

Certified Public Labor Attorney

2025년 제7판 YES THE 노동법
[기본강의] (이론·판례)
2024년 제6판(2023년 9월 18일 발행)
사용자를 위한 추록

法學社

※ 아래 페이지는 2024년판 기준임

p.5

2. 조 약

탈자 수정

우리나라 → 우리나라가

p.25

(1), (2) 제목 수정

(1) 근로자로 인정되는 경우 → (1) 근로자성 긍정 사례

(2) 근로자로 인정되지 않는 경우 → (2) 근로자성 부정 사례

p.47

(3) 산정방법 --- 내용 다음 제목, 내용 추가

(4) 관련쟁점 : 주휴일에 실제 근무하지 않는 근로자의 경우¹⁾

주휴일은 근로기준법 제55조 제1항에 의하여 주 1회 이상 휴일로 보장되는 근로의무가 없는 날이므로, 주휴일에 실제 근무하지 않은 근로자는 근로기준법 제11조 제3항의 ‘상시 사용하는 근로자 수’를 산정하는 기준이 되는 같은 법 시행령 제7조의2 제1항의 ‘산정기간 동안 사용한 근로자의 연인원’ 및 같은 조 제2항 각호의 ‘일(日)별 근로자 수’에 포함하여서는 아니 된다.

주휴일은 매주 일정하게 발생하는 휴일로서, 주휴일에 실제 출근하지 않은 근로자를 상시 사용 근로자 수에서 제외하여야 해당 사업장의 보통 때의 통상적인 사용 상태를 제대로 반영할 수 있고, 이를 제외하여도 사용자나 근로자가 근로기준법의 적용 여부를 사전에 파악하는 데에 어려움이 없어 법적 안정성과 예측가능성을 해하지 않기 때문이다.

p.51

4. 사회적 신분 --- 내용 전면 수정

‘사회적 신분’이란 사회에서 장기간 차지하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것으로 자기의 의사만으로 피할 수 없는 사회적 분류를 말한다.²⁾ 인종, 출신지 등 선천적인 것뿐만 아니라 전과자, 파산자 등 후천적인 것도 포함하는 개념이다. 그러나 단시간 근로자나 노동조합의 임원은 제외된다고 보아야 할 것이다.³⁾

1) 대판 2023.6.15., 2020도16228.

2) 임종률, 382., 김형배·박지순, 80.

3) 김유성 I, 34.

→

(1) 의 의

‘사회적 신분’이란 사회에서 장기간 차지하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것으로 자기의 의사만으로 피할 수 없는 사회적 분류를 말한다. 인종, 출신지 등 선천적인 것뿐만 아니라 전과자, 파산자 등 후천적인 것도 포함하는 개념이다.

(2) 무기계약직 근로자와 공무원 간 차별적 처우 성립여부⁴⁾

1) 다수의견

공무원의 경우 헌법이 정한 직업공무원 제도에 따라 국가 또는 지방자치단체와 공법상 신분관계를 형성하고 각종 법률상 의무를 부담하는 점, 공무원의 근무조건은 법령의 규율에 따라 정해지고 단체협약을 통해 근로조건 개선을 도모할 수 있는 대상이 아닌 점, 전보인사에 따른 공무원 보직 및 업무의 변경가능성과 보수체계 등의 사정을 고려하면, 공무원이 아닌 무기계약직 근로자로서의 고용상 지위는 공무원에 대한 관계에서 근로기준법 제6조에서 정한 사회적 신분에 해당한다고 볼 수 없고, 공무원을 본질적으로 동일한 비교집단으로 삼을 수 없다.

위와 같이 무기계약직 근로자의 고용상 지위가 공무원에 대한 관계에서 사회적 신분에 해당한다면, 동종 혹은 유사한 업무를 담당하고 있는 운전직 공무원 및 과적단속직 공무원이 그의 비교대상이 될 수 없는 이상, 불리한 처우에 대한 합리적 이유가 인정되는지에 관하여 더 나아가 판단할 필요 없이 국가가 무기계약직 근로자에게 근로조건에 관한 차별적 처우를 했다고 볼 수 없다.

2) 참고 : 반대대의견

① 비교대상 근로자는 해당 사업 또는 사업장에서 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자인지를 기준으로 판단해야 한다. 공무원을 무기계약직인 공무직 근로자와의 관계에서 근로기준법 제6조에 따른 차별 판단의 전제가 되는 비교대상 근로자에서 배제하는 것은 근로기준법 제6조의 의미와 관련 법률과의 체계적 해석, 공평의 관념 등에 비추어 납득하기 어렵고 선례의 취지에도 부합하지 아니한다. 무기계약직 근로자와 같거나 유사한 업무를 담당하고 있는 운전직 공무원 및 과적단속직 공무원은 같은 사업장에서 본질적으로 같거나 유사한 업무를 수행하고 있는 무기계약직 근로자의 비교대상 근로자에 해당한다.

② 근로기준법 제6조가 차별금지 사유로 정한 사회적 신분은 선천적으로 출생에 의하여 고정되는 지위에 국한되지 않고, 후천적으로 획득하여 사회에서 장기간 점하는 지위를 포함한다. 국토관리원의 공무직 근로자라는 고용상 지위는 자신의 의사나 능력 발휘에 의해 쉽게 회피할 수 없고 한번 취득하면 장기간 점하게 되는 성격을 지니는 점과 공무직 근로자에 대한 열악한 근로조건과 낮은 사회적 평가가 고착되고 있는 우리 사회의 현실에 비추어 보면 사회적 신분에 해당한다고 볼 수 있다.

4) 대판[전합] 2023.9.21., 2016다255941.

p.51

V. 비교 대상자 --- 내용 전면 수정

근기법상 차별여부를 판단하기 위해서는 차별을 받았다고 주장하는 사람과 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 한다. 대법원은 비정규직인 계약직에서 일반직으로 전환되는 근로자와 공개경쟁시험을 통해 일반직으로 임용된 정규직 근로자는 본질적으로 동일한 비교집단에 속한다고 볼 수 없다고 판시하였다(대판 2015.10. 29., 2013다1051).

→

근로기준법에서 말하는 차별적 처우란 본질적으로 같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하는 것을 말하며, 본질적으로 같지 않은 것을 다르게 취급하는 경우에는 차별 자체가 존재한다고 할 수 없다. 따라서 근로기준법에서 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로서 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 한다.

p.96

1. 동의의 주체

(1) 원 칙 --- 두 번째 문단 내용 일부 수정

여기서 말하는 ‘근로자’의 과반수라 함은 현재 직접적인 불이익을 받고 있는 기존 취업규칙의 적용을 받는 근로자 집단의 과반수를 뜻한다(대판 2008.2.29., 2007다85997).

→

여기서 말하는 ‘근로자’의 과반수라 함은 현재 직접적인 불이익의 대상이 되는, 기존 취업규칙의 적용을 받는 근로자 집단의 과반수를 뜻한다(대판 2008.2.29., 2007다85997)

p.116

제목, 내용 모두 삭제

~~10. 의사의 진료포상비~~

~~병원이 ‘진료포상비 지급기준’에 따라 계속적 정기적으로 진료포상비를 지급한 경우 이것이 평균임금의 산정의 기초가 되는 임금총액에 포함되는지 여부와 관련하여, 병원이 소속 의사의 실적을 판단하는 기준으로 삼은 진료와 특진, 협진 등의 업무는 매달 이를 수행하는 횟수에 차이는 있을지언정 그 자체는 의사 고유의 업무로서 병원에게 제공된 근로의 일부이므로, 그에 대한 포상비는 근로의 대가로 지급된 것으로 보아야 한다(대판 2011.3.10., 2010다77514).~~

p.119

2. 임금총액의 범위

(1) 임금성 판단 --- 두 번째 문단 내용 전면 수정

그 기간 중에 지급되지 않았다 하더라도 사유발생일 이전에 이미 채권으로 확정된 임금도 포함해야 한다. 다만, 임시로 지급된 임금 및 수당과 통화 이외의 것으로 지급된 임금은 여기에 포함되지 않는다(근기법 시행령 제2조 2항).

→

다만, 임시로 지급된 임금 및 수당과 통화 이외의 것으로 지급된 임금은 여기에 포함되지 않는다(근기법 시행령 제2조 2항).

여기서 평균임금에 산입되는 임금의 총액에는, 근로자가 현실적으로 지급받은 금액뿐 아니라 평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 때를 기준으로 사용자가 지급 의무를 부담하는 금액도 포함된다.⁵⁾ 그러나, 지급 사유의 발생이 확정되지 아니한 금품은 포함되지 않는다. 따라서 단체협약이나 취업규칙 등으로 달리 정하지 않는 한 퇴직금 중간정산 당시를 기준으로 지급 사유의 발생이 확정되지 아니한 금품을 평균임금에 포함하여 중간정산 퇴직금을 산정할 수는 없다.

p.132

두 번째 판례의 판례번호 수정



[관련판례] 대법원 2019. 2. 14., 선고, 2015다217287, 판결 신의칙 위반 부정 사례

→



[관련판례] 대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결, 신의칙 위반 부정 사례

5) 대판 2023.4.13., 2022두64518. 이전 3개월 동안에 갑이 현실적으로 지급받은 임금의 액수는 물론 그 시점에 갑에게 현실적으로 지급되지는 않았지만 회사가 지급 의무를 부담하는 임금의 액수도 평균임금 계산에 포함하여야 하는 점, 근로복지공단이 고소 사건에서 을이 주장한 금액 및 을과 회사가 합의한 금액을 반영하여 갑의 평균임금을 계산한 것은 배우자인 을과 회사의 사후적인 의사에 따라 계산한 액수일 뿐, 평균임금 산정 사유 발생 시점에 갑이 지급받아야 할 금액을 기초로 평균임금을 계산한 것이라고 보기 어려운 점, 갑의 근로계약서나 급여대장 등이 존재하며 거기에 근무시간, 임금의 항목과 액수 등이 기재되어 있어 갑의 사망 당시 갑이 지급받아야 할 임금의 액수를 계산하는 것이 충분히 가능한 점을 종합하면, 근로복지공단이 최종적으로 산정한 금액은 갑의 정확한 평균임금이 아닐 여지가 크므로, 근로복지공단이 추가로 지급한 유족급여 및 장의비 부분을 초과하는 나머지 차액 지급을 거부한 것이 적법하다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

p.153

두 번째 문단(한편 ~ 잘못이 없다) 본문 내용에서 판례 내용으로 편입



[관련판례] 대법원 2021. 7. 8., 선고, 2020다296321, 판결

근로기준법 제44조의2의 적용을 받는 직장 수급인은 근로기준법 제44조의 경우와 달리 자신에게 직접적인 귀책사유가 없더라도 하수급인의 임금 미지급으로 말미암아 위와 같은 책임을 부담하고, 하수급인이 임금지급 의무를 이행하는 경우에는 함께 책임을 면하게 되는데, 결국 건설업에서 2차례 이상 도급이 이루어지고 건설사업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못하였다면, 그 하수급인의 직장 수급인은 자신에게 귀책사유가 있는지 여부 또는 하수급인에게 대금을 지급하였는지 여부와 관계없이 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 부담한다.

한편 임금 등 지급의무의 존재에 관하여 다툼 만한 근거가 있는 것이라면 사용자가 그 임금 등을 지급하지 아니한 데에는 상당한 이유가 있다고 보아야 할 것이어서 사용자에게 그 임금미지급에 관한 고의가 있었다고 인정하기 어려우므로, 근로기준법 제44조의2에 따라 임금지급의무를 연대하여 부담하는 직장 수급인의 경우에도 제반사정에 비추어 그 임금 등을 지급하지 아니한 데에 상당한 이유가 있다면 근로기준법 제44조의2, 제109조 위반죄의 고의가 인정되지 않아 형사책임을 부담하지 않는 경우가 있을 수 있으나, 그와 같은 사정은 임금지급의무 자체에 영향을 미치지 않는다. 원심판결에 대하여 원고가 소외인으로부터 지급받지 못한 임금에 관하여 근로기준법 제44조의2에 따라 피고가 소외인의 직장 수급인으로서 지급할 책임이 있다고 보아 원고의 청구를 일부 인용한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 근로기준법 제44조의2에 관한 법리오해, 심리미진, 채증법칙 위반 등의 잘못이 없다.

p.162

(2) 연수·교육 시간 --- 내용 전면 수정, 관련판례 추가

근무시간 외에 사업장 밖에서 하는 연수·교육이나 체육대회 등 회사행사에 참가하는 것도 그 참가가 의무적이고 회사의 업무로서의 성격이 강하면 근로시간에 산입된다.⁶⁾



근로자가 직무와 관련된 법령 또는 단체협약·취업규칙 등의 규정이나 사용자의 지시에 따라 소정근로시간 외에 교육을 받는 경우, 그러한 교육시간이 근로시간에 해당하는지는 관련 법령 또는 단체협약·취업규칙 등의 내용과 취지, 해당 교육의 목적 및 근로 제공과의 관련성, 교육의 주체가 누구인지, 사용자에게 이를 용인하여야 할 법령상 의무가 있는지, 근로자의 귀책사유로 말미암아 교육을 하게 되었는지, 근로자가 교육을 이수하지 않을 때에 받을 불이익의 존부와 그 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.⁷⁾



[관련판례] 대법원 2022. 5. 12. 선고 2022다203798 판결

여객자동차 운수사업법(이하 '여객자동차법'이라 한다) 제25조 제1항 및 같은 법 시행규칙 제58조 제1항 제2호에 따라 운수종사자는 운전업무를 시작하기 전에 '보수교육'을 받아야 하고, 운송사업자도 운수종사자가 위와 같은 보수교육을 받는 데 필요한 조치를 하여야 함은 물론 보수교육을 받지 아니한 운수종사자를 운전업무에 종사하게 하여서는 아니 된다. 이처럼 '보수교육'은 근로자인 운전종사자와 사용자인 운송사업자 모두에게

6) 근기01254-14835.

7) 대판 2022.5.12., 2022다203798.

부과된 법령상 의무로서, 운전종사자의 적법한 근로 제공 및 운송사업자의 운전업무에 종사할 근로자 채용·결정에 관한 필수적인 전제조건이기도 하여 근로 제공과의 밀접한 관련성이 인정되는 점, 운송사업자가 운수종사자의 교육에 필요한 조치를 하지 아니한 경우에는 면허·허가·인가·등록의 취소 또는 6개월 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부에 대한 정지·노선폐지·감차 등의 사업계획 변경명령 등을 받게 되는 상당한 정도의 불이익이 규정되어 있는 점(여객자동차법 제85조 제1항 제23호) 등을 종합하면, 비록 교육의 주체가 사용자가 아닐지라도 여객자동차법 제25조 제1항에 근거를 둔 운수종사자에 대한 보수교육시간은 근로시간에 포함된다고 봄이 타당하다.

p.163

3. 연장근로의 요건 --- 내용 다음 제목, 내용 추가(‘4. 응급연장근로’는 5번으로 이동)

4. 연장근로규정 위반여부의 판단⁸⁾

구 근로기준법 제50조는 1주간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없고(제1항), 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다(제2항)고 규정하고, 제53조 제1항은 당사자 간에 합의하면 1주간 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다고 규정하고 있다. 구 근로기준법 제53조 제1항은 연장근로시간의 한도를 1주년을 기준으로 설정하고 있을 뿐이고 1일을 기준으로 삼고 있지 아니하므로, 1주간의 연장근로가 12시간을 초과하였는지는 근로시간이 1일 8시간을 초과하였는지를 고려하지 않고 1주간의 근로시간 중 40시간을 초과하는 근로시간을 기준으로 판단하여야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

- ① 구 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 자연스럽다. 구 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.
- ② 구 근로기준법은 ‘1주간 12시간’을 1주간의 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 없다.
- ③ 1일 8시간을 초과하거나 1주간 40시간을 초과하는 연장근로에 대해서는 통상임금의 50% 이상을 가산한 임금을 지급하도록 정하고 있는데(구 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, 연장근로로 그 자체를 금지하기 위한 목적의 규정은 아니다. 이와 달리 구 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 것이다. 따라서 가산임금 지급 대상이 되는 연장근로와 1주간 12시간을 초과하는 연장근로의 판단 기준이 동일해야 하는 것은 아니다.

8) 대판 2023.12.7., 2020도15393.

한편, 사용자는 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 하는데, 연장근로에 대해서도 이와 동일한 휴게시간이 부여되어야 하므로 1일 8시간을 초과하여 4시간의 연장근로를 하게 할 때에는 연장근로시간 도중에 30분 이상의 휴게시간을 부여하여야 한다.

p.164

Ⅲ. 연장근로 --- 내용 다음 제목, 내용 추가

Ⅳ. 강행법규 잠탈의도의 노사합의 효력

근로기준법은 휴게시간을 제외하고 1주간의 근로시간은 40시간을, 1일의 근로시간은 8시간을 초과할 수 없도록 기준근로시간을 정하여 규제하면서(제50조 제1항, 제2항), 기준근로시간의 범위 내에서 근로자와 사용자가 합의한 근로시간을 소정근로시간으로 규정하고 있다(제2조 제1항 제7호). 근로자는 합의한 소정근로시간 동안 근로의무를 부담하고, 사용자는 근로의무이행에 대하여 임금을 지급하게 되는데, 사용자와 근로자는 기준근로시간을 초과하지 않는 한 원칙적으로 자유로운 의사에 따라 소정근로시간에 관하여 합의할 수 있다.

다만, 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 한다. 그리고 이러한 법리는 사용자가 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 얻어 소정근로시간을 단축하는 내용으로 취업규칙을 변경하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판[전합] 2019. 4. 18., 2016다2451).

p.165

2. 2주 이내 탄력적 근로시간제(제51조 제1항) --- 내용 전면 수정

사용자는 취업규칙 또는 이에 준하는 것에서 정하는 바에 따라 2주 이내의 일정한 단위기간을 평균하여 1주간의 근로시간이 40시간을 초과하지 아니하는 범위에서 특정한 주에 40시간을, 특정한 날에 8시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다.

다만, 특정한 주의 근로시간은 48시간을 초과할 수 없다. 그러나 특정한 날에 대한 근로시간의 제한은 없다.

→

(1) 법 규정

사용자는 취업규칙(취업규칙에 준하는 것을 포함한다)에서 정하는 바에 따라 2주 이내의 일정한 단위기간을 평균하여 1주 간의 근로시간이 제50조 제1항의 근로시간을 초과하지 아니하는 범위에서 특정한 주에 제50조 제1항의 근로시간을, 특정한 날에 제50조 제2항의 근로시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다.

(2) 개별 동의에 따른 도입여부

이러한 탄력적 근로시간제는 구 근로기준법 제50조 제1항과 제2항에서 정한 1주간 및 1일의 기준근로시간을 초과하여 소정근로시간을 정할 수 있도록 한 것으로서 법률에 규정된 일정한 요건과 범위 내에서만 예외적으로 허용된 것이므로 법률에서 정한 방식, 즉 취업규칙에 의하여만 도입이 가능할 뿐 근로계약이나 근로자의 개별적 동의를 통하여 도입할 수 없다. 근로계약이나 근로자의 개별적 동의로 탄력적 근로시간제를 도입할 수 있다고 한다면 취업규칙의 불리한 변경에 대해 근로자 과반수로 (그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수)조직된 노동조합의 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서의 취지가 무색해지는 결과가 초래되기 때문이다(대판 2023.4.27., 2020도16431).

p.179

V. 법적효과 --- 내용 다음 제목, 내용 추가

VI. 관련 쟁점 : 미사용 연차수당과 포괄임금 약정

연차수당이 근로기준법에서 정한 기간을 근로하였을 때 비로소 발생하는 것이라 할지라도 당사자 사이에 미리 그러한 소정기간의 근로를 전제로 하여 연차수당을 일당 임금이나 매월 일정액에 포함하여 지급하는 것이 불가능한 것이 아니며, 포괄임금제란 각종 수당의 지급방법에 관한 것으로서 근로자의 연차휴가권의 행사 여부와는 관계가 없으므로 포괄임금제가 근로자의 연차휴가권을 박탈하는 것이라고 할 수 없다(대판 2023.11.30., 2019다29778).

p.188

(2) 감시단속적 근로자(동조 3호) ---- 내용 전면 수정, 관련판례 추가

감시적 근로로서 노동위원회의 승인을 받은 경우에는 근로시간 및 휴일과 휴게에 관한 법 규정의 적용이 배제된다는 점에 비추어 볼 때, 비록 취업규칙에 근로시간, 시간외근로, 주휴일 등에 관하여 규정하고 있고, 이를 배제하는 규정이 없다고 하더라도 사용자가 법 규정의 적용 제외에 대한 승인을 받은 이상 근로자에게 근로기준법 또는 취업규칙의 시간외 및 휴일근로에 관한 규정들을 적용할 수는 없다(대판 1999.5.28., 99다2881).

→

1) 감시적 근로 종사자에 해당여부

업무의 성질상 감시적 근로자에 해당하고 고용노동부장관의 승인을 받으면 근로기준법 제63조 제3호에 따라 근로기준법에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정이 적용되지 아니한다. 근로기준법 시행규칙 제10조 제2항에 따르면, 감시적 근로에 종사하는 자는 감시업무를 주 업무로 하며 상태적으로 정신적·육체적 피로가 적은 업무에 종사하는 자를 말한다.⁹⁾

9) 대판 2024.2.8., 2018다206899·2018다206905(병합)·2018다206912(병합).

2) 취업규칙의 적용 여부

감시적 근로로서 노동위원회의 승인을 받은 경우에는 근로시간 및 휴일과 휴계에 관한 법 규정의 적용이 배제된다는 점에 비추어 볼 때, 비록 취업규칙에 근로시간, 시간외근로, 주휴일 등에 관하여 규정하고 있고, 이를 배제하는 규정이 없다고 하더라도 사용자가 법 규정의 적용 제 외에 대한 승인을 받은 이상 근로자에게 근로기준법 또는 취업규칙의 시간외 및 휴일근로에 관한 규정들을 적용할 수는 없다(대판 1999.5.28., 99다2881).



[관련판례] 대법원 2024. 2. 8. 선고 2018다206899, 2018다206905(병합), 2018다206912(병합) 판결

국가 중요시설이자 방사성물질을 다루는 위험시설인 원자력본부에서 일하는 청원경찰들에게 강도 높은 상시 순찰·경계업무와 훈련이 요구되는 점은 2010년 말 이전에도 마찬가지였고, 피고는 2005년경 각 원자력본부 소재지 관할노동관서에 위 청원경찰들에 대한 감시적 근로 승인을 신청하였으나 '원자력본부에서 근무하는 청원경찰들은 고도의 긴장을 요하는 업무를 수행하고 있다'는 이유로 불승인처분을 받은 사실을 알 수 있다. 이에 비추어 보면 피고가 주장하는 2010년 말경을 기준으로 근무 내용이나 강도 등이 유의미하게 달라졌다고 볼 수 없어 원고들이 그 이전까지는 감시적 근로자에 해당하였다고 보기 어렵다. 따라서 2010년 말 이전의 기간을 포함하여 원고들이 감시적 근로자에 해당한다고 볼 수 없다는 원심판단에 상고이유 주장과 같은 감시적 근로자 해당 여부에 관한 심리미진, 채증법칙 위반의 잘못이 없다.

p.189

(2) 출근간주기간

1) 근로기준법 제60조 제6항의 출근간주기간 --- 내용 일부 수정

근로기준법 제60조 제6항에 따르면 업무상 부상 또는 질병으로 휴업한 기간과 산전후휴가(임신 중의 여성이 동법 제74조 1항 내지 3항까지의 규정에 따른 휴가), 육아휴직 기간(남녀고령법 제19조 1항)은 출근한 것으로 본다. 동조 제6항 각호의 사유가 발생함으로써 인해 근로를 제공할 수 없었음에도 사유가 그렇지 않은 경우보다 적은 연차휴가를 부여받아 근로자가 얻게 되는 불이익을 방지하려는 데에 그 취지가 있다.



근로기준법 제60조 제6항에 따르면 업무상 부상 또는 질병으로 휴업한 기간과 산전후휴가(임신 중의 여성이 동법 제74조 1항 내지 3항까지의 규정에 따른 휴가), 육아휴직 기간(남녀고령법 제19조 1항)은 출근한 것으로 본다. 동조 제6항 각호의 사유(㉮ 업무상 재해)가 발생함으로써 인해 근로를 제공할 수 없었음에도 사유가 발생하지 않은 경우보다 적은 연차휴가를 부여받는 불이익을 방지하려는 데에 그 취지가 있다.

p.199

(4) 수당의 산정기초 --- 내용 다음 제목, 내용 추가

(5) 연차미사용수당의 소멸시효기간과 기산점¹⁰⁾

근로기준법 제60조에 정한 연차유급휴가권을 취득한 근로자가 휴가권이 발생한 때부터 1년 이내에 연차유급휴가를 사용하지 못하게 됨에 따라 발생하는 연차휴가미사용수당도 그 성질이 임금이므로, 같은 법 제49조의 규정에 따라 연차휴가미사용수당 청구권에는 3년의 소멸시효가 적용되고, 그 기산점은 연차유급휴가권을 취득한 날부터 1년의 경과로 휴가의 불실시가 확정된 다음 날이다.

p.231

9) 직장 내 성희롱 --- 내용 다음 제목, 내용 추가

10) 근로자의 고발행위¹¹⁾

근로자가 뚜렷한 자료도 없이 사실을 허위로 기재하거나 왜곡하여 소속 직장의 대표자, 관리자나 동료 등을 수사기관 등에 고소·고발하거나 진정하는 행위는 징계규정에서 정한 징계사유가 될 수 있다. 다만 범죄에 해당한다고 의심할 만한 행위에 대해 처벌을 구하고자 고소·고발 등을 하는 것은 합리적인 근거가 있는 한 적법한 권리행사라고 할 수 있으므로 수사기관이 불기소처분을 하였다는 이유만으로 고소·고발 등이 징계사유에 해당하지 않는다. 위와 같은 고소·고발 등이 징계사유에 해당하는지는 고소·고발 등의 내용과 진위, 고소·고발 등에 이르게 된 경위와 목적, 횡수 등에 따라 신중하게 판단하여야 한다.

p.246

VII. 관련쟁점 : 용역업체 변경 시 고용승계기대권¹²⁾ --- 괄호 안의 판례번호를 각주로 처리

~ 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2021.4.29., 2016두57045).

10) 대판 2023.11.16., 2022다231403(본소)·2022다231410(반소).

11) 대판 2020.8.20., 2018두34480.

12) 대판 2021.4.29., 2016두57045.

p.246

VII. 관련쟁점 : 용역업체 변경 시 고용승계기대권 --- 내용 다음 제목, 내용 추가

VIII. 관련쟁점 : 용역업체 근로자의 자회사 정규직 전환 채용기대권¹³⁾

도급업체가 업무 일부를 용역업체에 위탁하여 용역업체가 위탁받은 업무의 수행을 위해 기간을 정하여 근로자를 사용해 왔는데, 용역업체와의 위탁계약이 종료되고 도급업체가 자회사를 설립하여 자회사에 해당 업무를 위탁하는 경우, 자회사가 용역업체 소속 근로자를 정규직으로 채용하여 새롭게 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 자회사의 정규직으로 전환 채용될 수 있으리라는 기대권이 인정된다.

이때 근로자에게 정규직 전환 채용에 대한 기대권이 인정되는지는 자회사의 설립 경위 및 목적, 정규직 전환 채용에 관한 협의의 진행경과 및 내용, 정규직 전환 채용 요건이나 절차의 설정 여부 및 실태, 기존의 고용승계 관련 관행, 근로자가 수행하는 업무의 내용, 자회사와 근로자의 인식 등 해당 근로관계 및 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

근로자에게 정규직 전환 채용에 대한 기대권이 인정되는 경우 도급업체의 자회사가 합리적 이유 없이 채용을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다.

p.287

2) 일부 사업부문 판단

첫 번째 문단의 끝에서 아래 내용으로 판례번호 교체

(대판 2006.9.22., 2005다30580; 대판 2012.2.23., 2010다3629)

→

(대판 2006.9.22., 2005다30580; 대판 2015.5.28., 2012두25873)

두 번째 문단의 끝에서 아래 내용으로 판례번호 교체

(대판 2015.5.28., 2012두25873)

→

(대판 2012.2.23., 2010다3629).

p.297

나. 합의해지 청약

맨 아래에 참조 조문 추가

<참조 조문 - 민법 제527조(계약의 청약의 구속력)

계약의 청약은 이를 철회하지 못한다.

13) 대판 2023.6.15., 2021두39034.

(4) 정년 후 재고용 기대권 및 관행¹⁴⁾ --- 내용 전면 수정

근로자의 정년을 정한 근로계약, 취업규칙이나 단체협약 등이 법령에 위반되지 않는 한 그에 명시된 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 근로자와의 근로관계를 정년을 연장하는 등의 방법으로 계속 유지할 것인지는 원칙적으로 사용자의 권한에 속하는 것으로서, 해당 근로자에게 정년 연장을 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없다.

그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 재고용하여야 한다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 재고용을 실시하게 된 경위 및 실시기간, 해당 직종 또는 직무 분야에서 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율, 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.



1) 기대권의 성립요건

근로자의 정년을 정한 근로계약, 취업규칙이나 단체협약 등이 법령에 위반되지 않는 한 그에 명시된 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 근로자와의 근로관계를 정년을 연장하는 등의 방법으로 계속 유지할 것인지는 원칙적으로 사용자의 권한에 속하는 것으로서, 해당 근로자에게 정년 연장을 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없다.

그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 재고용해야 한다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 재고용을 실시하게 된 경위 및 실시기간, 해당 직종 또는 직무 분야에서 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율, 재고용이 거절된 근로자가 있는 경우 그 사유 등의 여러 사정을 종합해 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.

2) 재고용 기대권과 부당해고

정년퇴직하게 된 근로자에게 기간제 근로자로의 재고용에 대한 기대권이 인정되는 경우, 사용자가 기간제 근로자로의 재고용을 합리적 이유 없이 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다.

3) 기간제 근로자에의 적용 여부

특별한 사정이 없는 한 기간제 근로자가 정년을 이유로 퇴직하게 된 경우에도 마찬가지로 적용된다.

14) 대판 2023.11.2., 2023두41727.

6. 구제명령 등의 확정 및 효력 --- 내용 다음 제목, 내용, 관련판례 추가

7. 구제명령에 반하는 업무지시와 징계의 정당성¹⁵⁾

(1) 노동위원회 구제명령의 법적 성질과 사용자의 준수 의무

노동위원회의 구제명령은 직접근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 사용자에 대하여 구제명령에 복종하여야 할 공법상 의무를 부담시킨다. 구제명령은 행정처분으로서 공정력이 있으므로 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 취소사유에 불과한 때에는 구제명령이 취소되지 않는 한 그 효력을 부정할 수 없고, 사용자의 재심 신청이나 행정소송 제기에 의하여 그 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). 이처럼 근로기준법이 사용자에게 구제명령에 대한 즉각적인 준수 의무를 부과하는 것은 부당해고나 부당전보 등이 있으면 근로자는 생계의 곤란이나 생활상의 큰 불이익을 겪게 되어 신속한 구제가 필요한 반면, 사용자는 분쟁기간이 길어지더라도 실질적인 불이익이 크지 않다는 점을 고려하였기 때문이다.

(2) 구제명령에 반하는 업무지시와 징계의 정당성

이러한 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 그 구제명령이 당연무효라는 등의 특별한 사정이 없는 한 정당성을 가진다고 보기 어렵다.

한편, 그 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. 이 때 그러한 징계가 정당한지는 앞서 본 구제명령 제도의 입법취지를 충분히 고려하면서, 업무지시의 내용과 경위, 그 거부 행위의 동기와 태양, 구제명령 또는 구제명령을 내용으로 하는 재심판정의 이유, 구제명령에 대한 재송결과와 구제명령이 취소된 이유, 구제명령에 대한 근로자의 신뢰의 정도와 보호가치 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

8. 부당해고 원직복직과 일시적 대기발령의 정당성¹⁶⁾

사용자가 부당해고된 근로자를 복직시키는 경우 원칙적으로 원직에 복귀시켜야 할 것이나, 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 정당하게 복직시킨 것으로 볼 수 있다.

사용자가 부당해고한 근로자를 복직시키면서 일시적인 대기발령을 하는 경우 그 대기발령이 아무런 보직을 부여하지 않는 인사명령으로서 원직복직에 해당하지 않는다는 이유만으로 위법하다고 볼 것은 아니고, 그 대기발령이 앞서 본 바와 같이 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 근로자에게 원직복직에 해당하는 합당한 업무를 부여하기 위한 임시적인 조치로서 필요성과 상당성이 인정되는 경우에는 근로자의 생활상의 불이익

15) 대판 2023.6.15., 2019두40260.

16) 대판 2024.1.4., 2021다169.

과 비교·교량하고 근로자 측과의 협의 등 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 배치대기발령의 정당성을 인정할 수 있다.



[관련판례] 대법원 2024. 1. 4. 선고 2021다169 판결

갑이 을 주식회사의 사내협력업체와 근로계약을 체결하고 을 회사의 공장에 파견되어 업무에 종사하던 중 위 업체의 징계해고에 따라 을 회사가 갑의 사업장 출입을 금지하였는데, 갑과 을 회사 사이의 파견근로관계의 성립을 인정하는 대법원판결이 선고됨에 따라 중앙노동위원회가 부당징계해고를 확인하고 원직복직명령을 하였으며, 을 회사가 갑에게 보직을 제시하지 않은 채 배치대기발령을 하였으나 갑이 이에 불응하여 927일간 출근하지 않자 을 회사가 갑을 해고하였고, 갑이 을 회사를 상대로 종전 해고의 무효확인 및 해고일 이후의 임금과 ‘해고가 노동위원회 또는 법원의 판결에 의해 부당징계로 판명되었을 때에는 을 회사는 원직복직명령을 하고 임금 및 해고 기간의 평균임금의 200%를 즉시 가산 지급한다.’는 내용의 단체협약상 가산금 조항에 따른 가산금 지급을 구하는 소를 제기한 사안에서, 을 회사가 사업장 출입을 금지함으로써 갑을 해고한 행위가 징계권의 행사 또는 징벌적 조치로서 이루어졌다고 보기 어려우므로 갑은 가산금 청구를 할 수 없고, 제반 사정에 비추어 배치대기발령의 정당성을 인정할 수 있다고 한 사례

p.327

제목, 내용 전면 수정, 관련판례 추가

3. 기간제 근로계약과 공백기간

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 근로조건의 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 단절 없이 계속되었다고 평가될 수 있는지 여부를 가린 다음, 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정할 수 있는지 판단하여야 한다(대판 2019.10.17., 2016두63705).



3. 기간제 근로계약기간의 산정

(1) 공백기간이 있는 경우

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 근로조건의 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 단절 없이 계속되었다고 평가될 수 있는지 여부를 가린 다음, 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정할 수 있는지 판단하여야 한다(대판 2019.10.17., 2016두63705).

(2) 공백기간이 없는 경우

1) 원 칙

기간제법 규정 내용과 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 입법 취지 등을 고려하면, 기간제 근로계약이 반복하여 체결되거나 갱신되어 일정한 공백기 없이 기간제근로자가 계속적으로 근로한 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 최초 기간제 근로계약에서부터 최종 기간제 근로계약에 이르기까지 기간 전체가 기간제법 제4조에서 말하는 기간제 근로자의 사용 기간으로서 '계속 근로한 총기간'에 포함되어야 한다.

2) 예 외

기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제 근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사, 반복 또는 갱신된 기간제 근로계약을 전후한 기간제근로자의 업무 내용·장소와 근로조건의 유사성, 기간제 근로계약의 종료와 반복 또는 갱신 과정에서 이루어진 절차나 그 경위 등을 종합적으로 고려할 때 당사자 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 기간제근로자의 계속된 근로에도 불구하고 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 보아야 하고, 그 결과 기간제법 제4조에서 말하는 '계속 근로한 총기간'을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수는 없다(대판 2020.8.20., 2017두52153).



[관련판례] 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두52153 판결

갑 초등학교장이 4년 동안 1년 단위로 근로계약을 반복·갱신하면서 초·중등교육법령에 따른 영어회화 전문강사로 근무한 을에게 근로관계가 종료된다는 사실을 통보하고 그에 따라 퇴직금을 정산·지급하였는데, 광역시장이 소속 학교별로 진행한 영어회화 전문강사 공개채용 절차를 통하여 을이 갑 초등학교에 최종 합격하여 계약 기간을 1년으로 하는 근로계약을 새로 체결하고 영어회화 전문강사로 계속 근무한 후 갑 초등학교장이 계약만료일에 을에게 근로계약이 만료한다는 통보를 한 사안에서, 위 공개채용 절차를 거쳐 새로운 기간제 근로계약이 체결됨으로써 을과 광역시장 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있어 그 시점에 근로관계가 단절되었고, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조에서 말하는 계속 근로한 총기간을 산정할 때 새로운 기간제 근로계약 체결 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없어 을의 계속 근로한 총기간이 4년을 초과하지 않으므로 을을 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자라고 할 수 없다고 판시하였다.

p.334

(2) 판례¹⁷⁾ --- 마지막 부분에 세 번째 문단 내용 추가

이와 같이 근로자에게 기간제 근로계약에 대한 갱신기대권이 인정되는 경우 사용자가 합리적 이유 없이 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없고, 이때 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다. 근로자에게 이러한 갱신기대권이 인정되는데도 사용자가 이를 배제하고 갱신을 거절한 경우, 거기에 합리적 이유가 있는지는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로계약 체결 경위, 근로계약 갱신 제도의 실제 운용 실태, 해당 근로자의 지위와 담당 직무의 내용 및 업무수행 적격성, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 등 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신거절의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단해야 한다. 그리고 그러한 사정에 관한 증명책임은 사용자가 부담한다.

p.348

3. 쟁점1 : 직접고용의무 위반과 파견근로자의 법적 권리 --- 내용 다음에 제목, 내용 추가

- (4. 쟁점2 : 파견기간 중 파견사업주의 변경 → 5. 쟁점3 : 파견기간 중 파견사업주의 변경)
- (5. 쟁점3 : 직접고용의무의 발생과 파견근로자의 사직 → 6. 쟁점4 : 직접고용의무의 발생과 파견근로자의 사직)
- (6. 직접고용시의 근로조건 → 7. 직접고용시의 근로조건)
- (7. 직접고용의무와 정년의 도과 → 8. 직접고용의무와 정년의 도과)
- (8. 불법파견에서 사용사업주의 파산과 임금채권보호 → 9. 불법파견에서 사용사업주의 파산과 임금채권보호)

4. 쟁점2 : 직접고용의무와 임금상당의 손해배상 청구¹⁸⁾

(1) 사용사업주에게 근로를 제공하지 않은 경우

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. 그리고 파견근로자가 사용사업주에게 근로를 제공하지 않은 기간에 대하여 사용사업주의 임금 등 지급의무 또는 손해배상의무를 인정하기 위해서는 근로제공이 이루어지지 않은 구체적인 사유와 경위, 그 사유에 대한 파견근로자와 사용사업주의 태도 등을 종합하여 사용사업주의 책임 있는 사유 등으로 근로제공이 이루어지지 않았다는 점이 인정되어야 한다.

파견법상 직접고용의무가 발생하였음에도 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 고용하고 있지 않은 동안 파견근로자가 파견사업주의 해고, 파견사업주 변경 과정에서의 고용관계 미승계,

17) 대판 2017.2.3., 2016두50563.

18) 대판 2024.3.12., 2019다223303·2019다223310(병합).

파견사업주의 정년 도과 등 파견사업주나 사용사업주에 의하여 사용사업주에게 근로를 제공할 수 없게 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 근로제공 중단은 앞서 본 법리에서 말하는 사용사업주의 책임 있는 사유 등으로 인한 것으로 볼 수 있고, 다만 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 직접 고용하였거나 직접고용의무를 이행하였더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 달리 볼 수 있다.

(2) 사용사업주에게 근로를 제공한 경우

한편 개정 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.

p.349

(2) 직접고용의무의 이행과 고용형태 --- 내용 다음에 제목, 내용 추가

(3) 직접고용의무 이행시의 근로조건 판단¹⁹⁾

파견법 제6조의2는 제1항에서 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우 등 일정한 경우에 사용사업주는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다고 규정하면서, 직접 고용하는 파견근로자의 근로조건에 관하여 제3항에서 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따르고(제1호), 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 해당 파견근로자의 기존 근로조건 수준보다 저하되어서는 아니 된다고 규정하고 있다(제2호).

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 원칙이다.

그러나 사용사업주가 근로자파견관계를 부인하는 등으로 인하여 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우에는 법원은 개별적인 사안에서 근로의 내용과 가치, 사용사업주의 근로조건 체계(고용형태나 직군에 따른 임금체계 등), 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. 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. 다만 이러한 요소들을 고려하더라도 파견근로자에게 적용할 적절한 근로조건을 찾을 수 없다면 파견법 제6조의2 제3항 제2호에 따라 기존 근로조건을 적용할 수밖에 없다.

19) 대판 2024.3.12., 2019다222829·2019다222836(병합).

p.350

각주 추가

(2) 관련판례²⁰⁾

p.351

8. 불법파견에서 사용사업주의 파산과 임금채권보호 --- 내용 다음에 제목, 내용 추가

10. 회생절차개시와 사용사업주의 직접고용의무

(1) 법 규정

파견법 제6조의2 제2항은 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 같은 조 제1항의 사용사업주의 직접고용의무 규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있고, 동법 시행령 제2조의2에 따르면 사용사업주에 대한 파산선고, 회생절 차개시결정 및 미지급임금 등을 지급할 능력이 없다고 인정되는 일정한 경우를 파견법 제6조의 2 제2항에 규정된 ‘대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우’의 하나로 규정하고 있다.

(2) 관련 판례²¹⁾

파견법이 이처럼 파견근로자의 고용안정과 보호를 위하여 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하면서도, 위와 같은 직접고용의무의 예외규정을 둔 이유는 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면하여 회생절차가 개시된 사용사업주에 대하여도 일반적인 경우와 동일하게 직접고용의무를 부과하는 것은 사업의 효율적 회생을 어렵게 하여 결과적으로 사용사업주 소속 근로자뿐만 아니 라 파견근로자의 고용안정에도 도움이 되지 않는다는 정책적 고려에 바탕을 둔 것이다.

이와 같은 예외규정을 둔 입법 목적과 취지를 고려하면, 파견법 제6조의2 제2항에 따라 사용사업주에 대한 (1)회생절차개시결정이 있는 후에는 직접고용청구권은 발생하지 않고, (2)회생절 차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 회생절차개시결정으로 인하여 직접고용청구 권이 소멸하는 것으로 봄이 타당하다. 다만 사용사업주의 회생절차가 종결되면 파견근로자는 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있다.

p.353

(2) 차별의 금지²²⁾ --- 내용 전면 수정

파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 되며(제20조 1항), 파견근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다(동조 2항). 파견근로자에 대한 차별의 금지는 사용사업주가 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 경우에는 적용하지 않는다(제21조 4항).

20) 대판 2022.12.1., 2018다300586.

21) 대판 2023.4.27., 2021다249049.

22) 파견근로자 차별시정절차는 제5절 ‘기간제근로자 차별금지 및 차별시정’ 참고.

→

1) 법 조문

파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 되며(제21조 1항), 파견근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다(동조 2항). 파견근로자에 대한 차별의 금지는 사용사업주가 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 경우에는 적용하지 않는다(동조 4항).

2) 불법행위에 따른 손해배상 청구²³⁾

이러한 파견법상 차별금지규정의 문언 내용과 입법 취지 등을 감안하면, 사용사업주가 파견근로자와 비교대상 근로자가 동종 또는 유사한 업무를 수행하고 있음을 알았거나 통상적인 사용사업주의 입장에서 합리적인 주의를 기울였으면 이를 알 수 있었는에도 파견근로자의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하는 등으로 파견근로자가 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하고 이러한 차별에 합리적 이유가 없는 경우, 이는 파견법 제21조 제1항을 위반하는 위법한 행위로서 민법 제750조의 불법행위를 구성한다. 이 경우 사용사업주는 합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견근로자에게 그러한 차별이 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금과 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 손해를 배상할 책임이 있다.

이때 합리적인 이유가 없는 경우라 함은, 파견근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용과 정도, 불리한 처우가 발생한 이유를 기준으로 파견근로자의 업무의 내용과 범위·권한·책임 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

이러한 법리는 파견법을 위반한 파견근로관계에도 그대로 적용된다.

3) 정년이 경과한 파견근로자의 경우

가. 불법행위에 따른 손해배상 청구

위와 같은 법리는 파견법을 위반한 파견근로관계 및 파견근로자가 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년을 경과하여 근로를 제공한 경우에도 적용된다.

나. 비교대상자의 판단

① 원 칙

사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년이 경과한 파견근로자에 대하여 파견법 제21조 제1항이 금지하는 차별적 처우가 있는지 여부를 판단할 때 비교대상 근로자는 원칙적으로 사용사업주의 사업장에서 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자가 있다면 그 근로자가 되어야 한다.

② 정년경과, 동종유사 촉탁직 근로자

그러한 근로자가 없는 경우 정년이 경과하여 퇴직한 근로자가 사용사업주에게 촉탁직 등 기간제 근로자로 채용되어 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있다면, 위 기간제 근로자 역시 비교대상 근로자가 될 수 있다.

23) 대판 2020.5.14., 2016다239024·2016다239031(병합).

③ 정년 미경과, 동종유사 근로자

사용사업주의 사업장에 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 정년을 경과하지 않은 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수밖에 없을 것이나, 이러한 경우에도 파견근로자의 정년이 경과하였다는 사정을 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 판단하는 데에 고려하여야 한다.

다. 정년 미경과 비교대상자와 합리적이유

정년을 경과한 파견근로자에 대하여 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자를 비교대상으로 하여 차별적 처우에 합리적 이유가 있는지 여부를 판단하거나 차별적 처우로 인한 손해배상액을 산정하는 경우, 그 기준이 되는 임금, 즉 파견근로자가 차별적 처우가 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금은, 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자가 받은 임금이 아니라 사용사업주가 정년을 경과한 근로자를 채용하였더라면 지급하였을 적정한 임금을 의미한다.

이러한 임금은 정년이 경과한 파견근로자가 구체적으로 수행한 업무의 내용과 범위 · 권한 · 책임, 동종 사업장의 관행, 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무가 아니더라도 다른 종류의 업무 영역에서 사용사업주가 정년퇴직한 근로자를 일시적으로 고용한 적이 있다면 그 근로자에게 지급한 임금과 퇴직 전 지급한 임금의 차이와 비율 등을 종합적으로 고려하여 산정하여야 한다.

p.356

1. 불리한 처우

(1) 의 의 --- 내용 일부 수정

차별시정을 신청하기 위해서는 먼저 기간제 또는 단시간 근로자에 대한 ‘차별적 처우’가 존재해야 한다. ‘차별적 처우’란 임금, 정기상여금, 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 있어 근로자와 비교 대상근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 말한다(기간제법 제2조 3호).²⁴⁾

→

차별시정을 신청하기 위해서는 먼저 기간제 또는 단시간 근로자에 대한 ‘차별적 처우’가 존재해야 한다. 기간제법 제2조 제3호는 차별적 처우를 “임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것”으로 정의하고 있다. 여기서 ‘불리한 처우’란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다.²⁵⁾

p.357

2) 예 외 --- 내용 마지막에 네 번째 문단 내용 추가

이러한 법리는 단시간근로자가 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별시정신청을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

24) 대판 2012.10.25., 2011두7045.

25) 대판 2012.10.25., 2011두7045.

p.358

(3) 판단시점 --- 내용 다음에 제목, 내용, 관련판례 추가

(4) 기간제근로자만 가질 수 있는 속성을 원인으로 하는 경우²⁶⁾

기간제법에서 정의하는 '차별적 처우'란 근로기준법 제2조 제1항 제5호에 따른 임금 등의 사항에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말하는데(기간제법 제2조 제3호), 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.



[관련판례] 대법원 2023. 6. 29. 선고 2019두55262 판결

이 사건 학교의 무기계약직 근로자는 계속근로기간이 1년 미만이라도 근로계약기간이 1년 이상인 경우에 해당하여 이 사건 처우개선수당을 지급받을 수 있는 데 비하여 계속근로기간 및 근로계약기간이 1년 미만인 참가인과 같은 기간제근로자는 이 사건 처우개선수당을 지급받을 수 없는 불리한 처우가 발생한다. 참가인이 무기계약직 근로자인 비교대상근로자들에 비하여 위와 같은 불리한 처우를 받은 것은 기간을 1년 미만으로 정한 근로계약을 체결한 '기간제근로자'이기 때문이다. 무기계약직 근로자와 달리 기간제근로자만이 '근로계약기간이 1년 미만'이라는 속성을 가질 수 있으므로, 기간제근로자 중 일부 근로계약기간이 1년 미만인 사람만이 이 사건 처우개선수당을 지급받지 못한다고 하더라도 이는 '기간제근로자임을 이유로 한 불리한 처우'에 해당한다.

p.360

4. 신청기간의 준수 --- 마지막에 세 번째 문단 내용 추가

한편 사용자가 선택적 복지제도로써 연간 단위로 복지포인트를 부여하는 맞춤형복지제도를 시행하는 경우 근로자들에게 복지포인트를 배정한 행위 자체로 금품의 지급이 이루어졌다고 볼 수 없고, 근로자는 복지포인트를 배정받은 후에 해당 연도 안에서는 어느 때라도 그 사용처에 맞는 지출을 하고 사용자로부터 이를 정산받음으로써 복지포인트 상당의 맞춤형복지비를 지급받는 이익을 얻게 된다. 이러한 복지포인트 배정행위의 성격 및 그 사용절차 등에 비추어 보면, 복지포인트를 배정받지 못함으로 인하여 발생하는 차별 상태는 해당 연도 동안 계속된다고 보아야 하므로, 복지포인트의 배정일에 차별적 처우가 종료된다고 볼 수 없고, 맞춤형복지비에 관한 차별적 처우는 해당 연도의 말일을 종료일로 하는 '계속되는 차별적 처우'에 해당한다고 봄이 타당하다(대판 2024.2.29., 2020두49355).

26) 대판 2023.6.29., 2019두55262. 무기계약직 근로자와 달리 기간제근로자만이 '근로계약기간이 1년 미만'이라는 속성을 가질 수 있으므로, 기간제근로자 중 일부 근로계약기간이 1년 미만인 사람만이 이 사건 처우개선수당을 지급받지 못한다고 하더라도 이는 '기간제근로자임을 이유로 한 불리한 처우'에 해당한다.

Ⅲ. 근로계약기간 만료와 차별시정이익 --- 관련판례에 세 번째 문단부터 내용 추가



[관련판례] 대법원 2016. 12. 1., 선고, 2014두43288, 판결

차별시정절차는 사용자의 차별적 처우로 말미암아 기간제근로자에게 발생한 불이익을 해소하여 차별적 처우가 없었더라면 존재하였을 상태로 개선함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 바로잡고 근로조건 보호를 강화하려는 데에 그 주된 목적이 있으며, 기간제근로자 지위를 회복하거나 근로계약기간 자체를 보장하기 위한 것은 아니므로, 근로계약기간의 만료 여부는 차별적 처우의 시정과는 직접적인 관련이 없다.

차별적 처우의 시정신청에 따라 발하는 노동위원회의 시정명령 내용 중 하나로 들고 있는 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아 있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것으로서, 그 성질상 근로계약기간이 만료한 경우에도 발할 수 있다.

아울러 차별적 처우를 받은 기간제근로자의 근로계약기간이 만료하였다고 하여 기간제법 제15조의2에서 정한 고용노동부장관의 직권에 의한 사용자에게 대한 시정요구나 고용노동부장관의 통보에 따른 노동위원회의 시정절차 진행이 불가능하게 된다고 보기도 어렵다.

나아가 기간제법 제13조 제2항은 사용자의 명백한 고의가 있거나 반복적인 차별적 처우에 대하여 기간제근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있는 권한을 노동위원회에 부여하고 있으며, 제15조의3은 시정명령이 확정된 경우에 그 효력 확대 차원에서 고용노동부장관이 직권으로 다른 기간제근로자에 대한 차별적 처우를 조사하여 사용자에게 시정을 요구하고 노동위원회에 통보하여 시정절차를 진행할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 따라 시정명령의 내용 중에서 배상명령은 제재 수단으로서 독자성을 인정할 필요가 있고 중요한 의미를 가진다고 할 것이며, 또한 시정명령의 효력 확대를 위한 전제로서 시정절차를 개시·유지할 필요도 있게 되었다.

위와 같은 시정절차 관련 규정의 내용과 그 입법목적, 시정절차의 기능, 시정명령의 내용 등을 종합하여 보면, 시정신청 당시에 혹은 시정절차 진행 도중에 근로계약기간이 만료하였다는 이유만으로 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익이 소멸하지는 아니한다고 보아야 한다.

제목 수정

(2) 쟁 점 : 자살과 업무상 재해 → (2) 쟁 점1 : 자살과 업무상 재해

(3) 쟁 점 : 범죄행위와 업무상재해²⁷⁾ → (3) 쟁 점2 : 범죄행위와 업무상재해²⁸⁾

27) 대판 2022.7.14., 2019다299393.

28) 대판 2022.7.14., 2019다299393.

Ⅲ. 구상권의 범위 --- 내용 다음에 제목, 내용 추가

Ⅳ. 재해근로자의 과실비율과 구상권 행사 범위²⁹⁾

산재보험법 제87조의 문언과 입법 취지, 산업재해보상보험 제도의 목적과 사회보장적 성격, 재해근로자(유족 등 보험급여 수급자를 포함한다)와 근로복지공단 및 불법행위자 사이의 이익형량 등을 종합하여 보면, 공단이 제3자의 불법행위로 재해근로자에게 보험급여를 한 다음 산재보험법 제87조 제1항에 따라 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있는 범위는 제3자의 손해배상액을 한도로 하여 보험급여 중 제3자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한된다. 따라서 보험급여 중 재해근로자의 과실비율에 해당하는 금액에 대해서는 공단이 재해근로자를 대위할 수 없으며 이는 보험급여 후에도 여전히 손해를 전보받지 못한 재해근로자를 위해 공단이 중국적으로 부담한다고 보아야 한다.

이와 같이 본다면 산재보험법에 따라 보험급여를 받은 재해근로자가 제3자를 상대로 손해배상을 청구할 때 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 경우에, 재해근로자의 손해배상청구액은 보험급여와 같은 성질의 손해액에서 먼저 보험급여를 공제한 다음 과실상계를 하는 '공제 후 과실상계' 방식으로 산정하여야 한다.

2. 작업의 중지 --- 내용 아래 관련판례 추가



[관련판례] 대법원 2023. 11. 9. 선고 2018다288662 판결

- [1] 근로자의 작업중지권은 근로자가 산업재해발생의 급박한 위험이 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 때에는 작업을 중지하고 긴급 대피할 수 있도록 함으로써 산업재해를 예방하고, 안전하고 건강하게 일할 수 있는 여건을 조성하여 근로자의 생명과 건강을 보호하기 위한 규정이다. 따라서 근로자는 산업재해, 즉 업무에 관계되는 건설물·설비·원재료·가스·증기·분진 등에 의하거나 작업 또는 그 밖의 업무로 인한 사망, 부상 또는 질병이 발생할 급박한 위험이 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있을 때에는 작업을 중지하고 대피할 수 있으며 사업주는 이와 같은 사유로 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 할 수 없다.
- [2] 갑 유한회사 인근 회사의 공장에서 화학물질인 티오비스 약 300L가 누출되는 사고가 발생하였는데, 갑 회사에 재직 중인 근로자로서 을 노동조합 지회장인 병이 위 소식을 들은 다음, 작업장을 이탈하면서 당시 작업 중이던 위 노동조합 소속 조합원들에게도 대피하라고 하여 조합원들이 작업장을 이탈하였고, 이에 갑 회사가 병에 대해 정직처분을 한 사안에서, 병의 작업중지권 행사가 적법하지 아니하다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

29) 대판[전합] 2022.3.24., 2021다241618.

p.412

(2) 신고증의 교부 --- 두 번째 문단 내용 삭제

한편, 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립된 것에 불과하거나, 노동조합이 설립될 당시부터 사용자가 위와 같은 부당노동행위를 저지르려는 것에 관하여 노동조합 측과 적극적인 통모·합의가 이루어진 경우 등과 같이 해당 노동조합이 헌법 제33조 제1항 및 그 헌법적 요청에 바탕을 둔 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건을 갖추지 못하였다면, 설령 설립신고가 행정관청에 의하여 형식상 수리되었다라도 실질적 요건이 흠결된 하자가 해소되거나 치유되는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한 노동조합은 노동조합법상 설립이 무효로서 노동3권을 향유할 수 있는 주체인 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는다고 보아야 한다(대판 2021.2.25., 2017다51610).

p.415

Ⅲ. 노동조합의 형식적 요건 --- 내용 다음에 제목, 내용 추가

Ⅳ. 노동조합의 설립무효

1. 문제점

노동조합이 설립신고서를 교부받았으나 실질적 요건을 결하였다면 노동3권을 향유할 수 있는지 문제된다.

2. 판례³⁰⁾

(1) 노동3권 향유 여부

노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립된 것에 불과하거나, 노동조합이 설립될 당시부터 사용자가 위와 같은 부당노동행위를 저지르려는 것에 관하여 노동조합 측과 적극적인 통모·합의가 이루어진 경우 등과 같이 해당 노동조합이 헌법 제33조 제1항 및 그 헌법적 요청에 바탕을 둔 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건을 갖추지 못하였다면, 설령 설립신고가 행정관청에 의하여 형식상 수리되었다라도 실질적 요건이 흠결된 하자가 해소되거나 치유되는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한 노동조합은 노동조합법상 설립이 무효로서 노동3권을 향유할 수 있는 주체인 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는다고 보아야 한다.

(2) 복수 노동조합과 설립무효 확인의 이익

일반적으로 과거의 법률관계는 확인의 소의 대상이 될 수 없지만, 그것이 이해관계인들 사이에 현재적 또는 잠재적 분쟁의 전제가 되어 과거의 법률관계 자체의 확인을 구하는 것이 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있는 경우에는 예외적으로 확인의 이익이 인정된다.

복수 노동조합의 설립이 현재 전면적으로 허용되고 있을 뿐 아니라 교섭창구 단일화 제도가 적용되고 있는 현행 노동조합법하에서 복수 노동조합 중의 어느 한 노동조합은 원칙적으로 스스로 교섭대표노동조합이 되지 않는 한 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없고(제29조의2, 제29

30) 대판 2021.2.25., 2017다51610.

조 제2항 등), 교섭대표노동조합이 결정된 경우 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원의 과반수 찬성 결정이 없으면 쟁의행위를 할 수 없게 되며(제41조 제1항), 쟁의행위는 교섭대표노동조합에 의해 주도되어야 하는(제29조의5, 제37조 제2항) 등 법적인 제약을 받게 된다. 그러므로 단체교섭의 주체가 되고자 하는 노동조합으로서의 위와 같은 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 다른 노동조합을 상대로 해당 노동조합이 설립될 당시부터 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결하였음을 들어 설립무효의 확인을 구하거나 노동조합으로서의 법적 지위가 부존재한다는 확인을 구하는 소를 제기할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

(3) 하자가 해소되거나 치유되지 않고 존재하는지 판단하는 기준 시점

확인청구소송의 인용판결은 사실심 변론종결 시를 기준으로 노동조합의 설립이 무효인 하자가 해소되거나 치유되지 아니한 채 남아 있음으로써 해당 노동조합이 노동조합으로서의 법적 지위를 갖지 아니한다는 점을 확인하는 것일 뿐 이러한 판결의 효력에 따라 노동조합의 지위가 비로소 박탈되는 것이 아니다. 그러므로 노동조합의 설립이 무효인 하자가 해소되거나 치유되지 아니한 채 존재하는지에 관한 증명은 판단의 기준 시점인 사실심 변론종결 당시까지 할 수 있고, 법원은 해당 노동조합의 설립 시점부터 사실심 변론종결 당시까지 사이에 발생한 여러 가지 사정들을 종합적으로 고려하여 노동조합이 설립 과정에서 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결한 하자가 여전히 남아 있는지, 이에 따라 현재의 권리 또는 법률관계인 그 노동조합이 노동조합으로서의 법적 지위를 갖는지 여부를 판단하여야 한다.

3. 검 토

노동조합은 근로자가 주체가 되어 근로조건을 유지·개선할 목적으로 자주적으로 운영되어야 하므로 실질적 요건을 결하였다면 적법한 노동조합으로 볼 수 없고 당연한 해석으로 노동3권도 인정되지 않는다고 보아야 한다.

p.424

3) 의결정족수

나. 특별의결정족수 --- 내용 다음에 제목, 내용 추가

다. 관련 쟁점 : 연합단체가입에 대한 의결과 정족수³¹⁾

노동조합법은 소속된 연합단체가 있는 경우에는 그 명칭을 노동조합의 규약에 기재하여야 하도록 규정하고(제11조 제5호), 규약의 제정·변경에 관한 사항은 노동조합의 특별결의(재적조합원의 과반수의 출석과 출석조합원 3분의 2 이상의 찬성) 사항으로 규정하고 있는데(제16조 제2항), 연합단체의 설립·가입 또는 탈퇴에 관한 사항을 총회의 의결사항으로 규정하면서도(제16조 제1항 제6호) 총회의 특별결의 대상으로는 명시적으로 나열하고 있지 아니하다(제16조 제2항).

즉 노동조합법이 제11조에서 규약의 필수적 기재사항으로 정한 항목에 대하여는 규약의 개정을 필연적으로 수반하게 됨에도 그 중 일부만을 총회의 특별결의 사항으로 명시하고 있는 점에 비추어 볼 때 연합단체의 설립·가입 또는 탈퇴에 관한 사항은 원칙적으로 일반결의 사항으로 규정하였다고 보는 것이 위 법률의 문언적·체계적 해석에 부합한다.

31) 대판 2023.11.16., 2019다289310판결의 1심(부산지법 2018가합45110).

p.447

나. 유인물의 내용 --- 두 번째 문단 내용 추가

그리고 이러한 법리는 사용자가 징계사유로 삼은 근로자의 행위가 선전방송이나 유인물의 배포인 경우 행위의 정당성 여부를 판단함에 있어서도 마찬가지로 적용된다.³²⁾

p.474

1. 교섭 및 단체협약의 체결권한

(1) 법 규정 --- 인용 법조문 수정

(노조법 제29조의2 및 시행령 제14조의10 참조) → (노조법 제29조 제2항 및 시행령 제14조의10 참조)

p.497

3. 판례 --- 내용 일부 수정

내재설로 평가된다. → 내재설 내지 신의칙설로 평가된다.

p.507

3. 쟁의행위와 관련없는 비위행위 --- 제목, 내용 추가

((1) 문언의 의미 → (2) 문언의 의미)

((2) 축소 해석과 신분보장조항의 취지 위반 → (3) 축소 해석과 신분보장조항의 취지 위반)

(1) 단체협약의 해석방법

단체협약서와 같은 처분문서는 특별한 사정이 없는 한 그 기재 내용에 의하여 문서에 표시된 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 한편 단체협약은 근로자의 근로조건을 유지 개선하고 복지를 증진하여 근로자의 경제적, 사회적 지위를 향상시킬 목적으로 노동자의 자주적 단체인 노동조합이 사용자와 사이에 근로조건에 관하여 단체교섭을 통하여 체결하는 것이므로 그 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 해석할 수는 없다.

32) 대판 2017.8.18., 2017다227325.

(2) 불법행위책임 --- 내용 전면 수정

대법원은 불법쟁의행위에 참가한 일반 조합원의 책임을 제한적으로 인정하고 있다.³³⁾ 한편, 회사가 불법쟁의행위를 주도한 노동조합의 간부들 상당수와 노동조합 자체에 대하여는 불법쟁의행위로 인한 손해배상책임을 묻지 않으면서, 정리해고무효확인 소를 제기하여 고용관계를 정리하지 아니한 조합원들에 대해서만 손해배상청구를 유지하고 있더라도 소권을 남용한 것으로 볼 수 없다(대판 2006. 9. 22., 2005다30610).

1) 원 칙

쟁의행위는 언제나 단체원의 구체적인 집단적 행동을 통하여서만 현실화되는 집단적 성격과 근로자의 단결권은 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 하는데, 일반조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 해칠 수도 있는 점, 쟁의행위의 정당성에 관하여 의심이 있다 하여도 일반조합원이 노동조합 및 노동조합 간부들의 지시에 불응하여 근로제공을 계속하기를 기대하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 일반 조합원이 불법쟁의행위에 참여한 경우, 노동조합 등의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없다.

2) 노무정지 시 준수사항 위반

근로자의 근로내용 및 공정의 특수성과 관련하여 그 노무를 정지할 때에 발생할 수 있는 위험 또는 손해 등을 예방하기 위하여 그가 노무를 정지할 때에 준수하여야 할 사항 등이 정하여져 있고, 근로자가 이를 준수함이 없이 노무를 정지함으로써 그로 인하여 손해가 발생하였거나 확대되었다면, 그 근로자가 일반 조합원이라고 할지라도 그와 상당인과관계에 있는 손해를 배상할 책임이 있다.



대법원은 불법쟁의행위에 참가한 일반 조합원의 책임을 제한적으로 인정하고 있다.³⁴⁾ 한편, 회사가 불법쟁의행위를 주도한 노동조합의 간부들 상당수와 노동조합 자체에 대하여는 불법쟁의행위로 인한 손해배상책임을 묻지 않으면서, 정리해고무효확인 소를 제기하여 고용관계를 정리하지 아니한 조합원들에 대해서만 손해배상청구를 유지하고 있더라도 소권을 남용한 것으로 볼 수 없다(대판 2006. 9. 22., 2005다30610).

1) 단순노무정지의 경우

가. 원 칙

쟁의행위는 언제나 단체원의 구체적인 집단적 행동을 통하여서만 현실화되는 집단적 성격과 근로자의 단결권은 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 하는데, 일반조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 해칠 수도 있는 점, 쟁의행위의 정당성에 관하여 의심이 있다 하여도 일반조합원이 노동조합 및 노동조합 간부들의 지시에 불응하여 근로제공을 계속하기를 기대하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 일반 조합원이 불법쟁의행위에 참여한 경우, 노동조합 등의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없다.

33) 대판 2006.9.22., 2005다30610.

34) 대판 2006.9.22., 2005다30610.

나. 예 외

근로자의 근로내용 및 공정의 특수성과 관련하여 그 노무를 정지할 때에 발생할 수 있는 위험 또는 손해 등을 예방하기 위하여 그가 노무를 정지할 때에 준수하여야 할 사항 등이 정하여져 있고, 근로자가 이를 준수함이 없이 노무를 정지함으로써 그로 인하여 손해가 발생하였거나 확대되었다면, 그 근로자가 일반 조합원이라고 할지라도 그와 상당인과관계에 있는 손해를 배상할 책임이 있다.

2) 공동불법행위자로서의 연대책임³⁵⁾

노동조합 및 노동관계조정법은 쟁의행위의 주체가 노동조합이고(제2조, 제37조), 노동조합은 쟁의행위에 대한 지도·관리·통제책임을 지며(제38조 제3항), 쟁의행위는 조합원 과반수의 찬성으로 결정하여야 한다(제41조 제1항)고 규정하고 있다. 이처럼 노동조합이라는 단체에 의하여 결정·주도되고 조합원의 행위가 노동조합에 의하여 집단적으로 결합하여 실행되는 쟁의행위의 성격에 비추어, 단체인 노동조합이 쟁의행위에 따른 책임의 원칙적인 귀속주체가 된다.

위법한 쟁의행위를 결정·주도한 노동조합의 지시에 따라 실행에 참여한 조합원으로서의 쟁의행위가 다수결에 의해 결정되어 일단 방침이 정해진 이상 쟁의행위의 정당성에 의심이 간다고 하여도 노동조합의 지시에 불응하기를 기대하기는 사실상 어렵고, 급박한 쟁의행위 상황에서 조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 약화시킬 우려가 있다. 그렇지 않은 경우에도 노동조합의 의사결정이나 실행행위에 참여한 정도 등은 조합원에 따라 큰 차이가 있을 수 있다. 이러한 사정을 전혀 고려하지 않고 위법한 쟁의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임의 범위를 동일하게 보는 것은 헌법상 근로자에게 보장된 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다. 따라서 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

p.555

기존 내용에 제목 ‘1) 종전 판례’를 추가하고, ‘2) 최근 판례’ 제목, 내용 추가

(2) 제조업체의 고정비

제조업체가 위법한 쟁의행위로 인한 조업중단으로 입는 손해로는, 조업중단으로 제품을 생산하지 못함으로써 생산할 수 있었던 제품을 판매하여 얻을 수 있는 매출이익을 얻지 못한 손해와 조업중단 여부와 관계없이 고정적으로 지출되는 비용(차임, 제세공과금, 감가상각비, 보험료 등)을 회수하지 못한 손해가 있을 수 있다.

이러한 손해배상을 구하는 측에서는 조업중단으로 인하여 일정량의 제품을 생산하지 못하였다는 점과 생산되었을 제품이 판매될 수 있다는 점을 증명하여야 한다. 다만 판매가격이 생산원가에 미달하는 이른바 적자제품이라거나 조업중단 당시 불황 등과 같은 특별한 사정이 있어서 장기간에 걸쳐 제품이 판매될 가능성이 없다거나, 제품에 결함이나 하자가 있어서 판매가 제대로 이루어지지 않는다는 등의 특별한 사정의 간접반증이 없는 한, 당해 제품이 생산되었다면 그 후 판매되어 제조업체가 이로 인한 매출이익을 얻고 또 그 생산에 지출된 고정비용도 매출원가의 일부로 회수할 수 있다고 추정함이 상당하다(대판 2002.3.26., 2000다3347).

35) 대판 2023.6.15., 2018다41986.

→

1) 종전 판례

제조업체가 위법한 쟁의행위로 인한 조업중단으로 입는 손해로는, 조업중단으로 제품을 생산하지 못함으로써 생산할 수 있었던 제품을 판매하여 얻을 수 있는 매출이익을 얻지 못한 손해와 조업중단 여부와 관계없이 고정적으로 지출되는 비용(차임, 제세공과금, 감가상각비, 보험료 등)을 회수하지 못한 손해가 있을 수 있다.

이러한 손해배상을 구하는 측에서는 조업중단으로 인하여 일정량의 제품을 생산하지 못하였다는 점과 생산되었을 제품이 판매될 수 있다는 점을 증명하여야 한다. 다만 판매가격이 생산원가에 미달하는 이른바 적자제품이라거나 조업중단 당시 불황 등과 같은 특별한 사정이 있어서 장기간에 걸쳐 제품이 판매될 가능성이 없다거나, 제품에 결함이나 하자가 있어서 판매가 제대로 이루어지지 않는다는 등의 특별한 사정의 간접반증이 없는 한, 당해 제품이 생산되었다면 그 후 판매되어 제조업체가 이로 인한 매출이익을 얻고 또 그 생산에 지출된 고정비용도 매출원가의 일부로 회수할 수 있다고 추정함이 상당하다(대판 2002.3.26., 2000다3347).

2) 최근 판례³⁶⁾

종전 대법원은 정상적으로 조업이 이루어지는 제조업체에서 제품을 생산하였다면 적어도 지출한 고정비용 이상의 매출액을 얻었을 것이라는 경험칙에 터 잡아, 제품이 이른바 적자제품이라거나 불황 또는 제품의 결함 등으로 판매가능성이 없다는 등의 특별한 사정의 간접반증이 없는 한, 생산된 제품이 판매되어 제조업체가 이로 인한 매출이익을 얻고 또 생산에 지출된 고정비용을 매출원가의 일부로 회수할 수 있다고 추정함이 상당하다고 판시하여, 손해배상청구권자의 증명부담을 다소 완화하여 왔다.

그런데 이러한 추정 법리가 매출과 무관하게 일시적인 생산 차질이 있기만 하면 고정비용 상당 손해가 발생한다는 취지는 아니므로, 위법한 쟁의행위로 조업이 중단되어 생산이 감소하였더라도 그로 인하여 매출 감소의 결과에 이르지 아니할 것으로 볼 수 있는 사정이 증명되면, 고정비용 상당 손해의 발생이라는 요건사실의 추정은 더 이상 유지될 수 없다. 따라서 위법한 쟁의행위가 종료된 후 제품의 특성, 생산 및 판매방식 등에 비추어 매출 감소를 초래하지 않을 정도의 상당한 기간 안에 추가 생산을 통하여 쟁의행위로 인한 부족 생산량의 전부 또는 일부가 만회되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 범위에서는 조업중단으로 인한 매출 감소 및 그에 따른 고정비용 상당 손해의 발생을 인정하기 어렵다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

- ① 경험칙에 따라 고정비용 상당 손해의 발생이 추정되는 사실이 밝혀지는 경우에도 상대방은 해당 사실이 경험칙 적용의 대상이 되지 못하는 사정을 증명하여 경험칙에 터 잡은 사실상의 추정을 복멸할 수 있다. 종래 대법원은 생산에 따른 판매 및 매출이익 발생의 추정을 복멸할 수 있는 일정한 간접반증 사유를 거시한 바 있지만, 생산 감소로 인한 매출 감소 및 그에 따른 고정비용 상당 손해 발생의 추정을 복멸할 간접반증 사유도 충분히 상정해 볼 수 있다.
- ② 고정비용 상당의 손해는 조업중단으로 말미암아 생산량이 감소함에 따라 판매와 매출이 감소하여 매출액에서 회수할 수 있었던 비용을 회수하지 못함으로써 발생하고, 고정비용은 추가 생산으로 생산량을 만회한다고 하여 그에 비례하여 더 지출되는 성격의 것이 아니다. 이러한 고정비용의 성격 및 고정비용 상당 손해가 현실화되는 과정에 비추어 보면, 조업중단으로 일시적인 생산 차질이 발생하였더라도 그것이 매출 감소로 이어질 개연성이 있는지를 살펴보아

36) 대판 2023.6.15., 2018다41986.

야 하고, 쟁의행위가 종료된 후 제품의 특성, 생산 및 판매방식 등에 비추어 매출 감소를 초래하지 않을 정도의 상당한 기간 안에 추가 생산으로 부족 생산량이 만회되었다면, 생산 감소에 따라 매출 감소를 추정하는 경험칙을 더 이상 적용할 수 없으므로 이러한 추정은 복멸된다고 봄이 타당하다. 다만 이에 대하여 제조업체는 생산량 회복이 쟁의행위로 인한 부족 생산량을 만회하기 위한 것이 아니라 그와 무관한 다른 요인에 의하여 이루어졌다는 사정 등을 증명함으로써 다시 추정법리가 유지되도록 할 수 있을 것이다.

- ③ 계속적으로 이루어지는 기업의 생산 활동에서 쟁의행위 기간까지의 생산과 그 후의 생산을 준별할 근거가 없고, 현대화된 기업환경에서 제조업체는 대개 시설 고장이나 단전 등 다양한 변수에 대응하여 생산 차질에 불구하고 생산량을 탄력적으로 회복할 수 있는 생산관리체계(추가근로체계의 정비나 생산속도의 조절 등)를 구축하여 유기적으로 생산 활동을 수행한다. 또한 자동차와 같이 예약판매방식으로 판매되거나 제조업체가 시장지배적 사업자의 지위에 있는 경우 생산이 다소 지연되더라도 매출 감소로 이어지지 않을 개연성이 있다. 따라서 쟁의행위가 종료되고 근로자들의 참여로 쟁의행위로 인한 부족 생산량의 전부 또는 일부가 만회되면 그 전체를 살펴 손해 발생 여부를 판단하여야 하고, 쟁의행위 종료 후 적시에 생산량을 만회함으로써 매출에 영향을 미치지 않을 개연성이 있는 경우 법원으로서의 근로자에게 그러한 사정에 대하여 증명할 기회를 부여하는 등 필요한 심리를 하여야 한다.
- ④ 신의칙 또는 손해 부담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 불법행위의 피해자에게는 손해의 확대를 방지하거나 감경하기 위하여 노력할 일반적인 의무가 있다. 위와 같은 생산량의 회복은 제3자의 불법행위로 조업이 중단된 사안에서와 달리, 손해를 경감하려는 사용자의 적절하고 합리적인 노력에 근로자들의 협력과 노동이 함께 더하여짐으로써 달성되는 것이므로 이를 오로지 사용자의 노력으로 손해가 회복된 것이라고 볼 수 없다.

4. 부당노동행위 구제신청의 피신청인적격³⁷⁾ --- 내용 전면 수정

(1) 구제명령의 상대방으로서의 사용자의 의미

부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방인 사용자에는 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호에서 정한 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람 모두 포함된다고 해석함이 타당하다. 노동조합법이 같은 법 각 조항에 대한 준수의무자로서의 사용자를 사업주에 한정하지 아니하고 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자로 확대한 이유는 노동 현장에서 노동조합법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있다고 볼 수 있다. 부당노동행위 구제신청에서 피신청인적격의 존부를 판단할 때도 이와 같은 정책적 배려의 취지를 충분히 고려할 필요가 있다.

(2) 지배·개입의 부당노동행위에서 피신청인적격의 확대

‘그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’는 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘·감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받았으므로, 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람이 그 권한과 책임의 범위 내에서 사업주를 위하여 한 행위가 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사로 한 것으로 부당노동행위가 되는 경우 이러한 행위는 사업주의 부당노동행위로도 인정할 수 있다. 다만 사업주가 그 선임 및 업무수행상 감독에 상당한 주의를 하였음에도 부당노동행위가 행해진 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 않을 수 있다. 이때 특별한 사정에 대한 주장·증명책임은 사업주에게 있다.



(1) 구제명령의 상대방으로서의 사용자의 의미

부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방인 사용자에는 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호에서 정한 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람 모두 포함된다고 해석함이 타당하다.³⁸⁾ 그 이유는 다음과 같다.

- ① 노동조합법 제81조에 따라 부당노동행위를 하는 것이 금지되는 '사용자'에는 사업주뿐만 아니라 사업의 경영담당자, 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사

37) 대판 2022.5.12., 2017두54005. 이와 달리 종전 대법원(대판 2006.2.24., 2005두5673)에 따르면, 부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에게 대하여 행하여진 것으로 보아야 한다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다.

38) 노동조합법 제2조 제2호에서 '사용자'란 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람을 말한다고 규정하고 있다. 여기서 '사업의 경영담당자'란 사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 사람으로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 사람을 말하고, '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'란 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 사람을 말한다(대판 2022.5.12., 2017두54005).

람이 모두 포함된다. 그리고 동법 제82조, 제84조에서의 사용자의 범위는 조문의 체계 및 규정의 문언 등에 비추어 노동조합법 제81조에서 정한 '사용자'의 범위와 같다고 해석하는 것이 논리적으로 일관된다.

② 노동조합법이 같은 법 각 조항에 대한 준수의무자로서의 사용자를 사업주에 한정하지 아니하고 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자로 확대한 이유는 노동현장에서 노동조합법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있다고 볼 수 있다. 부당노동행위 구제신청에서 피신청인적격의 존부를 판단할 때도 이와 같은 정책적 배려의 취지를 충분히 고려할 필요가 있다.

③ 부당노동행위에 대한 구제제도는 집단적 노사관계의 질서를 침해하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하는 것에 그 목적이 있다. 그런데 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형이 다양하고 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 부당노동행위의 예방·제거를 위한 구제명령의 방법과 내용은 유연하고 탄력적인 필요가 있으므로, 구제명령을 발령할 상대방도 구제명령의 내용이나 그 이행 방법, 구제명령을 실효적으로 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는지 여부 등을 고려하여 결정하여야 하고, 그 상대방이 사업주인 사용자에 한정된다고 볼 수 없다.

(2) 사업주를 위하여 행동하는 자의 발언이 사업주의 부당노동행위인지

노동조합법 제2조 제2호의 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'는 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘 감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받았으므로, 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람이 그 권한과 책임의 범위 내에서 사업주를 위하여 한 행위가 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사로 한 것으로 부당노동행위가 되는 경우 이러한 행위는 사업주의 부당노동행위로도 인정할 수 있다. 다만 사업주가 그 선임 및 업무수행상 감독에 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 부당노동행위가 행해진 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 않을 수 있다. 이때 특별한 사정에 대한 주장·증명 책임은 사업주에게 있다.

p.582

(3) 노동위원회에 부당노동행위 신고 --- 제목에 '등' 추가하고 두 번째 문단 내용 추가

(3) 노동위원회에 부당노동행위 신고 등

한편, 노동조합 또는 노동조합의 대표자가 사용자 측을 근로기준법이나 노동조합 및 노동관계조정법 위반 등으로 수사기관 등에 고소·고발·진정한 내용에 과장되거나 왜곡된 부분이 있더라도, 그것이 대체로 사실에 기초하고 있고 그 목적이 사용자에 의한 조합원들의 단결권 침해를 방지하거나 근로조건에 관한 법령을 준수하도록 하는 것이라면 고소·고발 등은 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 것으로 보아야 하므로, 이를 이유로 노동조합의 대표자에게 불이익을 주는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다(대판 2020.8.20., 2018두34480).³⁹⁾

39) 근로자가 뚜렷한 자료도 없이 사실을 허위로 기재하거나 왜곡하여 소속 직장의 대표자, 관리자나 동료 등을 수사기관 등에 고소·고발하거나 진정하는 행위는 징계규정에서 정한 징계사유가 될 수 있다.

(3) 판례 --- 내용 일부 수정

대법원은 ①주관적 인과관계설의 입장에서 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래의 관행에 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 한다고 하였다(대판 2007.11.15., 2005두4120; 대판 1998. 12.23., 97누18035).

→

사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래의 관행에 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 한다고 하였다(대판 2007. 11.15., 2005두4120; 대판, 2000.4.11., 99두2963; 대판 1998.12.23., 97누18035).

- 끝 -

다만 범죄에 해당한다고 의심할 만한 행위에 대해 처벌을 구하고자 고소·고발 등을 하는 것은 합리적인 근거가 있는 한 적법한 권리행사라고 할 수 있으므로 수사기관이 불기소처분을 하였다는 이유만으로 고소·고발 등이 징계사유에 해당하지 않는다. 위와 같은 고소·고발 등이 징계사유에 해당하는지는 고소·고발 등의 내용과 진위, 고소·고발 등에 이르게 된 경위와 목적, 횡수 등에 따라 신중하게 판단하여야 한다(대판 2020.8.20., 2018두34480).