할 것은 아니’라고 한다.
- 하지만, “이러한 근로자가 당해 사업 또는 사업장에 실제로 근무하고 있을 필요는 없으나 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수는 없다”는 것이 [판례]의 태도이다. 195)

III. 금지되는 차별적 처우의 내용

1. 의의

- 사용자는 기간제근로자임을 이유로 차별적 처우를 하는 것이 금지되는데(8조1항), 차별적 처우란 가. 「근로기준법」에 따른 임금, 나. 정기상여금, 명절상여금 등 정기 상여금, 다. 경영성과급, 라. 그 밖에 근로조건 및 복리후생 사항에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다.(2조3호)

2. 합리적인 이유가 없는 경우의 의미

- [판례]에 따르면 합리적인 이유가 없는 경우란 “기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다”고 한다.(삭제)

2. 임금과 관련한 불리한 처우가 존재하는지의 판단기준

(1) 원칙

- [판례]에 따르면, “기간제근로자가 기간제근로자임을 이유로 임금에서 비교대상 근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별 시정을 신청하는 경우, 원칙적으로 기간제근로자가 불리한 처우라고 주장하는 임금의 세부 항목별로 비교대상 근로자와 비교하여 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다”고 한다.196)

(2) 예외

- 다만 “기간제근로자와 비교대상 근로자의 임금이 서로 다른 항목으로 구성되어 있거나, 기간제근로자가 특정 항목은 비교대상 근로자보다 불리한 대우를 받은 대신 다른 특정 항목은 유리한 대우를 받은 경우 등과 같이 항목별로 비교하는 것이 곤란하거나 적정하지 않은 특별한 사정이 있는 경우라면, 상호 관련된 항목들을 범주별로 구분하고 각각의 범주별로 기간제근로자가 받은 임금 액수와 비교대상 근로자가 받은 임금 액수를 비교하여 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.197)
- 이러한 경우 “임금의 세부 항목이 어떤 범주에 속하는지는, 비교대상 근로자가 받은 항목별 임금의 지급 근거, 대상과 그 성격, 기간제근로자가 받은 임금의 세부 항목 구성과 산정 기준, 특정 항목의 임금이 기간제근로자에게 지급되지 않거나 적게 지급된 이유나 경위, 임금 지급 관행 등을 종합하여 합리적이고 객관적으로 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.198)

195) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

196) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

197) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

3. 합리적인 이유가 없는 경우의 의미 및 합리적인 이유가 있는지의 판단방법

- [판례]에 따르면 합리적인 이유가 없는 경우란 “기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다”고 한다.¹⁹⁹⁾
- [판례]에 따르면 “합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.²⁰⁰⁾
- [판례]에 따르면 “임금 세부 항목별이 아닌 각 범주별로 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 할 때에는 합리적 이유가 있는지 여부도 범주별로 판단하여야 한다”고 한다.²⁰¹⁾
- 법원은 그동안 달리 처우할 필요성이 있어도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우 합리적인 이유가 인정되지 않는다고 법리상으로는 실시하면서도 그 방법·정도 등이 적정한지 여부를 직접적으로 판단하지는 않고, 문제되는 임금의 세부 항목, 예를 들어 가족 수당, 교통보조비, 식비 등의 성격에 비추어 달리 처우할 필요성이 존재하지 않는다고만 판단하였을 뿐이다. 하지만, 최근 판례에서 임금의 불리한 처우를 범주화하여 불리한 처우 여부를 판단하는 법리가 새롭게 제시되었으므로, ‘방법·정도’의 적정성을 실질적으로 판단하는 것이 더욱 중대해지고, 시급해졌다고 할 수 있다.²⁰²⁾

3. 합리적인 이유가 있는지의 판단기준

- [판례]에 따르면 “합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다. (삭제)

노동법의 정석 2판 943p

199 무기계약간주 근로자에 대한 취업규칙의 적용

| Key point | 무기계약간주 근로자에 대한 취업규칙의 적용

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 적용

[목차]

I. 문제의 소재

II. 무기계약간주 근로자에 대한 취업규칙의 적용여부 및 근로계약과의 충돌

198) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

199) 대법원 2014.11.27. 선고 2011두6592 판결

200) 대법원 2012.3.29. 선고 2011두2132 판결

201) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

202) 심재진, “비정규 근로자 차별사건에서의 ‘불리한 처우’와 ‘합리적 이유’의 판단방식”, 『월간노동리뷰(한국노동연구원)』, 2019.11월호, 84p

1. 무기계약간주 근로자에 대한 취업규칙의 적용여부

(1) 무기계약으로 간주된 근로자의 근로조건에 대해 별도의 취업규칙이 없는 경우

가. 기간제법상 제4조 제2항 및 제8조 제1항의 의의 및 해석

① 기간제법 제4조 제2항의 무기계약 간주조항의 효과

② 기간제법 제8조 제1항의 차별금지조항의 해석

나. 무기계약으로 간주된 근로자에 대한 취업규칙의 적용여부

(2) 무기계약으로 간주된 근로자의 근로조건에 대해 별도의 취업규칙이 있는 경우

2. 무기계약으로 간주된 근로자의 근로계약과 취업규칙의 충돌시 해결원칙

I. 문제의 소재

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

II. 무기계약간주 근로자에 대한 취업규칙의 적용여부 및 근로계약과의 충돌

1. 무기계약간주 근로자에 대한 취업규칙의 적용여부

(1) 무기계약으로 간주된 근로자의 근로조건에 대해 별도의 취업규칙이 없는 경우

가. 기간제법상 제4조 제2항 및 제8조 제1항의 의의 및 해석

① 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 된다거나, 또는 근로계약기간을 제외한 나머지 기존 근로조건은 여전히 유효하다는 식으로 규정하고 있지 않다.²⁰³⁾

② 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 [판례]의 태도이다.²⁰⁴⁾

나. 무기계약으로 간주된 근로자에 대한 취업규칙의 적용여부

- 취업규칙은 노사간의 집단적 법률관계를 규율하는 법규범의 성격을 갖는 것으로서²⁰⁵⁾ 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 배제된 근로자에

대해서는 다른 근로자에게 적용되는 취업규칙이 적용된다고 보아야 한다.²⁰⁶⁾ 즉 해당 기업의 취업규칙은 기간제법에 따라 무기계약으로 간주된 근로자와 소위 정규직을 모두 적용대상으로 보아야 한다.²⁰⁷⁾

- 따라서 [판례]에 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.²⁰⁸⁾

(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,²⁰⁹⁾ 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.²¹⁰⁾

2. 무기계약으로 간주된 근로자의 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 노사간의 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.²¹¹⁾

노동법의 정석 2판 966p

IV. 직접고용의무의 예외

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

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

205) 대법원 2016.6.9. 선고 2015다78536 판결

206) 김유성 I, 203p 참조

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

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

209) 대법원 2000.2.25. 선고 98다11628 판결

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

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

- 직접고용의무규정은 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 적용하지 아니한다.(6조의22항)
- 그런데, [판례]에 따르면 “직접고용의무 규정의 입법 목적과 그 규정들이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없는 점 등에 비추어 보면 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’란 근로자가 사용사업주에게 직접고용되는 것을 명시적으로 반대한 경우를 의미”하므로, “파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 종료하고자 하는 의사로 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로는 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 없다”고 한다.²¹²⁾

노동법의 정석 2판 981p

208 태아의 건강손상과 업무상 재해 여부

| Key point | 태아의 건강손상과 업무상 재해 여부

1. 임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 발생한 ‘태아의 건강손상’은 여성 근로자의 노동능력에 미치는 영향 정도와 관계없이 산재보험법 제5조 제1호에서 정한 근로자의 ‘업무상 재해’에 포함된다.(判)
2. 여성 근로자는 출산 이후에도 모체에서 분리되어 태어난 출산아의 선천성 질병 등에 관하여 요양급여를 수급할 수 있는 권리를 상실하지 않는다.(判)

[목차]

I. 문제의 소재

II. 태아의 건강손상과 업무상 재해여부

1. 업무상 재해 및 요양급여의 의의
2. 태아의 건강손상과 업무상 재해 여부
 - (1) 문리적 해석에 중점을 두는 견해
 - (2) 헌법합치적 해석에 중점을 두는 견해 : 판례의 태도
3. 판례의 의의

I. 문제의 소재

- 임신한 여성근로자 자신이 아니라 태아의 건강이 손상된 경우 이를 산재보험법상 업무상 재해로 해석할 수 있는지, 그리고 이와 관련하여 태아가 출산한 경우 임신한 여성근로자의 요양급여수급권이 소멸되는지가 문제된다.

II. 태아의 건강손상과 업무상 재해여부

1. 업무상 재해 및 요양급여의 의의

- 산재보험법에 의하면, ‘업무상의 재해’란 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다.(제5조 제1호), 요양급여는 근로자가 업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 경우에 그 근로자에게 지급한다(제40조 제1항).

212) 대법원 2019.8.29. 선고 2017다219072 판결

213) 서울고등법원 2016. 5. 11. 선고 2015누31307 판결 (대법원 2020. 4. 29. 선고 2016두41071 판결)

- 다만, 업무상 사유로 사망한 경우에는 그 유족에게 유족급여를 지급하게 된다.(제62조 제1항)

2. 태아의 건강손상과 업무상 재해 여부

- 태아의 건강손상도 산재보험법 제5조 제1호의 업무상 재해에 포함되는지에 대해서는 두 가지의 견해가 대립하고 있다.

(1) 문리적 해석에 중점을 두는 견해

- 산재보험급여수급권은 법률에 의하여 구체적으로 형성되는 권리로서 산재보험법의 규정상 근로자의 업무상 사유로 생긴 태아의 건강손상으로 비롯된 출산아의 선천성 질병은 근로자 본인의 업무상 재해에 해당한다고 볼 수 없다고 보는 견해이다.²¹³⁾

(2) 헌법합치적 해석에 중점을 두는 견해 : 판례의 태도

- [판례]는 “어떤 법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능할 때 법원으로서서는 가능하면 입법권을 존중하여 입법자가 제정한 규범이 존속하고 효력이 유지될 수 있도록 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌적 법률해석을 선택하여야 한다”고 하면서 헌법 제32조 제4항²¹⁴⁾과 헌법 제36조 제2항²¹⁵⁾을 제시하면서 “임신 중인 여성 근로자와 그 태아는 임신과 출산 과정에서 발생할 수 있는 업무상 유해 요소로부터 충분한 보호를 받아야 한다”고 실시하고 있다.²¹⁶⁾
- [판례]에 따르면 “모체와 태아는 ‘한 몸’ 즉 ‘본성상 단일체’로 취급되며...산재보험법상 요양급여는 근로자가 업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 경우에 그 근로자에게 지급하는 것이므로, 장해급여와는 달리 그 부상이나 질병으로 인하여 반드시 노동능력을 상실할 것을 요건으로 하지는 않는다”고 하면서, “임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 발생한 태아의 건강손상은 여성 근로자의 노동능력에 미치는 영향이나 그 정도와 관계없이 여성 근로자의 업무상 재해에 해당한다고 보아야 한다.”고 판시하고 있다.²¹⁷⁾
- 한 편, 출산으로 여성근로자가 요양급여 수급권을 상실하는지에 대하여 [판례]는 산재보험법 제88조 제1항에서 “근로자의 보험급여를 받을 권리는 퇴직하여도 소멸되지 아니한다.”는 규정을 두고 있다는 점을 제시하면서, “산재보험법상 근로자에게 업무상 재해가 발생하여 보험급여 수급과 관련한 기초적 법률관계가 성립한 이상, 근로자가 그 후로 근로자의 지위를 상실하더라도 이러한 보험급여 수급관계에 어떠한 영향을 미치지 않는다”고 판시하고 있다.²¹⁸⁾
- 즉 “임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 모체의 일부인 태아의 건강이 손상되는 업무상 재해가 발생하여 산재보험법에 따른 요양급여 수급관계가 성립하게 되었다면, 이후 출산으로 모체와 단일체를 이루던 태아가 분리되었다 하더라도 이미 성립한 요양급여 수급관계가 소멸된다고 볼 것은 아니며, 여성 근로자는 출산 이후에도 모체에서 분리되어 태어난 출산아의 선천성 질병 등에 관하여 요양급여를 수급할 수 있는 권리를 상실하지 않는다고 보아야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.²¹⁹⁾

3. 판례의 의의²²⁰⁾

- 태아의 건강손상이나 출산아의 선천성 질환이 산재보험법상의 근로자의 업무상 재해에 포함

되는지에 대해서 목적론적 해석을 통해 이를 인정했다는 점에서 의의가 큰 판례라고 할 수 있다.

- 한 편으로는 사법부의 광범위한 목적론적 해석이 입법자의 영역을 침범할 수 있으므로, 입법론적으로 이를 해결해야 한다는 비판적 견해도 있다.

노동법의 정석 2판 983p

209 작업시간 전후나 휴게시간중 사고와 업무상 재해

| Key point | 작업시간 전후나 휴게시간중 사고가 업무상 재해에 해당하는지 여부

1. 작업시간 전후의 사고

근로자가 어떠한 행위를 하다가 사망한 경우에 당해 근로자가 그 행위에 이르게 된 동기나 이유, 전후 과정 등을 종합적으로 고려하여 그 행위가 당해 근로자의 본래의 업무행위 또는 그 업무의 준비행위, 사회통념상 그에 수반되는 생리적 행위 또는 합리적·필요적 행위로서 그 전반적인 과정이 사용자의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에는 업무상 재해로 인한 사망으로 인정될 수 있다. (判)

2. 휴게시간 중 사고

휴게시간 중에는 근로자에게 자유행동이 허용되고 있으므로 통상 근로자는 사업주의 지배·관리하에 있다고 할 수 없으나, 휴게시간 중의 근로자의 행위는 휴게시간 종료 후의 노무제공과 관련되어 있으므로, 그 행위가 당해 근로자의 본래의 업무행위 또는 그 업무의 준비행위 내지는 정리행위, 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 생리적 행위 또는 합리적·필요적 행위라는 등 그 행위 과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에는 업무상 재해로 인정할 수 있다(判)

[목차]

I. 문제의 소재

II. 작업시간 전후나 휴게시간중 사고의 업무상 재해 여부

1. 업무상 재해의 의의 및 성립요건
2. 작업시간 전후나 휴게시간중 사고의 업무상 재해 여부
 - (1) 업무상 사고의 업무상 재해여부에 대한 법률규정
 - (2) 작업시간 전후 사고의 업무상 재해 여부
 - (3) 휴게시간중 사고의 업무상 재해 여부

I. 문제의 소재

의 원심판결이다)

- 214) “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.”
- 215) “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”
- 216) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016두41071 판결
- 217) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016두41071 판결
- 218) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016두41071 판결
- 219) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016두41071 판결
- 220) 이승길, “제주의료원 사건”, 『월간노동FOCUS』 2020.7월호, 한국공인노무사회, 12-17p ; 양승엽, “태아의 선천성 질환과 근로자의 업무상 재해”, 『월간 노동리뷰』 2020년 7월호, 한국노동연구원, 93-96p 참조

- 작업시간 전 업무의 준비행위 등을 하다가 사고가 발생한 경우나, 휴게시간 중 사고가 발생한 경우에 이를 업무상 재해로 볼 수 있는지가 문제된다.

II. 작업시간 전후나 휴게시간 중 사고의 업무상 재해 여부

1. 업무상 재해의 의의 및 성립요건

- ‘업무상 재해’에 대하여 근로기준법은 정의규정을 두지 않고 있으며, 산재보험법은 “업무상 재해란 ‘업무상의 사유에 따른’ 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다”라는 포괄적인 정의만을 두고 있을 뿐(산재보험법 5조1항), 업무의 개념이나 범위에 대하여 명백히 규정하고 있지 않다.
- 그런데, [판례]는 업무상 재해에 관하여 “근로자가 사업주와의 근로계약에 기하여 사업주의 지배, 관리 하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해”라고 하고 있다.²²¹⁾ 즉 업무상 재해는 업무와 재해에 의한 손해 사이에 일정한 인과관계가 있어야 하며(업무기인성), 그 재해는 사용자의 지배 내지 관리 아래서 발생해야 한다(업무수행성).

2. 작업시간 전후나 휴게시간 중 사고의 업무상 재해 여부

(1) 업무상 사고의 업무상 재해여부에 대한 법률규정

- 소정의 업무상 사고로 발생한 재해는 업무상 재해로 인정되는데, 업무상 사고란 i) 근로자가 근로계약에 따른 업무나 그에 따르는 행위를 하던 중 발생한 사고 ii) 사업주가 제공한 시설물 등을 이용하던 중 그 시설물 등의 결함이나 관리소홀로 발생한 사고 iii) 사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리 하에서 출퇴근 중 발생한 사고 iv) 사업주가 주관하거나 사업주의 지시에 따라 참여한 행사나 행사준비 중에 발생한 사고 v) 휴게시간 중 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 행위로 발생한 사고 vi) 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 사고를 말한다.(37조1항1호)
- 또한, 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 경우에는 업무상 재해로 보지 아니하므로(37조1항단서), 업무상 재해로 인정되기 위해서는 업무와 재해 사이에 상당 인과관계가 있어야 함을 요건으로 하고 있고, 근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다.(37조2항)

(2) 작업시간 전후 사고의 업무상 재해 여부

- 원칙적으로 정규의 근무시간 외의 행동은 일반적으로 업무수행으로 보지 아니하나, 산재보험법 시행령에 따르면 업무수행 과정에서 하는 용변 등 생리적 필요 행위나, 업무를 준비하거나 마무리하는 행위, 그 밖에 업무에 따르는 필요적 부수행위 중에 발생한 사고도 업무상 재해로 본다.(시행령 27조1항 2,3호)
- [판례]는 근로자가 작업시간 전 회사 체력단련실에 역기에 목이 눌러 사망한 사안에서 “근로자가 어떠한 행위를 하다가 사망한 경우에 당해 근로자가 그 행위에 이르게 된 동기나 이유, 전후 과정 등을 종합적으로 고려하여 그 행위가 당해 근로자의 본래의 업무 행위 또는 그 업무의 준비행위, 사회통념상 그에 수반되는 생리적 행위 또는 합리적·필

요적 행위로서 그 전반적인 과정이 사용자의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에는 업무상 재해로 인한 사망으로 인정될 수 있다”고 판시하고 있다.²²²⁾

(3) 휴게시간 중 사고의 업무상 재해 여부

- 산재보험법에 따르면 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 있는 경우로서, 휴게시간 중 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 행위로 발생한 사고는 업무상 재해로 본다. (제37조 1호. 마목)
- 휴게시간 중의 재해가 업무상 재해에 해당하는지에 대하여 [판례] “휴게시간 중에는 근로자에게 자유행동이 허용되고 있으므로 통상 근로자는 사업주의 지배·관리하에 있다고 할 수 없으나, 휴게시간 중의 근로자의 행위는 휴게시간 종료 후의 노무제공과 관련되어 있으므로, 그 행위가 당해 근로자의 본래의 업무행위 또는 그 업무의 준비행위 내지는 정리행위, 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 생리적 행위 또는 합리적·필요적 행위라는 등 그 행위 과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에는 업무상 재해로 인정할 수 있다”고 판시하고 있다.²²³⁾
- 결국 “휴게시간 중의 행위로 근로자가 사망한 경우 그 사망이 업무상 재해로 인정되기 위하여는, 사업장 내위를 불문하고 그 행위 과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는가에 달려 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.²²⁴⁾

노동법의 정석 2판 987p

2. 근로자의 폭행으로 자극을 받은 제3자의 공격으로 입은 재해

- [판례]에 따르면 “산업재해보상보험법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 ‘근로자의 범죄행위가 원인이 되어 사망 등이 발생한 경우’란 근로자의 범죄행위가 사망 등의 직접 원인이 되는 경우를 의미하는 것이지, 근로자의 폭행으로 자극을 받은 제3자가 그 근로자를 공격하여 사망 등이 발생한 경우와 같이 간접적이거나 부수적인 원인이 되는 경우까지 포함된다고 볼 수는 없다”고 한다.
- 또한 “산업재해보상보험법 제37조제2항 본문에 규정된 ‘근로자의 범죄행위가 원인이 되어 질병이 발생한 경우’는 ‘근로자의 범죄행위에 전적으로 기인하여 질병이 발생한 경우’를 말하는 것으로 해석”하여야 한다는 것이 [판례]의 태도이다.²²⁵⁾

221) 대법원 2005.9.29. 선고 2005두4458 판결

222) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009두10246 판결 (체력단련실이 사업주의 지배관리하에 있는 복리후생시설이고, 사망한 근로자가 담당한 작업이 근골격계 질병을 유발할 수 있는 작업으로서 체력단련실에서 역기 운동을 한 것은 업무특성상 체력유지보강활동의 일환으로 한 것으로 볼 수 있으므로, 업무의 준비행위이거나 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 합리적·필요적 행위로 보아 업무상 재해로 인정한 사례이다)

223) 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004두6549 판결 (구내식당이 없는 사업장에 근무하던 근로자가 사업주의 허락하에 평소와 같이 점심식사시간에 사업장 인근의 자택에서 점심식사를 한 후 바로 사업장으로 복귀하던 중 일어난 재해에 대하여, 자택에서 점심식사를 하는 행위는 근로자의 본래의 업무행위 또는 그 업무의 준비행위 내지는 정리행위, 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 생리적 또는 합리적 행위로서 사업주의 지배를 벗어나지 아니한 행위이므로 업무상 재해에 해당한다고 한 사례이다)

224) 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004두6549 판결

225) 대법원 2018.12.13. 선고 2018두52808,2018두55487 판결(원심 인용)