

# 통합노동법 제11판[20.8월 출간] 추록

방강수 / 2020년 9월

제11판에 새롭게 추가된 내용을 중심으로 추록을 작성했습니다. 매번 개정작업을 할 때마다, 소소하게 수정하는 부분이 있는데, 이러한 부분까지 모두 담을 수 없다는 점, 양지해 주시기 바랍니다.

**본 추록의 무단전제 및 복제행위 역시 저작권법에 의해 처벌받을 수 있습니다.**

제10판 페이지	내 용
61	공무원 남녀정년 차별
119	복지포인트의 임금성
133	시간급 통상임금 산정을 위한 ‘총 근로시간 수’
165	숙·일직 근무
166	강행법규 잠탈 의도의 소정근로시간 단축 합의
194	연차수당의 산정기초
196	연차휴가 사용촉진 조치
233	취업규칙 불이익변경과 근로계약
322	구제의 이익
349	계속근로한 총기간의 산정방법
349	무기계약 간주자의 근로조건
367	파견법 적용 후, 하청업체에서 해고 또는 사직한 경우
373	비정규직 차별(불리한 처우와 합리적 이유)
677	유니언 쉼 조항과 근로자의 단결선택권
691	운영비 원조(법개정)

#### IV. 공무원 남녀정년 차별

국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부는 기본권의 수범자로서 국민의 기본권을 보호하고 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 점, 공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자인 점 등을 고려하면, 공무원 관련 법률에 특별한 규정이 없는 한, 고용관계에서 양성평등을 규정한 남녀고용평등법 제11조 제1항과 근로기준법 제6조는 국가기관과 공무원 간의 공법상 근무관계에도 적용된다(대판 2019.10.31, 2013두20011).

그리고 여성 근로자들이 전부 또는 다수를 차지하는 분야의 정년을 다른 분야의 정년보다 낮게 정한 것이 여성에 대한 불합리한 차별에 해당하는지는, 헌법 제11조 제1항에서 규정한 평등의 원칙 외에도 헌법 제32조 제4항에서 규정한 ‘여성근로에 대한 부당한 차별 금지’라는 헌법적 가치를 염두에 두고, 해당 분야 근로자의 근로 내용, 그들이 갖추어야 하는 능력, 근로 시간, 해당 분야에서 특별한 복무규율이 필요한지 여부나 인력수급사정 등 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2019.10.31, 2013두20011).

#### V. 근로내용과 무관한 다른 사정에 따른 차별

## 5. 복지포인트의 임금성

복지포인트가 임금에 해당하는지에 대하여 최근 전원합의체 판결(이하 ‘전합 판결’)은 다음과 같이 판시하였다(대판전합 2019.8.22, 2016다48785).

### (1) 전합 판결 다수의견

사용자가 근로자에게 지급하는 금품이 임금에 해당하려면 먼저 그 금품이 근로의 대상으로 지급되는 것이어야 하므로 비록 금품이 계속적·정기적으로 지급된 것이라 하더라도 그것이 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없다면 임금에 해당한다고 할 수 없다. 여기서 어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것이냐를 판단함에 있어서는 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 한다.

사용자가 선택적 복지제도를 시행하면서 직원 전용 온라인 쇼핑사이트에서 물품을 구매하는 방식 등으로 사용할 수 있는 복지포인트를 단체협약, 취업규칙 등에 근거하여 근로자들에게 계속적·정기적으로 배정한 경우라고 하더라도, 이러한 복지포인트는 근로기준법에서 말하는 임금에 해당하지 않는다(그 결과 통상임금에도 해당하지 않는다). 이유는 다음과 같다.

① 선택적 복지제도는 임금 상승이나 보전을 위한 것이 전혀 아니고, 근로자의 욕구를 반영한 새로운 기업복지체계를 구축한 것이다. ② 복지포인트는 사용 용도가 제한되어 있고, 1년 내에 사용하지 않으면 소멸하고, 양도 가능성도 없으므로 근로제공의 대가라고 보기 어렵다. ③ 복지포인트의 ‘배정’ 자체를 금품의 ‘지급’으로 평가하기 어렵다.

### (2) 전합 판결 반대의견

① 계속적·정기적으로 배정되고, 배정에 관하여 사용자에게 의무가 지워져 있는 복지포인트는 근로의 대가로 지급되는 금품이라고 보아야 한다. ② 사용자의 복지포인트 배정에 따라 재산적 이익의 처분권이 근로자에게 이전되어 확정적으로 근로자에게 귀속되었다고 보는 것이 실질에 부합한다. ③ 복지포인트의 운용실태(통화와 유사하게 사용)에 비추어 임금성을 부정할 수 없다.

### 3. 시간급 통상임금 산정을 위한 ‘총 근로시간 수’

#### (1) 문제의 소재

근로기준법이 정한 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로 통상임금의 성질을 가진 월급 또는 일급 형태의 고정수당(근속수당, 승무수당, 연초수당, 운전자 공제회비, 식대, 상여금)을 지급받았고, 사용자가 그러한 고정수당을 통상임금에서 제외하였으나 심리 결과 고정수당이 통상임금에 해당하는 성질을 가진 것으로 밝혀진 경우, 그 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하기 위한 기준이 되는 ‘총 근로시간 수’의 산정이 문제가 된다.

#### (2) 종전 판례

총 근로시간 수에 포함되는 약정 근로시간 수 중 연장근로시간과 야간근로시간을 산정할 때에는 가산수당 산정을 위한 ‘가산율을 고려’하여야 한다(대판 2012.3.29, 2010다91046 등).

#### (3) 전합 판례

근로기준법이 정한 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로서 월급 형태로 지급되는 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 경우, 시간급 통상임금 산정의 기준이 되는 총 근로시간 수에 포함되는 약정 근로시간 수를 산정할 때는 특별한 정함이 없는 한 근로자가 실제로 근로를 제공하기로 약정한 시간 수 자체를 합산하여야 하는 것이지, 가산수당 산정을 위한 ‘가산율’을 고려한 연장근로시간 수와 야간근로시간 수를 합산할 것은 아니다. 종전 판결의 해당 부분 판단은 부당하므로 더 이상 유지하기 어렵다(대판[전합] 2020.1.22., 2015다73067).

## 5. 숙·일직 근무

일반적인 숙·일직 근무가 주로 정기적 순찰, 전화와 문서의 수수, 기타 비상사태 발생 등에 대비한 시설 내 대기 등 업무를 내용으로 하고 있는 것과 달리, 숙·일직 시 행한 업무의 내용이 본래의 업무가 연장된 경우이거나 그 내용과 질이 통상의 근로와 마찬가지로 평가되는 경우라면, 그러한 초과근무에 대하여는 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급하여야 한다(대판 2019.10.17, 2015다213568).

## IV. 소정근로시간 등

### 1. 소정근로시간

#### (1) 의 의

소정근로시간이란 기준근로시간의 범위 내에서 근로자와 사용자간에 근로하기로 정한 시간을 의미한다(근기법 제2조 제1항 제8호).

근로자는 합의한 소정근로시간 동안 근로의무를 부담하고, 사용자는 그 근로의무이행에 대하여 임금을 지급하게 되는데, 사용자와 근로자는 기준근로시간을 초과하지 않는 한 원칙적으로 자유로운 의사에 따라 소정근로시간에 관하여 합의할 수 있다(대판[전합] 2019.4.18, 2016다2451).

#### (2) 소정근로시간 합의의 무효

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(대판[전합] 2019.4.18, 2016다2451).

택시운전근로자와 관련하여 ‘생산고에 따른 임금’을 ‘최저임금에 산입되는 임금’에서 제외하도록 한 최저임금법 제6조제5항(‘이 사건 특례조항’)이 시행됨에 따라, 정액사납금제 하에서 생산고에 따른 임금을 제외한 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 사용자가 소정근로시간을 기준으로 산정되는 시간당 고정급을 외형상 증액시키기 위해 택시운전근로자 측의 동의를 얻어 실제 근무형태나 운행시간의 변경이 없음에도 소정근로시간만 단축하는 내용으로 변경한 취업규칙 조항은 무효이다(대판[전합] 2019.4.18, 2016다2451).

## VI. 연차유급휴가의 사용

### 1. 연차휴가임금

연차휴가는 유급휴가이다. 사용자는 연차휴가 기간에 대하여 취업규칙 등에서 정하는 통상임금 또는 평균임금을 지급해야 한다(근기법 제60조 제5항). 이 경우 연차휴가임금은 휴가를 주기 전 또는 준 직후의 임금지불일에 지급하여야 한다(동법 시행령 제33조).

연차휴가기간에 근로자가 근로를 제공하지 않더라도 근로를 제공한 것으로 보아 지급되어야 하는 연차휴가임금은 취업규칙 등에서 산정 기준을 정하지 않았다면, 그 성질상 통상임금을 기초로 하여 산정하여야 한다(대판 2019.10.18, 2018다239110).

#### (5) 연차수당의 산정기초

미사용휴가일수에 대한 연차휴가수당은 취업규칙 등에 다른 정함이 없다면 마찬가지로 통상임금을 기초로 하여 산정한다(대판 2019.10.18, 2018다239110).

## VIII. 연차유급휴가의 사용 촉진

### 1. 의 의

사용자가 연차휴가 사용 촉진을 위해 법에서 정한 조치를 했는데도 근로자가 휴가를 사용하지 않아 휴가권이 소멸된 경우에는, 사용자는 그 미사용휴가에 대하여 금전으로 보상할 의무가 없고, 미사용 휴가에 대한 권리(휴가권)는 다음 해로 이월되지 않고 소멸된다(근기법 제61조).

저조한 휴가사용률로 인해 휴가제도가 본래의 취지보다는 금전보상의 수단으로 이용되고 있는 실태를 개선하여 휴가사용률을 제고하기 위해 마련된 규정이다.

### 2. 요 건

근로기준법 규정에 따라 ① 사용자가 근로자에게 미사용 휴가일수를 알려주면서 근로자의 휴가 시기지정을 서면으로 촉구하고, ② 그럼에도 근로자가 시기지정을 하지 않으면 사용자가 휴가시기를 지정하여 서면으로 통보해야 한다(제61조 제1항과 제2항의 각호). ③ 이러한 조치를 하였음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 연차휴가권이 소멸되어야 한다.

### 3. 효 과

(1) 위와 같은 조치를 한 때에는, 사용자는 근로자의 미사용휴가에 대하여 보상할 의무가 없다. 즉 근로자에게는 미사용휴가수당 청구권이 발생되지 않는다.

(2) 또한 연차휴가권의 소멸을 저지하는 사용자의 귀책사유에 해당하지도 아니하는 것으로 본다. 그러므로 근로자의 연차휴가권은 이월되지 않고 소멸된다.

### 4. 자발적 휴가 미사용

사용자가 사용촉진 조치를 하였음에도 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 연차휴가가 소멸된 경우에는 사용자는 그 사용하지 아니한 휴가에 대하여 보상할 의무가 없다. 다만, 위와 같은 휴가 미사용은 근로자의 자발적인 의사에 따른 것이어야 한다. 근로자가 지정된 휴가일에 출근하여 근로를 제공한 경우 사용자가 휴가일에 근로한다는 사정을 인식하고도 노무의 수령을 거부한다는 의사를 명확하게 표시하지 아니하거나 근로자에 대하여 업무지시를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 근로자가 자발적인 의사에 따라 휴가를 사용하지 않은 것으로 볼 수 없어 사용자는 근로자가 이러한 근로의 제공으로 인해 사용하지 아니한 휴가에 대하여 여전히 보상할 의무를 부담한다(대판 2020.2.27, 2019다279283).



## VIII. 취업규칙 불이익변경과 근로계약

근로계약으로 근로조건을 결정한 이후에 적법한 절차로 취업규칙이 불리하게 변경된 경우,<sup>1)</sup> 더 유리한 근로계약이 우선 적용되는지<sup>2)</sup>에 대해 최근 판례는 다음과 같이 판시하였다.

### 1. 근로기준법 제97조

근로기준법 제97조는 취업규칙에 최저기준으로서의 강행적·보충적 효력을 부여하고 있다. 이는 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 막아 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하기 위한 규정이다(대판 2019.11.14, 2018다200709).

이러한 규정 내용과 입법 취지를 고려하여 근로기준법 제97조를 반대해석하면, 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고, 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다(대판 2019.11.14, 2018다200709).

### 2. 근로기준법 제94조 및 제4조

근로기준법 제94조 제1항은 사용자가 일방적으로 정하는 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하려고 할 경우 근로자를 보호하기 위하여 위와 같은 집단적 동의를 받을 것을 요건으로 정한 것이다. 그리고 근로기준법 제4조는 근로조건은 근로관계 당사자 사이에서 자유로운 합의에 따라 정해져야 하는 사항임을 분명히 함으로써 근로자를 보호하고자 하는 것이 주된 취지이다(대판 2019.11.14, 2018다200709).

따라서 근로기준법 제94조의 집단적 동의는 취업규칙의 유효한 변경을 위한 요건에 불과하므로, 취업규칙이 집단적 동의를 받아 근로자에게 불리하게 변경된 경우에도 근로기준법 제4조가 정하는 근로조건 자유결정의 원칙은 여전히 지켜져야 한다(대판 2019.11.14, 2018다200709).

### 3. 취업규칙 불이익변경과 근로계약의 우선 적용

따라서 불리하게 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도, 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖지 않는다. 이 경우에도 근로계약의 내용은 유효하게 존속하고, 변경된 취업규칙의 기준에 의하여 유리한 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다(대판 2019.11.14, 2018다200709).

1) 예컨대, 연봉계약(근로계약) 체결 이후에 근로자집단의 동의 절차를 거쳐 임금피크제(취업규칙)를 도입한 경우

2) 취업규칙과 근로계약 간에 “유리성 원칙”이 적용되는지의 문제이다.

## IV. 구제의 이익

### 1. 문제의 소재

### 2. 종전 판례

종전 판례는 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중에 근로계약기간의 만료 또는 정년의 도달 등으로 근로관계가 종료하였다면, 해고기간의 임금청구 등의 이익이 있지만 그러한 이익은 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있어, 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 한다(대판 2001.4.24, 2000두7988 판결; 대판 2009.12.10., 2008두22136 등). 즉, 노동위원회가 원직복직의 구제명령을 하더라도 근로관계 종료로 인해 객관적으로 그 실현이 불가능하기 때문이라고 한다(대판 1995.12.5, 95누12347).

### 3. 전합 판례

전합 판례는, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지된다(그 결과 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 있다)고 하여, 종전 판례를 변경하였다. 또한 이러한 법리는 근로자가 금전보상명령(금품지급명령)을 신청한 경우에도 마찬가지로 적용된다고 한다(대판[전합] 2020.2.20, 2019두52386).

주요 근거는 다음과 같다. ① 부당해고 구제명령제도는 ‘원상회복(원직복직)’뿐만 아니라 ‘임금상당액 지급’도 목적으로 하고 있으며, 두 가지의 구제방법은 서로 목적과 효과가 다르기 때문에,<sup>3)</sup> 원직복직이 가능한 경우에 한해 임금상당액 지급명령이 가능한 것은 아니다. ② 미지급 임금 관련하여 간접적 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있다. ③ 임금상당액 지급명령의 인정이 신속·간이하며 탄력적인 행정구제 제도의 취지에 부합한다. ④ 종전 판례는 금전보상명령을 도입한 개정 취지에 맞지 않고, 기간제근로자의 실효적인 구제를 부정하는 결과가 되어 부당하다(대판[전합] 2020.2.20, 2019두52386).

### 4. 검 토

노동위원회 구제제도의 취지가 신속·탄력적인 구제라는 점에 비추어, 원직복직이 불가능한 경우에도 임금상당액 지급의 구제명령을 인정한 전합 판례의 입장은 매우 타당하다.

3) 종전 판례는 ‘원직복직’과 ‘임금상당액 지급’을 일체의 구제명령으로 보거나 또는 양자를 주종관계로 보는 입장이라 할 수 있다.

### (3) 계속근로한 총기간의 산정방법

1) 적용기간과 예외기간의 혼재 기단법 제4조 제2항의 사용기간 ‘2년’을 산정할 때, 기간제한이 적용되는 기간과 예외사유의 기간이 혼재되어 있는 경우에, 그 계속근로한 총기간을 어떻게 산정할지 문제 된다.

기단법 규정의 형식과 내용, 입법 취지를 고려하면, 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 기간제법 제4조 제1항 단서의 예외사유에 해당하는 기간이 존재하더라도, 계약체결의 경위와 당사자의 의사, 근로계약 사이의 시간적 단절 여부, 업무내용 및 근로조건의 유사성 등에 비추어 예외사유에 해당하는 기간 전후의 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가되는 경우에는 예외사유에 해당하는 기간을 제외한 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정하는 것이 타당하다(대판 2018.6.19, 2017두54975).

2) 공백기간이 있는 경우 반복하여 체결된 근로계약 사이에 ‘공백기간’이 있는 경우에 계속근로한 총기간을 어떻게 산정할지 문제가 된다.

기단법 규정의 형식과 내용, 입법 취지에 비추어 볼 때, 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 근로관계가 존재하지 않는 공백기간이 있는 경우에는, 공백기간의 길이와 공백기간을 전후한 총사용기간 중 공백기간이 차지하는 비중, 공백기간이 발생한 경위, 공백기간을 전후한 업무내용과 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 기단법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정할 수 있는지 판단하여야 한다(대판 2019.10.17, 선고 2016두63705).

#### 4. 무기계약 근로자로의 전환 노력

#### 5. 무기계약 간주자의 근로조건

과건법 제6조의2 제3항과 달리, 기단법은 제4조 제2항에 따라 무기계약 근로자로 간주된 자의 근로조건에 대해 아무런 규정이 없다. 이러한 근로자의 근로조건에 대해 최근 판례는 다음과 같이 판시하였다.

기단법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자(이하 ‘무기계약 간주자’)의 근로조건에 대하여는, 해당 사업 또는 사업장 내 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자(이하 ‘정규직’)가 있을 경우, 달리 정함이 없는 한, 그 정규직 근로자에게 적용되는 취업규칙 등이 동일하게 적용된다 (대판 2019.12.24, 2015다254873). 구체적 이유는 다음과 같다.

① 기단법 제4조 제2항은 무기계약 간주 이전의 근로조건이 여전히 적용된다고 규정하고 있지 않고, ② 기단법 제8조 제1항의 차별금지 규정은 문언상 기간제근로자에 대한 차별만 금지하고 있지만,<sup>4)</sup> 그 규정 취지와 공평의 관념 등을 고려하면, 무기계약 간주자의 근로조건은 특별한 사정이 없는 한 동종 또는 유사 업무의 정규직의 근로조건보다 불리해서는 아니된다고 해석되고, ③ 기단법의 목적, 체계, 제정경위 등을 종합하면, 동종 또는 유사 업무의 정규직의 근로조건을 특별한 사정이 없는 한 무기계약 간주자에게도 동일하게 적용된다고 해석함이 타당하기 때문이다(대판 2019.12.24, 2015다254873).

4) 무기계약 간주자에게는 기단법 제8조 제1항이 적용되지 않는다(대판 2015.10.29, 2013다1051).

## VII. 파견법 적용 후, 하청업체<sup>5)</sup>에서 해고 또는 사직한 경우

직접고용의무 규정은 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것으로서 그 내용이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없으므로, 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다(대판 2020.5.14, 2016다239024 등). 이러한 법리는 구 파견법의 직접고용간주 규정의 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2019.8.29, 2017다219072 등).

또한 파견법 제6조의2 제2항의 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’란 근로자가 ‘사용사업주’에게 직접고용되는 것을 명시적으로 반대한 경우를 의미한다. 따라서 파견근로자가 ‘파견사업주’와의 근로관계를 종료하고자 하는 의사로 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로는 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 없다(대판 2019.8.29, 2017다219072 등).

## VIII. 사용사업주의 안전배려의무

---

5) ‘파견사업주’를 의미한다.

#### (4) 불리한 처우

1) **의 의** 기단법 제2조 제3호의 ‘불리한 처우’란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다(대판 2012.10.25, 2011두7045).<sup>6)</sup>

#### 2) 불리한 처우의 판단방법

① **원칙 : 항목별 비교** 원칙적으로 기간제근로자가 불리한 처우라고 주장하는 임금의 세부 항목별로 비교대상 근로자와 비교하여 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다(대판 2019.9.26, 2016두47857).

② **예외 : 범주별 비교** 다만 기간제근로자와 비교대상 근로자의 임금이 서로 다른 항목으로 구성되어 있거나, 기간제근로자가 특정 항목은 비교대상 근로자보다 불리한 대우를 받은 대신 다른 특정 항목은 유리한 대우를 받은 경우 등과 같이 항목별로 비교하는 것이 곤란하거나 적정하지 않은 특별한 사정이 있는 경우라면, 상호 관련된 항목들을 범주별로 구분하고 각각의 범주별로 기간제근로자가 받은 임금 액수와 비교대상 근로자가 받은 임금 액수를 비교하여 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다(대판 2019.9.26, 2016두47857).

이러한 경우 임금의 세부 항목이 어떤 범주에 속하는지는, 비교대상 근로자가 받은 항목별 임금의 지급 근거, 대상과 그 성격, 기간제근로자가 받은 임금의 세부 항목 구성과 산정 기준, 특정 항목의 임금이 기간제근로자에게 지급되지 않거나 적게 지급된 이유나 경위, 임금 지급 관행 등을 종합하여 합리적이고 객관적으로 판단하여야 한다(대판 2019.9.26, 2016두47857).

#### (5) 합리적 이유

1) **의 의** ‘불리한 처우’에 합리적 이유가 없다면, 이는 ‘차별적 처우’에 해당한다(‘불리한 처우’와 ‘차별적 처우’는 구별되는 개념이다). 반면 합리적 이유가 있으면 차별적 처우에 해당되지 않는다.

한편 임금 세부 항목별이 아닌 각 범주별로 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 할 때에는 합리적 이유가 있는지 여부도 범주별로 판단하여야 한다(대판 2019.9.26, 2016두47857).

2) **합리적 이유가 없는 경우** ‘합리적 이유가 없는 경우’란 (i) 기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, (ii) 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다(대판 2012.10.25, 2011두7045).

6) ‘불리한 처우’ 해당 여부를 따지기 위해서는 ‘기간제 근로자’가 비교대상 근로자인 ‘정규직 근로자’와 비교할 때 불리한 처우를 받았는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2014.9.24, 2012두2207).

“이 사건에서 원고들이 기간제법상 불리한 처우를 받았는지 여부를 판단하기 위해서는 원고들이 정규직으로 전환된 후의 상황을 고려해서는 안 되고, 이 사건 비교대상 근로자들 역시 그들의 과거 기간제 근무경력을 고려 대상으로 삼아서는 안 되며, 단지 원고들의 ‘기간제 근무기간’과 이 사건 비교대상 근로자들의 ‘정규직 근무기간’만을 비교대상으로 삼아 그 둘 사이에 차별이 있는지 여부를 검토하여야 한다.”(대판 2014.9.24, 2012두2207)

3) 합리적 이유 판단기준    합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로, 급부의 실제 목적, 고용형태의 속성과 관련성, 업무의 내용 및 범위·권한·책임, 노동의 강도·양과 질, 임금이나 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2012.10.25, 2011두7045; 대판 2016.12.1, 2014두43288).

예컨대, 장기근속수당은 장기근속에 대한 대가로 지급되는 외에 장기근속을 장려하기 위한 목적에서 지급되는 것으로 볼 수 있는 점, 기간제 근로 형태와 정규직 근로 형태가 채용 목적, 근로 범위나 권한 등의 측면에서 차이가 있는 것을 부정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 사용자가 기간제 근무기간을 장기근속수당 산정을 위한 근속기간에 포함시키지 아니한 것에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다(대판 2014.9.24., 2012두2207).

4) 입증책임    이러한 합리적인 이유의 유무에 대한 입증책임은 사용자가 부담한다(기단법 제9조 제4항).

#### 4. 신분상 불이익한 행위의 금지 : 제명된 경우

#### 5. 근로자의 단결선택권

##### (1) 구 노조법에서 판례의 태도

구 노조법(2011. 7. 1. 이전의 법) 하에서, 지배적 노동조합에서 탈퇴하여 다른 노동조합에 가입한 근로자에 대해서도 유니온 쉘 협정의 효력이 미치는지에 대하여, 판례는 이를 긍정하여, 탈퇴 근로자에 대한 해고는 정당하다고 판단하였다(대판 2002.10.25, 2000다23815, 부일교통 사건).<sup>7)</sup>

##### (2) 노조법 개정

위 판례에 대하여 근로자의 단결선택권을 크게 침해한다는 비판이 있었고, 이에 노조법 제 81조 제2호 단서 후단을 개정하여 “제명된 것”에 더하여 “그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것”을 불이익 금지의 사유로 추가하였다.

##### (3) 신규입사자의 소수노조 가입

노조법 개정 이후, 신규입사 근로자가 지배적 노동조합에 가입하지 않고 다른 노조에 곧바로 가입할 수 있는지 문제가 되었다. 이에 대해 최근 판례는 다음과 같이 판시하였다(대판 2019.11.28, 2019두47377).

##### 1) 근로자의 단결선택권과 소수노조의 단결권

헌법 제33조 제1항, 제11조 제1항, 제32조 제1항 전문, 노조법 제5조 본문, 제81조 제2호, 근로기준법 제23조 제1항 등 관련 법령의 문언과 취지 등을 함께 고려하면, 근로자에게는 단결권 행사를 위해 가입할 노동조합을 스스로 선택할 자유(단결선택권)가 헌법상 기본권으로 보장되고, 나아가 근로자가 지배적 노동조합에 가입하지 않거나 그 조합원 지위를 상실하는 경우 사용자로 하여금 그 근로자와의 근로관계를 종료시키도록 하는 내용의 유니온 쉘 협정이 체결되었다 하더라도 지배적 노동조합이 가진 단결권과 마찬가지로 유니온 쉘 협정을 체결하지 않은 다른 노동조합(이른바 ‘소수노조’)의 단결권도 동등하게 존중되어야 한다.

##### 2) 유니온쉘 협정의 제한적 효력

유니온 쉘 협정이 가진 목적의 정당성을 인정한다고 하더라도, 지배적 노동조합이 체결한 유니온 쉘 협정은 사용자를 매개로 한 해고의 위협을 통해 지배적 노동조합에 가입하도록 강제한다는 점에서 그 허용 범위가 제한적일 수밖에 없다.

이러한 점들을 종합적으로 고려하면, 근로자의 노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합

7) 유니온 쉘 협정이 체결된 노동조합을 탈퇴하여 조직대상을 같이 하면서 독립된 단체교섭권을 가지는 다른 노동조합에 가입하는 경우, 이를 허용한다면 사실상 회사 내에는 단체교섭권을 가지는 노동조합이 복수로 존재하게 되어 유니온 쉘 협정의 근본이 와해되어 유니온 쉘 협정은 유명무실한 것이 되어 버리는 결과가 되므로, 이와 같은 경우에도 유니온 쉘 협정이 적용되어 탈퇴한 근로자를 해고할 수 있다(대판 2002.10.25, 2000다23815).



이 아닌 노동조합의 단결권이 침해되는 경우에까지 지배적 노동조합이 사용자와 체결한 유니온 쉑 협정의 효력을 그대로 인정할 수는 없고, 유니온 쉑 협정의 효력은 근로자의 노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합이 아닌 노동조합의 단결권이 영향을 받지 아니하는 근로자, 즉 어느 노동조합에도 가입하지 아니한 근로자에게만 미친다고 보아야 한다.

### 3) 신규입사자가 곧바로 소수노조에 가입할 수 있는지

따라서 신규로 입사한 근로자가 노동조합 선택의 자유를 행사하여 지배적 노동조합이 아닌 노동조합에 이미 가입한 경우에는 유니온 쉑 협정의 효력이 해당 근로자에게까지 미친다고 볼 수 없고, 비록 지배적 노동조합에 대한 가입 및 탈퇴 절차를 별도로 경유하지 아니하였다고 하더라도 사용자가 유니온 쉑 협정을 들어 신규 입사 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 없는 해고로서 무효로 보아야 한다.

### 3. 2018년 헌법재판소의 ‘실질설’(헌법불합치 결정)

헌법재판소는 노조법 제81조 제4호 중 “노동조합의 운영비를 원조하는 행위”에 관한 부분에 대하여, 노동조합의 자주성을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위만을 금지하더라도, 노동조합의 자주성을 확보하고 근로3권의 실질적인 행사를 보장하고자 하는 입법목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 운영비원조금지조항이 단서에서 정한 두 가지 예외(기금의 기부, 사무소의 제공)를 제외한 운영비 원조 행위를 일률적으로 부당노동행위로 간주하여 금지하는 것은, 단체교섭권을 침해하는 것으로 헌법에 합치되지 않는다고 결정하였다(헌재 2018.5.31, 2012헌바90). 즉, 헌법재판소는 ‘실질설’의 입장을 취하며 해당 법률조항에 대해 헌법불합치 결정을 한 것이다.

또한 헌법재판소는, ‘전임자 급여 지원’은 노조법 제81조 제4호 외에도 제24조 제2항에서 명시적으로 금지하고 있는 반면, ‘노동조합의 운영비 원조’는 노조법 제81조 제4호 외에는 별도로 금지하는 규정이 없으므로, 양자를 동일하게 볼 수는 없다고 하였다(헌재 2018.5.31, 2012헌바90). 그 결과 ‘전임자급여 금지’ 조항에 대한 종전의 합헌 결정은 그대로 유지한 채, ‘노동조합의 운영비 원조 금지’ 조항에 대해서만 헌법불합치 결정을 하게 된 것이다.

사용자가 노동조합의 운영비를 원조하는 것을 금지하는 것은, 어용노조의 등장을 방지하고 노동조합의 자주성을 확보하기 위한 것이다. 이러한 취지에 비추어 ‘실질설’을 취한 헌법재판소의 입장은 매우 타당하다.

### 4. ‘실질설’의 입법화

헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 2020. 6. 9. 노조법을 개정하여, 운영비 원조의 예외로서 “그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위”를 추가하였다(노조법 제81조 제1항 제4호 단서).

그리고 노조법 제81조에 제2항을 신설하여 “노동조합의 자주적 운영 또는 활동을 침해할 위험” 여부를 판단할 때 고려할 사항을 규정하였다. 즉, 운영비 원조에 따른 자주성 침해의 위험 여부는 (i) 운영비 원조의 목적과 경위, (ii) 원조된 운영비 횟수와 기간, (iii) 원조된 운영비 금액과 원조방법, (iv) 원조된 운영비가 노동조합의 총수입에서 차지하는 비율, (v) 원조된 운영비의 관리방법 및 사용처 등을 고려하여 판단해야 한다(노조법 제81조 제2항).