

2025년 대비 노동법의 정석 정오표 및 추록 (2024년판 소지자를 위한)

쪽수	위치	원내용	수정내용
90쪽	IV. 강제근로금지의 원칙 바로 위	추가내용 있음 : 추록 내용 참조	
104쪽	가 안전배려의무	추가내용 있음 : 추록 내용 참조	
114쪽	1. 의의 및 취지 바로 밑	<p>1. 의의 및 취지</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 근로기준법 제7조에 따르면 사용자는 폭행, 협박, 감금, 그 밖에 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 근로자의 자유의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못한다.(7조) 그런데, ‘정신상 또는 신체상의 자유’에는 퇴직의 자유도 포함되므로 퇴직의 자유를 실질적으로 제한하는 행위도 강제근로가 되므로 위약금 예정 계약도 강제근로에 해당할 수 있다. ● 근로기준법 제20조에 따르면 사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.(20조) 	
129쪽	II. 시용관계의 성립 바로 밑	추가 내용 있음 : 추록 내용 참조	
151쪽	(2) 예외 바로 밑	<p>(2) 예외 : 집단적 동의권 남용의 법리</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 그런데 [판례]는 “근로기준법상 취업규칙의 불이익변경 과정에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 행사할 때도 <u>신의성실의 원칙과 권리남용금지 원칙이 적용되어야</u> 하므로, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한...” 	
184쪽	위치수정 및 목차 추가	<p><아래의 문장을 가. 파트에서 185쪽에 다.목차를 추가하여 그 부분에 기재></p> <p>다. 쟁점사례 : 단체협약을 통한 임금인상 소급분</p> <ul style="list-style-type: none"> ● [판례]는 임금인상 소급분에 대하여 “근로자와 사용자가 소정근로의 가치를 평가하여 그에 대한 대가로 정한 이상 그것이 단체협상의 지연이라는 우연한 사정으로 인해 소급 적용되었다 하여 통상임금이 아니라고 할 수는 없다”고 하여 통상임금성을 인정하고 있다. 	
188쪽	가. 목차의 두 번째 문단	경영성과급을 A~D...	경영성과급을 A~D...
188쪽	가. 목차에서 마지막 내용 추가	<ul style="list-style-type: none"> ● 그러나...10만원에 대한 부분은 고정성 인정) ● 그런데 전년도 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나 지급액이 정해지는 임금이 당해 연도에 지급된다고 하더라도, 전년도에 대한 임금을 지급 시기만 당해 연도로 정한 것이라고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 전년도에 대한 임금으로서의 <u>고정성을 인정할 수 없다는 것이 [판례]의 태도이다.</u> 다만, 이 경우에도 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 최소한도로 보장하여 지급하기로 한 경우에는 <u>그 한도 내에서 전년도에 대한 고정적인 임금으로 볼 수 있을 것이다.</u> 	
188쪽	나. 목차의 마지막 내용 삭제	<ul style="list-style-type: none"> ● 그런데 전년도 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나 지급액이 정해지는 임금이 당해 연도에 지급된다고 하더라도, 전년도에 대한 임금을 지급 시기만 당해 연도로 정한 것이라고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 전년도에 대한 임금으로서의 <u>고정성을 인정할 수 없다는 것이 [판례]의 태도이다.</u> 다만, 이 경우에도 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 최소한도로 보장하여 지급하기로 한 경우에는 <u>그 한도 내에서 전년도에 대한 고정적인 임금으로 볼 수 있을 것이다.</u> 	

221쪽	5.(1) 세 번째 문단	임금 등 지급의무의 존재에 관하여....[판례]도 있다. (뒤에 추가)	임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여[판례]도 있다. 그리고 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있는지 여부는 i) 사용자의 지급거절 이유와 그 지급의무의 근거, ii) 사용자가 운영하는 회사의 조직과 규모, iii) 사업 목적 등 여러 사항, iv) 그 밖에 임금 등 지급의무의 존부와범위에 관한 다툼 당시의 여러 사정에 비추어 판단하여야 한다는 것이 [판례]의 태도이다. (대법원 2023. 4. 27. 선고 2020도16431 판결, 대법원 2022. 5. 26. 선고 2022도2188 판결)
225쪽	1. 의의 및 취지 두 번째 문단	근로자의 생활안정을 도모하고자 하는 데에 있다. (뒤에 추가)	특히 판례에 따르면 퇴직금에 대한 금품청산의무는 “근로자가 퇴직으로 근로관계가 종료된 후에도 당연히 지급받아야 할 퇴직금을 조속히 지급받지 못한다면 금품을 받기 위하여 사업장에 남아 있는 등 부당하게 사용자에게 예속되기 쉽고, 또한 근로자 및 근로자 가족의 생활이 위협받을 우려가 있을 뿐만 아니라 시간이 흐름에 따라 금품을 지급받지 못할 위험이 커지므로 법률관계를 조기에 청산하도록 강제하려는 취지”라고 판시하고 있다.(대법원 2023. 7. 13. 선고 2023도188 판결)
227쪽	맨 위의 문단	다만, 반의사불벌죄로 규정되어 있다.(제109조 참조) (뒤에 추가)	[판례]에 따르면 “사용자가 퇴직금의 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 근로자와 지급기일을 연장하는 합의를 하였더라도 연장한 지급기일까지 퇴직금을 지급하지 아니한다면 퇴직급여보장법 제9조 위반죄가 성립한다”고 한다.(대법원 2023. 7. 13. 선고 2023도188 판결)
231쪽	3. 사용자의 면책사유 두 번째 문단	●임금 등 지급의무의 존재에 관하여 다툼 만한 근거가 있는 것이라면 사용자가 그 임금 등을 지급하지 아니한 데에 상당한 이유가 있다고 보아 근기법 위반죄의 고의가 있었다고 인정하기 어렵다는 [판례]도 있으며, 사용자가 임금지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나 채불을 방지하기가 사회통념상 기대하기 힘든	즉 사용자가 임금지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나 채불을 방지하기가 사회통념상 기대하기 힘든 경우 책임조각사유로 인정한 [판례]도 있고, 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있는 것이라면 사용자가 그 임금 등을 지급하지 아니한 데에 상당한 이유가 있다고 보아 근기법 위반죄의 고의가 있었다고 인정하기 어렵다는 [판례]도 있다. 그리고 임금 등 지급의무의 존부와범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있는지 여부는 i) 사용자의 지급거절 이유와 그 지급의무의 근거, ii) 사용자가 운영하는 회사의 조직과 규모, iii) 사업 목적 등 여러 사항, iv) 그 밖에 임금 등 지급의무의 존부

		경우 책임조각사유로 인한 [판례]도 있다. (이 부분을 삭제하고 옆의 내용으로 대체)	와범위에 관한 다툼 당시의 여러 사정에 비추어 판단하여야 한다는 것이 [판례]의 태도이다. (대법원 2023. 4. 27. 선고 2020도16431 판결, 대법원 2022. 5. 26. 선고 2022도2188 판결)
270쪽	1. 합의연장(1)가.의 의	당사자 사이에 합의하면 1주간의 12시간을 한도로 1주 40시간, 1일 8시간의 법정 근로시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다.(53조1항)	당사자 사이에 합의하면 1주간의 12시간을 한도로 1주 40시간, 1일 8시간의 법정 근로시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다.(53조1항) 그리고 이를 위반하는 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.(110조) / 뒤의 추가 내용은 추록 참조
296쪽	다. 판례의 평가 목차 바로 위의 줄	근로자에게 지급될 임금에는...	근로자에게 지급될 임금에는...
321쪽	위에서 두 번째 문단 내용 수정	● 영업의 전부양도가 이루어진 경우에, 영업의 전부양도가 이루어지고 양도인이 폐업을 해서 양도인을 상대로 한 부당하고 구제신청에 대한 구제이익이 없는 경우에, “양수인이 영업양도 당시 근로자들에 대한 해고가...”	
350쪽	(2) 휴직의 정당성 -내용추가-	(2) 휴직의 정당성 ● 그런데 근기법 제23조 제1항은 정당한 이유 없는 휴직을 금지하고 있으므로, 취업규칙 등을 통해 사용자가 휴직명령권을 가진다고 하더라도 근기법 제23조 제1항에 의한 정당한 이유가 있어야 한다. ● [판례]에 따르면 “기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위해서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로, 휴직명령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다. 그리고 그것이 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 근로기준법 제23조 제1항에 위배되거나 권리남용에 해당 하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없다”고 한다. ● [판례]에 따르면 “근로기준법 제23조 제1항에서는....	
357쪽	III. 대기발령의 정당성	내용 삭제 및 목차 수정이 있음(추록 내용 참조)	
360쪽	2. 경영상 필요에 따른 대기발령의 정당성	내용 삭제 및 목차 수정이 있음(추록 내용 참조)	
375쪽		II. 징계사유의 정당성 1. 징계사유의 확정 : 징계사유의 근거규정 (해당 부분을 추록 내용으로 다시 정리함)	
384쪽	① 문제의 소재	① 문제의 소재 ● 채용단계에서 사용자의 질의나 조회에 대하여 학력이나 경력 등을 허위로 고지한 경우에 사용자가 채용의 의사표시를 착오나 사기의 의사표시로 취소할 수 있는지가 문제된다. ● 근로기준법 제2조 제1항 제4호에 따르면, “근로계약이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말한다”고 규정되어 있다. 민법 제109조에 따르면 “의사표시는 법률행위의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할	

		수 있다”고 규정하고 있으며, 민법 제110조 제1항에 따르면 “사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다”고 규정하고 있다.	
393쪽	III. 징계절차의 정당성 바로 위	추록 내용 추가	
394쪽	내용추가	<ul style="list-style-type: none"> ● 다만 [판례]에 따르면, 단체협약에서 당사자에게 징계사유와 관련한 소명기회를 주도록 규정하고 있는 경우에도 그 대상자에게 그 기회를 제공하면 되는 것이고 소명 그 자체가 반드시 이루어져야 하는 것은 아니다. 그리고 [판례]에 따르면 “징계위원회에서 징계대상자에게 징계혐의 사실을 고지하고 그에 대하여 진술할 기회를 부여하면 충분하고, 혐의사실 개개의 사항에 대하여 구체적으로 발문하여 징계대상자가 이에 대하여 빠짐없이 진술하도록 조치하여야 하는 것은 아니다”.(대법원 2020. 6. 25. 선고 2016두56042 판결) 	
401쪽	4. 징계시효 (2) 징계시효를 위반한...	<p>(2) 징계시효를 위반한 징계의 정당성</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 따라서 [판례]에 따르면... 신의칙에 위반된다. ● [판례]에 따르면, “징계대상자 및 징계사유의 조사 및 확정에 상당한 기간이 소요되어 징계시효 규정을 준수하기 어렵다는 등의 부득이한 사정이 있다면, 없는 한, 징계시효 규정을 위반하여 개최된 징계위원회에서 한 징계 결의는 무효”라고 한다.(대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20362 판결) ● 다만, [판례]에 따르면, 징계시효가 지난 비위행위도 징계양정에 있어서 참작자료로 할 수는 있다고 한다. 	
404쪽	3번 뒤에 4번 추가	<p>4. 복수의 징계사유 중 일부가 인정되지 않는 경우 징계처분의 적법성</p> <ul style="list-style-type: none"> ● [판례]에 따르면, “여러 개의 징계사유 중 일부가 인정되지 않더라도 인정되는 다른 일부 징계사유만으로 해당 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우에는 그 징계처분을 유지하여도 위법하지 아니하다”. ● “다만, 여러 개의 징계사유 중 일부 징계사유만으로 근로자에 대한 해당 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한지는 해당 기업의 구체적인 상황에 따라 다를 수 있으므로, 사용자가 징계처분에 이르게 된 경위와 주된 징계사유, 전체 징계사유 중 인정된 징계사유의 내용과 비중, 징계사유 중 일부가 인정되지 않은 이유, 해당 징계처분의 종류, 해당 기업이 정하고 있는 징계처분 결정 절차, 해당 기업의 규모·사업 성격 및 징계에 관한 기준과 관행 등에 비추어 인정된 징계사유만으로 동일한 징계처분을 할 가능성이 있는지를 고려하여 해당 징계처분을 유지하는 것이 근로자에게 예측하지 못한 불이익이 되지 않도록 신중하게 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다. ● “근로기준법 제31조에 의하여 부당해고구제재심판정을 다투는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명책임은 이를 주장하는 사용자가 부담하므로, 인정되는 일부 징계사유만으로 해당 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한지에 대한 증명책임도 사용자가 부담한다”는 것이 [판례]의 태도이다. 	
407쪽	밑에서 4번째 줄	예측할 수 없는 소 해를	예측할 수 없는 손 해를
415쪽	(2) 예외 : 정년후 재고용기대권	내용 전체 수정	추록 참조
426쪽	위에서 8번째 줄	징계 절자 를 거쳐야 한다..	징계 절차 를 거쳐야 한다..

435쪽	나. 구체적인 선정기준	목차를 새로 설정하였음.	<p>나. 구체적인 선정기준</p> <p>① 단체협약이나 취업규칙 등에 선정기준이 정해져 있는 경우 판례에 따르면... 그에 따라야 한다.</p> <p>② 단체협약이나 취업규칙 등에 선정기준이 정해져 있지 않은 경우 만약 그러한 기준이...</p>
438쪽	각주 1468번	4급 이상들의 직원에...	4급 이상 직원들에
445쪽	IV. 해고예고수당의 부당이득 해당여부 바로 밑	<p>IV. 해고예고수당의 부당이득 해당여부 (핵심쟁점)</p> <p>● 민법 제741조에 따르면 “법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다”고 규정하고 있다.</p> <p>● 그런데 사용자가 근로자를 해고하면서 30일 전에 예고를 하지 아니하여, 해고예고수당을...</p>	
449쪽	나. ①에서 4번째 줄	축약해 지재 하는 등...	축약해 기재 하는 등...
491쪽	맨 밑에 문단 삭제 후 수정	<p>● 노조법 제2조 제1호에서 임금·급료란 근로기준법상의 임금을 의미한다는 데에 의견이 일치하고 있다. 하지만, ‘그 밖에 이에 준하는 수입’의 의미에 대해서는 i) 그 독자적인 의미를 부정하는 견해와 ii) 임금이 아니면서 임금과 비슷한 수입 예컨대 사업주가 아닌 개인에게 일시적으로 근로를 제공하거나 타인에게 종속적 근로는 아니지만 이와 비슷한 노무를 공급하는 등의 대가로 얻는 수입을 말한다는 견해가 대립하고 있다.</p> <p>● 노조법 제2조 제1호에서 임금·급료란 근로기준법상의 임금을 의미하며, ‘그 밖에 이에 준하는 수입’이란 임금이 아니면서 임금과 비슷하게 타인에게 노무를 공급하는 등의 대가로 얻는 수입을 말한다.</p>	
526쪽	(5) 나. 두 번째 문단	소속된 연합단체의 명칭 아...	<p>원내용 삭제후 아래 내용으로 교체</p> <p>노동조합이 최초로 연합단체에 가입하는 것은 총회의 일반적인 의결정족수를 충족하면 되지만, 규약에 소속된 연합단체의 명칭이 기재된 경우에는 소속 연합단체의 탈퇴와 새로운 연합단체의 가입을 위해서는 특별의결정족수(재적 과반수출석, 출석 2/3 찬성)가 필요하다는 것이 판례의 태도이다.(대법원 2023. 11. 16. 선고 2019다289310 판결 참조)</p>
546쪽	맨 밑줄	제81조 제4호	제81조 제1항 제4호
566쪽	위에서 3번째 줄	행하여져야 하고 (목적)	행하여져야 하고 (시기)
607쪽	맨 아래에 내용추가	<p>...예외적인 경우를 의미한다”고 한다.</p> <p>● 그리고 “교섭단위의 분리를 인정할 수 있는 예외적인 경우에 대해서는 분리를 주장하는 측이 그에 관한 구체적 사정을 주장·증명하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.(대법원 2022. 12. 15. 선고 2022두53716 판결)</p>	
608쪽	다. 이익제기 두	음영 없음.	음영 추가(절차가 위법, 내용이 위법, 월권에

	번째 문단		의한 것인 경우)
610쪽	맨위의 문단뒤에 추가	<ul style="list-style-type: none"> ● 그런데, 공정대표의무는 ... 있다. ● 하지만, 공정대표의무의 본래적 주체는 교섭대표 노동조합이므로, “사용자의 공정대표의무의 내용이나 대상은 특별한 사정이 없는 이상 본래적 의무주체로서 교섭대표 노동조합이 단체교섭, 단체협약의 체결 및 그 이행 과정에서 부담하는 공정대표의무의 범위를 넘는 것이 될 수는 없다고 해석함이 타당”하다는 것이 [판례]의 태도이다. 즉 “<u>사용자가 부담하는 공정대표의무의 내용은 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하며 체결된 단체협약을 이행하는 것과 관련하여, 어느 일방에도 치우치지 아니한 공정하고 중립적인 태도를 유지하는 소극적 의무라고 봄이 타당하다</u>”할 것이다.(서울고등법원 2023. 12. 1. 선고 2022누46543 판결, 대법원 2024. 5. 17. 선고 2024두32447 심리불속행 기각판결) 	
660쪽	③번 위 문단	문단이 떨어져 있음	문단을 붙일 것
670쪽	맨 밑의 문단	문장에 번호가 없음.	<p>이러한 평화의무는 i) 단체협약에 규정되지... ii) 단체협약의 해석을 둘러싼... iii) 차기 협약체결을 위한...</p> <p>... ① 단체협약 유효기간 중에도... ② 기존의 단체협약에 규정되지...③ 단체협약이 형식적으로 유효한 것으로 보이지만...</p>
675쪽	밑에서 4번째 줄	그 내용이 단체협약이나 강행법규나...	그 내용이 단체협약이나 강행법규나... (“단체협약이나”를 삭제)
681쪽	세부목차	I. 단체협약의 효력 확정 ..	I. 단체협약의 효력 확장 .
681쪽	I. 단체협약의 효력확장의 의의	<ul style="list-style-type: none"> ● 단체협약은 협약 당사자인 노동조합과 사용자 또는 사용자 단체 및 그 구성원에 대하여 그 효력이 미치는 것이 원칙이다. (이 내용 삭제후 옆의 내용으로 대체) 	<ul style="list-style-type: none"> ● 노동조합법 제33조 제1항에서는 “단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효”로 하며, 제2항에서 “근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준”에 의하도록 규정하여, 단체협약의 규범적 효력을 인정하고 있다. ● 그런데, 단체협약의 규범적 효력은 협약체결당사자인 노동조합의 구성원인 ‘개별조합원’과 그 상대방 당사자인 사용자 또는 사용자단체의 구성원인 사용자에게 대하여 미친다.
684쪽	각주 2242번	각주 2242번 옆에, 각주 2242-1 추가	<p>각주 2242-1) 서로 다른 종류의 사업을 운영하던 회사들이 합병한 이후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있기 전에 그 중 한 사업부문의 근로자들로 구성된 노동조합이 회사와 체결한 단체협약은 그 사업부문의 근로자들에 대하여만 적용될 것이 예상되는 것이라 할 것이어서 다른 사업부문의 근로자들에게는 적용될 수 없다.(대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185, 23192 판결)</p>
694쪽	2. 단체협약 해석의 원칙 (1) 처분문서의...	<ul style="list-style-type: none"> ● [판례]는 단체협약과 같은 처분문서의 경우, “처분문서는 그 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 그 처분문 	<ul style="list-style-type: none"> ● [판례]는 “단체협약과 같은 처분문서는 특별한 사정이 없는 한 그 기재 내용에 의하여 문서에 표시된 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 한다”고 판시하고 있다.

		<p>서에 기재되어 있는 문언의 내용에 따라 당사자의 의사표사가 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.</p>	<p>●다만, “ 단체협약 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않고 문언 해석을 둘러싼 이견이 있는 경우에는 해당 문언 내용, 단체협약이 체결된 동기와 경위, 노동조합과 사용자가 단체협약에 의하여 달성하려는 목적과 그 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.</p>
695쪽	3. 판례의 검토 바로 위에 내용 추가	<p>(3) 단체협약의 해석에서 교섭, 합의과정의 고려 여부 ●[판례]에 따르면 단체협약을 해석할 때, “해당 단체협약규정의 <u>제정경위, 변천과정, 교섭 당시의 상황(대화내용 등) 및 합의과정</u>”도 고려할 필요가 있다고 한다. 3. 판례의 검토</p>	
695쪽	4. 구체적 사례 1 : 쟁의중 신분보장조항	<p>해당 부분은 목차를 대폭 수정하였음 (추록 내용 참고)</p>	
697쪽	5. 구체적 사례 2. 내용 추가	<p>●는 근로자가 ... 해석하였다. ●구 파견법상의 고용간주의 효과를 인정하여 부당해고 구제신청을 인용한 최근 판례에서는 “가산금 조항이 부당한 징계권의 행사와 남용으로 인한 해고를 억제함과 아울러 그 징계해고가 부당하다고 판명되었을 때 근로자를 신속하게 원직에 복귀시키도록 하고 이를 간접적으로 강제하기 위하여 가산금을 부과하는 제재적 규정으로서, 해고된 근로자가 해당 가산금 조항의 적용을 받기 위해서는 그 해고가 근로자에 대하여 징계권을 행사한 것이거나 징벌적 조치를 한 것이라고 볼 수 있어야 하고, 그 징계해고가 부당하여 무효라는 점이 노동위원회나 법원에서 판명되어야 한다”는 판시를 한 바가 있다.[대법원 2024. 1. 4. 선고 2021다169 판결 (해당 사건에서는 구 파견법상 고용간주의 효과를 인정하여, 사내협력업체 근로자의 근로자 지위를 확인한 것이므로, 해당 가산금을 청구할 수 없다는 취지의 판결을 내렸다)]</p>	
697쪽	각주 2289번	<p>대법원 2011.10.13.선고...</p>	<p>대법원 2014.2.13. 선고 2011다86287 판결</p>
744쪽	나.	<p>나. 도급인 사업장에서...</p>	<p>나. 도급인 사업장에서...(도급인과의 관계에서)</p>
744쪽	나. 도급인 사업장에서...	<p>해당부분 목차</p>	<p>목차 정리 ② 예외 ㉠ 위법성이 조각되는 경우 ㉢ 판단기준</p>
749쪽	위에서 8번째 줄	<p>최소하기 위하여</p>	<p>최소화하기 위하여</p>
750쪽	위에서 다섯 번째	<p>엄격해야 해석...</p>	<p>엄격하게 해석...</p>

	줄		
774쪽	각주 2525번	대법원 2020.10.13. 선고 99도4812 판결	대법원 2020.10.15. 선고 2019두40345 판결
810쪽	가. 나		가.나에 대한 내용 정리 필요
816쪽	(2) 고정비용상당의 손해발생의 추정법리	사건번호가 빠져 있음.	(2) 고정비용상당의 손해발생의 추정법리 (대법원 2023.6.15. 선고 2017다46274 판결)
841쪽	1. 부당노동행위 금지행위의 주체 위로 두번째 줄	구제명령의 이행주체서의	구제명령의 이행주체로서의
842쪽	2. 부당노동행위... 바로 밑의 문단 세 번째 줄	피청인인으로	피신청인으로
904쪽	(2) 목차 세 번째 문단 밑	직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수는 없다”는 것이 판례의 태도이다. (이 문단 밑에 옆의 판례 추가)	그런데, 노동위원회 차별시정제도의 취지와 직권주의적 특성, 비교대상성 판단의 성격 등을 고려하면, 노동위원회는 신청인이 주장한 비교대상 근로자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 조사, 심리를 거쳐 적합한 근로자를 비교대상 근로자로 선정할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.(대법원 2023. 11. 30. 선고 2019두53952 판결)
904쪽	3.(1)	(1) 임금과 관련한 불리한 처우가 존재하는지의 판단기준(904쪽) ~ 나. 예외 : 범주별 비교(905쪽)까지를 추록 내용을 바꿔주세요.	
905쪽	나. 예외 마지막 문단 추가	<ul style="list-style-type: none"> ● 이러한 경우 ...[판례]의 태도이다. ● “위의 법리는 단시간근로자가 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별시정신청을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다”는 것이 [판례]의 태도이다.(대법원 2024. 2. 29. 선고 2020두49355 판결) 	
932쪽	(4)번 목차 뒤에 (5)번(6)번 추가	(5)번 (6)번 추가(추록 내용 참조)	
933쪽	(1)번 밑에 (2)번을 추가하고 (2)번은 (3)번으로	추록 내용 참조	
948쪽	위에서 네 번째 줄	(산재보험법 5조 1항)	(산재보험법 5조 1호)
950쪽	1. 법률규정 두 번째 문단 첫 번째 줄	상당인과관계가 없는...	상당인과관계가 없는...

954쪽	두 번째 문단	iii) 과음으로 인한 심신 장애와...	iv) 과음으로 인한 심신장애와...
958쪽	나. 위의 내용 추가	<ul style="list-style-type: none"> ● 또한 다른 [판례]에서도 ...확인하고 있다. ● 또한 “<u>과로의 내용이 통상인이 감내하기 곤란한 정도이고 본인에게 그로 인하여 사망에 이를 위험이 있는 질병이나 체질적 요인이 있었던 것으로 밝혀진 경우에는 과로 이외에 달리 사망의 유인이 되었다고 볼 특별한 사정이 드러나지 아니하는 한 업무상 과로와 신체적 요인으로 사망한 것으로 추정함이 경험칙과 논리칙에 부합한다</u>”는 것이 [판례]의 태도이다.(대법원 2009. 3. 26. 선고 2009두164 판결) 	

-90쪽-

(IV. 강제근로금지의 원칙 바로 위에 아래 내용을 추가하세요)

(4) 공무원과의 관계에서 공무원의 사회적 신분 여부

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

가. 사회적 신분의 의미

- 근로기준법 제6조가 규정하고 있는 사회적 신분에 대해서는 다양한 논의가 있다.
- 일반적으로 사회적 신분이란 사회에서 장기간 접하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 말한다.¹⁾
- 근로계약을 체결하는 경우, 정규직이나 무기계약직 같은 고용형태도 사회적 신분에 해당하는지에 대해서 대법원은 현재까지 무기계약직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지에 대해 명시적인 판결을 하고 있지 않다. 하지만, 공무원과의 관계에서 무기계약직이라는 고용상 지위는 사회적 신분이 아니라는 대법원 전원합의체 판결이 선고되었다.

나. 공무원과의 관계에서 무기계약직의 사회적 신분성 여부

- [판례]에 따르면 공무원의 경우
 - i) (공무원 지위의 특수성) 헌법이 정한 직업공무원 제도에 따라 국가 또는 지방자치단체와 공법상 신분 관계를 형성하고 각종 법률상 의무를 부담하는 점,
 - ii) (근무조건 결정방식) 공무원의 근무조건은 법령의 규율에 따라 정해지고 단체협약을 통해 근로조건 개선을 도모할 수 있는 대상이 아닌 점,
 - iii) (보수의 성격) 공무원의 보수는 근로의 대가로서의 성격만 가지는 것이 아니라 안정적인 직업공무원 제도의 유지를 위한 목적도 포함되어 있다는 점
 - iv) (업무의 변경가능성과 보수체계) 전보인사에 따른 공무원 보직 및 업무의 변경가능성과 보수체계 등의 사정을 고려하여야 한다고 한다.²⁾
- 따라서 [판례]는 “무기계약직 근로자로서의 고용상 지위는 공무원에 대한 관계에서 근로기준법 제6조에

1) 현재 1995.2.23. 93헌바43결정 참조

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

서 정한 사회적 신분에 해당한다고 볼 수 없고, 공무원을 본질적으로 동일한 비교집단으로 삼을 수 없다고 판시하고 있다.³⁾

다. 판례의 평가

① 사회적 신분에 대한 비판

- 이러한 판례에 대해서는 “사회적 신분이란 선천적으로 출생에 의하여 고정되는 지위에 국한하지 않고 후천적으로 획득하여 사회에서 장기간 점하는 지위를 포함하는데, 공무직 근로자라는 고용상 지위는 자신의 의사나 능력발휘에 의해 쉽게 회피할 수 없고, 한 번 취득하면 장기간 점하게 되는 성격을 지니고 있으며, 공무직 근로자에 대한 열악한 근로조건과 낮은 평가가 고착되고 있는 우리 사회의 현실에 비추어 보면 사회적 신분에 해당하는 것으로 보아야 한다는 비판적 견해가 있다.⁴⁾
- 또한 해당 판결은 공무원과의 관계에서 공무직에 대한 사회적 신분성을 부정한 판례로서 마치 사회적 신분을 비교대상에 따라 달라지는 상대적 개념으로 보았다는 한계가 있다.⁵⁾
- 따라서 사기업체에 근로계약을 체결한 이른바 정규직과 무기계약직의 관계를 사회적 신분으로 볼 수 있는지에 대해서 아직 명확한 판결이 없는 상황이라고 할 수 있다.

② 근로기준법 제6조의 차별금지요소를 한정영거로 전제

- 근로기준법 제6조에서는 차별금지요소로 “남녀의 성, 국적, 신앙, 사회적 신분”을 규정하고 있다.
- 그런데, 해당 판결이 i) 무기계약직에 대해서 사회적 신분에 해당하는지만을 다루고 있고, ii) 특히 죄형법정주의 원칙을 다루고 있다는 점에서 이러한 네 가지 요소를 한정영거요소로 보고 있는 것으로 평가하는 견해가 있다.⁶⁾

③ 기간제법상 기간제 근로자와 공무원을 비교대상으로 인정한 판례취지에 반한다는 평가

- 종래 판례에서는 기간제근로자와 공무원을 차별한 사안에서 공무원을 비교대상으로 인정하고 있는데, 그러한 대법원 선례에 반하는 판결이라는 비판적 견해도 있다.⁷⁾

-104쪽-

- 근로제공은 ...당연히 발생하는 의무라 할 수 있다.
- [판례]에서도 “사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 이를 배상할 책임이 있다”고 판시하고 있다.
- 다만, [판례]에 따르면 “보호의무위반을 이유로 사용자에게 손해배상책임을 인정하기 위하여는 특별한 사정이 없는 한 그 사고가 피용자의 업무와 관련성을 가지고 있을 뿐 아니라 또한 그 사고가 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 예측할 수 있는 경우라야 할 것이고, 그 예측가능성은 사고가 발생한 때와 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계 기타 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다”고 한다.⁸⁾

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

4) 해당 전원합의체 판결의 반대이견 (대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결)

5) 강선희, “무기계약직인 공무직은 공무원에 대한 관계에서...”, 『월간 노동리뷰』 2023년 11월호, 한국노동연구원, 61p ; 박수근, “무직계약직과 공무원의 근로기준법상 사회적 신분 여부”, 월간 포커스, 한국공인노무사회, 21-22p 참조

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

7) 강선희, 위의 글, 61p

8) 대법원 2001. 7. 27. 선고 99다56734 판결(야간에 회사 기숙사 내에서 발생한 입사자들 사이의 구타행위에 대하여

- 따라서 취업규칙에서 신규 채용하는 근로자에 대한 ... 채용된 것이라고 보아야 한다
- 또한 “업무적격성 평가와 해약권 유보라는 시용의 목적에 따라 시용기간에 제공된 근로 내용이 정규 근로자의 근로 내용과 차이가 있는 경우에도 종속적 관계에서 사용자를 위해 근로가 제공된 이상 시용 근로계약은 성립” 하며 “제공된 근로 내용이 업무 수행에 필요한 교육·훈련의 성격을 겸하고 있는 경우에도 마찬가지로”라는 것이 [판례]의 태도이다.⁹⁾
- 그리고 “시용기간 중의 임금 등 근로조건은 경제적으로 우월한 지위에 있는 사용자가 자신의 의사대로 정할 여지가 있으므로 종속적 관계에서 사용자를 위해 근로가 제공된 이상, 시용기간 중의 임금을 정하지 않았다는 사정만으로 시용 근로계약의 성립을 쉽게 부정해서는 안 되고, 단순히 근로계약 체결 과정 중에 있다고 볼 수도 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.¹⁰⁾

III 시용계약의 법적 성질

- 시용계약의 법적 성질에 대하여 전통적인 계약이론은 시용계약을 근로계약체결 과정의 일부 또는 근로계약 체결의 예약에 불과하다고 보았다.
- 하지만 [판례]는 “근로계약은 근로자가 사용자에게 종속적 관계에서 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약으로서, 제공하는 근로 내용에 특별한 제한이 없고 명시적 약정이 있어야만 성립하는 것은 아니며 묵시적 약정으로 성립할 수도 있다”고 판시하면서, “시용이란 (본) 근로계약을 체결하기 전에 해당 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하기 위해 일정 기간 시험적으로 고용하는 것을 말한다. 시용기간에 있는 근로자의 경우에도 사용자의 해약권이 유보되어 있다는 사정만 다를 뿐 그 기간에 확정적 근로관계는 존재한다”고 한다.¹¹⁾
- 오늘날의 통설·[판례]도 시용계약은 그 자체로서 근로계약이고, 다만 정규 종업원으로서의 적격성이 없다고 판단되는 경우에는 본채용을 거절할 수 있다는 의미에서 사용자에게 해약권이 유보된 특수한 근로계약이라고 본다.¹²⁾

가. 의의

- 당사자 사이에 합의하면...(53조1항). 그리고 이를 위반하는 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.(110조)
- 그런데 최근 판례에 따르면 “근로기준법 제53조 제1항은 연장근로시간의 한도를 1주년을 기준으로 설정하고 있을 뿐이고 1일을 기준으로 삼고 있지 아니하므로, 1주년의 연장근로가 12시간을 초과하였는지는 근로시간이 1일 8시간을 초과하였는지를 고려하지 않고 1주년의 근로시간 중 40시간을 초과하는 근로시간을 기준으로 판단하여야 한다”고 한다.¹³⁾

회사의 보호의무위반이나 불법행위상의 과실책임을 인정하지 않은 사례이다)

9) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2019두55859 판결

10) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2019두55859 판결

11) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2019두55859 판결

12) 대법원 2001.2.23. 선고 99두10889 판결 참조

13) 판례는 그 이유로 i) 근로기준법 제53조 제1항은 1주 단위로 12시간의 연장근로 한도를 설정하고 있으므로, 여기서 말하는 연장근로란 같은 법 제50조 제1항의 ‘1주간’의 기준근로시간을 초과하는 근로를 의미한다고 해석하는 것이 자연스럽다는 점(근로기준법 제53조 제1항이 ‘제50조의 근로시간’을 연장할 수 있다고 규정하여 제50조 제2항의 근로시간을 규율 대상에 포함한 것은 당사자 간에 합의하면 1일 8시간을 초과하는 연장근로가 가능하다는 의미이지, 1일 연장근로의 한도까지 별도로 규제한다는 의미가 아니다) ii). 근로기준법은 ‘1주간 12시간’을 1주년의 연장근로시간을 제한하는 기준으로 삼는 규정을 탄력적 근로시간제나 선택적 근로시간제 등에서 두고 있으나(제53조 제2항, 제51조, 제52조), 1일 8시간을 초과하는 연장근로시간의 1주간 합계에 관하여 정하고 있는 규정은 없다는 점, iii) 1일 8시간을 초과하거나 1주간 40시간을 초과하는 연장근로에 대해서는 통상임금의 50% 이상을 가산한 임금

III. 대기발령의 정당성

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

1. 대기발령 명령에 대한 사용자의 재량

- 판례에 따르면 “기업이 계속 활동하기 위해서는 노동력을 재배치하거나 수급을 조절하는 것이 필요불가결하다”고 판시하면서 “대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 사용자의 고유권한에 속하므로, 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다”고 판시하고 있다.¹⁴⁾

2. 근로기준법 제23조 제1항의 적용 및 권리남용 금지

- 하지만 판례는 대기발령에 대하여 사용자에게 상당한 재량을 인정한다고 판시하면서도 “근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되어서는 아니된다”¹⁵⁾고 하여, 근로기준법 제23조 제1항을 적용하여 정당성을 판단하고 있다.¹⁶⁾
- 즉 근로기준법 제23조 1항은 근로자에 대한 사용자의 정당한 이유 없는 불이익한 인사처분으로부터 근로자를 보호하기 위한 일반조항으로서 근로자에게 불이익을 주는 대기발령도 근로기준법 제23조 제1항에 따른 제한을 받는 것이다.¹⁷⁾

3. 대기발령의 정당성의 판단기준

- 일반적으로 대기발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 i) 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, ii) 근로자와의 협의 등 대기발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 하며, 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다는 것이 [판례]의 태도이다.¹⁸⁾
- 그 외에도 “대기발령의 정당성을 근로자에게 당해 대기발령 사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차규정의 위반 여부 및 그 정도에 의하여 판단하여야 한다”는 [판례]도 있다.¹⁹⁾

을 지급하도록 정하고 있는데(근로기준법 제56조), 연장근로에 대하여 가산임금을 지급하도록 한 규정은 사용자에게 금전적 부담을 가함으로써 연장근로를 억제하는 한편, 연장근로는 근로자에게 더 큰 피로와 긴장을 주고 근로자가 누릴 수 있는 생활상의 자유시간을 제한하므로 이에 상응하는 금전적 보상을 해 주려는 데에 그 취지가 있는 것으로서, 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 목적의 규정은 아니다. 이와 달리 근로기준법 제53조 제1항은 당사자가 합의하더라도 원칙적으로 1주간 12시간을 초과하는 연장근로를 하게 할 수 없고, 이를 위반한 자를 형사처벌(제110조 제1호)하는 등 1주간 12시간을 초과하는 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 것이라는 점 등을 들고 있다. 따라서 가산임금 지급 대상이 되는 연장근로와 1주간 12시간을 초과하는 연장근로의 판단 기준이 동일해야 하는 것은 아니라는 것이 판례의 태도이다.

14) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조

15) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

16) 대법원 2007.2.23. 선고 2005다3991 판결 참조

17) 조용만·김홍영 5판, 241p

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

19) 대법원 2011.10.13. 선고 2009다86246 판결

- 판례는 일반적으로 대기발령의 정당성을 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.²⁰⁾

4. 대기발령의 절차

- 직위해제나 대기발령이 징계처분의 하나로 규정되어 있을 경우에는 징계절차를 거쳐야 할 것이다.²¹⁾ 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.²²⁾
- 전술한 바와 같이 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소가 될 수 있다는 것이 [판례]의 태도이다.²³⁾
- 그런데, [판례]에 따르면 취업규칙 등에 징계절차와는 구분되는 대기발령에 관한 특별한 규정이 있는 경우에는 그에 따라야 한다.²⁴⁾

- 360쪽 (목차 및 내용수정) -

2. 경영상 필요에 따른 대기발령의 정당성

(1) 대기발령의 법적 근거

- 직위해제나 대기발령 같은 인사조치는 근로자에게 여러 가지 불이익(승진, 승급, 감급등)을 주는 것이므로 단체협약이나 취업규칙 등에 해당 직위해제사유가 존재하여야 하고 직위해제에 관한 절차규정 등을 위반하지 말아야 한다.²⁵⁾
- 한편, 대기발령을 인사권자인 사용자의 고유권한으로 보고 사용자에게 상당한 재량을 인정하는 있는 대법원 판례²⁶⁾에 따르면 대기발령에 관한 근거규정이 없어도 업무상 필요성이 있다면 별도의 사유를 들어 대기발령이 가능하다는 해석을 할 수 있을 것이다.²⁷⁾

(2) 경영상 필요에 따른 대기발령의 정당성

(1) 대기발령 명령에 대한 사용자의 재량

- 판례에 따르면 ...

(2) 근로기준법 제23조 제1항의 적용 및 권리남용 금지

- 하지만 판례는 ...

(3) 정당성의 판단기준

- 경영상 필요에 따른 ...

-375~377쪽-

20) 조용만·김홍영 4판, 253p

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

22) 대법원 2000.6.23. 선고 98다54960 판결

23) 대법원 2005.2.18. 선고 2003다63029 판결

24) 대법원 1996.10.29. 선고 95누15926 판결

25) 김형배 25판, 577p

26) 대법원 2007.5.31. 선고 2007두1460 판결

27) 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.

1. 징계사유의 근거규정과 징계사유의 확정 (핵심쟁점)

(1) 징계사유의 근거규정

- 근로자에 대한 징계가 정당한 것으로 인정되기 위해서는 우선 근로자의 행위가 징계사유에 해당되어야 하는데, i) 사용자의 징계사유의 근거규정이 무엇인지, ii) 사용자의 취업규칙과 단체협약에 각각 징계사유를 규정하고 있는 경우 조합원에 대한 징계사유의 근거규정이 무엇인지를 어떻게 확정해야 하는지가 문제된다.

가. 취업규칙상의 징계사유

- 판례는 징계권을 “기업운영 또는 근로계약의 본질상 당연히 사용자에게 인정되는 권한”으로 보면서²⁸⁾, 기업질서는 기업의 존립과 사업의 원활한 운영을 위하여 필요불가결한 것이므로, “이러한 기업질서를 확립하고 유지하는 데 필요하고도 합리적인 것으로 인정되는 한 근로자의 기업질서 위반행위에 대하여 근로기준법 등의 관련 법령에 반하지 않는 범위 내에서 이를 규율하는 취업규칙을 제정할 수 있다”고 판시하고 있다.²⁹⁾
- [판례]에 따르면, 구체적인 징계처분이 정당한 것으로 인정되기 위해서는 근로자의 행위가 취업규칙상의 징계사유에 해당해야 할 뿐만 아니라 취업규칙상의 징계사유 그 자체가 정당해야 한다.³⁰⁾³¹⁾ [판례]에 따르면, “단체협약이나 취업규칙 등에서 근로자에 대한 징계사유가 제한적으로 열거되어 있는 경우에는 그와 같이 열거되어 있는 사유 이외의 사유로는 징계할 수 없으며”³²⁾, “취업규칙에 정하여진 징계사유에 해당되지 아니한 사유로 징계하고하였다면 정당한 징계사유 없이 한 것으로 무효”라고 한다.³³⁾
- 또한 [판례]에 따르면 “취업규칙에서 징계사유에 관한 규정이 추상적·포괄적으로 규정되어 있는 경우에는 이를 그대로 받아들일 것이 아니라 근로자 보호의 견지에서 한정적으로 해석하여야 한다.”³⁴⁾
- 근로기준법 제96조에서는 “취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나는 아니 된다”는 규정을 두고 있으므로, 법령이나 단체협약에 어긋나는 취업규칙의 징계규정은 무효가 된다고 보아야 한다.

나. 단체협약상 징계사유를 두고 있는 경우, 징계사유의 근거규정

- 노조법 제33조 제1항³⁵⁾에 따라 단체협약의 징계규정에 위배되는 징계사유를 규정한 회사의 취업규칙은 무효가 되므로, 취업규칙상의 징계사유가 단체협약상의 징계사유에 위배되는지를 검토해 보아야 한다.

① 단체협약과 무관한 새로운 징계사유를 취업규칙에서 정한 경우

- [판례]에 따르면 “단체협약에서 규율하고 있는 기업질서위반행위 외의 근로자의 기업질서에 관련된 비위행위에 대하여 이를 취업규칙에서 해고 등의 징계사유로 규정하는 것은 원래 사용자의 권한에 속하는 것이므로 …… 사용자는 취업규칙에서 단체협약 소정의 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정할 수 있고, 그 해고사유에 터잡아 근로자를 해고할 수 있다”고 한다.³⁶⁾

28) 대법원 1994.9.30. 선고 94다21337 판결

29) 대법원 1999.3.26. 선고 98두4672 판결

30) 대법원 1992.5.12. 선고 91다27518 판결

31) 이러한 판례에 대해서 규범설(취업규칙설)의 입장을 취하고 있는 것으로 평가할 수 있다는 견해도 있고, 기본적으로는 고유권설에 유사한 태도를 취한 것이라고 평가하는 견해도 있다.(김형배·박지순 9판, 175p)

32) 대법원 1994.12.27. 선고 93다52525 판결

33) 대법원 1992.7.14. 선고 91다32329 판결

34) 대법원 1992.7.14. 선고 92다3230 판결

35) [노동조합 및 노동관계조정법 제33조(기준의 효력)] ① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.

36) 대법원 1999.3.26. 선고 98두4672 판결

② 단체협약상 징계배제조항을 두고 있거나, 단체협약과 취업규칙의 규정이 상호 저촉되는 경우

- [판례]에 따르면 “단체협약에서 ‘해고에 관하여는 단체협약에 의하여야 하고 취업규칙에 의하여 해고할 수 없다’는 취지로 규정하거나 ‘단체협약에 정한 사유 외의 사유로는 근로자를 해고할 수 없다’고 규정하는 등 근로자를 해고함에 있어, i) 해고사유 등을 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나, ii) 동일한 징계사유에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우에는, 사용자는 단체협약 소정의 징계상에 의하여만 근로자를 징계할 수 있다.”고 한다.³⁷⁾

다. 기업질서 위반행위시와 징계처분시에 다른 취업규칙이 존재하는 경우

- [판례]에 따르면 취업규칙 위반행위시와 징계처분시에 있어서 서로 다른 내용의 취업규칙이 있는 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 해고 등의 의사표시는 의사표시의 시점에 시행되고 있는 신 취업규칙 소정의 절차에 따라 행하면 족하지만, 징계권의 유무에 대한 결정은 징계는 근로자에게 불이익한 처분이므로 사용자는 근로자의 기업질서 위반행위시에 시행되고 있던 구 취업규칙에 따라 징계처분을 내려야 한다.³⁸⁾
- 다만 [판례]에 따르면, 신 취업규칙을 함께 적용하였다 하더라도 그 적용된 신 취업규칙 소정의 징계사유가 구 취업규칙상의 징계사유 이상으로 부가 확대한 것이 아니라 이와 동일하거나 이를 유형화, 세분화한 것에 불과하다면 근로자에게 있어서 특별히 불이익한 것이 아니므로, 징계의 효력이 부인되지 아니한다.³⁹⁾

(2) 징계사유의 확정

가. 징계위원회 등에 의한 징계사유의 확정

- [판례]에 따르면, “근로자의 어떤 비위행위가 징계사유로 되어 있느냐 여부는 구체적인 자료들을 통하여 징계위원회 등에서 그것을 징계사유로 삼았는가 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이지, 반드시 징계의결서나 징계처분서에 기재된 취업규칙이나 징계규정에서 정한 징계근거 사유만으로 징계사유가 한정되는 것은 아니다.”⁴⁰⁾
- 또한 “그 비위행위가 정당한 징계사유에 해당하는지는 취업규칙상 징계사유를 정한 규정의 객관적인 의미를 합리적으로 해석하여 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.
- 따라서 [판례]에 따르면 “문제 되는 비위행위가 징계사유에 해당함을 특정하여 표현하기 위해 징계권자가 징계처분 통보서에 어떤 용어를 쓴 경우, 그 비위행위가 징계사유에 해당하는지는 원칙적으로 해당 사업장의 취업규칙 등 징계규정에서 정하고 있는 징계사유의 의미와 내용을 기준으로 판단하여야 하고, 단지 그 비위행위가 통보서에 쓰인 용어의 개념에 포함되는지 여부만을 기준으로 판단할 것은 아니다”⁴¹⁾

나. 징계의결 요구권자에 의한 징계사유의 확정

- 판례에 따르면, “취업규칙 등 징계규정에서, 근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 징계의결 결과에 따라 징계처분을 하되 징계위원회는 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하고 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며, 징계의결을 하는 경우에는 징계의 원인이 된 사실 등을 명시한 징계의결서에 의하도록 규정하고 있을 경우”에는 “징계위원회는 어디까지나 징계의결 요구권자에 의하여 징계의결이 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하

37) 대법원 1995.2.14. 선고 94누5069 판결 ; 이는 단체협약의 규범적 효력의 결과라고 볼 수 있을 것이다.(대법원 1994.6.14. 선고 93다62126 판결 참조)

38) 대법원 1994.12.13. 선고 94다27960 판결 참조

39) 대법원 1994.12.13. 선고 94다27960 판결 참조

40) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두22211 판결

41) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2020다270770 판결

여만 심리·판단하여야 하고 징계의결이 요구된 징계사유를 근본적으로 수정하거나 징계의결 이후에 발생한 사정 등 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결을 할 수는 없다”고 한다.⁴²⁾

-393쪽-

(11) 구제명령에 반하는 업무지시거부를 이유로 한 징계해고의 정당성⁴³⁾

- 노동위원회의 구제명령을 받은 사용자가 구제명령을 이행하지 아니한 채, 오히려 구제명령에 반하는 업무지시를 하고 근로자가 그 지시를 거부하였다는 이유로 근로자를 징계하는 것이 정당한지 여부가 문제된다.
- 또한 구제명령에 반하는 업무지시 이후에 구제명령을 다투는 재심이나 행정소송에서 구제명령이 위법하다는 이유에서 이를 취소하는 판정이나 판결이 확정된 경우 업무지시 거부 행위에 대한 징계가 허용되는지 여부, 그리고 그러한 징계가 정당한지 판단하는 방법이 문제된다.

가. 노동위원회 구제명령의 의의

① 노동위원회 구제명령신청 및 불복절차

- 사용자가 근로자에게 부당해고등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있으며(28조1항) 노동위원회는 심문을 끝내고 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하며, 부당해고등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 하며(30조1항) 이를 사용자와 근로자에게 각각 서면으로 통지하여야 한다.(30조 2항)
- 지방노동위원회의 구제명령이나 기각결정에 불복하는 사용자나 근로자는 구제명령서나 기각결정서를 통지받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있으며(31조1항), 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 사용자나 근로자는 재심판정서를 송달받은 날부터 15일 이내에 「행정소송법」의 규정에 따라 소(訴)를 제기할 수 있다(31조2항).
- 규정된 기간 이내에 재심을 신청하지 아니하거나 행정소송을 제기하지 아니하면 그 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 확정된다.(31조3항)

② 구제명령의 효력과 이행확보수단

- [판례]에 따르면 “노동위원회 구제명령(구제명령을 내용으로 하는 재심판정을 포함한다)은 직접 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 사용자에게 대하여 구제명령에 복종해야 할 공법상 의무를 부담시킨다.”⁴⁴⁾
- 따라서 “구제명령은 행정처분으로서 공정력이 있으므로 하자가 있더라도 그 하자가 취소사유에 불과한 때에는 구제명령이 취소되지 않는 한 효력을 부정할 수 없고, 사용자의 재심신청이나 행정소송 제기에 의하여 효력이 정지되지 아니하며(근로기준법 제32조), 노동위원회는 구제명령에 대한 재심이나 행정소송이 진행 중이더라도 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 이행강제금을 부과함으로써 그 이행을 강제한다(근로기준법 제33조 제1항)”⁴⁵⁾

③ 구제명령의 취지

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

43) 아래 내용은 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결을 요약 정리한 것임.

44) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결

45) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결

- 따라서 근로기준법이 사용자에게 구제명령에 대한 즉각적인 준수의무를 부과하는 것은 부당해고나 부당전보등이 있으면 근로자는 생계의 곤란이나 생활상의 큰 불이익을 겪게 되어 신속한 구제가 필요한 반면, 사용자는 분쟁기간이 길어지더라도 실질적인 불이익이 크지 않다는 점을 고려하였기 때문“이라는 것이 [판례]의 태도이다.⁴⁶⁾

나. 노동위원회 구제명령에 반하는 업무지시 거부를 이유로 한 징계의 정당성

① 원칙

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

② 노동위원회 구제명령의 취소판정판결이 확정된 경우 징계의 정당성

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

-415쪽-

(2) 예외 : 정년후 재고용기대권

- 하지만, 판례에 따르면 “ i) 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 재고용하여야 한다는 취지의 규정을 두고 있거나, ii) 그러한 규정이 없더라도 ① 재고용을 실시하게 된 경위 및 그 실시기간, ② 해당 직종 또는 직무 분야에서 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율, ③ 재고용이 거절된 근로자가 있는 경우 그 사유 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 사업장에 그에 준하는 정도의 재고용 관행이 확립되어 있다고 인정되는 등 근로계약 당사자 사이에 근로자가 정년에 도달하더라도 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 재고용될 수 있다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 근로자는 그에 따라 정년 후 재고용되리라는 기대권을 가진다.”라고 판시하여 정년후 재고용기대권을 인정하고 있다.
- 판례에 따르면 정년퇴직하게 된 근로자에게 기간제근로자로의 재고용에 대한 기대권이 인정되는 경우,

46) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결

사용자가 기간제근로자로의 재고용을 합리적 이유 없이 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다고 한다.⁴⁷⁾

- 정년후 재고용에 대한 명시적 규정이 없는 경우, 재고용하여야 한다는 취지의 규정이 있는 경우에 준하는 정도의 재고용관행이 확립되어 있어야 정년후 재고용기대권을 인정하고 있다는 점에서 갱신기대권 등의 다른 기대권에 비해서 정년후 재고용기대권을 더욱 엄격하게 판단하고 있다고 볼 수 있다.⁴⁸⁾ 상대적으로 다른 기대권의 기간제 근로자보다 보호필요성이 낮은 것으로 판단한 것으로 볼 수 있다.⁴⁹⁾

-393쪽-

(III. 징계절차의 정당성 위에 아래 내용을 추가해 주세요)

(11) 구제명령에 반하는 업무지시거부를 이유로 한 징계해고의 정당성⁵⁰⁾

- 노동위원회의 구제명령을 받은 사용자가 구제명령을 이행하지 아니한 채, 오히려 구제명령에 반하는 업무지시를 하고 근로자가 그 지시를 거부하였다는 이유로 근로자를 징계하는 것이 정당한지 여부가 문제된다.
- 또한 구제명령에 반하는 업무지시 이후에 구제명령을 다투는 재심이나 행정소송에서 구제명령이 위법하다는 이유에서 이를 취소하는 판정이나 판결이 확정된 경우 업무지시 거부 행위에 대한 징계가 허용되는지 여부, 그리고 그러한 징계가 정당한지 판단하는 방법이 문제된다.

가. 노동위원회 구제명령의 의의

① 노동위원회 구제명령신청 및 불복절차

- 사용자가 근로자에게 부당해고등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있으며(28조1항) 노동위원회는 심문을 끝내고 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하며, 부당해고등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 하며(30조1항) 이를 사용자와 근로자에게 각각 서면으로 통지하여야 한다.(30조 2항)
- 지방노동위원회의 구제명령이나 기각결정에 불복하는 사용자나 근로자는 구제명령서나 기각결정서를 통지받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있으며(31조1항), 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 사용자나 근로자는 재심판정서를 송달받은 날부터 15일 이내에 「행정소송법」의 규정에 따라 소(訴)를 제기할 수 있다(31조2항).
- 규정된 기간 이내에 재심을 신청하지 아니하거나 행정소송을 제기하지 아니하면 그 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 확정된다.(31조3항)

② 구제명령의 효력과 이행확보수단

- [판례]에 따르면 “노동위원회 구제명령(구제명령을 내용으로 하는 재심판정을 포함한다)은 직접 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 사용자에 대하여 구제명령에 복종해야 할 공법상 의무를 부담시킨다.”⁵¹⁾
- 따라서 “구제명령은 행정처분으로서 공정력이 있으므로 하자가 있더라도 그 하자가 취소사유에 불과한 때

47) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2018두62492 판결

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

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

50) 아래 내용은 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결을 요약 정리한 것임.

51) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결

에는 구제명령이 취소되지 않는 한 효력을 부정할 수 없고, 사용자의 재심신청이나 행정소송 제기에 의하여 효력이 정지되지 아니하며(근로기준법 제32조), 노동위원회는 구제명령에 대한 재심이나 행정소송이 진행 중이더라도 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 이행강제금을 부과함으로써 그 이행을 강제한다(근로기준법 제33조 제1항)⁵²⁾

③ 구제명령의 취지

- 따라서 근로기준법이 사용자에게 구제명령에 대한 즉각적인 준수의무를 부과하는 것은 부당해고나 부당전 보등이 있으면 근로자는 생계의 곤란이나 생활상의 큰 불이익을 겪게 되어 신속한 구제가 필요한 반면, 사용자는 분쟁기간이 길어지더라도 실질적인 불이익이 크지 않다는 점을 고려하였기 때문⁵³⁾이라는 것이 [판례]의 태도이다.

나. 노동위원회 구제명령에 반하는 업무지시 거부를 이유로 한 징계의 정당성

① 원칙

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

② 노동위원회 구제명령의 취소판정판결이 확정된 경우 징계의 정당성

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

-695쪽-

(4. 구체적 사례 1 : 쟁의중 신분보장조항 - 해당 부분의 목차 및 내용을 수정했습니다)

4. 구체적 사례 1 : 쟁의중 신분보장조항

52) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결

53) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결

(1) 쟁의중 신분보장조항의 의의

- 단체협약에서 쟁의행위기간 중 징계금지 조항을 두고 있는 경우가 있는데, 이를 이른바 쟁의중 신분보장조항이라고 한다.
- 노동조합법 제33조는 제1항에서는 “단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효”로 하며, 제2항에서 “근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준”에 의하도록 규정하여, 단체협약의 규범적 효력을 인정하고 있는데, 쟁의중 신분보장조항은 규범적 부분이라고 할 수 있다.

(2) 쟁의중 신분보장조항의 취지

- 단체협약상 쟁의중 신분보장조항(징계금지조항)은 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사조치 등에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 것이라는 것이 판례의 태도이다.
- 따라서, 해당 쟁의행위가 정당하다면, 비록 쟁의 과정에서 징계사유가 발생하였다고 하더라도 쟁의기간 중에 징계위원회의 개최 등 조합원에 대한 징계절차의 진행을 포함한 일체의 징계 등 인사조치를 할 수 없다는 것이 [판례]의 태도이다.
- 이 경우 징계처분의 효력발생시기를 쟁의기간 이후로 정하였다고 하여도 마찬가지라는 것이 판례의 태도이다.⁵⁴⁾

(3) 쟁의중 신분보장조항의 해석 : 징계사유의 발생시기와 내용에 관하여 특별한 제한이 없는 경우

- 쟁의기간중 인사처분을 금지하고 있는 단체협약의 문언에서 징계사유의 발생시기나 그 내용에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 않은 경우 쟁의중 신분보장조항을 어떻게 해석하여야 하는지, 판례의 태도를 설명하기로 한다.

가. 징계사유의 발생시점

- ‘쟁의행위 이전에 발생한 사유’를 들어서 ‘쟁의행위 기간 중’에 징계를 하는 것은 위법하다는 것이 판례의 태도이다..⁵⁵⁾

나. 징계사유의 정당성

- 정당한 쟁의행위 기간 중에는 사유를 불문하고 회사가 조합원에 대하여 징계권을 행사할 수 없다는 의미로 해석함이 타당하다는 것이 [판례]의 태도이다.⁵⁶⁾

다. 징계사유의 축소해석 여부

- [판례]에 따르면 비위사실이 쟁의행위와 관련이 없는 개인적 일탈에 해당하거나 노동조합의 활동이 저해

54) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70336 판결

55) 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016다242884 판결 참조

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

될 우려가 없는 경우에는 정당한 쟁의행위 기간 중에도 회사가 징계권을 행사할 수 있다는 식으로 쟁의중 신분보장조항의 적용 범위를 축소하여 해석할 수는 없다고 한다.⁵⁷⁾ 만약 쟁의중 신분보장조항의 적용범위를 축소해서 해석하게 되면 단체협약상 쟁의중 신분보장조항의 문언 및 그 객관적인 의미보다 근로자에게 불리하게 되어 허용되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

(4) 판례의 검토

904-905p

(1) 임금과 관련한 불리한 처우가 존재하는지의 판단기준(904쪽) ~ 나. 예외 : 범주별 비교(905쪽)까지를 아래 내용으로 바꿔 주세요.

(1) 불리한 처우가 존재하는지의 판단기준

가. 기간제근로자만이 가질 수 있는 속성을 원인으로 하는 경우

- [판례]에 따르면, “기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 기간제법의 입법 취지와 목적(기간제법 제1조) 등에 비추어 볼 때, 불리한 처우가 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’와 비교하여 기간제근로자만이 가질 수 있는 속성을 원인으로 하는 경우 ‘기간제근로자임을 이유로 한 불리한 처우’에 해당하고, 모든 기간제근로자가 아닌 일부 기간제근로자만이 불리한 처우를 받는다고 하더라도 달리 볼 수 없다”고 한다.⁵⁸⁾

나. 임금과 관련한 불리한 처우가 존재하는지의 판단기준

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

① 원칙 : 세부항목별 비교

- [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.⁵⁹⁾

② 예외 : 범주별 비교...

-932쪽-

(5) 직접고용의무 불이행과 손해배상청구⁶⁰⁾ (핵심쟁점)

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

58) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2019두55262 판결 [서울교육청의 교육공무직(공무원이 아닌 근로자를 의미) 업무지침에 따르면 교통보조비, 가족수당, 자녀학비보조수당, 명절휴가보전수당 등의 처우개선수당 등을 근로계약기간이 1년미만인 근로자와 계속 근로기간이 1년미만인 근로자에게는 지급하지 않는 것으로 규정되어 있다. 따라서 기간제 근로자 중 모든 근로자가 처우개선수당을 받지 못하는 것이 아니라 근로계약기간이 1년 미만인 사람만이 처우개선수당을 받지 못한다. 하지만, 기간제근로자만이 근로계약기간이 1년미만이라는 속성을 가질 수 있으므로 이는 기간제 근로자에 대한 불리한 처우에 해당한다는 판례이다]

59) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

60) 이하의 내용은 **대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결**을 정리한 것임.

- 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있는데, 몇 가지의 쟁점이 있다.

가. 직접고용의무 불이행 기간 중 사용사업주에게 근로를 제공한 경우 : 파견사업주로부터 받은 임금의 공제 여부

- “파견법에 따라 직접고용의무가 발생하였으나 사용사업주가 이를 이행하지 아니한 상태에서 파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 유지하면서 사용사업주에게 근로를 제공한 경우, 사용사업주가 직접고용의무 불이행을 이유로 파견근로자에게 지급해야 할 손해배상금을 산정할 때에는 손익상계로 파견근로자가 파견사업주로부터 지급받은 임금 등을 공제하여야 하고, 이때 직접고용의무 불이행이 원인이 되어 파견근로자가 얻은 이익은 파견사업주로부터 받은 임금 등의 전액이므로 그 전부를 공제하여야 하는 것이지, 파견근로자가 사용사업주에 대하여 일부 임금 항목에 한하여 손해배상을 구하였다고 하여 그와 동일하거나 동종인 파견사업주의 임금 항목만을 손익상계의 대상으로 삼을 것은 아니다”는 것이 [판례]의 태도이다.

나. 직접고용의무 불이행 기간 중 사용사업주에 대한 근로제공이 이루어지지 않은 경우 : 임금상당의 손해배상을 청구하기 위한 증명사항

- “파견법에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였으나 사용사업주가 이를 이행하지 아니하였다면 사용사업주에 대하여 근로를 제공한 파견근로자는 사용사업주를 상대로 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 등 상당의 손해배상을 청구할 수 있고, 직접고용의무 발생 후 사용사업주에 대한 근로제공이 이루어지지 않은 경우에도 파견근로자는 근로의 미제공이 사용사업주의 직접고용의무 불이행으로 인한 것임을 증명하여 해당 기간 동안 계속 근로를 제공하였다면 받을 수 있었던 임금 등 상당의 손해배상을 청구할 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.
- [판례]에 따르면 “이때 파견근로자가 근로를 제공하지 않은 것이 사용사업주의 직접고용의무 불이행으로 인한 것인지는 근로제공이 이루어지지 않은 구체적인 사유와 경위, 그 사유에 관한 파견근로자와 사용사업주의 태도 등을 고려하여 판단하여야 한다”고 한다.

다. 근로제공 중단이 사용사업주의 책임있는 사유인지에 대한 판단기준

- “파견법에 따른 직접고용의무가 발생하였음에도 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 고용하고 있지 않은 동안 파견근로자가 파견사업주의 해고, 파견사업주 변경 과정에서의 고용관계 미승계, 파견사업주의 정년 도과 등 파견사업주나 사용사업주에 의하여 사용사업주에게 근로를 제공할 수 없게 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 근로제공 중단은 사용사업주의 책임 있는 사유 등으로 인한 것으로 볼 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.
- “다만 사용사업주가 직접고용의무를 이행하였더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 달리 볼 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.⁶¹⁾

(6) 사용사업주의 정년 경과 시 직접고용의무의 소멸여부

- [판례]에 따르면 “파견법에 따라 사용사업주에게 파견근로자를 직접 고용할 의무가 발생하였더라도 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 정년이 경과함으로써 위와 같은 직접고용의무는 소멸한다”고 한다.⁶²⁾

61) 예를 들어 외주업체에서 자발적으로 사직한 경우에는 사용사업주의 책임있는 사유라고 보기는 어려울 것이다. (다만, i) 외주업체에서 자발적으로 사직한 것으로 보기 어려운 경우에는 사용사업주의 책임있는 사유로 보아야 할 것이며, ii) 자발적으로 사직했지만, 소송제기 등으로 근로제공의사를 명확히 표시한 경우에는 그 표시 이후의 기간에 대해서는 사용사업주의 책임있는 사유로 보아야 할 것이다)

62) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결

- “왜냐하면 개정 파견법 제6조의2 제1항의 입법 취지 및 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 따라 근로계약을 체결할 때 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙인데, 이때 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 개정 파견법에 따라 정년 전에 발생한 직접고용의무의 내용을 이루게 되기 때문”이라는 것이 [판례]의 태도이다.⁶³⁾
- “나아가 이러한 경우 정년 후 근무기간에 대하여 위와 같이 발생한 직접고용의무의 불이행을 전제로 한 손해배상책임도 인정될 수 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.⁶⁴⁾

-933쪽-

- [판례]에 따르면 이 조항의 취지는...판시하고 있다.

(2) 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 없는 경우의 근로조건 적용

가. 자치적 근로조건 형성의 원칙

- “파견법에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였는데 사용사업주의 근로자 중 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 안에서 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙”이라는 것이 [판례]의 태도이다.⁶⁵⁾

나. 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우 근로조건 적용방법

- “그러나 사용사업주가 근로자파견관계를 부인하는 등으로 인하여 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우에는 법원은 개별적인 사안에서 근로의 내용과 가치, 사용사업주의 근로조건 체계(고용형태나 직군에 따른 임금체계등), 파견법의 입법 목적, 공평의 관념, 사용사업주가 직접 고용한 다른 파견근로자가 있다면 그 근로자에게 적용한 근로조건 내용 등을 종합하여 사용사업주와 파견근로자가 합리적으로 정하였을 근로조건을 적용할 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.⁶⁶⁾

- 그런데, [판례]에 따르면 “다만 이와 같이 파견근로자에게 적용될 근로조건을 정하는 것은 본래 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 형성했어야 하는 근로조건을 법원이 정하는 것이므로 한쪽 당사자가 의도하지 아니하는 근로조건을 불합리하게 강요하는 것이 되지 않도록 신중을 기할 필요가 있다”고 한다.⁶⁷⁾

다. 파견근로자에게 적용할 적절한 근로조건을 찾지 못한 경우 근로조건 적용방법

- “그런데, 이러한 요소들을 고려하더라도 파견근로자에게 적용할 적절한 근로조건을 찾을 수 없다면 파견법 제6조의2 제3항 제2호(* 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우: 해당 파견근로자의 기존 근로조건 수준보다 낮아져서는 아니 될 것)에 따라 기존 근로조건을 적용할 수밖에 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.⁶⁸⁾

(3) 보론 : (구) 파견법상 근로조건에 관한 노사합의의 효력

가. 논의의 쟁점

- (구) 파견법상 직접고용간주규정에 따라 ...

63) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 9749, 9756 판결
 64) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 9749, 9756 판결
 65) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결
 66) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결
 67) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결
 68) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 223310 판결