

## 2024년 노동법 사례연습 추록(2023년판 소지자를 위한)

※ 삭제한 사례, 목차 및 내용 등의 다소 수정한 사례도 있지만, 편집의 어려움으로 다 실지는 못합니다. 양해해 주시기 바랍니다.

### 26 취업규칙 6 – 근로자의 집단적 동의권 남용법리

A사는 자동차를 제조판매하는 회사이다. A사는 취업규칙을 전체 직원에 대하여 적용하여 왔는데, 법정근로시간을 단축하여 주 5일 근무제를 도입한 구 근로기준법이 2004. 7. 1.부터 A사에 시행됨에 따라 과장급 이상의 간부사원에게만 적용되는 간부사원 취업규칙을 별도로 제정하였다. 甲은 그 당시 과장의 직위를 가지고 있는 근로자였다. 그런데, 간부사원의 취업규칙은 구 취업규칙과 달리 월 개근자에게 1일씩 부여하던 월차휴가제도를 폐지하고, 총 인정일수에 상한이 없던 연차휴가에 25일의 상한을 신설하는 내용을 포함하였다. A사는 간부사원 취업규칙을 제정하면서 전체 근로자 과반수가 가입한 노동조합인 A사노동조합(이하 'A사노조'라 한다)의 동의를 받지 않았다. 다만, A사는 2004. 8. 16. 지역본부별, 부서별로 간부사원들을 모아 전체 간부사원 6,683명 중 약 89%에 해당하는 5,958명으로부터 동의서를 받았다. 과장급 미만의 하위직급들도 승진요건을 충족하는 경우 과장급으로 승진하게 된다. 이 과정에서 A사는 취업규칙의 변경을 위하여 간부사원들이나 A사노조를 설득하려는 노력은 하지 않았다. 이에 대하여 甲을 비롯한 그 당시의 간부사원들은 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가 부분이 무효라고 주장하면서, 종전 취업규칙에 따라 계산한 연월차휴가수당에서 A사가 지급한 연월차휴가수당을 공제한 나머지 금액을 청구하였다.

이에 대하여 A사는 간부사원 취업규칙을 제정한 것은 간부사원에게 불이익한 취업규칙 변경이라고 인정하고 있다. 다만, i) 간부사원의 89%가 동의하였으므로 간부사원 취업규칙이 간부사원에게 효력이 있다고 주장하고 있다. ii) 만약 전체직원의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 얻어야 한다고 인정하더라도 해당 취업규칙 변경은 근로기준법 개정에 따른 것이므로 간부사원에게 적용할 수 있다고 주장하고 있다.

[문] A사의 주장이 타당한지 논하시오. (취업규칙의 변경 이후에 신규로 입사한 근로자에 대한 효력은 논하지 마시오) (대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결)

- |  |  |
|--|--|
| <p>I. 문제의 소개</p> <p>II. 취업규칙의 불이익변경시 동意的 주체</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 취업규칙의 불이익변경 절차의 법규정</li> <li>2. 불이익변경시 동意的 주체 : 집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우를 중심으로</li> </ol> <p>III. 취업규칙 불이익변경시 동意的 절차 위반의 효과</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 근로자의 집단적 동의권의 취지</li> </ol> | <p>2. 취업규칙의 불이익변경 동意的 절차 위반의 효과</p> <p>IV. 사안의 적용</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 동意的 주체 : 간부사원의 89%가 동의하였으므로 취업규칙이 효력이 있다는 A사의 주장이 타당한지 여부</li> <li>2. 동意的 절차 위반의 효과 : 근로자의 집단적 동의권이 남용된 것인지 여부</li> </ol> <p>V. 결론</p> |
|--|--|

#### I 문제의 소개

- i) 사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우에는 동意的 절차가 필요하다. 즉 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의 혹은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이

없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의가 필요하다. 그런데, 사안에서처럼 간부사원의 근로조건만을 불리하게 변경하는 경우 어떤 근로자 집단이 동의를 주체가 되는지가 문제된다.

- ii) 또한 취업규칙의 불이익변경에 대해 적법한 근로자의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 얻지 않은 경우에도 법령 개정에 따라 취업규칙을 변경하는 경우, 그 취업규칙을 기존 근로자에게 적용할 수 있는 것인지가 문제되는데, 이는 근로자의 집단적 동의권 남용의 법리를 중심으로 판단하여야 한다.

## II 취업규칙의 불이익변경시 동意的 주체

### 1. 취업규칙 불이익변경 절차의 법규정

근로기준법 제94조 제1항 단서에 따르면 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 받아야 한다.

### 2. 불이익변경시 동意的 주체 : 집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우를 중심으로

#### (1) 원칙

판례에 따르면 ‘근로자의 과반수로 조직된 노동조합’이나 ‘근로자의 과반수’의 산정기준이 되는 ‘근로자’란 원칙적으로 해당 사업 또는 사업장에 종사하면서 기존의 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있는 근로자를 말한다.<sup>1)</sup>

#### (2) 집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우 동意的 주체

그런데, 근로자 집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우, 어떤 집단이 동意的 주체가 되는지가 문제된다.

#### 가. 근로조건이 이원화되어 있는 경우 : 변경된 취업규칙 적용이 예상되는 근로자집단이 없는 경우

판례에 따르면 “근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자집단만이 동意的 주체가 된다”고 한다.<sup>2)</sup>

1) 김유성 I, 208p

2) 대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238판결 : 사원과 노무원으로 이원화된 개정 퇴직금규정이 개정 전의 그것보다도 퇴직금 지급일수의 계산 및 퇴직금 산정 기초임금의 범위에 있어 근로자에게 불리하게 변경된 경우에는 이에 관하여 종전

**나. 여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있는 경우 : 변경된 취업규칙 적용이 예상되는 근로자 집단이 있는 경우**

한 편 판례에 따르면 “여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 직접적인 불이익을 받는 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체”가 된다고 한다.<sup>3)</sup>

**III 취업규칙의 불이익변경시 동의절차 위반의 효과**

**1. 근로자의 집단적 동의권의 취지**

근로기준법 제94조 제1항 단서에 따라 취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자가 가지는 집단적 동의권은 i) 사용자의 일방적 취업규칙의 변경권한에 한계를 설정하고 ii) 헌법 제32조 제3항<sup>4)</sup>의 취지와 근로기준법 제4조<sup>5)</sup>가 정한 근로조건에 대한 노사대등결정 원칙을 실현하는 데에 중요한 의미를 갖는 절차적 권리라는 것이 판례의 태도이다.<sup>6)</sup>

따라서 판례는 이러한 집단적 동의권은 변경되는 취업규칙의 내용이 갖는 타당성이나 합리성으로 대체될 수 있는 것이 아니라고 판시하고 있다.<sup>7)</sup>

**2. 취업규칙의 불이익변경 동의절차 위반의 효과**

**(1) 원칙 : 효력 부정 - 사회통념상 합리성 법리 부정**

종래 판례는 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 못한 경우에도 그 변경에 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 유효하다고 판단해 왔다.<sup>8)</sup>

---

취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 동의가 있어야 유효하다고 할 것인 바, 노동조합원인 총근로자 중 85%가 넘는 수를 차지하는 노무원이 퇴직금 개정안에 완전히 동의하였다 하더라도 개정 퇴직금규정이 노무원에 대한 부분에 국한하여 효력이 있는 것일 뿐, 개정에 동의한 바 없는 사원에 대한 부분은 효력이 없다(대법원 1990. 12.7. 선고 90다카19647 판결).

3) 대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238 판결  
 4) 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.  
 5) 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.  
 6) 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결  
 7) 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결  
 8) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

하지만, 최근 대법원 전원합의체 판결에서는 i) “사회통념상 합리성 법리”는 법적 불안정성이 크다는 점 ii) 강행규정인 근로기준법 제94조제1항 단서의 명문규정에 반한다는 점, iii) 헌법 제32조 제3항의 정신과 근로기준법 제4조의 근본취지, 근로조건을 노사대등결정의 원칙에 위배된다는 점 iv) 근로자의 집단적 동의를 없다고 하여 취업규칙의 불이익변경이 항상 불가능한 것은 아니라는 점 등을 이유로, 취업규칙의 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 해당 취업규칙을 유효하다고 볼 수는 없다고 판단하였다.<sup>9)</sup>

즉, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다면 이는 원칙적으로 무효라는 것이 판례의 태도이다.<sup>10)</sup>

## (2) 예외 : 집단적 동의권 남용의 법리

그런데 판례는 “근로기준법상 취업규칙의 불이익변경 과정에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 행사할 때도 신의성실의 원칙과 권리남용금지 원칙이 적용되어야 한다”고 판시하면서 “노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의를 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다”고 판시하여 집단적 동의권 남용의 법리를 새롭게 제시하였다.<sup>11)</sup>

여기에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우란

- i) 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고,
- ii) 나아가 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음에도 불구하고 노동조합이나 근로자들이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있는 경우를 말한다.<sup>12)</sup>

다만, “노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였는지 여부는 근로기준법 제94조 제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로서 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 엄격하게 판단해야 하며, 남용여부는 법원으로 직권으로 판단할 수 있다”는 것이 판례의 태도이다.<sup>13)</sup>

## (3) 판례의 평가

이러한 판례에 대해서는

9) 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결 ( 그 외에도

10) 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결

11) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

12) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

13) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846판결

- i) 근로자의 집단적 동의권이 갖는 절차적 중요성을 강조하여 사용자로서는 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 진지한 설득과 노력이 필요하다는 점을 확인함으로써, 취업규칙 변경 절차가 근로조건 기준 결정에 관한 헌법(인간의 존엄성 보장) 및 근로기준법(근로조건의 노사대등결정, 자율적 결정)의 이념과 취지에 보다 부합하도록 유도하는 한편,
- ii) 근로자 측이 집단적 동의권을 남용한 경우에는 예외적으로 불이익한 취업규칙 변경의 효력을 인정할 가능성을 열어 둠으로써 구체적 타당성을 기할 수 있도록 하였다는 점에서 의미가 있다.<sup>14)</sup>

#### IV 사안의 적용

##### 1. 동의의 주체 : 간부사원의 89%가 동의하였으므로 취업규칙이 효력이 있다는 A사의 주장이 타당한지 여부

해당 사안의 경우 과장급 미만의 근로자들도 승진요건을 충족하는 경우 과장급으로 승진할 가능성이 있으므로, 여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계내에 있는 것으로 보아야 한다.

즉 해당 사안은 전체 근로자 집단이 동의의 주체가 된다고 보아야 할 것이다. 그런데, A사에는 전체 근로자 과반수가 가입한 A사 노조가 있으므로, A사노조의 동의를 받아야 한다. 하지만, A사는 간부사원의 89%에 해당하는 인원의 동의를 받았을 뿐이므로, 그 효력을 인정할 수 없다. 따라서 A사의 주장은 타당하지 않다.

##### 2. 동의절차 위반의 효과 : 근로자의 집단적 동의권이 남용된 것인지 여부

최근 판례는 사회통념상 합리성 법리를 파기하였으므로, 그 법리를 적용할 수는 없다. 대신에 집단적 동의권 남용의 법리를 새롭게 제시하였으므로 동의주체인 A사노조가 집단적 동의권을 남용하였는지를 살펴볼 필요가 있다.

해당 사안에서의 취업규칙의 변경이 법령 개정에 따라 이루어진 것이기는 하지만, A사가 취업규칙의 변경을 위하여 근로자의 집단적 동의를 구하기 위하여 A사 노조를 설득하려는 노력을 하지 않는 것을 볼 때, A사 노조가 집단적 동의권을 남용하였다고 보기는 어렵다.

따라서 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 A사 노조의 동의를 받지 않았으므로 이는 무효라고 보아야 한다.

#### V 결론

14) 대법원 2017다35588, 35595 (병합) 부당이득금 반환 보도자료에서 발췌한 것임(대법원 공보연구관실)

- i) 동의는 주체는 A사노조이므로 간부사원의 89% 동의로 취업규칙 변경이 효력이 있다는 A사의 주장은 타당하지 않다.
- ii) A사노조가 집단적 동의권을 남용하지도 않았으므로, 해당 취업규칙 변경이 법령 개정에 따른 것으로 간부사원에게 적용해야 한다는 A사의 주장도 타당하지 않다.

**45 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부**

A사는 전자기기를 제조.판매하는 회사이다.

A사는 직원들의 승진시험을 외부업체에 의뢰하여 실시하는데 2003년부터 2011년까지 사이에 시행된 승진시험에서 乙을 포함한 A사의 일부 직원들이 사전에 외부업체로부터 시험문제와 답을 제공받아 시험에 합격하고 그 대가로 금전을 제공하였다는 사실이 밝혀져 이들에 대한 승진발령을 취소하였다. 그런데, A사의 연봉제 규정에는 아래와 같은 내용이 있다.

**<A사의 연봉제 규정>**

**제6조.** A사 직원의 기본연봉은 연봉 재산정 사유 발생 이전 기본연봉에 표준가산급, 임금교섭에 따라 증감하는 금액, 직무급을 합산한 금액으로 한다.

**제10조.** 직원이 상위 직급으로 승진한 때에는 발령일 직전에 지급받던 기본연봉에 승진한 직급에 따른 표준가산급과 승진가산급을 더하여 결정한다

※ ‘표준가산급’이란 직원이 1년 근속할 때마다 가산되는 금원으로, 직급별 대표 표준가산급은 3급 660,000원, 4급 612,000원, 5급 456,000원, 6급 408,000원이다.

※ ‘승진가산급’이란 직원이 승진할 때마다 기본연봉에 일정 비율을 곱하여 또는 정액으로 가산되는 금원이다.

그런데, A사는 3급 내지 5급 직원을 대상으로 업무의 중요도, 난이도 등을 고려하여 직위를 구분하고 그 직위에 따라 직무급을 차등 지급한다. 3급은 차장, 4급은 과장 또는 대리의 직위를 부여받고, 5급은 별도의 직위 없이 매월 일정한 돈을 직무급으로 받는다. 乙은 부정행위로 인한 승진발령에 따라 4급에서 3급으로 승진하여 승진 취소일까지 3급 직원으로서 근무하였다. 이후 乙은 A사로부터 3급 승진에 따른 표준가산급 상승분 및 승진가산급과 이에 기초하여 산정된 급여상승분(기준급, 연차수당, 인센티브 상승분) 및 직무급 등을 받았다. 乙이 4급에서 3급으로 승진했지만, 수행하는 업무의 내용은 차이가 없었으며, 과장과 차장의 권한은 유사하다. A사는 乙에 대한 승진을 취소하면서 승진일부터 승진취소일까지 승진으로 인하여 수령한 급여상승분은 법률상 원인 없이 수령한 부당이득에 해당하며, 이를 반환할 것을 청구하였다.

**[문]** 乙에 대한 급여상승분을 부당이득이라고 주장한 A사의 청구가 인용될 수 있을

지 논하시오.

<목차>

I. 문제의 소재

II. 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부

1. 부당이득의 의미

2. 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부

III. 사안의 적용

1. 乙의 승진전후 직급에 따른 수행업무에 차이가 있는지 여부

2. 乙에게 지급된 급여상승분이 부당이득에 해당하는지 여부

IV. 결론

I. 문제의 소재

i) 승진발령이 무효임에도 근로자가 승진발령이 유효함을 전제로 승진된 직급에 따라 계속 근무한 경우, 임금이 상승한 부분이 있다면 근로자가 이를 부당이득으로 사용자에게 반환하여야 하는지 여부가 문제된다.

ii) 또한 부당이득여부를 판단할 때 “승진 전후 제공된 근로의 가치 사이에 실질적으로 차이가 있는지 판단하는 기준”도 문제된다.

II. 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부

1. 부당이득의 의미

민법 제741조에 따르면 “법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.”

그런데 과연 승진발령이 취소된 경우 승진을 이유로 수령한 임금상승분을 “법률상 원인없이” 지급된 이득으로 볼 수 있는지가 문제된다.

2. 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부

(1) 부당이득 해당 여부 : 실질적 근로의 가치와 임금의 연계

판례에 따르면 “승진발령이 무효임에도 근로자가 승진발령이 유효함을 전제로 승진된 직급에 따라 계속 근무하여 온 경우, 승진 전후 각 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 있어 승진된 직급에 따른 업무를 수행하고 그에 대한 대가로 임금이 지급되었다면, 근로자가 지급받은 임금은 제공된 근로의 대가이므로 근로자에게 실질적인 이득이 있다고 볼 수 없어 사용자가 이에 대해 부당이득으로 반환을 청구할 수 없다”고 한다.

그러나 “승진 전후 각 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 없어 승진 후 제공된 근로의 가치가 승진 전과 견주어 실질적 차이가 없음에도 단지 직급의 상승만을 이유로 임금이 상승한 부분이 있다면, 근로자는 임금 상승분 상당의 이익을 얻었다고 볼 수 있고, 승진이 무효인 이상 그 이득은 근로자에게 법률상 원인 없이 지급된 것으로서 부당 이득으로 사용자에게 반환되어야 한다”고 판시하고 있다.

즉 판례에 따르면 승진을 전후하여 제공된 근로의 가치간에 실질적인 차이가 있는지를 어떻게 판단해야 하는지가 중요하다.

## (2) 근로의 가치의 실질적 차이에 대한 판단기준

판례에 따르면 “승진 전후 제공된 근로의 가치 사이에 실질적으로 차이가 있는지는

- i) 제공된 근로의 형태와 수행하는 업무의 내용,
- ii) 보직의 차이 유무,
- iii) 직급에 따른 권한과 책임의 정도 등

여러 사정을 종합적이고 객관적으로 평가하여 판단하여야 한다”고 하여 그 판단기준을 제시하고 있다.

## (3) 판례의 평가

승진발령이 사후적으로 취소된 경우에 근로자가 승진을 이유로 지급받은 임금인상분이 부당이득에 해당하는지, 판단기준을 제시한 판례로서 의의가 있다.

## III. 사안의 적용

### 1. 乙의 승진전후 직급에 따른 수행업무에 차이가 있는지 여부

乙에 대한 급여상승분이 부당이득에 해당하는지를 살펴보기 위해서는, 乙에 대한 급여상승분이 승진전후 3급과 4급의 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 있어서 지급된 것인지, 아니면 승진전후 직급에 따른 수행업무에 차이가 없음에도 불구하고, 단지 직급의 상승만을 이유로 지급된 것인지를 살펴보아야 한다.

사안을 보면,

- ① 3급과 4급이 수행하는 업무의 내용에 차이가 없었다는 점
  - ② 그리고 3급과 4급의 차이에 따른 권한과 책임이 유사했다는 점 등을 알 수 있다.
- 따라서 과장에서 차장으로의 보직의 차이가 있다고 하더라도 승진후 제공된 근로의 가치가 승진 전과 실질적 차이가 없다고 할 수 있다.

## 2. 乙에게 지급된 급여상승분이 부당이득에 해당하는지 여부

乙의 승진전후 직급에 따른 수행업무에 실질적 차이가 없으므로 乙에게 지급된 급여상승분은 법률상 원인이 없는 부당이득에 해당한다고 보아야 한다.

### IV. 결론

乙이 승진으로 인해 수령한 급여상승분은 부당이득에 해당하므로 이에 대해 반환하라는 A사의 청구는 인용될 수 있을 것이다.

## 64 전출과 파견 (기출문제 참조)

A회사는 정보통신사업 등을 영위하는 회사인데, 2011. 10. A회사의 플랫폼 사업 부문이 분할되어 B회사가 설립되었다. A회사는 B회사의 주식 98.1 %를 보유하고 있다. B회사는 2016. 12. 31. 기준 1조원이 넘는 자산과 독립적인 운영조직을 갖춘 회사이다. A회사는 B회사의 플랫폼 관련 전문성과 A회사의 마케팅 경쟁력을 결합한 신규 사업인 '플랫폼을 기반으로 한 쇼핑, 미디어, 요식사업'을 진행하였는데, 그 과정에서 B회사로부터 다수 근로자를 전출 받았다. 한편 근로자 丙은 2015. 3. B회사에 입사한 직후 A회사의 '플랫폼을 기반으로 한 쇼핑, 미디어, 요식사업'으로 전출되어 관련 업무를 수행하였다. 위 전출과 관련해 A회사는 B회사와 "B회사는 전출 근로자를 고용한 사업주로서 전출 근로자와 근로관계가 있음을 보증하고 임금 지급 등 근로관계법령상의 사용자책임을 부담하며, A회사는 B회사가 전출 근로자와의 근로관계를 유지하기 위해 소요되는 인건비를 6개월마다 정산하여 B회사에 지급한다."는 내용의 비용정산 계약을 체결하였다. 위 계약에 따라 B회사는 근로자 丙을 비롯한 전출 근로자들에게 임금을 지급하였고 A회사는 B회사에게 전출 근로자들의 임금 상당액을 지급하였다. 2017. 7. '플랫폼을 기반으로 한 쇼핑, 미디어, 요식사업'이 종료되자 丙을 비롯한 B회사의 전출근로자들은 B회사로 복귀하여 플랫폼 사업 업무를 담당하였다. 근로자 丙은 A회사가 자신을 직접고용 하여야 할 의무가 있다고 주장한다.

[문] 근로자 丙의 주장의 타당성에 관하여 논하시오. (25점)

- 공인노무사 2023년 기출문제 (대법원 2022.7.14. 선고 2019다299393 판결의 사실관계 응용)

## 세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용
  - 1. 전출과 근로자 파견의 의미
  - 2. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용
- III. 사안의 적용
  - 1. B회사의 전출행위가 근로자파견행위로서의 반복·계속성과 영업성이 있는지 여부
  - 2. B회사(원고용주)의 사업목적과 근로계약 체결의 목적 등이 무엇인지 여부
  - 3. B회사의 근로자에 대한 전출의 목적과 규모, 횟수, 기간 태양
- VI. 결론

## I 문제의 소재

전출은 외부 인력이 사업조직에 투입된다는 점에서 파견법상 근로자파견과 외형상 유사하다.

그런데, 파견근로자 보호 등에 관한 법률 (이하 파견법) 제6조의2 제1항에 따르면 사용주업주에게 직접고용의무를 부과하고 있는데, 전출에 따른 원소속기업인 B회사를 파견법상 파견사업주, 전출 후 기업인 A회사를 파견법상 사용사업주의 관계로 파악하여 A회사에 대하여 직접고용의무규정을 적용할 수 있는지, 그렇다면 그 판단기준이 무엇인지가 문제된다.

## II 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용

### 1. 전출과 근로자 파견의 의미

#### (1) 전출의 의미

전출은 근로자가 원소속기업과의 근로계약을 유지하면서 휴직·파견·사외근무·사외파견 등의 형태로 원소속기업에 대한 근로제공의무를 면하고 전출 후 기업의 지휘·감독 아래 근로를 제공함으로써 근로제공의 상대방이 변경되는 것으로서 근로자의 원소속기업 복귀가 예정되어 있는 것이 일반적이다.

#### (2) 근로자파견의 의미

근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말하며, 파견근로자란 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 자를 말한다.(파견법 2조) 특히 불법파견에 해당하는 경우 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하여야 할 의무가 있으므로 (6조의2) 파견관계인지 여부가 중요하다.

### 2. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용<sup>15)</sup>

#### (1) 파견법상 직접고용의무규정의 의미 및 효과

**사용사업주는 파견사업허가를 받지 않은 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받**

15) 아래의 판례는 모두 대법원 2022.7.14. 선고 2019다299393 판결을 인용한 것이다.

은 경우 등 불법 파견을 한 경우 해당 파견근로자를 직접고용해야 할 의무가 있다.(6조의2 1항)<sup>16)</sup> 그리고 사용자업주가 직접고용의무를 위반하는 경우 3천만원 이하의 과태료가 부과된다.(46조2항)

이러한 파견법상의 직접고용의무 규정은 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용자업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계와 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것이라는 것이 판례의 태도이다.<sup>17)</sup>

직접고용의무가 개시된 시점부터 사용자업주는 파견근로자를 직접고용해야 할 법정 의무를 부담하는데, 판례에 따르면 “파견근로자는 사용자업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용자업주를 상대로 고용 의사표시에 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고<sup>18)</sup>, 그 판결이 확정되면 사용자업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다”고 판시하여<sup>19)</sup> 판결이 확정된 후에는 직접근로관계 성립이 판결에 의해 인정된다고 한다.<sup>20)</sup>

(2) 파견법상 직접고용의무규정의 적용범위 및 판단기준

판례에 따르면 파견법 제6조의2 제1항에 따른 직접고용의무는 근로자파견사업을 하는 파견사업주, 즉 근로자파견을 업으로 하는 자가 주체가 되어 행하는 근로자파견의 경우에 적용된다”고 한다.

그런데, 판례에 따르면 “근로자파견을 업으로 하는 자’란 반복·계속하여 영업으로 근로자파견행위를 하는 자를 말하고, 이에 해당하는지는

- i) 근로자파견행위의 반복·계속성, 영업성등의 유무와
- ii) 원고용주의 사업 목적과 근로계약 체결의 목적,
- iii) 근로자파견의 목적과 규모, 횟수, 기간, 태양 등

여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다고 한다.

그리고 위와 같은 반복·계속성과 영업성은 특별한 사정이 없는 한 근로자파견행위를 한 자, 즉 원고용주를 기준으로 판단하여야 한다는 것이 判例의 태도이다.

16) 그 외에도 사용자업주는 ① 상시파견업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하는 경우(2년 초과 불요) ② 파견절대금지업무에 파견근로자를 사용하는 경우(2년 초과 불요) ③ 상시파견대상업무에서 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우(2년 초과시) ④ 임시파견사유에서의 파견기간을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우(임시파견기간 위반시) ⑤ 파견사업허가를 받지 않은 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우(2년 초과 불요), 해당 파견근로자를 직접고용해야 할 의무가 있다.(6조의2)

17) 대법원 2015.11.26. 선고 2013다14965 판결

18) 민법 제389조(강제이행) ① 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구할 수 있고 채무자의 일신에 전속하지 아니한 작위를 목적으로 한 때에는 채무자의 비용으로 제삼자에게 이를 하게 할 것을 법원에 청구할 수 있다.

민사집행법 제263조(의사표시의무의 집행) ① 채무자가 권리관계의 성립을 인낙한 때에는 그 조서로, 의사의 진술을 명한 판결이 확정된 때에는 그 판결로 권리관계의 성립을 인낙하거나 의사를 진술한 것으로 본다.

19) 대법원 2015.11.26. 선고 2013다14965 판결

20) 박종희, 위의 글, 63p 참조

(3) 계열회사간 진출에 따른 근로관계와 근로자파견관계

그런데 판례에 따르면 “특히 고유한 사업 목적을 가지고 독립적 기업 활동을 영위하는 계열회사간 진출의 경우 전출 근로자와 원소속기업 사이에는 온전한 근로계약 관계가 살아있고 원소속기업으로의 복귀 발령이 나면 기존의 근로계약 관계가 현실화되어 계속 존속하게 되는바, 위와 같은 진출은 외부 인력이 사업조직에 투입된다는 점에서 파견법상 근로자파견과 외형상 유사하다라도 그 제도의 취지와 법률적 근거가 구분”된다고 한다.

그러므로 “전출에 따른 근로관계에 대하여 외형상 유사성만을 이유로 원소속기업을 파견법상 파견사업주, 전출 후 기업을 파견법상 사용사업주의 관계로 파악하는 것은 상당하지 않고, 여러 사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다”는 것이 판례의 태도이다.

III 사안의 적용

파견법 제6조의2 제1항에 따른 직접고용의무는 근로자파견을 업으로 하는 자가 주체가 되어 행하는 근로자파견의 경우에 적용되므로 판례의 기준에 따라 B회사가 근로자파견을 업으로 하고 있는 자인지를 판단하기로 한다.

1. B회사의 전출행위가 근로자파견행위로서의 반복·계속성과 영업성이 있는지 여부

B회사는 丙을 비롯한 전출 근로자에게 임금을 지급한 후 비용정산 계약에 따라 A회사로부터 임금 상당액 등을 지급받았을 뿐, 근로자 전출과 관련한 별도의 대가나 수수료 혹은 이와 동일시할 수 있는 경제적 이익을 취득하였다고 보기 어렵고, 플랫폼을 기반으로 한 쇼핑, 미디어, 요식사업을 위한 전출 등이 이후에도 반복·계속되었다고 볼만한 사정이 보이지 아니한다. 따라서 근로자파견행위로서의 반복·계속성과 영업성을 인정하기 어렵다.

2. B회사(원고용주)의 사업목적과 근로계약 체결의 목적 등이 무엇인지 여부

B회사는 근로자파견을 주된 업으로하고 있는 것이 아니라 정보통신사업 등을 영위하는 회사이며, 해당 사업을 하기 위해 1조원이 넘는 자산과 독립적인 운영조직을 갖춘 회사임을 알 수 있다. 또한 丙과 근로계약을 체결한 이유도 B회사의 플랫폼 사업업무를 담당하기 위한 것임을 알 수 있다. 丙 등 전출 근로자들은 원칙적으로 원 소속부서로의 복귀가 예정되어 있었고, 실제 사업 종료 후 丙은 B회사로 복귀하여 근무한 점 등에 비추어 근로자에 대한 근로계약 체결의 목적이 근로자파견을 위한 것이라고 보이지 않는다.

따라서 B회사는 근로자파견을 주된 사업목적으로 하고 있지 아니하며, 丙과 근로자 파견을 목적으로 근로계약을 체결한 것도 아니다.

3. B회사의 근로자에 대한 전출의 목적과 규모, 횟수, 기간 태양

B회사는 자신들의 플랫폼관련 전문성과 A회사의 마케팅 경쟁력을 결합해서 신규사업을 진행하고자 하는 사업상 필요와 전문 인력을 활용하기 위해서 근로자의 전출을 하고 있는 것으로 보인다. 丙은 전출 이후에도 B회사에서 수행했던 전문적 업무를 수행한 것으로 판단되며, 실제로 1회에 걸쳐 전출을 한 것으로 볼 수 있고, B회사에 복귀후에는 다시 동일한 플랫폼 업무를 수행한 것을 알 수 있다. 따라서 丙이 과건법상 직접고용의무의 취지인 근로자과건의 상용화·장기화 내지 고용불안 등의 상황에 처해 있다고 보기는 어렵다.

따라서 이 모든 사항을 종합적으로 검토한 결과, B회사를 근로자과건을 업으로 하는 자라고 보기 어렵다. 따라서 A회사의 직접고용의무를 인정할 수 없다.  
그러므로 丙의 주장은 타당하지 않다.

#### IV 결론

B회사를 근로자과건을 업으로 하는 자라고 보기는 어려우므로 A회사의 직접고용의무를 인정할 수 없다. 따라서 丙의 주장은 타당하지 않다.

#### <징계사유 - 학력이나 경력의 허위 기재 뒷부분에 추가>

##### [참조 문제]

A사는 의류 도소매업 등을 영위하는 회사로 백화점에서 의류 판매점을 운영하던 중 甲으로부터 3년간 백화점 의류 판매점 매니저로 근무한 경력이 있다는 내용의 이력서를 제출받아 그 경력을 보고 근로계약을 체결하여 2020. 7. 2.부터 A사가 운영하는 백화점 매장에서 판매 매니저로 근무하게 하였다.  
그런데 이력서의 내용과 달리 일부 백화점 근무 경력은 허위이고, 실제 근무한 경력 역시 근무기간은 1개월에 불과함에도 그 기간을 과장한 것이었다.  
A사는 그 사실을 알게 된 후, 2020.7.30. 甲에게 근로계약을 취소한다고 통보하였다. 그런데 甲은 이미 체결된 근로계약을 취소할 수 없다고 주장한다. 또한 설사 근로계약의 취소가 적법하다고 하더라도 근무한 기간에 대하여는 임금을 지급받을 권리가 있다고 주장한다.

[문] 甲의 주장이 타당한지 논하시오. (취소가 가능한지, 그리고 임금청구권이 인정되는지의 여부만 논하고 취소사유의 정당성에 대하여는 상세하게 논하지 마시오)• 2017.12.22. 선고 2013다25149, 25200 판결 참조

## 세부목차

- |                                       |                                  |
|---------------------------------------|----------------------------------|
| I. 문제의 소개                             | 1. A사가 甲과 체결한 근로계약을 취소할 수 있는지 여부 |
| II. 학력·경력·허위기재와 근로계약의 취소              | 2. 甲이 근무한 기간에 대한 임금청구권이 인정되는지 여부 |
| 1. 학력·경력·허위기재가 근로계약의 취소사유가 될 수 있는지 여부 | IV. 결론                           |
| 2. 근로계약 취소 시 취소의 소급효가 인정되는지 여부        |                                  |
| III. 사안의 검토                           |                                  |

## I 문제의 소개

- i) 채용단계에서 사용자의 질의나 조회에 대하여 학력이나 경력 등을 허위로 고지한 경우에 사용자가 채용의 의사표시를 착오나 사기의 의사표시로 취소할 수 있는지가 문제된다.
- ii) 또한 甲에게 임금청구권이 있는지에 대하여는 근로계약의 취소가 가능할 경우, 근로계약 취소의 소급효가 인정되는지가 문제된다.

## II 학력·경력·허위기재와 근로계약의 취소

### 1. 학력·경력·허위기재가 근로계약의 취소사유가 될 수 있는지 여부

#### (1) 관련 법규정

근로기준법 제2조 제1항 제4호에 따르면, “근로계약이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말한다”고 규정되어 있다. 그리고 민법 제109조에 따르면 “의사표시는 법률행위의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다”고 규정하고 있으면, 민법 제110조 제1항에 따르면 “사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다”고 규정하고 있다.

#### (2) 근로계약체결시 학력·경력의 기재 목적 및 근로자의 고지의무

판례에 따르면 “사용자가 이력서에 근로자의 학력 등의 기재를 요구하는 것은 근로능력의 평가 외에 근로자의 진정성과 정직성, 당해 기업의 근로환경에 대한 적응성 등을 판단하기 위한 자료를 확보하고 나아가 노사간 신뢰관계의 형성과 안정적인 경영환경의 유지 등을 도모하고자 하는 데에도 그 목적”이 있다.<sup>21)</sup>

그러므로 근로자와 사용자는 근로계약체결교섭의 사실적인 개시와 함께 신의칙상 부수적 의무로서 각 상대방에 대하여 근로계약의 체결과 관련된 여러 가지 사항들을 고지하거나 조회에 응할 의무가 있다.<sup>22)</sup>

21) 대법원 2012.7.5. 선고 2009두16763 판결

22) 김형배·박지순 9판, 108p

(3) 근로계약의 취소 가능 여부

따라서, 판례에 따르면 근로기준법 제2조 제1항 제4호에 따르면 기본적으로 그 법적 성질이 사법상 계약이므로 계약 체결에 관한 당사자들의 의사표시에 무효 또는 취소의 사유가 있으면 상대방은 이를 이유로 근로계약의 무효 또는 취소를 주장하여 그에 따른 법률효과의 발생을 부정하거나 소멸시킬 수 있다."고 하여 경력의 허위기재에 대하여 근로계약의 취소사유로 인정하고 있다.<sup>23)</sup>

2. 근로계약 취소 시 취소의 소급효가 인정되는지 여부

다만, 판례에 따르면 그와 같이 "근로계약의 무효 또는 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행하여진 근로자의 노무 제공의 효과를 소급하여 부정하는 것은 타당하지 않으므로 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니 되고, 취소의 의사표시 이후 장래에 관하여만 근로계약의 효력이 소멸된다고 보아야 한다"고 한다.<sup>24)</sup>

Ⅲ 사안의 검토

1. A사가 甲과 체결한 근로계약을 취소할 수 있는지 여부

백화점에서 의류 판매점을 운영하면서 그 매장의 매니저를 고용하려는 A로서는 고용하고자 하는 근로자 甲의 백화점 매장 매니저 근무경력이 노사 간의 신뢰관계를 설정하거나 A사의 내부질서를 유지하는 데 직접적인 영향을 미치는 중요한 부분에 해당한다.

따라서 A사는 사전에 甲의 경력이 허위임을 알았다라면 甲을 고용하지 않았거나 적어도 같은 조건으로 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 보아야 한다.

그런데, 해당 근로계약은 甲의 기망으로 체결되었으므로, A사는 甲과 체결한 근로계약을 취소할 수 있다.

2. 甲이 근무한 기간에 대한 임금청구권이 인정되는지 여부

甲에 대한 근로계약 취소가 적법하다고 하더라도 근로계약은 취소의 소급효가 제한되므로 취소의 의사표시 이후의 장래에 관하여만 효력이 발생한다.

따라서 근로자 甲이 근로계약이 취소되기 전에 근무한 기간에 대한 임금은 지급되어야 한다.

Ⅳ 결론

23) 대법원 2017.12.22. 선고 2013다25194, 25200 판결

24) 대법원 2017.12.22. 선고 2013다25194, 25200 판결

甲은 고용체결을 체결하는데 중요한 부분인 매니저 근무경력을 허위로 기재하였으므로 A사는 근로계약을 취소할 수 있다. 하지만, 근로계약은 취소의 소급효과 제한되므로 甲은 근무한 기간에 대한 임금을 청구할 수 있다.

### 85-1 정년후 재고용기대권 (사례연습 85-86 사이에 추가) (1편)

B사는 A사로부터 분사되어 2005. 3. 7. 설립된 회사로, A사의 방호 및 보안 업무를 수행하여 왔다. 甲(1957. 2. 12.생)은 A사에 근무하면서 경비 업무 등을 수행하다가 2005. 5. 1. B사로 전직하여 계속 A사의 경비 업무를 수행하였다. 그런데, A사의 하도급업체 직원들이 A사의 개축공사에서 발생한 고철을 덤프트럭을 이용해 甲이 근무하는 초소를 통과하여 A사밖으로 무단 반출하는 사고가 발생하였다. B사는 甲이 두 차례 고철을 반출하는 트럭을 검문검색하지 않고 통과시켜 해당 반출사고를 방조하였다는 이유로 2013. 8. 6. 甲을 징계해고하였다. 甲은 2013. 9. 3. 해당 징계해고에 대해 지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였다. 지방노동위원회는 해당 징계해고가 부당해고에 해당한다고 판정하였고, 중앙노동위원회는 B사의 재심신청을 기각하였다. B사는 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 이를 기각하는 판결이 2017.8.18.자로 선고·확정되었다. 그런데 해당 징계해고 무렵 B사의 취업규칙은 직원의 정년을 만 57세로 하고 정년에 달한 분기의 말일에 퇴직한다는 취지로 규정하고 있었다. B사는 2012. 9. 무렵부터 정년 퇴직한 근로자들에게 1개월의 휴식기간을 준 후 이들을 기간제 근로자로 재고용하고 이후 갱신을 통해 만 60세까지 근무할 수 있도록 하는 제도를 시행하여 왔다. 甲을 비롯하여 A사에서 방호 업무에 종사하던 근로자들은 2005년 무렵 B사로 전직하는 대신 정년을 A사(56세)보다 긴 57세로 하기로 하였는데 이는 전직의 중요한 동기가 되었다. 그리고 2011년 무렵 A사가 정년을 58세로 연장하면서 56세부터 58세까지 지급률을 매년 10%씩 감하고 이후 2년간의 재고용을 거쳐 60세까지 근무할 수 있는 제도를 시행하자, B사도 A사의 정책을 따르고 A사에서 B사로 전직한 근로자들의 신뢰를 보호하고 소속 근로자들의 사기를 진작하기 위해 해당 정년후 재고용 제도를 도입·시행하게 된 것이었다. 하지만, 이러한 정년후 재고용이 취업규칙에 규정되어 있는 건 아니었다. B사의 정년후 재고용 제도가 2012. 9. 도입된 이래로 甲보다 먼저 정년에 도달한 B사의 근로자들은 모두 기간제 근로자로 재고용되었으며, 甲의 정년 도래 후에도 수년 동안 정년퇴직자가 스스로 재고용을 신청하지 않은 경우를 제외하면 모두 기간제 근로자로 재고용되었다. B사가 일부 근로자에 대해서 재고용을 거부한 경우가 있으나, 이는 정년퇴직자를 재고용하지 않은 경우가 아니라, 정년퇴직 후 일단 기간제 근로자로 재고용하였다가 새로 체결한 근로계약의 기간이 만료될 무렵에 갱신을 하지 않은 경우이다. B사는 甲에게 징계해고일인 2013.8.6.부터 정년퇴직일인 2014.3.31.까지의 임금상당액과 퇴직금, 그리고 이에 대한 지연손해금을 지급하였다. 하지만, 甲은 해당 징계해고가 부당해고로서 무효이기 때문에, 징계해고가 아니었다면 정년후 재고용 제도에 따라 정년 후에도 계속 고용될 수 있었을 것이라고 주장하며, 정년퇴직후 1개월이 지난 2014. 5. 1.부터 60세가 되는 2017. 2. 12.까지의 임금 상당액 등의 지급을 구하고 있다.

[문] B사가 甲에게 2014.5.1.부터 2017.2.12.까지의 임금을 지급하여야 하는지 논하시오. (해당 사건 이후 제정된 고령자고용촉진법상 정년 60세 이상 규정에 대해서는 논하지 마시오)( 대법원 2023. 6. 1. 선고 2018다275925 판결)

- |                      |                     |
|----------------------|---------------------|
| I. 문제의 소재            | (1) 원칙 : 근로관계의 당연종료 |
| II. 정년의 도달과 근로관계의 종료 | (2) 예외 : 정년후 재고용기대권 |
| 1. 정년제의 의의           | III. 사안의 적용         |
| 2. 정년의 도달과 근로관계의 종료  | IV. 결론              |

## I 문제의 소재

정년제 아래에서는 그에 명시된 정년에 도달한 경우 근로관계가 종료되는 것이 원칙인데, 甲은 B사에게 정년후에도 재고용되었을 것이라는 것을 전제로 그 기간중 임금의 지급을 구하고 있다. 따라서 정년에 도달하여 근로관계가 종료되었음에도 불구하고, 근로자가 해당 정년의 연장을 요구하고 이에 대한 임금의 지급을 구할 권리가 있는지가 문제된다.

특히 해당 사안은 정년후 재고용의무가 취업규칙에 규정되어 있지 않은 사안이므로, 그러한 규정이 없는 경우에도 근로자가 정년후 재고용되리라는 기대권, 이른바 재고용기대권을 인정할 수 있는지를 중심으로 해당 사안을 논하기로 한다.

## II 정년의 도달과 근로관계의 종료

### 1. 정년제의 의의

정년제란 근로자가 일정한 연령에 도달한 경우에는 근로자의 의사나 능력을 묻지 아니하고 근로계약을 종료시키는 제도이다.<sup>25)</sup>

따라서 정년에 도달한 자에 대한 퇴직의 통지는 해고가 아니라 근로계약 종료의 확인-민법상 관념의 통지-에 불과할 뿐이다.<sup>26)</sup>

### 2. 정년의 도달과 근로관계의 종료

#### (1) 원칙 : 근로관계의 당연종료

25) 김유성 I, 339p

26) 대법원 1994.12.27. 선고 91누9244 판결

판례에 따르면 “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”고 판시하고 있다.<sup>27)</sup>

따라서 정년의 도달로써 근로관계는 당연히 종료하는 것이라고 할 수 있다.<sup>28)</sup>

## (2) 예외 : 정년후 재고용기대권

하지만, 판례에 따르면 “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제 근로자로 재고용하여야 한다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 i) 재고용을 실시하게 된 경위 및 그 실시기간, ii) 해당 직종 또는 직무 분야에서 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율, iii) 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.

## (3) 판례의 평가

판례는 정년이 지나 촉탁직으로 재고용 관행이 있었다면 별도 규정이 없더라도 재고용 기대권이 인정된다는 판결로서 의미가 있다. 다만, 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.<sup>29)</sup> 상대적으로 다른 기대권의 기간제 근로자보다 보호필요성이 낮은 것으로 판단한 것으로 볼 수 있다.<sup>30)</sup>

따라서 별도 규정이 없는 경우 재고용 규정에 준하는 재고용관행이 존재하는지를 어떻게 판단할 수 있는지는 여전히 논의되어야 할 과제라고 할 수 있다.<sup>31)</sup>

27) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2018다275925 판결

28) 임종률 15판, 554p

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

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

31) 이호근, “정년후 재고용기대권 및 관행”, 『월간 노동법률』 2023.7월호, 판례평석 참조

### III 사안의 적용

B사의 취업규칙은 정년퇴직자를 기간제 근로자로 재고용하는 것에 관하여 아무런 규정도 두지 않고 있고, 근로계약이나 단체협약에 그에 관한 규정이 존재하였다고 볼 만한 자료도 없다.

그러므로 그러한 규정이 없는 경우에도, 甲에게 재고용기대권이 있는지를 중심으로 사안을 적용하고자 한다.

#### i) 재고용경위 및 실시기간

해당 재고용 제도는 A사의 정년이 연장되자 A사보다 긴 정년을 적용받는다든 전제로 B사로 전직하였던 근로자들의 신뢰를 보호할 목적으로 도입되었고, 2012년부터 상당한 기간 동안 시행되었다는 점을 알 수 있다.

#### ii) 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율

또한 사안을 살펴보면 정년퇴직자가 스스로 재고용을 신청하지 않은 경우를 제외하면 모두 기간제 근로자로 재고용되었다는 점도 알 수 있다.

#### iii) 재고용이 거절된 근로자의 사유

정년퇴직자가 재고용을 원하는 경우에는 예외없이 기간제 근로자로 재고용되었으므로, 재고용이 거절된 근로자는 없다. B사가 일부 근로자에 대해서 재고용을 거부한 경우가 있으나, 이는 정년퇴직 후 일단 기간제 근로자로 재고용하였다가 새로 체결한 근로계약의 기간이 만료될 무렵에 갱신을 하지 않은 경우이므로 재고용이 거절된 근로자의 비율은 0%라고 할 수 있다.

이러한 사정을 종합하여 보면, B사와 그 근로자들 사이에는 정년에 이르더라도 기간제 근로자로 재고용될 수 있다는 신뢰관계가 형성되어 있었다고 볼 수 있다.

즉 甲은 정년 후 B사의 기간제 근로자로 재고용되리라는 기대권을 가진다고 보는 것이 타당하다.

따라서 B사는 甲에게 2014. 5. 1.부터 甲이 정년이 되는 2017.2.12.까지의 임금을 지급해야 할 의무가 있다.

### IV 결론

甲은 B사에 대하여 정년후 재고용기대권을 가지므로, B사는 甲에게 2014. 5. 1.부터 甲이 정년이 되는 2017.2.12.까지의 임금을 지급해야 한다.

## 79 경영상 해고 대상자 선정기준 및 징계위원회 구성

A회사는 상시 근로자 500명을 사용하여 전기 관련 제품을 제조·판매하는 회사이다. A회사는 2018년부터 계속적으로 매출, 영업이익, 당기순이익이 전체적으로 감소하여 A회사에 근로자 과반수 이상을 조직하여 설립·운영하고 있던 노동조합에게 사택매각, 명예퇴직 등의 경영위기를 타개하기 위한 비상경영안을 수용할 것을 제안하였다. 그러나 노동조합은 조합원의 의사를 무시한 일방적 구조조정에 반대한다는 의사를 표명하며 비상경영인 수용을 거부하였다. 그러자 A회사는 소속 근로자의 일부를 정리해고하기로 결정하고, 취업규칙이나 단체협약 등에 별도의 정함이 없었던 정리해고 대상자 선정기준을 마련하였다. A회사는 근로자들을 대상으로 정리해고를 실시함에 앞서 노동조합과의 협의 과정에서 업무적합도, 근무태도, 연령 등을 기준으로 정리해고대상자를 선정할 것임을 밝혔고, 이에 노동조합이 연령을 정리해고 대상자 선정기준으로 삼는 것은 부당하다는 등의 의견을 제시하자, A회사는 노동조합의 의견 가운데 일부를 받아들여 '연령'을 제외하는 대신에 '회사공헌도(근속연수)'를 새로운 기준으로 추가하였다. 그 결과 A회사의 정리해고대상자 선정기준은 업무적합성(40%), 근무태도(30%), 임금(20%), 회사공헌도(근속연수, 10%)로 구성되었고, A회사는 위 평가 항목들에서 상대적으로 낮은 점수를 받은 근로자 甲을 비롯하여 업무상 재해를 입었던 경험이 있었던 근로자, 상당기간 가족을 부양해야 할 사정이 있는 근로자 등을 포함한 근로자 60명을 2022. 5. 최종 해고하였다.

한편, 노동조합 대표자 乙은 2022. 5. 정리해고에 강하게 반대하면서 정리해고에 주도적 역할을 담당하였던 총무과장과 말다툼하는 과정에서 폭력을 행사하여 전치 5주의 상해를 입혔다. 이 점에 대해 A회사는 동일한 내용으로 규정되어 있는 취업규칙과 단체협약상 징계규정에 따라 노동조합 대표자 乙을 징계하기로 결정하고, 징계위원회를 소집하였다. A회사의 대표이사는 취업규칙과 단체협약에 '징계위원회는 노·사 각 2명으로 구성한다'고 규정되어 있을 뿐, 징계위원의 자격이나 선임절차에 대하여 별도의 정함이 없다는 이유로 A회사 소속 인사과장과 사업장이 A회사와 동일하고 실제로 자신이 사주인 별도의 회사의 대표이사를 사측 징계위원으로, A회사 소속 근로자 2명을 노측 징계위원으로 각각 위촉하였다. 이후 징계위원회는 A회사의 취업규칙과 단체협약에는 징계사유의 사전통고와 소명기회 부여에 관한 절차는 별도로 규정되어 있지 않았기 때문에 노동조합 대표자 乙에 대해 징계사유의 사전통고 및 소명기회의 보장 없이 정직 3개월의 징계를 의결하였다. 이에 근거하여 A회사는 乙에게 정직 3개월의 징계를 하였다. 다음 물음에 답하시오. (50점)

[물음1] A회사의 근로자 甲은 A회사의 정리해고대상자 선정기준은 근로기준법상 합리적이고 공정한 해고의 기준에 해당되지 않는다고 주장한다. 甲의 주장의 타당성에 관하여 논하시오. (단, 나머지 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건은 논하지 않는다) (25점)

· 공인노무사 2023년 기출문제 (대법원 2021.7.29. 선고 2016두64876 판결의 사실관계 응용)

[물음2] 노동조합 대표자 乙은 총무과장에 대한 폭력행사가 징계사유에 해당된다하더라도 징계사유를 사전에 통보

받거나 그에 관하여 소명할 기회를 부여 받지 못하였고 징계위원회 구성에도 중대한 하자가 있기 때문에 정직 3개월의 징계처분은 무효라고 주장한다. 노동조합 대표자 乙의 주장의 타당성에 관하여 논하시오.(25점)

• 공인노무사 2023년 기출문제 (대법원 2006.11.23. 선고 2006다48069 판결 참조)

## [물음1]에 대한 풀이

### 세부목차

- |                          |               |
|--------------------------|---------------|
| I. 문제의 소재                | (1) 일반적 판례법리  |
| II. 경영상 해고시 합리적이고 공정한 기준 | (2) 구체적인 선정기준 |
| 1. 경영상 해고의 의의            | 4. 판례의 평가     |
| 2. 합리적이고 공정한 기준의 의의      | III. 사안의 적용   |
| 3. 합리적이고 공정한 기준의 판단방법    | IV. 결론        |

## I 문제의 소재

경영상 이유에 의한 해고(이하 경영상 해고)에 대하여는 4가지 요건을 검토하여야 하나, 물음에 따라 경영상 해고 대상자 선정기준에 대하여만 검토하기로 한다.

- i) 특별히 해당사안에서는 특히 업무적합성, 근무태도, 임금 등 사용자의 이해관계를 반영하는 요소가 90%를 차지하고 있는데, 근로자의 건강상태나, 부양가족 유무 등 주관적 사정은 거의 반영되지 않았으므로, 이러한 판단기준이 합리적이고 공정한지가 문제된다.
- ii) 또한 甲과 같이 업무상 재해를 입었던 경험이 있는 근로자나, 상당기간 가족을 부양해야 할 사정이 있는 근로자 등도 해고대상자가 되었는데, 사회·경제적 보호 필요성이 큰 근로자를 배려하는 기준을 설정해야 하는 것인지도 문제된다.

## II 경영상 해고시 합리적이고 공정한 기준

### 1. 경영상 해고의 의의

근로기준법에 따르면 사용자가 경영상 해고를 하기 위해서는 i) 긴박한 경영상의 필요 ii) 사용자의 해고회피노력 iii) 합리적이고 공정한 해고의 기준에 따른 대상자 선정 iv) 해고회피방법 및 해고의 기준 등에 관해 50일전까지 근로자대표에게 통보하고 성실하게 협의할 것 등의 네 가지 요건을 충족해야 한다(제24조).<sup>32)</sup>

32) 이와 같은 경영상 해고의 네 가지 요건은 근로기준법에 경영상 해고의 규정이 입법화되기 이전에도 이미 1989년 대법원이 최초로 제시한 이래로(대법원 1989.5.23. 선고 87다카2132 판결) 경영상 해고의 정당성을 판단하는 기준

그 중 긴박한 경영상 필요와 합리적이고 공정한 기준인지 여부에 대해서만 이하에서 논하기로 한다.

## 2. 합리적이고 공정한 기준의 의미

사용자가 근로자를 경영상 해고하려면 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다(근기법 제24조 제2항 후단). 따라서 사용자는 근로자들 중에 어느 근로자라도 임의로 선택하여 해고할 수 있는 것이 아니라 반드시 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선별하여야만 정당한 해고로 인정받을 수 있다.<sup>33)</sup>

그런데 합리성과 공정성 자체가 추상적인 개념일 뿐 아니라 근기법은 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니된다는 규정 이외에는 합리적이고 공정한 선정기준을 어떻게 정해야 하는 것인지 구체적으로 규정한 바가 없으므로, 이에 대해서는 판례의 태도를 검토해야 할 필요성이 있을 것이다.

## 3. 합리적이고 공정한 기준의 판단방법

### 가. 일반적 판례법리

판례에 따르면 “합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것”이라고 하면서, “사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다”고 판시하고 있다.

또한 최근 판례는 해고대상자의 선정기준에 대하여 기존 판례법리를 그대로 유지하면서도 “객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 구체적인 기준이 마련되어야 하고 그 기준을 실질적으로 공정하게 적용하여 정당한 해고대상자의 선정이 이루어져야 한다”고 판시하는 등, 경영상 해고 대상자의 선정기준에 대해서 객관적 합리성을 강조하고 있다.

### 나. 구체적인 선정기준

판례에 따르면 해고대상자 선정기준을 설정하는 방법에 대하여

- i) 해고대상자 선정기준은 단체협약이나 취업규칙 등에 정해져 있는 경우라면 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 하고,
- ii) 만약 그러한 기준이 사전에 정해져 있지 않다면 근로자의 건강상태, 부양의무의 유무, 재취업 가능성 등 근로자 각자의 주관적 사정과 업무능력, 근무성적, 징계 전력, 임금 수준 등

---

의 역할을 수행해 오고 있었다. 현행법의 규정은 경영상 해고의 요건에 관한 종전 판례의 법리를 계승하는 한 편, 이를 더 구체화하면서 더 엄격하게 제한한 것이다(임종률 15판, 533p)

33) 사법연수원(해고와 임금), 420p

사용자의 이익 측면을 적절히 조화시키되,

- iii) 근로자에게 귀책사유가 없는 해고임을 감안하여 사회적·경제적보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준을 설정하여야 한다."고 판시하고 있다.

#### 4. 판례의 평가

이러한 판례에 대하여는 i) 대상자의 선정기준을 정할 때, 사용자의 이익측면과 근로자의 생활보호적 측면을 적절하게 조화시키는 것이 요구된다는 것을 확인했다는 점, ii) 사회적·경제적 보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준 설정이라는 법리를 제시했다는 점에서 주목할 만하다고 평가되고 있다.<sup>34)</sup>

### III. 사안의 적용

해당 사안에 따르면, 경영상 해고 대상자의 선정기준이 단체협약이나 취업규칙 등에 별도로 정해져 있지 않았다는 점에서 A회사가 마련한 경영상 해고 대상자 선정기준이 합리적이고 공정한지를 살펴보기로 한다.

- i) A회사가 경영상 해고 대상자 선정 기준에 대하여 과반수 노동조합과의 사전 협의를 통해 합의에 도달하였다고 보이지 않는다는 점,
  - ii) 경영상 해고 대상자 선정기준이 회사공헌도(근속연수)를 제외하고는 A회사의 이해관계를 반영하는 요소가 90%나 차지하고 있다는 점,
  - iii) 경영상 해고 대상자 선정기준에 근로자의 건강상태, 부양가족의 유무, 재취업 가능성, 생계유지능력 등 근로자 개인의 주관적 사정을 반영하지 않았기 때문에, 업무상 재해를 입었던 경험이 있는 근로자 甲이나 상당기간 가족을 부양해야 할 사정이 있는 근로자 등 사회적·경제적보호의 필요성이 있는 근로자마저 일률적으로 해고대상자에 포함하는 결과를 초래하였다는 점
- 등을 고려할 때, 객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 기준이라고 평가하기 어렵고, 그러한 기준을 공정하게 적용한 것이라고도 보기 어렵다.

### IV. 결론

A회사의 정리해고대상자 선정기준은 합리적이고 공정한 선정기준이라고 볼 수도 없다. 따라서 甲의 주장은 타당하다.

#### [물음2]에 대한 풀이

34) 김근주, “경영상 해고에서 ‘합리적이고 공정한 대상자 선정’의 의미”, 『월간 노동리뷰』 2021년 9월호, 한국노동연구원, 131p (대법원 2021.7.29. 선고 2016두64876 판결)

## 세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 징계절차 위반과 징계의 효력
  - 1. 징계절차규정이 있는 경우, 절차를 거치지 아니한 징계의 효력
  - 2. 징계절차규정이 없는 경우, 절차를 거치지 아니한 징계의 효력
  - 3. 판례의 비판적 검토
- III. 징계위원회 구성의 하자과 징계의 효력
  - 1. 원칙
  - 2. 노사동수의 징계위원회 구성시, 노측징계위원의 자격
    - (1) 징계위원회 노사동수 구성의 취지
    - (2) 노사동수의 징계위원회 구성시 사용자가 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는지 여부
  - 3. 무자격위원이 징계위원회에 참석했다라도 의결정족수가 충족된 경우 징계의 효력
- IV. 사안의 적용
  - 1. 사전통보와 소명기회 미부여로 징계처분이 무효라는 B의 주장이 타당한지 여부
  - 2. 징계위원회 구성상 중대한 하자로 해당 징계처분이 무효라는 B의 주장이 타당한지 여부
- V. 결론

## I 문제의 소재

- i) 우선 징계사유의 사전통고와 소명기회 부여에 관한 절차가 별도로 규정되어 있지 않은 경우, 그러한 변경의 기회를 부여하지 않아도 징계사유가 정당하다면 해당 징계가 효력이 있는지가 문제된다.
- ii) 그리고 징계위원회를 노사동수로 구성한다는 규정만 두고 있을 뿐, 직접적으로 징계위원의 자격이나 선임절차를 규정하고 있지 않은 경우 사측이 노측 징계위원을 임의로 위촉할 수 있는지도 문제된다.

## II 징계절차 위반과 징계의 효력

### 1. 징계절차규정이 있는 경우, 절차를 거치지 아니한 징계의 효력

단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 가진다.<sup>35)</sup>

근로기준법 제23조 제1항은 징계의 정당한 이유에 대해서만 규정하고 있으며, 징계절차에 관하여 규정하고 있지는 않다. 하지만, 판례는 단체협약이나 취업규칙 등에 징계혐의 사실의 고지, 변경의 기회부여 등의 징계절차규정이 있는 경우에 징계절차의 준수는 '실체적 징계사유의 존부, 부당노동행위예의 해당여부'를 불문하고 징계처분의 유효요건이 된다는 입장이다.

35) 대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결

## 2. 징계절차규정이 없는 경우, 절차를 거치지 아니한 징계의 효력

그런데, 단체협약이나 취업규칙 등에 징계절차에서 징계대상자에게 사전에 통고하거나 변명의 기회를 부여하도록 하는 절차상의 규정이 없는 경우에는 징계사실을 통고하여 줄 의무가 없으며, 따라서 그와 같은 절차를 거치지 않았다고 하더라도 징계해고처분을 무효라고 할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.<sup>36)</sup>

## 3. 판례의 비판적 검토

판례는 취업규칙상의 징계규정과 관련하여 ‘정의를 요구하는 유효요건’이라고 전제하면서 취업규칙에 징계규정이 없으면 절차적 정의(due process)라는 일반 법원리를 반영하기 위한 해석론적 고민을 전혀 하고 있지 않다는 비판이 제기된다.<sup>37)</sup>

# III 징계위원회 구성의 하자과 징계의 효력

## 1. 원칙

판례에 따르면, 취업규칙이나 단체협약 등에 징계위원회의 구성방법을 규정하고 있는 경우 그와 다른 방법에 의하여 구성된 징계위원회가 징계해고의결을 하였다면 이 역시 징계절차에 위반한 것으로서 무효이다.<sup>38)</sup>

## 2. 노사동수의 징계위원회 구성시, 노측징계위원의 자격

### (1) 징계위원회 노사동수 구성의 취지

취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면 이는 근로자들 중에서 징계위원을 위촉하여 징계위원회에 대한 근로자들의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사측의 징계권 남용을 견제하기 위한 것이라는 것이 판례의 태도이다.

### (2) 노사동수의 징계위원회 구성시 사용자가 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는지 여부

판례에 따르면 취업규칙에 직접적으로 징계위원의 자격과 선임절차에 관하여 규정하고 있지 않더라도, 노측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을

36) 대법원 2004.1.29. 선고 2001다6800 판결 등 다수

37) 김유성 I, 265p (취업규칙의 작성권이 사용자에게 있다는 점을 고려하면 절차적 정의의 실현 여부는 종국적으로 사용자의 자의에 의해 좌우되는 결과가 될 것이다)

38) 대법원 1994.8.23. 선고 94다7553 판결 ; 징계규정에서 징계위원회 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있고 또 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다.(대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결)

대변해 왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사용자가 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있다고 해석할 수는 없다고 한다.<sup>39)</sup>

### 3. 무자격위원이 징계위원회에 참석했다라도 의결정족수가 충족된 경우 징계의 효력

징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이므로, 자격이 없는 위원을 제외하고서도 의결정족수가 충족된다 하더라도 징계위원회의 구성자체에 위법이 있는 이상 무효가 된다는 것이 판례의 태도이다.<sup>40)</sup>

## IV. 사안의 적용

### 1. 사전통보와 소명기회 미부여로 징계처분이 무효라는 B의 주장이 타당한지 여부

징계사유에 사전 통보나 변경기회 부여에 대한 규정이 없는 경우, 그러한 절차를 거치지 않았다고 하더라도 징계는 효력이 있다는 것이 판례의 태도이므로, 이에 대한 B의 주장은 타당하지 않다.

### 2. 징계위원회 구성상 중대한 하자로 해당 징계처분이 무효라는 B의 주장이 타당한지 여부

취업규칙이나 단체협약에 따르면 징계위원의 자격이나 선임절차에 별도로 정함이 없으므로, 징계위원회 구성시 A회사 대표이사가 노측 징계위원 2명을 A회사 소속 근로자로 위촉을 한 점을 알 수 있다.

하지만, 노동조합 대표자 B이 이러한 징계위원회 구성의 타당성을 문제삼고 있는 등, 노측 징계위원으로 위촉된 근로자 2명이 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해 온 것으로 보기는 어려울 것이다. 따라서 A회사는 근로자들의 의견을 반영하지 않고, 임의로 노측 징계위원을 징계한 것으로 볼 수 있다. 따라서 징계위원회 구성에 중대한 하자가 있다는 B의 주장은 타당하다.

## V. 결론

징계사유를 사전통보하지 않고 소명기회를 부여하지 않았기 때문에 정직 3개월의 징계는 무효라는 B의 주장은 타당하지 않지만, 징계위원회 구성에 하자가 있으므로 징계가 무효라는 B의 주장은 타당하다.

39) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결)

40) 대법원 1996.6.28. 선고 94다53716 판결

## 95 목시적 의사표시에 의한 해고 (III. 사안의 적용 수정)

### III. 사안의 적용

#### 1. 사용자의 노무수령 거부 경위와 방법

- i) 우선 A사의 관리팀장 乙이 관리상무를 대동하여 甲을 찾아가 버스 키를 직접 회수한 것은 근로자의 노무를 수령하지 않겠다는 의미로 평가할 수 있다는 점,
- ii) 또한 乙이 甲에게 사표를 쓰고 나가라고 한 말을 여러 차례 반복한 것을 단순히 우발적 표현에 불과하다고 볼 수는 없다는 점,
- iii) 乙이 甲을 해고할 권한이 없다고 하더라도 문제가 된 발언을 한 자리에 관리상무도 함께 있었다는 점
- iv) 甲이 3개월이 넘도록 출근하지 않았음에도 A회사에서 甲에게 출근 독려를 하지 않다가 甲이 부당 해고 구제신청을 제기하고 나서야 '정상근무 독촉통보'를 하였다는 점
- v) 乙이 2020. 2. 11. 甲에게 노무 수령을 거부하겠다고 발언할 당시 A사의 대표이사가 목시적으로나마 이를 승인하였거나 적어도 추인하였을 가능성이 높다는 점
- vi) 乙이 '사표를 쓰라.'는 표현이 사직서 제출을 중용한 것에 불과할 뿐 해고의 의미가 아니라거나 사직서를 제출하지 않았으므로 근로계약관계가 존속한다고 보는 것은 타당하지 않은 점,
- vii) A사가 甲에게 서면으로 해고사유 등을 통지한 적은 없으나, 서면 통지 여부는 해고의 효력 유무를 판단하는 요건일 뿐 해고 의사표시의 존부를 판단하는 기준이 되는 것은 아닌 점을 고려하여야 판단하여야 한다.

#### 2. 노무수령 거부에 대하여 근로자가 보인 태도

甲은 자신이 해고를 당한 것으로 생각하였기에 사직서를 제출하지 않은 채, 관리팀장의 요구에 따라 그 다음날부터 출근하지 않은 것으로 보인다는 점도 고려하여야 판단하여야 한다.

해당 사안에 따라 판단하면, 관리상무가 해고에 대하여 상당한 권한을 가진 것으로 판단할 수 있고, 대표이사도 관리팀장에 의하여 주도된 일련의 노무 수령 거부행위를 목시적으로나마 승인 혹은 추인했다고 볼 수 있다. 따라서 甲에 대한 목시적 의사표시에 의한 해고가 존재한다고 볼 수 있다.

[원래 판결문 원문 -= 요건 사례연습집에는 필요없음]

1. 따라서 관리상무가 관여한 정도, N사 임원진 구성 및 역할에 비추어 관리상무가 해고에 대해 가지는 권한 및 정도
2. 대표이사가 관리팀장에 의하여 주도된 일련의 노무 수령 거부행위를 목시적으로나마 승인 혹은 추인했다고 볼 수 있는지 등을 면밀히 심리한 후 해고가 존재하는지 여부를 판단했어야한다. (파기환송)

### 30-1 단체교섭 거부의 정당한 이유 (2편)

A회사는 자동차의 부품을 생산하는 회사이며, A회사 내에는 대다수의 근로자가 가입한 A회사노동조합이 있다. A회사 근로자 가운데 A회사노동조합 외에 다른 노동조합에 가입한 자는 없다. A회사노동조합은 2023. 1. 1. 임금인상을 목적으로 단체교섭을 하였으나 결렬되었고, 적법한 절차에 따라 2023. 2. 23.부터 파업에 들어갔다. 이에 대해 A회사는 2023. 3. 10.부터 직장폐쇄에 들어갔다. 한편, 노사간에 파업과 직장폐쇄를 거치면서 상호 양보의 가능성이 고려되고 있는 상황에서 2023. 3. 12. A회사노동조합은 상급단체인 B금속노동조합연맹에 단체교섭권을 위임하였고, B금속노동조합연맹은 새로운 타협안을 마련하여 A회사에 대해 2023. 3. 18.부터 2023. 6. 14.까지 3회에 걸쳐 단체교섭을 요구하였으나, A회사는 직장폐쇄를 유지하면서 계속하여 단체교섭을 거부하였다.

한편, C회사에는 C회사 근로자들이 가입한 C회사노동조합이 설립되어 있다. C회사 근로자 가운데 C회사노동조합 외에 다른 노동조합에 가입한 자는 없다. C회사노동조합 규약 제10조는 "노동조합의 대표자는 사용자와 단체교섭 개시 전에 노동조합 총회를 통해 교섭안을 마련하고 단체교섭 과정에서 조합원 총의를 계속 수렴하여야 한다."고 규정하고 있다. 그러나 C회사노동조합의 대표자인 甲은 C회사와 근로자들의 임금 등에 대한 단체교섭을 하기 전에 노동조합 총회를 통해 교섭안을 마련하지 않았고 단체교섭 과정에서 조합원들의 총의도 수렴하지 않았다. 그 이후 C회사노동조합의 대표자인 甲은 C회사와 기본급의 1%를 삭감하는 내용의 단체협약을 체결하였다. 다음 물음에 답하십시오. (50점)

[물음1] A회사노동조합은 A회사가 B금속노동조합연맹의 단체교섭 요구를 계속적으로 거부한 것은 부당노동행위에 해당한다고 주장한다. 이러한 주장의 타당성에 관하여 논하십시오. (25점)

• 공인노무사 2023년 기출문제 (대법원 2006.2.24. 선고 2005도8606 판결의 사실관계 응용)

[물음2] C회사노동조합의 조합원들은 노동조합 규약 제10조를 위반한 채 甲이 단체협약을 체결한 것에 대한 불법행위라고 주장하는 반면에, 甲은 노동조합의 대표자로서 적법하게 단체협약을 체결한 것으로 불법행위에 해당하지 않는다고 주장한다. C회사노동조합의 조합원들 및 甲의 주장의 타당성에 관하여 논하십시오. (25점)

• 공인노무사 2023년 기출문제 (대법원 2018.7.26. 선고 2016다205908 판결 참조)

[물음1]에 대한 풀이

**세부목차**

- I. 문제의 소재
- II. 단체교섭거부의 부당노동행위와 정당한 이유
  - 1. 단체교섭거부의 부당노동행위의 의의
  - 2. 단체교섭거부의 정당한 이유의 판단기준
  - 3. 단체교섭거부의 정당한 이유의 구체적 사례
    - (1) 사정변경과 교섭거부 : 정의행위나 직장폐쇄의 유  
지와 교섭거부의 정당한 이유
    - (2) 수입자에 대한 교섭거부
    - (3) 장기간에 걸친 계속적인 교섭거부
- III. 사안의 적용
- 1. 사정변경이 되었음에도 파업이나 직장폐쇄가 계속  
중이라는 사정이 A회사가 교섭을 거부할 수 있는 정  
당한 이유가 되는지 여부
- 2. 교섭의 요구권자가 B노동조합연맹이라는 것이 A회  
사가 교섭을 거부할 수 있는 정당한 이유가 되는지  
여부
- 3. 장기간에 걸친 A회사의 교섭거부에 정당한 이유가  
있는지 여부
- IV. 결론

**I 문제의 소재**

해당 사안에서는 A회사는 B급속노동조합연맹(이하 B연맹)의 단체교섭요구를 계속적으로 거부하고 있는데, 이러한 교섭거부에 정당한 이유가 없으면 부당노동행위에 해당한다. 따라서 A회사노동조합(이하 A노조)의 주장이 타당한지 논하기 위하여는 A회사의 계속적인 교섭거부에 정당한 이유가 있는지를 따져 보아야 한다. 사안에 따라 판단하면 세 가지의 쟁점이 존재한다.

- i) 우선 상호 양보의 가능성이 고려되고 있는 상황에서 B연맹에 교섭권을 위임하였고, 교섭권을 위임 받은 B연맹은 새로운 타협안까지 마련한 상황이다. 이러한 상황에서 파업과 직장폐쇄가 유지되고 있다는 사정이 A회사가 단체교섭을 거부할만한 정당한 이유가 될 수 있는지가 문제된다.
- ii) 또한 단체교섭의 당사자가 아닌, A노조로부터 위임을 받은 B연맹과의 단체교섭을 거부하는 것이 정당한 이유가 되는지도 문제된다.
- iii) 2023.3.18.부터 2023. 6.14.까지 약 3개월동안 3회에 걸친 교섭요구를 A회사가 거부하고 있는데, 3개월의 기간 동안 단체교섭요구를 거부한 것에 대하여 정당한 이유가 있는지를 어떻게 판단해야 할지, 그 판단기준도 문제된다.

**II 단체교섭거부의 부당노동행위와 정당한 이유**

**1. 단체교섭거부의 부당노동행위의 의의**

노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법) 제30조에 따르면 단체교섭의 당사자는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결해야 하고, 정당한 이유없이 교섭 또는 단체협약 체결을 거부하거나 해태하지 않아야 하는데, 특별히 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위로 금지하고 있다(노조법 제81조 제1항 제3호).

**2. 단체교섭거부의 정당한 이유의 판단기준**

판례에 따르면, 사용자의 단체교섭 거부·해태로 인한 부당노동행위는 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있다거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었더라도 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭으로 판정되는 경우에도 성립하며,<sup>41)</sup> 단체교섭에 대한 사용자의 거부나 해태에 정당한 이유가 있는지 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단하여야 한다고 한다.<sup>42)</sup>

### 3. 단체교섭거부의 정당한 이유의 구체적 사례

#### (1) 사정변경과 교섭거부<sup>43)</sup> : 쟁의행위나 직장폐쇄의 유지와 교섭거부의 정당한 이유

판례에 따르면 당사자가 성의 있는 교섭을 계속하였음에도 단체교섭이 교착상태에 빠져 교섭의 진전이 더 이상 기대될 수 없는 상황이라면 사용자가 단체교섭을 거부하더라도 그 거부에 정당한 이유가 있다고 판시하고 있다.

하지만, 노동조합측으로부터 새로운 타협안이 제시되는 등 교섭재개가 의미 있을 것으로 기대할 만한 사정변경이 생긴 경우에는 사용자로서는 다시 단체교섭에 응하여야 하므로, 위와 같은 사정변경에도 불구하고 사용자가 단체교섭을 거부하는 경우에는 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.

특히 쟁의행위는 단체교섭을 촉진하기 위한 수단으로서의 성질을 가지므로 쟁의기간이나 직장폐쇄 중이라는 사정이 사용자가 단체교섭을 거부할 만한 정당한 이유가 될 수 없고, 당사자가 성의 있는 교섭을 계속하였음에도 단체교섭이 교착상태에 빠져 교섭의 진전이 더 이상 기대될 수 없는 상황이라면 사용자가 단체교섭을 거부하더라도 그 거부에 정당한 이유가 있다고 한다.<sup>44)</sup>

#### (2) 수입자에 대한 교섭거부

노조법 제29조 제3항에 따르면 노동조합으로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 노동조합을 위하여 위임받은 범위 안에서 그 권한을 행사할 수 있으며, 노조법 제81조 제1항 제3호에 따르면 “노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위”도 부당노동행위로 규율하고 있다.

따라서 수입자라는 것을 이유로 교섭을 거부하는 것도 정당한 이유가 없다.

#### (3) 장기간에 걸친 지속적인 교섭거부

단체교섭의 일시에 대해 노사간에 합의된 절차나 관행이 있는 경우에는 그에 따라 단체교섭 일시를 정하여야 한다. 하지만, 그러한 절차나 관행이 없는 경우에, 단체교섭을 계속적으로 거부하는 것이 정당한 이유가 있는지를 어떻게 판단할 수 있는지가 문제된다.

41) 대법원 1998.5.22. 선고 97누8076 판결 참조

42) 대법원 2006.2.24. 선고 2005도8606 판결

43) 대법원 2006.2.24. 선고 2005도8606 판결

44) 대법원 2006.2.24. 선고 2005도8606 판결 참조.

### 가. 사용자가 교섭일시의 변경을 구하면서 단체교섭을 거부한 경우

판례에 따르면, 사용자가 교섭사항 등의 검토와 준비를 위하여 필요하다는 등 합리적 이유가 있는 때에는 노동조합측에 교섭일시의 변경을 구할 수 있고, 이와 같은 경우에는 노동조합측이 사용자의 교섭일시 변경요구를 수용하였는지 여부에 관계없이 사용자가 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니하였다 하더라도 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 할 것이다.<sup>45)</sup>

다만, 판례에 따르면 사용자가 합리적인 이유 없이 노조제안 일시의 변경을 구하다가 노동조합측이 이를 수용하지 아니하였음에도 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니한 경우에는 사용자가 신의에 따라 성실하게 교섭에 응한 것으로 볼 수 없으므로, 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없을 것이다.<sup>46)</sup>

### 나. 사용자가 노조제안일시에 대해 아무런 의사표명도 하지 않은 경우

판례에 따르면, 사용자가 노조제안 일시에 이르기까지 노조제안 일시에 대하여 노동조합측에 아무런 의사표명도 하지 아니한 채 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니한 경우에도 사용자가 신의에 따라 성실하게 교섭에 응한 것으로 볼 수 없으므로, 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없을 것이다.<sup>47)</sup>

## III 사안의 적용

### 1. 사정변경이 되었음에도 파업이나 직장폐쇄가 계속 중이라는 사정이 A회사가 교섭을 거부할 수 있는 정당한 이유가 되는지 여부

사안에 따르면 노사간에 파업과 직장폐쇄를 거치면서 상호 양보의 가능성이 고려되고 있는 상황에서 A노조가 B연맹에 교섭권을 위임하였고, 교섭권을 위임받은 B연맹도 새로운 타협안을 마련하여 A회사에 단체교섭을 요구하고 있는 등, 교섭재개가 의미 있을 것으로 기대할 만한 사정변경이 생겼다고 볼 수 있다.

하지만, 이런 상황에서도 A회사는 단체교섭을 거부하고 있는데, 특별히 파업과 직장폐쇄가 진행되고 있다는 사정은 단체교섭 요구를 거부할 만한 정당한 이유가 될 수 없다.

### 2. 교섭의 요구권자가 B노동조합연맹이라는 것이 A회사가 교섭을 거부할 수 있는 정당한 이유가 되는지 여부

2023.3.12.에 A노조가 상급단체인 B연맹에 교섭권을 위임하였고, 이후 3개월동안 3회걸쳐 단체교섭을 요구하였으므로, B연맹이 정당한 교섭주체라는 점을 A회사는 명확하게 인식하였을 것으로 보인다. 따로 만약 A회사가 교섭주체의 문제로 교섭을 거부하였다면 그 이유도 정당한 이유가 될 수

45) 대법원 2006.2.24. 선고 2005도8606 판결

46) 대법원 2006.2.24. 선고 2005도8606 판결

47) 대법원 2006.2.24. 선고 2005도8606 판결

없다.

### 3. 장기간에 걸친 A회사의 교섭거부에 정당한 이유가 있는지 여부

B연맹이 A회사에 2023. 3. 12.부터 2023. 6. 14.까지 3회에 걸쳐 단체교섭을 요구한 데 대하여 A회사가 계속하여 단체교섭을 거부하여 왔던 사실에 비추어 보면, A회사로서는 이미 교섭사항 등의 검토와 준비를 위한 충분한 시간을 가지고 있었다고 할 것이다. 그런데, A회사가 B연맹에 교섭일시의 변경을 구하는 등 교섭일시에 관한 어떠한 의사도 표명한 적이 없는 사실을 알 수 있으므로, 단체교섭에 응하지 아니한 데에는 정당한 이유가 있다고 할 수 없다. 설사 교섭일시의 변경을 요구하였다고 하더라도 검토와 준비를 위한 충분한 시간이 있었으므로, 그 요구에 대하여 합리적 이유를 인정할 수는 없다. 따라서 이를 이유로 교섭을 거부한 것 역시 정당한 이유가 없다.

세 가지의 쟁점사항을 모두 판단한 결과, A회사가 B연맹의 단체교섭 요구를 계속적으로 거부한 것은 정당한 이유가 없으므로 부당노동행위에 해당한다.

## IV 결론

- i) 파업과 직장폐쇄가 계속중이라고 하더라도 교섭재개가 의미있을 것이라고 기대할만한 사정변경이 생겼다는 점,
- ii) B연맹은 B노조로부터 교섭권을 위임받은 단체교섭의 담당자라는 점,
- iii) A회사가 교섭요구사항에 대해 검토하고 준비할 수 있는 충분한 시간을 가지고 있었다는 점 등을 고려하면,

A회사가 B연맹의 교섭요구를 계속적으로 거부한 것은 정당한 이유가 없다. 따라서 A회사의 행위가 부당노동행위에 해당한다는 A노조의 주장은 타당하다.

## [물음2]에 대한 풀이

### 세부목차

#### I. 문제의 소재

#### II. 노조 대표자의 단체협약체결권한을 제한한 규약의 위법성과 불법행위책임

##### 1. 단체교섭의 담당자의 의의

##### 2. 노조 대표자의 단체협약체결권한을 제한한 규약의 위법성 판단

(1) 노조 대표자의 단체협약체결권한에 대한 전면적·포괄적 제한금지 법리

(2) 노조 대표자의 단체협약체결권한의 절차적 제한

#### 허용법리

#### 3. 규약상 절차제한을 위반한 노조 대표자의 불법행위책임

#### III. 사안의 적용

1. C노조 규약 제10조가 노조법 제29조 제1항 위반인지 여부

2. 규약상의 절차를 거치지 않고 단체협약을 체결한 甲의 행위가 조합원에 대한 불법행위가 되는지 여부

#### IV. 결론

## I 문제의 소재

해당 사안에 따르면 C회사노동조합(이하 C노조)이 규약 제10조에 따라 노동조합 대표자인 甲의 단체협약체결권한을 제한하고 있다. 따라서 이러한 제한을 위반하여 단체협약을 체결하는 것이 불법행위에 해당하는지를 논하기 위하여는 두 가지의 쟁점을 살펴보아야 한다.

- i) 우선 이러한 단체협약체결권한에 대한 규약상의 제한이 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법) 제29조 제1항에 위반되는지가 문제된다.
- ii) 또한 규약에 따른 단체협약 체결권한이 허용되는 경우, 이러한 내부절차를 거치지 않은 노동조합 대표자 甲의 행위가 조합원들에 대한 불법행위를 구성하는 것인지, 그렇다면 그 이유가 무엇인지가 문제된다.

## II 노조 대표자의 단체협약체결권한을 제한한 규약의 위법성과 불법행위책임

### 1. 단체교섭의 담당자의 의의

노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다(노조법 제29조 제1항). 즉 노동조합 대표자의 단체협약체결권한은 노조법에 의해 인정된 권한이다.

### 2. 노조 대표자의 단체협약체결권한을 제한한 규약의 위법성 판단

노동조합 대표자가 전체 조합원의 인준투표나 의견수렴절차를 거쳐 단체협약을 체결하도록 규약 등으로 정하고 있는데, 이러한 규약 등이 노조 대표자의 단체협약체결권한을 명시한 노조법 제29조 제1항에 위반되는지 여부가 문제된다.

#### (1) 노조 대표자의 단체협약체결권한에 대한 전면적·포괄적 제한금지 법리

판례는 전원합의체 판결을 통해 규약으로 정한 경우 뿐 아니라 단체협약으로 정한 경우라 하더라도 “단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원총회의 의결을 거쳐야만 한다는 것은 대표자 또는 수입자의 단체협약체결권한을 전면적, 포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약체결권한을 형해화하여 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서 노조법 제29조 제1항의 취지에 위반된다”고 판시하고 있다.<sup>48)</sup>

#### 2. 노조 대표자의 단체협약체결권한의 절차적 제한 허용법리

하지만, 최근 대법원 판결에서는 노조가 협약을 체결하고자 할 때 총회를 거쳐 위원장이 체결하도록 정한 조합규약에 대하여 위 전원합의체 판결의 요지를 적용하면서도, “노동조합이 조합원들의 의사

48) 대법원 1993.4.27.선고 91누12257 전원합의체판결 참조.

를 반영하고 대표자의 단체교섭 및 단체협약 체결 업무 수행에 대한 적절한 통제를 위하여 규약 등에서 내부 절차를 거치도록 하는 등 대표자의 단체협약체결권한의 행사를 절차적으로 제한하는 것은, 그것이 단체협약체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 것이 아닌 이상 허용된다고 보아야 한다”고 판시하여 전원합의체 판결의 무분별한 적용에 제동을 걸고 있다.<sup>49)</sup>

판례는 이러한 판단의 근거로

- i) 헌법 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하고 있는 점,
- ii) 노조법 제22조에서는 “노동조합의 조합원은 균등하게 그 노동조합의 모든 문제에 참여할 권리와 의무를 가진다.”라고 규정하고 있다는 점,
- iii) 단체협약의 실질적인 귀속주체는 근로자이므로, 단체협약은 조합원들이 관여하여 형성한 노동조합의 의사에 기초하여 체결되어야 하는 것이 단체교섭의 기본적 요청이라는 점,
- iv) 노동조합법 제16조 제1항 제3호에서 단체협약에 관한 사항을 총회의 의결사항으로 정하여 노동조합 대표자가 단체교섭 개시 전에 총회를 통하여 교섭안을 마련하거나 단체교섭 과정에서 조합원의 총의를 계속 수렴할 수 있도록 규정하고 있다는 점 등을 들고 있다.

따라서 규약을 통해 노동조합 대표자의 단체협약체결권한을 제한하는 경우라도 단체협약 내용에 대한 합의가 이루어지기 전에 총회나 대의원회의 의견을 묻거나 동의를 필요로 하는 경우에는 노조법 제29조 제1항을 위반하지 않은 것으로 보아야 할 것이다.<sup>50)</sup>

### 3. 규약상 절차제한을 위반한 노조 대표자의 불법행위 책임

판례에 따르면 “노동조합의 대표자가 조합원들의 의사를 결집·반영하기 위하여 마련한 내부 절차를 전혀 거치지 아니한 채 조합원의 중요한 근로조건에 영향을 미치는 사항 등에 관하여 만연히 사용자와 단체협약을 체결하였고, 그 단체협약의 효력이 조합원들에게 미치게 되면, 이러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 헌법과 법률에 의하여 보호되는 조합원의 단결권 또는 노동조합의 의사 형성 과정에 참여할 수 있는 권리를 침해하는 불법행위에 해당한다고 보아야 한다.”고 판시하였다.

이러한 판결은 규약상 절차를 위반한 노사합의에 대해 노동조합 대표자에게 불법행위에 따른 손해배상을 인정한 판결이라 할 것이다.

## III 사안의 적용

### 1. C노조 규약 제10조가 노조법 제29조 제1항 위반인지 여부

C노조 규약 제10조는 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원

49) 대법원 2014.4.24. 선고 2010다24534 판결

50) 이상윤, 노동법, 675p

총회의 의결을 거쳐야만 한다는 것이 아니라, 단체협약 내용에 대한 합의가 이루어지기 전에 교섭안을 마련하거나 단체교섭과정에서 조합원의 총의를 계속 수렴하여야 한다는 것이므로, 노조 대표자의 단체협약체결권한의 행사를 절차적으로 제한하고 있을 뿐이다.  
따라서 C노조 규약 제10조는 노조법 제29조 제1항 위반이 아니다.

## 2. 규약상의 절차를 거치지 않고 단체협약을 체결한 甲의 행위가 조합원에 대한 불법행위가 되는지 여부

C노조 규약 제10조는 노조법 제29조 제1항 위반이 아니므로, 甲은 총회를 통해 교섭안을 마련하고, 단체교섭과정에서 조합원들의 총의를 수렴하여야 한다. 하지만, 그리한 과정 없이 기본급의 1% 삭감이라는, 중요한 근로조건에 영향을 미치는 단체협약을 체결하였으므로, 이는 노동조합의 의사형성과정에 참여할 수 있는 조합원들의 절차를 권리를 침해한 불법행위에 해당한다.

따라서 C노조 조합원들의 주장은 타당하고, 甲의 주장은 타당하지 않다.

## IV 결론

C노조 규약 제10조는 위법이 아니므로 규약상의 절차를 거치지 않고 단체협약을 체결한 甲의 행위는 조합원들에 대한 불법행위라고 할 수 있다. 따라서 이를 불법행위라고 하는 C노조 조합원들의 주장은 타당하며, 불법행위에 해당하지 않는다는 甲의 주장은 타당하지 않다.

35      단체협약의 규범적 효력의 한계 (2편) - 사례 교체

D회사에는 D회사노동조합이 설립되어 있으며, D회사 근로자 가운데 D회사 노동조합 외 다른 노동조합에 가입한 자는 없다. D회사와 D회사노동조합 사이에 2022. 1. 1.부터 2023. 12. 31.까지 유효기간을 정한 단체협약 제20조는 "회사는 조합원에게 3월, 6월, 9월, 12월에 각각 300%의 상여금을 지급하되, 그 지급일은 해당 월의 말일로 한다."고 규정하고 있었다. 그런데 D회사는 경영사정의 악화 등을 이유로 2023년 3월, 6월 상여금을 지급하지 못하고 있는 상황에서 2023. 7. 1. D회사노동조합에게 2023년도 상여금 전부를 포기하여 줄 것과 향후 위 상여금 지급 규정을 폐지할 것을 내용으로 하는 특별노사합의를 위한 단체교섭 요구안을 제출하였다. D회사노동조합은 D회사와 수차례에 걸쳐 단체교섭을 하면서, D회사의 경영사정의 악화가 객관적으로 매우 심각한 수준에 이른 것에 공감하면서 단체교섭에 있어서 조합원들의 고용보장을 최우선적으로 고려하기로 하였다. 결국 D회사노동조합과 D회사는 2023. 7. 20. 위 단체협약 제20조를 "회사는 조합원에게 3월, 6월, 9월, 12월에 각각 100%의 상여금을 지급하되, 그 지급일은 해당 월의 말일로 한다. 다만 2023년도 3월 및 6월 상여금에 대하여 회사의 경영사정 등을 고려하여 포기한다."로 개정하고 같은 날 효력이 발생하는 것에 합의하였다. D회사노동조합의 조합원인 B는 자신의 동의를 얻지 아니하고 D회사노동조합과 D회사가 체결한 개정 단체협약 제20조의 규정은 무효이므로 개정 전 단체협약 제20조에 따라 3월, 6월, 9월, 12월 상여금 300%를 각각 지급하여야 한다고 주장한다. 이러한 B의 주장의 타당성에 관하여 논하시오. (25점)

[물음] 이러한 B의 주장의 타당성에 관하여 논하시오. (25점)

• 공인노무사 2023년 기출문제 (대법원 2000.9.29. 선고 99다67536 판결의 사실관계 응용)

**세부목차**

- |  |   |
|--|---|
| <p>I. 문제의 소재</p> <p>II. 단체협약의 규범적 효력 및 협약자치의 한계</p> <p>1. 단체협약의 규범적 효력 및 협약자치의 원칙</p> <p>2. 협약자치의 한계</p> <p>(1) 개별근로자에게 이미 귀속된 권리의 처분</p> <p>(2) 단체협약에 의한 근로조건에 불이익변경 인정여부</p> <p>가. 원칙 - 협약자치의 원칙상 유효</p> | <p>나. 예외 - 특별한 사정이 있는 경우 무효</p> <p>III. 사안의 적용</p> <p>1. 2023년 3월과 6월 상여금에 대한 B의 주장이 타당<br/>한지 여부</p> <p>2. 2023년 9월과 12월 상여금에 대한 B의 주장이 타당<br/>한지 여부</p> <p>IV. 결론</p> |
|--|---|

**I** 문제의 소재

해당 사안에서는 단체협약이 체결된 경우에 단체협약이 협약자치의 한계를 넘는 것으로 무효가 되는 것인지가 문제된다. 특히 해당 사안은 개별조합원인 乙의 동의나 수권없이 단체협약만으로 상여금을 포기하거나 불이익하게 변경한 사안인데, 두 가지가 쟁점이 된다.

- i) 이미 지급기일이 경과한 2023년 3월과 6월 상여금을 乙의 개별적인 동의없이 단체협약만으로 포기할 수 있는 것인지가 문제된다.
- ii) 그리고 단체협약을 체결한 이후에 아직 지급기일이 경과하지 아니한 2023년 7월 20일 이후의 3월, 6월, 9월, 12월의 상여금을 각각 300%에서 각각 100% 지급하기로 불리하게 변경하였는데, 이렇게 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약을 乙의 개별적 동의 없이 체결한 경우에도 그 효력을 인정할 수 있는지가 문제된다.

## II 단체협약의 규범적 효력 및 협약자치의 한계

### 1. 단체협약의 규범적 효력 및 협약자치의 원칙

노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법) 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 있다.

단체협약의 규범적 효력은 조합원인 개별근로자가 사용자와 사이에 근로조건에 관하여 개별 근로계약이나 사용자가 일방적으로 정한 취업규칙에 의하여 단체협약에 정한 근로조건에 관한 사항에 위반되는 내용을 정하는 것을 금지함으로써 개별근로자와 사용자사이의 사적자치의 원칙을 제한하고 단체협약자치의 원칙을 승인하고 있는 것이라 할 수 있다.<sup>51)</sup>

### 2. 협약자치의 한계

하지만, 근로자 개인의 고유한 권리와 이익을 보호하기 위하여 단체협약의 규범적 효력에도 일정한 한계가 존재한다.

#### (1) 개별근로자에게 이미 귀속된 권리의 처분

특히 판례에 따르면, “현실적으로 지급되었거나, 이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금(상여금 포함)이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 반환이나 포기 및 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다”고 한다.<sup>52)</sup>

그리고 이때 구체적으로 지급청구권이 발생하여 단체협약만으로 포기 등을 할 수 없게 되는 임금인지 여부는 근로계약, 취업규칙 등에서 정한 지급기일이 도래하였는지를 기준으로 판단하여야 한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>53)</sup>

51) 사법연수원(노조법), 199p

52) 대법원 2000.9.29. 선고 99다67536 판결

(2) 단체협약에 의한 근로조건의 불이익변경 인정 여부

단체협약을 통해서 근로조건을 불이익하게 변경한 경우, 그 단체협약이 유효한지가 문제된다.

가. 원칙 - 협약자치의 원칙상 유효

판례는 협약자치의 원칙상 노동조합은 사용자와 근로조건을 유리하게 변경하는 내용의 단체협약뿐만 아니라 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약을 체결할 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사 간의 합의를 무효라고 볼 수 없고 노동조합으로서는 그러한 합의를 위하여 사전에 근로자들에게서 개별적인 동의나 수권을 받을 필요가 없다고 한다.<sup>54)</sup>

나. 예외 - 특별한 사정이 있는 경우 무효

하지만 판례는 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 그러한 합의를 무효라고 보아야 한다고 판시하고 있다. 이때 단체협약이 현저히 합리성을 결하였는지는 단체협약 내용과 체결경위, 협약체결 당시 사용자 측 경영상태 등 여러 사정에 비추어 판단하여야 한다.<sup>55)</sup>

### III 사안의 적용

1. 2023년 3월과 6월 상여금에 대한 乙의 주장이 타당한지 여부

해당 사안에서 D회사와 D노조는 해당 월의 말일에 지급기일이 도래하여 이미 구체적으로 지급청구권이 발생한 2023년 3월과 6월의 상여금을 포기하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하면서 개별 조합원인 乙의 동의는 받지 않았다.

판례에 따르면 해당 단체협약의 효력을 인정할 수는 없다.

따라서 2023년 3월과 6월의 상여금을 각각 300% 지급해야 한다는 乙의 주장은 타당하다.

2. 2023년 9월과 12월 상여금에 대한 乙의 주장이 타당한지 여부

D회사와 D노조는 2023.7.20.에 효력이 발생하는 단체협약을 체결하였으므로, 2023년 9월과 12월의 상여금은 아직 구체적으로 지급청구권이 발생한 임금이 아니다. 따라서 협약자치의 원칙상 현저히 합리성을 결여하여 노동조합의 목적을 벗어난 것이 아니라면 이를 불리하게 변경하는 내용의 단체협약도 효력이 있다.

- i) (단체협약의 내용) D회사가 원래 상여금 지급규정을 폐지할 것을 요구하였으나, 각각 100%의 상여금은 지급하기로 D노조와 합의하였다는 점,
- ii) (단체협약의 체결경위) 그리고 D회사 노동조합도 경영사정의 객관적 악화를 공감하면서 조합원들의 고용보장을 위하여 수 차례에 걸쳐 단체교섭을 하여서 단체협약을 체결하였다는 점,
- iii) (협약체결당시 사용자 측 경영상태) D회사가 객관적인 경영사정의 악화로 2023년 3월, 6월

53) 대법원 2022.3.31. 선고 2020다294486 판결

54) 대법원 2011.7.28. 선고 2009두7790판결 등 다수 판결

55) 대법원 2011.7.28. 선고 2009두7790판결

상여금을 지급하지 못하고 있는 상황이라는 점 등을 고려하면

D회사와 D노조가 2023년 7월 20일 이후의 3월, 6월, 9월, 12월 상여금을 각각 100% 지급하기로 한 단체협약이 현저히 합리성을 결하였다고 보기는 어려울 것이며, 협약자치의 원칙상 개별근로자인 Z이 동의하지 않았다고 하더라도 효력이 있다. 그러므로 2023년 9월과 12월의 상여금에 대한 Z의 주장은 타당하지 않다.

#### IV 결론

이미 구체적으로 지급청구권이 발생한 2023년 3월과 6월의 상여금은 자신의 동의를 받지 않았으므로 각각 300% 지급해야 한다는 Z의 주장은 타당하다.

하지만, 2023년 9월과 12월의 상여금은 현저히 합리성을 결여한 내용이 아니므로 협약자치의 원칙상 효력이 있으며, 조합원 Z의 동의나 수권을 받을 필요가 없다. 따라서 2023년 9월과 12월의 상여금을 각각 300% 지급하라는 Z의 주장은 타당하지 않다.

## 66 정당하지 않은 쟁의행위에 따른 손해배상 책임 (2편) 문제 뒤

[참조판례 : **불법쟁의행위에 따른 손해배상책임의 범위**]

### 1. 손해배상책임의 범위에 대한 일반법리

불법쟁의행위에 대한 귀책사유가 있는 노동조합이나 불법쟁의행위를 기획·지시·지도하는 등 이를 주도한 노동조합 간부 개인이 그 배상책임을 지는 배상액의 범위는 불법쟁의행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해이고, 그러한 노동조합 간부 개인의 손해배상책임과 노동조합 자체의 손해배상책임은 부진정 연대책무관계에 있는 것이므로 노동조합의 간부도 불법쟁의행위로 인하여 발생한 손해 전부를 배상할 책임이 있다.(2005다30610)

※ 사용자가 노동조합과의 성실교섭의무를 다하지 않거나 노동조합과의 기존합의를 파기하는 등 불법쟁의행위에 원인을 제공하였다고 볼 사정이 있는 경우 등에는 사용자의 과실을 참작하여 과실상계를 할 수 있다.(2005다30610)

### 2. 고정비용상당의 손해발생의 추정과 추정의 복멸

제조업체가 위법한 쟁의행위로 조업을 하지 못함으로써 입은 고정비용 상당 손해배상을 구하는 경우, 제조업체는 조업중단으로 인하여 일정량의 제품을 생산하지 못하였다는 점 및 생산 감소로 인하여 매출이 감소하였다는 점을 증명하여야 할 것이지만, 제품이 생산되었다면 그 후 판매되어 제조업체가 이로 인한 매출이익을 얻고 또 생산에 지출된 고정비용을 매출원가의 일부로 회수할 수 있다고 추정함이 상당하다.

다만 해당 제품이 이른바 적자제품이라거나 불황 또는 제품의 결함 등으로 판매가능성이 없다는 등의 특별한 사정에 대한 간접반증이 있으면 이러한 추정은 복멸된다. 그리고 쟁의행위 종료 후 상당한 기간 안에 추가 생산을 통하여 쟁의행위로 인한 부족 생산량이 만회되는 등 생산 감소로 인하여 매출 감소의 결과에 이르지 아니할 것으로 볼 수 있는 사정이 증명된 경우도 마찬가지이다.(2017다46274)

### 3. 손해배상책임의 개별과

#### ① 손해배상책임의 개별화 인정여부

(위법한 쟁의행위를 결정·주도한 노동조합의 지시에 따라 그 실행에 참여한 조합원으로서 쟁의행위가 다수결에 의해 결정되어 일단 그 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 관여한 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.

**② 개별조합원 등에 대한 책임제한의 정도**

개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 정의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.(2017다46274)

17-2 파견근로자보호법 - 사용자업주의 임금차별에 따른 손해책임 (3편)

A사는 시멘트 제조업 등을 영위하는 회사이며, B사는 A사와의 도급계약에 따라 채광과 운반 업무 등을 수행하는 회사이다.

甲은 2014. 1. 1. B사에 입사하여 A사에서 정문수도 유지 및 점검·관리업무를 수행하다가, 2016.3.31. B사에서 퇴사하였다.

그런데, 甲은 해당 근로가 파견근로라는 것을 이유로 A사를 상대로 고용의사표시를 청구하였고, 법원은 2014.1.1.부터 A사가 甲을 직접고용해야 할 의무가 있다고 판결하였다.

이에 대하여 甲은 직접고용의무가 발생한 2014.1.1.부터 2016.3.31.까지 임금차액상당의 손해배상을 청구하였다. A사는 甲과 같거나 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자 乙이 이미 있다는 것을 알고 있었음에도 불구하고, B사 소속 근로자들의 임금을 설계하였다. A사의 취업규칙과 단체협약상으로 A사의 정년은 만58세가 되는 해의 12월 31일이다. 그런데, 甲은 1955.12.5.생으로 2014.1.1. 입사할 당시 이미 만58세가 경과하였다.

그런데, A사에는 정년을 경과한 근로자들 중에는 甲과 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자나 기간제 근로자가 없는 상황이다. 그래서 甲은 A사에 대하여 A사의 근로자들 중 정년을 경과하지 않은, 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자 乙을 비교대상으로 하여 동일한 임금을 기준으로 하여 그 차액분을 손해배상을 청구하였다.

[문] 甲의 청구가 인용될 수 있을지를 논하시오.(대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결)

- I. 서론
- II. 정년이 경과한 파견근로자에 대한 임금차별시, 사용자  
업주의 손해배상책임
  - 1. 차별적 처우의 금지의 의의
  - 2. 차별적 처우의 합리적 이유 판단
  - 3. 임금차별에 대한 사용자업주의 손해배상책임 여부
  - 4. 정년을 경과하여 파견근로를 한 경우, 임금차별에 대  
한 사용자업주의 손해배상책임 여부
- III. 사안의 적용
  - 1. 甲이 A사에게 임금차별의 손해배상을 청구할 수 있는  
지 여부
  - 2. 甲과 같거나 유사한 업무를 수행하고 있는 A사의 정  
년미경과 근로자 乙을 비교대상근로자로 할 수 있는  
지 여부
  - 3. 근로자 乙과 동일한 임금을 기준으로 하여 손해배상  
을 청구할 수 있는지 여부.
- IV. 결론

## I 서론

- i) 파견근로자가 임금 차별을 받은 경우 파견사업주는 물론 사용사업주도 그에 대한 손해배  
상책임을 부담하는지가 문제된다.
  - ii) 또한 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년이 경과한 파견근로자에 대하여 파견근로자  
보호 등에 관한 법률(이하 파견법) 제21조 제1항이 금지하는 차별적 처우가 있는지를 판  
단할 때, 비교대상 근로자를 선정하는 방법이 특히 문제된다.
  - iii) 그리고 만약 정년을 경과하지 않은 근로자를 비교대상 근로자로 삼는 경우, 파견근로자  
의 정년이 경과하였다는 사정을 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 판단하는 데에 고  
려하여야 하는지 여부
  - iv) 또한 정년을 경과한 파견근로자에 대하여 사용자업주 소속 정년 미경과 근로자를 비교대  
상으로 하여 차별적 처우로 인한 손해배상액을 산정하는 경우, 그 기준이 되는 임금, 즉  
파견근로자가 차별적 처우가 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금에 대한 산정방법  
등이 문제된다.
- 이하에서는 이러한 쟁점을 중심으로 논하기로 한다.

## II 정년이 경과한 파견근로자에 대한 임금차별시, 사용자업주의 손해배상책임

### 1. 차별적 처우 금지의 의의

파견법 제21조 제1항은 “파견사업주와 사용자업주는 파견근로자라는 이유로 사용자업주의 사업  
내의 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적  
처우를 하여서는 아니 된다.”라고 정하고 있고, 같은 조 제2항은 파견근로자가 차별적 처우에  
대하여 노동위원회에 시정을 신청할 수 있다고 정하고 있다.

### 2. 차별적 처우의 합리적 이유 판단

파견근로자에게 합리적 이유없이 차별적 처우를 해서는 안되는데, 이 때 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 있는지 여부는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용과 정도, 불리한 처우가 발생한 이유를 기준으로 파견근로자의 업무의 내용과 범위·권한·책임 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

### 3. 임금차별에 대한 사용사업주의 손해배상책임 여부

파견법 제21조 제1항과 제2항의 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 있었는데도 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.

### 4. 정년을 경과하여 파견근로를 한 경우, 임금차별에 대한 사용사업주의 손해배상책임 여부

#### (1) 사용사업주의 손해배상 책임 인정 여부

위의 법리는 파견근로자가 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년을 경과하여 근로를 제공한 경우에도 적용한다는 것이 판례의 태도이다.

#### (2) 비교대상근로자의 판단 및 고려사항

다만, 정년을 경과하여 파견근로를 한 경우, 이러한 차별적 처우가 있는지를 판단할 때 어떤 근로자가 비교대상 근로자가 될 수 있는지가 문제된다.

가. 원칙 : 같은 종류나 유사한 업무를 수행하는, 정년을 경과한 사용사업주의 근로자가 있는 경우

판례에 따르면 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년이 경과한 파견근로자에 대하여 제21조 제1항이 금지하는 차별적 처우가 있는지를 판단할 때 비교대상 근로자는

i) 원칙적으로 사용사업주의 사업장에서 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자가 있다면 그 근로자가 되어야 한다.

ii) 만일 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 있다는 것이 判例의 태도이다.

**나. 예외 : 같은 종류나 유사한 업무를 수행하는, 정년을 경과한 사용사업주의 근로자가 없는 경우**

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 것이라는 것이 판례의 태도이다.

### **(3) 정년미경과 근로자를 비교대상근로자로 한 경우, 손해배상액의 산정방법**

사용사업주의 정년미경과 근로자를 비교대상근로자로 하는 경우에도 파견근로자의 정년이 경과하였다는 사정을 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 판단하는 데에 고려하여야 한다는 것이 판례의 태도이다.

그리고 판례에 따르면 “정년을 경과한 파견근로자에 대하여 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자를 비교대상으로 하여 차별적 처우에 합리적 이유가 있는지를 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”고 한다.

그리고 이러한 임금은

- i) 정년이 경과한 파견근로자가 구체적으로 수행한 업무의 내용과 범위·권한·책임,
- ii) 동종 사업장의 관행,
- iii) 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 한다는 것이 判例의 태도이다.

## **Ⅲ 사안의 적용**

### **1. 甲이 A사에게 임금차별의 손해배상을 청구할 수 있는지 여부**

사안에 따르면

- i) A사는 甲과 같거나 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자 乙이 이미 있다는 것을 알고

있었다는 점.

ii) A사가 주도적으로 甲의 임금을 설계하였다는 점, 등을 고려하면,

A사는 甲의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하였다는 점을 알 수 있다.

따라서 임금차별의 합리적 이유가 없다면 甲은 A사에게 손해배상을 청구할 수 있다.

**2. 甲과 같거나 유사한 업무를 수행하고 있는 A사의 정년미경과 근로자 乙을 비교대상근로자로 할 수 있는지 여부**

판례에 따라 판단하면 A사에는 甲과 같거나 유사한 업무를 수행하고 있는 정년이 경과한 근로자가 없으므로, 정년이 경과하지 않는 근로자 乙을 비교대상근로자로 할 수 있다.

**3. 근로자 乙과 동일한 임금을 기준으로 하여 손해배상을 청구할 수 있는지 여부.**

차별적 처우에 합리적 이유가 있는지를 판단하거나 차별적 처우로 인한 손해배상액을 산정하는 경우, 그 기준이 되는 임금은, A사 소속 정년 미경과 근로자 乙이 받은 임금이 아니라 A사가 정년을 경과한 근로자를 채용하였더라면 지급하였을 적정한 임금을 의미한다.

그런데, 甲은 그러한 점들을 고려하지 않고, 乙과 동일한 임금을 청구하였으므로, 甲의 청구는 인용되지 않을 것이다.

**IV 결론**

A사에 대하여 A사의 근로자들 중 정년을 경과하지 않은, 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자 乙은 비교대상근로자가 될 수 있다.

하지만, 차별적 처우로 인한 손해배상액의 A사가 정년을 경과한 근로자를 채용하였더라면 지급하였을 적정한 임금을 의미하므로 乙과 동일한 임금을 기준으로 손해배상액을 청구한 甲의 청구는 인용되지 않을 것이다.

[참고]

[사용사업주에 대한 희생절차개시결정이 있는 경우, 희생절차개시결정 전에 발생한 파견근로자의 직접고용청구권이 소멸하는지 여부(적극) 및 파견근로자는 사용사업주의 희생절차가 종결되면 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있는지 여부(적극)(대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결)]

파견근로자 보호 등에 관한 법률 제6조의2 제2항은 파견근로자가 명시적인 반대사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 같은 조 제1항의 사용사업주의 직접고용의무 규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있고, 파견근로자 보호 등에 관한 법률 시행령 제2조의2 제1호는 임금채권보장법 제7조 제1항 제1호부터 제3호까지 정한 사용사업주에 대한 파산선고, 희생절차개시결정 및 미지급임금 등을 지급할 능력이 없다고 인정되는 일정한 경우를 파견법 제6조의2 제2항에 규정된 ‘대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우’의 하나로 규정하고 있다.

파견법이 이처럼 파견근로자의 고용안정과 보호를 위하여 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하면서도, 위와 같은 직접고용의무의 예외규정을 둔 이유는 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면하여 희생절차가 개시된 사용사업주에 대하여도 일반적인 경우와 동일하게 직접고용의무를 부과하는 것은 사업의 효율적 회생을 어렵게 하여 결과적으로 사용사업주 소속 근로자뿐만 아니라 파견근로자의 고용안정에도 도움이 되지 않는다는 정책적 고려에 바탕을 둔 것이다. 이와 같은 예외규정을 둔 입법 목적과 취지를 고려하면, 파견법 제6조의2 제2항에 따라 사용사업주에 대한 희생절차개시결정이 있는 후에는 직접고용청구권은 발생하지 않고, 희생절차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 희생절차개시결정으로 인하여 직접고용청구권이 소멸하는 것으로 봄이 타당하다. 다만 사용사업주의 희생절차가 종결되면 파견근로자는 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있다.

## [참고]

**[1] 파견법 제34조 제2항에 따라 사용사업주가 파견근로자에 대하여 임금지급의무를 부담하는 경우, 파견근로자의 사용사업주에 대한 임금채권에 관하여 근로기준법 제38조 제2항이 정하는 최우선변제권이 인정되는지 여부(적극)**

파견법 제1조, 제34조 제2항, 같은 법 시행령 제5조, 근로기준법 제38조 제2항 제1호의 내용에 의하면, 사용사업주가 정당한 사유 없이 근로자파견의 대가를 지급하지 아니하고 그로 인하여 파견사업주가 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우 사용사업주는 근로자에 대하여 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하게 된다. 이와 같이 사용사업주가 파견법 제34조 제2항에 따라 근로자에 대하여 임금지급의무를 부담하고 그에 따라 파견근로자가 사용사업주에 대하여 임금채권을 가지는 경우, 파견근로자의 복지증진에 관한 파견법의 입법 취지와 더불어 사용사업주가 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하는 경우 임금 지급에 관하여 사용자로 본다는 파견법 제34조 제2항 후문 및 근로자의 최저생활을 보장하려는 근로기준법 제38조 제2항의 규정 취지를 고려하여 보면, 파견근로자의 사용사업주에 대한 임금채권에 관하여도 근로기준법 제38조 제2항이 정하는 최우선변제권이 인정된다고 봄이 타당하다.

**[2] 사용사업주의 파견근로자에 대한 임금지급책임을 인정하는 파견법 제34조 제2항을 적용하기 위하여 당해 근로자파견이 같은 법 제5조의 파견사유가 있고 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 '적법한 근로자파견'에 해당하여야 하는지 여부(소극)**

사용사업주의 파견근로자에 대한 임금지급책임을 인정하는 파견법 제34조 제2항을 적용하기 위하여 당해 근로자파견이 파견법 제5조의 파견사유가 있고 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 '적법한 근로자파견'에 해당하여야만 하는 것은 아니다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 파견법은 '파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것'을 '근로자파견'으로 정의하고 있을 뿐(제2조 제1호), 제5조에 정한 근로자파견 대상 업무에 해당하는 등 파견사유가 있을 것 또는 제7조에 정한 근로자파견사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 '근로자파견'의 요건으로 들고 있지 않다.

② 원칙적으로 파견사업주가 파견근로자에 대한 임금지급의무를 부담하지만, 파견사업주가 사용사업주의 귀책사유로 인하여 임금을 지급하지 못한 경우에는 사용사업주가 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하도록 함으로써 파견근로자를 보호하고자 하는 것이 파견법 제34조 제2항의 취지이다.

③ 적법하지 않은 파견의 경우 파견법 제34조 제2항이 적용되지 않는다고 보면 파견법이 규정한 제한을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 오히려 임금지급책임을 지지 않는 결과가 되어 법적 형평에 어긋나게 된다.