

2025년 노동법 사례연습 추록(2024년판 소지자를 위한)

※ 삭제한 사례, 목차 및 내용 등 상당 부분 수정한 사례도 있지만, 편집의 어려움으로 다 실지는 못합니다. 양해해 주시기 바랍니다.

- 35쪽 밑에 추가해 주세요 -

<추가 사례> 개별 근로계약에서 근로조건에 관하여 구체적으로 정하고 있지 않은 경우

甲은 1994. 3.1. A대학교에 조교수로 신규임용되었는데, 그 당시는 A대학교의 취업규칙 따라 호봉제를 실시하였다.
甲은 이후 계속 재임용되다가 2005. 4. 1. 교수로 승진임용되었다.
甲은 2005. 4. 1.A대학교와 별도로 임용계약서를 작성하거나 임금 등 근로조건에 관 새로운 약정을 체결하지 않았는데, 甲이 A대학교의 조교수로 신규 임용된 이래 수차례 걸쳐 계속 재임용되었을 때에도 마찬가지였다.
그런데, A대학교는 교원의 급여체계에 관하여 2016년도까지는 연공서열의 호봉에 따른 급과 각종 수당을 더한 금액을 보수로 지급하는 기존의 호봉제를 유지하다가, 교원의 연도 성과를 반영한 연봉에 따라 보수를 지급하기로 내용의 연봉제 급여지급규정(취업이라고 전제하시오)을 2016년도에 제정하여 2017학년도부터 시행하였다.(연봉제 임금 변환에 대하여 찬반투표를 실시하였는데, 2016년 당시 재직 중인 전임교원(전체 근로전제하시오) 총 145명 중 107명이 투표에 참여하여 100명이 찬성함으로써 적법한 절차 거쳐 가결되었다)
그 결과 甲은 2017년도에는, 호봉제에 따른 임금보다 더 적은 임금을 지급받게 되었기에 대하여 甲은 자신이 호봉제 시행 중에 임용되어 그 근로관계가 계속되어 왔으므로 자신과 A대학교 사이에는 호봉제에 의하여 임금을 정하기로 하는 근로계약이 성립된다고 주장하고 있다. 그런데, 근로계약상 호봉제에 따른 임금이 취업규칙으로 정한 임금 유리하므로, 호봉제에 따른 임금을 산정하고, 그 차액분을 지급하라는 청구의 소를 제하였다.

[문] 甲의 청구가 인용될 수 있을지를 논하시오.

• 대법원 2022. 1. 13. 선고 2020다232136 판결 참조

- I. 문제의 소개
- II. 취업규칙과 근로계약의 충돌 시 유리의 원칙 인정 여부
 - 1. 취업규칙과 근로계약의 의의
 - 2. 상하위 법원의 충돌 시 일반적 해결의 원칙
 - 3. 유리의 원칙 인정여부를 판단하기 위한 법률조문과 판례
- III. 사안의 적용

- 1. 甲과의 근로조건을 개별 근로계약에서 구체적으로 정하고 있는지 여부
- 2. 甲에게 변경된 연봉제규정(취업규칙)에 따라 임금을 지급한 것이 타당한지 여부
- IV. 결론

I. 문제의 소재

A대학교는 취업규칙을 통해 호봉제를 시행하고 있다가 이후 근로자 과반수의 동의를 얻어 연봉제로 취업규칙을 적법한 절차를 거쳐 개정하였다. 그런데, 甲은 적법하게 변경된 취업규칙보다 자신과 체결한 근로계약이 더 유리하므로, 그 차액분을 지급할 것을 청구하고 있다.

- i) 근로자들의 집단적 동의를 거쳐 적법하게 변경된 취업규칙보다 유리한 근로계약이 우선하여 적용되는지 여부
- ii) 개별근로계약에서 근로조건에 관하여 구체적으로 정하고 있지 않은 경우에도 이러한 유리조건 우선의 법리가 적용되는지 여부가 문제된다.

II. 취업규칙과 근로계약의 충돌 시 유리의 원칙 인정여부 : 위의 내용 참조

III. 사안의 적용

1. 甲과의 근로조건을 개별 근로계약에서 구체적으로 정하고 있는지 여부

사안에 따르면 甲이 1994. 3. 1. A대학교의 조교수로 신규 임용된 이래 A대학교와 甲 사이의 근로관계가 계속되어 왔을 뿐이며, 별도의 임용계약서를 작성하거나 임금 등 근로조건에 관하여 별도의 약정을 체결하지 않았음을 알 수 있다.

즉 甲과 A대학교는 취업규칙이 규정한 바에 따라 급여를 지급받아 왔을 뿐, 개별 근로계약에서 근로조건을 구체적으로 정하지 않았다고 볼 수 있다.

2. 甲에게 변경된 연봉제규정(취업규칙)에 따라 임금을 지급한 것이 타당한지 여부

甲과의 개별 근로계약에서 근로조건에 관하여 구체적으로 정하고 있다면, 유리조건 우선의 법리에 따라 호봉제를 유지했으면 지급받았을 임금 차액분을 甲에게 지급해야 할 것이다.

하지만, A대학교는 甲과 개별 근로계약에서 근로조건에 관하여 구체적으로 정한 바가 없으므로, 적법하게 변경된 취업규칙을 적용하여야 할 것이다.

따라서 호봉제에 따랐으면 지급되었을 임금차액분을 지급하라는 甲의 청구는 인용되지 않을 것이다.

IV. 결론

A대학교와 甲은 개별 근로계약에서 근로조건에 관하여 구체적으로 정하지 않았으므로, A대학교는 적법하게 변경된 취업규칙에 따라 甲에게 임금을 지급할 수 있다. 따라서 甲의 청구는 인용되지 않을 것이다.

- 39쪽 밑에 추가해 주세요 -

<추가 사례> 온라인 플랫폼 종사자의, 근로기준법상 근로자성

A사는 자동차대여사업을 회사이다. B사는 A사의 자회사인데, A사는 자회사인 B사가 개발·운영하는 모바일 애플리케이션을 기반으로 그 앱의 이용자에게 A사의 차량을 대여하고 있다. 그리고 C사는 인력공급업 등을 영위하는 회사인데, A사는 C사로부터 차량 운전기사를 제공받아서 '기사 알선 포함 차량 대여서비스(이하 해당 서비스)를 운영하였다. 甲은 C사와 '드라이버 프리랜서 계약'을 체결한 운전기사이다.

그런데, C사가 甲을 포함해서 드라이버 프리랜서 계약을 체결한 운전기사들을 해고하였다. 이에 대하여 甲이 해당 해고에 대하여 부당해고 구제신청을 제기하였다. 이에 대하여 노동위원회는 A사가 차량을 소유하고 필요한 부대비용 일체를 부담하였는 점, 그리고 B사가 해당 서비스의 일부 업무를 독립하여 수행하였다기보다 해당 서비스 운영자인 A사를 위해 해당 업무를 대행하였다고 평가할 수 있다는 점 등을 고려하여 만약 甲이 근로기준법상 근로자라면 A사가 근로기준법상 사용자라는 점을 인정하였다.

그런데 A사는 甲이 근로기준법상 근로자가 아니라고 주장하고 있다.

해당 서비스의 핵심은 드라이버가 수행하는 운전업무라고 할 수 있는데, A사의 업무를 대행하고 있는 B사가 운전업무에 대한 교육자료 등과 근태관리 자료를 제작하여 C사에게 배포하고 B사가 해당 업무에 대한 교육실행을 담당하고 있다.

그리고 甲에게 적용될 별도의 취업규칙이나 복무규정은 없었다. 하지만, 교육자료 등에 운전업무수행 중에 준수해야 할 사항 및 금지사항 등이 규정되어 있었다.

운전업무 제공방법은 A사의 업무를 대행하고 있는 B사가 결정했고, B사는 그 방법을 C사에게 제공하였으며, 甲은 C사를 통해 제공된 방법에 따라 운전업무를 하였다. 요금 징수, 업무 평가, 불만사항 처리 등은 모두 A사나 A사를 대행하고 있는 B사가 수행하였다. 또한 B사의 앱을 통하여 운행내역이 자동으로 기록·관리되었고, 해당 운행 내역을 기초로 매달 작성된 근태관리 리포트를 통하여 C사는 甲 등의 드라이버에 대하여 교육 및 제재를 가하였다.

또한 甲이 배차희망을 C사에게 신청하고 C사는 이를 B사에게 전달하여 배차를 완료하였다. 甲은 원하지 않는 날에는 배차신청을 하지 않을 수도 있다. 다만, 배차신청에 대한 최종 결정권은 B사가 가지고 있었다. 그리고 배차가 완료되면 정해진 근무일과 근무시간에 지정된 장소에 도착해서 운전업무를 수행해야 했다. 갑은 호출수락여부와 휴식을 선택할 수 있지만, 미수락 건수에 따라 인사평가 및 페널티를 받을 수 있었다.

甲은 제3자에게 운전업무를 대신하게 할 수 없었고, 앱이 지정한 이용자 외에는 다른 승객을 승차시킬 수 없었다. 그리고 주유비용 등의 부대비용은 S사가 부담하였다.

甲이 받은 보수는 근무시간에 비례해서 지급받았다.

甲에게는 별도의 기본급이나 고정급이 지급되지 않고, 근로소득세를 원천징수 당하지 않았다.

甲은 운행시간 외에는 다른 검업도 할 수 있었지만, 배차받은 운행시간 내에서는 해당 서비스의 운전업무만 수행해야 한다.

[문] 甲이 근로기준법상 근로자가 아니라는 A사의 주장이 타당한지 논하시오.(30점) • 대법원 2024.7.25. 선고 2024두32973 판결 (A사가 甲의 사용자인지 여부는 별도로 논하지 마시오)

- I. 문제의 소재
- II. 온라인 플랫폼 종사자의 근로기준법상 근로자성
 - 1. 근로기준법상 근로자의 개념
 - 2. 근로자성 판단에 관한 판례법리
 - 3. 온라인 플랫폼 종사자의 근로기준법상 근로자성
- III. 사안의 적용
- IV. 결론

I. 문제의 소재

A사 등과 직접적인 근로계약을 체결하지 않고, 온라인 플랫폼을 매개로 근로를 제공하는 플랫폼 종사자인 甲이 근로기준법상 근로자인지를 어떻게 판단해야 하는지가 문제된다.

II. 온라인 플랫폼 종사자의 근로기준법상 근로자성 판단

1. 근로기준법상 근로자의 개념 : 근로기준법 제2조 제1항 제1호 (위의 사례 참조)

2. 근로자성 판단에 관한 판례 법리 : 위의 사례 참조

(1) 실질적 판단 : 사용종속관계

(2) 사용종속관계가 존재하는지의 판단기준

① 판단징표를 통한 종합적 판단

② 부수적 판단징표의 고려

3. 온라인 플랫폼 종사자의 근로자성 판단

판례에 따르면 “온라인 플랫폼(노무제공과 관련하여 둘 이상의 이용자 간 상호작용을 위한 전자적 정보처리시스템을 말한다)을 매개로 근로를 제공하는 플랫폼 종사자가 근로자인지를 판단하는 경우에는

- i) 노무제공자와 노무이용자 등이 온라인 플랫폼을 통해 연결됨에 따라 직접적으로 개별적인 근로계약을 맺을 필요성이 적은 사업구조,
- ii) 일의 배분과 수행 방식 결정에 온라인 플랫폼의 알고리즘이나 복수의 사업참여자가 관여하는 노무관리의 특성을 고려하여

근로자인지 여부를 판단하기 위한 여러 요소들을 적정하게 적용해야 한다”고 한다.¹⁾

III. 사안의 적용

1. 계약의 형식

해당 사안에 따르면, 甲은 A사와는 특별한 근로계약관계를 체결하고 있지 아니하다. 하지만, 판례에 따르면 근로기준법상 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 아니라, 근로제공 관계의 실질이 종속적인 관계에서 근로를 제공한 것인지 여부에 따라 판단해야 한다.

특히 온라인 플랫폼 종사자의 경우에는 직접적인 근로계약을 맺을 필요성이 적은 사업구조를 지니고 있으므로, 근로계약이라는 계약의 형식이 없다고 하더라도 甲의 근로기준법상 근로자성을 부정하여서는 아니된다.

1) 대법원 2024. 7. 25. 선고. 2024두32973 판결

2. 사용종속성의 유무 판단

(1) 종속노동성에 대한 징표 판단

① 업무내용을 A사가 정하는지 여부

A사의 업무를 대행하고 있는 B사가 운전업무에 대한 교육자료 등과 근태관리 자료를 제작하여 C사에게 배포하고 B사가 해당 업무에 대한 교육실행을 담당하고 있는 점을 고려할 때, 업무내용은 A사가 정하고 있다고 볼 수 있다.

② 취업규칙이 적용되는지 여부

甲에게 적용될 별도의 취업규칙이나 복무규정은 없었지만, B사가 C사에게 배포한 교교육자료와 근태자료 등이 사실상 복무규정으로 기능하고 있다고 할 수 있다.

③ 업무수행과정에서 상당한 지휘·감독을 받고 있는지 여부

i) 甲이 C사를 통해 제공된 방법에 따라 운전업무를 하였다는 점, ii) 요금 징수, 업무평가, 불만사항 처리 등을 A사나 B사가 수행하였다는 점, iii) B사의 앱을 통하여 기록된 운행 내역을 기초로 교육 및 제재를 가하였다는 점, iv) 배차 희망 신청을 甲이 할 수 있지만, 최종 결정권을 甲이 가지고 있지 않다는 점, v) 甲이 호출 미수락 건수에 따라 인사평가 및 페널티를 받을 수 있었다는 점 등을 고려할 때, 甲은 업무수행과정에서 상당한 지휘·감독을 받고 있다고 볼 수 있다.

④ 근무시간과 근무장소에 구속되는지 여부

甲이 정해진 근무일과 근무시간에 지정된 장소에 도착해서 운전업무를 수행해야 했으므로 근무시간과 장소에도 구속돼 있다고 볼 수 있다.

(2) 독립사업자성에 대한 징표 판단

- i) 甲이 제3자에게 운전업무를 대신하게 할 수 없었고 앱이 지정한 이용자 외에는 다른 승객을 승차시킬 수 없었다는 점을 고려할 때, 甲이 스스로 추가적인 이윤창출을 할 수 없었다는 점
- ii) 주유비용 등의 부대비용은 S사가 부담한 점을 볼 때, 甲이 손실할 초래할 위험을 부담하지 않았다는 점 등을 고려하면, 甲을 독립적인 사업자로 보기는 어렵다.

(3) 보수의 근로대가성에 대한 징표 판단

甲은 근무시간에 비례해서 보수를 지급받았으므로 그 보수는 근로자체의 대가라고 볼 수 있다.

(4) 계약의 전속성에 대한 징표 판단

甲은 배차받은 운행시간 내에서는 해당 서비스의 운전업무만 수행해야 한다는 점을 고려할 때, 전속성의 징표도 지니고 있다고 보아야 한다.

(5) 부수적 징표의 판단

甲에게는 별도의 기본급 등이 지급되지 않고, 근로소득세를 원천징수 당하지 않았지만, 이러

한 사정은 온라인 플랫폼을 매개로 한 노무제공의 특성이므로, 이러한 사정 때문에 근로기준법상 근로자성을 부정해서는 아니된다.

따라서 이상의 징표를 종합하여 고려하면 온라인 플랫폼을 매개로 하여 근로를 제공한 甲은 근로기준법상 근로자에 해당한다.

IV. 결론

온라인 플랫폼 종사자인 甲이 개별적인 근로계약을 체결하지 아니하였으나, 이는 온라인 플랫폼의 사업구조에 기인할 뿐이다. 또한 온라인 플랫폼의 알고리즘이나 노무관리의 특성을 종합적으로 고려할 때, 甲은 종속관계 하에서 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다. 따라서 甲이 근로기준법상 근로자가 아니라는 A사의 주장은 타당하지 않다.

- 152쪽 밑에 추가해 주세요(153쪽-161쪽은 삭제) -

<추가 사례> 재직 조건부 임금 및 근무일수 조건부 임금

A회사는 2018년에 설립된 자동차부품회사이고, 근로자 300명이 근무하고 있으며, B노동조합이 있다. A회사는 임금에 대해서 아래 내용의 취업규칙을 두고 있다.

<취업규칙>

제20조 【상여금】 기본급의 750%를 격월(각 100%), 설·추석(각 50%), 하기휴가(50%)에 분할 지급한다. 그리고 상여금은 지급일 현재 재직 중인 직원에 한하여 지급하며 지급일 이전에 퇴직한 직원에게는 지급하지 않는다.

제30조 【만근수당】 매월 15일 이상 근무한 근로자에게는 만근수당을 30만원 지급한다.

A회사는 주5일제 근무를 하고 있는데, 매월 약 22일 정도가 소정근로일수라고 할 수 있다. A회사의 근로자인 甲은 2025년 1월에 연장근로수당을 지급받았는데, 상여금과 만근수당이 연장근로수당을 산기 위한 기준임금인 통상임금에 포함되지 않은 것을 발견하였다.

[문] 甲은 상여금과 만근수당이 통상임금에 포함되어야 한다고 주장하며, 연장근로수당을 재산정하여 차액분을 정산해 줄 것을 요구하고 있다. 甲의 주장이 타당한지를 논하시오.

대법원 2024. 12. 19. 선고 2023다302838 전원합의체 판결

대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190 전원합의체 판결

- I. 문제의 소재
- II. 통상임금의 판단기준 : 재직조건부 임금 및 근무일수 조건부 임금의 판단을 중심으로
 - 1. 통상임금의 의미
 - 2. 통상임금의 판단기준
 - 3. 재직조건부 임금과 근무일수 조건부 임금의 통상임금성 판단기준

- III. 사안의 적용
 - 1. 소정근로의 대가인지 여부
 - 2. 정기성과 일률성의 충족 여부 : 소정근로의 대가성을 판단하기 위한 개념적 징표
 - 3. 재직조건부 임금과 근무일수 조건부 임금의 통상임금성
- IV. 결론

I 문제의 소재

근로기준법 제56조 제1항에 따르면 통상임금은 연장근로수당을 산정하기 위한 기준이 되는 임금이다.

i) 따라서 어떠한 임금이 통상임금에 해당하는지가 문제되므로 통상임금의 일반적 판단기준이 문제된다.

ii) 특별히 해당 사안에 대해서는 특정 시점에 재직 중인 자에 한하여 지급한다는 조건이 부가된 임금이 통상임금에 해당하는지 여부도 문제된다.

iii) 또한 근무일수를 조건으로 붙인 임금이 통상임금에 해당하는지 여부도 문제된다.

II 통상임금의 판단기준 : 재직조건부 임금 및 근무일수조건부 임금의 판단을 중심으로

1. 통상임금의 의미 : 법규정

근로기준법 시행령에 따르면 통상임금이라 함은 근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근

로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액을 말한다
(근로기준법 시행령 6조1항)

이렇듯 “법령의 정의와 취지에 충실하게 통상임금 개념을 해석하면, 통상임금은 소정근로의 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하기로 정한 임금을 말한다”는 것이 판례의 태도이다.²⁾

2. 통상임금의 판단기준

판례에 따르면 “통상임금의 본질은 근로자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 가치를 평가한 기준임금이라는 데에 있으며, 정기성과 일률성은 그 임금이 소정근로의 대가인 임금임을 뒷받침하는 개념적 징표”라고 판시하고 있다.³⁾

(1) 실질적 요소 : 소정근로(도급근로자의 경우는 총 근로, 이하 총근로는 생략)의 대가

통상임금에 해당하기 위해서는 소정 근로의 대가로 지급되어야 한다.

판례에 따르면 “소정근로의 대가라 함은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다.”⁴⁾

즉 “근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다.” 것이 판례의 태도이다.⁵⁾⁶⁾

판례에 따르면 “소정근로의 대가가 무엇인지는 근로자와 사용자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로의 가치를 어떻게 평가하고 그에 대하여 얼마의 금품을 지급하기로 정하였는지를 기준으로 전체적으로 판단하여야 하고, 그 금품이 소정근로시간에 근무한 직후나 그로부터 가까운 시일 내에 지급되지 아니하였다고 하여 그러한 사정만으로 소정근로의 대가가 아니라고 할 수는 없다.”고 판시하고 있다.⁷⁾

(2) 지급형태상의 요소

① 정기성

어떤 임금이 통상임금에 해당하기 위해서는 정기적으로 지급되어야 한다.

판례에 따르면, 정기적으로 지급된다는 것은 “그 임금이 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되어야 함을 의미한다.”⁸⁾

즉, 통상임금은 1개월 이내의 주기마다 지급되는 임금으로 한정되는 것은 아니다.⁹⁾

2) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결 (이전 판례에 따르면 “고정성”이라는 개념적 징표를 기준으로 통상임금 해당여부를 판단해 왔지만, 전원합의체 판결은 i) 법령 부합성, ii) 강행성, iii) 소정근로 가치 반영성, iv) 사전적 산정 가능성, v) 정책 부합성 등을 통상임금 개념의 재정립 방향으로 제시하면서 “고정성 개념을 통상임금의 개념적 징표에서 제외하는 것이 옳다”고 판시하였다)

3) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

4) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

5) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

6) 이런 점에서 평균임금이 사후적, 산술적 의미의 임금개념인데 반하여 통상임금은 사전적, 평가적 의미의 임금개념이라 할 수 있다.

7) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

8) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

9) 2013년의 대법원 전원합의체 판결에서도 1개월을 넘는 기간마다 정기적으로 지급하는 것은 단지 분할 지급하는 지급주기의 문제일 뿐이므로 “정기상여금과 같이 일정한 주기로 지급되는 임금의 경우 단지

② 일률성

어떤 임금이 통상임금에 해당하기 위해서는 일률적으로 지급되어야 한다.

판례에 따르면 일률적으로 지급되는 것에는 '모든 근로자'에게 지급되는 것뿐만 아니라 '일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자'에게 지급되는 것도 포함된다. 또한 이러한 '일정한 조건 또는 기준'은 소정근로의 가치 평가와 관련된 조건이라야 한다.¹⁰⁾¹¹⁾

3. 재직 조건부 임금과 근무일수 조건부 임금의 통상임금성 판단기준

(1) 재직 조건부 임금의 통상임금성

판례에 따르면 "통상임금은 실근로와 구별되는 소정근로의 가치를 반영하는 도구개념이므로, 계속적인 소정근로의 제공이 전제된 근로관계를 기초로 산정하여야 한다"고 한다.

따라서 "근로자가 재직하는 것은 근로계약에 따라 소정근로를 제공하기 위한 당연한 전제이고, '퇴직'은 정년의 도래, 사망, 해고 등과 함께 근로관계를 종료시켜 실근로의 제공을 방해하는 장애사유일 뿐, 근로자와 사용자가 소정근로시간에 제공하기로 정한 근로의 대가와는 개념상 아무런 관련이 없다"는 것이 판례의 태도이다.

판례에 따르면 "따라서 어떠한 임금을 지급받기 위하여 특정 시점에 재직 중이어야 한다는 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 소정근로 대가성이나 통상임금성이 부정되지 않는다"고 판시하고 있다.¹²⁾

(2) 근무일수 조건부 임금의 통상임금성

① 소정근로일수 이내로 정해진 근무일수 조건부 임금

"소정근로를 온전하게 제공하는 근로자라면 충족할 근무일수 조건, 즉 소정근로일수 이내로 정해진 근무일수 조건의 경우, 그러한 조건이 부가되어 있다는 사정만으로 그 임금의 통상임금성이 부정되지 않는다"는 것이 판례의 태도이다.¹³⁾

그 지급주기가 1개월을 넘는다는 사정만으로 그 임금이 통상임금에서 제외된다고 할 수는 없다."고 판시하여, 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되기만 하면, 지급주기가 1개월을 넘더라도 정기적 지급으로 인정하고 있는 것이 판례의 태도이다.(대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결); 1995년 전원합의체 판결에서 모든 임금을 근로의 대가로 파악하여 임금2분설을 폐기한 이후에는 임금을 근로 제공에 대한 교환적 부분과 근로 제공과 무관한 생활보장적 부분으로 구별할 법적 근거가 없어졌으므로, 임금의 형식적인 명칭에 따라 통상임금에 속하는지 여부를 달리 볼 아무런 이유가 없게 되었고, 통상임금을 '1임금산정기간'을 기준으로 가려왔던 판단 방식 또한 더 이상 설 자리를 잃게 되었다. 2013년 대법원 전원합의체 판결에서도 정기성의 의미를 1995년 전원합의체 판결 이후의 판례와 동일하게 판단한 것이라 할 수 있을 것이다.

10) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

11) 이러한 일률성의 의미에 따라 [판례]는 부양가족이 있는 근로자에게만 지급되는 가족수당에 대해서 "소정근로의 가치 평가와 무관한 사항을 조건으로 하여 지급되는 임금이므로 '일률성'을 인정할 수 없어, 통상임금에 속하지 않는다."고 판단하고 있다. 그러나 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하면서 실제 부양가족이 있는 근로자에게는 일정액을 추가적으로 지급하는 경우 그 기본금액은 소정근로에 대한 대가에 다름 아니므로 통상임금에 속한다 (대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결) / 그런데, [판례]에서는 일률성의 요건인 '일정한 조건 또는 기준'은 소정근로의 가치평가와 관련된 조건이라야 한다고 함으로써, 임금이분설로 사실상 회귀한 것 아니냐는 평가를 받기도 한다.(이철수, "통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결의 의미와 평가", 2014년 한국노동법학회 학술대회 자료집(2014.1.10.) 내용 참조)

12) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

13) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

판례에 따르면 “통상임금은 실제 근무일수나 실제 수령한 임금에 관계없이 소정근로의 가치를 반영하여 정한 기준임금이기 때문”에, “근로자의 실제 근무일수가 소정근로일수에 미치지 못하여 근로자가 근무일수 조건부 임금을 지급받지 못하더라도, 그 임금이 소정근로 대가성, 정기성, 일률성을 갖추고 있는 한 이를 통상임금에 산입하여 연장근로 등에 대한 법정수당을 산정하여야 한다”고 판시하고 있다.¹⁴⁾

② 소정근로일수를 초과하는 근무일수 조건부 임금

반면 “소정근로일수를 초과하는 근무일수 조건부 임금은 소정근로를 제공하였다고 하여 지급되는 것이 아니고 소정근로를 넘는 추가 근로의 대가이므로 통상임금이 아니다”는 것이 판례의 태도이다.¹⁵⁾

III 사안의 적용

1. 소정근로의 대가인지 여부

사안에서의 상여금은 기본급의 750%를 격월, 설·추석, 하기휴가에 지급하고 있으며, 만근수당은 매월 지급하고 있다.

이러한 상여금과 만근수당을 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공하여 추가로 지급받는 임금이라거나, 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금이라고 볼 수 없다. 따라서 해당 상여금과 만근수당은 소정근로의 대가라고 할 수 있다.

이하에서는 이에 덧붙여서 소정근로의 대가성을 판단하기 위한 개념적 징표인 정기성과 일률성을 검토해 보기로 한다.

2. 정기성과 일률성의 충족 여부 : 소정근로의 대가성을 판단하기 위한 개념적 징표

A회사의 상여금은 명절휴가비는 기본급의 750%를 격월, 설·추석, 하기휴가에 분할 지급하고 있으므로, 정기성과 일률성을 충족하고 있다.

그리고 만근수당은 매월 지급하고 있으므로 정기성과 일률성을 충족하고 있다.

3. 재직조건부 임금과 근무일수 조건부 임금의 통상임금성

A회사의 상여금이 재직중인 근로자에게만 지급하고 있기는 하지만, 그러한 사정은 통상임금성을 부정하는 조건으로 보기 어렵다.

또한 만근수당 역시 15일 이상 근무하여야 지급한다는 조건이 붙어 있지만, A회사의 매월 소정근로일수가 약 22일이므로 이러한 조건은 소정근로일수에 미치지 못하는 근무일수 조건이라고 할 수 있다. 따라서 판례에 따르면 이러한 근무일수 조건이 붙어있더라도 통상임금성을 부정하기 어렵다.

14) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

15) 대법원 2024.12.19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체 판결

따라서 A회사에서 취업규칙 제20조에서 규정하고 있는 상여금과 제30조에서 규정하고 있는 만근수당은 소정 근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적으로 지급되는 통상임금에 해당한다.

IV 결론

A회사의 상여금과 만근수당은 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적으로 지급되는 통상임금에 해당한다. 따라서 상여금과 연장근로수당을 재산정하여 차액분을 정산해 줄 것을 요구하는 甲의 주장은 타당하다.

<추가 사례> 부당해고된 근로자의 원직복직시 대기발령의 정당성

甲은 2002. 3. 13. A사의 사내협력업체인 B사와 근로계약을 체결하고 B사에 입사하였고, 같은 날부터 A사에 파견되어 A사의 공장에서 자동차조립업무중 히트닥터 설치공정 업무에 종사하였다. B사는 2005. 2. 2. 甲에 대하여 징계해고를 하고 甲으로부터 A사의 사업장 출입증을 회수하였고, A사도 甲의 사업장 출입을 금지하였다.

甲은 2005. 3. 15.경 A사를 상대로 지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였으나, 지방노동위원회는 2005. 7. 19. A사가 甲의 사용자가 아니라는 이유로 부당해고 구제신청을 각하하였고, 중앙노동위원회는 2006. 7. 12. 초심판정과 동일한 이유로 甲의 재심신청을 기각하였다. 하지만, 甲은 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소소송을 제기하였는데, 대법원에서는 구 「파견근로자보호 등에 관한 법률」에 따라 A사가 2004. 3. 13.부터 甲을 직접 고용한 것으로 간주되므로, 'A사가 甲의 사업장 출입을 봉쇄하여 노무수령을 거절한 것은 해고에 해당한다.'는 취지로 파기환송판결을 선고하였다. 파기환송심 법원인 서울고등법원은 2011. 2. 10. 선행 대법원판결의 취지에 따라 이 재심판정을 취소하는 판결을 선고하였고, 그 판결은 2012. 2. 23. 대법원의 상고기각으로 확정되었다.

이에 대하여 중앙노동위원회는 2012. 5. 2.에 'A사의 2005. 2. 2. 자 해고는 부당해고임을 인정하며, A사는 甲을 원직에 복직시키고 해고일부터 복직일까지 임금 상당액을 지급하라.'는 내용으로 재심판정을 하였다.

A사는 이후 甲이 소속된 C노동조합과 甲의 복직 문제를 포함하여 사내협력업체 근로자의 정규직 전환에 관한 특별협의를 13차례 진행하였고, 그 특별협약이 A사노동조합의 반대로 무산되었다.

결국 A사는 이후 2013. 1. 7. 甲에게 보직을 제시하지 않은 채 2013. 1. 9. 08:00까지 A사 공장 인사팀으로 출근하라는 내용으로 배치대기의 인사발령을 하였다. 그러나 甲은 이 배치대기발령에 불응하여 출근하지 않았다. 이에 대하여 A사는 甲과 면담을 하였으나 甲은 이전과 동일한 히트닥터 설치공정 업무에 배치해 달라고 주장하였다. 하지만, A사는 협의과정에서 甲이 해고된 이후 7년간 생산차종이 달라져서 작업방식이 달라졌을 뿐만 아니라, 그 히트닥터 설치공정에는 이미 다른 근로자들이 배치되어 있으므로 해당 설치공정에 배치는 어려우므로 甲의 업무수행능력과 각 공정의 배치수요를 살펴서 합당한 보직을 부여하겠다고 밝혔다. 그리고 보직을 부여하기 전에 한 달간의 직무교육을 거쳐 보직을 부여하겠다고 말하였다. 하지만, 甲은 동일한 히트닥터 설치공정 업무에 배치할 것을 요구하면서, 2013.1.7.부터 2016. 12. 7.까지 총 총 927일간 대기발령에 응하지 않았다. 그러자 A사는 927일간의 무단결근을 이유로 하여 甲에 대한 해고를 의결하고 이를 甲에게 통보하였다.

[문] A사가 부당해고된 甲을 원직복직시키는 과정에서 대기발령을 명한 것이 정당한지 논하시오.

I. 문제의 소재	부
II. 부당해고한 근로자의 원직복직과 대기발령의 정당성	2. 甲의 생활상 불이익과의 비교·교량
1. 부당해고 구제명령의 내용	3. 甲과 협의절차를 거쳤는지 여부
2. 사용자의 원직복직의무 이행의 정당성	IV. 결론
III. 사안의 적용	
1. A사의 대기발령의 필요성과 상당성이 인정되는지 여부	

I 문제의 소재

- ① 사용자가 부당해고된 근로자를 복직시키는 경우, 원직에 복귀시켜야 하는지 여부
- ② 사용자가 부당해고한 근로자를 복직시키면서 일시적인 대기발령을 하는 경우, 대기발령의 정당성이 있는지 판단하는 기준이 어떤한지가 문제된다.

II. 부당해고한 근로자의 원직복직과 대기발령의 정당성

1. 부당해고 구제명령의 내용

근로기준법 제30조 제1항에 따라 노동위원회는 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 한다. 구제명령의 내용에 대하여는 특별한 규정이 없어 노동위원회의 합리적 재량에 맡겨지는데, 일반적으로 부당해고 등에 대하여는 원직복직의 구제명령을 하며, 이에 덧붙여 해고 등이 없었더라면 지급받을 수 있었던 임금 상당액을 지급하라는 구제명령도 하고 있다.¹⁶⁾

2. 사용자의 원직복직의무 이행의 정당성

(1) 원칙

사용자는 부당해고된 근로자를 복직시키는 경우 원칙적으로 원직에 복귀시켜야 한다는 것이 판례의 태도이다.¹⁷⁾

(2) 원직복직시 종전의 일과 다소 다른 일을 시킨 경우

그런데, 판례에 따르면 해고되었던 근로자를 복직시키면서 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 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 볼 수 있다고 판시하고 있다.¹⁸⁾

(3) 원직복직시 일시적인 대기발령을 하는 경우

그런데, 사용자가 부당해고한 근로자를 복직시키면서 일시적인 대기발령을 할 수 있는지가 문

16) 임종률 15판, 578p

17) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2021다169 판결

18) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결

제된다.

판례에 따르면 “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 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 불이익과 비교·교량하고 근로자 측과의 협의 등 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 대기발령의 정당성을 인정할 수 있다”고 한다.¹⁹⁾

III. 사안의 적용

1. A사의 대기발령의 필요성과 상당성이 인정되는지 여부

- i) 甲이 해고될 당시 담당하였던 히트닥터 설치공정 자체는 배치대기발령 무렵에도 존재하고 있었으나, 그 사이에 생산차종이 변경되었다는 점,
- ii) 히트닥터 설치공정에는 이미 다른 근로자들이 배치되어 있었다는 점
- iii) 甲은 해고 시점부터 약 7년 이상 경과한 후 복직하는 것이었으므로, A사로서는 그 사이에 이루어진 작업방식의 변화, 甲의 업무수행능력, 각 공정의 배치수요를 살펴 甲에게 합당한 보직을 부여할 필요가 있었다는 점,
- iv) 또한 해당 대기발령이 직무교육 등을 통해 甲에게 합당한 보직을 부여하기 위한 임시적 조치라는 점 등을 고려하면 그 필요성과 상당성이 인정된다고 할 것이다.

2. 甲의 생활상 불이익과의 비교·교량

해당 배치 대기발령을 통해 받게 되는 甲의 생활상의 불이익은 해당 사안에서는 제시되어 있지 않다. 甲의 생활상 불이익은 해당 배치대기발령에 비해서 크지 않은 것으로 판단할 수 있다.

3. 甲과 협의절차를 거쳤는지 여부

사안에 따르면 A사는 甲이 원직복직 구제명령을 받은 후 C노동조합과 갑을 비롯한 근로자들의 정규직 전환에 관한 특별협의를 13차례 진행한 것을 알 수 있다. 그리고 이후에도 갑과 원직복직시 직무내용과 직무교육에 대해서 협의한 것을 알 수 있다. 따라서 A사는 甲과 복직에 관하여 협의절차를 거친 것으로 볼 수 있다. 따라서 A사의 배치대기발령은 그 정당성을 인정할 수 있다.

IV. 결론

A사의 배치대기발령은 甲에게 합당한 보직을 부여하기 위한 임시적 조치로서 그 필요성과 상당성이 인정되고, 이로 인하여 甲이 받게 되는 생활상 불이익이 있다거나 그 불이익이 크다고 볼 수 없으며, 甲 측과의 성실한 협의절차도 거쳤다고 할 수 있다. 그러므로 A사의 배치대기발령은 그 정당성을 인정할 수 있다.

19) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2021다169 판결

- 678쪽 심화사례를 기본사례로 올리면서 일부 내용을 수정함 -

<수정 사례> 복수노조에서의 인사고과를 통한 불이익 취급

A사는 근로자 800여 명을 고용하여 자동차산업용부품의 설계, 제조 및 판매 등을 영위하는 회사이고 2개의 노동조합이 설립되어 있다. 우선 A사에는 전국 단위 산업별 노동조합인 B노동조합의 기업단위 지회로서 C지회가 설립되어 있다. 그리고 A사에는 기업별 노동조합인 D노조가 설립되어 있다. 예전에는 C지회가 교섭대표노조였으나, 2013년 A사의 지원을 받아 설립된 D노조가 교섭대표노조가 되었다. A사와 C지회는 2010년 발생한 직장폐쇄를 기점으로 노사관계가 점점 악화되었다. A사가 직장폐쇄기간 동안 A사의 건물에 침입한 조합원에 대해서 징계를 하기도 하였다. 또한 A사는 C지회와 이전에 체결한 단체협약 해지통고를 하면서 사무실 반납을 요구하였고, 사무실을 반납하지 않자, 단전 및 단수조치를 하기도 하였다. C지회는 직장폐쇄가 되고, D노동조합이 설립된 이후 조합원수가 10명으로 급감하였으나, 2014년에는 100명으로 급증하였다. 2014년, C지회의 조합원수는 100명이고, D노조의 조합원수는 400명이다. A사는 2014. 6. 3. 교섭대표노동조합인 D노동조합과 단체협약을 체결하면서 고정 비율(연 700%)로 지급하던 상여금을 성과평가결과에 따라 지급비율에 차등을 두어 지급하는 것으로 변경하였다. 성과평가결과는 S, A, B+, B-, C, D등급 등 7단계로 나누었으며 S등급은 성과상여금을 700% 지급받는 반면, A등급은 600%, B+등급은 550%, B등급은 500%, B-등급은 450%, C등급은 250%를 지급받았다. D등급을 받은 경우 성과상여금은 지급되지 않았다. A사는 2014년 12월 중순경 소속 근로자들에 대한 2014년도 하반기 성과평가를 실시하였고 그 결과에 따라 2015. 2. 20. 근로자들에게 성과상여금을 차등 지급하였다. D노조의 조합원들 중 B등급 이상을 받은 비율은 98%인 반면에, C지회의 조합원들 중 B+등급 이상을 받은 근로자는 한 명도 없고, B등급 20명, B-등급 30명, C등급 30명, D등급 20명이었다. 그런데, 약 80명의 C지회 소속의 근로자들은 A사가 자신들을 C지회 소속이라는 이유로 낮은 성과등급을 부여하였고, 그에 따라 이 사건 성과상여금을 지급하였으므로 이는 불이익취급의 부당노동행위라고 주장하며 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였다. 노동위원회는 이에 대하여 “성과상여금을 차별지급한 것을 취소하고 정당한 성과평가를 재실시하여 근로자들에게 성과상여금 차액분을 지급하라”는 구제명령을 내렸다.

[문] A회사가 성과평가를 통해 성과상여금을 차등지급한 것이 불이익취급의 부당노동행위에 해당하는지를 입증책임을 중심으로 논하고, 노동위원회의 구제명령이 적법한지에 대해서도 논하시오. (대법원 2018. 12. 27. 선고 2017두47311 판결, 노동판례백선 2판 사례)

- I. 문제의 소재
- II. 부당노동행위의 입증책임과 인사고과를 통한 불이익취급의 입증방법
 - 1. 불이익취급의 부당노동행위의 의의
 - 2. 불이익취급의 부당노동행위의 입증책임
 - 3. 인사고과를 통한 불이익취급의 입증방법
- III. 부당노동행위 구제명령의 적법성
 - 1. 부당노동행위 구제명령의 의의
 - 2. 부당노동행위 구제명령의 내용
- IV. 사안의 적용
 - 1. A사의 행위가 부당노동행위인지 여부
 - 2. A사에 대한 노동위원회의 구제명령이 적법한지 여부
- V. 결론

I 문제의 소재

해당 사안에서처럼 사용자가 특정노조의 조합원이라는 이유로 다른 노조의 조합원이나 비조합원보다 불리하게 인사고과를 하여 상여금을 적게 지급하는 불이익취급을 행한 경우에,

- i) 이러한 행위가 부당노동행위에 해당하는지를 누가 입증하여야 하는지,
- ii) 그리고 어떤 방법을 사용하여 불이익취급의 부당노동행위로 판단할 수 있을 것인지가 문제된다.
- iii) 또한 장래를 향하여 일정한 의무를 부과하는데 그치지 않고, “성과상여금을 차별지급한 것을 취소하고 정당한 성과평가를 재실시하여 근로자들에게 성과상여금 차액분을 지급하라”는 구제명령이 적절한 구제명령인지도 문제된다.

II 부당노동행위의 입증책임과 인사고과를 통한 불이익취급의 입증방법

1. 불이익취급의 부당노동행위의 의의 : 앞의 사례 참조
2. 불이익취급의 부당노동행위의 입증책임

그런데, 사용자의 행위가 부당노동행위에 해당하는지에 대한 입증책임을 누가 부담해야 하는지가 문제된다.

불이익취급의 부당노동행위에 해당한다는 사실의 주장 및 입증책임은 부당노동행위임을 주장하는 근로자나 노동조합(근로자 측)에게 있으므로,²⁰⁾ “필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 부담할” 수밖에 없다는 것이 판례의 태도이다.²¹⁾²²⁾

3. 인사고과를 통한 불이익취급의 입증방법

- (1) 의의 : 대량관찰방법의 도입

대법원은 특정 노동조합의 조합원이라는 이유로 사용자가 다른 노동조합의 조합원 또는 비조합원보다 불리하게 인사고과를 하여 상여금을 적게 지급하는 불이익을 주었는지에 대하여 이른바 ‘대량관찰방법’이라는 입증부담을 경감할 수 있는 방법을 제시하고 있다.²³⁾

- (2) 대량관찰방법의 판단기준

대법원은 ‘대량관찰방법’에 대해 다음과 같은 구체적임 심리기준을 제시하며, 불이익취급의 부당노동행위 성립 여부를 판단하고 있다.

- ① 근로자 집단의 비교 : 동질의 근로자 집단 사이의 통계적으로 유의미한 격차

대법원 판례에 따르면 우선 “특정 노동조합의 조합원 집단과 다른 노동조합의 조합원 또는 비조합원 집단을 전체적으로 비교하여 양 집단이 서로 동질의 균등한 근로자 집단임에도 불구하고 인사

20) 대법원 1991.7.26. 선고 91누2557 판결 참조

21) 대법원 2011.7.28. 선고 2009두9574 판결 참조

22) 이에 대해서 당사자주의가 지배하는 민사일부에 관한 입증책임 원리를 노동3권 보장질서 침해행위에 대한 구제신청사건에 동일하게 적용하는 것이 집단적 노사관계의 특수성에 비추어 타당한가라는 의문이 지속적으로 제기되고 있고, 다수 학자들은 입증책임을 사용자에게 전환하거나 적어도 완화시켜야 한다는 비판도 하고 있다.(김소영, “불이익취급의 부당노동행위와 입증구조”, 『노동법논총』제22집, 2011.8, 109p)

23) 조용만·김홍영 3판, 715p / 인사고과자료가 사용자의 수중에 있는 상황에서 근로자가 비교 가능한 다른 근로자와의 개별적 비교방식에 따라 불이익취급의 성립여부를 입증하기란 현실적으로 매우 어렵다 할 수 있다.

고과에 있어서 양 집단 사이에 통계적으로 유의미한 격차가 있었는지 여부”를 심리하여 판단하여야 한다.²⁴⁾

② 반조합적 의사

대법원 판례에 따르면 “인사고과에 있어서의 그러한 격차가 특정 노동조합의 조합원임을 이유로 하여 비조합원에 비하여 불이익취급을 하려는 사용자의 반조합적 의사에 기인한다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있었는지”를 심리하여 판단하여야 한다.²⁵⁾

③ 해당 불이익취급이 인사고과의 차별에 기인한 것일 것.

대법원 판례에 따르면 “인사고과에 있어서의 그러한 차별이 없었더라도 동등한 수준의 상여금이 지급되었을 것은 아닌지 (혹은 해고대상자 선정 기준에 의할 때 해고대상자로 선정되지 않았을 것인지)” 등을 심리하여 판단하여야 한다.²⁶⁾

Ⅲ 부당노동행위 구제명령의 적법성

1. 부당노동행위 구제명령의 의의

노동위원회는 심문을 종료하고 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하며, 부당노동행위가 성립되지 아니한다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다(노조법 84조 1항).

2. 부당노동행위 구제명령의 내용

(1) 부당노동행위 구제제도의 취지

판례에 따르면 노동조합법 제81조 내지 제86조가 규정하고 있는 부당노동행위에 대한 구제제도는 집단적 노사관계의 질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하고자 하는 데 그 목적이 있다고 한다.

따라서 부당노동행위 구제제도의 목적에 부합하도록 부당노동행위 구제명령을 발하여야 한다.

(2) 부당노동행위 구제명령의 내용

다만 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있다는 것이 판례의 태도이다.

즉 현행법상 구제명령의 내용을 제한하는 특별한 규정은 없어 노동위원회의 합리적 재량에 맡겨진다.

Ⅳ 사안의 적용

1. A사의 행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부

24) 대법원 2009.3.26. 선고 2007누25695 판결

25) 대법원 2009.3.26. 선고 2007누25695 판결

26) 대법원 2009.3.26. 선고 2007누25695 판결

대량관찰방법에 따라 A사에게 부당노동행위 의사가 추정되는지를 중심으로 살펴보고자 한다.

(1) C지회 조합원과 D노조 조합원의 성과평가의 집단적 비교

사안에 따르면 D노조의 조합원들 중 B등급 이상을 받은 비율은 98%인 반면에, C지회의 조합원들 중 B+등급 이상을 받은 근로자는 한 명도 없고, B등급 20명, B-등급 30명, C등급 30명, D등급 20명이었다.

이러한 사정을 볼 때, 두 집단 사이에는 인사고과에 있어 통계적으로 유의미한 격차가 있다고 볼 수 있다.

(2) 부당노동행위의사의 추정

i) 2010년 직장폐쇄 이후 A회사 C지회의 분쟁이 끊이지 않았다는 점

ii) D노조가 A사의 지원을 받아 설립되었다는 점,

iii) 조합원에 대한 징계 및 사무실 반납을 둘러싸고 관계가 악화되었다는 점

iv) C지회의 조합원 수가 2014년에는 100명으로 급증하였다는 점 등을 고려하면,

인사고과에서의 격차는 A사의 반조합원 의사에 기인한 것으로서 부당노동행위 의사가 추정된다.

그리고 이러한 인사고과에서의 차별이 없었더라면, C지회 소속 근로자들이 더 높은 등급을 부여받았을 것이다.

따라서 A사의 행위는 부당노동행위에 해당한다.

2. A사에 대한 노동위원회의 구제명령이 적법한지 여부

성과상여금의 차별적 지급을 내용으로 하는 부당노동행위의 결과를 제거하지 않고 장래를 향하여 일정한 의무를 부과하는 것은 적절한 구제명령일 수 없다.²⁷⁾

노동위원회의 구제명령의 내용을 노동조합법에서 특별히 정하고 있지 않고, 노동위원회가 전문적이고 합목적적인 판단에 따라 재량적으로 구제명령을 발할 수 있으므로, 성과평가를 재실시한 후, 성과상여금과의 차액을 지급할 것을 명한 것은 적법하다.

V 결론

1. 인사고과에서의 차별이 없었더라면, C지회 소속 근로자들이 더 높은 등급을 부여받고 성과상여금을 지급 받았을 것이므로, A사의 행위는 부당노동행위에 해당한다.

2. 그리고 노동위원회는 자신의 전문적이고 합목적적인 재량으로 구제명령을 발할 수 있으므로, 성과평가를 재실시한 후, 성과상여금과의 차액을 지급할 것을 명한 것은 적법하다.

27) 노동판례백선 2판 (피용호), 401p

- 687쪽 사례를 기출문제로 바꿈 -

<수정 사례> 유니온숍

철강제품의 제조 및 판매업을 영위하는 A회사의 사업장에는 A회사의 근로자들로 구성된 기업별 노동조합인 D노동조합이 있다. D노동조합과 A회사는 2021. 3. 1. 체결한 단체협약(유효기간 2021. 3. 1. ~ 2023. 2. 28.) 제3조에서 유니온숍에 관해 다음과 같이 규정하고 있다.

제3조 (유니온숍)

- ① 근로자는 A회사에 입사 후 1개월 이내에 D노동조합의 조합원이 된다.
- ② A회사는 제1항을 위반하여 D노동조합에 가입하지 않거나 D노동조합으로부터 탈퇴한 근로자를 지체 없이 해고한다.

전국 단위 산업별 노동조합인 E노동조합이 2021. 9. 1. A회사에 E노동조합 A지회를 설치함으로써 A회사에는 두 개의 노동조합이 존재하게 되었다. D노동조합은 위의 단체협약을 체결할 당시부터 현재까지 A회사의 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있다. 2021. 10. 1. A회사에 입사한 근로자 丙은 D노동조합에 가입하지 않고 곧바로 E노동조합 A지회에 가입하였다. A회사는 위의 단체협약에 따라 2021. 12. 3. 丙을 해고하였다.

[문] 丙은 위의 유니온숍 협정(단체협약 제3조)에 따라 이루어진 자신에 대한 해고가 부당하다고 주장한다. 丙의 주장은 타당한가?

• 변호사시험 2023년 기출문제

- I. 문제의 소재
- II. 유니온숍 협정의 요건 및 효과
 - 1. 유니온숍 협정의 의의
 - 2. 유니온숍 협정의 요건
 - 3. 유니온숍 협정의 효과 및 범위
- III. 사안의 적용
- IV. 결론

- 1. A회사와 D노동조합 사이에 유니온숍 협정이 체결된 것인지 여부
- 2. 丙에 대한 해고가 부당한지 여부 : 유니온숍 협정의 효력범위

I 문제의 소재

노동조합과 사용자가 노조법에서 정한 유니온숍 협정을 체결한 경우, 사용자는 일반적으로 노동조합에 가입하지 않거나 탈퇴한 자에 대하여 해고의무를 부담한다.

그런데 해당 사안처럼 유니온숍 협정을 체결한 지배적 노동조합에 대한 가입과 탈퇴 절차를 거치지 않고, 바로 소수 노동조합에 가입한 경우에도 유니온숍 협정의 효력이 미치는지가 문제된다.

II 유니온숍 협정의 요건 및 효과

1. 유니온숍 협정의 의의

노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노조법”)은 원칙적으로 ‘근로자가 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위’를 사용자의, 근로자에 대한 노동3권의 침해행위인 부당노동행위로 금지하고 있다(제81조 제1항 제2호 본문). 그러나, 노조법은 ‘노동조합

이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결하는 경우'라는 일정한 조건 아래에서는 특정 노동조합원의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 유니온 쉘 협정을 인정하고 있다(제81조 제1항 제2호 단서).

2. 유니언 쉘 협정의 요건

(1) 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표할 것.

유니언 쉘 협정이 관련 근로자에게 미치는 강력한 효과를 고려하여 노조법은 '노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표'할 것을 요구하고 있다.

(2) 근로자가 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결할 것

단체협약상 유니언 쉘 협정으로 인정되기 위해서는 그 내용이 '고용된 근로자가 조합원이 되어야 한다.'는 내용이 되어야 한다.

3. 유니온 쉘 협정의 효과 및 범위

(1) 유니언 쉘 조항과 해고의무

유니언 쉘 협정을 체결하는 경우에는 그 협정에 근거하여 사용자는 조합에 가입하지 않거나 탈퇴한 근로자를 해고해야 할 의무를 부담한다.

(2) 사용자의 해고의무의 예외 - 사용자의 해고금지

① 노조에서 제명된 자

노조법은 사용자에게 '근로자가 그 노동조합에서 제명된 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.'고 규정하고 있다.(81조 1항 2호 단서 참조)

② 노조 탈퇴후 새로 노조를 조직하거나 다른 노조에 가입한 자

개정 노조법은 근로자가 '그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.'고 규정하고 있다.

③ 신규입사후 지배적 노조에 대한 가입, 탈퇴 절차 없이 소수 노조에 가입한 자

판례에 따르면, "유니언 쉘 협정의 효력은 근로자의 노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합이 아닌 노동조합의 단결권이 영향을 받지 아니하는 근로자, 즉 어느 노동조합에도 가입하지 아니한 근로자에게만 미친다."고 한다.

따라서 "신규로 입사한 근로자가 노동조합 선택의 자유를 행사하여 지배적 노동조합이 아닌 노동조합에 이미 가입한 경우에는 유니언 쉘 협정의 효력이 해당 근로자에게까지 미친다고 볼 수 없고, 비록 지배적 노동조합에 대한 가입 및 탈퇴 절차를 별도로 경유하지 아니하였다 고 하더라도 사용자가 유니언 쉘 협정을 들어 신규 입사 근로자를 해고하는 것은 정당한 이윤이 없는 해고로서 무효로 보아야 한다."는 것이 판례의 태도이다.²⁸⁾

III 사안의 적용

1. A회사와 D노동조합 사이에 유니온 쉘 협정이 체결된 것인지 여부

D노동조합은 A회사에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있으며 '고용된 근로자가 D노동조합

28) 대법원 2019.11.28. 선고 2019두47377 판결

의 조합원이 된다.’는 내용이 존재한다. D노동조합은 현재까지 근로자의 3분의 2이상을 대표하고 있으므로 유니온 슝 협정은 성립되어 있다.

2. 丙에 대한 해고가 부당한지 여부 : 유니온 슝 협정의 효력범위

사안에 따르면 丙은 A회사와 유니온 슝 협정을 체결하고 있는 D노조에 대한 가입 및 탈퇴 절차를 경유하지 않은 채, E노조 A지회에 가입하였다.

하지만 판례에 따르면 丙은 A지회에 가입하였으므로 丙에게는 유니온 슝 협정의 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다. 따라서 A회사가 유니온 슝 협정에 따라 丙을 해고한 것은 정당하지 않다.

丙의 주장은 타당하다.

IV 결론

A지회에 가입한 丙에게는 유니온 슝 협정의 효력이 미치지 않으므로, A회사가 단체협약 제3조의 유니온 슝 협정에 따라 丙을 해고한 것은 정당하지 않다.

- 737쪽에 추가 -

<기출 사례> 갱신기대권 (혹은 전환기대권)

A회사는 상시 500명의 근로자를 사용하여 골프장 운영 사업과 부동산 임대업을 영위하는 회사이다. 甲을 포함한 10명의 근로자(이하 '기간제 근로자들'이라 한다)는 1년을 계약기간으로 하는 근로계약을 체결하여 2022.1.1.부터 골프장 운영 사업부에서 일하였다. 기간제 근로자들의 근로계약서에서는 “계약기간 동안 근로자의 근무실적 등을 감안하여 필요하다고 인정할 때에는 계약기간을 연장할 수 있고, 계약기간 만료 30일 전까지 상호 서면으로 이의가 없을 때에는 계약은 동일한 조건으로 자동 갱신된다.”는 규정을 두고 있다. A회사는 특별한 사정이 없는 한 근로계약이 갱신될 것이라고 기간제 근로자들에게 지속적으로 말해왔다. A회사는 기간제 근로자들에게 계약갱신의 기회를 제공하기 위하여 2022.11. 이들에 대해 근무 평가를 실시하였다. 근무평가를 실시한 후 A회사는 근무평가등급이 낮은 것을 이유로 甲에 대해서 인사위원회의 심의 없이 2022.11.30. 근로계약이 2022.12.31.자로 종료된다는 통보를 하였다. A회사는 甲을 제외한 9명의 기간제 근로자들에 대해서는 인사위원회의 심의를 거쳐 2022.12.15. 계약기간을 1년으로 하는 근로계약을 다시 체결하였다. A회사는 2020년과 2021년에도 계약기간의 정함이 있는 근로자들의 근무평가를 실시하여 근무평가 등급이 낮은 소수의 근로자를 제외하고, 근로계약을 갱신한 바 있다. 기간제 근로자들에 대한 근무평가에서 1차 평가는 과장이 담당하고 2차평가는 부장이 담당하는데 그 비중은 각각 50%이다. 기간제 근로자들의 직근 상급자인 과장은 甲에 대해 대부분의 항목에서 가장 우수한 평점인 S등급을 부여하였으나 부장은 모든 평가 항목에 대하여 하위등급인 C내지 D등급을 부여하였다. 과장의 근무평가와는 달리 부장의 근무평가에서는 낮은 등급을 부여한 이유가 명확하지 않거나 이유 자체가 기재되어 있지 않다. 특히 근태평가기준에 따르면 A등급이 부여되었어야 하나, 부장은 평가기준과 달리 甲에 대한 근태평가에서 D등급을 부여하였다. 한편 2022년 상반기 근무평가에서 甲은 상위등급인 A등급을 받은 바 있다. 그리고 A회사는 2022. 9. 기간제 근로자들을 대상으로 하여 동료근로자들에 대한 익명평가를 실시하였는데, 甲은 이 평가에서 담당 업무를 가장 성실하게 수행하는 근로자로 선정된 바 있다.

[문] 甲은 자신에 대한 A회사의 갱신거절과 계약만료 통보가 부당하여 효력이 없다고 주장한다. 甲의 주장은 정당한가?

• 공인노무사 2024년 기출문제

I. 서론

II. 갱신기대권의 범위

1. 계약기간의 만료와 근로관계의 종료
2. 갱신기대권의 의의
3. 갱신기대권의 판단기준 및 위반의 효과
4. 갱신거절의 합리적 이유

III. 사안의 적용

1. 甲에게 갱신기대권을 인정할 수 있는지 여부
2. 甲에 대한 갱신거절과 계약만료 통보가 부당하여 효력이 없는 것인지 여부

IV. 결론

I 서론

- i) 우선 甲에게 갱신기대권이 인정되는지 여부 및 그 판단기준이 문제된다.
- ii) 甲에게 갱신기대권이 인정되는 경우 A회사의 갱신거절에 합리적 이유가 있는지를 어떻게 판단할지, 그 판단기준이 문제된다.

II 갱신기대권의 법리

1. 계약기간의 만료와 근로관계의 종료

당사자 사이에 근로계약의 기간을 약정한 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 그 기간의 만료에 따라 근로관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이다. 하지만, 근로자에게 갱신기대권 등이 인정되는지를 살펴 볼 필요가 있다.

2. 갱신기대권의 의의

근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 그에 반하는 부당한 갱신거절은 부당해고와 마찬가지로 무효라고 보는 것이 '정당한 갱신 기대권의 법리'이다.

3. 갱신기대권의 판단기준 및 위반의 효과

(1) 갱신기대권의 판단기준

판례에 따르면 “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에는 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권을 인정할 수 있다”고 한다.

(2) 갱신기대권 위반의 효과

판례에 따르면 “근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없으며, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다”

4. 갱신거절의 합리적 이유

(1) 갱신거절의 합리적 이유의 판단기준

근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제될 때에는

- ① 사용자의 사업 목적과 성격,
- ② 사업장 여건,
- ③ 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용,
- ④ 근로계약 체결 경위,
- ⑤ 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 운용 실태,
- ⑥ 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 등

당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이고 공정한지를 기준으로 판단하여야 한다.

(2) 갱신거절의 합리적 이유의 증명책임.

- 갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추적용되고, 해고의 정당한 사유는 사용자에게 입증책임이 있듯이 갱신거절의 합리적 이유가 있다는 사정은 사용자가 입증책임을 부담한다.

III. 사안의 적용

1. 甲에게 갱신기대권을 인정할 수 있는지 여부

- i) 甲을 포함한 기간제 근로자들의 근로계약서에 근무실적을 감안한 자동갱신규정을 두고 있다는 점,
 - ii) A회사가 특별한 사정이 없는 한 근로계약이 갱신될 것이라고 기간제 근로자들에게 지속적으로 말해 왔다는 점 등을 고려할 때,
- 甲에게 근로계약이 갱신될 수 있을 것이라는 정당한 기대권을 인정할 수 있다.

2. 甲에 대한 갱신거절과 계약만료 통보가 부당하여 효력이 없는 것인지 여부

- i) 甲을 제외한 9명의 기간제 근로자들에 대해서는 계약기간을 1년으로 하는 근로계약을 다시 체결하였다는 점,
- ii) 2020년과 2021년에는 근무평가 등급이 낮은 소수의 근로자를 제외하고, 근로계약을 갱신하였다는 점,
- iii) 과장과 부장이 각각 평가비중 50%를 차지하고 있는데, 과장은 甲에 대해 대부분의 항목에서 가장 우수한 평점인 S등급을 부여하였으나 부장은 모든 평가 항목에 대하여 하위 등급인 C 내지 D등급을 부여하였는데, 부장의 근무평가에서는 낮은 등급을 부여한 이유가 명확하지 않거나 이유 자체가 기재되어 있지 않다는 점,
- iv) 근태평가기준에 따르면 A등급이 부여되었어야 하나, 부장이 평가기준과 달리 D등급을 부여하였다는 점,
- v) A회사가 2022년에 실시한 익명의 평가에서 甲이 가장 성실한 근로자로 선정된 점 등을 고려하면,

甲에게 합리적이고 공정한 평가를 거쳐 갱신거절통보를 했다고 볼 수는 없을 것이다. 즉 甲에 대한 갱신 거부의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이고 공정하다고 볼 수는 없다.

따라서 자신에 대한 A회사의 갱신거절과 계약만료 통보가 부당하여 효력이 없다는 甲의 주장은 정당하다.

IV. 결론

甲에게 갱신기대권을 인정할 수 있으며, 甲에 대한 A회사의 갱신거부의 사유와 절차가 객관적이고 합리적이며 공정하다고 볼 수 없다. 따라서 甲의 주장은 정당하다.

<추가 사례> 직접고용의무 이행 시의 근로조건

A사는 도로의 설치·관리 사업을 위해 설립된 법인으로서, 고속국도 통행료수납업무도 수행하고 있다. A사는 고속국도의 통행료 수납업무 용역계약을 B사와 체결하였다. 甲과 乙은 2012.8.2.에 B사에 채용되어 통행료 수납업무를 담당하고 있는 근로자들이다. 甲과 乙은 B사와의 근로계약에 따라 기본급과 상여금을 합하여 월 300만 원을 지급받았다. 그런데, 甲과 乙은 A사와 B사 사이에 체결된 용역계약이 실질적으로 근로자파견계약에 해당한다는 것을 주장하면서 A사가 甲과 乙에 대하여 불법파견에 따른 직접고용의무가 있으므로, 고용에 관한 승낙의 의사표시를 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 A사가 甲과 乙에 대하여 고용의 의사표시를 하라는 판결이 확정되었다. 이를 직접고용해야 할 의무가 는 이유로 해당 원고들이 피고 소속 근로자의 지위에 있음을 확인하고, 피고가 위 원고들에 대하여 고용의 의사표시를 하라는 판결을 선고하였다.

그런데, 甲과 乙은 직접고용의무가 발생한 2012.8.2.부터 고용의 의사표시를 하라는 판결이 확정된 2015. 8.2.까지 직접고용의무 불이행에 따른 임금상당의 손해배상을 할 것을 청구하였다.

A사에는 “직원관리규정”이 있다. 해당 관리규정에 따르면 일반직, 별정직, 현장직에 대한 임금 규정이 있었는데, 이 중에서 현장직에 대한 임금이 가장 낮았다. 현장직의 임금은 기본급과 상여금이 350만원, 교통보조비가 50만원이 지급되었다. 현장직에는 조무원 직종이 포함되어 있는데, 조무원은 운전원, 정비원, 안전순찰원 등의 현장직과 달리 특별한 기술을 요하지 않으며, 단순반복적인 방법으로 A사의 제반 사무를 처리하는 직종이다.

甲과 乙은 직접고용의무 불행에 따른 임금상당의 손해배상을 청구하면서 조리원을 포함한 현장직 임금규정을 자신에게 적용할 것을 주장하면서 400만원(조무원의 기본급과 상여금, 교통보조비)의 손해배상을 청구하였다. 甲과 乙은 자신들의 수납업무가 조무원의 근로가치보다 높다고 주장하고 있는데, 2010년도에 A사가 직접 고용한 기간제 통행료 수납원들의 임금이 기간제 조무원의 임금보다 높았다는 점을 근거로 하여, 이를 주장하고 있다. 그리고 법원에서는 이를 인용하는 판결을 선고하였다.

[문] 그런데, A사는 i) 직원 관리 규정은 기간의 정함이 없는 근로자에 대한 규정이므로 甲과 乙에게 적용할 수 없다는 점 ii) 甲과 乙이 종사했던 통행료 수납 업무가 A사에는 존재하지 않는다는 점 등을 이유로 들어 월 300만 원을 손해배상액수로 산정하여야 한다는 주장하고 있다. A사의 주장이 타당한지 논하시오. (직접 고용의무의 여부는 법원의 판결로 확정된 것이므로 별도로 논하지 마시오)

- I. 문제의 소재
- II. 파견근로자의 직접고용의무의 이행과 근로계약기간
 - 1. 원칙 : 기간을 정하지 않은 근로계약 체결
 - 2. 예외 : 기간제 근로계약 체결
 - 3. 특별한 사정이 없는 경우 기간제 근로계약의 효력
- III. 파견근로자 직접고용 시의 근로조건
 - 1. 관련 법령
 - 2. 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자

- 가 없는 경우의 근로조건 적용
- IV. 사안의 적용
 - 1. 기간의 정함이 없는 근로자에 대한 규정인 직원관리 규정을 甲과 乙에게 적용할 수 있는지 여부
 - 2. 동종유사 업무를 수행하는 근로자가 없으므로, 월 300만원을 손해배상액수로 산정하여야 한다는 A사의 주장이 타당한지 여부
- V. 결론

I 문제의 소재

- i) 파견법 제6조의2 제1항에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하는 경우, 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 하는지 여부가 문제된다.
- ii) 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하는 경우 직접고용된 근로자의 근로조건을 어떻게 설정해야 하는지가 문제된다. 특히 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에 어떻게 근로조건을 적용해야 하는지가 문제된다.

II. 파견근로자의 직접고용의무의 이행과 근로계약기간 : 앞의 사례 참조

- 1. 원칙 : 기간을 정하지 않은 근로계약 체결
- 2. 예외 : 기간제 근로계약 체결
- 3. 특별한 사정이 존재하지 않는 경우 기간제 근로계약의 효력

III. 파견근로자 직접고용 시의 근로조건

1. 관련 법령

파견법 제6조의2 제3항에 따르면 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우에 있어서 파견근로자의 근로조건은 i) 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 의할 것이며, ii) 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 당해 파견근로자의 기존의 근로조건의 수준보다 저하되어서는 아니될 것이다.

2. 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 없는 경우의 근로조건 적용

(1) 자치적 근로조건 형성의 원칙

- “파견법에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였는데 사용사업주의 근로자 중 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 안에서 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙”이라는 것이 판례의 태도이다.²⁹⁾

(2) 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우 근로조건 적용방법

“그러나 사용사업주가 근로자파견관계를 부인하는 등으로 인하여 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우에는 법원은 개별적인 사안에서 근로의 내용과 가치, 사용사업주의 근로조건 체계(고용형

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

태나 직군에 따른 임금체계 등), 파견법의 입법 목적, 공평의 관념, 사용사업주가 직접 고용한 다른 파견근로자가 있다면 그 근로자에게 적용한 근로조건의 내용 등을 종합하여 사용사업주와 파견근로자가 합리적으로 정하였을 근로조건을 적용할 수 있다”는 것이 판례의 태도이다.³⁰⁾

그런데, 판례에 따르면 “다만 이와 같이 파견근로자에게 적용될 근로조건을 정하는 것은 본래 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 형성했어야 하는 근로조건을 법원이 정하는 것이므로 한쪽 당사자가 의도하지 아니하는 근로조건을 불합리하게 강요하는 것이 되지 않도록 신중을 기할 필요가 있다”고 한다.³¹⁾

(3) 파견근로자에게 적용할 적절한 근로조건을 찾지 못한 경우 근로조건 적용방법

“그런데, 이러한 요소들을 고려하더라도 파견근로자에게 적용할 적절한 근로조건을 찾을 수 없다면 파견법 제6조의2 제3항 제2호³²⁾에 따라 기존 근로조건을 적용할 수밖에 없다”는 것이 판례의 태도이다.³³⁾

IV. 사안의 적용

1. 기간의 정함이 없는 근로자에 대한 규정인 직원관리규정을甲과乙에게 적용할 수 있는지 여부

판례에 따르면 직접고용의무에 따라 근로계약을 체결할 때는 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하는 것이 원칙이다. 특별한 사정이 있는 경우에는 기간제 근로계약을 체결할 수도 있지만, 그러한 특별한 사정의 존재에 관하여는 사용사업주가 증명책임을 부담한다. 그런데, 갑과 을에 대하여 기간제 근로계약을 체결할 수 있는 특별한 사정의 존재를 A사가 증명하지 못하고 있으므로, 기간의 정함이 없는 근로자에 대한 규정인 직원관리규정을甲과乙에게 적용할 수 있다.

2. 동종유사 업무를 수행하는 근로자가 없으므로, 월 300만원을 손해배상액수로 산정하여야 한다는 A사의 주장이 타당한지 여부

A사에는甲과乙이 수행한 통행료 수납업무와 동종 혹은 유사업무를 수행하는 근로자가 존재하지 아니한다. 하지만, 현장직 임금규정을 적용하여 400만원의 손해배상을 청구한甲과乙의 주장을 법원이 인용한 것은 타당하다. 그 이유는 아래와 같다.

- i)甲과乙은 A사 소속의 기간의 정함이 없는 근로자로 직접고용이 되어야 하는데 해당 규정이 기간의 정함이 없는 근로자의 근로조건을 정한 취업규칙인 점,
- ii) A사의 현장직종 중 하나인 조무원은 특별한 기술을 요하지 않으며, 단순 반복적인 방법으로 A사의 제반사무를 처리하고 있으므로, 통행료 수납원도 이에 포함될 수 있는 점,
- iii) 2010년에 통행료 수납업무를 담당하던 기간제 직원의 임금이 기간제 조무원의 임금보다 높았던 점을 고려하면

통행료 수납업무를 담당하는甲과乙을 직접 고용할 경우 적용되는 임금 등 근로조건은 현장

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

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

32) 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우 : 해당 파견근로자의 기존 근로조건의 수준보다 낮아져서는 아니 될 것

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

직 조무원에 적용되는 근로조건이 되어야 한다. 따라서 현장직 임금규정을 적용하여 400만원을 청구한 甲과 乙의 주장을 인용한 법원의 판결은 타당하다.

V. 결론

1. 기간의 정함이 없는 근로자에 대한 규정인 직원관리규정을 甲과 乙에게 적용할 수 있으므로, A사의 주장은 타당하지 않다.
2. 동종·유사 업무를 수행하는 근로자가 존재하지 않는 경우, 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙이다. 하지만, 자치적으로 근로조건을 형성하지 못할 경우, 법원이 사용사업주와 파견근로자가 합리적으로 정하였을 근로조건을 적용할 수 있다. 따라서 300만원으로 액수를 산정하여야 한다는 A사의 주장은 타당하지 않다.